الجمهورية العربية السورية
وزارة التعليم العالي
جامعة دمشق
كلية الشريعة

القواعد الفقهية في فُرَقِ النِّكاح وآثارِها

دراسة تأصيلية تطبيقية

أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد
محمد عبد الرحمن الشماع

إشراف
الأستاذالدكتور/ حمزة حمزة

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ: الأربعاء ١٥ شوال ١٤٣٢ الموافق ٢٠١١/٩/١٤
وأجيزت بتقدير (جيد جداً) ودرجة (٨٤) من قبل السادة الأساتذة:

الأستاذ الدكتور حمزة حمزة	**عضواً (المشرف)**
الأستاذ في قسم الفقه الإسلامي وأصوله – جامعة دمشق	
الدكتور بديع السيد اللحام	**عضواً**
الأستاذ المساعد في قسم علوم القرآن والحديث – جامعة دمشق	
الدكتور محمد حسان عوض	**عضواً**
الأستاذ المساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله – جامعة دمشق	
الدكتور محمود بركات	**عضواً**
المدرس في قسم الفقه الإسلامي وأصوله – جامعة حلب	
الدكتورة غيداء المصري	**عضواً**
المدرس في قسم الفقه الإسلامي وأصوله – جامعة دمشق	

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

المقدمة

الْحَمْدُ للهِ الَّذي بيَّن قواعدَ الدّينِ في كِتَابِهِ المُحْكَم، وَشيَّد مَعَاقِدَ العِلمِ بِخِطَابِهِ وَأَحْكَمَ، وَفَقَّهَ في دِينِهِ مَنْ أَرَادَ به خَيْراً من عِبَادِه وَفّهَّمَ، وأوقفَ مَنْ شَاءَ عَلَى مَنْ شَاءَ عَلَى مَا شَاءَ مِنْ أَسْرارِ مُرادِهِ وَأَلْهَمَ؛ فَسُبْحانَ مَنْ قَضَى فأَنْعمَ، وَحَكَمَ فأَحْكمَ، وحلَّلَ وحَرَّمَ، وَعَرَّفَ وعَلَّمَ، عَلَّمَ بِالْقَلَمِ، عَلَّمَ الإنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَم.

وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلّا اللهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَه، شَهَادةً تَهْدِي إِلى الطَّرِيقِ الأَقْوَمِ، وَأَشْهَدُ أَنَّ سَيّدَنَا مُحَمْدَاً عَبْدهُ ورسوله، المخصوص بجوامع الكَلِم، وبدائع الحِكَم، وودائع الحِلم والكَرم، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، ومن تبع هديه، واقتفى أثره، وعمل بما جاء به، ورضي به وسلم.

أما بعد؛ فإن علم الفقه من أجلِّ العلوم قدراً، وأشرفها منزلة، وأكثرها نفعاً؛ إذ به يَعْبُدُ الإنسان ربه على بصيرة، ويعرف الحلال من الحرام.

والناظر في علم الفقه، يجد أن هذا العلم قد تنوع؛ فمنه علم القواعد الفقهية، وتخريج الفروع على الأصول، والفروق الفقهية، وعلم الفقه المذهبي والفقه المقارن. ولا شك أن من أهم هذه الأنواع وأعظمها نفعاً علم القواعد الفقهية؛ إذ به تنتظم الفروع الفقهية تحت قواعد وضوابط كليّة، مما يُسهِّل دراسة الفقه وضبط فروعه.

ومن هنا برزت أهمية علم قواعد الفقه، وكان جديراً بالاهتمام، لا سيَّما في الوقت الحاضر، الذي كثرت فيه المستجدات.

ورغم كثرة اهتمامِ العلماءِ بهذا الفن، وتصنيفِهِمُ المؤلفاتِ فيه؛ إلا أنّ المتأمل يجد أنه يحتاج إلى مزيدٍ من الدراسات المتعمقةِ لتأصيل هذه القواعد من خلال ذكرِ أقوال الفقهاء وأدلتهم، وذكر التطبيقات المعاصرةِ لها.

بالإضافة إلى ذلك، فإننا نجد بوناً واسعاً بين قواعد الفقه وكلياته وأصوله، وبين علم الفروع الفقهية. فهي على منأىً من الباحثين والدارسين لتطبيقات الأحكام الشرعية في شكلها المعاصر. فجدير أن تتأصل تلك الأحكامُ والفروعُ الفقهيةُ وتطبيقاتُها الحديثة، بقواعدَ كليةٍ وأصولٍ جامعة.

ومن تلك القواعدِ والضوابطِ الفقهية التي لا تزال تحتاج إلى دراسة لها، وجمع شتاتها، واستيفاء الكلام عليها: **(القواعد الفقهية في فُرَق النكاح وآثارها)**؛ وهو ما وقع عليه الاختيارُ ليكون موضوعاً لرسالتي في مرحلة الدكتوراه.

ذلك أننا نجد: أن الدارسين والباحثين في فقه الأحوال الشخصية، وفُرَق النكاح خاصة، لا يهتمون بالقواعد الكلية الفقهية في مجال بحوثهم ودراساتهم، بقدرِ ما يهتمون بمقارنة أحكامِ فقه الأسرة بقوانين الأحوال

الشخصية المعاصرة[1]، ومناقشة ما تحويه من قواعدَ قانونيةٍ وتطبيقاتٍ قضائيةٍ. مع أن الأولى والأجدر، أن تتأصل تلك الفروعُ الفقهيةُ، بالكليات والقواعد، قبل الإقدام على دراسة الفروع وتطبيقاتها، ومقارنتها بالقوانينِ المعاصرة. فضلاً عن أن الكلياتِ والقواعدَ الفقهيةَ هي أساسٌ للقواعدِ القانونية.

لذلك فإنني تناولت في هذا البحث دراسة فرق النكاح وآثارها، مع محاولة تأصيلها ومزجها بالكليات والقواعد والضوابط الفقهية، ثم شرحها وعرض تطبيقاتها الفقهية والقضائية المعاصرة، وذلك عبر دراسة فقهية معمقة مقارنة.

أولاً: مشكلة البحث وأسباب اختياره وأهميته:

تظهر أهمية هذا البحث جانباً مهماً وكبيراً من أسباب اختياره، وإضافة لما ذكر يمكن بيان أسباب رئيسة دفعتني لهذا الاختيار منها:

أولاً: إن القواعدَ والضوابطَ الفقهيةِ في أبواب فرق النكاح المختلفة، متناثرة مبعثرة في بطون كتب الفقه ودواوينه، وفي كتبِ القواعدِ الفقهية وما يشبهها، ونظراً لتفرق مادتها، وقِلةِ من تطرق إليها في الكتب المختصة بالقواعد الفقهية، وخصوصاً أن جُلّ الباحثينَ والعلماءِ الذين دونوا في علم القواعد الفقهية، قد تعرضوا لها في أبواب المعاملات المالية، وربطوا بينها وبين قوانين المعاملات المدنية، دون أن يتعرضوا لها في مجال الأحوال الشخصية.

ولعل السبب في ذلك، أن مجلة الأحكام العدلية التي وضعت سنة ١٢٨٦هـ، تعدّ الآن مصدراً أساسياً للباحثينَ في علم القواعد الفقهية، وقد كانت قانونَ المعاملاتِ المدنية في الدولة الإسلامية العثمانية منذ سنة ١٢٩٣هـ، وبقي معمولاً بها في سورية إلى عهد غير بعيد. وهي أساس التقنيناتِ في المعاملات المدنية المعاصرة لعدد من الدول العربية حالياً، لكنها لم تتعرض لأحكام الأحوال الشخصية إطلاقاً.

فإكمالاً لما بدأته مجلة الأحكام العدلية في مجال المعاملات المدنية، لا بدّ من تجميع تلك القواعد، ودراستها في مجال الأحوال الشخصية، وعرض تطبيقاتها القضائية الفقهية المعاصرة. ولا بد من جمعها في مؤلف واحد لتكون سهلة المأخذ، قريبة التناول، من المشرعين والقضاة الشرعيين والمفتين وطلاب العلم؛ لما في ذلك من فائدة عظمى لا تخفى على الباحثين.

ثانياً: إن مباحث الأحوال الشخصية، لها أهميةٌ كبرى في الفقه الإسلامي، ولا أدلّ على ذلك من كثرة ورودها في كتاب الله عزّ وجلّ، بل إننا نجزم أن آياتِ الأحكامِ والتشريع في القرآن الكريم لم تفصّل في شيء، كما فصَّلت في مجال فقه الأُسرة عموماً، بل أحكامِ فُرَقِ النكاحِ وأثارها خاصة. وذلك نظراً لأهميتها وخطورتها.

---

[1] الأحوال الشخصية مصطلح حديث، وأول من استعمل هذا الاصطلاح، الفقيه المصري محمد قدري باشا، الذي وضع مجموعة فقهية سماها الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. وفي هذا الصدد نشير إلى اجتهاد لمحكمة النقض المصرية صدر عام ١٩٣٤ وضَّح فيه المقصود بالأحوال الشخصية: (إن المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية كون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مُطلقاً أو أبا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها) انظر: (الدَليل في الأحوال الشَخصية للْمسلمين وغَير المُسلمين وفقا للمبادئ التي أرستها أحكام مَحكمة النَقض/أشرف ندا- الإسْكندرية (مصر) : المكْتب الفَني للمؤسوعات القَانونية١٩٩٧. ص٥٦). وانظر تعريف الأحوال الشخصية للدكتور وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٦/٧، وللدكتور مصطفى السباعي في شرح قانون الأحوال الشخصية ٨/١.

وعلى الرغم من كثرة الكتب والدراسات والأبحاث التي ألفت في مجال الأحوال الشخصية، إلا أنها جميعاً قد جاءت خلوا من التعرض للقواعد الكلية والضوابط الفقهية، فجلّ تلك الكتب، إن لم يكن كلها، قد تعرض لبحث أحكام فقه الأسرة، ومن ثم مقارنتِها مع القواعد القانونية المعاصرة، أو ربما شرحت موادَّ قوانينِ الأحوال الشخصية، ولكنها لم تتعرض لتأصيلها مع القواعد الفقهية الكلية، وكان حريّاً بها أن تفعل، كيف لا والقواعد الفقهية يجب أن تكون أصلاً للقواعد القانونية.

ثالثاً: إن التراثَ القضائي، مرتبطٌ ارتباطاً وثيقاً في تاريخه بتلك القواعد، باعتبار أن بعضها يصلح في ذاته أن يكون أدلة للأحكام القضائية، لأنها نصٌّ صريحٌ من الكتاب أو السنة، وبعضَها الآخر بصياغته الموجزة، التي تفنن علماءُ القواعدِ الفقهية على مدى العصور التاريخية، في صياغتها وسبكها، حتى خرجت في قوالبَ لفظيةٍ محكمةٍ، ولا شك أنها بتلك الصياغة المحكمة يجب أن تعتبر أساساً لصياغة مواد القانون.

رابعاً: الصلةُ الوثيقةُ بين القواعدِ الفقهيةِ وتقنينِ الأحكام الشرعية، ولا سيما من خلال مجلة الأحكام العدلية، التي استهلت بتسع وتسعين قاعدة فقهية.
ذلك أن علمَ القواعدِ يسهلُ على رجالِ التشريعِ غيرِ المختصينَ بالشريعةِ فُرصةَ الاطلاعِ على الفقه بروحه ومضمونه وأسسه وأهدافه، ويُقدمُ لهمُ العون لاستمداد الأحكام منه، ومراعاةِ الحقوق والواجبات[1]، وهذا ما حققته القواعدُ الفقهيةُ في مجلةِ الأحكام العدلية، ثم ما انبثق عنها من قوانينَ مدنيةٍ مستمدةٍ غالباً من القواعد الفقهية.

خامساً: على الرغم من اهتمام العلماء بفن القواعد الفقهية، وتصنيفِهِمُ المؤلفاتِ فيه؛ إلا أن المتأمل يجد أنه يحتاج إلى مزيد من الدراسات المتعمقة لتأصيل هذه القواعد، ومزجها مع فروع الفقه وأحكامه عامة، وفقه الأحوال الشخصية خاصة، وذكرِ التطبيقات القانونية والقضائية المعاصرة. لا سيما وقد ظهرت حديثا كتبٌ ودراساتٌ ورسائلُ جامعيةٍ تبحث القواعد الفقهية في مجالات عدة من أبواب الفقه، كالقواعد الفقهية في الإثبات، والقواعد الفقهية في المعاملات المالية، والقواعد الفقهية في القضاء ، وغيرها من أبواب الفقه.

سادساً: مسيسُ الحاجةِ إلى هذا العلم وإبرازه للعاملين في مجال القضاء والتشريع والتقنين، وذلك لاستفادة المشرعين منه عند وضع قوانين الأحوال الشخصية أو شرحها أولاً، ثم لاستفادة القضاة في اجتهاداتهم في حلّ كثير من النوازل والمسائل المستجدة التي تعرض لهم، لا سيما وأنه يعرض التطبيقات الفقهية التي ذكرها الفقهاء لتلك القواعد في كتب الفقه، ويلحقها بالتطبيقات المعاصرة لاجتهادات المحاكم الشرعية.

---

[1] الصابوني، عبد الرحمن: المدخل لدراسة التشريع الإسلامي– دمشق: جامعة دمشق،١٩٩٠، ص٢٩٦. شلبي، مصطفى: المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي، مصر: مطبعة دار التأليف، ١٩٥٩م. ص٢٣٠.

سابعاً: إن علم القواعد الفقهية علم جليل النفع عظيم القدر، له أهمية كبيرة وفائدة عظيمة ومكانة عالية بين العلوم الشرعية؛ كما بينت ذلك عند حديثي عن أهمية هذا العلم وفائدته، فأحببت أن أسهم في خدمة هذا العلم.

ثانياً: أهداف البحث:

يهدف هذا البحث، إلى الوقوف على آراء الفقهاء، وأقوالهم، وأدلتهم، في فرق النكاح وآثارها، ودراستها دراسة فقهية معمقة، ومن ثم تأصيلها بجمع القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة في فرق النكاح من مصادر الفقه الإسلامي ودواوينه وكتب القواعد الفقهية، ومن ثم إتباعها بالتطبيقات والاجتهادات القانونية والقضائية المعاصرة .

وتتلخص أهم الأهداف المنشودة من هذا البحث فيما يلي:

أولاً: توجيهُ المختصين بتشريع القوانين، إلى أهميةِ الانتباه إلى علم القواعد الفقهية، من حيث إنه تأصيلٌ للأحكام الفقهية أولاً، وأنه أصلٌ للقواعد القانونية ثانياً. فهو العُمدةُ في الأحكام الشرعية، وهو الأسُّ للقوانين والتشريعات. والابتعادِ عن الاقتباس الحرفيِّ لنصوصٍ قانونيةٍ تحكم واقعاً مغايراً، والابتعادِ كذلك عن التطبيق الحرفيِّ لنصوص القانون، دون إمعان النظر في روحها وغايتها. فالقانونُ غيرُ مرادٍ لذاته، بل هو وسيلةٌ لتحقيق المقاصد من وراء تشريعه، ألا وهي مصالح العباد.

ثانياً: توجيهُ قضاةِ الشرعِ والمفتينَ إلى الاستفادة في أحكامهم واجتهاداتهم وقراراتهم من خلال القواعدِ الفقهيةِ، وجعلها قريبة في متناول أيديهم. فإن كان هناك نصٌّ قانونيٌّ صريحٌ يعالج الواقعةَ التي بين أيدهم، فلا أقلَّ من أن يستأنس القاضي أو المفتي بتلك القواعد الفقهية في أحكامه واجتهاداته. وإن لم يكن هناك نص قانوني، فحريّ بالقاضي أن يرجع إلى تلك القواعدِ والكلياتِ الفقهية، خصوصاً إن لم تكن لديه مَلكةُ الغوصِ والبحث في كتب الفقه.

فهي كما يقول العلامة ابن نجيم: (هي أصول الفقه في الحقيقة وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى)[1].

ذلك أن إحكام الأصول مع درايتها، يربي في الفقيه والمفتي والقاضي الملكة الفقهية، ويجعله متمكناً من التخريج والتنظير، وتنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسع، ومعرفة الأحكام الشرعية في المسائل المعروضة عليه، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة، والمشاكل المتكررة، والحوادث الجديدة.

ثالثاً: إقامةُ مناهجَ علمية، ومقرراتٍ دراسيةٍ في الأحوال الشخصية، تبيّن أصول النظر السليم في الواقع، وفي النصوص الشرعية، وتبين كيفيةَ الربطِ بين الأحكام الفرعية والأصول الكلية والواقع لإصلاحه في ضوء ضوابط المصلحة. والواقع أن فائدة علم القواعد أهميته القواعد تكمن في ذلك..

يقول القرافي رحمه الله: (ومن جعل يخرِّجُ الفروع بالمناسبات الجزئية، دون القواعدِ الكلية، تناقضت عليه الفروعُ واختلفت، وتزلزلت خواطرُه فيها واضطربت، وضاقت نفسُه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظِ الجزئياتِ

---

[1] ابن نجيم، زين الدين: الأشباه والنظائر وبحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر، لابن عابدين – دمشق: دار الفكر، ١٩٩٩، ص ١٠.

التي لا تتناهى، وانتهى العمر كله ولم تَقضِ نفسُه من طلب مناها. ومن ضبط الفقه بقواعده، استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب، وأجاب الشاسع البعيدَ وتقارب، وحصَّل طُلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدرُه لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين شأوٌ بعيد، وبين المنزلتينِ تفاوتٌ شديد) [1].

ويقول الأستاذُ مصطفى الزرقا رحمه الله: (فالطالبُ في دراسته الشرعية أو القانونية، إذا تلقى هذه القواعد، وتفهم جيداً مدلولاتِها ومدى تطبيقاتِها، ووقف على مستثنياتِها التي يكشف عنها الشرح، ثم تفهَّم الأسبابَ الفقهيةَ التي قضت بقطع الفرعِ المستثنى عن قاعدته الظاهرة، وإلحاقه بقاعدة أو أصل آخر، يَشعرُ ذلك الطالبُ في ختام دراسته لهذه القواعد وشروحها، كأنما وقف فوق قِمة من الفقه، تشرف على آفاقٍ مترامية الأطراف من الفكر الفقهي نظرياً وعملياً، ويرى امتداداتِه في جميع الجهات)[2].

ثالثاً: الدراسات السابقة:

على الرغم من كثرة المؤلفات والدراسات العلمية القديمة والحديثة التي ظهرت في الأحوال الشخصية، أو في مجال القواعد الفقهية، فإنه لم توجد دراسة فقهية علمية مستقلة تنفرد بالقواعد الفقهية في مجال أحكام الأسرة، أو ما يعرف بالأحوال الشخصية، بحيث تجمع هذه القواعد وتطبيقاتها الفقهية والقضائية في بوتقة واحدة، يسهل على المختصين في مجال القضاء والتشريع، وطلاب الفقه والقانون، الرجوع إليها دون صعوبة أو عناء بحث في كتب الفقه، أو القواعد الفقهية، أو في القوانين والتشريعات الحديثة، أو في الأحكام والاجتهادات القضائية التي تصدرها المحاكم الشرعية. اللهم إلا ما استخرجه بعض الباحثين من بعض كتب القواعد الفقهية أو بعض كتب الفقه مثل:

١-تطبيقات القواعد، والضوابط الفقهية في مجال الأحوال الشخصية: قواعد، وضوابط، وفروع مختارة-وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في الرياض. إعداد الشيخ سعود بن عبدالله الغديان.

وقد جعلها الباحث فيها على طريقة كتب القواعد الفقهية المعاصرة مع الاقتصار على القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية، والواقع أن هذه الطريقة لم تسترع اهتمام الباحثين في مجال الأحوال الشخصية والعاملين في القضاء أو التشريع. مما يجعلها أنها لا تحقق الهدف المقصود من علم القواعد الفقهية. ولم تقرب المسافة بين فقه الأحوال الشخصية والقواعد الفقهية.

٢-القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد الطالب سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم.

٣-القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في فقه الأسرة. رسالة ماجستير في جامعة أم القرى. إعداد محمد بن عبد الله الصواط. ١٤١٩هـ.

---

[1] القرافي:أحمد بن إدريس (٦٨٤هـ)، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، طبعة دار إحياء الكتب العربية، ٣/١.

[2] الزرقا، مصطفى : مقدمة شرح القواعد الفقهية، دمشق: دار القلم، ١٤٠٣هـ. ص١١

وهي أيضاً مختصة بالقواعد الفقهية عند ابن تيمية.

٤-القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام ابن القيم في فقه الأسرة. رسالة ماجستير في جامعة أم القرى. إعداد فؤاد صدقة مرداد. ١٤٢٨-١٤٢٩هـ

وهذه الرسائل الثلاث الأخيرة، بالإضافة إلى ما ذكرناه عن الرسالة الأولى، فهي مختصة بالقواعد الفقهية في كتاب المغني. أو فقه الإمام ابن تيمية أو فقه الإمام ابن القيم.

رابعاً: منهجية البحث :

١-إن منهجية هذا البحث تتركز في منهج البحث الفقهي المقارن، وذلك بعد دراسة وتحليل أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها بدراسة فقهية معمقة مقارنة، ثم بحث القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بتلك المباحث، ومدى اتفاق الفقهاء واختلافهم فيها. ومدى صلتها بالأحكام القضائية والتقنينات المعاصرة.

٢-تتبع الفروع الفقهية والمسائل المستجدة والتطبيقات القضائية المعاصرة من أحكام قضائية وتقنينات حديثة.

خامساً: منهج العمل في هذا البحث :

يمكن إجمال منهج عملي الذي اتبعته في هذا البحث بما يلي:

١-قمت بنظمِ دراسة تمهيدية مختصرة لعلم القواعد الفقهية، وأقسامِه وأنواعِه، وفائدتِه وأهميتِه، وعلاقته التشريعات والتقنينات المعاصرة بشكل عام وتقنينات الأحوال الشخصية بشكل خاص، وخلصت إلى ضرورة حجيته على الأحكام القضائية المعاصرة.

٢- قمت باستخراج وجمع القواعدِ الفقهيةِ المتعلقةِ في فرق النكاح، من جُلّ كتبِ القواعد الفقهية، كما قمت باستخراجها من أمهات كتبِ الفقهِ المذهبي كالمبسوط والأم والمغني والمعيار وغيرها.

٣- قمت بدراسة الأحكام الشرعية، والفروعِ الفقهية، المتعلقةِ بمباحث فُرق النكاح المختلفة، على طريقة الفقهاء الأقدمين، والدارسين للأحوال الشخصية المعاصرين، وذكرت أقوال العلماء والفقهاء، واقتصرت في هذه الدراسة على أقوال المذاهب المعتبرة، إلا في حالات يسيرة، ذكرت فيها بعض مذاهب الصحابة والتابعين، أومذهب الظاهرية أو الزيدية أو الإباضية أو الجعفرية، حيثما اقتضتِ الضرورة، وقارنتِها مع المذاهب الأربعة. ثم دللت لأقوال الفقهاء في المسائل الأساسية، وناقشت تلك الأقوال والأدلة، ثم ذكرت ما ظهر لي ترجيحه منها، مع ذكر سبب الترجيح.

٤- حاولت مزج تلك الفروع والأحكام والأقوال والأدلة، بأصولها من قواعد كلية، وضوابط فقهية، لجعل تلك القواعدِ قريبةً من الدارسينَ لفقه الأحوال الشخصية.

٥- قمت في نهاية كل مبحث من مباحث فُرقِ النكاح، بذكر القواعد الفقهية المتعلقة بذلك، وذكرتُ مصدرَ تلك القواعد، والألفاظَ الأخرى لها، وشرحتُ معانيها، ومفرداتها واصطلاحاتِها إن لم تكن قد شرحت من قبل، ثم ذكرت فروعاً وأمثلةً على تلك القواعد، بما يتعلق بفرق النكاح وآثارها، وما يستثنى منها إن وجد.

٦- ذكرت موقفَ بعضِ القوانينِ المعاصرةِ في نهاية كل مبحث، لا سيما القانونِ السوري ثم المصري، ثم قانونِ الأحوال الشخصية الإماراتي، الذي يُعدُ آخر قوانين الأحوال الشخصية وضعاً، وألحقت ذلك بتطبيقات الأحكام والمبادئ والتشريعات القضائية من واقع القضاء المعاصر.

٧-إلتزمت بالمصطلحات الشرعية عند الكلام عن الشريعة الإسلامية، وبالمصطلحات القانونية عند الكلام عن القانون الوضعي، ومن ثم حررت محل النزاع أو الخلاف بينهما ما أمكن.

٨- قدمت ما اتفق عليه العلماء أولاً، ثم عند ذكر الأقوال المختلفة في المسألة، قدّمت الراجح منها، ثم أعقبته بالأقوال الأخرى. مراعياً التدرج التاريخيَ للمذاهب الفقهية.

٩- حرصت كذلك على ذكر آراء الفقهاء المعاصرين في المسائل المختلف فيها، لتكون الدراسة منسجمة مع ما قد استجد في زماننا.

١٠-اعتمدت توثيق الأقوال والمذاهب وما يتبعها من أدلة، ونسبتها إلى كتب المذاهب، وحاولت جهدي أن أختار الكتب المعتمدة.

١١-حاولت أن أجمع في نقل الأقوال والمسائل بين القديم والحديث، إذ لا غنى عن تأصيلها بالقديم، كما لا بد من التعرف على ما جدّ منها، وخصوصاً في المسائل المستحدثة.

١٢-تطرقت إلى بعض الأمثلة والشواهد التاريخية المنثورة في كتب الفقه أو الحديث أو الكتب المختصة بعلم القواعد ودواوينه. وذلك لبيان منهج الفقهاء في استنباط الأحكام قبل إصدارها.

١٣-قد أفردت بعض المباحث بمنهج معين في بحثها نظراً لطبيعتها التي تختلف بها عن غيرها أو لأهميتها، أو لتحديد الهدف من بحثها، والوصول فيها إلى نتيجة معينة تخدم هذا الموضوع. وقد أوضحت المنهج في بحث كل منها عند التمهيد لها.

١٤- عَمَدْتُ في ترتيب هذا البحث وتقسيمه وتبويبه، على ما هو متعارف عليه في غالب كتب الفقه القديمة، وكتب الأحوال الشخصية الحديثة، وشروحات قوانين الأحوال الشخصية، وليس على طريقة كتب القواعد الفقهية، إذ الغايةُ من هذا البحثِ والهدفُ المنشود، هو تقريبُ علمِ القواعد الفقهية إلى المختصين في الأحوال الشخصية من مشرعين وقضاة ومفتين وطلاب علم، ومزج تلك القواعد والكليات الفقيهة بفروع فقه الأسرة عامة، وفقه فرق النكاح وآثارها خاصة. وهذا ما يدل عليه العنوان: القواعد الفقهية في فرق النكاح وآثارها: دراسة تطبيقية تأصيلية.

١٥- قمت بعزو الآيات، وتخريج الأحاديث والآثار من مصادرها، وشرحت التعريفات والكلمات الغريبة من معجمات اللغة، وعرَّفت المصطلحاتِ الأصوليةِ والفقهيةِ من مظانها، ووثقت المعانيَ الاصطلاحيةَ الواردةَ في البحث من كتب المصطلحات المختصة بها، أو من كتب أهل الفن الذي يتبعه المصطلح.

١٦-ترجمت -بشكل موجز- للأعلام الذين وردت أسماؤهم في صلب البحث -خلا الأنبياء وأعلام الصحابة وأئمة المذاهب الفقهية وأعلام المحدثين- وقد ضمّنت الترجمة: اسم العلم، ونسبه ونسبته، مع ضبط ما يشكل من ذلك وتاريخ مولده ووفاته وشهرته، وأشهر ما عرف عنه. وأهم مصنفاته ومصادر ترجمته.

١٧-قمت بإعداد فهارس لأطراف الأحاديث والآثار التي خرجتها وردت في هذا البحث، والأعلام الذين تمت ترجمتهم، والقواعد الفقهية التي ذكرتها، والمصادر والمراجع مرتبة على الأحرف الهجائية.

ولا بدَّ من الإشارة، إلى أنني لا أعني بقولي في عنوان هذا البحث الفرعيِّ: (دراسة تأصيلية تطبيقة)، إنشاء أو تقعيد قواعد فقهية جديدة، فهذا من عمل المشترعين أو واضعي القوانين في عصرنا الحاضر، وليس الهدف من هذا البحث كذلك.

ولكن ما أعنيه: هو تأصيل الفروع والأحكام الفقهية، بالقواعد الكلية والضوابط الفقهية، التي وضعها سادتنا الفقهاء سابقاً، والمنثورة في كتب القواعد الفقهية أو الفقه المذهبي، وإلحاق تلك الفروع بالأصول والكليات، وربطها ببعض.

مثال ذلك: تأصيل قول جمهور الفقهاء، بأن الأصل في الطلاق الحظر، وأنه مكروه ولا يباح إلا لضرورة، بالقواعد الفقهية الكلية، مثل: الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار التحريم. ومثلها: كل رخصة أبيحت للضرورة والحاجة لم تستبح قبل وجودها. ومثلها: إذا اجتمع الحلال والحرام غلّب الحرام. ومثلها: فعل ما يخاف منه الضرر إذا لم محرماً فلا أقل أن يكون مكروهاً.

ومثال ذلك أيضاً: تأصيل ما اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة، على أنّ اللفظ الصّريح يقع به الطّلاق بدون حاجة إلى نيّة أو دلالة حال، وكذلك بالنّيّة المناقضة قضاءً فقط، وأن اللفظ الكنائيّ لا يقع به الطّلاق إلاّ مع النّيّة، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تنص على أن: الصريح لا يحتاج إلى نية والكناية لا تلزم إلا بالنية، وكذلك القاعدة الفقهية التي تنص على: الطلاق يقع بغير نية اللفظ الموضوع له إذا نوى به الطلاق.

ومثال ذلك أيضاً: تأصيل قول جمهور الفقهاء: إن الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً كما أوقعه المطلق سواء أكان مقترناً بعدد أو كان متتابعاً، بالقاعدة الفقهية: إعمال الكلام أولى من إهماله، أو قاعدة: التأسيس أولى من التأكيد. ومثلها ما جاز تفريقه جاز جمعه. ومثلها: إذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد تعين الحمل على التأسيس.

ومثله أيضاً: تأصيل قول جمهور الفقهاء بوقوع طلاق البدعة بالقواعد الفقهية: الأصل في تصرفات العقلاء الاعتبار دون الإلغاء. أو الضابط الفقهي: طلاق البدعة يقع.

ومثله أيضاً: تأصيل ما اتفق عليه جمهور فقهاء المذهب على وقوع الطلاق بالكتابة، بالقاعدة الفقهية: الكتاب كالخطاب. أو القاعدة الفقهية: البيان بالكتابة بمنزلة البيان باللسان.

ومثله أيضاً: تأصيل مشروعية التفريق القضائي، بالقواعد الكلية الفقهية، التي يجمعها قاسم مشترك هو وجوب إزالة الضرر. مثل: الضرر يزال. والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف. وإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما. الضرر يدفع بقدر الإمكان.

ومثله أيضاً: تأصيل ما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين، بجواز طلب التعويض عن الطلاق التعسفي بالقواعد الفقهية في التعسف في استخدام الحق. ومن أهمها: لا ضرر ولا ضرار. والضرر يدفع بقدر الإمكان. وتصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به سواه.

وعلى هذه الشاكلة وهذا المسحب، نهجت في تأصيل فروع أحكام فُرَقِ النكاح بالقواعد والضوابط الفقهية.

سادساً: خطة البحث:

نظمت هذا البحث في سبعة أبواب كالآتي:

الباب الأول: القواعد الفقهية وفُرَق النّكاح

الفصل الأول: معنى القواعد الفقهية والفرق بينها وبين ما يشبهها

المبحث الأول: تعريف القواعد الفقهية.

المبحث الثاني: الفرق بين القواعد الفقهية وما يشبهها.

المطلب الأول: الفرق بين القاعدة والضابط.

المطلب الثاني: الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية.

المطلب الثالث: الفرق بين القواعد الفقهية والنَّظريات.

المطلب الرابع: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة المقاصدية.

المطلب الخامس: بيان معنى الأصول والفروق والأشباه والنظائر.

الفرع الأول: بيان معنى الأصول.

الفرع الثاني: الفروق الفقهية.

الفرع الثالث: بيان معنى الأشباه والنظائر.

الفصل الثاني: أهمية القواعد الفقهية ومصادرها وحجيتها.

المبحث الأول: فوائد القواعد الفقهية وأهميتها ومكانتها .

المبحث الثاني: مصادر وأدلة القواعد الفقهية.

المبحث الثالث: حجية القواعد الفقهية وحكم الاستدلال بها على الأحكام القضائية.

الفصل الثالث: أقسام القواعد الفقهية وخصائصها وعلاقتها بالقواعد القانونية.

المبحث الأول: أنواع القواعد الفقهية وأقسامها.

المبحث الثاني: خصائص القواعد الفقهية وصياغات نصوصها.

المبحث الثالث: دور القواعد الفقهية في تقنينات الفقه الإسلامي عامة .

والأحوال الشخصية خاصة.

الفصل الرابع: فُرَق النّكاح والألفاظ ذات الصلة.

المبحث الأول: تعريف فرق النكاح والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الأول: تعريف فرق النكاح.

المطلب الثاني: تعريف المصطلحات ذات الصلة.

المبحث الثاني: أقسام فرق النكاح.

المطلب الأول: الحالات التي تقع فيها الفرقة بين الزوجين.

المطلب الثاني: أهم الفروق بين فُرَق النكاح.

المبحث الثالث: القواعد والضوابط فيما يعتبر طلاقاً وما يعتبر فسخاً وموقف القانون منها.

الفصل الخامس: مشروعية الفرقة في النكاح وحكمها.

المبحث الأول: مشروعية الفرقة في النكاح والقواعد المتعلقة بذلك.

المطلب الأول: مشروعية الفرقة في النكاح.

المطلب الثاني: حكمة مشروعية الطلاق.

المطلب الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بحكمة مشروعية فرق النكاح.

المبحث الثاني: حكم الفرقة في النكاح وصفتها والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المطلب الأول: حكم الفرقة في النكاح.

المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة في حكم الطلاق.

الباب الثاني: أركان الطلاق وشروطه والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الفصل الأول: الركن الأول: صيغة الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المبحث الأول: ألفاظ الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المطلب الأول: الطلاق الصريح.

المطلب الثاني: الطلاق الكنائي.

المطلب الثالث: إضافة الطلاق إلى نفس الزوج .

المبحث الثاني: الطلاق بما يقوم مقام اللفظ.

المطلب الأول: الطلاق بالكتابة.

المطلب الثاني: الطلاق بالإشارة.

المطلب الثالث: الطلاق بالفعل.

المبحث الثالث: آثار الطلاق الصّريح والطلاق الكنائيّ.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بصيغة الطلاق وألفاظه الصريحة والكنائية.

المبحث الخامس: موقف القانون من صيغة الطلاق وألفاظه وتطبيقاته القضائية.

المبحث السادس: الاستثناء في الطّلاق والقواعد الفقهية المتعلقة به.

المطلب الأول: تعريفه وأنواعه وحكمه.

المطلب الثاني: شروط الإستثناء في الطلاق.

المطلب الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالإستثناء في الطلاق.

المبحث السابع: الإنابة في الطّلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المطلب الأول: صيغة الإنابة.

المطلب الثاني: حكم الإنابة في الطلاق.

المطلب الثالث: تكييف الإنابة في الطلاق في المذاهب الفقهية وبيان أحكامها.

المطلب الرابع: خيار المخيرة.

المطلب الخامس: القواعد الفقهية المتعلقة في الإنابة في الطلاق.

المطلب السادس: موقف القانون من الإنابة في الطلاق وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الفصل الثاني: الركن الثاني: القصد في الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: الطلاق بمجرد النية دون لفظ أو ما ينوب عنه.

المبحث الثاني: طلاق المخطيء.

المبحث الثالث: طلاق الهازل.

المبحث الرابع: طلاق المكره.

المبحث الخامس: طلاق السكران.

المبحث السادس: طلاق الغضبان والمدهوش.

المبحث السابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالقصد في الطلاق.

المبحث الثامن: موقف القانون من القصد في الطلاق وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الفصل الثالث: الركن الثالث: المطلق والشروط المتعلقة به والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: شروط المطلق.

الشرط الأول: الإسلام.

الشرط الثاني: البلوغ.

الشرط الثالث: العقل.

أولاً: طلاق المجنون.

ثانياً: طلاق المعتوه.

ثالثاً: طلاق السفيه.

الشرط الرابع: أن يكون زوجاً.

المبحث الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة في المطلق.

المبحث الثالث: موقف القانون من الشروط المتعلقة بالمطلق.

الفصل الرابع: الركن الرابع: المطلقة والشّروط المتعلّقة بها والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المبحث الأول: الشرط الأول: قيام الزّوجيّة حقيقةً أو حكماً.

المبحث الثاني: الشّرط الثّاني: تعيين المطلّقة بالإشارة أو بالصّفة أو بالنّيّة.

المبحث الثالث: تطليق بعض المرأة وتبعيض الطلقة.

المطلب الأول: تطليق بعض المرأة.

المطلب الثاني: تبعيض الطلقة.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة في المطلقة وموقف القانون منها.

الباب الثالث: أنواع فرقة الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الفصل الأول: الطلاق من حيث صفته. الطلاق السني والبدعي.

المبحث الأول: آراء الفقهاء في تحديد الطلاق السني والبدعي.

المبحث الثاني: طلاق الحائض أو النفساء أو في طهر مست فيه.

المطلب الأول: حكم وقوع هذا الطلاق وما يستثنى من حظر طلاق المرأة في الحيض.

المطلب الثاني: حكم وقوع طلاق الحائض.

المطلب الثالث: حكم مراجعة المطلقة في هذا الطلاق.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالطلاق السني والبدعي وموقف القانون منه.

المبحث الرابع: طلاق الثلاث بكلمة واحدة أو كلمات.

المطلب الأول: حكم الإقدام على هذا الطلاق.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في أثر وقوع الطلاق بلفظ الثلاث، وكيفيةِ احتسابه.

المبحث الخامس: القواعد الفقهية في طلاق الثلاث بكلمة واحدة أو كلمات وموقف القانون من ذلك.

الفصل الثاني: الطلاق الرجعي والبائن والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: ضابط الطلاق الرجعي والطلاق البائن .

المطلب الأول: الضابط في الطلاق الرجعي والطلاق البائن عند الفقهاء.

المطلب الثاني: ضابط البينونة الكبرى والصّغرى عند الفقهاء.

المبحث الثاني: أثر اختلاف اللفظ في تحديد حالات الطلاق البائن لدى الفقهاء.

المبحث الثالث: أحكام وآثار الطلاق الرجعي والبائن.

المطلب الأول: آثار الطلاق الرجعي.

المطلب الثاني: آثار الطلاق البائن بينونة صغرى.

المطلب الثالث: وأما آثار البائن بينونة كبرى.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالطلاق البائن أو الرجعي.

المبحث الخامس: موقف القانون من الطلاق الرجعي والبائن.

الفصل الثالث: الطلاق المنجز والمضاف والمعلق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: أقوال الفقهاء في حكم التنجيز والتعليق والإضافة.

المبحث الثاني: أثر الطلاق المضاف.

المبحث الثالث: الطلاق المعلق على شرط.

المطلب الأول: أنواع التعليق.

المطلب الثاني: حكم الطلاق المعلق أو اليمين بالطلاق وأثره.

المطلب الثالث: تعليق طلاق المرأة على النكاح.

المطلب الرابع: شروط صحّة التّعليق.

المطلب الخامس: انحلال الطّلاق المعلّق على شرط.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية في الطلاق المنجز والمضاف والمعلق.

المبحث الخامس: موقف القانون من الطلاق المضاف والمعلق.

الفصل الرابع: طلاق المريض مرض الموت والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: التعريف بمرض الموت وسبب اختلاف الفقهاء فيه.

المطلب الأول: التعريف بمرض الموت: لغة وشرعاً.

المطلب الثاني: سبب اختلاف الفقهاء في مرض الموت.

المبحث الثاني: حكم طلاق الفار وآراء الفقهاء في توريث المطلقة فيه.

المبحث الثالث: وقت الإرث.

المبحث الرابع: شروط توريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت.

المبحث الخامس: تعليق الزوج الطلاق البائن في المرض.

المبحث السادس: حكم الفرقة من جهة الزوجة المريضة مرض الموت.

المبحث السابع: القواعد الفقه المتعلقة في طلاق المريض مرض الموت وموقف القانون منه.

الباب الرابع: الفرقة بالخلع والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الفصل الأول: الخلع ومشروعيته.

المبحث الأول: تعريفه ودليله والحكمة من تشريعه.

المطلب الأول: تعريف الخلع لغة وشرعاً.

المطلب الثاني: دليل مشروعيته.

المطلب الثالث: الحكمة من تشريعه.

المبحث الثاني: حكم الخلع.

المطلب الأول: الحكم التكليفي للخلع وصفته.

المطلب الثاني: هل الأصل في الخلع الحظر أم الإباحة؟.

المبحث الثالث: تكييف الخلع.

الفصل الثاني: أركان الخلع وشروطه.

المبحث الأول: شروط الزوج والزوجة.

المطلب الأول: الخلع في مرض الموت أو المرض المخوف.

المطلب الثاني: خلع الزوجة في الحيض أو في طهر مسها فيه الزوج.

المطلب الثالث: خلع الأجنبي.

المبحث الثاني: المعوَّض وهو البضع.

المبحث الثالث: العوض.

المطلب الأول: أقوال الفقهاء في مقدار العوض.

المطلب الثاني: نوع العوض الذي يتم فيه الخلع.

المطلب الثالث: الخلع في مقابل بعض المنافع والحقوق.

المبحث الرابع: الصّيغة.

المطلب الأول: حكم الخلع بالمعاطاة أو بدون صيغة.

المطلب الثاني: ألفاظ الخلع.

المطلب الثالث: شروط الصيغة.

الفصل الثالث: مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع.

الفصل الرابع: حكم الخلع وآثاره .

المبحث الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين ونوع هذه الفرقة.

المطلب الأول: هل الخلع طلاق أم فسخ .

المطلب الثاني: هل تجوز الإقالة في الخلع؟.

المطلب الثالث: أثر الخلاف في أن الخلع طلاق أم فسخ.

المبحث الثاني: أثر الخلع في الحقوق الزوجية.

المطلب الأول: أثر الخلع في الحقوق الزوجية والاختلاف بين الزوجين .

المطلب الثاني: هل يرتدف على المختلعة طلاق؟ .

المطلب الثالث: اشتراط الرجعة في الخلع.

المطلب الرابع: الاختلاف في الخلع أو عوضه.

الفصل الخامس: القواعد الفقهية المتعلقة بالخلع وموقف القانون منه.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالخلع.

المبحث الثاني: موقف القانون من الخلع وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الباب الخامس: التفريق القضائي والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الفصل الأول: التفريق للضرر والشقاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: حالات النشوز وعلاجها.

المبحث الثاني: التحكيم.

المطلب الأول: مهمّة الحكمين.

المطلب الثاني: شروط الحكمين.

المبحث الثالث: نوع الفرقة الثّابتة لأجل الشقاق والضرر.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق لعلة الشقاق والنزاع والضرر .

المبحث الخامس: موقف القانون من التفريق للشقاق والنزاع بين الزوجين.

المبحث السادس: تطبيقات الاجتهادات القضائية .

الفصل الثاني: التّفريق للعلل والعيوب والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: حكم التفريق للعلل والعيوب.

المبحث الثاني: العيوب التي تجيز التفريق.

المبحث الثالث: شروط التّفريق للعيب لدى الفقهاء.

المبحث الرابع: إجراءات التطليق بالعيب وطرق إثباته.

المبحث الخامس: نوع الفرقة الثّابتة بالعيب وطريق وقوعها.

المبحث السادس: القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للضرر والشقاق والعلل والعيوب.

المبحث السابع: موقف القانون من التفريق للعلل والعيوب.

المبحث الثامن: تطبيقات الاجتهادات القضائية.

الفصل الثالث: التفريق لعدم الإنفاق أو الإعسار والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: حكم التفريق للإعسار أو عدم الإنفاق.

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في حالة الإعسار بالنفقة.

المبحث الثالث: حكم الغائب الذي لم يترك مالاً تنفقه زوجته.

المبحث الرابع: شروط التّفريق لعدم الإنفاق عند من يقول به.

المبحث الخامس: التفريق بين الزوجين للإعسار على الفور أم يؤجل.

المبحث السادس: نوع الفرقة بالامتناع عن الإنفاق وطريق وقوعها.

المبحث السابع: التّفريق للإعسار بالصّداق.

المبحث الثامن: القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للإعسار أو عدم الإنفاق.

المبحث التاسع: موقف القانون من التفريق للإعسار أو عدم الإنفاق وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الفصل الرابع: التفريق للغيبة والفقدان والحبس والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: التفريق للغيبة.

المطلب الأول: تعريف الغيبة والفقدان والحبس.

المطلب الثاني: حكم طلب الزوجة التفريق لغيبة الزوج.

المطلب الثالث: المدة التي يجوز التفريق بها للغيبة.

المطلب الرابع: نوع الفرقة المترتبة على الغيبة.

المبحث الثاني: التّفريق للفقدان.

المطلب الأول: حكم التفريق للفقدان.

المطلب الثاني: أثر الفرقة للفقدان.

المطلب الثالث: أثر ظهور المفقود بعد الحكم بموته.

المبحث الثالث: التّفريق للحبس.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للغيبة أو الفقدان أو الحبس.

المبحث الخامس: موقف القانون من التفريق للغيبة والفقد والحبس وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الباب السادس: الفرقة بحكم الشرع والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الفصل الأول: فرقة اللعان والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: المقصود باللعان ومشروعيته.

المطلب الأول: تعريف اللعان .

المطلب الثاني: دليل مشروعية اللعان.

المطلب الثالث: الحكمة من مشروعيته.

المبحث الثاني: حكم اللعان وركنه وشروطه وكيفيته.

المطلب الأول: حكم اللعان.

المطلب الثاني: ركن اللّعان وشروطه.

المبحث الثالث: . تكييف اللعان أو ماهيته: هل ألفاظ اللعان شهادات أو أيمان؟.

المبحث الرابع: كيفية اللعان وصفته وألفاظه.

المطلب الأول: كيفية اللعان وصفته وألفاظه.

المطلب الثاني: ما يثبت به اللعان عند القاضي.

المطلب الثالث: في مندوبات اللعان.

المبحث الخامس: ما يجب عند نكول أحد الزوجين عن اللعان أو رجوعه عنه.

المبحث الساس: الآثار المترتبة على اللعان.

أولاً: سقوط الحد باللعان.

ثانياً: التفريق بين الزوجين.

ثالثاً: انتفاء نسب الولد عن الرجل، وإلحاقه بأمه .

رابعاً: آثار أخرى للّعان عند الشّافعيّة.

المبحث السابع: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة اللعان وموقف القانون منها.

المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة اللعان.

المطلب الثاني: موقف القانون من فرقة اللعان وما عليه العمل في القضاء.

الفصل الثاني: الفرقة بالظهار والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: تعريف الظهار، وحكمه، وأدلته.

المطلب الأول: تعريف الظهار.

المطلب الثاني: حكمه وأدلته.

المبحث الثاني: أركان الظهار وشروطه.

المطلب الأول: شروط المظاهر.

الشرط الأول: البلوغ.

الشرط الثاني: العقل.

الشرط الثالث: الإسلام.

الشرط الرابع: القصد.

المطلب الثاني: شروط المظاهر منها.

الشرط الأول: قيام الزّوجيّة بينهما حقيقةً أو حكماً.

الشرط الثاني: أن يكون التّشبيه موجّهاً إلى الزّوجة كلّها أو إلى جزء منها.

المطلب الثالث: شروط المشبه به.

الشرط الأول: أن يكون المظاهر بها محرمة على المظاهر.

القسم الأول: المحرمات على التأبيد.

القسم الثاني: المحرمات على التأقيت.

الشرط الثاني: أن يكون المظاهر به من جنس النساء.

المطلب الثالث: شروط الصيغة.

المبحث الثالث: آثار الظّهار.

المطلب الأول: حرمة المعاشرة الزوجية قبل التكفير.

المطلب الثاني: وجوب الكفّارة .

المطلب الثالث: خصال كفّارة الظّهار وأنواعها.

المطلب الرابع: شروط كفّارة الظّهار.

المبحث الرابع: انتهاء الظّهار.

المبحث الخامس: القواعد الفقهية المتعلقة بالظهار.

الفصل الثالث: الفرقة بالإيلاء والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: الإيلاء ومشروعيته وحكمه.

أولاً: تعريف الإيلاء .

ثانياً: مصدر تشريعه .

ثالثاً: الحكمة من موقف الشّريعة الإسلاميّة من الإيلاء .

رابعاً: حكم الإيلاء.

المبحث الثاني: أركان الإيلاء وشروطه.

الركن الأول: الحالف.

الركن الثاني: المحلوف به.

الركن الثالث: المحلوف عليه.

الركن الرابع: المحلوف عليها وهي الزوجة.

الركن الخامس: الصيغة.

الركن السادس: مدة الإيلاء.

المبحث الثالث: آثار الإيلاء.

الحالة الأولى: الإصرار على الإيلاء.

أولاً: وقوع الفرقة بالإيلاء.

ثانياً: نوع الطّلاق الحاصل بالإيلاء.

الحالة الثانية: الفيء والحنث باليمين.

المطلب الأول: طرق الفيء.

المطلب الثاني: وقت الفيء.

المطلب الثالث: حكم دخول الطلاق على الإيلاء.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة الإيلاء وموقف القانون منها.

الفصل الرابع: الفرقة بالردة أو إباء الإسلام والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

المبحث الأول: الفرقة بالردة.

المطلب الأول: تعريف الردة لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: الأدلة على وقوع الردة وعقاب المرتد.

المطلب الثالث: شروط الرّدّة وما تقع به الردة.

المطلب الرابع: الآثار المترتبة على الزوجية بسبب الردة.

المطلب الخامس: نوع الفرقة التي تقع بالردة.

المطلب السادس: مدى حاجة الفرقة بين الزوجين بسبب الردة للقضاء.

المبحث الثاني: الفرقة بإباء الإسلام.

المطلب الأول: الإباء لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: دليل مشروعية الفرقة بإباء الإسلام.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على الزوجية بسبب إباء الإسلام.

المطلب الرابع: سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لإباء الإسلام.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة الردة أو إباء الإسلام وموقف القانون منها .

المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة الردة أو إباء الإسلام.

المطلب الثاني: موقف القانون من فرقة الردة أو إباء الإسلام وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الباب السابع: آثار فرق النكاح والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الفصل الأول: الرجعة والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المبحث الأول: تعريفها ودليلها والحكمة من تشريعها .

المطلب الأول: تعريف الرجعة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: دليل مشروعيّة الرّجعة وحكمتها.

المطلب الثالث: حكم الرجعة.

المبحث الثاني: أركان الرجعة وشروطها.

الشّرط الأول: المُرتَجِع.

الشّرط الثّاني: الزوجة المرتجعة (محل الرجعة).

الشّرط الثالث: زمن الرجعة.

الشرط الرابع: وهو شرط خاص بالمولي والمعسر إذا طلق عليهما القاضي.

المبحث الثالث: كيفيّة الرّجعة.

المطلب الأول: الرّجعة بالقول.

المطلب الثاني: الرّجعة بالفعل.

المبحث الرابع: أحكام الرّجعة.

المطلب الأول: من له حق الرجعة وعدم قبول إسقاطه.

المطلب الثاني: الإشهاد على الرّجعة.

المطلب الثالث: إعلام الزّوجة بالرّجعة.

المطلب الرابع: أحكام المرأة الرجعية.

المبحث الخامس: تنازع الزّوجين في الرّجعة.

المبحث السادس: القواعد الفقهية المتعلقة بالرجعة وموقف القانون منها.

المبحث السابع: هدم الطلقات بالزواج الثاني (مسألة الهدم).

المبحث الثامن: القواعد الفقهية المتعلقة بهدم الطلاق وموقف القانون منها.

الفصل الثاني: متعة الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المبحث الأول: تعريف المتعة وحكمة مشروعيتها.

المبحث الثاني: حكم متعة الطلاق.

المبحث الثالث: مقدار المتعة.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بمتعة الطلاق وموقف القانون منها.

المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بمتعة الطلاق.

المطلب الثاني: موقف القانون من متعة الطلاق.

الفصل الثالث: تعويض التعسف في الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: حكم التعويض عن التعسف في الطلاق.

المبحث الثاني: الفرق بين متعة الطلاق وتعويض الطلاق التعسفي.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

المبحث الرابع: موقف القانون من الطلاق التعسفي وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الفصل الرابع: العدة والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المبحث الأول: تعريف العدة، وحكمها الشرعي، وحكمتها، وركنها وسبب وجوبها.

المطلب الأول: تعريف العدة.

المطلب الثاني: حكمها الشرعي.

المطلب الثالث: الحكمة من تشريعها.

المطلب الرابع: ركن العدة وسبب وجوب العدّة.

الفرع الأول: عدة المطلقة قبل الخلوة والدخول.

الفرع الثاني: عدّة المرأة غير المسلمة (الكتابيّة أو الذّمّيّة).

الفرع الثالث: عدّة زوجة المرتدّ.

الفرع الرابع: عدّة الزّانية والعدة في النكاح الباطل.

المبحث الثاني: أنواع العدّة.

المطلب الأول: معتدة بالقروء.

المطلب الثاني: معتدة بالشهور.

المطلب الثالث: معتدة بالحمل.

المبحث الثالث: من أحكام العدد.

المطلب الأول: تحوّل العدّة أو انتقالها.

الفرع الأول: انتقال العدّة أو تحوّلها من الأشهر إلى الأقراء.

الفرع الثاني: تحول العدّة من الأقراء إلى الأشهر.

الفرع الثالث: تحوّل العدّة من القروء أو الأشهر إلى وضع الحمل.

الفرع الرابع: تحوّل المعتدّة من عدّة الطّلاق إلى عدّة الوفاة.

المطلب الثاني: وقت ابتداء العدة.

المطلب الثالث: وقت انقضاء العدة.

المطلب الرابع: تداخل العدتين.

المبحث الرابع: من أنواع العدد.

المطلب الأول: عدة المختلعة.

المطلب الثاني: عدّة الزّوجة المطلّقة دون تعيين أو بيان.

المطلب الثالث: عدّة المرتابة أو ممتدّة الطّهر.

المطلب الرابع: عدّة المستحاضة.

المطلب الخامس: عدّة زوجة الصّغير.

المطلب السادس: عدّة زوجة المجبوب والخصيّ.

المبحث الخامس: واجبات المعتدة وحقوقها.

المطلب الأول: خطبة المعتدّة.

المطلب الثاني: تحريم النكاح.

المطلب الثالث: إحداد المعتدّة.

المطلب الرابع: حرمة الخروج من البيت.

المطلب الخامس: معاشرة المعتدة.

المطلب السادس: النفقة والسكنى في بيت الزوجية.

المطلب السابع: ثبوت الإرث في العدّة:

المطلب الثامن: ثبوت نسب الولد في العدة.

المبحث السادس: القواعد الفقهية المتعقلة بالعدة وموقف القانون منها.

المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعقلة بالعدة.

المطلب الثاني: موقف القانون من العدة وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الخاتمة: أهم النتائج والتوصيات.

أما أهم الصعوبات والعقبات، التي واجهتني خلال إعداد هذا البحث، فهي: أولاً: طول البحث، حيث طبيعته تقتضي الجمع بين موضوعات مادة فقه فرق النكاح وآثارها، وموضوعات مادة القواعد الفقهية وما يشابهها، وقوانين الأحوال الشخصية وشروحها ومذكراتها، والأحكام والاجتهادات القضائية، ثم تناثر مسائله وتشتتها وتداخلها ثانياً، بين كتب القواعد الفقهية وكتب المذاهب الفقهية قديمها وحديثها، وكتب الأحوال الشخصية، وكتب القانون والتشريع، مع الاختلاف البيّن في مناهج تلك الكتب. كذلك ما اضطررت إليه من الرجوع لعدد من مصادر لتطبيقات الاجتهادات القضائية المعاصرة، للتعرف على بعض التطبيقات العملية من واقع القضاء المعاصر.

فدراسة هذا الموضوع تتطلب البحث في المراجع الأصولية والفقهية المتنوعة، والأحوال الشخصية، والمراجع القانونية كذلك، التي تتعرض لتلك الموضوعات. وأخيراً، الرجوع إلى أمثلة وتطبيقات معاصرة من الأحكام القضائية للمحاكم.

كما أن هدف البحث، يحتم الرجوع إلى كتب القواعد الفقهية، لاستخراج تلك القواعد، ولتعريف وتحديد المصطلحات المرتبطة مثل القاعدة الفقهية والضابط الفقهي والأشباه والنظائر والعلاقة بين تلك المصطلحات وحجية القواعد الفقهية وعلاقتها بالتشريعات المعاصرة.

لعلي في هذا العمل، في فقه فُرَقِ النكاحِ وآثارِها، أكون قد جمعت أو قرّبت بين كليات الفقهِ وقواعدِه وأصولِه، وبين فروعِه وجزئياتِه، وبين أقوالِ أهلِ العلمِ المتقدمينَ والمعاصرينَ، مع بيانِ أدلتِهم ومناقشتِها وترجيحِ ما رأيته الأوفقَ منها، دونَ التعصبِ لمذهبٍ أو رأيٍ معينٍ. ثم تطرقتُ بعد ذلك إلى تطبيقاتِها. أولاً:

بما عليه قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة ونصوص قواعدها القانونية، وثانياً: بالاجتهادات والأحكام والمبادىء القضائية.

وفي النهاية: لا يسعني إلا أن أضرعَ إلى الله بالشكر والثناء، على نِعَمِهِ الكثيرةِ، التي لا تُعدُّ ولا تُحصى، وما وفقني إليه، فله الحمدُ أولاً وآخراً.
فإن وُفقتُ في هذا، فمِنَ اللهِ وحدَه، ولهُ الحمدُ والشكرُ، وإن قصَّرتُ أو أخطأتُ، فحسبي أنني قد بذلت جُهدي، ولله الحمد والشكر في كل حال.

ثم لا بد أن أتوجه بالشكر والتقدير والاحترام، إلى فضيلة الأستاذ الدكتور حمزة حمزة، الذي تفضل مشكوراً بالإشراف على هذه الرسالة، حيث كان يعرض على أرائه ومقترحاته، وأضاء لي الكثير من جوانب البحث، فكان نعم العون لي بعد الله تعالى في تجاوز إشكالات البحث، أجزل الله له المثوبة، ونفع بعلومه الإسلام والمسلمين.

وأتوجه بالشكر أيضاً لكلية الشريعة بجامعة دمشق، التي يسرت لنا السبل، وذللت لنا العقبات. وللسادة الأساتذة الأفاضل الذين سيناقشون هذا البحث، تقديراً لجهودهم، واعترافاً بفضلهم، راجياً من الله تعالى أن يجزيهم خيراً.

أسأل الله عزَّ وجلَّ التوفيقَ والسدادَ والقبولَ، وأن ينفع بهذه العمل، ويجعلَه خالصاً لوجهه الكريم، وأن يغفر لي ولوالديّ ولمشايخي، ولجميع المسلمين.
﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِى أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِى أَنْعَمْتَ عَلَىَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَىَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِى بِرَحْمَتِكَ فِى عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وأتباعه أجمعين
والحمد لله رب العالمين.

الباب الأول

القواعدُ الفقهيةُ وفُرَقُ النّكاح

الفصل الأول: معنى القواعد الفقهية والفرق بينها وبين ما يشبهها

المبحث الأول: تعريف القواعد الفقهية.

المبحث الثاني: الفرق بين القواعد الفقهية وما يشبهها.

المطلب الأول: الفرق بين القاعدة والضابط.

المطلب الثاني: الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية.

المطلب الثالث: الفرق بين القواعد الفقهية والنَّظريات.

المطلب الرابع: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة المقاصدية.

المطلب الخامس: بيان معنى الأصول والفروق والأشباه والنظائر.

الفرع الأول: بيان معنى الأصول.

الفرع الثاني: الفروق الفقهية.

الفرع الثالث: بيان معنى الأشباه والنظائر.

الفصل الثاني: أهمية القواعد الفقهية ومصادرها وحجيّتها.

المبحث الأول: فوائد القواعد الفقهية وأهميتها ومكانتها .

المبحث الثاني: مصادر وأدلة القواعد الفقهية.

المبحث الثالث: حجية القواعد الفقهية وحكم الاستدلال بها على الأحكام القضائية.

الفصل الثالث: أقسام القواعد الفقهية وخصائصها وعلاقتها بالقواعد القانونية.

المبحث الأول: أنواع القواعد الفقهية وأقسامها.

المبحث الثاني: خصائص القواعد الفقهية وصياغات نصوصها.

المبحث الثالث: دور القواعد الفقهية في تقنينات الفقه الإسلامي عامة .

والأحوال الشخصية خاصة.

الفصل الرابع: فُرَق النّكاح والألفاظ ذات الصلة.

المبحث الأول: تعريف فرق النكاح والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الأول: تعريف فرق النكاح.

المطلب الثاني: تعريف المصطلحات ذات الصلة.

المبحث الثاني: أقسام فرق النكاح.

المطلب الأول: الحالات التي تقع فيها الفرقة بين الزوجين.

المطلب الثاني: أهم الفروق بين فُرَق النكاح.

المبحث الثالث: القواعد والضوابط فيما يعتبر طلاقاً وما يعتبر فسخاً وموقف القانون منها.

الفصل الخامس: مشروعية الفرقة في النكاح وحكمها.

المبحث الأول: مشروعية الفرقة في النكاح والقواعد المتعلقة بذلك.

المطلب الأول: مشروعية الفرقة في النكاح.

المطلب الثاني: حكمة مشروعية الطلاق.

المطلب الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بحكمة مشروعية فرق النكاح.

المبحث الثاني: حكم الفرقة في النكاح وصفتها والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المطلب الأول: حكم الفرقة في النكاح.

المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة في حكم الطلاق.

الفصل الأول

معنى القواعد الفقهية والفرق بينها وبين ما يشبهها

المبحث الأول

تعريف القواعد الفقهية

لا بدّ قبل أن نعرّف القواعد الفقهية باعتبارها لقباً لنوع معين من القواعد، أن نعرف معاني جزئيها اللذين تركبت منهما، وهما:

(القواعد) و(الفقهية) لأن معناها اللقبي ليس بمعزل عن معاني ما تركبت منه[١].

ويلاحظ أن أغلب من تعرض إلى تعريف القواعد الفقهية قد اقتصر على تعريف أحد الجزئين وهو القواعد، فكان تعريفهم تعريفاً للقواعد بمعناها العام وليس تعريفاً خاصاً بالقواعد الفقهية.

وقد أدى السير على هذا المنهج إلى طائفة من الإشكالات والاعتراضات على التعريفات من قبل المؤلفين المعاصرين[٢]، كونها غير مانعة من دخول القواعد غير الفقهية، وكونها ليست كلية بل أغلبية[٣].

وحتى نتخلص من هذه الإشكالات والاعتراضات، رأينا أن نُعرِّف القاعدة بمعناها العام، ثم نعرفها بالمعنى الخاص للقواعد الفقهية[٤].

لذلك سوف يتضمن هذا المبحث المطالب الآتية:

---

[١] العلائي: المجموع المذهب في قواعد المذهب، تحقيق محمد عبد الغفار الشريف- الكويت: وزارة الأوقاف، ١٩٩٤م.٢٧/١، الباحسين: القواعد الفقهية، ص ١٣، الزركشي: المنثور في القواعد– تحقيق تيسير فائق - الكويت: وزارة الأوقاف، ١٤٠٤هـ. ٩/١.

[٢] الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب: القواعد الفقهية – الرياض: مكتبة الرشد، ١٩٩٨م. ٢٧/١.

[٣] المقري: القواعد، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، مكة المكرمة: جامعة أم القرى، ١٠٥/١، الباحسين: القواعد الفقهية، ص ١٤.

[٤] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ١٤.

المطلب الأول

تعريف القواعد

القواعد لغة:

القواعد جمع قاعدة، والقاعدة أصل الأسِّ، والقواعد: الأساس، وقواعد البيت أساسه، قال تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِيمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنتَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ﴾[البقرة:١٢٧]، وقال تعالى: ﴿فَأَتَى ٱللَّهُ بُنْيَٰنَهُم مِّنَ ٱلْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ ٱلسَّقْفُ مِن فَوْقِهِمْ﴾[النحل:٢٦].

قال الزجاج[١]: القواعد أساطين البناء التي تعمده، وقواعد الهودج خشبات أربع معترضة في أسفله، تركب عيدان الهودج فيها[٢].

وقواعد السحاب: أصولها المعترضة في آفاق السماء، شبهت بقواعد البناء[٣].

وجاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم حين سأل عن سحابة مرت فقال: كيف ترون قواعدها وبواسقها[٤]. قال ابن الأثير[٥]: أراد بالقواعد ما اعترض منها وسفل تشبيها بقواعد البناء[٦].

وقالوا في المرأة التي قعدت عن الحيض والأزواج: قاعد والجمع قواعد، ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱلْقَوَٰعِدُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ ٱلَّٰتِى لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾[النور:٦٠].

ومن معاني القاعدة في اللغة الضابط، وهو الأمر الكلي ينطبق على جزئيات مثل قولهم: كل أذون ولود وكل صموخ بيوض[٧].

والخلاصة: أن المعنى العام الذي تدور حوله الاستعمالات اللغوية لكلمة قاعدة هو الأصل والأساس، يستوي أن يكون ذلك في الحسيات كقواعد البناء، أو في المعنويات كقواعد الإسلام مثلاً[٨].

---

[١] الزجاج (٢٤١–٣١١هـ) إبراهيم بن السري بن سهل. اللغوي، المفسر. أقدم أصحاب المبرد، قال ابن خلكان كان من أهل العلم والأدب والدين، له (معاني القرآن)، و(الأمالي) [ابن خلكان: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان- بيروت: دار صادر،٣١/١، ابن العماد الحنبلي: شذرات الذّهب في أخبار من ذهب - بيروت: دار الفكر، ٢٥٩/٢]

[٢] ابن منظور: لسان العرب- بيروت: دار صادر، ١٩٩٤، الفيروزآبادي:القاموس المحيط - بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٨٢ "مادة قعد"

[٣] المراجع السابقة، "مادة قعد".

[٤] البيهقي: شعب الإيمان، ١٥٨/٢.رقم ١٤٣١. المتقي الهندي: كنز العمال في سنن الاقوال والأفعال- بيروت: مؤسسة الرسالة، رقم ١٥٢٤٨ ١٧٤/٦.

[٥] ابن الأثير(٥٤٤-٦٠٦هـ) المبارك بن محمد بن محمد، أبو السعادات مجد الدين الجزري. ولد في جزيرة ابن عمر. تنقل في الولايات وولي ديوان الإنشاء في الموصل. أصابه مرض كف أطرافه ومنعه الكتابة فانقطع في بيته. قيل إنه ألف تصانيفه في زمن مرضه إملاء على طلبته. له: (النهاية في غريب الحديث)، (جامع الأصول في أحاديث الرسول) [طبقات الشافعية١٥٣/٥، السيوطي: بغية الوعاة ٢٧٤/٢]

[٦] ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر الزاوي، ومحمود الطناحي، دار الفكر، بيروت. ٨٧/٤

[٧] مصطفى، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط– القاهرة: مجمع اللغة العربية، بيروت: دار إحياء التراث مادة "قعد"، ومعنى هذا الضابط: إن ما كان له أذن خارجية فهو يتكاثر عن طريق الولادة، وما كان له صماخ –أذن وسطى فقط- فهو يتكاثر عن طريق البيض كالطيور والسمك.

[٨] الندوي، علي: القواعد الفقهية نشأتها وتطورها- دمشق: دار القلم، ١٤٠٦هـ، ص ٣٩. ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية، ص١. الروكي، محمد: نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء-الرباط: كلية الآداب والعلوم الإنسانية –جامعة محمد الخامس، ١٩٩٤، ص ٤٢.

القاعدة في الاصطلاح العام:

لم يضع الفقهاء والأصوليون – فيما أعلم – تعريفاً للقاعدة قبل القرن الثامن الهجري، وقد كثرت تعريفاتهم لهذا المصطلح في هذه الفترة والتي بعدها[١] وسوف أذكر أهم التعريفات ثم أعقب عليها.

تعريف الإمام صدر الشريعة[٢]:

عرف الإمام صدر الشريعة القواعد بأنها (القضايا الكلية)[٣].

شرح التعريف:

القضية في الاصطلاح: قول يحتمل الصدق والكذب لذاته[٤].

الكلية: هي الحكم على كل فرد[٥].

ملاحظة: إن معنى قولهم القاعدة قضية كلية: أي محكوم فيها على كل فرد، لا ما كان موضوعها كلياً، وإن هذا لا ينفي أن يكون موضوعها كلياً، إلا أن مجرد كلية موضوعها لا يكفي[٦].

ومعنى القضايا الكلية عند صدر الشريعة: ما تكون إحدى مقدمتي الدليل على مسائل الفقه[٧].

فالقواعد التي يتوصل بها إلى الفقه هي القضايا الكلية التي تقع كبرى لصغرى سهلة الحصول.. [٨].

تعريف الإمام تاج الدين السبكي[٩]:

عرف الإمام السبكي القاعدة بأنها: (الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها)[١٠].

شرح التعريف: قوله: الأمر الكلي المراد به القضية الكلية أي المحكوم فيها على كل فرد.

قوله تفهم أحكامها منها، أي تعرف أحكام جزئيات موضوع القاعدة من القاعدة، ويكون ذلك بأن نجعل القاعدة الكبرى قياساً ونضم إليها صغرى سهلة الحصول، ومحمولها نفس موضوع القاعدة، فتخرج النتيجة ناطقة بحكم ذلك الجزئي، فمثلا نقول: أقيموا الصلاة، أمر، والأمر للوجوب حقيقة، فينتج عنها الصلاة واجبة[١١].

---

[١] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ١٩

[٢] صدر الشريعة الأصغر(٧٤٧هـ) عبيد الله بن مسعود المحبوبي الحنفي، صدر الشريعة الأصغر. فقيه، أصولي، جدلي، محدث، مفسر، نحوي، لغوي، أديب، متكلم، له (شرح الوقاية)، (النقاية شرح الوقاية)، (التنقيح)، وشرحه (التوضيح) [الفوائد البهية ص١٠٩، معجم المؤلفين٦/٢٤٦، الزركلي: الأعلام- بيروت: دار العلم للملايين، ٤/٣٥].

[٣] صدر الشريعة، عبيد الله بن مسعود: التوضيح شرح التنقيح ومعه التلويح للتفتازاني - بيروت: دار الأرقم بن أبي الأرقم، ١/٣٤

[٤] الجّرجاني: التّعريفات – بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٩٨، ص ١٨٤. التفتازتني: التلويح، ١/٣٥

[٥] وهبة، مراد: المعجم الفلسفي – القاهرة: دار قباء، ١٩٩٨م، ص٥٣٢-٥٣٣.

[٦] المحلي: المحلي علي جمع الجوامع لابن السبكي، بيروت: دار الفكر ١/٣١. الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٢٠.

[٧] صدر الشريعة: التوضيح شرح التنقيح ١/٣٥.

[٨] التفتازاني: التّلويح على التوضيح - بيروت: دار الأرْقم بن أبي الأرقم، ١٩٩٨، ١/٣٦

[٩] تاج الدين السبكي(٧٢٧-٧٧١هـ) عبد الوهاب بن علي، من كبار الشافعية. ولد بالقاهرة. تفقه على أبيه وعلى الذهبي. درس بمصر والشام، وولي القضاء بالشام، له (طبقات الشافعية)؛ (جمع الجوامع)؛ (ترشيح التوشيح وترجيح التصحيح).[شذرات الذهب٦/٢٢١؛ الأعلام٤/٣٢٥].

[١٠] ابن السبكي، عبد الوهاب بن علي: الأشباه والنظائر، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ.١/١١.

[١١] الفاداني، محمد ياسين : الفوائد الجنية على المواهب السنية شرح الفرائد البهية، بيروت: دار البشائر الإسلامية، ١٤١١هـ،١/٨٧.المحلي: شرح المحلي على جمع الجوامع١/٣٢. الحموي: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، بيروت: دار الكتب العلمية، ١/٣٢

ويستنتج من تعريف السبكي؛ أن الكلي لا يكون قاعدة، إلا إذا انطبق على جزئيات كثيرة، فيخرج بذلك ما ليس له جزئيات كثيرة فلا يكون قاعدة.

فقولنا: الشمس تذيب الثلوج لا يعتبر قاعدة، لعدم وجود الجزئيات الكثيرة[١].

تعريف السيد الشريف الجرجاني[٢]:

عرف السيد الشريف الجرجاني القاعدة بأنها: قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها[٣].

ويلاحظ أن تعريفه للقاعدة يوافق تعريفه للقانون، إلا أنه في تعريفه للقانون فصل واستبدل القضية بالأمر[٤]، فقال: القانون أمر كلي منطبق على جميع جزئياته التي يتعرف على أحكامها منه[٥].

تعريف الإمام ابن النجار[٦]:

عرف الإمام ابن النجار القاعدة بأنها: أمر كلي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها[٧].

ونلاحظ أن تعريفه قريب من تعريف الإمام السبكي وقد سبق شرحه فلا داعي لإعادته.

وقد ذكر ابن النجار للقاعدة تعريفاً آخر فقال بأنها: عبارة عن صورة كلية تنطبق كل واحدة منها على جزئياتها التي تحتها[٨].

وقد أشار محقق الكتاب إلى أن المراد بالصور: القضية أو الأمر[٩].

وبما أن القواعد لا تكون إلا صوراً كلية لم يحتج إلى تقييدها – أي كلمة القواعد – بالكلية.

مثال: لو قلنا: الحيل في الشرع باطلة، فمما يتعرف بالنظر في هذه القضية عدم صحة نكاح المحلل وعدم صحة بيع العينة[١٠].

هذا وهناك تعريفات أخرى للقاعدة لم أذكرها خشية الإطالة وسوف أشير في الهامش إلى مظانها[١١] ليرجع إليها من أراد الاستزادة.

---

[١] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٢٣-٢٤

[٢] الجرجاني(٧٤٠–٨١٦هـ) علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف، أبو الحسن الحسيني الحنفي. فريد عصره وسلطان العلماء العاملين. ولد في تاكو (قرب إستراباد) ودرس في شيراز وتوفي بها. له (التعريفات)، (شرح مواقف الإيجي)، (شرح السراجية) [السّخاوي: الضّوء اللامع لأهْل القرن التاسع- بيروت: دار مكْتبة الحياة ٣٢٨/٥، الفوائد البهية ١٢٥، الأعلام ٧/٥].

[٣] الجرجاني: التعريفات، ص ١٧٧.

[٤] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٢٧.

[٥] الجرجاني: التعريفات، ص ١٧٧

[٦] ابن النجار (٨٩٨-٩٧٢هـ) محمد بن أحمد بن عبد العزيز البهوتي المصري الفتوحي، أخذ العلم عن كبار العلماء كالسخاوي. تولي وظيفة قاضي قضاة الحنابلة بمصر. له (حواش على كتاب منتهي الإدارات) و(شرح الكواكب المنير)، و(حاشية على عصام الدين السمرقندي) [معجم المؤلفين٢٩٤/٨، الأعلام٢٣٣/٦، خلاصة الاثر ٣٩٠/٣]

[٧] ابن النّجار، محمّد: شرح الكوكب المنير، تحقيق د. محمد الزحيلي، ونزيه حماد، كلية الشريعة بمكة، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٠م، ٣٠/١.

[٨] المرجع السابق، ٤٥/١-٤٤.

[٩] المرجع السابق.

[١٠] المرجع السابق.

[١١] الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير– بيروت: المكتبة العلمية. مادة "قعد"، ابن الهمام: التحرير، ١٥/١، المحلي: شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ٣١/١-٣٢، الكفوي، أبو البقاء: الكليات، دمشق: منشورات وزارة الثقافة، ص ٧٢٨. السيوطي: الأشباه والنظائر في النحو- بيروت: مؤسسة الرسالة، ١١/١. البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع - بيروت: دار الفكر، ١٩٨٢، ١٦/١.

تعقيب:

إذا تأملنا التعريفات السابقة أمكننا أن نخرج بالنتائج التالية:

١-أن بعضها ذكر أن القاعدة قضية كتعريف صدر الشريعة والجرجاني مثلا وبعضا ذكر أنها أمر كتعريف السبكي وانفرد ابن النجار بتعريفها بأنها صورة.

٢-إن التعبير عن القاعدة بالأمر فيه من التعميم ما ليس في القضية وذلك لاشتماله على المفردات الكلية التي تعتبر قواعد، كقضايا الكون والعالم الخارجي التي لم يحكم فيها، إلا أن نعت القاعدة بالقضية أتم وأشمل لتناولها جميع الأركان على وجه الحقيقة.

٣-إن التعبير عن القاعدة بالصورة بدلاً من الأمر أو القضية، ليس مألوفاً ويتسم بالتعميم وعدم الوضوح[١]، فصورة الشيء: ما يؤخذ منه عند حذف المشخصات، أو ما به يحصل الشيء بالفعل[٢]، أو ماهيته المجردة وخياله في الذهن أو العقل، وصورة المسألة صفتها[٣].

٤-اتفقت التعريفات السابقة على أن القاعدة كلية، سواء عبر عنها بأنها قضية أو أمر أو صورة وهذا النعت يعد أمرا أساسيا، لأن معنى القاعدة لا يتحقق بدونه[٤].

٥-إن ما ورد في تعريفاتهم للقاعدة من أنها تنطبق على جميع جزئياتها لتعرف أحكامها منها.. يرجع إلى كلية القضية، فأحكام الجزئيات معلومة حينئذ لدخولها في الحكم الكلي، وقد بينا سابقا كيفية التعرف على أحكام الجزئيات من القاعدة وتسمى هذه العملية بالتخريج [٥].

وبناء على ما سبق فإن التعريفات التي ذكرت أن القاعدة هي قضية أو أمر كلي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها اشتملت على أمرين:

الأول: تعريف القاعدة وهو قولهم قضية كلية أو أمر كلي.

الثاني: عملية التخريج وهو قولهم لتتعرف أحكامها منها.

فالتعريفات أضافت إلى معنى القاعدة نتائجها وثمراتها، ولم تضف معنى جديداً؛ لأن القاعدة لا يمكن أن تكون كلية إلا إذا انطبقت على جميع أفرادها.

والخلاصة: أنه يكفي في تعريف القاعدة، أن نقول أنها قضية كلية، أو أمر كلي، وإن كنت أميل إلى استعمال القضية للأسباب التي ذكرتها سابقاً[٦].

إن القواعد في سائر العلوم لا تخلو عن الشواذ والمستثنيات، لهذا فإن الكلية كلية نسبية لا شمولية مع ملاحظة أن تلك المستثنيات لا تقدح في كليتها. ولكن ما يجدر ذكره أن القواعد العقلية هي الوحيدة التي لا تقبل الاستثناء[١].

---

[١] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٣٢-٣٣

[٢] الجرجاني: التعريفات، ص ١٣١

[٣] الفيومي: المصباح المنير، ٣٧٦/١. الزيات: المعجم الوسيط، ٥٣/١

[٤] الباحسين: القواعد الفقهية، ص٣٢. ابن النجار: شرح الكوكب المنير، ٤٥/١، الحصني: القواعد مختصر قواعد العلائي، تحقيق عبد الرحمن الشعلان وجبريل بن محمد بصيلي، رسالة ماجستير من كلية الشريعة بالرياض ١٤٠٥هـ، ٢٢/١-٢٣

[٥] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٣٥-٣٦ باختصار.

[٦] المرجع السابق، ص ٣٧.

المطلب الثاني
تعريف الفقهية

الفقهية نسبة إلى الفقه، وهي قيد في القواعد وبه يخرج ما ليس فقهياً كقواعد الفلسفة والكيمياء[٢].. إلخ، وسوف نشرح معنى الفقه لغة واصطلاحاً حتى تتضح الصورة.

الفقه لغة: الفقه هو العلم بالشيء والفهم له والفطنة...، وفاقهه أي باحثه في العلم[٣]..

ومن ذلك قول الكتاب الكريم: ومن ذلك قول الكتاب الكريم: ﴿قَالُوا يَٰشُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ﴾[هود:٩١]، ﴿وَإِن مِّن شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِۦ وَلَٰكِن لَّا تَفْقَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ﴾[الإسراء:٤٤].

غير أن بعض أهل العلم قال: الفقه في اللغة إدراك الأشياء الخفية الدقيقة، كما في قوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِىٓ أَنشَأَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ قَدْ فَصَّلْنَا ٱلْآيَٰتِ لِقَوْمٍ يَفْقَهُونَ﴾[الأنعام:٩٨]، فلذلك تقول: فقهت كلامك ولا تقول فقهت السماء والأرض، وعلى هذا النقل لا يكون لفظ الفقه مرادفا للفظ العلم والشعر والطب[٤].

ولفظ الفقه: من المصادر التي تؤدى معناها، وكثيرا ما يراد منها متعلق معناها كالعلم بمعنى المعلوم، والعدل بمعنى العادل.

الفقه اصطلاحاً: هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية [٥].

شرح التعريف:

العلم: هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع. وقيل العلم صفة راسخة يدرك بها الكليات والجزئيات[٦]. والعلم جنس يدخل فيه سائر العلوم.

قوله بالأحكام: قيد خرج به العلم بالذوات والصفات والأفعال.

قوله الشرعية: الشرعية هو ما تتوقف معرفتها على الشرع، وهذا القيد خرج به: العلم بالأحكام العقلية، كالعلم بأن الواحد نصف الاثنين.

العلم بالأحكام اللغوية كالقول بأن الفاعل مرفوع.

العلم بالأحكام الحسية كالعلم بأن الشمس مشرقة.

العلم بالأحكام التجريبية[٧] كالعلم بأن مجموع زوايا المثلث ١٨٠ درجة.

---

[١] الندوي: القواعد الفقهية، ٤٥-٤٤ . الروكي، محمد، القواعد الفقهية من خلال الإشراف للقاضي عبد الوهاب المالكي– دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية، ٢٠٠٣هـ، ص ١٠٨. ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية، ٣.

[٢] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٣٨، الشريف: مقدمة تحقيق المجموع المذهب، ٣٣/١.

[٣] الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ٢٩١/٤، الرازي: مختار الصحاح- بيروت: دار الفكر العربي، ١٩٩٧، مادة "فقه" ص ٥٠٩.

[٤] ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير شرح التحرير في علم الأصول - بيروت: دار الفكر، ١٩٩٦، ٢٧/١.

[٥] البيضاوي: منهاج الوصول، ١٩/١.

[٦] الجرجاني: التعريفات، ١٦٠-١٦١.

[٧] البدخشي: مناهج العقول على منهاج الوصول- دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥م، ١٩/١.

قوله العملية: المراد بالعملية ما يتعلق بالعمل، وهذا القيد خرج به العلم بالأحكام الشرعية الاعتقادية كالعلم بكون الله سميعا بصيراً[١].

قوله المكتسب: قيد خرج به علم الله تعالى لأنه ليس مكتسبا.

قوله من أدلتها: قيد خرج به علم الملائكة وعلم الرسل عليهم الصلاة والسلام لأنه حاصل بالوحي.

والمكتسب: مرفوع على الصفة للعلم[٢].

والدليل اصطلاحاً: هو الذي يلزم من العلم به العلم بشيء آخر[٣].

قوله التفصيلية: قيد خرج به العلم الحاصل للمقلد في المسائل الفقهية، فعلمه مكتسب من دليل إجمالي لا من أدلة تفصيلية، فالمقلد لا يستدل على كل مسألة بدليل مفصل يخصها، بل بدليل واحد يعم الجميع[٤].

معنى الفقه في الصدر الأول:

وقد غلب في الصدر الأول، استعمال الفقه في فهم أحكام الدين جميعها، أي فهم كل ما شرع الله لعباده من الأحكام، سواء أكانت متعلقة بالإيمان والعقائد وما يتصل بها، أم كانت أحكام الفروض والحدود والأوامر والنواهي والتخيير والوضع، فكان مرادفاً إذ ذاك لكلمات " شريعة، وشرعة، وشرع، ودين " التي كان يفهم من كل منها النوعان جميعاً. وكما كان اسم الفقه يطلق على فهم جميع هذه الأحكام، كان يطلق على الأحكام نفسها، ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: (رب حامل فقه غير فقيه، ورب حامل فقه إلى من هو أفقه منه)[٥].

وهذا الاستعمال الجامع قد استمر أمداً ليس بالقصير، يرشدنا إلى هذا ما نقل عن الإمام أبى حنيفة: من أن الفقه هو معرفة النفس ما لها وما عليها[٦]، وما هذه المعرفة إلا معرفة أحكام الله بنوعيها، كما أنه سمى سمى كتابة في العقائد " الفقه الأكبر ".

ثم تغير هذا الاستعمال ودخل التخصيص على اسم الفقه، ونشأ اصطلاح للأصوليين، وآخر للفقهاء.

معنى الفقه عند الأصوليين:

ذهب جمهور الأصوليين[٧] إلى أن الفقه هو: معرفة الأحكام الشرعية بالاستدلال أو التي طريقها الاجتهاد[٨]، أو من طريق أدلتها التفصيلية[٩]. وليس الاستدلال بمعنى الاجتهاد شرطاً لحصول هذا العلم،

---

[١] الإسنوي: نهاية السول في شرح منهاج الأصول، -بيروت: دار ابن حزم، ١٩٩٩، ١/٢٠-٢١.

[٢] المرجع السابق، ١/٢١.

[٣] الجرجاني: التعريفات، ص١٠٩.

[٤] الأسنوي: نهاية السول، ١/٢٢.

[٥] أبو داود: سنن أبي داود، باب فضل نشر العلم، ٣/٣٢١، برقم ٣٦٦٠ . الترمذي: سنن الترمذي، باب ما جاء في الحث على تبليغ السماع، ٥/٣٣، برقم ٢٦٥٦. ابن ماجه: سنن ابن ماجة، باب من بلغ علما، ١/٨٤. برقم ٢٣٠.

[٦] انظر:الزركشي: المنثور في القواعد-الكويت:وزارة الأوقاف١٤٠٥هـ،١/٦٨، الشوكاني، محمّد بن علي: إرْشاد الفحول إلى تحْقيق الحق من علْم الأصول- بيروت: دار الكتب العلميّة، ١/١٧.

[٧] الغزالي: المسْتصفى من علم الأصول- بيروت: دار الكتب العلميّة، ١٩٩٠. ١/٤، الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام- دار الكتاب العربي،١٩٨٦. ١/٢٢-٢٣، الجويني: البرهان في أصول الفقه- ط٤. - المنْصورة: دار الوفاء، ١/٨٥، الشوكاني: إرشاد الفحول، ٣. التفتازاني: التلويح على التوضيح، ١/١٩، الشيرازي، إبْراهيم بن علي: اللمع، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ص ٦. ابن الحاجب: منتهى الوصول والأمل، ٣.

[٨] الشيرازي: اللمع في أصول الفقه، ١/٦.

[٩] الشوكاني: إرشاد الفحول١/١٨، البعلي: القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام، القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، ١/٤. ١/٤.

العلم، ويجب أيضاً أن تكون مع هذا ملكة الاستنباط الصحيح من الأحكام الشرعية التي نزل بها الوحي، أو انعقد عليها الإجماع. فالفقيه على هذا من كان أهلا للاجتهاد وإن لم يقع منه اجتهاد.
فالعلم بالأحكام العقلية والحسية والوضعية كأحكام الحساب والهندسة والموسيقى والنحو والصرف لا يسمى فقهاً، لأنه علم بأحكام ليست بشرعية. وعلم أحكام أصول الدين وأصول الفقه ليس فقها، لأنها أحكام شرعية علمية وليست عملية.

معنى الفقه في اصطلاح الفقهاء:

يستعمل اسم الفقه في اصطلاح الفقهاء للدلالة على أحد معنيين، أحدهما: حفظ طائفة من مسائل الأحكام الشرعية العملية الواردة بالكتاب والسنة وما استنبط منها، سواء حفظت مع أدلتها أم حفظت مجردة عن هذه الدلائل.
فاسم الفقيه عندهم ليس خاصاً بالمجتهد كما هو اصطلاح الأصوليين، بل يتناول المجتهد المطلق، والمجتهد المنتسب، ومجتهد المذهب، ومن هو من أهل التخريج وأصحاب الوجوه، ومن كان من أهل الترجيح، ومن كان من عامة المشتغلين بهذه المسائل.

والمعنى الثاني الذي يطلق عليه اسم الفقه: مجموعة هذه الأحكام والمسائل الشرعية العملية[1].
فإذا ذكرت دراسة الفقه أو فهم الفقه، أو ما ورد في الفقه، أو التأليف في الفقه، أو كتب الفقه أو ما هو من هذا القبيل، فإنهم لا يعنون إلا هذه المجموعة التي تحتوى على الأحكام الشرعية العملية التي نزل بها الوحي، قطعية كانت أو ظنية، وعلى ما استنبطه المجتهدون على اختلاف طبقاتهم، وعلى ما اهتدى إليه أهل التخريج والوجوه، وعلى ما ظهرت روايته واشتهرت وما لم يكن كذلك، وعلى الأقوال الصحيحة والأقوال الراجحة والأقوال غير الصحيحة والمرجوحة والضعيفة والشاذة، وعلى ما أفتى به أهل الفتوى في الواقعات والنوازل، وإن لم يقم على استنباط، ولم يكن إلا تطبيقاً للأحكام المقررة، وعلى بعض ما احتيج إليه من مسائل العلوم الأخرى، كبعض أبواب الحساب التي ألحقت بالوصايا والمواريث، وعلى ما رآه متأخروا الفقهاء الذين ليسوا من أهل الاجتهاد ولا التخريج من طريق ما سموه تفقها، أو استظهارا أو أخذاً، أو أشبه ذلك، فكل هذا الذي ذكرنا قد اندمج بعضه ببعض وصار فقها.

ولكل مذهب من المذاهب الفقهية مجموعته الخاصة التي تنسب إليه، فيقال فقه مذهب أبي حنيفة، وفقه مذهب مالك وفقه مذهب الشافعية، وفقه مذهب الحنابلة، وهكذا. ومنذ الأزمنة البعيدة وجدت مجموعة عامة شاملة لفقه المذاهب الفقهية كلها أو أشهرها، وهى التي اختصت باسم اختلاف الفقهاء، والمجموعات الخاصة والمجموعات العامة كلاهما يتناوله اسم الفقه.

والفقه بهذين المعنيين يطلق عليه أيضا علم الفروع، أو الفروع، إما في مقابلة العقائد وأصول الدين، لأن التصديق بالأحكام العملية فرع للتصديق بالعقائد، وإما في مقابلة أصول الفقه لتفرع تلك الأحكام عن أصولها وأدلتها التي هي موضوع أصول الفقه.

---

[1] انظر: مقدمة الموسوعة الفقهية الكويتية - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٢/١-١٥

وقد يطلق الفقهاء اسم الفروع أيضا على بعض المسائل المتفرعة على أصول المسائل الفقهية الكلية.

المطلب الثالث
تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علماً ولقباً لقواعد معينة

التعريفات التي مرت سابقاً، هي تعريفات للقاعدة بمعنى عام، ولم يقصد أصحابها أن تكون تعريفاً خاصاً بالقواعد الفقهية[١].

وقد وجد من العلماء السابقين[٢] من وضع تعريفاً خاصاً بالقواعد الفقهية، منهم: أبو عبد الله المقري[٣]، وأحمد بن محمد الحموي[٤]، هذا بالإضافة إلى تعريفات العلماء المعاصرين، وسوف أذكر تعريف المقري، وتعريف الحموي، نظراً لأهميتها، ثم أعقب عليهما، وبعد ذلك سوف أذكر تعريفات بعض العلماء المعاصرين ثم أذكر التعريف المختار.

تعريف المقري:

عرَّف أبو عبد الله المقري القاعدة الفقهية بأنها: كل كليّ هو أخصّ من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة وأعمّ من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة[٥].

شرح التعريف:

الكليّ: الحكم العام الذي ينطبق على مجموعة من الأفراد المتجانسة المندرجة فيه..

الأصول: أصول الشرع قواعده العامة الثابتة بالاستقراء[٦]، أي باستقراء النصوص أو تتبع مقاصد الشريعة، لهذا فالأصل أعمّ من النصِّ، وقد يكون أقوى منه، وبالتالي كانت الأصول أوسع نطاقاً من القواعد الفقهية.

لكن القاعدة الفقهية، أعم من الضابط الفقهي الذي يجمع الفروع الفقهية من باب واحد[٧].

تعقيب:

١- نلاحظ أن المقري استخدم في تعريفه للقاعدة الفقهية ما يتوقف فهم معناه على فهم معناها؛ كالضابط مثلاً، فهو عندهم قاعدة فقهية، لكنها تجمع فروعاً فقهية من بابٍ واحد، فيكون في تعريفه دور ممتنع[١].

---

[١] الباحسين: القواعد الفقهية، ٣٦.

[٢] المصدر السابق، ص ٤٠.

[٣] ابن المقري (٧٥٥–٨٣٧هـ) إسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله المقري اليمني، شرف الدين، أبو محمد. فقيه شافعي، محقق باحث مدقق مشارك، مهر في الفقه والعربية والأدب، درس بمدارس منسوبة إلى ملوك قطرة. له (روض الطالب) وهو مختصر الروضة للنووي، و(الإرشاد في الفقه الشافعي) [الضوء اللامع٢٩٢/٢، ومعجم المؤلفين ٢٦٢/٢].

[٤] الحموي (١٠٩٨هـ) أحمد بن محمد، شهاب الدين الحموي المصري الحنفي، فقيه، مشارك. قام بالتدريس في المدرسة السلمانية. له (حاشية على الدرر والغرر) و(كشف الرمز عن خبايا الكنز) شرح على كنز الدقائق، وحاشية اسمها (غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر لابن نجيم) [الجبرتي ٦٧/١، هدية العارفين١٦٤/١، معجم المؤلفين٩٣/٢].

[٥] المقري: القواعد، ٢١٢/١.

[٦] عرف الإمام الغزالي الاستقراء بأنه: (تصفح أمور جزئية ليحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات) [المستصفى ٥١/١]، وقال الرازي: (هو إثبات الحكم في الكلي لثبوته في بعض جزئياته) [الرازي، المحصول في علم الأصول، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود، ١٦١/٦]. وللمزيد في تعريف الاستقراء وحجيته انظر: القرافي، شهاب الدين : شرح تنْقيح الفصول في اخْتصار المحْصول في الأصول- بيروت: دار الفكْر، ص٤٤٨. والشاطبي، إبراهيم: الموافقات في أصول الشريعة- بيروت: المكْتبة العصْرية.٩/٣، والزركشي، محمد بن بهادر: البحر المحيط في أصول الفقه - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٠/٦ وشرح الكوكب المنير للفتوحي ٤١٧/٤ وحاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع ٣٤٥/٢.

[٧] الروكي: القواعد الفقهية من خلال الإشراف للقاضي عبد الوهاب المالكي، ص١٠٩.

٢- تعريف المقري فيه نوع من الغموض والإبهام بدليل اختلاف العلماء في شرحه[٢].

تعريف الحموي:

عرف الحموي القاعدة الفقهية بأنها: حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه[٣].

تعقيب على هذا التعريف:

يرى الدكتور محمد نعيم ياسين[٤] أن تقييد الحكم بأنه أغلبي أو أكثري ليس لازماً ولا ضرورياً في تعريف القاعدة مهما كان موضوعها، ومنها القواعد الفقهية؛ لأنه لا تكاد توجد قاعدة إلا ويرد عليها استثناء أو أكثر[٥].

وإذا كانت القواعد الفقهية من أكثر القواعد تعرضاً للاستثناءات فإن ذلك لا يقدح في كلية القاعدة[٦]، وفي ذلك يقول الشاطبي[٧]: إن الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف في بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كلياً[٨].

وتفقد القاعدة هذا الوصف (الكلية) إذا كانت الاستثناءات الواردة عليها أكثر من الجزئيات التي تنطبق عليها[٩].

والخلاصة: أن هذا التعريف لا يميز القاعدة الفقهية عن غيرها، لعدم التسليم بأن القاعدة الفقهية أكثرية، وإن خرج منها بعض الجزئيات[١٠].

تعريفات لبعض المعاصرين:

١- تعريف الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى[١١]:

عرف الشيخ الزرقا القواعد الفقهية بأنها: (أصول فقهية كلية في نصوصٍ موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها).

ثم بين معنى تعريفه فقال: فهي تمتاز بمزيد من الإيجاز في صياغتها على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة بكلمتين أو ببضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم[١٢].

---

[١] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٤٤.

[٢] المرجع السابق، ص ٤١.

[٣] الحموي: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، ٥١/١.

[٤] محمد نعيم ياسين: فقيه معاصر، أستاذ دكتور في الفقه الإسلامي في الجامعة الأردنية، له (نظَرية الدّعوى بين الشّريعة الإسلامية وقانُون المُرافعات المَدنية والتّجارية) و(حجية الحكم القضائي).

[٥] يقول الأستاذ الزرقا رحمه الله: "إن تلك الفروع المستثناة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، أو أنها تستدعي أحكاما استحسانية" (المدخل الفقهي ٩٤٨/٢).

[٦] ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية، ص ٣.

[٧] الشاطبي(٧٩٠هـ) إبراهيم بن موسى اللخمي، أبو إسحاق، إمام محقق من علماء المالكية. له استنباطات جليلة وفوائد لطيفة وأبحاث شريفة مع الصلاح والعفة والروع وإتباع السنة واجتناب البدع. له (الموافقات)؛(الاعتصام) [التنبكي: نيل الابتهاج بتطريز الدّيباج - طرابلس: كليّة الدّعوة الإسلامية، ١٩٨٩ص٤٦؛ وشجرة النور الزكية ص٢٣١؛ والأعلام للزركلي٧١/١].

[٨] الشاطبي: الموافقات، ٥٣/٢.

[٩] ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية، ص ٣.

[١٠] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٤٨.

[١١] مصطفى بن أحمد الزرقا (١٤١٩هـ)، فقيه معاصر من علماء الشام، ولد في حلب، ودرس الحقوق في دمشق،كان عضو المجمع الفقهي، من مصنفاته المدخل الفقهي، والفعل الضار، وشرح القانون المدني، توفي في الرياض (الباحث).

[١٢] الزرقا، مصطفى: المدخل الفقهي العام- دمشق: دار القلم، ١٩٩٨، ٩٤٧/٢.

نقد التعريف:

يؤخذ على الشيخ الزرقا –رحمه الله– أنه أدخل بعض الألفاظ التي لا داعي لها لتوضيح حقيقة القاعدة الفقهية؛ كقوله: (كلية) بعد قوله: (أصول)؛ لأن معنى العموم للجزئيات متضمن في كلمة أصل فلا حاجة إلى وصفه بالكلي، لأنه لا يوجد هناك أصل كلي وأصل جزئي، نعم لو عرفها بأنها حكم لكان لابد من ذكر هذا القيد كلي؛ لأن الحكم قد يكون كلياً، وقد يكون جزئياً، وكقوله: في نصوص موجزة دستورية، فهذه شكلية يستحسن اتصاف القاعدة بها، إلا أنها ليست قيداً فيها، وانتفاء هذه الشكلية لا ينفي عن الأصل الكلي كونه قاعدة[١].

ويلاحظ أيضاً، أن كلمة أصول عند العلماء، تشمل ما هو متسع وما هو ضيق المجال، بل إننا وجدنا أن الفقهاء استخدموا كلمة الأصل غالباً بمعنى الضابط الضيق المجال[٢].

ب. تعريف الدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد[٣]:

وقد عرَّفها في مقدمة كتاب قواعد المقري بأنها: **(حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة)**[٤].

مباشرة)[٤].

وقد شرح التعريف بما يلي:

أغلبي: بمعنى أن معرفة أحكام الجزئيات من القاعدة، إنما هو في الغالب، إذ لكل قاعدة مستثنيات، ولا يقدح ذلك في كونها قاعدة.

يتعرف: وهذه أولى من استخدامه لفظة (ينطبق)، لأن (يتعرف) فيها دلالة على أن فهم الحكم من القاعدة يحتاج إلى إعمال ذهن، ولا يعرف من القاعد بديهة.

الفقهية: وقد قيّد التعريف بالفقهية؛ لإخراج غيرها مما يطلق عليه قاعدة كالقاعدة النحوية مثلاً، فيقول: إذ معرفة كون زيد مرفوعاً في قولنا: (قام زيد) مستخرج من قاعدة (كل فاعل مرفوع)، فلذا قيدنا التعريف بالجزئيات الفقهية.

مباشرة: وذلك لإخراج القاعدة الأصولية، فهي يستخرج منها حكم الجزئيات الفقهية، ولكن بواسطة وليس مباشرة، فإن القاعدة الأصولية: (الأمر يقتضي الوجوب) أفادت أن الصلاة واجبة، ولكن ليس مباشرة، بل بواسطة الدليل، وهو قوله تعالى: (أقيموا الصلاة)، فالقاعدة الأصولية يستنبط منها الحكم بواسطة، أما القاعدة الفقهية فبلا واسطة، فقاعدة (الأمور بمقاصدها) أفادت وجوب النية في الصلاة مباشرة.

ثم يقول: وهذا هو التعريف الذي توصلت إليه بعد تأمل لمدلول القاعدة الفقهية وخصائصها، وملاحظة الفروق بينها وبين غيرها مما يطلق عليه قاعدة[٥].

---

[١] ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية ص ٢.

[٢] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٤٩.

[٣] أحمد بن عبد الله بن حميد أستاذ مساعد في الفقه المقارن في كلية الشريعة في جامعة أم القرى، حصل على الدكتوراه في تحقيق ودراسة كتاب القواعد لأبي عبدالله محمد بن أحمد المقري. [انظر قواعد المقري مركز إحياء التراث في جامعة أم القرى بمكة المكرمة].

[٤] ابن حميد: مقدمة القواعد الفقهية للمقري ١٠٧/١.

[٥] المرجع السابق ١٠٨/١.

ج. تعريف الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين:

عرَّف الدكتور محمد نعيم ياسين القواعد الفقهية بأنها: **(أصول فقهية تشتمل بالقوة على الأحكام الشرعية العملية للجزئيات التي تدخل تحت موضوعاتها).**

أو هي قضايا فقهية كلية تشتمل على الأحكام الشرعية العملية للجزئيات التي تدخل تحت موضوعاتها.

شرح التعريف:

وقد وضَّح تعريفه بقوله: إن القواعد الفقهية في حقيقتها أحكام فقهية عامة، يدخل في مضامينها أحكام فقهية تفصيلية لجزئيات موضوعاتها، ويقصد بالأحكام هنا المعنى الشامل للحكم التكليفي والوضعي[١].

مثال: قاعدة: (الضرر يزال)، تفيد حكماً تكليفياً عاماً، هو وجوب إزالة الضرر فكل من تسبب بضرر لغيره يجب عليه أن يزيله إما برفع عينه – إن كان ذلك ممكناً – وإما بالتعويض[٢].

ثم خلص إلى أن القاعدة توصف بوصف الأحكام التي تنتجها، فإن كانت تلك الأحكام الفقهية عملية، كانت القاعدة فقهية، وإن كانت تلك الأحكام لغوية كانت القاعدة لغوية وهكذا[٣].

تعريف الدكتور محمد عبد الغفار الشريف[٤]:

عرَّف الدكتور محمد عبد الغفار القاعدة الفقهية بأنها: قضية شرعية عملية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها[٥].

وقد علَّق الباحسين[٦] على هذا التعريف بأنه جيد، ويكاد يكون أقرب التعريفات التي ذكرها إلى المقصود، وأشار إلى أن هذا التعريف قد ذكر قيداً هاماً ومميزاً وهو شرعية عملية، لكن ما يؤخذ على د. الشريف أنه أضاف قيد يتعرف منها أحكام جزئياتها وذلك ليس من حقيقة القاعدة بل هو من ثمراتها [٧].

هذا وهناك تعريفات أخرى سوف أكتفي بالإشارة إلى بعض مظانها خشية الإطالة[٨].

تعقيب:

---

[١] ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية ص ٢.

[٢] السيوطي، جلال الدّين: الأشْباه والنّظائر في قواعد وفروع فقْه الشّافعية، تحقيق وتعليق محمد المعتصم البغدادي-ط٤. - بيروت: دار الكتاب العربي، ص ١٧٣ ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية ص ٣.

[٣] ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية، ص ٣.

[٤] محمد بن عبد الغفار بن عبد الرحمن الشريف من مواليد الكويت ١٩٥٣م. حصل على الدكتوراه في الفقة المقارن ١٩٨٦ الجامعة الإسلامية ـ المدينة المنورة. أستاذ الفقه وأصوله بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت.

[٥] الشريف: مقدمة تحقيقه كتاب المجموع المذهب، ٣٨/١.

[٦] يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين. ولد في الزبير ١٩٢٨م وأكمل دراسته في الأزهر وحصل على الدكتوراه ١٩٧٢م. ثم زاول التدريس في العراق ثم انتقل إلى جامعة محمد بن سعود الإسلامية. حصل على جائزة الملك فيصل للدراسات الإسلامية بالاشتراك لعام ١٤٢٤هـ. له: (رفع الحرج في الشريعة الإسلامية). (القواعد الفقهية).

[٧] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٥٣.

[٨] المحلي: شرح المحلي على جمع الجوامع ٢١/١. التفتازاني: التلويح على التوضيح، ٣٧/١. الخادمي: منافع الدقائق شرح مجمع الحقائق، استانبول: دار الطباعة العامرة، ١٣٠٨هـ، ص ٣٠٥. البهوتي: كشاف القناع، ١٦/١. عبادة، محمد أنيس، تاريخ الفقه الإسلامي، القاهرة: دار الطباعة المحمدية، ١٠٧/١، ابن حميد- مقدمة تحقيقه كتاب القواعد للمقري، ١٠٧/١-١٠٨، الباحسين: القواعد الفقهية ص ٥٤، الندوي: القواعد الفقهية ص ٤٤، ٤٥، الشعلان ـ مقدمة تحقيقه كتاب القواعد للحصني ٢٣/١، ٢٤، فائق مقدمة تحقيقه كتاب المنثور للزركشي ١٦/١.

نلاحظ أن هذه التعريفات كلها متقاربة تؤدي معنى متحداً وإن اختلفت عباراتها، حيث تفيد جميعها: أن القاعدة هي حكم أو أمر كلي أو قضية كلية تفهم منها أحكام الجزئيات التي تندرج تحت موضوعها تنطبق عليها.

فمن نظر إلى أن القاعدة الفقهية قضية أغلبية نظراً لما يستثنى منها عرفها بأنها: **حكم أكثريّ لا كليّ ـ ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه**[1].

قال في تهذيب الفروق[2]: ومن المعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية. والقول إن أكثر قواعد الفقه أغلبية مبني على وجود مسائل مستثناة من تلك القواعد تخالف أحكامها حكم القاعدة، ولذلك قيل: حينما أرجع المحققون المسائل الفقهية عن طريق الاستقراء إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، واتخذوها أدلة لإثبات أحكام تلك المسائل رأوا أن بعض فروع تلك القواعد يعارضه أثر أو ضرورة أو قيد أو علة مؤثرة تخرجها عن الاطراد فتكون مستثناة من تلك القاعدة ومعدولا بها عن سنن القياس فحكموا عليها بالأغلبية لا بالاطراد.

فمثال الاستثناء بالأثر، جواز السَّلمِ والإجارةِ في بيع المعدوم الذي الأصل فيه عدم جوازه، ومثال الاستثناء بالإجماع عقد الاستصناع.

ومثال الاستثناء بالضرورة: طهارة الحياض والآبار في الفلوات مع ما تلقيه الريح فيها من البعر والروث وغيره[3].

ولكن العلماء مع ذلك قالوا: إن هذا –أي الاستثناء وعدم الاطراد– لا ينقض كلية تلك القواعد ولا يقدح في عمومها للأسباب الآتية:

أولاً: لما كان مقصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة –وكانت القواعد التي قد جرت بها سنة الله أكثرية لا عامة وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع– كان من الأمر الملتفت إليه إجراء القواعد على العموم العادي لا على العموم الكلي العام الذي لا يتخلف عنه جزئي ما.

ثانياً: إن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت، وهذا شأن الكليات الاستقرائية، وإنما يتصور أن يكون تخلف بعض الجزئيات قادحا في الكليات العقلية، فالكليات الاستقرائية صحيحة وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات.

ثالثاً: ومن ناحية أخرى فإن تخلف مسألة ما عن حكم قاعدة ما يلزم منه اندراج هذه المسألة تحت حكم قاعدة أخرى، فالمسألة المخرجة تندرج ظاهرا تحت حكم قاعدة ولكنها في الحقيقة مندرجة تحت حكم قاعدة أخرى وهذا من باب تنازع المسألة بين قاعدتين.

فليس إذن استثناء جزئية من قاعدة ما بقادح في كلية هذه القاعدة، ولا بمخرج لتلك الجزئية عن الاندراج تحت قاعدة أخرى.

---

[1] الحموي: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ٢٢/١

[2] المالكي: تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، بيروت: دائرة المعارف، ١٣٤٧هـ. ٣٦/١

[3] الأتاسي، محمد خالد ومحمد طاهر، شرح مجلة الأحكام العدلية، حمص: مطبعة حمص، ١٣٤٩هـ. ١١/١

يقول الأستاذ الزرقا رحمه الله: (وهذه القواعد الفقهية هي أحكام أغلبية غير مطردة؛ لأنها إنما تصور الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا وترتيب أحكامها. والقياس كثيراً ما ينخرم ويعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل، تجعل الحكم الاستثنائي فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة، وجلب المصالح، ودرء المفاسد، ودفع الحرج..)[1].

التعريف المختار:

والذي اختاره من هذه التعريفات هو تعريف الدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد إذ عرَّف القاعدة الفقهية بأنها: **(حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة)**. وهو تعريف في غاية الوضوح والشمول مع الإيجاز، وهو أقرب التعريفات إلى المقصود وتخلص فيه صاحبه من الاعتراضات التي وردت على من قبله.

[1] الزرقا: المدخل الفقهي، ٩٦٦/٢

المبحث الثاني
الفرق بين القواعد الفقهية وما يشبهها

المطلب الأول
الفرق بين القاعدة والضابط

تعريف الضابط لغة:

جاء في لسان العرب: الضبط لزوم الشيء وحبسه،... والضابط: القوي في عمله. والرجل ضابط: أي حازم. ورجل ضابط: قوى شديد. وضبط الشيء: حفظه بالحزم[١].

والخلاصة أن الضبط في اللغة يعني الحبس والحفظ والقوة[٢].

تعريف الضابط اصطلاحاً:

انقسم العلماء في تعريف الضابط إلى فريقين:

الفريق الأول: من العلماء جعل الضابط بمعنى القاعدة، وعرَّفها بتعريف واحد[٣]، منهم الكمال بن الهمام[٤]، حيث قال: ومعناها – أي القاعدة – كالضابط والقانون للأصل[٥] أي مثل معنى هذه الألفاظ اصطلاحاً[٦]، ومعنى هذا أن الضوابط عنده هي: المفاهيم التصديقية الكلية[٧].

وممن ذهب إلى هذا الرأي الفيومي[٨] حيث قال: والقاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط وهي: الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته[٩]. وعدد من أهل العلم المعاصرين[١٠].

الفريق الثاني من العلماء – وهم الأغلب – قد ذهبوا إلى التفريق بين الضابط والقاعدة فالقاعدة الفقهية تنطبق على فروع من أبواب وموضوعات شتى، أما الضابط الفقهي فينطبق على فروع باب أو موضوع واحد[١١].

قال العلامة ابن نجيم[١] في الفن الثاني من الأشباه: (الفرق بين الضابط والقاعدة أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد. هذا هو الأصل)[٢].

---

[١] ابن منظور: لسان العرب ١٥/٨، الفيروزآبادي: القاموس المحيط مادة "ضبط" ٢٨٤/٢، الفيومي: المصباح المنير مادة "ضبط" ٢/٢.

[٢] انظر: الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٥٨.

[٣] المرجع السابق، انظر: الندوي، القواعد الفقهية ص ٥٠، ٥١.

[٤] ابن الهمام (٧٩٠–٨٦١هـ) محمد عبد الواحد بن عبد الحميد، كمال الدين، الشهير بابن الهمام. إمام من فقهاء الحنفية، مفسر حافظ متكلم.ولد بالإسكندرية وأقام بالقاهرة كان معظماً عند أرباب الدولة. اشتهر بكتابه القيم (فتح القدير) وهو حاشية على الهداية. وله (التحرير في أصول الفقه) [الجواهر المضية٨٦/٢، والفوائد البهية ١٨٠].

[٥] ابن الهمام: التحرير وبهامشه التقرير والتحبير لابن أمير الحاج- بيروت: دار الفكر،١٩٩٦، ٢٩/١.

[٦] المرجع السابق.

[٧] المرجع السابق.

[٨] الفيومي (نحو ٧٧٠هـ) أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، ولد ونشأ بالفيوم (بمصر) ورحل إلى حماة (بسورية) فقطنها. ولما بني الملك المؤيد إسماعيل جامع الدهشة قرره في خطابته.قال ابن حجر: كأنه عاش إلى بعد ٧٧٠ هـ. له: (المصباح المنير في غريب الشرح الكبير)؛ (نثر الجمان في تراجم الأعيان)؛ (ديوان خطب) [ابن حجر: الدّرر الكامنة في أعْيان المائة الثّامنة- بيروت: دار الكتب العلميّة، ١٩٩٧، ٣١٤/١، الأعلام ٢٢٥/١].

[٩] الفيومي: المصباح المنير، ١٦٩/٢

[١٠] منهم: الدكتور سعود الثبيتي، انظر مقدمة تحقيقه كتاب الاستغناء للبكري ٥٩/١، والشيخ محمد عميم الإحسان المجددي رحمه الله تعالى، انظر: المجددي: التعريفات الفقهية ص٣٥٧ ضمن قواعد الفقه - باكستان: مطبوعات لجنة الثقافة والنشر، ١٤٠٧هـ.

[١١] ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية، ص ٦

وأومأ إلى هذا الفرق العلامة البناني[٣] بقوله: (القاعدة لا تختص بباب، بخلاف الضابط)[٤].

وممن ذهب إلى ذلك من العلماء القدامى: تاج الدين السبكي[٥]، وجلال الدين السيوطي[٦]، وابن نجيم[٧]، وابن النجار[٨]، والكفوي[٩]، صاحب الكليات[١٠]، وغيرهم. وعدد من أهل العلم المعاصرين أيضاً[١١].

مثال على الضابط: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (إذا دبغ الإهاب فقد طهر)[١٢]، فهذا الحديث الشريف يمثل ضابطاً فقهياً في موضوعه، إذ إنه يختص بباب الأواني من كتاب الطهارة[١٣].

وكقولهم في باب الزكاة: "كل شيء خرج من الأرض قل أو كثر مما سقت السماء، أو سقي بالعيون ففيه العشر".

وقولهم: كل فُرقة أوقعها الزوج أو فوض الطلاق إلى زوجته أو وكّل وأناب عنه الطلاق بالألفاظ الدالة على الطلاق تعدّ طلاقاً، وكل فرقة لم ينطق بها الزوج أو لم يردها أن تقع فوقعت فالفرقة هنا فرقة فسخ[١٤].

وقولهم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، إلا أربعة: أم مرضعة ولدك، وبنتها، ومرضعة أخيك، ومرضعة حفيدك[١٥].

وقولهم في باب السلم: "كل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه، وما لا يمكن ضبط صفته، ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه".

وقولهم: "كل كفارة سببها معصية فهي على الفور".

وقولهم: "قاعدة الفرائض أن جنس أهل الفروض فيها مقدمون على جنس العصبة".

أما مثال على القاعدة الفقهية: الأمور بمقاصدها[١]، فهذه قاعدة فقهية تجمع فروعاً من أبواب مختلفة كالعبادات والبيوع والنكاح... وغيرها)[٢].

---

[١] ابن نجيم(٩٧٠هـ) زين الدين بن ابراهيم بن محمد، من أهل مصر فقيه وأصولي حنفي، محقق ومكثر من التصنيف.أجيز بالإفتاء والتدريس، له: (البحر الرائق في شرح كنز الدقائق)، (الفوائد الزينية)، (الأشباه والنظائر)، (شرح المنار).[التعليقات السنية١٣٤،وشذرات الذهب٣٥٨/٨، والأعلام للزركلي١٠٤/٣].

[٢] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص ١٩٢.

[٣] البناني (١١٣٣-١١٩٤هـ) هو محمد بن الحسن بن مسعود، أبو عبد الله. فقيه، منطقي، مشارك. كان خطيباً في فاس. له (الفتح الرباني) على شرح الزرقاني على متن خليل، و(حاشية على شرح السنوسي)، و(شرح على السلم) كلاهما في المنطق. [معجم المؤلفين٢٢١/٩، والأعلام ٣٢٣/٦، هدية العارفين ٣٤٢/٢]

[٤] البناني: حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ٢٩٠/٢.

[٥] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ١١/١

[٦] السيوطي: الأشباه والنظائر في النحو ١٠/١

[٧] ابن نجيم: الأشباه والنظائر ص ١٩٢

[٨] ابن النجار: شرح الكوكب المنير ٣٠/١

[٩] الكفوي (-١٠٩٤هـ) أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي، صاحب (الكليّات) كان من قضاة الأحناف. عاش وولي القضاء في كفه بتركيا، وبالقدس، وببغداد. وعاد إلى استانبول فتوفي بها. [هدية العارفين ٣٢٩. الأعلام للزركلي، ٣٨/٢].

[١٠] الكفوي: أبو البقاء أيوب بن موسى، الكليات، دمشق: منشورات وزارة الثقافة. ١٩٨١م. ص٧٢٨.

[١١] منهم: محمد ياسين الفاداني [الفوائد الجنية١٠٥/١]، وأحمد بن عبد الله بن حميد [مقدمة تحقيقه القواعد للمقري ١٠٨/١]، ومحمد عبد الغفار الشريف [مقدمة تحقيقه كتاب المجموع المذهب ٣٢/١.]، وأحمد العنقري [مقدمة تحقيقه كتاب الأشباه والنظائر لابن الوكيل ١٩/١]، ومحمد الزحيلي [النظريات الفقهية-دمشق: دار القلم، ص٢٠٠] وعبد الرحمن بن عبد الله الشعلان[مقدمة تحقيقه كتاب القواعد للحصني ٢٤/١] وغيرهم.

[١٢] مسلم: صحح مسلم ، باب طهارة جلود الميتة بالدباغ، ٢٧٧/١، برقم ٣٦٦. أبو داود: سنن أبي داود، باب في أهب الميتة، ٦٦/٤، برقم ٤١٢٢

[١٣] الشريف: مقدمة تحقيقه كتاب المجموع المذهب ٣٣/١. المقري: القواعد ٢٦٣/١، ٢٦٤.

[١٤] الشافعي: الأم، ٣٠٩/٦. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٣٤/٣. الشيرازي: المهذب، ١١٠/٢. ابن قدامة: المغني، ١٨١/٨. ٥٦/٧ وما بعدها.

[١٥] السيوطي: الاشباه والنظائر، ص ٤٧٦.

تعقيب على قول الفريق الثاني:

إن الناظر في هذا التفريق يجد أن كلاً من القاعدة والضابط لا يختلف أحدهما عن الآخر من حيث الحقيقة، وإنما الاختلاف بينهما يقتصر على النطاق الذي يعمل فيه، فإن كان ينطبق على أكثر من باب بحيث تندرج تحته فروع من بابين فقهيين فأكثر أطلقوا عليه قاعدة أما إذا اقتصر على باب واحد فهو الضابط [٣]. لذلك نجد للقواعد من المستثنيات أكثر مما للضابط، بل إن كثيراً من الضوابط يخلو من المستثنيات.

ويرى الدكتور محمد نعيم ياسين، أن هذا الصنيع يرجع إلى مجرد التخصيص في الاصطلاح، والتقسيم في الإطلاقات والتسميات، لذلك رأينا بعض العلماء لم يلتزموا به، وذهبوا إلى أن القواعد الفقهية متنوعة من حيث مدى شمولها، فمنها ما يندرج تحته فروع من جميع الأبواب الفقهية أو أغلبها، ومنها ما لا ينطبق إلا على موضوع خاص جداً[٤]، وسوف أفصل القول في أنواع القواعد الفقهية في مطلب مستقل لاحقاً.

الرأي المختار:

والذي أميل إليه هو ما ذهب إليه الدكتور محمد نعيم ياسين من أن كلاً من القاعدة والضابط لا يختلف أحدهما عن الآخر من حيث الحقيقة، وإنما الاختلاف بينهما ينحصر في النطاق الذي يعمل فيه، فإن كان ينطبق على أكثر من باب بحيث تندرج تحته فروع من بابين فأكثر فيسمى قاعدة، أما إذا اقتصر على باب واحد فهو الضابط[٥].

وبناء عليه؛ فإن الضابط يمثل مرتبة من مراتب القاعدة، إذ إن القواعد الفقهية متنوعة من حيث شمولها فمنها ما يندرج تحته فروع من جميع الأبواب الفقهية أو أغلبها، ومنها ما لا ينطبق إلا على موضوع خاص جداً[٦] وهذا ما سنراه مفصلاً إن شاء الله تعالى عند الحديث عن أنواع القواعد الفقهية.

والواقع: أن روح القاعدة الفقهية وركنها وحقيقتها هي الكلية، فمتى وجدت الكلية في عبارة من العبارات الفقهية فهي قاعدة فقهية، ولا بأس أن يسميها البعض ضابطاً فقهياً، إذ لا مشاحة في الاصطلاح، والعبرة بالمعنى لا باللفظ[٧]. والله أعلم.

معان اصطلاحية أخرى للضابط:

-فمن معان الضابط: تعريف الشيء؛ كقولهم: (ضابط العصبة: كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى)[٨].

وقال السيوطي: (في ضبط المثلي أوجه: أحدها كل مقدر بكيل أو وزن، ... والخامس: مالا يختلف أجزاء النوع الواحد)[٩].

---

[١] السيوطي: الاشباه والنظائر ص ٨.
[٢] الشريف: مقدمة تحقيقه كتاب المجموع المذهب ٣٢/١.
[٣] ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية ص ٦.
[٤] المرجع السابق.
[٥] المرجع السابق.
[٦] الروكي: القواعد الفقهية من خلال الإشراف للقاضي عبد الوهاب المالكي، ص ١١٣، ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية، ٦.
[٧] الروكي: القواعد الفقهية من خلال الإشراف، ص ١١٣، وانظر: الثبيتي: مقدمة تحقيقه الاستغناء للبكري ٥٩/١.
[٨] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٠٤/٢.
[٩] السيوطي: الاشباه والنظائر، ص ٣٦١.

-ومن معانيه: المعيار الذي يكون علامة على تحقيق معنى من المعاني في الشيء. ومثاله: ما ذكر القرافي[١] في الجواب عن السؤال: (ما ضابط المشقة المؤثرة في التخفيف. فأجاب: يجب على الفقيه أن يفحص عن أذى مشاق تلك العبادة المعينة فيحققه بنص أو إجماع أو استدلال. ثم ما ورد عليه بعد ذلك من المشاق، مثل تلك المشقة أو أعلى منها جعله مسقطاً، وإن كان أدنى منها لم يجعله مسقطاً.... إلى قوله: والسفر مبيح للفطر بالنص، فيعتبر به غيره من المشاق)[٢].

-ويطلق الضابط على أقسام الشيء أو تقاسيمه. ومثاله: ما ذكر ابن السبكي: (ضابط مسائل الخلع: فإن منها ما يقع بالطلاق فيه بالمس، ومنها ما يقع بمهر المثل، ومنها ما يقع رجعياً، ومنها مالا يقع أصلاً)[٣].

-وتطلق الضوابط الفقهية على الشروط والأسباب المتعلقة بأمر من الأمور. ومثاله: (ذكر النووي[٤] أن ضابط انفساخ العقد بالأسباب التالية: خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الخلف بأن شرط في العبد كونه كاتباً فخرج غير كاتب، والإقالة، والتحالف، وتلف المبيع قبل القبض)[٥].

وبهذا يتبين بأن الضوابط الفقهية لها معنى واسع وشامل لكل ما يحصر ويحبس، سواء أكان بالقضية الكلية، أم بالتعريف، أم بذكر علامة الشيء، أم بالتقسيم، أم بالشروط والاسباب. ولذلك عرفها بعض المعاصرين بتعريف عام، وهو: (كل ما يحصر جزئيات أمر معين). ثم ربط بين هذا التعريف وتعريف ابن السبكي، وصاغ تعرفاً آخر وهو: (ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع واحد، غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر)[٦].

لكن يلاحظ على هذين التعريفين أنهما عامان وغير مختصين بالضوابط الفقهية، والأولى إضافة قيد يخص التعريف بالضوابط الفقهية، فيقال في تعريفها: _ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع فقهي واحد غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر)[٧].

---

[١] القرافي (٦٢٦-٦٨٤هـ) أحمد بن إدريس، أبو العباس، شهاب الدين. فقيه مالكي. انتهت إلية رياسة الفقه على مذهب مالك في مصر. من تصانيفه (الفروق)، و(الذخيرة)؛ و(الإحكام في تمييز الفتاوي من الأحكام) [الديباج٦٢-٦٧؛ شجرة النور١٨٨].

[٢] القرافي: الفروق، ١١٩/١.

[٣] ابن السبكي: الاشباه والنظائر، ٣٨٢/١.

[٤] النووي (٦٣١-٦٧٦هـ) محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي. علامة في الفقه الشافعي والحديث واللغة، تعلم في دمشق وأقام بها. له: (المجموع شرح المهذب) لم يكمله؛ و(روضة الطالبين)؛ و(المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج) [طبقات الشافعية للسبكي١٦٥/٥؛ والاعلام للزركلي١٨٥/٩؛ والنجوم الزاهرة ٢٧٨/٧].

[٥] النووي: الأصول والضوابط، ص ٣٤.

[٦] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٦٦.

[٧] شبير: محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص ٢٢.

المطلب الثاني
الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية

يتبين لنا مما سبق أن الأئمة والفقهاء قد وضعوا القواعد الفقهية لجمع الأحكام المتشابهة والمسائل المتناظرة التي كانت مبعثرة في الكتب والأبواب الفقهية، وكذلك الشأن في القواعد الأصولية، فإن العلماء قد وضعوا قواعد لعلم الأصول، وكان تدوينها مبكراً وسابقاً على القواعد الفقهية، وأول من دون هذه القواعد في كتاب مستقل هو الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في كتابه الرسالة، ثم تطورت وتوسعت وانتشرت وعمَّت المذاهب.

ومع أن علم الفقه وعلم الأصول علمان مرتبطان بارتباط وثيق، حيث إن أحدهما أصل للآخر، ويجب على الأصولي أن يكون فقهياً، والفقيه ينبغي عليه أن يكون أصولياً، إلا أنهما علمان متمايزان فأحدهما مستقل عن الآخر من حيث موضوعه واستمداده وثمرته والغاية من دراسته.

فقواعد علم أصول الفقه، هي السبل التي تعين المجتهد في الاستنباط والاجتهاد، ويستعين بها في معرفة مصادر الأحكام، أما القواعد الفقهية فهي كما ذكرنا القواعد التي تجمع الأحكام المتماثلة والمسائل المتناظرة وتربط بينها في عقد منظوم يجمع شتاتها.

وبالتالي فإن قواعد علم أصول الفقه تفترق وتتميز عن قواعد علم الفقه.

وإن من أول من فرَّق بين قواعد هذين العلمين وميز بينهما الإمام شهاب الدين القرافي في مقدمة كتابه الفروق حيث قال: أما بعد فإن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله منارها شرفاً وعلواً اشتملت على أصول وفروع وأصولها قسمان: أحدهما المسمى بأصول الفقه وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو: الأمر للوجوب، والنهي للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك، وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة وخبر الواحد وصفات المجتهدين.

والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه، وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال فبقي تفصيله لم يتحصل، وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع[1].

وقال في موضع آخر: إن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والفقهاء لا توجد في أصول الفقه أصلاً[2].

الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية:

١-أن القواعد الأصولية ناشئة في أغلبها من الألفاظ والنصوص العربية وقواعدها ودلالاتها، وما يعرض لها من نسخ وترجيح وعموم وخصوص وأمر ونهي وتقييد وإطلاق، وحقيقة ومجاز، وغير ذلك، أما القواعد

---

[1] القرافي: الفروق ٢/١-٣

[2] المرجع السابق ١١٠/٢، والمالكي: تهذيب الفروق ١٢٤/٢.

الفقهية فناشئة من استقراء الأحكام الشرعية والمسائل الفقهية. وذلك بتتبع الأحكام الواقعة على أفعال المكلفين في الفقه، وبذلك اجتمعت الأشباه مع أشباهها والنظائر مع نظائرها في قاعدة واحدة[١].

٢-أن القواعد الأصولية قد توصل علماء أصول الفقه إليها عن طريق دراستهم للنصوص الشرعية وألفاظها واستقراء صيغها وأوجه دلالتها على الأحكام الشرعية، وتتبع مقاصد الشرع من هذه الأحكام، لذلك فإن القواعد الأصولية هي قواعد استدلالية خاصة بالمجتهد، تبنى عليها الأحكام الإجمالية، ويستعملها المجتهد عند استنباط الأحكام ومعرفة حكم الوقائع والمسائل الجزئية والمستجدات من المصادر والأدلة الشرعية ليعتصم من الخطأ. أما القواعد الفقهية فهي أحكام شرعية كلية مستنبطة من المصادر الشرعية النقلية أو العقلية، فهي خاصة بالفقيه أو المفتي أو القاضي الذي يرجع إليها لمعرفة الحكم الموجود للفروع، ويعتمد عليها بدلاً من الرجوع إلى الأبواب الفقهية المتفرقة[٢].

٣-القواعد الأصولية موضوعها الأدلة السمعية أو أعراض الأدلة: كصيغة الأمر تقتضي الوجوب، إذا لم يصرفها عنه صارف؛ أو العام المخصوص حجة ظنية، وغير ذلك. أما القواعد الفقهية فموضوعها فعل المكلف سواء كان فعلاً أو قولاً: كعقد المكلف ونيته.

٤- قواعد الأصول لها من الحجية والقوة، بحيث يمكن الاستناد إليها في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، ما ليس للقواعد الفقهية. وسوف نبحث لاحقاً حجية القواعد الفقهية.

٥-تتصف القواعد الأصولية بالعموم والشمول لجميع فروعها، فهي أكثر إطراداً وعموماً من القواعد الفقهية، فقواعد الأصول إذا اتفق على مضمونها لا يستثنى منها شيء – أو استثناءاتها قليلة لا تكاد تذكر – فهي قواعد كلية مطردة كقواعد العربية. بلا خلاف[٣].

أما القواعد الفقهية فإنها وإن كانت عامة وشاملة، ومتفق على مضمون كثير منها، فتكثر فيها الاستثناءات، حيث يستثنى من كل منها مسائل تخالف حكم القاعدة بسبب من الأسباب؛ كالاستثناء بالنص أو الإجماع أو الضرورة أو غير ذلك من أسباب الاستثناء، بل هذه الاستثناءات تشكِّل أحياناً قواعد مستقلة أو قواعد فرعية، ولذلك يطلق الكثيرون على القواعد الفقهية بأنها قواعد أغلبية أكثرية، لا كلية مطردة. وهذا ما حدا بكثير من العلماء لاعتبار القواعد الفقهية قواعد أغلبية، لايجوز الفتوى بمقتضاها.

٦-أن قواعد الأصول محصورة في أبواب الأصول ومواضعه ومسائله، الأمر الذي وصفها بالثبات وعدم التغير، أما قواعد الفقه فليست ثابتة بل تتغير أحياناً بتغير الأحكام المبنية على العرف وسد الذرائع والمصلحة[٤]، وهي ليست محصورة أو محدودة العدد بل هي كثيرة جدا منثورة في كتب الفقه العام والفتوى عند جميع المذاهب.

---

[١] الزنجاني: تخريج الفروع على الأصول، ص٣٤. البرهاني: محمد هشام، سد الذرائع، ص٥٦. الروكي، محمد: قواعد الفقه الأإسلامي، ص١١٩.

[٢] أبو زهرة: محمد، أصول الفقه، ص١٠. الروكي: قواعد الفقه الإسلامي، ص١١٩.

[٣] البرهاني: سد الذرائع، ص١٦٠. الروكي: قواعد الفقه الإسلامي، ص١٢٠.

[٤] الصابوني: المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ٢٩٤/١. الزنجاني: تخريج الفروع على الأصول- تحقيق الدكتور محمد أديب الصالح– بيروت: مؤسسة الرسالة،١٩٨٢، ص ٣٥ من مقدمة الأستاذ محمد سلام مدكور. الروكي: القواعد الفقهية ١٧٣، الباحسين: القواعد الفقهية، ١٣٥. الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك أو قواعد الونشريسي- الرباط: اللجنة المشتركة بين دولتي الإمارات والمغرب، ١٤٠٠هـ، ص١١٤،

٧-أن القواعد الأصولية تسبق الأحكام والجزئيات الفقهية غالباً، من حيث وجودها الذهني والواقعي؛ لأن المجتهد ينطلق في استنباطه الأحكام من تلك القواعد الأصولية، فيعرف طرائق الاستنباط، وقوة الأدلة الفقهية، ومراتبها، وكيفية الترجيح بينها عند تعارضها. أما القواعد الفقهية فهي لاحقة وتابعة لوجود الفقه وأحكامه وفروعه وجزئياته، لأنها مجموعة الضوابط التي تجمع الأحكام المتشابهة والروابط التي تربط بين المسائل الجزئية، فهي متأخرة في وجودها الذهني والواقعي عن الجزئيات[١].

٨-القواعد الأصولية لا يفهم منها أسرار الشرع ولا حكمته، في حين أن القواعد الفقهية يفهم منها ذلك، كما نبه القرافي إلى ذلك[٢]، لأن القواعد الأصولية تركز على جانب الاستنباط، وتلاحظ جوانب التعارض والترجيح، وماشابه ذلك من القواعد ليس فيها شيء من ملاحظة مقاصد الشارع. أما القواعد الفقهية فهي مشتقة من الفروع والجزئيات المتعددة بمعرفة الرابط بينها ومعرفة المقاصد الشرعية التي دعت إليها، وتعلل بها أحكام الحوادث المتشابهة وقد تكون أصلاً لها [٣].

من أمثلة القواعد الأصولية: قاعدة: (العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً)، وقاعدة: (العام يبقى على عمومه إلى أن يرد دليل يخصصه)، وقاعدة: (الأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضده)، وقاعدة: (الأمر يفيد الوجوب)، وقاعدة: (النهي المطلق يفيد التحريم)، وقاعدة: (النكرة في سياق النفي تفيد العموم)، وقاعدة: (القياس حجة)، وقاعدة: (القطعيات قاضية على الظنيات)، وقاعدة: (العام المخصوص حجة ظنية). وقاعدة: (النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصد شرعاً). وقاعدة: (ما ثبت على خلاف القياس، فغيره عليه لا يقاس)، وغيرها كثير.

لكن مع وضوح الفروق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، فقد نجد قواعد مشتركة بين العلمين، ولكن تختلف فيهما زاوية النظر حيث إن القاعدة الأصولية ينظر إليها من حيث كونها دليلاً إجمالياً يستنبط منه حكم كلي والقاعدة الفقهية ينظر إليها من حيث كونها حكماً جزئياً لفعل من أفعال المكلفين.

فمثلاً: العرف، وسد الذرائع. فإذا نظر إلى العرف على أنه فعل صادر من المكلف، كان قاعدة فقهية، وإذا نظر إليه على أنه إجماع عملي كان قاعدة أصولية.

وإذا نظر إلى سد الذرائع على أنه فعل مباح أدى إلى محرم كان قاعدة فقهية، وإذا نظر إليه على أنه دليل على تحريم ما أدى إليه كان قاعدة أصولية[٤].

وكذلك قاعدة: (الاجتهاد لا ينقض بمثله أو بالاجتهاد)[٥] ، ينظر إليها الأصولي من حيث كونها دليلاً يعتمد عليه في بيان عدم جواز نقض أحكام القضاة وفتاوى المفتين إذا تعلقت بها الأحكام على سبيل العموم والإجمال، وينظر إليها الفقيه من حيث تعليل فعل من أفعال المكلفين، فيبين حكمه من خلالها، فاذا حكم حاكم أو قاض بنقض حكم في مسألة مجتهد فيها كالخلع هل هو فسخ للعقد أو طلاق، وقد كان حكم حاكم في مسألة بعينها بأن الخلع فسخ وأجاز العقد على امرأة خالعها زوجها ثلاث أو بعد طلقتين، ثم جاء

---

[١] الزحيلي، محمد، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة- دمشق: دار الفكر، ٢٠٠٦هـ. ٢٣/١

[٢] القرافي: الفروق، ٢/١ .

[٣] ابن عاشور: محمد الطاهر، مقاصد الشريعة، ص٦.

[٤] البرهاني: سد الذرائع، ص ١٦٠. الباحسين: القواعد الفقهية، ص ١٣٨.

[٥] السيوطي: الاشباه والنظائر،٧١. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١١٥.

حاكم آخر فأراد التفريق بين الزوجين، لأنه يرى أن الخلع طلاق، فيقال له: لا يجوز ذلك لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله. ولكن لك في مسألة أخرى مشابهة أن تحكم فيها باجتهادك، لا أن تنقض حكمك أو حكم غيرك في مسألة اجتهادية لا نصية[١].

المطلب الثالث

الفرق بين القواعد الفقهية والنَّظريات

النَّظرية في اللغة: مشتقة من النَّظر، وهي في اللغة: تأمل الشيء بالعين أو بالعقل أو بهما معاً"[٢].

والنَّظرية العلمية: قضية تثبت بالبرهان، وجمعها نظريات. وهي عبارة عن طائفة من الآراء تفسر بها بعض الوقائع العلمية[٣].

تعريف النظريات الفقهية باعتبارها لقباً:

عرَّف الدكتور فتحي الدريني النَّظريات الفقهية بأنها: (مفهوم كلي قوامه أركان وشرائط وأحكام عامة يتصل بموضوع عام معين، بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه)[٤].

ومعنى هذا التعريف بالجملة: أن النظريات الفقهية هي عبارة عن موضوعات أو أبحاث فقهية متكاملة لها أركان وشروط وآثار وأحكام عامة تتصل بموضوع معين، وتجمع بينها روابط فقهية ووحدة موضوعية تحكم عناصرها جميعاً. بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه.

ومعلوم أن مناط كل نظرية مضمونها الموضوعي الذي يتألف من أركان وشرائط لهذه الأركان، وما يبنى عليها من أحكام تترتب على تحقيق هذا المناط فهي آثارها.

وإذا رجعنا إلى تاريخ الفقه الإسلامي، نجد أن الفقهاء القدامى لم يعنوا ببحث النظريات العامة، بل كانوا يتناولون كل واقعة على حدة بالبحث، يشرعون لها من الأحكام ما يقتضيه العدل، استنباطاً من النصوص، أو دلالة بالاجتهاد بالرأي، من قواعد التشريع أو معقول النصوص، آخذين في اعتبارهم ما يحتف بها من ظروف ملابسة في كل عصر.

غير أن ما صدر عنهم من اجتهادات في الفروع، وما استندوا إليه في ذلك من أدلة جزئية وأصول عامة، يمكن أن يستخلص منها نظريات عامة، تنفرد كل منها بمفهوم كل، ذي موضوع معين، وأركان وشرائط هي مقوماتها، وآثارها التي تبنى عليها.

إذن: فدراسة الثروة الفقهية على شكل نظريات فقهية، أمر مستحدث، ومستورد من القوانين الغربية، اقتبسه الفقهاء المسلمون المعاصرون، في كليات الحقوق، أو في كليات الشريعة التي تدرس إلى جانب المواد

---

(١) البورنو: موسوعة القواعد الفقهية – بيروت: مؤسسة الرسالة،١٤١٥هـ، ٢٨/١

(٢) المعجم الوسيط مادة "نظر".

(٣) المرجع السابق.

(٤) الدريني: فتحي، النظريات الفقهية، ص ١٤٠.

الشرعية، القوانين الوضعية. أو بعض الدارسين بكليات الحقوق الذين أخذوا يدرسون الفقه في نطاق واسع، واتصل رجاله برجال القانون، وأفاد كلا الفريقين من الآخر، وأثر كل منهما في الآخر وتأثر به، فكان من نتائج ذلك أن أصبح عرض المسائل والموضوعات الفقهية يخضع لنظام النظريات الفقهية الحديثة.

السبب الباعث على ظهور النظريات الفقهية:

١-حِرْصِ عَدَدٍ مِنَ الفُقَهاء المعاصرين على تجديد الفقه وتطْويرِه، وتحريك الدِّماء في شرايينه؛ لينبعثَ من جديد قائمًا بِمُهمته في نَهضة الأُمَّة ووحدتها وتفرُّدها؛ حيث رأوا أنَّ الفقه قد تَخلى عن دَوْرِه في مواطِنَ كثيرة حل محله القانون الوضعي فيها، ولعلَّ أهَمَّ الأسباب في نظرهم عدم مجاراة الفقه للواقع، فلا بد مِن تجديد الدِّراسة، والبحث الفقهي، ومن ذلك إيجاد أو إنشاء أو استخراج النظَريات الفقهيَّة.

٢-وكان مُنطلقهم دافعَ الغَيْرة على الفقه الإسلامي، والتصدِّي للشُّبَه التي أثارها خصومُه من عدم قُدرته على مُواكبة العصر، وأنَّ قَضاياه صالحة لأزمانٍ مَضَت فقط، وأنَّ القانونَ الغربي متفوقٌ عليه من وجوه كثيرة. وأنه نِتاج قرون الانْحِطاط، وأنه في جوانبه المتميزة إنَّما نقلها من القانون الرُّوماني، وليست هذه الجوانبُ أصيلة في الفقه، كما اتُّهم بخُلُوِّه من المعاني والحِكَم التي تُخاطب العقول؛ مما اضطر نفر من المعتنين بالفقه للدِّفاع عنه، وإظهار أصالته، وتفرده وتميزه، ومن ذلك اهتمامهم بالنظرية الفقهية، ورأوا أنَّها استجابة لمطلب العصر، وأنَّ الفقه – على فرض خلوه منها – لا بد أن يكملَ مسيرته وتطوره؛ ليقدم للعالَم أروعَ النظريات.

٣- إكمالاً لمسيرة الفقهاء الأقدمين، لا بُدَّ مِن إضافة ما يَحتاج إليه الفقه من تطوير أو إعادةِ صياغته، ومن ذلك النظريَّة.

خصائص النظريات الفقهية:

من أهم خصائص النظرية الفقهية:

١- أنها تصوُّر يقوم بالذِّهن، سواء استُنبط بالتسلسُل الفكري المنطقي، أم استُمِدَّ مِن استقراء الأحكام الفرعيَّة الجزئيَّة.

٢- ويتَّصف هذا التصوُّر بالتجريد؛ إذ يُحاول أن يتخلصَ من الواقع التطبيقي؛ لينفذَ إلى ما وَراءه مِن فكرة تحكُّم هذا الواقِع،

٣- وهو تصوُّر يُحاول أن يُحيطَ جميعَ جوانب الموضوع، ويبحث مُستوياته وأبعاده كافَّة[١].

٤- تتناول القضية مِن منظور نظري عام شامل، وتَحتويه احتواءً مِن مَجموعه الكلي دونَ الغوص في الجزئيات والتطبيقات، ولا تلتفت للجزيئات والفروع والتطبيقات إلاَّ من حيث توضيحُ البناء وضربُ المثال، وكأَنَّك أمامَ كتابٍ فِقْهِيٍّ أُعيدتْ فَهْرسة مسائله، فلا تختلف عن الأطروحات الجامعية، التي تَختص ببابٍ مُعين، أو مسائل معينة، وتجمعها في باب واحد.

(١) جمال الدين عطية، التنظير الفقهي، ص ١٠.

ويجب التنبيه: إلى أننا لا نعني بلفظ النظرية معناه الشائع في النظريات العلمية، أو النظريات الرياضية، (الفرضيات والمبرهنات) التي هي عادة ما تكون قابلة للتغيير أو النقض، وإنما نعني بلفظ النظرية الأحكام أو الدراسات الفقهية النظرية العامة، التي تقابل الأحكام والمسائل الفرعية الجزئية التطبيقية العملية.

مصادر النظريات الفقهية:

إنَّ البحث عن النظريات الفقهية ليس منَ السهولة بالصورة التي نبحث بها عن الأحكام للمسائل الفقهية، فكتب الفقه زاخِرة بأحكام الفروع، وقلما تجد فيها بحوثًا عن نظرية فقهية؛ إذ إنَّ هذه النظريات مُتناثِرة بين العديد من المصنفات، وهي بحاجة إلى اكتشاف وتجميع وترتيب.

وعند المقارَنة بين النظريات الفقهية في صيغتها المعاصرة والحقول السابقة، نجد أقربَها شبهًا هو علم القواعد الفقهية، فهذا العلم يتضمَّن صياغةً مُختَصرة كلية شاملة لعدد مِن مسائل الفقه تنتظمها في سِلك واحدٍ؛ مما حدا بالبعض إلى اعتبار النظرية الفقهية مُرادِفة للقاعدة الفقهيَّة، أو صيغة عصرية مُطوَّرة لها كقاعدة: (الضررُ يُزال)، مع بعض التَّعْديلات تتحول إلى نظريةٍ عامَّة متكامِلة في الضرر، ومِن هؤلاء الشيخ محمد أبو زهرة[1]، فقد اعتبر النظرية مُرادفة للقاعدة.

والتعميم خاطِئ، فليست النظرياتُ الفقهية مُرادفةً تمامًا للقواعد الفقهيَّة، وليستْ مُخالفة لها من جميع الوُجوه، وبعض القَواعد الفقهيَّة لا تختلف عن النظرية إلاَّ في اسمها، وبعض الصِّياغة، وإعادة تنسيق وربط مسائلها الفقهية؛ كقاعدة: "الضررُ يُزال"، أو "الأصل براءة الذِّمة"، أو "المشقة تجلب التيسير".

وبعض القواعد فعلاً قد تكون مُجرد ضابط فقهي تندرج ضمن النظرية العامَّة، وبعضها قد لا يكون له عَلاقة بالنظرية.

أمَّا بقية العلوم من أصولِ الفقه وفروعه وغيرها مما ذكرنا، فلا مانعَ من استقاء النظرية الفقهية من أحدها أو من مجموعها، وإن كان الأقرب كما ذكرنا هو علم القواعد الفقهية.

فالنظريات الفقهية إذن هي: نظر في الثروة الفقهية المتناثرة في بطون الكتب بقصد ترتيب وتنظيم المعلومات الفقهية ذات الفكرة المشتركة، والوحدة الموضوعية، لاستخلاص ما يتعلق بها من تعريف وشروط وأركان وأحكام وأسباب ومبطلات...الخ.

الفرق بين النظريات الفقهية والقواعد الفقهية:

رأى بعض العلماء أنَّ النظرية تختلف عن القاعدة، وفرق بينهما من عدة زوايا[2]:

١-أنَّ النظرية الفقهية أكثر شمولية من القاعدة، وأوسَع نطاقًا منها، وأرحب أفقاً من القواعد الفقهية الكلية التي هي بمثابة المبادئ، ويؤكد ذلك أننا قد نجد في النظرية الفقهية الواحدة عددا من القواعد الفقهية. فقاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"ما هي إلا ضابط في نظرية العقد. حتى إنَّ القاعدة تنزل إلى مراتب الضابط الفقهي بجانب النظرية.

---

(١) أصول الفقه للشيخ محمد أبوزهرة ص ١٠.

(٢) انظر النظريات الفقهية للدريني والنظريات الفقهية لمحمد الزحيلي والقواعد الفقهية وتطبيقاتها على المذاهب الأربعة لمحمد الزحيلي، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية لمحمد عثمان شبير. انظر: القواعد الفقهية، يعقوب الباحسين، ص ١٤٩، ١٥٠، والمدخل لعبدالكريم زيدان، ص ٢٨٨، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، لمحمد بكر إسماعيل، ص ١٢.

٢-أن القواعد إنما هي ضوابط ومبادئ وأصول فقهية يتضمن كل منها حكما عاماً وتجمع الفروع والجزئيات، ويعتمد عليها الفقيه والمفتي والقاضي في معرفة الأحكام الشرعية، أما النظريات الفقهية فهي دساتير ومفاهيم كبرى تشكل نظاما موضوعيا متكاملاً في جانب كبير من جوانب الحياة والفقه والتشريع، وأن كل نظرية قد تشمل مجموعة من القواعد الفقهية.

٣- القاعدة الفقهية تحمل في عناصرها معنى التقعيد والتأصيل، لذلك تكون مسبوكة بصياغة محكمة، وكلماتها قليلة، بخلاف النظرية التي تكون عادة أبحاث أو مؤلفات مطولة، تتكون بواسطة تجريد أبواب الفقه الإسلامي وفصوله وموضوعاته، ثم تصنيف ذلك كله تصنيفاً تنتظم به كل مجموعة أو مجموعات من القضايا المتجانسة والمتشابكة في إطار كبير يجمعها، فالنظريات العامة، إذن، هي بمثابة الوحدات الكبرى 'أو المحاور الأساسية، التي تدور في فلكها أحكام فقهية كثيرة، مرتبطة ومتشابكة.

٤-أن القاعدة حكم شرعي، تتضمن حكمًا فقهيًّا في ذاتها مستنبطاً من أحد المصادر الشرعية، بطرق الاستنباط المعروفة في علم أصول الفقه، إلا أنه كلي لا جزئي. ينتقل بعد ذلك إلى الفروع التي تندرج تحتها وتدخل في نطاقها، أما النظرية الفقهية فليست حكما مستنبطا، وإنما هي دراسة أو مفهوم عام ينتهي فيها الفقيه إلى الجمع بين جملة من الموضوعات والأحكام والبحوث الفقهي. فهي لا تَتَضَمَّن حُكمًا. ولكنها دراسة وبحث وتجميع.

٥-أن النظرية الفقهية تقوم على أركان وشروط ومقومات أساسية، وكثيرا ما تخلو من بيان الأحكام الفقهية، أما القواعد فلا يوجد لها أركان وشروط، وتنطوي على عدد كبير من الأحكام الفقهية والفروع والمسائل.

٦-أن القاعدة تستند إلى أحد المصادر الشرعية، بينما تستند النظرية إلى دراسة الفقه الإسلامي ومصنفات الفقهاء.

أمثلة لبعض النظريات الفقهية:

نظرية العقد: تتناول التعريف بالعقد، وبيان الفرق بينه وبين التصرُّف والإلزام، والكلام عنْ تكوين العقد ببيان أركانه، وشروط انعقاده، وصيغته، واقتران الصيغة بالشروط، وأثر ذلك في العقد، تقسيمات العقد باعتبار وصفه وباعتبار آثاره. كما تتناول الكلامَ عن محل العقد، وعن أهليَّة العاقدين، وعوارضها، وعن ولايته الأصلية والنيابية، مدى سلطان الإرادة في إنشاء العقود والشروط المقترنة بها. وعن حكم العقد، وأحكام العقود، وعنْ عيوب العقد، وعن الخيارات وأنواعها وأحكام كل نوع منها.وأثرها في العقود. انقضاء العقد وانحلاله بالفسخ وأثر ذلك.

نظرية الملكية: تعريف الملكية في اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني. ما يجوز تملكه وما لا يجوز. أنواع التملك. الملك التام: أسبابه، خصائصه، ثمراته. الملك الناقص: أنواعه، أسبابه، خصائصه، أحكامه. حق الارتقاء: تعريفه، حكمه، أسبابه، خصائصه أحكامه. محل الملكية: تعريف المال في اللغة الاصطلاح. أقسام المال والتعريف بكل قسم وخصائصه. المتقوم وغير المتقوم – المثلى والقيمى – العقار والمنقول – المال الحقيقي والحكمي. الذمة المالية: تعريفها – عناصرها – خصائصها – متى تبدأ ومتى تنتهي.

نظرية الحق: معنى الحق في اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني. أركان الحق: صاحب الحق، من عليه الحق، محل الحق، مصدر الحق في الشريعة والقانون. تقسيمات الحقوق وأنواعها والتعريف بكل نوع وآثاره. حق الله وحق العبد والحق المشترك. حقوق قابلة للإسقاط وحقوق غير قابلة للإسقاط. حقوق تورث وحقوق لا تورث. حقوق مالية وغير مالية. حق العين وحق الدين. مصادر الحق وأسبابه، أحكام الحق.
نظرية التعسف في استعمال الحق: تعريف التعسف، والتكييف الفقهي للتعسف وتأصيله وتمييزه عن مجاوزة الحق . معايير التعسف في الفقه الإسلامي .

فهذا أمثلة للمنهج الجديد الذي يسلُكُه المؤلِّفون في النظريَّات العامَّة في تكوينها؛ إذ كل موضوع عنصرٌ مِن عناصر هذه النظريَّة، وتندرج تحته فصول، والرابط بينها علاقةٌ فقهيَّة خاصَّة.

والخلاصة: أن القواعد واسطة بين الفروع والأصول، أو هي واسطة بين الأحكام والنظريات[١].
يقول الاستاذ الزرقا رحمه الله (تمتاز القواعد الفقهية بمزيد الإيجاز في صياغتها، على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية. فتصاغ القاعدة عادة بكلمتين أو ببضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم[٢])[٣].

المطلب الرابع
الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة المقاصدية

نبَّه علماء الفقه والأصول إلى مقاصد الشريعة، ومن هؤلاء الغزالي[٤] والجويني[٥] وابن تيمية[٦] وابن القيم[٧]، وأول من دون هذا العلم كنظرية مستقلة الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات، فما المراد بالقواعد المقاصدية، وما العلاقة بينها وبين القواعد الفقهية:

---

[١] محمد الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ٢٥/١-٢٦ ، الكوثري: مقالات الكوثري، ١١٨، الباحسين: القواعد الفقهية، ص١٤٣، المقري: القواعد مقدمة التحقيق ١٠٩/١.

[٢] ألفاظ العموم في اصطلاح علم الأصول هي: الألفاظ الموضوعة لغة للدلالة بصيغها أو بمعناها على أفراد كثيرة غير محصورة على سبيل الاستغراق، كلفظة (المؤمنون) في قوله تعالى (إنما المؤمنون إخوة) لأن صيغة الجمع المعرف تعم، وكلفظ (القوم، والرهط، ومن، وما) فإن معناها يقع على الجمع وإن كان لفظها مفردا وأنواع ألفاظ العموم مبينة في بحث العام والخاص من كتب أصول الفقه (انظر: التفتازاني: التلويح على التوضيح، ٧٣/١، الغزالي: المستصفى، ١١/٢، ابن قدامة: روْضة النّاظر وجنّة المناظر- الرياض: مكْتبة الرّشد، ١٩٩٥، ص ١١٥. الشوكاني: إرشاد الفحول، ١١٢).

[٣] الزرقا: المدخل الفقهي، ٩٦٦/٢

[٤] الغزالي (٤٥٠–٥٠٥هـ) محمد بن محمد أبو حامد الغزالي الطوسي. فقيه شافعي أصولي، متكلم، متصوف. رحل إلى بغداد، فالحجاز، فالشام، فمصر وعاد الى طوس. له (البسيط والوسيط والوجيز والخلاصة) كلها في الفقه؛ و(تهافت الفلاسفة) و(إحياء علوم الدين) [طبقات الشافعية١٠/٤–١٨٠؛ والوافي بالوفيات ٢٧٧/١]

[٥] إمام الحرمين (٤١٩–٤٧٨هـ) عبد الملك بن عبد الله الجويني، أبو المعالي. من أعلم أصحاب الشافعي. مجمع على إمامته، تفقه على والده، وجاور بمكة أربع سنين وبالمدينة يدرس ويفتي ويجمع طرق المذهب، فلهذا قيل له إمام الحرمين. له(نهاية المطلب)، و(الشامل) و(الإرشاد) و(البرهان) [وفيات الأعيان٣٤١/٣، وطبقات الشافعية٢٤٩/٣].

[٦] ابن تيمية(٦٦١– ٧٢٨هـ) أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي. تقي الدين. شيخ الاسلام. فقيه حنبلي. سجن بمصر مرتين من أجل فتاواه. توفي بقلعة دمشق معتقلا، مكثراً من التصنيف. له(السياسة الشرعية)؛ (منهاج السنة)؛ وطبعت(فتاواه) مؤخراً. [الدرر الكامنة١٤٤/١؛ البداية والنهاية ١٣٥/١٤].

[٧] ابن قيم الجوزية (٦٩١–٧٥١هـ) محمد بن أبي بكر بن سعد الزرعي الدمشقي. شمس الدين. تتلمذ علي ابن تيمية وانتصر له، وقد سجن معه بدمشق. كتب وألف كثيراً. له: (الطرق الحكمية) و(مفتاح دار السعادة)، و(مدارج السالكين) [الذيل على طبقات الحنابلة ٤٤٧/٢، والمقصد الأرشد ٣٨٤/٢، والدرر الكامنة ٤٠٠/٣، وجلاء العينين ٢٠].

لقد استعمل العلماء السابقون لفظ المقاصد، لكنهم لم يحددوا له معنى. ولما جاء العلماء المعاصرون حددوا معناه.

فعرَّف الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور[١] مقاصد الشريعة بأنها: (المعاني والحكم الملحوظة في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في أوصاف الشريعة، وغايتها العامة التي لا يخلو التشريع عن ملا حظتها، ويدخل في هذا أيضاً معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها)[٢].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يدخل في المقاصد الخصائص العامة للتشريع من توازن ووسطية وشمول وسماحة وغير ذلك.

وعرفها علال الفاسي[٣] بأنها:(الغاية منها (أي من الشريعة) والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها)[٤].

وبعبارة أخرى: (المعاني الغائية التي اتجهت إدارة الشارع إلى تحقيقها عن طريق أحكامه)[٥].

وبتعريف أدق يمكن نقول أن القاعدة المقاصدية: (قضية كلية تعبر عن إرادة الشارع من تشريع الأحكام، وتستفاد عن طريق الإستقراء للأحكام الشرعية)[٦].

العلاقة بين القواعد المقاصدية والقواعد الفقهية:

تتفق القواعد المقاصدية والفقهية في أنَّ كلاً منهما قضية كلية، وغايتهما واحدة: وهي الوقوف على الحكم الشرعي في الوقائع والمستجدات، وأنهما يفيدان في معرفة حِكَم الشرعية وأسرارها، وتختلفان من عدة وجوه:

أ–القاعدة المقاصدية حقيقتها بيان حِكَم الشريعة وأسرارها التي توخاها الشارع من أصول التشريع، ومثال ذلك: (أن مقصود الشارع من مشروعية الرخص الرفق بالمكلف من تحمل المشاق)[٧]. فهذه القاعدة تقرر الحكمة والغاية من تشريع الرخص. ولا تقتصر على بيان الحكم الكلي للرخص. وهذا يؤدي إلى سرعة الامتثال من قبل المكلف[٨]، أما القاعدة الفقهية، فتقتصر على بيان الحكم الشرعي الكلي الذي تندرج تحته جزئيات متعددة، فإذا كان موضوع القاعدة المقاصدية أهداف الشريعة وغاياتها العامة؛ فإن موضوع القاعدة الفقهية فعل المكلف.

---

[١] محمد الطاهر بن عاشور (١٢٩٦-١٣٩٣هـ) عالم وفقيه تونسي، أسرته منحدرة من الأندلس، تعلم بجامع الزيتونة ثم أصبح من كبار أساتذته. سمي حاكماً بالمجلس المختلط، ثم قاضياً. وارتقى إلى رتبة الإفتاء ثم اختير لمنصب شيخ الإسلام، ثم أصبح أول شيخ للجامعة الزيتونية. له: (تفسير التحرير والتنوير) و(مقاصد الشريعة الإسلامية). [كتاب محمد الطاهر بن عاشور لإياد الطباع –دمشق: دار القلم]

[٢] ابن عاشور: محمد الطاهر، مقاصد الشريعة، ص ٥١.

[٣] محمد علال الفاسي (١٣٢٦– ١٣٩٤هـ) عبد الواحد بن عبد السلام. من رواد الفكر الإسلامي. درس بالقرويين، شغل عدة مناصب سياسية وعلمية ودينية وأكاديمية بعدة جامعات منها: دار الحديث الحسنية، وكان عضوا مقررا عاما في لجنة مدونة الفقه الإسلامي. له كتب كثيرة منها: مقاصد الشريعة الإسلامية؛ واقع العالم الإسلام؛ تاريخ التشريع الإسلامي؛ شرح مدونة الأحوال الشخصية.[الأعلام للزركلي ٨٧/٥].

[٤] محمد علال الفاسي: مقاصد الشريعة ومكارمها، ص ٣.

[٥] الكيلاني: عبد الرحمن، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص ٣٢.

[٦] شبير: محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص ٣١.

[٧] الشاطبي: الموافقات، ٣٤١/١.

[٨] الكيلاني: عبد الرحمن، قواعد المقاصد، ص ٥٦.

ب–القاعدة المقاصدية لها من الحجية والقوة، بحيث يمكن الاستناد إليها في الاستدلال، لأن المعنى العام سواء بسواء من حيث القوة والاعتبار وصلاحيته في الاستدلال، ولأنه لا يستند إلى الاستقراء.

يقول الشاطبي: (العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط، بل له طريقان: أحدهما: الصيغ إذا وردت وهو المشهور في كلام أهل الأصول. والثاني: استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام، فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ)[١].

أما القاعدة الفقهية: فحجيتها أقل درجة من القاعدة المقاصدية، وسوف نبين هذا لاحقاً في حجية القواعد الفقهية.

جـ–القواعد المقاصدية حاكمة على القواعد الفقهية ومقدمة عليها عند التعارض؛ لأن القواعد المقاصدية تعبر عن أهداف التشريع وغاياته. أما القواعد الفقهية فتعبر عن وسائل تلك الأهداف والغايات. والغاية مقدمة على الوسيلة كما قرر المقري: مراعاة المقاصد مقدمة على رعاية الوسائل أبداً)[٢].

المطلب الخامس
بيان معنى الأصول والفروق والأشباه والنظائر

ويتضمن هذا المطلب ثلاثة فروع:

الفرع الأول
بيان معنى الأصول

الأصول في اللغة: جمع أصل، والأصل لغة: أصل الشيء: أسفله وأساسه الذي يقوم عليه، يقال أساس الحائط: أصله، وقعد في أصل الجبل، وقلع أصل الشجرة وأصل كل شيء: ما يستند وجود ذلك الشيء إليه. وأصل الشيء: منشؤه الذي ينبت منه. وأصل الشيء: قاعدته[٣].

تعريف الأصل اصطلاحاً: استعمل الأصل في الاصطلاح في معان متعددة منها:

١– الراجح[٤]: يقال الأصل في الكلام الحقيقة – يعني الراجح – فإذا تعارضت الحقيقة مع المجاز في لفظ، وقيل الأصل الحقيقة أي الحقيقة ترجح على المجاز.

٢– القاعدة[١]: كقولهم: إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل.

---

[١] الشاطبي: الموافقات، ٢٩٨/٢.

[٢] المقري: القواعد، ٣٣٠/١. القرافي: الفروق، ٣٣/٢.

[٣] الفيروزآبادي: القاموس المحيط مادة "أصل" ٣٣٨/٣. المرتضى الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس– بيروت: دار الفكر، فصل الهمزة من باب اللام، الراغب الاصبهاني: المفردات في غريب القرآن، لبنان: دار المعرفة، ص ١٩. الفيومي: المصباح المنير: مادة "أصل" ٢٠/١، الزيات: المعجم الوسيط مادة "أصل" ٢٠/١.

[٤] ابن النجار: شرح الكوكب المنير، ٣٩/١، منلا خسرو: مرآة الأصول شرح مرقاة الأصول، ٢٢/١

٣- الدليل[٢]: يقال الأصل في هذه المسألة الكتاب والسنة، أي الدليل المثبت لحكمها هو الكتاب والسنة.

٤-المستصحب[٣]: كقولهم تعارض الأصل والطارئ، أي المستصحب؛ كما لو توضأ ثم شك في الحدث، فالأصل - أي المستصحب - الطهارة، والطارئ: الحدث.

٥- المقيس عليه: كقولهم: الخمر أصل النبيذ في الحرمة؛ بمعنى أن الحكم ثبت في النبيذ قياساً على الخمر وهو الأصل لاشتراكهما في العلة[٤].

والناظر في هذه المعاني الاصطلاحية لكلمة الأصل، يجد أن كلها يبتنى عليها غيرها من أنواع الابتناء، فالمجاز يبتنى على الحقيقة، وفروع القاعدة يبتنى عليها، والمدلول يبتنى على دليله والطارئ يبتنى على المستصحب والمقيس يبتنى على المقيس عليه[٥].

وهذه الاستعمالات شائعة في كتب الفقه والأصول، ولكن الأصوليين في الغالب يعنون بالأصل الدليل، وعلماء القواعد الفقهية يقصدون به في الغالب: الراجح أو القاعدة.

لذلك عرَّفه الشريف الجرجاني: (الأصل: ما يثبت بنفسه وينبني عليه غيره)[٦].

والذي يبدو أن الأصل عند العلماء أعم من القاعدة والضابط، وذلك للأسباب التالية:

١-إما لأن حكمه ثابت بنفسه، ولا يحتاج إلى الاستدلال عليه بدليل خارجي. وأن غيره من الأحكام ينبني عليه ويستدل به عليه. كقولهم: والأصل في مشروعية الطلاق قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾[البقرة:٢٢٩].

٢-أو لأنه يطلق على القاعدة الكلية[٧] فقهية كانت؛ كقولهم: الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك[٨]، أو أصولية كقولهم: الأصل أن يفرق بين علة الحكم وحكمته، فإن علته موجبة، وحكمته غير موجبة[٩]، كما أنه يطلق على الضابط الذي يجمع الفروع من باب واحد؛ كقولهم: الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن المحرم إذا أخر النسك عن الوقت الموقت له أو قدمه لزمه دم[١٠]، إضافة إلى المعاني الأخرى التي ذكرناها سابقاً[١١].

الفرع الثاني

الفروق الفقهية

الفروق الفقهية علم من علوم الفقه، باعتباره يرتكز أساساً على الفروع الفقهية. وأول من ألف فيه الإمام أحمد ابن عمر بن سريج الشافعي.

---

[١] المراجع السابقة.

[٢] ابن النجار: شرح الكوكب المنير ٣٩/١-٤٠

[٣] المرجع السابق ٣٩/١-٤٠

[٤] الأسنوي: نهاية السول ١٤/١، ١٥. البدخشي: مناهج العقول ١٩/١، التفتازاني: التلويح على التوضيح ١٣/١، الزركشي: البحر المحيط ٣٥/١، ابن النجار: شرح الكوكب المنير ٣٩/١، ٤٠، ابن السبكي، عبد الوهاب بن علي: الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٨٤، ٢١/١.

[٥] أبوعيد: مباحث في أصول الفقه الاسلامي ص٤٠، التفتازاني: التلويح على التوضيح ٩١/١ ابن السبكي: جمع الجوامع ٤٤/١.

[٦] الجرجاني: التعريفات، ٢٨.

[٧] الباحسين: القواعد الفقهية ص ٧٤.

[٨] الكرخي: رسالة الكرخي، ص ١٤٥.

[٩] المصدر السابق ص ١٥٤.

[١٠] الدبوسي: تأسيس النظر، القاهرة: مطبعة الإمام، نشر زكريا علي يوسف، وبيروت: دار ابن زيدون، ص ١٥.

[١١] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٧٥.

تعريف الفروق الفقهية:

عرَّف السيوطي الفروق الفقهية بأنها: الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويراً ومعنى المختلفة حكماً وعلة[١].

واقترح الدكتور يعقوب الباحسين تصويراً لهذا العلم؛ بأنه العلم الذي يبحث فيه عن وجوه الاختلاف وأسبابها بين المسائل الفقهية المتشابهة في الصورة والمختلفة في الحكم: من حيث بيان معنى تلك الوجوه، وماله صلة بها، وحيث صحتها وفسادها، وبيانها شروطها، ووجوه دفعها، ونشأتها وتطورها وتطبيقاتها والثمرات والفوائد المترتبة عليها[٢].

وموضوع الفروق الفقهية الفروع الفقهية المتشابهة في الصور والمختلفة في الحكم، من حيث بيان أسباب الافتراق أو الاجتماع فيما بينها. وما يتعلق بذلك من الأمور[٣]. فهو جزء من الأشباه والنظائر بينهما عموم وخصوص.

العلاقة بين الفروق الفقهية والقواعد الفقهية:

تتفق الفروق والقواعد الفقهية من حيث الموضوع، وهو الفروع الفقهية المتشابهة.

ويختلفان من عدة وجوه منها:

أ-الفروق الفقهية تهتم بالفروع الفقهية المتشابهة من حيث الصورة المختلفة من حيث الحكم. في حين أن القواعد الفقهية تهتم بالفروع الفقهية المتشابهة من حيث الصورة والمعنى والحكم.

ب-الفروق الفقهية تبحث في أسباب الافتراق بين الجزئيات المتشابهة. في حين أن القواعد الفقهية تبحث في الرابط الجامع للفروع والجزئيات.

ومن أشهر الكتب في علم الفروق الفقهية؛ الفروق الفقهية لأبي الفضل مسلم بن علي الدمشقي، والفروق لأسعد بن محمد الكرابيسي[٤]، والفروق لشهاب الدين أحمد القرافي، وعدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق لأحمد بن يحيى الونشريسي.

الفرع الثالث

بيان معنى الأشباه والنظائر

الأشباه لغة: جمع شبه والشبه والشبيه: المثل، والجمع أشباه.

وأشبه الشيء: ماثله، وفي المثل: من أشبه أباه فما ظلم[٥].

وأما النظائر: فهي جمع النظير وهو المثل، وقيل المثل في كل شيء.

---

[١] السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ٧.

[٢] الباحسين: الفروق الفقهية والأصولية، ص ٢٥.

[٣] المرجع السابق؛ وانظر: مقدمة الفروق الفقهية لأبي الفضل الدمشقي للمحققين محمد أبو الأجفان، وحمزة أبو فارس ص ٢٨.

[٤] الكرابيسي (-٥٧٠هـ) أسعد بن محمد بن الحسين، أبو المظفر، جمال الإسلام الكرابيسي النيسابوري، فقيه حنفي أديب، من تلاميذ موهوب الجواليقي. نسبته إلى بيع الكرابيس، وهي الثياب. له: (الفروق)، (الموجز) في الفقه [شذرات الذهب ٣٤٤/٤. وفيات الأعيان ٦٧/١].

[٥] ابن منظور: لسان العرب مادة "شبه" ٢٣/٧، وانظر: الراغب الأصبهاني: المفردات، ص ٢٥٤.

وفلان نظيرك: أي مثلك، لأنه إذا نظر إليهما الناظر رآهما سواء.

ونظير الشيء: مثله، والجمع نظائر[١].

والنظائر: المثل والشبه في الأشكال والأخلاق والأقوال والأفعال.

ويرى الكفوي أن النظير أخص من المثل وكذا الند، فإنه يقال لما يشاركه في الجوهر فقط[٢].

والخلاصة: أن الشبيه والنظير في اللغة بمعنى واحد، فشبه الشي مثله ونظيره مثله[٣].

الأشباه والنظائر اصطلاحاً:

تعريف السبكي: عرف السبكي الأشباه بقوله: هو أن يجتذب الفرع أصلان، ويتنازعه مأخذان، فينظر إلى أولاهما وأكثرهما شبهاً فيلحق به.

فلو قال أنت علي كعين أمي ولم يرد الكرامة ولا الظهار بل أطلق، فالأصح أن يحمل على الإكرام تغليباً[٤].

فما ذكره السبكي هو المعنى المتبادر إلى الأذهان لكلمة الأشباه، لكن تعريفه لا يفصح عن المعنى المتكامل الواضح الواسع لهذا المصطلح[٥].

تعريف الإمام السيوطي:

بيّن الإمام السيوطي[٦] معنى كل من الشبيه والنظير في الاصطلاح، فقال: المشابهة تقتضي الاشتراك في أكثر الوجوه لا كلها، والمناظرة تكفي في بعض الوجوه ولو وجهاً واحداً.

والخلاصة أن النظير أعم من الشبيه[٧].

تعريف الحموي:

عرف الحموي الأشباه والنظائر بأنها: المسائل التي يشبه بعضها بعضاً مع اختلافها في الحكم لأمور خفية أدركها الفقهاء بدقة أنظارهم[٨].

وقد اعترض على هذا التعريف بأن الظاهر أنه تعريف لعلم الفروق بين الفروع الفقهية، ويدل على ذلك مايلي:

أ – قول الحموي في آخر تعريفه السابق وقد صنفوا لبيانها كتباً كفروق المحبوبي[٩] والكرابيسي.

ب– قول السيوطي: وفي قوله – أي قول عمر رضي الله عنه – فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق

---

[١] المصدر السابق مادة "نظر" ١٩٤/١٤، وانظر: الراغب الأصبهاني: المفردات، ص ٤٨٩.

[٢] الكفوي: الكليات، ص ٩٠٦

[٣] السيوطي: الحاوي للفتاوى، ٢٧٣/١.

[٤] السبكى: الأشباه والنظائر، ١٨٢/٢.

[٥] الندوي: القواعد الفقهية، ص ٦٥.

[٦] السيوطي (٨٤٩–٩١١هـ) عبد الرحمن بن أبي بكر الخضيري المصري، جلال الدين أبو الفضل. فقيه شافعي ومحدث ومؤرخ وأديب، لما بلغ الأربعين أخذ في التجرد للعبادة، وترك الإفتاء والتدريس وشرع في تحرير مؤلفاته فألف أكثر كتبه التي تبلغ أكثر من تسعمائة؛ منها (الاشباة والنظائر)؛ و(الاتقان في علوم القرآن) [شذرات الذهب٥١/٨؛ والضوء اللامع ٦٥/٤].

[٧] السيوطي: الحاوي للفتاوي، ٢٧٣/٢

[٨] الحموي: غمز عيون البصائر ٣٨/١

[٩] صدر الشريعة الأول (توفي في حدود ٦٥٠هـ) أحمد بن عبيد الله المحبوبي، فقيه حنفي، والد تاج الشريعة، وجد صدر الشريعة الأصغر عبيد الله بن مسعود، له: (تلقيح العقول في الفروق)؛(وقاية الرواية في مسائل الهداية).[كشْف الظّنون عن أسامي الكتب والفنون- بيروت: دار الكتب العلميّة١٩٩٢، ٤٨١/١].

إشارة إلى أن من النظائر ما يخالف نظائره في الحكم لمدرك خاص به وهو الفن المسمى بالفروق، الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويراً أو معنى، المختلفة حكماً وعلة[١].

والخلاصة: أن هذا التعريف يوهم أن الأشباه والنظائر مرادفة للفروق، مع أن ما يتناوله مفهوم الأشباه والنظائر أعم وأشمل[٢].

التعريف المختار:

والذي أميل إليه؛ **أن الأشباه:** هي الفروع الفقهية التي يشبه بعضها بعضاً في في أكثر الوجوه، وتشترك في الحكم[٣]. ويدخل في هذا المعنى المسائل التي تخرج على القواعد الفقهية.

أما النظائر فهي: الفروع الفقهية التي يشبه بعضها بعضاً في بعض الوجوه، وتختلف في الحكم[٤].

وقد يدخل في هذا المعنى فن الفروق[٥].

وهذا التعريف الذي اخترته يعكس واقع حال كتب الأشباه والنظائر، إذ إنها تحتوي على أنواع من المسائل منها ما يتعلق بالقواعد الفقهية والفروق، والفنون الفقهية المتشابهة الأخرى[٦].

العلاقة بين القواعد الفقهية والأشباه والنظائر:

تتفق القواعد الفقهية مع الأشباه والنظائر من حيث الموضوع، وهو الفروع الفقهية، إذ القواعد تمثل الرابط والجامع بين الأمور المتشابهة أو الصفة المشتركة بين الفروع التي تنطبق عليها القاعدة، والأشباه والنظائر تمثل الوقائع الجزئية التي تتحقق فيها تلك المفاهيم أو تنتفي عنها.

كما تتفقان من حيث الاثر، وهو الكشف عن الحكم الشرعي[٧].

وتختلفان من عدة وجوه منها:

أ-الأشباه والنظائر أعم من القواعد الفقهية كما بينا.

ب-الأشباه والنظائر الفقهية تهتم بالفروع والجزئيات المتشابهة، في حين أن القواعد الفقهية تهتم بالرابط الجامع للفروع والجزئيات[٨].

فمن نظر إلى المعنى الجامع بين الفروع سمى كتابه القواعد، ومن نظر إلى الفروع الجزئية سمى كتابه الأشباه والنظائر[٩].

---

[١] السيوطي: الأشباه والنظائر ٣٣، ٣٤

[٢] الندوي: القواعد الفقهية ٣٣، ٣٤

[٣] السيوطي: الحاوي في الفتاوي، ٤٦٦/٢.

[٤] المرجع السابق.

[٥] أخذت هذين التعريفين من مجموع تعريف الأستاذين عبد الوهاب الباحسين وأحمد العنقري، انظر: العنقري مقدمة تحقيقه كتاب الأشباه والنظائر لابن الوكيل ١٦/١. الباحسين: القواعد الفقهية ص ٩٧.

[٦] الندوي: القواعد الفقهية ص ٩٧، الباحسين: القواعد الفقهية ص ٩٩.

[٧] شبير، محمد عثمان: القواعد الكلية والضوابط الفقهية، عمان: دار النفائس، ٢٠٠٧. ص ٣٣.

[٨] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٩٨.

[٩] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٩٨ – ٩٩ – وانظر الشعلان: مقدمة تحقيقه كتاب القواعد للحصني ٢٩/١.

الفصل الثاني

أهمية القواعد الفقهية ومصادرها وحجيتها

المبحث الأول

فوائد القواعد الفقهية وأهميتها ومكانتها

هذا العلم من أجلِّ العلوم الشرعية، ولذلك تجد فقهاء المذاهب الأربعة يشيدون بأهميته. وفيما يلي أسوق نصوصاً تكشف عن هذا الجانب.

١-قال الإمام السرخسي[١] في ختام بعض الفصول: (من أحكم الأصول فهماً ودراية، تيسر عليه تخريجها)[٢].

٢-وقال الإمام المرغيناني[٣] في ختام كتاب المعاقل: (ها هنا عدة مسائل. ذكرها محمد متفرقة. والأصل الذي يخرج عليه أن يقال: حال القاتل إذا تبدل حكماً، فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب أمر حادث، لم تنتقل جنايته عن الأول قضي بها أو لم يقض.. فمن أحكم هذا الأصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد)[٤].

٣-ونوَّه بها العلامة ابن نجيم بقوله: (هي أصول الفقه في الحقيقة وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى)[٥].

٤-ويقول القرافي: (هذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاقت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهي، وانتهى العمر كله ولم تقض نفسه من طلب مناها. ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين شأو بعيد، وبين المنزلتين تفاوت شديد)[٦].

٥-وبين الإمام تاج الدين السبكي أهمية هذا الموضوع الجليل في النص الآتي: (حق على طالب التحقيق ومن يتشوف إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق أن يحكم قواعد الأحكام ليرجع إليها عند الغموض، وينهض بعبء الاجتهاد أتم النهوض، ثم يؤكدها بالاستكثار من حفظ الفروع، لترسخ في الذهن مثمرة عليه

---

[١] السرخسي (٤٨٣ هـ) محمد بن أحمد بن سهل الخراساني، شمس الأئمة. فقيه الحنفية، متكلم ناظر أصولي. أخذ عن الحلواني وغيره، سجن في جب لنصحه بعض الأمراء، وأملى من حفظه كثيراً من كتبه على أصحابه وهو في السجن. له (المسبوط) في شرح كتب ظاهر الرواية، و(شرح السير الكبير). [الفوائد البهية ص١٥٨؛ والجواهر المضية ٢٨/٢].

[٢] السرخسي: المبسوط - بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠١، ١٨٧/٣، وتخريجها أي تخريج الفروع على الأصول.

[٣] المرغيناني (٥٣٠- ٥٩٣هـ) علي بن أبي بكر عبد الجليل، برهان الدين. نسبته إلى مرغينان، مدينة من فرغانه وراء سيحون وجيحون. من أكابر فقهاء الحنفية. له (الهداية شرح البداية) و(منتقى الفروع)؛ (مختارات النوازل). [الجواهر المضية ٣٨٣/١؛ الفوائد البهية١٤١].

[٤] ابن الهمام: شرح فتح القدير مع تكملته لقاضي زاده - بيروت: دار الكتب العلمية، ٤٠٩/١٠-٤١٠.

[٥] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص ١٠.

[٦] القرافي: الفروق، ٣/١.

بفوائد غير مقطوع فضلها ولا ممنوع. أما استخراج الفتوى، وبذل المجهود في الاقتصار على حفظ الفروع من غير معرفة أصولها، ونظم الجزئيات بدون فهم مآخذها، فلا يرضاه لنفسه ذو نفس أبية، ولا حامله من أهل العلم بالكلية، وإن تعارض الأمران وقصر وقت طالب العلم عن الجمع بينهما –لضيق أو غيره من آفات الزمان– فالرأي لذي الذهن الصحيح: الاقتصار على حفظ القواعد وفهم المآخذ)[١].

٦–وقال الإمام ابن رجب[٢] رحمه الله: (فهذه قواعد مهمة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد)[٣].

٧–ويقول الأستاذ الزرقا رحمه الله: (فالطالب في دراسته الشرعية أو القانونية إذا تلقى هذه القواعد، وتفهم جيداً مدلولاتها ومدى تطبيقاتها، ووقف على مستثنياتها التي يكشف عنها الشرح، ثم تفهم الأسباب الفقهية التي قضت بقطع الفرع المستثنى عن قاعدته الظاهرة، وإلحاقه بقاعدة أو أصل آخر، يشعر ذلك الطالب في ختام دراسته لهذه القواعد وشروحها كأنما وقف فوق قمة من الفقه تشرف على آفاق مترامية الأطراف من الفكر الفقهي نظرياً وعملياً، ويرى امتداداته التطبيقية في جميع الجهات)[٤].

وفي ضوء تلك الأقوال النيرة الكاشفة عن أهمية علم القواعد يمكن تسجيل الملحوظات التالية:

١–إن إحكام الأصول مع درايتها يربي في الفقيه والمفتي والقاضي الملكة الفقهية ويجعله متمكنا من التخريج والتنظير وتنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسع، ومعرفة الأحكام الشرعية في المسائل المعروضة عليه، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة، والمشاكل المتكررة، والحوادث الجديدة.

٢–إن علم القواعد يسهل على رجال التشريع غير المختصين بالشريعة فرصة الاطلاع على الفقه بروحه ومضمونه وأسسه وأهدافه، ويقدم لهم العون لاستمداد الأحكام منه، ومراعاة الحقوق والواجبات[٥]، وهذا ما حققته القواعد الفقهية في مجلة الأحكام العدلية، والتي انتقلت إلى العديد من القوانين المعاصرة.

٣–إن دراسة الفروع والجزئيات، إن حفظت كلها أو أغلبها فإنها سريعة النسيان، ويحتاج الرجوع إليها في كل مرة إلى جهد ومشقة.

أما القاعدة الفقهية: فإن دراستها تساعد على الحفظ والضبط للمسائل الكثيرة المتقاربة، وتيسر الوصول إلى الحكم من غير عناء ومراجعة طويلة بحيث تكون القاعدة وسيلة لاستحضار الأحكام. وذلك لأنها صيغت بعبارة سهلة تبين محتواها، ومتى ذكر أمام الفقيه فرع أو مسألة فإنه يتذكر القاعدة، مثل قاعدة (لا ضرر ولا

---

[١] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ق ٤.

[٢] ابن رجب (٧٣٦–٧٩٥هـ) عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي، أبو الفرج زين الدين، وجمال الدين أيضاً ولد ببغداد وتوفي بدمشق، فقيه محدث حافظ مؤرخ، اتقن فنَّ الحديث وصار أعرف أهل عصره بالعلل، له (تقرير القواعد وتحرير الفوائد) المشهور بالقواعد و(جامع العلوم والحكم)، و(شرح سنن الترمذي) [الدرر الكامنة ٢٢١/٢، وشذرات الذهب ٣٣٩/٣].

[٣] ابن رجب الحنبلي، عبد الرحمن بن أحمد، القواعد في الفقه الإسلامي أو تقرير القواعد وتحرير الفوائد–تحقيق طه عبد الرؤوف سعد– القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ١٩٧٢. ص ٣.

[٤] الزرقا، أحمد بن محمد: شرح القواعد الفقهية، دمشق: دار القلم، ١٤٠٣هـ، ص١١.

[٥] الصابوني: المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ٢٩٦. شلبي، مصطفى: المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي، مصر: مطبعة دار التأليف، ١٩٥٩م. ص ٢٣٠.

ضرار)[1]، أو (الضرر يزال)، أو (يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام)، أو (الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة).

٤-إن دراسة الفروع والجزئيات يكاد يكون مستحيلاً، بينما يدرس الطالب والعالم قاعدة كلية تنطبق على فروع كثيرة لا حصر لها، ويتذكر القاعدة ليفرع عليها المسائل والفروع المتشابهة والمتناظرة، ولذلك سمي هذا العلم بعلم الأشباه والنظائر.

٥-إن الأحكام الجزئية قد يتعارض ظاهرها، ويبدو التناقض بين عللها، فيقع الطالب والباحث في الارتباك والخلط، وتشتبه عليه الأمور حتى يبذل الجهد والتتبع لمعرفة الحقيقة.

أما القاعدة الفقهية فإنها تضبط المسائل الفقهية، وتنسق الأحكام المتشابهة وترد الفروع إلى أصولها، وتسهل إدراكها وأخذها وفهمها. إذ إنها -أعني القواعد الفقهية- عبارة عن علل جامعة لأحكام فقهية.

٦-تساعد القواعد الكلية في إدراك مقاصد الشريعة، وأهدافها العامة، لأن مضمون القواعد الفقهية يعطي تصوراً واضحاً عن المقاصد والغايات، مثل: (المشقة تجلب التيسير)، أو (الرخص لا تناط بالمعاصي)، أو (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)، وغير ذلك من الفوائد والمنافع التي تحصل من دراسة القواعد الفقهية[2].

يقول الاستاذ الزرقا رحمه الله: (وكون هذه القواعد أغلبية، لا يغض من قيمتها العلمية، وعظيم موقعها في الفقه، وقوة أثرها في التفقيه، فإن في هذه القواعد تصويرا بارعاً، وتنويراً رائعاً للمبادئ والمقررات الفقهية العامة، وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية، وضبطاً لفروع الأحكام العملية بضوابط تبين في كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط، ووجهة الارتباط برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها. ولولا هذه القواعد لبقيت الاحكام الفقهية فروعا مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار، وتبرز العلل الجامعة وتعين اتجاهاتها التشريعية، وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة)[3].

٧-اشتدت الحاجة في الفقه الإسلامي إلى حفظ هذه القواعد ووعيها لما آل إليه الأمر من تقاعس الهمم وكثرة مطالب الحياة في هذا العصر، وكأن الإمام التاج السبكي رحمه الله يخاطبنا في الفقرة الأخيرة الآنفة الذكر من كلامه.

لقد أورث إهمال هذا الموضوع ضعفا في صلاحية الاستنتاج، ولذلك تجد العلامة محمد الطاهر ابن عاشور رحمه الله يعد من أسباب التأخر في الفقه: (عدم العناية بجمع النظائر والقواعد للفروع المتحدة بذكر الحكم الجامعة بينها حتى يستغنى عن كثرة التفريع، وحتى تكون الفروع كالأمثلة للقواعد)[4].

---

[1] ابن ماجه: سنن ابن ماجه، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ٧٨٤/٢. برقم ٢٣٤٠. وأحمد في مسنده٣١٢/١، برقم ٢٨٦٧. و٣٢٧/٥ برقم ٢٢٨٣٠، مالك: الموطأ، باب القضاء في المرفق، ٧٤٥/٢. برقم ١٤٢٩. والدارقطني في السنن، ٧٧/٣ برقم ٢٨٨ و ٢٢٨/٤ برقم ٨٣، ورواه البيهقي في السنن ٧٠/٦، ١٥٦-١٣٣/١٠. والحاكم في المستدرك ٦٦/٢ برقم ٢٣٤٥ وقال: صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

[2] الروكي: القواعد الفقهية، ص ١٧٩. الباحسين: القواعد الفقهية، ص ١١٤، الونشريسي: إيضاح المسالك مقدمة التحقيق ص ١٢١، المقري: القواعد، مقدمة التحقيق ١١٢/١. محمد الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ١٢٧-٢٨.البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٦/١.

[3] الزرقا: المدخل الفقهي، ٩٦٧/٢

[4] ابن عاشور: أليس الصبح بقريب، ص ١٩٩.

المبحث الثاني
مصادر وأدلة القواعد الفقهية

لقد جاءت نصوص الشريعة الإسلامية بمبادئ عامة، وقواعد كلية، وضوابط شرعية، لتكون مناراً وهداية للعلماء في وضع التفاصيل التي تحقق أهداف الشريعة وأغراضها العامة وتتفق مع مصالح الناس وتطور الأزمان واختلاف البيئات.

ولقد اهتم أهل العلم بالقواعد الفقهية، وكتبوا فيها من جميع الوجوه، ولكنهم كعادتهم في تناول مثل هذه المسائل، قد كانوا يعرضون القاعدة، ثم قبل تحليلها وذكر فروعها وتطبيقاتها الفقهية وما فيها من استثناءات، يرجعونها إلى أصلها الشرعي من قرآن أوسنة أو إجماع أو اجتهاد، غير أنهم لم يلتزموا بذلك في كل القواعد، لأن اهتمامهم كان منصباً على بيان كيفية استخراجها ثم وضعها وترتيبها، ثم على بيان ما يتفرع عن هذه القواعد من الفروع والجزئيات، انطلاقاً من أن مصادرها الشرعية مبسوطة في محالها من كتب أصول الفقه. لذلك فإنهم لم يجردوا الحديث عن مصادرها الشرعية، ولم يفردوا لها باباً أو فصلاً. وأعني بمصادر القواعد الفقهية أصلها ومنشأها وأساس ورودها[1].

إذن، فجميع هذه القواعد الفقهية التي هي من جوامع الكلم المعبر عن الفكر الفقهي الواسع، هي من وضع الفقهاء وصياغتهم وترتيبهم على مدى متطاول من العصور. إلا أن سندها وأصلها مستوحاة من نصوص الشريعة الإسلامية المتمثلة بالكتاب والسنة والآثار.

وتنقسم مصادر القواعد الفقهية إلى قسمين:

القسم الأول: قواعد فقهية مصدرها النصوص الشرعية.

لا شكَّ أن أعلى أنواع القواعد وأولاها بالاعتبار ما كان مصدره نصاً من الكتاب الكريم والسنة ثم آثار الصحابة أو التابعين، حيث إن الكتاب الكريم والسنة هما أصل الشريعة وكليتها وكل ما عداهما من الأدلة راجع إليهما.

أولاً: قواعد فقهية مصدرها الكتاب والسنة أو أحدهما:

١-من القواعد الفقهية التي وجد سندها في الكتاب والسنة، القاعدة الكلية الكبرى (الضرر يزال)، فهذه القاعدة العظيمة مستمدة من نصوص قرآنية تحذر من إيقاع الضرر مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾[البقرة:٢٣١]، ومستندة كذلك إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)[2]، إذ إن هذا الحديث نصٌ في تحريم الضرر بأنواعه؟ لأن لا النافية تفيد استغراق الجنس، فالحديث وان كان خبراً لكنه في معنى النهي، فيصير المعنى: اتركوا كل ضرر وكل ضرار.

---

[1] محمد الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ٢٩/١ .

[2] سبق تخريجه آنفا.

٢- ومنها قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ﴾[الأعراف:١٩٩]، فكما قال القرطبي[١] رحمه الله وغيره: هذه الآية من ثلاث كلمات -أي جُمَلٍ- تضمنت قواعد الشريعة في المأمورات والمنهيات[٢]. فقوله سبحانه: (خذ العفو) دخل فيه صلة القاطعين والعفو عن المذنبين، والرفق بالمؤمنين، وغير ذلك من أخلاق المطيعين.

ودخل في قوله: (وأمر بالعرف) صلة الأرحام وتقوى الله في الحلال والحرام وغض الأبصار، والاستعداد لدار القرار. وفي قوله: (وأعرض عن الجاهلين) الحض على التعلق بالعلم، والإعراض عن أهل الظلم، والتنزه عن منازعة السفهاء ومساواة الجهلة الأغبياء، وغير ذلك من الأخلاق الحميدة والأفعال الرشيدة.

ويقول القرطبي أيضاً: وهذه الآية هي الجامعة لمكارم الأخلاق، قال جعفر الصادق[٣]: أمر الله نبيه بمكارم الأخلاق في هذه الآية، وليس في القرآن آية أجمع لمكارم الأخلاق من هذه الآية[٤].

٣- ومثل قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثۡلُ ٱلَّذِي عَلَيۡهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾[البقرة:٢٢٨]، وهي تعد قاعدة عامة لتحديد الحقوق والواجبات بين الزوجين.

٤- ومنها قوله تعالى:﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾[البقرة:٢٢٩]. فهذه الآية تبين الأصل في الطلاق الرجعي، وحدّه الذي يمكّن الرجعة.

٥- ومنها قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِ﴾[البقرة:٢٢٠]. قال السيوطي: هذه أصل لقاعدة: الأمور بمقاصدها، فرب أمر مباح، أو مطلوب لمقصد، ممنوع باعتبار مقصد آخر)[٥].

٦- ومنها قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[المائدة:١]. فالأمر يقتضي الوفاء بكل عقد مشروع، واحترام كل ما يلتزم به الإنسان مع الناس.

قال الإمام ابن عطية[٦] في تفسير الآية المذكورة: (وهذه الآية مما تلوح فصاحتها وكثرة معانيها على قلة ألفاظها لكل ذي بصر بالكلام، ولمن عنده أدنى إبصار، فإنها تضمنت خمسة أحكام: الأمر بالوفاء بالعقود، وتحليل بهيمة الأنعام، واستثناء ما تلي بعده، واستثناء حال الإحرام فيما يصاد، وما يقتضيه معنى الآية من إباحة الصيد لمن ليس بمحرم)[٧].

---

[١] القرطبي(٦٧١هـ) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر. أندلسي من أهل فرطبة. من كبار المفسرين. اشتهر بالصلاح والتعبد. رحل إلى المشرق واستقر بمصر وبها توفي. له (الجامع لأحكام القرآن)؛ (التذكرة بأمور الآخرة) [الديباج المذهب٣١٧؛ الأعلام للزركلي٦/٢١٨]

[٢] القرطبي: أبو عبْد اللّه محمّد بن أحمد: الجّامع لأحكام القرآن - بيروت: دار الفكر، ١٩٩٦، ٣٤٤/٧.

[٣] جعفر الصادق (٨٠–١٤٨هـ) جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، أبو عبد الله، الملقب بالصادق. أمه أم فروة بنت القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق. من سادات أهل البيت فقهاً وعلماً وفضلاً. روى عن أبيه والقاسم بن محمد ونافع وعطاء ومحمد بن إسحاق ويحيى الأنصاري ومالك والسفيانان وشعبة ويحيى القطان [تهذيب التهذيب ١٠٣/٢، النووي: تهذيب الأسماء واللغات ١٤٩/١].

[٤] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٣٤٤/٧-٣٤٧، البقاعي: نظم الدرر في تناسب الآيات والسور، القاهرة: مكتبة ابن تيمية، ٢٠٣/٩.

[٥] السيوطي: الإكليل في استنباط التنزيل، ٣٤.

[٦] ابن عطية (٤٨١-٥٤٢هـ) عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن، أبو محمد المحاربي الغرناطي، أحد القضاة بالبلاد الأندلسية. فقيه محدث مفسر لغوي، غاية في توقد الذهن وحسن الفهم وجلالة التصرف، كان يكثر الغزوات في جيوش الملثمين، توفي بلورقة. له: (المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز) [السيوطي: بغية الوعاة ٧٣/٢ط عيسى الحلبي؛ وطبقات المفسرين ص١٥-١٦؛ وتاريخ قضاة الأندلس ص١٠٩]

[٧] ابن عطية: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز- القاهرة: المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٩٩٩، ٣١٩/٤.

٧- ومنها قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا﴾[البقرة:٢٧٥]، فقد جمعت هذه الآية على وجازة لفظها أنواع البيوع ما أحل منها وما حرم عدا ما استثنى.

٨- ومنها: قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[البقرة:١٨٨]، فهذه قاعدة شاملة لتحريم كل تعامل وتصرف يؤدي إلى أكل أموال الناس وإتلافها بالباطل من غير وجه مشروع يحله الله ورسوله، كالسرقة والغصب والربا، والجهالة، والضرر، والغرر، فكل عقد باطل يعتبر نوعا من أكل أموال الناس بالباطل.

٩- ومنها قوله سبحانه وتعالى في الآية الجامعة الفاذة: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ* وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُۥ﴾[الزلزلة:٧-٨] ، وغير ذلك في كتاب الله كثير.

ومن الأحاديث الشريفة الجامعة التي جرت مجرى القواعد إلى جانب مهمتها التشريعية، إذ إن سيدنا الرسول صلى الله عليه وسلم، أوتي جوامع الكلم واختصر له الكلام اختصاراً.

١- منها القواعد التي وجد سندها في السنة الشريفة: (اليقين لا يزول بالشك)، فهذه القاعدة الكبرى مستفادة من الحديث الذي رواه عباد بن تميم[١] عن عمه: أنه شكا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: (لا ينفتل _ أو لا ينصرف- حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً)[٢].

٢- وكذلك القاعدة: (الاضطرار لا يبطل حق الغير)[٣]، مستقاة من قوله عليه الصلاة والسلام: (إن دماءكم دماءكم وأموالكم عليكم حرام)[٤]. كما أشار إلى ذلك الإمام الطحاوي[٥] في النص الآتي: (قال أبو جعفر: قال النبي صلى الله عليه وسلم: (إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام) واتفقوا أنه لو اضطر إلى طعام غيره، فأكله ضمنه، فدل أن الضرورات لا تبيح إتلاف مال الغير بغير ضمان)[٦].

٣- وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام، وقد سئل عن حكم أنواع من الأشربة فقال: عليه الصلاة والسلام: (كل مسكر حرام)[٧]، فدلّ هذا الحديث على وجازة لفظه على تحريم كل مسكر من عنب أو غيره مائع أو جامد، نباتي أو حيواني أو مصنوع.

٤- وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام: (لا طلاق في إغلاق)[١].

---

[١] عَبَّاد بن تميم بن زَيْد الأَنْصاري المازني. تابعي مدني، من مشاهير التَّابعين وثقاتهم. روى عن عَمِّه عبد الله بن زَيْد الأَنْصاري، وأبي بَشِير الأنصاري، وعُوَيْمِر بن أَشْقر. سمع منه الزُّهْري، وعبد الله بن أبي بكر، وعُمَارة بن غَزِيَّة. [تهذيب الكمال ٦٥٦/٢، تهذيب التهذيب ١١٤/٥، سير أعلام النبلاء ١٠٧/٥].

[٢] رواه البخاري في صحيحه – باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن ٦٤/١ برقم ١٣٧. ورواه مسلم في صحيحه – باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحث ٢٧٦/١ برقم ٣٦١.

[٣] السلطنة العثمانية: مجلة الأحكام العدلية- عمان: دار الثقافة للنشر والتوزّيع، ١٩٩٩، المادة ٣٣، الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص ١٥٩.

[٤] أخرجه البخاري بلفظ (فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام) صحيح البخاري كتاب العلم، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم (رب مبلغ أوعى من سامع) ٢٣/١.

[٥] الطحاوي (٢٣٩-٣٢١هـ) أبوجعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي، نسبته إلى (طحا) قرية بصعيد مصر. فقيه حنفيّ. كان ابن أخت أخت المزني صاحب الشافعي. وتفقه عليه أولاً. ثم انتقل من عنده وتفقه على مذهب أبي حنيفة. وكان عالماً بجميع مذاهب الفقهاء. له (أحكام القرآن)؛ و(معاني الآثار)؛ و(شرح مشكل الآثار) [الجواهر المضية١٠٢/١؛ البداية والنهاية ١٧٤/١١].

[٦] الطحاوي، أبو جعفر، اختلاف الفقهاء- تحقيق محمد صغير المعصومي، إسلام أباد: مطبعة البحوث الإسلامية ١٣٩١هـ، ص ٢٥٧.

[٧] رواه البخاري في صحيحه، باب بعث أبي موسى ومعاذ إلى اليمن ١٥٧٩/٤ برقم ٤٠٨٧. ورواه مسلم في صحيحه، باب بيان أن كل كل مسكر خمر، ١٥٨٦/٣ برقم ١٧٣٣.

٥- وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام: (الولد للفراش)[٢].

٦-ومنها قوله عليه الصلاة والسلام: (المسلمون على شروطهم)[٣]. فظاهر المعنى وجوب احترام كل ما رضيه المتعاقدان من الشروط، إلا الشروط التي تحل الحرام أو تحرم الحلال، كما ورد في رواية.

٧- (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[٤]، فهذا الحديث قاعدة قضائية عظيمة، فهي ملجأ القضاة عند فض الخصومات ورد الحقوق إلى أربابها، وفي ضوئها يسير الفقيه على سَنَن مستقيم في حل كثير من المسائل المعروضة عليه.

قال الإمام النووي رحمه الله تعالى في شرحه: (وهذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع)[٥]. وقال السرخسي رحمه الله تعالى في هذه القاعدة الحديثية التشريعية: (إنها من جوامعه صلى الله عليه وسلم، فقد تكلم كلمتين استنبط العلماء رحمهم الله منهما ما بلغ دفاتر)[٦].

٨- وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: (الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات)[٧]. وهو دليل القاعدة الفقهية المعروفة: (ما اجتمع محرم ومبيح إلا غلب المحرم).

٩- وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: (من سبق إلى مالم يسبقه إليه مسلم فهو له)[٨].

فهذا الحديث عبارة عن قاعدة جامعة في المسائل المتعلقة بإحياء الموات وإحراز المباحات، لذلك تجد الفقهاء يستندون إليه في أحكام كثيرة.

منها: ما ذكره الإمام البهوتي[٩] رحمه الله في النص الآتي: (من سبق إلى قناة لا مالك لها، وسبق آخر إلى بعض أفواهها، فلكل واحد منهما ما سبق إليه لحديث: من سبق إلى مالم يسبقه إليه مسلم فهو له)[١٠].

---

[١] ابن ماجه: سنن ابن ماجه، باب طلاق المكره والناسي، ٦٦٠/١، برقم ٢٠٤٦ ، وأحمد في مسنده، ٢٧٦/٦، برقم ٢٦٤٠٣. والدارقطني: سنن الدارقطني، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغير، ٣٦/٤. برقم ٩٨. والإغلاق قيل هو: الإكراه وقيل هو الغضب. انظر: ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، بيروت: دار الفكر، ١٩٩٧، ٥٢/٣.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات، ٧٢٤/٢ برقم ١٩٤٨،وفي باب شراء المملوك من الحربي، ٧٧٣/٢ برقم ٢١٠٥. وفي كتاب الخصومات، باب دعوى الوصي للميت، ٨٥٢/٢ برقم ٢٢٨٩. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات. ١٠٨٠/٢ برقم ١٤٥٧. و١٠٨١/٢ برقم ١٤٥٧.

[٣] رواه البخاري في باب أجر السمسرة، بلفظ "المسلمون ثم شروطهم" ٧٩٤/٢. برقم ٢١٥٣. ورواه أبو داود في باب الصلح ٣٠٤/٣ برقم ٣٥٩٤. والترمذي في السنن، في باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، [٦٣٤/٣ برقم ١٣٥٢]. بلفظ "والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً". وقال هذا حديث حسن صحيح.

[٤] رواه البخاري ، كتاب الشهادات، باب ما جاء في البينة على المدعي، ٩٣١/٢. النووي: شرح صحيح مسلم، كتاب الأقضية: باب اليمين على المدعي عليه ٣٠١/٤، الترمذي: السنن، باب ما جاء في أن البينة على المدعي، ٦٢٥/٣، برقم ١٣٤٠. المباركفوري، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. ٥٧١/٤.

[٥] النووي: شرح صحيح مسلم، كتاب الأقضية: باب اليمين على المدعي عليه ٣٠١/٤

[٦] السرخسي: المبسوط ١٧/٢، كتاب الدعوى ، وانظر شرحها أيضا في شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا رحمه الله ص ٣٠٤، القاعدة الخامسة والسبعون، المادة ٧٦.

[٧] هذا جزء من حديث متفق عليه أخرجه البخاري في باب فضل من استبرأ لدينه ٢٨/١. برقم ٥٢. والإمام مسلم في باب أخذ الحلال وترك الشبهات ١٢١٩/٣، برقم ١٥٩٩.

[٨] أبو داود: سنن أبي داود، باب في إقطاع الأرضين، ١٧٧/٣ برقم ٣٠٧١. وأحمد في مسند ٢١٤/١، برقم ١٨٣٦. والبيهقي في السنن الكبرى ١٤٢/٦، برقم ١١٥٥٩. وذكره الحافظ ابن حجر في الإصابة عازيا لأبي داود وقال: إسناده جيد. انظر فيض القدير شرح الجامع الصغير ١٤٨/٦، برقم ٨٧٣٩.

[٩] البهوتي (١٠٠٠-١٠٥١هـ) منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي. فقيه وشيخ الحنابلة بمصر في عهده. نسبته إلى (بهوت) بمصر، له (الروض المربع بشرح زاد المستقنع)؛ و(كشاف القناع عن متن الاقناع)؛ و(دقائق أولي النهى لشرح المنتهى) [الأعلام للزركلي٢٤٩/٨؛ وخلاصة الاثر٤٢٦/٤].

[١٠] البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ١٩٩/٤، وانظر المصدر نفسه ١٨٩/٤، ١٩٣، ١٩٦، ١٩٧.

أضف إلى ذلك، أن آية واحدة من كتاب الله عز وجل، قد تكون دليلاً لعدة قواعد فقهية جامعة، مثل قوله تعالى: ﴿لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[الأعراف:٤٣]، وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[البقرة:٢٨٦].

قال ابن عطية رحمه الله: (هذه الآية نص في أن الشريعة لا يتقرر من تكاليفها شيء لا يطاق)[١]. فمن القواعد التي تندرج تحت هذا الدليل: (المشقة تجلب التيسير)، (الميسور لا يسقط بالمعسور)، (مالا يستطاع الامتناع عنه فهو عفو)[٢]. ولا شك أن هذا من خصائص الوحي الإلهي المعجز البليغ.

كذلك قد يكون حديث نبوي واحد دليلاً وسنداً لعدة قواعد فقهية، وذلك ما يدل على إعجاز كلام النبوة وقوة بيانه، ويتمثل ذلك بالحديث النبوي الآتي: (عن عروة البارقي[٣] رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معه بدينار يشتري له أضحية، -وقال مرة أو شاة – فاشترى له شتين، فباع واحدة بدينار، وأتاه بالأخرى، فدعا له بالبركة في بيعه..)[٤].

فهذا الحديث المتعلق بموضوع الوكالة يمكن أن يجعل دليلاً لقاعدة ذكرها فقهاء الحنفية وهي: (أن تعلق حق الله بالمال لا يمنع النقل والتحويل، وذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم جوز بيع الأضحية ودعا له بالبركة، ولأن محل الوجوب: الذمة، والمال لإقامة القربة، فقبل الإقامة يكون المحل خاليا عن الحق)[٥].

والحديث نفسه من الأدلة المسوغة لتصرف الفضولي بشروطه وقيوده، كما في القاعدة الفقهية (إن كل تصرف صدر من غير المالك، إن كان له مجيز حال وجوده، يتوقف على إجازة من له الإجازة، أعني به: من له ولاية الإنشاء. وإن لم يكن له مجيز حال وقوعه، لا يتوقف، لأن فائدة الانعقاد والتوقف: النفاذ عند الإجازة، فإذا لم يكن له مجيز، لا يحتمل النفاذ ولا يتوقف لعدم الفائدة..)[٦]. وهذا ما يفيده الحديث المذكور، إذ لو لم يكن البيع موقوفاً على إجازته، لأمره بالاسترداد.

٣- وكذلك يمكن أن تجعل حديث عروة رضي الله عنه سنداً ودليلاً للقاعدة المشهورة: (الإذن العرفي يقوم مقام الإذن اللفظي).

ثانياً: قواعد فقهية مصدرها آثار الصحابة والتابعين وأئمة الفقهاء:

لقد ورد على لسان بعض الصحابة رضوان الله عليهم بعض الآثار الصحيحة، التي تعد بذاتها قواعد فقهية، وذلك كمثل قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: من عطل أرضاً ثلاث سنين لم يعمرها، فجاء غيره فعمرها فهي له [٧]. وكمثل قول علي رضي الله عنه: (ليس على صاحب العارية ضمان)[١].

---

[١] ابن عطية: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ٥٠٥/٥.

[٢] قال السرخسي في باب البئر من المبسوط، ٩٠/١ (مالا يستطاع الامتناع عنه يكون عفواً، لقوله تعالى: (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها). وسعها).

[٣] عروة بن الجعد الأزدي البارقي الكوفي، صحابي شهير سكن الكوفة، وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، استعمله عمر رضي الله عنه على قضاء الكوفة.[النووي: تهذيب الأسماء واللغات ٣٣١/١].

[٤] رواه البخاري ، كتاب المناقب ١٣٣٢/٣، برقم ٣٤٤٣، وأبو داود: السنن، باب في المضارب يخالف، ٢٥٦/٣. برقم ٣٣٨٤. وأحمد في مسنده ٣٧٥/٤، في مسند عروة بن أبي الجعد البارقي رضي الله عنه. والبيهقي: السنن الكبرى، باب المضارب يخالف بما فيه زيادة لصاحبه، ١١١/٦. برقم ١١٣٩٣.

[٥] قاضيخان: شرح الزيادات ق ٣٥٤، والسرخسي: المبسوط، ١٧٣/٢.

[٦] الحصيري: التحرير شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني، ١١٥٠/١.

[٧] يحيى بن آدم: الخراج، ٩١.

وكذلك ورد على ألسنة الذين يلونهم من أهل الهدى والرشاد وهم التابعون ومن بعدهم، مثل قول شريح القاضي[٢] رحمه الله: (كل خلع تطليقة بائنة)[٣]. وكقول إبراهيم النخعي[٤] رحمه الله: (كل قرض جر منفعة فهو ربا)[٥]. وكقول الإمام الشافعي رحمه الله: (إذا ضاق الأمر اتسع)[٦]. وكقول الإمام أبي يوسف[٧] للرشيد في كتابه الذي وضعه للرشيد الخراج: (ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت)[٨]. وغيرها كثير.

القسم الثاني: ما كان من غير النصوص:

وهو أنواع:

النوع الأول: قواعد فقهية مصدرها الإجماع المستند إلى الكتاب والسنة، ومن أمثلة قواعد هذا المصدر:

١- قولهم: (لا اجتهاد مع النص)[٩] فهذه القاعدة تفيد تحريم الاجتهاد في حكم مسألة ورد فيها نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع، لأنه إنما يحتاج للاجتهاد عند عدم وجود النص، أما عند وجوده فلا اجتهاد إلا في فهم النص ودلالته.

٢- قولهم: (الاجتهاد لا ينقض بمثله أو بالاجتهاد)[١٠] وهذا أمر مجمع عليه، والمراد: أن الأحكام القضائية الاجتهادية إذا فصلت بها الدعوى على الوجه الشرعي ونفذت، لا يجوز نقضها بمثلها، لأن الاجتهاد الثاني ليس أولى من الاجتهاد الأول.

ولأن أساس ثبوت الحكم الاجتهادي ولزومه، هو الحفاظ على استقرار الأحكام، فلو نقض القاضي الثاني حكم القاضي الأول، لجاز للثالث أن ينقض الحكم الثاني، والرابع ينقض حكم الثالث، وهكذا لا تنتهي سلسلة النقض، فلا بد من إكساب الحكم الأول صفة اللزوم إن كان مستكملاً لشروط اللزوم والصحة.

وعلى ذلك يكون الحكم الأول هو الصحيح، المكتسب لصفة الحجية واللزوم، أما الثاني فلا، وقد نص الفقهاء على أن القاضي إذا قضى بقول البعض وحكم بذلك ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك، فإنه ينفذ هذه القضية ويمضيها، حتى لو قضى بإبطالها ونقضها، ثم رفع إلى قاض آخر، فإن هذا القاضي

---

(١) الترمذي: سنن الترمذي، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، ٥٦٦/٣. برقم ١٢٦٦. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام: المصنف- بيروت: المكتب الإسلامي،١٩٨٣، ١٧٩/٨. برقم ١٤٧٨٧ و ١٤٧٨٧.

(٢) شريح بن الحارث الكندي (٧٨هـ)، أبو أمية. من أشهر القضاة. أصلة من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن. كان في زمن النبي صلى الله علية وسلم ولم يسمع منه. ولي قضاء الكوفة زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية. واستعفي في أيام الحجاج فأعفاه، كان ثقة في الحديث، له باع في الشعر والادب. مات بالكوفة. [تهذيب التهذيب ٣٢٦/٤، شذرات الذهب٨٥/١].

(٣) ابن أبي شيبة، أبو بكْر عبْد اللّه: المصنف في الأحاديث والآثار- بيروت: دار الفكر، ١٩٩٤، ١١٨/٤. برقم ١٠٥.

(٤) النخعي(٤٦-٩٦هـ) إبراهيم بن يزيد بن قيس، أبو عمران. من أهل الكوفة، من كبار فقهاء التابعين، أدرك بعض متأخري الصحابة، قال عنه الصفدي فقيه العراق. أخذ عنه حماد بن سليمان وسماك بن حرب وغيرهما. [الذهبي: تذكرة الحفّاظ- بيروت: دار الكتب العلميّة.٧٠/١؛ ابن سعد: الطّبقات الكبرى- بيروت: دار إحياء التّراث الإسْلامي ١٨٨/٦-١٩٩].

(٥) البيهقي: السنن الكبرى، باب كل قرض جر منفعة فهو ربا، ٣٤٩/٥. برقم ١٠٧٠٨. ابن أبي شيبة: المصنف، ٣٢٧/٤. برقم ٧٩. عبد الرزاق: المصنف، باب قرض جر منفعة، ١٤٥/٨. برقم ١٤٦٥٧ و ١٤٦٥٩.

(٦) السيوطي: الأشباه والنظائر، ٨٣. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٨٤.

(٧) أبو يوسف (١١٣-١٨٢هـ) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي. القاضي الإمام. أخذ الفقه عن أبي حنيفة، وهو المقدم من أصحابه جميعاً وأول من نشر مذهبه. ولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد. أول من سمي قاضي القضاة، قيل: إنه أول من صنف في أصول الفقه. له: (الخراج)؛ و(أدب القاضي)؛ و(الجوامع). [الجواهر المضية ٢٢٠ ـ ٢٢٢؛ وتاريخ بغداد ٢٤٢/١٤؛ والبداية والنهاية ١٨٠/١٠].

(٨) أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم: الخراج، القاهرة: المطبعة السلفية، ص ٦٠. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٢٤.

(٩) مجلة الأحكام العدلية ق ١٣، الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص ١٤٧.

(١٠) المراجع السابقة.

الثالث ينفذ قضاء الأول، ويبطل قضاء الثاني، لأن قضاء الأول كان في موضع الاجتهاد، والقضاء في موضع الاجتهاد نافذ بالإجماع، فكان الثاني بقضائه مبطلاً للأول مخالفاً للإجماع، ومخالفة الإجماع ضلال وباطل، فلا يجوز الاعتماد عليه فعلى القاضي الثالث أن يبطلها وينقضها وإن كان رأيه بخلاف ذلك[١].

لكن إذا تغير اجتهاد القاضي إلى رأي جديد، فإنه يحكم بالرأي الجديد في المستقبل، ولا ينقض الحكم السابق[٢].

ودليل هذه القاعدة ما روي عن الشعبي[٣]: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقضي بالقضاء، وينزل وينزل القرآن بغير ما قضى، فيستقبل حكم القرآن ولا يردّ قضاءه الأول)[٤].
وما روي عن الحكم بن مسعود الثقفي[٥]، قال: (قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه: في امرأة توفيت: توفيت: وتركت زوجها وأمها وأخويها لأبيها وأمها وأخويها لأمها، فأشرك عمر بين الإخوة للأم والأب والأخوة للأم في الثلث، فقال له رجل: إنك لم تشرك بينهم في عام كذا وكذا، فقال عمر رضي الله عنه: ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي)[٦].
وهذه القاعدة أجمع عليها الصحابة[٧] منذ عهد أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وقد أجمع الفقهاء أيضاً على هذا الحكم تبعاً لإجماع الصحابة[٨].

---

[١] الكاسانيّ: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤/٧، الرملي: الفتاوى الخيرية، المطبعة الأميرية. ٢/٢.
[٢] بمعنى آخر: أن الحكم يحوز الحجية، سواء أكانت المحكمة قد أصابت في اجتهادها أم أخطأت، ما لم تخالف نصاً قطعياً. ولكن إذا تبين مخالفة الاجتهاد للنص الشرعي أو لمخالفته طريق الاجتهاد الصحيح، أو وقوع خطأ فاحش، فينقض حينئذ.
وعلى هذه الصورة تحمل جميع الأدلة والأقوال في نقض الأحكام، مما ثبت عن علي وعمر بن عبد العزيز وغيرهما من القضاة والمجتهدين، وهذا يتفق أيضاً مع قول عمر رضي الله عنه: (ولا يمنعك قضاء قضيت فيه بالأمس، فراجعت فيه نفسك فهديت لرشدك، أن تراجع الحق)، والمقصود مراجعة الحق في قضية أخرى ثانية مماثلة للأولى[محمد الزحيلي: التنظيم القضائي ٤٨١-٤٨٦]. وقد أوضح ابن قيم الجوزية هذا، فبين أن مقصود عمر رضي الله عنه: أن حكم القاضي يحوز حجية الشيء المحكوم به إذا صدر، ولكن إذا تبين للقاضي خطؤه فيما بعد، فعليه أن يعدل عنه في القضايا المماثلة.
يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله: (يريد عمر: أنك إذا اجتهدت في حكومة، ثم وقعت لك مرة أخرى، فلا يمنعك الاجتهاد الأول، من إعادته، فان الاجتهاد قد يتغير، ولا يكون الاجتهاد الأول مانعا من العمل بالثاني، إذا ظهر أنه الحق، فإن الحق أولى بالإيثار، لأنه قديم سابق على الباطل، فإن الاجتهاد الأول قد سبق الثاني، والثاني هو الحق، فهو أسبق من الاجتهاد الأول، لأنه قديم سابق على ما سواه، ولا يبطله وقوع الاجتهاد الأول على خلافه، بل الرجوع إليه أولى من التمادي على الاجتهاد الأول)[ابن قيم الجوزية: أعلام الموقعين ١١٠/١].
فالحكم في النازلة موضوع الدعوى يرفع الخلاف، ولا يجوز لمخالف فيها نقضها، فإذا حكم بفسخ عقد أو صحته لكونه يرى ذلك، لم يجز لقاض غيره ولا له نقضه، وهذا في الخلاف المعتبر من العلماء[الدسوقي، محمّد: حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير للدردير- بيروت: دار الفكْر، ١٥٥/٤-١٥٦].
[٣] الشعبي(١٩-١٠٣هـ) عامر بن شراحيل الكوفي، من أجلّ علماء التابعين، يضرب المثل بحفظه، أدرك مائة وخمسين صحابياً، كان فقيهاً، ولاه عمر بن عبد العزيز القضاء [طبقات ابن سعد ٢٤٦/٦، وسير أعلام النبلاء ٢٩٤/٤].
[٤] أورده ابن مفلح في الفروع - بيروت: عالم الكتب، ٣٩٩/٦، وعزاه إلى سعيد ابن منصور.
[٥] الحكم بن مسعود الثقفي. روى عن عمر بن الخطاب وروى عنه وهب بن منبه. قتل في معركة الجسر في شعبان ١٣هـ وكان أحد القادة الذين أوصى بهم أخوه أبي عبيد بن مسعود الثقفي قبل وفاته. ترجمه البخاري في الكبير (٣٣١/٢، ٣٣٢)، وابن أبي حاتم في "الجرح والتعديل" (١٢٧/٣) ولم يوردا فيه جرحاً ولا تعديلاً، وذكره ابن حبان في الثقات (١٤٣/٤).
[٦] البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الفرائض، باب المشركة ٢٥٥/٦ . ابن أبي شيبة: المصنف، ٢٤٧/٦. برقم ٣١٠٩٧. عبد الرزاق: المصنف، كتاب الفرائض ٢٤٩/١٠. ابن حجر العسقلاني: تلخيص الحبير١٥/٤، ابن القيم: أعلام الموقعين١١١/١،وانظر توضيح ذلك في كتاب الإحكام للقرافي ص ١٩٢.
[٧] الزرقا: شرح القواعد الفقهية ص ١٠٣.
[٨] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار المسمى حاشية ابن عابدين مع التكملة– بيروت: دار إحياء التراث الإسلامي،١٩٨٧، ٣٩٤/٥، ابن نجيم: البحر الرّائق شرْح كنْز الدّقائق- بيروت: دار الكتب العلميّة، ٨/٧، السيوطي: الأشباه والنظائر ص١٠٢، ابن تيمية: المحرر في الفقه- الرياض: مكتبة المعارف، ٢١٠/٢.

يقول ابن نجيم: (لو حكم الحاكم بشيء، ثم تغير اجتهاده، لا ينقض الأول، ويحكم بالمستقبل بما رآه ثانياً)[١].
وجاء في الفتاوى الهندية: (وإذا قال القاضي بعدما قضى في حادثة رجعت عن قضائي، أو بدا لي غير ذلك.. أو أبطلت حكمي.. لا يعتبر هذا الكلام منه والقضاء ماض على حاله)[٢].

ويقول القرافي: (وأما الدليل على ذلك فهو الإجماع من الأئمة قاطبة، أن حكم الله تعالى ما حكم به الحكام في مسائل الاجتهاد، وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأمة قاطبة، ويحرم على كل أحد نقضه)[٣].
نقضه)[٣].
وقال في الفروق: (حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا يرد ولا ينقض)[٤].
وقال الشافعي: (من اجتهد من الحكام فقضى باجتهاده، ثم رأى أن اجتهاده خطأ، فإن كان يحتمل ما ذهب إليه غيره لم يرده، وحكم فيما يستأنف بالذي هو أصوب)[٥].
وقال ابن أبي الدم[٦]: (وإذا حكم في واقعة إن حكم فيها باجتهاد لخلوها من نص لم يكن مجمعاً عليها لم ينقضها باجتهاد ثان يقارب ظنه الأول ويناقضه)[٧].
وقال النووي: (أما إن تبين له بقياس خفي رآه أرجح مما حكم به وأنه الصواب فليحكم فيما يحدث بعد ذلك من أخوات الحادثة بما رآه ثانياً، ولا ينقض ما حكم به أولاً، بل يمضيه، ثم ما نقض به قضاء نفسه نقض به قضاء غيره، وما لا فلا، ولا فرق بينهما إلا أنه لا يتبع قضاء غيره وإنما ينقضه إذا رفع إليه، وله تتبع قضاء نفسه لينقضه)[٨].
وجاء في كشاف القناع: (وإذا حكم الحاكم بشرطه، وقع الحكم لازماً، لا يجوز الرجوع فيه، ولا ينقض منه ولا من غيره)[٩].
وقال ابن تيمية رحمه الله: (إن الحاكم ليس له أن ينقض حكم غيره فيما يسوغ فيه الاجتهاد)[١٠].

ويقول أستاذنا الدكتور محمد الزحيلي[١]: (إذا قضى الحاكم في واقعة وكان معتمداً على دليل قطعي من نص أو إجماع أو قياس جليّ، فلا ينقض حكمه مطلقاً، سواء من الحاكم نفسه، أم من قبل غيره من

---

[١] ابن نجيم: الأشباه والنظائر ص١٠٦.
[٢] الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوي العالمكيرية، وبهامشه الفتاوى البزازية لابن البزاز- بيروت: دار إحياء التراث العربي١٩٨٠، ٣٣٢/٣.
[٣] القرافي، شهاب الدين: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام– تحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة- حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، ١٩٩٧. ص ٢٨.
[٤] القرافي: الفروق ١٠٣/٢.
[٥] الماوردي: أدب القاضي- بغداد: رئاسة ديوان الأوقاف، ٦٨٢،٦٨٦/١، الخصّاف: أدب القاضي -القاهرة:١٩٨٠، ٢٢٤/١، السرخسي: المبسوط٨٤/١٦-٨٥، الشّربينيّ، شمس الدين: مغني المحتاج إلى شرح معاني ألفاظ المنهاج - بيروت دار الفكر ١٩٩٨. ٣٩٦/٤، ابن جزي: القوانين الفقهية- بيروت: دار القلم. ص١٩٤، ابن قدامة: المغني٢٥٧/٩، الشافعي:الأم- بيروت: دار الكتب العلمية،١٩٩٣، ٤٠٧/٨.
[٦] ابن أبي الدم (٥٨٣-٦٤٢هـ) إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي، شهاب الدين، أبو إسحاق، مؤرخ، من علماء الشافعية. تفقه ببغداد، وسمع بالقاهرة، وحدث بها وبكثير من بلاد الشام. وتولى قضاء حماة. له (كتاب التاريخ) و(تدقيق العناية في تحقيق الرواية) و(أدب القاضي) [شذرات الذهب٥/،٢١٣ وطبقات الشافعية٤٧/٥].
[٧] ابن أبي الدم: أدب القاضي:الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، تحقيق محمد مصطفى الزحيلي، دمشق: دار الفكر١.١٩٨٢/٤١٠.
[٨] النووي: روضة الطالبين١٥٠/١١-١٥٢، الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج– بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٣. ٢٥٨/٨.
[٩] البهوتي: كشاف القناع ٣٣٥/٦
[١٠] ابن تيمية: مجموع الفتاوى– الرياض: دار عالم الكتب، ١٩٩١، ٣٠٧/٩.

القضاة والفقهاء والمجتهدين، لأن نقضه رد للدليل القطعي بالاجتهاد، وهو غير جائز بالاتفاق، لأن القاعدة تقول: **(لا مساغ للاجتهاد في مورد النص)**[٢]، والاجتهاد هنا يشمل اجتهاد الفقهاء في فهم النص، ويشمل اجتهادهم في قياس حكم لا نص فيه على حكم منصوص عليه)[٣].

ويقول أيضاً: (فإذا كان الحكم غير معتمد على دليل قطعي، ولا يخالف دليلاً قطعياً، وإنما يدور في مجال الاجتهاد والأدلة الظنية، فلا يجوز نقض الحكم السابق، لأنه لا مسوغ للنقض، ولأن الحكم اللاحق أو نقض الحكم الأول يعتمد على الاجتهاد وإعمال الرأي، ولا مرجح لاجتهاد على اجتهاد، ولا مسوغ لتقديم رأي وإعمال رأي آخر، ولا مفاضلة لهذا على ذلك، وإن نقضه يؤدي إلى اضطراب الأحكام، وعدم استقرارها، فلا تندفع الخصومة والمنازعة أبداً، ولأن الاجتهاد عرضة للتبدل دائماً، والمنازعة سبب للفساد، وكل ما أدى إلى الفساد فساد، وعلى ذلك وضعت القاعدة الفقهية تقول: (الاجتهاد لا ينقض بمثله)[٤].

النوع الثاني: وفيه فرعان:

الفرع الأول:

قواعد فقهية أوردها الفقهاء المجتهدون مستنبطين لها من أحكام الشرع العامة ومستدلين لها بنصوص تشملها من الكتاب والسنة والإجماع ومعقول النصوص مثل:

١-قاعدة: (الأمور بمقاصدها) مستدلين لها بقوله عليه الصلاة والسلام: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امريء ما نوى)[٥].

٢-ومثل قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) المستدل لها بأحاديث كثيرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، مثل قوله عليه الصلاة والسلام (إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثا أم أربعا، فليطرح الشك وليبن على ما استيقن...)الحديث[٦]، ومثل قاعدة: (المشقة تجلب التيسير) وهي قاعدة رفع الحرج وقاعدة الرخص الشرعية. وأدلتها كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول. ومثل قاعدة العادة محكمة وهي قاعدة اعتبار العرف وتحكيمه فيما لا نص فيه وأدلتها من الكتاب والسنة والإجماع كثيرة منها قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾[الأعراف:١٩٩].

---

(١) محمد مصطفى الزحيلي، من مواليد دير عطية ١٩٤١ حصل على الدكتوراه من الأزهر ١٩٧١م. أستاذ جامعي وأحد أبرز أعلام الفقه الإسلامي المعاصرين. له العديد من المؤلفات والأبحاث في الفقه والتراجم وعلوم الشريعة الإسلامية وشارك في العديد من المؤتمرات.

(٢) الزرقا: المدخل الفقهي العام ١٠١٥/٢.

(٣) الزحيلي، محمد مصطفى، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية والأنظمة والقوانين في سورية والسعودية والإمارات العربية- ط.٢. - بيروت: دار الفكر المعاصر، ٢٠٠٢. ص ٤٨٢-٤٨٣.

(٤) انظر: الزحيلي: التنظيم القضائي ص٤٨٤-٤٨٥.وانظر في هذه القاعدة المادة١٦من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) رواه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ٣/١. برقم ١، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب إنما الأعمال، ١٥١٥/٣. برقم١٩٠٧.

(٦) رواه مسلم في صحيحه، باب السهو في الصلاة والسجود له، ٣٩٨/١ برقم ٣٨٩. عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه. وابن خزيمة: الصحيح، ٤٢٤ باب ذكر البيان أن هاتين السجدتين اللتين يسجدهما الشاك في صلاته إذا بنى على اليقين فيسجدهما قبل السلام لا بعد السلام، ١١١/٢. برقم ١٠٢٥.

وقوله سبحانه: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾[النساء:١٩]، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لهند: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[١].

ومنها قاعدة: (إعمال الكلام أولى من إهماله)، ومن أدلتها قوله تعالى: ﴿مَّا يَلْفِظُ مِن قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ﴾ [ق:١٨]، وقوله عليه الصلاة والسلام: (إن الله تعالى عند كل لسان قائل فليتق الله عبد ولينظر ما يقول)[٢] إحدى روايات الحديث.

الفرع الثاني:

قواعد فقهية أوردها الفقهاء المجتهدون في مقام الاستدلال القياسي الفقهي، حيث تعتبر تعليلات الأحكام الفقهية الاجتهادية، ومسالك الاستدلال القياسي عليها، أعظم مصدر لتقعيد هذه القواعد وإحكام صيغها بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى وانصراف أتباعها إلى تحريرها وترتيب أصولها وأدلتها. كما يقول الشيخ الزرقا رحمه الله: (وهذه القواعد التي استنبطها الفقهاء المتأخرون من خلال أحكام المسائل التي أوردها أئمة المذاهب في كتبهم أو نقلت عنهم لا تخرج عن نطاق أدلة الأحكام الشرعية الأصلية أو التبعية الفرعية، فالناظر لهذه القواعد والباحث عن أدلة ثبوتها وأساس التعليل بها يراها تندرج كل منها تحت دليل شرعي إما من الأدلة المتفق عليها كالكتاب والسنة والإجماع، وإما من الأدلة الأخرى كالقياس والاستصحاب والمصلحة _ أو الاستصلاح _ والعرف والاستقراء، وغير ذلك مما يستدل به على الأحكام، لأنه لا يعقل ويستبعد جداً أن يبني فقيه مجتهد حكما لمسألة فقهية أو يعلل لمسائل فقهية معتمدا على مجرد الرأي غير المدعوم بأدلة الشرع أو معتمدا على الهوى والتشهي، فهم رحمة الله عليهم كانوا أجل وأورع وأتقى وأخشى لله من أن يفتي أحدهم آو يحكم في مسألة أو يقضي بحكم غير مستند إلى دليل شرعي مقرر، وسواء اتفق عليه أم اختلف الفقهاء في اعتباره فمن استند إلى القياس لا يقال: إنه حكم بغير ما أنزل الله: لأن هناك من ينكر القياس ولا يعمل به)[٣].

وكذلك من استند في حكمه إلى المصلحة الغالبة او مصلحة غلب على ظنه وجودها لا يقال: إن حكمه مخالف للشرع لأن غيره من الفقهاء قد لا يعمل بالمصلحة ولا يستدل بها، أو لا يرى في هذه المسألة مصلحة.

وكذلك بالنسبة للعرف أو قول الصحابي أو شرع من قبلنا أو سد الذرائع أو الاستقراء أو غير ذلك من الأدلة أو مواطن الاستدلال التي ما عمل بها من عمل إلا مستدلا لها بأدلة من الكتاب أو السنة أو المعقول المبني على قواعد الشرع وحكمه.

من أمثلة هذه القواعد المستنبطة والمعلل بها قولهم:

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، ٢٠٥٢/٥ برقم ٥٠٤٩. وفي كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن ٧٦٩/٢ . وفي كتاب الأقضية، باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخف الظنون والتهمة، ٢٦١٧/٦. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب قضية هند، ١٣٣٨/٣ برقم ١٧١٤.

[٢] ابن أبي شيبة: المصنف ٨١/٧، والبيهقي: شعب الإيمان ٢٦٥/٤. والإمام أحمد في الزهد ٢٩/١. وابن المبارك: الزهد ١٢٥/١. أبو نعيم: الحلية، ١٦٠/٨، ٣٥٢. الزبيدي: إتحاف السادة المتقين، بيروت: دار الفكر ٤٥٤/٥.

[٣] الزرقا: المدخل الفقهي، ٩٦٩/٢. .

١-(إنما يثبت الحكم بثبوت السبب) هذه قاعدة أصولية فقهية استنبطها الفقهاء المجتهدون من الإجماع ومعقول النصوص، فمثلا: يثبت وجوب صلاة الظهر وتعلقها في ذمة المكلف بزوال الشمس، فزوال الشمس سبب لثبوت الوجوب للصلاة، فلو لم يثبت الزوال لم يثبت الوجوب، وقد يستدل لها بقوله تعالى: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ إِلَىٰ غَسَقِ ٱلَّيْلِ وَقُرْءَانَ ٱلْفَجْرِ﴾[الإسراء:٧٨].

٢-ومنها قولهم: (الأيمان في جميع الخصومات موضوعة في جانب المدعى عليه إلا في القسامة) وهذه القاعدة مستنبطة من الحديث: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه[١]، ومنها قولهم: (إذا اجتمعت الإشارة والعبارة واختلف موجبهما غلّبت الإشارة)[٢]. هذه القاعدة مستنبطة من المعقول والعرف.

٣-ومنها قولهم: (إذا وجبت مخالفة أصل أو قاعدة وجب تقليل المخالفة ما أمكن)[٣]. فهذه القاعدة مستنبطة من معقول النصوص الرافعة للحرج والمشقة مثل قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[البقرة:٢٨٦]. ومثل قوله عليه الصلاة والسلام: (إذا أمرتكم بشيء فخذوا منه ما استطعتم)[٤].

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ٨٨٨/٢. برقم ٢٣٧٩. مسلم في صحيحه، باب اليمين على المدعى عليه، ١٣٣٦/٣. برقم ١٧١١ وانظر: شرح النووي على صحيح مسلم، كتاب الأقضية: باب اليمين على المدعى عليه ٣٠١/٤.

[٢] السيوطي: الأشباه والنظائر،٣١٤. ابن حمزة الحسيني، الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية، دمشق: دار الفكر، ١٤٠٦هـ، ص ٢٢. الزركشي: المنثور في القواعد، ١٦٧/١. ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، تحقيق أحمد العنقري؛ عادل الشويخ-رسالة ماجستير بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة ١٤٠٤-١٤٠٥هـ، ٣١٥/١.

[٣] المقري: القواعد، القاعدة ٢٦٢.

[٤] رواه البخاري في صحيحه ٢٦٥٨/٦، برقم ٦٨٥٨، ومسلم في صحيحه، باب وجوب امتثال ما قاله شرعا، ١٨٣٥/٤. برقم ٢٣٦٢.

المبحث الثالث

حجية القواعد الفقهية وحكم الاستدلال بها على الأحكام القضائية

ذكرنا في المطلب السابق أصول القاعدة الفقهية والمصادر التي تستقي منها حجيتها، وذكرنا أنه ما من قاعدة فقهية وإلا ولها أصل شرعي منقول أو معقول فإذا لم تكن كذلك، فلا حجية ولا مشروعية ولا عبرة بها، ولا تعد قاعدة فقهية بالمعنى العلمي.

وسوف نتكلم في هذا المطلب عن حجية القواعد الفقهية ودليليتها، وحكم الاستدلال بها على الأحكام الشرعية والقضائية. وذلك لما له صلة كبيرة بهذه الدراسة.

والواقع أن هذه المسألة على جانب كبير من الأهمية تتعلق بأمر عظيم وهو مصادر الأحكام وأدلتها، وهل تعتبر القواعد الفقهية أحد أدلة الأحكام فيستند إليها عند عدم وجود نص أو إجماع أو قياس في المسألة؟.

وبعبارة أخرى: هل يجوز أن تجعل القاعدة الفقهية دليلاً شرعياً يستنبط منه حكم شرعي أو قضائي؟.

لقد اختلف أهل العلم في هذه المسألة، فبعضهم لا يعتبر القاعدة الفقهية حجة أو دليلاً يستنبط ويستخرج منه الأحكام الشرعية، ويلحق بهؤلاء، الفقهاء الذين يعدون القواعد الفقهية مجرد شاهد يستأنس به في استنباط الأحكام الشرعية، بينما يعتبرها البعض الآخر حجة يرجع إليها القاضي أو المفتي أو الفقيه.

أولاً: المانعون وأدلتهم:

ذهب بعض أهل العلم إلى أنه لا يسوغ اعتبار القواعد الفقهية أدلة شرعية لاستنباط الأحكام، ولذلك لا يجوز بناء الحكم على أساس هذه القواعد، ولا يسوغ تخريج أحكام الفروع عليها، ولكن بعضهم قد صرح بأنها يمكن أن تعتبر شواهد مصاحبة للأدلة يستأنس بها في تخريج الأحكام للوقائع الجديدة قياسا على المسائل الفقهية المدونة.

وإليك بعضاً من أقوال هؤلاء العلماء:

قال ابن نجيم في الفوائد الزينية: كما نقله عنه الحموي في غمز عيون البصائر: (لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية، خصوصاً وهي لم تثبت عن الإمام بل استخرجها المشايخ من كلامه)[1].

ويقول ابن فرحون[2] في ترجمة ابن بشير[3]: (وكان رحمه الله يستنبط أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه، وعلى هذا مشى في كتابه التنبيه وهي طريقة نبه الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد[1] على أنها غير مخلصة

---

[1] الحموي: غمز عيون البصائر، ٣٧/١.

[2] ابن فرحون (٧١٩- ٧٩٩هـ) إبراهيم بن علي بن محمد. فقيه مالكي. ولد بالمدينة ونشأ بها، وولي قضاءها من تصانيفه: (تسهيل المهمات في شرح جامع الأمهات) و(تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام)، و(الديباج المذهب في أعيان المذهب) [نيل الابتهاج ٣٠ –٣٢، وشذرات الذهب ٣٥٧/٦، ومعجم المؤلفين ٦٨/١].

[3] ابن بشير (كان حياً ٥٢٦هـ) إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير، أبو الطاهر التنوخي المالكي. كان إماماً في الفقه والأصول والعربية والحديث مترفعاً عن درجة التقليد إلى درجة الاختيار والترجيح، توفي شهيداً قتله قطاع الطرق، له (الأنوار البديعة في أسرار الشريعة) و(التنبيه) و(جامع الأمهات)[شجرة النور الزكية ص١٢٦، ابن فرحون: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب- القاهرة: دار التراث، ص٨٧].

وأن الفروع لا يطرد تخريجها على القواعد الأصولية)[٢]، فإذا كان المقصود من قواعد أصول الفقه قواعد الفقه نفسها، نظرا لشيوع هذا الإطلاق في عصره، فيكون ابن دقيق العيد ممن لا يرتضي الاستدلال بالقواعد الفقهية[٣].

وفي تقرير واضعي مجلة الأحكام العدلية نجد عبارات متنوعة أغلبها يصب في هذا المجال. ففي هذا التقرير ورد قولهم: (إن المقالة الثانية من المقدمة هي عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه، من الفقهاء رحمهم الله، فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد، إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل، فمن اطلع عليها من المطالعين يضبط المسائل بأدلتها، وبهذه القواعد يمكن للإنسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف أو في الأقل التقريب)[٤].

وعلل بعض شراح المجلة ما جاء في المقالة الأولى منها، من أن هذه القواعد يوجب تفهماً في بادئ الأمر الاستئناس بالمسائل، ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان، فقال: يتنور بها المقلد، ولا يتخذها مداراً للفتوى والحكم، فلعل بعضاً من حوادث الفتوى خرجت من اطرادها بقيد زائد، أو لأحد الأسباب المتقدم ذكرها. وهذا يحتاج إلى نظر دقيق وتحر عميق، يجري تلك القواعد في مشتملاتها الحقيقية، ويستثني منها ما خرج عنها بقيد، أو سبب من الاسباب المارة)[٥].

وقالوا: أيضا في المقالة الأولى من المقدمة وهي المادة الأولى من مواد المجلة: (إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وتلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها في بادئ الأمر، فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان)[٦].

وقال الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله: (ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها، إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، وأنها تستدعي أحكاما استحسانية خاصة، ومن ثم لم تسوغ المجلة أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكلية فقط دون نص آخر خاص أو عام يشمل بعمومه الحادثة المقضي فيها، لأن تلك القواعد الكلية على ما لها من قيمة واعتبار هي كثيرة المستثنيات، فهي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء)[٧].

وقد استدلَّ أصحاب هذه النقول وأمثالها؛ بأنه لا يسوغ اعتبار القواعد الفقهية أدلة شرعية لاستنباط الأحكام بالآتي:

---

[١] ابن دقيق العيد (٦٢٥–٧٠٢هـ) أبو الفتح محمد بن علي بن وهيب، تقي الدين القشيري. قاض شافعي من أكابر العلماء بالأصول، مجتهد. أصله من منفلوط بمصر، وتوفي بالقاهرة. له: (أحكام الأحكام في شرح عمدة الأحكام)، (أصول الدين) و(الاقتراح في بيان الاصطلاح).[الدرر الكامنة ٩١/٤، وشذرات الذهب ٥/٦]

[٢] ابن فرحون: الديباج المذهب، ٢٦٦/١.. شجرة النور الزكية، ص ١٢٦.

[٣] ابن حميد: مقدمة تحقيق كتاب القواعد للمقري، ١١٧/١.

[٤] مجلة الأحكام العدلية ص ١١.

[٥] حيدر، علي: درّر الحكّام شرح مجلّة الأحكام- بيروت: دار الجيل، ومكتبة النهضة، ص ١٠ الأتاسي: شرح مجلة الأحكام العدلية، ١٢/١.

[٦] المرجع السابق ص ١٥.

[٧] الزرقا: المدخل الفقهي، ٩٦٧/٢

أولاً: أن القواعد الفقهية أغلبية، وليست كلية، ومعظم هذه القواعد لا تخلو عن المستثنيات، فقد تكون المسألة المبحوث عن حكمها من المسائل والفروع المستثناة، أي من المحتمل أن يكون الفرع، المراد إلحاقه بها، مما يشمله الاستثناء.

ثانياً: إن كثيراً من القواعد الفقهية استقرائية[١]، وأن الكثير منها لم يستند إلى استقراء تطمئن له النفوس، لأنها كانت نتيجة تتبع فروع فقهية محدودة، لا تكفي إلى زرع الطمأنينة في النفس، وتكوين الظن الذي بمثله تثبت الأحكام. والقسم الآخر منها مخرج بعمل اجتهادي محتمل للخطأ، فتعميم حكمها فيه نوع من المجازفة.

ثالثاً: إن القواعد الفقهية هي ثمرة للفروع المختلفة وجامع وروابط لها، وليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمرة وجامع دليلاً لاستنباط أحكام هذه الفروع[٢].

والمقصود من ذلك إن جعل القواعد الفقهية دليلاً للأحكام الفرعية يلزم منه الدور الممنوع، بسبب أن القواعد نفسها كان دليلها والمثبت لها هو الفروع الفقهية، فكيف تكون القواعد المذكورة دليلاً على هذه الفروع ؟.

ثانياً: المجوزن وأدلتهم:

وقد ذهب فريق آخر من أهل العلم إلى جواز اعتبار القاعدة الفقهية دليلاً يحتج به، وبالتالي فإنه يجوز للقاضي أن يستند إليها في أحكامه أو المفتي في فتاويه.

وقد استند هؤلاء إلى أقوال عدد من أئمة أهل العلم المنثورة في كتبهم ومؤلفاتهم، وتدل على أن أولئك الأعلام كانوا يستدلون بالقواعد الفقهية ويرون حجيتها، من هذه الأقوال:

يقول أبو العباس القرافي رحمه الله في حديثه عن أدلة مشروعية الأحكام _ قال: الاستدلال: هو محاولة الدليل المفضي إلى الحكم الشرعي من جهة القواعد لا من جهة الأدلة المنصوبة وفيه قاعدتان، ثم قال: القاعدة الثانية: **إن الأصل في المنافع الأذن، وفي المضار المنع**، بأدلة السمع لا بأدلة العقل خلافا للمعتزلة، وقد تعظم المنفعة فيصحبها الندب أو الوجوب مع الإذن، وقد تعظم المضرة فيصحبها التحريم على قدر رتبتها. فيستدل على الأحكام بهذه القاعدة إلى أن قال: يعلم ما يصحبه الوجوب أو الندب أو التحريم أو الكراهة من الشريعة وما عهدناه في تلك المادة[٣].

وفي الفرق الثامن والسبعين من كتاب الفروق ذكر: (إن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والفقهاء، لا توجد في كتب أصول الفقه أصلا)[٤] وكلامه هذا وإن لم يكن صريحاً في هذا المجال، لكنّ قرنها بقواعد أصول الفقه، وجعلها من متطلبات من يقوم بالاستنباط والتخريج، يومي إلى ذلك[٥].

---

[١] عرَّف الأصوليون الاستقراء بتعريفات كثيرة تقاربت في ألفاظها، وكذا معانيها من هذه التعريفات: (تصفُّح أمور جزئية لنحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات) انظر: [الغزالي: المستصفى ٥١/١، ابن قدامة: روضة الناظر ١٤٢/١، الشاطبي: الموافقات ٥٧/٤]

[٢] البورنو: الوجيز في إيضاح القواعد الكلية، الرياض: مكتبة التوبة، ص ٣٢. الندوي: القواعد الفقهية، ص ٢٩٤.

[٣] القرافي: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول ٤٥٠-٤٥١ ، وينظر المحصول للرازي ق٣. ٣ /١٣١ وما بعدها.

[٤] القرافي: الفروق، ١١٠/٢

[٥] وقد ينازع في أن هذه القاعدة ليست من قواعد الفقه، وإنما هي ألصق بالقواعد الأصولية.

وكذلك صرح الإمام القرافي رحمه الله، بنقض حكم القاضي بعدم وقوع الطلاق في المسألة السريجية[١]، فإنه ينقض، لأنه بخالف القاعدة المعروفة أن من شرط الشرط إمكان اجتماعه مع المشروط، وشرط السريجية لا يجتمع مع مشروطه ابداً، لأن تقدم الثلاث يمنع وقوع الطلاق بعدها.

يقول القرافي رحمه الله: (ولو قضى باستمرار عصمة من لزمه الطلاق بناء على المسألة السريجية، نقضناه، لكونه على خلاف قاعدة إن الشرط قاعدته صحة اجتماعه مع المشروط، وشرط السريجية لا يجتمع مشروطه أبدا، فإن تقدم الثلاث، لا يجتمع مع لزوم الطلاق، بعدها)[٢].

وهكذا قال بنقض قضاء من حكم ببقاء الزوجية وعدم إيقاع الطلاق، وعلل ذلك بمخالفة قاعدة الشرط التي هي صحة اجتماعه مع المشروط.

وإذا تأملنا قول القرافي رحمه الله هذا، وجدناه يجعلها في درجة الحجج القوية التي ينقض بها حكم القاضي عندما يحكم بخلافها، وهي النص والإجماع والقياس الجلي – بشرط سلامتها عن المعارض – وفي هذا رفع من الاحتجاج بالقاعدة الفقهية[٣].

ويؤيد هذا ما نظمه بعضهم في المواضع التي ينقض فيها حكم الحاكم، فقال:

إذا قضى حاكم يوماً بأربعة فالحكم مُنتَقَضٌ من بعد إبرام.
خلاف نص وإجماع وقاعدة ثم قياسٍ جليٍّ دون إبهام[٤].

وكذلك قد نقل عن الإمام ابن عرفة[٥] رحمه الله، جواز نسبة القول إلى المذهب استنباطاً من القاعدة الفقهية، الفقهية، جاء في مواهب الجليل: (سئل ابن عرفة هل يجوز أن يقال في طريق من الطرق هذا مذهب مالك؟، فأجاب: بأن من له معرفة بقواعد المذهب، ومشهور أقواله والترجيح والقياس، يجوز له ذلك، بعد بذل جهده في تذكره قواعد المذهب، ومن لم يكن كذلك لا يجوز له ذلك..)[٦].

وهذا يدلّ على أن ابن عرفة رحمه الله يرى صحة الحكم، استناداً إلى القاعدة الفقهية، فإذا جاز نسبة القول إلى المذهب بناء على القاعدة، جاز الحكم بها.

ويقول السيوطي رحمه الله: (اعلم أن فنّ الأشباه فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه، واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان)[٧].

ومثل هذا الكلام يفهم منه أن القواعد الفقهية من مصادر الاستنباط، وأنها صالحة للاستدلال.

---

[١] المسألة السريجية، مسألة مشهورة بين الفقهاء، سميت بذلك نسبة إلى أبي العباس أحمد بن عمر بن سريج الشافعي (٣٠٦هـ)، وهي ما لو قال لزوجته إن طلقتك، فأنت طالق قبله ثلاثاً، وقد أفتى ابن سريج بعدم وقوع الطلاق في هذه الحالة. (انظر إيضاح المسالك ص ٤٠٧).

[٢] القرافي: الفروق، ٤٠/٤. المالكي: تهذيب الفروق السنية بهامش الفروق ٨٠/٤.

[٣] القرافي: الفروق، ١٠١/٢.

[٤] الونشريسي:إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ١٦١

[٥] ابن عرفة (٧١٦–٨٠٣هـ) محمد بن بن محمد بن عرفة. إمام تونس وعالمها وخطيبها ومفتيها. كان من فقهاء المالكية، تصدي للدرس للدرس بجامع تونس وانتفع به خلق كثير. له (المبسوط) في الفقه، (الحدود) في التعريفات الفقهية [الديباج المذهب ٣٣٧، نيل الابتهاج ٢٧٤، الاعلام ٢٧٢/٧].

[٦] الحطاب، محمد بن محمد: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مصر مطبعة السعادة، ١٣٢٩هـ، ٣٨/١.

[٧] السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ٦.

والواقع أن كتب أهل العلم مليئة بشواهد تدلل على هذا.

منها: ما وصل إلينا من كتاب الخراج للقاضي أبي يوسف، وكيف أنه قعّد بعض الأحكام، واستدل بها وعلل بها، واستخرج منها الفروع، وسوف أورد طرفاً منها في الفصل التالي عند حديثي دور القواعد الفقهية في تقنين الأحكام الفقهية.

وإليك شواهد أخرى، إذ لابأس بعرض شيء منها:

– منها ما وصل إلينا من بعض كتب الإمام محمد بن الحسن الشيباني[١]. حيث إننا إذا أمعنا النظر في كتاب الأصل ألفيناه يعلل المسائل وهذا التعليل كثيراً ما يقوم مقام الاستدلال أو التوجيه لبعض الأحكام، منها على سبيل المثال **قاعدة: (التحري يجوز في كل ما جازت فيه الضرورة)**[٢]، وبناء على ذلك إذا اشتبه عليه الطاهر بالنجس لم يجب عليه أن يتحرى في أحدهما للوضوء وينتقل إلى البدل وهو التيمم بخلاف الشرب.

– ومنها قوله في قاعدة: (وكل أمر لا يحل إلا بملك أو نكاح فإنه لا يحرم بشيء، حتى ينتقض النكاح والملك ولا يكون الرجل الواحد المسلم ولا المرأة في ذلك حجة، إنه إنما حل من وجه الحكم ولا يحرم إلا من الوجه الذي حل به منه. ألا ترى أن عقدة النكاح وعقدة الملك لا ينقضهما في الحكم إلا رجلان أو رجل وامرأتان، فإن كان الذي يحل بذلك لا يحل إلا به لم يحرم حتى ينتقض الذي به حل كل أمر يحل بغير نكاح ولا ملك إنما يحل بالإذن فيه، فأخبر رجل مسلم ثقة أنه حرام فهو عندنا حجة في ذلك، ولا ينبغي أن يؤكل ولا يشرب ولا يتوضأ منه)[٣].

– ومنها قوله في مبحث الاستحسان: (ولو أن رجلاً كان متوضئا فوقع في قلبه أنه أحدث وكان ذلك أكبر رأيه، فأفضل ذلك أن يعيد الوضوء وإن لم يفعل وصلى على وضوئه الأول، كان عندنا في سعة، لأنه عندنا على وضوء حتى يستيقن بالحدث، وإن أخبره أحد مسلم ثقة أو امرأة ثقة مسلمة حرة أو مملوكة: أنك أحدثت، أو نمت مضطجعاً، أو رعفت، لم ينبغ له أن يصلي هذا، ولا يشبه هذا ما وصفت لك قبله من الحقوق، لأن هذا أمر الدين، فالواحد فيه حجة إذا كان عدلاً، والحقوق لا يجوز فيها إلا ما يجوز في الحكم)[٤].

فإذا تأملنا في هذا النص وجدناه يعلل الحكم، (بأكبر الرأي)، وهو الظن، الغالب وبناء عليه يفضل إعادة الوضوء في الصورة المذكورة، ثم يفتي بجواز الصلاة إن لم يعد الوضوء بناء على القاعدة المقررة: (اليقين لا يزول بالشك).

هذا في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فهو ينص فيها على أصلين:

---

[١] محمد بن الحسن الشيباني (١٣١-١٨٩هـ) نسبته الي بني شيبان بالولاء. أصله من حرستا من قرى دمشق، قدم أبوه العراق، فولد له محمد بواسط، ونشأ بالكوفة. إمام في الفقه والأصول، ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف. من المجتهدين المنتسبين. نشر علم أبي حنيفة. ولي القضاء للرشيد بالرقة، ومات بالري. له كتب ظاهر الراوية منها: (الجامع الكبير)؛ (الجامع الصغير)؛ (المبسوط) [الفوائد البهية ص ١٦٣؛ البداية والنهاية ٢٠٢/١٠].

[٢] محمد بن الحسن الشيباني: الأصل ٣٤/٣ تحقيق أبي الوفا الأفغاني. كراتشي: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، ١٣٨٥هـ.

[٣] المرجع السابق ١١٣/٣.

[٤] المرجع السابق ١٦٢/٣.

أولا: كون خبر الواحد حجة في أمر الدين إذا كان عدلاً، ولقد ذكر هذه القاعدة في موضع أخر فقال: ما كان من أمر الدين، الواحد فيه حجة إذا كان عدلاً [١].

ثانيا: الحقوق لا يجوز فيها إلا ما يجوز في الحكم، أي لا يكفي فيها قول واحد ولو كان عدلاً كما في أمر الدين، بل لا بد من شاهدين كما في الحكم، والله أعلم.

وعلى ذلك المنوال قد جرى الإمام محمد بن الحسن رحمه الله، في مواضع من كتابه (الحجة على أهل المدينة) أيضاً، فعلى سبيل المثال نجده في كتاب البيوع من الكتاب المذكور يتطرق إلى مسائل كثيرة ثم في الختام يضع قاعدة مهمة فيقول: (كل شيء كره أكله والانتفاع به على وجه من الوجوه فشراؤه وبيعه مكروه، وكل شيء لا بأس بالانتفاع به فلا بأس ببيعه)[٢].

وعلى غرار ما سبق، لما قلبنا النظر في كتاب الأم الذي أملاه الإمام الشافعي رحمه الله على بعض أصحابه، وجدناه أحياناً يقرن الفروع بأصولها. وتلك الأصول –في الغالب– لا تعدو أن تكون ضوابط فقهية، كقول الشافعي رحمه الله، قال الله عز وجل: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾[النحل:١٠٦]، ثم اضاف إلى ذلك قائلاً: (وللكفر أحكام كفراق الزوجة وأن يقتل الكافر ويغنم ماله، فلما وضع الله عنه، سقطت عنه أحكام الإكراه على القول كله، **لأن الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه وما يكون حكمه بثبوته عليه**)[٣].

وقد تكون تلك الأصول أحياناً أخرى قواعد فقهية يمكن إجراؤها وتطبيق الفروع عليها في كثير من الأبواب. وإليك نماذج متنوعة من كتاب الأم على سبيل المثال:

– منها قاعدة: (الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه)، وقد استدل بها الإمام الشافعي رضي الله عنه، عند تعليل بعض الأحكام المتعلقة بالإكراه كما جاء في الكتاب المذكور تحت عنوان: الإكراه وما في معناه.

– ومنها قاعدة: (الرخص لا يتعدى بها مواضعها): نص على هذه القاعدة عند بيان مسائل تتصل بصلاة العذر، إذ يقول معللا لبعض الأحكام: إن الفرض استقبال القبلة والصلاة قائماً، فلا يجوز غير هذا إلا في المواضع التي دلّ رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها، ولا يكون شيء قياساً عليه، وتكون الأشياء كلها مردودة إلى أصولها. والرخص لا يتعدى بها مواضعها[٤]. ونجده يوحي إلى معنى هذه القاعدة في موضع آخر مع ضرب المثال لها فيقول: ولم نعدّ بالرخصة موضعه كما لم تعد بالرخصة نعدّ بالرخصة المسح على الخفين، ولم نجعل عمامة ولا قفازين قياسا على الخفين[٥]. ويبدو عند التأمل أن هذه القاعدة قريبة مما تقرره القاعدة المشهورة: (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه).

---

[١] المرجع السابق ١١٦/٣

[٢] محمد بن الحسن الشيباني: الحجة على المدينة ترتيب وتعليق السيد مهدي حسن الكيلاني. (حيدر آباد ١٩٨٣) ٧٧١/٢-٧٧٢

[٣] الشافعي: الأم، ٢٣٦/٣.

[٤] المرجع السابق، ٨٠/١ باب صلاة العذر

[٥] الشافعي: الأم، ١٦٧/٢ – باب فوت الحج بلا حصر ولا مرض ولا غلبته على العقل.

ومنها قاعدة:(لا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل إنما ينسب إلى كل قوله وعمله)[1]، فقد أفصح عنها عند نقاش موضوع الاجتماع على مسائل فقهية. ثم تداولها الفقهاء وطبقوها في كثير من الأحكام، وغيرها كثير.

– وأيضاُ من القواعد المنسوبة إلى الإمام الشافعي _ رحمه الله _ القاعدة المشهورة: **(إذا ضاق الأمر اتسع)**، فقد ذكر العلامة الزركشي نقلاً عن أئمة الشافعية أن هذه القاعدة من عبارات الشافعي الرشيقة. وقد أجاب بها في عدة مواضع منها: ما إذا فقدت المرأة وليها في سفر فولت أمرها رجلاً يجوز. قيل له: كيف هذا ؟ فقال: **(إذا ضاق الأمر اتسع)**[2].

وهناك أيضاً عبارات مروية عن الإمام أحمد رحمه الله حيث تتسم بطابع القواعد ويستدل بها على أحكام فرعية. منها: قوله: **(كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والصدقة والرهن)**[3]. أو قوله: **(كل شيء يشتريه الرجل مما يكال أو يوزن فلا يبعه حتى يقبضه وأما غير ذلك فرخص فيه)**[4].

إضافة إلى تلك النقول الواضحة من أقوال أهل العلم، فقد استدل المجوزون بأن الأصول والأدلة الشرعية – النقلية والعقلية– – إنما نصبت للدلالة على أحكام الشرع.

واستنباط الأحكام الشرعية له مرتبتان:

الأولى: أن يستنبط حكم شرعي لمسألة بعينها، فهذا استنباط لأحكام جزئية.

الثانية: أن يستنبط حكم شرعي لمسائل عديدة متشابهة متجانسة فهذا استنباط لأحكام كلية.

فإذا استند القاضي في أحكامه أو المفتي في فتاويه إلى قاعدة فقهية، فإنما يكون قد استند إلى حكم شرعي له أصل من أصول الشريعة النقلية أو العقلية[5].

المناقشة والترجيح:

قبل أن نبدأ في مناقشة ماذكرناه من أقوال أهل العلم السابقة، لابد من التأكيد أن تلك الأقوال الآراء والأدلة خاصة بالفقيه أو القاضي أو المفتي المجتهد، الذي لديه ملكة الاجتهاد والاستنباط والاستدلال والتخريج.

أما القاضي أو المفتي المقلد –وهو الذي عليه الحال في عصرنا الحاضر – فلابد من بيان حكم استناد المقلد إلى القواعد الفقهية بالتفصيل، ولا يتبين لنا ذلك إلا بعد عرض لمحة موجزة عن مفهوم التقليد وحكمه.

لذلك كان لزاماً علينا أن نقسم هذه المناقشة إلى حالتين:

الحالة الأولى: حجية هذه القواعد الفقهية للقاضي أو المفتي المجتهد.

الحالة الثانية: حجية هذه القواعد الفقهية للقاضي المقلد في أحكامه أو المفتي المقلد في فتاويه.

---

[1] المرجع السابق، ١٥٢/١ – باب الخلاف في هذا الباب.

[2] الزركشي: المنثور في القواعد ١٢٠/١-١٢١.

[3] أبو داود السجستاني: كتاب مسائل الإمام أحمد، ٢٠٣.

[4] المرجع السابق، ٢٠٢.

[5] هذا ما سنبينه لاحقاً في حكم التقليد واستناد القاضي في أحكامه أوالمفتي في فتاويه على مسائل الفقه وأحكامه المبسوطة في كتب الفقه الفقه المعتبرة.

الحالة الأولى: حجية هذه القواعد الفقهية للقاضي أو المفتي المجتهد.

إن النظر في مسوغات من رفضوا الاحتجاج بالقواعد الفقهية، للقاضي أو المفتي المجتهد، واتخاذها سنداً للاستنباط والتخريج، يبين لنا أنهم كانوا متحرزين من المغامرة، ومن الوقوع في شرك التعميم في الأحكام، وبالتالي السقوط في دائرة الممنوع. وقد دفعهم إلى هذا التحرز طائفة من الأسباب التي ذكرناها.

أما من احتجوا بها، وجوزوا بناء الأحكام عليها، استنباطاً وتخريجاً، وترجيحاً، فكلامهم مبني على كلية القاعدة الفقهية. وكلامهم فيما ذكرناه بشأن مسألة أكثرية القاعدة الفقهية أو كليتها هو كلامهم هنا كما سيتضح مزيد كلام بهذا الشأن، عند مناقشة مسوغات الرافضين، فيما يأتي:

أولاً: إن القول بأن القواعد الفقهية أغلبية، وأن المستثنيات فيها كثيرة، وأن من المحتمل أن يكون الفرع المراد إلحاقه بها مما يشمله الاستثناء، يبدو بحسب الظاهر – مقنعاً، ومسوغاً لهذا الرفض. ولكن عند إمعان النظر نجد أن ما ذكر قابل للنقاش، من جهات عدة، منها:

١– إن العلماء حينما تكلموا عن القواعد، لم يتكلموا عن شروطها، ولا شروط تطبيقها، إلا في القليل النادر، كما سبق بيان ذلك في الحديث عن أركان القاعدة وشروطها، كما أنهم لم يدرسوا المستثنيات التي ذكروها، ليبينوا مدى انطباق شروط القاعدة عليها، وهل كانت مستثناة لافتقاد شرط فيها، أو لقيام مانع، أو كانت استثناء من غير سبب.

إن قيام مثل هذه الدراسة سيبين أن كثيراً من تلك الجزئيات المستثناة لم تكن داخلة تحت القاعدة أصلاً، إما لأنها لم يتحقق فيها مناط القاعدة، أو لفقدها بعض الشروط، أو لقيام ما يمنع من انطباق حكم القاعدة عليها، لأنها قد عارضها ما يمنع من انطباق جزئياتها.

٢–مما لا خلاف فيه أن كثيراً من النصوص الشرعية لاتخلو أحكامها من بعض المستثنيات، مثال ذلك: قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا﴾[البقرة:٢٧٥]، حيث يستثنى من عموم هذا النص بعض البيوع المحرمة. وغيرها كثير.

٣–إن كثيراً من القواعد كانت من ثمرات الاستقراء الناقص، ولا شك أن نتيجة هذا الاستقراء والتنبؤ عن طريقه بحكم مالم يستقرأ من الأمور المظنونة وليس من الأمور اليقينية، إذ من المحتمل أن يكون حكم مالم يستقرأ مخالفا لحكم ما تمّ استقراؤه، ولهذا فقد قالوا إن الاستقراء الناقص ينطوي على مغالطة تجاوز الحد الأصغر، بسبب أن حد الموضوع في النتيجة مستغرق، ولكنه غير مستغرق في المقدمات، مما يفضي إلى أن تكون النتيجة أعم مما تفيده مقدماتها، فقد تكون المقدمة صادقة، في حين تكون النتيجة كاذبة، ولذلك لا يمكن اعتبار النتيجة في الاستقراء يقينية بل هي محتملة[١].

وهذا الكلام صحيح من الجانب النظري والمنطقي، لكن أهل الاختصاص من العلماء، لم يستنكروا إطلاق قواعد كلية على نتائج الاستقراء مع اعترافهم بأن الحكم بالكلية تابع لوجوده في أكثر الجزئيات[٢] أو في

---

[١] كريم متى: المنطق، ص ١٥٢.

[٢] تحرير القواعد المنطقية، ص ١٦٥، المنطق التوجيهي، ص ١٢٢.

بعضها، فقد عرفوا الاستقراء الناقص بأنه: (الحكم على كلي لوجوده في أكثر جزئياته)[١]. واحتج به جمهور الفقهاء والأصوليين، وسموه إلحاق الفرد بالأعم الأغلب، وقالوا إنه مفيد للظن، وهو كاف في إثبات الأحكام الشرعية[٢].

ومما ذكروه من الأدلة على حجيته: إن القياس التمثيلي حجة عند القائلين بالقياس في الحكم الشرعي، وهو أقل مرتبة من الاستقراء، لأنه حكم على جزئي لثبوته في جزئي آخر. والاستقراء حكم على جزئي لثبوته في أكثر جزئياته فيكون أولى من القياس التمثيلي)[٣].

إن الاستقراء وإن لم يفد اليقين لكنه يفيد الظن والعمل بالظن لازم في الأحكام الشرعية، فيكون الاستقراء حجة[٤].

على أنه مهما قيل بشأن الاستقراء، فإننا ننبه إلى ما يأتي:

١-إن الظن المستفاد منه يختلف باختلاف كثرة الجزئيات وقلتها فكلما كانت الجزئيات أكثر كان الظن أغلب[٥].

٢- إن تكوين الأحكام الكلية في الاستقراء مع أن التتبع لم يكن إلا لبعض الجزئيات يستند إلى قانونين أساسيين، هما: قانون العليّة وقانون الاطراد[٦].

وبسبب هذين القانونين أمكن استخراج القواعد والقوانين الكلية في جميع المجالات[٧]. وقد استفاد منه علماء المسلمين في استخراج قواعد العلوم ومنها القواعد الفقهية.

ثانياً: وأما ما قيل بشأن قلة الجزئيات المستقرأة فإن الأمر كما قيل ولكنه ليس عاماً وشاملاً، فبعض القواعد استند إلى استقراء جزئيات كثيرة جدا فمثلها لا يتجه إليه هذا المحذور، ولهذا فإن الظن فيها أقوى من الظن المستفاد من القواعد المبنية على استقراء جزئيات قليلة، كما سبق أن ذكرنا ذلك. على أننا نذكر بأن القواعد تختلف ضيقا واتساعا ولا يصح أن نطلب من الجزئيات فيما كانت ضيقة النطاق ما نطلبه من الجزئيات في القواعد العامة والشاملة.

أما القواعد المخرجة والمستنبطة بطريق النظر والاجتهاد فهي تابعة للطريق الذي اتبع في استنباط المجتهد أو تخريجه، واجتهاد المجتهد مقبول ومعمول به، وقد سبق لنا أن بينا مصادر تكوين القواعد، وهي من المصادر المعتد بها، والمقبولة شرعاً، ووفق قوة المصدر تكون قوة القاعدة.

---

[١] المراجع السابقة.

[٢] المحلي: شرح جمع الجوامع، ٣٧٤/٢. ابن السبكي: الإبهاج ١٧٣/٣، الفتوحي: شرح الكوكب المنير ٤٢/٢، ٤١٩/٤.

[٣] ابن السبكي: الإبهاج ١٧٤/٣، الأرموي: الحاصل ١٠٦٨/٢، البيضاوي: منهاج الوصول بشرح البدخشي ١٣٣/٢، الساعاتي: نهاية الوصول في دراية الأصول، ٤٠٥١/٨.

[٤] الأرموي: الحاصل ١٠٦٨/٢، الساعاتي: نهاية الوصول ٤٠٥٠/٨، ابن السبكي:الإبهاج ١٧٤/٣، الفتوحي: شرح الكوكب المنير ٤٢٠/٤. ومما ذكروه في الاحتجاج للعمل بالظن قول النبي عليه الصلاة والسلام: (إنما أنا بشر وأنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له بنحو ما أسمع..) [انظر الرازي: المحصول ١٣٢/١].

[٥] الساعاتي: نهاية الوصول في دراية الأصول ٤٠٥٠/٨.

[٦] قانون العلية: يعني أن كل حادثة في الكون وكل تغير يحدث في الأشياء أو كل ظاهرة من الظاهر لا بد له من سبب أو علة تنتج عنها. وقانون الاطراد يقوم على أن العلل المتشابهة تنتج معلولات متشابهة، وأن الظاهرة الطبيعية تجري على غرار واحد ونسق لا يتغير. (مسائل فلسفية ص ١٤٧، والمنطق التوجيهي ص ١٢٨).

[٧] الميداني، عبد الرحمن حبنكة: ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة ص ١٩١.

ثالثاً: وأما قولهم أن القواعد الفقهية ثمرة للأحكام الفرعية المختلفة وجامع لها ولذلك لا يصح أن تجعل دليلاً لاستنباط أحكام هذه الفروع.

نقول: إن هذا يكون لو كانت الفروع المراد استنباطها، هي نفس الفروع التي كشفت عن القاعدة، ولكن الأمر ليس كذلك، فالفروع المتوقفة على القاعدة، هي غير الفروع التي توقفت عليها القاعدة[1].

هذا، ولا يخفى أيضاً أن كل قواعد العلوم إنما بنيت على فروع هذه العلوم وكانت ثمرة لها، وأقرب مثال لذلك قواعد الأصول وخاصة عند الحنفية حيث استنبطت من خلال أحكام المسائل الفرعية المنقولة عن الأئمة الأقدمين، ولم يقل أحد إنه لا يجوز لنا أن نستند إلى تلك القواعد لتقرير الأحكام واستنباطها وكذلك قواعد اللغة العربية التي استنبطها علماء اللغة من خلال ما نطق به العرب الفصحاء قبل أن تشوب ألسنتهم العجمة واللحن، وهي القواعد التي يستند إليها في استنباط أحكام اللغة والبناء عليها. ولم يقل أحد إن هذه القواعد لا تصلح لاستنباط أحكام العربية لأنها ثمرة للفروع الجزئية.

الترجيح:

وبعد هذه الخلاصة عمّا قيل في حجية القواعد الفقهية، وما أبديناه من وجهات نظر حول بعض الآراء والاستدلالات، فإن الذي يترجح لنا بعد الإحالة على مصادر تكوين القاعدة هو التفصيل وفق العرض الآتي:

١- إن القواعد التي هي نصوص شرعية -سواء كانت صياغتها واحدة أو مع تغيير في الصياغة غير مؤثر في المعنى- أو مبنية على دليل شرعي من الأدلة المعتبرة عند العلماء، كالكتاب أو السنة أو الإجماع، أو مبنية على الاستدلال القياسي تعتبر حجة، ودليلا يحتج به وتستنبط منه الأحكام الشرعية، شأنها في ذلك شأن النصوص نفسها عامة كانت أو خاصة.

فإذا كانت القاعدة نصاً قرآنياً كريماً، فهي قبل أن تكون قاعدة أو تجري مجرى القواعد فهي دليل شرعي بالاتفاق.

مثال ذلك قاعدة: (الأمور بمقاصدها) فإن الاحتجاج بها نابع من الاحتجاج بأصلها وهو حديث: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امريء ما نوى)[2].

ومن أمثلة ذلك أيضاً: قوله ومن أمثلة ذلك أيضاً: قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا﴾[البقرة:٢٧٥]، فهذا النص الكريم دليل شرعي يفيد حل البيع وحرمة الربا، هو في نفس الوقت يصلح قاعدة فقهية تشمل أنواع البيوع المختلفة ومسائل الربا المتعددة، كما يستثنى منها بعض أنواع البيوع المحرمة، وبعض مسائل الربا إما بالنص وإما بالتخريج.

ومن السنة حديث (لاضرر ولا ضرار)، وحديث (الخراج بالضمان)[3].

---

[1] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ٢٨٠ .

[2] رواه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ٣/١. برقم ١، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب إنما الأعمال، ١٥١٥/٣. برقم١٩٠٧.

[3] أبو داود: السنن، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيباً، ٢٨٤/٣ برقم ٣٥٠٨، الترمذي: السنن، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً، ٥٨٢/٣، برقم ١٢٨٥ ، ابن ماجه: السنن، باب الخراج بالضمان، ٧٥٤/٢، برقم ٢٢٤٢، ابن حبان في صحيحه، باب خيار العيب، ٢٩٨/١١، برقم ٤٩٢٧. البيهقي: السنن الكبرى ٣٢٠/٥ برقم ١٠٥١٣، عن طريق عمر بن علي المقدمي، أبو عوانة في صحيحه ٤٠٤/٣ ، أبو يعلى في مسنده ٨٢/٨ ، الحاكم في المستدرك ١٨/٢، الدارقطني في سننه ٥٣/٣.

وحديث: (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)[1] وغيرها كثير.

فهذه أدلة شرعية، وقواعد فقهية، يمكن الاستناد إليها في استنباط الأحكام وإصدار الفتاوى وإلزام القضاء بها.
ومن القواعد التي تتبني على أدلة واضحة من الكتاب والسنة والإجماع:
قاعدة: اليقين لا يزول بالشك.
وقاعدة: الضرر يزال.
وقاعدة: الأمور بمقاصدها.
وقاعدة: المشقة تجلب التيسير.
وأمثال هذه القواعد فهي تشبه الأدلة وقوتها بقوة الأدلة المعتمدة عليها، فلا يمنع من الاحتكام إليها.

هذا إذا كانت القاعدة مبنية على دليل من الأدلة المتفق عليها، فالرجوع إلى تلك الأدلة القاعدة يعني الرجوع إلى تلك الأدلة المتفق عليها. وحيثما اتفقوا على ذلك، كانت القاعدة حجة ودليلا صالحا للاستنباط، لأن اتفاقهم على ذلك يعني إقرارهم بصحة القاعدة وبصحة ردها إلى النص الشرعي، وبالتالي صلاحيتها لأن تبنى عليها الأحكام كالنص.

٢-أما إذا كانت القاعدة مبنية على دليل شرعي من الأدلة التي اختلف في اعتبارها، كالاستصحاب والاستدلال العقلي أو المستنبطة بطريق الاجتهاد في تحقيق المناط أو تنقيحه فالقاعدة الفقهية تابعة لنوع الدليل، ولصحة وسلامة التخريج أو الاستنباط عليه. وهي تختلف قوة وضعفاً تبعا للاتفاق أو الاختلاف في ذلك.
وعندها تكون القاعدة حجة صالحة للترجيح ولتفريع الأحكام عليها عند من استنبطها، لأنها مردودة إلى النص عنده، وحجتها راجعة إلى حجية النص، ومدى الأخذ بما يترتب عليه من الأحكام.
وإلا نظر إلى الدليل الذي بنيت عليه القاعدة فإن أمكن أن تعطى المسألة حكماً بموجبه، وعندها تعتبر القاعدة دليلاً تابعا يستأنس به.
٣-وأما من حيث عدم وجود دليل شرعي لمسألة بعينها أو نص فقهي أو دليل أصولي، ووجدت القاعدة الفقهية التي تشملها، فحينئذ هل تعتبر القاعدة الفقهية الاجتهادية دليلا شرعيا يمكن استناد الفتوى والقضاء إليه؟.
قلت سابقاً: إن القواعد الاجتهادية استنبطها العلماء المجتهدون من معقول النصوص والقواعد العامة للشريعة، أو بناء على مصلحة رأوها أو عرف اعتبروه، أو استقراء استقرأوه، فعلى من تعرض لمثل هذه المسائل أن يكون على جانب كبير من الوعي والإدراك والإحاطة بالقواعد الفقهية وما بنيت عليه كل قاعدة أو استنبطت منه، وما يمكن أن يستثنى من كل قاعدة حتى لا يدرج تحت القاعدة مسألة يقطع أو يظن خروجها عنها.

---
[1] سبق تخريجه.

والخلاصة: إن هذه القواعد هي أحكام شرعية، تكونت مفاهيمها، وصيغت نصوصها بالتدريج في عصر ازدهار الفقه ونهضته، على أيدي كبار فقهاء المذاهب، من أهل التخريج والترجيح، استنباطا من دلالات النصوص الشرعية العامة، والأدلة الشرعية، وعلل الأحكام، وأسرار التشريع والمقررات العقلية.
والمعاني الفقهية لهذه القواعد كانت مقررة في أذهان الأئمة المجتهدين يعللون بها ويقيسون عليها، وقد كانت تسمى عندهم أصولاً.

الحالة الثانية: حجيّة هذه القواعد الفقهية بالنسبة للقاضي أو المفتي المقلد.

لقد برزت ظاهرة التقليد في القرن الرابع الهجري، عندما اضمحل الاجتهاد، وتقاصرت الهمم في ذلك العصر، لكن وجود الثروة الفقهية العظيمة الوافية التي نشأت من تدوين الفقه، مع ذكر أدلته وخلاف المذاهب وترجيح الراجح منها، وبما خلفه الفقهاء من أحكام اجتهادية معللة، لم يبق للذين أتوا بعدهم إلا أن يخرّجوا من فقه المذاهب أحكاماً للأحداث الجديدة.
وقد أشار إلى ذلك العلامة ابن خلدون[1] بقوله: (ولما صار مذهب كل إمام علماً مخصوصاً عند أهل مذهبه، ولم يكن لهم سبيل إلى الاجتهاد والقياس، فاحتاجوا إلى تنظير المسائل في الإلحاق، وتفريعها عند الاشتباه بعد الاستناد إلى الأصول المقررة من مذاهب إمامهم)[2].

وبناء على هذا، وعلى ما عرفناه من قبل، أن القاعدة الفقهية هي: في ذاتها حكم شرعي كلي أو أغلبي، لمسائل فقهية جزئية متشابهة، لأنها ما دامت تستند إلى أصل شرعي فهي حكم شرعي مستنبط من دليل شرعي، إلا أنها تتميز عن الأحكام الجزئية بأنها ليست قاصرة على جزئية واحدة، بل تشمل جملة من الجزئيات، فهي –إذاً– حكم شرعي لكنه كلي أو أغلبي.
أقول بناء على ذلك، فكما أن المجتهد يستنبط الأحكام الجزئية من الأدلة الشرعية المعتبرة، فكذلك شأن القواعد الفقهية إذ هي أيضاً أحكام شرعية مستنبطة من الأدلة الشرعية المعتبرة.
وإسناد الأحكام الشرعية أو القضائية أو الفتاوى إلى تلك الأحكام –بالنسبة للقاضي أو المفتي المقلد– سواء كانت كلية أو جزئية إنما هو من باب التقليد.
وقد تكلم الأصوليون طويلاً في معنى الاجتهاد والتقليد وفي البحوث المتصلة بكل منها، ولا يعنينا من كل هذا هنا، بعد أن عرفنا معنى الفقه والفقيه والمذاهب الفقهية في بداية هذا الفصل، إلا أن نعرض لمحة موجزة سريعة، عن حكم التقليد أولاً، ثم عن حكم إسناد القاضي أحكامه أو المفتي فتاويه إلى أحكام الشرع، ومسائله وفروعه المبسوطة في كتب الفقه، أو المنقولة عن أئمة العلم، فنقول:

أولاً: إن التقليد هو الأخذ والعمل بقول من ليس قوله من الحجج والأدلة الشرعية، وإن لم يذكر حجته التي استند إليها[3]. والأخذ بلا حجة يشمل العمل بقوله، من غير أن يعرف الآخذ من أين قال ذلك، والأخذ

---

[1] ابن خلدون(٧٣٢-٨٠٨هـ) عبد الرحمن بن محمد بن محمد، أبو زيد الحضرمي الأشبيلي الأصل التونسي ثم القاهري، المالكي، عالم، أديب، مؤرخ اجتماعي، أخذ الفقه عن قاضي الجماعة ابن عبد السلام وغيره، ولي القضاء. له (تاريخ ابن خلدون) ومقدمته، [شذرات الذهب٧٦/٧، والضوء اللامع ١٤٥/٢].
[2] مقدمة ابن خلدون: بيروت: دار إحياء التراث العربي ٤٤٩.
[3] انظر: الآمدي: الإحكام ٢٧١/٢، الغزالي: المستصفى ١٢٣/٢، المحلي: شرح على جمع الجوامع ٣٢٢/٢، اللكنوي: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في فروع الحنفية لمحب الله بن عبد الشكور البهاري – بيروت: دار إحياء التّراث الإسْلامي ١٩٩٨ ٤٠٠/٢.

بقوله مع الوقوف على حجته، ولكن الآخذ لا يستطيع أن يستقل باستفادة الحكم من هذه الحجة، أما إن كان أهلا لأن يستقل بهذه الاستفادة لم يكن مقلدا، بل يكون موافقا له في رأيه. فمتبعو الأئمة من العامة ومن المتفقهة ومن الفقهاء على اختلاف مراتبهم في التحصيل والقدرة على النظر في أدلة من اتبعوا، لكنهم لم يصلوا إلى مرتبة الاجتهاد هم مقلدون لهم.

ثانياً: إن التقليد يشمل الذين يحفظون طائفة من مسائل الأحكام الشرعية العملية الواردة بالكتاب والسنة وما استنبط منها، سواء حفظت مع أدلتها أم حفظت مجردة عن هذه الدلائل. وسواء كانت تلك الأحكام جزئية أم كلية، وإن كانوا من أصحاب الوجوه وأهل التخريج، أو من أهل الترجيح، أو من المحصلين المطلعين القادرين على التمييز بين الأقوال الصحيحة والفاسدة والقوية والضعيفة، والراجحة والمرجوحة، فما داموا لم تتوافر لهم أهلية الاجتهاد الكاملة، فليس لهم أن يرجعوا إلى الكتاب والسنة والإجماع، وليس لهم أن يقيسوا على ما ورد بها من الأحكام، وليس لهم إلا الرجوع إلى أقوال أئمتهم، فينظروا فيها نظر المجتهد في الأدلة. ويستنبطوا منها ما شاء الله أن يستنبطوا، وما استخرجوه منها يكون أقوالاً في مذهب إمامهم سواء وافقت أقوالاً سابقة لفقهاء هذا المذهب، أو لم يسبقها ما يوافقها، ويقضى بهذه الأقوال ويفتى بها ويتبع في شأنها ما يتبع في العمل بأقوال مجتهدي المذهب عند اختلاف الرواية[١].

وأما ما يقال أن ما روي عن الإمام صاحب المذهب ليس قرآناً ولا أحاديث صحيحة. فكيف تستنبط الأحكام منه؟ فنقول إنه كلام أئمة مجتهدين عالمين بقواعد الشريعة والعربية مبينين للأحكام الشرعية، فمدلول كلامهم حجة على من قلدهم، منطوقاً كان أو مفهوماً، صريحاً كان أو إشارة، فكلامهم بالنسبة له كالقرآن والحديث بالنسبة لجميع المجتهدين[٢].

أما عن حكم إسناد القاضي أحكامه أو المفتي فتاويه إلى أحكام الشرع، ومسائله وفروعه المبسوطة في كتب الفقه، أو المنقولة عن أئمة العلم، فقد اختلف السادة الفقهاء في مصادر الحكم للقاضي أو المفتي المقلد كما يلي:

١-فذهب جمهور أهل العلم، إلى أن مصادر حكم المقلد هي المشهور والراجح من أقوال الأئمة الفقهاء الذين يقلدهم، وإن لم يكن راجحاً عنده، لأنه يقلد إمامه في رجحان القول، ولكن يجوز للقاضي أو المفتي الحكم أو الفتوى بالقول الذي يترجح لديه بالدليل، وإن كان لغير مذهبه، أو من غير أقوال المذاهب المعتمدة[٣].

قال ابن نجيم:(القاضي المقلد إذا قضى بمذهب غيره فإنه ينفذ..)[٤].

---

[١] انظر: الباني، محمد سعيد: عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، الطبعة الأولى ١٩٨١ - ص ٨٦.

[٢] مقدمة الموسوعة الفقهية الكويتية ١٢/١-١٥.

[٣] القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات الإمام ص ٧٩، الخرشي: حواشي الخرشي على خليل-بيروت: دار الكتب العلمية ١٤٠/٧، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٩٦، شيخي زاده: مجمع الأنهر ١٧١/٢، المناوي: شرح عماد الرضا ٢٩٦/١، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، المسمى، دقائق أولي النهي لشرح المنتهى – بيروت: مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٠، ٤٥٦/٣.

[٤] ابن نجيم: البحر الرائق ٩/٧.

وقال الماوردي[1]: (للقاضي المقلد أن يجتهد برأيه في قضائه، ولا يلزمه أن يقلد في النوازل والأحكام من اعتزى إلى مذهبه، فإذا كان شافعياً لم يلزمه المصير في أحكامه إلى أقاويل الشافعي حتى يؤديه اجتهاده إليها، فإن أداه اجتهاده إلى الأخذ بقول أبي حنيفة عمل عليه وأخذ به)[2].

وقال السبكي: (لو حكم بقول خارج عن مذهبه وقد ظهر رجحانه جاز)[3].

٢-وذهب فريق من الحنفية والشافعية والمالكية إلى عدم جواز حكم القاضي المقلد بغير الراجح من مذهب مقلده، وبالتالي لا يجوز له أن يحكم بمذهب آخر غير مذهبه[4].

يقول ابن عابدين[5]: (ولما انقطع المفتي المجتهد في زماننا، ولم يبق إلا المقلد المحض، وجب علينا اتباع التفصيل: فنفتي أولا بقول الإمام ثم وثم، مالم نر المجتهدين في المذهب صححوا خلافه، لقوة دليله أو لتغير الزمان أو نحو ذلك مما يظهر لهم فنتبع ما قالوا)[6].

ويقول المالكية: (فحكم المقلد من خليفة أو قاض وجوباً بقول مقلده، أي بالراجح من مذهبه سواء كان قوله أو قول أصحابه، لا بالضعيف ولا بقول غيره من المذاهب)[7].

وقال التسولي[8]: (يجب عليه أن لا يخرج عن مشهور قول مقلده، ولا يجوز له عند عدم وقوفه على ما شهره الشيوخ من الروايتين أو القولين أن يحكم بما شاء منهما بغير نظر في الترجيح فإن ذلك جهل)[9].

وجاء في تحفة المحتاج: (لا يجوز لغير متبحر حكم بغير معتمد مذهبه)[10].

٣- ونقل عن إمام الحرمين الجويني وابن الصلاح[11] إجماع المحققين على عدم جواز تقليد غير الأئمة الأربعة وذلك لأن مذاهبهم قد انتشرت وعلم تقييد مطلقها وتخصيص عامها، ونشرت فروعها واعتنى أصحابها بتهذيب المسائل وتحريرها وتبويبها[12].

---

[1] الماوردي(٣٦٤-٤٥٠) علي بن محمد، أبو الحسن، ولد في البصرة، وانتقل إلى بغداد. وولي القضاء في بلدان كثيرة، ثم جعل" أقضى القضاة "في أيام القائم بأمر الله العباسي، توفي ببغداد. له(أدب الدنيا والدين) و(الاحكام السلطانية) و(النكت والعيون) و(الحاوي) [طبقات الشافعية للسبكي ٣٠٣/٣. وفيات الأعيان ٣٢٦/١ وشذرات الذهب٢٨٥/٣]

[2] الماوردي: أبو الحسن علي بن محمّد: الأحكام السلطانية والولايات الدينية- بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٩٠، ص ٦٧.

[3] السيوطي: الأشباه والنظائر١٠٤-١٠٥.

[4] منلا خسرو: درر الحكام شرح غرر الأحكام، ٤١٠/٢، شيخي زاده: مجمع الأنهر١٧١/٢، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير١٣٠/٤، الماوردي: أدب القاضي ١٨٥/١، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٩٦.

[5] ابن عابدين(١١٩٨-١٢٥٢هـ) محمد أمين بن عمر الحنفي الدمشقي. فقيه الديار الشامية. له (رد المحتار علي الدر المختار) و(العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية)، و(نسمات الأسحار على شرح المنار) [الأعلام للزركلي٢٦٧/٦، ومقدمة تكملة حاشية ابن عابدين المسماة قرة عيون الأخيار عيسي الحلبي ص٦- ١١].

[6] الأزجندي: حسن بن منصور: الفتاوى الخانية، بيروت: دار إحياء التراث،١٤٠٠هـ ٣/١، ابن عابدين: رسم المفتي، ص٢٦-٢٩. ابن ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٤٨/١. أبو زهرة: الإمام أبو حنيفة، ص٥٦، علي، محمد إبراهيم: المذهب عند الحنفية، ص ٨٦-٨٧.

[7] الدسوقي: حاشية على الشرح الكبير للدردير١١٦/٤، ونحوه في الشرح الصغير للدردير ٣٣٠/٢.

[8] التسولي(١٢٥٨هـ) علي بن عبد السلام، أبو الحسن القاضي المالكي المدعو بمديدش، الفقيه النوازلي. من أهل فاس بالمغرب.له(البهجة في شرح التحفة)، و(شرح الشامل)، انظر[شجرة النور الزكية ٣٧٩، وهدية العارفين٧٧٥/١].

[9] التسولي: البهْجة في شرح التّحفة على الأرْجوزة المسّماة بتحفة الحكّام لإبْن عاصم ومعه حلى المعاصم لفكر إبْن عاصم لإبْن محمّد التاودي - بيروت: دار الكتب العلميّة، ٢١/١.

[10] ابن حجر الهيتمي: تحْفة المحْتاج بشرح المنْهاج - بيروت: دار صادر، ١٩٩٨، ١١٦/١٠.

[11] ابن الصلاح (٥٧٧-٦٤٣هـ) عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو. من علماء الشافعية. إمام عصره في الفقه والحديث وعلومه، رحل إلى الموصل ثم رجع إلى الشام ودرّس فيها. له (مشكل الوسيط) و(الفتاوى) و(علم الحديث) المعروف بمقدمة ابن الصلاح.[شذرات الذهب٢٢/٥، ومعجم المؤلفين ٢٥٧/٦]

[12] انظر: المناوي: شرح عماد الرضا٢٩٣/١، أبو البصل: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون-عمان: دار النفائس، ص٢٧٤.

الرأي المختار:

والذي يترجح في هذه المسألة –والله أعلم– هو قول الجمهور، هو أن له أن يحكم بما يترجح عنده بالدليل والملاءمة ولو كان رأياً ضعيفاً في مذهبه أو مذهب غيره، لما فيه من مرونة وسعة، ونفي للتعصب، ولأن المصلحة قد تقتضي الحكم بذلك، وخصوصاً في زماننا هذا إذا رأى الحاكم أو ولي الأمر فيه ضرورة، ولكن عليه أن يراعي مبادئ الشريعة الإسلامية فيما ينحاز إليه من رأي فقهي في هذا المذهب أو ذاك، فيأخذ بالرأي الفقهي الأكثر اتفاقا مع مبادئ الشريعة الإسلامية في ضوء مصالح عصره ومجتمعه المصونة شرعاً، أو يستنبط حل المسألة المعروضة عليه من الأدلة الشرعية طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها ومراميها بما يتفق مع مصالح عصره ومجتمعه المصونة شرعاً. وليس هناك من أحكام تتوافق مع مبادئ الشريعة ومقاصدها، كمثل القواعد الفقهية.

هذه خلاصة أقوال العلماء في حكم التقليد، ومصادر الحكم والفتيا بالنسبة للقاضي أو المفتي المقلد، ويدلنا هذا أن للقاضي المقلد أن يسند أحكامه، أو المفتي أن يسند فتاويه إلى الأحكام الفقهية المبسوطة في كتب الفقه المعتبرة، وطبيعي أنه لا فرق في أن تكون تلك الأحكام جزئية تتناول مسألة فقهية بعينها، أو أحكام كلية أو أغلبية تجمع عدة مسائل متشابهة أو متجانسة، طالما أن جميع تلك الأحكام جزئية أو كلية مستندة إلى مصدر معتبر من مصادر الشرع ومستمدة منه.

ولا سيما وأن تلك الأحكام التفصيلية الفرعية العملية، التي تندرج تحت تلك القاعدة، يتضمن كل منها ذلك الحكم الكلي أو الأغلبي، وإلا ما كان تطبيقاً له.

بل يمكننا أن نقول: إن الأحكام الذي تتضمنته هذه القواعد ملزم، لأن هذه القواعد إنما تضافر على إثباتها وتشييدها، أحكام فرعية تفصيلية كثيرة، فارتقت أحكامها إلى مستوى القطعية، أو غلبة الظن على الأقل، وكلتاهما توجب الإلزام ووجوب العمل.

ولأن كانت غلبة الظن بالحكم الاجتهادي في فرع معين توجب العمل، فلأن يجب العمل بالحكم الأغلبي بما تشهد له فروع شتى من باب أولى.

إن إهدار مضمون القاعدة أو طرح تطبيقاتها، بعد استخلاصها الذي يعد من أشق الاجتهادات الفقهية، إنما هو في الواقع إهدار لتلك الأحكام التفصيلية، التي نهضت بها، والثابتة نصاً أو دلالة، وهذا لا يقول به عاقل، فضلاً عن مجتهد، لأنه مضادة لإرادة الشارع الحقيقة، وطرح للعمل بأصل معنوي عام ثابت قطعاً أو في الغالب من الظن[1].

والأصل المعنوي العام، كالأصل اللفظي العام، كما يقول الشاطبي، من حيث قوة الاحتجاج به، وصحة بناء الأحكام عليه[2].

(١) الدريني: فتحي، النظريات الفقهية، ص ١٤٢.
(٢) الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ٢٣٥/٢.

فالشارع الحكيم إذ شرع تلك الأحكام التفصيلية نصاً، أو استنباطاً من معقول النصوص، وأدلة الأحكام العامة، ثم استخلصت منه القواعد العامة اجتهاداً، فقد شهد لها بالاعتبار شواهد كثيرة، تعاضدت على لزومها.

ومن هنا كانت إرادة الشارع فيها واضحة وحقيقية، مضموناً وحكماً مما يؤكد كونها مقصوداً للشارع قطعاً. هذا من حيث النظر العقلي المحض.

أما من حيث التطبيق والعمل، فإن تحقيق مضمونها أو مناطها في الوقائع المعروضة، ليبنى عليها الحكم المناسب من أحكامها، تحقيقاً لمراد الشارع، فقد أضحى واجباً شرعاً.

على أن الحكم التطبيقي العملي لا يشترط فيه أن يكون قطعياً، بل تكفي فيه غلبة الظن لوجوب العمل كما قدمنا.

هذا فضلاً عن الأصول العامة التي تستند القواعد الفقهية إليها، واستشهد بها الفقهاء في معرض استدلالهم في الفروع[١].

وأخيراً: لا بد من الإشارة إلى أن مجلة الأحكام العدلية، التي اشتملت على عدد كبير من القواعد الفقهية، والتي كانت هي القانون والتشريع المطبق لقضاة المحاكم آنذاك، قد تبنت هذا الرأي، يؤيد هذا، ما تبنته مجلة الأحكام العدلية نفسها في (م/١٨٠): (وكذلك لو صدر الأمر السلطاني بالعمل برأي مجتهد في مسألة، لأن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق، فليس للحاكم أن يعمل بأي مجتهد آخر يخالف رأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ حكمه)[٢].

وجاء في التقرير الذي قدمته لجنة المجلة إلى الصدر الأعظم (رئيس الوزراء) محمد أمين باشا[٣] سنة١٢٨٦هـ، حيث جاء فيه: (فإذا أمر إمام المسلمين بتخصيص العمل بقول من المسائل المجتهد فيها، تعين ووجب العمل بقوله)[٤].

فقضاة المحاكم آنذاك، ملزمون بإسناد أحكامهم إلى ذلك القانون كما مر معنا سابقاً.

إن ما ذكرناه آنفاً، هو ما خلصنا إليه بعد التدقيق والنظر في كلام أهل العلم، وعلى المسائل الفقهية الكثيرة جداً، التي استنبطوها واستخرجوها، أو بنوها وفرَّعوها من الأحكام على القواعد الفقهية.

أقول: بالإضافة إلى الفوائد العظيمة للقواعد الفقهية، والأهمية البالغة التي ذكرناها، في المبحث السابق، فهي جديرة ولاريب – وهي خلاصة جهد الفقهاء والأصوليين في عدة قرون، جمعاً وتخريجاً، وترتيباً وتدويناً وشرحاً، وبيان أحكامها وفروعها وجزئياتها – أن تكون مصدراً مهماً مشروعاً، يتعرف منها على أحكام ما لم ينص عليه ويقاس عليها[٥]، يستقي منها القاضي أحكامه، ويستفيد منها المفتي في فتاويه وغيرهم،

---

(١) الدريني: فتحي، النظريات الفقهية، ص ١٤٢.

(٢) مجلة الأحكام العدلية (م/١٨٠)، وشرحها لسليم رستم باز، ط٣. بيروت: دار الكتب العلمية. ص ١١٦٩-١١٧٠.

(٣) ياغلقجي زاده: محمد أمين باشا الوزير الأعظم ابن يوسف الرومي الأديب الحنفي الشهير بياغلقجي زاده توفي مقتولا بأدرنة سنة ١١٨٣هـ.له: كلشن خيال منظومة فارسية. [هدية العارفين ١٢٤/٢].

(٤) محمد فريد بك المحامي: تاريخ الدولة العلية العثمانية، تحقيق إحسان حقي ص ٥٤٧- ٥٥٣

(٥) فعلى سبيل المثال، فقد ذكر فقهاء الأحناف أن الأصل عند محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله أنه: (إذا اجتمعت الإشارة والتسمية في العقد، فإن كان المسمى من جنس المشار إليه يتعلق بالعقد بالمشار إليه، وغن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى)، ومما ذكره تفريعاً

وسواء مجتهدين كانوا أم مقلدين، وإلا ما الفائدة من قولهم: إن القاعدة الفلانية تدخل في سبعين بابا من الفقه وأن القاعدة الفلانية هي ثلث العلم أو ربعه، إذا كانت لا تصلح للحجية والاستدلال والقياس[1].

وكتب الفقه شاهد على قيام الفقهاء بالاعتماد عليها في مجال الاستنباط أو التخريج أو الترجيح[2]. والله تعالى أعلم، وهو الهادي إلى سواء السبيل،،،.

على هذا الأصل أنه إذا باع جارية فإذا هي غلام لم ينعقد البيع، وإذا باع كبشاً فإذا هو نعجة، انعقد البيع وتنجز، وذلك لأن الغلام والجارية جنسان عندهم، لأن الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرها، والجارية لخدمة داخل البيت، كالاستفراش والاستيلاد اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية، أما الكبش والنعجة فهما جنس واحد لأن الغرض الكلي من الحيوانات الأكل والركوب والحمل والذكر والأنثى في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الأغراض (الهداية ١٥٢/١، ٢٣٥/٣. رد المحتار ٤٢٦/١، تبيين الحقائق ١٥١/٢، ١٥٢. البابرتي: العناية على الهداية، ٣٠٦/٣ بهامش فتح القدير، ابن الهمام: فتح القدير ٢٠٦/٣. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص ٣٤٥)، وعلى هذا فإن معرفتنا بهذا الضابط أو الأصل يمكننا من استنباط وتخريج أحكام كثير من الفروع الفقهية. فلو باعه دنا على أنه خل فإذا هو دبس أو باعه فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج أو باعه جهاز على أنه آلة تصوير فإذا هو مذياع، أو مكنسة فإذا هي آلة تقطيع الخضار، بطل البيع لاختلاف الجنس باختلاف الأغراض. أما لو باعه فصاً على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أصفر أو هذا الثوب المصري فإذا هو مغربي لم يبطل البيع وخير المشتري لفوات الوصف والله أعلم (الباحسين: القواعد الفقهية ص ٢٩٠).

[1] الباحسين: القواعد الفقهية ص ٢٨٩ – ٢٩٠ .

[2] انظر على سبيل المثال كتاب الأصل للإمام محمد بن الحسن حيث سبقت الإشارة إليه، وانظر أيضاً كتاب غياث الأمم في إلتياث الظلم لإمام الحرمين الجويني، حيث بنى عشرات المسائل في مختلف الأبواب على الأصول والقواعد (ص ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٨، ٣٣٢، ٣٣٣). تحقيق مصطفى حلمي، الاسكندرية: دار الدعوة، ١٤٠٢هـ.

الفصل الثالث

أقسام القواعد الفقهية وخصائصها وعلاقتها بالقواعد القانونية

المبحث الأول

أنواع القواعد الفقهية وأقسامها

تتنوع القواعد الفقهية إلى أنواع متعددة على النحو التالي:

أولاً: من حيث الأصالة والتبعية:

١- القواعد الأصلية: وهي القواعد التي لم تستمد من قواعد أخرى ولم تتفرع عنها وإنما استخرجها الفقهاء من الأدلة الشرعية[١].

مثال هذه القواعد قاعدة: (الأمور بمقاصدها)[٢].

٢- القواعد الفرعية أو التبعية: وهي القواعد النى اشتقها الفقهاء من القواعد الأصلية، وهي تعتبر شارحة لها وتطبيقا لها في جوانب متعددة أو أنها تعدّ من مقتضياتها[٣].

مثال هذه القواعد: قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني فإنها متفرعة عن قاعدة أصلية هي: الأمور بمقاصدها وهي من مقتضياتها في جانب من جوانب الفقه هو جانب العقود[٤].

ثانياً: من حيث الشمول والاتساع:

١-القواعد الأساسية: وهي القواعد الخمسة المنبثة فروعها في معظم المجالات أو جميع الأبواب تقريباً[٥] وهي: قاعدة: اليقين لا يزول بالشك[٦]، وقاعدة: الأمور بمقاصدها[٧]، وقاعدة: الضرر يزال[٨]، وقاعدة: العادة محكمة[٩]، وقاعدة: المشقة تجلب التيسير[١٠].

٢-قواعد فقهية كلية أقل شمولاً من القواعد الأساسية الخمس، ولكنها تنطبق على فروع كثيرة منبثة في أبواب متفرقة، ولا تختص بباب معين، كقاعدة: التابع تابع[١١]. وهذا النوع ليس على درجة واحدة من حيث الشمول[١٢].

---

[١] ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية، ص ٣، وانظر الباحسين: القواعد الفقهية ص ١٢٧ – ١٢٩. الشعلان: مقدمة تحقيقه كتاب القواعد للحصني، ١/٣١-٣٢.

[٢] السيوطي: الأشباه والنظائر، ص٣٨.

[٣] ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية، ص ٣

[٤] المصدر السابق ص ٣.

[٥] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص ٦٠

[٦] المرجع السابق، ص ٢٢.

[٧] السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ١٧٣.

[٨] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص ١٠١

[٩] السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ١٦٠

[١٠] المصدر السابق ص ١٦٠

[١١] المصدر السابق ص ٢٢٨

[١٢] ياسين: مذكر في القواعد الفقهية ص ٤.

٣–قواعد خاصة وهي: القواعد الفقهية التي تقتصر تطبيقاتها على باب واحد أو موضوع فقهي واحد ويطلق عليها بعض الفقهاء الضوابط الفقهية[١]، كقول السيوطي: ليس لنا موضع لا تسن فيه صلاة العيد إلا الحاج بمنى[٢].

هذا النوع من القواعد له درجات مختلفة من حيث الخصوص، لأن أبواب الفقه وموضوعاته مختلفة من حيث عمومها وخصوصها وتفرعها، حتى أن بعض الفقهاء استنبط من كل فرعية ضابطا خاصا بها وبما يمكن أن يقع من الحوادث مشابها لها[٣].

ثالثا: من حيث اتفاق الفقهاء واختلافهم:

١–قواعد متفق عليها بين الفقهاء: والمقصود أن الفقهاء متفقون على أصل القاعدة، ولكنهم غالبا ما يختلفون في مدى تطبيقها، والاستثناءات التي ترد عليها، مثل القواعد الأساسية الخمس التي ذكرناها سابقاً[٤].

٢–قواعد مختلف فيها وهي نوعان:

أ – قواعد مختلف فيها بين فقهاء المذاهب الفقهية المختلفة، والمقصود هنا أن أصل القاعدة لا يعترف به بعضهم، بينما يتبناه آخرون، وليس الخلاف في مجرد تطبيق القاعدة الفقهية[٥].

مثل قاعدة: (الأجر والضمان لا يجتمعان)[٦]، التي انفرد بها الحنفية خلافا للجمهور.

وقد كان هذا النوع من القواعد من أسباب الخلاف بين الفقهاء[٧].

ب – قواعد مختلف فيها بين علماء مذهب معين، والغالب فيها أن ترد بصيغة الاستفهام[٨]، ومن الأمثلة على ذلك قول السيوطي[٩]: الإقالة، هل هي فسخ أو بيع ؟ قولان ".

رابعاً: من حيث مصادرها:

١–القواعد المنصوصة: وهي التي جاء بشأنها نصّ شرعيّ[١٠]، ومن الأمثلة على هذا النوع قاعدة اليقين لا يزول بالشك[١١].

فمصدر هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا، فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً[١٢].

---

[١] المرجع السابق ص ٤

[٢] السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ٦٨٨

[٣] ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية ص ٤

[٤] المصدر السابق ص ٤، وانظر: الباحسين: القواعد الفقهية، ص ١٢٥

[٥] المراجع السابقة.

[٦] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ص ٨٢ (م ٨٦ مجلة)

[٧] ياسين: مذكرة في القواعد الفقهية ص ٥

[٨] الباحسين: القواعد الفقهية ص ١٢٦

[٩] السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ٣١٣.

[١٠] الباحسين: القواعد الفقهية، ١٣٠.

[١١] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص ٦٠.

[١٢] رواه البخاري في صحيحه، باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، ٦٤/١، برقم ١٣٧. ومسلم في صحيحه، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك، ٢٧٦/١ برقم ٣٦١.

٢- القواعد المستنبطة: وهي القواعد التي استخلصها العلماء من استقراء الأحكام الجزئية وتتبعها في مظانها المختلفة[١].

مثال: الأصل عند أبي حنيفة أن ما غيّر الفرض في أوله غيّره في آخره. مثل نية الإقامة للمسافر واقتداء المسافر بالمقيم[٢].

المبحث الثاني
خصائص القواعد الفقهية وصياغات نصوصها

تختص القواعد الفقهية بخصائص رئيسية أربع:

أولاً: الاستيعاب: وهو كون القاعدة تشتمل على حكم جامع لكثير من الفروع، بحيث يجعلها تندرج فيها بقوته وسريانه عليها، وهذا ما جاء معبراً عنه في التعاريف السابقة بالاندراج والانطباق والاشتمال.

مثال ذلك القاعدة: **(ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله)**.

فهذه قاعدة فقهية تستوعب فروعاً ومسائل فقهية كثيرة، منها ما ذكره ابن نجيم:

-إذا طلق الرجل امرأته نصف تطليقة كانت طلقة واحدة.

-إذا قال لها: نصفك طالق كانت طلقة واحدة أيضاً، وذلك لأن الطلاق لا يتجزأ، لا في الفعل ذاته، ولا في التي يقع عليها الطلاق، فكان ذكر بعض الطلاق كذكر الطلاق كله.

-إذا عفا ولي الدم عن بعض القاتل كان عفوا عن القصاص كله، لأن ذلك لا يتجزأ.

-إذا عفا بعض الأولياء عن القاتل، دون البعض، سقط القصاص كله، وانقلب نصيب الباقين مالاً.

ثانياً: الاطراد أو الأغلبية: الاطراد في اللغة: بمعنى التتابع، والاستمرار والجريان والاستقامة[٣].

وفي الاصطلاح: هو ما يوجب الحكم لوجود العلة[٤] وهو التلازم في الثبوت[٥].

والأصل في حقيقة القاعدة أن تكون مطردة، أي تنطبق على كل جزئياتها دون تخلف أي جزئية منها، فتكون بذلك متتابعة يتبع بعض فروعها بعضاً في الحكم الجامع، جارية في سريانها وانطباقها، أي كلما جدَّ من الحوادث ما هو نظير لجزئياتها، اندرج معها في حكمها الجامع.

هذا هو الأصل في القاعدة، لكنها قد يتخلف فيها عنصر الاطراد، فتنتقل حينئذ إلى مرتبة الأغلبية، أي تنطبق على أغلب جزئياتها لا على كلها، ويخرج منها بعض المستثنيات كما ذكرنا سابقاً.

ثالثاً: التجريد: التجريد في اللغة: التعرية، يقال جرده من الثياب إذا عراه[١].

---

[١] الباحسين: القواعد الفقهية، ص ١٣١.

[٢] الدبوسي: تأسيس النظر، ص ١٣.

[٣] ابن منظور: لسان العرب. الفيروزآبادي: القاموس المحيط، مادة "طرد". ابن جني: الخصائص- بيروت: دار الكتاب العربي، ٩٦/١. ٩٦/١.

[٤] العلة: هي وصف مؤثر في الحكم لا بذاته بل بجعل الشارع، أو هي: الوصف الباعث على الحكم. أو هي: الوصف المعرف للحكم بوضع الشارع. [الغزالي: المستصفى ٣٨٠/٢. الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام ٢٢٤/٣. الرازي: المحصول ١٣٤/٥].

[٥] الجرجاني: التعريفات، ١٤١.

وفي الاصطلاح: أن تكون القاعدة مشتملة على حكم موضوعي جامع مستوعب، خال عن الارتباط بجزئية معينة. صالح للارتباط على كل أو أغلب الجزئيات المعلولة بعلّته[٢].

بمعنى أن القاعدة يجب أن تكون مبينة لأحكام أفعال الأشخاص بصفاتهم، لا بأعيانهم، فلا تتناول واقعة بعينها، ولا شخصاً لذاته[٣].

رابعاً: إحكام الصياغة:

من خصائص القواعد الفقهية أنها تتميز بمزيد من الإيجاز في التعبير والصياغة على عموم معناها واتساعها لفروع متعددة من أبواب مختلفة. ولا غبار على أن خير الكلام ما قلّ ودلّ.

والإيجاز نوع من الإعجاز البلاغي، يحتاج إلى مقدرة فقهية عالية، وامتلاك لناصية البيان.

يقول الأستاذ الزرقا رحمه الله: (فهي –يعني القواعد الفقهية– تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة بكلمتين أو بضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم)[٤].

وصيغ القواعد عند أهل العلم على أنماط مختلفة، ولكن الغالب أن القواعد المتفق عليها صيغت في بضع كلمات، فقد تصاغ بكلمتين أو ثلاث أو أربع أو خمس أو أكثر منها، بينما ينضوي تحتها كثير من الأحكام والفروع، ولا يخفى ما في من اليسر عند تثبيتها في الأذهان وسرعة استحضارها، وهو من فوائد القواعد كما مر معنا.

والقواعد الأساسية الخمس خير مثال في جودة صياغتها.

١– الأمور بمقاصدها.

٢– الضرر يزال.

٣– العادة محكمة.

٤– المشقة تجلب التيسير.

٥– اليقين لا يزول بالشك.

وهناك قواعد كثيرة جداً في كتب الفقه تنطوي على كثيرة المعاني مع قلة ألفاظها صاغها الفقهاء لتعليل المسائل أصالة ثم اكتسبت كياناً متميزاً عند ظهور المؤلفات الخاصة بها، وفيما يلي أسرد نماذج منها لكي يتبين تفاوتها في الصياغة، وإليك أمثلة منها:

الحرج مدفوع[٥]. الساقط متلاش[٦]. العبرة للغالب[٧]. الأدنى يتبع الأعلى[١]. الديون تقضى بأمثالها[٢]. للأكثر حكم الكل[٣]. الإجازة اللاحقة كالإذن السابق[٤]. الاستدامة فيما يستدام كالإنشاء[٥]. المستقذر شرعاً

---

[١] الفيروزآبادي: القاموس المحيط. مادة "جرد".

[٢] الروكي: نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ٦٠-٦٨ .

[٣] الصدة، عبد المنعم، أصول القانون- بيروت: دار النهضة العربية، ص ١٦، محمود زكي: دروس في مقدمة القانون، ص ٨.

[٤] الزرقا: المدخل الفقهي، ٩٤٧/٢.

[٥] ابن الهمام: الهداية بشرحه فتح القدير ٢٠٩/١، ٢٠١٠/٢، ٣٠/٨

[٦] المصدر السابق ٤١٧/١٠

[٧] المصدر السابق ٤٥٢/٣

شرعاً كالمستقذر حساً[٦]. الميسور لا يسقط بالمعسور[٧]. اختلاف سبب الملك كاختلاف العين[٨]. ما حرم استعماله حرم اتخاذه[٩]. الوسائل تتبع المقاصد في استعمالها[١٠]. يلحق النادر بالغالب في الشريعة[١١]. كلما عظم شرف الشيء عظم خطره[١٢]. كل عقد لا يفيد مقصوده يبطل[١٣]. المستهلك بالشيء يصير وجوده كعدمه[١٤]. المقترن بالمانع الحسي أو الشرعي كالعدم[١٥]. إذا اتحد الحق سقط بإسقاط أحد المستحقين[١٦]. الحكم يدور مع علته وجودا وعدماً[١٧]. مالا يمكن التحرز عنه فهو عفو[١٨]. المطلق من كلام الآدمي يحمل على المشروع[١٩].

وهناك قواعد كثيرة وردت في عبارات وصياغات مفصلة طويلة، كما في القاعدة التالية: (التناسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين، أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز، ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر لضمان أو نحوه فيمكن)[٢٠]، ومثله كثير سوف يظهر لا حقاً من خلال بحثنا هذا.

وأخيراً: لا بدَّ من الإشارة، إلى أن هناك قواعد فقهية، قد وصلت إلينا بألفاظ أو صياغات متعددة، مع أن معناها واحد أو متقارب، وربما هذه الألفاظ أو الصيغ لم توضع في وقت واحد، أو بلدة واحدة، بل وضعت في عصور أو أقاليم مختلفة، وهذا يزيد القواعد الفقهية قيمة وثراء، إذ من فوائد تعدد ألفاظها:

١- الاطلاع على أدبيات تلك العصور والأقاليم التي صيغت القاعدة فيها، فالقواعد الفقهية التي صيغت في القرن السابع تختلف عن القواعد التي صيغت في قرون بعده، وكذلك القواعد الفقهية التي صيغت في أقاليم أهل المشرق تختلف عن القواعد التي صيغت في أقاليم أهل المغرب.

٢- إن تعدد ألفاظ هذه القواعد يؤكد المصدر الاجتهادي لكثير من هذه القواعد، إذ لو كانت نصاً شرعياً لكان الخلاف أضيق حدوداً.

٣- الاطلاع على تطور صياغة هذه القواعد، وتبين أيضاً معالجة الفكر الإنساني لخلاصة جهود العلماء السابقين عليه، وكذلك حاول القانونيون من بعدُ أن يفعلوا.

---

[١] المصدر السابق ٢٩٦/٨
[٢] المصدر السابق ٣٤٢/٧
[٣] السرخسي: المبسوط ١٧٥/١
[٤] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٠٦/٩
[٥] السرخسي: المبسوط ١٨٨/١
[٦] المقري: القواعد، ٢٢٩/١
[٧] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ق ٤٧ أ
[٨] السرخسي: المبسوط ١٠٧/١٢
[٩] الحصني: كفاية الأخيار، ١٠/١
[١٠] القرافي: الفروق، ١١١/٣
[١١] المصدر السابق، ٩٩/٣
[١٢] المصدر السابق، ٢٦٢/٣
[١٣] المصدر السابق، ٢٦٠/٣
[١٤] البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، ٢٦٥/٦.
[١٥] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ق ٣٩ أ
[١٦] المقري: القواعد، ق ٩١
[١٧] البهوتي: كشاف القناع، ١٢/٥.
[١٨] السرخسي: المبسوط، ٩٣/٣
[١٩] البهوتي: كشاف القناع، ١٨٢/٦
[٢٠] ابن رجب: القواعد، ص ١١٠.

المبحث الثالث

دور القواعد الفقهية في تقنينات الفقه الإسلامي عامة والأحوال الشخصية خاصة

لقد تبين لنا مما سبق، أن كتاب الله عز وجل، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، هما المصدران الرئيسيان للقواعد الفقهية، وهما بداية نشأتها وتطورها وتكوين مفهومها، ثم ما أثر من عبارات تأصيلية عن فقهاء الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم أجمعين، وهذه العبارات أيضاً كانت أساساً لما سمي بعد بالقواعد الفقهية، التي صيغت نصوصها وتكونت فيما بعد بالتدريج في عصر ازدهار الفقه ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح والاستنباط.

ولقد درجت أغلب الدراسات ومؤلفات القواعد الفقهية، في بيان تاريخ نشأة القواعد الفقهية، وتطورها وتدوينها، والحديث عن أهم المؤلفات الخاصة في هذا الفن القديمة والحديثة منها، وطرق التأليف في القواعد الفقهية. ونظراً لأنه ليس وراء ذلك البيان في تلك الدراسات والمؤلفات زيادة لمستزيد. لذلك سأكتفي بالإشارة إلى بعض مظان ذلك خشية الإطالة[1].

لكنني سوف أتناول في هذا المطلب ما له صلة مباشرة في هذا البحث، وهو دور القواعد الفقهية في إثراء تقنينات الفقه الإسلامي عامة، وتشريعات الأحوال الشخصية خاصة، وعلاقة القواعد الفقهية بالقواعد القانونية.

ونظرا لتشعب البحث، فإنني سوف أقسمه إلى مطلبين مرتبطين فيه:
المطلب الأول: مقدمة في تقنين الفقه الإسلامي وتعريفه، وعناصره وخصائص القاعدة القانونية.
المطلب الثاني: دور القواعد الفقهية في التقنين.

المطلب الأول

مقدمة في تقنين الفقه الإسلامي وتعريفه، وعناصره وخصائص القاعدة القانونية

التقنين لغة: مصدر "قنّن" بمعنى "وضع القوانين" وهي كلمة رومية وقيل فارسية، والقانون "مقياس كل شيء، وطريقة"[2].

أما تقنين الفقه الإسلامي فهو: (جمع الأحكام والقواعد الفقهية المتعلقة بموضوع واحد[1]، ثم اختيار وترجيح وترجيح ما يحقق المصالح ويدفع المفاسد، ويرفع الحرج والمشقة عن الناس–سواء بالقول الراجح في مذهب

---

[1] انظر: الزرقا: المدخل الفقهي، ٩٦٩/٢ -٩٧٦. وانظر مقدمة كتاب والده الشيخ أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية أيضا. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٥٠/١-١١٩. الباحسين: القواعد الفقهية، ٢٩٣-٤٤٧. الندوي: القواعد الفقهية، ص٤٠٠ وما بعدها، وانظر أيضا كتابه القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، القاهرة: مطبعة المدني، ص ١١٣-١٢١. محمد الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ١-٣٣-٥٦. ابن حميد: مقدمة قواعد المقري، ١٢٠/١-١٤٥. محمد بكر إسماعيل: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ٢١-٢٩. أبو زيد: القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين، ٩-١٤. وغيرها كثير.

[2] مصطفى: إبراهيم وزملاؤه، المعجم الوسيط، مادة قنن، ٢ /٧٦٩.

الدولة، أو أحد أقوال المذاهب الأخرى– ثم صياغتها في عبارات موجزة بشكل قواعد قانونية، ثم تبويبها وترتيبها بمواد ذات أرقام متسلسلة متتابعة، ثم إصدارها في شكل قانون من ولي الأمر[٢] أو السلطة التشريعية في الدولة لتطبقها المحاكم ويلتزم بها الكافة من أفراد وهيئات وسلطات)[٣].

ويعرف القانون: بأنه مجموعة القواعد القانونية المتبعة في دولة معينة مهما كان مصدرها[٤].

أو هو: مجموعة القواعد التي تحكم أعمال الناس في المجتمع وتلزمهم باحترامها ولو بالقوة إذا لزم الأمر[٥].

فمما تقدم من تعريف التقنين يتبين أنه يقوم على عنصرين:

الأول: صياغة الحكم الشرعي على شكل مواد وقواعد في عبارات سهلة موجزة واضحة.

الثاني: إلزام القاضي في إصدار أحكامه وفق ذلك التقنين، ولو كان مخالفاً لرأيه[٦].

والتعبير بلفظ التشريع أو القانون لفظ مرادف للتعبير عن القاعدة القانونية ومطابق له[٧]، ذلك أن القاعدة القانونية هي الوحدة أو الخلية التي يتكون منها القانون بأكمله، حيث إن القانون في جملته ليس إلا مجموعة من القواعد القانونية المنظمة لعلاقات الأفراد داخل المجتمع[٨].

ومن التعريف السابق يتضح لنا أيضاً، أن التقنين يعني التقعيد، وأن مضمون تعريف القاعدة القانونية، لا يفترق كثيراً عن تعريف القاعدة الفقهية، لا سيما وأن خصائص القاعدة القانونية، هي ذاتها خصائص القاعدة الفقهية التي سبقت الإشارة إليها، وهي الاستيعاب، والاطراد والأغلبية وكونها عامة مجردة، فلا يوجه الخطاب إلى أشخاص معينين بذواتهم أو وقائع محددة بعينها، ولا يستنفذ مضمونها تطبيق واحد على

---

(١) مما لا شك فيه أن مجال التقنين يدخل في الأحكام الشرعية الواجبة قضاء لا ديانة، إذ الأخيرة تبقى بين العبد وربه، ولا يتدخل القضاء فيها ولا يدخلها التقنين، وأما الأحكام الواجبة قضاء فهي التي تقبل أن تكون محلاً للتقاضي، وهي التي يدخلها التقنين. بمعنى أن التقنين يدخل في أبواب المعاملات بشتى أصنافها، من معاملات مالية أو شخصية أو جنائية، وأما العبادات والأخلاق فلا ترد في دائرة التقنين غالباً، حيث يرد التقنين على بعضها مثل تعيين الإمام للصلاة، وأحكام الزكاة والأموال التي تجب فيها، والأنصبة، وأحكام الجباية والتوزيع. (انظر: فائدة تقنين الأحكام في كتاب عبد البر، محمد زكي: تقنين الفقه الإسلامي- قطر: دار إحياء التراث الإسلامي،١٩٨٦، ص٧٩ وما بعدها، وفي كتاب الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة٤٥/١).

(٢) المقصود بولي الأمر: كل من يتولى أمراً من الأمور العامة للأمة نيابة عنها، ويعرفهم شيخ الإسلام ابن تيمية بأنهم: (أصحاب الأمر أو ذووه، وهم الذين يأمرون الناس، وذلك يشترك فيه أهل اليد والأمراء وأهل العلم والكلام) [ابن تيمية: الحسبة في الإسلام ص ١٠٤]

(٣) انظر: الزحيلي، وهبة مصطفى:جهود تقنين الفقه الإسلامي، بيروت:مؤسسة الرسالة، ١٩٨٧، ص٢١، أبوالبصل: نظرية الحكم القضائي، ص ٢٨٢، عبد البر، محمد زكي: تقنين الفقه الإسلامي، قطر:دار إحياء التراث الإسلامي، ١٩٨٦، ص٢١-٤٤.

(٤) كرم: عبد الواحد: معجم مصطلحات الشريعة والقانون، ص ٣٢٤.

(٥) عباس حسني: أصول القانون والقواعد الفقهية، ص١.

(٦) لامجال هنا للحديث عن حكم تقنين الفقه الإسلامي، لكن لمعرفة ذلك انظر: مصادر الحكم القضائي في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير للباحث ص ١٤٢-١٥٠. وانظر أيضا: الزرقا: المدخل الفقهي، ٢١٤/١. والزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص٢٧). عبد البر، محمد زكي: تقنين الفقه الإسلامي، ص٤٩. المرزوقي،محمد بن عبد الله: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، الرياض:مكتبة العبيكان، ٢٠٠٤- ص٣٥٢-٣٨١، أبو البصل: نظرية الحكم القضائي ص ٢٩٨.

(٧) يُعرّف القانون بتعاريف متعددة، ولكنها رغم تعددها وكثرتها واختلاف ألفاظها وأساليبها تتفق جميعا في المعنى وتعتبره بأنه: (مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقتهم في مجتمع معين بصورة عامة مجردة وتوقع الدولة الجزاء على مخالفتها). أما القانون بالمعنى الضيق فيراد به: مجموعة معينة من القواعد القانونية التشريعية الخاصة بأمر معين المكون من مواد مكتوبة ومسبوقة برقم متسلسل، فيقال مثلاً: قانون أصول المحاكمات وقانون السلطة القضائية وقانون الأحوال الشخصية وقانون العقوبات والقانون البحري، والقانون بالمعنى العام ينصرف فقط للتشريع المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية. انظر: (السنهوري وأحمد أبو ستيت: أصول القانون، ص ١٣، الصدة، عبد المنعم فرج: أصول القانون– بيروت:دار النهضة العربية، ص ١٢، فرج، توفيق: المدخل للعلوم القانونية، مكتبة مكاوي ببيروت ١٩٧٥، ص ١٥، عالية، سمير: علم القانون والفقه الاسلامي، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر،١٩٩١، ص ٤٠، كامل، سمير: المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، دار الفكر، ١٩٨٥، ص ١٢و٤٠)

(٨) سلامة، أحمد: المدخل لدراسة القانون– دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ١٩، عبد الرحمن، حمدي: نظرية القانون، القاهرة: مكتبة غريب ١٩٨١- ص١٠٥.

شخص معين أو واقعة معينة، وكونها تستهدف السلوك الاجتماعي الظاهر دون المشاعر أو النوايا الكامنة.

لكن ما يميز القاعدة القانونية عن القاعدة الفقهية:

١- العناية بالسلوك الخارجي الظاهر للأفراد: فلا تشمل أحكام العقيدة والعبادات والأخلاق، ولا تهتم بالنوايا الباطنة للإنسان طالما أنها لم تظهر للعالم الخارجي. أما إذا أعقب النية فعل، فالقانون يهتم بالنية حينئذ، لأنها تتصل بالسلوك الخارجي للأفراد.

ومثال ذلك: العزم على القتل لا شأن للقانون به، ولكن غذا ثبت أن القاتل كان يقصد القتل، فإنه يعامل على أساس أنها جريمة عمد مع سبق الإصرار، وتكون العقوبة مشددة.

٢-الإلزام: إن القاعدة القانونية تقترن بجزاء دنيوي حال، مادي محسوس ومنظم، وذلك بسبب إلزام سلطة ولي الأمر[١]. في حين أن الجزاء القاعدة الفقهية يشمل الدنيوي والأخروي؛ فالقاتل عمداً يأثم في الآخرة، ويعاقب بالقصاص في الدنيا.

٣-الوضعية: فهي من وضع الإنسان وعمله، سواء أكان فرداً أم جماعة، ومن الجائز أن يكون الدين مصدراً من مصادرها.

٤-وثمة فرق آخر بين القواعد الفقهية والقانونية، أن القواعد الفقهية لم توضع كلها جملة واحدة، على يد هيئة واحدة أو لجنة واحدة، كما توضع القواعد القانونية، في وقت معين على أيدي أناس معلومين. لكن هذه القواعد، تكونت مفاهيمها، وصيغت نصوصها بالتدريج في عصر ازدهار الفقه ونهضته، على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح، استنباطا من دلالات النصوص الشرعية العامة والأدلة الشرعية، وعلل الأحكام، وأسرار التشريع والمقررات العقلية.

المطلب الثاني

دور القواعد الفقهية في التقنين

من المعلوم أن الأحكام الشرعية منثورة في الكتب الفقهية في كل مذهب من المذاهب الاجتهادية، وحتى إن كل مذهب فقهي لا يخلو من آراء وأقوال مختلفة متعددة في القضية الواحدة، بل إن من هذه الأحكام ما هو موجود في غير مكان بحثه، مذكور بالمناسبات الاستطرادية في غير بابه، لاختلاف الروايات في أصل المذهب أو اختلاف المخرجين أو المرجحين، لذلك كانت درجة اعتبار كتب المذهب والآراء الفقهية المنقولة تختلف وتتفاوت بحسب المكانة العلمية لمؤلفي تلك الكتب أو أصحاب الآراء والأقوال المنقولة عنهم.

---

[١] عالية، سمير: علم القانون والفقه الاسلامي، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ٤٠، عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون، ١٣-٢٢. محمود جمال الدين زكي: دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ٨-٢٧. علي محمد بدير: المدخل لدراسة القانون، ٢٣-٣٠. وانظر: مصادر الحكم القضائي في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير للباحث ١٤٢-١٥٠.

وحيث إن الرجوع إلى تلك النصوص، يحتاج إلى قدرة ومهارة ومرونة فقهية طويلة في البحث عن تلك النصوص في تلك الكتب من مظانها وغير مظانها، ومعرفة الراجح القوي من الضعيف المرجوح، ظهرت أهمية وفائدة القواعد الفقهية التي أشرت إليها سابقاً، ثم تبلورت في مسألة التقنين أو التقعيد.

ومسألة التقنين قد دعت الحاجة إليها في أواخر عهد الدولة العثمانية، وخصوصاً بعد ظهور المحاكم النظامية، التي أصبح يعود إليها اختصاص النظر في أنواع من الدعاوي، كانت قبل ترجع إلى المحاكم الشرعية، وذلك تيسيراً على القضاة غير الشرعيين في مراجعة الأحكام الفقهية، وتعريفهم بالأقوال القوية المعمول بها من الضعيفة المتروكة، دون أن يغوصوا على ذلك في بطون كتب الفقه الواسعة النطاق، ولتوحيد الأحكام القضائية في أرجاء الدولة العثمانية، وعدم تعارضها وتناقضها ومنعها من الفوضى.

وقبل الحديث عن التقنين الفقهي في صورته الأخيرة لا بد أن نعرض لمحة تاريخية سريعة لنشأة فكرة تقنين الفقه الإسلامي.

لقد نبتت بذرة تقنين في مبادرة عبد الله بن المقفع[١]، وإن كانت البذرة تلك قد زرعت من قبل آخرين لعل أشهرهم الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى[٢].

فقد روى الدارميّ في سننه عن عبد الله بن دينار[٣] قال: كتب عمر بن عبد العزيز إلى أهل المدينة أن انظروا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فاكتبوه، فإني قد خفت دروس العلم وذهابه، وعن عبد الله بن دينار أيضا أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم: (أن اكتب إليّ بما ثبت عندك من الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإني خشيت دروس العلم وذهابه)[٤].

عبد الله بن المقفع وفكرة التقنين:

ثم وجدت بعد ذلك توجهات مختلفة نحو تقنين الفقه الإسلامي، فقد قرر ذلك عبد الله بن المقفع في رسالته إلى أبي جعفر المنصور[٥] المعروفة برسالة الصحابة والتي جاء فيها[٦]: (ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصرين أو غيرهما من الأمصار والنواحي، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة، التي قد بلغ اختلافها أمراً عظيماً في الدماء والفروج والأموال..

---

[١] عبد الله بن المقفع: الكاتب المشهور بالبلاغة وهو من أهل فارس، كان مجوسياً فأسلم على يد عيسى بن علي. صنف كتاب كليلة ودمنة، ويقال بل عربها، والمقفع واسمه دازويه، قتل على يد سفيان بن معاوية بأمر المنصور في سنة ١٤٥هـ (لسان الميزان ٣٦٦/٣، سير أعلام النبلاء ٢٠٨/٦-٢٠٩، ابن خلكان: وفيات الأعيان ١٥٥/٢،١٥١).

[٢] أبو زهرة، محمد: تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية - القاهرة دار الفكر العربي،١٩٧٠، ص٤٣٠.

[٣] عبد الله بن دينار الإمام المحدث الحجة أبو عبد الرحمن العدوي العمري مولاهم المدني، سمع من ابن عمر وأنس بن مالك وسليمان بن يسار وجماعة وحدث عنه شعبة ومالك وسفيان الثوري وسفيان بن عيينة وخلق كثير. توفي في سنة سبع وعشرين ومئة قال الحافظ أحمد بن علي الأصبهاني حديثه نحو مئتي حديث. [سير أعلام النبلاء ٢٥٣/٥].

[٤] رواه البخاري في صحيحه، باب الحرص على الحديث، ٤٩/١، برقم ٩٩، الدارمي: السنن، باب من رخص في كتابة العلم ١٣٧/١، برقم ٤٨٧. الزرقاني: شرح الموطأ ٩/١. الخطيب البغدادي: تقييد العلم ص ١٠٥، ١٠٦. الرامهرمزي: المحدث الفاصل، ص ٤٧٣، القاسمي: قواعد التحديث، ص ٧١، ٧٢، ابن حجر: فتح الباري ٢٠٨/١، السباعي: السنة ومكانتها في التشريع، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٩٩٨م، ص ١٢٢.

[٥] أبو جعفر المنصور (٩٥-١٥٨هـ) عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم، ثاني خلفاء بني العباس وأقواهم. وهو أسن من السفاح ولكن أخاه الإمام إبراهيم بن محمد حينما قبض عليه جنود مروان بن محمد سلّم الإمامة للعباس دون المنصور. والمنصور هو مشيد مدينة بغداد عاصمة الدولة العباسية.[ابن الأثير ١٧٢/٥، الطبري ١٩٢/٩. الأعلام ١١٧/٤].

[٦] انظر هذه الرسالة في جمهرة رسائل العرب، أحمد زكي صفوت ٣٧/٣، ٣٨. ورسائل البلغاء، محمد كرد علي ص ١٢٥-١٢٦.

فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الاقضية والسنن المختلفة فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج معها به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك، وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم عليه، وينهى عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك كتاباً جامعاً عزماً لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحداً صواباً..).

قال الأستاذ الزرقا رحمه الله: (إذن فكرة عبد الله بن المقفع أيام الخليفة أبي جعفر المنصور، أنبتت بذرة تقنين أحكام الفقه الإسلامي، إذ أشار عليه في رسالة الصحابة بأمور نافعة، وتدابير ناجحة، منها: اعتماد أحكام واجتهادات منتخبة يطبق بها أقوى الآراء الاجتهادية دليلاً وخيرها نتيجة، وأن يصدرها المنصور مجموعة يأمر القضاة باعتمادها وحدها والعمل بها، فتكون مرجع القضاء في موضوعاتها)[١].

الإمام مالك وتقنين الأحكام:

لقد كان من ثمار رسالة الصحابة لعبد الله بن المقفع أن طلب أبو جعفر المنصور[٢] من الإمام مالك رضي الله عنه أن يضع كتاباً مختارة أحكامه من أصول الشريعة الإسلامية ومصادرها مع مراعاة اليسر والسهولة[٣].

جاء في شرح الموطأ: أن أبا جعفر المنصور قال للإمام مالك: (ضع هذا العلم ودون فيه كتاباً، وتجنب فيه شدائد ابن عمر، ورخص ابن عباس وشواذ ابن مسعود، واقصد أواسط الأمور، وما أجمع عليه الصحابة والأئمة" فرد الإمام مالك على أبي جعفر المنصور: (إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تفرقوا في البلاد، فأفتى كلٌّ في مصره بما رأى، فلأهل المدينة قول، ولأهل العراق قول تعدوا فيه طورهم)[٤].

وقال له أيضاً: (إن الناس قد سيقت إليهم أقاويل، وسمعوا أحاديث، ورووا روايات، وأخذ كلّ قوم بما سيق إليهم وعمِلوا به ودانوا من اختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم، وإن ردّهم عما اعتقدوه شديد، فدع الناس وما هم عليه، وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم)[٥].

وقال للمهدي[٦]: أما هذا الصِّقع – وأشار إلى المغرب – فقد كُفيتَه، وأما الشام ففيهم من قد علمتَ – يعني يعني الأوزاعي[٧] –، وأما العراق، فهم أهل العراق[٨].

---

[١] انظر بحث للأستاذ الزرقا بعنوان "مجلة الأحكام العدلية وحركة التقنين الوضعي" في مجلة القضاء والقانون بالكويت، العدد الأول، السنة الأولى ١٩٧٠ ص ٢٢.

[٢] هناك روايات تقول إن العرض كان من قبل هارون الرشيد للإمام مالك (انظر أبو نعيم: حلية الأولياء ٣٣٢/٦، ابن القيم: إعلام الموقعين ٣٦٣/٢ -٣٦٤.

[٣] القاسم، عبد الرحمن: الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية-القاهرة: مطبعة المدني، ١٩٦٦ ص ٢٤٢. محمد سلام مدكور: القضاء في الإسلام، ص١١٥

[٤] الزرقاني: شرح الموطأ ٧/١. ابن أبي حاتم: الجرح والتعديل ٢٩/١. ابن قتيبة:الإمامة والسياسة، ١٤٢/٢. ابن كثير: الباعث الحثيث، الحثيث، ٣٠.

[٥] ابن عبد البر: الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء – بيروت: دار الكتب العلمية ، ص ٤٠.

[٦] أبو عبد الله محمد بن عبدالله المنصور المهدي بالله. (١٢٧-١٦٩هـ) ثالث الخلفاء العباسيين. ولد بإيذج من كور الأهواز. ولي الخلافة الخلافة بعد أبيه أبي جعفر عام ١٥٨هـ. قال عنه الذهبي: (هو أول من عمل البريد من الحجاز إلى العراق). وقد جدّ المهدي في تتبع الزنادقة وإبادتهم. وكانت مدة خلافته عشر سنين وشهراً.[فوات الوفيات ٢٢٥/٢، ابن الأثير ١١/٦، الأعلام ٢٢١/٦]

[٧] الأوزاعي (٨٨–١٥٧هـ) عبد الرحمن بن عمرو. إمام فقيه محدث مفسر. نسبته الي (الأوزاع) من قرى دمشق. وأصله من سبي السند. نشأ يتيماً وتأدب بنفسه، فرحل الي اليمامة والبصرة، ولاه المنصور القضاء فأبى، ثم نزل بيروت مرابطاً وتوفي بها. [البداية والنهاية ١١٥/١٠؛ تهذيب التهذيب ٢٣٨/٦].

[٨] الذهبي: سير أعلام النبلاء، ٧٨/٨.

فأبو جعفر قد اقتنع بفكرة ابن المقفع وأراد إنفاذها وإخراجها إلى حيز الوجود، إلا أن الإمام مالكاً تورعاً منه لم يرد أن يجعل لرأيه قوة ملزمة دون سواه، فالإمام مالك رحمه الله لم ينكر فكرة الإلزام، وإنما لم يستحسنها من باب التواضع.

إلا أن أبا جعفر المنصور أصرّ على طلبه، فكان الموطأ ثمرة هذه الجهود التي بذلها أبو جعفر المنصور مع الإمام مالك رحمهم الله جميعاً[١].

القاضي أبو يوسف وكتابه الخراج:

ثم بعد تلك المحاولة، أمر الخليفة العباسي هارون الرشيد[٢]، أبا يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، أكبر أكبر تلاميذ الإمام أبي حنيفة، وحامل لواء المذهب بعده، ورئيس قضاة الدولة الإسلامية في عصره، أن يضع له قانوناً للأمور المالية، تسير عليه الدولة في تنظيم الخراج ومعاملة أهل الذمة، فوضع له كتاب: الخراج.

ويمكننا القول: أن هذا أول كتاب قد اشتمل على عدد من العبارات التي جرت مجرى القواعد الفقهية، بل كانت أساساً بنى عليه من جاء بعده. وفيما يلي أورد طرفاً منها[٣]:

- **(التعزير إلى الإمام على قدر عظم الجرم وصغره)** .

يقول عند تعرضه لمسائل تتعلق بالتعزير: وقد اختلف أصحابنا في التعزير قال بعضهم: لا يبلغ به أدنى الحدود أربعين سوطاً، وقال بعضهم: أبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطاً، أنقص من حد الحر وقال بعضهم: أبلغ به أكثر، وكان أحسن ما رأينا في ذلك والله أعلم: أن التعزير إلى الإمام على قدر عظم الجرم وصغره[٤].

فهنا بعد أن سجل الخلاف القائم بين فقهاء ذلك العصر في موضوع التعزير، نحا الإمام أبو يوسف منحى جديداً، وهو أن وضع أصلاً في هذا الباب بتفويض الأمر إلى الحاكم، بحيث سوغ له أن يقدر التعزير في ضوء الملابسات المحيطة بالجرم وصاحبه.

- **(كل من مات من المسلمين لا وارث له، فماله لبيت المال)**[٥]، .

لاشك أن هذه العبارة كسابقتها تقرر قاعدة قضائية مهمة، وهي بمثابة شاهد على وجود قواعد جرت على أقلام الأقدمين مصوغة بصياغات محكمة.

- **(ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف)**[٦]، هذه العبارة نظيرة للقاعدة المشهورة المتداولة (القديم يترك على قدمه)[١]، ويمكن أن تكتسب العبارة سمة القاعدة بعد تعديل طفيف فيها على النحو التالي: **(لا ينزع شئ من يد أحد إلا بحق ثابت معروف)**[٢].

---

[١] عبد الرحمن عبد العزيز القاسم: الإسلام وتقنين الأحكام ٢٤٢. أبو زهرة: الإمام مالك ١٩٣. عرنوس: تاريخ القضاة، ص ٨٤ – ٨٥.

[٢] هارون الرشيد بن محمد بن عبد الله (حوالي ١٤٨-١٩٣هـ) الخليفة العباسي الخامس، وهو أشهر الخلفاء العباسيين. ووالدته الخيزران الخيزران بنت عطاء. قال السيوطي في كتابه تاريخ الخلفاء: كان من أجلّ ملوك الدنيا، كثير الغزو والحج والاهتمام بالعلم والعلماء. ولكنه أكثر من تعرض تاريخه للتشويه والتزوير من خلفاء الإسلام.[تاريخ الخلفاء ٢٣٤، البداية والنهاية ٢١٣/١٠، الأعلام ٦٢/٨]

[٣] انظر تفصيل ذلك في كتاب القواعد الفقهية لعلي الندوي ص ٣٥١.

[٤] أبو يوسف: الخراج، ص ١٨٠.

[٥] المصدر السابق ص ٢٠١.

[٦] المصدر السابق، ٧١.

- (ليس لأحد أن يحدث مرجاً في ملك غيره، ولا يتخذ فيه نهراً ولا بئراً ولا مزرعة إلا بإذن صاحبه، ولصاحبه أن يحدث ذلك كله)[٣].

إذا نظرت في هذه العبارة ثم سرحت طرفك في القواعد المتداولة في الحقبة الأخيرة لمحت فيها شبيها للكلام المذكور. وذلك الشبيه ما جاء في قواعد مجلة الأحكام العدلية أنه: (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير أو حقه بلا إذنه)[٤].

وبجانب آخر يظهر عند الموازنة بين النصين أن عبارة كتاب الخراج تفيد الحظر على التصرف الفعلي في ملك الغير في حين أن قاعدة المجلة يتسع نطاقها إلى منع التصرف القولي مع التصرف الفعلي. وكل ذلك يساعد على فهم التطور المثمر المتواصل في مجال هذا العلم.

- (لا ينبغي لأحد أن يحدث شيئا في طريق المسلمين مما يضرهم ولا يجوز للإمام أن يقطع شيئاً مما فيه الضرر عليهم ولا يسعه ذلك)[٥].

هذه العبارة يتحقق فيها معنى القاعدة باعتبار أن الشطر الأول منها يتعلق بقواعد رفع الضرر، والشطر الثاني يتمثل فيه مفهوم القاعدة الشهيرة: **(التصرف على الرعية منوط بالمصلحة)**[٦].

- (وإن أقر بحق من حقوق الناس من قذف، أو قصاص في نفس، أو دونها أو مال، ثم رجع عن ذلك نفذ عليه الحكم فيما كان أقر به، ولم يبطل شيء من ذلك برجوعه)[٧].

هذه العبارة كسابقتها وردت في صيغة مطولة، لكنها تصور في معنى لكلمة مدلول القاعدة المتداولة: **(المرء مؤاخذ بإقراره)**[٨].

- (كل ما فيه مصلحة لأهل الخراج في أراضيهم وأنهارهم، وطلبوا إصلاح ذلك أجيبوا إليه، إذا لم يكن فيه ضرر على غيرهم)[٩].

وبعد التأمل في تلك العبارات وأشباهها يمكن القول بأن فكرة التقعيد كانت مستقرة في أذهان المتقدمين.

الفتاوى الهندية وتقنين الأحكام (التقنين في القرن الحادي عشر الهجري):

كتاب الفتاوى الهندية من الكتب المشهورة، وهو منسوب إلى الملك محمد أورنك زيب[١٠]، وقد جمع هذا الملك لتأليف هذا الكتاب فقهاء الحنفية في عصره برئاسة الشيخ نظام الدين وأجرى عليهم النفقات ووضع

---

[١] مجلة الأحكام العدلية م/٦

[٢] الزرقا: المدخل الفقهي ٩٨٢/٢.

[٣] أبو يوسف: الخراج، ١١١

[٤] مجلة الأحكام العدلية، م/٩٦

[٥] أبو يوسف: الخراج ص ١٠١.

[٦] مجلة الأحكام العدلية م/٥٨

[٧] أبو يوسف: الخراج ١٨٣.

[٨] مجلة الأحكام العدلية م/٧٩.

[٩] أبو يوسف: الخراج ١٨٣.

[١٠] هو السلطان محيي الدين محمد أورنك زيب بهادرعالمكير، ولد سنة ١٠٢٧هـ، اشتغل بحفظ القرآن الكريم منذ صغره حتى حفظه وجوده. تولى السلطنة منذ سنة ١٠٦٨هـ، فرفع الظالم والمكوس ونشر العدل في ربوع الهند، توفي رحمه الله تعالى سنة ١١١٨هـ (انظر:دائرة المعارف الإسلامية ١٣٣/٣-١٣٦، سركيس: معجم المطبوعات ص ٤٩٧-٤٩٨).

تحت تصرفهم مكتبة عظيمة فانتخبوا من جميع كتب المذهب الحنفي أصح ما فيه من الأحكام وصاغوها في هذا المؤلف الجليل مع عزو كل حكم إلى مصدره فاحتوى على ما لا يوجد في سواه[١].

وعليه فإن هذا السفر الجليل يعتبر محاولة شبه تقنينية للفقه الإسلامي لأن الكتاب المذكور لم يكن من حيث الشكل في صورة قانون بالمعنى الحديث، بل هو كتاب فقهي جامع للأحكام والمسائل من العبادات والمعاملات، لكنه يشبه إلى حدّ ما صياغة القوانين إجمالاً في بعض وجوه أسلوب الصيغة القانونية، وفي الخلو من الأدلة الأصولية ومناقشتها والاقتصار على قول واحد في حكم المسألة، فبذلك يتقرب من طريق التقنين الآمر، ولكنه يبقى إلى كتب الفقه الفروعية أقرب منه إلى المجموعات التقنينية ولا سيما في اشتماله على أحكام العبادات التي لا تدخل في التقنين المدني[٢].

تعقيب حول استعمال كلمة التقنين في كتب الفقه الإسلامي:

هذا ولابد من الإشارة ههنا إلى أن استعمال كلمة التقنين قد درج في كتب الفقه الإسلامي بمعنى القاعدة أو النظام الثابت.

يقول الغزالي رحمه الله في الإحياء: (.. فهذا ما نراه لائقاً بقانون الفقه والمسألة غامضة من حيث إن الفقهاء لم يتعرضوا لها في فن الفقه، والذين خاضوا فيها وتصرفوا لم يلاحظوا قوانين الفقه ومقتضى فتاوى الفقهاء في صحة الصلاة وفسادها)[٣].

ويقول الغزالي أيضاً في شروط السماع: (وصحة السماع لا تعرف من قول المحدثين، لأنه ليس من علمهم، بل من علم علماء أصول الفقه، وما ذكرناه مقطوع به في قوانين أصول الفقه)[٤].

قال ابن تيمية: (فتلك القواعد المنطقية الفاسدة التي جعلوها قوانين.. ثم إن هذه القوانين فيها ما هو صحيح لا ريب فيه..)[٥].

وقال ابن الجوزي[٦]: (لم يزد الناس على قانون السلف وقولهم: إن القرآن كلام الله غير مخلوق، حتى نبغت المعتزلة فقالت بخلق القرآن، وكانت تستر ذلك، وكان القانون محفوظاً منذ زمن الرشيد)[٧].

ويقول الفخر الرازي[٨] في التفسير الكبير: (واعلم أن الله تعالى كما بين القانون الأعظم والقسطاس الأقوم..)[٩].

---

[١] الزرقا: المدخل الفقهي ١٩٠/١ هامش ١. وانظر أيضاً بحث له بعنوان مجلة الأحكام العدلية وحركة التقنين –مجلة القضاء والقانون السنة الأولى – العدد ١، ص ٢٣. محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام، بيروت: دار العلم للملايين، ص ٦١-٦٢.

[٢] الزرقا: بحث مجلة الأحكام العدلية وحركة التقنين في مجلة القضاء والقانون ص ٢٣.

[٣] الغزالي: إحياء علوم الدين، ٢٨٩/٨ بهامش إتحاف السادة المتقين.

[٤] المرجع السابق، ٤٦٥/٨.

[٥] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٤١/٥.

[٦] ابن الجوزي (٥٠٨-٥٩٧هـ) عبد الرحمن بن علي البغدادي الحنبلي، أبو الفرج، علامة عصرة في الفقه والتاريخ والحديث والأدب، اشتهر بوعظه المؤثر، وكان الخليفة يحضر مجالسه، مكثر من التصنيف له (تلبيس إبليس) و(الضعفاء والمتروكين) و(الموضوعات) [الذيل على طبقات الحنابلة٣٩٩/١-٤٢٣، البداية والنهاية٢٨/١٣، مرآة الزمان٤٨١/٨]

[٧] ابن الجوزي: مناقب الإمام أحمد بن حنبل، ص ٣٠٨.

[٨] الرازي (٥٤٤–٦٠٦هـ) أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين الرازي، فخر الدين، أبو عبد الله، فقيه وأصولي شافعي، متكلم، مفسر. مفسر. رحل إلى خوارزم ثم ما وراء النهر وخراسان. ثم هراة، وكان يلقب شيخ الاسلام. بنيت له المدارس ليلقي فيها دروسه. اشتهرت مصنفاته وأقبل الناس عليها. له: (معالم الاصول) و(المحصول) [ابن السبكي: طبقات الشافعية الكبرى- القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي،٣٣/٥؛ والفتح المبين في طبقات الاصوليين٤٧/٢]

[٩] الرازي، فخر الدين: التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب - بيروت دار الكتب العلمية، ١٦٣/٢٧.

ويقول ابن خلدون في مقدمته: (والرجوع في ذلك إلى القوانين التي يرتبها قَوَمَةُ تلك الأعمال وقهارمة[١] الدولة)[٢].

ويقول الماوردي: (فهذه سبع قواعد في قوانين الشرع يحفظ بها حقوق الأمانة وأحكام الأمة)[٣].

ويقول ابن فرحون عند حديثه عن شروط الكاتب: (فهي صناعة جليلة شريفة وبضاعة عالية منيفة تحتوي على ضبط أمور الناس على القوانين الشرعية..)[٤].

كما ظهرت كلمة قانون في عناوين عديد من الكتب للدلالة على العلم المنقح المقرب للباحثين، وقد صنف الإمام المالكي ابن جزي[٥] كتاباً على هذه الصيغة من الوجازة والاختيار وسماه "القوانين الفقهية" في تلخيص مذهب المالكية، وهناك كتاب آخر للإمام الماوردي الشافعي بعنوان "قوانين الوزارة وسياسة الملك"، وللإمام الغزالي كتاب بعنوان "قانون التأويل"[٦].

مجلة الأحكام العدلية (التقنين في القرن الثالث عشر الهجري):

أما كلمة التقنين بالمعنى الحديث، فأول ما برزت في الفقه الإسلامي، في مجلة الأحكام العدلية في عهد الدول العثمانية[٧].

ففي أواخر القرن الثالث عشر الهجري، أي في سنة ١٢٨٥هـ ١٨٩٦م، أمر السلطان العثماني بتشكيل لجنة من كبار العلماء آنذاك برئاسة أحمد جودت باشا[٨]، ناظر ديوان الأحكام العدلية، لوضع مجموعة الأحكام الفقهية في المعاملات المدنية.

وسبب تدوين المجلة كما أوضحته اللجنة هو: أن علم الفقه بحر لا ساحل له، واستنباط درر المسائل اللازمة فيه لحل المشكلات يتوقف على مهارة علمية وملكة كلية، وعلى الخصوص مذهب الحنفية، لأنه قام فيه مجتهدون كثيرون متفاوتون في الطبقة، ووقعت فيه اختلافات كثيرة، ومع ذلك فلم يحصل فيه تنقيح كما حصل في فقه الشافعية، بل لم تزل مسائله أشتاتاً متشعبة، فتمييز القول الصحيح من بين تلك المسائل والأقوال المختلفة، وتطبيق الحوادث عليها، عسير جداً، وعدا ذلك فإنه بتبدل الأعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العرف والعادة[٩].

---

[١] القَوَمَة: القائمون على تلك الأعمال. والقهارمة: جمع قهرمان وهي كلمة فارسية الأصل. كانت وظيفة ولقب أيام الدولة العباسية وهي تعني الوكيل المسؤول عن تدبير القصر أوالاقطاعة بما في ذلك الإشراف على الخدم وجباية الإيجارات وتدوين الحسابات أو أمين الدخل والخراج. [ابن منظور: لسان العرب "مادة قهرم"]

[٢] ابن خلدون: المقدمة، ١٦٠.

[٣] الماوردي: الأحكام السلطانية، ص ٤٠.

[٤] ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام- بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٥، ١٨٨/١.

[٥] ابن جزي (٦٩٣–٧٤١هـ) محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، أبو القاسم، من أهل غرناطة، فقيه واصولي مالكي، سمع من ابن الشاط وغيره وأخذ عنه لسان الدين بن الخطيب وغيره، له (القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية) و(تقريب الوصول إلى علم الاصول) [شجرة النور الزكية ٢١٣، الاعلام للزركلي٢٢١/٦]

[٦] محمد عبد الجواد محمد: التطور التشريعي، ص ١٦.

[٧] الزرقا: بحث مجلة الأحكام العدلية وحركة التقنين في مجلة القضاء والقانون ص ٢٣. مدكور: القضاء في الإسلام، ص ١١٦، محمد عرنوس: تاريخ القضاء ص ٦٧.

[٨] أحمد جودت باشا (١٢٣٨-١٣١٢هـ) رجل دولة عثماني، مؤرخ، وأديب، نال الإجازة في القضاء. وعين بتوصية من شيخ الإسلام مساعداً للصدر الأعظم في أثناء إعداد قوانين الدولة العثمانية، وشغل عدة مناصب فيها، له مؤلفات كثيرة بالتركية والعربية منها: (خلاصة البيان في جمع القرآن) و(تعليقات على الشافية في النحو) [الأعلام ١٠٨/١، الموسوعة العربية] .

[٩] محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام، ص ٩٤. النبهان، محمد فاروق: المدخل للتشريع الإسلامي، ٣٥٤.

وهناك أسباب أخرى هي:

أولاً: إتساع المعاملات التجارية وكثرة الاتصال بالعالم الغربي أوجد كثيراً من التصرفات التي يصعب على القضاة تحديد أو بيان حكمها الشرعي من المصنفات الفقهية القديمة، لأن معرفة القول الراجح من الضعيف يحتاج إلى قدرة ومرونة فقهية طويلة تصعب على الكثيرين وخاصة الذين يعملون بالمحاكم النظامية، فأمر السلطان تأليف لجنة لوضع مجموعة من الأحكام الشرعية التي هي أكثر دوراناً في الحوادث[1].

ثانياً: هناك أحكام كثيرة موجودة في غير مظانها، ومذكورة بالمناسبات الاستطرادية في غير أبوابها.

ثالثاً: إن الكتب الفقهية متفاوتة في استيعابها للأحكام العلمية والآراء المذهبية بحسب كونها مختصرة أو مطولة، فقد تجد في كتاب من الأحكام ما لا تجد في آخر أو ما يخالف الآخر، كما أنها متفاوتة في لغتها وعباراتها وأسلوبها.

رابعاً: ضعف الثقافة الفقهية للقضاة وعدم قدرتهم على بيان الرأي الراجح في المذهب الحنفي من بين الآراء الفقهية التي قال بها فقهاء المذهب.

خامساً: رغبة الدولة العثمانية في توحيد الأحكام القضائية في البلدان التابعة لها، حماية لسمعة القضاء وحفظاً لهيبته وإبعاد الشكوك عنه.

سادساً: طمأنة أصحاب الخصومات بما يحكم به القضاء، لأن الحكم المطبق مقرر من ولي الأمر.

سابعاً: إحساس الدولة العثمانية بخطر القوانين الوضعية الذي يهددهم في عرضه الجذاب وتنسيقه المحكم[2].

مصدر المجلة ومحتوياتها:

وفي سنة ١٢٨٦ هـ وضعت اللجنة مجموعة من الأحكام الفقهية انتقتها من المذهب الحنفي، وأخذت بعض الأقوال المرجوحة في المذهب تحقيقاً أو مراعاة للمصلحة.

وجعلت الأحكام بمواد لها أرقام متسلسلة كي يسهل الرجوع إليها، وقد بلغت عدد موادها ١٨٥١ مادة، تناولت المادة الأولى منها تعريف الفقه، ومن المادة الثانية إلى المادة المائة للقواعد الكلية والباقي موزع ستة عشر كتاباً مقسمة إلى أبواب، والأبواب إلى فصول، وأولها: كتاب البيوع، وآخرها كتاب القضاء وهي بالترتيب التالي:

البيوع، الإجارات، الكفالة، الحوالة، الرهن، الأمانات، الهبة، الغصب، الإتلاف، الحجر، الإكراه، الشفعة، الشركات، الوكالة، الصلح، الإقرار، الإبراء، الدعاوي، البينات، التحليف، القضاء، وقد أطلقت اللجنة على هذه الأحكام " مجلة الأحكام العدلية ".

ونستطيع القول بأنها مزيج من القواعد الفقهية والأصولية ومن فقه المعاملات يشكل قانوناً مدنياً متكاملاً للدولة العثمانية الواسعة على اختلاف ألوانهم وألسنتهم[1].

---

[1] الزرقا: المدخل الفقهي ١٩٧/١، محمد سراج: الفقه الإسلامي، ص ٢١٧

[2] القبج، سامر محمد: مجلة الأحكام العدلية –مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي، ٥٦.

هذا ولم تبحث المجلة موضوعات الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وأحكام الميراث والوصية وأحكام الوقف وأحكام العقوبات.

تطبيق أحكام المجلة:

وفي سنة ١٢٩٣ هـ ١٨٧٦ م، أصدر السلطان العثماني مرسوماً يقضي بلزوم العمل بها وتطبيق أحكامها في جميع محاكم الدولة، فأصبحت المجلة منذ ذلك الوقت قانوناً مدنياً عاماً يرجع إليه القضاة، ولا عبرة بالأقوال التي تخالفها في كتب المذاهب الأخرى، كما أنه لا يجوز الرجوع إلى كتب المذاهب الفقهية إلا في المسائل التي خلت المجلة منها.

خصائص المجلة:

الأول: الاقتصار على رأي واحد في الحكم، وفي هذا تيسير على القضاة والعلماء والمفتين.

الثاني: سهولة عبارتها ومن ثم يسهل معرفة الأحكام بيسر وسهولة.

الثالث: اتبع في إعدادها أسلوب القوانين الحديثة آنذاك في الترتيب والتبويب مما يسهل الرجوع إلى الأحكام.

الرابع: الأخذ بالأقوال الراجحة، وأحياناً المرجوحة من أجل التيسير والتسهيل.

الخامس: أسلوبها سهل خال من الاختلافات الفقهية.

السادس: رد المباحث إلى مناسباتها، فمثلاً عقد المضاربة لم يذكره الفقهاء في بحث الشركات، بينما ذكرته المجلة في باب الشركات[٢].

السابع: قسمت مواضيع كل كتاب إلى مواضيع أساسية وفرعية وإلى فصول، وألحقت كل مسألة بموضوعاتها[٣].

الثامن: ذكرت القاعدة أولاً ثم توضيحها بذكر الأمثلة الفقهية.

وقد علَّق الأستاذ الزرقا رحمه الله على المجلة بقوله: (والشيء الجديد في المجلة هو أنها قد تجلى بها التمييز والتفريق في تأليف الفقه بين أسلوب المصادر العلمية أو التعليمية، وأسلوب المراجع القضائية، من حيث الترتيب، والترقيم، وتسهيل العبارة، والاقتصار على قول واحد يعمل به في كل مسألة دون ذكر اختلافات الفقهاء المستفيضة في كتب الفقه، وهذا من مقتضى الصياغة القانونية، فإن القانون لا يجوز أن يشمل على غير الحكم الواجب التطبيق، أما ميدان الآراء فإنما هو الشروح التي توضع لتكون مصدراً علمياً أو تعليمياً)[٤].

---

[١] الزرقا: المدخل الفقهي ١٩٩/١، بدران أبو العينين بدران: الشريعة الإسلامية، ١٧٣، القاسم، عبد الرحمن: الإسلام وتقنين الأحكام ص ٢٤٤، عبد الجواد، محمد: التطور التشريعي ٢١٣ – محمصاني، صبحي: الأوضاع التشريعية في الدول العربية- بيروت: دار العلم للملايين، ص ١٧٨ . محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام، ص ٨٥.

[٢] الزرقا: المدخل الفقهي ١٩٩/١

[٣] المصدر السابق.

[٤] المصدر السابق ١٩٨/١ وانظر النبهاني: التشريع، ٣٥٤.

شروح المجلة:

شروح المجلة كثيرة، ومن أهمها مايلي:

١- شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا (١٣٥٧هـ) وهو شرح مفصل ودقيق للقواعد الفقهية الواردة في مقدمة المجلة، فيه تفريعات واستثناءات.

٢- القواعد الفقهية مع الشرح الموجز لعزت عبيد الدعاس، وهو شرح موجز للقواعد الفقهية الواردة في مقدمة المجلة.

٣-الشرح المسمى " مرآة مجلة أحكام عدلية" تأليف مفتي قيصري سنة ١٢٩٩ هـ، وهو شرح باللغة العربية.

٤-الشرح المسمى "درر الحكام" تأليف علي حيدر، ويقع في ستة عشر جزءاً، وهو تفسير واف يشتمل على الأدلة لكل حكم من الأحكام.

٥-شرح سليم رستم باز اللبناني، طبع سنة ١٨٨٨ م، وهو كتاب سهل الفهم مختصر العبارة.

أهمية المجلة:

قال الأستاذ الزرقا رحمه الله: (إن مجلة الأحكام فيها جوهر فقهي تشريعي نفيس خالد، كالذهب لا يصدأ على الزمن ما دام للعدالة ميزان ومبادئ ثابتة)[١].

حيث إنها برهنت على قدرة الفقه الإسلامي على تجديد نفسه واستيعاب التطور الذي لا يتعارض مع روحه ولا يتناقض مع مبادئه. ونتيجة لذلك ظهرت بعض القوانين المدنية العربية التي اقتربت جداً من الفقه الإسلامي، ومن أهمها القانون المدني الأردني ١٩٧٦ م، وقانون الإمارات ١٩٨٥ م.

هذه خلاصة وجيزة لا بد منها عن مجلة الأحكام العدلية ودورها في تأصيل التقنين بالقواعد الفقهية.

وهناك مشروعات قوانين أخرى مستمدة من الشريعة الإسلامية، قام عليها أفراد، وإن لم يصدر بتطبيقها قرارات رسمية وأهمها ما يلي:

١- مرشد الحيران إلى معرفة حقوق الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان، وتضمن ١٠٤٥ مادة في المعاملات المدنية.

٢- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، وشرحه محمد زيد الأبياني في ثلاثة مجلدات.

٣- قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف ويتكون من ٦٤٦ مادة، وطبعته وزارة المعارف المصرية في المطبعة الأهلية سنة ١٨٩٣م وتوجد منه نسخة في مكتبة الرشيد نعمان تحمل الرقم المتسلسل ١١٣٣٠. وهذه المشروعات الثلاث سالفة الذكر، قد وضعها المرحوم محمد قدري باشا[٢].

٤- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأحمد بن عبد الله القاري المتوفى سنة ١٣٠٩هـ رئيس المحكمة الشرعية الكبرى بمكة المكرمة سابقا، وقد اقتصر فيها على المذهب الحنبلي من

---

[١] الزرقا: المدخل الفقهي، ١٩٩/١.

[٢] محمد قدري باشا(١٢٣٧-١٣٠٦هـ) كان قاضياً في مصر. ثم مستشارا في المحاكم المختلطة، فناظرا للحقانية، ثم وزيرا للمعارف. فوزيرا للحقانية، له: (الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية) و(مرشد الحيران الي معرفة أحوال الانسان) و(قانون العدل والانصاف للقضاء علي مشكلات الاوقاف) [الاعلام للزركلي٢٢١/٥؛ ومعجم المطبوعات لسركيس ١٤٩٥].

خلال كتبه المعتمدة، واحتوت المجلة على ٢٣٨٢ مادة وقد نسج القاري كتابه هذا على منوال مجلة الأحكام العدلية[١].

٥- ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب مالك لمحمد محمد عامر، وقد وضعه على صورة مواد قانونية.

٦ – الفقيه الإمام الشيخ محمد أبو زهرة[٢] رحمه الله – الذي كتب مشروع قانون – الأحكام الشخصية – بعد دراسته للمراسيم التي صدرت بشأن الأحوال الشخصية في _أعوام:١٣٣٩هـ ١٩٢٠م، و١٣٤٢هـ ١٩٢٣م، و١٣٤٧هـ ١٩٢٩م.

هذا، وقد تحدث في بداية الكتاب عن حال الفقه الإسلامي مع بداية القرن، والصعوبات التي واجهت الفقهاء في تحويل الفقه إلى مواد قانونية، تُسهّل على القضاة الرجوع إلى ما يحتاجون إليه.

وقد صدرت الطبعة الأولى من الكتاب في ذي القعدة سنة ١٣٦٨هـ ١ أيلول (سبتمبر) سنة ١٩٤٨م.

٧ – الفقيه القاضي الأستاذ عبد القادر عودة[٣] رحمه الله– الذي قام بإخراج كتاب: التشريع الجنائي الإسلامي. وهو كتاب في جزئين: الأول في القسم العام، والآخر في القسم الخاص.

وقد صاغه في مواد، اشتملت على أحكام: الجنايات، والحدود، والتعزيرات، وقد قارن فيها بين المذاهب الفقهية الإسلامية، والقوانين الوضعية. وقد بلغت مواده / ٦٨٩ / مادة.

وهناك مشروعات قوانين استمدت من الفقه الإسلامي وقامت عليها جهات رسمية. ومنها ما قام به مجمع البحوث الإسلامية في مصر حيث أصدر مشروعاً متكاملاً لتقنين المعاملات على المذاهب الأربعة: الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، في ستة عشر جزءاً صغيراً، قرنت فيه كل مادة بتذييل توضيحي يبين المراد منها، ولكل مذهب أربعة أجزاء.

تقنين الأحوال الشخصية:

وفي أواخر العهد العثماني، وفي سنة ١٣٣٣ هجرية، وضعت الحكومة العثمانية قانون حقوق العائلة العثماني، وتضمن هذا القانون أحكام الزواج والفرقة، وقد استمدت أحكام هذا القانون من المذهب الحنفي، كفساد زواج المكره وبطلان طلاقه، ومن المذاهب الأخرى، ويعتبر هذا أول خروج على التقليد، وعدم التقيد بمذهب معين، وهو أيضاً أول تنفيذ لفكرة ابن المقفع في زمن الخليفتين المنصور وهارون الرشيد.

نشأة قانون حقوق العائلة العثماني.

---

[١] دراسة وتحقيق د. عبد الوهاب أبو سليمان، والدكتور: محمد إبراهيم محمد علي، مطبوعات تهامة، الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ، ١٩٨١ م. وانظر: افتتاحية جريدة أم القرى في عددها الصادر بتاريخ ١٣٤٦/٢/٢٨هـ، بواسطة كتاب التقنين بين التحليل والتحريم ص ١٥، فقه النوازل للشيخ بكر أبو زيد ص٢٥.

[٢] محمد أبو زهرة (١٣٩٩هـ) من كبار علماء مصر ومن الفقهاء المعاصرين، تعلم بمدرسة القضاء الشرعي، وتولى تدريس العلوم الشرعية والعربية، أصدر أكثر من أربعين كتاباً منها: أصول الفقه، أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وتاريخ المذاهب الفقهية [الأعلام ٢٥/٦].

[٣] عبد القادر عودة(١٣٧٤هـ) محام فقيه من علماء الشريعة والقانون المعاصرين بمصر. أعدم شنقاً في مصر لتهمة ألصقت به زوراً. له:(الإسلام وأوضاعنا القانونية) و(الإسلام وأوضاعنا السياسية) و(التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي).[الأعلام للزركلي٧٤/٤].

ذكرنا آنفاً أن مجلة الأحكام العدلية، لم تدون مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وما بينهما، إلا ما جاء في الكتاب التاسع عن الحجر وأهلية الصغار وسائر فاقدي الأهلية[١].

وكذلك لم تبحث المجلة في أحكام الإرث والوصية والمفقود وأحكام الأوقاف[٢].

ويرجع عدم تدوين مواد الأحوال الشخصية في مجلة الأحكام العدلية للأسباب التالية:

١-الخلاف الكبير الواقع في بعض مسائل الأحوال الشخصية.

٢- تعدد الملل والطوائف في المملكة العثمانية.

٣-سياسة التسامح التي دفعت بالدولة العثمانية إلى أن تترك لغير المسلمين حريتهم في أمورهم المذهبية[٣].

لذا كان تدوين أحكام الأحوال الشخصية بطيئاً. ففي سنة ١٩١٥ م، صدرت إرادتان سنيتان:

الأولى: أجازت التفرقة في الزواج بناء علتى طلب الزوجة التي غاب عنها زوجها دون نفقة، وهو ما ذهب إليه الجمهور خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه.

الثانية: أجازت التفرقة في حالة إصابة الزوج ببعض الأمراض الخطيرة، وذلك وفاقاً لرأي الإمام محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة[٤].

وكان الدافع لوضع المادة الأولى هو أن بعض القادمين إلى عاصمة الخلافة العثمانية كانوا يتزوجون من أهلها وعندما يغادرون يتركون زوجاتهم دون أن يطلقوهن أو يتركوا لهن نفقة.

وفيما عدا ذلك بقيت مسائل الأحوال الشخصية دون تقنين حتى ١٣٣٦هـ - ١٩١٧م، حيث صدر قانون حقوق العائلة العثماني[٥].

وكان هذا القانون بداية لمرحلة جديدة من مراحل تطور تقنين الأحكام في الفقه الإسلامي.

وتعود أهمية هذا القانون للأسباب الآتية:

١- أنه أول تقنين لأحكام الأحوال الشخصية من الفقه الإسلامي.

٢- أنه لم يقتصر في تقنين الأحكام الفقهية على المذهب الحنفي - مذهب الدولة العثمانية- بل تعدى ذلك إلى المذاهب الأخرى.

٣- أنه اشتمل على أحكام خاصة باليهود والنصارى[٦].

وصف إجمالي لقانون حقوق العائلة العثماني.

ينقسم قانون حقوق العائلة إلى كتابين:

أما الكتاب الأول فيشتمل على ستة أبواب:

الباب الأول: أحكام الخطبة والهدية وأهلية النكاح.

---

[١] المواد ٩٤١-١٠٠٧ من المجلة.

[٢] صبحي المحمصاني: الأوضاع التشريعية، ١٨٢ – الزرقا: شرح القانون المدني السوري ٨/١.

[٣] المحمصاني: الأوضاع التشريعية، ١٨٢.

[٤] شحاته، شفيق: الاتجاهات التشريعية ص ٨٢.المحمصاني: الأوضاع التشريعية ١٨٢.

[٥] المحمصاني: الأوضاع التشريعية، ٣٦٤.

[٦] شحاته، شفيق: الاتجاهات التشريعية ص ٨٣

الباب الثاني: فيمن هو ممنوع نكاحه عند المسلمين واليهود والمسيحين.
الباب الثالث: في عقد النكاح عند المسلمين والعيسويين وأحكام الكفاءة عند المسلمين.
الباب الرابع: في فساد وبطلان النكاح عند المسلمين واليهود والمسيحين.
الباب الخامس: في بيان أحكام النكاح عند المسلمين وعند المسيحين.
الباب السادس: في المهر والنفقة.

أما الكتاب الثاني فيشتمل على ثلاثة أبواب:
الباب الأول: في الطلاق الرجعي والبائن وخيار التفريق.
الباب الثاني: في مفارقات العيسويين.
الباب الثالث: في أحكام العدة.
وقد بلغ مجموع مواد قانون العائلة العثماني ١٥٧ مادة قانونية[١].

هذا، ومما يجدر ذكره، أن قانون حقوق العائلة العثماني، وإن كان أصلاً مأخوذاً من المذهب الحنفي بخصوص المسلمين، إلا أنه خرج في كثير من المسائل إلى باقي المذاهب الإسلامية غير المذهب الحنفي[٢]، وذلك مثل: عدم وقوع طلاق المكره أخذاً بقول الجمهور[٣]، وجواز التفرقة بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر بناء على طلب أحدهما، أخذا بقول الإمام مالك[٤]، وحق طلب زوجة المفقود في طلب التفرقة بعد مرور أربع سنين اعتبارا من اليأس من الوقوف على خبر حياته أو موته[٥]، وذلك أيضا أخذا بقول الإمام مالك رحمه الله، وطلب التفريق لعدم النفقة أخذاً بقول الجمهور[٦]، كما منع القانون من تزويج الصغار[٧] خلافاً لجمهور الفقهاء[٨]، ومنع من تزويج المجانين إلا إذا كانت هناك ضرورة وبإذن الحاكم أخذاً بقول الشافعي[٩].
كما أوجب القانون توثيق عقود الزواج، إلا أن القانون لم ينص على بطلان العقد في حال عدم توثيقه[١٠].

---

[١] انظر نصوص القانون كاملة في مجموعة صادر ٣٦٥/١-٣٩١
[٢] شحاته، شفيق: الاتجاهات التشريعية ص ٨٦، المحمصاني: الأوضاع التشريعية، ١٨٣.
[٣] الكاساني: بدائع الصنائع ١٠٠/٣، ابن جزي: القوانين الفقهية، ١٩٧، الحطاب: مواهب الجليل ٤٦/٤، الشربيني: مغني المحتاج ٢٨٩/٣، ابن قدامة: المغني ويليه الشرح الكبير- بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٨٣، ١١٨/٧.
[٤] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٨١/٢، ٢٨٥. ابن رشْد، محمّد: بداية المجْتهد ونهاية المقْتصد- الرّباط: المكْتب الثقافي السّعودي السّعودي بالمغْرب، ١٩٩٨. ٧٤/٢. الحطاب: مواهب الجليل ١٧/٤.
[٥] الدردير: الشرح الصغير ٥٠٥/١. عليش: شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل- بيروت: دار الفكر،١٩٨٩، ٣٨٥/٢. أبو زهرة: الأحوال الشخصية ٥٨١. الزحيلي: الفقه الإسلامي ٧٨٤/٥.
[٦] السرقندي: تحفة الفقهاء، تحقيق محمد زكي عبد البر، دمشق: ١٩٥٨م. ١٦٣/٢. الموصلي: الاختيار لتعليل المختار- عمان: دار الفكر للطباعة، ٦/٤. ابن عابدين: حاشية رد المحتار ٥٩٠/٣. عليش: منح الجليل ٤٢٢/٢. الحطاب: مواهب الجليل ١٩٥/٤-١٩٦. الشربيني: مغني المحتاج ٤٢٢/٣. ابن قدامة: المغني، ٥٧٣/٧.
[٧] وهو قول ابن شبرمة وعثمان البتي وأبي بكر الأصم (أبو زهرة: الأحوال الشخصية ١٢٣-١٢٤).
[٨] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٠/٢. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٥٥/٥. ابن جزي: القوانين الفقهية، ١٧٣. ابن رشد: بداية المجتهد، ٥/٢. النووري: روضة الطالبين، ٥٣/٧. الرملي: نهاية المحتاج، ٢٦٣/٦. ابن قدامة: المغني، ٤٨٧/٦. المرداوي: الإنصاف، ٥٢/٨. أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره - القاهرة دار الفكر العربي، ١٩٧١، ص ١٥٥.
[٩] الرملي: نهاية المحتاج، ٢٤٦/٦. النووي: روضة الطالبين، ٩٤/٧. أبو زهرة: الأحوال الشخصية– مطبعة مخيمر، ١٩٥٧، ص ١٢٦.
[١٠] أبو زهرة: عقد الزواج وآثاره، ص٢٢-٢٣.

وأخيراً نلفت النظر إلى أن قانون هذا القانون ما يزال معمولاً به في لبنان إلى اليوم، كما يعتبر أصلاً لكثير من قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية وخاصة قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت الصادر ١٩٧٦م. وفي عام ١٩٥٩م صدر في العراق وعدّل بعد ذلك، وفي تونس عام ١٩٥٦م، وفي المغرب عام ١٩٥٨م، وفي الكويت عام ١٩٨٤م، وفي عُمان عام ١٩٩٧م.

قانون الأحوال الشخصية في سورية:

أما في سورية فقد ظل معمولاً بقانون حقوق العائلة العثماني، حتى صدر قانون متكامل للأحوال الشخصية برقم ٥٩ عام١٣٧٢هـ ١٩٥٣م، يشمل كل ما يتعلق بالزواج والولاية والوصية والمواريث.

ويعدُّ القانون السوري من أفضل قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية بل الإسلامية على الإطلاق، فهو أول قانون أحوال شخصية باللغة العربية كامل، يمتاز بحسن الصياغة، والوفاء بالحاجة، والأخذ بالمصلحة العامة، وعدم التقيد بمذهب معين، حتى جاء مفخرة من مفاخر التشريع، وقد زادته الشروح والاجتهادات القضائية غناء وإيضاحاً واتساعاً، حتى غدا مع شروحه والاجتهادات القضائية وافياً بالغرض حسب المصلحة الزمنية، وقد عاش يحكم المسلمين وغير المسلمين في هذا البلد أكثر من عشرين عاماً دون الشعور بأي حاجة ملحة لتبديله أو تعديله، وهذه ميزة هامة قلما يتحلى بها تشريع من التشريعات.

إلا أن ذلك لا يعني أن القانون جاء كاملاً من جميع الوجوه، وأنه أحاط بكل ما سوف يستجد مع الزمن من مشكلات، وأن المشرع مهما أوتي من الدقة وقوة التصوير، لا يمكن أن يحيط إحاطة كاملة بجميع الحاجات الاجتماعية على مر الزمان، وهذا لا ينتقص من قدر التشريع الذي جاء وافياً للغرض بتاريخ صدوره.

وقد احتاط المشرع لما قد يعترض القاضي من أمور لا يجد لها نصاً في القانون، فأوجب عليه أن يرجع إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي (المادة ٣٠٥).

وهذا وإن كان احتياطاً مقبولاً، وصالحاً في أعراف التقعيد القانوني، إلا أنه يؤخذ على أحكام المذهب الحنفي، ما أخذه قانون الأحوال الشخصية نفسه في المذكرة الإيضاحية للقانون والتي جاء فيها ما يلي:

١- أن في المذهب الحنفي كثيراً من الأقوال المتعددة التي لم يبين أيها الراجح، فكان الاختلاف من جراء ذلك في القضاء والإفتاء كثيراً.

٢- أن المذهب الحنفي واسع، وفروعه كثيرة وكتبه متعددة، فكان يصعب على بعض القضاة والمفتين والمتقاضين الوصول إلى الحكم بسرعة وسهولة.

٣- لما تغير من الأعراف وما جدّ من الحوادث التي دعت الضرورة للأخذ فيها بغير ما استقر عليه المذهب الذي بني حكمه في أمثالها على عرف ذلك العصر وحوادثه.

إضافة إلى ذلك، لم يتعرض القانون إلى بعض الأحكام الهامة، كأحكام اللعان، والظهار، والإيلاء، ونكاح الصغار قبل الثالثة عشرة من العمر، وتفويض المرأة بطلاق نفسها، والتفريق للعلل غير الجنسية، وتغيير الدين، وأحكام الأسير، وغيرها[١].

ثم صدر تعديل لذلك القانون رقم ٣٤ عام ١٩٧٥، لم يتطرق إلى سدّ تلك الثغرات وإكمال ذلك النقص، لكنه لا يخلو من محاسن، نجملها بما يلي:

١-زيادة مدة الحضانة حتى إكمال الغلام التاسعة من عمره والبنت الحادية عشرة.

٢-جواز الحكم بنفقة الأولاد عن مدة تسبق الادعاء بأربعة أشهر.

٣-اعتبار امتناع الولي عن اتمام تعليم الصغير حتى نهاية المرحلة الإلزامية سبباً لإسقاط ولايته.

٤-اعتبار معارضة الحاضنة أو تقصيرها في تعليم الصغير حتى نهاية المرحلة الإلزامية سبباً لإسقاط حضانتها.

٥-مباشرة مدير الأيتام صلاحية الوصي بما يحقق مصلحة القاصر حتى يعين وصياً غيره.

٦-الحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة والتي يغلب عليه فيها الهلاك وذلك بعد أربع سنوات من تاريخ فقدانه.

٧-رفع سقف تعويض الطلاق التعسفي[٢] إلى مبلغ يعادل نفقة ثلاث سنوات بدلاً من سنة واحدة.

٨-إعطاء القاضي صلاحية الحكم بتسليم الأولاد ونفقتهم وإراءتهم في غرفة المذاكرة ودون دعوة الخصوم وبأمر على عريضة.

٩-تأجيل طالب الطلاق شهراً للروية والتفكير ومراجعة النفس على أمل العدول والصلح.

١٠-التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما إذا ثبت استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته[٣].

---

[١] شقفة، محمد فهر: شرح أحكام الأحوال الشخصية ١٠/٢

[٢] ومعنى التعسف: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل. [الدريني: نظرية التعسف ٨٧ والنظريات الفقهية الفقهية ١٣١] وقيل هو انحراف صاحب الحق في استعماله عن غاية الحق [منصور مصطفى: مذكرات في المدخل إلى العلوم القانونية ٣٠]

[٣] شقفة، محمد فهر: شرح أحكام الأحوال الشخصية ١١/٢-١٣، وللمزيد حول تقنينات الأحوال الشخصية العربية انظر: الصابوني، عبد الرحمن: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية- دمشق: دار الفكر، ١٩٦٨. ٦٢/٢-٧٠.

الفصل الرابع
فُرَقُ النكاحِ والألفاظُ ذاتُ الصلة

المبحث الأول
تعريف فرق النكاح والألفاظ ذات الصلة

سوف نعرف مصطلح فُرَقَ النكاح أولاً، ثم نعرف المصطلحات ذات الصلة المرتبطة بها. وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول: تعريف فرق النكاح.

يجدر بنا عند تعريفنا فُرق النكاح أن نعرّف معاني جزئيها اللذين تركبت منهما، وهما:
(فُرق) و(النّكاح) حيث إن معناها الاصطلاحي مرتبط بذلك.

تعريف فُرَق:

الفُرَق –بضم الفاء– جمع مفرده فُرقة، كغُرف وغُرفة. وهو اسم من الافتراق أو المفارقة، يقال : فَّرق بينه وتفرَّق تفريقاً وتفارق، أي: باعد وفصل، أو انفصل وتباعد، والانفصال ضد الاجتماع. وفرّقت بالتشديد للأبدان، وفرْقت بالتخفيف للكلام، ومثال الأول: فرّقتُ بين الرجلين متفرقا[١] ومنه قوله تعالى: ﴿هذا فِراقُ بيني وبينك﴾[الكهف:٧٨]. أي بُعْدُ وانفصال وانحلال ما بيننا[٢].

ومثال الثاني فرْقت بين الكلامين فافترقا، ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) أو قال: (حتى يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما)[٣].

ويأتي التفريق حسب المعنى اللغوي على عدة معان أخرى كالتالي:

١–الفَصْلُ: يقال: فرّق بين الشيئين، أي فصل بينهما، ويقال: فرقه وفارقه وافترق وانفرق: انفصل عنه وباينه[٤] ومنه قوله تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ إِنِّي لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي فَٱفْرُقْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ ٱلْقَوْمِ ٱلْفَٰسِقِينَ﴾[المائدة:٢٥]. أي يا رب افصل بيننا وبينهم[٥].وافترق القوم فُرقةً: ضد اجتمعوا[٦].

وقد يأتي أيضاً بمعنى يُفْصَلَ، أي: يُقْضَى، ومنه قوله تعالى: ﴿فيها يُفْرَقُ كلُّ أمر حكيم﴾[الدخان:٤]. أي يقضى ويفصل[٧].

---

[١] ابن منظور: لسان العرب،٢٩٩/١٠، الفيومي المقري: المصباح المنير،٢٤٤/١. الزبيدي: تاج العروس،٢٩٧/٢٦.
[٢] ابن منظور: لسان العرب، الفيروزآبادي: القاموس، المعجم الوسيط مادة " فرق".
[٣] البخاري: صحيح البخاري ـ كتاب البيوع، باب إذا بيَّن البيعان ولم يكتما ونصحا ٥٨/٣ حديث ٢٠٧٩.
[٤] ابن منظور: لسان العرب، ٣٣٩٨/٥. أبو جيب، سعدي، القاموس الفقهي، دمشق: دار الفكر، ط٢. ١٩٩٣، ٢٨٤/١.
[٥] البغوي: معالم التنزيل، دار المعرفة، ١٩٨٧م الطبعة الثانية، ٣٧/٣. النيسابوري: الكشف والبيان، ٤٤/٤.
[٦] ابن منظور: لسان العرب، الفيروزآبادي: القاموس، المعجم الوسيط مادة " فرق".
[٧] المصدر السابق.

٢-التقسيم: يقال فرّق الأشياء بتشديد الراء؛ أي قسَّمها ووزَّعها[١]، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ فَرَقْنَا بِكُمُ ٱلْبَحْرَ﴾[البقرة:٥٠] أي جعلناه فرقاً وأقساماً، أي فلقناه وانقسم الماء يميناً وشمالاً[٢].

٣-التمييز: يقال: فرّق الأشياء بعضها عن بعض. أي ميَّز بعضها عن بعض، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقُرْءَانًا فَرَقْنَٰهُ لِتَقْرَأَهُۥ عَلَى ٱلنَّاسِ عَلَىٰ مُكْثٍ وَنَزَّلْنَٰهُ تَنزِيلًا﴾[الإسراء:١٠٦]. أي فصّلناه وميزناه بالحكمة والبيان[٣].

٤- التَّبدد: يقال تفرّق الشيء تفريقاً، أي: تبدد وتلاشى. وفرَّقه تفريقاً وتفرقة: بدَّده[٤].

والفُرقة في الاصطلاح:

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: يذكر الفقهاء[٥] الفُرقَةَ، ويريدون بها انحلال رابطة الزواج والفصل والمباينة بين الزوجين سواء أكانت بطلاق أم بغيره[٦].

تعريف النكاح:

النكاح في اللغة: مصدر نكح، يقال نكح ينكح الرجل والمرأة نكاحاً: من باب ضرب.

ويطلق النكاح على الوطء، وعلى العقد دون الوطء. ويقال: نكحت المرأة: تزوجت، ونكح فلان إمراة: تزوجها، قال الله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَاءِ﴾[النساء:٣]. ونكح المرأة: باضعها[٧].

والنكاح في الاصطلاح:

عرَّف الحنفية النكاح: بأنه عقد يفيد ملك المتعة بالأنثى قصداً، أي يفيد حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعيّ[٨].

وعرَّفه المالكية: بأنه عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة[٩].

وعرَّفه الشافعية: بأنه عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته[١٠].

وعرَّفه الحنابلة: بأنه عقد التزويج، أي عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته[١١].

تعريف فرق النكاح باعتبارها لقباً:

لا يختلف معنى فرق النكاح عن معنى الفُرقة الاصطلاحي الذي مر معنا آنفاً، ولكن قد وجد من العلماء من وضع تعريفاً خاصاً بفرق النكاح.

---

[١] النيسابوري: الكشف والبيان، ١٩٣/١.

[٢] المصدر السابق، ١٩٣/١.

[٣] ابن عادل الدمشقي، عمر بن علي: اللباب في علوم الكتاب- بيروت: المكتبة العلمية، ٦٢/٢.

[٤] الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ٣٤٠/١. إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ٦٨٥/٢. ومنه قول غنية الأعرابية لابنها: إنك إنك خير من تفاريق العصا [القاموس المحيط ، مادة "فرق"].

[٥] الواقع أن الموسوعة الفقهية قد أطلقت لفظ الفقهاء ههنا، وإنما الذي ذكر هذا التعريف هو الزركشي في المنثور (الزركشي: المنثور في القواعد، ٢٤،٢٥/٣)

[٦] وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية ١٠٧/٣٢ "مادة فرقة".

[٧] ابن منظور: لسان العرب، الفيروزآبادي: القاموس، الفيومي: المصباح المنير، المعجو الوسيط مادة "فرق".

[٨] ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٥٨/٢، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٩٩/٣.

[٩] الدردير: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، ٣٣٢/٢-٣٣٤.

[١٠] الشربيني: مغني المحتاج، ١٢٣/٣، حاشية الرملي على شرح روض الطالب ٩٨/٣، الرملي: نهاية المحتاج، ١٧٤/٦، القليوبي، ٢٠٦/٣.

[١١] البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع ٥/٥.

فقد عرَّفها الشيخ علي الخفيف[١] فقال: (فُرَقُ النكاح ما تنحل به عقدته، فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة زوجية)[٢].

وعرَّفها الشيخ عبد الرحمن تاج[٣]: التفريق انحلال رابطة الزواج[٤].

وعرَّفها محمد محيي الدين عبد الحميد[٥]: بأنه كل ما ينحل به رباط الزوجية[٦].

وعرَّفها الزقيلي[٧] أنها: انحلال رابطة الزوجية وانقطاعها بسبب من الأسباب التي توجب ذلك[٨].

وجاء تعريفها في كتاب الأحوال الشخصية على المذاهب الأربعة: (هي ما ينتهي به عقد الزواج، وتنحل بسببه الرابطة الزوجية، وينقطع به ما بين الزوجين من علاقة الزواج)[٩].

ويبدو أن كل هذه التعريفات متقاربة في المعنى، ومشتقة من معنى الفرقة اللغوي.

التعريف المختار:

بعد عرض تعريفات العلماء المعاصرين للتفريق وبعد الدراسة فيها، فإنه ومن وجهة نظري يبدو لي أن التعريف الراجح –والله أعلم– هو ما ذكره الأستاذ محمد محيي الدين عبد الحميد وهو: **فرق النكاح هي: انحلال رابطة الزوجية وانقطاعها بسبب من الأسباب التي توجب ذلك .**

شرح التعريف:

انحلال: أي إنهاء الرابطة الزوجية. وزوال ملك العصمة، وزوال حل الوطء حالاً في الطلاق البائن أو الفسخ، أو مآلاً عند انتهاء العدة في الطلاق الرجعي.

رابطة الزوجية: أي عقد الزوجية التي تربط الزوجين ببعضهما.

وانقطاعها: إشارة إلى النوعين التي تشتمل عليها الفرق وهما الفسخ والطلاق.

بسبب من الأسباب التي توجب ذلك: إشارة إلى الأسباب التي تؤدي إلى التفريق بين الزوجين.

ويكون التعريف بهذه القيود جامعاً مانعاً، بحيث يشمل تعريف التفريق بمحترزاته، وهذا بخلاف التعريفات الأخرى.

---

[١] علي الخفيف (١٣٩٨هـ) من كبار علماء مصر ومن الفقهاء المعاصرين، من مصنفاته (المعاملات الشرعية) و(الشركات) و(الأحوال و(الأحوال الشخصية) [تتمة الأعلام لمحمد خير رمضان يوسف ٣٨٥/١].

[٢] الخفيف، علي، محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الإسلامية-جامعة الدول العربية-معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٨، ص ١.

[٣] عبد الرحمن حسين تاج. درس بالأزهر ثم بقسم القضاء الشرعى وتخرج ١٩٢٦. تدرج في المدارج العلمية والوظيفية بالأزهر، ثم التحق بالسوربون وحصل على الدكتوراه في الفلسفة وتاريخ الأديان. نال عضوية هيئة كبار العلماء. وأصبح شيخاً للأزهر ١٩٥٤ ثم وزيراً في اتحاد الدول العربية. وانتخب عضواً بمجمع اللغة العربية، وعضواً بمجمع البحوث الإسلامية. له: (الأحوال الشخصية)، (السياسة الشرعية)، (الفقه الإسلامي) توفي ١٩٧٥ [موسوعة ويكيبيديا].

[٤] عبد الرحمن تاج: حكام الشريعة في الأحوال الشخصية، ٢٣٨/١. عن كتاب نظام الأسرة في الإسلام: محمد عقلة ٩/٣.

[٥] محمد محيي الدين عبد الحميد، علامة نحوي، من كبار المحققين، ولد بالشرقية بمصر ١٣١٨هـ، وتلقى تعليمه الأولي فيها، التحق بمعهد دمياط الديني ثم بمعهد القاهرة وحصل على الشهادة العالمية ١٣٣٣هـ، اختير مدرساً في الأزهر ١٣٤٣هـ، ثم بقسم الدراسات العليا، وعين عميداً لكلية اللغة العربية، وعضواً في مجمع اللغة العربية، ومجمع البحوث الإسلامية، ثم انصرف إلى التأليف والتحقيق. توفي ١٣٩٢هـ.

[٦] عبد الحميد، محمد محيي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، بيروت: دار الكتاب العربي ١٩٨٤، ٢٤٢/١.

[٧] علي محمود الزقيلي مواليد ١٩٦١. حصل على الدكتوراة ١٩٩٥ في الفقه المقارن من جامعة أم درمان. أستاذ في جامعة مؤته.

[٨] زقيلي: التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج، دراسات: مجلة علمية: علوم الشريعة والقانون ١١١/٣٠ العدد ٢٠٠٣/١.

[٩] بدران، بدران أبو العينين: الفقه المقارن للأحوال الشخصية –بيروت: دار النهضة، ١٩٦٧م، ص ٢٩٥.

المطلب الثاني: تعريف المصطلحات ذات الصلة:

وهي الطلاق والخلع والفسخ والتفريق والمتاركة.

أولاً: تعريف الطلاق.

الطلاق في اللغة: الحل ورفع القيد مطلقاً، وهو اسم مصدره التطليق، ويستعمل استعمال المصدر، يقال: أطلق الفرس: إذا خلاه.

ويستعمل في اللغة أيضاً: في الترك والمفارقة، يقال طلقت القوم، أي تركتهم، وتقول أطلقت الأسير والسجين، وأطلقت الرأي بمعنى أنك أبحت له أن يبدي من آرائه ما يشاء.

وأصله: طلقت المرأة تطلق فهي طالق بدون هاء، وروي بالهاء (طالقه) إذا بانت من زوجها، ويرادفه الإطلاق، يقال: طلقت وأطلقت بمعنى سرحت، وقيل: الطلاق للمرأة إذا طلقت، والإطلاق لغيرها إذا سرح، فيقال: طلقت المرأة، وأطلقت الأسير، وقد اعتمد الفقهاء هذا الفرق، فقالوا: بلفظ الطلاق يكون صريحا، وبلفظ الإطلاق يكون كناية.

وقد غلب العرف على أن لفظ الطلاق يستعمل في رفع القيد المعنوي، ولفظ الإطلاق يستعمل في رفع القيد الحسيّ. فيقال طلق الرجل زوجته فهي طالق، ويندر أن يقال: سجين طالق، كما يندر أن يقال: امرأة مطلقة.

وجمع طالق طُلّق، وطالقة تجمع على طوالق، وإذا أكثر الزوج الطلاق كان مطلاقا ومطليقا، وطلقة[١].

وقد اختلف السادة الفقهاء في تعريف الطلاق في الاصطلاح:

فقد عرفه الأحناف بأنه: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه[٢].

وعرفه المالكية بأنه: صفة حكمية ترفع حلّية متعة الزوج بزوجته[٣].

وعرفه الشافعية بأنه: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[٤].

وعرفه الحنابلة بأنه: حل قيد النكاح أو بعضه[٥].

وقد عرفه العلماء المعاصرون بتعريفات عدة قريبة من التعريفات السابقة، ولكني سأقتصر على تعريفين:

الأول: للشيخ محمد محيي الدين عبد الحميد من العلماء المعاصرين حيث عرفه: (حل رباط الزوجية الصحيحة في الحال أو المآل، بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة، أو ما يقوم مقام العبارة كالكتابة، ولا تكون هذه العبارة أو ما يقوم مقامها إلا صادرة عن الزوج أو وكيله أو عن القاضي بناء على طلب الزوجة)[٦].

والثاني: تعريف أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني، ذلك أنه أدرج قيوداً إضافية على تعريفات فقهاء المذاهب الأربعة.

---

[١] الفيروزآبادي: القاموس المحيط. الرازي: مختار الصحاح. الفيومي: المصباح المنير "مادة طلق"

[٢] ابن عابدين: ردّ المحتار على الدر المختار ٢٢٦/٣-٢٢٧. الميداني: اللباب في شرح الكتاب– بيروت: المكتبة العلمية، ٣٠/٢.

[٣] الدسوقي: الشرح الكبير ٣٤٧/٢. الحطاب: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مصر مطبعة السعادة، ١٣٢٩، ١٨/٤.

[٤] الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣.

[٥] ابن قدامة: المغني ٢٩٦/٧. البهوتي: الإقناع، ١٨٤/٥.

[٦] عبد الحميد: الأحوال الشخصية، ٢٥٠/١.

يعرف الدكتور الصابوني الطلاق فيقول: (هو الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادر من أهله في محله، قاصداً لمعناه أمام شهود).

ثم يقول: وهذا التعريف راعينا في وضعه تضييق نطاق الطلاق كما شرع في القرآن والسنة[١].

والمقصود بصيغة الطلاق اللفظ الصريح أو الكناية، أو بما يقوم عن اللفظ كالكتابة أو الإشارة.

والمقصود بقوله "في الحال" أي الطلاق البائن الذي ينهي الحياة الزوجية في الحال، فيحرم على الزوج أن يتمتع بزوجته بعده.

والمقصود بقوله " أو المآل" أي الطلاق الرجعي، إذ إن الزوجية تستمر قائمة بين الزوجين خلال العدة، ولا يحرم على الزوج أن يتمتع بزوجته أثنائها، فإذا انتهت العدة ولم يراجع الزوج زوجته بانت منه وانقلب الطلاق الرجعي إلى بائن[٢].

والمقصود من قوله: من أهله: أي من الزوج أو من ينوب عنه، والأصل في الطلاق أنه ملك الزوج وحده، وقد يقوم به غيره بإنابته، كما في الوكالة والتفويض، أو بدون إنابة، كالقاضي في بعض الأحوال، قال الشربيني في تعريف الطلاق نقلا عن التهذيب: تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب، فيقطع النكاح[٣].

والمقصود من قوله في محله: أي في النكاح الصحيح الواقع على زوجته خاصة، فلو كان فاسدا لم يصح فيه الطلاق، ولكن يكون متاركة أو فسخاً. كما سيأتي بيانه لاحقاً.

أما قوله: " قاصداً لمعناه أمام شهود"، فالواقع أن أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرحمن الصابوني –حفظه الله– قد أضاف هذين القيدين على تعريفات الفقهاء:

الأول: هو قصد الطلاق، وسنأتي على بيانه في حينه.

الثاني: الشهود، إذ لم يوجب أحد من فقهاء المذاهب الأربعة وجود الشهود لوقوع الطلاق[٤].

التعريف المختار:

وأرى أن تعريف الشيخ محمد محيي الدين عبد الحميد هو أقرب للصواب والله أعلم.

ثانياً: تعريف الفسخ[٥]:

الفسخ لغة: الفسخ مصدر فسخ، أصل الكلمة الفاء والسين والخاء، ويأتي بعدة معان، منها: الضعف في العقل والبدن والجهل والطرح وإفساد الرأي والنقض والإزالة والتفريق. يقال: فسخت ثوبي أي فرّقته. ويقال: الرجل فسيخ، أي رجل ضعيف في العقل أو البدن لا يظفر بحاجته، ويقال: فسخ الشيء، أي: فرّقه، ويقال فسخ الرجل الشيء أي نقضه، وفسخ المفصل أي أزاله عن موضعه، وفسخ الثوب عن نفسه، أي طرحه،

---

[١] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق ٧٤/١.

[٢] الصابوني، عبد الرحمن: أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي، دبي: دار القلم ١٩٩٣، ص ٢٧. وانظر: الشماع، محمد: المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث- دمشق: دار القلم،١٩٩٥، ص ١٥٤

[٣] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣.

[٤] وقد استدرك بعد ذلك أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرحمن الصابوني حفظه الله في كتابه أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي، فحذف قيد الشهود، انظر كتابه أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي ص ٢٧.

[٥] الموسوعة الفقهية، ١٣١/٣٢. مادة "فسخ".

وفسخ الأشياء أي فرّقها[١]. وكذلك فسخ البيع، أي فرق البيع، كذلك فسخ النكاح[٢]، أي أزاله. والمعنى الأقرب للفسخ هو التفريق أو الإزالة.
ومن المجاز: انفسخ العزم والبيع والنكاح: انتقض، وقد فسخه إذا نقضه[٣].

الفسخ اصطلاحاً: لقد بحثت في كتب الفقه القديمة، عن تعريف واضح للفسخ بمعناه نوعاً من أنواع فرق النكاح، إلا أنني لم أجد للعلماء رحمهم الله تعريفاً محدداً كغيره من المصطلحات الفقهية، غير التي اقتصروا فيها على ضوابط الفسخ والفرق بينه وبين الطلاق، وللعلماء المعاصرين عدة تعريفات للفسخ، سأذكرها بعد ذكر تعريفات العلماء القدامى للفسخ بمعناه العام.

فقد اختلف الفقهاء في تعريف الفسخ على أقوال ثلاثة.
القول الأول: تعريف الفسخ عند الحنفية والمالكية وقولاً للشافعية أنه: رفع العقد من الأصل[٤].
القول الثاني: وهو قول لابن نجيم من الحنفية والسيوطي من الشافعية قالوا: أنه حلّ ارتباط العقد[٥].
القول الثالث: أما الشافعية في الصحيح عندهم بأنه: رفع العقد في حاله لا من أصله[٦].

تعريف الفسخ عند المعاصرين:
وأما الفسخ في اصطلاح فرق النكاح:
١-عرَّفه والدي القاضي رحمه الله بأنه: فصم عُرى الحياة الزوجية، أو هو إعلان ترتفع به أحكام عقد الزواج في الحال، ولا يؤثر على ما كان قبله، أي إن الفسخ لا يؤثر في صحة نسب الأولاد الحاصلين للزوج قبل الفسخ، ولا تعتبر المعاشرة الزوجية التي حصلت بين الزوجين قبل الفسخ فعلاً آثماً، ويبقى من حق الزوجة المدخول بها قبل الفسخ، الأقل من المهر المسمى في العقد ومهر المثل[٧].
٢-وعرفه محمد محيي الدين عبد الحميد بأنه: نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده، أو بسب طرأ عليه يمنع من بقائه واستمراره[٨].
٣-وعرفه السرطاوي[٩] بأنه: انحلال رابطة الزوجية لطروء عارض يمنع بقاء النكاح، أو تداركاً لأمر اقترن اقترن بالعقد حين إنشائه فجعل العقد غير لازم[١٠].

---

[١] الفيروزآبادي: القاموس المحيط. الرازي: مختار الصحاح. الفيومي: المصباح المنير "مادة فسخ"
[٢] ابن منظور: لسان العرب، ٣٤١٢/٢. الفيومي: المصباح المنير، ٢٤٤/١. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون-بيروت: دار الكتب العلمية، ٥٠٣/٤. الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ٣٢٩/١. الزبيدي: تاج العروس، ١٠٩/٥و ٣١٩/٧.
[٣] الزبيدي: تاج العرس، مادة "فسخ"
[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٨٢/٥. الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٩٧/٤. القرافي: الذخيرة في فروع المالكية- بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠١، ١٧٦/٩. الرافعي القزويني: الشرح الكبير، ٣٧٥/٨.
[٥] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٣٣٨/١. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٥٤/١. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٨٧/١.
[٦] النّوويّ: المجموع شرح المهذب للشيرازي- بيروت: دار إحياء التراث الإسلامي، ٢٧٥/١٦. الرافعي القزويني: الشرح الكبير، ٣٧٥/٨.
[٧] الشماع، محمد: المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ص ١٥٤.
[٨] عبد الحميد: الأحوال الشخصية، ٢٤٢/١.
[٩] السرطاوي، محمود بن علي، ولد ١٩٤٣م، في سرطة في نابلس بفلسطين. درس بالأزهر ثم حصل على الدكتوراه في الفقه المقارن، وموضوعها: "الإمام أبو إبراهيم المزني وأثره في فقه الشافعية" ١٩٧٦. تولى عددا من المناصب العلمية والدينية والأكاديمية. له: (شرح قانون الأحول الشخصية الأردني)، (الأحوال الشخصية). [موسوعة ويكيبيديا].
[١٠] السرطاوي، الدكتور محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط١، ١٤١٧هـ، ٢٦٧/٢.

٤- وعرفه عبد الكريم زيدان[١] بأنه: رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن[٢].

والفسخ نوعان:

الأول: فسخ ينقض أصل العقد بسبب خلل قارن العقد وقت إنشائه، فيجعله غير لازم بالنسبة للزوجين، أو لاحدهما، أو للولي العاصب.

والثاني: فسخ لا يعتبر نقضاً للعقد من أصله، وذلك إذا كان الفسخ بسبب خلل طرأ على العقد يمنع بقاءه واستمراره.

والصلة بين الفسخ والطلاق: إن الفسخ يقارب الطلاق، إلا أنه يخالفه في أن الفسخ نقض للعقد المنشئ لهذه الآثار، أما الطلاق فلا ينقض العقد، ولكن ينهي آثاره فقط. وبه تنهدم آثار العقد وأحكامه التي نشأت عنه[٣].

رابعاً: تعريف التفريق:

التفريق في اللغة: مصدر فرق، وفعله الثلاثي فرق، يقال: فرقت بين الحق والباطل، أي فصلت بينهما، وهو في المعاني بالتخفيف، يقال: فرقت بين الكلامين، وبالتشديد في الأعيان، يقال: فرّقت بين العبدين، وقيل: هما بمعنى واحد، والتشديد للمبالغة[٤].

ويأتي بمعنى التمزيق، والفرق خلاف الجمع، يقال: فرقة يفرقه فرقاً[٥]. وقد سبق بيانه في معنى "فُرَق" اللغوي.

والتفريق في الاصطلاح: إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق. أو بدون طلب من أحد حفظاً لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين.

وما يقع بتفريق القاضي: طلاق بائن في أحوال، وفسخ في أحوال أخرى، وهو طلاق رجعي في بعض الأحوال[٦].

خامساً: تعريف المتاركة.

المتاركة في اللغة: الرحيل والمفارقة مطلقاً، ثم استعملت للإسقاط في المعاني، يقال: ترك حقه إذا أسقطه[٧].

وفي الاصطلاح: ترك الرجل المرأة المعقود عليها بعقد فاسد قبل الدخول أو بعده، والترك بعد الدخول لا يكون إلا بالقول عند أكثر الفقهاء، كقوله لها: خليت سبيلك، أو تركتك، وكذلك قبل الدخول في الأصح.

---

[١] عبد الكريم زيدان، أحد الدعاة وعلماء الفقه والأصول، ولد في بغداد ١٩١٧ درس الحقوق ببغداد، ثم حصل على الدكتوراه في الشريعة الإسلامية من جامعة القاهرة ١٩٦٢ عمل أستاذاً جامعياً في العراق واليمن. له: (أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام)، (المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية)، (المفصل في أحكام المرأة). [موسوعة ويكيبيديا].

[٢] زيدان، عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، بيروت مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٠، ٣٤٣/٧.

[٣] ابن الهمام: فتح القدير، ٢١/٣.

[٤] الفيومي: المصباح المنير. الرازي: مختار الصحاح، مادة "فرق"

[٥] ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ٢٩٩/١٠. مادة"فرق".

[٦] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٣٩٦/٢. والزرقاني:عبد الباقي، شرح مختصر خليل، مصر ١٣٠٧هـ. ٢٤٢/٥.

[٧] الفيومي: المصباح المنير. الرازي: مختار الصحاح، مادة "ترك"

والمتاركة توافق الطلاق من وجه وتخالفه من وجه، توافقه في حق إنهاء آثار النكاح، وفي أنها حق الرجل وحده، وتخالفه في أنها لا تحسب عليه واحدة، وأنها تختص بالعقد الفاسد، والوطء بشبهة، أما الطلاق فمخصوص بالعقد الصحيح[1].

أما تعريف الخلع والإيلاء واللعان والظهار فسوف نذكرها في حينها لاحقاً إن شاء الله تعالى.

[1] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ١٣٤/٣.

المبحث الثاني
أقسام فرق النكاح

المطلب الأول
الحالات التي تقع فيها الفرقة بين الزوجين

اختلف أهل العلم في تقسيم فُرَق النِّكاح:

قال الإمام علاء الدين الكاساني رحمه الله[١]: (لوقوع الفُرقة بين الزوجين أسباب، لكن الواقع ببعضها: فرقة بطلاق وبعضها فرقة بغير طلاق، وفي بعضها يقع فرقة بغير قضاء القاضي، وفي بعضها لا يقع إلا بقضاء القاضي)[٢].

ومعنى هذا أنه قسّم فرق النكاح إلى أربعة أقسام.

وقال ابن نجيم رحمه الله في الأشباه والنظائر[٣]: الفُرق ثلاث عشرة فرقة[٤]، وذكر ما تقع به الفرقة بين الزوجين، وقسمها إلى قسمين:

ما يحتاج إلى القضاء: كالعيوب التي توجب خيار النكاح.

ما لا يحتاج إلى القضاء: كالطلاق والإيلاء.

وذكر ابن جزي رحمه الله في قوانينه ما تقع به الفرقة بين الزوجين، فقال: الفراق بين الزوجين يقع على خمسة عشر وجهاً، وهي:

١- الطلاق على اختلاف أنواعه. ٢- والإيلاء إن لم يفء. ٣- واللعان. ٤- والردة. ٥- وملك أحد الزوجين للآخر. ٦- والإضرار بالزوجة. ٧- وتفريق الحكمين. ٨- واختلاف الزوجين في الصداق قبل الدخول. ٩- وحدوث الجنون أو الجذام أو البرص على الزوج. ١٠- ووجود العيوب في أحد الزوجين.

---

[١] الكاساني (٥٨٧هـ) أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين. منسوب إلى كاسان بلدة بالتركستان،خلف نهر سيحون. من أئمة الحنفية. كان يسمى (ملك العلماء) أخذ عن علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه المشهور التحفة. وتوفي بحلب. له (بدائع الصنائع) و(السلطان المبين في أصول الدين) [الجواهر المضية ٢٤٤/٢]

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٣٦/٢.

[٣] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص ١٧٧.

[٤] قال صاحب كتاب غمز عيون البصائر: (وَقَدْ نَظَّمَ صَاحِبُ النَّهْرِفِي فُرقُ النِّكَاحِ، وَبَيْنَ مَا يَكُونُ مِنْهَا طلاقاً وَمَا يَكُونُ فَسْخًا، وَمَا يَحْتَاجُ مِنْهَا إلَى الْقَضَاءِ وَمَا لَا يَحْتَاجُ)، فَقَالَ:

فُرْقُ النِّكَاحِ أَتَتْكَ جَمْعًا نَافِعًا ... فَسْخٌ طَلَاقٌ وَهَذَا الدُّرُّ يَحْكِيهَا
تَبَايُنُ الدَّارِ مَعَ نُقْصَانِ مَهْرٍ كَذَا ... فَسَادُ عَقْدٍ وَفَقْدُ الْكُفْوِ يَنْفِيهَا
تَقْبِيلُ سبْيٍ وَإِسْلامُ الْمُحَارِبِ أَوْ ... إرْضَاعُ ضَرَّتِهَا قَدْ عَدَّدُوا فِيهَا
خِيَارُ عِتْقٍ بُلوغٌ رِدَّةٌ وَكذَا ... مِلْكٌ لِبَعْضٍ وَتِلْكَ الْفَسْخُ يُحصِيهَا
أَمَّا الطَّلَاقُ فَجَبٌّ عَنْهُ وَكَذَا ... إيلاؤُهُ وَلِعانُ ذَاكَ يَتْلُوها
قَضَى قَاضٍ أَتَى شَرْطَ الْجَمِيعِ خلا ... مِلْكٍ وَعِتْقٍ وَإِسْلَامٍ أَتَى فِيهَا
تَقْبِيلُ سَبْيٍ مَعَ الإيلاءِ يَا أَمَلي ... تَبَايُنٌ مَعَ فَسَادِ الْعَقْدِ يُدْنِيهَا

[الحموي:غمز عيون البصائر ٢٤٧/٣]

١١- والإعسار بالنفقة، أو الصداق. ١٢- والغرور (أي الغرر). ١٣- والفقد. ١٤- وعتق الأمة تحت العبد. ١٥- وتزوج أمة على حرة [١].

وقد أوصلها الحصني[٢] في كتابه القواعد إلى خمس وعشرين فرقة، ثم فصّل في تعدادها وأقسامها في فصل خاص من كتابه المذكور[٣].

ويلاحظ على ما تقدم ما يلي:

أولاً: أن كلاً من الكاساني وابن جزي وابن نجيم، لم يذكروا الموت من أسباب التفريق بين الزوجين، وذكرها الحصني، إذ إنه من أهمها، وأقساها وأقواها، وتترتب عليه كل آثار الفرقة التي تترتب على غيره مع بعض الفروق.

ثانياً: أن ابن جزي اقتصر على تعداد ما تقع به الفرقة، ولم يتكلف تقسيمها حسب أحوال وقوعها كما فعل ابن نجيم والكاساني والحصني وغيره[٤].

والحق أن أقسام فُرَق النكاح وأنواعها تختلف باختلاف حقيقتها، أو الأسباب الداعية إليها، أو الآثار المترتبة عليها، فلا بد لنا إذن، أن نبين تلك الوجوه التي تتمايز فيها أقسام فرق النكاح وهي ثلاثة [٥]:

١- حقيقة كل منها.

٢- والأسباب والمعاني التي يستند إليها كل منهما.

٣- والآثار المترتبة على كل منها.

الوجه الأول: حقيقة كل منها وماهيتها:

حيث تتوقف حقيقة أقسام وحالات فرق النكاح على بيان تعريف كل منها، وهي الطلاق والفسخ والخلع والتفريق والمتاركة وقد ذكرناها آنفاً.

وقد تبين لنا من التعريفات السابقة أن حقيقة الطلاق أو الخلع أو التفريق أو التطليق، أنه إنهاء لعقد النكاح القائم بين الزوجين وذلك إما بألفاظ مخصوصة أو بسلطة القضاء، مع تقرير الحقوق المترتبة على عقد الزواج عند الافتراق، كما يترتب عليه زوال الملك في الحال وذلك كما في الطلاق البائن بينونة كبرى أو صغرى أو يترتب عليه زوال الملك في المآل كما في الطلاق الرجعي.

أما حقيقة الفسخ أو المتاركة فهي نقض لعقد النكاح وإزالة للحل الذي كان مترتباً على العقد.

الوجه الثاني: الأسباب والمعاني التي يستند إليها كل منهما:

لو استقرأنا أسباب الحالات التي تقع فيها الفرقة بين الزوجين، لوجدناها كما يلي[١]:

---

[١] ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٥١.

[٢] الحصني (٧٥٢-٨٢٩هـ) أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، تقي الدين، فقيه شافعي صوفي مشارك في العلوم، أقام في دمشق، وتشارك هو والعز بن عبد السلام على مشايخ دمشق في الطلب، له (شرح التنبيه للشيرازي) و(شرح صحيح مسلم) و(القواعد) [شذرات الذهب ١٨٩/٧، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة٩٩/٧، الضوء اللامع ٨٢/١١]

[٣] الحصني: القواعد، ٢١٠/٤-٢١٣. تحقيق جبريل بن محمد البصيلي.

[٤] الشقفة، محمد بشير: الفقه المالكي في ثوبه الجديد- دمشق: دار القلم- فقه الأحوال الشخصية – كتاب الطلاق،١٠١/٤-١٠٢.

[٥] الشماع: المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ١٥٤-١٥٥

١- أنها قد تكون بإرادة الزوج وحده وتسمى طلاقاً.

٢- وقد تكون بإرادة الزوجين معاً وتسمى خُلعاً أو مخالعة.

٣- وقد تكون بحكم القاضي كما في التفريق للعيوب أو الإضرار (الشقاق) أو الإعسار أو الحبس أو الغياب، وتسمى تفريقاً أو تطليقاً.

٤- وقد تكون بحكم الشرع دون حاجة إلى قضاء قاض أو إرادة مريد كما في الظهار والإيلاء أو ردة أحد الزوجين -والعياذ بالله - أو امتناع الزوج عن الإسلام إذا أسلمت الزوجة، أو فعل ما يوجب حرمة المصاهرة، من قبل أحد الزوجين بأحد أصول الآخر أو فروعه، وتسمى فسخاً أو متاركة وحكمها عند بعض الفقهاء فسخ وعند بعضهم طلاق.

٥- وقد تكون لخلل ناشيء عن أصل العقد فينقضه كبطلان العقد[٢] أو فساده[٣] أو لسبب أو شرط قارن العقد وقت إنشائه، فيجعله غير لازم بالنسبة للزوجين، أو لأحدهما، أو للولي العاصب، كالفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة، أو لعدم الكفاءة ويسمى فسخاً أو متاركة.

٦- وقد تكون بوفاة أحد الزوجين، وصدق الله تعالى إذ يقول: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ ٱلْمَوْتِ﴾[آل عمران:١٨٥].

ويرجع في هذا التقسيم إلى اعتبار الأسباب التي أدت إلى الفرقة في النكاح، وإن كان هناك تداخل في بعض أحواله.

فالطلاق سببه صدور اللفظ الدال عليه من الزوج أو من يقوم مقامه كالوكيل بالطلاق والقاضي والمفوضة التي جعل الزوج الطلاق بيدها ويشترط لوقوع الطلاق أن يكون العقد صحيحاً لا فاسداً.

والخلع -كما ذكرنا - يكون بحل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين، مقابل عوض تلتزم به الزوجة أو غيرها للزوج.

والتفريق إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق.

---

(١) انظر كتاب الوالد القاضي محمد الشماع -رحمه الله- المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث ص ١١٩.

(٢) العقد الباطل: هو الذي فقد أو اختل ركن من أركانه، وقد أجمع الفقهاء على أن الإيجاب والقبول ركنان في عقد الزواج وعليهما اقتصر الأحناف، وأضاف إليهما الشافعية الزوج والزوجة والشاهدان والولي، بينما أضاف المالكية الصداق من غير الشاهدين. ويقول الأحناف: عقد الزواج الباطل: هو ما كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه كعقد الزواج على إحدى المحرمات، وزواج المسلمة غير المسلم [المرجع السابق ص ٤٣،٦٧، الصابوني: أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ٩٩، شقفة، محمد فهر: شرح أحكام الأحوال الشخصية، ١٤٥/١].

(٣) عقد الزواج الفاسد: وهو ما لا تترتب عليه آثاره أي قبل الدخول، لأن الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة التحريم حتى يقوم سبب شرعي يثبت الحل وهو العقد الصحيح، فإذا وجد نقلت تلك العلاقة من الحرمة إلى الحل. ويعرف فقهاء الحنفية العقد الفاسد بقولهم: هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، ويكون العقد فاسداً إذا فقد أو اختل شرط من شرائطه، وشرائط عقد الزواج أربعة هي:١- شرائط صحة: كحضور الشاهدين عند الأحناف، وأن تكون المرأة محلاً صالحاً لعقد الزواج وأن لا تكون محرمة على الزوج تحريماً أو مؤقتاً. ٢- شرائط الانعقاد: وهي اتفاق القبول مع الإيجاب، واتحاد المجلس، والتأبيد، وسماع كل من العاقدين كلام الآخر مع فهم مقصوده، وأن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب. ٣- شرائط النفاذ: بأن يكون العاقد ذا ولاية في إنشاء العقد وإلا كان العقد موقوفا. ٤- شرائط اللزوم: كما لو ثمة تغرير أو لعدم الكفاءة وغيرها.[انظر: الشماع: المفيد من الأبحاث ٤٦-٥٠. الصابوني: أحكام الزواج في الفقه الإسلامي ١٠٠-٢٦٣].

أما الفسخ أو المتاركة فسببه إما وجود حالات طارئة على العقد تتنافى مع بقاء الزوجية واستمرارها، وذلك كأن ترتد الزوجة عن الدين الإسلامي أو أن تتصل بأحد أصول زوجها أو فروعه اتصالاً يؤدي إلى حرمة المصاهرة.

وإما وجود حالات مقارنة لعقد النكاح ابتداء تقتضي عدم لزومه من الأصل، وذلك كالعقد على الصغير والصغيرة بولاية غير الأب والجد كالأخ مثلاً، حيث إن العقد لم يكن لازماً من الابتداء فإذا بلغ الصغير أو بلغت الصغيرة ولم يرض أو ترض باستمرارية العقد وقعت الفرقة وتسمى فسخاً.

الوجه الثالث: الآثار المترتبة على كل منها:

لقد درج أغلب أهل العلم إلى تقسيم فرق النكاح بشكل إجمالي إلى نوعين فقط هما: الطلاق والفسخ[1]. وذلك باعتبار الآثار التي تترتب عليها، كالعدة والمهر وثبوت نسب الأولاد والنفقةً.

ففرقة الطلاق أو التفريق أو الخلع –عند جمهور الفقهاء– ينقص بها عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، فإذا وقع الطلاق رجعياً أو بائناً ثم عاد الزوجان إلى الزواج بعقد جديد فإن النقص يلحق عدد الطلقات التي يملكها الزوج بسبب العقد الثاني، فإذا سبق له أن طلقها في العقد الأول طلقة مثلاً بقي له أن يطلقها طلقتين في العقد الثاني.

وفي فرقة الطلاق بما دون الثلاث يقع الطلاق على المرأة في عدتها لأن الطلاق لا ينقض العقد ولا يزيل الحل، بل كثير من الأحكام المترتبة على الزواج باقية مستمرة في حال العدة كالنفقة للزوجة، وثبوت النسب ولزوم العدة على الزوجة.

أما فرقة الفسخ أو المتاركة، فإن الآثار التي تترتب عليها تختلف باختلاف نوعي الفسخ الذين ذكرناهما آنفاً، فالفسخ الذي يعتبر نقضاً للعقد من أصله، لا يوجب شيئاً من المهر، إن لم يتأكد، سواء كان الفسخ بسبب من قبل الزوج أو من قبل الزوجة، ذلك لأنه حيث كان الفسخ نقضاً للعقد تنتقض أيضاً أحكامه فيسقط المهر.

ولا يقع على المرأة في أثناء عدتها منه طلاق، إلا ما يكون بسبب الردة عن الإسلام أو الإباء عن الإسلام، لأن الطلاق أثر لعقد النكاح وقد نقض العقد فلا يثبت طلاق بعد ذلك[2].

وهذا الفسخ في أكثر أحواله يحتاج إلى قضاء قاض كما سنبينه لاحقاً.

أما الفسخ الذي لا ينقض العقد من أصله: فإن كان بسبب من قبل الزوج فإنه يوجب نصف المهر إن كان للزوجة مهر مسمى، وإلا تجب المتعة. وإن كان الفسخ بسبب من قبل الزوجة فإنه لا يوجب شيئاً من المهر إذا لم يحصل ما يؤكده. وإذا وقع الطلاق من الرجل في هذا النوع في عدة الفسخ، فإنه يلحقها ويعتبر من الطلقات عند استئناف الحياة الزوجية مع الزوج، وهذا الفسخ لا يحتاج إلى قضاء قاض.

---

[1] الخفيف، علي: محاضرات عن فرق الزواج، ص ١، الصابوني، عبد الرحمن: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ١-٧٣-٧٩. وله أيضا: أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي، ص ٢٧-٣٢. الجبوري، حسين خلف: فرق النكاح وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية، ص ٥. بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص ٢٩٥.

[2] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢١/٣

ومن آثار الفسخ الذي لا يعتبر نقضاً من أصله أن عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته لا يلحقها النقص، وذلك إذا وقعت الفرقة بين الزوج والزوجة اعتبرت فسخاً للعقد ثم عاد إلى الزواج مجدداً لم ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته بالعقد الأول.

ومن آثار الفسخ الذي لا يعتبر نقضاً من أصله أيضاً، أنه يمنع الزواج بعده منعاً مؤبداً، فلا يحل للرجل أن يتزوج بعده المرأة، لكونه حصل بسبب من الأسباب التي توجب الحرمة على التأبيد، كالفسخ بسبب ارتكاب أحد الزوجين مع أحد أصول الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة بغية الإضرار. وكاللعان أيضاً عند جمهور الفقهاء. حيث ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد إلى أنه يمنع الزواج ويحرمه تحريماً مؤقتاً، وسيأتي بيان ذلك لاحقاً.

المطلب الثاني
أهم الفروق بين فُرَق النكاح

سوف نلخص ههنا أهم الفروق بين فرق النكاح، فنقول:

أولا: الطلاق حق للزوج، وهذا ثابت في نصوص قطعية لا تحتمل التأويل، فمتى صدر الطلاق من الزوج على الوجه المشروع وقع، سواء أمام القاضي أم في غير حضرته.
أما حق القاضي في التفريق بين الزوجين فقد ثبت بأدلة عامة ترجع إلى ما على القاضي من واجب دفع الضرر عن الناس.
ثانياً: الطلاق أو الخلع أو التفريق –غالباً– لا يكون إلا بعد نكاح صحيح[1]، أما الفسخ أو المتاركة فقد يكونان في نكاح صحيح أو غير صحيح.
ثالثاً: الطلاق الذي يملكه الرجل على زوجته محدد بثلاث تطليقات لا زيادة عليها، فإذا طلق الزوج واحدة، ورجع إلى زوجته فإنه لا يملك بعدها إلا طلقتين كما قال سبحانه: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ. فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾[البقرة:٢٢٨-٢٢٩].

أما الفُرقة التي تكون بسبب الفسخ، فإنه لا حدَّ لها، ولا تنقص من عدد التطليقات.
رابعاً: الطلاق وما في حكمه، كالتطليق يُنقص العدد الذي يملكه الزوج على زوجته[2]، وأما الفسخ أو المتاركة فلا ينقص من العدد شيئاً، (إذا كان الفسخ بسبب ردة الزوج، وإبائه الإسلام بعد إسلام زوجته، فهو طلاق بائن على الراجح عند الحنفية)[1].

---

[1] عقد الزواج الصحيح هو العقد الذي استوفى أركانه وشرائطه وهو الذي تترتب عليه آثاره [الشماع: المفيد من الأبحاث، ٦٧].
[2] أي ثلاث طلقات للحرة وطلقتين للأمة.

خامساً: يعتبر الطلاق أو الخلع حلاً لعقدة نكاح صحيح، وإنهاء له في الحال أو في المآل، وأما الفسخ أو المتاركة فهو نقض لعقد زواج ظهر أن فيه خللاً حين نشوئه، كما لو ظهر أن المعقود عليها كانت محرمة عليه حين العقد بسبب من أسباب التحريم المؤبد أو المؤقت[٢]، أو عارض طرأ على عقد الزواج فمنع بقاءه صحيحاً، كما لو ارتد أحد الزوجين، أو أبى الزوج الإسلام بعد إسلام الزوجة، وكانا من قبل غير مسلمين[٣].

سادساً: الطلاق قد يكون رجعياً، فلا تنحل به عقدة النكاح في الحال، ويحق للزوج مراجعة مطلقته خلال العدة بالقول أو بالفعل وبدون رضاها، وأما الفسخ فتنحل به الرابطة الزوجية في الحال، أو بعد حكم الحاكم، فلا تحل معه مراجعة، ولو أثناء العدة، وإنما تجوز العودة إلى الحياة إذا زال العارض الذي سبب الفسخ، ولم يكن ثمة مانع من موانع الزواج الأخرى.

سابعاً: الطلاق قبل الدخول أو الخلوة على ما مرّ ينصف المهر المسمى أو يوجب للمطلقة المتعة، إن لم يكن ثمة مهر مسمى، وأما في الفسخ فإن الزوجة لا تستحق شيئاً إن كانت غير مدخول بها، وتستحق بعد الدخول الأقل من المهر المسمى ومن مهر المثل، ويستثنى من هذه الحالة ما لو كان الفسخ بسبب ردة الزوج، فإنها توجب كامل المهر المسمى بعد الدخول، ونصف المسمى لو حصل الفسخ قبل الدخول، كي لا تصير الردة والعياذ بالله ذريعة لإسقاط شيء من المهر.

---

[١] الشماع: المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ٦٧

[٢] انظر بحث المحرمات في الزواج في المراجع التالية [الشماع: المفيد من الأبحاث، ٥٤-٦٠. الصابوني: أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ١٥٢-١٨٠، بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ٨٠-١٣٤].

[٣] الفسخ هنا طلاق بائن عند الإمام أحمد، لأنه أمر جاء من قبل الزوج هو باختياره هو. [انظر الشماع: المفيد من الأبحاث، ص ٤٧]

المبحث الثالث

القواعد والضوابط الفقهية فيما يعتبر طلاقاً وما يعتبر فسخاً

تقرر بناء على ما سبق أن فُرق النكاح يجمعها قاسم مشترك واحد هو إنهاء الحياة الزوجية سواء أكان بالطلاق أم بالفسخ، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء. إنما الخلاف بينهم فيما يتناوله كل من الفسخ أو الطلاق من فرق الزواج، فما يعد فسخاً في بعض المذاهب قد يعد طلاقاً في مذاهب أخرى وهكذا[١].

وقد اتفق أهل العلم على أن الفرقة بإرادة الزوج تعد طلاقاً.

واتفقوا على أن التفريق بين الزوجين لسبب بطلان العقد أصلاً أو فساده وصفاً، مثل سبب النسب أو الصهرية أو الرضاع أو الملك (وهذا في الرقيق) أو نكاح المرأة في العدة، ونكاح المتعة، ونكاح المبتوتة، ونكاح ذات زوج، ونكاح التي يحرم جمعها مع امرأته، ونكاح الخامسة، اتفقوا أنه فسخ بغير طلاق، ويفسخ وجوباً لأنه متفق على فساده[٢].

كما اتفقوا على أن عقد النكاح ينتهي بالفسخ بموت أحد الزوجين أو كليهما؛ لأن الغرض منه دوام العشرة وقد زال بالموت[٣].

ثم اختلف السادة الفقهاء فيما يُعدّ طلاقاً أو ما يُعدّ فسخاً حسب التفصيل الآتي[٤]:

أولاً: مذهب الحنفية:

لقد وضع فقهاء الحنفية ضابطاً لكل من الطلاق والفسخ بحيث يمكن تمييز أحدهما عن الآخر عن طريق هذا الضابط، وهو: **أن كل فرقة جاءت من جانب الزوج لا مثيل لها عند الزوجة تعتبر فرقة طلاق.**

مثالها: كالفرقة بالإيلاء والخلع أو أن يتلفظ الزوج ألفاظ الطلاق أو أن يفوض الزوجة بالطلاق أو أن يوكل أحداً في الطلاق.

وكل فرقة جاءت من جانب الزوجة، لا باعتبارها نائبة عن الزوج، لا مثيل لها عند الزوج تعتبر فسخاً[٥].

مثالها: التفريق لعدم الكفاءة أو التفريق لنقصان المهر عن مهر المثل.

وكل فرقة جاءت من جانب أحد الزوجين لها مثيل عند الزوج الآخر تعتبر فسخاً بالغالب.

مثالها: حرمة المصاهرة وحرمة الرضاع، والإفاقة.

ومثالها: إذا زوج السيد أمته ثم أعتقها وهي تحت الزوج فلها خيار يسمى خيار العتق؛ لأنها حينما زوجت لم تكن مختارة؛ لأن سيدها هو الذي زوجها، فأما حين أعتقت فأصبحت حرة فقد ملكت نفسها فأعطاها

---

[١] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٧٥/١-٧٩، وله أيضاً: أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي، ٢٨-٣٢. بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٢٩٧-٣٠١.

[٢] التسولي: البهجة شرح التحفة ٣٨١/١، ابن جزي: القوانين الفقهية ٢٣٤، القرافي: الذخيرة، ٤٤٦/٤، ابن رشد: بداية المجتهد، ١٠٦١/٣.

[٣] الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠/٧.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٣٦/٢ وما بعدها. ابن الهمام: فتح القدير، ٢١/٣. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٣٠٦/٢. الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٦٤/٢. ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٠/٢. حاشية الشرقاوي:٢٩٤/٢-٢٩٦. ابن قدامة: المغني، ٥٦/٧ وما بعدها.

[٥] الفرائد عن الفتاوى الهندية ٥٢٢/١ – ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٧٧.

الشرع خيار العتق، فإن اختارت نفسها وقعت الفرقة بينها وبين زوجها حراً كان أو عبداً وهذه الفرقة هي فرقة فسخ لا طلاق.

ومثالها: إذا زوج الصغيرة غير أبيها فلما بلغت عند الزوج أعطاها الشرع خياراً يسمى خيار البلوغ فإن اختارت نفسها وقعت الفرقة بينها وبين زوجها وهي أيضا فرقة فسخ لا طلاق[١].

وهذا الذي قدمنا محل اتفاق عند الحنفية، ولكن مما استثني من مسائل هذه القاعدة: كردة أحدهما أو إباء الزوج الإسلام أو بسبب فعل يفعله مع أصول زوجته أو فروعها يدعو إلى حرمة المصاهرة وهي محل خلاف بين السادة الحنفية، فأما أبو حنيفة يرى أن الفرقة بسبب الردة فسخ وبسبب إباء الإسلام طلاق، وأبو يوسف يرى أن الفرقة بسبب ردة الزوج أو إبائه الإسلام فسخ ومحمد يراها طلاقاً[٢]. وسوف نبين تفصيل ذلك في نهاية هذا البحث إن شاء الله تعالى.

أما أهم فرق النكاح التي تعد طلاقاً عند الأحناف فهي[٣]:

١- الفرقة بتطليق الزوج.

٢- الفرقة بالإيلاء.

٣- الفرقة بالخلع.

٤- الفرقة باللعان عند أبي حنيفة ومحمد.

٥- الفرقة بسبب عيب جنسي.

٦- الفرقة بإباء الزوج الإسلام.

وأهم فرق النكاح التي تعد فسخاً عند الأحناف:

١- الفرقة بردة الزوج.

٢- الفرقة بردة الزوج عند أبي حنيفة أبي يوسف.

٣- الفرقة لفساد الزواج أو بطلانه.

٤-التفريق لعدم كفاءة الزوج.

٥-التفريق للغبن في المهر.

٦- الفرقة باللعان عند أبي يوسف.

٧- الفرقة بالموت.

ومما يتوقف على القضاء مما اعتبروه طلاقاً:

١- الفرقة بسبب اللعان وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وخالفهما أبو يوسف حيث إنه يعتبرها فسخا وليس بطلاق.

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع،٣٣٧/٢. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٧١/٣.

[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٧٩/٧.

[٣] أخذت فكرة هذا التقسيم من كتاب أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني مدى حرية الزوجين في الطلاق، مع القيام ببعض التعديلات والإضافات.

٢- الفرقة بسبب عيب من عيوب الزوج كالعنة والجب والخصاء والخنوثة.

ومما يتوقف على القضاء مما اعتبروه فسخاً:

١- الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج.

٢- الفرقة بسبب خيار البلوغ للزوجة والزوج إذا زوجهما في الصغر غير الأب والجد.

٣- الفرقة بسبب إباء الزوج الدخول في الإسلام وهذا رأي أبي يوسف الذي يعتبر الإباء فسخا لا طلاقاً.

٤- الفرقة بسبب إباء الزوجة الدخول في الإسلام، لضرورة عرض الإسلام عليها.

٥- الفرقة بخيار الإفاقة من الجنون للزوج والزوجة إذا زوج أحد الزوجين في الجنون غير الأب والجد والابن.

٦- الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل.

٧- الفرقة بالموت.

وأما ما لا يتوقف على القضاء مما اعتبروه طلاقاً:

١-الفرقة بلفظ الطلاق الذي يصدر من الزوج أو من وكيله بالطلاق بلفظ الطلاق الذي مصدره الزوجة المفوضة من الزوج بإيقاع الطلاق.

٢-الفرقة بالإيلاء وذلك إذا آلى الزوج ألا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر أو أبداً، ومضت تلك المدة من غير أن يقرب الزوج زوجته، فإنها تبين منه بطلقة بائنة بينونة صغرى عقاباً للزوج على ظلمه ورفعاً لسلطانه عنها[1].

٣-الفرقة بسبب الخلع.

٤-الفرقة بسبب ردة الزوج عن الإسلام، هذا رأي الإمام محمد رحمه الله. بينما رأي الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما تعتبر فسخاً لا طلاقاً كشأن الموت كما ذكرنا.

٥- الفرقة بإباء الزوج الدخول في الإسلام بعد أن أسلمت زوجته. وذلك في رأي أبي حنيفة ومحمد.

ومما لا يتوقف على القضاء مما اعتبروه فسخاً:

١-الفرقة بسبب فساد العقد في أصله، كالزواج بغير شهود.

٢-الفرقة بسبب ردة الزوجة عن الإسلام.

٣-الفرقة بسبب ردة الزوج عن الإسلام وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لما محمد الذي يعتبره طلاقاً. فإن ارتد الزوجان فلا يفرق بينهما بمجرد الردة في الراجح عند الحنفية.

٤-الفرقة بسبب خيار العتق للزوجة.

٥-الفرقة بسبب طروء حرمة المصاهرة بين الزوجين أي اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه اتصالاً يدعو إلى حرمة المصاهرة.

٦-الفرقة بسبب ملك أحد الزوجين للآخر[1].

---

[1] ابن الهمام: فتح القدير، ٢١/٣

ثانياً: مذهب المالكية .

هناك روايتان عند المالكية في تحديد الضابط للتمييز بين الفسخ والطلاق:

الرواية الأولى: أنَّ التمييز بين الفسخ والطلاق راجع إلى النظر إلى النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه وكان هذا الخلاف مشهوراً – أي إذا كانت الفرقة في نكاح صحيح ، فالفرقة هي فرقة طلاق[٢].

مثاله: تزويج المرأة نفسها وكذلك زواج المحرم .

الرواية الثانية: إن التمييز بين الفسخ والطلاق هو السبب الموجب للفرقة وهو من شقين.

الشق الأول: إذا كان السبب الموجب للفرقة راجع إلى الزوجين معاً؛ كما لو أرادا الإقامة على الزوجية، فيجب التفريق بينهما، والفرقة هنا فرقة فسخ .

مثاله: تفريق نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة.

الشق الثاني: إذا كان السبب مما يجوز معه استمرار الزوجية وبقاؤها، إذا أراد الزوجان ذلك، فالفرقة هنا فرقة طلاق، مثاله التفريق بالعيب[٣].

فالقاعدة في ذلك: **كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه، ليس لأحد إجازته: فالفسخ فيه ليس بطلاق ولا خلع فيه، ولا ميراث فيه بينهما**[٤].

جاء في بداية المجتهد: (أن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق، فإن كان غير راجع إلى الزوجين؛ كما لو أرادا الإقامة على الزوجية معه لم يصح، كان فسخاً، مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة، وإن كان يجوز لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقاً)[٥].

ومن الفرق التي تعد طلاقاً عند المالكية:

١- الفرقة بتطليق الزوج.

٢- الفرقة بالخلع.

٣-التفريق لعيب في أحد الزوجين.

٤-التفريق لإعسار الزوج في المهر أو عن نفقة زوجته.

٥-التفريق للضرر.

٦- الفرقة بسبب غيبة الزوج غيبة تتضرر منها الزوجة.

٧-الفرقة بسبب الإيلاء.

٨-الفرقة بسبب عدم الكفاءة.

---

[١] ابن الهمام: فتح القدير، ٢١/٣. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٣٠٦/٢. الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٣٦/٢ وما بعدها. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٣٠٦/٢.

[٢] ابن رشد: بداية المجتهد، ٧١/٢ و٥٨. الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٦٤/٢.

[٣] المرجع السابق.

[٤] مالك بن أنس: المدونة الكبرى رواية سحنون- بيروت: دار الفكر، ١٣٩/٢. زقور، أحسن: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي برواية سحنون بن سعيد عن ابن القاسم-الجزائر: دار التراث؛ بيروت: دار ابن حزم، ٢٠٠٥م، ٥٧٢/٢.

[٥] ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٤٣/٢.

ومن الفرق التي تعد فسخاً:

١- الفرقة بسبب اللعان إذ ترتب عليه فرقة مؤبدة.

٢- الفرقة بسبب فساد النكاح أصلاً.

٣- الفرقة بسبب طروء مفسد على العقد.

٤- الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام.

٥- الفرقة بالموت.

ويلاحظ أنه ليس عند المالكية تفريق بسبب خيار البلوغ وذلك لأن ولاية تزويج الصغير والصغيرة لا تكون عندهم لغير الأب والجد.

ثالثاً: مذهب الشافعية والحنابلة.

إن ضابط التمييز بين الفسخ والطلاق عند الشافعية والحنابلة، راجع إلى أن: **كل فرقة أوقعها الزوج أو فوض الطلاق إلى زوجته أو وكّل وأناب عنه الطلاق بالألفاظ الدالة على الطلاق تعدّ طلاقاً، وكل فرقة لم ينطق بها الزوج أو لم يردها أن تقع فوقعت فالفرقة هنا فرقة فسخ**[١].

ومن الفرق التي تعد طلاقاً عندهم[٢]:

١- الفرقة بتطليق الزوج.

٢- الفرقة بالخلع بين الزوجين وفي قول معتمد عند الحنابلة أنه فسخ.

٣- الفرقة بتطليق القاضي إذا امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الإيلاء.

ومن الفرق التي تعد فسخاً عندهم:

١-التفريق لعيب في أحد الزوجين.

٢-التفريق بسبب إعسار الزوج في المهر أو النفقة.

٣- الفرقة بسبب اللعان.

٤-الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين.

٥- الفرقة بإباء أحد الزوجين الإسلام إذا أسلم الآخر.

٦-الفرقة بسبب فساد العقد أصلاً.

٧-الفرقة بسبب طروء مفسد على العقد.

٨-الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج[٣].

ويلاحظ كذلك أنه ليس عند الشافعية والحنابلة تفريق بسبب خيار البلوغ وذلك لأن ولاية تزويج الصغير والصغيرة لا تكون عندهم لغير الأب والجد عند الشافعية، ولا لغير الأب فقط عند الحنابلة[١].

---

[١] الشافعي: الأم، ٣٠٩/٦. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٣٤/٣. الشيرازي: المهذب، ١١٠/٢. ابن قدامة: المغني، ١٨١/٨. ٥٦/٧ وما بعدها.

[٢] ابن منقور: الفواكه العديدة في فقه الحنابلة ٢٧/٢

[٣] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٣٠٦/٢. ابن الهمام: فتح القدير، ٢١/٣.. الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٣٦/٢ وما بعدها. ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٠/٢. الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٦٤/٢. حاشية الشرقاوي:٢٩٤/٢-٢٩٦. ابن قدامة: المغني، ٥٦/٧ وما بعدها.

رابعاً: مذهب الظاهرية.

ذهب الظاهرية إلى أن كل فرقة تمت بين الزوجين هي فرقة بطلاق إلا في الحالات التالية فتُعدّ فسخاً[٢]:

١- الفرقة باللعان.

٢- الفرقة باختلاف الدين إلا في حالة إسلام الزوج والزوجة كتابية.

٣- الفرقة بسبب الحرمة التي تقع بين الزوجين بالرضاع. ومن الملاحظ أن الظاهرية لا يجيزون التفريق بسبب العيوب أو الإعسار عن النفقة أو تفريق الحكمين حين الشقاق والضرر.

٤- الفرقة بالموت.

الرأي الراجح:

إن أقوال الفقهاء في مسألة الضابط فيها كثير من التباين، والذي إليه أميل إليه في هذه المسألة قول السادة الشافعية والحنابلة، وهذا ما سيظهر لنا في فصول هذا البحث ومباحثه لاحقاً بعد ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها. وهو ما يتناسب مع سياسة التشريع الإسلامي، والواقع الذي نعيشه، وهو أيسر هذه الضوابط وأوضحها، فإن الزوج إذا أراد الطلاق حقيقة وصدر منه حقيقة سواء بالتفويض أو بالتوكيل وهذا ما يقع طلاقاً، أما الفسخ عندهم فهي الفرقة التي لم يرض بها الزوج ولم تصدر منه حقيقة كالردة وإباء الإسلام وهي فرقة لم تقع بألفاظ الطلاق لا الصريحة ولا الكنائية، وكذلك إن الطلاق من حق الزوج الذي منحه إياه الله بدل إعطائه المهر لزوجته فهو يستعمل حقه باقتناع ورغبة سواء كان منه أو بتفويض أو بتوكيل.

---

[١] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ٦

[٢] ابن حزم، علي بن أحمد: المحلى بالآثار، تحقيق احمد محمد شاكر- بيروت: دار الفكر. ١٤٢/١٠.

مطلب: القواعد الفقهية المتعلقة في فرقة الفسخ.

بالإضافة إلى ما ذكرناه من الضوابط الرئيسية فيما يعد طلاقاً وما بعد فسخاً لدى مذاهب السادة الفقهاء، لا بدّ أن نشير هنا إلى بعض القواعد الفقهية الكلية التي تتعلق بفرقة الفسخ:

قاعدة رقم (١).

الفسخ هل يرفع العقد من أصله أو فيما يستقبل[١].

وفي لفظ آخر:

- الفسخ بالعيب ونحوه هل يرفع العقد من أصله أو من حينه[٢].

قواعد مقابلة للقاعدة:

- الفسخ رفع للعقد من حينه لا من أصله[٣].
- فسخ العقد معتبر بأصل العقد[٤].

معنى هذه القواعد:

هذه القواعد نراها تمثل وجهتي نظر مختلفتين في حكم فسخ العقد وإبطاله، هل هو من أصل العقد وإنشائه، أو هو من حين ظهور سبب الفسخ.

القاعدتان الأوليتان: تعبران عن وجهة نظر مترددة في اعتبار زمان الفسخ هل هو من الأصل أو من الحين؟ وتشير إلى وجود الخلاف.

والقاعدتان الأخريان: تعبران عن وجهة النظر القائلة: إن الفسخ رفع للعقد وإبطال له، لكن أولاهما قطعت بدون تردد إن رفعه يكون من حين ظهور سبب الفسخ لا من أصل العقد. وثانيتهما قطعت بدون تردد أيضاً إن فسخ العقد ورفعه معتبر بأصل العقد وبدئه. فهما مع قطعهما مختلفتان.

ويستثنى من هذه القاعدة: عقد النكاح لا يتم إلا بشروط منها الشهود والمهر، ولكن الطلاق وهو فسخ لعقد النكاح وإبطال له يتم بدون ذلك إذ يقع الطلاق ويبطل النكاح بمجرد تطليق الزوج ولا يشترط الإشهاد على ذلك[٥].

قاعدة رقم (٢).

يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في ابتداء العقود[٦].

معنى القاعدة:

فالفسوخ ورفع العقود يتسامح فيها ما لا يتسامح في ابتداء العقود نفسها.

---

[١] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٣٣٨.
[٢] الزركشي: المنثور في القواعد،٤٩/٣.
[٣] ابن قدامة: المغني، ١٦٢/٤.
[٤] السرخسي: المبسوط،٩٦/٢١ – ١٦٦.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٩/٧.
[٦] الزركشي: المنثور في القواعد، ٣٧٩/٣ . السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٩٣.

فمما يغتفر في الفسوخ ولا يغتفر في العقود:

- الفسخ لا يحتاج إلى قبول، بخلاف العقود فلا بد فيها من القبول.
- الفسوخ تقبل التعليقات دون العقود.
- الفسوخ لا يدخل فيها خيار بخلاف العقود.

فروع على القاعدة:

منها: يجوز توكيل الكافر في طلاقه المسلمة، ولا يجوز توكيله في العقد عليها[١].

قاعدة رقم (٣).

الطارئ بعد العقد – قبل حصول المقصود به – كالمقارن للعقد أو كالمقترن للسبب[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- الفساد الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقترن بالعقد[٣].
- الطارئ هل ينزل منزلة المقارن ؟[٤].
- المانع[٥] الطاريء هل هو كالمقارن[٦].
- الشك في المانع لا أثر له[٧].

وفي لفظ مقابل:

- ما يعرض بعد حصول المقصود لا يجعل كالمقترن بالسبب[٨].

معنى القواعد:

المراد بالطاريء: الوصف الطاريء ، أي المفاجيء. من طرأ: بمعنى نزل فجأة وحصل.

وصيغ هذه القاعدة، منها ما صيغ بالصيغة الخبرية، فدلّ على الاتفاق على أن الطارئ ينزل منزلة المقارن فيفسد العقد إن كان وصفاً مفسداً. ومنها ما ورد بصيغة الإنشاء فدل على الاختلاف في مضمونها.

وتشير هذه القواعد: أن التصرفات يشترط لصحتها ونفاذها شروط بحيث لو فقد بعضها عند ابتداء العقد أو التصرف أو قارن مانع لمنع من العقد أو التصرف.

فإذا تم التصرف بشروطه، ثم طرأ عليه ما يمكن أن يفسده أو يبطله من فقد شرط أو وجود مانع مما لو وجد عند ابتدائه لمنعه فهل هذا التصرف يبقى صحيحاً ويغتفر بعض الشروط أو يحتمل وجود المانع؟ خلاف بين أهل العلم.

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤١١/١٢.
[٢] السرخسي: المبسوط،١٥١/٢١ – ٣٤/٢٢.
[٣] المصدر السابق.
[٤] الزركشي: المنثور في القواعد،٣٤٧/٢ – الحصني: القواعد، ١٤٨/٤.
[٥] المانع عند الاصوليين: هو وصف ظاهر منضبط يلزم من وجوده انتفاء الحكم وعدمه [الأسنوي: نهاية السول ٥٤/١، الرازي: المحصول ١٣٨/١، ابن السبكي: جمع الجوامع ٨٤/١] ولكن المعنى المقصود به هنا في القواعد هو الفساد أو الفسخ.
[٦] السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٨٥.
[٧] القرافي: الفروق، ١١١/١. المقري: القواعد، ق ٦٥٠. الونشريسي: إيضاح المسالك، ص ١٩٣. زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من من المدونة، ٥٦٨/٢.
[٨] السرخسي: المبسوط،٨٨/٢٢.

وينقسم مدلول هذه القواعد أيضا إلى قسمين:

الأول: وجود الطاريء قبل حصول المقصود بالعقد، فهذا حكمه حكم المقترن بأصل العقد فيفسده إن كان مفسداً.

والثاني: وهو لفظ القاعدة الأخيرة وجود الطارئ بعد حصول المقصود بالعقد. فهذا لا يجعل كالمقترن ولا أثر له في العقد.

فما ينزل بالعقد بعد عقده وقبل حصول المقصود به يفسد العقد، وكأنه اقترن به وصاحبه بأصله، وأما إذا نزل وطرأ بعد حصول المقصود بالعقد فلا اعتبار ولا أثر له فيه.

فروع على القاعدة:

منها: الرضاع إذا قارن ابتداء العقد منعه ولو طرأ لقطعه أيضاً ولا خلاف فيه[١]. فإذا عقد على صغيرة ثم أرضعتها زوجته الكبيرة بطل زواجه من الصغيرة، لأنها صارت بنت زوجته من الرضاع وبنته هو من الرضاع وعلى زوجته الكبيرة ضمان مهر الصغيرة، لإفسادها عقد نكاحها بإرضاعها.

ومنها: إذا نكح امرأة فوطئها أبوه وابنه بشبهة أو وطئ هو أمها او ابنتها بشبهة انفسخ النكاح بينهما[٢].

ومنها: إذا شهدت امرأة أنها أرضعت رجلاً وامرأته، فلا يفرق بينهما بمجرد قولها[٣]. فرغم وجود الشك الذي الذي أثارته هذه الشاهدة في رضاعها، إلا أنه لا يفرق بينهما[٤].

قاعدة رقم (٤).

ما يمنع الابتداء يمنع البقاء[٥].

معنى القاعدة:

إذا وجد مانع يمنع من ابتداء الحكم أو التصرف فإن هذا المانع إذا وجد بعد حصول الحكم أو التصرف فهو يبطله ويمنع بقاؤه واستدامته.

فروع على القاعدة:

منها: الإرضاع يمنع ابتداء الزوجية بين المرضعة والزوج أو بين الرجل والمرأة فإذا تزوج رجل بنتا صغيرة وله زوجة أخرى كبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة فسخ نكاح الصغيرة لأنها أصبحت بنتا للزوج بالرضاع.

ومنها: إذا تزوج رجل امرأة ثم أخبره ثقة أنهما ارتضعتا من ثدي واحد وجب عليه مفارقتهما.

ومنها: إذا ملك الزوج زوجته أو الزوجة زوجها بطل نكاحهما في الكل ابتداء وبقاء[٦].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٥٩/٧.

[٢] المصدر السابق، ٢٩٧/٦. ٤٧/٧.

[٣] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢٩٣/٢.

[٤] زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٥٦٨/٢.

[٥] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ص ٤٩٤، عن التحرير ٥٩١/٤و ٩٠٤، ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ١٨٥.

[٦] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٩٧/٩.

قاعدة رقم (٥).

المحرمية كما تنافي ابتداء النكاح تنافي البقاء[١].

معنى القاعدة:

المحرمية: المراد بها ثبوت الحرمة وعدم حل النكاح. وأسباب التحريم إما رضاع وإما نسب وإما صهر.

فكما أن ثبوت الحرمة بين الرجل والمرأة تمنع انعقاد النكاح، فإذا وجدت أسباب التحريم أثناء النكاح أبطلته ومنعت بقاءه واستمراره.

فروع على القاعدة:

منها: إذا عقد رجل على بنت حرمت عليه أمها حرمة مؤبدة وإذا دخل بالأم حرمت عليه ابنتها كذلك.

فإذا تزوج امرأة ثم ماتت ولها أم فيحرم عليه الزواج منها، لأن حرمة أم الزوجة حرمة مؤبدة.

ومنها: إذا تزوج ذمي مجوسية صح النكاح بينهما وإذا أسلم أحدهما وأبى الآخر فرق القاضي بينهما لأن المجوسية لا يجوز أن يتزوجها مسلم ابتداء فكذلك بقاءً[٢].

قاعدة رقم (٦).

المؤثر من الشروط في بطلان العقد إنما هو المقارن لصيغها. فإذا تقدم الاتفاق عليه أو تأخر وقع العقد خالياً عنه فإنه لا أثر له غالباً[٣].

وفي لفظ آخر:

- المقارن للصنيع إذا كان مؤثراً. فإذا تقدم أو تأخر لا يؤثر غالباً[٤].

معنى القواعد:

هاتان القاعدتان، وإن اختلفتا صيغة ولفظاً، فهما متحدتان معنى ومفهوماً ومدلولاً، فالشروط المقارنة والمصاحبة للعقد أو التصرف هي التي تؤثر فيه سلباً أو إيجاباً، سواء منها ما كان لمصلحة الموجب أم لمصلحة القابل أم لمصلحة الطرفين. والشرط إذا كان مخالفاً لموجب العقد ومقتضاه فهو مبطل للعقد إذا كان مقارناً أو مصاحباً عند التعاقد وإجراء العقد.

لكن إذا وجدت شروط قبل انعقاد العقد ولم ينص عليها في العقد أو تأخرت عن انعقاد العقد فهل تؤثر في العقد فتبطله ؟.

فمفاد القاعدتين إذن: أنه إذا وقعت الشروط متأخرة فلا أثر لها في العقد مطلقاً، لكن إذا كانت الشروط متقدمة على العقد فمنها ما يؤثر في العقد فيبطله، ومنها ما لا يؤثر فيه بالإبطال، لأنه إما أن يعتبر الشرط وإما أن لا يعتبر[٥].

---

[١] السرخسي: المبسوط،٤١/٥.

[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٥٣١/١٠.

[٣] ابن خطيب الدهشة: مختصر قواعد العلائي، الموصل: مطبعة الجمهور،١٤٠٤هـ. ص ٢٧٨ – الحصني: القواعد، ١٤٣/٤.

[٤] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ٤٧٦/١.

[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣/٩.

قاعدة رقم (٧).

المنافي إذا تقرر فالمحترم وغير المحترم فيه سواء[١].

وفي لفظ آخر:

- المنافي يؤثر سواء كان طارئاً أم مقارناً[٢].

معنى القواعد:

المنافي: هو المعارض والمبطل للحكم أو للتصرف.

فهاتان القاعدتان تبينان أثر المنافي في التصرف أو الحكم.

فمفاد القاعدة الأولى: إذا وجد معارض للحكم ومبطل له وقد ثبت فإن ما طرأ عليه يؤثر فيه بالإبطال سواء أكان المنافي محترماً شرعاً أم غير محترم.

ومفاد القاعدة الثانية: أن هذا المنافي يكون مؤثراً في الحكم أو التصرف إذا كان مقارناً للتصرف أو طارئاً عليه على حد سواء، فالمنافي مبطل ومؤثر في فساد الفعل على كل حال.

فروع على القاعدة:

منها: إذا سبي أحد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالاتفاق فالمنافي لبقاء الزوجية هو سبي أحدهما.

ومنها: إذا أسلمت زوجة الكافر في دار الحرب ثم خرجت مراغمة لزوجها إلى دار الإسلام وقعت الفرقة بينهما لتباين الدارين أو للقصد إلى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج.

ومنها: إذا تزوج مسلم كتابية في دار الحرب على كراهة ذلك ثم خرج إلى دار الإسلام وتركها في دار الحرب حتى انتهت عدتها وقعت الفرقة بينهما ولا يقع طلاقه عليها بعد ذلك لأن النكاح قد انقطع لا إلى عدة فإن بقاءها في دار الحرب كما ينافي أصل النكاح بينها وبين الزوج العدة ولهذا لا يقع طلاقه عليها[٣].

قاعدة رقم (٨).

كل فرقة هي فسخ من كل وجه لا يقع الطلاق في عدتها، وكل فرقة هي طلاق يقع الطلاق في عدتها[٤].

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة: أن فرقة الفسخ، كالفرقة بحرمة المصاهرة كتقبيل ابن الزوج، أو خيار البلوغ أو العتق عند من يقول به، أو كإسلام الزوج لو كانت امرأته مجوسية وأبت الإسلام أو إسلام زوجة الحربي التي هاجرت إلى بلاد الإسلام، أو إذا أسلم أحد الزوجين الذميين وفرق بينهما بإباء الآخر أو كإسلام الزوجة أو ردة أحد

---

[١] السرخسي: المبسوط،٥٢/٥.

[٢] المصدر السابق،١٣٠/٥.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٨٩١/١٠.

[٤] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦١٧/٢.

الزوجين، فهذه الفرقة لا يقع الطلاق في عدتها مطلقاً، لأنه فرقة فسخ. وأما الفرقة التي تعد طلاقاً كالفرقة في الخلع الإيلاء واللعان والجب والعنة عند من يقول بذلك فيقع الطلاق في عدتها[١].

قاعدة رقم (٩).

كل نكاح يفسد من حادث من واحد من الزوجين أو حادث في واحد منهما ليس بطلاق، فهو فسخ[٢].

معنى القاعدة:

الطلاق إنهاء للحياة الزوجية تصدر من الزوج بألفاظ معينة ، فإن صدر منه فعل أو قول أو صدر من الزوجة قول أو فعل خارج عن الطلاق فهو فسخ وتترتب عليه أحكام الفسخ .

فروع على القاعدة:

منها: ملك أحد الزوجين للآخر بفسخ النكاح ، وكذلك إسلام أحد الزوجين يفسخ النكاح بعد العدة .

ردة أحد الزوجين المسلمين[٣] .

تعقيب:

والآن وبعد أن بيّنا معنى فرق النكاح، وأنواعها، والفرق بينها، والضابط فيما يعدّ طلاقاً وما يعد فسخاً، وما يترتب على كل منهما من أحكام شرعية، لا بد لنا وأن نبين بعض الأمور التي تحتاج إلى تنبيه وهي:

أولاً: إن هذه الفرق سواء أكانت طلاقاً أم فسخاً فإنها كثيراً ما تكون محتاجة إلى تمحيص قضائي، فلا بد والحال ما ذكر من صدور حكم عن القاضي بفسخ العقد، وقبل صدور الحكم، تبقى أحكام الزوجية فيها مستمرة على الرغم من وجود سبب الفرقة، حتى يصدر القاضي حكمه بها.

وذلك من حيث وجوب نفقة الزوجة على الزوج، ومن حيث ثبوت المهر، ومن حيث الميراث، ومن حيث بدء سريان العدة[٤].

مثال ذلك: إذا وجد سبب للفرقة بينهما، ثم مات أحدهما قبل الدخول وقبل أن يصدر القاضي حكمه في التفريق، فإن حق الزوجة ثابت في المهر، كما أن ميراث أحدهما للآخر ثابت إن خلا عن موانع الإرث، كاختلاف الدين.

ولكنا نؤكد ههنا أيضاً إلى أنه يجب على الزوجين المتاركة الفعلية، وتحرم المعاشرة الزوجية فيما بينهما، منذ علمهما بالسبب المؤدي إلى الفسخ، سواء أكان الفسخ لخلل رافق نشوء العقد، أو لعارض طرأ عليه بعد على نحو ما مر آنفاً، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تنص على: **ما كان مجمعاً على الفسخ فيه بالجملة، وإن اختلف في موضع الفسخ فيه، فلا يفتقر إلى القاضي.** ويحال بينهما قسراً أي تحت طائلة العقوبة الدنيوية إن لم يقبلا بالمتاركة طائعين.

---

[١] المصدر السابق، ٦١٧/٢.
[٢] الشافعي: الأم، ٢٦٩/٥.
[٣] المصدر السابق، ٢٦٨/٥ و٢١٥/٥.
[٤] الشماع: المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ص١٥٦.

ثانياً: القاعدة: أن **كل فرقة جاءت بسبب من جانب الزوجة أو وليها فإنها تسقط حق الزوجة في المهر إلا في حالة الدخول الحقيقي أو الخلوة الصحيحة.**

وكل فرقة جاءت بسبب من جانب الزوج لا تسقط شيئاً من مهر الزوجة الواجب فهي تستحق جميع مهرها بعد الدخول بها، أو تستحق نصف مهرها أو المتعة قبل الدخول، ويستثنى من هذا حالة واحدة وهي لو أن الزوج اختار فسخ الزواج قبل الدخول بسبب خيار البلوغ، فإن الزوجة لا تستحق شيئاً من مهرها.

ثالثاً: الناظر في الفرق المتقدمة وأسبابها يجد أن بعضها يوجب حرمة مؤبدة لا تحل معها الزوجة للزوج أبداً، وذلك كالفرقة الحاصلة بسبب ما يدعو إلى حرمة المصاهرة، وبعض الفرق يوجب حرمة مؤقتة بحيث يمكن للزوجة أن تعود إلى زوجها بعقد جديد بعد زوال أسباب الفرقة، ومثال ذلك: الفرقة بسبب خيار البلوغ والفرقة بسبب الردة عن الإسلام والفرقة بسبب ملك أحد الزوجين للآخر.

أما الفرقة بسبب اللعان فقد وقع اختلاف بين الفقهاء الحنفية في بيان صفة الحرمة التي تقع فيها، فقد ذهب أبو يوسف إلى أن الفرقة بسبب اللعان تثبت بها حرمة مؤبدة على الإطلاق بحيث لا تحل المرأة على زوجها بعد ذلك أبداً، وهذا الذي اختاره أبو يوسف موافق لمذهب الشافعية والمالكية والحنابلة[1]. وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا يثبت بفرقة اللعان حرمة مؤبدة، فإنه إذا خرج المتلاعنان أو أحدهما عن أهلية اللعان أو كذب الزوج نفسه فيما قذف به زوجته، فإن الحرمة في مثل هذه الحالة ترتفع بينهما، وإذا ارتفعت الحرمة بينهما يجوز للزوجة أن تعود لزوجها بعقد جديد ومهر جديد.

موقف القانون في الضابط فيما يعد طلاقاً وما يعد فسخاً:

أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري والقوانين المصرية المعمول بها إلى الآن، على وفق ما ذهب إليه الحنفية فيما ذهبوا إليه من فرق تعد طلاقاً أو فسخاً عندهم، كما أخذت بقول المالكية في الفرق الآتية:

١-التفريق لعدم الإنفاق على الزوجة، فأوجب القانون التفريق بسبب ذلك وجعله طلاقاً رجعياً (مادة ١١١).

٢-التفريق بسبب عيب في الزوج وجعل طلاقاً بائناً (مادة ١٠٨).

٣-التفريق لغيبة الزوج أو حبسه وجعل طلاقاً رجعياً (مادة ١٠٩).

٤-التفريق بسبب الشقاق أو المضارة بين الزوجين وجعل طلاقاً بائناً (مادة ١١٢).

القانون الإماراتي:

المادة ٩٨:

١- يفسخ عقد الزواج إذا اشتمل على مانع يتنافى ومقتضياته، أو طرأ عليه ما يمنع استمراره شرعاً.

٢- تقع الفرقة بين الزوجين بالطلاق أو الفسخ أو الوفاة.

٣- على المحكمة أن تحاول قبل إيقاع الفرقة بين الزوجين إصلاح ذات البين.

---

[1] ابن الهمام: فتح القدير، ٢١/٣. ابن عابدين: حاشية رد المحتار ٣٩٢/٢. الشافعي: الأم ٤٨/٢. ابن قدامة: المغني، ٢٩٨/٦، ٦٣٩.

الفصل الخامس
مشروعية الفرقة في النكاح وحكمها
والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول: في مشروعية الفرقة في النكاح والحكمة من ذلك والقواعد الفقهية المتعلقة بحكمة مشروعيتها.

المبحث الثاني: في حكم الفرقة في النكاح وصفتها والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول
مشروعية الفرقة في النكاح والقواعد المتعلقة بذلك

المطلب الأول
مشروعية الفرقة في النكاح

اتفق أهل العلم على أصل مشروعية التفريق أو الطلاق، واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع، من هذه الأدلة:

أولاً: القرآن الكريم.

- قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩].

ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة قد بينت صفة الطلاق الرجعي المشروع بأنه مرتان.

- وقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[البقرة:٢٣٦].

ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة قد رفعت الإثم عمن طلق امرأته قبل المسيس.

- وقوله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا﴾[النساء:١٣٠].

ووجه الدلالة: أن البيان القرآني قد أشار إلى مشروعية الفرقة بين الزوجين، فإذا قدر الله وحصلت الفرقة لسبب ما، فإن الله تعالى يغني كلاً من الزوجين من سعته وفضله وهو الحكيم الخبير.

- وقد سميت سورة في القرآن بسورة الطلاق، وجاء فيها قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا ٱلْعِدَّةَ﴾[الطلاق:١].

ووجه الدلالة: أن التوجيه القرآني قد بيّن أن الطلاق المشروع يجب أن يكون مستقبلاً العدة، وذلك كما بينه حديث عبد الله بن عبد عمر رضي الله عنه الذي سنذكره لاحقاً.

ثانياً: السنة النبوية الشريفة.

وقد وردت أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الطلاق منها:

- حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها)[١].

- حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم: (مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء)[٢].

فقد أقر عليه الصلاة والسلام ابن عمر رضي الله عنه على طلاق زوجته، بعد أن بين له طلاق السنة.

ثالثاً: الإجماع.

انعقد الإجماع منذ عصر الصحابة حتى وقتنا الحاضر على مشروعية الطلاق. وما يخلو كتاب من كتب الأحاديث أو الفقه الجامعة، إلا وفيها باب يتحدث عن الطلاق، بل إنَّ هناك من العلماء من أفرده بمؤلف خاص.

المطلب الثاني
حكمة مشروعية الطلاق

شرع الحق سبحانه وتعالى النكاح للاقتران بين الزوجين مدى الحياة، وذلك من أجل قيام أسرة مستقرة، تكفل للزوجين وللأولاد السعادة والمودة والرحمة.

وشرعه سبحانه وتعالى على أنه عقد دائم أبديّ، وميثاق شرعيّ، وعلاقة مقدسة بين الزوجين، واتفق الفقهاء على أن عقد الزواج يبطله التأقيت لمدة، لأنه لا يحقق المقاصد السامية له من إنجاب النسل ورعايته في أسرة مستقرة إلا بدوامه.

وقد جعل الله سبحانه وتعالى الزواج سكناً للنفس، وسبباً من أسباب الطمأنينة والسعادة وسبيلاً لتجدد الحياة البشرية بإنجاب الأولاد. يقول المعصوم صلى الله عليه وسلم: (الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة)[٣]. قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾[البقرة:١٨٧].

---

[١] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في المراجعة، ٢٨٥/٢ برقم ٢٢٨٣، النسائي: السنن الكبرى، ٤٠٣/٣. برقم ٥٧٥٥. ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، ٦٥٠/١ برقم ٢٠١٦. ابن حبان: صحيح ابن حبان، باب الرجعة، ١٠٠/١٠، برقم ٤٢٧٥. الدارمي: السنن، باب في الرجعة، ٢١٤/٢، برقم ٢٢٦٤ و٢٢٦٥. البيهقي: السنن الكبرى، باب إباحة الطلاق، ٣٢١/٧، برقم ١٤٦٦٩. والحاكم: المستدرك، ٢١٥/٢. برقم ٢٧٩٦ و٢٧٩٧ .وصححه الذهبي.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن،٢٠١١/٥ برقم ٥٢٥١، ورواه مسلم في صحيحه– كتاب الطلاق – باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، ١٠٩٣/٢– برقم ١٤٧١.

[٣] رواه مسلم في صحيحه، باب خير متاع الدنيا المرأة الصالحة، ١٠٩٠/٢ برقم ١٤٦٧. وابن ماجه: السنن، في باب أفضل النساء، بلفظ: "إنما الدنيا متاع وليس من متاع الدنيا شيء أفضل من المرأة الصالحة " ٥٩٦/١. برقم ١٨٥٥ وبلفظ آخر برقم ١٨٥٦: "ليتخذ أحدكم قلبا شاكرا ولسانا ذاكرا وزوجة مؤمنة تعين أحدكم على أمر الآخرة" وبلفظ آخر برقم ١٨٥٧ "أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول: ما استفاد المؤمن بعد تقوى الله خيرا له من زوجة صالحة إن أمرها أطاعته وإن نظر إليها سرته وإن أقسم عليها أبرته وإن غاب عنها نصحته في نفسها وماله".

وحين شرع الإسلام الزواج وضع الضوابط التي تجعله سعيداً قائماً على المودة والرحمة وحسن العشرة، كما قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[الروم:٢١].

ففي البداية: نبّه الإسلام الرجال والنساء إلى حسن اختيار الشريك والشريكة في الزواج عند الخطبة، فقد ورد عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم)[١]. وقال صلى الله عليه وسلم: (لا تزوجوا النساء لحسنهن، فعسى حسنهن أن يرديهن، ولا تزوجوهن لأموالهن فلعل أموالهن أن تطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين، ولأمة خرماء سوداء ذات دين، أفضل)[٢]، وقال صلى الله عليه وسلم: (تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك)[٣]، وقال صلى الله عليه وسلم: (تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم)[٤]، وقال صلى الله عليه وسلم لأولياء النساء: (إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد)[٥].

كما شرع الإسلام الخطبة كمقدمة للزواج، يرى الرجل فيها شريكة حياته، وترى المرأة شريك حياتها، قبل العقد، حتى يطمئن كل منهما إلى أن في الآخر ما يرغبه في التزوج به والحياة الطويلة معه، فعن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال خطبت امرأة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم (هل نظرت إليها؟ قلت لا. قال: انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما)[٦]، وعن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل" قال جابر: فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها وتزوجها فتزوجتها)[٧].

---

[١] ابن ماجه: السنن، باب الأكفاء، ٦٣٣/١ برقم ١٩٦٨. البيهقي: السنن الكبرى، باب اعتبار الفاءة، ١٣٣/٧، برقم ١٣٥٣٦. الدارقطني: السنن، ٢٩٩/٣، برقم ١٩٨. ابن أبي شيبة: المصنف، ٢٥/٤ برقم ٢٠٣ عن عروة بن الزبير. وأوردها ابن حجر في الفتح ١٢٥/٩ وأشار إلى أن فيها مقالاً. ثم عزاه إلى أبي نعيم من حديث عمر، ثم قال: ويقوى أحد الإسنادين بالآخر.

[٢] ابن ماجه: السنن، باب تزويج ذات الدين، ٥٩٧/١ برقم ١٨٥٩. والبيهقي: السنن الكبرى، باب استحباب التزوج بذات الدين، ٨٠/٧ برقم ١٣٢٤٧. والبزار: مسند البزار، ٤١٣/٦. برقم ٢٤٣٨. من حديث عبد الله بن عمرو. وفي إسناده راو ضعيف كما في ترجمته في ميزان الاعتدال للذهبي ٥٦٢/٢.

[٣] رواه البخاري في صحيحه، باب الأكفاء في الدين، ١٩٥٨/٥ برقم ٤٨٠٢. ورواه مسلم في صحيحه، باب استحباب نكاح ذات الدين، ١٠٨٦/٢ من حديث أبي هريرة برقم ١٤٦٦.

[٤] أبو داود: السنن، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، ٢٢٠/٢، برقم ٢٠٥٠. والنسائي: السنن الكبرى، باب الحث على النكاح، ٢٧١/٣ برقم ٥٣٤٢. والحاكم: المستدرك على الصحيحين، كتاب النكاح ١٧٦/٢ برقم ٢٦٨٥. والبيهقي: السنن الكبرى، باب استحباب التزوج بالودود الولود ، ٨١/٧، برقم ١٣٢٥٣. وفي لفظ آخر: "فإني مكاثر الأنبياء يوم القيامة" رواه أحمد في مسنده ١٥٨/٣، برقم ١٢٦٣٤. وابن حبان: الصحيح، كتاب النكاح، باب ذكر العلة التي من أجلها نهى عن التبتل، ٣٣٨/٩ برقم ٤٠٢٨. وورد أيضاً عند ابن حبان في باب ذكر الزجر عن تزويج الرجل من النساء من لا تلد، ٣٦٣/٩، برقم ٤٠٥٦. وإسناده حسن.

[٥] الترمذي: السنن، باب ما جاء إذاجاء كم من ترضون دينة فزوجوه ، ٣٩٤/٣. برقم ١٠٨٤. و٣٩٥/٣ برقم ١٠٨٥. وقال حسن غريب. والبيهقي: السنن الكبرى، باب الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي، ٨٢/٧. برقم ١٣٢٥٩.

[٦] الترمذي: السنن، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، ٣٩٧/٣، برقم ١٠٨٧. وقال حديث حسن. النسائي: السنن الكبرى، باب إباحة النظر إلى المرأة قبل تزويجها، ٢٧٢/٣. برقم ٥٣٤٦. وابن ماجه: السنن، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، ٥٩٩/١ برقم ١٨٦٥. و٦٠٠/١ برقم ١٨٦٦.

[٧] أبو داود: السنن، باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، ٢٢٨/٢ برقم ٢٠٨٢. وأحمد في مسنده ٣٣٤/٣ برقم ١٤٦٢٦. ١٤٦٢٦. ورواه أحمد بلفظ آخر "إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه ان ينظر إليها إذا كان إنما ينظر إليها لخطبته وان كانت لا تعلم" ٤٢٤/٥ برقم ٢٣٦٥٠. وفي لفظ آخر أيضاً "إذا خطب أحدكم المرأة فقدر أن يرى منها بعض ما يدعوه إليها فليفعل" ٣٦٠/٣ برقم ١٤٩١٢. ورواه البيهقي: السنن الكبرى، باب نظر الرجل إلى المرأة يريد أن يتزوجها، ٨٤/٧. برقم ١٣٢٦٥.

وكذلك أعطى المرأة حقها أن تنظر إلى من يتقدم لزواجها ولها كامل الحق والحرية في اختيار شريك حياتها، دون ضغط عليها أو اكراه من أحد، وكما يبحث الرجل عن الجمال والحسن، فإن المرأة كذلك تبحث عما يبحث عنه الرجل، قال عمر رضي الله عنه: (لا تكرهوا بناتكم على الرجل الذميم فإنهن يحببن من ذلك ما تحبون)[١].

وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله وكيف إذنها قال أن تسكت)[٢]، وقد حدث في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم كما حكت عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها: (أن فتاة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله: إن أبي زوجني ابن أخيه يرفع بي خسيسته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الأمر إليها قالت: فإني أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شئ)[٣].

ثم بعد الخطبة والزواج، ولكي تتحقق مقاصد الزواج وتؤتي ثمراته الطيبة، حثّ الشارع الحكيم كلاً من الزوجين على حسن العشرة والرفق والتآلف والتعاون على البر والتقوى، وجعل على كل منهما واجبات، وأعطى لكل منهما حقوقاً على الآخر، كل ذلك لاستمرار تلك الرابطة المقدسة في ظل التعاطف والتألف، ودعا إلى عدم التأثر بما يعرض الحياة الزوجية للانقطاع.

وحثّ الرسول صلى الله عليه وسلم كذلك على حسن معاملة كل من الزوجين لصاحبه، فقال صلى الله عليه وسلم مخاطباً الأزواج: (خيركم خيركم لأهله)[٤]. وضرب صلى الله عليه وسلم المثل الأعلى والقدوة العليا في حياته مع أزواجه رضوان الله عليهم، حتى إنه صلى الله عليه وسلم كان يعاون أهله في المنزل، ويكون في حاجتهم، كما كان جميل العشرة، دائم البشر، يداعب أهله، ويتلطف بهم، ويوسعهم نفقة، ويضاحك نساءه، حتى إنه كان إذا صلى العشاء يدخل منزله يسمر مع أهله قليلاً قبل أن ينام يؤانسهم بذلك[٥]. وهذا تطبيق عملي منه صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[النساء:١٩].

وأمر صلى الله عليه وسلم كذلك الزوجة في حسن معاشرة زوجها، فعن أم سلمة رضي الله عنه قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أيما امرأة باتت وزوجها عنها راض دخلت الجنة)[٦]، ويقول الإمام الشوكاني[٧] في تعليقه على هذا الحديث: "وفيه الترغيب العظيم إلى طاعة الزوج وطلب مرضاته وأنها

---

[١] ابن أبي شيبة: المصنف، ٤٩/٤، برقم ٢٦١. و ١٩٦/٤ برقم ٢٧١.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، ١٩٧٤/٥ برقم ٤٨٤٣. ورواه مسلم في صحيحه، ٩ باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ١٠٣٦/٢ برقم ١٤١٩.

[٣] النسائي: السنن الكبرى، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة، ٢٨٤/٣، برقم ٥٣٩٠. ابن ماجه: السنن، باب من زوج ابنته وهي كارهة، ٦٠٢/١ برقم ١٨٧٤. ورواه أحمد في مسنده ١٣٦/٦، برقم ٢٥٠٨٧. البيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في إنكاح البكر، ١١٨/٧ برقم ١٣٤٥٤.

[٤] الترمذي: السنن، باب فضل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ٧٠٩/٥ برقم ٣٨٩٥. ابن ماجه: السنن، باب حسن معاشرة النساء، ٦٣٦/١برقم ١٩٧٧. ورواه ابن حبان في صحيحه، باب ذكر البيان بأن من خيار الناس من كان خيراً لامرأته، ٤٨٤/٩ . برقم ٤١٧٧. البيهقي: السنن الكبرى، باب فضل النفقة، ٤٦٨/٧.

[٥] ابن كثير: تفسير القرآن العظيم- بيروت، دار ابن كثير، ١٩٩٤، ٤٦٦/١.

[٦] الترمذي: السنن، باب ما جاء في حق الزوج على المرأة، ٤٦٦/٣ برقم ١١٦١. وفي لفظ: "ماتت" بدلاً من باتت، رواه ابن ماجه: السنن، باب حق الزوج على المرأة، ٥٩٥/١. برقم ١٨٥٤. والحاكم: المستدرك على الصحيحين، ١٩١/٤. برقم ٧٣٢٨.

[٧] الشوكاني (١١٧٣-١٢٥٠هـ) محمد بن علي، فقيه مجتهد من كبار علماء صنعاء اليمن. وولي قضاءها ومات حاكماً بها. وكان يرى تحريم التقليد. له ١١٤ مؤلفا منها (نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار)، (فتح القدير) في التفسير، (السيل الجرار) في شرح الأزهار في

موجبة للجنة"[1]، وجعل الإسلام الحقوق والواجبات بين الزوجين مشتركة كل له حقوق على الآخر وعليه واجبات تجاهه فقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٨].

إلا أن ذلك كله –على أهميته– قد لا يضمن استمرار السعادة والاستقرار بين الزوجين، فالحياة الزوجية من أدق العلاقات الإنسانية، إذ إنها تنبعث من القلوب، لذلك قد لا تستمر تلك الحياة على وتيرة واحدة من الألفة والمحبة والتفاهم، ويحدث بين الزوجين ما يعكر صفوهما ويفسد عيشهما ويقضي على المودة بينهما، فربما قصّر أحد الزوجين في الأخذ بما تقدم، وربما أخذا به، ولكن جدّ في حياة الزوجين الهانئين ما يثير بينهما القلاقل والشقاق، كمرض أحدهما أو عجزه وربما كان ذلك بسبب عناصر خارجة عن الزوجين أصلاً، كالأهل والجيران وما إلى ذلك، وقد يكره الزوج زوجته لكونها لا تنجب ومفوتة عليه أمنية كان يحلم بها قبل الزواج ويطلبها بالزواج وهي الولد فيأخذ الزوج في ظلم زوجته منتحلاً المعاذير لفراقها وقد يتعدى حدود الله في ذلك، وربما كان سبب ذلك انصراف القلب وتغيره، وسبحان من بيده القلوب[2].

ولقد راعى الإسلام طبيعة البشرية في الإنسان، واختلاف الطباع بين الزوجين، بما قد يحدث بينهما ما يعكر الصفو ويكدر الحياة، فقدم القرآن الكريم من الأدوية ما يعالج ذلك كله، فقال تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ ٱلْأَنفُسُ ٱلشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾[النساء:١٢٨]. وقال تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾[النساء:٣٤]، وقال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[النساء:٣٥].

وقد استحسن القرآن الكريم إلحاح النبي صلى الله عليه وسلم على زيد بأن يمسك زوجته بالرغم من استمرار الشقاق بينهما، قال تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِى أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَٱتَّقِ ٱللَّهَ﴾[الأحزاب:٣٧].

فاعتبر القرآن الكريم الامتناع عن الطلاق من نوع التقوى والبر[3]. وفي تصرفه عليه الصلاة والسلام قدوة للمسلمين في محاولة إزالة أسباب الخلاف وإعادة الأمور إلى نصابها بين الزوجين.

ولكن المشاهد في كل أمة وفي كل عصر أنه قد يزداد الخلاف، حتى يصبح جو الحياة الأسروية جحيماً لا يطاق، ويصبح اقتران الزوجين عذاباً وشقاقاً أليماً، من سوء التفاهم وزوال الثقة واختلاف الأمزجة، وربما يتدخل المعارف والأقارب للإصلاح، ويتعذر إصلاح ذات البين ورأب الصدع، الأمر الذي يجعل استمرار العلاقة الزوجية بين الزوجين نقمة وشقاء لا نعمة وسعادة. وربما يتدخل المعارف والأقارب للإصلاح، فإذا

الفقه (وإرشاد الفحول) في الأصول. [الشوكاني: البدر الطّالع بمحاسن من بعد القرن السّابع-بيروت: دار الكتب العلميّة٢/٢١٤ -٢٢٥ ونيل الأوطار ٣/١].

[1] الشوكاني: نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح منتقى الأخيار، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٥، ٦/٢٢٠٦.

[2] بدران أبو العينين: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ٣٠٤-٣٠٥

[3] الكبيسي، أحمد عبيد: الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ١/٢٠٢..

عجزوا فذلك أن النزاع قد استعصى على الحل والضرر أصبح حاصلاً من استمرار الزواج. ومن المباديء الشرعية: لا ضرر ولا ضرار.

وعندما يكون النزاع قد استعصى على الحل، والضرر أصبح حاصلاً من استمرار الزواج، وفي هذه الحالة لا بد من اختيار واحد من أمور ثلاثة:

فإما البقاء على رابطة الزواج مع النفرة والشقاق فيعيش الزوجان والضغينة والبغض والحقد بينهما، وهذه حال لا يمكن اختيارها وإن اختيرت لا يمكن بقاؤها وإن بقيت فليست من صالح الأسرة في شيء.

وإما الفراق الجسدي كما هو الحال لدى بعض الطوائف غير المسلمة مع البقاء على الزوجية نظريا فقط وتصير المرأة كالمعلقة فلا هي زوجة تنعم بالحياة الزوجية ولا هي مسرحة بالمعروف فيغنيها الله من سعته.

وإما الفراق برفع قيد الزواج بعد أن صار غلاً ونقمة وهو في أصله سعادة ونعمة.

ولا شك أن المنطق السليم يوجب حين تعذر استمرار الزواج بمودة ورحمة، اختيار طريق الفراق، لذلك كان الطلاق هو الدواء الناجع، لوضع حد لمرض الخلافات المزمنة والمشاحنات المستمرة، وهو وإن كان لا يخلو من ضرر بأحد الزوجين إلا أنه أخف الشرين[1]. وأصبح ضرورة لا بد منها.

إذ لو كان الموت وحده هو المخلص من الزواج الفاشل لتنوعت صنوف القتل واتسعت طرائقه ولكن شرعَ اللهِ العليم الحكيم بما يصلح عباده، لا يغمض عينيه عن واقع الحياة، فجاءت أحكام الطلاق في الإسلام من جملة التشريعات التي تعالج مشكلات الزوجية بحلول عملية مفيدة، فأذن به بعد أن تسد جميع الأبواب الموصلة إلى إزالة الجفاء وعودة الوئام.

ويستأنس في ذلك بما ورد عن ابن عباس: (أن زوجة ثابت بن قيس بن شماس[2] أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت له: يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته ؟ قالت: نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[3].

فالحكمة الإلهية جعلت لكل ضيق مخرجاً، فأباحت انحلال هذه الرابطة تمشيا مع الفطرة الإنسانية وجعلته استثناء من قاعدة الديمومة في الزواج المبني على الألفة والمودة والرحمة والسكينة والمشاركة العاطفية والوجدانية بين الزوجين، فإذا انعدمت تلك المشاركة العاطفية كان الفراق هو الحل الطبيعي لجفاف العاطفة وتلاشي الحب.

---

[1] شقفة، محمد فهر: شرح أحكام الأحوال الشخصية، ١٤-١٥

[2] ثابت بن قيس بن شماس بن زهير الخزرجي، أبو محمد وقيل أبو عبد الرحمن، كان من نجباء أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم وأحد كتاب الوحي جهير الصوت خطيب الأنصار شهد أحداً وبيعة الرضوان، قتل في اليمامة سنة ١٢هـ وزوجه هي جميلة بنت عبد الله بن أبي ابن سلول [ابن حجر: الإصابة في تمْييز الصّحابة - بيروت: دار الفكر.٢٦١/٤، أسد الغابة٥١/٧].

[3] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع ، ٢٠٢١/٥. برقم ٤٩٧١. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣. برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٣/١. برقم ٢٠٥٦. وقد اختلف في اسم إمرأة ثابت هذه، والذي حققه الحافظ ابن حجر في الفتح: أنها جميلة أخت عبد الله بن أبي بن سلول.[العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ٣٩٨/٩].

ولقد شرع الخبير الحكيم الطلاق على مراحل، كي يفسح المجال للتروي، وأملاً بعودة الوفاق بدل الشقاق، على أن إيقاع الحرمة بين الزوجين في الطلاق تتم على مراحل بحيث لا تكون بائنة قاطعة لمجرد إيقاعه، فقد تلتئم القلوب بعد مظهر التنافر ويتبين أن النفرة غير مستحكمة ولو بدت وقت الطلاق مستحكمة وقد يكون الطلاق لأمر عارض قد زال أو لنزوة طيش لم يتدبر فيها ذوو الشأن الأمور.

فالمتتبع لأحكام الطلاق وآثاره وتبعاته ليظهر له أن الشارع الحكيم قد حرص على وضع العقبات والعراقيل أمام المطلق للتفكير وإعادة النظر: من اشتراطه التطليق في الطهر الذي لم يجامع فيه، واستقبال العدة، وتكرار الطلاق على مراحل يفصل بينها أحداث وفترات زمنية طويلة نوعاً ما، وإمكانية المراجعة وتدارك خطأ الطلاق بتشريع الرجعة، وتشريعه نفقة للعدة لإشعاره أنها ما زالت مسؤولة منه وأنها على وشك أن تحرم، ثم اشترط عليه أن تتزوج من آخر بعد الطلاق ثلاثاً إن أراد مراجعتها وفي ذلك ما فيه من إثارة حمية الزوج ورجولته[1].

وقد استعمل القرآن الكريم أثناء عرضه لأحكام الطلاق من أساليب الإيحاء بصفات الله تعالى من الحلم والرحمة والمغفرة والعلم وأساليب الوعد والوعيد والترغيب والترهيب والتذكير بنعم الله تعالى وآلائه والتحذير من تجاوز حدوده ما يلفت المسلم الواعي ويجعله يحسب ألف حساب وحساب حين يقدم على هذا الأمر.

قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[البقرة:٢٣١].

والطلاق بمقتضى أحكام الإسلام قابل للرجوع فيه وإعادة الحياة الزوجية إلى مجراها الطبيعي لأنه يقع على مراحل كما أشار إلى ذلك القرآن الكريم: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ. فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾[البقرة:٢٢٨-٢٢٩].

ففي المرحلة الأولى يقع الطلاق رجعياً فلا يزيل عصمة النكاح ولا يفصم الحياة الزوجية نهائيا ويكون للزوج خلال العدة أن يرجع زوجته غلى عصمته ومن حكمة العدة أن يعود الرجل خلالها عن إصراره على فصم تلك الرابطة المقدسة وأن تقلع المرأة عن خصامها لزوجها وعن سوء معاملته إن كان منها العدوان.

فلا تأتي المرحلة الثالثة التي تفصم فيها عرى الزوجية نهائياً، إلا بعد أن تكون الوشائج كلها قد تقطعت وبعد أن تكون الخلافات قد استحكت والقلوب قد تنافرت بحيث لم يسعدها إلا الافتراق بعد أن يستحيل العش الزوجي الذي كان الأمل بالسعادة والنعيم والهناء لكل من الزوجين إلى جحيم ومصدر النزاع والشقاء لكليهما ويصبح التمسك بتلك الرابطة سبباً للضرر والإسلام يأبي الضرر[2].

---

[1] الزّيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق-القاهرة: المطْبعة الكبْرى الأميرية،١٨٩٢، ١٨٨/٢.

[2] يأتي توضيح ذلك عند الحديث عن حكم طلاق البدعة.

كل ذلك للحيلولة دون انفصال هذين الزوجين اللذين ارتبطا بعقد قدسه الله وكرمته الشريعة حتى إذا استعصى الداء وتعذر الشفاء ولم يجد الدواء واستحال انقاذ تلك الرابطة الزوجية لتعود إلى ما يجب أن تكون عليه كان لا بد من الفراق بإحدى صوره التي ذكرناها سابقاً.

لقد شرع الطلاق في الإسلام على أنه أبغض الحلال إلى الله، لكنه ضرورة اجتماعية لحل مشكلات الأسرة، وذلك حينما تصير العلاقة الزوجية نقمة بعد أن كانت نعمة، فالحاجة داعية إليه، وربما يستبدل كل منهما بزوجه زوجاً آخر قد يتآلف فيه ويتبادل معه المودة والرحمة، قال تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا﴾[النساء:١٣٠].

ولم يكن الإسلام شغوفاً بشرعية الطلاق، ولا داعياً إليه والإكثار منه، إنما شرعه على كره وبغض له كعلاج ينهي الخلاف ويقضي على أسباب النزاع فما من شك أن الطلاق يحسم الداء ويطفيء نار العداوة بين الزوجين ويقلل من دائرة النزاع الذي لا يلبث أن تمتد جوانبه إلى أقارب الزوجين. وتكتوي بناره الأسر، وينتج عنه من الكوارث والجرائم ما لا يعلم مداه إلا الله.

ولو أن الناس لزموا حدود الله وعملوا بهدي رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم لما وقعت شكوى من أحكام الطلاق في الإسلام ولبقيت الأسرة متينة العرى يرفرف عليها الهناء[١].

المطلب الثالث

القواعد الفقهية المتعلقة بحكمة مشروعية فرق النكاح

إن الشريعة الإسلامية قد جاءت لإقرار المصالح ولمنع المفاسد، فما من مصلحة إلا وقد أقرها الشرع، وما من مفسدة إلا وقد نهى عنها الشرع.

والنكاح فيه خير ومصلحة لذلك أقره الشارع الحكيم ورغب فيه، والطلاق شر وضرر ومفسدة نهى عنه الشارع الحكيم وضيق فيه، ولكن حينما تتلاشى أسس المودة والرحمة المرجوة من النكاح، وعندما يعتريها ضعف وتتحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق، بحيث تنقلب المودة إلى قطعية، والمحبة إلى بغضاء، ويتعذر بقاء النكاح عندئذ، وتستحكم الخلافات، ويقع الشقاق، وعندما تكون استدامة النكاح سبباً لامتداد المنازعات، عندئذ تأتي القواعد الفقهية الكلية لتقرر مشروعية الطلاق تخلصاً من عقدة ذلك النكاح الفاشل، لأن المصلحة الغالبة تكون حينئذ في الطلاق.

يقول العلامة الكاساني رحمه الله: شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد –أي مقاصد النكاح– فتغلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه[٢].

---

[١] الشماع: المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ١١٧-١١٨.

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١١٢/٣.

بناء على هذا جاءت الشريعة الإسلامية مجملة بقواعدها ومقاصدها الكلية، ومفصلة في أحكامها الفرعية، لتقر مشروعية الطلاق على ما فيه من الضرر.

وإليك جملة من القواعد الفقهية التي تبين هذه الأحكام في مشروعية الطلاق، ومنها:

قاعدة رقم (١).

المشقة تجلب التيسير[١].

معاني مفردات القاعدة:

المشقة: بالتحريك، وتشديد القاف مصدر شق، والجمع مشاق ومشقات: الصعوبة والشدة والحرج والعسر والعناء الخارجين عن حد العادة في الاحتمال[٢].

ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بَٰلِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ ٱلْأَنفُسِ﴾[النحل:٧].

والتيسير: التخفيف واللين والتسهيل؛ يقال يسر الأمر إذا سهل واليسر يدل على انفتاح الشيء وخفته[٣].

والمراد بالمشقة الجالبة للتيسير: المشقة التي تنفك عنها التكليفات الشرعية، أما المشقة التي لا تنفك عنها التكليفات الشرعية، فهي من مستثنيات هذه القاعدة، وذلك كمشقة الجهاد، وألم الحدود، ورجم الزناة، وقتل البغاة، والمفسدين والجناة، فلا أثر لها في جلب تيسير ولا تخفيف[٤].

والمعنى اللغوي الإجمالي للقاعدة: أن الصعوبة والعناء تصبح سبباً للتسهيل والخفيف ورفع الحرج.

وقد وردت أدلة كثيرة على هذه القاعدة منها: قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[البقرة:١٨٥]، وقوله تعالى أيضاً: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۚ﴾[الحج:٧٨].

وقال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦ وَٱعْفُ عَنَّا وَٱغْفِرْ لَنَا وَٱرْحَمْنَا أَنتَ مَوْلَىٰنَا فَٱنصُرْنَا عَلَى ٱلْقَوْمِ ٱلْكَٰفِرِينَ﴾[البقرة:٢٨٦].

وقوله عليه الصلاة والسلام: (إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة)[٥].

وقوله صلى الله عليه وسلم أيضاً: (يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا)[٦].

وقوله صلى الله عليه وسلم أيضاً: (بعثت بالحنيفية السمحة)[٧].

---

[١] الحصني: القواعد، ٣٠٨/١. مجلة الأحكام العدلية مادة ١٧

[٢] الفيروزأبادي: القاموس (مادق شقق) والزبيدي: تاج العروس، ٣٩٩/٦.

[٣] الفيروزآبادي: القاموس، (مادة يسر)، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ١٥٥/٦.

[٤] الحصني: القواعد ٣٢٥/١.

[٥] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، ٢٣/١ برقم ٣٩.

[٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا، ٣٨/١ برقم ٦٩، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب في الأمر بالتيسير وترك التنفير ١٣٥٩/٣ برقم ١٧٣٤.

[٧] رواه البخاري في صحيحه، باب الدين يسر وقول النبي صلى الله عليه وسلم أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة، ٢٣/١، برقم ٢٨. ورواه الإمام أحمد في مسنده، ٢٦٦/٥ برقم ٢٢٣٤٥.

وقد أورد أهل العلم أن من تطبيقات هذه القاعدة تيسير مشروعية الطلاق، لمشقة بقاء الزوجية عند تنافر الزوجين، وكذا الخلع، وكذا كل موضع شرع فيه خيار الفسخ لها، لما في صبرها على تلك الحالة من المشقة، حيث لم يجعل الطلاق بيدها[١].

قاعدة رقم (٢).

الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة[٣]:

- يختار أهون الشرين[٤].
- يختار أهون الشرين أو أخف الضررين.
- يدفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما.
- إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر.
- يدفع شر الشرين.
- يدفع الضرر الأشد بالأخف[٥].
- إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما[٦].
- ارتكاب إحدى المفسدتين لدفع أعلاها[٧].
- دفع أعلى المفاسد بأدناها.

ومعنى الضرر في اللغة: هو خلاف النفع[٨].

وفي الاصطلاح: عرفه الإمام الفخر الرازي رحمه الله بأنه: ألم القلب، لأن الضرب يسمى ضرراً، وتفويت منفعة الإنسان يسمى ضرراً، والشتم والاستخفاف يسمى ضرراً، ولا بد من جعل اللفظ اسماً لمعنى مشترك بين هذه الصور دفعاً للاشتراك، وألم القلب معنى مشترك فوجب جعل اللفظ حقيقة فيه[٩].

معنى القاعدة:

تشير هذه القواعد إلى أن الضرر ليس على درجة واحدة، وإنما يتفاوت في ذاته وفي آثاره، والضرر يجب دفعه ورفعه لقاعدة: الضرر يزال[١٠]، وقاعدة: (لا ضرر ولا ضرار)[١١]، ولكن إذا لم يمكن إزالة الضرر

---

[١] الحصني: القواعد ٣٢٥/١.
[٢] مجلة الأحكام العدلية م ٢٧، الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ١٩٩، الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٢١٩/١.
[٣] الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٢١٩/١. ٢٢٦/١، ٢٣٠/١
[٤] مجلة الأحكام العدلية مادة ٢٩.
[٥] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٨٧-٨٨
[٦] مجلة الأحكام العدلية مادة ٢٨.
[٧] قال ابن رجب رحمه الله تعالى: القاعدة الثانية عشر بعد المئة إذا اجتمع للمضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون الضرورة وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضرراً. لأن الزيادة لا ضرورة إليها فلا تباح) انظر: ابن رجب: تقرير القواعد ٤٦٣/٢.
[٨] الجوهري، إسماعيل بن حمّاد: الصحاح- تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ١٩٧٩م، ٧١٩/٢.
[٩] الرزاي: المحصول ١٤٣/٣.
[١٠] مجلة الأحكام العدلية مادة ١٩.
[١١] مجلة الأحكام العدلية مادة ١٨.

نهائياً، وكان بعضه أشد من بعض، ولا بد من ارتكاب أحدهما فتقرر هذه القواعد أن الضرر الأعلى والأشد يزال ويرفع ويتجنب بارتكاب الضرر الأدنى والأخف، وذلك لعظم الأول على الثاني.
وإذا وقعت المفاسد فيجب دفعها ما أمكن، ولكن إذا تعذر درء الجميع، لزم دفع الأكثر فساداً فالأكثر، لأن القصد تعطيل المفاسد وتقليلها بحسب الإمكان، فإذا اضطر إنسان لارتكاب أحد الفعلين الضارين دون تعيين أحدهما مع تفاوتهما في الضرر والمفسدة، لزمه أن يختار أخفهما ضرراً ومفسدة، لأن مباشرة المحظور لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة، والضرورة تقدر بقدرها. ومراعاة أعظم الضررين بإزالته.

قال ابن النجار الفتوحي رحمه الله: (فدرء العليا منها أولى من درء غيرها وهذا واضح يقبله كل عاقل واتفق عليه أولو العلم)[١].
وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: (فلا يجوز دفع الفساد القليل بالفساد الكثير ولا دفع أخف الضررين بتحصيل أعظم الضررين فإم الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها بقدر الإمكان ومطلوبها ترجيح الخيرين إذا لم يمكن أن يجتمعا جميعاً ودفع الشرين إذا لم يندفعا جميعاً)[٢].

والأدلة على هذه القواعد كثيرة؛ كقوله تعالى: ﴿وَٱلْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ ٱلْقَتْلِ﴾[البقرة:١٩١]، والقتال في المسجد في الحرام وقتال الفئة الباغية.
يقول الشيخ أحمد الزرقا رحمه الله (فالضرر لا يزال بمثله، ولا بما هو فوقه، بل بما هو دونه)[٣].

وبناء على هذه القواعد الفقهية، فقد ذكر أهل العلم أن مشروعية الطلاق من تطبيقات تلك القواعد، حيث إن الطلاق فيه ضرر، ومع ذلك يرتكب وتطلق الزوجة للضرر والإعسار لأنه تعارض مع ضرر أشد وأعظم[٤].

قاعدة رقم (٣).

درء المفاسد أولى من جلب المصالح[٥].

ألفاظ أخرى للقاعدة[٦]:

- درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.
- عناية الشرع بدرء المفاسد أشد من عنايته بجلب المصالح.
- تقدم المصلحة الغالبة على المفسدة النادرة ولا تترك لها.

معنى القاعدة:

---

[١] ابن النجار: شرح الكوكب المنير، ٤٤٨/٤.
[٢] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٤٣/٢٣
[٣] الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ١٩٥
[٤] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٩٦، الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ١٩٩، الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٢١٩/١، الدعاس: القواعد الفقهية، حماة: منشورات مكتبة الغزالي، ط٢، ص ٢٥. علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤٠/١.
[٥] مجلة الأحكام العدلية ٣٠. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٢٠٥
[٦] الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٢٣٨/١.

تشير هذه القواعد أن الأصل في الشريعة الإسلامية أنها جاءت لجلب المنافع ودرء المفاسد، فإذا تعارضت مصلحة ومفسدة، قدم دفع المفسدة غالباً، لأن الشرع حريص بدفع الفساد، ويعتني بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات. فالمفاسد تراعى نفياً والمصالح تراعى إثباتاً[١].

والأصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام: (ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم)[٢]. وقوله عليه الصلاة والسلام: (إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه)[٣].

يقول العز بن عبد السلام رحمه الله[٤]: (إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى: ﴿فَٱتَّقُوا ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ﴾[التغابن:١٦]، وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة، درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة)[٥].

ويقول أيضاً رحمه الله: (إن المنافع والمفاسد مختلطة في الأفعال والمصالح المحضة قليلة، والمفاسد المحضة قليلة، والأكثر منها ما اشتمل على المصالح والمفاسد)[٦].

ويقول الشاطبي رحمه الله: (فالمباح ضربان: أحدهما أن يكون خادماً لأصل ضروري أو حاجي أو تكميلي، والثاني: أن لا يكون كذلك، وهذا الثاني: إما أن يكون خادماً لما ينقض أصلاً من الأصول الثلاثة المعتبرة، أولا يكون خادماً لشيء، كالطلاق فإنه ترك للحلال الذي هو خادم لكلي إقامة النسل في الوجود، وهو ضروري أو حاجي أو مكمل لأحدهما، فإذا كان الطلاق بهذا النظر خرماً لذلك المطلوب ونقضاً عليه كان مبغضاً، ولم يكن فعله أولى من تركه إلا لمعارض أقوى، كالشقاق وعدم إقامة حدود الله)[٧].

والطلاق قد تترتب عليه بعض الأضرار التي تصيب الأسرة وخصوصاً الأولاد، فهو يعرضهم للخطر، ولكن هذا لا يعد خطيراً بجانب الأضرار الكبيرة التي تصاب بها الأسرة والمجتمع، في حال بقاء الزوجية المضطربة والحياة السيئة التي يعيشها الزوجان المتباغضان، لذا فإن الطلاق علاج مرّ لمشكلة استعصت على الحل، لا سيما وقد اتخذ الإسلام الضمانات التي تكفل المحافظة على الأولاد وتربيتهم تربية مناسبة لمقدرة الوالد ومع هذا فقد نفر الإسلام من الطلاق وشرع من الوسائل التي تجعله في أضيق الحدود حتى لا يصار إليه إلا عند الحاجة واشتداد الضرر وحين لا يجدي علاج سواه[٨].

---

[١] الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٢٠٥، الدعاس: القواعد الفقهية، ٢٧، اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ط٣.- السعودية ١٤١٠هـ، ص٤٤، المقري: القواعد، ٤٤٣/٢ ق٢٠١.

[٢] رواه مسلم في صحيحه، باب توقيره صلى الله عليه وسلم وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه أو لا يتعلق به تكليف وما لا يقع ونحو ذلك، ١٨٣٠/٤. برقم ١٣٣٧. ورواه أحمد في مسنده ٢٤٧/٢. برقم ٧٣٦١. و٣٥٥/٢ برقم ٨٦٤٩. ، البيهقي: السنن الكبرى، باب من لم يجد ماء ولا تراباً، ٢١٥/١ برقم ٩٧٠.

[٣] رواه مسلم في صحيحه، باب فرض الحج مرة في العمر، ٩٧٥/٢. برقم ١٣٣٧. ورواه أحمد في مسنده، ٤٥٦/٢. برقم ٩٨٨٨. و٥٠٨/٢ برقم ١٠٦١٥. البيهقي: السنن الكبرى، باب وجوب الحج مرة واحدة، ٣٢٥/٤. برقم ٨٣٩٨.

[٤] العز بن عبد السلام (٥٧٧-٦٦٠هـ) عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، سلطان العلماء. فقيه شافعي مجتهد. ولد بدمشق وتولي التدريس والخطابة بالجامع الأموي. انتقل إلى مصر فولي القضاء والخطابة. له: (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) و(الفتاوى)، و(التفسير الكبير). [طبقات السبكي ٨٠/٥، العز بن عبد السلام، محمد الزحيلي – دمشق: دار القلم]

[٥] العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام - تحقيق نزيه حمَّاد وعثمان ضميرية- دمشق: دار القلم، ٢٠٠٠، ٨٤/١.

[٦] العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ١٢/١.

[٧] الشاطبي: الموافقات، ٩٠/١-٩١.

[٨] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٤٤٦/٣، ابن قدامة: المغني ٢٣٣/١٠، أبو زهرة: الأحوال الشخصية ٢٧٩، بدران أبو العينين: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ٣٠٤.

ويقول الكاساني رحمه الله: (شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة، لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما، وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد، فتنقلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه)[١].

وقال ابن قدامة الحنبلي[٢] رحمه الله: (ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة وضرراً محضاً بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه)[٣].

قاعدة رقم (٤).

الضرورات تبيح المحظورات[٤].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة من فروع القاعدة الكلية التي سبق ذكرها (المشقة تجلب التيسير)[٥]، والقاعدة: (إذا ضاق الأمر اتسع)[٦] التي استنبطها العلماء من قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[البقرة:١٨٥]، وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[الحج:٧٨].

والأصل في هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[الأنعام:١١٩]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[المائدة:٣].

وقد ذكر أهل العلم أن مجمل هذه القواعد يؤيد مشروعية الطلاق، إذ إن الضرورة تبيح الطلاق ولو كان محظوراً، وذلك رفعاً للحرج، ودفعاً للمشقة الحاصلة من التنافر والبغضاء عند البقاء على عقدة النكاح الفاشلة[٧].

قاعدة رقم (٥).

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة[٨].

ألفاظ أخرى للقاعدة[٩].

- الحاجة تنزَّل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة في إباحة المحظور.
- الحاجة العامة تنزَّل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الناس.

معنى القاعدة:

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ٨٩/٣

[٢] ابن قدامة (٥٤١-٦٢٠ هـ) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد المقدسي ثم الدمشقي. أصله من جماعين بفلسطين. رحل إلى بغداد بغداد ثم إلى دمشق، فقيه حنبلي، قال العز ابن عبد السلام (ما طابت نفسي بالإفتاء حتى صار عندي نسخة من المغني لابن قدامة) له(المغني في الفقه)،و(الكافي)، و(المقنع) و(روضة الناظر) [ذيل طبقات الحنابلة ص١٣٣-١٤٦، والبداية والنهاية حوادث سنة٦٢٠].

[٣] ابن قدامة: المغني ٢٣٤/٨.

[٤] مجلة الأحكام العدلية مادة ٢١. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ١٨٥، الزحيلي: القواعد الفقهية، ٢٧٦/١

[٥] مجلة الأحكام العدلية مادة ٢١.

[٦] مجلة الأحكام العدلية مادة ١٩.

[٧] اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ٣٩. الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٢٦٦/١.

[٨] مجلة الأحكام العدلية ٣٢. الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة ٢٨٨/١

[٩] الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٢٨٨/١

إن تعريف الضرورة الواردة في القاعدة السابقة كما ذكره العلماء: هي بلوغ الحد الذي إذا لم يتناول معه الممنوع حصل الهلاك أو قريب منه[1]. كخشية الهلاك جوعاً، أو الإكراه الملجيء، أو غير ذلك من الضرورات. وظاهر هذا يفيد أن الطلاق لا يعدّ من ضمنها.

لكن هذه القاعدة تأتي لتستدرك المعنى، فتنص على أن الحاجة وإن كانت أدنى درجة من الضرورة، لكنها إذا مست عندما تستدعي تيسيراً أو تسهيلاً على الناس والجماعة للحصول على المقصود، فإنها تتنزل منزلة الضرورة، ويثبت لها الحكم الثابت للضرورة في القاعدة السابقة.

ومعنى هذه القاعدة أن التسهيلات الاستثنائية في الشرع لا تقتصر على حالات الضرورة الملجئة، بل تشمل التسهيلات حاجات الجماعة أيضاً مما دون الضرورة.

والفرق فيما يجوز للضرورة وما يجوز للحاجة، أن ما يجوز للحاجة إنما يكون فيما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل، أو لم يرد فيه شيء منهما، ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، وجعل ما ورد في نظيره وارداً فيه. أو كان فيه منفعة ومصلحة. أما الضرورة فلا[2].

وهذا كله ينطبق تماماً على حال الطلاق المشروع، إذ وردت نصوص تجوزه عند الضرورة أو الحاجة، وفيه درء مفسدة ودفع ضرر.

وهناك فرق آخر بين الضرورة والحاجة، هو أن الحكم الثابت بالضرورة ينتهي بانتهاء الاضطرار، بخلاف الحكم الثابت بالحاجة، فهي تثبت بصورة دائمة، يستفيد منها المحتاج وغير المحتاج طالما أنها لا تصادم النصوص.

يقول أستاذنا الدكتور محمد الزحيلي: (فالحاجة تتنزل، فيما يحظره ظاهر الشرع، منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة، وتنزيلها منزلة الضرورة في كونها تثبت حكماً، وإن افترقا في كون حكم الحاجة مستمراً وحكم الضرورة مؤقتاً بمدة قيام الضرورة، إذ الضرورة تقدر بقدرها)[3].

والخلاصة، أن مسيس حاجة الناس للطلاق يشرعه ويبيحه، إذ فيه أهون الشرين وأخف الضررين، وفيه دفع مفسدة وضرر، والله تعالى أعلم.

---

[1] الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٢٠٩-٢١٠، الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٢٦٦/١.

[2] الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٢٠٩-٢١٠، الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٢٩١/١.

[3] الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٢٨٨/١.

المبحث الثاني
حكم الفرقة في النكاح وصفتها
والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

المطلب الأول
حكم الفرقة في النكاح

لكل تصرف حكم تكليفي شرعي بالنسبة إلى طلب الشارع له أو منعه إياه، فلا بد لهذا التصرف أن تعتريه أحد أقسام الحكم التكليفي الخمسة من وجوب أو ندب أو إباحة أو كراهة أو حرمة[١].

والفرقة في النكاح تصرف شرعي تعتريها أحد هذه الأحكام التكليفية. وإليك أقوال أهل العلم في ذلك:

قال ابن عابدين في حاشيته: (وإيقاعه –أي الطلاق– مباح عند العامة.. ويستحب لو كانت مؤذية أو تاركة صلاة، ويجب لو فات الإمساك بالمعروف. ويحرم لو بدعياً)[٢].

وجاء في الشرح الكبير: (إن الطلاق من حيث هو جائز قد تعتريه الأحكام الأربعة: من حرمة وكراهة ووجوب وندب)[٣].

وقال الحصني في كتاب القواعد: (واعلم أن الطلاق قد يكون واجباً وحراماً ومندوباً ومكروهاً)[٤].

وجاء في تحفة المحتاج في شرح المنهاج: (وهو –أي الطلاق– إما واجب أو مندوب أو حرام أو مكروه أو مباح)[٥].

وجاء في المغني لابن قدامة: (والطلاق على خمسة أضرب: واجب ومكروه ومباح ومندوب إليه ومحظور)[٦].

فهذه نقول لأقوال بعض الفقهاء تبين أحكام فرق النكاح، يمكن إجمالها بما يلي[٧]:

أولاً: الوجوب: تكون الفرقة واجبة كحالة طلاق المولي بعد التربص إذا أبى الفيئة، وكذلك إذا وجد سبب يستوجب الفرقة كعنة في الزوج منعت دخوله بزوجه وكما في الشقاق بين الزوجين إذ يراه الحكمان.

---

(١) الحكم التكليفي: هو خطاب الله تعالى الموجه إلى المكلف بطلب الفعل أو بطلب تركه وهو ما يعبر عنه بالإقتضاء، أو التخيير بين الفعل والترك، وأثر طلب الفعل هو الفرض أو الوجوب والندب، وأثر طلب الترك هو الحرمة أو الكراهة، أما التخيير فأثره الإباحة. أما الفرض أو الواجب فهو: ماكان طلب الشارع له على سبيل الإلزام، كقوله تعالى: (وأقيموا الصلاة). وأما الندب: ما كان طلب الشارع له على سبيل الترجيح لا الإلزام، كقوله تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء). وأما الإباحة: ما كان المكلف مخيرا بين فعله أو تركه كالأكل والشرب وغيرها من المباحات. وأما الكراهة: ما يطلب به المنع عن فعله على سبيل الترجيح لا الإلزام. وهو ما يقابل الندب. وأما الحرمة: وهو ما نهى الشارع عن فعله على سبيل الإلزام، كقوله تعالى: (حرمت عليكم أمهاتكم). وهو ما يقابل الوجوب. وقد ذهب جمهور المتكلمين من الأصوليين إلى ذلك، أما الأحناف فقد قسموا الحكم التكليفي إلى سبعة أقسام وهي الفرض والواجب والمندوب والمحرم والمكروه تحريماً والمكروه تنزيهاً والمباح، [انظر: البخاري: كشف الأسرار ٣٠٢/٢، التفتازاني: التلويح على التوضيح ١٢٣/٢، الغزالي: المستصفى٥٥،٦٥/١، البناني: حاشية البناني على جمع الجوامع ٧٩/١، ابن قدامة: روضة الناظر ١٤٥/١، الأسنوي: نهاية السول ٧١/١] ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير ٧٧/١، الطوفي: شرح مختصر الروضة-مؤسسة الرسالة، ٢٦١/١.]

(٢) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٢٨/٣. .

(٣) الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٦١/٢، وانظر أيضاً: الدردير: الشرح الصغير، ٤٢٣/٢

(٤) الحصني: القواعد، ٢١٢/٤.

(٥) ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ٢/٨. . وانظر أيضاً: الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٧/٣.

(٦) ابن قدامة: المغني، ٩٧/٧. . وانظر أيضاً البهوتي: كشاف القناع، ١٣٩/٣.

(٧) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٢٩/٣-٢٣١، الدردير: الشرح الكبير:٣٦١/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٧/٣، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ٨/٣، ابن قدامة: المغني، ٩٧/٧. . وانظر أيضاً البهوتي: كشاف القناع، ١٣٩/٣.

ثانياً: الندب: تكون الفرقة مندوبة عند تفريط الزوجة في حقوق الله الواجب عليها، مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه إجبارها عليها أي على حقوق الله. أو كانت الزوجة غير عفيفة. ويستحب الطلاق أيضا في الحال التي تحوج المرأة إلى المخالفة من شقاق وغيره ليزيل الضرر. أو كأن يعجز عن القيام بحقوقها ولو لعدم الميل إليها، أو إذا ما تباغض الزوجان ويرى بعض الفقهاء أنه في هذه الحال يكون مباحاً لا مندوباً.

ثالثاً: الحرمة: تكون الفرقة محرمة إذا ما كانت فيما حرمه الشارع كما في الطلاق البدعي ومنه الطلاق حال الحيض أو في طهر جامعها فيه.

رابعاً: الكراهة: وأخيرا تكون الفرقة مكروهة إذا لم يوجد ما يبررها، كما إذا وقع بدون سبب مع استقامة الحال.

خامساً: الإباحة: تكون الفرقة مباحة عند الحاجة إليه إذا كانت المرأة سيئة الخلق أو العشرة. وكذا يباح للتضرر بها من غير حصول الغرض بها فيباح له دفع الضرر عن نفسه.

لكن أهل العلم رحمهم الله قد اختلفوا في القسم الأخير من تلك الأحكام، وهو الإباحة. وهذا يتبين لنا جلياً من أقوال الفقهاء التي ذكرناها آنفاً، فتارة يعدونها خمسة أضرب، وتارة يعدونها أربعة، حيث ذهب فريق منهم إلى اندراج الإباحة في حكم الطلاق في فرق النكاح، بينما فذهب أكثر الفقهاء إلى أن الإباحة لاتعتري أحكام الفرقة في النكاح.

المطلب الثاني
القواعد الفقهية المتعلقة في حكم الطلاق

إن سبب اختلاف الفقهاء في حكم اندراج الإباحة أو عدمه، اختلافهم في الأصل في حكم الطلاق هل هو الحظر أم هو الإباحة؟ بمعنى هل يباح للرجل أن يطلق زوجته من دون وجود سبب من الأسباب التي ذكرناها آنفاً، وذلك بمجرد أن الشارع قد ملكه الإرادة والقدرة على الطلاق؟ وهل يأثم شرعاً إذا أقدم على مثل هذا التصرف ؟ وما مدى أو كيفية تدخل القضاء والقانون إذا عرضت عليه مثل تلك الحالات؟.

وسوف نذكر في هذا المطلب مذاهب الفقهاء في حكم طلاق الرجل زوجته من دون سبب. والأصول والقواعد الشرعية التي استند إليها كلا الفريقين. ثم نعقب على ذلك بما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة وما عليه العمل في اجتهادات المحاكم الشرعية.

هل الأصل في الطلاق الحظْر أو الإباحة ؟ على قوْلين.

القول الأول: الأصل في الطلاق الحظر.

ومعنى ذلك: أن الفرقة أو الطلاق حين تعتريه تلك الأحكام التي ذكرنا آنفاً، فتجعله واجباً أو مندوباً أو مكروهاً أو محرماً، إنما هي لأمور عارضة خارجة عن الأصل، أو الحكم الأصلي للطلاق. فيكون مثلاً – كما ذكرنا– واجباً حين تحكيم الحكمين أو مندوباً عند وجود تقصير في المرأة، ومحرما إذا كان بدعياً.

أما إذا خلا الأمر عن هذه الأمور أو الأسباب العارضة التي بيناها سابقاً، فإن الأصل في الطلاق هو المنع أو الحظر، ولا يباح للرجل أن يطلق زوجته من دون سبب أو حاجة شرعية، مجرد التشهي أو العبث أو لمجرد أنه ملّ من عشرتها وملازمتها، ويأثم فاعله شرعاً، وذلك لكونه مضراً، ويكون مسيئاً أو متعسفاً في استعمال الحق، الذي أناط له الشارع استخدامه عند الضرورة أو الحاجة[١].

وقد قال بهذا القول أكثر أهل العلم، وإليك بعض أقوالهم في ذلك:

قال المرغيناني في الهداية: (الأصل في الطلاق الحظر)[٢].

وقال ابن الهمام في فتح القدير: (والأصح حظر الطلاق إلا لحاجة للأدلة المذكورة)[٣].

وجاء في بدائع الصنائع: (إن النكاح عقد مسنون، بل هو واجب لما ذكرنا في كتاب النكاح، فكان الطلاق قطعاً للسنة وتفويتاً للواجب، فكان الأصل هو الحظر والكراهة إلا أنه رخص للتأديب أو التخليص)[٤].

وجاء في فتاوى الذخيرة: (الأصل في الطلاق الحظر والإباحة باعتبار الحاجة)[٥].

ونقل ابن نجيم في البحر الرائق عن المعراج: (ومن الناس من يقول: لا يباح إيقاعه إلا لضرورة كبر سن أو ريبة)[٦].

وجاء في شرح العناية على الهداية: (إن الأصل في الطلاق الحظر)[٧].

وجاء في الفتاوى الهندية: (الطلاق محظور نظراً إلى الأصل، ومباح نظراً إلى الحاجة)[٨].

وقال ابن عابدين: (وأما الطلاق، فإن الأصل فيه الحظر بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، وهو معنى قولهم: الأصل فيه الحظر، والإباحة للحاجة إلى الخلاص، فإذا كان بلا سبب أصلاً لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص، يكون حمقاً وسفاهة رأي، ومجرد كفران نعمة، وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها، ولهذا قالوا: إن سببه الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى، فليست الحاجة مختصة بالكبر والريبة، فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعاً، يبقى على أصله من الحظر)[٩].

ونقل أيضا ابن عابدين في الحاشية فقال: (وقال البابرتي: ولأن الطلاق الأصل فيه الحظر، لما فيه قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الأديان؛ والمصالح الدنيوية لما فيه من السكن والازدواج واكتساب الولد، وكل ما هو كذلك ينبغي ألا يجوز وقوعه في الشرع، إلا أنه أبيح للحاجة إلى الخلاص)[١٠].

---

[١] لقد تناول الإمام الشاطبي موضوع التعسف تحت مسمى الاستعمال المذموم، فقال: (هو تناول المباح على غير الجهة المشروعة، واستعمال النعمة على غير الوجه المقصود منها) [الشاطبي: الموافقات ١٦٣/٣].

[٢] المرْغيناني:، برْهان الدّين على بنْ أبي بكْر: الهداية شرْح بداية المبْتدي- بيروت: دار الكتب العلميّة،، ٢٢١/١.

[٣] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٢/٣.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٥/٣.

[٥] برهان الدين محمود بن عبد العزيز: فتاوى الذخيرة في الفقه الحنفي، ١٦٦/١.

[٦] ابن نجيم: البحر الرائق، ٢٥٢/٣.

[٧] البابرتي: العناية في شرح الهداية، مطبوع على هامش فتح القدير ، القاهرة: المطبعة التجارية، ٢٤/٣.

[٨] جماعة من العلماء: الفتاوى الهندية، ٣٤٨/١.

[٩] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٢٢٨/٣.

[١٠] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٢٨/٣.

وجاء في كشاف القناع: (ويباح الطلاق عند الحاجة إليه، ويكره من غير حاجة)[١].
وجاء في المحرر: (ويكره الطلاق لغير حاجة، وعند الإمام أحمد يحرم، ويباح عند الحاجة)[٢].
وقال ابن تيمية: (إن الأصل في الطلاق الحظر، وإنما أبيح منه قدر الحاجة)[٣].
وقال ابن تيمية أيضاً: (لولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه، ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحياناً)[٤].
وقال الشيخ محمد أبو زهرة: (ومع تقرير الفقهاء أن الطلاق حق للرجل، واتفاقهم على أنه لا يكون إلا عند الحاجة إليه، قد اختلفوا في الأصل في الطلاق، أهو الحظر أم الإباحة. ولقد قال المحققون من الفقهاء أن الأصل في الطلاق المنع حتى توجد حاجة إليه، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾[النساء:٣٤]، ولا شك أن الطلاق مع عدم الحاجة إليه بغي عليها، واتخاذه سبيلا للفراق الظالم حمق. هذا ولأن الزواج نعمة، والطلاق قطع له، وقطع النعمة لا يجوز، إلا إذا زالت صفتها، وأيضا فإن الزواج عقد أبدي لازم، والقياس ألا ينهيه أحد العاقدين بإرادته المنفردة، ولكن أجيز للحاجة فقط، فإذا لم تكن ثمة حاجة يبقى القياس وهو المنع)[٥].

أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر:

وقد استدل القائلون بهذا الرأي بأدلة منها:
١- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾[النساء:٣٤]. ووجه الدلالة أنه لا بغي أشد نكراً من تطليق بغير جريرة أو سبب. فذلك ظلم للزوجة، فإن كان الطلاق لمبرر من عدم طاعة أو كراهية أو نفور، جاز الطلاق وإلا فلا، فهو مشروط وليس مطلق الإباحة.

٢-كما احتجوا بما رواه محارب بن دثار[٦] عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم أجمعين قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم: (أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق)[٧]. وفي لفظ (ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق)[٨].
ووجه الدلالة في هذا الحديث: أن الحلال المراد به في هذا الحديث ما قابل الحرام وهو الجائز[٩].

---

[١] البهوتي: كشاف القناع، ١٣٩/٣.
[٢] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ١٦/٣.
[٣] المرجع السابق، ١٦/٣.
[٤] المرجع السابق.
[٥] أبو زهرة: الأحوال الشخصية ٢٨٢.
[٦] محارب بن دثار بن كردوس السدوسي الكوفي الفقيه، قاضي الكوفة وليها لخالد بن عبد الله القسري، حدث عن ابن عمر وجابر بن عبد الله وعبد الله بن يزيد الخطمي وجماعة، وليس حديثه بالكثير. حدث عنه شعبة والثوري وعدد كثير. وكان ثقة حجة توفي ١١٦هـ. [سير أعلام النبلاء ٥١٥/٣].
[٧] رواه أبو داود: السنن، باب في كراهية الطلاق، ٢٥٤/٢. برقم ٢١٧٨. وابن ماجه: السنن، في كتاب الطلاق، ٦٥٠/١ برقم ٢٠١٨. والبيهقي: السنن الكبرى، في كتاب الخلع والطلاق باب ما جاء في كراهية الطلاق، ٣٢٢/٧. برقم ١٤٦٧١.
[٨] رواه أبو داود في السنن، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق ٢٥٤/٢ برقم ٢١٧٧. والبيهقي: السنن الكبرى، في كتاب الخلع والطلاق باب ما جاء في كراهية الطلاق، ٣٢٢/٧. برقم ١٤٦٧٢.
[٩] وقد ورد في القرآن الكريم مثل هذا بقوله تعالى:(وأحل الله البيع وحرم الربا) [البقرة:٢٧٥]

فهو ليس إذن ممنوعاً منعاً باتاً، ولا يتناول من أقسام الحكم التكليفي إلا المكروه، وذلك لقرينة إضافة البغض إليه، حيث إنه لا يعقل أن يكون المقصود من الحلال المبغوض الواجب، وحيث إن المندوب والمباح كلاهما لا يوصفان بأن الله يبغضهما، لأن ذلك يتنافى مع الطلب على سبيل الاستحسان كما هو الشأن في المندوب، وعلى سبيل التخيير في الفعل والترك على وجه المساواة بينهما كما هو شأن الإباحة، وعليه يكون المعنى أبغض المكروهات إلى الله تعالى الطلاق[1].

٣-وكذلك بما رواه أبو موسى الأشعري رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا تطلق النساء إلا من ريبة. إن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات)[2].

وهذا الحديث ظاهر في دلالته على أن الطلاق لا يكون إلا لريبة أو سبب فهو مكروه. وقيل حرام وهو رواية عن أحمد كما ذكرنا، وعلى هذه الرواية لا تعتريه الكراهة، وهو ما يتفق مع حكمة شرعة الطلاق فإنه لم يشرع إلا للخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء وتنافر الطباع، ونحو ذلك مما يؤدي إلى عدم إقامة حدود الله تعالى أو إلا لتجنب مكروه لا تتحقق معه أغراض الزواج، فإذا ما أقدم عليه الزوج لغير مبرر، كان كفراً لنعمة الله تعالى، وظلماً لزوجه بإفساد حياتها، وقطع آمالها، وانقطاع رجائها، وتضييع أولادها، وكل ذلك اعتداء هو بالحرام أشبه، وبه أمس فلا يمكن أن يكون مباحاً.

٤-حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أيُّما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة)[3].

ووجه الدلالة: أن الحديث دلَّ بمنطوقه على أن الطلاق إن لم يكن له مبرر فإن موقعه آثم، ولولا أنه محظور ما استحقت المرأة هذا العقاب الشديد إن هي طلبته.

٥-وعن ابن عباس رضي الله عنهما: أن أبا أيوب طلق امرأته فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: (يا أبا أيوب إن طلاق أم أيوب كان حوبا)[4]، والحوب هو الإثم.

ووجه الدلالة: أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر أبا أيوب أن يكفّ عن طلاق زوجته وأن يمسكها، وعلل ذلك بأن الطلاق فيه معصية وإثم. ولو كان مباحاً لما أمره أن يكف عن طلاقها.

---

[1] وقد رأى بعض الفقهاء أن هذا الحديث فيه إشكال، إذ كيف يكون الطلاق حلالاً وهو بغيض إلى الله تعالى ؟ والجواب ما ذكرناه أن معنى الحلال هو المكروه أو المحظور. [انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ٢٥٢/٣ وحاشية الدسوقي:٤٢٢/٢، وانظر أيضاً الخفيف، علي: محاضرات عن فرق النكاح، ١٤].

[2] البزار في المسند، ٧٠/٨ برقم ٣٠٦٤، و٧١/٨ برقم ٣٠٦٦. والطبراني: المعجم الكبير، ١٦٧/٢٠وفي الأوسط ٨ /٤١٣ وقال: وأحد وأحد أسانيد البزار فيه عمران القطان، وثقه أحمد وابن حبان، وضعفه يحيى بن سعيد وغيره". ورواه الهيثمي: مجمع الزوائد، باب فيمن يكثر الطلاق وسبب الطلاق، ٣٣٥/٤. من حديث عبادة بن الصامت. وقال: رواه الطبراني، وفيه راو لم يسم. وبقية إسناده حسن" وقوله: "الذواقين والذواقات"- قال ابن الأثير: "يعني السريعي النكاح السريعي الطلاق". وذكره الزمخشري في المجاز من كتاب الأساس. وقال: "كلما تزوج أو تزوجت، مد عينه أو عينها إلى أخرى أو آخر". [النهاية في غريب الحديث ٢٣٠/٢].

[3] ابن ماجه: السنن، باب كراهية الخلع للمرأة، ٦٦٢/١. برقم ٢٠٥٤ و٢٠٥٥ . والدارمي: السنن، باب النهي أن تسأل المرأة زوجها طلاقها، ٢١٦/٢ برقم ٢٢٧٠. ورواه أحمد في مسنده، ٢٧٧/٥. برقم ٢٢٤٣٣. والبيهقي: السنن الكبرى، باب ما يكره للمرأة من مسألتها طلاق زوجها، ٣١٦/٧ برقم ١٤٦٣٧. ورواه الترمذي وحسنه في كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات، بلفظ (أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة) ٤٩٢/٣. برقم ١١٨٦.

[4] الطبراني: المعجم الكبير ١٩٥/١٢، برقم ١٢٨٧٦. و١٣٦/٢٥ برقم ٣٢٨. والهيثمي: مجمع الزوائد، باب في أم أيوب، ٢٦٢/٩ وقال وقال رواه الطبراني وفيه يحيى بن عبدالحميد الحماني وهو ضعيف. وأخرج الحاكم في المستدرك: أنه كان بين أبي طلحة وبين أم سليم كلام فأراد أبو طلحة أن يطلق أم سليم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال إن طلاق أم سليم لحوب هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه [٣٣٠/٢]. وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد كذلك في باب مناقب أم سليم، ٢٦٢/٩ والبيهقي كذلك في السنن الكبرى، باب ما جاء في كراهية الطلاق، ٣٢٣/٧ برقم ١٤٦٧٨.

٦-التفريق بين المرء وزوجه من عمل السحرة والشياطين، قال الله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ﴾[البقرة:١٠٢]. وعن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن إبليس يضع عرشه على الماء ثم يبعث سراياه فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة يجيء أحدهم فيقول فعلت كذا وكذا فيقول ما صنعت شيئا قال ثم يجيء أحدهم فيقول ما تركته حتى فرقت بينه وبين امرأته قال فيدنيه منه ويقول نعم أنت)[١].

٧-الزواج نعمة من نعم الله تعالى على الإنسان وآية من آياته تعالى قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[الروم:٢١]. والزواج عقد مسنون، بل هو واجب أحياناً، فكان الطلاق قطعاً للسنة. وتفويتاً للواجب، وفي الطلاق من غير حاجة كفران للنعمة وجحود بها وقطع للصلة والمودة ونكران لهذا الرباط المقدس. ويؤدي إلى مناقضة مقصد الشارع من النكاح، كحفظ النسل، والإحصان وحفظ الأنساب، وحفظ أواصر القرابة النسبية والصهرية، بالإضافة إلى ما ينشأ من دواعي الشحناء والبغضاء بين الأسر والعائلات، فتحصل القطيعة والهجران، المنافيان لحكمة الاجتماع والاتحاد والوئام، كما يخلف الطلاق من غير حاجة آثاراً وعواقب غير محمودة، كتشرد الأطفال، وترمل المطلقات مما يؤدي إلى أعباء اجتماعية، ومآسٍ خلقية خطيرة. لهذا كله كان الطلاق في الأصل محظورا إلا لحاجة، فيكون مباحاً.

القول الثاني: الأصل في الطلاق الإباحة.

ومعنى هذه الأصل: أن الحكم الأصلي للطلاق إنما هو الإباحة، إذ هو ملك وحق للزوج، يمكن أن يوقعه متى شاء، ولو بدون أي سبب. وحتى لو خلا الأمر عن أمور عارضة خارجة تستدعي الوجوب أو الندب أو الحرمة أو الكراهة.

وبذلك يباح للرجل أن يطلق زوجته متى شاء ولا يأثم شرعاً ولا يعاقب قضاء.

وإليك أقوال أهل العلم في ذلك:

جاء في الدر المختار: (إيقاعه (أي الطلاق) مباح عند العامة، لإطلاق الآيات)[٢].

وقال ابن نجيم في البحر الرائق عند حديثه عن صفة الطلاق: (فالحق إباحته (أي الطلاق) لغير حاجة) ثم يقول: (لإطلاق الآيات فإنه يقتضي الإباحة مطلقاً). وقال عن اختيار ابن الهمام الذي نقلناه عن الفتح – أن الأصح حظره إلا لحاجة– أنه: (اختيار القول الضعيف وليس المذهب عن علمائنا)[٣].

ويقول السرخسي:(وإيقاع الطلاق مباح، وإن كان مبغضاً في الأصل عند عامة العلماء)[٤].

ونقل الزيلعي[١] عن النهاية: (إن إيقاع الطلاق مباح)[٢].

---

[١] رواه مسلم في صحيحه، كتاب صفة القيامة والجنة والنار، باب تحريش الشيطان وبعثه سراياه لفتنة الناس وأن مع كل إنسان قريناً، ٢١٦٧/٤ برقم ٢٨١٣.

[٢] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ٢٢٧/٣

[٣] ابن نجيم: البحر الرائق، ٢٥٢/٣.

[٤] السرخسي: المبسوط، ٢/٦. وقد نقل هذا القول أيضاً ابن نجيم في البحر الرائق عن المعراج، انظر البحر الرائق ٢٥٢/٣.

وقال القرطبي: فدلّ الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور. قال ابن المنذر[٣]: وليس في المنع منه خبر يثبت[٤].

أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الإباحة:

وقد استدل القائلون بالإباحة بأدلة منها:

١-قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[البقرة:٢٣٦].

ووجه الدلالة: أن التعبير القرآني "لا جناح عليكم" يفيد رفع الحرج عن الأمة وهو ما يعني الإباحة.

٢- وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا ٱلْعِدَّةَ﴾[الطلاق:١]. فالآية تفيد طريقة ايقاع الطلاق، أما حكم الطلاق فلم نتحدث عنه مما يعني إباحته ولو لم يكن مباحاً لما ذكرت الآية طريقة ايقاعه[٥].

٣-قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩].

ووجه الدلالة: أن الله تعالى بيَّن أن الطلاق مرتان، ورفع الإثم والمؤاخذة عمَّن طلَّق امرأته ما دام مطلقاً للسنة مستقبلاً العدة، وذلك دليل على الإباحة لا التحريم.

٤-فعل النبي صلى الله عليه وسلم: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها)[٦]. والنبي صلى الله عليه وسلم لا يفعل ما فيه حظر على الأمة إلا إذا دل دليل على خصوصيته رضي الله عنها بذلك كوصل الصيام ولا يوجد هنا دليل يصرف فعله صلى الله عليه وسلم عن الإباحة.

٥-فعل الصحابة رضوان الله عليهم، فقد طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه زوجه أم عاصم وفعل ذلك غيره كعبدالرحمن بن عوف والمغيرة بن شعبة والحسن بن علي رضوان الله عليهم أجمعين.

٦-ثم إن الطلاق إزالة لملك النكاح بطريق الإسقاط، فيكون مباحاً في الأصل كالإعتاق[٧].

المناقشة والترجيح:

إن ما احتج به بعض الفقهاء من أن الأصل في الطلاق الإباحة، استدلالاً بالآية الكريمة وهي قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ﴾[البقرة:٢٣٦]، ليس دليلاً على إباحة الطلاق، وليس لهم في ذلك كله مستند، لأن الآية إنما تدل على نفي الجناح في تطليق حدث قبل المساس أو الدخول، وعند عدم الفرض

---

(١) الزيلعي(٧٤٣هـ) عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلعي، من أهل زيلع بالصومال. فقيه حنفي. قدم القاهرة سنة ٧٠٥هـ ودرس وأفتي وقرر ونشر الفقه. كان مشهوراً بمعرفة النحو والفقه والفرائض. له (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق) في الفقه؛ و(الشرح على الجامع الكبير) [الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص١١٥؛ والدرر الكامنة ٤٤٦/٢].

(٢) الزيلعي: تبيين الحقائق، ١٨٩/٢.

(٣) ابن المنذر(٢٤٢-٣١٩هـ) أبو بكر محمد بن ابراهيم النيسابوري. من كبار الفقهاء المجتهدين. لم يكن يقلد أحد، أكثر تصانيفه في بيان اختلاف العلماء له: (الإجماع) و(الإشراف على مذاهب أهل العلم) و(اختلاف العلماء).[الأعلام للزركلي ٨٤/٦، طبقات الشافعية ١٢٦/٢]

(٤) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٢٦/٣

(٥) السرخسي: المبسوط، ٣/٦، ابن الهمام: فتح القدير، ٢٢/٣، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٢٢٧/٣-٢٢٨.

(٦) أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في المراجعة، ٢٨٥/٢ برقم ٢٢٨٣، النسائي: السنن الكبرى، ٤٠٣/٣. برقم ٥٧٥٥. ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، ٦٥٠/١ برقم ٢٠١٦. ابن حبان: صحيح ابن حبان، باب الرجعة، ١٠٠/١٠، برقم ٤٢٧٥. الدارمي: السنن، باب في الرجعة، ٢١٤/٢، برقم ٢٢٦٤ و٢٢٦٥. البيهقي: السنن الكبرى، باب إباحة الطلاق، ٣٢١/٧، برقم ١٤٦٦٩. والحاكم: المستدرك، ٢١٥/٢. برقم ٢٧٩٦ و٢٧٩٧ .وصححه الذهبي.

(٧) السرخسي: المبسوط، ٣/٦

من ناحية إيقاعه على هذا الموضع، إذ لا ضرر حينئذ. ومع ذلك فلا يرفع ذلك الجناح في الإقدام عليه لغير سبب يبرره[١].

أما احتجاجهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم طلق بعض نسائه[٢] وبأن كثيراً من أصحاب رسول الله طلقوا زوجاتهم ولو كان في أصله محظوراً ما أقدموا على ذلك.

فلم يثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه قد طلّقوا لغير موجب، أو لغير لحاجة لم نطلع عليها ولم تنقل لنا، ومع هذا فقد أمر الله سبحانه وتعالى النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجع حفصة؛ لأنها صوامة قوامة، أي لا داعي لطلاقها فراجعها عليه الصلاة والسلام[٣].

وكذلك الشأن في طلاق الصحابة فأيضاً ليس من المعقول أن يكون بدون سبب، والسبب قد يكون نفسياً لا يطلع عليه أحد.

ولهذا ارتضى الكمال ابن الهمام الرأي الأول إذ لا يكون قطع ما يطلب الشارع وصله مباحاً وبخاصة إذا كان في ذلك هدم لركن من أركان السعادة ونقض لأساس من أسس الحياة الاجتماعية.

قال ابن الهمام: (وكل ما نقل عن طلاق الصحابة، فحمله وجود الحاجة)[٤].

وأما قولهم إن الطلاق إسقاط للملك كالاعتاق، فهذا قياس مع الفارق لا يجوز لأمرين:

الأول: أن الزواج لا يفيد ملكاً وإلا لتصرف المالك في ملكه بكل أنواع التصرفات من إباحة وبيع وتأجير. ولكنه يفيد الحق في حل المتعة الزوجية.

الثاني: أن الشارع الحكيم سهل من أمر الاعتاق إلى حد كبير بقدر ما وضع العقبات في طريق الطلاق فالعلة متنافرة والقياس بينهما غير صحيح. فعن معاذ بن جبل قال: قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: ثم يا معاذ، ما خلق الله شيئاً على وجه الأرض أحب إليه من العتاق، ولا خلق الله شيئاً على وجه الأرض أبغض إليه من الطلاق، فإذا قال الرجل لمملوكه أنت حر إن شاء الله فهو حر ولا استثناء له، وإذا قال الرجل لامراته أنت طالق إن شاء الله فله استثناؤه ولا طلاق عليه)[٥]. فكيف تصح المقارنة بين أبغض أبغض الأشياء وأحب الأشياء بدعوى أن كليهما إسقاط؟.

---

[١] الخفيف، علي: محاضرات عن فرق الزواج، ص ١٥

[٢] فقد سبق آنفاً أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها ، وأخرج الطبراني في المعجم الكبير [٣٣/٢٤ برقم ٨٧] أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق سودة بنت زمعة ثم راجعها ، وكذا أخرجه ابن حبان في الثقات [٢٩/٢]. والهيثمي في مجمع الزوائد [٢٤٦/٩ في باب ما جاء في سودة بنت زمعة]. ونقل ذلك الزيلعي في نصب الراية [٢١٦/٣] عن الحاكم في المستدرك وأنه قال صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

[٣] الحاكم: المستدرك، في باب ذكر أم المؤمنين حفصة، ١٦/٤ برقم ٦٧٥٣. وضعف الذهبي أحد رواته في ميزان الاعتدال ٤٨٢/١. والهيثمي: مجمع الزوائد، باب فضل حفصة بنت عمر بن الخطاب، ٢٤٤/٩. وقال في إسناده بن ابي جعفر وهو ضعيف. وانظر: السيوطي: لباب النقول في أسباب النزول بهامش تفسير الجلالين، ٧٧٨.

[٤] ابن الهمام: فتح القدير، ٢٢/٣.

[٥] البيهقي: السنن الكبرى، باب الاستثناء في الطلاق والعتق، ٣٦١/٧. برقم ١٤٨٩٧. عبد الرزاق: المصنف، باب طلاق إن شاء الله تعالى، ٣٩٠/٦ برقم ١١٣٣١ والدارقطني:السنن، ٣/٤، برقم ٩٤. وفي إسناده حميد بن مالك اللخمي وهو ضعيف، [أبو الطيب محمد آبادي:التعليق المغني على سنن الدارقطني، ٣٥/٤]

لذلك فإن الراجح –والله أعلم– ما عليه أكثر أهل العلم من أن الأصل في الطلاق الحظر والمنع، وإن إيقاعه من دون سبب فيه إلحاق ضرر ومفسدة، ونكران للنعمة، وقطع لأواصر الرحم. ولا يباح إلا لضرورة أو لحاجة تدعو إليه، مما يتعذر معها بقاء الحياة الزوجية ويدرأ الشقاق والنزاع.

فإذا أوقع الرجل الطلاق لضرورة أو حاجة ملحة، كان له عذره ومبرره ودواعيه، وكان متصرفاً بحقه بالشكل الذي أمره الشارع به، ولا يأثم على إيقاعه لإباحته بهذه الصورة.

أما إن كان إيقاعه للطلاق لمجرد زوبعة مؤقتة، أو موجة غضب آنية، أو رغبة في التجبر والتحكم بالمرأة والتشفي من أهلها، أو ما إلى ذلك من المبررات التي يزينها الشيطان للرجل دوافع للطلاق، والضرر المترتب على إيقاعه أكبر من الضرر المراد دفعه، فإن الشارع الحكيم قد وقف في وجه هذا الرجل مسائلاً له عن سبب إيقاعه للطلاق.

فالطلاق وإن كان حقاً شرعياً كفله الشرع للرجل، إلا أنه ليس حقاً مطلقاً، بل هناك ضوابط ومعايير تحدده وتمنع وقوعه أنى ومتى شاء، فالإسلام عندما قرر أن الطلاق من المبغوضات أراد أن يخلق في نفس الرجل مخافة الله وخشيته، فلا يقترب من ذلك المبغوض إلا لحاجة وهذه أولى خطوات المعالجة.

ثم إن أوقعه فعلاً لا لسبب أو حاجة ماسة داعية إلى إيقاعه، هيأ الإسلام له فرصة تدارك الخطأ وشرع له الرجعة خلال العدة، رفعاً للضرر الواقع ومنعاً من استفحاله.

أما إن أصرَّ الزوج على إيقاع الطلاق مع كل هذه المحاذير ووسائل العلاج، ولم يكن له في ذلك ضرورة، فإن الإسلام قد وقف وقفة صارمة في وجه مستعملي حق الطلاق على غير ما شرع الله تعالى وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم. وأباح للزوجة المطالبة بالنظر في إساءة الزوج استعماله لحقه من قبل القضاء وأولي الأمر، ومحاولة ردعه بما يرونه مناسباً[1].

لاسيما وهناك كثير من النصوص الشرعية التي تؤيد هذا الأصل، ومنها:

قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾[النساء:١٩]. فالآية الكريمة تنفر المسلمين من الطلاق وتشككهم في وجدانهم وفيما يحسون به من كراهة لزوجاتهم، وتخبرهم بأن إمساك زوجاتهم وفيما يحسون به من كراهة لزوجاتهم، وتخبرهم بأن إمساك زوجاتهم وعدم اللجوء إلى طلاقهن مع كراهتهم لهن يمكن أن يحصل فيه خير كثير[2]. ومعنى ذلك أن الآية الكريمة تحض على إبقاء الرابطة الزوجية وتنفر من قطعها، وأن مجرد كراهة الزوج لزوجته ليس مبرراً لطلاقها، فقد يكون في إمساكها مع كراهة الزوج لها خير كثير. ومن الواضح أن هذا التوجيه والإرشاد لا يتفق مع القول بأن الأصل في الطلاق هو الإباحة، وإنما يتفق مع القول إن الأصل هو الحظر.

ومنها قوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ ٱلْأَنفُسُ ٱلشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا۟ وَتَتَّقُوا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾[النساء:١٢٨].

---

[1] القدومي، عبير ربحي، التعسف في إستعمال الحق في الأحوال الشخصية، عمان (الأردن) دار الفكر ٢٠٠٧. ص ١٩١-١٩٢.

[2] ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ٤٦٦/١. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٩٨/٥، ابن العربي: أحكام القرآن، ٣٦٣/١.

وقد جاء في تفسير هذه الآية: إذا توقعت المرأة من زوجها تباعداً أو إعراضاً، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً يتفقان عليه لبقاء الرابطة الزوجية والصلح خير، أي أن الصلح الحقيقي بين الزوجين الذي تسكن إليه النفوس ويزيل الخلاف خير من الفرقة، ومن الواضح أن إرشاد الشرع للزوجة إلى هذا السبيل من الصلح وإن كان فيه تنازل عن بعض حقها إبقاء لرابطة الزوجية يتفق مع القول بأن الاصل في الطلاق هو الحظر[١].

وقد جاء في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها في قوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ ٱلْأَنفُسُ ٱلشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾[النساء:١٢٨]. قالت الرجل تكون عنده المرأة ليس بمستكثر منها يريد أن يفارقها فتقول أجعلك من شأني في حلٍّ فنزلت هذه الآية في ذلك[٢].

وقد جاء في شرح هذا الحديث: (وعن ابن عباس النشوز هنا البغض. وقول عائشة: (الرجل تكون عنده المرأة ليس بمستكثرٍ منها) أي في المحبة والمعاشرة والملازمة. وقولها: (أجعلك في شأني في حلٍّ) أي (وتتركني من غير طلاق)[٣]. وهذا الخبر عن عائشة رضي الله عنها في معنى الآية وسبب نزولها يتفق وما قاله المفسرون في معناها، ويتفق ذلك كله مع القول بأن الاصل في الطلاق الحظر.

أهم القواعد الفقهية الكلية المتعلقة بحكم الطلاق:

إن الله تعالى قد حرم الظلم، فقال تعالى في الحديث القدسي: (يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا)[٤]، ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضرر والضرار فقال: (لا ضرر ولا ضرار)[٥]، والطلاق من غير بأس ظلم للمرأة وضرر بها وبأهلها وأولادها بل هو من أكبر الظلم والضرر.

وإليك جملة من أهم القواعد الفقهية الكلية التي تتعلق بذلك:

قاعدة رقم (١).

لا ضرر ولا ضرار.

معنى القاعدة:

الضرر إلحاق مفسدة بالغير، والضرار مقابلة الضرر بالضرر، فلا يجوز لأحد أن يلحق ضرراً ولا ضراراً بآخر، وسبق ذلك بأسلوب نفي الجنس ليكون أبلغ في النهي والزجر.

---

[١] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٤٠٧/٥-٤٠٩.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، باب إذا حلله من ظلمه فلا رجوع فيه، ٨٦٥/٢ برقم ٢٣١٨. ورواه أيضاً في باب قول الله تعالى أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير، ٩٥٨/٢ برقم ٢٥٤٨. وفي باب وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً، ١٦٨٠/٤ برقم ٤٣٢٥. و١٩٩٨/٥ برقم ٤٩١٠. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب التفسير، ٢٣١٦/٤، برقم ٣٠٢١.

[٣] العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ٢٦٥/٨-٢٦٦ برقم ٤٢٢٥. و٣٠٤/٩ – ٣١٤ برقم ٤٩٠٩.

[٤] رواه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، ١٩٩٤/٤ برقم ٢٥٧٧.

[٥] سبق تخريجه، والإشارة إلى لفظ أبي داود (من ضار أضر الله به، ومن شاق شاق الله عليه) ٣١٥/٣ برقم ٣٦٣٥. وابن ماجه ٧٨٥/٢ برقم ٢٣٤٢.

وهذه القاعدة لفظ حديث شريف حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني وأحمد والحاكم مسنداً ورواه أبو داود بلفظ (من ضارّ أضر الله به، ومن شاق شاق الله عليه)[١] .

وتكملته في المستدرك: (من ضار ضاره الله ومن شاق شاق الله عليه)[٢].

وقد ورد معنى هذا الحديث في صحيح البخاري بلفظ آخر: (من شاقّ شق الله عليه يوم القيامة)[٣].

ووجه الدلالة في الحديث الشريف: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن إلحاق الضرر بالغير ابتداء، أو مقابلة الضرر بضرر، والمعنى: أن لا تدخل ضرراً بحال، فالضرر ممنوع وإدخاله على الغير ممنوع كذلك. واستغراق النفي في الحديث الشريف، يفيد تحريم سائر أنواع الضرر في الشرع[٤]، لأنه من الظلم، ونفي الضرر يفيد دفعه قبل وقوعه بطريق الوقاية الممكنة، ورفعه بعد وقوعه بما يمكن من التدابير التي تزيله، وتمنع تكراره، كما يفيد الحديث اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما، لأن في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه منعاً باتاً[٥].

والمقصود بمنع الضرار: هو نفي الإزدياد في الضرر الذي لا يفيد سوى التوسع في دائرته، لأن الإضرار ولو على سبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عاماً وإنما يلجأ إليه اضطراراً عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أنفع منه، وقد ثبتت فروع فقهية كثيرة وشرعت توقياً من وقوع الضرر[٦].

وإيقاع الطلاق من غير مسوغ أو ضرورة تدعو إليه، من جملة الضرر الذي تنهى عنه هذه القاعدة.

استثناءات القاعدة:

إن هذه القاعدة مقيدة إجماعاً بما ثبت بالشرع، كالقصاص والحدود ومعاقبة المجرمين وسائر العقوبات والتعازير، ومنها فسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار أو الإضرار لإزالة الضرر عن الزوج أو الزوجة[٧]. وإن ترتب عليها ضرر بهم لأن فيه عدولاً ودفعاً لضرر أعم وأعظم ولأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ولأنها لم تشرع في الحقيقة إلا لدفع الضرر أيضاً.

قاعدة رقم (٢).

الضرر يزال[٨] أو الضرر المزال[٩].

معنى القاعدة:

---

[١] أبو داود: السنن، أبواب من القضاء ٣١٥/٣ برقم ٣٦٣٥. وابن ماجه: السنن، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٧٨٥/٢ برقم ٢٣٤٢.

[٢] الحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٦٦/٢. برقم ٢٣٤٥.

[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب من شاق شق الله عليه، ٢٦١٥/٦ برقم ٦٧٣٣.

[٤] الرازي: المحصول في علم الأصول، ٣٤٣/٢.

[٥] الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها على المذاهب الأربعة ٢٠٠/١

[٦] انظر: مجلة الأحكام العدلية مادة ١٩، وانظر شرحها للزرقا ١٦٥-١٧٦. علي حيدر: درر الحكام، ٣٦/١، الدعاس: القواعد الفقهية، ٢٢، والندوي: جمهرة القواعد الفقهية، الرياض: شركة الراجحي، ١٤٠/١ وما بعدها. الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها ٢٠٠/١.

[٧] السدلان، صالح بن غانم: القواعد الفقهية الكبرى – الرياض: دار بلنسة، ١٩٩٩م. ص ٥٠٢.

[٨] مجلة الأحكام العدلية م٢٠، وانظر شرحها للزرقا:١٧٩-١٨٣، الزحيلي: القواعد الفقهية، ٢١٠/١، ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٩٤، السيوطي: الاشباه والنظائر، ٩٢، اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ٤٢، علي حيدر: درر الحكام، ٣٧/١، الدعاس: القواعد الفقهية، ٢٥.

[٩] الحصني: القواعد ٣٣٣/١، ومعنى مزال: أي منحى، وأزل الشيء أي نحاه [معجم مقاييس اللغة ٣٨/٣].

تشير هذه القاعدة إلى أن الضرر ظلم وأذى، لذلك فهو ممنوع في الشرع ابتداء ومآلاً، فلا يقصد بتصرفه الإضرار بالغير، ولا يتذرع بعمل مباح أصلاً لتحقيق أمر يضر بالغير مآلاً.

فالضرر يجب إزالته، لأن الإخبار في كلام الفقهاء للوجوب، فيجب رفع الضرر.

والطلاق من غير سبب هو إضرار بالغير وإلحاق أذى، فلا يباح إلا في حالات الأعذار التي تبيح الخلاص دفعاً لمفاسد الاستمرار في حياة الشقاق والنزاع[١].

قاعدة رقم (٣).

الضرورات تقدّر بقدرها[٢].

معنى القاعدة:

ذكر العلماء في شرحهم لهذه القاعدة أنها قيد واستثناء لقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) التي سبق ذكرها في القواعد المتعلقة بمشروعية الطلاق.

وهذا القيد للتنبيه على أن ما تدعو إليه الضرورة من المحظور، إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب.

فإذا اضطر إنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في المحظور، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط. إذ الاضطرار إنما يبيح المحظورات بمقدار ما يدفع الخطر، ولا يجوز الاسترسال، ومتى زال الخطر عاد الحظر[٣].

قاعدة رقم (٤).

الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار التحريم[٤].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تشير إلى أصل عظيم في بيان ما أحل وما حرم، فالله سبحانه وتعالى برحمته بعباده أباح لهم أشياء، وحرم عليهم أشياء، فما أباحه الله سبحانه وتعالى، فإنما أباحه لمصلحة عباده ومنفعتهم، وما حرمه فإنما حرمه لدرء مفسدة عن عباده ودفع المضار عنهم، فما أحله الله فهو الحلال وما حرمه فهو الحرام، وهناك أشياء سكت سبحانه وتعالى عنها فما حكمها؟ فبناء على هذه القاعدة ما ثبت نفعه منها فهو المباح، ما ثبت ضرره منها فهو الحرام، فكل منفعة الأصل فيها الإباحة وكل مضرة أو مفسدة الأصل فيها التحريم والمنع.

والطلاق من غير حاجة أو ضرورة أو سبب ينطبق تماماً على هذه القاعدة. إذ أي ضرر أكبر من طلاق فيه نكران للنعمة، وقطع لأواصر الرحم وإلحاق أذى بالزوجة والأسرة والأولاد.

---

[١] الزحيلي: القواعد الفقهية، ٢١٠/١.

[٢] مجلة الأحكام العدلية م٢٢، الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٢٨١/١، الزرقا: شرح القواعد الفقهية ١٨٧، الدعاس: القواعد الفقهية، ٣٣، اللحجي، إيضاح القواعد الفقهية، ٤٣، ٨٦، السيوطي: الأشباه والنظائر، ٩٣-٩٤، علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٨/١، ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٩٥، الزركشي: المنثور في القواعد، ٣٢٠/٢،

[٣] الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٢٨١/١

[٤] الحصني: القواعد ٤٥١/١، الرازي: المحصول، ١٣١/٢، القرافي: شرح تنقيح الفصول ٤٥٠، البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٢٤/٢

قاعدة رقم (٥).

ما جاز لعذر بطل بزواله.

ومعنى هذه القاعدة: بأن إباحة المحظور للضرورة، مقيدة بمدة قيام الضرورة، وأن ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات، إنما يجوز لأجل تلك الضرورة أو الحاجة، فإذا انعدمت الضرورة، بطل الجواز، وانقلب الحكم إلى الحظر[١].

وهذه القاعدة تنطبق تماماً على حكم الطلاق، حيث إنه يجوز لوجود عذر أو ضرورة مما ذكرناه سابقاً، وإذا انتفى العذر وانعدمت الضرورة، فإن حكم الجواز أو الإباحة ينعدم منه، ويكون حينئذ ممنوعاً أو محظوراً.

قاعدة رقم (٦).

كل رخصة أبيحت للضرورة والحاجة لم تستبح قبل وجودها[٢].

ومعنى هذه القاعدة: (أن الضرورات والحاجات التي تبيح الأحكام لتكون من الرخص والتخفيفات، إنما تكون مباحة للمكلف عند قيام الضرورة وانتهاضها عذراً شرعياً أما قبل ذلك فلا)[٣]. وكذلك الحال في الطلاق حيث إنه يباح من أجل الضرورات أو الحاجات، ولا يباح قبلها بل يحظر.

قاعدة رقم (٧).

إذا اجتمع الحلال والحرام غلّب الحرام[٤].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- إذا اجتمع حظر وإباحة غلّب جانب الحظر.
- إذا استوى الحلال والحرام يغلب الحرام الحلال.
- إذا اجتمع جانب الحلال والحرام، أو المبيح والمحرِّم غلّب جانب الحرام.
- إذا اجتمع الحظر والإباحة كان الحكم للحظر.

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة أن الحلال ما أحله الله تعالى، والحرام ما حرمه الله تعالى، فإذا دار حكم الشيء بين الحل والحرمة فإنه يحرم احتياطاً للدين واستبراء له، وإذا اجتمع الحلال والحرام في شيء واحد يرجح جانب التحريم، لأنه محظور، ولأن الحرام ممنوع في جميع حالاته، ويمكن تحصيل الحلال من مصدر آخر. طبعا إلا أن تكون للمكلف ضرورة تحمله على استحلال المحرم بل المشتبه به.

والأصل في هذه القاعدة: حديث شريف، ولفظه: (ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرامُ الحلالَ)[١].

قال إمام الحرمين الجويني: في السلسلة: (لم يخرج عنها إلا ما ندر)[٢].

---

[١] مجلة الأحكام م ٢٣، الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ١٨٩.

[٢] الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الاربعة، ٢٩٦/١، الروكي: القواعد الفقهية، ٣١١، الشيرازي: المهذب، ١٢٩/١.

[٣] الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الاربعة، ٢٩٦/١.

[٤] السرخسي: المبسوط، ١٥٧/٣. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ١١٧/١، السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٠٥. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٠٩. الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الاربعة، ٦٩٥/٢. الحصني: القواعد، ٩٠/٢. الزركشي: المنثور،١٢٥/١.

وقد توسع بعض أهل العلم في هذه القاعدة فغلبوا الحرام على سائر الأحكام التكليفية، قال القرافي رحمه الله: (إذا تعارض المحرم وغيره من الأحكام الأربعة، قدم المحرم، لوجهين أحدهما: أن المحرم لا يكون إلا لمفسدة، وعناية الشرع والعقلاء بدرء المفاسد أشد من عنايتهم بتحصيل لمصالح)[٣].

وقد ذكر أهل العلم في تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم أو الحظر، والآخر يقتضي الإباحة، قدم التحريم في الأصح[٤].

قاعدة رقم (٨).

فعل ما يخاف منه الضرر إذا لم محرماً فلا أقل أن يكون مكروهاً[٥].

ومعنى هذه القاعدة أن الفعل إذا كان يتوقع منه ضرر، ولم يرد نص صريح بتحريمه، فأقل ما يقال في حكمه أنه مكروه. وكذلك الشأن في الطلاق بلا سبب، فإذا خيف منه أن يلحق بالزوجة ضرراً ولولم يكن هذا الضرر أكيداً، فإن أقل ما يقال في حكم ذلك الطلاق الكراهة.

قاعدة (٩).

الطلاق حق لله تعالى، لا يملك المطلق رده[٦].

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق الرجل زوجته فإنه لا يملك المطلق رده إذا وقع، ولا يستطيع الرجوع فيه، برضى المرأة المطلقة، إذ ليس ذلك بحق لها وإنما هو حق لله تعالى[٧].

---

[١] عبد الرزاق: المصنف، ١٩٩/٧ برقم برقم ١٢٧٧٢، وانظر: العجلوني: كشف الخفاء ٢٥٤/٢، الحوت: أسنى المطالب ١٨٩، تخريج أحاديث مختصر المنهاج ٣٠٧، ضمن العدد الثاني من مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي بمكة المكرمة سنة ١٣٩٩هـ. قال العراقي: (لا أصل له) وقال ابن السبكي في الأشباه والنظائر نقلاً عن البيهقي: هو حديث رواه جابر الجعفي، رجل ضعيف عن الشعبي عن ابن مسعود، وهو منقطع، قال السيوطي: وأخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق في مصنفه وهو موقوف عن ابن مسعود لا مرفوع، ثم قال السبكي: غير أن القاعدة في نفسها صحيحة [السيوطي: الأشباه والنظائر ١١٧].

[٢] السيوطي: الأشباه والنظائر ١١٧

[٣] القرافي: الذخيرة نقلا عن الندوي: القواعد الفقهية ١١٦.

[٤] الزركشي: المنثور، ١١٥/١، اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ٥٤. العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ٧٢/١، ٨٩/٢، السيوطي: الأشباه والنظائر، ١١٧، ابن نجيم: الاشباه والنظائر، ١٢١. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٦٩٥/٢-٦٩٦، الروكي: القواعد الفقهية، ٤١٠.

[٥] ابن قدامة: المغني، ٧٦/١.

[٦] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب - الرباط: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ٤٣٣/٤، ٢٥٤/٤.

[٧] المصدر السابق، ٤٣٣/٤

الباب الثاني

أركان الطلاق وشروطه

والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الفصل الأول: الركن الأول: صيغة الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المبحث الأول: ألفاظ الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المطلب الأول: الطلاق الصريح.

المطلب الثاني: الطلاق الكنائي.

المطلب الثالث: إضافة الطلاق إلى نفس الزوج .

المبحث الثاني: الطلاق بما يقوم مقام اللفظ.

المطلب الأول: الطلاق بالكتابة.

المطلب الثاني: الطلاق بالإشارة.

المطلب الثالث: الطلاق بالفعل.

المبحث الثالث: آثار الطلاق الصّريح والطلاق الكنائيّ.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بصيغة الطلاق وألفاظه الصريحة والكنائية.

المبحث الخامس: موقف القانون من صيغة الطلاق وألفاظه وتطبيقاته القضائية.

المبحث السادس: الاستثناء في الطّلاق والقواعد الفقهية المتعلقة به.

المطلب الأول: تعريفه وأنواعه وحكمه.

المطلب الثاني: شروط الاستثناء في الطلاق.

المطلب الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالاستثناء في الطلاق.

المبحث السابع: الإنابة في الطّلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المطلب الأول: صيغة الإنابة.

المطلب الثاني: حكم الإنابة في الطلاق.

المطلب الثالث: تكييف الإنابة في الطلاق في المذاهب الفقهية وبيان أحكامها.

المطلب الرابع: خيار المخيرة.

المطلب الخامس: القواعد الفقهية المتعلقة في الإنابة في الطلاق.

المطلب السادس: موقف القانون من الإنابة في الطلاق وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الفصل الثاني: الركن الثاني: القصد في الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: الطلاق بمجرد النية دون لفظ أو ما ينوب عنه.

المبحث الثاني: طلاق المخطيء.

المبحث الثالث: طلاق الهازل.

المبحث الرابع: طلاق المكره.

المبحث الخامس: طلاق السكران.

المبحث السادس: طلاق الغضبان والمدهوش.

المبحث السابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالقصد في الطلاق.

المبحث الثامن: موقف القانون من القصد في الطلاق وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الفصل الثالث: الركن الثالث: المطلق والشروط المتعلقة به والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: شروط المطلق.

الشرط الأول: الإسلام.

الشرط الثاني: البلوغ.

الشرط الثالث: العقل.

أولاً: طلاق المجنون.

ثانياً: طلاق المعتوه.

ثالثاً: طلاق السفيه.

مطلب: حكم تطليق الولي.

الشرط الرابع: أن يكون زوجاً.

المبحث الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة في المطلق.

المبحث الثالث: موقف القانون من الشروط المتعلقة بالمطلق.

مطلب: طلاق الفضولي والقواعد الفقهية المتعلقة به.

الفصل الرابع: الركن الرابع: المطلقة والشّروط المتعلّقة بها والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المبحث الأول: الشرط الأول: قيام الزّوجيّة حقيقةً أو حكماً.

المبحث الثاني: الشّرط الثّاني: تعيين المطلّقة بالإشارة أو بالصّفة أو بالنّيّة.

المبحث الثالث: تطليق بعض المرأة وتبعيض الطلقة.

المطلب الأول: تطليق بعض المرأة.

المطلب الثاني: تبعيض الطلقة.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة في المطلقة وموقف القانون منها.

الباب الثاني
أركان الطلاق وشروطه
والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

ركن الطلاق:

إن ركن سائر التصرفات الشرعية القولية عند السادة الأحناف: الصيغة التي يعبر بها عنه.

فركن الطلاق عند الأحناف إذن: هو اللفظ الذي جعل دلالة على معنى الطلاق سواء لغة: وهو التخلية والإرسال، ورفع القيد في الصريح، وقطع الوصلة ونحوه في الكناية، أو شرعاً: وهو إزالة الحل؛ أو ما يقوم مقام اللفظ من الإشارة [١].

أما جمهور الفقهاء فإنهم يتوسعون في معنى الركن ويقولون: هو ما تتحقق به الماهية، ولو لم يكن داخلاً فيها.

فقال المالكية: إن أركان الطلاق أربعة: أهل له: أي موقعه من زوج أو نائبه أو وليه؛ إن كان صغيراً، وقصد: أي قصد النطق باللفظ الصريح والكناية الظاهرة، ولو لم يقصد حل العصمة بدليل صحة طلاق الهازل. ومحل: أي عصمة مملوكة، ولفظ صريح أو كناية [٢].

وعدّها ابن جزي ثلاثة: هي المطلِّق، والمطلَّقة، والصيغة: وهي اللفظ وما في معناه [٣].

وقال الشافعية والحنابلة: أركان الطلاق خمسة: مطلِّق، وصيغة، ومحل، وولاية، وقصد. فلا طلاق لفقيه يكرره، وحاكٍ ولو عن نفسه. ويلاحظ أن الولاية أدخلها المالكية في الركن الأول وهو الأهلية. وزاد الشافعية والحنابلة على المالكية ركن المحل [٤].

ولكل ركن من هذه الأركان شروط، سوف نفصل القول فيها فيما يأتي:

---

[١] ابن الهمام: فتح القدير، ٢١/٣، ٣٨-٤٠، الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٨/٣

[٢] الدردير: الشرح الكبير، ٣٦٥/٢، الدردير: الشرح الصغير، ٢٧٩/٢.

[٣] ابن جزي: القوانين الفقهية ص ٢٢٧.

[٤] ابن رشد: بداية المجتهد، ٨١/٢، الشيرازي: المهذب، ٧٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣-٢٨٩، البهوتي: كشاف القناع، ٢٦٢/٥-٢٦٥، ابن جزي: القوانين الفقهية: ص ٢٢٧ ومابعدها، ابن قدامة: المغني، ١١٣/٧، المقدسي: مرعي بن يوسف: غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، دمشق: المكتب الإسلامي، ١١٢/٣.

الفصل الأول
الركن الأول
صيغة الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها

صيغة الطلاق: أو ما يقع به الطلاق:

لكل تصرف قولي لفظ يدل عليه في الشريعة الإسلامية، لذلك اتفق الفقهاء أن الأصل في إيقاع الطلاق الكلام أو اللفظ الذي يدل على حل عقدة الزواج سواء بالعربية أو بغيرها، مما يصدر من الزوج أو وكيله دالاً على ذلك سواء من لفظ أو ما ينوب عنه من كتابة أو إشارة أو فعل[1].

وهذا الكلام أو اللفظ إما أن يكون صريحاً لا يحتمل معنى سواه؛ لأنه وضع في اللغة والشرع لهذا الغرض، وإما أن يكون لفظاً يحتمل معنى الطلاق أو معنى غيره، ولكن جرى به العرف أو اشتهر بين الناس، أو دل عليه الحال على أن المراد منه الفرقة بين الزوجين ويسمى كناية.

ولقد اختلف أهل العلم في تحديد أو اعتبار الألفاظ التي تعد صريحة في إيقاع الطلاق والألفاظ التي تعد كناية، لذلك سوف نتناول في هذا الركن الحديث عن ألفاظ الطلاق وما ينوب عنها وأقوال السادة أهل العلم فيها، ثم نتبعها بفرعين هامين: أولاهما الاستثناء في الطلاق، والثاني: الإنابة في الطلاق.

المبحث الأول
ألفاظ الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها

اللفظ الذي يستعمل في الطلاق، إما أن يكون صريحاً وإما كناية.

المطلب الأول
الطلاق الصريح

الصريح: هو اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق كلفظ الطلاق، أو هو ما كان موضوعاً في أصل اللغة لمعنى مخصوص ولا يفتقر إلى إضمار أو تأويل، أو هو ما ظهر المراد منه لكثرة استعماله[2].

وقد اتّفق الفقهاء، على أنّ الصّريح في الطّلاق هو: ما لم يستعمل اللفظ إلاّ فيه غالباً، لغةً أو عرفاً، وعرّف كذلك بأنّه: ما ثبت حكمه الشّرعيّ بلا نيّة، وليس بين التّعريفين تناف، بل تكامل، فالأوّل تعريفه بحسب اللّفظ المستعمل فيه، والثّاني بحسب الأثر النّاتج عنه[3].

---

[1] مقارنة المذاهب للأستاذين شلتوت والسايس: ص ١٠٤-١٠٨.

[2] الكفوي: الكليات ٥٦٢.

[3] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٤٧/٣-٢٩٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٧٨/٢، والشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٠/٣، ابن قدامة: المغني، ٣١٨/٧-٣١٩. الموسوعة الفقهية، ٢٦/٢٩

وهذا ما تنص عليه القاعدة الفقهية: **بأن صريح الطلاق هو ما لا يحتمل معنى إلا الطلاق**[١]، أي هو اللفظ الذي ظهر المراد منه ولا يحتمل غير معنى الطلاق لغة أو اللفظ الذي غلب استعماله عرفاً.
ومثال لفظ الطلاق الصريح: مثل: أنت طالق، ومطلقة، وطلقتك وعلي الطلاق. هو لفظ صريح.

حكم الطلاق الصريح:

القاعدة الفقهية تنص على أن: الصريح لا يحتاج إلى نية والكناية لا تلزم إلا بالنية[٢]، لذلك اتّفق الفقهاء كذلك، على أنّ الصّريح يقع به الطّلاق بدون حاجة إلى نيّة أو دلالة حال، وكذلك بالنّيّة المناقضة قضاءً فقط، وعلى ذلك فلو أطلق اللّفظ الصّريح وقال لزوجته أنت طالق، وقع الطلاق، ولو قال: لم أنو به شيئاً وقع به الطّلاق ولا يلتفت لادعائه أنه لا يريد الطلاق.
وهذا ما تقرره القاعدة الفقهية: **ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية عن غيره ولا صريحاً فيه**[٣].

وعليه؛ لو قال: نويت غير الطّلاق لم يصدّق قضاءً وصدّق ديانةً، لأن القواعد تنص على أنه: **نية تخصيص العام تصح ديانة لا قضاء**[٤]. **ومثلها: لا تأثير للعزيمة في تغيير الحقيقة**[٥]. **ومثلها: من ذكر لفظاً ظاهراً في الدلالة على شيء ثم تأوله لم يقبل تأويله في الظاهر**[٦].
هذا ما لم يحفّ باللّفظ من قرائن الحال ما يدلّ على صدق نيّته في إرادة غير الطّلاق، فإن وجدت قرينة تدلّ على عدم قصده الطّلاق صدّق قضاءً أيضاً، ولم يقع به عليه طلاق[٧].

ألفاظ الطلاق الصريح:

لكن الفقهاء اختلفوا في تحديد أو حصر غيرها من ألفاظ صريح الطلاق:

فقال الحنفية: الصريح هو –ما ذكرناه آنفاً– الذي لا يحتمل معنى غير الطلاق لغة أو عرفاً؛ كطلقتك أو أنت طالق ومطلقة .
يقول الكاساني: (أما الصريح فهو اللفظ الذي لا يستعمل إلا في حل قيد النكاح مثل: أنت طالق، ومطلقة، وطلقتك وعلي الطلاق) [٨].
ومن الصريح أيضا الألفاظ المصحفة مثل: طلاغ، وتلاغ، وطلاك، وتالق، وتلاق. فهذه الألفاظ من ألفاظ صريح الطلاق لأن الناطق بها يريد الطلاق، ولكنه حسب لهجته ينطق الكلام بأحد هذه الألفاظ[٩].
والقاعدة الفقهية تنص على: **المشتق من الصريح صريح**[١].

---

[١] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٩٥/٤
[٢] السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٩٣. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٧٨/١.
[٣] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ٣١٧. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٢٤٩/١. الزركشي: المنثور في القواعد،١٤٦/٣، السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٩٥.
[٤] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٥٢. المجددي: قواعد الفقه،باكستان: مطبعة لجنة الثقافة،١٤٠٧هـ. ص١٣٥.
[٥] قرق آغاجي، سليمان: شرح الخاتمة، خاتمة مجامع الحقائق-طبع مطبعة الحاج البوسنوي ص ٦٣. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٢٥.
[٦] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٤٤/١.
[٧] الكاساني: بدائع الصنائع ١٠١/٣
[٨] المصدر السابق، ١٠١/٣.
[٩] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٤٥/٣.

وألحقوا بهذا اللفظ الحرام، كقول الرجل لزوجته: أنت عليّ حرام، أو حرمت عليّ، أو حرمتك، أو محرمة ونحو ذلك مما هو صريح في قطع العلاقة الزوجية بدون قرينه. لأنه وإن كان في الأصل كناية، فقد غلب استعماله بين الناس في الطلاق، فصار من الألفاظ الصريحة فيه[٢]. ولأن القاعدة تنص في ذلك على أن: **العبرة للملفوظ نصاً دون المقصود**[٣]. ومثلها: **الوقوع باللفظ لا بالقصد**[٤].

وذهب المالكية: إلى أن ألفاظ الطلاق الصريح الذي تنحل به العصمة، ولو لم ينو حلها: طلقتُ، وأنا طالق منك، أو أنت طالق أو مطلقة، أو الطلاق لي، أو الطلاق عليّ، أو مني، أو لك أو عليك ونحو ذلك، فيلزم بهذه الألفاظ ولا يفتقر إلى النية[٥].

وذهب الشافعية: إلى أن لفظ صريح الطلاق هو الطلاق وما اشتق منه كذلك الفراق والسراح[٦]. لورودها في القرآن، قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩]. وقال: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[البقرة:٢٣١]. وقال: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾[النساء:١٣٠]. وقال سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٢٨].

جاء في مغني المحتاج: (فصريحه جزماً الطلاق وما اشتق منه لاشتهاره لغة وعرفاً وكذا الفراق والسراح لوردهما في القرآن) [٧].

ولو اشتهر لفظ للطلاق مثل الحلال أو حلال الله علي حرام، فالأصح كما قال النووي أنه كناية، ثم أصبح قول الرجل (عليَّ حرام) من باب الطلاق الصريح كما أفتى به ابن حجر وغيره. وقال الحنابلة: لو قال: عليَّ الحرام، أو يلزمني الحرام، أو الحرام يلزمني، فهو لغو، لا شيء فيه: لأنه يقتضي تحريم شيء مباح بعينه، فإن اقترن معه نية تحريم الزوجة أو دلت قرينة على إرادة ذلك، فهو ظهار؛ لأنه يحتمله[٨].

وأما مذهب الحنابلة: فقد وقع اضطراب في هذا الموضوع، مما أدى إلى خطأ في تحرير المعتمد في المذهب.

قال ابن قدامة:(قال الخرقي: الصريح ثلاثة ألفاظ: الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن)[٩].

---

(١) العلائي: المجموع المذهب لوحة ٦١. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٨١/١- الزركشي: المنثور في القواعد،٣٠٦/٢ – الحصني: القواعد، ٣٩٣/١. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٩٦.

(٢) الحصكفي: الدر المختار، ٥٩٤/٢، الميداني: اللباب، ٤١/٣. وقد جاء في صحيح البخاري: باب من قال لامرأته أنت علي حرام، وقال الحسن نيته، وقال أهل العلم: إذا طلق ثلاث فقد حرمت عليه فسموه حراماً بالطلاق والفراق، وليس هذا بشيء يحرم الطعام؛ لأنه لا يقال للطعام الحل حرام، ويقال للمطلقة حرام، وقال في الطلاق ثلاثاً لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، ٢١٥/٥

(٣) قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٥٦.

(٤) السرخسي: المبسوط،١٢٢/٦.

(٥) الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣٧٨/٢. المواق: التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر ببيروت ١٣٩٨هـ، ٥٣/٤.

(٦) الشربيني: مغني المحتاج ٢٥٨/٣، ابن قدامة: المغني ٣٥٥/١٠

(٧) الشربيني: مغني المحتاج ٢٥٨/٣.

(٨) الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته– دمشق: دار الفكر ٢٠٠٠، ٣٥٦/٩

(٩) ابن قدامة: المغني، ٢٦٤/٨

ثم قال ابن قدامة: (إن الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيداً، ولفظ الفراق والسراح إن وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين، فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيراً)[1].

وأيده البهوتي في كشاف القناع: (وصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه؛ لأنه موضوع له على الخصوص وثبت له عرف الشارع والاستعمال، فلو قال: أنت طالق، أو طلاق، أو الطلاق، أو طلقتك، أو مطلقة، فهو صريح لا غير، أي ليس صريحه غير لفظ الطلاق وما تصرف منه، كالسراح والفراق، لأنهما يستعملان في غير الطلاق كثيراً، فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته، قال تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِن بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾[البينة:٢]، وقال تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩]. وليس المراد منه الطلاق وإنما الرجعة، وهي إذا قاربت انقضاء عدتها فإما أن يمسكها برجعة وإما أن يترك حتى تنقضي عدتها، فالمراد بالتسريح في الآية قريب من معناه اللغوي وهو الإرسال)[2].

وقال المرداوي[3] الإنصاف في شرحه على المقنع عقب ذلك: وهذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب[4].

مذهب الظاهرية: ذهب الظاهرية إلى أن الطلاق يقع بأحد ألفاظ ثلاثة: الطلاق، والسراح والفراق، وما اشتق منها إذا نوى بذلك الطلاق.

أما إذا لم ينو الطلاق، فإن كانت الصيغة بلفظ الطلاق صدق في الفتيا، ولم يصدق في القضاء، وأما إذا كانت الصيغة بلفظ السراح أو الفراق فيصدق في الفتيا والقضاء.

يقول ابن حزم: (لا يقع طلاق إلا بلفظ من أحد ثلاثة ألفاظ: إما الطلاق، وإما السرح، وإما الفراق. هذا كله إذا نوى به الطلاق، فإن قال في شيء من ذلك كله لم أنو الطلاق، صدق في الفتيا ولم يصدق في القضاء في الطلاق وما تصرف منه، وصدق في سائر ذلك في القضاء أيضاً)[5].

وحجة الظاهرية فيما ذهبوا إليه: أن لفظ الفرقة بين الزوجين لم يذكر إلا بهذه الألفاظ الثلاثة. ولكنهم فرقوا بين لفظ الطلاق وغيره من سراح أو فراق؛ لأن الطلاق لا يحتمل معنى آخر، وأما السراح والفراق فتحتمل الطلاق وغيره.

أما لفظة الإطلاق مثل أطلقتك وأنت مُطْلَقة، فليست صريحة في الطلاق باتفاق المذاهب الأربعة وإنما هي كناية تحتاج إلى نية؛ لأنها لم يثبت لها عرف الشرع ولا الاستعمال، فأشبهت سائر كناياته.

هذا، ويقع الطلاق الصريح ولو بالألفاظ المصحفة، نحو طلاغ، وتلاغ، وطلاك، وتلاك، أو بأحرف الهجاء: ط، ا، ل، ق. ويقع الطلاق أيضاً بغير العربية باتفاق الفقهاء، قال ابن حزم: يطلق من لا يحسن العربية باللفظ الذي يترجم عنه بالعربية بالطلاق [1].

---

[1] المصدر السابق، ٢٦٨/٨.

[2] البهوتي: كشاف القناع، ١٤٧/٣.

[3] المرداوي (٨١٧–٨٨٥هـ) علي بن سليمان، علاء الدين، شيخ المذهب الحنبلي، ولد في مردا إحدى قرى نابلس بفلسطين. ثم انتقل إلى إلى دمشق وتعلم بها وانتقل إلى القاهرة ثم مكة. له: (الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف)؛ (التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع)؛ (تحرير المنقول في تهذيب علم الأصول) [الضوء اللامع ٢٢٥،٢٢٧/٥ ؛ الأعلام للزركلي ١٠٤/٥].

[4] المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد - بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٧، ٤٦٢/٨.

[5] ابن حزم: المحلى، ١٨٩/١٠.

الترجيح:

والراجح –والله أعلم– هو قول الحنفية: بأن الصريح هو الذي لا يحتمل معنى غير الطلاق لغة أو عرفاً؛ وهو اللفظ الذي لا يستعمل إلا في حل قيد النكاح، وذلك لأن القواعد الفقهية الكلية تؤيد هذا، مثل قاعدة: **صريح الطلاق هو ما لا يحتمل معنى إلا الطلاق**[٢]، **ومثل قاعدة: ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية عن غيره ولا صريحاً فيه**[٣].

وهو يتفق مع تعريف الطلاق الصريح الذي أوردناه آنفاً.

شروط إيقاع الطلاق باللفظ الصريح:

وبناء على ما تقدم يشترط الفقهاء لإيقاع لفظ الطلاق الصريح ما يأتي:

١–استعمال لفظ يفيد معنى الطلاق لغة أو عرفاً، أو بالكتابة أو الإشارة المفهمة. فلا ينعقد الطلاق بغير ذلك.

٢–القطع والظن بحصول اللفظ وفهم معناه وذلك بألا يكون مشكوكاً في عدد الطلاق أو في لفظه.

وعلى هذا إذا حلف المطلّق بشيء، ثمّ شكّ أكان حلفه بطلاق أم بغيره، فإنّه لغو ولا يقع به شيء، وكذلك إذا شكّ أطلّق أم لا ؟ فإنّه لا يقع به شيء من باب أولى، فإن تيقّن أو ظنّ أنّه طلّق ثمّ شكّ في العدد، أطلّق واحدةً، أم ثنتين، أم أكثر من ذلك ؟ بنى على الأقلّ لحصول اليقين أو الظّنّ به والشّكّ فيما فوقه، والشّكّ لا يثبت به حكم شرعيّ بخلاف الظّنّ واليقين، وهذا عند جمهور الفقهاء ومنهم أبو حنيفة ومحمّد، وذهب أبو يوسف من الحنفيّة إلى أنّه يتحرّى، فإن استويا عنده حمل بأشدّ ذلك عليه احتياطاً في قضايا الفروج [٤].

قال ابن عابدين تعليقاً على ذلك: ويمكن حمل الأوّل على القضاء، والثّاني على الدّيانة [٥].

٣–أن يكون المطلِّق فاهماً معناه، ولو بلغة أعجمية، فإذا استعمل الأعجمي صريح الطلاق، وقع الطلاق منه بغير نية، وإن كانت كناية احتاج إلى نية. ولو لقّن أعجميّ لفظ الطّلاق وهو لا يعرف معناه، فقاله لم يقع به شيء وكذلك عربيّ إذا لقّن لفظاً أعجميّاً يفيد الطّلاق وهو لا يدري ذلك فلا يقع عليه شيء ولا يعدّ مطلقاً[٦]. لأن القاعدة تنص على: **العمل في الطلاق على القصد والنية**[٧]. **ومن طلق بالعجمية لزمه**[٨].

---

[١] الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣٧٨/٢، الشيرازي: المهذب ٩/٣، ابن قدامة: المغني ٣٥٥/١٠، الحصكفي: الدر المختار بحاشية ابن عابدين ٤٥٧/٤، ابن حزم: المحلى ١٩٧/٧، ابن تيمية: مجموع الفتاوى ٣٠٤/٣٢.

[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٩٥/٤

[٣] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ٣١٧. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٢٤٩/١. الزركشي: المنثور في القواعد،١٤٦/٣، السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٩٥.

[٤] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٨٣/٣-٢٨٤، الدردير: الشرح الكبير، ٤٠١/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٠/٣-٣٠٣، ابن قدامة: المغني، ٣١٨/٧، ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٥٥.

[٥] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٨٣/٣-٢٨٤.

[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٩/٣.

[٧] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٢٣٣/٤

[٨] المصدر السابق، ١٥١/٤

والواجب حمل اللفظ الأعجمي على ما نواه به صاحبه، فإن لم تكن له نية فعلى العرف عند المتكلم الحالف، فإن لم يكن عرف فعلى أقل مسمى ذلك اللفظ فيما وضع له من لغته الأعجمية[١].

٤-إضافة الطلاق إلى الزوجة، أي إسناده إليها لغة، بأن يعينها بأحد طرق التعيين، كالوصف، أو الاسم المسماة به، أو الإشارة والضمير، فيقول: امرأتي طالق، أو فلانة طالق، أو يشير إليها بقوله: هذه طالق، أو أنت طالق، أو يقول: هي طالق، في أثناء حديث عنها؛ أو إسناده إليها عرفاً مثل: علي الطلاق أو الحرام إن أفعل كذا، أو الطلاق يلزمني إن لم أفعل كذا، فالطلاق هنا مضاف إلى المرأة في المعنى، وإن لم يضف إليها في اللفظ، وذلك خلافاً للحنابلة[٢].

المطلب الثاني
الطلاق الكنائي

الكناية: هو اللفظ المستعمل في غير المعنى الموضوع له في اللغة كلفظ الحرام إذا أريد به الطلاق[٣].

والقاعدة الفقهية في ذلك هي أن: **الطلاق يقع بغير نية اللفظ الموضوع له إذا نوى به الطلاق**[٤]. **ومثلها ما ذكرناه آنفاً: الصريح لا يحتاج إلى نية والكناية لا تلزم إلا بالنية**[٥]

لذلك اتّفق فقهاء المذاهب الأربعة على أنّ اللفظ الكنائيّ في الطّلاق هو: ما كان بلفظ يحتمل معنى الطلاق وغيره بحسب وضع اللغة، ولم يتعارفه الناس في إرادة الطلاق.

أو هو: ما لم يوضع اللّفظ له، واحتمله غيره، فإذا لم يحتمله أصلاً لم يكن كنايةً، وكان لغواً لم يقع به شيء[٦].

مثال اللفظ الكنائي: مثل قول الرجل لزوجته: إلحقي بأهلك، اذهبي، اخرجي، أنت بائن، أنت بتّة، أنت خلية، برية، اعتدي، استبرئي رحمك، أمرك بيدك، حبلك على غاربك؛ أي خليت سبيلك كما يخلى البعير في الصحراء، وزمامه على غاربه، ونحوها من الألفاظ التي لم توضع للطلاق، وإنما يفهم الطلاق منها بالقرينة أو دلالة الحال؛ وهي حالة مذاكرة الطلاق، أو الغضب[٧].

حكم الطلاق بالكناية:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن اللفظ الكنائيّ لا يقع به الطّلاق إلاّ مع النّيّة، ذلك أنّ اللّفظ يحتمل الطّلاق وغيره، فلا يصرف إلى الطّلاق إلاّ بالنّيّة، وأمّا وقوعه بالنّيّة فلأنّ اللّفظ يحتمله، فيصرف إليه بها. وقد ألحق المالكيّة الكنايات الظّاهرة بالصّريح، فأوقعوا الطّلاق بها بغير نيّة، وهي الكنايات الّتي تستعمل

---

[١] المصدر السابق، ٣٠١/٤

[٢] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٥٧/٩

[٣] الكفوي: الكليات ٥٦٢.

[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٥٥/٤.

[٥] السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٩٣. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٧٨/١.

[٦] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٤٧/٣-٢٩٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٧٨/٢، والشربيني: مغني المحتاج، المحتاج، ٢٨٠/٣، ابن قدامة: المغني، ٣١٨/٧-٣١٩. الموسوعة الفقهية، ٢٦/٢٩

[٧] الغارب: ما بين السنام إلى العنق [الفيروزآبادي: القاموس المحيط مادة "غرب"]

في الطّلاق كثيراً وإن لم توضع له في الأصل، وهي لفظ: الفراق والسّراح وسوف نأتي على تفصيل ذلك لاحقاً.

واتفق الفقهاء عموماً على القاعدة الفقهية: **موجب اللفظ يثبت باللفظ ولا يفتقر إلى النية ومحتمل اللفظ لا يثبت إلا بالنية. وما لا يحتمل لا يثبت وإن نوى**[١].

ثم اختلف الفقهاء، هل تحل قرائن ودلائل الحال أو العرف محل النية في وقوع الطّلاق بالكناية من غير نيّة؟.

ذهب الحنفية: إلى أن الطلاق الكنائي لا يقع قضاء إلا بالنية أو العرف أو دلالة الحال وقرائنه التي تبين أنه يريد بها الطلاق، كاخرجي وتقَنّعي، وأنت خلية برية، واعتدي، واستبرئي رحمك، أو كأن يكون الطلاق في حالة الغضب، أو في حالة المذاكرة بالطلاق [٢].

ولكن فصَّل الحنفية في وقوع الطلاق قضاء بألفاظ الكنايات، فقالوا: في حالة الرضا المجرد عن مذاكرة الطلاق وطلبه لا يحكم بوقوع الطلاق بأي لفظ كنائي إلا بالنية، وفي حالة الرضا ومذاكرة الطلاق وطلبه: يقع الطلاق من غير توقف على نية في لفظ (اعتدي) وألفاظ (بائن، بتة، خلية، برية) وأما ألفاظ (اذهبي، اخرجي، قومي، اغربي، تقنعي) فتحتاج إلى نية. وأما في حالة الغضب فيقع الطلاق بلفظ (اعتدي) من غير نية، وأما الألفاظ الأخرى فتحتاج إلى نية.

وذهب المالكية: إلى أن الكناية لا يقع بها الطلاق إلا بالنية، ولا عبرة بالعرف أو بالقرائن أو بدلالة الحال، فلا يلزمه الطلاق إلا إن نواه، فإن قال: إنه لم ينو الطلاق، قبل قوله في ذلك بيمينه، فإن حلف أنه ما أراد باللفظ الطلاق، لم يقع، وإن امتنع عن اليمين حكم عليه بالطلاق[٣].

ولكن قسم المالكية الكناية إلى نوعين:

أ- كناية ظاهرة: هي الألفاظ التي اشتهر استعمالها في الطلاق وحل العصمة عرفاً وشرعاً، كأنت بتة، وحبلك على غاربك وأنت بائن، فهذه يقع بها الطلاق، ولها حكم الصريح ولا يحتاج إلى نية.

ب- كناية خفية: وهي الألفاظ التي لم يشتهر استعمالها في الطلاق وتستعمل في غير الطلاق، مثل أخرجي واذهبي وانصرفي، فهذه إن نوى بها الطلاق وقع، وإن لم ينو لم يقع[٤].

يقول القرافي: (إن كون الصيغة للإنشاء: تارة تكون بوضع العرب كالقسم، وتارة تكون بوضع أهل العرف كصيغ الطلاق وغيرها، ولذلك فإن صريح الطلاق قد يهجر فيصير كناية، وقد تشتهر الكناية فتصير كالصريح للإنشاء، ولذلك قلنا: إن قول القائل: أنت طالق صريح مستغن عن النية، وأنت مطلقة ليس صريحاً بل لا بد فيه من النية مع اشتراك اللفظين في الطاء واللام والقاف، وما ذاك إلا أن أهل العرف

---

[١] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ١٦١.

[٢] الحصكفي: الدر المختار بحاشية رد المحتار ٥٢٦/٤

[٣] وقد ذكر الونشريسي في المعيار قاعدة تخالف ذلك فقال: (البساط إنما يقدم على النية في القضاء إذا كان بينهما التباين والتنافر، وأما إذا كان بينهما اتحاد واتفاق فالعمل على النية وفاقاً لمساعدة البساط) [الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٠٣/٤].

[٤] الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣٧٩/٢، الشرح الصغير، ٥٥٩/٢-٥٦٧.

وضعوا أنت طالق للإنشاء، وبقّوا أنت مطلقة على وضعه اللغوي خبراً، فلم يحصل به طلاق إلا بالقصد لذلك)[١].

ما عدا الصريح والكناية: ذكر المالكية أن ما عدا التصريح والكناية من الألفاظ التي لا تدل على الطلاق، كقوله: اسقني ماء أو ما أشبه ذلك: فإن أراد به الطلاق، لزمه على المشهور، وإن لم يرده لم يلزمه[٢].

وذهب الشافعية: الطلاق الكنائي كأنت خلية، برية، بته، بتله، اعتدي ونحوها فلا يقع بها إلا بالنية ولا عبرة بالعرف أو بدلالة الحال عندهم، ولم يفرق الحنفية والشافعية بين الكناية الظاهرة والخفية[٣].
ولكن اشترط الشافعية في نية الكناية اقترانها بكل اللفظ، فلو قارنت أوله، وغابت عنه قبل آخره، لم يقع طلاق.

وقسم الحنابلة الكناية إلى:
كناية ظاهرة: كأنت خلية أو بائنة أو بتة.
وكناية خفية: كاعتدي، واخرجي، وخليتك، والحقي بأهلك.
ولا يقع الطلاق بالكناية الظاهرة والخفية، إلا بالنية، فإن اقترن بالكناية ما يقوم مقام النية كحال الغضب، أو الخصومة فيقع بها الطلاق بلا نية لأن دلالة الحال كالنية[٤].

ومن الكناية الظاهرة التي يقع بها ثلاث طلقات في المدخول بها إن لم ينو أقل: ألفاظ: بائنة، وميتة، وخلية، وبرية، ووهبتك لأهلك، وخليت سبيلك.
ومثل ذلك: إذا قال الرّجل لزوجته: أنت عليّ حرام، أو أنت حرام، ووجهي من وجهك حرام أو على وجهك حرام. فإن قصد به طلاقها طلقت عند جمهور الفقهاء للنيّة، وقال الحنابلة: يكون ظهاراً، وإن لم يقصد به الطّلاق لم تطلق عند الشّافعيّة، وتطلق عند متأخّري الحنفيّة بلا نية، وفي المشهور عند المالكيّة تطلق ثلاثاً في المدخول بها، وينوّى – أي يسأل عن نيّته – في غير المدخول بها[٥].

ولو قال الزوج: «أنت طلاق» أو «أنت الطلاق» أو «أنت طالق طلاقاً» فيقع بها عند الحنفية والمالكية والحنابلة طلقة واحدة رجعية إن لم ينو شيئاً، فإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث، وهذه عندهم من الألفاظ الصريحة، لأنه صرح بالمصدر، والمصدر يقع على القليل والكثير، وإنه نوى بلفظه ما يحتمله[٦].
وعند الشافعية في الأصح: ليس قوله: أنت طلاق أو الطلاق، من الألفاظ الصريحة، بل هما كنايتان؛ لأن المصادر إنما تستعمل في الأعيان توسعاً[٧].

---

[١] القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات الإمام، ص٦٣.
[٢] ابن رشد: بداية المجتهد، ٨٤/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢٢٩.
[٣] ابن عابدين: الدر المختار بحاشية ابن عابدين، ٥٢٨/٤، الشيرازي: المهذب، ١٠/٣، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٩/٤.
[٤] ابن قدامة: المغني، ٣٦٧/١٠، البهوتي: كشاف القناع، ٢٢٠/٤.
[٥] الحصكفي: الدر المختار، ٥٩٤/٢، الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٤١/٣، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٠/٣. ابن قدامة:المغني، ٢٣٧/٧، الدردير:الشرح الصغير، ٥٥٩/٢.
[٦] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٩٤/٢، الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٤١/٣، ابن قدامة: المغني، ٢٣٧/٧، الدردير: الشرح الصغير، ٥٥٩/٢.
[٧] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٠/٣.

مذهب الظاهرية والجعفرية:

قال الظاهرية والجعفرية: أن الطلاق لا يقع بلفظ الكناية إطلاقاً سواء بنية أم من غير نية.

وبناء على ذلك فلو قال رجل لزوجته: أنت بائن أو أنت خلية ونوى الطلاق، فلا يقع بهذا شيء.

يقول ابن حزم: (ومن قال لامرأته أنت عليّ حرام أو زاد على ذلك.. فهو كله باطل وكذب ولا تكون بذلك عليه حراماً وهي امرأته، كما كان نوى بذلك طلاقاً أو لم ينو)[١].

وجاء في جواهر الكلام: (لا يقع الطلاق بالكناية عندنا التي هي اللفظ المحتمل للطلاق وغيره)[٢].

وقد علق أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني على ذلك بقوله: (ولا شك في أن حصر ألفاظ الطلاق بأقل عدد ممكن هو أقرب للمصلحة حيث فيه تضييق من نطاق دائرة الطلاق. ولكن ما القول في لفظ اشتهر بين الناس وشاع عرفاً بأن المراد منه الطلاق سوى تلك الألفاظ التي حددها المذهبان الجعفري والظاهري.

فلفظ أنت بائنة إذا كان معروفاً في جميع الأوساط بأن من تلفظ به إنما يعبر عن إرادته بالتطليق، وفهمته الزوجة ونوى به الطلاق، فأي فرق بين هذا اللفظ ولفظ أنت طالق، إذ إن كلاً منهما يؤدي نفس الغرض حيث يعبر عن قصد المطلق بالتطليق.

ويبدو لي أن سبب عدم الاعتداد بلفظ الكناية لدى هذين المذهبين هو اشتراطهم الإشهاد حين الطلاق، فلا يقع طلاق الزوج إلا أمام شاهدين يسمعان إيقاع الطلاق مع فعم معناه، فلفظ الكناية لا يعرف إلا من النية لاحتماله معان أخرى، إذ كيف تصح الشهادة على نية المطلق)[٣].

والخلاصة: اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن نيّة الطّلاق باللّفظ الكنائي شرط لوقوعه، لكن استثنى المالكيّة بعض ألفاظ الكناية حيث أوقعوا الطّلاق بها من غير نيّة كالصّريح، وهي الكنايات الظّاهرة، كقول المطلّق لزوجته: سرّحتك، فإنّه في حكم: طلّقتك عندهم[٤].

ثم اختلف الفقهاء على قيام العرف وقرائن الأحوال ودلائله مقام النّيّة في الكنايات، فذهب الحنفيّة والحنابلة إلى ذلك وقالوا باعتبارها، وخالف المالكيّة والشّافعيّة في ذلك وقالوا: لا عبرة بالعرف وقرائن الحال.

المطلب الثالث

إضافة الطلاق إلى نفس الزوج

يتفرع عن بحث الكناية في ألفاظ الطلاق مسألة إضافة الطلاق إلى نفس الزوج.

قال الحنفية والحنابلة: من قال لامرأته: «أنا منك طالق» فليس بشيء، وإن نوى طلاقاً. ولو قال: أنا منك بائن، أو أنا عليك حرام، ناوياً الطلاق فهي طالق عند الحنفية وفي أحد الوجهين عند الحنابلة؛ لأن الطلاق

---

[١] ابن حزم: المحلى، ١٢٤/١٠.
[٢] الحلي: جواهر الكلام، ٢٨٣/٥.
[٣] الصابوني: عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٢٨٣/١.
[٤] ابن قدامة: المغني، ٣٦٥/٧، حاشية الدسوقي:٣٦٥/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢٥٣.

لإزالة القيد، والقيد في المرأة دون الزوج، فلا تطلق في الحالة الأولى، لأنه أضاف الطلاق إلى غير محله، فيلغو. أما الإبانة فهي لإزالة الوصلة، والتحريم لإزالة الحل، وهما مشتركان بين الزوجين، فصح إضافتهما إلى الزوجين، ولا يصح إضافة الطلاق إلا إليها [١].

وقال المالكية والشافعية: لو قال الرجل: أنا منك طالق، تطلق إن نوى تطليقها؛ لأن المرأة مقيدة والزوج كالقيد عليها، والحَلّ يضاف إلى القيد، كما يضاف إلى المقيد، فيقال: حلّ فلان المقيّد، وحل القيد عنه. وإن لم ينو طلاقاً فلا تطلق؛ لأن اللفظ خرج عن الصراحة بإضافته إلى غير محله، فشرط فيه ما شرط في الكناية من قصد الإيقاع.

وكذا لو قال: أنا منك بائن، اشترط نية الطلاق، كسائر الكنايات. وعليه، فإن الطلاق المنسوب إلى الزوج يقع . على هذا الرأي . بالنية، سواء بلفظ الطلاق أم بالإبانة[٢].

المبحث الثاني
الطلاق بما يقوم مقام اللفظ

الأصل أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ، لكن يقوم مقام اللفظ في لزوم الطلاق الأمور التالية:

المطلب الأول
الطلاق بالكتابة

الكتابة: هي الخط، وهو تصوير اللفظ بحروف هجائه، والكتابة اسم المكتوب، والكتاب اسم لما كتب مجموعاً[٣].

والكتابة قد تكون بالطريقة المعتادة أو الأسلوب المتعارف عليه حسب كل عصر، وهذا يعني أنها تشمل أنواع الكتابة التي ذكرها الفقهاء قديما والأساليب التي يلجأ إليها في الوقت الحاضر.

- **والقاعدة في ذلك أن: الكتاب كالخطاب[٤]. أو: البيان بالكتابة بمنزلة البيان باللسان.**

لذلك فقد اتفق جمهور فقهاء المذهب الأربعة على وقوع الطلاق بالكتابة على التفصيل التالي:

قال الحنفية إذا كانت عبارتها صريحة فهي كالطلاق الصريح، وإن كانت عبارتها بألفاظ الكناية، فإنه لا يقع إلا بالنية.

---

[١] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٧٠/٣ وما بعدها، ابن قدامة: المغني، ١٣٣/٧ وما بعدها، الحصكفي: الدر المختار ٦١٣/٢.
[٢] ابن جزي: القوانين الفقهية: ص ٢٢٨، الشيرازي: المهذب، ٨٠/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٢/٣.
[٣] ابن منظور: لسان العرب، ٢٣/١٢. الفيومي: المصباح المنير، مادة "كتب" الجرجاني: التعريفات، ١٩٢.
[٤] السرخسي: المبسوط،١٦/٥. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص٣٣٩ ، مجلة الأحكام العدلية، م ٦٩

وفرق الحنفية بين الكتابة المستبينة، وغير المستبية، فقالوا: إما أن تكون الكتابة مستبينة أي واضحة ظاهرة باقية كالكتابة على الورق أو على الأرض أو الحائط مثلاً، أو غير مستبينة، وهي التي لا يبقى لها أثر، كالكتابة على الهواء أو على الماء، وكل شيء لا يمكن فهمه وقراءته.
وحكمها: أنه لا يقع بها طلاق وإن نوى[١].

والكتابة المستبينة نوعان:
كتابة مرسومة: وهي التي تكتب مصدرة ومعنونة باسم الزوجة وتوجه إليها كالرسائل المعهودة، كأن يكتب الرجل لزوجته قائلاً: إلى زوجتي فلانة، أما بعد: فأنت طالق، فيقع به الطلاق ولو من غير نية.

وحكمها: حكم الصريح إذا كان اللفظ صريحاً، فيقع الطلاق ولو من غير نية.

ويلحق بهذا النوع الطلاق بالرسالة، أي بإرسال رسول: هي أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد إنسان، فيذهب الرسول إليها ويبلغها الرسالة على النحو المكلف به، وحكمها: حكم الطلاق الصريح باللفظ، يقع عليها الطلاق؛ لأن الرسول ينقل كلام المرسل، فكان كلامه ككلامه[٢].

أما الكتابة المستبينة غير المرسومة: فهي التي لا تكتب إلى عنوان الزوجة أو باسمها ولا توجه إليها كالرسائل المعروفة، كأن يكتب على ورقة: «زوجتي فلانة طالق»، ولا يرسلها إليها، أو يكتب على جداره طلقت زوجتي، وحكمها حكم الكناية ولو كان اللفظ صريحاً، لا يقع بها الطلاق إلا إذا نواه[٣].

وقال المالكية: العبرة في كتاب الطلاق النية. فإذا عزم شخص على تطليق زوجته ولم يكن متردداً، وكتب لها (أنت طالق)، وقع الطلاق بمجرد الكتابة سواء أخرج الكتاب من يده أو لم يخرجه وصلها الكتاب أو لم يصل إليها، وكذلك إن كتبه ولا نية له، لقيام الكتابة مقام اللفظ والعبارة في إرادة الطلاق.
وإن لم يكن عازماً الطلاق حال الكتابة بل كتبه متردداً غير عازم ليشاور نفسه ويرى رأيه في إنفاذ الكتاب فله ذلك، ولا يلزمه طلاق ما لم يخرج الكتاب من يده، وله رده مالم يصل إلى المرأة فإن وصلها لزمه الطلاق.
ويلزم الطلاق بمجرد إرساله مع رسول ولو لم يصل، فمتى قال للرسول: أخبرها بأني طلقتها، لزمه الطلاق[٤].

وعدّ الشافعية الطلاق بالكتابة من قبيل الكناية مطلقاً فلا يقع بها الطلاق إلا بالنية، فإذا كتب رجل طلاق امرأته بلفظ صريح ولم ينوه، فهو لغو لم يقع به الطلاق؛ لأنه الكتابة تحتمل إيقاع الطلاق وتحتمل امتحان الخط، فلم يقع الطلاق بمجردها. وإن نوى الطلاق فالأظهر وقوعه، ولا يقع الطلاق بالكتابة إلا في حق الغائب.

---

[١] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٤٦/٣.
[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٢٦/٣. الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٦٠/٩
[٣] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار ٤٥٥/٤.
[٤] الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣٨٤/٢. ابن جزي: القوانين الفقهية ٢٣٠، الدردير:الشرح الصغير، ٥٦٨/٢.

والظاهر أن الكتابة يفهم منها الطلاق إذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها، ونواه وقع بها الطلاق، لقيامها مقام اللفظ، ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم: كان مأموراً بتبليغ الرسالة فبلغ بالقول مرة وبالكتابة أخرى[١].

وإن كتب شخص في كتاب طلاق زوجته صريحاً أو كناية، ونوى الطلاق، ولكنه علق الطلاق ببلوغ الكتاب، كقوله: (إذا بلغك كتابي، فأنت طالق). فإنما تطلق ببلوغه لها، مكتوباً كله، مراعاة للشرط. فإن انمحى كله قبل وصوله، لم تطلق، كما لو ضاع.

وإن كتب الرجل: إذا قرأت كتابي فأنت طالق، وكانت تقرأ، فقرأته طلقت، لوجود المعلَّق عليه. وإن قرئ عليها فلا تطلق في الأصح، لعدم قراءتها مع إمكان القراءة. وإن لم تكن قارئة، فقرئ عليها، طلقت؛ لأن القراءة في حق الأمي محمولة على الاطلاع على ما في الكتاب، وقد وجد، بخلاف القارئة [٢].

ويرى الحنابلة: وقوع الطلاق بالكتابة إذا كانت صريحة ظاهرة ولا تفتقر إلى النية[٣].

لأن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق، فإذا أتى فيها بالطلاق، وفهم منها المراد، وقع كالطلاق باللفظ، ولأن الكتابة تقوم مقام الكاتب، بدليل أن النبي صلّى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ رسالته، فحصل المقصود في حق البعض بالقول، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف، ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق.

وإن كتب الطلاق من غير نية، قيل: يقع، وقيل: لا يقع إلا بنية، وهو الظاهر.

وإن كتب بشيء لا يبين مثل: أن يكتب الطلاق بأصبعه على وسادة أو في الهواء، فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع.

ورأيهم كالشافعية تماماً في اشتراط وصول الكتاب دون أن ينمحي ذكر الطلاق، إذا علق الطلاق ببلوغه[٤].

والخلاصة: يقع الطلاق عند الجمهور بالكتابة مع النية، ويقع عند الحنفية في الكتابة المرسومة كالصريح، وفي غير المرسومة كالكناية تحتاج إلى نية. ولا يقع الطلاق بالكتابة على الماء أو الهواء ونحوه بالاتفاق. ومن طلق في قلبه لم يقع، وإن تلفظ به أو حرك لسانه، وقع ولو لم يسمعه.

وقبل أن ننهي الكلام عن الكتابة، لا بد أن نشير أن الظاهرية لا يوقعون الطلاق بالكتابة، لأنَّ اسم الطلاق قد ورد في القرآن الكريم على اللفظ لا على الكتابة.

يقول ابن حزم: (ومن كتب إلى امرأته بالطلاق فليس بشيء)[٥].

---

[١] الشيرازي: المهذب، ٨٣/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٤/٣ وما بعدها.
[٢] الشربيني: مغني المحتاج ٣٦٣/٤.
[٣] البهوتي: كشاف القناع ٢٤٩/٥.
[٤] ابن قدامة: المغني، ٢٣٩/٧ وما بعدها، المقدسي: غاية المنتهى، ١٥٨/٣.
[٥] ابن حزم: المحلى، ١٩٧/١٠.

المطلب الثاني
الطلاق بالإشارة

القاعدة أن : كتابة الأخرس كإشارته[١]. ومثلها: الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان[٢].

فإذا كان الرجل عاجزاً عن النطق كالأخرس فيصح طلاقه باتفاق الفقهاء بالإشارة المفهومة بيد أو رأس المعهودة، أو المعهودة عند الأخرس ونحوه، لأنه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة فقامت مقام الكلام الصريح الذي لا يحتاج إلى نية، أما القادر على النطق فلا يصح طلاقه بالإشارة عند جمهور الفقهاء، كما لا يصح نكاحه بها، فلا يقع الطلاق بالإشارة إلا في حق الأخرس، وقال المالكية: إشارة القادر على الكلام كالكناية تحتاج إلى نية، ويصح بها حينئذ الطلاق[٣].

إلا أن الحنفية قالوا: إذا كان الأخرس يحسن الكتابة، فلا يقع طلاقه إلا بالكتابة، لأنها أكثر دلالة على المراد من الإشارة [٤].

ثمّ إن كانت الإشارة مفهومةً لدى كلّ النّاس، وقع بها الطّلاق بغير نيّة كالصّريح، وإن كانت مفهومةً لدى بعضهم فقط، وقع الطّلاق بها مع النّيّة فقط كما في الكتابة، صرّح بذلك الشّافعيّة كما اشترط الحنفيّة لوقوع الطّلاق بالإشارة من الأخرس أن يكون خرسه منذ الولادة أو طرأ عليه واستمرّ إلى الموت في القول المفتى به، ولذا كان طلاقه موقوفاً على موته، وفي قول آخر: إذا دام سنةً كان كمن ولد أخرس[٥].

المطلب الثالث
الطلاق بالفعل

الأصل أن الفعل لا يقع به طلاق، ولو قصد الطلاق؛ لأن من أركان الطلاق " اللفظ" لا "الفعل"، فلا يقع بالفعل المجرد طلاق، لكن إذا جرى عرف، أو عادة قوم أن من فعل منهم فعلاً معيناً فهو طلاق، كان طلاقاً، كما إذا تعارفوا: أنه إذا رمى لها متاعها خارج البيت أنه طلاقها، فيلزمه ما تعارفوا عليه؛ كفتق ثوب، أو ضرب أو قطع حبل أو طرد خارج البيت [٦].

قال الدسوقي[٧]: (إن الفعل لا يقع به طلاق ولو قصد به الطلاق ما لم يجر عرف باستعماله في الطلاق وإلا فيقع به الطلاق. فإن صاحبه عوض فهو بائن وإلا فهو رجعي)[٨].

---

[١] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٣٤٣ – السيوطي: الأشباه والنظائر، ٣١٢.
[٢] مجلة الأحكام العدلية المادة ٧٠. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٣٥١
[٣] ابن عابدين: الدر المختار بحاشية ابن عابدين٤٥٦/٤، ابن جزي: القوانين الفقهية ٢٣٠، الدردير:الشرح الصغير، ٥٦٨/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٤/٣، الشيرازي: المهذب ١٣/٣، ابن قدامة: المغني، ٢٣٨/٧ وما بعدها، البهوتي: كشاف القناع ٢١٩/٤.
[٤] ابن عابدين: الدر المختار بحاشية ابن عابدين ٤٥٦/٤، الشيرازي: المهذب١٣/٣، البهوتي: كشاف القناع ٢١٩/٤.
[٥] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤٥٦/٤، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٤/٣.
[٦] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٥٨/٢، و٣٦٥، والعدوي على الخرشي ٢٤/٤، والدردير: الشرح الصغير، ٥٦٧/٢-٥٧٠، والشقفة: الفقه المالكي في ثوبه الجديد، ٢٤٠/٤.
[٧] الدسوقي (١٢٣٠هـ) محمد بن أحمد بن عرفه. فقيه مالكي من علماء العربية والفقه، تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة، ودرس بالأزهر. جاء جاء في شجرة النور (هو محقق عصره وفريد دهره) له (حاشيته علي الشرح الكبير على مختصر خليل)؛ (حاشية على شرح السنوسي لمقدمته فى العقائد) [الجبرتي٢٣١/٤، والأعلام للزركلي ٢٤٢/٦؛ وشجرة النور الزكية٣٦١].
[٨] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ٤١٩/٢.

ومع أن الحنابلة قد نصوا على أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ أو الكتابة أو الإشارة[١]، لكنهم قد ذكروا الفعل بشيء قريب من هذا.

يقول ابن قدامة قال: (وإذا قال لها في الغضب: أنت حرة، أو لطمها، فقال: هذا طلاقك فقد وقع الطلاق).

ويقول ابن قدامة أيضاً: (وعلى قياسه ما لو أطعمها، أو سقاها، أو كساها، وقال: هذا طلاقك. أو لو فعلت المرأة فعلا من قيام، أو قعود، أو فعل هو فعلا، وقال: هذا طلاقك. فهو مثل لطمها، إلا في أن اللطم يدل على الغضب القائم مقام النية، فيكون هو أيضا قائما مقامها في وجه، وما ذكرنا لا يقوم مقام النية عند من اعتبرها).. ثم رجّح ابن قدامة أن هذا الفعل من كنايات الطلاق التي تحتاج إلى نية، أو إذا قارنته دلالة الحال بالغضب فيكون الغضب قائما مقام النية، أو أن لطمه لها قرينة تقوم مقام النية؛ لأنه يصدر عن الغضب، فجرى مجراه.

يقول ابن قدامة: (إن هذا اللفظ كناية في الطلاق، إذا نواه به وقع، ولا يقع من غير نية، أو دلالة حال)[٢].

حال)[٢].

وقد أيّد ابن تيمية جواز الطلاق بالفعل فقال: (ولعله هو الغالب على نصوص أحمد بل قد نص على أن الطلاق يقع بالفعل والقول)[٣]. هذا ولم أجد شيئاً لدى الحنفية أو الشافعية يتعلق بذلك.

المبحث الثالث

آثار الطلاق الصّريح والطلاق الكنائيّ

ذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى أنّ طلاق الزّوج سواء أكان صريحاً أم كنائياً، يكون رجعيّاً دائماً ولا يكون بائناً إلاّ في أحوال ثلاث، وهي:

أ – الطّلاق قبل الدّخول؛ ويكون بائناً.

ب – الطّلاق على مال؛ ويكون بائناً ضرورة وجوب المال به على الزّوجة، ذلك أنّها لم تبذله له إلاّ لبينونتها.

ج – الطّلاق الثّلاث؛ وذلك ضرورة وقوع البينونة الكبرى به، بنصّ الآية الكريمة: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾[البقرة:٢٣٠].

وأما التّفريق للإيلاء: فهو طلاق رجعي عند الجمهور، لأن قدرة الزوج على الإنفاق متوقعة في أي وقت، وأما التّفريق للإعسار: بالنّفقة فهو رجعي عند مالك؛ لتمكين الزوج من العودة إلى معاشرة الزوجة. وفسخ عند الشافعي وأحمد كما سنبين ذلك في حينه لاحقا إن شاء الله تعالى[٤].

---

[١] ابن قدامة: المغني، ٢٤٧/١٠.

[٢] ابن قدامة: الكافي في فقه الإمام أحْمد- بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٤، ٤٧/٣. ابن قدامة: المغني، ٢٥٦/١٠

[٣] البعلي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية - بيروت: دار الفكر، ٢٦٨/٣.

[٤] ابن جزي: القوانين الفقهية: ص ٢٢٦، الدردير: الشرح الصغير، ٥٢٦/٢. الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٥١٨/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٧/٣، ابن قدامة: المغني، ٤٥٤/٧.

وذهب الحنفيّة: إلى أنّ الطلاق الكنائيّ يقع الطّلاق به بائناً مطلقاً، سواء قبل الدخول أم بعده، إلاّ ألفاظاً قليلةً قدر وجود لفظ الطّلاق الصّريح فيها، فيكون رجعيّاً، لأنه لا يفيد معنى الشدة والبينونة مثل: اعتدّي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدةً. والتّقدير: طلّقتك فاعتدّي، وطلّقتك فاستبرئي رحمك، وأنت طالق طلقةً واحدةً، يقع بهذه الألفاظ طلقة واحدة رجعية، إذا نوى الزوج بها الطلاق[1].

أمّا الطلاق الصّريح فيقع به الطّلاق رجعيّاً بشروط، وهي:

١ – الطلاق الصريح ولكن يشترط فيه خمسة شروط:

الأوّل: أن يكون بعد الدّخول بلفظ من مادة الطلاق أو التطليق، فإذا كان قبل الدّخول وقع به الطّلاق بائناً مطلقاً، سواء أكان بلفظ صريح أم بلفظ كنائيّ.

الثّاني: أن لا يكون مقروناً بعوض، فإن قرن بعوض – طلاق على مال – كان بائناً.

الثّالث: أن لا يكون مقروناً بعدد الثّلاث لفظاً أو إشارةً أو كتابةً، وأن لا يكون الثّالث بعد طلقتين سابقتين عليه، رجعيّتين أو بائنتين، لأنّ الطّلاق الثّالث لا يكون إلاّ بائناً ببينونةً كبرى.

الرّابع: أن لا يكون موصوفاً بوصف الشدة أو القوة أو البينونة أو نحوها، فمن قال: أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك، يقع به الطلاق الرجعي، ولا يقع به إلا واحدة، وإن نوى أكثر من ذلك، ولا يفتقر إلى النية. أما لو قال: أنت طالق، أو أنت طالق الطلاق، أو أنت طالق طلاقاً، فإن لم تكن له نية، فهي طلقة واحدة رجعية، وإن نوى به ثلاثاً كان ثلاثاً. ولو قال: أنت طالق على المذاهب الأربعة، أو أنت طالق لا يرد ك عالم ولا قاض، يقع به طلقة رجعية.

أو أن لا يكون موصوفاً بصفة تدلّ على البينونة من غير حرف العطف، كقوله لها: أنت طالق بائناً، بخلاف: أنت طالق وبائن، فإنّه يقع بالأولى طلقة رجعيّة، وبالثّانية طلقة بائنة، وكذلك أنت طالق طلقةً تملكين بها نفسك، فإنّه بائن.

الخامس: أن لا يكون مشبّهاً بعدد أو صفة تدلّ على البينونة، كأن يقول لها: أنت طالق مثل هذه ويشير بأصابعه الثّلاثة، فإنّها تبين منه بثلاث طلقات.

فإذا تخلّف شرط من هذه الشّروط وقع به الطّلاق بائناً[2].

وقد علَّل الأحناف هذا، أن المنظور إليه في وقوع الطلاق وعدده هو اللفظ الصريح وليس النية المستترة وكذلك الحكم بالنسبة لقوله: " اعتدي" أو "استبرئي رحمك" لأنه في حكم اللفظ الصريح في الطلاق.

ومن ألفاظ الطلاق التي هي في حكم الصريح عرفاً قول الرجل: علي الطلاق، وعلي الحرام، والطلاق يلزمني، والحرام يلزمني، فإنه يقع بلا نية للعرف، وبه أصبح لفظ: حرام وخالص، من قسم الصريح.

وبناء على اختلاف الفقهاء في أثر الطلاق الصريح والطلاق الكنائي هل هو رجعي أم بائن؟.

---

[1] الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ١٣٢/٣.

[2] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٥٠/٣، ٢٧٨/٣-٢٨١.

يقول أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني:

(ما نراه في حكم الطلاق بلفظ الكناية: والحق أننا لا نجد مبرراً للتفرقة بين الصريح والكناية، فما كان بائناً في لفظ صريح فيجب أن يكون بائناً في لفظ الكناية ومن غير المعقول أن نعطي حكم الكناية البينونة مع أن حكم اللفظ الصريح أنه طلاق رجعي والمفروض أن الكناية تنوب مناب اللفظ الصريح في التعبير عن إرادة المطلق)[1].

وأما الفقهاء الذي توسعوا في الألفاظ التي يقع بها الطلاق لفظ الكناية، إلى حد يمكن القول معه أنهم لم يتركوا لفظاً خطر في بالهم إلا وذكروه على أنه يصلح للتفريق، كأن الشارع سهل أمر الطلاق إلى هذا الحد بحيث لو قال الزوج لزوجته: إذهبي أو اقعدي كان لفظ كناية يقع به الطلاق إن نواه أو قامت قرينة دلالة الحال مقام ذلك. إن هذا المنحى يخالف روح نظام الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله.

ولهذا؛ فإني أميل إلى رأي الظاهرية والجعفرية من حيث تقييد الألفاظ التي يقع الطلاق بها لا بالشكل الذي جاء في هذه المذاهب بل أقول بأن كل لفظ اشتهر وعرف بين الناس عامة على أن المراد منه الطلاق بحيث لا يحتمل معنى آخر يقع به الطلاق وما دون ذلك لا يقع به شيء)[2] انتهى.

---

[1] الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢١٦/٢. ابن رشد: بداية المجتهد، ٤٦/٢. ابن قدامة: المغني، ٢٦٩/٨.

[2] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٢٨٦/١.

المبحث الرابع
القواعد الفقهية المتعلقة بصيغة الطلاق وألفاظه الصريحة والكنائية

قاعدة رقم (١).

صريح الطلاق هو ما لا يحتمل معنى إلا الطلاق[١].

معنى القاعدة:

إذا كان اللفظ صريحاً فلا ينوي فيه صاحبه، بل يمضي عليه الطلاق لما يقتضي اللفظ، ولا يسأل عن نيته.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته: أنت طالق، أو أبنتك أو فارقتك فهو من صريح الطلاق فتطلق عليه ولا يحتاج إلى استظهار نيته[٢].

قاعدة رقم (٢).

الصريح لا يحتاج إلى نية والكناية لا تلزم إلا بالنية[٣].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- الصريح لا يحتاج إلى النية قضاء لا ديانة بخلاف الكناية[٤].
- الألفاظ إذا كانت نصوصاً في شيء غير مترددة: لم تحتج إلى نية، لانصرافها بصراحتها لمدلولاتها، فإن كانت كناية أو مشتركة مترددة: افتقرت إلى النية[٥].

معنى القاعدة:

تشير القاعدة إلى أن ما كان من اللفظ صريحاً في بابه، بدلالة لفظه على معناه الموضوع له لغة فحكمه ثبوت مدلوله مطلقاً، ولا يحتاج إلى نية، وما كان كناية عن غيره فهو يحتاج في استعماله وبناء الحكم عليه وثبوته إلى النية، لأن في الكناية اشتباه مراد المتكلم واحتماله فيشترط فيها النية إزالة للاشتباه والاحتمال بخلاف الصريح.

ولكن القاعدة الثانية تفيد أن الصريح لا يحتاج إلى نية في القضاء؛ أي أمام القاضي، لأن القاضي إنما يحكم بحسب ظواهر الألفاظ ولا ينظر إلى النيات، أي أن القاضي لا ينظر إلى نية المتكلم ولا يعتدّ بها، وأما في الديانة أي بين العبد وربه فإن النية معتبرة في ترتيب الثواب أو عدم العقاب أو الحل أو الحرمة.

فروع على القاعدة:

---

[١] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٩٥/٤

[٢] المصدر السابق، ٣٩٥/٣

[٣] السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٩٣. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٧٨/١.

[٤] قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٥٠.

[٥] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢٨١/٢. القرافي: الذخيرة، ٢٤٣/١. زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٢٤٣/٢. قاعدة ١٣٧.

منها: إذا قال شخص لزوجته: أنت طالق. فتقع طلقة في الحال، وإذا قال: إنما أردت أنها طالق من وثاق، فلا تعتبر نيته هذه أمام القضاء. ولكن إذا قال لها: إذهبي لأهلك، فلا يكون طلاقاً إلا إذا قصده ونواه بهذا اللفظ، لأن قوله: اذهبي لأهلك، لم يوضع في اللغة ليدل على الطلاق.
ومنها: إذا طلق غافلاً أو ساهياً أو مخطئاً وقع طلاقه أمام القضاء[١].

قاعدة رقم (٣).

ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية عن غيره ولا صريحاً فيه[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- كل ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية في غيره ولا صريحاً فيه[٣].
- المصرحات من الألفاظ تحمل على ظواهرها ولا تعتبر نية اللافظ في صرف اللفظ إلى غير ظاهره[٤].
- إذا كان اللفظ صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لم يكن كناية عن غيره وما كان صريحاً في بابه ولم يجد نفاذاً في موضوعه كان كناية عن غيره[٥].
- كل ما هو صريح في بابه لا ينصرف إلى غيره بالنية[٦].
- ما لا يجوز دخول المجاز فيه لا تؤثر النية في صرفه عن موضوعه[٧].

معنى القواعد:

المراد بالصريح: هو دلالة اللفظ على معناه الذي وضع له لغة أو شرعاً دلالة مطابقة. أو هو اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، وهو ما لا يحتاج إلى نية لأن لفظه دال على معناه[٨]، .

.

وأما الكناية فهو لفظ استعمل في غير موضوعه الأصليّ ولا يعمل إلا بالنية.

فتدلّ هذه القاعدة أن اللفظ إذا كان صريحاً في دلالته على مضمونه ومعناه، عمل به في موضوعه الذي دلّ عليه، وعلى حسب تلك الدلالة الظاهرة، ولا يكون صريحاً في غير موضوعه. ولا يجوز صرفه إلى غير حقيقته اللغوية أو الشرعية ولا تعمل فيه النية المخصصة أو المغيرة ما دام قد وجد نفاذا في موضوعه الذي وضع له. وإما إن لم يجد نفاذا في موضوعه فيلغى ويهمل.

ولا يكون كذلك كناية عن غيره ولا مجازاً عنه، لأنه لا يصار إلى الكناية أو المجاز إلا عند تعذر الحقيقة. ولا تعتبر نية المتكلم في صرف اللفظ عن معناه الصريح إلى معنى آخر غير ظاهر، لأن النية إنما جعلت

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٢٩/٦.
[٢] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ٣١٧. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٢٤٩/١. الزركشي: المنثور في القواعد،١٤٦/٣، السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٩٥.
[٣] ابن السبكي:الأشباه والنظائر، ٢٤٩/١. الزركشي:المنثور في القواعد، ٣١١/٢–١٤٦/٣. الحصني:القواعد، ٣٩٨/١. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٣٩٥.
[٤] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ١٦٤ عن شرح الجامع الكبير للأسمندي.
[٥] العلائي: المجموع المذهب ورقة ٦٢. الزركشي: المنثور ٣١١/٢. ابن السبكي: الأشباه والنظائر ٢٤٩/١ السيوطي: الأشباه والنظائر ٢٩٥ البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٣٣٥/١
[٦] القرافي: الفروق، ٣٦/١.
[٧] المصدر السابق، ٤٦/١.
[٨] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٢٥٠/١.

لتعيين المراد عندما يكون المراد غير محدد، لكن هذه الألفاظ معلومة المراد بظواهرها وهي عاملة في حقائها التي وضعت للدلالة عليها فلا تحتاج إلى النية لتعيينها.
وأما إذا كان اللفظ صريحاً لكنه لم يمكن عمله في موضوعه الذي دل عليه فيكون كناية عن غيره.

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق بقوله: أنت طالق هذا صريح في الطلاق فيقع، ولا يكون ظهاراً ولا فسخاً، ولو نواه وإن قال: نويت الظهار؛ لأنه صريح في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه حيث عمل في الزوجة وثبت حكمه فيها فلا يكون كناية عن غيره وأما إذا قال لأمته أنت طالق ونوى العتق عتقت لأن الأمة لا يعمل فيها الطلاق ومنها إذا قال لزوجته بعتك نفسك بكذا وقالت اشتريت يكون خلعا كناية.

ومنها: إذا قال الرجل لزوجته: أنت طالق أو مطلقة، فهذا اللفظ صريح ظاهر في إرادة الطلاق المحرم شرعاً، فإذا قال الزوج: نويت أنها طالق من وثاق فلا يقبل قوله[١].

ومنها: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً، وقال أردت اثنتين، لا يقبل قوله لأن أسماء الأعداد لا يدخلها المجاز فلا تسمع فيها النية.

ومنها: لو ظاهر من امرأته بلفظ الظهار وقال: أردت الطلاق فلا يقبل منه.

ويستثنى من هذه القاعدة: إذا طلق زوجته ثم راجعها بلفظ التزويج أو النكاح كان كناية عن الرجعة[٢].
ومما استثني من هذه القاعدة أيضاً: إذا قال لزوجته: أنت حرام كظهر أمي ونوى الطلاق بالمجموع كان طلاقاً عند الشافعية مع أنه إذا أطلق أي لم ينو كان ظهارا قطعاً.
وإذا قال لزوجته: أنت علي حرام وعنى به الطلاق، فإنه يقع طلاقاً مع أن لفظ التحريم صريح في إيجاب الكفارة[٣].

قاعدة رقم (٤).

المشتق من الصريح صريح[٤].

معنى القاعدة:

المشتق: هو ما أخذ من المصدر، تشبيهاً بما أخذ من الثوب وشق منه، فإنه مشتق. والمشتقات عند النحاة منها الأفعال، وأسماء الفاعلين والمفعولين والمبالغة وغيرها.
الصريح: هو ما دل على معناه الأصلي الذي وضع له مطابقة بحيث لا يحتمل غيره، أو هو اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق. ويقابل الصريح الكناية.

وهذه مسألة لغوية لها أثرها في الفقه، فإنه إذا اشتق من مصدر صريح مشتق فهو صريح كأصله، والمراد هنا ما كان صريحاً في الشرع وإن كان له في اللغة احتمالات.

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٤٠/١٠.
[٢] المصدر السابق، ١٨٣/٩.
[٣] المصدر السابق، ٥٤١/٧.
[٤] العلائي: المجموع المذهب لوحة ٦١. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٨١/١- الزركشي: المنثور في القواعد،٣٠٦/٢ – الحصني: القواعد، ٣٩٣/١. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٩٦.

فروع على القاعدة:

منها: لفظ الطلاق في عرف الشرع صريح في حل عقدة الزوجية، ولا يحتاج إلى نية، لأن لفظه على معناه. ومثله: ما اشتق مه كلفظ: طلقتك، وأنت طالق، وأنت مطلقة.

ومنها: إذا قال: رجعتك وارتجعتك وراجعتك فكلها صريحة.

ويستثنى من هذه القاعدة: إذا قال لزوجته: أنت علي حرام، ونوى الطلاق وقع. مع أن التحريم صريح في إيجاب الكفارة. ومنها الخلع لا يكون صريحاً إلا بذكر المال[١].

قاعدة رقم (٥).

موجب اللفظ يثبت باللفظ ولا يفتقر إلى النية ومحتمل اللفظ لا يثبت إلا بالنية. وما لا يحتمل لا يثبت وإن نوى[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- موجب اللفظ يثبت باللفظ ولا يفتقر إلى النية ومحتمل اللفظ لا يثبت إلا بالنية [٣].
- من تكلم بكلام هو ظاهر المراد لم تعتبر النية فيه. وإن كان غير ظاهر المراد لإجمال فيه أو لاشتراك اعتبر بنية فيه[٤].

معنى القاعدة:

الكلام إما صريح يدل لفظه على معناه مطابقة وحقيقة وإما لفظ كنائي غير صريح يحتمل أكثر من معنى أو يكون مشتركاً بين عدة معان.

فما يدل عليه اللفظ صراحة فلا يحتاج إلى النية لإثباته، لأنه دال بنفسه ولفظه، باعتبار أن كل لفظ موضوع للدلالة على معناه ومقتضاه وما يجب به لغة أو شرعاً أو عرفاً.

لكن إذا كان اللفظ محتملاً في دلالته فإنه لا يثبت المراد منه إلا بالنية المميزة. وإذا كان اللفظ لا يحتمل فلا يثبت مدلوله ولو نواه اللافظ.

فتشير هذه القواعد إلى أن اللفظ الصريح الظاهر المراد منه لا يشترط في ترتب أحكامه عليه وجود النية من المتكلم لأن لفظه يدل على معناه وموجب اللفظ معناه الذي يدل عليه لغة واصطلاحاً.

وأما إذا كان اللفظ كناية يحتمل معنيين أو أكثر أو كان مشتركا فلا بد من ثبوت أحكامه إلى نية المتكلم وقصده منه.

فروع على القاعدة:

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٢٢/١٠.

[٢] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ١٦١.

[٣] المرجع السابق، ١٥٦ عن شرح الجامع الكبير لعلاء الدين الأسمندي السمرقندي المتوفى ٥٥٢هـ.

[٤] المرجع السابق.

منها: إذا قال لزوجته: أنت طالق. أو مطلقة. فهذا لفظ يدل صراحة على حل عقد الزوجية، وتحريم ما حل بالعقد. لأن هذا اللفظ صريح في حل عقد الزوجية شرعاً، ولا يفتقر إلى النية لأنه يدل على موجبه ومقتضاه بلفظه.

ومنها: إذا قال لزوجته: اذهبي إلى أهلك، أو اخرجي من البيت، أو حبلك على غاربك، أو لا أرينك في بيت لي. فهذا لفظ محتمل، لا يثبت به إرادة الطلاق المحرم إلا بالنية المميزة[١].

قاعدة رقم (٦).

لا تأثير للعزيمة في تغيير الحقيقة[٢].

معنى القاعدة:

المراد بالعزيمة هنا: النية والقصد.

فالنية المخالفة لحقيقة دلالة اللفظ أو الفعل الواقع لا أثر لها في تغيير تلك الحقيقة، بل يعمل بدلالة اللفظ الحقيقية والفعل الواقع، وتبني الأحكام الشرعية المترتبة على ذلك الواقع والدلالة وإن خالفتهما النية، لأن النية عمل قلبي والشرع إنما يحكم بالظاهر والسرائر والضمائر والنيات أمرها إلى الله عز وجل.

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق امرأته بلفظ الطلاق الصريح ثم قال: نويت الطلاق من وثاق، أي قيد أو أسر أو غير ذلك لا يصدق ولا تعمل نيته لأنه لا تأثير للعزيمة في تغيير حقيقة الطلاق الصريح الشرعية وهي حل عقدة الزوجية[٣].

قاعدة رقم (٧).

من ذكر لفظاً ظاهراً في الدلالة على شيء ثم تأوله لم يقبل تأويله في الظاهر[٤].

معنى القاعدة:

المراد باللفظ الظاهر الدلالة: اللفظ الصريح الذي يدل لفظه على معناه مطابقة وهو لا يقبل التأويل.

فمن ذكر لفظاً صريحاً في دلالته سواء كان صريحاً في دلالته اللغوية أو الشرعية أو العرفية ثم تأوله بخلاف دلالته فلا يقبل منه تأويله في ظاهر الأمر لمخالفة هذا التأويل دلالة اللفظ الصريحة إلا إذا كان تأويل اللفظ إقراراً مبنياً على الظن.

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق زوجته بصريح اللفظ ثم قال: أردت بذلك طلاقاً من وثاق، لم يقبل في الحكم ولا يسع امرأته أن تصدقه في ذلك، كما لا يسع الحاكم تسليمها إليه لانهما متعبدان في العمل بالظاهر.

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١١٣٣/١١.

[٢] قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٦٣. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٢٥.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٨٢١/٨.

[٤] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٤٤/١.

ويستثنى من هذه القاعدة: أن تقر المرأة بنفي الرجعة بناء على ظنها ثم يظهر خلاف ظنها فترجع إلى زوجها[١].

قاعدة رقم (٨).

السؤال والخطاب يمضي على ما عم وغلب، لا على ما شذّ وندر[٢].

معنى القاعدة:

إن سؤال السائل وخطاب المخاطب إنما يجب حمله على الدلالات العرفية للناس بحسب استعمالاتهم التي تعم وتغلب عليهم، سواء كان هذا العرف شرعياً أم عادياً فعبارات المخاطبين إنما تحمل على معانيها العرفية في الغالب لا على دقائق العربية.

فروع على القاعدة:

منها: من قال لامرأته: أنت طالق، يقع الطلاق المفرق بين الزوجين ولا يحمل إلا على الطلاق الشرعي الذي يتعامل به الناس ولا يحمل على إطلاقها من قيد أو غيره حتى لو ادعت ذلك فإنه لا يعتبر في القضاء ويُدَيّن بينه وبين الله تعالى[٣].

قاعدة رقم (٩).

الأصل عند جمهور الحنفية: أن الطلاق الصريح يتعلق الحكم بلفظه لا بمعناه وغير الصريح يتعلق الحكم بمعناه لا بلفظه، وعند الشافعية الكنايات كلها رواجع[٤].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بألفاظ الطلاق وتفيد فرقاً واضحاً بين الحنفية ومن وافقهم وبين الشافعي ومن وافقه. من حيث إن الحنفية ومن معهم يفرقون بين صريح الطلاق وكنايته في الحكم فالصريح يتعلق الحكم بلفظه أي لا ينظر إلى نية المطلق فيمكن أن يقع واحدة رجعية إذا دل اللفظ عليها ويمكن أن يقع ثنتين أو ثلاثا إذا تلفظ بالعدد، ولا اعتداد بالنية فيه عند الأكثرين وأما المالكية فيقع بها طلاق بائن إذا نواه.

وأما الطلاق بالألفاظ الكنائية وهي الألفاظ التي لم توضع في الاصل للدلالة على الطلاق، فعند الشافعية رحمه الله إنها طلاق رجعي إذا لم ينو شيئاً وإلا وقع ما نواه[٥].

قاعدة رقم (١٠).

النية تعمل في المحتملات لا في الموضوعات[٦].

معنى القاعدة:

المحتملات: هي الألفاظ التي تحتمل دلالتها عدة معان كأسماء الأجناس.

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٠٠٣/١١.
[٢] المجددي: قواعد الفقه ٨٤، عن أصول الكرخي، البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ٢٧٠.
[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٥/٦.
[٤] الدبوسي: تأسيس النظر ٨٦، البورنو: موسوعة القواعد ٥٢٤/١.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد ٥٢٤/١.
[٦] القرافي: الفروق، ٦٠/٣ الفرق ١٢٨. ترتيب اللاليء لوحة ١٠٨.

والموضوعات: هي الألفاظ التي لا يدخل دلالتها احتمال غيرها كأسماء الأعداد فهي نص فيما تدل عليه.
فالنية –كما سبق– إنما تعمل ويظهر عملها في لفظ محتمل لا لفظ منصوص الدلالة على شيء واحد.

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق زوجته ثلاثاً بلفظة واحدة، ثم قال: نويت اثنتين أو واحدة لا يصدق ديانة ولا قضاء، لأن لفظ الثلاث لا يحتمل غير دلالته اللغوية.

ومنها: إذا قال لامرأته: أنت طالق. ثم قال: أردت من وثاق – ولا قرينة – لم يقبل في القضاء لأنه لفظ الطلاق صريح في إرادة حل عقدة الزوجية.

قاعدة رقم (١١).

النية لا تصرف اللفظ إلى معنى إلا إذا كان يجوز الصرف إليه لغة[١].

معنى القاعدة:

إن النية تصرف اللفظ عن معناه الحقيقي إلى المجازي، وأنها تخصص اللفظ العام وتعمم اللفظ الخاص.
لكن ذلك كله مشروط بشرط أفادته هذه القاعدة:
وهو أن النية لا يجوز أن تصرف لفظاً عن معناه الحقيقي إلى معنى آخر مجازي إلا إذا كان يجوز ذلك في اللغة.
وأما إذا كان ذلك اللفظ لا يجوز صرفه إلى ذلك المعنى الآخر لغة فلا يجوز للنية أن تصرفه إليه، لأن عمل النية تابع لحقائق اللغة وما يجوز فيها.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته: أنت طالق. ثم قال: أردت من وثاق أي قيد، وكانت هناك قرينة على ذلك فيجوز ديانة وقضاء؛ لأن اللفظ طالق يصح لغة صرفه إلى الإطلاق من الوثاق.
لكن إذا قال: أردت بقولي أنت طالق. امكثي في البيت أو اصعدي إلى السطح، فلا يقبل منه لعدم الاستعمال اللغوي، لأنه سبق بيان (أن كل لفظ لا يجوز دخول المجاز فيه لا تؤثر النية في صرفه عن موضوعه).

ومنها: إذا قال: إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثاً وأراد اثنتين لا تسمع نيته في القضاء ولا في الفتوى[٢].

قاعدة رقم (١٢).

اللفظ لا يصح صرفه إلى غير ما وضع له إلا على طريق التجوز[٣].

هذه القاعدة تابعة لقاعدة: **الأصل في الكلام الحقيقة.**

معنى القاعدة:

---

[١] المصدر السابق، ٤٦/١ الفرق ٢.
[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٣٠٢/١١.
[٣] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٦٧/٤

لا يصح صرف صريح الظهار إلى الطلاق، لأنه لا يجوز صرف اللفظ إلى غير ما وضع له إلا على طريق التجوز، بخلاف كناية الظهار فإنها تصرف إلى الطلاق، لأن الكناية المعتبر فيها معناها دون اللفظ.

قاعدة رقم (١٣).

إذا تعارض القصد واللفظ أيهما يقدم[١].

وفي لفظ آخر:

- إذا دارت المسألة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد فمراعاة القصد أولى[٢].

هذه القاعدة تابعة لقاعدة: الأمور بمقاصدها.

معنى القاعدة:

المراد بالقصد: هنا النية، واللفظ: الكلام الذي يعبر به الإنسان عما في نفسه، وتدلّ هذه القاعدة أن المتكلم قد يتكلم بلفظ فيتعارض لفظه هذا مع قصده فعند التعارض هل يقدم اللفظ فيعمل بموجبه أو يرجع القصد فيعمل به؟.

هذه القاعدة من القواعد المختلف فيها في فروع السادة المالكية، فإذا كان اللفظ له مدلول عرفي ناقل للفظ عن مدلوله اللغوي؛ بحيث صار لا يتبادر عند الإطلاق غيره، دون حاجة إلى قرينة، فتقديم المدلول العرفي على المدلول اللغوي محل اتفاق بين أشهب[٣] وابن القاسم[٤] من المالكية.

وإنما يختلفان في فروع هذه القاعدة، فيما يعد ناقلاً للفظ عن مدلوله اللغوي وما لا يعد ناقلاً، فقد يستعمل أهل العرف اللفظ فيما يعد ناقلاً عرفياً غالباً، لكن إن لم يصل إلى الغاية الموجبة للنقل، فابن القاسم حينئذ يقدم المدلول اللغوي، وأشهب يقدم المدلول العرفي، فهذا هو محل النزاع[٥].

وهذا يدخل في تعارض العرف مع اللغة، وهو يتبع القاعدة الكلية: العادة محكمة.

وتدلّ هذه القاعدة أن المتكلم قد يتكلم بلفظ فيتعارض لفظه هذا مع قصده، فعند التعارض هل يقدم اللفظ فيعمل بموجبه أو يرجع القصد فيعمل به ؟.

فروع على القاعدة:

منها: من حلف بلفظ دلالته العرفية على الطلاق، ودلالته اللفظية على غير الطلاق، لزمه الطلاق، تقديماً للقصد على اللفظ، وذلك كما لو جرى عرف بعض البلاد من أن الحلف بصيغة "علي اليمين" أو "علي

---

[١] الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ٢٤١ القاعدة ٤٧.

[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٩٥/٤

[٣] أشهب (١٤٥–٢٠٤هـ) أشهب بن عبد العزيز، القيسي العامري الجعدي. فقيه مصر في عهده. كان صاحب الإمام مالك. قال الشافعي: ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه. قيل: اسمه مسكين، وأشهب لقب له. [تهذيب التهذيب ٣٥٩/١؛ ووفيات الاعيان ٧٨/١].

[٤] ابن القاسم (١٣٢-١٩١هـ) عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري حافظ حجة، فقيه الإمام مالك وروى عنه المدونة، خرج عنه البخاري في صحيحه،وأخذ عنه أسد بن الفرات ويحيى بن يحيى ونظراؤهما. توفي بالقاهرة [شجرة النور الذكية ٥٨، ووفيات الأعيان ٢٧٦/١]

[٥] الغرياني: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال إيضاح المسالك - دبي: دار البحوث والدراسات الإسلامية، ٢٠٠٢م، ص ١٧٣.

الحرام" هي عندهم يقصد بها الطلاق، فمن حلف بها لزمه الطلاق، تقديما للقصد العرفي على اللفظ، فإذا تنوسي القصد العرفي مع طول الزمن، ولم ينو المتكلم من اليمين شيئاً، بل أجراه على لسانه من غير قصد، فعلى الخلاف في اليمين المجردة عن النية، قيل تلزم، وقيل لا تلزم[١].

ومنها: من قال لزوجته: أنت علي كظهر أمي قاصداً بذلك الطلاق، والمشهور عند المالكية أن صريح لفظ الظهار يقدم فيه اللفظ على القصد، فينصرف إلى الظهار، ولا تقبل فيه النية المخالفة، أما ما كان من كنايات الظهار، كأنت عليّ كيد أمي، أو ظهر فلانة الأجنبية، فإن القصد يقدم فيه على الطلاق، فإن نوى به الطلاق لزمه، وإن نوى به الظهار لزمه[٢].

قاعدة رقم (١٤).

العمل في الطلاق على القصد والنية[٣].

وفي لفظ آخر:

- الكلام مبني على غرض المتكلم[٤].
- من نوى حقيقة كلامه عومل بنيته[٥].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بالنية فإن المتكلم إما أن يريد بكلامه معناه الحقيقي في اللغة وإما أن يريد به معنى آخر عرفياً أو شرعياً فمن أراد ونوى وقصد بكلامه معناه الحقيقي اللغوي فإنه يعامل بنيته[٦].

وهي تتبع قاعدة: الأمور بمقاصدها.

وتشير هذه القاعدة إلى أن كلام المتكلم إذا أطلق بغير قيد فإنه يجب حمله على مقصوده من وراء إطلاقه وعلى غرضه من سوقه[٧].

جاء في المعيار: إن كان الرجل قد خاف من الطلاق فقال تراها بحال مطلقة، لم يلزمه شيء إذا لم يقصد بذلك إيقاع الطلاق.

وإن كان الرجل خاف من الطلاق فقال تراها بحال مطلقة لم يلزمه شيء إذا لم يقصد بذلك إيقاع الطلاق[٨].

والذي يقول لمطلقته الرجعية: أنت طالق، إن قصد الإنشاء طلقت، وإن قصد الخبر لم يلزمه ثانية[٩].

---

[١] المصدر السابق، ١٧٤.
[٢] المصدر السابق، ١٧٥.
[٣] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٢٣٣/٤
[٤] السرخسي: المبسوط، ٢٠٠/١.
[٥] المصدر السابق، ٢٣٤/٢٠.
[٦] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١١٠١/١١.
[٧] المصدر السابق، ٣٢٠/٧.
[٨] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٢٣٣/٤
[٩] المصدر السابق، ٢٣٣/٤.

قاعدة رقم (١٥).

العبرة للملفوظ نصاً دون المقصود[١].

معنى القاعدة:

ظاهر هذه القاعدة يعارض القواعد التي سبقتها، لكنها تشير إلى أن الأيمان والطلاق والعتاق إنما يكون حجة لبناء الأحكام عليه فيها هو اللفظ المنطوق به دون المقصود إذا كانت ألفاظها صريحة، لأنه هذه الأشياء بنى فيها الشرع الأحكام على ألفاظها التي ينطق بها المكلف لا على قصده ونيته، والشرع إنما يبني الأحكام على الظاهر لا على المضمر في النفس، ولكن الأيمان قد يدخلها التقييد أو التخصيص بالعرف أو الحال أو الدلالة.

وهذه القاعدة بحسب ظاهرها تعارض قاعدة العبرة في العقود للمقاصد لا للألفاظ.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال: عليّ الطلاق أو الطلاق عليّ واجب أو لازم لا يقع عند كثيرين كما بيناه سابقاً، لأن اللفظ لا يدل على طلاق المرأة إنما يدل على كون الطلاق على الرجل ولو نوى به الطلاق. ولكن في مثل هذه المسائل العرف حاكم[٢]. عملا بالقاعدة: **العادة والعرف يخصصان ما أبهمه المتعاقدان[٣]** والقاعدة الكلية: الكلية: **العادة محكمة.**

قاعدة رقم (١٦).

الوقوع باللفظ لا بالقصد[٤].

معنى القاعدة:

المراد بالوقوع: إثبات الملفوظ به من يمين أو عقد أو غير ذلك.

فإن مدار الإثبات وتحمل المسؤولية والنتائج إنما يكون بناء على الألفاظ الصادرة عن المكلف، لا بناء على النيات والقصود، لأن النيات والقصود قلبية لا إطلاع لنا عليها والأحكام إنما تبنى على الظاهر لا على النيات.

ولذلك لما كان الرضا أمراً قلبياً، بنيت العقود على الألفاظ وهي الإيجاب والقبول الدالان على الرضا إلا إذا قام الدليل على عدم الرضا كالاكراه.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لامرأته: أنت طالق، وهو يريد أن يقول: ثلاثاً فأمسك رجل على فيه، فلم يقل شيئاً بعد ذكر الطلاق فهي طالق واحدة فقط. لأن الوقوع بلفظه لا بقصده وكذلك لو مات بعد قوله أنت طالق[٥].

---

[١] قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٥٦.

[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٨٦/٦.

[٣] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٨/٤ و٩٢/٤

[٤] السرخسي: المبسوط،١٢٢/٦.

[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٣٩/١٢.

قاعدة رقم (١٧).

الطلاق يقع بغير نية اللفظ الموضوع له إذا نوى به الطلاق[١].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- من طلق بغير ألفاظ الطلاق وأراد الطلاق فإنه يلزمه .
- الكناية يتوقف الطلاق فيها على نية المطلق ويدين في قوله.
- أصل مذهب مالك أنه إذا خاطبها بلفظ ما كان، وهو يريد الطلاق فإنها طالق، وإن لم يكن ذلك الكلام من ألفاظ الطلاق[٢].

فروع على القاعدة:

منها: من قال لزوجته: سيري إلى أهلك أو اخرجي أو غيرها من ألفاظ الكنايات المحتملة وقصد الطلاق فإنه يقع بها ما قصد منها[٣].

وأيضاً: من قال لزوجته إنك لا تحلين لي، فإن لفظه لا يقتضي الطلاق حتى يقصد الزوج به الطلاق وينويه وإلا فلا حكم له[٤].

قاعدة رقم (١٨).

الكلام يصير عزيمة بالنية[٥].

معاني المفردات:

العزيمة: من عزم الأمر إذا أكده وقواه وأراد فعله وقطع عليه، فالكلام قد يكون هزلاً غير جد وقد يكون مزاحاً وقد يكون سهواً أو غفلة وقد يكون عزيمة مؤكداً.

والعزيمة في الفقه: اسم لما هو أصل الأحكام غير متعلق بالعوارض ويقابلها الرخصة[٦].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى أن الكلام يصير عزيمة ومؤكداً إذا صحبته نية؛ لأن النية هي القصد. فمن نوى فعل ما نطق به أو أسره في نفسه يكون كلامه معزوماً به مؤكداً.

وعليه فإن من عزم على فعل أمر أو تركه فإنه يحاسب على هذه النية سواء فعل أو ترك.

فروع على القاعدة:

منها: من قال لزوجته: حبلك على غاربك ونوى الطلاق فهو طلاق[٧].

---

[١] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٥٥/٤.

[٢] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ١٢٠/٢. الخشني: أصول الفتيا في الفقه على مذهب الامام مالك - تونس: الدار العربية للكتاب؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، ١٩٨٥، ص ١٩٨. قاعدة ٣١٨. زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٦٢١/٢.

[٣] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٩٦/٤

[٤] المصدر السابق، ١٨٨/٤

[٥] السرخسي: المبسوط،٣٠/١.

[٦] الكفوي: الكليات ٦٥٠.

[٧] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٢٨/٧.

قاعدة رقم (١٩).

نية تخصيص العام تصح ديانة لا قضاء[١].

(عند الحنفية خلافاً للجمهور).

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- نية التخصيص في العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى غير صحيحة في القضاء[٢].

معنى القواعد:

إن تخصيص العام بالنية بعد أن يكون العموم ملفوظاً به صحيح ديانة أي بين العبد وربه سبحانه وتعالى ولا يصح أي لا يصدق في القضاء أي عند القاضي، لأن القاضي إنما يحكم بحسب ظواهر النصوص والألفاظ المنطوق بها لا بمجرد النيات.

وهذا عند جمهور الحنفية خلافاً للخصاف[٣]، وأما عند جمهور المالكية والشافعية والحنابلة، فإن تخصيص تخصيص العام بالنية صحيح قضاء وديانة، ولكن لما كانت النية قلبية، كان لا بد من دليل يدل عليها قبل تصديق المدعي، وإن لم يكن فيمينه على صدق نيته.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، ثم قال: نويت من بلدة كذا أو محلة كذا. صح له أن يتزوج من غير البلدة التي عينها أو المحلة التي ذكرها وهذا عند جمهور الفقهاء غير الحنفية[٤].

قاعدة رقم (٢٠).

لا ينصرف الأقوى إلى الأضعف[٥].

معنى القاعدة:

كنايات الظهار تنصرف بالنية إلى الطلاق، ولا تنصرف كنايات الطلاق إلى الظهار بالنية على المشهور، مع أن الجميع كناية، لأن الطلاق يفيد معنى لا يفيده الظهار، وذلك أنه يقطع العصمة، فكان رتبته أرفع من رتبة الظهار، فلم يصح أن تنصرف كنايته إلى الظهار لأنه دونه في الرتبة، فلا ينصرف الأقوى إلى الأضعف، وصح انصراف كنايات الظهار إلى الطلاق، لأنها تنصرف إلى ما هو أعلى.

قاعدة رقم (٢١).

قول الزوج لزوجه إنها لا تحل له، ليس من ألفاظ الطلاق وإنما هو كناية[٦].

---

[١] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٥٢. المجددي: قواعد الفقه ١٣٥ وينظر البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ١٢٥.

[٢] السرخسي: المبسوط،١١٥/٦ و١١٦ و١٣٢.

[٣] الخصاف(٢٦١هـ) أحمد بن عمر بن مهير الشيباني البغدادي، أبو بكر. إمام حنفي. وكان مقدما عند المهتدي بالله وصنف له كتابا في الخراج.قال شمس الائمة الحلواني: الخصاف رجل كبير في العلم يصح الاقتداء به. له: (الأوقاف)، (الحيل)؛ (الشروط)؛ (الوصايا)؛ (أدب القاضي) [الجواهر المضية ٨٨؛٨٧/١ ؛ تاج التراجم ص٧؛ الأعلام للزركلي ١٧٨/١]

[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٢٨٧/١١.

[٥] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٦٧/٤

[٦] المصدر السابق، ١٨٨/٤

فروع على القاعدة:

منها: من قال لزوجته: إنك لا تحلين لي، فإن لفظه لا يقتضي الطلاق حتى يقصد الزوج به الطلاق وينويه، وإلا فلا حكم له[١].

قاعدة رقم (٢٢).

تحريم الحلال يكون يميناً إذا صادف محله فأما إذا لم يصادف محله كان لغواً[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- تحريم الحلال يمين[٣].

معنى هذه القواعد:

تحريم الحلال: جعل ما هو حلال شرعا محرماً بيمينه لكن بشرط أن يصادف محلاً صالحاً للإيقاع وكذلك تحريم الحرام شرعا يمين إذا نواه.

فروع على القاعدة:

منها: إذا حلفت امرأة أن لا تمكن زوجها من نفسها ثم مكنته فعليها كفارة يمين.

ومنها إذا قال لزوجته: أنت عليّ حرام كأمي. ولم تكن له نية ظهار أو طلاق فهو ظهار، لأن الحرمة بالظهار هنا دون الحرمة بالطلاق، لأن الحرمة بالظهار لا تزيل الملك والحرمة بالطلاق تزيله[٤].

قاعدة رقم (٢٣).

الحرام عند مالك هو طلاق ثلاث[٥].

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة أن لفظ الحرام عند مالك طلاق ثلاث. وكذا الألفاظ التي تفيد التحريم المؤبد؛ كأنت برية، أو خلية، أو بائنة. فإذا قال لزوجته أنت عليّ حرام، فهي ثلاث البتة عند الإمام مالك، ولا يسأل عن نيته ولا يدين في الحرام كما لا يدين في الطلاق.

قاعدة رقم (٢٤).

لفظ التحريم إذا لم يقترن به كُلّ، تنفع فيه المحاشاة بالنية[٦].

فروع على القاعدة:

منها: من قال لامرأته: على الحرام لا تأكلي إلا هذه اللقمة، فامتنعت من أكلها. فسئل هل ترى بذلك طلاقاً، فقال الزوج: لم أقل إلا عليّ الحرام من ذراعي وحلف على ذلك بأيمان مغلظة. فالحكم فيه: أننا إذا نظرنا إلى ظاهر لفظه لوجدنا أنه يحتمل أن تدخل الزوجة فيه ويحتمل ألا تدخل، ولأنه ذكر أنه لم يدخل

---

[١] المصدر السابق، ١٨٨/٤.
[٢] السرخسي: المبسوط، ٢٣٦/٢٠.
[٣] المصدر السابق، ٢٢٧/٦ – الأزجندي: الفتاوى الخانية ٥١٩/١.
[٤] السرخسي: المبسوط، ٢٢٩/٦.
[٥] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢٨١/٢. زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٦٢٢/٢.
[٦] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٢٠٤/٤.

الزوجة فلا شيء عليه لأن النية لقلبه كافية في هذا، والمذهب أن لفظ التحريم إذا لم يقترن به كل تنفع فيه المحاشاة بالنية[١].

قاعدة رقم (٢٥).

إن التحريم لا يكون طلاقاً عند الفقهاء وإلا فيما هو من ألفاظ الطلاق على الصحيح عندهم[٢].

فروع على القاعدة:

منها: من أردف تطليقه لزوجه بقوله: (لا تحل لي بعد أسود ولا أبيض)، فيقال للزوج المطلق هل قصد بالكلام الثاني إرداف كمال الثلاث على الطلاق الأول أم لا ؟ فإن زعم أنه ما قصد إردافاً ولا قصد شيئاً، فليحلف على ذلك يميناً بالله تعالى ويراجع زوجه إن شاء، وإن ذكر أنه قصد الإرداف فهو وما قصد، وإن ذكر أنه قصد مطلق التحريم من غير زيادة فإن التحريم لا يكون طلاقاً إلا فيما هو من ألفاظ الطلاق على الصحيح عندهم[٣].

قاعدة رقم (٢٦).

من طلق بالعجمية لزمه[٤].

معنى القاعدة:

وتقيد هذه القاعدة إن شهد بذلك عدلان يعرفان العجمية.

قاعدة رقم (٢٧).

الواجب حمل اللفظ الأعجمي على ما نواه به صاحبه، فإن لم تكن له نية فعلى العرف عند المتكلم الحالف، فإن لم يكن عرف فعلى أقل مسمى ذلك اللفظ فيما وضع له من لغته الأعجمية[٥].

فروع على القاعدة:

منها: من حلف بيمين أعجمية على فعل وحنث فيه، فالواجب حمل اللفظ على ما نواه به، فإن لم تكن له نية فعلى العرف عند المتكلم الحالف لا عند غيره، فإن لم يكن عرف فعلى أقل مسمى ذلك اللفظ فيما وضع من لغته الأعجمية[٦].

قاعدة رقم (٢٨).

ما صلح للحل لا يصلح للعقد[٧].

معنى القاعدة:

المراد بالحل: فك الارتباط والخروج عن العهدة. والعقد: هو الارتباط والدخول بالعهدة.

---

[١] المرجع السابق.
[٢] المرجع السابق، ١٨٩/٤.
[٣] المرجع السابق.
[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٥١/٤
[٥] المصدر السابق، ٣٠١/٤
[٦] المصدر السابق، ٣٠١/٤
[٧] الزركشي: المنثور في القواعد،١٤٣/٣.

فما جعله الشارع سبباً صالحاً لحل الارتباط والخروج عن العهدة لا يكون صالحاً لإيجاد الارتباط والدخول في العهدة.

فروع على القاعدة:

منها: لفظ الطلاق وضع لفك الارتباط بين الزوجين فلا يصلح للعقد بينهما ومثله لفظ التزوج وضع لعقد النكاح فلا يصلح لحله أي للطلاق[١].

قاعدة رقم (٢٩).

البتة متبعضة[٢].

وفي لفظ آخر:

- ألبتة هل تتبعض أم لا ؟[٣].

معنى القاعدة:

البتُّ: معناه القطع، يقال: بتّه بتّاً: إذا قطعه. ومتبعضة من التبعيض وهو لغة: مصدر بعض الشيء تبعيضاً، إذا فرقه أجزاء، والجمع أبعاض[٤].

وبتّ الرجل طلاق امرأته فهي مبتوتة، أي مبتوت طلاقها، فلا تحلّ له إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره. وطلقها ألبتة: إذا قطعها عن الرجعة[٥].

والأصل في هذه القواعد: حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أن امرأة[٦] رفاعة القرظي[٧]، جاءت إلى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت يا رسول الله: إن رفاعة طلقني فبتَّ طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي، وإنما معه مثل الهدبة، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته)[٨].

وقد فرَّق عمر بن الخطاب رضي الله عنه بين رجل وامرأته قال لها: أنت طالق البتة[٩].

فروع على القاعدة:

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٤٨/٩.

[٢] زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٦٢٧/٢. الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢٨٧/٢.

[٣] الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، القاعدة ٧٧ ص ٣٠٦.

[٤] ابن منظور: لسان العرب، الفيروزآبادي: القاموس المحيط مادة "بعض"

[٥] الفيومي: المصباح المنير مادة "بت"

[٦] امرأة رفاعة صحابية، قد اختلف في اسمها على خمسة أقوال فقيل: هي أميمة بنت حارث وقيل تميمة بنت وهب وقيل سهمية وقيل عائشة وقيل نعيمة ينظر: [الإعلام بفوائد عمدة الأحكام ٢٣٣/٨]. وقال ابن عبد البر من رواية مالك في الموطأ: هي تميمة بنت وهب. لا أعلم لها غير قصتها مع رفاعة بن سموأل حديث العسيلة. وقال ابن منده: تميمة بنت أبي عبيد امرأة رفاعة القرظي، ثم ساق حديثها من طريق سفيان عن الزهري عن عروة عن عائشة أن امرأة رفاعة القرظي كانت تحت عبد الرحمن بن الزبير ولم يسمها.[الاستيعاب. أسد الغابة. الإصابة].

[٧] رفاعة بن سموأل القرظي، خال صفية بنت حيي بن أخطب أم المؤمنين، وأمها برة بنت سموأل. وفي ترجمة «رفاعة بن وهب بن عاتك» نقل ابن الأثير أن عائشة بنت عبدالرحمن بن عاتك النضيري كانت تحت رفاعة بن وهب بن عتيك وهو ابن عمها فطلقها طلاقا بائنا وتزوجت بعده عبدالرحمن بن الزبير، ثم طلقها فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يانبي الله ان زوجي طلقني قبل ان يمسني فأرجع إلى ابن عمي زوجي الأول؟ فقال النبي: «لا».. القصة. [أسد الغابة ٢٧١/٢ الوافي بالوفيات ٩١/١٤].

[٨] رواه البخاري في صحيحه . كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، ٢٠١٥/٥ برقم ٤٩٦٠. ومسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ثم يفارقها وتنقضي عدتها، ١٠٥٥/٢. برقم ١٤٣٣

[٩] الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٣٠/٦.

منها: إذا طلق رجل امرأته ثلاثاً إلا واحدة فهل يصح الاستثناء أو لا ؟. قولان ؟.

ومنها: إذا شهد واحد بواحدة وآخر بالبتة هل تلزمه واحدة ويحلف على البتات؟ أو يحلف على تكذيب كل واحد منهما ولا يلزمه شيء ؟ قولان[١].

ومنها: إذا اختلف حكمان في التفريق بين زوجين فقضى أحدهما بواحدة والأخر بالبتة – أي الثلاث – فهل تلزمه واحدة أو ثلاث ؟. عند مالك يكونان مجتمعان على الواحدة، فما زاد فهو خطأ. والواحدة تجزيء في ذلك.

فالبتة إذن متبعضة إذ ما اجتمعا عليه هو التطليقة الواحدة التي طلقها الأول، والجزء من البتة التي حكم بها الثاني، فالمجمع عليه إذن هو طلقة وجزء من البتة، وهذا دليل على أن البتة قابلة للتبعيض وإلا لم يكونا مجتمعين على الواحدة.

جاء في المدونة عن أبي الزناد[٢] وابن شهاب في رجل شهد عليه رجال مفترقون على طلاق: واحد بثلاث، بثلاث، وآخر باثنتين، وآخر بواحدة، قالا ذهبت بتطليقتين[٣].

فمن النص يتبين لنا أن البتة تتبعض، والدليل على ذلك أنه تطلق بطلقتين. إذ هذا العدد هو المجمع عليه من طرف الذي شهد بثلاث، والذي شهد باثنتين، وهذا العدد من الشهود كاف في إثبات الطلاق، فالذي شهد بالثلاث فقد شهد بالاثنتين والواحدة، وإذا كان الطلاق الثلاث هو طلاق على البتات، تبين لنا أن البتة تتبعض أو تتجزأ[٤].

قاعدة رقم (٣٠).

كل تصرف يستقل به الشخص ينعقد بالكناية مع النية كانعقاده بالصريح ومالا يستقل به ضربان[٥] .

معنى القاعدة:

التصرفات التي يتصرف بها نوعان من حيث الصيغة: إما أن تكون صريحة فلا تحتاج إلى نية وإما أن تكون الصيغة كناية فتحتاج إلى النية.

ومن ناحية أخرى فإن التصرفات من حيث انفراد الشخص بها أو عدم انفراده نوعان أيضا:

نوع ينفرد به الشخص ويستقل به ولا يشاركه فيه غيره، أي أنه يتم من جهة واحدة ولا يحتاج إلى إيجاب وقبول، فهذا اللفظ كما ينعقد في اللفظ الصريح ينعقد بالكناية بشرط استصحاب النية المعينة للمراد وهو مقصود القاعدة.

والنوع الثاني: لا ينفرد الشخص به بل لا بد من طرفين موجب وقابل وهذا أيضا نوعان:

النوع الاول: نوع يشترط فيه الاشهاد على التصرف مثل النكاح .

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٨/٣.

[٢] أبو الزناد (٦٥-١٣١هـ) عبد الله بن ذكوان، أبو عبد الرحمن، القرشي المدني، تابعي محدث. كان سفيان يسميه أمير المؤمنين في الحديث، وقال مصعب الزبيري: كان فقيه أهل المدينة. روى عن أنس وعائشة وسعيد بن المسيب وغيرهم. وعنه ابناه عبد الرحمن وأبو القاسم وصالح بن كيسان وغيرهم.[تذكرة الحفاظ١/١٣٤، وتهذيب التهذيب ٥/٢٠٣]

[٣] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ١٣٦/٢. زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٦٢٩/٢.

[٤] زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٦٢٩/٢.

[٥] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٢٤٨/١. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٩٦.

والنوع الثاني: لا يشترط فيه الإشهاد وينقسم الى قسمين قسم يقبل مقصوده التعليق بالغرر كالكتابة والخلع فينعقد مع الكناية بالنية.

والقسم الثاني: لا يقبل التعليق بالغرر كالإجارة والبيع وهذا القسم فيه خلاف والوجه الصحيح جواز انعقاده مع النية.

فروع على القاعدة:

منها: الطلاق يستقل به الشخص وينفرد بإمضائه فيجوز أن يطلق الزوج زوجته بقوله: اذهبي لأهلك، إذا نوى بهذه العبارة الطلاق.

ومنها: الخلع فهو عقد يحتاج إلى إيجاب من الزوجة وقبول من الزوج فينعقد بالكناية مع النية لا لا يشترط فيه الاشهاد[١].

قاعدة رقم (٣١).

عند الاحتمال لا يثبت إلا المقدار المتيقن[٢].

معنى القاعدة:

الاحتمال افتعال من الحمل: ومعناه اقتضاء الفعل أو القول أو الدليل حكمين مختلفين.

والاحتمال نوعان: احتمال بدليل: وهذا احتمال مقبول، إذ ينظر في دليله، فإن ثبت أخذ به، وإلا كان مرجوحا لا يعمل به ويكون معنى الاحتمال هنا الجواز.

واحتمال بغير دليل: هذا غير مقبول، ولا ينظر فيه، إذ كل قول أو فعل أو دليل أو حكم يمكن أن يطرأ عليه احتمال، فما كان بغير دليل فهو مرفوض ويكون بمعنى الوهم.

فتشير هذه القاعدة: إلى أن الفعل أو القول الصادر عن المكلف إذا طرأ عليه احتمال نقيضه- أي جواز الفعل أو الترك أو الأكثر أو الأقل- فلا يثبت منه إلا المقدار المتيقن به وبخاصة عند اختلاف المقادير.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته أنت علي حرام وليس له نية فيحمل على اليمين لأن الحرمة الثابتة باليمين دون الحرمة الثابتة بالطلاق.

ومنها: إذا قال أمرك بيدك وقال إنه لم ينو الثلاث، أو نوى الطلاق فقط، فلا يقع إلا واحدة لأنه المتيقن[٣].

قاعدة رقم (٣٢).

المذهب في اللفظ المحتمل لشيئين على السواء أنه يسأل الحالف عما أراد[٤].

هذه تابعة لقاعدة: الأمور بمقاصدها.

فروع على القاعدة:

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٦٩/٧.

[٢] السرخسي: المبسوط،٧١/٦ – ٢٢٢.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٦٧/٦.

[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٢٥/٤ و٥١٥/٤.

منها: من طلق زوجه ثلاثاً وقال فيه لا تحل له أبداً، وتزوجت غيره بعده، ودخل بها الثاني، ثم طلقها الزوج الثاني، فأراد المطلق الأول مراجعتها باستئناف نكاحها بعد دخول الزوج الثاني بها.
فإنه يسأل ما أراد بقوله لا تحل له أبداً، ويصدق فيما يدعي من طلاق أو غيره، ويحلف على ما ادعى احتياطاً للفروج.

قاعدة رقم (٣٣).
الكتاب كالخطاب[١].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- البيان بالكتابة بمنزلة البيان باللسان.
- البيان بالكتاب كالبيان باللسان.
- الأصل أن البيان بالكتاب كالبيان باللسان[٢].
- الكتاب أحد اللسانين[٣].

معنى القواعد:

حاجة الإنسان، وما يحسّ به من مشاعر، وما يكنه ضميره من أفكار وخواطر، جعل الله عز وجل له طرقاً للتعبير عنها ونقلها إلى غيره ليفهموه ويلبوا له حاجته وما يريد، هذه الطرق أساسها وأصلها اللسان المعبر عما في الضمير والناطق بما في النفس، ولكن قد يعتقل الإنسان أو يبعد ويحتاج للتعبير عما يجول في نفسه فهداه الله سبحانه وتعالى إلى الكتابة والخط..
فالعبارات الكتابية كالمخاطبات الشفهية في ترتب الأحكام عليها، فما يترتب على المكالمات الشفوية يترتب على المكالمات الكتابية، وكما قيل القلم أحد اللسانين والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا[٤].
وتشير هذه القاعدة إلى أن الكتاب والخط معتبر في الدلالة على ما في النفس كالخطاب الشفوي وينبني عليه ما ينبني على الخطاب ولكن بشرط أن يكون مكتوبا ومعنونا بما هو معهود ومعروف بين الناس[٥].

فروع على القاعدة:

منها: الكتابة في الطلاق وما سبق تفصيله من أقوال أهل العلم في ذلك.

قاعدة رقم (٣٤).
كتابة الأخرس كإشارته[٦].

---

[١] السرخسي: المبسوط،١٦/٥.ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٣٣٩ – مجلة الأحكام العدلية، م ٦٩.
[٢] السرخسي: المبسوط ١٤٣/٦ السيوطي: الأشباه والنظائر ٣٠٨ ابن نجيم: الأشباه والنظائر ٣٣٩. مجلة الاحكام مادة ٦٩. البورنو: موسوعة القواعد ٤٦٢/١.
[٣] السرخسي: المبسوط،٣١/٢٥. المجددي: قواعد الفقه ٩٩.
[٤] شاع في هذا العصر أخطاء تعبيرية، ومنها إطلاق اسم الخطاب على الرسالة أو الكتاب، فيقولون وصلنا خطاب من فلان، أو بناء على خطابنا رقم كذا، وهذا تعبير خطأ، وإن كان شائعاً، لأن الخطاب لا يطلق إلا على المشافهة، وما كتب يسمى كتابا أو رسالة أو مكتوباً.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٧٢/٧.
[٦] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٣٤٣ – السيوطي: الأشباه والنظائر، ٣١٢.

معنى القاعدة:

سبق أن الإشارة المعهودة من الأخرس معتبرة كالنطق باللسان، ومفاد هذه القاعدة: أنه إذا كانت إشارة الأخرس معتبرة كالبيان باللسان فإن كتابته معتبرة بها كالإشارة في شيء كالبيع والإجارة والهبة والنكاح والطلاق. بل قد تكون الكتابة أوضح وأبين واضبط من الإشارة لأن الإشارة لا يعرفها إلا أهل الأخرس وخلصاؤه وأما الكتابة فكل من يقرأ ويكتب قادر على قراءتها وفهم مضمونها.

فروع على القاعدة:

منها: يقع طلاق الأخرس إن كتبه، ولكن هل لا بد من الإشارة معه أو هو صريح أو كناية لا بد فيه من النية. خلاف[١].

قاعدة رقم (٣٥).

الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- إشارة الأخرس المفهمة كالنطق[٣].
- الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام عبارة الناطق[٤] .
- إشارة الأخرس كعبارة الناطق[٥].

معنى القاعدة:

المراد بالأخرس: من حرم نعمة النطق والكلام لاعتقال لسانه خلقة أو عاهة.

فالإشارة المعلومة المعتادة من الأخرس بعضو من أعضائه؛ كيده أو رأسه، تقوم مقام التعبير باللسان في كل شيء ما خلا الحدود والشبهات، ولا يشترط لاعتبار إشارته كونه أمياً في المعتمد عند الحنفية؛ لأن الشرع علق وجوب الحد بالبيان المتناهي، والبيان لا يتناهى إلا بالصريح، وخالف في ذلك الشافعية[٦].

فمثل هذا تقبل إشارته المفهمة والمعهودة منه، وتعتبر كبيان الناطق في بناء الأحكام عليها في كل تصرفاته ومعاملاته إلا ما استثني، لأن الأخرس لو لم تعتبر إشارته لما صحت معاملاته لأحد من الناس، ولكان عرضة للموت جوعاً وعرياً إن لم يجد أحداً يقضي مصالحه، ووجود النائب في كل حال متعذر. وكيف تقبل نيابته إذا لم تعتبر إشارته؟.

وقيّد بالأخرس عن القادر على النطق، فإن إشارته لا تعتبر إذا كانت مستقلة إلا في مسائل منها الإسلام والكفر والإفتاء وأمان الكفار. أما إذا كانت غير مستقلة بأن استعان بها على تفسير لفظ مبهم في كلامه كما لو قال لزوجته: أنت طالق هكذا، وأشار بثلاث إشارات فيقعن[٧].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٧٨/٧.

[٢] مجلة الأحكام العدلية المادة ٧٠. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٣٥١

[٣] الحصني: القواعد ٢٨٥/١ البورنو: موسوعة القواعد الفقهية٣٩٩/١

[٤] ابن السبكي: الأشباه والنظائر ٢٨٤/١. السيوطي: الأشباه والنظائر ٣١٢. ابن نجيم: الأشباه والنظائر ٣٤٣

[٥] الزركشي: المنثور في القواعد ١٣٤/١

[٦] الكاساني: بدائع الصنائع، ٤٩/٧. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٣١٢.

[٧] الحصكفي: الدر المختار، ٤٩/٧-٥٠. البهوتي: كشاف القناع، ٤٥٣/٦. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٣١١.

واحترز أيضا عن العارض؛ وهو معتقل اللسان فلا تعتبر إشارته إلا إذا اتصل بعقلته الموت، أو دامت سنة فعندها تعتبر إشارته مع الإشهاد عليه عند الحنفية والحنابلة، وقال الشافعية لو أوصى بإشارة مفهمة أو قرىء عليه كتاب الوصية فأشار برأسه أن نعم صحت[١].

وعلل الحنفية عدم قبول إشارة معتقل اللسان، بأن اعتقال اللسان ليس من باب الضرورة، لأنه على شرف الزوال بخلاف الخرس الأصلي؛ ولأن للأخرس الأصلي إشارة معهودة فإذا أتى بها حصل العلم بالمشار إليه بخلاف من اعتقل لسانه[٢].

فروع على القاعدة:

منها: يصح طلاق الأخرس واختلف في لعانه.

ويستثنى من هذه القاعدة: شهادته حيث لا تقبل بإشارته، ويمينه، وإشارته في الحدود والقصاص[٣].

قاعدة رقم (٣٦).

إذا علم مراد الأبكم وجب الحكم له وعليه[٤].

معنى القاعدة:

إذا علم مراد الأبكم بقول من يترجم عنه من الشهود بواسطة الإشارة، ومما اقترن بها من القرائن الدالة على ذلك ببينة تنفي عنها جميع مهمات الاحتمالات، وحصل كل ما يتوقف عليه الحكم من جميع الأسباب والشروط فقد وجب الحكم له وعليه[٥].

فروع على القاعدة:

منها: ما علم من الأخرس بإشارة أو كتابة من طلاق أو خلع أو عتق أو نكاح أو بيع أو إشارة أو قذف لزمه فيه حكم المتكلم فيه[٦].

---

[١] نجل ابن عابدين: قرة عيون الأخبار، ١٦/٨. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٣١١. البهوتي: كشاف القناع، ٤٥٣/٦.
[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٢٣/٧.
[٣] السيوطي: الأشباه والنظائر، ٥١٣. الزركشي: المنثور، ١٦٥/١. الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٢٣/٧.
[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٢٦٨/٤
[٥] المرجع السابق.
[٦] المرجع السابق.

المبحث الخامس

موقف القانون من صيغة الطلاق وألفاظه

القانون السوري:

صيغة الطلاق في قانون الأحوال الشخصية السوري:

نصت المادة (٨٧/١) من القانون: يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ويقع من العاجز عنها بإشارته المعلومة.

ومعناها: أن الطلاق يقع بنفس الأسلوب الذي ينعقد به الزواج:

١ – يقع بالألفاظ الصريحة بوضع اللغة أو الموضوعة عرفاً للدلالة على الطلاق.

٢ – ويقع بالكتابة، كأن يكتب لزوجته كتاباً يخبرها فيه بطلاقه لها.

٣ – ويقع من الأخرس أو معتقل اللسان بالإشارة الواضحة التي تدل على إيقاع الطلاق في إشارات الخرس، إذا كان عاجزاً عن الكتابة.

وأخذ القانون السوري كذلك، برأي الحنفية، في أن الطلاق يقع بلفظ صريح يدل عليه لغة، كقوله: أنت طالق، أو عرفاً كقوله: أنت علي حرام، وبألفاظ الكناية مع النية، كما نصت المادة (٩٣) على ذلك: «يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون حاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية».

القانون المصري:

ما جاء في القانون المصري م ٤: كنايات الطلاق وهي ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع الطلاق بها إلا بالنية.

وفي القانون السوري م ٩٣: يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون حاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية.

القانون الإماراتي:

وبوقوع الطلاق باللفظ والكتابة والإشارة أخذ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩٩)(يقع الطلاق باللفظ والكتابة والإشارة المفهومة).

تطبيقات الاجتهادات القضائية

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية:

(كل ما يتعلق بالطلاق وبالتالي بالحل والحرمة هو من حقوق الله تعالى وهو من النظام العام ويتوجب على المحاكم الشرعية في سوريا البحث به دون طلب من أحد في حالة الضرورة وفي أية مرحلة بلغتها الدعوى...

الطلاق تصرف ذو طابع ديني يجب أن يقترن كل ما فيه باللفظ المعبر عن إرادة الزوج بالطلاق أو الكتابة المبينة المعبرة عن رغبة الزوج وانصراف إرادته إلى طلاق زوجته. ولكن لا يصح ولا يثبت بالتعاطي) [١].

(إن الطلاق يقع بالكتابة منجزاً ولو لم يكن ثمة نية وان مجرد إقامة كل من الزوجين المطلقين في غرفة من عقار لم يبت في شان ملكيته اهو للطرفين أم لأحدهما ليس فيه دليل على حصول المراجعة. وان موافقة الطرفين على بحث تزوير السند أمام المحكمة المدنية لا يعقل الدعوى المدنية ولا يمنع عليه بعد هذه الموافقة للجوء إلى الطريق الجزائي.

إن كتابة لفظة الطلاق لا تحتاج ثانية إذا كانت على وجه المخاطبة أو في حالة حضور الزوجة لأنها نيابة اللفظ الصريح) [٢].

(إن الإخبار بالطلاق مع إسناده إلى زمن سابق يعتبر إنشاء للطلاق فيما إذا لم يثبت إسناده إلى ذلك الزمن)[٣].

(الطلاق بالألفاظ الكنائية لا يقع إلا بوجود النية)[٤].

(يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة المتداولة عرفاً دون الحاجة إلى نية. من المتفق عليه بأنه يراعى في فهم الأيمان مدلولها العرفي لا اللغوي، وأنه إذا تعارض العرف واللغة، فالعبرة بالعرف لا اللغة عند السادة الحنفية)[٥].

(إن إشارة الأخرس المفهومة تقوم مقام لفظه، والأخرس غير محجور عليه وهو متمتع بالأهلية، والمحكمة المختصة في فصل النزاع المثار أمامها المتعلق بفرض النفقة التي تملك عيين له باعتبار أن المحكمة الأصل هي محكمة الفرع، والمساعد القضائي لا ينفرد في تمثيل الأصم والأبكم وإنما هو مترجم لإشارته المعهودة فقط)[٦].

---

[١] الغرفة الشرعية قرار ١٣٣٨ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٦ أساس ٩٩٢ مجلة المحامون العددان ٣ - ٤ لعام ٢٠٠٢ صفحة ٢٨١.

[٢] نقض هيئة عامة رقم٢٨ تاريخ١٩٧٥/١٠/٣٠، قاعدة ١٦٢ - مجموعة المبادئ القانونية للهيئة العامة لمحكمة النقض: شفيق طعمة ٩٩

[٣] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٦ ص ٢١٢- قرار٣٦/٥٧-١٩٧٦/١/٢٦.

[٤] الأحكام القضائية الشرعية-محمود زكي شمس ١٠٩٧/٢-الغرفة الشرعية ١٣٠ق١٢٣ ١٩٦٠/٤/٦.

[٥] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٢٦ ص ١٤٨- قرار١٣٨/١٤٤-١٩٦٢/٥/٣.

[٦] المباديء القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية-عزة ضاحي-قرار ٤٧١/٤٧٠- ١٩٧٦/٥/١٢.

المبحث السادس

الاستثناء في الطّلاق والقواعد الفقهية المتعلقة به

المطلب الأول

تعريفه وأنواعه وحكمه

تعريف الاستثناء.

الاستثناء لغةً: استفعال من الثني والثني في اللغة العطف والرد، وهو صرف العامل عن تناول المستثنى[١].

والاستثناء اصطلاحاً: هو الإخراج بإلاّ أو بإحدى أخواتها، لما هو داخل أو كالداخل، بعضاً ممّا يوجبه عموم سابق، تحقيقاً أو تقديراً، والأوّل هو المتّصل، والثّاني هو المنقطع، والأوّل هو المراد هنا دون الثّاني لدى الفقهاء[٢].

ويضاف إلى الأوّل الاستثناء الشّرعيّ، وهو التّعليق على مشيئة اللّه تعالى[٣]، أخذاً من قوله سبحانه: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ. وَلَا يَسْتَثْنُونَ﴾[القلم:١٧-١٨].

أنواع الاستثناء:

الاستثناء نوعان: شرعي ولغوي:

النوع الأول:

الاستثناء الشّرعيّ: وهو التّعليق على مشيئة اللّه تعالى.

وقد اختلف السادة الفقهاء في حكم وقوعه على قولين:

القول الأول: حيث ذهب الحنفيّة والشّافعيّة، إلى أنه يلغي الطلاق، ولا يقع به للشّكّ فيما يشاؤه سبحانه، وذلك لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فله استثناؤه ولا طلاق عليه)[٤].

القول الثاني: وخالف الحنابلة والمالكيّة، وقالوا: لا يلغي الطلاق ويقع به[٥] وذلك للقاعدة الفقهية التي تنص على أنَّ: **(مشيئة الله تعالى واجبة النفوذ)**[٦].

الترجيح: والراجح -والله أعلم- رأي القائلين بعدم الوقوع، للحديث المتقدم، وللشك فيما يشاؤه الله تعالى.

---

[١] الفيومي: المصباح المنير مادة: "ثني"

[٢] أو هو إخراج الشيء من الشيء لولا الإخراج لوجب دخوله فيه [الجرجاني: التعريفات ٢٣]

[٣] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٠/٣.

[٤] البيهقي: السنن الكبرى، باب الاستثناء في الطلاق والعتق، ٣٦١/٧. برقم ١٤٨٩٧. عبد الرزاق: المصنف، باب طلاق إن شاء الله تعالى، ٣٩٠/٦ برقم ١١٣٣١ والدارقطني:السنن، ٣/٤، برقم ٩٤. وفي إسناده حميد بن مالك اللخمي وهو ضعيف، [أبو الطيب محمد آبادي:التعليق المغني على سنن الدارقطني، ٣٥/٤]

[٥] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٦٦/٣-٣٦٨، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٢/٣، ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٤٣، ابن قدامة: المغني، ٤٠٢/٧-٤٠٣.

[٦] القرافي: الفروق، ٧٧/١.

النوع الثاني:

الاستثناء اللّغويّ بإلاّ وأخواتها فمؤثّر ويبطل الطّلاق بحسبه إذا استوفى شروطه التي سوف نفصل القول فيها لاحقاً.

حكم الاستثناء في الطلاق:

اتفق أهل العلم على أنه إذا استثنى المطلِّق بلسانه صح، ولم يقع ما استثناه. وذلك للقاعدة الفقهية: **(الاستثناء جائز في الإقرار والطلاق وغيرهما)**[1].

فإذا قال الرجل لامرأته: (أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة) تطلق طلقتين. وإذا قال: (أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين) طُلِّقت واحدة.

وإذا قال: (أنت طالق البتة إلا ثنتين إلا واحدة) يلزمه اثنتان؛ لأن (البتة) ثلاث، والاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات، فأخرج من (البتة) اثنتين، ثم أخرج منهما واحدة، تضم للواحدة الأولى، واشترط الفقهاء لصحة الاستثناء الاتصال في الكلام، أي اتصال لفظ المستثنى بالمستثنى منه عرفاً بحيث يعد كلاماً واحداً، ولا يضر فصل يسير كتنفس ونحوه كسعال وعطاس.

واشترطوا أيضاً عدم استغراق المستثنى منه، فإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلاّ ثلاثاً، وقع الثّلاث ولم يصح الاستثناء، وطلقت ثلاثاً بلا خلاف؛، لأنّه إلغاء، وليس استثناء، والإلغاء باطل هنا.

ولأن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثُنيا، ومعناه أنه تكلم بالمستثنى منه.

ويصح الاستثناء من الاستثناء مثل: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، ويقع به طلقتان؛ لأن الاستثناء في الأصح ينصرف إلى الملفوظ به؛ لأنه لفظ فيتبع به موجب اللفظ [2].

المطلب الثاني
شروط الاستثناء في الطلاق

يشترط لصحّة الاستثناء من الطّلاق، سواء أكان استثناءً لغويّاً أم تعليقاً على مشيئة اللّه تعالى، شروط وهي[3]:

أولاً: اتّصاله بالكلام السّابق عليه، أي اتّصال المستثنى بالمستثنى منه، بحيث يعدّان كلاماً واحداً عرفاً، فإن فصل بينهما بكلام أو سكوت لغا الاستثناء، وثبت حكم الطّلاق، فإذا قال لها: أنت طالق، ثمّ قال: إن شاء اللّه تعالى منفصلاً، طلقت، أو قال: أنت طالق اثنتين، ثمّ سكت، ثمّ قال: إلاّ واحدةً وقع اثنتان، ولغا الاستثناء، وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً، ثمّ سألها عن أمر، ثمّ قال: إلاّ اثنتين، فإنّها تطلق ثلاثاً، لإلغاء الاستثناء بالكلام الفاصل.

---

[1] البكري: الاعتناء في الفرق والاستثناء، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ، ٦٠٨/٢. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٣٦٦/١

[2] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٧٥/٩

[3] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٦٦/٣-٣٧٠، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٠/٣، الدردير: الشرح الكبير، ٣٨٨/٢.

إلاّ أنّه يعفى هنا عن الفاصل القصير الضّروريّ، كالسّكوت للتّنفّس أو بسبب عذر كسعال أو إساغة اللّقمة[١]، كما يعفى عن الكلام المفيد المتعلّق بالمستثنى منه، كأن يقول لها: أنت طالق ثلاثاً يا زانية إلاّ اثنتين، فإنّها تطلق بواحدة، لأنّ لفظة زانية بيان لسبب الطّلاق، وكذلك قوله لها: أنت طالق ثلاثاً بائناً إلاّ اثنتين عند الحنفيّة، فإنّه يقع به واحدة بائنة عندهم، بخلاف: أنت طالق ثنتين رجعيّتين إلاّ واحدةً، فإنّه يقع به اثنتان رجعيّتان، ويلغو الاستثناء لعدم إفادة هذا الفاصل.

ثانياً: نيّة الحالف الاستثناء قبل الفراغ من التّلفّظ في الطّلاق –أي قبل تمام المستثنى منه– عند المالكيّة والشّافعيّة في الأصحّ، فإن نواه بعده لم يصحّ ويقع الطّلاق بدونه، للقاعدة الفقهية التي تنص على: **(الاستثناء لا يرفع ما وقع من الطلاق)**[٢]، ولأن اليمين إنما تعتبر بتمامها، وفي قول ثان للشّافعيّة إن نواه بعده جاز، وقال الحنفيّة: يصحّ بغير نيّة مطلقاً.

ثالثاً: أن يكون الاستثناء بصوت مسموع لنفسه على الأقلّ عند اعتدال سمعه، فلو كان دون ذلك لم يصحّ الاستثناء، فلا يكفي أن ينويه بقلبه من غير أن يسمع نفسه. لأنّه مجرّد نيّة، وهي غير كافية لصحّته بالاتّفاق[٣].

رابعاً: عدم استغراق المستثنى للمستثنى منه، بمعنى عدم استثناء العدد بعينه: مثل أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، أو أنت طالق اثنتين إلا اثنتين،،لم يصحّ الاستثناء وطلقت ثلاثاً في الأول، واثنتين في الثاني لأنّه رجوع وإلغاء، وليس استثناءً.

وكذا لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة وطلقة وطلقة، يقع ثلاثاً؛ لأنه استثناء الكل من الكل.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين وواحدة، وقعت واحدة، ويلغو ما حصل به الاستغراق.

وهل يجوز استثناء الأكثر من الأقل: مثل أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين؟ صح الاستثناء عند الجمهور وتقع طلقة واحدة. وقال أحمد في الأصح: الاستثناء لا يصح؛ لأن الاثنتين أكثر الثلاث[٤].

إلاّ أنّه إن قال: طالق ثلاثاً إن شاء اللّه تعالى قاصداً الاستثناء متّصلاً لغا طلاقه عند الجمهور، خلافاً للحنابلة لما تقدّم.

وهل يجب تقديم المستثنى منه على المستثنى ؟ نصّ الشّافعيّة والحنفيّة على عدم شرطيّة ذلك، وسوّوا بين أن يقدّم المستثنى أو المستثنى منه، فلو قال: أنت طالق ثلاثاً إلاّ واحدةً وقع ثنتان، وإذا قال: أنت إلاّ واحدةً طالق ثلاثاً وقع ثنتان أيضاً، وإذا قال: أنت طالق إن شاء اللّه تعالى، صحّ الاستثناء أو قال: إن شاء اللّه تعالى فأنت طالق فكذلك ما دام أدخل الفاء على " أنت " فإن لم يدخلها فقولان؛ المفتى به منهما: عدم الوقوع[٥].

---

[١] وقال بعض العلماء: إن الاستثناء يمتد إلى المجلس في الأيمان، وقال ابن عباس: يمتد إلى سنة، ولقد دس لأبي حنيفة عند المنصور بأنه يخالف جده فتوى عبد الله بن عباس فيشترط في الاستثناء الاتصال، فقال المنصور لم خالفت ابن عباس فس الاستثناء؟ فقال له: لحفظ الخلافة عليك، فأنت تأخذ البيعة بالأيمان والعهود الموثقة على وجوه العرب، فيخرجون من عندك ويستثنون، فقال: أحسنت[أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٣١٨].

[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٢٦/٤.

[٣] زكي الدين شعبان: الأحوال الشخصية ص ٣٧٨.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٣٥٤/٧.

[٥] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٧٢/٣، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٠/٣.

وهل يجب التّلفّظ بالمستثنى والمستثنى منه ؟ نصّ الحنفيّة على عدم اشتراط ذلك، وعلى هذا إذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً، ثمّ كتب متّصلاً: إلاّ واحدةً، وقع اثنتان، ولو كتب: أنت طالق ثلاثاً، ثمّ قال متّصلاً: إلاّ واحدةً وقع اثنتان أيضاً. فإن كتبهما معاً، ثمّ أزال الاستثناء وقع اثنتان فقط، ولا قيمة لإزالة الاستثناء بعد كتابته، لأنّه رجوع عنه، والرّجوع هنا غير صحيح[١].

خامساً: أن لا يكون المستثنى جزء طلقة، فإن استثنى جزء طلقة لم يصحّ الاستثناء، وعلى ذلك إذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً إلاّ نصف طلقة طلقت ثلاثاً، ولو قال لها: أنت طالق اثنتين إلاّ ثلثي طلقة، طلقت اثنتين أيضاً لدى الجمهور، وهو الصّحيح لدى الشّافعيّة، والثّاني: يصحّ الاستثناء، ويستثنى بجزء الطّلقة طلقة كاملة[٢].

سادساً: وهل يكون الاستثناء من المستثنى منه الملفوظ دون المملوك ؟ ذكر الحنفيّة ذلك، وذكر الشّافعيّة قولين، الأصحّ منهما: أنّ الاستثناء من الملفوظ كالحنفيّة.

والثّاني: أنّه يعتبر من المملوك، وعلى ذلك فلو قال لزوجته: أنت طالق خمساً إلاّ ثلاثاً طلقت اثنتين عند الحنفيّة والأصحّ من قولي الشّافعيّة، وفي قول الشّافعيّة الثّاني طلقت ثلاثاً، لأنّه يملك عليها ثلاثاً، فلمّا استثنى منه ثلاثاً كان رجوعاً فلغى. وكذلك إذا قال لها: أنت طالق عشراً إلاّ تسعاً، فإنّها تطلق بواحدة على القول الأوّل، وبثلاث على القول الثّاني. وللمالكيّة في ذلك قولان: الرّاجح منهما اعتبار الملفوظ فيستثنى منه، ومقابل الرّاجح اعتبار المملوك، فلو قال لها: أنت طالق خمساً إلاّ اثنتين، فعلى الرّاجح يلزمه ثلاث، وعلى المرجوح يلزمه واحدة[٣].

المطلب الثالث

القواعد الفقهية المتعلقة بالاستثناء في الطلاق

قاعدة رقم (١).

الاستثناء جائز في الإقرار والطلاق وغيرهما[٤] .

تشير هذه القاعدة إلى أن الاستثناء جائز في عدد من التصرف مثل الطلاق والإقرار، وذلك إذا تحققت شروطه التي أسلفناها سابقاً.

فروع على القاعدة:

منها: لو قال لزوجته أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، طلقت اثنتين، أما لو قال ثلاثاً إلا ثلاثاً، فلا يصحّ الاستثناء وتطلق ثلاثاً.

قاعدة رقم (٢).

---

[١] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣/٣٧٣-٣٧٧.

[٢] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣/٣٧٦، الشربيني: مغني المحتاج، ٣/٣٠١.

[٣] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣/٣٧٥، الدردير: الشرح الكبير، ٢/٣٨٩، الشربيني: مغني المحتاج، ٣/٣٠١.

[٤] البكري: الاعتناء في الفرق والاستثناء، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ، ٢/٦٠٨. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ١/٣٦٦

الاستثناء لا يرفع ما وقع من الطلاق[١].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى أن الاستثناء لا ينفع في الطلاق إذا نوى البيونة، أما إذا لم يرد الطلاق البائن فيمكن أن يرفع الطلاق.

فروع على القاعدة:

منها: من قال لزوجته: وطؤك عليّ حرام في هذا الشهر، إلا أن يبدل الله ما في قلبي، فإن يسأل عن قصده في قوله وطؤك عليّ حرام، فإن أراد به الطلاق ذلك الشهر لزمته الثلاث، ولا ينفعه الاستثناء لأن الاستثناء لا يرفع ما وقع من الطلاق، وإن لم يرد به الطلاق فله نيته، لأن الوطء يحرم بغير الطلاق كالظهار وغيره.

قاعدة رقم (٣).

مشيئة الله تعالى واجبة النفوذ[٢].

معنى القاعدة:

مشيئة الله سبحانه وتعالى واجبة النفوذ على ما يشاء الله سبحانه وتعالى. والله سبحانه وتعالى لا مكره له. فما شاء الله كان ومالم يشأ لم يكن.

ولذلك نهى الرسول صلى الله عليه وسلم القائل (رب اغفر لي إذا شئت) بل أمره بالجزم بالدعاء، فيقول: (اللهم اغفر لي).

فكل عدم ممكن يعلم وقوعه نعلم أن الله سبحانه وتعالى أراده. وكل وجود ممكن يعلم عدم وقوعه نعلم أن الله سبحانه وتعالى أراده، فتكون مشيئة الله سبحانه وتعالى معلومة قطعاً، وأما مشيئة غيره فلا تعلم غايته أن يخبرنا. وخبره إنما يفيد الظن[٣].

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته أنت طالق إن شاء الله تعالى، فعند الإمامين مالك وأحمد رحمهما الله تعالى يلزمه الطلاق. لأنه لا يعلم هل أراد الطلاق على التعيين أم لا، وليس لنا طريق إلى التوصل إلى ذلك فيؤاخذ بلفظه، ولأنه استثناء يرفع جملة الطلاق حالاً ومآلاً فلم يصح كاستثناء الكل[٤].

وهذه المسألة خلافية كما ذكرنا سابقاً، حيث إن الحنفية والشافعية لا يوقعون الطلاق في هذه الصورة ، لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (وإذا قال الرجل لامراته أنت طالق إن شاء الله فله استثناؤه ولا طلاق عليه)[١]. وللجهل وعدم العلم بمشيئة الله تعالى، [٢].

---

[١] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٢٦/٤.

[٢] القرافي: الفروق، ٧٧/١.

[٣] ينظر العقيدة الطحاوية وشرحها تحقيق عبد الله التركي وشعيب الأرناؤوط طبع مؤسسة الرسالة ١٤٠٨ هـ.

[٤] ابن قدامة: المقنع في فقه إمام السنة مع الحاشية – الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٠هـ. ٢٠٦/٣.

المبحث السابع
الإنابة في الطّلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها

الطلاق من التصرفات الشرعية القولية، وهو حقّ يملكه الرّجل لا غيره كما تقدّم، فلا يصح طلاق من زوجة ولا من غيرها إلا إذا جعل الطلاق إليهم، فللزوج أن يوقع الطلاق بنفسه، وله أن ينيب عنه غيره لمن شاء ممن تتوفر فيه شروط الوكالة، فالطلاق كسائر التّصرّفات القوليّة الأخرى الّتي يملكها، كالبيع والإجارة وغيرها، فسواء كان الذي أنابه الزوج في الطلاق رجلاً أم امرأة زوجة أم غيرها، تصح النيابة، وتلزم الزوج جميع الأحكام التي تترتب عليها.

فإذا قال رجل لآخر: وكّلتك بطلاق زوجتي فلانة، فطلّقها عنه، جاز، ولو قال لزوجته نفسها: وكّلتك بطلاق نفسك، فطلّقت نفسها، جاز أيضاً، ولا تكون في هذا أقلّ من الأجنبيّ.

وسوف نتناول في هذا البحث النقاط التالية:
صيغة الإنابة، وحكم النيابة في الطلاق، وتكييف ألفاظ الإنابة في الطلاق في المذاهب الفقهية وبيان أحكامها وأخيرا خيار المخيرة.

المطلب الأول
صيغة الإنابة

يرتبط بحث الإنابة بالطلاق بنوعي الطلاق: الصريح والكناية؛ لأن صيغة تفويض الطلاق للزوجة أو غيرها إما أن تكون صريحة وهو قول الرجل: طلقي نفسك، أو كناية وهو قوله: اختاري نفسك أو أمرك بيدك[٣]. فإذا قال الزوج لزوجته: اختاري نفسك، ونوى بذلك تفويض الطلاق إليها، فقالت اخترت نفسي، ونوت الطلاق، وقع الطلاق، أما إذا لم تذكر كلمة نفسي، أو قالت: اخترت زوجي أو لم تنو الطلاق فلا يقع الطلاق.

فالفرق في صيغة الإنابة بين الصريح والكناية كما في صيغة الطلاق، فاللفظ الصريح لا يحتاج فيه إلى نية، بينما لفظ الكناية لا يقع إلا بالنية أو دلالة الحال.

---

[١] البيهقي: السنن الكبرى، باب الاستثناء في الطلاق والعتق، ٣٦١/٧. برقم ١٤٨٩٧. عبد الرزاق: المصنف، باب طلاق إن شاء الله تعالى، ٣٩٠/٦ برقم ١١٣٣١ والدارقطني:السنن، ٣/٤، برقم ٩٤. وفي إسناده حميد بن مالك اللخمي وهو ضعيف، [أبو الطيب محمد آبادي:التعليق المغني على سنن الدارقطني، ٣٥/٤]
[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٣٨/١٠.
[٣] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٥٣/٢.

المطلب الثاني
حكم الإنابة في الطلاق

ينص صريح القواعد الفقهية على أنَّ: **كل من صحَّت مباشرته الشيء صحَّ منه التوكيل فيه والتوكيل فيه عن غيره. وما لا يجوز له مباشرته لا يصحَّ توكيله ولا التصرف فيه بالوكالة عن غيره**[١]. ومثلها: **من صحَّ طلاقه صحَّ توكيله**[٢].

لذلك اتفق جمهور أهل العلم –بما فيهم فقهاء المذاهب الأربعة– إلى جواز إنابة أو توكيل الزوج غيره بطلاق زوجته، ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية فإنهم لم يجيزوه بحال، سواء توكيل الزوج أجنبي أو تفويضه زوجته.

أولاً: أدلة جمهور الفقهاء.

الأصل في النيابة في الطلاق، ما ورد في تخيير النبي صلى الله عليه وسلم لزوجاته حين نزل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا. وَإِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلدَّارَ ٱلۡأٓخِرَةَ فَإِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلۡمُحۡسِنَٰتِ مِنكُنَّ أَجۡرًا عَظِيمٗا﴾[الأحزاب:٢٨].

فعند نزول هذه الآية أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتلاوتها عليهن وتخييرهن[٣].

روى البخاري ومسلم واللفظ لمسلم، عن جابر بن عبد الله قال: ثم دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فوجد الناس جلوساً ببابه لم يؤذن لأحد منهم، قال: فأذن لأبي بكر فدخل، ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له، فوجد النبي صلى الله عليه وسلم جالساً حوله نساؤه واجماً ساكتاً، قال فقال: لأقولن شيئاً أضحك النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يارسول الله، لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمت إليها فوجأت[٤] عنقها، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: هنَّ حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده، فقلن والله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً أبداً ليس عنده، ثم اعتزلهنَّ شهراً أو تسعاً وعشرين، ثم نزلت عليه هذه الآية يا أيها النبي قل لأزواجك حتى بلغ للمحسنات منكن أجراً عظيماً، قال فبدأ بعائشة، فقال: يا عائشة إني أريد أن أعرض عليك أمراً أحب أن لا تعجلي فيه حتى تستشيري أبويك، قالت: وما هو يا رسول الله، فتلا عليها الآية، قالت أفيك يا رسول الله أستشير

---

[١] العلائي: المجموع المذهب لوحة ٣٣٨. الحصني: القواعد، ١٦١/٤. ابن خطيب الدهشة: مختصر قواعد العلائي ٣١٦. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٦٣.

[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤١١/١٢.

[٣] ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ٤٨٠/٢، الجصاص، أبو بكر : أحكام القرْآن- تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين-بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٤. ٣٥٧/٣، القرطبي: أحكام القرآن، ١٧٠/١٤.

[٤] يجأ: يضرب. [القاموس المحيط: مادة "وجأ"]. ووجأ فلان يجاؤه وجئاً: دفعه بجميع كفه في الصدر أو العنق. [المعجم الوسيط، ١٠٥٤/٢]

أبوي؟ بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة، وأسألك أن لا تخبر امرأة من نسائك بالذي قلت، قال: لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها إن الله لم يبعثني معنتاً ولا متعنتاً ولكن بعثني معلماً ميسراً، ثم نزلت هذه الآية[1].

وهناك أحاديث وآثار كثيرة تدل على جواز إنابة الطلاق إلى الغير، منها ما يلي:

١- عن عائشة رضي الله عنها قالت: (خيّرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فاخترنا الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم، فلم يعدّ ذلك علينا شيئاً)[2]. أي: لم يعد التخيير طلاقاً حين قاله لهنّ فاخترنه صلى الله عليه وسلم.

وفي رواية أن عائشة رضي الله عنها قالت: لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه، بدأ بي فقال: إني ذاكر لك أمراً فلا عليك ألا تعجلي حتى تستأمري أبويك.. ثم قرأ آية التخيير: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا. وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلدَّارَ ٱلْآخِرَةَ فَإِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَٰتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾[الأحزاب:٢٨].

قالت: فقلت: ففي أي هذا أستأمر أبوي؟ فإني أريد الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم والدار الآخرة، قالت: ثم فعل أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلتُ)[3].

ووجه الدلالة: أنه صلّى الله عليه وسلم خيَّر نساءه بين المقام معه وبين مفارقته، فاخترن البقاء، فدلالته على مشروعية التخيير واضحة، وأن للزوج أن يخير زوجته كذلك، فلو لم يكن لاختيارهن أثر، لم يكن لتخييرهن معنى.

٢- ما أخرجه مالك في الموطأ عن عائشة رضي الله عنها: أنها خطبت على عبد الرحمن بن أبي بكر[4]، قُرَيبةَ بنت أبي أمية[5]. فزوجوه. ثم إنهم عتبوا على عبد الرحمن، وقالوا: ما زوجنا إلا عائشة. فأرسلت عائشة إلى عبد الرحمن بن أبي بكر، فذكرت ذلك له، فجعل أمر قُرَيبةَ بيدها، فاختارت زوجها. فلم يكن ذلك طلاقاً[6].

ووجه الدلالة: على أن للرجل أن يجعل طلاق زوجته لها، فيملكها إياه ويخيرها.

---

[1] رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب موعظة الرجل ابنته لحال زوجها، ١٩٩٢/٥، برقم ٤٨٩٥. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية ١١٠٤/٢، برقم ١٤٧٨.

[2] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق ، باب من خير أزواجه، ٢٠١٥/٥رقم ٤٩٦٢. ، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب وجوب الكفارة على من حرم امرأته ولم ينو الطلاق، ١١٠٤/٢ برقم ١٤٧٧.

[3] رواه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم، باب الغرفة والعلية المشرفة في السطوح وغيرها، ٨٧٣/٢ برقم ٢٣٢٦. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية، ١١٠٣/٢ برقم ١٤٧٥. و١١١٣/٢ برقم ١١٧٤.

[4] عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق، حضر بدراً مع المشركين، ثم أسلم وهاجر قبيل الفتح، أسن أولاد الصديق، وكان من الرماة الشجعان، له أحاديث نحو الثمانية، روى عنه ابناه عبد الله وحفصة وابن أخيه القاسم بن محمد وأبو عثمان النهدي ابن أبي ليلى وعمرو بن أوس الثقفي وابن أبي مليكة وآخرون. قيل أنه توفي في سنة ٥٤هـ. [سير أعلام النبلاء ٣٤٤/١٢].

[5] قريبة بنت أبي أمية بن المغيرة، أمها عاتكة بنت عتبة، وهي أخت أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم لأبيها. تزوجها عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق، فولدت له: عبد الله، وأم حكيم، وحفصة.أسلمت وبايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم.[الطبقات الكبرى ٢٦٢/٨].

[6] مالك بن أنس: الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما لا يبين من التمليك، ٥٥٥/٢ برقم ١١٥٩. ورواه البيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في التخيير، ٣٤٧/٧ برقم ١٤٨١٣.

٣- ما أخرجه مالك في الموطأ أيضاً: أن عائشة رضي الله تعالى عنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن[١]، من المنذر بن الزبير[٢]، وعبد الرحمن غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلي يصنع هذا به؟ ومثلي يفتات عليه؟ فكلمت عائشة المنذر بن الزبير، فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: ما كنت لأردّ أمراً قضيته، فقرت حفصة عند المنذر، ولم يكن ذلك طلاقاً[٣].

ودلالته واضحة في أن الزوج (المنذر بن الزبير) جعل طلاق زوجته (حفصة) لأبيها (عبد الرحمن) ففوض إليه بقاؤها على عصمة الزوجية أو طلاقها. وهذا تفويض بالطلاق لغير الزوجة.

٤-وأخرج مالك في الموطأ: أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما، فقال: يا أبا عبد الرحمن إني جعلت أمر امرأتي في يدها، فطلقت نفسها، فماذا ترى ؟ فقال عبد الله بن عمر: أراه كما قالت)[٤].

ودلالته واضحة على أن الزوج إذا جعل أمر امرأته في يدها، فقد ملكها طلاقها، فإن طلقت نفسها فقد طلقت.

ثانياً: أدلة الظاهرية.

قلنا فيما سبق أن الظاهرية قد خالفوا جمهور الفقهاء، ولا يجيزون الإنابة في الطلاق مطلقاً سواء توكيلاً او تفويضاً أو تخييراً.

يقول ابن حزم: (ولا تجوز الوكالة في الطلاق، ولم يأت في طلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قرآن ولا سنة، فهو باطل)[٥].

ويقول أيضاً: (ومن خيّر امرأته فاختارت نفسها أو اختارت الطلاق، أو اختارت زوجها، أو لم تختر شيئاً، فكل ذلك لا شيء وكل ذلك سواء، ولا تطلق بذلك ولا تحرم عليه، ولا لشيء من ذلك حكم)[٦].

واستدل الظاهرية في رفضهم التوكيل والتفويض في الطلاق، أنه لم يرد في القرآن ولا في السنة النبوية شيء في إباحة ذلك وجوازه، فلا يجوز القول بجوازه.

أما الآثار عن الصحابة في موضوع التوكيل والتفويض في الطلاق، فهي متعارضة ومضطربة وليس قول من أجاز بأولى من قول من منع التوكيل والتفويض والتخيير في الطلاق للزوجة.

أما الآية القرآنية الواردة بشأن تخيير النبي صلى الله عليه وسلم زوجاته.

---

[١] حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق وأمها قرينة الصغرى بنت أبي أمية بن المغيرة المخزومي. زوجتها عائشة المنذر بن الزبير بن العوام، وكان أبوها عبد الرحمن بن أبي بكر غائباً، فلما قدم لم يجز ذلك ورده، فلما صير الأمر إليه زوجها إياه فولدت له عبد الرحمن وإبراهيم وقرينة، ثم خلف عليها بعد المنذر الحسين بن علي بن أبي طالب.[الطبقات الكبرى لابن سعد].

[٢] المنذر بن الزبير الأمير، أبو عثمان، أحد الأبطال، ولد زمن عمر وكان ممن غزا القسطنطينية مع يزيد ووفد بعد عليه. وفد على معاوية فأكرمه وأجازه.و لما بلغه خلاف أخيه على يزيد أسرع إليه بمكة، فلما حاصر الشاميون ابن الزبير سنة أربع وستين قتل تلك الأيام المنذر رحمه الله وعاش أربعين سنة. [سير أعلام النبلاء ٣٨١/٣].

[٣] مالك بن أنس: الموطأ، كتاب الطلاق، باب مالا يبين من التمليك، ٥٥٥/٢ برقم ١١٦٠. ورواه البيهقي: السنن الكبرى، باب لا نكاح إلا بولي، ١١٢/٧ برقم ١٣٤٣١.

[٤] مالك بن أنس: الموطأ، كتاب الطلاق، باب مالا يبين من التمليك، ٥٥٣/٢ برقم ١١٥٥. ورواه ابن أبي شيبة: المصنف، ما قالوا في الرجل يجعل أمر امرته بيدها فتطلق نفسها، ٨٦/٤. برقم ٥٤.

[٥] ابن حزم: المحلى، ١٩٦/١٠.

[٦] المرجع السابق، ١١٦/١٠.

فإن ابن حزم يقول: (ليس في هذه الآية دليل لكم أجاز تفويض الطلاق إلى الزوجة أو تخييرها فيها، وإنما هي نص الله تعالى أنه عليه الصلاة والسلام، إن أردن الدنيا ولم يردن الآخرة، طلقهن من قبل نفسه مختاراً للطلاق لا أنهن طوالق بنفس اختيارهن الدنيا، ومن ادعى غير هذا فقد حرف كلام الله عز وجل وأقحم في حكم الآية ما ليس فيها سنة نص ولا دليل)[١].

ويقول ابن حزم أيضاً: (إنما أجازه الجمهور بناء على القياس، وهم يعلمون أن الطلاق إنما هو بالعبرة وكذلك الظهار والإيلاء واللعان، ثم لا يختلفون في أنه لا يجوز أن يظاهر أحد بوكالته عن أحد، ولا أن يلاعن عن أحد، ولا أن يولي أحد بوكالته عن أحد، فهلا قاسوا الطلاق على ذلك)[٢].

الترجيح:

الواضح: أن الراجح في هذه المسألة –والله أعلم– قول الجمهور من جواز الإنابة في الطلاق، لقوة استدلالهم وكثرة الآثار الصحيحة الواردة في ذلك، وما ذهب إليه الظاهرية من عدم جواز الإنابة في الطلاق يرد عليه ما ذكره الشيخ علي الخفيف في رده عليهم، إذ قال رحمه الله تعالى: (ولست أرى أن الطلاق كالظهار أو كاللعان والإيلاء، فالإيلاء واللعان أيمان ولا تجوز النيابة في الأيمان اتفاقاً، إذ لا يصح أن يقسم شخص بالنيابة عن آخر، أما الظهار فالإقدام عليه جريمة، لأنه باطل من القول وزور، والله يقول ولا تزر وازرة وزر أخرى، فلا يؤاخذ أحد بجرم أحد ولذا لم تجز النيابة في الظهار، إلى هذا، فإن رأي ابن حزم فيه تضييق على الناس وإعنات لهم فكم من حالة تدعو المصلحة فيها إلى جواز التوكيل بالطلاق لغياب الزوج عن ضرورة وعدم استطاعته حضور مجلس التطليق)[٣].

إذن، فقياس الطلاق على الإيلاء واللعان والظهار، قياس مع الفارق.

وأما أنه لم يرد في القرآن طلاق أحد نيابة عن أحد، فيكفي أن لا يكون في الأمر مخالفة لما جاء في القرآن والسنة ليكون صحيحاً[٤].

المطلب الثالث

تكييف الإنابة في الطلاق في المذاهب الفقهية وبيان أحكامها

نظراً لتعدد ألفاظ النيابة في الطلاق واختلافها وتداخلها وتغاير أحكام كل منها، تختلف اصطلاحات المذاهب الفقهية في تكييف إنابة الزوج غيره في الطلاق والأحكام التي تترتب على كل منها، حسب التفصيل الآتي[٥]:

أولاً: مذهب الحنفية: إذن الزّوج لغيره في تطليق زوجته ثلاثة أنواع: إما تفويض أو توكيل أو رسالة.

---

[١] ابن حزم: المحلى، ١٢٣/١٠.
[٢] المرجع السابق، ١٩٦/١٠.
[٣] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ٦٢ – ٦٣.
[٤] الصابوني: عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٣٧٤/١.
[٥] الحصكفي: الدر المختار بحاشية ابن عابدين ٥٥١/٤، الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٤٠٦/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٣٦٤/٣، ابن قدامة: المغني ٣٨٠/١٠، بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٣٨٥ وما بعدها.

أما التوكيل: فهو إنابة الزوج عنه غير الزوجة بتطليق امرأته، كأن يقول له: وكلتك في طلاق زوجتي، فإذا قبل الوكيل الوكالة ثم قال لزوجة موكله: أنت طالق، وقع الطلاق.

وأما التفويض: جعل الأمر باليد أو تمليك الطلاق لزوجته بطلاق نفسها منه، وقد يكون التّفويض عندهم بإنابة الزّوج أجنبيّاً عنه بطلاق زوجته إذا علّقه على مشيئته، بأن قال له: طلّق زوجتي إن شئت، فإن لم يقل له: إن شئت، كان توكيلاً لا تفويضاً.

ويصح التفويض مقارناً لإنشاء عقد الزواج أو بعده أثناء الزوجية، واشترطوا لصحة التفويض المقارن للعقد: أن يكون الإيجاب صادراً من الزوجة أو وكيلها، كأن تقول للرجل: تزوجتك على أن الطلاق بيدي، أو متى شئت أو كلما شئت، ويقبل الرجل التفويض.

فإن بدأ الرجل بالإيجاب، فقال للمرأة: تزوجتك على أن أمرك بيدك أو تطلقين نفسك متى شئت، وقبلت المرأة الإيجاب، يصح الزواج، ولا يصح التفويض؛ لأن الزوج في هذه الحالة قد ملّكها تطليق نفسها قبل أن يتم عقد الزواج، ولا يملك الزوج الطلاق قبل تمام الزواج، وليس للشخص أن يملك غيره شيئاً لا يملكه هو.

وإذا صحّ التفويض بإيجاب المرأة وقبول الرجل، حين العقد، وكان مطلقاً عن التقييد بزمن معين، كأن تقول له: «تزوجتكَ على أن طلاقي بيدي» فيقول: قبلت، تقيد ملكها الطلاق بمجلس إنشاء العقد، فإذا انتهى مجلس العقد، لم يكن لها الحق في طلاق نفسها بعدئذ.

والرسالة: نقل كلام المرسل، كأن يقول الزوج لرجل: اذهب إلى فلانة، وقل لها: إن زوجك يقول لك: اختاري. أو أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد إنسان، فيذهب الرسول إليها، ويبلغها الرسالة على وجهها، فيقع عليها الطلاق. فالرسول معبر وسفير وناقل كلام المرسل لا غير.

وقد ذكر الحنفيّة للتّفويض ثلاثة ألفاظ، وهي: أمر بيد، وتخيير، ومشيئة. وكل منها يفيد تمليك الطلاق من المرأة وتخييرها بين أن تختار نفسها أو زوجها.

اللفظ الأول: الأمر باليد: أن يقول لها: أمرك بيدك، فيصير الأمر بيدها في الطلاق؛ لأنه جعل الأمر بيدها في الطلاق، وهو أهل لذاك، والمحل قابل للجعل. ويصير الأمر بيدها بشرطين:

أحدهما: نية الزوج الطلاق؛ لأنه من كنايات الطلاق، فلا يصح من غير نية الطلاق.

والثاني: عِلمُ المرأة بجعل الأمر بيدها، فلا يصير الأمر بيدها ما لم تسمع أو يبلغها الخبر؛ لأن معنى هذا التفويض ثبوت الخيار لها بين الطلاق أو الزوج.

اللفظ الثاني: التخيير: أن يقول الزوج لامرأته: اختاري، وهو لا يختلف عن الأمر باليد إلا في شيئين:

أحدهما: أن الزوج إذا نوى الطلاق الثلاث في قوله (أمرك بيدك) يصح، وأما في قوله (اختاري) فلا يصح نية الثلاثة.

والثاني: أن في قوله (اختاري) لا بد من ذكر النفس إما في كلام الزوج أو في جواب المرأة، بأن يقول لها: اختاري نفسك، فتقول: اخترت، أو يقول لها: اختاري، فتقول: اخترت نفسي. أو ذكر الطلاق في كلام الزوج أو في كلام المرأة، بأن يقول لها: اختاري، فتقول: اخترت الطلاق. أو ذكر ما يدل على الطلاق:

وهو تكرار التخيير من الزوج، بأن يقول لها: اختاري اختاري. أو ذكر (الاختيارة) في كلام الزوج أو في كلام المرأة، بأن يقول لها الزوج: اختاري اختيارة، فتقول المرأة: اخترت اختيارة.

اللفظ الثالث: المشيئة: أن يقول الرجل: أنت طالق إن شئت، وهو مثل قول: اختاري؛ لأن كل واحد منهما تمليك الطلاق، إلا أن الطلاق ههنا رجعي، وهناك بائن؛ لأن المفوَّض ههنا صريح، وهناك كناية.

وأما قوله (طلقي نفسك) فهو تمليك عندهم، سواء قيده بالمشيئة أم لا، ويقتصر أثره على المجلس، كقوله: أنت طالق إن شئت.

وبناء على هذا: لو قال لها: طلّقي نفسك، واختاري نفسك، وأمرك بيدك، فالأولى يقع الطّلاق بها صريحاً بدون نيّة، واللّفظان الآخران من ألفاظ الكناية، فلا يقع بهما الطّلاق بغير نيّة[1].

أهم الفروق لدى الحنفية بين التفويض والتوكيل:

وبين التّفويض والتّوكيل عند فقهاء الحنفيّة فروق في الأحكام من حيثيّات متعدّدة، أهمّها:

أ- إن الوكيل بالطلاق مقيد بالعمل برأي الموكل، فإذا تجاوزه لم ينفذ تصرفه إلا بإجازة الموكل. عملاً بالقاعدة الفقهية التي تنص على: **ثبوت الصفة بثبوت الأصل. و**لأن الوكيل يعمل بمشيئة غيره وعلى وفق هذه المشيئة؛ فهو يعد ممثلاً الموكل ونائباً عنه، لا مالكاً الحق الموكل فيه.

وللوكيل أن يطلق متى شاء ما لم يقيده الموكل بزمن معين، وللموكل أن يعزل الوكيل متى شاء.

لكن الوكيل بالطلاق مجرد سفير ومعبر عن الموكل كالوكيل في الزواج، فلا يطالب بشيء من حقوق الطلاق، كدفع مؤخر المهر أو المتعة أو نفقة العدة، وإنما يطالب بها الزوج نفسه.

أما في التفويض، فيعمل المفوض إليه في التفويض العمل باختياره وبمشيئة نفسه؛ لأن الزوج ملكه هذا الحق.

ب – من حيث الرّجوع فيه: إن التوكيل يملك الموكل الرجوع عنه، ما دام الوكيل لم ينفذ ما وكل به. أما التفويض بعد صدوره، فلازم من جانب الزوج، ولا يملك الزّوج الرّجوع فيه، ولا منع المرأة مما جعل إليها، ولا فسخه؛ لأنه ملَّكها الطلاق، ومن ملَّك غيره شيئاً، فقد زالت ولايته من الملك، فلا يملك إبطاله بالرجوع والمنع والفسخ، ولأنّه تعليق للطلاق من جانب الزوج على مشيئة الزوجة أو غيرها، والتّعليق يمين لا رجوع فيها، فالأيمان بعد صدورها لا يمكن الرجوع، فيها فإذا قال له: طلّق زوجتي إن شئت، أو قال لزوجته: اختاري نفسك ناوياً طلاقها، لم يكن له أن يعزلها، أمّا الوكيل فله عزله مطلقاً ما دام لم يطلّق[2].

وأما التفويض من جانب المرأة: فهو غير لازم في حق المرأة، فتملك رده صراحة أو دلالة؛ لأن جعل الأمر بيدها تخيير لها بين أن تختار نفسها وبين أن تختار زوجها، والتخيير ينافي اللزوم.

لكن ليس لها أن تختار إلا مرة واحدة؛ لأن قول الرجل لها: (أمرك بيدك) لا يقتضي التكرار إلا إذا قرن به ما يقتضي التكرار، بأن قال: أمرك بيدك كلما شئت، فيصير الأمر بيدها فيما ذكر وغيره، ولها أن تطلق نفسها في كل مجلس تطليقة واحدة، حتى تبين بثلاث؛ لأن كلمة (كلما) تقتضي تكرار الأفعال، فيقتضي

---

[1] ابن عابدين: الدر المختار ورد المحتار، ٦٥٣/٢، الكاساني: بدائع الصنائع،١١٣/٣، ١١٨، ١٢١-١٢٢.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع،١١٣/٣-١١٦، ابن الهمام: فتح القدير، ١١٥/٣.

تكرار التمليك عند تكرار المشيئة، إلا أنها لا تملك أن تطلق نفسها في كل مجلس إلا تطليقة واحدة؛ لأن تفويضه الطلاق لها يقتضي حصره في كل مجلس مرة.

ج – من حيث الحدّ بالمجلس أو الزمن: فللوكيل أن يطلّق عن موكّله في المجلس وغيره، ما لم يحدّه الموكّل بالمجلس أو زمان ومكان معيّنين، فإن حدّه بذلك تحدّد به، أمّا التّفويض فإما أن يكون مطلقاً عن التقييد بزمن معين، مثل: اختاري نفسك أو طلقي نفسك، أو يكون مقيداً بزمن معين، مثل: اختاري نفسك أو أمرك بيدك مدة شهر، أو يكون مفيداً التكرار في جميع الأزمان، مثل طلقي نفسك متى شئت، أو محدوداً بالمجلس فإذا انقضى المجلس لغا التّفويض، ما لم يبيّن له مدّةً، أو يعلّقه على مشيئته، فإن بيّن مدّةً تحدّد بالمدّة المبيّنة، كأن قال لها: طلّقي نفسك خلال شهر، أو يوم، أو ساعة، أو طلّقي نفسك متى شئت، فإن قال ذلك تحدّد بما ذكر لا بالمجلس[1]. لأن القاعدة الفقهية تنص على: **التفويض يقتصر على المجلس بخلاف الوكالة فإنها لا تقتصر عليه.**

د–من حيث عدد الطلاق الواقع ونوعه، فقد ذهب الحنفيّة إلى أنّ التّفويض إذا كان بلفظ صريح كقوله لها: طلّقي نفسك فطلّقت، أو كلما شئت؛ وقع به الطّلاق رجعيّاً، وكذا لو قال: أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة، فاختارت نفسها، طلقت واحدة رجعية؛ لتفويضه إليها بالصريح، والمفيد للبينونة إذا قرن بالتصريح، صار رجعياً.

ولا تملك المرأة إيقاع الطلاق الثلاث دفعة واحدة، لأنه فوض إليها الصريح حيث نص عليه، وكلمة (كلما) تقتضي تكرار الأفعال، وهي هنا المشيئة، وإيقاع الثلاث دفعة واحدة لا تكرار فيه، فلا يقع بها شيء في قوله (كلما) عند أبي حنيفة، وتقع طلقة واحدة عند الصاحبين.

وإن كان التفويض بلفظة الاختيار أو الأمر باليد، كان الطلاق بائناً، فلو قال الزوج للمرأة: اختاري نفسك، فقالت: اخترت نفسي، وقع به بائناً، وكان طلاقاً واحداً، لأن المرأة لا يتم لها الاختيار أو الأمر باليد إلا بالطلاق البائن، فلا تصير مالكة نفسها إلا بالبائن، أما بالطلاق الرجعي فيتمكن الزوج من رجعتها بدون رضاها.

ولو قال: أمرك بيدك، ونوى الثلاث، فطلقت نفسها ثلاثاً، كان ثلاثاً، لأنه جعل أمرها بيدها مطلقاً، فيحتمل الواحد ويحتمل الثلاث، فإن نوى الثلاث، فقد نوى ما يحتمله مطلق الأمر، فصحت نيته. وإن نوى اثنتين، فهي واحدة عند أئمة الحنفية ما عدا زفر[2]. هذا إذا نويا الطّلاق، وإلاّ لم يقع به شيء لأنّه كناية [3].

هـ–من حيث تأثّره بجنون الزّوج، فإذا فوّض الزّوج زوجته أو غيرها بالطّلاق، ثمّ جنّ، فالتّفويض على حاله، وإن وكّله بالطّلاق فجنّ بطل التّوكيل، لأنّ التّفويض تمليك، وهو لا يبطل بالجنون، على خلاف التّوكيل، فهو إنابة محضة، وهي تبطل بالجنون.

---

[1] المراجع السابقة.

[2] زفر(١١٠–١٥٨هـ) زفر بن الهذيل بن قيس العنبري. أصله من أصبهان. فقيه إمام من المقدمين من تلاميذ أبي حنيفة. وهو أقيسهم. وكان يأخذ بالأثر إن وجده. قال: ما خالفت أبا حنيفة في قول إلا وقد كان أبو حنيفة يقول به. تولى قضاء البصرة، وبها مات. وهو أحد الذين دونوا الكتب. [الجواهر المضية ٢٤٣/١؛ ٢٤٤،الأعلام للزركلي ٧٨/٣].

[3] الكاساني: بدائع الصنائع، ١١٧/٣-١١٨، ابن الهمام: فتح القدير، ١١٤/٣وما بعدها، الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٥١/٣، الحصكفي: الدر المختار، ٦٦٠/٢ وما بعدها.

و– من حيث اشتراط أهليّة النّائب، فإنّ التّفويض يصحّ لعاقل ومجنون وصغير، على خلاف التّوكيل، فإنّه يشترط له أهليّة الوكيل، وعلى هذا فلو فوّض زوجته الصّغيرة بطلاق نفسها فطلّقت، وقع الطّلاق، ولو وكّل أخاه الصّغير بطلاقها، فطلّقها لم يصحّ، فلو فوّضها بالطّلاق، وهي عاقلة، ثمّ جنّت فطلّقت نفسها، لم يصحّ عند الحنفيّة استحساناً[1].

ثانياً: مذهب المالكيّة:

النّيابة في الطّلاق عند المالكيّة أربعة أنواع: توكيل وتخيير وتمليك ورسالة.

النوع الأول: التّوكيل: وهو جعل الزوج حق إنشاء الطلاق لغيره: زوجة أو غيرها، مع بقاء الحق له في منع الوكيل –أي بعزله– من إيقاع الطلاق. كقوله لها: أمرك بيدك توكيلاً.

فإذا وكل الرجل المرأة على طلاقها، فلها أن تفعل ما وكّلها عليه من طلقة واحدة، أو أكثر، وله أن يعزلها ما لم تفعل الموكل فيه إلا لتعلق حقها بالوكالة كما سأبين قريباً. وهو بخلاف التمليك والتخيير، إذ ليس له عزلها؛ لأن فيهما قد جعل لها ما كان يملكه ملكاً لها، أما التوكيل فإنه جعلها نائبة عنه في إيقاع الطلاق.

النوع الثاني: التّخيير: وهو جعل الطّلاق الثّلاث حقّاً للغير وملكاً له، فيخيرها بين البقاء معه أو الفراق نصّاً، كقوله لها: اختاريني أو اختاري نفسك.

فلها أن تفعل من الأمرين ما أحبت. فإن اختارت الفراق، كان طلاقها بالثلاث. وإن أرادت طلقة أو اثنتين لم يكن لها، إلا أن يخيرها في طلقة واحدة أو طلقتين معاً، فتوقعها، وليس له عزلها.

النوع الثالث: التّمليك: وهو أن يملِّك الرجل المرأة أمر نفسها ويجعل الطّلاق حقّاً لها، كأن يقول لها: أمرك بيدك، أو جعلت أمرك أو طلاقك بيدك، وليس له أن يعزلها عنه. ولها أن تفعل ما جعل بيدها من طلقة واحدة أو أكثر. ويظهر قبولها للتمليك بالقول أو بالفعل. أما القول: فهو أن توقع الطلاق بلفظها. وأما الفعل: فهو أن تفعل ما يدل على الفراق، مثل نقل أثاثها أو غيره.

النوع الرابع: الرسالة: وهي أن يقول الزوج للرسول: بلغ زوجتي أني قد طلقتها، وقد تقدم أنه يقع الطلاق بمجرد قول الزوج كذلك، ولو لم يبلغ الرسول، لأن إنشاء الطلاق قد صدر من قبل الزوج، والرسول ليس إلا مخبراً بما وقع[2].

هذا إذا لم يسند الزوج الطلاق إلى وقت سابق، فإن أسنده إلى وقت سابق، كأن قال: أخبرها أني طلقتها منذ سنة، أو يوم كذا، فهو إقرار وإرسال معاً، وتعتبر طالقاً من يوم الإقرار لا من اليوم الذي طلقها فيه[3].

وهذا في حقها هي، فتبدأ عدتها من وقت الإقرار لا من اليوم الذي طلقها فيه، وترثه إن مات وهي في العدة، ولا يرجع عليها بما أنفقت من ماله بعد طلاقها قبل علمها، لأنه مفرط، وترجع عليه بما تسلّفت عليه.

---

(1) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣/٣١٤-٣١٩. البابرتي: العناية في شرح الهداية بهامش فتح القدير،٣/١٠٠.

(2) الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ٢/٤١٣-٤١٥. الدردير: الشرح الصغير، ٢/٦٠١.

(3) الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ٢/٤١٣-٤١٥، وانظر: الحطاب وبهامشه المواق، ٥/٤١٩.

أهم الفروق والاختلاف والائتلاف بين التوكيل والتخيير والتمليك عند المالكية:

يتفق كل من التمليك والتخيير أنهما لا يتقيدان في المجلس الذي صدر فيه، وفي كل منها لا يملك الرجل الرجوع عما منح المرأة.

ويصح التفويض بأنواعه الثلاثة لغير الزوجة، بشرط كونه حاضراً في البلد أو قريب الغيبة كاليومين، وإلا انتقل التفويض للزوجة على الراجح، وإن فوض الزوج لأكثر من واحد، لم تطلق إلا باجتماعهما أي الاثنين أو باجتماعهم إن زادوا على اثنين.

وبين التوكيل والتخيير والتمليك اتّفاق واختلاف وفروق في الأحكام من حيثيّات متعدّدة، أهمّها:

أ- فمن حيث جواز الرّجوع فيه، في التّوكيل للزّوج حقّ عزل وكيله بالطّلاق مطلقاً، سواء أكان الوكيل هو الزّوجة أم غيرها، إلاّ أن يتعلّق به حقّ للزّوجة زائد عن التّوكيل، كقوله لزوجته: إن تزوّجت عليك فأمرك بيدك، أو أمر الدّاخلة عليك بيدك، فإنّه لا يملك عزلها عن الوكالة في هذه الحال، لتعلّق حقّها بالتوكيل، لأن رفع الضرر عنها قد تعلق بالتوكيل، فليس له عزلها عنه.، ولولا ذلك لأمكنه عزلها. فإن فوّضه بالطّلاق تخييراً أو تمليكاً لم يكن له عزل المفوّض حتّى يطلّق أو يردّ التّفويض[1].

ب – ومن حيث تحديده بمدّة، فإن حدّد الزّوج النّيابة بأنواعها بالمجلس تحدّد مطلقاً، وإن حدّدها بزمان معيّن بعد المجلس لم تقتصر على المجلس، ولكن إن مارس النّائب حقّه في الطّلاق خلال الزّمن المحدّد طلقت، وإلاّ فهو على حقّه ما دام الزّمان باقياً، إلاّ أن يعلم القاضي بذلك، فإن علم به، فإنّه يحضره ويأمره بالاختيار، فإن اختار الطّلاق طلقت، وإلاّ أسقط القاضي حقّه في ذلك، ولا يمهله ولو رضي الزّوج بالإمهال، وذلك حمايةً لحقّ اللّه تعالى، فإن أطلق ولم يحدّده بالمجلس ولا بزمن آخر، فللمالكيّة روايتان[2]: الأولى: يتحدّد بالمجلس كالحنفيّة، والثّانية: لا يتحدّد به.

ج – من حيث عدد الطّلقات، إن كان التّفويض تخيّراً مطلقاً – وقد دخل بزوجته – فللمفوّضة إيقاع ما شاءت من الطّلاق، واحدةً واثنتين وثلاثاً، وإن كان لم يدخل بها، وإن كان التّفويض تمليكاً، فله منعها من أكثر من واحدة، بشروط ستّة، إن توفّرت لم يقع بقولها أكثر من واحدة، وإن اختلّت وقع ما ذكرت.

وهذه الشّروط هي[3]:

١- أن ينوي ما هو أقلّ من الثّلاث، فإن نوى واحدةً لم تملك بذلك أكثر منها، فإذا نوى اثنين ملكتهما ولم تملك الثّلاث.

٢- أن يبادر للإنكار عليها فور إيقاعها الثّلاث، وإلاّ سقط حقّه ووقع ثلاث.

٣- أن يحلف أنّه لم ينو بذلك أكثر من العدد الّذي يدّعيه، واحدةً أو اثنتين، فإن نكل قضي عليه بما أوقعت، ولا تردّ اليمين عليها.

---

[1] الدردير: الشرح الصغير، ٥٩٥/٢.

[2] المصدر السابق، ٥٩٥/٢ ومابعدها، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢٣٣.

[3] الشقفة: محمد بشير، الفقه المالكي في ثوبه الجديد– الجزء الرابع فقه الأحوال الشخصية: كتاب الطلاق١٦٠-١٦١.

٤- عدم الدّخول بالزّوجة إن كان التّفويض تخيّراً، وإلاّ وقع الثّلاث عليه إن أوقعها مطلقاً.
٥- أن لا يكرّر التّفويض، فإن كرّره بأن قال لها: أمرك بيدك، أمرك بيدك، أمرك بيدك، لم يقبل اعتراضه على طلاقها الثّلاث، إلاّ أن ينوي بالتّكرار التّأكيد، فيقبل اعتراضه.
٦- أن لا يكون التّفويض مشروطاً عليه في العقد، فإن شرط في العقد ملكت الثّلاث مطلقاً. فإن خيّرها ودخل بها فطلّقت نفسها واحدةً فقط، لم تقع وسقط تخييرها، لأنّها خرجت بذلك عمّا فوّضها، وقد انقضى حقّها بإظهار مخالفتها، فسقط خيارها في قول، وفي قول آخر لم يسقط بذلك خيارها[١].
والفرق أن حالة التخيير تقتضي ألا يكون للزوج سبيل على المرأة إذا اختارت نفسها، وهذا لا يتحقق إلا بوقوع الطلاق الثلاث. وأما في حالة التمليك فقد ملكها ما يملكه، فإذا أوقعت طلقة واحدة أو اثنتين أو الثلاث، كانت عاملة بمقتضى اللفظ.

ثالثاً: مذهب الشّافعيّة:

أجاز الشّافعيّة للزّوج إنابة زوجته بالطّلاق، كما أجازوا له إنابة غيرها به أيضاً، فإن أناب الغير كان توكيلاً، فيجري عليه من الشّروط والأحكام ما يجري على التّوكيل من جواز التّقييد والرّجوع فيه. فإن أناب الزوجة سميت الإنابة تفويضاً.

والتفويض: إما صريح مثل طلقي نفسك، أو كناية مثل: أبيني نفسك، اختاري نفسك، ونوى، فقالت: طلقت، وقع الطلاق؛ لأنها فوضت الطلاق، وقد فعلته في الحالين.
والتفويض تمليك في الجديد عند الشّافعيّة فيشترط لوقوعه تطليقها على الفور.
وفي قول توكيل، فلا يشترط فور في الأصحّ، وعلى القول بالتّمليك في اشتراط قبولها لفظاً الخلاف في الوكيل، والمرجّح عدم اشتراط القبول لفظاً.

وعلى القولين – التّمليك والتّوكيل – له الرّجوع عن التّفويض[٢].

ولو قال لزوجته: طلّقي ونوى ثلاثاً، فقالت: طلّقت ونوتهنّ، وقد علمت نيّته، أو وقع العلم بنيته صدقة، فتقع الثلاث؛ لأن اللفظ يحتمل العدد، فإن لم ينوياه فتقع واحدة في الأصح؛ لأن صريح الطلاق كناية في العدد.
ولو قال لها: طلقي نفسك ونوى ثلاثاً، ولم تنو هي عدداً، أو لم ينويا، أو نوى أحدهما وقعت واحدةً في الأصحّ. وكذلك لو قالت: طلقت ونوتهن ثلاثاً، أو لو قالت علمت نيته ثلاثاً، فتقع واحدة أيضاً، كقوله: طلقي نفسك واحدة، فثلثت أي طلقت نفسها ثلاثاً، تقع واحدة [٣].

مذهب الحنابلة:

القاعدة عند الحنابلة: من صح طلاقه صح توكيله، فإن وكل الزوج المرأة في الطلاق، صح توكيلها، وطلاقها لنفسها؛ لأنه يصح توكيلها في طلاق غيرها، فكذا في طلاق نفسها. وللوكيل أن يطلق متى شاء،

---
[١] الدردير: الشرح الكبير والدسوقي عليه، ٢/٤٠٥-٤١٢
[٢] الشربيني: مغني المحتاج، ٣/٢٨٥-٢٨٧، الشيرازي: المهذب،٢/٨٠.
[٣] الشربيني: مغني المحتاج، ٣/٢٨٥-٢٨٧

إلا أن يحد له الموكل حداً كاليوم أو نحوه، فلا يملك الطلاق في غيره. ولا يطلق الوكيل أكثر من واحدة؛ إلا أن يجعل الموكل إليه أن يطلق أكثر من واحدة بلفظة أو نية، فلو وكله في ثلاث، فطلق واحدة، وقعت. ولو وكله في طلقة واحدة، فطلق ثلاثاً، طلقت واحدة، عملاً بالمأذون فيه.

وإن قال لامرأته: طلقي نفسك، فلها الطلاق كالوكيل. وإن قال لها: (أنت طالق إن شئت) ونحوها من أدوات الشرط، لم تطلق حتى تشاء، وتنطق بالمشيئة بلسانها، فتقول: قد شئت؛ لأن ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان، فتعلق الحكم بما يتعلق به دون ما في القلب، فلو شاءت بقلبها دون نطقها، لم يقع طلاق.

وكذلك إن علق الطلاق بمشيئة غيرها، فمتى وجدت المشيئة باللسان، وقع الطلاق، سواء أكان على الفور أم على التراخي. وذلك خلافاً للشافعية الذين اشترطوا إعلان المشيئة في الحال؛ لأن هذا تمليك للطلاق، فكان على الفور كقوله (اختاري)، كما تقدم. ورد الحنابلة بأن هذا تعليق للطلاق على شرط، فكان على التراخي كسائر التعليق، ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة، فكان على التراخي كالعتق. وهو بخلاف كلمة (اختاري) فإنه ليس بشرط، إنما هو تخيير، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس.

ومن قال لامرأته: أمرك بيدك فهو توكيل منه لها بالطّلاق ولا يتقيّد ذلك بالمجلس، بل هو على التّراخي لقول عليّ رضي الله عنه، ولم يعرف له مخالف في الصّحابة، فكان كالإجماع.

وفي الأمر باليد لها أن تطلّق نفسها ثلاثاً، أفتى به أحمد مراراً، كقوله: طلّقي نفسك ما شئت، ولا يقبل قوله: أردت واحدةً.

وإن قال لها: اختاري نفسك لم يكن لها أن تطلّق أكثر من واحدة، وتقع رجعيّة، لأنّ: "اختاري" تفويض معيّن، فيتناول أقلّ ما يقع عليه الاسم، وهو طلقة رجعيّة، إلاّ أن يجعل إليها أكثر من واحدة، كأن يقول: اختاري ما شئت، أو اختاري الطّلقات إن شئت، فإن نوى بقوله اختاري عدداً، فهو على ما نوى، لأنّه كناية. بخلاف: أمرك بيدك، فيتناول جميع أمرها[1].

وإن خيّر الموكل الوكيل بأن قال له: طلق ما شئت من ثلاث، ملك اثنتين فأقل؛ لأن لفظه يقتضي ذلك؛ لأن (من) للتبعيض، وكذا لو خيَّر زوجته، فقال لها: اختاري من ثلاث ما شئت، لم يكن لها أن تختار أكثر من اثنتين.

وليس للمقول لها: اختاري أن تطلّق إلاّ ما داما في المجلس، ولم يتشاغلا بما يقطعه عرفاً، إلاّ أن يقول لها: اختاري نفسك يوماً أو أسبوعاً أو شهراً، فتملكه إلى انقضاء ذلك[2].

المطلب الرابع

خيار المخيرة

بناء على ما قد تقدم، فقد اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة مع الحنفية في خيار المخيرة فيما يلي:

---

[1] البهوتي: كشاف القناع، ٢٦٨/٥ وما بعدها، ابن قدامة: المغني، ٢١٢/٧.

[2] البهوتي: كشاف القناع، ٢٥٤/٥-٢٥٥، ابن قدامة: المغني، ١٤١/٧-١٤٦.

أولاً: تنص القاعدة الفقهية على أن: **التفويض يقتصر على المجلس بخلاف الوكالة فإنها لا تقتصر عليه.** فإذا كان التفويض مطلقاً: فحق الطلاق مقيد في مجلس علم المرأة بالتفويض، فما دامت في مجلسها، فالأمر بيدها؛ لأن جعل الأمر بيدها تمليك الطلاق منها، وجواب التمليك مقيد بالمجلس، فإن تغير المجلس أو ظهر ما يدل على الإعراض عن مقتضى التفويض، سقط حقها. هذا؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم جعلوا للمخيَّرة الخيار ما دامت في المجلس. ولا يتغير المجلس بالقيام أو القعود، والقعود في البيت والركوب في السفينة لا يغير حكم المجلس أثناء المشي، لكن السير على الدابة يغير حكم المجلس؛ لأن السفينة لا يستطيع الراكب إيقافها، أما الدابة فيستطيع إيقافها، فإن سارت بطل خيارها.

بينما ذهب فقهاء المالكية: إلى أنه يثبت الخيار للزوجة أبداً إلى أن يعلم أنها أسقطته، بتمكين الزوج من نفسها، فإن لم تجب بشيء رفع الزوج الأمر إلى القاضي ليأمرها بإيقاع الطلاق أو إسقاط التمليك، فإن أبت أسقطه القاضي، ولا يمهلها وإن رضي الزوج بالإمهال لحق الله تعالى، لما فيه من البقاء على عصمة مشكوكة.

ثانياً: وإن كان التفويض مقيداً بزمن معين كيوم أو شهر أو سنة: ثبت حق الطلاق للمفوض إليه في الوقت المخصص إلى نهايته؛ لأنه فوض الأمر إلى زوجته مثلاً في جميع الوقت المذكور، فيبقى ما بقي الوقت.

ولو اختارت نفسها في الوقت المحدد مرة، ليس لها أن تختار مرة أخرى؛ لأن اللفظ يقتضي التحديد بالوقت، ولا يقتضي التكرار.

ثالثاً: إن أضيف التفويض إلى وقت في المستقبل بأن قال: أمرك بيدك غداً، أو رأس شهر كذا، فلا يصير الأمر بيدها إلا بمجيء الوقت المخصص. وإن علَّق التفويض بشرط، بأن قال: إذا قدم فلان، فأمرك بيدك، فلا يصير الأمر بيدها إلا بقدومه، فإن قدم فالأمر بيدها إذا علمت في مجلسها الذي يقدم فيه فلان؛ لأن المعلق بشرط كالمنجز عند الشرط، فيصير قائلاً عند القدوم: أمرك بيدك، وتملك الطلاق في مجلس علمها بالقدوم. فلو لم تعلم بقدومه حتى مضى الوقت المخصص، ثم علمت، فلا خيار لها بهذا التفويض أبداً؛ لأنها مقيدة بمدة، وقد انتهت، فلا خيار لها بعد فوات زمنه.

رابعاً: وإن كان التفويض بما يقتضي التكرار، بأن قال لها: أمرك بيدك كلما شئت، أو طلقي نفسك متى شئت، فلها أن تطلق نفسها في أي وقت تشاء، سواء في مجلس التخيير أو بعده، لكنها في قوله: (إذا، ومتى) لا تملك أن تختار إلا مرة واحدة، فإذا طلقت نفسها مرة انتهى التفويض؛ لأن (إذا ومتى)لا تفيد التكرار. أما إن قال (كلما) فلها أن تطلق نفسها أكثر من مرة إلى ثلاث؛ لأن (كلما) تقتضي تكرار الأفعال، فيتكرر التفويض عند تكرار المشيئة.

المطلب الخامس

القواعد الفقهية المتعلقة في الإنابة في الطلاق

قاعدة رقم (١).

من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته[١].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- كل من صحت مباشرته الشيء صح منه التوكيل فيه والتوكيل فيه عن غيره. وما لا يجوز له مباشرته لا يصح توكيله ولا التصرف فيه بالوكالة عن غيره[٢].
- من صح طلاقه صح توكيله[٣].

معنى القاعدة:

الإنسان قد يباشر الشيء أو المعاملة بنفسه، وقد يوكل فيه غيره، ولكن ليس كل شيء يمكن أن يوكل فيه الإنسان غيره. بل إن هذا مشروط بأن ما يريد التوكيل فيه يصح منه فعله ومباشرته إياه بنفسه. وما لا يصح منه فعله ومباشرته إياه بنفسه لا يصح له التوكيل فيه ولا التوكل فيه عن غيره.

فروع على القاعدة:

منها: التوكيل في الطلاق إذا يصح للمكلف أن يطلق بنفسه فيصح له أن يوكل فيه غيره[٤].

قاعدة رقم (٢).

التفويض يقتصر على المجلس بخلاف الوكالة فإنها لا تقتصر عليه[٥].

التفويض في اللغة: من فوض إليه الأمر رده وسلمه إليه[٦].

والتفويض: التسليم وترك المنازعة[٧].

وعند الفقهاء: التفويض: التزويج بغير تسمية المهر. ومنه المفوضة[٨].

والوكالة اسم للتوكيل: وهو تفويض التصرف إلى الغير أو هي إظهار العجز والاعتماد على الغير.

معنى القاعدة:

---

[١] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٢٥/١.

[٢] العلائي: المجموع المذهب لوحة ٣٣٨. الحصني: القواعد، ١٦١/٤. ابن خطيب الدهشة: مختصر قواعد العلائي ٣١٦. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٦٣.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤١١/١٢.

[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٥١/٨.

[٥] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ٢٩.

[٦] الرازي: مختار الصحاح مادة "فوض".

[٧] القونوي: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، جدة: دار الوفاء، ١٤٠٦هـ، ص١٥٨.

[٨] النووي: تحرير ألفاظ التنبيه أو لغة الفقهاء، دمشق: دار القلم، ص٢٥٧، القونوي: أنيس الفقهاء ١٥٨، الإدلبي: محمد بشير: معجم ألفاظ الفقه الحنبلي مع كتاب المطلع للبعلي-بيروت: المكتب الإسلامي،٢٠٠٠، ص٣٢٧.

تشير القاعدة إلى أن من فوض أمراً لآخر وسلمه إليه فإن هذا التفويض يقتصر على المجلس ولا يتعداه إلى غيره. وأن من وكّل آخر في أمره أو أموره فإن الوكالة لا تقتصر على المجلس بل هي أعم من ذلك زمانا ومكانا ونوع تصرف[١].

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لامرأته: أنت وكيلي في طلاق نفسك فقامت عن المجلس ولم تطلق، ثم طلقت نفسها بعد ذلك، لا يقع الطلاق، لأن توكيل الزوج إياها تفويض وهو يقتصر على المجلس.

أما لو وكَّل رجلاً في طلاق زوجته، فله أن يطلقها في المجلس وغيره إلا إذا حدد له مدة فيقتصر عليها. كما لو قال لغيره: أمر امرأتي بيدك إلى سنة كان الأمر بيده إلى سنة ولا يبقى بعد مضي السنة[٢].

قاعدة رقم (٣).

ثبوت الصفة بثبوت الأصل[٣].

وفي لفظ آخر:

- الأصل عند الحنفية أن الخلاف في الصفة غير معتبر وعند زفر معتبر[٤].

معنى القاعدة:

المراد بالصفة هنا مطلق القيد، لا الصفة النحوية، وتشير هذه القاعدة أن الأوصاف تتبع موصوفاتها، لأن الصفة لا تقوم بنفسها بل لا بد لها من محل تقوم به، والأصول بالنسبة للصفات ذوات والصفات أعراض، والعرض لا يقوم بنفسه، ولذلك كان ثبوت الصفة بثبوت الأصل وانتقاؤها بانتفائه أو بحلول صفة أخرى محلها وحكم الصفة حكم أصلها إذ تبنى عليه.

فعند الأئمة الثلاثة الحنفية –أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد– رحمهم الله أنه إذا وقع التصرف بخلاف قيده أن القيد يلغى ويعتبر التصرف صحيحاً، وأما عند زفر فيعتبر التصرف بخلاف الصفة مبطلا لذلك التصرف.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لغيره: طلق امرأتي تطليقة رجعية، فطلقها تطليقة بائنة، فيقع عند الأئمة الثلاثة تطليقة رجعية طالما أن الموكل إنما وكله بطلقة رجعية، وحيث أنه خالف في الصفة فلم يعتبر خلافه إنما اعتبر أصل التوكيل. فقوله: بائنة يعتبر ملغى، لأن ذلك غير مفوض إليه فيبقى قوله: طلقتك. فتقع على الوجه الذي فوض إليه[٥].

وعند زفر لا يقع شيء لأنه خالف ما أمر به فصار كأنه طلقها بغير أمره.

---

[١] القونوي: أنيس الفقهاء ٢٣٨، الإدلبي: معجم ألفاظ الفقه الحنبلي ٢٥٨.

[٢] الأزجندي: الفتاوى الخانية ٥٢١/١ فصل في الطلاق الذي يكون من الوكيل أو من المرأة. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٣٢/٤.

[٣] السرخسي: المبسوط،١٢٥/١٩.

[٤] الدبوسي: تأسيس النظر ٦٢. البورنو: موسوعة القواعد ٥٠٦/١

[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٥٦٥/٤.

ومنها: إذا شهد الشاهدين أنه طلق امرأته تطليقة رجعية وشهد الآخر أنه طلقها تطليقة بائنة فإنه شهادتهما على تطليقة رجعية عندهم، وقال زفر لا تقبل شهادتهما.

قاعدة رقم (٤).

الأصل أنه يثبت من جهة الفعل مالا يثبت من جهة القول[١].

معنى القاعدة:

تصرف الإنسان في معاملاته بفعله يثبت من النتائج ما لا يثبت بالقول وحده، لأن الفعل أوضح وأقوى من القول في الدلالة على أحكام التصرفات.

فالوكيل بعقد أو بغيره لا ينعزل عن الوكالة بقول الموكل: عزلت فلانا عما وكلته به. مالم يعلم الوكيل بالعزل فتصرف الوكيل الغائب نافذ فيما وكل فيه مالم يعلم بالعزل. ولكن إذا وكل إنسان آخر في عقد ثم تصرف الموكل في ذلك العقد فعقده بنفسه أو فسخه بنفسه عزل الوكيل علم أو لم يعلم.

فروع على القاعدة:

منها: إذا وكل إنسانا في طلاق امرأته ثم طلقها الموكل بنفسه، عزل الوكيل عن الطلاق فليس له أن يطلق بعد ذلك طلقة أخرى[٢].

قاعدة رقم (٥).

هل الاعتبار بحال التوكيل أو بحال إنشاء التصرف[٣].

معنى القاعدة:

التوكيل تفويض غيره أن يقوم عنه بعمل ما. يقال: وكله توكيلاً. أي فوضه تفويضاً.

فإذا وكل شخص آخر بعمل ما، ولم يقم الوكيل بالعمل إلا بعد تغير حال في الموكل تغيراً يكون فيه غير صالح للتصرف، فهل الاعتداد والاعتبار بحال التوكيل حينما كان الموكل صحيحاً قادراً على التصرف بنفسه لو أراد أو يكون الاعتداد والاعتبار بحال وجود التصرف من الوكيل فعلاً. خلاف.

فروع على القاعدة:

منها: إذا وكله في طلاق امرأته، فلم يطلقها الوكيل حتى مرض الموكل، فهل يكون كالطلاق في المرض أو لا. فيه وجهان. إن اعتبرنا حال التوكيل لا يكون كالطلاق في المرض، وإلا إن اعتبرنا حال إنشاء التصرف فهو كالطلاق في المرض[٤].

قاعدة رقم (٦).

يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في ابتداء العقود[٥].

---

[١] الكرخي: أصول الكرخي، ضمن كتاب تأسيس النظر للدبوسي، ص ١١١.
[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٨٥/٢
[٣] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٢٤/١ و٣٢٧.
[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٤/١٢.
[٥] الزركشي: المنثور في القواعد، ٣٧٩/٣ – السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٩٣.

معنى القاعدة:

الفسوخ: جمع فسخ، وهو مصدر، معناه: رفع حكم العقد. أو هو رفع العقد من حينه أو من أصله، وقلب كل من العوضين إلى دافعه[١].

فالفسوخ ورفع العقود يتسامح فيها ما لا يتسامح في ابتداء العقود نفسها.

فمما يغتفر في الفسوخ ولا يغتفر في العقود:

- الفسخ لا يحتاج إلى قبول، بخلاف العقود فلا بد فيها من القبول.
- الفسوخ تقبل التعليقات دون العقود.
- الفسوخ لا يدخل فيها خيار بخلاف العقود.

فروع على القاعدة:

منها: يجوز توكيل الكافر في طلاقه المسلمة، ولا يجوز توكيله في العقد عليها خلافاً للمالكية وذلك بناء على القاعدة الفقهية: من صح طلاقه صح توكيله[٢].

المطلب السادس
موقف القانون من الإنابة في الطلاق
وتطبيقات الاجتهادات القضائية

القانون السوري:

نصت المادة ٨٧: الفقرة ٢- للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وأن يفوض المرآة بتطليق نفسها .

على أننا نلاحظ فيما عدا الحالات الخاصة التي حددها القانون بجعل الطلاق بائناً لا رجعة فيه، أن الطلاق رجعي فللزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة.

القانون الإماراتي:

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي المادة (١٠٠)(يقع الطلاق من الزوج أو من وكيله بوكالة خاصة أو من الزوجة إن ملكها الزوج أمر نفسها).

تطبيقات الاجتهادات القضائية

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (إن طلاق النفس تفويض يقع به طلاق واحد رجعي)[٣].
(تفويض المرأة بتطليق نفسها يجعل طلاقها لنفسها بمنزلة طلاق الزوج: رجعياً أو بائناً)[٤].

---

[١] أبو جيب: القاموس الفقهي ٢٨٥

[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤١١/١٢.

[٣] مجلة القانون العدد ٢ ص ٣١٨- قرار ٤٣ -١٩٥٥/٢/٦.

[٤] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٤ ص ٥٦- قرار ٦١/٦٢-١٩٦٤/٢/٢٦.

(لئن كان من حق الزوج أن يفوض زوجته بأن تطلق نفسها متى شاءت، ويكون من حقها في تلك الحالة إيقاع الطلاق الذي يعتبر بعد الدخول الشرعي طلاقاً رجعياً، يملك الزوج بعده أن يرجع زوجته إلى عصمته خلال العدة ويكون الشرط قد انحل والتفويض قد انتهى أثره، إذ إن أداة الشرط (متى) لا تقتضي تكرار الفعل وإن كانت تعم الزمان)[1].

(التوكيل بالخصومة بالمحاكمة في أي خصوص كان يخول الوكيل حق الادعاء بطلب التفريق للشقاق بخلاف طلب إيقاع الطلاق فإنه يحتاج إلى نص خاص لأنه إنشاء)[2].

ونظراً لأنه لم يتعرض التشريع المصري لطلاق التفويض فبقي العمل فيه بموجب الراجح من المذهب الحنفي.

فقد اتجهت بعض الاجتهادت القضائية في هذا الموضوع اتجاهاً آخر؛ جاء في حكم لمحكمة مصر الجزائية الشرعية في ١٩٣٧/١٢/٢: من تشترط في عقد زواجها أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها متى شاءت يكون قصدها بالضرورة أن تملك نفسها عند اختيارها وهي لا تملك نفسها إلا بالبائن على حكم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، فإذا قبل منها الزوج ذلك كان مفوضاً إليها أمرها تفويضاً تملك به نفسها بحكم القانون المذكور اقتضاء ومن حكم هذا القانون إذا كانت الزوجة مدخولاً بها تملك نفسها بالثلاث المتفرقات، فتملكها هند هذا التفويض بدلالة المقابلة إذا طلقت نفسها ثلاث متفرقات كان صنيعها مطابقاً للفقه والقانون، وبه تبين بينونة كبرى فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره.

وفي حكم لمحكمة القاهرة الإبتدائية الشرعية ١٩٥٢/٩/٢٩ تفويض الزوج لزوجته بتطليق نفسها منه يقع الطلاق بصدوره منها رجعياً، فقها وقانوناً، ويعتبر بائناً بتكراره. والمفوض إليها الطلاق متى شاءت وكلما شاءت لها تكرار الطلاق وتفويض ثلاث مرات في مجلس واحد على الراجح من مذهب أبي حنيفة.

---

[1] مجلة القانون –فهرس ١٩٧٨- شرعي ٢٧/ق٣٢ ١٩٧٨/٢/٦.

[2] القضية ٦٠٢١ أساس لعام ٢٠٠٥ قرار ٢٠٠٥/٢٥٧١ تاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢٦ نقض الغرفة الشرعية.

الفصل الثاني

الركن الثاني

القصد في الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

القصد إلى الشيء: التوجه إليه وإرادته عامداً، ولفظ القصد يعني أيضاً: النية. يقال نوى الأمر نية، قصده وعزم عليه، فيكون بمعنى النية المقترنة بالتوجه العقلي نحو المراد، أي إرادة الفاعل أو المتكلم مع إدراك معنى الفعل أو الكلام وما يترتب عليه من التزامات، لأن الألفاظ أو الأفعال تعبر وتدل على ما في النفس لتترتب الأحكام عليها. أو هو النية المقترنة باللفظ الذي يعبر به الإنسان عما في نفسه[١].

ومعنى القصد في الطلاق: إرادة الزّوج اللفظ الموجب للطلاق أو ما يقوم مقامه، وإن لم ينوه، فإذا كان مع هذه الإرادة رغبة في الطلاق، كان الطلاق صادراً عن رضىً صحيح، وإن وجدت الإرادة وحدها، وانتفت الرّغبة في الطلاق لم يتحقّق الرّضا، وذلك كأن يكون الزّوج مكرهاً على الطلاق بتهديده بالقتل أو الضّرب الشّديد أو الحبس المديد، فيصدر الطلاق عنه خوفاً من وقوع ما هدّد به لو امتنع، فإنّ صدور الصّيغة من الزّوج في هذه الحالة يكون عن قصد لكنّه ليس عن رضىً صحيح.

ومعنى إرادة التلفظ بالطلاق لمعناه: أي ألا يقصد بلفظ الطلاق غير المعنى الذي وضع له، ولا يشترط في هذا الركن إلا تحقيق المراد به، فلا يقع طلاق فقيه يكرره، ولا طلاق حاكٍ عن نفسه أو غيره؛ لأنه لم يقصد معناه، بل قصد التعليم والحكاية، ولا طلاق أعجمي لُقن لفظ الطلاق بلا فهم منه لمعناه.

ولا يقع طلاق مرَّ بلسان نائم، أو من زال عقله بسبب لم يعص به، ويلغو، وإن قال بعد إفاقته أو استيقاظه: أجزته أو أوقعته، وذلك لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل)[٢]، ولانتفاء القصد والإرادة[٣].

وحيث إن القاعدة الفقهية الكلية تنص على: **كل لفظ بغير قصد من المتكلم لا يترتب عليه حكم**[٤]..

فقد اتفق الفقهاء على اشتراط القصد في الطلاق[٥]. ولكن اختلفوا في حكم طلاق المكره، والهازل، والمخطئ والغضبان، وإليك أقوال أهل العلم في ذلك.

---

(١) الفيروزآبادي: القاموس المحيط مادة "قصد" والمعجم الوسيط مادة "قصد".

(٢) أبو داود: السنن، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، ١٤١/٤، برقم ٤٤٠٣. ورواه أبو داود أيضاً بلفظ آخر: (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبي حتى يكبر) ١٣٩/٤ برقم ٤٣٩٨. وبلفظ آخر أيضاً: (رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم وعن الصبي حتى يحتلم) ١٤٠/٤ برقم ٤٤٠١. ورواه الترمذي في السنن، في كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، بلفظ: (ثم رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل) قال حديث حسن غريب، ٩٢/٤ برقم ١٤٢٣. ورواه النسائي: السنن الكبرى، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، عن عائشة بلفظ: (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق)، ٣٦٠/٣. برقم ٥٦٢٥. وهكذا رواه ابن ماجه أيضاً: السنن، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ٦٥٨/١ برقم ٢٠٤١. ورواه الحاكم في المستدرك، ٣٨٩/١ برقم ٩٤٩ و ٦٧/٢ برقم ٢٣٥٠ و ٦٨/٢ برقم ٢٣٥١ و ٤٣٠/٤ برقم ٨١٧٠. وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٣) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٤٦/٩

(٤) الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ٧٩٦/٢.

(٥) ابن الهمام: فتح القدير، ٣٩/٣، الحصكفي: الدر المختار، ٥٨٤/٢، الدردير: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، ٥٤٣/٢ ومابعدها، ٥٦٧، ابن جزي: القوانين الفقهية ص٢٣٠، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٧/٣ ومابعدها، البهوتي: كشاف القناع،٢٦٣/٥، ٢٧٧-٢٧٨، ابن قدامة: المغني، ١٣٥/٧.

المبحث الأول

الطلاق بمجرد النية دون لفظ أو ما ينوب عنه

إذا قصد الرجل في نفسه طلاق زوجته أو نوى ذلك في قلبه، دون أن يتلفظ أو يتكلم بلسانه أو ينطق بلفظ يدل على ذلك، أو إذا نوى التّلفّظ بالطّلاق ثمّ لم يتلفّظ به، ودون لفظ أو كتابة أو إشارة، ففي كل تلك الأحوال لم يكن مطلقاً ولم يقع الطلاق باتّفاق جمهور الأئمة والفقهاء، ولا عبرة لما نواه، لانعدام اللّفظ أصلاً.

وإليك نقولاً من أقوال الفقهاء في ذلك:

يقول المالكية: (وركنه –أي الطلاق– موقعه من زوج أو نائبه، وقصد أي قصد النطق به باللفظ الصريح أو الكناية الظاهرة لا بمجرد النية)[١].

ويقول الشافعية: (لا يقع الطلاق إلا بصريح أو كناية، فإن نوى الطلاق من غير صريح ولا كناية لا يقع، لأن التحريم في الشرع على الطلاق ونية الطلاق ليست بطلاق)[٢].

ويقول الحنابلة: (لا يقع الطلاق بغير لفظ فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع)[٣].

وجاء في المغني: (إن الطلاق لا يقع إلا بلفظ، فلو نواه بغير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم)[٤].

وَقَالَ الزُّهْرِيُّ[٥]: إذَا عَزَمَ عَلَى ذَلِكَ طَلُقَتْ. وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ[٦]، فِي مِنْ طَلَّقَ فِي نَفْسِهِ: أَلَيْسَ قَدْ عَلِمَهُ اللَّهُ؟[٧].

فخالف الزّهريّ وابن سيرين، وقالوا بوقوع طلاق من حدثته نفسه بالطلاق أو النّاوي له من غير تلفّظ. حيث قالوا العبرة بالنية والعزم[٨].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِن تُبْدُوا مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ ٱللَّهُ فَيَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾[البقرة:٢٤٨]، حيث دلت الآية أن ما نخفيه في أنفسنا نحاسب عليه، فمن طلق في نفسه فطلاقه صحيح.

كما استدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امريء ما نوى) [٩].

---

[١] الدردير: الشرح الصغير، ٤٢٩/١، الشرح الكبير، ٣٦٥/٢.

[٢] الشيرازي: المهذب مع شرحه المجموع، ٩٦/١٦.

[٣] البهوتي: كشاف القناع، ١٤٧/٣

[٤] ابن قدامة: المغني، ١٢١/٧.

[٥] الزهري (٥٨–١٢٤هـ) محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب. من بني زهرة، من قريش. تابعي من كبار الحفاظ والفقهاء مدني سكن الشام. أول من دون الأحاديث النبوية. ودون معها فقه الصحابة. أخذ عن بعض الصحابة. وأخذ عنه مالك بن أنس وطبقته.[تهذيب التهذيب ٤٤٥/٩ ـ٤٥١؛ وتذكرة الحفاظ ١٠٢/١؛ وفيات الأعيان ٤٥١/١].

[٦] ابن سيرين (٣٣–١١٠هـ) أبو بكر محمد بن سيرين، الأنصاري بالولاء، تابعي مولده ووفاته بالبصرة، روى عن أنس بن مالك وزيد بن ثابت والحسن بن علي واشتهر بالورع وتأويل الرؤيا وقال ابن سعد: لم يكن بالبصرة أعلم منه بالقضاء. ينسب اليه (تعبير الرؤيا) [تهذيب التهذيب ١٤/٩ وتاريخ بغداد٣٣١/٥، النووي: تهذيب الأسماء واللغات ٨٢/١].

[٧] ابن قدامة: المغني، ٣١٨/٧.

[٨] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٢٣٠/٣، حاشية الدسوقي، ٣٦٥/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣. ابن قدامة: المغني، ٣١٨/٧، ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٥٥. ابن حزم: المحلى، ١٩٩/١٠

[٩] رواه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ٣/١. برقم ١، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب إنما الأعمال، ١٥١٥/٣. برقم١٩٠٧.

واستدل الجمهور بحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن سيدنا النّبيّ صلى الله عليه وسلم: (إنّ اللّه تجاوز لأمّتي عمّا حدّثت به أنفسها، ما لم تعمل أو تكلّم به)[١].

كما يستدل لهذا بالقواعد الفقهية التي تنص على ذلك منها: **لا يثبت الحكم بالنية دون الفعل**[٢]. **وقاعدة: الأصل أن النية إذا تجردت عن العمل لا تكون مؤثرة في الأمور الدنيوية**[٣]. وقاعدة: **الطلاق بالنية لغو**[٤]. **وقاعدة: الفعل القلبي لا يحكم بوجوده إلا إذا ظهر على الجوارح**[٥].

وقد روي عن عطاء[٦] وجابر بن زيد[٧]: من طلق في نفسه فليس بشيء، وعن قتادة[٨] والحسن[٩]: من طلق في نفسه فليس طلاقه ذلك بشيء[١٠].

الترجيح:

والراجح –كما هو واضح– رأي جمهور الفقهاء، إذ لا مجال لمؤاخذة المرء عما تحدثه به نفسه، مالم يظهر منه دليل واضح عما يقصده، فمن نوى الطلاق، فلا يقع طلاقه إلا إذا أظهر نيته بلفظ يدل عليه، أو ما يقوم مقام اللفظ من إشارة أو كتابة.

وما جاء في أدلة من أوقع الطلاق النفسي ضعيف لا يصح الاحتجاج به.

يقول ابن القيم في الرد على استدلالهم بالآية: ﴿وَإِن تُبْدُوا مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ ٱللَّهُ فَيَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾[البقرة:٢٤٨]: وأما الآية فليس فيها دليل أن المحاسبة بما يخفيه العبد إلزام بأحكامه بالشرع، وإنما فيها محاسبته بما يبديه أو يخفيه، ثم هو مغفور له أو معذب به، فأين هذا من وقوع الطلاق بالنية؟ [١١].

وأما حديث إنما الأعمال بالنيات، فلا حجة لهم فيه، إذ إن النبي صلى الله عليه وسلم يقرن النية بالعمل، فلا عمل بدون نية.

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب إذا قال لامرأته وهو مكره هذه أختي فلا شيء عليه، ٢٠٢٠/٥، برقم ٤٩٦٨، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب مالم تستقر، ١١٦/١، برقم ١٢٧.

[٢] ابن قدامة: المغني ٣٣٦/٢، الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ١٦٢.

[٣] السرخسي: المبسوط ٢٣٩/١. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ١٥٨/١.

[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٢٥٦/٤

[٥] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ٢٧. الأزجندي: الفتاوى الخانية ٤٩٥/١ – ٤٩٦.

[٦] عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم، من أئمة التابعين، انتهت إليه الفتوى بمكة. توفي فيها (١١٤ هـ) [تذكرة الحفاظ ٩٨/١، تهذيب تهذيب ١٩٩/٧].

[٧] جابر بن زيد (٢١-٩٣هـ) جابر بن زيد الأزدي البصري، أبو الشعثاء، تابعي فقيه. أصله من عمان، روى عن ابن عباس وابن عمر وابن الزبير وغيرهم، وروى عنه قتادة وعمر بن دينار وجماعة. كان عالماً بالفتيا، شهد له عمرو بن دينار بالفضل. قيل: إنه كان إباضياً.[تهذيب التهذيب ٣٨/٢؛ حلية الأولياء ٨٥/٣؛ تذكرة الحفاظ ٦٧/١؛ الإباضية في موكب التاريخ ٣٠/٣].

[٨] قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي البصري (٦١–١١٨هـ) ولد ضريراً. أحد المفسرين والحفاظ للحديث. قال أحمد بن حنبل: قتادة أحفظ أهل البصرة. وكان أيضاً رأساً في العربية، ومفردات اللغة وأيام العرب والنسب. مات بالطاعون. [الأعلام ٢٧/٦ ؛ تذكرة الحفاظ ١١٥/١].

[٩] الحسن بن أبي الحسن البصري، أبو سعيد، من أئمة التابعين. مات سنة (١١٠هـ) [طبقات الحفاظ ٢٨، والتقريب ١٦٥/١]

[١٠] أورد هذه الآثار الدكتور عبد الرحمن الصابوني في كتابه مدى حرية الزوجين بالطلاق ٣٠٩/١.

[١١] ابن القيم: زاد المعاد، ٣٨/٤.

يقول ابن حزم: (وهذا الخبر حجة لنا عليهم، لأنه عليه الصلاة والسلام، لم يفرد النية عن العمل، ولا العمل عن النية، بل جمعهما معاً، ولم يوجب حكماً بأحدهما دون الآخر، وهكذا نقول: إن من نوى الطلاق ولم يلفظ به، أو لفظ به ولم ينوه، فليس طلاقاً، إلا حتى يلفظ به وينويه)[١].

المبحث الثاني
طلاق المخطيء

المخطئ أو من سبق لسانه الطلاق: هو الذي يريد أن يقول كلاماً غير الطلاق فزلّ لسانه ونطق بالطلاق من غير قصد أصلاً، كمن أراد أن يقول لزوجته أنت طيبة، فجرى لسانه بدون قصد فقال: أنت طالقة. فهو لا يريد التلفظ بالطلاق أصلاً. وإنما قصد لفظاً آخر. ومثله من خاطبها بطلاق وهو يظنها أجنبية عنه وليست زوجته، بسبب ظلمة أو من وراء حجاب[٢].

وقد ذهب جمهور الفقهاء على عدم وقوع طلاق المخطيء قضاء وديانة، لعدم النية والإرادة والقصد[٣].
وإليك نقولاً من أقوالهم بذلك:
يقول الدردير من المالكية: (لا يقع الطلاق إن سبق لسانه بأن قصد التكلم بغير لفظ الطلاق فزل لسانه فتكلم به، فلا يلزمه شيء مطلقاً إن ثبت سبق لسانه. وإن لم يثبت قبل في الفتوى دون القضاء)[٤].

ويقول الرملي في نهاية المحتاج للشافعية: (ولو سبق لسانه بطلاق بلا قصد لغا كلغو اليمين)[٥].
وجاء في مغني المحتاج: (ولا يصدق ظاهراً في دعواه سبق لسانه بالطلاق لتعلق حق الغير، ولأن الظاهر الغالب أن البالغ العاقل لا يتكلم بكلام إلا ويقصده)[٦].
فالذي يظهر من قولي المالكية والشافعية أنهم قد قيدوا وقوعه قضاء بأن لم يثبت سبق لسانه بالبينة، وإلا فلا يلزمه في فتوى ولا في قضاء.

وجاء في غاية المنتهى للحنابلة: (وتعتبر إرادة الطلاق لمعناه، فلا طلاق لفقيه يكرره، وحاك ولو عن نفسه ولا من سبق على لسانه)[٧].
وفي المغني لابن قدامة: (إذا أراد أن يقول لزوجته اسقيني ماء فسبق لسانه فقال: أنت طالق، لا طلاق فيه)[٨].

---

[١] ابن حزم: المحلى، ١٩٩/١٠.
[٢] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ٥٥.
[٣] الدردير: الشرح الكبير، ٣٦٦/٢، الرملي: نهاية المحتاج، ٤٣٢/٦، المقدسي: غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ١١٢/٣. ١١٢/٣. الشربيني: مغني المحتاج ٣٦٧/٣، البهوتي: كشاف القناع ٢٣/٤.
[٤] الدردير: الشرح الكبير، ٣٦٦/٢.
[٥] الرملي: نهاية المحتاج، ٤٣٢/٦.
[٦] الشربيني: مغني المحتاج ٣٦٧/٣.
[٧] المقدسي: غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ١١٢/٣
[٨] ابن قدامة: المغني، ٢٦٥/٨.

واستدل الجمهور على عدم وقوع طلاق المخطيء مطلقاً، قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾[الأحزاب:٥]، وقول سيدنا الرسول صلى الله عليه وسلم: (إن اللّه تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[١].

وذهب فقهاء الحنفية، إلى وقوع طلاق المخطئ، قضاء ولا يقع ديانة؛ أي فيما بينه وبين اللّه تعالى.
يقول ابن عابدين: (ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل ولو عبداً أو مكرهاً أو مخطئاً، بأن أراد التكلم بغير العربية فجرى على لسانه الطلاق، أو تلفظ به غير عالم بمعناه أو غافلاً أو ساهياً أو بألفاظ مصحفة. يقع الطلاق قضاء فقط، بخلاف الهازل واللاعب فإنه يقع قضاء وديانة)[٢].

ومعنى اعتباره في القضاء دون الدّيانة أنّه إذا لم يعلم بالطلاق إلاّ الزّوج كان له أن يستمرّ في معاشرة زوجته بدون حرج، وإذا سأل فقيهاً عمّا صدر منه جاز له أن يفتيه بألاّ شيء عليه، متى علم صدقه فيما يقول، فإذا تنازع الزّوجان، ورفع الأمر إلى القاضي حكم بالطلاق، لأنّ القاضي يبني أحكامه على الظّاهر، واللّه يتولّى السّرائر، ولو قبل في القضاء دعوى أنّ ما جرى على لسانه لم يكن مقصوداً، وإنّما المقصود شيء آخر لانفتح الباب أمام المحتالين الّذين يقصدون النّطق بالصّيغة الدّالّة على الظّهار، ثمّ يدّعون أنّه كان سبق لسان.
ودليل الحنفية على ذلك: بأن القضاء يكون على الظاهر، ويحاسب الإنسان على تصرفات جوارحه وأثر ذلك التصرف، وادعاء الخطأ أمر باطني لا يعرف إلا من جهة صاحبة، ونظراً لخطورة محل الطلاق، وهو المرأة، وسداً لذريعة ادعائه بغير حق، للتخلص من وقوع الطلاق وتبعاته، لذلك يقع طلاق المخطيء قضاء لا ديانة[٣].

الترجيح:

والذي نراه سداً لباب الاحتيال والتلاعب، وضماناً لحقوق الزوجة، الأخذ برأي الأحناف بوقوع الطلاق إلا إذا قامت قرينة على أن الزوج لم يقصد الطلاق، بحيث يثبت أن لفظه كان خطأ فنأخذ برأي الجمهور وبعدم وقوع طلاقه. أي متى ظهر لنا أن الزوج تلفظ بالطلاق وهو لا يقصد معناه بل قصد معنى آخر، فأخطأ لسانه بلفظ الطلاق فلا يقع.

---

[١] ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، ٦٥٩/١ برقم ٢٠٤٣، والهيثمي: في مجمع الزوائد، باب الناسي والمكره، ٢٥٠/٦ والبيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في طلاق المكره، ٣٥٦/٧. برقم ١٤٨٧١.
[٢] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٤١/٣ – ٢٤٢.
[٣] المرجع السابق، ٤٤٨/٤.

المبحث الثالث

طلاق الهازل

طلاق الهازل: هو من يقصد التلفظ بالطلاق، لكنّه لم يرد موجبه ولا يريد إيقاعه أو أثره، واللاعب: هو من لم يقصد شيئاً[١]، كأن تقول الزوجة في معرض دلال أو ملاعبة أو استهزاء: طلقني، فيقول لها لاعباً أو مستهزئاً: طلقتك.

فطلاق الهازل فيه قصد لما يتلفظ به ولكنه لا ينوي الطلاق ولا يقصده، إنما ذكره لمجرد اللعب والهزل.

والقاعدة الفقهية في ذلك أن: **الطلاق هزله جد**[٢]. ولكن للعلماء ثلاثة أقوال في طلاق الهازل:

القول الأول: إن طلاق الهازل صحيح وواقع وهو قول جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة.

جاء في مجمع الأنهر للحنفية: (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ. وكذا اللاعب والهازل بالطلاق)[٣].

وجاء في مختصر خليل[٤] للمالكية: (ولزم ولو هزل)[٥].

وفي متن المنهاج للشافعية: (ولو خاطبها بطلاق هازلاً أو لاعباً وقع)[٦].

وعند الحنابلة جاء في الشرح الكبير: (يقع –أي الطلاق– سواء قصد المزح أو الجد.. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء)[٧].

واستدلّ جمهور الفقهاء على وقوع طلاق الهازل واللاعب:

أولاً: بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَتَّخِذُوٓا ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا ۚ﴾[البقرة:٢٣١]، روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن الرجل كان يطلق امرأته ثم يرجع فيقول كنت لاعباً فأنزل الله تعالى هذه الآية، فقال صلى الله عليه وسلم: من طلق أو حرر أو نكح فقال كنت لاعباً فهو جاد.

وقال أبو الدرداء: إن ذلك تأويل الآية، وأنها أنزلت فيه فدل ذلك على أن لعب الطلاق وجده سواء[٨].

ثانياً: ما جاء في الحديث الصحيح: (ثلاث جدهنّ جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة)[٩]. وفي رواية رواية «والعتاق» وفي رواية: «واليمين»، وقال علي كرم الله وجهه: «ثلاثة لا لعب فيهنَّ: الطلاق والعتاق والنكاح».

---

[١] اللعب والهزل في اصطلاح الفقهاء كما أبان الشافعية متغايران، وأما في اللغة فهما مترادفان [مغني المحتاج للشربيني٢٨٨/٣].

[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٩٦/٤

[٣] شيخي زاده، عبد الرحمن: مجمع الأنهر في شرْح ملتقى الأبحر- بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٨، ٣٨٤/١.

[٤] خليل (٧٧٦هـ) خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي. فقيه مالكي محقق. كان يلبس زي الجند. تعلم في القاهرة، وولي الافتاء علي مذهب مالك. جاور بمكة. وتوفي بالطاعون. له: (المختصر) وهو عمدة المالكية في الفقه وعلية تدور غالب شروحهم؛ و(شرح جامع الأمهات) شرح مختصر ابن الحاجب[الديباج المذهب ١١٥؛الدرر الكامنة ٨٦/٢].

[٥] شرح الخرشي على خليل، ١٧٢/٣.

[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٨/٣.

[٧] ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير، ٢٧٥/٨.

[٨] الجصاص: أحكام القرآن، ٤٧٢/٢.

[٩] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل،٢٥٩/٢ برقم ٢١٩٤، الترمذي: السنن، كتاب الطلاق واللعاًن، وما جاء في الجد والهزل في الطلاق، ٤٩٠/٣، برقم ١١٨٤. ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً، ٦٥٨/١ برقم ٢٠٣٩.

ثالثاً: ولأن الهازل واللاعب أتى بالسبب عن قصد واختيار، وهو لفظ الطلاق وإن لم يرض بوقوعه، وترتيب الأحكام على أسبابها إنما هو للشارع لا للمكلف فإذا أتى بالسبب لزمه حكمه، فعدم رضاه بوقوعه، لظنه أنه لا يقع: لا أثر له لخطأ ظنه. وكذلك وسداً لذريعة من يحاول الفرار من تبعاته بدعوى الهزل. فمتى طلق الزوج بكلام صريح ترتب عليه أثره سواء أكان جاداً أم هازلاً.

يقول ابن القيم: (إن الهازل قاصد اللفظ غير مريد لحكمه، وذلك ليس إليه، فإنما إلى المكلف الأسباب، وأما ترتب مسبباتها وأحكامها فهو إلى الشارع، قصده المكلف أو لم يقصده، والعبرة بقصده السبب اختياراً في حال عقله وتكليفه، فإذا قصده رتب الشارع عليه حكمه جد به أو هزل)[١].

القول الثاني: عدم وقوع طلاق الهازل، وهو قول آخر لمالك[٢]، وإليه ذهب الظاهرية والزيدية.
يقول ابن حزم بعد أن ذكر رأي من أوقع طلاق الهازل: (واحتجوا بآثار منها: ثلاث جدهنّ.. وهي أخبار موضوعة..)، ثم يقول: (إنما الطلاق ما نطق به المطلق مختاراً بلسانه قاصداً بقلبه كما أمر الله تعالى)[٣]. تعالى)[٣].

وفي جواهر الكلام: (وجوزوا طلاق الهازل لأنه قاصد اللفظ والمعنى لكن قصدا هزلياً، وقد رووا عن النبي صلى الله عليه وسلم: ثلاث جدهن جد.. ولم يثبت الخبر عندنا بل من المقطوع به خلافه)[٤].

واستدل هؤلاء بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امريء ما نوى)[٥]، والهازل لم ينو الطلاق، ولا عزم له ولا إرادة، وقد رد عليهم، بأن عموم هذا الحديث قد خص فيه طلاق الهازل بحديث (ثلاث جدهن جد.. الخ)[٦].
وقالوا أنه: لا طلاق إلا مع القصد والنية لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٧].
وقد أيد هذا الرأي الشيخ علي الخفيف إذ يقول: (والمصلحة تقتضي بالأخذ برأي مالك على الرواية غير المشهورة وهو رأي الإمامية وبعض الزيدية)[٧].

القول الثالث: وهو رأي بعض العلماء المعاصرين: وهو التفريق بين ما إذا المجلس مجلس لهو ولعب وهزل، وبين ادعاء الزوج بعد وقوع الطلاق أنه طلق هازلاً في حالة يختلف فيها فيما إذا كان جاداً أو هازلاً. أو تقوم الدلائل والقرائن على إبطال حالة الهزل.

---

[١] ابن القيم: زاد المعاد، ٣٨/٤.
[٢] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٢٨/٢، الحطاب: مواهب الجليل لشرح مخْتصر خليل وبهامشه التّاج والإكليل لمخْتصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق – بيروت: دار الفكر، ١٩٩٢، ٤٤/٤، الخرشي على خليل، ١٧٢/٣.
[٣] ابن حزم: المحلى، ٢٠٤/١٠.
[٤] الحلي: جواهر الكلام، ٢٧٤/٥.
[٥] رواه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ٣/١. برقم ١، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب إنما الأعمال، ١٥١٥/٣. برقم١٩٠٧.
[٦] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٦٨/٣، الدرير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣٦٦/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٣٦٨/٣، البهوتي: منصور بن يونس، كشاف القناع، ٢٣/٤، ابن حزم- المحلى ٢٠٤/١٠.
[٧] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ٥٥.

حيث رأى هؤلاء عدم وقوع طلاق الهازل في الحالة الأولى، لانعدام قصد من يطلق ههنا إيقاع الطلاق، وقالوا بوقوعه في الحالة الثانية، وذلك سداً لذريعة من يحاول الفرار من تبعات الطلاق بدعوى الهزل.

وحجة هؤلاء: أن حديث: (ثلاث جدهن جد..) قد تكلم فيه العلماء، ورده بعضهم فلا يصلح للاستدلال على طلاق الهازل، وأما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا ۚ﴾[البقرة:٢٣١]، فليس فيه أكثر من النهي، ولكنه لا يدل على وقوع وصحة تصرفات الهازل[١].

الترجيح:

بعد عرض أقوال العلماء في طلاق الهازل وأدلتهم، أرى –والله أعلم– وقوع طلاق الهازل أخذاً بقول جمهور الفقهاء، وكما هو صريح في حديث: (ثلاثٌ جدهنّ جدّ..)، وهذا الحديث قد رواه الخمسة إلا النسائي، وقال الترمذي حسن غريب، وأخرجه الحاكم وصححه، وإن كان في إسناده عبد الرحمن بن حبيب لكنه مختلف فيه، حيث وثقه عدد من أهل العلم. ويؤيد هذا الحديث روايات أخرى كثيرة، ولذا كان الحديث حسناً مقبولاً[٢].

وهذا القول يحفظ أحكام الشرع من العبث واللهو بها، ومسائل النكاح والطلاق فيها حل وحرمة تتعلق بالفروج، وصيانتها واجب، ومن لوازم صيانتها منع جعلها موضوعاً للهزل واللعب، وفإن محل الهزل المباح واسع، ولكن ليس من مجاله أمور النكاح والطلاق والرجعة.

وسبب التفرقة بين الهازل والمخطئ: أن الهازل قصد اللفظ، فاستحق العقوبة والزجر عن اللعب بأحكام الدين، وأما المخطئ فلا قصد له أصلاً، فلم يستحق العقوبة والزجر، حتى يحكم بوقوع طلاقه.

---

[١] الصابوني: عبد الرحمن، مدى حرية الزوج في الطلاق، ٣١٥/١-٣١٧، أحمد إبراهيم: مجلة القانون والاقتصاد، السنة٤ العدد٦.

[٢] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج ٥٥، وقد ذكر هذه الأحاديث أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني في كتابه مدى حرية الزوج في الطلاق ص ٣١٥-٣١٧.

المبحث الرابع
طلاق المكره

الإكراه: لغة: الإجبار؛ وهو الحمل على فعل الشيء عنوةً، وكره كراهة وكراهية بالتخفيف وهي: ضد الطواعية، والكُره بالضم: المشقة، والكَره بالفتح: تكليف ما يكره فعله، وقيل: هما لغتان في المشقة[١].
والإكراه اصطلاحاً: هو إلزام الغير بما لا يريده، أو الإجبار على ما يكره الإنسان طبعاً أو شرعاً، فيقدم عليه مع عدم الرضا ليدفع ما هو أشد ضرراً[٢]. وهو يختلف باختلاف المكره والمكره عليه والمكره به[٣].

والإكراه بالطلاق معناه: حمل الزوج على فعل الطلاق وإيقاعه عنوة.

والإكراه قد يكون: قد يكون ملجأً أو إكراهاً غير ملجأ[٤]. وقد يكون إكراهاً بحق، أو إكراهاً بغير حق.

أما الإكراه غير الملجأ، فقد اتفق الفقهاء على عدم وقوع الطلاق به[٥].

كما اتفق أهل العلم على أنه لو أكره أو أجبر الزوج على طلاق زوجته بحق، كالمولي إذا انقضت مدّة الإيلاء بدون فيء فأجبره القاضي على الطّلاق فطلّق، أو أجبره القاضي على الطلاق لحق ثبت للزوجة وأبى الزوج، فإنّه يقع بالإجماع[٦].

ولكن للفقهاء خلاف في وقوع طلاق المكره إكراهاً ملجأ إذا كان بغير حق على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء منهم الأئمة الأربعة مالك والشافعي وأحمد، إلى عدم وقوع طلاق المكره، لعدم قصده إيقاع الطلاق، وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه، فهو منعدم الإرادة[٧].

وإليك نقولاً من أقوال هؤلاء الفقهاء في ذلك:

يقول المالكية: (أما من أكره على الطلاق فلا يلزمه شيء)[٨].
ويقول الشافعية: (ولا يقع طلاق مكره)[٩].
ويقول الحنابلة: (ومن أكره على الطلاق لم يلزمه)[١٠].

وقد استدل هؤلاء بالكتاب والسنة والمعقول:

---

[١] النسفي، نجم الدين عمر بن محمد: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، بيروت: دار القلم، ١٤٠٦هـ، ص٣٢٦.
[٢] الجرجاني: التعريفات٣٤.
[٣] العيني، بدر الدين: عمدة القاري شرح صحيح البخاري– بيروت: دار إحياء التراث الإسلامي. ٩٠/٢٤.
[٤] الإكراه الملجأ: هو كل ما فعل بالإنسان مما يضر به ويؤلمه من موت أو ضرب أو سجن أو تخويف من سلطان أو حاكم فإنه إكراه لا يلزم صاحبه حكمه ولا يحاسب عليه عقده، وغير الملجأ: هو الذي لا يضر بصاحبه [الخشني: أصول الفتيا ٣١٣].
[٥] وقد اشترط هؤلاء الفقهاء في الإكراه عدة شروط منها: أن يكون المكره قادراً من سلطان أو تغلب على تحقيق ما يهدد به، وألا يستطيع المكره دفع الإكراه عن نفسه، وأن يكون بما يكره عليه ضرر يصيبه بنفسه أو ماله أو ولده بقتل أو ضرب أو حبس [المغني لا بن قدامة، ٣٥٠/١٠، الصابوني: مدى حرية الزوج في الطلاق، ٣٢١/١].
[٦] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٢٣٠/٣، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٩/٣، حاشية الدسوقي، ٣٦٧/٢، ابن قدامة: المغني، ١١٨/٧.
[٧] الدردير: شرح الدردير بحاشية الدسوقي٣٦٧/٢، الشيرازي: المهذب ٤/٣، ابن قدامة- المغني ٣٥٠/١٠
[٨] شرح الخرشي على خليل، ١٧٤/٣.
[٩] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٩/٣.
[١٠] ابن قدامة: المغني، ٢٥٩/٨.

أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[النحل:١٠٦].

ووجه الدلالة: أن الله وضع عن الناس الكفر إذا نطقت به ألسنتهم وكانت قلوبهم خلاف ذلك بسبب ما أكرهوا عليه، كما دلت على سقوط حكم ما هو دون الكفر بالأولى.

وأما السنة الشريفة:

١-قوله صلى الله عليه وسلم عن ابن عباس رضي الله عنه: (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[١].

٢-قوله صلى الله عليه وسلم عن عائشة رضي الله عنها: (لا طلاق ولا عتاق في إغلاق)[٢]. قالوا: معناه في إكراه.

٣- وفيما أخرجه البيهقي[٣]: أن رجلاً تدلى بحبل فوقفت امرأته على رأس الحبل وحلفت لتقطعنه، أو لتطلقني ثلاثاً، فذكرها الله، فأبت فطلقها ثلاثاً، فلما أتى عمر بن الخطاب، فأخبره، فقال له: ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق[٤].

ووجه الدلالة في هذه الأحاديث: أنه لا يتعلق مع الإكراه حكم، فطلاق المكره لا يقع لانعدام أثره.

٤-من القواعد الفقهية: الأصل أن الإكراه يخرج المكره أن يكون مؤاخذا بحكم الفعل[٥]. ومثلها: الإكراه يسقط أثر التصرف رخصة من الله تعالى[٦]. ومثلها: الأصل أن الإكراه متى أباح الإقدام أعدم أصل الفعل الفعل من المكره في الأحكام[٧]. ومثلها: **الإكراه يسقط أثر التصرف فعلاً كان أم قولاً**[٨].

وأما المعقول: فلأن الطلاق بالإكراه قول حُمل عليه المطلق بغير حق فلم يصح، كالمسلم إذا أكره على النطق بكلمة الكفر[٩].

---

[١] ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، ٦٥٩/١ برقم ٢٠٤٣، والهيثمي: في مجمع الزوائد، باب الناسي والمكره، ٢٥٠/٦ والبيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في طلاق المكره، ٣٥٦/٧. برقم ١٤٨٧١.

[٢] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في سنة طلاق العبد، ٢٥٨/٢، برقم ٢١٩٣، ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق- طلاق المكره والناسي، ٦٦٠/١. برقم ٢٠٤٦. ورواه أحمد في مسنده ٢٧٦/٦ برقم ٢٦٣٠٣، والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، ٣٥٧/٧ برقم ١٤٨٧٤. والحاكم: المستدرك على الصحيحين، كتاب الطلاق، ٢١٦/٢ برقم ٢٨٠٢. وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. وانظر: نيل الأوطار، ٢٣٥/٦، نصب الراية، ٢٢٣/٣.

[٣] البيهقي (٣٨٤-٤٥٨هـ) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، نسبة إلى بيهق بنواحي نيسابور، فقيه شافعي، حافظ، أصولي، مكثر من التصنيف، اشتهر بالحديث ورحل في طلبه. أول من جمع نصوص الإمام الشافعي، قال إمام الحرمين: ما من شافعي إلا وللشافعي عليه منّه إلا البيهقي، فإن له على الشافعي منّه. له: (السنن الكبير)، و(مناقب الشافعي) وقيل تبلغ تصانيفه ألف جزء.[طبقات الشافعية ٣/٣،وفيات الأعيان ٧٥/١، شذرات الذهب ٣٠٤/٣]

[٤] البيهقي: المعرفة. ما جاء في طلاق المكره، ٣٥٧/٧ عن عبد الملك بن قدامة بن إبراهيم الجمحي عن أبيه، انظر: الزيلعي:نصب الراية ٢٢٤/٣.

[٥] السرخسي: المبسوط ٧٣/٤. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٤٤٦/١.

[٦] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ١٥٠/١. الزركشي: المنثور في القواعد، ١٨٨/١.

[٧] السرخسي: المبسوط، ١٢١/٤.

[٨] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ١٥٠/١ والسيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٠٣. الزركشي: المنثور، ١٨٨/١. الحصني: القواعد، ٧٥٩/١.

[٩] الشيرازي: المهذب ٤/٣.

القول الثاني: وذهب الحنفية (الإمام أبو حنيفة وصاحباه)، إلى وقوع طلاق المكره؛ لِأَنَّهُ طَلَاقٌ مِنْ مُكَلَّفٍ، فِي مَحَلٍّ يَمْلِكُهُ، فَيَنْفُذُ، كَطَلَاقِ غَيْرِ الْمُكْرَهِ. وكذلك أَجَازَهُ أَبُو قِلَابَةَ[1]، وَالشَّعْبِيُّ، وَالنَّخَعِيُّ، وابن المسيب وَالزُّهْرِيُّ وَالثَّوْرِيُّ[2].

جاء في بدائع الصنائع: (وأما كون الزوج طائعاً فليس بشرط عند أصحابنا، حتى يقع طلاق المكره عندنا..)[3].

واستدل الحنفية على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتاب: فظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۖ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩]. ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة لم تفرق بين طلاق المكره وطلاق الطائع.

وأما السنة الشريفة:

١- ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون)[4]. فدل على أن طلاق المكره جائز لأنه لم يستثن بالحديث.

٢- ما روي في الحديث: (أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائماً فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثاً وإلا ذبحتك، فناشدها الله، فأبت، فطلقها ثلاثاً، ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك، فقال صلى الله عليه وسلم: (لا قيلولة في الطلاق)[5].

٣- وما ورد عن ابن عمر رضي الله عنه: أنه أجاز طلاق المكره [6].

٤- وفيما استدل به الجمهور من حديث البيهقي الذي أوردناه آنفاً، لكن برواية أخرى رجحها البيهقي: أن رجلاً تدلى بحبل فوقفت امرأته على رأس الحبل وحلفت لتقطعنه، أو لتطلقني ثلاثاً، فذكرها الله، فأبت فطلقها ثلاثاً، فرفع أمره إلى عمر فأبانها منه[1].

---

[1] أبو قلابة (١٠٤هـ) عبد الله بن زيد الجرمي من أهل البصرة، كان عالماً بالقضاء والأحكام ثقة كثير الحديث، روى عن ثابت بن الضحاك، وسمرة بن جندب، ومالك بن الحويرث، وزينب بنت أم سلمة، وأنس بن مالك، وغيرهم، وكان ديوانه بالشام، وبها مات. [تهذيب التهذيب ٢٢٥/٥؛ وتذكرة الحفاظ ٩٤/١].

[2] الثوري (٩٧-١٦١هـ) سفيان بن سعيد بن مسروق. من بني ثور بن عبد مناة. أمير المؤمنين في الحديث. كان راساً في التقوى، طلبه المنصور ثم المهدي ليلي الحكم، فتوارى منهما سنين، ومات بالبصرة مستخفياً. له: (الجامع الكبير)؛ و(الجامع الصغير) [الجواهر المضية ٢٥٠/١؛ وتاريخ بغداد ١٥١/٩].

[3] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٠٠/٣.

[4] قال عنه الزيلعي: حديث غريب، وأخرج الترمذي عن أبي هريرة: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» في باب ما جاء في طلاق المعتوه. ٤٩٦/٣. برقم ١١٩١. وفيه ضعيف، وروى ابن أبي شيبة عن علي قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه» ٧٢/٤ (انظر: نصب الراية، ٢٢١/٣-٢٢٢).

[5] سعيد بن منصور: السنن، باب ما جاء في طلاق المكره، ٣١٤/١، برقم ١١٣٠، و١١٣١. وقال الزيلعي: رواه العقيلي في كتابه عن الغازي بن جبلة الجبلاني عن صفوان بن غزوان الطائي مرسلاً، ورواه ابن القطان في كتابه عن يحيى بن عثمان عن نعيم بن حماد مسنداً [نصب الراية ٢٢٢/٣] وانظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٩/٣.

[6] ورد مثل هذا في كتاب السنن لسعيد بن منصور عن عمر بن شراحيل المعافري قال: (كانت امرأة مبغضة لزوجها فأرادته على الطلاق فأبى فجاءت ذات ليلة فلما رأته نائما قامت وأخذت سيفه فوضعته على بطنه ثم حركته برجلها فقال ويلك مالك قالت والله لتطلقنى والا انفذتك به فطلقها ثلثا فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأرسل إليها فشتمها فقال ما حملك على ما صنعت قالت بغضى إياه فامضى طلاقها)، ٣١٤/١، برقم ١١٢٩، وانظر أيضاً: المصنف لعبد الرزاق عن أبي ذر الغفاري ١٣٤/٦، والزيلعي في نصب الراية ٢٢٢/٣.

وأما من القواعد الفقهية، فمنها أن: الإكراه بوعيد الحبس والقيد يظهر في الاقوال لا في الأفعال أما الإكراه بوعيد القتل أو إتلاف عضو فإنه يظهر في الأقوال والأفعال جميعاً[٢].

وأما المعقول: فلأن المكره مكلف بخلاف الصبي والمجنون، وقد عرف الشرين فاختار أهونهما، وتلفظ بالطلاق وهو قاصد مختار، فشرط القصد قد توفر لديه وإن كان غير راضٍ بما يترتب عليه وهو التطليق، فالإكراه يزيل الرضا، ولكنه لا يزيل الاختيار والقصد، ولا أثر لعدم رضاه في وقوع الطلاق قياساً على طلاق الهازل، فإن طلاقه واقع بالاتفاق كما مر معنا آنفاً[٣]، مع أنه لم يرتض وقوع الطلاق لكنه أراده وتلفظ به وقصده، لحديث: (ثلاث جِدّهن جِدّ، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة)[٤].

وقال الطحاوي: (وكما ثبت حكم الوطء في الإكراه، فيحرم على الواطيء ابنة المرأة وأمها، فكذا لا يمنع الإكراه وقوع ما حلف عليه)[٥].

المناقشة والترجيح:

يتبين مما سبق، أن عمدة أدلة الجمهور القائلين بعدم وقوع طلاق المكره أمران:

الأمر الأول: هو قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾، فدلت الآية على عدم وقوع الكفر ممن أكره عليه، فمن باب أولى أن لا يقع طلاق المكره.

الأمر الثاني: قوله صلى الله عليه وسلم عن ابن عباس رضي الله عنه: (إن إلله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[٦].

ولكن يمكن أن يجاب عن هذا بما يلي:

أما الأمر الأول: فالذي يظهر أن السادة الأحناف رحمهم الله تعالى لم يأخذوا به، حيث إنهم يفرقون بين الإكراه في أعمال القلوب التي تشمل الاعتقاد والكفر والإيمان والولاء والبراء والحب والبغض وغيرها، وبين الإكراه في أعمال الجوارح كالقتل والغصب والقذف والنكاح والطلاق وغيرها[٧].

فالطلاق تصرف قولي بالاتفاق سواء كان باللسان أو ما ينوب عنه من إشارة أو كتابة باليد، وهو كالقتل أو الغصب تماماً تصرف باليد أو ما ينوب عنها، وكلاهما من أعمال الجوارح الظاهرة، وهي اليد أو اللسان أو ما ينوب عنهما، وأثر هذه التصرفات ظاهر غير باطن، فمثلاً لو أكره إنسان على القتل، يترتب عليه أثر

---

[١] رواه البيهقي في السنن، باب ما جاء في طلاق المكره ٣٥٧/٧ عن عبد الملك بن قدامة بن إبراهيم الجمحي عن أبيه، قال البيهقي: وأخطأ أبو عبيد، فرواه عن عبد الملك به، فذكر القصة.ثم قال: وقد تنبه أبو عبيد، فقال: وروي عن عمر بخلافه، -أي بخلاف الرواية السابقة التي استدل بها الجمهور- والخبر على الروايتين منقطع. انتهى. انظر: الزيلعي: نصب الراية ٢٢٤/٣.

[٢] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ٢١٩.

[٣] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٤٦٩/٣.

[٤] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل،٢٥٩/٢ برقم ٢١٩٤، الترمذي: السنن، كتاب الطلاق واللعاًن، وما جاء في الجد والهزل في الطلاق، ٤٩٠/٣، برقم ١١٨٤. ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً، ٦٥٨/١ برقم ٢٠٣٩. وانظر: (نيل الأوطار، ٢٣٤/٦ وما بعدها، نصب الراية في الهامش، ٢٢٣/٣).

[٥] الطحاوي، أبو جعفر، شرح معاني الآثار- ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ، ٥٦٠/٢.

[٦] ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، ٦٥٩/١ برقم ٢٠٤٣، والهيثمي: في مجمع الزوائد، باب الناسي والمكره، ٢٥٠/٦ والبيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في طلاق المكره، ٣٥٦/٧. برقم ١٤٨٧١.

[٧] انظر تفصيل ذلك لدى الأحناف عند حديثنا عن القاعدة الفقهية: الإكراه بوعيد الحبس والقيد يظهر في الاقوال لا في الأفعال أما الإكراه بوعيد القتل أو إتلاف عضو فإنه يظهر في الأقوال والأفعال جميعاً. وقاعدة: المشقة تجلب التيسير [الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ١٥٨-١٥٩. الزحيلي، ٢٦١/١-٢٦٢]

ظاهر، وهو وقوع القتل، وموت المقتول، ووجوب الدية إلى غير ذلك من أحكام. وكذلك الحال في الطلاق، يترتب عليه وقوع الطلاق وما يتبعه من أحكام، وقد بينا سابقاً أنه لا عبرة لمجرد نية الطلاق في القلب أو حديث النفس به، دون لفظ يدل عليه.

أما الكفر والإيمان فهي من أعمال القلوب، والأصل فيها ما يعتقده القلب ويؤمن به، وهي أمور باطنية خفية، ولا يعلم ما في القلوب إلا علام الغيوب. فلو نطق إنسان الكفر بلسانه مكرهاً عليه ولكن قلبه يعتقد الإيمان، فهو مؤمن لأن العبرة لما في قلبه.

والعكس تماماً كما لو أظهر الإيمان بلسانه نفاقاً، ولكن قلبه يعتقد الكفر باطناً. فهو كافر، بدليل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ لَا يَحۡزُنكَ ٱلَّذِينَ يُسَٰرِعُونَ فِي ٱلۡكُفۡرِ مِنَ ٱلَّذِينَ قَالُوٓاْ ءَامَنَّا بِأَفۡوَٰهِهِمۡ وَلَمۡ تُؤۡمِن قُلُوبُهُمۡ﴾[المائدة:٤١]. فإن الله تعالى المطلع على القلوب وحده، قد سماه كافراً، لكنا أمرنا أن نتعامل بما يظهر على لسانه ونعدّه مؤمناً[١].

وقد علقت الآية القرآنية: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ – وهي دليل الجمهور– بقاء المكره على الإيمان بطمأنينة القلب، واستقرار الإيمان به، وهذا قطعاً أمر باطني لا يعلمه إلا رب العباد، ولا يمكن أن يعرف أثره بالظاهر.

ويؤيد هذا، القاعدة الفقهية التي تنص على: **الفعل القلبي لا يحكم بوجوده إلا إذا ظهر على الجوارح**[٢]، **وقاعدة: الإكراه لا يتسلط إلا على الظاهر لا على الباطن**[٣]. ولا خلاف أن التلفظ بالطلاق من جارحة اللسان، فلا بدَّ أن يظهر أثره.

إذن، فهناك فرق واضح في عمل وأثر المكلف الذي أكره على الكفر، وعمل وأثر المكلف الذي أكره على الطلاق أو القتل[٤].

وأما الأمر الثاني وهو: استدلال الجمهور بحديث: (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[٥]، فالمعلوم أن المقصود بالحديث: هو رفع إثم الخطأ أو رفع إثم النسيان أو رفع إثم ما استكرهوا عليه، وليس المقصود رفع الفعل ذاته، فالفعل واقع وحاصل ولابدّ، وليس من المعقول أن يكون المقصود رفع ذات الفعل[٦].

---

[١] ذهب الظاهرية إلى أن الإكراه الذي لا يلزم صاحبه إنما هو في القول، أما الفعل فلا إكراه فيه، وقد فصل ابن حزم فقال: (الإكراه ينقسم قسمين إكراه على كلام وإكراه على فعل فالإكراه على الكلام لا يجب به شيء وإن قاله المكره كالكفر والقذف والإقرار..، والإكراه على الفعل ينقسم إلى قسمين أحدهما كل ما تبيحه الضرورة كالأكل والشرب فهذا يبيحه الإكراه لأن الإكراه ضرورة فمن أكره على شيء من هذا فلا شيء عليه لأنه أتى مباحاً له إتيانه والثاني: ما لا تبيحه الضرورة كالقتل والجراح والضرب وإفساد المال فهذا لا يبيحه الإكراه فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود والضمان لأنه أتى محرماً عليه) [ابن حزم: المحلى، ٢٠٣/٧].

[٢] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ٢٧. الأزجندي: الفتاوى الخانية ٤٩٥/١ – ٤٩٦. وانظر شرح القاعدة لاحقاً.

[٣] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١١٠/٤.

[٤] قال والدي القاضي الشيخ محمد الشماع: سئل أستاذنا الشيخ عبد الوهاب دبس وزيت الملقب بأبي حنيفة الصغير رحمهم الله تعالى أجمعين عن هذا فقال: (أريت لو أن إنساناً أكره آخر على قتل نفس، وقتله مكرهاً، ألا يقع فعل القتل، ويموت المقتول، ويترتب على القتل آثاره؟)

[٥] ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، ٦٥٩/١ برقم ٢٠٤٣، والهيثمي: في مجمع الزوائد، باب الناسي والمكره، ٢٥٠/٦ والبيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في طلاق المكره، ٣٥٦/٧. برقم ١٤٨٧١.

[٦] يقول الجمهور: إن المقصود برفع ما استكره عليه الإنسان هو رفع التكليف [الروكي: القواعد الفقهية من خلال الإشراف ١٧٣].

فمثلاً: لو قتل إنسان آخر خطأً، نقول: أن فعل القتل وأثره قد وقع، ولكن لا إثم ولا ذنب على القاتل لأنه مخطيء بفعله هذا.

ويؤيد هذا، ما بينا سابقاً أن المخطيء يقع طلاقه قضاء لا ديانة عند الأحناف، لأن القضاء مبني على الظاهر، ويعامل الناس حسب تصرفات جوارحهم وآثارها، أما ديانة فالمخطيء لم يرد الطلاق ولم يقصده ولم يختاره، لذلك لا يقع طلاقه ديانة.

وقد استغرب فضيلة أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني حفظه الله، كيف أن الأحناف يوقعون طلاق المكره بدلالة أن الآيات التي جاءت بالقرآن مطلقة، ولا ينفذون بيع المكره مع أن آية البيع جاءت أيضاً مطلقة بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا﴾[البقرة:٢٧٥][1].

ولكن نقول: من المعلوم، أن جميع أهل العلم قد اتفقوا وأجمعوا على أن الرضا شرط أساسي في البيع، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوٓا أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[النساء:٢٩]. ولقوله صلى الله عليه وسلم:(إنما البيع عن تراض)[2].

وبهذا يظهر أن البيع مغاير للطلاق ولا يقاس عليه، إذ يشترط الرضا في البيع إجماعاً، ولكنه لا يشترط في الطلاق، فالمكره وإن كان غير راض بفعله وهو إيقاع الطلاق ولكنه قد اختاره وقصده دفعاً لأشد الضررين. ولا يخفى الفرق بين الرضا والقصد.

الترجيح:

لذلك على الرغم من أن جلُّ الباحثين قد رجحوا قول جمهور الفقهاء القائلين بعدم وقوع طلاق المكره، لكني أرجح قول الأحناف لدقة فهمهم معنى الإكراه وأثره، وقوة الأدلة النقلية والعقلية التي استندوا إليها، والله تعالى أعلم بالصواب.

ويتّضح ممّا تقدّم الفرق بين الإكراه والهزل والخطأ، وهو أنّه في الإكراه تكون العبارة صادرةً عن قصد واختيار، ولكنّه اختيار غير سليم لوجود الإكراه، وهو يؤثّر في الإرادة ويجعلها لا تختار ما ترغب فيه وترتاح إليه، بل تختار ما يدفع الأذى والضّرر.

وفي الهزل تكون العبارة مقصودةً، لأنّها تصدر برضا الزّوج واختياره، ولكنّ حكمها لا يكون مقصوداً، لأنّ الزّوج لا يريد هذا الحكم، بل يريد شيئاً آخر هو اللّهو واللّعب.

وفي الخطأ لا تكون العبارة الّتي نطق بها الزّوج مقصودةً أصلاً، بل المقصود عبارة أخرى وصدرت هذه بدلاً عنها.

---

[1] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٣٢٣/١.

[2] ابن ماجه: السنن، كتاب التجارات، باب بيع الخيار، ٧٣٧/٢ برقم ٢١٨٥؛ وابن حبان: الصحيح، باب البيع المنهي عنه، ٣٤٠/١١، برقم ٤٩٦٧؛ والبيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره، ١٧/٦ برقم ١٠٨٥٨.عن أبي سعيد الخدري وقال البوصيري في مصباح الزجاجة: هذا إسناد صحيح رجاله ثقات.[مصباح الزجاجة: ١٧/٣].

المبحث الخامس

طلاق السكران

السكران: فعلان من السكر، ومؤنثه سكرى، والسكر: هو التحير كما قال ابن فارس. والسكران من تناول مسكراً من شراب أو غيره فغطى على عقله فلا يعقل ما يفعل[١].

أو السكران هو الذي غاب عقله ووصل إلى درجة الهذيان وخلط الكلام، ولا يعي بعد إفاقته ما صدر منه حال سكره.

وقد اتفق الفقهاء على أنه لا يقع طلاقه إن سكر سكراً غير محرم . وهو نادر . كمن تناول المسكر ظناً منه أنه شراب مباح، أو كمن تناول دواء أو شرب مسكر للضرورة، أو للإكراه، أو تناول البنج للجراحة ونحوها ولو لغير حاجة عند الحنابلة؛ لأنه لا لذة فيه، فيعذر لعدم الإدراك والوعي لديه، فهو كالنائم. وحكمه حكم المجنون[٢]. عملاً بالقاعدة الفقهية في ذلك: **من زال عقله لسبب يعذر فيه لم يقع طلاق**[٣]. **وتصرفات السكران من البنج لا تنفذ**[٤].

أما السكران بطريق محرَّم. وهو الغالب . بأن شرب الخمر عالماً به، مختاراً لشربه، أو تناول المخدر من غير حاجة أو ضرورة عند الجمهور غير الحنابلة، فيقع طلاقه في الراجح في المذاهب الأربعة، عقوبة وزجراً عن ارتكاب المعصية، ولأنه تناوله باختياره من غير ضرورة. ولأنه مكلف، معاقب على سكره، ومطالب بأداء الصلاة، بخلاف المجنون. عملاً بالقاعدة الفقهية: **حكم السكران من محرم كالصاحي**[٥].

ولأنّ الصّحابة جعلوا السّكران كالصّاحي في الحدّ بالقذف.

وهو أيضاً مذهب سعيد بن المسيب[٦]، وعطاء، ومجاهد[٧]، والحسن، وابن سيرين، والشّعبيّ، والنّخعيّ، وغيرهم.

جاء في فتح القدير للحنفية: (إن السكر بسبب مباح؛ كمن أكره على شرب الخمر والأشربة المحرمة، أو اضطر، لا يقع طلاقه، ومن سكر منها مختاراً اعتبرت عباراته)[٨].

---

[١] ابن فارس: معجم مقاييس اللغة مادة "سكر".

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع ٩٩/٣، الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣٦٥/٢، العمراني، يحيى: البيان في مذهب الإمام الشافعي- بيروت: دار المنهاج، ٢٠٠٠، ٦٩/١٠، ابن قدامة: المغني،٣٤٦/١٠.

[٣] ابن قدامة: المغني، ٢٨٨/٧. ابن قدامة: المقنع، ١٣٢/٣. البهوتي: كشاف القناع، ٢٣٤/٥. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٥٢.

[٤] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ٣٢٢.

[٥] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ص ١٣٤ عن أحكام السكران من الأشباه لابن نجيم ٣١٠ السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢١٦.

[٦] سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي (١٣–٩٤هـ) من كبار التابعين، وأحد فقهاء المدينة المنورة. جمع بين الحديث والفقه والزهد، توفي بالمدينة. [الأعلام للزركلي ١٥٥/٣؛ طبقات ابن سعد ٨٨/٥]

[٧] مجاهد (٢١–١٠٤هـ) مجاهد بن جبر، أبو الحجاج المكي، مولي قيس بن السائب المخزومي. شيخ المفسرين. أحذ التفسير عن ابن عباس. كان ثقة فقهيا ورعاً عابداً متقناً. واجمعت الأمة على إمامته. مؤلفه (تفسير مجاهد) طبع مؤخرا في قطر. [تهذيب التهذيب ٤٤/١٠، والأعلام للزركلي ١٦١/٦].

[٨] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٤١/٣.

ويقول المالكية في تعليل وقوع طلاق السكران: (هذا مبالغة في لزوم طلاق المسلم المكلف، إذ سكره لا يخرجه عن التكليف فيلزمه الطلاق، ولو سكر سكراً محرماً كالخمر والنبيذ.. وهذا إذا تعمد ذلك المحرم. أما إذا لم يتعمد كظنه لبناً أو ماء لم يلزم طلاقه)[١].

وذكر الحنابلة عن أحمد روايتين:

الأولى: بوقوع طلاقه كالجمهور، اختارها أبو بكر الخلال[٢] والقاضي.

والثّانية: بعدم وقوع طلاقه، وقد اختارها أبو بكر عبد العزيز[٣]، وهو قول زفر عند الحنفيّة أيضاً اختاره الطّحاويّ والكرخيّ[٤]، وقول المزني[٥] من الشّافعيّة، وقد روي ذلك عن عثمان رضي الله تعالى عنه، وابن وابن عباس من الصحابة وهو مذهب عمر بن عبد العزيز، وطاوس[٦]، وربيعة[٧]، وغيرهم. واستدلّ هؤلاء هؤلاء لعدم وقوع طلاقه لانتفاء توافر القصد والوعي والإرادة الصحيحة لديه، فهو فاقد العقل كالمجنون والمغلوب على عقله والنّائم، ولأنه فاقد الإرادة كالمكره، فعبارته ملغاة لا اعتبار لها. وبأنّه لا فرق بين زوال العقل بمعصية أو غيرها.

وحجتهم ما رواه البخاري عن عثمان رضي الله عنه: ليس لمجنون ولا لسكران طلاق، وأيضاً عن قال ابن عباس: طلاق السكران والمستكره ليس بجائز[٨].

واستدل هؤلاء أيضاً بما جاء في صحيح البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على عمه حمزة مرة وهو سكران فقال له: (وهل أنتم إلا عبيد لأبي) فلم يكلمه النبي صلى الله عليه وسلم بل تركه وخرج[٩].

ووجه الدلالة في هذا الحديث: أن السكران لو كان مؤاخذاً بأقواله، لاعتبر منه هذا الكلام ردة وكفراً، ولما رأينا النبي عليه الصلاة والسلام يتركه ويخرج فدل أن السكران غير مؤاخذ بأقواله.

---

[١] شرح الخرشي على خليل، ١٧٢/٣

[٢] الخلال (٣١١هـ) أبو بكر أحمد بن محمد بن هارون، فقيه حنبلي، سمع من جماعة من تلاميذ الامام أحمد مسائل أحمد ورحل الي أقاصي البلاد في جمعها ممن سمعها منه وكان شيوخ المذهب يشهدون له بالفضل والتقدم. له: (الجامع لعلوم الامام أحمد)؛ و(العلل) [طبقات الحنابله لابن أبي يعلي ١٢/٢؛ وتذكرة الحفاظ ٧/٣].

[٣] أبو بكر عبد العزيز (٢٨٥–٣٦٣هـ) عبد العزيز بن جعفر بن أحمد يزداد البغوي، المشهور بغلام الخلال. مفسر محدث ثقة من أعيان أعيان الحنابلة. قال ابن أبي يعلى: كان أحد أهل الفهم؛ موثوقاً به في العلم متسع الرواية. له:(الشافي)؛ و(المقنع). [طبقات الحنابلة لابن ابي يعلي ١١٩/٢-١٢٧].

[٤] الكرخي (٢٦٠-٣٤٠هـ) عبيد الله بن الحسين، أبو الحسن. فقيه حنفي. انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق. مولده بالكرخ ووفاته ببغداد. ببغداد. له: رسالة فى الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، (شرح الجامع الصغير)، (شرح الجامع الكبير)، وكلاهما في الفقه. [الفوائد البهية ١٠٧].

[٥] المزني (١٧٥–٢٦٤هـ) إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل؛ أبو إبراهيم من مصر وأصله من مزينة. صاحب الشافعي. كان زاهداً عالماً عالماً مجتهداً قوي الحجة غواصاً على المعاني الدقيقة. قال فيه الشافعي: المزني ناصر مذهبي. له: (الجامع الكبير)؛ (الجامع الصغير)؛ (المختصر)؛ (الترغيب في العلم). [طبقات الشافعية للسبكي ٢٣٩/١–٢٤٧؛ معجم المؤلفين ٣٠٠/١].

[٦] أبو عبد الرحمن طاوس بن كيسان الخولاني الهمذاني بالولاء (٣٣-١٠٦هـ) أصله من الفرس، مولده ومنشؤه في اليمن. من أكابر التابعين تفقهاً في الدين ورواية للحديث وتقشفاً في العيش، وجرأة على وعظ الخلفاء والملوك، توفي حاجاً بالمزدلفة أو منى. وصلى عليه أمير المؤمنين هشام أبن عبد الملك. [تهذيب التهذيب ٨/٥ صفة الصفوة ١٦٠/٢ حلية الأولياء ٣/٤ ابن خلكان ٢٣٣/١].

[٧] ربيعة الرأي (١٣٦هـ) أبو عثمان ربيعة بن فروخ التيمي بالولاء المدني، تابعي إمام حافظ فقيه، كان بصيرا بالرأي. روى عن أنس والسائب بن يزيد وحنظلة بن قيس غيرهم. وعنه يحيى بن سعيد ومالك وشعبة والسفيانان وغيرهم. كان صاحب الفتوى بالمدينة وبه تفقه الإمام مالك. توفي بالهاشمية من أرض الأنبار [تذكرة الحفاظ ١٤٨/١، وتهذيب التهذيب ٢٥٨/٣].

[٨] رواها البخاري في صحيحه، باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران، ٢٠١٨/٥.

[٩] رواه البخاري في صحيحه، باب فرض الخمس، ١١٢٥/٣ برقم ٢٩٢٥. و١٤٧٠/٤ برقم ٣٧٨١. وفي باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران، ٢٠١٨/٥. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأشربة، باب تحريم الخمر، ١٥٦٩/٣ برقم ١٩٧٩.

قال ابن حجر العسقلاني[1]: (من أقوى أدلة من لم يؤاخذ السكران بما يقع منه حال سكره من طلاق وغيره)[2].

وقد ردّ الجمهور على هذا : بأن هذه القصة وقعت قبل تحريم الخمر وبذلك سقط عنه حكم ما نطق به.

ولأنه عليه الصلاة والسلام لم يعتبر إقرار السكران، وللسكر عقوبة أخرى، هي الحد، فلا مسوغ لضم عقوبة أخرى عليه[3].

الترجيح:

يقول أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني: (والذي أراه أن الأصل في الطلاق أن يكون عن عزم وتصميم، والسكران هو فاقد الوعي، لا يعلم ما يقول، فما يصدر من فمه من ألفاظ لا يعي لها معنى، لأنها لا تعبر عن إرادته، والعبرة في كل تصرف أن يكون معبراً عما في نفس المكلف، ولهذا فإني أرجح ما ذهب إليه الفقهاء في عدم وقوع طلاق السكران، فكل من سكر فثمل حتى لم يعد يعرف معاني الكلمات وألفاظها فلا يقع طلاقه، سواء أكان سكره محرماً أم مباحاً، لأنه لا يجوز أن يكون التفريق بين الزوجين عقوبة لمن يتعاطى السكر والله تعالى قد حدد له عقوبة أخرى)[4].

المبحث السادس
طلاق الغضبان والمدهوش

الغضبان: حالة من الاضطراب العصبيّ، وعدم التّوازن الفكريّ، تحلّ بالإنسان إذا عدا عليه أحد بالكلام أو غيره.

والمدهوش: من فقد تمييزه برهة من الزمن، طلق فيها زوجته أي لم يكن في وعي تام فطلق، وهو لا يقصد الطلاق.

والأصل أن الغضب لا يؤثر في صحة التصرفات الشرعية، من كفر أو قتل نفس وأخذ مال بغير حق، ومنها الطلاق كذلك، لأن الغضبان مكلف حال غضبه، ولأننا لا نجد شخصاً يطلق زوجته وهو راض عنها أو في حالة رضا، إذ كل طلاق غالباً يكون في حالة غضب، ولو كان الأمر كذلك لم يقع طلاق أحد.

إلا أن الغضب اذا اشتدّ ووصل إلى درجة الدهش، فلا يدري فيها الغضبان ما يقول ويفعل ولا يقصده، أو وصل به الغضب إلى درجة يغلب عليه فيها الخلل والاضطراب في أقواله وأفعاله، –وهذه حالة نادرة قلما

---

[1] ابن حجر العسقلاني (٧٧٣-٨٥٢هـ) أحمد بن علي، شهاب الدين، أبو الفضل الكناني العسقلاني المصري، و(آل حجر) قوم يسكنون بلاد الجريد وأرضهم قابس في تونس. محدث فقيه مؤرخ. ارتحل إلى بلاد الشام وغيرها. تصدى لنشر الحديث مطالعة وإقراء وتصنيفا وإفتاء، حتى أطلق عليه الحافظ بالإجماع. درّس في عدة أماكن وولى مشيخة البيبرسية والإفتاء بدار العدل، والخطابة بالأزهر، وتولى القضاء. زادت تصانيفه على مائة وخمسين. له: (فتح الباري شرح صحيح البخاري)؛ و(الدراية في منتخب تخريج أحاديث الهداية)، و(تلخيص الحبير). [الضوء اللامع ٣٦/٢؛ البدر الطالع ٨٧/١؛ شذرات الذهب ٢٧٠/٧]

[2] ابن حجر العسقلاني: فتح الباري ٣٢٠/٩.

[3] ابن قدامة: المغني، ٣٤٦/١٠. الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٤٥/٩.

[4] الصابوني: عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٣٣٣/١.

تحدث–، فلا يقع طلاقه. فإن بقي الشخص في حالة وعى وإدراك لما يقول، وهذا هو الغالب في كل طلاق يصدر عن الرجل فيقع طلاقه[١].

وقد استدل الفقهاء على ذلك بقوله صلّى الله عليه وسلم: (لا طلاق في إغلاق)[٢]، والإغلاق: كل ما يسد باب الإدراك والقصد والوعي، لجنون أو شدة غضب أو شدة حزن ونحوها. قال أبو داود: الإغلاق أظنه الغضب[٣].

وقد قسم ابن القيم الغضب إلى ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله، ويعلم ما يقول ويقصد وهذا لا إشكال فيه، بل طلاقه واقع.

الثاني: أن يبلغ النهاية، فلا يعلم ما يقول ولا يريده، فهذا لا ريب لا ينفذ شيء من أقواله ومنها الطلاق.

الثالث: من توسط بين المرتبتين بحيث يعتبر كالمجنون فهذا محل النظر والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله[٤].

ثمّ قال ابن عابدين: والّذي يظهر لي أنّ كلاً من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول، بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجدّ بالهزل كما هو المفتى به في السّكران.. ثمّ قال: فالّذي ينبغي التّعويل عليه في المدهوش ونحوه: إناطة الحكم بغلبة الخلل في أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته، فما دام في حال غلبة الخلل في الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدها، لأنّ هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح كما لا تعتبر من الصّبيّ العاقل[٥].

وهذا مذهب الأحناف؛ أن طلاق المدهوش غير صحيح، فبعضهم ألحقه بالجنون، وبعضهم أفرد له حالة خاصة كما فسّرها ابن عابدين.

---

[١] الماوردي: الحاوي الكبير، بيروت: دار الفكر، ١٥٥/١٠، الشوكاني: محمد بن علي، نيل الأوطار ٢٤٨/٦، الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٦٥/٧

[٢] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في سنة طلاق العبد، ٢٥٨/٢، برقم ٢١٩٣، ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق- طلاق المكره والناسي، ٦٦٠/١. برقم ٢٠٤٦. ورواه أحمد في مسنده ٢٧٦/٦ برقم ٢٦٣٠٣، والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، ٣٥٧/٧ برقم ١٤٨٧٤. والحاكم: المستدرك على الصحيحين، كتاب الطلاق، ٢١٦/٢ برقم ٢٨٠٢. وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. وانظر: نيل الأوطار، ٢٣٥/٦، نصب الراية، ٢٢٣/٣.

[٣] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب على غلق، ٢٥٨/٢ برقم ٢١٩٣.

[٤] ابن القيم: زاد المعاد، ١٢٥/٥، ابن القيم: إغاثة اللهفان في طلاق الغضبان، ٣٨ وما بعدها. القاهرة: مصطفى البابي الحلبي.

[٥] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٤٣/٣، وحاشية الدسوقي، ٣٦٦/٢، والبهوتي: كشاف القناع، ٢٣٥/٥،

المبحث السابع
القواعد الفقهية المتعلقة بالقصد في الطلاق

قاعدة رقم (١).

كل لفظ بغير قصد من المتكلم لا يترتب عليه حكم[١].

معنى القاعدة.

تشير هذه القاعدة: أن المتكلم إذا لم يرد معنى الألفاظ أو لم يحط بها علماً، فلا يثبت الأثر والحكم المترتب على مجرد اللفظ، لأن الله تعالى تجاوز للأمة عما حدثت به نفسها ما لم تعمل به أو تتكلم به، وتجاوز عما تكلمت مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالمة به حتى تكون مريدة لمعنى ما تكلمت به، وقاصدة إليه، فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم، وإلا كان اللفظ بغير قصد من المتكلم لا قيمة له، ولا يترتب عليه حكم، ولذلك كان كلام المجنون والطفل غير المميز لغواً في الشرع، وكذلك النائم إذا تكلم في منامه، فأقواله كلها لغو.

وهذه القاعدة متفرعة على قاعدة (الأمور بمقاصدها) أو قاعدة (الأعمال بالنيات).

ويتأكد الاستدلال على هذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ وَٱللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٥]. وقوله عليه الصلاة والسلام (رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق)[٢]. لأن الإرادة من هؤلاء الثلاثة مفقودة أو غير معتبرة.

فروع على القاعدة:

منها: من سبق لسانه بالطلاق من غير قصد أو لم يرده، لم يقع الطلاق، ومن أراد أن يقول لزوجته: طاهر. فسبق لسانه وقال: طالق، لم يقع به الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى. وكذلك من سبق لسانه بطلاق الثلاث من غير قصد، وإنما قصد واحدة، فلا يقع إلا واحدة.

ومنها: من طلق في حالة الغضب الشديد، بحيث بلغ الأمر ألا يعقل ما يقول، كالمجنون، لم يقع به شيء.

ومنها: السكران لا يترتب على تصرفاته حكم؛ فلو باع أو اشترى أو وهب أو أعار، ونحو ذلك، فكل هذه التصرفات باطلة، ولا يترتب عليها حكم. واختلف الفقهاء في وقوع طلاقه كما بينا ذلك آنفاً[٣].

---

[١] الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ٧٩٦/٢.

[٢] أبو داود: السنن، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، ١٤١/٤، برقم ٤٤٠٣. ورواه أبو داود أيضاً بلفظ آخر: (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبي حتى يكبر) ١٣٩/٤ برقم ٤٣٩٨. وبلفظ آخر أيضاً: (رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم وعن الصبي حتى يحتلم) ١٤٠/٤ برقم ٤٤٠١. ورواه الترمذي في السنن، في كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، بلفظ: (ثم رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل) قال حديث حسن غريب، ٩٢/٤ برقم ١٤٢٣. ورواه النسائي: السنن الكبرى، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، عن عائشة بلفظ: (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق)، ٣٦٠/٣. برقم ٥٦٢٥. وهكذا رواه ابن ماجه أيضاً: السنن، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ٦٥٨/١ برقم ٢٠٤١. ورواه الحاكم في المستدرك، ٣٨٩/١ برقم ٩٤٩ و ٦٧/٢ برقم ٢٣٥٠ و ٦٨/٢ برقم ٢٣٥١ و ٤٣٠/٤ برقم ٨١٧٠. وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

[٣] الزحيلي: القواعد الفقهية، ٧٩٧/٢.

قاعدة رقم (٢).

لا يثبت الحكم بالنية دون الفعل[١] .

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة: إلى أنه لا يترتب أثر شرعي بمجرد النية إذا لم يفعل المكلف ما نواه، سواء بالتكاليف القولية أو الفعلية.

فروع على القاعدة:

منها: من نوى طلاق امرأته وعزم عليه وصمم ثم بدا له، لا طلاق إجماعاً، ومن اعتقد أن امرأته مطلقة وجزم بذلك ثم تبين له خلافه لم يلزمه طلاق إجماعاً لأنه لم يوقعه بدلالة قولية أو فعلية[٢].

قاعدة رقم (٣).

الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود[٣].

معنى القاعدة:

مقصود الشخص: هو هدفه وغايته من كلامه الذي ينطق به أو نواه.

إن الأعمال والأحكام المطلوبة شرعاً لها مقاصد محددة، وأوقات خاصة أحياناً، فإذا اشتغل الشخص بشيء غير مقصود شرعاً من الفعل أو تكلم بكلام يفهم منه قصد له، ثم اشتغل بغيره، فيفهم منه إعراضه عن مقصوده المطلوب والتفاته إلى ذلك الغير.

فروع على القاعدة:

منها: لو شرع بلفظ الطلاق ثم انصرف إلى غيره لا يقع الطلاق[٤].

قاعدة رقم (٤).

الأصل أن النية إذا تجردت عن العمل لا تكون مؤثرة في الأمور الدنيوية[٥].

معنى القاعدة:

إن انفراد النية عن الفعل لا أثر له في الأحكام الدنيوية لأن النية عمل قلبي والأحكام الشرعية مبناها على الظاهر لكن في الأمور الأخروية للنية اثرها في الثواب والعقاب.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قصد الرجل في نفسه طلاق زوجته أو نوى ذلك في قلبه، دون أن يتلفظ أو يتكلم بلسانه أو ينطق بلفظ يدل على ذلك، أو إذا نوى التّلفّظ بالطّلاق ثمّ لم يتلفّظ به، ودون لفظ أو كتابة أو إشارة، ففي كل تلك

---

[١] ابن قدامة: المغني ٣٣٦/٢، الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ١٦٢.

[٢] القرافي: الفروق ٥٢/١.

[٣] ابن السبكي: الأشباه والنظائر ١٥١/١. السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٥٨، اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ٤٠٨/١. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٧٥٦/٢. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٤٠٨/١

[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٤٠٨/١.

[٥] السرخسي: المبسوط ٢٣٩/١. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ١٥٨/١.

الأحوال لم يكن مطلقاً ولم يقع الطلاق باتّفاق جمهور الأئمة والفقهاء، ولا عبرة لما نواه، لانعدام اللّفظ أصلاً.

قاعدة رقم (٥).

الطلاق بالنية لغو[١].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- المطلق بالقلب لا شيء[٢].
- من وسوسته نفسه بالطلاق فلا شيء عليه[٣].
- من نوى الطلاق ولم يلفظ به فلا شيء عليه[٤].

قال السيوري[٥]: إذا اعتقد الطلاق بقلبه لزمه، وعند اللخمي[٦]: الذي اختاره في الطلاق بالقلب أنه يلزمه[٧].

دليل القاعدة كما تقرر سابقاً قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٧]. فقرر مع العلم السمع والنية علم خاصة[٨].

فروع على القاعدة:

منها: من شكّ هل طلق امرأته بقلبه قبل أن يتزوجها فلا شيء عليه إن تزوجها لأنه شك هل نوى أو لا، والصواب أن المطلق بقلبه لا شيء عليه[٩].

قاعدة رقم (٦).

ما نصبه الشارع سبباً من قول أو فعل هل تقوم النية مقامه أم لا؟[١٠].

معنى القاعدة:

ما نصبه الشارع سبباً: أي ما جعله صاحب الشرع سبباً.

نصب الشارع وأقام أسباباً بنى عليها أحكاماً. فحيثما وجد السبب، وجد الحكم لا محالة، سواء أكان هذا السبب قولاً أم فعلاً، إلا إذا وجد المانع.

---

(١) الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٢٥٦/٤

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.٣٢٢/٤

(٥) السيوري (٤٦٠هـ) أبو القاسم عبد الخالق بن عبد الوارث المغربي السيوري، شيخ المالكية، وخاتم الأئمة بالقيروان، أحد من يضرب يضرب بحفظه المثل في الفقه مع الزهد. له تعليقة على المدونة وتخرج به أئمة. [سير أعلام النبلاء ٢١٣/١٨]

(٦) اللخمي (٤٧٨هـ) علي بن محمد الربعي، أبو الحسن، فقيه مالكي له معرفه بالأدب والحديث. قيرواني الأصل. نزل سفاقس وتوفي بها. من كتبه تعليق كبير على المدونة اسمه (التبصرة) أورد فيه آراء خرج بها عن المذهب. [مواهب الجليل للحطاب٣/١؛ الأعلام١٤٨/٣؛ شجرة النور ١١٧؛ الديباج المذهب ٢٠٣]

(٧) الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٢٥٦/٤

(٨) المرجع السابق.

(٩) المرجع السابق.

(١٠) ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ١ ٣٧٦. الزركشي: المنثور، ٢٩٩. الحصني: القواعد، ٢٤٤/١. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٣٩.

وموضوع القاعدة إذا كانت الأفعال أو الأقوال تصلح أسباباً بجعل الشرع فهل يمكن أن تقوم النية والقصد القلبي مقام الأسباب الظاهرة في ترتب الأحكام عليها؟ خلاف. والأصح والأرجح أنه لا تقوم النية مقام السبب القولي أو الفعلي في بناء الأحكام عليها.

فروع على القاعدة:

منها: لفظ الطلاق؛ جعله الشرع سبباً لحل عقد الزوجية، فإذا نوى طلاق امرأته بقلبه، ولم يتلفظ بلفظ الطلاق فهل تطلق المرأة؟ عند جمهور الفقهاء أن الطلاق لا يقع ما يتلفظ. ولكن في رواية عند مالك رحمه الله أن الطلاق يقع[١].

قاعدة رقم (٧).

الفعل القلبي لا يحكم بوجوده إلا إذا ظهر على الجوارح[٢].

معنى القاعدة:

الفعل القلبي من نية أو اعتقاد أو هم، غيب عن غير صاحبه، فلا يمكن لغيره الحكم بوجوده إلا إذا ظهر وبان على جوارح وأعضاء ذلك الإنسان بفعل خارجي دالٍّ على ما في القلب.

فنية الفعل لا يمكننا الاطلاع عليها، ولا معرفتها، ولكن إذا رأينا الانسان عمل عملاً بجوارحه متعمداً حكمنا عليه أنه كان قد نواه قبل الفعل.

فروع على القاعدة:

منها: من حلف بالطلاق أن لا يعادي فلاناً من الناس فعاداه وأصر على ذلك في قلبه ولم يظهر على لسانه منه شيء ولا على شيء من جوارحه، بل كان كل منهما محفوظاً فإنه لا يحنث ولا يقع طلاقه[٣].

قاعدة رقم (٨).

من وسوسته نفسه في الطلاق فلا شيء عليه[٤].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- حديث الوسوسة لا توجب حكماً[٥].
- المستنكح يلغي الشك ويرجع إلى الأصل[٦] .

هذا القواعد تابعة لقاعدة: اليقين لا يزول بالشك وقاعدة: الأصل بقاء ما كان على ما كان.

فروع على القاعدة:

---

[١] ينظر: ابن شاس المالكي: عقد الجواهر الثمينة، تحقيق محمد أبو الأجفان وعبد الحفيظ منصور– بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤١٥هـ. ١٦٨/٢. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٨٧/٩.

[٢] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ٢٧. الأزجندي: الفتاوى الخانية ٤٩٥/١ – ٤٩٦.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٧٠/٧.

[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٨٦/٤

[٥] المرجع السابق، ٤٢٦/٤.

[٦] المرجع السابق.

منها: من اعتراه كثرة التردد عليه في خاطره من غير أصل يستند عليه حتى صار موسوساً يقول له وسواسه إنك طلقت زوجتك، فإن حديث الوسوسة هذا لا يوجب حكماً من حنث ولا غيره، وإن المستنكح يلغي الشك ويرجع إلى الأصل وهو تحقيق العصمة هنا، فلا ترتفع بالشكوك والوسواس.

قاعدة رقم (٩).

الأصل عند الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه: أن العزم على الشيء بمنزلة المباشرة لذلك الشيء. وليس العزم على الشيء بمنزلة المباشرة لذلك الشيء عند غير مالك[١].

معاني المفردات:

العزم: هو القصد المؤكد والنية الجازمة على فعل الشيء.

المباشرة: إخراج الشيء من حيز القوة إلى حيّز الفعل وعند المعتزلة المباشرة هي الفعل الصادر بلا وسط.

معنى القاعدة:

فتفيد هذه القاعدة أن الراجح عند مالك رضي الله عنه أن قصد فعل الشيء قصداً مؤكداً حكمه حكم الفعل المباشر قولاً وفعلاً.

فروع على القاعدة:

منها: إن الرجل إذا عزم أن يطلق امرأته ولم يتلفظ بلسانه لا يقع عليها شيء، مالم يوقع الطلاق لفظاً، وأما عند مالك رضي الله عنه فيقع الطلاق بنفس العزم بناء على هذه القاعدة ولكن الرجوع إلى ما في كتب المالكية يخالف هذا.

قال في أسهل المدارك نقلاً عن الباجي[٢]: لو عقد الطلاق بقلبه جازما من غير تردد ففي وقوع الطلاق عليه بمجرد ذلك روايتان[٣].

قال في جواهر الإكليل: من أركان الطلاق: ولفظ دال على حل العصمة وضعا أو عرفا إلى أن قال: ولا يقع بمجرد نية وكلام نفسي على أحد القولين[٤].

قاعدة رقم (١٠).

الطلاق هزله جد[٥].

فروع على القاعدة:

منها: بيع الرجل لزوجته وإن كان مازحاً، اختلف الفقهاء فيه، فمنهم من قال: يلزمه الطلاق وهو قول فقهاء المذاهب الأربعة، لأن الطلاق هزله جد. ومنهم من قال: لا طلاق فيه كما مر معنا.

---

[١] الدبوسي: تأسيس النظر ٦٧ و١٠٢ و٢٣٥. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٤/٢

[٢] الباجي (٤٠٣–٤٧٤هـ) سليمان بن خلف، أبو الوليد الباجي، نسبة إلى مدينة باجة بالاندلس، من كبار فقهاء المالكية، رحل إلى المشرق ثم عاد إلى بلاده ونشر الفقه والحديث، ولي القضاء في بعض أنحاء الأندلس. له:(الاستيفاء شرح الموطأ)؛ و(شرح المدونة)؛ و(إحكام الفصول في أحكام الأصول) [الديباج المذهب ١٢٢؛ والأعلام للزركلي ١٨٦/٣].

[٣] الكشناوي: أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك ١٤٦/٢. دار الكتب العلمية ١٩٩٥.

[٤] الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك -بيروت: دار المعرفة، ٣٣٥/١

[٥] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٩٦/٤

قاعدة رقم (١١).

الإكراه بوعيد الحبس والقيد يظهر في الاقوال لا في الأفعال أما الإكراه بوعيد القتل أو إتلاف عضو فإنه يظهر في الأقوال والأفعال جميعاً[١].

معنى القاعدة:

الإكراه إما تام وإما غير تام. فالتام ما كان بتهديد بالقتل أو قطع عضو من قادر على الفعل، فهذا الإكراه يعدم الرضا ويرخص في فعل ما أكره عليه غير القتل للنفس المعصومة والزنا.

والنوع الثاني: تهديد بحبس أو قيد أو ضرب فهذا وإن كان يضعف الرضا لكن لا يعدمه ولا يعدم الاختيار.

والإكراه بنوعيه إما أن يكون في العقود، أو في الإسقاطات، أو في المنهيات، والعقود والإسقاطات إما أن يؤثر فيها الهزل أو لا، والمنهيات إما أن تكون مما يباح عند الضرورة أو لا، وما لا يباح عند الضرورة إما أن يكون جناية على الغير كقتل محقون الدم، أو قطع عضو محترم، أو لا يكون جناية على الغير كالردة، ويكون تأثير الإكراه كما يلي:

١-**العقود والإسقاطات:** التي يؤثر فيها الهزل، كالبيع والإجارة والرهن والهبة والإقرار والإبراء يؤثر فيها الإكراه، فإذا أكره عليها بملجيء أو بغير ملجيء ففعلها، ثم زال الإكراه، فله الخيار، أن شاء فسخ وإن شاء أمضى.

٢-**العقود والإسقاطات** التي لا يؤثر فيها الهزل، كالنكاح والطلاق والعفو عن دم العمد، فلا تأثير للإكراه فيها، فلا خيار للمكرَه بعد زوال الإكراه، بل هي ماضية على الصحة، ولكن له أن يرجع على المكرِه له على الطلاق، فلو كانت الزوجة هي المكرِهة سقط المهر عن الزوج.

٣-**المنهيات** التي تباح عند الضرورة، كإتلاف مال الغير، وشرب المسكر، فإنها تحل بل تجب بالملجيء، لا بغير الملجيء، وضمان المال المتلف على المكرِه.

٤-**المنهيات** التي لا تباح عند الضرورة، وهي جناية على الغير كالزني والقتل، فإنها لا تحل حتى بالإكراه الملجيء، ولو فعلها فموجبها القصاص على المكرِه.

٥-**المنهيات** التي ليست جناية على الغير، وليست في معنى الجناية، وهي الردة، فإنه يرخص له أن يجري كلمتها على لسانه، وقلبه مطمئن بالإيمان، ويورِّي وجوباً إن خطر بباله التورية، فإن لم يورِّ يكفر وتبين زوجته[٢].

وتدلّ هذه القاعدة على أن النوع الأول: الإكراه التام أو الملجيء يظهر أثر رخصته في الأقوال والأفعال جميعاً عدا ما استثني.

وأما النوع الثاني: فيظهر أثره في الأقوال فقط فيجيز للمكره بيع ما أكره على بيعه أو إجازته أو الإقرار ونحو ذلك ولا يبيح له النطق بكلمة الكفر.

فروع على القاعدة:

---

[١] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ٢١٩.

[٢] الزرقا: شرح القواعد الفقهية ١٥٨-١٥٩. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٢٦١/١-٢٦٢.

منها: إذا أكره على الطلاق والعتاق فطلق أو أعتق يقع عتقه وطلاقه عندهم[١].

قاعدة رقم (١٢).

الأصل أن الإكراه يخرج المكره أن يكون مؤاخذا بحكم الفعل[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- الإكراه يبطل العقد[٣].
- الإكراه يسقط أثر التصرف رخصة من الله تعالى[٤].
- الأصل أن الإكراه متى أباح الإقدام أعدم أصل الفعل من المكره في الأحكام[٥].

معنى القاعدة:

المراد بالمكره هنا الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان طبعاً أو شرعاً فيقدم مع عدم الرضا ليدفع ما هو أضر[٦].

والمكره الذي يفعل الفعل الذي أكره عليه فعله بالتهديد أو القتل او الايذاء الشديد لا يكون مؤاخذاً بحكم الفعل ويسقط أثر تصرفه رخصة من الله تعالى.

فروع على القاعدة:

منها: طلاق المكره وخلاف الفقهاء كما مر معنا.

قاعدة رقم (١٣).

الإكراه يسقط أثر التصرف فعلاً كان أم قولاً (عند غير الحنفية)[٧].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- ما يعرض للإنسان من غير إرادة ولا اختيار لا يتعلق به حكم[٨].
- من أكره على ما لا يجوز إكراهه عليه لم يثبت حكمه في حقه[٩].

معنى القواعد:

سبق أن عرفنا معنى الإكراه، وبينا اختلاف أهل العلم في طلاق المكره. وتشير هذه القاعدة إلى إسقاط أثر التصرف وعدم تحمل المكره تبعة ما أكره عليه لأن الإكراه يعدم الرضا وهذا في الإكراه الملجيء بالتهديد أو قطع عضو أو ضرب شديد.

---

[١] الأزجندي: الفتاوى الخانية على حاشية الفتاوى الهندية ٤٨٣/٣. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٥٦/٢.
[٢] السرخسي: المبسوط ٧٣/٤. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٤٤٦/١.
[٣] الندوي: جمهرة القواعد الفقهية، ٧٨٨/٢ رقم ١٢٤٠.
[٤] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ١٥٠/١. الزركشي: المنثور ١٨٨/١.
[٥] السرخسي: المبسوط، ١٢١/٤.
[٦] الجرجاني: التعريفات ٣٤.
[٧] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ١٥٠/١ والسيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٠٣. الزركشي: المنثور، ١٨٨/١. الحصني: القواعد، ٧٥٩/١.
[٨] ابن قدامة: المغني، ١٦٣/٣.
[٩] المصدر السابق، ٣٠/٩.

إذ المكرَه: وهو ما يصدر عنه شيء بغير اختياره، إذا وجد مندوحة عن الفعل الذي أكره عليه لم تكن له الرخصة فيه إلا أن يكون اشد خطراً وضرراً. والضابط في هذا أن ينظر إلى تلك المندوحة، فإن كانت في نظر العقلاء أشد مما أكره عليه فهذا مكره وذلك كمن قال له قادر على ما يتوعد به: طلق زوجتك وإلا قتلتك، ففي نظر العقلاء يقدم الطلاق على زهوق الروح، أما إذ قيل له اقتل فلانا وإلا منعتك من الطعام والشراب يوما واحدا فليس بمكره وهذا كما ذكره السبكي ميزان مستقيم في الفصل بين ما يتحقق الإكراه فيه وما لا يتحقق[١].

لذلك عد مسألة الإكراه على القتل من مستثنيات قواعد الإكراه فإنه لا يسقط أثر التصرف بدليل الإثم إجماعاً والقصاص على الصحيح[٢].

فروع على القاعدة:

منها: الإكراه على الطلاق والعتاق عند جمهور الفقهاء. خلافاً للحنفية.

ويستثنى من هذه القاعدة: الإكراه على القتل إذا كان معصوم الدم أو الزنا للرجل والإكراه على الرضاع[٣].

قال الغزالي في الوسيط: (الإكراه يسقط أثر التصرف عندنا إلا في خمس مواضع وذكر إسلام الحربي والقتل والإرضاع والزنا والطلاق إذا أكره على فعل المعلق عليه)[٤].

قاعدة رقم (١٤).

الإكراه لا يتسلط إلا على الظاهر لا على الباطن[٥].

هذه تابعة لقاعدة: المشقة تجلب التيسير.

فروع على القاعدة:

منها: من أغار عليه قوم ليأخذوا امرأته، فقال له أحدهم عليك الطلاق الثلاث ما هي المرأة هنا، فحلف له بالطلاق الثلاث ما هي هنا، فإنه إذا خاف على نفسه إن لم يحلف له أن يقتله أو يضربه بالسيف، فلا حنث عليه من غير خلاف، إذا لم يقصد اليمين بقلبه، وإنما حنث ظاهراً بلسانه درءاً عن نفسه، إذ الإكراه لا يتسلط إلا على الظاهر لا على الباطن.

قاعدة رقم (١٥).

الفاسد في معارضة الصحيح كالمعدوم[٦].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بفعل المكره والمراد بالفاسد هنا: الاختيار الفاسد.

---

[١] ابن السبكي: الأشباه والنظائر ١١/٢.
[٢] المصدر السابق ١٣/٢.
[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٥٧/٢.
[٤] السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٠٣.
[٥] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١١٠/٤.
[٦] السرخسي: المبسوط،٣٩/٢٥.

ومفادها: أن المكره – بالإكراه التام– وهو التهديد بالقتل أو قطع عضو يفسد اختياره ورضاه، حيث إن الإكراه التام يفسد الاختيار والرضا فالمكره يصبح كالآلة في يد المكره لتحقق الإلجاء، لأن المرء مجبول على حب حياته وهذا يحمله على الإقدام على ما أكره عليه فيفسد به اختياره، وفساد الاختيار يجعل الفاعل هنا كالمعدوم فيصير الفعل منسوباً إلى المكره لوجود الاختيار الصحيح منه. والمكره يصير كالآلة للمكره لانعدام اختياره حكماً في معارضة الاختيار الصحيح للمكره. وهذا في الأفعال فقط لا في الأقوال عند الحنفية.

فروع على القاعدة:

منها: من أكره على طلاق زوجته بالقتل أو القطع فطلق وقع طلاقه عند الحنفية[١].

قاعدة رقم (١٦).

الفاعل إذا كان مكرهاً في الفعل لا يضاف الفعل إليه[٢].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة: إلى أن المكره على الفعل بالإكراه التام، لا ينسب ما فعله إليه بمعنى أنه لاضمان عليه، ولا يتحمل مسؤولية ذلك الفعل، لأن الفعل في هذه الحالة ينسب إلى المكره، لأن المكره كما سبق بيانه يكون كالآلة في يد المكره لفساد اختياره، ولذلك فالضمان على المكره لا على المكره.

ويستثنى من هذه القاعدة: إذا قال رجل: إن لم يخرج من هذه الدار اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج أياماً فإنه يحنث وتطلق منه امرأته[٣].

قاعدة رقم (١٧).

من زال عقله لسبب يعذر فيه لم يقع طلاق[٤].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة أن من زال عقله –أي ذهب بأي شيء كان– فلا يقع الطلاق منه. وزوال العقل الذي لا يقع الطلاق معه هو أن يخلط الرجل في كلامه، ولا يعرف نعله من نعل غيره. وضبطه بعضهم فقال: هو الذي يختل في كلامه المنظوم، ويبيح بسره المكتوم[٥].

وقولهم في القاعدة: لسبب يعذر فيه، يخرج من زال عقله بغير عذر، كمن شرب خمراً عالماً به.

فروع على القاعدة:

منها: عدم وقوع طلاق المجنون والمغمى عليه والنائم، ومن سكر من شرب لا يزيل العقل وهو لا يعلم[١].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٠/٧.

[٢] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ص ٣٧. الأزجندي: الفتاوى الخانية ٩٤/٢ حاشية الفتاوى الهندية.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٢/٧.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٢٨٨/٧. ابن قدامة: المقنع، ١٣٢/٣. البهوتي: كشاف القناع، ٢٣٤/٥. القواعد والضوابط الفقهية في كتاب المغني المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٥٢.

[٥] انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٣٨٨/٥. البعلي: القواعد والفوائد الأصولية، ٣٨.

قاعدة رقم (١٨).

حكم السكران من محرم كالصاحي[٢].

السكران: فعلان من السكر، وهو ضد الصاحي. وهي إزالة العقل بالسكر أو بالشراب وغيره.
والمراد به هنا: من سكر من محرم عالم مختار غير مضطر ولا مكره.

معنى القاعدة:

تشير القاعدة: إلى أن السكران يعامل في أفعاله وتصرفاته معاملة الصاحي ويأخذ أحكامه إلا في أشياء معدودة محصورة وكذلك في العبادات فلا تصح منه.

فهل هو مكلف حال سكره؟ منهم من يرى أنه مكلف ولذلك عومل معاملة الصاحي. ومنهم من لا يرى تكليفه ولا يعتبر تصرفاته ولكن ما يترتب عليها من أحكام فهو من باب الحكم الوضعي ومن باب ربط الأحكام بأسبابها.

فروع على القاعدة:

منها: من طلق وهو سكران يقع طلاقه عند جمهور الفقهاء.

ويستثنى من هذه القاعدة: إذا وكل بالطلاق وهو صاح فطلق وهو سكران لا يقع طلاقه[٣].

قاعدة رقم (١٩).

تصرفات السكران كلها جائزة إلا في ثلاث أو سبع[٤].

معنى القاعدة:

السكران من محرم عالماً به مختارا غير جاهل ولا مكره أو مضطر فتصرفاته كلها جائزة لأن الأصل عند الفقهاء أن السكران يعامل معاملة الصاحي في كل تصرفاته إلا في ثلاث وقيل سبع فهو عند الفقهاء مكلف[٥].

ويستثنى من هذه القاعدة: إذا وكل بالطلاق صاحياً فطلق وهو سكران لا يقع تطليقه[٦].

قاعدة رقم (٢٠).

تصرفات السكران من البنج لا تنفذ[٧].

البنج: نبت له حب يخلط بالعقل ويورث الخبال وربما أسكر إذا شربه الإنسان بعد ذوبه ويقال: إنه يورث السبات أي النوم[١].

---

[١] ابن قدامة: المغني، ٢٨٨/٧. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٣٨١/٥. ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٩٨٢، ٢٥٢/٧.

[٢] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ص ١٣٤ عن أحكام السكران من الأشباه لابن نجيم ٣١٠ السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢١٦.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٨٢/٥.

[٤] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ص ٢٩ ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٧٩.

[٥] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٣١٠.

[٦] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٢٥/٤.

[٧] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ٣٢٢.

وجاء في معجم المصطلحات العلمية والفنية نقلا عن معجم المصطلحات الزراعية للأمير مصطفى الشهابي[٢]. قال: البنج من الهندية جنس نباتات طبية مخدرة من الفصيلة الباذنجانية[٣].

معنى القاعدة:

إن متناول هذه النبتة لا يعامل معاملة السكران من محرم، ولذلك لا تنفذ تصرفاته ولكن في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله: من زال عقله بالبنج إن علم حين أكله أنه بنج يقع طلاقه وعتاقه. وإن لم يعلم لا يقع وهذا في الحقيقة الرأي والصواب؛ لأن من تعمد أكله أو شربه فهو قاصد السكر. والسكر محرم من كل شيء، فيكون معاقباً وتنفذ تصرفاته كالسكران بمحرم، ولكن إن أكله أو شربه دون أن يعلم فهذا لا تنفذ تصرفاته كمن شرب خمراً وهو جاهل بأنها خمر ولكن المشهور عند الحنفية أن السكران من البنج لا تنفذ تصرفاته على كل حال كما هو نص القاعدة.

فروع على القاعدة:

منها: إذا تناول البنج وهو لا يعلم فسكر فطلق لا يقع طلاقه باتفاق، وكذلك إذا أعتق لا يصح عتقه، أو قذف لا يحد، أو سرق لا يقام عليه الحد[٤].

قاعدة رقم (٢١).

الناسي والعامد في اليمين والطلاق والعتاق ومحظورات الإحرام سواء[٥].

معنى القاعدة:

في الشرع أمور يستوي في أحكامها الناسي والمتعمد، فحكم الناسي كحكم المتعمد في ترتب الحكم الشرعي عليه، وذلك فيما يتعلق بالأيمان والطلاق والعتاق ومحظورات الإحرام. والفرق أن الناسي لا إثم عليه فيما يفعل حال نسيانه بخلاف المتعمد.

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق امرأته ناسياً أنها امرأته وقع طلاقه.

ومنها: إذا علق طلاق امرأته أو عتق عبده على فعل شيء ففعله ناسياً طلقت زوجته[٦].

---

[١] الفيومي: المصباح مادة "بنج".

[٢] الأمير مصطفى الشهابي بن محمد سعيد أديب لغوي عالم بالمصطلحات الزراعية ترأس المجمع العلمي العربي بدمشق صاحب معجم الألفاظ الزراعية توفي سنة ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م (الأعلام ٢٤٥/٧).

[٣] الخياط: يوسف، معجم المصطلحات العلمية والفنية- دار لسان العرب، ص ٧٨.

[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٢٧/٤.

[٥] السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٨٧ و٢٠٠. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٤٧٣. المجددي: قواعد الفقه ص ١٣٢.

[٦] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١١٧٢/١١.

المبحث الثامن

موقف القانون من القصد في الطلاق وتطبيقات الاجتهادات القضائية

القانون السوري:

ونص القانون السوري م (٨٩) على ما يلي:

١ – لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره.

٢– المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول.

القانون المصري:

وقد نصت المادة ١ من القانون المصري رقم (٢٥)لسنة (١٩٢٩) على أنه «لا يقع طلاق السكران» .

ولم تضع هذه المواد في كلا القانونين السوري والمصري تعريفاً للسكران ولا حداً لدرجة سكره، فالسكران الذي يصل به سكره إلى درجة فقدان العقل يختلف عن السكران الذي يعي ما يقول.

وهذا ما ذهب إليه القانون المغربي حيث اشترط أن يصل السكر إلى درجة معينة.

جاء في الفصل ٤٩: لا يقع طلاق السكران الطافح.

القانون الإماراتي:

أما قانون الأحوال الشخصية الإماراتي فقد أخذ برأي جمهور الفقهاء بوقوع طلاق السكران بمحرم فجاء في الفقرة الثانية من **المادة** (١٠١)(يقع طلاق فاقد العقل بمحرم اختيارا).

تطبيقات الاجتهادات القضائية

جاء في اجتهاد لمحكمة النقض السورية: (يشترط لعدم وقوع الطلاق غير المنجز أن يدعي المطلق عدم قصد الطلاق وان يثبت ادعائه بيمينه)[١].

وفي قرار لمحكمة الاستئناف الأردنية الشرعية: (بينة الزوجة على أن زوجها حين طلاقه لها كان في حالة صحو، مقدمة على بينة الزوج أنه كان مدهوشاً)[٢].

---

[١] نقض هيئة عامة رقم٢٤٦ تاريخ١٩٥٦/١١/٢١، قاعدة ١٦٩ـ المبادئ القانونية للهيئة العامة لمحكمة النقض: ص١٠١

[٢] قرار محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في عمان ١٩٦١/٨/٢١.

الفصل الثالث

الركن الثالث

المُطلِّق والشروط المتعلقة به والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

المطلق: هو الزوج الذي يوقع طلاق زوجته.

والحكمة في أن الشريعة الإسلامية قد جعلت الطلاق بيد الرجل، لأنها قد راعت في أحكامها الأعمّ الأغلب من أمور العباد وأحوالهم، فجعلت الطلاق وهو نوع من أنواع الفرق ملكاً للزوج وحده أو من يوكله الزوج.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوٓا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾[الأحزاب:٤٩]، وقال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ﴾[البقرة:٢٣١]. فجعل الطلاق لمن نكح لأن له الإمساك وهو الرجعة، فالرجل يملك مفارقة زوجته إذا وجد ما يدعوه إلى ذلك بعبارته وإرادته المنفردة، كما تملك الزوجة طلب إنهاء علاقتها الزوجية إذا وجد ما يبرر ذلك، كإعسار الزوج بالنفقة، وغيبة الزوج، وما إلى ذلك من أسباب اختلف الفقهاء فيها توسعة وتضييقاً، ولكن ذلك لا يكون بعبارتها، وإنما بقضاء القاضي، إلا أن يفوضها الزوج بالطلاق، فإنها في هذه الحال تملكه بقولها أيضا. فإذا اتفق الزوجان على الفراق، جاز ذلك، وهو يتم من غير حاجة إلى قضاء، وكذلك القاضي، فإن له التفريق بين الزوجين إذا قام من الأسباب ما يدعوه لذلك، حماية لحق الله تعالى، كما في ردة أحد الزوجين المسلمين– والعياذ بالله تعالى – أو إسلام أحد الزوجين المجوسيين وامتناع الآخر عن الإسلام وغير ذلك.. إلا أن ذلك كله لا يسمى طلاقاً سوى الأول الذي يكون بإرادة الزوج الخاصة وعبارته[١].

المبحث الأول

شروط المطلق

أهم القواعد الفقهية في شروط المطلق فهي: **يقع طلاق من لزمه فرض الصلاة والحدود**[٢]. **وكل زوجة طلقها زوج بالغ يلزمها الطلاق**[٣].

وقد اتفق أهل العلم على ذلك إجمالاً مع خلاف يسير، إليك تفصيل أقوالهم فيه:

الشرط الأول: الإسلام.

ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاق المسلم وغير المسلم، لأنه –عند غير الحنفية[١]– مكلف بفروع الشريعة، وذهب فقهاء المالكية إلى عدم وقوع طلاق غير المسلم على القول المعتمد، فلا يصح الطلاق من كافر عندهم ويشترط الإسلام لنفاذ الطلاق.

---

[١] ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ٢٤٢/٣

[٢] الشافعي: الأم، ٢٦٩/٥.

[٣] المرجع السابق، ٢٧٥/٥.

وسبب اختلافهم في صحة وقوع طلاق الكافر هو اختلافهم في القاعدة الفقهية: **الكفار؛ هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟**[٢].

أما طلاق المرتد: فهو موقوف إذا كان بعد الدخول، فإن أسلم في العدة تأكد وقوعه، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة، أو ارتد قبل الدخول فطلاقه باطل؛ لانفساخ النكاح قبله، باختلاف الدين[٣].

الشرط الثاني: البلوغ:

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع الطلاق من الصبي مميزاً كان أو غير مميز، مراهقاً أو غير مراهق، أذن له بذلك أم لا[٤] أجيز بعد ذلك من الوليّ أم لا، على سواء، ذلك لأنّ الطّلاق ضرر محض، فلا يملكه الصّغير ولا يملكه وليّه أيضاً عند الحنفية والشافعية ورواية عند أحمد، خلافاً للمالكية ورواية عن أحمد كما سنبين هذا لاحقاً.

وإليك نقولاً من أقوال الفقهاء في ذلك:

يقول الحنفية: (ولا يقع طلاق الصبي والمجنون، لأنه ليس لهما قول صحيح وكذا المعتوه لا يقع طلاقه)[٥].

ويقول المالكية: (وأما طلاق الصبي فإن المشهور عن مالك أنه لا يلزمه حتى يبلغ، والقول الثاني إذا ناهز الاحتلام)[٦].

ويقول الشافعية: (يصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل)[٧].

واستدل الجمهور بقوله عليه الصلاة والسلام: (رفع القلم عن ثلاثة: المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم)[٨]. وبقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه: (اكتموا الصبيان الطلاق)[٩]، فيفهم منه أن فائدته ألا يطلقوا[١٠].

---

(١) خلافاً للكرخيِّ والجصَّاص وهما من الحنفية، إذ وافقوا الجمهور في هذا [الشيرازي شرح اللُّمَع، ٢٧٧/١، الغزالي: المستصفى، ٩١/١]

(٢) القرافي: الفروق، ٢١٨/١-٢١٩. الفرق ٤١. المقري: القواعد، ٤٧٠/٢. الونشريسي: إيضاح المسالك، ٢٨٣. وانظر اختلاف أهل العلم في ذلك لاحقاً.

(٣) ابن رشد: بداية المجتهد، ٨١/٢، الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٩/٣، الدردير: الشرح الكبير، ٣٦٥/٢، الدردير: الشرح الصغير- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية أبوظبي، ٥٢٦/٢-٥٤٢، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٤٣/٩.

(٤) ابن الهمام: فتح القدير، ٢١/٣، ٣٨-٤٠، الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٩/٣، الدردير: الشرح الكبير، ٣٦٥/٢، ابن رشد: بداية المجتهد، ٨١/٢-٨٣، الدردير: الشرح الصغير، ٥٢٦/٢-٥٤٢ وما بعدها، الشيرازي: المهذب، ٧٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣-٢٨٩، البهوتي: كشاف القناع، ٢٦٢/٥-٢٦٥، ابن جزي: القوانين الفقهية ٢٢٧ ومابعدها، ابن قدامة: المغني،٣٤٩/١

(٥) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٨/٣.

(٦) ابن رشد: بداية المجتهد، ٤٨/٢.

(٧) الشيرازي: المهذب، ٨٢/٢.

(٨) أبو داود: السنن، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، ١٤١/٤، برقم ٤٤٠٣. ورواه أبو داود أيضاً بلفظ آخر: (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبي حتى يكبر) ١٣٩/٤ برقم ٤٣٩٨. وبلفظ آخر أيضاً: (رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم وعن الصبي حتى يحتلم) ١٤٠/٤ برقم ٤٤٠١. ورواه الترمذي في السنن، في كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، بلفظ: (ثم رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل) قال حديث حسن غريب، ٩٢/٤ برقم ١٤٢٣. ورواه النسائي: السنن الكبرى، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، عن عائشة بلفظ: (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق)، ٣٦٠/٣. برقم ٥٦٢٥. وهكذا رواه ابن ماجه أيضاً: السنن، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ٦٥٨/١ برقم ٢٠٤١. ورواه الحاكم في المستدرك، ٣٨٩/١ برقم ٩٤٩ و ٦٧/٢ برقم ٢٣٥٠ و ٦٨/٢ برقم ٢٣٥١ و ٤٣٠/٤ برقم ٨١٧٠. وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٩) ابن أبي شيبة: المصنف، كتاب الطلاق، ما قالوا في الصبي، ٧٤/٤ برقم ٣٢.

(١٠) ابن قدامة: المغني، ٣١٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٢٦٢/٥-٢٦٥، ابن جزي: القوانين الفقهية: ص ٢٢٧.

وقال الحنابلة: إذا عقل الصبي الطلاق وعلم أنه به تبين زوجته وتحرم عليه، يقع طلاقه، أمّا من لا يعقل فوافقوا الجمهور في أنّه لا يقع طلاقه. وذلك لأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق، فوقع كطلاق البالغ[١].

وذكر بعضهم: إنه من العشر سنين إلى اثنتي عشرة[٢]. وذلك لعموم الحديث المتقدم: (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)[٣].

واستدلوا أيضاً بما أردناه آنفاً من قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه الذي رواه ابن أبي شيبة[٤] بإسنادٍ بإسنادٍ صحيح أنه قال: (اكتموا الصبيان الطلاق)[٥]، وقالوا: إن مفهومه يدل على أن الطلاق يقع من الصبيان، حيث يفهم من هذا الأثر، أنه طالما يمكن أن يعقل الصبي الطلاق أومعناه وما يترتب عليه، فيجب أن نكتمه عنه ولا نبينه له، حتى لا يوقعه.

جاء في المغني: وأمّا الصّبيّ الّذي لا يعقل فلا خلاف في أنّه لا طلاق له، وأمّا الّذي يعقل الطّلاق، ويعلم أنّ زوجته تبين منه به وتحرم عليه: فأكثر الرّوايات عن أحمد أنّ طلاقه يقع، وروي عن أحمد: لا يجوز طلاقه حتّى يحتلم، وهو قول النّخعيّ، والزّهريّ. وعن سعيد بن المسيّب: إذا أحصى الصّلاة وصام رمضان جاز طلاقه، وقال عطاء: إذا بلغ أن يصيب النّساء[٦].

الشرط الثالث: العقل.

اتفق أهل العلم على سلامة العقل لإيقاع الطلاق، لأن العقل مناط التكليف، فزوال العقل بجنون، أو إغماء، أو نوم، أو سُكرٍ بطريق غير محرم يمنع وقوع الطلاق، وسوف نفصل ما أجملناه في التالي:

أولاً: طلاق المجنون.

الجنون: آفة في العقل تجعله غير أهل للتكاليف[٧]، أو هو: مرض مسبب عن اختلاط في العقل أو زواله أو فساده بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج عاقل سليم إلا نادراً [٨].

وهو نوعان:

جنون مطبق: أي مستمر في كل حياة الإنسان ولا يفيق صاحبه أبداً، وهذا لا يصح طلاقه، وتبطل كل تصرفاته.

---

[١] البهوتي: الرّوض المرْبع شرْح زاد المسْتنقع ومعه حاشيته للنجدي، ١٩٩٦، ١٥٠/٣

[٢] المصادر السابقة.

[٣] ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد،٦٧٢/١ برقم ٢٠٨١. من حديث ابن عباس. وضعف إسناده البوصيري في مصباح مصباح الزجاجة ١٣١/٢. ورواه أيضاً البيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في عدد طلاق العبد ومن قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ومن قال هما جميعا بالنساء، ٣٧٠/٧ برقم ١٤٩٥٦. الدارقطني: السنن، ٣٧/٤. برقم ١٠٢ و١٠٣.

[٤] ابن أبي شيبة (١٥٩–٢٣٥هـ) عبد الله بن محمد، أبو بكر، العبسي، من أهل الكوفة.إمام في الحديث. سمع عن سيفان بن عيينة، وعبد الله ابن المبارك وطبقتهم. وروى عنه البخاري ومسلم وأحمد بن حنبل وآخرون. له: (المصنف في الأحاديث والآثار) و(المسند) و(الأحكام) و(التفسير) [تذكرة الحفاظ ١٨/٢، وشذرات الذهب ٨٥/٢، وتاريخ بغداد ٦٦/١٠]

[٥] ابن أبي شيبة: المصنف، كتاب الطلاق، ما قالوا في الصبي، ٧٤/٤ برقم ٣٢.

[٦] ابن قدامة: المغني، ٣١٢/٧

[٧] الجرجاني: التعريفات ٨٢. التعريفات الفقهية ص ٢٥٤.

[٨] المطرزي: أبو الفتح ناصر بن عبد السيد (٦١٦هـ) المغرب في ترتيب المعرب، بيروت: دار الكتاب العربي. ٩٤.

وجنون متقطع أو غير مطبق: وهو الذي يجن صاحبه تارة ويفيق أخرى، فلا يقع طلاقه في حالة الجنون، ويقع في حالة الإفاقة[١].

وقد ألحق الفقهاء بالمجنون، النائم، والمغمى عليه[٢]، والمدهوش[٣] والمبرسم[٤].

وقد اتفق أهل العلم على أنه لا يصح طلاق المجنون والمدهوش ومثله المغمى عليه، لفقدان أهلية الأداء في المجنون ونقصانها في المدهوش.

واستدل الفقهاء على اشتراط البلوغ والعقل: بحديث (كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون)[٥]، وحديث (رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يُفيق)[٦]، ولأن الطلاق تصرف يحتاج إلى إدراك كامل وعقل وافر، وهذا لا يتوافر في الصبي والمجنون، ولأن الطلاق تصرف ضار، فلا يملكه الصبي ولو كان مميزاً أو أجازه الولي.

ثانياً: طلاق المعتوه.

المعتوه: هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم كما يقول ابن الهمام، فلا يقع طلاقه لفساد العقل الذي هو مناط التكليف، ولنقصان أهليه الأداء لديه[٧]. وذلك لحديث: (كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه، والمغلوب على عقله)[٨]. وقال عليٌّ رضي الله عنه: كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه[٩].

ثالثاً: طلاق السفيه.

السفيه: هو خفيف العقل، الذي يتصرف في ماله على خلاف مقتضى الشرع والعقل السليم.

---

(١) انظر: القاعدة الفقهية: "الجنون إذا وجد مرة فهو لازم أبداً التي سنذكرها لاحقاً".

(٢) الإغماء: غياب القوى الواعية في الإنسان لفترة مؤقتة بسبب آفة لحقت به، فهو كالنوم في مدته، وكالجنون في كونه(ابن عابدين٢٤٣/٣)

(٣) المدهوش: هو الذي اعترته حالة انفعال أو غضب ففقد تمييزه، فأصبح لا يدري فيها ما يقول أو ما يفعل، أو يحصل الخلل والانفعال في أقواله وأفعاله بسبب فرط الخوف أو الحزن.(ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٢٤٤/٣)

(٤) المبرسم: كما نقله ابن عابدين عن البحر أنه: ورم حار يعرض للحجاب الذي بين الكبد والأمعاء ثم يتصل بالدماغ (ابن عابدين:٢٤٣/٣).

(٥) قال عنه الزيلعي: حديث غريب، وأخرج الترمذي في السنن عن أبي هريرة: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» في باب ما جاء في طلاق المعتوه. ٤٩٦/٣. برقم ١١٩١. وفيه ضعيف، وروى ابن أبي شيبة عن علي قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه» ٧٢/٤ (انظر: نصب الراية، ٢٢١/٣-٢٢٢).

(٦) أبو داود: السنن، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، ١٤١/٤، برقم ٤٤٠٣. ورواه أبو داود أيضاً بلفظ آخر: (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبي حتى يكبر) ١٣٩/٤ برقم ٤٣٩٨. وبلفظ آخر أيضاً: (رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم وعن الصبي حتى يحتلم) ١٤٠/٤ برقم ٤٤٠١. ورواه الترمذي في السنن، في كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، بلفظ: (ثم رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل) قال حديث حسن غريب، ٩٢/٤ برقم ١٤٢٣. ورواه النسائي: السنن الكبرى، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، عن عائشة بلفظ: (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق)، ٣٦٠/٣. برقم ٥٦٢٥. وهكذا رواه ابن ماجه أيضاً: السنن، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ٦٥٨/١ برقم ٢٠٤١. ورواه الحاكم في المستدرك، ٣٨٩/١ برقم ٩٤٩ و ٦٧/٢ برقم ٢٣٥٠ و ٦٨/٢ برقم ٢٣٥١ و ٤٣٠/٤ برقم ٨١٧٠. وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٧) ابن الهمام: شرح فتح القدير ٤٦٨/٣، الدردير: الشرح الكبير ٣٦٥/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٣/٣، ابن قدامة: المغني ٣٤٥/١٠

(٨) قال عنه الزيلعي: حديث غريب، وأخرج الترمذي عن أبي هريرة: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» في باب ما جاء في طلاق المعتوه. ٤٩٦/٣. برقم ١١٩١. وفيه ضعيف، وروى ابن أبي شيبة عن علي قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه»، ما قالوا في طلاق المعتوه ٧٢/٤ والبيهقي: السنن الكبرى، باب لا يجوز طلاق الصبي حتى يبلغ ولا طلاق المعتوه حتى يفيق، ٣٥٧/٧. برقم ١٤٨٨٧. (انظر: نصب الراية، ٢٢١/٣-٢٢٢).

(٩) سبق تخريجه.

وعرفته مجلة الأحكام العدلية م ٩٤٦: هو الذي ينفق ماله في غير موضعه ويبذر في نفقاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف[١].

وقد اتفق أهل العلم من المذاهب على أنه ينفذ طلاق السفيه المحجور عليه، إذا كان بالغاً ولو بغير إذن وليه؛ لأنه مكلف مالك لمحل الطلاق، ولأن موضع الحجر هو التصرفات المالية، والطلاق وأثره ليس من التصرفات المالية، والرشد ليس شرطاً لوقوع الطلاق. وإذا نتج عن طلاق السفيه آثار مالية كالمهر فهي تبع لا أصل[٢].

وقال الشيعة الإمامية وعطاء: يتوقف طلاق السفيه على إذن الولي أو يصح بما لا يوجب مالاً؛ لأنه تصرف ضار ضرراً محضاً[٣].

يقول أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني تعليقاً على هذا: (وفي رأيي أن السفيه لا يملك التصرف في أمواله لعدم رشده، وللدلالة على اضطراب عقله، وضعف تدبيره، كيف نسمح له بطلاق زوجته؟.. وهل هذا أقل أهمية وأضعف أثراً من التصرف في القليل من ماله؟ وحتى من الناحية المالية. أليس في الطلاق تبعات مالية من دفع مؤخر الصداق ونفقة العدة، وقد يسبب له الطلاق الزواج ثانية فيكبده أموالاً أخرى؟ إن من لا يحسن التصرف في أمواله، جدير به ألا يحسن التصرف في بيته فيسيء إلى زوجته فيطلقها. إن من المصلحة أن يحجر على السفيه في طلاقه كما يحجر عليه في أمواله)[٤].

ويتفرع عن شرط البلوغ والعقل في الطلاق، مسألة حكم تطليق الولي.

مطلب: حكم تطليق الولي.

إذا كان الزوج صغيراً أو غير مكلف وطالبت الزوجة بالطلاق، أو لم تطالب، فهل لولي الزوج القاصر أن يطلق عنه.

اختلف الفقهاء في حكم تطليق الولي:

قال الأحناف والشافعية ورواية عند أحمد: ليس للولي أن يطلق عن موليه أبداً، وإن كان له أن يزوجه.

ذكر ابن عابدين: (لا يصح طلاق المولي نيابة عن الصغير والمجنون)[٥].

وجاء في مغني المحتاج: (كونه من زوج أو وكيله، فلا يقع طلاق غيره إلا في المولي يطلق عليه الحاكم)[٦].

وعند الحنابلة روايتان، جاء في المحرر: (لا يقع الطلاق إلا من زوج، وعنه (أي أحمد) أن والد الصبي والمجنون يطلق عنهما)[٧] .

---

[١] رستم باز، سليم، شرح مجلة الأحكام العدلية م ٩٤٦.

[٢] الموسوعة الفقهية: ج ٢٥ مادة سفه، وجزء ٢٩ ص ١٩، وابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٣٨/٣، حاشية الدسوقي، ٣٦٥/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣، وابن قدامة: المغني، ٣١٥/٧، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٤٤/٩.

[٣] الحلي، جعفر بن الحسن: المختصر النافع في فقه الإمامية-مؤسسة البلاغ، ٢٠٠٤هـ، ص ١٦٥، الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٣٥٢/١.

[٤] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٣٥٢/١.

[٥] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤٢٨/٢.

[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣.

[٧] البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ٢٣٣/٥.

وقال المالكية ورواية عن أحمد: يجوز لولي الصغير أو المجنون الطلاق عليهما[١].
يقول الخرشي[٢] في شرحه مختصر خليل: (ويجوز صدور الطلاق من ولي الصغير سواء كان أباً أو وصياً أو سلطاناً أو نائباً على وجه النظر في الجميع)[٣].

الترجيح:

يقول أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني حفظه الله: (والذي نراه أن الطلاق كسائر التصرفات لا بد فيه من كمال الأهلية، فلا طلاق من صبي ولا مجنون، ونظراً للمصلحة والضرورة في كثير من الحالات، فإننا نميل إلى إعطاء هذا الحق للقاضي.

والقواعد العامة تقتضي بأن ممارسة هذا الحق تتعلق بأهلية المدعي، لا أهلية المدعى عليه، فإذا كانت الزوجة كبيرة ورفعت الدعوى على زوجها المجنون طالبة التفريق للضرر، فعلى القاضي أن يتولى نيابة التفريق عن الزوج لرفع الظلم، حيث تعذر الإمساك بالمعروف، وهذا ما عليه العمل في قوانين البلاد العربية حيث لا يجوز للولي الطلاق نيابة عن الزوج القاصر إنما للقاضي هذا الحق بناء على طلب الزوجة)[٤].

أما الصبي فلم يعد بين القوانين من يسمح بزواج من كان دون سن البلوغ فلم يعد للأمر أهمية.

الشرط الرابع: أن يكون زوجاً:

يشترط في المطلق أن يكون بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح، وقد اتفق الفقهاء على أنه لا يقع طلاق غير الزوج أو وكيله، لحديث «لا طلاق قبل النكاح، ولا عتق قبل ملك»[٥]. ولحديث: (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)[٦].

ولنص القواعد الفقهية: الطلاق يثبت بثبوت النكاح ويسقط بسقوطه[٧]. ومن أعتق ما لا يملك ثم ملك لا لا ينفذ عتقه[٨]. والطلاق في الأجنبية غير لازم[٩].

---

[١] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٢٧/٢، الحطاب: مواهب الجليل ٢٦/٤، شرح الخرشي ١٧١/٣. البهوتي: كشاف القناع، ٢٣٣/٥.

[٢] الخرشي (١٠١٠–١١٠١هـ) محمد بن عبد الله الخراشي المالكي. أول من تولى مشيخة الازهر. نسبته الي قرية يقال لها: أبو خراش من البحيرة بمصر. أقام بالقاهرة وتوفي بها. له: (الشرح الكبير على متن خليل)؛ و(الشرح الصغير)؛ (الفوائد السنية شرح المقدمة السنوسية). [تاريخ الازهر ١٢٤، وسلك الدرر ٦٢/٤ وانظر مقدمة حاشية العدوي على شرحه لمختصر خليل].

[٣] شرح الخرشي، ١٥٥/٣.

[٤] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٣٤٩/١.

[٥] رواه بهذا اللفظ ابن ماجه في السنن، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح، ٦٦٠/١ برقم ٢٠٤٦. وقد عنون البخاري في صحيحه في كتاب الطلاق باب لا طلاق قبل النكاح، ٢٠١٧/٥. ورواه أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح، بلفظ: "لا طلاق إلا فيما تملك"، ٢٥٨/٢ برقم ٢١٩٠، ورواه الترمذي في السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح، بلفظ: "لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك" ٤٨٦/٣ برقم ١١٨١. وأخرجه الحاكم في المستدرك، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: "لا طلاق قبل النكاح" ٢٢٢/٢. برقم ٢٨٢٠. وانظر: (الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٤٠/٦. الزيلعي: نصب الراية، ٢٣٠/٣ وما بعدها).

[٦] ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، ٦٧٢/١ برقم ٢٠٨١. من حديث ابن عباس. وضعف إسناده البوصيري في مصباح مصباح الزجاجة ١٣١/٢. ورواه أيضاً البيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في عدد طلاق العبد ومن قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ومن قال هما جميعا بالنساء، ٣٧٠/٧ برقم ١٤٩٥٦. الدارقطني: السنن، ٣٧/٤. برقم ١٠٢ و١٠٣.

[٧] الشافعي: الأم،، ٦٠/٥ و٦٢ و٦٣ و١٩٢ و١٩٣.

[٨] السرخسي: المبسوط، ١١١/٢٢.

[٩] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٤١٦/٤.

وبناء عليه: فإن طلاق المرأة الأجنبية عن الزوج لا ينفذ، لأن من شروط نفوذ الطلاق ووقوعه، الولاية على المحل، وذلك بملك عصمة الزوجية، فالتي لا يملك عصمتها لا يلزمه طلاقها، كمن قال لأجنبية: أنت طالق، فلا ينفذ عليه طلاقها هذا وإن تزوجها بعد، لأنه لا محل لولايته عليها.

ولكننا سوف نبحث لاحقاً عند حديثنا عن شروط المطلقة، اختلاف السادة الفقهاء في حكم تعليق الرجل الطلاق على ملك العصمة أو النكاح، كمن يقول لامرأة أجنبية إن تزوجتك فأنت طالق.

المبحث الثاني
القواعد الفقهية المتعلقة في المطلق

قاعدة رقم (١).

(إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)[١].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة جزء من حديث شريف عن ابن عباس قال: (ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال: يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرِّق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)[٢].

ومعنى الساق في اللغة: هو من الأعضاء، أنثى، وهو ما بين الركبة والقدم[٣].

والمراد بالساق الذي ورد بالحديث، كناية عن ملك حل الاستمتاع، أي أن الطلاق حق الزوج الذي له أن يأخذ بساق المرأة، لا حق المولى، فالزوج الذي يملك حق الاستمتاع، وهو الذي يملك إيقاع الطلاق وحل العصمة، ولو كان عبداً تحت سيده، فليس للسيد أن يطلق عليه زوجته.

لكن لا بد من الإشارة هنا إلى أن السادة الفقهاء قد اختلفوا في هل يملك السيد أن يجبر عبده الكبير على النكاح أو الطلاق ؟.

فقال أبو حنيفة ومالك والشافعي في القديم: له إجباره وإذا جاز إدخاله في النكاح قهراً فله إخراجه عنه قهراً[٤]، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ﴾[النور:٣٢].

وقال الشافعي في الجديد وأحمد لا يملك السيد ذلك، بناء على أن السيد ليس له إجبار عبده على النكاح[٥].

قاعدة رقم (٢).

الغُنم بالغُرم.

معنى هذه القاعدة:

---

[١] ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد،٦٧٢/١ برقم ٢٠٨١. من حديث ابن عباس. وضعف إسناده البوصيري في مصباح مصباح الزجاجة ١٣١/٢. ورواه أيضاً البيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في عدد طلاق العبد ومن قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ومن قال هما جميعا بالنساء، ٣٧٠/٧ برقم ١٤٩٥٦. الدارقطني: السنن، ٣٧/٤. برقم ١٠٢ و١٠٣.

[٢] سبق تخريجه.

[٣] الفيومي: المصباح المنير مادة "سوق"

[٤] ابن نجيم: البحر الرائق، ٢١٢/٣، العيني: البناية في شرح الهداية- بيروت: دار الكتب العلمية،٧٥٣/٤. الحطاب: مواهب الجليل، ٤٢٦/٣. النفراوي: كفاية الطالب الرباني شرح رسالة أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني- دبي: دار القلم ١٩٩٣. ١٥١/٣. القرافي: الذخيرة، ٢٣٢/٤. النووي: روضة الطالبين، ١٠٢/٧. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٢١/٣.

[٥] النووي: روضة الطالبين، ١٠٢/٧، وقال النووي وهو الأصح. الرملي: نهاية المحتاج، ٢٦٨/٦. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ٢٢١/٣. ابن قدامة: المغني، ٤٠٠/٧، البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستقنع، ٣٤٣. المقدسي: العدة في شرح العمدة، ٣٦٠..

الغُنم: من الغنيمة والكسب[١].
والغُرم: هو من الغرامة والخسارة [٢].

فلقد جعل الطلاق بيد الرجل وإرادته، حفاظاً على الزواج وتقديراً لمخاطر إنهائه بسرعة، لأن الرجل بما أنفق في سبيل هذا الزواج من مال، وبما ألقي عليه من تبعات مالية ونفقات، وماله من حرص على أولاده الذين ينسبون إليه، وما يترتب على الطلاق من عواقب، يجعله يفكر، ويقدر قبل الإقدام عليه، ويوازن بين التبعات المترتبة عليه والحاجة الدافعة إليه، فهو أكثر تقديراً لعواقب الأمور، وأبعد عن التصرف الطائش الذي يلحق به ضرراً.
والعرب تقول: يتولّى حارّها من تولّى قارّها ! أي من تولى بارد الشيء ويسيره يتولّى شدّته.
فالذي تولّى النفقة وأُلزِم بها هو الذي يتولّى الطلاق، ثم إنه حُمّل القوامة فيكون الطلاق بيده، قال تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾[النساء:٣٤].

فهو أولى من المرأة في حق التطليق لأمرين:

الأمر الأول: ما يترتب على الطلاق من تبعات وتكاليف مالية، من مهر مؤجل، ونفقة ومتعة –عند من يقول بوجوبها– وأجرة حضانة للأولاد، والمرأة لا تتضرر مالياً ألبتة بالطلاق، فلا تتروى في إيقاعه بسرعة متى اختصمت مع الزوج، نكاية فيه وعناداً ورغبة في الانتقام منه.

الأمر الثاني: أن المرأة تحكمها العاطفة، وتلك ميزتها وفضيلتها، والعاطفة إذا سيطرت على الأمور الخطيرة قد تضر، فإذا ملكت حق التطليق، فربما أوقعت الطلاق لأسباب يسيرة لا تستحق في هدم الحياة الأسرية.
قال الماورديّ: (والطلاق لا يصح إلا من زوج ولا يقع إلا على زوجة، فيختص الزوج بالطلاق، وإن اشترك الزوجان في عقد النكاح، وهو أحد التأويلات في قوله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[البقر:٢٢٨]. إن الرجل يملك الطلاق ولا تملكه الزوجة، فإن قيل: فلم اشترك الزوجان في النكاح، وتفرد الزوج بالطلاق، قيل لأمرين: أحدهما أنه لما اشترك الزوجان بالاستمتاع، جاز أن يشتركا في عقد الزواج، ولما اختص الزوج بالتزام المئونة جاز أن يختص الزوج بإيقاع الفرقة.
والثاني: أن المرأة لم يجعل الطلاق إليها، لأن عاطفتها تغلبها فلم تؤمن منها معاجلة الطلاق عند التنافر والرجل أغلب لشهوته منها وإنه يؤمن منه معالجة الطلاق عند التنافر)[٣].

وليس من المصلحة، ولا تتحقق فائدة من الدعوى التي يطلقها بعض المعاصرين، من جعل الطلاق بيد القاضي لمخالفته للحكم المقرر شرعاً من جعل الطلاق بيد الزوج ولاعتقاد الرجل في حقه إيقاع الطلاق شرعاً، فإذا أوقعه حدثت الفرقة، دون حاجة إلى انتظار حكم القاضي.

---

[١] الرازي: مختار الصحاح، الفيروزآبادي: القاموس المحيط مادة" غنم"
[٢] المراجع السابقة مادة " غرم"
[٣] الماوردي: الحاوي الكبير، ١١٣/١٠.

وهو ليس في مصلحة المرأة نفسها، لأن بعض أسبابه قد تكون سرية، يظللها الستر بين الزوجين ومما لا يسوغ إعلانه. فإذا جعل الطلاق للقاضي انكشفت أسرار الحياة الزوجية بنشر الحكم، وتسجيل أسبابه في ملفات القضاء، وقد يعسر إثبات الأسباب لنفور طبيعي وتباين أخلاقي[١].

قاعدة رقم (٣).

الكفار؛ هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟[٢].

معنى القاعدة:

أجمع أهل العِلم على أنَّ الكفَّار مخاطَبون بأصول الشريعة؛ لأنَّ الله تعالى أمَرَهم بالإيمان[٣].

ولكن وَقَعَ الخِلاف في فُروع الشريعة، وللأصوليين في ذلك ستة أقوال:

القول الأول: إنهم مخاطبون بفروع الشريعة؛ كالصلاة والزكاة، وهذا مذهب جمهور الأصوليين؛ وظاهر مذهب مالك وهو قول الشافعي وأقوى الروايتَيْن عن الإمام أحمد، وهو قول جماعة مِن الحنفية، منهم الكرخي والجصَّاص[٤]، وهو مذهب المعتزلة أيضاً.

القول الثاني: إنهم غير مخاطَبين بها، وهو قول أكثر الحنفية، ورواية عن أحمد وأبو إسحاق الإسفرائيني[٥] من الشافعية، وابن خويز منداد مِن المالكية[٦].

القول الثالث: إنهم مخاطَبون بالنواهي دون الأوامِر، وهو رواية عن أحمد، وإليه ذهب الجرجاني والقاضي أبو يعلى[٧] في المجرد.

القول الرابع: إنهم مخاطبون بما دون الجهاد.

القول الخامس: إن الكافر المرتد مخاطب بفروع الشريعة دون الكافِر الأصلي.

القول السادس: ومنهم مَن جَعَل غير الحربي مُكَلَّفاً واستثنى الحربي، ومنهم مَن اختار التوقف[٨].

ومهما يَكُن مِن أمر فلا ينبغي أنْ يُخْتَلَف على أنَّ مَن عاش مِن أهل الذمة بيننا أنه تجري عليهم أحكامنا في المعاملات والعقوبات.

---

[١] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٢٨٢-٢٨٤. الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٦٠/٧.

[٢] القرافي: الفروق، ٢١٨/١-٢١٩. الفرق ٤١. المقري: القواعد، ٤٧٠/٢. الونشريسي: إيضاح المسالك، ٢٨٣.

[٣] الزركشي: البحر المحيط، ٣٧٩/١، ابن السبكي: الإبهاج، ١٧٧/١، ابن النجار: شرح الكوكب المنير، ٥٠٢/١.

[٤] الجصاص (٣٠٥–٣٧٠هـ) أحمد بن علي، أبو بكر الرازي. من فقهاء الحنفية. سكن بغداد ودرس تتلمذ على الكرخي. انتهت إليه رئاسة الحنفية في وقته. خوطب في أن يلي القضاء فامتنع. له (أحكام القرآن) و(شرح مختصر الكرخي) و(شرح الجامع الصغير) [الجواهر المضية٨٤/١؛ الامام لعجيل جاسم النشمي].

[٥] أبو إسحاق الإسفرائيني (-٤١٨هـ) إبراهيم بن محمد، نسبته إلى إسفرايين، بنواحي نيسابور. فقيه وأصولي شافعي وشيخ خرسان في زمانه. قيل إنه بلغ رتبة الاجتهاد، أقام بالعراق ثم عاد الى إسفرايين، فلزمها ودرس فيها. له: (الجامع في أصول الدين) و(تعليقته في أصول الفقه). [طبقات الفقهاء للشيرازي١٠٦، طبقات الشافعية لابن هداية الله ٤٥، شذرات الذهب٢٠٩/٣].

[٦] ابن خويز منداد (-٣٩٠هـ) محمد بن أحمد بن عبد الله العراقي. فقيه وأصولي مالكي. صاحب أبي بكر الأبهري. قال القاضي عياض: وقد تكلم فيه أبو الوليد الباجي وقال: لم أسمع له من علماء العراقيين ذكراً. له: (كتاب كبير في الخلاف)، (كتاب في أصول الفقه)، (اختيارات في الفقه). [الوافي بالوفيات٥٢/٢، معجم المؤلفين ٢٨٠/٨].

[٧] القاضي أبو يعلى الفراء(٣٨٠-٤٥٨هـ) محمد بن الحسين البغدادي، شيخ الحنابلة في وقته. وعالم عصره في الأصول والفروع.له: (أحكام القرآن)؛ و(الأحكام السلطانية)؛ و(المجرد)؛ (الجامع الصغير)؛ (الكفاية). [طبقات الحنابلة لابن أبى يعلى١٩٣/٢–٢٣٠؛ الأعلام للزركلي٢٣١/٦؛ شذرات الذهب ٣٠٦/٣]

[٨] انظر في هذه المسألة: الشيرازي شرح اللُمَع، ٢٧٧/١، الغزالي: المستصفى، ٩١/١، ابن النجار: شرح الكوكب المنير، ٥٠٠/١، ابن السبكي: الإبهاج، ١٧٧/١، ابن بدران: روضة الناظِر مع نزهة الخاطِر،١٧٠/١.

والذين قالوا: إنهم مخاطَبون بفروع الشريعة استدلُّوا بقول الله سبحانه وتعالى: ﴿مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرَ * قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ ٱلْمُصَلِّينَ* وَلَمْ نَكُ نُطْعِمُ ٱلْمِسْكِينَ﴾[المدثر:٤٢-٤٣]، فعاقبهم على ترك الصلاة؛ فدل على أنهم مكلفون بها. وبقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَوَيْلٌ لِّلْمُشْرِكِينَ*ٱلَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَهُم بِٱلْآخِرَةِ هُمْ كَٰفِرُونَ﴾[فُصِّلَت:٦-٧]، فرَتَّب العقوبة على عدم إتيانهم الزكاة وأدائهم الصلاة، مع وصفهم بالشِّرك، فدَلَّ على تكليفهم بها[١].

وقد يعترض مُعتَرِض فيقول: كيف يخاطَبون بالصلاة والزكاة وليسوا أهلاً لها لأدائها؟ إذ ليس للمشرِك نية تصِح بها الأعمال.

أو يُقال: ما فائدة تكليفهم بالصلاة والزكاة مع فقدانهم شرطها – وهو النية – وهي متوقِفة على الإسلام؟

والجواب: أنَّ فائدة التكليف بها أنْ يزيد الله لهم العذاب والعقوبة في الآخِرة، فكما يُعاقَبون على ترك الإيمان، يُعاقَبون على ترك العبادات[٢]، لأن الله تعالى قال: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[الإسراء:١٥]، وقد جاءهم الرسول بالفروع كما جاءهم بالأصول.

فإذا اعترض مُعتَرِض فقال: لو أنها كانت تجب عليهم حال شركهم وكفرهم لأوجبنا عليهم القضاء بعد الإسلام، ولا قضاء عليهم بنص حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي يعد قاعدة فقهية: **إنَّ الإسلام يَجُبُّ ما كان قبلَه، وإنَّ الهِجرة تَجُبُّ ما كان قبلها**[٣].

فالجواب: أنَّ الشرع لم يوجِب عليهم القضاء تخفيفاً عليهم، ورفعاً للحرج، وتأليفاً لقلوبهم، إذن فهُم لا يؤمَرون بفعلها حال الكُفر ولا بقضائها إذا أسلموا، وإنما فائدة تكليفهم أنهم يُعاقَبون عليها في الآخِرة.

والراجح: أنَّ الكُفَّار مأمورون بالتزام الشَرْع جُملةً، والقيام بمعالمه تفصيلاً[٤].

فروع على القاعدة:

منها: اختلف أهل العلم في طلاق الكافر كما مر سابقاً، واللعان والظهار والإيلاء والعدة كما سيأتي لاحقاً.

قاعدة رقم (٤).

العتق لا ينفذ بدون قيام الملك في المحل عند وجود الشرط[٥].

وفي لفظ:

- العتق يستدعي حقيقة الملك[٦].

معنى القواعد:

هذه القواعد لا تختص بالعتق بل تعم كل تصرف متعلق بالإطلاق أو التقييد.

---

[١] الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ١٤٦/١.

[٢] الرازي: المحصول، ٢٣٨/٢.

[٣] رواه أحمد في مسنَده، ٢٠٤/٤، ١٩٨، ٢٠٥، والبيهقي: السُنَن الكُبرى، باب ما قسم من الدور والأراضي في الجاهلية ثم أسلم أهلها، ١٢٣/٩، مِن حديث عمرو بن العاص، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٣٥١/٩: رواه أحمد والطبراني ورجالهما ثِقات.

[٤] انظر في هذه المسألة: الشيرازي شرح اللُمَع، ٢٧٧/١، الغزالي المستصفى، ٩١/١، ابن النجار: شرح الكوكب المنير، ٥٠٠/١، ابن السبكي: الإبهاج، ١٧٧/١، ابن بدران: روضة الناظِر مع نزهة الخاطِر، ١٧٠/١.

[٥] السرخسي، محمد بن أحمد (٤٩٠هـ) : شرح السير الكبير للإمام محمد بن الحسن، تحقيق صلاح الدين المنجد،١٩٧١م. ص ١٩٣٥.

[٦] السرخسي: شرح السير الكبير، ١٩٢٤.

وتشير: أن التصرف يوجب أن يكون المتصرف مالكاً لما يتصرف به، ولا ينفذ هذا التصرف دون قيام الملك ووجوده في المتصرف به عند وجود شرطه، أو يوجد الإذن بالتصرف من الملك إن كان المتصرف غير مالك، كالوكيل أو الفضولي لوقوع العتق أو الطلاق أو البيع أو غيرهما، والمراد بالشرط: الشرط التقييدي.

فروع على القاعدة:

منها: من طلق امرأة ليست زوجة له لا تطلق.

وأيضاً: من قال لزوجته إن طلقت فلاناً فأنت طالق ثم طلقها بسبب آخر قبل أن تكلم فلاناً وبعد ذلك كلمت من نهيت عن تكليمه فلا يقع عليها طلاق لأنها لم تعد زوجة له إذا كلمت بعد انتهاء عدتها إذا كان الطلاق رجعياً[١].

قاعدة رقم (٥).

الطلاق قبل الملك لا يلزم إلا بالتعليق[٢].

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال الرجل عن أجنبية عليه: حرمتها أو هي حرام عليه، فإنه لا يلزمه الطلاق إذا تزوجها، إلا إذا علق التحريم على الزواج بأن قال: إن تزوجتها فهي عليّ حرام وهو محل خلاف بين أهل العلم كما سيأتي.

قاعدة رقم (٦).

من أعتق ما لا يملك ثم ملك لا ينفذ عتقه[٣].

وفي لفظ:

- إنشاء العتق متى سبق الملك لا ينفذ بحدوث الملك في المحل[٤].

معنى القواعد:

هاتان القاعدتان وإن كانتا تخصان مسألة العتق، لكنهما في حقيقتهما أعم معنى من ذلك، حيث إن من تصرف تصرفاً قولياً فيما لا يملك، ثم ملك بعد ذلك ما تصرف بقوله فيه، فإن قوله السابق لا ينفذ ولا اعتداد به.

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق رجل امرأة لم يتزوجها أو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، ثم تزوجها لم يقع طلاقه السابق عليها[٥].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٨٩/٦.
[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٩٦/٤
[٣] السرخسي: المبسوط،١١١/٢٢.
[٤] المرجع السابق، ١١٥/٢٢.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٩٣٨/١٠.

قاعدة رقم (٧).

يقع طلاق من لزمه فرض الصلاة والحدود[١].

معنى القاعدة:

شرع الطلاق لإنهاء الحياة الزوجية وهو حق للرجل إذا توافرت فيه الشروط اللازمة للتصرف الكامل وفرض الصلاة وإقامة الحدود وهو البالغ العاقل المختار.

فروع على القاعدة:

منها: يقع طلاق كل زوج بالغ غير مغلوب على عقله، وكذلك طلاق السكران وطلاق المولى عليه والعبد، بينما لا يقع طلاق الصبي ولا المجنون ولا المعتوه[٢].

ويستثنى من هذه القاعدة: طلاق الحربي حيث يقع ولا تلزمه الصلاة ولا الحدود وكذلك طلاق المشرك[٣].

قاعدة رقم (٨).

الطلاق يثبت بثبوت النكاح ويسقط بسقوطه[٤].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة: إلى أن الإسلام قد شرع الطلاق لحل عقدة النكاح وإنهاء الاستمرار في الحياة الزوجية، فإن فقد عقد النكاح فلا مكان لوجود الطلاق، وإن وجدت علاقة بين رجل وامرأة بعقد فاسد أو باطل، فالتفريق بينهما يكون فسخاً لا طلاقاً.

فروع على القاعدة:

منها: ثبوت نكاح المشرك فيثبت له الطلاق. وأيضاً: طلاق المشرك ثلاثاً يحرمها عليه. وأيضاً: نكاح الذمي وطلاقه صحيح والطلاق قبل الدخول صحيح. وإذا طلق المشرك واحدة أو اثنتين ثم أسلما فحسب ما طلق عليه في الشرك[٥].

ويستثنى من هذه القاعدة: نكاح المرتد بمسلمة أو مرتدة أو وثنية باطل. وكذلك نكاح الصغير فهو صحيح ولكن لا يقع منه الطلاق[٦].

قاعدة رقم (٩).

كل زوجة طلقها زوج بالغ يلزمها الطلاق[٧].

معنى القاعدة:

---

[١] الشافعي: الأم، ٢٦٩/٥.
[٢] المرجع السابق، ٢٦٩/٥ و٢٧٤/٥ و٢٣٥/٥.
[٣] المرجع السابق، ٢٨٩/٤.
[٤] المرجع السابق، ٦٠/٥ و٦٢ و٦٣ و١٩٢ و١٩٣.
[٥] المرجع السابق، ٦٠/٥.
[٦] المرجع السابق، ٦٢/٥.
[٧] المرجع السابق، ٢٧٥/٥.

الطلاق تفريق بين الزوجين، وكل زوجة طلقها الزوج البالغ العاقل فإن الطلاق يقع عليها، سواء كانت كبيرة أم صغيرة، بكراً أم ثيباً، قبل الدخول أم بعده، في المحيض أم في الطهر، عاقلة أم معتوهة أو مجنونة، مسلمة أم كتابية، ولو في العدة[١].

ويستثنى من هذه القاعدة: الزوجة الصغيرة إذا ملَّكها الرجل نفسها، أو خيرها، فليس لها ذلك، وكذلك الأمة الصبية، إذا اعتقت فاختارت الفراق فليس لها ذلك، وكذلك الزوجة المعتوهة أو المجنونة إذا ملكها الرجل نفسها أو خيرها فليس لها ذلك[٢].

قاعدة رقم (١٠).

بدون الصلاحية لا تعمل العلة[٣].

الصلاحية: من الصلاح وهو ضد الفساد. والعلة: هي وصف مؤثر في الحكم لا بذاته بل بجعل الشارع[٤]، الشارع[٤]، أو هي الوصف الباعث على الحكم[٥]. أو هي: الوصف المعرف للحكم بوضع الشارع[٦].

معنى القاعدة:

فمفاد القاعدة: أن العلة لا تعمل عملها ولا يترتب عليها حكم إلا إذا كانت صالحة لذلك بدون قادح فيها.

فروع على القاعدة:

منها: قالوا لا يكون طلاق الصبي طلاقاً حتى يبلغ، وإذا زوج وظهر على امرأته حبل أو جاءت بولد فلا ينسب إليه لأن الصغير لا يتصور منه إنزال ولا يصلح أن يكون والدا وبدون الصلاحية لا تعمل العلة[٧].

قاعدة رقم (١١).

لا يوصف قبل البلوغ بالكراهة[٨].

معنى القاعدة:

البلوغ: هو وصول الإنسان من عمره مرحلة تجب عليه فيها الأحكام وتحسب عليه تصرفاته القولية والفعلية وهي المرحلة التي يغلب على الظن فيها نضج العقل والإدراك.

ومن علامات البلوغ بالنسبة للرجل: الإنزال والحيض بالنسبة للمرأة أو الإنبات لكليهما أو استكمال خمسة عشرة سنة.

---

[١] الشافعي: الأم، ٢٧٥/٥.
[٢] المرجع السابق، ٢٧٥/٥.
[٣] السرخسي: المبسوط،٥٣/٦
[٤] الغزالي: المستصفى ٣٨٠/٢؛ السرخسي، أبو بكْر محمّد بن أحْمد: أصول السرخسي- بيروت: دار المعرفة، ٣٠٢/٢.
[٥] الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام ٢٢٤/٣
[٦] الرازي: المحصول ١٣٤/٥.
[٧] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٠/٣.
[٨] السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢١٩، ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٢٧٨ و٣٠٦، قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٦٧. الحصني: القواعد، ٤١٠/٢، الزركشي: المنثور في القواعد،٢٩٥/٢.

فقبل وصول الإنسان لهذه المرحلة من عمره فلا توصف أعماله وتصرفاته بالكراهة ولا التحريم؛ لأنه غير مكلف في هذه الحال بشيء من العبادات ولا بشيء من المنهيات، وإن كان يؤمر بالصلاة عند بلوغه سبع سنين للتعود عليها، وهو مثاب على فعل الطاعات تفضلا من الله سبحانه وتعالى.

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق الصبي فلا يقع طلاقه[١].

قاعدة رقم (١٢).

ثبوت الملك باعتبار حال المالك[٢].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة أن المالكين يختلفون في ثبوت ما يمكن أن يملكوه باختلاف أحوالهم، إما الاختلاف في الحرية والرق؛ فالحر يملك ما لا يملكه الرقيق؛ وإما الاختلاف بحال الذكورة والأنوثة؛ فالرجل يملك مالا تملكه المرأة، وإما بحال العقل وعدمه؛ والبلوغ والصغر، ولكل في إثبات الملك أحكام وسواء في ذلك ما يتعلق بالعقود أم ما يتعلق بالإطلاقات كالطلاق والعتاق.

فروع على القاعدة:

منها: الحر يملك أن يطلق ثلاث تطليقات والعبد لا يملك سوى تطليقتين. ومنها: الحرة عدتها ثلاث حيض والأمة حيضتان . ومنها: الرجل يملك أن يطلق والمرأة لا تملك الطلاق[٣].

قاعدة رقم (١٣).

الإنسان لا يتوجه طلبه إلا لمن يقصده بطلاقه[٤].

معنى القاعدة:

الذي يحلف بالطلاق، إنما ينصرف الطلاق لمن في عصمته يوم الحلف، ولا يقع الطلاق على من يتزوج بعد، لأن الإنسان لا يتوجه طلبه إلا لمن يقصده بطلاقه، والتي في عصمته هي المقصودة بطلاقه، دون التي يتزوجها فيما بعد.

قاعدة رقم (١٤).

ما لا يملك المولى على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر[٥].

معنى القاعدة:

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١١٠٤/٨.
[٢] السرخسي: المبسوط،٣٩/٦.
[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٩/٤.
[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٧٧/٤.
[٥] السرخسي: المبسوط،١٨٣/٩.

السيد يملك عبده وتصرفاته، فلا يتصرف العبد إلا بإذن السيد؛ كالزواج والبيع والشراء وأشباهها، ولكن توجد أشياء لا يملكها السيد على عبده؛ لأنه لا يؤثر فيها الرق، فالعبد فيها كالحر سواء، ولا يمكن للسيد إبطال تصرف عبده فيها.

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق العبد زوجته –حرة أو رقيقة– لا يملك السيد إبطال هذا الطلاق. فالعبد والحر في الطلاق سواء[١].

قاعدة رقم (١٥).

ما لا يؤثر فيه الرق فالعبد والحر فيه سواء[٢].

معنى القاعدة:

الرق له أحكام كثيرة ذكر السيوطي رحمه الله في كتابه الأشباه والنظائر خمسين مسألة [٣]. كما أن ابن نجيم رحمه الله ذكرها في الأشباه والنظائر تحت عنوان أحكام العبيد[٤] فما يؤثر فيه الرق يختلف حكمه بين الحر والعبد.

وتشير هذه القاعدة إلى أن من الأحكام ما لا يؤثر في الرق ولذلك يستوي فيه الحر والعبد.

فروع على القاعدة:

منها: العبد يملك الطلاق كما يملكه الحر[٥].

قاعدة رقم (١٦).

الطلاق في الأجنبية غير لازم[٦].

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لأجنبية أنت طالق ثم تزوجها فإنه لا يلزمه ما أوقع من الطلاق، ولا يلزم الطلاق في الأجنبية إلا إذا قال لها إن تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها فإنه يلزمه ما أوقع من الطلاق (أو نوى ذلك بقلبه بأن قال: فلانة طالق ونوى بعد زواجه منها، لزمه الطلاق إلا إذا علق الطلاق على الزواج من الأجنبية أو نوى ذلك)[٧].

قاعدة رقم (١٧).

الجنون إذا وجد مرة فهو لازم أبداً[٨].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٥٤/٩.
[٢] السرخسي: المبسوط،١٢٤/٥.
[٣] السيوطي: الأشباه والنظائر ص ٢٢٦.
[٤] ابن نجيم: الأشباه والنظائر ص ٣١١.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢١٤/٩.
[٦] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٤١٦/٤.
[٧] المرجع السابق.
[٨] السرخسي: شرح السير الكبير، ٢٠٢٦/٥ . المجددي: قواعد الفقه ٧٤.

سبق وأن عرّفنا الجنون وأنواعه، وتشير هذه القاعدة: إلى أن الإنسان إذا وجد منه الجنون مرة فإنه لا ينفك عنه. أي الجنون يعتبر مرضا مزمناً لا يقبل البرء إذا وجد.

فروع على القاعدة:

منها: لو أن رجلاً يعرف أنه قد جن مرة فقالت امرأته: إنه طلقني ثلاثا البارحة، فقال الرجل: عاودني الجنون فقلت كذا وكذا وأنا مجنون. فالقول قوله مع يمينه لأن الجنون إذا وجد مرة فهو لازم أبدا ولهذا كان عيبا لا زما إذا وجد في حالة الصغر أو الكبر ولذلك لا يقع طلاقه في هذه الحالة. وأقول لا بد من إثبات بتقرير طبيب أو شهود أنه قد جن قبل ذلك لأن هذا أمر لا يخفى[١].

قاعدة رقم (١٨).

المحجور عليه بالسفه كالصغير في جميع أحكامه إلا في أشياء[٢].

معنى القاعدة:

المحجور اسم مفعول. من حجر عليه إذا منع من التصرف. فالحجر المنع.

والمحجور: ممنوع من التصرفات القولية في ماله. ويكون الحجر إما لصغر أو سفه. والسفه: خفة العقل وسوء التصرفات في الأموال.

أو هو عبارة عن التصرف في المال بخلاف مقتضى الشرع والعقل بالتبذير فيه والإسراف. مع قيام خفة العقل[٣].

والسفيه من ينفق ماله فيما لا ينبغي من وجوه التبذير. ولا يمكن إصلاحه بالتمييز والتصرف فيه بالتدبير[٤].

فمن حجر عليه لسفه فحكمه حكم الصغير. فلا بد من ولي يلي عليه وينفق عليه من ماله. ولا بد من إعلام الناس بالحجر عليه حتى يعاملوه.

وأما تصرفات المحجور عليه الفعلية فهو مأخوذ بها سواء كانت من أمور العبادات أو من حقوق العباد.

فإذا تصرف المحجور عليه فباع أو اشترى فتصرفه باطل وعقوده باطلة.

لكنه يجوز للسفيه أن يتزوج. لأن الزواج من حوائجه الضرورية لكن لا يزيد عن مهر المثل.

ويجوز للسفيه أيضاً أن يطلق ويعتق[٥].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٦/٥

[٢] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٢٨٣.

[٣] الكفوي: الكليات ٣٤٩

[٤] المرجع السابق ٥١٠.

[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٥٢٨/١٠.

المبحث الثالث

موقف القانون من الشروط المتعلقة بالمطلق

القانون السوري:

نص القانون السوري في مادته ٨٥: إن الزوج يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره.

ونص أيضاً: أنه يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق أو يجيز التطليق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجد المصلحة في ذلك.

وسبب النص على سن معين للطلاق أن القانون السوري حدد سناً معيناً للزواج هو الثامنة عشرة، بحيث لا يجوز العقد قبل هذا السن فليس من المعقول أن يحدد سناً للزواج ويبيح الطلاق لمن هو دون هذا السن [١].

ويلاحظ أن القانون المصري جعل الأهلية في سنة الحادية والعشرين، والقانون السوري في سن الثامنة عشرة، وبناء عليه تكون أهلية الطلاق قانوناً في تلك السن المقررة، إلا إذا سمح القاضي لمن هو دون هذه السنّ إذا كان بالغاً بإيقاع الطلاق. ونص القانون السوري (م ٨٥) على الأهلية:

١-يكون الرجل متمتعاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره.

٢-يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق، أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك.

وقد انتقد الشيخ علي الخفيف هذه المادة فقال: (وفي رأيي أن هذا ليس من الأمور التي يجوز لولي الأمر فيها أن يحد حدوداً يلزم الناس بها، إذ أن من يطلق زوجته قبل بلوغه الثامنة عشرة وهو بالغ بالعلامات كيف يستمر حلها له واعتبارها زوجة له وقد طلقها فانقضت زوجيتها)[٢].

وسبب النص على سن معين للطلاق أن القانون السوري حدد سناً معيناً للزواج هو الثامنة عشر بحيث لا يجوز العقد قبل هذا السن فليس من المعقول أن يحدد سناً للزواج ويبيح الطلاق لمن هو دون هذا السن[٣].

القانون الإماراتي:

أخذ قانون الأحوال الإماراتي برأي جمهور الفقهاء حيث نص في الفقرة الأولى من المادة (١٠١) على أنه (يشترط في المطلق العقل والاختيار).

---

[١] نصت المادة ١٦ من القانون السوري: تكمل أهلية الزواج على الفتى بتمام الثامنة عشرة، وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر.

[٢] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ٥٨.

[٣] وقد نصت المادة ١٦: تكمل أهلية الزواج على الفتى بتمام الثامنة عشرة، والفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر. وفي المادة ١١٨: إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشر أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة، وطلباً الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما.

تطبيقات الاجتهادات القضائية

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (يعتبر الزوجان من ذوي الأهلية الحقوقية الكاملة في كل ما يتصل بالحقوق الزوجية ولو لم يبلغا سنّ الرشد القانوني)[١].

(إن السفيه هو الذي يبذر أمواله ويضعها في غير موضعها مما يجعل الحجر تابعاً لتحقيق شرطين: ثبوت التبذير، ووضع المال المبذر في غير موضعه)[٢].

(إن مجرد التوسع في الصرف لا يعتبر سفها يوجب الحجر، وكذلك الغفلة والغبن في المعاملات، لأن السفه من عادة التبذير والإسراف في النفقة والتصرف لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً ولو كان هذا الإنفاق في طريق الخير)[٣].

---

[١] الغرفة الشرعية قرار ٥٣٦ تاريخ ٢٠٠٠/٤/٨أساس ٣٤٣ مجلة المحامون: العددان ١ ـ ٢ لعام ٢٠٠٢ صفحة ٢٦

[٢] المباديء القانونية لمحكمة النقض عن مجلة القانون ١٩٥٤ عدد١٠ ص ٩٨١- قرار٣٦٧-١٩٥٤/١٠/١٩.

[٣] المباديء القانونية لمحكمة النقض عن مجلة القانون ١٩٥٣ عدد٩ ص ٧٦٦- قرار٥٩٦-١٩٥٣/٩/٢٤.

فرع
طلاق الفضولي والقواعد الفقهية المتعلقة به

ومما يلحق بهذا الشرط، ويجدر بنا أن نذكر اختلاف الفقهاء فيه، حكم طلاق الفضولي.

والفضولي في اللغة: من يتدخل فيما لا يعنيه، أو من يشتغل بما لا يعنيه[١].
وشرعاً هو: من يتصرّف في حقّ غيره بغير إذن شرعيّ[٢].

وقد اختلف فقهاء المذاهب في حكم تصرفات الفضولي، ومنها الطلاق إلى قولين:

القول الأول:

وهو قول جمهور الفقهاء – الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّ في القديم ورواية عند الحنابلة: إنّ تصرفات الفضولي منعقدة، إلاّ أنّها موقوفة على إجازة صاحب الشّأن، حيث إنّ العقد الموقوف عقد صحيح يفيد الحكم على وجه التّوقّف، فإن أجازه المالك أو من له الإجازة والتّصرّف نفذ وإلاّ بطل؛ لأنّ القواعد الفقهية تنص على: **الإجازة اللّاحقة كالوكالة السّابقة**[٣]. **والإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء**[٤].
جاء في الاختيار لتعليل المختار: (اعلم أن تصرفات الفضولي منعقدة موقوفة على إجازة المالك لصدورها من الأهل وهو الحر العاقل البالغ، مضافة إلى المحل لأن الكلام فيه، ولا ضرر فيه على المالك لأنه غير ملزم له، وتحتمل المنفعة فينعقد تصحيحا لتصرف العاقد العاقل وتحصيلا للمنفعة المحتملة، ولما روي أنه – عليه الصلاة والسلام – دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام[٥] ليشتري به أضحية، فاشترى شاة ثم باعها بدينارين، واشترى بأحد الدينارين شاة، وجاء إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – بالشاة والدينار، فأجاز صنيعه ولم ينكر عليه ودعا له بالبركة، وكان فضولياً لأنه باع الشاة واشترى الأخرى بغير أمره، وكل عقد له مجيز حال وقوعه يتوقف على إجازته، وما لا فلا، حتى إن طلاق الفضولي وعتاقه ونكاحه وهبته لا ينعقد في حق الصبي والمجنون، وينعقد في حق العاقل البالغ، لأن عند الإجازة يصير الفضولي كالوكيل حتى ترجع الحقوق إليه)[٦].

وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية أن طلاق الفضولي كبيعه، أي موقوف على الإجازة، فإذا جاء أجنبي فقال لزوجة فلان: " أنت طالق من زوجك " فأجاز الزوج فأمضى ذلك كبيع الفضولي[٧].

---

[١] الفيومي: المصباح المنير " مادة فضل"
[٢] الجرجاني: التعريفات، ٢١٥
[٣] الموسوعة الفقهية، مادة "عقد" ومادة "فضولي"، الكاساني: بدائع الصنائع ١٥٠/٥، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، ٣٦٥/٢، عليش: منح الجليل، ٤٤/٤، الخرشي مع العدوي، ٣٦٥/٢، الدردير: الشرح الصغير ٢٨/٤، النووي: المجموع ٢٥٩/٩.
[٤] السرخسي: المبسوط ١٥/٥
[٥] حكيم بن حزام بن خويلد (٥٤هـ)، أبو خالد، صحابي، قرشي، وهو ابن أخي خديجة أم المؤمنين. شهد حرب الفجار، وكان صديقاً للنبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة وبعدها، أعتق في الجاهلية مائة رقبة، وحمل على مائة بعير، وفعل مثل ذلك في الإسلام، أسلم يوم الفتح له في كتب الحديث ٤٠ حديثاً، عاش ستين سنة في الجاهلية وستين سنة في الإسلام، وتوفي بالمدينة، ودفن في داره. [الإصابة ٣٤٩/١، ابن عبد البر:الاستيعاب في معرفة الأصحاب- بيروت: دار الكتب العلمية٦٠/١، أسد الغابة ٤٠/٢]
[٦] الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ٢٦١/٢.
[٧] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٢٣٥/٢٠

وقد اتفق هؤلاء الفقهاء المجوزون على أن العبرة في الطلاق لما يجيزه الزوج، لا لما يوقعه الفضولي، فلو أوقع الفضولي ثلاث طلقات، وأراد الزوج أن يجيز واحدة، جاز بواحدة، ولو أوقع الفضولي طلقة بائنة، وأراد الزوج إجازتها رجعية، جازت رجعية.

القول الثاني:

وهو قول الشافعي في الجديد، والحنابلة في المعتمد، والظاهرية، وأبي ثور[١]، حيث ذهبوا إلى عدم صحة تصرفات الفضولي مطلقاً؛ من بيع وشراء وغيرها من التصرفات، ومنها الطلاق، وأنه تصرفاته جميعاً باطلة، ولا تلحقها الإجازة، ومن هذه التصرفات الطلاق[٢].

الترجيح:

لا شكَّ أن قول الجمهور هو الراجح والله تعالى أعلم، لأنه يتفق مع قواعد الفقهية وكلياته، كما هو واضح في الآتي.

القواعد الفقهية المتعلقة بطلاق الفضولي.

قاعدة رقم (١).

الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة[٣].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء[٤].
- الأصل أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.
- الأصل أن الإجازة تصح ثم تستند إلى وقت العقد.

معنى القاعدة:

الإجازة معناها: الإذن.

فإذا تصرف الإنسان فيما يملكه غيره ببيع أو هبة أو إعارة أو زواج أو طلاق أو غير ذلك من التصرفات القولية؛ فإن تصرفه موقوف في نظر الحنفية، ويسمى بالفضولي.

والأصل أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره أو حقه بغير إذنه، ويكون التصرف موقوفاً على إذن صاحب الحق، فإن أذن له مسبقاً كان التصرف صحيحاً باتفاق العلماء، فإن لم يسبق الإذن ثم وقع التصرف، فأجازه صاحب الملك أو الحق، فقال الحنفية: بصحة التصرف، وأن الإجازة (أي الإذن) اللاحق

---

[١] أبو ثور (١٧٠-٢٤٠هـ) إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان البغدادي. فقيه من أصحاب الشافعي. قال ابن حبان: كان حسن الطريقة فيما روى من الأثر إلا أن له شذوذاً فارق فيه الجمهور. له كتب منها: اختلاف مالك والشافعي. [تهذيب التهذيب ١١٨/١؛ وتذكرة الحفاظ ٨٧/٢].

[٢] النووي: المجموع ٢٥٥/٩، الشربيني: مغني المحتاج ١٥/٢، الشطي: مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ١٨/٣ ـ ١٩، المحلى بالآثار لابن حزم٤٣٤/٨

[٣] أصول الكرخي، ١١٤، السرخسي: المبسوط ١٥/٥، السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٨٥. مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٤٥٣. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٤١٤/١.

[٤] السرخسي: المبسوط ١٥/٥

يعتبر كالوكالة والإذن السابق، ويصح التصرف، وينتج أثره، وخالف الشافعية فقالوا: لا تتوقف في المذهب الجديد، وعند أحمد رحمه الله روايتان في صحة تصرف الفضولي.

فروع على القاعدة:

منها: من طلق امرأة غيره، ثم بلغه خبر ذلك فأجازه صح الطلاق عند الحنفية والمالكية والشافعية في القديم ورواية عند الحنابلة على ما بيناه سابقاً[١].

قاعدة رقم (٢).

الأصل أن كل عقد له مجيز حال وقوعه توقف للإجازة وإلا فلا [٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- كل عقد له مجيز حال وقوعه توقف للإجازة وإلا فلا[٣].
- كل تصرف صدر من غير المالك إن كان له مجيز حال وجوده يتوقف على إجازة من له الإجازة وإن لم يكن له مجيز لا يتوقف بل يبطل[٤].

معنى القاعدة:

العقد الموقوف: هو عقد الفضولي، ويكون موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة، ولكن كون العقد موقوفاً مشروط بشرطين: الأول: أن يكون العقد صحيحاً لا باطلاً، والشرط الثاني: أن يكون للعقد مجيز حال وجوده ووقوعه؛ لأن فائدة التوقف النفاذ عند الإجازة.

وتشير هذه القواعد أنه ليس كل عقد تجوز فيه الإجازة، وإنما تجوز الإجازة إذا كان للعقد الموقوف مجيز كامل التصرف حال وقوع العقد فإن لم يكن للعقد مجيز يعتبر باطلا غير موقوف.

فروع على القاعدة:

منها: الصغير غير البالغ لا يقع طلاقه فإن طلق إنسان فضولي امرأة صغير فإن الطلاق لا يقع وإن أجازه الصغير؛ لان الصغير لأن لا يملك ذلك. ولا عبارة له، فهو لايقع طلاقه بنفسه فبالأولى أن لا تصحّ إجازته[٥].

قاعدة رقم (٣).

من تصرف فيما يملك وفيما لا يملك نفذ تصرفه فيما يملك من دون ما لا يملك[٦].

ألفاظ أخرى:

---

[١] الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٥٩٧/١.
[٢] أصول الإمام أبي الحسن الكرخي ١١٥. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٤١٧/١
[٣] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤٣٢/٢.
[٤] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ١٣٦ – ١٥٦ – ١٧٨.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٦٥/٧. ٤٦٢/٧.
[٦] القرافي: الفروق، ٧٥/١.

- من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وما لا يتعلق به الحكم، فلا عبرة لما لا يتعلق به الحكم والعبرة لما يتعلق به الحكم والحكم يتعلق به.
- الأصل أن من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وما لا يتعلق به الحكم فلا عبرة لما لا يتعلق به الحكم[١].

معنى القواعد:

تشير هذه القواعد أن للإنسان أن يتصرف فيما يملكه كيف يشاء إلا أن يضر بغيره، ولكنه إذا تصرف فيما لا يملكه، أي في ملك غيره فإن تصرفه غير نافذ ولا نعتبر لأنه متعدّ. فالعبرة تكون لما يتعلق به الحكم، وما لا يتعلق به الحكم فكأنه لم يذكر في الكلام.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لامرأته وامرأة جاره: أنتما طالقتان. طلقت زوجته دون زوجة جاره[٢].

قاعدة رقم (٤).

المفسوخ لا تلحقه الإجازة[٣].

معنى القاعدة:

المفسوخ: هو العقد الذي أبطله العاقدان بعد تمامه إذ يدخله الفسخ بسبب من الأسباب، فإذا عقد فضولي عقداً ثم فسخه، فإن أجازه المالك أو صاحب الشأن لا تنفع ولا تصحح العقد بعد فسخه لأن الإجازة إنما تعمل في العقد الموقوف لا في المفسوخ ولا الباطل[٤].

---

[١] الدبوسي: تأسيس النظر، ١٨.
[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٩٦٢/١٠.
[٣] السرخسي: المبسوط، ١٨٨/٢٥.
[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٧٩٣/١٠.

الفصل الرابع
الركن الرابع
المطلقة والشّروط المتعلّقة بها
والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

ويسميه الفقهاء محل الطلاق، أو من يقع عليه الطلاق، وهي الزوجة:

والزوجة: إما أن تكون في العصمة وإما أن تكون في العدة.
والزوج: إما أن يضيف الطلاق إلى جملتها، فيقول: أنت طالق، أو إلى عضو من أعضائها، أو جزء شائع منها. وإما أن يبعض الطلقة، فيطلقها جزء طلقة. وإما أن يطلقها قبل الدخول، أو بعد الدخول.
وبناء عليه، فإن البحث في هذا الركن يتناول هذه المسائل.
وحيث إن أحكامها يتداخل بعضها في بعض[١]، فقد اشترط الفقهاء في المطلقة التي يقع عليها الطلاق شرطين أساسين:

الشرط الأول: الزوجة ومن حكمها، سواء كانت في الزوجة في العصمة أو غير المدخول بها أو من هي في حكم الزوجة كالمتعدة. ويلحق بهذا الشرط مسألة تعليق طلاق غير الزوجة على نكاحها.
الشّرط الثّاني: تعيين المطلّقة بالإشارة أو بالصّفة أو بالنّيّة. ويلحق به تطليق بعض المرأة، وتبعيض الطلقة.

وسوف نبحث بالتفصيل هذه الشروط فيما يأتي.

المبحث الأول
الشرط الأول
قيام الزّوجيّة حقيقةً أو حكماً

طلاق التي في العصمة أو في العدة:
والقواعد الفقهية في ذلك هي: **الطلاق يقع على زوجة ثابتة النكاح**[٢]. ومثلها: **الطلاق يثبت بثبوت النكاح ويسقط بسقوطه**[٣]. ومثلها: **الطلاق في الأجنبية غير لازم**[٤]. ومثلها: **كل زوجة طلقها زوج بالغ يلزمها الطلاق**[٥].

---

[١] الشقفة: محمد بشير، الفقه المالكي في ثوبه الجديد – الجزء الرابع فقه الأحوال الشخصية: كتاب الطلاق ص ١٩٠.
[٢] الشافعي: الأم، ٢٦٨/٥.
[٣] المرجع السابق، ٦٠/٥ و٦٢ و٦٣ و١٩٢ و١٩٣.
[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٤١٦/٤.
[٥] المرجع السابق، ٢٧٥/٥.

لذلك اتّفق الفقهاء على أنّ محلّ الطّلاق الزّوجة في زوجيّة صحيحة، حصل فيها دخول أم لا، فلو كان الزّواج باطلاً أو فاسداً، فطلّقها، لم تطلق، لأنّ الطّلاق أثر من آثار الزّواج الصّحيح خاصّةً.

ولكن هل يعدّ لفظ الطّلاق في النّكاح الفاسد متاركةً ؟ والجواب: نعم، لكن لا ينقص به العدد، لأنّه ليس طلاقاً.

قال ابن عابدين: إن طلّق المنكوحة فاسداً ثلاثاً، له تزوّجها بلا محلّل، لكون الطّلاق لا يتحقّق في الفاسد، ولذا كان غير منقص للعدد، بل متاركة[1].

ومن باب أولى أنّ الطّلاق لا يقع بعد الوطء بشبهة، لانعدام الزّوجيّة أصلاً.

كما اتفق الفقهاء على أن الطلاق يقع على المرأة المعتدة من طلاق رجعي، لبقاء الزوجية إلى انتهاء العدة.

وكذلك اتفقوا أيضاً فيما إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، فلا يلحقها طلاق آخر في أثناء العدة، لاستنفاد حق الزوج في الطلاق. وانقطاع الزوجية بينهما، لأنه لا يملك أكثر من ثلاث طلقات، فلا تكون هناك فائدة من الطلاق.

وأما إن كانت معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى. فلا يلحقها أيضاً طلاق آخر عند الجمهور غير الحنفية، لانتهاء رابطة الزوجية بالطلاق البائن، فلا تكون محلاً للطلاق.

ويرى الحنفية: أن المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى يلحقها الطلاق إذا كانت مدخولاً بها، بدلالة جواز عودها إلى زوجها بعقد جديد أثناء العدّة، ولا يجوز زواجها من غيره قبل انقضاء العدّة، ولبقاء آثار الزواج من نفقة، وسكنى، فهي زوجة حكماً، فتكون محلاً للطلاق، وعبارة الحنفية فيه: «**الصريح يلحق الصريح، ويلحق البائن بشرط العدة، والبائن يلحق الصريح**» [2].

وعلى هذا فلو طلّق رجل زوجته المدخول بها بائناً مرّةً واحدةً، ثمّ طلّقها أخرى في عدّتها كانتا اثنتين، هذا ما لم يقصد تأكيد الأولى، فإن قصد تأكيد الأولى لم تقع الثّانية كما تقدّم في المعتدّة من طلاق رجعيّ.

فإذن: إذا انتهت عدة المرأة مطلقاً أو كان الزواج فاسداً أصلاً، فلا يقع عليها طلاق آخر، حتى ولو كان معلقاً بانتهاء العدة، كأن يقول لها: إذا انتهيت من عدتك، فأنت طالق، فلا يقع به طلاق.

الطلاق قبل الدخول:

إذا طلقت الزوجة قبل الدخول والخلوة، فلا تجب عليها العدة اتفاقاً، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوٓا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٤٩]، ويعدّ الطلاق بائناً ببينونة صغرى عند الحنفية والشافعية، فلاً يلحقها طلاق آخر.

فلو قال الرجل لزوجته التي لم يدخل ولم يختل بها: «أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق» لا تقع إلا طلقة واحدة؛ لأنها بالطلاق الأول، صارت بائنة من زوجها، وأصبحت أجنبية، فلا يلحقها آخر.

---

[1] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٢٩٣/٣.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع ١٣٤/٣.

وجاء في مغني المحتاج: إذا قال ذلك لغير المدخول بها فتقع طلقة واحدة بكل حال؛ لأنها تبين بالأولى فلا يقع ما بعدها[١].

وقال المالكية والحنابلة: يقع بهذه الألفاظ المتتابعة ثلاث طلقات؛ لأنه نسق أي غير مفترق؛ لأن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها، فيكون الرجل موقعاً للثلاث جميعاً، فيقعن عليها، كقوله: أنت طالق ثلاثاً، أو طلقة معها طلقتان، إلا أنه إذا قصد بالثانية والثالثة تأكيد ما قبلها، فيصدق عند المالكية قضاءً بيمين، وديانةً بغير يمين[٢].

وأما إن كانت المرأة معتدة من فرقة هي فسخ لعقد الزواج، لم تكن محلاً للطلاق إذا كان سبب الفسخ حرمةً مؤبّدةً، كتقبيلها ابن زوجها بشهوة، وأما إن كانت الحرمة غير مؤبّدة كانت محلاً للطّلاق في أحوال، وغير محلّ له في أحوال أخرى، منها:

١-إذا كانت المرأة معتدة من فسخ الزواج بسبب إباء الزوجة المشركة الإسلام إذا أسلم زوجها.

٢-إذا كانت معتدة بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام، لأن هذا الفسخ لطارئ طرأ يمنع بقاء العقد صحيحاً والمعتدة لهذين السببين تكون مرتبطة بزوجها بالعدة، وهي أثر للزواج الصحيح، فتكون محلاً للطلاق[٣].

وعموماً القاعدة الفقهية في ذلك هي : **كل فرقة هي فسخ من كل وجه لا يقع الطلاق في عدتها، وكل فرقة هي طلاق يقع الطلاق في عدتها**[٤]. ومثلها: **إنما يلحق الطلاق لمعتدة الطلاق، أما المعتدة للوطء فلا يلحقها**[٥].

يقول ابن عابدين: (ومحلّه المنكوحة، أي ولو معتدّةً عن طلاق رجعيّ أو بائن غير ثلاث في حرّة وثنتين في أمة، أو عن فسخ بتفريق لإباء أحدهما عن الإسلام أو بارتداد أحدهما، بخلاف عدّة الفسخ بحرمة مؤبّدة كتقبيل ابن الزّوج، أو غير مؤبّدة، كالفسخ بخيار عتق، وبلوغ، وعدم كفاءة، ونقصان مهر، وسبي أحدهما، فلا يقع الطّلاق فيها)[٦].

---

[١] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٧/٣.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٢٣٣/٧، ابن جزي: القوانين الفقهية: ص ٢٢٩.

[٣] الدرير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣٧٠/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٣٧٣/٣، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٤٤٣/٣، ابن قدامة: المغني ٥٤٧/١٠، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٣٧٠/٧، الغندور: أحمد، الأحوال الشخصية – الكويت: مكتبة الفلاح، ص ٣٩٦.

[٤] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦١٧/٢.

[٥] المرجع السابق، ٢٩٣/٣.

[٦] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٢٩٣/٣.

المبحث الثاني
الشّرط الثّاني
تعيين المطلّقة بالإشارة أو بالصّفة أو بالنّيّة

اتّفق الفقهاء على اشتراط تعيين المطلّقة، وطرق التّعيين ثلاثة:
الإشارة، والوصف، والنّيّة، فأيّها قدّم جاز، فإذا تعارض الثّلاثة ففيه التّفصيل التّالي:

اتّفق الفقهاء على أنّه إذا عيّن المطلّقة بالإشارة والصّفة والنّيّة وقع الطّلاق على المعيّنة، كأن قال لزوجته الّتي اسمها عمرة مشيراً إليها: يا عمرة، أنت طالق، قاصداً طلاقها، فإنّها تطلق بالاتّفاق، لتمام التّعيين بذلك.

فإن أشار إلى واحدة من نسائه لمتعدّدات دون أن يصفها بوصف، ولم ينو غيرها، وقال لها: أنت طالق، وقع الطّلاق عليها بالاتّفاق أيضاً، لأنّ الإشارة كافية للتّعيين، عملاً بالقاعدة الفقهية الكلية: **الإشارة أبلغ أسباب التعريف**[1]. وكذلك إذا وصفها بوصفها دون إشارة ودون قصد غيرها، فإنّها تطلق أيضاً، كما إذا قال: سلمى طالق.

فإن نوى واحدةً من نسائه، ولم يشر إليها ولم يصفها، كما إذا قال: إحدى نسائي طالق، ونوى واحدةً منهنّ، فإنّها تطلق دون غيرها، وكذلك لو قال: امرأتي طالق، وليس له غير زوجة واحدة، فإنّها تطلق.

فإن أشار إلى واحدة من نسائه، ووصف غيرها، بأن قال لإحدى زوجاته واسمها سلمى: أنت يا عمرة طالق، وكانت الأخرى اسمها عمرة، طلقت المشار إليها عند الحنفيّة قضاءً، ولم تطلق عمرة للقاعدة الفقهيّة الكلّيّة: **الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر**[2] وكذلك إذا أشار إليها ووصفها بغير وصفها، فإنّها تطلق، كما إذا قال لامرأته، أنت يا غزالة طالق، للقاعدة السّابقة.

فإذا لم يشر إليها، ولكن وصفها بوصف هو فيها، وعنى بها غيرها، كأن قال: زوجتي سلمى طالق، وقصد غيرها، ديّن إن كان له زوجة اسمها سلمى – ووقع ديانةً – فإن لم يكن له لم يقع الطّلاق عليه ديانةً ولا قضاءً، لعدم التّعيّن أصلاً، وعدم احتمال اللّفظ للنّيّة. فإن قال: نساء الدّنيا كلّهنّ طوالق، ونوى زوجته، طلقت زوجته عند الحنفيّة، فإن لم ينوها لم تطلق، وإن قال: نساء محلّتي كلّهنّ طوالق، طلقت زوجته، نواها أم لم ينوها، فإن قال: نساء مدينتي كلّهنّ طوالق، فإن نوى زوجته فيهنّ طلقت، وإلاّ، فقد ذهب أبو يوسف إلى عدم طلاقها، وهو رواية عن محمّد بن الحسن أيضاً، وفي رواية أخرى عن محمّد بن الحسن أنّها تطلق كما في نساء الحيّ[3].

ولو قال: نساء المسلمين طوالق لم تطلق امرأته في الأصحّ عند الشّافعيّة.

---

(1) السرخسي: المبسوط ٤٣/٧. البورنو: موسوعة القواعد ٣٩٨/١.
(2) مجلة الأحكام العدلية م ٦٥.
(3) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٢٩٣/٣، النووي: روضة الطالبين، ٣٤/٨.

ولو كان له زوجتان: سلمى وعمرة، فدعا سلمى فأجابته عمرة، فظنّها سلمى فطلّقها، طلقت سلمى ديانةً وقضاءً عند المالكيّة للقصد، أمّا عمرة فتطلق قضاءً لا ديانةً لعدم القصد[١].

وذهب الشّافعيّة إلى طلاق المجيبة في الأصحّ، أمّا المناداة فلم تطلق، وفي قول آخر لم تطلقا[٢].

ولو قال الرّجل لزوجته وأجنبيّة معها: إحداكما طالق، ثمّ قال: قصدت الأجنبيّة، قبل قوله في الأصحّ لدى الشّافعيّة، لاحتمال كلامه ذلك ولكون الأجنبيّة من حيث الجملة قابلةً – أي للطّلاق – فتقدّم النّيّة، وفي قول آخر تطلق زوجته، لأنّها محلّ الطّلاق دون الثّانية، فلا يصرف قوله إلى قصده، **للقاعدة الفقهيّة الكلّيّة: إعمال الكلام أولى من إهماله**[٣]، فإن لم يكن له قصد أصلاً، طلقت زوجته قولاً واحداً للقاعدة السّابقة، فلو قال لزوجته ورجل: أحدكما طالق، وقصد الرّجل، بطل قصده، وطلقت زوجته، لأنّ الرّجل ليس محلّ الطّلاق أصلاً.

ولو قال لإحدى زوجتيه: إحداكما طالق إن فعلت كذا، ثمّ فعل المحلوف عليه بعد موت إحداهما، تعيّنت الثّانية الحيّة للطّلاق، طلقت[٤]. لأن القاعدة الفقهية تنص على: **البيان كما يكون بالصريح يكون بالدلالة**[٥].

ونصّ الحنابلة على أنّه لو قال لزوجاته الأربع: إحداكنّ طالق، فإن كان له نيّة طلقت الّتي نواها، وإن لم يكن له نيّة أقرع بينهنّ، ومن وقعت القرعة عليها كانت هي المطلّقة، وقال مالك: طلقن جميعاً، وذهب الجمهور إلى أنّه يخيّر، ويقع الطّلاق على من يختارها منهنّ للطّلاق.

فإن طلّق واحدةً من نسائه ونسيها، أخرجت المطلّقة بالقرعة أيضاً عند الحنابلة [٦].

وعند أكثر الفقهاء لا يعوّل على القرعة لبيان من وقع الطّلاق عليها، ولكن على تعيينه هو.

---

[١] الدردير: الشرح الكبير، ٣٦٦/٢-٣٦٧.
[٢] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٢٧/٣.
[٣] مجلة الأحكام العدلية م ٦٥، السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٤٢.
[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٤/٣-٣٠٥.
[٥] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ٤٨٣
[٦] ابن قدامة: المغني، ٤٣٤/٧ – ٣٠٥.

المبحث الثالث
تطليق بعض المرأة وتبعيض الطلقة

المطلب الأول
تطليق بعض المرأة

اتفق الفقهاء على وقوع الطلاق إذا أضافه الرجل للزوجة بأن قال: أنت طالق، أو طلقتك.

واتفقوا على إيقاع الطلاق في الجملة أيضاً إذا أضافه الرجل إلى بعض أجزاء المرأة للقاعدة الفقهية: **ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله**، لكن على التفصيل التالي:

قال الحنفيّة: إلى أنّه إن طلّق جزءاً شائعاً منها طلقت، وإن طلّق جزءاً معيّناً، فإن كان ممّا يعبّر به عن كل المرأة أو ذاتها عادة، كالرّأس، والوجه، والرّقبة، والظّهر.. والروح والبدن والجسد، والأطراف جميعاً (وهي اليدان والرجلان) والفرج (القُبُل) والأست (العجز)، أو أضافه إلى جزء شائع من المرأة كنصفها وثلثها إلى عشرها؛ لأن الطلاق لا يتجزأ. طلقت .

وإن كان لا يعبّر به عنها عادةً كاليد والرّجل لم تطلق إلا بنية المجاز أو ما تعارفه الناس، أي إطلاق البعض على الكل إذا لم يكن مشتهراً، فلو اشتهر لا حاجة إلى نية المجاز، وكاليد: الرجل والشعر والأنف والساق والفخذ والظهر والبطن واللسان والأذن والفم والصدر والذقن والسن والريق والعرق والثدي والدم؛ لأنه لا يعبر به عن الجملة. فلا يقع الطلاق لو قال: يدك طالق أو رجلك طالق، ونحوهما.
ويقع الطلاق بإضافته إلى جزء الطلقة كالسدس والربع والنصف، ولو من ألف جزء، بأن يقول: أنت طالق جزءاً من ألف طلقة؛ لأن الطلاق لا يتجزأ. فإن تعارفه النّاس طلقت به أيضاً[1].

وقال المالكية: لو أضاف الطلاق إلى نصف المرأة أو سدسها، أو ثلثها، أو عضو من أعضائها، نفذ، ولو قال: نصف طلقة أو ربع طلقة كملت عليه، فهم كالحنفية. واختلف المالكية على رأيين في إضافته إلى شعر المرأة وكلامها وروحها وحياتها، والراجح أنه يلزم الطلاق إذا أضيف لما يعد من محاسن المرأة، مثل شعرك أو كلامك أو ريقك طالق، ولا يلزم بما لا يعد من المحاسن، نحو بُصاق ودمع وسعال[2].

وقال الشافعية: أنه يقع الطلاق إن طلق جزءاً من المرأة، كقوله: يدك أو رجلك طالق أو نحو ذلك من أعضائها المتصلة بها، ولو من غير نية المجاز خلافاً للحنفية، وكقوله: ربعُك أو بعضُك أو جزؤك أو شعرك أو ظفرك طالق، وكذا دمُك على المذهب؛ لأن الطلاق لا يتبعض، ولا يقع إن أضافه إلى فضلة كريق وعَرَق وبول، وكذا لا يقع إن أضافه إلى لبن في الأصح؛ لأنها غير متصلة بها اتصال خلقة.
ولو قال لمقطوعة يمين: يمينك طالق، لم يقع على المذهب، لفقدان الذي يسري منه الطلاق إلى الباقي.
ولو قال: أنت طالق بعض طلقة، وقعت طلقة؛ لأن الطلاق لا يتبعض.

---

[1] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٥٩٨/٢-٦٠١، ابن الهمام: فتح القدير، ٥٢/٣. الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ١٢٦/٣.
[2] الدردير: الشرح الكبير، ٣٨٨/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ٢٢٨، الدردير: الشرح الصغير، ٥٧٢/٢.

وأضاف الشافعية أن الرجل في خطاب المرأة لو حذف المفعول كأن قال: «طلقت» أو حذف المبتدأ: «أنتِ» أو حذف حرف النداء «يا» فلم يقل: «يا طالق» لم يقع الطلاق، كما هو ظاهر كلامهم[١].

وقال الحنابلة: تطلق إن أضاف الطلاق إلى جزء من المرأة مثل قوله: يدك أو دمك أو أصبعك أو رأسك طالق؛ لأنه أضافه إلى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح، فأشبه الإضافة إلى الجزء الشائع مثل نصفك وثلثك. أما لو قال: لعديمة الإصبع أو اليد: أصبعك طالق، أو يدك طالق، لم تطلق.

ولا تطلق لو قال لها: شعرك أو ظفرك أو سنك أو لبنك أو منيك طالق؛ لأن تلك الأجزاء تنفصل عنها مع السلامة، فلا تطلق بإضافة الطلاق إليها كالحمل، فهم خالفوا الشافعية في غير اللبن.

ولا تطلق أيضاً إن قال: سوادك أو بياضك طالق؛ لأنه أمر عارض. ولا إن قال: ريقك أو دمعك أو عرقك طالق؛ لأن المذكور ليس جزءاً منها، ولا إن قال: روحك طالق؛ لأن الروح ليست عضواً ولا شيئاً يستمتع به، فأشبهت السواد والبياض. ولا إن قال: حملك طالق؛ لأنه عرض كالبياض والسواد.
وأما لو قال: حياتك طالق، فتطلق؛ لأنه لا بقاء لها بدونها، فأشبه ما لو قال: رأسك طالق.

المطلب الثاني
تبعيض الطلقة

القاعدة الفقهية تنص على أن: **ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله**، لذلك اتفق الفقهاء على أن جزء الطلقة كالطلقة، فإذا قال: أنت طالق نصف طلقة أو ثلثها ونحوه، وقعت وطلقت طلقة كاملة؛ ذلك لأن الطلاق لا يتبعض[٢].

وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، كالعفو عن بعض القصاص، وصيانة للكلام عن الإلغاء، وتغليباً على المبيح كما في الجزء الشائع[٣].

قال ابن عبد البر[٤]: (الطلاق لا يتبعض، فلو طلق بعض تطليقة كانت تطليقة كاملة، وإن طلق طلقة ونصفاً كانت طلقتين، وإن طلق تطليقتين ونصف كانت ثلاثاً، وإن قال لأربع نسوة: بينكن طلقة، طلقن كلهن واحدة، وإن قال: بينكن خمس تطليقات طلقن اثنتين) [٥].

وحكم إيقاع الطلاق المجزأ، سواء جزء الطلقة أو جزء المرأة أو عضو منها، حكمه الحرمة لأنه بدعيّ كما سنفصل ذلك لاحقاً، ولم ترد السنة به، ويؤدب المجزيء للطلاق بما يراه الحاكم[٦].

---

[١] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٠/٣، الشيرازي: المهذب في الفقه الشافعي- بيروت: دار الكتب العلمية، ٨٠/٢-٨٥. النووي: روضة الطالبين، ٦٣/٨.
[٢] البهوتي: كشاف القناع، ٢٩٨/٥-٣٠١، ابن قدامة: المغني، ٤٢٦/٧.
[٣] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٥/٤.
[٤] ابن عبد البر (٣٦٨-٤٦٣هـ) يوسف بن عبد الله بن محمد، أبو عمر. ولد بقرطبة. حافظ من أجل المحدثين والفقهاء، شيخ علماء الأندلس، مؤرخ أديب، مكثر من التصنيف. رحل رحلات طويلة وتوفي بشاطبة. له (الاستذكار في شرح مذاهب علماء الأمصار) و(التمهيد) و(الكافي) [شذرات الذهب٣١٤/٣، وترتيب المدارك ٥٥٦/٤، ٨٠٨، وشجرة النور١١٩، الديباج المذهب ٣٥٧].
[٥] ابن عبد البر: الكافي في فقْه أهل المدينة، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٧٩، ٥٨٠/٢.
[٦] حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، ٣٨٨/٢، الدردير: الشرح الصغير، ٥٧٤/٢، الشقفة: الفقه المالكي في ثوبه الجديد، ١٩٤/٤.

والخلاصة: اتفق الفقهاء على أن جزء الطلقة طلقة، واختلفوا في إضافة الطلاق إلى بعض أجزاء المرأة. فلا يقع الطلاق عند جمهور الحنفية فيما لا يعبر به عن جملة المرأة كاليد والرجل والإصبع وغيره.
ومذهب الجمهور(زفر ومالك والشافعي وأحمد) أن تطليق جزء المطلّقة كتطليقها كلّها إذا كان الجزء شائعاً وأضافه إليها، كقوله لزوجته: نصفك طالق، أو ثلثك، أو ربعك، أو جزء من ألف منك.. فإن أضافه إلى جزء معيّن منها، فإن كان هذا الجزء المعيّن ثابتاً فيها وجزءاً لا يتجزّأ منها كرأسها، وبطنها... فكذلك الحكم، وإن كان غير ثابت كلعابها، وعرقها، وسائر فضلاتها لم تطلق.

المبحث الرابع
القواعد الفقهية المتعلقة في المطلقة وموقف القانون منها

قاعدة رقم (١).

الطلاق يقع على زوجة ثابتة النكاح[١].

وفي لفظ آخر:

- من شرط الطلاق المحل إما وجوداً أو تقديراً[٢].
- كل نكاح كان ثابتاً وقع فيه الطلاق[٣].

معنى القاعدة:

الطلاق لفصل عرى الحياة الزوجية ويصح وقوعه على كل زوجة ثبت نكاحها مهما كان وضعها بعد العقد، سواء كان قبل الدخول أم بعده، وسواء كانت محرمة بالحج أو العمرة أم لا، ولو كانت طاهراً أو في الحيض.

فروع على القاعدة:

منها: الزوجة المحرمة يجوز طلاقها، وكذلك الزوجة الحرة والأمة يجوز طلاقها وكذلك الزوجة في المحيض يجوز طلاقها وكذلك الزوج عبد أو مكاتب أو مدبر.

ومنها: من قيل له: تزوج من فلانة فقال: هي عليّ حرام أو طالق، فإن هذا الطلاق لا يلزمه في قول بعض فقهاء المذاهب كما سيأتي بيانه في بحث التعليق، لأن من شرط الطلاق المحل، إما وجوداً أو تقديراً وكل واحد منهما منفي الآن فالطلاق منفي بشرط ألا يكون قاصداً من قوله هذا التعليق[٤].

ويستثنى من هذه القاعدة: النكاح الفاسد حيث يسمى نكاحا ولا يقع فيه الطلاق والإيلاء والظهار، وكل نكاح مفسوخ لعدم الولي او عدم رضاها فالعقد فاسد ولا طلاق[٥].

قاعدة رقم (٢).

من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر علمه به[٦].

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة: أن فسخ العقد أو حله وإبطاله إنما هو من حق العاقدين، ولكن من التصرفات ما لا يشترط فيها علم من لا يعتبر رضاه بذلك التصرف كالفسخ أو الحل، وذلك لأن المتصرف بالفسخ أو الحل والإبطال يملك ذلك ويستقل به منفرداً ولا يشترط فيه رضا الطرف الآخر، ولذلك لا يشترط ولا يعتبر علمه به حين الفسخ أو الحل.

---

[١] الشافعي: الأم، ٢٦٨/٥.
[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٤٠/٤
[٣] الشافعي: الأم، ٢٦٨/٥.
[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٤٠/٤ .
[٥] الشافعي: الأم، ٢٦٨/٥.
[٦] ابن رجب: القواعد، ق ٦٣.

فروع على القاعدة:

منها: الطلاق يملكه الزوج فلا يشترط فيه علم الزوجة لأخذ موافقتها عليه لأنه لا يشترط في الطلاق رضاها[١].

قاعدة رقم (٣).

كل فرقة هي فسخ من كل وجه لا يقع الطلاق في عدتها، وكل فرقة هي طلاق يقع الطلاق في عدتها[٢].

معنى القاعدة:

سبق بيان معنى هذه القاعدة في القواعد المتعلقة بالفسخ. وتفيد هذه القاعدة ههنا أن الفرقة التي هي فسخ من كل وجه؛ كالفرقة بحرمة المصاهرة كتقبيل ابن الزوج، لا يقع الطلاق في عدتها مطلقاً، وأما الفرقة التي تعد طلاقاً كالفرقة في الخلع والإيلاء واللعان والجب والعنة عند القائلين بذلك، فيقع الطلاق في عدتها[٣].

قاعدة رقم (٤).

إنما يلحق الطلاق لمعتدة الطلاق، أما المعتدة للوطء فلا يلحقها[٤].

معنى القاعدة:

العدة قد تتحقق بدون الطلاق كالفسخ، أو للوطء المحرم، فتشير هذه القاعدة أن الطلاق يلحق في عدة فرقة عن طلاق، أما عدة الفسخ أو عدة الوطء غلا يلحقها الطلاق.

فروع على القاعدة:

منها: لو طلقها بائناً أو خالعها ثم بعد مضي حيضتين من عدتها مثلا، وطئها عالماً بالحرمة فلزمها عدة ثانية وتداخلتا، فإذا حاضت الثالثة فهي منهما ولزمها حيضتان أيضا لإكمال الثانية؛ فلو طلقها في الحيضتين الأخيرتين لا يقع لأنها عدة وطء لا طلاق.

ويستثنى من هذه القاعدة: عدة الفسخ فلا يقع فيها طلاق مع أنه منقوض بما إذا أسلم أحدهما وأبت عن الإسلام أو الردة بلا لحاق فإنه يقع طلاقه عليها مع أن الفرقة فيها فسخ[٥].

قاعدة رقم (٥).

إعمال الكلام أولى من إهماله[٦] .

معنى القاعدة:

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٠٧٦/١١.
[٢] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦١٧/٢.
[٣] المرجع السابق.
[٤] المرجع السابق، ٢٩٣/٣.
[٥] المرجع السابق.
[٦] مجلة الأحكام العدلية م ٦٥، السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٤٢.

إن إعمال الكلام بما يمكن إعماله بحمله على معنى أولى من إهماله، لأن المهمل لغو، وكلام العاقل يصان عنه، فيجب حمله ما أمكن على أقرب وأولى وجه يجعله معمولاً به من حقيقة ممكنة، وإلا فمجاز، طالما يمكن استعماله في معنى يناسبه؛ لأن الكلام الصادر من العاقل يحمل على الحقيقة ما أمكن، فإذا تعذر يصار إلى المجاز، لتصحيح كلامه إلا إذا تعذر فيلغو.

ومحل هذه القاعدة أن يستوي الإعمال والإهمال بالنسبة إلى الكلام، أما إذا بعد الإعمال عن اللفظ، وصار بالنسبة إليه كاللغز الخفي، فلا يصير راجحاً بل الإهمال مقدم.

فروع على القاعدة:

منها: لو قال لزوجته وحمار: أحدكما طالق، فإنها تطلق.

ولو قال الرّجل لزوجته وأجنبيّة معها: إحداكما طالق، ثمّ قال: قصدت الأجنبيّة، قبل قوله في الأصحّ لدى الشّافعيّة، لاحتمال كلامه ذلك ولكون الأجنبيّة من حيث الجملة قابلةً – أي للطّلاق – فتقدّم النّيّة، وفي قول آخر تطلق زوجته، لأنّها محلّ الطّلاق دون الثّانية، فلا يصرف قوله إلى قصده، **للقاعدة الفقهيّة الكلّيّة: إعمال الكلام أولى من إهماله،** فإن لم يكن له قصد أصلاً، طلقت زوجته قولاً واحداً للقاعدة السّابقة، فلو قال لزوجته ورجل: أحدكما طالق، وقصد الرّجل، بطل قصده، وطلقت زوجته، لأنّ الرّجل ليس محلّ الطّلاق أصلاً[1].

قاعدة رقم (٦).

إذا تعذر إعمال الكلام يهمل[2].

معنى القاعدة:

الأصل أن الكلام يعمل بموجبه حملاً لكلام العاقل على السداد، ولكن إذا تعذر إعمال الكلام، بأن كان لا يمكن حمله على معنى حقيقي له ممكن، لتعذر الحقيقة بوجه من الوجوه، أو لتزاحم المتنافيين من الحقائق تحتها ولا مرجح، ولا يمكن حمله على معنى مجازي مستعمل، أو كان يكذبه الظاهر من حس أو ما في حكمه من نحو العادة، فإنه يهمل حينئذ، أي يلغى ولا يعمل به، ولا يعمل بموجبه لاستحالة حمله على أحد معنييه ولا ثالث لهما. وكذلك إذا تعذر إعمال الكلام شرعاً.

وهذه القاعدة قيد على قاعدة: (إعمال الكلام أولى من إهماله) وقاعدة: (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز)؛ أي يعمل بالكلام ما أمكن حقيقة أو مجازاً، فإن تعذر ذلك فإنه يهمل، ولذلك جمع بعضهم بين القاعدتين الأخيرتين بقوله: إعمال الكلام أو من إهماله ما لم يتعذر.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته الأكبر منه سناً المعروفة النسب من غيره: هذه بنتي لا يكون ذلك كناية عن طلاقها.

---

[1] الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٣١٥،الدعاس: القواعد الفقهية، ٤٨، اللحجي، إيضاح القواعد الفقهية،٦٧. السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٤٢. الزركشي: المنثور في القواعد، ١٨٣/١. ابن نجيم: الأشباه والنظائر،١٥٠. الزحيلي: القواعد الفقهية،٣٦٦/١.

[2] مجلة الأحكام العدلية م ٦٢. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٢٨٩/١.

وإذا قال لإحدى زوجتيه: أنت طالق أربعاً فقالت: الثلاث تكفيني فقال: أوقعت الزيادة على فلانة زوجته الأخرى لا يقع على الأخرى شيء لأنها لما لم تصح الرابعة على الأولى، أصبحت لغواً فلم تقع على الأخرى لأن الشرع لم يوقع الطلاق بأكثر من ثلاث[١].

قاعدة رقم (٧).

الإشارة أبلغ أسباب التعريف[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- في التعيين اقوى من الإضافة[٣].
- إذا اجتمعت الإشارة والعبارة أو الإشارة والتسمية واختلف موجبهما غلبت الإشارة[٤].
- الإشارة تسقط اعتبار الصفة والتسمية[٥].

معنى القواعد:

المراد بالإشارة هنا غير النطق، من حركة يد غالباً او رأس أو عين أو رجل.

وتشير هذه القاعدة إلى أن الإشارة على وجه العموم تعتبر أقوى أسباب التعريف والتعيين والبيان من العبارة والتسمية لأن الوصف قد يختلف وقد يحتمل أما الإشارة فلا اختلاف فيها ولا احتمال ولذلك قالوا: الوصف في الحاضر لغو لأن حضوره والإشارة إليه تغني عن كل وصف. والمراد بالإضافة هنا ذكر الشيء مضافا إلى حكمه.

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق زوجته هنداً وأشار إلى دعد وقع طلاق التي أشار إليها.

قاعدة رقم (٨).

البيان كما يكون بالصريح يكون بالدلالة[٦].

معنى القاعدة:

البيان: الفصاحة واللسن والوضوح. يقال: بأن الشيء يبين بياناً اتضح[٧].

الصريح: ما كان منطوقاً به وهو اللفظ الموضوع لمعناه لا يفهم منه غيره عند الإطلاق كلفظ الطلاق والعتق.

وتشير هذه القاعدة إلى أن بيان وتوضيح المقصود كما يكون بالعبارة الدالة عليه يكون أيضا بغيرها كالإشارة والعرف والفعل وغير ذلك.

---

[١] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٣٥، الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٣١٩. الدعاس: القواعد الفقهية، ٥٤. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٣٧٤/١.

[٢] السرخسي: المبسوط ٤٣/٧. البورنو: موسوعة القواعد ٣٩٨/١.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد ٤٠١/١

[٤] السيوطي: الأشباه والنظائر ٣١٤ ابن الوكيل: الأشباه والنظائر ق١ ص ٣١٥ الزركشي: المنثور ١٦٧/١

[٥] ابن نجيم: الأشباه والنظائر ٣٤٤

[٦] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ٤٨٣

[٧] الرازي: مختار الصحاح مادة "بين"

فروع على القاعدة:

منها: من طلق إحدى زوجتيه منكّرة ثم وطيء إحداهما فيكون ذلك دلالة على طلاق غير الموطوءة[١].

قاعدة رقم (٩).

الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر[٢].

وفي لفظ آخر:

- الوصف في الحاضر لغو.

معنى القواعد:

الوصف: أن تحدد وتعرف الشيء بما يميزه عن غيره، والصفة: هي الحالة القائمة بذات الموصوف، واللغو: ذكره وعدمه سيان.

ومعنى الوصف في الشيء الحاضر المشار إليه في المجلس لغو: أي ساقط الاعتبار، لأن المقصود من الوصف التعريف وإزالة الاشتباه والاشتراك، وقد حصل في ذلك بالإشارة إليه ما هو أعلى وأبلغ، فإن الإشارة تقطع الاشتراك بالكلية، والوصف يقلله، فإذا وجدت يلغى معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الاشتراك ولا يقطعه.

وهذا إذا كان المشار إليه من جنس المسمى الموصوف فالوصف في الحاضر لغو، إذا وصفه وهو مشار إليه، ووصفه غائباً معتبر، فإن لم يكن من جنسه، فلا عبرة للإشارة، بل للتسمية والوصف، والعبرة للجنس مطلقاً حاضراً مشاراً إليه أو غائباً، وهذا استثناء من القاعدة.

وأما إذا لم توجد الإشارة، بل كان التعريف بالتسمية والوصف فقط، فإن الوصف معتبر حينئذ.

فروع على القاعدة:

منها: إذا أشار إلى واحدة من نسائه لمتعدّدات دون أن يصفها بوصف، ولم ينو غيرها، وقال لها: أنت طالق، وقع الطّلاق عليها بالاتّفاق أيضاً، لأنّ الإشارة كافية للتّعيين، عملاً بالقاعدة الفقهية الكلية: **الإشارة أبلغ أسباب التعريف**[٣]، وكذلك إذا وصفها بوصفها دون إشارة ودون قصد غيرها، فإنّها تطلق أيضاً، كما إذا قال: سلمى طالق.

فإن نوى واحدةً من نسائه، ولم يشر إليها ولم يصفها، كما إذا قال: إحدى نسائي طالق، ونوى واحدةً منهنّ، فإنّها تطلق دون غيرها، وكذلك لو قال: امرأتي طالق، وليس له غير زوجة واحدة، فإنّها تطلق.

فإن أشار إلى واحدة من نسائه، ووصف غيرها، بأن قال لإحدى زوجاته واسمها سلمى: أنت يا عمرة طالق، وكانت الأخرى اسمها عمرة، طلقت المشار إليها عند الحنفيّة قضاءً، ولم تطلق عمرة للقاعدة الفقهيّة

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٨٩/٣.

[٢] مجلة الأحكام العدلية، مادة ٦٥.

[٣] السرخسي: المبسوط ٤٣/٧. البورنو: موسوعة القواعد ٣٩٨/١.

الكلّيّة: **الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر**، وكذلك إذا أشار إليها ووصفها بغير وصفها، فإنّها تطلق، كما إذا قال لامرأته، أنت يا غزالة طالق، للقاعدة السّابقة.

فإذا لم يشر إليها، ولكن وصفها بوصف هو فيها، وعنى بها غيرها، كأن قال: زوجتي سلمى طالق، وقصد غيرها، ديّن إن كان له زوجة اسمها سلمى – ووقع ديانةً – فإن لم يكن له لم يقع الطّلاق عليه ديانةً ولا قضاءً، لعدم التّعيّن أصلاً، وعدم احتمال اللّفظ للنّيّة. فإن قال: نساء الدّنيا كلّهنّ طوالق، ونوى زوجته، طلقت زوجته عند الحنفيّة، فإن لم ينوها لم تطلق، وإن قال: نساء محلّتي كلّهنّ طوالق، طلقت زوجته، نواها أم لم ينوها، فإن قال: نساء مدينتي كلّهنّ طوالق، فإن نوى زوجته فيهنّ طلقت، وإلاّ، فقد ذهب أبو يوسف إلى عدم طلاقها، وهو رواية عن محمّد بن الحسن أيضاً، وفي رواية أخرى عن محمّد بن الحسن أنّها تطلق كما في نساء الحيّ[١].

قاعدة رقم (١٠).

حكم الشيء قد يدور مع خصائصه فإذا ثبتت خصائصه ثبت حكمه وإلا فلا[٢].

معنى القاعدة:

لكل فعل وتصرف خصائص تميزه عن غيره والأحكام تدور مع الخصائص، فإذا تخلفت إحدى هذه الخصائص فسد ذلك الفعل وبطل.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لامرأتيه: إحداكما طالق ثم وطيء إحداهما فيكون وطؤه بياناً للمطلقة منهما وهي التي لم توطأ لأن وطء الحرة من خصائص ملك النكاح فقد تصرف فيما هو من خصائص ملك النكاح وثبت البيان[٣].

قاعدة رقم (١١).

ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله[٤].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- ما لا يتجزأ فوجود بعضه كوجود كله[٥].
- ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله[٦].
- التبعيض في الأعضاء[٧].
- المضاف للجزء كالمضاف للكل[١].

---

[١] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٢٩٣/٣، النووي: روضة الطالبين، ٣٤/٨. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٣٣١-٣٣٣. الدعاس: القواعد الفقهية، ٥٢. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٣٨٣/١.

[٢] الدبوسي: تأسيس النظر، ٩٣. المجددي: قواعد الفقه ٧٩.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٨٤/٥.

[٤] السيوطي: الأشباه والنظائر،١٦٠. ابن نجيم: الأشباه والنظائر،١٦٢. مجلة الأحكام العدلية، م٦٣. الزركشي: المنثور ١٥٣/١.

[٥] ابن قدامة: المغني ٣٩٤/٨ الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ٤٥٣

[٦] الدبوسي: تأسيس النظر، ص ٦٠. الزركشي: المنثور في القواعد ١٥٣/٣.

[٧] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ١٢٦/٢.

- ما يتعلق بالجملة يثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض[٢].
- ما لا يتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه[٣].
- فساد البعض يوجب فساد الجميع[٤].
- اختيار بعض ما لا يتجزأ اختيار لكله[٥].
- الحكم على بعض ما لا يتجزأ بنفي أو إثبات حكم على كله[٦].

معاني المفردات:

التبعيض: معناه التجزئة وجعل الشيء أبعاضاً أي أجزاءاً [٧].

معنى القاعدة:

ومعنى هذه القواعد أن التصرفات التي ترتبط وحداتها وتتماسك، وليس لها موضوع شرعي إلا وهي مجتمعة إذا قصد أو صرح ببعضها تعلق الحكم بالكل لاستحالة التفريق وكان حكم بعضها منصرفا إلى حكم الكل فيها. فالذي لا يقبل التبعيض ولا التجزئة يكون الحكم فيه كلياً فذكر بعض أجزائه بالحكم يكون حكماً لكله، وكذلك الحكم بإسقاط بعض أجزائه يكون حكماً بإسقاط كله.

وما أضيف إلى جزء أو بعض ما لا يقبل التجزئة ولا التبعيض فهو كالمضاف للكل في الحكم. والمراد بالإضافة الإسناد والنسبة.

وذكر بعض ما لا يتجزأ على وجه الشيوع كنصفه مثلاً، كذكر كله، لأنا إذا لم نقل بذلك، والموضوع أن الحديث عنه لا يتجزأ، يلزم إهمال الكلام بالمرة، والحال أن إعمال الكلام أولى من إهماله.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال: يدك طالق طلقت كلها لأن الطلاق لا يتجزأ. وكذا لو قال: ثلثك طالق، تطلق كلها، ويقع عليها طلقة رجعية كاملة، لأنها مما لا يتجزأ.

ومنها: إذا قال لامرأته أنت طالق نصف تطليقة أو ثلثها أو بعضها فإنه في حكم الواحدة لأن الطلاق لا يتجزأ.

ويستثنى من هذه القاعدة: إذا قال في الرجعة راجعت يدك لم تصح الرجعة[٨]. وكذا لو قال: أنت طالق واحدة إن شئت، فقالت: شئت نصف واحدة، لم يقع شيء[٩].

ومما استثني من هذه أيضاً الإيلاء فإذا أضيف إلى بعض المحل لا يصح إلا الفرج خاصة[١٠].

---

[١] الزركشي: المنثور في القواعد،١٧٥/٣ و٢٠٠/١ ، السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٦٠.
[٢] ابن قدامة: المغني، ٣٩٤/٨.
[٣] المصدر السابق، ٣٩٨/٨.
[٤] المصدر السابق، ٣٩٨/٨.
[٥] ابن السبكي: الأشباه والنظائر ١٠٩/١.
[٦] المصدر السابق ١٠٩/١.
[٧] الفيومي: المصباح المنير مادة "بعض".
[٨] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٩٥/٣.
[٩] الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٣٢٢. الدعاس: القواعد الفقهية، ٥٢. السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٧٨. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٣٧٥/١.
[١٠] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٤٧/١٠.

موقف القانون من الشرط المتعلقة في المطلقة

القانون السوري:

ونص القانون السوري (م ٨٦) على محل الطلاق فيما يأتي: «محل الطلاق: المرأة التي في نكاح صحيح، أو المعتدة من طلاق رجعي، ولا يصح على غيرهما الطلاق، ولو كان معلقاً».

القانون الأردني:

المادة ٦٧: محل الطلاق هي المرأة المعقود عليها بنكاح صحيح، أو المعتدة، والزوجة التي فسخ نكاحها ليست محلاً للطلاق ولو في عدتها.

ويلاحظ في القانون الأردني أنه أجاز الطلاق في العدة سواء أكانت عدة رجعية أم بائنة بينونة صغرى رغم أنه نص صراحة في المادة ٧٢ على أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة.

وهذا يدل على أن الطلاق المتعدد المتكرر سواء أكان في مجلس واحد أم في أطهار مختلفة في العدة الواحدة فإنه يقع أكثر من طلقة حسب مفهوم هذا القانون.

وكذلك نص على أن الطلاق لا يتبع الطلاق في العدة إن كانت الفرقة فسخاً للعقد، على أنه لا بد للرجوع للمذهب الحنفي في حال الفسخ للردة فإن الطلاق يقع في العدة[١].

أما في القانون المصري يوجد مادة صريحة تنص على محل الطلاق، غير أن المادة المادة ٢٢٣ من كتاب الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية قد نصت على: محل الطلاق المرآة المنكوحة والمعتدة من طلاق رجعي أو بائن غير ثلاث للحرة والمعتدة لفرقة هي طلاق كالفرقة بالإيلاء والعنة ونحوها أو لفسخ بإباء أحد الزوجين الإسلام.

[١] نصت المادة ١٣٠ من القانون الأردني: ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة. [الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٣٨١/١].

الباب الثالث

أنواع فرقة الطلاق

والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الفصل الأول: الطلاق من حيث صفته. الطلاق السني والبدعي.

المبحث الأول: آراء الفقهاء في تحديد الطلاق السني والبدعي.

المبحث الثاني: طلاق الحائض أو النفساء أو في طهر مست فيه.

المطلب الأول: حكم وقوع هذا الطلاق وما يستثنى من حظر طلاق المرأة في الحيض.

المطلب الثاني: حكم وقوع طلاق الحائض.

المطلب الثالث: حكم مراجعة المطلقة في هذا الطلاق.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالطلاق السني والبدعي وموقف القانون منه.

المبحث الرابع: طلاق الثلاث بكلمة واحدة أو كلمات.

المطلب الأول: حكم الإقدام على هذا الطلاق.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في أثر وقوع الطلاق بلفظ الثلاث، وكيفيةِ احتسابه.

المبحث الخامس: القواعد الفقهية في طلاق الثلاث بكلمة واحدة أو كلمات وموقف القانون من ذلك.

الفصل الثاني: الطلاق الرجعي والبائن والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: ضابط الطلاق الرجعي والطلاق البائن .

المطلب الأول: الضابط في الطلاق الرجعي والطلاق البائن عند الفقهاء.

المطلب الثاني: ضابط البينونة الكبرى والصّغرى عند الفقهاء.

الفرع الأول: متى يكون الطلاق بائناً بينونة صغرى؟.

الفرع الثاني: متى يكون الطلاق بائناً بينونة كبرى؟.

المبحث الثاني: أثر اختلاف اللفظ في تحديد حالات الطلاق البائن لدى الفقهاء.

المبحث الثالث: أحكام وآثار الطلاق الرجعي والبائن.

المطلب الأول: آثار الطلاق الرجعي.

المطلب الثاني: آثار الطلاق البائن بينونة صغرى.

المطلب الثالث: وأما آثار البائن بينونة كبرى.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالطلاق البائن أو الرجعي.

المبحث الخامس: موقف القانون من الطلاق الرجعي والبائن.

الفصل الثالث: الطلاق المنجز والمضاف والمعلق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: أقوال الفقهاء في حكم التنجيز والتعليق والإضافة.

المبحث الثاني: أثر الطلاق المضاف.

المبحث الثالث: الطلاق المعلق على شرط.

المطلب الأول: أنواع التعليق.

المطلب الثاني: حكم الطلاق المعلق أو اليمين بالطلاق وأثره.

المطلب الثالث: تعليق طلاق المرأة على النكاح.

المطلب الرابع: شروط صحّة التّعليق.

المطلب الخامس: انحلال الطّلاق المعلّق على شرط.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية في الطلاق المنجز والمضاف والمعلق.

المبحث الخامس: موقف القانون من الطلاق المضاف والمعلق.

الفصل الرابع: طلاق المريض مرض الموت والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: التعريف بمرض الموت وسبب اختلاف الفقهاء فيه.

المطلب الأول: التعريف بمرض الموت: لغة وشرعاً.

المطلب الثاني: سبب اختلاف الفقهاء في مرض الموت.

المبحث الثاني: حكم طلاق الفار وآراء الفقهاء في توريث المطلقة فيه.

المبحث الثالث: وقت الإرث.

المبحث الرابع: شروط توريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت.

المبحث الخامس: تعليق الزوج الطلاق البائن في المرض.

المبحث السادس: حكم الفرقة من جهة الزوجة المريضة مرض الموت.

المبحث السابع: القواعد الفقه المتعلقة في طلاق المريض مرض الموت وموقف القانون منه.

الباب الثالث
أنواع فرقة الطلاق
والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

ينقسم الطلاق عدة تقسيمات باعتبارات متنوعة:

فهو من حيث الصيغة ينقسم إلى صريح وكناية، وقد بينا ذلك.
ومن حيث الموافقة للسنة ومخالفتها ينقسم إلى سني وبدعي.
ومن حيث الأثر الناتج على الحياة الزوجية ينقسم إلى رجعي وبائن.
ومن حيث الزمن المرتبط به ينقسم إلى منجز أو معجل، ومعلق، ومضاف إلى المستقبل. ويلحق بهذا المطلب حكم طلاق المريض مرض الموت.

وسوف نفصل الكلام في هذا الباب عن أنواع الطلاق هذه والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

الفصل الأول
الطلاق من حيث صفته
الطلاق السني والبدعي
والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

ينقسم الطلاق من حيث صفته إلى قسمين: سني وبدعي.

والحديث عن الطلاق السني أو البدعي، يتطلب تعريف كل منهما، وبيان آراء الفقهاء في تحديد أقسام كل منها، وبيان حكم كل منها، ثم بيان ما يتفرع عنها من مسائل.

تعريف السنة:

السنة في اللغة: تطلق على السيرة والطريقة حسنة كانت أو سيئة[١]، قال صلى الله عليه وسلم:(من سنَّ في الإسلام سنة حسنة، فعمل بها بعده، كتب له مثل أجر من عمل بها، ولا ينقص من أجورهم شيء، ومن سنَّ في الإسلام سنة سيئة، فعمل بها بعده، كتب عليه مثل وزر من عمل بها، ولا ينقص من أوزارهم شيء)[٢].

وفي الاصطلاح: ما ثبت في الشرع من غير افتراض ولا وجوب، وتقابل الواجب أوغيره من الأحكام الخمسة، وقد تطلق على ما يقابل البدعة[٣].

تعريف البدعة:

البدعة في اللغة: هي اختراع الشئ على غير مثال، وتعرف كذلك بالحدث في الدين بعد الإكمال[٤]. ومنه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (وإياكم ومحدثات الأمور فإن كل محدثة بدعة)[٥].

وشرعاً: تطلق في مقابل السنة، وعند الحنفية هي اعتقاد خلاف المعروف عن الرسول صلى الله عليه وسلم، لا بمعاندة بل بنوع شبهة، أو هي الذهاب إلى قول لم يدل عليه دليل[٦].

والطلاق السني: هو الذي جاء على الطريقة التي أمر الله باتباعها وما وافق سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهديه في طريقة إيقاع الطلاق.

ولا يعني الفقهاء بالطلاق السني ما يقابل الفرض أو الواجب، أي أنه سنة فلم يقل بذلك أحد من أهل العلم، حتى الذين صاروا إلى أن حكم الطلاق عامة الإباحة.

---

[١] الفيومي: المصباح المنير، الرازي: مختار الصحاح، مادة "سنن".

[٢] رواه مسلم في صحيحه، كتاب العلم، باب من سن سنة حسنة أو سيئة ومن دعا إلى هدى أو ضلالة، ٢٠٥٩/٤، برقم ١٠١٧، عن أبي عمرو جرير بن عبد الله البجلي.

[٣] السباعي: السنة ومكانتها في التشريع ص٤٨.

[٤] الفيومي: المصباح المنير، الرازي: مختار الصحاح، مادة "بدع".

[٥] أبو داود: السنن، كتاب السنة، باب في لزوم السنة،٢٠٠/٤ برقم ٤٦٠٧، عن العرباض بن سارية. ابن حبان: الصحيح، باب ما جاء في الابتداء بحمد الله تعالى، في ذكر وصف الفرقة الناجية، ١٧٩/١، برقم ٥.

[٦] أبو جيب: القاموس الفقهي. مادة "بدع".

والطلاق البدعي: ما كان مخالفاً للطريقة التي أمر الإسلام باتباعها في إيقاع الطلاق[١].

بيان الأصل في تقسيم الطلاق إلى سني وبدعي:

الأصل في تقسيم الطلاق إلى سني وبدعي القرآن والسّنّة.

أمّا القرآن: فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا ٱلْعِدَّةَۖ﴾[الطلاق:١]، ومعناه لوقت ابتداء عدتهن، وهو الطهر الذي لم يمسسن فيه.

وقد فسّر ابن مسعود رضي الله عنه ذلك بأن يطلّقها في طهر لا جماع فيه، ومثله عن ابن عبّاس رضي الله عنهما[٢].

وأمّا السّنّة: حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم: (مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء)[٣].

وما ورد عن عبد اللّه بن مسعود رضي الله عنه قال: (طلاق السّنّة تطليقة وهي طاهر في غير جماع، فإذا حاضت وطهرت طلّقها أخرى، فإذا حاضت وطهرت طلّقها أخرى، ثمّ تعتدّ بعد ذلك بحيضة)[٤]. فهذه الأحاديث دليل على حرمة طلاق المرأة في حالة الحيض[٥].

---

[١] زيدان: المفصل في أحكام المرأة والأسرة ٤٣٠/٧.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٢٩٨/٧

[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن،٢٠١١/٥ برقم ٥٢٥١، ورواه مسلم في صحيحه– كتاب الطلاق – باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، ١٠٩٣/٢– برقم ١٤٧١.

[٤] النسائي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب طلاق السنة، ٣٤٢/٣، برقم ٥٥٨٧ .

[٥] ابن قدامة: المغني، ٢٩٨/٧

المبحث الأول

آراء الفقهاء في تحديد الطلاق السني والبدعي

قسّم جمهور الفقهاء الطّلاق من حيث وصفه الشّرعيّ إلى سنّيّ وبدعيّ، ولم يذكروا للسّنّيّ تقسيماً، فهو عندهم قسم واحد خلافاً للحنفيّة، إلاّ أنّ بعض الشّافعيّة قسّموا الطّلاق إلى سنّيّ وبدعيّ، وما ليس سنّيّاً ولا بدعيّاً وهو المرجّح عندهم[1]، وإليك تفصيل أراء الفقهاء في تحديد كل منها:

أولاً: مذهب الحنفية:

ينقسم الطّلاق عند الحنفيّة إلى سنّيّ وبدعيّ، وينقسم السّنّيّ إلى قسمين: حسن وأحسن[2].

فالأحسن عندهم: أن يوقع المطلّق على زوجته طلقةً واحدةً رجعيّةً في طهر لم يطأها فيه، ولا في حيض أو نفاس قبله، ولم يطأها غيره فيه بشبهة أيضاً، فإن زنت في حيضها ثمّ طهرت، فطلّقها لم يكن بدعيّاً. ويتركها حتى تنقضي عدتها؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون ألا يزيد الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة، فإن هذا أفضل عندهم من أن يطلقها الرجل ثلاثاً عند كل طهر واحدة، ولأنه أبعد من الندامة، لتمكنه من التدارك، وأقل ضرراً بالمرأة.

وأمّا الحسن: فأن يطلّقها واحدةً رجعيّةً في طهر لم يطأها فيه ولا في حيض أو نفاس قبله، ثمّ يطلّقها طلقتين أخريين في طهرين آخرين دون وطء، في كل طهر تطليقة، يستقبل الطهر استقبالاً، عملاً بأمره صلّى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر المتقدم.

وأما البدعي: فما سوى ذلك عندهم، كأن يطلّقها مرّتين أو ثلاثاً في طهر واحد بكلمة واحدة أو متفرّقات، أو يطلّقها في الحيض أو النّفاس، أو يطلّقها في طهر مسّها فيه، أو في طهر مسّها في الحيض قبله.

فإن طلّقها في الحيض، ثمّ طلّقها في الطّهر الّذي بعده، كان الثّاني بدعيّاً أيضاً، لأنّهما بمثابة طهر واحد، وعليه أن ينتظر حيضها الثّاني، فإذا طهرت منه طلّقها إن شاء، ويكون سنّيّاً عند ذلك، ولو طلّقها في الحيض، ثمّ ارتجعت، ثمّ طلّقها في الطّهر الّذي بعده كان بدعيّاً في الأرجح، وهو ظاهر المذهب، وقال القدوريّ[3]: يكون سنّيّاً.

واستثنى الحنفيّة من البدعيّ عامّةً: الخلع، والطّلاق على مال، والتّفريق للعلّة، فإنّه لا يكون بدعيّاً ولو كان في الحيض، لما فيه من الضّرورة، وكذلك تخييرها في الحيض سواء اختارت نفسها في الحيض أم بعده

---

(1) وقد أورد هذا القسم كلاً من ابن الوكيل والسيوطي في الأشباه والنظائر تحت قاعدة فقهية: ما يتردد فيه. هل هو من تقابل الضدين أو العدم والملكة والواسطة [ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ٢، ١٣٧. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٥٣٥]

(2) الكاساني: بدائع الصنائع ٩١/٣، القدوري: الكتاب،٣٧/٣، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٧/٣، الحصكفي: الدر المختار،٥٧٤/٢.

(3) القُدُوْرِي (٣٦٢-٤٢٨هـ) أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد البغدادي القُدُوْرِي، نسبة إلى بيع القُدور، إمام علّامة فقيه حنفي، انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة بالعراق، نَجُبَ في الفقه لذكائه، وعظم قدره، وارتفع جاهه، كان جريء اللسان، مديماً للتلاوة، حسن العبارة في النظم. تُوفِّي ببغداد، من تصانيفه: «المختصر» في فروع الحنفية. والتجريد. [الجواهر المضية ٩٣/١. النجوم الزاهرة ٢٤/٥].

وكذلك اختيارها نفسها في الحيض، سواء أخيّرها في الحيض أم قبله، فإنّه لا يكون بدعيّاً لأنّه ليس من فعله المحض[1].

هذا إن كانت المرأة من أهل الحيض، فإن لم تكن من أهل الحيض، كأن كانت حاملاً، أو صغيرةً دون سنّ الحيض، أو بلغت بالسّنّ ولم تر الحيض، أو آيسةً، فإن كانت كذلك كان طلاقها سنّيّاً، سواء مسّها أم لم يمسّها، لأنّها في طهر مستمرّ، ولكن لا يزيد على واحدة، فإن زاد كان بدعيّاً.

فإذا أراد الزوج أن يطلق أيّاً منهنَّ طلاق السنة، طلقها واحدة، فإذا مضى شهر طلقها أخرى، فإذا مضى شهر طلقها طلقة أخرى، فتصير ثلاث طلقات في ثلاثة أشهر؛ لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض. يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الإباحة لعلة الحاجة، والشهر دليل الحاجة، ويحسب الشهر بالأهلة إن كان الطلاق في أول الشهر، وبالأيام إن كان في وسط الشهر، كما هو المقرر في العدة.

وهذا كله أيضاً في المرأة المدخول أو المختلى بها، إذ الخلوة لها حكم الدخول عند جمهور الفقهاء، والقاعدة الفقهية تنص على أن: **الخلوة الصحيحة بالزوجة كالدخول في الأحكام**[2].

أمّا غير المدخول أو المختلى بها، فالحسن: أن يطلّقها واحدةً فقط، ولا يهمّ أن يكون ذلك في حيض أو غيره، ولا يضرّ أنّ طلاقها يكون بائناً، لأنّه لا يكون إلاّ كذلك.

وألفاظ طلاق السنة والبدعة: التي هي نص فيه، مثل القول: أنت طالق للسنة، فلو قال رجل لامرأته المدخول بها التي تحيض: أنت طالق ثلاثاً أو ثنتين للسنة، وقع عند كل طهر طلقة، وتقع أولاها في طهر لا جماع فيه. أما لو كانت المرأة غير مدخول بها أو لا تحيض، فتقع طلقة واحدة في الحال، ثم إن غير المدخول بها تبين منه بلا عدة؛ لأنه طلاق قبل الدخول، ولا تقع طلقة غيرها ما لم يتزوجها، وأما التي لا تحيض فتقع طلقة أخرى عند مضي شهر.

وإن نوى أن تقع الثلاث في الحال، أو عند رأس كل شهر واحدة، صحت نيته؛ لأن ذلك يحتمله كلامه.

ومن ألفاظ طلاق البدعة: أن يقول الرجل: أنت طالق للبدعة أو طلاق الجور أو طلاق المعصية أو طلاق الشيطان، فإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث؛ لأن إيقاع الثلاث في طهر واحد لا جماع فيه بدعة، وإيقاع الطلقة الواحدة في طهر جامعها فيه بدعة، والطلاق في حال الحيض بدعة، فإذا نوى به الثلاث، فقد نوى ما يحتمله كلامه، فصحت نيته[3].

ثانياً: مذهب المالكية:

الطلاق السنيّ عند المالكية ما توافرت فيه أربعة شروط:

١- أن تكون المرأة المدخول بها طاهراً من الحيض والنفاس حين الطلاق.

٢- ألا يكون زوجها قد مسها في ذلك الطهر. وهذان الشرطان قال بهما جميع الفقهاء.

---

[1] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٣٠/٣-٢٣٤

[2] ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم: الفوائد الزينية في مذهب الحنفية، الدمام: دار ابن الجوزي، ١٩٩٤م. الفائدة ٢١٩ ص ١٧٦.

[3] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٠٢/٧

٣- أن تكون الطلقة واحدة، خلافاً للشافعية، فإنهم يرون جواز جمع الثلاث.

٤- أن لا يتبعها طلاقاً آخر حتى تنقضي عدتها خلافاً للحنفية، فإنهم قالوا: بجواز تطليق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار كما تقدم.

والطلاق البدعي، ما نقصت منه هذه الشروط أو بعضها[١].

ثالثاً: مذهب الشافعية:

قسم الشافعية الطلاق إلى ثلاثة أقسام[٢]:

القسم الأول: الطلاق السني: وهو المستحب شرعاً، وهو أن يطلق الرجل امرأته غير الحائض أو النفساء في طهر لم يمسها فيه، طلقة واحدة، وإن أراد الثلاث فرقها في كل طهر طلقة، ليخرج من الخلاف، وإن جمع الطلقات الثلاث في طهر واحد جاز ولا يحرم.

واستدل الشافعية على ذلك، أن عويمراً العجلاني[٣]، لما لاعن امرأته عند رسول الله صلّى الله عليه وسلم، طلقها ثلاثاً قبل أن يخبره صلّى الله عليه وسلم أنها تبين باللعان، فلو كان إيقاع الثلاث حراماً، لنهاه عن ذلك ليعلمه هو ومن حضره[٤].

ولأن فاطمة بنت قيس[٥] شكت للنبي صلّى الله عليه وسلم أن زوجها طلقها البتة، قال الشافعي رضي الله عنه: يعني والله أعلم: ثلاثاً، ولم نعلم أن النبي صلّى الله عليه وسلم نهى عن ذلك؛ وقد فعله جمع من الصحابة، وأفتى به آخرون.

لكن يسن الاقتصار على طلقة في القُرْء لذات الأقراء، وفي الأظهر لذات الأشهر ليتمكن من الرجعة أو التجديد إن ندم، فإن لم يقتصر على طلقة، فليفرق الطلقات على الأيام، ويفرق الطلاق على الحامل بطلقة في الحال ويراجع، وأخرى بعد النفاس، والثالثة بعد الطهر من الحيض.

القسم الثاني: الطلاق البدعي: أن يطلق الرجل زوجته المدخول بها في حيض أو نفاس أو في طهر مسّها فيه.

أما القسم الثالث: وهو لا سني ولا بدعي[١]، وهو طلاق الصغيرة، والآيسة، والمختلعة، والتي استبان حملها من الزوج، وغير المدخول بها. فهذا لا سنة فيه ولا بدعة؛ لأنه لا يوجد تطويل العدة وهذا القسم هو ما استثناه الحنفيّة من البدعيّ كما تقدّم.

---

[١] الدردير:الشرح الصغير، ٥٣٧/٢. ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ١٥٠، الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، ٣٦١/٢.

[٢] الشيرازي: المهذب، ٧٩/٢، ٨٩، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٧/٣-٣١٢.

[٣] عويمر بن أبيض العجلاني الأنصاري: صحابي، وهو صاحب اللعان، الذي رمى زوجته بشريك بن سحماء، فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما سنة (٩هـ)، وفيهما نزلت آيات اللعان، ينظر، ابن الأثير، [أسد الغابة، ٤٣٢/٣. الإصابة، ٧٤٦/٤].

[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، ٢٠١٤/٥ برقم ٤٩٥٩. وفي باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، ٢٠٣٣/٥ برقم ٥٠٠٢. وفي كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من التعمق والتنازع في العلم والغلو في الدين والبدع، ٢٦٦٣/٦ برقم ٦٨٧٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، ١١٢٩/٢ برقم ١٤٩٢.

[٥] فاطمة بنت قيس الفهرية، إحدى المهاجرات، وأخت الضحاك، كانت تحت أبي عمرو بن حفص بن المغيرة المخزومي فطلقها، فخطبها معاوية بن أبي سفيان وأبو جهم، فنصحها رسول الله وأشار عليها بأسامة بن زيد، فتزوجت به، حدّث عنها الشعبي وأبو سلمة بن عبد الرحمن وأبو بكر بن عبد الرحمن وآخرون توفيت في خلافة معاوية وحديثها في الدواوين كلها.[سير أعلام النبلاء ٣١٩/٢. الإصابة ٦٩/٨].

وتختلف ألفاظ الطلاق السنة والبدعة عند السادة الشافعية:

فلو قال الرجل لزوجته: أنت طالق ثلاثاً أو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة، وفسر الثلاث في الصورتين بتفريقها على أقراء، لم يقبل قوله ظاهراً على الصحيح المنصوص، والأصح أنه يقبل قوله ديانة بينه وبين الله تعالى.

ولو قال لحائض: أنت طالق للبدعة، وقع الطلاق في الحال. وإن قال لها: أنت طالق للسنة، فيقع الطلاق حين تطهر من الحيض أو النفاس، بأن تشرع في الطهر، ولا يتوقف على الاغتسال، لوجود الصفة قبله.

ولو قال لمن في طهر لم تجامع فيه وهي مدخول بها: أنت طالق للسنة، وقع في الحال لوجود الصفة. وإن جومعت فيه ولم يظهر حملها، فيقع الطلاق حين تطهر بعد حيض، لشروعها حينئذ في العدة.

ولو قال لمن في طهر: أنت طالق للبدعة، فيقع الطلاق في الحال إن جومعت فيه أو في حيض قبله ولم يظهر حملها، لوجود صفة البدعة، فإن لم تجامع على النحو المذكور فيقع الطلاق حين تحيض.

ولو قال: أنت طالق طلقة حسنة أو أحسن الطلاق أو أجمله أو نحوها، فهو كقوله: أنت طالق للسنة، فإن كانت في حيض لم يقع حتى تطهر، أو في طهر لم تجامع فيه، وقع في الحال، أو جومعت فيه، وقع حين تطهر بعد حيض.

وإن وصف الطلاق بصفة ذم، كأنت طالق طلقة قبيحة أو أقبح الطلاق أو أفظعه أو أشرّه أو أفحشه أو نحوها، فهو كقوله: أنت طالق للبدعة، فإن كانت في حيض أو في طهر جامعها فيه، وقع في الحال، وإلا فحين تحيض. ولو نوى بالطلاق طلاق السنة لحسن خلقها، وكانت في زمن البدعة، دُيِّن، ولم يقبل قوله ظاهراً، أي يقبل قوله ديانة لا قضاء.

وإن قال: أنت طالق ثلاثاً، في كل قرء طلقة، فإن كانت طاهراً طلقت طلقة؛ لأن ما بقي من الطهر قرء، وإن كانت حائضاً لم تطلق حتى تطهر، ثم يقع في كل طهر طلقة. وإن كانت من القسم الثالث ممن لا سنة لها ولا بدعة: فإن كانت حاملاً طلقت في الحال طلقة؛ لأن الحمل قرء يعتد به، وإن كانت تحيض على الحمل، لم تطلق في أطهارها؛ لأنها ليست بأقراء، فإن راجعها قبل الوضع، وطهرت في النفاس، وقعت طلقة أخرى، فإن حاضت وطهرت، وقعت الطلقة الثالثة. وإن كانت غير مدخول بها وقعت عليها طلقة وبانت، فإن كانت صغيرة مدخولاً بها طلقت في الحال طلقة، فإن لم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر بانت، وإن راجعها لم تطلق في الطهر بعد الرجعة؛ لأنه هو الطهر الذي وقع فيه الطلاق[٢].

---

[١] وقد أورد هذا القسم كلاً من ابن الوكيل والسيوطي في الأشباه والنظائر تحت قاعدة فقهية: ما يتردد فيه. هل هو من تقابل الضدين أو العدم والملكة والواسطة [ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ٢، ١٣٧. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٥٣٥]

[٢] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٠٧/٧

رابعاً: مذهب الحنابلة:

وافق الحنابلة الشافعية في رأيهم بتحديد الطلاق السني والبدعي وألفاظهما، في إحدى روايتين عند الحنابلة، اختارها الخرقيّ[١]. ووافقوا الحنفية والمالكية في رواية ثانية[٢].

الخلاصة:

اتفق الفقهاء على أن طلاق السنة إما أن يكون من ناحية الوقت (أي في زمن الطهر أو الحيض)، فيثبت في المدخول بها خاصة، وهو: أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه.

واتفقوا أن طلاق البدعة يكون في المدخول بها في حال الحيض أو النفاس.

واختلفوا في طلاق السنة أو البدعة من ناحية العدد (أي عدد الطلقات).

فالطلاق الثلاث طلاق سني عند الشافعية والحنابلة في إحدى روايتين، بدعي حرام عند المالكية والحنفية.

قال ابن عباس: الطلاق على أربعة أوجه: وجهان حلال، ووجهان حرام، فأما اللذان هما حلال: فأن يطلق الرجل امرأته طاهراً من غير جماع، أو يطلقها حاملاً مستبيناً حملها، وأما اللذان هما حرام: فأن يطلقها حائضاً أو يطلقها عند الجماع، لا يدري، اشتمل الرحم على ولد أم لا [٣].

المبحث الثاني
طلاق الحائض أو النفساء أو في طهر مست فيه

الكلام في هذه المبحث يتطلب بيان حكم هذا الطلاق، وبيان الحكمة من تحريمه، ثم بيان اختلاف أهل العلم في حكم وقوع هذا الطلاق، وأخيرا حكم مراجعة المطلقة في الحيض.

المطلب الأول
حكم وقوع هذا الطلاق
وما يستثنى من حظر طلاق المرأة في الحيض

ذهب جمهور أهل العلم إلى حرمة طلاق المرأة الحائض أو النفساء أو التي تكون في طهر مسها فيه زوجها، وأن فاعله آثم ومرتكب للمعصية.

وذهب الحنفية إلى أنه مكروه تحريمياً. واقتصر المالكية على القول بتحريم الطلاق في الحيض أو النفاس، ويكره في غيرهما[٤].

---

[١] الخرقي (٣٣٤هـ) أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله البغدادي. من كبار فقهاء الحنابلة. رحل عن بغداد لما ظهر بها سبّ الصحابة زمن بني بوبة، وترك كتبه في بيت ببغداد فاحترقت ولم تكن انتشرت. وبقي منها مختصره المشهور بمختصر الخرقي الذي شرحه ابن قدامة في المغني. [طبقات الحنابلة ٧٥/٢].

[٢] ابن قدامة: المغني، ٩٨/٧ وما بعدها، البهوتي: كشاف القناع، ٢٦٩/٥-٢٧٦.

[٣] ابن قدامة: المغني، ٩٨/٧.

[٤] ابن الهمام: فتح القدير، ٢٨/٣، الدردير: الشرح الصغير، ٥٣٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٧/٣، ابن قدامة: المغني، ٩٨/٧.

قال ابن الهمام: (الطلاق في حالة الحيض يحرم للمضارة بتطويل العدة، والطلاق في الطهر الذي جامعها فيه يحرم لتلبيس وجه العدة أهو بالأقراء أو الوضع لاحتمال الحبل)[١].

وقال الإمام النووي رحمه الله: (أجمعت الأمة على تحريم طلاق الحائض بغير رضاها فلو طلقها أثم وقع طلاقه)[٢].

وجاء في مواهب الجليل: (أن الطلاق في الحيض حرام بالإجماع)[٣].

وقال ابن قدامة: (فإن طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضاً أو في طهر أصابها فيه أثم)[٤].

وأما حكمة تحريم طلاق الحائض: فترجع إلى عدة أمور منها:

الأمر الأول: لما يلحق المرأة من ضرر إطالة العدة عليها، لأن الحيضة التي وقع فيها الطلاق، والطهر الذي بعدها لا يحسب من العدة.

الأمر الثاني: لغرض التأكد من أن الطلاق كان لحاجة الزوج إليه، وليس مرده إلى نزوة طارئة وغضب سريع وقرار متعجل، وبيان ذلك أن الرجل عادة لا يميل إلى زوجه وهي حائض الميل الطبيعي المعتاد فحالة الحيض منفرة طبعاً، نظراً لحرمة وطئها في الحيض، فحتى لا يكون للنفور من الزوجة في حال الحيض دخل في إيقاع الطلاق. بل وربما يدعوه ذلك النفور إلى العجلة في تطليقها لأتفه الأسباب ولأقل غضب[٥].

وفي منع الطلاق في حال الطهر الذي مس الزوج فيه زوجته مصلحة للزوج والزوجة والأبناء لالتباس العدة على المرأة فهي لا تدري هل تعتدّ بالأقراء، أو بوضع الحمل لاحتمال أنها قد حملت من هذا اللقاء، وإذا عرف الزوج حملها ربما يعدل عن الطلاق بسبب وجود الولد.

وبهذا يتبين أن الطلاق البدعي يكون للمرأة التي دخل بها زوجها، وكانت ممن تحيض، أما التي لم يدخل بها الزوج أو كانت حاملاً أو لا تحيض، فلا يكون طلاقها بدعياً قبيحاً شرعاً.

الأمر الثالث: ذهب بعض فقهاء المالكية إلى أن منع الطلاق في الحيض إنما هو أمر تعبدي وحق لله تعالى، سواء رضيت به الزوجة أم لا.

واستدلوا على ذلك: أن النبي صلى الله عليه وسلم أنكر على ابن عمر طلاقه لزوجته وهي حائض، دون أن يستفصل منه هل طلقها وهي راضية أم لا، كما أنه صلى الله عليه وسلم أمره بمراجعتها دون طلب الزوجة.

واستدل المالكية على ذلك أيضاً، بمنع الخلع في الحيض عندهم، مع أنه جاء بناء على طلب المرأة، فلو كان المنع لعدم تطويل العدة فقط، لجاز الخلع في الحيض، لأن هذا الحق هو حق الزوجة، **والقاعدة**

---

[١] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٨/٣

[٢] النووي: شرح صحيح مسلم ٦٤/١٠.

[٣] الحطاب: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٣٩/٤.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٢٣٧/٨.

[٥] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٧/٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٤/٣. الدردير: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٢٥/٢. الرملي: نهاية المحتاج، ١٠٩/٦. المرداوي: الإنصاف، ٤٤٩/٨. ابن قدامة:المغني، ٢٣٩/٨.

الفقهية تقول: من ملك حقاً ملك التنازل عنه، ولكن بما أن هذا لا يجوز، فدل على أن المنع أمر تعبدي أيضاً غير تطويل العدة.

ويؤيد هذا فروع كثيرة جاءت في الفقه المالكي: منها منع التفريق بين الزوجين للإعسار أو العيوب أو اللعان في حال الحيض، فلا يطلق القاضي في هذه الحالات[١].

وأما ما يستثنى من حظر طلاق المرأة في الحيض:

وبناء على تلك الأمور، فقد استثنى جمهور العلماء من حظر طلاق المرآة في الحيض حالات هي[٢]:

أولاً: المرأة غير المدخول بها، فيطلقها في حال الطهر أو الحيض، ويكون طلاقها على أي حال على حدٍّ سواء.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة:٢٣٦]، وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٤٩].

قال ابن الهمام: (وأما المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة، فالطلاق في حال الحيض يقوم دليلاً على تحقيق الحاجة فجاز أن يطلقها في حال الطهر والحيض جميعاً خلافاً لزفر) [٣].

وقال ابن عبد البر: (أجمع العلماء أن طلاق السنة إنما في المدخول بها أما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة إلا في عدد الطلاق على اختلاف بينهم فيه) [٤].

وقال الغزالي: (ولا بدعة في طلاق غير الممسوسة ولا سنة) [٥].

وقال الخرقي: (ولو قال لها وهي حائض ولم يدخل بها أنت طالق للسنة طلقت من وقتها لأنه لا سنة لها ولا بدعة)[٦].

ثانياً: المرأة الصغيرة أو الآيسة فيجوز طلاقهن، ويجوز كذلك طلاق الحامل وإن حاضت، أو عقيب الجماع، لأنه لا تطويل فيها. ولا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة؛ ولأن عدة الحامل تنتهي حتماً بوضع الحمل.

يقول الحنفية في التي لا تحيض: (ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان.. وقال زفر: يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولأن بالجماع تفتر الرغبة)[٧].

وجاء في مواهب الجليل للمالكية: (ويطلق اليائسة والتي لم تبلغ متى شاء، وأفضل ذلك أن يستقبل بها الأهلة)[٨].

---

[١] شرح الخرشي على خليل، ١٧٠١/٣

[٢] قد ذكرنا بعض هذه الحالات عند بيان رأي الحنفية في تحديد الطلاق السني والبدعي آنفا أول هذا البحث.

[٣] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٩/٣.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٢٤٩/٨.

[٥] الغزالي، أبو حامد: الوجيز في فقْه الإمام الشّافعي- بيروت: دار الأرقم، ١٩٩٨، ٥٠/٢.

[٦] الخرقي: مختصر الخرقي، ١٥٢.

[٧] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣١/٣.

[٨] الحطاب: مواهب الجليل، ٣٨/٤.

وقال ابن تيمية: (وإن كانت المرأة لا تحيض لصغرها أو كبرها فإنه يطلقها متى شاء، أكان وطئها أو لم يكن وطئها. فإن هذه عدتها ثلاثة أشهر ففي أي وقت طلقها لا تعتد بقرء ولا بحمل)[١].

ولا يوصف طلاقهن بسنة ولا بدعة من حيث الوقت، لعدم وجود المحاذير التي قد تقع في طلاق الحائض والمدخول بها وغير الحامل التي تقدم ذكرها، وعند أحمد رواية بأن طلاق الحامل بدعيّ حتى تضع حملها ثم تطهر من النفاس[٢].

وقد رجح صاحب الانصاف الرواية الأولى فقال: (فإن استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة)[٣].

ثالثاً: كما استثنى الخلع عند من يرى أنه طلاق وخلافاً للمالكية أيضاً كما مر آنفاً، لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أتردين عليه حديقته قالت: نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[٤].

ووجه الاستشهاد بالحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسألها أهي حائض أم لا فدل على جواز الخلع في الحيض والطهر وذلك لأن المرأة هي التي تطلب الخلع وتسعى إليه.

وقد جاء في مغني المحتاج في فقه الشافعية: (ويجوز خلعها في الحيض والنفاس لا طلاقها، لقوله تعالى:(فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ولحاجتها إلى الخلاص بالمفارقة حيث افتدت بالمال)[٥].

رابعاً: واستثنوا كذلك تطليق القاضي في الإيلاء إذا رفض الزوج الفيء قبل مضي مدة الايلاء وهي أربعة أشهر ووقع تطليق القاضي حال الحيض لعموم قوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ. وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٦-٢٢٧].

---

[١] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٧/٣.

[٢] المرغيناني: الهداية، ٣٢/٣، الرملي: نهاية المحتاج، ١١٠/٦، الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣٦٢/٢، النووي: روضة الطالبين ٣/٦، ابن قدامة: المغني ٣٢٧/١٠، ابن حزم: المحلى ٣٧٥/٩، بدران:الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٣٤٢.

[٣] المرداوي: الإنصاف، ٤٤٨/٨.

[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع ، ٢٠٢١/٥. برقم ٤٩٧١. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣. برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٣/١. برقم ٢٠٥٦. وقد اختلف في اسم إمرأة ثابت هذه، والذي حققه الحافظ ابن حجر في الفتح: أنها جميلة أخت عبد الله بن أبي بن سلول.[العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ٣٩٨/٩].

[٥] الشربيني: مغني المحتاج ٣٠٨/٣

المطلب الثاني
أثر وقوع طلاق الحائض

وهل يقع الطلاق أم لا ؟ هذه المسألة من المسائل التي ثار حولها جدل كبير بين مثبت لوقوع الطلاق ونافٍ له، وامتحن بسببها أئمة كبار وعلماء عظام، والخلاف طويل، وقد أسهب كثير من العلماء في تحريره، وجمع أدلته وايضاح ما استشكل منها[١].

وخلاصة المسألة يعود إلى قولين:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية وغيرهم إلى وقوعه رغم حرمته ووجود الإثم والمعصية[٢].

يقول الحنفية: (وإذا طلق الرجل امرأته في حال الحيض وقع الطلاق)[٣].
وقال الشافعية: (أجمعت الأمة على تحريم طلاق الحائض بغير رضاها فلو طلقها أثم وقع طلاقه)[٤].
وجاء في الإنصاف للحنابلة: (وإن طلق المدخول في حيضتها أو طهر أصابها فيه، فهو طلاق بدعة محرم. ويقع وهذا الصحيح من المذهب)[٥].
وقد وضع ابن قدامة هذا الحكم تحت قاعدة فقهية وهي: **طلاق البدعة يقع**[٦].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولاً: الطلاق في الحيض داخل تحت عموم قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۖ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩]، وقوله تعالى﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾[البقرة:٢٢٨].
ووجه الدلالة: أن الآيات لم تفرق بين مطلقة في حيض وبين مطلقة في طهر، وكذلك العموميات الأخرى الواردة في القرآن الكريم بشأن المطلقات يدخل فيها المطلقات في الحيض إذ لا يجوز إخراج بعض المطلقات من هذا العموم الوراد في هذه الآيات إلا بنص أو اجماع ولا يوجد نص ولا اجماع يخصص المطلقات في الحيض من هذا العموم[٧].

---

[١] كالسيد العلامة محمد بن إبراهيم الوزير، الذي له مصنف حافل، وللإمام الشوكاني رسالة، ذكر فيها أدلة الطرفين وما يرجح منها اضافة إلى ماذكره في كتابه نيل الأوطار هذا بالإضافة إلى ما كتبه ابن حزم وابن تيمية وابن القيم. وانظر هذا البحث مفصلا في كتاب أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني مدى حرية الزوجين في الطلاق١/٣٨٠-٤٨٤

[٢] المرغيناني: الهداية، ٣٢/٣، الرملي: نهاية المحتاج، ١١٠/٦، الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣٦٢/٢، النووي: روضة الطالبين ٣/٦، ابن قدامة: المغني ٣٢٧/١٠،

[٣] الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٣٢/٢.

[٤] صحيح مسلم بشرح النووي ٦٤/١٠.

[٥] المرداوي: الإنصاف، ٤٤٨/٨. ابن قدامة: المغني، ٢٣٧/٨

[٦] ابن قدامة: المغني، ٢٧٩/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٢٤٠/٥. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٥٤.

[٧] ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدى خير العباد- بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٩٨، ٢٢٩/٥-٢٣٠.

ثانياً: واستدلوا بحديث ابن عمر المتقدم الذي ورد فيه (مره فليراجعها) والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق واقع.
وما جاء في رواية البخاري عن ابن عمر عندما طلق زوجته وهي حائض، قال ابن عمر: (حسبت عليّ بتطليقة)[١].
وفي رواية مسلم: (أنه حسبها عليه طلقة)[٢].
ووجه الدلالة: تصريح عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، أنها حسبت طلقة، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجع عبدالله بن عمر رضي الله عنهما زوجه، ولو لم يقع الطلاق لم يأمره بإرجاعها.

لا سيما وقد أخرج الدارقطني عن ابن عمر: أنه عندما طلق زوجته، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: هي واحدة. قال ابن حجر العسقلاني: بعد أن ذكر خبر الدارقطني: وهذا نص في موضع الخلاف فيجب المصير إليه[٣].
وأخرج الإمام مسلم في صحيحه عدة روايات في قضية تطليق ابن عمر زوجته وهي حائض، وفيها التصريح بوقوع الطلاق[٤].

ثالثاً: كما استدلوا بفتاوى لبعض الصحابة والتابعين، منهم عثمان وزيد بن ثابت ونافع عن ابن عمر، حيث أفتوا بوقوع الطلاق في الحيض[٥].

رابعاً: كون الطلاق في الحيض محرماً لا يمنع ترتيب أثره وحكمه عليه، والدليل على ذلك: أن الظهار وبه تقع الفرقة بين الزوجين، وصفه القرآن الكريم بأنه منكر من القول وزور، وهو محرم بلا شك، ومع ذلك فإن أثره يترتب عليه، وهو تحريم الزوجة إلى أن يعطي المظاهر الكفارة، فكذلك الطلاق البدعي كالطلاق في الحيض هو محرم، ولكن يترتب عليه أثره إلى أن تحصل الرجعة فيه، وكذلك طلاق الهازل يقع مع أن الهزل فيه محرم[٦].

خامساً: الطلاق في الحيض طلاق من مكلف في محل الطلاق، فيقع كطلاق الحامل، ولأنه ليس بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة السنة بل هو إزالة عصمة وقطع ملك فإيقاعه في زمن البدعة أولى، تغليظاً عليه وعقوبة له، أما غير الزوج فلا يملك الطلاق والزوج يملكه بملكه محله[٧].

وقد أخذ بهذا الرأي عدد من العلماء المعاصرين[٨]. يقول الشيخ محمود شلتوت[٩] في كتابه: مقارنة المذاهب في الفقه بعد ترجيح رأي الجمهور: (إن مذهب الجمهور أسعد حظاً بالقياس والنص)[١].

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، باب الطلاق- طلاق الحائض تعتد بذلك الطلاق، ٢٠١١/٥ برقم٤٩٥٤.
[٢] رواه مسلم - كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض، ١٠٩٥/٢ برقم ١٤٧١.
[٣] العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ٣٥٢/٩.
[٤] رواها مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض، ١٠٩٣/٢ -١٠٩٨ برقم ١٤٧١. وانظر: النووي: شرح صحيح مسلم، ٦٣/١٠-٦٧.
[٥] ابن القيم: زاد المعاد، ٤٩/٦.
[٦] ابن القيم: زاد المعاد، ٤٤/٤، زيدان: المفصل في أحكام المرأة والأسرة٤٤٢/٧.
[٧] ابن قدامة: المغني٢٣٨/٨.
[٨] انظر: الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٠٦/٧، زيدان: المفصل في أحكام المرأة، ٤٢٥/٧.
[٩] محمود شلتوت(١٣١٠-١٣٨٣هـ) فقيه مفسر مصرى. تخرج بالأزهر ١٩١٨ وتنقل في التدريس إلى أن نقل للقسم العالي بالقاهرة ١٩٢٧ كماعمل بالمحاماة، كان داعية إصلاح ويقول بفتح باب الاجتهاد. عين شيخا للأزهر١٩٥٨ إلى وفاته. له مؤلفات كثيرة [الأعلام ١٣٥/٧].

القول الثاني:

وأصحاب هذا القول يرون أن من طلق امرأته وهي حائض أو في طهر جامعها فيه فإن طلاقه لا يقع وإلى هذا القول ذهب الإمام الباقر[٢] وجعفر الصادق وطاوس وسعيد بن المسيب وابن عليّة[٣] وابن حزم[٤] وابن تيمية وابن القيم وابن عقيل[٥] ومحمد بن الوزير[٦] ومحمد بن إسماعيل الصنعاني[٧] والشوكاني[٨].

يقول ابن حزم: (من أراد طلاق امرأة له قد وطئها لم يحل له أن يطلقها في حيضتها ولا في طهر وطئها فيه، فإن طلقها طلقة أو طلقتين في طهر وطئها فيه أو في حيضتها لم ينفذ ذلك الطلاق، وهي امرأته كما كانت)[٩].

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أولاً: بقول الله سبحانه وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا ٱلْعِدَّةَ﴾[الطلاق:١]، والطلاق حال الحيض أو الطهر الذي جامعها فيه، ليس طلاقاً للعدة التي أمر الله سبحانه وتعالى بها وهو طلاق منهي عنه، ومما هو مقرر عند الأصوليين أن الأمر بالشئ نهي عن ضده.

وأيضاً: النهي عن الشيء يقتضي فساد المنهي عنه، والفاسد لا يثبت حكمه.

وأجيب عن هذا: بأن النهي يكون إما لذات المنهي عنه، أو لغيره، فما كان منهياً عنه لغيره لا لذاته ترتبت الآثار على وقوعه وأثم صاحبه ديانة. والطلاق أثناء الحيض منهي عنه ليس لذات الطلاق، لأنه مشروع

---

[١] شلتوت: محمود، مقارنة المذاهب في الفقه، ص ٨٠.

[٢] محمد الباقر بن علي بن الحسين بن أبي طالب، أبو جعفر (٥٧-١١٤هـ) من فقهاء المدينة. وقيل له الباقر، لأنه بقر العلم. روى عن أبيه وجديه الحسن والحسين وجابر وابن عمر وغيرهم. وروى عنه عطاء وابن جريج وابنه جعفر وأبو حنيفة والأوزاعي والزهري وغيرهم. [طبقات الحفاظ ٤٩، تهذيب التهذيب ٣٥٠/٩، شذرات الذهب ١٤٩/١، حلية الأولياء ١٨٠/٣].

[٣] ابن علية (١١٠-١٩٣هـ) أبو بشر إسماعيل بن إبراهيم الأسدي الكوفي المعروف بابن علية (وعلية هي أمه) حافظ فقيه سمع من السختياني، ومحمد بن المنكدر وغيرهم. وحدث عنه ابن جريح وشعبة وهما من شيوخه وعلي بن المديني وآخرون. ولي صدقات البصرة، وولي المظالم ببغداد في آخر خلافة الرشيد[تهذيب التهذيب٢٧٥/١، وتذكرة الحفاظ ٢٩٦/١، وميزان الاعتدال ٢١٦/١].

[٤] ابن حزم (٣٨٤–٤٥٦هـ) أبو محمد علي بن أحمد الظاهري، عالم الأندلس في عصره أصل فارسي، كانت له الوزارة، فانصرف عنها إلى التأليف والعلم، فقيه يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة، شبه لسانه بسيف الحجاج، طارده الملوك حتى توفي مبعدا، مزقت بعض كتبه بسبب معاداة الكثيرين. له:(المحلى) و(الإحكام في أصول الأحكام) و(طوق الحمامة) [ابن حزم الأندلسي لسعيد الأفغاني، والمغرب ٣٦٤]

[٥] ابن عقيل (٤٣١-٥١٣هـ) أبو الوفاء علي بن عقيل البغدادي الظفري. فقيه، أصولي، مقرئ، واعظ، شيخ الحنابلة ببغداد في وقته، قرأ على القاضي أبي يعلى وغيره، من علماء المذاهب، فلهذا برز على أقرانه. له: (الفنون)؛ و(الواضح) في الأصول؛ و(الفصول) في الفقه.[البداية والنهاية ١٨٤/١٢؛ والذيل على طبقات الحنابلة ١٧١/١].

[٦] محمد بن إبراهيم الوزير بن على بن المرتضى ينتهي نسبه إلى الحسن بن علي بن أبى طالب (٧٧٥هـ -٨٤٠هـ) من اليمن. قال عنه الشوكاني: إمام مجتهد، حامل لواء محاربة التقليد. قرأ على أخيه الهادي ومحمد بن حمزة، وعلي بن عبدالله وغيرهم. له: (العواصم والقواصم)؛ (الروض الباسم في الذب عن سنة أبي القاسم). [البدر الطالع٨١/٢-٩٣].

[٧] الصنعاني (١٠٩٩-١١٨٢هـ) محمد بن إسماعيل، أبو إبراهيم الكحلاني، المعروف بالأمير. قرأ على أكابر علماء صنعاء وعلماء المدينة، وبرع في جميع العلوم. له: (توضيح الأفكار شرح تنقيح الأنظار)، (سبل السلام بلوغ المرام)، (اليواقيت في المواقيت). [البدر الطالع ١٣٣/٢، الأعلام ٢٦٣/٦].

[٨] ابن حزم: المحلى،١٦١/١٠. ابن تيمية: مجموع الفتاوى،٢٣/٣، ابن القيم: زاد المعاد،٤٤/٤، ابن مفلح: الفروع،١٧٩/٢. الكليني: الكافي، دار الكتب الإسلامية طهران،١٣٨٨هـ،٩٨/٢. جواهر الكلام،٢٧٦/٥. الصنعاني: سبل السلام، ٢٢٩/٣. الشوكاني: نيل الأوطار،٢٢٦/٦.

[٩] ابن حزم: المحلى، ١٦١/١٠، ويدل هذا على أن الظاهرية يوقعون الطلاق في الحيض إذا كانت الطلقة الثالثة أو ثلاثاً مجموعاً.

بالأصل، لكن لعدم تطويل العدة، ولعدم الإضرار بالزوجة، فالنهي للضرر لا للطلاق. ولهذا صحّ الطلاق، وكل مافي الأمر أن من فعل ذلك أثم وارتكب محظوراً[1].

ثانياً: قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩]، ولم يرد إلا المأذون، حيث القاعدة الفقهية تنص: **نفوذ التصرف منوط بالإذن الشرعي**. فدلّ على أن ما عداه ليس بطلاق، لما في هذا التركيب من الصيغة الصالحة للحصر، أي تعريف المسند إليه باللام الجنسية.

ثالثاً: قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩]، ومن المعلوم أن الطلاق في الحيض أو في الطهر الذي جامع الرجل زوجه فيه، ليس من الاحسان للمرأة بل هو إساءة لها وضرر بها حيث تطول عدتها. فليس شيء أقبح من التسريح الذي حرمه الله.

وأجيب عن هذا: إن هذه إرشادات لما هو الأفضل في إيقاع الطلاق، وليس فيها دلالة على عدم وقوعه، بل المقرر في السنة وقوع الطلاق.

رابعاً: قالوا: إن المراد من قوله عليه الصلاة والسلام: (مره فليراجعها)[2]، الرجعة اللغوية، بمعنى الرد إلى حالها الأول، وليس الرجعة الشرعية التي تكون بعد طلاق.

وأجاب النووي عن هذا فقال: هذا غلط من الوجهين: أحدهما: أن حمل اللفظ على الحقيقة الشرعية يقدم على حمله على الحقيقة اللغوية. والثاني: أن ابن عمر صرح في رواية لمسلم حسبها عليه طلقة[3].

خامساً: أخرج الإمام أبو داود والبيهقي عن ابن عمر بلفظ (طلق عبدالله بن عمر امرأته وهي حائض قال: فردّها عليّ رسول اللّه صلى الله عليه وسلم ولم يرها شيئاً)[4] فهو صريح في عدم وقوع الطلاق في الحيض.

وأجيب: بأنه قد أعلَّ هذا الحديث بمخالفة أبي الزبير[5] لسائر الحفاظ، وقال ابن عبد البر: قوله «ولم يرها شيئاً»: منكر لم يقله غير أبي الزبير، وليس بحجة، فيما خالفه فيه مثله، فكيف إذا خالفه من هو أوثق منه، ولو صح فمعناه عندي . والله أعلم . ولم يرها شيئاً مستقيماً، لكونها لم تكن على السنة.

وقال الخطابي[6]: وقد يحتمل أن يكون معناه: ولم يرها شيئاً تحرم معه المراجعة، أو لم يرها شيئاً جائزاً في في السنة.

---

[1] مسألة النهي عن الشيء يقتضي فساد المنهي عنه محل خلاف بين الأصوليين، وما ذكرناه هو رأي الأحناف في المسألة، ويمثلون لذلك: بالصلاة في أرض مغصوبة، أو البيع في وقت النداء، ففي كل منهما ورد النهي عنهما صحيحاً، فعلى قول الأحناف تصح الصلاة وعلى قول الحنابلة لا تصح.[انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٦/٣ وابن قدامة: المغني، ٥٠/٤].

[2] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن،٢٠١١/٥ برقم ٥٢٥١، ورواه مسلم في صحيحه– كتاب الطلاق – باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، ١٠٩٣/٢– برقم ١٤٧١.

[3] رواه مسلم - كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض، ١٠٩٥/٢ برقم ١٤٧١.

[4] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في طلاق السنة، ٢٥٦/٢. برقم ٢١٨٥. البيهقي: السنن الكبرى، باب الطلاق يقع على الحائض وإن كان بدعيا، ٣٢٧/٧. برقم ١٤٧٠٦.

[5] أبو الزبير المكي (١٢٦هـ) محمد بن مسلم بن تدرس الأسدي. تابعي عالم بالحديث من أهل مكة، روى عن العبادلة الأربعة وعن عائشة وجابر وسعيد بن جبير وطاووس وغيرهم. روى عنه عطاء وهو من شيوخه والزهري ويحيى بن سعيد وغيرهم. قال يعلى بن عطاء: حدثنا أبو الزبير وكان من أكمل الناس عقلاً وأحفظهم. [تهذيب التهذيب ٤٤١/٩، وتذكرة الحفاظ ١٢٦/١].

[6] الخطابي (٣١٩–٣٨٨هـ) أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم البستي، من أهل كابل، من نسل زيد بن الخطاب، فقيه محدث، له: (معالم السنن)؛ و(غريب الحديث)؛ و(شرح البخاري) [معجم المؤلفين ١٦٦/١؛ وطبقات الشافعية ٢١٨/٢].

سادساً: وقد رد أصحاب هذا القول بما رواه ابن حزم في المحلى بإسناده عن نافع مولى ابن عمر عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال في رجل طلق امرأته وهي حائض قال ابن عمر: لا يعتد بذلك[١]. قال ابن حجر عن هذا الحديث: أخرجه ابن حزم بإسناد صحيح[٢].

كما أن الشوكاني نقل رواية عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ليس ذلك بشيء[٣].

وروى عبدالرازق في مصنفه: عن ابن طاوس عن أبيه أنه قال: كان لا يرى طلاقاً ما خالف وجه الطلاق ووجه العدة وكان يقول وجه الطلاق أن يطلقها طاهراً من غير جماع وإذا استبان حملها[٤].

سابعاً: حديث الإمام مسلم عن عائشة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)[٥].

والطلاق في حال الحيض مخالف لأمر الشرع فيكون مردوداً لا أثر له، ولا يترتب عليه الطلاق.

وقد ردّ الجمهور على هذا: (من عمل عملاً) بأنه حديث عام، وقيل في معنى الرد أيضاً عدم الثواب عليه وعدم قبوله ولا يلزم من عدم القبول عدم صحة العمل. فالمردود بعدم صحة العمل، هو ما خالف ركن أو شرط من أركان أو شروط العمل. وأما المخالفة بسبب تطويل العدة أو عدم وجود الحاجة إلى الطلاق، فليس أحدهما ركناً أو شرطاً للطلاق، فلا تستوجب الرد وعدم وقوع الطلاق.

ثامناً: قالوا: إن النكاح المتيقن لا يزول إلا بطلاق متيقن. فالزوجية ثبتت بين الزوجين بيقين، فلا تزول إلا بطلاق متيقن دليله من كتاب أو سنة أو إجماع. فإذا وجد رفعنا حكم النكاح، إلا فالنكاح باق، والقاعدة الفقهية تقول: اليقين لا يزول بالشك.

وأجيب عن هذا، بأن الأدلة على وقوع الطلاق في الحيض وإن كانت ظنية، إلا أن الإجماع منذ عصر الصحابة والتابعين حتى الآن انعقد على ذلك. والإجماع دليل يقيني. فثبت أن وقوع الطلاق البدعي يستند على دليل يقيني.

تاسعاً: هذا الطلاق منهي عنه شرعاً غير مأذون فيه، فلا يكون مملوكاً للزوج كالوكيل بالطلاق إذا خالف أمر الموكل، فإن طلاقه لا يقع، والمنهي عنه لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم يقتضي الفساد، والفاسد لا يثبت حكمه[٦].

وأجيب بأن النهي عن الطلاق في الحيض ونحوه ليس راجعاً إلى نفس الطلاق، ولا إلى صفة من صفاته، كما ذكرنا آنفاً، وإنما هو راجع إلى أمر خارج عن المنهي عنه، وهو عدم الحاجة إلى الطلاق، أو ما يترتب

---

[١] ابن حزم: المحلى١٠ /١٦٣ ورجاله ثقات.

[٢] ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، ٢٩٠/٩.

[٣] نقلها الشوكاني عن سعيد بن منصور من طريق عبد الله بن مالك، كما نقل الشوكاني عن ابن عبد البر في التمهيد أنه تابع أبا الزبير على ذلك أربعة: عبد الله بن عمر ومحمد بن عبد العزيز بن أبي رواد ويحيى بن سليم وإبراهيم بن أبي حسنة[الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٢٦/٦]

[٤] عبد الرزاق: المصنف، ٣٠٢/٦، برقم ١٠٩٢٣ وقال ابن القيم في زاد المعاد ٥ /٢٢٢: رجاله ثقات

[٥] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف حكم الرسول فحكمه مردود، ٢٦٧٥/٦ برقم ٦٩١٨، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ١٣٤٣/٣، برقم ١٧١٨. وجاء في لفظ آخر: "ثم من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد"، صحيح البخاري: كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، ٩٥٩/٢، برقم ٢٥٥٠.

[٦] الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٢٦/٦.

عليه من إيذاء الزوجة بإطالة العدة، والنهي لأمر خارج عن المنهي عنه لا يدل على فساده إذا وقع. والقياس على الوكيل قياس مع الفارق؛ لأن الوكيل في الطلاق مجرد سفير ومعبر عن الموكل، لا عن إرادته، فهو يطلق لغيره لا لنفسه، فلا يملك غير ما فوض إليه، أما الزوج فلا يوقع الطلاق نيابة عن غيره ولا عن الله عز وجل، وإنما يوقعه عن نفسه.

عاشراً: أن الطلاق في الحيض منهي عنه كالنكاح المنهي عنه:

وقالوا: أن العقود والتصرفات في الشريعة الإسلامية عدا ما كانت محرمة الجنس كشهادة الزور مثلاً: فإنها تباح إذا كانت على الوجه المشروع وتحرم إذا لم تكن ذلك، فما وافق الشرع منها، كان لازماً وله آثاره، وما خالف الشرع منها، كان غير لازم ولا أثر له.

ففي البيوع مثلاً، أباح الله بيع الطيبات، وحرم بيع الخبائث، فكان الأول له أثره وهو نقل الملكية. والثاني لا أثر له لأنه محرم. وفي الأنكحة: أباح الله نكاح غير المحارم في حدود ما شرعه، فكان له آثاره، وحرمه نكاح المحارم فلم يعترف بآثاره.

وكذلك الطلاق: فمن طلق زوجته كما شرع له الطلاق كانت له آثاره. وهو الفرقة بين الزوجين، ومن خالف فطلق على غير ما شرع الله لم يطلق ولا أثر لطلاقه.

فكما أن من نكح امرأة في عدتها لم يثبت نكاحه، وهو في حكم من لم يعقد عليها، لأنه عقد في وقت نهى الشارع الزواج فيه، فقياساً على ذلك إذا وقع الطلاق في وقت نهى عن إيقاعه فيه فيجب ألا يقع طلاقه أيضاً، وأن يكون في حكم من لم يوقع طلاقاً.

والطلاق هو مما أباحه الله تعالى تارة وحرمه تارة أخرى، فإذا فعل على الوجه الذي حرمه الله ورسوله لم يكن لازماً نافذا كما يلزم ما أحله الله ورسوله.

وأجيب عن هذا: بأن النكاح عقد متيقن تحل فيه الزوجة ويملك فيه الزوج البضع. فلا يكون إلا على الوجه المأذون به شرعاً، فإن القاعدة الفقهية تقول: **الأصل في الأبضاع التحريم** ولا يباح منها إلا ما أباحه الشارع[1]، بخلاف الطلاق فإنه إسقاط لحقه وإزالة لملكه، وذلك لا يتوقف على كون السبب المزيل مأذوناً فيه شرعاً كما يزيل ملكه عن العين بالإتلاف المحرم، والتبرع المحرم كهبة العين لمن يعلم أنه يستعين بها على المعاصي والآثام.

وأجابوا أيضاً: أن النكاح نعمة فلا تستباح بالمحرمات، والطلاق نقمة فيجوز أن يكون سببها محرماً.

وأجابوا أيضاً: أن الفروج يحتاط لها، فمن المصلحة ومن قبيل الاحتياط أن نوقع الطلاق، حتى إذا ما أراد الرجعة كان لابد له من عقد جديد.

---

[1] الجويني: الجمع والفرق، تحقيق عبد الرحمن بن سلامة المزيني-رسالة دكتوراه ١٤١٣هـ، ص٩٩٤. البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ١٢٩. الزركشي: المنثور في القواعد، ٧٧/١. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٦٠. ابن نجيم: الأشباه والنظائر ٦٧. الحصني: القواعد مختصر المجموع المذهب للعلائي ٥٨٩/٢. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ١١٧/٢.

هذا وقد استدل القائلون بعدم وقوع الطلاق بهذه القاعدة أيضاً وقالوا: أن الاحتياط للفروج في عدم وقوع الطلاق، احتياط أقوى، وأقرب إلى التقوى والورع، لأن الاحتياط أن تبقى الحياة الزوجية بين زوجين تم النكاح بينهما بيقين حتى يزول بيقين مثله.

وقالوا: إن أخطأنا فالخطأ في جهة واحدة وهي بقاء الزوجة عند زوجها وإذا أصبنا فصوابنا في جهتين: جهة الزوج الأول وجهة الزوج الثاني. وأنتم ترتكبون أمرين: تحريم الفرج على من كان حلالاً له بيقين، وإحلال الزوجة لغير زوجها. فإن كان خطأ، فهو من جهتين. وبهذا يتبين أننا أولى من الاحتياط منكم[١].

هذا، وقد رجح هذا الرأي عدد من العلماء المعاصرين منهم:

الشيخ علي الخفيف رحمه الله، حيث ناقش جميع الروايات التي وردت عن ابن عمر وناقش أدلة الجمهور ومخالفيهم، في كتابه فرق الزواج، ثم رجح رأي القائلين بعدم وقوع طلاق الحائض لموافقتها القرآن والقواعد الكلية المستنبطة من أحكام الشريعة واتفاقها مع الحكمة من إيقاع الطلاق في الحيض[٢].

ومنهم الأستاذ علي حسب الله[٣] رحمه الله في كتابه عيون المسائل الشرعية حيث يقول بعد أن أورد حجج الطرفين في الطلاق في الحيض: إن القول بعدم وقوع الطلاق في الحيض ومثله في النفاس أو في طهر مسها فيه أرجح من القول بوقوعه [٤].

ومنهم أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني، إذ يقول: (إن الطلاق في الإسلام لا يجوز في كل وقت، بل حدد له الشارع وقتاً؛ وهو أن تكون الزوجة في طهر لا جماع فيه، ولا في الحيض الذي سبقه جماع ولا طلاق وذلك تمشياً مع مباديء نظام الطلاق الذي جعله الله أبغض الحلال إليه)[٥].

وقد رجح أستاذنا الصابوني رأي القائلين بعدم وقوع الطلاق، إذا خالف المشروع، وهو الوقت الذي خصصه الله للتطليق.

وذكر أن هناك أحاديثاً صحيحة أخرى غير رواية ابن الزبير تؤيد ما ذهب إليه، وأكد أن النهي عن الطلاق بالحيض، إنما هو نهي لأمر يتصل بذات الطلاق، لا لغيره وهو الضرر كما يقول الأحناف.

وأخيراً، بيَّن أن سبب الخلاف ومنشأه لدى الفقهاء هو تفسير كلمة المراجعة الواردة في الحديث (مره فليراجعها)[٦]، وقد أثبت أن لفظ المراجعة ليس المراد منه المصطلح الشرعي المتعارف عليه، بمعنى مراجعة الزوجة بعد طلاقها، وإنما المقصود منه المعنى اللغوي: وهو عودة الزوجة إلى زوجها بعد أن اعتزلها.

---

[١] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٤٤٢/١-٤٤٣ و٤٥٣-٤٥٤.

[٢] الخفيف: علي، محاضرات عن فرق الزواج، ٣٢.

[٣] الشيخ علي حسب الله فقيه من كبار علماء الشريعة المعاصرين وأستاذ في كلية دار العلوم بجامعة القاهرة. أشرف على العديد من الرسائل الجامعية. وله عدة كتب منها: أصول التشريع الاسلامي والزواج في الشريعة الاسلامية، الفرقة بين الزوجين، الولاية على المال والفاصل بالدين في الشريعة الإسلامية.

[٤] حسب الله: علي، المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية، ١٥٩.

[٥] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق ٤٥٧/١-٤٧٢

[٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن،٢٠١١/٥ برقم ٥٢٥١، ورواه مسلم في صحيحه– كتاب الطلاق – باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، ١٠٩٣/٢– برقم ١٤٧١.

ثم يقول: (وعلى هذا فنستطيع أن نقول مطمئنين إلى أن الطلقة التي أوقعها ابن عمر على زوجته لم تقع، وإن أمر النبي عليه السلام لم يكن للمراجعة بمعناها الشرعي، بل بمعناها اللغوي)[١].

المناقشة والترجيح:

من الواضح خلال البحث أن المسألة أخذت جدلاً كبيراً ومناقشات بين العلماء، وحاول كل فريق إثبات حجته وأدلته، وابطال أدلة الآخرين والرد عليها، وجار آخرون في المسألة، حتى أن عالماً كبيراً كالإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني يتردد بين إيقاع الطلاق وعدمه حتى تستقر عنده الفتوى بعدم وقوع الطلاق، يقول الصنعاني: وقد كنا نفتي بعدم الوقوع –أي بعد وقوع طلاق الحائض–وكتبنا فيه رسالة وتوقفنا مدة ثم رأينا وقوعه ثم أنه قوى عندي ما كنت أفتي به أولاً من عدم الوقوع لأدلة قوية سقتها في الرسالة سميناها الدليل الشرعي في عدم وقوع الطلاق البدعي[٢].

ورأيي: أن أدلة كلا الطرفين متقابلة ومتعادلة في القوة، غير أن العلماء المعاصرين الذين رجحّوا قول الجمهور، قد اعتمدوا على رواية البخاري ومسلم في حديث ابن عمر: (أنها حسبت تطليقة).

وأما العلماء المعاصرون الذين رجحّوا القول بعدم الوقوع، فقد اعتمدوا على روايات صحيحة أخرى لحديث ابن عمر غير رواية ابن الزبير. واعتمدوا مبدأ المصلحة والتضييق من دائرة إيقاع الطلاق حفاظاً على الكيان الأسري من الضياع والتفكك.

لذلك أرى –والله أعلم– أن يترك الأمر إلى تقدير القاضي في الدعوى التي ترفع إليه في مثل هذه المسألة، وما يرى فيها من قرائن وأحوال ودلائل وأسباب، تؤيد حكمه فيها، سواء أخذ بقول القائلين بوقوع الطلاق في الحيض أو عدمه.

ويكون عندئذ حكمه فيها هو الفصل للقاعدة الفقهية: **حكم الحاكم في أمر مجتهد فيه يرفع الخلاف**[٣].

المطلب الثالث

حكم مراجعة المطلقة في هذا الطلاق

اختلف الفقهاء القائلين بوقوع الطلاق في الحيض أو النفاس أو الطهر الذي مست فيه، في حكم إرجاع المطلقة، إذا طلّق الرجل زوجته في الحيض أو في طهر مسها فيه:

فذهب الحنفية في الأصح عندهم: على وجوب مراجعتها رفعاً للإثم، والمعصية وللأمر السابق: (مره فليراجعها)[٤] فإذا طهرت طلقها إن شاء، أو أمسكها.

قال في اللباب عن رجعة المطلقة في الحيض: (والأصح أنه واجب)[٥].

---

[١] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق ٤٥٧/١-٤٧٢

[٢] الصنعاني: محمّد بْن إسْماعيل: سبُل السّلام شرْح بلوغ المرام من جمْع أدلة الإحكام- بيروت: دار الكتب العلميّة، ١٨٠/٣

[٣] القرافي: الفروق، ١٠٣/٢

[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن،٢٠١١/٥ برقم ٥٢٥١، ورواه مسلم في صحيحه– كتاب الطلاق – باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، ١٠٩٣/٢– برقم ١٤٧١.

[٥] الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٣٢/٢.

وقال القدوريّ من الحنفيّة: إنّ الرّجعة مستحبّة لا واجبة [١].

ثم جاء في الهداية للمرغيناني عن رجعة المطلقة في الحيض: (ثم إن الاستحباب قول بعض المشايخ والأصح أنه واجب عملاً بحقيقة الأمر، ورفعاً للحيض بالقدر الممكن برفع أثرها وهو العدة ودفعاً لتطويل العدة)[٢].

ولا يقول الحنفية بصحة الرجعة من الحاكم، وإنما للحاكم معاقبة الزوج إن لم يرتجع بما يراه زاجراً؛ لأن كل معصية لا حد ولا كفارة فيها، فالواجب فيها التعزير[٣].

وذهب المالكيّة إلى تقسيم البدعيّ إلى: حرام ومكروه كما ذكرنا آنفاً.

فالحرام: ما وقع في الحيض أو النّفاس من الطّلاق مطلقاً، والمكروه: ما وقع في غير الحيض والنّفاس، كما لو أوقعه ثلاثاً أو في طهرها الّذي جامعها فيه.

وعلى هذا فعند المالكية يجبر المطلق في الحيض والنفاس على الرجعة رفعاً للحرمة، إن كان الطلاق رجعياً، حتى تطهر ثم تحيض حيضة أخرى، ثم تطهر منها، فإذا دخلت في الطهر الثاني، فإن شاء أمسكها، وإن شاء طلقها. فإن أبى الرجعة هدد بالسجن، فإن أبى سجن فعلاً، فإن أبى هدد بالضرب، فإن أبى ضرب بالفعل، يفعل ذلك كله في مجلس واحد. فإن أبى الارتجاع، ارتجع الحاكم، بأن يقول: ارتجعتها لك.

قال الخرشي: (ويجبر الزوج على الرجعة ولو لم تطلب المرأة، وجاز الوطء بارتجاع الحاكم له والتوارث، وإن كان بلا نية من الزوج لأن نية الحاكم قامت مقام نيته)[٤].

ولا يجبر اتفاقاً عند المالكية على الرجعة فيما إذا طلق في طهر مسها فيه أو بعد الحيض قبل الاغتسال منه وإن كان بدعيّاً. والمرأة مصدقة في دعوى الحيض للتمكين من الرجعة، ويمنع الطلاق إن طلبته المرأة من زوجها في حيضها أو نفاسها كما في الخلع[٥].

وذهب الشّافعيّ إلى أنّ مراجعة من طلّقها بدعيّاً سنّة، وعبر عن ذلك الحنابلة بالاستحباب. لأن الزوج بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق، ولأنه طلاق لا يرتفع بالرجعة، فلم تجب عليه الرجعة فيه.

جاء في متن المنهاج للنووي: (ومن طلق بدعياً سن له الرجعة ثم إن شاء طلق بعد طهر)[٦].

وجاء في المغني لابن قدامة: (ويستحب أن يراجعها لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بمراجعتها وأقل أحوال الأمر الاستحباب، ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق ولا يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول الأوزاعي والشافعي وابن أبي ليلى[٧] والثوري)[١].

---

[١] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٢٣٣/٣. السرخسي: المبسوط، ١١/٦، ابن الهمام: فتح القدير، ٣٤/٣، البابرتي: العناية في شرح الهداية، ٣٤/٣.

[٢] المرغيناني: الهداية، ٣٤/٣

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٤/٣.

[٤] الخرشي على خليل، ١٦٩/٣.

[٥] الدردير:حاشية لدسوقي على الشرح الكبير، ٣٦١/٢-٣٦٢

[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٩/٣.

[٧] ابن أبي ليلى (٧٤-١٤٨ هـ) محمد بن عبد الرحمن. أنصاري كوفي. فقيه من أصحاب الرأي. ولي القضاء ٣٣ سنة لبني أمية، ثم لبني لبني العباس. له أخبار أبي حنيفة وغيره [تهذيب التهذيب ٣٠١/٩؛ الوافي بالوفيات ٢٢١/٣]

الترجيح:

والراجح –والله أعلم– هو قول الشافعية والحنابلة، بأن مراجعة المطلقة بدعياً سنة أو مستحب، لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بمراجعتها، لإزالة الحرمة، وأقل أحوال الأمر ههنا: الاستحباب.

وهذا كلّه باتفاق جميع المذاهب ما دامت الرّجعة ممكنةً، بأن كان الطّلاق رجعيّاً، فإذا كان بائناً بينونةً صغرى أو بينونة كبرى تعذّر الرّجوع واستقرّ الإثم والله أعلم.

---

(1) ابن قدامة: المغني ٢٣٨/٨.

المبحث الثالث

القواعد الفقهية المتعلقة بالطلاق السني والبدعي وموقف القانون منه

قاعدة رقم (١).

طلاق البدعة يقع[١].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة أن طلاق البدعة –الذي سبق بيانه– وإن كان محرماً فإنه يقع ويحسب على المطلق.

فروع على القاعدة:

منها: من طلق امرأته وهي حائض فهو طلاق بدعة ويقع. وكذلك من طلق امرأته حائلاً في طهر جامعها فيه فهو طلاق بدعة ويقع. وكذلك من طلق امرأته ثلاثاً في طهر واحد، فهو طلاق بدعة ويقع.

قاعدة رقم (٢).

ما يتردد فيه. هل هو من تقابل الضدين أو العدم والملكة والواسطة[٢].

معنى القاعدة:

المراد بالشيء التردد فيه: الشيء الذي يحتمل وجهين.

والمراد بالضدين: الصفتان اللتان لا تجتمعان وقد ترتفعان، كالسواد والبياض ولكن المراد بالضدين هنا ما يشتمل النقيضين وهما الصفتان اللتان لا تجتمعان ولا ترتفعان كالعمى والبصر والعلم والجهل.

فتشير هذه القاعدة إلى أن الأمر المتردد في الحكم فيه لاحتماله وجهين متقابلين أو أكثر هل يعتبر ذلك من تقابل الضدين أو من عدم تقابل النقيضين المعبر عنهما هنا بالعدم والملكة. فالمراد بالملكة: الصفة القائمة. والعدم: هو الصفة الطارئة. والتساؤل هنا حول ما إذا كان هذا الأمر المتردد فيه هو أحد الأمرين بعينه وقد أشكل علينا، أو أنه أمر خارج عنهما وفيه صفة تقابل الضدين وقد يطلق على ذلك لفظ الواسطة.

فروع على القاعدة:

منها: هل من الطلاق لا سني ولا بدعي. كطلاق غير الممسوسة والحامل والصغيرة والآيسة ؟ فإذا قلنا: إن الطلاق السني ما ليس بمحرم فهذا سني والبدعي ما كان محرماً. فطلاق هؤلاء طلاق سني فليس إذن إلا سني أو بدعي.

وإن قلنا: إن السني هو طلاق المدخول بها التي ليست بحامل ولا صغيرة ولا آيسة ويكون في طهر لم يمسها فيه. وليس في حيض ولا نفاس، والبدعي طلاق المدخول بها في حيض أو نفاس أو طهر جامعها

---

[١] ابن قدامة: المغني، ٢٧٩/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٢٤٠/٥. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٥٤.

[٢] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ٢، ١٣٧ – السيوطي: الأشباه والنظائر، ٥٣٥.

فيه. قلنا ثلاثة أقسام فيكون طلاق غير الممسوسة والحامل والصغير والآيسة ليس بدعياً ولا سنياً وهو الواسطة بينهما.

قاعدة رقم (٣).

نفوذ التصرف منوط بالإذن الشرعي[١].

معنى القاعدة:

منوط معناه: مرتبط ومعلق. فتصرف العبد إما أن يكون نافذاً وجائزاً شرعاً إذا وجد الإذن الشرعي بذلك التصرف. ومفهوم ذلك أن التصرف المنهي عنه شرعاً أنه غير مأذون فيه. لأن النهي ينافي الإذن، وإذا كان غير مأذون فيه فلا يكون نافذاً ولا صحيحاً ويعتبر باطلاً غير واقع.

وهذه القاعدة هي عكس القاعدة رقم (١) التي سبق بيانها آنفاً.

فروع على القاعدة:

منها: عند الظاهرية والشيعة وعدد من أهل العلم كما مر سابقاً: الطلاق البدعي وهو أن يطلقها في طهر مسها فيه لا يقع. والطلاق الثلاث بلفظ واحد أو ألفاظ متعددة لا يقع كذلك لأنه غير مأذون فيه. فإذا صدر عن المكلف كان غير نافذ وغير معتد به[٢].

وعند جمهور أهل السنة كل ذلك واقع ولكن في الطلاق البدعي يجب إرجاعها والمأذون فيه هو الطلاق للسنة واحدة في طهر لم يمسها فيه عند الشيعة[٣].

موقف القانون من الطلاق السني والبدعي.

لم تنص أكثر التقنينات العربية على وقوع الطلاق البدعي أو عدم وقوعه لأنها تدين بالوقوع، ولهذا تركت موضوعه للمباديء العامة أو المذهب الحنفي في أكثر البلاد حيث يرجع إليه فيما لا نص فيه.

غير أن القانون المغربي قد نص في الفصل ٤٧: إذا وقع الطلاق والمرأة حائض أجبر القاضي الزوج على الرجعة.

---

[١] السرخسي: المبسوط،٥٧/٦.

[٢] القنوجي: صديق خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية، القاهرة: المطبعة المنيرية، ٤٩/٢.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٢٢٣/١١.

المبحث الرابع
طلاق الثلاث بكلمة واحدة أو كلمات
والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

علمنا سابقاً أن الأصل في الطلاق الحظر كما هو الراجح لدى أكثر أهل العلم، وأن الإسلام عندما شرع الطلاق قرر أنه أبغض الحلال إلى الله تعالى، وأنه من المحظورات التي يكره اقترابها، لما فيه من فصم عرى الحياة الزوجية، التي تعلقت بها المصالح الدينية والدنيوية، وأن البحث عن بدائل أخرى أولى وأفضل، حتى إذا استحكم الخلاف، واستنفد الزوجان كافة سبل الإصلاح الشرعية، وكان الطلاق هو الحل الوحيد، وحتى لا تكون حياتهما كفراً في الإسلام، أو يقصر أحدهما في واجباته، مما يحول الحياة إلى جحيم لا يطاق، شرع الإسلام طلاق السنة، وهو أن يطلقها طلقة واحدة في طهر لم يمسها فيه، ثم يتركها حتى تنقضي عدتها، ثم كان هذا التشريع الرباني ظاهر الحكمة عندما شُرع ثلاثاً، تفصل بين كل مرحلة وأخرى فترة تفكر واختبار واستبراء، حتى إذا مضت فترة العدة الأولى، أوقع الثانية– ثم فترة العدة– وهي تختلف من فئة إلى فئة، ثم الطلقة الثالثة وبعدها تحرم عليه ولا تحل إلا بزواجها من آخر، وبقائها معه بالعشرة الشرعية حتى يفرق بينهما– وقد لا يحصل– الموت أو الطلاق.

كل هذه الإجراءات والأحكام ما هي إلا فرصة للعودة منحها الله تعالى للزوجين لتدارك الأخطاء السابقة، ولكن قد يتعجل البعض ويجمع الثلاث بكلمة واحدة، كأن يقول لها: أنت طالق ثلاثاً، أو في كلمات في وقت واحد بأن يقول: أنت طالق طالق طالق، أو أنت طالق وطالق وطالق أو ما شابه ذلك وكان في طهر واحد.

وقد اختلف أهل العلم في حكم الإقدام على هذا الطلاق؟ واختلفوا فيما يترتب على إيقاعه، هل تعتبر الطلقات الثلاث بحسب ما وقعت وتحرم الزوجة على زوجها إلا بعد زواجها من آخر، أم أن الثلاث إن تتابعت وقعت واحدة، لأن الأصل في الطلاق إيقاعه مفرقاً واحدة بعد الأخرى؟ [1].

هذه هي صورة المسألة، وإليك بيان أقوال العلماء وأدلتهم ثم مناقشتها واستخلاص الرأي الراجح.

---

[1] للمزيد حول هذا البحث راجع مجلة البحوث الإسلامية- المجلد الأول- العدد الثالث، عام١٣٩٧ هـ، ص١٦٥ -٤٣٠. وكذلك كتاب الدكتور عبد الرحمن الصابوني مدى حرية الزوجين بالطلاق، ١٤٦/١-٢٧٣.

المطلب الأول

حكم الإقدام على هذا الطلاق

اختلف الفقهاء في حكم الإقدام على الطلاق بلفظ الثلاث على قولين:

القول الأول: أنه محرم أو مكروه تحريماً، وهو مذهب الحنفية والمالكية، وإحدى الروايتين عن أحمد، وقول شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم والزيدية[١].

أما المذهب الحنفي:

فقال الكاساني في الكلام على طلاق البدعة: (وأما الذي يرجع إلى العدد فهو إيقاع الثلاث أو الثنتين في طهر واحد لا جماع فيه، سواء كان على الجمع: بأن أوقع الثلاث جملة واحدة، أو على التفاريق واحدا بعد واحد، بعد أن كان الكل في طهر واحد. وهذا قول أصحابنا)[٢].

وقد بينا سابقاً أن الطلاق البدعي مكروه تحريماً في الأصح عندهم.

وأما المذهب المالكي فهذه بعض نقول عنه:

قال القاضي سحنون[٣]: (قلت لعبد الرحمن بن القاسم: هل كان مالك يكره أن يطلق الرجل امرأته ثلاث تطليقات في مجلس واحد ؟ قال: نعم، كان يكرهه أشد الكراهية)[٤].

فقال محمد بن أحمد ابن رشد الجد[٥]: (وكذلك لا يجوز عند مالك أن يطلقها ثلاثا في كلمة واحدة، فإن فعل لزمه ذلك)[٦].

أما مذهب الحنابلة:

فقد قال ابن قدامة: (والرواية الثانية: أن جمع الثلاث طلاق بدعة محرم، روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر، وهو قول مالك وأبي حنيفة)[٧].

واستدلوا على ذلك من الكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتاب: فقوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا ٱلْعِدَّةَ﴾[الطلاق:١]، أي: في أطهار عدتهن، وهو الثلاث في ثلاثة أطهار، حيث الأمر بالتفريق يكون نهياً عن الجمع[٨].

---

[١] الموصلي: الاختيار لتعليل المختار١٢٢/٣. الدردير: الشرح الصغير، ٥٣٧/٢. ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير، ٢٤٠/٨ وما بعدها، ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٧٦/٣٣. ابن القيم: زاد المعاد ١٠٧/٤. المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، القاهرة: مطبعة الخانجي، ١٩٤٨م، ١٥٣/٤.

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٤/٣-٩٥

[٣] سحنون (١٦٠–٢٤٠هـ) عبد السلام بن سعيد بن حبيب، أبو سعيد، التنوخي القيرواني. وسحنون لقبه. فقيه مالكي، شيخ عصره. ولاه محمد بن الأغلب على القضاء سنة ٢٣٤هـ، ومات وهو يتولى القضاء. له (المدونة) [شجرة النور الزكية ٦٩؛ والديباج ١٦٠؛ ومرآة الزمان ١٣١/٢].

[٤] الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى ٦٦/٢، ويقصد بالمكروه الحرام: انظر، الدردير: الشرح الصغير، ٥٣٧/٢.

[٥] ابن رشد الجد (٤٥٠-٥٢٠هـ) محمد بن أحمد بن رشد، أبو الوليد القرطبي. قاضي الجماعة. من أعيان المالكية. وهو جد ابن رشد الفيلسوف. له: (المقدمات الممهدات لمدونة مالك)، (البيان والتحصيل)، (مختصر شرح معاني الآثار للطحاوي) [الصلة ٥١٨، الديباج ٣٧٨].

[٦] ابن رشْد، محمّد: المقدمات الممهدات وهي مع المدونة - تحقيق محمد الحجي - بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٨. ٧٨/٢

[٧] ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير، ٢٤٠/٨ وما بعدها

[٨] الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٤/٣.

وقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾[البقرة:٢٢٩]، أي: دفعتان.

ووجه الدلالة: أن قوله تعالى الطلاق مرتان وإن كان ظاهره الخبر ولكن معناه الأمر، وقد أمرنا الله تعالى أن نفرق الطلقات، فلو طلقنا أكثر من طلقة لما جاز أن يقال طالق مرتين، كما لو دفع رجل إلى آخر درهمين، فلا يقال أنه أعطاه مرتين، إنما يقال أعطاه مرة واحدة درهمين، فإذا ما فرق الدفع فدفع مرتين قيل أنه أعطاه مرتين[١].

فالمباح ما كان مرة بعد مرة، فإذا جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة، أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد، يكون بدعياً.

وأما السنة: ما رواه النسائي عن محمود بن لبيد[٢] قال: أخبر رسول الله صلّى الله عليه وسلم عن رجل طلَّق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضبان، ثم قال: (أيلعب بكتاب الله، وأنا بين أظهركم، حتى قام رجل، فقال: يا رسول الله، ألا أقتله)[٣].

ووجه الدلالة: أن الطلاق الثلاث لا يجوز لأنه تلاعب بكتاب الله وفهم غير صحيح لما أراد الشارع وأمر به من كيفية التفريق.

وأجيب: بأنه حديث مرسل لعدم ثبوت سماعه من الرسول صلى الله عليه وسلم، وإن كان قد ولد في عهده عليه الصلاة والسلام.

وأما المعقول:

أن النكاح عقد مسنون، بل هو واجب أحياناً، فكان الطلاق قطعا للسنة وتفويتا للواجب، فكان الأصل في الطلاق الحظر، لما فيه من قطع الزواج الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية، ولكنه أبيح للحاجة الاستثنائية إلى التأديب أو الخلاص، لتنافر الطباع وتباين الأخلاق أو لغيرها من الأسباب، وتتحقق الحاجة بالطلقة الواحدة، ولا حاجة إلى الجمع في الثلاث، أو في طهر واحد؛ لأن الحاجة تندفع بالواحدة، ويتمكن بعدها من مراجعة زوجته عند الندم، وهو الغالب.

فالمطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله تعالى في العدد[٤] فهو آثم في ذلك لعصيانه أمر اللّه تعالى.

القول الثاني: أن جمع الثلاث ليس بمحرم، بل هو ترك الأفضل، وهو مذهب الشافعي، والرواية الأخرى عن أحمد: اختارها الخرقي، والظاهرية[٥].

قال الإمام النووي رحمه الله في المنهاج: (ولا يحرم جمع الطلقات)[٦].

---

[١] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ١٦٠/١.

[٢] محمود بن لبيد بن عقبة، أبو نعيم الأنصاري الأشهلي ولد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم، وروى عنه أحاديث لكن حكمها حكم الإرسال. وقال البخاري: له صحبة. قيل: إنه توفي سنة ٨٦، وقيل: ٨٧.[البداية والنهاية ٢٥١/٩. سير أعلام النبلاء ٤٨٦/٣].

[٣] النسائي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق٣٤٩/٣ برقم ٥٥٩٤. قال ابن حجر في فتح الباري: رجاله ثقات، لكن محمود بن لبيد ولد في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولم يثبت له منه سماع وإن ذكره بعضهم في الصحابة فلأجل الرؤية، [٣٦٢/٩]. وانظر:الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٢٧/٦.

[٤] ابن رشد، بداية المجتهد ٦٩/٢.

[٥] الماوردي، الحاوي الكبير ١١٧/١٠. ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٨/٣٣. ابن حزم، المحلى ٣٩٦/٩.

[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٣١٢/٣

وجاء في الإنصاف: (وإن طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه، كره وفي تحريمه روايتان: أحدهما يحرم، وعليه جماهير الأصحاب، والثانية: ليس بحرام واختارها الخرقي)[١].

وقال ابن قدامة: (اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث، فروي عنه أنه غير محرم اختاره الخرقي، وهو مذهب الشافعي، وأبي ثور وداود الظاهري[٢]، وروي ذلك عن الحسن بن علي وعبد الرحمن بن عوف، والشعبي)[٣].

واستدل هؤلاء بأحاديث وردت عن عدد من الصحابة أنهم أوقعوا الطلاق الثلاث واستفتوا الرسول صلى الله عليه وسلم أو كبار الصحابة فأفتوهم بالوقوع دون أن يصدر منهم أي نهي أو إنكار لما فعلوه، من هذه الأحاديث:

١- أن عويمراً العجلاني لما لاعن امرأته، طلق زوجته بعد التلاعن ثلاثاً بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم وقال: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم[٤]. ولم ينقل إنكار النبي صلى الله عليه وسلم ولم يرده عليه.

٢- وعن عائشة: (أن امرأة رفاعة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن رفاعة طلقني فبتَّ طلاقي)[٥].

٣- (ولأن النبي صلى الله عليه وسلم علّم ابن عمر رضي اله عنهما موضع الطلاق، فلو كان في عدده محظوراً ومباحاً لعلّمه إياه)[٦] لأن الحظر في الوقت لا في العدد.

٤- وقالوا أيضا: أن الطلاق الثلاث مشروع لأنه معتبر في حق الحكم بلا خلاف وغير المشروع لا يكون معتبراً في حق الحكم.

وقد أجاب ابن قدامة عن أدلة القائلين بالإباحة جواباً إجمالياً فقال: (وأما حديث المتلاعنين فغير لازم؛ لأن الفرقة لم تقع بالطلاق، فإنها وقعت بمجرد لعان الزوج فلا حجة فيه.

ثم إن اللعان يوجب تحريماً مؤبداً، فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره، ولأن جمع الثلاث إنما حرم لما يعقبه من الندم، ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من حل نكاحها، ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان.

وسائر الأحاديث لم يقع فيها جمع الثلاث بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم فيكون مقراً عليه، ولا حضر المطلق عند النبي صلى الله عليه وسلم حين أخبر بذلك لينكر عليه. وحديث امرأة رفاعة جاء فيه أنه

---

[١] المرداوي: الإنصاف، ٤٥١/٨.

[٢] داود الظاهري (٢٠١-٢٧٠هـ) أبو سليمان داود بن علي خلف الأصبهاني، أحد الأئمة المجتهدين. تنسب إليه الطائفة الظاهرية. سميت بذلك لأخذها بظاهر الكتاب والسنة وإعراضها عن التأويل والرأي والقياس وكان داود أول من جهر بهذا القول ولد بالكوفة، وسكن بغداد وانتهت إليه رئاسة العلم وبها توفي. [الأنساب للسمعاني ٣٧٧، الجواهر المضية ٤١٩/٢].

[٣] ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير، ٢٤٠/٨.

[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، ٢٠١٤/٥ برقم ٤٩٥٩. وفي باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، ٢٠٣٣/٥ برقم ٥٠٠٢. وفي كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من التعمق والتنازع في العلم والغلو في الدين والبدع، ٢٦٦٣/٦ برقم ٦٨٧٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، ١١٢٩/٢ برقم ١٤٩٢.

[٥] رواه البخاري في صحيحه . كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، ٢٠١٥/٥ برقم ٤٩٦٠. ومسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ثم يفارقها وتنقضي عدتها، ١٠٥٥/٢. برقم ١٤٣٣

[٦] الماوردي، الحاوي ١١٧/١٠.

طلقها آخر ثلاث تطليقات، فلم يكن في شيء من ذلك جمع الثلاث. ولا خلاف بين الجميع في أن الاختيار والأولى أن يطلقها في كل قرء طلقة، والأولى أولى، فإن في ذلك امتثالا لأمر الله سبحانه، وموافقة لقول السلف، وأمنا من الندم، فإنه متى ندم راجعها فإن فاته ذلك بانقضاء عدتها فله نكاحها)[1].

الترجيح:

وأرى أن الطلاق الثلاث المقترن بعدد بكلمة واحدة أو المتتابع لما كان ينافي أصل مشروعية الطلاق، من وجوب التفريق فيه وإحصاء العدة، كان مكروهاً من هذا الوجه، وأن موقعه قد خالف السنة في الطلاق.

المطلب الثاني

آراء الفقهاء في أثر وقوع الطلاق بلفظ الثلاث، وكيفيةِ احتسابه

ما ذكرناه آنفاً هو حكم الإقدام على هذا الطلاق، أما حكم وقوعه والأثر الذي يترتب عليه، فقد اختلف أهل العلم في وقوع الطلاق صدر من المكلف إن قرن بالثلاث أو بالعدد أو تكرر وتتابع: هل يقع ثلاثاً، أم يقع واحدة، أم أنه لا يقع أصلاً؟.

للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أقوال[2]:

القول الأول: إن الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً كما أوقعه المطلق سواء أكان مقترناً بعدد أو كان متتابعاً: وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية، وجمهور الحنابلة، وابن أبي ليلى، والأوزاعي وابن حزم[3]. وهو منقول عن أكثر الصحابة ومنهم الخلفاء الراشدون غير أبي بكر، وابن عباس، وابن عمر، وابن عمرو، وابن مسعود، وأبو هريرة وغيرهم رضي الله تعالى عنهم أجمعين[4].

قال ابن الهمام: (وذهب جمهور الصحابة، والتابعين، ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلاثاً)[5].

وقال الكاساني: (وأما حكم طلاق البدعة: فهو أنه واقع عند عامة العلماء، وقد ذكر هذا بعد سياقه للألفاظ التي يقع بها طلاق البدعة، وذكر منها: الثلاث بلفظ واحد)[6].

وجاء في المدونة: (قال سحنون: قلت: أرأيت إن طلقها ثلاثا وهي حامل في مجلس واحد أو مجالس شتى، أيلزمه ذلك أم لا ؟ قال: قال مالك: يلزمه ذلك)[7].

وجاء في مواهب الجليل: (صورته –أي الطلاق الثلاث–: أن يقول لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق في مجلس واحد، فإن كان على غير هذه الصفة كما إذا قال: أنت طالق ثلاثا في كلمة واحدة، فقال عبد

---

[1] ابن قدامة: المغني ومعه الشرح الكبير٨/٢٤٢.

[2] وقد أضاف ابن القيم قولاً رابعاً في المسألة؛ وهو التفريق بين المدخول بها فيقع ثلاثاً، وبين غير المدخول بها فيقع واحدة، وقال: هذا قول جماعة من أصحاب ابن عباس، وتابع الصنعانيُ ابنَ القيم في هذا في سبل السلام، [ابن القيم: زاد المعاد، ٥٣/٤، الصنعاني: سبل السلام، ٢٣٤/٣] ولكنا سوف نذكر أحكام المطلقة قبل الدخول وآراء الفقهاء في ذلك عند حديثنا عن الطلاق الرجعي والبائن لاحقاً.

[3] ابن حزم، المحلى ٣٦٣/٩.

[4] ابن الهمام، شرح فتح القدير ٤٧٠/٣. الدردير: الشرح الصغير ٥٣٧/٢، الماوردي، الحاوي ١١٨/١٠. ابن القيم، زاد المعاد ١٠٤/٤. ١٠٤/٤.

[5] ابن الهمام: شرح فتح القدير٢٥/٣

[6] الكاساني: بدائع الصنائع ٩٦/٣.

[7] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٦٨/٢.

الحميد الصائغ: ثلاث تطليقات في كلمة أشد منه في ثلاثة مجالس، وفي ثلاثة مجالس أشد منه في ثلاثة أطهار، وكلما طلق يلزمه)[1].

وقال القرطبي: (قال علماؤنا: واتفق أئمة الفتوى على لزوم إيقاع الطلاق الثلاث في كلمة واحدة، وهو قول الجمهور)[2].

وجاء في المهذب عند الشافعية: (وإن قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث؛ لأن الجميع صادف الزوجية فوقع الجميع، كما لو قال ذلك للمدخول بها)[3].

وقال ابن قدامة: (وإن طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره، ولا فرق بين قبل الدخول وبعده، روي ذلك عن ابن عباس، وأبي هريرة، وابن عمر، وعبد الله بن عمرو، وابن مسعود، وأنس، وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين، والأئمة بعدهم)[4].

الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول:

استدل جمهور فقهاء المذاهب الأربعة وموافقوهم فيما ذهبوا إليه من وقوع الطلاق بلفظ الثلاث أو ثلاثاً متتابعة كما وقعت وأنها تحسب ثلاثاً: بالقرآن والسنة والأثر والمعقول:

القرآن الكريم:

١- قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩]

وجه الدلالة: إن الآية الكريمة تدل على وقوع الثلاث معاً مع كونه منهياً عنه؛ فالله سبحانه وتعالى وسّع على عباده بأن جعل لهم فسحة في الطلاق مرة بعد مرة، وهذا تنبيه إلى الحكمة من التفريق، ليتمكن من المراجعة، فإذا خالف الرجل الحكمة، وضيق واسعاً، ولم يفد من هذه النعمة وطلق اثنتين معاً، صح وقوعهما فإن الخلاف يلزمه[5].

٢- ثم إن قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[البقرة:٢٣٠]. يدل على تحريمها عليه بالثالثة بعد الاثنتين، ولم يفرق بين إيقاعهما في طهر واحد أو في أطهار.

٣-قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا. فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا﴾[الطلاق:١-٢].

---

[1] الحطاب: مواهب الجليل ٣٩/٤.
[2] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٢٩/٣.
[3] الشيرازي: المهذب ٨٤/٢.
[4] ابن قدامة: المغني ٢٤٣/٨.
[5] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١٢٨/٣-١٢٩.

ووجه الدلالة: أن الطلاق الذي شرعه الله هو ما يتعقبه عدة، وما كان صاحبه مخيراً بين الإمساك بمعروف والتسريح بإحسان. وهذا منتف في إيقاع الثلاث في العدة قبل الرجعة، فلم يكن طلاقا للعدة، وفي فحوى هذه الآية دلالة على وقوع الطلاق لغير العدة، إذ لو لم يقع لم يكن ظالما لنفسه بإيقاعه لغير العدة، ولم ينسد الباب أمامه حتى يحتاج إلى المخرج الذي أشارت إليه الآية الكريمة: ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا﴾[الطلاق:٢]. وهو الرجعة حسبما تأوله ابن عباس رضي الله عنه حين قال للسائل الذي سأله أنه طلق امرأته ثلاثاً، قال: فسكت (أي ابن عباس) حتى ظننت أنه رادها إليه، ثم قال ينطلق أحدكم فيركب الحموقة، ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس، وإن الله قال: ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا﴾[الطلاق:٢]. وإنك لم تتق الله، فلم أجد لك مخرجاً، عصيت ربك وبانت منك امرأتك، وإن الله قال: يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهنَّ لعدتهنَّ[1].

ولا خلاف في أن من لم يطلق للعدة بأن طلق ثلاثا مثلا فقد ظلم نفسه، فعلى القول بأنه إذا طلق ثلاثاً فلا يقع من طلاقه إلا واحدة، فما هي التقوى التي بالتزامها يكون المخرج واليسر، وما هي عقوبة هذا الظالم نفسه المتعدي لحدود الله حيث طلق بغير العدة، فلقد جعل الشارع على من قال قولا منكرا لا يترتب عليه مقتضى قوله المنكر عقوبة له على ذلك كعقوبة المظاهر من امرأته بكفارة الظهار، فظهر والله أعلم: أن الله تعالى عاقب من طلق ثلاثا بإنفاذها عليه وسد المخرج أمامه، حيث لم يتق الله فظلم نفسه وتعدى حدود الله.

وأجيب: أن غاية ما في الآية الكريمة الأولى توضيح أن الله تعالى شرع الطلاق ثلاث مرات، وليس فيه دليل على أن من أوقع الطلاق بلفظ الثلاث يلزمه.

أما باقي الآيات فهي عمومات مخصصة، وإطلاقات مقيدة بما ثبت من الأدلة الدالة على المنع من وقوع ما فوق الطلقة الواحدة.

وأما أن من طلق ثلاثاً لم يتق الله فيعاقب بلزوم الثلاث، فإن في ذلك عقوبة للزوجة أيضاً، ولأولادهما دون أن يقع منهم ذنب، ثم إن المطلق بإيقاعه الثلاث مجتمعة آثم، لأنه خالف الأصل في الطلاق، فيقال بأنه أخطأ ويعاقب على خطئه بتعزير، لا بلزوم الطلاق ثلاثاً.

---

[1] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ٢٦٠/٢ برقم ٢١٩٧. وقال أبو داود: وروى مالك عن يحيى ابن سعيد عن بكير بن وعثمان عن معاوية بن أبي عياش أنه شهد هذه القصة حين جاء محمد بن إياس بن البكير إلى ابن الزبير وعاصم بن عمر فسألهما عن ذلك فقالا: اذهب إلى ابن عباس وأبي هريرة، فإني تركتهما ثم عائشة رضي الله عنها، ثم ساق هذا الخبر. قال أبو داود: وقول ابن عباس هو أن الطلاق الثلاث تبين من زوجها مدخولا بها وغير مدخول بها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره هذا مثل خبر الصرف قال فيه ثم إنه رجع عنه يعني ابن عباس. ورواه البيهقي، السنن الكبرى، باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة ، ٣٣١/٧. برقم ١٤٧٢٠ و ١٤٧٢١. و٣٣٧/٧ برقم ١٤٧٥٥.

السنة:

١- ما رواه طاوس عن ابن عباس قال: كان الطلاق على عهد رسول الله عن وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب طلاق الثلاث واحدة فقال عمر: (إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم)[١].

وجه الدلالة: إن الناس على عهد النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يطلقون واحدة فقط، ثم مع تغير الزمان أصبحوا يوقعون الطلاق ثلاثاً فألزمهم به عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه[٢].

وإن ما عليه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقى والصلاح والاستقامة وتمام الاقتداء بما عليه الحال المعتبرة شرعاً في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر – يمنع القول بانقيادهم إلى أمر عمر رضي الله عنه في إمضاء الثلاث، والحال أنهم يعرفون ما كان عليه أمر الطلاق الثلاث في ذلك العهد، ومع هذا فلم يثبت بسند صحيح أن أحدا منهم أفتى بمقتضى ما عليه الأمر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر حسبما ذكره ابن عباس في حديثه.

وأجيب: بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أجراه عليهم ثلاثاً، أنه غير ملزم، لأنه اجتهاد من عمر بن الخطاب، فماذا بعد أن جعله النبي صلى الله عليه وسلم واحدة ويجعله عمر ثلاثا، ثم هو مخالف للحق في صدر الحديث بأن الناس كانوا يوقعونه ثلاثاً على عهد النبي فيه وتحسب واحدة، لا أنهم أوقعوه واحدة[٣].

٢- ما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها: (أن رجلاً طلق امرأته ثلاثا فتزوجت فطلقت، فسئل النبي صلى الله عليه وسلم أتحل للأول ؟ قال: لا، حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول)[٤].

وجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم أجازه في إيقاع الطلاق ثلاثاً واعتبره بينونة كبرى، ومنعه من أن يرجع زوجته حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً.

جاء في كتاب فتح الباري وكتاب عمدة القاري: (هو ظاهر في كونها مجموعة)[٥].

واعترض على الاستدلال به بأنه: عند مقابلة هذا الحديث بحديث ابن عباس الذي رواه عنه طاوس كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة إلخ...) فإن الحال لا تخلو من أمرين: إما أن يكون معنى الثلاث في حديث عائشة وحديث طاوس أنها مجتمعة أو متفرقة، فإن كانت مجتمعة فحديث عائشة متفق عليه فهو أولى بالتقديم، وفيه التصريح بأن تلك الثلاث تحرمها ولا تحل إلا بعد زوج، وإن كانت متفرقة فلا حجة في حديث طاوس على محل النزاع

---

[١] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، ١٠٩٩/٢. برقم ١٤٧٢. وقد تكلم أهل العلم في رواية طاووس في إسناد الحديث بشذوذه وانفراده به واضطرابه سنداً ومتناً، وأنه لم يتابع عليه [انظر: ابن حجر: فتح الباري، ٣٦٣/٩، ابن عبد الهادي: سير الحاث ص ٧٤. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١٢٩/٣].

[٢] الشربيني، مغني المحتاج ٣١١/٣، ابن قدامة، المغني ٢٨٢/٧.

[٣] عبد الغفار البنداري، حاشية المحلى لابن حزم ٣٩٠/٩.

[٤] رواه البخاري في صحيحه . كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، ٢٠١٥/٥ برقم ٤٩٦٠. ومسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ثم يفارقها وتنقضي عدتها، ١٠٥٥/٢. برقم ١٤٣٣

[٥] ابن حجر العسقلاني:فتح الباري ٣٠١/٩. العيني: عمدة القاري ٥٤١/٩.

في وقوع الثلاث بلفظ واحد واحدة، وأما اعتبار الثلاث في حديث عائشة مفرقة وفي حديث طاوس مجتمعة فلا وجه له ولا دليل عليه.

٣- ومنها: أن عويمراً العجلاني أتى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه، أم كيف يفعل؟ فقال عليه الصلاة والسلام: قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك، فاذهب فأت بها. فتلاعنا عند رسول الله، فلما فرغ قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره عليه الصلاة والسلام[١].

وجه الدلالة: أن عويمراً طلق ثلاثاً في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم، ولم ينقل إنكار النبي صلّى الله عليه وسلم، فلو كان منكراً لما سكت عليه الصلاة والسلام، ولم يرد أنه نهاه أو منعه، فدل على جوازه، وأنه يقع ثلاثاً.

وأجيب: إنما لم ينكره عليه؛ لأنه غير لازم، لأن الفرقة لم تقع بالطلاق، وإنما باللعان، واللعان يوجب تحريماً مؤبداً، والطلاق بعده لا أثر له، لأنه لم يصادف محلاً مملوكاً له ولا نفوذاً فيلغى[٢].

ومنها: حديث ركانة بن عبد يزيد[٣] أنه طلَّق امرأته[٤] البتة، فأخبر النبي صلّى الله عليه وسلم بذلك، وقال: والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (والله ما أردت إلا واحدة)؟. فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم. فطلقها الثانية في زمان عمر، والثالثة في زمان عثمان[٥].

ووجه الدلالة: أن هذا من أصرح الأدلة وأوضحها على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد، لقول ركانة واستحلاف النبي له على أنه لم يرد بلفظ (البتة) إلا واحدة، فهو يدل على أنه لو أراد الثلاث لوقعت.

ونوقش الحديث بأنه حديث ضعَّف الإمام أحمد جميع طرقه، كما ذكر المنذري، وكذلك ضعفه البخاري، وأن قصة ركانة أنه طلقها البتة لا ثلاثاً.

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، ٢٠١٤/٥ برقم ٤٩٥٩. وفي باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، ٢٠٣٣/٥ برقم ٥٠٠٢. وفي كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من التعمق والتنازع في العلم والغلو في الدين والبدع، ٢٦٦٣/٦ برقم ٦٨٧٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، ١١٢٩/٢ برقم ١٤٩٢.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٢٨١/٧.

[٣] ركانة بن عبد يزيد بن هشام بن عبد المطلب بن عبد مناف.من مسلمة الفتح ومن أشد الناس وهو الذي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يصارعه وذلك قبل إسلامه ففعل، وصرعه رسول الله صلى الله عليه وسلم مرتين أو ثلاثاً. توفي أول خلافة معاوية سنة اثنتين وأربعين للهجرة. [الوافي بالوفيات ١٢٥/١٤].

[٤] سهيمة بنت عمير المزنية: امرأة ركانة بن عبد يزيد المطلبي، [ابن الأثير، أسد الغابة، ٣١٧/٥].

[٥] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في البتة، ٢٦٣/٢. برقم ٢٢٠٦. و٢٢٠٧ و٢٢٠٨. وفي باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ٢٥٩/٢ برقم ٢١٩٦. الترمذي: السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة، ٤٨٠/٣. برقم ١١٧٧. وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وسألت محمداً عنه فقال فيه اضطراب، ابن ماجه، السنن، باب طلاق البتة، ٦٦١/١. برقم ٢٠٥١. وفي لفظ: "فقال ما أردت فقال واحدة قال آلله قال آلله قال هو ما نويت" رواها ابن حبان: الصحيح، باب الرجعة، ذكر الخبر الدال على أن طلاق المرء امرأته ما لم يصرح بالثلاث في نيته يحكم له بها، ٩٧/١٠. برقم ٤٢٧٤. ورواها الدارمي أيضاً في السنن، باب في الطلاق البتة، ٢١٦/٢، برقم ٢٢٧٢. والحديث روي بأسانيد متعددة فيقوى بعضها بعضاً. وانظر: نيل الأوطار للشوكاني، ٢٢٦/٦.

٤- ومنها: حديث محمود بن لبيد السابق الذي رواه النسائي، وفيه (أن النبي صلّى الله عليه وسلم أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فغضب ثم قال: أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم)[١].

وجه الدلالة: أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يكون ثلاثاً، ويلزم المطلّق بها، وإن كان عاصياً في إيقاع الطلاق بدليل غضب النبي عليه الصلاة والسلام واستنكاره على الرجل إيقاعه الطلاق ثلاثاً، واعتبره هازلاً لاعباً، وطلاق الهازل واقع فكذا طلاق الثلاث يقع ثلاثاً.

وأجيب بأنه حديث مرسل؛ لأن محمود بن لبيد لم يثبت له سماع من رسول الله صلّى الله عليه وسلم، وإن كانت ولادته في عهده عليه الصلاة والسلام. وهذا مردود.
ومع ذلك فغاية ما فيه استنكار النبي صلى الله عليه وسلم للمطلق ثلاثاً بلفظ واحد، لأنه يلعب بتصرفه، مع لزوم الإثم عليه، وليس فيه أنها تقع ثلاثاً.
يقول ابن القيم: (ثم إن الطلاق ثلاثاً إن كان يقع ثلاثاً في كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، لكان المطلق قد أتى الأمر على وجهه، ولما لبس عليه)[٢].

٥- ومنها: ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من حديث عبادة بن الصامت قال: (طلَّق جدي امرأة له ألف تطليقة، فانطلق إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلم، فذكر له ذلك، فقال النبي صلّى الله عليه وسلم: ما اتقى الله جدك، أما ثلاث فله، وأما تسعمائة وسبع وتسعون، فعدوان وظلم، إن شاء الله عذبه، وإن شاء غفر له) وفي رواية: (بانت بثلاث في معصية وتسعمائة وسبع وتسعين فيما لا يملك)[٣].

ووجه الدلالة: إن إيقاع الطلاق ألفاً إما أن يكون مفرقاً أو مجتمعاً، وعلى كلا الحالين فإن الطلاق قد وقع وعد شرعاً من الطلقات المشروعة للزوج، وأثم الزوج على ذلك.

وأجيب: بأن السائل لم يبين أن الطلقات وقعت متفرقة أم مجتمعة بلفظ الألف، فإن كانت بثلاث متفرقة فلا خلاف من أنها تبين ولا تحل إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره. ثم إنه على فرض أنه طلقها ألفاً مجتمعة فإن جد عبادة بن الصامت لم يدرك الإسلام حتى تحسب له المعصية قبل تحريم الفعل وذلك للبراءة الأصلية.

الإجماع:

قال القرطبي: (قال علماؤنا: واتفق أئمة الفتوى على لزوم إيقاع الطلاق الثلاث في كلمة واحدة، وهو قول جمهور السلف)[٤].

وأجيب بأنه لم يثبت الإجماع، فقد روى أبو داود عن ابن عباس أنه يجعل الثلاث واحدة، وبأن طاوساً وعطاء قالا: (إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها، فهي واحدة)[١].

---

[١] النسائي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق٣٤٩/٣ برقم ٥٥٩٤. قال ابن حجر في فتح الباري: رجاله ثقات، لكن محمود بن لبيد ولد في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولم يثبت له منه سماع وإن ذكره بعضهم في الصحابة فلأجل الرؤية، [٣٦٢/٩]. وانظر:الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٢٧/٦.
[٢] ابن القيم، أعلام الموقعين ٣٠/٣
[٣] عبد الرزاق، المصنف، كتاب الطلاق، باب المطلق ثلاثاً، ٣٩٣/٦ برقم ١١٣٣٩. والهيثمي: مجمع الزوائد، كتاب الطلاق، باب فيمن طلق أكثر من ثلاث، ٣٣٨/٤. وقال رواه كله الطبراني وفيه عبيد الله بن الوليد الوصافي العجلي وهو ضعيف.
[٤] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٢٩/٣.

ومن الأثار:

نقل عن كثير من الصحابة رضي الله عنهم أنهم أوقعوا الطلاق الثلاث ثلاثاً، .

١- منها ما رواه مجاهد، قال: (كنت عند ابن عباس، فجاءه رجل، فقال: إنه طلق امرأته ثلاثاً، قال: فسكت (أي ابن عباس) حتى ظننت أنه رادها إليه، ثم قال ينطلق أحدكم فيركب الحموقة، ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس، وإن الله قال: ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مَخۡرَجٗا﴾[الطلاق:٢]. وإنك لم تتق الله، فلم أجد لك مخرجاً، عصيت ربك وبانت منك امرأتك، وإن الله قال: يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهنَّ لعدتهن[٢].

وجه الدلالة: إن هذه الفتوى من ابن عباس تدلل على لزوم الطلاق الثلاث كما أوقعه المطلق، وأن ذلك لما ثبت لديه من علم النبي صلى الله عليه وسلم بلزومها.

وأجيب: أن ما رواه مجاهد من فتوى ابن عباس مخالف لما رواه ابن عباس من وقوع الطلاق بلفظ الثلاث واحدة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم، وفتوى الصحابي إن خالفت روايته، أعملت الرواية عندنا- إن صحت- ولا ينظر إلى الفتوى[٣]، لأن الراوي ليس معصوماً عن الخطأ، فقد يلتبس عليه الأمر في الفتوى، فيؤخذ بالثابت وهو الرواية[٤].

ويحتمل أنه لتبدل الزمان ووقوع الطلاق الثلاث كثيراً بين الناس، رأى ابن عباس الإفتاء بلزوم الثلاث كما فعل سيدنا عمر بن الخطاب عقوبة لهم[٥].

٢- ومنها: (أن عائشة بنت خليفة الخثعمية كانت عند الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنهم، فلما مات عليٌّ قالت له: لتهنئك الخلافة، فقال الحسن: يقتلُ عليٌّ وتظهرين الشماتة اذهبي فأنت طالق يعني ثلاثاً قال: فتلفعت[٦] بثيابها وقعدت حتى قضت عدتها فبعث إليها بقية بقيت من صداقها وعشرة آلاف متعة، فلما جاءها الرسول قالت: متاع قليل من حبيب مفارق، فلما بلغه قولها بكى وقال: لولا أن أبي حدثني أنه سمع جدي يقوله: أيما رجل طلق امرأته ثلاثاً مبهمة أو ثلاثاً عند الأقراء لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لراجعتها)[٧].

---

[١] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٨٨/٧.

[٢] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ٢٦٠/٢ برقم ٢١٩٧، وقال أبو داود: وروى مالك عن يحيى ابن سعيد عن بكير بن وعثمان عن معاوية بن أبي عياش أنه شهد هذه القصة حين جاء محمد بن إياس بن البكير إلى ابن الزبير وعاصم بن عمر فسألهما عن ذلك فقالا: اذهب إلى ابن عباس وأبي هريرة، فإني تركتهما ثم عائشة رضي الله عنها، ثم ساق هذا الخبر. قال أبو داود: وقول ابن عباس هو أن الطلاق الثلاث تبين من زوجها مدخولا بها وغير مدخول بها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره هذا مثل خبر الصرف قال فيه ثم إنه رجع عنه يعني ابن عباس. ورواه البيهقي، السنن الكبرى، باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة ، ٣٣١/٧. برقم ١٤٧٢٠ و ١٤٧٢١. و٣٣٧/٧ برقم ١٤٧٥٥.

[٣] ابن القيم، أعلام الموقعين ٢٩/٣.

[٤] المرجع السابق ص ٣١.

[٥] ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣١٢/٣٢.

[٦] تلفعت: التفع بالثوب: اشتمل به حتى يجلل جسده، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط مادة "لفع"

[٧] الدراقطني: السنن، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء، ٣٠/٤ برقم ٨٢. و٨٣. الطبراني: المعجم الكبير، في بقية أخبار الحسن بن علي، ٢٧/٣ برقم ٢٥٦٢. ٩١/٣ برقم ٢٧٥٧. وعبد الرزاق: المصنف، ٧٣/٧. برقم ١٢٢٥٧. و١٢٢٦٠ . والبيهقي: السنن الكبرى، باب التفويض، ٢٤٤/٧ برقم ١٤١٨٧. وفي باب المتعة، ٢٥٧/٧. برقم ١٤٢٦٩. باب ما جاء في إمضاء الطلاق الثلاث، ٣٣٦/٧ برقم ١٤٧٤٨.

وجه الدلالة: الأثر صريح على وقوع طلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً بدليل ترتب الآثار عليه: من متعة الطلاق ومؤخر الصداق، وأن عدم مراجعتها كان لما ثبت لديه من حرمتها عليه بالطلاق ثلاثاً لما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم من لزومها.

وأجيب: أنه لم يرد عن الحسن أنه طلق ثلاثاً مجتمعة، وإنما الثابت أنه قال أنت طالق وهي صريحة وقد تكون تطليقته ثالث تطليقه لاثنتين سابقتين.

٣- ومنها: ما رواه أنس رضي الله عنه قال: (كان عمر رضي الله عنه إذا أُتيَ برجلٍ قد طلَّق امرأته ثلاثاً في مجلس أوجعه ضرباً وفرَّق)[١].

وجه الدلالة: إن تعزير سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه للمطلق ثلاثاً مجتمعة، كان لمخالفته الطريقة المشروعة في إيقاع الطلاق، مع لزوم الطلاق عليه.

ويؤيده ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: (من طلق امرأته ثلاثا فقد عصى ربه وبانت منه)[٢].

وأجيب: أن ذلك من باب تعزير الحاكم للمذنبين والنظر في المصلحة العامة، وأما تفريقه بينهما فلما رآه من كثرة إيقاع الناس الطلاق بالثلاث في عهده فأجراه عليهم كما ثبت بحديث ابن عباس وهو من باب (السياسة الشرعية)[٣] وليس فعله بملزم لغيره من الحكام.

٤-ومنها: ما رواه مالك في الموطأ أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقال: إني طلقت امراتي ثمانيَ تطليقات، فقال ابن مسعود: فماذا قيل لك؟. قال قيل لي: إنها قد بانت مني. فقال ابن مسعود: صدقوا. من طلَّق كما أمره الله فقد بين الله له، ومن لبس على نفسه لبساً جعلنا لبسه ملصقا به، لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم هو كما يقولون[٤].

٥-ومنها: ما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه: (عن عبد الله قال: أتاه رجل فقال: إني طلقت امرأتي تسعة وتسعين مرة. قال: فما قالوا لك؟. قال قالوا: قد حرمت عليك. فقال عبد الله: لقد أرادوا أن يشقوا عليك، بانت منك بثلاث وسائرهن. وسئل أيضاً عن رجل طلق امرأته مائة تطليقة، قال: حرمتها ثلاث وسبعة وتسعون جاء رجل إلىه فقال: إني طلقت امرأتي مائة، فقال: بانت منك بثلاث وسائرهن معصية)[٥]. معصية)[٥].

ووجه الدلالة: أن هذه الآثار تثبت وقوع الطلاق الثلاث.

القياس والمعقول:

---

[١] ابن أبي شيبة، المصنف، كتب الطلاق، من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثاً في مقعد واحد وأجاز ذلك عليه، ٦١/٤. برقم ١٠.

[٢] ابن أبي شيبة، المصنف، كتب الطلاق، من كره أن يطلّق الرجل امرأته ثلاثاً في مقعد واحد وأجاز ذلك عليه، ٦١/٤. برقم ١٠.

[٣] الكبيسي، الأحوال الشخصية ٢٣٤/١.

[٤] الإمام مالك: الموطأ ٤١٣/١. الطبراني: المعجم الكبير، ٣٢٦/٩. برقم ٩٦٢٦. شرح الزرقاني على الموطأ. ٢٥٤/١.

[٥] ابن أبي شيبة: المصنف، كتب الطلاق، في الرجل يطلق امرأته مائة أو ألفاً في قول واحد، ٦١/٤ برقم ١٢. ابن عبد البر، يوسف: الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، ٧/٦.

١-إن القواعد الفقهية تنص على : **الأصل في تصرفات العقلاء الاعتبار دون الإلغاء**[١]. **وأيضاً القاعدة الفقهيّة الكلّيّة: إعمال الكلام أولى من إهماله**[٢]، وما يندرج تحتها مثل: **التأسيس أولى من التأكيد**[٣]. ومثلها: **إذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد تعين الحمل على التأسيس**[٤]. فالأصل في الكلام أنه يفيد فائدة مستأنفة غير ما أفاده سابقه، لأنه لما كان إعمال الكلام أولى وأفضل من إهماله، كان حمل اللفظ ولو مكرراً على معنى جديد أولى من حمله على تأكيد وتكرار المعنى السابق، لأن حمله على التكرار فيه إهمال للفظ أو الكلام من وجه، وحمله على الإفادة لمعنى جديد خير من حمله على الإعادة، وفي حملها على التأسيس فائدة جديدة وإعمال للألفاظ.

١-(ولأن النكاح ملك تصح إزالته متفرقاً فصح مجتمعاً كسائر الأملاك)[٥]، فمن طلق ثلاثاً مجتمعة أو مفترقة وقع طلاقه ثلاثاً وحرمت عليه زوجته ولا تحل له إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره. فلا فرق بين مجموعها ومفرقها لغة وشرعاً. والقاعدة الفقهية تنص على: **ما جاز تفريقه جاز جمعه**[٦].

وأجيب: بأن المُطلّق إذا جمع ما أمر بتفريقه، فقد تعدى حدود الله وخالف ما شرعه[٧].

٢- ما نقله ابن حجر العسقلاني عن القرطبي قوله: (وحجة الجمهور من جهة اللزوم من حيث النظر ظاهرة جداً، وهو: أن المطلقة ثلاثا لا تحل للمطلق حتى تنكح زوجا غيره، ولا فرق بين مجموعها ومفرقها لغة وشرعاً، وما يتخيل من الفرق صوري ألغاه الشارع اتفاقا في النكاح والعتق والأقارير، فلو قال الولي: أنكحتك هؤلاء الثلاث في كلمة واحدة انعقد كما لو قال: أنكحتك هذه وهذه وهذه، وكذا في العتق والإقرار وغير ذلك من الأحكام)[٨].

وأجيب أيضاً: بأن من قال: (أحلف بالله ثلاثاً) لا يعد حلفه إلا يميناً واحدة، فليكن المطلق مثله.

وتعقب هذا باختلاف الصيغتين فإن المطلق ينشئ طلاق امرأته وقد جعل عدد طلاقها ثلاثاً، فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً فكأنه قال: أنت طالق جميع الطلاق، وأما الحلف فلا أمد لعدد أيمانه، فافترقا[٩]. اهـ.

٣- (ولأنه تحريم للبضع بالقول فأشبه الظهار بل أولى، لأن الظهار يرتفع بالتكفير وهذا لا سبيل للزوج إلى دفعه بحال)[١٠] فيقع ثلاثاً كما ألزم نفسه وليس من مخرج ولا كفارة.

---

[١] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٤٦١/٤

[٢] مجلة الأحكام العدلية م ٦٥، السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ١٤٢.

[٣] الأشباه والنظائر للسيوطي ١٣٥. وابن نجيم: الأشباه والنظائر ١٤٩. الحصني: القواعد، ق ٤٤/٢ . ابن رجب: القواعد، ق ١٥٩.

[٤] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ص١٤.

[٥] ابن قدامة، المغني٢٨٢/٧.

[٦] ابن قدامة: المغني ٢٨١/٧. الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ٤٥٥.

[٧] ابن القيم: أعلام الموقعين، ٢٩/٣

[٨] نقله عنه ابن حجر العسقلاني: فتح الباري ٣٦٥/٩.

[٩] العسقلاني: فتح الباري، ٣٦٥/٩

[١٠] البهوتي: كشاف القناع ٢٧١/٥، ٢٧٢.

وأجيب: بأن البينونة الكبرى الحاصلة بالثلاث، تحصل إذا أوقع الثلاث على الوجه المباح المشروع، وهو أن يطلقها واحدة في طهر لم يصبها فيه وهكذا إن أراد بت طلاقها، فرق طلاقها على الأقراء حتى ينهي الطلقات الثلاث[١].

القول الثاني:

إن الطلاق بلفظ الثلاث يقع واحدة فقط سواء أكان مقترناً بعدد أو كان متتابعاً، وبه قال: (طائفة من السلف والخلف من الصحابة مثل الزبير بن العوام، وعبد الرحمن بن عوف، وعلي بن أبي طالب وابن مسعود في قول، وابن عباس في الرواية عنه وأفتى به: عكرمة[٢]، وطاوس وغيرهما من التابعين، وغيرهم)[٣]، وشيخ الإسلام ابن تيمية من الحنابلة، وتلميذه ابن قيم الجوزية، والزيدية، وجمهور الشيعة الجعفرية، وقول للإباضية[٤].

قال شيخ الإسلام في أثناء الكلام على ذكر المذاهب في ذلك: (الثالث: أنه محرم ولا يلزم منه إلا طلقة واحدة، وهذا القول منقول عن طائفة من السلف والخلف من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم)[٥].

وقال ابن القيم: (وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية)[٦]. اهـ.

وقال المرداوي: (وحكى –أي ابن تيمية– عدم وقوع الطلاق الثلاث جملة، بل واحدة، في المجموعة أو المتفرقة عن جده المجد، وأنه كان يفتي به سراً أحيانا)[٧].

وقد استدل لهذا المذهب بالقرآن الكريم والسنة والإجماع والأثر والقياس:

القرآن الكريم:

١– قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ. فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩–٢٣٠].

---

[١] ابن تيمية: مجموع الفتاوى ٤٣١/٣٢.

[٢] عكرمة (٢٥ـ١٠٥هـ) ابن عبد الله مولى عبد الله بن عباس. تابعي مفسر محدث. أمره ابن عباس بالإفتاء. أتى نجدة الحروري وأخذ عنه رأى الخوارج، ونشره بإفريقية. ثم عاد إلى المدينة. فطلبه أميرها، فاختفى حتى مات. اتهمه ابن عمر وغيره بالكذب على ابن عباس. وردوا عليه كثيراً من فتاواه. ووثقه آخرون. [التهذيب ٢٦٣/٧ـ ٢٧٣ ؛ الأعلام للزركلي ٤٣/٥].

[٣] ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٨/٣٣،

[٤] ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٨/٣٣، ابن القيم، أعلام الموقعين ٢٨/٣. المرتضى، البحر الزخار ١٧٥/٤، العاملي، محمد بن جمال الدين مكي: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، تحقيق عبد الله السبتي، القاهرة ١٩٦٠. ١٧/٦. إطفيش: شرح النيل وشفاء العليل،مسقط: وزارة التراث القومي والثقافة، ٥٩٨/١٩٨٦٣.

[٥] ابن تيمية: مجموع الفتاوى ٨/٣٣. وقد عدّ منهم شيخ الإسلام: الزبير بن العوام، وعبد الرحمن بن عوف، ويروى عن علي وابن مسعود وابن عباس القولان، وهو قول كثير من التابعين ومن بعدهم. مثل: طاووس، وخلاس بن عمرو، ومحمد بن إسحاق، وهو قول داود وأكثر أصحابه، ويروى ذلك عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين وابنه جعفر بن محمد؛ ولهذا ذهب إلى ذلك من ذهب من الشيعة، وهو قول بعض أصحاب أبي حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل[ابن تيمية: مجموع الفتاوى ٨/٣٣].

[٦] ابن القيم: زاد المعاد ١٠٥/٤.

[٧] المرداوي: الإنصاف، ٤٥٣/٨

ووجه الدلالة: أن الطلاق الذي شرع للزوج فيه الخيار بين أن يسترجع زوجته أو يتركها بلا رجعة حتى تنقضي عدتها فتبين منه مرتان: مرة بعد مرة، سواء طلق في كل مرة منهما طلقة أو ثلاثا مجموعة؛ لأن الله تعالى قال: مَرَّتَانِ ولم يقل طلقتان، ثم قال تعالى في الآية التي تليها فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فحكم بأن زوجته تحرم عليه بتطليقه إياها المرة الثالثة حتى تنكح زوجا غيره، سواء نطق في المرة الثالثة بطلقة واحدة أم بثلاث مجموعة، فدل على أن الطلاق شرع مفرقا على ثلاث مرات، فإذا نطق بثلاث في لفظ واحد كان مرة واعتبر واحدة.

وأجيب: بأن الآية ترشد إلى الطلاق المشروع أو المباح، وليس فيها دلالة على وقوع الطلاق وعدم وقوعه إذا لم يكن مفرقاً، فيكون المرجع إلى السنة، والسنة بينت أن الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً.

٢- قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا ٱلْعِدَّةَۖ﴾[الطلاق:١].

وجه الدلالة: إن كل طلاق شرعه الله تعالى في كتابه العزيز في المدخول بها إنما هو الرجعي طلقة واحدة، ولم يشرع لأحد أن يطلق الثلاث جميعاً، ولا أن يطلق المدخول بها بائناً[١]، فلا يقع إلا ما شرعه الله وهو الواحدة، ومن أوقع على غير ذلك ألزم بها.

٣- قوله الله تعالى: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[الطلاق:١].

وجه الدلالة: إن في إلزام المطلق ثلاثاً الثلاث حرمان له من الفرصة التي منحها الله إياه بالمراجعة، وقد يندم الزوج على فعله، فإن قلنا بوقوعها ثلاثاً أوقعناه في الحرام، وأغلقنا باب الحلال وهذا أشد.

وأجيب: بأن الاستدلال بهذه الآيات استدلال في غير موضعه، فالآية طلبت إيقاع الطلاق والنساء مستقبلات للعدة – وهي في الطهر الذي لا جماع فيه- ولم تنص على وقوعه ثلاثاً، واحتسابه واحدة.

ومن السنة:

١-ما رواه ابن عباس قال: (طلق ركانة بن عبد يزيد أخو بني المطلب امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً. قال: فسأله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها؟ قال: طلقتها ثلاثاً. قال: في مجلس واحد؟ قال نعم، قال فإنما تلك واحدة فأرجعها إن شئت، قال: فرجعها)[٢].

وجه الدلالة: أن الحديث الشريف قد دل بمنطوقه على أن الطلاق الثلاث في مجلس واحد إنما يحتسب واحدة، لعدم وقوعه على الوجه الشرعي، وأن من شاء المراجعة بعده فله ذلك.

وأجيب عنه بأجوبة منها:

---

[١] ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٩/٣٣.

[٢] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في البتة، ٢٦٣/٢. برقم ٢٢٠٦. و٢٢٠٧ و٢٢٠٨. وفي باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ٢٥٩/٢ برقم ٢١٩٦. الترمذي: السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة، ٤٨٠/٣. برقم ١١٧٧. وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وسألت محمداً عنه فقال فيه اضطراب، ابن ماجه، السنن، باب طلاق البتة، ٦٦١/١. برقم ٢٠٥١. وفي لفظ: "فقال ما أردت فقال واحدة قال آلله قال آلله قال هو ما نويت" رواها ابن حبان: الصحيح، باب الرجعة، ذكر الخبر الدال على أن طلاق المرء امرأته ما لم يصرح بالثلاث في نيته يحكم له بها، ٩٧/١٠. برقم ٤٢٧٤. ورواها الدارمي أيضاً في السنن، باب في الطلاق البتة، ٢١٦/٢، برقم ٢٢٧٢. والحديث روي بأسانيد متعددة فيقوى بعضها بعضاً. وانظر: نيل الأوطار للشوكاني، ٢٢٦/٦.

أ-إن الصحيح من حديث ركانة أنه طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه ما أراد إلا واحدة فردها إليه، فطلقها الثانية في زمان عمر والثالثة في زمان عثمان[1] فلو كان طلاقها ثلاثاً بكلمة واحدة لا يقع لما حققه النبي صلى الله عليه وسلم على نيته ليستوثق منه، وأنه ما ردها إليه إلا لأنه نوى الواحدة.

ويرد على اعتراضهم: إن العلماء قد ضعفوا حديث البتة لركانة لأن رواته من المجاهيل[2].

ب- ومنها: معارضته لفتوى ابن عباس، فإنه كان يفتي من سأله عن حكم الطلاق بلفظ الثلاث بأنه يقع ثلاثاً: ورد بأن المعتبر روايته لا رأيه.

٢-ما رواه ابن طاوس عن أبيه عند ابن عباس قال: كان الطلاق على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم)[3].

وفي رواية أيضاً عن طاوس عن أبيه: (أن أبا الصهباء قال لابن عباس: ثم أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وثلاثاً من إمارة عمر. فقال ابن عباس نعم. وفي رواية أخرى عن طاوس: أن أبا الصهباء قال لابن عباس: ثم هات من هناتك. ألم يكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر واحدة؟. فقال: قد كان ذلك، فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فأجازه عليهم)[4].

وجه الدلالة: إن حكاية ابن عباس لما كان الحكم عليه في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وخلافة أبي بكر وعمر من أن طلاق الثلاث واحدة دليل على عدم لزوم إيقاعها كما أوقعها، فهو واضح الدلالة على جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة، وعلى أنه لم ينسخ لاستمرار العمل به في عهد أبي بكر وسنتين من خلافة عمر، ولأن عمر علل إمضاءه ثلاثا بقوله: (إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة) ولم يدع النسخ ولم يعلل الإمضاء به، ولا بظهوره بعد خفائه؛ ولأن عمر استشار الصحابة في إمضائه ثلاثا، وما كان عمر ليستشير أصحابه في العدول عن العمل بحديث علم أو ظهر له أنه منسوخ.

وأن فعل عمر؛ من باب نظر الراعي للرعية، وعملاً بالمصلحة والسياسة الشرعية. ثم أجراها عليهم ثلاثاً من باب العقوبة فترة من الزمن فلا تلزم في غيره من الأزمان.

وأجيب: أنه ما في حديث ابن عباس من الدلالة على أن عمر أمضى الثلاث عقوبة للناس؛ لأنهم قد استعجلوا أمرا كان لهم فيه أناة. وهذا مشكل، ووجه الإشكال: كيف يقرر عمر رضي الله عنه - وهو هو تقيً وصلاحاً وعلماً وفقهاً - بمثل هذه العقوبة التي لا تقتصر آثارها على من استحقها، وإنما تتجاوزه إلى

---

[1] سبق تخريجه.

[2] ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيميه ١٥/٣٣ ابن القيم، أعلام الموقعين ٢٦/٣ العظيم آبادي، التعليق المغني على الدارقطني ٣٣/٤.

[3] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، ١٠٩٩/٢. برقم ١٤٧٢. وقد تكلم أهل العلم في رواية طاووس في إسناد الحديث بشذوذه وانفراده به واضطرابه سنداً ومتناً، وأنه لم يتابع عليه [انظر: ابن حجر: فتح الباري، ٣٦٣/٩، ابن عبد الهادي: سير الحاث ص ٧٤. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١٢٩/٣].

[4] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، ١٠٩٩/٢ حديث ١٤٧٢.

طرف آخر ليس له نصيب في الإجرام، ونعني بالطرف الآخر: الزوجات، حيث يترتب عليها إحلال فرج حرام على طرف ثالث، وتحريم فرج حلال بمقتضى عقد الزواج وحقوق الرجعة.

وأجيب عنه أيضاً: بأنه محمول على صورة تكرير لفظ الطلاق ثلاث مرات، بأن يقول: (أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق) فإنه يلزمه واحدة إذا قصد التوكيد، وثلاث إذا قصد تكرير الإيقاع، فكان الناس على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلم وأبي بكر على صدقهم وسلامتهم وقصدهم في الغالب الفضيلة والاختيار، لم يظهر فيهم خب ولا خداع، وكانوا يصدقون في إرادة التوكيد، فلما رأى عمر في زمانه أموراً ظهرت، وأحوالاً تغيرت، وفشا إيقاع الثلاث جملة بلفظ لا يحتمل التأويل، ألزمهم الثلاث في صورة التكرير، إذ صار الغالب عليهم قصدها، فالمفهوم من حديث ابن عباس وإجراء الطلاق ثلاثاً، يدل على أنهم كانوا يوقعونه على عهد النبي صلى الله عليه وسلم واحدة، ثم استعجلوا فيه، فأمضاه عليهم بدليل أنه قال: قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو كان حالهم كذلك في أول الإسلام لما عاب عليهم[١]. (فالحديث إخبار عن تغير حالة لا تغير حكم)[٢].

ويرد على هذا الاعتراض: (إن قولكم هذا مقبول لو أن الناس في العصر الأول لم يطلقوا ثلاثاً، ولكن ثبت أن عويمراً وركانة قد طلقا)[٣] فبطل اعتراضكم.

ومن القياس والمعقول:

١- فإنه إن طلقها ثلاثاً بكلمة واحدة في حالة الغضب- وهي ليست حالة التأمل والتفكر وتقدير عواقب الأمور- لم يكن الطلاق خروجاً إلى مصلحة، بل هو إبطال للمصلحة[٤]، فلو قلنا بوقوعه ثلاثاً كما أوقعه نكون قد حصلنا المفسدة وهدمنا المصلحة.

٢- (ولأن الطلاق مرة بعد مرة توسعة من الله على العباد، فلا يملك المكلف إيقاع مراته كلها جملة واحدة كاللعان والمقر بالزنا إن أقر أربع مرات أني زنيت، كان مرة واحدة)[٥].

فكما أنه لا يعتبر قول الزوج في اللعان: أشهد بالله أربع شهادات أني رأيتها تزني إلا شهادة واحدة لا أربعاً، فكذا لو قال لزوجته: أنت طالق ثلاثا لا يعتبر إلا طلقة واحدة لا ثلاثا، ولو قال: أقر بالزنا أربعا مكتفيا بذكر اسم العدد عن تكرار الإقرار لم يعتبر إلا واحدة عند من اعتبر التكرار في الإقرار، فكذا لو قال لزوجته: أنت طالق ثلاثا مكتفيا باسم العدد عن تكرار الطلاق لم يعتبر إلا واحدة، وهكذا كل ما يعتبر فيه تكرار القول لا يكفي فيه عن التكرار ذكر اسم العدد كالتسبيح والتحميد والتكبير عقب الصلوات المكتوبة.

٣- ولأن في إيقاع الثلاث جملة احتمال الوقوع في الندم، ولا يمكنه التدارك، فيقع في الزنا[٦]. وهو أشد حرمة من القول باحتسابها واحدة مع إمكانية المراجعة.

---

[١] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١٣٠/٣.
[٢] الشربيني، مغني المحتاج ٣١١/٣.
[٣] الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق ٢٢١/١.
[٤] الكاساني، بدائع الصنائع ٩٥/٣.
[٥] ابن القيم: أعلام الموقعين ٢٧/٣.
[٦] الكاساني: بدائع الصنائع ٨٩/٣

٤-إن المطلق ثلاثاً بكلمة واحدة لا يقع طلاقه قياساً على الوكيل بالطلاق إن خالف الأمر وطلق ثلاثاً فلا يقع لمخالفتها الصورة الشرعية للإيقاع)[١].

القول الثالث:

إن الطلاق بلفظ الثلاث يقضي بعدم وقوع وقوعه، إذا كان بلفظ واحد مقترن بعدد بما يدل على زيادته على الواحدة لفظاً أو إشارة: كأن يقول أنت طالق ثنتين أو ثلاثاً، أو يقول: أنت طالق مشيراً إلى هذا العدد، بأصابعه مثلاً.

أما إذا كان بألفاظ متفرقات في مجلس واحد أو في أكثر من مجلس في عدة واحدة دون أن يفصل بين كل تطليق وآخر مراجعة، فإن الأول يقع إذا توافرت فيه شروط الطلاق المشروع التي سبق ذكرها، ولا يقع الثاني ولا الثالث إن كان.

فمن قال لزوجته: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، فالواقع طلقة رجعية بالجملة الأولى ولا يقع شيء بالجملتين الآخرتين؛ سواء أحدث في مجلس واحد، أم في أكثر من مجلس، دون أن يفصل بين كل جملة وأخرى بمراجعة. وهذا مذهب جماعة من التابعين، وبعض أهل الظاهر، وإليه ذهب جمهور الشيعة الإمامية[٢].

وقال: بعض الشيعة الجعفرية لا يقع مطلقاً[٣].

واستدل هؤلاء بما يلي:

١- من القرآن الكريم:

أ- قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩].

ووجه الدلالة: بأن الطلاق الثلاث المقترن بعدد أو المتتابع أي اتباع الطلاق بآخر في نفس العدة بدعة محرمة، ولم يشرعه الله تعالى لعباده، فقد قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾. وهي جملة تفيد الحصر بالنسبة إلى الطلاق الذي يعقب الرجعة أو يعقب الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان. والمرتان في لغة العرب وفي سائر لغات الناس وعرفهم إنما تكون للحادث يحدث مرة بعد أخرى، وفي مثله يقول الله تعالى: ﴿سَنُعَذِّبُهُم مَّرَّتَيْنِ﴾[التوبة:١٠١]، وقوله: ﴿أَوَلَا يَرَوْنَ أَنَّهُمْ يُفْتَنُونَ فِى كُلِّ عَامٍ مَّرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ ثُمَّ لَا يَتُوبُونَ وَلَا هُمْ يَذَّكَّرُونَ﴾[التوبة:١٢٦]، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَٰثَ مَرَّٰتٍ﴾[النور:٥٨]، وقوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[النور:٦]. والشواهد على ذلك أكثر من أن تحصى. فليس من يقول: أستأذن ثلاثاً قد أستأذن

---

[١] ابن قدامة: المغني ٢٧٢/٧، ٢٧٣.

[٢] العاملي: الروضة البهية ١٥٠/٢. هكذا حكاه الليث بن سعد وهومذهب ابن علية وهشام بن الحكم وأبي عبيدة والقاضي الحجاج بن أرطأة [الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ٣٢-٣٤].

[٣] العاملي، الروضة البهية ١٧/٦.

ثلاث مرات، وإنما استأذن مرة واحدة. وليس من يقول: أشهد بالله أربع مرات، قد شهد أربع مرات وإنما شهد مرة واحدة، وليس من أقر بكذا أربع مرات قد أقر به أربع مرات وإنما أقر به واحدة.

وإذن: فالمراد أن يحدث الزوج طلاقاً يتكرر مرتين، ولا يتكرر إلا إذا تكررت به الفرقة، ولا تتكرر الفرقة إلا إذا فصل بين التطليقتين رجعة، أما إذا لم يفصل بينهما مراجعة، فالفرقة حين التطليق الثاني وبعده هي الفرقة السابقة عليه الحادثة بالتطليق الأول، وإذن يكون معنى الآية: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾. تستتبع كل مرة منهما تخيير الزوج بين أن يمسك بمعروف وأن يسرح بإحسان. ثم قال بعد ذلك فإن طلقها فلا تحل له من بعد تنكح زوجاً غيره. أي فإن طلقها مرة ثالثة بعد المرتين السابقتين اللتين يكون له في كل منهما الخيرة في أن يمسك بمعروف أو يسرح بإحسان فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره.

وهذا هو الطلاق الذي شرعه الله تعالى لعباده، ما سواه محرم غير مشروع كالطلاق في الحيض أو في الطهر الذي حدث فيه مسيس، ولهذا غضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أبلغ أمر من خالف ذلك.

وهذا هو الطلاق الذي شرعه الله تعالى لعباده، ما سواه محرم غير مشروع كالطلاق في الحيض أو في الطهر الذي حدث فيه مسيس، ولهذا غضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أبلغ أمر من خالف ذلك.

روى النسائي عن محمود بن لبيد قال: (أخبر رسول الله صلّى الله عليه وسلم عن رجل طلَّق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضبان، ثم قال: (أيلعب بكتاب الله، وأنا بين أظهركم، حتى قام رجل، فقال: يا رسول الله، ألا أقتله)[1].

ب- وقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۖ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ﴾[البقرة:٢٣٠].

وجه الدلالة: إن الآيات الكريمة بينت الطريقة الشرعية لإيقاع الطلاق، وأنها مرة بعد مرة، ثم بعد الثانية إما أن يمسكها أو يسرحها بإحسان، ومن طلق ثلاثاً بكلمة واحدة لا يلزم لأنه غير مذكور في الآيات[2].

وأجيب: أنه ثبت بأدلة صحيحة من السنة النبوية أن من طلق ثلاثاً لزمته على رأي أصحاب القول الأول، ووقعت واحدة على رأي أصحاب القولي الثاني، فيبطل بذلك قولهم.

وعلى فرض أن المراد من الآية (أن لا طلاق شرعاً إلا كذلك وهو من طرق الحصر، والمتبادر أن لا يقع، لكن لمّا علمنا أن عدم المشروعية لمعنى في غيره وهو إمكان التدارك عند الندم قلنا بلزومه)[3].

٢- ومن السنة:

---

[1] النسائي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق٣/٣٤٩ برقم ٥٥٩٤. قال ابن حجر في فتح الباري: رجاله ثقات، لكن محمود بن لبيد ولد في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولم يثبت له منه سماع وإن ذكره بعضهم في الصحابة فلأجل الرؤية، [٣٦٢/٩]. وانظر:الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٢٧/٦.

[2] العاملي: الروضة البهية ١٧/٦.

[3] ابن الهمام: شرح فتح القدير٣/٤٧١-٤٧٢.

عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال صلى الله عليه وسلم: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)[١].

وجه الدلالة: إن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة بدعة مردودة، لأنه خالف ما كان عليه العمل في عهد النبي صلى الله عليه وسلم، والمردود لا يقع، فلا يقع الطلاق بلفظ الثلاث مطلقاً.

وأجيب: إنه عام في كل أمر مخالف للمعهود المشروع بالكتاب والسنة، ولكن المطلق ثلاثاً وإن خالف الأصل في الطلاق فهو آثم وطلاقه لازم، وإنما الاختلاف في وقوعه ثلاثاً أم واحدة فقط؟ فقولهم بدعة مردودة لا يصدق على طلاق الثلاث بلفظ واحد، لأنه ثبت في عهد النبي صلى الله عليه وسلم (فلو كان بدعة لوجب أن يرد)[٢] ولكنه خلاف ذلك.

كما واستدلوا بقول لجعفر الصادق: (من طلق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء)[٣].
وأجيب: أن هذا لا يقوى على معارضة الأحاديث الصحيحة والآثار الثابتة عن الصحابة رضوان الله عليهم من لزوم الطلاق الثلاث ووقوعه.

وعموماً: استدل هؤلاء بالأدلة نفسها التي استدلوا بها على عدم وقوع الطلاق في الحيض، لأن كلاً منهما غير مشروع.

ما يراه بعض الفقهاء المعاصرين:

١- ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى ترجيح القائلين بوقوع الثلاث ثلاثاً:
يقول فضيلة الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي[٤]: (والذي يظهر لي رجحان رأي الجمهور: وهو وقوع الطلاق ثلاثاً إذا طلق الرجل امرأته دفعة واحدة، لكن إذا رجح الحاكم رأياً ضعيفاً صار هو الحكم الأقوى، فإن صدر قانون، كما هو الشأن في بعض البلاد العربية بجعل هذا الطلاق واحدة، فلا مانع من اعتماده والإفتاء به، تيسيراً على الناس، وصوناً للرابطة الزوجية، وحماية لمصلحة الأولاد، خصوصاً ونحن في وقت قل فيه الورع والاحتياط، وتهاون الناس في التلفظ بهذه الصيغة من الطلاق، وهم يقصدون غالباً التهديد والزجر، ويعلمون أن في الفقه منفذاً للحل، ومراجعة الزوجة)[٥].

ويقول فضيلة الشيخ عبد الرحمن تاج شيخ الجامع الأزهر سابقاً: (ولكن الحكم بأن الثلاث لم تنهض له الحجة ولم يسلم له دليل)[٦].

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف حكم الرسول فحكمه مردود، ٢٦٧٥/٦ برقم ٦٩١٨، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ١٣٤٣/٣، برقم ١٧١٨. وجاء في لفظ آخر: "ثم من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد"، صحيح البخاري: كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، ٩٥٩/٢، برقم ٢٥٥٠.
[٢] ابن حزم، المحلى ٣٨٧/٩.
[٣] العاملي، الروضة البهية ١٧/٦.
[٤] وهبة بن مصطفى الزحيلي، أحد أبرز الفقهاء المعاصرين من مواليد ١٩٣٢. حصل على شهادة الدكتوراه في الحقوق (الشريعة الإسلامية) عام ١٩٦٣. رئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه بكلية الشريعة بجامعة دمشق، وعضو المجامع الفقهية في مكة وجدة والهند وأمريكا. له العديد من المصنفات منها: الفقه الإسلامي وأدلته وأصول الفقه.
[٥] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٨٩/٧.
[٦] تاج: عبد الرحمن، الأحوال الشخصية، ٢١٤.

ويقول فضيلة الشيخ علي قراعة[١] رئيس المحكمة الشرعية سابقاً بعد أن ردّ على حجج ابن القيم: (إن من يلاحظ يجب أن يقول أن الواجب الآن هو التشديد على المطلقين بتنفيذ أقوالهم، واعتبار ما أوقعوه من الطلاق الثلاث، على حسب ما أوقعوه، لا أن يخفف عنهم ويعتبر الطلاق الثلاث واحدة. لهذا أرى أن أساس هذا الرأي لا يتفق والوقت الحاضر، وأن الواجب هو الرجوع إلى ما فعله عمر لا أن يترك ويقال خلافه، مع ظهور ضعف الرأي المخالف. هذا هو الرأي الفقهي الذي أراه واجب الاتباع فيما يتعلق بإيقاع الطلاق الثلاث جملة واحدة)[٢].

وهذا الرأي هو ترجيح الأكثرية من هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، وقد عدلت على أثره هيئة الإفتاء هناك وأصبح عليه العمل في المحاكم السعودية[٣].

٢- كما ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى ترجيح القائلين بوقوع الثلاث واحدة:

يقول الأستاذان الجليلان الشيخ محمود شلتوت شيخ الجامع الأزهر والشيخ محمد السايس[٤]:

(وإنك لو قطعت النظر عن كل ما ورد في المسألة من نصوص واستقبلتها استقبالاً منظوراً فيه إلى الآثار المترتبة على كل من الفرضين، يتبين لك واضحاً، أن القول بوقوعها واحدة أقل مفسدة من الوقل بوقوعها ثلاثاً، والقاعدة المحكمة في مثل هذا عند جميع العلماء وكما تقضي به الشريعة أن يرتكب أخف الضررين وأقلهما إفساداً)[٥].

ويقول الشيخ عبد الوهاب خلاف[٦] بعد أن ذكر ما ذهب إليه القانون من أن الطلاق الثلاث واحدة: (وفي الأخذ به صيانة لرابطة الزوجية من العبث وحمل الأزواج على اتباع السنن المشروع لإيقاع الطلاق مرة بعد مرة)[٧].

وقد أيدّ هذا الرأي أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني حيث قال: (إن الإجماع انعقد على وقوع الثلاث واحدة قبل عصر عمر رضي الله عنه، ولم ينعقد على الوقوع ثلاثاً حتى الآن. فالطلاق الثلاث كان لا يقع إلا واحدة في عصر النبي عليه الصلاة والسلام وعصر أبي بكر وسنتين من خلافة عمر ولم يخالف أحد في ذلك من الصحابة، فانعقد الإجماع على ذلك وهو أن من طلق زوجته ثلاثاً لا يقع إلا واحدة.

---

[١] الشيخ علي قراعة، عالم مصري، تخرج من مدرسة القضاء الشرعي، وتولى رئاسة المحكمة الشرعية العليا، من مؤلفاته: الأصول القضائية، مذكرة التوثيقات الشرعية، ت ١٩٦٩م (نقلاً من نظرية الحكم القضائي ص٤٩).

[٢] قراعة: فقه القرآن والسنة، ٤٣.

[٣] قد أشرنا في بداية حديثنا عن هذه المسألة إلى هذا البحث المنشور في مجلة البحوث الإسلامية- المجلد الأول العدد الثالث، عام١٣٩٧هـ، ص١٦٥ -٤٣٠.

[٤] محمد علي السايس، أستاذ دكتور بالأزهر من مواليد محافظة كفر الشيخ بمصر، نال الشهادة العالمية ١٩٢٦ وحصل على درجه الدكتوراه عام ١٩٢٩ بمرتبة الامتياز، تولى عدة مناصب علمية ودينية وإدارية بالأزهر. له مؤلفات كثيرة في علوم الحديث والفقه والأصول منها: تفسير آيات الأحكام ونشأة الفقه الاجتهادي وتاريخ التشريع الإسلامي.[موقع المكتبة الشاملة].

[٥] شلتوت والسايس: مقارنة المذاهب، ٨٩.

[٦] عبد الوهاب بن عبد الواحد خلاف (١٣٠٥-١٣٧٥هـ) المحدث، الأصولي، الفقيه، انتظم في مدرسة القضاء الشرعي وتخرج بها ١٩١٥ وعين مدرساً ثم قاضياً ثم مفتشاً ثم مدرساً بكلية الحقوق. عضو مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ألف ونشر كثيرا من الكتب، من أبرزها: أصول الفقه (أحكام الأحوال الشخصية). توفي١٣٧٥هـ.[الأعلام للزركلي ١٨٤/٤].

[٧] خلاف، عبد الوهاب: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – دبي: دار القلم، ص ١٤٤.

وقد استمر الإجماع على ذلك ولم ينقرض عصر المجمعين، حتى جاء عمر فألزم الناس بوقوع الثلاث وخالفه بذلك ابن عباس وغيره، واستمر الخلاف بين فقهاء الصحابة والتابعين وفقهاء المذاهب حتى عصرنا هذا).

ثم يقول: (إن في الرجوع إلى اعتبار الطلقات الثلاث طلقة واحدة رجوع إلى ما كان عليه النبي عليه الصلاة والسلام وعصر أبي بكر وبداية عهد عمر، وإن في العدول عن الإلزام بالثلاث تحقيق إلى ما رمى إليه عمر باجتهاده من جلب المصلحة ودفع المفسدة لأن السياسة الشرعية تدور حولهما)[١].

كما أيّد هذا الرأي أيضا الدكتور عبد الكريم زيدان، حيث قال: (والذي أميل إلى الأخذ به من هذه الأقوال التي ذكرناها، هو القول بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد، أو بتكرير لفظ أنت طالق ثلاث مرات في مجلس واحد، أن الطلاق بهاتين الصيغتين يقع واحدة رجعية، وهذا القول أرفق بعامة المسلمين وأقرب إلى تحقيق المصلحة المشروعة للأسرة المسلمة، بالإضافة إلى ما لهذا القول من مستند شرعي قوي بينا وجوهه فيما سبق)[٢].

٣-وذهب الشيخ علي الخفيف رحمه الله: إلى ترجيح القول الثالث الذي يقضي بأن التطليق ثلاثاً بلفظ واحد لا يقع به شيء، لأنه بدعة محرمة لا يترتب عليه أثر، أما التطليق بألفاظ متفرقة فإنما يقع بالأول فقط، حيث يقول: (إنه أرجح الآراء وأقواها دليلاً، وقد يكون العمل بهذا أقرب إلى المصلحة)[٣].

الترجيح:

وبعد هذا العرض لأدلة الفقهاء ومناقشاتها، وما دار حولها من ردود واعتراضات يظهر لنا أن هذه المسألة من مسائل الاجتهاد الخلافية، وأن القائلين بوقوعه ثلاثاً قد غلبوا جانب تغليظ الحكم سداً لذريعة إيقاع الطلاق بهذه الصورة[٤].

وأن القائلين بوقوعه واحدة، قد اعتمدوا مبدأ المصلحة والتضييق من دائرة إيقاع الطلاق حفاظاً على الكيان الأسري من الضياع والتفكك.

وقد رأى كلا من هؤلاء الفريقين فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه- وهو المعروف بنظرته الثاقبة البعيدة- من باب نظر الحاكم في مصلحة الرعية، وإنشاء عقوبات توافق ظروف عصره وتعيد الناس إلى شرع الله، وقد كان لتصرفه من إلزام الثلاث لمن أوقعها أن امتنع الناس عن ذلك، وهو اجتهاد محض منه، فمن رآه تشريعاً أعمله دائماً، ومن نظر إليه على أنه معالجة لحالة معينة قد لا تصلح في غير زمنه لم يعمله. وهو اجتهاد من عمر، ولغيره أن يجتهد، خصوصاً وأن هناك أدلة صريحة من الكتاب والسنة تدعم اجتهاده، وهي أدلة من قال بوقوعها واحدة، ولكل مجتهد نصيب.

لذلك كله، فإني أرجح رأي فضيلة أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي الذي ذكرته آنفاً، وهو ترجيح رأي الجمهور. لكثرة أدلته وتقوية بعضها لبعض.

---

[١] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٢٥٠ و٢٥٩.
[٢] زيدان: عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ٨٨/٨.
[٣] الخفيف: علي، محاضرات عن فرق الزواج، ٤٧.
[٤] ابن رشد، بداية المجتهد ٦٧/٢.

وهو ما عليه القواعد الفقهية مثل: **الأصل في تصرفات العقلاء الاعتبار دون الإلغاء**[١]. **وأيضاً القاعدة الفقهيّة الكلّيّة: إعمال الكلام أولى من إهماله**[٢]، وما يندرج تحتها مثل: **التأسيس أولى من التأكيد**[٣]. ومثلها: **إذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد تعين الحمل على التأسيس**[٤].

ولكن إذا رجّح الحاكم رأياً وشرع قانوناً –كما هو الشأن في جل البلاد العربية بجعل هذا الطلاق واحدة فيجوز اعتماده والعمل به، بل صار هو الأقوى، فإن صدر فلا مانع من اعتماده والعمل به، تيسيراً على الناس، وصوناً للرابطة الزوجية وأسلم للأسرة وأحفظ، وحماية لمصلحة الأولاد، فقد يسبق لسان الرجل ويوقع الطلاق ثلاثاً على غير ما شرع الله تعالى، فلو ألزمنا لألحقنا به وبالمرأة الضرر وبالأولاد، ولو عاقبناه على فعله لشملنا الزوجة والأولاد بالعقاب وهم بريئون منه وفي هذا ظلم وهو ممنوع. خصوصاً ونحن في وقت قل فيه الورع والاحتياط، وتهاون الناس في التلفظ بهذه الصيغة من الطلاق، وهم يقصدون غالباً التهديد والزجر، ويعلمون أن في الفقه منفذاً للحل، ومراجعة الزوجة. وفي ذلك احتياط من إلزام الشخص مالم يلتزم به قصداً، وإنما لما جرى على لسانه، وفي ذلك تقليل للضرر، وهو أبعد عن الندامة، وإن كان الأولى بالمطلّق أن لا يوقع إلا واحدة وعند الضرورة القصوى.

يقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله: (وقد كان المعمول به هو مذهب أبي حنيفة الذي هو مذهب الأئمة الأربعة، وهو أن يكون الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً، والاثنين تقع اثنتين بلفظ واحد، فكان هذا يدفع إلى الحرج الديني، إذ يندفع الزوج في نوبة غضب جامحة، فيطلق ثلاثاً، ولا يجعل لنفسه من أمره يسراً، فإذا ثاب إليه رشده كان إما أن يعيش مع امرأته عيشة يعتقد أنها حرام، وهما زانيان، وفي ذلك موت للضمير الديني، وإما أن يتحايلا بطريق لم يحلها الشارع، لإعادة الحل والعقد عليها من جديد، وفي ذلك ما فيه من المفاسد، فكان من المستحسن علاج هذه الحال)[٥].

---

[١] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٤٦١/٤

[٢] مجلة الأحكام العدلية م ٦٥، السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٤٢.

[٣] الأشباه والنظائر للسيوطي ١٣٥. وابن نجيم: الأشباه والنظائر ١٤٩. الحصني: القواعد، ق ٤٤/٢ – ابن رجب: القواعد، ق ١٥٩.

[٤] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية،١٤

[٥] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٣٢٧.

المبحث الخامس

القواعد الفقهية في طلاق الثلاث بكلمة واحدة أو كلمات وموقف القانون من الطلاق الثلاث

قاعدة رقم (١).

إعمال الكلام أولى من إهماله[١] .

معنى القاعدة:

سبق بيان معنى هذه القاعدة في القواعد الفقهية المتعلقة في المطلقة.

فروع على القاعدة:

منها: لو قال لزوجته أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق، أو أنت طالق ثلاثاً. فيقع الطلاق ثلاثاً، وتعتبر هذه القاعدة تأصيلاً أساسياً لمذهب الجمهور القائلين بوقوع الطلاق ثلاثاً[٢].

قاعدة رقم (٢).

التأسيس أولى من التأكيد[٣].

ألفاظ أخرى.

- إذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد تعين الحمل على التأسيس [٤].
- يقدم أصل التأسيس على التأكيد[٥].
- التأسيس خير من التأكيد.
- حمل اللفظ على ما يستفاد به فائدة جديدة أولى من حمله على التكرار[٦].
- كلام العاقل مهما أمكن حمله على الإفادة لا يحمل على التكرار والإعادة [٧].

وهذه القاعدة مندرجة تحت قاعدة: **إعمال الكلام أولى من إهماله**[٨].

معاني المفردات:

التأسيس: هو عبارة إيراد معنى جديد آخر باللفظ لم يكن حاصلا قبلاً، والتأكيد: هو عبارة عن تكرار وإعادة اللفظ للمعنى المراد الحاصل قبله[٩].

---

[١] مجلة الأحكام العدلية م ٦٥، السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٤٢.

[٢] الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٣١٥،الدعاس: القواعد الفقهية، ٤٨، اللحجي، إيضاح القواعد الفقهية،٦٧. السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٤٢. الزركشي: المنثور في القواعد، ١٨٣/١. ابن نجيم: الأشباه والنظائر،١٥٠. الزحيلي: القواعد الفقهية،٣٦٦/١.

[٣] السيوطي: الأشباه والنظائر ١٣٥. وابن نجيم: الأشباه والنظائر ١٤٩. الحصني: القواعد، ق ٤٤/٢ – ابن رجب: القواعد، ق ١٥٩.

[٤] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية،١٤

[٥] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١١٦/٤

[٦] السرخسي: المبسوط،٥٠/١٢.

[٧] المرجع السابق،١٠/١٨.

[٨] مجلة الأحكام العدلية م ٦٥، السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٤٢.

[٩] الجرجاني: تعريفات ص ٥١.

معنى القاعدة:

تشير هذه القواعد أن الأصل في الكلام أنه يفيد فائدة مستأنفة غير ما أفاده سابقه، لأنه لما كان إعمال الكلام أولى وأفضل من إهماله كان حمل اللفظ ولو مكررا على معنى جديد أولى من حمله على تأكيد وتكرار المعنى السابق، لأن حمله على التكرار فيه إهمال للفظ أو الكلام من وجه، وحمله على الإفادة لمعنى جديد خير من حمله على الإعادة، وفي حملها على التأسيس فائدة جديدة وإعمال للألفاظ. أو أن الكلام إذا دار بين أن يفيد معنى جديدا وبين أن يؤكد معنى سابقا كان حمله على إفادة المعنى الجديد خير وأولى من حمله على التكرار والتأكيد. وقديماً قالوا: الإفادة خير من الإعادة.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته: أنت طالق طالق طالق، طلقت ثلاثاً. فإن قال أردت به التوكيد صدق ديانة لا قضاء؛ لأن القاضي مأمور باتباع الظاهر، وله مراجعتها ديانة لوقوعها رجعية، وهذا عند أبي حنيفة ومالك رضي الله عنهما، وأما عند الشافعي وأحمد رضي الله عنهما لا يلزمه إلا واحدة [١]. وصحح السيوطي حمله على التأسيس والاستئناف[٢].

ومنها: من أشهد على نفسه أنه طلق زوجه طلقة صادفت آخر الثلاث، وأنه حرمها تحريماً مؤبداً، فإنه يحمل قوله بتحريمها مؤبداً على التأسيس لا التأكيد، ويكون بمثابة من قال: إن تزوجتك فأنت حرام أبداً، وعليه فإنه لا يجوز له تزوجها ولو تزوجت زوجاً غيره.

قاعدة رقم (٣) .

ما جاز تفريقه جاز جمعه[٣].

تفيد هذه القاعدة أن التصرفات القابلة للتجزيء يجوز فيها الجمع والتفريق سواء تعلق الأمر بإتيانها والقيام بها أو تركها والتخلي عنها.

فروع على القاعدة:

منها: أن الطلاق كما يجوز تفريقه يجوز جمعه، ولذلك ذهب الشافعي وأبو ثور وداود وأحمد في رواية اختارها الخرقي إلى أن جمع الثلاث غير محرم وذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في الرواية إلى أنه طلاق بدعة، وقد فصلنا اختلاف أهل العلم في ذلك سابقاً.

قاعدة رقم (٤).

الأصل في تصرفات العقلاء الاعتبار دون الإلغاء[٤].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- كلام العاقل معتبر لفائدته لا لعينه [١].

---

[١] ابن هبيرة: الإفصاح عن معاني الصحاح في الفقه على المذاهب الأربعة - بيروت: دار الكتب العلمية ١٩٩٦، ١٥٥/٢.

[٢] السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٣٥. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٣١٥-٣١٦. اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ٦٧. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٥. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٣٨٨/١. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٥١/٣.

[٣] ابن قدامة: المغني ٢٨١/٧. الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ٤٥٥.

[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٤٦١/٤

- إذا دار اللفظ بين الإلغاء والإعمال فالإعمال أولى[٢].

وهذه القواعد تتبع قاعدة: إعمال الكلام أولى من إهماله.

معنى القواعد:

إن كلام العاقل يجب حمله على الإفادة وإذا كرر العاقل كلامه فهل يحمل على التكرار والإعادة أو يحمل على الإفادة.

فمنصوص القواعد يفيد أن حمله على الفائدة الجديدة أولى من حمله على التكرار والتأكيد لأن التأسيس أولى من التأكيد وإعمال الكلام أولى من إهماله.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال الرجل لزوجته: أنت طالق وطالق وطالق، حملت الثانية والثالثة على التأسيس لا التأكيد واعتبرت طلقة ثانية وثالثة، لأن الأصل في تصرفات العقلاء الاعتبار دون الإلغاء[٣].

قاعدة رقم (٥).

كل طلاق يترتب في الوقوع لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلقة[٤].

معنى القاعدة:

الطلاق إما أن يقع على امرأة مدخول بها، أو غير مدخول بها. فأما المدخول بها: فيقع عليها الطلاق، سواء أوقعه دفعة واحدة، كقوله: أنت طالق ثلاثاً. أو أوقعه بحيث يترتب في الوقوع كما لو قال لها: كلما غربت شمس يوم فأنت طالق، فكلما غربت شمس يوم طلقت طلقة.

وأما غير المدخول بها: فيقع عليها الطلاق إذا أوقعه دفعة واحدة، كقوله: أنت طالق وطالق وطالق، فإنها تطلق ثلاثاً. وأما إن أوقعه بحيث يترتب في الوقوع، ويأتي بعضه بعد بعض، فلا يقع عليها أكثر من طلقة واحدة[٥]. وهي الطلقة الأولى، وباقي الطلقات تعتبر لغواً؛ لأنها بانت بالأولى.

ودليل ذلك: أن غير المدخول بها تبين بطلقة؛ لأنه لا عدة عليها، فتصادفها الطلقة الثانية بائناً، والبائن لا يقع عليها الطلاق، لأنها ليست زوجة، والطلاق إنما يقع على الزوجة[٦].

قال ابن قدامة: وهذا قول ابن عباس وابن مسعود وعلي بن أبي طالب وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أجمعين، ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فيكون إجماعاً[٧].

---

[١] السرخسي: المبسوط،٦٩/١٢.

[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٤٦١/٤.

[٣] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٤٦١/٤

[٤] ابن قدامة: المغني، ٣٦٨/٧. ابن قدامة: الكافي، ١٢٦/٣. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٥٦.

[٥] ابن قدامة: المغني، ٣٦٨/٧.

[٦] ابن قدامة: المغني، ٣٦٨/٧. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٤٢٢/٥. البهوتي: كشاف القناع، ٢٦٨/٥.

[٧] ابن قدامة: المغني، ٣٦٨/٧.

موقف القانون من الطلاق الثلاث.

القانون السوري:

نص القانون السوري على ما يلي:

(م ٩١) – يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات.

(م ٩٢) – الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً.

القانون المصري:

جاءت المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩: الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة.

ومن الجدير بالذكر أن الحكم السائد قبل صدور قانون ١٩٢٩ في مصر كان يعتبر الطلقات الثلاث مستمداً من مذهب الإمام أبي حنيفة والذي هو مذهب الأئمة الأربعة، فقد جاء في المادة ٢٣٩ من قانون الأحكام الشرعية لقدري باشا: وإن قال لها: أنت طالق ثلاثاً أو أشار إليها بثلاث أصابع قائلاً أنت طالق هكذا بانت بينونة كبرى[١].

القانوني الإماراتي

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي برأي أصحاب القول الثاني في وقوعه واحدة فقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة (١٠٣)(لا يقع الطلاق المتكرر أو المقترن بالعدد لفظاً أو كتابة او إشارة إلا طلقة واحدة).

وهو الرأي الذي أخذ به القانون الأردني في المادة ٩٠ حيث جاء فيها:

الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو إشارة، والطلاق المكرر في مجلس واحد لا يقع به إلا طلقة واحدة.

تطبيقات الاجتهادات القضائية

اختلف الاجتهاد القضائي في البلاد العربية حول الطلاق المتتابع، هل يلحق بالطلاق المقترن بعدد كما جاء في المذكرة الإيضاحية ويعطى حكمه، أم أنه حكم مسكوت عنه يرجع فيه إلى المذهب الذي أشار القانون بالرجوع إليه حال عدم وجود نص.

سوريا:

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (إن المشترع لم يشرع إيقاع الطلاق دفعة واحدة وإنما على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حياة الطلاق، وعليه فإن لفظ الطلاق المتكرر في المجلس قبل مرور التجربة لحياة الطلاق هو طلاق واحد غير متعدد)[٢].

---

[١] قدري باشا، محمد، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان - عناية بسام عبد الوهاب الجابي - بيروت دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ٢٠٠٧. مادة: ٢٣٩.

[٢] مجلة القانون ١٩٥٧-العدد٩- ص ٥٢٢ قرار ١٣٢-١٩٥٧/٤/١١.

(استقر رأي الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية على اعتبار الطلاق المتتابع والطلقات المجموعة تقع واحدة. حيث نص الاجتهاد على: إن الطلاق الموصوف بعدد والذي تكرر لفظه يعتبر طلاقاً واحداً رجعياً)[١].

مصر:

وفي حكم لمحكمة المنيا في الجمهورية العربية المتحدة يشير إلى أن الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة يعتبر طلاقاً واحداً، ومثله المكرر في مجلس واحد[٢].

وفي حكم لمحكمة عابدين الشرعية: إذا كرر المطلق لفظ الطلاق كأن قال: زوجتي طالق طالق طالق، بانت منه بينونة كبرى قضاء سواء أقصد إيقاع المكرر أم لم يقصد إيقاعه بأن نوى التأكيد أو أطلق، ولكنها لا تبين منه ديانة إذا نوى مجرد التأكيد[٣].

وفي حكم آخر لمحكمة شرعية خالفت ذلك وأصرت على رأيها، فكان الأمر أن صدر قرار من الهيئة العامة لمحكمة النقض وقررت فيه: إن المشرع لم يشرع إيقاع الطلاق دفعة واحدة وإنما على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حياة الطلاق. وعليه فإن لفظ الطلاق المتكرر في المجلس قبل المرور بدور التجربة لحياة الطلاق هو طلاق واحد غير متعدد[٤].

وقد جاء في الأسباب الموجبة لهذا الحكم: لما كانت المادة ٩٢ من قانون الأحوال الشخصية نصت على أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة، ولما كان هذا النص وإن كان أقرب للدلالة على قصد الطلاق المقرون باسم العدد فإنه غير بعيد الدلالة على لفظ الطلاق المكرر الواحد تلو الآخر لما بين القولين من تشابه في المعنى والقصد والغاية. ولما كان من الواجب حين تطبيق النصوص الرجوع في تفهم معانيها إلى قصد واضعها حين وضعها، وأقوى مرجع في ذلك هو ما اصطلح عليه المشرعون بتدوين الاسباب الموجبة في جانب القانون. ولما كان من الرجوع إلى الفقرة ٧ من الاسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية يرى أن الشارع لا حظ في وضع المادة المذكورة أن الطلاق لم يشرع إيقاعه دفعة واحدة وإنما شرع ليوقع على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حياة الطلاق، وقد أحسن صنعاً في استشهاده على صحة ما ذهب إليه بالآية الكريمة: الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فكانت فصل الخطاب في الموضوع.

ولما كان القاضي قد أوجد نفسه في نطاق ضيق من التفسير والتأويل، وذهب في تطبيق نص القانون مذهباً حرفياً، أوصله إلى التفريق في الحكم بين الحالتين المتماثلتين، وهو ما تأباه قواعد التشريع والمصلحة في تطبيقه، وأهمل فوق ذلك الرجوع إلى الأسباب الموجبة للقانون إهمالاً كلياً، مع أنها بحكم الجزء منه، والتفسير الرسمي له يرجع إليها كلما دعت الحاجة لتفهم غاية النص وقصد واضعه، وكان على القاضي اعتبار لفظ الطلاق المتكرر في المجلس قبل المرور بدور التجربة لحياة الطلاق طلاقاً واحداً غير متعدد،

---

[١] قرار رقم ١٤١ تاريخ ١٩٥٨/٤/١٤

[٢] محكمة المنيا الشرعية ١٩٣٥/٦/١٥، المحاماة الشرعية س ٧ ع ٤٩٢.

[٣] محكمة عابدين الجزئية الشرعية ١٩٤٠/١١/٣٠.

[٤] قرار رقم ١٣٢ بتاريخ ١٩٥٧/٤/١١

كان سيره في معالجة القضية على هذا النهج واعتبار هذا الطلاق المكرر طلاقاً متعدداً منتجاً ببينونة كبرى إصراراً على رأيه الأول في غير محله، وكان قراره مستوجب النقض لخطأ وتفسير القانون، لذلك قررت الهيئة العامة نقض الحكم الإصراري المميز[1].

[1] قرار رقم ١٣٢ بتاريخ ١٩٥٧/٤/١١. الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٢٢٦/١.

الفصل الثاني
الطلاق الرجعي والبائن
والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

ينقسم الطلاق بالنسبة إلى الآثار المترتبة عليه إلى:

أولاً: الطلاق الرجعي: وهو الذي يملك الزوج فيه ردّ زوجته المطلقة المدخول بها، ما دامت في العدة بدون رضاها ومن غير عقد جديد. فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائناً، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد ومهر جديدين.

ثانياً: الطلاق البائن: وهو رفع قيد النّكاح في الحال.
والطّلاق البائن على قسمين: بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى.

أما الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين. وهو الطلاق قبل الدخول أو على مال أو بالكناية عند الحنفية أو الذي يوقعه القاضي لا لعدم الإنفاق أو بسبب الإيلاء.

وأما الطلاق البائن بينونة كبرى: فهو الذي لا يمكن للرجل المطلق بعده إعادة مطلقته إلا بعد أن تتزوج برجل آخر زواجاً صحيحاً، ويدخل بها دخولاً حقيقاً، ثم يفارقها، أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه، فإن حصل ذلك فلمطلقها السابق أن يعقد عليها من جديد[1].
وذلك لقوله سبحانه: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُون﴾[البقرة:٢٣٠].

الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً:
كان الطلاق في الجاهلية غير محصور بعدد، يطلقها ما شاء، وله أن يراجعها مالم تنتهي عدتها.
يقول القرطبي عند تفسير قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ. فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُون﴾[البقرة:٢٢٩-٢٣٠]، ثبت أن أهل الجاهلية لم يكن عندهم للطلاق عدد، وكانت عندهم العدة معلومة مقدرة، وكان هذا في أول الإسلام برهة يطلق الرجل امرأته ما شاء من الطلاق، فإذا كادت أن تحل راجعها ما شاء، فقال رجل لامرأته على عهد النبي صلى الله عليه وسلم: لا آويك ولا أدعك تحلين. قالت وكيف؟. قال: أطلقك، فإذا دنا مضي عدتك راجعتك، فشكت المرأة ذلك

[1] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٩٣/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٨٥/٢، الشربيني، مغني المحتاج، ٣٩٦/٣، ابن قدامة: المغني، ٤١٧/٧.

لعائشة، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم، فأنزل الله تعالى هذه الآية بياناً لعدد الطلاق الذي للمرء أن يرتجع دون تجديد مهر وولي، ونسخ ما كانوا عليه[1]، وقد حددت الآية عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته بثلاث لحكمة سامية، وهذا من رحمة الله تعالى بعباده وسمو تشريعه.

فمن حكمة هذا التشريع الموجب للتكرار: ليتدارك المطلق أمره، فلعله يندم على فعله فيراجع زوجته ما دامت في العدة[2].

ولكن إذا طلق زوجته ثلاث مرات، غلب على الظن أن المعاشرة بينهما بعد ذلك لا يستقيم أمرها، ولكن إذا تزوجت غيره فرأت معاشرته وخلقه ووازنت بين العشرتين والخلقين، فقد يتبين لها أنها كانت على خطأ، فتصلح من أمرها وتندم، فإذا عادت إليه بعد ذلك عادت إليه بنفس أخرى فتصلح حالهما.

ولهذا فقد اتفق الفقهاء على أن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً. والدليل على ذلك، أن الله تعالى لم يذكر الطلاق في القرآن الكريم، إلا وذكره مقروناً بالرجعة إلا في حالات سوف نذكرها لاحقاً.

يقول تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩]. ويقول تعالى أيضاً: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٨]. ويقول تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[البقرة:٢٣١].

وإذا من أدوات العموم فكأنه يقول: أي طلاق وقع من الزوج فحكمه الرجعة ما عدا الثلاثة لأن لها حكماً آخر[3].

ويقول تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا ٱلْعِدَّةَ وَٱتَّقُوا ٱللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[الطلاق:١].

يقول ابن تيمية: ومعنى قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[الطلاق:١]. هذا في الطلاق الرجعي حيث السكن والنفقة على الزوج بعكس الطلاق البائن[4].

ويقول ابن القيم: ومعنى قوله: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[الطلاق:١]. الأمر هنا كما ذكره المفسرون الرجعة[5].

جاء في بدائع الصنائع: (الطلاق شرع في الأصل بطريق الرخصة للحاجة ولا حاجة إلى البائن، لأن الحاجة تندفع بالرجعي فكان البائن طلاقاً من غير حاجة)[6].

---

[1] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١١١/٢.
[2] الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٦/٣. ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ١٣٨١/٣، العمراني: البيان، ١٣٨١/١٠.
[3] الجصاص: أحكام القرآن، ٤٧١/٢. الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ١٢٧/١.
[4] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ١٥/٣.
[5] ابن القيم: زاد المعاد، ٥٢/٤.
[6] الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٦/٣.

المبحث الأول
ضابط الطلاق الرجعي والطلاق البائن

المطلب الأول
الضابط في الطلاق الرجعي والطلاق البائن عند الفقهاء

متى يكون الطلاق رجعياً؟.

من أهم القواعد الفقهية عند السادة الفقهاء في ذلك هي: **كل طلاق حسب على مطلقته فيه عدد فصاحبه يملك الرجعة**[١]. وأيضاً: **إن محمل الطلاق المجمل من غير قصد إلى عدد، إنما هو على الواحدة**[٢]. لذلك اتفق الفقهاء إجمالاً على أن الرجل إذا طلق زوجته بعد الدخول بها طلاقاً صريحاً دون الثلاث طلقات فهو أحق برجعتها بدون رضاها، ما لم تنقض عدتها.

ثم اختلفت آراء الفقهاء في تحديد حالات الطلاق الرجعي والبائن فيما عدا ذكرناه آنفاً، وإليك تفصيل ذلك:

أولاً: مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ طلاق الزّوج يكون رجعيّاً دائماً ولا يكون بائناً إلاّ في أحوال ثلاث، وهي:

أ – الطّلاق قبل الدّخول، ويكون بائناً.

ب– الطّلاق على مال وهو طلاق الخلع، ويكون بائناً ضرورة وجوب المال به على الزّوجة، ذلك أنّها لم تبذله له إلاّ لبينونتها.

ج– الطّلاق الثّلاث، وذلك ضرورة وقوع البينونة الكبرى به، بنصّ الآية الكريمة: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾. [البقرة:٢٣٠].

هذا إلى جانب أحوال يكون الطّلاق في بعضها بائناً إذا كان بحكم القاضي، كالتّفريق للغيبة، والتّفريق للعيب، والتّفريق للشّقاق والضّرر.

وأما التّفريق للإيلاء فهو طلاق رجعي عند الجمهور، لتمكين الزوج من العودة إلى معاشرة الزوجة. وأما التّفريق للإعسار بالنّفقة فهو رجعي عند مالك؛ لأن قدرة الزوج على الإنفاق متوقعة في أي وقت، وفسخ عند الشافعي وأحمد كما سنبين ذلك في حينه لاحقاً[٣].

وأضاف المالكية المبارأة: والمبارأة: وهي التي يملّك الزوج بها زوجته أمر نفسها، ويجعلونها واحدة بائنة من غير خلع. والثلاثة الأولى متفق عليها[٤].

وعلى هذا لا يقع عند الجمهور غير الحنفية بطلاق الكنايات إلا الطلاق الرجعي، ولو نوى بها البائن؛ لأن الصريح لا يقع به إلا الطلاق الرجعي، فالكناية التي هي أضعف من التصريح لاحتمالها الطلاق وغيره،

---

[١] الشافعي: الأم، ٢٧٥/٥

[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٨٨/٤

[٣] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٧/٣، ابن قدامة: المغني، ٤٥٤/٧.

[٤] ابن جزي: القوانين الفقهية ص٢٢٦، الدردير: الشرح الصغير، ٥٢٦/٢. الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٥١٨/٢.

يكون الطلاق الواقع بها رجعياً بالأولى، ولأن الطلاق وضع شرعي لا يتأثر بالنية، فقصد البينونة بالكناية يكون تغييراً للوضع الشرعي[1].

ثانياً: مذهب الحنفية:

يقول فقهاء الحنفية: كل طلاق رجعي إلا الطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، والطلاق بالكناية المقترن بلفظ ينبئ عن الشدة أو القوة أو البينونة أو الحرمة، والطلاق المكمل للثلاث[2].

وعليه، يكون الطلاق رجعياً عند الأحناف فيما يأتي:

١ – الطلاق الصريح ولكن يشترط فيه ستة شروط:

الأوّل: أن يكون بعد الدّخول بلفظ من مادة الطلاق أو التطليق، فإذا كان قبل الدّخول وقع به الطّلاق بائناً مطلقاً، سواء أكان بلفظ صريح أم بلفظ كنائيّ.

الثّاني: أن لا يكون مقروناً بعوض، فإن قرن بعوض – طلاق على مال – كان بائناً.

الثّالث: أن لا يكون مقروناً بعدد الثّلاث لفظاً أو إشارةً أو كتابةً، وأن لا يكون الثّالث بعد طلقتين سابقتين عليه، رجعيّتين أو بائنتين، لأنّ الطّلاق الثّالث لا يكون إلاّ بائناً ببينونةً كبرى.

الرّابع: أن لا يكون موصوفاً بوصف الشدة أو القوة أو البينونة أو نحوها، فمن قال: أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك، يقع به الطلاق الرجعي، ولا يقع به إلا واحدة، وإن نوى أكثر من ذلك، ولا يفتقر إلى النية. أما لو قال: أنت طالق، أو أنت طالق الطلاق، أو أنت طالق طلاقاً، فإن لم تكن له نية، فهي طلقة واحدة رجعية، وإن نوى به ثلاثاً كان ثلاثاً. ولو قال: أنت طالق على المذاهب الأربعة، أو أنت طالق لا يرد ك عالم ولا قاض، يقع به طلقة رجعية.

أو أن لا يكون موصوفاً بصفة تدلّ على البينونة من غير حرف العطف، كقوله لها: أنت طالق بائناً، بخلاف: أنت طالق وبائن، فإنّه يقع بالأولى طلقة رجعيّة، وبالثّانية طلقة بائنة، وكذلك أنت طالق طلقةً تملكين بها نفسك، فإنّه بائن.

الخامس: أن لا يكون مشبّهاً بعدد أو صفة تدلّ على البينونة، كأن يقول لها: أنت طالق مثل هذه ويشير بأصابعه الثّلاثة، فإنّها تبين منه بثلاث طلقات.

فإذا تخلّف شرط من هذه الشّروط وقع به الطّلاق بائناً [3].

ومن ألفاظ الطلاق التي هي في حكم الصريح عرفاً قول الرجل: عليّ الطلاق، وعليَّ الحرام، والطلاق يلزمني، والحرام يلزمني، فإنه يقع بلا نية للعرف، وبه أصبح لفظ: حرام وخالص، من قسم الصريح.

---

[1] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٧/٣، ابن قدامة: المغني، ٢٧٤/٧، ٢٧٨.

[2] ابن عابدين: حاشية رد المختار، ٥٩٢/٢، الميداني: اللباب، ٤١/٣، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٠٩/٣-١١٢. ابن الهمام: فتح القدير ١٤١/٤.

[3] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٥٠/٣، ٢٧٨/٣-٢٨١.

٢ – الطلاق الكنائي بعد الدخول الذي لا يفيد معنى الشدة والبينونة مثل: اعتدّي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدةً. والتّقدير: طلّقتك فاعتدّي، وطلّقتك فاستبرئي رحمك، وأنت طالق طلقةً واحدةً، يقع بهذه الألفاظ طلقة واحدة رجعية، إذا نوى الزوج بها الطلاق[١].

وقد ذكرنا أن الدليل على أن الأصل العام في كون الطلاق رجعياً آيتان: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩]، ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٨]. فكلتا الآيتين تدلان على إمكان الرجعة ما دامت المرأة في العدة، إلا ما دل الدليل على استثنائه: وهو الطلاق الثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، والطلاق لرفع الضرر عن الزوجة، والطلاق بلفظ ينبئ عن الشدة والانفصال التام.

المطلب الثاني
ضابط البينونة الكبرى والصّغرى عند الفقهاء

الفرع الأول
متى يكون الطلاق بائناً بينونة صغرى؟

اتفق الفقهاء على أن البينونة عند إطلاقها تنصرف للصّغرى، ولا تكون كبرى إلاّ إذا كانت ثلاثاً.

واتفق الفقهاء على أن الطلاق يكون بائناً بينونة صغرى بالطّلقة البائنة الواحدة، وبالطّلقتين البائنتين، فإذا كان الطّلاق ثلاثاً، كانت البينونة به كبرى مطلقاً، سواء كان أصل كلّ من الثّلاث بائناً أم رجعيّاً بالاتّفاق.

كما اتّفقوا على أنّه إذا طلّقها مرّةً واحدةً، ثمّ طلّقها ثانيةً بعد انقضاء عدّتها، أنّ الثّانية لا تقع عليها، لعدم كونها محلاً للطّلاق، لانقضاء الزّوجيّة بالكلّيّة، والطّلاق خاصّ بالزّوجات، وكذلك إذا طلّقها ثالثةً بعد ذلك، فإنّها لا تقع عليها، وفي هذه الحال تكون البينونة صغرى ويحلّ له العود إليها بعقد جديد.

فإذا طلّق الزّوج زوجته رجعيّاً حلّ له العود إليها في العدّة بالرّجعة، دون عقد جديد، فإذا مضت العدّة عاد إليها بعقد جديد فقط.
فإذا طلّق زوجته طلقةً بائنةً واحدةً أو اثنتين جاز له العود إليها في العدّة وبعدها، ولكن ليس بالرّجعة، وإنّما بعقد جديد.

وبناء على هذا فقد اتفق الفقهاء على أن الطلاق يكون بائناً بينونة صغرى في الحالات التالية:

١– إذا انقضت العدة في الطلاق الرجعي، ولم يراجع الرجل زوجته تحول إلى طلاق بائن.

---

[١] الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ١٣٢/٣.

٢- إذا كان الطلاق قبل الدخول الحقيقي أو بعد الخلوة الصحيحة المجردة، فالأول يكون بائناً، لأنه لا تجب به العدة ولا يقبل الرجعة، لأن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها. بدليل قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٤٩].

وإذا لم تجب العدة فلا تمكن المراجعة؛ لأن الرجعة لا تكون إلا في العدة، فيكون الطلاق بائناً غير رجعي.

وأما بعد الخلوة الصحيحة التي لم يحدث فيها اتصال جنسي، فيقع الطلاق بائناً، وإن وجبت العدة؛ لأن وجوب العدة إنما هو للاحتياط لثبوت النسب، والحكم بصحة الرجعة ليس فيه احتياط، بل الاحتياط يقتضي الحكم بعدم صحة الرجعة.

٣- الطلاق على مال أو بلفظ الخلع، وذلك إذا خالع الرجل امرأته أو طلقها على مال؛ لأن الخلع بعوض طلاق على مال عندهم، وكان طلاقاً بائناً؛ لأن مقصود الزوجة تخليص نفسها وأن تملك أمرها، وتمنع الزوج من مراجعتها، ولا يتحقق هدفها إلا بالطلاق البائن.

٤-الطلاق الذي يوقعه القاضي لا لعدم الإنفاق أو بسبب الإيلاء فهو محل خلاف كما سيأتي، وإنما بسبب عيب في الزوج أو للشقاق بين الزوجين، أو لتضرر الزوجة من غيبة الزوج أو حبسه أو للضرر أو الشقاق؛ لأن التجاء الزوجة إلى القضاء لا يكون إلا لدفع الضرر عنها وحسم الزواج، ولا يتحقق المقصود إلا بالطلاق البائن.

٥- وقال الحنفية: يكون الطلاق بائناً بينونة صغرى إذا كان موصوفاً بوصف يدل على الشدة أو البينونة،، أو مقروناً بعدد نصاً أو إشارة[١].

وهذه الألفاظ مثل قوله: أنت طالق طلقة شديدة أو قوية أو طويلة أو عريضة؛ لأن المراد بالطول والعرض والشدة والقوة.

ومثل: أنت بائن، وبتة، وبتلة، وخلية، برية، حرة، وحبلك على غاربك، والحقي بأهلك، وسرحتك وفارقتك، وتقنعي، وتخمري واستتري، واعزُبي واغرُبي، وابتغي الأزواج، ونحو ذلك[٢].

٦-وذهب الحنفيّة إلى أنّ الكنائيّ يقع الطّلاق به بائناً مطلقاً، إلاّ ألفاظاً قليلةً قدر وجود لفظ الطّلاق الصّريح فيها، فيكون رجعيّاً، مثل: اعتدّي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدةً. والتّقدير: طلّقتك فاعتدّي، وطلّقتك فاستبرئي رحمك، وأنت طالق طلقةً واحدةً [٣].

---

[١] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار ٤٦٠/٤.

[٢] اعزبي من العزوبة: وهي عدم الزواج، واغربي من الغربة: وهي البعد [الفيومي: المصباح المنير].

[٣] الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ١٣٢/٣.

الفرع الثاني
متى يكون الطلاق بائناً بينونة كبرى؟

اتفق الفقهاء على أن الطلاق يكون بائناً بينونة كبرى إذا كان ثلاثاً أو مكملاً للثلاث. سواء كان أصل كلّ من الثّلاث بائناً أم رجعيّاً بالاتّفاق. وسواء أكان مكملاً للثلاث تفريقاً، بأن يطلق الرجل زوجته كل مرة طلقة، أم مقترناً بالثلاث لفظاً أو إشارة، مثل أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق ويشير بأصابعه الثلاث، أم مكرراً ثلاث مرات في مجلس واحد أو في مجالس متعددة، بأن يقول لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، فيقع ثلاثاً إلا إذا قصد تأكيد الطلقة الأولى السابقة، فلا يقع إلا طلقة واحدة.

فإذا طلّق الزوج زوجته مرّةً واحدةً رجعيّةً أو بائنةً، ثمّ عاد إليها بعقد أو رجعة، ثمّ طلّقها مرّةً أخرى رجعيّاً أو بائناً، ثمّ عاد إليها بعقد أو رجعة، ثمّ طلّقها للمرّة الثّالثة كان ثلاثاً، وبانت منه بينونةً كبرى، وذلك لقوله سبحانه: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُون﴾[البقرة:٢٣٠].

وأما الإشارة إلى العدد، فإن القواعد الفقهية تنص على أن: الإشارة لها حكم العبارة، ومثلها: الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزّلت منزلة الكلام، لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الإعلام.

وقد ثبت هذا أيضاً بدليل العرف والشرع، أما العرف فواضح، وأما الشرع، فقول النبي صلّى الله عليه وسلم: (ثم الشهر هكذا وهكذا وهكذا؛ يعني ثلاثين، ثم قال: وهكذا وهكذا وهكذا؛ يعني تسعاً وعشرين. يقول مرة ثلاثين ومرة تسعاً وعشرين)[١]، وقال صلّى الله عليه وسلم: (الشهر هكذا وهكذا وخنس الإبهام في الثالثة)[٢]، وقال صلى الله عليه وسلم: (إنا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب، الشهر هكذا وهكذا؛ يعني مرة تسعة وعشرين ومرة ثلاثين)[٣]. فهذا دليل على أن الإشارة معتبرة، كما أشار النبي صلى الله عليه وسلم بيديه.

لذا فإن أشار بأصبع واحدة فهي واحدة رجعية، وإن أشار باثنتين فهي اثنتان، وإن أشار بثلاث فهي ثلاث.

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب اللعان، ٢٠٣١/٥ برقم ٤٩٩٦.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا ٦٧٤/٢ برقم ١٨٠٩. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الصوم، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال والفطر لرؤية الهلال، ٧٦٠/٢ برقم ١٠٨٠.

[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم لا نكتب ولا نحسب، ٦٧٥/٢ برقم ١٨١٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الصوم، باب الشهر يكون تسعاً وعشرين، ٦٧١/٢ برقم ١٠٨٠.

المبحث الثاني

أثر اختلاف اللفظ في تحديد حالات الطلاق البائن لدى الفقهاء

اختلفت آراء الفقهاء في تحديد حالات الطلاق البائن بينونة صغرى والبائن بينونة كبرى فيما عدا ما ذكرناه آنفاً حسب اختلاف اللفظ، وإليك تفصيل ذلك:

أولاً: المطلّقة قبل الدّخول بها:

فذهب فقهاء المالكيّة والحنابلة: إلى وقوع الثّانية والثّالثة عليها –كالمدخول بها– إذا عطفهنّ على بعضهنّ بالواو فقال: أنت طالق وطالق وطالق، لأنّ العطف بالواو يقتضي المغايرة، فتكون الأولى غير الثّانية، وهنّ كالكلمة الواحدة[1].

وذهب فقهاء الحنفيّة إلى أنّه لو قال لغير الموطوءة: أنت طالق واحدةً وواحدةً بالعطف، أو قبل واحدة، أو بعدها واحدة، تقع واحدة بائنة، ولا تلحقها الثّانية لعدم العدّة، وكذلك إذا عطفها بالفاء وثمّ.

وفي أنت طالق واحدةً بعد واحدة، أو قبلها أو مع واحدة أو معها واحد ثنتان، الأصل: أنّه متى أوقع بالأوّل لغا الثّاني، أو بالثّاني اقترنا، لأنّ الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال. ويقع بأنت طالق واحدةً وواحدةً إن دخلت الدّار ثنتان لو دخلت لتعلّقهما بالشّرط دفعةً، وتقع واحدة إن قدّم الشّرط، لأنّ المعلّق كالمنجّز[2].

وقال فقهاء الشّافعيّة: لو قال لغير موطوءة: أنت طالق وطالق وطالق وقعت طلقة، لأنّها تبين بالأولى، فلا يقع ما بعدها، ولو قال لها: إن دخلت الدّار فأنت طالق وطالق فدخلت وقعت ثنتان في الأصحّ لأنّهما متعلّقان بالدّخول ولا ترتيب بينهما، وإنّما يقعان معاً، والثّاني مقابل الأصحّ لا يقع إلاّ واحدة كالمنجّز، ولو عطف بثمّ أو نحوها ممّا يقتضي التّرتيب لم يقع بالدّخول إلاّ واحدة.

ولو قال لها: أنت طالق إحدى عشرة طلقةً طلقت ثلاثاً، بخلاف إحدى وعشرين، فلا يقع إلاّ طلقة للعطف.

ولو قال لها: أنت طالق طلقةً مع طلقة، أو معها طلقة، فثنتان معاً في الأصحّ، وقيل على التّرتيب واحدة تبين بها.

ولو قال لها: أنت طالق طلقةً قبل طلقة أو طلقةً بعدها طلقة، فطلقة واحدة، لأنّها تبين بالأولى، فلا تصادف الثّانية نكاحاً [3].

ثانياً: المدخول بها إن طلّقها طلقةً واحدةً، ثمّ طلّقها ثانيةً في عدّتها:

فإن كانت الأولى رجعيّةً، فقد ذهب الجماهير إلى وقوع الثّانية، فإذا طلّقها ثالثةً في العدّة – وكانت الثّانية رجعيّةً أيضاً – وقعت الثّالثة وبانت منه بينونةً كبرى، هذا ما لم ينو بالثّانية والثّالثة تأكيد الأولى، فإن نوى تأكيد الأولى صدّق ديانةً، ولم يصدّق قضاءً، وأمضي عليه الثّلاث، ما لم تحفّ به قرائن أحوال ترجّح

---

[1] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٨٥/٢، ابن قدامة: المغني، ٤١٨/٧.

[2] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٨٨/٣.

[3] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٧/٣.

صحّة نيّته، فإن حفّت به قرائن حال ترجّح صحّة نيّته صدّق ديانةً وقضاءً، كما إذا طلّق زوجته فسئل: ماذا فعلت؟ فقال: طلّقتها، أو قلت: هي طالق، نصّ على ذلك الحنفيّة[١].

ونصّ الشّافعيّة على قريب من ذلك، قال في مغني المحتاج: (وإن قال: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق وتخلّل فصل، فثلاث، سواء أقصد التّأكيد أم لا، لأنّه خلاف الظّاهر، لكن إذا قال: قصدت التّأكيد، فإنّه يديّن، فإن تكرّر لفظ الخبر فقط، كأنت طالق طالق طالق، فكذا عند الجمهور خلافاً للقاضي في قوله: يقع واحدة، وإن لم يتخلّل فصل، فإن قصد تأكيداً – أي قصد تأكيد الأولى بالأخيرتين – فواحدة، أو قصد استئنافاً فثلاث، وكذا إذا أطلق بأن لم يقصد تأكيداً ولا استئنافاً يقع ثلاث في الأظهر)[٢].

واتفق الحنابلة في هذا مع الشّافعيّة[٣].

والمالكيّة مذهبهم لا يخرج عن ذلك. قال الدّردير[٤]: وإن كرّره ثلاثاً بلا عطف لزمه ثلاث في المدخول بها كغيرها، أي غير المدخول بها يلزمه الثّلاث إن نسّقه ولو حكماً، كفصله بسعال، إلاّ لنيّة تأكيد فيهما – أي في المدخول بها وغيرها – فيصدّق بيمين في القضاء، وبغيرها في الفتوى، بخلاف العطف فلا تنفعه نيّة التّأكيد مطلقاً كما تقدّم، لأنّ العطف ينافي التّأكيد[٥].

فإذا طلّقها بائناً واحدةً، أو اثنتين معاً، ثمّ طلّقها ثانيةً وثالثةً في عدّتها، لم تقع الثّانية أو الثّالثة عند الشّافعيّة والمالكيّة والحنابلة لخروجها عن الزّوجيّة بالأولى، فلم تعد محلاً للطّلاق بعد ذلك[٦].

وذهب الحنفيّة إلى أنّ الأولى أو الثّانية إذا كانتا بلفظ صريح، لحقتها الثّانية والثّالثة، بلفظ صريح كانت أو كنائيّ، فإذا كانت الأولى أو الثّانية بائناً لحقتها الثّانية والثّالثة إذا كانت بلفظ صريح فقط، فإذا كانت بائناً لم تلحقها إذا أمكن جعلها إخباراً عنها لاحتمال ذلك، كقوله لها: أنت بائن بائن فإن لم يمكن جعلها إخباراً عنها لحقتها أيضاً، كقوله لها: أنت بائن ثمّ قوله: أنت بائن بأخرى، فإنّها تلحقها لتعذّر جعلها إخباراً عنها[٧].

فإذا طلّقها وذكر أنّه ثلاث لفظاً وقع ثلاث عند جمهور الفقهاء وكذلك إذا قال: اثنتين، فإنّه يقع عليه اثنتان، كأن يقول لها: أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق اثنتين[٨].

فإذا قال لها: أنت طالق وأشار بأصابعه الثّلاث، فقد ذهب الحنفيّة والشّافعيّة إلى أنّه إن قال لها: "هكذا" مع الإشارة وقع الثّلاث، وإن قال: مثل هذه، مع الإشارة بالثّلاث وقع ثلاث إن نواها، وإلاّ وقعت واحدة،

---

[١] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٩٣/٣.
[٢] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٦/٣.
[٣] ابن قدامة: المغني، ٤١٧/٧.
[٤] الدردير (١١٢٧–١٢٠١هـ) أحمد بن محمد العدوي، أبو البركات. فقيه مالكي. ولد في بني عدي بمصر؛ وتعلم بالازهر؛ وتوفي بالقاهرة. له (أقرب المسالك لمذهب الامام مالك)؛ و(منح القدير شرح مختصر خليل) [الأعلام٢٣٢/٣، شجرة النور ٣٥٩؛ تاريخ الجبرتي١٤٧/٢].
[٥] الدردير: الشرح الكبير، ٣٨٥/٢.
[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٣/٣
[٧] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٠٩/٣-٣١٠.
[٨] ابن قدامة: المغني، ٤١٨/٧.

فإن لم يقل شيئاً مع الإشارة بالأصابع وقعت واحدة ولغت الإشارة. فإن كتب لها ثلاثاً بدل الإشارة بالأصابع، فمثل الإشارة.

ثالثاً: الطلاق الكنائي المقترن بما ينبئ عن الشدة أو القوة أو البينونة:

ذكر الحنفية: أن كل طلاق بالكناية إذا نوى به الطلاق، ما عدا الألفاظ الثلاثة المتقدمة (اعتدي، استبرئي رحمك، أنت واحدة) يكون طلقة واحدة بائنة، وإن نوى به اثنتين، إذ لا دلالة للفظ على عدد الثنتين، فيثبت الأدنى وهو الواحدة، فإن نوى به الثلاث كان ثلاثاً؛ لأن البينونة نوعان: مغلظة وهي الثلاث، ومخففة وهي الواحدة، فأيهما نوى وقعت لاحتمال اللفظ.

وهذه الألفاظ مثل قوله: أنت طالق طلقة شديدة أو قوية أو طويلة أو عريضة؛ لأن المراد بالطول والعرض والشدة والقوة.

ومثل: أنت بائن، وبتة، وبتلة، وخلية، برية، حرة، وحبلك على غاربك، والحقي بأهلك، وسرحتك وفارقتك، وتقنعي، وتخمري واستتري، واعزُبي واغرُبي، وابتغي الأزواج، ونحو ذلك.

فإن قال لها: أنت طالق أكبر الطّلاق أو أغلظه.. فإن نوى به ثلاثاً، فثلاث لاحتمال اللّفظ ذلك، وإلاّ وقع به واحدة بائن[1].

إلاّ أنّ الشّافعيّة نصّوا على أنّه لو قال لها: أنت طالق، ونوى عدداً وقع ما نواه، فإن قال: أنت طالق واحدةً، ونوى عدداً، وقع ما نواه واحدةً به على الرّاجح، لأنّ الملفوظ يناقض المنويّ، واللّفظ أقوى، فالعمل به أولى. وقيل: يقع المنويّ عملاً بالنّيّة[2].

والحنابلة مع الحنفيّة والشّافعيّة فيما تقدّم، إلاّ أنّه روي عن الإمام أحمد قوله: وإذا قال لها: أنت بريّة، أو أنت بائن أو حبلك على غاربك، أو الحقي بأهلك، فهو عندي ثلاث، ولكن أكره أن أفتي به، سواء دخل بها أم لم يدخل[3].

أمّا الحنفيّة والشّافعيّة فيوقعون بذلك ثلاثاً إن نواها، لاحتمال اللّفظ لها، فإذا لم ينو الثّلاث لم يقع به ثلاث.

والمالكيّة مع الجمهور في كلّ ما تقدّم، إلاّ أنّهم في المسألة الأخيرة يقولون: يقع ثلاث مطلقاً، إلاّ في الخلع أو قبل الدّخول، فيكون واحدةً[4].

فإذا قال لها: أنت طالق واحدةً، ونوى به ثلاثاً، وقع واحدة، وبطلت النّيّة، لعدم احتمال اللّفظ لها، فإن قال لها: أنت طالق ثلاثاً ونوى به واحدةً، وقع عليه ثلاث عند الجميع، لصراحة اللّفظ، فلا تعمل النّيّة بخلافه. فإن قال لها: أنت طالق ونوى به ثلاثاً، وقع به واحدة عند الحنفيّة، وهو إحدى روايتين عند الحنابلة، وفي الرّواية الثّانية يقع ثلاث، وهو قول مالك والشّافعيّ[5].

---

(1) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٧٤/٣-٢٧٧.
(2) الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٤/٣ و٣٢٦.
(3) ابن قدامة: المغني، ٣٢٤/٧.
(4) ابن قدامة: المغني، ٣٢٥/٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٦٤/٢.
(5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٦٤/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٢٦/٣، ابن قدامة: المغني، ٤٢٠/٧-٤٢١.

المبحث الثالث
أحكام وآثار الطلاق الرجعي والبائن

يشترك الطلاق الرجعي والبائن في آثار وأحكام، منها:

وجوب نفقة العدة للمطلقة، وثبوت نسب ولدها الذي تلده للمطلق، ويهدم الزوج الثاني إذا تزوجت المطلقة بزوج آخر ما كان من الطلاق في الزواج الأول، سواء عند أبي حنيفة وأبي يوسف أكان الطلاق ثلاثاً أم أقل، وقال باقي الفقهاء: إنه يهدم الثلاث لا غير، فتعود إلى الأول بزوجية جديدة يملك فيها ثلاث طلقات. وينفرد الطلاق الرجعي عن البائن بأحكام.

المطلب الأول
آثار الطلاق الرجعي

القاعدة الفقهية في آثار الطلاق الرجعي هي أن : **الرجعية زوجة**[١]. وبناء على ذلك يترتب على الطلاق الرجعي عدة آثار هي[٢]:

١-يحق للرجل مراجعة زوجته ما دامت في عدتها بالقول باتفاق الفقهاء وبالفعل عند الحنفية والحنابلة، كذلك عند المالكية إذا نوى به الرجعة[٣]. ما دامت في العدة، فإذا انقضت العدة بانت منه، فلم يملك رجعتها إلا بإذنها.

٢- تبقى العلاقة الزوجية قائمة خلال العدة، ويقع طلاق الرجل وظهاره وإيلاؤه ولعانه، ويرث كل منها صاحبه بالاتفاق، ولا يحل به مؤخر الصداق. ويجب لها الكسوة والنفقة والسكنى، وله عليها الطاعة والقرار في المسكن.

وإن خالعها صح خلعه عند الحنابلة والحنفية؛ لأنها زوجة صح طلاقها، فصح خلعها كما قبل الطلاق، وليس مقصود الخلع التحريم، بل الخلاص من مضرة الزوج ونكاحه الذي هو سببها، والنكاح باق، ولا نأمن رجعته.

وقال الشافعي في الأظهر: يصح خلع المرأة الرجعية في أثناء العدة؛ لأنها في حكم الزوجات في كثير من الأحكام[٤].

٣- ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، الرجل زوجته طلاقاً رجعياً واحدة بقيت له طلقتان، وإذا طلق ثانية بقيت له طلقة واحدة.

---

(١) ابن قدامة: المغني، ٤٠٠/٧. ابن قدامة: المقنع، ٢٢٢/٣.

(٢) ابن عابدين: رد المحتار، ٦٤٥/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٢٦، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٠/٣، ابن قدامة: المغني،٢٧٩/٧، المقدسي: غاية المنتهى، ١٨٠/٣، الدردير: الشرح الصغير، ٦٠٦/٢.

(٣) ابن الهمام: فتح القدير ١٤٢/٤، البهوتي: كشاف القناع ٢٩٨/٤.

(٤) الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٥/٣.

٤- تحريم الجمع بينها، وبين من لا يجوز له أن يتزوجها جامعاً بينهما، كالأخت والعمة والخالة، ولا يحل للمطلق أن يتزوج بخامسة ما دامت المطلقة الرجعية بالعدة.

٥- يحرم الاستمتاع بالمطلقة رجعياً بوطء وغيره حتى النظر ولو بلا شهوة عند الشافعية والمشهور عند المالكية لأنها مفارقة كالبائن، وأجاز المالكية معاشرتها بنية الرجعة، ولأن النكاح يبيح الاستمتاع فيحرمه الطلاق؛ لأنه ضده، فإن وطئ الزوج المطلقة فلا حد، ولا يعزر إلا معتقد تحريمه[١].

ويرى الحنفية والحنابلة جواز الاستمتاع بالرجعية والوطء، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحلّ عندهم مادامت في العدة. ولو وطئها لاحد عليه؛ لأنه مباح، لكن تكره الخلوة بها تنزيهاً. ومن عبارات الحنفية فيه: الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل ما دامت في العدة.

والمقصود بالملك: حل الاستمتاع وسائر حقوق الزواج، والمقصود بالحل: بقاء المطلقة حلالاً لمن طلقها ولا تحرم عليه بسبب من أسباب التحريم.

٦- انتهاء رابطة الزوجية بانتهاء العدة: إذا طلق الرجل طلاقاً رجعياً وانقضت العدة من غير مراجعة بانت منه بانقضاء العدة، وحينئذ يحل مؤخر الصداق.

المطلب الثاني
آثار الطلاق البائن بينونة صغرى

يظهر أثر الطلاق البائن بينونة صغرى فيما يأتي بالاتفاق.

١-يزيل الملك، دون الحل بمجرد الطلاق، فلا يجوز له الاستمتاع بها ولا الخلوة بعده ساعة الطلاق، ولا يحق مراجعة المرأة إلا برضاها وعقد ومهر جديدين أثناء عدتها أو بعد انقضائها لبقاء الحل. والمقصود بزوال الملك دون الحل أي يحل للزوج العقد عليها من جديد ولو أثناء العدة.

٢- يحل بالطلاق البائن مؤخراً الصداق المؤجل إلى أقرب الأجلين، الطلاق أو الوفاة.

٣- ينقص به عدد الطلقات التي يملكها على زوجته كالطلاق الرجعي.

٤- يمنع التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما أثناء العدة لانتهاء الزوجية بالطلاق البائن بمجرد صدوره، إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت، وقامت قرينة على قصد الزوج حرمان زوجته من الميراث، إلا أنها ترثه إذا مات وهي في العدة عند الحنفية والحنابلة خلافاً للشافعية، وقال المالكية وكذا بعد انتهاء العدة معاملة له بنقيض مقصوده. معاملة له بنقيض مقصوده، وهذا هو طلاق الفرار الذي سنتحدث عنه لاحقاً.

٥-يلحق الطلاق الصريح عند الحنفية الطلاق البائن في أثناء العدة، ويلحق البائن الصريح أيضاً بشرط العدة إلا إذا كان الطلاق الثاني بائناً بلفظ الكناية يحتمل الإخبار عن البينونة الأولى. أما عند الجمهور فالقاعدة عندهم أن: **البائن لا يلحقها طلاق**[٢].

٦- تسقط به النفقة إلا للحامل، خلافاً للحنفية[١].

---

[١] الشيرازي: المهذب ٤٧/٣، الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٤١٧/٢.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٣٤٢/٧.

المطلب الثالث

آثار الطلاق البائن بينونة كبرى

القاعدة الأساس في أثر الطلاق البائن: **المطلقة ثلاثاً أجنبية من الرجل**[٢]. فهو يزيل الطلاق البائن بينونة كبرى الملك والحلّ معا في الحال، ولا يبقى للزوجية أثر سوى العدة وما يتعلق بها، ويحلّ به مؤخر الصداق المؤجل إلى الطلاق أو الوفاة، ويمنع التوارث بين الزوجين إلا إذا كان طلاق فرار عند غير الشافعية، وتحرم به المطلقة على الزوج تحريماً مؤقتاً، ولا تحل له حتى تتزوج بزوج آخر، ويدخل بها دخولاً حقيقياً، ثم يطلقها أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه[٣].

---

[١] ابن جزي: القوانين الفقهية ٢٢٤، ابن الهمام: فتح القدير ٣١٠/٤.

[٢] ابن رجب: القواعد، ٣٤٥. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ١١/٣٢. الصواط: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة – الطائف: دار البيان الحديثة، ٢٠٠١م، ٥٦٢/٢.

[٣] الحصكفي: الدر المختار بحاشية ابن عابدين ٤٦٠/٤، الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، ٣٧٨/٢، الشيرازي: المهذب ٤٩/٣، ابن قدامة: المغني ٥٤٨/١٠، بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ٣٥٦.

المبحث الرابع
القواعد الفقهية المتعلقة بالطلاق البائن أو الرجعي

قاعدة رقم (١).

الصريح يلحق الصريح والبائن، والبائن يلحق الصريح[١].

معنى القاعدة:

الطلاق الصريح إما أن يكون رجعياً، وإما أن يكون بائناً، وتشير هذه القاعدة إلى الحالات التي يلحق المطلقة فيها الطلاق الصريح وهي لاتزال في العدة عند فقهاء الحنفية.

الحالة الأولى: الطلاق الصريح قد يقع بعد الطلاق الصريح:

مثاله: كما لو قال لها: أنت طالق ثم قال أنت طالق أو طلقها على مال وقع الطلاق الثاني بشرط بقاء العدة، فلا فرق في الصريح الثاني بين كون الواقع به رجعياً أو بائناً.

الحالة الثانية: الطلاق الصريح الذي قد يقع بعد الطلاق البائن.

مثاله: كأن يطلق الرجل زوجته طلقة بائنة أو يقول لها: أنت طالق بائن أو ألبتة أو أفحش الطلاق أو طلاق الشيطان أو طلقة طويلة أو عريضة، أو يخالعها على مال، ثم يقول لها أنت طالق بشرط بقاء العدة.

الحالة الثالثة: الطلاق البائن الذي يقع بعد الطلاق الصريح أي بعد الطلاق الرجعي حيث الكنائي يقع بائناً لا رجعياً عند الأحناف.

مثاله: كأن يقول لزوجته أنت طالق، أو طالق واحدة، ثم يبينها منه بأن يكملها ثلاثاً أو يخالعها وهي لا تزال في العدة.

وقد قيّد الفقهاء ههنا الطلاق الصريح اللاحق للبائن بكونه خاطبها به، أو أشار إليها، للاحتراز عمّا إذا قال كل امرأة له طالق فإنه لا يقع على المختلعة[٢].

قاعدة رقم (٢).

الرجعية زوجة[٣].

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة: أن المطلقة الرجعية لها أحكام الزوجات، فما ثبت من حكم للزوجة، ثبت للمطلقة طلاقاً رجعياً، فهي كما لو لم تطلق.

أما غير الرجعية كالمطلقة ثلاثاً، والمخالعة وغيرها، فهي في حكم الأجنبيات.

---

[١] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٩٣/٣.

[٢] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٥٩٢/٢، الميداني: اللباب، ٤١/٣، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٠٩/٣-١١٢. ابن الهمام: فتح القدير، ١٤١/٤.

[٣] ابن قدامة: المغني، ٤٠٠/٧. ابن قدامة: المقنع، ٢٢٢/٣.

فروع على القاعدة:

منها: أن الرجعية يلحقها الطلاق والظهار والإيلاء والخلع واللعان من مطلقها. ويجوز السفر والخلوة بها، ويجوز وطئها، ولها أن تتزين له. وتجب نفقتها وكسوتها ومسكنها عليه[١].

ويستثنى من هذه القاعدة: لا إحداد على الرجعية، ولا قسم لها، وإذا طلقت المرأة طلاقاً رجعياً ولها ابن من زوج سابق، رجع حقها في الحضانة[٢].

قاعدة رقم (٣).

البائن لا يلحقها طلاق[٣].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة: أن الرجل إذا فارق زوجته بائناً ولا رجعة له عليها، فلا يقع عليها طلاق سواء أكانت في العدة أم بعد انتهاء العدة، وسواء أكانت بينونتها صغرى أم كبرى. ذلك أن الطلاق لا يقع إلا على زوجة، والبائن ليست زوجة. أما الرجعية غير البائن فيقع عليها طلاق لأنها في حكم الزوجات.

فروع على القاعدة:

منها: المفارقة بفسخ إما لعيب أو إعسار أو المخالعة أو المطلقة قبل الدخول. فهؤلاء وأمثالهن لا يقع عليهن طلاق[٤].

قاعدة رقم (٤).

لا يلحق البائن البائن إلا إذا كان البائن معلقاً بشرط أو مضافاً قبل إيجاد المنجز البائن[٥].

معنى القاعدة:

المراد بالبائن الذي لا يلحق: هو ما كان بلفظ الكناية؛ لأنه هو الذي ليس ظاهرا في إنشاء الطلاق ولكنه إخبار عن الأول.

فإذا طلقها تطليقة بائنة ثم قال لها في عدتها خلية أو برية أو بائن أو بتة أو شبه ذلك وهو يريد به الطلاق لم يقع عليها شيء.

فروع على القاعدة:

منها: كقوله: كأنت بائن بائن، أو أبنتك بتطليقة فلا يقع لأنه إخبار فلا ضرورة في جعله إنشاء، بخلاف أبنتك بأخرى أو أنت طالق بائن، أو قال نويت البينونة الكبرى لتعذر حمله على الإخبار فيجعل إنشاء.

ولكن يلحق البائن البائن في المعلق؛ كقوله: إن دخلت الدار فأنت بائن ناوياً ثم أبانها ثم دخلت بانت بأخرى لأنه لا يصلح إخباراً، ومثله المضاف كأنت بائن غدا ثم أبانها ثم جاء الغد يقع أخرى. أو كقوله:

---

[١] ابن قدامة: المغني، ٤٠٠/٧. ابن قدامة:المقنع، ٣٠٨/٣.

[٢] ابن قدامة: المغني، ١٩٨/٨. المرداوي: الإنصاف، ٤٢٥/٩.

[٣] ابن قدامة: المغني، ٣٤٢/٧.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٣٤٢/٧. المرداوي: الإنصاف، ٢٥/٩. البهوتي: كشاف القناع، ٢٦٦/٥.

[٥] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٩٢/٢.

أنت بائن كناية معلقا كان أو منجزا فيغتفر للنية، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت بائن، ثم قال إن كلمت زيدا فأنت بائن ثم دخلت وبانت ثم كلمت يقع أخرى ذخيرة. أو كقوله: إن فعلت كذا فحلال الله علي حرام، ثم قال كذلك لأمر آخر ففعل أحدهما بانت، .

ويستثنى من هذه القاعدة: لو قال: كل امرأة له طالق لم يقع على المختلعة، ولو قال: إن فعلت كذا فامرأته كذا لم يقع على معتدة البائن[١].

قاعدة رقم (٥).

الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أو لا؟.

معنى القاعدة:

الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أو لا؟ قال الرافعي: التحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما لاختلاف الترجيح في الفروع[٢]، قال الشارح: لكن المعتمد أن المغلب فيه جانب القطع[٣]، وفي القاعدة قول ثالث، وهو الوقف، فإن لم يراجعها حتى انقضت عدتها تبينّا انقطاع النكاح بالطلاق، وإن رجع تبينا أنه لم ينقطع.

فروع على القاعدة:

منها: لو قال: نسائي طوالق، أو زوجاتي طوالق، فالأصح دخول الرجعية فيهن، لأن الرجعية كالزوجة في خمسة أحكام: التوارث وصحة الطلاق والظهار والإيلاء واللعان، وقال الإمام الشافعي رحمه الله: الرجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى، أي الآيات التي تشملها وغيرها، وهي قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾[البقرة:٢٢٦] وقوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[الطلاق:١]. قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ﴾[النساء:١٢]. وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾[النور:٦] وقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم﴾[المجادلة:٢].

فالنساء والرجعيات يشمل الرجعيات لا البوائن. وليس المراد أنها نص فيها.

ومنها: ثبوت الإرث إذا مات الزوج في العدة[٤].

قاعدة رقم (٦).

إن محمل الطلاق المجمل من غير قصد إلى عدد، إنما هو على الواحدة[٥].

معنى القاعدة:

الطلاق المجرد من العدد أو الصفة، يكون رجعياً باتفاق الفقهاء كما مر سابقاً. وقد ذكرنا خلاف الفقهاء في حالة الطلاق الموصوف بصفة البينونة ولو كان مجرداً عن العدد.

فروع على القاعدة:

---

[١] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٩٢/٢.
[٢] السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٩٢.
[٣] اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ١٠٥.
[٤] الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٩٤٩/٢.
[٥] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٨٨/٤

منها: من قال لأناس كانوا معه بالحضرة، على أن زوجي فلانة مطلقة، ولم يكن قد نوى صفة لطلاقه، ولا عدداً، فإن طلاقه يحمل على الواحدة [١].

قاعدة رقم (٧).

كل طلاق حسب على مطلقته فيه عدد فصاحبه يملك الرجعة[٢].

معنى القاعدة:

شرع الطلاق ثلاث مرات للتبصر والمراجعة وتقدير اختيار الزوجة بعد طلاقها فمن طلق في المرة الأولى أو الثانية فيحق للزوج أن يراجع زوجته إلى عصمته بإرادته المنفردة وبالمهر السابق.

ويستثنى من هذه القاعدة: الطلاق على مال فلا رجعة فيه، والطلاق الثلاث، والطلاق البتة بنية واحدة لا رجعة فيه، والطلاق تطليقة شديدة أو غليظة أو بائن عند الحنفية[٣].

قاعدة رقم (٨).

ما كان ثابتاً فإنه يبقى ببقاء بعض آثاره. ولا يرتفع إلا باعتراض معنى هو مثله أو فوقه[٤].

معنى القاعدة:

تعتبر هذه القاعدة أصل لقاعدة: **كل طلاق حسب على مطلقته فيه عدد فصاحبه يملك الرجعة .**

ومفاد القاعدة: أنه يبقى ببقاء بعض آثاره، ولا يحكم بزواله إلا بارتفاعه كلياً باعتراض معنى مغير هو مثله أو فوقه.

إذ الأصل أن ما كان ثابتاً بيقين فإن الأصل بقاؤه حتى يثبت الدليل المزيل، وذلك أن يعترض على ما كان ثابتاً دليل مثله في قوته أو أقوى منه. لكن ما كان ثابتاً هل يبقى ويحكم ببقائه إذا بقي بعض آثاره ؟.

فروع على القاعدة:

منها: المطلقة الرجعية تعتبر زوجة ما دامت في العدة، لأن العدة من آثار عقد الزواج. فلها على الزوج المطلق كل الحقوق من النفقة وتوابعها[٥].

قاعدة رقم (٩).

عدم ثبوت حكم الشيء لعدم ثبوت شرائطه ليس رفعاً له[٦].

معنى القاعدة:

إذا لم يثبت حكم الشيء لفقد شرائطه أو بعض منها، فلا يكون ذلك رفعاً لذلك الشيء وإعداماً له، بل هو رفع للحكم فقط، لأن عدم الحكم مرتب على عدم الشرط فعدم الشرط علة لعدم الحكم لا لرفع المحكوم به.

---

[١] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٨٧/٤ – ١٨٨.
[٢] الشافعي: الأم، ٢٧٥/٥
[٣] المصدر السابق، ٢٧٥/٥ و٢٧٧/٥ و٢٧٨/٥.
[٤] السرخسي: شرح السير الكبير، ص ١٢٥٣. المجددي: قواعد الفقه ١١٦.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٧٦/٩.
[٦] قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٥٨.

فروع على القاعدة:

منها: من طلق امرأته طلقة رجعية، فقبل انقضاء عدتها لا يثبت حكم الطلاق؛ وهو إزالة الملك؛ لأن شرط إزالة الملك وحل الزوجية هو انقضاء العدة أو جعل هذا الطلاق بائناً بأن يطلقها طلقتين أخريين.

ومنها: إذا طلق امرأته طلقة رجعية ثم راجعها في العدة ثم طلقها بعد ذلك طلقتين فيكون طلاقاً بائناً، ولا يقال إنه برجوعه ارتفع الأول لكونه معلقاً بشرط انقضاء العدة[١].

قاعدة رقم (١٠).

كل طلاق يحكم به الإمام فهو بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة[٢].

معنى القاعدة:

قد مرّ معنا أنه إذا كان التفريق بحكم القاضي، كالتّفريق للغيبة، والتّفريق للعيب، والتّفريق للشّقاق والضّرر. فيكون الطّلاق بائناً عند من يجوزه من الفقهاء خلافاً للحنفية، وأما التّفريق للإيلاء فهو طلاق رجعي عند الجمهور، لتمكين الزوج من العودة إلى معاشرة الزوجة. وأما التّفريق للإعسار بالنّفقة فهو رجعي عند مالك؛ لأن قدرة الزوج على الإنفاق متوقعة في أي وقت، وفسخ عند الشافعي وأحمد كما سنبين ذلك في حينه لاحقاً[٣].

قاعدة رقم (١١).

الاصل أن البيان يعتبر بالابتداء إن صح الابتداء وإلا فلا[٤] .

لفظ آخر:

- من أخبر عن أمر يملك إنشاؤه في الحال يصدّق فيه ومن لا فلا[٥].

معنى القاعدة:

إذا ورد قول مبهم يحتاج إلى البيان وكان ذلك القول واردا في وقت لا يظهر فيه معناه فإنما يحمل على أنه ابتداء قول فإذا صحّ الابتداء بذلك القول أو إنشاؤه في الحال صح بيانه وصدق فيه قائله وإلا لم يصح.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال رجل لامرأتيه وقد دخل بهما أنتما طالقتان، ثم قال لهما وهما في العدة: إحداكما طالق ثلاثاً، فعلى الرجل بيان المطلقة منهما ما دامتا في العدة، كما لو قال لهما: هذا القول ابتداء لأنه الآن يملك إنشاء الطلاق الثلاث.

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٩٢/٦.
[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٤٦٣/٤.
[٣] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٧/٣، ابن قدامة: المغني، ٤٥٤/٧.
[٤] أصول الكرخي ١٢٠. البورنو: موسوعة القواعد ٤٦٣/١.
[٥] الكاساني: بدائع الصنائع ١٨٥/٣.

فإذا بيّن المطلقة منهما صح ووقع الطلاق عليها بائناً، أما لو انقضت عدتهما ثم بين المطلقة ثلاثاً فلا يصح طلاقه لأنه لا يصح منه الآن بعد انقضاء العدة، وأما إذا انقضت عدة إحداهما أولا وبقيت الأخرى للثلاث فتقع عليها[١].

قاعدة رقم (١٢).

الحكم لا يعود بعد ثبوته إلا بسبب جديد[٢].

معنى القاعدة:

لكل حكم سبب ترتب عليه وجوده، والأصل أن الحكم يزول بزوال سببه كما سبق بيانه.

فتشير هذه القاعدة أنه إذا زال حكم وانقضى بزوال سببه وانقضائه أنه لا يعود هذا الحكم إلا بسبب جديد لا السبب الزائل.

فروع على القاعدة:

منها: إذا عقد إنسان عقد نكاح على امرأة فلا يجوز له أن يعقد عليها مرة أخرى ولا يجدد العقد إلا إذا طلقها وانقضت عدتها الرجعية دون مراجعة أو في عدتها إذا كانت عدة بينونة صغرى أو بعد زوج آخر إذا كانت بينونة كبرى[٣].

قاعدة رقم (١٣).

يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة[٤].

معنى القاعدة:

الشارع الحكيم بنى أحكامه على مصالح العباد تفضلاً منه سبحانه وتعالى ورحمة. ولما كان التحريم مبنياً على درء المفسدة ودفع الضرر، جعل الشرع للخروج من الحرمة إلى الإباحة شروطاً وقيوداً لا يصح إلا بها وذلك من باب درء المفاسد وجلب المصالح.

ولكن إذا كان الأمر يتعلق بالخروج من الإباحة إلى التحريم فإن الشرع لم يحتط له كاحتياطه للخروج من الحرمة إلى الإباحة، لأن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة.

فروع على القاعدة:

منها: لقد فتح الشرع باب التفريق بين الزوجين عند تعذر العشرة بالمعروف إما بلفظ يطلقه الزوج – ولفظ الطلاق – وإما بخلع المرأة نفسها وفداءها بمال تعطيه للزوج.

ومنها: لا تحل المبتوتة لزوجها الأول إلا بعد عقد على رجل حلال وطلاق وانقضاء عدة من عقد الأول والثاني لأنه خروج من الحرمة إلى الحل[٥].

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع ١٥٨/٣.
[٢] ابن قدامة: المغني، ٢٨٩/١.
[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٠٩/٥.
[٤] القرافي: الفروق، ١٤٥/٣.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٢٠/١٢.

قاعدة رقم (١٤).

المطلقة ثلاثاً أجنبية من الرجل[١].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى أن المطلقة ثلاثاً تبين من زوجها بينونة كبرى، وتصبح أجنبية عنه كسائر الأجنبيات، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً شرعياً صحيحاً. ثم يطلقها الطلاق الذي أذن الله تعالى به، فإذا طلقت حلّ للزوج الأول أن ينكحها من جديد.

فروع على القاعدة:

منها: يحرم على الرجل أن يخلو أو يسافر بمن طلقت ثلاثاً، لأنها بمنزلة الأجنبية منه، وليس له أن ينظر منها إلى ما لا يجوز النظر إليه من الأجنبية.

ومنها: أنه لا يلحقها طلاقه ولا إيلاؤه ولا ظهاره ولا لعانه لأنها ليست بزوجة[٢].

ويستثنى من هذه القاعدة: المبتوتة في مرض الموت، فإنها ترث في العدة وبعدها إذا قصد بطلاقها حرمانها من الإرث. وكذلك من مستثنياتها أنه يحرم نكاح الأخت في عدة أختها البائن، والخامسة في عدة الرابعة البائن، وذلك تنزلاً لحالة العدة منزلة النكاح. ولو مات مسلم وزوجته ذمية، فأسلمت في العدة قبل الميراث، فإنها ترث منه ما لم تنقض عدتها[٣].

---

[١] ابن رجب: القواعد، ٣٤٥. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ١١/٣٢. الصواط: القواعد والضوابط الفقهية، ٥٦٢/٢.

[٢] الصواط: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية، ٥٦٨/٢. ابن قدامة: المغني، ٥٥٤/١٠.

[٣] ابن رجب: القواعد، ٣٤٥. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٦٩/٣١. ٣٧٠. ٧٦/٣٢. الصواط: القواعد والضوابط الفقهية، ٥٦٨/٢.

المبحث الخامس

موقف القانون من الطلاق الرجعي والبائن

أخذ القانون في مصر وسورية برأي الجمهور في بيان الطلاق الرجعي والبائن؛ فنصت المادة (٩٤) من القانون السوري على ما يلي:

«كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون» والذي نص هذا القانون على كونه بائناً هو التفريق القضائي للعيب أو العلة، والتفريق للشقاق بين الزوجين. فالقول بأن كل طلاق يقع رجعياً مخالف لمذهب الحنفية؛ لأن كنايات الطلاق عندهم كما تقدم يقع بها الطلاق بائناً ما عدا ألفاظاً ثلاثة.

ونصت المادة (٩٣) من القانون السوري كما ذُكر على أن النية هي مدار طلاق الكناية: «يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية» وهذا عمل برأي المالكية والشافعية الذين يوقعون طلاق الكناية بالنية لا بدلالة الحال، خلافاً للحنفية والحنابلة الذين يوقعون بالنية أو القرائن ودلالات الحال.

وهذا هو المعمول به نفسه في القانون المصري، فقد نصت المادة الرابعة من قانون رقم (٢٥) لسنة (١٩٢٩) على ما يلي: «كنايات الطلاق: وهي ما تحتمل الطلاق وغيره، لا يقع بها الطلاق إلا بالنية».

ونصت المادة الخامسة على ما يأتي: «كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم (٢٥)لسنة ١٩٢٠».

وما نص على كونه بائناً في قانون (١٩٢٩): هو التفريق الذي يكون من القاضي بسبب ضرر الزوجة، والشقاق بينها وبين زوجها، وبسبب غيبة الزوج أو حبسه مدة طويلة.

وما نصّ على كونه بائناً في قانون (١٩٢٠): هو تفريق القاضي أيضاً بسبب عيوب الرجل من مثل الجنون والجذام والبرص وغيرها من العيوب في الراجح عند الحنفية، وهي عيوب الجب والعنة والخصاء.

والقانون متفق مع الفقه، ولكن كل من القانون المصري والسوري قد خالف المذاهب الأربعة في الطلاق الثلاث المقترن بعدد الثلاث، يقع ثلاثاً في المذاهب، وواحدة في القانون، فنصت المادة الثالثة من قانون عام (١٩٢٩) في مصر، والمادة (٩٢) من القانون السوري على أن «الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً».

حكم الطلاق الرجعي والبائن في القانون السوري:

نصت المادة (١١٨)من هذا القانون على حكم الطلاق الرجعي، وانقلابه بائناً بانتهاء العدة وهي:

١ – الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط.

٢ – تبين المرأة وتنقطع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي. ونص هذا القانون أيضاً على آثار الطلاق البائن، فنصت المادة (١١٩) على ما يلي:

الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالاً، ولا يمنع من تجديد عقد الزواج.

ونصت المادة (١٢٠) على الطلاق البائن بينونة كبرى:

الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالاً، ويمنع من تجديد العقد ما لم تتوافر الشرائط المبينة في المادة (٣٦) من هذا القانون.

ونص المادة (٣٦) هو ما يلي:

١- لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً.

٢-زواج المطلقة من آخر يهدم طلقات الزوج السابق، ولو كانت دون الثلاث، فإذا عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة.

القانون الإماراتي:

ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:

قد تناولت المواد من (١٠٤-١٠٩) من قانون الأحوال الإماراتي تقسيم الطلاق إلى رجعي وبائن، والبائن إلى بينونة صغرى وكبرى وأحكام كل نوع منها، فجاء فيها الآتي:

نصت المادة (١٠٤) الطلاق نوعان: رجعي وبائن.

أ- الطلاق الرجعي: لا ينهي عقد الزواج إلا بانقضاء العدة.

ب- الطلاق البائن ينهي عقد الزواج حين وقوعه وهو نوعان:

أ- البائن بينونة صغرى لا تحل المطلقة بعده لمطلقها إلا بعقد وصداق جديدين.

ب- البائن بينونة كبرى لا تحل المطلقة بعده لمطلقها إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً في زواج صحيح.

المادة (١٠٥) كل طلاق يقع رجعياً إلا الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول، وما ورد النص على بينونته.

المادة (١٠٨) للزوج أن يرجع مطلقته رجعياً ما دامت في العدة ولا يسقط هذا الحق بالتنازل عنه، فإذا انتهت عدتها جاز لها أن تعود إليه بعقد جديد دون إذن وليها إن امتنع عن تزويجها له بشرط أن يكون زواجها الأول فيه قد تم برضى الولي أو بأمر المحكمة.

وقد أخذ القانون الإماراتي برأي المالكية في حصول الرجعة بالفعل مع النية كما جاء في المادة (١٠٩)(تقع الرجعة باللفظ أو بالكتابة، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة كما تقع بالفعل مع النية).

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (إذا رأت المحكمة أن الطلاق غدا بائناً حكمت به وإن كان رجعياً وقت تقديم الدعوى)[1].

(إذا استدل القاضي من الرسالة التي فيها الاعتراف بالطلاق أنه الثالث، وأن المقصود فيه البينونة الكبرى لم يعد لبقاء الزوجة في دار زوجها مفعول في بقاء العلاقة الزوجية، ونفقة العدة كنفقة الطلاق لا يحكم بها عن أكثر من أربعة أشهر سابقة للادعاء)[2].

[1] الغرفة الشرعية قرار ١٣٦٠ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٦ أساس ١٠٧٤ مجلة المحامون العددان ٣ - ٤ لعام ٢٠٠٢ ص٢٨٥

[2] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٣ ص ٣٤١- قرار ٤٣٧/٤٥٢-١٩٧٣/١٠/٣.

الفصل الثالث

الطلاق المنجز والمضاف والمعلق

والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الأصل في الطلاق أن يكون بصيغة منجزة، ولكن يصح إضافته وتعليقه عند جمهور الفقهاء. فتنقسم صيغته بالنظر إلى زمن وقوعه أو تعليقها على شرط إلى ثلاثة أقسام:

١- طلاق منجز أو حالٌّ أو معجل.

٢- طلاق مضاف إلى أمر بالمستقبل أو مضاف إلى الماضي.

٣-طلاق معلق على شرط.

فالطلاق المنجز: هو ما كان بصيغة دالة على وقوع الطلاق فور التلفظ بها، قصد بها المطلق إيقاع الطلاق في الحال غير مسندة إلى زمن مضى ولا مضافة إلى زمن مستقبل ولا معلق فيها وقوع الطلاق على وجود أمر لم يوجد، كأن يقول لزوجته: أنت طالق. أو اذهبي إلى بيت أهلك، ينوي طلاقها.

والطلاق المضاف: هو الذي اقترنت صيغته بزمن مستقبل بقصد وقوع الطلاق عند حلوله أو اقترنت بزمن ماض، كأن يقول الرجل لزوجته: أنت طالق آخر الشهر أو أول السنة القادمة أو ليلة أمس.

والطلاق المعلق: هو الطلاق الذي ربط المتكلم وقوعه على حصول شرط بأداة من أدوات الشرط، كأن يقول الرجل لزوجته: إن دخلت دار فلان فأنت طالق.

وأدوات الرّبط والتّعليق هي: إن، وإذا، وإذْمَا، وكلّ، وكلّما، ومتى، ومتى ما، ونحو ذلك، وكلّها تفيد التّعليق بدون تكرار، إلاّ: كلّما، فإنّها تفيد التّعليق مع التّكرار[1].

المبحث الأول

أقوال الفقهاء في حكم التنجيز والتعليق والإضافة

لا خلاف بين أهل العلم أن الطلاق المنجز يقع به الطلاق في الحال، ويعقبه أثره بدون تراخ ما دام مستوفياً لشروطه، صادراً من أهله، وصادف محلاً لوقوعه.

فإذا قال لها: أنت طالق، طلقت للحال وبدأت عدّتها، هذا مع ملاحظة الفارق بين البائن والرّجعيّ كما تقدّم.

لكن اختلف الفقهاء في حكم وأثر إضافة الطلاق إلى المستقبل أو تعليقه على شرط:

---

[1] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣/٣٥٠-٣٥٢. النّوويّ: منهاج الطّالبين- بيروت: دار البشائر الإسلامية،٤٢٢ -٤٢٣

القول الأول:

ذهب الظاهرية والإمامية إلى عدم وقوع الطلاق المضاف إلى المستقبل، سواء وقوعه في الحال، أو وقوعه في الزمن المستقبل المضاف اليه، وإلى عدم وقوع الطلاق المعلق على شرط، سواء حصل الأمر المعلق عليه أو لم يحصل. ويعد هذا الطلاق لغواً ولا يترتب عليه شيء عندهم.

وروي هذا عن: علي وشريح وطاوس وعطاء وأبي ثور وعكرمة.

جاء في المحلى: (من قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، أو ذكر وقتا ما فلا تطلق بذلك لا الآن ولا إذا جاء رأس الشهر، برهان ذلك أنه لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك)[1].

وقال ابن حزم: (إن كل طلاق لا يقع حين إيقاعه فمن المحال أن يقع بعد ذلك في حين لم يوقعه فيه)[2].

وجاء في جواهر الكلام عند الجعفرية: (يشترط أن تكون الصيغة مجردة من الشرط والصفة، فلا يصح تعليق الصفة ولا إضافتها سواء أكان الشرط المعلق عليه واجب الوجود في المستقبل أو على خطر الوجود فيه)[3].

وحجة هؤلاء:

أن الطلاق المشروع هو الطلاق المنجز، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا ٱلْعِدَّةَ﴾[الطلاق:١].

حيث الأمر بالطلاق يقتضي أن يكون منجزاً في ذلك الوقت، وبناء على ذلك: لو علق الزوج الطلاق على شرط أو أضافه، فإنه يكون قد تجاوز الطلاق المشروع، فيكون مردوداً عليه.

ولأنه إذا ترتب عليه طلاق، فإما أن يقع في الحال، وإما أن يقع في الوقت الذي أضيف إليه أو الشرط الذي علق عليه. وليس بجائز أن يقع في الحال، لأن ذلك أمر لم يرده المطلق ولا قصد إليه. ولا يقع بدون إرادة المطلق، وليس بجائز أن يقع في الوقت الذي أضيف إليه، أو الشرط الذي علق عليه، إذ من الجائز القريب أن يجيء بعد موت أحدهما أو يجيء والمرأة ليست محلاً للطلاق، فلا يتصور حينئذ وقوعه[4].

ولأن الطلاق كالنكاح فكما أنه لا يجوز أن يكون النكاح مضافاً أو معلقاً على شرط، فكذلك الطلاق لا يجوز أيضاً.

القول الثاني:

يصحّ أن يكون الطلاق منجزاً أو معلقاً على شرط أو مضافاً إلى المستقبل عملاً بالقواعد الفقهية: **المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز**[5]. ومثلها: **إذا صحَّ التعليق فالمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز**[6]. ومثلها: **المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط**[7]. وهذا مذهب جمهور أهل العلم؛ منهم

---

[1] ابن حزم: المحلى ٢١٣/٧، الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، إيران، طبع حجر ١٣٠٢هـ. ١٨/٣.
[2] المراجع السابقة.
[3] جواهر الكلام، ٢٩٠/٥.
[4] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ١١٢.
[5] السرخسي: المبسوط،١٢٦/٣ و١٥٥/٣٠ الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ص ١٥٧.
[6] السرخسي: المبسوط ١٨٦/١٩. الزركشي: المنثور ٣٧٠/١. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٣١٩/١
[7] مجلة الأحكام العدلية، مادة ٨٢. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٥٣٠/١. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص٤١٥-٤١٨.

فقهاء المذاهب الأربعة والزيدية وهو قول ابن عباس وجابر بن زيد وإبراهيم النخعي والشعبي وسفيان الثوري وغيرهم، مع خلاف يسير بينهم في تفاصيل كل من الإضافة أو التعليق يقتضي بيانها في هذا البحث[١]:

وإليك بعض نقول من أقوال الجمهور:

جاء في الهداية: (وإذا أضافه- أي: الطلاق- إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، قال الشارح: وهذا بالاتفاق؛ لأن الملك قائم في الحال، والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط، فيصبح يمينا أو إيقاعا)[٢].

وجاء في بداية المبتدي: (ولو قال أنت طالق غداً وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر)[٣].

وجاء في الشرح الصغير: (ونجز الطلاق أي وقع ولزم في الحال إن علق بمستقبل محقق وقوعه عقلاً أو محقق عادة فينجز)[٤].

وجاء في المهذب: (إذا علّق الطلاق بشرط لا يستحيل؛ كدخول الدار ومجيء الشهر تعلق به، فإذا وجد الشرط وقع، وإذا لم يوجد لم يقع)[٥].

وجاء في المغني: (وإذا وقع الطلاق في زمن، أو علقه بصفة، تعلق بها لم يقع حتى تأتي الصفة والزمن)[٦].

واستدلّ الجمهور بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِٱلْعُقُودِ﴾[المائد:١]، وبقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم)[٧].

---

[١] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٢/٣، ٦١، ١٤٣، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٥٧/٣، ابن عابدين: ردالمحتار على الدر المختار، ٦٠٦/٢-٦٠٩، ٦٧٧-٦٩٠، الميداني: اللباب، ٤٦/٣، ٥٣، ابن جزي: القوانين الفقهية: ص٢٣١ ومابعدها، الدردير: الشرح الصغير، ٥٧٢/٢-٥٨٣، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٢/٣، ٣١٣-٣٣٤، و٧١٨/٨، الشيرازي: المهذب، ٨٦/٢-٩٦، المقدسي: غاية المنتهى، ١٤٧/٣-١٦٥، ابن قدامة: المغني، ١٦٤/٧-١٧١، ١٩٣-٢٢٨، البهوتي: كشاف القناع، ٣٣٣/٥-٣٥٨، ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٨/٢، ابن حزم: المحلى، ٢٦٤/١٠، مسألة ١٩٧٣.

[٢] المرغيناني: الهداية، ١٢٨/٣

[٣] القدوري: بداية المبتدي، طبع الأستانة، ١٣١٠هـ، ٤٨/٢.

[٤] الدردير: الشرح الصغير، ٤٦٢/١.

[٥] الشيرازي: المهذب وعليه شرح المجموع ١٥٢/١٦.

[٦] ابن قدامة: المغني، ٣١٨/٨.

[٧] رواه البخاري في باب أجر السمسرة، بلفظ "المسلمون ثم شروطهم" ٧٩٤/٢. برقم ٢١٥٣. ورواه أبو داود في باب الصلح ٣٠٤/٣ برقم ٣٥٩٤. والترمذي في السنن، في باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، [٦٣٤/٣ برقم ١٣٥٢]. بلفظ "والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً". وقال هذا حديث حسن صحيح.

المبحث الثاني
أثر الطلاق المضاف

اختلف الفقهاء في زمن وقوع الطلاق المضاف إلى المستقبل؛ كمثل قوله: أنت طالق بعد شهر، هل يقع به الطّلاق عند حلول أول جزء من أجزاء أجله المضاف إليه، أي بعد شهر. أم يقع منجّزاً ولا ينتظر به أجل الشرط. الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

وهو لجمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة): إنّ الطّلاق المضاف إلى المستقبل ينعقد سبباً للفرقة في الحال، ولكن لا يقع به الطّلاق إلاّ عند حلول أول جزء من أجزاء أجله المضاف إليه إذا كانت المرأة محلاً لوقوع الطلاق عليها عند ذلك الوقت، وكان الرجل أهلاً لإيقاعه؛ لأنه قصد إيقاعه بعد زمن، لا في الحال.

فقوله: أنت طالق غداً، يقع بأول جزء منه وهو عند طلوع الفجر، وقوله: أنت طالق ليلاً إذا مضى يوم، فيقع عند غروب شمس غده، إذ به يتحقق مضي اليوم. وإن قال: نهاراً، ففي مثل وقته من غده تطلق لأن اليوم حقيقة في جميعه، فإذا قال لها: أنت طالق آخر هذا الشّهر، لم تطلق حتّى ينقضي الشّهر، ولو قال: أنت طالق في شهر كذا، طلقت عند أكثر الفقهاء في أوّله في أول جزء من الليلة الأولى منه، وهو حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذي قبله، وخالف البعض وقالوا يقع في آخره.

وحجة الجمهور:

مارواه البيهقي عن ابن عباس: أن رجلاً قال لامرأته: هي طالق إلى سنة، قال: يستمتع بها إلى سنة[1].

وما رواه أيضاً عن الشعبي في رجل قال لامرأته: أنت طالق إذا جاء رمضان، قال: هي امرأته يوم طلقها حتى يجيء رمضان[2].

ولأن الصيغة المضافة إلى المستقبل هي تعليق للطلاق على صفة معينة. فإذا لم توجد هذه الصفة فلا يقع الطلاق.

القول الثاني:

وقال المالكية: إذا أضاف الطلاق إلى وقت مستقبل كأن قال لها: أنت طالق بعد شهر، أو أنت طالق يوم موتي طلقت للحال منجّزاً ولا ينتظر به أجل الشرط.

ورأي المالكية موافق لما نقل عن سعيد بن المسيب والحسن البصري[3] والزهري، ويحيى بن سعيد[4]، وربيعة والليث بن سعد[1] وزفر.

---

[1] البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الطلاق بالوقت والفعل، ٣٥٦/٧ برقم ١٤٨٦٨.

[2] البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الطلاق بالوقت والفعل، ٣٥٦/٧ برقم ١٤٨٦٩.

[3] الحسن بن يسار البصري، (٢٠-١١٠هـ) أبو سعيد، من أئمة التابعين والفقهاء والشجعان والنساك، ولد بالمدينة وسكن البصرة، كان ذا هيبة عظيمة يدخل على الولاة ويأمرهم وينهاهم، قال عنه الغزالي: أشبه الناس كلاماً بكلام الأنبياء، وأقربهم هديا من الصحابة . [طبقات الحفاظ ٢٨، والتقريب ١٦٥/١]

[4] يحيى بن سعيد الأنصاري (١٤٣هـ) أبو سعيد. من أهل المدينة. فقيه تابعي. حجة في الحديث. كان قاضياً على الحيرة. روى عنه الزهري ومالك والأوزاعي. وقال الثوري: كان يحيى أجل عند أهل المدينة من الزهري. شهد له أيوب بالفضل، فقال حين قدم من المدينة: (ما تركت بها أحداً أفقه من يحيى بن سعيد). [تهذيب التهذيب٢٢١/١١؛ النجوم الزاهرة٣٥١/١؛ الأعلام ١٨١/٩].

وحجة هؤلاء: أن الزوج بإضافته الطلاق إلى زمن مستقبل قد استباح الاستمتاع بزوجته إلى أجل محدد، إذ إن الفترة بين إيقاع الطلاق وبين وقوعه في الزمن المضاف إليه يعتبر توقيتاً للنكاح والوطء فيه وطء في نكاح مؤقت فصار كنكاح المتعة وهذا غير جائز[٢].

المناقشة والترجيح:

إن جمهور الفقهاء يذهب إلى وقوع الطلاق المضاف إلى المستقبل عند حلول ذلك الزمن، ولكن يرد عليهم: أن الأصل في الطلاق الحظر ويباح عند الحاجة، فإضافته إلى المستقبل تشعر بأن لا حاجة إلى الطلاق في الوقت الحاضر، فلا حاجة إلى إيقاعه بالصيغة المضافة إلى المستقبل، إذ قد لا تكون هناك حاجة للطلاق عند حلول الزمن الذي عينه في الصيغة.

وأما قول المالكية فيرد عليهم: بأن إضافة الطلاق إلى زمن آت ليس هو من قبيل توقيت النكاح، وإنما هو توقيت الطلاق وهذا غير ممنوع، فليس كل ما هو ممنوع في النكاح ممنوع في الطلاق، فالنكاح لا يجوز تعليقه، بينما الطلاق يجوز[٣].

والراجح: والله أعلم رأي الجمهور بوقوع الطلاق مستقبلاً بالصيغة المضافة إلى المستقبل، حيث حجتهم أولى من حجة القائلين بوقوعه حالاً. ولأن الطلاق إزالة ملك يصح تعليقه، فمن علقه بصفة أو بشرط لم يقع قبل حصول هذا الشرط أو قبل حصول هذه الصفة.

هذا، إذا أضاف الطلاق إلى أمر مستقبل، أما إذا أضاف الطلاق إلى زمن سابق كأن قال: أنت طالق أمس أو أنت طالق قبل أن أتزوجك:

فقال الحنفية: يقع الطّلاق إذا أضيف إلى زمن سابق في الحال كالمنجّز بشرطين: أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، وأن تكون الزوجة محلاً له وقت إنشائه وفي الوقت الذي أسند إليه الطلاق.
جاء في الهداية: (ولو قال: أنت طالق أمس، وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء، لأنه أسنده إلى حال معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو)[٤].

وإن قصد الإخبار عن نفسه، وأنّه طلّقها في ذلك الزّمن السّابق، صدّق في ذلك بيمينه إن كان التّصديق ممكناً، فإن كان مستحيلاً، كأن يقول لها: أنت طالق منذ خمسين سنةً وعمرها أقلّ من ذلك كان لغواً [٥].

وقال المالكية: إذا أضافه إلى زمن ماض قاصداً به الإنشاء، كقوله: أنت طالق أمس، فإنّها، تطلق للحال، باعتبار أن الطلاق بصيغة الماضي نوع من الهزل. وطلاق الهازل يقع.

---

[١] الليث بن سعد(٩٤–١٧٥هـ) أبو الحارث. إمام مصر في عصره. أصله من خراسان. ومولده في قلقشندة، ووفاته بالفسطاط. قال الشافعي: الليث أفقه من مالك، إلا أن أصحابه لم يقوموا به [الأعلام٦/١١٥؛ وفيات الأعيان١/٤٣٨؛ تذكرة الحفاظ١/٢٠٧].
[٢] الدردير:الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣٩٢/٢.
[٣] ابن قدامة: المغني، ١٦٦/٧
[٤] المرغيناني: الهداية، ٦٣/٣
[٥] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٦٥/٣-٢٦٨، الشربيني: مغني المحتاج، ٣١٤/٣، ابن قدامة: المغني، ٣٦٣/٧-٣٦٤.

جاء في الشرح الكبير: (ينجز عليه الطلاق لأجل هزله، كقوله: أنت طالق أمس، لأن ما يقع الآن لا يكون واقعاً بالأمس فيكون هزلاً بهذا الاعتبار، وإن قصد به الإخبار صدّق ديانة عند المفتي)[١].

ومذهب الشّافعيّة كالحنفيّة: إلاّ أنّهم خالفوهم فيما لو أضافه إلى زمن سابق محال ولم يكن له نيّة، فإنّه يقع عندهم، كما لو قال لها: أنت طالق قبل أن تخلقي، فإنّه يقع للحال إذا لم يكن له نيّة[٢].

ونصّ الحنابلة على أنّه: إن قال: أنت طالق أمس، فظاهر كلام أحمد أن الطلاق لا يقع إذا لم يكن له نية. وقال القاضي في بعض كتبه: يقع الطّلاق، وإن قصد الإخبار بأنه كان قد طلقها هو، أو زوجٌ قبله في الزمان المذكور، وكان قد وجد الطلاق، قبل منه. وإن لم يوجد صدّق، ووقع الطّلاق.
وإن قال: أنت طالق قبل أن أخلق أو قبل أن تخلقي، أو طلقتك وأنا صبي أو نائم، أو مجنون، كان لغواً؛ لأن حاصله إنكار الطلاق[٣].

المبحث الثالث
الطلاق المعلق على شرط

عرفنا أن التّعليق على شرط: هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى[٤] سواء أكان ذلك المضمون من قبل المطلّق أو المطلّقة أو غيرها، أو لم يكن من فعل أحد.
فالصيغة في جميع هذه الأوضاع، لا تفيد إنشاء الطلاق في الحال، ولكن تفيد إنشاءه عند وجود الأمر المعلق عليه.

المطلب الأول
أنواع التعليق

ينقسم الأمر المعلق عليه الطلاق إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الشرط المستحيل الوجود، أو النادر أو المستبعد عقلاً أو عادةً أو شرعاً لحرمته.
كما لو قال لزوجته: أنت طالق لو جمعت بين الضّدّين، أو إن لمست السّماء، أو إن زنيت. أو إن دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق، فهذا لا يحنث، ولا يقع به الطلاق عند جمهور الفقهاء ما عدا رواية في المذهب الحنبلي نصت على الوقوع[٥].

---

[١] الدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، ٣٩٠/٢.
[٢] الشربيني: مغني المحتاج، ٣١٥/٣. الرملي: نهاية المحتاج، ١٦/٧
[٣] ابن قدامة: المغني، ٣٦٣/٧-٣٦٤.
[٤] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٤١/٣.
[٥] ابن قدامة: المغني، ٣٨٤/٨.

النوع الثاني: الشرط المحقق الوجود. أو مظنون الوجود عقلاً أو عادةً أو شرعاً لوجوبه نجّز للحال، كما إذا قال: إن كانت السماء فوقنا فأنت طالق، أو هي طالق إن لم أمسّ السّماء، أو هي طالق إن قمت، أو إن صلّيت.

فهذا في الحقيقة تعليق صوري، إذ أشبه أن يكون بالطلاق المنجز، ولهذا يقع الطلاق في الحال[1].

النوع الثالث: وأما إن كان الشرط محتمل الوجود، وهي الصيغة الغالبة، كأن يعلق طلاق زوجته على أمر المستقبل، ويوجد المعلق عليه، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فهذه صيغة تعلق بها أمر دخول الدار بإرادة الزوجة، فمتى دخلت الدار طلقت، وإن لم تدخل لم تطلق.

ويقسم الفقهاء صيغة هذا النوع الأخير إلى قسمين:

القسم الأول: التعليق اللفظي:

ويكون إذا قصد الزوج من الشرط مدلوله اللغوي، وهو وقوع الطلاق عند حصول الشرط، فإذا قال لها: إن خرجت من الدار بدون إذني فأنت طالق، ويقصد في هذا: الطلاق إن خرجت من غير إذنه.

وقد يكون إذا لم يقصد الزوج من التعليق مقصوده اللغوي، وإنما يقصد به الحث على فعل شيء في المستقبل أو تركه أو تقوية عزم الحالف أو عزم غيره على فعل شيء أو تركه.

ويحتمل هذا القسم عدة صور وهي:

١- أن يعلق على فعل اختياري من الزوجة، ويقصد بها تخويف الزوجة ليمنعها من فعل ما مثلاً، كقوله: إن كلمتِ فلاناً فأنت طالق، فهو لم يقصد الطلاق وإنما قصد منعها من كلام فلان.

٢- وقد لا يكون للزوجة دخل في قصده ونيته، ولكن يقصد حثّ شخص آخر على فعل شيء أو تركه، كقول الرجل لشخص: إن سافرتَ فامرأتي طالق.

٣- وقد يقصد الزوج بتعليقه طلاق زوجته تقوية عزيمته على فعل أو تركه، كقوله: إن لم أسافر فزوجتي طالق، وقصد السفر لا الطلاق.

٤- وقد يكون تعليق الطلاق على أمر طبيعي ليس اختيارياً ولا دخل لإرادة الإنسان فيه، كقوله: إن هطلت الأمطار فأنت طالق[2].

القسم الثاني: التعليق المعنوي:

وهو ما يفهم منه التعليق بدون ذكر أداة من أدواته، ويسمى بالحلف بالطلاق أو اليمين بالطلاق أو اليمين المجازي، لأن التعليق في الحقيقة إنما هو شرط وجزاء، فإطلاق اليمين عليه مجاز، لما فيه من معنى السببية، ولمشاركته الحلف في المعنى المشهور وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر. وهذا هو المقصود من معنى القسم وقد جاء به العرف.

---

[1] الحصكفي: الدر المنتقى، ٤١٧/٢، شرح الخرشي على خليل ١٨٩/٣، الرملي: نهاية المحتاج، ١٢٥/٦.

[2] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٣٠٠/١، عبد الحميد: محمد محيي الدين: الأحوال الشخصية، ٢٧٥.

مثل: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو كلمت زيداً، أو إن قدم فلان من سفره، فأنت طالق. أو يقول لها في العرف الشائع اليوم: علي الطلاق إن ذهبت لبيت أهلك، أو سافرت، أو ولدت أنثى، أو علي الطلاق إن لم أتزوج زوجة أخرى ونحوه.

ويقصد بهذا اليمين تصديق الحالف، كقول الزوج: عليّ الطلاق سأفعل كذا، أو الطلاق يلزمني لأفعلن كذا. أو لأسأفرن اليوم، فإنه بمعنى قوله: إن لم أسافر اليوم فامرأتي طالق[١].
أو قوله: علي الطلاق لتهطلن الأمطار اليوم، وهو بمعنى: إن لم تهطل الأمطار فامرأتي طالق.

ولكن في هذه الصورة الأخيرة من الصور الآنفة خلاف، وهي إذا كان الطّلاق معلّقاً لا على فعل أحد، كما إذا قال لها: أنت طالق إن طلعت الشّمس مثلاً، هل هو يمين وحلف بالطلاق، أم هو تعليق ولا يسمى يميناً، لانتفاء معنى اليمين فيه، وإن كان في الحكم مثل اليمين[٢].

المطلب الثاني
حكم الطلاق المعلق أو اليمين بالطلاق وأثره

اختلف الفقهاء في الطلاق المعلق أو اليمين بالطلاق إذا وجد المعلق عليه على ثلاثة أقوال[٣].

القول الأول: وهو وقوع الطلاق في جميع هذه الصور التي ذكرناها آنفاً، سواء أكان تعليقاً لفظياً أم معنوياً أو يميناً بالطلاق، وسواء قصد الطلاق أو قصد الحث أو الحمل على الفعل، إذا حصل الشرط واستوفى التّعليق شروطه الآتية التي سنذكرها لاحقاً. وهو مذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة والزيدية.

جاء في الهداية: (وإذا أضافه– أي: الطلاق– إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، وهذا بالاتفاق؛ لأن الملك قائم في الحال، والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط، فيصبح يمينا أو إيقاعا)[٤].
وجاء في الشرح الصغير: (ونجز الطلاق أي وقع ولزم في الحال إن علق بمستقبل محقق وقوعه عقلاً أو محقق عادة فينجز)[٥].
وقال في المهذب: (إذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل كدخول الدار ومجيء الشهر تعلق به فإذا وجد الشرط وقع، وإذا لم يوجد لم يقع)[٦].

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع ١٢٦/٣، الشربيني: مغني المحتاج ٤١٧/٣.
[٢] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٤١/٣، ابن قدامة: المغني، ٣٦٩/٧.
[٣] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٧٦/٤ ومابعدها، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٣١، الشربيني: مغني المحتاج، ٣١٤/٣ ومابعدها، ابن قدامة: المغني، ١٧٨/٧ ومابعدها، ابن حزم: المحلى، ٢٥٨/١٠ ومابعدها، مسألة ١٩٦٩، الحلي: المختصر النافع في فقه الإمامية: ص٢٢٢، ابن القيم: أعلام الموقعين، ٦٦/٣ ومابعدها، مقارنة المذاهب للأستاذين شلتوت والسايس: ص١٠٨ ومابعدها.
[٤] المرغيناني: الهداية، ١٢٨/٣.
[٥] الدردير: الشرح الصغير، ٤٦٢/١.
[٦] الشيرازي: المهذب وعليه شرح المجموع ١٥٢/١٦.

وقال في الدرة المضيئة أيضاً: (وقد نقل إجماع الأمة على ذلك، أي: إيقاع الطلاق المعلق، سواء كان على وجه اليمين أو لا- أئمة لا يرتاب في قولهم، ولا يتوقف في صحة نقلهم)[١].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: (سئل أحمد بن حنبل عن الرجل يقول لابنه: (إن كلمتك فامرأتي طالق، وعبدي حر) قال: لا يقوم هذا مقام اليمين، ويلزمه ذلك في الغضب والرضا)[٢].
ثم قال ابن تيمية أيضاً: (وما وجدت أحدا من العلماء المشاهير بلغه في هذه المسألة من العلم المأثور عن الصحابة ما بلغ أحمد، فقال المروزي: قال أبو عبد الله: إذا قال: كل مملوك له حر، فيعتق عليه إذا حنث؛ لأن الطلاق والعتق ليس فيهما كفارة)[٣].

وقال ابن قدامة: (اختلف أصحابنا في الحلف بالطلاق: فقال القاضي في [الجامع] وأبو الخطاب[٤] هو تعليقه على شرط، أي شرط كان، إلا قوله: إذا شئت فأنت طالق ونحوه فإنه تمليك، وإذا حضت فأنت طالق فإنه طلاق بدعة، وإذا طهرت فأنت طالق فإنه طلاق سنة، وهذا قول أبي حنيفة ؟ لأن ذلك يسمى حلفاً عرفاً فيتعلق به الحكم، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ولأن في الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبه قوله: والله وبالله وتالله)[٥].

فبناء على ما نقلناه من أقوال أهل العلم في المذاهب الأربعة، إذا حصل الشّرط المعلّق عليه وقع الطّلاق، دون اشتراط الفور إلاّ أن ينويه، وإذا لم يحصل لم يقع، سواء في ذلك أن يكون الشّرط المعلّق عليه من فعل الحالف أو المحلوف عليها، أو غيرهما، أو أمراً سماوياً لا دخل لأحد الزوجين فيه. وسواء يقصد الزوج به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو لم يقصد ذلك، ولا تختلف هذه الصور بعضها عن بعض إلا من حيث قصد المتكلم[٦].
هذا إذا حصل الفعل المعلّق عليه طائعاً ذاكراً التّعليق، فإن حصل منه الفعل المعلّق عليه ناسياً أو مكرهاً وقع الطّلاق به أيضاً عند الجمهور. وإذا لم يحصل الشرط المعلّق عليه لم يمنع من قربان زوجته عند الجمهور أيضاً.

وعند الشّافعيّة فيه قولان أظهرهما: أنّها لم تطلق [٧].

وقال المالكية: يضرب له أجل المولي.

وقد نصّ المالكيّة على أنّه إن علّق طلاقه بأمر في زمن ماض ممتنع عقلاً أو عادةً أو شرعاً حنث للحال، وإن علّقه بأمر ماض واجب فعله عقلاً أو شرعاً أو عادةً فلا حنث عليه[٨].

---

[١] ابن السبكي: الدرة المضية ص١٣، طبع مطبعة الترقي بدمشق.
[٢] ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم: القواعد النورانية، تحقيق/محمد حامد الفقي - مكتبة المعارف، ص.٢٥٨
[٣] المصدر السابق، ٢٥٩-٢٦٠
[٤] أبو الخطاب (٤٣٢-٥١٠هـ) محفوظ بن أحمد الكلوذاني؛ إمام الحنابلة في وقتة. أصله من (كلوذا) بضواحي بغداد. ومولده ووفاته ببغداد. له: (التمهيد) في أصول الفقه؛ و(الانتصار في المسائل الكبار)؛ و(الهداية) في الفقه. [اللباب ٤٩/٢؛ وطبقات الحنابلة ٤٠٩].
[٥] ابن قدامة: المغني ومعه الشرح ٣٣٤/٨.
[٦] ابن عابدين: حاشية رد المحتار ٥٨٨/٤، الدردير: الشرح الكبير٤١٧/٢، ابن قدامة: المغني ٤٥٢/١٠، الشربيني: مغني المحتاج ٤١٧/٣.
[٧] الشربيني: مغني المحتاج، ٣١٦/٣ و٣٢٦، ابن قدامة: المغني، ٣٧٩/٧.
[٨] الدردير: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٨٩/٢-٣٩٦

واستدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتاب:

فاستدلوا بإطلاق وعموم الآيات الدالة على مشروعية الطلاق وتفويض الأمر فيه إلى الزوج، مثل قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩].

ووجه الدلالة: أن هذه الآيات عامة مطلقة، لم تفرق بين منجز ومعلق، ولم تقيد وقوعه بشيء، والمطلق يعمل به على إطلاقه، فيكون للزوج إيقاع الطلاق حسبما يشاء منجزاً أو مضافاً أو معلقاً على وجه اليمين أو غيره.

كما استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾[النور:٧].

ووجه الاستدلال: أن الملاعن يقصد بهذا الشرط التصديق فهو خارج مخرج اليمين، ومع ذلك فهو موجب اللعنة والغضب على تقدير الكذب بدليل قوله: أنها موجبة، وبأنه لو كان المترتب على ذلك الكفارة لكان الإتيان بالقسم أولى[١].

ومن السنة:

١-استدلوا بعموم قوله صلّى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم)[٢].

ووجه الدلالة: أن التعليق إنما هو شرط، والحديث نص على التزام الشروط.

٢- كما وردت آثار كثيرة عن الصحابة تدل على وقوع الطلاق المعلق عند حصول الشرط المعلق عليه منها: ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: (طلق رجل البتة إن خرجت) فقال: فإن خرجت فقد بانت منه، وإن لم تخرج فليس بشيء)[٣].

٣- ومنها: ما روى عن ابن مسعود: أن رجلاً قال لامرأته: (إن فعلت كذا وكذا فهي طالق، ففعلته، فقال: هي واحدة، وهو أحق بها)[٤].

ومنها ما أورده ابن القيم في أعلام الموقعين عن أبي ذر الغفاري أن امرأته لما ألحت عليه في السؤال عن الساعة التي يستجيب الله فيها الدعاء يوم الجمعة قال لها: «إن عدت سألتِني فأنت طالق»[٥].

ومنها ما نقله ابن تيمية عن ابن عبد البر عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كل يمين وإن عظمت، ففيها الكفارة إلا العتق والطلاق»[٦].

ومنها: ما رواه البيهقي عن ابن أبي الزناد عن أبيه عن الفقهاء السبعة من أهل المدينة[١] كانوا يقولون: أيّما رجل قال لامرأته: أنت طالق إن خرجت إلى الليل فخرجت، أو قال ذلك في غلامه فخرج قبل الليل

---

[١] تقي الدين السبكي:المحقق في الطلاق المعلق ص ٥٦ ضمن مجموعة [رسائل السبكي].

[٢] رواه البخاري في باب أجر السمسرة، بلفظ "المسلمون ثم شروطهم" ٧٩٤/٢. برقم ٢١٥٣. ورواه أبو داود في باب الصلح ٣٠٤/٣ برقم ٣٥٩٤. والترمذي في السنن، في باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، [٦٣٤/٣ برقم ١٣٥٢]. بلفظ "والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً". وقال هذا حديث حسن صحيح.

[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وأمرهما والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، ٢٠١٩/٥ برقم ٤٩٦٨

[٤] البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الطلاق بالوقت والفعل، ٣٥٦/٧ برقم ١٤٨٦٧.

[٥] ابن القيم: أعلام الموقعين، ٥٤/٣.

[٦] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٥٨/٣٣.

بغير علمه- طلقت امرأته، وعتق غلامه؛ لأنه ترك أن يستثني، لو شاء قال: إلا بإذني لكنه فرط في الاستثناء فإنما يجعل تفريطه عليه)[٢].

ومنها: ما رواه البيهقي عن ابن عباس: أن رجلاً قال لامرأته: هي طالق إلى سنة، قال: يستمتع بها إلى سنة[٣].

وما رواه أيضاً عن الشعبي في رجل قال لامرأته: أنت طالق إذا جاء رمضان، قال: هي امرأته يوم طلقها حتى يجيء رمضان[٤].

وهذان الأثران في التعليق الشرطي، وكل ما سبق قبله في التعليق القسمي.

وجاء في المحلى لابن حزم عن الحسن البصري فيمن قال لامرأته: أنت طالق إن لم أضرب غلامي فأبق الغلام (هرب)، قال: هي امرأه يستمتع بها، ويتوارثان، حتى يفعل ما قال. فإن مات الغلام قبل أن يفعل ما قاله، فقد ذهبت منه امرأته[٥].

ووجه الدلالة: أن جميع هذه الآثار المحفوظة عن الصحابة تدل على اعتبار ووقوع الطلاق المعلق عند حصول المعلق عليه.

وقد نوقشت تلك الآثار بما قيل في أسانيدها، ومع ذلك، فهذا مما قصد به الطلاق من غير شك دون الحلف، فلو صح لم يكن معارضا لما قيل من أن تعليق الطلاق يعتبر طلاقا عند القصد إلى الطلاق. أما إن قصد الحثّ أو المنع فيعتبر يمينا تلزم فيها الكفارة[٦].

الإجماع:

ما نقله السبكي من إجماع الأمة على إيقاع الطلاق المعلق عند وجود المعلق عليه سواء كان التعليق على وجه اليمين أم لا[٧].

وقد نوقش هذا بما أورده أصحاب القول الثالث الذي سنورده لاحقاً، من أدلة وآثار تدل على عدم وقوع الإجماع.

القياس والمعقول:

١- قياس الطلاق على العتق والمداينة إلى أجل بجامع ما لكل منهما من قوة وسراية.

٢- كما أنه قد تدعو الحاجة إلى تعليق الطلاق كما تدعو إلى تنجيزه، زجراً للمرأة، فإن خالفت كانت هي الجانية على نفسها.

---

(١) الفقهاء السبعة هم: سعيد بن المسيب٩٤هـ، عروة بن الزبير ٩٤هـ، أبو بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام المخزومي القرشي ٩٤هـ، عبدالله بن عبدالله بن عتيبة بن مسعود٩٨هـ، خارجة بن زيد بن ثابت ٩٩هـ، القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق١٠٧هـ، سليمان بن يسار١٠٧هـ رحمهم الله جميعاً.

(٢) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الطلاق بالوقت والفعل، ٣٥٦/٧ برقم ١٤٨٧٠.

(٣) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الطلاق بالوقت والفعل، ٣٥٦/٧ برقم ١٤٨٦٨.

(٤) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الطلاق بالوقت والفعل، ٣٥٦/٧ برقم ١٤٨٦٩.

(٥) ابن حزم: المحلى، ٢٠٥/١٠.

(٦) ابن القيم: أعلام الموقعين، ٦٥/٣-٨٥

(٧) السبكي: الدرة المضيئة، ١٣-١٥

٣-وإن الطلاق يقع بالصيغة المعلقة، لأنه إسقاط، وليس بتمليك، والإسقاطات كلها تقع بالصيغة المعلقة، فالإبراء ونحوه يقع بالصيغة المعلقة.

٤-إن القواعد الفقهية تنص على أن: **التعليق بالسياق ينزل منزلة التعليق بالنص**[١]. **أو:** التعليق بالسياق كالتعليق بالنص. فإذا قيل لرجل تزوج فلانة، فقال هي عليّ حرام. فيحمل قوله على أنه إذا تزوجها فهي حرام، فيلزمه بذلك. تنزيلا للسياق منزلة النص.

القول الثاني: وهو ما ذكرناه آنفاً من مذهب الظاهرية والشيعة الجعفرية: أن الطلاق المعلق لا يقع به شيء سواء أكان على وجه اليمين أم لا.

جاء في المحلى لابن حزم: (واليمين بالطلاق، ولا يقع به طلاق حنث فيه أم برّ، إذ اليمين لا يكون إلا بالله)[٢].

ثم يقول ابن حزم: (والطلاق بالصفة عندنا كما هو الطلاق باليمين كل ذلك لا يلزم، ولا يكون طلاق، إلا كما أمر الله وعلّه، وهو القصد إلى الطلاق في الحال، أما ما عدا ذلك فباطل وتعد لحقوق الله)[٣].

واستدل هؤلاء بالحديث الذي رواه ابن عمر: (عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ثم ألا من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله فكانت قريش تحلف بآبائها فقال: لا تحلفوا بآبائكم)[٤]. وفي رواية: (من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت)[٥].

وبما روي عن عطاء فيمن حلف بطلاق امرأته ثلاثاً، إن لم يضرب زيداً فلم يفعل حتى مات أحدهما، أنه لا طلاق عليه أصلاً.

واستدلوا أيضاً بما رواه ابن حزم وابن القيم عن عليٍّ وشريح أنهم كانوا يقولون: «الحلف بالطلاق ليس بشيء»[٦].

وأجيب عليه: بأن المروي عن علي في حال الاضطهاد، والمروي عن شريح في حالة عدم وقوع الأمر المعلق عليه.

ثم قال ابن حزم: ولا طلاق إلا ما أمر الله عز وجل، ولا يمين إلا كما أمر الله عز وجل على لسان رسول الله صلّى الله عليه وسلم، واليمين بالطلاق ليس مما سماه الله تعالى يميناً، والله تعالى يقول: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[الطلاق:١]. ولم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق المعلق.

---

[١] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٤٠/٤

[٢] ابن حزم: المحلى ٢١٣/٧.

[٣] المرجع السابق .

[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، باب أيام الجاهلية، ١٣٩٤/٣ برقم ٣٦٢٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان- باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى، ١٢٦٧/٣ برقم ١٦٤٦.

[٥] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب كيف يستحلف، ٩٥١/٢ برقم ٢٥٣٣. وفي كتاب الأيمان والنذور، باب لا تحلفوا بآبائكم، ٢٤٤٩/٦ برقم ٦٢٧٠.

[٦] ابن القيم: أعلام الموقعين، ٧٢/٣. ابن حزم: المحلى،٤٧٦/٩ رقم ١٩٦٥.

وأجيب عن هذا: بأن تسمية الطلاق المعلق يميناً إنما هو على سبيل المجاز، من حيث إنه يفيد ما يفيده اليمين بالله تعالى: وهو الحث على الفعل، أو المنع منه، أو تأكيد الخبر، فلا يكون الحديث المذكور متناولاً الطلاق المعلق. ثم إن السنة وردت بوقوع الطلاق المعلق.

واستدلوا كذلك بأن كل طلاق لا يقع حين إيقاعه دون تقييد بشرط أو صفة لا يقع بعدئذ.
وأجيب وردّ هذا: بأن المعلّق ليس موقعاً للطلاق حين التلفظ، وإنما عند تحقق الشرط.

وقاسوا الطلاق على النكاح، فكما لا يصح تعليق النكاح لا يصح تعليق الطلاق.
وقد ردّ عليه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن تعليق النكاح مناف للمقصود منه، أما الطلاق فإنه لا ينافيه. ولأنه إنما يقع الطلاق بالصيغة المعلقة، لأنه إسقاط، وليس بتمليك، والإسقاطات كلها تقع بالصيغة المعلقة.

كما استدلوا بالأدلة نفسها التي ذكرناها في مقدمة هذا المبحث.

القول الثالث: وهو قول ابن تيمية وابن القيم، إن كان قصد المطلق وغرضه، الحمل على فعل شيء أو تركه أو التخويف ولا رغبة له بالطلاق، فلا يقع الطلاق وعليه كفارة يمين، إن حصل المعلق عليه عند ابن تيمية، وهو لغو ولا كفارة عليه عند ابن القيم، أما إذا كان التعليق شرطياً، ويقصد المعلق حصول الطلاق عند حصول الشرط، فهذا ليس في معنى اليمين ويقع الطلاق عند حصول المعلق عليه[1]. عملاً بالقاعدة الفقهية: **التعليق لا يثبت إلا بلفظ موضوع للتعليق**[2].

فابن تيمية إذن يقول بالكفارة، وابن القيم يوافق الظاهرية والشيعة فيقول بأنه لغو، إن لم يكن قصد الزوج الطلاق، وإنما قصده الحث والحمل على فعل الشيء[3].

قال ابن القيم: (ومن هذا الباب اليمين بالطلاق والعتاق، فإن إلزام الحالف بهما إذا حنث بطلاق زوجته وعتق عبده مما حدث الإفتاء به بعد انقراض عصر الصحابة، فلا يحفظ عن صحابي في صيغة القسم إلزام الطلاق به أبداً، وإنما المحفوظ إلزام الطلاق بصيغة الشرط والجزاء الذي قصد به الطلاق عند وجود الشرط كما في صحيح البخاري عن نافع قال: طلق رجل امرأته البتة إن خرجت، فقال ابن عمر: إن خرجت فقد بانت منه، وإن لم تخرج فليس بشيء، فهذا لا ينازع فيه إلا من يمنع وقوع الطلاق المعلق بالشرط مطلقا، وأما من يفصل بين القسم المحض، والتعلق الذي يقصد به الوقوع، فإنه يقول بالآثار المروية عن الصحابة كلها في هذا الباب، فإنهم صح عنهم الإفتاء بالوقوع في صور، وقد صح عنهم عدم الوقوع في صور، والصواب: ما أفتوا به في النوعين، ولا يؤخذ ببعض فتاويهم، ويترك بعضها)[4].

---

[1] ابن تيمية: مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٤/٣٣، ابن القيم: زاد المعاد ١٨٨/٥، ابن القيم: أعلام الموقعين ٤١/٣

[2] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ص ٢٨٥.

[3] وجدت أن بعض الفقهاء المعاصرين قد خلطوا بين رأي الظاهرية والشيعة الذي ذكرناه آنفاً، وبين رأي شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، فقالوا: أن رأي ابن تيمية وابن القيم إذا لم يكن قصد الزوج من كلامه تطليق زوجته فلا تعتبر الصيغة بل هو لغو ولا طلاق [انظر: أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٣٢٢، الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٣٠٠/١ -٣٠٢]، ولكن الصحيح من رأي ابن تيمية ما ذكرناه آنفاً: (أن عليه كفارة يمين إن حصل المعلق عليه) [انظر بحث: الطلاق المعلق من مجلة البحوث الإسلامية العدد الخامس ص ٥٨- ٩٤، سنة ١٤٠٠ هـ.] و[ابن تيمية: مجموع الفتاوى ٤٥/٣٣. ٤٩/٣٣. وابن القيم: إعلام الموقعين- تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل ٦٩/٣- ٨٠.]

[4] ابن القيم: إعلام الموقعين- تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل ٦٩/٣- ٨٠.

ويرى ابن القيم أن الصور التي نقل الإفتاء فيها بالوقوع لم يكن التعليق فيها بمعنى اليمين، وأن الصور التي نقل الإفتاء فيها بعدم الوقوع كان التعليق فيها بمعنى اليمين، وكان الغرض منه مجرد الحمل والحث لا الطلاق، وبذلك انتفى التعارض البادي بين تلك الآثار[١].

وعلى هذا فابن القيم يرى: أن ما ورد عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط بين الفريقين المختلفين في صحة تعليق الطلاق: فهو صحيح إن كان للمطلق وطر في وقوع الطلاق عند وجود الشرط المعلق عليه، وهو غير صحيح إن لم يكن له فيه وطر، بل كان مقصده مجرد الحمل.

وتعقيباً على هذا، يقول الشيخ علي الخفيف رحمه الله: (غير أن الجزم بما رآه ابن القيم من هذا التوفيق بين الروايات لا سبيل إليه فيما أرى، لأن مبناه ما كان في نفوس الحالفين عند حلفهم، وذلك أمر خفي لا سبيل إلى معرفته الآن، وليس ما قاله ابن القيم إلا ظناً منه، أراد الجمع بين الآثار المختلفة الواردة عن فتاوى الصحابة، إذ يبعد اختلافهم في أمر كهذا متعلق بالفروج، وقد نقل هذه الآثار على اختلافها في كتابه أعلام الموقعين فارجع إليه)[٢].

واستدل هؤلاء على ذلك من الكتاب والسنة والقياس والمعقول:

أما الكتاب .

فقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَٱحْفَظُوٓا۟ أَيْمَٰنَكُمْ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمْ ءَايَٰتِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾[المائدة:٨٩].

ووجه الدلالة: أن الطلاق المعلق إذا كان المقصود منه الحثّ على الفعل، أو المنع منه أو تأكيد الخبر كان في معنى اليمين، فيدخل في الأيمان الواردة الآية.

وأجيب عن هذا: بأن الطلاق المعلق لا يسمى يميناً لا شرعاً ولا لغة، وإنما هو يمين على سبيل المجاز، لمشابهة اليمين الشرعية في إفادة الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر، فلا يكون له حكم اليمين الحقيقي: وهو الحلف بالله تعالى أو صفة من صفاته، بل له حكم آخر: وهو وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه.

وأما من السنة:

١- فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى)[٣].

ووجه الدلالة: أن الحديث يدلّ على أن الأعمال تقع حسب نية الفاعل، فالطلاق المعلق أو الحلف بالطلاق لا يقع به الطلاق إذا لم يقصده المطلق، بل قصد به اليمين للحث على الفعل.

وأجيب بأن هذا حديث عام، قد خصّ بالأدلة التي أوردها الجمهور.

٢- ما روى عن ابن عباس (الطلاَق عن وطر، والعتق ما أريد به وجه الله)[١].

---

[١] المرجع السابق.

[٢] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ١٢٤.

[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ٣/١. برقم ١، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب إنما الأعمال، ١٥١٥/٣. برقم١٩٠٧.

ووجه الدلالة: أن الطلاق يقع ممن غرضه إيقاعه لا ممن يكره وقوعه كالحالف المكره[٢].

وأجيب: بأن معنى الوطر ليس هو كما ذكرتم، بل معناه: لا ينبغي للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة كالنشوز.

٣- وبأن عائشة وحفصة وأم سلمة وابن عباس أفتوا ليلى بنت العجماء بأن تكفِّر عن يمينها حينما حلفت بالعتق فقالت: كل مملوك لها محرر، وكل مال لها هدي، وهي يهودية وهي نصرانية إن لم يطلق مولاها أبو رافع امرأته، أو يفرق بينه وبينها، فيكون الحلف بالطلاق مثله وهو أولى[٣].

ووجه الدلالة: أن هذا الأمر وإن لم يكن فيه ذكر للطلاق، إلا أن من تمسك به في اعتبار الطلاق المعلق لغوا أو يمينا مكفرة، قاس الطلاق على ما ذكر فيه من المال والعتق في أنه لم يلزمه المعلق عند تحقق ما علق عليه، بل كان لغوا إن اعتبرنا سكوت حفصة وزينب - رضي الله عنهما - عن الإلزام به أو بكفارة دليلا على الإلغاء، أو تلزم فيه الكفارة إن نظرنا إلى ما أفتى به ابن عمر رضي الله عنهما.

٤- ما ورد عن أمير المؤمنين علي كرم الله وجهه وشريح وطاوس: أنه لا يقضى بالطلاق على من حلف به بحنث، ولا يلزمه من ذلك شيء ولا يعرف لعلي في ذلك مخالف من الصحابة[٤].

وأجيب: بأن الآثار المروية عن الصحابة في الاعتداد بالتعليق أقوى من هذا؛ لأن رواتها من رجال الصحيح.

القياس والمعقول:

أولاً: قياس الطلاق المعلق لقصد الحث أو المنع على ما ورد في قصة ليلى بنت العجماء التي أوردناها آنفاً، حينما قالت ليلى بنت العجماء: كل مملوك لها حر، وكل مال لها هدي، وهي يهودية ونصرانية إن لم تطلق زوجتك أو تفرق بينك وبين امرأتك، قال: فأتيت زينب بنت أم سلمة. إلخ- ثم ذكر أنه أتى حفصة وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم، وكلهم أفتاها بأن تكفر عن يمينها، وتخلي بين الرجل وامرأته، مع أن الهدي والصدقة والعتق أمور محبوبة لله تعالى يثيب فاعليها، ولم يأمرها أولئك بإنفاذ مقتضى حلفها، بل اكتفوا منها بالكفارة، فكيف يقال: إن الطلاق الذي هو مكروه عند الله تعالى، ولا يحبه من عباده- يقع عند التعليق للحث والمنع.

ثانياً: إن الطلاق المعلق لقصد المنع أو الحث يسمى يمينا في اللغة وفي عرف الفقهاء؛ وإذا كان يميناً دخل في عموم قوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾[التحريم:٢]. وقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق،باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وأمرهما والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، ٢٠١٩/٥ برقم ١٠.

[٢] ابن تيمية: مجموع الفتاوى ١٩٧/٣٣.

[٣] البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الأيمان، باب من جعل شيئاً من ماله صدقة أو في سبيل الله أو في رتاج الكعبة على معاني الأيمان، ٦٦/١٠. عبد الرزاق: المصنف، كتاب الأيمان والنذور، باب من قال مالي في سبيل الله، ٤٨٦/٨.

[٤] ابن القيم: إعلام الموقعين- تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل ٦٩/٣

أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَٱحْفَظُوا أَيْمَٰنَكُمْ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمْ ءَايَٰتِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾[المائدة:٨٩]. فتجب فيها الكفارة.

كذلك دخل في عموم أيمان البيعة، وفي عموم اليمين في حديث الاستثناء في اليمين، وفي عموم اليمين في حديث التحذير من اقتطاع مال امرئ مسلم بيمين فاجرة، وفي عموم الإيلاء، وفي عموم حديث: (يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك)[١] وغيرها.

هذا ومن لزوم الفائدة، أن نجمل ما أجيب به على جميع حجج القائلين بهذا القول، ما أورده تقي الدين السبكي[٢] فقال:

(إذا علق الرجل طلاق زوجته على شرط قاصداً اليمين، إما لحث أو منع، أو تصديق، ثم وجد ذلك الشرط- وقع الطلاق وبيان ذلك: أن مقتضى القضية الشرطية الحكم بالمشروط على تقدير الشرط خبرية كانت أو إنشائية، والمعلق فيها هو نسبة أحد الجزئين إلى الآخر لا الحكم بتلك النسبة الذي هو منقسم إلى الخبر والإنشاء؛ لأن كلا منهما يستحيل تعليقه، فالمعلق في مسألتنا هو الطلاق، وأما التطليق فهو فعل الزوج، يوقعه منجزا أو معلقا، ويوصف التعليق بكونه تطليقا عند وجود الشرط حقيقة، فإن لم يجز التعليق يخرج الذي حصل مقتضاه عن الشرط، ويشهد لذلك أحكام الشريعة كلها المعلقة بالشروط.

ومن منع تعليق الطلاق بالصفات مطلقا فقد التبس عليه التعليق بتعليق الإنشاء فظن أن تعليق الطلاق من الثاني وإنما هو من الأول.. وقد علق الله إحلال المرأة لنبيه صلى الله عليه وسلم على هبتها نفسها له وإرادته استنكاحها، وإن خرج مخرج اليمين فالأمر كذلك لوجوه:

أحدها: أنه تعليق خاص فيجب ثبوت حكم التعليق العام له.

الثاني: قوله تعالى: ﴿وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾[النور:٧].

ووجه الاستدلال: أن الملاعن يقصد بهذا الشرط التصديق فهو خارج مخرج اليمين، ومع ذلك فهو موجب اللعنة والغضب على تقدير الكذب بدليل قوله: أنها موجبة، وبأنه لو كان المترتب على ذلك الكفارة لكان الإتيان بالقسم أولى[٣].

الثالث: أن في القرآن والسنة وأشعار العرب الفصحاء من التعليقات التي فيها الحث أو المنع أو التصديق ما لا يحصى مع القطع بحصول الشروط فيها.

الرابع: أن تسمية التعليق يمينا لا يعرفه العرب، ولم يتفق عليه الفقهاء، ولم يرد به الشرع، وإنما سمي بذلك على وجه المجاز، فلا يدخل تحت النصوص الواردة في الأيمان، وأنها قابلة للتكفير.

الخامس: أن هذا التعليق وإن قصد به المنع فالطلاق مقصود به على ذلك التقدير، ولذلك نصبه الزوج مانعا له من ذلك الفعل، ولولا ذلك لما امتنع، ولا استحالة في كون الطلاق غير مقصود للزوج في نفس الأمر، ومقصودا له على تقدير، وإذا كان مقصوداً ووجد الشرط وقع الطلاق على مقتضى تعليقه وقصده.

---

[١] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان، باب يمين الحالف على نية المستحلف، ١٢٧٤/٣ برقم ١٦٥٣.

[٢] تقي الدين السبكي (٦٨٣-٧٥٦هـ) علي بن عبد الكافي، أنصاري خزرجي. نسبته الي (سبك العبيد) بالمنوفية بمصر. ولد بها، ثم انتقل إلى القاهرة والشام. ولي قضاء الشام، ثم عاد إلى القاهرة وتوفي بها. له: (الابتهاج شرح المنهاج)؛ و(المسائل الحلبية وأجوبتها)؛ (مجموعة فتاوى). [طبقات الشافعية ١٤٦/٦-٢٢٦؛ وشذرات الذهب ١٨٠/٦]

[٣] تقي الدين السبكي:المحقق في الطلاق المعلق ص ٥٦ ضمن مجموعة [رسائل السبكي].

السادس: أنه عند الشرط يصح اسم التطليق؛ لما تقدم، فيندرج تحت قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[البقرة:٢٣٠].

السابع: أن التطليق مفوض إلى العبد بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ﴾[الطلاق:١]. وهو أعم من المنجز والمعلق فيندرج المعلق تحت الآية.

وقال السبكي: فإن قلت: يرد عليك أمران:

أحدهما: طلب الفرق بين هذا وبين نذر اللجاج[١] عند من جعله يتخلص منه بكفارة يمين.

والثاني: في دعوى الإجماع، وقد نقل بعض الناس قولين آخرين: أنه لا يلزمه به شيء، والثاني: أنه يلزمه به كفارة.

قلت: أما الأول: فالجواب عنه: أن الطلاق إسقاط حق لا يشترط فيه قصد القربة وفي اللجاج لم يوجد هذا الشرط، ولم يأذن الشرع فيه، وليس للعبد إيجاب ولا تحريم إلا بإذن الله، وأيضا فإن الدليل قد قام على ما قلناه وهو على وفق الأصل، فإن دل دليل على خروج اللجاج عنه بقي ما عداه على الأصل، وأما أن يجعل اللجاج المختلف فيه الخارج عن الأصل أصلا، ويلحق به الجاري على وفق الأصل فغير سديد.

وأما الثاني: فإن القول بعدم الوقوع ما قاله أحد من الصحابة ولا من التابعين، إلا أن طاوسا نقل عنه لفظ محتمل؛ لذلك أولناه، ولا ممن بعدهم إلا الشيعة ومن وافقهم ممن لا يعتد بخلافه، وأما القول بالكفارة في ذلك فلم يثبت عن أحد من المسلمين قبل ابن تيمية، وإن كان مقتضى كلام ابن حزم في مراتب الإجماع نقل ذلك، إلا أن ذلك مع إبهامه وعدم تعيين قائله ليس فيه أنه في مسألة التعليق، فيجوز أن يحمل على غيرها من صور الحلف... انتهى[٢].

ثم قال السبكي بشأن رأي طاوس (أولناه) يريد: تأويله في بالإكراه، يقول: ذكره عبد الرزاق في طلاق المكره، وذكر أنه قد أجاب عنه أجوبة كثيرة غير هذا في بعض مصنفاته، كما ذكر أن طاوسا قد صح النقل عنه بخلاف ذلك، قال: قد أفتى بوقوع الطلاق في هذه المسألة، ونقل ذلك عنه بالسند الصحيح في عدة مصنفات جليلة منها [كتاب السنن] لسعيد بن منصور، ومنها [مصنف عبد الرزاق][٣].

ما يراه بعض الفقهاء المعاصرين في مسألة تعليق الطلاق:

يقول الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي: (وفي تقديري أن القول الأول هو الأصح دليلاً، لكن يلاحظ أن الشبان غالباً يستخدمون اليمين بالطلاق للتهديد لا بقصد الإيقاع، وهذا يجعلني أميل إلى القول الثالث)[٤].

ونظراً لأن أكثر قوانين الأحوال الشخصية قد أخذت بمذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، فقد ذهب أكثر الفقهاء المعاصرين إلى ترجيح قولهم:

---

[١] المقصود بنذر اللجاج أو الغضب: هو الذي يخرجه مخرج اليمين، للحث على فعل شيء أو المنع منه، غير قاصد به النذر ولا القربة وحكمه حكم اليمين) [ابن قدامة: المغني، ٦٢٢/١٣].

[٢] السبكي: الملحق في الطلاق المعلق ٥٧، ٥٨.

[٣] السبكي: الدرة المضيئة ص١٥.

[٤] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٢٤/٧.

يقول الشيخ محمد أبو زهرة: (وإذا كان الفقه الحنفي قد سوغ كل تعليق، وأوقع الطلاق عند وقوع المعلق عليه، كان ذلك قاعدة مطردة عند الفقهاء في المذاهب الأربعة في الجملة، ففي ظل هذا كان الناس يحلفون بالطلاق في أتفه الأمور وأكبرها، وعمّت البلوى حتى صار الناس في حرج شديد، فإنهم بين أن يستهينوا بالمحرمات فيجترحوها، فيعشوا مع أزواجهم عيشة يعتقدون حرمتها، وبين أن يحرموا أزواجهم عليهم إذا وصل العدد إلى الثلاث، ويحتالوا للتحليل، وفي كل هذا مفاسد، فكان لابد من علاج، وفي الفقه الإسلامي متسع، ذلك أن اتخاذ الطلاق يميناً يحلف به لم يكن في عهد الصحابة، ولما كثر الحلف بالطلاق في عهد التابعين أفتى كثيرون بأنه لا يقع به شيء من الطلاق، فقد روى عن طاوس أنه قال: ليس الحلف بالطلاق شيئاً، وصح عن عكرمة مولى عبد الله بن عباس في أيمان الطلاق أنه قال: (إنها من خطوات الشيطان لا يلزم بها شيء) وروي عن شريح قاضي أمير المؤمنين علي بن ابي طالب أنه قال: (إنه لا يلزم بأيمان الطلاق شيء.).

وبهذا أخذ داود الظاهري، والقفال من الشافعية، وبعض أصحاب أحمد رضي الله عنه[١].

ويقول الشيخ علي الخفيف: (أخذ الناس يحلفون بالطلاق في أتفه الأمور وأكبرها، وساعد على ذلك ماكان يميل إليه كثير من الأمراء والولاة في الزمن الماضي من حمل الناس على أن يحلفوا بذلك حين ضعف الإيمان، وأقبل الناس على اليمين بالله كذباً، فعمت البلوى بذلك، إذ أصبح الناس بين أمرين كلاهما مر: فإما أن يستهينوا بالمحرمات فيعشوا مع أزواجهم عيشة يرونها حراماً، وإما أن يخربوا بيوتهم بتطليق أزواجهم.

ثم يقول: وعلى هذا صار الحلف بالطلاق عند نية ذلك لغوا من القول، لا يترتب عليه طلاق، أما إذا أراد الزوج بذلك طلاقاً وكان له فيه وطر عند حدوث الشرط المعلق عليه أو كان الطلاق مضافاً إلى وقت مستقبل، فإنه يقع)[٢].

وقال الشيخ محمود شلتوت: (والذي نراه في المسألة من جهة الوقوع وعدمه ونفتي به، هو الرأي الذي اختاره قانون المحاكم الشرعية الصادر سنة ١٩٢٩م وهو (•••) أن الحلف بالطلاق كقول الرجل: (عليَّ الطلاق)، أو (يلزمني الطلاق)، لغو من الكلام لا يقع به شيء)[٣].

وقال الأستاذ علي حسب الله: (ونحن نرجح بأن الحلف بالطلاق لا يقع به شيء)[٤].

وعدَّ الأستاذ علال الفاسي الحلف بالطلاق من المسائل التي يجب فيها إعادة النظر، ووصف (استعمال الأيمان في تحريم الزوجات من أخطر الأمراض الاجتماعية الموجودة في المغرب، لأنها تخرب كثيراً من العائلات التي تعيش في غاية الانسجام ولا تحس بأدنى ميل للافتراق فكثيراً ما يكون الزوج مثلاً في لعب

---

[١] ابن القيم: أعلام الموقعين ٣/٥٢-٧١، أبو زهرة: محمد الأحوال الشخصية، ٣٢١-٣٢٢

[٢] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ١٢٨.

[٣] شلتوت، محمود: الفتاوى- القاهرة: دار الشروق،٢٠٠١، ص٣٠٥.

[٤] حسب الله، علي: الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب بحث يتضمن ما ينبغي أن يكون في هذا الموضوع من إصلاح في حدود الفقه الإسلامي – القاهرة: دار الفكر العربي، ص٥٥.

الورق، أو نقاش تجاري مع بعض أصدقائه، ثم يصل به الغضب على غير زوجته إلى الحلف بتطليقها هي (•••) فما أشده مرضاً اجتماعياً خطيراً)[١].

ويقول الدكتور عبد الكريم زيدان: (والراجح ما رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية، فلا يقع الطلاق بصيغة التعليق إذا كان القصد من هذا التعليق الحلف بالطلاق، أي معنى اليمين، وهو الحث على فعل الشيء أو تركه، أو لحمل السامع على التصديق بشيء أو تكذيبه، ولم يكن القصد من التعليق إيقاع الطلاق عند تحقق الشرط. وما نقل عن بعض الصحابة أو السلف إيقاع الطلاق المعلق فذاك محمول على التعليق المحض الذي لا يقصد به اليمين. أما الذي بمعنى اليمين، فلا يحفظ عن صحابي أنه أفتى بوقوعه عند وقوع الشرط كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم)[٢].

وأوضح الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي أنه: (لا يجوز للمسلم أن يجعل من الطلاق يمينا يحلف به على فعل هذا أو ترك ذاك أو يهدد به زوجته، إن فعلت كذا فهي طالق)[٣].

ثم يقول الدكتور القرضاوي في إجابة عن سؤال حول الطلاق المعلق:

(إن المذهب الذي اعتمده وأدين الله تعالى به وأفتي به منذ سنين طويلة هو أن الطلاق المعلق الذي يراد به الحمل على شئ معين أو المنع منه ليس هو الطلاق الذي شرعه الله تعالى لقطع العلاقة الزوجية بالفراق عند تعذر الوفاق وإنما يعامل معاملة اليمين فإذا لم يحدث ما علق به كان فيه كفارة يمين(اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم) وهذا هو مذهب بعض السلف الذي رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهو الذي أختاره وأرجحه وأرى أنه الأوفق بروح الإسلام وهو الذي عليه كثير من أهل العلم والفتوى في عصرنا)[٤].

لكن أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني يرجح رأي الظاهرية والشيعة القائلين بعدم وقوع الطلاق غير المنجز، إذ يقول حفظه الله: (فإني أميل حرصاً على المصلحة الزوجية وتحقيقاً للغرض الذي شرع له الزواج والهدف الذي يرمي إليه الطلاق إلى عدم وقوع غير الطلاق المنجز)[٥].

الترجيح:

مع أن القول الأول هو أصح دليلاً كما يقول الشيخ وهبة الزحيلي حفظه الله، لكن يترجح لدي –والله أعلم – ما رجحه أغلب أهل العلم في زماننا، وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله، وهو إقرار الكفارة عند الحنث نظراً لعموم البلوى[٦] بالحلف بالطلاق، وتهاون الناس بذلك، ودرءاً لمفسدة أن يعيشوا مع أزواجهم عيشة حراماً، وحفاظاً على مصلحة حفظ الأسرة من الضياع والتفكك.

---

[١] علال الفاسي: النقد الذاتي، ص ٢٩٨.

[٢] زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ٤٨٤/٧.

[٣] الحلال والحرام في الإسلام للدكتور القرضاوي ٢٠٣.

[٤] القرضاوي: فتاوى معاصرة، ٢٦٤/١

[٥] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٣٠٥/١.

[٦] عموم البلوى: الحالة أو الحادثة التي تشمل كثيراً من الناس ويتعذر الاحتراز عنها، وعبّر عنها بعض الفقهاء بالضرورة العامة، وبعضهم بالضرورة الماسة، أو حاجة الناس. وفسره الأصوليون بما تمس الحاجة إليه في عموم الأحوال.[الموسوعة الفقهية مادة "عموم"] وعرفها الشيخ وهبة الزحيلي:(شيوع البلاء، بحيث يصعب على المرء التخلص أو الابتعاد عنه) [الزحيلي، وهبة: نظرية الضّرورة الشّرعية- دمشق: دار الفكر،١٢٣] وانظر: عموم البلوى رسالة ماجستير لمسلم بن محمد الدوسري –الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٢٠. ويؤيد اعتبار الحلف بالطلاق من قبيل عموم البلوى ما نقلته من كلام الشيخ محمد أبو زهرة وغيره في هذه المسألة.

ولا يطعن في هذا الحكم إقرار الكفارة عند الحنث، مع أن الحلف بالطلاق ليست من صيغ اليمين التي ورد بها الشرع، وذلك لأن من يحلف بالطلاق يقصد به ما يقصد باليمين فكانت فيه الكفارة إذا حنث فيه.
وأيضاً لا يطعن فيه أنه ورد النهي عن الحلف بغير الله في قوله صلى الله عليه وسلم: (من حلف بغير الله فقد أشرك)[١]، وقوله أيضاً: (ثم ألا من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله فكانت قريش تحلف بآبائها فقال: لا تحلفوا بآبائكم)[٢]. وفي رواية: (من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت)[٣].
لأن المنهي عنه في هذه الأحاديث هو الحلف بالذوات فإن فيه إشراكاً بالله، بخلاف الحلف بالطلاق فإنه حلف بمعنى قائم في الذهن لا يتصور أن يعبد من دون الله ومن ثمَّ كان القول بعدم وقوعه.

المطلب الثالث

تعليق طلاق المرأة على النكاح

إن ما ذكرناه آنفاً كله في تعليق الطّلاق، إذا كانت الزوجة عند التّعليق على عصمته أو معتدّتهً من رجعي أو بائن[٤]، كأن قال: إن دخلت دار فلان فأنت طالق.

وأما إن كانت عند التّعليق أجنبيّةً –غير زوجته – ثمّ تزوّجها، ثمّ حصل الشّرط المعلّق عليه، فإذا أضاف التعليق إلى غير النّكاح، بأن قال للأجنبيّة: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ثمّ تزوّجها، ثمّ دخلت، لم تطلق بالاتّفاق.
وكذلك إن دخلت الدّار قبل الزّواج، فإنّها لا تطلق من باب أولى.

لكن إذا علّق طلاق الأجنبيّة على غير النّكاح، ونوى فيه النّكاح، مثل أن يقول لها: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ثمّ تزوّجها، ثمّ دخلت الدّار المحلوف عليها، طلقت عند المالكيّة للنّيّة، ولم تطلق عند الجمهور لعدم الإضافة للنّكاح لفظاً[٥]. واستناداً إلى القاعدة الفقهية: **إنشاء التعليق جائز وتعليق الإنشاء لا يجوز**[٦].

وأما إن أضاف تعليق الطلاق على الملك أو على النكاح. كأن قال للأجنبيّة: إن تزوّجتك فأنت طالق، ثم تزوجها، ففيه ثلاثة أقوال للفقهاء:

القول الأول:

---

[١] ابن حبان: الصحيح، كتاب الأيمان، ذكر الزجرعن أن يحلف المرء بغير الله، ٢٠٠/١٠ برقم ٤٣٥٨. أبو داود: السنن، كتاب الأيمان والنذور، باب في كراهية الحلف بالآباء، ٢٢٣/٣ برقم٣٢٥١ . الترمذي: السنن، كتاب النذور والأيمان، باب ما جاء في كراهية الحلف بغير الله، ١١٠/٤ برقم١٥٣٥ وقال الترمذي: هذا حديث حسن.
[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، باب أيام الجاهلية، ١٣٩٤/٣ برقم ٣٦٢٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان- باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى، ١٢٦٧/٣ برقم ١٦٤٦.
[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب كيف يستحلف، ٩٥١/٢ برقم ٢٥٣٣. وفي كتاب الأيمان والنذور، باب لا تحلفوا بآبائكم، ٢٤٤٩/٦ برقم ٦٢٧٠.
[٤] قد ذكرنا سابقاً خلاف الفقهاء في طلاق المعتدة البائن فانظر بحث المطلقة والشروط بها في هذه الرسالة.
[٥] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٤٤/٣-٣٤٥، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٣/٣، الدردير: الشرح الكبير، ٣٧٠/٢.
[٦] الزركشي: المنثور في القواعد، ٢٠٦/١-٢٠٧.

قال الحنفية: إذا أضاف رجل الطلاق إلى النكاح، وقع عقيب النكاح، مثل أن يقول لامرأة: «إن تزوجتك فأنت طالق» أو «كل امرأة أتزوجها فهي طالق»؛ لأن هذا الطلاق معلق على شرط، فلا يشترط لصحته وجود الملك في حال الطلاق، وإنما يكفي وجوده عند تحقق الشرط، والملك متيقن حينئذ أي عند وجود الشرط، وإذا كان الملك متيقناً عنده، وقع الطلاق؛ لأن القاعدة تقول: **المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط،** فهو كما لو أضاف الطلاق في حال الزواج إلى شرط، فإنه يقع عقيب الشرط، مثل أن يقول لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق؛ لأن الملك قائم في الحال، والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط؛ لأن الأصل بقاء الشيء على ما كان، وهو استصحاب الحال. وأما حديث: (لا طلاق قبل النكاح)[1] الذي رواه الشافعي، فمحمول على نفي التنجيز في الحال، لا نفي الطلاق المعلق.

وعلى هذا، فلا تصحّ إضافة الطلاق إلى امرأة إلا أن يكون الحالف مالكاً، أو يضيفه إلى ملك، فإن قال لامرأة أجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم تزوجها، فدخلت الدار، لم تطلق؛ لأن الحالف ليس مالكاً، ولم يضف الطلاق إلى الملك أو سبب الملك وهو التزوج، ولا بد من واحد منها[2].

وبناء على هذا وضع الحنفية ضابطاً: **ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار يجوز إضافته إلى الملك عم أو خص**[3].

واستدل الحنفية على ذلك بما يأتي[4]:

١ – الإجماع على صحة تعليق الظهار بالملك، والطلاق مثله، إذ لا قائل بالفرق.

٢ – آثار عن التابعين: أخرج ابن أبي شيبة عن سالم والقاسم بن محمد[5] والنخعي والزهري ومكحول الشامي[6] وغيرهم أنهم قالوا في رجل قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق: هو كما قال.

٣ – تعليق الطلاق لازم كتعليق العتق والوكالة والإبراء، فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال.

والحاصل: أن الطلاق عند الحنفية يتعلق بشرط التزويج، سواء عمم المطلِّق جميع النساء أو خصص.

القول الثاني:

وقال المالكية: إن عمَّ المطلق جميع النساء لم يلزمه، وإن خصص لزمه، فمن قال: (كل امرأة أتزوجها من بني فلان، أو من بلد كذا، فهي طالق) أو قال (في وقت كذا)، فإن هؤلاء يطلقن عند مالك إذا تزوجهن

---

[1] رواه بهذا اللفظ ابن ماجه في السنن، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح، ٦٦٠/١ برقم ٢٠٤٦. وقد عنون البخاري في صحيحه في كتاب الطلاق باب لا طلاق قبل النكاح، ٢٠١٧/٥. ورواه أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح، بلفظ: "لا طلاق إلا فيما تملك"، ٢٥٨/٢ برقم ٢١٩٠، ورواه الترمذي في السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح، بلفظ: "لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك" ٤٨٦/٣ برقم ١١٨١. وأخرجه الحاكم في المستدرك، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: "لا طلاق قبل النكاح" ٢٢٢/٢. برقم ٢٨٢٠. وانظر: (الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٤٠/٦. الزيلعي: نصب الراية، ٢٣٠/٣ وما بعدها).

[2] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٢٧/٣-١٣١.

[3] السرخسي: المبسوط، ٩٦/٦ – البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٣٤/٢

[4] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار ٥٩٠/٢-٥٩٤، ابن الهمام: شرح فتح القدير٤٤/٣ وما بعدها، ٨٧ وما بعدها، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٠١/٣، ابن رشد: بداية المجتهد:٧٣/٢ وما بعدها.

[5] القاسم بن محمد (١٠١هـ) القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، أبو محمد وقيل أبو عبد الرحمن. من خيار التابعين. كان ثقة رفيعاً عالماً إماماً فقيهاً ورعاً. وله رواية للحديث الشريف. وهو أحد فقهاء المدينة السبعة. [تهذيب التهذيب ٣٣٣/٨؛ الأعلام ٤٠/٢؛ شجرة النور ص١٩].

[6] مكحول الشامي(١١٢هـ) قيل هو ابن شهراب، أبو عبد الله، مولى هذيل. دمشقي أصله من الفرس. فقيه تابعي. أعتق بمصر. وجمع علمها، ثم انتقل في الأمصار. عده الزهري عالم أهل الشام وإمامهم. قال يحيي ين معين: كان قدرياً ثم رجع. [تذكرة الحفاظ ١٠١/١؛ تهذيب التهذيب ٢٨٩/١٠؛ الاعلام ٢١٢/٨].

الرجل المطلق. أما لو قال: (كل امرأة أتزوجها، فهي طالق) فلا تطلق امرأة تزوَّجها. وسبب الفرق بين التعميم والتخصيص: استحسان مبني على المصلحة؛ لأنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم، لم يجد سبيلاً إلى النكاح الحلال، فكان ذلك عنتاً به وحرجاً، وكأنه من باب نذر المعصية[١]. وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق، وليس من شرط الطلاق إلا وجود الملك فقط، ولا يشترط وجود الملك المتقدم بالزمان على الطلاق[٢].

واستدل المالكية على التفصيل بالاستحسان وبناء الحكم على المصلحة، فقالوا: إذاعمم فأوجبنا عليه التعميم، لم يجد سبيلاً إلى النكاح الحلال، فكان ذلك عنتاً وحرجاً، فكأنه نذر المعصية، **وقد عرف من الشرع: «إذا ضاق الأمر اتسع»**. أما إذا خص فهو بسبيل من زواج غير من خصها بالتعليق، فلا موجب لإلغاء كلامه[٣].

القول الثالث:

وقال الشافعية والحنابلة والظاهرية: خطاب الأجنبية بطلاق مثل «أنت طالق» ومثل «كل امرأة أتزوجها فهي طالق» وتعليق الطلاق بنكاح، مثل (إن تزوجتك فأنت طالق)، أو بغير نكاح، مثل (إن دخلت الدار فأنت طالق) لغو، ويحكم بإبطال اليمين، فلا تطلق على من يتزوجها، أما الطلاق المنجز على الأجنبية فلا يقع بالاتفاق، وأما المعلق على الزواج فلانتفاء الولاية من القائل على محل الطلاق، وقد قال صلّى الله عليه وسلم: (لا طلاق إلا بعد نكاح)[٤].

وعليه، فإن الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلاً، سواء عم المطلِّق أو خص. وهو قول علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة.

وبناء عليه أيضاً، إن قال رجل لزوجته ولأجنبية: إحداكما طالق، أو كانت له زوجة اسمها زينب، وجارة اسمها زينب، فقال: زينب طالق، وقال: أردت الأجنبية، لم يقبل قوله، وتطلق زوجته في الحالتين؛ لأنه لا يمكن طلاق غيرها[٥].

واستدل الشافعية والحنابلة والظاهرية بما يأتي[٦]:

---

[١] نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نذر المعصية، فقد أخرجه البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها في باب النذر في الطاعة: (من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه)، ٢٤٦٣/٦. برقم ٦٣١٨.

[٢] ابن رشد: بداية المجتهد، ٨٣/٢ وما بعدها، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢٣٢.

[٣] ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٣/٢ وما بعدها، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢٢٨ وما بعدها، الدردير: الشرح الصغير، ٥٥٩/٢ وما بعدها

[٤] رواه بهذا اللفظ ابن ماجه في السنن، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح، ٦٦٠/١ برقم ٢٠٤٦. وقد عنون البخاري في صحيحه في كتاب الطلاق باب لا طلاق قبل النكاح، ٢٠١٧/٥. ورواه أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح، بلفظ: "لا طلاق إلا فيما تملك"، ٢٥٨/٢ برقم ٢١٩٠، ورواه الترمذي في السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح، بلفظ: "لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك" ٤٨٦/٣ برقم ١١٨١. وأخرجه الحاكم في المستدرك، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: "لا طلاق قبل النكاح" ٢٢٢/٢. برقم ٢٨٢٠. وانظر: (الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٤٠/٦. الزيلعي: نصب الراية، ٢٣٠/٣ وما بعدها).

[٥] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٢/٣ وما بعدها، الشيرازي: المهذب، ٩٨/٢، ابن قدامة: المغني، ١٣٥/٧ وما بعدها، ابن رشد: بداية المجتهد، ٨٣/٢ وما بعدها.

[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣، الشيرازي: المهذب، ٨٠/٢-٨٣، ابن قدامة: المغني، ١٢١/٧-١٣٨، البهوتي: كشاف القناع، ٢٧٦/٥-٧٨٢، المقدسي: غاية المنتهى، ١٢٠/٣-١٢٢، ٦٣٥-٦٣٧، ابن حزم: المحلى، ٢٦٦/١٠، ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٣/٢ وما بعدها.

أولاً: حديث (لا طلاق قبل نكاح)[1].

ثانياً: ما جاء عن ابن عباس أن ابن مسعود يقول: (إن طلق ما لم ينكح فهو جائز، فقال ابن عباس: أخطأ في هذا، فإن الله يقول: نكحتم المؤمنات، ثم طلقتموهن، ولم يقل: إذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن)[2].

ثالثاً:

المعقول: وهو أن التعليق طلاق، والطلاق حل القيد وإبطال الملك، ولا قيد ولا ملك في الأجنبية حتى يصح حله وإبطاله، فكان لغواً. أما أن التعليق طلاق، فلأن الطلاق عند وجود الشرط يقع به إذا لم يوجد كلام آخر سواه، فلو لم يكن التعليق تطليقاً، لم يقع الطلاق عند الشرط. ثم إن هذا التعليق إنشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو، كتعليق الصبي، وتعليق البالغ طلاق الأجنبية حاصل بغير الملك.

الخلاصة:

إذا علّق الرجل طلاق المرأة الأجنبية بغير نكاحها لم يصحّ التّعليق، ويلغو الطّلاق، كما إذا قال لأجنبيّة عنه: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ثمّ دخلتها قبل زواجها منه أو بعده فإنّها لا تطلق.

أما إذا علق الرجل الطلاق على نكاح المرأة، فإن علّقه عليه صحّ التّعليق أيضاً ولو لم تكن زوجته أو معتدّته عند التّعليق، كأن يقول لأجنبيّة عنه: إن تزوّجتك فأنت طالق، ثمّ يتزوّجها، فإنّها تطلق بذلك، وكذلك قوله: كلّ امرأة أتزوّجها فهي طالق، ثمّ يتزوّج امرأة أجنبيّةً، فإنّها تطلق بذلك لصحّة التّعليق هنا. وهذا كلّه لدى المالكيّة، وفي القول الرّاجح عند الحنفيّة، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمّد بن الحسن: لا يصحّ التّعليق، ويلغو الطّلاق.

وقال الشّافعيّة والحنابلة: لا ينعقد الطّلاق هنا، كما لو علّقه على غير الزّواج.

فإذا علّقه بمقارنة النّكاح لا عليه، لغا بالاتّفاق، كأن يقول لأجنبيّة: أنت طالق مع نكاحك، فإنّه لغو[3].

المناقشة والترجيح:

إن أساس الخلاف في هذه المسألة والخلاف بين الفقهاء في صحّة تعليق الطّلاق بالنّكاح وعدم صحّته مبنيّ على اختلافهم في التّعليق وأثره في التّصرّف المعلّق .

فعند الحنفيّة ومن وافقهم: التّعليق يؤخّر انعقاد التّصرّف المعلّق سبباً لحكمه حتّى يوجد المعلّق عليه . فالتّصرّف المعلّق لا وجود له عند التّكلّم بالصّيغة، وإنّما يوجد عند وجود المعلّق عليه . وعند الشّافعيّة ومن

---

[1] رواه بهذا اللفظ ابن ماجه في السنن، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح، ٦٦٠/١ برقم ٢٠٤٦. وقد عنون البخاري في صحيحه في كتاب الطلاق باب لا طلاق قبل النكاح، ٢٠١٧/٥. ورواه أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح، بلفظ: "لا طلاق إلا فيما تملك"، ٢٥٨/٢ برقم ٢١٩٠، ورواه الترمذي في السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح، بلفظ: "لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك" ٤٨٦/٣ برقم ١١٨١. وأخرجه الحاكم في المستدرك، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: "لا طلاق قبل النكاح" ٢٢٢/٢. برقم ٢٨٢٠. وانظر: (الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٤٠/٦. الزيلعي: نصب الراية، ٢٣٠/٣ وما بعدها).

[2] عبد الرزاق: المصنف، كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح، ٤٢٠/٦ برقم ١١٤٦٨. الطبراني: المعجم الكبير، ٣٢٧/٩ برقم ٩٦٣٥. الهيثمي: مجمع الزوائد، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح، ٣٣٤/٤ . وقال إسناده منقطع ورجاله ثقات.

[3] ابن عابدين: حاشية رد المحتار،٣٤٤/٣، الدردير:الشرح الكبير،٣٧٠/٣، الخرشي على خليل، ٣٢/٤، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٢/٣.

وافقهم: التّعليق لا يؤخّر انعقاد التّصرّف سبباً لحكمه، وإنّما يمنع ترتّب الحكم عليه حتّى يوجد الشّرط المعلّق عليه . فعندهم التّصرّف المعلّق على شرطٍ موجود عند التّكلّم بالصّيغة، غير أنّ حكمه لا يترتّب عليه إلاّ عند وجود الشّرط المعلّق عليه . وبناءً على هذا: من قال لامرأةٍ أجنبيّةٍ: إن تزوّجتك فأنت طالق، ثمّ تزوّجها وقع الطّلاق عند الحنفيّة ومن معهم، لأنّ الشّرط لصحّة الطّلاق أن تكون المرأة محلاّ للطّلاق عند وجوده، والطّلاق المعلّق لا يوجد في رأيهم إلاّ عند تحقّق الشّرط، وعند تحقيق الشّرط تكون المرأة محلاّ للطّلاق، إذ هي في ذلك الوقت زوجة، فيقع عليها الطّلاق .

وعند الشّافعيّة ومن وافقهم: لا يقع الطّلاق، لأنّ الطّلاق المعلّق ينعقد سبباً لحكمه عند التّكلّم به، والمرأة في ذلك الوقت لم تكن زوجةً، فلم تتحقّق المحلّيّة الّتي هي شرط وقوع الطّلاق، فلا يقع الطّلاق[١].

لذلك ففي كلا الرأيين قوة، ولكنني أرجح رأي الشافعية والحنابلة، عملاً بالحديث الثابت الصحيح، ولا عبرة بما طعن به بعضهم بعد تحسين الترمذي.

المطلب الرابع
شرائط صحّة التّعليق

يشترط لوقوع الطّلاق المعلّق على شرط ما يلي[٢]:

الشريطة الأولى: أن يكون الشّرط المعلّق عليه معدوماً عند الطّلاق وعلى خطر الوجود في المستقبل، فإذا كان الشّرط موجوداً أو حالاً عند التّعليق. فالتعليق ههنا صوري لأنه علق على أمر ثابت في الحال. إذ القاعدة الفقهية تقول: **التعليق بشرط كائن تنجيز**[٣].

ومثاله: إذا قال: إن كانت إمرأتي ولدت بنتاً فهي طالق، وكانت قد ولدت فعلاً وقت نطقه بنتاً فإنّ طلاق صحيح منجّز يقع للحال، وليس معلّقاً.

ولكنه إذا كان متجدداً يستمر في المستقبل، كأن يقول: إن لبستِ الثوب الفلاني فهي طالق وهي لابسة له يقع الطلاق إن لم تقلعه في الحال لأن المعلق عليه يكون اللبس المتجدد في المستقبل وهو ما يلي وقت الطلاق، وهذا يسمى من الأفعال الممتدة وليس منه إن دخلت دار فلان فأنت طالق[٤].

أمّا أنّه على خطر الوجود، فمعناه: أن يكون الشّرط المعلّق عليه ممكن الحصول في المستقبل، فإذا كان مستحيل الحصول لغا التّعليق، ولم يقع به شيء، لا في الحال ولا في المستقبل، كما إذا قال لها: إن عاد أبوك حيّاً – وهو ميّت – في الحياة الدّنيا فأنت طالق، فإنّه لغو.

وهذا مذهب الحنفيّة، وذهب المالكيّة إلى وقوعه منجّزاً، وللحنابلة فيه قولان[٥].

---

[١] التحرير مع شرح التيسير، ١٧٨/١.

[٢] انظر هذه الشروط في الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة "طلاق" ٣٢/٢٩

[٣] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ص٢٣٨. الأزجندي: الفتاوى الخانية ٣٢٨/١. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٩٦/٤. الزرقا: المدخل الفقهي فقرة ٦٩٥.

[٤] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٣١٨.

[٥] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٣٤٢/٣-٣٤٨، الدردير: الشرح الكبير، ٣٧٠/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٢/٣.

وكذلك لا يقع التعليق إن كان متعلقاً على مشيئة الله سبحانه وتعالى لأن مشيئة الله سبحانه وتعالى مغيبة عنا، وقد مر ذكرنا هذا في بحث الاستثناء في الطلاق.

الشريطة الثانية: أن يكون التّعليق متّصلاً بالكلام، فإذا فصل عنه بسكوت، أو بكلام أجنبيّ، أو كلام غير مفيد، لغا التّعليق ووقع الطّلاق منجّزاً، كما لو قال لها: أنت طالق، وسكت برهةً، ثمّ قال: إن دخلت دار فلان، أو قال لها: أنت طالق، ثمّ قال لها: أعطني ماءً، ثمّ قال: إن لم تدخلي دار فلان.
إلاّ أنّه يغتفر الفاصل الضّروريّ، كما إذا قال لها: أنت طالق، ثمّ تنفّس لضرورة، ثمّ قال: إن دخلت دار فلان، فإنّه معلّق، ولا يقع إلاّ بدخولها الدّار المحلوف عليها، وكذلك: إساغة اللّقمة، أو كلمة مفيدة، كأن يقول لها: أنت طالق بائناً إن دخلت دار فلان، فإنّه معلّق ويقع به بائناً عند الدّخول، فإن قال لها: أنت طالق رجعيّاً إن دخلت دار فلان، لغا التّعليق ووقع الرّجعيّ منجّزاً، لأنّ كلمة "رجعيّاً" لم تفد شيئاً، فكانت قاطعاً للتّعليق، بخلاف كلمة " بائن " فإنّها أفادت، فلم تكن قاطعاً، وهذا المثال وفق مذهب الحنفيّة الّذين يوقعون بكلمة " بائن " طلاقاً بائناً [1].
الشريطة الثالثة: أن لا يقصد به المجازاة، فإذا قصد به المجازاة، وقع منجّزاً ولم يتعلّق بالشّرط، كما إذا قالت له: يا خسيس، فقال لها: إن كنت كذلك فأنت طالق، يريد معاقبتها، لا تعليق الطّلاق على تحقّق الخساسة فيه، فإنّه يقع الطّلاق هنا منجّزاً، سواء أكان خسيساً أم لا، فإن أراد التّعليق لا المجازاة تعلّق الطّلاق، ويُدَيّن، أي يحلف على ذلك[2].
الشريطة الرابعة: أن يذكر المشروط في التّعليق، وهو المعلّق عليه، فلو لم يذكر شيئاً، كما إذا قال لها: أنت طالق إن، فإنّه لغو في الرّاجح لدى الحنفيّة، وهو قول أبي يوسف، وقال محمّد بن الحسن: تطلق للحال[3].

الشريطة الخامسة: وجود رابط، وهو أداة من أدوات الشّرط، وقد تقدّمت، إلاّ أن يفهم الشّرط من المعنى، فإنّه يتعلّق بدون رابط، كما إذا قال لها: عليّ الطّلاق سأذهب إلى فلان، فإنّه تعليق صحيح مع عدم الرّابط[4].

الشريطة السادسة: قيام الزّوجيّة بين الحالف والمحلوف عليها عند التّعليق، حقيقةً أو حكماً، بأن تكون زوجته أو معتدّته من رجعيّ أو بائن، فإذا لم تكن زوجته عند التّعليق، ولا معتدّته، لغا التّعليق ولم يقع عليها به شيء، كما إذا قال لأجنبيّة عنه: أنت طالق إن دخلت دار فلان، فإنّه لغو، –كما بينا ذلك سابقاً– إلاّ أن تكون زوجةً لغيره، فإنّه يتوقّف التّعليق عندها على إجازة زوجها، لأنّه فضوليّ، فإن أجازه الزّوج صحّ التّعليق، ثمّ إن دخلت بعد الإجازة وقع الطّلاق عليها، وإلاّ فلا.

هذا ما لم يعلّق الطّلاق على نكاحها، فإن علّقه عليه فقد ذكرنا خلاف الفقهاء في ذلك آنفاً.

---

[1] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٣٦٦/٣-٣٦٧، ابن قدامة: المغني، ٢٤٠/٧ و٢٩٤، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٤/٣
[2] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٤٣/٣، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٤/٣.
[3] المراجع السابقة.
[4] المراجع السابقة.

وأما إذا علّقه على انتهاء النّكاح، كأن يقول لها: أنت طالق مع موتي، أو مع موتك، فإنّه لغو أيضاً لعدم الملك[١].

الشريطة السابعة: قيام الزّوجيّة بين الحالف والمحلوف عليها عند حصول الشّرط المعلّق عليه حقيقةً أو حكماً، بأن تكون زوجةً له أو معتدّةً من طلاق رجعيّ أو بائن، فإذا لم تكن كذلك عند وقوع الشّرط لم يقع الطّلاق به عليها، عملاً بالقاعدة الفقهية: **لا يعتبر قيام الأهلية عند وجود الشرط بل عند التعليق**[٢].
ومثلها: **المعلق بالشرط عند وجود الشرط لا ينزل إلا عند بقاء المحل**[٣].
فإذا قال لزوجته: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، فدخلتها وهي زوجته أو معتدّته طلقت، وإن دخلتها بعد أن طلّقها وانقضت عدّتها، لم تقع عليها الطّلقة المعلّقة، لعدم صلاحيّتها لوقوع الطّلاق عليها عندئذ [٤].
ولو قال لها: أنت طالق بعد شهر وقبل مضي الشهر قد طلقها ولم يكن دخول فإن الطلاق الأول لا يقع لأن الزمن الذي أضيف إليه لفظ الطلاق كانت المرأة غير أهل له فيه.

الشريطة الثامنة: كون الزّوج أهلاً لإيقاع الطّلاق عند التّعليق، بأن يكون بالغاً عاقلاً عند الجمهور، خلافاً للحنابلة كما سبق، ولا يشترط كونه كذلك عند حصول الشّرط المعلّق عليه، وإن كان الطلاق لا يقع إلا عند وقوع المعلق عليه. وهذا ما تنص عليه القاعدة الفقهية: **من ملك التنجيز ملك التعليق**[٥].
فلو قال لها الزّوج عاقلاً: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ثمّ جنّ، ثمّ دخلت الدّار المحلوف عليها، فإنّها تطلق، وكذلك إذا دخلتها قبل جنونه، فإنّها تطلق أيضاً، لأن الصيغة إذا صدرت من أهلها صحيحة مستوفية شروطها، فتكون سبباً لحصول الأمر المعلق، ويكون لها أثرها، وتؤدي مؤداها، ولو زالت الأهلية بعد ذلك. بخلاف ما لو علّق طلاقها وهو مجنون، فإنّه لغو[٦].

الشريطة التاسعة: واشترط الإمام أبو حنيفة وصاحباه أن يكون التعليق ووقوع الفعل في حلٍ واحد، فلو علق طلاق امرأته ثم طلقها ثلاثاً أو مكملاً الثلاث ثم انتهت عدتها وتزوجها آخر ودخل بها ثم طلقها وبعد انتهاء عدتها تزوجها الأول ثم وقع الأمر المعلق عليه لا يقع الطلاق لأن الطلاق المعلق طلقة واحدة أو أكثر من طلقات الحل الأول الثلاث وقد زال كله فلا يمكن أن يتحقق طلاق بوجود هذا الأمر الذي كان معلقاً.

ولا يشترط بقاء الزواج الذي حصل فيه التعليق فلو علق طلاقها ثم طلقها واحدة وانتهت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك ووقع الشيء المعلق عليه فإن الطلاق يقع.
وهذا كله عند أبي حنيفة وصاحبيه، أما زفر فقد قال: لا يشترط بقاء الزواج ولا يشترط بقاء الحل فلو علق طلاقها على أمر ثم طلقها وبعد زواجها بغيره وطلاقها منه وانتهاء عدتها تزوجها ووقع الشيء المعلق عليه

---

[١] ابن عابدين:حاشية رد المحتار، ٣٤٤/٣، الدردير:الشرح الكبير، ٣٧٠/٣، الخرشي على خليل، ٣٢/٤، الشربيني:مغني المحتاج، ٣٩٢/٣.
[٢] السرخسي: المبسوط،١٠٧/٦-١٠٨.
[٣] المصدر السابق،٢٣٠/٦.
[٤] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٣٤٥/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٧٠/٣ -٣٧٦. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٢/٣.
[٥] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٣٦٨. المجددي: قواعد الفقه ١٣٠.
[٦] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٤٨/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٦٥/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣. أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٣١٩.

يقع الطلاق لأن الرجل علق وما قيد بحل معين، إذا كان قد تعذر الطلاق بالفرقة قبل وجود المعلق عليه فإذا جاء الحل عاد والتعليق ما زال باقياً [1].

المطلب الخامس
انحلال الطّلاق المعلّق على شرط

ينحل تعليق الطلاق بحصول أحد الأمور التالية:

أولاً: إذا علّق الزّوج الطّلاق على شرط، فإنّه ينحلّ بحصول الشّرط المعلّق عليه مرّةً واحدةً، مع وقوع الطّلاق به على الزّوجة في هذه المرّة، فإذا عادت إليه ثانيةً في العدّة أو بعدها، لم تقع عليها به طلقة أخرى لانحلاله، هذا ما لم يكن التّعليق بلفظ " كلّما "، وإلاّ وقع عليها به ثانيةً وثالثةً، لأنّ كلّما تفيد التّكرار دون غيرها.

وعلى ذلك فلو قال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً إن دخلت دار فلان، ثمّ طلّقها منجّزاً واحدةً قبل دخول الدّار، ثمّ مضت عدّتها، ثمّ دخلت الدّار المحلوف عليها، ثمّ عادت إليه بزوجيّة أخرى، جاز، فإذا دخلت الدّار المحلوف عليها بعد ذلك لم يضرّها، ولم يقع عليها بذلك شيء، لانحلال الطّلاق المعلّق بالدّخول الأوّل بعد العدّة، فإذا علّق طلاقها الثّلاث على دخول الدّار، ثمّ نجّز طلاقها مرّةً واحدةً، وانقضت عدّتها دون أن تدخل الدّار المحلوف عليها، ثمّ عادت إليه بعقد جديد، ثمّ دخلتها، وقع الثّلاث عليها، لعدم انحلال اليمين المعلّقة، بخلاف ما لو دخلتها بعد عدّتها، فإنّها تنحلّ بذلك.

ثانياً: وكذلك تنحلّ اليمين المعلّقة على شرط بزوال الحلّ بالكلّيّة، كما إذا علّق طلاقها الثّلاث على دخول الدّار، ثمّ طلّقها ثلاثًا منجّزةً، ثمّ تزوّجها بعد التّحليل، ثمّ دخلت الدّار ولم تكن دخلتها من قبل، فإنّها لا تطلق هنا لانحلال اليمين المعلّقة بزوال الحلّ بالكلّيّة، وذلك بوقوع الثّلاث عليها، على خلاف وقوع ما دون الثّلاث، فإنّه لا يزيل الحلّ، فلا تنحلّ به اليمين المعلّقة إلاّ بحصول الشّرط فعلاً مرّةً.

وهذا مذهب الحنفيّة والمالكيّة، وللشّافعيّة فيه أقوال ثلاثة:

الأوّل: يقع مطلقاً، والثّاني: لا يقع مطلقاً، والثّالث: يقع بما دون الثّلاث، ولا يقع بعد الثّلاث، وذهب الحنابلة إلى وقوعه في الكلّ.

ثالثاً: كما تنحلّ اليمين المعلّقة على شرط بردّة الحالف مع لحاقه بدار الحرب، فلو طلّقها معلّقاً، ثمّ ارتدّ ولحق بدار الحرب، ثمّ عاد إلى الإسلام، وعاد إليها، ثمّ فعلت المعلّق عليه، فإنّها لا تطلق بذلك، لانحلال اليمين المعلّقة بردّته، وهذا قول الإمام أبي حنيفة، وخالفه الصّاحبان: أبو يوسف ومحمّد، وقالا: لا ينحلّ التّعليق بالرّدّة مطلقًا.

---

[1] أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ٣٢٠

رابعاً: وتنحلّ اليمين المعلّقة على شرط أيضاً بفوت محلّ البرّ، فإذا قال لها: أنت طالق إن دخلت دار فلان، ثمّ خربت الدّار، أو إن كلّمت زيداً فمات زيد، انحلّت اليمين المعلّقة، حتّى لو أنّ الدّار الخربة بنيت ثانيةً فإنّ اليمين المعلّقة لا تعود، لأنّها غير الدّار المحلوف عليها[١].

تعليق الطلاق على شرطين:

القاعدة في ذلك أن : **المعلق بالشرط لا ينزل إلا بعد وجود الشرط بكماله**[٢]. وأيضاُ القاعدة: **الحكم الثابت بعلة ذات وصفين إنما يثبت عند ثبوت الوصفين جميعاً**[٣]. ومثلها: الحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحد الوصفين[٤]. فإذا قال: إن خرجت بغير إذني وكلمت فلاناً وزرت فلانة فأنت طالق. فهي لا تطلق إلا إذا فعلت الثلاثة مرتبة أو غير مرتبة. فأما لو خرجت فقط فلا تطلق أو خرجت وكلمت فقط فلا تطلق. إذا لا يقع الطلاق إلا بتحقق الثلاثة ووجودها منها.

لكن يذكر فقهاء الحنفية: أنه إذا علّق الرجل طلاق زوجته على شرطين أو أكثر وقع الطّلاق عليها بحصول المعلّق عليه كلّه في النّكاح، وكذلك بوقوع الثّاني أو الأخير فقط في النّكاح، وعلى هذا فإن حصل الشّرط الأوّل في النّكاح، والشّرط الثّاني بعده، كما إذا قال لها: إن جاء زيد وعمرو فأنت طالق، فجاء زيد، ثمّ طلّقها منجّزاً واحدةً، ثمّ جاء عمرو بعد انقضاء عدّتها، لم تطلق ثانيةً بمجيئه. فإن طلّقها منجّزاً واحدةً إثر تعليقه، ثمّ جاء الأوّل زيد بعد انقضاء العدّة، ثمّ تزوّجها فجاء عمرو وهي زوجته، وقع عليها المعلّق، فكانتا اثنتين[٥].

---

[١] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٥٢/٣-٣٥٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٧٥/٣ -٣٧٦. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٣/٣. ابن قدامة: المغني، ٢٩٤/٧-٢٩٥.

[٢] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ٤٩٥ عن التحرير ٢٤٨/٣ ١١٣٥ و١٠٢٣/٤.

[٣] السرخسي: المبسوط،٣٠٧/٣.

[٤] المصدر السابق،٧١/٧ – ٩٠/٢١

[٥] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار ٣٦٣/٣-٣٦٤.

المبحث الرابع
القواعد الفقهية في الطلاق المنجز والمضاف والمعلق

قاعدة رقم (١).

إذا صح التعليق فالمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز[١].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز[٢].
- الأصل أن المعلق بالشرط عند وجوده كالمنجز[٣].

معنى القاعدة:

المراد بالشرط هنا: الشرط اللغوي المصدر بإنَّ أو إحدى أخواتها، فمتى علق أمر بشرط وكان التعليق صحيحاً وتوافرت فيه شرائطه، ثم وجد الشرط وتحقق، فالمعلق بالشرط ينفذ ويأخذ حكمه كما لو كان منجزاً حالاً أو المنشأ حالاً.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال إنسان لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق. فإن دخلت الدار وقع عليها الطلاق بمجرد دخولها، فكأنه أوقع عليها الطلاق عند دخول الدار، أو كأنه أنشأ الطلاق حين دخولها، والطلاق قبل الدخول معدوم غير واقع[٤].

قاعدة رقم (٢).

المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط[٥].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- المتعلق بالشرط يثبت بوجود الشرط[٦].
- المتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط أو قبل وجود الشرط[٧].
- ما يتعلق بالشرط لا يكون ثابتاً قبل الشرط[٨].
- المعلق لا ينجز[٩].
- المعلق بالشرط عدم قبله[١٠].

---

(١) السرخسي: المبسوط ١٨٦/١٩. الزركشي: المنثور ٣٧٠/١. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٣١٩/١
(٢) السرخسي: المبسوط،١٢٦/٣ – و١٥٥/٣٠ الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ص ١٥٧.
(٣) السرخسي: المبسوط، ٩٧/٣.
(٤) البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٩٠/٢، ٧٦٠/١٠.
(٥) مجلة الأحكام العدلية، مادة ٨٢. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٥٣٠/١. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٤١٥-٤١٨.
(٦) السرخسي: شرح السير الكبير ٥٣١.
(٧) المصدر السابق ٥٣٥.
(٨) السرخسي: المبسوط،١٢٦/٢٦.
(٩) الزركشي: المنثور في القواعد،٢١٦/٣.
(١٠) السرخسي: المبسوط،٢٠/٦.

- ما لم يتيقن من وجود الشرط بعد اليمين لا ينزل الجزاء[١].
- المتعلق بالشرط لا ينجز مالم يوجد الشرط حقيقة [٢].
- المعلق بالشرط لا ينزل إلا بعد العلم بوجود الشرط[٣].
- مالم يتم الشرط لا ينزل الجزاء أو بدون تمام الشرط لا ينزل الجزاء[٤].

معنى هذه القواعد:

تشير هذه القواعد: إلى أن المتعلق بالشرط وهو الجزاء المشروط، لا يجوز العمل به ولا ينزل، إلا بعد وجود الشرط وتحققه والعلم بوجوده قطعاً بتمامه. فما لم يوجد الشرط تاماً حقيقة لا ينزل الجزاء ولا ينجز المشروط. وما كان مشروطاً وقوعه وثبوته وحصوله بشرط فإنه قبل وجود الشرط يكون معدوماً ولا يثبت إلا بثبوت شرطه؛ لأن الشرط دائماً يجب حصوله قبل مشروطه.

وكذلك الجزاء لا يجوز أن ينزل بالمحلوف عليه إلا إذا وجد الشرط الذي علق عليه الجزاء قطعاً ويقيناً، وإذا لم يتيقن من وجود الشرط ويقطع به فلا يجوز تحقق الجزاء.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته: إن دخلت الدار أو كلمت فلاناً أو فعلت كذا فأنت طالق. فلا يقع الطلاق عليها ما لم يتحقق من وقوع الشرط ووجوده من الدخول أو التكليم أو الفعل المحلوف عليه.

ومنها: إذا قال لزوجته أنت طالق إن أحببت فقالت: قد شئت الطلاق وقع عليها لأنها أتت بما جعله شرطاً بل أقوى لأن المشيئة أقوى من المحبة.

لكن إذا قال: أنت طالق إذا شئت. فقالت أحببت أو هويت أو أردت لم يقع شيء لأنها أتت بغير ما جعله شرطاً في حكم الطلاق.

ومنها: إذا قال لزوجته أنت طالق عند آخر الشهر فلا يقع الطلاق قبل نهاية الشهر[٥].

ومنها: إذا قال: أنت طالق إذا مات فلان. ثم مات فلان ولم يعلم أنه شاء أو لم يشأ. لم يقع الطلاق لعدم العلم بوجود الشرط.

ومنها: إذا قال: إذا كان أول غلام تلدينه غلاماً فأنت طالق فولدت خنثى مشكلاً لم يقع الطلاق حتى يتبين أمره[٦].

قاعدة رقم (٣).

الشروط اللغوية أسباب يلزم من وجودها الوجود ومن عدمها العدم[٧].

معنى القاعدة:

---

[١] المصدر السابق،١٠٩/٦.
[٢] المصدر السابق،١٠٩/٣٠.
[٣] المصدر السابق،٢٠٨/٦.
[٤] المصدر السابق،٢٠٢/٦.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٧٥٨/١٠.
[٦] الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٤١٥-٤١٨. الدعاس: القواعد الفقهية، ٦٩-٧٠.البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٠٩/٩.
[٧] القرافي: الفروق، ٨٢/١.

المراد بالشروط اللغوية: هو جملة الشرط المصدرة بأداة شرط إن أو إحدى أخواتها.
وتفيد القاعدة أن كل شرط لغوي هو سبب أو علة لوجود الحكم والجزاء والجواب، وهو الحكم فحيثما وجد الشرط وجد الحكم، وحيثما انعدم الشرط انعدم الحكم لأن وجود الحكم أو الجزاء والجواب مترتب دوماً على وجود الشرط.

فروع على القاعدة:

منها: قول الرجل لامرأته إذا دخلت الدار فأنت طالق أو إن كلمت فلانا فأنت طالق فإذا وجد الدخول طلقت وكذلك إذا وجد تكليمها فلانا وهكذا[1].

قاعدة رقم (٤).

تعلق الحكم بالشرط لا يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط[2].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- التعليق بالشرط يقتضي نفي الحكم عند عدمه في عين ما تعلق الشرط.
- التعليق بالشرط لا يقتضي –لا يوجب– نفي الحكم عند عدم الشرط.
- التعليق بالشرط يقتضي وجود الحكم عند وجود الشرط ولكن لا يوجب انعدام الحكم عند انعدام الحكم عند انعدام الشرط (عند الحنفية).
- وعند الشافعي رحمه الله: تعليق الحكم بالشرط كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط يدل على نفيه عند عدم الشرط [3].

معنى القواعد:

المتفق عليه عند الفقهاء: أن الحكم المعلق بالشرط، يجب ثبوته عند وجود الشرط، فالتعليق بالشرط إذن يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط وتحققه.
ولكن اختلفوا في نفي الحكم عند عدم الشرط هل تدل عليه صيغة التعليق؟. وهل يقتضي عدم تحقق الشرط نفي الحكم؟ عند الحنفية إن تعلق الحكم بالشرط لا يقتضي ولا يوجب انعدامه عند انعدام الشرط وأما عند الشافعي رحمه الله فإن عدم الشرط يقتضي نفي الحكم في عين ما تعلق الشرط .
فإذن تعليق الحكم بالشرط يدل عند الشافعي على أمرين الأول:
ثبوت الحكم عند وجود الشرط والثاني: نفي الحكم عند عدم الشرط.
وأما عند الحنفية فلا يدل إلا على أمر واحد هو تحقق الحكم وثبوته عند وجود الشرط وتحققه ولا يدل على النفي لاحتمال أن يتحقق الحكم بسبب آخر أو أن يثبت الحكم بدليل آخر .

---

[1] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٢٤.
[2] السرخسي: المبسوط،٥/١ و١١٠.
[3] المصدر السابق،١٠٠/١ و٢٠٢/٥ و٣/٧ و١٤٤/٧.

ولكن عند التحقيق لا نرى خلافا في المسألة لأن الحنفية لا يثبتون الحكم مطلقا عند عدم تحقق الشرط بل هو منفي عندهم في عين ما تعلق بالشرط ولكن قد يثبت بدليل آخر أو سبب آخر وهذا ما لا ينفيه الشافعي رحمه الله.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته إن كلمت فلانا فأنت طالق فإن كلمت وقع الطلاق عند الجميع ولكن إن لم تكلم هل يكون دليلاً على عدم وقوع الطلاق؟ عند الشافعي نعم ولكنه رحمه الله لا ينفي أن يقع الطلاق بسبب آخر وعند الحنفية لا أي لا يكون دليلا على عدم وقوع الطلاق لاحتمال أن يقع بسبب آخر ولذلك الخلاف في هذه المسألة لفظي[١].

قاعدة رقم (٥).

التعليق لا يثبت إلا بلفظ موضوع للتعليق[٢].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة قيد للتعليقات؛ حيث تفيد أن التعليق لا يكون تعليقاً إلا إذا وجد بلفظ موضوع للتعليق والمقصود بألفاظ التعليق أدوات الشرط كإن وغيرها من الألفاظ الموضوعة للشرط والتعليق مع وجود الشرط والجزاء.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار أنت طالق. طلقت حالاً؛ لأن قوله: أنت طالق كلام تام بنفسه فلا يتعلق بغيره إلا بأمارة. ولا يصح هنا أن يكون جواباً للشرط، لأن جواب الشرط إذا كان اسماً وجب اقترانه بالفاء ولم وتوجد.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصدق على إرادة الجزاء وتضمر الفاء صيانة للشرط عن الإلغاء لأنه إذا نوى ما دل عليه ظاهر كلامه صدق مطلقاً.

وهذا القول وجيه مقبول حيث إن معرفة شروط جملة الجواب والجزاء وما تصح به وما لا تصح لا يعلمه كل الناس وإنما يختص بعلمه علماء اللغة ومن هم على صلة بالنحو وقواعده. وأكثر الناس عوام لا يعرفون شيئا من ذلك. فيجب أن يحمل كلام العامي على ما نواه إن احتمله[٣].

قاعدة رقم (٦).

التعليق بشرط كائن تنجيز[٤].

وفي لفظ:

- التعليق بالموجود تنجيز[٥].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٩٧/٤.

[٢] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ص ٢٨٥.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٠٦/٤.

[٤] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ٢٣٨. الأزجندي: الخانية ٣٢٨/١. البورنو: موسوعة القواعد، ٣٩٦/٤ – المدخل الفقهي فقرة ٦٩٥.

[٥] السرخسي: المبسوط، ٢١٦/٦.

معنى القاعدة:

الشرط الكائن: هو الشرط المتحقق الوجود.

التنجيز: نجز الشيء ينجز أي تم وتحقق وتعجل والناجز الحاضر[١].

فالعقد المتعلق بشرط متحقق يكون معجلاً حاضراً سواء في ذلك عقد العقد أو غيره.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته: إن سافر فلان فأنت طالق، وكان فلان قد سافر، فتطلق زوجته فوراً.

قاعدة رقم (٧).

المعلق بالشرط لا ينزل إلا بعد وجود الشرط بكماله[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- المعلق بالشرط لا يثبت حكمه في بعض المحل بوجود بعض الشرط[٣].
- المعلق بالشرطين ينزل عند وجودهما من غير مراعاة الترتيب[٤].

معنى القواعد:

تشير هذه القواعد إلى أن الشرط المعلق عليه قد يكون شيئاً واحداً، وقد يكون متعدداً وقد سبق بيان أن المعطوف على الشرط شرط.

وبناء على ذلك؛ فإنه إذا كان الشرط متعدداً فإنه لا يثبت حكمه إلا إذا وجد الشرط بتمامه وكماله، ولا يثبت حكم الشرط في جزء من المحل أو بعضه إذا وجد بعض الشرط؛ بل لا بد من تحقق الشرط كله واجدا أو متعدداً.

وإذا كان المعلق عليه شرطين أو أكثر، فلا يشترط فلا يشترط لتحقق الحكم وقوعهما مترتبين، بل إن شرط تحقق الحكم وقوع الشرطين أو الشروط وتحققها سواء وقعا بترتيب أو غير ترتيب، إلا إذا كان الشرط الثاني مترتباً على الشرط الأول فيجب الترتيب وإلا لم يقع الحكم.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال: إن خرجت بغير إذني وكلمت فلاناً وزرت فلانة فأنت طالق. فهي لا تطلق إلا إذا فعلت الثلاثة مرتبة أو غير مرتبة. فأما لو خرجت فقط فلا تطلق أو خرجت وكلمت فقط فلا تطلق. إذا لا يقع الطلاق إلا بتحقق الثلاثة ووجودها منها.

قاعدة رقم (٨).

متى علق الطلاق على صفات فاجتمعن في شيء واحد وقع بكل صفة ما علق عليها[٥].

---

[١] الرازي: مختار الصحاح مادة "نجز".

[٢] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ٤٩٥ عن التحرير ٢٤٨/٣ ١١٣٥ و١٠٢٣/٤.

[٣] المراجع السابقة.

[٤] المرجع السابق ٢١٧/٥.

[٥] ابن قدامة: المغني، ٣٣٨/٧. ابن مفلح، شمْس الدّين: الفروع ويليه تصحيح الفروع لابي الحسن المرداوي- بيروت: عالم الكتب، ٤٢٩/٥. البهوتي: كشاف القناع، ٣١/٤.

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تدخل ضمن قاعدة أعم وهي: (إذا اجتمعت صفات في عين، فهل يتعدد الاستحقاق بها كالأعيان المتعددة؟ المشهور عند عامة الفقهاء أنها كالأعيان في تعدد الاستحقاق)[١].

فالطلاق المعلق على عدة صفات، يقع بكل صفة ما علق عليها، سواء تفرقت هذه الصفات في أعيان متعددة، أم اجتمعت في عين واحد؛ إذ لا فرق بين وجود الصفات في أعيان متفرقة، وبين وجودها في عين واحدة، وإذ لا فرق بينهما فحكمها واحد.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لامرأته: إن كلمت أجنبياً فأنت طالق، وإن كلمت طويلاً فأنت طالق، وإن كلمت فاسقاً فأنت طالق، فكلمت أجنبياً طويلاً فاسقاً، طلقت ثلاثاً[٢].

ومنها: إذا قال لامرأته: إن أكلت رمانة فأنت طالق، وإن أكلت نصف رمانة فأنت طالق، فأكلت رمانة، طلقت طلقتين[٣].

ومنها: إذا قال لها: إن ولدت بنتاً فأنت طالق، وإن ولدت سوداء فأنت طالق، فولدت بنتاً سوداء، طلقت طلقتين[٤].

قاعدة رقم (٩).

الأصل أن الشرط والاستثناء إذا تعقب كلمات منسوقة بعضها على بعض ينصرف إلى جميع ما سبق ذكره[٥].

وهذا عند الشافعي في أحد قوليه[٦].

معاني المفردات:

المراد بالنسق: العطف بالواو أو غيرها من أدوات العطف .

معنى القاعدة:

أنه إذا وجدت كلمات أو جمل معطوف بعضها على بعض وجاء بعدها شرط أو استثناء فيكون الشرط شرطا في جميع ما سبق ذكره ويكون الاستثناء استثناء من جميع ما سبق ذكره.

فروع على القاعدة:

منها: من قال لزوجته إن أكلت وشربت وخرجت فأنت طالق فهي لا تطلق حتى تأكل وتشرب وتخرج ولا تطلق إذا فعلت واحدا أو اثنين مما هو مشروط.

---

[١] ابن رجب: القواعد، ٢٧٢.
[٢] ابن قدامة: المغني، ٣٣٨/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٣١/٤
[٣] المراجع السابقة.
[٤] ابن قدامة: المغني، ٣٣٨/٧
[٥] السرخسي: المبسوط ١٩٩/٤. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٥١٣/١.
[٦] الشافعي: الأم ٨١/٧. وهو قول ابن شجاع ايضاً [البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٠٧/٦.]

قاعدة رقم (١٠).

الشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءاً جزءاً وما لم يتم الشرط لا يثبت شيء من الجزاء[١].

معنى القاعدة:

الشرط مع مشروطه أي الجزاء والجواب متقابلان، فإذا وجد الشرط كاملاً وجد المشروط كاملاً كذلك، وأما إذا وجد الشرط غير تام فإن المشروط لا يتحقق؛ لأن وجود المشروط متعلق بوجود تمام الشرط وكماله فلا يمكن أن يوجد جزء من المشروط بوجود جزء من الشرط؛ لأن الشرط مع مشروطه لا يقبلان التبعيض والتجزئة.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق، لا تطلق إلا بدخول كامل الجسم في الدار، بحيث لو وضعت رجلها في الدار وجسدها خارجه لا تطلق لأنها غير داخلة[٢].

قاعدة رقم (١١).

المعلق بالشرط عند وجود الشرط لا ينزل إلا عند بقاء المحل[٣].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- لا ينجز من الطلاق المعلق على أجل، إلا ما يقدّر صحة وقوعه[٤].
- الطلاق المؤجل إنما ينجز بتقدير صحته عند الأجل[٥].

معنى القاعدة:

إذا علق تصرف بشرط فعند وجود الشرط لا ينزل الحكم المبنيّ على الشرط والمعلق عليه إلا إذا كان المشروط عليه الشرط باقياً ليقبل الحكم.

أما إذا كان محل الشرط وهو المشروط عليه أو بسببه قد خرج عن المحل أو قد زال محله فإن الشرط لا يعمل عمله لعدم وجود المحل الصالح.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته: إن كلمت فلاناً فأنت طالق. ثم طلقها بسبب آخر. وبعد طلاقها كلمت فلاناً. فلا يقع الطلقة المعلقة لأنها لم تعد زوجة بعد البينونة. فكأن وقوع الطلاق عليها مشروط ببقاء الزوجية.

ومنها: لو ظاهر منها بعد أن طلقها طلقة بائنة. لم يكن مظاهراً. لأن موجب الظهار حرمة ترتفع بالكفارة. وبالبينونة تثبت حرمة أقوى من ذلك. فلا يظهر الضعيف مع القوي والمرأة لم تعد محلاً بعد البينونة بخلاف ما لو كانت الطلقة رجعية[٦].

---

[١] السرخسي: المبسوط،٢٠٦/٧ – السرخسي: شرح السير الكبير، ٦٦٩. المجددي: قواعد الفقه ٨٥.
[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٠٧/٦.
[٣] السرخسي: المبسوط،٢٣٠/٦.
[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٦٠/٤
[٥] المصدر السابق.
[٦] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٧٦٢/١٠.

قاعدة رقم (١٢).

المنجز لا يحتمل الإضافة[١].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى أن الأمر المنجز: أو التصرف الواقع حالاً حاضراً غير مؤجل لا يجوز إضافته إلى المستقبل لأنه نجز فلا يجوز التأخير ولا التأجيل.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته أنت طالق اليوم غداً طلقت اليوم[٢].

قاعدة رقم (١٣).

إيقاع الطلاق المعلق على الجائز من فعل الغير، أقرب من وقوع المعلق على الجائز من فعل الحالف[٣].

فروع على القاعدة:

منها: إن قال الزوج لزوجته: إن لم أدخل الدار أو أفعل كذا فأنت طالق، لم يقع عليه الطلاق حين تكلم بذلك، ولكن يمنع من وطئها حتى يفعل ما حلف عليه، فإن رفعت أمره إلى السلطان ضرب له من ترفع أجل المولي، ولا ينظر إلى ما مضى قبل ذلك من الشهور، وإن قال إن لم يهب فلان لي دينار فأنت طالق، فينظر الإمام على قدر ما يرى أنه أراد بيمينه، فإن وهب له الأجنبي الدينار، وإلا طلقت عليه، ولا يضرب في هذا أجل الإيلاء في المرأة[٤].

قاعدة رقم (١٤).

ما علق بشيء هل يعلق بأوله فيقع؟[٥].

معنى القاعدة:

ما علق بشيء – يوم أو وقت أو زمان أو حال أو صفة أو أي شيء له أحوال متعددة– فهل يكون التعليق بأول المعلق به بمجرد دخول أول أزمان التعليق أو لا يقع المعلق عليه إلا باستيفاء كل المعلق عليه؟.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته أنت طالق غداً، أو إذا جاء الغد فأنت طالق، فهل تطلق بمجرد دخول فجر الغد أو عند نهايته ؟ الأصح عند طلوع فجر الغد.

ومنها: إذا قال: أنت طالق أول بلوغ ولدي وقت الختان طلقت في اليوم السابع من ولادته.

ومنها: إذا قال: إن حضت فأنت طالق. الوجه الراجح لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي يوم وليلة[٦].

---

[١] السرخسي: المبسوط،١١٥/٦.
[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٩٨٩/١٠.
[٣] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٦٩/٤
[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٦٨/٤.
[٥] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ٢ ص ١٠٩.
[٦] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٦١/٩.

قاعدة رقم (١٥).

إذا تقارن الحكم ووجود المنع منه فهل يثبت الحكم أو لا ؟ خلاف[١].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة: إلى حالة مقارنة الحكم للمانع في بعض الصور، فهل يصح الحكم ويثبت ويعتبر المانع ملغى فيكون ذلك استثناء في بعض الحالات من عمل المانع أو يظهر أثر المانع فلا يثبت الحكم؟.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال: لزوجته الحامل أنت طالق مع انقضاء عدتك، أو قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق، فولدت ولدين متعاقبين فما الحكم؟ هل يقع الطلاق أم لا ؟.

مشهور المذهب الحنبلي: أنها تطلق بالأول وتنقضي عدتها بالثاني ولا تطلق به كما في قوله مع انقضاء عدتك.

ومنها: إذا قال: أنت طالق بعد موتي، لم تطلق بغير خلاف، ولو قال: مع موتي أو موتك، لم تطلق في رواية؛ لأن الموت سبب البينونة.

ومنها: إذا قال: زوج الأمة لها إن ملكتك فأنت طالق، ثم ملكها، لم تطلق؛ لاقترانه بالانفساخ.

قاعدة رقم (١٦).

التعليق بشرط واقع غير ممتد يصرف إلى المستقبل[٢].

معنى القاعدة:

مفاد هذه القاعدة: أنه إذا علق حكم بشرط واقع ومتحقق ولكنه غير ممتد أو غير مستمر ولا أجزاء له فإن الحكم يعلق بتحقق الشرط المماثل في المستقبل.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لامرأته إن حضت فأنت طالق وهي حائض فلا تطلق إلا إذا حاضت حيضة أخرى. فالحيضة وإن كانت ممتدة هنا لأنها تستمر اياما ولكن لا اعتبار لها في هذه المسائل لأن الحيض والمرض علق الشارع بجملتهما أحكاما فقد جعل الكل شيئا واحداً.

ومنها: إذا قال لامرأته: إن دخلت دار عمرو فأنت طالق وكان الكلام حال وجودهما وكونهما في دار عمرو مثلا فإنه يكون على دخول مستقبل غير هذا لأن الشرط الدخول لا الوجود.

ومنها: إذا قال لامرأته الصحيحة: إذا صححت فأنت طالق يقع الطلاق حالاً لأن الصحة أمر ممتد وفي مثله للدوام حكم الابتداء[٣].

قاعدة رقم (١٧).

---

[١] ابن رجب: القواعد، القاعدة ٥٧. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٣٠٢/١

[٢] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ٢٢. الأزجندي: الفتاوى الخانية ٤٧٢/١ على هامش الفتاوى الهندية.

[٣] الأزجندي: الفتاوى الخانية ٤٩٧/١ على هامش الفتاوى الهندية. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٠٠/٤.

الدوام على الفعل بمنزلة الإنشاء[١].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- الدوام على الشيء هل هو كابتدائه[٢].
- دوام المعلق عليه هل ينزل منزلة ابتدائه[٣].

معنى القواعد:

الدوام: معناه الاستمرار والبقاء، والإنشاء: معناه الابتداء[٤].

تفيد هذه القاعدة: أن من حلف لا يعمل شيئاً وهو يعمل فيه ولم يتركه حين حلف أو حلف على صفة وهو متلبس بها ولم يتركها عند الحلف واستمر مقيماً على عمله ومتلبساً بصفته فهو يحنث في يمينه؛ لأن استمراره على الفعل أو بقاءه على الصفة بمنزلة ابتدائه لذلك الفعل وتلبسه بتلك الصفة.

فروع على القاعدة:

منها: إذا حلف بطلاق امرأته إذا قعد عند فلان وكان قاعداً عنده ولم يقم عند يمنيه فاستمراره على القعود مع إمكانية قيامه وانصرافه يأخذ حكم الابتداء فتطلق امرأته.

ويستثنى من هذه القاعدة: من وجب عليه كفارة ظهار فلم يستطع الرقبة وبدأ في الصوم ثم أيسر فيستمر في صومه ولا يجعل دوامه عليه كابتدائه[٥].

قاعدة رقم (١٨).

مطلق الكلام يتقيد بدلالة الحال ويصير ذلك كالمنصوص عليه[٦].

وفي لفظ:

- مطلق الكلام يتقيد بما سبق فعلا أو قولاً[٧].

معنى القاعدة:

الكلام المطلق كما يقيده العرف يقيده دلالة الحال أي البساط أو ملابسات وحيثيات الكلام والثاني ما سبقه من فعل أو قول.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قامت امرأته لتخرج فقال لها: إن خرجت فأنت طالق. كانت يمينه عن ذلك الخروج فلو قعدت ثم خرجت بعد ذلك لا تطلق[٨].

---

[١] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ص ٢٦.
[٢] الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، القاعدة ١٢ ص ٦٤.
[٣] الحصني: القواعد، ١٤٧/٢.
[٤] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ص ٢٦.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٦٥/٥.
[٦] السرخسي: شرح السير الكبير، ٧٦٢.
[٧] السرخسي: المبسوط،١٦٨/٨.
[٨] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٨٠/١٠.

قاعدة رقم (١٩).

التعليق بالسياق ينزل منزلة التعليق بالنص[١].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- التعليق بالسياق هل كالتعليق بالنص ؟[٢].
- التعليق بالسياق هل هو كالتعليق بالنص أم لا؟[٣].

تنحل هذه العبارة إلى قاعدتين:

- التعليق بالسياق كالتعليق بالنص.
- التعليق بالسياق لا يأخذ حكم التعليق بالنص.

فروع على القاعدة:

منها: قيل له تزوج فلانة، فقال هي عليّ حرام. فعلى وفق قاعدة التعليق بالسياق كالتعليق بالنص، يحمل قوله على أنه إذا تزوجها فهي حرام، فيلزمه بذلك. تنزيلا للسياق منزلة النص.

وعلى وفق القاعدة: التعليق بالسياق لا يأخذ حكم التعليق بالنص لا يلزمه التحريم إذا تزوجها، لأنه لم يعلق التحريم على الزواج نصاً، وإنما مهم ذلك من السياق.

قاعدة رقم (٢٠).

ما علق الحكم فيه على فعل فاعل إذا فعله غيره هل يلتحق به ؟[٤].

معنى القاعدة:

إذا علق حكم ما على فعل إنسان، فإذا فعل هذا الفعل إنسان آخر غير المعلق على فعله الحكم، فهل يتمّ الأمر ويثبت الحكم بفعل ذلك الغير ويعتبر ملحقاً به، أو لا يقع الحكم إلا بفعل من علق عليه؟.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته: إن رأيت الهلال فأنت طالق. فرآه غيرها قالوا: طلقت. لأن المراد بالرؤية العلم. لكن هذا إذا لم يكن له نية مخصصة بالرؤية البصرية خاصة. ولذلك قال: أردت المعاينة فوجهان أشبههما قبول قوله.

ومنها: إذا قال المدين لرب الدين: إن أخذت مالك فامرأتي طالق، فأخذه رب الدين وهو مختار. طلقت امرأة المديون سواء كان مختارا أم مكرها على الإعطاء. لكن في قوله: أنه إذا كان مكرهاً فلا تطلق امرأته. وإذا أداه أجنبي عنه لا يقع الطلاق، لأن المأخوذ بدل حقه[٥].

---

[١] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٤٠/٤

[٢] المصدر السابق، ٢٥٩/٤، ١١٨/٤

[٣] المصدر السابق، ١١٨/٤.

[٤] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق١ ص ٤٧٨.

[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٦٣/٩.

قاعدة رقم (٢١).

كل من علق الطلاق على صفة لا يقع ذلك الطلاق دون وجود تلك الصفة[١].

وفي لفظ آخر:

- تعليق الطلاق بالصفة[٢].

معنى القاعدة:

الطلاق قد يوقعه الزوج غير معلق على صفة أو حالة، أو غير مشروط بشرط، وقد يكون معلقاً على صفة مشروطة، فما كان غير معلق ولا مشروط فهو يقع بمجرد صدوره عن الزوج، سواء أكان رجعياً أم بائناً إذا كان الزوج مستوفياً لشروط الإيقاع.

ولكن إذا كان الطلاق معلقاً على صفة أو حال أو جزاء، فلا يقع قبل وجود تلك الصفة أو تلك الحال أو ذلك الجزاء. كتعلقه بالشرط، لا يقع إلا عند وجود الشرط.

فروع على القاعدة:

منها: إن قال لزوجته إن حضت فأنت طالق لا تطلق قبل أن ترى دم الحيض.

ومنها: إذا قال لامرأة: إذا جاء فلان فقد تزوجتك فلا يتم الزواج ولا ينعقد. لكن إذا قال: إذا جاء فلان فأنت طالق وجاء فلان فقد وقع الطلاق، لأن الطلاق يقبل التعليق بالشرط والصفة والزواج لا يقبله كما سبق في قاعدة التمليكات والتقييدات.

ومنها: إذا قال: إن خرجت من الدار فأنت طالق، لا يقع عليها الطلاق قبل خروجها من الدار حتى لو وضعت رجلاً خارج الباب لا تطلق ما لم تخرج بكلها.

ويستثنى من هذه القاعدة: إذا قال لحامل أو آيسة أنت طالق للسنة أو للبدعة فيلزمه الطلاق من ساعته لأن هؤلاء لا سنة لهن ولا بدعة[٣].

ومما استثني منها أيضاً: إذا قال: أنت طالق أمس أو الشهر الماضي فإنها تطلق في الحال على الأظهر.

ومنها: إذا قال: أنت طالق لرضى فلان أو لدخول الدار طلقت في الحال واللام للتعليل.

ومنها: إذا قال لمن لا سنة لا ولا بدعة لصغر أو كبر: أنت طالق للسنة أو البدعة طلقت في الحال.

ومنها: كذلك إذا قال: أنت طالق طلقة حسنة أو قبيحة أو نحوه ؟.

ومنها: إذا تزوج حر بأمة وعلق طلاقها على كونه عنيناً، فليس لها أن تحاكمه؛ لأنه لا تصح دعواها. لأنها لو حققت دعواها لخرجت من الزوجية والعقد الذي يناقض موضوعه لا يصح.

ومنها: إذا قال: إن رأيت الهلال فأنت طالق فإنها تطلق برؤية غيرها[٤].

---

[١] العلائي: المجموع المذهب ٣٥٧. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٧٩/١. الحصني: القواعد، ٢١٤/٤. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٧٧.

[٢] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٧٩/١.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٠٢/٤.

[٤] المصدر السابق، ٦٦٠/٨.

قاعدة رقم (٢٢).

وصف الشرط كالشرط[١].

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة أن وصف الشرط الجزائي المقيد به يأخذ حكم الشرط، فهو قائم مقامه في الاعتبار والاعتداد به وبناء الحكم عليه. وذلك لأن الشرط إذا وقع، وقع الجزاء، فكذلك وصفه وأيضً إذا وجد الشرط بدون وصفه المقيد به لم يقع الجزاء.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته: إن دخلت الدار راكبة فأنت طالق. فدخلت ماشية لم تطلق لعدم تحقق الشرط.

ويستثنى من هذه القاعدة: إذا قال لزوجته: أنت طالق أمس. فإنها تطلق للحال، لأن الوصف قد سبق وجوده[٢].

قاعدة رقم (٢٣).

ما يمتد فلدوامه حكم الابتداء وإلا فلا [٣].

معنى القاعدة:

ما يمتد المراد به ما يستمر ويبقى حكمه ولم يوقت بوقت. فما كان على هذه الصفة فإن لدوامه واستمراره حكم ابتدائه في لزوم أحكامه ووقوعها.

فروع على القاعدة:

منها: إذا علق طلاق زوجته بوصف قائم بها كالحيض مثلاً أو المرض فإنما يكون ذلك على حيض أو مرض في المستقبل لأن المرض والحيض لا يمتدان.

لكن إذا قال إن صححت فأنت طالق، طلقت في الحال لأن الصحة مما يمتد فلدوامها حكم الابتداء[٤].

قاعدة رقم (٢٤).

ما يقبل التعليق من التصرفات يصح إضافته إلى بعض محل التصرف وما لا يقبله لا يصح إضافته إلى بعض المحل[٥].

وفي لفظ:

- ما يقبل التبعيض يكمل مبَعَّضه.

معنى القاعدة:

---

[١] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٨٧. المجددي: قواعد الفقه ١٣٧.
[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٠٧/١٢.
[٣] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٨٢. المجددي: قواعد الفقه ١١٧.
[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٠٥/٩.
[٥] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٨٣/١.

تشير هذه القاعدة إلى أن ما يقبل التعليق من التصرفات يصح إضافته إلى بعض محله وجزئه حيث يكمل مبعضه –أي ما ذكر بعضه– وهذا داخل ضمن قاعدة: (ما لا يقبل التبعيض فذكر بعضه كذكر كله) وقد سبق بيانه. ولكن ما لا يقبل التعليق لا يصح إضافته إلى بعض محله أو جزئه.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته: إذا خرجت بغير إذني فرأسك طالق فخرجت. طلقت كلها.

ومنها: مما لا يقبل التعليق النكاح والرجعة فمثلا إذا قال إذا قدم فلان فقد راجعتك. فلا تصح الرجعة. لأن الرجعة لا تقبل التعليق[١].

قاعدة رقم (٢٥).

إذا وجدنا جملة ذات أعداد موزعة على جملة أخرى فهل يتوزع أفراد الجملة الموزعة على أفراد الأخرى أو كل فرد منها على مجموع الجملة الأخرى[٢].

معنى القاعدة:

الألفاظ قد تستعمل مفردة مقابل مفردة مثلها وقد تستعمل جملة متعددة مقابل جملة متعددة أو مفردة.

وموضوع القاعدة الجملة ذات الأعداد بمقابل جملة ذات أعداد كذلك .

فعند تقابل الجملة ذات الأعداد بالجملة الأخرى ذات الأعداد فهل توزع أفراد الجملة الأولى على أفراد الجملة الثانية؟ أو يوزع كل فرد من مجموع الجملة الأولى على مجموع أفراد الجملة الثانية.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجتيه: إن أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقتان فإذا أكلت كل واحدة رغيفا طلقت، لاستحالة أكل كل واحدة للرغيفين.

قاعدة رقم (٢٦).

الحكم الثابت بعلة ذات وصفين إنما يثبت عند ثبوت الوصفين جميعاً[٣].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- الحكم المعلق بعلة ذات وصفين يحال به على آخر الوصفين وجوداً[٤].

وفي لفظ مقابل:

- الحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحد الوصفين[٥].

معنى القواعد:

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٧١/٩.

[٢] ابن رجب: القواعد القاعدة الثالثة عشرة بعد المائة. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٣٤٦/١

[٣] السرخسي: المبسوط،٣٠٧/٣.

[٤] المصدر السابق،٤٨/٦ – ١٧٥/٩.

[٥] المصدر السابق،٧١/٧ – ٩٠/٢١

إن الحكم يجوز أن يبنى أو يعلق على علة ذات وصفين أو أكثر، ويثبت ويتحقق إذا وجد الوصفان. فلا بد من وجود الوصفين معا. وكذلك ينعدم بانعدام أحدهما ولو بقي الآخر.

فروع على القاعدة:

منها: إذا علق طلاق زوجته بالخروج وتكليم فلان فلا يقع الطلاق إلا إذا خرجت وكلمت ذلك الشخص فلو خرجت دون أن تكلمه لا يقع الطلاق[١].

قاعدة رقم (٢٧).

إذا تعارض شرطان يؤخذ بالمتأخر منهما[٢].

معنى القاعدة:

هذه قاعدة أصولية، معناها إذا علق الطلاق بشرطين، فأولهما وجودا اسماً لا حكماً حتى إذا وجد الأول في الملك لا الثاني لا تطلق، وبالعكس تطلق خلافاً لزفر رحمه الله.

فروع على القاعدة:

منها: أن يقول لامرأته إن دخلت هذه الدار وهذه الدار فأنت طالق فأبانها فدخلت إحداهما ثم تزوجها فدخلت الأخرى يقع الطلاق، لأن الملك شرط عند وجود الشرط لصحة الجزاء لا لصحة الشرط فيشترط عند الثاني لا الأول.

وإذا دخلت الدارين وهي في نكاحه طلقت اتفاقاً وإن أبانها فدخلت الدارين ثم تزوجها لم تطلق اتفاقاً[٣].

قاعدة رقم (٢٨).

إنشاء التعليق جائز وتعليق الإنشاء لا يجوز[٤].

معنى القاعدة:

إنشاء التعليق: ابتداؤه .

وتعليق الإنشاء: ربط فعل ماض بأمر مستقبل.

وتدلّ هذه القاعدة على أن التعليق حصول أمر بحصول أمر آخر جائز وهو ما فيه شرط يترتب وقوعه عليه وأما ربط فعل ماض بأمر مستقبل فلا يجوز.

فروع على القاعدة:

منها: إنشاء التعليق لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق صح الطلاق إن دخلت[٥].

قاعدة رقم (٢٩).

من ملك التنجيز ملك التعليق[١].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٠١/٥.

[٢] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية ٢٢٣ عن الخصاف ص ١٥٦، صدر الشريعة: التوضيح على التلويح ١٢٤/٢

[٣] صدر الشريعة: التوضيح على التلويح ١٢٤/٢. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٨٦/١

[٤] الزركشي: المنثور في القواعد، ٢٠٦/١-٢٠٧.

[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٩٩/٢

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- من يملك التنجيز يملك التعليق[٢].
- من لا يملك التنجيز لا يملك التعليق[٣].

معنى القواعد:

التنجيز والتعليق لفظان متقابلان؛ فالتنجيز معناه التصرف الحالي الذي لا يقبل التأخير ولا الشرط، والتعليق هو ربط صحة التصرف وتمامه بأجل أو شرط.

وتشير هذه القواعد إلى أن: من لا يملك ولا يستطيع تنجيز تصرف فهو بالأحرى لا يملك تعليقه بالشرط أو غيره ولكن من يملك أن ينجز تصرفه يملك أن يعلقه.

والتنجيز والتعليق تصرف في العقد فمن ملك أحدهما وهو التنجيز وهو الأصل في المعاملات ملك الثاني وهو فرع ومترتب عليه.

فروع على القاعدة:

منها: لا يقع الطلاق المعلق على المرأة التي لا يملك نكاحها لأنه لا يملك تنجيز الطلاق الآن.

ويستثنى من هذه القاعدة: الوكيل بالطلاق يملك التنجيز ولا يملك التعليق.

وكذلك العبد يملك تطليقتين فقط ولا يملك الثالثة لكنه يملك تعليقها إما مقيداً بحال ملكه الثالثة أو مطلقاً، فإذا طلق عبد زوجته بقوله: إن عتقت ودخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ثم عتق ثم دخلت ففي صحة الثالثة وجهان أصحهما الوقوع لأنه يملك اصل الطلاق فاستتبع الصفة[٤].

قاعدة رقم (٣٠).

تعليق الأملاك بالأخطار باطل وتعليق زوالها بالأخطار جائز[٥].

وفي لفظ آخر:

- الأصل أن تعليق الأملاك بالأخطار باطل وتعليق زوالها بالأخطار جائز[٦].

معنى القاعدة:

الأخطار لغة: جمع خطر، وهي الإشراف على الهلاك أو خوف التلف، وقد يأتي بمعنى السبق الذي يراهن عليه[٧].

والخطر اصطلاحاً: المقصود به في القاعدة ما يتردد بين الوجود والعدم، وهي الأمور التي يمكن أن تقع وأن لا تقع [١].

---

[١] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٣٦٨. المجددي: قواعد الفقه ١٣٠.
[٢] المصدر السابق.
[٣] الزركشي: المنثور في القواعد، ٢١١/٣.
[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٠٨٤/١١.
[٥] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية، ١٥٤. الكرخي: الأصول، ص ١١٥.
[٦] أصول الكرخي ١١٥. البورنو: موسوعة القواعد ٤٦٧/١
[٧] الفيومي: المصباح المنير، الرازي: المصباح، مادة" خطر".

والمراد بالتمليكات: العقود والتصرفات التي تؤدي إلى ملكية المعقود عليه، ومثلها التقيدات مثل: البيع والشراء والإجارة والهبة والصدقة والنكاح وحجر المأذون والرجعة والتحكيم.
أما ما يراد به إزالة ملك فالطلاق والعتاق والحوالة والخلع[٢].
والأملاك والتمليكات عند الحنفية لا تقبل التعليق بالمحتملات وأما تعليق زوالها بالمحتملات فجائز[٣].
فتفيد هذه القاعدة: أن ربط حصول الأملاك بما يمكن أن يقع أو أن لا يقع، يمنع حصولها ويبطل عقودها[٤].

فروع على القاعدة:

منها: لا يصح تعليق النكاح، لكن يصح تعليق الطلاق.

ومنها: إذا قال لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت طالق فعند وجود الشرط يقع الطلاق ويزول ملك النكاح.

قاعدة رقم (٣١).

ما صح تعليقه بالشرط ينزل عند وجود الشرط جملة، إذا لم يكن في لفظه ما يدل على الترتيب[٥].

معنى القاعدة:

ما يصح تعليقه بالشرط من العقود والمعاملات هو الإطلاقات كالطلاق والعتاق والحوالة والكفالة وأشباه ذلك.
وأما التمليكات؛ كالبيع والشراء والنكاح والتقييدات كالعزل والحجر والرجعة وأشباهها فكلها لا تقبل التعليق بالشرط.
أما شروط صحة التعليق فقد ذكرناها سابقاً، منها كون الشرط معدوماً على خطر الوجود، لأن التعليق بكائن – أي موجود وحاصل – هو تنجيز.
وأما التعليق بالمستحيل فباطل، ويشترط أيضاً وجود رابط بين الشرط والجزاء إذا كان الجزاء مؤخراً وأن لا يوجد فاصل أجنبي بين الشرط والجزاء[٦].

وتشير هذه القاعدة: إلى أن ما صح تعليقه بالشرط يتحقق وجوده عند وجود الشرط جملة – أي دفعة واحدة – إلا إذا كان في لفظه ما يدل على الترتيب فيقع مرتباً.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال الرجل لامرأة: إن تزوجتك أو متى تزوجتك فأنت طالق طالق وطالق. ثم تزوجها. تطلق واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله. وثلاثاً عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله. وهذه القاعدة على مذهبهما. لأنه علق ثلاث تطليقات مجتمعات بشرط التزوج فيقعن عند وجود الشرط معاً، لكن إذا قال: إذا فعلت كذا

---

[١] الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٠٨/١٩.
[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٩٤/٤.
[٣] نجل ابن عابدين: قرة عيون الأخبار، ١٤٩/٨.
[٤] ابن قدامة: المقنع ٣١/٢
[٥] السرخسي: المبسوط،١٢٧/٦.
[٦] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٣٦٧

فأنت طالق ثم طالق ثم طالق، وفعلت. إن كان قد دخل بها تعلقت الأولى بالشرط ووقعت الثانية والثالثة في الحال.

وقد ذكرنا سابقاً أن في إيقاع الطلاق على المرأة قبل الزواج خلاف بين الأئمة، والراجح أنه لا يقع قبل الزواج[١].

قاعدة رقم (٣٢).

الأصل أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار يجوز إضافته إلى الملك عم أو خص[٢].

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة أنه ليست كل الأفعال تحتمل التعليق بالشرط، ولكن مما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار. يجوز إضافته إلى الملك على سبيل العموم أو الخصوص وهذا عند الحنفية خلافا للشافعي رحمه الله تعالى.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لامرأة كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثا فهو كما قال: يقع عليها ثلاث تطليقات كلما تزوج بها. لأن كلمة كلما تقتضي نزول الجزاء بتكرار الشرط. هذا عند الحنفية.

وأما عند الشافعي رحمه الله تعالى فلا يصح ذلك، ولا تطلق إذا تزوجها لأن الله سبحانه شرع الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله[٣].

قاعدة رقم (٣٣).

الإطلاق يحتمل التقييد بالشرط والتقييد لا يحتمل[٤].

وفي لفظ:

- تعليق الإطلاق بالشرط صحيح[٥] .

معنى القاعدة:

الإطلاق: رفع القيد وإزالة له، حسياً كان القيد أم معنوياً، أو حل العقد وإرسال المقيد كالطلاق مثلاً. والتقييد بخلافه أي وضع للقيد وإيجاد له[٦].

فتدل هذه القاعدة: على أن الإطلاقات هي التي تحتمل التعليق بالشرط وأما التقييدات فلا تحتمل التعليق بالشرط. ومن الإطلاقات الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ومن التقييدات عزل الوكيل وحجر المأذون والتحكيم[١].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٤٥/٩.

[٢] السرخسي: المبسوط، ٩٦/٦ – البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٣٤/٢

[٣] الشافعي: الأم، ٢٣٢/٥

[٤] السرخسي: المبسوط،٢٢/٦ – الزركشي: المنثور في القواعد، ٣٧٠/١ – البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢١٠/٢

[٥] المجددي: قواعد الفقه ص ٧١. السرخسي: شرح السير الكبير، ٦٢.

[٦] الجوهري: الصحاح،١٥١٧/٤، الراغب الأصبهاني: المفردات٥٢٣. ملا خسرو: مرآة الأصول (٢١٦/١، الرازي: المحصول ٥٢١/١.

فروع على القاعدة:

منها: من قال لامرأته أنت طالق غداً أو علقه على أمر ما وقع الطلاق لأن الطلاق إطلاق يقبل التعليق بخلاف ما لو قال أعزلك عن الوكالة غدا لأن العزل تقييد[٢].

قاعدة رقم (٣٤).

تعليق أسباب التحريم بالشرط صحيح[٣].

معنى القاعدة:

أسباب التحريم: هي كل ما يؤدي إلى تحريم الحلال كالطلاق والعتاق، وهذه الأسباب يجوز أن تعلق بالشرط ويكون تعليقها بالشرط صحيحاً بحيث أنه لو وجد الشرط وقع الطلاق والعتق المحرم.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته: إن كلمت فلاناً فأنت طالق. فكلمته وقع الطلاق وحرمت على الزوج أما إذا لم تكلمه فيبقى النكاح على ما كان[٤].

قاعدة رقم (٣٥).

من أحال في يمينه أو في سائر العقود على ما لا يعلم إلا من جهته فإنه مصدق في ذلك[٥].

فروع على القاعدة:

منها: من قال لزوجته: وطؤك علي حرام في هذا الشهر إلا أن يبدل الله ما في قلبي، ولما سئل عن قصده قال: إنه لم يرد الطلاق، فكل ما يذكر أنه أراد مما يوجب تحريم وطئها صدق فيه، لأن من أحال في يمينه على ما لا يعلم إلا من جهته فإنه مصدق في ذلك.

قاعدة رقم (٣٦).

لا يعتبر قيام الأهلية عند وجود الشرط بل عند التعليق[٦].

معنى القاعدة:

الأهلية: هي عبارة عن صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه[٧]، ولا توجد الأهلية ولا تتحقق إلا إذا بلغ الإنسان عاقلاً.

فوجود أهلية الزوج أو المتصرف، إنما تعتبر عند تعليق الأمر المراد بالشرط، لا عند وجود الشرط المعلق عليه وتحققه.

فروع على القاعدة:

---

[١] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٣٦٧ – ٣٦٨

[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٩١/٤.

[٣] السرخسي: شرح السير الكبير، ص ٢٧٨.

[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٨٣/٤.

[٥] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٢٧/٤

[٦] السرخسي: المبسوط،١٠٧/٦-١٠٨.

[٧] أبو جيب: القاموس الفقهي ٢٩

منها: إذا قال الرجل البلغ العاقل لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم جن ذلك الزوج ودخلت المرأة الدار بعد جنونه طلقت لاستيفاء الشرط وهو وجود الأهلية عند التعليق.

ومنها: وإذا زوج الأب ابنه الصغير فطلق الصغير زوجته، فلا يقع طلاقه وكذلك إذا قال الصغير لزوجته تلك: إن كلمت فلاناً فأنت طالق، فكلمته بعد بلوغ الصبي، فلا يقع الطلاق لأن الشرط قيام الأهلية عند التعليق. وعند التعليق كان الصبي فاقد الأهلية[١].

قاعدة رقم (٣٧).

الاعتبار بحال التعليق أو بحال الصفة[٢].

وفي لفظ آخر:

- التعليق إذا وجد في حالة والصفة في غيرها فالاعتبار لوقت الصفة أو بوجود التعليق[٣].

معنى القواعد:

تدل هذه القواعد على وجود اختلاف في المعتبر من حال التعليق ووقته، أو من حال وزمن وجود الصفة التي علق عليها الحكم.

اختلف الشافعية في المعتبر عند تعليق أمر بوجود أمر آخر هل المعتبر وقت التعليق أو وقت وقوع الشرط.

فإذا علق حكم على سبب سيقع وكان السبب يختلف بسبب وقت التعليق ووقت وقوعه فأيهما المعتبر؟ خلاف.

فروع على القاعدة:

منها: إذا علق طلاقها بصفة كأن يقول: إن خرجت من الدار فأنت طالق. ثم وجدت الصفة – وهي حائض – حيث خرجت حالة الحيض قالوا يقع الطلاق بدعياً، ولكن لا إثم فيه بل تستحب فيه الرجعة ولا خلاف في هذه المسألة[٤].

ومنها: إذا قال العبد لزوجته إذا دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ثم عتق ثم دخلت الدار فهل تقع طلقتان؟ لأنه حينما علق الطلاق بالدخول كان عبداً والعبد لا يملك إلا طلقتين أو تقع الثلاث اعتباراً بحال وجود الصفة حيث إنه أصبح حراً وقد وقع الدخول بعد حريته؟ وجهان عند الشافعية[٥].

قاعدة رقم (٣٨).

الإكراه هل يكون إذنا مؤكداً أو لا؟[٦].

معنى القاعدة:

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٠٤٨/٨.

[٢] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ٢ ص ٤٠٠ – السيوطي: الأشباه والنظائر، ٣٦٧.

[٣] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ٢ ص٤٠٠ –المجموع المذهب بوحة ١٠٤– الحصني: القواعد، ق ١ ص ٥٨٨.

[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٩٢/٤.

[٥] السيوطي: الأشباه والنظائر، ٣٦٧. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢١٢/٢

[٦] الزركشي: المنثور في القواعد، ٢٠٠/١

تدل هذه القاعدة على أن الإكراه هل يعتبر إذناً من المكره بفعل ما أكره عليه؟ وهذا فيما يخص فعله للمكره.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته إن خرجت بغير إذني فأنت طالق ثم أخرجها هو بغير اختيارها فهل يكون إذناً. خلاف. والأصح أنه لا يقع لأنها لم تخرج وإنما أخرجت[١].

قاعدة رقم (٣٩).

تعليق فسخ العقد وإبطاله لوجوده إن كان فيه مقصود معتبر شرعاً صح وإلا لم يصح. إذ لو صح لصار العقد غير مقصود في نفسه[٢].

معنى القاعدة:

كما أن العقد المعلق على شرط لا يصح ولا ينعقد سبباً لأحكامه قبل وجود الشرط، فكذلك فسخ العقد إذا علق بشرط. لكن يشترط في تعليق فسخ العقد أن يكون في هذا الشرط مقصود شرعي. وأما إذا خلا من مقصود شرعي فلا يصح الفسخ لأنه لو صح الفسخ في هذه الحالة لصار العقد غير مقصود في نفسه والأصل أن العقود مقصودة لأحكامها.

فروع على القاعدة:

منها: إذا علق الطلاق بالنكاح مثل أن يقول: إن نكحتك فأنت طالق. فالمنصوص عند أحمد رحمه الله: أنه لا يصح لأن النكاح لا يقصد للطلاق عقيب العقد.

ويستثنى من هذه القاعدة: إذا حلف لزوجته أن لا يتزوج عليها وعلق طلاق من يتزوجها عليها بنكاحها فإن كانت تلك في نكاحه وعلق طلاقها على نكاح آخر سيوجد فنص أحمد رحمه الله على أنه يصح هذا التعليق[٣].

قاعدة رقم (٤٠).

الشرط وجوابه لا يتعلقان إلا بمعدوم مستقبل[٤].

المقصود بالشرط في القاعدة: الشرط اللغوي الذي يتضمن شرطاً وجزاء وصدر بأداة الشرط.

معنى القاعدة:

تشير القاعدة إلى أن الشرط وجوابه وهو الجزاء، إنما يتعلقان بمعدوم في الحال ممكن الوجود في المستقبل ولكن يجب أن يسبق الشرط جزاؤه وجوابه في وجوده، لأنه وجود الجواب أو الجزاء مترتب على وقوع الشرط.

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٥٨/٢.
[٢] ابن رجب: القواعد، ق ١١٨.
[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٠٤/٤.
[٤] القرافي: الفروق، ٧٧/١.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق، يحمل على دخول في المستقبل، والطلاق لم يقع قبل التعليق بالإجماع إنما يقع إذا وجد الدخول في المستقبل[١].

قاعدة رقم (٤١).

النية إنما تعمل في الملفوظ[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- النية إذا لم تكن من محتملات اللفظ لا تعمل[٣].
- النية تعمل إذا كانت من محتملات اللفظ[٤].
- النية في الكلام المحتمل صحيحة في القضاء[٥].

هذه القواعد تابعة لقاعدة: الأمور بمقاصدها.

معنى هذه القواعد:

تشير هذه القواعد إلى تأثير النية وعملها.

ذلك أن النية إنما تعمل إذا دلّ اللفظ عليها، فإذا لم يوجد لفظ فلا عمل للنية، لأنها عمل قلبي، وشرط أعمال النية في الملفوظ إذا كان اللفظ محتملاً لها أي أن يكون اللفظ لها، أي أن يكون اللفظ له احتمالات وليس نصاً في المراد منه، وإذا لم يكن اللفظ محتملاً للمنوي فلا أثر للنية فيه.

فإذا كان اللفظ المنطوق به محتملاً لما نواه عملت نيته في أحد محتملاته، وذلك أنه لا عموم لغير الملفوظ، فغير الملفوظ لا تعمل فيه نية التخصيص.

ويترتب على هذه القواعد أمور:

أولها: أن النية لا تعمل فيما كان ضداً للفظ المنطوق به، أو كان نصاً في المراد، وليس عاماً محتملاً للتخصيص.

ثانيهما: أن النية إذا وجدت في الكلام المحتمل كانت صحيحة أمام القضاء.

ثالثهما: أن النية إنما تصح في الملفوظ لا فيما لا لفظ له، وذلك إذا أريد بالنية التخصيص.

فروع على القاعدة:

منها: إذا حلف على زوجته وقال: إن أكلت فأنت طالق. ونوى طعاماً دون طعام لا يعتبر قضاء، لأنه لم يدل على نوع الطعام بلفظ بخلاف ما لو قال: إن أكلت طعاماً.

ومنها: إذا قال: إن خرجت. ونوى السفر المتنوع فهو معتبر.

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٠٦/٦.
[٢] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٤٧ و١٨٧.
[٣] المصدر السابق،٧٠/٦.
[٤] المصدر السابق،١٠٢/٦.
[٥] المصدر السابق،١١٥/٦.

ومنها: إذا حلف أن لا يتزوج ونوى من امرأة رومية أو عربية مثلا فنيته معتبرة.
ومنها: إذا قال أنت طالق إن أكلت أو شربت أو لبست ونوى معيناً لم يصدق أصلاً. إلا إذا قال: إن أكلت طعاماً أو شربت شراباً أو لبست ثوباً.
ومنها إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثاً للسنة ونوى ثلاثاً في الحال تطلق ثلاثاً في الحال عند المشايخ لأن وقوع الثلاث جملة من مذهب أهل السنة. وعند زفر: لا يقع الطلاق لأن الطلاق الثلاث في الحال مخالفة للسنة (والنية إنما تعمل إذا كانت من محتملات اللفظ لا فيما كان من ضده).
ومنها: إذا قال: أنت طالق غداً تطلق كما طلع الفجر لوجود الوقت المضاف إليه الطلاق، وأما إن قال: عنيت به آخر النهار لم يدين في القضاء أي لا يصدق قضاء ويدين به فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى التخصيص في لفظ العموم ونية التخصيص في العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى، ويترتب على ذلك أنه لو جامعها أثناء النهار لا يأثم بينه وبين الله تعالى.
ولكن إذا قال: أنت طالق في غد طلقت كما طلع الفجر فإن قال عنيت به آخر النهار صدق في القضاء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى للقاعدة: (النية في الكلام المحتمل صحيحة في القضاء) وعندهما لم يصدق[1].

قاعدة رقم (٤٢).
الاسترعاء عامل في التبرعات كلها من طلاق وعتاق وغيره[2].

فروع على القاعدة:
منها: رجل تطوع لزوجه بأن لا يتزوج عليها امرأة سواها طول بقائه معها إلا بإذنها ورضاها، ومتى فعل ذلك دون رضاها، فالداخلة عليها بنكاح طالق بنفس العقد، لكنه كان استحفظ شهوداً قبل هذا الطوع، بأنه لا يتطوع لها بذلك إلا خوفاً منها من أن تطالبه بمالها من الديون من صداق وغيره، وخوفاً من شرها، فإن استحفاظه هذا يعتبر استرعاء، ويكون عاملاً، لأن الاسترعاء عامل في التبرعات كلها من طلاق وعتق.

المبحث الخامس
موقف القانون من الطلاق المضاف والمعلق

أخذت أغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية بقول أن من حلف بالطلاق فحنث فيه لا يقع طلاقه ولا تلزمه كفَّارة وإليك نصوصاً من بعض هذه القوانين:
القانون السوري:
نصت المادة ٩٠ على: – لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحثّ على فعل شيء أو المنع منه أو استعمل استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير.

---
[1] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٢٧٨/١١.
[2] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٩٨/٤

القانون المصري:

جاء قانون سنة ١٩٢٩ متضمناً العلاج فلم يجعل كل تعليق يميناً، ولم يمنع كل تعليق على اعتبار أنه يمين، بل قسم التعليق إلى قسمين:

أحدهما: قصد فيه الزوج إلى ربط الطلاق بحادثة معينة، لو وقعت لوقع الطلاق وهو قاصد إليه، كأن يعلق طلاقها على قبولها مالا تفتدي به نفسها.

أو يعلق طلاقها على رضا أبيها به بالقول صراحة، أو نحو ذلك مما يتضح فيه أنه يقصد ربط الطلاق بشرط معين فإنه في هذه الحال يقع الطلاق.

وثانيهما: تعليق لم يقصد به ربط الطلاق بفعل أو قول قصداً حقيقياً صحيحاً بل قصد به إما:

الحمل على فعل شيء معين سواء أكان المقصود حمل زوجته أم حمل غيرها قصد به المنع من فعل معين أو قول سواء أكان هذا القول أو الفعل منها أم من غيرها أو يقصد به توثيق امتناعه عن فعل كأن يقول إن شربت الدخان طلقت إمرأتي, ففي هذه الصور وأشباهها لا يقع الطلاق لأن ما قصد إيقاعه بل قصد الحمل على الفعل أو المنع منه أو المتناع عنه، وماكانت العلاقة الزوجية لتنقطع لمثل هذا، بل الطلاق إنما يكون عن حاجة إليه وقصد صحيح. فلا طلاق إلا عن وطر كما ورد في بعض الآثار[١].

وهذا نص المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا المقام ما نصه:

والتعليق إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان في معنى اليمين بالطلاق، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله، لم يكن في معنى اليمين وأخذ في إلغاء الطلاق المعلق الذي في معنى اليمين برأي الإمام علي وشريح وعطاء والحكم بن عتبة وداود وأصحابه وابن حزم.

وترى أن تطبيق هذه المادة يرجع فيها إلى قصد المتكلم وتفسير قصده مرجعه فيه إليه، إن لم تكن قرينة حال شاهدة، كمن يحلف على مساومة في مبيع فإن قصد اليمين واضحاً من قرائن الأحوال من غير حاجة إلى التفسير، وإن لم تكن ثمة قرائن أو حصل اختلاف حول قصده كأن تدعي أنه قصد الطلاق بالتعليق وينكر أنه قصد الطلاق بل قصد الحمل على الفعل أو المنع أو المنع منه فإنه يكون القول قوله في الإخبارعن نفسه بيمينه كالنية في الكنايات على ما بينا.

وقد أخذ به القانون في مصر رقم (٢٥ لسنة ١٩٢٩)، وفي سورية، حيث نصت المادة الثانية من القانون المصري والمادة (٩٠) من القانون السوري على الأخذ برأي ابن تيمية وابن القيم:

«لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء، أو المنع منه، أو استعمل استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير».

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق،باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وأمرهما والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، ٢٠١٩/٥ برقم ١٠.

ثم جاء في المادة الثانية من القانون المصري المعدل رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م أنه:(لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير). وورد في مذكرته الإيضاحية أن (المشرِّع أخذ في إلغاء اليمين بالطلاق برأي بعض علماء الحنفية، والمالكية، والشافعية، وأنه أخذ في إلغاء المعلق الذي في معنى اليمين برأي علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، وشريح القاضي، وداود الظاهري وأصحابه)[١].

القانون الأردني:

أما القانون الأردني فقد جاءت فيه مواد متعارضة في هذا الموضوع:

المادة ٧٥: تعليق الطلاق بالشرط صحيح.

المادة ٧٦: إضافة الطلاق إلى الزمان المستقبل صحيحة.

ثم إذا رجعنا إلى غير هاتين المادتين نجد:

المادة ٧٠: لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه.

ولا بد من التوفيق بين هذه المواد من القول بأن الطلاق المعلق يقع إذا لم يقصد به المطلق الحمل على فعل أو تركه، وبهذه يصبح كبقية القوانين المصري والسوري، وكان يكفي المادة ٧٠ لبيان المراد[٢].

القانون الليبي:

وجاء في المادة الثالثة والثلاثين من قانون الزواج والطلاق الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٥م أنه: (لا يقع الطلاق في الحنث بيمين الطلاق أو الحرام) هذه النصوص تتفق على أن الحنث في الحلف بالطلاق لا يقع به شيء.

القانون الإماراتي:

ما عليه قانون الأحوال الإماراتي: أخذ القانون الإماراتي برأي ابن تيمية وابن القيم في الطلاق المعلق الذي فصل بين قصد المعلق وقوع الطلاق فيقع، وبين الحمل على فعل شيء أو تركه فلا يقع وأخذ برأي الظاهرية في عدم وقوع الطلاق المضاف إلى المستقبل فقد جاء في المادة: (١٠٣) ما يلي:

١- لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه إلا إذا قصد به الطلاق.

٢- لا يقع الطلاق بالحنث بيمين الطلاق أو الحرام إلا إذا قصد به الطلاق.

٣- لا يقع الطلاق المضاف إلى المستقبل.

القانون المغربي:

أما القانون المغربي فقد نص على عدم وقوع غير الطلاق المنجز إذ قال:

في الفصل ٥٠: الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق.

وفي الفصل ٥٢: الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع.

---

[١] انظر كتاب تشريعات الأحوال الشخصية للمسلمين:٢٩.

[٢] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٣٠٢/١

تطبيقات الاجتهادات القضائية

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (إن الطلاق المعلق يقع إذا تحقق متعلقه إلا في الحالة التي بينتها المادة ٩٠ من قانون الأحوال الشخصية وهي أن ينتفي قصد الطلاق فيه ولا يقصد منه إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه)[١].

(لكي لا يكون الطلاق منجزاً، يجب أن يدعي المطلق عدم قصد الطلاق، وأن يتوثق القاضي بتحليفه اليمين على أنه لم يقصد الطلاق)[٢].

وجاء في حكم لمحكمة الاستئناف الأردنية: (إذا طلبت الزوجة من زوجها الطلاق مقابل إبرائها له من سائر الحقوق، وعلى أن تدفع له مبلغاً معيناً بتاريخ لاحق، وأجابها الزوج فوراً بالقبول والطلاق، كان الطلاق منجزاً لا تعليقاً، والمبلغ يستحق الأداء في التاريخ المتفق عليه، وليس للزوجة قبل ذلك)[٣].

---

[١] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٣ ص ٩- قرار ٧٣/٩٢-١٩٦٣/٣/٧.

[٢] مجلة القانون ١٩٥٧-العدد١- ص ٦١- قرار ٣٢٧-١٩٥٦/١١/٢١.

[٣] قرار محكمة الاستئناف في عمان ١٩٦٢/٢/١٩.

الفصل الرابع
طلاق المريض مرض الموت
والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

مما يلحق بأقسام الطلاق من حيث ارتباطه بزمن وقوعه، طلاق المريض مرض الموت، أو ما يسمى بطلاق الفار أو الفرار؛ وقد سمي بذلك لفرار الزوج من توريث زوجته.

وسوف نبحث ههنا حكم طلاق المريض مرض الموت ونحوه وما يلحقه من آثار، وشروط ثبوت ميراث زوجته منه، وبعض الأحكام الفرعية في مرض الموت.

المبحث الأول
التعريف بمرض الموت وسبب اختلاف الفقهاء فيه

المطلب الأول: التعريف بمرض الموت: لغة وشرعاً.

لغة: (مرض الموت مركب إضافي)[١] يفهم معناه اللغوي من تحليل ألفاظه وتعريفها، وهي المرض والموت.

الموت لغة: السقم، وهو نقيض الصحة، ومرض مرضاً ومرضاً فهو مارض ومرض ومريض: (هو كل ما ضعف)[٢]، (والمرض كل ما خرج به الإنسان عن حد الصحة: من علة أو نفاق أو تقصير في أمر)[٣] قال ابن الأعرابي[٤]: أصل المرض النقصان[٥].

أما الموت: في لغة العرب فيطلق على السكون، مات يموت، والأصل فيه موت، ورجل ميت وميت، وقيل الميت الذي مات، والميت والمائت الذي لم يمت بعد[٦].

وقيل الموت: (وهو النوم الثقيل)[٧].

والموتة أخص من الموت ويقال في الفرق: مات الإنسان، ونفقت الدابة، وتنبل البعير، ومات يصلح في كل ذي روح[٨].

ونفهم من ذلك: أن مرض الموت هو المرض الذي يخشى فيه من الموت، بأن يصاب المرء بفقدان صحته تدريجياً ثم يعقبه الموت غالباً. نسأل الله العفو والعافية وحسن الختام.

---

[١] أنور محمد دبور: ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامة، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني ١٩٨٨، ص ٧٧. وراجع بحث المريض مرض الموت للاستاذ مدكور في المدخل الفقهي ٤٥٥.

[٢] الزبيدي: تاج العروس ٨٥/٥،ابن منظور، لسان العرب ٢٣١/٢. مادة "مرض"

[٣] الفيومي: المصباح المنير ٧٨٠/٢.

[٤] ابن الأعرابي (١٥٠-٢٣١هـ) أبو عبد الله، محمد بن زياد، عالم بالعربية وأيام العرب وأنساب القبائل ورواية الأشعار. ولد بالكوفة، أخد عن الكسائي والضبي وغيرهم، وأخذ عنه ابن السكيت وثعلب، له: (النوادر)، (تاريخ القبائل)، و(معاني الشعر) [معجم الأدباء، وفيات الأعيان].

[٥] الزبيدي: تاج العروس، ٨٥/٥.

[٦] ابن منظور: لسان العرب ٩١/٢-٩٢. مادة "موت"

[٧] الزبيدي: تاج العروس، ٥٨٦/١.

[٨] الفيومي: المصباح المنير، ٨٥٣/٢.

٢- **شرعاً:** على الرغم من اتفاق الفقهاء على المعنى الأصلي لمرض الموت، لكن اختلفت تعريفاتهم له؛ نظراً لاختلافهم في أماراته ومفهومهم للحالة والظروف المشابهة التي تلحق بها، ثم الآثار المترتبة على اعتبار الشخص مريضا مرضا مميتاً.

فعند الحنفية: هو المرض الذي أضنى الشخص وأعجزه عن القيام بحوائجه خارج داره؛ كعجز العالم الفقيه عن الإتيان إلى المسجد وعجز التاجر عن الإتيان إلى دكانه.
وأما المرأة المريضة: فهي التي عجزت عن مصالحها المعتادة داخل البيت كطبخ ونحوه. واستمر المرض في حدود السنة دون تزايد، وأعقبه الموت. وأما الذي يجيء ويروح أو المرأة التي تقوم بأعمالها المعتادة فلا[١].
وعند المالكية: هو المرض الذي يكون الشأن فيه الموت لا نحو رمد[٢]، أو صداع خفيف[٣].
أما عند الشافعية: كل ما يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح[٤].
وعند الحنابلة: هو كل ما كان سبباً صالحاً للموت من الأمراض[٥].

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها: (المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلية في داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أم لم يكن. وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله. ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله قبل مضي سنة، يعد حاله اعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت)[٦].
وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي: (كل من غالب حاله الهلاك بمرض أو غيره له حكم مرض الموت)[٧].

وخلاصة تعريفات الفقهاء لمرض الموت، أنه لا بد من تحقق أمرين لاعتباره مرض موت ينظر في تصرفات صاحبه[٨]:

١- أن يكون المرض من الأمراض التي يعقبها الموت عادة: كأمراض القلب المزمنة، أو السرطان، أو أمراض الدم مثلاً.

٢- أن يتصل المرض بالموت فعلاً.

---

(١) السرخسي: المبسوط ١٦٩/٤، ابن مودود: الاختيار ١٤٤/٣ وقيل إن قدر على القيام بحوائجه داخل البيت وعجز خارجه فهو مريض. وعند أبي حنيفة: إن كان لا يقوم إلا بشدة، وتتعذر عليه الصلاة فهو مريض. وألحق الحنفية بالمريض: من قدم للقصاص، أو انكسرت به السفينة، وبقي على لوح، وكذا المرأة إذا ضربها المخاض، فهؤلاء في الحكم كالمريض مرض الموت، والمناط عندهم: ما يخاف منه الهلاك غالباً.[ابن الهمام: شرح فتح القدير ١٥١/٤، الكاساني: بدائع الصنائع٢٢٤/٣].
(٢) الرمد: هو مرض يصيب العين: [رواس قلعه جي، محمد، معجم لغة الفقهاء، بيروت: دار النفائس، ١٤٠٨هـ. ٢٢٧.]
(٣) الدردير: الشرح الصغير ٥٢٧/٢ والمحبوس للقتل والحاضر للزحف في منزلة مريض مرض الموت لأن الموت يكثر وقوعه في هذه هذه الحالات، وهو مناط الإلحاق: [الإمام مالك: المدونة الكبرى ١٣٢/٢].
(٤) الرملي: نهاية المحتاج ٦٠/٦.
(٥) البهوتي: كشاف القناع، ٣٥٨/٤، وقد ضرب الحنابلة أمثلة للأمراض المخوفة والتي تعتبر من مرض الموت وإن لم يكن المرض مما مما يعقبه الهلاك غالباً أو يكون مساوياً للسلامة، وفي ذلك توسع في دائرة الأمراض المميتة.
(٦) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٥٩٥.
(٧) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٢٥/٧
(٨) أحمد الكبيسي: الأحوال الشخصية ٢١٧/١. أنور محمد دبور: ماهية مرض الموت ٨٠.

ويلحق به من يترقب الموت كالمحكوم عليه بالإعدام، أو من كان بالصف الأول في القتال، والمشرف على الغرق في سفينة ونحوهم.

هذا وقد علق الشيخ علي الخفيف رحمه الله على تعريف الفقهاء لمرض الموت وأماراته فقال: (أما الآن وقد تقدم الطب وعملت الإحصاءات عن الوفيات بالأمراض ودرست آثارها، فالواجب أن يلجأ في معرفة ذلك إلى الأطباء؛ فمن الأمراض ما يغلب معها الهلاك، وليست لها تلك العلامات التي ذكروها، ومنها ما تصاحبها تلك العلامات ولكن لا يغلب معها الهلاك)[1].

المطلب الثاني
سبب اختلاف الفقهاء في مرض الموت

إن الأصل في تصرفات المريض أنها نافذة كالصحيح، ما دام الشخص واعياً مدركاً لما يدور حوله، ويقدر الآثار وترتب النتائج على تصرفاته.

ولكن سبب اختلاف الفقهاء في طلاق الفار، ما يصاحبه من أسباب ودلائل تجعله طلاقاً فراراً من توريث الرجل المريض زوجته مع حاجته إليها وإلى خدمته، توفيراً للمال إلى أولاده وهروباً من توريثها، وهذه الأسباب –التي هي محل بحثنا– هي كون الطلاق باتاً بائناً غير رجعي، من مريض مرض موت، طائع مختار بغير رضى الزوجة ولا فعل منها.

وقد ذكر ابن رشد[2] في بداية المجتهد سبب الخلاف بين الأئمة فقال: (وسبب الخلاف، اختلافهم في وجوب العمل **بقاعدة سد الذرائع**، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع ولاحظ وجوب الطلاق، لم يوجب لها ميراثاً)[3].

إذن؛ فمقصود المريض بتطليق زوجته هو الفرار والهروب من توريثها، وليس مجرد الحاجة إلى طلاقها. لذلك فإن مقتضى قواعد الفقه الكلية أن يعامل بنقيض مقصوده.

فإذا ما صدرت منه تصرفات تعسفية مجحفة بغيره مضرة بهم– عن قصد أو بدون قصد– كتبرعه بماله كله، أو بيعه بمحاباة[4]، أو تطليقه لزوجته، أو غير ذلك من التصرفات التي ما كان ليقوم بها في غير مرضه، فإن تصرفه موقوف.

ولا نتعرض لأحكام تصرفات المريض مرض الموت في المعاملات المالية فليست من بحثنا، ولكن الذي يهمنا في هذا المجال هو بحث حكم طلاق مريض مرض الموت– أو ما يسمى بطلاق الفار– زوجته

---

[1] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ٨٣.

[2] ابن رشد (٥٢٠-٥٩٥هـ) أبو الوليد محمد بن أحمد الأندلسي القرطبي، فقيه مالكي قاض فيلسوف طبيب. ويلقب بالحفيد تميزاً له عن جده أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الذي يميز بالجد. له: (تهافت التهافت) و(الكليات) في الطب، و(بداية المجتهد) [شذرات الذهب ٣٢٠/٤]

[3] ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٠/٢.

[4] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٤٥١/٥.

بائناً، فهل يقع هذا الطلاق، وهل تترتب عليه آثاره من التحريم وجواز تزوجه من عمتها أو خالتها أو غيرهما ممن كان تحريمهن مؤقتاً، وهل ترث منه مطلقته، وهل طلاقه موقوف كلياً أو جزئياً. بحيث يثبت بعض تصرفاته، ويوقف بعضها، بحسب تعلق حق الآخرين فيه، ومن أهم ذلك الميراث.

المبحث الثاني
حكم طلاق الفار وآراء الفقهاء في توريث المطلقة فيه

على الرغم مما ذكرناه آنفاً، أن تصرفات المريض مرض الموت إن خرجت عن المعهود فإنها موقوفة محجور عليه فيها، لكن أهل العلم قد اتفقوا على أمور واختلفوا في أخرى، فمما اتفقوا عليه[١]:

١- اتفقوا على أن الرجل المريض إذا طلق امرأته، فطلاقه حرام، ولكنه صحيح نافذ، كصحّته من الزّوج غير المريض ما دام كامل الأهليّة. وما دام الطلاق قد صادف محله، واستوفى شروطه التي ذكرناها سابقاً. وتترتب على هذا الطلاق آثاره جميعها؛ من التحريم وجواز تزوجه من عمتها أو خالتها أو غيرهما ممن كان تحريمهن مؤقتاً[٢]. سوى التوريث ففيه خلاف كما سنبحثه لاحقاً.

٢- واتفق الفقهاء كذلك أنه لا توارث بين الزوجين إن طلق الرجل الصحيح زوجته قبل مرضه؛ سواء أكان طلاقاً رجعياً ولكن بانت منه بانقضاء عدتها، أو طلاقاً بائناً أصلاً، وأنها تبني على عدّة الطّلاق.

٣- واتفق الفقهاء أيضاً على أن الرجل إذا طلق امرأته في مرض الموت ثم ماتت قبله، لم يرثها وإن ماتت في العدة.

٤- كما اتفق الفقهاء على أن المريض الذي طلق امرأته طلاقاً رجعياً، ومات من ذلك المرض، ورثته المطلقة ما دامت في عدة ذلك الطلاق الرجعي، سواء أكان بطلبها أم لا، تماماً كما ترثه فيها في طلاقها في حال الصحة؛ وأنّها تستأنف لذلك عدّة الوفاة.

قال ابن المنذر: (أجمع أهل العلم على أن الزوجين يتوارثان في عدة الطلاق الرجعي)[٣].

ذلك لأن الرجعية زوجة من وجه، لأنه يقدر على مراجعتها أنى شاء ما دامت في العدة، ويلحقها طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه، ويملك إمساكها بالرجعة ولو بغير رضاها، ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد[٤]. ولأنها إذا ماتت في عدتها من الطلاق الرجعي ورثها، فكذلك هي[٥].

---

[١] ابن الهمام: فتح القدير، ١٥٠/٣، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٧١٥/٢، الميداني: اللباب، ٥٢/٣، ابن جزي: القوانين الفقهية٢٢٨، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٤/٣، ابن قدامة: المغني، ٣٢٩/٦، الحلي: المختصر النافع٢٢٣، ابن حزم: المحلى، ٢٦٦/١٠، مسألة ١٩٧٦.

[٢] ابن عابدين: حاشية رد المحتار ٣٨٧/٣-٣٨٨، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٤/٣. ابن قدامة: المغني، ٧٩/٨.

[٣] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٥٠/٣، ابن حزم: المحلى، ٢٥١/١٠.

[٤] الزيلعي: تبيين الحقائق٢٤٥/٢، الإمام مالك: المدونة الكبرى ١٣٢/٢، الماوردي: الحاوي الكبير،٢٦٣/١٠ ابن قدامة: المغني ٢٦٨/٦. الشطي: مطالب أولى النهى ٦٥٣/٤.اطفيش: شرح النيل وشفاء العليل ١٨/٣.

[٥] السرخسي: المبسوط، ١٥٧/٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣٥٤/٢، ابن حجر الهيتمي: الفتاوى الكبرى الفقْهية، وبهامشه فتاوى العلامة شمس الدين محمد بن العلامة شهاب الدين الرملي - بيروت: دار الفكر. ١٧١/٤.

حتى إذا انقضت عدتها حرمت عليه، وانقطعت الآثار بينهما بما فيها التوارث، فلا ترثه ولا يرثها[1].

ثانيا: إذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقة بائنا لا يملك عودتها فيه:

اختلف أهل العلم في توريث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً إذا مات الزوج المريض بمرض الموت، في أثناء العدة من هذا الطلاق. وهو أثر طلاق الفرار، وقد بينا سبب اختلافهم آنفاً.

هناك حالتان:

الحالة الأولى: إذا كانت الزوجة غير مدخول بها:

فذهب جمهور الفقهاء على أنها لا ترث؛ لأنه لا عدة لها فلا ميراث ولها نصف الصداق[2].

وذهب المالكية والحنابلة في قول: أنها ترث؛ لأنه فار في طلاقها مضار بها.

ويظهر أن قول الجمهور أولى وأرجح؛ ذلك لأن القرآن الكريم قد صرح بأن لا عدة على غير المدخول بها إن طلقت، حيث قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٤٩]؛ ولأن الزوجية تنتهي بينهما بمجرد الطلاق، فلا يعقل أن تبقى آثارها من ميراث أو نفقة مع زوالها[3].

الحالة الثانية: إذا كانت الزوجة مدخولاً بها؛ فهناك قولان:

القول الأول: ما إليه ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والشافعية في القديم والحنابلة والجعفرية)[4]: أن المطلقة بائناً ترث زوجها المطلق المريض إذا مات وهي في العدة[5]، وتعتدّ بأبعد الأجلين، ويعدّ فارّاً بهذا الطّلاق من إرثها. ولا يرثها هو إن ماتت قبله وهي في عدتها من طلاقه.

وقد استدل الجمهور بالسنة والإجماع والأثر والمعقول.

أولاً: من السنة:

قوله صلى الله عليه وسلم: (من قطع ميراثا فرضه الله تعالى قطع الله ميراثه من الجنة)[6].

وجه الدلالة: فقد نص الحديث الشريف على حرمة منع الوارث من حقه أو التسبب في المنع، والمطلق ثلاثاً في مرضه قاطع لميراث مستحقه، فلا يؤثر طلاقه في حقها بالميراث معاملة له بنقيض قصده.

وأجيب: أنه على فرض صحته، فإنه عام في حرمة قطع ميراث مستحق بهبة المال مثلاً أو بيعه، على أننا لا نتفق معكم أصلاً في أن المبتوتة في مرض الموت من المستحقات للميراث، فيبطل الاستدلال بالحديث الشريف.

---

[1] وذلك عند الفقهاء إلا الحنابلة، حيث قالوا: إنها ترث وإن انتهت عدتها ما لم تتزوج: الشطي: مطالب أولي النهى، ٦٥٣/٤، وعند الجعفرية: ترث المعتدة في الرجعي إلى سنة: العاملي، الروضة البهية ٤٨/٦.

[2] الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٢٣٣/٢، الشربيني: مغني المحتاج٢٩٤/٣، الشطي: مطالب أولي النهى ٦٥٣/٤.

[3] الخرشي: حاشية الخرشي، ١٨/٤. الماوردي: الحاوي٢٦٣/١٠، ابن قدامة، المغني ٢٦٨/٦، السغدي: النتف في الفتاوى، مطبعة الإرشاد، بغداد ١٩٧٥، ٣٣٥/١. الشطي، حسن: مطالب أوْلي النّهى في شرح غاية المنتهى وتجريد زوائد الغاية والشرح- دمشق: المكتب الإسلامي، ٢٠٠٠، ٦٥٤/٤.

[4] المرغيناني: الهداية، ١٤٥/٤. السرخسي: المبسوط، ٥٥/٦، ابن رشد: بداية المجتهد، ٨٩/٢. النووي: المنهاج متن السراج الوهاج ٤١٤. ابن قدامة: المقنع في فقه الإمام أحمد، المطبعة السلفية ٤٥٣/٢. العاملي: الروضة البهية ٤٨/٦.

[5] سوف نبين اختلاف الفقهاء في اعتبار توريثها ما دامت في العدة أم أبداً أم بأي اعتبار آخر لاحقاً.

[6] سعيد بن منصور: السنن، باب من قطع ميراثاً فرضه الله، ١١٨/١ برقم ٢٨٥ و٢٨٦. وانظر: المتقي الهندي: كنز العمال ٩/١١، حديث ٣٠٤٠٠.

ثانياً: الإجماع:

فقد ثبت إجماع الصحابة رضوان الله عليهم على توريث المبتوتة في مرض الموت، وذلك لما ورَّث عثمان بن عفان رضي الله عنه تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف، الذي كان قد طلقها في مرضه، فبتَّها، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً منهم[١].

وأجيب: إنه قد نقل اعتراض ابن الزبير على توريث عثمان بن عفان مطلقة عبد الرحمن بن عوف حين قال: لو كنت أنا لما ورثتها[٢]، والإجماع إن خالفه صحابي لا يثبت ولا ينعقد للمخالفة.

ويرد على هذا الاعتراض: إن مخالفة ابن الزبير كانت بعد انعقاد الإجماع من الصحابة رضوان الله عليهم بزمن، والإجماع كان في وقت لم يكن ابن الزبير فيه مؤهلاً للمعارضة؛ بأن لم يكن من الفقهاء[٣]. وربما يحمل قوله لو كنت أنا لما ورثتها: أي لجهلي بالحكم وعدم علمي به[٤].

وقيل: إن قول ابن الزبير لما ورثتها لما ثبت لديه من أن زوجة ابن عوف سألته الطلاق[٥] ونحن لا نقول كذلك بتوريثها إن سألته الطلاق أو طلبته كما سيأتي تفصيله لاحقاً.

ثالثاً: من الأثر:

١- عن شريح قال: أتاني عروة البارقي من عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً في مرضه: أنها ترثه ما دامت في العدة ولا يرثها[٦].

وجه الدلالة: الأثر نص على لزوم توريث المطلقة ثلاثاً في المرض ما دامت في عدتها بأمر من الحاكم المسلم المسؤول عن حفظ الحقوق وضمان أدائها إلى أهلها.

وأجيب: أنه اجتهاد من عمر بن الخطاب لضبط أمور المسلمين وردهم إلى الحق من عدم التطليق إلا لضرورة، فلا يلزم غيره من المسلمين.

٢- ما رواه صالح عن عثمان بن عفان أنه ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف حين طلقها في مرضه[٧].

وجه الدلالة: إن قيام عثمان بن عفان بتوريث المبتوتة في مرض الموت دلّ على عدم انقطاع ميراثها منه لاحتماله فراره من ميراثها[٨].

وأجيب: إن ما أرسله لها لم يكن ميراثاً وإنما صلحا أعطاها إياه، والدليل عليه أن موته كان بعد تسعة أشهر من طلاقها، وهي عند أبي حنيفة لا ترث إذا انقضت عدتها فبطل كونه ميراثاً[٩].

---

[١] السرخسي: المبسوط ١٥٥/٤، ابن قدامة المغني، ٢٦٨/٦.
[٢] الماوردي: الحاوي الكبير، ٢٦٥/١٠، ابن أبي شيبة: المصنف ١٥١/٤.
[٣] ابن الهمام: شرح فتح القدير ١٤٦/٤ ٠ الزيلعي: تبيين الحقائق ٢٤٦/٢.
[٤] الزيلعي: تبيين الحقائق ٢٤٦/٢.
[٥] الكاساني: بدائع الصنائع ٢١٩/٣.
[٦] ابن أبي شيبة: المصنف، ١٥١/٤.
[٧] ابن أبي شيبة: المصنف، كتب الطلاق، ما قالوا في الرجل يطلق امراته ثلاثا وهو مريض هل ترثه، ١٧١/٤ برقم ٢٠١.
[٨] هذا وقد ورد أنه رضي الله عنه ما فر من ميراثها، وإنما كانت بقية تطليقتين، فربما حمل على كراهته لها، خصوصاً وأن ابن عوف من المبشرين بالجنة، فلا يعقل أن يظلم زوجته حقها، وإنما يحمل على معنى آخر في نفسه
[٩] الماوردي: الحاوي ٢٦٣/١٠-٢٦٧

رابعاً: ومن القياس:

وذلك بقياس المطلق ثلاثاً في مرض موته على القاتل لمورثه[١] بجامع قصدهما الاستعجال وحرمان الآخرين من حقهم[٢]، أما الأول: فبحرمان زوجته الميراث في وقت تعلق حقها فيه، وأما الثاني: فبحرمان المورث حق الحياة لتعجيل ميراثه منه فيعاملان بنقيض قصدهما، فترث المبتوتة ما دامت في العدة، ويحرم القاتل من الميراث للقاعدة الشرعية: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه[٣].

وأجيب: إن الاستدلال بمنع ميراث القاتل هو استدلال العلتين؟ لأن القتل يمنع من ميراث كان مستحقا، وأنتم جعلتم طلاق المريض يثبت ميراثاً كان ساقطاً فالقياس أصله إلحاق الفرع بالأصل لعلة مشتركة بينهما تثبت في الفرع كما ثبتت في الأصل، وهنا العلة متباينة فيبطل الاستدلال بالقياس[٤].

ثم جاء في المبسوط لدى الحنفية: (وإذا طلق المريض امرأته ثلاثاً أو واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه في القياس، وفي الاستحسان ترث منه، ثم يقول: ولكنا استحسنا لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم، والقياس يترك بإجماع الصحابة)[٥].

خامساً: المعقول:

إن القواعد الفقهية الكلية تنص على: **من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه**[٦]. **ومثلها: من قصد إلى ما فيه إبطال قصد الشارع عوقب بنقيض قصده**[٧]. **ومثلها: الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد**[٨] . **ومثلها: من قصد قطع حقَّ من انعقد سبب استحقاقه لم يسقط**[٩].

ولما كان المطلق في مرض الموت، قد طلقها في وقت تعلق حقها في ماله، وكانت وقت الطلاق ممن ترثه[١٠] بأن توافرت فيها الشروط، فلا يسقط حقها بإبطاله لأنه ضرر محض، وقد أتى فعلا محرماً لغرض محظور يدل على قصده حرمانها من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده [١١].

فالزوجية التي هي سبب الإرث قد أزالها بقصد إبطال حقها في الميراث؛ فيرد عليه قصده.

وأجيب: إن قولهم فر من واجب فرضه الله عليه في وقت تعلق حقها فيه مردود لأنه كما ما فر قط من كتاب الله بل أخذ به واتبعه، لأن الله تعالى قطع بالطلاق الثلاث جميع حقوق الزوجية بما فيها الميراث، فلا يكون فاراً، بل متمسكاً بكتاب الله.

---

[١] الزيلعي: تبيين الحقائق ٢٤٦/٢.

[٢] يرى ابن الهمام أن الجامع بينهما: كل من ألزم ضرر بطريق غير مباح،[انظر ابن الهمام:شرح فتح القدير،١٤٧/٤]

[٣] جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣، ١٥٢.

[٤] المرجع السابق، ٢٦٦.

[٥] السرخسي: المبسوط، ٥٥/٦.

[٦] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٥٩. مجلة الأحكام العدلية، م ٩٩. الونشريسي: إيضاح المسالك. ٣٢٠. السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٥٢

[٧] الروكي: قواعد الفقه ٢٧٥ عن الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي ١٣٤/٢.

[٨] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ٤١٦ الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ق ٨٢ ٣١٥

[٩] ابن قدامة: المغني ٣٠١/٢.

[١٠] الزيلعي: تبيين الحقائق٢٤٦/٢، والدليل على تعلق حق الوارث في المال في المرض: قول أبي بكر الصديق لابنته عائشة وهو في مرض الموت: إنما هو اليوم مال الوارث انظر نص الأثر: [البيهقي، السنن الكبرى، ١٤٤/٣.]

[١١] الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ١٤٤/٣.

وهو إنما يكون فاراً إن قال: لا ترث منى شيئاً دون أن يطلقها، والفرار من كتاب الله هو توريث من ليست زوجة ولا أماً ولكن أجنبية وحرمان المستحقين مما فرض الله لهم بإدخال من حرم من الميراث.
وثم إن الفرار من ميراثها قد يدخل في طلاق الصحيح كما يدخل في طلاق المريض، وقد يموت الصحيح قبل المريض فليورثوا مطلقة الصحيح كما ورثوا مطلقة المريض ثلاثاً[١].

ويردّ على هذا الاعتراض:
(إنه قياس مع الفارق؛ فالمريض مرض الموت تسوء حالته ولا يضبط تصرفاته، وليس كذلك الصحيح؛ فإنه معافى لا يرهب الموت كما المريض، ولذا تحمل تصرفاته على نحو لا يظن معه قصد الإضرار. ولو قلنا بتقييد تصرفاته لتعطلت أعمال كثيرة)[٢].

القول الثاني: طلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق، فإذا مات أو ماتت فلا توارث بينهما بعد الطلاق البائن، ولا بعد تمام العدة في الطلاق الرجعي، وبه قال عبد الله بن الزبير[٣] والشافعية في الجديد والظاهرية والزيدية[٤].
واستدل أصحاب هذا القول: بالقرآن الكريم والسنة والقياس والمعقول:
أولاً: من القرآن الكريم:
قول الله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ﴾[البقرة:٢٣٠].

وجه الدلالة: إن الله سبحانه وتعالى قد قطع الصلات بين الزوجين بالطلاق البائن مطلقاً، وأنها لا تحل له حتى تنكح غيره، فكيف يقال بتوريثها وقد باتت حلاً للأزواج وحراماً عليه؟.

وأجيب: إن الآية الكريمة عامة في حكم المطلقة ثلاثاً من أنها تحرم على زوجها وتقطع العلاقات بينهما، ولكن هذا في حالة الطلاق العادية دون دوافع أخرى أو قرائن تشير إلى قصد الإضرار كما في القرائن على هذا القصد في طلاق المريض في مرض موته.
ثانياً: من السنة:
١- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال صلى الله عليه وسلم: (ثلاث جدهنّ جدّ، وهزلهنّ جدّ: النكاح والطلاق والرجعة)[٥].
وجه الدلالة: إن النبي صلى الله عليه وسلم قد قرر أن الجد والهزل في الطلاق واقع، والمطلق في مرض الموت سواء قصد التطليق أو نوى شيئاً آخر، فطلاقه واقع وتترتب عليه الآثار دون تفريق بينها.

---

[١] ابن حزم: المحلى، ٤٩٤/٩.
[٢] أبو زهرة: ابن حزم الأندلسي: حياته وعصره - ط ٢، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٥٣، ص ٤٧٢.
[٣] ابن قدامة: المغني، ٢٦٨/٦.
[٤] الشاشي القفال: سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تحقيق: ياسين درادكة، ط ١، مكتبة الرسالة الرسالة الحديثة، عمان ١٩٨٨. ١٢/٧. ابن حزم: المحلى ٤٨٦/٩. المرتضى: البحر الزخار ٢١٦/٤.
[٥] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل،٢٥٩/٢ برقم ٢١٩٤، الترمذي: السنن، كتاب الطلاق واللعأن، وما جاء في الجد والهزل في الطلاق، ٤٩٠/٣، برقم ١١٨٤. ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً، ٦٥٨/١ برقم ٢٠٣٩.

وأجيب: ثلاث جدهنّ جدّ: فإنه استدلال في غير محله، ذلك لأن المطلق في مرض الموت ليس هازلاً في طلاقه، بل هو قاصد له، مريد لآثاره، من حرمان المطلقة حقها في مال زوجها فيعامل بنقيض قصده منعاً من تضررها.

٢- وعن ابن الزبير في مريض قال: (لا أرى أن ترث مبتوتة)[١].

وجه الدلالة: الحديث الشريف عام في عدم استحقاق المبتوتة بالطلاق الميراث، سواء وقع في حال الصحة أم في حال المرض، ولا مخصص له فيبقى على عمومه.

وأجيب: أن ذلك في الأحوال العادية لانقطاع الزوجية وآثارها بينهما، وهذا ما يقتضيه منطق العقل والشرع، لئلا ترث المطلقة التي لا تحل له ما يستحقه غيرها، أما في حالة ثبوت قصده العدوان عليها وظلمها بمنعها حقها فإنها ترث.

ثالثاً: القياس:

وبالقياس على جواز عقد المريض نكاحه، بل والطلاق أولى؛ لأن عقد النكاح أغلظ من حله، فكما جاز في النكاح وترتبت الآثار عليه: من مهر ونفقه، فكذا يجوز في الطلاق وتترتب آثاره عليه، من مؤخر صداق وعدم توارث[٢].

وأجيب: إنا لا نخالفكم في وقوع طلاق المريض كما نكاحه، بل نقول به ويترتب بعض الآثار عليه: كالعدة، أما الميراث فإنها ترث ما دامت في العدة حتى إذا انقضت عدتها ولم يمت فلا ميراث لها، لانتفاء الزوجية وآثارها مطلقاً فلا توارث بينهما.

رابعاً: ومن المعقول:

إن طلاق المريض إن كان بقصد الحرمان من الميراث فإنه حرام حكماً، لكن الزوجية وآثارها قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت، وهي سبب التوارث بين الزوجين، والميراث لا يثبت بعد زوال سببه، بخلاف المطلقة في عدة طلاق رجعي، فإنها ترث بالاتفاق لبقاء آثار الزوجية، كلحوق الطلاق لها والإيلاء منها ونحوهما.

ولا عبرة للقول بمظنة الفرار، لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية، بل تناط بالأسباب الظاهرة، والسبب الظاهر للميراث قد زال بعمل من يملك إزالته، فلا عبرة بنيته.

وكذلك كما أنه لا يرثها بالطلاق البائن في مرض موته لو ماتت قبله فإنها لا ترثه كذلك[٣]، وإلا حصل التناقض.

جاء في بداية المجتهد في بيان رأي القائلين بهذا: (وذلك أن هذه الطائفة تقول: إن كان الطلاق قد وقع، فيجب أن يقع بجميع أحكامه، لأنهم قالوا: إنه لا يرثها إن ماتت، وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها. ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين لأنه يعسر أن يقال: إن في الشرع نوعاً من الطلاق توجد له

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من جوّز الطلاق الثلاث، ٢٠١٣/٥ . البيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت، ٣٦٢/٧ برقم ١٤٩٠١.

[٢] الماوردي: الحاوي الكبير ٢٦٣/١٠.

[٣] النووي: روضة الطالبين، المكتب الإسلامي ٧٢/٨.

بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية، وأعسر من ذلك القول، بالفرق بين أن يصح أو لا يصح، لأن هذا يكون طلاق موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع)[١].

وأجيب: إن عدم توريثه منها (لشبهة العدوان)[٢] والإضرار بها عمداً أو تسبباً بقطع ميراثها في وقت عجزه وضعفه في المرض، وهي دلائل وقرائن تدعو إلى فراره، فلا يرث منها لأنه هو الذي قطع الصلة بها، أما هي فلا عدوان منها، فيبقى حقها[٣].

المناقشة والترجيح:

مما تقدم؛ وبعد هذا العرض للأقوال وأدلتها والمناقشات التي أثيرت حولها، نرى أنه قد حاول كل فريق تخليص قوله من المعارضة، وأدلته من البطلان بمناقشة الفريق الآخر والدفاع عن قوله وأدلته.

ولكن حيث إن مدار العلة التي ذهب إليها القول الأول الداعي إلى توريث المطلقة البائنة في مرض موت زوجها بعد أن ساءت حالته وأوشك على الموت وظهرت أماراته عليه، موافق لمقتضى العدل وإعطاء كل ذي حق حقه وموافق لروح التشريع الإسلامي ومقاصده وقواعده الكلية.

وحيث إن هذا القول يؤيد فعل الصحابة رضوان الله عليهم لما ورثوا المبتوتة في مرض الموت، إذ كان هدفهم (إبطال حيل المحتالين، وسدّ ذريعة الطلاق في وقت تعلق الحقوق بالمال، ومعاملة للفار بنقيض مقصوده، لأنه أراد إسقاط مقصود الرب)[٤]، فيعمل حكم الطلاق في تحريم رجعتها، وباستحقاقها مؤخر الصداق، ويثبت حقها في الميراث، فترث ما دامت في العدة[٥].

لذلك كله؛ فإنني أرى ترجيح هذا القول، لقوة أدلته، ومعقوليتها، بشرط استمرار العدة، حتى إذا انقضت فلا ميراث لها، على أن يقدر القاضي مقدار انطباق حالة الطلاق على حال المريض الذي تعرض تصرفاته عليه وما يصاحبها من قرائن ودلائل وأسباب الظن على أنه طلاق فرار.

فإذا ثبت لدى القاضي مقصود المريض بتطليق زوجته مع حاجته إليها وإلى خدمته، توفيراً للمال إلى أولاده وقطعاً لميراثها، فيعامل بنقيض قصده، وترث منه إذن مات ما دامت في عدتها[٦].

---

[١] ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٠/٢.

[٢] ابن الهمام: شرح فتح القدير ١٥٤/٤.

[٣] وسيأتي في الشروط أنها لا ترثه إن طلبت هي الطلاق أو سألته، أو علقه على فعلها الذي لها غنى عنه، وهذا ما يقتضيه منطق العدل الذي تمتاز به الشريعة.

[٤] ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ٢٤٨/٣، ٢٦٢، ابن القيم: أعلام الموقعين ٢١٦/٣.

[٥] القدومي: عبير، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ٢٣٩.

[٦] أحمد خلف بيومي: ضوابط التعسف في استعمال الحق ٤٥.

المبحث الثالث

وقت الإرث

إن الفقهاء الذين اتفقوا على توريث المبتوتة، قد اختلفوا في زمان استحقاقها للميراث على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو قول الحنفية، والشافعية في القديم، وقول للحنابلة: أنها ترث إذا مات وهي في العدة من هذا الطلاق البائن، وهو منقول عن عمر وعثمان وابن عمر وابن مسعود والمغيرة وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت وعدد من أكابر فقهاء التابعين من بعدهم[١].

ووجه هذ القول: أن الزوجية التي هي سبب الإرث وإن انقطعت، فقد بقي بعض آثارها وهي العدة، فجعلت آثار الزوجية قائمة مقامها، فيرد عليه قصده ما بقيت العدة. ويبقى حقها في ميراثه.

أما إذا مات بعد انقضاء العدة فلا ترث منه؛ لانقطاع الآثار والصلات والعلائق بينهما؛ وصارت كالأجنبية.

ففي أثناء العدة: ترث بسبب بقاء بعض آثار الزوجية، وبعد انقضاء العدة: لا ترث لانقطاع آثار الزوجية[٢].

القول الثاني: وهو للمالكية وهو مذهب ربيعة: أنها ترث وإن انقضت عدتها أو تزوجت بعدها قبل موته.

ووجه هذ القول: أن سبب توريثها القصد الآثم؛ وهو فراره من ميراثها، فيرد على صاحبه إذا قامت القرائن المثبتة له، وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة[٣].

ولما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف: (أن أباه طلق أمه، وهو مريض، فمات، فورثته بعد انقضاء العدة)[٤].

ويترتب على قولهم بهذا أنها ترث أزواجاً كثيرة كل منهم مات في مرض موته بعد أن طلقها ثلاثاً.

القول الثالث: وهو المشهور من مذهب أحمد وهو مذهب ابن أبي ليلى وإسحق بن راهويه[٥]: أنها ترثه في في العدة وبعدها ولا ينقطع حقها في الإرث إلا إذا تزوجت قبل موته.

ووجه هذ القول: أنها ترث ليرد عليه قصده، مالم يوجد مانع يقطع فرض قيام الزوجية بينها وبين المورث قطعاً تاماً. وذلك بأن تتزوج من غيره قبل موته، وبعد انتهاء عدتها؛ لأنها بتزوجها من غيره لا يمكن تصور قيام الزوجية، إذ لا يتصور أن تكون زوجة من اثنين.

---

[١] منهم: شريح وإبراهيم النخعي، وابن سيرين، وسعيد بن المسيب، وحماد، وابن شبرمة، وسفيان الثوري، والأوزاعي وطاوس، والليث [ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٥٠/٣]

[٢] الزيلعي: تبيين الحقائق٢٤٦/٢. الشربيني: مغني المحتاج ٢٩٤/٣. ابن قدامة: المغني٢٦٨/٦، ابن قدامة، المقنع٤٥٣/٢.

[٣] الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٥٣/٢.

[٤] البهوتي: كشاف القناع، ٤٨١/٤.

[٥] إسحاق بن راهويه (١٦١-٢٣٨هـ) أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم، من بني حنظلة من تميم، عالم خراسان في عصره. طاف البلاد لجمع الحديث، وأخذ عنه أحمد والشيخان. اجتمع له الفقه والحديث والحفظ والصدق والورع والزهد. استوطن نيسابور وتوفي بها. [تهذيب التهذيب ٢١٦/١؛ والانتقاء ص١٠٨].

فهذه المطلقة وارثة من زوج واحد، فلا ترث زوجاً سواه كسائر الزوجات، فلو ورثت بعد الزواج بغيره لأدى ذلك إلى توريثها من زوجين في بعض الأحوال، والمرأة لا تكون زوجة لاثنين شرعاً، والتوارث من آثار النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر، ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الزوج الأول لها، فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها[١].

المناقشة والترجيح:

وأرى أن القول الأول أولى من القولين الآخرين: ذلك لأن العدة أثر من آثار الطلاق ثبتت فيها بعض أحكام الزواج من الميراث، ولحوقها الظهار والإيلاء[٢] ما دامت فيها، حتى إذا انتهت عدتها انقطعت العلائق مطلقاً، أما أن يقال بتوريثها مالم تتزوج فإن فيه مفسدة كبيرة، لأن بقاء المرأة بلا زواج قد يضر بها.

ثم إن تقييده بما لم تتزوج لم يرد في الشرع فلا يعتبر في حق الحكم[٣]. ثم إنها ترث بعد وفاة مطلقها وتقسيم التركة بين المستحقين، فإن أخذت نصيبها وهي لم تتزوج بعد، لها أن تحتال وتتزوج عقب أخذه، ولا رقيب عليها، فلا يكون للقيد فائدة. أما أن يقال بتوريثها مطلقاً: فهذا مخالف للنصوص والمعقول: من توريث النساء المتعلقات بالزوج بعقد أو أثر عقد كما في آية الميراث[٤]، ولا يعقل بناء على القول بتوريثها مطلقاً أن يصار إلى توريث ثماني نسوة من رجل واحد[٥]، لما فيه من إضرار بالزوجات، وأكل لأموال الناس بالباطل وهو ممنوع في الشرع.

ولأنه لو قلنا بميراثها مطلقاً دون قيود، فإن ذلك سيؤدي إلى توريثها من زوجين على فرض زواجها، وهذا مخالف للأصول.

---

[١] ابن قدامة: المقنع ٤٥٤/٢. الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٢٧/٧.

[٢] الإيلاء: هو حلف المسلم المكلف على ترك وطء زوجته وسيأتي بحثه لاحقاً. انظر: محمد عليش، منح الجليل، ٣٠٨/٢.

[٣] الزيلعي: تبيين الحقائق ٢٤٧/٢.

[٤] سورة النساء:١٢.

[٥] ابن قدامة: المغني ٢٦٨/٦، وذلك بناء على فرض أنه طلق أربع نسوة في مرض موته فانقضت عدتهن ولم يتزوجن، وتزوج أربعاً سواهن فالميراث للثمانية.

المبحث الرابع
شروط توريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت

يشترط لتوريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت شروطاً عدة وذلك لتحقق مظنة الفرار، منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، ولا يتم توريثها إلا بتحققها، وفيما يلي تفصيل القول فيها:

ذهب الفقهاء إلى أنه يشترط للتوريث[١]:

١- أن يكون الطلاق في مرض مخوف مهلك عادة يؤدي إلى الموت، وأن يموت الزوج بسببه، وألا يصحّ الزوج من ذلك المرض، وإن مات منه بعد مدة، فإذا مرض وطلق خلال مرضه ثم عوفي منه؛ فلا ميراث لها إن انقضت عدتها؛ لأنه تبين أن مرضه ليس مهلكاً، فلا يكون قاصداً الإضرار.

٢- أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها حين الطلاق عند الجمهور[٢]؛ بأن تكون مسلمة، لأنه لا يثبت التوريث بين المسلم وغيره، وأن تستمر هذه الأهلية إلى وقت الموت. فإذا لم تكن أهلاً للميراث وقت الطلاق، بأن كانت كتابية وهو مسلم، فلا يثبت لها الميراث، لعدم تحقق صفة الفرار. ولو كانت مسلمة وقت الطلاق، ثم خرجت عن هذه الأهلية قبل الموت فارتدت، فإنها لا ترث؛ لأنها بالردة سقط حقها في الميراث، ولا يعود لها؛ **لأن القاعدة الفقهية تنص على أن: (الساقط لا يعود).**

وقال المالكية: ترث الكتابية إن طلقها في مرض موته، ثم أسلمت وهي في عدتها، وكذلك لو عادت إلى الإسلام بعد أن ارتدت ثم مات الزوج في عدتها، فإنها ترثه؛ لأنها مطلَّقة في المرض، فأشبه ما لو لم ترتد[٣].

٣- أن لا يكون الطلاق بناء على طلبها أو برضاها؛ لأن طلبها أزال مظنة الفرار، وذلك بأن يوقعه الزوج بمحض إرادته، دون أن تسأله إياه، أو تخالعه، فلو كان برضاها لا يثبت لها الميراث، ولا يوصف المطلِّق بالفارّ. ولكن إن طلبت منه الطّلاق مطلقاً، أو طلبت طلاقاً رجعيّاً فطلّقها بائناً واحدةً أو أكثر ثمّ مات وهي في عدّتها ورثت منه، لأنّها لم تطلب البينونة ولم ترض بها.

وذلك عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية في القديم والصحيح في المذهب عند الحنابلة[٤].

ووجه هذا القول: إنها إن خالعته أو سألته الطلاق، فإنها راضية بالآثار المترتبة على بينونتها بما فيها حرمانها الميراث، فلا يتهم بقصده الإضرار.

وقال المالكية: أنها ترث منه مطلقاً، أي سواء كان بطلبها كالمخيّرة والمملّكة والمخالعة، أو بغير طلبها، حتّى لو مات بعد عدّتها وزواجها من غيره فإنها ترثه، طالما أن الطلاق واقع في المرض[٥].

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع ٢٤٤/٣، الدردير: الشرح الصغير ٥٢٨/٢ النووي: روضة الطالبين ٧٥/٨، ابن قدامة: المغني ٢٦٩/٦، ٤٨.

[٢] ابن الهمام: شرح فتح القدير ١٤٥/٤، الشربيني: مغني المحتاج ٢٩٤/٣، ابن قدامة: المغني ٢٧٠/٦.

[٣] الدسوقي: حاشية الدسوقي ٣٥٣/٢.

[٤] الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٢٣٣/٢. النووي: روضة الطالبين ٧٣/٨. ابن قدامة: المقنع ٤٥٢/٢.

[٥] الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٥٣/٢. ابن رشد: بداية المجتهد ٩٠/٢.

٤- أن لا تكون الفرقة من جهتها أو بسببها؛ بأن ترتكب مع أحد أصول الزوج أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، كتقبيلها ابن زوجها أو غيره، أو كرضاع امرأة صغيرة لزوجها، أو رضاع زوجها الصغير، أو ترتدّ عن الإسلام والعياذ بالله تعالى.

وكذا لو كانت الفرقة بسبب عيب فيه: كالجبِّ، والعنة أو بخيار البلوغ: لأنها فرقة من قبلها وهي بهذا مسقطة لحقها فلا ميراث لها وذلك عند: الحنفية، والشافعية في قول[١].

أما لو لاعنها في مرضه وفسخ النكاح بسببه، فلا ترث عند الشافعية في قول[٢]، وترث عند المالكية، والحنابلة[٣].

وجه القول بعدم توريثها: إن الملاعن ليس بفار، لأن له شبهة ردّ عار زنى زوجته عن نفسه وذلك حق له.

ووجه قول المالكية والحنابلة: إن الفرقة في اللعان كانت بسببه، فتقوم مقام تطليقها بإرادته فترث منه.

وأميل إلى القول بعدم توريثها؛ لأن الأصل عدم توريث المطلقة ثلاثاً، وإنما استحسنا توريثها لاحتمال قصده الإضرار بها، وليس الاحتمال موجوداً في الملاعنة فلا ترث.

٥- ومن الشروط كذلك: أن يكون الطلاق واقعاً حالاً: فلو أقر في مرضه أنه كان قد طلقها سابقا؛ بحيث تنقضي العدة كلها أو بعضها قبل المرض فلا ترث عند: الشافعية في القول الصحيح[٤]، وترث عند: المالكية، والحنابلة[٥].

وجه القول الأول: إنه لما أقر أنه طلقها سابقاً في صحته لم يجعل فاراً، ولا تستثنى زوجته في الميراث من المطلقات البائنات فلا يقال بتوريثها.

ووجه القول الثاني: إن إقراره في المرض كالإنشاء فيه، فتجري عليه أحكام الإنشاء بتوريثها منه، وعدم استحقاقه هو للميراث.

الترجيح:

وأرى -والله أعلم- أن القول بتوريثها أولى وأرجح، ذلك لأنه متهم في مرضه بحرمانها الميراث، ولما عجز عن ذلك وعلم أنه قد يرد عليه قصده، ولا يعمل طلاقه في حق الإرث عمد إلى حيلة أخرى ألا وهي الإقرار بأن الطلاق سبق في الصحة، وأن العدة قد انتهت، فلا تستحق الميراث فلا يعمل قصده هنا أيضاً لتعمده الإضرار[٦].

هذا إن أوقع الزوج الطلاق منجزاً دون تعليق أو اشتراط، أما إن علق طلاقها على فعل ما: لها، أو لغيرها، فما هو الحكم لو أوقع طلاقها المعلق على حصول الشرط، هل يقع دائماً، أم أنه يختلف باختلاف المعلق عليه؟.

وفيما يلي بيان ذلك.

---

[١] الزيلعي: تبيين الحقائق ٢٤٧/٢. الماوردي: الحاوي ٢٦٩/١٠.
[٢] النووي: روضة الطالبين ٧٤/٨.
[٣] الخرشي: حاشية الخرشي ١٨/٤، ابن قدامة: المغني ٢٧١/٦.
[٤] النووي: روضة الطالبين ٧٥/٨ الماوردي، الحاوي،٢٦٧/١٠.
[٥] الدردير: الشرح الصغير ٥٢٨/٢. ابن قدامة: المغني ٢٧٠/٦.
[٦] ابن القيم: أعلام الموقعين ٢١٦/٣.

المبحث الخامس
تعليق الزوج الطلاق البائن في المرض

١- اتفق الفقهاء على ميراث الزوجة، إذا حلف أو علق الزوج المريض طلاق امرأته على فعل منه، ثم حنث فيه، سواء كان له غنى عن فعله: كأكله ما زاد عن حاجته، أو تحدثه مع فلان من الناس، أو كان مما لا غنى له عنه: كالصلاة، لأنه قاصد الإضرار بها ابتداء بتعليقه على فعل خاص به، كما لو نجز طلاقها ابتداء[١].

٢- أما إذا حلف الزوج في مرضه على امرأته بتطليقها وعلقه على فعل منها: فإن كان الفعل مما لا غنى لها عنه: كأداء الفروض، أو برّ والديها، فإنها ترث إن أحنثته عند الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة[٢].

ووجه هذا القول: إنه فعل لا بد منه، وإن التعليق على الأمر الضروري الذي لا بديل عنه- لما يترتب على تركه من العقاب في الآخرة- قرينة ظاهرة على قصد الإضرار بالزوجة، فيرد عليه قصده[٣].

وأما إن كان لها غنى عنه: كصلاة النافلة، أو زيارة غير محارمها، فإنها لا ترث عند الجمهور[٤]، لأنها لما لما أقدمت عليه مع علمها بالآثار، كانت راضية ضمناً بإسقاط حقها لما أحنثته، فلا ترث وترث عند المالكية[٥].

٣-وإذا حلف الزوج في مرضه على امرأته بطلاقها، وعلقه على فعل أجنبي ففيه تفصيل:

إن كان التعليق في المرض والفعل فيه كذلك: فإنها ترث عند الحنفية، والشافعية في قول: لأنه قصد إبطال حقها فيعاقب بنقيضه[٦].

وإن كان التعليق في الصحة والفعل في المرض: فهي لا ترث عند أبي حنيفة، والشافعي، وأحمد[٧]، وترث عند: زفر، والقاضي من الحنابلة[٨].

ووجه القول بعدم توريثها: إنه لما علق بالصحة، لم يكن يعلم بمرضه فيما بعد، ولم يقصد الفرار من ميراثها وإن قصد أمراً آخر، فلا ترث.

ووجه القول بتوريثها: لأن العبرة في التوريث عند حصول الشرط، وهو في وقته مريض، فتعامل معاملة مطلقة المريض، كما لو نجز الطلاق في المرض.

---

(١) الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ١٤٥/٣. النووي، روضة الطالبين ٧٣/٨، ابن قدامة، المغني ٢٧١/٦.

(٢) الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ١٤٥/٣. وقال محمد: لا ترث إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض، لأنه لا صنع له في إبطال الشرط، فلم يقصد إبطال حقها، فلا ترث. [المرجع السابق]. النووي: روضة الطالبين ٧٣/٨. ابن قدامة: المقنع ٤٥٣/٢.

(٣) الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ١٤٥/٣.

(٤) الكاساني: بدائع الصنائع ٢٢٢/٣، النووي: روضة الطالبين ٧٣/٨، ابن قدامة: المغني ٢٧٠/٦.

(٥) الدردير: الشرح الصغير ٥٢٧/٢، والحق أنني لا أرى وجهاً لتوريثها عند المالكية.

(٦) السرخسي: المبسوط ١٥٧/٤. النووي: روضة الطالبين ٧٣/٨.

(٧) السرخسي: المبسوط ١٥٧/٤. الماوردي: الحاوي، ٢٦٨/١٠. ابن قدامة: المغني ٢٧١/٦.

(٨) السرخسي: المبسوط ١٥٧/٤. ابن قدامة: المغني ٢٧١/٦.

٤-وإذا حلف الزوج في مرضه على امرأته بطلاقها وأضافه إلى زمن، أو علقه بأمر طبيعي كمجيء رأس السنة، أو طلوع الشمس أو هطول المطر؛ فهو كالتعليق على فعل الأجنبي، ترث إن كان التعليق في المرض عند الحنفية[١].

أما إن كان التعليق في الصحة ثم جاء الوقت، أو تحقق الأمر السماوي في وقت المرض: فلا ترث عند أبي حنيفة وعند الشافعي[٢]. وترث عند زفز[٣].

والخلاصة من هذه الشروط: أنها قرائن ودلائل واجبة، تساعد في الكشف عن نية المطلق، وقصده الإضرار بتعليق الطلاق على أفعال أو أقوال لا يد للزوجة فيها، مما يظهر تعنته وإساءة استعماله لحقه في الطلاق، وتبييت نية الإضرار بها فيعامل بنقيض قصده، وترث منه.

المبحث السادس
حكم الفرقة من جهة الزوجة المريضة مرض الموت

قد تحصل الفرقة من جانب الزوجة وهي مريضة مرض الموت ونحوه مما يغلب فيه الهلاك، فإنها تعد فارَّة من ميراث زوجها، فتعامل بنقيض مقصودها، ويرثها الزوج إذا ماتت وهي في العدة، ولا ترث هي منه إذا مات ولو كانت في العدة.

وإذا قصدت الزوجة بالفرقة إبطال حق الزوج وكانت طائعة مختارة، رد عليها قصدها وثبت له الميراث، كأن يكون لها خيار الفسخ، أو ترتكب مع أحد أصول الزوج أو فروعه في مرض موتها ما يوجب حرمة المصاهرة، أو ترتد عن الإسلام وهي في مرض موتها، فإنها تعتبر فارَّة من الميراث، فيرثها زوجها إذا ماتت قبل انقضاء عدتها؛ لأن الفرقة جاءت بسبب من جهتها.

ومما يوجب حرمة المصاهرة عند الحنفية والحنابلة: أن يستكره الابن امرأة أبيه على ما ينفسخ به نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه، فمات أبوه من مرضه المذكور، ورثته ولم يرثها إن ماتت. فإن طاوعته على الحرام، لم ترث؛ لأنها مشاركة فيما ينفسخ به نكاحها، فأشبه ما لو خالعته.

وكذلك الحكم فيما إذا وطئ المريض من ينفسخ نكاحه بوطئها، كأم امرأته أو ابنتها، فإن امرأته تبين منه وترثه إذا مات في مرضه، ولا يرثها، سواء طاوعته الموطوءة أو أكرهها، فإن مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل، فيسقط به ميراثها. ولا يرى الشافعي فسخ النكاح بالوطء الحرام.

وإن فعلت المريضة ما ينفسخ نكاحها، كرضاع امرأة صغيرة لزوجها، أو رضاع زوجها الصغير، أو ارتدت أو نحوها، فماتت في مرضها، ورثها الزوج ولم ترثه عند الحنفية والحنابلة والمالكية، وقال الشافعي: لا يرثها.

---

[١] السرخسي: المبسوط ١٥٧/٤.
[٢] الكاساني: بدائع الصنائع ٢٢٢/٣. الماوردي: الحاوي ٢٦٨/١٠.
[٣] السرخسي: المبسوط ١٥٨/٤.

زواج المريض المطلِّق بأخرى:

إذا طلق المريض امرأته، ثم نكح أخرى ومات من مرضه في عدة المطلقة، ورثتاه عند الحنفية والحنابلة، وقال مالك: الميراث كله للمطلقة؛ لأن نكاح المريض عنده غير صحيح[١].

المبحث السابع

القواعد الفقهية المتعلقة في طلاق المريض مرض الموت وموقف القانون منه

لما كان طلاق مريض مرض الموت مناقضاً لقصد الشارع من تشريع الطلاق – للتخلص من حياة زوجية لا توائمه، ولا يستطيع الاستمرار فيها لظروف شديدة–، لأن المريض في هذه الحالة يحتاج إلى من يساعده ويؤنسه في مرضه، حتى إذا ظهرت إمارات المضارة عوقب بنقيض قصده، وتوقف طلاقه عن ترتب بعض الآثار عليه فترة من الزمن.

والحقيقة أن معايير التعسف في استعمال الحق ترد على هذا الفعل من المريض من عدة نواح:

أ– معيار قصد الإضرار: ويظهر قصده واضحاً في حالة تطليقه في المرض مع تعليقه الطلاق على فعل مالا غنى للزوجة عنه، حيث تظهر قرينة قصده الإضرار بربطه الطلاق بفعل ضروري لها: كصلاة فرض أو صلة رحم قوية، أو التزود بالطعام والشراب، فلولا أنه بيّت النية للإضرار بها، وحرمانها من حقها في ميراثه، لما علق طلاقها على فعل يعلم هو ابتداء أنها تحتاجه ولا تستطيع الاستغناء عنه.

٢– معيار المصلحة غير المشروعة: إن المريض بتطليقه زوجته بائناً في وقت تعلق حقها في ماله– بأن بات مشارفا على الموت– ليس هنالك من مصلحة شرعية ترجى من فعله، بل محركه هو مصلحة غير مشروعة (من هضم حق الزوجة وإسقاطه)[٢]، وهي تهدم مصلحة شرعية اعتبرها الشارع ونظمها مقابلة لها، من إعطاء كل ذي حق حقه، وهذه مضادة ممنوعة، فيتوقف الفعل– وهو الطلاق– عن أن يستتبع آثاره فترة من الزمن، فترث المطلقة بائناً ما دامت في عدتها من طلاقها في مرض زوجها، حتى إذا انقضت عدتها فلا ترث.

كما أن الشارع الحكيم عاقبه بأن منع ميراثه منها في الوقت الذي رأى الجمهور توريثها منه، فالأصل أن التوارث بينهما متبادل، ولكنه باستعجاله أمر الطلاق دون مبرر شرعي، وإنما لهدم مصلحة شرعية عوقب بحرمانه، وبتوريثها، وهذا ما يقتضيه العدل وتقرره الشريعة.

أما القواعد الفقهية المتعلقة بطلاق الفار فهي:

قاعدة رقم (١).

من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه[٣].

---

[١] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٢٩/٧

[٢] أحمد خلف بيومي: ضوابط التعسف في استعمال الحق ٤٥.

[٣] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٥٩. مجلة الأحكام العدلية، م ٩٩. الونشريسي: إيضاح المسالك. ٣٢٠. السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٥٢

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.
- من قصد إلى ما فيه إبطال قصد الشارع عوقب بنقيض قصده[١].
- من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه.
- من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.
- من تعجل حقه، أو ما أبيح له، قبل وقته، على وجه محرم، عوقب بحرمانه.
- من استعجل ما أخره الشرع يجازى برده.
- الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد[٢] .
- المعارضة بنقيض المقصود الفاسد[٣].
- المعارضة بنقيض المقصود[٤].
- الأمر المطلق تخصصه التهمة[٥].
- ما يثبت الحكم بوجوده إذا أوجده هل يثبت له الحكم [٦].
- من قصد قصداً فاسداً عوقب بنقيض قصده[٧].
- من قصد قطع حقٍّ من انعقد سبب استحقاقه لم يسقط[٨].

معنى القواعد:

هذه القواعد مهما اختلفت ألفاظها فهي تفيدنا معنى متحداً، على أن من يتوسل بالوسائل غير المشروعة، تعجلاً منه للحصول على مقصوده المستحق له، فإن الشرع يعامله بضد مقصوده، فأوجب حرمانه جزاء فعله واستعجاله. وهذه القاعدة تمثل جانباً من جوانب السياسة في القمع وسدّ الذرائع[٩] .

والشارع الحكيم قد وضع الشريعة لمصالح العباد، وجعل المكلف خليفة له في رعاية هذه المصالح وتحصيلها، فلزم من ذلك أن يكون قصد العبد موافقة لمقاصده سيده ومولاه عز وجل.

يقول الشاطبي: (قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع)[١٠] فهو مخاطب أن تجري عقوده وتصرفاته مجرى ما بنيت عليه الشريعة من مصالح، ولا يحصل ذلك إلا إذا كان على وفاق تام مع مراد الشارع ومقاصده، فساد القصد مناف لمقتضى الخلافة والتكليف فاستحق صاحبه العقوبة والذم.

---

[١] الروكي: قواعد الفقه ٢٧٥ عن الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي ١٣٤/٢.
[٢] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ٤١٦ الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ق ٨٢ ٣١٥
[٣] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ٤١٦. الزركشي: المنثور،١٨٣/٣. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ١٦٨/١. الحصني: القواعد، ٢٤١/٣.
[٤] الزركشي: المنثور في القواعد، ١٨٣/٣. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٥٠/٢
[٥] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ص ٤٨١
[٦] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ١ /٤١٨.
[٧] ابن قدامة: المغني ٢٨٥/٢ و٢٦٨/٦.الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ٤٣٨.
[٨] ابن قدامة: المغني ٣٠١/٢.
[٩] حيدر: درر الحكام ٨٧/١
[١٠] الشاطبي: الموافقات ٢٥١/٢.

فالذي يستعجل الشيء الذي وضع له سبب عام مطرد، وطلب الحصول عليه قبل أوانه، أي وقت حصول سببه العام، ولم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع، بل عدل عنه، وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان، فإنه يعاقب بحرمانه، ويحرم من النفع الذي يأتي منه عقاباً له، لأنه افتأت وتجاوز فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محظور فيعاقب بحرمانه ثمرة عمله التي قصد تحصيلها بذلك السبب الخاص المحظور، وكذلك من احتال على تحليل الحرام أو تحريم الحلال، فإنه يعامل بنقيض قصده عقوبة له.

وهذه القاعدة كثيرة الفروع والمسائل في المذهب الحنفي والمالكي والحنبلي، وقليلة الفروع عند الشافعية، حتى قالوا: إن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها، بل في الحقيقة لم يدخل فيها غير حرمان القاتل من الميراث، ولذلك زاد بعض الشافعية في القاعدة لفظاً لا يحتاج معه إلى الاستثناء، فقالوا: **من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن مصلحة في ثبوته، عوقب بحرمانه.**

والأصل في هذه القاعدة أن الله تعالى لما حرم على اليهود الصيد يوم السبت، وضعوا الشباك وأخذوا الصيد يوم الأحد، فسمى الله تعالى هذا العمل اعتداء وجازاهم بنقيض قصدهم، بأن عاقبهم[1]، قال تعالى: ﴿وَٱسْأَلْهُمْ عَنِ ٱلْقَرْيَةِ ٱلَّتِى كَانَتْ حَاضِرَةَ ٱلْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِى ٱلسَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ كَذَٰلِكَ نَبْلُوهُم بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ﴾[الأعراف:١٦٣].

وقال النبي صلى الله عليه وسلم: (قاتل الله اليهود لما حرم الله عليهم شحومها جملوها ثم باعوها فأكلوها)[2].

ولعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له، وسماه بالتيس المستعار[3]، وما ذاك إلا أنه نوى بقصد النكاح التحليل، فاحتال على تحليل الحرام، ولذلك استحق اللعنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم، مثله المحلل له.

وقرر أهل العلم تحريم الحيل وعدوها تجرؤاً على الله تعالى، وإبطالاً لأحكام القرآن والسنة، فالمحتال بالباطل يعامل بنقيض قصده شرعاً وقدراً، وأن من احتال على الشرع فأبطل الحقوق، وأحل الحرام، وحرم الحلال، فإنه يعامل بنقيض نيته وقصده جزاء وفاقاً.

فروع على القاعدة:

---

(1) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٣٠٦/٧.

(2) رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ودكه، ٧٧٤/٢ برقم ٢١١٠، ورواه أيضاً في باب بيع الميتة والأصنام، ٧٧٩/٢ برقم ٢١٢١. وفي كتاب التفسير، باب قوله أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده، ١٦٩٥/٤ برقم ٤٣٥٧. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، ١٢٠٧/٣ برقم ١٥٨١. وفي باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، ١٢٠٨/٣ برقم ١٥٨٣. ومعنى جملوه: أذابوه واستخرجوا دهنه.

(3) أبو داود: السنن، كتاب النكاح، باب في التحليل، ٢٢٧/٢ برقم ٢٠٧٦. والنسائي: السنن الكبرى، أحكام في الخطبة وشروط النكاح والعرس والبناء ما يستحب من الكلام ثم النكاح، ٣٢٥/٣ برقم ٥٥٣٥. وابن ماجه: السنن، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، ٦٢٣/١ برقم ١٩٣٦. الدارمي: السنن، كتاب النكاح، باب في النهي عن التحليل، ٢١١/٢ برقم ٢٢٥٨. البيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في نكاح المحلل، ٢٠٨/٧ برقم ١٣٩٦٣.

منها: إذا طلق الرجل امرأته بائناً بغير رضاها في مرض موته قاصداً حرمانها من الميراث ومات وهي في العدة ترثه. فإنها ترثه في الاجتهاد الحنفي والمالكي والحنبلي وقديم الشافعي، لدلالة مرض الموت على أن قصده حرمانها من الإرث، فيرد قصده عليه، فإن السبب العام الذي يمنع أحد الزوجين، لا على التعيين، من إرثه من الآخر هو تقدم موته، وهذا يحتمل وقوعه عليه أو عليها، فلما أراد الزوج التنصل من هذا السبب الموضوع بوجه عام، والخروج من دائرة احتمال وقوعه عليه دونها وعمل على حصر عدم الإرث من جانبها بهذا السبب الخاص المحظور استعماله لمثل هذا المقصد السيء، عوقب برد عمله عليه، وتنبين زوجته منه، وترثه[١].

ومنها: ما نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أفتى في المرأة التي يطلقها زوجها، فتتزوج غيره قبل انقضاء عدتها، بأنها تحرم على هذا الزوج الثاني إن دخل بها حرمة مؤبدة، معاملة بنقيض مقصودها، بمقتضى السياسة الشرعية في المصلحة المرسلة[٢].

ومنها: لو جاءت الفرقة من قبل الزوجة بسبب ردتها، فليس لها أن تتزوج بعد توبتها بغير زوجها، وبه يفتى، وتجبر على تجديد العقد على زوجها بمهر يسير، وعليه الفتوى، وذلك لرد عملها عليها، فإن السبب الموضوع لحل عقدة النكاح بالوجه العام منوط بالزوج الذي هو قوّام عليها، والذي هو أحرى أن يكون مظنة استعمال الروية والحكمة وتوخي الصواب فيه، فلما استحصلت على حل هذه العقدة بهذا السبب الخاص المحظور، وهو المروق من الدين، عوقبت برد عملها هذا عليها بحرمانها ثمرته الخبيثة بما ذكرنا، حتى إن بعض المشايخ من الحنفية قالوا: بعدم وقوع الفرقة أصلاً بردتها زجراً لها، وقال بعضهم: هو أولى، ثم لو ماتت في الردة فعلى القول الأول بوقوع الفرقة يرثها الزوج إذا كانت ردتها في المرض، وماتت وهي في العدة لكونها فارة، فإن الفرار يتحقق من الزوجة كما يتحقق من الزوج، وعلى القول الثاني يرثها مطلقاً بلا قيد[٣].

ومنها: المرأة إذا ملكت زوجها، فسخ نكاحها، لتنافي أحكام سيادتها عليه، مع أحكام كونها زوجاً له، فإن هذا الزوج مملوكاً لغيرها، واشترته قاصدة فسخ نكاحها، عوملت بنقيض مقصودها وثبت النكاح[٤].

ومنها: من حلف على زوجته بالطلاق ألا تخرج، فخرجت قاصدة إحناثه، قال أشهب لا تطلق عليه معاملة بنقيض مقصودها[٥].

ومنها: من طلق امرأته في الحيض مستعجلاً لفراقها، قاصداً إضرارها، عومل بنقيض مقصوده، وأجبر على ترجيعها، كما دل عليه حديث ابن عمر رضي الله عنهما[٦].

ويستثنى من هذه القاعدة: لو أمسك زوجته مسيئاً عشرتها لأجل إرثها، ورثها في الأصح[١].

---

(١) ابن عاشور: القواعد الفقهية الكبرى، ٦٣-٦٤. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٤٧٢. الدعاس: القواعد الفقهية، ٦٠، ابن رجب: القواعد، ٤٠١/٢. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٤١٦/١. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٧١١/١٠.

(٢) الدعاس: القواعد الفقهية، ٦٠، ابن رجب: القواعد، ٤٠٤/٢. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٤١٧/١.

(٣) الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٤٧١. الغرياني: تطبيقات قواعد الفقه، ٢٧٤. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٤١٧/١.

(٤) الزحيلي: القواعد الفقهية، ٤١٨/١. الغرياني: تطبيقات قواعد الفقه، ٢٧٤.

(٥) الغرياني: تطبيقات قواعد الفقه، ٢٧٤.

(٦) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن،٢٠١١/٥ برقم ٥٢٥١، ورواه مسلم في صحيحه– كتاب الطلاق – باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، ١٠٩٣/٢– برقم ١٤٧١. انظر الغرياني: تطبيقات قواعد الفقه، ٢٧٨.

قاعدة رقم (٢).

الأصل أن تعتبر التهمة في الأحكام فكل من فعل فعلاً وتمكنت التهمة في فعله حكم بفساد فعله[٢].

معاني المفردات:

المراد بالتهمة: أن لها مؤيداً من ظاهر الحال[٣].

معنى القاعدة:

فتفيد هذه القاعدة: أن من تصرف تصرفاً ما ووجد احتمال قوي أنه إنما قصد من وراء تصرفه هذا تحايلاً على الشرع أو إضراراً بمن تعلق به تصرفه فإنه يحكم بفساد هذا الفعل ويرد على الفاعل فعله ولا يعتبر تصرفه صحيحا لكن بشرط أن يكون احتمال التهمة قوياً مبنياً على دليل لا مجرد احتمال موهوم.

قال الإمام أبو حنيفة: تعتبر التهمة في الأحكام، ويعتد بها، وتؤثر على التصرفات، وإن كل من فعل فعلاً، وتمكنت التهمة في فعله حكم بفساد فعله، خلافاً للصاحبين[٤].

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال الرجل لزوجته: إذا فعلت كذا فأنت طالق، ولا بد لها من ذلك الفعل، وفعلت ذلك في مرض الزوج، ثم مات الزوج من ذلك المرض، فإنها ترث عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه قصد الإضرار بها حين علق الطلاق بفعل لا بد منه، ودام على ذلك حتى مات فصار متهماً، وعند محمد لا ترث[٥].

ومنها: إذا قال المريض لامرأته: قد كنت طلقتك في الصحة، وانقضت عدتك، فصدقته، ثم أوصى لها بوصية، أو أقر لها بدين، فإن لها عند ابي حنيفة الأقل من الميراث ومن الوصية أو من الإقرار؛ لأنه متهم في فعله، لجواز أنه لما عرف أنه لا يصيبها إلا الربع أو الثمن، احتال بهذه الحيلة حتى يصل لها أكثر من حقها، وعندهما الإقرار لها جائز، والوصية لها جائزة، كما جاز لسائر الأجنبيات[٦].

قاعدة رقم (٣).

الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته[٧].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- يحال بالحادث إلى أقرب الأوقات[٨].
- الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن.

---

(١) اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ٨٥. الغرياني: تطبيقات قواعد الفقه، ٢٨١.

(٢) الدبوسي: تأسيس النظر، ٢٧. تكملة فتح القدير، ٤٥٨/٨. ابن هبيرة: الإفصاح، ١٨/٢. الزنجاني: تخريج الفروع ٢١٢. الزحيلي: القواعد الفقهية، ١٠٩٥/٢.

(٣) الزحيلي: القواعد الفقهية، ١٠٩٥/٢.

(٤) ابن الهمام: فتح القدير، ٤٥٨/٨.

(٥) الدبوسي: تأسيس النظر، ٢٩. الزحيلي: القواعد الفقهية، ١٠٩٧/٢.

(٦) المصادر السابقة.

(٧) مجلة الأحكام العدلية مادة ١١.

(٨) السرخسي: شرح السير الكبير، ١٨٩٧ – السرخسي: المبسوط،١٤٠/١٩.

معنى القاعدة:

الأصل في الصفات العارضة العدم، فإذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر ولا بينة تحدده فإن هذا الأمر ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، لأنه المتيقن، والزمن الأبعد مشكوك فيه، لكن إذا ثبت نسبته إلى الزمن الأبعد فيجب العمل به.

هذا إذا كان الحدوث متفقاً عليه، وإنما وقع الاختلاف في تاريخ حدوثه، أما إذا كان الحدوث غير متفق عليه، بأن كان الاختلاف في أصل حدوث الشيء وقدمه، فإن القول لمدعي القدم، والقديم يترك على قدمه، فإن أقام مدعي الحدوث بينة قبلت، لأن البينة تثبت ولاية النقض، وهي أولى من بينة مدعي القدم إن قدم بينة، لأن مدعي القدم منكر، ومتمسك بالأصل، والبينة على الأصل والظاهر.

واعتبار هذه القاعدة مقيد بألا يؤدي إلى نقض ما هو ثابت ومقرر، لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ثبت ظهر باستصحاب الحال، لا بدليل أوجب الحدوث للحال، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت[1].

فروع على القاعدة:

منها: إذا ادعت الزوجة أن زوجها طلقها أثناء مرض الموت – طلاق الفار – وطالبت بالإرث وادعى الورثة أنه طلقها حال صحته، وأنه لا حق لها في الإرث ولا بينة لأحدهم، فالقول قول الزوجة مع يمينها، والبينة على الورثة، لأن الأمر الحادث المختلف في زمن وقوعه هو الطلاق، فيجب أن يضاف للزمن الأقرب وهو مرض الموت الذي تدعيه الزوجة.

ومنها: لو ماتت امرأة بعد أن وهبت مهرها لزوجها، فقال الزوج: وهبت حال صحتها، وقال الورثة: حال مرضها، فالقول للورثة، لأن الهبة حادثة، فتضاف لأقرب الأوقات من الموت وهو حال المرض[2].

موقف القانون من طلاق المريض مرض الموت:

القانون السوري:

جاء في القانون السوري في فصل طلاق التعسف المادة التالية:

المادة ١١٦: من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً بلا رضى زوجته ومات في ذلك المرض أو تلك الحالة والمرأة في العدة، فإنها ترث بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت.

---

[1] الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ١٢٥-١٣١. الدعاس: القواعد الفقهية، ١٦-١٧. اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ٣٠. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٦٥-٦٦. الزركشي: المنثور، ١٧٤/١.

[2] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٦٤. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ١٢٦، الزحيلي: القواعد الفقهية، ١٤٧/١. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣١٦/١٢.

القانون الأردني:

عرّف واضع القانون المدني الأردني مرض الموت بالمادة ٥٤٣: مرض الموت: هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر، تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح.

وإن في وضع الضابط الزمني للمرض احتياطا قانونياً لترتب الأحكام الخاصة بالمريض وبورثته، ثم ألحق القانون بالمريض حالات أخرى:

وجاء في البند الثاني من نفس المادة: يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت، ويغلب في أمثالها الهلاك، ولو لم يكن مريضاً.

فإذا كان المرض كذلك وصدرت عن المريض أفعال مخالفة للأصل نظر في تصرفاته نظرة محاسبة وإيقاف، حفظاً لحقوق الآخرين من الورثة أو الدائنين، لفقدان المريض في هذه الحالة شيئاً من إدراكه ووعيه كما هو الواقع.

هذا ولم ينص القانون على واقعة الطلاق في مرض الموت، فيعمل بما رجح من مذهب أبي حنيفة كما نصت المادة ١٨٣: ما لا ذكر له في القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة. وهو قد نص على توريث المطلقة بائناً في مرض الموت ما دامت في عدتها عند موته، وإلا فلا.

ومن الجدير بالذكر أن قانون المواريث في الجمهورية العربية المتحدة نص صراحة على حكم طلاق المريض مرض الموت من حيث توريث زوجته في المادة ١١: (وتعتبر بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في هذا المرض وهي في عدته).

وهذا أخذاً من مذهب الحنفية الذين يورثون الزوجة المطلقة في مرض الموت دون رضاها ما دامت في العدة خلافاً للمالكية الذين يورثونها ولو كان الطلاق برضاها حتى ولو انتهت عدتها ولو تزوجت.

تطبيقات الاجتهادات القضائية

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (مرض الموت يجب أن يغلب فيه خوف الموت، فلا تكفي ملازمة الدار بالمرض أقل من سنة، وإذا كان المرض امتد أكثر من سنة ولكن تغيرت الحال وتفاقمت وطرأ الخوف في وقت ما فتعتبر السنة من تاريخ تغير الحال)[1].

(إذا كان الزوج الذي طلق زوجته طلاقاً بائناً صحيح الجسم حين إيقاعه الطلاق، فإن امرأته لا ترثه ولو مات في العدة، بخلاف ما لو كان مريضاً مرض الموت، فإنه يعتبر هذا الطلاق فاراً، وترثه زوجته إن مات وهي في عدة الطلاق)[1].

---

[1] الأحكام القضائية الشرعية-محمود زكي شمس- دمشق: مطبعة الداودي ١٥٣٧/٣- قرار ١٩٣ أساس -١٩٧٢/٣/٦. ومثله قرار ٩٠٩ قضية ٤٠٨-١٩٧٤/٥/١٨.

مصر:

جاء في حكم لمحكمة استئناف المنصورة: (إن المنصوص عليه شرعاً أن مرض الموت هو المرض الذي اتصل به الموت وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك، وأن من أبان امرأته طائعاً مختاراً بلا رضاها ومات والمرأة في عدته فإنها ترث منه لأنه يعتبر فاراً من إرثها فيعامل بنقيض قصده، ولذلك لو رضيت بالطلاق البائن في مرض الموت لا ترث لانتفاء التهمة عن المطلق)[٢].

---

[١] مجلة القانون ١٩٥٤-العدد٦-ص٥٦٩- قرار ٢٣٨/-١٩٥٤/٥/٣١.

[٢] محكمة استئناف المنصورة، دائرة الأحوال الشخصية بالزقازيق ١٩٥٨/١/٢.

الباب الرابع

الفرقة بالخلع

والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الفصل الأول: الخلع ومشروعيته.

المبحث الأول: تعريفه ودليله والحكمة من تشريعه.

المطلب الأول: تعريف الخلع لغة وشرعاً.

المطلب الثاني: دليل مشروعيته.

المطلب الثالث: الحكمة من تشريعه.

المبحث الثاني: حكم الخلع.

المطلب الأول: الحكم التكليفي للخلع وصفته.

المطلب الثاني: هل الأصل في الخلع الحظر أم الإباحة؟.

المبحث الثالث: تكييف الخلع.

الفصل الثاني: أركان الخلع وشروطه.

المبحث الأول: شروط الزوج والزوجة.

المطلب الأول: الخلع في مرض الموت أو المرض المخوف.

المطلب الثاني: خلع الزوجة في الحيض أو في طهر مسها فيه الزوج.

المطلب الثالث: خلع الأجنبي.

الفرع الأول: خلع الوليّ.

الفرع الثاني: خلع الفضوليّ.

الفرع الثالث: التّوكيل في الخلع.

المبحث الثاني: المعوَّض وهو البضع.

المبحث الثالث: العوض.

المطلب الأول: أقوال الفقهاء في مقدار العوض.

المطلب الثاني: نوع العوض الذي يتم فيه الخلع.

الفرع الأول: الخلع بالمجهول وبالمعدوم .

الفرع الثاني: الخلع على محرم.

المطلب الثالث: الخلع في مقابل بعض المنافع والحقوق.

المبحث الرابع: الصّيغة.

المطلب الأول: حكم الخلع بالمعاطاة أو بدون صيغة.

المطلب الثاني: ألفاظ الخلع.

المطلب الثالث: شروط الصيغة.

الفصل الثالث: مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع.

الفصل الرابع: حكم الخلع وآثاره .

المبحث الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين ونوع هذه الفرقة.

المطلب الأول: هل الخلع طلاق أم فسخ .

المطلب الثاني: هل تجوز الإقالة في الخلع؟.

المطلب الثالث: أثر الخلاف في أن الخلع طلاق أم فسخ.

المبحث الثاني: أثر الخلع في الحقوق الزوجية.

المطلب الأول: أثر الخلع في الحقوق الزوجية والاختلاف بين الزوجين .

المطلب الثاني: هل يرتدف على المختلعة طلاق؟ .

المطلب الثالث: اشتراط الرجعة في الخلع.

المطلب الرابع: الاختلاف في الخلع أو عوضه.

الفصل الخامس: القواعد الفقهية المتعلقة بالخلع وموقف القانون منه.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالخلع.

المبحث الثاني: موقف القانون من الخلع وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الفصل الأول

الخلع ومشروعيته

المبحث الأول

تعريفه ودليله والحكمة من تشريعه

المطلب الأول: تعريف الخلع لغة وشرعاً.

الخُلع في اللغة: اسم من خلع، وهو: النزع والتجريد والإزالة، يقال خلع الشيء يخلعه خلعاً واختلعه: نزعه وجرده، وخلع امرأته خُلعاً: بالضم وخلاعاً فاختلعت وخالعته: أزالها عن نفسه، وطلقها على بذل منها له فهي خالع. وخالعت المرأة زوجها مخالعة واختلعت منه إذا افتدت منه وطلقها على الفدية[١]. وهو استعارة من خلع اللباس؛ لأن كل واحد منهما لباس للآخر، قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾[البقرة:١٨٧]. فإذا طلبته المرأة وهي لباس زوجها، فكأنها تخلع نفسها منه.

وشرعاً:

اختلفت تعريفات الفقهاء للخُلع، نظراً لاختلاف مذاهبهم في ماهيته، وفي ونوع الفرقة فيه، كونها طلاقاً أو فسخاً. وفيما يلي ذكر تعريفاتهم، واختيار التعريف الراجح.

عند الحنفية: الخلع هو (إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه)[٢].

وعرفه ابن الهمام بأنه: (إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع)[٣].

ومقتضى تعريفات الحنفية أن الفرقة بعوض نوعان: إما خلع وإما طلاق بعوض.

وسوف نفصل القول في الفرق بينهما لاحقاً.

وعند المالكية: (الطلاق بعوض سواء أكان من الزوجة أم من غيرها أو هو بلفظ الخلع)[٤].

وهو يدل على أن الخلع نوعان:

الأول: وهو في الغالب ما كان نظير عوض.

الثاني: ما وقع بلفظ الخلع، ولو لم يكن في نظير شيء، كأن يقول لها: خالعتك أو أنت مخالعة.

وبعبارة أخرى هو: أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالاً على أن يطلقها، أو تسقط عنه حقاً لها عليه، فتقع به طلقة بائنة. أي أنه عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض.

وعند الشافعية: الخلع هو (فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع)[٥].

كقول الرجل للمرأة: طلقتك أو خالعتك على كذا، فتقبل.

---

[١] ابن منظور: لسان العرب٧٦/٨، الزبيدي: تاج العروس٣٢١/٥ الفيومي: المصباح المنير. الرازي: مختار الصحاح، مادة "خلع".

[٢] ابن نجيم: البحر الرائق، ٧٧/٤. ابن الهمام: شرح فتح القدير ٢١٠/٤. ابن مودود: الاختيار لتعليل المختار، ١٥٦/٣، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٥٦/٢-٥٥٧، الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٧/٢.

[٣] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٢١٠/٤.

[٤] الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣٤٧/٢

[٥] النووي: المنهاج متن مغني المحتاج ٢٦٢/٣. النووي: روضة الطالبين ٣٧٤/٧

ومقتضى هذا التعريف أنه لا يكون الخلع بلا عوض، ثم لا فرق عندهم بين الخلع والطلاق على مال، فهما شيء واحد في اصطلاحهم.

وعند الحنابلة: (فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة)[١].
ومقتضى هذا التعريف أن الخلع عند الحنابلة لا يكون إلا بعوض. فلو قال لزوجته: اخلعي نفسك، فقالت خلعت نفسي، لم يكن خلعاً إلا أن يكون نظير عوض. فإذا نوى بذلك طلاقاً كان طلاقاً رجعياً؛ لأنه يصلح كناية عن الطلاق وإن لم ينو لم يكن شيئاً[٢].

وعرفه ابن حزم بأنه: (الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها، فلا يوفيها حقّها فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو، ولا أجبرت هي، وإنما بتراضيهما)[٣].

وعند الجعفرية: (طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج). وبناء عليه لا يكون الخلع إلا بعوض[٤].

الخلاصة:

خلاصة هذه التعريفات أنها تدور حول معنى مشترك فيما بينها، وهو أنه لابد لتحقق الخلع من تراضي الزوجين، وعوض تدفعه الزوجة لزوجها، فهو كالطلاق تنحل به الرابطة الزوجية، ولكن يختلف عنه بأن الخلع يتوقف وقوعه على رضا الزوجين وبذل الزوجة عوضاً لزوجها. أما الطلاق فهو تصرف من جهة الزوج وبدون مال تدفعه الزوجة.

التعريف المختار:

التعريف المختار عندي هو تعريف الحنفية مع تغيير يسير بأنه: (هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل عوض تلتزم به الزوجة أو غيرها للزوج)[٥].

وقد خرج بقولهم (إزالة ملك النكاح) الخلع في النكاح الفاسد، وبعد البينونة والردة فانه لغو[٦].
وخرج بقولهم (المتوقفة على قبولها) ما لو قال: خالعتك ناوياً الطلاق، فإنه يقع بائناً غير مسقط للحقوق لعدم توقفه عليه[٧].
وخرج بقولهم (بلفظ الخلع) الطلاق على مال، فإنه غير مسقط للمهر[٨].
وقولهم (أو ما في معناه) يدخل لفظ المبارأة فإنه مسقط[٩].
وكذلك فإن التعريف يفيد صحة خلع المطلقة رجعياً لان الرجعي لا يزيل الملك[١٠].

---

[١] البهوتي: كشاف القناع ١٨٦/٤. ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع، ٢١٩/٧. المرداوي: الإنصاف، ٣٨٢/٨.
[٢] البهوتي: كشاف القناع ١٨٦/٤.
[٣] ابن حزم: المحلى، ٥١١/٩.
[٤] العاملي: الروضة البهية ٨٧/٦.
[٥] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار٨٦٠/٢، ٧٦٦. ابن الهمام: فتح القدير، ١٩٩/٣.ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٢/٢.
[٦] الحصكفي: الدر المختار، ٤٣٩/٣ وما بعدها؛ ابن نجيم: البحر الرائق، ١١٩/٤.
[٧] المرجعان السابقان، نفس الجزء والصفحة؛ ابن الهمام: فتح القدير، ٢١٠/٤.
[٨] ابن نجيم: البحر الرائق، ١٢٠/٤؛ ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٤١١/٣.
[٩] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٤١١/٣.
[١٠] المرجع السابق.

هذا ولا بد لنا أن نشير إلى تعريف فضيلة أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني حفظه الله للخلع إذ يقول: (الخلع هو إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها من مهر).

ثم يقول أستاذنا حفظه الله وقد راعينا في وضعنا هذا التعريف عدة أمور:

١- أن الخلع قد يكون بطلب من الزوجة أو الزوج.

٢- وقد يتم بالتراضي بين الزوجين وإلا كان بحكم القاضي.

٣- لا بد فيه من عوض تدفعه الزوجة لزوجها وإلا كان طلاقاً.

٤- يجب أن لا يتجاوز ما تدفعه الزوجة لقاء ذلك مقدار مهرها لئلا يتعسف الزوج في قبوله[1].

المطلب الثاني
دليل مشروعيته

الأصل في مشروعية الخلع قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩].

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى لما ذكر أن الطلاق مرتان، وأن كل مرة تستبع الإمساك بالمعروف، وذلك بالمراجعة في العدة، أو التسريح بإحسان، وذلك بترك المراجعة إلى أن تنتهي العدة، ذكر أن الطلاق لا يجوز أن يؤخذ في مقابلته شيء مما أعطاه الزوج لزوجته إلا في حالة واحدة، وهي ما إذا خاف الزوجان ألا يقيما حدود الله، وألا يستقيم بينهما أمر الزوجية على وفق ما شرعه وأراده من شرعه. بعد أن ساءت العشرة بينهما، وأبغضت المرأة زوجها ولم تعد تطيق البقاء معه، ففي هذه الحال يجوز لها أن تبذل -سواء المرأة نفسها أو غيرها ممن ينوب عنها- للرجل مالاً نظير تطليقها وخلاصها مما كانت ترتبط به من روابط الزوجية.

أو تسقط عنه حقاً لها عليه لتفتدي نفسها إن كان هناك تراض بين الزوجين واتفقا على ذلك.

بالإضافة إلى هذا هناك أدلة أخرى من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول تدلل على مشروعيته:

أما الكتاب فقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[النساء:٤].

ووجه الدلالة: أنه يجوز للزوج أن يأخذ ما دفعه للزوجة من مهر أو مال إذا ما طابت نفسها به أو رضيت هي بذلك وكان بإرادتها أو تصالحا على ذلك.

---

[1] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق. ٢/٤٩٥-٤٩٦.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾[النساء:٢٠].

ووجه الدلالة: أن هذه الآية الكريمة تمنع الزوج أن يأخذ مالاً من زوجته ليطلقها إذا كان النشوز من جانبه بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ..﴾ فالخطاب للزوج ومعناه: إذا رغب الزوج أن يستبدل زوجه، أو يتزوج زوجة أخرى فلا يظلم زوجته الأولى حتى تفتدي نفسها فيطلقها.

وأمّا السّنّة: فما ثبت في الصحيح عن ابن عباس:(أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟، قالت. نعم، قال الرسول صلى الله عليه وسلم: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[١] وقيل هو أوّل خلع وقع في الإسلام[٢].

ووجه الدلالة: أن امرأة ثابت بن قيس كانت لا تريد مفارقة زوجها لسوء خلقه ولا لنقصان دينه، وإنما كرهت كفران العشير، والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له، فأمرها النبي صلّى الله عليه وسلم أمر إرشاد وإصلاح لا أمر إيجاب بردِّ بستانه الذي أمهرها إياه، وأمر ثابتاً بقبول حديقته وأن يطلقها عوضاً عنها.

وفي رواية أخرى: أتت امرأة النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: إني أبغض زوجي وأحب فراقه، فقال عليه الصلاة والسلام: (أتردين عليه حديقته التي أصدقك؟ قالت: نعم وزيادة. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أما الزيادة فلا)[٣].

وأمّا الإجماع: فهو إجماع الصّحابة والأمّة على مشروعيّته وجوازه[٤]. ولم يخالف في ذلك إلا بكر بن عبد الله المزني[٥] الذي قال بالنسخ ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه. وسوف نبين القول في دعوى النسخ هذه لاحقاً.

وأما من المعقول: لأنّ ملك النّكاح حقّ الزّوج فجاز له أخذ العوض عنه كالقصاص[٦].

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع ، ٢٠٢١/٥. برقم ٤٩٧١. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣. برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٣/١. برقم ٢٠٥٦. وقد اختلف في اسم إمرأة ثابت هذه، والذي حققه الحافظ ابن حجر في الفتح: أنها جميلة أخت عبد الله بن أبي بن سلول.[العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ٣٩٨/٩].

[٢] ذكر الحافظ في الفتح عن أبي بكر بن دريد في أماليه أن أول خلع كان في الدنيا الخلع الذي وقع بين عامر بن الحارث بن الظرب وابنة عمه [فتح الباري ٣٩٥/٩-٣٩٨ والبيهقي: السنن الكبرى، ٣١٣/٧-٣١٤].

[٣] الدارقطني: السنن، باب المهر، ٢٥٥/٣ برقم ٣٩. و٣٢١/٣ برقم ٢٧٦. عبد الرزاق: المصنف، باب المفتدية بزيادة على صداقها، ٥٠٢/٦ برقم ١١٨٤٢. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، ٣١٤/٧ برقم ١٤٦٢١ و١٤٦٢٢.

[٤] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢٢/٥. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٣٨/٣. العسقلاني: فتح الباري، ٣٤٦/٩. ابن قدامة: المغني، ١٧٤/٨. ابن عبد البر: الاستذكار، ١٧٤/٧. ابن المنذر: الإجماع، رأس الخيمة، الإمارات: مكتبة مكة الثقافية،، ط٢، ١٤٢٠هـ، ص ٤٦.

[٥] أبو عبد الله بكر بن عبد الله بن عمرو المزني البصري، من كبار فقهاء التابعين. روى عنه قتادة وتوفي ١٠٦هـ[طبقات ابن سعد ١٥٢/٧].

[٦] الزيلعي: تبيين الحقائق،٢٦٧/٢، ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٢/٣، حاشية القليوبي، ٣٠٧/٣، الرملي: نهاية المحتاج، ٣٨٦/٦. ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ٤٥٧/٧. العسقلاني: فتح الباري، ٣٩٥/٩، الشوكاني: نيل الأوطار، ٣٤/٧.

دعوى النسخ:

ذكرنا أن بكر بن عبد الله المزني قد خالف إجماع أهل العلم، فقال: لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً، وأن قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[البقرة:٢٢٨]. منسوخ بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾[النساء:٢٠].

جاء في تفسير الطبري[١] عن عقبة بن أبي الصهباء[٢] قال: سألت بكر بن عبد الله عن رجل تريد امرأته منه الخلع، فقال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً، قلت: يقول الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[البقرة:٢٢٨]، قال هذه نسخت قلت: فإني حفظت؟.. قال حفظت في سورة النساء في قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾[النساء:٢٠][٣].

وقد أجيب عن هذا: أن معنى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾[النساء:٢٠]. -كما بيناه سابقاً- أن الخطاب هنا للزوج إذا أراد أن كره زوجته وأراد أن يستبدلها، فالسبب هنا ليس الزوجة، وإنما الزوج، لذلك قال بعض الفقهاء أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة شيئاً إن كانت الإساءة والكراهية من جانبه.

وبناء عليه يتبين أنه لا نسخ ولا تعارض بين الآيتين طالما أنه يمكن الجمع بينهما، وأن قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[البقرة:٢٢٨]. يدل على جواز الأخذ برضاها، وقوله تعالى﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾[النساء:٢٠]. يدل على حرمة الأخذ بغير رضاها.

---

[١] الطبري (٢٤٤- ٣١٠هـ) أبو جعفر محمد بن جرير، من طبرستان، أقام في بغداد إلى وفاته. فقيه محدث مفسر مؤرخ. عرض عليه القضاء والمظالم فأبى. تفرد بمسائل حفظت عنه. سمع من محمد بن عبد الملك وإسحاق بن أبي إسرائيل وإسماعيل بن موسى وغيرهم. روى عنه أبو شعيب الحراني والطبراني وطائفة. وقيل إن فيه تشيعاً يسراً وموالاة لا تضر. له: (اختلاف الفقهاء)؛ و(البسيط في الفقه)؛ (جامع البيان في تفسير القرآن) [تذكرة الحفاظ ٢٥١/٢؛ البداية والنهاية ١٤٥/١١؛ ميزان الاعتدال ٤٩٨/٣]

[٢] عقبة بن أبى الصهباء أبو خريم مولى باهلة البصري سمع سالم بن عبد الله وبكر بن عبد الله المزني والحسن البصري ومحمد بن سيرين وغيرهم، روى عنه يزيد بن هارون وأبو الوليد الطيالسي وسعيد بن سليمان الواسطي وكان قد انتقل عن البصرة فنزل المدائن وقدم بغداد. قال عنه أحمد بن حنبل: صالح الحديث مات ١٦٧هـ. [تاريخ بغداد ١٢/٢٦٤ برقم ٦٧٠٨. التاريخ الكبير للبخاري برقم٢٩٣١].

[٣] الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، ٥٨٠/٤.

المطلب الثالث

الحكمة من تشريعه

الأصل في العلاقة بين الزوجين أن تكون مبنية على المحبة والرحمة، والألفة والمودة، والسكن النفسي، كما قال تبارك وتعالى ممتناً علينا: ﴿وَمِنْ آيَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَآيَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[الروم:٢١].

غير أن العلاقة بينهما قد تسوء، فيحصل الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين، وقد تبغض المرأة زوجها، ولا تريد العيش معه، سواء لأسباب جسدية خَلْقية، أو خُلُقية أو دينية، أو صحيّة لكبر أو ضعف أو غيرها. وتخشى أن لا تؤدي حق الله في طاعته، فتدعو الحاجة إلى أن تطلب فراقه ولو ببذل منها على ما أعطاها إياه، فشرع لها الإسلام الخلع مقابل الطلاق الذي بيد الرجل طريقاً للخلاص من زواج لا تستطيع أو يصعب عليها الاستمرار فيه، لدفع الحرج والضرر عنها ببذل مال لزوجها تعوضه عما أنفق في سبيل الزواج بها[١].

قال ابن رشد: إن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بين الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك (أبغض) المرأة–جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل[٢].

---

[١] ابن رشد: بداية المجتهد، ٦٦/٢، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٧٦٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٢/٣، ابن قدامة: المغني، ٥١/٧.

[٢] ابن رشد: بداية المجتهد، ١٤٠/٣.

المبحث الثاني

حكم الخلع

المطلب الأول

الحكم التكليفي للخلع وصفته

الخلع قد يقع بسبب نشوز أو نزاع أو شقاق يصدر من الزوج أو من الزوجة أو منهما معاً، وقد يقع بلا سبب أصلاً، وبناء على ذلك فقد ذهب عامة الفقهاء إلى أن حكم الخلع قد يعتريه الأحكام التكليفية التالية:

أولاً: حكم الخلع الذي يقع بسبب:

١- الأصل في الخلع أن يكون مباحاً، إذا كان الشقاق والكره من الجانبين، وخشيا التقصير أو التفريط في حقوق الزوجية أو خافا ألا يقيما حدود الله. أو إذا كرهت المرأة من زوجها خُلُقاً أو ديناً، أو نفرت من خلقته أو ضعفه، أو عجزت عن القيام بواجباتها نحوه كما أمر الله تعالى، أو خشيت على نفسها التقصير والوقوع في الإثم، فترى لكراهتها هذه أن تفتدي منه، ببذل عوض له، في مقابل ترك الزوج لها والخلاص منه، ويباح للزوج أخذ هذا العوض لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩][١].

فقد نفى سبحانه وتعالى الجناح عند الخوف من التقصير في الحقوق الزوجية بسبب التباغض وهذا يدل على أنه مباح.

ويؤيد هذا ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جميلة بنت سلول[٢] أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق، ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضاً[٣].

ولأن المرأة قد تكره الزوج مع قيامه بحقوقها ولا يمكنها من مطالبته بالفرقة، لأن ذلك لا يلزمه إلا برضاها، فجاز أن تبذل له عوضاً على ذلك. ويجوز للرجل أخذ البدل[٤].

٢- ويجب الخلع كما لو استحكم الشقاق والنزاع، وحكم به الحكمان أو أمر القاضي به[٥]، كما ورد في حديث امرأة ثابت بن قيس عندما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أتردين عليه حديقته؟، قالت. نعم، قال الرسول صلى الله عليه وسلم: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[١].

---

[١] الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٧/٢، ابن نجيم: البحر الرائق ٨٢/٤، الدردير: الشرح الصغير، ٥١٧/٢-٥١٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٧/٢، حاشية الخرشي على خليل، ١٢/٤، القاضي عبد الوهاب البغدادي: المعونة على مذهب عالم أهل المدينة- بيروت: دار الفكر، ٨٦٩/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٣٣. الأسيوطي: جواهر العقود ١١٣/٢، ابن قدامة: المغني ٢٤٦/٧. الماوردي: الحاوي ٥/١٠، المرتضى: البحر الزخار ١٧٧/٤، العاملي: الروضة البهية ١٠٠/٦.

[٢] جميلة بنت أبي بن سلول، امرأة ثابت بن قيس، وهي التي خالعته وردت عليه حديقته. هكذا روى البصريون، وخالفهم أهل المدينة فقالوا: إنها حبيبة بنت سهل الأنصارية. وكانت قبل ثابت بن قيس تحت حنظلة بن أبي عامر الغسيل، ثم تزوجها بعد ثابت بن قيس مالك بن الدخشم، ثم تزوجها بعده خبيب بن أساف الأنصاري.[الاستيعاب. أسد الغابة].

[٣] رواه البخاري في صحيحه، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ٢٠٢٢/٥ برقم ٤٩٧٢. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣ برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق ـ باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٢/١ برقم ٢٠٥٦.

[٤] القاضي عبد الوهاب: المعونة ٨٦٩/٢.

[٥] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٥٠٦/٢. وسوف نناقش هذا القول لاحقاً.

٣- ويسنّ للرجل إجابة المرأة للخلع إذا طلبته عند جمهور الفقهاء، لما رواه البخاريّ عن ابن عبّاس رضي الله عنهما قال: (جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النّبيّ صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول اللّه: ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلاّ أنّي أخاف الكفر فقال رسول اللّه صلى الله عليه وسلم: فتردّي عليه حديقته فقالت: نعم. فردّت عليه، وأمره ففارقها)[٢]، ولأنّ حاجتها داعية إلى فرقته، ولا تصل إلى الفرقة إلاّ ببذل العوض فأبيح لها ذلك، ويستثنى من ذلك ما لو كان الزّوج له إليها ميل ومحبّة فحينئذ يستحبّ صبرها وعدم افتدائها.

جاء في كشاف القناع: (إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أو كرهته لنقص دينه أو لكرهه أو ضعفه أو نحو ذلك وخافت إثماً بترك حقه، فيباح لها أن تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منه، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩]. ويسنّ له إجابتها.. إلا أن يكون الزوج له إليها ميل ومحبة فيستحب صبرها وعدم افتدائها، وقال أحمد: ينبغي أن لا تختلع منه وأن تصبر)[٣].

وقال بعضهم: يجب على الزوج أن يلبي طلب زوجته إن طلبت الخلع فيطلقها.
يقول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (إذا أراد النساء الخلع فلا تكفروهن)[٤].

يقول أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني: (إذا فشل الزواج واستحال العيش الكريم في هذا البيت وأصبح جحيماً لا يطاق، فإني لا أجد إلا القول بأن الزوجة إذا طلبت المخالعة من زوجها وأصرت على ذلك-رغم محاولات الإصلاح والتوفيق- فيجب على الزوج إجابة طلبها كما في حادثة ثابت بن قيس)[٥].

٤-ويكره للمرأة طلب الخلع من زوجها إذا كان سببه مكروهاً، كأن تميل الزوجة إلى غير زوجها وترغب في نكاحه، فتخالع زوجها لتنكح من مالت إليه، ورغبت فيه، فهذا الخلع مكروه من جهة المرأة، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (أيُّما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة)[٦].

ولما رواه ثابت بن يزيد ابن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله صلى الله علبه وسلم: (الْمُخْتَلِعَاتُ وَالْمُنْتَزِعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ)[٧]، يعني التي تخالع الزوج لميلها إلى غيره[١].

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع ، ٢٠٢١/٥. برقم ٤٩٧١. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣. برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٣/١. برقم ٢٠٥٦.

[٢] سبق تخريجه آنفاً.

[٣] البهوتي: كشاف القناع، ١٦٧/٥.

[٤] ابن أبي شيبة: المصنف، ما كره من الكراهية للنساء أن يطلبن الخلع، ١٩٦/٤ برقم ٢٧١. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، ٣١٥/٧. برقم ١٤٦٣١.

[٥] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٦٢١/٢.

[٦] ابن ماجه: السنن، باب كراهية الخلع للمرأة، ٦٦٢/١. برقم ٢٠٥٤ و٢٠٥٥ . والدارمي: السنن، باب النهي أن تسأل المرأة زوجها طلاقها، ٢١٦/٢ برقم ٢٢٧٠. ورواه أحمد في مسنده، ٢٧٧/٥. برقم ٢٢٤٣٣. والبيهقي: السنن الكبرى، باب ما يكره للمرأة من مسألتها طلاق زوجها، ٣١٦/٧ برقم ١٤٦٣٧. ورواه الترمذي وحسنه في كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات، بلفظ (أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة) ٤٩٢/٣. برقم ١١٨٦.

[٧] الترمذي: السنن الترمذي، ٤٩٢/٣ برقم ١١٨٦ وقال عنه غريب، والنسائي، السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٨/٣ برقم ٥٦٥٥. البيهقي: السنن الكبرى، باب ما يكره للمرأة من مسألتها طلاق زوجها، ٣١٦/٧ برقم ١٤٦٣٩. والهيثمي: مجمع الزوائد، باب

وقد يكون السبب من جهة الزوج كأن تكون الزوجة ذات مال فيضيق عليها مع قيامه بالواجب لها طمعاً في مالها أن تخالعه علي شيء منه، فإن هذا يكون مكروهاً من جهة الزوج لا من جهة الزوجة مع أن الخلع يكون جائزاً في هذه الحالة للزوجة، لأن له سبباً يفضي إلى التباغض والكراهة[٢].

لكن يقع الخلع مع الكراهة للآية السابقة: ﴿وَآتُوا ٱلنِّسَاءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[النساء:٤]. ويحل للزوج بدل الخلع.

وقال الشّافعيّة: يصحّ الخلع في حالتي الشّقاق والوفاق، ثمّ لا كراهة فيه إن جرى في حال الشّقاق، أو كانت تكره صحبته لسوء خلقه، أو دينه، أو تحرّجت من الإخلال ببعض حقوقه، أو ضربها تأديباً فافتدت.

جاء في مغني المحتاج استثناء حالتين من الكراهة:

إحداهما أن يخافا أو أحدهما أن لا يقيما حدود اللّه أي ما افترضه في النّكاح.

والثّانية: أن يحلف بالطّلاق الثّلاث على فعل شيء لا بدّ له منه كالأكل والشّرب وقضاء الحاجة، فيخلعها، ثمّ يفعل الأمر المحلوف عليه، ثمّ يتزوّجها فلا يحنث لانحلال اليمين بالفعلة الأولى، إذ لا يتناول إلاّ الفعلة الأولى وقد حصلت، فإن خالعها ولم يفعل المحلوف عليه ففيه قولان: أصحّهما: أنّه يتخلّص من الحنث فإذا فعل المحلوف عليه بعد النّكاح لم يحنث، لأنّه تعليق سبق هذا النّكاح فلم يؤثّر فيه، كما إذا علّق الطّلاق قبل النّكاح على صفة وجدت بعده[٣].

٥-ويحرم الخلع في حالات ذكرها الفقهاء نذكر منها:

الحالة الأولى: إذا عضل الزوج زوجته وكان النشور من قبل الزوج؛ بأذاه لها، أو أكرهها على الخلع لأجل الافتداء، أو ضايقها أو ضربها، أو منعها حقوقها من النفقة أو القسم أو نقصها شيئاً من حقوقها ظلماً، ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه، فهذا الخلع حرام[٤].

فإن وقع هذا الخلع فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: الخلع هنا باطل ولكن يقع طلاقاً بائناً، وقال الحنابلة يقع طلاقاً رجعياً غير بائن لفساد العوض[٥].

ويجب أن يرد العوض للنهي عنه، ولا يجوز للزوج أخذ البدل ولا يحل في مثل هذه الحالة، ولا يستحق تملكه، لأنه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق كالثمن في البيع والأجر في الإجارة. ولأن النهي يقتضي الفساد[٦].

الخلع، ٥/٥ . وقال: وفيه قيس ابن الربيع. وثقة الثوري وشعبة. وفيه ضعف. وبقية رجاله رجال الصحيح. والمنتزعات: اللائي ينزعن أنفسهن بمالهنّ من أحضان أزواجهنّ عن غير رضى منهم. أو بغير عذر.

[١] ابن نجيم: البحر الرائق ٨٣/٤. الماوردي: الحاوي، ٦/١٠،

[٢] الماوردي: الحاوي الكبير، ٦/١٠.

[٣] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٢/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٤/٧.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع ١٥٠/٣، العاملي: الروضة البهية ١٠٠/٦.

[٥] ابن رشد: بداية المجتهد ١٤٠٣/٣، ابن قدامة: المغني٢٧٢/١٠، العمراني: البيان ، ٧/١٠. البهوتي: كشاف القناع، ٢٣٨/٥.

[٦] ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير ١٧٨/٨، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ١٠٧/٣.

وروي هذا عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، وعطاء، ومجاهد، والشعبي، والنخعي، والقاسم بن محمد، وحميد بن عبد الرحمن[١]، والزهري، وبه قال الثوري، وقتادة، وإسحاق، وإليه ذهب المالكية، والشافعية والحنابلة[٢].

قال الخرشي: (إذا ادعت المرأة بعد المخالعة أنها ما خالعته إلا عن ضرر وأقامت بينة سماع على ذلك فإن الزوج يرد ما خالعها به وبانت منه)[٣].

وجاء في الموطأ: (قال مالك في المفتدية من زوجها أنه إذا علم أن زوجها أضر بها وضيق عليها وعلم أنه ظالم لها، مضى الطلاق، ورد عليها)[٤].

قال القليوبيّ[٥]: فإن منعها النّفقة لكي تختلع منه فهو من الإكراه فتبين منه بلا مال إذا ثبت الإكراه[٦]، وقال الرّمليّ[٧]: والمعتمد أنّه ليس بإكراه[٨].

وجاء في الإنصاف: (فأما إن عضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها. إلا أن يكون طلاقاً رجعياً)[٩].

وقد استدل هؤلاء بالقرآن والسنة والإجماع:

أما القرآن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾[النساء:٢٠]. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[النساء:٢٠]. ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ وَلَا تَتَّخِذُوٓا ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا﴾[البقرة:٢٣١][١٠].

ووجه الدلالة: أن الآيات الكريمة قد نصت على تحريم المخالعة في هذه الحالة، لأنه ضرر وإضرار بها، والضرر حرام، لقوله عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضرار)[١١].

كما نصت على حرمة منع إطلاق سراح المرأة مع كره الزوج لها سعياً لكسب المال منها، لأنه كسب ممنوع.

---

[١] حميد بن عبد الرحمن الحميري البصري. تابعي ثقة، روى عن أبي بكرة وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وغيرهم. وعنه ابنه عبيد الله وعبد الله بن بريدة وغيرهم. قال ابن سيرين: هو أفقه أهل البصرة. [تهذيب التهذيب ٤٦/٣، وطبقات ابن سعد ١٤٧/٧، وطبقات الفقهاء ٨٨].

[٢] القاضي عبد الوهاب: الإشراف على مسائل الخلاف- تونس: مطبعة الإرادة. ١١٥/٢. الماوردي: الحاوي، ٦/١٠. ابن قدامة: المغني مع الشرح ١٧٨/٨، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ١٠٧/٣.

[٣] شرح الخرشي، ١٥٨/٣.

[٤] الإمام مالك: الموطأ، ١٨٥/٣.

[٥] القليوبي (-١٠٦٩هـ) أبو العباس أحمد بن أحمد، شهاب الدين. فقيه شافعي متأدب. من أهل قليوب بمصر. له حواش وشروح ورسائل. ورسائل. منها: (رسالة في فضائل مكة والمدينة وبيت المقدس) و(الهداية من الضلالة في معرفة الوقت والقبلة)، (وحاشية على شرح المنهاج). [خلاصة الأثر ١٧٥/١].

[٦] حاشية القليوبي، ٣٠٨/٣

[٧] الرملي (٩١٩–١٠٠٤هـ) محمد بن أحمد بن حمزة، شمس الدين، فقية الديار المصرية ومرجعها في الفتوى. يقال له: الشافعي الصغير. قيل: هو مجدد القرن العاشر. جمع فتاوى أبيه، وصنف شروحاً، وحواشي كثيرة. له: (نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج)؛ (غاية البيان شرح زبد ابن رسلان)؛ (شرح البهجة الوردية) [خلاصة الاثر ٣٤٣/٣؛ الأعلام ٢٣٥/٦].

[٨] الرملي: نهاية المحتاج، ٣٨٦/٦

[٩] المرداوي: الإنصاف، ٣٨٣/٨.

[١٠] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن١٣٩/٣، الشطي: مطالب أولي النهى ٢٩١/٥

[١١] سبق تخريجه.

وأما من السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:(لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إلا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ)[1].

ووجه الدلالة: أن هذه ما طابت نفسها ولا رضيت، بل أجبرت على دفع العوض بالتضييق عليها، فهي مكرهة على بذله[2].

وأيضاً لما قد انعقد الإجماع عليه من حرمة أخذ مال المسلم بغير حق[3].

القول الثاني: وذهب الحنفية إلى أنه حرام إن كان النشوز (النفرة والجفاء) من قبل الزوج، وأنه آثم وعاص، ولكن يصح الخلع ويكره للزوج أخذ العوض كراهة تحريم، لأنه أوحشها بالاستبدال، فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال. وإنما قالوا بالكراهة وليس التحريم لأن الزوج أسقط ملكه عنها بعوض رضيت به، والزوج من أهل الإسقاط والمرأة من أهل المعاوضة والرضا[4].

فإن طلبت الاختلاع منه لم يؤثر هذا في صحة الخلع، وإنما يكون الخلع واقعاً عن رضىً منهما، وكذلك أجاز الرسول النبي صلى الله عليه وسلم خلع ثابت بن قيس لامرأته حبيبة مع ضربه لها[5]، لأنه لم يكن إجباراً لها على الخلع.

وإن كان النشوز من قبل الزوجة، كره له أن يأخذ منها عوضاً أكثر مما أعطاها من المهر، فإن فعل ذلك بأن أخذ أكثر مما أعطاها، جاز في القضاء؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[البقرة:٢٢٨][6].

جاء في المبسوط: الأصل في الخلع أن النشوز إذا كان من الزوج فلا يحل له أن يأخذ منها شيئاً بإزاء الطلاق، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾[النساء:٢٠]. ثم قال: هذا ديانة أما في الحكم فالخلع صحيح والمال واجب[7].

وقال ابن الهمام: (لا يحل أخذ المال في حال عدم النشوز وإن كان برضاها-أي لا يحل ديانة ويجب قضاء-إلا أن الخلع صحيح)[8].

وجاء في البحر الرائق: (ويكره للزوج أخذ شيء منها إذا كان النشوز من قبله)[9]. أي يكره كراهة تحريم.

والراجح: ما ذهب إليه الجمهور؛ وذلك لأنه عقد تم بالإكراه فهو باطل، وأما كون الزوج قد اسقط ملكه عنها ببدل فإن هذا يكون غير مجحف الحق، لأنه المتسبب في الإكراه، ولأنه يثبت له حق الرجعة.

---

(1) رواه أحمد في المسند، ٧٢/٥ و٣٦٢و٤٢٥، الدارقطني: السنن، كتاب البيوع، ٢٦/٣ برقم ٩١ و٩٢. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الغصب، باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أبو بنى عليه جداراً، ١٠٠/٦ برقم ١١٣٢٥. وفي باب أهل البغي إذا فاؤوا، ١٨٢/٨ . والهيثمي: مجمع الزوائد، باب الخطب في الحج، ٢٥٦/٣ . وقال رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح.

(2) البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ١٠٧/٣.

(3) ابن نجيم: البحر الرائق ٨٣/٤.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع ١٥٠/٣، ابن نجيم: البحر الرائق ٨٣/٤.

(5) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع ، ٢٠٢١/٥. برقم ٤٩٧١. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣. برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٣/١. برقم ٢٠٥٦.

(6) ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١٢٨/٤

(7) السرخسي: المبسوط، ١٨٣/٦.

(8) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٠٣/٣.

(9) ابن نجيم: البحر الرائق، ٨٣/٤.

ولكن استثنى الفقهاء من الحرمة حالتين:

١- لا يحرم الخلع إذا طلبت المرأة مخالعة الرجل إن أدّبها لتركها فرضاً، أو ضربها لتأديبها وإصلاحها بسبب نشوزها، لأنّه ضربها بحقّ أثبته الله له في كتابه، فيجوز له أن يضربها على نشوزها حتى تعود إلى طاعته، ولا يجوز للمرأة طلب الاختلاع من الزوج لأجل هذا، لأنها تعلم أن هذا حق من حقوقه.

وإن زنت أو فعلت فاحشة أو عصت فعضلها لتفتدي نفسها منه جاز وصحّ الخلع؛ لقول اللّه تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[النساء:٢٠]. والاستثناء من النّهي إباحة.

٢- إن ضربها ظلماً ولكن لغير قصد أخذ شيء منها فخالعته لذلك صحّ الخلع، لأنّه لم يعضلها ليأخذ ممّا آتاها شيئاً[١].

الحالة الثانية: وذكر الحنابلة أيضاً أنّ الخلع يحرم حيلةً لإسقاط يمين طلاق، ولا يصحّ ولا يقع، لأنّ الحيل خداع لا تحلّ ما حرّم اللّه[٢]. والقاعدة الفقهية تنص على: **الإرادة التي لا تطابق مقصود الشارع غير معتبرة**[٣]. وكل ما خالف قصد الشارع فهو باطل، ومن ابتغى في تكاليف الشريعة مالم تشرع له فعمله باطل. وأجاز ذلك الشافعية كما مر آنفاً.

ثانياً: حكم الخلع من غير سبب:

إذا كانت الحياة الزوجية بين الزوجين مستقيمة، والحال عامرة، والأخلاق ملتئمة، ولا كراهة بينهما، ولا يوجد تقصير من أحدهما في حق الآخر، فهل يحوز الخلع حينئذ؟.

بمعنى آخر؛ هل يشترط وجود الشقاق والبغض والكراهية لجواز الخلع وصحته وجواز أخذ البدل عنه سواء بين الزوجين أو من قبل الزوجة؟. اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الشافعية إلى جواز الخلع في هذه الحالة، لأن العبرة عندهم بالتراضي، فما داما قد تراضيا على ذلك فإنه يجوز كما بينا ذلك آنفاً[٤].

القول الثاني: ذهب الحنفية، والمالكية، ومعظم الحنابلة إلى أنه يكره للمرأة أن تطلب الخلع من زوجها. مع استقامة الحال. وإذا لم يكن هناك سبب يدعو إليه. لأنه عبث[٥]، ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم وسلم قال: (أيُّما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة)[٦].

---

[١] المرداوي: الإنصاف، ٣٨٣/٨، ابن قدامة، الكافي، ١٤٣/٣، البهوتي: كشاف القناع، ٢١٣/٥، ابن قدامة: المغني، ٥٤/٧.

[٢] البهوتي: كشاف القناع، ٢٣١/٥.

[٣] الشاطبي: الموافقات، ٢٢٧/٢. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٧٨٩/٢.

[٤] الشيرازي: المهذب ٧١/٢، الماوردي: الحاوي ٧/١٠.

[٥] ابن نجيم: البحر الرائق ٨٣/٤. القاضي عبد الوهاب: الإشراف على مسائل الخلاف ١١٥/٢. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ١٠٧/٢، المرداوي: الإنصاف (٣٨٢/٨)، البهوتي: كشاف القناع ٢١٢/٥.

[٦] ابن ماجه: السنن، باب كراهية الخلع للمرأة، ٦٦٢/١. برقم ٢٠٥٤ و٢٠٥٥ . والدارمي: السنن، باب النهي أن تسأل المرأة زوجها طلاقها، ٢١٦/٢ برقم ٢٢٧٠. ورواه أحمد في مسنده، ٢٧٧/٥. برقم ٢٢٤٣٣. والبيهقي: السنن الكبرى، باب ما يكره للمرأة من مسألتها طلاق زوجها، ٣١٦/٧ برقم ١٤٦٣٧. ورواه الترمذي وحسنه في كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات، بلفظ (أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة) ٤٩٢/٣. برقم ١١٨٦.

القول الثالث: وذهب بعض الفقهاء منهم ابن المنذر والظاهرية والزيدية والجعفرية[١] إلى تحريم الخلع في هذه الحالة، واشترطوا تقييد صحة الخلع وعدم جوازه حتّى يقع الشّقاق والنزاع والبغض والكراهية بين الزوجين. وهو منقول عن طاوس والشّعبيّ وجماعة من التّابعين. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد[٢]، وذلك لما روي عن النبي صلى الله علبه وسلم أنه قال: (أيُّما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة)[٣].

وما روي عنه صلى الله علبه وسلم أنه قال: (الْمُخْتَلِعَاتُ وَالْمُنْتَزِعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ)[٤] .

ولأنه عبث ولا حاجة تدعو إليه، وفيه هدم لكيان الأسرة المستقرة دون ضرورة[٥].

كما احتجّ هؤلاء بالسنة التي بينت أحكام الخلع في حادثة امرأة ثابت بن قيس إثر شكواها زوجها من كراهيتها له وخوفها سوء معاملته[٦]، فدل على أن مشروعية الخلع كانت بعد أن وجد الشقاق والخلاف بين الزوجين.

يقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله: (ولعل الأظهر هو رأي الظاهرية، إذ يجعل الخلع في حال ما إذا كرهت المرأة الرجل، كما أن الطلاق يكون إذا كره الرجل المرأة، فهو شرع حقاً للمرأة في مقابل حق الرجل في الطلاق)[٧].

وأجاب عن ذلك جمهور فقهاء المذاهب من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة بأنّ المراد: أنّها إذا لم تقم بحقوق الزّوج كان ذلك مقتضياً لبغض الزّوج لها فنسبت المخافة إليهما لذلك، ويؤيّد عدم اعتبار ذلك من جهة الزّوج أنّه صلى الله عليه وسلم لم يستفسر ثابتاً عن كراهته لها عند إعلانها بالكراهة له، على أنّ ذكر الخوف في الآية جرى على الغالب، لأنّ الغالب وقوع الخلع في حالة التّشاجر، ولأنّه إذا جاز حالة الخوف وهي مضطرّة إلى بذل المال ففي حالة الرّضا أولى[٨].

فإذا تم هذا الخلع فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: الخلع جائز ويستحق الزوج العوض. وإلى هذا ذهب الثوري والأوزاعي، والحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة[٩].

---

[١] ابن حزم: المحلى، ٢٣٥/١٠.

[٢] ابن قدامة: المغني، ١٧٧/٨، المرداوي: الإنصاف ٣٨٢/٨.

[٣] سبق تخريجه.

[٤] الترمذي: السنن الترمذي، ٤٩٢/٣ برقم ١١٨٦ وقال عنه غريب، والنسائي، السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٨/٣ برقم ٥٦٥٥. البيهقي: السنن الكبرى، باب ما يكره للمرأة من مسألتها طلاق زوجها، ٣١٦/٧ برقم ١٤٦٣٩. والهيثمي: مجمع الزوائد، باب الخلع، ٥/٥ . وقال: وفيه قيس ابن الربيع. وثقة الثوري وشعبة. وفيه ضعف. وبقية رجاله رجال الصحيح. والمنتزعات: اللائي ينزعن أنفسهن بمالهنّ من أحضان أزواجهنّ عن غير رضى منهم. أو بغير عذر.

[٥] البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ١٠٧/٣، البهوتي: كشاف القناع، ٢١٣/٥.

[٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع ، ٢٠٢١/٥. برقم ٤٩٧١. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣. برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٣/١. برقم ٢٠٥٦.

[٧] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٣٥٤.

[٨] العسقلاني: فتح الباري، ٤٠١/٩، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٢/٣، النووي: روضة الطالبين، ٣٧٤/٧. الشوكاني: نيل الأوطار، ٣٨/٧.

[٩] ابن نجيم: البحر الرائق، ٨٣/٤. القاضي عبد الوهاب، المعونة، ٨٧٠/٢، ابن رشد: بداية المجتهد، ٨٤/٢. الشيرازي: المهذب، ٧١/٢، الماوردي: الحاوي، ٦/١٠.ابن قدامة: المغني، ١٧٧/٨. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ١٠٧/٣.

وقد استدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿وَآتُوا ٱلنِّسَاءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[النساء:٤].

ووجه الدلالة: أن هذا صريح بإباحة وطيبة أخذ المال من الزوجة إذا كان ذلك إرادتها. وما دام الطّرفان قد تراضيا على ذلك، دون أن يكون هناك أي شرط من وجود شقاق أو خلاف أو غيره[١].

القول الثاني: إذا خالع الزوج زوجته، ولم تكن كارهة له أو ناشزة فالخلع باطل ولا يقع، ولا يجوز له أن يأخذ العوض أو مال الغير بدون حق، والله حين أباح الخلع وأخذ الفدية إنما أباحه بشرط أن تكون الزوجة ناشزة أو كارهة، فإذا فعل ذلك وجب عليه رد المال إلى زوجته.

حكي هذا عن الزهري، وعطاء، والنخعي، والظاهرية، وبعض الحنابلة، وابن المنذر[٢].

جاء في المحلى: (فإن وقع بغيرهما، إذا خافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، فهو باطل ويرد عليها ما أخذ منها وهي امرأته كما كانت ويبطل طلاقه ويمنع من ظلمها)[٣].

وحجة هؤلاء: أن الأصل عدم حل أخذ مال الغير إلا بحق، وفي موضوع الخلع حرم الله تعالى ذلك وأباحه في وضع معين حيث قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾[البقرة:٢٢٩]. وذلك بعد أن أن ذكر: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا﴾. ولم يكتف القرآن بذلك بل هدد من يخالف هذه الأحكام بقوله: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩].

وأجيب عن هذا: إن هذا وإن ذكر في القرآن الكريم، ولكن ليس على سبيل الشرط بل على أنه الغالب من الأمر. ولكن يكفي لحل أخذ العوض أن تطلب المرأة الخلع وإن لم يوجد شقاق أو نزاع. طالما أن ذلك برضاها وإرادتها ورغبتها بفراق زوجها.

والراجح من القولين: هو القول الأول وهو جواز الخلع من غير سبب عملاً بقول الله تعالى: ﴿وَآتُوا ٱلنِّسَاءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[النساء:٤]، وهذه التي طلبت الخلع بغير سبب طابت نفسها بما تدفعه في الخلع.

ثم إن الرجل يملك الطلاق، وإذا أوقعه بدون سبب وقع، وإن كانت المرأة تملك في مقابل الطلاق الخلع فهي تملك طلبه من غير سبب فيكون جائزاً، وإن كان خلاف الأولى في الحالين.

وكذلك لو منعت المرأة من الخلع بغير سبب أدى بها إلى كراهة الزوج لميلها إلى الانفصال عنه، فيؤدي هذا إلى التباغض بينهما، ثم يكون بعد ذلك الطريق هو الخلع، فمن باب أولى مع التراضي.

وكذلك المرأة تدفع من مالها ما يقابل هذا الانفصال وهي لا تدفعه هباءً وإنما يكون لها غرض قد تستحي من ذكره.

---

[١] الجصاص: أحكام القرآن، ٤٦٦/١. ابن العربي: أحكام القرآن، ١٩٣/١.
[٢] الماوردي: الحاوي، ٧/١٠. ابن قدامة: المغني، ١٧٧/٨. ابن حزم: المحلى ٢٣٥/١٠. ابن المنذر: الإشراف، ١٩٣/١.
[٣] ابن حزم: المحلى، ٢٣٥/١٠.

المطلب الثاني
هل الأصل في الخلع الحظر أم الإباحة؟

ما ذكرناه آنفاً بالنسبة إلى حكم الخلع التكليفي من حيث كونه عقد معاوضة أو طلاقاً بعوض بالنسبة لجوازه وحكم مشروعية أخذ العوض عليه[١]، أما صفة الخلع بالنظر إلى أصله من حيث كونه فراقاً وقطعاً للروابط الزوجية وأواصر الرحم وتفكيكاً للأسرة. فهذا ما سبق أن ذكرناه في آراء أهل العلم في حكم الطلاق من حيث الإباحة والحظر. ولا شك أن الخلع –وإن كان بإرادة الزوجين أو ربما يصدر من المرأة، فإنه يندرج تحت الأصل العام من كراهية مفارقة الزوجين أحدهما للآخر دون مبرر ومسوغ شرعي معقول، لقوله عليه الصلاة والسلام: (أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق)[٢].

جاء في تحفة المحتاج: وأصله مكروه وقد يستحب كالطلاق[٣].

وهو ما سبق وقررناه في موضوع حكم الطلاق، واعتبارنا أن الأصل في الطلاق الحظر أو خلاف الأولى، ولا يستثنى من المنع إلا للضرورة فكذلك الخلع.

هذا وقد رأى أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني أن قياس الخلع على الطلاق في الحظر والإباحة غير دقيق. حيث إن الطلاق هو فرقة تتم بإرادة الزوج وحده. أما الخلع فهو اتفاق بين الزوجين على إنهاء الحياة الزوجية.

ثم يقول: (والحالة التي يكره فيها الخلع هي حين تطلب الزوجة من زوجها الطلاق بدون سبب يستوجبه. وبهذا جاءت الأحاديث التي تذم الخلع. فإذا طلبت الزوجة الخلع وكان ذلك بدون سبب فهذا مكروه، ولكن بالنسبة للزوج إذا ما طلقها هل هذا يعتبر محظوراً لأنه طلاق بدون سبب؟) ثم يقول: (أعتقد أن طلب المرأة من زوجها أن يطلقها يعتبر سبباً يبيح له الطلاق لأن من تطلب الطلاق يصعب الحياة معها وإن استمرت فإلى أمد قريب)[٤].

ولعل هذا الرأي يوافق رأي شيخ الإسلام ابن تيمية إذ يقول عن الخلع: (وليس هو من الطلاق المكروه في الاصل)[٥].

---

[١] وسوف نعرض لاحقاً مشروعية أخذ العوض في الخلع عند حديثنا عنه.

[٢] رواه أبو داود: السنن، باب في كراهية الطلاق، ٢٥٤/٢. برقم ٢١٧٨. وابن ماجه: السنن، في كتاب الطلاق، ٦٥٠/١ برقم ٢٠١٨. والبيهقي: السنن الكبرى، في كتاب الخلع والطلاق باب ما جاء في كراهية الطلاق، ٣٢٢/٧. برقم ١٤٦٧١.

[٣] ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ٤٥٧/٧.

[٤] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٥٠٦/٢.

[٥] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٦١/٥.

المبحث الثالث

تكييف الخلع

للفقهاء في تكييف الخلع قولان:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن الخلع معاوضة من الجانبين، ولا يشترط لصحته قبض العوض، فإذا تم من قبل الزوج فماتت المرأة، أو أفلست، أخذ العوض من تركتها، ويجوز ردّ العوض فيه بالعيب؛ لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب، فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والمهر، ويصح الخلع منجزاً بلفظ المعاوضة، لما فيه من معنى المعاوضة، ويصح معلقاً على شرط لما فيه من معنى الطلاق، ويملك العوض بالعقد، ويملك العوض بالقبض[١].

إلا أن الشافعية قالوا: إنّ المعاوضة على القول بأنّ الخلع طلاق معاوضة فيها شوب تعليق لتوقّف وقوع الطّلاق فيه على قبول المال، وأمّا على القول بأنّه فسخ فهي معاوضة محضة لا مدخل للتّعليق فيها، فيكون الخلع في هذه الحالة كابتداء البيع، وللزّوج الرّجوع قبل قبول الزّوجة، لأنّ هذا شأن المعاوضات[٢].

القول الثاني: وذهب أبو حنيفة إلى أن الخلع يعتبر من جانب الزوج تعليقاً للطلاق على قبول المال قبل قبول المرأة، لأنه علق طلاق الزوجة على قبول المال، فهو يمين عند أبي حنيفة، لأن التعليق يمين اصطلاحاً عند الحنفية، وهو شرط وجزاء في المعنى.

ومعاوضة بمال من جانب الزوجة؛ لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها وخلاصها من الزوج، لكنها ليست معاوضة محضة، بل فيها شبه بالتبرعات؛ لأن البدل الذي تدفعه الزوجة، لا يقابله مال من الزوج ولا منفعة متوقعة، كما هو الشأن في المعاوضات. وذهب الصّاحبان إلى أنّه يمين أو تعليق من الجانبين[٣].

ويترتب على كون الخلع تعليق من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة الأمور التالية:

١- إذا كان الزوج هو الذي صدر عنه الإيجاب، فلا يصح له الرجوع عن إيجابه قبل قبول الزوجة. لأن التعليق لا يجوز الرجوع فيه، فإذا قال لها: خلعتك على مائة، فسكتت ولم تقم من مجلسها، واستمرت مترددة بين القبول والرد، فليس له في تلك الفترة أن يرجع، وإذا قام هو من المجلس لا يبطل الإيجاب، لأنه إذا كان لا يبطل برجوعه الصريح، فأولى ألا يبطل بقيامه من المجلس، ولكن يبطل بقيامها هي من غير رد أو قبول. لأن المعاوضات والعقود المالية عامة تبطل إذا تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل القبول.

٢- يجوز للزوج أن يعلق إيجابه على أمر من الأمور، فيقول لها مثلاً: خالعتك على مائة إن قبل ابوك، لأن التعليق يجوز على أمر آخر، ولكن لا يجوز لها أن تعلق إيجابها على أمر من الأمور. لأن عقود التملكات لا يجوز تعليقها بل لا تكون إلا بصيغة منجزة.

---

[١] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٤٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٣٤٣/٣، العمراني: البيان ١٩/١٠، ابن قدامة: المغني ٢٨٧/١٠

[٢] الشربيني: مغني المحتاج ٣٤٣/٣

[٣] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٩٩/٣، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٥٨/٢-الكاساني: بدائع الصنائع ١٤٥/٣.

٣- لا يصح للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة؛ لأنه لا يملك الرجوع عن الخلع، لأنه يمين من جانبه، فإذا اشترط الخيار كان الشرط باطلاً، ولكن لا يبطل الخلع به.

٤- ولا يقتصر على مجلس الزّوج، فلا يبطل بقيامه، فلو قام من المجلس قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه بهذا القيام. ويقتصر قبولها على مجلس علمها.

٥- للزوج إضافة الخلع إلى زمن مستقبل أو تعليقه على شرط، ويقع الخلع عند تحقق الشرط أو حلول الوقت المضاف إليه، عند المالكية والشافعية.

كقول الزوج: إذا قدم فلان فقد خالعتك على كذا، أو خالعتك على كذا غداً أو رأس الشهر القادم، والقبول للزوجة عند تحقق الشرط، أو حلول الوقت المضاف إليه.

أما بالنسبة لكونه معاوضة من جانب الزوجة لها شبه بالتبرعات فيترتب عليه ما يلي:

١- يحق للزوجة الرجوع عن الإيجاب إذا كان صادراً منها قبل قبول الزوج.

٢- لابد للزوجة من القبول في المجلس إذا كانت حاضرة، وفي مجلس علمها إن كانت غائبة، لأنّه معاوضة كجملة المعاملات المالية التي تبطل بتفرق المتعاقدين قبل القبول. بخلاف الطّلاق والعتاق. ولا يشترط حضور المرأة في المجلس، بل يتوقف الإيجاب على ما وراء المجلس بعكس عقد الزواج، فلو كانت غائبة فبلغها الخبر، فلها القبول في مجلس علمها به؛ لأنه في جانبها معاوضة.

٣- يجوز للزوجة أن تشترط الخيار لنفسها في مدة معلومة يكون لها فيها الحق في القبول أو الرد. ولو أكثر من ثلاثة أيّام. إذا ابتدأت الخلع، ويقتصر على المجلس كالبيع؛ كأن تقول لزوجها: خالعتك على ألف على أن لي الخيار ثلاثة أيام، فإذا قبل الزوج صح الشرط، ولها أن تقبل أو ترفض؛ لأن الخلع من جانبها معاوضة، والمعاوضات يصح فيها اشتراط الخيار.

وقال الصاحبان والحنابلة: لا يصح اشتراط الخيار للزوجة؛ لأن الفرقة عند الحنابلة وقعت بالتلفظ بالخلع، وما وقع لا سبيل إلى رفعه، ولأن الخلع يمين الصاحبين بالنظر إلى الزوجين جميعاً، وليس معاوضة من جانب الزوجة، وإذا اشترط صح الخلع وبطل الشرط؛ لأنه لا يفسد بالعوض الفاسد، فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح[١].

٤- لا يصح للزوجة تعليق الخلع على شرط، ولا إضافته إلى زمن مستقبل، لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة [٢].

٥- لا تلزم الزوجة ببدل الخلع إلا إذا كانت أهلاً للتبرع، بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة؛ لأن الخلع وإن اعتبر معاوضة من جانب الزوجة، ففيه شبه بالتبرعات.

وقد رجّح أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني القول في تكييف الخلع بأنه عقد معاوضة محضة في الطرفين[٣].

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع ١٤٥/٣.، ابن قدامة: المغني، ٦٠/٧.

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع ١٤٥/٣، الغندور: أحمد، الأحوال الشخصية ٤٥٧، بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٣٩٤.

[٣] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٥٤٥/٢.

الفصل الثاني
أركان الخلع وشروطه

للخلع عند الحنفيّة ركنان إن كان بعوض وهما: الإيجاب والقبول؛ لأنّه عقد على الطّلاق بعوض، فلا تقع الفرقة ولا يستحقّ العوض بدون القبول، بخلاف الخلع بغير عوض فإنّه إذا قال: خالعتك ولم يذكر العوض ونوى الطّلاق فإنّه يقع الطّلاق عليها، سواء قبلت أو لم تقبل، لأنّ ذلك طلاق بغير عوض فلا يفتقر إلى القبول[١].

أما أركان الخلع عند جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فهي خمسة أركان[٢]:

وهي:

١- الزّوج أو وليّه أو وكيله.

٢- الزوجة أو من ينوب عنها.

٣- المعوّض: بُضْع الزوجة أي الاستمتاع بها.

٤- العوض: البدل أو الشّيء المخالع به.

٥-الصّيغة: الإيجاب والقبول والألفاظ الّتي يقع بها الخلع. مثل خالعتك أو خلعتك على كذا.

ولكل من هذه الأركان شروط سوف نأتي عليها في المباحث التالية:

المبحث الأول
شروط الزوج والزوجة

شروط الركن الأول: الزوج.

القاعدة المتفق عليها أن: **كل زوج صح طلاقه صح خلعه**[٣]. **أو:** من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه[٤]. لذلك اتفق الفقهاء على أنّه يشترط في الزوج أن يملك أهلية إيقاع الطلاق التي ذكرناها في شروط المطلق[٥].

فيصحّ الخلع عند جمهور الفقهاء من كل مكلف (بالغ عاقل)، رشيد[٦] أو سفيه سواء أكان محجوراً عليه لفلس، أو سفه أو لم يكن، وكذلك يصح من الحر أو العبد؛ قياساً على الطّلاق، لأنّهم يملكونه ولأن كل

---

[١] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢١٨/٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٤٧/٣.

[٢] الدردير: الشرح الصغير، ٥١٩/٢. الخرشي على خليل، ١٢/٤. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٣/٣، النووي: روضة الطالبين، ٣٨٤/٧-٣٤٨. حاشية القليوبي، ٣٠٨/٣. البهوتي: كشاف القناع، ٢١٤/٥-٢١٥.، ابن قدامة: المغني، ٦٧/٧.

[٣] ابن قدامة: المغني، ٢٦٩/٧. الكافي، ٩٩/٣. البهوتي: كشاف القناع، ٢٥٢/٣. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٤٩.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٢٧١/٧.

[٥] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٤٧/٣. الدردير: الشرح الكبير، ٣٥٢/٢. الدردير: الشرح الصغير، ٥٢٦/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٨٣/٧. حاشية البجيرمي على الخطيب، مطبعة بولاق، ١٢٩٢هـ، ٤١٢/٣. البهوتي: كشاف القناع، ٢١٣/٥. ابن قدامة: المغني، ٨٦/٦.

[٦] الرشد عند الحنفية: كون الشخص مصلحاً في ماله، ولو كان فاسقاً، والحجر بالسفه يفتقر عند أبي يوسف إلى القضاء كالحجر بالدين. [الكاساني: بدائع الصنائع، ١٤٧/٣].

واحد منهم يصح طلاقه، فيصح خلعه، ولأنه إذا ملك الطلاق بغير عوض، فبالعوض أولى. ولا يصح من غير الزوج أو وكيله.

جاء في المبسوط: (وخلع الصبي وطلاقه باطل لأنه ليس له قصد معتبر شرعاً خصوصاً فيما يضره)[١].

وقال الخرشي: (ولو كان الزوج سفيهاً فالخلع جائز وطلاقه نافذ لأنه إذا كان له أن يطلق بغير عوض فبه أولى.. ولا يجوز طلاق وليه عنه ولا أن يخالعه)[٢].

وقال في مغني المحتاج: (لا يصح خلع الصبي والمجنون كما لا يصح طلاقهم، أما المحجور عليه بسفه فخلعه صحيح بإذن ودونه، بمهر المثل أو أقل، إذ له أن يطلق مجاناً فبعوض أولى، ويسلم العوض إلى وليه، فإن سلمت العوض إلى السفيه بغير إذن الولي وهو دين لم تبرأ ويسترده منه)[٣].

وجاء في الإنصاف: (فإن كان محجوراً عليه: دفع المال إلى وليه، هذا هو المذهب، وفي صحة خلع المميز وجهان أحدهما يصح وهو المذهب)[٤].

ولكن من خلال أقوال الفقهاء، يظهر أن الشّافعيّة والحنابلة قد نصوا على أنّ: المختلع لا يجوز له تسليم المال إلى السّفيه بل يسلّمه إلى الوليّ، لأنّ الوليّ هو الّذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه خلافاً للقاضي من الحنابلة حيث قال: يصحّ قبضه لعوض لصحّة خلعه فيصحّ قبضه، كالمحجور عليه لفلس، والأولى كما في المغني عدم جواز تسليم المال إلى المحجور عليه، لأنّ الحجر أفاد منعه من التّصرّف.

ويجوز عند الحنابلة أيضاً خلع الصّبيّ المميّز في وجه بناءً على صحّة طلاقه[٥].

شروط الرّكن الثّاني: الزوجة.

القاعدة الفقهية في شروط المختلعة أن : **كل من جاز أمره في ماله فنجيز خلعه، ومن لم يجز أمره في ماله فنرد خلعه**[٦].

لذلك اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الزوجة –سواء الزّوجة أو الأجنبيّ– أن تكون مكلفة (بالغة عاقلة) وأن تكون ممن يصح تبرعها مطلقة التّصرّف في المال صحيحة الالتزام. غير محجور عليها، وأسباب الحجر خمسة: الرق والسفه والمرض والصبا والجنون.

وبناء عليه، فلا يصح خلع الصغيرة أو المجنونة لانتفاء أهلية القبول. فلو خالع امرأته الصّغيرة على مهرها فقبلت أو قالت الصّغيرة لزوجها: اخلعني على مهري ففعل وقع الطّلاق بغير بدل، كما ذكر الحنفيّة والشّافعيّة في وجه، وإن كان باذل العوض غير رشيد ردّ الزّوج المال المبذول وبانت منه، ما لم يعلّق بقوله: إن تمّ لي هذا المال فأنت طالق، أو إن صحّت براءتك فطالق كما ذكر المالكيّة، فإذا ردّ الوليّ أو

---

[١] السرخسي: المبسوط، ١٧٨/٦.

[٢] شرح الخرشي على خليل، ١٥٥/٣.

[٣] الشربيني، مغني المحتاج، ٢٦٣/٣.

[٤] المرداوي: الإنصاف، ٣٨٦/٨.

[٥] الدردير:الشرح الصغير، ٥٢٦/٢. النووي:روضة الطالبين، ٣٨٣/٧. حاشية البجيرمي على الخطيب، ٤١٢/٣. ابن قدامة:المغني، ٨٧/٦.

[٦] الشافعي: الأم، ٢١٣/٥.

الحاكم المال من الزّوج في هذه الصّورة لم يقع طلاق، بخلاف ما إذا قاله لرشيدة أو رشيد، أو قاله بعد صدور الطّلاق فلا ينفعه.

جاء في المبسوط: (وإذا اختلعت الصبية من زوجها الكبير، فالطلاق واقع عليها لأن الزوج من أهل الإيقاع، وإيجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها وقد تحقق القبول منها فيقع كما لو قال: إن تكلمت فأنت طالق فتكلمت، ولكن لا يلزمها المال، لأن التزام المال من الصبية لا يصح خصوصاً فيما لا منفعة لها فيه)[1].

كذلك لا يصح خلع الأمة إلا بإذن سيدها. فلو اختلعت الأمة من زوجها على عوض بغير إذن سيدها، وقع الطلاق بائناً، ولا شيء عليها عند الحنفية والحنابلة والمالكية حتى تعتق. وكذا عند الشافعية يطالبها بالعوض بعد العتق، لكن يستقر للزوج في ذمتها مهر المثل. وإذا كان الخلع بإذن السيد تعلق العوض في ذمته، كما لو أذن لعبده في الاستدانة.

وكذلك لا يصح خلع السفيهة لا بنفسها ولا بوليها ولا بإذنه، لأن الخلع تصرف في المال، وليست هي من أّهله، ولأنه ليس للولي الإذن في التبرعات، وهذا كالتبرع.

فلو خالع الزوج المحجور عليها لسفه بلفظ يكون طلاقاً، فهو طلاق رجعي، ولا يستحق عوضاً[2].

وقد ذكر الحنابلة أنّ خلع المحجور عليها لصغر أو سفه، أو جنون لا يصحّ حتّى لو أذن فيه الوليّ، لأنّه تصرّف في المال وليست من أهله، ولا إذن للوليّ في التّبرّعات.

ولكن يصح بالاتفاق خلع المحجور عليها لفلس، وبذلها للعوض صحيح؛ لأنّ لها ذمّةً يصحّ تصرّفها فيها، وليس للزوج مطالبتها في حال حجرها، كما لو استدانت من إنسان في ذمّتها أو باعها شيئاً بثمن في ذمّتها، ويكون ما خالعت عليه ديناً في ذمّتها، ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت وفكّ الحجر عنها. أمّا لو خالعت بمعيّن من مالها فلا يصحّ لتعلّق حقّ الغرماء به[3].

ويتفرع عن هذين الركنين السابقين –الزوج والزوجة– المطالب التالية:

---

(1) السرخسي: المبسوط، ١٧٨/٦.

(2) انظر القاعدة الفقهية: **وقوع الطلاق في الخلع يعتمد وجوب القبول لا وجوب المقبول.**

(3) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢١٨/٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٤٧/٣. الدردير: الشرح الصغير، ٥١٩/٢. الخرشي على خليل، ١٢/٤. النووي: روضة الطالبين، ٣٨٤/٧-٣٤٨. حاشية القليوبي، ٣٠٨/٣. البهوتي: كشاف القناع، ٢١٤/٥-٢١٥.

المطلب الأول

الخلع في مرض الموت أو المرض المخوف

أولاً: الخلع في مرض الموت أو المرض المخوف:

أ – خلع الزوجة المريضة:

اتفق الفقهاء على أنه يجوز للزّوجة المريضة مرضاً مخوفاً أن تخالع زوجها في مرضها في الجملة، لأنّه معاوضة كالبيع.

لكن اختلفوا في القدر الّذي يأخذه الزّوج في مقابل ذلك مخافة أن تكون الزّوجة راغبةً في محاباته على حساب الورثة.

فذهب الحنفيّة إلى أنّ خلع المريضة يصح ويعتبر من الثّلث لأنها متبرعة في قبول المال والمتبرع له الأقلّ من إرثه، وبدل الخلع إن خرج من الثّلث وإلاّ فالأقلّ من إرثه، والثّلث إن ماتت في العدّة، أمّا لو ماتت بعدها أو قبل الدّخول فله البدل إن خرج من الثّلث[١].

جاء في البحر الرائق: (وإذا اختلعت مريضة من زوجها بمهرها ثم ماتت: ينظر إلى أشياء ثلاثة؛ إلى ميراثه وإلى بدل الخلع وإلى ثلث مالها. فيجب أقلها. هذا لو ماتت في ذات المرض ولو برئت منه سلم للزوج كل البدل كهبتها فيه. وخالف زفر وقال يخرج من جميع المال)[٢].

وعند المالكية خلاف في المذهب بين مالك وابن القاسم، حيث قال مالك: إن اختلعت منه في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها.

وقال ابن القاسم: إلى أنّه يجوز خلع الزّوجة المريضة مرضاً مخوفاً إن كان بدل الخلع بقدر إرثه أو أقلّ لو ماتت ولا يتوارثان. أمّا إن زاد بأن كان إرثه منها عشرةً وخالعته بخمسة عشر وأولى لو خالعته بجميع مالها فيحرم عليه لإعانته لها على الحرام، وينفذ الطّلاق ولا توارث بينهما إن كان الزّوج صحيحًا ولو ماتت في عدّتها[٣].

جاء في الشرح الصغير: والظّاهر أنّ قول ابن القاسم لا يخالف قول مالك، كما قاله أكثر الأشياخ، ورُدّ الزّائد على إرثه منها، واعتبر الزّائد على إرثه يوم موتها لا يوم الخلع، وحينئذ فيوقف جميع المال المخالع به إلى يوم الموت، فإن كان قدر إرثه فأقلّ، استقلّ به الزّوج، وإن كان أكثر، ردّ ما زاد على إرثه، فإن صحّت من مرضها تمّ الخلع وأخذ جميع ما خالعته به ولو أتى على جميع مالها، ولا توارث بينهما على كلّ حال[٤].

---

[١] ابن عابدين:حاشية رد المحتار، ٥٧٠/٢. الكاساني:بدائع الصنائع، ١٤٩/٣. ابن نجيم:البحر الرائق، ٨٢/٤. الموصلي:الاختيار، ١٦٠/٣.

[٢] ابن نجيم: البحر الرائق، ٨٠/٤.

[٣] شرح الخرشي على خليل، ١٥٨/٣.

[٤] الدردير: الشرح الصغير، ٥٢٨/٢-٥٢٩

وقال الشافعية: إن خالعت الزوجة في مرض موتها وماتت: فإن لم يزد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال، أي من جميع التركة، وإن زاد على مهر المثل، اعتبرت الزيادة من الثلث.

ثم قال الشّافعيّة: إن خالعت الزوجة في مرض موتها وماتت؛ فإنّ الخلع إن كان بمهر المثل نفذ دون اعتبار الثّلث، وإن كان بأكثر فالزّيادة كالوصيّة للزّوج، وتعتبر الزّيادة الثّلث ولا تكون كالوصيّة للوارث لخروجه " أي الزّوج " بالخلع عن الإرث.
فلو اختلعت بدابة قيمتها ألف درهم ومهر مثلها خمسمائة درهماً فقد حابت بنصف الدابة، فينظر إن خرجت المحاباة من الثّلث، فالدابة كلّها للزّوج عوضاً ووصيّةً.
جاء في تحفة المحتاج: (ويصح اختلاع المريضة مرض الموت لأن لها صرف مالها في شهواتها بخلاف السفيهة، ولا يحسب من الثلث إلا الزائد من مهر المثل لأن الزائد عليه هو التبرع)[1].

وحكى الغزالي وجهاً أنّه بالخيار بين أن يأخذ الدابة، وبين أن يفسخ العقد ويرجع إلى مهر المثل، لأنّه دخل في العقد على أن يكون الجمل عوضاً.

والصّحيح الأوّل؛ إذ لا نقص ولا تشقيص، وإن لم يخرج من الثّلث بأن كان عليها دين مستغرق لم تصحّ المحاباة، والزّوج بالخيار بين أن يمسك نصف الدابة وهو قدر مهر المثل ويرضى بالتّشقيص، وبين أن يفسخ المسمّى ويضارب الغرماء بمهر المثل، وإن كان لها وصايا أخر، فإن شاء الزّوج أخذ نصف الدابة وضارب أصحاب الوصايا في النّصف الآخر، وإن شاء فسخ المسمّى وتقدّم بمهر المثل على أصحاب الوصايا ولا حقّ له في الوصيّة، لأنّها كانت من ضمن المعاوضة وقد ارتفعت بالفسخ، وإن لم يكن دين، ولا وصيّة، ولا شيء لها سوى ذلك الدابة فالزّوج بالخيار، إن شاء أخذ ثلثي الدابة، نصفه بمهر المثل، وسدسه بالوصيّة، وإن شاء فسخ، وليس له إلاّ مهر المثل[2].

وأما عند الحنابلة فقد جاء في المغني: (إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح، ولا رجوع، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة)[3].
وجاء في الإنصاف: (وإن خالعته في مرض موتها فله الأقل من المسمى أو ميراثه منها وهذا المذهب)[4].
وبناء عليه؛ فللزّوج ما خالعته عليه إن كان قدر ميراثه منها فما دون، وإن كان بزيادة فله الأقلّ من بدل الخلع أو ميراثه منها، لأنّ ذلك لا تهمة فيه بخلاف الأكثر منها، فإنّ الخلع إن وقع بأكثر من الميراث تطرّقت إليه التّهمة من قصد إيصالها إليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرةً عليه أشبه ما لو أوصت أو أقرّت له، وإن وقع بأقلّ من الميراث فالباقي هو أسقط حقّه منه فلم يستحقّه، فتعيّن استحقاقه الأقلّ منهما، وإن شفيت من مرضها ذاك الّذي خالعته فيه فله جميع ما خالعها به كما لو خالعها في الصّحّة، لأنّه ليس من مرض موتها[5].

---

[1] ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ٤٦٦/٧.
[2] النووي: روضة الطالبين، ٣٨٧/٧.
[3] ابن قدامة: المغني، ٢١٥/٨.
[4] المرداوي: الإنصاف، ٤١٩/٨.
[5] ابن قدامة: المغني، ٨٨/٧-٨٩. البهوتي: كشاف القناع، ٢٢٨/٥.

ب – خلع الزوج المريض:

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنّ خلع الزّوج المريض مرض الموت جائز ونافذ بالمسمّى، سواء أكان بمهر المثل أم أقلّ منه، لأنّه لو طلّق بغير عوض لصحّ، فلأن يصحّ بعوض أولى، ولأنّ الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء، ومثل المريض في هذا الحكم من حضر صفّ القتال، والمحبوس لقتل أو قطع[١].

وإليك نقولاً من أقوال الفقهاء في ذلك:

جاء في البحر الرائق: (ولو اختلعت صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو كثر)[٢].

وجاء في تحفة المحتاج: (ويصح خلع المريض بأقل شيء لأنه يصح طلاقه مجاناً فأولى بشيء ولو قليلاً)[٣].

وجاء في المغني لابن قدامة: (أما خلعه لزوجته فلا إشكال في صحته سواء أكان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل. ولا يعتبر من الثلث لأنه لو طلق بغير عوض لصح، فلأن يصح بعوض أولى. ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء)[٤].

وقال الخرشي: (لايجوز للمريض مرض الموت ومن في حكمه أن يخالع زوجته لأن فيه إخراج وارث. فإن فعل فإنه ينفذ ويقع عليه الطلاق) لأن الحرمة ديانية لا قضائية[٥].

وقد بينا سابقاً أنّ زوجته المطلّقة في المرض ترثه عند المالكية إن مات من مرضه المخوف الّذي خالعها فيه، ولو خرجت من العدّة وتزوّجت غيره ولو أزواجاً، أمّا هو فلا يرثها إن ماتت في مرضه المخوف الّذي طلّقها فيه ولو كانت هي مريضة أيضاً، لأنّه الّذي أسقط ما كان بيده، وترثه أيضاً إذا تبرّع أجنبيّ بخلعها منه في مرضه الّذي مات منه وهي في العدّة.

المطلب الثاني
خلع الزوجة في الحيض أو في طهر مسها فيه الزوج

هل ينقسم الخلع إلى سني وبدعي كالطلاق؟ وهل يجوز أن يكون الخلع في الحيض؟ وهل يقع؟ أم أن له وقتاً محدداً فيجب أن يكون في طهر لم يمس الرجل زوجته فيه؟.

على الرغم من أن جمهور الفقهاء يجيزون الخلع في الحيض إجمالاً. إلا أننا نجد خلافاً بسيطاً عند بعضهم في ذلك إليك تفصيله:

أولاً: مذهب الحنفية:

---

[١] ابن نجيم: البحر الرائق، ٨٢/٤. الدردير: الشرح الكبير، ٣٥٢/٢-٣٥٣. الدردير: الشرح الصغير، ٥٢٧/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٨٨/٧. ابن قدامة: المغني، ٨٩/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٢٢٩/٥.

[٢] ابن نجيم: البحر الرائق، ٨٠/٤.

[٣] ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ٤٦٦/٤.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٢٢٣/٨.

[٥] شرح الخرشي على خليل، ١٥٥/٣.

اضطربت روايات الأحناف في كراهية الخلع أو جوازه في الحيض:
قال القدوري: (والخلع في حالة الحيض مكروه في رواية الزيادات، وفي المنتقى لا بأس به في حالة الحيض إذا رأى ما يكره)[١].
وجاء في تبيين الحقائق: (روي عن أبي حنيفة لا يكره في حالة الحيض)[٢].
ويقول ابن عابدين نقلاً عن المحيط: (إن الخلع لا يكره في حالة الحيض بالإجماع)[٣].

ثانياً: مذهب المالكية:

اختلف المالكية في الخلع هل يدخله بدعة أم لا نظراً لاختلافهم في علة منع الطلاق في الحيض هل هي حق المرأة أم هي حق الله تعالى كما ذكرنا ذلك سابقاً.

فمن قال أن العلة هي حق للمرأة لعدم تطويل العدة، قال أنه يجوز ولا بدعة فيه.
ومن قال أن العلة تعبدية وهي حق لله تعالى. قال بأنه لا يجوز ويكون بدعي ولا أثر لرضا الزوجة بذلك.

يقول الخرشي: (من قال أن علة منع الطلاق في الحيض هي للتعبد، منع الخلع في الحيض وإن رضيت المرأة ويجبر المطلق أن يراجعها. ومن قال أن العلة حق لها لأنها أعطيت عليه مالاً فيجوز)[٤].

مذهب الشافعية:

فرق الشافعية في الخلع بين أن يكون بين الزوجين، فقالوا أن الخلع في الحيض يجوز ولا بدعة فيه، وبين أن يكون الخلع مع أجنبي فتدخله عندئذ البدعة والسنة.
وتعليل ذلك أن الخلع بين الزوجين يكون بالتراضي فلا مجال للتأجيل حتى الطهر، وأما إذا كان الخلع مع أجنبي، فقد تكون المرأة في حالة حيض بحالة تشابه علتها منع الطلاق في الحيض.

جاء في نهاية المحتاج: (ويجوز خلعها في الحيض لا خلع أجنبي في الاصح)[٥].

مذهب الحنابلة:

يجوز الخلع في الحيض طالما تم برضا الزوجة وموافقتها، فيكون لا ضرر عليها بتطويل العدة.
يقول ابن قدامة: (لا بأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه، لأن المنع من الطلاق في الحيض، من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه، وذلك أعظم من ضرر طول العدة)[٦].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية عن الخلع: (وليس هو من الطلاق المكروه في الأصل ولهذا يباح في الحيض بخلاف الطلاق)[٧].

---

[١] القدوري: مختصر القدوري، ٣٣/٢
[٢] الزيلعي: تبيين الحقائق، ١٩١/٣.
[٣] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤٢٨/٢.
[٤] شرح الخرشي، ١٦٩/٣.
[٥] الرملي: نهاية المحتاج، ١٠٩/٦.
[٦] ابن قدامة: المغني، ١٧٤/٨.
[٧] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٦١/٥.

مذهب الزيدية والجعفرية:

قال الزيدية عن الخلع: (وتدخله السنة والبدعة)[١].

وقال الجعفرية: أن الخلع في الحيض أو طهر مسها فيه لا يقع لأنه طلاق. والطلاق في هذه الحالة لا يقع[٢].

الترجيح:

والراجح –والله أعلم– أنه لا بأس أن يكون الخلع في الحيض، والطهر الذي أصابها فيه؛ لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل دفع الضرر الذي يلحق المرأة بتطويل العدة، والخلع شرع لرفع الضّرر الّذي يلحقها بسوء العشرة والتّقصير في حقّ الزّوج، والمقام مع من تكرهه وتبغضه، والضّرر بذلك أعظم من الضّرر بتطويل العدّة، فجاز دفع أعظم الضّررين بأخفّهما، وهي قد رضيت به، مما يدل على رجحان مصلحتها، ولذلك لم يسأل النّبيّ صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها، ولأنّ ضرر تطويل العدّة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاءً منها به ودليلاً على رجحان مصلحتها فيه[٣].

المطلب الثالث

خلع الأجنبي

الأصل أن **الخلع طلاق فلا يطلق أحد عن أحد**[٤]. ولكن هل يصح الخلع من غير الزوجة سواء أكان ذلك ذلك الأجنبي ولياً أم وكيلاً أم فضولياً؟.

سوف نبين ههنا حكم خلع الولي أو الفضولي أو الوكيل.

الفرع الأول: خلع الوليّ.

اتفق الفقهاء على أنه يجوز للقاضي بحكم ولايته أن يخلع غير المكلف من صبي أو مجنون إذا كان في الخلع مصلحة[٥].

ثم اختلف الفقهاء في جواز خلع ولي غير المكلف من صبي أو مجنون كالأب ونحوه وفق ما يلي:

فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والرّواية الأشهر عند الحنابلة الظاهرية والجعفرية إلى أنه لا يجوز للأب أن يخلع زوجة ابنه الصّغير أو يطلّق عليه بعوض أو بغير عوض لقوله صلى الله عليه وسلم: (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)[٦]. والخلع في معنى الطلاق.

---

[١] المرتضى: البحر الزخار، ١٧٩/٣. الصنعاني، شرف الدين الحسين الحيمي: الروض النضير، مطبعة السعادة ١٣٤٩هـ، ١٦٦/٤

[٢] الحلي: المختصر النافع، ٢٢٧. النجفي: جواهر الكلام، ٣٦٠/٥

[٣] الشيرازي: المهذب، ٧٢/٢، ابن قدامة: المغني، ٥٢/٧، البهوتي: كشاف القناع، ٢١٣/٥.

[٤] الشافعي: الأم، ٢١٤/٥ و٢١١.

[٥] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢١٨/٣. الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٧٣/٣-٢٧٤. الخرشي على خليل، ١٣/٤. الدردير: الشرح الصغير، الصغير، ٥٢٠/٢. الشيرازي: المهذب:٧٢/٢. ابن قدامة: الكافي، ١٤٤/٣. ابن قدامة: المغني، ٨٣/٧-٨٤.

[٦] ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد،٦٧٢/١ برقم ٢٠٨١. من حديث ابن عباس. وضعف إسناده البوصيري في مصباح مصباح الزجاجة ١٣١/٢. ورواه أيضاً البيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في عدد طلاق العبد ومن قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ومن قال هما جميعا بالنساء، ٣٧٠/٧ برقم ١٤٩٥٦. الدارقطني: السنن، ٣٧/٤. برقم ١٠٢ و١٠٣.

وكذلك ذهب الجمهور إلى أنه لا يجوز للأب أن يخلع خلع ابنته الصّغيرة بشيء من مالها، لأنّه لا نظر لها فيه وليست أهلاً للتبرع، كما ذكر الحنفيّة، إذ البضع غير متقوّم، والبدل متقوّم، بخلاف النّكاح، لأنّ البضع متقوّم عند الدّخول، ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثّلث، ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال.

ولأنّه بذلك يسقط حقّها من المهر والنّفقة والاستمتاع، وإذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحقّ مالها وللزّوج مراجعتها إن كان ذلك بعد الدّخول.

هذا وقد وافق الحنفيةُ الشافعيةَ وروايةَ الحنابلة بالنسبة للصغير أو المجنون غير المميز، أما إذا كانت مميزة تعقل معنى النكاح والطلاق، فقد خالف الحنفيّةُ وقالوا بوقوع الطلاق ولزومه، ولكن البدل لا يلزم إن كان من مالها، وأما إن كان من مال الولي فيلزم[1].

وقال المالكية: يجوز عند المالكيّة لوليّ غير المكلّف من صبيّ أو مجنون أن يخالع عنهما، سواء أكان الوليّ أباً للزّوج أم وصيّاً أم حاكماً أم مقاماً من جهته، إذا كان الخلع منه لمصلحة، ويجوز للولي المجبر كالأب أن يخالع عن ابنته الصغيرة لو كانت في سن تجبر مثيلاتها على الزواج بولاية أبيهم سواء أكان من ماله أو مالها ولو بجميع مهرها وبغير إذنها، إذ قد يكون في بقاء العصمة فساد لأمر ظهر أو حدث[2].
وأمّا وليّ السّفيه فلا يخالع عنه بغير إذنه، لأنّ الطّلاق بيد الزّوج المكلّف ولو سفيهًا أو عبداً لا بيد الأب، فأولى غيره من الأولياء كالوصيّ والحاكم[3].
وقال الحنابلة في رواية عن أحمد: إلى أنّ الأب يملك الخلع ويقع طلاقاً رجعياً، لأنّ ابن عمر رضي الله عنهما طلّق على ابن له معتوه، ولأنّه يصحّ أن يزوّجه، فصحّ أن يطلّق عليه إذا لم يكن متّهماً شأنه كالحاكم يفسخ للإعسار ويزوّج الصّغير.

وقد عللوا ذلك إذا رأى الولي المصلحة فيه كتخليصها ممّن يتلف مالها ويخاف منه على نفسها وعقلها، والأب وغيره في ذلك سواء إذا خالعوا في حقّ المجنونة والمحجور عليه لسفه أو صغر، وظاهره أنّه إذا خالع بشيء من ماله أنّه يجوز، صرّح به في الشّرح وغيره، لأنّه يجوز مع الأجنبيّ، فمن الوليّ أولى[4].

الفرع الثاني: خلع الفضوليّ.

اختلف الفقهاء في خلع الفضوليّ على قولين:

القول الأوّل: جوازه وصحّته سواء قصد الفضوليّ بذلك جلب مصلحة أو درء مفسدة، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكية وأكثر الحنابلة الذين قالوا بأن الخلع طلاق وليس فسخاً.

---

(1) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٦٨/٢-٥٦٩. ابن نجيم: البحر الرائق، ١٨٠/٤.الشيرازي: المهذب، ٧٢/٢. ابن قدامة: المغني، ٨٨/٧. ابن حزم: المحلى، ٢٣٥/١٠. العاملي: الروضة البهية، ١٦٤/٢.
(2) شرح الخرشي على خليل، ١٥٥/٣.
(3) الدردير: الشرح الصغير، ٥٢٦/٢-٥٢٧. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٣١/١.
(4) ابن قدامة: المغني، ٨٧/٧-٨٨. البهوتي: كشاف القناع، ٢١٣/٥.

وقد قيّد القائلون بصحة خلع الفضولي، أن يضيف الفضولي البدل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إيّاه، مثل أن يقول: اخلعها بألف عليّ أو على أنّي ضامن أو على ألفي هذه، ففعل، صحّ والبدل عليه، فإن استحق البدل لزم الفضولي قيمته، ولا يتوقف الخلع حينئذ على قبول المرأة.

فإن لم يضمن الفضولي البدل وأرسل الخلع بأن قال: على ألف أو على هذا الجمل، فإن قبلت المرأة لزمها تسليمه، أو قيمته إن عجزت، وإن أضاف الفضولي البدل إلى غيره كفرس فلان، اعتبر قبول فلان هذا.

ولا تتوقّف صحّه الخلع عند الحنابلة على قبول المرأة، فيكون التزامه للمال فداءً لها، كالتزام المال لعتق السّيّد عبده، وقد يكون له في ذلك غرض صحيح، كتخليصها ممّن يسيء عشرتها ويمنعها حقوقها[١].

وقد أيّد بعض الشافعية أيضاً جواز خلع الفضولي بناءً على أنّ الخلع طلاق، سواء أكان بلفظ طلاق أم خلع، فخلع الفضوليّ عندهم بناءً على هذا القول كاختلاع الزّوجة لفظاً وحكماً، وذكروا أنّ الخلع من جانب الزّوج ابتداء معاوضة فيها شوب تعليق، ومن جانب الأجنبيّ ابتداء معاوضة فيها شوب جعالة، فإذا قال الزّوج للفضوليّ طلّقت امرأتي على ألف في ذمّتك فقبل، أو قال الفضوليّ للزّوج: طلّق امرأتك على ألف في ذمّتي فأجاب، وقع الطّلاق بائناً بالمسمّى، وللزّوج أن يرجع قبل قبول الفضوليّ نظراً لشوب التّعليق، وللفضوليّ أن يرجع قبل إجابة الزّوج نظراً لشوب الجعالة[٢].

القول الثّاني: عدم الصّحّة وقد ذهب إلى ذلك أبو ثور والظاهرية والجعفرية، ومن قال من الشّافعيّة والحنابلة إنّ الخلع فسخ، واستدلّ أبو ثور بأنّه يبذل عوضاً في مقابلة ما لا منفعة له فيه.
واستدلّوا بأنّ الفسخ بلا سبب لا ينفرد به الزّوج فلا يصحّ طلبه منه[٣].

الترجيح:

والراجح –والله أعلم– قول الجمهور؛ وهو جواز وقوع خلع الفضولي وصحّته سواء قصد الفضوليّ بذلك جلب مصلحة أو درء مفسدة، وبغض النظر عن أن الخلع طلاق أو فسخ، طالما أنهم قيّدوا صحة خلع الفضولي، أن يضيف البدل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إيّاه، ولا يتوقف الخلع حينئذ على قبول المرأة.

فإذا قال الفضوليّ للزّوج: طلّق امرأتك على ألف في ذمّتي فأجاب، وقع الطّلاق بائناً بالمسمّى، وللزّوج أن يرجع قبل قبول الفضوليّ نظراً لشوب التّعليق، وللفضوليّ أن يرجع قبل إجابة الزّوج نظراً لشوب الجعالة[٤].

---

[١] ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، ٥٦٩/٢. الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٧٤/٢. ابن نجيم: البحر الرائق، ١٠١/٤، الخرشي على خليل، ١٢/٤. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٣٠/١. ابن قدامة: الكافي، ١٤٤/٣.

[٢] النووي:روضة الطالبين، ٤٢٧/٧. الرملي:نهاية المحتاج، ٤٠٩/٦. الشربيني:مغني المحتاج، ٢٧٦/٣.

[٣] المراجع السابقة. ابن قدامة: الكافي، ١٤٤/٣. ابن حزم: المحلى، ٢٣٥/١٠. العاملي: الروضة البهية، ١٦٤/٢.

[٤] النووي:روضة الطالبين، ٤٢٧/٧. الرملي:نهاية المحتاج، ٤٠٩/٦. الشربيني:مغني المحتاج، ٢٧٦/٣.

الفرع الثالث: التّوكيل في الخلع.

لا خلاف بين الفقهاء في أنّ التّوكيل في الخلع جائز سواء لكل من الزوجين أو من أحدهما، والضّابط فيه: **كل من جاز أن يكون وكيلاً بمال أو خصومة جاز أن يكون وكيلاً بالخلع**[1]. وكذلك: **أنّ كلّ من صح خلعه لنفسه جاز توكيله ووكالته**، حراً كان أو عبداً ذكراً أو أنثى، مسلماً أو كافراً، محجوراً عليه لسفه أو رشيداً، لأنّ كلّ واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع، فصحّ أن يكون وكيلاً وموكّلاً فيه كالحر الرشيد. ولأن الخلع عقد معاوضة كالبيع.

هذا ويكون توكيل الرّجل في ثلاثة أشياء: شرط البدل وقبضه وإيقاع الطّلاق أو الخلع. ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء أيضاً: طلب الخلع أو الطّلاق وتقدير البدل وتسليمه.

وقال الحنفية: إن الوكيل في الخلع لا ينعزل بمضيّ المدّة[2].

وقد ذكر الشّافعيّة أنّ وكيل المرأة لا يجوز أن يكون سفيهاً حتّى وإن أذن له الوليّ إلاّ إذا أضاف المال إليها فتبين ويلزمها، لأنّه لا ضرر عليه في ذلك. ولا يجوز عندهم أيضاً توكيل محجور عليه في قبض العوض في الخلع فإن وكّله وقبض، يبرأ المختلع والموكّل مضيّع لماله.

وفي توكيل المختلع المرأة روايتان عندهم:

الأولى وهي الأصح: يجوز للمختلع توكيل امرأة لخلع زوجته أو طلاقها، لأنّ للمرأة تطليق نفسها بقوله لها: طلّقي نفسك، وذلك تمليك للطّلاق أو توكيل به.

والثّانية: لا يصحّ لأنّها لا تستقلّ بالطّلاق، ولو وكّلت الزّوجة امرأة باختلاعها جاز بلا خلاف لاستقلال المرأة بالاختلاع[3].

حكم تولي الوكيل طرفي الخلع:

اختلف الفقهاء في حكم أن يتولى الوكيل الطرفين أو هل يصح أن يكون وكيلاً في الخلع من الجانبين ؟.

فذهب الحنفيّة سوى محمّد بن الحسن والشافعية في قول أنّ الواحد لا يصلح أن يكون وكيلاً في الخلع من الجانبين، بل يتولّى طرفاً منه مع أحد الزّوجين أو وكيله، ولا يتولّى الطّرفين كما في البيع.

وذهب الحنابلة في المذهب ومحمّد بن الحسن والشّافعيّة في قول: إنّه يتولّى الطّرفين قياساً على النّكاح، ولأنّ الخلع يكفي فيه اللّفظ من أحد الجانبين كما لو قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق فأعطته ذلك، يقع الطّلاق خلعاً[4].

تقييد الوكيل أو إطلاقه في الخلع:

---

(1) الشافعي: الأم، ٥/٢١٩ و٢٢٠ و٣/٢٣٧.

(2) ابن نجيم: البحر الرائق، ٤/١٠٢.

(3) حاشية القليوبي، ٣/٣١١-٣١٢.

(4) ابن نجيم: البحر الرائق، ٤/١٠٢. حاشية القليوبي، ٣/٣١١-٣١٢. البهوتي: كشاف القناع، ٥/٢٣٠.

يجوز التّوكيل بالتقييد أو بالإطلاق كأن يحدد الموكل بدل الخلع أو لا يحدده، لأنّه عقد معاوضة، فصحّ ذلك كالبيع والنّكاح إلاّ أنّ التحديد مستحبّ لأنّه أسلم من الغرر، وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد.

وعلى هذا فإنّ توكيل الزّوج أو الزّوجة لا يخلو من حالين:

الأول: أن يحددا العوض كمائة مثلاً.
والثّاني: أن يطلقا الوكالة من غير تقدير، كأن يوكّلاه في الخلع فقط.

وينبغي لوكيل الزّوج أو وكيل الزّوجة أن يفعل كلّ منهما ما من شأنه أن يعود بالنّفع والمصلحة على موكّله، فلا ينقص وكيل الزّوج عمّا قدّره له، فإن استطاع أن يزيد عليه فليفعل، وكذا وكيل الزّوجة، فإنّ عليه أن لا يزيد عمّا قدّرته له، فإن استطاع أن يخلعها بأقلّ منه فليفعل.

وينبغي لوكيل الزّوج في حالة الإطلاق أن لا يخالع بأقلّ من مهر المثل بل بأكثر، وينبغي لوكيل الزّوجة أيضاً أن لا يخلعها بأكثر من مهر المثل في حالة الإطلاق.

فإذا نقص الوكيل عما عينه له الموكل، كأن قال له: وكلتك على أن تخالعها بعشرة، فخالعها بخمسة، أو نقص الوكيل عن خلع المثل إن أطلق الموكل ولم يعين له شيئاً، لم يلزم الموكل بالخلع.

وإذا وكلت الزوجة وكيلاً ليخالعها، وعينت له شيئاً، أو أطلقت العبارة، وزاد وكيلها على ما عينت، أو على خلع المثل أن أطلقت، فعليه الزيادة. ولا يطالب الوكيل بالخلع بالبدل إلا إذا ضمنه، ويرجع به على المرأة[1].

---

[1] الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٧٥/٢. ابن نجيم: البحر الرائق، ١٠٢/٤. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٣٤/١. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٥٥/٢. الدردير: الشرح الصغير، ٣٠٣/٢. الشيرازي: المهذب، ٧٥/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٩١/٧. حاشية القليوبي، ٣١١/٣. البهوتي: كشاف القناع، ٢٢٩/٥-٢٣٠. ابن قدامة: المغني، ٩٠/٧-٩٣.

المبحث الثاني
المعوَّض وهو البضع

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الخلع أن يكون ملك المتعة قائماً وأن يصادف محلّاً حتى يمكن إزالته، ويكون ذلك إما:

١- بقيام الزوجية حقيقة: بأن تكون المرأة في عصمة الرجل بعقد زواج صحيح غير فاسد، سواء أكانت مدخولاً بها، أم لا. ولم تفارق زوجها بطلاق بائن ونحوه، كاللّعان مثلاً.

٢- أو قيام الزوجية حكماً: وهي الّتي طلّقها زوجها طلاقاً رجعيّاً ولم تنقض عدّتها، فإنّها حينئذ زوجة، والنّكاح بينها وبين زوجها قائم، وتسري عليها كافّة الأحكام الخاصّة بالزّوجات، ولو مات زوجها قبل انقضاء عدّتها فإنّها ترث منه.

هذا عند جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية وعند الشّافعيّة في أظهر الأقوال، وهو أيضاً ما ذهب إليه الحنابلة سوى الخرقيّ.

وذهب الشّافعيّة في قول آخر: إلى عدم صحّة مخالعة الرجعية لعدم الحاجة إلى الافتداء.

وذهب الشّافعيّة في قول آخر أيضاً ذكره النّوويّ في الرّوضة بلفظ، قيل: إلى أنّ الرّجعيّة يصحّ خلعها بالطّلقة الثّالثة دون الثّانية لتحصل البينونة الكبرى.

وذهب الخرقيّ من الحنابلة إلى أنّ الرّجعيّة محرّمة، لأنّ ظاهر قوله يدلّ على ذلك، فقد جاء في المغني عنه: وإذا لم يدر واحدة طلّق أم ثلاثاً ؟ فهو متيقّن للتّحريم شاكّ في التّحليل، وقد روي عن أحمد ما يدلّ على هذا، وظاهر مذهب الحنابلة كما قال القاضي: إنّها مباحة.

هذا واتفق الفقهاء جميعاً، على أنه إن لم تكن الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً، لم يتحقق الخلع، ولا خلع في النكاح الفاسد؛ لأن الفاسد لا يفيد ملك المتعة، ولا خلع بعد الطلاق البائن أو انتهاء عدة الطلاق الرجعي. لأنّه لم يصادف محلّاً، وتستردّ الزّوجة المال الّذي دفعته للزّوج، ويسقط عنها ما التزمته من رضاع ولدها، أو نفقة حمل، أو إسقاط حضانتها[١].

---

[١] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٧٢/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٣٦/٢-٥٣٧. الدردير: الشرح الصغير، ٣٠٤/٢. حاشية الخرشي، ٢١/٤. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٥/٣. الرملي: نهاية المحتاج، ٣٦٠/٦. ابن قدامة: المغني، ٢٧٩/٧.

المبحث الثالث

العوض

العوض أو البدل: هو ما يأخذه الزّوج من زوجته في مقابل خلعه لها.

ويتطلب الكلام عن بدل الخلع البحث في أمور ثلاثة:

١- حكم أخذ بدل الخلع ومشروعيته.

٢- مقدار هذا العوض.

٣- نوع العوض الذي يتم فيه الخلع.

حكم أخذ بدل الخلع ومشروعيته:

قد ذكرنا سابقاً حكم الخلع التكليفي باعتباره طلاقاً بعوض أو عقد معاوضة، وذكرنا أقوال الفقهاء في حكم أخذ بدل الخلع ومشروعيته، ومتى يحل للزوج أخذه ومتى يحرم، لذلك فإننا لا نجد داع لإعادة بحثها ههنا.

لكن ما يعنينا في هذا المجال، هو بحث مقدار العوض الذي يمكن أن تبذله المرأة في حالة نشوزها ورغبتها في نظير فراق الزوج والخلاص منه، فهل يملك الزوج مطالبتها بأي مقدار سواء قل أو كثر أو إن تجاوز ما قدمه لها مهراً، وهل لبدل الخلع حد أدنى؟ أم أن الخلع يتحقق بأي بدل كثير أو قليل وأن مقدار العوض ليس محصوراً في مقدار الصداق المقدم لها[١].

المطلب الأول

أقوال الفقهاء في مقدار العوض

اختلف الفقهاء في مقدار العوض الذي يأخذه الرجل مقابل مخالعته، سواء كان تقديمها طواعية أم بناء على رغبته[٢].

للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها من صداق أو نحوه في مقابل اختلاعها ما دام النشوز من جهتها، لكن لا يستحب له ذلك، طالما أن ذلك بالتراضي بين الزوجين ودون كراهة منها.

وبه قال: عمر بن الخطاب، وهو قوله: المالكية والشافعية والظاهرية والجعفرية[٣].

قال ابن رشد في بداية المجتهد: (وجائز عند مالك أن تختلع بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها إذا كان النشوز من قبلها)[٤].

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٥٠/٣ وما بعدها، ابن الهمام: فتح القدير، ٢٠٣/٣ وما بعدها، ابن جزي: القوانين الفقهية ص٢٣٢، الشيرازي: المهذب، ٧٠/٢ وما بعدها، ابن قدامة: المغني، ٥٢/٧-٥٥، ابن رشد: بداية المجتهد، ٦٨/٢.

[٢] الطحاوي: مختصر الطحاوي ط١، دار إحياء العلوم، بيروت ١٩٨٦، ص١٩٠، ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٣/٢، الماوردي: الحاوي ١٢/١٠، ابن قدامة: المغني، ٢٤٧/٧.

[٣] الدردير: الشرح الصغير، ٥١٨/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٥٦/٢. الماوردي: الحاوي، ٤/١٠. النووي: روضة الطالبين ٣٧٤/٧. ابن حزم: المحلى، ٥١١/٩. العاملي: الروضة البهية، ٩٠/٦.

[٤] ابن رشد: بداية المجتهد، ٤٠/٢.

وقال مالك في الموطأ: (لا بأس بأن تفتدي نفسها المرأة نفسها من زوجها بأكثر مما أعطاها)[١].

وجاء في مغني المحتاج: (ويصح العوض قليلاً أو كثيراً)[٢].

وجاء في المحلى: (ولها أن تفتدي نفسها بجميع ما تملك)[٣].

وجاء في الروضة البهية: (ويجوز أن يأخذ منها زائداً عما وصل إليها منه)[٤].

واستدل هؤلاء بالقرآن الكريم والسنة والأثر، والمعقول:

أما من القرآن الكريم:

١-فقول الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[البقرة:٢٢٨].

وجه الدلالة: إن الآية الكريمة قررت رفع الإثم في أخذ الرجل من الزوجة مقابل طلاقها ما تبذله لتفتدي نفسها في حالة الشقاق والنزاع بينهما، وعجزهم عن إقامة حدود الله تجاه بعضهما، قل ذلك أو كثر دون تقييد. فالآية مطلقة عن التحديد ولا مقيد معتبر فتبقى على إطلاقها.

وأجيب عن هذا: إن الاستدلال بالآية الكريمة ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[البقرة:٢٢٨].

بعد النهي عن أخذ المهر في بداية الآية بقوله: ﴿مِمَّآ آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ فهو من باب النهي عن الزيادة من باب أولى، لا إطلاق الأخذ كما قلتم (وذلك كما في النهي عن التأفف فهو نهي عن الضرب الذي فوقه من طريق الأولى)[٥].

٢- وقول الله تعالى: ﴿وَآتُوا ٱلنِّسَاءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[النساء:٤].

وجه الدلالة: إن الآية الكريمة أباحت أكل ما رضيت المرأة بتقديمه من المال سواء زاد أو قل عن المهر الذي قدمه، والآية وإن أباحت أخذ الزوج المال من زوجته في الأحوال العادية، فهو مباح في حالة الاختلاف والتنازع من باب أولى[٦].

وأجيب عن هذا: أن الآية في معرض إباحة الهبات بين الزوجين في الأحوال العادية بينهما، أما في حالة الشقاق والنزاع في الخلع فالوضع مختلف، وهي إنما تبذله له ليخلصها، وأي رضا وطيب نفس في ذلك، فيكون الاستدلال بالآية في غير موضعه فيسقط.

من السنة:

ما رواه ابن عباس من أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله: ثابت ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن لا أطيقه، فقال صلى الله عليه وسلم: (أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم)[٧].

---

[١] الإمام مالك: الموطأ، ١٨٥/٣.

[٢] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٥/٣

[٣] ابن حزم: المحلى، ٢٣٥/١٠

[٤] العاملي: الروضة البهية ٩٠/٦.

[٥] الكاساني: بدائع الصنائع ١٥٠/٣.

[٦] الماوردي: الحاوي الكبير، ٤/١٠.

[٧] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع ، ٢٠٢١/٥. برقم ٤٩٧١. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣. برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٣/١. برقم ٢٠٥٦.

وجه الدلالة: الحديث الشريف دلَّ على جواز الخلع بالمهر– وهو هنا الحديقة– وليس فيه منع الزيادة عليها ولا النقصان، فجاز بكل ما تراضيا عليه وإن زاد عن المهر، لإطلاق الحديث الشريف ذلك[١].

وأجيب: بما يعارضه ما روي من أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الزيادة، وبالجمع بين الأدلة نقول بكراهة أخذ ما زاد لا حرمته.

ومن ا لأثر:

ما يروى عن عمر وعثمان وعلي وابن عباس أنهم قالوا: «لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها، كان ذلك جائزاً»[٢].

وما رواه عبد الرزاق في المصنف: أن الربيع بنت معوذ بن عفراء[٣] أخبرته قالت: الرُبيِّع بنت مُعَوِّذ: (كان (كان لي زوج يُقل الخير عليّ إذا حضر ويحرمني إذا غاب، قالت: فكانت مني زلة ذات يوم فقلت له: اختلع منك بكل شيء أملكه؟ فقال: نعم، قلت: ففعلت: فخاصم عمي معاذ بن عفراء إلى عثمان، فأجاز الخلع، قالت: وأمره أن يأخذ ما دون عقاص الرأس)[٤]. ولم يخالف عثمانَ أحدٌ من الصحابة، واشتهر هذا، هذا، فلم ينكر، فيكون إجماعاً، ولم يصح عن علي رضي الله عنه خلافه.

وجه الدلالة: إن الأثر صريح على جواز الخلع بكل ما تملكه المرأة، وإن زاد عن المهر ما رضيت ذلك كما أجازه عثمان، لرضاها بسقوط حقها في مالها مقابل إعادة ملكها لنفسها.

وأجيب: إن الأثر دل على تأثر المرأة من تسرعها في بذل كل ما تملك، وإذا كان القضاء من عثمان بحل أخذه للزوج– فيكره ذلك لما فيه من إلحاق الضرر بالمرأة ويتوسط في ذلك فتقال أن تُرجع له مهره فقط.

ومن المعقول:

ولأن الخلع معاوضة كسائر المعاوضات، فجاز أخذ البدل سواء أكان مساوياً لما أعطاها أو أقلّ أو أكثر منه ما دام الطّرفان قد تراضيا على ذلك[٥]، كما في البيع، وكما في المهر وغيرهما.

وأجيب: إن الخلع وإن كان عوضاً مطلقاً عن التحديد، إلا أن المخالعة تضبطها أمور من عدم تكليف المرأة ما لا تطيق، أو تركها بلا مال خصوصاً وهي على أعتاب مرحلة جديدة من اعتمادها على ذاتها في مؤنتها.

---

[١] الماوردي: الحاوي الكبير، ١٣/١٠.

[٢] أورده هكذا ابن قدامة في المغني ٢٤٧/٧. وأصله في صحيح البخاري، في باب الخلع وكيف الطلاق، ٢٠٢١/٥ برقم ١١. وفي الدارقطني: السنن، ٣٢١/٣ برقم ٢٧٨.والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، ٣١٥/٧ برقم ١٤٦٢٨. والعقاص: هو الخيط الذي تربط به المرأة أطراف شعرها.[القاموس المحيط مادة "عقص"].

[٣] الربيع بنت معوذ بن عفراء النجارية الأنصارية (٤٥هـ) صحابية من ذوات الشأن في الإسلام. بايعت رسول الله عليه وسلم بيعة الرضوان تحت الشجرة، صحبته في غزواته، كان النبي صلى الله عليه وسلم كثيراً ما يغشى بيتها فيتوضأ ويصلي ويأكل عندها. عاشت إلى أيام معاوية. [الإصابة ٣٠٠/٤، أسد الغابة ٤٥١/٥].

[٤] عبد الرزاق: المصنف،باب المفتدية بزيادة على صداقها، ٥٠٤/٦، برقم ١١٨٥٠. وعقاب الرأس: الخيط الذي يعقد به أطراف الذوائب [تاج العروس ٤٠٨/٤]

[٥] ابن رشد: بداية المجتهد ٧٣/٢.

ثم إن الخلع يفارق البيع فلا يصح إطلاق العوض فيه قياسا على البيع، لأن الأول يصح على مجهول عندنا كما يصح بلا عوض في قول[1] بخلاف البيع فلا يقع على مجهول، ويجب تسمية البدل فيه، فافترقا.

القول الثاني: يكره للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ويأثم ديانة، ولكن الخلع صحيح ولا يرد ما أخذه قضاء وإنا يرد ديانة. وبه قال علي بن أبي طالب وعمرو بن شعيب وعطاء وطاوس والزهري. وهو مذهب: الحنفية والراجح عند الحنابلة[2].

قال القدوريّ: إن كان النّشوز منها كره له أن يأخذ منها أكثر ممّا أعطاها وهو المذكور في الأصل " من كتب ظاهر الرّواية " لقوله صلى الله عليه وسلم (في امرأة ثابت بن قيس: أمّا الزّيادة فلا)[3]. وقد كان النّشوز منها، ولو أخذ الزّيادة جاز في القضاء، وكذلك إذا أخذ والنّشوز منه، لأنّ مقتضى ما ذكر يتناول الجواز والإباحة، وقد ترك العمل في حقّ الإباحة لمعارض، فبقي معمولاً في الباقي[4].

وجاء في الإنصاف: (ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها. فإن فعل كره وصح هذا المذهب)[5].

واستدل أصحاب هذا القول: بالقرآن الكريم، والسنة، والمعقول:

أما القرآن الكريم: فقول الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩].

وجه الدلالة: إن الآية الكريمة بينت جواز الخلع وحلّ أخذ العوض من المرأة، ولكن ذلك مقيد بما أعطاها إياه كما أشارت الآية الكريمة في أولها، وكأن الآية قيدت مقدار بدل الخلع بمقدار ما أعطي مهراً فتكره الزيادة عليه.

السنة: ما رواه ابن عباس من أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: (يا رسول الله: والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضاً، فقال لها صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته، قالت: نعم، فأمره رسول الله أن يأخذ حديقته ولا يزداد)[6].

وما رواه عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم: (أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها)[7].

---

[1] ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع، ٢٢٥/٧.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع ١٥٠/٣. السمرقندي: تحفة الفقهاء، ٣٠٢/٢. الشطي: مطالب أولي النهى ٢٩٩/٥.

[3] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع ، ٢٠٢١/٥. برقم ٤٩٧١. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣. برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٣/١. برقم ٢٠٥٦.

[4] الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٩/٢، ابن نجيم: البحر الرائق، ٨٣/٤. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٠٣/٣-٢٠٤.

[5] المرداوي: الإنصاف، ٣٩٨/٨.

[6] رواه البخاري في صحيحه، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ٢٠٢٢/٥ برقم ٤٩٧٢. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣ برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق ـ باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٢/١ برقم ٢٠٥٦.

[7] الدارقطني: السنن، باب المهر، ٢٥٥/٣ برقم ٤٠. ابن أبي شيبة: المصنف، من كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها، ١٢٤/٤ ١٢٤/٤ برقم ١١٧.البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، ٣١٤/٧ برقم ١٤٦٢٣. وانظر: (الزيلعي:نصب الراية،٢٤٤/٣، الشوكاني:نيل الأوطار،٢٤٦/٦).

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم: قرر أن الزيادة على قدر المهر ممنوعة، لأن المستحق ما بذله وهو المهر، (والأولى أن لا يزداد)[1] بدليل كراهته.

وأجيب بأن: النهي عن الزيادة في حديث ثابت محمول على خلاف الأولى وأنه ليس من مكارم الأخلاق.

المعقول: أنه بالأصل لا يحل للزوج أن يأخذ شيئاً لا ديانة ولا قضاء إذا كان النشوز من جانبه، لأنه أكل مال بالباطل، ولكن للتراضي، ولعدم معرفة الحقيقة، ولأن الأحكام القضائية إنما تبنى على الظاهر، ويترك لله ما بطن، لذلك فإنه يحل له قضاء ولا يحل له ديانة.

القول الثالث: وذهب الأوزاعي وإسحاق بن راهويه والشعبي إلى أنه لا يجوز الخلع بأكثر مما دفع الزوج لزوجته من مهر، وتبطل الزيادة ويحرم على الزوج أخذه ويجب رده وهو قول للحنابلة ومذهب الزيدية[2].

جاء في الإنصاف عن بدل الخلع: (وقال أبو بكر لا يجوز ويرد الزيادة وهو رواية عن أحمد)[3].

وجاء في المنتزع المختار: (ولا يحل منها أكثر مما لزم بالعقد لها ولأولادها منه. أي مهرها ونفقتها ونفقة عدتها وأجرة تربية الأولاد الصغار ونفقتهم)[4].

وقال في الروضة الندية: (ويجوز بالقليل والكثير ما لم يجاوز ما صار إليها منه)[5].

واستدل هؤلاء بالأدلة نفسها التي استدل بها أصحاب القول الثاني القائلون بالكراهة، لكن بعد حملها على وجه الحظر والتحريم.

ففي قول الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩]. فيه دليل على حظر أخذ أكثر مما أعطاها، لأن الأصل في النهي التحريم إذا لم يكن هناك قرينة تصرفه عنه.

كما أن مفهوم الآية الكريمة بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾. يدل على حرمة أخذ زيادة عما أعطاها، لأن قوله: ﴿مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ هو المهر ونحوه؛ ولهذا يجب تحديد بدل الخلع بما دفعه لها ولا يجوز بأكثر من ذلك.

ويؤيد هذا كذلك ما ورد في بعض روايات حديث امرأة ثابت بن قيس، قوله صلى الله عليه وسلم: (أمّا الزّيادة فلا)[6].

كما إنهم قالوا: إن الله تعالى قد أمر الرجل أن يسرح زوجته بإحسان، وأخذه منها أكثر مما أعطاها ليس من التسريح بالإحسان.

---

[1] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢١٨/٤.

[2] ابن قدامة: المغني، ٥٢/٧. العمراني: البيان ٢٥/١٠، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١٣٠/٢.المرداوي: الإنصاف ٣٩٨/٨. ابن مفتاح: المنتزع المختار، القاهرة: ١٣٣٢هـ، ٤٢٢/٢. المرتضى: البحر الزخار، ١٨٣/٤. القنوجي: الروضة الندية، ٦٠/٢.

[3] المرداوي: الإنصاف، ٣٩٨/٨.

[4] ابن مفتاح: عبد الله، المنتزع المختار، القاهرة: ١٣٣٢هـ، ٤٢٢/٢.

[5] القنوجي: الروضة الندية، ٦٠/٢.

[6] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع ، ٢٠٢١/٥. برقم ٤٩٧١. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣. برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٣/١. برقم ٢٠٥٦.

ولأنّه أوحشها بالفراق فلا يزيد إيحاشها بأخذ المال، ولأن النهي عن الزيادة لما فيه من شبهة الربا[1] إذ الأصل أن يأخذ ما دفع، فكانت الزيادة دون مقابل، وفي ذلك إضرار بها، وهو ممنوع.
ولأنه بذل في مقابلة فسخ، فلم يزد على قدره في ابتداء العقد، كالإقالة[2].

وأجيب: إن المال الذي قبضته المرأة في صورة المهر ابتداء، لم يكن ديناً في ذمتها وإنما هبة ونحلة من الزوج لا يراد من ورائها أمر، حتى إذا رأت مفارقته، طولبت بدفع المال إليه على حسب ما يتفقان عليه وإن تجاوز المهر، ولا ربا في ذلك ولا شبهته في عقد جعله الله من أجلّ العقود، وسماه ميثاقاً غليظاً.

الترجيح:

وبعد هذا العرض للأدلة وأوجه الاستدلال ومناقشاتها والردود عليها بها نجد أن عمدة الأقوال هو الآية الكريمة من سورة البقرة، ولكن اختلف في توجيهها هل هي عامة في جواز مطلق ما قدمته المرأة بدلاً عن الطلاق، أم أن البدل يحكمه النهي عن الأخذ منها في أول الآية؟.

نقول: لما كان الطلاق محظوراً في الشرع ابتداء لما فيه من نكران نعمة الزواج وقطع أواصر الرحم، كان الاقتراب من هذا المحظور محاطاً بموانع وحواجز تجعل الاقتراب منه نهاية مشكلة لا علاج لها.
والخلع- وهو نوع من أنواع فرق الزواج، ولكن برغبة الزوجة أو بإرادتهما معاً- وإن كان نعمة من الله منحها للزوجة فإنه محكوم بالحظر الأصلي للطلاق، فلا يجوز المطالبة به إلا إن تعذرت الحياة بينهما مطلقاً.

قال صلى الله عليه وسلم: (أيُّما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة)[3]. وقد أشعر الله تعالى المرأة بخطر ما تقدم عليه عندما أجاز للزوج المختلع مطالبتها بفداء، وهو إن أطلق مقداره إلا أن الأحاديث الشريفة والآثار كرهت له أن يبالغ في الطلب، وأن يتجاوز فداؤه مهرها.

لذلك فإننا نجد القول الثاني الداعي إلى كراهة أخذ ما زاد عن المهر من المرأة في حالة المخالعة هو القول الراجح والأقرب إلى الصواب، ذلك لأن الحياة بين الزوجين يحكمها الأخذ والعطاء في مناحي الحياة المختلفة، والزوج وإن قدم المهر والنفقة، فإن المرأة قد قدمت نفسها ونذرت حياتها لخدمة الزوج والأولاد، حتى إذا دبّت الشحناء والبغضاء بينهما، وعجزت عن أن توفيه حقوقه وطلبت مخالعته، كان المنطق الشرعي والعقلي يقتضي أن ترد ما قدمه لها مهراً، وأن يتساميا عن المشاكسة والندية لعل الله يغنيهما من فضله.

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع ١٥١/٣.
(2) ابن مفلح: المبدع ٢٣٠/٧. والإقالة هي: رفع عقد البيع غير السلم، وهي فسخ. [انظر: شيخي زاده، مجمع الأنهر ٧١/٢]
(3) ابن ماجه: السنن، باب كراهية الخلع للمرأة، ٦٦٢/١. برقم ٢٠٥٤ و٢٠٥٥ . والدارمي: السنن، باب النهي أن تسأل المرأة زوجها طلاقها، ٢١٦/٢ برقم ٢٢٧٠. ورواه أحمد في مسنده، ٢٧٧/٥. برقم ٢٢٤٣٣. والبيهقي: السنن الكبرى، باب ما يكره للمرأة من مسألتها طلاق زوجها، ٣١٦/٧ برقم ١٤٦٣٧. ورواه الترمذي وحسنه في كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات، بلفظ (أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة) ٤٩٢/٣. برقم ١١٨٦.

ونلمح في طلب الزوج أكثر مما قدم مهراً مقابل تطليقه زوجته بادرة تعسف في استعمال حق الطلاق، فالأصل أن يسترد الزوج ما قدمه، وأن يترك للمرأة ما تقيم به حياتها عملاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنسَوُا ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٧].

فقد يعمد الزوج للمطالبة بأكثر من المهر بقصد الإضرار بالمرأة، ومعاقبتها على إقدامها على الطلاق أو على ما قد يتسبب به الخلع من مهانة له وصغار، فيبالغ في مقدار العوض دفعاً بها إلى العدول أو تكليفها ما لا تطيق، فيزداد الأمر سوءاً بينهما، وتشتعل العداوة بين أسرتيهما وفي ذلك خطر عظيم.

وقد تظهر قرينة قصده الإضرار بأن يكون النشوز من قبله ويدفع بها بتضيق العيش عليها إلى سؤالها المخالعة، سعياً إلى تحقيق المكاسب والمنافع بغض النظر عما يلحق الآخرين من ضرر مادي ومعنوي.

كما أن معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة يظهر تعسف الرجل في مطالبته بزيادة على المهر كبدل للخلع وذلك لأن الضرر اللاحق بالمرأة في تكليفها رد المهر وزيادة، مع ألم الفشل في حياتها الزوجية يفوق الضرر اللاحق بالرجل إن رد إليه مهره دون زيادة حيث سلم له ماله، ومن هذا المعيار يدفع أعظم الضررين- وهو الضرر اللاحق بالمرأة المخالعة- بتحمل أيسرهما- وإن كان الضرر معنوياً بالنسبة إلى الرجل فلا يقال بالزيادة[١].

المطلب الثاني
نوع العوض الذي يتم فيه الخلع

اتفق جمهور فقهاء الحنفيّة، والمالكيّة والشّافعيّة، والحنابلة في المذهب على أن الضابط في نوع بدل الخلع أن يكون مما يصلح جعله صداقاً، فإنّ ما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدل خلع.

وعلى هذا يجوز البدل بكل ما يصح تملكه، سواء أكان مالاً معيّناً أو موصوفًا أو منقولاً أو عقاراً. أم ديناً للمرأة على الزّوج تفتدي به نفسها أو منفعة تقوم بالمال[٢].

وقد اتفق الفقهاء أيضاً أنّ العوض في الخلع إن كان معلومًا ومتموّلاً ومقدوراً على تسليمه فإنّ الخلع يعتبر صحيحاً[٣].

أمّا إذا فسد العوض باختلال شرط من شروطه، كاختلال شرط العلم، أو الماليّة، أو القدرة على التّسليم، فإنّ الخلع يعتبر فاسداً، وفيه خلاف، سببه تردّد العوض هاهنا بين العوض في البيوع، أو الأشياء الموهوبة، أو الموصى بها فمن شبّهه بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي أعواض البيوع. ومن شبّهه بالهبات لم يشترط فيه ذلك[٤].

---

[١] القدومي: عبير، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ٢٦٤-٢٦٥.

[٢] العيني: البناية في شرح الهداية، ٦٦٩/٤-٦٧٠. الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٩/٢. ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٣٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٨/٢. حاشية الخرشي، ١٣/٤. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٥/٣. الرملي: نهاية المحتاج، ٣٩١/٦. البهوتي: كشاف القناع، ٢١٨/٥. ابن قدامة: الكافي، ١٥٢/٣. والمال في الاصطلاح الفقهي هو كل ما يمكن تملكه وادخاره لوقت الحاجة [أبو جيب: سعدي، القاموس الفقهي مادة "مال:].

[٣] ابن الهمام: شرح فتح القدير ١٩٧/٤، ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٨/٢.الإحسائي: تبين المسالك ١١٩/٣، البهوتي: الروض المربع ٥٥٤.

[٤] ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٨/٢.

ويتفرع عن هذا فرعان:

الفرع الأول: الخلع بالمجهول وبالمعدوم وبالغرر أو بما لا يقدر على تسليمه.

ذهب جمهور الحنفية والمالكية والراجح عند الحنابلة إلى أنه يصح الخلع إذا كان بدله مشتملاً على غرر أو معدوم ينتظر كوجوده كجنين في بطن حيوان تملكه الزوجة، ومثله الآبق، والشّارد، والثّمرة الّتي لم يبد صلاحها، وبحيوان، وعرض غير موصوف، أو مضافاً لأجل مجهول، أو كان مجهولاً كأحد فرسين، أو اختلاع المرأة على زراعة أرضها، وركوب دابّتها، وخدمتها له على وجه لا يلزم خلوته بها، أو خدمة الأجنبيّ، لأنّ هذه تجوز مهراً[1].

وحجة الجمهور: أن الخلع إسقاط لحقّه من البضع وليس فيه تمليك شيء ويجوز تعليقه وخلوّه من العوض بالكلّيّة، وهو ممّا يجري فيه التوسع والتسامح، فيتحمل جهالة ونحوها لا يتحملها النكاح.

ونصّ المالكيّة عند قولهم بجواز الخلع بالمجهول والغرر: أن للزّوج عليها الوسط من جنس ما وقعت المخالعة به، لا من وسط ما يخالع به النّاس ولا يراعى في ذلك حال المرأة، وإذا هلك الّذي وقع الخلع عليه فلا شيء للزّوج، لأنّه مجوّز لذلك والطّلاق بائن[2].

وقد ذكر الحنفية عدة فروع على قولهم بجواز كون العوض مجهولاً منها[3]:

١-إن قالت الزوجة لزوجها: (خالعني على ما في يدي) ولم يكن في يدها شيء، فخالعها، فلا شيء له عليها؛ لأنها لم تغرَّه بتسمية المال.

٢-وإن قالت له: (خالعني على ما في يدي من مال) ولم يكن في يدها شيء، فخالعها، ردت عليه مهرها؛ لأنها سمت مالاً لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بالعوض، ولا وجه لإيجاب ما سمته المرأة من المال في يدها لجهالته، ولا لإيجاب مهر المثل؛ لأن البضع الذي يجب مهر المثل من أجله غير متقوم حالة الخروج من الملك بالخلع ونحوه، أما في حالة الدخول بعقد النكاح فهو متقوم، فتعين إيجاب ما قام به البضع على الزوج وهو المهر دفعاً للضرر عنه. وإن قالت له: (خالعني على ما في يدي من دراهم) ولم يكن في يدها شيء، فخالعها، فعليها ثلاثة دراهم؛ لأنها سمت جمعاً من الدراهم، وأقل الجمع ثلاثة، ووافقهم الحنابلة فيه[4].

وقال الشافعية: يشترط في عوض الخلع شروط الثمن من كونه متمولاً، معلوماً، مقدوراً على تسليمه، فلا يجوز الخلع على ما فيه غرر كالمجهول، ومثله الخلع على محرّم، أو على ما لم يتمّ ملكه عليه، أو على ما لا يقدر على تسليمه.

---

[1] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٠٧/٣. ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٣٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٨/٢.ابن مفلح: المبدع، ٢٣٣/٧. ولا يجوز الخلع بالمجهول وبالمعدوم الّذي ينتظر وجوده عند بعض الحنابلة [البهوتي: كشاف القناع، ٢٢٢/٥. ابن قدامة: الكافي، ١٥٣/٣]

[2] ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٣٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٨/٢.

[3] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٠٧/٣.

[4] ابن قدامة: المغني، ٦١/٧.

وحجتهم: بأنّ الخلع عقد معاوضة فلا يجوز على ما ذكر، كالبيع والنّكاح، فلو خالع بشيء ممّا ذكر بانت بمهر المثل عندهم، لأنّه المراد عند فساد العقد[١].

الفرع الثاني: الخلع على محرم.

القاعدة عند عامة الفقهاء: **أن كل خلع وقع بصفقة فيها حلال وحرام، كان الخلع جائزاً ورد من الحرام**[٢].

لذلك اتفق الفقهاء على أنه لا يصح أن يكون بدل الخلع على خمر أو خنزير أو ميتة أو دم، ويبطل العوض، ولا شيء للزوج، وتكون الفرقة طلاقاً بائناً؛ والقاعدة تقول: **لا تفسد المعاوضة بفساد العوض**[٣].

ولما بطل العوض بقي لفظ الخلع، وهو كناية، وتقع الفرقة بالكنايات بينونة، أما لو كان الطلاق على مال، وبطل العوض كان طلاقاً رجعياً، لأنه بقي لفظ الطلاق، وهو صريح، والصريح طلاق رجعي.

فإن خالعها على محرم كخمر أو خنزير أو مسروق أو مغصوب، فلا شيء له عليها، وبانت منه عند المالكية والحنابلة، وبنحوه قال الحنفية، ويكون كالخلع بلا عوض، لأنه قد رضي بالإسقاط من غير عوض فلا يستحق عليها شيئاً.

وقال الشافعية: أنه إذا خالعها على حرام بانت منه بمهر المثل، لأنه المراد عند فساد العوض. وهذا المعتمد عندهم **أنَّ القاعدة في ذلك: متى ذكر البدل الذي لا يصح بدلاً يبطل البدل، ويثبت مهر المثل**[٤].

ولو خالع بما ليس بمال كالدم، وقع الطلاق رجعياً؛ لأنه لم يطمع في شيء. وأما خلع الكفار بعوض غير مال فهو صحيح كما في أنكحتهم[٥].

المطلب الثالث
الخلع في مقابل بعض المنافع والحقوق

لا خلاف بين الفقهاء على أنه يصح أن يكون بدل الخلع بالمنافع التي تقوم بالمال، كسكنى الدار وزراعة الأرض زمناً معلوماً، وكإرضاع ولدها أو حضانته أو الإنفاق عليه، أو من الحقوق كإسقاط نفقة العدة.

الخلع على الرضاع:

يصح الخلع عند الجمهور على أن ترضع المرأة ولدها مدة الرضاع الواجب وهو سنتان؛ لأن الرضاع مما تصح المعاوضة عنه في غير الخلع، ففي الخلع أولى[٦].

ويصح الخلع أيضاً عند الحنابلة[٧] على إرضاع ولده مطلقاً دون تحديد مدة، وينصرف إلى ما بقي من الحولين؛ لأن الله تعالى قيَّد الرضاع بالحولين، فقال تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَٰلِدَةٌۢ

---

[١] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٥/٣.
[٢] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢٣٦/٢. زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٦٢٣/٢. قاعدة: ١٤١.
[٣] ابن قدامة: المغني ٢٦٠/٧ و٤٦٤.
[٤] الشربيني: مغني المحتاج ٣٣٦/٣.
[٥] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٦٥/٧.
[٦] الدردير: الشرح الصغير، ٢٩٨/٢. حاشية الخرشي، ٢٢/٤. النووي: روضة الطالبين، ٣٩٩/٧.
[٧] ابن قدامة: المغني، ٦٤/٧-٦٥.

بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِۦ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱتَّقُوا ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوا أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٣]. وقال النبي صلّى الله عليه وسلم: (لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام)[١]. وفي لفظ: (لا رضاع إلا ما كان في الحولين)[٢].

فإن ماتت المرضعة، أو الصّبيّ، أو جفّ لبنها قبل ذلك فعليها أجرة المثل لما بقي من المدّة، لأنّه عوض معيّن تلف قبل قبضه فوجبت قيمته، أو مثله، كما لو خالعها على دابة فهلكت قبل تسلمها. وإن مات الولد، ينفسخ الاتفاق بتلفه[٣].

وقال الشافعي: لا ينفسخ الاتفاق، ويأتيها بصبي ترضعه مكانه؛ لأن الصبي مستوفى به، لا معقوداً عليه[٤].

الخلع على الحضانة أو كفالة الولد مدة معلومة:

يصح الخلع أيضاً على أن تحضن ولده مدة معلومة بلا أجر، وقال الشافعي: لا يصحّ الاتفاق حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه، وقدر الإدام وجنسه ويكون المبلغ معلوماً مضبوطاً بالصفة كالمسلم فيه[٥].

ومبنى الخلاف مسألة استئجار الأجير بطعامه وكسوته، الشافعية يوجبون تعيين الأجرة، لما روي عن أبي سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يُبيِّن له أجره»[٦].

ولم يوجب الجمهور تعيين الأجر للعرف واستحسان المسلمين، ولقوله صلّى الله عليه وسلم: (قال إن موسى صلى الله عليه وسلم أجر نفسه ثماني سنين أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه)[٧].

فلو تركت المرأة الولد وهربت أو مات الولد أو ماتت هي، وجب عليها أجر المثل عن المدة الباقية.

الخلع على بقاء الولد إلى البلوغ:

إذا خالعت المرأة زوجها على أن يبقى ابنه عندها إلى البلوغ صح الخلع ولم يصح الشرط عند الحنفية؛ لأن الحق في الابن بعد انتهاء مدة الحضانة للأب، لا للأم. أما إن خالعت على إبقاء ابنتها منه إلى البلوغ،

---

(١) الترمذي: السنن، كتاب الرضاع، باب ما جاء ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلّا في الصغر، ٤٥٨/٣ برقم ١١٥٨. وابن ماجه: السنن، كتاب النكاح، باب لا رضاع بعد فصال، ٦٢٦/١ برقم ١٩٤٥.

(٢) الدارقطني: السنن، كتاب الرضاع،١٧٤/٤ برقم ١٠ و١١. ابن أبي شيبة: المصنف، من قال لا يحرم من الرضاع إلا ما كان في الحولين، ٥٥٠/٣ برقم ١٤٥. ورواه أبو داود الطيالسي في مسنده عن جابر، بلفظ: «لا رضاع بعد فصال ولا يُتْم بعد احتلام» ٢٤٣/١ برقم ١٧٦٧. [انظر: الشوكاني: نيل الأوطار، ٣١٥/٦].

(٣) الدردير: الشرح الصغير، ٢٩٨/٢. حاشية الخرشي، ٢٢/٤. النووي: روضة الطالبين، ٣٩٩/٧. ابن قدامة: المغني، ٦٤/٧-٦٥.

(٤) النووي: روضة الطالبين، ٣٩٩/٧.

(٥) ابن قدامة: المغني، ٦٥/٧.

(٦) رواه أحمد في مسنده، ٥٩/٣ برقم ١١٥٨٢. ٦٨/٣ برقم ١١٦٦٧. و٧١/٣ برقم ١١٦٩٤. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة، ١٢٠/٦ برقم ١١٤٣٢. الهيثمي: مجمع الزوائد، باب بيان الأجر، ٩٧/٤ عن أبي سعيد وقال: رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح إلا أن ابراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد.

(٧) ابن ماجه: السنن، كتاب الرهون، باب إجارة الأجير على طعام بطنه، ٨١٧/٢ برقم ٢٤٤٤؛ عن عُتْبة بن النُّدَّر، وجاء في مصباح الزجاجة: إسناده ضعيف، ٧٦/٣. الطبراني: المعجم الكبير، ١٣٥/١٧ برقم ٣٣٣. [وانظر:نيل الأوطار، ٢٩٢/٥].

فيصح الخلع والشرط، والفرق بين الحالتين: أن الابن أحوج لأبيه بعد الحضانة وأقدر على تربيته من الأم، والبنت أحوج إلى تدريب أمها وتعليمها وأقدر على ذلك من الأب.

وأجاز المالكية اشتراط بقاء الابن مع الأم إلى البلوغ؛ لأن مدة حضانة الابن عندهم إلى البلوغ، والبنت إلى أن تتزوج ويدخل الزوج بها.

الخلع على إسقاط الحضانة:

أما الخلع على إسقاط حق الحضانة:

اختلف الفقهاء فيما إذا خالعت المرأة زوجها على أن تسقط حقها من حضانة ابنها:

فقال الحنفية: يصح الخلع ويبطل الشرط، ولا يسقط حق الأم في الحضانة؛ لأن حق الحضانة للولد، فلا تملك الأم التنازل عنه.

جاء في المبسوط: (لا يجوز الخلع على أن تتنازل عن حضانة ولدها لأبيه لأن هذا حق الولد. وبقاؤه عند أمه أنفع له.. وطالما أنه حق الولد فليس لها أن تبطله، فإذا خالعته على أن تترك الولد عنده فالخلع جائز والشرط باطل)[١].

وأجاز المالكية في مشهور المذهب إسقاط الحضانة بالخلع وانتقالها إلى الأب بشرطين:

الأول: ألا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه.

الثاني: أن يكون الأب قادراً على حضانة الولد.

لكن المفتى به عند المالكية: أن الحضانة لا تنتقل بإسقاط الأم إلى الأب، ولكنها تنتقل إلى من يلي الأم في حق الحضانة[٢].

الخلع على نفقة الصغير:

يرى الحنفية والمالكية أنه لو خالع الزوج امرأته على أن تنفق على ابنه الصغير مدة معلومة، صح الخلع: ولزمها الإنفاق في تلك المدة، فإن امتنعت، أو مات الولد قبل انتهاء المدة، وجب عليها نفقة المثل ويعود الزوج على زوجته بالنفقة المتبقية في ذمتها في باقي المدة، وإذا ماتت، تؤخذ من تركتها في موتها.

وإن أعسرت أنفق الزوج عليها، ويرجع بالنفقة إن أيسرت. لكن قال المالكية: إن خالعها على أن تتحمل نفقة نفسها مدة حملها، لا تسقط في الأصح نفقة الحمل[٣].

الخلع مقابل الإبراء من نفقة العدة:

يصح الخلع في مقابل إبراء المرأة زوجها من نفقة العدة، ويبرأ الزوج منها، وإن كان الساقط مجهولاً[٤].

---

[١] السرخسي: المبسوط، ١٦٩/٦.

[٢] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٩/٢، الدردير: الشرح الصغير، ٥٢٢/٢.

[٣] السرخسي: المبسوط، ١٦٩/٦، الدردير: الشرح الصغير، ٥٢١/٢.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٥٢/٣.

الخلع على إسقاط السكنى:

لا يجوز أن يكون العوض في الخلع إخراج المرأة من مسكنها الّذي طلقت فيه؛ لأنّ سكناها فيه إلى انقضاء العدّة حقّ للّه، لا يجوز لأحد إسقاطه لا بعوض ولا بغيره، لأن القاعدة الشرعية في ذلك: **إسقاط ما هو حق الشرع باطل**[١]. ويقع الخلع وتبين منه ولا شيء عليها للزّوج كما ذكر المالكيّة، واستثنوا من ذلك أن تتحمّل هي أجرة المسكن من مالها زمن العدّة، فإنّ ذلك جائز.

وذكر الشّافعيّة في هذه المسألة أنّ للمرأة السّكنى وللزّوج مهر المثل[٢].

المبحث الرابع
الصّيغة

صيغة الخلع: هي الإيجاب والقبول.

وعند الحنفيّة: الإيجاب والقبول هما ركنا الخلع إن كان بعوض. لأنه عقد على الطلاق بعوض، فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول[٣].

فالصيغة إذن: هي لفظ الخلع أو ما في معناه مما ذكر كالإبراء والمبارأة والفداء والافتداء، سواء أكان صريحاً أم كناية.

المطلب الأول
حكم الخلع بالمعاطاة أو بدون صيغة

اختلف الفقهاء في صحة الخلع بدون صيغة أو بدون تلفظ يدل عليها أي بمجرد بذل المال، وهو ما يعرف بالمعاطاة[٤]. بناء على اختلافهم في القاعدة الفقهية: **الفعل هل يقوم مقام القول**[٥].

فذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية وأكثر الحنابلة: على أن الخلع لا يحصل بدون تلفظ أو بمجرد بذل المال، أو المعاطاة؛ لأن ذلك لا يدل على التراضي، ولأن الخلع الشرعي له آثار تختلف عن آثار الطلاق على مال. ولأنه تصرف في البضع (الاستمتاع بالمرأة) بعوض، فلم يصح بدون تلفظ كما لا يصح النكاح والطلاق[٦].

جاء في مغني المحتاج: (ويشترط قبولها فتقول قبلت أو اختلعت أو نحوه، فلا يصح القبول بالفعل بأن تعطيه القدر)[٧].

---

[١] السرخسي: المبسوط ٢٠٣/٥. البورنو: موسوعة القواعد ٣٩٥/١

[٢] شرح الخرشي على خليل، ١٥/٤. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٥٠/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٥/٣. الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٧٢/٧.

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٤٥/٣.

[٤] المعاطاة: هي مبادلة فعلية تدل على تبادل الإرادتين دون تلفظ بإيجاب وقبول [مجلة الأحكام العدلية م ١٧٥].

[٥] الحصني: القواعد، ١١٧/٢.

[٦] ذكر الحصني في كتابه القواعد عند كلامه عن قاعدة: العادة محكمة، إذا قال لها: أنت طالق إن أعطيتيني ألفا فأتت بها ووضعتها بين يديه فإنها تطلق ويملك الألف مع أنها لم يصدر منها لفظ يدل على التمليك [الحصني: قواعد ٣٧٢/١].

[٧] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٩/٣.

وجاء في الإنصاف: (ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج)[١].

وذهب المالكية إلى جواز الخلع بالمعاطاة إذا قام العرف دليلاً على قصد كل من الزوجين بالفرقة، فقالوا: لا يشترط في هذه الحالة الإيجاب والقبول صراحة[٢]. عملاً بالقاعدة الفقهية في العقود: **العقود تصح بكل ما دلّ على مقصودها من قول أو فعل**[٣].

جاء في شرح الخرشي: (وكفت المعاطاة: أي كأن تعطيه شيئاً على وجه يفهم منه أنه في نظير العصمة ويفعل فعلاً يدل على قبول ذلك. كأن تكون عادتهم إذا خلعت سوارها من يدها ودفعته له)[٤].

جاء في الشرح الكبير: (وكفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق فيمن عرفهم المعاطاة)[٥].

وجاء في مواهب الجليل: (ولا يشترط أن يكون بصيغة خاصة بل تكفي المعاطاة)[٦].

وقد أيَّد هذ الرأي بعض الحنابلة ومنهم شيخ الإسلام ابن تيمية فقال: إن الخلع بالمعاطاة جائز[٧].

ويتطلب الحديث عن الصيغة، البحث في ألفاظ الخلع وشروط الصيغة وهو ما سنبحثه فيما يلي:

المطلب الثاني
ألفاظ الخلع

اتفق الفقهاء على اعتبار ألفاظ الخلع والمفاداة والمبارأة في صريح الخلع، واختلفوا في غيرها، وقد نص فقهاء كل مذهب على ألفاظ بعينها يقع الخلع بها؛ وهي:

ألفاظ الخلع عند الحنفية:

للخلع ألفاظ خمسة عند الحنفيّة متفق عليها وهي: الخلع والمباينة والمبارأة والمفارقة والطلاق واختلفوا في لفظي البيع والشراء. والأصح أن الفرقة بهما لا تعد خلعاً.

فمثلاً: يقول الرجل: خالعتك بكذا، أو بارأتك، أو فارقتك، أو طلقي نفسك على ألف، أو بعت نفسك أو كاشتري نفسَك، وتقبل المرأة.

والفرقة عند الحنفية على مال بغير هذين اللفظين (الخلع أو المبارأة) لا تعد خلعاً، وإنما تعرف عندهم باسم الطلاق على مال ويجعلونه قسيماً للخلع[٨].

الفرق بين الخلع والطلاق على المال عند الحنفية:

---

[١] المرداوي: الإنصاف، ٣٩٧/٨.
[٢] وقد ذكرنا سابقاً أن المالكية يجيزون الطلاق بمجرد الفعل دون تلفظ إذا جرى العرف باستعماله.
[٣] ابن تيمية: القواعد النورانية، ص ١٠٥ و١١٠. ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ١٣/٢٩.
[٤] شرح الخرشي على خليل، ١٦٣/٣.
[٥] الدردير: الشرح الكبير، ٤١٩/٢.
[٦] الحطاب: مواهب الجليل، ٣٧/٤.
[٧] البعلي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية - بيروت: دار الفكر، ٢٦٨/٣
[٨] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٥٩/٢

الخلع والطلاق على مال وإن زال بكل منهما ملك الزواج، وعلى الرغم من أن كل واحد طلاق بعوض، يختلفان من وجوه أربعة وجوه وهي[1]:

الأول: الطلاق على مال لا بد فيه من ذكر العوض دائماً، أما الخلع بلفظ الخلع، فإن كان بلفظ خلعتك، فلا بد فيه من ذكر المال، لكي يكون شرعياً يحتاج إلى قبولها، ويأخذ حكم الخلع، أما إن لم يذكر المال، فإنه يكون طلاقاً بلفظ من ألفاظ الكناية يقع به الطلاق من غير حاجة إلى القبول، ومن غير لزوم المال، ويكون طلاقاً بائناً على حسب مذهب أبي حنيفة ولا بد فيه من النية.

الثاني: الخلع والمبارأة من ألفاظ الكناية عند الحنفية، والكنايات توقع الفرقة بائنة عند الحنفية كما ذكرنا ذلك سابقاً. وأما الطلاق على مال فهو صريح، ويقع بائناً إذا صح العوض شرعاً، فإذا لم يصح فكأنه لم يكن، فبقي صريح الطلاق، فيكون رجعياً، وحينئذ يعمل كل من لفظي الخلع والطلاق المجردين عمله، فلفظ الخلع يكون كناية عن الطلاق، ولفظ الطلاق من أنواع الصريح الذي يقع به طلاق رجعي.

ويظهر أثر ذلك؛ لو كان الخلع على عوض باطل شرعاً، بأن وقع على ما ليس بمال متقوم، كخلع المسلمة على خمر أو خنزير أو ميتة، فلا شيء للزوج، ويقع الطلاق بائناً.

أما إذا بطل العوض في الطلاق على مال، بأن سميا ما ليس بمال متقوم، فإن الطلاق يقع رجعياً.

الثالث: يسقط بالخلع في رأي أبي حنيفة كل الحقوق الواجبة بسبب الزواج لأحد الزوجين على الآخر، كالمهر والنفقة الماضية المتجمدة أثناء الزواج، لكن لا تسقط نفقة العدة؛ لأنها لم تكن واجبة قبل الخلع، فلا يتصور إسقاطها بالخلع.

أما الطلاق على مال: فلا يسقط به شيء من حقوق الزوجين، ويجب به فقط المال المتفق عليه.

الرابع: الخلع مختلف في كونه طلاقاً بائناً أم فسخاً بين الفقهاء كما سنبين ذلك في آثار الخلع، وقد ذهب الحنفية في المفتى به، والمالكية، والشافعية في الجديد، والحنابلة في رواية: إلى أن الخلع طلاق بائن يحتسب من عدد الطلقات. وذهب الشافعي في القديم، والحنابلة في أشهر ما يروى عن أحمد إلى أنه: فسخ. فلا ينقص من عدد الطلقات. لا ينقص به عدد الطلاق، ولو لم ينو خلعاً. أما الطلاق على مال: فلا خلاف في كونه طلاقاً بائناً ينقص به عدد الطلقات[2].

ألفاظ الخلع عند المالكية:

أما ألفاظ الخلع عند المالكية فهي أربعة: الخلع والفدية، والصّلح، والمبارأة. وجميع هذه الألفاظ تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها.

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٥١/٣، ابن الهمام: فتح القدير،٢٠٥/٣، الميداني: اللباب،٦٥/٣، جماعة من العلماء: الفتاوى الهندية،٤٥٠/١.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٥٢/٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٥١/٢. ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٥/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٨/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٥/٧. ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير، ١٨٠/٨. المقدسي، شرف الدين، الإقناع لطالب الانتفاع، القاهرة: ١٣٥١هـ، ٥٤/٣. الزحيلي، وهبه: الفقه الحنبلي الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة – دمشق: دار القلم٢،١٩٩٧/٢٤٨.

وقد فرق المالكية بين هذه الألفاظ تفريقاً يتصل بالعوض فقالوا: إن اسم الخلع يختص عادة ببذلها جميع ما أعطاها، والصلح ببعضه، والفدية بأكثره، والمبارأة بإسقاطها عنه حقاً لها عليه[1].

ألفاظ الخلع عند الشافعية والحنابلة:

وقسَّم الشافعية والحنابلة ألفاظ الخلع إلى صريح وكناية:

فالصّريح المتّفق عليه الذي لا يحتاج إلى نية عندهم لفظان: لفظ خلع وما يشتقّ منه لأنّه ثبت له العرف. ولفظ المفاداة وما يشتقّ منه لوروده في القرآن، وزاد الحنابلة لفظ فسخ لأنّه حقيقة فيه فلا يحتاج إلى نية. وقال الشافعية هو من كنايات الخلع كلفظ البيع عندهم أيضاً.

وأما لفظ بارأتك، وأبرأتك، وأبنتك، فهو كناية عندهم يحتاج إلى نية.

والأصل أن صريح الخلع، كصريح الطلاق فلا يحتاج إلى نية. وكنايته مثل كنايات الطلاق تحتاج إلى نية، لكن إذا طلبت الخلع وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع وكنايته، صحّ من غير نيّة، لأنّ دلالة الحال من سؤال الخلع، وبذل العوض صارفة إليه فأغنى عن النّيّة فيه، وإن لم يكن دلالة حال فأتى بصريح الخلع وقع من غير نيّة، سواء قلنا هو فسخ أو طلاق، ولا يقع بالكناية إلاّ بنيّة ممّن تلفّظ به منهما، ككنايات الطّلاق مع صريحه[2].

المطلب الثالث

شروط الصيغة

يشترط في صيغة الخلع عدة شروط ذكرها الفقهاء، وهي[3]:

الأول: أن يصدر الإيجاب من الزوج أو وكيله أو وليه بالإيجاب وأن يكون بصيغة معاوضة؛ كقوله: خالعتك على كذا القبول لفظاً ممّن يتأتّى منه النّطق، وبالإشارة المفهمة من الأخرس وبالكتابة منهما.

الثاني: قبول الزوجة: لأن الخلع من جانبها معاوضة، وكل معاوضة يلزم فيها قبول دافع العوض، ويلزم تحقق القبول في مجلس الإيجاب أو مجلس العلم به، فإذا قامت الزوجة من المجلس بعد سماع كلمة المخالعة، أو بعد ما علمت بها من طريق الكتابة، فلا يصح قبولها بعدئذ.

الثالث: أن لا يتخلّل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبيّ كثير ممّن يطلب منه الجواب لإشعاره بالإعراض بخلاف اليسير مطلقاً، وضابط الكلام الكثير أنه: ممّن لم يطلب منه الجواب.

الرابع: يشترط توافق القبول والإيجاب، فلو اختلف الإيجاب والقبول كأن قال الزوج: طلقتك بألف، فقالت: بثمانمائة، أو قال: طلقتك ثلاثاً بألف، فقبلت طلقة واحدة بثلث ألف، لم ينعقد الخلع ويعد لغواً للمخالفة كما

---

[1] ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٧/٢.

[2] الأنصاري: حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب- بيروت: دار الكتب العلميّة، ١٩٩٦، ٣٠٢/٤. الشربيني: مغني المحتاج ٣٣٥/٣. ابن قدامة: المغني، ٢٧٥/١٠

[3] الموسوعة الفقهية الكويتية مادة " خلع".

في البيع، وكذا يعد لغواً عند الشافعية[1]: إن قال: طلقتك بألف، فقالت: قبلت بألفين؛ لأنه يشترط عنده التطابق أو التوافق التام بين الإيجاب والقبول.

الخامس: التصريح بذكر البدل، وقد اختلف الفقهاء في ذلك؛ فقال الحنفية والشافعية: لا يلزم التصريح بالبدل في صيغة الخلع، كما لا يلزم ذكر المهر في عقد الزواج، فالبدل في ذاته كالمهر لازم في الخلع؛ فإذا قال الرجل: خالعتك، أو قال للمرأة: اختلعي مني، فقال: خالعتك، ولم يذكر أحدهما بدلاً، صح الخلع ولزم العوض.

وقال المالكية وفي رواية عند الحنابلة: يقع الخلع بغير عوض.

فإن استعمل الرجل أو المرأة لفظ المخالعة من غير قصد إلى الخلع بعوض، بل بقصد الطلاق المجرد، فيقع طلاق بائن عند الجمهور، ولا يجب فيه مال على المرأة.

وعند الحنابلة في الراجح من المذهب ورواية أشهب من المالكية صححها ابن عبد البر: لا بد من ذكر العوض لأن العوض ركن في الخلع، فإن خالعها بغير عوض لم يقع خلع ولا طلاق إلا إذا كان بلفظ طلاق، فيكون طلاقاً رجعياً. لأنه طلاق عرى عن عوض واستيفاء فكان رجعياً[2].

وقد أيَّد أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني أنه لا يجوز أن يكون الخلع بلا عوض؛ فيقول: (ثم الذين أجازوا الخلع بدون عوض فهذا أيضاً يخالف حكمة التشريع من الخلع لأن الخلع كما فهمنا من مصادره أنه عقد بين رجل وامرأة على إنهاء الحياة الزوجية لقاء بدل تدفعه الزوجة لزوجها).

ثم يقول: (فالقرآن سماه افتداء، والافتداء لا يكون بدون عوض)[3].

ويتفرع عن ركن الصيغة هذا، المسائل التالية:

المسألة الأولى: تعليق الخلع بالشّرط.

ذهب فقهاء الحنفيّة والشّافعيّة إلى أنه إذا بدأت الزوجة الخلع، فإنّه لا يجوز التّعليق بالشّرط والإضافة إلى الوقت، لأنّ الخلع من جانبها معاوضة، وإن كان من جانب الزّوج فإنّه يقبل التّعليق بالشّرط والإضافة إلى الوقت عند الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة، لأنّ الخلع من جانبه يمين، ومثله الطّلاق على مال.

وقال الحنابلة: لا يجوز تعليق الخلع قياساً على البيع هذا[4].

وإذا ابتدأ الزّوج بصيغة تعليق في الإثبات، كمتى أو متى ما، أو أي حين، أو زمان، أو وقت أعطيتني كذا فأنت طالق فلا يشترط فيه القبول لفظاً، لأنّ الصّيغة لا تقتضيه، ولا يشترط الإعطاء فوراً في المجلس أي مجلس التّواجب. بخلاف ما لو ابتدأ " بصيغة تعليق في النّفي، كقوله متى لم تعطني كذا فأنت طالق، فإنّه

---

(1) الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٩/٣.

(2) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٥٩/٢، الدردير: الشرح الصغير، ٢٩٨/٢. حاشية الخرشي، ٢٢/٤. النووي: روضة الطالبين، ٣٩٩/٧. ابن قدامة: المغني، ٦٤/٧-٦٥. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٤٥/٣.

(3) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٥٤٤/٢.

(4) الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٧٢/٢. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٥٢/٣. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٣٥/١. النووي: روضة الطالبين، ٣٨٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٢١٧/٥.

يكون على الفور " ومثل ذلك ما لو قالت له: متى طلّقتني فلك عليّ ألف، فإنّ الجواب يختصّ بمجلس التّواجب[1].

المسألة الثانية: شرط الخيار في الخلع:

يصحّ للزّوجة شرط الخيار في الخلع لا للزّوج عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمّد لا يصحّ لها أيضاً، لأنّ إيجاب الزّوج يمين ولهذا لا يملك الرّجوع عنه ويتوقّف على ما وراء المجلس وصحّت إضافته وتعليقه بالشّرط لكون الموجود من جانبه طلاقاً وقبولها شرط اليمين فلا يصحّ خيار الشّرط فيهما، لأنّ الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد، واليمين وشرطها لا يحتملان الفسخ.

وقال أبو حنيفة: إنّ الخلع من جانبها معاوضة لكون الموجود من جهتها مالاً، ولهذا يصحّ رجوعها قبل القبول، ولا تصحّ إضافته وتعليقه بالشّرط، ولا يتوقّف على ما وراء المجلس فصار كالبيع، ولا نسلّم أنّه للفسخ بعد الانعقاد، بل هو مانع من الانعقاد في حقّ الحكم وكونه شرطاً ليمين الزّوج لا يمنع أن يكون معاوضةً في نفسه[2].

---

[1] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦٩/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٩٥/٧.

[2] الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٧١/٢-٢٧٢. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢١٣/٣-٢١٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٥٩/٢.

الفصل الثالث

مدى سلطة القاضي في الخلع

وسوف أتناول الحديث تحت هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: مدى اشتراط الرجوع إلى القاضي في الخلع.

المبحث الثاني: مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع دون تراضي الزوجين.

المبحث الأول

مدى اشتراط الرجوع إلى القاضي في الخلع

لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الخلع أمام القضاء، لأن امرأة ثابت بن قيس خالعت زوجها أمام النبي صلى الله عليه وسلم، ولكنهم اختلفوا في مدى وجوب سلطة القاضي لإيقاع الخلع.

بمعنى: إذا اتفق الزوجان على إيقاع الخلع، واتفقا على العوض ورضيا به، فهل يكفي الزوج لإيقاع الطلاق أو إعلان انتهاء عقدة النكاح بلفظ الخلع ويقوم هذا في تحقق عقد الخلع وترتب آثاره عليه؟.

أم لابدّ لولي الأمر من إيقاعه، ولا بد من الترافع إلى القاضي ليقوم بالبتِّ في قضية الخلع؟ .

الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

لا يحتاج الخلع إلى الترافع أمام القاضي، ولا تفتقر صحته إلى حكم قاض، ويجوز بحاكم وبلا حاكم؛ ويكفي فيه رضا كل من الزوجين وإرادته واتفاقهما على عوضه، وليس حضور القاضي ولا إذنه في الخلع شرطاً فيه.

وهذا القول منقول عن عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهم أجمعين[1].

وهو قول شريح وطاوس والزهري وإسحاق بن راهويه، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وابن المنذر، وابن حزم[2].

وإليك نقولاً من أقوال الفقهاء في ذلك:

---

[1] القرطبي: الجامع لأحكام ٩٢/٣، الجصاص: أحكام القرآن ٥٣٩/١، ابن المنذر: الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢٠٢/١.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع ١٤٥/٣، السرخسي: المبسوط، ١٧٣/٦؛ الإمام مالك: المدونة الكبرى٣٤٣/٢، القاضي عبد الوهاب: الإشراف على مسائل الخلاف ١١٥/٢، ابن رشد: بداية المجتهد، ١٤٠٤/٣؛ الكافي في فقه أهل المدينة ص٢٧٦. المطيعي:، تكملة المجموع، ١٥/١٧؛ الشيرازي: المهذب ٧١/٢، الماوردي: الحاوي ١٠/١٠. ابن قدامة: المغني ١٧٤/٨، البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع ٢١٣/٥. المرتضى: البحر الزخار ١٧٩/٤. ابن حزم: المحلى ٢٣٧/١٠. العسقلاني: فتح الباري، ٤٩٦/٩.

جاء في المبسوط: (والخلع جائز عند السلطان وغيره، لأنه عقد يعتمد على التراضي كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض، وللزوج ولاية إيقاع الطلاق، ولها ولاية التزام العوض، فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان في هذا العقد)[1].

ويقول ابن عبد البر: (أجمع الجمهور على أن الخلع جائز عند غير السلطان)[2].

وقال خليل: (وجاز وهو الطلاق بعوض بلا حاكم)[3].

وقال ابن قدامة: (ولا يفتقر الخلع إلى حاكم)[4].

وقال ابن حزم بعد أن ذكر أقوال الحسن وابن سيرين: (وهذا كله لا حجة على تصحيحه)[5].

أدلة الفريق الأول:

استدل جمهور الفقهاء، أصحاب القول الأول، القائلون بعدم اشتراط إذن القاضي في صحة الخلع بما يلي:

١- قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أباح الأخذ منها بتراضيهما ولم يرد للسلطان ذكر مما يدل على عدم اشتراطه[6].

٢- قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[النساء:٤].

ووجه الدلالة: هو في عموم الآية الذي يجيز أخذ ما تطيب به نفس المرأة ويصدر عن رضاها سواء كان ذلك في خلع أو في غيره.

٣- قول النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس: (أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[7].

وجه الدلالة: أن الرسول عليه الصلاة والسلام لم يطلق مباشرة على ثابت، وإنما أعاد الأمر إليه وطلب منه قبول الحديقة مقابل إيقاع الطلاق، ولو كان الخلع إلى السلطان لأوقعه صلى الله عليه وسلم مباشرة، ولمّا سألها النبي صلى الله عليه وسلم عن موافقتها لردّ حديقته، ولما طلب من الزوج أن يفارقها، لأن السلطان له أن يجتهد في حكمه حسب ما يرى ولا عبرة برفض أو موافقة الخصمين أو أحدهما عند قضائه.

فسؤال الرسول صلى الله عليه وسلم عن موافقتها دليل على عدم اشتراط إذن السلطان في الخلع. وعكس الخلع فرقة اللعان فلم يرجع ذلك للزوجين[8].

---

[1] السرخسي: المبسوط، ١٧٣/٦.
[2] ابن عبد البر: الاستذكار، ٣٥٠/٦.
[3] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٠٦/٢.
[4] ابن قدامة: المغني، ١٧٤/٨.
[5] ابن حزم: المحلى، ٢٣٧/١٠.
[6] الكاساني: بدائع الصنائع، ٨٩٤/٣؛ المطيعي: تكملة المجموع، ١٥/١٧؛ ابن حزم: المحلى، ٥١٢/٩.
[7] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع ، ٢٠٢١/٥. برقم ٤٩٧١. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣. برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٣/١. برقم ٢٠٥٦.
[8] العسقلاني: فتح الباري، ٤٩٦/٩؛ ابن قيم: زاد المعاد، ٤٩/٤.

يقول الجصاص: (لأنه لو كان الخلع إلى السلطان شاء الزوجان أم أبيا إذا علم أنهما لا يقيمان حدود الله لم يسألهما النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك، ولما خاطب الزوج بقوله: (اخلعها) بل كان يخلعها منه ويرد عليه حديقته وإن أبيا أو واحد منهما)[١].

٤-ما رواه البخاري تعليقاً من أنَّ عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما قد أجازا الخلع من غير إذن السلطان[٢].

فقد ورد من طريق خيثمة بن عبد الرّحمن[٣] موصولاً " أن بشر بن مروان[٤] أتي في خلع كان بين رجل وامرأة فلم يجزه فقال له عبد اللّه بن شهاب الخولانيّ[٥]: قد أتى عمر في خلع فأجازه"[٦].

وعن الربيع بنت معوذ قالت: (اختلعت من زوجي بما دون عفاص رأسي فأجاز ذلك عثمان)[٧].

٥- وكذلك ما رواه البيهقي عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير[٨] أن رجلاً خلع امرأته في ولاية عثمان رضي الله عنه غير السلطان فأجازه عثمان رضي الله عنه[٩].

٦-واستدل أصحاب هذا الرأي من المعقول: بأن الخلع عقد معاوضة يعتمد التراضي كسائر العقود فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح. وهو بمنزلة الطلاق بعوض، وللزوج ولاية إيقاع الطلاق. وللزوجة ولاية التزام العوض فلا حاجة لاشتراط حكم السلطان فيه[١٠].

٧- ولأنّ الطّلاق من حيث النّظر جائز بلا حاكم فكذلك الخلع إذ هو طلاق كذلك[١١].

القول الثاني:

لا يجوز الخلع إلا عند القاضي ولا يقع دون حكم الحاكم، وإليه ذهب الحسن البصريّ ومحمد بن سيرين، وسعيد بن جبير[١٢].

---

[١] الجصاص: أحكام القرآن، ٩٢/٢.

[٢] صحيح البخاري، في باب الخلع وكيف الطلاق، ٢٠٢١/٥ برقم ١١.

[٣] خيثمة بن عبد الرحمن بن أبي سبرة يزيد بن مالك المذحجي ثم الجعفي الكوفي، التابعي الفقيه. ولد فى المدينة فى النصف الأول من القرن الأول، أدرك ثلاثة عشر صحابياً، كان من العلماء العباد ما نجا من فتنة ابن الأشعث إلا هو وإبراهيم النخعي. وكان جواداً يركب الخيل ويغزو .وقد توفي فى نهاية القرن الأول. [سير أعلام النبلاء ٣٢١/٤].

[٤] بشر بن مروان بن الحكم بن أبي العاص القرشي الأموي (٧٥هـ) ولي إمرة العراقين (البصرة والكوفة) لأخيه عبد الملك سنة ٧٤ هـ. هـ. كان سمحاً جواداً. وهو أول أمير مات بالبصرة. [خزانة البغدادي ١١٧/٤ وتهذيب ابن عساكر ٢٤٨/٣ المعارف لابن قتيبة ١٢١].

[٥] عبد الله بن شهاب الخولاني أبو الجزل الكوفي، روى عن عمر بن الخطاب وعائشة أم المؤمنين، روى عنه خيثمة بن عبد الرحمن الجعفي وشبيب بن غرقدة م وعامر الشعبي [تهذيب الكمال ٣٣٣٤].

[٦] العسقلاني: فتح الباري، ٣٩٦/٩-٣٩٧، السرخسي: المبسوط، ١٧٣/٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٧/٢، ابن قدامة: الكافي، ١٤٤/٣، البهوتي: كشاف القناع، ٢١٣/٥، ابن قدامة: المغني، ٥٢/٧، الشيرازي: المهذب، ٧٢/٢. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٤٥/٣.

[٧] أورده هكذا ابن قدامة في المغني ٢٤٧/٧. وأصله في صحيح البخاري تعليقاً، في باب الخلع وكيف الطلاق، ٢٠٢١/٥ برقم ١١. وفي وفي الدارقطني: السنن، ٣٢١/٣ برقم ٢٧٨.والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، ٣١٥/٧ برقم ١٤٦٢٨. والعقاص: هو الخيط الذي تربط به المرأة أطراف شعرها.[القاموس المحيط مادة "عقص"].

[٨] عروة بن الزبير بن العوام (٢٣-٩٩هـ) أمه أسماء بنت أبي بكر، من كبار التابعين، فقيه محدث، أخذ عن أبيه والسيدة عائشة. وعنه خلق كثير. لم يدخل في شئ من الفتن. انتقل من المدينة إلى البصرة، ثم إلى مصر فأقام بها سبع سنين. وتوفي بالمدينة. وبها بئر عروة تنسب إليه معرفة الآن.[تهذيب التهذيب ١٨٠/٧، والأعلام للزركلي٧١/٥ وحلية الأولياء ١٦٧/٢].

[٩] البيهقي: سنن البيهقي، باب الخلع سلطان، ٣١٦/٧. برقم ١٤٦٣٦.

[١٠] السرخسي: المبسوط، ١٧٣/٦؛ المطيعي: تكملة المجموع، ١٥/١٧؛ ابن قدامة: المغني، ٢٤٧/٧؛ ابن القيم: زاد المعاد، ٤٩/٤؛ ابن حزم: المحلى، ٥١٢/٩.

[١١] ابن قدامة: المغني، ٢٤٧/٧؛ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٩٤٦/٢؛ العسقلاني: فتح الباري، ٥٠٠/٩.

[١٢] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٩١/٣، الجصاص: أحكام القرآن ٥٣٩/١، ابن المنذر: الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢٠٢/١. المطيعي: تكملة المجموع، ١٥/١٧؛ ابن قدامة: المغني، ٢٤٦/٧؛ ابن حزم: المحلى، ٥١٢/٩؛ العسقلاني: فتح الباري، ٤٩٦/٩.

وقد نقل عن سعيد بن جبير[١]: (لا يكون الخلع حتى يعظها، فإن اتعظت وإلا هجرها، فإن اتعظت وإلا ضربها، فإن اتعظت وإلا ترافعا إلى السلطان، فيبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها، فيرويان ما يسمعان إلى السلطان، فإن رأى بعد ذلك أن يفرق، فرق وإن رأى أن يجمع جمع)[٢].

أدلة الفريق الثاني:

١-وقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾[البقرة:٢٢٩]، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[النساء:٣٥].

ووجه الدلالة: أن الخطاب في قوله ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ﴾ للحكام أو القضاة، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ﴾ حيث جعل الخوف لغير الزوجين ولم يقل: فإن خافا؛ فالخوف الوارد في الآية ههنا مشروط بخوف الأئمة والحكام، أما الخطاب في قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾فهو للأزواج[٣].

وهذا يعني أن حضور الحاكم شرط في إيقاع الخلع كما أن حضور الزوجين شرط كذلك.

٢- قراءة حمزة[٤]: (إلا أن يُخافا) بضم الياء على البناء للمجهول، فعلم أن المراد بالخطاب: الولاة[٥].

٣-إن النبي صلى الله عليه وسلم تولى الخلع بين جميلة وزوجها ثابت بن قيس[٦].

وقد أجيب عن هذا: بأن قوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ﴾ خطاب للأزواج، لأنه معطوف على قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾ وهذا خطاب للأزواج، وكذلك المعطوف عليه، فلا يكون في الآية دليل على اشتراط السلطان.

والمقصود هو إباحة أخذ المال من الزوجة بتراضيهما من غير سلطان والأحاديث النبوية أكدت هذا المعنى[٧].

أما خلع النبي صلى الله عليه وسلم بين جميلة وزوجها؛ فلأنهما تخاصما إليه قبل الخلع فصار الخلع تبعاً للتخاصم.

يقول صاحب عارضة الأحوذي في الرد على شرط ابن سيرين ومن معه: (وليس ذلك في القرآن، وما اتفق بين جميلة وثابت جرى مجرى الاستيفاء عند الحاكم ولذلك وقف الأمر على رضاها في إعطاء الحديقة)[٨].

---

[١] سعيد بن جبير الأسدي الكوفي (٤٥-٩٥هـ) حبشي من كبار التابعين. أخذ العلم عن ابن عباس وابن عمر غيرهم. كان ابن عباس، إذا أتاه أهل الكوفة يستفتونه، قال: أتسألونني وفيكم ابن أم دهماء؟ يعني سعيداً. خرج على الأشعث؛ فظفر به الحجاج فقتله صبراً. قال الامام أحمد: قتل الحجاج سعيداً وما على وجه الارض أحد إلا وهو مفتقر إلى علمه. [وفيان الأعيان ٢٠٤/١ طبقات ابن سعد ١٧٨/٦ تهذيب التهذيب ١١/٤ حلية الأولياء ٢٧٢/٤].

[٢] الجصاص: أحكام القرآن ٥٣٩/١

[٣] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٩٢/٣. الماوردي: الحاوي، ١٠/١٠.

[٤] حمزة بن حبيب بن عمارة الزيات القارئ الكوفي التميمي ولاء، أحد القراء السبعة توفي سنة ١٥٨هـ. [تهذيب التهذيب، ١٩٩/١].

[٥] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٩٤٥/٢؛ الفخر الرازي: تفسير الرازي، ٨٧/٦.

[٦] الماوردي: الحاوي، ١٠/١٠.

[٧] الجصاص: أحكام القرآن، ٥٣٩/١؛ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٩٤٦/٢.

[٨] ابن العربي المالكي: عارضة الأحوذي، ١٣٢/٣.

ويقول أبو جعفر النحاس[1] في الرد على القائلين بأن الخطاب في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ﴾ عائد إلى السلطان، (إنه لا يوجبه الإعراب ولا اللفظ ولا المعنى)[2].

والراجح من هذه الأقوال، هو قول الجمهور لقوة أدلتهم، وأن الخلع عقد يعتمد التراضي بين الزوجين كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض، وللزوج ولاية إيقاع الطلاق، وللزوجة ولاية التزام العوض، فلا معنى لاشتراط حضور السلطان أو نائبه وهو القاضي إذا تراضى الزوجان على ذلك. وهذا ما يشير إليه قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، حيث أضيف الخلع إلى الزوجين بالتراضي بينهما.

وأيضاً: فإن الزوجين إذا اتفقا على الخلع وتراضيا به ولم يوجد بينهما خلاف تم الخلع وصح منهما، وإذا تنازعا رفعا الأمر إلى ولي الأمر ليفصل بينهما فيما تنازعا فيه، فتدخل ولي الأمر أو من ينوب عنه يكون لفض النزاع فقط، وحسم الخلاف، وهذا في جميع العقود وليس في الخلع وحده، فلماذا يكون ولي الأمر شرطاً في الخلع؟.

وعلى ذلك فجعل ولي الأمر شرطاً في الخلع ليس بسائغ شرعاً لمخالفته النصوص الشرعية، ولأن الخلع يكون عن تراض بين الزوجين على عوض للمرأة، وهذا حاصل كما في قصة امرأة ثابت بن قيس عندما أتت إليه وطلبت منه أن يخلعها من ثابت، وعند ذلك تدخل النبي صلى الله عليه وسلم بناءً على رغبة المرأة في تدخل ولي الأمر، وإلا لو كانا تراضيا على ذلك بينهما لما رفعا أمرهما إلى النبي صلى الله عليه وسلم، وهذه لحكمة يعلمها الله من أجل إيجاد تشريع لأمة النبي صلى الله عليه وسلم في موضوع الخلع، وليبين لأمته جوازه إذا كان عن تراض بينهما.

يقول أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني حفظه الله: (ويبدو لي أنه يجب أن نفرق بين حالين: حال التراضي بين الزوجين على المخالعة فلا نشترط إذن القاضي. وبين حالة أخرى هي الغالبة، وهي حالة النشف والكراهية من أحدهما للآخر فيجب أن يكون ذلك بإذن القاضي ليتحقق على الأقل من شروط الخلع والذي منها على رأي فريق من الفقهاء الكراهية؛ كراهية الزوجة لزوجها وعدم ظلم الزوج لزوجته وعدم جواز أخذ أكثر مما أعطاها، كل هذه الشروط وضعها فريق كبير من الفقهاء. أفلا يستحسن أن يكون كل ذلك بإشراف القاضي وحضوره ليسهر على تطبيق أحكام الله في المخالعة بين الزوجين؟.

خلاصة القول الذي نراه بأنه إذا تم الاتفاق بين الزوجين بالرضا التام على المخالعة فلا حاجة للقضاء، وإلا رفع الأمر للقاضي)[3].

---

[1] النحاس (٣٣٨هـ) أحمد بن محمد، أبو جعفر، المرادي، المصري، مفسر، فقيه، نحوي، لغوي، أديب، كان من نظراء نفطوية وابن الأنباري. له: (تفسير القرآن) و(إعراب القرآن) و(ناسخ القرآن ومنسوخه)، و(معاني القرآن). [البداية والنهاية ٢٢٢/١١، والنجوم الزاهرة ٣٠٠/٣، وشذرات الذهب ٣٤٦/٢].

[2] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٩١/٣.

[3] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٥٩٠/٢.

المبحث الثاني

مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع دون تراضي الزوجين

ذكرنا فيما سبق –عند حديثنا عن بيان حكم الخلع التكليفي– أن الذي عليه أصحاب المذاهب وابن حزم الظاهري أنه يستحب للزوج أن يستجيب لزوجته إذا طلبت منه الخلع[١]، ولكنه لا يجب عليه أن يلبي طلب المخالعة[٢]، بمعنى أن التراضي بين الزوجين شرط في المخالعة.

وهذا يعني أن المرأة إذا بادرت بطلب المخالعة فإنه لا بد من موافقة الزوج ورضاه، وإلا فإن الخلع لا يقع، ولما كان لهذا الشرط من أهمية تتعلق بمدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع فقد رأيت عرض بعض النصوص الفقهية على النحو التالي:

جاء في حاشية ابن عابدين: (إذا كان ركنه الإيجاب والقبول لأنه عقد على الإطلاق بعوض فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول)[٣].

وجاء في الكافي في الفقه المالكي: (للرجل أن يخلع امرأته بصداقها كله وبأكثر إذا رضيت بذلك)[٤].

وجاء في الحاوي: (إن الخلع يصح عند سلطان وغير سلطان إذا تراضيا به الزوجان)[٥].

وجاء في الإنصاف: (أما الزوج فالصحيح من المذهب أنه يستحب له الإجابة إليه[٦] وعليه الأصحاب)[٧].

).

وقال ابن قيم الجوزية: (وفي تسميته صلى الله عليه وسلم الخلع فدية دليل على أن فيه معنى المعاوضة ولهذا اعتبر رضا الزوجين)[٨].

وقال ابن حزم: (فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر عليه، ولا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيها)[٩].

قال أبو جعفر النحاس: (إن الرجل إذا خالع امرأته فإنما هو على ما يتراضيان به ولا يجبره السلطان على ذلك)[١٠].

وأما من العلماء المعاصرين فقد اشترط التراضي في الخلع كل من الدكتور عبد الكريم زيدان، حيث يقول بعد ذكر تعريفات الخلع عند الفقهاء: (أنها تنصب على معنى واحد مشترك فيما بينهما هو وقوع الفرقة بين

---

[١] وقد يكون في استجابة الزوج لطلب المخالعة حفظ لكرامته وإبقاء على هيبته إن كانت زوجته تظهر بغضه وعدم قدرتها على العيش معه تحت سقف واحد، وقد يكون حالها حال تلك التي نشزت على زوجها فرفع أمرها إلى عمر بن بن الخطاب رضي الله عنه فأباتها في بيت كثير الزبل ثلاثاً ثم دعاها، وقال لها: كيف وجدت المبيت؟ قالت: ما وجدت راحة منذ كنت عنده إلا هذه الليالي التي حبستني. فقال لزوجها: اخلعها ولو بقرطها [الماوردي: الحاوي، ٥/١٠].

[٢] هناك من الفقهاء من قال: يجب على الزوج إجابة زوجته إذا طلبت المخالعة، من ذلك مانقله صاحب الإنصاف عن حكام الشام (إذا ترك الزوج حق الله فالمرأة في ذلك كالزوج فتتخلص منه بالخلع ونحوه) [المرداوي: الإنصاف، ٣٠٣/٨-٤٣٠/٨].

[٣] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٨/٥.

[٤] ابن عبد البر القرطبي: الكافي ٤٧١/١.

[٥] الماوردي: الحاوي، ١٠/١٠.

[٦] أي الإجابة لطلب الخلع.

[٧] المرداوي: الإنصاف، ٣٠٣/٨.

[٨] ابن القيم: زاد المعاد، ٥١/٤.

[٩] ابن حزم: المحلى، ٢٣٥/٧.

[١٠] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٩١/٣.

الزوجين بتراضيهما وبعوض تدفعه الزوجة..ثم يقول: فهو كالطلاق تنحل به الرابطة الزوجية ولكن يختلف عنه بأن الخلع يتوقف على رضا الزوجين وببذل الزوجة مالاً لزوجها)[1].

والشيخ عمر الأشقر حيث يقول: (فإذا افتدت المرأة نفسها من زوجها بمال تعطيه له ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه)[2].

لكن السؤال هنا ماذا لو لم يتم التراضي بين الزوجين على الخلع؟ ماذا لو طلبت الزوجة الخلع ورفض الزوج؟ وهل يقف الأمر بالنسبة لها عند هذا الحدّ وتغلب شاكية بثها وحزنها إلى الله؟ أم أن لها رفع الأمر إلى القضاء ليعينها على الخلاص مما هي فيه مقابل فدية تدفعها؟ وهل للقاضي سلطة الإلزام في إيقاع الخلع في مثل هذه الحالة؟.

الفقهاء متفقون على أن للزوجة أن ترفع أمرها وتشكو حالها للحاكم أو للقاضي طالبة الخلاص مما تعاني منه، وهذا ما تشهد به الأحاديث الصحيحة، لكنهم اختلفوا حول مدى سلطة القاضي في الحكم بالخلع وإيقاع الطلاق جبراً على الرجل إذا رفض المخالعة إلى قولين:

القول الأول:

وهو قول جمهور الفقهاء المتقدمين من فقهاء الأمة وعلمائها وأصحاب المذاهب فيها: أن القاضي لا يملك سلطة إيقاع الخلع جبراً، لأن هذا يتنافى مع اشتراطهم التراضي بين الزوجين في الخلع.

القول الثاني:

أنه يجوز للقاضي أن يوقع الخلع جبراً على الزوج إذا طلبته الزوجة، ولا يشترط التراضي في ذلك، وهو قول لبعض الفقهاء المتقدمين منهم ابن رشد والصنعاني والشوكاني[3].

يقول ابن رشد: (والفقه أن الفداء جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه إنما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، وجعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل)[4].

وقد أيّد أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بما يلي:

١- حديث امرأة ثابت بن قيس حين قال النبي صلى الله عليه وسلم لثابت: (اقبل الحديقة وطلقها)[5]. فالأمر يدل على الوجوب، ولا يوجد شيء يصرفه أو يدل على حقيقته.

٢- إن العدالة تقضي بتساوي الزوجين في الحقوق، والشريعة أعطت الزوج حق إنهاء الحياة الزوجية بالتطليق، فكيف نفرض على المرأة التي لا تطيق الحياة مع زوجها أن تعيش معه؟ ثم أليس في إمساك الرجل لزوجته في مثل هذه الحالة إلحاق ضرر بها والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾[البقرة: ٢٣١].

---

[1] زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ١١٤/٨.

[2] الأشقر، عمر سليمان: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني – عمان: دار النفائس، ٢٤١.

[3] وبه أخذ عدد من المعاصرين وسوف أعرض أقوال بعض منهم لاحقاً، وعليه العمل في بعض قوانين الأحوال الشخصية كما سنرى.

[4] ابن رشد: بداية المجتهد، ١٠٥٧/٣.

[5] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع ، ٢٠٢١/٥. برقم ٤٩٧١. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣. برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٣/١. برقم ٢٠٥٦.

وإن من الظلم الصارخ إسقاط الاعتبار الشخصي للمرأة سنين متطاولة حتى تنقاد صاغرة ذليلة أو تبقى في رق التنشيز إلى أن تموت أو تبلغ سن الاياس ويفنى عمرها ويتجعد وجهها، وتفوت عليها فرصة الزواج من بعد وهذا يتنافى مع الفطرة الإنسانية التي فطر الله الناس عليها حيث خلقهم الله أحراراً في حدود ما شرع لهم، ورفع عنهم آثار الجاهلية حينما كانوا يسترقون النساء ويرثوهن كرهاً)[1].

أدلة الفريقين ومناقشتها:

لعل سبب الخلاف في مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع جبراً يعود إلى أمرين:

الأول: هل يعد الخلع حقاً للمرأة؟ كما يعد الطلاق حقاً للرجل؟.

الثاني: الخلاف في فهم أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس بتطليقه زوجته وهل هو أمر وجوب أم أمر ندب واستحباب وإرشاد؟.

أما بالنسبة للسبب الأول: فلا بد فيه من التفريق بين حق المطالبة بالخلع وحق إلزام الزوج به.

فالخلع طريق من الطرق التي يتوصل بها إلى انفكاك عرى الحياة الزوجية وهو حق شرع للمرأة أن تسلكه إذا كان له ما يبرره وكره لها أو حرم عليها أن تسلكه لغير مبرر، أما أن يكون طلبها واجب التنفيذ، ويكون الخلع حقاً لها كما يكون الطلاق حقاً للرجل فمسألة فيها نظر، لأن هذا القول يعني سحباً للبساط من تحت أقدام الرجل وإلغاء الحكمة التي من أجلها جعل الشارع الحكيم الطلاق بيد الرجل تغليباً لجانب العقل على جانب العاطفة.

ثم إن جعل الخلع حقاً للمرأة واجب التنفيذ على نحو ما نراه في بعض القوانين يعني هيمنة المرأة على الرجل، واستغلالها له، كما أنه يعني إلغاء لدور قوامة الرجل في البيت، والخلع على هذا النحو ينزع حبل المودة والمحبة والتواصل بين الأزواج، هذه الأوصاف التي تجعل الرجل يتنازل عن بعض أملاكه لزوجته أم أولاده وشريكة عمره، ولو استقر في ذهنه أن الخلع واجب التنفيذ لأعاد حساباته ولوقف موقف المتردد المتشكك في صحة نوايا الزوجة المستقبلية.

ولا شك أن مثل هذا الموقف ينعكس سلبياً على استقرار الأسرة ولا يحقق الغرض المنشود من الزواج ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[الروم:٢١].

ولا يقال: لو اشترطنا ضرورة موافقة الزوج على الخلع لأفرغنا الخلع من معناه والأهداف التي يسعى لتحقيقها، وكان هذا الشرط مخالفاً لمقتضى النظام وبالتالي يمكن الحكم بفساد هذا الشرط[2].

لأنّ هذا الكلام غاية في الغرابة، وهل غاب مثل هذا القول عن أصحاب المذاهب وغيرهم من العلماء؟.

---

[1] بحث: مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع إذا لم يوافق الزوج عليه للدكتور ماجد أبو رخية – مجلة الحق – العدد العاشر – صفر ١٤٢٦ – مارس ٢٠٠٥ – ص ٤١.

[2] من بحث: "مباحث حول الخلع في النظام المصري" د. علي محمد حسنين، ص ٢٩.

وإذا كان شرط موافقة الزوج على الخلع شرطاً فاسداً! فلماذا أجمع الفقهاء وأصحاب المذاهب – كما رأينا من خلال اقتباس أقوالهم– على اشتراطه؟ ولماذا أتعبوا أنفسهم في الحديث عنه؟ وما هي قيمة التحدث عن شرط رضا الزوج في المخالعة إذا كان الحال أن يطلق عليه دون إرادته؟.

إذن لا بد من التفريق بين حق الزوجة في المطالبة بالخلع، وهو الحق الذي أقره الشارع، وحق إلزام الزوج به كما قلنا من قبل[١].

وأما السبب الثاني وهو الخلاف في أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس بتطليق زوجته، هل هو للوجوب ؟ أم للندب والاستحباب؟ .

أما الفريق الأول وهم جمهور الفقهاء فقد قالوا: بعدم وقوع الخلع جبراً على الزوج، وليس للقاضي سلطة في إيقاعه، لأن الأمر الصادر من رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس هو أمر ندب واستحباب، لا أمر وجوب. وهو على سبيل الإرشاد والنصح[٢]، ولذا قال ابن حزم الظاهري: (...فلها أن تفتدي منه ويطلقها، إن رضي هو، وإلا لم يجبر هو، ولا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما)[٣].

ويقول ابن حجر العسقلاني: قوله صلى الله عليه وسلم: (أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب)[٤].

ثم أيدّ جمهور الفقهاء قولهم هذا: بأن عمل النبي صلى الله عليه وسلم كان بصفته ولي أمر المسلمين لا بصفته مشرعاً، فليس له صفة الدوام.

وقد نوقش هذا: بأن الأصل في عمل النبي صلى الله عليه وسلم أنه تشريع، فكل ما يقضي به ويقوله ويفعله هو تشريع، إلا ما قام دليل على خلافه. وهنا لا دليل يصرفه عن صفة التشريع.

والدليل على أنه تشريع، إجماع الفقهاء على أن حديث ثابت بن قيس هو أحد مصدري مشروعية الخلع، فعمل النبي صلى الله عليه وسلم كان تشريعاً له صفة الدوام والاستمرار.

وقال بعضهم: قد يكون سبب طلاق ثابت هو خوفه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وطاعة لأمره خشية مخالفته.

وقد أجيب عن هذا: بأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يناقشون النبي صلى الله عليه وسلم، فما كان تشريعاً نفذوه، وما كان من أمور الدنيا أو مما لهم فيه الخيار أبدوا فيه رأيهم[٥].

فلو كان ثابت بن قيس يعلم أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم للندب أو الاستحباب لكان قد راجعه فيه وناقشه، وكان من السهل أن يقول إني أحبها فلن أطلقها.

---

[١] بحث: مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع إذا لم يوافق الزوج عليه للدكتور ماجد أبو رخية – مجلة الحق – العدد العاشر – صفر ١٤٢٦ – مارس ٢٠٠٥ – ص ٤٠.

[٢] الصنعاني: سبل السلام، ٢٢٥/٣.

[٣] ابن حزم: المحلى، ٥١١/٩.

[٤] العسقلاني: فتح الباري، ٤٩٦/٩ وما بعدها.

[٥] وحوادث السيرة النبوية الشريفة مليئة بهذه الأخبار، منها حادثة تأبير النخل، وحادثة غزوة بدر عندما أمر عليه الصلاة والسلام أن ينزل الصحابة في مكان بعيد عن الماء، ومواقف عمر بن الخطاب مع الأسرى وغيرها كثير.

بل نستطيع أن نقول: أن ثابت بن قيس طلق زوجته لأنه يعلم أن النبي عليه الصلاة والسلام يأمره بأحكام الخلع وهي واجبة[١].

أما الفريق الثاني: فيستند على ما جاء في حديث امرأة ثابت بن قيس من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لثابت: (اقبل الحديقة وطلقها).

والأمر عند علماء الأصول للوجوب إذا لم يصرفه شيء يدل على حقيقته.

يقول الشوكاني: (لم يذكر ابن حجر ما يدل على صرف الأمر عن حقيقته)[٢].

جاء في نيل الأوطار: (أن النبي عليه الصلاة والسلام حينما شكت إليه زوجة ثابت ما تعانيه من زوجها فرق بينهما وثابت في بيته، ولما بلغه الخبر قال: رضيت بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم)[٣].

ويقول الصنعاني: (وأما أمره عليه الصلاة والسلام بتطليقه لها فإنه أمر إرشاد لا إيجاب كذا قيل، والظاهر بقاؤه على أصله من الإيجاب ويدل له قوله تعالى: (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)[٤].

فطالما أنه ليس في السياق ما يصرف معنى الأمر إلى غير الوجوب، وهو ما يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم قد ألزم ثابت بن قيس بقبول الحديقة التي كان أمهرها زوجته جميلة وتطليقها، وإذا كان قد تصرف فيه النبي صلى الله عليه وسلم بصفته قاضياً فإن هذا الإلزام يصح لكل قاض، ولا نجد صعوبة في العمل بهذا الرأي إذا اختاره ولي الأمر في ظروف اجتماعية معينة[٥].

وما يؤيد هذا: أن الأمر للوجوب وليس للاستحباب، أن ثابت بن قيس قد طلق زوجته وكان يحبها حباً جماً، فكيف بمن يحب زوجته هذا الحب يفارقها وله في الأمر خيار، ولو عرف ثابت أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم كان للندب والاستحباب لما طلق زوجته.

ويجاب عن هذا: إن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ورد بصيغ متعددة منها: قوله صلى الله عليه وسلم: تردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. فردتها وأمره أن يطلقها).

وقوله صلى الله عليه وسلم: (أقبل الحديقة وطلقها). وقوله صلى الله عليه وسلم: (خذ منها) فأخذ منها وجلست في بيتها. ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: فتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم. فردت عليه وأمره ففارقها[٦].

وفي رواية للدارقطني ذكرها القرطبي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم (أما الزيادة فلا، ولكن حديقته، فقالت: نعم. فأخذها له، وخلى سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس، قال: قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم[٧].

---

[١] لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع كتاب مدى حرية الزوجين في الطلاق للدكتور عبد الرحمن الصابوني ٦١٨/٢-٦٢٩.
[٢] الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٤٨/٦.
[٣] المرجع السابق.
[٤] الصنعاني: سبل السلام، ٣٢٠/٣.
[٥] السيد سابق: فقه السنة، ٢٩٩/٢؛ المسودة: البرلمان الفلسطيني الصوري، ص ٢٤،٢٣ وسراج، إسلام أون لاين.
[٦] النسائي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣ برقم ٥٦٥٧. وانظر في هذه الرواية وما قبلها في فتح الباري ٧٨/١٢ كتاب الطلاق باب الخلع.
[٧] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٩٣/٣. العسقلاني: فتح الباري، ٨٨/١٢.

ويستدل لأصحاب هذا الرأي بما رواه أنس بن مالك بقوله: (ما رأيت النبي صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو)[١].

وفي رواية عن أنس قال: (أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصاص فأمر فيه بالعفو)[٢]. والأمر هنا باتفاق الفقهاء أمر ندب واستحباب لا وجوب لأن القصاص حق شخصي ولا ينزع من صاحبه إلا بطيب نفس منه.

وهناك كثير من الألفاظ التي صدرت عن الشارع بصيغة الأمر فحملت على الندب لا على الوجوب، كما هو الحال في آية الدّين في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوٓا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾[البقرة:٢٨٢]. وكما هو الحال في آية المكاتبة في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾[النور:٣٣]. وغير هذا معلوم.

ثم إن الخلع نوع من أنواع الطلاق على مال، فلا يقع بدون رضا الزوج، والفقهاء يكيفون الخلع على أنه معاوضة من جانب المرأة، وللك تراعى فيه أحكام المعاوضة من حيث الرجوع والقبول وغيرها من الأحكام[٣]، وإذا كان الأمر كذلك فأنّى للقاضي أن يحكم بالخلع ويلزم به الزوج دون رضاه؟.

ولا يستدل على أن الأمر للوجوب بحديث عقبة بن الحارث قال: ثم تزوجت امرأة، فجاءت امرأة فقالت: إني قد أرضعتكما، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: (وكيف وقد قيل دعها عنك أو نحوه)[٤].

لأنّ هذا الحديث فيه دلالة على أن قليل الرضاع وكثيرها محرم، ولو كان العدد في الرضاعة معتبراً في التحريم لسأل النبي صلى الله عليه وسلم، وهذا ما يقول به الحنفية والمالكية، الذين يرون أن مطلق الرضاع محرم[٥].

عرض أراء بعض الفقهاء المعاصرين في المسألة:

١- فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى حيث يقول: (إن الطلاق جعل بيد الرجل، يوقعه إذا أحس بنفرته من العشرة الزوجية مع من ارتبط بها، وقد تكون المرأة تحس بهذا الإحساس، والرجل مستمسك بها أشد ما يكون الاستمساك، فشرع الله لها الخلع لتفتدي نفسها، بأن تعطي زوجها ما قدم في سبيل ذلك الزواج من مال، ولذلك قال ابن رشد: إن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بين الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك (أبغض) المرأة-جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل[٦].

وقد جاء في الإنصاف: (إذا ترك الزوج حق الله فالمرأة في ذلك كالزوج فتتخلص منه بالخلع ونحوه)[٧].

---

[١] أبو داود: السنن، كتاب الديات، باب الإمام يأمر، ١٦٩/٤ برقم ٤٤٩٧. النسائي: السنن الكبرى، ٢٣٠/٤ برقم ٦٩٨٦. البيهقي: السنن الكبرى، ١٢ باب ما جاء في الترغيب في العفو عن القصاص، ٥٤/٨ . وانظر: العسقلاني: فتح الباري، ٨٥/١٢.

[٢] النسائي: السنن الكبرى، القصاص من السلاطين، ٢٢٩/٤ برقم ٦٩٨٥.

[٣] ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ٨٩/١٥. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٥/٣.

[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب شهادة المرضعة، ٩٤١/٢ برقم ٢٥١٧.

[٥] بحث: مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع إذا لم يوافق الزوج عليه للدكتور ماجد أبو رخية – مجلة الحق – العدد العاشر – صفر ١٤٢٦ – مارس ٢٠٠٥ – ص ٤٠.

[٦] ابن رشد: بداية المجتهد ١٤٠٣/٣.

[٧] المرداوي: الإنصاف، ٤٣٠/٨

وإذا كان الخلع كذلك؛ فقد قال مالك رحمه الله: أن الخلع كما يكون بالتراضي بين الزوجين، يكون بحكم الحكمين إذا فسدت العلاقة بين الزوجين، وكانت النفرة بينهما مما يوجب أن يحكم القاضي بسببه حكمين، فإن لهما أن يفرقا بين الزوجين خلعاً، ويوافق القاضي على ذلك، ولو كان الخلع بغير رضا الزوجة إن كان النشوز من جانبها، وهذا نص ما جاء في المدونة منسوباً لمالك رضي الله عنه.

قال مالك: في الأمر الذي يكون فيه الحكمان، إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل والمرأة، حتى لا تثبته بينهم بينة، ولا يستطاع إلا أن يتخلص إلى أمرها، فغذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلاً من أهلها، ورجلاً من أهله عدلين، فنظرا في أمرهما واجتهدا، فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما، وإلا فرقا بينهما، ثم يجوز فراقهما دون الإمام، وإن رأيا أن يأخذا من مالها، حتى يكون خلعاً فعلا)[١].

وجاء في شرح الزرقاني ما نصه: (فإن تعذر الإصلاح، فإن أساء الزوج طلقا بلا خلع، إن لم ترض بالمقام معه، وبالعكس إن كانت هي المسيئة فقط، ائتمناه عليها أو خالعا بنظرهما في قدر المخالع به. ولو زاد على الصداق)[٢].

ومن هذا يتبين أن الخلع يصح باقتراح الحكمين إن لم يمكن الإصلاح، وكان النشوز من جانبها لنفرة من العشرة الزوجية، ويصدق القاضي على قرارهما.

وبهذا يتبين أن المذهب المالكي يتسع للخلع إن فركت المرأة زوجها، ولكن بعد تحكين الحكمين، ومحاولة الإصلاح والعجز عنه، ويقر القاضي ما يريان ولو كان خلعاً[٣]. (انتهى).

٢- ومنهم الشيخ علي الخفيف -رحمه الله- حيث يقول: (أليس يستنبط من هذا الحديث الصحيح أن يكون للقاضي حق المخالعة بين الزوجين، إذا رفعت الزوجة أمرها مع زوجها إليه، وأنها لا تطيقه بغضاً، وأن العشرة بينهما لا تستقيم على هذه الحال، ولا يمكن إقامة حدود الله معها؛ فيأمرهما القاضي بالمخالعة على ما أعطاها من مهر، فإن استجابا، وإلا قضى بذلك بينهما، ونفذ قضاؤه فيهما، إذا رضيت الزوجة بذلك وأبي الزوج.

إني أرى الحديث دالاً على ذلك، إذ ليس فيه ما يدل على أن أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالمخالعة بين ثابت وزوجته كان أمر إرشاد وندب لا تجب طاعته، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء؛ إذ لا يترك الرسول صلى الله عليه وسلم أمر زوجين ترافعا إليه، وانتهى بهما الحال إلى هذا الوضع الذي لا يلتئم مع دين ولا خلق، دون أن يشرع له علاجاً حاسماً وقضاء فاصلاً، وإذا كنت لم أعثر على هذا الرأي لفقيه فذلك لا يضيره بعد أن صح الحديث. وفي هذا التشريع قضاء على كثير من المنازعات الزوجية الحاضرة التي يئن الناس من طرق الفصل فيها، تلك الطرق التي لا تزيدها إلا شراً)[٤].

---

[١] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٥/٥.
[٢] التسولي: البهجة في شرح التحفة، ٤٩١/١
[٣] أبو زهرة: محمد، الأحوال الشخصية، ٣٦٢.
[٤] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ١٣٥.

٣- ومنهم الشيخ السيد سابق حيث يقول: (الخلع يكون بتراضي الزوج والزوجة، فإذا لم يتم التراضي منهما فللقاضي إلزام الزوج الخلع، لأن ثابتاً وزوجته رفعا أمرهما للنبي صلى الله عليه وسلم وألزمه الرسول صلى الله عليه وسلم بأن يقبل الحديقة، ويطلق، كما تقدم في الحديث)[١].

٤- ومنهم الدكتور عبد الرحمن الصابوني حيث يقول بعد إيراده لحديث زوجة ثابت بن قيس: (من هذا الحديث النبوي الشريف نرى أن الزوجة إذا طلبت الفراق من زوجها مخالعة فيجب عليه أن يلبي طلبها بعد محاولة الإصلاح ما أمكن إلى ذلك سبيلاً)[٢].

ويقول: (لو كان الأمر أمر ندب واستحباب هل كان ثابت يطلق زوجته، وقد كان يحبها حباً شديداً، كما ذكرت بعض الروايات إن كان له في الأمر خيار)[٣].

ويقول أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني أيضاً: (إذا فشل الزواج واستحال العيش الكريم في هذا البيت وأصبح جحيماً لا يطاق، فإني لا أجد إلا القول بأن الزوجة إذا طلبت المخالعة من زوجها وأصرت على ذلك-رغم محاولات الإصلاح والتوفيق- فيجب على الزوج إجابة طلبها كما في حادثة ثابت بن قيس)[٤].

ويقول أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني أيضاً: (إني أرى الزوجة إذا ما طلبت المخالعة من زوجها فعليه أن يعظها ويعرف سبب نشوزها أو كراهيتها فلعل أمراً طارئاً سبب هذا النفور، سرعان ما يزول، وعلى الزوج أيضاً أن يحاول الإصلاح ما أمكن وذلك كما سيأتي معنا في بحث التفريق للشقاق والضرر، فإن تعذر عليه ذلك فالواجب عليه ديانة أن يطلقها. وفي هذا الرأي جمع لآراء الفقهاء الذين قالوا بالندب أو الاستحباب أو الوجوب.

فإن لم يستجب الزوج لطلب الزوجة بالمخالعة، فما على الزوجة إلا أن ترفع أمرها للقاضي فيفرق بينهما مخالعة)[٥].

٥- ومنهم الدكتور محمود أبو ليل حيث قال بعد ذكر تعدد الصيغ التي ورد فيها حديث ثابت بن قيس ومنها: أن الرسول صلى الله عليه وسلم أخذ الحديقة له وخلى سبيل زوجته، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد فرق بينهما في رواية عبد الرزاق: (وهاتان الروايتان يدل ظاهرهما على أنه تفريق بحكم الحاكم، دون تطليق الزوج أو رضاه، وتدل رواية الدارقطني على أنه قضاء وليس مجرد فتوى أو نصيحة أو مشورة والقضاء يفيد الإلزام، وقد امتثل ثابت لذلك على التو، ولو كان الخلع موقوفاً على رضاه لاستشاره النبي صلى الله عليه وسلم فيه كما استشارها).

ثم يقول: (إذا انفردت المرأة بالإساءة وكراهة المقام مع الزوج وأصرت على المخالعة ولم يستجب الزوج لرغبتها وأصر واستكبر استكباراً، فإن القاضي إذا تحقق من جديتها وإصرارها وأنه ليس ناتجاً عن فورة

---

[١] السيد سابق: فقه السنة، ٢٩٩/٢.
[٢] الصابوني، عبد الرحمن، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، القاهرة: مكتبة وهبة ١٩٨٣، ص ١١٦.
[٣] المرجع السابق.
[٤] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٦٢١/٢.
[٥] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٦٢٨/٢.

عاطفية قد تندم عليها يلزم الزوج بالمخالعة من غير تحكيم ودون أن يكون لتقديره دور في إيقاع الطلاق من رفضه)[1].

المناقشة والترجيح:

الذي اختاره وأميل إليه، هو رأي جمهور الفقهاء القائل بأن أمر الرسول صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس هو أمر ندب واستحباب وإرشاد، وليس أمر وجوب، وبالتالي فإن الزوج لا يجبر على المخالعة دون رضاه لما بينته من قبل. ولا يحق للقاضي إلزام الزوج على قبول الخلع وتطليق زوجته إذا تنازلت عن حقوقها المالية الشرعية، وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها وهو الرأي الراجح للأسباب التالية:

١- الأصل أن يتم الخلع بالتراضي بين الزوجين، لا برضا الزوجة وحدها وعدم اشتراط إذن القاضي في صحة الخلع يعطي دلالة واضحة على عدم إلزام القاضي الزوج مخالعة زوجته دون رضاه.

٢- الأصل في عقد الزواج أنه عقد دائم، بحيث تبقى الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين، ولا ينبغي هدم الأسرة، وتصديع بنيانها، وتمزيق شمل أفرادها، إلا لضرورة تقتضي ذلك، بل مع هذه الضرورة حث الإسلام كلا الزوجين على الصبر والاحتساب، قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾[النساء:١٩]. وأمر بالإصلاح بينهما.

أما ما يقال من التباكي على حال المرأة وأنها تجبر على الحياة في جو لا تطيقه حتى تضيع زهرة شبابها وتظهر تجاعيد وجهها، فهو عبارة عن تلاعب بالألفاظ ودغدغة للعواطف وإثارة للمشاعر، ولعله تأثر بالواقع الذي يصور أن المرأة مظلومة وأنها مهيضة الجناح مكسورة الخاطر[2].

إن الإسلام جعل المخالعة وسيلة وطريقاً لإنهاء العلاقة الزوجية إذا ادلهم الخطب، وساءت الأحوال وفق ضوابط محددة، من أبرزها ما اتفق عليه أصحاب المذاهب الأربعة والظاهرية وهو أن الخلع لا يكون إلا بشرط الرضا بين الزوجين ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ .

وإن عدم موافقة الزوج على الخلع وعدم استجابته لطلب الزوجة لا يعني أن الأبواب قد سدت في وجه المرأة، وأنه قد حكم عليها برحلة عذاب قد تطول، فأبواب الإصلاح والوصول إلى الحل السليم الأمثل مشرعة من خلال مبدأ التحكيم: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[النساء:٣٥].

ولا يقال هنا: إن أمر التحكيم ونظر القضاء في نتائجه قد يطول وينعكس سلباً على حياة المرأة، فالخلل ليس في المبدأ وإنما في الإجراءات الشكلية والروتين القاتل السائد في أيامنا هذه، والذي يؤدي إلى تنازل كثير من الناس عن حقوقهم اتقاء للدخول في أروقة المحاكم.

---

[1] بحث: مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع إذا لم يوافق الزوج عليه للدكتور ماجد أبو رخية – مجلة الحق – العدد العاشر – صفر ١٤٢٦ – مارس ٢٠٠٥ – ص ٤٠.

[2] بحث: مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع إذا لم يوافق الزوج عليه للدكتور ماجد أبو رخية – مجلة الحق – العدد العاشر – صفر ١٤٢٦ – مارس ٢٠٠٥ – ص٤٠.

وعلى الأنظمة القضائية والقائمين عليها التقليص من هذه الإجراءات ووضع سقف زمني ولو على وجه التقريب للبت في القضايا دفعاً للضرر الناجم عن التأخير وعندها فإن ما يتعلق بقضايا المرأة سيؤول إلى أحد أمرين: إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، خلال مدة لا تذهب فيها نضارة الشكل ولا تظهر فيها تجاعيد الوجه.

إن انفراد القاضي بإصدار حكم الخلع حالة رفض الزوج له في وقت قل فيه الوازع الديني وظهر فيه التمرد على شرع الله لعوامل كثيرة لا يتسع المقام لذكرها جعل طلب الخلع عند النساء أسهل من شرب الماء ولنا أن نتساءل: كم حالة خلع أيام الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين؟ وما هو سر قلة عدد حالاته آنذاك؟ وما سر زيادة حالات الخلع هذه الأيام؟[1].

وبناء على ما سبق أرى عدم جواز الخلع بحكم القاضي دون إذن الزوج ورضاه، وإن تنازلت عن حقوقها المالية الشرعية، لأنه لا يتفق مع الخلع الوارد في الشريعة الإسلامية، ولما يترتب عليه من مفاسد، وتدمير للأسرة، ويخشى أن يكون مقدمة لمزيد من العدوان على قانون الأحوال الشخصية[2].

---

[1] أظهرت إحصائيات مركز المساعدة القانونية للنساء بالقاهرة أن طلبات الطلاق وفقًا لقانون الخلع بلغت منذ دخوله حيز التنفيذ ١١١٧٤ حالة في المحافظات الرئيسية الست فقط من مصر ومن بينها القاهرة والإسكندرية. انظر: شبكة المعلومات العربية محيط.

[2] شويدح: أحمد ذياب: مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، ج١٧، ع٣٤، رجب١٤٢٦هـ

الفصل الرابع
حكم الخلع وآثاره

يمكن أن نجمل آثار الخلع بنوعين:

الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين ونوع هذه الفرقة.

الثاني: أثر الخلع في الحقوق الزوجية والاختلاف بين الزوجين.

المبحث الأول
وقوع الفرقة بين الزوجين ونوع هذه الفرقة

المطلب الأول: هل الخلع طلاق أم فسخ ؟.

لا خلاف بين أهل العلم في أنّ الخلع إذا وقع بلفظ الطّلاق أو نوى به الطّلاق فهو طلاق[١]، وإنّما الخلاف بينهم فيما إذا وقع الخلع بغير لفظ الطّلاق ولم ينو به صريح الطّلاق أو كنايته، هل هو طلاق أم فسخ؟[٢].

إن الأصل في كل فرقة تمت بين زوجين أن تكون طلاقاً، لكن سبب الخلاف في هذه المسألة كون الخلع طلاقاً أو فسخاً، هو طلب المرأة للخلع واقتران العوض فيه؛ فهل يخرجه من نوع فرقة الطّلاق إلى نوع فرقة الفسخ، أو لا يخرجه[٣].

الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

إن القاعدة الفقهية تنص على أن: كل خلع تطليقة[٤]. فالخلع طلاق[٥]، وليس للزوج حق الرجوع فيه، وإليه ذهب جمهور أهل العلم وهو مذهب الحنفيّة في المفتى به والمالكيّة والشّافعيّ في أحد قوليه والحنابلة في رواية عن أحمد، وهو مروي عن عثمان وعلي وابن مسعود وبه قال عطاء وشريح والشعبي وإبراهيم النخعي[٦].

جاء في المبسوط عند الحنفية: (الخلع تطليقة بائنة والمعنى فيه أن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه)[٧].

---

[١] المطيعي: تكملة المجموع، ١٥/١٧؛ ابن المنذر: الأشراف على مذاهب العلماء، ٢١٨/٤؛ ابن قدامة، المغني، ٢٤٩/٧.

[٢] يقول الدكتور وهبة الزحيلي حفظه الله: (والمعتمد لدى الحنابلة هو التفصيل: وهو أن الخلع طلاق بائن، إن وقع بلفظ الخلع والمفاداة ونحوهما أو بكنايات الطلاق، ونوى به الطلاق؛ لأنه كناية نوى بها الطلاق، فكانت طلاقاً. والخلع فسخ لا ينقص به عدد الطلاق حيث وقع بصيغته، ولم ينو به طلاقاً، بأن وقع بلفظ الخلع أو الفسخ أوالمفاداة، ولا ينوي به الطلاق، فيكون فسخاً لا ينقص به عدد الطلاق) [الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٧٦/٧].

[٣] الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٨/٢، ابن رشد: بداية المجتهد، ٦٠/٢.

[٤] ابن أبي شيبة، المصنف، ما قالوا في الرجل إذا خلع امرأته كم يكون من الطلاق،١١٨/٤. برقم ١٠٥. عبد الرزاق: المصنف، باب الفداء بالشرط، ٤٩٣/٦ برقم ١١٨٠٠.

[٥] الشافعي: الأم، ٢١١/٥.

[٦] الكاساني: بدائع الصنائع ١٥١/٣. ابن عابدين: رد المحتار، ٤٤٠/٣؛ ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢١٠/٤. عليش: شرح منح الجليل، ١٨٢/٢. ابن رشد: بداية المجتهد ١٤٠٦/٣، الشربيني: مغني المحتاج ٣٤٢/٣، الشافعي: الأم، ١٨١/٥؛ الرملي: نهاية المحتاج، ٤٠٥/٦. ابن قدامة: المغني ٢٧٤/١٠،؛ ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣١٦/٣٢.

[٧] السرخسي: المبسوط، ١٧٧/٦.

وجاء في بداية المجتهد: (وأما نوع الفرقة بالخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق بائن وبه قال مالك)[1].

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي[2]: (الخلع طلاق وليس بفسخ)[3].

وقال الغزالي في الوجيز: (والصحيح أنه طلاق)[4].

وقال ابن تيمية الحنبلي في المحرر: (والخلع طلقة بائنة)[5].

واستدل أصحاب هذا القول بالقرآن والسنة وآثار الصحابة والمعقول:

١-أما القرآن الكريم فقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩].

ووجه الدلالة: لما ذكر الخلع بين طلاقين علم أنه ملحق بهما، ولكنه لفظ لا يملكه غير الزوج، فوجب أن يكون طلاقاً كالطلاق[6].

وأجيب عن هذا: ما روي عن ابن عباس لو كان الخلع طلاقاً لكان عدد التطليقات أربعاً، وهذا لايصح[7].

وقد رد الجمهور على هذا الاعتراض: بأن الخلع يكون بعد تمام العقد فيجعل لفظ الخلع عبارةً عن رفع العقد في الحال مجازاً، وذلك إنّما يكون بالطّلاق، وأمّا الآية فقد ذكر اللّه تعالى التّطليقة الثّالثة بعوض وبغير عوض، وبهذا لا يصير الطّلاق أربعاً، وأمّا ما روي عن ابن عبّاس رضي الله عنهما من خلاف في هذه المسألة فقد ثبت رجوعه عنه[8].

٢-ما رواه عكرمة عن ابن عباس (أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[9].

وجه الدلالة: أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس طلاق امرأته مقابل رد الحديقة بلفظ الطلاق صريحاً وجعله طلاقاً[10]. فكان ذلك دليلاً على أن الخلع طلاق[11].

قال ابن حزم: فكان هذا الخبر أي الحديث فيه زيادة، والزيادة لا يجوز تركها، وهو الطلاق[1].

---

[1] ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٧/٥.

[2] القاضي عبد الوهاب (٣٦٢-٤٢٢هـ) أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، فقيه مالكي أديب. ولي القضاء في أسرد، وبإداريا في العراق. له: (التلقين)، (شرح المدونة)، (الإشراف على مسائل الخلاف). [شجرة النور الذكية ١٠٣، وشذرات الذهب ٢٢٣/٣، وطبقات الفقهاء ١٤٣].

[3] القاضي عبد الوهاب: المعونة، ٨٧٠/٢.

[4] الغزالي: الوجيز، ٤١/٣.

[5] ابن تيمية: المحرر، ٤٥/٢.

[6] الماوردي: الحاوي، ٢٦٣/١٢؛ الجصاص: أحكام القرآن، ٥٤١/١.

[7] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٢٨/٣٢؛ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٩٥١/٢.

[8] السرخسي: المبسوط، ١٧١/٦-١٧٢، الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٨/٢، ابن قدامة: المغني، ٥٧/٧. العسقلاني: فتح الباري، ٣٩٦/٤.

[9] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع ، ٢٠٢١/٥. برقم ٤٩٧١. النسائي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الخلع، ٣٦٩/٣. برقم ٥٦٥٧. ابن ماجه: السنن، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ٦٦٣/١. برقم ٢٠٥٦.

[10] العسقلاني: فتح الباري، ٣١٢/٩.

[11] المرجع السابق.

ويجاب عليه من وجهين:

الأول: أن هذا الحديث بهذا اللفظ لا يتابع فيه عن ابن عباس، أي: الحديث مرسل والطرق الصحيحة ليس فيها ذكر التطليق.

الثاني: ثبت عن ابن عباس وعكرمة وغيرهما أنهم لم يكونوا يجعلون الخلع من الطلاق[٢].

٣-روي عن عمر، وعلي، وعثمان، وابن مسعود، وابن عمر، رضي الله عنهم موقوفاً عليهم: الخلع تطليقة بائنة، والمعنى فيه كما في المبسوط أنّ النّكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه.

٤-وكذا روي عن سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وعطاء، وشريح، ومجاهد، وغيرهم من الصحابة، والتابعين أن الخلع طلاق[٣].

فقد روى عبد الرزاق عن سعيد بن المسيب: (أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة)[٤].

٥- روي عن النخعي عن علقمة[٥] عن ابن مسعود أنه قال: (لا تكون تطليقة بائنة إلا في فدية وإيلاء)[٦].

٦- المرأة بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون طلاقاً[٧].

٧- الخلع لفظ لا يملكه غير الزوج، فوجب أن يكون طلاقاً كالطلاق. ولو كان فسخاً لما جاز على غير الصّداق كالإقالة، لكنّ الجمهور على جوازه بما قلّ وكثر فدلّ على أنّه طلاق[٨].

٨- لفظ الخلع من كنايات الطلاق، فمن أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها كان كغير الخلع[٩].

ويجاب على ما سبق بما يلي:

إن المنقول عن عمر، وعلي، وغيرهما من الصحابة، وسعيد بن المسيب، والحسن البصري، وغيرهما من التابعين أن الخلع طلاق وغير ذلك من الأدلة العقلية، فالواجب رد إلى الله تعالى والرسول صلى الله عليه وسلم، والسنة قد بنيت أن الواجب حيضة، ومما بين ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر امرأة ثابت بن قيس أن تحيض حيضة واحدة، وتلحق بأهلها، فلو كان قد طلقها إحدى الطلقات الثلاث للزمتها عدة مطلقة بنص القرآن واتفاق المسلمين، بخلاف الخلع فإنه قد ثبت عن غير واحد من السلف والخلف أنه ليس له عدة، وإنما فيه استبراء بحيض[١٠].

هل الخلع طلاق بائن أم رجعي؟.

---

(١) ابن حزم: المحلى، ٥١٧/٩.

(٢) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٢٢/٣٢؛ العسقلاني: فتح الباري، ٣١٢/٩.

(٣) ابن حزم: المحلى، ٥١٥/٩ وما بعدها.

(٤) عبد الرزاق: المصنف، باب الفداء بالشرط، ٤٩٣/٦ برقم ١١٨٠٠. وانظر التهانوي: إعلاء السنن ٢٣١/١١، حيث قال رجاله رجال الصحيح.

(٥) علقمة (٦٢هـ) ابن قيس بن عبد الله النخعي الكوفي. أبو شبل. تابعي فقيه العراق، ورد المدائن في صحبة علي، وشهد معه حرب الخوارج. كما شهد صفين. غزا خراسان. وأقام بخوارزم سنتين، وبمرو مدة. وسكن الكوفة وتوفي بها. روى عن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود، وتفقه به. كان طيب الصوت بالقرآن، ثبتاً فيما ينقل، صاحب خير وورع، بلغ من علمه أن أناساً من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يسألونه ويستفتونه. [تهذيب التهذيب ٢٧٦/٧؛ وتاريخ بغداد ٢٩٦/١٢؛وتذكرة الحفاظ ٤٨/١].

(٦) ابن القيم: زاد المعاد، ٣٦/٤.

(٧) ابن قدامة: المغني ٢٧٥/١٠، الشربيني: مغني المحتاج ٣٤٢/٣.

(٨) الماوردي: الحاوي، ٢٦٣/١٢؛ ابن قدامة: المغني، ٢٥٠/٧.

(٩) ابن قدامة: المغني، ٢٥٠/٧

(١٠) ابن تيمية: مجموع الفتاوى،٣٢/٣٢٣-٣٢٤.

هذا وقد اختلف أصحاب هذا الرأي القائلون بأن الخلع يعد طلاقًا في نوع الطلاق الذي يترتب عليه؛ هل هو طلاق بائن أو رجعي؟.

فذهب الأئمة الأربعة إلى أنه طلاق بائن ببينونة صغرى، **عملاً بالقاعدة الفقهية: (كل خلع تطليقة بائنة)**[١]. ولأنّ الزّوج ملك البدل عليها فتصير هي بمقابلته أملك لنفسها، ولأن الغرض المقصود من الخلع إزالة الضرر عن المرأة، ولأنّ غرضها من التزام البدل أن تتخلّص من الزّوج ولا يحصل ذلك إلاّ بوقوع البينونة، فلو تمكن الرجل من مراجعتها لعاد إليها الضرر[٢].

إلاّ أنّ الحنفيّة ذكروا: أنّ الزّوج إن نوى بالخلع ثلاث تطليقات فهي ثلاث، لأنّه بمنزلة ألفاظ الكناية، وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة عند غير زفر، وعنده ثنتان، كما في لفظ الحرمة والبينونة وبه قال مالك[٣].

وعند المالكية على المعتمد أيضاً: إن طلق الرجل زوجته وأعطى لها مالاً من عنده، فليس بخلع، بل هو رجعي؛ لأنه بمنزلة من طلق، وأعطى لزوجته المتعة[٤].

وذهب بعض السلف كالزهري، وابن المسيب وهو مذهب ابن حزم إلى أنه طلاق رجعي؛ إلا أن يطلقها ثلاثاً أو آخر ثلاث أو تكون غير موطوءة فإن راجعها في العدة جاز ذلك أحبت أم كرهت ويرد ما أخذ منها إليها لأنه عندما يرد العوض للمرأة يبقى الطلاق على أصله وهو الرجعي[٥].

جاء في المغني لابن قدامة: (قال سعيد بن المسيب والزهري: الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة)[٦].

وقال ابن حزم: (وهو طلاق رجعي إلا أن يطلقها ثلاثاً أو آخر ثلاث، أو تكون غير موطوءة، فإن راجعها في العدة جاز ذلك أحبت أم كرهت، ويرد ما أخذ منها إليها)[٧].

وقد ردّ جمهور الفقهاء على القائلين بأن الخلع طلاق رجعي: بأن مقصود الافتداء لا يحصل إلا مع البينونة، ولهذا كان حصول البينونة بالخلع[٨].

يقول ابن قدامة: (وإنما يكون فداء إذا خرجت به عن قبضته وسلطانه. إذا كانت الرجعة فهي تحت حكمه، ولنا قوله تعالى: فيما افتدت به، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر، ولأن الزوج ملك البدل عليها فتصير هي بمقابلته أملك لنفسها، ولأن غرضها من التزام البدل أن تتخلص من الزوج ولا يحصل ذلك إلا بوقوع البينونة)[٩].

---

[١] ابن أبي شيبة، المصنف، ما قالوا في الرجل إذا خلع امرأته كم يكون من الطلاق،١١٨/٤. برقم ١٠٥. عبد الرزاق: المصنف، باب الفداء بالشرط، ٤٩٣/٦ برقم ١١٨٠٠.

[٢] ابن نجيم: النهر الفائق، ٤٣٥/٢؛ ابن عابدين: منحة الخالق على البحر الرائق لابن نجيم، ١٤٦/٤؛ ابن قدامة، المغني، ٢٤٩/٧ ومابعدها؛ ابن حزم: المحلى، ٥١٧/٩.

[٣] السرخسي: المبسوط، ١٧٢/٦، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٤٣/٣.

[٤] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٧٦/٧.

[٥] ابن المنذر: الإشراف على مذاهب العلماء، ٢١٨/٤؛ ابن حزم: المحلى، ٥١٧/٩ وما بعدها.

[٦] ابن قدامة: المغني، ١٨٢/٨.

[٧] ابن حزم: المحلى، ٥١٧/٩.

[٨] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٢/٣.

[٩] ابن قدامة: المغني ٢٧٥/١٠.

وجاء في الروض النضير: (ولأنه معاوضة ولا يثبت في المعاوضات استبداد أحد المتعاوضين بكلا العوضين ضرورة)[١].

يقول أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني: (إن للعقود والتصرفات في الشريعة الإسلامية هدفاً وغاية، فكل تصرف إذا جرد عن هدفه وغايته كان عبثاً مفعوله، والشريعة الإسلامية منزهة عن العبث. فالمرأة حين تطلب المخالعة إنما ترمي إلى غاية معينة هي أن تتخلص من حياتها الزوجية بعد أن يئست منها وبعد أن فشلت جميع محاولات الصلح بينها وبين زوجها، فآثرت أن تدفع له هذا العوض للتخلص من زوجها بل للتخلص من الشقاء الذي أصبح يحوم حولها في بيتها وبين أولادها.

فإذا جاء الزوج وراجعها بعد أن تم الخلع وقبض المال. فهل يحقق الخلع هدفه بهذه المراجعة ؟ بل ما الفائدة من ذلك؟).

ثم يقول: (لو كان الخلع بطلب من الرجل، وهذا لا يجيزه ابن حزم، ولم يكن للمرأة دور فيه لقلنا أنه يحق له المراجعة، ولكن طالما أن المرأة هي التي ساهمت إلى حد كبير إن لم اقل أنها كل شيء في الخلع، فهي التي طالبت زوجها أو القاضي بالفرقة وهي التي دفعت العوض بعد أن تعذر عليها استمرار المعيشة الزوجية المشتركة. ولهذا فيبدو لي أن رأي ابن حزم لا يتفق مع الغاية المرجوة من تشريع الخلع لأنه لا يحقق للزوجة الخلاص الذي شرعه الله لها)[٢].

القول الثاني:

إن القاعدة الفقهية تنص على أن: الخلع فسخ للنكاح[٣]. روي ذلك عن ابن عباس، وبه قال طاوس وعكرمة، وإسحاق بن راهويه وأبو ثور، وإليه ذهب الشّافعيّ في القديم والحنابلة في أشهر ما يروى عن أحمد[٤].

جاء في الإنصاف: (الصحيح من المذهب أن الخلع فسخ)[٥].

وقال ابن تيمية: (الخلع فسخ وهذا ثابت عن ابن عباس باتفاق أهل المعرفة بالحديث)[٦].

وقال ابن القيم: (أما الخلع فالصحيح أنه فسخ لا طلاق)[٧].

وقد استدل أصحاب هذا القول بالقرآن والسنة والأثر والمعقول:

أما القرآن الكريم: فقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩].

---

[١] الصنعاني: الروض النضير، ١٦٦/٤.

[٢] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٥٩٨/٢.

[٣] ابن الملقن: الأشباه والنظائر، ٥٧٤، الحصني: القواعد، ٢١٠/٤، ابن عبد الهادي: القواعد الكلية، ٩٤، السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٨٤. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٩١/٣٢ و١٠/٣٣ و١١٠/٣٢. البعلي: الاختيارات الفقهية، ٢٥٢. ابن القيم: زاد المعاد، ١٩٢/٢.

[٤] ابن قدامة: المغني ٢٧٤/١٠، العمراني: البيان ١٥/١٠، الشربيني: مغني المحتاج ٣٤٢/٣.

[٥] المرداوي: الإنصاف، ٣٩٢/٨.

[٦] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣١/٣.

[٧] ابن القيم: زاد المعاد، ٣٤/٤.

ووجه الاستدلال: أن الآية الكريمة ذكرت: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ ثمّ ذكرت: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ ثمّ ذكرت: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ فذكرت تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لكان الذي تترتب عليه الحرمة حتى تنكح زوجاً آخر، أربع تطليقات وليست ثلاثة، فهذا صريح في أن الخلع ليس بطلاق، وهذا الاستدلال مروي عن ابن عباس[١].

وأما السنة: ما روى عن ابن عبّاس رضي الله عنهما: (أنّ امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النّبيّ صلى الله عليه وسلم أن تعتدّ بحيضة)[٢]. وعن نافع عن ابن عمر قال: (عدة المختلعة حيضة)[٣].

ووجه الاستدلال: أنّ الخلع لو كان طلاقاً لم يقتصر صلى الله عليه وسلم على الأمر بالاعتداد بحيضة. فأمره عليه الصلاة السلام بأن تعتد بحيضة دليل على أنه فسخ وليس بطلاق، لأنه لو كان طلاقاً لم تكتف بحيضة واحدة للعدة؛ لأن عدة المطلقة ثلاثة قروء[٤].

وأما من الأثر:

ما روي عن ابن عباس أنه قال: إنما هو فرقة وفسخ، ليس بطلاق، ذكر الله الطلاق في أول الآية وفي آخرها والخلع بين ذلك فليس بطلاق[٥].

وما روي عن عكرمة مولى ابن عباس قوله: ما أجازه المال فليس بطلاق[٦].

وأما من المعقول:

إن عقد الزواج كجملة العقود التي تقبل الفسخ، فهو يفسخ بخيار البلوغ وبخيار العتق وبعدم الكفاءة، وقد جعل الله تعالى للزوج حق إنهائه مستبداً بذلك، فإذا ما تم الاتفاق بين الزوجين على فسخه نظير عوض روعيت حقيقة ما يدل عليه هذ الاتفاق. والخلع بهذا التعاقد رفع لعقد النكاح وفسخ له لاتفاق الطرفين فيه على ذلك، والشأن في مثل هذا أن يكون فسخاً للعقد مثله مثل الإقالة[٧].

ولأنّها فرقة خلت عن صريح الطّلاق ونيّته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ[٨].

ولو كان الخلع طلاقاً لصحت الرجعة فيه بعد الطلقة الأولى والثانية، ولكن لما لم تصح الرجعة فيه دل على أنه فسخ لا طلاق[٩].

---

(١) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٩٥١/٢؛ الصنعاني: سبل السلام، ٢٢٥/٣.

(٢) أبو داود: السنن، باب في الخلع، ٢٦٩/٢ برقم ٢٢٢٩. الترمذي: السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، ٤٩١/٣. برقم-١١٨٥ وقال حديث حسن. البيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في عدة المختلعة، ٤٥٠/٧ برقم ١٥٣٧٧.

(٣) أبو داود: السنن، باب في الخلع، ٢٦٩/٢ برقم ٢٢٢٩.

(٤) الشوكاني: نيل الأوطار، ٣٥/٧، الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٨/٢، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٤٣/٣، ابن قدامة: المغني ٢٧٥/١٠.

(٥) ابن أبي شيبة: المصنف، ١١٨/٤ برقم ١٠٦. الدارقطني: السنن، ٣٢٠/٣ برقم ٢٧٤. البيهقي: السنن الكبرى، باب الخلع هل هو فسخ أو طلاق، ٣١٦/٧ برقم ١٤٦٤٢. وانظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٤٣/٣.

(٦) عبد الرزاق: المصنف، ٤٨٦/٦ برقم ١١٧٦٨.سعيد بن منصور: السنن، باب ما جاء في الخلع، ٣٨٤/١ برقم ١٤٥٤. البيهقي: السنن الكبرى، باب الخلع هل هو فسخ أو طلاق، ٣١٦/٧ برقم ١٤٦٤٠.

(٧) الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ١٨٧.

(٨) ابن قدامة: المغني ٢٧٥/١٠

(٩) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٢٥/٣٢؛ ابن حزم: المحلى، ٥١٧/٩.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (وهذا هو المنقول عن ابن عباس وأصحابه، والإمام أحمد وقدماء أصحابه، ولم يفرق أحد من السلف، ولا أحمد بن حنبل ولا أحد من قدماء أصحابه في الخلع بين لفظ ولفظ لا لفظ الطلاق ولا غيره بل ألفاظهم كلها صريحة في أنه فسخ بأي لفظ كان)[١].

ما يراه بعض الفقهاء المعاصرين:

يقول الشيخ علي الخفيف رحمه الله: (وقد اختلف الفقهاء في ترجيح أحد الرأيين: فمنهم من ذهب إلى أن الأصح أنه فسخ، ومنهم من ذهب: إلى أن الأصح أنه طلاق. وأقوى حجة لمن رجح أنه فسخ، ما ورد من أن المختلعة إنما تستبريء بحيضة. وأقوى حجة لمن رجح أنه طلاق، مرسل سعيد بن المسيب المار ذكره، ولعل الأرفق بالناس أن يعد الخلع فسخاً لا طلاقاً)[٢].

ويقول الدكتور عبد الكريم زيدان: (والذي أميل إلى ترجيحه هو ما رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية، فالخلع فسخ وليس طلاقاً بائناً لما استدل به أصحاب هذا القول؛ ولأنه هو الثابت عن ابن عباس كما ذكر ابن تيمية، وإن كل ما روي خلاف هذا القول عن ابن عباس أو عن غيره من الصحابة، لم يثبت عن واحد منهم بل ضعّف أحمد بن حنبل وابن خزيمة[٣] وابن المنذر وغيرهم جميع ما روي في ذلك عن الصحابة)[٤].

ويقول الدكتور عبد الرحمن الصابوني: (والخلاصة فإن موضوع الخلع هل هو فسخ أم طلاق هو موضوع اجتهاد ليس من السهل ترجيح أدلة أحد الطرفين على الآخر لقوة جميع الأدلة، غير أننا نرجح الرأي القائل بأن الخلع فسخ)[٥].

ثم ذكر أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني أسباب ترجيحه ذلك، نذكرها باختصار[٦]:

١-أن الخلع يفترق عن الطلاق بأنه عقد بين طرفين، فيه إيجاب وقبول، ويشترط فيه التراضي على بدل معلوم، بينما الطلاق هو من الإسقاطات التي تقع بإرادة منفردة. فضلاً عن أن الخلع ربما يقع بناء على قرار الحكمين الذي يحكم القاضي به.

٢-أن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً، أما الخلع فلا رجعة فيه، لأنه يتنافى مع مقصوده وحكمة تشريعه.

٣- أن اعتبار الخلع فسخ، هو حسم للخلاف حول تكييف الخلع الفقهي بأنه معاوضة محضة من الجانبين، وفيه تسهيل كبير في أحكام الخلع.

٤-أن اعتبار الخلع فسخ توسعة لعدد الطلقات التي يملكها الرجل، فقد يعود الزوجان إلى حياتهما المشتركة بعقد ومهر جديدين. وما أقرب للمصلحة كان أقرب لروح الشرع.

---

[١] ابن تيمية: مجموع الفتاوى ١٠٢/٣٣.
[٢] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ١٩١.
[٣] ابن خزيمة (٢٢٣-٣١١هـ) أبو بكر محمد بن إسحاق السلمي النيسابوري الشافعي. فقيه مجتهد محدث، سمع من إسحاق بن راهويه والبخاري ومسلم وغيرهم، وتفقه على المزني غيره. له: (المختصر الصحيح) و(التوحيد وإثبات صفة الرب) [تذكرة الحفاظ ٢٥٩/٢ وشذرات الذهب ٢٦٢/٢]
[٤] زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ٢٢٢/٨.
[٥] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٦١٤/٢.
[٦] المرجع السابق، ص ٦١٥-٦١٦.

٥-إن في اعتبار الخلع فسخاً قضاء على تعدد الطلقات في العدة على رأي المذاهب التي تبيح إيقاع الطلاق في العدة أما الفسخ فلا يجوز.

٦- إن في اعتبار الخلع فسخاً يمنع خلع الأجنبي إذ لا يجوز الفسخ من الأجنبي، أما في اعتباره طلاقاً، فيمكن أن يتدخل أي شخص بين زوجين فيفرق بينهما عن طريق المخالعة إذا دفع للزوج مبلغاً من المال ليطلق زوجته كما أجازت ذلك أكثر المذاهب التي اعتبرت الخلع طلاقاً وهي الأحناف والشافعية وبعض الزيدية.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، نجد أنه ليس من السهل أن نرجح رأياً على آخر لقوة أدلتهم، لكننا نجد أن أغلب الفقهاء المعاصرين قد رجحوا القول بأن الخلع فسخ، وذلك تيسراً على الناس ورفقاً بهم، ونظراً لمصلحة الأسرة والأولاد، وخوفاً من تشتتها وتفككها، وهو يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية وروحها وقواعدها الكلية.

المطلب الثاني
هل تجوز الإقالة في الخلع؟

قد ذكرنا أن الذين استدلوا بأن الخلع فسخ، قالوا بأن فيه معنى المعاوضة، وقد أثار بعضهم هل تجوز الإقالة في الخلع طالما أنه عقد معاوضة كسائر المعاوضات؟.

بمعنى هل يجوز للزوجين أن يتقايلا ويفسخا عقد الخلع، فيرجع الزوج للمرأة العوض ويعود له ملك الزوجية؟.

جاء في زاد المعاد: (وفي تسميته صلى الله عليه وسلم الخلع فدية، دليل على أن فيه معنى المعاوضة، ولهذا اعتبر فيه رضا الزوجين. فإذا تقايلا الخلع ورد عليه ما أخذه منها وارتجعها في العدة فهل لها ذلك؟ منعه الأئمة الأربعة وغيرهم وقالوا: بانت منه بنفس الخلع. وذكر عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب أنه قال في المختلعة: إن شاء أن يراجعها فليرد عليها ما أخذه منها في العدة ولشهد على رجعتها. قال معمر: وكان الزهري يقول بذلك).

ثم يقول ابن القيم: (ولقول سعيد بن المسيب والزهري وجه دقيق لطيف المأخذ تتلقاه قواعد الفقه وأصوله بالقبول. ولا نكارة فيه غير أن العمل على خلافه. فإن المرأة ما دامت في العدة فهي في حبسه ويلحقها طلاقه المنجز عند طائفة من العلماء. فغذا تقايلا عقد الخلع وتراجعا إلى ما كانا عليه بتراضيهما، لم تمنع قواعد الشرع ذلك وهو بخلاف ما بعد العدة فإنها قد صارت منه أجنبية محضة، فهو خاطب من الخطاب، ويدل هذا على أن له أن يتزوجها في عدتها منه بخلاف غيره)[1].

[1] ابن القيم: زاد المعاد، ٣٥/٤.

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (والجمهور أنه لا يملك الزوج وحده أن يفسخ الخلع، ولكن لو اتفقا على فسخه كالتقايل فهذا نزاع آخر)[١].

ولكن يلاحظ بعض التناقض والاضطراب في كلام في ابن القيم رحمه الله، حيث ذكر في موضع آخر عند رده على من قال بأن الخلع طلاق رجعي: (وفي الآية دليل على حصول البينونة به لأنه سبحانه وتعالى سماه فدية ولو كان رجعياً كما قاله بعض الناس لم يحصل للمرأة الافتداء من الزوج بما بذلته له)[٢].

المطلب الثالث
أثر الخلاف في أن الخلع طلاق أم فسخ

من خلال اختلاف الفقهاء في هذه المسألة- هل الخلع فسخ أو طلاق- يظهر أثر هذا الخلاف في النقاط التالية[٣]:

١-من قال بأن الخلع فسخ: أنّه لو خالعها مرّتين ثمّ خالعها مرّةً أخرى، أو خالعها بعد طلقتين فله أن يتزوّجها بعقد نكاح ومهر جديدين، حتّى وإن تكرر منه الخلع ثلاثة أو أكثر، لان الفسخ لا يحتسب ولا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، وعلى هذا فهي تعود إليه بعقد النكاح الجديد بما كان يملكه عليها قبل الخلع. ولا تحرم على زوجها إن كان ثلاثة أو أكثر[٤].

أما إذا قلنا إن الخلع طلاق بائن فإنه ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج عليها، فإن كان قد طلقها واحدة، ثم خالعها ثم عقد بنكاح جديد عليها فإنها تعود إليه، وهو يملك عليها طلقة واحدة فقط، وإن لم يكن قد طلقها قبل الخلع بل خالعها ثم أعادها بعقد نكاح جديد فإنها تعود إليه، وهو يملك عليها تطليقتين؛ لان مخالعته لها قد اعتبرت تطليقة بائنة، انقصت الطلقات الثلاث التي كان يملكها واحدة فبقيت له عليها طلقتان فتعود إليه، وهو يملك عليها طلقتين.

وإن كان قد خالعها ثلاثاً أو كان الخلع أحد ثلاثة تطليقات، طلقت ثلاثاً، فتحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره[٥].

٢- مما يتفرّع على كون الخلع طلاقاً أنّه: إن نوى بالخلع أكثر من تطليقة عند المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة وزفر يقع ما نواه[٦].

---

[١] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٣/٣.

[٢] ابن القيم: زاد المعاد، ٣٤/٤.

[٣] السرخسي: المبسوط، ١٧١/٦، البناية، ٦٥٨/٤، الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٨/٢، ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٩/٢، الحطاب: مواهب الجليل، ١٩/٤، الخرشي على خليل، ١٢/٤، النووي: روضة الطالبين، ٣٧٥/٧، ابن قدامة: الكافي، ١٤٥/٣، البهوتي: كشاف القناع، ٢١٦/٥، ابن قدامة: المغني، ٥٦/٧، المرداوي: الإنصاف، ٣٩٢/٨-٣٩٣.

[٤] السرخسي: المبسوط، ١٧٢/٦، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٤٣/٣، النووي: روضة الطالبين، ٣٧٥/٧، ابن قدامة: المغني، ٥٧/٧.

[٥] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٥١/٣؛ شلبي: محمد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري - بيروت الدار الجامعية ١٩٨٣، ص ٤٦٤.

[٦] الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٧٢/٢. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٥٢/٣. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٣٥/١. الشربيني: مغني المحتاج ٣٤٢/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٨٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٢١٧/٥.

وعند الحنفيّة إن نوى ثلاث تطليقات فهي ثلاث، لأنّه بمنزلة ألفاظ الكناية، وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة عند غير زفر من الحنفيّة، لأنّ الخلع معناه الحرمة، وهي لا تحتمل التّعدّد لكنّ نيّة الثّلاث تدلّ على تغليظ الحرمة فتعتبر بينونةً كبرى[١].

واختلف الشّافعيّة فيما إذا نوى بالخلع الطّلاق مع تفريعهم على أنّه فسخ هل يقع الطّلاق أو لا ؟ فيه وجهان[٢].

٣-يجوز إيقاع الخلع في الحيض على القول بأنه فسخ ولا يجوز إيقاعه في الحيض، على القول بأنه طلاق لأنه طلاق بدعي.

٤-الفرقة التي هي طلاق إذا كانت قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة توجب للزوجة إما نصف المهر أو المتعة، أما الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها فلا توجب لها أي شيء سواء كانت من جانب الزوج أو من جانب الزوجة[٣].

---

[١] السرخسي: المبسوط، ١٧١/٦، العيني: البناية على الهداية، ٦٥٨/٤، الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٨/٢.

[٢] النووي: روضة الطالبين، ٣٧٥/٧.

[٣] شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري - بيروت الدار الجامعية ١٩٨٣، ص ٤٦٤.

المبحث الثاني
أثر الخلع في الحقوق الزوجية

المطلب الأول: أثر الخلع في الحقوق الزوجية والاختلاف بين الزوجين.

ويترتب عليه الأمور التالية:

١- يستحق الزوج بدل الخلع المتفق عليه، ويكون لازماً في ذمة الزوجة باتفاق الفقهاء. سواء أكان هو المهر أم بعضه أم شيئاً آخر سواه؛ لأن الزوج علق طلاقها على قبول البدل، وقد رضيت به.

٢- ذهب الإمام أبو حنفية إلى سقوط الحقوق المالية الثابتة في ذمة كل من الزوجين على الآخر والتي تتعلق بالزواج الذي وقع الخلع منه، كالمهر والنفقة الماضية المتجمدة.

وحجة الإمام أبي حنيفة: أن المقصود من الخلع هو قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين بسبب ما بينهما من صلة الزواج، ولا يتم قطع هذه المنازعة إلا بجعله مسقطاً لكل ما وجب بسبب تلك الصلة، حتى لا تتجدد المنازعة مرة أخرى. ووافقه أبو يوسف إذا كان الخلع بلفظ المباراة، لأنها صريحة تقتضي إبراء كل من الزوجين صاحبه من كل ما يتعلق بالزواج من حقوق مالية.

أما الديون أو الحقوق التي لأحد الزوجين على الآخر، والتي لا تتعلق بموضوع الزواج، كالقرض والوديعة والرهن وثمن المبيع ونحوها، فلا تسقط بالاتفاق. وكذا لا تسقط نفقة العدة إلا بالنص على إسقاطها؛ لأنها تجب عند الخلع.

وقال جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية: تجب بالخلع الحقوق التي اتفق الزوجان عليها بالخلع، ولا يسقط من الحقوق الأخرى إلا ما اتفقا على إسقاطه سواء أكان بلفظ الخلع أم المبارأة، فهو تماماً كالطلاق على مال، يقع به الطلاق بائناً، ويجب فقط البدل المتفق عليه. ووافق أبو يوسف رأى محمد إذا كان بلفظ الخلع.

وبناء على هذا فإن الخلع عند الجمهور لا يسقط غيره من الحقوق، مثل نفقة الحمل وأجرة الرضاع والكسوة المعتادة أثناء الحمل، وحق السكنى.

وحجة الجمهور: أن الحقوق لا تسقط إلا بما يدل على سقوطها قطعاً، وليس في الخلع دلالة على إسقاط الحقوق الثابتة؛ لأنه معاوضة من جانب الزوجة، والمعاوضات لا أثر لها في غير ما تراضى عليه الطرفان. والزيادة على ذلك إلزام بما لم يلتزم به وذلك لا يجوز. وهذا هو الراجح المتفق مع العدالة؛ لأن حق الأخر لا يسقط إلا بالإسقاط صراحة أو دلالة[1].

٣ - لا يبطل الخلع بالشروط الفاسدة: إذا خالع الزوج على شرط إبقاء الطفل عنده قبل انتهاء مدة الحضانة، أو خالعت الزوجة زوجها على شرط ترك ابنها عندها بعد انتهاء زمن الحضانة، أو أن يكون لها حضانة الطفل ولو تزوجت بغير قريب محرم من الطفل، فالشرط باطل في كل ما ذكر، وينفذ الخلع.

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع ١٥٢/٢، الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣٤٩/٢، البراذعي: التهذيب في اختصار المدونة ٣٨٩/٢، العمراني: البيان في مذهب الشافعي ٢٥/١٠، ابن قدامة: المغني ٢٨٤/١٠، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٤٤٩/٧، الأشقر: عمر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ٢٥٤.

المطلب الثاني: هل يرتدف على المختلعة طلاق؟ .

اختلف الفقهاء في حكم طلاق المختلعة؛ أي أن يطلق الرجل زوجته المختلعة منه في أثناء عدتها. هل يلحقها طلاق أم لا؟. للفقهاء قولان:

القول الأول: وهو مذهب الحنفية: يرتدف، سواء أكان على الفور أم على التراخي طالما كانت في العدة.

جاء في بدائع الصنائع: (وَإِنْ كانت مُعْتَدَّةً من طَلَاقٍ بَائِنٍ أو خُلْعٍ وَهِيَ الْمُبَانَةُ أو الْمُخْتَلِعَةُ فَيَلْحَقُهَا صَرِيحُ الطَّلَاقِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا)[١].

وقد استدل الحنفية بأثر: (المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة)[٢].

وبآثار عدة رواها عبد الرزاق في المصنف منها: عن ابن مسعود قال: (يجري الطلاق على المختلعة ما كانت في العدة)[٣].

ومن المعقول: (لِأَنَّهَا بِالْخُلْعِ وَالْإِبَانَةِ لم تَخْرُجْ من أَنْ تَكُونَ مَحِلًّا لِلطَّلَاقِ)[٤].

القول الثاني: وهو للجمهور: لا يرتدف، إلا أن الإمام مالك قال: لا يرتدف، إلا إذا كان الكلام متصلاً. بمعنى: إن طلقها عقيب خلعه متصلاً بالخلع طلقت، وإن انفصل الطلاق عن الخلع لم تطلق.

جاء في بداية المجتهد: (وأمّا الطّلاق في عدّة البائن – كالمختلعة– فإنّه لا يقع عندهم إلّا إذا كان الكلام متّصلاً، وكان طلاقُها فوراً من غير تراخٍ، وقد نصّ على ذلك الإمام مالك رحمه الله؛ فقد جاء عنه في شأن المختلعة هل يرتدف عليها طلاقٌ أم لا؟ قال: «لا يرتدفُ إلا إن كان الكلامُ متصلاً)[٥].

وقال الشافعي وأحمد: لا يرتدف، وإن كان الكلام متصلاً، فالمختلعة لا يلحقها طلاق بحال[٦].

جاء في مغني المحتاج: (ويلحقُ الطلاقُ رجعيّةً؛ لأنّها في حكم الزوجات؛ لا مختلعة فلا يلحقها طلاق وإن كانت في العدة؛ لانتفاء الولاية عليها)[٧].

وجاء في الإنصاف: (لا يَقَعُ بِالْمُعْتَدَّةِ من الْخُلْعِ طَلَاقٌ وَلَوْ وَاجَهَهَا بِهِ. هذا الْمَذْهَبُ وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ)[٨].

واستدل الجمهور بأثر عن ابن عباس وابن الزبير: إن المختلعة لا يلحقها طلاق[٩]،

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٣٤/٣.

[٢] سعيد بن منصور: السنن، ٣٨٦/١ برقم ١٤٦٧. ابن أبي شيبة: المصنف، ما قالوا في الرجل يخلع امرأته ثم يطلقها، من قال يلحقها الطلاق، ١٢١/٤ برقم ١١٢. وقال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق (٤١٧/٤) : «هذا حديث موضوع، لا أصل له»، والله أعلم.

[٣] عبد الرزاق: المصنف، باب الطلاق بعد الفداء، ٤٨٩/٦ برقم ١١٧٨٤. وقد أورد آثاراً عدة بمعناه منها: عن المغيرة عن ابراهيم في طلاق المفتديه في العدة قالا: ما تبعها من الطلاق في العدة لزمها. ٤٨٩/٦ برقم ١١٧٨١. وفي رواية أخرى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: المختلعة في الطلاق ما كانت في العدة. فذكرناه للثوري فقال سألنا عنه فلم نجد له أصلاً،٤٨٩/٦ برقم ١١٧٨٣. وعن ابن طاووس عن أبيه قال: إن طلقاها بعد الفداء في عدة جاز فطلاقة جائز، ٤٨٨/٦ برقم ١١٧٧٨. وعن الزهري قال: إن طلق بعد الفداء في العدة فطلاقة جائز، ٤٨٨/٦برقم ١١٧٧٩. وعن ابن المسيب والنخعي قالا طلاقه في العدة جائز، ٤٨٨/٦ برقم ١١٧٨٠.

[٤] ابن نجيم: البحر الرائق، ٣٣٠/٣.

[٥] ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٦/٢.

[٦] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤٦٩/٢، الكاساني: بدائع الصنائع ١٣٤/٣. ابن نجيم: البحر الرائق٣٣٠/٣.ابن رشد: بداية المجتهد٥٦/٢. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٤٧/٣. ابن هبيرة: الإفصاح، ١٤٤/٢. الشربيني: مغني المحتاج ٢٩٣/٣. الرملي: نهاية المحتاج ٤٥١/٦. العمراني: البيان في مذهب الشافعية، ٣٦/١٠. ابن قدامة: المغني ٤٧٨/٨. ابن قدامة: الكافي، ٩٨/٣.

[٧] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٣/٣.

[٨] المرداوي: الإنصاف، ٣٩٥/٨.

[٩] مسند الشافعي، ١٥٢/١. ابن أبي شيبة: المصنف، من قال لا يلحقها الطلاق، ١٢٢/٤ برقم ١١٣. البيهقي: السنن الكبرى، باب المختلعة لا يلحقها الطلاق، ٣١٧/٧ برقم ١٤٦٤٣.

ومن المعقول: لأنها لا تحل للزوج إلا بنكاح جديد، فلم يلحقها طلاقه، كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها.

المناقشة والترجيح:

إن سبب الخلاف بين الرأيين؛ أن العدة عند أبي حنيفة من أحكام النكاح، ولذا لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها، فيرتدف الطلاق عنده. وعند الجمهور: من أحكام الطلاق، فلا يرتدف[١].

وحيث إن الآثار الواردة في هذه المسألة متعادلة، ولا يقوى بعضها على بعض، ولكن حجة الجمهور أكثر قبولاً، لذلك فإني أرجح قول الجمهور القائلين بعدم ارتداف الطلاق بعد الخلع، والله تعالى أعلم بالصواب.

المطلب الثالث: اشتراط الرجعة في الخلع.

اختلف الفقهاء في ثبوت الرجعة للزوج إذا اشترطها في عقد الخلع. فهل يجوز له مراجعتها وهي في العدة بناء على اشتراطه ذلك؟ كما لو قال: خالعتك على مائة على أن لي عليك حق الرجعة في العدة. فقبلت بذلك.

للفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا رجعة على المختلعة في العدة، سواء أكان الخلع فسخاً أم طلاقاً، لقوله تعالى: ﴿فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[البقرة:٢٢٩]. وإنما يكون فداء إذا خرجت به عن قبضة الرجل وسلطانه، وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة، فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر[٢].

جاء في المغني لابن قدامة: (فإن شرط في الخلع أن له الرجعة، يبطل الشرط ويصح الخلع)[٣].

القول الثاني: وذهب الشافعية في المذهب: إلى أنه تثبت للزوج الرجعة بناء على اشتراطها في عقد الخلع وعلى أساس سقوط بدل الخلع وصيرورة الخلع طلاقاً رجعياً، وحكي نحوه عن الزهري وسعيد بن المسيب حيث قالا: الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له، وبين رده وله الرجعة.

جاء في مغني المحتاج: (وإذا خالع أو طلق زوجته بعوض فلا رجعة له عليها، فإن شرطها عليها كقوله: خالعتك أو طلقتك بدينار على أن لي عليك الرجعة فطلاق رجعي يقع في المسألتين؛ لأن الرجعة والمال متنافيان فيسقطان ويبقى مجرد الطلاق)[٤].

٦- أجمع أكثر العلماء على أن للرجل أن يتزوج المختلعة برضاها في عدتها. وقال بعض المتأخرين: لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة.

المطلب الرابع: الاختلاف في الخلع أو عوضه.

إذا اختلف الزوجان في وقوع الخلع؛ فهناك حالتان:

---

[١] ابن قدامة: المغني ٤٧٨/٨. الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٧٧/٧.

[٢] النفراوي: الفواكة الدّواني على رسالة أبي زيد الْقيرواني - بيروت: دار الفكر، ٥٧/٢. النفراوي: كفاية الطالب ٢٣٤/٣.

[٣] ابن قدامة: المغني، ٦٠/٧.

[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧١/٣.

الحالة الأولى: إذا ادّعى الزّوج الخلع، والزّوجة تنكره.

فقد اتفق الفقهاء على أنها تبين منه بإقراره، ولم يستحق عليها عوضاً لأنها منكرة، وعليها اليمين إذا لم توجد بينة للزوج على ادعائه كما هو القاعدة في الإثبات.

أما البينونة فلإقراره، وأما عدم العوض فلأن الأصل براءة ذمتها.

الحالة الثانية: إذا ادّعت الزّوجة الخلع، والزّوج ينكره؛ فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

فقال الحنفية: أنه لا يقع.

وقال الشافعية: يصدّق الزّوج بيمينه، إذ الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع[١].

وقال الحنابلة: القول قوله ولا شيء عليه لأنّه لا يدّعيه[٢].

وأمّا المالكيّة؛ فإنّهم لم يصرّحوا بهذه المسألة ولكن يفهم ممّا ذكروه فيما لو قالت الزّوجة: طلّقتني ثلاثاً بعشرة فقال الزّوج: بل طلقة واحدة بعشرة، فالقول قول الزّوج بلا يمين، ووقعت البينونة، لأنّ ما زاد على ما قاله الزّوج هي مدّعية له، وكلّ دعوى لا تثبت إلاّ بعدلين فلا يمين بمجرّدها، والمنقول عندهم أنّ القول قوله بيمينه، فإن نكل حبس، ولا يقال تحلف ويثبت ما تدّعيه، لأنّ الطّلاق لا يثبت بالنّكول مع الحلف وتبين منه في اتّفاقهما على الخلع، وتكون رجعيّةً في غيره[٣].

جاء في مغني المحتاج: (إذا ادّعت الزوجة خلعاً فأنكره الزوج ولا بينة –أي لا بينة للزوجة– صدق بيمينه، إذ الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع، وإذا أثبتت الزوجة الخلع بالبينة فلا مطالبة للزوج ببدل الخلع؛ لأنه ينكر وقوع الخلع إلا أن يعود ويعترف بالخلع فيستحق عوضه)[٤].

أمّا إذا اتّفقا على الخلع، واختلفا في قدر العوض، أو جنسه، أو حلوله، أو تأجيله، أو صفته كأن يقول الزوج: طلقتك بكذا كألف، فقالت: بل طلقتني مجاناً، أو كأن قال: بألف، فقالت: بل بخمسمائة، فالقول قول المرأة عند الحنفيّة، والحنابلة في رواية عن أحمد، والقول قولها أيضاً بيمينها عند المالكيّة، لأنّ القول قولها في أصله فكذا في صفته ; ولأنّها منكرة للزّيادة في القدر، أو الصّفة، فكان القول قولها، للقاعدة الشرعية في قوله صلى الله عليه وسلم:: «**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**»»[٥]. فهي مدعى عليها وهو مدع.

وعلى القول: إنّ الخلع فسخ لا يقال يتحالفان كالمتبايعين، لأنّ التّحالف في البيع يحتاج إليه لفسخ العقد، والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ.

وفي روايةً أخرى عن أحمد: أنّ القول قول الزّوج؛ لأنّ البضع يخرج من ملكه فكان القول قوله في عوضه.

---

[١] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٧/٣.
[٢] ابن قدامة: المغني، ٩٣/٧.
[٣] الدردير: الشرح الصغير، ٥٣٣/٢.
[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٧/٣.
[٥] البيهقي: السنن الكبرى، ٢٥٢/١٠.

وذكر الشّافعيّة في هذه المسألة: أنّ الزّوجين إن لم يكن لأحدهما بيّنة، أو كان لكلّ منهما بيّنة وتعارضتا تحالفا كالمتبايعين في كيفيّة الحلف ومن يبدأ به. ويجب ببينونتها بفوات العوض مهر المثل وإن كان أكثر ممّا ادّعاه، لأنّه المردّ، فإن كان لأحدهما بيّنة عمل بها[1].

[1] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٦٤/٢. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢١٥/٣. ابن نجيم: البحر الرائق، ٩٤/٤. الدردير: الشرح الكبير، ٣٦٠/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٧/٣. بجيرمي على الخطيب، ٤١٥/٣. ابن قدامة: المغني، ٩٣/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٢٣٠/٥.

الفصل الخامس
القواعد الفقهية المتعلقة بالخلع وموقف القانون منه

المبحث الأول
القواعد الفقهية المتعلقة بالخلع

قاعدة رقم (١).

الخلع طلاق، فلا يقع إلا بما يقع به الطلاق[١].

معنى القاعدة:

يقع الطلاق بألفاظ صريحة لا تحتاج إلى نية ويقع الطلاق بمجرد النطق بها إلا إن نوى غيرها فيدين فيما بينه وبين الله، ويلزم قضاء، وألفاظ كناية تحتاج إلى النية، ولا يقع الطلاق بها إلا مع النية، والخلع طلاق مع بدل فيصح بألفاظ الطلاق.

فروع على القاعدة:

منها: ألفاظ الطلاق صريحة: طلقتك، فارقتك، سرحتك. وألفاظ الطلاق بالكناية: أنت بائن، أو خلية، أو برية. وإذا قال: خالعتك أو فاديتك لا تطلق إلا بالنية[٢].

قاعدة رقم (٢).

المبارأة إذا كتبت على وجهها، فلها حكم طلاق الخلع[٣].

معنى القاعدة:

ذكرنا أن الفقهاء قد اتفقوا على أن لفظ المبارأة من ألفاظ الخلع، إلا أن المالكية قد قالوا: أن المبارأة تكون بإسقاط الزوجة حقاً لها عن الزوج، وعليه فإذا قال الرجل لزوجته: بارأتك على كذا، وقبلت الزوجة، صحت الفرقة وكان لها حكم الخلع.

قاعدة رقم (٣).

العقود تصح بكل ما دلّ على مقصودها من قول أو فعل[٤].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة: إلى أن العقود تصح وتكون نافذة بكل لفظ أو فعل دل على مقصود العاقدين ورضاهما ولا يجب أن يختص كل عقد بلفظ لا يجوز بغيره، بدلالة أن الشرع اكتفى بالتراضي في البيع وبطيب النفس في التبرع.

---

[١] الشافعي: الأم، ٢١١/٥.
[٢] المرجع السابق.
[٣] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٧٩/٤.
[٤] ابن تيمية: القواعد النورانية، ص ١٠٥ و١١٠. ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ١٣/٢٩.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قالت اخلعني بهذه الألف أو بهذه السيارة، فقبض الألف أو السيارة على الوجه المعتاد فيدل ذلك على الرضا منه بالمعاوضة فيقع الخلع.

ومنها: وقوع الطلاق بلفظ العتق. ولا يقع عند الحنفية ورواية عند أحمد وإن نوى[١].

قاعدة رقم (٤).

وقوع الطلاق في الخلع يعتمد وجوب القبول لا وجوب المقبول[٢].

معنى القاعدة:

ذكرنا أن أحد أركان الخلع الصيغة التي لا بد فيها من إيجاب وقبول، سواء بدأ الإيجاب من الزوج والقبول من الزوجة أو العكس. وأما المراد بالمقبول: المال الذي خلعت نفسها به.

فإذا وافق الرجل على الخلع وقبل به، وقبلت المرأة به، وقع الطلاق بينه وبين زوجته وإن لم يجب المال الذي خالعته عليه.

فروع على القاعدة:

منها: إذا كانت امرأة قد بلغت مفسدة لمالها فاختلعت من زوجها. جاز الخلع، وقد تحقق القبول منها ومنه، فإذا قبلت وقبل الزوج وقع الطلاق لوجود الشرط ولم يلزمها المال لأنها محجورة عن التصرف لبلوغها مفسدة لمالها، وإن صار الخلع مصلحة لها، لأنها التزمت المال لا بعوض هو مال ولا لمنفعة ظاهرة لها في ذلك كالصغيرة.

فإذا كان الزوج طلقها تطليقة على ذلك المال فهو يملك رجعتها لأن وقوع الطلاق باللفظ الصريح لا يوجب البينونة إلا عند وجوب البدل. ولم يجب البدل هنا. بخلاف ما إذا كان بلفظ الخلع، فإن مقتضى لفظ الخلع البينونة[٣].

قاعدة رقم (٥).

كل زوج صح طلاقه صح خلعه[٤].

وفي لفظ آخر:

- من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه[٥].

معنى القاعدة:

الخلع كالطلاق في صحة من يقع منه. فكل من قيل أن طلاقه صحيح، فخلعه صحيح. وذلك لأن من ملك الطلاق الذي هو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء، فمن باب أولى أن يملكه محصلاً للعوض[١].

---

[١] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٤٧٧/٢. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٣٢/٦

[٢] السرخسي: المبسوط، ١٧٤/٢٤.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٤١/١٢.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٢٦٩/٧. ابن قدامة: الكافي، ٩٩/٣. البهوتي: كشاف القناع، ٢٥٢/٣. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٤٩.

[٥] ابن قدامة: المغني، ٢٧١/٧.

فروع على القاعدة:

منها: صحة خلع العبد والمكاتب والسفيه والصغير الذي يعقل الطلاق والذمي كما مر معنا سابقاً.

قاعدة رقم (٦).

كل من جاز أمره في ماله فنجيز خلعه ومن لم يجز أمره في ماله فنرد خلعه[٢].

معنى القاعدة:

الخلع إنهاء عقد الزواج في مقابل مال، ولما كان البدل مالاً، فيشترط فيمن يريد الخلع أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة في التصرف عامة والتبرع خاصة، فإن توفرت هذه الشروط صح الخلع ومن فقد شرطاً منها بطل الخلع وخاصة بالنسبة للمرأة التي ستدفع بدل الخلع.

فروع على القاعدة:

منها: يجوز الخلع من المرأة البالغة العاقلة الرشيدة حيث يجوز تصرفها بمالها، أما المرأة غير البالغة أو غير الرشيدة أو المحجور عليها أو المغلوب على عقلها أو الأمة فلا يقبل منها الخلع[٣].

ويستثنى من هذه القاعدة: الأمة حيث يجوز للسيد أو من يجوز أمره في مال نفسه الخلع عنها من ماله تطوعاً. وكذلك الأمة المدبرة وأم الولد يجوز الخلع منها بإذن السيد. وليس للأب أو السلطان المخالعة عن المغلوب على عقلها[٤].

قاعدة رقم (٧).

كل من جاز أن يكون وكيلاً بمال أو خصومة جاز أن يكون وكيلاً بالخلع[٥].

معنى القاعدة:

الخلع إنهاء عقد النكاح مقابل بدل، فهو أشبه بالمعاوضة والتصرف المالي، وكل من صح أن يكون كيلاً في المال أو الخصومة أمام القاضي وهو البالغ العاقل يصح أن يكون وكيلاً عن الزوج أو الزوجة في الخلع.

فروع على القاعدة:

منها: تصح الوكالة في المخالعة من الرجل والمرأة والحر والعبد المحجور عليه والرشيد والذمي ولا يجوز توكيل غير البالغ ولا المعتوه.

قاعدة رقم (٨).

الخلع طلاق فلا يطلق أحد عن أحد[٦].

---

(١) المرجع السابق، ٢٦٩/٧. ابن قدامة: الكافي، ٩٩/٣. البهوتي: كشاف القناع، ٢١٣/٥.
(٢) الشافعي: الأم، ٢١٣/٥.
(٣) المرجع السابق، ٢١٣/٥ و٢١٤.
(٤) المرجع السابق، ٢١٤/٥.
(٥) المرجع السابق، ٢١٩/٥ و٢٢٠ و٢٣٧/٣.
(٦) الشافعي: الأم، ٢١٤/٥ و٢١١.

معنى القاعدة:

الطلاق وسيلة لإنهاء الحياة الزوجية من قبل الزوج، فإذا أرادت المرأة الطلاق والخلاص من الحياة الزوجية فيجوز لها أن تطلب ذلك مقابل دفع بدل، على أن يتم برضا الزوج الذي يملك الطلاق أصلاً. والخلع حاله كحال الطلاق، فكما أنه لا يصح الطلاق من غير الزوج إلا بوكالة أو تفويض، فكذلك الخلع لا يصح إلا من الزوج والزوج إلا بوكالة أو تفويض.

وتشير هذه القاعدة أيضاً أن أثر الخلع وحكمه إذا وقع أنه طلاق وليس فسخاً. ويترتب عليه آثار الطلاق التي ذكرناها، وهو ما عليه الحنفية والمالكية والشّافعيّ في الجديد وهو الصحيح، والحنابلة في رواية عن أحمد، وهو مروي عن عثمان وعلي وابن مسعود وبه قال عطاء وشريح والشعبي وإبراهيم النخعي كما مر سابقا معنا.

فروع على القاعدة:

منها: الأب لا يطلق عن ولده فلا يخالع عنه، والسيد لا يطلق عن عبده فلا يخالع عنه. والولي لا يطلق عن الصغير والمعتوه والمحجور عليه فلا يخالع عنه. والسلطان لا يطلق عن الرجل من دون سبب فلا يخالع عنه[1].

قاعدة رقم (٩).

كل خلع تطليقة[2].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى أثر الخلع بأنه طلاق وليس بفسخ، وهو مذهب جمهور أهل العلم؛ الحنفيّة في المفتى به والمالكيّة والشّافعيّ في أحد قوليه والحنابلة في رواية عن أحمد، وهو مروي عن عثمان وعلي وابن مسعود وبه قال عطاء وشريح والشعبي وإبراهيم النخعي[3]. كما بينا ذلك سابقاً.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قلنا إن الخلع طلاق بائن فإنه ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج عليها، فإن كان قد طلقها واحدة، ثم خالعها ثم عقد بنكاح جديد عليها فإنها تعود إليه، وهو يملك عليها طلقة واحدة فقط، وإن لم يكن قد طلقها قبل الخلع بل خالعها ثم أعادها بعقد نكاح جديد فإنها تعود إليه، وهو يملك عليها تطليقتين؛ لان مخالعته لها قد اعتبرت تطليقة بائنة، انقصت الطلقات الثلاث التي كان يملكها واحدة فبقيت له عليها طلقتان فتعود إليه، وهو يملك عليها طلقتين.

وإن كان قد خالعها ثلاثاً أو كان الخلع أحد ثلاثة تطليقات، طلقت ثلاثاً، فتحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره[1].

---

[1] المرجع السابق، ٢١٤/٥.

[2] ابن أبي شيبة، المصنف، ما قالوا في الرجل إذا خلع امرأته كم يكون من الطلاق،١١٨/٤. برقم ١٠٥. عبد الرزاق: المصنف، باب الفداء بالشرط، ٤٩٣/٦ برقم ١١٨٠٠.

[3] الكاساني: بدائع الصنائع ١٥١/٣. ابن عابدين: رد المحتار، ٤٤٠/٣؛ ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢١٠/٤. عليش: شرح منح الجليل، ١٨٢/٢. ابن رشد: بداية المجتهد ١٤٠٦/٣، الشربيني: مغني المحتاج ٣٤٢/٣، الشافعي: الأم، ١٨١/٥؛ الرملي: نهاية المحتاج، ٤٠٥/٦. ابن قدامة: المغني ٢٧٤/١٠،؛ ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣١٦/٣٢.

ومنها: مما يتفرّع على كون الخلع طلاقاً أنّه: إن نوى بالخلع أكثر من تطليقة عند المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة وزفر يقع ما نواه[٢].

وعند الحنفيّة إن نوى ثلاث تطليقات فهي ثلاث، لأنّه بمنزلة ألفاظ الكناية، وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة عند غير زفر من الحنفيّة، لأنّ الخلع معناه الحرمة، وهي لا تحتمل التّعدّد لكنّ نيّة الثّلاث تدلّ على تغليظ الحرمة فتعتبر بينونةً كبرى[٣].

واختلف الشّافعيّة فيما إذا نوى بالخلع الطّلاق مع تفريعهم على أنّه فسخ هل يقع الطّلاق أو لا ؟ فيه وجهان[٤].

ومنها: يجوز إيقاع الخلع في الحيض على القول بأنه فسخ ولا يجوز إيقاعه في الحيض، على القول بأنه طلاق لأنه طلاق بدعي.

ومنها: الفرقة التي هي طلاق إذا كانت قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة توجب للزوجة إما نصف المهر أو المتعة، أما الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها فلا توجب لها أي شيء سواء كانت من جانب الزوج أو من جانب الزوجة[٥].

قاعدة رقم (١٠).

الخلع فسخ للنكاح[٦].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة عكس القاعدة السابقة، حيث تشير إلى أن الخلع إذا وقع فهو فسخ غير محسوب من الطلقات الثلاث، ولا يترتب عليه أثر الطلاق، وهو منقول عن ابن عباس وبه قال طاوس وعكرمة، وإسحاق بن راهويه وأبو ثور، وإليه ذهب الشّافعيّ في القديم والحنابلة في أشهر ما يروى عن أحمد كما حررناه سابقاً. وإن نوى به الطلاق فلا يقع طلاقاً، لأن اللفظ إذا كان صريحاً في باب ووجد نفاذاً فيه، فلا ينصرف إلى غيره إبقاء للصراحة، والفرقة بعوض صريحة في الخلع.

ومن فروع هذه القاعدة:

ما ذكرنا سابقاً أنه يجوز أن يقع الخلع في الحيض، وأن الخلع غير محسوب من الطلقات الثلاث، وليس على المختلعة عدة بل يكفيها الاستبراء بحيضة؛ لأن العدة لا تكون إلا من طلاق، إلا أن المشهور عن الإمام أحمد بن حنبل: أن عدة المختلعة ثلاث حيض رغم كون الخلع فسخاً[٧].

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٥١/٣؛ شلبي: محمد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري - بيروت الدار الجامعية ١٩٨٣، ص ٤٦٤.

(٢) الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٧٢/٢. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٥٢/٣. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٣٥/١. الشربيني: مغني المحتاج ٣٤٢/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٨٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٢١٧/٥.

(٣) السرخسي: المبسوط، ١٧١/٦، العيني: البناية على الهداية، ٦٥٨/٤، الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٨/٢.

(٤) النووي: روضة الطالبين، ٣٧٥/٧.

(٥) شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري - بيروت الدار الجامعية ١٩٨٣، ص ٤٦٤.

(٦) ابن الملقن: الأشباه والنظائر، ٥٧٤، الحصني: القواعد، ٢١٠/٤، ابن عبد الهادي: القواعد الكلية، ٩٤، السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٨٤. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٩١/٣٢ و١٠/٣٣ و١١٠/٣٢. البعلي: الاختيارات الفقهية، ٢٥٢. ابن القيم: زاد المعاد، ١٩٢/٢.

(٧) ابن قدامة: المغني، ٢٥١/٧؛ شلبي: أحكام الأسرة ٤٦٤؛ الزيباري: أحكام الخلع، ٢٤٠.

كما أنه لا يثبت بالخلع حق الرجعة للزوج، لأن الرجعة من آثار الطلاق، والخلع فسخ للنكاح.

قاعدة رقم (١١).

الفعل هل يقوم مقام القول[١].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بالأسباب الموجبة لأحكامها من حيث إنها تنقسم إلى قسمين: أسباب قولية وأسباب فعلية.

فالأسباب القولية: كالإيجاب والقبول في العقود، والإباحة القولية والإذن اللفظي وغير ذلك.

وأما الأسباب الفعلية: فمنها ما يقوم مقام القول.

فتشير هذه القاعدة إلى أن قيام الفعل مقام القول محل خلاف.

فروع على القاعدة:

منها: الخلع بالمعاطاة دون تلفظ من الزوجين، فهل يقع الخلع أم لا، خلاف بين الفقهاء قد تقدم أقوال أهل العلم في ذلك.

قاعدة رقم (١٢).

البينونة في الخلع هل هي شرع لا حق للزوجين فيها أو هي من حقهما؟.

وفي لفظ آخر:

- المشهور أن البينونة في الخلع لا حق للزوجين فيها.
- والشاذ: أن البينونة في الخلع ليست بشرع وإنما هي حق الزوجين[٢].

فروع على القاعدة:

منها: إن بذلت الزوجة العوض فخالعها وشرط الرجعة ففيها روايتان:

أحدهما ثبوتها والأخرى سقوطها وعلل اللخمي القولين بأن البينونة هل هي شرع لا حق للزوجين فيها، أو هي من حقهما، فالمشهور هي شرع، لأن الطلاق وقع بعوض، والشاذ يقول ليست بشرع فيوفي لهما بشروطهما، ويصرف العوض إلى نقص ما جعل إليه فيها من عدد الطلاق لا البينونة[٣].

قاعدة رقم (١٣).

ما ثبت بالشرع أولى مما ثبت بالشرط[٤].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- ما ثبت بالشرع أولى مما يثبت بالشرط[٥].

---

[١] الحصني: القواعد، ١١٧/٢.

[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٤٧/٤

[٣] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٤٧/٤، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ٨٧١/٢

[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٤٧/٤.

[٥] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ١٤٩/١ – السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٤٩.

- ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط[١].

معنى القواعد:

ما أثبته الشرع يجب تقديمه على غيره؛ لأن الاصل أن الأحكام هي للشرع ومنه لا لغيره، ولأن ما يثبته الشرع حق ومصلحة، وما يثبته العبد لنفسه أو لغيره إما موافق لما أثبته الشرع فهو مقبول، وإما مخالف لما أثبته الشرع فهو مرفوض ومردود لما فيه من المفسدة.

فروع على القاعدة:

منها: خالعها على أن لا عدة، وحصلت البينونة بالعوض الشرعي وجب ثبوت العدة لها، لأن ما ثبت بالشرع أولى مما ثبت بالشرط[٢].

ومنها: إذا قال الرجل لامرأته: طلقتك بألف على أن لي الرجعة. يسقط قوله بألف ويقع رجعياً، لأن المال ثبت بالشرط والرجعة ثبتت بالشرع، فكانت أقوى، ولأنه لو قدمنا الشرط لكان خلعاً لا حق له في رجعتها، ولكنه اشترط على أنه له الرجعة الثابتة بطريق الشرع[٣].

قاعدة رقم (١٤).

إسقاط ما هو حق الشرع باطل[٤].

معنى القاعدة:

تدل هذه القاعدة على أن ما كان حقاً لله سبحانه وتعالى لا يجوز إسقاطه ولا العفو عنه من العباد لأن العباد لا يملكون حق إسقاط ما هو حق لله تعالى.

فروع على القاعدة:

منها: السكنى للمطلقة والمخالعة حق للشرع، فلا يجوز للزوج إسقاطه باشتراطه على المخالعة أو المطلقة بعدم السكنى[٥].

قاعدة رقم (١٥).

الإرادة التي لا تطابق مقصود الشارع غير معتبرة[٦].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- كل ما خالف قصد الشارع فهو باطل.
- من ابتغى في تكاليف الشريعة مالم تشرع له فعمله باطل.

معنى القواعد:

---

[١] الزركشي: المنثور في القواعد،١٣٤/٣ – السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٤٩.
[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٣٤٧/٤.
[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٧٣/٩.
[٤] السرخسي: المبسوط ٢٠٣/٥. البورنو: موسوعة القواعد ٣٩٥/١
[٥] الزحيلي: القواعد الفقهية، ٧٤٦/٢.
[٦] الشاطبي: الموافقات، ٢٢٧/٢. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٧٨٩/٢.

الإرادة هي طلب فعل الشيء والسعي في حصوله، والمراد بها هنا هو نفس المعنى للنية والقصد.
ومقاصد الشريعة هي تحقيق مصالح العباد، ودفع المفاسد عنهم، والمؤمن يتحرك في الحياة بحسب الأوامر الإلهية لتحقيق المقاصد الشرعية، ولذلك يجب أن يقصد بفعله مراعاة مقاصد الشارع، وأن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الشارع في التشريع، وأن يتجنب ما يناقض ويضاد المقاصد الشرعية، فإن قصد بفعله ذلك كانت أعماله باطلة، فلا يتوصل بها إلى مقصود محرم، وهذه القاعدة فرع من قاعدة: (الأعمال بالنيات).

فروع على القاعدة:

من خالع بقصد أن تنحل يمينه بالطلاق، لا يكون خلعه صحيحاً بل باطلاً، لأن الشارع جعل الخلع موجباً للبينونة، ليحصل مقصود المرأة من الافتداء من زوجها، بأن تفارقه على وجه لا يكون له عليها سبيل، فإذا خالع ليفعل المحلوف عليه، لم يكن قصدهما البينونة، بل حل اليمين، وحل اليمين إنما جاء تبعاً لحصول البينونة لا مقصوداً به، فتصير البينونة لأجل حل اليمين، وجل اليمين لأجل البينونة، فلا يصير واحد منهما مقصوداً، فلا يشرع، لأنه تصرف ليس بمقصود في نفسه، ولا مقصوداً لما هو مقصود في نفسه من الشارع، فيكون عبثاً وباطلاً[1].

ومنها: من نكح بقصد تحليل المرأة لمطلقها ثلاثاً، فنكاحه باطل، لأنه لم يقصد النكاح الذي قصد الشارع من الألفة والسكن والمودة والرحمة والدوام والاستمرار، وإنما قصد أثر زوال النكاح وهو الحل للمطلق، فلا تتفق إرادة الشارع والمحلل على واحد من الأمرين، والإرادة التي لا تطابق مقصود الشارع باطلة.

قاعدة رقم (١٦).

اشتراط ما يوجب الحكم خلافه مما لا يقتضي فسادا هل يعتبر أم لا ؟[2].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة بمعنى القواعد السابقة، وهي تدل على أن اشتراط ما يوجب الشرع خلافه وكان مما لا يقتضي فساد المعاملة فهل يعتبر ذلك الاشتراط أو لا يعتبر ويكون الحكم بما أوجبه الشرع ؟ خلاف.

فروع على القاعدة:

منها: الأصل في الخلع بينونة المرأة لأنها ما دفعت المال إلا للخلاص من الزوج ولتملك نفسها فإذا اشترط الزوج في الخلع الرجعة أي أن يكون له حق الرجعة وهذا شأن الطلاق الرجعي فهل يعتبر هذا الشرط أو لا يعتبر ويكون الطلاق بائناً لأنه طلاق بعوض ؟ خلاف.

قاعدة رقم (١٧).

أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوَّض[3].

هذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في باب الخلع.

---

[1] الزحيلي: القواعد الفقهية، ٧٩٠/٢.
[2] الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ق ٧٥. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٤٠٧/١.
[3] قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٨. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ١٨٤/١

معنى القاعدة:

تدل هذا القاعدة على أن العوض لما كان مقارناً للمعوض بحيث لا يعتبر بينهما تقدم وتأخر كان ثبوته معه من باب المقابلة فيثبت كل جزء من المعوض في مقابلة جزء من العوض، ويمتنع تقدم أحدهما على الآخر. هذا عند أبي يوسف ومحمد خلافاً حنيفة رحمه الله.

فروع القاعدة:

إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة يجب ثلث الألف عندهما ويكون الطلاق بائناً –لأنه خلع– وعند أبي حنيفة رحمه الله لا شيء عليها ويكون الطلاق رجعياً وسبب الاختلاف: أن كلمة – على– عند أبي حنيفة تدل على الشرط وهو لم يف بالشرط.

وأما عندهما فعلى بمعنى باء المقابلة كأنها قالت: طلقني ثلاثاً مقابل ألف والطلاق على المال معاوضة من جانب المرأة.

وإن قالت له: (طلقني ثلاثاً بألف) فطلقها واحدة، فعليها ثلث الألف؛ لأن حرف الباء يَصْحَب الأعواض، والعوض ينقسم على المعوض، فهي لما طلبت الثلاث بألف، فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف. والطلاق بائن لوجوب المال.

أما لو قالت: (طلقني ثلاثاً على ألف) فطلقها واحدة، فلا شيء عليها عند أبي حنيفة، وتقع طلقة رجعية؛ لأن كلمة (على) للشرط، والمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط، بخلاف الباء، لأنه للعوض، وهذا هو الصحيح عند الحنفية. وقال الصاحبان والشافعية[1]: عليها ثلث الألف، وتقع طلقة بائنة؛ لأن كلمة (على) بمنزلة الباء في المعاوضات.

ولو قال الزوج لزوجته: (طلقي نفسك ثلاثاً بألف، أو على ألف) فطلقت نفسها واحدة، لم يقع عليها شيء؛ لأن الزوج مارضي بالبينونة إلا لتسلم له الألف كلها. وذلك بخلاف الحالة السابقة: (طلقني ثلاثاً بألف)؛ لأنها لما رضيت بالبينونة بألف، كانت ببعضها أرضى[2].

قاعدة رقم (١٨).

التابع تابع[3].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- التابع يثبت له حكم أصله.
- ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الأصل.

التابع: هو ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده تابع لوجود غيره.

التبع: هو التابع.

---

[1] الشيرازي: المهذب، ٧٥/٢.

[2] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٠٧/٣.

[3] الحصني: القواعد، ق ٥٤٤/٢. الونشريسي: إيضاح المسالك، ٥٢. ابن رجب: القواعد، ق ٨٤. السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٧٧. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٢٠. مجلة الأحكام العدلية، م٤٧. الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ٦٣٩. ابن قدامة: المغني، ٤٣٠/٤. الشاطبي: الموافقات ١٠٨/٣. السرخسي: المبسوط،١٣٦/٢٦.

معنى القواعد:

مفاد هذه القواعد إن ما كان تابعاً لغيره في الوجود سواء كان جزءاً من متبوعه أو من ضرورات متبوعه ولوازمه أو فرعا له، أنه لا حكم له منفرداً، بل إن الحكم الذي يثبت لأصله يثبت له فإذا ثبت لأصله حكم بالإيجاب أو التحريم أو الندب أو الكراهة أو الإباحة فإن هذا الحكم يثبت له أيضاً.

ويستثنى من هذه القاعدة: إذا ادعى الزوج الخلع على مال وأنكرت المرأة المال بانت منه ولم يثبت المال الذي هو الاصل في الخلع، وثبتت البينونة التي هي فرع عن المال.

قاعدة رقم (١٩).

قد يثبت الفرع دون الأصل[١].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- قد يثبت الفرع مع سقوط أو عدم ثبوت الأصل أو وإن لم يثبت الأصل[٢].
- قد يثبت تبعاً مالا يثبت مقصوداً.
- قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل.
- الأصل أنه قد يثبت الشيء تبعاً وحكماً وإن كان يبطل مقصوداً.

معنى القاعدة:

هذه القواعد قد تبدو غريبة، غير معقولة المعنى في باديء الأمر، لأنها تنافي السنن الطبيعية، ولكن الأمر الحقيقية تؤثر فيها عوامل تختلف عن العوامل الطبيعية، فهذه القاعدة تعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء، ولا تبحث عن نشوئها في الواقع.

ومفادها: أن الفرع الذي الأصل فيه أن يتبع أصله في ثبوته وزواله وحكمه، أنه قد يثبت مع سقوط وزوال أصله، لأنه لا تلازم بين الأصل والفرع في الوجود، وقد يوجد الأصل بدون الفرع، كالمدين إذا لم يكن له كفيل مثلاً، وقد يوجد فرع بدون أصل كما سيأتي في مثال هذه القاعدة.

وكما أنه لا تلازم بين الأصل والفرع في الوجود، فلا تلازم بينهما أيضاً في السقوط بعد الوجود، لأن عدم سقوط الأصل بسقوط الفرع فذلك أمر ظاهر، إذ لا يلزم إبراء كفيل المال والنفس مثلاً براءة الأصيل. وأما عدم سقوط الفرع بسقوط الأصل فهو كالفرع المستثنى من القاعدة الأخرى (إذا سقط الأصل سقط الفرع) وقاعدة: (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه).

وتعتبر هذه القاعدة استثناء من قاعدة التابع تابع والقاعدة القائلة التابع يسقط بسقوط المتبوع أو الفرع يسقط إذا سقط الأصل.

---

[١] مجلة الأحكام العدلية مادة ٨١. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٤١١، اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ٦٠.

[٢] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٢١. المجددي: قواعد الفقه ٩٨ السيوطي: الأشباه والنظائر، ١١٩. مجلة الأحكام العدلية، ٨١.

وأكثر استعمالات هذه القاعدة أمام القضاء؛ لأن فيها تعبيراً عن إثبات الحقوق ولا تبحث عن نشوئها في الواقع لأن وجود الفرع في الواقع يستلزم وجود أصله الذي تفرع عليه، ولكن إثبات المسؤوليات الحقوقية على الأشخاص قد تفقد وسائل إثباتها في حق الأصل وتتوافر في حق الفرع.

فروع على القاعدة:

إذا ادعى الزوج أنه قد خالع زوجته على مبلغ محدد ولكن المرأة أنكرت، بانت منه بإقراره بالخلع ولم يثبت المال الذي هو الأصل في الخلع وثبتت البينونة التي هي فرع عن المال بإقرار الزوج واعترافه بالخلع[١].

قاعدة رقم (٢٠).

كل خلع وقع بصفقة فيها حلال وحرام، كان الخلع جائزاً ورد من الحرام[٢].

وفي لفظ آخر:

- كل ما وقع عليه الخلع، فإن كان يصلح أن يكون مبيعاً أو مستأجراً، فالخلع به جائز، وإن كان لا يصلح أن يكون مبيعاً فهو مردود[٣].

معنى القواعد:

الخلع إنهاء العقد الزوجي مقابل بدل، وهذا البدل من جنس الصداق والمهر ويصح بكل ما صح أن يكون مبيعاً من الأعيان والمنافع، أو يكون مستأجراً من العين والمنفعة والعمل وإلا فلا يصح بدل الخلع.

فروع على القاعدة:

منها: لا يصح أن يكون بدل الخلع الخمر والخنزير والجنين والعبد الآبق والطائر في السماء والحوت في البحر وكذلك لا يجوز الخلع على عبد غيره أو دار غيره التي لا يملكها. فإذا كان كذلك وقع الخلع وبطل البدل. ويصح الخلع على ما استحق والخلع على براءة الزوجة من المسكن والخلع على إجارة إرضاع ابنها[٤].

قاعدة رقم (٢١).

لا تفسد المعاوضة بفساد العوض[٥].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة قريبة المعنى من التي قبلها؛ فإن العوض إذا كان فاسداً كأن يظهر أنه من الحرام أو يتلف ويخرج من يد صاحبه كل ذلك لا يؤثر على العقد ولا تفسد به صفقة المعاوضة لأن هذا الفساد يمكن اجتنابه بالعدول إلى عوض آخر أو قيمته.

فروع على القاعدة:

---

[١] الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٤١١. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٤٥٤/١. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٥٤/٧.
[٢] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢٣٦/٢. زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٦٢٣/٢. قاعدة: ١٤١.
[٣] الشافعي: الأم، ٢١٢/٥.
[٤] الشافعي: الأم، ٢١٥/٥.
[٥] ابن قدامة: المغني ٢٦٠/٧ و٤٦٤.

منها: إذا خالع امرأته على عوض يظنه مالاً فبان غير مال كأن يخالعها على عبد بعينه أو مغصوباً فإن الخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم –كما بينا سابقاً– لإمكان الرجوع عليها بقيمة أو مثله إن كان مثلياً وبهذا قال أبو ثور وأحمد وصاحبا أبي حنيفة، وقال أبو حنيفة يرجع بالمسمى، وقال الشافعي يرجع بمهر المثل[١].

قاعدة رقم (٢٢).

العادة محكمة.

العادة لغة: مأخوذ من العود وهي الدربة والتمادي في شيء حتى يصير له سجية[٢].

واصطلاحاً: هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة أخرى[٣]، أو هي: غلبة معنى من المعاني على الناس[٤].

فروع على القاعدة:

منها: لو جرى الخلع بلا ذكر مال فهل ينزل مطلقه على استحقاق المال حتى يجب مهر المثل؟ وجهان أصحهما الوجوب لاقتضاء العرف ذلك[٥].

المبحث الثاني

موقف القانون من الخلع وتطبيقات الاجتهادات القضائية

القانون السوري:

أخذ القانون السوري برأي المالكية والشافعية، فأجاز لكل من الزوجين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل قبول الآخر، نصت المادة ٩٦ على أنه: (لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر).

شروط الخلع في القانون السوري:

نصت المادة (٩٥) من هذا القانون على أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والزوجة محلاً للطلاق:

١ – يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له.

٢– المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال. وهذه الفقرة الثانية هي من مذهب المالكية.

ونصت المادة (٩٦) على صفة الخلع أخذاً بمذهبي المالكية والشافعية في كون الخلع معاوضة:

«لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر» .

---

[١] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٠٧/٣. البناية شرح الهداية، ٦٦٩/٤. الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٩/٢. ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٣٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٨/٢. حاشية الخرشي، ١٣/٤. الشربيني: مغني المحتاج ٣٣٦/٣. ابن قدامة: المغني٢٦١/٧.

[٢] ابن فارس: معجم مقاييس اللغة ١٨١/٤ -١٨٢.

[٣] الجرجاني: التعريفات ١٤٩

[٤] القرافي: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول ٤٤٨.

[٥] صححه الغزالي والروياني والنووي في المنهاج، النووي: روضة الطالبين ٣٧٦/٧، منهاج الطالبين ١٠٥.

ونصت المادة (٩٧) على بدل الخلع: وهو كل ما جاز أن يكون مهراً بالاتفاق:
«كل ما صح التزامه شرعاً، صلح أن يكون بدلاً في الخلع».
ونصت المادة (١٠٠) على حالة الخلع من غير بدل أخذاً بمذهبي المالكية والحنابلة:
«إذا صرح المتخالعان بنفي البدل، كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض، وقع بها طلقة رجعية».

موقف القانون السوري من الخلع على المنافع أو الحقوق:

نصت المادة (١٠٢) على إعفاء الزوج من أجرة الرضاع كما بينت عند الفقهاء:
١-إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة رضاع الولد، أو اشترط إمساكها له مدة معلومة، وإنفاقها عليه، فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت أو مات الولد، يرجع الزوج بما يعادل أجرة رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية.
٢-إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة، أو أعسرت فيما بعد، يجبر الأب على نفقة الولد، وتكون ديناً له على الأم.
ونصت المادة (١٠٣) على عدم سقوط حق الحضانة بالخلع عملاً بمذهب الحنفية:
إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة، صحت المخالعة، وبطل الشرط، وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه، ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانته إن كان فقيراً.
ونصت المادة (١٠١) على عدم إسقاط نفقة العدة إلا بالنص الصريح في الخلع:
نفقة العدة لا تسقط، ولا يبرأ الزوج المخالع منها إلا إذا نص عليها صراحة في عقد الخالعة.
ونصت المادة (١٠٤) على عدم التقاص بين نفقة الولد ودين الأب:
لا يجري التقاص بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على حاضنته.

آثار الخلع في القانون:

أخذ القانون السوري بمذهب أبي حنيفة في أن الخلع يسقط حقوق كل من الزوج والزوجة تجاه الآخر من مهر ونفقة زوجية، حتى ولو لم يتفق الزوجان على بدل، وذلك في المادتين التاليتين:
م ٩٨: إذا كانت المخالعة على مال غير المهر، لزم أداؤه، وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق بالمهر والنفقة الزوجية.
م ٩٩: إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة، برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية.

القانون المصري:

نصت المادة ٢٠ من القانون المصري رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وهو القانون الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على ما يلي:
(للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه، وافتدت نفسها، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وردت عليه الصداق، الذي أعطاها لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه، ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وعلى الوجه المبين بالفقرة

الثانية من المادة ١٨[١] والفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٩ من هذا القانون[٢]، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض أو أي حق من حقوقهم، ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن).

والذي يهمنا في هذه المادة ما يلي:

١-أنها نصّت على جواز الخلع بالتراضي بين الزوجين، وهذا ما يشهد به النص القرآني وتشهد به الأحاديث النبوية.

٢-أنها نصت بصراحة على أن الزوجة إذا طلبت الخلع ولم يرض الزوج فإن القاضي يحكم لها بالخلع، وهذا خلاف ما عليه جمهور الفقهاء أصحاب المذاهب الذين يشترطون رضا الزوج.

٣-أن الخلع الذي يحكم به القاضي يكون طلاقاً بائناً، ولا يكون فسخاً، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء.

٤-أن القاضي لا يحكم بالخلع إلا بعد محاولة الإصلاح وتعيين حكمين للقيام بهذه المهمة ضمن مدة محددة بثلاثة أشهر.

٥-يشترط للحكم بالمخالعة أن تفصح الزوجة عن بغضها لزوجها وعدم قدرتها على الاستمرار في الحياة الزوجية وأنها تخشى أن لا تقيم حدود الله إذا بقيت مع زوجها.

أما باقي أحكام الخلع فلا يوجد في مصر نصوص صريحة فيها سوى ما جاء في المادة الخامسة: أن الطلاق نظير عوض طلاق بائن.

ولهذا كان لا مناص من الرجوع إلى المذهب الحنفي حسبما في المادة ٢٨٠ من القانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠[٣].

هذا ومن الجدير بالذكر أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ اعتبر دين النفقة ديناً صحيحاً في ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق مع وجوبها، وأنه لا يسقط إلا: بالأداء أو الإبراء. وعلى ذلك فليس يسقط دين النفقة بالخلع على ما عليه في مصر.

القانون الأردني:

تعرض قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر سنة ١٩٧٦ لأحكام الخلع في الفصل الحادي عشر من المادة ١٠٢ إلى المادة ١١٢، لكنه لم يتناول في تلك المواد حالة امتناع الزوج عن المخالعة وعدم رضاه

---

[١] تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح-مع علمه بها- بغير عذر مقبول رافضاً له. وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً. [بحث: مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع إذا لم يوافق الزوج عليه للدكتور ماجد أبو رخية-مجلة الحق-العدد العاشر- صفر١٤٢٦ -مارس٢٠٠٥ -ص ٤٣].

[٢] نص المادة (١٩) في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله-قدر الإمكان- في الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه. وعلى المحكمة المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معاً. فإن اختلف أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

[٣] وفي مجموعة الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية نصوص كثيرة في الخلع مأخوذة من المذهب الحنفي ويمكن الرجوع إليها وإن لم يكن لها صفة رسمية وهي من المادة ٢٧٣ إلى المادة ٢٩٧.

بما تطلبه الزوجة، وهل للقاضي أن يحكم بالخلع في مثل هذه الحالة أم لا؟ وبقي الأمر على هذه الحال إلى أن عدل هذا القانون بالقانون المعدل المؤقت رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١ حيث نصت الفقرة ب من المادة السادسة على ما يلي:

(للزوجة قبل الدخول أو الخلوة أن تطلب إلى القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا استعدت لإعادة ما استلمته من مهرها وما تكلف به الزوج من نفقات الزواج، وللزوج الخيار بين أخذها عيناً أو نقداً، وإذا امتنع الزوج عن تطليقها يحكم القاضي بفسخ العقد بعد ضمان إعادة المهر والنفقات).

كما نصت الفقرة ج من المادة نفسها على ما يلي:

(للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع مبينة بإقرار صريح منها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى أن لا تيم حدود الله بسبب هذا البغض وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية، وخالعت زوجها وردت عليه الصداق الذي استلمته منه حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً، فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائناً).

ويلاحظ على القانون الأردني المعدّل المؤقت رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١ ما يلي:

١-أنه أخذ بمبدأ الخلع الإلزامي عن طريق القضاء إذا امتنع عنه الزوج ولم يرض به وهذا ما أخذ به القانون المصري.

٢-أنه فرق بين طلب الزوجة الخلع قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة حيث اعتبر الحكم الصادر عن القاضي بناء عليه فسخاً، وبين طلب الخلع من الزوجة بعد الدخول حيث اعتبر الحكم الصادر من القاضي بناء على طلب الزوجة طلاقاً بائناً. وهذا التفريق لم يقل به القانون المصري.

٣-إن القانون بين أن الخلع يقع ابتداء بالتراضي بين الزوجين، فإن لم يحصل التراضي وصرحت المرأة ببغضها لزوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية فإن المحكمة تلجأ إلى محاولة الإصلاح ومن ثم إلى التحكيم على أن لا تتجاوز مساعي الصلح مدة ثلاثين يوماً. وهذا خلاف ما عليه القانون المصري الذي نص على أن أقصى مدة مساعي الصلح ثلاثة أشهر.

ويلاحظ أن القدر المشترك بين القانونين المصري والأردني هو الأخذ بمبدأ إلزامية الخلع عن طريق القضاء خلافاً لما عليه المذاهب الفقهية، وأنه لا يكون إلا بعد محاولة الصلح وتقريب وجهات النظر بين الزوجين، والاستعانة بالحكمين على خلاف في مدة مساعي الصلح والتحكيم.

هذا ولم ينص قانون الأحوال الشخصية الأردني على تحديد بدل الخلع بمقدار المهر المقدم، وإنما أطلقه وجعله بكل ما تراضيا عليه كماً ونوعاً:

جاء في المادة ١٠٤: كل ما صح التزامه شرعاً صح أن يكون بدلاً في الخلع ويكون القانون بذلك قد أجاز ضمناً الزيادة على مقدار المهر المسمى، وهو خلاف ما نراه.

القانون الإماراتي:

جاء تعريف الخلع في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في الفقرة الأولى من المادة ١١٠ ما يلي:

١-الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها.

٢-يصح في مسمى بدل الخلع ما تصح تسميته في المهر، ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم.

٣-إذا لم يصح البذل في الخلع وقع الخلع واستحق الزوج المهر المسمى.

٤-الخلع فسخ.

كما نصت المادة ١٢٣ على ما يلي: (إذا طلبت الزوجة الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة، وأودعت ما قبضته من مهر وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج، وامتنع الزوج عن ذلك، وعجز القاضي عن الإصلاح حكم بالتفريق خلعاً).

ويلاحظ على ما ورد في المادة ١١٠ أن القانون ذهب إلى أن فرقة الخلع رضائية وليست إلزامية، وما ورد في الحديث من أمره صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس بمخالعة زوجته وهو ندب وإرشاد، وليس أمر وجوب، فلا يجبر الزوج على مخالعة زوجته دون رضاه لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، وهذا أولى مما ذهب إليه القانون المصري والقانون الأردني من جعلها إلزامية إذا طلبته المرأة.

لكنه لم يتعرض للحالة التي تطلب فيها الزوجة الخلع وهل للقاضي إيقاعه دون رضا الزوج أم لا؟.

وسكوته عن هذه الحالة يعني أنه ذهب إلى اشتراط رضا الزوج في الخلع وأنه لا يصح بدون رضاه فيما لو طلبت به المرأة.

أما المادة ١٢٣ فقد بينت أن القاضي يوقع قبل الدخول والخلوة الصحيحة الخلع على الزوج إذا امتنع عن إجابة زوجته التي طلبت منه الطلاق وأعادت إليه ما أخذته منه من مهر وهدايا. وهذا يعني أن القانون أخذ بمبدأ إلزامية الخلع من قبل القاضي في مثل هذه الحالة.

فالقانون الإماراتي إذن قد استثنى في الفقرة الخامسة من المادة المذكورة، حالة ما إذا كان الزوج يرفض الخلع الذي طلبته الزوجة تعنتاً ومضارة للزوجة وخيف ألا يقيما حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب.

فإذا استمرت العلاقة بينهما بالرغم من عدم رغبتها، وتنافر طبيعتها ونفسيتها فيترك الأمر إلى القاضي في تقرير الخلع بينهما بحكم يصدره ويحدد فيه البدل المناسب.

استثناء من أحكام البند (١) من هذه المادة إذا كان الرفض من جانب الزوج متعنتاً، وخيف ألا يقيما حدود الله حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب.

وقد أخذ قانون الأحوال الإماراتي برواية أن الخلع فسخ.

تطبيقات الاجتهادات القضائية

سوريا:

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (إن التفريق على مال هو المخالعة بذاتها)[١].

ومثله ما ذهبت إليه محكمة النقض السورية في قرارها رقم ٢٣٦ تاريخ ١٩٦٠/٩/٢١ حيث قالت: (إذا كان الطلاق مقابل مال كان ذلك مخالعة).

وجاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (إذا خلع الزوج زوجته ولم تكن حاضرة أو كانت حاضرة ولم تقبل هذا الخلع، يعتبر طلاقاً مجانياً منذ إيقاعه، ويبقى من حق الزوجة المطالبة بحقوقها الزوجية)[٢].

(الخلع غير المخالعة فينفرد به الزوج ويقع به طلقة رجعية)[٣].

(المخالعة بالنسبة للزوجة من عقود المعاوضة، لأن الزوجة بإيجابها فيه تفتدي نفسها بمال، ولذلك يحق لها أن ترجع عنها مالم تقبل، أما بالنسبة للزوج فهي يمين طلاق لأنه تعليق طلاق على حال)[٤].

(إن اجتهاد محكمة النقض مستقر على أن المخالعة لا تتم إلا بتبادل صيغة الإيجاب والقبول، وحيث أنه كان على المحكمة أن تتثبت من تبادل ألفاظ الإيجاب والقبول بين الطرفين وبدليل مقبول ولا تكتفي بوجود الكتابة والتوقيع عليها)[٥].

(إن المخالعة عقد ثنائي الطرف، ويجب فيه أن يتم الإيجاب والقبول في مجلس واحد وأن يتبادل الطرفان ألفاظ المخالعة، ولا يكفي فيها الكتابة والتوقيع فقط)[٦].

(إذا تعهدت الزوجة بإعالة زوجها الذي خلعها عن عصمته لقاء هذا الخلع، وبدفع تعويض له معين المقدار في حال الامتناع، ثم استحال تنفيذ الإعالة بسبب وفاة الزوجة، فإن الشرط الجزائي بالتعويض يصبح مستحقاً)[٧].

(إذا خالعت المرأة زوجها على نفقة ولدها، وكانت معسرة، وطالبت بها، يجبر عليها، وتكون ديناً في ذمتها يرجع به عليها إذا أيسرت)[٨].

(إن شرط تحديد نفقة الولد الوارد في صك المخالعة يبقى قائماً ما دامت المطلقة قادرة على الانفاق على الولد)[٩].

(إن كل طلاق على بدل يقع بائناً لا رجعياً، والفارق بين الطلاقين قائم على حرمة إعادة الحياة الزوجية بين الزوجين في الطلاق البائن بمجرد المراجعة خلال العدة، ولا تعود الزوجية بين الطرفين في الطلاق البائن بينونة صغرى إلا بعد إجراء عقد جديد بمهر جديد)[١٠].

---

[١] المباديء القانونية لمحكمة النقض عن مجلة القانون ١٩٥٤ عدد٦ ص ٥٦٠- قرار١٨٠-١٩٥٤/٤/٢٩.
[٢] مجلة القانون –فهرس ١٩٧٨- شرعي٥٥٦/٥٤٤-١٩٧٨/٨/٢٦.
[٣] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٠ ص ١٤٦- قرار٧٥/٦٧-١٩٧٠/٢/٢٥.
[٤] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٢ ص ٢٧٩- قرار١٣٠/٤٤/-١٩٧٢/٦/٢٧.
[٥] مجلة المحامون ١٩٩٨ ق ١٨ شرعي.
[٦] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٦ ص ٤٦٢- قرار٣٨٨-١٩٧٦/٤/٢١.
[٧] مجلة القانون ١٩٥٩-العدد ١٠-ص ٦٢٨- قرار ٤٨١-١٩٥٩/٢٠.
[٨] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٣ ص ٤١- قرار٣٤٤/٣٤٢-١٩٦٣/١٠/٦.
[٩] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٧ ص ٦٩٢- قرار٢٣٢-١٩٦٧/٥/٢٤.
[١٠] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٦ ص ٧٠٧٥- قرار٤٢٨/٤٥٣-١٩٧٦/٤/٢٩.

(أن مبلغ المخالعة يستحق بتاريخ تثبيت المخالعة بين الطرفين قانونا وفعليا وهو تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية)[١].

(لا تتم المخالعة إلا بالإيجاب والقبول. ومجرد الاتفاق على إجرائها أو الشروع بدفع البدل قبل اقتران الإيجاب بالقبول لا ينتج عنه شيء من آثارها الشرعية ولا عبرة لعرف المنطقة إذا صادم النص)[٢].

(نقص أهلية أحد طرفي عقد المخالعة يوجب بطلانه)[٣].

(مخالعة الصغيرة نفسها مع زوجها لا تسقط مهرها)[٤].

(الطلاق على بدل أو مخالعة مقابل الحقوق الزوجية بائن، ولا تطلق الزوجة بعده من جديد)[٥].

مصر:

جاء في حكم لمحكمة الجمالية الشرقية بمصر: (المنصوص عليه شرعاً أن المرأة إذا اختلعت من زوجها برضاع ولدها الذي هي حامل به إلى سنتين جاز وعليها إذا مات أو لم يكن ثمة في بطنها ولد أو ماتت هي قيمة الرضاع وأجرة رضاع سنة إذا مات بعد سنة من تاريخ ولادته إلا غذا استثنت حالة الموت عند اشتراط ذلك فلا تضمن)[٦].

وجاء في حكم لمحكمة القاهرة بتاريخ ١٩٥٦/٣/١٨: (إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل، إذ أن الأم تكون أحق بالولد لحق الولد فإن كون الولد عندها أنفع له.. وإذا ثبت أن هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط)[٧].

وجاء في حكم لمحكمة منفلوط الشرعية بمصر أن الطلاق على البراءة يقع بائناً لأنه طلاق بعوض[٨] .

أما إذا ادعى الزوج البراءة ولم يثبتها فهل يقع الخلع رجعياً أم بائناً، اختلفت اجتهادات القضاء في مصر.

ففي حكم لمحكمة أبو قرقاص الشرعية: يعتبر الطلاق بائناً متى ادعى الزوج حصوله على البراءة ولو لم يثبتها[٩].

وفي حكم لمحكمة الفشن الشرعية: ادعاء الزوج الطلاق مقابل البراءة مع عدم ثبوتها يجعله رجعياً[١٠].

وقد جاء في حكم لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية بتاريخ:١٩٤٢/١٠/٢٦ أنه: (يجوز أن يكون بدل الخلع نفقة الزوجة على زوجها أو نفقة ولدها الصغير أو أجرة حضانته على أن تكون المدة معلومة)[١١].

---

[١] مجلة المحامون ١٩٩٨ ق ٧٣ شرعي.
[٢] الغرفة الشرعية قرار ٧٢٩ تاريخ ٢٠٠٠/٤/٢٤ أساس ٨٣٢ مجلة المحامون العددان ٣ - ٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٢٦٤
[٣] الغرفة الشرعية قرار٢٨١٧ تاريخ ٢٠٠٠/١٢/٢١ أساس ٣٧٤٣ مجلة المحامون العددان ٣-٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٣٢٤
[٤] الغرفة الشرعية قرار ١٣٦٠ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٦ أساس ١٠٧٤ مجلة المحامون العددان ٣-٤ لعام ٢٠٠٢ صفحة ٢٨٥
[٥] المبادىء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٥ ص ١٦٥- قرار٦٤/٤٥-١٩٦٥/٢/٢٨.
[٦] مجلة المحاماة الشرعية س ١٠ ع ٢٠٤ نوفمبر ١٩٣٣.
[٧] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٥٨٤/٢.
[٨] ١٩٤٩/٣/١٧ المحاماة الشرعية ٩/٨.
[٩] ٢٩ شوال ١٣٥٢ هـ ١٩٣٤/٢/١٤ المحاماة س ٢ ص ١٧٣.
[١٠] ٢١ صفر ١٣٥٠هـ ١٩٣١/٧/٧. المحاماة الشرعية العدد ١٠.
[١١] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٥٨٥/٢.

الباب الخامس

التفريق القضائي

والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الفصل الأول: التفريق للضرر والشقاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: حالات النشوز وعلاجها.

المبحث الثاني: التحكيم.

المطلب الأول: مهمّة الحكمين.

المطلب الثاني: شروط الحكمين.

المبحث الثالث: نوع الفرقة الثّابتة لأجل الشقاق والضرر.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق لعلة الشقاق والنزاع والضرر .

المبحث الخامس: موقف القانون من التفريق للشقاق والنزاع بين الزوجين.

المبحث السادس: تطبيقات الاجتهادات القضائية .

الفصل الثاني: التّفريق للعلل والعيوب والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: حكم التفريق للعلل والعيوب.

المبحث الثاني: العيوب التي تجيز التفريق.

المبحث الثالث: شروط التّفريق للعيب لدى الفقهاء.

المبحث الرابع: إجراءات التطليق بالعيب وطرق إثباته.

المبحث الخامس: نوع الفرقة الثّابتة بالعيب وطريق وقوعها.

المبحث السادس: القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للضرر والشقاق والعلل والعيوب.

المبحث السابع: موقف القانون من التفريق للعلل والعيوب.

المبحث الثامن: تطبيقات الاجتهادات القضائية.

الفصل الثالث: التفريق لعدم الإنفاق أو الإعسار والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: حكم التفريق للإعسار أو عدم الإنفاق.

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في حالة الإعسار بالنفقة.

المبحث الثالث: حكم الغائب الذي لم يترك مالاً تنفقه زوجته.

المبحث الرابع: شروط التّفريق لعدم الإنفاق عند من يقول به.

مسألة: الإعسار بالمسكن.

المبحث الخامس: التفريق بين الزوجين للإعسار على الفور أم يؤجل.

المبحث السادس: نوع الفرقة بالامتناع عن الإنفاق وطريق وقوعها.

المبحث السابع: التّفريق للإعسار بالصّداق.

المبحث الثامن: القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للإعسار أو عدم الإنفاق.

المبحث التاسع: موقف القانون من التفريق للإعسار أو عدم الإنفاق وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الفصل الرابع: التفريق للغيبة والفقدان والحبس والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: التفريق للغيبة.

المطلب الأول: تعريف الغيبة والفقدان والحبس.

المطلب الثاني: حكم طلب الزوجة التفريق لغيبة الزوج.

المطلب الثالث: المدة التي يجوز التفريق بها للغيبة.

المطلب الرابع: نوع الفرقة المترتبة على الغيبة.

المبحث الثاني: التّفريق للفقدان.

المطلب الأول: حكم التفريق للفقدان.

المطلب الثاني: أثر الفرقة للفقدان.

الفرع الأول: نوع الفرقة للفقد، وطريق وقوعها.

الفرع الثاني: ما يترتّب على حكم الحاكم بالتّفريق.

الفرع الثالث: تربص الزوجة للمفقود.

المسألة الأول: بدء مدّة التّربص.

المسألة الثانية: ما يجب على زوجة المفقود بعد التّربص:

المطلب الثالث: أثر ظهور المفقود بعد الحكم بموته.

المبحث الثالث: التّفريق للحبس.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للغيبة أو الفقدان أو الحبس.

المبحث الخامس: موقف القانون من التفريق للغيبة والفقد والحبس وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الباب الخامس
التفريق القضائي والقواعد الفقهية المتعلقة به

تمهيد:

إن الغاية الأساسية من عقد الزواج، تحقيق السكن والألفة والمودّة والرحمة بين الزوجين، وهذا ما جاء به النص القرآني قائلاً: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[الروم:٢١]. وهذا بدوره يحقق حفظ النسل وإنشاء أسرة متآلفة تكون لبنة أساسية لبناء المجتمع.

فإذا ما انعدمت هذه الغاية، وظهر خلل أو ضرر أو عيب أو علة بعد إبرام عقد الزواج يعطل هذه الغاية، ويحول دون الهدف المطلوب من الزواج، أو يتعسّر معه الاستمرار بالحياة الزوجية. فلا بد من إيجاد حل لتقدير هذا العيب أو الضرر وسببه وطريقة علاجه.

وقد قدمنا أن الطلاق إنما شرع حقاً للرجل لإزالة ضرر ما، وأن المرأة إذا كانت تبغض زوجها أو تكره العيش معه لسبب من الأسباب، فلها أن تتفق معه رضائياً على الفرقة بطريق الخلع، ولكن ما الحل إذا امتنع الزوج عن الطلاق أو لم يتفق الزوجان على الخلع رضائياً؟.

لقد أجازت الشريعة الإسلامية للزوجين حق طلب التفريق قضاء إذا ما حصل ضرر أو عيب أو علة، سواء أكان هذا العيب أو الضرر ظاهراً معروف السبب، أو خفياً تقديرياً غير معروف أو ظاهر سببه، ويجب على القاضي أن ينظر في طلبهما، وأن يتحقق من السبب الضار بهما، فإذا ثبت لديه الضرر، عليه أن يستجيب، ويقدر الحكم المناسب لتلك الحالة سواء بالتوفيق أو بالتفريق بينهما تطليقاً أو فسخاً.

بناء على هذا؛ يمكننا تقرير أهم القواعد الفقهية الأساسية في التفريق القضائي بما يلي:

- **كل فُرقة يجب على الزوج مباشرتها، ينوب القاضي منابه إن امتنع.**
- **كل فُرقة تبنى على أسباب تقديرية خفية مما تثير النزاع والخلاف، لزم توكيل القاضي فيها.**
- **ما كان مجمعاً على الفسخ فيه بالجملة، وإن اختلف في موضع الفسخ فيه، فلا يفتقر إلى القاضي.**

هذا بالجملة، ولكن اختلف الفقهاء اختلافاً واسعاً في التفريق بحكم القاضي، فبينما نرى أن الحنفية قد ضيقوا هذا الباب، نجد أن المالكية ثم الحنابلة توسعوا جداً بباب التفريق الذي يملكه القاضي بطلب من المرأة، وسوف نتكلم عن كل سبب من هذه الأسباب ببحث مستقل ونذكر أقوال الفقهاء في ذلك.

ومن المعلوم أنَّ والضرر أو العيب، قد يكون سببه علة مرضية أصابت الزوج أو الزوجة يتعذر أو يتعسر معها الاستمرار بالحياة الزوجية بما يحقق الحكمة منها من التناسل أو السكينة والمودة والرحمة.

أو قد يكون سببه عيباً معنوياً أخلاقياً، كتباين حادّ وتنافر في الطباع بين الزوجين مما يورث شقاقاً ونزاعاً يترتب عليه ما ترتب على السبب الذي قبله من تعسر الاستمرار بالحياة الزوجية بما يحقق حكمها.

أو قد يكون عيباً مادياً، يلحق ضرراً بالزوجة، كإعسار الزوج عن القيام بالتزاماته المالية من النفقة ودفع المهر.

أو قد يكون الضرر مادياً ومعنوياً، سببه غياب الزوج أو فقده أو ما في حكمهما؛ كالهجر والحبس.

لذلك فإنه لزاماً علينا أن نتكلم عن الفرقة بسبب تضرر أحد الزوجين بسبب سوء العشرة والشقاق، أو الفرقة بسبب العلل والعيوب المرضية المخلة بمقاصد الزواج وحكمه، أو الفرقة لعدم الإنفاق أو إعسار الزوج، أو الفرقة للغيبة والفقد أو الحبس.

الفصل الأول

التفريق للضرر والشقاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

لقد تقرر أن العلاقة تقوم بين الزوجين على المودة والرحمة والألفة والوئام، وقد أمر الله معاشرة الزوجة بالمعروف، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا ٱلنِّسَآءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾[النساء:١٩]، وجعل الحقوق والواجبات بينهما متبادلة قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٨]، وقد أمر كلاً منهما بالصبر على صاحبه، فإن كره أحدهما من صاحبه أمراً فقد يعجبه منه أمور أخرى، قال الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾[النساء:١٩].

والخطاب القرآنيّ يشمل الأزواج والزوجات، إذ لا تخلو الحياة الزوجية الطويلة من منغصات ومكدرات قد يتسبب فيها أحد الزوجين، فتنقلب حياتهما سعيراً، ويتحول سكنهما جحيماً، ويجب عندئذ خلاصهما من هذا العذاب، وذلك بإزالة أسبابه، أو قطع هذه الصلة التي تنبعث منها هذه الآلام. وقد عالج الإسلام هذه الحالات، بما يحقق الاستقرار ومصلحة الزوجين والأولاد والمجتمع.

المبحث الأول

حالات النشوز وعلاجها

النشوز أحوال: فقد يكون بسبب من أحد الزّوجين، أو بسببهما معاً، دون أن يعرف المسيء منهما، وقد يحصل النشوز بسبب خارج عنهما؛ كتدخل الأقارب أو غيرهم. وسوف نبين هذه الحالات فيما يأتي:

الحالة الأولى: نشوز الزوجة.

إذا كانت الزوجة قد نشزت وعصت زوجها فيما فرض الله عليها من الطاعة والقيام بالواجبات المطلوبة، فعلى الزوج أن يعظها، فإن لم تجد الموعظة، فله أن يهجرها في المضجع، فإن لم ينفع فله أن يضربها ضرباً غير مبرح.

قال الله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾[النساء:٣٤].

ومعنى النشوز كما فسره ابن عباس: معصية الزوج فيما يلزمها من طاعته[١].

---

[١] الجصاص: أحكام القرآن، ٣٣٠/٢.

وجاء في الشرح الكبير: معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته. مأخوذ من النشوز وهو الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من طاعته[١].

وقد بينت الآية القرآنية أن علاج نشوز الزوجة إنما يكون على ثلاث مراحل، بحيث لا ينتقل من مرحلة إلى أخرى إلا بعد أن يعتقد أنها لم تعد تجدي نفعاً.

قال الدردير: (ولا ينتقل لحالة حتى يظن أن التي قبلها لا تفيد)[٢].

وجاء في المهذب: (لأنه يجوز أن يكون ما ظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج)[٣].

إذن؛ فالمرحلة الأولى هي الوعظ: وهو أن يذكرها بالله وبما فرض عليها من واجبات، فقد تندم وتعود إلى صوابها. ولا يقتصر النصح والموعظة على مرة واحدة، لأن النساء تختلف في تقبل الوعظ والإرشاد، فرب امرأة تكفيها كلمة طيبة تجعلها ترجع عما هي فيه، وأخرى لا تكفيها ذلك.

جاء في مغني المحتاج: (لو ظهرت أمارات نشوزها وعظها ندباً)[٤].

وأما المرحلة الثانية: فهي الهجر في المضجع، ويكون بعد فشل المرحلة الأولى.

قال الحطاب[٥]: وغاية الهجر شهر[٦].

وجاء في المهذب: وأما الهجر فهو أن يهجرها في الفراش[٧].

يقول أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني: (وفي رأيي أن الهجر هنا ليس مقصوداً في ذاته، بل إنه درس قاس يعطيه الزوج لزوجته لتعرف أنه جاد فيما هو فيه، وما بعد هذا إلا الفراق. وهو في الوقت نفسه امتحان يجتازه الرجل ليعرف نفسه هل يستطيع الصبر على فرقة زوجته قبل أن يطلقها إذا ما استمرت في عنادها.

إن في هجر الزوج لزوجته وهما في فراش واحد درس وامتحان يعرف قيمته كل زوج وزوجة)[٨].

وأما المرحلة الثالثة: فهي الضرب غير المبرح. والمقصود بالضرب غير المبرح، أن لا يكون مؤذياً أو مؤلماً.

جاء في أحكام القرآن: الضرب غير المبرح بالسواك ونحوه[٩].

وقال الحطاب: والضرب في هذه الآية هو ضرب الأدب غير المبرح، وهو الذي لا يكسر عظماً، ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها[١٠].

---

[١] ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير، ١٦٧/٨.
[٢] الدردير: الشرح الكبير، ٤٠٢/٢
[٣] الشيرازي: المهذب، ٢٧٤/٢.
[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٥٩/٢.
[٥] الحطاب (٩٠٢–٩٥٤هـ) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالحطاب. فقيه مالكي من العلماء المتصوفين. أصله من المغرب. ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب. له: (مواهب الجليل في شرح مختصر خليل)؛ و(شرح نظم نظائر رسالة القيرواني) [نيل الابتهاج بتطريز الديباج ٣٣٧؛ المنهل العذب ١٩٥/١].
[٦] الحطاب: مواهب الجليل، ١٥/٤.
[٧] الشيرازي: المهذب، ٧٤/٢.
[٨] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٧٤٤/٢.
[٩] الجصاص: أحكام القرآن، ٢٣٠/٢.
[١٠] الحطاب: مواهب الجليل، ١٥/٤.

وقال الدردير: ولا يجوز الضرب المبرح ولو علم أنها لا تترك النشوز إلا به، فإن وقع فلها التطليق عليه والقصاص[١].

وقال ابن حزم: فإن عصته حل له هجرانها حتى تطيعه وضربها بما لا يؤلم ولا يجرح ولا يكسر[٢].

وإنما تكون هذه المرحلة بعد عدة محاولات تسبقها من وعظ وإرشاد وهجر، ويكون كحلٍّ قبل أن يعرض الزوج أمره على القضاء ويشرح أسباب نشوز الزوجة، مما قد تأباه الشريعة الإسلامية حرصاً على قدسية الحياة الزوجية، من أن تكون أسرارها لدى أقل مناسبة معروضة أمام القضاء. والإسلام وإن أباح اللجوء إلى القضاء فذاك حل حيث لا دواء سواه، أما هنا فالأمر إن أمكن حله فيما بين الزوجين فلا يجوز للغير أن يطلع عليه.

ولا بد من التأكيد ، أن الضرب يكون إذا علم أنه يفيد كعلاج ويؤثر في نشوز الزوجة فيعيدها إلى طاعته، أما إن ظن أو غلب على ظنه أنه لا يفيد فلا يجوز حينئذ.

قال الدردير: وأما الضرب فلا يجوز إلا إذا ظن إفادته[٣].

وقال الحطاب: وإذا غلب على ظنه أن الضرب لا يفيد لم يجز له ضربها[٤].

وجاء في تحفة المحتاج: أما إذا علم أنه لا يفيد فيحرم[٥].

وبناء على هذا فالزوجة التي لا يجدي معها الضرب، لا يجوز ضربها إذا نشزت، لأن الضرب منوط بالمصلحة المرجوة منه[٦].

الحالة الثانية: نشوز الزوج.

ما تقدم حالة نشوز الزوجة، فإن كان النشوز والضرر من الزوج؛ بأن أحست أنه يكرهها ويعرض عنها، أو يهجرها من غير سبب يبيحه. أو يضارها ويؤذيها سواء بالقول أو بالفعل، كالشتم المقذع والتقبيح المخل بالكرامة، أو الضرب المبرِّح، أو الحمل على فعل ما حرم الله ونحوه.

قال تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ ٱلْأَنفُسُ ٱلشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾[النساء:١٢٨].

فإن تجاوز ذلك، فيمكن للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي، والقاضي يعظه وينهاه، فإن لم ينفع معه واستمر في إيذاء الزوجة، فيمكن للزوجة أن تطلب تعزيره، والقاضي يعزره بما يليق به.

---

[١] الدردير: الشرح الكبير، ٤٠٢/٢.
[٢] ابن حزم: المحلى، ٤١/١٠.
[٣] الدردير: الشرح الكبير، ٤٠٢/٢.
[٤] الحطاب: مواهب الجليل، ١٥/٤.
[٥] الهيتمي: تحفة المحتاج، ٤٥٦/٧.
[٦] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٧٤٩/٢.

قال الخرشي: (إن الزوج إن كان يضار زوجته فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم، فإذا ثبت عنده أنه يضارها فإنه يزجره عن ذلك ويكفه عنها، ويقوم الحاكم بزجره باجتهاده، كما كان يتولى الزوج زجرها حين كان الضرر منها. هذا إن لم ترد التطليق)[1].

وجاء في نهاية المحتاج: (فلو منعها حقها كقسم ونفقة ألزمه القاضي توفيته. فإن أساء خلقه وأذاها بنحو ضرب لا سبب نهاه من غير تعزير لأن إساءة الخلق بين الزوجين تكثر والتعزي عليها يورث وحشة فاقتصر على نهيه رجاء أن يلتئم الحال، فإن عاد لإيذائها عزره الحاكم بطلبها بما يراه)[2].

الحالة الثالثة: الشقاق بين الزوجين بسببهما أو بسبب خارج عنهما.

وتكون هذه الحالة إذا حصل الشقاق والنزاع وتفاقم بين الزوجين، ولم يعرف من هو المسبب منهما، وكل واحد منهما يحمل الأخر السبب، ولم يتمكنا من حل مشكلتهما بنفسيهما ولم تجد محاولات إصلاحهما من غيرهما، فعلى الحاكم والقاضي التدخل لإنهاء النزاع والشقاق ببعث الحكمين؛ قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[النساء:٣٥].

ومعنى الشّقاق في الآية: النّزاع الشديد بين الزّوجين ووقوع الضرر والإضرار.

المبحث الثاني

التحكيم

إن الأصل في مشروعية التحكيم قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[النساء:٣٥].

ولكن قد اختلف أهل العلم في المُخاطَب في هذه الآية على قولين:

القول الأول:

ذهب أكثر أهل العلم إلى أن المخاطب في هذه لآية هو الحاكم أو القاضي.

قال الطبري: (المخاطب بذلك السلطان الذي يرفع إليه)[3].

وجاء في تحفة المحتاج: (فإن اشتدّ الشقاق إلى الخلاف بعث القاضي وجوباً)[4].

وقال الحطاب: (إذا اختلف الزوجان وخرجا إلى ما لا يحل من المشاتمة، كان على السلطان أن يبعث حكمين ينظران في أمرهما وإن لم يرتفعا ويطلبا ذلك منه، فلا يحل له أن يتركهما على ما هما عليه من المآثم وفساد الدين)[1].

---

[1] حاشية الخرشي على خليل، ١٤٧/٣.
[2] الرملي: نهاية المحتاج، ٣٥/٦.
[3] الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، ٣١٨/٨.
[4] الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٥٧/٧.

القول الثاني:

وقال بعض أهل العلم: إنما المأمور هو الزوج والزوجة والخطاب موجه إليهما، فإذا استحكم الشّقاق بينهما، وتعذّر عليهما الإصلاح فيما بينهما، فقد شرع بعث حكمين من أهلهما للعمل على الإصلاح بينهما وإزالة أسباب النّزاع والشّقاق، بالوعظ وما إليه.

قال الجصاص: (إن المخاطب بذلك الرجل والمرأة)[٢].

ونقل ابن عابدين عن شرح الطحاوي: (السنة إذا وقع بين الزوجين اختلاف أن يجتمع أهلهما ليصلحوا بينهما فإن لم يصلحا جاز الطلاق)[٣].

ولكن سواء قلنا: إن المأمور بالخطاب هو القاضي أو الزوجين في الآية الكريمة: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[النساء:٣٥]، فقد ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن بعث الحكمين إنما يكون حيث يشكل الأمر بين الزوجين ويكون النشوز من كليهما، ولا يعرف أيهما المسيء. أما إذا عرف المسيء منهما فإنه يوعظ، ويؤدب، ويزجر بما يرى من الوسائل المشروعة التي تردعه عن إساءته كما ذكرنا ذلك آنفاً. فإذا لم يعرف المسيء منهما فعند ذلك يكون بعث الحكمين. ومهمّتهما هنا إجمالاً هي التوفيق والإصلاح بين الزّوجين بحكمة ورويّة. فإن يرد الحكمان إصلاحاً بين الزوجين فإن الله يوفق بينهما بسبب سعيهما وإصلاحهما[٤].

وقد اختلف أهل العلم أيضاً في مهمّة الحكمين، وفي شروطهما، وذلك على الوجه التّالي:

المطلب الأول: مهمّة الحكمين.

اتفق الفقهاء على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما، واتفقوا على أن قولهما في الجمع بين الزوجين نافذ بغير توكيل من الزوجين.

ثم اختلف الفقهاء في مهمة الحكمين، وهل يجوز لهما التفريق بين الزوجين إذا اتفقا عليه ؟ ولو دون إذن أو وكالة من الزوجين؟ وهل يجب على القاضي إمضاء حكمهما أم لا؟. للفقهاء قولان:

القول الأول:

القاعدة الفقهية التي ذهب إليها جمهور الفقهاء أن: **الأصل في حكم القاضي أو الحكمين: الإصلاح**[٥]. فإذا نجحا فيه، فبها ونعمت، وإلاّ تركا الزّوجين على حالهما ليتغلّبا على نزاعهما بنفسيهما، إمّا بالمصالحة، أو

---

[١] الحطاب: مواهب الجليل، ١٦/٤.

[٢] الجصاص: أحكام القرآن، ٢٣٢/٢.

[٣] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٧٢/٢.

[٤] وقد خالف المالكية في ذلك بل توسعوا جداً، فقالوا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق إذا ما ضارّها الزوج كما سنبينه لاحقاً في هذا المبحث.

[٥] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢٥٧/٢. زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٦٣٠/٢. قاعدة رقم ١٤٥.

بالصّبر، أو بالطّلاق، أو بالمخالعة، وليس للحكمين التّفريق بين الزّوجين إلاّ أن يفوّض الزّوجان إليهما ذلك، فإن فوّضاهما بالتّفريق بعد العجز عن التّوفيق، كانا وكيلين عنهما في ذلك، وجاز لهما التّفريق بينهما بهذه الوكالة. وذلك للقواعد الفقهية التي تنص على ذلك منها: **لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه**[١]. ومثلها القاعدة الفقهية: **لا يصح التصرف في ملك الغير إلا بولاية شرعية أو نيابة عرفية**[٢]. ومثلها: **لا يجوز التصرف في حق الغير إلا بوكالة**[٣].

وهذا القول منقول عن الحسن البصري، وعطاء وقتادة وهو مذهب الحنفية وقول للشافعية وابن حنبل في رواية والظاهرية والإمامية[٤].

فهؤلاء يرون: أن الشقاق والنشوز أو إساءة أحد الزوجين للأخر لا تصلح سبباً للتفريق بينهما مهما كان الشقاق شديداً، لا بواسطة القاضي ولا بالحكمين إلا أن يوكلهما الزوجان بذلك، فإذا اشتد الشقاق والضرر، فيمكن إزالته بوسيلة مشروعة غير التفريق القضائي؛ فالزوج يملك الطلاق، والزوجة لها رفع أمرها إلى القاضي ليأمر زوجها بأن يحسن عشرها، فإن لم يفعل ذلك أدبه وعزره بما يضمن حمايتها وحتى يرجع عن الإضرار بها.

قال الجصاص: (قال أصحابنا: ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان، وإنما الحكمان وكيلان)[٥].

وجاء في مغني المحتاج: (والحكمان وكيلان في الأظهر)[٦].

وجاء في الإنصاف: (إن الصحيح من المذهب: أن الحكمين وكيلان عن الزوجين لا يرسلان إلا برضاهما وتوكيلهما)[٧].

وجاء في المحلى: (وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين لا بخلع ولا بغيره)[٨].

وقد استدل هؤلاء على ذلك بما يلي:

١-لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[النساء:٣٥]، فقد ذكر الله سبحانه وتعالى أن مهمة الحكمين الإصلاح، ولم يذكر التفريق فعليهما الإصلاح فقط ورفع تقريرهما إلى القاضي.

٢-إن الزوجين رشيدان، فلا يكون للحكمين لهما ولاية التطليق، إذ الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج. أو بإذنه مخالعة إن بذلت الزوجة المال افتداء لنفسها، وعندها فلا تجوز فلا

---

[١] مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٦.
[٢] ابن قدامة: المغني ٢٤٤/٧. الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني ٤٤٦.
[٣] المرجع السابق.
[٤] الكاساني: بدائع الصنائع ٣٣٤/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦١/٣. ابن قدامة: المغني، ٢٥٢/٧. ابن حزم: المحلى، ٨٧/١٠. الآلوسي: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني – بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٩٨٥، ٢٧/٥. المرداوي: الإنصاف، ٢٨٠/٨. الحلي: المختصر النافع، ٢١٥.
[٥] الجصاص: أحكام القرآن، ٢٣٣/٢.
[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦١/٣.
[٧] المرداوي: الإنصاف، ٢٨٠/٨.
[٨] ابن حزم: المحلى، ٨٧/١٠.

يجوز الفرقة إلا بإذنهما معاً، وليس لأحد ولاية على بذل أموالهما[١]. والقاعدة الفقهية تقول: **لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه.**

القول الثاني:

إن الحكمين عند الشقاق حاكمان[٢]. **لذلك** يجوز التفريق للشقاق أو للضرر بناء على حكم القاضي أو قرار الحكمين، وأن القاضي كما يقبل رأي الحكمين في الإصلاح، فعليه أن يقبل رأيهما في التفريق، وهما حاكمان مولّيان من الحاكم، وعلى القاضي تنفيذ حكمهما وجوباً، ولا يجوز له معارضته ونقضه منعاً للنزاع وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً وبلاء.

وهذا القول منقول عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير والشعبي والأوزاعي وهو المشهور في مذهب المالكية وقول في مقابل الأظهر للشافعية، ورواية للحنابلة رجحها ابن تيمية وابن القيم[٣].

فهؤلاء يرون أن واجب الحكمين الإصلاح أوّلاً، فإن عجزا عنه لتحكّم الشّقاق كان لهما أن يحكما بالتّفريق بين الزّوجين جبراً عنهما دون توكيل، ولا إذن منهما، لأنّهما حاكمان ووجب على القاضي إمضاء حكمهما بهذا التّفريق إذا اتّفقا عليه وإن لم يصادف ذلك اجتهاده[٤].

قال الخرشي: (المشهور أن الحكمين طريقهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة، ولو كانا من جهة الزوجين، فإذا حكما بطلاق ولو خلعاً نفذ ولا يحتاج إلى مراجعة حاكم البلد ولا رضا الزوجين)[٥].

وجاء في مغني المحتاج: (وفي قول هما حاكمان)[٦].

وجاء في المغني: (والرواية الثانية أنهما حاكمان ومهمتهما أن يفعلا ما يريان من جمع أو تفريق بعوض أو بغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما)[٧].

وحجتم في ذلك:

١-أن الله تعالى قد سماهما حكمين، ولم يشترط رضى الزوجين، والحَكَمُ غير الوكيل، ثم جعل بعثهما ونصبهما إلى غير الزوجين، بل إلى جماعة المسلمين، أو أولي الأمر؛ فكانت ولا يتهما مستمدة من ولاية أولي الأمر، ولو كانا وكيلين، لقال الله في الآية فليبعث كل زوج من الزوجين وكيلاً عنه. ولو كانا وكيلين، لم يختصا أن يكونا من الأهل؛ لأن الموكل يوكل من يشاء.

وقد ذكر الله تعالى الإصلاح ولم يذكر الفرقة لأنه الأفضل وليسعى الحكمان للوصول إليه، وليس معنى ذلك الاقتصار عليه بحيث لا يباح غيره.

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع ٣٣٤/٢. ابن رشد: بداية المجتهد٩٧/٢ وما بعدها.

[٢] ابن تيمية: قاعدة في العقود،١٩٦. مجموع الفتاوى، ٢٥/٣٢ و١٦/٣٣. والبعلي: الاختيارات الفقهية،٢٥٠. ابن القيم: زاد المعاد، ١٨٩/٥.

[٣] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٦/٢-٣٤٧. ابن جزي: القوانين الفقهية ٢١٥، ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٠/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦١/٣. ابن قدامة: المغني، ٢٥٢/٧.

[٤] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٦/٢-٣٤٧، ابن جزي: القوانين الفقهية ٢١٥، ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٠/٢.

[٥] حاشية الخرشي على خليل، ١٤٨/٣.

[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦١/٣.

[٧] ابن قدامة: المغني، ٢٥٢/٧.

٢-ما أخرج الطبري في تفسيره عن ابن عباس في الحكمين أنه قال: (فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز)[١].

٣-وكذلك ما رواه مالك عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكمين: «إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع» فالإمام مالك يشبّه الحكمين بالسلطان، والسلطان يُطلِّق في رأيه بالضرر إذا تبين، وقد سماهما الله حكمين في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[النساء:٣٥].

٤-من القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية في رفع الضرر والضرار، لقوله عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضرار)[٢]. وبناء عليه ترفع المرأة المتضررة أمرها للقاضي، فإن أثبتت الضرر أو صحة دعواها، طلقها منه، وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها، فإن كررت الادعاء بعث القاضي حكمين: حكماً من أهلها وحكماً من أهل الزوج، لفعل الأصلح من جمع وصلح أو تفريق بعوض أو دونه، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[النساء:٣٥].

٥-أن الله تعالى أمر الزوج بقوله: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩]، فإذا حصل الشقاق تعين التسريح، لأنه وقع النفور والنشوز بين الزوجين وحاول الحكمان الإصلاح فلم يصلا إلى نتيجة لذلك وجب التفريق ولو بدون رضا الزوجين.

٦-إن التفريق لدى القاضي قد ثبت في عدة أحوال، كالتفريق للعيوب وهذا متفق عليه، فالقاضي عندما يرسل الحكمين إنما يستمدان سلطتهما منه لأنه يملك التفريق، فإذا ما فرقا كان ذلك نيابة عن القاضي.

جاء في فتح الباري: (فلما كان المخاطب بذلك الحكام وأن الإرسال إليهم دل على أن بلوغ الغاية من الجمع أو التفريق إليهم)[٣].

وجاء في زاد المعاد: (والعجب كل العجب من يقول هما وكيلان لا حاكمان، والله تعالى قد نصبهما حكمين وجعل تنصيبهما إلى غير الزوجين ولو كانا وكيلين لقال: فليبعث وكيلاً من أهله ووكيلاً من أهلها، وأيضا لو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكون من الأهل. وأيضا فإنه جعل الحكم إليهما فقال: إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما، والوكيلان لا إرادة لهما إنما يتصرفان بإرادة موكليهما. ثم يقول: الوكيل لا يسمى حكماً في لغة العرب ولا في لسان الشارع ولا في العرف والخاص)[٤].

خلاصة الفرق بين القولين:

على القول الأوّل: يشترط رضا الزوجين ببعث الحكمين، فيوكّل الزّوج حكمه بطلاق وقبول عوض خلع، وتوكّل الزّوجة حكمها ببذل عوض وقبول طلاق، ويفرّق الحكمان بينهما إن رأياه صواباً، وإن اختلف رأيهما بعث القاضي اثنين غيرهما، حتّى يجتمعا على شيء.

---

[١] الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، ٣٢٤/٨.
[٢] سبق تخريجه.
[٣] ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، ٣٣٢/٩.
[٤] ابن القيم: زاد المعاد، ٣٣/٤.

وعلى القول الثّاني: لا يشترط رضا الزّوجين ببعثهما ويحكّمان بما يريانه مصلحةً من الجمع أو التّفريق وعلى القاضي أن يمضي حكمهما[١].

مايراه بعض الفقهاء المعاصرين:

يقول الدكتور مصطفى السباعي[٢] رحمه الله عند حديثه عن التفريق للشقاق: (وقد أخذ قانوننا بمبدأ التفريق، ونعم ما فعل، فالحياة الزوجية تصبح بالنزاع المستمر جحيماً وبلاء، فلا بد من إنهاء الزواج ليجد كلاً من الزوج والزوجة سبيلهما إلى حياة كريمة)[٣].

ويقول والدي القاضي رحمه الله: (إن الحياة الزوجية تصبح بالشقاق والنزاع المستحكم جحيماً وبلاء وشقاء، والشقاق المستحكم بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة، لا يقتصر أمرها على الزوجين فقط، بل يتعداها إلى ما خلق الله بينهما من ذرية، وإلى آخرين ممن له علاقة قرابة أو مصاهرة، والضرر يزال كما هي القاعدة الفقهية)[٤].

ويقول والدي رحمه الله أيضاً: (إن دعوى التفريق للشقاق والضرر، لاسيما حينما تكون الزوجة هي طالبة التفريق، أقول لابد وأن تنتهي الدعوى إما إلى مصالحة بين الطرفين، وعودة الحياة الزوجية بينهما، إما أن يقنع الحكمان الزوجة بالرجوع عن طلبها التفريق، وتجميد الوضع، لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً، وإما أن يقررا التفريق بنتيجة إصرارها على التفريق، ولو مع إلزامها بإعادة ما كانت قد قبضته إلى زوجها المدعى عليه. وأما بقاء الدعوى معلقة، أو رفض طلبها التفريق، فقد يؤدي إلى نتائج خطيرة، أو يوقع الزوجة في الإثم والانحراف)[٥].

ويقول أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني: (وإذا كان في بعث الحكمين تحقيق مصلحة للزوجين والأسرة بإصلاح ذات بينهما، فكذلك يبدو من المصلحة أيضاً إن تعذر الإصلاح أن يكون التفريق بينهما)[٦].

الترجيح:

من خلال عرض ما سبق من أقوال الفقهاء المتقدمين منهم والمتأخرين، يترجح لدينا جواز التفريق للشقاق والضرر؛ لأنه وإن كان الزوج يملك إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة حين مشاكسة الزوجة له وإضرارها به وإصرارها على النشوز، فإن من العدل– وشرع الله تعالى عدل كله– أن يعطى الحق في رفع الأمر إلى الحاكم، كي يحكم له بالتفريق للشقاق والضرر، مع إعفائه من كل أو بعض الحقوق الزوجية المادية المترتبة عليه لزوجته المعاندة المشاكسة الناشزة، فلا تكافأ على إساءتها لزوجها بأن تسلم لها جميع حقوقها المالية حينما نمنع عن الزوج حق طلب التطليق للضرر، فيضطر لطلاقها بإرادته المنفردة، ويتحمل تلك

---

[١] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦١/٣.

[٢] مصطفى بن حسني السباعي، ولد في حمص ١٩١٥. وفي عام ١٩٣٣ ذهب إلى مصر للدراسة الجامعية بالأزهر، عين عام ١٩٥٠ أستاذا بكلية الحقوق في الجامعة السورية، أسس كلية الشريعة في جامعة دمشق عام ١٩٥٥ وكان أول عميد لها. عمل في الدعوة الإسلامية. له العديد من المؤلفات منها: شرح قانون الأحوال الشخصية والسنة ومكانتها في التشريع. توفي عام ١٩٦٤.

[٣] السباعي، مصطفى: شرح قانون الشخصية - مطبعة جامعة دمشق، ١٩٥٨، ١٧٦/١.

[٤] الشماع: محمد، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ١٤٠.

[٥] المصدر السابق، ص ١٤٤.

[٦] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٧٦٧/٢.

التبعات المترتبة على طلاقه إياها، ويكون لجوءه إلى القضاء بطلب التطليق بمثابة تفويض ضمني منه للقاضي بتطليقها حين العجز عن الإصلاح، كما يكون لجوء الزوجة إلى القضاء، بطلب التطليق للشقاق والضرر حينما تستمر الإساءة من الزوج، ويتعنت في عدم طلاقها، يكون طلبها للتفريق للشقاق بمثابة تفويض ضمني منها أيضاً بمخالعة إلزامية[١].

المطلب الثاني: شروط الحكمين:

اشترط الفقهاء في الحكمين شروطاً هي[٢]:

أ – كمال الأهليّة، وهي: العقل والبلوغ والرّشد، فلا يجوز تحكيم الصّغير والمجنون والسّفيه.

ب – الإسلام، فلا يحكم غير المسلم في المسلم، لما فيه من الاستعلاء عليه.

ج – الحرّيّة، فلا يحكم عبد، وللحنابلة قول آخر بجواز جعل العبد محكّماً، ما دام التّحكيم وكالةً.

د – العدالة، وهي: ملازمة التّقوى.

ز– الذكورة: وهي شرط عند المالكيّة، ومعهم الشّافعيّة في مقابل الأظهر، والحنابلة في القول الثّاني، لأنّ الحكمين هنا حاكمان، ولا يجوز جعل المرأة عندهم حاكماً[٣].

هـ– الفقه بأحكام هذا التّحكيم. وأن يكونا خبيرين بما يطلب منهما في هذه المهمة.

و– أن يكونا من أهل الزّوجين إن أمكن على سبيل النّدب لا الوجوب عند جمهور الفقهاء. لأنهما أدرى بأحوالهما، وأكتم لأسرارهما، وأهدى إلى صلاحهما وأحرص.

قال في تحفة المحتاج: (يسن أن يكون الحكمان من أهل الزوجة والزوج)[٤].

وجاء في المغني: (والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك، ولأنهما أشفق وأعلم بالحال، فإن كانا من غير أهلهما جاز، لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة، فكان ذلك الأمر إرشاداً واستحباباً)[٥].
واستحباباً)[٥].

وأوجب المالكيّة والظاهرية كون الحكمين من أهل الزّوجين، ولم يجيزا تحكيم غيرهما، إلاّ أن لا يوجد من أهلهما من يصلح للتّحكيم، فإن لم يوجد جاز تحكيم جاريهما، أو غيرهما، وندب أن يكونا جارين للعلم بحالهما غالباً وقدرة على الإصلاح بينهما.

جاء في الشرح الكبير: (لا يجوز بعث أجنبيين مع وجود الأهل)[٦].

وجاء في المحلى: (وإذا شجر بين الرجل وامرأته بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها)[٧].

وقد رجّح ابن تيمية رواية عن أحمد بوجوب أن يكون الحكمان من الأهل[٨].

---

[١] الشماع: المفيد من الأبحاث، ١٤٠-١٤١.
[٢] الموسوعة الفقهية الكويتية، ٥٥/٢٩. مادة "طلاق".
[٣] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٣/٢-٣٤٧. حاشيتا قليوبي وعميرة، ٣٠٦/٣.
[٤] الهيتمي: تحفة المحتاج،٤٥٧/٧.
[٥] ابن قدامة: المغني، ١٧١/٨.
[٦] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٠٢/٢.
[٧] ابن حزم: المحلى، ٨٧/١٠.
[٨] البعلي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية - بيروت: دار الفكر، ١٤٧.

وخلاصة مهمة الحكمين:

إن وكّل الزّوجان الحكمين بالتّفريق برضاهما كان لهما التّفريق أيضاً بعد العجز عن الجمع والتّوفيق، ولا حاجة لحكم القاضي بتفريقهما، وتقع الفرقة بحكمهما مباشرةً.

وفي حال التّوكيل في التّفريق يشترط إلى جانب ما تقدّم: أن يكون الزّوجان كاملي الأهليّة راشدين، لما في ذلك من احتمال ردّ بعض المهر.

ولكن إن وكّل الزّوجان الحكمين بالتّفريق، ثمّ جنّ أحدهما أو أغمي عليه قبل التّفريق، لغا التّوكيل، ولم يكن للحكمين غير التّوفيق، فإن غاب أحد الزّوجين قبل التّفريق لم ينعزل الحكمان، ويكون لهما التّفريق في غيبته، لأنّ الغيبة لا تبطل الوكالة، بخلاف الجنون والإغماء.

ثمّ إذا وكّل الزّوجان الحكمين بالتّفريق مخالعةً، كان لهما ذلك بحسب رأيهما ما لم يقيّداهما بشيء، فإن قيّداهما تقيّدا به لدى الجميع.

فإذا لم يوكّلاهما بالتّفريق والمخالعة، يحكمان بالتّفريق جبراً عن الزّوجين عند المالكية وقول للشافعي ورواية عند الحنابلة، ويكون حكم التّفريق إما بطلاق أو بمخالعة بحسب رأيهما، فإن تبين لهما أن الضّرر كلّه من الزّوج حكما بالفرقة وطلّقا عليه بدون عوض، وإن تبين أن الضرر كله من الزوجة فرّقا بينهما مخالعة بعوض تدفعه الزوجة، تعويضاً للزوج، وإن كان الضّرر بعضه من الزّوجة وبعضه من الزّوج، فرّقا بينهما مخالعةً على جزء من المهر يناسب مقدار الضّرر من كلّ.

وإن كانا محكّمين من القاضي، ألزما برفع حكمهما إليه لينفّذه، إلاّ أنّه لا خيار له في إنفاذه، بل هو مجبر عليه، وإن خالف اجتهاده – كما تقدّم – فإذا اختلف الحكمان ولم يتّفقا على شيء عزلهما القاضي، وعيّن حكمين آخرين بدلاً منهما، وهكذا حتّى يتّفق حكمان على شيء، فينفّذه.

وإذا أسقط الزّوجان دعوى التّفريق قبل حكم الحكمين، فإن فعلا سقط التّحكيم ولم يجز لهما الحكم بالتّفريق به، لأنّ شرط التّحكيم هنا الدّعوى، وهذا إذا كانا محكّمين من القاضي، فإن كانا محكّمين من قبل الزّوجين من غير قاض، فكذلك ينفذ حكمهما على الزّوجين وإن لم يقبلا به، ما داما لم يعزلاهما قبل الحكم، فإن عزلاهما قبل الحكم انعزلا، ما لم يكن ذلك بعد ظهور رأيهما، فإن كان بعد ظهور رأيهما لم ينعزلا[1].

[1] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٣/٢-٣٤٧. حاشيتا قليوبي وعميرة، ٣٠٦/٣.

المبحث الثالث

نوع الفرقة الثّابتة لأجل الشقاق والضرر

اختلف الفقهاء القائلون بجواز تفريق الحكمين للشقاق والضرر في نوع الفرقة التي تحصل بين الزوجين إلى قولين:

القول الأول:

ذهب الشّافعيّة والحنابلة في رواية: إلى أنّ الحكمين إن فرّقا بخلع فطلاق بائن، وإن فرّقا بطلاق فهو طلاق رجعي.

القول الثاني:

وذهب المالكيّة والحنابلة في رواية أخرى وهو قول ابن تيمية وابن القيم: إلى أنّ التّفريق للشّقاق طلاق بائن بينونة صغرى، سواء أكان الحكمان من قبل القاضي أم من قبل الزّوجين، وهو طلقة واحدة، حتّى لو أوقع الحكمان طلقتين أو ثلاثاً لم يقع بحكمهما أكثر من واحدة، وسواء أكان تفريقهما طلاقاً أم مخالعةً على بدل[1].

وحجتهم:

١-قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[النساء:٣٥].

ووجه الدلالة: أن الآية تدل على أنهما حكمان لا وكيلان، والحكم يحكم بما يرى فيه المصلحة، فعليه أن يبدأ بالإصلاح، فإن تعذر عليه ذلك، كان لا بد من التفريق لإنهاء الخلاف.

٢- ما روي عن ابن عباس أنه قال في الحكمين: فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز، وبنحوه روي عن عثمان بن عفان[2].

٣- قال القرطبي: أجمع أهل العلم على تحظير أخذ مالها إلا أن يكون النشوز وفساد العشرة من قبلها.

قال ابن رشد: إن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بين الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك (أبغض) المرأة-جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل[3].

الترجيح:

ولعل الراجح -والله أعلم- ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني؛ بأن فرقة الحكمين تقع طلقة واحدة بائنة بينونة صغرى، لأنه إن كان هناك إصرار على التفريق ولا بدّ، فلربما تعود الأمور لمجاريها، ويستدرك الحال لاحقاً، وما لا يدرك في وقت ما، قد يدرك في وقت آخر (لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً).

---

(١) ابن العربي: أحكام القرآن ٥٣٨/١، البهوتي: كشاف القناع ١٨٤/٤، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١٥٤/٣، الدردير: الشرح الكبير ٣٤٣/٢، الأشقر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ٢٧٩. الصابوني: أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي ١٢٦.

(٢) ابن القيم: زاد المعاد ١٧٣/٥.

(٣) ابن رشد: بداية المجتهد، ١٤٠٣/٣.

وأخيراً: لا بدَّ من الإشارة، إلى أن السادة المالكية قد توسعوا جداً في التفريق للضرر من سوء العلاقة الزوجية، فالضرر المبيح للتفريق هو مالا يجوز شرعاً، فيمكن للزوجة أن تطلب التفريق من القاضي، إذا ما ضربها الزوج فأساء معاملتها أو كأن هجرها بلا مبرر شرعي وضربها ضرباً مبرّحاً أوسبها أو سبّ أبيها، وجعلوا من الضرر كذلك تحويل وجهه في الفراش عنها، وقطع الكلام عنها، وإيثار امرأته الأخرى عليها.

جاء في مواهب الجليل: (قال ابن فرحون: من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها وإيثار امرأة عليها وضربها ضرباً مؤلماً)[١].

وقال الدردير: (ولها التطليق على الزوج بالضرر وهو ما يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها، كذلك سبها وسبّ أبيها نحو يا بنت الكلب يا بنت الكافر.. كما يقع كثيراً من رعاع الناس، ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق)[٢].

هذا ولا بد من التأكيد على أن الضرر يختلف باختلاف العرف وعلى القاضي تقديره، إذ ليس أي ضرر يصح أن يتخذ ذريعة لطلب التفريق، ولا شك أن هذا القيد هام وضروري، وإلا صارت الحياة الزوجية ريشة في مهب الريح[٣].

فإذا أثبتت المرأة أن زوجها أتى ذلك معها ولو مرة واحدة على المشهور في المذهب، طلقها القاضي طلقة بائنة، ويكون ثبوت ذلك بالبينة، ولا تكون إلا من رجلين، وإذا عجزت عن إثبات دعواها رفضها القاضي، ولكن إن تكررت شكواها مع عجزها عن إثباتها، وطلبت مع ذلك التفريق بعث القاضي حكمين لتحري أسباب الضرر.

قال الخرشي: (إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار فإن شاءت أقامت على هذه الحالة، وإن شاءت طلقت نفسها بطليقة واحدة بائنة لخبر لا ضرار ولا ضرار)[٤].

وهل تطلق بنفسها هنا بأمر القاضي أو يطلّق القاضي عنها ؟ قولان للمالكيّة[٥].

قال التسولي: (إن الطلاق بيد الحاكم فهو الذي يتولى إيقاعه إن طلبته الزوجة وامتنع منه الزوج، وإن شاء الحاكم أمرها أن توقعه، فعلى هذا القول لا بدّ أن يوقعه الحاكم أو يأمرها به فتوقعه، وإذا أمرها به فهي نائبة عنه في الحقيقة كما أنه نائب عن الزوج شرعاً حيث امتنع)[٦].

---

[١] الحطاب: مواهب الجليل، ١٧/٤

[٢] الدردير: الشرح الكبير، ٤٠٤/٢

[٣] الشماع: المفيد من الأبحاث، ١٤١.

[٤] شرح الخرشي على خليل، ١٤٩/٣.

[٥] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٤٥/٢.

[٦] التسولي: البهجة في شرح التحفة، ٣٠٥/١

وقد لخص أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني أهم المبادىء للتطليق للضرر في المذهب المالكي مستمدا ذلك من نصوص الفقهاء التي ذكرناها ومن نصوص قوانين البلاد العربية كمصر وسوريا، كما يلي:

١-المساواة بين الرجل والمرأة في طلب التفريق للضرر.

٢-لا حدود للضرر الموجب للتفريق، بل يخضع لتقدير وظروف كل من القاضي والزوجين.

٣-لكل من الزوجين إن تمسك بالحياة الزوجية أن يطلب من القاضي تعزير الطرف الآخر بما يراه، وذلك لإخلاله بواجباته الزوجية أو إضراره به أو سوء معاشرته له.

٤-إذا أثبت المدعي بشكواه اضرار الآخر به وطلب التفريق وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما وجب التفريق.

٥-إذا لم يثبت المدعي اضرار زوجه به أو عجز القاضي عن الإصلاح بينهما بعث حكمين من أهله وأهلها.

٦-مهمة الحكمين الإصلاح بين الزوجين[١] فإن تعذر عليهما ذلك فرقا بخلع إن كان الخطأ من الزوجة أو بطلاق إن كان من الزوج. ولا يجوز أن يترك الزوجان دون توفيق أو تفريق. فإذا لم يصل الحكمان إلى قرار معين فللقاضي أن يحكم غيرهما أو أن يفصل بين الزوجين فيما يراه يوافق المصلحة.

٧-الضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبل الدخول.

٨-إذا امتنع الزوج عن الطلاق، طلق القاضي عنه، أو كلف الزوج بطلاق نفسها[٢].

ولم أجد من الفقهاء الآخرين من نصّ عليه بوضوح، وكأنّهم لا يقولون به ما لم يصل الضّرر إلى حدّ إثارة الشّقاق، فإن وصل إلى ذلك، كان الحكم كما تقدّم[٣].

---

[١] يقول والدي رحمه الله: يحسن في دعاوى التفريق للشقاق، الأناة وعدم التسرع في فصم عرى الزوجية، إذ ما لا يدرك في وقت ما، أعني الصلح والتوفيق، قد يدرك في وقت آخر (لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) [الشماع: المفيد من الأبحاث، ١٤١].

[٢] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٧٧١/٢-٧٧٢

[٣] الموسوعة الفقهية الكويتية، ٥٥/٢٩. مادة "طلاق".

المبحث الرابع
القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق لعلة الشقاق والنزاع والضرر

حيث إن جلّ القواعد الفقهية التي تتعلق بالتفريق لعلة الشقاق والنزاع هي نفس القواعد التي تتعلق بالتفريق لعلل والعيوب، بجامع وجوب إزالة الضرر في كلا الفرقتين، لذلك فقد رأينا جمعها وذكرها عند حديثنا عن القواعد الفقهية المتعلقة للتفريق للعلل والعيوب، ولكنني سوف اقتصر ههنا على القواعد الفقهية التي اختصت بالتفريق للشقاق والتحكيم وهي:

قاعدة رقم (١).

لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه[١].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- لا يصح التصرف في ملك الغير إلا بولاية شرعية أو نيابة عرفية[٢].
- لا يجوز التصرف في حق الغير إلا بوكالة[٣].

معنى القاعدة:

التصرف في ملك الغير إما فعلي أو قولي، وتشير هذه القاعدة إلى أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره إلا بوكالة سابقة أو ولاية أو إذن أو إجازة لاحقة[٤].

فروع على القاعدة:

منها: لا يملك الحكمان التفريق بين الزوجين إلا بإذنهما وهذا قول عطاء والحسن وأبي حنيفة وأحمد في رواية لأن البضع حقه، والمال حقها، وهما رشيدان، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما وولاية عليهما.

وقد قدمنا خلاف السادة أهل العلم في ذلك، حيث ذهب الشعبي والنخعي وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعي وإسحاق وابن المنذر وأحمد في رواية إلى أن لهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وبغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين لقوله تعالى ﴿فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين ثم قال: ﴿إِن يُرِيدَا إِصْلَٰحًا﴾، فخاطب الحكمين بذلك.

والذي يظهر –والله أعلم– أن انتداب كل من الزوج والزوجة لمن يمثله في الإصلاح أو التفريق نوع من التوكيل فلا يكون الرأي الأول شاذاً.

---

[١] مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٦.
[٢] ابن قدامة: المغني ٢٤٤/٧. الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني ٤٤٦.
[٣] المرجع السابق.
[٤] الزحيلي: القواعد الفقهية، ٥٥١/١.

قاعدة رقم (٢).

الأصل في حكم القاضي أو الحكمين: الإصلاح[١].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة وتؤكد على ما أفادته القاعدة السابقة، وهي أن مهمة الحكمين الإصلاح، وليس لهما أن يحكما بالتفريق، لأنهما مأموران من طرف القاضي.

قاعدة رقم (٣).

الحكمان عند الشقاق حاكمان[٢].

معنى القاعدة:

هذه تعارض القاعدتين السابقتين، حيث تختص بالحكم بين الزوجين عند وقوع الشقاق بينهما، فيدعي الزوج نشوز الزوجة، وتدعي الزوجة نشوز زوجها، ولا يعرف المسيء منهما، فإذا رفع أمرهما إلى القاضي فيبعث حكمين لإزالة الشقاق بينهما ويكون قرارهما حكماً فصلاً.

وقد قدمنا خلاف الفقهاء في دور الحكمين، هل هما حاكمان أم وكيلان. لكن هذه القاعدة تنص على أنهما حاكمان[٣].

فروع على القاعدة:

منها: يجوز للحكمين أن يطلقا على الرجل بدون إذنه؛ إذ التطليق على الشخص من غير رضاه من خصائص الحاكم، وهما ملحقان به. ويجوز للحكمين أيضاً أن يبذلا العوض من مال المرأة بدون إذنها، ليختلعاها من الرجل. وإن أصيب الزوجان أو أحدهما بالجنون، لم ينقطع نظر الحكمين لجواز أن يحكم الحاكم على المجنون. ولو غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين؛ لم يجز إمضاء الحكم؛ لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه، والقضاء على الغائب لا يجوز[٤].

قاعدة رقم (٤).

الفعل الذي هو عدوان واجب الفسخ شرعاً[٥].

معنى القاعدة:

العدوان: هو الاعتداء وفعل ما لا يحل شرعاً وهو تجاوز المقدار بالانتهاء إليه والوقوف عنده.

وتشير هذه القاعدة إلى أن الفعل المخالف للشرع بتجاوزه لما لا يحلّ يجب فسخه وإبطاله شرعاً لأنه ظلم والظلم يجب إزالته وإزالة آثاره[٦].

---

[١] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢٥٧/٢. زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٦٣٠/٢. قاعدة رقم ١٤٥.

[٢] ابن تيمية: قاعدة في العقود،١٩٦. مجموع الفتاوى، ٢٥/٣٢ و١٦/٣٣. البعلي: الاختيارات الفقهية،٢٥٠. ابن القيم: زاد المعاد، ١٨٩/٥.

[٣] الصواط: القواعد والضوابط الفقهية، ٥٢٩/٢.

[٤] ابن القيم: زاد المعاد، ١٩١/٥. ابن قدامة: المغني، ٢٦٦/١٠. المرداوي: الإنصاف، ٣٨١/٨.

[٥] السرخسي: المبسوط،٣٧/١٧.

[٦] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٧٢/٧.

فروع على القاعدة:

منها: يفرق بين الزوجين إذا وجد نشوز من أحدهما، وأدى إلى لحوق عدوان أو ظلم للآخر.

قاعدة رقم (٥).

فعل القاضي حكم كأمره[١].

وفي لفظ آخر:

- أمر القاضي حكم[٢].

معنى القواعد:

القاضي يحكم فيما يعرض عليه من دعاوى، وحكمه أن يظهر حكم الشرع فيما يعرض عليه ثم يأمر بإحقاق الحق وإعطائه لصاحبه.

فتفيد هاتان القاعدتان أن حكم القاضي لا يقتصر على النطق به، بل إن فعله وتصرفه لصالح أحد المدعيين يعتبر حكماً منه.

والثانية: تفيد أن أمر القاضي لغيره بتصرف ما يعتبر أيضا حكماً منه.

فإذن أنواع الأحكام التي تصدر عن القضاء ثلاثة: نطق بالحكم، فعل وتصرف وأمر.

فروع على القاعدة:

منها: إذا أوقع الطلاق أو الفرقة كان ذلك حكماً منه[٣].

المبحث الخامس

موقف القانون من التفريق للشقاق والنزاع بين الزوجين

نصت معظم قوانين البلاد العربية على التفريق للشقاق والضرر وعلى نظام التحكيم بين الزوجين. إلا أن بعض القوانين أعطت حق طلب التفريق للزوجة فقط دون الزوج، باعتباره يملك حق الطلاق، وبعضها أعطت هذا الحق لكل من الزوجين، كما أن بعض القوانين اشترطت أن يكون الضرر المشكو منه بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية وبعض القوانين لم تشترط ذلك.

وهناك خلاف أيضاً في القوانين العربية حول سلطة الحكمين؛ هل يملكان التفريق أم الإصلاح فقط؟[٤].

وقد أخذ القانونان في مصر وسورية بمذهب المالكية فأجاز كلاهما التفريق للشقاق والضرر.

ونص القانون المصري رقم (٢٥) في المواد (٦-١١) والقانون السوري في المواد (١١٢-١١٥) على أحكام التفريق للشقاق، وهي أحكام متفق عليها في القانونين، إلا أن القانون المصري لم يذهب إلى التفريق

---

(١) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٢٣٥. المجددي: قواعد الفقه ٩٥.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٠/٧.

(٤) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٧٧٣/٢.

بسبب إساءة الزوجة، بل أعطى حق التفريق لكل من الزوجين، ونص على أن الضرر يجب أن يكون أيضاً بما لا يستطاع معه دوام العشرة، وأعطى الحكمين سلطة التفريق أيضاً كما هو الحال في القانون المصري[1]، وأخذ القانون السوري بمذهب المالكية في أن التفريق يكون بسبب الضرر من أحد الزوجين.
وعدَّل القانون السوري سنة (١٩٧٥) المادة (١١٢/٣)، فلم يحكم بالتفريق في الحال، وإنما يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر إذا لم يثبُت الضرر أملاً بالمصالحة.

مواد التفريق للشقاق بين الزوجين في القانون السوري:

المادة :١١٢

١- إذا ادّعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.

٢- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التطليق طلقة بائنة.

٣- إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزوجين وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يميناً على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة.

المادة :١١٣

١- على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يجمعاهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان.

٢- امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم.

المادة :١١٤

١- يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة.

٢- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة.

٣- للحكمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك وكان قد ثبت لدى الحكمين استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته.

٤- إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً وحلفه اليمين.

المادة ١١٥: على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معللاً وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين .

---

[1] يتفق القانون الأردني تماماً مع القانون المصري، حيث أعطى حق طلب التفريق للزوجة إذ أضر بها زوجها ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، غير أن القانون الأردني يختلف عن المصري بأنه لم يعط القاضي حق التفريق ولو ثبت الضرر، وعجز الحكمان عن الإصلاح قبل أن يبعث القاضي الحكمين.[انظر المادة ٩٦ من قانون الأحوال الشخصية الأردني].

ويلاحظ أن مهمة الحكمين هي الإصلاح أولاً، ثم رفع تقرير إلى القاضي بالتفريق، احتياطاً في أمر الطلاق. لكن المقرر في المذهب المالكي كما تقدم أن الحكمين يوقعان الطلاق بناء على التفويض الكامل من القاضي. فإذا قيد القاضي صلاحية الحكمين برفع تقرير كما ذهب القانون، لم يكن في الأمر مخالفة للمالكية.

القانون الإماراتي:

تناول قانون الأحوال الإماراتي في التفريق للضرر والشقاق في المواد من (١١٧) إلى (١٢٣).

الفقرة الأولى: من المادة (١١٧): (لكل من الزوجين طلب التفريق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف بينهما، ولا يسقط حق أي منهما في ذلك ما لم يثبت تصالحهما).

وقد أخذ القانون بالمذهب المالكي في التفريق للضرر والشقاق فقد قالوا به وتوسعوا في بيان حالات الضرر إلا أنهم لم ينصوا على الأضرار التي لا يستطاع معها العشرة ولم يجعلوها شرطاً لطلب التفريق وإنما تركوا الأمر لتقدير القاضي، وأثر ذلك على الحياة الزوجية حسب العرف والوضع الاجتماعي لكل من الزوجين.

الفقرة الثانية: جاء فيها تتولى لجنة التوجيه الأسري وفقاً للمادة (١٦) من هذا القانون الإصلاح بين الزوجين، فإن تعذرت وثبت الضرر حكم بالتفريق.

ويلاحظ على هذه الفقرة أن القاضي يحيل طلب التفريق للضرر إلى لجنة الإصلاح الأسري لتقوم بدورها في الإصلاح بين الزوجين، فإن عجزت عن ذلك عرض القاضي عليهما الصلح، فإن تعذر الصلح وكان الضرر ثابتاً، للقاضي الحكم بالتفريق بينهما، ولا يحيل القانون الأمر إلى الحكمين هذه الحالة لثبوتها واكتفاء بدور لجنة الإصلاح الأسري ودور القاضي في الإصلاح.

المادة (١١٨): الفقرة الأولى: (إذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين وتعذر على لجنة التوجيه الأسري والقاضي الإصلاح بينهما عين القاضي بحكم حكمين من أهليهما إن أمكن.

وتناولت الفقرة الثانية إجراءات تعيين الحكمين، ومدة عملهما، وهو إجراء قانوني.

المادة (١١٩): تناولت قيام الحكمين بمهمة الإصلاح، وبذل الجهد في سبيله.

المادة (١٢٠): إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

١- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج والزوجة هي طالبة التفريق، أو كان كل منهما طالباً، قرر الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من الحقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق.

٢- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة قرر التفريق نظير بدل مناسب يقدّرانه، تدفعه الزوجة.

٣- إذا كانت الإساءة مشتركة قرر التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

٤- إن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما، فإن كان الزوج هو الطالب اقترح الحكمان رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي الطالبة أو كان كل منهما طالباً التفريق قرر الحكمان التفريق بينهما دون بدل.

المادة (١٢١): الفقرة الأولى: يقدم الحكمان إلى القاضي قرارهما مسبباً متضمناً مدى إساءة كل منهما من الزوجين أو أحدهما إلى الآخر.

الفقرة الثانية: يحكم القاضي بمقتضى حكم الحكمين إن اتفقا، فإن اختلفا عين القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكماً ثالثا يرجح أحد الرأيين، وتحلف المحكمة الحكم الجديد أو المرجح اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

الفقرة الثالثة: على القاضي تعديل حكم الحكمين فيما خالف أحكام هذا القانون.

المادة (١٢٢): في دعوى التطليق للإضرار يثبت الضرر بطرق الإثبات الشرعية، وبالأحكام القضائية الصادرة على أحد الزوجين، وتقبل الشهادة بالتسامع إذا فسر الشاهد أو فهم من اشتهار الضرر في محيط حياة الزوجين حسبما تقرره المحكمة ولا تقبل الشهادة بالتسامع على نفي الضرر. وتقبل شهادة الشاهد ذكراً كان أو أنثى عدا الأصل للفرع، والفرع للأصل متى توافرت في الشاهد شروط الشهادة شرعاً.

المادة (١٢٣): (إذا طلبت الزوجة الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، وأودعت ما قبضته من مهر وما أخذته من هدايا، وما أنفقه الزوج من أجل الزواج، وامتنع الزوج من ذلك، وعجز القاضي عن الإصلاح، حكم بالتفريق خلعاً).

فالتفريق بسبب الضرر والشقاق، إنما يكون بعد ثبوت الضرر الذي يتعذر منه استمرار الحياة الزوجية، وبعد عجز القاضي عن الإصلاح، فإذا لم يثبت الضرر، كان لابد من تعيين الحكمين، وقد تطول إجراءات التحكيم.

لذلك قرر القانون، أنه لابد من مراعاة ما إذا كانت الزوجة قبل الدخول والخلوة قد طلبت التفريق، وأودعت ما قبضته من مهر، وما أنفقه الزوج من أجل التزويج بها، وامتنع الزوج عن إجابتها إلى ما طلبته من افتداء نفسها تعنتاً، وعجز القاضي عن الإصلاح، فمن المصلحة أن يحل رباط تلك الزوجية، التي بدأت معتلة قبل أن يمتد الضرر إلى غير الزوجين.

المبحث السادس
تطبيقات الاجتهادات القضائية

سوريا:

تفريق الحكمين عند تعذر استمرار الحياة الزوجية:

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (يتوجب على الحكمين عند تعذر استمرار الحياة الزوجية إيقاع التفريق بين الزوجين، ولا يحق للقاضي الحكم بالبينونة الصغرى إذا كان تقرير الحكمين خلواً من الحكم بالتفريق)[١].

(إن كون الحكمين من الأقارب هو من النظام العام، ولا يصار إلى تعيين الأباعد إلا عند التعذر)[٢].

(إن قبول الطلب بالتفريق لعلة الشقاق والضرر في معرض نظر دعوى الزوجة بالمهر المعجل والنفقة الزوجية يعود لتقدير المحكمة ولا يتعين أن يؤدي إلى إرجاء الحكم بالدعوى متى توفرت أسباب الحكم)[١].

---

[١] قرار محكمة النقض السورية في ١٩٥٣/٣/١٩.

[٢] قرار محكمة النقض السورية في ١٩٦٠/٦/٢.

(إن القاضي لا يملك إيقاع الطلاق بين زوجين لم يقرر المحكمون التفريق بينهما)[٢].

(يمكن أن تكون الإساءة من الزوج طالب التفريق أو تكون من الزوجة أو قد تكون مشتركة وإن طلب التفريق لا علاقة له بالإساءة ولا رابطة بينهما)[٣].

(صدور حكم من محكمة الاستئناف بثبوت ضرب الزوج لزوجته لا يحتم كون الزوج هو المسيء في الحياة الزوجية دون الزوجة، فقد تكون آذته أكثر (وقلعت له عينين إذا كان قلع لها عيناً واحدة)[٤].

(الضرب لا يكفي للتفريق إن لم ير القاضي أنه لا يستطاع معه دوام العشرة)[٥].

(الضرب وحده لا يكفي للتفريق، مالم يكن يبلغ درجة استحالة دوام العشرة الزوجية معه)[٦].

(إن تحديد الإساءة وأثرها على المهر منوط بقناعة الحكمين ولا رقابة عليهما وعلى ذلك الاجتهاد القضائي. وأن إعادة التحكيم يعود لتقدير المحكمة فيما إذا رأت أن ذلك مجد في الإصلاح بين الزوجين وكانت نتيجة التحكيم غير مقنعه للمحكمة)[٧].

(لئن كان الزوج معرضاً للمسؤولية في الآخرة حينما يميل كل الميل إلى إحدى زوجتيه ويترك الأخرى كالمعلقة. فإن ذلك لا يدخل تحت تمحيص القضاء الذي يتناول الأمور المادية، ويبقى من حق الزوجة التي يجافيها زوجها ويضارها بذلك طلب التفريق للضرر حينما تيأس من حسن عشرته)[٨].

(للقاضي أن يرفض تقرير الحكمين ويعين حكمين آخرين وهذا الحق ممنوح له لمرة واحدة وله حق استعماله إذا كان تقرير الحكمين متوافقاً مع الأصول والقانون إلا أن القاضي لم يقتنع به، أو إذا كان في تقرير الحكمين خلل موجب لإعادته فإنه يتوجب إعادته ولو تكرر)[٩].

(إذا أقيمت دعوى التفريق بناء على طلب الزوج ثم رجع الزوج عن دعواه بينما أصرت الزوجة على الاستمرار في متابعة التفريق فلابد في هذه الحالة من استئناف إجراءات التحكيم على الضوء الواقع الجديد أي يتوجب على المحكمة إمهال الطرفين شهرا للمصالحة وتعيين حكمين جديدين واعتبار الإجراءات السابقة كأن لم تكن)[١٠].

(إذا كانت المدة التي قدم خلالها الحكمين تقريرهما دون الشهر فأن تقريرهما يكون قد أتى على وجه السرعة وغير كاف لتحقيق الإصلاح بين الزوجين. وأن انطباع تقرير الحكمين بطابع العجلة الزائدة يتنافى ومهمة التحكيم التي تهدف إلى إصلاح ذات البين بين الزوجين بالصبر والأناة مما يؤدي إلى نقض حكم التفريق المبني عليه)[١١].

---

[١] القضية ١٥٢٨ أساس لعام ٢٠٠٥ قرار ٢٦٧٦/٢٠٠٥ تاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢٧ نقض الغرفة الشرعية.
[٢] المبادىء العامة لمحكمة النقض نقلاً عن مجلة القانون ١٩٦٦ ص ١٢١ – قرار ٣٩١ – ١٩٦٥/١٠/٢٥٢.
[٣] مجلة المحامون ١٩٩٨ ق ٤٦ شرعي.
[٤] المباديء القانونية لمحكمة النقض عن مجلة القانون ١٩٦٩ عدد١٠ ص ٥٨- قرار١٨/٩-١٩٦٩/١/٧.
[٥] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٥ ص ٣٤٤- قرار١٤٦/١٢٨-١٩٦٥/٤/٢٦.
[٦] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٨ ص ٢٧١- قرار٣١١/٣٠٨-١٩٦٨/٧/٢٩.
[٧] القضية ١٣٣٥ أساس لعام ٢٠٠٥ قرار٢٠٠٥/١٦٠٧ تاريخ ٢٠٠٥/٠٨/٢١ نقض الغرفة الشرعية.
[٨] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٦ ص ٤٦٠- قرار٣٠٨/٢٨٢-١٩٧٦/٣/١٧.
[٩] القضية ١٣٢٩ أساس لعام ٢٠٠٥ قرار٢٠٠٥/١٦٠٦ تاريخ ٢١/٠٨/٢٠٠٥ نقض الغرفة الشرعية.
[١٠] مجلة المحامون ١٩٩٨ ق ١٠٢ شرعي.
[١١] القضية ١٥٣٩ أساس لعام ٢٠٠٥ قرار ٢٠٠٥/٢٦٥٦ تاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢٧ نقض الغرفة الشرعية.

(انتخاب الحكمين والمرجح في دعاوى التفريق لا يستلزم البطلان على أن لا يبدأ عمل المرجح قبل اختلاف الحكمين)[١].

(يشترط لجواز التفريق من القاضي مباشرة ثبوت الضرر الذي لا يستطاع معه دوام الحياة الزوجية.

(النشوز هو حالة مؤقتة يمكن للزوجة إنهاؤها بالموافقة على المتابعة. النشوز لا يشكل الضرر الذي لا يستطاع معه دوام الحياة)[٢].

(طلب النفقة غير مسموع في دعوى التفريق)[٣].

(للحكمين الاستماع إلى من يرون وجوب سماع أقواله في سبيل الوصول إلى معرفة أسباب الشقاق ومحاولة الإصلاح بين الزوجين)[٤].

(في حال اختلاف الحكمين فللمحكمة الخيار بين إعادة التحكيم أو تعيين حكم مرجح)[٥].

(إن عدم تحديد مكان انعقاد المجلس العائلي لا يؤثر في الإجراءات طالما أن المجلس عقد تحت إشراف القاضي وفي مقر المحكمة. إن الإمهال للمصالحة لا يتوجب في حالة إعادة التحكيم)[٦].

(إن إعادة التحكيم ليست مرهونة بإرادة الطرفين. ولا يوجد مانع من تسمية موظف المحكمة لمهمة التحكيم طالما لم يكن مساعد المحكمة هو كاتب ضبط الجلسات الذي هو جزء لا يتجزأ من هيئتها)[٧].

(في حالة إعادة التحكيم يتوجب أن يكون الحكمان من غير الذين شاركوا في التحكيم الأول.

لا مانع من أن يكون تقرير الحكمين الجديد قد حدد المسؤولية خلافا للتقرير الأول الذي أهملته المحكمة)[٨].

(لا تملك المحكمة الأخذ بجزء من تقرير الحكمين ورفض جزء آخر منه، لذلك تقرر بالاتفاق نقض الحكم جزئيا وتعديله على الشكل التالي: التفريق بين المدعية والمدعى عليه وفقا لتقرير الحكمين)[٩].

(في حال عدم أخذ المحكمة بتقرير الحكمين وإجراء تحكيم جديد يجب تغيير الحكمين السابقين لا أحدهما)[١٠].

(غياب الزوج طالب التفريق للشقاق عن حضور المجلس العائلي الأول الجاري عقده بإشراف المحكمة الناظرة في دعوى التفريق هو سبب لتقرير القاضي عدم جدية الزوج فيما يدعيه وسبب قانوني لرد دعواه بطلب التفريق للشقاق ويوجب امتناع المحكمة عن متابعة إجراءات التحكيم ما لم تتقدم الزوجة بادعاء متقابل للتفريق لأن متابعة إجراءات التفريق في مثل هذا الوضع تعد ولا سند لها من الناحية القانونية)[١١].

---

[١] نقض هيئة عامة رقم ٣ تاريخ ١٩٧٧/٣/٢٢، قاعدة ١٧١ ـ مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض، شفيق طعمة ص ١٠٣.
[٢] مجلة المحامون ١٩٩٨ ق ٢٠ شرعي.
[٣] مجلة المحامون ١٩٩٨ ق ٧٩ شرعي.
[٤] مجلة المحامون ١٩٩٧ ق ٣٩١ شرعي.
[٥] مجلة المحامون ١٩٩٧ ق ٣٨٨ شرعي.
[٦] مجلة المحامون ١٩٩٧ ق ٣٩٠ شرعي.
[٧] مجلة المحامون ١٩٩٧ ق ٣٨٦ شرعي.
[٨] مجلة المحامون ١٩٩٧ ق ٣٦٨ شرعي.
[٩] مجلة المحامون ١٩٩٥ ق ٤٤٥ شرعي.
[١٠] مجلة المحامون ١٩٩٦ ق ٢٦٢ شرعي.
[١١] أساس ٨٢٠ /٢٠٠٢ قرار ٣٣٣ تاريخ ٢٠٠٢/٤/٣ – نقض – الغرفة الشرعية مجلة المحامون ص ١٥٤.

(ثبوت الأضرار أمام القاضي ليس شرطاً للسير بدعوى التفريق وإنما للطرفين إثارة ذلك واثباته أمام المحكمين)[١].

(تقدير الإساءة ومدى انعكاسها على المهر من الأمور المتروكة لقناعة الحكمين)[٢].

(الأصل أنه لا يجوز تسمية حكمين من الأباعد إلا إذا تعذر وجودهما من الأقارب وهذا من النظام العام)[٣].

(تكلف المحكمة أحداً بتحديد سبب الشقاق ولا بإثباته لأن ذلك سيعرض مفصلاً على الحكمين وعليه استقر الاجتهاد)[٤].

(عدم إمهال الطرفين مدة الشهر أملاً بالصلح يجعل إجراءات التحكيم باطلة على اعتبار أن مدة الشهر من النظام العام)[٥].

(مدى الإساءة التي يقررها الحكمان وآثارها تنطبق على المهر بشقيه المعجل والمؤجل)[٦].

(قول أحد المتداعين بعدم وجود من يصلح للتحكيم من الأقارب وطلبه تعيين الحكمين من الأباعد وسكوت الطرف الآخر يعتبر قبولاً منه في تعيين الحكمين من الأباعد، ولا حق له في العدول عن ذلك بعد تسمية الحكمين من الأباعد وعقد المجلس العائلي الأول واستلام الحكمين لمهمتهما ومباشرتهما إياها)[٧].

(ثبوت الأضرار أمام القاضي ليس شرطاً للسير بدعوى التفريق وإنما للطرفين إثارة ذلك واثباته أمام المحكمين)[٨].

(تعيين حكمين من الأباعد لا يصح أن يكون إلا بسبب مقبول شرعاً أو قانوناً وبعد استنفاد القاضي المشرف على دعوى التفريق للشقاق الجهد للتحري عن الصالحين للقيام بمهمة التحكيم من أهل الطرفين)[٩].

(تعيين من هو حكم عن الزوج ومن هو حكم عن الزوجة خاص بالحكمين من الأهل)[١٠].

مصر:

توسع الاجتهاد القضائي المصري في التفريق للضرر بين الزوجين ووضع بذلك مباديء قيمة تعبر عن اتجاه صريح لإعطاء الزوجة حق طلب التفريق إذا ما اساء الزوج إليها إساءة فلم يقتصر على ما جاء في المادة القانونية: (بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما)؛ بل توسع القضاء في ذلك كما سوف نرى[١١].

---

[١] الغرفة الشرعية قرار ٣٢١ تاريخ ٢٠٠٠/٣/٤ أساس ٣٢٠.مجلة المحامون العددان ٧- ٨ لعام ٢٠٠٢ صفحة ٦٩٦.

[٢] الغرفة الشرعية قرار ٨٣٤ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٨ أساس ٧١٢. مجلة المحامون العددان ٣- ٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٢٧٠.

[٣] الغرفة الشرعية قرار ٢٠٧٠ تاريخ ٢٠٠٠/١٠/١٢ أساس ٢٦٤٤. مجلة المحامون العددان ٣-٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٣٠٣.

[٤] الغرفة الشرعية قرار ١٠١١ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٢٢ أساس ٧٨٦. مجلة المحامون العددان ٣-٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٢٧٦.

[٥] الغرفة الشرعية قرار ١٤١٧ تاريخ ٢٠٠٠/٧/٢٢ أساس ١٤٠٦. مجلة المحامون العددان ٣-٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٢٨٩.

[٦] الغرفة الشرعية قرار ١٤١٨ تاريخ ٢٠٠٠/٧/٢٢ أساس ١٤٠٨. مجلة المحامون العددان ٣-٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٢٨٩.

[٧] الغرفة الشرعية قرار ٢٧٥٢ تاريخ ٢٠٠٠/١٢/١٧ أساس ٢٥٦٤. مجلة المحامون العددان ٣- ٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٣١٧.

[٨] الغرفة الشرعية قرار ٣٢١ تاريخ ٢٠٠٠/٣/٤ أساس ٣٢٠. مجلة المحامون العددان ٧- ٨ لعام ٢٠٠٢ ص ٦٩٦.

[٩] الغرفة الشرعية قرار ٢٥٩٣ تاريخ ٢٠٠٠/١٢/٣ أساس ١٥٨١. مجلة المحامون العددان ٣- ٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٣١١.

[١٠] الغرفة الشرعية قرار ١٥٤٩ تاريخ ٢٠٠٠/٧/٢٤ أساس ١٣٥٣. مجلة المحامون العددان ٣- ٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٢٩٧.

[١١] للمزيد من هذه الأحكام راجع كتاب أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني مدى حرية الزوجين في الطلاق.

وإليك بعض اجتهادات المحاكم في مصر:

الضرر أمر تقديري يخضع لرأي القاضي:

في حكم لمحكمة كرموز الشرعية: من الضرر الذي يوجب الطلاق أن يعمد الزوج إلى غير مكان الحرث والنسل من زوجته، أو يتسبب في إصابتها بمرض الزهري أو يشتمها أو يسبها أو يولي وجهه عنها في الفراش أو يقطع كلامه عنها ويهجر فراشها مدة طويلة بدون عذر أو يؤثر امرأة عليها، أو يرتكب منكراً يتعدى أثره إليها بحيث ينال من شرفها وكرامة أسرتها كأن يتناول الحشيش والمخدرات والمسكرات جهاراً مع جماعة من الفساق بينهم غلمان ويحكم عليه بالحبس من أجل ذلك[١].

ومن الضرر أن يسبَّ زوجته:

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الإبتدائية: إذا أثبتت الزوجة أن زوجها يضارها بالقول بالاعتداء عليها بالسب واتهامها بما يشين سمعتها ويسيء إليها مما يجعل دوام العشرة بينهما غير محتمل ولا يستطاع، ومن ثم اجابتها إلى طلب التطليق منه طلاقاً بائناً[٢].

ومن الضرر ابتزاز أموال زوجته:

في حكم لمحكمة السيدة الجزئية الشرعية: من الضرر الموجب للطلاق ابتزاز الزوج أموال زوجته لأن هذا ليس من مقاصد الزواج الشرعية[٣].

الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة:

جاء في حكم لمحكمة الواسطي الشرعية: لا يجاب طلب الزوجة التفريق لضرر لضرب الزوج لها وإهانته لها بمباشرتها له بعد، مما يدل على أن ما حصل لها من الضرب والإهانة مما يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما[٤].

وقريب من هذا الحكم قررت محكمة القاهرة الإبتدائية: إذا ثبت أن الزوج لم يسيء أية إساءة لا يستطاع معها دوام العشرة بين أمثالهما، واقرت صراحة أنه لم يعتد عليها بالضرب أو السب، وأنها هي التي ترغب في الطلاق لما تشعر به من أن أهله غير راضين فيها، فإن هذا لا يبرر تطليقها للضرر ما دام الزوج لم تصدر منه أية إساءة، ولأن علاقة الزوجة بأهل زوجها لا يصح أن تكون لها أي تأثير على الحياة الزوجية[٥].

---

[١] محكمة كرموز الشرعية ١٨ ربيع الأول ١٣٥٣. في ١٩٣٤/٦/٣٠، المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩٠.
[٢] محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٨/٨/٢٥.
[٣] محكمة السيدة الجزئية الشرعية ١٢ ربيع الآخر ١٣٦٨ في ١٩٤٩/٢/١٠، المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩٠.
[٤] محكمة الواسطي الشرعية ٢٤ شعبان ١٣٥٣ في ١٩٣٤/١٢/٢. المحاماة الشرعية س ٧ ع ١ ص ٢٠٢.
[٥] محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٨/٢/٢٨.

استحكام الخلاف بين الزوجين سبب موجب للتفريق ولو كان من جهة الزوجة:

جاء في حكم لمحكمة الزقازيق الشرعية الجزئية: نشوز الزوجة لا يمنعها من طلب التطليق للضرر، وإذا استحكم الخلاف بين الزوجين وساءت العلاقات بينهما وتعذر الوفق وظهر أن قصد الزوج من الإبقاء على الزوجية هو كيد الزوجة وإعناتها كان ذلك مسوغاً لتطليقها[١].

الضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبله:

في حكم لمحكمة المحلة الكبرى الشرعية: الهجر ضراراً كما يكون بعد الدخول يكون قبله وبذا يصلح مسوغاً لطلب التفريق[٢].

وفي هذا المعنى حكم لمحكمة الجيزة الشرعية: المراد بالعشرة بالمادة الواردة السادسة رقم ٢٥ الاختلاط والمخالطة وهي كما تكون قبله، وهذا يتفق مع ما جاء في المذهب المالكي من أن التفريق للضرر، كما يكون بعد الدخول قد يكون قبل الدخول طالما مناط التفريق هو الضرر[٣].

الشروع بقتل الزوجة يعتبر ضرراً مسوغاً للتفريق:

في حكم لمحكمة الإسكندرية الإبتدائية: إذا كان المدعى عليه متهماً بالشروع في قتل زوجته المدعية، وأنه حكم عليه من المحكمة بالأشغال الشاقة خمس سنوات، فإن الدعوى على هذا الأساس تكون مقبول من ناحيتين من نواحي الضرر:

الأول: سجنه لمدة أكثر من ثلاث سنوات مع مضي أكثر من سنة على الحبس.

الثاني: كما أن الجريمة التي سجن من أجلها هي إضرار بالمدعية، فليس هناك ضرر أكبر من الشروع في قتلها مما يجعلها مستحقة للطلاق[٤].

التطليق للضرر المعنوي:

اعتبرت محكمة أسيوط: أن مجرد إرسال خطاب إلى الزوجة من زوجها وفيه عبارات جارحة سبباً موجباً للتفريق؛ .. ثم قالت: إذا كشفت عبارات الخطاب عن ألفاظ جارحة ونزعات عدوانية صارخة مهينة لكرامة الزوجة وطعن في كبرياء مثلها ممن يحرف تربية النشء فإنه يعتبر ضرراً معنوياً كبيراً تستحيل معه الحياة الزوجية ويجب الحكم بالطلاق[٥].

ومن الضرر اتهام الزوجة بالزنا:

جاء في حكم لمحكمة بني سويف: إذا رمى الزوج زوجته بالزنا علناً وبصفة رسمية وظهرت براءتها منه بحكم قضائي كان ذلك إضراراً بها يستوجب طلاقها منه متى طلبته مهما كانت طبقتها[٦].

---

[١] محكمة الزقازيق الشرعية الجزئية ١٩٤٩/٥/١٥.

[٢] محكمة المحلة الكبرى الشرعية ١٧ شوال ١٣٥٣. في ١٩٣٥/١/٢٢ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٤٤٦.

[٣] محكمة الجيزة الشرعية ١٥ ربيع الأول ١٣٧٢ في ٣ ديسمبر ١٩٥٢، المحاماة الشرعية س ٣٤ ع ٧ ص ٤١٩.

[٤] محكمة الإسكندرية الإبتدائية ١٩٥٨/٦/٢٣ صالح حنفي ٢٢١/٢.

[٥] محكمة أسيوط الإبتدائية ١٩٥٨/١٢/٢.

[٦] محكمة بني سويف الكلية الشرعية ٦ جمادى الثانية ١٣٧٣. في ١٩٥٤/٢/١٠ المحاماة س ٢٤ ع ٧ ص ٣٧٦.

وفي هذا المعنى حكم لمحكمة بنها الإبتدائية: إذا استقر في نفس الزوج أن زوجته زانية، وأنها تسلك سبيل البغايا، وأصر على توجيه هذا القول إليها، وعلى اعتدائه عليها بالضرب، فإنه يصبح من غير المستطاع دوام العشرة بينهما، ويتعين الحكم للزوجة بالطلاق للضرر عملاً بالمادة ٦ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩[١].

هل يعتبر فسق الزوج ضرراً يوجب التفريق:

حكمت محكمة كرموز الشرعية: المناط في الضرر الذي يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من أجله هو لحوق الأذى بها من زوجها سواء في بدنها أو عرضها. ففسق الزوج لا يوجب تطليق زوجته ما لم يتعد أثره إليها[٢].

تعليق:

علق أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني على هذا الحكم فقال: في هذا الحكم نظر، إذ طالما إن مناط التفريق هو الضرر، فالزوجة الصالحة المسلمة قد تتضرر من فسق زوجها وفجوره كما إذا كان يتعاطى المسكرات ويعاشر الفتيات غير الشريفات، إلى آخر ما يصاب به الشباب الماجن من ضروب الفتن والإغراء، كل هذا ضرر يصيب الزوجة في شعورها وكرامتها وأسرتها وينعكس نحو أولادها. إننا نرى أن فسق الزوج بما يخرجه عن المألوف إذا كان يعرض سمعة الزوجة أو الأسرة إلى الانهيار سبب موجب للتفريق[٣].

وفي حكم آخر مغاير للحكم السابق:

الضرر الموجب للطلاق هو الضرر الواقع من الزوج على زوجته نفسها، فلا يوجب تعديه على أهلها تطليقها عليه، ولا يسمى هذا ضرراً واقعاً عليها. وفسق الزوج لا يوجب تطليق الزوجة مالم يتعد أثره بأن يحضر صواحبه في منزلها ولا يؤخذ بالزوج بالمظنة والاتهام بل لا بد من الأدلة القاطعة[٤].

التفريق لهجر الزوج زوجته:

في حكم لمحكمة جرجا الشرعية: هجر الزوج فراش زوجته من الأضرار الموجبة للتطليق[٥].

إذا تكررت الدعوى بعث القاضي حكمين:

جاء بحكم لمحكمة الأزبكية الشرعية: إذا تكرر رفع دعوى طلب التطليق لضرر بعد رفعها للعجز عن الإثبات لا تقبل إلا إذا ادعت مدعيتها استمرار الضرر إن كان مما يقبل الاستمرار[٦].

تفريق الحكمين إذا كان الضرر من الزوج:

في حكم لمحكمة مصر الإبتدائية الشرعية: يعين القاضي حكمين عند تكرر طلب التفريق للضرر ويحكم به متى قرر الحكمان أن الضرر من قبل الزوج[١].

---

[١] محكمة بنها الإبتدائية ١٩٥٦/١٢/١٦.
[٢] محكمة كرموز الشرعية ١٨ صفر ١٣٥٣ في ١٩٣٤/٣/٣١. المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٨٧.
[٣] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٧٨٦/٢.
[٤] محكمة السيدة زينب الجزئية ١٩٥١/٦/٣٠.
[٥] محكمة جرجا الشرعية حكم ٢٢ ربيع الأول ١٣٥٢ في ١٩٣٣/٧/١٥. المحاماة س ٥ ع ٥ ص ٥٧٨.
[٦] محكمة الأزبكية الشرعية ١٧ رجب ١٣٤٨ س ٢ ع ٢ ص ١٧١.

نشوز الزوجة لا يحول دون طلب التفريق:

قررت محكمة الزقازيق الشرعية: نشوز الزوجة لا يمنعها من طلب التطليق للضرر، إذا ظهر أن الزوج قد استصدر حكم الطاعة بقصد الحصول على حكم بإسقاط النفقة. إذ استحكم الخلاف بين الزوجين وساءت العلاقات بينهما، وتعذر الوفاق، وظهر أن قصد الزوج من الإبقاء على الزوجة هو كيد الزوجة وإعناتها كان ذلك مسوغاً لتطليقها منه[٢].

---

[١] محكمة مصر الابتدائية الشرعية ٥ رمضان ١٣٥٣. ١٩٣٤/١٢/١٢. المحاماة الشرعية -ع ٢ ص ٣٩١ س ٦.

[٢] محكمة الزقازيق الشرعية الجزئية ١٩٤٩/٥/١٥.

الفصل الثاني
التّفريق للعلل والعيوب
والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

إن الأصل في عقد الزواج الرضائية، ورضا كل طرف من أطرافه بالعمل لتحقيق غاية هذا العقد وهي التناسل والمحبة والمودة والرحمة، وهذا الرضا ليس قاصراً على إبرام العقد بإكمال صيغته فقط.
ولكن متى قام سبب في أحد الأطراف يعطل حكمة عقد الزواج وغايته أو يضعف جانبها، وهو ما يسمى (العيب أو العلة)، فيجوز للطرف الآخر أن يطلب الفرقة قضاء حيث يتعذّر أو يتعسّر الاستمرار بالحياة الزوجية على نحوها المطلوب.

والعيوب: جمع عيب. والعيب في اللغة: من عاب المتاع عيباً، وعاب فلان فلاناً يعيبه، أي أصبح ذا عيب، والاسم: العيب، وهو الشين والرداءة والوصمة[١].
والعيب في الاصطلاح: النقيصة في الشيء، التي يخلو منها الخلق السليم، أو أصل الفطرة السليمة[٢].
والعيوب في النكاح منها ما يتعلق بالزوج، ومنها ما يتعلق بالزوجة، وسوف نبحث في هذا الفصل أصل حكم التفريق بين الزوجين للعيوب، والعيوب التي تجيز التفريق، وشروط التفريق للعيوب، وأقوال الفقهاء فيها.

المبحث الأول
حكم التفريق للعلل والعيوب

انقسم أهل العلم في أصل حكم التفريق بين الزوجين للعيوب والعلل المرضية إلى ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول:

يرى عدم جواز التفريق بين الزوجين بالعيوب، والعلل المرضية الجنسية، أو غيرها من الأمراض السارية أو المنفرة، سواء كانت العلل بالزوج أو بالزوجة، وهي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق، وهو قول عمر بن عبد العزيز وإليه ذهب الظاهرية وقد أيَّده الشوكاني[٣].

جاء في المحلى: (لا يفسخ النكاح بعد صحة بجذام حادث، ولا ببرص كذلك ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد شيئاً من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك، ولا بعنانة، ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب)[٤].
ويقول ابن حزم أيضاً: (من تزوج امرأة لم يقدر على وطئها سواء كان وطئها مرة أو مراراً أو لم يطأها قط فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما)[٥].

---

[١] ابن منظور: لسان العرب، الرازي: مختار الصحاح، مادة "عيب"
[٢] القونوي: القاسم بن عبد الله، أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، ٢٠٧
[٣] ابن حزم: المحلى١٠/٥٨. مسألة ١٨٩٩. ابن رشد: بداية المجتهد، ٢/٥٠. الشوكاني: نيل الأوطار،٦/١٥٧.
[٤] المصدر السابق، ١٠/١٠٩.
[٥] المصدر السابق، ١٠/١٠٩.

وحجتهم:

أ- ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: (جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فبتّ طلاقي فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير وإن ما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا "حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك)[١].

ووجه الدلالة: أن تلك المرأة قد شكت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن زوجها عبد الرحمن بن الزبير لم يستطع وطأها لعلة جنسية، وأنها تريد مفارقته، ومع ذلك لم يفرق بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وقد أجيب عن هذا: أنه لا دلالة في الحديث على عدم جواز التفريق للعلل، وإنما الحديث قد جاء لبيان حكم شرعي آخر بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ وهو أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها إلا بعد أن تنكح زوجاً آخر ويدخل بها ويطأها. ويؤيد هذا ما جاء في بعض روايات الحديث: (أن رفاعة طلق امرأته تيمية بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فأعرض عنها فلم يستطع أن يمسها، ففارقها، فأراد رفاعة أن ينكحها وهو زوجها الأول، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا "حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك)[٢].

٢-ما أخرجه الدارقطني في سننه من آثار: (أن عمر قضى في البرصاء والجذماء والمجنونة إذا دخل بها فرق بينهما والصداق لها لمسيسه إياها وهو له على وليها) ومثله عن ابن عباس أنه قال: (أربع لا يجوز في بيع ولا نكاح المجنونة والمجذومة والبرصاء والغلفاء) ومثله عن علي أنه قال: (أيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو جذماء أو بها برص أو بها قرن فهي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق)[٣].

٣-**أن القاعدة الفقهية تنص على أن: الأصل بقاء النكاح ولا يزول إلا بدليل**، ولم يصح في الفسخ للعيب دليل في القرآن أو السنة أو الأثر عن الصحابة أو القياس والمعقول.

وقد أيّد الشوكاني هذا القول حيث قال بعد عرضه للأقوال والآثار التي جاءت في هذه المسألة؛ (ومن أحسن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عن الفقهاء)[٤].

المذهب الثاني:

يجوز التفريق قضاء للعيوب والعلل المرضية الخاصة بالزوج دون عيوب الزّوجة، وجعلوا التّفريق بالعيوب حقّاً للزّوجة وحدها، وإليه ذهب الشّيخان من الحنفيّة؛ أبو حنيفة وأبو يوسف[٥].

وسوف نذكر لاحقاً العيوب التي يحق للزوجة طلب التفريق بها.

---

[١] رواه البخاري في صحيحه . كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، ٢٠١٥/٥ برقم ٤٩٦٠. ومسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ثم يفارقها وتنقضي عدتها، ١٠٥٥/٢. برقم ١٤٣٣

[٢] سبق تخريجه، وانظر: الصنعاني: سبل السلام، ١٨٢/٣.

[٣] الدارقطني: السنن، ٢٦٧/٣ برقم ٨٣ و٨٤ و٨٥. وقد أورد الشوكاني بلفظ: (أيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو حدباء أو برصاء أو بها مرض فهي امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك)[نيل الأوطار، ١٧٨/٦].

[٤] المرجع السابق ١٧٨/٦.

[٥] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٢٦٧/٤. مختصر الطحاوي ١٨٢، ابن نجيم: البحر الرائق١٣٥/٣، الميداني: اللباب٢٤/٣-٢٦

وحجتهم في ذلك: أن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه لامتلاكه حق الطلاق دون المرأة، أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق في طلب التفريق؛ لأنها لا تملك الطلاق. والقواعد الفقهية تنص على دفع الضرر، منها: **لا ضرر ولا ضرار**. ومنها: **الضرر عذر في فسخ العقد اللازم**[١].

جاء في بدائع الصنائع: (لأنها لا تملك الطلاق فتعين الفسخ طريقاً لدفع الضرر. فلو وجد الزوج في زوجته عيباً تناسلياً يمنعه من الوصول إليها لا يجوز له التفريق بسببه فإن شاء أبقى زوجته وله الأجر على فعله وإن شاء طلق بإحسان)[٢].

المذهب الثالث:

يجوز التّفريق قضاء للعلل والعيوب المرضية سواء أكانت بالرّجل أم بالمرأة، وأنّ طلب التّفريق للعيب حقّ لهما مشترك على حد سواء. وإليه ذهب جمهور الفقهاء من المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة[٣].

وحجتهم:

١- ماورد عن عبد الله بن عمر: (أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فأهديت إليه فرأى بكشحها وضحاً من بياض[٤]، قال: ضمي إليك ثوبك والحقي بأهلك وألحق لها مهرها)[٥].

وجه الدلالة: إن ردَّ الرسول صلى الله عليه وسلم المرأة التي تزوجها دليل على جواز الرد بالبرص إذ هو عيب مما تنفر منه النفوس، ويلحق به الرد بالعلل الأخرى بالقياس، لأنها في معناها ضرراً ونفرة.

وقد اعترض على هذا: أن قوله عليه الصلاة والسلام "إلحقي بأهلك" هو من كنايات الطلاق، فلا يخرج عن كونه طلاقاً[٦].

٢-ما رواه البخاري عن النبي عليه الصلاة والسلام قوله: (فرَّ من المجذوم كما تفر من الأسد)[٧].

ووجه الدلالة: أن الفسخ طريق الفرار، ولو لزم النكاح مع الجذام لما أمر بالفرار.

وقد أجيب عن هذا: أن هذا المعنى لو ثبت في الحديث وأنه المقصود منه، لفسر أن الفرار هنا هو الطلاق[٨].

---

[١] السرخسي: المبسوط،٢٣/٢٥-٢٦.

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٢٧/٢.

[٣] الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢٧٧/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ٢١٤ وما بعدها، ابن رشد: بداية المجتهد ٥٠/٢، الدردير: الشرح الصغير، ٤٦٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٥٨/٣، البهوتي: كشاف القناع، ١١٥/٥-١٢٤، ابن قدامة: المغني، ٦٥٠/٦، ٦٦٧-٦٧٨، المرتضى: البحر الزخار ٦٠/٣، المحلي: شرائع الإسلام ١٦٥/٦. الحلي: المختصر النافع في فقه الإمامية: ص ٢١٠.

[٤] الكشح: مابين الخاصرتين إلى الضلع، والمقصود بالبياض: البرص [النهاية في غريب الحديث ٤٢٠/٢].

[٥] رواه أحمد في مسنده، ٤٩٣/٣. ابن أبي شيبة: المصنف، المرأة يتزوجها الرجل وبها برص أو جذام فيدخل بها، ٤٨٧/٣. برقم ٥٤. سعيد بن منصور: السنن، ٢٤٧/١ برقم ٨٢٩. الحاكم: المستدرك، ٣٦/٤ برقم ٦٨٠٨. البيهقي: السنن الكبرى، جماع أبواب العيب في المنكوحة، باب ما يرد به النكاح من العيوب، ٢١٣/٧ برقم ١٣٨٩٧. و٢١٤/٧ برقم ١٣٨٩٨ ورقم ١٣٨٩٩ . وفي باب من قال من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب الصداق وما روي في معناه، ٢٥٦/٧ برقم ١٤٢٦٥ ورقم ١٤٢٦٦. ورقم ١٤٢٦٧.والهيثمي: مجمع الزوائد، باب فيمن تزوج امرأة فوجد بها عيباً، ٣٠٠/٤. [انظر:الشوكاني في نيل الأوطار ١٦٥/٦].

[٦] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٢٧/٣.

[٧] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب الجذام، ٢١٥٨/٥ برقم ٥٣٨٠. عن أبي هريرة رضي الله عنه.

[٨] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٦٧/٣.

٣- ما رواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما أنه قال: (العنين يؤجل سنة فإن قدر عليها وإلا فرق بينهما، ولها المهر، وعليها العدة)، وروي مثله أيضاً عن علي وابن مسعود والمغيرة بن شعبة[١]، وقال ابن قدامة: (ولا مخالف لهم)[٢].

٤-إن القواعد الفقهية تنص على أن: **الضرر عذر في فسخ العقد اللازم**[٣]. ومثلها: **كل عقد تقاعس عنه عنه مقصوده بطل من أصله**[٤]. ومثلها: **كل عقد لا يفيد مقصوده يبطل**[٥]. ومثلها: **ما يمنع الوطء أو كماله حساً أو طبعاً يثبت الفسخ**[٦]. ومثلها: **كل عيب يخل بالمقصود الأصلي في الزواج، أو يترتب عليه عليه ضرر لا يحتمله الطرف الآخر، يجوز التفريق فيه.**

وكل من الزوجين يتضرر بهذه العيوب، أما اللجوء إلى الطلاق فيؤدي إلى الإلزام بكل المهر بعد الدخول وبنصفه قبل الدخول. وفي التفريق بسبب العيب يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول، وبعد الدخول لها المسمى بالاتفاق، لكن يرجع الزوج عند المالكية والحنابلة والشافعية بالمهر بعد الدخول على ولي الزوجة كالأب والأخ لتدليسه بكتمان العيب، ولا سكنى لها ولا نفقة.

المبحث الثاني
العيوب التي تجيز التفريق

ذكرنا أن جمهور فقهاء المذاهب الأربعة قد أجازوا التفريق للعيوب واللعل، وأن الحنفية قد اقتصروا على بعض العيوب الخاصة بالرجل، بينما الجمهور قد أجازوا التفريق بالعيوب لكلا الزوجين.

وعلى الرغم من تجويز الفقهاء التفريق بالعيوب عموماً، إلاّ أنّنا نلاحظ أن أغلب الفقهاء قد اتّفقوا على تضييق دائرة التّفريق للعيب، وعدم التّوسّع فيه، ثمّ اختلفوا في العيوب المثبتة للتّفريق على أقوال:

القول الأول:

ذهب الشّيخان من الحنفيّة – أبو حنيفة وأبو يوسف – إلى أن العلل الصالحة للتفريق هي التي تحول دون وصول الزوج إلى زوجته، وحصرها الشيخان في الجبّ[٧]، والعنّة[٨]، والخصاء[١] فقط[٢].

---

[١] الطبراني: المعجم الكبير، ٣٤٢/٩ برقم ٩٧٠٤ و ٩٧٠٥. الدارقطني: السنن، ٣٠٥/٣ برقم ٢٢١. سعيد بن منصور: السنن، ٧٩/٢ برقم ٢٠٠٩ – ٢٠١٢. ابن أبي شيبة: المصنف، كم يؤجل العنين، ٥٠٣/٣ برقم ٧٨. وفي ما قالوا في امرأة العنين، ١٤٩/٤ برقم ١٦٣. عبد الرزاق: المصنف، باب أجل العنين، ٢٥٣/٦ برقم ١٠٧٢١ و ١٠٧٢٢. البيهقي: السنن الكبرى، جماع أبواب العيب في المنكوحة، باب أجل العنين، ٢٢٦/٧ برقم ١٤٠٦٧. والهيثمي: مجمع الزوائد، باب في العنين، ٣٠١/٤. وقال رجاله رجال الصحيح.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٨٢/١٠.

[٣] السرخسي: المبسوط،٢٥/٢٣-٢٦.

[٤] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٢٥٩/١.

[٥] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ص ١١٩

[٦] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ٣٣٢/٢. العلائي: المجموع المذهب، ق ٣٣٢. الزركشي: المنثور، ٢١١/٤. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٨٥. ابن عبد الهادي: القواعد الكلية، ٨٢. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ١٧٢/٣٢. ١٧٥/٢٩ و٣٥٤. ابن القيم: زاد المعاد، ١٨٣/٥. الصواط: القواعد والضوابط الفقهية، ٥١٠/٢

[٧] الجَبّ: أن يكون جميع الذكر مقطوعاً، وهو عند الجمهور: قطع الذكر والأنثيين، ومثله في الحكم قطع الذكر وحده. فإذا كان الذكر صغيراً كالزر فهو كالمجبوب في الحكم أيضاً. وعند المالكية: هو قطع الذكر والأنثيين كالجمهور. ومثله قطع الأنثيين دون الذكر عند المالكية. [الفيومي: المصباح المنير، ٨٩/١، تحرير ألفاظ التحرير، ص ٢٥٦. أنيس الفقهاء، ص ١٦٦]

[٨] العنة: هي عند الجمهور: العجز عن الوطء مع سلامة العضو، وسمي بذلك لأن الذكر يعن يمنة ويسرة ولا يطأ في الفرج، وذهب المالكية إلى أن العنة هي صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع.[الفيومي: المصباح المنير مادة "خصي"، أنيس الفقهاء، ١٧٥]

ودليل أبي حنيفة وأبي يوسف في حصر العيوب التي تبيح للزوجة حق التفريق بالعيوب التناسلية:
أن الغاية من الزواج حفظ النسل، وهذه العيوب تخل بالمقصود أصالة من النكاح وهو التناسل وقضاء الوطر، فقد قال عليه الصلاة والسلام: (تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة)[٣]. فجعل الرسول الكريم عليه صلوات الله وسلامه التناسل ثمرة الزواج، فإذا كان الزوج معيباً بعيب يمنع الاتصال الجنسي فاتت ثمرة النكاح، فوجب الفراق إذا ما طلبت الزوجة ذلك.
ولأن هذه العيوب غير قابلة للزوال، ولا سبيل لدفع الضرر المترتب عليها إلا بالتفريق قال تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩]، فإن لم يطلق الزوج قام القاضي مقامه إذا طلبت الزوجة ذلك.

يقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله: اقتصر الشيخان على العيوب الجنسية دون غيرها: العنة والخصاء والجب، لأن الغاية من الزواج حفظ النسل، فإذا لم يكن الرجل صالحاً لذلك فقد أصبح تنفيذ العقد مستحيلاً فلا جدوى لبقائه، ولأن البقاء مع ذلك ضرر بالمرأة لا يقبل الزوال ولا طريق للتخلص منه إلا بالتفريق[٤].

وما ينبغي التنبيه إليه أن التفريق بسبب العنة، لا يكون إلا بعد تأجيل العنين سنة في قول عامة أهل العلم ليتبين أن العجز بآفة أصيلة. وقد تقدم قضاء عمر رضي الله عنه أن حد أن العنين يؤجل سنة.

أما العيوب المشتركة كالجنون والبرص والجذام، فقد استدل الشيخان الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف، على عدم جواز التفريق بهذه العيوب بما يأتي:

١. أنّ فوات جميع ثمرات العقد بالموت قبل الدخول أو عقيب العقد لا يوجب فسخ النكاح، ففوات بعضها بهذه العيوب لا يوجب الفسخ من باب أولى.
وأجيب: أنّ هذا قياس مع الفارق، فموت الزوج أو أحد أسباب انتهاء العقد مع أنّ الضرر لم يلحق بالزوجة بالفعل بسبب انتهاء العقد سواء بالموت قبل الدخول أو عقيب العقد. بينما العقد قائم في حالة العيب الملحق بالزوج الحي، وضرر الزوجة قائم مستمر، لأنها محبوسة لصالحه، إن لم نبح لها الفرقة عنه.
٢. أنّ الضرر في هذه العيوب غير دائم لقابليتها للزوال، فإن لم تكن قابلة للزوال فهي كالعمى وسائر العيوب التي لا يفسخ النكاح بها عندهما.
وأجيب: ليس كل ضرر موجب للفرقة، بل الموجب منها للفرقة هو الضرر الذي لا تستقيم معه الحياة الزوجية[٥].

---

[١] الخصاء: هو عند الجمهور: قطع الأنثيين أو رضهما أو سلهما دون الذكر، وعند المالكية قطع الذكر دون الأنثيين.[الفيومي: المصباح المنير، مادة "خصي". أنيس الفقهاء، ١٦٦. الدردير: الشرح الكبير، ٢٧٧/٢، شرح الخرشي، ٢٣٦/٣]
[٢] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٦٧/٣. ابن نجيم: البحر الرائق، ١٢٦/٤. وقد قيل أن محمداً بن الحسن قد زاد إليها الجنون، لكن الصحيح أن مذهبه هو عدم حصر العيوب مطلقاً كما سنبينه لا حقاً.
[٣] عبد الرزاق: المصنف، كتاب النكاح، باب وجوب النكاح وفضله، ١٧٣/٦ برقم ١٠٣٩١.
[٤] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٣٥٤.
[٥] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٦٧/٣. ابن نجيم: البحر الرائق، ١٢٦/٤.

القول الثاني:

إن العلل التي يجوز التفريق بسببها هي ما لا يمكن معها الوطء في حقهما معه وهي داء الفرج. والعلل المنفرة التي اشتهرت بين الصحابة– الجنون والجذام والبرص– وبهذا قال جمهور الفقهاء: المالكية والشافعية والحنابلة.

أما العمى والطرش والخرس وقطع الأطراف فهي عيوب غير مخلة بمقصود النكاح فلا تفريق فيها عند جمهور فقهاء المذاهب الأربعة.

هذا وقد اتفق هؤلاء الفقهاء في بعض هذه العيوب، واختلفوا في بعضها الآخر على أقوال، ويمكننا تقسيمها إلى ثلاثة أنواع:

قسم منها خاصّ بالرّجال، وقسم خاصّ بالنّساء، وقسم مشترك بين النّساء والرّجال.

فعند المالكيّة يفرّق بالعيوب التّالية:

عيوب الرّجال وهي: الجبّ، والخصاء والعنّة، والاعتراض[١].

وعيوب النّساء هي: الرّتق[٢]، والقرن[٣]، والعفل[٤]، والإفضاء[٥]، والبخر[٦].

والعيوب المشتركة هي: الجنون[٧]، والجذام[٨]، والبرص[٩]، والعذيطة[١٠] والخناثة المشكلة [١١].

قال الخرشي: العيوب ثلاثة أقسام:

مشتركة بين الزوجين: الجنون والجذام والبرص والعَذْيَطَة والخنثى[١٢].

خاصة بالرجل: الجب والخصاء والعنة والاعتراض.

خاصة بالمرأة: الرتق والقرن والعفل والإفضاء والبَخَر[١٣].

وعند الشّافعيّة يفرّق بالعيوب التّالية:

---

[١] الاعتراض: هو عند المالكية: عدم انتشار الذكر، ويقابله عند الجمهور العنة.[شرح الخرشي، ٢٣٦/٣]

[٢] الرتق: هو انسداد محل النكاح أو التحامه، بحيث لا يمكن معه الوطء وربما كان ذلك لضيق في عظم الحوض أو لكثرة اللحم فيه.[ابن منظور: لسان العرب، ١٤٤/١٠، النووي:تحرير ألفاظ التنبيه، ٢٥٥، القونوي:أنيس الفقهاء، ١٥١]

[٣] القرن: على وزن قلم، لحم أو عظم أو غدة في الفرج يسده ويمنع الوطء، وربما كان ذلك من لحم أو عظم.[ابن منظور: لسان العرب، ٣٣٥/١٣. القونوي:أنيس الفقهاء، ١٥١].

[٤] العفل: رغوة في الفرج تحدث عند الجماع، أو هو ورم في اللحمة التي بين مسلكي المرأة فيضيق به فرجها فلا ينفذ به الذكر. وقيل هو القرن.[الفيومي: المصباح المنير، ٤١٨/٢. البعلي:المطلع على أبواب المقنع، بيروت: المكتب الإسلامي، ٣٢٣]

[٥] الإفضاء: هو انحراق ما بين السبيلين واختلاط مسلك النكاح مع مسلك البول، أو اختلاط مسلك النكاح مع مسلك الغائط.[ابن منظور: لسان العرب، ٢٩٧/١٠. المطلع، ٣٢٤].

[٦] البخر: هو نتن الفرج، أو نتن الفم.[ابن منظور: لسان العرب، ٤٧/٤. المطلع، ٣٢٤].

[٧] الجنون: آفة تعتري العقل فتذهب به.

[٨] الجذام: هو مرض مزمن معد، يسببه ميكروب باسيل يدخل إلى الجسم عن طريق الأنف أو الجروح المفتوحة، تتميز أعراضه بوجود بوجود درنات ويحمر منه العضو، ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر، ويتصور ذلك في كل عضو من أعضاء الجسم، إلا أنه في الوجه أكثر.[الموسوعة الطبية العربية، ١٠٨، ١٠٩. المرشد الطبي الحديث تأليف جماعة من الأطباء- المكتبة الحديثة، ٣٦٨].

[٩] البرص: هو مرض فقد صبغات الجلد فتظهر بقع بيضاء على الجلد تزداد اتساعاً مع الأيام، وربما نبت عليها شعر أبيض أيضاً، وربما كانت بقعاً سوداء.[الأمراض الجلدية لمحمد رفعت، ٢٠٥]

[١٠] العَذْيَطَة: هي التبول أو التغوط عند الجماع.[الفيومي: المصباح المنير مادة "عذط"، شرح الخرشي، ٢٣٦/٣]

[١١] حاشية الخرشي على خليل، ٧٣٠/٢.

[١٢] الخنثى: من له فرج امرأة وذكر رجل، أو له ثقب لا يشبه واحداً منهما.[تحرير ألفاظ التنبيه، ٢٤٨. حدود ابن عرفة مع شرحها، ٢٥٣/١. أنيس الفقهاء، ١٦٦].

[١٣] حاشية الخرشي على خليل، ٧٣٠/٢.

عيوب الرّجال وهي: العنّة، والجبّ.

وعيوب النّساء هي: الرّتق، والقرن.

والعيوب المشتركة هي: الجنون، والجذام والبرص[١].

جاء في الوجيز: (يثبت للزوج حق الرد بالعيوب الخمسة: فلكل من الزوجين الخيار بالبرص والجذام والجنون، ويثبت لها بجبه وعنته وله برتقها وقرنها)[٢].

وعند الحنابلة يفرّق بالعيوب التّالية:

عيوب خاصّة بالرّجال هي: العنّة، والجبّ.

وعيوب خاصّة بالنّساء هي: الفتق[٣]، والقرن، والعفل.

وعيوب مشتركة، هي: الجنون، والبرص، والجذام[٤].

قال في المغني: (وأي من الزوجين وجد بصاحبه جنوناً أو برصاً أو كانت المرأة رتقاء، أو قرناء أو عفلاء، أو فتقاء، أو الرجل مجنوناً، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح)[٥].

إلاّ أنّ بعض الحنابلة، قد زاد على العيوب المتقدّمة استطلاق البطن، وسلس البول، ومثّل من به النّاسور والباسور، والقروح السّيّالة في الفرج، لأنّها تثير النّفرة، وتعدي بنجاستها، وقال بعض الحنابلة: الخصاء عيب، وفي البخر والخناثة وجهان[٦].

القول الثالث:

عدم حصر العلل المرضية التي يجوز معها التفريق بعلل معينة وإنما يجوز التفريق بكل علة ينفر بسببها أحدهما من الآخر ويلحق أذى وضرراً بالحياة الزوجية، ولا يحصل معها مقصود الزواج من المودة والرحمة[٧]، وهو مذهب شريح وابن شهاب الزهري وأيده ابن تيمية وابن القيم وقول لبعض الزيدية ونسبه الكاساني إلى محمد بن الحسن من الحنفية[٨].

جاء في بدائع الصنائع: (وقال محمد: خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص)[٩].

وجاء في المحيط البرهاني: (قال محمد: وللمرأة الخيار في الجنون والجذام وكل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر)[١].

---

[١] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٠٢/٣. الهيتمي: تحفة المحتاج، ٣٤٦/٧. الرملي: نهاية المحتاج، ٢٣٧/٥.

[٢] الغزالي: الوجيز، ١٨/٢

[٣] الفتق: هو انخراق ما بين السبيلين. [لسان العرب، ٢٩٧/١٠. المطلع، ٣٢٤].

[٤] ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير، ٥٨٢/٧.

[٥] المرجع السابق.

[٦] ينظر في معاني هذه العيوب: ابن عابدين:حاشية رد المحتار، ٤٩٤/٣، الدردير: الشرح الكبير، ٢٧٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٠٢/٣. ابن قدامة: المغني، ١٢٥/٧.

[٧] الكاساني:بدائع الصنائع ٣٢٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٢٥٨/٣، الدردير: الشرح الكبير، ٢٧٧/٢، ابن قدامة: المغني، ٥٥/١٠.

[٨] الكاساني: بدائع الصنائع ٣٠/٢. ابن مفتاح: المنتزع المختار، ٢٩٣/٢.

[٩] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٢٧/٢.

وقال ابن تيمية: (وترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع)[٢].

وجاء في الإنصاف: (وقال أبو البقاء العكبري[٣]: يثبت الخيار بكل عيب.. حتى لو ذهب ذاهب إلى أن الشيخوخة في أحدهما يفسخ بها: لم يبعد)[٤].

وحجتهم:

١- ما روي أنَّ عمر بن الخطاب بعث رجلاً على بعض السعاية، فتزوج امرأة وكان عقيماً، فلما قدم على عمر ذكر له ذلك، فقال: هل أعلمتها أنك عقيم؟ قال: لا قال فانطلق فأعلمها ثم خيرها[٥].

٢- وقال الزهري: يردّ النكاح من كل داء عضال[٦].

٣-إن الخيار في العيوب الخمسة التناسلية إنما ثبت لدفع الضرر عن المرأة، وهذه العيوب في إلحاق الضرر بها فوق تلك لأنها من الأدواء المتعدية عادة، فلما ثبت الخيار، فلأن يثبت بهذه أولى.

٤-إن القواعد الفقهية تنص على أن: **الضرر عذر في فسخ العقد اللازم**[٧]. ومثلها: **كل عقد تقاعس عنه مقصوده بطل من أصله**[٨]. ومثلها: **كل عقد لا يفيد مقصوده يبطل**[٩]. ومثلها: **ما يمنع الوطء أو كماله حساً أو طبعاً يثبت الفسخ**[١٠]. ومثلها: **كل عيب يخل بالمقصود الأصلي في الزواج، أو يترتب عليه ضرر لا يحتمله الطرف الآخر، يجوز التفريق فيه.**

٥-يجب عدم قصر التفريق على ما ذكر من تلك العيوب، حيث إنها جاءت بصيغة التمثيل لا الحصر، لأنّ الجامع فيها أنّ مصالح النكاح وغاياته لا تقوم معها أو تختلّ بها، وبالتالي هي معللة بالضرر الفاحش، أو بالضرر بسبب العدوى، أو بالضرر المعنوي لعدم القدرة على الوطء، ومن ثم جاز القياس عليها.

قال ابن القيم: بعد أن أورد آثاراً تدل لهذا الرأي الذي انتصر له: (وأما الاقتصار على عيبين أو ستة، أو سبعة، أو ثمانية، دون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين، أو أحدهما، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش، وهو مناف للدين، والإطلاق ينصرف إلى السلامة، فهو كالمشروط عرفاً).

---

[١] ابن مازه البخاري: المحيط البرهاني - إسلام آباد (باكستان) إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ٢٠٠٤، ٢٥١/٨. وانظر أيضاً: الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٥/٣. شيخي زاده: مجمع الأنهر، ٤٧١/١. السرخسي: المبسوط، ٩٧/٤.

[٢] البعلي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية - بيروت: دار الفكر، ١٣١.

[٣] أبو البقاء العكبري (٥٣٨-٦١٦هـ) عبد الله بن الحسين، محب الدين، نحوي فقيه حنبلي فرضي. قرأ على ابن عساكر البطائحي، وابن الخشاب، وتفقه على القاضي أبي يعلى، وبرع في اللغة والفقه والأصول، وقرأ عليه ابن النجار والضياء المقدسي وغيرهم. له: (تفسير القرآن) و(إعراب القرآن) [مقدمة كتاب إعراب الحديث النبوي تحقيق عبد الاله نبهان - مجمع اللغه العربيه بدمشق ١٩٨٦].

[٤] المرداوي: الإنصاف، ١٩٨/٨.

[٥] سعيد بن منصور: السنن، ٨١/٢ برقم٢٠٢١. عبد الرزاق: المصنف، باب الرجل العقيم، ١٦٢/٦ برقم ١٠٣٤٦.

[٦] ابن القيم: زاد المعاد ٣١/٧.

[٧] السرخسي: المبسوط،٢٣/٢٥-٢٦.

[٨] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٢٥٩/١.

[٩] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ص ١١٩

[١٠] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ٣٣٢/٢. العلائي: المجموع المذهب، ق ٣٣٢. الزركشي: المنثور، ٢١١/٤. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٨٥. ابن عبد الهادي: القواعد الكلية، ٨٢. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ١٧٢/٣٢. ١٧٥/٢٩ و٣٥٤. ابن القيم: زاد المعاد، ١٨٣/٥. الصواط: القواعد والضوابط الفقهية، ٥١٠/٢

وقال أيضا: والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر عنه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار)[١].

المناقشة والترجيح:

هل هذه العيوب على سبيل الحصر؟ .

لما كان في إنشاء الزواج وديمومته مراعاة لمصلحة عامة من حيث أنّ الأسرة نواة المجتمع وتمساكها عماد تماسكه، فقد حاول أغلب الفقهاء التضييق من نطاق العمل بالتفريق للعيوب. ومحاولة إغلاق أي باب يفضي إلى توسيع هذا النطاق الضيق بالقول أن لا خيار في غير العيوب المذكورة في كتب فقه الأقدمين، من حيث إنّ حكم الخيار قاصر على ما ذكر فيها من العيوب، وبالتالي لا يجري القياس عليها.

والواقع أن ظاهر نصوص الفقهاء لتوحي بالحصر في هذه العيوب.

فقد جاء في المغني: أنّه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه[٢].

وجاء في الفروع: ولا فسخ لأحد بغير العيوب المذكورة[٣].

وجاء في مغني المحتاج: واختصار المصنّف على ما ذكر من العيوب يقتضي أنّه لا خيار فيما عداها، قال في الرّوضة: وهو الصّحيح الّذي قطع به الجمهور[٤].

وجاء في بداية المجتهد قوله: واختلف أصحاب مالك في العلّة الّتي من أجلها قصر الرّدّ على هذه العيوب الأربعة، فقيل: لأنّ ذلك شرع غير معلّل، وقيل: لأنّ ذلك ممّا يخفى، ومحمل سائر العيوب على أنّها ممّا لا يخفى، وقيل: لأنّها يخاف سرايتها إلى الأبناء[٥].

إلاّ أنّنا –كما ذكرنا سابقاً– إلى جانب هذه النّصوص نجد نصوصاً لبعض الفقهاء تدلّ على عدم قصر الأئمّة التّفريق على العيوب المتقدّمة، من حيث إن هذه العيوب جاءت بصيغة التمثيل لا الحصر، لأنّ الجامع فيها أنّ مصالح النكاح لا تقوم معها أو تختلّ بها، وبالتالي هي معللة بالضرر الفاحش، أو بالضرر بسبب العدوى، أو بالضرر المعنوي لعدم القدرة على الوطء، ومن ثم جاز القياس عليها، ويلحق بها ما يماثلها في الضّرر.

من ذلك ما نقلناه عن الكاسانيّ: وقال محمّد: خلوّه من كلّ عيب لا يمكنها المقام معه إلاّ بضرر، كالجنون، والجذام، والبرص شرط للزوم النّكاح، حتّى يفسخ به النّكاح حيث جاءت هذه العيوب بصيغة التّمثيل[٦].

وأيضاً ما قاله ابن تيميّة في الاختيارات العلميّة: وتردّ المرأة بكلّ عيب ينفّر عن كمال الاستمتاع[٧].

---

[١] المرجع السابق.
[٢] ابن قدامة: المغني، ١٣٥/٧.
[٣] ابن مفلح: الفروع، ٧٣/٣.
[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٠٢/٣.
[٥] ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٠/٢
[٦] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٢٧/٢.
[٧] البعلي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية - بيروت: دار الفكر، ١٣١.

وما نقلناه آنفاً عن ابن قيّم الجوزيّة في زاد المعاد: (وأمّا الاقتصار على عيبين أو ستّة، أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطّرش، وكونها مقطوعة اليدين والرّجلين أو أحدهما، أو كون الرّجل كذلك من أعظم المنفّرات. وقوله: والقياس أنّ كلّ عيب ينفّر الزّوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النّكاح من الرّحمة والمودّة يوجب الخيار)[١].

هذا إلى جانب أنّ نصوص الفقهاء عامّة كانت تعلّل التّفريق للعيب بالضّرر الفاحش وبالعدوى، وعدم القدرة على الوطء، وهو ظاهر في جواز القياس عليها[٢].

وهذا الرأي الذي يذهب إلى عدم تحديد العلل المرضية وحصرها بعلل معينة هو الذي نميل إلى ترجيحه، فكل علة تلحق الأذى والضرر بالطرف الآخر وتنفره منه، وتنغص الحياة الزوجية وتؤدي إلى الشقاء يمكن أن تكون سبباً للتفريق بين الزوجين، وخطورة الأمراض ليست ثابتة، فبعض ما كان منها مستعصية على العلاج إلى وقت قريب ومن الممكن المطالبة بالتفريق بسببه، أصبح اليوم سهل العلاج، ولا يجوز معه المطالبة بالتفريق. فكيف يمكن أحد الزوجين من التفريق بقدر قلامة أصبع من البرص ولا يمكن من أمراض أخرى خطيرة شديدة الفتك قد كشفتها الأيام وقد تودي بحياة الأفراد لم تكن موجودة في السابق، كمرض نقص المناعة المكتسب "الإيدز"[٣] المسمى بطاعون العصر، والذي يفتك بملايين الناس كل عام، أو الأمراض الجنسية الأخرى مثل الزهري[٤] والسيلان[٥] والهربز[٦]، فهذه كلها من العلل التي يفرق فيها بين الزوج وزوجته، وقد تكشف أو تظهر الأيام أمراضاً أشد فتكاً وخطورة في المستقبل، لهذا ينبغي إناطة كون المرض يعطي حق المطالبة بالتفريق إلى القضاء، ويجب على القاضي الاستعانة بالطب ليتخذ القرار الموفق بشأن ما يعرض عليه من ذلك.

وهذا الرأي هو الذي اعتمدته كثير من المجامع العلمية والفقهية في هذا العصر، وبنت عليه حكمها فيما استجد من الأمراض والعيوب التي تمنع مقصود الزواج.

---

[١] ابن القيم: زاد المعاد، ٣١/٤.

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٢٧/٢. ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٥/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٠٣/٣. ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير، ٥٨١/٧. هذه العيوب المنصوص عليها ليست للحصر، وإنما للتمثيل، ولذلك فإنه يلحق بها كل ما كان في معناها أو زاد عليها، كالأيدز وما شابهه من الأمراض التي ربما تفوق ما ذكر. انظر الموسوعة الفقهية ٥٥/٢٩ مادة "طلاق".

[٣] الأيدز: مرض فقدان المناعة المكتسبة، سببه فيروس ينتقل عبر الاتصال الجنسي أو عبر الدم، أو الحقن الملوثة، ويؤدي إلى فقدان المناعة المكتسبة في الجسم، [انظر الأيدز وباء العصر لمحمد علي البار ومحمد أيمن الصافي].

[٤] الزهري: هو مرض تناسلي يسببه ميكروب لولبي ينتقل غالباً عبر الاتصال الجنسي وقد ينتقل من الأم المصابة إلى الجنين أثناء الحمل تظهر أعراضه على شكل قرحة في الجهاز التناسلي أو الشفة ثم تزول تاركة ورائها ندبة مستديمة ثم تظهر بعدها مجموعة أعراض كارتفاع حرارة وطفح جلدي وثآليل حول فتحة الشرج وأعضاء التناسل ويتبع ذلك تشويه في المنظر وتآكل في العظام والأطراف وقد يصل إلى الشلل [الأمراض الجنسية لمحمد علي البار ٣١٤]

[٥] السيلان: هو مرض تناسلي معد تسببه جرثومة تنتقل عبر الاتصال الجنسي وتصيب العدوى الجهاز التناسلي البولي للرجال والنساء، والنساء، مما ينتج عنه إفراز صديدي والتهابات واكثار التبول مع عسره ثم يحدث العقم بسبب انسداد مسالك الخلايا التناسلية[الأمراض الجنسية محمد علي البار، ٢٨٩]

[٦] الهربز: هو مرض جنسي فيروسي، ينتقل عبر الاتصال الجنسي، أو معاشرة المصابين بهذا المرض، يظهر على شكل بثور على العضو التناسلي للرجل أو تقرحات في منطقة المهبل للمرأة مع شعور بإجهاد عام ورجفة تعقبها حمى وقد يصيب المرض المخ أو الكبد والأنسجة الداخلية وقد يؤدي إلى السرطان بعنق الرحم [الأمراض الجنسية لمحمد علي البار ٢٢٥].

فقد ورد في توصيات الندوة الفقهية الطبية السادسة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية أنه (ترى الندوة أن لكل من الزوجين طلب الفرقة من الزوج المصاب بعدوى الإيدز، باعتبار أن الأيدز مرض معد تنتقل عدواه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي)[١].

وورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي خلال دورة مؤتمره التاسع: (للزوجة طلب الفرقة من الزوج المصاب باعتبار أن مرض نقص المناعة المكتسب الأيدز مرض معد تنتقل عدواه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي)[٢].

المبحث الثالث

شروط التّفريق للعيب لدى الفقهاء

اتفق الفقهاء على أن الفرقة بالعيب تحتاج حكم قاض ودعوى قضائية يطلب أحد الزّوجين فيها التّفريق؛ لأنّ التّفريق هنا حقّه، فإذا لم يطلبه لم يكن للقاضي التّفريق عليه جبراً.
ذلك لأن التفريق بالعيب أمر مجتهد فيه ومختلف فيه بين الفقهاء، فيحتاج إلى قضاء القاضي لرفع الخلاف، ولأن الزوجين يختلفان في ادعاء وجود العيب وعدم وجوده، فلا بد للتثبت من وجود العيب أولاً، وكونه من العيوب المبيحة للتفريق ثانياً، وأن شروط المطالبة بالتفريق متوافرة في طالب التفريق ثالثاً، ثم توقف الحكم بالتفريق بعد ذلك على صدور القرار القضائي به ليقطع دابر الخلاف.

قال في المغني: ولا يفسخ حتّى تختار الفسخ، وتطلبه، لأنّه لحقّها، فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالإعسار[٣].

وقال في مغني المحتاج: فإذا تمّت تلك السّنة المضروبة للزّوج، ولم يطأ على ما يأتي، ولم تعتزله فيها، رفعته ثانياً إليه، أي القاضي، فلا يفسخ بلا رفع، إذ مدار الباب على الدّعوى والإقرار والإنكار واليمين، فيحتاج إلى نظر القاضي واجتهاده[٤].

ثم اختلف أهل العلم في الشّروط المثبتة للتّفريق للعيب على مذهبين، وفق ما يلي:

أوّلاً: مذهب الجمهور.

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنّ التّفريق بالعيب يشترط فيه ما يلي:

أ – **عدم الرّضا بالعيب:** قبل الدّخول أو بعده، في العقد أو بعده، صراحةً أو دلالةً، فإن رضي السّليم من الزّوجين، كأن يقول: رضيت بعيب الآخر، أو يطأها، أو تمكّنه من الوطء، فإنّه لا خيار لهؤلاء في الفسخ بعد ذلك. لأن قبوله التعاقد مع علمه بالعيب رضا منه بالعيب فيسقط الخيار.

---

[١] انظر هذه التوصيات في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، الجزء الرابع، ص ٥٧٤.
[٢] انظر هذه التوصيات في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، الجزء الرابع، ص ٦٩٨.
[٣] ابن قدامة: المغني، ١٢٧/٧.
[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٠٦/٣.

وكذلك ألا يرضى بالعيب بعد العقد حال اطلاعه عليه: فإن كان طالب التفريق جاهلاً بالعيب، ثم علم به بعد إبرام العقد ورضي به، سقط حقه في طلب التفريق.

هذا باتفاق لدى جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، إلا أنهم قد استثنوا من ذلك مسألة العنين. فلا يسقط حق الخيار فيه.

قال الدّردير في الشّرح الكبير: الخيار لأحد الزّوجين بسبب وجود عيب من العيوب الآتي بيانها، إن لم يسبق العلم، أو لم يرض بعيب المعيب صريحاً أو التزاماً حيث اطّلع، إلاّ امرأة المعترض إذا علمت قبل العقد أو بعده باعتراضه ومكّنته من التّلذّذ بها، فلها الخيار، حيث كانت ترجو برأه فيهما ولم يحصل[١].

وقد تقدم أن المعترض عند المالكية هو العنّين عند الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة، فإذا مكّنته من التّلذّذ بها بعد علمها باعتراضه، فإنّه لا يسقط بذلك حقّها في التّفريق عند المالكيّة، لاحتمال أنّها كانت ترجو برأه بذلك.

ونص الشّافعيّة على أن يؤجّل العنين؛ لأنّه قد يكون عنّيناً في نكاح دون نكاح، ثمّ إنّ عجزه عن وطء امرأة ليس دليلاً على عجزه عن وطء غيرها.

جاء في تحفة المحتاج: (يسقط الخيار إذا علم بالعيب ثم وطيء. أما العنة فلا يسقط الخيار بالعلم لأنها قد تحصل في امرأة دون أخرى وفي نكاح دون نكاح)[٢].
وقال في مغني المحتاج نقلاً عن الأم: (وإن علمت قبل أن تنكحه أنه عنين ثم رضيت نكاحه أو علمت بعد نكاحه ثم رضيت المقام معه فلا يقطع خيارها)[٣].

ومذهب الحنابلة كذلك[٤]؛ قال في الإنصاف: (وإن علم بالعيب وقت العقد أو قال رضيت به معيباً أو وجد منه دلالة على الرضا من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب فلا خيار له بلا خلاف في العلم بالعيب أو الرضا. أما التمكين ففيه خلاف)[٥].

ثم قال في الفروع: ولا يسقط في عنّة بلا قول، ويسقط به[٦].

أي أن الزوجة –عند الحنابلة– لا يسقط حقها في الفسخ لعنة زوجها إلا إذا قالت صراحة أني لا أقبل به، أو رضيت بعنته. فلو سكتت لا يعتبر سكوتها رضا، فإذا تكلمت دلّ على رضاها ومتى رضيت سقط حقها في الخيار.

---

[١] الدردير: الشرح الكبير، ٢٧٧/٢.
[٢] الهيتمي: تحفة المحتاج، ٣٠١/٧.
[٣] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٠٣/٣.
[٤] ابن قدامة: المغني، ١٢٨/٧-١٢٩.
[٥] المرداوي: الإنصاف، ١٩٩/٨.
[٦] ابن مفلح: الفروع، ٧٦/٣.

ب – سلامة طالب الفسخ من العيوب في الجملة: المبدأ العامّ لدى الجمهور: أنّه لا يشترط لطلب التّفريق بالعيب سلامة طالب التّفريق من العيوب، خلافاً للحنفيّة، إلاّ أنّهم اختلفوا في ذلك في بعض الصّور، على ما يلي:

فذهب المالكيّة إلى أنّ طالب التّفريق للعيب إذا كان فيه عيب مماثل للآخر، فإنّ للزّوج التّفريق دون المرأة لأنّه بذل الصّداق لسالمة، قال اللّخميّ: وإن اطّلع كلّ واحد من الزّوجين على عيب في صاحبه، فإن كانا من جنس واحد كجذام، أو برص أو جنون صريح لم يذهب، فإنّ له القيام دونها، لأنّه بذل صداقاً لسالمة، فوجدها ممّن يكون صداقها أقلّ من ذلك.

فإذا كان عيبه من جنس آخر كان لكلّ واحد من الزّوجين طلب التّفريق مطلقاً وفي قول آخر للمالكيّة: له التّفريق مطلقاً، سواء أكان عيبه من جنس عيبه، أم لا، أم لم يكن معيباً، وهو الأظهر عندهم[1].

وذهب الشّافعيّة في الأصحّ، إلى أنّ للمعيب أن يطلب فسخ النّكاح لعيب الآخر، وسواء أكان عيبه من جنس عيبه أم لا، وقيل: إن وجد به مثل عيبه من الجذام والبرص، قدراً وفحشاً مثلاً، فلا خيار له لتساويهما[2].

وذهب الحنابلة إلى أنّ طالب الفسخ، إذا كان معيباً بعيب من غير جنس عيب الآخر، كالأبرص يجد المرأة مجنونةً، فلكلّ واحد منهما الخيار لوجود سببه، إلاّ أن يجد المجبوب المرأة رتقاء، فلا ينبغي ثبوت الخيار لهما، لأنّ عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع.

فإن كان عيبه من جنس عيب صاحبه، ففيه وجهان:

أحدهما: لا خيار لهما، لأنّهما متساويان، ولا مزيّة لأحدهما على صاحبه، فأشبها الصّحيحين.

والثّاني: له الخيار لوجود سببه[3].

ج – وهل يشترط أن يكون العيب قديماً ؟.

جمهور الفقهاء متّفقون على أنّ العيب القديم السّابق على العقد، والمرافق له، والحادث بعده، سواء في إثبات الخيار، لأنّه عقد على منفعة، وحدوث العيب بها يثبت الخيار كما في الإجارة، إلاّ أنّ بينهم نوعاً من اختلاف في بعض ذلك كما يلي:

فالمالكيّة يصرّحون: بأنّ العيب القديم السّابق على العقد أو المقارن له هو المثبت للخيار، أمّا العيب الطّارئ على العقد، فإن كان في الزّوجة لم يكن للزّوج خيار مطلقاً، وهو مصيبة حلّت به، وبإمكانه التّخلّص منها بالطّلاق، وأمّا العيب الحادث في الزّوج بعد العقد، فإن كان فاحشاً كثير الضّرر فإنّها تخيّر فيه، لأنّه لا تمكن معه العشرة، وإن كان يسيراً لم تخيّر.

والعيوب الفاحشة عند المالكيّة هي: الجذام البيّن المحقّق ولو كان يسيراً، والبرص الفاحش دون اليسير، والعذيطة، فقد استظهر بعض المالكيّة أنّها عيب فاحش يثبت به الخيار، والاعتراض، والخصاء، وكبر

---

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٧٧/٢.

(2) الشربيني: مغني المحتاج، ٢٠٣/٣-٢٠٤.

(3) ابن قدامة: المغني، ١١٢/٧.

الذّكر المانع من الوطء، هذا إذا حدثت قبل الوطء، فإذا حدثت بعد الوطء ولو مرّةً واحدةً فلا خيار، إلاّ أن يكون ذلك بسبب من الزّوج كأن جبّ نفسه، فإن كان كذلك خيّرت الزّوجة[١].

وذهب الشّافعيّة إلى أنّ العيب القديم يخيّر به مطلقاً، أمّا العيب الحادث بعد العقد، فإن كان حادثاً بالزّوج، كالجبّ، فإنّها تخيّر به إن كان قبل الدّخول جزماً، وبعد الدّخول على الأصحّ، وذلك لحصول الضّرر به كما في العيب المقارن للعقد، ولا خلاص لها إلاّ بالفسخ، فتعيّن طريقاً لذلك، ويستوي هنا أن تجبّه هي أو غيرها.

إلاّ أنّ الشّافعيّة استثنوا من ذلك العنّين، فقالوا: إن وصل إلى زوجته مرّةً ثمّ تعنّن، لم يكن لها خيار.

وإن كان حادثاً بالزّوجة بعد العقد، ففي القول القديم: أنّه لا يخيّر الزّوج لتمكّنه من الخلاص منها بالطّلاق، بخلافها.

وفي القول الجديد: أنّه يخيّر كالزّوجة، لتضرّره بالعيب الطّارئ كتضرّره بالعيب القديم، ولا معنى لإمكان تخلّصه منها بالطّلاق دونها، لأنّه سيغرم نصف الصّداق لها قبل الدّخول، دون الفسخ بالعيب[٢].

وذهب الخرقيّ من الحنابلة إلى تأكيد ما تقدّم من المبدأ على إطلاقه، إلاّ أنّ بعضهم قالوا: إنّ العقد يفسخ بالعيب السّابق على العقد، والمرافق له، دون العيب الطّارئ عليه، لأنّ العقد أصبح لازماً، فلا ينفسخ، فأشبه العيب الطّارئ على المبيع، واستثنى الحنابلة – على رواية الخرقيّ – العنّة، فإنّ العنّين إن وصل إلى زوجته مرّةً ثمّ تعنّن، لم يكن لها خيار[٣].

د – التّأجيل في العيوب الّتي يرجى البرء منها:

اتّفق المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة على تأجيل العنّين سنةً كالحنفيّة، واختلفوا في باقي العيوب على ما يلي:

فذهب الشّافعيّة والحنابلة إلى عدم التّأجيل فيها.

وذهب المالكيّة إلى التّأجيل فيما يرجى البرء منه، فقالوا بالتّأجيل في الجنون، والجذام والبرص، والرّتق، والقرن، والعفل، والبخر، فإذا كان البرء منها مرجوّاً يؤجّله القاضي بحسب ما يراه مناسباً، شهراً أو شهرين، ولم يحدّوا لذلك حدّاً، فإذا لم يكن البرء من ذلك مرجوّاً، كالجبّ، فرّق القاضي عليه بدون تأجيل، لعدم فائدته[٤].

وعلّة التأجيل لسنة في العنين –كما يذكرها الفقهاء– هو أنّ الأبدان تختلف نشاطاً وضعفاً باختلاف الفصول الأربعة، فالعجز عن الوصول يحتمل أن يكون خلقه ويحتمل أن يكون من داء أو طبيعة غالبة من الحرارة أو البرودة أو الرطوبة أو اليبوسة، والسنة مشتملة على الفصول الأربعة، والفصول الأربعة مشتملة على الطبائع الأربع، فيؤجل سنة لما عسى أن يوافقه بعض فصول السنة، فيزول المانع، ويقدر على الوصول.

(ولأن السنة جعلت غاية في صبرها، وإبلاء العذر للزوج شرعاً)[٥].

---

[١] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢/٢٧٨-٢٨٠.

[٢] الشربيني: مغني المحتاج، ٣/٢٠٣-٢٠٤.

[٣] ابن قدامة: المغني، ٧/١٣٠-١٣١.

[٤] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢/٢٧٩. الشربيني: مغني المحتاج، ٣/٢٠٦. ابن قدامة: المغني، ٧/١٢٦.

[٥] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٣٧٩.

وتبدأ السنة من يوم الخصومة، إلا إذا كان بالزوج مانع طبعي أو شرعي فتبدأ من وقت زواله، ولا يحتسب منها أيام ما يعرض خلالها كغيبة أحدهما أو مرضه مرضاً يمنع الوقاع.

ثانيا: مذهب الحنفية.

وذهب الحنفيّة إلى أنّ للتّفريق بالعيب نوعين من الشّروط، الأوّل عامّ في العيوب كلّها، والثّاني خاصّ بعيوب معيّنة، وذلك على الوجه الآتي:

فالشّروط العامّة عند الحنفيّة، هي:

١-أن تكون الزّوجة جاهلةً بالعيب قبل العقد، ولم ترض به بعده صراحةً أو دلالةً. وعلى هذا فلو كانت الزّوجة عالمةً بالعيب قبل العقد لم يكن لها طلب التّفريق به لرضاها به حكماً، وكذلك إذا علمت بالعيب بعد العقد فرضيت به صراحةً، كأن قالت: رضيت بعيبه هذا، أو دلالةً بأن مكّنته من الوطء، لم يكن لها طلب التّفريق.

جاء في التّحفة: وإذا خيّرها الحاكم فوجد فيها ما يدلّ على الإعراض، يبطل خيارها كما في خيار المخيّرة[١].

ولو علمت المرأة بالعنّة عند العقد ورضيت بالعقد، فإنّه لا خيار لها، كمن اشترى عبداً وهو عالم بعيبه[٢].

وكذلك الحكم إذا خيّرها القاضي فاختارت المقام مع زوجها، فإنّه يبطل حقّها في التّفريق، وليس لها خصومة أبداً في هذا النّكاح، ولا في غيره على الأصحّ، لرضاها بالعيب[٣].

٢- أن تطلب الزّوجة إلى القاضي التّفريق، لأنّ التّفريق حقّها، وليس للقاضي طلاقها دون طلب منها. وطلبها هذا شرط في العنّين قبل ضرب المدّة وبعدها[٤].

٣- أن تكون المرأة خاليةً من أيّ عيب يمنع الوطء كالرّتق والقرن، فإن كانت معيبةً بعيب من ذلك لم يكن لها طلب التّفريق لعيب الرّجل، لأنّ المنع من الوطء ليس من جهته فقط، والامتناع قائم من جهتها على فرض سلامة الزّوج منه، فكذلك مع عيبه.

أمّا الشّروط الخاصّة بالعنّة فهي:

أ - العجز عن الإيلاج في القبل، وعلى هذا فلا يخرج عن العنّة بالإيلاج في الدّبر.

ب - العجز عن جماع زوجته نفسها، فإذا قدر على وطء غيرها وعجز عن وطئها هي لم يخرج عن العنّة في حقّها، لأنّ العنّة مرض نفسيّ غالباً، وهو قد يختلف من امرأة إلى أخرى.

ج - العجز عن إيلاج الحشفة[٥] كلّها، فإذا كان مقطوع الحشفة لم يخرج عن العنّة إلاّ بإدخال باقي الذّكر كلّه، إلاّ أنّ صاحب البحر قال: وينبغي الاكتفاء بقدرها من مقطوعها[٦].

---

[١] السمرقندي: تحفة الفقهاء، ٣٣٨/٢-٣٣٩

[٢] المرجع السابق.

[٣] المرجع السابق.

[٤] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٦٣/٣-٢٦٤.

[٥] الحشفة: هي رأس الذكر، وهو ما فوق الختان. [لسان العرب مادة "حشف"].

[٦] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤٩٤/٣ نقلاً عن البحر الرائق.

د – أن لا يكون قد وصل إليها مرّةً في هذا النّكاح قبل العنّة، لأنّ حقّها في رفع الأمر إلى القضاء ينقضي بالمرّة الواحدة.

فإن كان وصل إليها في نكاح سابق عليه، كمن وطئها ثمّ طلّقها بائناً، ثمّ عاد إليها بعقد جديد، فأصيب بالعنّة قبل الوصول إليها فيه، فالأصحّ: أنّه يسقط حقّها أيضاً بذلك، وفي قول ثان: لا يسقط.

هـ – أن يؤجّله القاضي سنةً بعد الرّفع إليه، فإنّ القاضي إذا رفعته إليه طالبةً فراقه لعنّته أجّله القاضي سنةً وجوباً من تاريخ الخصومة، فإذا مضت السّنة دون أن يطأها، وعادت إلى طلبها التّفريق أجابها القاضي وفرّق بينهما.

وعلى هذا فلا تفريق بلا رفع للقاضي، فلا يكون التّفريق بالرّفع إلى محكّم أو غيره، ولا تفريق قبل مرور السّنة أيضاً، كما لا تفريق ما لم تعد إلى طلب الفرقة بعد مضيّ السّنة بدون وطء[1].

وأمّا الشّروط الخاصّة بالجبّ فهي:

قطع الذّكر، فإذا قطع الذّكر والخصيتان ثبت التّفريق من باب أولى، فإذا لم يقطع الذّكر ولكنّه كان قصيراً كالزّرّ، فهو كالمجبوب في الحكم، لعدم إمكان إدخال مثله في الفرج، فإن كان صغيراً يمكن إدخاله في الفرج فليس بمجبوب ولا تفريق، وإن لم يدخل إلى آخر الفرج.

فإن كان مقطوع الحشفة فقط وله ما يدخله في الفرج بعدها، لم يكن مجبوباً، ولا تفريق.

وأمّا الشّروط الخاصّة بالخصاء:

فهي الشّروط الخاصّة بالعنّة لاستوائهما في الحكم عند الحنفيّة، هذا إذا نزعت خصيتاه أو رضّتا أو سلّتا وعجز عن الانتشار، فإذا لم يعجز عن الانتشار فليس خصيّاً في الحكم، ولا تفريق.

المبحث الرابع
إجراءات التطليق بالعيب وطرق إثباته

إذا ادّعى أحد الزوجين العيب بالآخر، ورفع دعوى طلب التفريق للعيب للقاضي، فإذا أقرّ المعيب المدّعى عليه بعيبه المدّعى به ثبت عيبه بإقراره، وقضي عليه بموجبه. حسب الشروط التي ذكرناها آنفاً.

وإذا أنكر المدعى عليه العيب فقد ذهب فقهاء المذاهب في إثبات العيب إلى ما يلي مع اختلاف بسيط جداً فيما بينهم:

أولاً: مذهب الحنفية:

إذا أنكر العيب وادّعى السّلامة منه، فإن كان العيب ممّا يعرف بالجسّ من فوق الإزار، كالجبّ، أمر القاضي من يجسّه من الرّجال من فوق الإزار، وأخذ بقوله إن كان عدلاً، لأنّه إخبار.

فإن لم يعرف العيب بالجسّ أمره بالنّظر إليه، وهو مباح هنا للضّرورة.

وإن كان العيب في المرأة كالقرن والرّتق، أمر القاضي امرأة تنظر إليها، وثبت بقولها ما دامت عدلةً.

---

[1] ابن نجيم: البحر الرائق، ١٢٤/٤. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٦١/٣. السمرقندي: تحفة الفقهاء، ٣٣٦/٢.

فإن كان لا يعرف بالجسّ كالعنّة، فإن قالت الزّوجة: إنّها بكر، أريت النّساء، فإن قالت امرأة ثقة – والمرأتان أوثق –: إنّها بكرٌ، فالقول قولها، ويؤجّل سنةً، لأنّ ظاهر الحال شاهد لها، وكذلك الحكم عند انتهاء السّنة، وإن قالت المرأة الثّقة: إنّها ثيّب حلف الزّوج، فإن حلف صدّق بيمينه، ولا خيار لها، وإن نكل قضي عليه بالعنّة، وخيّرت المرأة بعد التّأجيل.

وإن قالت الزّوجة: إنّها ثيّب، حلف الزّوج، فإن حلف صدّق ولا خيار لها، وإن نكل قضي عليه بالعنّة وأجّلت أو خيّرت.

فإن قالت الزّوجة: إنّها بكر فوجدت ثيّباً، فادّعت أنّه أزال بكارتها بأصبع أو غيره، صدّق الزّوج بيمينه، لأنّها تدّعي غير الأصل[1].

مذهب المالكية:

اتفق المالكية مع الحنفية؛ فقد ذهبوا إلى الجسّ فيما يعرف بالجسّ، ولكن قالوا: إن كان لا يعرف بالجسّ، وكان ممّا لا يراه الرّجال ولا النّساء كالاعتراض، وبرص الفرج، فإنّ القول فيه قول المعيب بيمين، وإن كان ممّا يراه الرّجال، كالبرص في اليد أو الوجه في المرأة أو الرّجل على سواء، لم يثبت إلاّ بشهادة رجلين، فإن كان في داخل جسم المرأة دون الفرج، كفى فيه امرأتان[2].

مذهب الشافعية:

اتفق الشّافعيّة مع الحنفيّة أيضاً، إلاّ في العنّين، فإنّهم يرون أنّها إذا ادّعت البكارة أريت النّساء، ولكن لا يقبل بأقلّ من أربع، فإن شهدن ببكارتها فالقول قولها للظّاهر، وهل تحلّف ؟ وجهان، رجّح في الشّرح الصّغير التّحليف، وعليه أكثر علماء المذهب، ما لم يدّع الزّوج عودة البكارة إليها فإن قال ذلك وطلب يمينها، حلفت روايةً واحدةً.

فإن قالت الزّوجة: إنّها ثيّب وأنكرت الوطء، فالقول قوله بيمينه، لأنّ الظّاهر له، فإن نكل حلّفت الزّوجة، وفي رواية مرجوحة أنّ اليمين لا يردّ عليها[3].

مذهب الحنابلة:

وكذلك اتفق الحنابلة مع الحنفيّة أيضاً، إلاّ في العنّين، فإنّ لهم في قبول قول المرأة الواحدة فيه إذا كانت بكراً أو ثيّباً روايات ثلاث:

الأولى: أنّ القول قول الزّوج مع يمينه كالحنفيّة، لأنّ ظاهر الحال شاهد له، .

والثّانية: أنّه يخلّى معها ويقال: أخرج ماءك على شيء، فإن أخرجه فالقول قوله، لأنّ العنّين يضعف عن الإنزال، فإن أنزل تبيّن صدقه.

وعن أحمد رواية ثالثة: أنّ القول قول المرأة مع يمينها، حكاها القاضي في المجرّد.

وقد رجّح ابن قدامة الرّواية الأولى، وضعّف ما عداها، فقال: والصّحيح أنّ القول قوله، كما لو ادّعى الوطء في الإيلاء[1].

---

[1] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤٩٩/٣. السمرقندي: تحفة الفقهاء، ٣٣٦/٢. الموسوعة الفقهية الكويتية ٥٥/٢٩.

[2] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٨٤/٢.

[3] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٠٥/٣-٢٠٦

ما سبق من كلام الفقهاء في العيوب عامة أن ترفع بعض هذه الخلافات بأهل الاختصاص، ووسائل المعرفة الحديثة التي يمكن بواسطتها من كشف كثير من العيوب الخفية[٢].

مسألة: خيار الغرور أو خيار فوات الوصف المرغوب:

إذا غرر الزوج بصفة في زوجته، مثل كونها بكراً أو مسلمة أو حرة أو ذات نسب ونحو ذلك، فبان خلافه، فهل له فسخ الزواج؟ وهذا ما يعرف بخيار الغرور أو خيار فوات الوصف المرغوب.

اختلف الفقهاء فيه على آراء[٣]، الغالب فيها ثبوت الخيار وهو رأي الجمهور غير الحنفية:

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

قال ابن الهمام في فتح القدير: (وفي النكاح لو شرط وصفاً مرغوباً فيه كالعُذْرة والجمال والرشاقة وصغر السن، فظهرت ثيباً عجوزاً شمطاء ذات شق مائل، ولعاب سائل، وأنف هائل، وعقل زائل، لا خيار له في فسخ النكاح به)[٤].

وخالفهم المالكية؛ فقرروا أن العاقد إذا قال للرجل: زوجتك هذه مسلمة فإذا هي كتابية، أو هذه حرة فإذا هي أمة، أو هذه بكر فإذا هي ثيب، أو اشترط أحد الزوجين وصفاً مرغوباً في الآخر كصغر السن والجمال، فبان خلافه، انعقد الزواج، وله الخيار بين الرضا والرد.

وفصّل الشافعية فقالوا: لو تزوج رجل امرأة وشُرط في العقد إسلام الزوجة، أو شرط في أحد الزوجين نسب أو حرية أو غيرهما مما لا يمنع عدم توافره صحة الزواج من صفات الكمال، كبكارة وشباب، أو من صفات النقص كضد ذلك، أو ما يتوسط بين صفتي الكمال كطول وبياض وسمرة، فبان خلافه، فالأظهر صحة النكاح؛ لأن الخُلْف في الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة، فالنكاح أولى بعدم الفساد.

ثم إن بان الموصوف بالشرط خيراً مما شُرط فيه فلا خيار، وإن بان دونه، فلمن شرط له: الخيار، للخُلْف.

أما لو ظن الرجل، بلا شرط، أن المرأة مسلمة، فبانت كتابية، أو حرة فبانت أمة، وهي تحل له، فلا خيار له فيهما في الأظهر؛ لأن الظن لا يثبت الخيار لتقصيره بترك البحث أو الاشتراط. وكذا لو أذنت المرأة لوليها في تزويجها بمن ظنته كفئاً لها، فبان فسقه أو دناءة نسبه أو حرفته، فلا خيار لها ولا لوليها؛ لأن التقصير منها ومنه، حيث لم يبحثا ولم يشرطا، لكن لو بان الزوج معيباً أو عبداً وهي حرة فلها الخيار.

وفصل الحنابلة تفصيلاً آخر فقالوا: إن غرَّ الرجل المرأة بما يخل بأمر الكفاءة كالحرية أو النسب الأدنى، فلها الخيار بين الفسخ والإمضاء، فإن اختارت الإمضاء فلأوليائها الاعتراض لعدم الكفاءة. وإن لم يعتبر

---

[١] ابن قدامة: المغني، ١٣٢/٧-١٣٣. البهوتي: كشاف القناع، ١٠٦/٥-١٠٨.
[٢] الموسوعة الفقهية الكويتية، ٥٥/٢٩ مادة "طلاق".
[٣] الشيرازي: المهذب، ٧٠/٢، المقدسي: غاية المنتهى، ٩٩/٣-١٠٠
[٤] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٦٧/٣

الوصف في الكفاءة كالفقه والجمال ونحوهما، فلا خيار لها؛ لأن ذلك مما لا يعتبر في الكفاءة، فلا يؤثر اشتراطه.

أما إن شرط الرجل كون المرأة مسلمة فبانت كافرة، فله الخيار، لأنه نقص وضرر يتعدى إلى الولد. وإن شرط الرجل كونها بكراً فبانت ثيباً فعن أحمد كلام يحتمل أمرين: أحدهما . لا خيار له، والثاني . له الخيار، لأنه شرط صفة مقصودة. وإذا تزوج امرأة يظنها حرة أو مسلمة، فبان خلافه، ثبت له الخيار[١].

المبحث الخامس
نوع الفرقة الثّابتة بالعيب وطريق وقوعها

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الثابتة بالعيب وطرق وقوعها.

فذهب الحنفيّة والمالكيّة إلى أنّ الفرقة للعيب طلاق بائن، وذهب الشّافعيّة والحنابلة إلى أنّها فسخ وليست طلاقاً.

كما ذهب الحنفيّة إلى أنّ الفرقة للعيب لا تقع بغير الرّفع إلى القاضي ثمّ القاضي يكلّف الزّوج بالطّلاق، فإن طلّق فبها، وإلاّ طلّقها عليه، وروي عنهم: أنّ الفرقة تقع باختيار الزّوجة نفسها بانتهاء المدّة المضروبة في العنّة بدون قضاء، وهو ظاهر الرّواية[٢].

جاء في الهداية: (فإن امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما. ولا بد من طلبها، لأن التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة، لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه)[٣].

وذهب المالكيّة إلى ما ذهب إليه الحنفيّة في روايتهم الثّانية، إلاّ أنّهم اشترطوا إذن القاضي لها بالتّطليق إذا كان بقولها، وأن يحكم به القاضي بعد ذلك رفعاً للخلاف، والحكم هنا إنّما هو للإشهاد والتّوثيق، لا لوقوع الطّلاق، لأنّه وقع بقولها[٤].

قال الدسوقي: (يأمره الحاكم بالطلاق وإلا طلقها القاضي أو يأمرها به أي بإيقاع الطلاق، كطلقت نفسي منك أو ما في معناه. والطلاق بائن)[٥].

وقال الشّافعيّة والحنابلة: الفرقة فسخ ولا بدّ فيها من فسخ القاضي رفعاً للخلاف[٦].

جاء في تحفة المحتاج: (لا يجوز بدون حاكم لأنه أمر مجتهد فيه، فلو تراضيا بالفسخ بواحد منها من غير حاكم لم ينفذ)[٧].

وجاء في المهذب: (ولا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم لأنه مختلف فيه)[٨].

---

[١] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٩٣/٧.
[٢] ابن نجيم: البحر الرائق، ١٢٥/٤.
[٣] المرغيناني: الهداية، ٢٦٥/٣.
[٤] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٨٢/٢-٢٨٣. الحطاب: مواهب الجليل، ٤٨٦/٣.
[٥] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، /٢٨٢-٢٨٣.
[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٠٧/٣.
[٧] الهيتمي: تحفة المحتاج، ٣٥٢/٧.
[٨] الشيرازي: المهذب، ٥١/٢.

وجاء في المغني لابن قدامة: (الفرقة للعيب فسخ للنكاح. ويحتاج الفسخ إلى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه)[١].

وقد خالف ابن تيمية مذهب الحنابلة، وقال: لا يحتاج إلى فسخ الحاكم وعلل ذلك بأنه ليس كل أمر مختلف فيه يحتاج إلى حاكم، فخيار المعتقة مختلف فيه ويقع بدون حاكم[٢].

جاء في الإنصاف: (وقال الشيخ تقي الدين: إن جميع الفسوخ لا تتوقف على حكم حاكم)[٣].

وهل تكون الحرمة الواقعة بالتّفريق للعيب مؤبّدةً ؟ .

ذهب الجمهور إلى أنّها غير مؤبّدة، ولهما العود إلى الزّوجيّة ثانيةً بعقد جديد.

وذهب بعض الحنابلة: أنّ الحرمة الواقعة بالتّفريق للعيب مؤبّدة[٤].

---

[١] ابن قدامة: المغني، ١٢٧/٧.

[٢] البعلي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية - بيروت: دار الفكر، ١٣١.

[٣] المرداوي: الإنصاف، ٢٠١/٨.

[٤] ابن نجيم: البحر الرائق، ١٢٧/٤. ابن قدامة: المغني، ١٢٧/٧. الموسوعة الفقهية الكويتية، ٥٥/٢٩ مادة "طلاق".

المبحث السادس

القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للضرر والشقاق والعلل والعيوب

إن عقد الزواج سبب شُرّع لتحقيق غاية كبقية الأسباب، وغايته المودة والرحمة والسكينة والنسل، فإن أفضى إلى ما يناهض هذه الحكمة أو يعارضها كان العقد صورة بلا معنى أو مادة بلا روح.

وإذا انتفت العلّة أو انقلبت ثمرة السبب من مصلحة إلى مفسدة أو اختلت العلة وضعفت، كان درء المفاسد أولى بالاعتبار من استمرار صورة عقد يضعف عن تحقيق حكمته. ففي الإبقاء عليه مصلحة موهمة ومفاسد محققة، ولا اعتبار بالموهوم أمام المحقق، مع ملاحظة أنّ درء المفسدة مصلحة (بالسلب).

وميزان المصالح شرعي منضبط بضوابط موضوعية، لئلا تقع الأحكام عموماً وفي نطاق موضوع البحث البالغ الأهمية خصوصاً رهينة اعتبارات وأهواء شخصية فلا يجمعها عندئذ جامع ولا يضبطها ضابط من حيث النطاق والمشروعية.

وحيث إن مجمل القواعد الفقهية الكلية التي تحكم التفريق القضائي سواء للضرر أو الشقاق أو للعلل والعيوب هي القواعد الفقهية الكلية نفسها التي تنص على وجوب إزالة الضرر، والتي أسلفنا ذكرها وشرحها ومرت معنا سابقاً، وتجنبا لإعادة شرحها أو التكرار، يمكننا تعدادها فيما يلي ويمكن الرجوع إليها حيثما وردت سابقاً:

- الضرر يزال.
- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.
- يختار أهون الشرين .
- يختار أهون الشرين أو أخف الضررين.
- يدفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما.
- إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر.
- يدفع شر الشرين.
- يدفع الضرر الأشد بالأخف .
- إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما.
- ارتكاب إحدى المفسدتين لدفع أعلاها .
- دفع أعلى المفاسد بأدناها.
- الضرر يدفع بقدر الإمكان.
- لا ضرر ولا ضرار.
- الضرورات تقدّر بقدرها.
- درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

بالإضافة إلى تلك القواعد الفقهية الكلية، نجد بعض القواعد الفقهية التي تنص على وجوب التفريق القضائي لوجود علة أو عيب أو ضرر، من هذه القواعد.

قاعدة رقم (١).

كل عيب يخل بالمقصود الأصلي في الزواج، أو يترتب عليه ضرر لا يحتمله الطرف الآخر، يجوز التفريق فيه.

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى عدم حصر العلل المرضية بين الزوجين بعلل معينة، وهو رأي بعض الفقهاء الذي سبق أن رجحناه، فكل علة تلحق الأذى والضرر بالطرف الآخر وتنفره منه، وتنغص الحياة الزوجية وتؤدي إلى الشقاء يمكن أن تكون سبباً للتفريق بين الزوجين، ويجب على القاضي الاستجابة لذلك، بعد الاستعانة بالطب ليتخذ القرار الموفق بشأن ما يعرض عليه من ذلك.

فروع على القاعدة:

منها: إذا أصيب أحد الزوجين بداء خطير، أو علة منفرة، أو مرض معد، يجوز للطرف المتضرر أن يطلب من القاضي التفريق.

قاعدة رقم (٢).

الضرر عذر في فسخ العقد اللازم[١].

معنى القاعدة:

إذا وجد ضرر بعد عقد لازم مثل النكاح، فيكون هذا الضرر عذراً في جواز فسخ ذلك العقد دفعاً للضرر عن أحد المتعاقدين أو كليهما.

فروع على القاعدة:

منها: يفسخ عقد النكاح إذا ترتب على استمراره ضرر لأحد الزوجين ككون الزوج عنيناً وخشيت الزوجة على نفسها من الفتنة فجاز لها طلب الفسخ.

وكذلك يجوز للزوجة طلب فسخ النكاح إذا تبين أن بالزوج مرضاً معدياً أو مرضاً يصعب البرء منه وخشيت الزوجة على نفسها العدوى[٢].

قاعدة رقم (٣).

كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل أو بطل من أصله[٣].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- كل عقد تقاعس عنه مقصوده بطل من أصله[١].

---

[١] السرخسي: المبسوط،٢٣/٢٥-٢٦.

[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٥٦/٦.

[٣] السيوطي: الأشباه والنظائر، ٢٨٥، العلائي: المجموع المذهب لوحة ٣٢٤ أ، القرافي: الفروق، ٢٣٨/٣ الفرق ١٨٤.

- كل عقد لا يفيد مقصوده يبطل[٢].

معنى القواعد:

تصرفات المكلفين التي يقومون بها تتبني عليها أحكام ومقاصد وفوائد يقصدها المكلفون من وراء تصرفاتهم، ولكن إذا وجد تصرف لا ينبني عليه المقصود منه فهل هذا التصرف باطل والشرع لا يعتبره.

فروع على القاعدة:

منها: إذا تزوج امرأة لا يمكن وطؤها من عيب أو خلافه فالعقد يمكن أن يبطل لأن المقصود من حل الزواج حل الوطء لتحصيل الولد والإعفاف[٣].

قاعدة رقم (٤).

ما يمنع الوطء أو كماله حساً أو طبعاً يثبت الفسخ[٤].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى أن التفريق للعلل أو العيوب التي تمنع الوطء، وكذلك التفريق للشقاق أيضاً، إنما هو فسخ، وهو أحد القولين الذين مر ذكرهما سابقاً.

فروع على القاعدة:

منها: التفريق لعلل كانسداد الفرج أو الجنون أو البرص أو العنة أو وجود نشوز أو ضرر على نحو ما تقدم سابقاً.

قاعدة رقم (٥).

العيوب الموجبة للفسخ في النكاح إذا علمت بها المرأة قبل النكاح فلا خيار إلا في العنة على الأصح[٥].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بالعيوب الموجودة في الزوج، وأثرها في فسخ عقد الزواج، فإذا علمت الزوجة بتلك العيوب قبل عقد الزواج ورضيت بها، لم تعط حق طلب فسخ عقد الزواج، إلا في حالة العنة عند بعض الفقهاء. وقد تقدم بيان ذلك عند حديثنا عن شروط التفريق للعيوب.

فروع على القاعدة:

منها: إذا علمت الزوجة عند عقد الزواج بما في الزوج من عيب: كالجب، أو الخصاء، واختارت الإمضاء والمقام معه، بطل حقها في طلب فسخ عقد الزواج، ولم يكن خصومة في هذا النكاح، لأنها رضيت بالعيب، فسقط خيارها.

---

[١] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٢٥٩/١.

[٢] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ص ١١٩

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٦٣/٧. والإعفاف: هو ما تحصل به العفة عن الزني. [روضة الطالبين ٥٤٦/٥].

[٤] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ٣٣٢/٢. العلائي: المجموع المذهب، ق ٣٣٢. الزركشي: المنثور، ٢١١/٤. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٨٥. ابن عبد الهادي: القواعد الكلية، ٨٢. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ١٧٢/٣٢. ١٧٥/٢٩ و٣٥٤. ابن القيم: زاد المعاد، ١٨٣/٥. الصواط: القواعد والضوابط الفقهية، ٥١٠/٢

[٥] السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ٤٧٦.

ومنها: إذا اختلفت الزوجة مع الزوج في العلم بالعيب في الزوج، فادعت الزوجة عدم العلم، وادعى الزوج علمها، فالقول قول الزوجة، وعلى الزوج إثبات ذلك العلم بالبينة[١].

قاعدة رقم (٦).

صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة للضرر[٢].

المعاوضة: مفاعلة من عوض، وهي تقتضي المشاركة بين اثنين فأكثر؛ لأن كل واحد يعطي شيئاً ويأخذ عوضه أي بدلاً منه، فالمعاوضة مبادلة.

معنى القاعدة:

تشير القاعدة إلى أن وجود المعاوضة في العقد لا تمنع فسخ العقد عند الحاجة دفعا للضرر عن أحد المتعاقدين. فوجود المعاوضة لا يكفي لمنع الفسخ.

فروع على القاعدة:

منها: امرأة العنين جاز لها طلب فسخ النكاح بسبب العنة دفعاً للضرر عنها، وعقد النكاح عقد معاوضة[٣].

قاعدة رقم (٧).

الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها[٤].

وفي لفظ آخر:

- لا يستحق العوض عن الحق الذي ليس بمتقوم[٥].

معنى القاعدة:

الحقوق قسمان: حقوق متقومة بالمال – أي لها قيمة مالية – وحقوق غير متقومة .

فالحقوق المتقومة يجوز الاعتياض عنها أي أخذ عوضها لأن لها قيمة مالية.

وأما الحقوق غير المتقومة فلا يجوز الاعتياض عنها لأنها حقوق مجردة إنما شرعت ليتوصل بها إلى أمور أخرى أو يدفع بها أضرار متوقعة.

فروع على القاعدة:

منها: إذا شكت المرأة عنّة زوجها فبعد الإمهال لها الخيار في البقاء والرضا بما قسم الله لها. أو أن تختار نفسها فينفسخ النكاح بينهما وبين زوجها.

---

[١] شبير، محمد عثمان: القواعد الكلية والضوابط الفقهية، عمان: دار النفائس، ٢٠٠٧. ص ٣٩٥.

[٢] السرخسي: المبسوط،٧٩/١٥.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٣٧/٦.

[٤] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٢١٢. المجددي: قواعد الفقه ٧٧. ابن نجيم: الفوائد الزينية، ص ١١٥.

[٥] السرخسي: المبسوط،١١٨/١٤.

فإن أرادت أن تتنازل عن خيارها مقابل مبلغ العوض من المال يبذله لها زوجها ورضيت، سقط خيارها ولا تستحق العوض؛ لأن الخيار إنما شرع لها لدفع الضرر عنها، فإذا تنازلت عن خيارها لأجل المال، تبين أنها راضية بالبقاء مع زوجها، وأنه لا ضرر عليها، ولذلك سقط خيارها ولا تستحق المال[1].

المبحث السابع
موقف القانون من التفريق للعلل والعيوب

القانون السوري:

نصّ القانون السوري على التفريق للعلل الجنسية فقط دون العلل المنفرة أو الضارة أخذاً برأي أبي حنيفة وأبي يوسف، مع إضافة عيب الجنون، خلافاً لجمهور العلماء، وذلك فيما يأتي:

مادة ١٠٥: للزوجة طلب التفريق بينهما وبين زوجها في الحالتين التاليتين:

١- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول، بشرط سلامتها هي منها.

٢- إذا جن الزوج بعد العقد.

مادة :١٠٦

١- يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده.

٢ - على أن حق التفريق بسبب العنة لا يسقط بحال.

مادة ١٠٧: إذا كانت العلل المذكورة في المادة ١٠٥ غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال، وإن كان زوالها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة، فإذا لم تزل العلة فرق بينهما.

مادة ١٠٥: التفريق للعلة طلاق بائن.

واشترط القانون السوري كما لاحظنا في المواد السابقة شروطاً ثلاثة أخرى من مذهب الحنفية:

١ - أن تطلب الزوجة التفريق فيما يحق لها، وإلا لم يفرق بينهما.

٢- أن تكون الزوجة خالية من العلل الجنسية كالرتق والقرن.

٣ - أن يكون الزوج صحيحاً: فإن كان مريضاً ينتظر شفاؤه، ثم يمهل سنة في العنين والخصي.

القانون المصري:

نص القانون المصري رقم (٢٥ لسنة ١٩٢٠) في:

المادة ٩: على جواز التفريق بسبب عيوب الزوج: وهي الجب والعنة والخصاء، وهي العيوب الثلاثة المتفق على التفريق بها، والجنون والجذام والبرص، ونحوها من كل (عيب مستحكم لا يمكن البرء منه، أو يمكن بعد زمن طويل) سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد ولم ترض به.

كما نصت المادة ١٠: على أن الفرقة بالعيب طلاق بائن.

---

[1] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٤٧/٥.

ونصت المادة ١١: يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب الفسخ من أجلها.
ويلاحظ على القانونين السوري والمصري أنهما قد قصرا التفريق على العيوب الجنسية والجنون ولم يذكرا بقية العيوب كالأمراض السارية أو المنفرة، وهذا في رأينا لا محل له لأنه كما يتضرر المرء من عيب يمنع الاتصال الجنسي، قد يتضرر من مرض معد أو تنفر منه النفس.

كما يلاحظ أن القانونين، لم يجعلا حق التفريق للعلل والأمراض، حقاً مشتركاً بين الزوجين، بل منحته للزوجة دون الزوج، وهذا مما انفرد به المذهب الحنفي من بقية المذاهب التي أجازت التفريق للعيوب.

ومن الجدير بالذكر ما أخذ به مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في المادة ١٠٦/أ منه ونصّها:
"إذا وجد أحد الزوجين في الآخر علة مستحكمة من العلل المنفردة أو المضرة، كالجنون والبرص والجذام، أو التي تمنع حصول المتعة الجنسية كالعنة والقرن ونحوهما. جاز له أن يطلب فسخ الزواج، سواء أكانت تلك العلة موجودة قبل العقد أم حدثت بعده".
وبالاتجاه الأخير أخذ (المشروع) في المادة ١٠٦/ج ونصها: "على أنّ حق الزوجة في طلب الفسخ للعلة المانعة عن المتعة الجنسية لا يسقط بحال".
وهذا ما نهجه (المشروع) في المادة ٧٢/أ ونصها "فسخ الزواج في جميع الأحوال يتوقف على قضاء القاضي، ولا يثبت حكم له قبل القضاء".
وبهذا أخذ (المشروع) في المادة ١٠٧ ونصها: "إذا كانت العلل المذكورة في المادة السابقة غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة الزواج للحال دون إمهال. وإن كان زوالها ممكناً تؤجل المحكمة القضية مدة مناسبة لا تتجاوز سنة، فإذا لم تزل العلة خلالها وأصرّ طالب الفسخ، فسخت المحكمة الزواج".
أما (المشروع) فقد أطلق مفهوم العلة المبيحة لطلب الفسخ قضاءً من العدد، وقيّدها بوجوب كونها مستحكمة ومنفرة أو مضرة حسب ما قرره في المادة ١٠٦/أ منه. والذي يُلاحظ في هذه العيوب أنّ ما يمكن علاجه خاصة مع تطور علوم الطب ووسائله لا يجوز التفريق به لانتفاء علّة الحكم؛ لأن هذه الأحكام تدور مع عللها وجوداً وعدماً. مع ملاحظة أنّ القواعد تقضي بعدم إلزام الزوج نفقات العلاج إلا أن يكون متبرعاً لأنّ من حقه استيفاء منفعة المحل كاملة بالعقد لا بغيره.

القانون الإماراتي:

تناول قانون الأحوال الشخصية الإماراتي التفريق للعيوب من المواد ١١٢ إلى ١١٤.
جاء في المادة (١١٢) الفقرة الأولى: (إذا وجد أحد الزوجين في الآخر علة مستحكمة من العلل المنفرة أو المضرة كالجنون والبرص والجذام أو التي تمنع حصول المتعة الجنسية كالعنة والقرن ونحوهما، جاز له أن يطلب فسخ الزواج سواء أكانت تلك العلة موجودة قبل العقد أم حدثت بعده).

وجاء في المادة (١١٣): إذا كانت العلل المذكورة في المادة (١١٢) من هذا القانون غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة الزواج في الحال دون إمهال. وإن كان زوالها ممكنا تؤجل الحكمة القضية مدة سنة، فإذا لم تزل العلة خلالها وأصر طالب الفسخ فسخت المحكمة الزواج.

وقد أخذ القانون برأي الجمهور بتأجيل العنين لمرة، وقاس العلل الأخرى التي يمكن زوالها على العنين في التأجيل سنة، وقد نص على ذلك المالكية كما جاء في المدونة وغيرها.

وجاء في المادة (١١٤) الفقرة الرابعة: إذا ثبت إصابة الآخر بمرض معد يخشى منه الهلاك كالإيدز وما في حكمه، فإن خشي انتقاله للزوج الآخر أو نسلها وجب على القاضي التفريق بينهما.
وكما يظهر من الفقرتين، أن القانون أخذ برأي جمهور الفقهاء في ثبوت حق التفريق لكل من الزوج والزوجة وعدم اقتصاره على الزوجة فقط كما يرى الحنفية، وأن العلل التي ذكرها على سبيل المثال وليس الحصر لذكره مرض الإيدز وما في حكمه من الأمراض المعدية التي يجب معها التفريق قضاء خشية انتقال المرض للأخر.

وهذا يعني أنه أخذ بالرأي الثالث الذي لم يحصر التفريق بعلل معينة، وإنما أجاز التفريق بكل علة ينفر بسببها أحدهما من الآخر، ويلحق أذى وضرراً في الحياة الزوجية ولا يحصل معها مقاصد الزواج وهو رأي بعض التابعين وإليه ذهب محمد بن الحسن الشيباني وابن تيمية وابن القيم وهو الرأي الراجح للعمل وكان على المشرع أن يضمن الفقرة الأولى هذا الرأي ولا حاجة إلى ذكر الأمراض الحديثة بفقرة مستقلة كما أخذ بالتفريق بالعيب الحادث بعد الزواج برأي الشافعية والحنابلة.
وجاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة: على أن حق الزوجة في طلب الفسخ للعلة المانعة من المتعة الجنسية لا يسقط بحال، وهذا هو رأي الحنابلة.

الفقرة الرابعة: تنظر المحكمة دعوى فسخ الزواج للعلل الجنسية في جلسة سرية.
وهذا إجراء قانوني حسن لأن هذه الأمور يراعى فيها السرية والستر، وعدم إشاعتها، والستر من المبادئ التي أقرها الإسلام ودعا إليها.

مواد مقترحة للتفريق للعلل:

يقترح أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني إضافة المواد التالية لقانون الأحوال الشخصية للتفريق للعلل[١]:

م١: لكل من الزوجين أن يطلب التفريق من القاضي إذا ما وجد بصاحبه علة جنسية تمنع الاتصال أو مرضاً معدياً أو منفراً أو مخوفاً.

م٢: التفريق للعلل التي جاءت في المادة السابقة حق ثابت لكل من الزوجين سواء كان قبل الدخول أم بعده.

[١] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٧٠٩/٢.

م٣: يعتمد في وصف العلل على الأطباء، فإن كان يرجى شفاؤها خلال سنة لم يفرق بينهما وإلا فرق بناء على طلب أحدهما.

م٤: إذا أمكن إزالة العلة من المصاب بها بعملية جراحية سقط حق طلب التفريق إذا وافق المريض على ذلك.

م٥: التفريق للعلل فسخ وليس بطلاق.

المبحث الثامن

تطبيقات الاجتهادات القضائية

سوريا:

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (أن عقم الزوجة لا يجعل الطلاق مشروعاً لإمكان الزواج بولود مع الإبقاء على العاقر وعليه الاجتهاد)[١].

(إن الثيوبة وصف قد لا يكون مشيناً إذا كانت ناشئة عن سبب شرعي، ولا تشكل سبباً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ويدعو للتفريق بسبب الضرر)[٢].

(لا يمكن اعتبار الخلوة صحيحة إذا وجد مانع حسي من الجماع كأن تكون الزوجة مريضة مرضاً يحول دون الجماع أو تتضرر منه. إذ إن الفصل في وقائع مرضية يحتاج إلى خبرة طبية حكما)[٣].

(للرجل أن يطلق المرأة المصابة بالرتق طلاقاً بائناً مع تنصيف المهر ولا وجوب للعدة)[٤].

(إن الضعف الجنسي الذي يصيب الزوج في فترة لاحقة للزواج لا يبرر للزوجة طلب التفريق للعنة، لأن هذا السبب ينتفي بوصول الزوج إلى زوجته ولو مرة واحدة)[٥].

(مفروض على الزوجة مساكنة الزوج أثناء مدة إمهاله لإثبات فحولته)[٦].

(لا يحكم بالتفريق الفوري إلا بعد التثبت من أن العلة غير قابلة للشفاء)[٧].

(المرض العصبي والنفسي لا يثبتان بالشهادة، لأن الأمراض العقلية بلغت من التعقيد والتشعب بحيث لا يعرفها إلى أصحاب الإختصاص)[٨].

(إذا لم تظهر الزوجة الرضا بجنون الزوج وتربصت ولو طويلاً بأمل الشفاء، لا يسقط حقها في التفريق، أخذاً بالمذهبين المالكي والحنبلي اللذين أجازت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الرجوع إليهما للمصلحة ودفع الضرر والرحمة)[٩].

---

[١] مجلة المحامون ١٩٩٨ ق ٤ شرعي.
[٢] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٦ ص ٦١- قرار٤٤٥/٤٧٥ – ١٩٧٥/٩/٢٢.
[٣] قانون ١٩٩٥ ٠ ص ١٢٣ هيئة.
[٤] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧١ ص ٤٤- قرار٥٠٢/٥٠١-١٩٧٠/١١/٢٦.
[٥] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٦ ص ٦٢٦- قرار٤٢١/٤٣٤-١٩٧٦/٤/٢٩.
[٦] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧١ ص ٤٢- قرار٤٥٠/٤٥٧-١٩٧٠/١٠/٢٧.
[٧] الغرفة الشرعية قرار ٧٠٩ تاريخ ٢٠٠٠/٤/٢٤ أساس ٦٤٧ مجلة المحامون العددان ٣- ٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٢٦١.
[٨] الغرفة الشرعية قرار ١٠٤٨ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٢٢ أساس ١٧٦٥ مجلة المحامون العددان ٣- ٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٢٧٧.
[٩] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٧ ص ٢٨٨- قرار٢٠٧/٤٩-١٩٦٧/٤/٢٩.

(إن اتضح أخيراً أن الزوج في حال جنون مطبق لم تكن الزوجة عالمة به، لا يعتبر رضاً منها مسقطاً لحق التفريق)[1].

مصر:

عدم البكارة بفرض اعتباره عيباً لا يعتبر من العيوب المرضية في تطبيق النص.

حيث إن الوقائع على ما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق تتحصل في أن المدعى كان قد أقام ضد المدعى عليها الأولى الدعوى رقم ١٥٥١ لسنة ٢٠٠٣، أمام محكمة شبين الكوم الكلية للأحوال الشخصية نفس، طالباً الحكم بفسخ عقد الزواج المؤرخ ٢٠٠٣/٨/١٨ ورد المهر المقدم منه إليها، على سند من أنه تزوج بالمدعى عليها بموجب عقد الزواج المشار إليه وحاول الدخول بها إلا أنها امتنعت ثم اعترفت له بأنها ليست بكراً وأنها ثيب نتيجة علاقة غير مشروعة مع شخص آخر، وقد تأكد من ذلك عند معاشرته لها معاشرة الأزواج ثلاث مرات فحاول الاتفاق معها على الطلاق على أن ترد له ما دفعه من مهر إلا أنها رفضت بدعوى أنها بكر، الأمر الذي دعاه لإقامة الدعوى المذكورة بالطلبات المشار إليها زاعماً أنها أدخلت عليه الغش بإثباتها في وثيقة الزواج أنها بكر على غير الحقيقة، وبجلسة ٢٠٠٤/٣/٢٧ قضت تلك المحكمة برفض الدعوى تأسيساً على عدة أسباب من بينها أن المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ لا تعطى للزوج خيار الفسخ إذا وجد في امرأته عيباً، وإذ لم يرتض المدعى هذا القضاء فقد طعن عليه بالاستئناف رقم ١٤٠ لسنة ٣٧ قضائية، وأثناء نظره دفع بعدم دستورية المادة التاسعة السالفة الذكر، وإذ قدرت المحكمة جدية هذا الدفع، وصرحت للمدعى برفع الدعوى الدستورية، فقد أقام دعواه الماثلة.

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا جرى على أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها والمطروحة أمام محكمة الموضوع. وكان من المقرر أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تعتبر متحققة بالضرورة بناء على مجرد مخالفة النص التشريعي المطعون عليه للدستور، بل يتعين أن يكون هذا النص بتطبيقه على المدعى قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو ألحق به ضرراً مباشراً، وبذلك يكون شرط المصلحة الشخصية المباشرة فى الدعوى الدستورية مرتبطاً بالخصم الذي أثار المسألة الدستورية، وليس بهذه المسألة في ذاتها منظوراً إليها بصفة مجردة، وبالتالي لا تقوم هذه المصلحة إلا بتوافر شرطين، أولهما: أن يقيم المدعى وفى حدود الصفة التي اختصم بها النص التشريعي المطعون عليه الدليل على أن ضرراً واقعياً اقتصادياً أو غيره قد لحق به، وأن يكون هذا الضرر مباشراً مستقلاً بعناصره، ممكناً إدراكه ومواجهته بالترضية القضائية، وليس ضرراً متوهماً أو نظرياً أو مجهلاً.

ثانيهما: أن يكون هذا الضرر عائداً إلى النص التشريعي المطعون عليه، بما مؤداه قيام علاقة سببية بينهما تحتم أن يكون الضرر المدعى به ناشئاً عن هذا النص ومترتباً عليه، فإذا لم يكن النص التشريعي

---

[1] المبادىء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٦ ص ١٧٥- قرار ١٦١/١٧٢-١٩٦٦/٤/١٤.

قد طبق على المدعى أصلاً، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزاياه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة، ذلك أن إبطال النص التشريعي سواء كان كلياً أو جزئياً في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبل رفعها.

وحيث إن المادة (٩) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ محل الطعن الماثل تنص على أنه: للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجزام والبرص، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به.

فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها، فلا يجوز التفريق.

ومفاد هذا النص أن العيوب المشار إليها به، وإن وردت على سبيل المثال إلا أنه يجمعها أنها من العيوب المرضية المستحكمة التي لا يمكن البرء منها أو يمكن ذلك ولكن بعد زمن طويل بحيث لا يمكن المقام معها إلا بضرر، ومن ثم فقد استلزمت المادة (١١) من القانون ذاته الاستعانة بأهل الخبرة لتحديد العيب المطلوب فسخ الزواج من أجله، وبالتالي فإن شرط إجابة الزوجة لطلب التفريق وفقاً لنص المادة (٩) السالفة الذكر أن يوجد بزوجها عيب من العيوب الواردة بهذا النص، دون أية أمراض أو عيوب أخرى بما فيها عيوب الإرادة التي قد تشوب عقد الزواج.

لما كان ما تقدم، وكان عدم البكارة بفرض اعتباره عيباً لا يعتبر من العيوب المرضية في تطبيق النص محل الطعن الماثل. فضلاً عن أنه لما كان هدف المدعى من دعواه الموضوعية بفسخ الزواج حسبما سلف البيان هو إلزام زوجته المدعى عليها رد ما أداه لها من مهر (صداق) حال استحقاقها له بثبوت صحة العقد، وإقرار المدعى بالدخول والخلوة الصحيحة وتسليم زوجته نفسها له مع كونها صالحة لمقصود الزواج، ومن ثم فإنه بفرض الحكم بعدم دستورية نص المادة (٩) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فيما لم يتضمنه من تخويل الزوج خيار الفسخ أسوة بما تقرر للزوجة، فإن ذلك لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني عما كان عليه قبل رفع دعواه الدستورية أو يحقق له مرامه من دعواه الموضوعية، الأمر الذي تنتفي معه مصلحته الشخصية في الدعوى الدستورية الماثلة مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها.

فلهذه الأسباب: حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى[١].

عدم حصر العيوب. إثبات المرض بمعرفة أهل الخبرة:

جاء في حكم لمحكمة بور سعيد: تقبل الدعوى من الزوجة بإصابة زوجها بمرض الزهري أو أي مرض معد يخشى من بقائها معه الضرر حتى إذا ثبت ذلك فرق القاضي بينهما. ولا عبرة بحصر الفقهاء للعيوب المسببة لفسخ النكاح متى قرر أهل الخبرة عدوى المرض[١].

---

[١] قضية رقم ٢١٤ لسنة٢٦ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" ٢٠٠٩/٤/٥ م، الموافق التاسع من ربيع الآخر ١٤٣٠ه.

إذا طال علاج المريض يتعين التطليق. إذا ما طلبت الزوجة ذلك:

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الإبتدائية: إذا قرر الطبيب الشرعي أن الزوج لا يزال مريضاً بمرض عقلي من طبيعته احتمال تكرار النوبات وتطرأ عليه عقب كل نوبة تغيرات مرضية نفسية مع اطراد في ضعف إرادته ونقص إدراكه وانحطاط عقليته، وهذا المرض من الجائز شفاؤه في بعض الأحوال إلا أن علاجه قد يطول. مما يعرض بقاء الزوجة معه للضرر فإنه يتعين التطليق[٢].

هل يعتبر السكوت عن العيب رضا يسقط التفريق:

جاء في حكم لمحكمة طلخا الشرعية: لا يجاب طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها لجنونه متى ثبت علمها بذلك ورضاؤها بمعاشرته وهو على هذه الحالة[٣].

بينما صدر عن محكمة الإسكندرية الإبتدائية: فعدول المدعية عن رفع دعوى التطليق لإصابة الزوج بالجنون مدة عامين لا يعتبر رضاً منها بالعيب الذي أصاب زوجها، إذ إنها كما قالت في عريضة دعواها كانت تأمل شفاؤه وترجو برأه ليعود إليها ويستأنفا حياتهما الزوجية، وليس الرجاء والأمل في الشفاء من المرض رضاء به. هذا فضلاً عن أن التعجيل برفع الدعوى عقب المرض مباشرة يتنافى مع ما يجب أن تتحلى به الزوجة الصالحة وفاء وإخلاصاً للزوج[٤].

إذا سرى مرض الزوج إلى الزوجة كان موجباً للتفريق:

جاء في حكم لمحكمة شبين الكوم الإبتدائية الشرعية: إصابة الزوجة بالمرض نتيجة لمرض تناسلي عند الزوج موجب للتفريق[٥].

التفريق للعيوب التناسلية:

جاء في حكم لمحكمة الأقصر الشرعية: والتشريع الجديد لم يتعرض لطلب الحكم بالتفريق بالطلاق بسبب العنة بل أبقى الحكم فيه لمذهب الإمام أبي حنيفة، والنص صريح في أن الزواج إذا وطيء زوجته ولو مرة واحدة زال عنه وصف العنة ولم يبق لزوجته من حق في طلب التفريق بينها وبينه بسببها[٦].

التفريق للضرر يخضع فيه لنظام التحكيم ومحاولة الإصلاح بين الزوجين، وهنا في العيوب لا محل لذلك إذ مناط الضرر تقرير الأطباء وأهل الخبرة:

جاء في حكم لمحكمة الإسكندرية: إذا كان من الثابت نت الدعوى أن المدعية مقرة باتصال زوجها بها اتصالاً جنسياً أعواماً طويلة أنجبت فيها منه، فإن الادعاء بالعنة حتى لو صح حديثها لا يكون سبباً للتطليق ولا محل للقياس على حالة الزوج الذي يهجر زوجته أكثر من سنة التي نص عليها القانون ٢٥

---

[١] محكمة بور سعيد الشرعية ٥ ذي الحجة ١٣٥٠ في ١٩٣٢/٤/١١. مجلة المحاماة الشرعية ص ٩٠٤ س ٥ ع ٩.
[٢] محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٧/١٠/١٩. مجموعة صالح حنفي ٢١٥/٢.
[٣] محكمة طلخا الشرعية ٣ صفر ١٣٥٣ في ١٩٣٤/٥/١٦. المحاماة الشرعية ص ٦ ع ٦ ص ٧٨٥.
[٤] محكمة الإسكندرية الإبتدائية ١٩٥٨/١/٤ رقم ٢٥٦.
[٥] محكمة شبين الكوم الإبتدائية الشرعية ٢٨ محرم ١٣٦٦. في ١٩٤٦/١٢/٢٢. المحاماة الشرعية ص ١٤٢ س ١٨.
[٦] محكمة الأقصر الشرعية ٤ رمضان ١٣٥٢. في ٢١ /١٩٣٣/١٢. المحاماة الشرعية ص ١٧١ س ٦ ع ١.

لسنة ١٩٢٩ في المادة ١٢. لأن ذلك نص محدود صريح في الحالة التي ورد بشأنها ولا محل للتوسع فيه ولا اجتهاد مع النص.

وجاء فيه أيضاً: إن التطليق للضرر شرع في حالات الشقاق لسوء المعاشرة والهجر وما إلى ذلك من كل ما يكون للزوج دخل فيه. أما المرض فهو عرض من الأعراض البشرية التي ليس للإنسان دخل فيها[١].

وفي حكم لمحكمة الاستئناف الشرعية الأردنية: إقرار الزوج بالعنة وأنه لا يرجى شفاؤه منها لا يكفي للحكم بالتفريق دون إمهال؛ لأن العنة من العلل القابلة للزوال، وقد أعطت الشريعة الإسلامية صاحبها مهلة سنة قمرية.

المرجع في إمكان تحقق زوال العلة أو عدم زوالها أهل الفن والخبرة كما تقضي بذلك المادة ٨٦ من قانون حقوق العائلة[٢].

---

[١] محكمة الإسكندرية الإبتدائية ١٩٥٨/٥/١. صالح حنفي ٢٢٧/٢.

[٢] قرار محكمة الاستئناف ١١٥٧٦/٣٠٨ في تاريخ ١٩٦١/٧/٢٥.

الفصل الثالث

التفريق لعدم الإنفاق أو الإعسار

والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

التعريف بالنفقة:

النفقة لغة: (ما تنفقه من الدراهم ونحوها، وأنفق المال: أنفذه وصرفه وأفناه)[١].

وقيل: (هي بذل المال على وجه من وجوه الخير)[٢].

والنفقة شرعاً:

يعرفها الحنفية بأنها: (ما يتوقف عليه بقاء شيء من نحو مأكول وملبوس وسكنى)[٣].

ويعرفها المالكية بأنها: (ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف)[٤].

ويعرفها الحنابلة بأنها: (كفاية من يمونه خبزاً وأدماً وكسوة ومسكناً وتوابعها)[٥].

هذا ولم أقف على تعريف للنفقة عند الشافعية في حدود ما اطلعت، وإن كانوا قد تناولوا ما يجب على المنفق من طعام وشراب ومسكن وملبس وما يلزم منها.

التعريف بالإعسار:

الإعسار لغة: من عَسَرَ بالتحريك ضد اليسر، وعسر الأمر عسراً، فهو عسير: وهو الضيق والشدة والصعوبة، والعسرة قلة ذات اليد، وكذلك الإعسار[٦]. قال تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[البقرة:٢٨٠].

والإعسار شرعاً: (عدم القدرة على الإنفاق لا بماله ولا بكسبه)[٧].

---

[١] الفيروزآبادي: القاموس المحيط، الفيومي: المصباح المنير، مادة "نفق".
[٢] مجمع اللغة العربية المصري: المعجم الوسيط، ٩٧٩/٢.
[٣] شيخي زاده: مجمع الأنهر، ٤٨٤/١.
[٤] الصاوي: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٧٢٩/٢.
[٥] المقدسي: الإقناع لطالب الانتفاع متن كشاف القناع، ٥٣٢/٥.
[٦] الزبيدي: تاج العروس، ٣٩٦/٣.
[٧] المرداوي: الإنصاف، ٣٥٥/٩.

المبحث الأول

حكم التفريق للإعسار أو عدم الإنفاق

اتفق الفقهاء على أن النفقة من الحقوق الثابتة للزوجة بعقد الزواج الصحيح، وهي واجبة على الزوج لزوجته، وأنه المسؤول عن توفير متطلبات الحياة المناسبة بالنظر إلى حالهما، لقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٣].

كما اتفق الفقهاء على عدم وجوب النفقة إذا وجد مانع من الزوجة، كنشوزها، أو امتناعها من التمكين أو وجود سبب آخر من قبل الزوجة فلا يجبر الزوج عليها.

فإذا لم ينفق الزوج على زوجته ولم يقم الزّوج بها لغير مانع من الزّوجة، فإما أن يكون قادراً على الإنفاق أو معسرا عاجزاً عن الإنفاق.

فإن كان للزّوج الممتنع عن النّفقة مال ظاهر يمكن للزّوجة استيفاء نفقتها منه، بعلم الزّوج أو بغير علمه، أخذته بنفسها أو بأمر القاضي جبراً عن الزوج، وليس لها حق طلب التفريق لعدم الإنفاق، لوصولها إلى حقّها بغير الفرقة، فلا تمكّن منها.

ويستوي هنا أن يكون الزّوج حاضراً أو غائباً، وأن يكون مال الزّوج حاضراً أو غائباً أيضاً، وأن يكون المال نقوداً أو منقولات أو عقارات، لإمكان الأخذ منها[١]، هذا باتفاق أهل العلم.

ودليل ذلك: ما ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل لزوجة أبي سفيان حق طلب التفريق حين قالت له: (إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[٢].

جاء في شرح الخرشي: (ويباع عقار الغائب في نفقة زوجته إذا لم يكن له مال ولا دين ولا وديعة بعد ثبوت ملكه له بالبينة)[٣].

وأما إن كان معسراً أو ليس لديه مال ظاهر، فللفقهاء خلاف في جواز التفريق بين الزوجين قضاء لعدم للإعسار أو عدم الإنفاق، ولهم في ذلك ثلاثة أقوال:

---

[١] ابن عابدين: رد المحتار، ٥٩١/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير٣٤٩/٤. الدردير: الشرح الصغير، ٧٤٥/٢. ابن جزي: القوانين الفقهية ١٤٣. ابن رشد: بداية المجتهد ١٣٥٢/٣، الشربيني: مغني المحتاج ٥٦٣/٣، ابن تيمية: مجموعة فتاوى ابن تيمية، ٩٢/٣٤.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، ٢٠٥٢/٥ برقم ٥٠٤٩. وفي كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن ٧٦٩/٢ . وفي كتاب الأقضية، باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخف الظنون والتهمة، ٢٦١٧/٦. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب قضية هند، ١٣٣٨/٣ برقم ١٧١٤.

[٣] شرح الخرشي على خليل، ٣٤٠/٣.

القول الأول:

لا يجوز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق فإن كان زوجها معسراً أمرها القاضي بأن تستدين على ذمته من مالها أويأمر من تجب عليه نفقتها – لولا زوجها – بإقراضها. فإن امتنع حبسه وعزّره حتّى يقرضها، على أن يقضي ذلك من مال الزوج عند اليسار ولا يفرق بينهما إلا ابن حزم حيث قال: إن أنفقت على نفسها وهي غنية لا ترجع عليه إن أيسر.

أما إن كان امتناع الزوج عن الإنفاق مع القدرة، فللقاضي حبسه وتعزيره حتى ينفق على زوجته، لأن امتناعه ظلم ويجب على القاضي رفعه. وهذا يتفق مع القاعدة الفقهية: **وجوب المال بقضاء القاضي**[1].

هذا القول منقول عن عطاء، والزّهريّ، وابن شبرمة[2]، وحمّاد بن أبي سليمان[3] وهو مذهب الحنفية والمزني من الشافعية والظاهرية[4].

جاء في مجمع الأنهر: (ولا يفرق القاضي بين الزوجين لعجز الزوج عن النفقة، ولا بعدم إيفاء الزوج إذا كان غائباً ولو كان موسراً، لأن العجز عن الإنفاق لا يوجب الفراق)[5].

واستدل أصحاب هذا القول: بالقرآن الكريم والسنة والأثر والمعقول:

أولا: القرآن الكريم:

١- قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾[الطلاق:٧].

وجه الدلالة: إن الآية الكريمة نصت على أن الإنفاق يكون على قدر الوسع والقدرة، والله سبحانه وتعالى لا يكلف الإنسان فوق طاقته، فلم يكلف الزوج النفقة حال إعساره فلا تجب عليه النفقة. وإن القول بجواز الفسخ للإعسار تكليف المعسر مالا يطيق غير معقول وهو مرفوض بنص الآية الكريمة وصراحتها.

يقول الجصاص: (إذا لم يقدر الزوج على النفقة، لم يكلفه الله تعالى الإنفاق في هذه الحالة، وإذا لم يكلف الإنفاق في هذه الحال لم يجز التفريق بينه وبين زوجته لعجزه عن نفقتها، وفي ذلك دليل على بطلان قول من فرق بين العاجز عن نفقة زوجته وبينها، فإن قيل آتاه الله تعالى الطلاق، فعليه أن يطلق. قيل له: قد بُيّن بالآية الكريمة أنه لم يكلفه النفقة في هذه الحال، فلا يجوز إجباره على الطلاق من أجلها؛ لأن فيه إيجاب التفريق بشيء لم يجب. وأيضا فإن الله تعالى أخبر أنه لم يكلفه من الإنفاق إلا ما آتاه، والطلاق ليس من الإنفاق فلم يدخل في اللفظ. وأيضا إنما أراد أنه لا يكلفه ما لا يطيق ولم يرد أنه يكلفه كل ما

---

[1] السرخسي: المبسوط،١٤١/٢٧.

[2] ابن شبرمة (٧٢-١٤٤هـ) عبد الله بن شبرمة الضبي ـ نسبة الى ضبة ـ من أهل الكوفة. فقيه عفيف يشبه النساك. ولي القضاء على السواد. وروى عن أنس وغيره، وروى عنه عبد الملك وسعيد وابن المبارك وآخرون. [تهذيب التهذيب ٢٥٠/٥، أخبار القضاة لوكيع٣٦/٣، سير أعلام النبلاء٣٤٧/٦].

[3] حمّاد بن أبي سليمان (١٢٠هـ) الأشعري بالولاء. فقيه تابعي كوفي من شيوخ الإمام أبي حنيفة. أخذ الفقه عن ابراهيم النخعي وغيره. وكان أفقه أصحابه. يضعف في الحديث عن غير إبراهيم. وهو مستقيم في الفقه. [تهذيب التهذيب ١٦/٣؛ وطبقات الفقهاء للشيرازي ٦٣].

[4] ابن عابدين: رد المحتارعلى الدر المختار، ٥٩١/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٤٩/٤. الشربيني: مغني المحتاج، ٤٤٢/٣. ابن القيم: زاد المعاد في هدي خير العباد، ٣٠٣/٤. ابن حزم: المحلى، ٣٥٣/٩ وسوف نبين رأي ابن حزم بعد عرضنا لأدلة أصحاب هذا القول.

[5] شيخي زاده: مجمع الأنهر، ٤٩٨/١.

يطيق؛ لأن ذلك مفهوم من خطاب الآية. وقول الله تعالى: ﴿سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾[الطلاق:٧]. يدلّ على أنه لا يفرق بينهما من أجل عجزه عن النفقة؛ لأن العسر يرجى له اليسر[١].

وقد أجيب: بأن الآية ليست بصدد عدم تكليف الزوج بالإنفاق على الزوجة في حالة الإعسار كما فهم الحنفية ومن معهم، وإنما هي لبيان الخط العام في الإنفاق وهو أن المعسر لا يكلف أكثر من نفقة المعسرين، والموسر مكلف بنفقة الموسرين فلو عجز الزوج عن الإنفاق ولو بمستوى نفقة المعسرين- كما هو فرض المسألة- فإنه يكون خارجاً عن مدلول الآية[٢].

٢- قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[البقرة:٢٨٠].
وجه الدلالة: إن في الآية الكريمة تنصيصاً على أن المعسر منظر، ولو أجلته في ذلك لم يكن لها أن تطالب بالفرقة[٣] لأن المفارقة تناقض القول بالإمهال لحين اليسار.

وقد أجيب: بأن الآية الكريمة ليست مجالاً مناسباً للاستدلال بها هنا أيضاً، لأنها بصدد الأمر بالتأخير والإمهال في حالة سداد الدين إن وجد المدين حرجاً في الأداء في الوقت المحدد، فكان الدائن مكلفاً بنص الآية بإمهاله إلى حين اليسار، أو إسقاط الدّين بالكلية، ونحن نتحدث عن إعسار بالنفقة وهو لا يحتمل التأجيل.

٣-قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ﴾[النور:٣٢].
ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة ندبت إنكاح الفقير، فكيف يجوز أن يكون الفقر سبباً للفرقة وهو مندوب معه إلى الإنكاح[٤].
جاء في تفسير روح المعاني: (واحتج بعضهم بهذه الآية على أن النكاح لا يفسخ بالعجز عن النفقة؛ لأنه سبحانه وعد فيها بالغنى)[٥].

ثانياً: من السنة:

١- ما رواه مسلم في صحيحه عن جابر رضي الله عنه: دخل أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجداه جالساً- وحوله نساؤه- واجماً ساكتاً فقال أبو بكر: يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة، فقمت إليها فوجأت[٦] عنقها، فضحك صلى الله عليه وسلم وقال: هنَّ حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام أبو بكر الصديق إلى عائشة يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة يجأ

---

[١] الجصاص: أحكام القرآن، ٤٦٣/٣-٤٦٤.
[٢] عارف البصري: نفقات الزوجة على الشريعة ١٣٤-١٣٥.
[٣] السرخسي: المبسوط، ١٩١/٥.
[٤] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٥٥/٣.
[٥] الآلوسي: روح المعاني، ١٥٠/١٨.
[٦] يجأ: يضرب. [القاموس المحيط: مادة "وجأ"]. ووجأ فلان يجاؤه وجئاً: دفعه بجميع كفه في الصدر أو العنق.[المعجم الوسيط، ١٠٥٤/٢]

عنقها كلاهما قالت: تسألن رسول الله ما ليس عنده؟ فقلن: والله لا نسأل رسول الله شيئاً أبداً ما ليس عنده، ثم اعتزلهن النبي صلى الله عليه وسلم شهراً)[1].

وجه الدلالة: إن في استنكار الخليفتين الراشدين أبي بكر وعمر لسؤال زوجات النبي صلى الله عليه وسلم النفقة مع إعساره وعدم قدرته على الإنفاق دليل على أن لا حق لهن في سؤالهن ذلك، ومن باب أولى طلب التفريق للإعسار.

وقد أجيب: إن هذا الاستدلال منقوص؛ لأن الله تعالى أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتخييرهن بين المقام عنده والرضى بما ينفق مما يملك، أو يسرحهن سراحا جميلاً، فاخترن المقام عنده كما أرشدت الآية في سورة الأحزاب إلا العامرية[2].

٢- ما ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل لزوجة أبي سفيان حق طلب التفريق حين قالت له: (إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[3].

٣- عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن المؤمن أخذ عن الله سبحانه وتعالى أدباً حسناً إذا وسع عليه وسع على نفسه وإذا أمسك عليه أمسك)[4].

وجه الدلالة: إن الحديث الشريف نص على أن المعطي والمانع هو الله تعالى، ولا يكلف الزوج مع ضيق اليد الإنفاق اللازم في حال اليسار- وإن كان عليه واجب التكسب والسعي وراء الرزق- وأما التفريق للإعسار فهو اعتراض على الخالق، ومعاقبة للمخلوق فيما لا يد له فيه لأن الرزق من الله تعالى.

وقد أجيب: بأن هذا الحديث على فرض صحته فليس فيه بيان عدم التفريق للإعسار، بل غاية ما فيه بيان الحكم العام وهو الإنفاق بقدر الوسع والطاقة، الموسر تجب عليه نفقة الموسرين، والمعسر عليه نفقة المعسرين، ولا خلاف في ذلك.

ثالثاً: الآثار:

١- من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج[5] قال: (سألت عطاء عن المرأة لا تجد من الرجل ما يصلحها من النفقة، قال: ليس لها إلا ما وجد. ليس له أن يطلقها)[6].

---

[1] رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب موعظة الرجل ابنته لحال زوجها، ١٩٩٢/٥، برقم ٤٨٩٥. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية ١١٠٤/٢، برقم ١٤٧٨.

[2] سورة الأحزاب:٢٩، وانظر: الآلوسي: روح المعاني،١٨١/٢١-١٨٢، ومسلم: صحيح مسلم بشرح النووي، ١١٠٤/٢،رقم٢٩.

[3] رواه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، ٢٠٥٢/٥ برقم ٥٠٤٩. وفي كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن ٧٦٩/٢ . وفي كتاب الأقضية، باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخف الظنون والتهمة، ٢٦١٧/٦. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب قضية هند، ١٣٣٨/٣ برقم ١٧١٤.

[4] البيهقي: شعب الإيمان، ٢٥٩/٥ برقم ٦٥٩١. ورواه البيهقي أيضاً من قول الحسن البصري، فعن خليد بن دعلج قال سمعت الحسن يقول: (أخذ المؤمن عن الله أدباً حسناً إذا وسع عليه وسع وإذا قتر عليه قتر)[٢٦٠٩/٥ برقم ٦٥٩٢].

[5] ابن جريج (٨٠-١٥٠هـ) عبد الملك بن عبد العزيز، أبو الوليد المكي، من موالي قريش. لقب بفقيه الحرم المكي. سمع من عطاء وعكرمة وجعفر الصادق وغيرهم. وسمع منه الثوري وابن عيينة وابن المبارك والليث وغيرهم. قال عنه الإمام أحمد: كان من أوعية العلم. أول من صنف الكتب بمكة. له: (السنن) [تذكرة الحفاظ ١٦٠/١؛ تاريخ بغداد ٤٠٠/١٠].

[6] عبد الرزاق: المصنف، كتاب الطلاق، باب الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، ٩٥/٧، أثر ١٢٣٥٤.

وجه الدلالة: الأثر صريح في أن المرأة ليس لها إلا ما وفر لها زوجها من نفقة بقدر وسعه، وإن من واجبها الصبر واحتمال ذلك، وليس لها طلب التفريق للإعسار.

٢- ومن طريق عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال: إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته جبر على أن يفارقها؟. قال الثوري: ونحن لا ننفذ بهذا القول. هو بلاء ابتليت به فلتصبر)[١].

وجه الدلالة: الأثر نص على أن المرأة إذا أعسر زوجها بالنفقة، فعليها الصبر وانتظار الفرج، وليس لها مطالبته بالتفريق.

٣- إن الصحابة كان فيهم الموسر والمعسر، وكان المعسرون في عهد النبي صلى الله عليه وسلم أضعاف الموسرين، ولم ينقل أن أحداً منهم طلق زوجته أو طلبت منه ذلك لإعساره، فلو كان جائزاً لفعلته بعض النساء.

ولقد نقل ابن حزم: أن بعض الفقهاء قد واجه مالكاً بهذه الحقيقة إذ قال له: (قد كان الصحابة رضوان الله عليهم يعسرون ويحتاجون، فقال مالك: (ليس الناس اليوم كذلك إنما تزوجته رجاء).

ثم ردّ ابن حزم على الإمام مالك رضي الله عنه فقال: (جمع هذا القول وجوهاً من الخطأ؛ مخالفته أمر الصحابة وما مضوا عليه بإقراره؛ والاعتراف بأن الناس ليسوا كذلك اليوم، فكيف يجوز له أن يجيز حكماً يقر بأن الناس فيه على خلاف ما مضى عليه الصحابة، ثم من له بذلك؟ ومن أين عرف تبدل الناس في هذه القضية؛ وما يعلم أحد أن الناس فيها على اختلاف ما كانوا عليه في عصر الصحابة؛ لأن كل من تزوج من الصحابة فإنما تزوجته المرأة للعشرة والنفقة بلا شك، فما الناس اليوم إلا كذلك).

وإذا كان الصحابة رضوان الله عليهم لم يكن بينهم تفريق للإعسار مع توافر أسبابه، فهذا دليل على أنه ليس من سنة الإسلام. فلا يغيره قول مالك رضي الله عنه أن الزمن قد تغير فليس كل تغيير موجب لتغيير الأحكام[٢].

وقد أجيب: بأن التفريق بسبب الإعسار مرهون بطلب المرأة، ولم تطلب الصحابيات التفريق.

ثم إن هذه الآثار التي استدلوا بها فلا تعدو أن تكون فتاوى من مجتهدين وليست فتواهم أولى من الفتاوى الصادرة عن عمر وسعيد بن المسيب وهي الآثار التي استدللنا به خصوصاً إذا انضمت إلى مجموعة الآيات والأحاديث التي تدعو إلى التسريح بإحسان والمفارقة في حالة العجز عن الإنفاق.

رابعاً: المعقول:

١-إن نساء النبي صلى الله عليه وسلم لما سألنه ما ليس عنده اعتزلهن شهراً، فدلَّ ذلك الاعتزال على أن المرأة ليس لها أن تطالب زوجها بما ليس عنده، وأنها تكون ظالمة إن طالبته بذلك، وتستحق العقاب على

---

[١] عبد الرزاق: المصنف، كتاب الطلاق، باب الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، ٩٥/٧ برقم ١٢٣٥٦.
[٢] ابن حزم: المحلى، ٣٥٣/٩

المطالبة؛ وإلا ما اعتزلهن النبي صلى الله عليه وسلم بسببها، وإذا كانت المطالبة ظلماً تستحق عليه العقاب، فأولى أن يكون طلب التفريق إذا كان الزوج معسراً ظلماً لا يجاب[1].

٢-إن الزوج إما معسر أو موسر. فإن كان معسراً فلا ظلم منه بعدم الإنفاق، والله تعالى يقول: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ آتَاهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾[الطلاق:٧]، وإذا لم يكن ظالماً فلا نظلمه بالتفريق وإيقاع الطلاق عليه. وخصوصاً انه أبغض الحلال إلى الله تعالى.

وإن كان موسراً فهو ظالم بعدم الإنفاق، ولكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق، بل بوسائل أخرى كبيع ماله جبراً عنه للإنفاق على زوجته، وحبسه لإرغامه على الإنفاق.

جاء في المبسوط: (لأنّ الحبس إنما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون زاجراً له عن الظلم، وقد ظهر هنا عذره لا ظلمه، فلا يحبسه ولكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة فترجع عليه بذلك إذا أيسر)[2].

وقد أجيب: بأنه قد يتعين التفريق لعدم الإنفاق لدفع الضرر عن الزوجة.

٣- إن الله جعل الزواج عقداً دائماً، ثابتاً وميثاقاً غليظاً، لا يثبت فيه الخيار، ولا يجوز فسخه إلا بأمر القضاء- عند وجود دواعيه- وأن الإعسار بالنفقة وضع مؤقت؛ لأن المال غاد ورائح فلا يعقل أن يكون مبرراً سبباً لتفريق ما أبد.

٤- ثم إن المقصود من عقد النكاح غير المال، فكان المال زائداً والعجز عن التبع لا يكون سبباً لرفع الأصل[3].

٥- في التفريق لعدم الإنفاق إبطال للنكاح، وفي إبطال النكاح إبطال لحق الزوجية بالكلية، بينما في إلزام الزوجة بالانتظار مع وصول حقها إليها عن طريق استدانة نفقتها لا يترتب عليه سوى تأخير استيفاء حقها في النفقة منه، وإذا دار الأمر بين إبطال حق الزوج بالكلية وبين تأخير استيفاء حقها كان التأخير أولى وضرره أقل[4].

وقد أجيب: بأنا لا نقول أن المال أصل في عقد النكاح؛ وإنما هي ضرورة حياتية لا غنى عنها، وإن الحياة مع الإعسار قد تلحق الضرر بالزوجة، فلا تحتمله فكان العلاج هو التفريق لطلبها.

وأما الدعوة إلى الاستدانة بأمر التقاضي لتحيل على الزوج إن أيسر فيرد عليها: إن في ذلك حرجاً عظيماً على المرأة، وقد تكون من الشريفات التي تأبى على نفسها أن تكون أمة لمدينها، والدين ذل.

تعقيب لأصحاب القول الأول:

قبل أن ننتقل إلى الأقوال الأخرى لا بد لنا من ذكر تعقيبين لأصحاب هذا القول الأول:

---

[1] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٣٧٣.
[2] السرخسي: المبسوط، ١٨٧/٥.
[3] المرجع السابق.
[4] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٣٠/٣. الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ٦/٤.

الأول: إن المتأخرين من الأحناف قد رأوا الحرج فيما لو لم تجد الزوجة ما تنفقه؛ كما لو كانت فقيرة مثلاً ولم تجد من يقرضها لتنفق فماذا تفعل. لهذا استحسن بعضهم أن ينصب للقضاء في هذه المسألة قاض من مذهبه التفريق بين الزوجين للإعسار فيفرق بينهما.

قال ابن عابدين: نقلاً عن غرر الأذكار: (إن مشايخنا استحسنوا أن ينصب القاضي الحنفي نائباً ممن مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضراً وأبى عن الطلاق، لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة، إذ الظاهر أنها لا تجد من يقرضها، وغنى الزوج مآلاً متوهم، فالتفريق ضروري إذا طلبت)[1].

الثاني: إن الظاهرية قد قالوا: إن نفقة الزوجة على زوجها، فإن امتنع الزوج عن الإنفاق ووجدت زوجته مالاً لزوجها أخذته لو دون علمه لتنفق على نفسها.

أما إذا كان الزوج معسراً أو فقيراً، فلا تفريق بين الزوجين إذ لا تملك زوجته طلب الطلاق.

فإذا كانت غنية والزوج معسر فنفقته عليها، أي إن الزوجة الموسرة تنفق على نفسها وعلى زوجها وليس لها حق الرجوع بما أنفقت ما دام معسراً، إنما لها الرجوع بما أنفقت عليه في وقت يساره إذ النفقة تسقط عنه حين إعساره إلا إذا كان للزوج ولداً ووالد غير فقيرين فنفقته على أحدهما.

جاء في المحلى: (فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية، كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر إلا إذا كان للحر ولداً ووالد فنفقته على ولده أو والده إلا أن يكونا فقيرين... وبرهان ذلك قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[البقرة:٢٣٣]، قال علي: الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن)[2].

القول الثاني:

إن الزوجة إن أعسر زوجها بالنفقة أو ادعى الإعسار فلها الخيار، فإن شاءت بقيت على الزّوجيّة وصبرت أو أنفقت من مالها أو أنفق عليها من يلي أمرها من أقاربها، أو استدانت عليه. وإن أصرت على الزوج ولم يستطع الإنفاق فلها حق طلب التفريق من القاضي، وعلى القاضي إجابة طلبها حالاً، إن لم يكن له مال ظاهر؛ ولم يثبت يساره أو إعساره، وإن زكى امتناعه عن الإنفاق بادعائه العجز، وأثبت إعساره، أو أقرت هي بأنه معسر لا يستطيع الإنفاق فيتلّوم للزّوج[3]، ويؤجله القاضي رجاء مقدرته على الإنفاق، ثم يفرق القاضي بينهما بناء على طلبها التفريق، بعد إمهاله ثلاثة أيام عند الشافعية، وبحسب المدة التي يراها الحاكم عند المالكية. وعند الحنابلة يطلق عليه في الحال. هذا إذا ثبت إعساره، فإذا لم يثبت إعساره فرق بينهما القاضي في الحال[4].

---

[1] ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ٦٧٤/٢.

[2] ابن حزم: المحلى، ٩٢/١٠.

[3] التلوم لغة: الانتظار، وفي الاصطلاح: هو بهذا المعنى، وقال المالكية: هو تصبر الزوجة يوماً أو يومين أو أكثر بأمر القاضي رجاء يسار الزوج بالنفقة.[الدردير: الشرح الصغير، ٧٤٥/٢.]

[4] ويرى الشافعية في الأظهر أنه يجب عليها الصبر إذ التفريق عندهم لثبوت الإعسار.[الخفيف: فرق الزواج، ٢٩٤].

وهذا القول منقول عن عمر، وعليّ، وأبي هريرة رضي الله عنهم وهو مذهب سعيد بن المسيّب، والحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز، وهو مذهب المالكية، والشافعية والحنابلة[١].

جاء في الشرح الكبير للدردير: (ولها- أي للزوجة – الفسخ بطلقة رجعية إن عجز زوجها عن نفقة حاضرة لا ماضية بصيرورة الماضية ديناً في ذمته)[٢].

وجاء في نهاية المحتاج: (إذا عجز الزوج عن نفقة زوجته ولم تصبر فلها فسخ الزواج بعد أن ترفع أمرها إلى القاضي. أما إن صبرت وأنفقت على نفسها أصبحت النفقة في ذمة زوجها تأخذها متى أيسر)[٣].

وجاء في الإنصاف: (إذا عجز الرجل عن أقل نفقة خيرت المرأة بين الفسخ وبين المقام معه على النكاح)[٤].

ويقول ابن تيمية: (إذا تعذرت النفقة من جهة فلها فسخ النكاح)[٥].

وقد استدل أصحاب هذا القول على جواز التفريق بين الزوجين للإعسار بالقرآن الكريم، والسنة، والأثر، والقياس.

أولاً: القرآن الكريم:

١- قول الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩]. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا﴾[البقرة:٢٣١].

وجه الدلالة: إن الآيتين الكريمتين قد حددت الاستمرار في الحياة الزوجية على أساس المعاشرة بالمعروف وإلا فالتفريق بإحسان، والمعاشرة بالمعروف تكون بالقيام بواجبات الزوجية كاملة بما فيها النفقة، وإمساك المرأة بدون إنفاق عليها إضرار بها، ومن أعسر بالنفقة وأعوز زوجته فإنه يعاشر بغير معروف وهذا ممنوع. فتعين التسريح بإحسان.

وقد أجيب عليه: بأنا نمنع من أن يكون الإمساك مع العجز عن الإنفاق من غير المعروف، من كل شخص بحسبه، وكل يكلف على قدر وسعه، وليس لهذا الزوج قدرة إلا على الالتزام في الذمة، فيجب الصبر عليه إلى الميسرة بنص القرآن الكريم[٦] هذا إن سلمنا لهم بأن الآيتين تنهيان عن إمساك الزوجة مع مع الإعسار، لأنهما بصدد النهي عن الرجعة بعد الطلاق دون نية الإبقاء، فليتأمل.

٢- قول الله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾[النساء:٣٤].

---

[١] الدردير: الشرح الصغير، ٧٤٥/٢. ابن جزي: القوانين الفقهية ١٤٣. ابن رشد: بداية المجتهد ١٣٥٢/٣، الشربيني: مغني المحتاج ٥٦٣/٣، النووي: المنهاج متن مغني المحتاج ٤٤٤/٣، الرملي: الفتاوى الخيرية، المطبعة الأميرية ١٣٠٠هـ، ٣٧٧/٣. ابن قدامة: المغني ٣٦١/١١، ابن تيمية: مجموعة فتاوى ابن تيمية، ٩٢/٣٤. المرتضى: البحر الزخار، ٢٧٤/٤، ٢٧٦. إطفيش: شرح النيل، ٣٠٢/٣

[٢] الدردير: الشرح الكبير، ٥١٨/٢.

[٣] الرملي: نهاية المحتاج، ٣٦٣/٦.

[٤] المرداوي: الإنصاف، ٣٩٠/٩.

[٥] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٩٢/٤.

[٦] عارف البصري: نفقات الزوجة في التشريع الإسلامي، ط ا، المطبعة الإسلامية الحديثة، ١٩٨١، ص ١٢٧.

وجه الدلالة: إن الآية الكريمة قررت أن القوامة هي حق للرجال على النساء، والقوام هو (القائم بأتم المصالح والتدبير والتأديب والاهتمام بالحفظ والتوقي من الآفات)[١]، والقيد الذي وضعته الآية الكريمة هو: الإنفاق، ودلَّ على: (إنتفاء قواميته بانتفاء إنفاقه لإعساره، وإذا انتفت قواميته عليها فلها الفسخ)[٢].

وقد أجيب: أن الآية ليس فيها دليل من قريب ولا من بعيد على أن طلب التفريق للإعسار جائز من المرأة، ذلك أن الآية الكريمة بصدد تقرير حقيقة شرعية معينة وهي: أن الأمور وتصريفها والقيام بمسؤوليات الزوجية الخارجية هي أمور منوطة بالرجل لأمرين: كما فضل الله تعالى به الرجال على النساء من قدرة جسدية وعقلية.

والثاني: لما أنفقوا من مهر ونفقة ومتعة طلاق وما إلى ذلك، فتعليق القوامة بالإنفاق فقط حتى إذا أعسر الزوج فقد قوامته وفرق بينهما أمر بعيد عن معنى الآية والله أعلم.

٢- من السنة النبوية:

١-قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)[٣].

ووجه الدلالة: إن الإمساك مع عدم الإنفاق مضارة، وعلى القاضي أن يزيل الضرر بفك تلك العقدة التي أصبحت ضرراً لا مصلحة فيه.

٢- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(أفضل الصدقة ما ترك غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة: إما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول العبد أطعمني واستعملني، ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني)[٤].

وجه الدلالة: إن الحديث الشريف نصَّ على أن حقِّ الزوجة على زوجها أن يطعمها، وينفق عليها لأنها مسؤولة منه وإعالتها عليه، وإذا قصر الزوج وامتنع عن الإنفاق كان لها أن تطلب مفارقته بناء على التخيير الوارد في النص.

٣- حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم: (في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: يفرق بينهما)[٥].

وجه الدلالة: إن هذه الفتوى من النبي صلى الله عليه وسلم بالتفريق لعدم القدرة على الإنفاق دليل على جواز ذلك بالسنة النبوية.

وقد أجيب: أن راوي الحديث (ابدأ بمن تعول) وهو أبو هريرة رضي الله عنه لما سئل هل سمعته من النبي صلى الله عليه وسلم؟. قال: لا، إنما هو من كيس أبي هريرة[٦]. فدلّ ذلك على بطلان الاحتجاج به، وأنه ليس من السنة، وإنما هو قول صحابي وهناك أدلة صريحة وقوية قد عارضته، وهي التي استدل بها أصحاب القول الثاني فيسقط استدلالهم به.

---

[١] ابن حجر الهيتمي: الزواجر عن اقتراف الكبائر- بيروت: دار الفكر، ١٩٩٨، ٤٢/٢.
[٢] المرجع السابق.
[٣] سبق تخريجه.
[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، ٢٠٤٨/٥ برقم ٥٠٤٠.
[٥] البيهقي: السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة، ٤٧٠/٧ .
[٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، ٢٠٤٨/٥ برقم ٥٠٤٠.

ثالثاً: الآثار:

١- ما روي من أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا. فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى[١].

وجه الدلالة: الأثر صريح على وجوب الإنفاق على الزوجة ولو كان الزوج غائباً حتى إذا قصر في ذلك أمر بالتطليق وبوفائها نفقة ما فات أيام غيبته.

وقد أجيب: أن هذا الأثر المروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ليس لهم حجة فيه؛ لأنه لم يخاطب في ذلك إلا أغنياء قادرين، وليس فيه ذكر حكم المعسر[٢] ، بل الأثر مروي في واقعة ترك الرجل الإنفاق للغيبة وهي خلاف بحثنا.

٢-ما رواه البيهقي أن سعيد بن المسيب (سئل في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته؟. فقال: يفرق بينهما)[٣].

٣-ومثله ما رواه عبد الرزاق عن أبي الزناد قال: سألت عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته؟. قال يفرق بينهما. قال: قلت سنة؟. قال: نعم سنة)[٤].

وجه الدلالة: إن كبار التابعيّن أجابوا في واقعة إعسار بالنفقة بأنه يفرق بينهما إن طلبت المرأة ذلك، وبينوا أنها السنة.

وقد أجيب: بأنهلا يعد الأثر إلا رأي تابعي، ورأيه- مع قدره- ليس ملزماً لنا خصوصاً وأننا استندنا إلى أدلة صحيحة من الكتاب والسنة.

رابعاً: القياس:

ولأن الشارع الحكيم أعطى للزوجة حق فسخ عقد النكاح للعيب: كالجب والعنة، فيقاس عليه حق طلب التفريق للإعسار بالنفقة؛ بجامع الضرر في كليهما، لأن الضرر المترتب على عدم الإنفاق أشد من الضرر المترتب على العيوب، فكما يجوز التفريق للعيوب الجنسية يجوز التفريق لعدم الإنفاق. بل إن البدن يقوم بلا وطء، ولا يقوم بدون قوت[٥].

وقد أجيب عن هذا: أنه قياس مع الفارق ذلك لأسباب:

أ-لأن التفريق للعيب أو المرض- وهو الجب أو العنة- لاستحالة تحقيق المقصود من عقد النكاح: وهو المعاشرة بالمعروف والتكاثر والتناسل، أما مع الإعسار بالنفقة فالوضع مختلف، لأن عقد الزواج ليس عقداً مادياً حتى إذا أعسر طرف فيه فسخ العقد، بل هو أسمى من ذلك، فليس الضرر المترتب على الجب والعنة مساوياً لضرر الإعسار بالنفقة فكان القياس عليه باطلاً.

---

[١] عبد الرزاق: المصنف، باب الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها،٩٣/٧ برقم ١٢٣٤٦.. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة، ٤٦٩/٧.

[٢] ابن حزم: المحلى، ٢٥٧/٩.

[٣] البيهقي: السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة، ٤٧٠/٧ . وقد سبق تخريجه من حديث أبي هريرة.

[٤] عبد الرزاق: المصنف، باب الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، ٩٦/٧. برقم ١٢٣٥٧.

[٥] ابن رشد: بداية المجتهد، ٥٦/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٤٤٢/٣، البهوتي: كشاف القناع، ٥٥٣/٥.

ب–ولأنه في المرض انسدّ عليها تحصيل المقصود بدون تفريق، وفي الإعسار لم ينسد عليها وصول النفقة بأن تستدين، ولأنه في المرض يمسكها من غير حاجة به إليها فكان ظالماً، وفي الإعسار يمسكها مع حاجته إليها فلا يكون ظالماً[١].

ج– ولأنه لا يصح أن يقاس الإعسار الطاريء القابل للزوال على العيب الملازم.

القول الثالث:

وهو قول ابن القيم خلافاً لمذهب الحنابلة أنه: لا تفريق بين الزوجين للإعسار إلا في حالتين:

١–إن كان الزوج قد غرر بها عند الزواج؛ بأن قال: إنه موسر أو ثري، تم ظهر إعساره أو أنه فقير معدم، فلها حق الفسخ.

٢–إذا كان الزوج قادراً على الإنفاق على زوجته ولم ينفق، ولم تقد الزوجة أن تأخذ منه نفقتها، كان لها طلب الفسخ. وأما إن كان موسراً ثم أعسر فليس لها الحق في التفريق[٢].

يقول ابن القيم: (والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة: أن الرجل إذا غر المرأة بأنه ذو مال فتزوجته فظهر معدماً لا شيء له، أو كان ذا مال وترك الإنفاق على امرأته ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم إن لها الفسخ. وإن تزوجته عالمة بعسرته أو كان موسراً ثم أصابته جائحة أجاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك. ولم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار ولم ترفعهم أزواجهم إلى الحاكم ليفرقوا بينهم وبينهن)[٣].

مسألة: الإعسار بالمسكن:

ويتفرع عن إعسار الزوج بالنفقة، إعساره بالمسكن، وربما شاعت هذه القضية في زماننا، وقد اختلف السادة الفقهاء –القائلون بجواز بالتفريق للإعسار– في جواز التفريق للإعسار بالمسكن كما يلي:

المذهب الأول:

ذهب المالكيّة والحنابلة في قول ذكره القاضي أبو يعلى. أنه لا يجوز التّفريق للعجز عن المسكن إطلاقاً، لأنّه غير ضروريّ، ولأنّ البنية تقوم بدونه [٤].

المذهب الثاني:

وذهب الشّافعيّة والحنابلة في قول آخر، إلى أنه يجوز التّفريق للإعسار بالمسكن، كالطّعام والكساء، وأنّ للزوجة طلب الفسخ[٥].

ما يراه بعض الفقهاء المعاصرين في مسألة التفريق للإعسار:

يقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله: (هذه الآيات والأحاديث –التي استدلَّ بها الجمهور– إنما تنطبق على الممتنع إذا لم يكن ثمة طريق لمنع ظلم امتناعه إلا التفريق، وإنه توجد طرق أخرى لمنع الظلم وهي

---

[١] السرخسي: المبسوط، ١٩١/٥.
[٢] ابن القيم: زاد المعاد ٤٦٥/٥.
[٣] المرجع السابق.
[٤] الدردير: الشرح الكبير، ٥١٨/٢. الحطاب: مواهب الجليل، ١٩٥/٤. ابن قدامة: المغني، ٢٤٣/٩
[٥] الرملي: نهاية المحتاج، ٢٠١/٧. ابن قدامة: المغني، ٢٤٣/٩.

الحبس والتعزير، فلا يلجأ القاضي إلى أبغض الحلال إلى الله وعنده مندوحة بسواه. وأما المعسر فلا ظلم منه، إنما يرى الحنفية أن الظلم هو التطليق عليه، ولا يصح أن يقاس الإعسار الطاريء القابل للزوال على العيب الملازم)[١].

ثم يقول الشيخ أبو زهرة: (وإن من الإنصاف أن نقول في هذا المقام: أنه لم يرد نص صريح يجيز التفريق لعدم الإنفاق من الكتاب أو الحديث أو أقوال الصحابة، بل كل ما ورد في ذلك من الكتاب والسنة مما تختلف فيه التخريجات، ولذا أميل إلى رأي الحنفية في هذا المقام)[٢].

ثم يقول الشيخ أبو زهرة: (إذا كان الزوج ممتنعاً ظلماً مع القدرة، فإكراهه على الإنفاق ممكن، فالحبس من غير سلوك طريق هو أبغض الحلال إلى الله أولى، وإن كان الزوج معسراً تعلم المرأة إعساره عند العقد، فإن مالكاً لم يجز التفريق، وإن الكريمة تأبي الافتراق عن زوجها، وقد تزوجها موسراً فأعسر، بل يتعاونان على شدائد الحياة، وعلة ذلك لا يلجأ إلى طلب التفريق إلا غير الكريمات، وذلك ما كان، بل إنه اتخذ سبيلاً للعبث بالحياة الزوجية، فيكون الزوج معها يؤكلها، ولكنها تتجه لغيره، فتطلب الحكم بالتفريق لإعساره وتدعي الغيبة وهو لا يعلم، ويصدر غيابياً، وربما يكون كل ذلك وهو يعاشرها، ومن أجل هذا وجدنا أكثر أحكام التفريق للإعسار غيابية. فالتفريق للإعسار غير صالح للبقاء)[٣].

ويقول والدي القاضي رحمه الله تعالى: (إذا نشأ الإعسار عن سبب خارج عن إرادة الزوج، كسرقة أمواله أو احتراقها أو غرق بضائعه، أو مصادرة أمواله، فليس من العدل والإنصاف أن تزاد عليه النكبة المالية بنكبة أخرى عائلية، بتطليق زوجته عليه جبراً، وإنما يؤمر بالإنفاق عليها من تتوجب نفقتها عليه من أقاربها الموسرين، ويعتبر ما ينفقه ديناً على الزوج يحق له أن يرجع به عليه حين يساره)[٤].

بينما يقول الشيخ علي الخفيف رحمه الله: (المسألة اجتهادية مناطها فيما يرى المصلحة، ومن المصلحة أن يجعل للزوجة حق طلب التفريق إذا لم تصبر على عدم إنفاق زوجها، وأصابها من ذلك الضر، حتى لا تترك الأسرة في نزاع مستمر وبغض مستحكم، ليس من ورائه خير ولا منفعة للمجتمع)[٥].

ويقول الدكتور عبد الكريم زيدان بعد أن بيّن أن هذه المسألة اجتهادية ليس فيها نص قطعي، وبعد أن بين أن التفريق رخصة للزوجة وليس واجباً عليها. وبعد أن أكد أن الصبر مستحسن ومرغب فيه. يقول بعد ذلك: (إن رفع المرأة أمرها إلى القاضي دليل على عدم قدرتها على الصبر وعلى تضررها بعجز الزوج عن الإنفاق والضرر يزال.. ثم يقول: وحق الزوجة في طلب التفريق يجده سنده الشرعي في الأدلة التي ساقها الجمهور على قولهم. أما أدلة المانعين فلا تنهض حجة راجحة إلى ما ذهبوا إليه)[٦].

---

[١] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٣٧٤.
[٢] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٣٧٤.
[٣] المرجع السابق، ٣٧٧-٣٧٨
[٤] الشماع: المفيد من الأبحاث، ١٤٦.
[٥] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ٢٩٢.
[٦] زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ٤٧٩/٨. وهو يخالف ما سبق أن نقلناه عن الشيخ محمد أبو زهرة قوله: (أنه لم يرد نص صريح يجيز التفريق لعدم الإنفاق من الكتاب أو الحديث أو أقوال الصحابة).

الترجيح:

لعل سبب خلاف الفقهاء هو اختلافهم في القاعدة الفقهية: **من حرم عليه الامتناع من بذل شيء سُئله فامتنع فهل يسقط إذنه بالكلية، أو يعتبره ويجيزه الحاكم**[1]. ومعناها: هل يسقط إذنه –أي الزوج– تماماً في التطليق، وتنتقل الولاية لغيره، أو يعتبر إذنه ويبقى، لكن يجبره الحاكم على الأداء والإذن؟ فمن امتنع عن الإنفاق على زوجته فهل لزوجته أن ترفع أمرها للقضاء فهل يأخذ القاضي من ماله نفقة زوجته دون رضاه أو يجبره على النفقة؟. أو يطلق عليه القاضي.

لكن والذي يظهر من هذه الأقوال وأدلتها: أن القول بالإمهال والاستدانة بأمر القاضي حتى إذا أيسر الزوج قام بسداد الدين أولى من القول بالتفريق للإعسار: ذلك لأن عقد الزواج عقد مقدس والأصل فيه التعاون في السراء والضراء، والمرأة إن لم تحتمل مصيبة زوجها وإعساره فقد قصرت في واجب المواساة والمشاركة الذي ينبغي عليها، وأن لها أن تستدين من أقاربها أو من يلي أمرها، أو تنفق من مالها وترجع عليه إن شاءت وقد قرر تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا * إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا﴾[الشرح:٦].

وأما أن نجعل عقد الزواج صفقة تجارية تفضّ إن عجز طرف عن أداء ما عليه، فهو أمر بعيد عن روح الشريعة الإسلامية ومبادئها التي تقرر إمهال الأجنبي لمدينه، فكيف إذا دار الأمر بين المرء وزوجه؟.

المبحث الثاني

التعسف في استعمال الحق في حالة الإعسار بالنفقة

لما كان التعسف في استعمال الحق: هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل[2]، فإن التعسف في واقعة الإعسار يظهر بطلب الزوجة التفريق من القاضي لعجز الزوج وإعساره بنفقتها الواجبة عليه؛ فالزوجة قد لحق بها الضرر لضيق العيش والعجز عن الإنفاق، وخروجاً من ذلك المأزق تلجأ إلى القضاء طالبة التفريق لحق لها: وهو امتناع الزوج عن أداء النفقة الواجبة عليه لها، إلا أنها في استخدامها لحقها أضرت بالغير وتعسفت في استعمال حقها من عدة وجوه:

١– فهي قد أضرت بزوجها وتركته مع حاجته لها في حالة عسره، وهو تصرف مناقض لأصل المعاشرة بالمعروف ومواصلة الحياة بما فيها من سراء وضراء.

٢– وهي قد أضرت كذلك ببنيها بأن حكمت عليهم بتركها لهم، أو تركها والدهم وفي ذلك تشتيت للأسرة وتفكك له آثاره الخطيرة.

وبتطبيق معايير التعسف على واقعة التفريق للإعسار يتجلى الأمر أكثر:

١– معيار قصد الإضرار: إن طلب المرأة التفريق للإعسار قد يكون سببه أمر خفي، ولكن المرأة تتذرع بعجز الزوج عن الإنفاق خصوصاً إن ظهرت قرائن تؤيد ذلك: كأن تكون المرأة محترفة ويأتيها راتبها وتقدر على التكفل بنفسها إلى حين يسار الزوج، فإن طلبها التفريق مع قدرتها على رعاية نفسها وبنيها فيه قصد

---

[1] ابن رجب: القواعد، ق ٢٣.

[2] الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي- بيروت: مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨، ص٨٧.

الإضرار بالزوج بإيقاع مصيبتين: مصيبة الإعسار وسوء الحال لضيق اليد، ومصيبة ترك زوجته له في وقت احتاج لها فيه.

٢- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة: فإن المرأة إن عجز زوجها عن توفير متطلباتها الأساسية، وأعسر بنفقتها فقد وضعها في موضع صعب، وعاشت في ضنك وكبد، إلا أن ذلك مؤقت باليسار، وفي المقابل إن المرأة إن طلبت التفريق للإعسار، وتركت زوجها فقد ألحقت بنفسها وبزوجها وببنيها ضرراً أكبر يفوق الضرر اللاحق بها إن تحملت إعساره، **ومن مبدأ القاعدة الفقهية التي تنص: يدفع أعظم الضررين بتحمل أيسرهما** فلا يقال بالتفريق وإنما تصبر المرأة وتبحث عن مصادر للرزق لها ولعائلتها؛ بأن تعمل وتكتسب إن كانت مؤهلة لذلك، أو أن تستدين ممن يلي أمرها وتؤدي إليهم عند اليسار، ويجبر الزوج على التكسب وتوفير حاجيات أسرته **وفي ذلك دفع لأعظم الضررين بتحمل أيسرهما.**

وخلاصة القول: إن مطالبة المرأة التفريق للإعسار مع قدرتها على توفير متطلباتها الأساسية ومتطلبات أسرتها: لحرفة في يدها، أو سعة في مالها، أو قدرة أوليائها على الإنفاق عليها إلى حين يسار زوجها تعسف منها في استعمال الحق، وهو الأمر الذي دعا عدداً من الفقهاء القدامى إلى القول بعدم جواز التفريق للإعسار، درءاً لوقوع إساءة في استعمال الحق[١].

المبحث الثالث

حكم الغائب الذي لم يترك مالاً تنفقه زوجته

القاعدة الفقهية في ذلك تقول: **كل من كان محبوساً بحق مقصوده لغيره كانت نفقته عليه**[٢]. ولكن اختلف الجمهور الذين ذهبوا إلى القول بالتفريق بالنسبة للتفريق بين الغائب وزوجته.

فذهب المالكية إلى أنه يطلق القاضي عليه إن لم يكن ترك مالاً، ويعذر عليه إما أن تنفق عليها، أو يطلق عليك إن كان معلوم المكان، ويمكن وصول الرسائل إليه لقربه، وقدر القرب بوصول الرسائل في أقل من عشرة أيام. فإن لم يكن معلوم المكان تلوم الحاكم بالاجتهاد له المدة التي يراها، وبعد انتهائها طلق عليه[٣].

وذهب الشافعية -في الأظهر من أحد قولين- على أن أساس التفريق لعدم الإنفاق بين الغائب وزوجته هو الإعسار، فما لم يثبت الإعسار فلا تفريق. والغائب لا يمكن إثبات إعساره فلا يفرق بينهما، وإذا أمكن إثبات إعساره في مكان إقامته فرق بينهما، وإن جهلت حاله من يسار أو إعسار أو كان ذا يسار فلا يفرق بينهما[٤].

---

[١] القدومي: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ١٣٣

[٢] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٢٢/٣. المجددي: قواعد الفقه ١٠٣.

[٣] الشربيني: مغني المحتاج ٥٦٣/٣، الشيرازي: المهذب ١٥٤/٣، الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٥١٨/٢-٥١٩.

[٤] الشربيني: مغني المحتاج ٥٦٣/٣.

كما نص الشافعية على أنه لو كان له مال ظّاهر؛ فإن كان حاضراً فلا تفريق، وإن كان بعيداً عنه مسافة القصر، فلها طلب الفسخ، وإن كان دون ذلك أمره القاضي بإحضاره، ولا فسخ لها، ولو غاب وجهل حاله في اليسار والإعسار فلا فسخ، لأنّ السّبب لم يتحقّق[١].

جاء في نهاية المحتاج: (أما إن كان موسراً وامتنع فلا فسخ؛ لأنها يمكنها أن تأخذ منه جبراً بقوة القضاء. أما إن كان غائباً ولم يثبت عسره فلا فسخ لأنه كالحاضر الممتنع)[٢].

ونصّ الحنابلة على أنّ ظاهر كلام أحمد، وهو رواية الخرقيّ، أنّه: إذا لم يكن في الإمكان أخذ النّفقة من المال الغائب، فإنّ لها طلب التّفريق، وإلاّ فلا، وإن كان المال حاضراً فلا تفريق[٣].
فإذا امتنع الزّوج عن دفع هذه النّفقة ولم يوجد للزوج مال ظاهر، أو كان معسراً عاجزا عنها، أو جاهلاً بماله أو بمكانه أوعدم معرفته، فهل يكون للزّوجة حقّ طلب التّفريق منه قضاء؟.

جاء في الإنصاف: (إذا كان له مال وكان غائباً كان للحاكم أن يبيع ولو من عقاراته لتنفق على نفسها، وإلا كان لها الفسخ. هذا المذهب. وإن غاب ولم يترك لها نفقة ولم تقدر له على مال ولا الاستدانة عليه فلها الفسخ. هذا المذهب)[٤].
وإذا جاء الزوج الغائب بعد أن طلقت منه زوجته لعدم إنفاقه، فأثبت أنه أرسل إليها النفقة، أو ترك عندها ما يكفيها. فإن كانت لم تتزوج فإن له الحق في إعادتها إليه؛ إذ تبين أن حكم القاضي بني على غير أساس، ولم يتعلق به حق غيره. أما إذا عاد بعد أن تزوجت بآخر، ودخل بها، لم يكن له عند ذلك حق إعادتها إليه[٥].

المبحث الرابع
شروط التّفريق لعدم الإنفاق عند من يقول به

يشترط للتّفريق لعدم الإنفاق – عند من يقول – به شروط، هي:

١–اتّفق القائلون بالتّفريق لعدم الإنفاق: على أنّها لا تكون بغير قضاء القاضي، ذلك أنّها فصل مجتهد فيه، وفرقة مختلف فيها، وما كان كذلك لا يتمّ بغير القضاء، إزالةً للخلاف، لكنّ الشّافعيّة قيّدوا ذلك بما إذا قدرت على الرّفع للقاضي، فإن استقلّت بالفسخ لعدم حاكم أو محكّم، أو عجزت عن الرّفع إلى القاضي نفذ ظاهراً وباطنًا للضّرورة[٦].
جاء في المهذب: (وإن اختارت الفسخ لم يجز الفسخ إلا بالحاكم، لأنه فسخ مختلف فيه)[٧].

---

[١] المرجع السابق، النووي: المنهاج متن مغني المحتاج ٤٤٤/٣.
[٢] الرملي: نهاية المحتاج، ٦٦٣/٦.
[٣] ابن قدامة: المغني ٣٦١/١١
[٤] المرداوي: الإنصاف، ٣٩/٩.
[٥] الدردير: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٥١٨/٢. الرملي: نهاية المحتاج، ٢٠١/٧. ابن قدامة: المغني، ٢٤٣/٩.
[٦] الدردير: الشرح الكبير، ٥١٨/٢. الحطاب: مواهب الجليل، ١٩٥/٤. الرملي: نهاية المحتاج، ٢٠١/٧. ابن قدامة: المغني، ٢٤٣/٩. الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ٢٩٧.
[٧] الشيرازي: المهذب، ١٧٥/٢.

وجاء في الإنصاف: (ولا يجوز الفسخ في ذلك إلا بحكم حاكم)[١].

٢- أن يثبت إعسار الزّوج بالنّفقة، وذلك بتصادقهما أو بالبيّنة، وذلك في الأظهر عند الشّافعيّة والحنابلة. أمّا المالكيّة، وهو قول آخر للشّافعيّة، وهو مقابل الأظهر والحنابلة فلا يرد هذا الشّرط عندهم[٢].

٣-واشترط هؤلاء الفقهاء باتفاق: أن يكون الإعسار أو الامتناع الموجب للفرقة هو امتناع عن أقلّ النّفقة، وهي نفقة المعسرين، ولو كانت الزّوجة غنيّةً، أو الزّوج الممتنع غنيّاً أيضاً، لأنّ التّفريق إنّما يثبت هنا ضرورة دفع الهلاك عن الزّوجة، وهو إنّما يتحقّق بالعجز عن نفقة المعسرين، لا النّفقة المستحقّة لها مطلقاً. وهذا يتفق مع القواعد الفقهية: **يعتبر اليسار والإعسار في زمن الوجوب**[٣]. ومثلها: **كل زوجة لحر مسلم حرة مسلمة أو ذمية فسواء في النفقة والخدمة على قدر سعة ماله وضيقه**[٤]. ومثلها: **النفقة تجب تجب بطريق الكفاية**[٥].

وعلى هذا فلو كان الزّوج غنيّاً وامتنع عن الإنفاق إلاّ نفقة المعسرين – وهي الضّروريّ من الطّعام والكساء ولو خشناً – لم يفرّق.

هذا والإعسار والامتناع عن الإنفاق يشمل هنا الطّعام والكساء بالاتّفاق، لأنّ الحياة لا تقوم بدونهما.

قال الخرشي: (والزوج إذا كان قادراً على قوت زوجته الكامل من الخبز مأدوماً أو غير مأدوم كان ذلك من قمح أو غيره فإنه لا قيام لها بحق الفسخ ولو كانت ذات قدر وغنى على المشهور، وكذا لا قيام لها إذا كان يقدر على ما يستر عورتها ويواريها من غليظ الكتان أو الجلد وكانت غنية)[٦].

وجاء في المهذب: (وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ، لأن ما زاد غير مستحق بالإعسار. وإن أعسر بالأدم لم يثبت لها الفسخ لأن البدن يقوم بالطعام من غير إدام، إن أعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة كما لا يقوم بغير القوت)[٧].

وجاء في الإنصاف: (وإن أعسر بالنفقة الماضية، أو النفقة الموسر أو المتوسط أو الأدم أو نفقة الخادم فلا فسخ. هذا المذهب)[٨].

٤ – واشترط هؤلاء الفقهاء باتفاق أيضاً: أن يكون امتناع الزّوج عن النّفقة الحاضرة بعد وجوبها عليه، فإذا امتنع عن النّفقة الماضية دون الحاضرة لم يكن لها الفسخ بالاتّفاق، لأنّها دين كسائر الدّيون، وليست ضروريّةً للإبقاء على الحياة.

جاء في نهاية المحتاج: (لا فسخ عن النفقة المتجمدة الماضية، ولكن ثبتت في ذمته)[٩].

وجاء في الإنصاف: (وإن أعسر بالنفقة الماضية، أو النفقة الموسر أو المتوسط أو الأدم أو نفقة الخادم فلا فسخ. هذا المذهب)[١].

---

[١] المرداوي: الإنصاف، ٣٩١/٩.
[٢] انظر المراجع السابقة.
[٣] ابن قدامة: المغني، ٥٣١/٣.
[٤] الشافعي: الأم، ٩٤/٥ و٩٥ و٩٦ و٩٧ و٩٣.
[٥] ابن الهمام: الهداية بشرح فتح القدير، ٣٢٣/٣.
[٦] شرح الخرشي على خليل، ٣٣٨/٣.
[٧] الشيرازي: المهذب، ١٧٤/٢.
[٨] المرداوي: الإنصاف، ٣٨٧/٩.
[٩] الرملي: نهاية المحتاج، ٢٦٠/٦.

ولكن إذا امتنع الزّوج عن النّفقة المستقبلة، فقد ذهب المالكيّة إلى أنّ الزّوج إذا أراد السّفر فعليه أن يؤمّن لزوجته نفقتها مدّة غيابه، فإذا أعسر بذلك كان لها طلب الفرقة منه، إلاّ أنّ بعض المالكيّة قال: إنّ لها المطالبة بها فقط دون التّفريق، فإذا سافر ونفّذ ما عندها من النّفقة كان لها طلب التّفريق آنئذ.

فإذا كان الزّوج مقيماً فلا حقّ للزّوجة في نفقة مستقبلة، وبالتّالي فلا حقّ لها في طلب التّفريق لمنعها منها.

فإذا امتنع الزّوج عن النّفقة قبل وجوبها عليه أصلاً، كأن لم تخلّ بينه وبينها، أو سقط حقّها في النّفقة كنشوزها، فإنّه لا حقّ لها في طلب التّفريق لعدم الحقّ في النّفقة أصلاً [٢]. عملاً بالقاعدة الفقهية: **المستحق على الزوجة لا يسقط بالمعصية والواجب لها يسقط**[٣].

٥ – أن لا تكون قد رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك إنفاقه مطلقاً، صراحةً أو ضمناً، أو شرط عليها ذلك في العقد أو بعده ورضيت به، فإن كان ذلك لم يكن لها حقّ في طلب التّفريق لدى المالكيّة والحنابلة في قول مرجوح. حيث القاعدة الفقهية تنص على أن: **حقوق العباد إنما تسقط بإذن العباد**[٤].

جاء في حاشية الدسوقي: (إذا علمت حين العقد فقره فليس لها حق الفسخ)[٥].

وحجتهم: أنهم قاسوا إسقاط حق الزوجة في النفقة على إسقاطها حقها في طلب الفسخ للعنة، فإذا ما رضيت وأسقطت حقها فلا تفريق حينئذ.

وذهب الشّافعيّة والحنابلة في قول مشهور ثان: إلى أنّ لها طلب فسخ النّكاح إذا أعسر الزّوج بالنّفقة ولو رضيت به قبل ذلك، لأنّ وجوب النّفقة يتجدّد في كلّ يوم[٦]. والقاعدة الفقهية تقول: **الإسقاط قبل سبب الوجود يكون لغواً**[٧]. ومثلها: **إسقاط ما ليس بواجب لا يتحقق**[٨].

جاء في نهاية المحتاج: (لا يشترط عدم علمها بفقره عند العقد، فإذا علمت ورضيت به ثم عجز عن الإنفاق لا يسقط حقها في الفسخ في النفقة، لأن النفقة ضرورية للحياة ورضاها لا يسقط حقها)[٩].

وجاء في كشاف القناع: (إذا رضيت بعسرته أو تزوجته عالمة به فلا يسقط حقها، أو شرط أن لا ينفق عليها)[١٠].

وحجتهم: أن حق النفقة حق يتجدد في كل يوم، فإذا ما أسقطت حقها في يوم ما فإن هذا الحق يتجدد في اليوم التالي.

٦ – أن لا يكون للزّوج مال ظاهر حاضر يمكنها أخذ نفقتها منه بنفسها أو بطريق القاضي، وإلاّ لم يكن لها التّفريق بالاتّفاق، فإذا كان المال غائباً، فقد تقدّم الاختلاف فيه على أقوال.

---

[١] المرداوي: الإنصاف، ٣٨٧/٩.
[٢] الدردير: الشرح الكبير، ٥١٨/٢. الحطاب: مواهب الجليل، ١٩٥/٤.
[٣] السرخسي: المبسوط،٢٠٤/٥.
[٤] القرافي: الفروق ١٧٤/٣ – الفرق ١٦٧.
[٥] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ٦٠٧/٢.
[٦] الموسوعة الفقهية الكويتية مادة "طلاق" ٥٥/٢٩.
[٧] السرخسي: المبسوط ١٠٥/١٤. البورنو: موسوعة القواعد ٣٩٢/١.
[٨] السرخسي: المبسوط ١١٢/١٥
[٩] الرملي: نهاية المحتاج، ٢٦٣/٦.
[١٠] البهوتي: كشاف القناع، ٣٩٠/٥.

المبحث الخامس

التفريق بين الزوجين للإعسار على الفور أم يؤجل

اختلف القائلون بالتّفريق لعدم الإنفاق في وقت القضاء بها كما يلي:

١-قال المالكية: إذا رفعت الزّوجة أمرها للقاضي، فإنّ القاضي يسأل الزّوج، فإن لم يثبت إعساره، أو ادّعى اليسار، أو سكت ولم يجب بشيء، أمره القاضي بالإنفاق أو الطّلاق، فإن أبى طلّق عليه حالاً من غير تلوّم على المعتمد عندهم، وقيل: يطلّق عليه بعد التّلوّم[١] أيضاً.

وإن ادّعى الإعسار وأثبته تلوّم له القاضي باجتهاده، ولا تحديد لهذه المدة، بل تخضع لتقدير القاضي حسب ظروف كل زوج وزوجته، وإذا مرض الزوج خلال مدة الانتظار فعلى القاضي أن يزيد مدة المرض في المهلة إن كان المرض يسيراً يرجى برؤه خلال أيام. فإن مضت المدّة ولم ينفق طلّق عليه[٢].

قال التسولي: (ولما كان الأجل المذكور غير محتم بحيث لا يعدل عنه بل هو من جملة الآجال التي هي موكولة لاجتهاد الحكام فيوسعونها على من يرجى يسره، ولا يوسعونها على من لا يرجى منه ذلك، وعلى ما يرونه من حاجة صبر المرأة وعدم صبرها)[٣].

وقال الدردير: (وتزيد في مدة التلوم إن مرض أو سجن بعد إثبات العسر لا في زمن إثباته فيزاد بقدر ما يرجى له شيء. وهذا إذا رجي برؤه من المرض وخاصة من السجن عن قرب وإلا طلق عليه)[٤].

٢- وذهب الشّافعيّة في القديم إلى أنّ القاضي ينجّز الفرقة بعد ثبوت الإعسار بالنّفقة- بالتّصادق أو البيّنة- دون إنظار، إلاّ أنّ الأظهر لديهم إمهال الزّوج ثلاثة أيّام ولو لم يطلب ذلك للتّحقّق من عجزه، فإنّه قد يعجز لعارض ثمّ يزول، وهي مدّة قريبة يتوقّع فيها القدرة بقرض أو غيره، فإذا مضت دون القدرة، فرّق القاضي عليه[٥]. عملاً بالقاعدة الفقهية: **الإنفاق لا يحتمل التأخير**[٦].

جاء المهذب: (وإن كانت نفقته في عمل يوم فعجز عن العمل بمرض، نظرت فإن كان مرضاً يرجى زواله في اليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ، لأنه يمكنها أن تستدين ما تنفقه ثم تقضيه. وإن كان مرضاً مما يطول زمانه ثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم النفقة.. ثم قال: وفي وقت الفسخ قولان: أحدهما أن لها الفسخ في الحال. والثاني: أنه يمهل ثلاثة أيام)[٧].

٣-وذهب الحنابلة إلى أنّ الفسخ يكون على الفور عند ثبوت الإعسار دون إمهال كخيار العيب[٨].

---

[١] التلوم لغة: الانتظار، وفي الاصطلاح: هو بهذا المعنى، وقال المالكية: هو تصبر الزوجة يوماً أو يومين أو أكثر بأمر القاضي رجاء يسار الزوج بالنفقة.[الدردير: الشرح الصغير، ٧٤٥/٢.]

[٢] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٥١٨/٢-٥٢٠. الإحسائي، عبدالعزيز حمد آل مبارك، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى اقرب المسالك للشنقيطي - دار الغرب الإسلامي -ط٢، ١٩٩٥، ٢٣٥/٣.

[٣] التسولي: البهجة في شرح التحفة، ٣٩٦/٢.

[٤] الدردير: الشرح الكبير، ٦٠٨/٢.

[٥] الشربيني: مغني المحتاج ٤٤٢/٣-٤٤٤.

[٦] السرخسي: المبسوط،٢٢٣/٥.

[٧] الشيرازي: المهذب، ١٧٥/٢.

[٨] ابن قدامة: المغني، ١٧٥/٨-١٨١.

جاء في كشاف القناع: (وحق الفسخ بالتراضي إن شاءت لأنه كخيار العيب. ولها الفسخ من غير انتظار)[١].

٤- وروي عن مالك: يمهل شهراً ونحوه باجتهاد الحاكم وهو مروي عن عمر بن عبد العزيز.
ونقل عن حماد بن أبي سليمان أنه يؤجل سنة قياساً على العنين[٢].

الترجيح:
أرى -والله أعلم- أن يترك تحديد المدة إلى القاضي ويراعى فيها عدم إلحاق الضرر بالزوجة. ويفرق القاضي بينهما بطلقة رجعية يحق لزوجها مراجعتها ما دامت في العدة، لاحتمال تيسير حاله.

وهذا كلّه إذا كان الزّوج حاضراً، فإن كان غائباً غيبةً قريبةً يقلّ بُعدها عن عشرة أيّام، كتب القاضي إليه بالحضور والخيار بين الإنفاق أو الفراق، فإن حضر واختار أحدهما فبها، وإلاّ طلّق عليه، وكذلك إذا لم يحضر، هذا إذا كان يعلم مكانه. فإذا كان لا يعلم مكانه، أو كان مكانه بعيداً أكثر من عشرة أيّام فإنّه يطلّق عليه فوراً[٣].

المبحث السادس
نوع الفرقة بالامتناع عن الإنفاق وطريق وقوعها

اختلف أصحاب القول بالتفريق للإعسار في اعتبار الفرقة فسخاً أم طلاقاً؟ وإن كانت طلاقاً فهل يقع بائناً أم رجعياً؟.

في المسألة قولان:

القول الأول: ذهب الشّافعيّة والحنابلة والزيدية إلى أنّ الفرقة لعدم الإنفاق فسخ؛ لأنها فرقة للعجز عن الواجب، ولوقوعها بحكم القاضي ولا رجعة للزوج فيه، فكانت كالفرقة بسبب العيب، ولكن إن طلب القاضي من الزّوج طلاقها فطلّقها كانت طلاقاً رجعيّاً ما لم يبلغ الثّلاث، أو يكن قبل الدّخول، وإلاّ فبائن[٤].

جاء في المهذب: (وإن اختارت الفسخ لم يجز الفسخ إلا بالحاكم لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم)[٥].

وجاء في الإنصاف: (ولا يجوز الفسخ في ذلك إلا بحكم حاكم)[٦].

القول الثاني: وذهب المالكيّة إلى أن الفرقة للإعسار بالنفقة فرقة بطلاق رجعي، ولهذا كان للزّوج حقّ مراجعتها في العدّة عندهم، .

---

[١] البهوتي: كشاف القناع، ٣٩٠/٥.
[٢] ابن قدامة: المغني ٣٦٢/١١، الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٥١٩/٢.
[٣] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٩٠/٣-٥٩١. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٥١٨/٢-٥٢٠. الإحسائي: تبيين المسالك ٢٣٥/٣. الشربيني: مغني المحتاج ٤٤٢/٣-٤٤٤. ابن قدامة: المغني، ١٧٥/٨-١٨١.
[٤] الشربيني: مغني المحتاج ٥٦٣/٣، الرملي: غاية البيان، ص ٢٨٢. البهوتي: كشاف القناع، ٥٥٧/٥. ابن قدامة: المغني ٣٦٢/١١. المرتضى: البحر الزخار، ٢٧٧/٤.
[٥] الشيرازي: المهذب، ١٧٥/٢.
[٦] المرداوي: الإنصاف، ٣٩١/٩.

قال الدسوقي: كل طلاق أوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة[١].

ولكنهم اشترطوا للرجعة شرطين:

١- أن يجد الزّوج يساراً لنفقتها الواجبة عليه، وليس النّفقة الضّروريّة الّتي فرّق من أجلها وأن يثبت الزوج يساره لدى القاضي.

٢- أن يبدي استعداده للإنفاق على زوجته.

فإذا راجعها دون ذلك لم تصحّ الرّجعة[٢].

جاء في الخرشي: (كل طلاق أوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة، فللمعسر الرجعة إن وجد في العدة يساراً يقوم بواجب مثلها.. ثم قال: فإن أراد الزوج أن يراجعها فإنه لا يمكَّن من ذلك، بل ولا يصح إلا بعد أن يوجد معه يسار يقوم بواجب مثله لا أقل؛ لأن الطلقة التي أوقعها الحاكم كانت لأجل فقره فلا يمكن من الرجعة إلا إذا زال موجب الطلقة وهو الإعسار، إلا أن ترضى لأن الحق لها)[٣].

ويلاحظ أن النفقة في هذه الحالة يجب ألا تقل عن نفقتها المعتادة في حال يساره لا نفقة الإعسار التي نص عليها الفقهاء حين فقره[٤].

وأرى أن القول بأنها فسخ أولى؛ لأن أصحاب القول بالتفريق قاسوا التفريق للإعسار على الجَبّ والعنة، والتفريق فيهما فسخ فكذلك في المقيس. ولأن القول بأنه يقع طلاقاً فيه ذريعة للإرجاع متى شاء، فيتجدد الضرر عليها، ويتزعزع القضاء.

المبحث السابع
التّفريق للإعسار بالصّداق

ما ذكرناه سابقاً هو أقوال الفقهاء في الإعسار بالنفقة، لكن إذا أعسر الزّوج بالصّداق فقد اختلف الفقهاء في هذا على أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفيّة إلى أنّه ليس لها فراقه بسبب ذلك مطلقاً، ولكن لها منع نفسها منه، والنَّظِرَةُ إلى ميسرة، ولها كامل نفقتها[٥].

القول الثاني: وذهب المالكيّة والشافعية في الأظهر وقول للحنابلة: إلى أنّ لها طلب التّفريق إلى جانب مالها من منع نفسها والنّفقة ما دام لم يدخل بها، ويؤجّل الزّوج لإثبات عسرته، فإن ظهر عجزه طلّق عليه الحاكم، فإن دخل بها الزّوج لم يكن لها طلب التّفريق[٦].

---

[١] الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٥١٩/٢. الخرشي: حاشية الخرشي،١٩٧/٤، وذهب الإباضية إلى أنها طلاق بائن [إطفيش، شرح النيل وشفاء العليل،٣٠٢/٣.].

[٢] الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٥١٨/٢.

[٣] شرح الخرشي على خليل، ٣٣٨/٣.

[٤] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ٢٩٧.

[٥] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٨٨/٢. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٥٦/٢ و٣١٥/٤-٣١٧.

[٦] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٩٩/٢-٣٠٠. الشيرازي: المهذب، ٦٢/٢. ابن قدامة: المغني، ٥٧٩/٧.

القول الثالث: وذهب الحنابلة في المشهور وهو قول في مقابل الأظهر للشافعية إلى الفسخ مطلقاً.
وقيل: ليس لها الفسخ مطلقاً، بل هي غريم كسائر الغرماء[١].

شروط التّفريق بالإعسار بالصداق عند من يقول به:

يشترط للتّفريق بالإعسار شروط، هي:

١-اتّفق القائلون بالتّفريق للإعسار بالمهر على أنّ التّفريق لا بدّ فيه من حكم قاض به، أو محكّم، لأنّه فصل مجتهد فيه، هذا إن قدرت الزّوجة على الرّفع إليهما، فإن عجزت عن ذلك، وفرّقت بنفسها جاز للضّرورة، نصّ عليه الشّافعيّة[٢].

وإن ثبت إعساره طلّق القاضي عليه فوراً، وقيل: ينظره مدّةً يراها مناسبة، وإن لم يثبت إعساره أنظره، وقيل: يسجنه حتّى يدفع المهر، أو يظهر ماله فينفّذه عليه، أو يثبت إعساره فيطلّق عليه.

٢- أن يكون الصّداق واجباً على الزّوج وجوباً حالاً: فإذا لم يكن واجباً عليه أصلاً، كأن كان العقد فاسداً ولم يدخل بها، أو كان وجوبه مؤجّلاً كأن يشترط في العقد تأجيله، لم يكن لها طلب التّفريق بسبب ذلك، فإن سلّم البعض وأعسر بالبعض الباقي، فللشّافعيّة قولان: الأقوى منهما: جواز التّفريق، وهو مذهب المالكيّة والحنابلة.

٣- أن لا تكون الزّوجة قد رضيت بتأجيل المهر قبل العقد، أو بعده بطريق الدّلالة، فإذا تزوّجته عالمةً بإعساره بالمهر لم يكن لها طلب التّفريق بذلك، وكذلك إذا علمت بإعساره بعد العقد وسكتت أو رضيت به صراحةً، فإنّه لا يكون لها حقّ في طلب التّفريق للإعسار بالمهر بعد ذلك قياساً على العنّة[٣].

نوع الفرقة الثّابتة بالإعسار بالمهر:

ذهب المالكيّة إلى أنّ الفرقة للإعسار بالمهر طلاق بائن، وذهب الشّافعيّة والحنابلة إلى أنّها فسخ، لا طلاق[٤].

---

[١] الشيرازي: المهذب، ٦٢/٢. ابن قدامة: المغني، ٥٧٩/٧.
[٢] الشربيني: مغني المحتاج، ٤٤٤/٣.
[٣] الموسوعة الفقهية الكويتية: مادة "طلاق" ٥٥/٢٩.
[٤] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٩٠/٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٩٩/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٤٤٤/٣. ابن قدامة: المغني، ٨٨١/٨.

المبحث الثامن

القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للإعسار أو عدم الإتفاق

قاعدة رقم (١).

من حرم عليه الامتناع من بذل شيء سُئله فامتنع فهل يسقط إذنه بالكلية، أو يعتبره ويجيزه الحاكم[١].

معنى القاعدة:

من وجب عليه بذل شيء – إذن أو مال أو غيره– وحرم عليه الامتناع عن إعطائه لتعلق حق الغير به وأبى بذله لمستحقيه فامتنع عن الأداء والبذل فهل يسقط إذنه تماماً وتنتقل الولاية لغيره أو يعتبر إذنه ويبقى لكن يجبره الحاكم على الأداء والإذن؟ .

تحت هذه القاعدة صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون المطلوب إذناً فقط دون شيء آخر ففي هذه الحال لا يعتبر إذنه مالم يضر به.

والصورة الثانية: أن يكون المطلوب من الممتنع تصرفاً لعقد أو فسخ أو غيرهما ففي هذه الصور خلاف هل يسقط إذنه أو يبقى ويجبره الحاكم ؟.

فروع على القاعدة:

منها: امتنع عن النفقة الواجبة عليه لزوجته فرفعت أمرها للقضاء فهل يأخذ القاضي من ماله نفقة زوجته دون رضاه أو يجبره على النفقة ؟.

ومنها: العنين إذا انقضت مدته وتحقق عجزه وأبى أن يفارق زوجته فرق الحاكم بينهما[٢].

قاعدة رقم (٢).

وجوب المال بقضاء القاضي[٣].

معنى القاعدة:

سبق بيان أن ما وجب شرعاً لا يحتاج إلى الحكم أو القضاء لإثباته، لكن هذه القاعدة وإن كان ظاهرها معارضة ذلك لكن موضوعها ومجالها مختلف. وهي وإن كانت تتعلق بالنفقات التي تجب على الإنسان شرعاً، ولكنها تختص بجانب منها وهو متى تجب هذه النفقة وتثبت في ذمة المنفق وتصبح ديناً عليه إذا لم يؤدها في وقتها.

فعند الحنفية: إن النفقة الواجبة إذا لم يؤدها من تجب عليه في وقتها تسقط المطالبة بها ولا تصبح ديناً في ذمة من تجب عليه إلا بأحد أمرين:

---

[١] ابن رجب: القواعد، ق ٢٣.

[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٩٩٧/١١.

[٣] السرخسي: المبسوط،١٤١/٢٧.

الأول: وهو موضوع القاعدة أن القاضي إذا فرض نفقة للزوجة أي حدد مقدارها على زوجها أو لمن يجب عليه إعالته، أنه في هذه الحال إذا لم ينفق عند الحاجة كما أمره القاضي وتخلف عن الإنفاق، أن هذه النفقة تصبح ديناً في ذمته يجب عليه أداؤه.

والثاني: أنها تجب إذا اصطلحا على مقدار النفقة، فتجب حينئذ – أي تصبح دينا في الذمة عند عدم الإنفاق – ولا يسقط بمرور الزمن.

فروع على القاعدة:

منها: رفعت زوجة أمرها إلى القضاء بأن زوجها لا ينفق عليها ففرض لها القاضي النفقة وقدرها على الزوج، ففي هذه الحال يجب على الزوج أداء المفروض وإذا لم يؤده يكون ديناً في ذمته يجب عليه أداؤه ولا يسقط عنه بمرور الزمن ويجوز حبسه إذا لم يؤده[١].

قاعدة رقم (٣).

المستحق على الزوجة لا يسقط بالمعصية والواجب لها يسقط[٢].

معنى القاعدة:

على الزوجة لزوجها حقوق ولها عليه واجبات. ففي الأحوال العادية والحياة السوية على الزوج أن يؤدي للزوجة حقوقها بحسب قدرته واستطاعته، وعلى الزوجة مقابل ذلك أن تقوم بواجباتها لزوجها بحسب قدرتها واستطاعتها.

لكن عند عصيان الزوجة، ووقوعها في المعصية أو نشوزها فإن ما عليها من حقوق لزوجها لا تسقط عنها بل يجب عليها أداؤها، ولكن ما يجب لها على الزوج يسقط، لأن العصيان كان من قبلها.

فروع على القاعدة:

منها: إذا عصت المرأة بأن ارتدت والعياذ بالله تعالى أو طاوعت ابن الزوج بالجماع، وما أشبه ذلك فلا نفقة لها على الزوج. أما السكنى فواجبة لها. لأن القرار في البيت مستحق عليها مدة العدة، فلا يسقط ذلك بمعصيتها. وأما النفقة فواجبة لها فتسقط بمجيء الفرقة من قبلها بالمعصية[٣].

قاعدة رقم (٤).

الإسقاط قبل سبب الوجود يكون لغواً[٤].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- إسقاط ما ليس بواجب لا يتحقق[٥].
- الإسقاط قبل وجوب سبب الوجوب باطل[٦].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٧٩/١٢.
[٢] السرخسي: المبسوط،٢٠٤/٥.
[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٥٨٧/١٠.
[٤] السرخسي: المبسوط ١٠٥/١٤. البورنو: موسوعة القواعد ٣٩٢/١.
[٥] السرخسي: المبسوط ١١٢/١٥
[٦] المرجع السابق ١٣٢/٢٠.

معنى هذه القواعد:

الإسقاط معناه: الإبراء عن المستحق والعفو عنه وعدم المطالبة به، وقد صرح السرخسي بهذه القاعدة، ويتفق عليها معظم الفقهاء والمذاهب.

فتدل هذه القواعد على أن الإبراء عن المستحق لا يتم ولا يتحقق قبل وجود سبب هذا الاستحقاق ووجوبه. وإلا كان هذا الإبراء باطلاً غير متحقق لأن إسقاط ما ليس بموجود مستحيل.

فروع على القاعدة:

منها: إذا أسقطت المرأة مهرها أو نفقتها قبل عقد النكاح لا تسقط[١].

قاعدة رقم (٥).

حقوق العباد إنما تسقط بإذن العباد[٢].

معنى القاعدة:

الحقوق نوعان: حقوق لله تعالى، فهذه لا تسقط إلا بالأداء كالصلاة والزكاة والحج أو تسقط بتوبة العبد واستغفاره.

وحقوق العباد –وهي مضمّنات القاعدة– لا تسقط إلا بإذن من له الحق، ولو تاب العبد وعليه حقوق للعباد فلا تكمل توبته إلا بردّ الحقوق لأربابها أو إبراؤه منها.

فروع على القاعدة:

منها: حق النفقة للزوجة ولمن يعوله الرجل لا يسقط إلا بإسقاط من له الحق[٣].

قاعدة رقم (٦).

الإنفاق لا يحتمل التأخير[٤].

معنى القاعدة:

الإنفاق أو النفقة: ما يعطى للمحتاج لسدّ حاجته من الطعام والشراب واللباس والمسكن وهو ما يحتاجه الإنسان لضروراته فلا يحتمل التأخير ولذلك وجب على المنفق إعطاء النفقة للمنفق عليه أولا بأول وفي وقت محدد لأن الإنفاق لا يحتمل التأخير لتجدد الحاجات من طعام وشراب ولباس.

فروع على القاعدة:

منها: للزوجة والأولاد الصغار والمحتاجين نفقتهم فيجب على الزوج والأب والمنفق أن يعطيهم نفقتهم في موعد محدد وبمقدار يفي بالغرض ويسد الحاجة إما بقضاء القاضي أو بحسب العرف والظرف بحيث تكون النفقة مناسبة وملائمة لمطالبتهم الشرعية المعقولة. ولا يجوز له أن يؤخر تلك النفقة لأنها لا تحتمل التأخير لتجدد الحاجات.

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد ٣٩٢/١.
[٢] القرافي: الفروق ١٧٤/٣ – الفرق ١٦٧.
[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٤٣/٥.
[٤] السرخسي: المبسوط،٢٢٣/٥.

ومنها: إذا كان الأب معسراً وله أولاد صغار فعلى العم الموسر النفقة وتكون ديناً على الأب لحين يساره[١].

قاعدة رقم (٧).

كل من كان محبوساً بحق مقصوده لغيره كانت نفقته عليه[٢].

وفي لفظ آخر:

- كل احتباس شرعي للزوجة، أو كان سببه الزوج؛ فتجب معه النفقة[٣].

معنى القاعدة:

المراد بالمحبوس: أي المشغول بعمل لغيره، فمن كان هذا حاله فإن نفقته على من أشغله والنفقة بالمعروف أو بالشرط والاتفاق.

فروع على القاعدة:

منها: الزوجة محبوسة بحق الزوج فيجب عليه نفقتها.

ويستثنى من هذه القاعدة: زوجة المعسر تجب نفقتها في ذمته[٤].

قاعدة رقم (٨).

يعتبر اليسار والإعسار في زمن الوجوب[٥].

معنى القاعدة:

اليسار: الغنى والسهولة والإعسار: الفقر والشدة.

فغنى الشخص أو فقره الذي تبنى عليه الأحكام وبخاصة في باب الكفارات والجزاءات والنفقات هو ما كان في زمن وجوب الحكم وتعلقه في ذمة المكلف لا في زمن أدائه.

فروع على القاعدة:

منها: إذا فرض عليه القاضي نفقة لزوجته، أو من تجب عليه نفقتهم وكان حين فرض القاضي غنياً موسراً فعليه نفقة الأغنياء الموسرين، حتى لو لم يدفع النفقة حين ذلك ثم أعسر أو افتقر فتبقى النفقة الواجبة ديناً في ذمته لحين يساره[٦].

قاعدة رقم (٩).

كل زوجة لحر مسلم حرة مسلمة أو ذمية فسواء في النفقة والخدمة على قدر سعة ماله وضيقه[٧].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٠٠/٢.

[٢] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٢٢/٣. المجددي: قواعد الفقه ١٠٣.

[٣] المقبل: عبد العزيز بن عبد الله بن سعد، الضوابط الفقهية في النفقات مع تطبيقات قضائية –رسالة ماجستير- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية -المعهد العالي للقضاء-١٤٢٤هـ. ص٤١.

[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٧٦/٨.

[٥] ابن قدامة: المغني، ٥٣١/٣.

[٦] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٩٨/١٢.

[٧] الشافعي: الأم، ٩٤/٥ و٩٥ و٩٦ و٩٧ و٩٣.

وفي لفظ آخر:

- كل زوج حر مسلم أو ذميّ أو وثنيّ، عنده حرة من النساء فعليه النفقة[١].

معنى القاعدة:

تجب نفقة الزوجة على الزوج مطلقاً سواء أكانت مسلمة أو ذمية، وتكون النفقة في الطعام والكساء والمسكن والخدمة، وتقدر النفقة بحسب حال الزوج سعة وضيقاً وتوسطاً.

فروع على القاعدة:

منها: وجوب النفقة مطلقاً وكذلك نفقة زوجة الصغير وكذلك نفقة زوجة العبد[٢].

قاعدة رقم (١٠).

النفقة تجب بطريق الكفاية[٣].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- النفقة مشروعة للكفاية[٤].
- الواجب معتبر بالكفاية[٥].

معنى القواعد:

تدلّ على حكم مشروعية النفقة وأنها إنما شرعت لكفاية المنفق عليه، ولذلك فإن معيار الإنفاق يحدده قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾[الطلاق:٧].

وقوله عليه الصلاة والسلام لهند زوجة أبي سفيان رضي الله عنهما:(خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[٦]. بالمعروف)[٦]. لذلك هذه القاعدة تدل على الحكمة من مشروعية النفقة.

ولكن هل للكفاية تقدير معين في الشرع؟ الجواب لا. لأن هذا يختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأشخاص والأحوال والغلاء والرخص فما وجب كفاية لا يتقدر شرعاً، والكفاية كما تكون في المأكل تكون في الملبس وما تحتاجه الزوجة كالخادم ونحوه.

فروع على القاعدة:

منها: إذا كان الزوجين موسرين فإن على الزوج لزوجته نفقة الموسرين وإذا كانا فقيرين فإن عليه نفقة الفقراء أمثاله.

---

[١] المرجع السابق.٩٧/٥.
[٢] المرجع السابق.
[٣] ابن الهمام: الهداية بشرح فتح القدير، ٣٢٣/٣.
[٤] السرخسي: المبسوط،١٩٠/٥ و٢٠٠.
[٥] ابن قدامة: المغني ١٥٨/٨، الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ٤٢٨.
[٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، ٢٠٥٢/٥ برقم ٥٠٤٩. وفي كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن ٧٦٩/٢ . وفي كتاب الأقضية، باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخف الظنون والتهمة، ٢٦١٧/٦. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب قضية هند، ١٣٣٨/٣ برقم ١٧١٤.

وأما إذا كان الزوج غنياً موسراً وهو من وسط فقير فهل عليه نفقة الموسرين أو الفقراء؟ خلاف والأصح أنه نفقة متوسطة دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقيل يعتبر حال الزوجين، وإن كان معسراً وهي موسرة فعليه نفقة المعسرين وهكذا[١].

قاعدة رقم (١١).

تقدير الفرض راجع إلى اجتهاد القاضي بحسب ما تقتضيه عادة البلد وحال الرجل المنفق وسنّ المنفق عليه[٢].

المقصود بالفرض: فرض النفقة.

هذه تابعة لقاعدة: العادة محكمة. ومعناها إذا قدرت النفقة لشخص وهو في سنّ، ثم انتقل إلى سن آخر يوجب الزيادة على ما تقدم من تقدير، زيد بحسبه إلى أن يبلغ القدر والسن الذي لا زيادة فيه، فيوقف عندما يفرض له ولا يزاد عليه[٣].

قاعدة رقم (١٢).

الفقر في الناس أصل[٤].

معنى القاعدة:

إن الله سبحانه وتعالى خلق الناس وأخرجهم من بطون أمهاتهم لا يملكون شيئاً، فهم في الأصل فقراء، ثم يغني الله عز وجل من شاء منهم. فالفقر أصل والغنى عرض طارئ، ولذلك قلّ الأغنياء وكثر الفقراء للابتلاء. الأغنياء بالشكر والفقراء بالصبر. ودليل هذه القاعدة قوله عليه الصلاة والسلام: (لا تيأسا من الرزق ما تهززت رءوسكما فإن الإنسان تلده أمه أحمر ليس عليه قشر ثم يرزقه الله عز وجل)[٥].

فروع على القاعدة:

منها: إذا اختلف الزوج والمرأة في مقدار النفقة فقال الزوج: أنا فقير وقالت الزوج: بل هو غني فالقول قول الزوج مع يمينه لأنه متمسك بالأصل وعلى الزوجة البينة والإشهاد على غناه لأنها متمسكة بأمر عارض[٦].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٢١٨/١١.

[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٢٢٨/٤.

[٣] المرجع السابق.

[٤] السرخسي: المبسوط،١٩٣/٥.

[٥] الحديث عن حبة بن خالد وسواء بن خالد الأسديان قالا: قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يبني أو يعالج بناء له، فأعناه عليه حتى فرغ منه فعلمنا فكان مما علمناه (لاتيأسا من الخير ما تهزهزت رؤوسكما فإن كل مولود يولد أحمر ليس عليه قشر أو قشرة ثم يرزقه الله عز وجل ويعطيه) الحديث. رواه ابن ماجه في السنن، كتاب الزهد، باب التوكل واليقين، ١٣٩٤/٢ برقم ٤١٦٥. ورواه البخاري في الأدب المفرد، ١٦١/١ برقم ٤٥٣ . وابن حبان في الصحيح، ذكر الإخبار عما يجب على المرء من ترك التنافس على طلب رزقه، ٣٤/٨ برقم ٣٢٤٢. الطبراني: المعجم الكبير، ٧/٤ برقم ٣٤٧٩ و٣٤٨٠. والبيهقي: شعب الإيمان، ١١٩/٢ برقم ١٣٤٩. وفي طبقات ابن سعد ٢١/٦. قال في الزوائد: إسناده صحيح. [٢٢٦/٤].

[٦] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٨٠/٧.

المبحث التاسع
موقف القانون من التفريق للإعسار أو عدم الإنفاق
وتطبيقات الاجتهادات القضائية

ذهبت معظم قوانين البلاد العربية إلى التفريق بين الزوجين إذا ما أعسر الزوج وطلبت الزوجة الطلاق من القاضي، فالقاضي يأمر الزوج بالإنفاق أو الطلاق، فإن أبى طلق عليه، والطلاق رجعي يجوز للزوج أن يراجع أو أنه إذا أثبت يساره ما دامت في العدة، وذلك كله أخذاً من المذهب المالكي.

إلا أن القانون اللبناني وهو قانون حقوق العائلة العثماني نفسه، لم يجز التفريق لعدم الإنفاق أخذاً من المذهب الحنفي.

حيث نصت المادة ٩٤: إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم الطلب.

كما نصت المادة ٩٦: إذا عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة، فالحاكم يقدر النفقة اعتباراً من يوم الطلب على أن يكون ديناً بذمة الزوج، ويأذن للزوجة بأن تستدين باسم الزوج.

وقد أخذ القانون في مصر وسورية بجواز التفريق القضائي بين الزوجين، عملاً بمذهب الجمهور غير الحنفية.

وخلاصة الأحكام الواردة في القانونين بالنسبة لعدم الإنفاق ما يلي:

أ . إن كان للزوج مال ظاهر، نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، من غير حاجة إلى التفريق.

ب . وإن لم يكن له مال ظاهر: فإن كان حاضراً ولم يثبت عجزه عن الإنفاق وأصر على الامتناع، فرق القاضي بينهما في الحال.

وإن أثبت عجزه عن الإنفاق، أمهله القاضي مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر في القانون السوري، وشهراً في القانون المصري، فإن مضت المدة ولم ينفق، فرق القاضي بينهما.

وأما إن كان غائباً وليس له مال ظاهر، فيجب إعذاره وإمهاله إلى مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن مضت المدة ولم ينفق على الزوجة فرق القاضي بينهما.

ويلاحظ أن التفريق لعدم الإنفاق في هذين القانونين طلاق رجعي إذا كان بعد الدخول، فللزوج أن يراجع زوجته إذا أثبت يساره وقدرته على الإنفاق. وهذه الأحكام مأخوذة من الفقه المالكي.

القانون السوري:

نص القانون السوري على أحكام التفريق لعدم الإنفاق فيما يلي(م ١١٠) :

١ – يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر، ولم يثبت عجزه عن النفقة.

٢ – إن ثبت عجزه أو كان غائباً، أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق، فرق القاضي بينهما».

(م١١١): تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً، وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره، ويستعد للإنفاق.

القانون المصري:

فنصت المادة الرابعة من القانون المصري رقم (٢٥) لسنة (١٩٢٠) على حق التفريق بين الزوجة وزوجها، لعدم إنفاقه عليها، إذا طلبت الزوجة التفريق بالضرورة، سواء أكان عدم الإنفاق عليها بسبب إعساره، أم كان تعنتاً منه وظلماً. ويطلقها القاضي عليه وهو حاضر في البلد غير غائب، متى امتنع من تطليقها بنفسه، ولم يكن له مال ظاهر يمكن أن تفرض فيه نفقتها. وإن ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالاً، وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

كما نصت المادة الخامسة: إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليها القاضي بعد مضي الأجل.

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي.

وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة.

ونصت المادة السادسة: تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق في أثناء العدة، فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة.

القانون الأردني:

تبنى واضع القانون الأردني القول بالتفريق لعدم القدرة على الإنفاق من الزوج، بعد فرض مهلة محددة يستطيع فيها الزوج البحث عن مصادر رزق أخرى، ويتكسب ليعول زوجته وأولاده.

جاء في المادة ١٢٧ من قانون الأحوال الشخصية: إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها، فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نقل الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال، ولم يقل إنه معسر أو موسر أو قال إنه موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه حالاً، وإن أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

وقد اعتبر القانون التفريق طلاقاً وليس فسخاً، وفرق بين وقوعه قبل الدخول أو بعد الدخول جاء في المادة ١٢٩: تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً إذا كان بعد الدخول، أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائناً، وإذا كان الطلاق رجعياً، فللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة إذا أثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها، وباستعداده للإنفاق فعلاً في أثناء العدة، فإذا لم يثبت يساره بدفع النفقة، ولم يستعد للإنفاق، فلا تصح الرجعة.

ونلحظ من هذه المادة أن القانون حاول إلى أقصى حد ترك المجال للزوجين مراجعة نفسيهما قبل الحكم عليهما بالمفارقة أبداً، بأن فسح مجالاً للرجعة إن رأت الزوجة أنها أضرت بزوجها في سعيها للتفريق، وفيه

دفع للزوج للبحث عن مصادر رزق جديدة حتى لا يخسر زوجته للأبد، فهي معالجة متدرجة لواقعة الإعسار بالنفقة قبل التفريق المطلق بينهما.

القانون الإماراتي:

تناول قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في التفريق لعدم الإنفاق في المواد من (١٢٤) إلى (١٢٨). وأخذ برأي المالكية والشافعية والحنابلة في جواز التفريق لعدم الإنفاق فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (١٢٤):

الفقرة الأولى: إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه بالنفقة الواجبة في مدة قريبة جاز لزوجته طلب التفريق.

الفقرة الثانية: إذا ادعى أنه معسر ولم يثبت إعساره طلق عليه القاضي في الحال، وكذلك إن لم يدع أنه موسر أو معسر أو ادعى أنه موسر وأصر على عدم الإنفاق، وإن ثبت إعساره أمهله القاضي مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه القاضي.

المادة (١٢٥):

الفقرة الأولى: إذا كان الزوج غائباً في مكان معلوم، فإن كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذره القاضي وأمهله مدة لا تزيد على الشهر مضافاً إليها مواعيد المسافة المقررة فإن لم ينفق ولم يحضر النفقة، طلق عليه القاضي بعد مضي المدة.

الفقرة الثانية: إن كان غائباً في مكان مجهول أو لا يسهل الوصول إليه أو كان مفقوداً وثبت أيضا أنه لا مال له يمكن أخذ النفقة منه، طلق عليه القاضي.

المادة (١٢٦): للزوج أن يتوقى التطليق بتقديم ما يثبت يساره وقدرته على النفقة وفي هذه الحالة يمهله القاضي المدة المقدرة في المادة (١٢٥) من هذا القانون وهي شهر فما دون.

المادة (١٢٧): للزوج أن يراجع زوجته في العدة إذا ثبت يساره واستعد للإنفاق بدفع النفقة المعتادة وإلا كانت الرجعة غير صحيحة.

المادة (١٢٨): إذا تكرر رفع الدعوى لعدم الإنفاق أكثر من مرتين وثبت للمحكمة في كل منهما عدم الإنفاق وطلبت الزوجة التطليق لعدم الإنفاق طلقها القاضي عليه بائنا.

والملاحظ أن القانون أخذ برأي المالكية في أن التطليق لعدم الإنفاق يقع رجعياً، بينما ذهب الشافعية الحنابلة إلى أن الفرقة لعدم الإنفاق تعد فسخاً لا رجعة للزوج فيه.

وتوجه القانون محمود؛ لاحتمال حصول الزوج على مال ينفق على زوجته منه خلال العدة، والإسلام حريص على بقاء العلاقة الزوجية ودوامها.

إلا أنه جعله بائناً في حالة تكرر الدعوى أكثر من مرتين ولم أقف على من قال بذلك من الفقهاء إلا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من عد هذه الفرقة فسخاً، والفسخ في معنى الطلقة البائنة من حيث عدم جواز الرجوع إلا بعقد جديد وصداق جديد إلا أنهم لم يقيدوا ذلك بتكرار الدعوى.

مواد مقترحة للتفريق لعدم الإنفاق:

يقترح أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني إضافة المواد التالية لقانون الأحوال الشخصية للتفريق بين الزوجين للإعسار[١]:

م١: إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته وكان له مال ظاهر أو دين على موسر نفذ القاضي عليه ما يكفي للإنفاق على زوجته. أما إذا لم يكن له مال ظاهر، وكان قادراً على الإنفاق واصر على عدم الإنفاق طلق القاضي عليه إذا أبى الطلاق وطلبت الزوجة ذلك بعد تعزيره سجناً.

م٢: إذا كان الزوج معسراً لا يملك الإنفاق، وطلبت زوجته التفريق، فإن كانت فقيرة، ولم تجد من يقرضها على زوجها فرق بينهما. أما إن كانت غنية فلا يفرق بينهما بل تجبر على الإنفاق على نفسها وعلى زوجها حتى يساره.

م٣: التفريق للإعسار يكون حين يعسر الزوج عن نفقة المعسرين وهي النفقة الضرورية، لا النفقة المعتادة الواجبة عليه حين يساره.

م٤: الطلاق للإعسار رجعي.

م٥: تصح مراجعة الزوج ما دامت الزوجة في العدة، إذا أيسر واستعد للإنفاق النفقة المعتادة.

م٦: لا يعتبر الإعسار عن نفقة ماضية متجمدة بل تعتبر كسائر الديون.

تطبيقات الاجتهادات القضائية

سوريا:

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض: (إن نفقة الزوجة تستوجب على الزوج ولو كانت غنية غير محتاجة)[٢].

(إن النفقة تقدر بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما كانت حالة الزوجة، على أن لا تقل عن الحد الأدنى لكفاية المرأة)[٣].

(إن على المحكمة أن تعلل سبب زيادة النفقة عن حد الكفاية)[٤].

(أنه إذا تقدمت الزوجة بدعوى تطلب التفريق للإعسار وردت الدعوى للإعسار لا يمنع تجديدها)[٥].

(إن المرأة المحترفة التي تشتغل نهاراً في مصالحها وتحضر ليلاً عند الزوج لا تستحق النفقة)[٦].

(لا تسقط نفقة من تعمل خارج بيت زوجها مالم يثبت أنه منعها من الخروج ولم تمتنع)[٧].

---

[١] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٨٥٩/٢.

[٢] قرار التمييز السورية ١٩٥٣/٤/١٦ وفي قرار آخر في ١٩٥٤/٨/٣١ أن نفقة الزوجة تترتب على الزوج ولو كانت موثرة ولا فرق بين اليسار الأصلي والطاريء.

[٣] المباديء القانونية لمحكمة النقض عن مجلة القانون ١٩٦٦ ص ٩١٩- قرار ٨٥١ -١٩٦٦/١٠/٢٥.

[٤] مجلة المحامون ١٩٩٨ ق ٦٦ شرعي.

[٥] قرار التمييز السورية ١٩٥٣/٩/٩.

[٦] مجلة القانون – ١٩٥٣-العدد ٩- ص ٧٦٣-قرار٥٨٨-١٩٥٣/٩/٢٣.

[٧] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٨ ص ٣٤٢- قرار٨٨-١٩٦٨/٣/١٩.

(إن التفريق لعدم الإنفاق يقع رجعياً وللزوج مراجعة زوجته في العدة شريطة أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق)[١].

(إن النفقة الزوجية فرضت لقاء احتباس الزوج الزوجة لحسابه، وعليه فإن وقوعها في مرض يمنع معاشرة الزوج لها، لا يسقط حقها بالنفقة)[٢].

(إذا كان مرض الزوجة العارض يتطلب عناية أهلها فلم تتابع زوجها أثناءه، وجب لها النفقة ولو لم تحتبس لزوجها، لأن كلاً من الزوجين مكلف باحتمال الآخر في حال المرض، ولا ينتقص هذا حقوقه عملاً بأمر شرعي بالتودد والتراحم)[٣].

(قبل التفريق للإنفاق، لا بد من إمهال الزوج مدة في حدود ثلاثة أشهر)[٤].

(نفقة اليسار على فرض يسر الزوج لا يصح أن تتجاوز في حدها الأعلى حدود نفقة أمثال الزوجة ممن تماثل حال الأزواج المادية حال زوجه)[٥].

(الحكم بنفقة اليسار يحتاج إلى دليل وإن مجرد الزواج بامرأة أخرى لا يعتبر قرينة اليسر ما يقترن بدليل يؤيده)[٦].

(في حال ثبوت إعسار الزوج يصار إلى بحث تقسيط المهر سلباً أو إيجاباً)[٧].

(إن عدم طلب الكشف على المسكن للتحقق من شرعيته يوجب للزوجة النفقة سواء ثبت الطرد أم لم يثبت وفق ما عليه الاجتهاد. ويجوز للقاضي أن يحكم بالنفقة عن أربعة أشهر تسبق تاريخ الادعاء)[٨].

(الزواج بزوجة ثانية قرينة على اليسر وعلى هذا استقر الاجتهاد)[٩].

(نفقة اليسار لا يجوز بصورة مطردة إلى ما لا نهاية له، بل يجب أن تقف عند حد نفقة الأمثال)[١٠].

(تقدير نفقة تتجاوز نفقة الكفاية يحتاج إلى بينة على حال الزوج المادية ويسره)[١١].

(مسألة تقسيط الدين مسألة جوازية وليست وجوبية على المحكمة الناظرة بالدعوى حتى وإن ثبت عسر المدين)[١٢].

(زواج الطاعن من زوجة أخرى دليل على اليسر)[١٣].

(يجب ألا تقل النفقة عن حد الكفاية بحال من الأحوال.

– يحكم على الزوج بنفقة زوجته من تاريخ العقد.

– يحكم على الزوج بالنفقة إذا لم يؤمن لزوجته السكن سواء ثبت الطرد أم لا)[١].

---

[١] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٦ ص ١٤٠- قرار٥٧٠/٦٠٨-١٩٧٥/١١/٢٣.
[٢] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٧ ص ١٧٨- قرار ٤٢٦-١٩٦٧/١٠/٢٥.
[٣] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٣ ص ٤٤- قرار١١٣/٧٦-١٩٧٤/٢/٢٨.
[٤] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٣ ص ٢٩- قرار٥٨/٤٩-١٩٧٣/٢/٢٧.
[٥] أساس ٩٩٥ /٢٠٠٢ قرار ٣١١ تاريخ ٢٠٠٢/٣/٢٦ – نقض– الغرفة الشرعية مجلة المحامون ١٥٣.
[٦] أساس ١٩٠٩ /٢٠٠٥ قرار ١٨٩٥ تاريخ ٢٠٠٥/١٠/١٧ – نقض– الغرفة الشرعية مجلة المحامون ١٧٠.
[٧] أساس ٣٥٠٥ /٢٠٠٥ قرار ٢٠٤٣ تاريخ ٢٠٠٥/١٠/٣٠ – نقض– الغرفة الشرعية مجلة المحامون١٧٧.
[٨] نقض سوري ـ الغرفة الشرعية ـ أساس ١٠٩٩ قرار ٦١٩ تاريخ ١٥ /١٠/١٩٨٤.
[٩] الغرفة الشرعية قرار ١٠٢٠ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٢٢ أساس ٧٩٧ مجلة المحامون العددان ٧-٨ لعام ٢٠٠٢ ص٧٠٢
[١٠] الغرفة الشرعية قرار٢٧٦٦ تاريخ ٢٠٠٠/١٢/١٧ أساس٢٧٧١ مجلة المحامون العددان ٣-٤ لعام ٢٠٠٢ ص٣١٨.
[١١] الغرفة الشرعية قرار٢٦٠٤ تاريخ ٢٠٠٠/١٢/٣ أساس ٢٦٥٦ مجلة المحامون العددان ٣- ٤ لعام ٢٠٠٢ ص ٣١٢.
[١٢] الغرفة الشرعية قرار٢٣٤٩ تاريخ ٢٠٠٠/١١/١٩ أساس٢٢١٥ مجلة المحامون العددان٧-٨ لعام ٢٠٠٢ ص٧١٥.
[١٣] الغرفة الشرعية قرار٢٤٣٢ تاريخ ٢٠٠٠/١١/١٩ أساس٢٢٦٥ مجلة المحامون العددان٣-٤ لعام ٢٠٠٢ ص٣٠٥.

(طلب المتابعة الزوجية غير مسموع مادامت ذمة الزوج مشغولة بكامل المهر المعجل أو بجزء منه)[٢].

في الأردن.

قضت محكمة الاستئناف: (إذا اثبت الزوج أن له راتباً، وهو مال ظاهر، وتملك الزوجة مع وجوده تحصيل نفقتها منه في حال امتناعه عن الاتفاق، وذلك بالتنفيذ، والحسم منه تبادر المحكمة الى رد دعواها)[٣].

في مصر:

يقول الشيخ أبو زهرة: أن المحاكم الشرعية المصرية كانت تحاول تضييق نطاق التفريق لعدم الإنفاق، ولذا لم تجز التفريق إذا كان ثمة كفيل يمكن استيفاء النفقة منه[٤].

مقدار النفقة للزوج المعسر:

جاء في حكم لمحكمة ديروط الشرعية: ادعاء الزوجة إعسار زوجها وتقدير ما تطلبه من نفقتها بمثل النفقة على الموسرين تناقض مانع من سماع دعواها بالطلاق للإعسار إذا كان هناك كفيل بالنفقة[٥].

وفي حكم لمحكمة سنورس الشرعية: لا تطلق الزوجة للإعسار إذا كان لها كفيل بالنفقة وموسر وله مال ظاهر[٦].

الزوج الغائب إذا لم يترك نفقة:

في حكم لمحكمة المحلة الكبرى الشرعية: إذا تعذر الإعذار إلى المدعى عليه بالإنفاق في الغيبة القريبة، حكم القاضي بالتفريق بدون إعذار إلحاقاً للغيبة القريبة بالغيبة البعيدة[٧].

شروط الرجعة للمطلق للإعسار:

في حكم لمحكمة الفيوم: لا تسمع من الزوج دعوى مراجعة لمطلقته للإعسار ما دامت حاله لم تتغير إلى إيسار[٨].

وجاء في حكم لمحكمة شبين القناطر الشرعية: لا تصح الرجعة من طلاق للإعسار إلا إذا أيسر الزوج واستعد للإنفاق[٩].

القاضي يقدر مقدار اليسار:

جاء في حكم لمحكمة الإسكندرية الإبتدائية الشرعية: لا يرتفع الضرر بعد ثبوت الإعسار والحكم بالطلاق بعرض نفقة شهر بعد امتناع أشهر وبعد الإعذار بالطلاق، والقاضي هو الذي يقدر كفاية اليسار وعدمه وحقيقة الاستعداد للإنفاق[١].

---

[١] الغرفة الشرعية قرار ٨٣٢ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٨ أساس٧٠٨ مجلة المحامون العددان٣-٤ لعام ٢٠٠٢ ص٢٦٨.
[٢] الغرفة الشرعية قرار ١٣٣٦ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٦ أساس٩٨٦ مجلة المحامون العددان ٣-٤ لعام ٢٠٠٢ ص٢٧٩.
[٣] القرارات القضائية: في الأحوال الشخصية: عبدالفتاح عمرو، القرار رقم ٣٠٤٨٤ص٦٤ الطبعة الاولى، ١٩٩٠، دار الايمان، عمان.
[٤] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٣٧٧ حيث ينقل حكماً لمحكمة سنورس ١٩٣٦/١/٣٠.
[٥] محكمة ديروط الشرعية بمصر٢٥ محرم ١٣٦٥ كانون الأول١٩٤٥ المحاماة الشرعية س٣ ع ٦ ص ٥٦٨.
[٦] محكمة سنورس الشرعية ١٢ رمضان ١٣٥٠. ١٩٣٢/١/٢٠ المحاماة الشرعية س ٣ ع ٦ ص ٥٦٨.
[٧] محكمة المحلة الكبرى الشرعية ٣ صفر ١٣٥٣ في ١٩٣٤/٥/١٦.
[٨] محكمة الفيوم ٢٩ صفر ١٣٥٣. في ١٩٣٤/٦/٢١ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩١.
[٩] محكمة شبين القناطر الشرعية ٨ جمادى الثاني ١٣٥١. في ١٩٣٢/١٠/١٨ المحاماة س٤ ص ٣٢٨.

أما إذا أصر على عدم الإنفاق وراجع زوجته فالرجعة باطلة:

جاء في حكم لمحكمة هيا الجزائية الشرعية: تبطل الرجعة بعد الطلاق للإعسار ما دام الزوج مصراً على الامتناع عن النفقة[٢].

والرجعة صحيحة بشرطيها السابقين مادامت الزوجة في العدة:

في حكم لمحكمة طنطا الشرعية: تقع الرجعة صحيحة شرعاً، بعد الطلاق للإعسار إذا كانت في العدة وعرض عليها الزوج نفقتها الحاضرة[٣].

---

[١] محكمة الإسكندرية الإبتدائية الشرعية ٥ ربيع أول ١٣٥٣. في ٢٥ أبريل ١٩٣٩. المحاماة س١٠ ص ٨٢٤.

[٢] محكمة هيا الشرعية الجزئية ٩ رمضان ١٣٤٩ في ١٩٣١/١/٢٨ المحاماة الشرعية ص ٨٠ س٣ ع ١.

[٣] محكمة طنطا الشرعية:١٩٣٣/٣/٧. المحاماة الشرعية س٥ ع ٩.

الفصل الرابع
التفريق للغيبة والفقدان والحبس والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

المبحث الأول
التفريق للغيبة

المطلب الأول
تعريف الغيبة والفقدان والحبس

الغيبة لغة: من (غاب الرجل غيباً، ومغيباً وتغيب: سافر أو بان، والغيبة: كل ما غاب عنك وتوارى، ويقال: أغابت المرأة وأغيبت المرأة وامرأة مُغيب، ومغيبة: إذا غاب بعلها أو واحد من أهلها)[١].

الغيبة شرعاً[٢]: (البعيد عن أهله وإن كان متصل الأخبار معلوم الحياة)[٣]، وهو ما يسمى بالغائب غيبة غير منقطعة[٤].

المفقود في اللغة: الضائع والمعدوم، يقال: فقد الشيء يفقده فقداً، وفقداناً، وفقوداً: ضله، وضاع منه، وهو مفقود وفقيد، وفقد المال ونحوه: خسره وعدمه[٥].

والمفقود في الاصطلاح: غائب لم يدر موضعه وحياته وموته، وأهله في طلبه يجدون، وقد انقطع خبره وخفي عليهم أثره[٦].

وعرفه المرحوم قدري باشا في كتابة الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مادة (٥٧١) فقال: المفقود لدى عامة الفقهاء : هو الغائب عن بيته أو زوجته، غيبة منقطعة، لا يعلم له فيها مكان، ولا يعلم أحي هو أم ميت.

فالفرق بين الغائب والمفقود؛ أن الغائب هو: من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه، وحياته معلومة، ومكانه معلوم، فإذا جهلت حياته ومكانه فهو المفقود[٧].

والحبس في اللغة: المنع والإمساك، مصدر حبس. ويطلق على الموضع. وجمعه حُبوس. ويقال للرجل: محبوس وحبيس. وللمرأة: حبيسة. وللجمع: حبائس. ولمن ووقع منه الحبس: حابس[٨].

---

[١] ابن منظور: لسان العرب،٦٥٤/١-٦٥٥، الزبيدي: تاج العروس،٤١٦/٢-٤١٧، الفيومي: المصباح المنير، ٦٢٧/٢.

[٢] لم يورد الفقهاء تعريفاً صريحاً للغائب لبحثهم الغيبة وآثارها ضمن القسم أو الإيلاء، أما المفقود- وهو يختلف في وضعه والآثار المترتبة على غيبته- فقد أفردوا له باباً مستقلاً يتضمن أحكامه والآثار المترتبة على فقدانه: على ماله، وعلى زوجته وغير ذلك من التفصيلات.

[٣] الماوردي: الحاوي ٣١٦/١١.

[٤] أحمد الحجي الكردي: فسخ الزواج، اليمامة للنشر، بيروت، ص ٤٧٩.

[٥] الفيروزآبادي: القاموس المحيط. الزبيدي: تاج العروس. مادة "فقد".

[٦] السرخسي: المبسوط، ٣٤/١١، ٣٨. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٦/٦. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٩/٢. البهوتي: كشاف القناع، ٥٩٠/٢. الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٦٧/٣٨. مادة "مفقود".

[٧] الحجي الكردي: أحمد ، الأحوال الشخصية، ص ١٢٤.

[٨] الفيروزآبادي: القاموس المحيط. الزبيدي: تاج العروس. مادة "حبس".

والحبس في الاصطلاح: هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه والخروج إلى أشغاله ومهماته الدينية والاجتماعية[١].

أمّا المحبوس فهو: من قبض عليه وأودع السّجن بسبب تهمة أو جناية أو غير ذلك[٢].

وأمّا الأسير؛ الّذي لا يدرى أحي هو أم ميّت فإنّه يعتبر مفقوداً في قول جمهور الفقهاء؛ الزهريّ والحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة[٣].

وأمّا المالكيّة: فلم يجعلوا الأسير مفقوداً ولو لم يعرف موضعه ولا موقعه بعد الأسر، وكذلك المحبوس الّذي لا يستطاع الكشف عنه، إلا في قول ابن عبد البرّ بأنّ: الأسير الّذي تعرف حياته في وقتٍ من الأوقات، ثمّ ينقطع خبره، ولا يعرف له موت ولا حياة يعتبر مفقوداً من النّوع الثّاني عندهم[٤].

المطلب الثاني
حكم طلب الزوجة التفريق لغيبة الزوج

إذا تضررت الزوجة من غيبة زوجها، سواء بسفر معلوم أو فقد أو وقوع في الأسر أو حبس، وشكت وحدتها ووحشتها، ورفعت أمرها إلى القاضي مطالبة بدعوة زوجها للعودة إلى وطنه، أو نقلها إلى محل إقامته، أو التفريق بينهما، فهل يستجيب القاضي لطلبها مطلقاً وهل هناك شروط تحكم الغيبة يقضى على أثرها بالتفريق بين الزوجين إن رفض الزوج الحضور؟ ثم ما نوع الفرقة المترتبة على الغيبة؟ وما هي المدة التي يعتبر الزوج بها غائباً إن مضت وهو بعيد عن زوجته؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطالب التالية.

ذكرنا في تعريف الغائب أنه ما دام متصل الأخبار، ثابتة حياته فهو في حكم المسافر عن زوجته فترة من الزمن، قد تطول وقد تقصر، وقد تكون غيبة لحاجة: كسفر للدراسة أو التجارة أو غيرها من الضرورات، وقد تكون غيبة لغير حاجة: كسفر سياحة أو غيره.

فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي للنظر في واقعة غياب الزوج عنها فترة تضررت فيها لوحدتها وفقدانها المعيل وتجرؤ الآخرين عليها، نظر القاضي في غيبة الزوج.

فإن كان معلوم محل الإقامة: كتب القاضي إليه[٥]، يدعوه إلى العودة إلى زوجته وقيامه بواجباته نحوها، أو أو حملها إلى البلد الذي يقيم فيه.

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٤٧/٧. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٩٨/٣٥. ابن قيم الجوزية: الطّرق الحكميّة في السّياسة الشرعيّة- بيروت: دار إحْياء العلوم، ١٠٢.

[٢] الموسوعة الفقهية الكويتية مادة "طلاق" ٥٥/٢٩.

[٣] السرخسي: المبسوط، ٣٨/١١. جماعة من العلماء: الفتاوى الهندية، ٢٩٩/٢، ٤٥٦/٦. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٦٦/٦. ٩٥/٨. وقد اعتبر الحنفية المرتد الذي لم يعلم أَلَحِقَ بدار الحرب أم لا مفقوداً [ابن عابدين: رد المحتار، ٢٩٢/٤].

[٤] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٤٥٦/٢. ابن عبد البر: الكافي، ٥٦٨/٢. الحطاب: مواهب الجليل، ١٥٥/٤.

[٥] الدردير: الشرح الصغير،٦٢٣/٢، الشطي: مطالب أولى النهى، ٢٦٦/٥.

فإن استجاب الزوج لطلب القاضي وكتابه، وعاد إلى زوجته سقطت الدعوى لعدم توافر الداعي لها، وأما إن أبى الزوج العودة مع دعوة القاضي له، ورفض نقل الزوجة إليه، وكذا إن كان مجهول محل الإقامة ولا يعلم وجهته، ولا يمكن إخطاره، فهل يفرق القاضي بين الزوجين بناء على طلب الزوجة؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين[١]:

القول الأول: لا يجوز التفريق بين المرأة وزوجها سواء أكانت غيبته بعذر أم بدون عذر وإن طالت غيبته، ولا يملك القاضي التفريق ين الزوجين لغيبة الزوج إن طلبت الزوجة ذلك، وان تضررت لعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق. وبه قال: الحنفية والشافعية والحنابلة في قول، والظاهرية[٢].

واستدل أصحاب القول الأول بالمعقول:

حيث قالوا: إن النكاح حق الزوج، وقد علم ثبوته بيقين، ولم يحصل ما يقتضي إزالته بإرادته أو تفويضه لها فيبقى ما كان على ما كان، ولا يفرق بينهما للغيبة لأنها ليست من موجباته[٣].

وقد اعترض على هذا الاستدلال: بأنه قول منقوص؛ لأنه كما هو حق له، فهو حق للزوجة، وهي قد تضررت من هذا النكاح لنقصان حقها فيه، فكان المنطق العقلي والشرعي يقتضي القول برفع الظلم عنها في زواجها الموقوف هذا، كما رفع عنها في حالة العنّة أو الإيلاء وترك الزوج وطأها عمداً، فكذا هنا.

القول الثاني: يجوز للقاضي التفريق بين الزوجين إن تضررت المرأة من غيبته أو خشيت على نفسها الزنا، ولو ترك لها زوجها ما تحتاج إليه من النفقة، وبه قال: المالكية، والحنابلة في قول[٤].

واختلف القائلون بالجواز: هل يجوز التفريق للغيبة مطلقاً ولو كانت بلا عذر أو مبرر؟ أم لا بد من عذر؟

فعند المالكية: يفرق بينهما إن تضررت من غيبته أو خشيت الزنا: سواء كانت الغيبة بعذر أو بلا عذر.
جاء في الشرح الكبير: ولكن الغائب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر، ولا بد من الكتابة إليه، إما أن يحضر أو ترحل إليه امرأته أو يطلق، فإن امتنع تلوم له بالاجتهاد وطلق عليه ولا يجوز التطليق عليه بغير كتابة إليه إن علم محله وأمكن الوصول إليه، ولا بد من خوفها على نفسها الزنا، ويعلم ذلك من جهتها لا بمجرد شهوتها للجماع[٥].
وجاء في حاشية الدسوقي: (أنه لا يطلق من ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة وذلك كسنة فأكثر، وهو المعتمد)[٦].

---

[١] يرى بعض العلماء أن الأساس الفقهي الذي يبنى عليه القول بجواز التفريق للغيبة أو عدم جوازه: أن الوطء هل هو حق للزوجة أم حق للزوج؟ فمن قال حق الزوج فلا تفريق للغيبة، لأنه إسقاط حق له، وأما من رأى أنه حق للزوجة فقد قال بالتفريق بينهما إن رفعت أمرها للقضاء مطالبة به) [أحمدالكردي، فسخ النكاح ص٤٨٦. والحقيقة إن في هذا الأساس نظر- وان كان يصلح للاستئناس به- وأن الأساس في جواز التفريق للغيبة هو حديث النبي صلى الله عليع وسلم: "لا ضرر ولا ضرار" فالغيبة إن لم يكن لها مبررها، أو تضررت الزوجة من طولها. وسعى الزوج لمساكنة زوجته والبقاء معها في حله وترحاله كان لها حق رفع أمرها للقضاء لرفع الضرر عنها وإلا فرق بينهما.

[٢] الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ١٦٥/٢. الموصلي: الاختيار لتعليل المختار ٣٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٥٦٣/٣. الشافعي: الأم، ٢٣٩/٥. المرداوي: الإنصاف ٣٥٦/٨. ابن حزم: المحلى ٣١٦/٩.

[٣] المرغيناني: الهداية ١٤٧/٦، السرخسي: المبسوط ٣٥/١١.

[٤] الحطاب: مواهب الجليل، ١٥٦/٤. ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٢. ١٩٩/٧.

[٥] الدسوقي: حاشية الدسوقي، ٤٣١/٢.

[٦] الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٥١٩/٢، ابن قدامة: المغني ٦٣/١٠.

أما عند الحنابلة: فلا يفرق بينهما إلا إن كانت الغيبة بلا عذر أو مبرر، أما إن كانت بعذر فلا يفرق بينهما وإن طالت المدة[١]، لما ثبت في الشرع من أن العذر يصلح سبباً للاستثناء في الأحكام فكذلك الحال هنا[٢].

ومن الأعذار عندهم: أداء واجب شرعي: كالحج مثلاً، أو طلب العلم أو الرزق[٣].

واستدل أصحاب القول الثاني: بالقرآن الكريم والسنة والأثر والقياس والمعقول:

١- من القرآن الكريم:

قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾[البقرة: ٢٣١].

وجه الدلالة: إن الآية الكريمة نصت على وجوب الامتناع عن إمساك الزوجة بقصد الإضرار دون حاجة أو رغبة بها، والزوج بغيبته وانقطاعه عن زوجته قد أضر بها، فلا يجوز له الاستمرار بالإمساك ويُعامل بنقيض قصده ويفرق بينهما.

وقد أجيب عن هذا: بأنه استدلال في غير محله، ذلك لأن الآية بصدد النهي عن إمساك الزوجة بإرجاعها دون رغبة أو حاجة بها وإنما للإضرار فقط، وحالة الرجعة ليست هي حالة التفريق للغيبة.

٢- ومن السنة:

أ- ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن لجسدك عليك حقاً، وإن لعينك عليك حقاً، وإن لزوجك عليك حقاً)[٤].

وجه الدلالة: قرر الحديث الشريف أن للمرأة حقاً على زوجها في معاشرتها والقرار معها، حتى إذا غاب عنها فات عليها حقها، فإن تضررت كان لها رفع الأمر للقاضي - المخوّل برد الحقوق إلى أصحابها- ودعوة الزوج للعودة وإلا فالتفريق بينهما، واستيفاء حقها من زواج آخر.

وقد أجيب عليه: بأنه عام في أن للمرأة حقوقاً على زوجها؛ من المهر والنفقة وحسن المعاملة، أما أن الوطء حقها، فإذا غاب الزوج فترة من الزمن نقص حقها فلا نراه، لأن الحق لها عندنا: في المبيت، أما الوطء فهو حق للزوج وليس لها[٥]، لأن حقها في المهر وقد قبضته.

ب- قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)[٦].

ووجه الدلالة: أن الزوجة تتضرر بغياب زوجها، والضرر يدفع بقدر الإمكان.

٣- ومن الأثر:

---

[١] ابن قدامة: المغني، ٢٣٢/٧.

[٢] أحمد الكردي: فسخ الزواج ص٤٩٠. ومثال العذر الذي يبيح لصاحبه مالا يباح لغيره: إباحة الصلاة لمن به سلس، أو خروج ريح مستمرمع عذرهم، وإباحة الفطر في رمضان للحامل والمرضع لتعذر صيامهم.

[٣] المرداوي: الإنصاف، ٣٥٥/٨.

[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب حق الجسم في الصوم، ٦٩٧/٢ برقم ١٨٧٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الصيام، الصيام، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوت به حقاً، ٨١٧/٢ برقم ١١٥٩. بلفظ: "فإن لجسدك عليك حظاً ولعينك عليك حظاً وإن لزوجك عليك حظاً".

[٥] الشربيني: مغني المحتاج ٢٠٤/٣.

[٦] سبق تخريجه.

ما روي من أن عمر بن الخطاب: (لما كان يتفقد الرعية سمع امرأة تنشد شعراً تفتقد فيه زوجها وتصف حالها من الوحشة إليه، وهي تقول:

تطاول هذا اللّيل واسودّ جانبه وطال عليّ أن لا حبيب ألاعبه .

ووالله لولا خشية اللّه وحده لَحُرِّك من هذا السّرير جوانبه .

فسأل عنها عمر فقيل له: هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها فأقفله، ثم دخل على حفصة فقال: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لو لا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك؟ قالت: خمسة أشهر أو ستة أشهر. فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً ويقيمون أربعة ثم يسيرون شهراً راجعين)[١].

وجه الدلالة: إن الأثر صريح على تضرر المرأة الواضح من غيبة زوجها، وإن كانت غيبته لعذر الجهاد، فما كان من الخليفة العادل إلا أن حدد مدة الغيبة بستة أشهر رفعاً للظلم عن النساء، وإلا فإن أبي فرق بينهما.

وقد أجيب عن هذا: بأنه اجتهاد من الخليفة الحاكم، واجتهاده غير ملزم لغيره من المجتهدين، وإنما هو نظر الحاكم واستحداثه أحكاماً تضبط الأمور بين الرعية.

٤- ومن القياس:

وذلك بقياس التفريق للغيبة على التفريق للعنة، أو التفريق للإيلاء[٢]، بجامع الضرر اللاحق في المرأة بالفرع كما في الأصل، بل في حالة الغيبة آكد، لأن المرأة في حالة عنّة الزوج أو إيلائه فقدت الوطء فقط، أما في حالة الغيبة فهي فاقدة للوطء والعشرة، وقد تفقد النفقة[٣].

وقد أجيب عن هذا: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن التفريق في حالة الإيلاء للإصرار على ترك وطء الزوجة، وفي هذا إضرار بها قصداً، والفرقة فيه قد ثبتت بالنص الصريح[٤]، وهو يقدر على إرجاعها إن عجز عن الوطء بالقول فقط، ويرتفع بذلك تصميمه على عدم وطئها، بخلاف المسافر فلا تصميم منه على عدم الوطء[٥].

٥- المعقول:

إن في ترك الزوج لزوجته في حالة الغيبة إبقاء لها كالمعلقة، فلا هي زوجة مستوفية لحقها في العشرة والقسم، ولا هي مطلقة حل للأزواج، وهذا الوضع مرفوض شرعاً لما فيه من الضرر.

---

[١] سعيد بن منصور: السنن، ٢١٠/٢ برقم ٢٤٦٣. عبد الرزاق: المصنف، باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق، ١٥١/٧و١٥٢ برقم ١٢٥٩٣ و١٢٥٩٤. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب السير، باب الإمام لا يجمر بالغزى، ٢٩/٩ برقم ٢٤.

[٢] ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع، ١٩٩/٧، ٢٠٢.

[٣] ابن رشد: المقدمات الممهدات ١٠٣/٢.

[٤] قال تعالى:(للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم) [البقرة:٢٢٦-٢٢٧].ووجه الدلالة: أن الآية قد حددت طريقين للمولى لا ثالث لهما: إما العودة للزوجة، وإما أن يطلق.

[٥] أحمد الحجي: فسخ الزواج، ص ٤٩٢.

الترجيح:

ومن استعراض الأدلة وأوجه الاستدلال بها، نجد أنها في غالبها أدلة من المعقول، وأنه لا يوجد نص صريح في جواز التفريق للغيبة- باستثناء الأثر المروي عن عمر مع ما عليه من اعتراض- وأن مدار القول بالتفريق أو عدمه: حجم الضرر اللاحق بالمرأة والعمل على رفعه.

لكننا نجد أن القول الثاني؛ وهو الذي دعا أصحابه إلى التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج- بشرط أن تكون بلا عذر كما عند الحنابلة- هو الأولى الراجح، لقوة الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول، وهي وأن لم تنص صراحة على التفريق، فإنها في مجملها تنهى عن الإضرار بالزوجة بالغياب عنها فترة تتأذى فيها، ويلحقها الإيحاش والوحدة فتنقلب حِكَم الزواج الذي كان سكناً ورحمة بينهما إلى وحشة وبغضة وعداوة، وهذا مرفوض وإيقاعه في الشرع ممنوع، فيقال: برفع ضرر الغيبة عن الزوجة إن طلبت التفريق.

وإن قول الحنابلة في التفريق بين الغيبة المعذورة وغير المعذورة، ومنع الفرقة إن كان لعذر وتجويزها إن كانت بلا عذر أولى من المساواة بين الغيبتين لانعدام المماثلة بين مسافر لحج أو جهاد، وبين مسافر لنزهة أو لمجرد الفراق.

والسبب في ترجيح ذلك: لأنه لما كانت غيبة الزوج وانقطاعه عن أهله مدة من الزمن دون مبرر أو مسوغ معقول، وإنما محض عبث أو تنصل من المسؤولية وتبعات الزوجية، كان الزوج مضراً بزوجته ضرراً كبيراً تتعطل فيه مصالح نكاحها، وتتحول حكمه إلى مفاسد تلحق الزوجة وقد تلحق الأبناء، لذا كان العلاج الشرعي الإرسال إلى الزوج بعد رفع الأمر إلى القضاء وطلب ضم شمل الأسرة ثانياً بالعودة أو النقلة، حتى إذا رفض أحدهما فرق بينهما رفعاً للضرر عن الزوجة.

والمعايير التي تحكم حالة الغيبة:

١- معيار قصد الإضرار: فإن الزوج بغيبته وهجره لزوجته دون عذر، مع التجاوز عن مدة سنة- لاحتمال ظهور أمر ما له، أو رغبته في إقامة مصلحة ما- قد ظهر منه قصد الإضرار بالزوجة بتركها معلقة بلا قرار، بل والقرينة صريحة على قصده هذا بعد الإرسال إليه من القاضي وطلبه نقل الزوجة إليه أو العودة إلى وطنها، فلولا أنه كان مبيتاً النية أصلاً للإضرار بها لاستجاب لكتاب القاضي، وحاذر من عقوبته.

٢- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة: فإن الزوج بغيبته وانقطاعه مدة تتضرر الزوجة بها دون أن يكون له عذره أو مبرره قد أوقع بالزوجة ضرراً كبيراً يفوق الضرر المترتب على عودته خصوصاً وأن غيبته لم تكن لحاجة، ومن معيار الموازنة يرجح الضرر اللاحق بالزوجة من الإيحاش والوحدة بعد حياة المشاركة والمعاشرة، على الضرر اللاحق بالزوج بعودته، ويدفع أعظم الضررين بتحمل أيسرهما وإلا فإن رفض الزوج العودة فرق بينهما.

٣- معيار المصلحة غير المشروعة: فإن الزوج بغيبته غير المعذورة لا يحقق مصلحة ترجى بل هو بصدد هدم مصلحة أكبر وهي مصلحة حفظ النسل بحفظ الزواج سليماً، فالمرأة مع غيبة زوجها، وعلى فرض قلة وازعها الديني قد تعمد إلى الحرام لإشباع غريزتها، وفي هذا هدم لمصالح الدين ونقض لمقاصده عظيم دون أن تكون للزوج مصلحة شرعية معتبرة بحيث تعتبر مبرراً للغيبة.

٤- معيار الضرر الفاحش: فإن غيبة الزوج اللا معذورة قد تلحق بالزوجة ضرراً فاحشاً تتعطل فيه مصالح نكاحها، وتنقلب إلى مفاسد، والبحث عن خليل آخر وهي في عصمة زوجها، فكان الأولى أن يقال بالتفريق بينها وبين زوجها الغائب حتى تبحث لنفسها عن الأزواج بطريق الحلال خصوصاً مع رفض الزوج لها وإصراره على إهمالها وهذا ما يقتضيه العدل.

المطلب الثالث
المدة التي يجوز التفريق بها للغيبة

قد فرّق القائلون –المالكية والحنابلة– بجواز التفريق بين غائب معلوم المكان والحياة وبين مجهول الحال. فإذا كان الغائب معلوم المكان والحياة، فيراسله القاضي ويطلب منه إما أن يحضر أو ينقل زوجته إليه أو يطلق لأن غياب الزوج عنها يوحشها وقد يعرضها للفتنة، وهو مخالف للإمساك بالمعروف الذي أمر به الإسلام[١].

أما إذا مجهول المكان، أو لم يستجب لأمر القاضي، فهناك خلاف بين المالكية والحنابلة في المدة التي يفرق بعدها بين الزوجين إن غاب الزوج فيها، وبنوع الفرقة التي تقع للغيبة؟.

فعند المالكية: المدة التي يفرق بعدها للغيبة: سنة[٢] وقيل: ما زاد عن السنتين أو حتى عن الثلاث[٣].

وعند الحنابلة: قولان:

القول الأول: إن غاب ستة أشهر بغير عذر فرق بينهما[٤] وأما إن كانت بعذر فلا تفريق بينهما وإن غاب أطول من هذه المدة.

القول الثاني: لا توقيت في المدة، بل هي بحسب اجتهاد الحاكم بما يرى من ضرر الوحشة اللاحق بالزوجة[٥].

وما ذهب إليه أحمد في التوقيت بستة أشهر فدليله ما عمله عمر رضي الله عنه في توقيته للناس في مغازيهم، أما إذا كان الغائب مجهول المكان والحالة وهو المفقود فلزوجته أن تطلب من القاضي التفريق منه، فيأمرها بالانتظار مدة اختلف الفقهاء في تحديدها قيل سنة وقيل سنتين، وقيل أربع سنين وقيل يترك تقديرها إلى القاضي فيقدر المدة التي يراها.

كافية للبحث عن المفقود، والتحديد بالسنة هو القول المعتمد عند المالكية وبعدها يحكم القاضي بالتفريق، ونوع الفرقة عند المالكية هي طلاق بائن وعند الحنابلة هي فسخ[٦].

---

[١] القاضي عبد الوهاب: المعونة على مذهب عالم المدينة ٨٢٠/٢، ابن قدامة: المغني ٦٣/١٠.
[٢] الدسوقي: حاشية الدسوقي ٤٣١/٢.
[٣] المرجع السابق.
[٤] ابن قدامة: المغني، ٢٣٢/٧.
[٥] ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع، ٢٠٢/٧.
[٦] الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٤٧٩/٢، ابن قدامة- المغني ٢٤٧/١١.

والحقيقة: أن القولين مبنيان على (تجويز النظر بحسب الأصلح)[١] دون أن يكون هنالك نص، وأرى أن قول المالكية بتحديدها بسنة أولى من توقيتها بستة أشهر فقط، وذلك لأن السنة وما زاد عليها هي التي تعتبر غيبة يلحق الزوجة فيها وحشة، أما أقل من ذلك فهي مدة متجاوز عنه فيها لاحتمال انشغاله بأمر في غيبته، أو لاحت له مصلحة أو حاجة معينة فاحتيج إلى إنكاره وإمهاله.

المطلب الرابع
نوع الفرقة المترتبة على الغيبة

عند المالكية قولان: القول الأول: الفرقة للغيبة تقع طلاقاً رجعياً[٢].

وجه هذا القول: أنه لما كانت الفرقة المترتبة على الإيلاء تقع رجعية[٣]، والفرقة للغيبة إنما قيست على الإيلاء لجامع الضرر في كليهما فكذا في نوع الفرقة.

القول الثاني: الفرقة للغيبة، تقع طلاقاً بائناً وهو الراجح لديهم، (وذلك من مقتضى إطلاقاتهم بأن كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن[٤].

وعند الحنابلة: الفرقة للغيبة فسخ[٥]: لأنها فرقة في أمر مختلف فيه، فلا بد من الرفع إلى القاضي، والفرقة والفرقة التي يوقعها القاضي تقع فسخاً لا طلاقاً[٦].

وأرى: أن القول بأنها طلاق بائن أولى من اعتبارها فسخاً، لأن الفسخ نقض للعقد من أصله لأمر فيه أو طرأ عليه، وهو يوحي بالهدم والنقض، والغائب قد تظهر له مصلحة ما- لا تعد سبباً كافياً للغيبة، إن كانت في ذاتها مانعاً- فمن الظلم أن يفسخ نكاحه وينقض خصوصاً إن كان مجهول محل الإقامة، وإن مضت عليه مدة الغيبة، فقد يكون فاقداً للوعي، أو مرض مرضاً أقعده فلا يعاقب بأكثر مما يستوجب.

---

[١] ابن رشد: بداية المجتهد ٥٧/٢.
[٢] محمد عليش: شرح منح الجليل ٣٢١/٢.
[٣] أحمد الكردي: فسخ الزواج ص ٤٩٦.
[٤] الحطاب: مواهب الجليل ١٠١/٤، أحمد الكردي: فسخ الزواج ص ٤٩٦.
[٥] المرداوي: الإنصاف ٣٥٦/٨.
[٦] علي الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ص ٣٠٤.

المبحث الثاني
التّفريق للفقدان

المطلب الأول
حكم التفريق للفقدان

لا خلاف بين الفقهاء أنّ الفقدان لا يؤثّر في عقد الزّوج، لذلك فإنّ زوجة المفقود تبقى على نكاحه، وتستحق النّفقة في قول الفقهاء جميعاً، ويقع عليها طلاقه وظهاره وإيلاؤه، وترثه ويرثها، ما لم ينته الفقدان[١].

ولكن هل لزوجته حقّ طلب التّفريق عليه إذا غاب الزّوج عن زوجته غيبةً منقطعةً خفيت فيها أخباره، وجهلت فيها حياته، وإذا لم تطلب زوجته المفارقة، فهل تبقى زوجته عمرها كلّه تنتظر؟ وإلى متى تبقى كذلك؟.

الفقهاء في ذلك على مذاهب تقدّم بيانها وأحكامها في الغائب، ذلك أنّ المفقود غائب وزيادة، فيكون لزوجة المفقود ما لزوجة الغائب من أمر التّفريق عليه.

ولكن في هذا الموضوع أحوالاً وشروطاً، اتّفق الفقهاء في بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر على أقوال تفصيلها وبيانها فيما يلي:

القول الأول:

أ – أن المفقود يبقى على أصله واستصحاب حاله، فهو حيّ في الحكم ولو غاب أو خفيت أخباره وانقطعت، وسواء أكان ظاهر غيبته السلامة أو الهلاك، ولا تنحلّ زوجيّته إلا حتّى يثبت موته بالبيّنة الشّرعيّة أو بموت أقرانه غالباً، مهما طالت غيبته.

وهذا القول منقول عن ابن مسعودٍ رضي الله عنه، والنّخعيّ، والشّعبي، وسفيان الثّوري، وبعض أصحاب الحديث[٢]. وإليه ذهب الحنفيّة، والشّافعي في الجديد[٣].

جاء في الهداية في حكم المفقود: (ولا يفرق بينه وبين امرأته)[٤].

وجاء في الفتاوى الهندية: (وحكم المفقود أنه حي في حق نفسه لا تتزوج امرأته ولا يفرق بينه وبين امرأته ويحكم بموته بمضي تسعين سنة وعليه الفتوى وفي ظاهر الرواية يعتبر ميتاً بموت أقرانه فإذا لم يبق أحد من أقرانه حكم بموته، ويعتبر موت أقرانه في أهل بلده)[٥].

---

[١] السرخسي: المبسوط، ٣٨/١١-٣٩، العيني: البناية على الهداية، ٦٠/٦، جماعة من العلماء: الفتاوى الهندية، ٣٠٠/٢. الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٤٥١/٢. الحطاب: مواهب الجليل، ١٥٦/٤-١٥٧. الإمام الشافعي، ٢٣٩/٥-٢٤٠. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٨/٣. ابن قدامة: المغني، ١٠٤/٨.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٩٨/٨. العسقلاني: فتح الباري، ٣٥٢/١١. وهو قول أبي قلابة وجابر بن زيدٍ، والحكم، وحمّاد، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة وعثمان البتّي،، والحسن بن حيٍّ.

[٣] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٣٢/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣١٣/٣. السرخسي: المبسوط، ٣٥/١١. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٦/٦. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٧/٣. الغزالي: الوجيز، ٩٩/٢.

[٤] المرغيناني: الهداية، ٤٣٣/٤.

[٥] جماعة من العلماء: الفتاوى الهندية، ٢٩٩/٢-٣٠٠.

وجاء في مغني المحتاج: (ومن أسر أو فقد وانقطع خبره وله مال وأريد الإرث منه، وقف ماله ولا يقسم حتى تقوم البينة على موته، أو ما يقوم مقام البينة بأن تمضي مدة يعلم أو يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، وإذا مضت المدة المذكورة فيجتهد القاضي حينئذ ويحكم بموته، **لأن القاعدة الفقهية تنص: الأصل بقاء الحياة فلا يورث إلا بيقين**، أما عند البينة فظاهر، وأما عند مضي المدة مع الحكم فلتنزيله منزلة قيام البينة، وهذه المدة لا تقدر، وهو الصحيح، وقيل مقدرة بسبعين سنة، وقيل بثمانين، وقيل بتسعين، وقيل بمائة وعشرين، وأنه لا بد من اعتبار حكم الحاكم، فلا يكفي مضي المدة من غير حكم بموته[١]، ثمّ تعتدّ بعد ذلك عدة وفاة وتحلّ للأزواج)[٢].

وقد استدلّ هؤلاء بما جاء في السنّة عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه وسلم: (امرأة المفقود امرأته حتّى يأتيها الخبر، أو قال: حتّى يأتيها البيان، أو حتّى يأتيها يقين موته)[٣].

وهذا النّص المجمل جاء بيانه في قول عليّ رضي الله عنه: (امرأة المفقود امرأة ابتليت، فلتصبر حتّى يأتيها يقين موته أو يأتي منه طلاقها)[٤].

وحجتهم في ذلك أيضاً: بأن زوجة المفقود كباقي الزوجات، فلا تقع الفرقة بينها وبين زوجها إلا بما يوجب الفرقة من طلاق أو وفاة وليست غيبة الزوج أو فقدانه من أسباب الفرقة بين الزوجين.

جاء في بدائع الصنائع: (إن حاله– أي المفقود– غير معلوم، يحتمل أنه حي ويحتمل أنه ميت، وهذا يمنع التوارث والبينونة؛ لأنه إن كان حياً يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين امرأته. وإن كان ميتاً لا يرث أقاربه ويرثونه، والإرث من الجانبين أمر لم يكن ثابتاً بيقين، فوقع الشك في ثبوته، فلا يثبت بالشك والاحتمال، وكذلك البينونة أي الفرقة بين الزوجين بتفريق القاضي بينهما، للقاعدة الفقهية: **الأصل المعهود في الثابت لا يزول بالشك، وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك**)[٥].

فنكاحها ثابت بيقين فلا يرتفع إلاّ بيقين، بنص القاعدة الفقهية: **الأصل بقاء الحياة حتّى يثبت موته**[٦].

القول الثاني:

إنّ زوجة المفقود تتربّص أربع سنين مطلقاً، وسواء أكان ظاهر غيبته السلامة أو الهلاك، ثمّ يحكم بوفاته، ثمّ تعتد للوفاة أربعة أشهرٍ وعشرة أيّامٍ، فإذا انقضت عدتها حلّت للأزواج[٧].

---

(١) الشربيني: مغني المحتاج، ٢٦/٣-٢٧.

(٢) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣١٣/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٣٢/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٧/٣. النّوويّ: روضة الطالبين- بيروت: دار الكتب العلمية، ٤٠٠/٨. ابن قدامة: المغني، ١٣٠/٩. البهوتي: كشاف القناع، ٥٩٠/٢.

(٣) الدارقطني: السنن، ٣١٢/٣ برقم ٢٥٥. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب العدد، باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، ٤٤٤/٧. برقم ١٥٣٤٠. سعيد بن منصور: السنن، ٤٥١/١. برقم ١٧٥٧. ابن أبي شيبة: المصنف، ٥٢١/٣ برقم ١١٢. وضعفه الزيلعي في نصب الراية٤٧٣/٣. وابن الهمام في فتح القدير٤٤٣/٤.

(٤) عبد الرزاق: المصنف، ٩٠/٧ برقم ١٢٣٣٠. بلفظ: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق. البيهقي: السنن الكبرى، باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد، ١٥٨/٦ برقم ١١٦٦٥.

(٥) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٦/٦.

(٦) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٧/٣. النووي: روضة الطالبين، ٤٠٠/٨. الصنعاني: سبل السلام، ٢٠٨/٣.

(٧) ابن أبي شيبة: المصنف، ٥٢١/٣ برقم ١١٢. عبد الرزاق: المصنف، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، ٨٥/٧ برقم ١٢٣١٧. العسقلاني: فتح الباري، قوله باب حكم المفقود في أهله وماله ٤٣٠/٩. ابن حزم: المحلى، ١٦٤/٧. الزيلعي: نصب الراية، ٤٧٢/٣.

وهذا القول منقول عن عمر وعثمان، وابن عمر، وابن عبّاسٍ، وابن الزبير، وهو رواية عن ابن مسعودٍ، وعليٍّ رضي الله عنهم[١]، وهو قول الشّافعيّ في القديم وابن تيمية الحنبلي[٢].

جاء في المهذب: (إذا فقدت المرأة زوجها وانقطع خبره ففيه قولان: أحدهما: وهو قوله-أي الشافعي- في القديم أن لها أن تفسخ النكاح؛ لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة وتعذر بالنفقة بالإعسار، فلأن يجوز ههنا وقد تعذر الجميع، والثاني: وهو قول الشافعي في الجديد وهو الصحيح: أنه ليس لها الفسخ؛ لأنه إذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله لم يجز الحكم بموته في نكاح زوجته، وقول عمر يعارضه قول علي: "تصبر حتى يعلم وفاته"، ويخالف فرقة العنين والإعسار بالنفقة؛ لأن هناك ثبت سبب الفرقة بالعنين أو الإعسار، وههنا لم يثبت سبب الفرقة بالموت)[٣].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: (والصواب في امرأة المفقود مذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وغيره من الصحابة، وهو أن تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة. ويجوز لها أن تتزوج بعد ذلك، وهي زوجة الثاني ظاهراً وباطناً، وعلى الأصح لا يعتبر الحاكم، فلو مضت المدة والعدة تزوجت بلا حاكم)[٤].

القول الثالث:

وهو للمالكيّة؛ حيث انفردوا بتقسيم خاصّ في زوجة المفقود، وهو:

أنّ المفقود إمّا أن يفقد في حالة حرب أو حالة سلم، وقد يكون فقده في دار الإسلام، أو دار الشّرك، وقد يفقد في قتال بين طائفتين من المسلمين، أو طائفة مسلمة وأخرى كافرة، ولكلّ من هذه الحالات حكم خاصّ بها عندهم بحسب ما يلي:

أ – فإذا فقد في حالة السّلم في دار الإسلام، فإنّ زوجته إما أن ترضى بمقام على حالها وتبقى الرابطة الزوجية، وإما أن ترفع أمرها للقاضي، فيبحث القاضي عنه ويتحرى مكانه، فإن عجز فتؤجّل أربع سنين، ثمّ تعتدّ عدّة الوفاة، ثمّ تحلّ للأزواج، هذا إن دامت نفقتها من ماله، وإلاّ طلّق عليه لعدم النّفقة[٥].

هذا إذا لم يوجد وباء أو جائحة أو مرض خطير منتشر، فإذا وجد وباء، فللزوجة أن تعتد عدة الوفاة بعد زوال الوباء لغلبة الظن بموته.

جاء في الشرح الصغير: (وتعتد-أي الزوجة – في المفقود زمن الطاعون بعد ذهابه، وورث ماله لغلبة الظن بموته)[٦].

ب – وإذا فقد في دار الشّرك، كالأسير لا يعلم له خبر، فإنّ زوجته تبقى مدّة التّعمير أي موت أقرانه، حيث يغلب على الظّنّ عندها موته، ثمّ تعتدّ عدّة الوفاة، ثمّ تحلّ للأزواج، وقدّروا ذلك ببلوغه السّبعين من العمر، وقيل: الثّمانين، وقيل غير ذلك، وهذا إن دامت نفقتها، وإلاّ طلقت عليه.

---

[١] ابن أبي شيبة: المصنف، ٥٢١/٣ برقم ١١٢.عبد الرزاق: المصنف، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، ٨٥/٧ برقم ١٢٣١٧. العسقلاني: فتح الباري، قوله باب حكم المفقود في أهله وماله ٤٣٠/٩.

[٢] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٧/٣. ابن تيمية: الاختيارت الفقهية، ٢٨١.

[٣] الشيرازي: المهذب مع شرحه المجموع، ٦١١/١٦.

[٤] ابن تيمية: الاختيارت الفقهية، ٢٨١.

[٥] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ٤٨٣/٢.

[٦] الدردير: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، ٥٠٧/١

ج – فإن فقد في حالة حرب بين طائفتين من المسلمين، فإنّها تعتدّ عقب انفصال الصّفّين وخفاء حاله، وتحلّ بعدها للأزواج.

د – وإن كانت الحرب بين طائفة مؤمنة وأخرى كافرة، فإنّه يكشف عن أمره، ويسأل عنه، فإن خفى حاله أجّلت زوجته سنةً، ثمّ اعتدّت للوفاة، ثمّ حلّت للأزواج[1].

قال الدسوقي: (المفقود في بلاد الإسلام وحكمه أنه يؤجل أربع سنين بعد البحث عنه والعجز عن خبره ثم تعتدّ زوجته. والمفقود بأرض الشرك كالأسير وحكمهما أن تبقى زوجيتهما لانتهاء مدة التعمير ثم تعتد زوجته. والمفقود في الفتن بين المسلمين وحكمه أن تعتد زوجته بعد انفصال الصفين. والمفقود في الفتن بين المسلمين والكفار وحكمه أن يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه ثم تعتد زوجته، هذا حاصل ما تقدم. وظاهره أنه لا يحتاج للحكم بموته في الأقسام كلها ولا لإذن القاضي للزوجة في العدة)[2].

القول الرابع:

وهو للحنابلة؛ حيث فرقوا فيما إذا كان ظاهر غيبة الزّوج السّلامة، كما إذا غاب في تجارة أو طلب علم أو سياحة، ولم يعد، أو إذا كان ظاهر غيبته الهلاك، كمن فقد بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو خرج إلى الصّلاة ولم يعد، أو فقد في ساحة القتال.

ففي المفقود الّذي ظاهر غيبته السّلامة روايتان:

الأوّلى: لا تزول الزّوجيّة ما لم يثبت موته.

الثّانية: أنّ زوجته تنتظر حتّى يبلغ من العمر تسعين سنةً في روايةٍ، وفي روايةٍ أخرى أنّ المدّة مفوّضة إلى رأي الإمام والرّواية الأولى هي القويّة المفتى بها، وهذا هو الصّحيح في المذهب.

ومن الحنابلة من قدّر المدّة بمائة وعشرين سنةً.

جاء في كشاف القناع: (وأما من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة، كسفر التاجر في غير مهلكة والسفر لطلب العلم ونحوه فإن امرأة المفقود تتربص تمام تسعين سنة من يوم ولد؛ لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر منها، فإن فقد ابن تسعين اجتهد الحاكم، ثم تعتد عدة الوفاة، ثم تحل للأزواج)[3].

وأمّا المفقود الّذي ظاهر غيبته الهلاك، فإنّ زوجته تتربّص أربع سنين، ثمّ يحكم بوفاته فتعتدّ بأربعة أشهر وعشر، ثمّ تحلّ للأزواج، وهو المذهب[4].

جاء في المغني: (أن يكون فقده في حالة يغلب فيها الهلاك أو ظاهرها الهلاك، كالذي يفقد من بين أهله ليلاً أو نهاراً أو يخرج إلى المسجد للصلاة فلا يرجع..أو يفقد في مفازة مهلكة، أو يفقد بين الصفين في

---

(1) الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٤٥١/٢-٤٥٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٩/٢، ٤٨٣. المواق: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل للحطاب، ١٥٦/٤، ١٦٠-١٦١.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ٤٨٣/٢.

(3) البهوتي: كشاف القناع، ٥١٥/٤.

(4) ابن قدامة: المغني، ٣٦٦/٦، ٩٥/٨-٩٦. البهوتي: كشاف القناع، ٥١٥/٤، ٤٨٧/٦، ٤٨٩.

الحرب وقد نشب القتال، وقتل قوم من الجانبين، ففي هذه الحالات تتربص زوجته أربع سنين ثم تعتد للوفاة، والحجة لهذا القول أن عمر رضي الله عنه قضى بذلك)[١].

وعن سعيد بن المسيّب أنّه إذا فقد في الصّفّ عند القتال تربّصت امرأته سنةً، وإذا فقد في غيره تربّصت أربع سنين[٢].

القول الخامس:

وهو مذهب الظاهرية، حيث أنهم لم يجوزوا التفريق لفقدان الزوج مطلقاً، وقالوا ببقاء عقدة الزواج بالرغم من الفقدان، حتى ولو مات أقرانه، أو بلغ من العمر ما بلغ، وأنه لا يقطع عقدة النكاح إلا موت أحد الزوجين أو صدور طلاق ونحوه من الزوج.

يقول ابن حزم: (لا ينفسخ النكاح بعد صحته.. ولا بفقد زوج؛ لأنه لا يدري أين موضعه هو، وهما في كل ذلك باقيان على الزوجية كما كانا) ثم قال أيضاً: (ومن فقد فعرف موضعه أو لم يعرف، في حرب فقد أو في غير حرب، وله زوجة لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت)[٣].

المناقشة والترجيح:

لا خلاف بين أهل العلم كما مرّ آنفاً، أن من حق زوجة المفقود أن تصبر وتنتظر ولا تطلب التفريق حتى يتبين حال زوجها المفقود من جهة حياته أو موته. وإنما الخلاف في حقها في طلب التفريق لفقد زوجها، وقد لحقها ضرر بذلك.

ومن استعراض أقوال الفقهاء وأدلتها، نجد أنه لا يوجد نص صريح في عدم جواز التفريق للفقدان– باستثناء الحديث المروي عن المغيرة بن شعبة والأثر المروي عن علي رضي الله عنهما، مع ما على تلك الآثار من اعتراض، وأن غالب أدلة الفقهاء من المعقول واستصحاب الحال الأصلي وهو البقاء ما لم يثبت الموت أو ما عليه غالب الحال.

وأن مدار القول بجواز التفريق ومدة التربص، هو تقدير حالة الفقدان وكيفيتها ثم حجم الضرر اللاحق بالمرأة والعمل على رفعه. بالإضافة إلى ما ثبت عن سيدنا عمر رضي الله عنه في قضائه بالتفريق بين المرأة وزوجها المفقود، ولم ينقل إلينا –كما يقول ابن قدامة – خلاف في ذلك، فكان إجماعاً[٤].

وبناء على ذلك فإنني أرجح القول الثاني؛ وهو التفريق بعد حكم الحاكم بالتفريق، وبعد التربص مدة أربع سنين أو مدة يقدها القاضي حسب حالة الفقدان، وهو ما يتناسب مع قواعد الشريعة الإسلامية القطعية في منع الضرر من الوقوع، ورفعه إذا وقع.

وفي حكم القاضي بالتفريق بعد فقدان الزوج وبعد النظر في حالة الفقدان، وبعد تحريه عن مكانه والبحث عنه واليأس من وجوده، وبعد فرض مدة للتربص، ربما يكون في ذلك مصلحة مشروعة، ورفعاً لضرر.

---

[١] ابن قدامة: المغني، ٩٤/٨.

[٢] عبد الرزاق: المصنف، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، ٨٩/٧ برقم ١٢٣٢٦. العسقلاني: فتح الباري، قوله باب حكم المفقود في أهله وماله ٤٣٠/٩.

[٣] ابن حزم: المحلى، ١٣٣/١٠-١٣٤.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٤٨٩/٧.

قال ابن الهمام الحنفي في فتح القدير: (إذا رأى القاضي المصلحة في الحكم للغائب وعليه فحكم فإنه ينفذ؛ لأنه مجتهد فيه)[١].

المطلب الثاني
أثر الفرقة للفقدان

الفرع الأول: نوع الفرقة للفقد، وطريق وقوعها.

لا خلاف بين الفقهاء أنه إذا لم يرفع المفقود أمر للقاضي من قبل زوجته أو أحد ورثته أو المستحقّين في تركته، فهو حيّ في حقّ زوجته العمر كلّه بالاتّفاق كما ذكرنا.

فإذا رفع أمره إلى القاضي وقضى بموته، بحسب ما تقدّم من الشّروط والأحوال والاختلاف، انقضت الزّوجيّة حكماً من تاريخ الحكم بالوفاة، وبانت زوجته واعتدّت للوفاة جبراً، وهي بينونة وفاة، لا بينونة طلاق أو فسخ.

هذا ويجبّ قضاءُ القاضي لوقوع هذه الفرقة، والحكم بموت المفقود عند جمهور الفقهاء، وإلاّ فهي زوجته العمر كلّه، وقد نصّ المالكيّة على أنّه يحلّ محلّ القاضي في الحكم بالوفاة هنا عند الحاجة الوالي، وجماعة المسلمين[٢].

ولا تحتاج الزّوجة بعد مدّة التّربص لحكم من الحاكم بالعدّة، ولا بالزّواج بعد انقضائها في قول المالكيّة والحنابلة[٣].

الفرع الثاني
ما يترتّب على حكم الحاكم بالتّفريق

إذا حكم الحاكم بالتّفريق بين المفقود وزوجته فإنّ الحكم ينفذ بالظّاهر دون الباطن، وهو الأصح عند الشّافعيّة[٤]. وقيل ينفذ ظاهراً وباطناً، وهو قول الحنابلة[٥].

فإن تزوّجت امرأة المفقود في وقتٍ ليس لها أن تتزوّج فيه فنكاحها باطل، لأنّ حكم الزّوجيّة بينها وبين زوجها الأوّل على حاله[٦].

ولو تزوّجت امرأة المفقود قبل مضّي الزّمان المعتبر للتّربص والعدّة، ثمّ تبيّن أنّه كان ميّتاً أو أنّه كان قد طلّقها قبل ذلك بمدّة تنقضي فيها العدّة لم يصحّ النّكاح لأنّها ممنوعة منه فأشبهت الزّوجة، وهو قول للشّافعيّة، وأمّا القول الأصح عندهم فإنّ نكاحها صحيح[٧]، وبالقول الأوّل للشّافعيّة أخذ الحنابلة[٨].

---

(١) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٤٤٣/٤.
(٢) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٥٦/٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٩/٢-٤٨٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٧/٣. ابن قدامة: المغني، ٩٤/٨.
(٣) المواق: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ١٥٧/٤. الدردير: الشرح الكبير ٤٨٠/٢. البهوتي: كشاف القناع، ٤٨٨/٦. الشطي: مطالب أولي النهى، ٦٣١/٤، ٥٦٩/٥.
(٤) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٧/٣. الشيرازي: المهذب، ١٤٦/٢.
(٥) ابن قدامة: المغني، ٩٩/٨. الشطي: مطالب أولي النهى، ٥٦٩/٥.
(٦) المواق: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ١٥٨/٤. الشيرازي: المهذب، ١٤٦/٢. ابن قدامة: المغني، ١٠٣/٨.
(٧) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٨/٣.
(٨) البهوتي: كشاف القناع، ٤٨٨/٦. الشطي: مطالب أولي النهى، ٥٧٠/٥.

ولو ادّعت امرأة أنّها زوجة للمفقود، وأقامت بيّنةً على ذلك لم يقض لها به عند الحنفيّة، خلافاً للمالكيّة[١]، ومبنى المسألة قائم على جواز الحكم على الغائب وعدمه.

الفرع الثالث
تربص الزوجة للمفقود

وفيه المسائل التالية:

المسألة الأول: بدء مدّة التّربص.

تباينت أقوال أهل العلم في بدء مدة التربص تبايناً كبيراً وتعددت لكنا نذكرها باختصار فيما يلي:

١-تبدأ مدّة التّربص من حين رفع الأمر إلى القاضي والحكم به، وهو قول عمر رضي الله عنه، وعطاءٍ وقتادة، وعليه اتّفق أكثر من قال بالتّربص[٢]، وهو المذهب عند المالكيّة.

٢-وفي روايةٍ عن مالكٍ تبدأ من حين اليأس من وجود المفقود بعد التّحرّي عنه، وهو القول الأظهر للشّافعيّ بناءً على مذهبه القديم، ورواية عند الحنابلة[٣].

٣-وقيل: تبدأ المدّة من حين الغيبة، وهو قول للشّافعيّ بناءً على مذهبه القديم، والرّواية الأصح والصّواب عند الحنابلة[٤].

٤-وفي روايةٍ عن ابن عبّاسٍ، وابن عمر رضي الله عنهم أنّه لا حاجة لطلاق الوليّ، وهو الرّواية الثّانية عند الحنابلة والصّحيح عندهم والمتّفق مع القياس[٥].

٥-وذهب عمر، وابن عبّاسٍ، وابن عمر، رضي الله عنهم، وعطاء وإسحاق إلى أنّه لا بدّ من أن يطلّق ولي المفقود زوجته[٦]، وهو رواية عند الحنابلة[٧].

٦-وهناك نصوص نقلت عن عمر، وعثمان وابن عمر، وابن عبّاسٍ رضي الله عنهم، وسعيد ابن المسيّب، جاء فيها ذكر مدّة التّربص دون تحديد متى تبدأ[٨].

والراجح عندي -والله أعلم- هو ابتداء مدة التربص من حين قرار الحاكم، لضبط الأمور والأحكام؛ ولأنها مدة مختلف فيها؛ ولأن مدة التربص تختلف باختلاف حالة الفقدان، كونها يغلب فيها الهلاك أو السلامة.

---

[١] السرخسي: المبسوط، ٤٥/١١. الحطاب: مواهب الجليل، ١٥٦/٤.
[٢] عبد الرزاق: المصنف، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، ٨٩/٧ برقم ١٢٣٢٦. العسقلاني: فتح الباري، باب حكم المفقود في أهله وماله ٤٣٠/٩.
[٣] المواق: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل، ١٥٦/٤، الشيرازي: المهذب، ١٤٦/٢. ابن قدامة: المغني، ٩٨/٨.
[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٧/٣. الشطي: مطالب أولي النهى، ٥٦٨/٥.
[٥] ابن قدامة: المغني، ٩٨/٨. البهوتي: كشاف القناع، ٤٨٨/٦.
[٦] عبد الرزاق: المصنف، ٨٦/٧-٩٠. الزيلعي: نصب الراية، ٤٧٢/٣.
[٧] ابن قدامة: المغني، ٩٧/٨-٩٨. ابن مفلح: الفروع، ٥٤٥/٥-٥٤٦.
[٨] عبد الرزاق: المصنف، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، ٨٩/٧ برقم ١٢٣٢٦. العسقلاني: فتح الباري، باب حكم المفقود في أهله وماله ٤٣٠/٩.

المسألة الثانية: ما يجب على زوجة المفقود بعد التّربص:

يجب على زوجة المفقود بعد مدّة التّربص أن تعتدّ للوفاة أربعة أشهرٍ وعشرة أيّامٍ وهذا قول عمر والصّحابة والعلماء الّذين أخذوا بقوله[١].

ولا تحتاج الزّوجة بعد مدّة التّربص لحكم من الحاكم بالعدّة، ولا بالزّواج بعد انقضائها في قول المالكيّة والحنابلة[٢].

جاء في كشاف القناع: (ولا يفتقر الأمر إلى حاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة والفرقة، ولا يفتقر الأمر إلى طلاق ولي زوجها بعد اعتدادها، فلو مضت المدة والعدة تزوجت من غير طلاق ولي ولا حاكم)[٣].

وأمّا عند الشّافعيّة، فعلى القول القديم عندهم فيه وجهان، والأصح أنّه لا بدّ من الحكم كما نقلنا ذلك آنفاً[٤].

المطلب الثالث

أثر ظهور المفقود بعد الحكم بموته

إن ظهر المفقود حياً بعد الحكم باعتباره ميّتاً، فإنّ لذلك آثاراً بالنّسبة لزوجته، وبالنّسبة لأمواله. لكن ما يهمنا في بحثنا هو ما يختص بزوجته.

إنَّ القاعدة الفقهية تنص على أنه: **لا عبرة بالظن البين خطؤه**[٥].

لذلك قد اتفق الفقهاء جميعاً، على أنّ المفقود إن قدم قبل أن يحكم بوفاته وقبل أن تتزوّج امرأته، فهي زوجته على عصمته. وكذلك إن حكم بوفاته لكن زوجته لم تتزوّج غيره بعد عدّتها فهي له، وكذلك الحال أيضاً إن تزوّجت غيره بزواج غير صحيح، كأن يعلم الزّوج الجديد بحياة الأوّل فهي زوجة للأول باتفاق.

لكن اختلف السادة الفقهاء فيما إذا حكم بوفاته ثم انتهت عدتها وتزوجت بآخر زواجاً صحيحاً حسبما يلي:

مذهب الحنفية: ذهب الحنفيّة إلى أنّ المفقود إن عاد ولم تكن زوجته قد تزوّجت فهو أحق بها، فإن تزوّجت فلا سبيل له عليها، وفي قولٍ آخر: إنّ زوجته له[٦].

جاء في الفتاوى الهندية: (وإذا حكم بموته–أي بموت المفقود– اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت، فإن عاد زوجها بعد مضي المدة –مدة العدة– فهو أحق بها، وإن تزوجت فلا سبيل له عليها)[٧].

---

[١] الشطي: مطالب أولي النهى، ٥٦٩/٥. العسقلاني: فتح الباري، ٣٥٢/١١.

[٢] المواق: التاج والإكليل١٥٧/٤. الدردير:الشرح الكبير٤٨٠/٢. البهوتي: كشاف القناع، ٤٨٨/٦. الشطي: مطالب أولي النهى، ٦٣١/٤.

[٣] البهوتي: كشاف القناع، ٤٨٨/٦

[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٧/٣. الشيرازي: المهذب، ١٤٦/٢.

[٥] مجلة الأحكام العدلية، مادة ٧٢.

[٦] ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ٣٠٠/٢.

[٧] جماعة من العلماء: الفتاوى الهندية، ٣٠٠/٢.

مذهب المالكية: ذهب المالكيّة إلى أنّ المفقود إن عاد قبل نكاح زوجته غيره، فهي زوجته، وهذا هو القول المشهور المعمول به.

جاء في حاشية الدسوقي: (إذا جاء المفقود أو تبين حياته وهي–أي زوجته– في العدة وقبل عقد الثاني، فهو أحق بزوجته)[1].

فإن عاد بعد النّكاح، فعن مالكٍ في ذلك روايتان:

الأولى: إن عاد قبل الدخول، فهو أحق بها، ويفرّق بينها وبين زوجها الثّاني، وأمّا إن عاد بعد الدخول، فالثّاني على نكاحه، ولا يفرّق بينه، وبين زوجته.

جاء في حاشية الدسوقي: (فإن جاء المفقود أو تبين أنه حي، فتكون المرأة للمفقود فيما إذا جاء أو تبين حياته في العدة أو بعدها، وقبل عقد الثاني أو بعده وقبل الدخول)[2].

الثّانية: إن عاد المفقود، فوجد زوجته قد تزوّجت فلا سبيل له عليها، ولو لم يكن دخول. وقد أخذ بكلّ من الرّوايتين طائفة من المالكيّة، وقال ابن القاسم وأشهب: بأنّ أقوى القولين ما جاء في الرّواية الثّانية[3] وهي مذكورة في الموطّأ[4].

مذهب الشافعية: يختلف مذهب الشّافعيّة بين القديم والجديد: ففي القول القديم: إن قدم المفقود بعد زواج امرأته، ففي عودتها إليه قولان، وقيل يخيّر الأوّل بين أخذها من الثّاني، وتركها له وأخذ مهر المثل منه.

وفي القول الجديد: هي باقية على نكاح المفقود، فإن تزوّجت غيره فنكاحها باطل، تعود للأوّل بعد انتهاء عدّتها من الثّاني[5].

وجاء في المجموع: (إذا قدم زوجها الأول.. فأما إن قدم بعد أن تزوجت، نظرنا: فإن كان قبل الدخول بالثاني فهي زوجة الأول –أي المفقود–ترد إليه)[6].

مذهب الحنابلة: وذهب الحنابلة إلى أنّ المفقود إن قدم قبل أن تتزوّج امرأته، فهي على عصمته.

جاء في المغني: (فإن قدم زوجها الأول –المفقود– قبل أن تتزوج، فهي امرأته؛ لأننا إنما أبحنا لها التزويج؛ لأن الظاهر موته، فإذا بان حياً انخرم ذلك الظاهر، وكان النكاح بحاله، كما لو شهدت البينة بموته ثم بان حياً)[7].

فإن تزوّجت غيره، ولم يدخل بها، فهي زوجة الأوّل في روايةٍ، وهي الصّحيح، وفي روايةٍ أنّه يخيّر. فإن دخل بها الثّاني، كان الأوّل بالخيار، إن شاء أخذ زوجته بالعقد الأوّل، وإن شاء أخذ مهرها وبقيت على نكاح الثّاني.

---

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٨٠/٢.
(2) المرجع السابق.
(3) الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٤٤٩/٢-٤٥١. الحطاب: مواهب الجليل، ١٥٧/٤. الدردير: الشرح الكبير، ٤٨٠/٢.
(4) الإمام مالك: الموطأ، ٢٨/٢.
(5) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٧/٣-٣٩٨. حاشية القليوبي، ٥١/٤.
(6) النووي: المجموع شرح المهذب، ٦١٦/١٦.
(7) ابن قدامة: المغني، ٩٨/٨-١٠٠

فإن اختار المرأة، وجب عليها أن تعتدّ من الثّاني قبل أن يطأها الأوّل، ولا حاجة لطلاقها منه، وهو المنصوص عن أحمد، وقيل: تحتاج إلى طلاقٍ.

وإن اختار تركها؛ فإنّه يرجع على الزّوج الثّاني بالمهر الّذي دفعه هو، وفي روايةٍ: يرجع عليه بالمهر الّذي دفعه الثّاني، والأوّل هو الصّواب.

وفي رجوع الزّوج الثّاني على المرأة بما دفعه للأوّل روايتان، وعدم الرجوع هو الأظهر والأصح.

ويجب أن يجدّد الزّوج الثّاني عقد زواجه إن اختار الأوّل ترك الزّوجة له، وهو الصّحيح. وقيل: لا يحتاج إلى ذلك، وهو القياس[١].

فإن رجع المفقود بعد موت الزّوجة على عصمة الثّاني فلا خيار له، وهي زوجة الثّاني ظاهراً وباطناً، وهو يرثها ولا يرثها الأوّل، وقال بعضهم: يرثها[٢].

وقد جعل بعض الحنابلة التّخيير للمرأة، فإن شاءت اختارت الأوّل، وإن شاءت اختارت الثّاني، وأيّهما اختارت، ردّت على الآخر ما أخذت منه[٣].

وفي الرجوع بالمهر على الزوج، نلاحظ أن كلا من الشافعية والحنابلة قد عمل بالقاعدة الفقهية: **خروج البضع من ملك الزوج متقوم**[٤].

---

[١] المرجع السابق، ابن تيمية: المحرر، ١٠٦/٢.

[٢] البهوتي: كشاف القناع، ٤٨٩/٦. ابن مفلح: الفروع، ٥٤٨/٥.

[٣] ابن مفلح: الفروع، ٥٤٨/٥. الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٥٠/٣٨ مادة "مفقود".

[٤] المقري: القواعد، قاعدة ٨٨. ابن رجب: القواعد، ٣٥٥. ابن مفلح: الفروع، ٥٧٤/٥. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٥٧٨/٢٠.

المبحث الثالث

التّفريق للحبس

إذا حبس الزّوج مدّةً عن زوجته، فهل لزوجته طلب التّفريق كالغائب ؟ للفقهاء في المسألة قولان:

القول الأول: ذهب الجمهور إلى عدم جواز التّفريق على المحبوس مطلقاً، مهما طالت مدّة حبسه، وسواء أكان سبب حبسه أو مكانه معروفين أم لا، أمّا عند الحنفيّة والشّافعيّة فلأنّه غائب معلوم الحياة، وهم لا يقولون بالتّفريق عليه كما تقدّم، وأمّا عند الحنابلة فلأنّ غيابه لعذر.

القول الثاني: وذهب المالكيّة وابن تيمية إلى جواز التّفريق على المحبوس إذا طلبت زوجته ذلك وادّعت الضّرر، وذلك بعد سنة من حبسه، لأنّ الحبس غياب، وهم يقولون بالتّفريق للغيبة مع عدم العذر، كما يقولون بها مع العذر على سواء –كما تقدّم– فلا ينبغي أن تضار الزوجة، وقد تكون بعض عقوبات الحبس طويلة الأمد، فيلحق الزوجة ضرر بذلك يساوي الغائب سنة فأكثر، والتطليق للحبس يقع بائناً[1].

جاء في منح الجليل: (وأما زوجة السجين فتقاس على زوجة الغائب بجامع الضرر بينهما، إذ زوجة كلاً منهما تتضرر من بُعد زوجها عنها سواء كان غائباً أم مسجوناً)[2].

وجاء في الاختيارات العلمية لابن تيمية: (القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود بالإجماع)[3].

الترجيح:

ولعل الراجح في مسألة جواز التفريق على زوجة المحبوس، هو النظر إلى سبب الحبس ومدته، فإذا كان سبب الحبس عقائدي أو سياسي، أو مما قد يطول معه الحبس، فيمكن للزوجة طلب التفريق حينئذ، لأنها تتضرر من طول الغيبة والحبس. وأما إذا كان سبب الحبس جنائياً؛ لا تطول معه مدة الحبس، ولا تتضرر الزوجة من هذا الحبس القصير، فلا حاجة للتفريق حينئذ. والله أعلم.

---

[1] الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ١٩/٢، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٥٣٥/٧، بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٤٤٨، إمام محمد: الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ٢٧٣.

[2] عليش: منح الجليل، ٣١٣/٢.

[3] البعلي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية - بيروت: دار الفكر، ١٤٦.

المبحث الرابع
القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للغيبة أو الفقدان أو الحبس

قاعدة رقم (١).

اليقين لا يزول بالشك[١].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- اليقين لا يزال بالشك.
- الأصل المعهود في الثابت لا يزول بالشك، وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك.
- ما ثبت بيقين لا يرفع إلا بيقين.
- ما ثبت بيقين فلا يزال إلا بيقين مثله.
- لا يرفع يقين بشك.
- الثابت بيقين لا ينتقض إلا بيقين مثله.
- من تيقن الفعل وشك في القليل أو الكثير عمل على القليل، لأنه المتيقن.
- من شك هل فعل شيئاً أو لا، فالأصل أنه لم يفعله.

معنى القواعد:

اليقين لغة: العلم الذي لا تردد معه، أي الاستقرار، وهذا هو المراد من القاعدة، وليس ما يقوله علماء المعقول بأنه الاعتقاد الجازم لمطابق للواقع الثابت؛ لأن الأحكام الفقهية إنما تبنى على الظاهر، وقد يكون الأمر في نظر الشارع يقيناً لا يزول بالشك في حين أن العقل يجيز أن يكون الواقع خلافه، وذلك كالأمر الثابت بالبينة الشرعية، فإنه في نظر الشرع يقين كالثابت بالعيان، ويحكم به القاضي، مع أن شهادة الشهود هي مجرد خبر آحاد يجيز العقل فيها السهو والكذب، ومع ذلك فإن هذا الاحتمال الضعيف لا يخرج ذلك عن كونه يقيناً، لأنه لقوة ضعفه قد طرح أمام قوة مقابله، ولم يبق له اعتبار في نظر الناظر، فاليقين هو الجزم بوقوع الشيء أو عدم وقوعه.

والشك: هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر، أو هو التردد في وقوع الشيء وعدم وقوعه على السواء، وبينه وبين اليقين الظن، أو الظن الغالب، وهو ترجيح أحد الطرفين على الآخر بدليل ظاهر يبنى عليه العاقل أموره، لكن لم يطرح الاحتمال الآخر، ويقابل الظن الوهم، وهو الجانب المرجوح لدليل أقوى منه، والفقهاء يريدون بالشك مطلق التردد سواء كان الطرفان سواء أو أحدهما راجحاً، وعلماء الأصول يفرقون بين الشك والظن[٢].

وتشير هذه القاعدة: أن الأمر المتيقن بثبوته لا يرتفع بمجرد طروء الشك، ولا يحكم بزواله بمجرد الشك؛ لأن الأمر اليقيني لا يعقل أن يزيله ما هو أضعف منه، ولا يعارضه إلا إذا كان مثله أو أقوى، فاليقين لا

---

[١] مجلة الأحكام العدلية مادة ٤.

[٢] النووي: المجموع، ١٦٨/١. العلائي: المجموع المذهب، ٣٢٤/١. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٩٧/١.

يرفع حكمه بالشك أي بالتردد باستواء أو رجحان(أي بالظن)، وهذا ما يؤيده العقل؛ لأن الأصل بقاء المتحقق.

ومستند هذه القاعدة: قوله عليه الصلاة والسلام عن أبي هريرة رضي الله عنه: (إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً)[١]. فالمتوضيء إذا شك في انتقاض وضوئه فهو على وضوئه السابق المتيقن، وتصح صلاته حتى يتحقق ما ينقضه.

وهذه القاعدة من أمهات القواعد التي عليها مدار الأحكام الفقهية، وتدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها من عبادات ومعاملات وغيرها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر، ويتفرع عنها أو يندرج تحتها عدة قواعد فقهية.

فروع على القاعدة:

منها: المفقود: وهو الذي غاب عن بلده ولا يعرف أهو حي أم ميت، فتجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث، ولا تبين زوجته؛ لأن حياته حين تغيبه متيقنة، وموته قبل المدة المضروبة شرعاً، بموت جميع أقرانه، مشكوك، فيدخل تحت قاعد اليقين لا يزول بالشك[٢].

قاعدة رقم (٢).

الأصل بقاء الحياة فلا يورث إلا بيقين.

وهي فرع من قاعدة: الأصل بقاء ما كان على ما كان[٣].

معنى القاعدة:

إن الواقع أو الحال الذي ثبت في الزمان الماضي، ثبوتاً أو نفياً يبقى على حاله، ولا يتغير مالم يوجد دليل يغيره. أو أن الأس والمعيار في الأمور المتأخرة أن تبنى على الأمور المتقدمة، فإذا جهل وقت الخصومة حال الشيء، وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه، وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة، فإن الأصل في ذلك يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحالة المعهودة التي كان عليها حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، فيصار حينئذ إليه[٤].

وتشير هذه القاعدة إلى أن المفقود الذي غاب غيبة منقطعة، وانقطع خبره، ولا تعلم حياته ولا موته، فإنه يعتبر حياً إلى أن يثبت موته حقيقة بالبينة، أو حكماً بأن يقضي القاضي بموته بعد موت جميع أقرانه، أو بلوغه التسعين سنة من عمره، وإلا يحكم أنه حي بحكم هذا الأصل، فلا يقسم قبل ذلك ميراثه، ولا تتزوج امرأته بآخر[٥].

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، ٦٤/١، برقم ١٣٧. ومسلم في صحيحه، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك، ٢٧٦/١ برقم ٣٦١.

[٢] الدعاس: القواعد الفقهية، ١١. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٨١. اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ٢٨. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٥٦. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٦٠. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٩٨/١.

[٣] مجلة الأحكام العدلية مادة ٥.

[٤] الزحيلي: القواعد الفقهية، ١٢٩/١.

[٥] الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٩١. الدعاس: القواعد الفقهية، ١٣.

قاعدة رقم (٣).

بقاء ما عرف ثبوته لعدم الدليل المزيل لا لوجود الدليل المبقي[١].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تعبر على أصل الاستصحاب عند الحنفية وهو أن الشيء يحكم ببقائه مالم يوجد دليل يغيره وبقاؤه ليس لأن دليل ثبوته يدل على بقائه واستمراره بل يحكم ببقائه لعدم وجود الدليل المزيل.

فروع على القاعدة:

منها: المفقود الذي انقطع خبره ولم يعلم موته ولا حياته فهو يحكم بحياته فيما له لأنه حين تغيبه كانت حياته محققة فما لم يقم دليل على موته حقيقة فهو حي حكماً ولذلك ليس لورثته اقتسام تركته ولا تبين منه امرأته وهذا عند الجميع[٢].

قاعدة رقم (٤).

الأصل أن الشيء إذا غلب عليه وجوده فيجعله كالموجود حقيقة[٣].

معنى القاعدة:

إن الأخذ بالغالب معهود بالشرع، فإذا كان الشيء يغلب وجوده في حالات فيجعل كالموجود حقيقة عند أبي حنيفة، وإن لم يوجد، كالحدث من النائم المضجع؛ لأنه غلب وجوده، فجعل كالموجود وإن لم يوجد، وعند الصاحبين لا يعتبر موجوداً حتى يوجد حقيقة.

فروع على القاعدة:

منها: قدروا مدة المفقود بمائة وعشرين سنة من وقت مولده عند أبي حنيفة؛ لأن الغالب أن الإنسان لا يعيش أكثر من هذا، فيجعل كالموجود حقيقة وإن لم يوجد، وقدره أبو يوسف ومشايخ بلخ بمائة سنة[٤].

قاعدة رقم (٥).

العبرة للغالب الشائع لا للنادر[٥].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- الأصل إلحاق الفرد بالأعم دون النادر.
- الحكم للأغلب.
- الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر.
- العبرة بالغالب الشائع، لا بالقليل النادر.

---

[١] السرخسي: المبسوط،١١٤/١٧.

[٢] البخاري: كشْف الأسْرار عن أصول فخْر الإسلام البزْدوي - ط٣-بيروت: دار الكتاب العربي١٩٩٧،.٦٦/٣. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٣/٣.

[٣] الدبوسي: تأسيس النظر، ٨

[٤] المرجع السابق.

[٥] مجلة الأحكام العدلية، مادة ٤٢.

- للأكثر حكم الكل.
- الأصل إلحاق الفرد بالأعم الأغلب دون النادر.

معنى القاعدة:

إذا بني حكم شرعي على أمر غالب وشائع فإنه يبنى عاماً للجميع، ولا يؤثر على عمومه واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد، أو في بعض الأوقات، وهذه القاعدة وثيقة بالقاعدة: (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت)، ولأن الأصل اعتبار الغالب في الفقه الإسلامي.

ولا تبنى الأحكام الشرعية على الشيء النادر، بل تبنى على الغالب الشائع الكثير، إلا في بعض الاستثناءات.

فروع على القاعدة:

منها: يحكم بموت المفقود لمرور تسعين سنة من عمره، لأنه الشائع الغالب بين الناس، مع أن البعض يعيش أكثر من ذلك إلا أنه نادر، والنادر لا حكم له[١].

قاعدة رقم (٦).

ينزل المجهول منزلة المعدوم[٢].

معنى القاعدة:

إن الشيء إذا كان مجهولاً، أو أصبح مجهولاً، ولا يعرف خبره، فإنه ينزل منزلة المعدوم، مع أنه كان الأصل بقاءه، وذلك متى يئس من الوقوف عليه أو شق الوقوف عليه، لرفع الحرج والمشقة على الناس.

فروع على القاعدة:

منها: امرأة المفقود لغيبة ظاهرها الهلاك فيما بعد أربع سنين تباح للأزواج، وكذلك يقسم ماله بين ورثته، كالميت، ويحكم له بأحكام الموتى بعد المدة في الأظهر[٣].

قاعدة رقم (٧).

لا عبرة بالظن البين خطؤه[٤].

معنى القاعدة:

لا عبرة: أي لا اكتراث، ولا مبالاة، بالظن البين خطؤه، بل يلغى، ويجعل كأن لم يكن، سواء أكان الخطأ ظاهراً ومبيناً للحال، أم كان خفياً ثم ظهر بعد، فإذا بني حكم أو استحقاق عن ظن، ثم تبين خطؤه، كان باطلاً، ويجب الرجوع إلى حكم الشرع، لأن الظن المجوز للعمل إذا بان خلافه باليقين بطل ذلك العمل، وصار غير معتد به غالباً، لأنه صار باطلاً، وكل ما بني على باطل فهو باطل، بخلاف ما إذا أخلف الظن إلى أكثر منه فلا يبطل ذلك العمل.

---

[١] الزحيلي: القواعد الفقهية، ٣٢٧/١.
[٢] المرجع السابق، ٨٥٩/٢.
[٣] ابن رجب: القواعد، ٤٣٢/٢. المرجع السابق، ٨٥٩/٢.
[٤] مجلة الأحكام العدلية، مادة ٧٢.

فروع على القاعدة:

منها: لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر، ثم تبين أنه كان ميتاً قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة، أو أنه طلقها قبل تلك المدة، ففي صحة النكاح وجهان، ورجح ابن قدامة عدم الصحة هنا، لفقد شرط النكاح في الابتداء، كما لو تزوجت المرتابة قبل زوال الريبة[١].

قاعدة رقم (٨).

خروج البضع من ملك الزوج متقوم[٢].

معنى القاعدة.

من آثار عقد الزواج الصحيح ملك الرجل الانتفاع المباح بمنافع البضع؛ إذ إن هذه المنافع متقومة في الدخول في ملك الزوج، فالبضع لا يدخل في ملك الزوج إلا بقيمة وهي المهر، فلو عقد النكاح بدون فرض مهر للزوجة، صح النكاح وثبت لها مهر المثل.

وكما أن البضع متقوم في الدخول، فهو كذلك متقوم في الخروج من ملك الزوج، فيغرم المُخرِج له قهراً بغير حق من ملك الزوج المهر الذي دفعه الزوج، إذا كان بعد الدخول، أو نصفه إن كان قبل الدخول.

وتشير هذه القاعدة أن كل من تسبب في إخراج البضع من ملك الزوج قهراً بغير حق، سواء أكان زوجة أم أجنبياً– فإنه يلزمه ضمان ذلك للزوج بالمهر المسمى، لأنه مدفوع في الدخول.

فروع على القاعدة:

منها: إذا تزوجت امرأة المفقود بعد المدة المعتبرة، ثم جاء الزوج المفقود، فإنه يخير بين زوجته وبين المهر، فإن اختار المهر أخذ من الزوج الثاني المهر الذي أعطاه إياها الزوج الأول(المفقود)، لخروج امرأته عن ملكه، ولا يأخذ المهر الذي أعطاها الثاني، لأنه يستحق المهر الأول، أما المهر الأول فلا حق له فيه[٣].

ومنها: إذا شهد شهود على رجل أنه طلق امرأته، فتم التفريق بينهما عملاً بموجب شهادتهم، ثم رجعوا عن الشهادة، فإن كان رجوعهم قبل الدخول، فعلى الزوج نصف المهر، ويرجع به على الشهود، وذلك لأن البضع متقوم عليه في الدخول بنصف المهر فيقوم كذلك في خروجه. وأما إذا رجع الشهود بعد الدخول، فعلى الزوج المهر كاملاً، ويرجع به على الشهود؛ لأنه خروج البضع من ملكه متقوم[٤].

ويستثنى من هذه القاعدة: إذا طلق الحاكم على الزوج في حال الإعسار بالنفقة، لأنه إخراج من البضع بحق، ولأن الشارع إنما ملكه البضع بالمعروف، فإذا لم يستمتع بالمعروف أخرجه عنه الشارع.

---

[١] ابن رجب: القواعد، ٥٢٤/١. الزحيلي: القواعد الفقهية، ١٨١/١.

[٢] المقري: القواعد، قاعدة ٨٨. ابن رجب: القواعد، ٣٥٥. ابن مفلح: الفروع، ٥٧٤/٥. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٥٧٨/٢٠.

[٣] ابن رجب: القواعد، ٣٥٦. الصواط: القواعد والضوابط الفقهية، ٤٤٣/٢.

[٤] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٥٧٩/٢٠. ابن القيم: بدائع الفوائد، ١٤٥/٣.

ويستثنى أيضاً: كما لو قتلت المرأة نفسها، أو قتلها أجنبي، فإن الزوج لا يستحق العوض عن مهرها، وذلك لأن النكاح معقود على مدة الحياة، فإذا قتلت زال وقت النكاح وانقضى أمده، فلا يجب للزوج شيء بعد ذلك، كما لو ماتت[1].

قاعدة رقم (٩).

هل يغلب حكم الظاهر على حكم الباطن؟.

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- الواجب الاجتهاد أو الإصابة.
- الحكم هل يتناول الظاهر أم لا يتناول إلا الظاهر فقط؟ وهو الصحيح.

معنى القاعدة:

إذا حكم القاضي بأمر بناء على توفر الأركان والشروط التي طلبها الشارع، فالحكم ظاهره الصواب والحق، ثم تبين في الباطن اختلال تلك الشروط التي بني عليها، فالحكم في الباطن والحقيقة خطأ، فهل يغلب حكم الظاهر وتنفذ الأحكام، أو يغلب حكم الباطن وترد الأحكام؟.

في الجواب قولان:

الأول: ينظر إلى الظاهر؛ لأن الشارع أمرنا أن نحكم بالظاهر، وهو مبلغ علمنا، ولم نكلف بخفايا الأمور، لقوله عليه الصلاة والسلام: (إني لم أؤمر أن أنقب قلوب الناس، ولا أشق بطونهم)[2]، ولأن الحكم يستند إلى وجه مشروع، فلا وجه لنقضه.

الثاني: أن الحكم يجب نقضه، لتبين خلل ما بني عليه، ولأن ما تبين حقيقة الخطأ فيه لا يجوز التمسك بظاهره، ويختلف الحكم في المسائل، والصحيح أنه يتناول حكم الظاهر فقط[3].

فروع على القاعدة:

منها: المفقود إذا شهدت بينة بموته، فبيع ماله وتزوجت امرأته، ثم قدم حياً، ففي المسألة تفصيل، فإن كان للشهود وجه يعذرون به حين شهدوا بموته بما يدفع عنهم تعمد الكذب، كأن رأوه في المعركة مع القتلى فظنوا أنه مات، فهذا ترد إليه زوجته، ويأخذ ما وجد من متاعه، وما بيع يأخذه بالثمن إن وجده قائماً، وما فات رجع بثمنه على البائع، وإن لم يكن للشهود وجه يعذرون به، كأن كانوا متعمدين شهادة الزور، فترد إليه زوجته أيضاً، وما بيع من متاعه يخير بين أخذه مجاناً، أو الثمن الذي بيع به، وإن فات ثمنه من البائع[4].

قاعدة رقم (١٠).

---

[1] الزركشي: المنثور، ٢٤/٣. ابن قدامة: المغني، ٢٨١/١٠.

[2] هذا جزء من حديث رواه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب بعث علي بن أبي طالب وخالد بن الوليد إلى اليمن قبل حجة الوداع، ١٥٨١/٤. برقم ٤٠٩٤.

[3] الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية،٣٧. الونشريسي: إيضاح المسالك، ص٤٠٠. الزحيلي: القواعد الفقهية،٨٨١/٢.

[4] الغرياني، تطبيقات القواعد الفقهية عند المالكية، ٣٨.

الواقع قبل السبب من جميع الأحكام لا يعتد به[1].

معنى القاعدة:

الأحكام الشرعية لها أسباب بنيت عليها فكانت مسببة لتلك الأسباب والأصل والقاعدة العامة: أن المسبب مبني على السبب وناشيء عنه، فالسبب أولا ثم المسبب، ولذلك إذا وجد حكم واقع قبل سببه فهو باطل وملغي ولا يعتد به.

فروع على القاعدة:

منها: إذا غاب زوج المرأة عنها عشر سنين ثم طلقها بعد العشر وهو غائب عنها فإنها تستأنف العدة، أي أنها تعتد بعد علمها بالطلاق، لأن تلك المدة المتقدمة وإن دلت على براءة الرحم غير أنها وقعت قبل السبب وهو الطلاق[2].

المبحث الخامس
موقف القانون من التفريق للغيبة والفقد والحبس
وتطبيقات الاجتهادات القضائية

القانون السوري:

نص القانون السوري على التفريق للغيبة في المادة (١٠٩) التالية:

١- إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

٢- هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرآة في العدة حق له مراجعتها.

دلّ النص على أنه يشترط للتفريق ما يلي:

١- أن تمضي سنة فأكثر على الغياب.

٢- أن يكون الغياب لغير عذر مقبول. فإن كان لعذر مقبول لم يحق لها طلب التفريق، كالغياب في الجهاد أو الجندية الإجبارية أو لطلب العلم.

والتفريق للغيبة بطلب الزوجة يكون في الحال إن كان مكان الزوج غير معلوم. أما إن كان مكانه معلوماً، فيطلب القاضي منه أن يحضر لأخذ زوجته إليه، ويحدد له أجلاً معيناً، فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما. والتفريق طلاق رجعي، وهذا مخالف لمذهب المالكية في أنه طلاق بائن، ولمذهب الحنابلة في أنه فسخ.

ويحكم القاضي بالتفريق ولو كان للزوج مال تستطيع الزوجة الإنفاق منه، لما يلحقها من أضرار أخرى غير النفقة وعلى هذا سار القانون المصري في المادة (١٤) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

---

[1] القرافي: الفروق، ٢٠٢/٣ الفرق ١٧٤ – الحصني: القواعد، ١٦٦/٢.

[2] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٧٠/١٢.

القانون المصري:

نص القانون المصري لعام ١٩٢٩ (م١٢، ١٣) على جواز التفريق للغيبة لمدة سنة فأكثر بلا عذر مقبول، بعد إنذار الزوجة بتطليقها عليه إن لم يحضر أو ينقلها إليه، أو يطلقها، وتكون الفرقة طلاقاً بائناً، أخذاً برأي المالكية.

ونص القانون المصري لسنة ١٩٢٩ (م١٤) على حق المرأة في طلب التفريق بعد مضي سنة من حبس زوجها الذي صدر في حقه عقوبة حبس مدة ثلاث سنين فأكثر، والطلاق بائن، كما هو رأي المالكية.

القانون الأردني:

ذهب واضع القانون الأردني إلى الأخذ بمذهب المالكية والحنابلة في جواز التفريق للغيبة، وبتحديد المدة بسنة كحد أدنى بشرط كون الغيبة بلا عذر مقبول:

جاء في المادة ١٢٣: إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة، جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها، أو هجره لها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

وبهذا الرأي– بأنها تقع طلقة بائنة– أخذ القانون الأردني حيث جاء في المادة ١٢٤: إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إذا لم يحضر للإقامة معها أو بنقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة بعد تحليفها اليمين.

واليمين في هذه الحالة على غيبته وعلى تضررها فعلاً من هذه الغيبة، وهي ضوابط تمنع إيقاع الظلم بالزوج ونحن بصدد رفعه عن الزوجة.

القانون الإماراتي: تناول قانون الأحوال الشخصية الإماراتي أحكام التفريق بين الزوجين للغيبة والفقد في المادتين (١٢٩) (١٣٥).

المادة (١٢٩): للزوجة طلب التطليق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه، أو طلاقها، على أن يمهل لأجل لا يزيد على سنة.

المادة (١٣٠): لزوجة المفقود والذي لا يعرف محل إقامته طلب التطليق، ولا يحكم له بذلك إلا بعد التحري والبحث عنه ومضي سنة على تاريخ رفع الدعوى.

والملاحظ أن القانون أخذ برأي المالكية والحنابلة بجواز التفريق للغيبة، واعتمد في تفصيل أحكامها على فقه المالكية، إلا أنه لم يفصل كثيراً في الأحكام المعلقة بالمفقود.

وقد أخذ القانون الإماراتي في التفريق للحبس برأي المالكية فجاء في المادة (١٣١) ما يلي:

١– لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم بات بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب من المحكمة بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

٢- إذا كانت الزوجة محبوسة أيضاً فخرجت هي دونه جاز لها طلب التفريق بعد مضي سنة على خروجها بذات الشروط في البند من هذه المادة.
٣- في الحالتين السابقتين يشترط للحكم للزوجة ألا يخرج الزوج من السجن أثناء نظر الدعوى أو ألا يبقى من مدة حبسه أقل من ستة أشهر.

ومن هذه المادة يتضح أن للتفريق بسبب حبس الزوج شروطاً يجب توفرها وهي:
١- أن يكون الحكم الصادر بحبسه باتاً.
٢- أن تكون مدة الحبس المحكوم بها ثلاث سنوات فأكثر.
٣- أن يكمل الزوج مدة سنة من سجنه.
٤- مطالبة الزوجة بالتفريق.

تطبيقات الاجتهادات القضائية

في سوريا:

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (إن القانون يعتبر المفقود ميتاً بتاريخ صدور الحكم القاضي باعتباره كذلك حتى ولو تأخر صدور الحكم إلى ما بعد مرور اكثر من أربع سنوات على الفقدان. حملا على أن الحكم هو الذي حدد حالة المفقود واحدث تغييرا من الفقدان إلى الموت)[١].
(إن الدعوى بطلب الحكم باعتبار المفقود بسبب العمليات الحربية والحالات المماثلة ميتاً، لا تسمع قبل مرور أربع سنوات على فقدانه، ومهما تأخر الادعاء بذلك بعد المدة المذكورة، وإن تاريخ صدور الحكم باعتبار المفقود ميتاً هو تاريخ وفاته الحكمية وليس من تاريخ فقدانه)[٢].
(إن التفريق للغيبة لا يتحقق إلا إذا قامت البينة الصحيحة على الغيبة)[٣].
(إن التفريق للغيبة لا يكون في حال الغيبة بصورة دائمة)[٤].

في مصر:

في حكم لمحكمة المنيا: إذا أقامت الزوجة في منزل ذويها في بلد ما وأقام الزوج في بلد آخر، ودام ذلك سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز للزوجة أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه[٥].

وفي حكم لمحكمة الدر الشرعية: هجر الزوج زوجته سنة فأكثر وتركه إياها في بلده بدون أن يحضر لها فيها مرة واحدة مما لا تحتمله الزوجة عادة موجب لتطليقها عليه. ولا يمنع من ذلك ادعاؤه الإنفاق عليها أو أن غيابه كان للسعي وراء الرزق[٦].

---

[١] نقض رقم ٢٩ أساس١٢ تاريخ ١٩٨٤/٥/٢٨، قاعدة ١٦٦ ـ مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض: شفيق طعمة ـ ص ١٠٠.
[٢] الأحكام القضائية الشرعية-محمود زكي شمس ١٣٦٩/٢-قرار ٨٨٦ اساس شرعي ٨٨٣- ١٩٧٧/١٢/١٢.
[٣] الأحكام القضائية الشرعية-محمود زكي شمس ١٣٧٣/٢ قرار ٥٦٤ القضية ٢٣٥-١٩٨٨/١٢/٣.
[٤] مجلة القانون –فهرس ١٩٧٧- شرعي١٢٣/١٢١-١٩٧٧/٣/١٠.
[٥] محكمة المنيا الشرعية ١٩٥٦/٥/٢١. حنفي ٢٠٦/٢.
[٦] محكمة الدر الشرعية ٢٤/محرم ١٣٦٧ في ١٩٤٨/٣/٢٦، المحاماة س ١ ع ٢ ص ١٨٧.

الغياب بدون عذر مشروع:

في حكم لمحكمة القاهرة الإبتدائية: إذا غاب الزوج عن زوجته سنة فأكثر بدون عذر مقبول يباح لزوجته أن تطلب تطليقها منه بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه[١].

وفي حكم لمحكمة أدفو الشرعية: إذا غاب الزوج عن زوجته إلى بلد قريب أو بعيد معلوم أو غير معلوم بلا عذر شرعي سنة فأكثر وتضررت الزوجة من ذلك جاز لها أن تطلب التطليق عليه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه وللقاضي أن يعذر عليه إذا أمكن وإلا طلق عليه بدون إعذار[٢].

أما السجين فلا بد من الحكم عليه ثلاث سنين حتى يحق لزوجته طلب التفريق:

في حكم لمحكمة السيدة الشرعية: إن المدعى عليه.. مقيد الحرية كان قد هجرها في المضجع، فإن ما قد حصل من ذلك كان قهراً عنه وبلا إرادة منه ومدة السجن أقل من ثلاث سنوات فلا يؤخذ به عدالة عملاً بهذه النصوص[٣].

ولا بد من مضي سنة على حبسه:

في حكم لمحكمة القاهرة الإبتدائية: لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه[٤].

المسجون لسبب سياسي:

في حكم لمحكمة عابدين: شرط التطليق على المسجون في المادة ٢٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا تنطبق على المعتقل لظروف سياسية اقتضها الحرب، لأنه ينتمي إلى دولة معادية، فهو أشبه بشخص سجن رهن التحقيق معه في جريمة نسبت إليه ولما يحكم عليه بعد، وقد تكول مدة سجنه ومع ذلك لم يرد في القانون جواز التفريق بينه وبين زوجته، بل المعتقل أخف حالاً من هذا المسجون إذ يتمتع بمزايا عديدة منها التزاور[٥].

---

[١] محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٨/١/٢٦.
[٢] محكمة أدفو الشرعية ١٩٤٣/١١/٢٠ ع ٥١٤ محاماة شرعية ص ١٣٥.
[٣] محكمة السيدة الشرعية ١٦ ربيع الثاني ١٣٥٣ في ٢٨ يوليو ١٩٣٤، المحاماة س ٦ ع ٦ ص ٧٩٩.
[٤] محكمة عابدين الجزئية الشرعية ١٩٤٢/٥/١١.
[٥] محكمة عابدين الجزئية الشرعية ١٩٦٢/٨/٢٥.

الباب السادس

الفرقة بحكم الشرع

والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الفصل الأول: فرقة اللعان والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: المقصود باللعان ومشروعيته.

المطلب الأول: تعريف اللعان .

المطلب الثاني: دليل مشروعية اللعان.

المطلب الثالث: الحكمة من مشروعيته.

المبحث الثاني: حكم اللعان وركنه وشروطه وكيفيته.

المطلب الأول: حكم اللعان.

المطلب الثاني: ركن اللّعان وشروطه.

فرع: لغة اللعان.

المبحث الثالث: . تكييف اللعان أو ماهيته: هل ألفاظ اللعان شهادات أو أيمان؟.

المبحث الرابع: كيفية اللعان وصفته وألفاظه.

المطلب الأول: كيفية اللعان وصفته وألفاظه.

المطلب الثاني: ما يثبت به اللعان عند القاضي.

المطلب الثالث: في مندوبات اللعان.

المبحث الخامس: ما يجب عند نكول أحد الزوجين عن اللعان أو رجوعه عنه.

المبحث الساس: الآثار المترتبة على اللعان.

أولاً: سقوط الحد باللعان.

ثانياً: التفريق بين الزوجين.

الفرع الأول: وقوع الفرقة باللعان.

الفرع الثاني: نوع الفرقة باللعان وما يترتب عليها.

ثالثاً: انتفاء نسب الولد عن الرجل، وإلحاقه بأمه .

الشّرط الأوّل: التعجيل والفوريّة.

الشّرط الثّاني: عدم الإقرار.

الشّرط الثّالث: حياة الولد وقت التفريق القضائي.

فرع: الأحكام الشرعية التي تتعلق بنفي الولد.

رابعاً: آثار أخرى للّعان عند الشّافعيّة.

المبحث السابع: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة اللعان وموقف القانون منها.

المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة اللعان.

المطلب الثاني: موقف القانون من فرقة اللعان وما عليه العمل في القضاء.

الفصل الثاني: الفرقة بالظهار والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: تعريف الظهار وحكمه، وأدلته.

المطلب الأول: تعريف الظهار.

المطلب الثاني: حكمه وأدلته.

المبحث الثاني: أركان الظهار وشروطه.

المطلب الأول: شروط المظاهر.

الشرط الأول: البلوغ.

الشرط الثاني: العقل.

الشرط الثالث: الإسلام.

الشرط الرابع: القصد.

فرع: ظهار المرأة وما يترتب عليه.

المطلب الثاني: شروط المظاهر منها.

الشرط الأول: قيام الزّوجيّة بينهما حقيقةً أو حكماً.

فرع: الظهار من الأجنبية.

مسألة: حكم تعليق الظهار من الأجنبية.

الشرط الثاني: أن يكون التّشبيه موجّهاً إلى الزّوجة كلّها أو إلى جزء منها.

المطلب الثالث: شروط المشبه به.

الشرط الأول: أن يكون المظاهر بها محرمة على المظاهر.

القسم الأول: المحرمات على التأبيد.

القسم الثاني: المحرمات على التأقيت.

الشرط الثاني: أن يكون المظاهر به من جنس النساء.

المطلب الثالث: شروط الصيغة.

الفرع الأول: الصريح والكناية.

الفرع الثاني: تنجيز الظهار أو تعليقه أو إضافته.

الفرع الثالث: التّوقيت والتّأبيد في الظّهار.

المبحث الثالث: آثار الظّهار.

المطلب الأول: حرمة المعاشرة الزوجية قبل التكفير.

فرع: دور المرأة في الظهار.

المسألة الأولى: هل يدخل الإيلاء على الظهار؟.

المسألة الثانية: هل يعود الظهار بعد الطلاق بالعودة إلى الزوجية؟.

المطلب الثاني: وجوب الكفّارة .

الفرع الأول: مشروعية الكفارة.

الفرع الثاني: سبب وجوب الكفّارة.

المسألة الأولى: وجوب الكفّارة بمجرّد الظّهار دون العود.

المسألة الثانية: تعدّد الكفّارة بالوطء قبل التّكفير.

المسألة الثالثة: تعدّد الكفّارة بتعدّد الظّهار.

الحالة الأولى: تعدّد الكفّارة على من ظاهر من امرأته مرارًا ولم يكفّر.

الحالة الثانية: تعدد الكفارة على من يظاهر من نسائه بكلمات.

الحالة الثالثة: تعدد الكفارة على من يظاهر من نسائه بكلمة واحدة.

المطلب الثالث: خصال كفّارة الظّهار وأنواعها.

المطلب الرابع: شروط كفّارة الظّهار.

الفرع الأول: الشروط العامة في كفارة الظهار.

الفرع الثاني: شروط الكفّارة الظهار الخاصّة.

أولاً: ما يشترط في التّكفير بالإعتاق.

ثانياً: ما يشترط في التّكفير بالصّوم.

ثالثاً: ما يشترط للتكفير بالإطعام.

المبحث الرابع: انتهاء الظّهار.

أولاً: انتهاء الظّهار بالكفّارة.

ثانياً: انتهاء الظّهار بالموت.

ثالثاً: مضيّ المدّة.

المبحث الخامس: القواعد الفقهية المتعلقة بالظهار.

الفصل الثالث: الفرقة بالإيلاء والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: الإيلاء ومشروعيته وحكمه.

أولاً: تعريف الإيلاء .

ثانياً: مصدر تشريعه .

ثالثاً: الحكمة من موقف الشّريعة الإسلاميّة من الإيلاء .

رابعاً: حكم الإيلاء.

المبحث الثاني: أركان الإيلاء وشروطه.

الركن الأول: الحالف.

الركن الثاني: المحلوف به.

فرع: حكم إذا ترك الوطء بدون يمين فهل يعتبر مولياً؟.

الركن الثالث: المحلوف عليه.

الركن الرابع: المحلوف عليها وهي الزوجة.

الركن الخامس: الصيغة.

فرع: تعليق الإيلاء أو تنجيزه أو إضافته.
الركن السادس: مدة الإيلاء.
المبحث الثالث: آثار الإيلاء.
الحالة الأولى: الإصرار على الإيلاء.
أولاً: وقوع الفرقة بالإيلاء.
ثانياً: نوع الطّلاق الحاصل بالإيلاء.
الحالة الثانية: الفيء والحنث باليمين.
المطلب الأول: طرق الفيء.
الفرع الأول: الفيء بالفعل.
الفرع الثاني: الفيء بالقول.
المطلب الثاني: وقت الفيء.
المطلب الثالث: حكم دخول الطلاق على الإيلاء.
الحالة الأولى: دخول البينونة الكبرى على الإيلاء.
الحالة الثانية: دخول البينونة الصغرى على الإيلاء.
المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة الإيلاء وموقف القانون منها.
الفصل الرابع: الفرقة بالردة أو إباء الإسلام والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك
المبحث الأول: الفرقة بالردة.
المطلب الأول: تعريف الردة لغةً واصطلاحاً.
المطلب الثاني: الأدلة على وقوع الردة وعقاب المرتد.
المطلب الثالث: شروط الرّدّة وما تقع به الردة.
المطلب الرابع: الآثار المترتبة على الزوجية بسبب الردة.
الفرع الأول: أثر الرّدّة على الزّواج قبل الدخول.
الفرع الثاني: أثر الرّدّة على الزّواج بعد الدخول.
مسألة: مقدار المهر المستحق بفرقة الردة.
المطلب الخامس: نوع الفرقة التي تقع بالردة.
المطلب السادس: مدى حاجة الفرقة بين الزوجين بسبب الردة للقضاء.
المبحث الثاني: الفرقة بإباء الإسلام.
المطلب الأول: الإباء لغةً واصطلاحاً.
المطلب الثاني: دليل مشروعية الفرقة بإباء الإسلام.
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على الزوجية بسبب إباء الإسلام.
الفرع الأول: وقوع الفرقة.

الحالة الأولى والثانية: إذا أسلم الزوجان معاً، أوأسلم الزوج وكانت زوجته كتابية.

الحالة الثانية: إذا أسلمت الزوجة.

الفرع الثاني: نوع الفرقة التي تقع بإباء الإسلام.

الفرع الثالث: مقدار المهر المستحق بالفرقة بإباء الإسلام.

المطلب الرابع: سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لإباء الإسلام.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة الردة أو إباء الإسلام وموقف القانون منها .

المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة الردة أو إباء الإسلام.

المطلب الثاني: موقف القانون من فرقة الردة أو إباء الإسلام وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الفصل الأول
فرقة اللعان والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

المبحث الأول
المقصود باللعان ومشروعيته

المطلب الأول
تعريف اللعان

في اللغة:

اللعان والالتعان والملاعنة: بمعنى واحد، مصدر لاعن، وفعله الثلاثي لعن، مأخوذ من اللّعن، وهو الطّرد والإبعاد من الخير أو من رحمة الله، ومنه قوله تعالى: ﴿بَل لَّعَنَهُمُ ٱللَّهُ بِكُفْرِهِمْ فَقَلِيلًا مَّا يُؤْمِنُونَ﴾[البقرة:٨٨]، ومنه قوله تعالى: ﴿أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ ٱللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ ٱللَّٰعِنُونَ﴾[البقرة:١٥٩]. بمعنى: يطردهم الله من رحمته وتدعو عليهم المخلوقات، ويأتي واللعان: بمعنى السب والشتم من الخلق. والملاعنة: ما يقع بين اثنين فأكثر[١].

والملاعنة بين الزّوجين: إذا قذف الرّجل امرأته أو رماها برجل أنّه زنى بها[٢].

ويقال: لاعن امرأته لعانًا وملاعنة والتعانًا، وتلاعنا، ولاعن الإمام بينهما. مأخوذ من اللعن؛ لأن الملاعن يقول: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. واختير لفظ اللعن دون الغضب في التسمية؛ لأنه قول الرجل، ولأنه هو الذي بدئ به في الآيات. وقيل: سمي لعانًا؛ لأن اللعن في اللغة هو الطرد والبعد، فسمي به لكونه سبب البعد بينهما. وقيل: سمي بذلك لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذبًا؛ فتحصل اللعنة عليه، وهي الطرد والإبعاد من رحمة الله[٣].

في الاصطلاح شرعاً:

وأما اللعان في اصطلاح الفقهاء، فقد عرفه العلماء بعدة تعريفات:

فعرفه الحنفية: اللعان شهادة مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن وبالغضب وأنه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف وفي جانبها قائم مقام حد الزنا[٤].

وعرفه المالكية: حلف زوجٍ مسلمٍ مكلّفٍ على زنا زوجته أو على نفي حملها منه، وحلفها على تكذيبه أربعاً من كلٍّ منهما بصيغة أشهد اللّه بحكم حاكمٍ [٥].

---

[١] ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ٢٩٢/١٢، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط٦. مادة "لعن"

[٢] ابن منظور: لسان العرب مادة " لعن".

[٣] ابن قدامة: المغني، ١٢١/١١. النووي: روضة الطالبين، ٣٣١/٨. العسقلاني: فتح الباري، ٤٤٠/٩

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ٢٣٧/٣، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط٢، ١٩٨٢م. ابن الهمام: فتح القدير، ٢٤٨/٣،

[٥] الدردير: الشرح الصغير، ٦٥٧/٢. العدوي المالكي، علي الصعيدي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ١٣٩/٢، دار الفكر، بيروت، لبنان.

وعرّفه الشافعية بأنّه: كلمات معلومة جعلت حجّةً للمضطرّ إلى قذف من لطّخ فراشه وألحق العار به أو إلى نفي ولد[1].

وعرفه الحنابلة بأنه: شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد القذف في جانبه، وحد الزنا في جانبها[2].

وعرفه الدكتور عبد الرحمن الصابوني: (أربع شهادات من الزوجين أمام الحاكم مؤكدات بالإيمان مقرونة: شهادة الزوج باللعن، وشهادة الزوجة بالغضب، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها)[3].

والذي يظهر من التعريفات جميعها أنها متقاربة، وإن اختلفت في ألفاظها، إلا أنها تدل في مضمونها على المعنى الحقيقي للعان، وهو الحالة الخاصة من القذف، وهي أن يرمي الرجل زوجته بالزنا كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

المطلب الثاني

دليل مشروعية اللعان

اللعان مشروع بالقرآن الكريم، والسنة المطهرة، والإجماع على النحو الآتي:

أما القرآن الكريم: فقد جاءت آيات اللعان في سورة النور، في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ * وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ * وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ * وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ * وَلَوْلَا فَضْلُ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُۥ وَأَنَّ ٱللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ﴾[النور:٦-١٠].

وأما السنة المطهرة:

فقد جاء في سبب نزول هذه الآيات، ما أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود وأحمد واللفظ له عن ابن عباس رضي الله عنهما: لما أنزلت ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾[النور:٤]. قال سعد بن عبادة – وهو سيد الأنصار – هكذا نزلت يا رسول الله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: يا معشر الأنصار ألا تسمعون إلى ما يقول سيدكم ؟ قالوا: يا رسول الله لا تلمه فإنه رجل غيور، والله ما تزوج امرأة قط إلا بكراً، وما طلق امرأة له قط فاجترأ رجل منا على أن يتزوجها من شدة غيرته. فقال سعد: والله يا رسول الله إني لأعلم أنها حق وأنها من الله، ولكني قد تعجبت أني لو وجدت لكاعاً تفخذها رجل لم يكن لي أن أهيجه ولا أحركه حتى آتي بأربعة شهداء، فو الله لا آتي بهم حتى يقضي حاجته. قال: فما لبثوا إلا يسيرا حتى جاء هلال بن أمية – وهو أحد الثلاثة الذين تيب عليهم – فجاء من أرضه عشاء فرأى عند أهله رجلا فرأى بعينيه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح فغدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندها رجلاً فرأيت بعيني وسمعت بأذني، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد

---

[1] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٦٧/٣.

[2] البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ٣٩٠/٥، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٢هـ.

[3] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٨٧٠/٢.

عليه واجتمعت الأنصار فقالوا: قد ابتلينا بما قال سعد بن عبادة، الآن يضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم هلال بن أمية ويبطل شهادته في المسلمين، فقال هلال: والله إني لأرجو أن يجعل الله لي منها مخرجاً، فقال هلال: يا رسول الله إني قد أرى ما اشتد عليك مما جئت به والله يعلم إني لصادق، والله إن رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد أن يأمر بضربه إذ نزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم الوحي، وكان إذا نزل عليه الوحي عرفوا ذلك في تربد جلده – يعني فأمسكوا عنه حتى فرغ من الوحي – فنزلت ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[النور:٦].الآيات، فسري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً. فقال هلال: قد كنت أرجو ذلك من ربي. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أرسلوا إليها، فأرسلوا إليها فجاءت فتلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، فقال هلال: والله يا رسول الله لقد صدقت عليها. فقالت: كذب. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لاعنوا بينهما. فقيل لهلال: اشهد فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، فلما كان في الخامسة قيل: يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فإن هذه هي الموجبة التي توجب عليك العذاب، فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها، فشهد في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم قيل لها: اشهدي أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين. فلما كانت الخامسة قيل لها: اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هي الموجبة التي توجب عليك العذاب، فتلكأت ساعة ثم قالت: والله لا أفضح قومي فشهدت في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا ترمى هي به ولا يرمى ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد، وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها. وقال: إن جاءت به أصيهب أريسح حمش الساقين فهو لهلال، وإن جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الإليتين فهو للذي رميت به. فجاءت به يعني أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الإليتين[1]. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لولا الأيمان لكان لي ولها شأن. قال عكرمة: فكان بعد ذلك أميرا على مصر وكان يدعى لأمه وما يدعى لأبيه[2].

وفي رواية البخاري عن ابن عباس: أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك ابن سحماء[3] فقال النبي صلى الله عليه وسلم (البينة أو حد في ظهرك). فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا، ينطلق يلتمس البينة، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول: (البينة وإلا حد في ظهرك). فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق فلينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد، فنزل جبريل

---

(1) أصيهب: أشقر أو أحمر الشعر، أريسح: صغير العجيزة، حمش الساقين: دقيق الساقين، أورق: أسمر، جعدًا: في شعره تجعد والتواء، جماليًا بضم الجيم: ضخم الأعضاء، خدلج -بفتح الخاء والدال وتشديد اللام المفتوحة- الساقين: ممتلئ الساقين عظيمهما. [انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٢٧٥/١ و٢٩٨، ١٥/٢. ٣٢١. ٦٢/٣]

(2) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، ١٥٨١/٤ برقم ٥٠٠٢. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، ١١٢٩/٢ برقم ١٤٩٢. وأبو داود: السنن، باب في اللعان، ٢٢٧/٢ برقم ٢٢٥٦. والإمام أحمد واللفظ له ٢٣٨/١. برقم ٢١٣١.

(3) شريك بن سَحْماء وهي أمه واسم أبيه عبدة بن مغيث بن الجد بن العجلان البلوي حليف الأنصار وكان شريك أخا البراء بن مالك لأمه ويقال: إن شريك بن سحماء بعثه أبو بكر الصديق رسولاً إلى خالد بن الوليد وهو باليمامة ويقال إنه شهد مع أبيه أحداً. [الإصابة، ٣٣٤/٣]

وأنزل عليه "والذين يرمون أزواجهم" – فقرأ حتى بلغ – "إن كان من الصادقين". فانصرف النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل إليها فجاء هلال فشهد والنبي صلى الله عليه وسلم يقول: إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب. ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا إنها موجبة. قال ابن عباس فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت لا أفضح قومي سائر اليوم، فمضت فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الأليتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سحماء. فجاءت به كذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن[١].

وجاء في سبب نزول هذه الآيات أيضاً[٢]: ما أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما عن سهل بن سعد الساعدي[٣] (أن عويمراً العجلاني، جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا عاصم، أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟. سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها[٤]، حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما رجع عاصم إلى أهله، جاء عويمر فقال يا عاصم: ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم. فقال عاصم: لم تأتني بخير، قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها، قال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس، فقال يا رسول الله: أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك، فاذهب فأت بها)، قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس. ثم رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا، قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال بن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين)[٥].

ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (انظروا؛ فإن جاءت به أسحم، أدعج العينين، عظيم الأليتين، خدلج الساقين، فلا أحسب عويمراً إلا قد صدق عليها. وإن جاءت به أحيمر، كأنه وحرة[٦]، فلا أحسب

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير، باب ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، ١٧٧٢/٤ برقم ٤٤٧٠.

[٢] وتعليل تعدد أسباب نزولها: أن الآيات نزلت في القصتين معًا، قصة هلال وقصة عويمر. ولا مانع أن تتعدد القصص ويتحد النزول. ولهذا نظائر في كتاب الله. وقيل: إن أول من وقع له ذلك هلال، وصادف مجيء عويمر أيضًا فنزلت في شأنهما معًا في وقت واحد. والراجح أنها نزلت في شأن هلال، فلما جاء عويمر ولم يكن علم بما وقع لهلال أعلمه النبي صلى الله عليه وسلم بالحكم[انظر: فتح الباري ٤٥٠/٨. تحفة الأحوذي ٢١/٩. شرح الزرقاني ٢٤٥/٣].

[٣] سهل بن سعد الساعدي: الخزرجي الأنصاري، أبو العباس، صحابي، كان اسمه حزناً فسمّاه رسول الله صلى الله عليه وسلم سهلاً، شهد قضاء النبي صلى الله عليه وسلم على المتلاعنين وعاش حتى أدرك الحجاج، وامتحن معه، وتوفي سنة (٨٨) وهو ابن (٩٩) عاماً، [أسد الغابة، ٣٩٠/٢].

[٤] أي كره المسائل الدقيقة التي لم تقع، ولا يحتاج إليها. قال الشافعي رحمه الله كانت المسائل فيما لم ينزل فيه حكم زمن نزول الوحي ممنوعة؛ لئلا ينزل الوحي بالتحريم فيما لم يكن قبل ذلك محرمًا.[انظر: فتح الباري ٢١/٩]

[٥] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، ٢٠١٤/٥ برقم ٤٩٥٩. وفي باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، ٢٠٣٣/٥ برقم ٥٠٠٢. وفي كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من التعمق والتنازع في العلم والغلو في الدين والبدع، ٢٦٦٣/٦ برقم ٦٨٧٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، ١١٢٩/٢ برقم ١٤٩٢.

[٦] وَحَرَة: دويبة كالعظاءة تلزق بالأرض. [انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ١٦٠/٥]

عويمراً إلا قد كذب عليها). فجاءت به على النعت الذي نعت به رسول الله صلى الله عليه وسلم من تصديق عويمر، فكان بعد ينسب إلى أمه[١].

كما وردت أحكام اللعان في أحاديث كثيرة، منها:

أ-قول النبي صلى الله عليه وسلم: (المتلاعنان لا يجتمعان أبدا)[٢].

ب- حديث نافع أن ابن عمر رضي الله عنهما أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: (فرَّق بين رجل وامرأة قذفها وأحلفهما)[٣].

وأما الإجماع: فقد أجمع أهل العلم على مشروعية اللعان[٤].

المطلب الثالث

الحكمة من مشروعيته

لقد جعل الله تعالى الحياة بين البشر متزاوجة، من ذكر وأنثى، وخلق الزوجة لتكون سكناً وراحة ورحمة لزوجها، كما قال سبحانه: ﴿وَمِنْ آيَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[الروم:٢١].

فيرتاح الزوج بالنظر إلى زوجته، ويسر بالجلوس إليها، لأنها حارسة البيت، ومربية الأولاد، وهي التي تحصن فرجه، وتصون عينه من النظر إلى الحرام.

ولكن المشكلة الكبيرة أن يشكّ الزوج في زوجته، وتزداد المشكلة إذا تحول الشك إلى يقين، وعندها لا تصفو الحياة بين الزوجين، ولم تعد الحياة سكناً ولا راحة ولا طمأنينة ولا مودة، ويكره الزوج زوجته وأولاده.

ولأن الحياة الزوجية حياة مقدسة مليئة بالأسرار، وقد يصعب الاطلاع عليها في الغالب، فقد جعل الله للأزواج مخرجاً من الحكم العام للقذف في الإسلام، والمتمثل في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾[النور:٤].

فيحق للزوج إذا وجد مع زوجته رجلا آخر يزني بها أن يلاعنها.

فإذا اتهم رجل امرأة أجنبية عنه ليست زوجته بالزنا، وكانت امرأة عفيفة لم يعلم عنها ذلك، ولم يأت بشهداء يشهدون على صحة تهمته، يقام عليه حد القذف، وهو ثمانون جلدة، جزاء له على انتهاكه أعراض

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير، باب قوله عز وجل والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، ١٧٧١/٤ برقم ٤٤٦٨. و في كتاب الاعتصام بالكتب والسنة، باب ما يكره من التعمق والتنازع في العلم والغلو في الدين والبدع لقوله تعالى يا أهل الكتاب لا تغلوا في دينكم ولا تقولوا على الله إلا الحق، ٢٦٦٣/٦ برقم ٦٨٧٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، ١١٢٩/٢ برقم ١٤٩٢.

[٢] أبو داود: السنن، باب في اللعان، ٢٧٤/٢ برقم٢٢٥٠. الدارقطني: السنن، ٢٧٦/٣ برقم ١١٦. سعيد بن منصور: السنن، ٤٠٦/١ برقم ١٥٦١. ابن أبي شيبة: المصنف، إذا فرق بين المتلاعنين لم يجتمعا أبدا وليس له أن يتزوجها، ١٩/٤ برقم ١١٨. عبد الرزاق: المصنف، باب لا يجتمع المتلاعنان أبدا، ١١٢/٧. برقم ١٢٤٣٢. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب اللعان، باب ما يكون بعد التعان الزوج من الفرقة ونفي الولد وحد المرأة إن لم تلتعن، ٤٠٩/٧ برقم ١٥١٣١.

[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب التفريق بين المتلاعنين، ٢٠٣٧/٥ برقم:٥٠٠٧. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، ١١٣٢/٢. برقم ١٤٩٤.

[٤] ابن المنذر النيسابوري، محمد بن إبراهيم، الإجماع، ١٢١، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات، ط٢، ١٤٢٠هـ. ابن قدامة: المغني، ١٢١/١١. النووي: روضة الطالبين، ٣٣١/٨. البهوتي: كشاف القناع، ٣٩٠/٥.

الطاهرات، وزجراً لغيره عن الأقدام على هذه الجريمة. والدليل على ذلك: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ ..﴾[النور:٤]. فإن كانت المرأة التي رماها بالزنا أو نفى الولد. زوجة للرامي، ولم يأت بأربعة يشهدون على الاتهام، فلا يحد الزوج حد القذف وإنما يجب اللعان، لأن الزوج قد تقع عينه على ما يكره من زوجته ويتعذر عليه الإتيان بالشهداء ويشق عليه السكوت فقد خصه الله باللعان ليكون بديلاً عن القذف.

المبحث الثاني
حكم اللعان وركنه وشروطه وكيفيته

المطلب الأول
حكم اللعان

اللعان من حيث الحكم التكليفي أربعة أنواع: واجب أو جائز أو مكروه أو حرام.

النوع الأول: واجب، وقد اختلف الفقهاء في موجب اللعان كما يلي:

مذهب الحنفية: ذهب الحنفيّة إلى أنّ قذف الزّوج زوجته يوجب اللّعان لقول اللّه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[النور:٦]. أي فليشهد أحدهم أربع شهاداتٍ باللّه.

جعل اللّه سبحانه وتعالى موجب قذف الزّوجات اللّعان[١].

مذهب المالكية: وقال المالكية: يجب اللعان بثلاثة أوجهٍ: وجهان مجمع عليهما: وذلك أن يدّعي أنّه رآها تزني كالمرود في المكحلة ثمّ لم يطأ بعد ذلك، أو ينفي حملاً يدّعي استبراءً قبله، والوجه الثّالث: أن يقذفها بالزّنا ولا يدّعي رؤيةً ولا نفي حملٍ، وأكثر الرواة قالوا: يحد ولا يلاعن[٢].

مذهب الشافعية: وقال الشافعية: اللّعان ضروريّ لدفع حدّ قذف الزّوج زوجته أو نفي ولده منها، وله اللّعان، ولا يجب عليه إلا لنفي نسب ولدٍ أو حملٍ علم أنّه ليس منه، لأنه إذا لم ينفه لحقه وهو ليس منه، وورثه، وورث أقاربه، وورثوا منه، ونظر إلى بناته وأخواته، وذلك كله غير جائز ويترتب عليه مفاسد وهو ممنوع[٣].

مذهب الحنابلة: وقال الحنابلة: إذا قذف الرّجل امرأته بالزّنا فله إسقاط الحدّ باللّعان[٤]، وحد القذف حق للزّوجة فإن لم تطلبه أو أبرأته من قذفها أو أسقطته أو أقام الزّوج البيّنة بزناها ثمّ أراد الزّوج لعانها فإن لم

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٨/٣، جماعة من العلماء: الفتاوى الهندية، ٥١٥/١.
[٢] عليش: منح الجليل، ٣٥٧/٢.
[٣] الرملي: نهاية المحتاج، ١٠٦/٧، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٢/٣.
[٤] المرداوي: الإنصاف، ٢٣٥/٩.

يكن هناك نسب يريد نفيه لم يكن له أن يلاعن، وإن كان هناك ولد يريد نفيه فقال القاضي: له أن يلاعن لنفيه، وقال بعضهم: يحتمل أن لا يشرع اللّعان في هذه الحالة كما لو قذفها فصدّقته[١].

النوع الثاني: جائز، وهو أن يراها تزني، أو تقرّ هي به، أو يخبره بزناها ثقة يصدقه، أو يشيع أمرها بين الناس، ويشاهد من رموها به عندها، وليس مع ذلك كله ولد يلحقه نسبه. فهذا له قذفها وله أن يسكت. ويدلّ لذلك حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن رجلاً من الأنصار سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إن أحدنا إذا رأى مع امرأته رجلاً إن قتله قتلتموه وإن تكلم جلدتموه وإن سكت، سكت على غيظ..[٢] فذكر أنه يتكلم أو يسكت، ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم. ويدلّ لذلك أيضًا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على هلال وعويمر قذفهما حين رأيا[٣]. قال ابن قدامة:(والسكوت في هذه الحالة أحسن؛ لأنه يمكنه فراقها بطلاقها ويكون فيه سترها وستر نفسه، وليس ثم ولد يحتاج إلى نفيه)[٤].

النوع الثالث: مكروه، ويكون في حالة ما إذا رأى أجنبياً يدخل عليها، بحيث يغلب على ظنه أنه زنى بها، فيجوز له أن يلاعنها، لكن لو ترك لكان أولى بالستر، لأنه يمكنه فراقها بالطلاق.

النوع الرابع: محرم، وهو ما عدا ذلك كأن يكذب عليها فيقذف أزواجه والأجانب، أو ما شابه ذلك[٥]؛ فإنه من الكبائر. قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْغَٰفِلَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ لُعِنُوا فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ * يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾[النور:٢٣][٦].

ولا يجوز للرجل أن يشك في زوجته لمجرد الظن، أو لمطلق شكل الولد الذي لا يشبه والده، وهذا ما دحضه النبي صلى الله عليه وسلم في قصة الأعرابي المشهورة التي رواه الصحابي الجليل أبو هريرة رضي الله عنه، قال: (أن أعرابيا أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم. فقال: ثم يا رسول الله. إن امرأتي ولدت غلاماً أسود. وإني أنكرته. فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: هل لك من إبل؟. قال: نعم. قال: ما ألوانها؟. قال: حمرٌ. قال: فهل فيها من أورق؟. قال: نعم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فأنى هو؟. قال: لعله يا رسول الله يكون نزعه عرق له. فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: وهذا لعله يكون نزعه عرق له)[٧].

---

[١] ابن قدامة: المغني، ٤٠٥/٧.
[٢] أخرجه مسلم ١١٣٣/٢ برقم ١٤٩٥
[٣] راجع ما تقدم من المرويات في سبب النزول.
[٤] ابن قدامة: المغني، ١٥٧/١١ .
[٥] العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ٤٤٧/٩.
[٦] ابن قدامة: المغني، ١٥٦/١١. النووي: روضة الطالبين، ٣٣١/٨. العسقلاني: فتح الباري، ٤٤٠/٩.
[٧] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب إذا عرَّض بنفي الولد، ٢٠٣٢/٥ برقم٤٩٩٩، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، اللعان، ١١٣٧/٢. برقم ١٥٠٠. واللفظ لمسلم.

المطلب الثاني

أركان اللّعان وشروطه

أما ركن اللعان: فقد ذهب الحنفيّة إلى أنّه الشّهادات الّتي تجري بين الزّوجين على الوجه المتقدّم في تعريفهم، فتكون ركناً له[١]، لأنّ تحقق اللّعان يتوقّف على تحققها وهي داخلة في تكوينه.

ونصّ ابن جزيٍّ من المالكيّة على أنّ أركان اللّعان أربعة هي: الملاعن، والملاعنة، والسّبب، واللّفظ[٢].

وأما شروط اللعان:

ذهب الفقهاء إجمالاً إلى أنه يشترط لصحة اللعان:

١-أن يكون اللعان عند الحاكم أو من ينوب عنه كالقاضي، لأن النبي صلّى الله عليه وسلم «أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته إليه ولاعن بينهما» ولأنه يمين في دعوى، فلم يصح إلا بأمر الحاكم كاليمين في سائر الدعاوى. وهذا يتطلب رفع الأمر إلى الحاكم من أحد الزوجين، فإن تراضى الزوجان بغير الحاكم بإجراء اللعان بينهما لم يصح ذلك؛ لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد، ومسألة اللعان من المسائل الخطيرة التي قد تحدث بسببها الخلافات الكبيرة، خصوصاً وأن مسألة الأعراض في المجتمع الإسلامي من المسائل الحساسة. فلم يجز بغير الحاكم كالحد.

٢-أن يكون بعد طلب القاضي: بأن يأتي كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه، فإن بادر به قبل أن يلقيه القاضي عليه، لم يصح، كما لو حلف قبل أن يحلفه القاضي.

٣-أن يكون كل من المتلاعنين بالغاً عاقلاً، فلا يصح من الصبي والمجنون، لأنه قول يوجب الفرقة فلم يصح منهما كالطلاق، ولأن كلا منهما ليس أهلا لليمين، فلا يقبل منهما اللعان.

٤- أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً[٣] بين الرّجل والمرأة وقت القذف، فإذا كان الزّواج قائماً بين الرّجل والمرأة وقت القذف وكان الزّواج صحيحاً - دخل الزّوج بالمرأة أو لم يدخل- أقيم اللّعان بينهما لقول اللّه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾[النور:٦]، فالله سبحانه قد خصّ اللّعان بالأزواج، وشرعه للزوج الذي يريد التخلص من زوجته التي ارتكبت الفاحشة، فيدل ذلك على أنّ قيام الزّواج شرط لإجراء اللّعان بين الرّجل والمرأة.

وأما بين الأجانب، أو بين من كانت بينهما علاقة زوجية ثم تفرقا بسبب الطلاق، أوإن كان الزّواج فاسداً وقذف الرّجل المرأة بالزّنا أو نفى نسب ولدها منه فلا يصح اللعان بينهما ولا يثبت. بل يعدّ قذفاً[٤]، ويترتّب ويترتّب على القذف موجبه وهو الحدّ[٥].

---

(١) ابن نجيم:البحر الرائق، ١٢٢/٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٨٥/٢. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٤٧/٣.

(٢) ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢١٠.

(٣) كالمطلقة رجعياً. وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يجوز في عدة الطلاق البائن أيضاً لنفي الولد[ابن جزي: القوانين الفقهية،٢٤٣، ابن رشد: بداية المجتهد، ١١٧/٢. الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٧١١٦/٩]

(٤) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤١/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٨٥/٢. وقال المالكية: ويقع بعد العدة في نفي الحمل إلى أقصى مدة الحمل. ويقع اللعان من الزوجين في النكاح الصحيح والفاسد[الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٧١١٦/٩].

(٥) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٢/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٩٦٣/٢-٩٦٤. الدردير: الشرح الصغير٦٥٧/٢-٦٦٥. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٦٧/٣-٣٧٦. الرملي: نهاية المحتاج، ١١٣/٧. ابن قدامة: المغني، ١٣٨/١١. البهوتي: كشاف القناع، ٣٩٤/٥-٣٩٩. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، ٨٩٣/٨، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ. الحفناوي، محمد إبراهيم، الطلاق، ص٢٥٢.

٥- كما يشترط لوجوب اللّعان أو جوازه أن يكون قذفاً بالزّنا أو نفي الحمل أو النّسب[١]. إذ القاعد الفقهية تنص على أن: **الحكم يثبت بالسبب**، وسبب اللعان هو القذف أو نفي الحمل. وعملاً بالقاعدة الفقهية: **كل موضع سقط فيه الحد، ولا نسب فيه ينفى، فلا يشرع اللعان**[٢].

هذه أهم الشروط التي اتفق عليها الفقهاء، ولكن قد أضاف فقهاء المذاهب شروطاً أخرى ليست ما تقدم، إليك تفصيلها:

شروط اللّعان عند الحنفيّة:

يشترط في اللّعان عند الحنفيّة شروطاً أخرى، بعضها يرجع إلى الرّجل، وبعضها يرجع إلى المرأة، وبعضها يرجع إلى الرّجل والمرأة معاً، وتفصيل ذلك فيما يلي:

أ - ما يرجع من الشروط إلى الزّوج:

يشترط في الزّوج لإجراء اللّعان بينه وبين زوجته ألا يقيم البيّنة على صحّة قذفه، وذلك لأنّ اللّه تعالى شرط في اللّعان عدم إقامة البيّنة من الزّوج القاذف لزوجته في قوله جلّ شأنه: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾[النور:٦]، والآية تدل على أن اللعان إنما جعل عوضاً عن الشهود، وعلى هذا لو اتّهم رجل زوجته بالزّنا، وأتى بأربعة رجالٍ عدولٍ وشهدوا بزنا الزّوجة لا يثبت اللّعان، ويقام على المرأة حد الزّنا، لأنّ زنا الزّوجة قد ظهر بشهادة الشهود فلا يحتاج إلى اللّعان[٣].

ب - ما يرجع من الشروط إلى الزّوجة:

يشترط في الزّوجة لإجراء اللّعان شرطان:

الأوّل: إنكار الزّوجة وجود الزّنا منها حتّى لو أقرّت بذلك لا يجب اللّعان، ويلزمها حد الزّنا لظهور زناها بإقرارها.

الثّاني: عفّة الزّوجة من الزّنا فإن لم تكن عفيفةً لا يجب اللّعان بقذفها، لأنّه إذا لم تكن عفيفةً فقد صدّقته بفعلها، فصار كما لو صدّقته بقولها[٤].

ومن الشروط الّتي ترجع إلى المرأة أيضاً: أن تطلب من القاضي إجراء اللّعان إذا قذفها زوجها بالزّنا أو نفى نسب الولد منه، وإن لم تطلب من القاضي إجراء اللّعان بينها وبين زوجها لا يقام اللّعان بينهما، وذلك لأنّ اللّعان شرع لدفع العار عن الزّوجة فكان حقاً لها فلا يقام إلا بطلب منها كسائر حقوقها[٥].

ج - ما يرجع من الشروط إلى الرّجل والمرأة:

ويشترط -عند الحنفية- كذلك في الرّجل والمرأة أن يكونا من أهل الشّهادة على المسلم، وذلك بأن يكون كل من الزّوجين مسلماً بالغاً عاقلاً حراً قادراً على النطق غير محدودٍ في قذفٍ، وعلى هذا لو كان الزّوج

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٣/٣.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٤٩/٨، القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير- كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٧١.

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٠/٣، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٩٦٣/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨١/٣.

[٤] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٦٧/٢. الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٤٠/٣.

[٥] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٥٠/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٩٦٦/٢.

مسلماً والزّوجة كتابيّةً لا يقام اللّعان بينهما[1]، أو كان أحدهما أخرس لا يقام اللّعان بينهما، وإن كانت له إشارة مفهومة[2].

قال المرغينانيّ: إذا كان الزّوج عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذفٍ فقذف امرأته فعليه الحد لأنّه تعذّر اللّعان لمعنىً من جهته فيصار إلى الموجب الأصليّ وهو الثّابت بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾[النور:٤]، واللّعان خلف عنه.

وحجتهم في ذلك: ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أربعة ليس بينهم لعان ليس بين الحر والأمة لعان وليس بين الحرة والعبد لعان وليس بين المسلم واليهودية لعان وليس بين المسلم والنصرانية لعان)[3].

وبناء عليه؛ إن كان الزّوج من أهل الشّهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذفٍ، أو كانت ممّن لا يحدّ قاذفها بأن كانت صبيّةً أو مجنونةً أو زانيةً فلا حدّ عليه ولا لعان، لانعدام أهليّة الشّهادة وعدم الإحصان في جانبها وامتناع اللّعان لمعنىً من جهتها، فيسقط الحد كما إذا صدّقته[4].

ويشترط كذلك لفظ الشّهادة وحضرة الحاكم[5].

شروط اللّعان عند المالكية:

يشترط لإجراء اللّعان عند المالكية ما يلي:

أوّلاً: قيام الزّوجيّة وأن يكون الزّوجان عاقلين بالغين، سواء كانا حرّين أو مملوكين، عدلين أو فاسقين، ويشترط الإسلام في الزّوج لا في الزوجة، فإن الذمية تلاعن لرفع العار عنها[6].

ثانياً: تعجيل اللّعان بعد العلم لنفي الحمل أو الولد.

ثالثاً: عدم الوطء بعد القذف.

رابعاً: لفظ: أشهد في الأربع، واللّعن من الزّوج في الخامسة، والغضب من الزّوجة في الخامسة.

خامساً: بدء الزّوج بالحلف، فإن بدأت الزّوجة أعادت بعده.

سادساً: حضور جماعةٍ للّعان أقلها أربعة من العدول[7].

شروط اللّعان عند الشافعية:

ويشترط لإجراء اللّعان عند الشافعية ما يلي:

---

[1] وانظر القاعدة الفقهية التي سبق شرحها: الكفار؛ هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟

[2] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤١/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٩٦٣/٢-٩٦٤.

[3] الدارقطني: السنن، ١٦٢/٣ برقم ٢٣٩. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب اللعان ، باب من يلاعن من الأزواج ومن لا يلاعن ، ٣٩٦/٧. برقم ١٥٠٧٦، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وورد بلفظ آخر برقم ١٥٠٧٨: أربع لا لعان بينهن وبين أزواجهن اليهودية والنصرانية تحت المسلم والحرة تحت العبد والأمة عند الحر والنصرانية عند النصراني، وانظر أحاديث الباب في السنن الكبرى للبيهقي من رقم ١٥٠٧٤ إلى رقم ١٥٠٨١.

[4] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٥١/٣-٢٥٢.

[5] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٢/٣.

[6] حاشية الدسوقي، ٤٥٩/٢. ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢٤٣. وانظر القاعدة الفقهية التي سبق شرحها: الكفار؛ هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟

[7] ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٤١. الدردير: الشرح الصغير،٦٥٧/٢-٦٦٥.

أوّلاً: أن يكون الملاعن زوجاً يصح طلاقه وأهليّته لليمين، لأنّ اللّعان يمين مؤكّدة بلفظ الشّهادة، وذلك بأن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً، ويكفي أن يكون زوجاً باعتبار ما كان أو في الصورة، وينطبق ذلك على الحرّ والعبد والمسلم والذّمّيّ والرّشيد والسّفيه والسّكران والمحدود والمطلّق رجعياً وغيرهم.

ثانياً: أن يسبق اللّعان قذف للزّوجة.

ثالثاً: أن يأمر القاضي أو نائبه باللّعان.

رابعاً: أن يلقّن القاضي أو نائبه كلمات اللّعان للمتلاعنين.

خامساً: أن يكون اللّعان بألفاظ الشّهادات الّتي جاء بها الشّرع.

سادساً: أن يتمّ المتلاعنان شهادات اللّعان.

سابعاً: الموالاة بين كلمات اللّعان.

ثامناً: أن يتأخّر لعان الزّوجة عن لعان الزّوج[1].

شروط اللّعان عند الحنابلة:

ويشترط لإجراء اللّعان عند الحنابلة ما يلي:

أحدها: كون اللّعان بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين أو ذمّيّين حرّين أو رقيقين عدلين أو فاسقين أو محدودين في قذفٍ أو كان أحدهما كذلك.

الثّاني: أن يقذفها بالزّنا في القبل أو الدبر سواء في ذلك الأعمى والبصير.

الثّالث: أن تكذّبه الزّوجة في قذفه إيّاها ويستمر تكذيبها إلى انقضاء اللّعان[2].

فرع: لغة اللعان.

يصح اللعان عند الجمهور غير الحنابلة بالعربية وبالعجمية (هي ما عدا العربية من اللغات)؛ لأن اللعان يمين أو شهادة، وهما في اللغات سواء، ويراعي الأعجمي الملاعن ترجمة الشهادة واللعن والغضب[3].

وقال الحنابلة[4] إذا كان الزوجان يعرفان العربية، لم يجز أن يلتعنا بغيرها؛ لأن اللعان ورد في القرآن بلفظ العربية.

---

[1] النووي: روضة الطالبين، ٣٣٤/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٦٧/٣-٣٧٦. الرملي: نهاية المحتاج، ١١٣/٧.

[2] البهوتي: كشاف القناع، ٣٩٤/٥-٣٩٩. التغلبي: نيل المآرب، ٢٦٦/٢-٢٦٧.

[3] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٧٦/٣، الشيرازي: المهذب، ١٢٤/٢.

[4] ابن قدامة: المغني، ٤٣٨/٧.

المبحث الثالث

تكييف اللعان أو ماهيته

هل ألفاظ اللعان شهادات أم أيمان؟

تبين مما سبق في بحث شروط اللعان أن الحنفية قالوا: إنما يجوز اللعان لمن كان من أهل الشهادة، فلا لعان إلا بين مسلمين حرين عدلين، وتشترط في المتلاعنين: الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والنطق وعدم الحد في القذف.

وقال الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة في المذهب والظاهرية): لا يشترط الإسلام والعدالة لدى الزوجين المتلاعنين[1]، فيصح اللعان من كل زوجين مكلفين، سواء أكانا مسلمين أم ذميين عدلين أو فاسقين. حرّين أو مملوكين، وسواء أكانا محدودين في قذف أم كان أحدهما بتلك الصفة.

جاء في بداية المجتهد: (ويجوز من زوجين مسلمين أو مسلم وذمية)[2].

وجاء في الإنصاف: (يشترط أن يكون _أي اللعان– بين زوجين عاقلين سواء كانا مسلمين أو ذميين أو فاسقين أو كان أحدهما كذلك، وهو المذهب وعليه جماهير الاصحاب)[3].

وجاء في المحلى: (اللعان بين زوجين مسلمين أم كتابيين سواء محدوداً في قذف أو زناً او لا)[4].

وسبب الخلاف في محدود القذف والأخرس والكافر أو الإسلام والعدالة هو: هل ألفاظ اللعان شهادات أو أيمان؟ للفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول:

وهو للحنفية وأحمد في رواية والزهري والثوري والأوزاعي[5]: أن اللعان شهادات مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن وبالغضب، وإنه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف، وفي جانب الزوجة قائم مقام حد الزنا.

واستدلوا على ذلك من القرآن والسنة والمعقول:

أما القرآن: فقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[النور:٦]، ثم زاد سبحانه وتعالى هذا بيانا فقال: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾[النور:٨].

ووجه الدلالة:

١–أن الله سبحانه وتعالى قد سمى الأزواج شهداء، وسمى اللعان شهادة في النص: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾ [النور:٦] وجعل عددها كعدد شهادات الزنا.

---

[1] ولكن الراجح لدى المالكية كما سبق: أنه يشترط إسلام الزوج فقط دون المرأة [حاشية الدسوقي، ٤٥٩/٢. القوانين الفقهية، ص ٢٤٣].

[2] ابن رشد: بداية المجتهد، ٧١/٢.

[3] المرداوي: الإنصاف، ٢٤٢/٩

[4] ابن حزم: المحلى، ١٤٣/١٠.

[5] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤١/٣ وما بعدها، الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٧٥/٣، ٧٨.

٢-وأنه سبحانه وتعالى استثنى (أنفسهم) من الشهداء، وهذا استثناء متصل قطعاً ولهذا جاء مرفوعاً، فدل على أن اللعان شهادة من كل من الزوجين.

٣-وأنه سبحانه وتعالى قد جعل اللعان بدلاً من الشهود وقائماً مقامهم عند عدمهم.

وإذا كان اللعان شهادة، فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة على المسلم.

وأما السنة: فظاهر أحاديث اللعان، حيث صرحت بلفظ الشهادة.

وأما المعقول:

١-**إن القاعدة الكلية في الدعاوى: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه**، والزوج ههنا مدع فلعانه شهادة، ولو كان يميناً لم تشرع ألفاظ اللعان في جانبه.

وقد نوقش هذا: أن القسامة تبدأ بأيمان المدعين، وكذلك هنا في جانب الزوج أقوى من جانبها لأنه لا غرض له في هتك عرضها وإفساد فراشه.

٢-قالوا: لو كانت يمينًا ما رددت، والحكمة من ترديدها قيامها في الأعداد مقام الشهود في الزنا[١].

القول الثاني:

وقال الجمهور: سميت ألفاظ اللعان شهادات، وهي في الحقيقة أيمان[٢].

واستدلوا على ذلك بالقرآن والسنة والمعقول:

أما القرآن: فعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾[النور:٦]، فإنه عام يدخل فيه كل زوجين.

وأما السنة:

١-ما رواه أبو داود وأحمد من قوله صلّى الله عليه وسلم في قصة لعان هلال بن أمية: (لولا الأيمان لكان لي ولها شأن)[٣].

ووجه الدلالة: أن النبي عليه الصلاة والسلام قد سماها أيماناً. وقد ردّ الحنفية هذه الرواية، برواية البخاري التي أسلفنا ذكرها: (لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن)[٤].

٢- ما رواه الحاكم والبيهقي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهلال: (احلف بالله الذي لا إله إلا هو إني لصادق)[٥].

٣- إمام المحدثين الإمام البخاري ترجم للباب بقوله: (باب إحلاف الملاعن)[٦].

وأما المعقول:

١-فلأنه لا بد في اللعان من ذكر اسم الله تعالى وذكر جواب القسم، ولو كان شهادة لما احتاج إليه.

---

[١] الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، ٢٠٤/٢.

[٢] ابن رشد: بداية المجتهد، ١١٨/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٧٤/٣، ابن قدامة: المغني، ٣٩٢/٧ وما بعدها.

[٣] أبو داود: السنن، باب في اللعان، ٢٢٧/٢ برقم ٢٢٥٦. والإمام أحمد في مسنده واللفظ له ٢٣٨/١. برقم ٢١٣١.

[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير، باب ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، ١٧٧٢/٤ برقم ٤٤٧٠.

[٥] الحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٢٢٠/٢ برقم٢٨١٣، وقال: حديث صحيح عل شرط البخاري. البيهقي: السنن الكبرى، باب من يلاعن من الأزواج ومن لا يلاعن، ٣٩٥/٧ برقم ١٥٠٧١.

[٦] البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، باب احلاف الملاعن، ٢٠٣٢/٥.

٢- ولأنه لو كان اللعان شهادة لما استوى فيه الذكر والأنثى، لأن شهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل، ولوجب أن تشهد المرأة ثمان مرات، ولكن كما هو واضح من آيات اللعان أن الرجل والمرأة سواء.

٣-ولأنه يجب تكراره أربعاً، والمعهود في الشهادة عدم التكرار وإنما تكفي لمرة واحدة، أما اليمين فتتكرر كما في أيمان القسامة، وإنما كررت لأنها أيمان فتأتي على سبيل التغليظ.

٤-ولأن اللعان يكون من الطرفين، والشهادة لا تكون إلا من طرف واحد وهو المدعي.

٥- لا تقبل شهادة الإنسان لنفسه، لوجود المحاباة، وفي اللعان يدرأ الرجل الحد عن نفسه بألفاظ اللعان والمرأة كذلك.

٦-ولأن حاجة الزوج الذي لا تصح منه الشهادة إلى اللعان ونفي الولد كحاجة من تصح شهادته، سواء بسواء، والشريعة لا ترفع الضرر عن أحد النوعين بمشروعية اللعان له، وتدع النوع الآخر يقع في الضرر ولا مخرج له فيه فاقتضى ذلك أن تعتبر ألفاظ اللعان أيماناً[١].

٧-ولأنهم أجمعوا على جواز لعان الأعمى، ولو كان شهادة لما جاز لعانه.

وبناء على هذا كله؛ إذا كان اللعان يميناً، فلا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة، وتفرع عن الخلاف اختلافهم في الأخرس، فقال الجمهور: يلاعن الأخرس إذا فهم عنه. وقال الحنفية: لا يلاعن؛ لأنه ليس من أهل الشهادة.

وقد ردّ الجمهور على دليل الحنفية بما يلي:

١-أما تسمية اللعان شهادة، فلقول الملاعن في يمينه: (أشهد بالله) فسمي اللعان شهادة وإن كان يميناً، إذ قد يعبر عن الشهادة باليمين كما في قوله تعالى: ﴿إِذَا جَاءَكَ ٱلْمُنَٰفِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ﴾[المنافقون:١] ثم قال: ﴿ٱتَّخَذُوا أَيْمَٰنَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون:٢]؛ ولفظ الشهادة وحده يدل عليها، ولكن إذا اقترنت الشهادة في لغة العرب باسم الله صارت يميناً، وهذا معروف عند العرب.

فلو قال: أشهد بالله، انعقدت يمينه بذلك سواء نوى اليمين أو أطلق[٢].

٢-إن كلمة (إلا) ههنا صفة بمعنى غير، والمعنى: ولم يكن لهم شهداء غير أنفسهم، فإن كلمة غير وإلا يستعملان في الوصف والاستثناء، فيستثنى بغير حملاً على إلا. ويوصف بإلا حملاً على غير.

٣-إن كلمة (أنفسهم) يجوز أن تكون استثناء منقطعاً على لغة بني تميم، فإنهم يبدلون في الانقطاع كما يبدل أهل الحجاز وهم في الاتصال.

٤-أنه استثنى أنفسهم من الشهداء لأنه اعتبر وجودهم مكان الشهداء، وهذا يؤيد الجمهور في أنه إذا امتنعت عن اللعان أقيم عليها حد الزنا.

والراجح -والله أعلم- رأي الجمهور لقوة أدلتهم من السنة والمعقول، ولأن اللعان شرع للحاجة، والحاجة تتسع لأناس ولو لم يكونوا أهلاً للشهادة[٣].

---

[١] المباركفوري: تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي، ٣٢٥/٤. العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ٤٤٥/٩. القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، ١٠٤/١١. السرطاوي، محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط١، ١٤١٧هـ. ص٤٩٣ وما بعدها.

[٢] العرب تعدّ ذلك يميناً في لغتها، قال قيس: وأشهد عند الله أني أحبها فهذا لها عندي فما عندها لي.

[٣] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٧١١٦/٩، الحفناوي، الدكتور محمد إبراهيم، الطلاق، ٢٦١ وما بعدها.

المبحث الرابع
كيفية اللعان وصفته وألفاظه

المطلب الأول
كيفية اللعان وصفته وألفاظه

اللّعان إمّا أن يكون لدرء حدّ قذف الزّوج زوجته فقط، أو يكون مع ذلك لنفي الولد، أو يكون لنفي الولد فقط.

وقد اتفق أهل العلم بشكل متقارب على كيفية اللعان في تلك الحالات على النحو التالي[1]:

الحالة الأولى: إذا كان اللّعان لدرء حدّ القذف فقط، يقيم القاضي المتلاعنين بين يديه متماثلين، فيأمر الزّوج أوّلاً أن يقول أربع مرّاتٍ: أشهد باللّه أنّي لمن الصّادقين فيما رميتها به من الزّنا، ويشير إليها إن حضرت[2]، ويسمّيها ويرفع نسبها أو يذكر وصفها بما يميّزها إن غابت، ويقول في الخامسة: لعنة اللّه عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزّنا، ثمّ يأمر المرأة أن تقول أربع مرّاتٍ: أشهد باللّه بأنّه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزّنا، وتقول في الخامسة: غضب اللّه عليها إن كان من الصّادقين فيما رماني به من الزّنا.

الحالة الثانية: وإن كان اللّعان لدرء الحدّ ونفي الولد فإنّه يشهد أربع شهاداتٍ باللّه، فيأمره القاضي أن يقول في كلٍّ منها: أشهد باللّه إنّي لمن الصّادقين فيما رميت به زوجتي هذه إن حضرت – أو زوجتي فلانةً – ويسمّيها ويرفع نسبها أو يذكر وصفها بما يميّزها إن غابت – من الزّنا، وأنّ الولد الّذي ولدته – إن غاب –أو هذا الولد–إن حضر– من زناً وليس منّي، ويقول في الخامسة: وعليّ لعنة اللّه إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزّنا ومن نفي الولد. ثمّ يأمر القاضي المرأة أن تقول أربع مرّاتٍ: أشهد باللّه بأنّه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزّنا ونفي ولدي، وتقول في الخامسة: غضب اللّه عليها إن كان من الصّادقين فيما رماني به من الزّنا ونفي ولدي.

وقال الشافعية: لا تحتاج إلى ذكر الولد لأنّه لا يتعلّق به في لعانها حكم[3].

الحالة الثالثة: وإن كان اللّعان لنفي ولدٍ وليس لدرء حدٍّ، فيقول أربع مرّاتٍ: أشهد باللّه إنّي لمن الصّادقين فيما رميت به زوجتي هذه – إن حضرت – أو زوجتي فلانةً بنت فلانٍ – ويسمّيها ويرفع نسبها أو يذكر صفتها بما يميّزها إن غابت – من إصابة غيري لها على فراشي وأنّ الولد منه لا منّي، ويقول في الخامسة: وعليّ لعنة اللّه إن كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتي من نفي الولد، ثمّ يأمر القاضي المرأة

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٧/٣. الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٧٦/٣، ابن عابدين: رد المحتار، ٨١٠/٢، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، ٤٦٥/٢. الدردير: الشرح الصغير، ٦٦٤/٢-٦٦٥، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٤٤، ابن رشد: بداية المجتهد، ١١٨/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٧٤/٣، الشيرازي: المهذب، ١٢٦/٢، البهوتي: كشاف القناع، ٣٩١/٥. المقدسي: غاية المنتهى، ١٩٩/٣، ابن قدامة: المغني، ٤١٧/٧.

(2) والقواعد الفقهية تقول: الإشارة أبلغ أسباب التعريف، والإشارة تسقط اعتبار الصفة والتسمية، والإشارة في التعيين أقوى من الإضافة[السرخسي: المبسوط ٤٣/٧. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٣٩٨/١. السيوطي: الأشباه والنظائر ٣١٤ ابن الوكيل: الأشباه والنظائر ق١ ص٣١٥ الزركشي: المنثور في القواعد، ١٦٧/١]

(3) الرملي: نهاية المحتاج، ١٠٧/٧-١٠٩. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٧٤/٣.

أن تقول أربع مرّاتٍ: أشهد باللّه بأنّه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزّنا ونفي ولدي، وتقول في الخامسة: غضب اللّه عليها إن كان من الصّادقين فيما رماني به من الزّنا ونفي ولدي.

وقال الشافعية: لا تلاعن المرأة في الحالة، إذ لا حدّ عليها بلعان الزّجل[1].

واشترط المالكيّة أن يضيف لفظ الرؤيا إن كان المقذوف به هو الزّنا، فيقول الزّوج أربع مرّاتٍ: أشهد باللّه لرأيتها تزني إذا كان بصيراً، فإن كان أعمى يقول: لعلمتها تزني أو لتيقّنتها تزني، ثمّ يقول في الخامسة: لعنة اللّه عليه إن كان من الكاذبين عليها، وتقول الزّوجة أربع مرّاتٍ: أشهد باللّه ما زنيت أو ما رآني أزني، وتخمّس: غضب اللّه عليها إن كان من الصّادقين فيما رماني به[2].

وقد خصّ الغضب بالمرأة وهو أشد من اللعن[3] في جانب المرأة؛ لأنّ جريمة زناها الّتي لاعنت لإسقاط حدّه أقبح من جريمة قذفه، والغضب وهو الانتقام بالعذاب أغلظ من اللّعن الّذي هو البعد عن الرّحمة[4]. ولأن النساء يتجاسرن باللعن، فإنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيراً، كما ورد في الحديث، فاختير الغضب لتتقي ولا تقدم عليه[5]، وإنما وجب البدء بالرجل في اللعان؛ لأنه المدعي، وفي الدعاوى يبدأ بالمدعي.

وقد اتفق السادة الفقهاء على أنه لا يثبت شيء من أحكام اللّعان إلا إذا تمّت الكلمات الخمس، ولو حكم حاكم بالفرقة بأكثر كلمات اللّعان لم ينفذ حكمه، لأنّ حكمه غير جائزٍ بالإجماع، فلا ينفذ كسائر الأحكام الباطلة.

ولو قال بدل كلمة الشّهادة: أحلف باللّه، أو أقسم، أو أولي باللّه إنّي لمن الصّادقين، أو قال: باللّه إنّي لمن الصّادقين من غير زيادةٍ، أو أبدل لفظ اللّعن بالإبعاد، أو لفظ الغضب بالسّخط، أو الغضب باللّعن أو عكسه، لم يصحّ على الأصحّ في جميع ذلك، وقيل: لا يصح قطعاً في إبدال الغضب باللّعن، ولا في الاقتصار على: باللّه إنّي لمن الصّادقين، ويشترط تأخير لفظتي اللّعن والغضب عن الكلمات الأربع على الأصحّ، ويشترط الموالاة بين الكلمات الخمس على الأصحّ، فيؤثّر الفصل الطّويل.

ويشترط في لعان الزّجل والمرأة أن يأمر الحاكم به، فيقول للملاعن: قل: أشهد باللّه إنّي لمن الصّادقين.. إلى آخرها.

واختلف أهل العلم فيما لو بدأ القاضي بلعان المرأة قبل الرجل:

فذهب الجمهور (الشّافعيّة والحنابلة والمالكيّة في القول الصّحيح): لو بدأ القاضي بلعان المرأة لا يعتد به، وعليه أن يعيد لعانها بعد لعان الزّجل، لأنّه أتى باللّعان على غير ما ورد به القرآن والسنّة فلا يكون صحيحاً، كما لو اقتصر على لفظةٍ واحدةٍ، ولأنّ لعان الزّجل لإثبات زنا المرأة ونفي ولدها، ولعان المرأة للإنكار، فقدّمت بيّنة الإثبات كتقديم الشهود على الأيمان، ولأنّ لعان المرأة لدرء العذاب عنها، ولا يتوجّه

---

(1) الرملي: نهاية المحتاج، ١٠٧/٧-١٠٩. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٧٤/٣.

(2) الدسوقي: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، ٤٦٥/٢. الدردير: الشرح الصغير، ٦٦٤/٢-٦٦٥.

(3) الغضب: هو السخط وإنزال العذاب بالمغضوب عليه. [الفيومي: المصباح المنير، مادة "غضب"].

(4) الرملي: نهاية المحتاج، ١٠٧/٧-١٠٩. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٧٤/٣.

(5) الحفناوي، الدكتور محمد إبراهيم، الطلاق، ٢٥٨، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، ط٢، ٢٠٠٥م.

عليها العذاب إلا بلعان الرّجل، فإذا قدّم لعانها على لعانه كان تقديماً له على وقته فلا يكون صحيحاً كما لو قدّم على القذف[1].

وذهب الحنفيّة[2]، والمالكيّة في أحد القولين[3]: أنّ وجوب البداءة بشهادة الرّجل في اللّعان لأنّه المدّعي، وفي الدّعاوى يبدأ بشهادة المدّعي، فلو حصل العكس وقدّم القاضي المرأة في اللّعان على الرّجل فقد أخطأ، وينبغي له أن يعيد لعان المرأة بعد الرّجل حتّى يقع اللّعان على التّرتيب الوارد في القرآن والسنّة.

فإن لم يعد القاضي لعان المرأة وفرّق بين الزّوجين نفذ قضاؤُه بالفرقة لأنّه قضاء في محلٍّ مجتهدٍ فيه، والقضاء إذا صدر في محلٍّ مجتهدٍ فيه يكون نافذاً.

المطلب الثاني

ما يثبت به اللعان عند القاضي

يثبت اللّعان عند القاضي بواحد من أمرين:

الأمر الأوّل: الإقرار بالقذف من الزّوج أمام القاضي، فإذا قذف الرّجل زوجته بالزّنا فرفعت الزّوجة الأمر إلى القاضي، وطالبت باللّعان بينها وبين زوجها، وأقرّ الزّوج أنّه رماها بالزّنا حكم القاضي بإجراء اللّعان بينهما، متى توافرت شرائط وجوبه.

الأمر الثّاني: البيّنة، وذلك إذا ادّعت المرأة أنّ زوجها اتّهمها بالزّنا، وأنكر الزّوج ذلك فأقامت الزّوجة البيّنة على ما ادّعته، ففي هذه الحالة يحكم القاضي بإجراء اللّعان بينها وبين زوجها بناءً على ما شهدت به البيّنة.

والبيّنة الّتي يتثبّت القذف بها شهادة رجلين، ولا يقبل في إثبات القذف شهادة النّساء، لأنّ اللّعان قائم مقام حدّ القذف في حقّ الرّجل، وقائم مقام حدّ الزّنا في حقّ المرأة، وأسباب الحدود لا تثبت بشهادة النّساء، وذلك لوجود الشبهة في شهادتهنّ، والحدود تدرأ بالشبهات.

وعلى هذا فلو ادّعت المرأة أنّ زوجها رماها بالزّنا وأنكر الزّوج ما ادّعته زوجته، ولم تستطع الزّوجة إثبات ما ادّعته بالبيّنة فلا توجّه اليمين إلى الزّوج، ولا يجب الحد بامتناعه عن الحلف، وذلك لأنّ فائدة توجيه اليمين هي القضاء على من يوجّه إليه إذا نكل عن الحلف، والنكول ليس إقراراً صريحاً، وإنّما هو إقرار في المعنى، والإقرار في المعنى تكون فيه شبهة، والشبهة يندرئ الحد بها[4].

---

(1) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٧٦/٣. ابن قدامة: المغني، ٤١٧/٧. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ٤٦٥/٢.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٧/٣-٢٣٨. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٩٩٧/٢.

(3) الدسوقي: الشرح الكبير، ٤٦٥/٢.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٣/٣. ابن عابدين: رد المحتار، ٩٠٧/٢. ابن قدامة: المغني، ٤٠٨/٧. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٦٩/٣.

المطلب الثالث

مندوبات اللعان

اتفق الفقهاء على أمور مندوبة تكون عند اللعان منها[١]:

١-يستحب للحاكم عند الملاعنة أن يذكرهما ويخوفهما من عقاب الله، ويقرأ عليهما: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمْ فِى ٱلْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ الآية[آل عمران:٧٧]. وقد قال رسول اللّه صلى الله عليه وسلم لهلال: (عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة)[٢].

ويقول لهما: قال رسول اللّه صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين: (اللّه يعلم أنّ أحدكما كاذب، فهل منكما تائب)[٣].

٢-كما ويستحب أن يوكل الحاكم أحد الناس أن يضع يده على فم الرجل، ويقول عند الخامسة إنها موجبة، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم.

وقد وقع في رواية عند مسلم، أن النبي صلى الله عليه وسلم، لما جاءت المرأة الملاعنة، قال لها: مه، فأبت، فلعنت[٤].

٣- ويسن للمتلاعنين أن يتلاعنا قائمين ليراهما النّاس ويشتهر أمرهما، فيقوم الرّجل عند لعانه والمرأة جالسةً، وتقوم المرأة عند لعانها ويجلس الرّجل، وإن كان أحدهما لا يقدر على القيام لاعن قاعداً أو مضّجعاً[٥].

٤- ويستحب اللّعان بحضور جمعٍ من عدولٍ أعيان بلد اللّعان وصلحائه فإنّ ذلك أعظم ولأنّ فيه ردعاً عن الكذب، وأقله أربعة لثبوت الزّنا بهم، وأوجبه المالكية[٦].

واختلف الفقهاء في تغليظ اللعان بالمكان والزمان إلى قولين:

القول الأول:

لا يغلظ اللعان في مذهب الحنفية والقاضي أبي يعلى من الحنابلة، بمكان ولا زمان؛ لأن الله تعالى أطلق الأمر به، ولم يقيده بزمن ولا مكان، فلا يجوز تقييده إلا بدليل، ولأن النبي صلّى الله عليه وسلم أمر الرجل بإحضار امرأته، ولم يخصه بزمن، ولو خصه به لنقل ولم يهمل[٧].

---

(١) الحطاب: مواهب الجليل مع هامشه التاج والإكليل للمواق، ١٣٧/٤. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ٤٦٤/٢. الدردير: الشرح الصغير، ٤٦٤/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٧٦/٣-٣٧٨. النووي: روضة الطالبين، ٣٥٤/٨-٣٥٦. المرداوي: الإنصاف، ٢٣٩/٩-٢٤٠. ابن قدامة: المغني، ٤٣٤/٧-٤٣٧. البهوتي: كشاف القناع، ٣٩٣/٥.

(٢) رواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان ١١٣٠/٢ برقم ١٤٩٣.

(٣) رواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، ١١٣٢/٢ برقم ١٤٩٣. من حديث ابن عمر.

(٤) رواه مسلم في صحيح، كتاب اللعان، ١١٣٣/٢، برقم ١٤٩٥.

(٥) الحطاب: مواهب الجليل مع هامشه التاج والإكليل للمواق، ١٣٧/٤. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ٤٦٤/٢. الدردير: الشرح الصغير، ٤٦٤/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٧٦/٣-٣٧٨. النووي: روضة الطالبين، ٣٥٤/٨-٣٥٦. المرداوي: الإنصاف، ٢٣٩/٩-٢٤٠. ابن قدامة: المغني، ٤٣٤/٧-٤٣٧. البهوتي: كشاف القناع، ٣٩٣/٥.

(٦) المراجع السابقة.

(٧) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٧/٣-٢٣٨. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٩٩٧/٢. ابن قدامة: المغني، ٤٣٤/٧-٤٣٧.

القول الثاني:

يغلظ اللعان في الزمان والمكان في مذهب المالكية والشافعية، والحنابلة على الراجح[١]، بأن يكون بعد صلاة، لما فيه من الردع والرهبة، أو بعد صلاة العصر؛ لأنها الصلاة الوسطى على الراجح، أو بعد صلاة عصر الجمعة؛ لأن ساعة الإجابة فيه[٢]، ولأن اليمين الفاجرة بعد العصر أغلظ عقوبة، لقوله صلّى الله عليه وسلم: «ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم، ولا يزكّيهم، ولهم عذاب أليم، وعدَّ منهم: رجلاً ساوم رجلاً بسلعة بعد العصر فحلف بالله لقد أعطى بها كذا وكذا فأخذها)[٣].

ويكون لعان المسلم في المسجد؛ لأنه أشرف الأماكن، وأوجبه المالكية فيه؛ لأن فيه تأثيراً في الزجر عن اليمين الفاجرة.

وأشرف الأماكن في مكة: بين الركن الذي فيه الحجر الأسود وبين مقام إبراهيم صلّى الله عليه وسلم، ويسمى ما بينهما بالحطيم، وفي المدينة: عند المنبر مما يلي القبر الشريف، لقوله صلّى الله عليه وسلم: «من حلف على منبري هذا يميناً آثمة، تبوأ مقعده من النار»[٤] وقوله صلى الله عليه وسلم: (لا يحلف عبد عبد ولا أمة عند هذا المنبر على يمين آثمة ولو على سواك رطب إلا وجبت له النار)[٥].

واللعان في بيت المقدس في المسجد عند الصخرة المشرفة؛ لأنها أشرف بِقاعه؛ لأنها قبلة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، وعند ابن حبان: «أنها من الجنة».

واللعان في غير المساجد الثلاثة يكون عند منبر الجامع؛ لأنه المعظم منه.

وتلاعن امرأة حائض أو نفساء أو متحيرة مسلمة عند باب المسجد الجامع.

ويلاعن ذمي أو كتابي في بِيعة (وهي معبد النصارى) وفي كنيسة (وهي معبد اليهود)[٦]؛ لأن معابدهم كالمساجد عندنا، ويلاعن مجوسي في بيت نار، لأنهم يعظمونه، والمقصود الزجر عن الكذب، فيحضره القاضي رعاية لاعتقادهم لشبهة الكتاب التي يدعونها. ولا يلاعن في بيت أصنام وثني؛ لأنه لا حرمة له، واعتقادهم فيه غير شرعي.

---

[١] المراجع السابقة.

[٢] وروى مسلم في صحيحه: أنها من مجلس الإمام على المنبر إلى أن تنقضي الصلاة، ١٠٣/١. وصوبه النووي.

[٣] رواه البخاري في صحيحه، في كتاب الشهادات، باب اليمين بعد العصر، ٩٥٠/٢ برقم ٢٥٢٧. وفي كتاب المساقاة، باب من رأى أن أن صاحب الحوض والقربة أحق بمائه، ٨٣٤/٢ برقم ٢٢٤٠. وفي كتاب الأحكام، باب من بايع رجلاً لا يبايعه إلا للدنيا، ٢٦٣٦/٦ برقم ٦٧٨٦. وفي كتاب التوحيد، باب قول الله تعالى وجوه يومئذ ناضرة إلى ربها ناظرة، ٢٧١٠/٦ برقم ٧٠٠٨. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان، باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار والمن بالعطية وتنفيق السلعة بالحلف وبيان الثلاثة الذين لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم، ١٠٢/١ برقم ١٠٦. وبرقم ١٠٨.

[٤] ابن حبان: الصحيح، كتاب الأيمان، ذكر إيجاب دخول النار للحالف على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم كذبا، ٢١٠/١٠ برقم ٤٣٦٨. النسائي: السنن الكبرى، رد اليمين، ٤٩١/٣ برقم ٦٠١٨.

[٥] ابن ماجه: السنن، كتاب الأحكام، باب اليمين ثم مقاطع الحقوق، ٧٧٩/٢ برقم ٢٣٢٦. وأحمد في مسنده، ٣٢٩/٢ برقم ٨٣٤٤. و٥١٨/٢ برقم ١٠٧٢٢. والطبراني: المعجم الأوسط، ٧٧/٨ برقم ٨٠١٤. والحاكم: المستدرك على الصحيحين، كتاب الأيمان والنذور، ٣٣٠/٤ برقم ٧٨١٢. وقال هذا صحيح على شرط الشيخين.

[٦] وتسمى البيعة أيضاً كنيسة، بل هو العرف اليوم.

المبحث الخامس

ما يجب عند نكول أحد الزوجين عن اللعان أو رجوعه عنه

قد يمتنع أحد الزوجين عن اللعان بعد طلبه من القاضي، وقد يرجع عنه ويُكذب نفسه، فماذا يفعل القاضي؟.

هناك حالتان:

الحالة الأولى: نكول وامتناع الزّوج عن اللّعان:

وقد اختلف الفقهاء في حكمه على قولين[١]:

القول الأول:

قال الجمهور (المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة): إذا امتنع الزّوج عن اللّعان لا يحبس ولكن يحد حدّ القذف[٢].

وقال المالكيّة: إن امتنع الزّوج عن اللّعان فعليه الحد إن كانت الزّوجة حرّةً مسلمةً، فإن كانت الزّوجة أمةً أو ذمّيّةً فعليه الأدب[٣].

القول الثاني:

وقال الحنفيّة: إذا طلب القاضي من الزّوج الملاعنة فامتنع حبسه حتّى يلاعن أو تصدّقه المرأة فيما ادّعاه، أو يكذّب نفسه فيحد حدّ القذف[٤].

ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور مبني على اختلافهم في الموجب الأصليّ لقذف الزّوج امرأته أهو اللّعان أو الحد واللّعان مسقط له ؟ .

فعند الجمهور الموجب الأصلي للقذف هو الحد، واللّعان قائم مقام الشهود يسقط عنه الحد.

وحجتهم في ذلك: قول اللّه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا وَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾[النور:٤]. فإنّه أوجب الحدّ على كلّ قاذفٍ سواء أكان زوجاً أم غيره، ثمّ جاء قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[النور:٦]. الآيات مبيّناً أنّ القاذف إن كان زوجاً فله أن يدفع الحدّ عنه باللّعان، فإذا امتنع عنه ثبت الموجب الأصلي وهو الحد[٥].

أما عند الحنفيّة فالموجب الأصلي للقذف هو اللّعان، فإذا امتنع الزّوج عنه حبس حتّى يلاعن أو يكذّب نفسه فيحد حدّ القذف، وذلك لقول اللّه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ

---

[١] الحصكفي: الدر المختار، ٨٠٨/٢، الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٧٥/٣، الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٨/٣، ابن رشد: بداية المجتهد، ١١٩/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٤٥، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٧١/٣، ٣٨٢، الشيرازي: المهذب، ١١٩/٢، ابن قدامة: المغني،٣٩٢/٧، ٣٩٧، ٤٠٤، المقدسي: غاية المنتهى، ٢٠٢/٣، البهوتي: كشاف القناع، ٤٦٣/٥.

[٢] المواق: التاج والإكليل، ١٣٨/٤. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٠/٣. ابن قدامة: المغني، ٤٠٤/٧.

[٣] الدسوقي: حاشية الدسوقي، ٤٦٦/٢.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٨/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٩٦٦/٢

[٥] ابن قدامة: المغني، ٤٠٤/٧. الرملي: نهاية المحتاج، ١١٥/٧.

فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[النور:٦]. إلى قوله: ﴿إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[النور:٦-٩].

فإنّه تعالى جعل موجب قذف الزّوج لزوجته إذا لم يأت بأربعة يشهدون على صحّة قذفه اللّعان فقط، لأن الآية لم تتضمن إيجاب الحد على الزوج حال نكوله عن اللعان، وأما الآية: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا وَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾[النور:٤]. فهي لغير الزوجين، فكيف يمكن إقامة حد دون نص، وبذلك صارت آية القذف منسوخةً في حقّ الأزواج، بناءً على أنّ الأصل المقرّر عند الحنفيّة: أنّ الخاصّ إذا تأخّر وروده عن العامّ كان ناسخاً للعامّ فيما تعارضا فيه، وهو هنا الأزواج، فإنّ آية اللّعان، تأخّر نزولها عن آية القذف وإن كانت مذكورةً عقبها في المصحف، والدّليل على ذلك ما روي عن عبد اللّه بن مسعودٍ رضي الله عنه أنّه قال: (إنا ليلة الجمعة في المسجد، إذ جاء رجل من الأنصار، فقال: لو أنَّ رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، فتكلَّم جلدتموه، أو قتل قتلتموه، وإن سكت سكت على غيظ، والله لأسألن عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما كان من الغد، أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله فقال: لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلدتموه، أو قتل قتلتموه، أو سكت سكت على غيظ، فقال: اللهم افتح. وجعل يدعو. فنزلت آية اللعان: والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم هذه الآيات. فابتلى به ذلك الرجل من بين الناس، فجاء هو وامرأته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتلاعنا، فشهد الرجل أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، ثم لعن الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، فذهبت لتلعن، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: مه فأبت فلعنت. فلما أدبرا قال: لعلها أن تجيء به أسود جعداً فجاءت به أسود جعداً)[1].

فإنّ قوله: "وإن تكلّم جلدتموه " يدل على أنّ موجب قذف الزّوجة كان الجلد قبل نزول آية اللّعان ثمّ صار بعد نزول الآية الخاصّة بالأزواج اللّعان، وبهذا كان الواجب بقذف الزّوج الزّوجة هو اللّعان، فإذا امتنع الزّوج عنه حبس حتّى يلاعن، لامتناعه عن الواجب عليه، كما يحبس المدين إذا امتنع عن إيفاء ما عليه من الدّين[2].

الترجيح:

الراجح –والله أعلم– هو قول الجمهور، وهو وجوب حدّ القذف في حال نكول الزوج. لأن الحدّ أثر من آثار القذف لا يزيله إلا اللعان. فإذا نكل الزوج ولم يلتعن فيجب عليه حدّ القذف.

الحالة الثانية: نكول وامتناع الزوجة عن اللّعان:

وقد اختلف الفقهاء في حكمه إلى قولين:

---

[1] رواه مسلم في صحيح، كتاب اللعان، ١١٣٣/٢، برقم ١٤٩٥.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٨/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٥٠/٣. ابن نجيم: البحر الرائق، ١٢٤/٤.

القول الأول:

ذهب الحنفية والحنابلة في الأصح إلى أنه: إذا لاعن الزّوج وامتنعت المرأة عن اللّعان لا تحد حدّ الزّنا، ولكن تحبس حتّى تلاعن، أو تصدّق الزّوج فيما ادّعاه، فإن صدّقته خلّي سبيلها من غير حدٍّ[1].

وحجتهم: أن الحدود لا تقام إلا ببينة أو إقرار. وهنا لم تقم البينة على الزوجة، كما أنها لم تقر بالزنا. ولو كان لعان الرجل في ذاته بينة توجب الحد على المرأة لم تملك إسقاطه باللعان وتكذيب البينة كما لو شهد عليها أربعة بالزنا. بل لو شهد الزوج على زوجته مع ثلاثة آخرين فلا تحد بهذه الشهادة فكيف نقيم عليها الحد بشهادته وحده.

ولأن الأثر المترتب على لعان الزوج، هو إسقاط الحد على نفسه لا إيجاب الحد على زوجته[2].

أما الحبس: فلأنّ اللّعان هو الموجب الأصلي للقذف في حقّ الزّوجين – كما تقدّم – فيكون واجباً على المرأة بعد لعان زوجها، فإذا امتنعت عنه أجبرت عليه بالحبس، كالمدين إذا امتنع عن إيفاء ما عليه من الدّين، فإنّه يحبس حتّى يوفّي ما عليه. ووجهتهم في إخلاء سبيلها بدون حدٍّ إذا صدّقت الزّوج: أنّ تصديقها ليس بإقرار قصداً يثبت به الحد ولو أعادت ذلك أربع مرّاتٍ في مجالس متفرّقةٍ. ولأنّ المرأة لو أقرّت بالزّنا، ثمّ رجعت عن إقرارها لم تحدّ، وامتناعها عن اللّعان أقل دلالةً على الزّنا من الإقرار الّذي رجعت عنه فلا يجب به الحد بالطّريق الأولى[3].

القول الثاني:

وذهب المالكيّة والشّافعيّة: إلى أنه إذا امتنعت المرأة عن اللّعان بعد لعان الزّوج حدّت حدّ الزّنا، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ * وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[النور:٨-٩]. ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة تشير إلى أن اللعان شرع لدرء العذاب وهو حد الزنا وبدلاً عنه. ففي حال عدم لعانها يرجع إلى الأصل وهو الحد. ويؤيد هذا ما سبق ذكره من قوله عليه الصلاة والسلام: (إن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة)[4].

وقد رد الحنفية على هذا: أنه يفهم منه الحبس أيضاً إذ إنه عذاب.

ولكن قال المالكيّة: أنّ الحدّ عليها إن كانت مسلمةً، وإن كانت ذمّيّةً ففيها الأدب[5].

---

[1] وهو الراجح عند الحنفية،[ابن الهمام: شرح فتح القدير،٢٧١/٣ ومجمع الأنهر٤٦٥/١ وحاشية ابن عابدين، ٦٠٣/٢] ولكن ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن الزوجة تحبس حتى تحلف أو تصدقه، فإذا صدقته أقيم عليها حد الزنا [أبو زهرة: الأحوال الشخصية،٣٤٤]

[2] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٨٨٤/٢.

[3] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٥١/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٩٦٧/٢. الزيلعي: تبيين الحقائق، ١٦/٣. البهوتي: كشاف القناع، ٣٩٩/٥-٤٠٠. ابن قدامة: المغني، ٤٠٤/٧.

[4] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، ١٥٨١/٤ برقم ٥٠٠٢. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، ١١٢٩/٢ برقم ١٤٩٢. وأبو داود: السنن، باب في اللعان، ٢٢٧/٢ برقم ٢٢٥٦. والإمام أحمد واللفظ له ٢٣٨/١. برقم ٢١٣١.

[5] الأدب: التعزير، انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ٤٦٦/٢. حاشية الخرشي، ١٣٥/٤. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٠/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٥٦/٨.

الترجيح:

الراجح الذي يبدو لي –والله أعلم– ما رجحه أستاذنا الدكتور الصابوني؛ وهو رأي الحنفية والحنابلة بعدم وجوب حدّ الزنا إن نكلت الملاعنة، لأن إقامة الحدّ –وخاصة الرجم– بدون بينة ولا إقرار لا يجوز. وإلا فأين الشهود الأربعة؟ وما ذكره بعض الشافعية من أن شهادات الزوج الأربعة تقوم مقام الشهود غير مقنع[1].

المبحث الساس
الآثار المترتبة على اللعان

إذا تمّ اللّعان بين الزّوج وامرأته ترتّبت عليه آثار في حقّهما، منها:

أولاً: سقوط الحد باللعان.

لا خلاف بين الفقهاء على سقوط الحدّ عن الزّوجين باللعان، فلا يقام حد القذف على الزّوج، ولا يقام حد الزّنا على المرأة، طالما تم اللعان وتحققت شروطه ولم ينكلا؛ وذلك لأنّ الشّارع خفف عن الزّوجين، فشرع لهما اللّعان لإسقاط الحدّ عنهما[2].

ثانياً: التفريق بين الزوجين.

ويتفرع عن هذا المطلب فرعان:

الفرع الأول: وقوع الفرقة باللعان.

اتفق أهل العلم على وجوب التفريق بين الزوجين في اللعان، ولكنهم اختلفوا في وقت وقوع هذه الفرقة على قولين:

القول الأول:

ذهب الحنفيّة[3] وأحمد في إحدى الرّوايتين عنه[4] أنّ هذه الفرقة باللعان لا تتم إلا بتفريق القاضي، فلو تمّ اللّعان بين الزّوجين ولم يحكم القاضي بالتّفريق بينهما فالزّوجيّة تعتبر قائمةً، في حقّ بعض الأحكام كالميراث ووقوع الطّلاق، فلو مات أحد الزّوجين بعد اللّعان وقبل الحكم بالتّفريق ورثه الآخر، ولو طلّق الزّوج امرأته بعد اللّعان وقبل التّفريق وقع الطّلاق، ولو أكذب الزّوج نفسه حينئذٍ فإنّها تحل له من غير تجديد عقد الزّواج.

وحجّتهم في ذلك:

---

(1) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٨٨٤/٢.

(2) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٥٠/٣-٢٥١. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٨٧/٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٦٦/٢. حاشية الخرشي، ١٣٥/٤. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٠/٣. البهوتي: كشاف القناع، ٣٩٩/٥-٤٠٠.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٤/٣.

(4) ابن قدامة: المغني، ٤١٠/٧.

١–ما ورد في قصّة المتلاعنين من أنّ رسول اللّه صلى الله عليه وسلم فرّق بينهما[١]، فإنّه يدل على أنّ الفرقة لا تقع بلعان الزّوج ولا بلعان الزّوجة، إذ لو وقعت لما حصل التّفريق من رسول اللّه صلى الله عليه وسلم بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللّعان[٢].

٢–وما ورد في حديث عويمرٍ العجلانيّ أنّه قال: (كذبت عليها يا رسول اللّه إن أمسكتها، فطلّقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول اللّه صلى الله عليه وسلم)[٣]، فإنّ هذا يقتضي إمكان إمساك المرأة بعد اللّعان وأنّه وقع طلاقه، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك باللّعان لما وقع طلاقه ولا أمكنه إمساكها، ثم إن هذا كان في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكره، فكان إقرار من النبي صلى الله عليه وسلم على ما فعله عويمر وأنه حين طلق إنما كانت زوجته. فهذا دليل على ان الفرقة لا تقع بمجرد اللعان.

٢–وقالوا: إن الفرقة بين الزوجين تقع بألفاظ الطلاق الصريحة أو ألفاظ الكنايات التي تدل عليها، وإن لفظ اللعان ليس واحداً منها حتى تقع به الفرقة.

وأجيب عن هذا: إن كثيراً من أنواع الفرق تقع بغير ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكنائية ولا تحتاج. والأمثلة كثيرة كالفرقة بالردة وبالرضاع.

٣–وأيضاً فإنّ سبب هذه الفرقة يتوقّف على الحاكم فالفرقة المتعلّقة به لا تقع إلا بحكمه قياساً على الفرقة بالعنّة ونحوها[٤].

القول الثاني:

وذهب المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة في المذهب[٥] إلى أنّ الفرقة تقع بين الزّوجين بمجرّد الانتهاء من اللّعان من غير توقفٍ على حكم القاضي. وقال الشّافعيّة: إنّ الفرقة متعلّقة بلعان الزّوج وإن لم تلاعن الزّوجة.

وحجة أصحاب هذا القول:

١–أن عويمراً العجلاني طلَّق امرأته بعد اللعان ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم[٦]، فكان دليلاً على أن الفرقة بين المتلاعنين وقعت بالطلاق لا بشيء آخر.

وقد ناقش أصحاب القول الأول هذا، بما أوردناه آنفاً من أدلتهم.

٢– ما ورد عن عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما أنّهما قالا: (مضت السنة في المتلاعنين إذا تلاعنا يُفرّق بينهما ولا يجتمعان أبداً)[٧].

وجه الدلالة: أنه إذا تم اللعان، تمت الفرقة.

---

[١] سبق تخريجه.

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٥/٣.

[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، ٢٠١٤/٥ برقم ٤٩٥٩. وفي باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، ٢٠٣٣/٥ برقم ٥٠٠٢. وفي كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من التعمق والتنازع في العلم والغلو في الدين والبدع، ٢٦٦٣/٦ برقم ٦٨٧٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، ١١٢٩/٢ برقم ١٤٩٢.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٤١٠/٧.

[٥] المواق: التاج والإكليل، ١٣٨/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٠/٣. ابن قدامة: المغني، ٤١٠/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٤٠٢/٥.

[٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، ٢٠١٤/٥ برقم ٤٩٥٩. وفي باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، ٢٠٣٣/٥ برقم ٥٠٠٢. وفي كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من التعمق والتنازع في العلم والغلو في الدين والبدع، ٢٦٦٣/٦ برقم ٦٨٧٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، ١١٢٩/٢ برقم ١٤٩٢.

[٧] الدارقطني: السنن، ٢٧٦/٣ برقم ١١٧. البيهقي: السنن الكبرى، باب ما يكون بعد التعان الزوج من الفرقة ونفي الولد وحد المرأة إن لم تلتعن، ٤١٠/٧. برقم ١٥١٣٥. و١٥١٣٦.

وقد أجيب عن هذا: أن النص يقول: يُفرق بينهما، فالتفريق كان بأمر الرسول عليه الصلاة والسلام. فلا بد من تفريق الحاكم. وأنه لم يخبر الصحابة ومن حضر اللعان أن الفرقة بين الزوجين تتم بمجرد اللعان، فدل على أنه لا فرقة بتمام اللعان مالم يفرق الحاكم.

٣-ولأن القاعدة الفقهية تنص على أن: **الواجب شرعاً لا يحتاج إلى القضاء**[١].

٤-ولأنّ اللّعان يقتضي التّحريم المؤبّد فلا يحتاج للتّفريق به إلى حكم الحاكم كالرّضاع، وأيضاً فإنّ الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التّفريق بين الزّوجين إذا كرها الفرقة بينهما ولم يرضيا بها، كالتّفريق للعيب والإعسار، وترك التّفريق بينهما لا يجوز رضيا بذلك أو لم يرضيا[٢].

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول، وهو أن الفرقة باللعان لا تتم إلا بتفريق القاضي، وحكم الحاكم، وذلك لقوة أدلتهم وعمقها، ولأن أحاديث اللعان تؤيد هذا.

الفرع الثاني: نوع الفرقة باللعان وما يترتب عليها.

لا خلاف بين الفقهاء على تحريم الوطء والاستمتاع بين كلا الزوجين بعد اللعان، ولو قبل تفريق القاضي، حيث إن وجوب الفرقة بين الزوجين من أهم آثار اللعان، ولكن أهل العلم قد اختلفوا في نوع هذه الفرقة، هل هي فسخ أم طلاق؟ وهل هذه الحرمة مؤبدة بحيث لا يجوز للزوجين المتلاعنين أن يعودا إلى بعضهما بعقد جديد؟ أم أن الفرقة بينهما مؤقتة سرعان ما تعود الزوجية إذا رغبا بالعودة فكذب الزوج نفسه واقيم عليه الحد؟.

الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

ذهب المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة وأبو يوسف من الحنفيّة إلى أنّ الفرقة باللّعان فسخ[٣]، ويترتب على ذلك أنها توجب التّحريم المؤبّد كحرمة الرّضاع، فلا يمكن أن يعود المتلاعنان إلى الزّواج بعد اللّعان أبداً ولو أكذب الزّوج نفسه أو خرج عن أهليّة الشّهادة أو صدّقته المرأة في قذفه، .

ودليلهم على ذلك:

١-عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمتلاعنين: (ثم حسابكما على الله، أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليها، قال: يا رسول الله مالي؟. قال: لا مال لك. إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها. وإن كنت كذبت عليها فذاك أبعد وأبعد لك منها)[٤].

ووجه الدلالة: أن قوله صلى الله عليه وسلم: (لا سبيل لك عليها) مطلق لم يقيد بشيء، والتحريم إذا أطلق من غير تقييد محمول على التأبيد، فدلّ على أن تحريم اللعان مؤبد[١].

---

[١] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٧٧ – ترتيب اللاليء لوحة ١٠٩. قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٨٦.

[٢] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٠/٣.

[٣] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٥٥/٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٥/٣. الدردير: الشرح الكبير، ٤٦٧/٢. الدسوقي: حاشية الدسوقي الدسوقي مع الشرح الكبير،٢ /٤٦٧. التسولي: البهجة في شرح التحفة، ٣٣٤/١. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٠/٣. ابن قدامة: المغني، ٤١٢/٧-٤١٤. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ٢١٠/٣.

[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب المتعة للتي لم يفرض لها، ٢٠٤٦/٥ برقم ٥٠٣٥.

٢- ما ورد عن عمر رضي الله تعالى عنه أنّه قال: (المتلاعنان إذا تلاعنا يفرّق بينهما ولا يجتمعان أبداً)[٢].

ووجه الدلالة: أن هذه الفرقة تقتضي تحريماً مؤبداً فكانت فسخاً كفرقة الرضاع.

٣-ولأنّ اللّعان قد وجد، وهو سبب التّفريق، وتكذيب الزّوج نفسه أو خروج أحد الزّوجين عن أهليّة الشّهادة لا ينفي وجود السّبب، بل هو باقٍ فيبقى حكمه، وأيضاً فإنّ الرّجل إن كان صادقاً في قذف امرأته فلا ينبغي أن يعود إلى معاشرتها مع علمه بحالها حتّى لا يكون زوج بغيٍّ، وإن كان كاذباً في قذفها فلا ينبغي أن يمكّن من معاشرتها لإساءته إليها واتّهامها بهذه الفرية العظيمة وإحراق قلبها. وهذا ما تعبر عنه القاعدة الفقهية: **تحريم اللعان أبلغ من تحريم الطلاق**[٣].

٤-ولا يمكن اعتبار الفرقة باللّعان طلاقاً لأنّه ليس بصريح في الطّلاق ولا نوى به الطّلاق.

٥-ولأنّه لو كان طلاقاً لوقع بلعان الزّوج دون لعان المرأة، والفرقة بين الزّوجين - عند غير الشّافعيّة - لا تقع إلا بلعانهما[٤].

٦-أنه لو كان طلاقاً؛ فهو طلاق من مدخول بها بغير عوض لم ينو به الثلاث فيكون رجعياً.

٧-أن الطلاق بيد الزوج إن شاء طلق وإن شاء أمسك وهنا الفرقة حاصلة بحكم الشرع فهي فسخ.

٨- أن عدم تأبيد الحرمة ينافي القاعدة الفقهية التي تنص على أنه: **متى خلا السبب عن موجَبه كان لغواً**[٥]، وسبب الفرقة باللعان هي النفرة والوحشة وسوء الظن ما لا يكاد يلتئم معه شمل أبداً.

ويبين ابن القيم طرفاً من حكمة التفريق المؤبد بين المتلاعنين، فيقول:

(إن النفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه لا تزول أبداً، فإن الرجل إن كان صادقاً عليها، فقد أشاع فاحشتها، وفضحها على رؤوس الاشهاد، واقامها مقام الخزي، وحقق عليها الخزي والغضب، وقطع نسب ولدها، وإن كان كاذباً، فقد أضاف إلى ذلك بهتها بهذه الفرية العظيمة، وإحراق قلبها بها، والمرأة إن كانت صادقة فقد أكذبته على رؤوس الأشهاد، وأوجبت عليه لعنة الله، وإن كانت كاذبة فقد أساءت فراشه وخانته في نفسها، وألزمته العار والفضيحة، وأحوجته إلى هذا المقام المخزي، فحصل لكل واحد منهما من صاحبه النفرة والوحشة وسوء الظن ما لا يكاد يلتئم معه شمل أبداً، فاقتضت حكمة من شرعه كله حكمة ومصلحة وعدل ورحمة تحتم الفرقة بينهما، وقطع الصحبة المتمحضة مفسدة)[٦].

---

[١] يقول ابن رشد الجد معلقاً على هذا: (التحريم إذا أطلق من غير تقييد محمول على التأبيد، ألا ترى أن المطلقة ثلاثاً لولا قول الله تعالى فيها: (حتى تنكح زوجاً غيره)، لم تحل له أبداً، بظاهر قوله تعالى: (فإن طلقها فلا تحل له من بعد) [ابن رشد: المقدمات الممهدات ٦٣٨/١].

[٢] أبو داود: السنن، باب في اللعان، ٢٧٤/٢ برقم٢٢٥٠. الدارقطني: السنن، ٢٧٦/٣ برقم ١١٦. سعيد بن منصور: السنن، ٤٠٦/١ برقم ١٥٦١. ابن أبي شيبة: المصنف، إذا فرق بين المتلاعنين لم يجتمعا أبدا وليس له أن يتزوجها، ١٩/٤ برقم ١١٨. عبد الرزاق: المصنف، باب لا يجتمع المتلاعنان أبدا، ١١٢/٧. برقم ١٢٤٣٢. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب اللعان، باب ما يكون بعد التعان الزوج من الفرقة ونفي الولد وحد المرأة إن لم تلتعن، ٤٠٩/٧ برقم ١٥١٣١.

[٣] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٧٨/٣٣. الخشني: أصول الفتيا، ١٧٧. ابن غازي: الكليات الفقهية - تحقيق ودراسة محمد الشاذلي النيفر- تونس: جامعة الزيتونة- كلية أصول الدين- ١٩٨١- رسالة دكتوراه، ص ٢٦١.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٤١٣/٧-٤١٤. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٠/٣.

[٥] السرخسي: المبسوط،٨٨/٦.

[٦] ابن القيم: زاد المعاد، ٣٩٣/٥. ابن تيمية: منهاج السنة النبوية-الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ١٩٨٦، ٣٤٥/٤-٣٤٧.

وقد فصل الشّافعيّة في تأبيد الحرمة وعدمها بناء على سبب اللعان؛ فقالوا: إذا لاعن الزّوج لدرء حدّ قذف الزّوجة بالزّنا عنه ثبتت الحرمة المؤبّدة بينهما بناءً على هذا اللّعان، فإن لاعن لنفي النّسب وحده لم ينقطع به نكاح ولم تسقط به عقوبة بأن كان أبانها أو عفت عن العقوبة أو أقام بيّنةً بزناها.

وقالوا: والحرمة المؤبّدة بينهما بناءً على لعان الزّوج لدرء حدّ قذفه زوجته تقتضي أنّه لا يحل له نكاحها بعد اللّعان، ولا وطؤُها بملك اليمين لو كانت أمةً واشتراها، لما ورد أنّه صلى الله عليه وسلم فرّق بينهما ثمّ قال: (لا سبيل لك عليها)[1]. ولقوله: (المتلاعنان إذا تفرّقا لا يجتمعان أبداً)[2].

وإن أكذب الزّوج نفسه فلا يفيده ذلك عود النّكاح ولا رفع تأبيد الحرمة لأنّهما حق له وقد بطلا فلا يتمكّن من عودهما، بخلاف الحدّ ولحوق النّسب فإنّهما يعودان لأنّهما حق عليه، وأمّا حدها ففي كلام الإمام ما يفهم سقوطه بإكذابه نفسه[3].

القول الثاني:

وقال أبو حنيفة ومحمّد بن الحسن: الفرقة بسبب اللّعان تكون طلاقاً بائناً لا فسخاً.

ويترتب على هذا القول: أنّ الفرقة بالعان توجب حرمة مؤقتة، فإن أكذب نفسه بعد اللعان حدّ للقذف، وله بعد ما كذّب نفسه أن ينكحها بعقد جديد: حُدّ أو لا[4].

وروي هذا القول عن بعض التابعين منهم: سعيد بن المسيب وإبراهيم النخعي والشعبي وسعيد بن جبير.

وحجتهم في ذلك: أنّها فرقة من جانب الزّوج، والقاضي قام بالتّفريق، نيابةً عنه، فيكون فعله منسوباً إليه، والفرقة متى كانت من جانب الزّوج وأمكن جعلها طلاقاً كانت طلاقاً لا فسخاً، وإنّما كانت طلاقاً بائناً، لتوقفها على القضاء، وكل فرقةٍ تتوقّف على القضاء تعتبر طلاقاً بائناً، وقالا: إنّ الحرمة المترتّبة على اللّعان تزول إذا أكذب الزّوج نفسه أو خرج عن أهليّة الشّهادة، أو خرجت هي عن أهليّتها للشّهادة، لأنّ الزّوج إذا أكذب نفسه أعتبر تكذيبه رجوعاً عن اللّعان، واللّعان شهادة في رأيهما، والشّهادة لا حكم لها بعد الرجوع عنها، وفي هذه الحالة يحد الرّجل حدّ القذف، ويثبت نسب الولد منه إن كان القذف نفي الولد.

وإذا خرج أحد الزّوجين عن أهليّته للشّهادة انتفى السّبب الّذي من أجله كان التّفريق وهو اللّعان، فيزول حكمه وهو التّحريم[5].

رأي الدكتور الصابوني في ذلك:

يقول أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني: (إن مما يؤيد حجة القائلين بالحرمة المؤقتة أن التحريم لا يكون إلا بنص جاء في القرآن الكريم ولا شيء في ذلك. وما ورد في السنة يمكن تأويله لأنه يحتمل عدة معان، ومع الاحتمال لا يصح الاستدلال. ولكننا نرى أنه ليس من السهل أن تعود حياة زوجية يملؤها

---

[1] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب المتعة للتي لم يفرض لها، ٢٠٤٦/٥ برقم ٥٠٣٥.

[2] أبو داود: السنن، باب في اللعان، ٢٧٤/٢ برقم٢٢٥٠. الدارقطني: السنن، ٢٧٦/٣ برقم ١١٦. سعيد بن منصور: السنن، ٤٠٦/١ برقم ١٥٦١. ابن أبي شيبة: المصنف، إذا فرق بين المتلاعنين لم يجتمعا أبدا وليس له أن يتزوجها، ١٩/٤ برقم ١١٨. عبد الرزاق: المصنف، باب لا يجتمع المتلاعنان أبدا، ١١٢/٧. برقم ١٢٤٣٢. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب اللعان، باب ما يكون بعد التعان الزوج من الفرقة ونفي الولد وحد المرأة إن لم تلتعن، ٤٠٩/٧ برقم ١٥١٣١.

[3] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٥/٣.

[4] جماعة من العلماء: الفتاوى الهندية، ٥١٥/١. ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، ٥٨٥/٢

[5] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٥٥/٣.

الصفاء والمودة والرحمة، بعد أن عكّر صفوها تهم باطلة وادعاءات كاذبة تحيل نعيم الاسرة إلى جحيم لا يطاق)[١].

ثالثاً: انتفاء نسب الولد عن الرجل، وإلحاقه بأمه .

ذكرنا أن اللعان يكون إما لقذف الرجل زوجته بالزنا، أو لنفي الولد، أو لكليهما معاً.

ولكنا إذا رجعنا إلى القرآن الكريم وآيات سورة النور التي جاء فيها حكم القذف واللعان، لا نجد فيها ما يشير إلى حكم نفي الولد، ولكن الفقهاء استدلوا على ذلك من السنة الكريمة والأحاديث التي سبق أوردناها في قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في اللعان.

كما استدلوا على ذلك بالقواعد الكلية الفقهية التي تأصل هذا البحث:

وهي قاعدة: الولد للفراش وللعاهر الحجر[٢].

وقاعدة: أن الولد لا ينتفي بتصادق الزوجين، بل لا بد من لعان وحكم[٣].

وقاعدة: الولد لاحق للفراش[٤].

وقاعدة: كل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه[٥].

وقاعدة: السبب الظاهر متى أقيم مقام المعنى الخفي تيسيراً سقط اعتبار الباطن[٦].

وقاعدة: كل من درء عنه الحد، لحق به الولد[٧].

وبناء على ذلك؛ إذا تمّ اللّعان بين الزّوجين وكان موضوعه نفي نسب الولد، ترتّب عليه سقوط نسب الولد عن الزّوج وألحق بأمّه، وذلك إذا توافرت الشروط الآتية:

الشّرط الأوّل: التعجيل والفوريّة:

اتفق الفقهاء على أنّ التّعجيل شرط لنفي الحمل أو الولد عن الزّوج، فلو علم الزّوج بالحمل أو الولادة فسكت عن نفيه بعد علمه، ثمّ أراد أن ينفيه باللّعان، فإنّه لا يمكّن منه، سواء طال زمن سكوته كالشّهر أو قصر كاليوم واليومين، إلا أن يكون سكوته لعذر[٨].

جاء في مغني المحتاج: (والنّفي لنسب ولدٍ يكون على الفور في الأظهر الجديد، لأنّه شرع لدفع ضررٍ محقّقٍ فكان على الفور، كالرّدّ بالعيب وخيار الشفعة، ويعذر الزّوج في تأخير النّفي لعذر، كأن بلغه الخبر

---

(١) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٩٠١/٢.

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات، ٧٢٤/٢ برقم ١٩٤٨،وفي باب شراء المملوك من الحربي، ٧٧٣/٢ برقم ٢١٠٥. وفي كتاب الخصومات، باب دعوى الوصي للميت، ٨٥٢/٢ برقم ٢٢٨٩. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات. ١٠٨٠/٢ برقم ١٤٥٧. و١٠٨١/٢ برقم ١٤٥٧.

(٣) ابن القيم: زاد المعاد، ٩١/٤. العنسي، أحمد بن قاسم، التاج المذهب لأحكام المذهب، القاهرة: مطبعة الحلبي، ١٩٣٨م، ٢٦٦/٢

(٤) الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٥٢٣/٤

(٥) ابن قدامة: المغني، ٤٤/٨. المقدسي: الإقناع لطالب الانتفاع، ٩٩/٤. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٧٣.

(٦) السرخسي: المبسوط،٧١/١٧.

(٧) ابن قدامة: المغني، ٦٦/٨. وقد نسبها ابن قدامة إلى الإمام أحمد. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٧٥.

(٨) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٦/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٦٠/٣-٢٦١. التسولي: البهجة في شرح التحفة، ٣٣٥/١. الدردير: الدردير: الشرح الصغير، ١٨/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٠/٣-٣٨١. ابن قدامة: المغني، ٤٢٤/٧-٤٢٥.

ليلاً فأخّر حتّى يصبح أو كان جائعاً فأكل أو عارياً فلبس، فإن كان محبوساً أو مريضاً أو خائفاً ضياع مالٍ أرسل إلى القاضي ليبعث إليه نائباً يلاعن عنده، أو ليعلمه أنّه مقيم على النّفي، فإن لم يفعل بطل حقه، فإن تعذّر عليه الإرسال أشهد إن أمكنه، فإن لم يشهد مع تمكنه منه بطل حقه)[1].

وجاء في المغني لابن قدامة: (إذا ولدت المرأة فسكت زوجها عن نفي ولدها مع إمكانه لزمه نسبه، ولم يكن له نفيه بعد ذلك، ولا يتقرّر ذلك بثلاثة أيّامٍ، بل هو على حسب ما جرت به العادة، إن كان ليلاً فحتّى يصبح وينتشر النّاس، وإن كان جائعاً أو ظمآن فحتّى يأكل أو يشرب، أو ينام إن كان ناعساً، أو يلبس ثيابه ويسرّج دابّته ويركب، ويصلّي إن حضرت الصّلاة ويحرّز ماله إن كان غير محرّزٍ، وأشباه ذلك من أشغاله، فإن أخّره بعد هذا كلّه لم يكن له نفيه)[2].

واشترط أبو حنيفة أن ينفي الزّوج الولد عند الولادة أو في مدّة التّهنئة بالمولود، ولكن لم يرو عنه تقدير هذه المدّة بزمن معيّنٍ، بل جعل تقديرها مفوّضاً إلى رأي القاضي لأنّ نفي الولد أو عدم نفيه يحتاج إلى التّفكير والتّروّي قبل الإقدام عليه، إذ ربّما ينفي نسبه وهو منه، أو يعترف به وهو ليس منه، وكلاهما لا يحل شرعاً، وعلى هذا لا بدّ من إعطاء الزّوج مدّةً يفكّر فيها ويتروّى، وهذه المدّة تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، فلا يمكن تحديد زمنٍ يطبّق بالنّسبة لجميع الأفراد والحالات، فيجب تفويض ذلك إلى القاضي.

وقال أبو يوسف ومحمّد بن الحسن: نفي الولد يتقدّر بأكثر مدّة النّفاس وهي أربعون يوماً، لأنّ النّفاس أثر الولادة، فيأخذ حكمها، فكما يكون للزّوج أن ينفي الولد عند الولادة يكون له أيضاً أن ينفيه ما دام أثرها باقياً[3].

الشّرط الثّاني: عدم الإقرار:

القاعدة الكلية أن: النسب بعد ثبوته لا يحتمل النقض وهو على الكافة[4]. ولهذا يشترط ألا يتقدم من الزوج إقرار بالولد صراحة أو ضمناً، مثال الإقرار صراحةً أن يقول الرّجل: هذا ولدي، أو هذا الولد منّي، ومثال الإقرار ضمناً: أن يقبل التّهنئة بالمولود أو يسكت عند التّهنئة، ولا يردّ على المهنئ، لأنّ العاقل لا يسكت عادةً عند التّهنئة بولد ليس منه، فإذا سكت كان سكوته اعترافاً بالنّسب دلالةً[5].

وعلى هذا لو أقرّ الزّوج بالولد صراحةً أو دلالةً، أو سكت عن نفي نسبٍ حتّى مضت مدّة التّهنئة، أو أكثر مدّة النّفاس، أو حتّى مضت مدّة يمكنه النّفي فيها ولم ينفه ثمّ نفى نسبه لا ينتفي نسب الولد منه، لأنّ سكوته عن النّفي حتّى مضت هذه المدّة يعتبر إقراراً منه بالولد، والإقرار بالنّسب لا يصح الرجوع فيه.

والقاعدة في هذا أن: **كل موضع لزم الزوج الولد لم يكن له نفيه**[6].

---

[1] الشربيني: مغني المحتاج، ٣/٣٨٠-٣٨١.

[2] ابن قدامة: المغني، ٧/٤٢٤-٤٢٥.

[3] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣/٢٤٦. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣/٢٦٠-٢٦١.

[4] انظر: المجددي: قواعد الفقه ١٣٢. وهناك قواعد أخرى منها: النسب لا يحتمل الإبطال بعد ثبوته ولا الفسخ[السرخسي: المبسوط،١٧/١٤٦] والنسب الذي يثبت بالنكاح لا ينتفي بمجرد النفي بخلاف ملك اليمين[السرخسي: المبسوط،١٧/١١١] والنسب بمنزلة المقطوع به شرعاً وإن كان طريق معرفته في الأصل الاجتهاد[السرخسي: المبسوط،٣/٣٦. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١١/١١٨٦]

[5] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣/٢٤٧. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣/٢٦٠. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢/٩٧٣. ابن قدامة: المغني، ٧/٤٢٦. الشربيني: مغني المحتاج، ٣/٣٨١.

[6] ابن قدامة: المغني، ٨/٦٣. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير- كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٧٦.

قال ابن قدامة: (إذا ثبت النسب بالإقرار، ثم أنكر المقر، لم يقبل إنكاره؛ لأنه نسب ثبت بحجة شرعية، فلم يزل بإنكاره، كما لو ثبت ببينة أو بالفراش)[١].

وفي هذه الحالة يكون للمرأة عند الحنفيّة الحق في طلب اللّعان بينها وبين زوجها، لأنّه لمّا نفى نسب الولد منه كان متّهماً لها بالزّنا، فيكون لها أن تدفع العار عن نفسها باللّعان بينها وبينه، ولو تمّ اللّعان بينهما بناءً على طلب المرأة لا يترتّب عليه قطع نسب الولد عن الزّوج، لأنّ نسبه قد ثبت بالإقرار صراحةً أو دلالةً فلا يمكن نفيه بعد ذلك[٢].

ونصّ المالكيّة على أنّ اللّعان إذا امتنع إجراؤه بين الزّوجين لنفي نسب الولد، كأن وطئ الملاعن زوجته بعد رؤيتها تزني، أو بعد علمه بوضع أو حملٍ، أو أخّر اللّعان بعد علمه بوضع أو حمل اليوم واليومين بلا عذرٍ في التّأخير، ففي هذه الحالات يمتنع لعانه ويثبت نسب الولد وبقيت زوجةً، وإنّما يحد الزّوج حدّ القذف إن كانت الزّوجة مسلمةً[٣].

الشّرط الثّالث: حياة الولد وقت التفريق القضائي:

أي أن يكون الولد حياً عند اللّعان وعند الحكم بقطع نسبه، وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط كالآتي:

قال الحنفيّة: لو ولدت المرأة ولداً، ونفى الزّوج نسبه منه، ثمّ مات الولد قبل حصول اللّعان، أو مات بعد حصوله ولكن قبل الحكم بقطع نسبه من الزّوج لا ينتفي عنه، لأنّ النّسب يتقرّر بالموت، والشّيء إذا تقرّر لا يمكن نفيه، ولكن للزّوجة الحق في طلب إجراء اللّعان إن مات الولد قبل إجرائه لدفع عار الزّنا عنها[٤].

عنها[٤].

وقال المالكيّة: إنّ للزّوج الحقّ في طلب اللّعان بعد موت الولد، وذلك لإسقاط حدّ القذف عنه[٥].

وقال الشّافعيّة والحنابلة: حياة الولد عند اللّعان ليست شرطاً لنفي نسبه باللّعان، لأنّ نسبه لا ينقطع بالموت، بل يقال: مات ولد فلانٍ، وهذا قبر ولد فلانٍ، ويلزم الزّوج تجهيزه وتكفينه، فيكون له نفي نسبه وإسقاط مؤنته، كما لو كان حياً[٦].

فرع: الأحكام الشرعية التي تتعلق بنفي الولد:

يترتب على نفي نسب الولد من الأبّ، انتفاء بعض الأحكام الشرعية، وبقاء بعضها عملاً بالقاعدة الفقهية: **النسب تتبعض أحكامه**[٧].

فأما الأحكام التي تنتفي وتسقط فهي:

---

[١] ابن قدامة: المغني، ١١٩/٥.

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٧/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٦٠/٣-٢٦١. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٩٧٣/٢.

[٣] الدردير: الشرح الكبير، ٤٦٣/٢.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٧/٣.

[٥] الدردير: الشرح الكبير، ٤٥٩/٢، المواق: التاج والإكليل، ١٣٣/٤. حاشية الخرشي على خليل، ٢٦٥/٤. ابن قدامة: المغني، ٤١٩/٧. ٤١٩/٧.

[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٠/٣.

[٧] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ١٣٦/٣٢. ابن القيم: أعلام الموقعين، ٣٥٦/٤. ابن القيم: زاد المعاد، ٤١٠/٥. ابن مفلح: الفروع، ٥٢٦/٥. المرداوي: الإنصاف، ٢٦٩/٩.

أ – الإرث: حيث اتفق الفقهاء أنه فلا توارث بين الملاعن وبين الولد الّذي نفى نسبه باللّعان، بمعنى أنّ قرابة الأبوّة لا تكون معتبرةً في الإرث، فلو مات الولد الّذي نفي نسبه باللّعان وترك مالاً فلا يرثه أحد بقرابة الأبوّة، وإنّما ترثه أمه وأقرباؤه من جهتها[١].

ب – النّفقة: كما اتفق الفقهاء على أنه لا تجب بين الملاعن وبين من نفى نسبه باللّعان نفقة الأبناء على الآباء، ولا نفقة الآباء على الأبناء[٢].

هذا؛ وتظل بعض الأحكام بالنسبة للولد وهي:

أ – الشّهادة: ذهب الحنفيّة والمالكيّة إلى أنّه لا تقبل شهادة الأصل الواحد من فروعه، وبالعكس كذلك لا تقبل شهادة الملاعن وأصوله لمن نفى نسبه باللّعان، ولا شهادة من نفى نسبه وأحد فروعه لمن نفاه ولا لأصوله، وذلك لصحّة استلحاقه أي الولد الملاعن[٣].

ب – القصاص: فلو قتل الملاعن الولد الّذي نفاه باللّعان لا يقتل فيه كما لو قتل الأب ولده.

ج – الالتحاق بالغير: فلو ادّعى غير الملاعن الولد الّذي نفى نفسه باللّعان لا يصح ادّعاؤه ولا يثبت نسبه منه، وذلك لاحتمال أن يكذّب الملاعن نفسه فيعود نسب الولد له، ومن أجل هذا قال الكمال بن الهمام من علماء الحنفيّة: إنّ الحكم بعدم ثبوت نسب الولد ممّن ادّعاه مشكل إذا كان ممّن يولد مثله لمثله وكان ادّعاؤه بعد موت الملاعن لأنّ النّسب ممّا يحتاط في إثباته، والولد مقطوع النّسب من غير المدّعي ووقع اليأس من ثبوته من الملاعن، وثبوت النّسب من الأمّ لا ينافي ثبوته من المدّعي، لإمكان كونه وطأها بشبهة[٤].

د – المحرميّة: فلو كان للملاعن بنت من امرأة أخرى، وأراد أن يزوّجها لمن نفى نسبه باللّعان أو لابنه فلا يحل هذا الزّواج، لأنّ الولد يجوز أن يكون ابناً للملاعن، خصوصاً وأنّ الفراش الّذي يثبت النّسب به كان موجوداً وقت ولادته، ومع هذا الاحتمال لا يحل الزّواج شرعاً[٥].

ونصّ الشّافعيّة على أنّ المنفيّة باللّعان حكمها أنّها تحرم على نافيها ولو لم يدخل بأمّها، لأنّها لا تنتفي عنه قطعاً لدليل لحوقها به لو أكذب نفسه ولأنّها ربيبة في المدخول بها، وتتعدّى حرمتها إلى سائر محارمه، وفي وجوب القصاص عليه بقتله لها والحدّ بقذفه لها والقطع بسرقة مالها وقبول شهادته لها وجهان: أوجههما عدم الوجوب[٦].

رابعاً: آثار أخرى للّعان عند الشّافعيّة.

أ – تشطير صداق الملاعنة قبل الدخول بها.

ب – سقوط حضانة المرأة إن لم تلاعن.

---

(١) السرخسي: المبسوط، ١٩٨/٢٩. عليش: منح الجليل، ٧٥٢/٤. النووي: روضة الطالبين، ٤٣/٦. النووي: شرح صحيح مسلم، ١٢٤/١٠. ابن قدامة: المغني، ٢٥٦/٦.

(٢) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٦٢/٣. الحطاب: مواهب الجليل، ١٩١/٤. ابن قدامة: المغني، ٦٠٨/٧.

(٣) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ١٦٨/٤. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٢٦٢/٣.

(٤) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٦٢/٣.

(٥) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٨/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٦٣/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٩٧٥/٢.

(٦) الشربيني: مغني المحتاج، ١٧٥/٣.

ج – استباحة نكاح أخت الملاعنة ومن يحرم جمعه معها أو أربعٍ سواها في عدّتها[1].

[1] المرجع السابق.

المبحث السابع
القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة اللعان وموقف القانون منها

المطلب الأول
القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة اللعان

قاعدة رقم (١).

كل موضع سقط فيه الحد، ولا نسب فيه ينفى، فلا يشرع اللعان[١].

معنى القاعدة:

اللعان شرع لإسقاط الحد، ولنفي النسب كما بينا، وحيث سقط الحد، وليس هناك نسب يراد نفيه، سقط اللعان.

ولكن إذا سقط الحد، فقد يبقى التعزير، كما لو قذف زوجته الصغيرة التي لا يجامع مثلها.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قذف الرجل زوجته الصغيرة التي لا يوطأ مثلها، أو المجنونة، فلا حدّ عليه، وبالتالي فلا لعان إذا لم يوجد ولد يراد نفيه[٢].

ومنها: من أقام البينة بزنا زوجته، أو حدّ لها، ولا يوجد ولد بينهما ينفى، فلا لعان[٣].

ومنها: إذا لم تطالب الزوجة بحقِّها من زوجها الذي قذفها، أو أبرأته من قذفها، وليس بينهما ولد يريد نفيه، فلا يشرع اللعان[٤].

قاعدة رقم (٢).

الحكم يبنى على السبب[٥].

وفي لفظ آخر:

- الحكم يثبت بالسبب[٦].

معنى القواعد:

تشير هذه القاعدة إلى أن الحكم يجب أن يكون له سبب، سواء أكان ذلك الحكم تعبدياً أم غير تعبدي، ولا بد أن يسبق السبب الحكم كما تقدم بيانه لابتنائه عليه ولأن السبب يسبق وجوده المسبب عقلاً وعادة وشرعا فلا بد أن يسبق المسبب سببه.

---

[١] ابن قدامة: المغني، ٤٩/٨.
[٢] ابن قدامة: المغني، ٤٨/٨، ابن مفلح: المبدع، ١٨١/٨، البهوتي: كشاف القناع، ٩٩/٤.
[٣] ابن قدامة: المغني، ٤٩/٨، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٥١٦/٥.
[٤] المراجع السابقة. البهوتي: كشاف القناع، ١٠٢/٤
[٥] السرخسي: المبسوط،١٣٧/٢٧.
[٦] المرجع السابق،١٠/٢٨.

فروع على القاعدة:

منها: لا يشرع اللعان قبل سببه وهو قذف الراجل امرأته، أو نفي الحمل أو النسب. وكذلك الطلاق سبب الفرقة فلا تكون الفرقة قبل الطلاق أو قبل سبب آخر موجب لها[١].

قاعدة رقم (٣).

تحريم اللعان أبلغ من تحريم الطلاق[٢].

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة: أن فرقة اللعان في كيفية إيقاعها، وفي أثرها، أبلغ شأواً وأعظم أثراً من فرقة الطلاق.

أما إيقاعها: فلا يكون إلا في حضرة السلطان أو نائبه، وليس الأمر كذلك في الطلاق، الذي يحق للرجل أن يوقعه حيث شاء. وكذلك يجوز إيقاع اللعان في الوقت الذي يحرم فيه إيقاع الطلاق، كحال الحيض أو في طهر جامعها فيه؛ لأن إيقاع اللعان سائغ في أي وقت إذا وجد المقتضي لذلك، وفي إيقاعه كذلك وجوب لعنة الله وغضبه وليس الأمر كذلك في الطلاق.

وأما أثرها: فهو الفرقة المنجزة عند جميع أهل العلم. والتّحريم المؤبّد بين الزوجين عند جمهور الفقهاء، فلا يحل تناكحهما بعد، ولا يزول بالتوبة، ولا بإكذاب الملاعن نفسه، ولا بنكاح الملاعنة زوجاً آخر، بخلاف الطلاق[٣].

قاعدة رقم (٤).

متى خلا السبب عن موجَبه كان لغواً[٤].

معنى القاعدة:

موجَب السبب بفتح الجيم أي مقتضاه، فإذا وجد سبب ولم يتحقق مقتضاه، كان السبب لغواً أي باطلاً لا حكم له؛ لأن السبب الصحيح هو السبب الذي يترتب عليه مسببه ومقتضاه.

فروع على القاعدة:

منها: إذا لاعن الرجل امرأته وقعت الفرقة بينهما وثبتت الحرمة المؤبدة عند جمهور الفقهاء، وإذا ثبتت الحرمة المؤبدة، فلا ترتفع بوجه من الوجوه، ولأنه إذا جاز للملاعن أن يعيد امرأته إلى ذمته كان لعانه خالياً عن موجبه فكان لغواً، لكن اللعان قد وقع فيجب أن يترتب عليه حكمه.

ومنها: إذا ملك الرجل زوجته فسخ نكاحها، لأن ملك اليمين مناف لملك النكاح. فإذا طلقها لا يقع طلاقه عليها بعد ذلك لأن ملك رقبتها ينافي ملك اليد بسبب النكاح.

ومنها: موجب الرضاع الحرمة وإذا ثبتت الحرمة المؤبدة فلا ترتفع بوجه من الوجوه.

ومنها: موجب الخلع البينونة.

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٢١/٥.

[٢] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٧٨/٣٣. الخشني: أصول الفتيا، ١٧٧. ابن غازي: الكليات الفقهية، ٢٦١.

[٣] الصواط: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، ٥٨٠/٢.

[٤] السرخسي: المبسوط، ٨٨/٦.

ومنها: إذا جامع المرأة أبو زوجها أو ابنه، أو جامع الزوج أمها أو ابنتها، فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق؛ لأن المحرمية بالمصاهرة تنافي النكاح ابتداء وبقاء، كالمحرمية بالرضاع والنسب، وعليها العدة إن كان قد دخل بها، ولا يقع طلاقه عليها؛ لأن موجب الطلاق حرمة ترتفع بإصابة الزوج الثاني.
وقد ثبتت بينهما بالجماع المحرم حرمة مؤبدة لا ترتفع بوجه من الوجوه فلا يتصور مع هذا ثبوت الحرمة التي ترتفع بالزوج الثاني[١].

قاعدة رقم (٥).

الإشارة أبلغ أسباب التعريف[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- الإشارة في التعيين أقوى من الإضافة[٣].
- إذا اجتمعت الإشارة والعبارة أو الإشارة والتسمية واختلف موجبهما غلبت الإشارة[٤].
- الإشارة تسقط اعتبار الصفة والتسمية[٥].

معنى القاعدة:

سبق شرح معنى هذه القاعدة في القواعد المتعلقة في المطلقة.

فروع على القاعدة:

منها: أن المتلاعنين يشير كل منهما إلى الآخر حين اللعان، ولو كان لفظ اللعان بضمير الغيبة مثل أن يقول يشهد بالله إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا.

قاعدة رقم (٦).

إذا علم مراد الأبكم وجب الحكم له وعليه[٦].

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة: أنه إذا علم مراد الأبكم بقول من يترجم عنه من الشهود بواسطة الإشارة، ومما اقترن بها من القرائن الدالة على ذلك ببينة تنفي عنها جميع مهمات الاحتمالات، وحصل كل ما يتوقف عليه الحكم من جميع الأسباب والشروط فقد وجب الحكم له وعليه[٧].

فروع على القاعدة:

منها: ما علم من الأخرس بإشارة أو كتابة من طلاق أو خلع أو لعان أو عتق أو نكاح أو بيع أو إشارة أو قذف لزمه فيه حكم المتكلم فيه[١].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٥٢/٩.
[٢] السرخسي: المبسوط ٤٣/٧. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٣٩٨/١.
[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٤٠١/١.
[٤] السيوطي: الأشباه والنظائر ٣١٤ ابن الوكيل: الأشباه والنظائر ق١ ص٣١٥ الزركشي: المنثور في القواعد، ١٦٧/١
[٥] ابن نجيم: الأشباه والنظائرص٣٤٤.
[٦] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٢٦٨/٤.
[٧] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٢٦٨/٤.

قاعدة رقم (٧).

الواجب شرعاً لا يحتاج إلى القضاء[٢].

معنى القاعدة:

المراد بالواجب شرعاً: ما أوجبه الشرع على المكلف ابتداء. فما كان كذلك لا يلزم لثبوته في ذمة المكلف الحكم والقضاء به، لأنه لازم بنفسه بإلزام الشرع.

فروع على القاعدة:

منها: الفرقة باللعان عند جمهور الفقهاء كما سبق بيانه خلافاً للحنفية. وكذلك الفرقة بالإيلاء وبالردة وبتباين الدارين وبملك أحد الزوجين صاحبه وبالنكاح الفاسد، كلها لا تحتاج إلى القضاء لفسخها.

ومنها: النفقات الشرعية الواجبة كالنفقة على الأولاد الصغار أو العاجزين وعلى الأبوين والزوجة كلها نفقات لا تحتاج للقضاء لإثباتها ولكن قد تحتاج للقضاء لتقديرها.

ويستثنى من هذه القاعدة: الفرقة بالجب والعنة وبخيار البلوغ وبعدم الكفاءة وبنقصان المهر وبإباء الزوج عن الإسلام وباللعان عند الحنفية فكل هذه لا يثبت الفسخ بها إلا بالقضاء. وكذلك الحدود والقصاص والدية[٣].

قاعدة رقم (٨).

الولد للفراش[٤].

وفي لفظ آخر:

- الولد لاحق للفراش[٥].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة هي لفظ حديث شريف صحيح متفق عليه[٦]. ومعناه: أن الأصل في الولد أنه يلحق الزوج، إلا أن ينفيه باللعان[٧]، لحديث ابن عمر رضي الله عنهما: (أن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين رجل وامرأته، فانتفى من ولدها، ففرق بينهما، وألحق الولد بالمرأة)[٨]. فإذا لم يوجد اللعان بقي الأصل، وهو ثبوت نسب الولد للزوج.

---

[١] المرجع السابق.

[٢] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٧٧ – ترتيب اللاليء لوحة ١٠٩. قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٨٦.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٣٤/١٢.

[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٥١٥/٤

[٥] المرجع السابق، ٥٢٣/٤

[٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات، ٧٢٤/٢ برقم ١٩٤٨،وفي باب شراء المملوك من الحربي، ٧٧٣/٢ برقم ٢١٠٥. وفي كتاب الخصومات، باب دعوى الوصي للميت، ٨٥٢/٢ برقم ٢٢٨٩. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات. ١٠٨٠/٢ برقم ١٤٥٧. و١٠٨١/٢ برقم ١٤٥٧.

[٧] انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥٢١/٥

[٨] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب يلحق الولد بالملاعنة، ٢٠٣٦/٥ برقم ٥٠٠٩، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، ١١٣٢/٢ برقم ١٤٩٤. بلفظ: "أن رجلاً لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بأمه قال نعم".

فروع على القاعدة:

منها: لو قال الرجل لزوجته: وطئت بشبهة أو مكرهة أو نائمة أو مع إغماء أو جنون فلا لعان بينهما[١]، ونسب الولد إلى أبيه.

ومثاله أيضا: لو قال لها أنت لم تزن، ولكن هذا الولد ليس مني، فلا لعان بينهما ويلحق الولد به[٢].

ومنها: إذا قذف الزوج زوجته، فسكتت، أو صدقته، أو مات أحدهما قبل اللعان، فلا لعان بينهما، ونسب الولد يلحق بأبيه[٣].

قاعدة رقم (٩).

كل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه[٤].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تتبع قاعدة: الولد للفراش، ومعناها: أن المرأة إذا جاءت بولد فهو لزوجها، ونسب الولد يلحق بالزوج ولا ينتفي عنه النسب إلا باللعان.

فإذا لاعن الزوج زوجته ونفى الولد في لعانه، انتفى نسبه ولم يلحقه، هذا في المواضع التي يصح فيها اللعان.

أما في المواضع التي لا يصح فيها اللعان ابتداء، أو المواضع التي لم يكتمل فيها اللعان، فالولد ينسب إلى أبيه وهو المراد بالقاعدة.

قاعدة رقم (١٠).

السبب الظاهر متى أقيم مقام المعنى الخفي تيسيراً سقط اعتبار الباطن[٥].

معنى القاعدة:

الأصل في بناء الأحكام بناؤها على الأسباب الظاهرة، لا المعاني الخفية الباطنة، لأن المعنى الخفي لا يدرك وما لا يدرك لا يبنى عليه حكم.

فالحكم يدور مع سببه وعلته الظاهرة وجوداً وعدماً، ولا ينظر إلى المعنى الخفي فيها.

فروع على القاعدة:

منها: الولد إنما ينسب لأبيه عند وجود الفراش، لأن الولد للفراش لا للماء، ولا للوطء، لأنهما معنى خفي والفراش سبب ظاهر لإثبات نسب الولد وبناء الأحكام عليه[٦].

---

[١] المرداوي: الإنصاف، ٢٤٦/٩. المقدسي: الإقناع لطالب الانتفاع، ١٠٠/٤.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٦٣/٨. ابن قدامة: المقنع، ٢٥٨/٣. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٥١٥/٥. ولا لعان هنا لأن هذا في ظاهره ليس قذفاً، إذا قد يقصد من زوج آخر، أو من وطء شبهة، ولكن لو تبين أنه يريد أنه يريد أن هذا الولد من زنا، فهو قذف يثبت فيه اللعان.

[٣] ابن قدامة: المقنع، ٢٦٠/٣٠. ابن تيمية: المحرر، ٩٩/٢، ابن مفلح: الفروع، ٥١٤/٥.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٤٤/٨. البهوتي: كشاف القناع، ٩٩/٤.

[٥] السرخسي: المبسوط،٧١/١٧.

[٦] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٧/٦.

قاعدة رقم (١١).

كل من درء عنه الحد، لحق به الولد[١].

وفي لفظ آخر:

- كل من وطيء امرأة بما يعتقده نكاحاً لحق به النسب[٢].

معنى القاعدة:

لقد أولى الشارع الحكيم الأنساب عناية بالغة، واهتم بحفظها، وأحاطها بسياج منيع يحميها من الفساد والاضطراب، لئلا يلحق بنسب الشخص ما ليس منه، أو يخرج عنه ما هو داخل فيه.

ومن أجل ذلك شرعت الكثير من الأحكام الحامية لهذا المقصد الشرعي السامي، كحد الزنا، والقذف، وإيجاب العدة على النساء احتياطاً واستبراء للرحم وغير ذلك من الأحكام.

ومن أجل ذلك كله؛ جاءت هذه القاعدة لتبين أن الرجل إذا وطء امرأة فجاءت بولد، ينظر إذا كان زوجاً أو مالكاً فالولد له. وإن لم يكن زوجاً ولا مالكاً نظر: فإن كان معذوراً بالوطء بحيث يدرأ عنه الحد لحقه الولد، وإن لم يكن معذوراً بالوطء بحيث يستحق الحد لم يلحقه الولد.

يقول ابن تيمية: (من وطيء فرجاً يعتقده حلالاً له، وليس هو في الحقيقة جلالاً، مثل أن يتسرى جارية اشتراها أو اتهبها أو ورثها ثم تبين أنها غصب أو حرة، أو تزوجها فاسداً لا يعلم فساده، أو علم السبب ولم يعلم أنه مفسد لجهل، كمن يتزوج المعتدة معتقداً أنه جائز، أو لتأويل كمن يتزوج بلا ولي أو وهو محرم، فإن حكم هذا الوطء حكم الحلال في درء الحد ولحوق النسب وحرية الولد ووجوب المهر وفي ثبوت المصاهرة والعدة بالاتفاق)[٣].

فالمراد: أن كل وطء اعتقد الواطيء صحته بتأويل أو اجتهاد تقليد، فإن النسب لاحق به، وإن كان ذلك الوطء محرماً. وأن الحدّ ونسب الولد لا يجتمعان للواطيء، فإذا ثبت أحدهما انتفى الآخر[٤].

فروع على القاعدة:

منها: من وطء امرأة بشبهة أو في نكاح فاسد يعتقد صحته، فإن النسب يلحقه، كما لو تزوج امرأة في عدتها ووطئها يعتقدها زوجة، فإن الحد يدرأ عنه وولده منها يلحقه نسبه[٥].

ومنها: إذا تزوج الكافر امرأة بما يعتقده نكاحاً صحيحاً، فإن ولده منها يلحق به في النسب، وإن كان هذا النكاح باطلاً في دين الإسلام. فلو تزوج يهودي بنت أخيه، فولده منها يلحقه نسبه ويرثه، لاعتقاده ذلك نكاحاً صحيحاً[٦].

---

[١] ابن قدامة: المغني، ٦٦/٨. وقد نسبها ابن قدامة إلى الإمام أحمد. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٧٥.

[٢] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ١٤٣/١. الزركشي: المنثور في القواعد، ٣٢٩/٣. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٦٦/٣٢.

[٣] ابن تيمية: بيان الدليل، ١٧١.

[٤] الصواط: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية، ٥٨٥/٢

[٥] ابن قدامة: المغني، ٦٦/٨. ابن مفلح: الفروع، ٥٢٥/٥. البهوتي: كشاف القناع، ١٠٨/٤.

[٦] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ١٣/٣٤.

ومنها: أن ولد الزنا لا يلحق بأبيه في النسب، إلا أن يستلحقه، لأن الواطيء لم يعتقد ذلك نكاحاً صحيحاً[١].

قاعدة رقم (١٢).

كل موضع لزم الزوج الولد لم يكن له نفيه[٢].

معنى القاعدة:

ذكرنا أن أسباب اللعان تكون: إما لدرء الحد إذا قذف الرجل زوجته بالزنا، أو لنفي الولد. وذكرنا أنه لا ينتفي نسب إلا بشروط، منها أن لا يقر الزوج به أو يصدر عنه ما ينزل منزلة إقراره. لأن الإقرار حجة شرعية ههنا لا يجوز الرجوع بالإجماع.

قال ابن قدامة: (لا يقبل رجوع المقر عن إقراره، إلا فيما كان حداً لله تعالى، يدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطه، فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات، كالزكاة والكفارات، فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافاً)[٣].

فروع على القاعدة:

منها: إذا أقرا الزوج بالولد، أو بتوأمه، أو نفاه وسكت عن توأمه، لحقه نسبه ولم يكن له نفيه[٤].

ومنها: كذلك إذا هنيء به، أو دعي له فأمن على الدعاء، لحقه نسبه كذلك ولم يكن له نفيه[٥].

ومنها: إذا أخر نفيه بعد علمه به دون عذر، لحقه نسبه أيضاً ولم يكن له نفيه[٦].

قاعدة رقم (١٣).

النسب تتبعض أحكامه[٧].

معنى القاعدة:

التبعيض لغة: مصدر بعض الشيء تبعيضاً، إذا فرقه أجزاء، والجمع أبعاض[٨].

وأما في الاصطلاح: فلم أر من عرف التبعيض من العلماء، وإنما غاية ما يذكر تحت هذا المصطلح أحكام متنوعة تتعلق بإتيان المكلف ببعض ما كلف به، وما يترتب على ذلك من آثار[٩].

بمعنى آخر: هو أن يعطى الفرع الواحد أحكاماً مختلفة تبعاً لدورانه بين أصول متفرقة.

---

[١] المرجع السابق، ٣٧٥/٣١.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٦٣/٨. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير- كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٧٦.

[٣] ابن قدامة: المغني، ٩٥/٥.

[٤] المرجع السابق، ٦٣/٨. ابن تيمية: المحرر، ١٠٠/٢. ابن مفلح: الفروع، ٥١٦/٥.

[٥] المراجع السابقة.

[٦] المراجع السابقة.

[٧] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ١٣٦/٣٢. ابن القيم: أعلام الموقعين، ٣٥٦/٤. ابن القيم: زاد المعاد، ٤١٠/٥. ابن مفلح: الفروع، ٥٢٦/٥. المرداوي: الإنصاف، ٢٦٩/٩.

[٨] ابن منظور: لسان العرب، الفيروزآبادي: القاموس المحيط مادة "بعض"

[٩] الموسوعة الفقهية الكويتية، ٧٥/١٠-٩٣.

فالرضاع مثلاً: يثبت به التحريم دون الميراث والنفقة والولاية؛ إذ الابن من الرضاع ابن في التحريم، فلا يجوز للرجل أن يتزوج ابنته من الرضاعة ولا أخته، وهو ليس ابناً في النسب ولا في الميراث ولا النفقة ولا غير ذلك[١].

فروع على القاعدة:

منها: بنت الملاعنة، بنت في باب النكاح، فيحرم على أبيها نكاحها، وليست بنتاً في النسب والميراث والنفقة ونحو ذلك.

وكذلك بنت الزنا: لا تلحق بالزاني في النسب والميراث والنفقة، وهي ابنته في الحرمة، فيحرم عليه نكاحها[٢].

قاعدة رقم (١٤).

النسب بمنزلة المقطوع به شرعاً وإن كان طريق معرفته في الأصل الاجتهاد[٣].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- النسب بعد ثبوته لا يحتمل النقض وهو على الكافة[٤].
- النسب لا يحتمل الإبطال بعد ثبوته ولا الفسخ[٥].
- النسب لا يحتمل التعليق بالشروط[٦].
- النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر[٧].
- النسب الذي يثبت بالنكاح لا ينتفي بمجرد النفي بخلاف ملك اليمين[٨].
- النسب يحتاط لإثباته[٩].

معنى القواعد:

النسب: هو العزو والانتماء، يقال نسب هذا الرجل في قريش، أي هو منهم ومنتم إليهم، أو هو اشتراك من جهة أحد الأبوين[١٠].

والنسبة إلى الأب، أو الأم، أو البلد، أو الحي، والقبيلة، والصناعة، وغير ذلك يكون بإلحاق ياء النسبة إلى المنسوب إليه فيقال: هو قرشيّ أو شاميّ أو دمشقي.

فمن أحكام النسب: أن النسب إذا ثبت فهو في درجة المقطوع به شرعاً، مع أن طريق معرفته في الأصل الاجتهاد، من حيث إنه لا اطلاع لنا على حقيقة الاتصال بين الرجل والمرأة، لكن لما كان الولد للفراش فإنه ينسب لصاحب الفراش الذي ولد عليه.

---

[١] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ١٣٩/٣٢.
[٢] الصواط: القواعد والضوابط الفقهية، ٥٩٣/٢.
[٣] السرخسي: المبسوط،٣٦/٣ – البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١١٨٦/١١.
[٤] المجددي: قواعد الفقه، ١٣٢.
[٥] السرخسي: المبسوط،١٤٦/١٧
[٦] المصدر السابق،١٦٦/٢٢
[٧] ابن قدامة: المغني، ١٩٨/٥
[٨] السرخسي: المبسوط،١١١/١٧
[٩] ابن قدامة: المغني، ٢٠٦/٥
[١٠] الراغب الأصبهاني: المفردات ٤٩ والتوقيف ٦٩٦

ومنها: أن النسب إذا ثبت لا يجوز نقضه ولا إسقاطه ولا فسخه كما يفسخ النكاح مثلاً.
ومنها: أن النسب لا يحتمل التعليق بالشرط بمعنى أنه لا يثبت معلقاً إثباته بشرط.
ومنها: أن النسب إذا ثبت فهو ملزم لكافة الناس اعتباره والاعتراف به.
ومنها: أن النسب يثبت جملة لجميع المقصودين به ولا يمكن أن يتبعض فيثبت في حق أحد دون أحد.
ومنها: أن النسب الذي يثبت بالنكاح والزواج لا ينتفي بمجرد النفي، بل لا ينتفي إلا باللعان. بخلاف النسب الذي يثبت عن طريق ملك اليمين، فإنه ينتفي بمجرد النفي.
ومنها: أن النسب لعظم شأنه وما يترتب عليه من واجبات وحقوق فيجب أن يحتاط في إثباته.
من أمثلة ذلك:
إذا ثبت نسب شخص من آخر فإنه يكون حجة على كافة الناس كالحرية إذا ثبتت. فاعتراف الأب ببنوة ابنه لا يكون ذلك خاصا بالأب بل يتعدى إلى العموم. أي الاعتراف بالبنوة والنسب فيلزم كل متعامل مع هذا الابن معاملته على أنه فلان بن فلان.
ومنها: إذا ولدت أمة لرجل، فادعى آخر أن المولود ابنه من جهة نكاح صحيح أو فاسد أو من جهة ملك. يثبت نسب المولود من المدعي ويصح إقراره به.
ومنها: إذا مات رجل وخلف ولدين أقر أحدهما بأخ أو أخت وأنكر الثاني، لا ثبت نسب المقر له به ولكن يشارك المقر في الميراث. أما لو أقر الاثنان به لثبت نسبه وشاركهما جميعاً.
ومنها: إذا ثبت النسب بالإقرار ثم أنكر المقر ورجع عن إقراره لم يقبل إنكاره، لأنه نسب ثبت بحجة شرعية.

قاعدة رقم (١٥).

الأصل عند أبي حنيفة أن العبرة في ثبوت النسب بصحة الفراش وكون الزوج من أهله لا بالتمكن من الوطء، وعند الشافعي العبرة في النسب للتمكن من الوطء حقيقة[١].

هذه القاعدة تعتبر من مسائل الخلاف بين الأحناف وغيرهم من الشافعية، فعند الأحناف أن الاعتداد بثبوت النسب بشرطين:
الاول صحة الفراش بنكاح صحيح أو ملك يمين.
الثاني: أن يكون الزوج من أهل النكاح سواء تمكن الزوج من الوطء أم لم يتمكن لأن التمكن من الوطء لا يعتدّ به في ثبوت النسب عندهم، وأما عند الإمام الشافعي رضي الله عنه وعند غيره من الأئمة[٢] فالعبرة والاعتداد في ثبوت النسب بالتمكن من الوطء حقيقة لا بمجرد صحة الفراش وهو المعقول.

فروع على القاعدة:

[١] الدبوسي: تأسيس النظر، ٨١ البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٥٣٠/١
[٢] ابن قدامة: المقنع ٢٦٤-٢٦٥

منها: من تزوج امرأة زواجاً صحيحاً وغاب سنين ثم جاءت بولد ثبت النسب منه، إلا أن ينفيه باللعان، لأن الفراش له وهو من أهل ثبوت النسب. وأما غير الحنفية فلا يثبت النسب معه إذا لم يتمكن من الوطء حقيقة.

قاعدة رقم (١٦).

الشهرة في النفي حجة كما في الإثبات[١].

الشهرة: معناها الاشتهار والشيوع بين الناس.

معنى القاعدة:

تشير القاعدة إلى أنه إذا اشتهر أمر وشاع وذاع بين الناس، فإنه يمكن بناء الأحكام عليه إثباتاً ونفياً ويكون ذلك الاشتهار حجة ودليلاً على ذلك الحكم.

فروع على القاعدة:

منها: إثبات نسبة الأولاد من أبيهم بالاشتهار بين الناس أنهم ولدوا في بيته وعلى فراشه ومن زوجته فلانة وأنه كان يكون في بيتهم ويذهب ويجيء ويحمل حوائجهم وغير ذلك من الأمور الدالة على صحة النسب[٢].

قاعدة رقم (١٧).

المعتبر في مبدأ الستة الأشهر يوم العقد لا يوم الدخول[٣].

هذه القاعدة تتبع القاعدة التي قبلها، وهي: **الأصل عند أبي حنيفة أن العبرة في ثبوت النسب بصحة الفراش وكون الزوج من أهله لا بالتمكن من الوطء.**

والمقصود بالستة أشهر: أي أقل مدة الحمل.

فروع على القاعدة:

منها: إذا أتت المرأة بولد لستة أشهر من يوم العقد، وكانت قبلها متزوجة من آخر، فادعت الزوجة أنه من الثاني، لم يبن عليها إلا بعد مضي ستة أشهر من يوم العقد، ووافقها الزوج على ذلك، فإن الولد ينسب إلى الزوج الثاني لا الأول، لأن الرجل إذا نكح امرأة نكاحاً صحيحاً ثم جاءت بعد عقد نكاحها لستة أشهر بولد فإن الولد لا حق به إذا أمكن وصوله إليها وكان الزوج ممن يطأ والمعتبر في مبدأ الستة الأشهر يوم العقد لا يوم الدخول عند أبي حنيفة[٤].

---

[١] السرخسي: المبسوط،٨٤/٩.
[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٧٨/٦.
[٣] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٥١٦/٤
[٤] المرجع السابق.

المطلب الثاني

موقف القانون من فرقة اللعان وما عليه العمل في القضاء

لم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري صراحة على أحكام اللعان، إلا إنه تبناها وفق الراجح من المذهب الحنفي بموجب نص المادة ٥٠٣ في قانون الأحوال الشخصية التي أحالت إلى الراجح في المذهب الحنفي فيما سكت عنه القانون.

وقد جاء في المادة ١٢٩ – أحكام ثبوت النسب ونفيه وهي:

١– ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين:

أ . أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

ب . أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل .

٢– إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه .

٣– إذا توافر هذان الشرطان لا ينفى نسب المولود عن الزوج إلا باللعان.

كما جاءت المادة ٣٠٣ لتقول: يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرابتها، وترثهما الأم وقرابتها.

وكذلك الحال في قانون الأحوال الشخصية المصري، حيث لم ينص على أحكام اللعان إلا ما جاءت به المادة ١٥ في دعوى النسب[١]:

لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد, ولا لولد زوجة آتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا آتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق او الوفاة.

أما قانون الأحوال الشخصية الإماراتي فقد جاءت أحكام اللعان فيه في المواد ٩٦ و٩٧ وإليك نصّها:

المادة ٩٦: اللعان لا يكون إلا أمام المحكمة ويتم وفق القواعد المقررة شرعا. والفرقة باللعان فرقة مؤبدة.

المادة :٩٧

١– للرجل أن ينفي عنه نسب الولد باللعان خلال سبعة أيام من تاريخ العلم بالولادة شريطة ألا يكون قد اعترف بأبوته له صراحة أو ضمنا، وتقدم دعوى اللعان خلال ثلاثين يوما من تاريخ العلم بالولادة.

٢– إذا كان اللعان لنفي النسب وحكم القاضي به انتفى النسب.

٣– إذا حلف الزوج أيمان اللعان وامتنعت الزوجة عنها أو امتنعت عن الحضور أو غابت وتعذر إبلاغها حكم القاضي بنفي النسب.

٤– يثبت نسب الولد المنفي باللعان بعد الحكم بنفيه إذا اكذب الرجل نفسه.

٥– للمحكمة الاستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب بشرط ألا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك.

---

[١] قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

ثم جاءت بعض آثار اللعان، في المادة ٤٤: يحرم على الشخص فرعه من الزنا وإن نزل وابنته المنفية بلعان.
والمادة ٤٥: يحرم على الرجل التزوج بمن لاعنها بعد تمام اللعان.
والمادة ٣٥٨: يرث ولد الزنى من أمه وقرابتها، وترثه أمه وقرابتها، وكذلك ولد اللعان.

ما عليه العمل في القضاء:

يجوز للزوج إذا اتهم زوجته بالزنا، أو ساوره الشك في نسب ولده المولود على فراش الزوجية، ولم يستطع إثبات ما رمى زوجته به من الزنى أو نفي النسب، أن يقيم دعوى اللعان أمام القضاء.
وهي –كما أسلفنا– كدعوى لم ينص عليها قانون الأحوال الشخصية صراحة إلا إنه تبناها وفق الراجح من المذهب الحنفي بموجب نص المادة ٥٠٣ أحوال شخصية التي أحالت الى الراجح في المذهب الحنفي فيما سكت عنه القانون. ولذلك فإن المحاكم الشرعية غالباً ما ترجع في دعاوى اللعان أو نفي النسب إلى كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا الذي نصت مواده على أحكام اللعان ونفي النسب وفق المذهب الحنفي من المادة ٣٣٣ إلى المادة ٣٤٩.

ولدعوى اللعان شروط يجب توافرها حتى تتمكن المحكمة من السير بإجراءات اللعان حتى النهاية:
فأما الشروط المتعلقة بالزوجين فهي وجوب أن يكون المتلاعنان وقت الملاعنة.
وأما حول مدة إقامة دعوى اللعان فهو الشرط الذي أورده قدري باشا في المادة ٣٣٦ من كتابه الأحكام الشرعية وبموجب ذلك تصح.
١– في وقت الولادة أو عند شراء أدواتها وفي أيام تهيئة الزوجة للولادة حسب عرف أهل البلد.
٢– في حالة غياب الزوج ويعلم بالحمل فتعتبر هنا حالة العلم كحالة ولادة الزوجة.
وفي حال تقديم الزوج لدعوى اللعان خارج هذه الأوقات فلا تسمع الدعوى ولا ينتفي بها النسب وأن ترتب على ذلك قرار القاضي بالتفريق بين الزوجين.
وحول إجراءات الملاعنة: فان طلب اللعان يمكن أن يكون أمام المحكمة الشرعية بدعوى مستقلة، ويمكن أن يكون بدفع في دعوى قائمة، وطلب الملاعنة حق للزوج فقط، ولا يقبل إثارته من الزوجة ولكن أن تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.
وبعد أن تتحقق المحكمة من توافر أهلية الزوجين للملاعنة، ومن تحقق شرط الوقت، تبدأ باتخاذ إجراءات الملاعنة، وفي حال انتفاء أي من شروطها قضت المحكمة برد الدعوى وقبل الملاعنة.
وتبدأ الملاعنة بأن يتقدم الزوج الملاعن، ويحلف أمام القاضي الشرعي، أربع مرات أنه من الصادقين فيما رمى زوجته به الزنا، أو نفي نسب الولد، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تحلف الزوجة أمام المحكمة أربع مرات، أنه من الكاذبين، والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين.
وتكتمل أركان دعوى اللعان بقبول حلف أيمان اللعان وبحلفها لها، وبناء عليه يحكم القاضي مايترتب من آثار.

وإذا لم تصدق الزوجة زوجها فيما رماها به: ففي هذه الحالة يشكل ذلك دفعاً لدعوى اللعان وإبطالاً لها فترد الدعوى، ولا ينتفي نسب الوالد لأن الولد للفراش.

وقد جاء اجتهاد محكمة النقض مؤيدا لهذا، واعتبر أن عدم حلف الزوجة يجعل دعوى اللعان فاقدة لأحد أركانها، ولا يمكن الحكم عندها بالتفريق بين الزوجين ونفي نسب الولد ما يجعل الدعوى مستوجبة للرد[١].

ومتى ما اكتملت أركان دعوى اللعان أمام المحكمة وتبادل الزوجين أيمانها تقرر المحكمة مايلي:

١- التفريق بين الزوجين بطلقة بائنة، مع الإشارة أن هذا التفرق مؤقت، فإن كذب الزوج نفسه بعد اللعان وأقيم عليه حد القذف -شرعاً- جاز له العودة إلى زوجته بعقد جديد.

٢- نفي النسب بين الولد وأبيه، فيخرج القاضي الابن من عصبة الأب ويسقط حقه في النفقة والإرث فقط.

وأخيراً: فإن دعوى اللعان تعتبر من السهل الممتنع؛ لدقة شروطها وإجراءاتها، فمتى ما تحقق القاضي من كل الشروط مجتمعة، وحلفت الزوجة، اكتملت أركان الدعوى، ويتحقق بنتيجتها التفريق بين الزوجين ونفي النسب.

هذا، ولا بد من الإشارة إلى أن دعوى نفي النسب في القضاء السوري يشترط فيها:

١-أن تكون بين زوجين بموجب عقد زواج صحيح والزوجية قائمة، فلا تجوز إن كانا مطلقين، باستثناء إن كانت الزوجة في عدة الطلاق الرجعي.

٢-أن يكون كل من الزوجين أهلاً للشهادة، ومن المعلوم أن شروط الشهادة هي الإسلام والعقل والبلوغ والحرية.

وقد جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (لا يجوز الحكم بنفي النسب قبل سماع الشهود إذا طلبت شهادتهم، على أن الزوج أقر بالولد صراحة أو دلالة، كما أن الحكم بالتفريق للعان طلاق بائن وليس فرقة مؤبدة، وليس دفع دعوى النفقة بطلب المتابعة رجوعاً عن طلب اللعان، ولا تمنع الزوجة عن حلف يمين اللعان مانعاً من الحكم بالتفريق، لأن امتناعها يوجب عليها الحد وحسب)[٢].

(شروط اللعان أن يكون بين مسلمين في بلاد الإسلام، وأن يلاعن الزوج زوجته ثم تصدقه أو تلاعنه. فإن صدقته كان الولد للفراش ولم ينتف النسب، وإن لاعنته انتفى النسب وفرق بينهما الحاكم. أما إذا رفضت فإنها تحبس بحسب الراجح في المذهب الحنفي حتى تصدق زوجها أو تلاعنه. ولما كان لا يوجد في قوانينا الوضعية ما يجيز حبس الزوجة حتى تلاعن أو تصدق. فإنها إذا أبت الملاعنة، انتفى ركن اللعان وثبت النسب للراش أي للزوج)[٣].

(لا تسمع دعوى اللعان ونفي النسب إلا عند الولادة أو شراء أدواتها أو أيام التهنئة، وبعد ذلك لا تقبل دعوى نفي النسب)[٤].

---

[١] نقض سوري قرار ٤٤٤ /٤٧٨ تاريخ ٢٠ /١١ /١٩٧٣

[٢] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٢ ص ٣٥٩- قرار٤٤٣-١٩٧٢/٨/٣١.

[٣] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٣ ص ٣٤١- قرار٤٧٨/٤٤٤-١٩٧٣/١١/٢٠.

[٤] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٦ ص ١٤٢- قرار٤٧٦-١٩٦٥/١٢/٧.

ومما يجدر ذكره أننا نلاحظ كثيراً من الأزواج –لاسيما في وقتنا الحاضر– يتغاضون عن إقامة مثل هذه الدعوى في حال توافر أسبابها وأركانها، ولأسباب كثيرة ومعروفة للجميع، ويكتفي بإقامة دعوى تفريق عادية دون ملاعنة، أو يقوم بإيقاع الطلاق، وكل ذلك اتقاءً لنتائج قد لا تحمد عقباها، وقد تؤثر فيه هو نفسه وفي أولاده البقية (إن وجد له أبناء من زوجته غير المنفي نسبه) وفي عائلته وعائلة زوجته في مجتمع لا يرحم، ويكون قاصداً من ذلك كله أن يستر على امرأة شاطرته هموم الحياة لفترة قد تطول أو تقصر وأن يصون العشرة كما يقال لامرأة لم تحفظ العشرة.

الفصل الثاني
الفرقة بالظهار والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

تمهيد:

كان الظهار قبل الإسلام فرقة من فرق النكاح لدى العرب، بل كان أقسى أنواع الفرق وأشدها ضرراً بالمرأة، فكان الرجل إذا كره امرأته ولم يرد أن تتزوج بغيره، ظاهر منها، فتصبح لا ذات زوج، ولا خلية تنكح غيره.

فلمّا جاء الإسلام تمشياً مع مبادئه العامة في رفع الظلم عن الناس، وتوخياً لمصلحة المرأة ودفع الضرر عنها، أبقى أصل الظهار، ونقل حكمه إلى تحريم مؤقت بالكفارة[١].

جاء في بدائع الصنائع: (كان الظهار طلاق القوم في الجاهلية، فنقله الإسلام من تحريم المحل إلى تحريم الفعل في المظاهر منها مع بقاء النكاح، كحرمة الفعل في المطلقة بعد زوال النكاح)[٢].

المبحث الأول
تعريف الظهار وحكمه، وأدلته

المطلب الأول: تعريف الظهار.

الظهار لغة: الظّهار بكسر الظّاء المعجمة، مشتق من الظّهر، وهو خلاف البطن، والظهر من الإنسان: من لدن مؤخر الكاهل إلى أدنى العجز عند آخره، وسمي الظهار كذلك لأنّ صورته الأصليّة أن يقول الرّجل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمّي، وإنّما خصّوا الظّهر – دون البطن والفخذ وغيرهما– لأنّ الظّهر من الدّابّة موضع الرّكوب[٣].

الظهار شرعاً:

ذكر أهل العلم رحمهم الله تعالى للظهار تعاريف متعددة، ترجع إلى ما استنبطوه من أدلة الظهار، مما يكون ظهاراً، وما لا يكون، وما يشترط لصحة الظهار، وما لا يشترط، وغير ذلك.

فمن تعاريف الحنفية: (تشبيه المسلم زوجته، ولو كتابية، أو صغيرة، أو مجنونة، أو تشبيه ما يعبر به عنها من أعضائها، أو تشبيه شائع منها بمحرم عليه تأبيداً)[٤].

ومن تعاريف المالكية: (تشبيه المسلم من تحل بالأصالة من زوجة أو أمة، أو جزؤها بظهر محرم)[٥].

ومن تعاريف الشافعية: (تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلاً)[٦].

---

[١] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٩٢٨/٢.
[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٤/٣.
[٣] ابن منظور: لسان العرب ٥٢٠/٤، الفيومي: المصباح المنير، مادة "ظهر".
[٤] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار ٤٦٦/٣
[٥] الدردير: الشرح الكبير ٤٣٩/٢.
[٦] الشربيني: مغني المحتاج ٣٥٢/٣.

ومن تعاريف الحنابلة: (أن يشبه الزوج امرأته أو عضواً منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد، أو بها، أو بعضو منها)[1].

التعريف المختار:

يظهر لي من خلال دراستي لأحكام الظهار التعريف الآتي للظهار: أن يشبه زوجته بمن تحرم عليه على التأبيد.

المطلب الثاني: حكمه وأدلته.

أما حكم الظهار التكليفي، فمحرّم ولا يجوز، بدلالة الكتاب والسنة والإجماع، ولا يعتبر طلاقاً، وقد صرح بعض العلماء بأنه من الكبائر[2]. لكونه منكراً من القول وزوراً، لقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱللَآي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾[المجادلة:٢].

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾[المجادلة:٢].

قال ابن القيم رحمه الله: (ومنها أنّ الظهار حرام لا يجوز الإقدام عليه؛ لأنه كما أخبر الله عنه منكر من القول وزور، وكلاهما حرام، والفرق بين جهة كونه منكراً وجهة كونه زوراً، أن قوله: أنت علي كظهر أمي يتضمن إخباره عنها بذلك، وإنشاءه تحريمها، فهو يتضمن إخباراً وإنشاء، فهو خبر زور، وإنشاء منكر، فإن الزور هو الباطل خلاف الحق الثابت، والمنكر خلاف المعروف، وختم سبحانه الآية بقوله تعالى: وإنّ اللّه لعفوّ غفور وفيه إشعار بقيام سبب الإثم الذي لولا عفو الله ومغفرته لآخذ به)[3].

وأما السنة: فمنها: حديث سلمة بن صخر[4] رضي الله عنه قال: كنت امرأً أصيب من النساء ما لا يصيب غيري، فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئا يتايع بي[5] حتى أصبح، فظاهرت فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان، فبينما هي تخدمني ذات ليلة، إذ تكشف لي منها شيء، فلم ألبث أن نزوت عليها، فلما أصبحت خرجت إلى قومي، فأخبرتهم الخبر، وقلت: امشوا معي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، قالوا: لا والله، فانطلقت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته. فقال: أنت بذاك يا سلمة ؟ قلت: أنا بذاك يا رسول الله مرتين، وأنا صابر لأمر الله فاحكم في ما أراك الله. قال: حرر رقبة. قلت: والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها وضربت صفحة رقبتي. قال: فصم شهرين متتابعين. قلت: وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟! قال: فأطعم وسقاً من تمر بين ستين مسكينًا. قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام. قال: فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك، فأطعم ستين

---

[1] البهوتي: كشاف القناع، ٤٢٥/٥، المقدسي: غاية المنتهى، ١٩٠/٣.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٢٩/٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٣٩/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٣٥٢/٣، الرملي: نهاية المحتاج ٨٢/٧. ابن قدامة: المغني، ٣٣٧/٧.

[3] ابن القيم: زاد المعاد ٣٢٦/٥.

[4] سلمة بن صخر بن سلمان بن الخزرج الخزرجي كان يقال له البياضي لأنه كان حالفهم، أحد البكائين؛ وكان أبوه صخر شاعراً، قال البغوي: لا أعلم له حديثاً مسنداً إلا حديث الظهار رواه عنه سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وأبو سلمة وسماك بن عبد الرحمن ومحمد بن عبد الرحمن بن ثوبان.[المنفردات والوحدان للإمام مسلم. الإصابة ٤٥٥/١].

[5] أي يلازمني، فلا أستطيع الفكاك منه. [ابن منظور: لسان العرب ٣٨/٨].

مسكيناً وسقًا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها. فرجعت إلى قومي، فقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، ووجدت عند النبي صلى الله عليه وسلم السعة وحسن الرأي، وقد أمرني، أو أمر لي بصدقتكم[١].

ومنها: حديث ابن عباس رضي الله عنهما: (أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم قد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال: يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر؟ فقال: ما حملك على ذلك يرحمك الله؟ قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر، قال: فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به)، لكنه مرسل[٢].

ومنها: حديث خولة بنت مالك بن ثعلبة[٣] رضي الله عنها قالت: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه، ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه، ويقول: اتقي الله فإنه ابن عمك. فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع اللّه قول الّتي تجادلك في زوجها إلى الفرض[٤]، فقال: يعتق رقبة. قالت: لا يجد. قال: فيصوم شهرين متتابعين. قالت: يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام. قال: فليطعم ستين مسكيناً. قالت: ما عنده من شيء يتصدق به. قالت: فأتي ساعتئذ بعرق من تمر. قلت: يا رسول الله فإني أعينه بعرق آخر. قال: قد أحسنت اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً، وارجعي إلى ابن عمك قال: والعرق: ستون مدًا[٥].

وأما الإجماع: فقال ابن المنذر: وأجمعوا على أن صريح الظهار أن يقول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي. وأجمعوا على أن ظهار العبد مثل ظهار الحر[٦].

وأما حكمه الوضعي: فصحيح، وتترتب عليه آثاره وأحكامه، إذا توفرت فيه شروط صحته.

.

---

[١] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في الظهار،٢٦٥/٢ برقم ٢٢١٣ والترمذي: السنن، في تفسير القرآن، سورة المجادلة، ٥٠٣/٣ برقم٣٢٩٥ وابن ماجه: السنن، في الطلاق، باب المظاهر يجامع قبل أن يكفّر٦٣/٣ برقم٢٠٦٤ وأحمد في المسند ٣٧/٤- مختصراً ، والدارمي ٢١٧/٢، والحاكم ٢٢١/١، والبيهقي: السنن الكبرى، ٣٨٥/٧، عن محمد بن إسحاق عن محمد بن عمرو عن سليمان بن يسار، والبيهقي في الكبرى٣٩٠/٧، عن يحيى بن أبي كثير، قال الترمذي: "هذا حديث حسن". وقال الحاكم: هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه." لكن أشار البيهقي إلى كونه مرسلاً.

[٢] أبو داود: كتاب الطلاق، باب في الظهار، ٢٦٨/٢ برقم ٢٢٢١ و٢٢٢٢ والترمذي: السنن، باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر، ٥٠٣/٣ برقم ١١٩٩وقال هذا حسن غريب صحيح، والنسائي: السنن الكبرى، باب الظهار، ٣٦٧/٣ برقم ٥٦٥١. والحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٢٢٢/٢ برقم ٢٨١٨، والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب الظهار، باب لا يقربها حتى يكفر، ٣٨٦/٧ برقم ١٥٠٣٦. والطبراني: المعجم الكبير، ٢٣٦/١١ برقم ١١٦٠٠متصلا. وعبد الرزاق: المصنف، باب المواقعة للتكفير، ٤٣٠/٦ برقم ١١٥٢٥. وقال النسائي في التحفة ١٢٣/٥: والمرسل أولى بالصواب من المسند.

[٣] خولة بنت مالك بن أصرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف، صحابية من الأنصار، زوجة الصحابي أوس بن الصامت، وهو أخو عبادة بن الصامت. [الاصابة ٦٨/٨، أسد الغابة٢٦٩/٥، الاستيعاب ٣٩٠/٤].

[٤] أي إلى ما فرض الله في هذه الآيات من كفارة الظهار.

[٥] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في الظهار، ٢٦٦/٢ برقم ٢٢١٤، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده ٤١٠/٦ برقم٢٧٣٦٠، ابن حبان: الصحيح، باب الظهار، ذكر وصف الحكم للمظاهر من امرأته وما يلزمه ثم ذلك من الكفارة، ١٠/ ١٠٨ برقم ٤٢٧٩. والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب الظهار، باب لا يجزي أن يطعم أقل من ستين مسكيناً كل مسكين مداً من طعام بلده، ٣٩١/٧ برقم ١٥٠٦١، والحاكم: المستدرك على الصحيحين، تفسير سورة المجادلة، ٥٢٣/٢ برقم ٣٧٩١، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي الحديث. أخرجه الحافظ في الفتح ٤٣٣/٩ برقم ، وقال ابن حجر في التلخيص ٢٢٠/٣ وقال: إسناده لا بأس به إسناده لا بأس به وأصله في البخاري.

[٦] ابن المنذر: الإجماع، ١٠٥، ابن حزم: مراتب الإجماع، مكتبة القدسي، ١٣٥٧هـ. ص ٨١، ابن رشد: بداية المجتهد١٠٥/٢.

المبحث الثاني

أركان الظهار وشروطه

ركن الظهار عند الحنفية: اللّفظ الدّالّ عليه، وهو التّعبير المشتمل على تشبيه الزّوجة بامرأة محرّمة على الزّوج تحريماً مؤبّداً كأنت عليّ كظهر أمّي أو ما يقوم مقامه، فالظّهار لا يقوم إلاّ بالتّعبير المنشئ له عندهم[١].

جاء في بدائع الصنائع: (أما ركن الظهار فهو اللفظ الدال على الظهار)[٢].

وأركان الظّهار عند الجمهور غير الحنفية أربعة هي[٣]:

أ – المظاهر: وهو الزّوج المشبّه.

ب – المظاهر منها: وهي الزّوجة المشبّهه.

ج – مشبّه به: وهو المحرّم بطريق الأصالة. كالأم ويلحق بها كل محرمة على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة.

د – الصّيغة: ما يصدر عن الزوج من ألفاظ صريحة أو كناية. والصريح: ما تضمن ذكر الظهر، كقوله: أنت عليّ كظهر أمي، والكناية: ما لم تتضمن ذكر الظهر، كقوله: أنت علي كأمي أو كفخذها أو بعض أعضائها، ويصدق في الكناية ديانة أنه أراد به الطلاق، دون الصريح. وينوي في الكناية ما يريد.

جاء في مغني المحتاج: (وله–أي للظهار– أربعة أركان: مظاهر، ومظاهر منها، وصيغة، ومشبه به)[٤].

والواقع: أن ما قاله الجمهور وجعلوه أركاناً للظهار، يتضمنه قول الحنفية في أن ركن الظهار هو اللفظ الدالّ عليه؛ لأن هذا اللفظ يكون الصيغة ويستلزم قائلاً له وهو المظاهر، ومظهراً منها–أي الزوجة– ومظاهراً به–أي المشبه به.

هذا، ويشترط لكل ركن من هذه الأركان شروط سوف نقسمها إلى مطالب كالآتي:

شروط المظاهر، شروط المظاهر منها، شروط المشبه به، شروط الصيغة.

المطلب الأول: شروط المظاهر.

القاعدة الفقهية في شروط المظاهر: **كل من صحّ طلاقه صحّ ظهاره**[٥]. **لذلك** اتفق الفقهاء بالجملة على أنه أنه يشترط في الرّجل لكي يكون ظهاره صحيحاً أن يكون مكلّفاً، قاصداً، ويتحقّق ذلك بشروط:

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع،٢٢٩/٣.

[٢] المرجع السابق.

[٣] ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٤٢، الدردير: الشرح الكبير، ٤٤٠/٢، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٤٠/٢. ابن رشد: المقدمات الممهدات، ٥٩٩/١ وما بعدها، الدردير: الشرح الصغير، ٦٣٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٢/٣. النووي: روضة الطالبين، ٢٦١/٨. البهوتي: كشاف القناع، ٣٦٩/٥.ابن قدامة: المغني، ٣٣٨/٧ ومابعدها.

[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٢/٣.

[٥] السرخسي: المبسوط،٢٣١/٦ ، الشافعي: الأم،٤٧٤/١١ – ٤٧٨.

الشرط الأول: البلوغ.

فلا يصحّ الظّهار من الصّبيّ ولو كان مميّزاً، لأنّ حكم الظّهار التّحريم، وخطاب التّحريم مرفوع عن الصّبيّ حتّى يبلغ، يدلّ على ذلك قول النّبيّ صلى الله عليه وسلم: (رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون حتّى يبرأ، وعن النّائم حتّى يستيقظ، وعن الصّبيّ حتّى يعقل)[1].

ويترتّب على الظّهار تحريم الزّوجة، فهو كالطّلاق من هذه النّاحية، وطلاق الصّبيّ لا يعتبر، فكذلك ظهاره لا يعتبر[2].

الشرط الثاني: العقل.

فلا يصحّ الظّهار من المجنون حال جنونه، ولا من الصّبيّ الّذي لا يعقل، لأنّ العقل أداة التّفكير ومناط التّكليف وهو غير متحقّق في المجنون والصّبيّ غير العاقل.

ومثل المجنون في الحكم: المعتوه والمبرسم والمدهوش والمغمى عليه والنّائم.

وأمّا السّكران: فقد اتّفق الفقهاء على أنّ ظهاره كطلاقه، فلا يعتبر إن كان سكره من طريق غير محرّم، وذلك كما إذا شرب المسكر للضّرورة أو تحت ضغط الإكراه، لأنّ السّكران لا وعي عنده، ولا إدراك فهو كالمجنون أو كالنّائم، فكما لا يعتبر الظّهار الصّادر من المجنون والنّائم فكذلك لا يعتبر الظّهار الصّادر من السّكران في هذه الحالة.

أمّا إذا كان سكره من طريق محرّم، بأن شرب المسكر باختياره من غير حاجة أو ضرورة حتّى سكر، فقد اختلف الفقهاء في اعتبار ظهاره بناءً على اختلافهم في اعتبار طلاقه، فمن قال منهم باعتبار طلاقه قال باعتبار ظهاره، وهم أكثر الحنفيّة، ومالك، والشّافعيّ وأحمد في رواية[3].

ومن قال من الفقهاء بعدم اعتبار طلاق السّكران قال لا يعتبر ظهاره، وهم زفر من الحنفيّة وأحمد في رواية، وهو منقول عن عثمان بن عفّان وعمر بن عبد العزيز[4].

وحجّتهم في ذلك: أنّ صحّة التّصرّف تعتمد على القصد والإرادة الصّحيحة، والسّكران قد غلب السّكر على عقله فلا يكون عنده قصد ولا إرادة صحيحة، فلا يعتدّ بالعبارة الصّادرة منه، كما لا يعتدّ بالعبارة الصّادرة من المجنون والنّائم والمغمى عليه.

الشرط الثالث: الإسلام.

---

(1) أبو داود: السنن، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، ١٤١/٤، برقم ٤٤٠٣. ورواه أبو داود أيضاً بلفظ آخر: (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبي حتى يكبر) ١٣٩/٤ برقم ٤٣٩٨. وبلفظ آخر أيضاً: (رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم وعن الصبي حتى يحتلم) ١٤٠/٤ برقم ٤٤٠١. ورواه الترمذي في السنن، في كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، بلفظ: (ثم رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل) قال حديث حسن غريب، ٩٢/٤ برقم ١٤٢٣. ورواه النسائي: السنن الكبرى، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، عن عائشة بلفظ: (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق)، ٣٦٠/٣. برقم ٥٦٢٥. وهكذا رواه ابن ماجه أيضاً: السنن، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ٦٥٨/١ برقم ٢٠٤١. ورواه الحاكم في المستدرك، ٣٨٩/١ برقم ٩٤٩ و ٦٧/٢ برقم ٢٣٥٠ و ٦٨/٢ برقم ٢٣٥١ و ٤٣٠/٤ برقم ٨١٧٠. وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٠/٣. الدردير: الشرح الكبير، ٤٣٩/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٢/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٣٨/٧.

(3) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٤٠/٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٠/٣. الدردير: الشرح الكبير، ٤٣٩/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٣/٣. ابن قدامة: المغني، ١١٤/٧، ٢٣٨.

(4) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٤٠/٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٩/٣. ابن قدامة: المغني، ١١٤/٧، ٢٣٨.

بناء على القاعدة الفقهية التي تنص على: **الكفار؛ هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟**[1]. فقد انقسم الفقهاء في ظهار غير المسلم سواء كان كتابيّاً أم غير كتابيّ إلى فريقين:

الفريق الأول: حيث قال الحنفيّة والمالكيّة ورواية عن أحمد[2]: لو كان الزّوج غير مسلم لا يصحّ ظهاره.

وقد استدلّ الحنفيّة والمالكيّة بما يلي:

أولا: قول اللّه تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم﴾[المجادلة:٢].

ووجه الدلالة: أنّ الخطاب فيه للمسلمين، فيدلّ على أنّ الظّهار مخصوص بهم دون غيرهم من الكافرين.

والأزواج المذكورون في الآية التّالية لهذه الآية وهي: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم﴾[المجادلة:٢]. لا يراد بهم المسلمون وغير المسلمين بل المراد بهم الأزواج المذكورون في الآية السّابقة، لأنّ هذه الآية إنّما جاءت لبيان حكم الظّهار المذكور في الآية الّتي قبلها، وهو الظّهار الّذي يكون من المسلمين لا من غيرهم.

ثانياً: أنّ الظّهار يقتضي تحريم الزّوجة تحريماً ينتهي بالكفّارة، والكافر ليس أهلاً للكفّارة، لأنّها عبادة، والكافر لا تصحّ العبادة منه[3].

الفريق الثاني: وقال الشّافعيّة والحنابلة في المذهب: إسلام الزّوج ليس بشرط في صحّة الظّهار، فيصحّ الظّهار من المسلم وغير المسلم[4]. عملاً **بالقاعدة الفقهية: كل زوج صح طلاقه صح ظهاره**[5] عندهم.

وقد استدلّ الشّافعيّة والحنابلة بما يلي:

أولاً: قول اللّه تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم﴾[المجادلة:٢].

ووجه الدلالة: أنّه عامّ، فيشمل المسلمين وغير المسلمين، وتوجيه الخطاب للمسلمين في الآية السّابقة، لا يدلّ على أنّ الظّهار مخصوص بهم، لأنّ المسلمين هم الأصل في التّكاليف الشّرعيّة، وغيرهم تابع لهم في ذلك، ولا يثبت التّخصيص إلاّ بدليل يدلّ عليه، ولا يوجد هذا الدّليل هنا.

ثانياً: أن الكافر مخاطب بفروع الشريعة، فيصحّ منه بعض أنواع الكفّارة بغير الصوم من إطعام وإعتاق رقبة، وامتناع صحّة بعض الأنواع من الكافر لا يجعله غير أهل للظّهار، قياساً على الرّقيق، فإنّه أهل للظّهار مع أنّه يمتنع منه الإعتاق[6].

ولأنه أهل للطلاق، فيكون أهلاً للظهار، فإن كان المظاهر كافراً، كفر بالعتق أو الطعام؛ لأنه يصح منه ما ذكر في غير الكفارة، فصح منه في الكفارة، ولا يكفر بالصوم، لعدم صحته منه.

---

(1) القرافي: الفروق، ٢١٨/١-٢١٩. الفرق ٤١. المقري: القواعد، ٤٧٠/٢. الونشريسي: إيضاح المسالك، ٢٨٣.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٠/٣. الدردير: الشرح الكبير، ٤٣٩/٢.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٠/٣.

(4) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٢/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٣٨/٧-٣٣٩. المرداوي: الإنصاف، ١٩٨/٩.

(5) ابن قدامة: المغني، ٣/٨. ابن تيمية: المحرر، ٨٩/٢. ابن مفلح: الفروع، ٤٩١/٥. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٦٩.

(6) ابن قدامة: المغني، ٣٨٧/٧، ٢٣٩. البهوتي: كشاف القناع، ٣٧٢/٥. النووي: روضة الطالبين، ٢٦١/٨.

الشرط الرابع: القصد.

أي أن يكون المظاهر قاصداً الظّهار. إذ لا خلاف فيه بين أهل العلم -كما بيَّنا سابقاً- على ما تنص به القاعدة الفقهية الكلية: **كل لفظ بغير قصد من المتكلم لا يترتب عليه حكم.**

لذلك اتفق الفقهاء على اشتراط القصد في الظهار. ولكن اختلفوا في حكم ظهار المخطئ والمكره، والهازل، والغضبان، تماماً -كما سبق وبيناه- في اختلافهم في حكم طلاق هؤلاء.

وبناء عليه: لو أراد الزّوج أن يتكلّم بغير الظّهار، فجرى على لسانه الظّهار من غير قصد أصلاً - وهذا هو المخطئ - فلا يعتبر ظهاراً ديانةً، ويعتبر ظهاراً قضاءً عند الحنفية[١].

وعند المالكيّة والشّافعيّة - كما يؤخذ ممّا نصّوا عليه في الطّلاق - إذا ثبت أنّ الزّوج لم يقصد النّطق بصيغة الظّهار، بل قصد التّكلّم بشيء آخر، فزلّ لسانه وتكلّم بالصّيغة الدّالّة على الظّهار لا يكون ظهاراً في القضاء، كما لا يكون ظهاراً في الدّيانة والفتوى[٢].

وأيضاً: فإن الظهار حالة الإكراه يكون معتبراً عند الحنفيّة تترتّب عليه آثاره، لأنّ الظّهار من التّصرّفات الّتي تصحّ مع الإكراه كالطّلاق[٣].

كما ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يعتبر ظهار المكره ولا تترتب عليه آثاره.

وإذا صدرت صيغة الظّهار من الزّوج، لكنّه لم يرد موجبها، بل أراد اللّهو واللّعب - وهذا هو الهازل - فإنّ الظّهار يكون معتبراً عند الفقهاء[٤].

وقد استدل الفقهاء بالأدلة نفسها التي سبق أن أوردناها وناقشناها في حكم طلاق المكره، لذلك منعاً من التكرار، فلا يحسن إعادتها.

فرع: ظهار المرأة وما يترتب عليه.

ذكرنا أن الظهار لا يصح إيقاعه إلا من الزوج، لكن إذا قالت المرأة لزوجها أنت عليّ كظهر أمي، هل يعدّ هذا ظهاراً؟ وهل تترتب عليه آثار الظهار؟، وهل يجوز للزوجة أن تمكن زوجها من الاستمتاع؟.

أما كونه ظهارًا إذا قالت الزوجة لزوجها: أنت علي كظهر أبي، فاختلف أهل العلم في كونه ظهارًا على قولين:

القول الأول: أنه ليس ظهارًا. وهو قول جمهور أهل العلم، ومنهم الأئمة الأربعة[٥].

وحجة هذا القول:

١ - قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾[المجادلة:٣]. فخص الرجال بذلك.

٢ - أنه قول يوجب تحريماً في الزوجة يملك الزوج رفعه، فاختص به الرجل كالطلاق[٦].

---

[١] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٥٦/٢-٦٥٧. جماعة من العلماء: الفتاوى الهندية، ٣٣٠/١.

[٢] الدردير: الشرح الكبير، ٣٦٦/٢. الخرشي: حاشية الخرشي على خليل، ١٧٢/٣-١٧٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٧/٣.

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣١/٣.

[٤] المرجع السابق. الدردير: الشرح الكبير، ٣٦٦/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٨/٣. ابن قدامة: المغني، ٥٣٥/٦.

[٥] الجصاص: أحكام القرآن ٤٢٤/٣، الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣١/٣، الإمام مالك: المدونة ٢٩٨/٢، والدسوقي: الشرح الكبير وحاشيته ٤٣٩/٢، النووي: روضة الطالبين ٢٦٣/٨، ابن قدامة: المغني ١١٢/١١، المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٥٢/٢٣.

[٦] المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٥٢/٢٣.

٣ – أن الحل في المرأة حق للرجل، فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه[١].

القول الثاني: أنه يكون ظهارًا. وهو قول الحسن، والزهري، والأوزاعي، والنخعي وأبو يوسف[٢].

وحجة هذا القول:

١ – أنها أحد الزوجين ظاهر من الآخر، فكان مظاهراً كالرجل[٣].

ونوقش: بوجود الفرق بين الرجل والمرأة، إذ العقد والحل بيد الزوج دون الزوجة.

٢ – أن الظهار تحريم يرتفع بالكفارة، وهي من أهل الكفارة، فكانت من أهل الظهار[٤].

ونوقش: بعدم التلازم، فليس كل من كان من أهل الكفارة كان من أهل الظهار؛ إذ الظهار له شروطه المعتبرة.

المناقشة والترجيح:

إن سبب اختلاف الفقهاء هو اختلافهم في حقيقة الظهار هل هو كالطلاق، أو كاليمين، فمن جعله كالطلاق، قال لا يصح ولا يلزم به شيء، ومن جعله كاليمين أو جب عليها كفارة الظهار. ولكن الراجح ما ذهب إليه جمهور أهل العلم، إذ هو ظاهر القرآن.

وقد ترتب على هذا الخلاف، اختلافهم في آثاره وهي وجوب الكفارة، وحرمة تمكين الزوجة زوجها من الاستمتاع بها.

أما وجوب الكفارة على المرأة إذا قالت لزوجها: أنت عليَّ كظهر أبي، فالفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: عدم وجوب الكفّارة عليها لعدم صحّة الظّهار منها. وإليه ذهب الحنفيّة، والمالكيّة والشّافعيّة، وهو رواية عند الحنابلة، وبه قال إسحاق وأبو ثور والثّوريّ[٥].

واستدلّوا بما يلي:

١–بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[المجادلة:٣].

ووجه الدّلالة من الآية: أنّ الخطاب فيها موجّه للرّجال، وليس للنّساء، لأنّ اللّه عزّ وجل قال: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾[المجادلة:٣]. ولم يقل: واللاّئي تظاهرن منكم من أزواجهنّ، فدلّ ذلك على أنّ الظّهار إنّما هو خاصّ بالرّجال[٦].

٢– وقالوا إنّ الظّهار قول يوجب التّحريم في الزّوجة، ويملك الزّوج رفعه، لأنّه مختصّ بالنّكاح، فاختصّ به الرّجل دون المرأة، لأنّها لا تملك التّحريم بالقول كالطّلاق[٧].

---

[١] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٢٧٦/١٧.

[٢] ابن قدامة: المغني ١١٢/١١، المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٥٧/٢٣.

[٣] المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٥٣/٢٣.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣١/٣.

[٥] السرخسي: المبسوط ٢٢٧/٦، الإمام مالك: المدونة ٢٩٨/٢، الدسوقي: الشرح الكبير وحاشيته ٤٣٩/٢. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٢٧٦/١٧، النووي: روضة الطالبين ٢٦٥/٨، الرازي: تفسير مفاتيح الغيب ٢٥٣/٢٩. ابن قدامة: المغني ١١٢/١١.

[٦] ابن قدامة: المغني ٣٨٤/٧، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٢٧٦/١٧.

[٧] ابن قدامة: المغني ٣٨٤/٧، السرخسي: المبسوط ٢٢٧/٥، الرازي: تفسير مفاتيح الغيب ٢٥٣/٢٩.

٣- وأضافوا إنّ الحل والعقد (التّحليل والتّحريم) في النّكاح بيد الرّجال وليس بيد المرأة منه شيء، فهو حقّ للرّجل، فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه[١].

٤- وقالوا: إنه قول منكر وزور، وليس بظهار، فلم يوجب كفارة كالسبّ والشتم ليس فيه تحريم للحلال، فتجب فيه كفارة يمين.

القول الثاني: أنه تجب فيه كفارة يمين، وبه قال عطاء، وبعض الحنفية[٢]، وهو رواية عن الإمام أحمد[٣].
أحمد[٣].

واستدلوا بما يلي:

١- قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ * قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَٱللَّهُ مَوۡلَىٰكُمۡ وَهُوَ ٱلۡعَلِيمُ ٱلۡحَكِيمُ﴾[التحريم:١-٢]. قال ابن القيم: وهذا صريح في أن تحريم الحلال قد فرض فيه تحلة الأيمان، إما مختصا به، وإما شاملا له ولغيره، فلا يجوز أن يخلى سبب الكفارة المذكورة في السياق عن حكم الكفارة، ويعلق بغيره، وهذا ظاهر الامتناع[٤].

٢- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمۡ وَلَا تَعۡتَدُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُعۡتَدِينَ﴾[المائدة:٨٧]. ثم قال تعالى بعد ذلك: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَۖ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖۖ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖۚ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ وَٱحۡفَظُوٓاْ أَيۡمَٰنَكُمۡۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمۡ ءَايَٰتِهِۦ لَعَلَّكُمۡ تَشۡكُرُونَ﴾[المائدة:٨٩].

قال شيخ الإسلام: ذكر هذا بعد النهي عن التحريم ليبين المخرج من تحريم الحلال إذا عقد عليه يمينا بالله، أو يمينا أخرى، وبهذا يستدل على أن تحريم الحلال يمين[٥].

القول الثالث: إنّه ظهار وعليها كفّارة الظّهار، وهذا قول أبي يوسف والحسن بن زياد من الحنفية[٦]، ورواية ورواية عند الحنابلة[٧].

وحجة هذا القول: أنّ المعنى في جانب الرّجل تشبيه المحلّلة بالمحرّمة وذلك يتحقّق في جانبها، والحل مشترك بينهما[٨].

وكذلك ما ورد عن عائشة بنت طلحة[٩] قالت: إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو علي كظهر أبي، فسألت فسألت أهل المدينة، فرأوا أن عليها الكفارة[١].

---

[١] ابن قدامة: المغني ٣٨٤/٧، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٢٧٦/١٧.
[٢] الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣١/٣، ابن عابدين: حاشية رد المحتار٤٦٧/٣.
[٣] ابن قدامة: المغني١١٢/١١، المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٥٣/٢٣، ابن مفلح: الفروع ٤٨٩/٥.
[٤] ابن القيم: زاد المعاد ٣١٦/٣.
[٥] ابن تيمية: مجموع الفتاوى ٤٥٠/١٤.
[٦] الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣١/٣.
[٧] ابن تيمية: المحرر ٩٨/٢، ابن مفلح: الفروع ٤٨٩/٣، ابن مفلح: المبدع ٣٧/٨.
[٨] ابن عابدين: حاشية رد المحتار٥٧٥/٢، السرخسي: المبسوط ٢٢٧/٦.
[٩] عائشة بنت طلحة بن عبيد الله التيمية، أمها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق، كانت أجمل نساء زمانها وأرأسهن وحديثها مخرج في الصحاح. تزوجها ابن خالها عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر، ثم بعده أمير العراق مصعب ولما قتل مصعب تزوجها عمر بن عبيد الله التيمي أمير فارس والبصرة. روت عن عائشة وعنها حبيب بن أبي عمرة وابن أخيها طلحة بن يحيى وابن أخيها الآخر معاوية بن إسحاق وآخرون. توفيت بالمدينة ١١٠هـ تقريباً. [سير أعلام النبلاء ٣٧٠/٤. تقريب التهذيب ١٣٦٤].

وروى أبو إسحاق الشيباني[٢]، قال: كنت جالسا في المسجد... فجاء رجل حتى جلس إلينا فقال: أنا مولى لعائشة بنت طلحة أعتقتني عن ظهارها، خطبها مصعب بن الزبير، فقالت: هو علي كظهر أبي إن تزوجته، ثم رغبت فيه بعد فاستفتت أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يومئذ كثير، فأمروها أن تعتق رقبة وتتزوجه فتزوجته واعتقتني[٣].

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: قال ابن قدامة: وما روي عن عائشة بنت طلحة في عتق الرقبة، فيجوز أن يكون إعتاقها تكفيراً ليمينها، فإن عتق الرقبة أحد خصال كفارة اليمين، ويتعين حمله على هذا؛ لكون الموجود منها ليس بظهار، وكلام أحمد لا يقتضي وجوب كفارة الظهار، وإنما قال: الأحوط أن تكفر، وكذا حكاه ابن المنذر.

الوجه الثاني: أن ثبوته عن الصحابة فيه نظر فإن الراوي عنهم مبهم. وفي لفظ: فاستفتى لها فقهاء كثير، فأمروها أن تكفر، فأعتقت غلاماً لها، ثمن ألفين[٤]. وفي لفظ: فسئل عن ذلك أصحاب ابن مسعود، فقالوا: تكفر[٥]. وفي لفظ: فاستفت بالمدينة، فأفتيت أن تكفر عن يمينها وتنكحه[٦].

الترجيح:

يترجح- والله أعلم- القول الثاني القائل بوجوب كفارة اليمين؛ إذ إنه ليس ظهاراً، ولكن صريح آيات القرآن الكريم تدل على ما ذهبوا إليه.

وأما تمكين الزوجة زوجها من الاستمتاع بها: فقد اختلف العلماء القائلون بوجوب كفارة الظهار في تمكين الزوجة من نفسها قبل تكفيرها على قولين:

القول الأول: أن لها أن تمكنّه قبل أن تكفر. وهذا هو مذهب الحنابلة[٧].

وحجة هذا القول:

١ – أنه حقّ له عليها، فلا يسقط بيمينها.

٢ – أنه ليس بظهار، وإنما هو تحريم للحلال، فلا يثبت تحريمها، كما لو حرم طعامه[٨].

القول الثاني: أنها لا تمكنه. حكي عن بعض الحنابلة[٩].

وحجته: قياس ظهار المرأة على ظهار الرجل[١٠].

قال ابن قدامة: وليس بجيد؛ لأن الرجل ظهاره صحيح، وظهار المرأة غير صحيح، ولأن حل الوطء حق للرجل، فملك رفعه، وهو حق عليها، فلا تملك إزالته[١١].

---

[١] الدارقطني: السنن، ٣١٩/٣ برقم ٢٧١. سعيد بن منصور: السنن، ٤٣/٢ برقم ١٨٤٨، عبد الرزاق: المصنف، كتاب الظهار، باب ظهارها قبل نكاحها، ٤٤٤/٦ برقم ١١٥٩٩، وأخرجه ابن حزم في المحلى ٥٤/١٠ . وهذا إسناد صحيح.

[٢] سليمان بن أبي سليمان، أبو إسحاق الشيباني، الكوفي، ثقة من الخامسة، مات في حدود الأربعين [التقريب ٣٢٥/١]

[٣] سعيد بن منصور: السنن، ٤٣/٢ برقم ١٨٤٨، وعزاه ابن قدامة في المغني ١١٢/١١ للأثرم.

[٤] عبد الرزاق: المصنف، كتاب الظهار، باب ظهارها قبل نكاحها، ٤٤٤/٦ برقم ١١٥٩٩.

[٥] المرجع السابق.

[٦] المرجع السابق.

[٧] شرح الزركشي على مختصر الخرقي٥٠٨/٣، ابن مفلح: الفروع ٤٨٩/٥، ابن مفلح: المبدع ٣٧/٨.

[٨] ابن قدامة: المغني ١١٤/١١.

[٩] المرجع السابق، ابن تيمية: المحرر ٨٩/٢.

[١٠] شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٥٠٩/٥.

[١١] ابن قدامة: المغني١١٤/١١ .

الترجيح:

الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لما تقدم أنه ليس ظهارًا لا حقيقةً ولا حكمًا.

المطلب الثاني: شروط المظاهر منها.

وهي محل الظهار أو زوجة المظاهر، مسلمة أو كتابية، كبيرة أو صغيرة، والقاعدة الفقهية تحدد هذا إجمالاً فتقول: **كل من وقع عليها الطلاق من الأزواج وقع عليها الظهار**[1]. ويشترط فيها تفصيلاً ما يلي[2]:

الشرط الأول: قيام الزّوجيّة بينهما حقيقةً أو حكماً.

أما قيام الزّواج حقيقةً فيتحقّق بعقد الزّواج الصّحيح بين الرّجل والمرأة وعدم حصول الفرقة بينهما من غير توقّف على الدّخول، فإذا تزوّج رجل امرأةً زواجاً صحيحاً، ثمّ ظاهر منها كان الظّهار صحيحاً، دخل بها قبل الظّهار أو لم يدخل، وهذا عند جمهور الفقهاء.

واستدل الجمهور على عدم اشتراط الدّخول: قول اللّه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾[المجادلة:٣].

ووجه الدلالة: أنّ الشّرط في الظّهار: أن تكون المرأة المظاهر منها من نساء الرّجل، والمرأة تعتبر من نساء الرّجل بالعقد الصّحيح، دخل بها أو لم يدخل. وقيام الزّواج حكماً يتحقّق بوجود العدّة من الطّلاق الرّجعيّ، فإذا طلّق الرّجل زوجته طلاقاً رجعيّاً كان الزّواج بعده قائماً طوال مدّة العدّة، لأنّ الطّلاق الرّجعيّ لا يزيل رابطة الزّوجيّة إلاّ بعد انقضاء العدّة، فالمطلّقة طلاقاً رجعيّاً تكون محلاً للظّهار، كما تكون محلاً للطّلاق ما دامت في العدّة.

ويتمثّل هذا الشرط بالقاعدة الفقهية التي نص عليها أهل العلم أن: **المعلق بالشرط عند وجود الشرط لا ينزل إلا عند بقاء المحل**[3].

فرع: الظهار من الأجنبية.

اتفق الفقهاء عموماً على القاعدة الفقهية أن: **تحريم الحلال يكون يميناً إذا صادف محله، فأما إذا لم يصادف محله كان لغواً**[4]. بناء على هذه القاعدة؛ لو قال الرّجل لامرأة ليست زوجته ولا معتدّةً له من طلاق رجعيّ: أنت عليّ كظهر أمّي لا يكون ظهاراً، حتّى لو تزوّجها بعد ذلك حلّ له وطؤها، ولا يلزمه شيء وهذا هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[5].

---

(1) الشافعي: الأم، ٢٦٨/٥.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع،٢٣٢/٣-٢٣٤، ابن الهمام: شرح فتح القدير،٢٣٢/٣، الميداني: اللباب في شرح الكتاب،٦٩/٣، الحصكفي: الدر المختار، ٧٩١/٢، ٧٩٥، ابن رشد: بداية المجتهد، ١٠٧/٢ وما بعدها، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٤٢، الدردير: الشرح الصغير، ٦٣٧/٢، الشيرازي: المهذب، ١١٣/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٤/٣، ٣٥٨، ابن قدامة: المغني، ٣٣٩/٧، ٣٥٤، ٣٥٧، ٣٨٤.

(3) السرخسي: المبسوط،٢٣٠/٦.

(4) السرخسي: المبسوط،٢٣٠/٦.

(5) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٢/٣. الخرشي: حاشية الخرشي على خليل، ٢٤٤/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٣/٣.

ووجهه: أنّ اللّه تعالى قال: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾[المجادلة:٣]. وهو يفيد أنّ الظّهار إنّما يكون من نساء الرّجل، والأجنبيّة أو المعتدّة من طلاق غير رجعيّ لا تعتبر من نسائه، فلا يكون الظّهار منها صحيحاً.

وقال الحنابلة: إذا قال الرّجل لامرأة أجنبيّة: أنت عليّ كظهر أمّي كان ظهاراً، فلو تزوّجها لا يحلّ له وطؤها حتّى يأتي بالكفّارة، ووجهه: أنّ الظّهار يمين تنتهي بالكفّارة، فصحّ انعقاده قبل النّكاح كاليمين باللّه تعالى[١].

مسألة: حكم تعليق الظهار من الأجنبية:

إذا علّق الظّهار من الأجنبيّة على الزّواج بها، مثل أن يقول رجل لامرأة أجنبيّة: أنت عليّ كظهر أمّي إن تزوّجتك، فقد اختلف الفقهاء في انعقاده:

فقال الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة[٢]: إنّه ينعقد، وعلى هذا لو تزوّج الرّجل المرأة الّتي علّق الظّهار منها على الزّواج بها كان مظاهراً، فلا تحلّ له حتّى يكفّر.

وحجّتهم في ذلك: أن عمر بن الخطّاب رضي الله عنه قال في رجل قال: إن تزوّجت فلانة فهي عليّ كظهر أمّي فتزوّجها، قال: عليه كفّارة الظّهار[٣].

ولأنّ القاعدة تقول: المعلّق بالشّرط كالمنجّز عند وجود الشّرط، والمرأة عند وجود الشّرط زوجة، فتكون محلاً للظّهار كما تكون محلاً للطّلاق.

وقال الشّافعيّة[٤]: الظّهار المعلّق على الزّواج لا ينعقد، وتأسيساً على هذا: لو تزوّج الرّجل المرأة الّتي علّق الظّهار منها على الزّواج بها لا يكون مظاهراً، فيحلّ له قربانها، ولا يلزمه شيء.

وحجّتهم في ذلك:

أوّلاً: قول اللّه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾[المجادلة:٣]. فهو سبحانه إنّما جعل الظّهار من نساء الرّجل، والمرأة الّتي يعلّق الظّهار منها على الزّواج بها لا تعتبر من نساء الرّجل عند إنشاء الظّهار، فلا يكون الظّهار منها صحيحاً.

ثانياً: قول النّبيّ صلى الله عليه وسلم: (لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك)[٥]، فإنّه يدلّ على بطلان الطّلاق قبل الزّواج على سبيل العموم، فيشمل كلّ طلاق قبل الزّواج سواء كان منجّزاً أو معلّقاً، والظّهار مثل الطّلاق كلاهما يفيد تحريم الزّوجة، فلا يصحّ قبل الزّواج منجّزاً كان أو معلّقاً، اعتباراً بالطّلاق.

---

[١] ابن قدامة: المغني، ٣٥٤/٧.

[٢] الكاساني:بدائع الصنائع،٢٣٢/٣. الفتاوى الهندية،٤٥٨/١. الدردير:الشرح الكبير، ٤٤٥/٢. ابن قدامة: المغني، ٣٥٥/٧.

[٣] رواه أحمد في مسنده، ٣٧/٤. سعيد بن منصور: السنن، باب ما جاء فيمن طلق قبل ان يملك، ٢٩٠/١ برقم ١٠٢٣. عبد الرزاق: المصنف، كتاب الظهار، باب الظهار قبل النكاح، ٤٣٥/٦ برقم ١١٥٥٠.

[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٣/٣.

[٥] رواه بهذا اللفظ ابن ماجه في السنن، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح، ٦٦٠/١ برقم ٢٠٤٦. وقد عنون البخاري في صحيحه في كتاب الطلاق باب لا طلاق قبل النكاح، ٢٠١٧/٥. ورواه أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح، بلفظ: "لا طلاق إلا فيما تملك"، ٢٥٨/٢ برقم ٢١٩٠، ورواه الترمذي في السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح، بلفظ: "لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك" ٤٨٦/٣ برقم ١١٨١. وأخرجه الحاكم في المستدرك، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: "لا طلاق قبل النكاح" ٢٢٢/٢. برقم ٢٨٢٠. وانظر: (الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٤٠/٦. الزيلعي: نصب الراية، ٢٣٠/٣ وما بعدها).

الشرط الثاني: أن يكون التّشبيه موجّهاً إلى الزّوجة كلّها أو إلى جزء منها.

إذا كان التّشبيه موجّهاً إلى المرأة كلّها صحّ الظّهار باتّفاق الفقهاء، وصورته: أن يقول الرّجل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمّي.

أمّا إن كان التّشبيه موجّهاً إلى جزء من المرأة، فاختلف الفقهاء في ذلك:

مذهب الحنفية:

إن شبه عضواً من زوجته يعبر به عن الكل كالرأس، أو كان من الأجزاء الشّائعة كالنّصف والرّبع ونحو ذلك بظهر أمه، أو كان من الأجزاء الّتي يعبّر بها عن الكلّ مجازاً، أو إذا شبه زوجته بعضو يحرم النظر إليه من الأم كالفرج والفخذ ونحوهما فظهار، وإلا فلا.

وحجتهم: أن العضو الذي يعبر به عن الكل قائم مقام الجملة. ولأن العضو الذي يعبر به عن جميع البدن، الإضافة إليه إضافة إلى جميع البدن. والجزء الشائع يشمل الظهر[١].

مذهب المالكية:

وقال المالكيّة: يصحّ الظّهار سواء كان ذلك الجزء المشبّه جزءاً حقيقةً كاليد والرّجل، أو كان جزءاً أو جزءا مشاعا كالنصف والربع، ولو حكماً كالشّعر والرّيق والكلام[٢].

وحجتهم: أن تشبيه العضو بمنزلة تشبيه الجملة، بجامع تحريم الاستمتاع في كل منهما. ولأن الظهار لفظ يقتضي تحريم الوطء، فإذا علق بعضو سرى إلى الجملة كالطلاق. ولأنه يصح إضافة الطلاق إلى العضو، فيصح إضافة الظهار إليه[٣].

مذهب الشافعية:

وقال الشافعية في المذهب: إن شبه عضواً من أعضاء زوجته كاليد، والبطن والصدر والشعر ونحو ذلك من الأعضاء التي لا تذكر في موضع الكرامة والإعزاز أو شبه جزءاً شائعاً من زوجته، فظهار.

وإن كان العضو كالرأس والعين ونحو ذلك مما يذكر في موضع الكرامة والإعزاز، فليس ظهارًا إلا إن نوى الظهار[٤]. واستثنى بعض الشافعية: الفرج. فقال: إن تشبيه الزوجة بفرج الأم ظهار[٥].

وقيل: لا يكون ظهارًا إطلاقاً حتى يشبه جملة امرأته[٦].

وحجتهم: أن يد الزوجة، وبطنها، وظهرها ونحو ذلك لا تذكر في موضع الكرامة والإعزاز، فلا يحتمل تشبيهها بظهر الأم إلا الظهار. وأما عين الزوجة ورأسها ونحو ذلك مما يذكر في موضع الكرامة والإعزاز فتشبيهها بظهر الأم يحتمل الظهار وغيره كالكرامة، فلا يكون ظهارًا إلا بنيته، دون نية الكرامة، أو الإطلاق[٧].

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٣/٣-٢٣٤. السرخسي: المبسوط ٢٣٣/٦. الجصاص أحكام القرآن٤٢٣/٣.

[٢] الخرشي: حاشية الخرشي على خليل، ٢٤٣/٣. ابن العربي: أحكام القرآن ١٧٤٩/٤، الدردير: الشرح الصغير ٤٨٤/١.

[٣] ابن العربي: أحكام القرآن ١٧٤٩/٤

[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٣/٣.

[٥] النووي: روضة الطالبين ٢٦٣/٨، الشربيني: مغني المحتاج ٣٥٣/٣

[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٣/٣.، المطيعي: تكملة المجموع الثانية ٣٤٧/١٧

[٧] المصادر السابقة.

مذهب الحنابلة:

وقول الحنابلة في المذهب كالمالكية: إنه ظهار مطلقاً، وسواء شبه عضواً، أو جزءا مشاعا كالنصف والربع، ونحو ذلك. لكنهم استثنوا إذا كان من الأجزاء المنفصلة غير الثّابتة كالدّمع والرّيق والكلام والسن والظفر فتشبيهه بظهر الأم ليس ظهاراً، لعدم ثبوتها وهي في حكم المنفصل كالشعر[١].إن كان العضو، وكذلك ريق الزوجة وروحها، ودمها، وعرقها[٢].

مذهب الظاهرية:

وقال الظاهرية: لا يكون ظهارًا مطلقاً؛ إذ الظهار عندهم لا يكون إلا بتكرار لفظ الظهار– أنت علي كظهر أمي– مرة أخرى[٣].

الترجيح:

يترجح – والله أعلم – ما ذهب إليه الحنفية، إذ يتفق مذهبهم مع **القاعدة الكلية الفقهية: للأغلب حكم الكل.**

المطلب الثالث: شروط المشبه به.

وهو المظاهر به ويشترط فيه شروطاً وهي:

الشرط الأول: أن يكون المظاهر بها محرمة على المظاهر.

والمحرمات قسمان: إما محرمات على التأبيد أو التأقيت.

القسم الأول: المحرمات على التأبيد: وتكون بواحدة من حالات ثلاثة:

الحالة الأولى: تشبيه الزوجة بأمِّ المظاهر.

وقد أجمع الفقهاء أن الظهار بأن يقول لزوجته: أنت علي كظهر أمي.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن تصريح الظهار أن يقول: أنت علي كظهر أمي[٤].

ودليل ذلك: ما تقدم من أدلة الظهار.

الحالة الثانية: تشبيه الزوجة بظهر من تحرم عليه على التأبيد من أقاربه: كجدته، وعمته، وخالته، وأخته، ونحو ذلك. فاختلف أهل العلم في كونه ظهارًا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه ظهار. وهو قول جمهور أهل العلم[٥].

وقد استدلوا بالأدلة الآتية:

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٣/٣. حاشية الخرشي على خليل، ٢٤٣/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٣/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٤٢/٧.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٣٤٢/٧. ابن النجار: معونة أولي النهى شرح المنتهى، منْتهى الإرادات، -بيروت: دار خضر، ٧٠٢/٧، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ٣٦٩

[٣] ابن حزم: المحلى ٥٠/١٠.

[٤] ابن المنذر: الإجماع، ١٠٥، ابن قدامة: المغني٥٧/١١، ابن عابدين: حاشية رد المحتار٤٦٥/٣، وانظر: الجصاص: أحكام القرآن ٤٢٢/٣، الإمام مالك: المدونة ٢٩٦/٢، ابن رشد: وبداية المجتهد ١٠٥/٢، الدردير: الشرح الصغير٤٨٤/١، الشربيني: مغني المحتاج ٣٥٢/٣، الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع- بيروت: دار الفكر، ١١٦/٢، ابن قدامة: الكافي٣٥٢/٣.

[٥] الجصاص:أحكام القرآن ٤٢٢/٣، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٨٥/٤، ابن نجيم: البحر الرائق ١٠١/٤. الإمام مالك: المدونة ٢٩٦/٢، ٢٩٦/٢، ابن عبد البر: الكافي ٦٠٣/٢، الدردير: الشرح الصغير٤٨٤/١. الشربيني: مغني المحتاج ٣٥٢/٣، الرملي: نهاية المحتاج ٨٣/٧. ابن قدامة: الكافي ٢٥٥/٣، ابن تيمية: المحرر ٨٩/٢، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي٤٧٩/٥.

١-قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾[المجادلة:٢]. وهؤلاء محرمات بالقرابة على التأبيد فأخذن حكم الأم.

٢-ولأنها جهة من النسب متأبدة التحريم كالأمومة.

القول الثاني: أنه لا يكون ظهارًا إلا بالأم أو الجدة. وهو أحد قولي الشافعي في القديم[١].

وقد استدل: بقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱللَّآي وَلَدْنَهُمْ﴾[المجادلة:٢]، فهذا في الأم، والجدة أم أيضا.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن تعليقه بالأم لا يمنع الحكم في غيرها إذا كانت مثلها[٢].

القول الثالث: أنه لا يكون ظهارًا مطلقًا. وهو مذهب الظاهرية[٣].

إذ الظهار عند الظاهرية لا يكون إلا بالتشبيه بظهر الأم، وتكرير اللفظ مرة أخرى.

وحجته: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا.. ﴾[المجادلة:٣].

وجه الدلالة: أن العرب لا يعقل في لغاتها العود إلى الشيء إلا فعل مثله مرة ثانية.

ونوقش من وجهين:

الأول: أنه لو كان معنى العود إعادة اللفظ مرة أخرى، لقال: ثم يعيدون ما قالوا، لأنه يقال: أعاد كلامه بعينه، وأما عاد فإنما هو في الأفعال.

الثاني: أنه لا يعرف عن أحد من السلف من الصحابة أو التابعين أن المراد إعادة اللفظ مرة أخرى.

الترجيح:

الراجح – والله أعلم- ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من أن تشبيه الزوجة بظهر من تحرم عليه على التأبيد من أقاربه أنه ظهار؛ إذ الشريعة لا تفرق بين المتماثلات.

الحالة الثالثة: تشبيه الزوجة بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الأقارب: كالأمهات المرضعات، والأخوات من الرضاعة، وحلائل الآباء والأبناء، وأمهات النساء، والربائب اللاتي دخل بأمهاتهن. وقد اختلف العلماء في المسألة على قولين:

القول الأول: أنه ظهار. وهو قول جمهور أهل العلم[٤].

وحجة هذا القول:

١-قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾[المجادلة:٢]. وهؤلاء محرمات بالتأبيد، فأخذن حكم الأم.

قال الجصاص: (فأخبر أنه ألزمهم هذا الحكم؛ لأنهن لسن بأمهاتهم، وأن قولهم هذا منكر من القول وزور، فاقتضى ذلك إيجاب هذا الحكم في الظهار بسائر ذوات المحارم)[١]، أي من تحرم عليه.

---

[١] النووي: روضة الطالبين ٢٦٤/٨.

[٢] المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف٢٢٩/٢٣.

[٣] ابن حزم: المحلى ٤٩/١٠

[٤] ابن نجيم: البحر الرائق ١٠٢/٤، ابن عابدين: حاشية رد المحتار٤٦٧/٣، الدردير: الشرح الصغير ٤٨٤/١، الشربيني: مغني المحتاج ١١٦/٢،المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٣٠/١٢، ابن تيمية: المحرر٨٩/٢.

٢-حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)[٢].

قال الشافعي: (فأقام النبي صلى الله عليه وسلم الرضاع مقام النسب، فلم يجز أن يفرق بينهما)[٣].

القول الثاني: إن كانت هذه المحرمة لم يطرأ تحريمها كمرضعة أبيه، ومرضعة أمه ونحو ذلك فظهار، وإن طرأ تحريمها كحليلة ابنه، فليس ظهارًا. ومثل زوجة أبيه إن تزوجها أبوه قبل أن يولد فالتشبيه بها ظهار، وإن تزوجها بعد أن ولد، فليس ظهارًا. وهو مذهب الشافعية[٤].

وحجة هذا الرأي: أن المحرم إذا كانت حلالاً له في وقت ما فيحمل إرادته له[٥].

الترجيح:

يظهر- والله أعلم- أن الأقرب هو قول جمهور أهل العلم، إلحاقاً للمحرمة إلى أبد بالأم.

القسم الثاني: المحرمات على التأقيت.

إذا شبه المظاهر زوجته بظهر من تحرم عليه على التأقيت: كأخت امرأته، أو عمتها، أو الأجنبية، ونحو ذلك. فاختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه ليس ظهارًا. وهو مذهب الحنفية والشافعية[٦].

وحجة هذا القول:

١ - قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱللَآي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا ﴾[المجادلة:٢]، والمحرمة إلى أمد ليست أمًا، ولا في معنى الأم.

٢ - ولأنها غير محرمة على التأبيد، فلا يكون التشبيه بها ظهاراً، كالحائض، والمحرمة من نسائه.

ونوقش: بالفرق، فالحائض يباح الاستمتاع بها في غير الفرج، والمحرمة يحل النظر إليها ولمسها بغير شهوة، وليس في وطء واحدة منهما حدّ[٧].

القول الثاني: أنه ظهار. وهو مذهب المالكية والحنابلة[٨].

وحجة هذا القول:

١-قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾[المجادلة:٢]. والتشبيه بالمحرمة تأقيتاً منكر من القول وزور.

---

[١] الجصاص: أحكام القران٣/٤٢٢ .

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم، ٢/٩٣٥ برقم ٢٥٠٢، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة، ٢/١٠٦٨ برقم ١٤٤٤. بلفظ: "يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة".

[٣] الشافعي: الأم ٥/٢٧٧.

[٤] الشربيني: مغني المحتاج ١/٣٥٤، الرملي: نهاية المحتاج ٧/٨٢.

[٥] الشربيني: مغني المحتاج ١/٣٥٤.

[٦] الجصاص: أحكام القرآن٣/٤٢٣، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٤/٨٦، ابن نجيم: البحر الرائق ٤/١٠٣، ابن عابدين: الدر المختار وحاشيته ٣/٤٦٦. النووي: روضة الطالبين ٨/٢٦٢، الدمياطي: حاشية إعانة الطالبين- بيروت: دار الفكر، ٤/٣٦.

[٧] المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٣/٢٣٩

[٨] ابن عبد البر:الكافي٢/٦٠٣،الدردير:الشرح الصغير١/٤٨٤.ابن قدامة:المغني١١/٥٨،ابن تيمية: المحرر٢/٨٩، ابن مفلح: الفروع ٥/٤٩١.

ونوقش هذا الاستدلال: بما قاله الجصاص: إن الأجنبية –وكذا المحرمة تأقيتاً– لما كانت قد تحل له بحال لم يكن قوله: أنت علي كظهر الأجنبية مفيدًا للتحريم في سائر الأوقات؛ لجواز أن يملك بضع الأجنبية، فتكون مثلها، وفي حكمها، وأيضا لا خلاف أن التحريم بالأمتعة وسائر الأموال لا يصح بأن يقول: أنت علي كمتاع فلان، أو كمال فلان؛ لأن ذلك قد يملكه بحال فيستبيحه[١].

٢ – أنه شبهها بمحرمة أشبه ما لو شبهها بالأم[٢].

ونوقش: بالفرق بين التشبيه بالأم، والتشبيه بأخت الزوجة ونحوها، إذ الأم لا تحل بحال بخلاف أخت الزوجة ونحوها.

٣ – أن مجرد قوله أنت علي حرام إذا نوى به الظهار ظهار، والتشبيه بالمحرمة تحريم، فكان ظهارًا[٣].

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن تحريم الزوجة لا يكون ظهارًا إلا بالنية.

الوجه الثاني: أن الأصل المقيس موضع خلاف بين أهل العلم.

٤ – أن مدار الظهار على تحريم الزوجة بواسطة تشبيهها بمُحَرَّمَةٍ، وذلك حاصل بتشبيهها بامرأة محرمة في الحال، ولو تحريمًا مؤقتًا[٤].

ونوقش: بعدم التسليم، فليس كل تشبيه للزوجة بمحرم ظهاراً، فهذه دعوى تحتاج إلى دليل.

وحاصل هذا: أنه استدلال بمحل النزاع.

سبب الخلاف: قال ابن رشد: (وسبب الخلاف هل تشبيهه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم؟)[٥].

الترجيح:

الراجح –والله أعلم– ما ذهب إليه الحنفية والشافعية، إذ التشبيه بأخت الزوجة ونحوها ليس في الغلظة والقبح والشناعة كالتشبيه بالأم، حيث شبّه أحل الناس له بأحرم الناس عليه، ومعلوم أن تحريم الأم أشد وأعظم من تحريم الأجنبية، أو المحرمة على سبيل التأقيت، فلا يقوى على إيجاب الكفارة المغلظة فيه وهي كفارة الظهار، وإنما يجب في تشبيه الزوجة بمن تحرم عليه على سبيل التأقيت الكفارة المخففة وهي كفارة اليمين، إذ تحريم الحرام زوجة أو غيرها فيه كفارة يمين.

وعلى هذا فإن نوى باللفظ الظهار، أو أطلق فكفارة يمين، وإن نوى الطلاق فطلاق؛ إذ تشبيه الزوجة بالمحرمة تأقيتاً إذا لم يكن ظهاراً، فلا يخرج عن كنايات الطلاق، والطلاق يقع بالكناية مع النية، والله أعلم.

---

[١] الجصاص: أحكام القرآن٣/٤٢٣

[٢] المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٣/٢٣٩

[٣] ابن قدامة: المغني ١١/٥٨

[٤] الشنقيطي، محمد الأمين: أضْواء البيان في إيضاح القرْآن بالقرْآن- بيروت: دار الفكْر. ٦/٥٢١

[٥] ابن رشد: بداية المجتهد ٢/١٠٥

الشرط الثاني: أن يكون المظاهر به من جنس النساء.

وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط، هل يشترط أن يكون المشبه به أنثى؟ أم يجوز أن يكون ذكراً أو أي شيء محرّم من غير النّساء كالمحرمات من الخمر والخنزير أو البهائم، يتفرع عن هذا قسمان:

القسم الأول: تشبيه الزوجة بظهر ذكر؛ مثل أن يقول الزوج لزوجته: أنت عليَّ كظهر أبي، أو ابني، أو غيرهما من الرجال. وقد اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه لا يكون ظهارًا. وهذا مذهب الحنفية، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد[١].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١ – قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ﴾[المجادلة:٢]، وظهر الأب والابن ليس أمًا ولا في معناها.

٢ – أنه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع، فأشبه ما لو قال: أنت علي كمال زيد[٢].

القول الثاني: أنه ظهار. وهو مذهب المالكية، والحنابلة[٣].

وحجة هذا القول: أنه شبهها بظهر من يحرم عليه على التأبيد أشبه الأم[٤].

ونوقش هذا الاستدلال: بالفرق؛ إذ الأم محل للاستمتاع، دون الأب ونحوه.

الترجيح:

يترجح – والله أعلم – قول من قال: بأنه ليس ظهارًا.

قال الشنقيطي[٥] رحمه الله: الذي يظهر جريان هذه المسألة على مسألة أصولية، فيها لأهل الأصول ثلاثة ثلاثة مذاهب، وهي في حكم ما إذا دار اللفظ بين الحقيقة الحرفية والحقيقة اللغوية على أيهما يحمل؟ والصحيح عند جماعات من الأصوليين: أن اللفظ يحمل على الحقيقة الشرعية أولا إن كانت له حقيقة شرعية، ثم إن لم تكن شرعية حمل على العرفية، ثم اللغوية، وعن أبي حنيفة[٦]: أنه يحمل على اللغوية قبل العرفية، قال: لأن العرفية وإن ترجحت بغلبة الاستعمال، فإن الحقيقة اللغوية مترجحة بأصل الوضع.

والقول الثالث: أنهما لا تقدم إحداهما على الأخرى، بل يحكم باستوائهما، فيكون اللفظ مجملا لاستواء الاحتمالين فيهما، فيحتاج إلى بيان المقصود من الاحتمالين بنية أو دليل خارج... وإذا علمت ذلك فاعلم: أن قول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أبي مثلا لا ينصرف في الحقيقة العرفية إلى الاستمتاع بالوطء أو مقدماته؛ لأن العرف ليس فيه استمتاع بالذكور فلا يكون فيه ظهار، وأما على تقديم الحقيقة اللغوية فمطلق تشبيه الزوجة بمحرم ولو ذكرًا يقتضي التحريم، فيكون بمقتضى اللغة له حكم الظهار[٧].

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣١/٣، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٨٥/٤، ابن عابدين: حاشية رد المحتار٤٦٧/٣. الدمياطي: إعانة الطالبين ٣٧/٤، الشربيني: مغني المحتاج ٣٥٤/٣. المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٣٨/٢٣، ابن مفلح: الفروع ٤٩٢/٥.

(٢) ابن قدامة: المغني ٦٣/١١.

(٣) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن٢٧٥/١٧، الدردير: الشرح الصغير، ٤٨٥/١. ابن قدامة: المغني ٦٣/١١، المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٣٧/٢٣، ابن مفلح: المبدع ٣٣/٨.

(٤) ابن قدامة: المغني ٦٣/١١

(٥) محمد الأمين الشنقيطي(١٣٩٣هـ)،عالم من شنقيط، رحل إلى الحجاز، وكان يدرس التفسير والفقه في المسجد النبوي في المدينة المنورة وتوفي بها، له:(أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن) [الأعلام للزركلي ٤٥/٦].

(٦) الكاساني: بدائع الصنائع ٣٦/٣، ٤٠

(٧) الشنقيطي: أضواء البيان ٥٢٢/٦

وعلى هذا فإن نوى بهذا اللفظ الظهار أو لم ينو شيئا، فكفارة يمين، وإن نوى الطلاق فطلقة؛ لما تقدم في المطلب السابق.

القسم الثاني: تشبيه الزوجة بشيء محرّم من غير النّساء: كأن يقول لزوجته: أنت عليّ كالخمر أو الخنزير أو الميتة أو أنت علي كظهر البهيمة، أو دابتي. فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أنه لا يكون ظهارًا. وهو قول جمهور أهل العلم[1].

وحجة هذا القول:

١ – قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ﴾[المجادلة:٢]،

٢ – أن ظهر البهيمة ليس محلاً للاستمتاع، فلم يكن تشبيه الزوجة به ظهارًا.

القول الثاني: أنه ظهار. وهو مذهب المالكية.

وحجته: أن حقيقة الظهار تشبيه ظهر بظهر، والموجب للحكم منه تشبيه ظهر محلل بظهر محرم[2].

الترجيح:

الراجح – والله أعلم – قول جمهور أهل العلم؛ إذ ظهر البهيمة وشبهها ليس محلاً للاستمتاع.

المطلب الثالث: شروط الصيغة.

الصّيغة: فإمّا أن تكون صريحةً أو كنايةً، وإمّا أن تكون تنجيزاً أو تعليقاً أو إضافةً. وإما أن تكون مؤبدة أو مؤقتة.

الفرع الأول: الصريح والكناية.

صريح الظّهار عند الفقهاء: ما دلّ على الظّهار دلالةً واضحةً ولا يحتمل شيئاً آخر سواه، ومثاله أن يقول الرّجل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمّي، فالظّهار يفهم من هذا الكلام بوضوح، بحيث يسبق إلى أفهام السّامعين بدون احتياج إلى نيّة أو دلالة حال.

وحكم الصّريح: وقوع الظّهار به بدون توقّف على القصد والإرادة باتفاق الفقهاء، لأن القواعد الفقهية تنص على أن: **اللفظ لا يصح صرفه إلى غير ما وضع له إلا على طريق التجوز**[3]. ومثلها: **كل ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية في غيره ولا صريحاً فيه**[4].

فلو قال الرّجل هذه العبارة ولم يقصد الظّهار كان ظهاراً، ولو قال: إنّه نوى به غير الظّهار لا يصدّق قضاءً، ويصدّق ديانةً، لأنّه إذا نوى غير الظّهار فقد أراد صرف اللّفظ عمّا وضع له إلى غيره فلا ينصرف إليه، فإذا ادّعى إرادة غير الظّهار لا يسمع القاضي دعواه، لأنّها خلاف الظّاهر، ولكن يصدّق ديانةً أي: فيما بينه وبين اللّه تعالى، لأنّه نوى ما يحتمله كلامه[5].

---

[1] ابن عابدين: حاشية رد المحتار٤٣٦/٣، النووي: روضة الطالبين ٣٠/٨، الشربيني: مغني المحتاج ٢٨٤/٣، البهوتي: كشاف القناع، ٣٧١/٥، البهوتي: المنتهى مع شرحه ١٩٧/٣، ابن حزم: المحلى ١٢٦/١٠.

[2] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن٢٧٥/١٧، الدردير: الشرح الصغير، ٤٨٥/١.

[3] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٦٧/٤

[4] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٢٤٩/١. الزركشي: المنثور، ٣١١/٢. الحصني: القواعد، ٣٩٨/١ – السيوطي: الأشباه والنظائر، ٣٩٥.

[5] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣١/٣. الدردير: الشرح الصغير، ٦٣٧/٢. النووي: روضة الطالبين، ٢٦٢/٨.

والكناية عند جمهور الفقهاء: ما يحتمل الظّهار وغيره ولم يغلب استعماله في الظّهار عرفاً، ومثاله أن يقول الرّجل لزوجته: أنت عليّ كأمّي أو: مثل أمّي، ولم يذكر الظهر، فإنّه كناية في الظّهار، فله ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن ينوي أنها مثلها في الكرامة، والتوقير، أو أنها مثلها في الصفة، ونحو ذلك.

وهذا لا يكون ظهارًا باتفاق الأئمة[1]؛ لقول الله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱللَآي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا ﴾[المجادلة:٢]. وهذا لم يقصد الظهار بهذا اللفظ، ولأن هذا اللفظ لا يتعين للظهار، لا عرفًا، ولا لغةً، إلا لقرينة تدلّ على قصده. **والقاعدة الفقهية الكلية تقول: الأمور بمقاصدها.**

الحال الثانية: أن ينوي الظهار. فإنه يكون مظاهراً باتفاق الأئمة الأربعة[2]. لقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ﴾[المجادلة:٢]. فإذا قال الزوج لزوجته أنت علي مثل أمي، ونوى به الظهار كان في معنى قوله: أنت علي كظهر أمي، لدخول الظهر في جملة الأم.

الحال الثالثة: أن يطلق، فلا ينوي ظهاراً، ولا غيره. فالأصل في ذلك القواعد الفقهية: **كناية الظهار لا تنصرف عن الظهار إلى الطلاق إلا بنية**[3]. ومثلها: **إذا فقدت النية في كناية الظهار لإرادة الطلاق أو الظهار فاللازم الظهار**[4]. ولكن اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه لا يكون ظهارًا. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، ورواية عن الإمام أحمد[5].

واحتجوا: بأن هذا اللفظ يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم، فلم ينصرف إليه بغير نية ككناية الطلاق. ولأنه ليس بصريح في الظهار، لكونه غير اللفظ المستعمل فيه، فلا يكون ظهارًا بغير نية، كما لو قال: أنت كبيرة مثل أمي. ولأنه يحتمل التشبيه في التحريم وغيره، فلا يجوز أن يتعين التحريم بغير نية. كما استدلوا: بما رواه أبو تميمة الهجيمي[6] رضي الله عنه: (أن رجلا قال لامرأته: يا أخية، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أختك هي؟ فكره ذلك، ونهى عنه)[7].

ومعنى النهي: قربه من لفظ التشبيه، ولولا هذا الحديث لأمكن أن يقال: هو ظهار أي قوله أنت أمي ؛ لأن التشبيه في أنت أمي أقوى منه مع ذكر الأداة، ولفظ: يا أخية استعارة بلا شك، وهي مبنية على التشبيه،

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣١/٣. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٤٢/٢-٤٤٣. الخرشي: حاشية الخرشي على خليل، ١٠٦/٤. ابن رشد: بداية المجتهد، ٩٠/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٤/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٤٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٣٦٩/٥.

(2) المراجع السابقة.

(3) الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٦٥/٤.

(4) المرجع السابق.

(5) ابن عابدين: حاشية رد المحتار٤٧٠/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير ٢٥٣/٤.الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٤/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٤٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٣٦٩/٥.

(6) طريف بن مجالد الهجيمي البصري، أبو تميمة، ثقة، مات سنة (٩٧هـ)، أو قبلها، أو بعدها.[تقريب التهذيب ٣٧٨/١].

(7) أبو داود: السنن، في الطلاق، كتاب الطلاق، باب في الرجل يقول لامرأته يا أختي، ٢٦٤/٢ برقم ٢٢١٠ . البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب الرجل يقول لامرأته يا أختي يريد الأخوة في الإسلام، ٣٦٦/٧. برقم ١٤٩٢١. وقال المنذري: أنه مرسل[مختصر السنن ١٣٦/٣].

لكن الحديث أفاد كونه ليس ظهارًا حيث لم يبين فيه حكمًا سوى الكراهة والنهي، فعلم أنه لا بد في كونه ظهارًا من التصريح بأداة التشبيه شرعًا[١].

القول الثاني: أنه ظهار. وهو قول المالكية، ومذهب الحنابلة[٢].

واحتجوا: بأنه شبه امرأته بجملة أمه، فكان مشبها لها بظهرها، فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفردًا[٣].

ونوقش: بأن هذا اللفظ محتمل لغيره احتمالا كثيرا، فلا يتعين فيه الظهار بغير دليل.

الترجيح:

لعل سبب اختلاف الفقهاء في ذلك هو اختلافهم في القاعدة الفقهية: **إذا تعارض القصد واللفظ أيهما يقدم**[٤]. ومثلها: **إذا دارت المسألة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد فمراعاة القصد أولى**[٥]. فالمتكلم قد يتكلم بلفظ فيتعارض لفظه هذا مع قصده فعند التعارض هل يقدم اللفظ فيعمل بموجبه أو يرجع القصد فيعمل به؟. قولان لدى السادة الفقهاء كما مرّ معنا.

لكن يترجح – والله أعلم – القول بعدم كونها ظهارًا، لما عللوا به.

قال الشنقيطي رحمه الله: وهذا القول هو الأظهر عندي؛ لأن اللفظ المذكور لا يتعين للظهار لا عرفًا ولا لغة، إلا لقرينة تدل على الظهار[٦].

الفرع الثاني: تنجيز الظهار أو تعليقه أو إضافته.

الظّهار تارةً يكون خالياً من الإضافة إلى زمن مستقبل، ومن التّعليق على حصول أمر في المستقبل، وتارةً يكون مشتملاً على التّعليق على حصول أمر في المستقبل أو الإضافة إلى زمن مستقبل، فإذا خلا التّعبير عن التّعليق والإضافة كان الظّهار منجّزاً. وإن اشتمل على الإضافة إلى زمن مستقبل كان مضافاً، وإن اشتمل على التّعليق كان معلّقاً.

فالظّهار المنجّز هو: ما خلت صيغة إنشائه عن الإضافة إلى زمن مستقبل وعن التّعليق على حصول أمر في المستقبل مثل أن يقول الرّجل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمّي، وهذا يعتبر ظهاراً في الحال، ويترتّب عليه أثره بمجرّد صدوره بدون توقّف على حصول شيء آخر.

والظّهار المعلّق هو: ما رتّب حصوله على أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشّرط المعروفة مثل "إن" "وإذا" "ولو" "ومتى" ونحوها.

ومن أمثلة الظّهار المعلّق: أن يقول الرّجل: لزوجته: أنت عليّ كظهر أمّي إن سافرت إلى بلد أهلك.

وفي هذه الحالة لا يعتبر ما صدر عن الرّجل ظهاراً قبل وجود الشّرط المعلّق عليه، لأنّ التّعليق يجعل وجود التّصرّف المعلّق مرتبطاً بوجود الشّرط المعلّق عليه، ففي المثال المتقدّم لا يكون الرّجل مظاهراً قبل أن تسافر زوجته إلى بلد أهلها، فإذا سافرت إلى ذلك البلد صار مظاهراً، ولزمه حكم الظّهار.

---

[١] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٥٣/٤.

[٢] الدردير: الشرح الصغير وحاشيته ٤٨٥/١. المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٣٥/٢٣.

[٣] ابن قدامة: المغني ٦٠/١١.

[٤] الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ٢٤١ القاعدة ٤٧.

[٥] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٩٥/٤

[٦] الشنقيطي: أضواء البيان ٥٢٤/٦.

وإذا علّق الظّهار بمشيئة اللّه تعالى بطل عند الحنفيّة والحنابلة، ووجه عند الحنابلة: أنّ الظّهار يمين مكفّرة، فصحّ فيها الاستثناء.

وإذا علّقه بمشيئة فلان، أو بمشيئتها، فذهب الحنفيّة والمالكيّة إلى وقوع التّعليق على المشيئة في المجلس. وذهب الحنابلة إلى عدم وقوع الظّهار إذا علّق على مشيئة فلان[1].

والظّهار المضاف هو: ما كانت صيغة إنشائه مقرونةً بوقت مستقبل يقصد الزّوج تحريم زوجته عند حلوله، وذلك مثل أن يقول الرّجل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمّي بعد الشّهر القادم، وفي هذه الحالة يعتبر ما صدر عن الزّوج ظهاراً من وقت صدوره، ولكنّ الحكم لا يترتّب عليه إلاّ عند وجود الوقت الّذي أضيف الظّهار إليه، لأنّ الإضافة لا تمنع انعقاد التّصرّف سبباً لحكمه، ولكنّها تؤخّر حكمه، إلى الوقت الّذي أضيف إليه، ففي قول الرّجل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمّي بعد الشّهر القادم يعتبر مظاهراً من الوقت الّذي صدرت فيه هذه الصّيغة، ولهذا لو كان الرّجل قد حلف باللّه تعالى: ألاّ يظاهر من زوجته، وقال لها هذه العبارة السّابقة حكم بحنثه في اليمين، ووجبت عليه كفّارة يمين بمجرّد صدور الصّيغة المضافة، ولكن لا يحرم عليه معاشرة زوجته إلاّ عند حلول الزّمن الّذي أضاف الظّهار إليه، وهذا عند جمهور الفقهاء[2].

وحجتهم: أنّ الظّهار مثل الطّلاق في تحريم المرأة على زوجها، والطّلاق يصحّ أن يكون مضافاً ومعلّقاً، فكذلك الظّهار.

ويرى المالكيّة أنّ الظّهار إذا كان مضافاً إلى زمن مستقبل، أو كان معلّقاً على حصول أمر في المستقبل، وكان المعلّق عليه محقّق الحصول أو غالب الحصول في المستقبل، فإنّه يكون منجّزاً ويترتّب عليه حكمه في الحال، فإذا قال الرّجل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمّي بعد سنة، أو قال لها: أنت عليّ كظهر أمّي إن جاء شهر رمضان أو هبّت الرّيح، كان مظاهراً في الحال، وحرمت عليه زوجته بمجرّد صدور الصّيغة، لأنّ الظّهار كالطّلاق كلاهما يترتّب عليه تحريم الزّوجة، والطّلاق المضاف أو المعلّق على أمر محقّق الوقوع في المستقبل، أو غالب الوقوع فيه، يكون منجّزاً، فكذلك الظّهار[3].

الفرع الثالث: التّوقيت والتّأبيد في الظّهار:

اتفق الفقهاء على أن صحة الظّهار إذا كانت صيغته مؤبّدة؛ مثل أن يقول الرّجل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمّي ولا يذكر مدّةً معيّنةً كأسبوع أو شهر أو سنة.

ولكنهم اختلفوا في صيغة الظهار المؤقّتة بمدّة معيّنة، مثل أن يقول الرّجل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمّي شهراً، الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إذا قال لها ذلك كان مظاهراً منها في تلك المدّة، فإذا عزم على قربانها فيها وجبت عليه الكفّارة، فإذا مضى الوقت زال الظّهار وحلّت المرأة بلا كفّارة، وهذا عند الحنفيّة والحنابلة والشّافعيّة في الأظهر[4].

---

[1] البهوتي: كشاف القناع، ٣٧٣/٥. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ٣٩١/٢.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٢/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٥٠/٧. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٤/٣. النووي: روضة الطالبين، ٢٦٥/٨.

[3] الدردير: الشرح الكبير، ٤٤٠/٢. الخرشي: حاشية الخرشي، ٢٤٣/٣.

[4] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٥/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٤٩/٧. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٧/٣.

وقد استدلّ الجمهور بما روي في حديث سلمة بن صخر: (أنّه ظاهر من امرأته حتّى ينسلخ شهر رمضان، وأنّه أخبر النّبيّ صلى الله عليه وسلم أنّه أصابها في الشّهر فأمره بالكفّارة) [١]. فإنّه يدلّ على أنّ الظّهار يصحّ أن يكون مؤقّتاً بالشّهر ونحوه، ولو كان الظّهار لا يصحّ إلاّ إذا كان مؤبّداً لبيّن النّبيّ صلى الله عليه وسلم هذا الحكم، ولأنّ الظّهار شبيه باليمين من ناحية أنّ المنع من قربان الزّوجة ينتهي بالكفّارة في كلّ منهما، واليمين يصحّ فيه التّأبيد والتّوقيت، فيكون الظّهار مثله في هذا الحكم[٢].

القول الثاني: أنّه لا يصحّ الظّهار إلاّ مؤبّداً، فإن ذكر الوقت فيه كان ذكره لغواً، فإذا قال الرّجل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمّي هذا الشّهر كان الظّهار مؤبّداً، ولا يختصّ بذلك الشّهر الّذي عيّنه، وعلى هذا تحرم المرأة على زوجها في ذلك الشّهر وبعده، ولا تحلّ له حتّى يكفّر. وهو مذهب المالكيّة، وقول للشّافعيّة، .
واستدلّ المالكيّة ومن وافقهم بأنّ الظّهار يشبه الطّلاق من ناحية أنّ كلاً منهما يقتضي تحريم الزّوجة، والطّلاق لا يصحّ أن يكون مؤقّتاً، ولو أقّت بوقت كان التّوقيت لغواً، فكذلك الظّهار[٣].

القول الثالث: إنّ التّوقيت في الظّهار لا يعتبر ظهاراً. وبه قال بعض الشّافعيّة وابن أبي ليلى واللّيث[٤].
واستدلّ من قال: إنّ التّأقيت في الظّهار لا يعتبر ظهاراً بأنّه لم يؤبّد التّحريم، فأشبه ما إذا شبّهها بامرأة لا تحرم على التّأبيد[٥].

---

[١] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في الظهار،٢٦٥/٢ برقم ٢٢١٣ والترمذي: السنن، في تفسير القرآن، سورة المجادلة، ٥٠٣/٣ برقم٣٢٩٥ وابن ماجه: السنن، في الطلاق، باب المظاهر يجامع قبل أن يكفّر٦٣/٣ برقم٢٠٦٤ وأحمد في المسند ٣٧/٤- مختصراً ، والدارمي ٢١٧/٢، والحاكم ٢٢١/١، والبيهقي: السنن الكبرى، ٣٨٥/٧، عن محمد بن إسحاق عن محمد بن عمرو عن سليمان بن يسار، والبيهقي في الكبرى٣٩٠/٧، عن يحيى بن أبي كثير، قال الترمذي: "هذا حديث حسن". وقال الحاكم: هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه." لكن أشار البيهقي إلى كونه مرسلاً.
[٢] ابن قدامة: المغني، ٣٤٩/٧. الجصاص: أحكام القرآن، ٥١٧/٣.
[٣] الخرشي: حاشية الخرشي على خليل، ٢٤٣/٣.
[٤] المرجع السابق. الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٥/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٤٩/٧. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٧/٣.
[٥] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٧/٣.

المبحث الثالث

آثار الظّهار

يترتب على الظهار عند وقوعه وتحقق شرائطه الآثار التالية:

المطلب الأول: حرمة المعاشرة الزوجية قبل التكفير.

اتفق أهل العلم على أنّ المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التّكفير، وعلى أنّ من جامع قبل التّكفير يكون آثمًا وعاصيًا لمخالفته أمر اللّه عزّ وجل: ﴿مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣].

وذلك لاتّفاقهم على معنى الوطء في قول اللّه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣][١].

ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما: (أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم قد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال: يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر؟ فقال: ما حملك على ذلك يرحمك الله؟ قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر، قال: فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به)[٢].

ووجه الدلالة: أنَّ مطلق النّهي يدلّ على تحريم المنهيّ عنه، فيكون دليلاً على حرمة الوقاع قبل التّكفير، وكذلك يحرم عليها تمكينه من نفسها قبل ذلك[٣].

لكن اختلف أهل العلم في حرمة المباشرة[٤] والاستمتاع؛ كاللمس والتقبيل والنظر بلذة لسائر بدنها ومحاسنها، والمباشرة فيما دون الوطء إلى قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء الحنفيّة وأكثر المالكيّة والشافعية في المعتمد[٥] وإحدى الرّوايتين عن الإمام أحمد[٦]، إلى تحريم الوطء ودواعيه.

ودليلهم على ذلك: قول اللّه تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣]. فإنّه أمر المظاهر بالكفّارة قبل "التّماسّ" والتّماسّ يصدق على المسّ باليد وغيرها من أجزاء الجسم، كما يصدق على الوطء، والوطء قبل التّكفير حرام بالاتّفاق، فالمسّ باليد وما في معناه يكون حراماً مثله، ولأن الظهار جناية؛ لأنه منكر من القول وزور، فيناسب مجازاة الجناية بالحرمة، وارتفاعها بالكفارة. ولأنّ المسّ والتّقبيل بشهوة والمباشرة فيما دون الفرج تدعو إلى الوطء، ومتى كان الوطء حراماً كانت الدّواعي إليه حراماً أيضاً، بناءً

---

[١] ابن الهمام: فتح القدير،٢٢٧/٣. الفتاوى الهندية،٤٥٦/١. حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير،٤٤٧/٢. ابن قدامة: المغني،٣٨٣/٧.

[٢] أبو داود: كتاب الطلاق، باب في الظهار، ٢٦٨/٢ برقم ٢٢٢١ و٢٢٢٢ والترمذي: السنن، باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر، ٥٠٣/٣ برقم ١١٩٩وقال هذا حسن غريب صحيح، والنسائي: السنن الكبرى، باب الظهار، ٣٦٧/٣ برقم ٥٦٥١. والحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٢٢٢/٢ برقم ٢٨١٨، والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب الظهار، باب لا يقربها حتى يكفر، ٣٨٦/٧ برقم ١٥٠٣٦. والطبراني: المعجم الكبير، ٢٣٦/١١ برقم ١١٦٠٠متصلا. وعبد الرزاق: المصنف، باب المواقعة للتكفير، ٤٣٠/٦ برقم ١١٥٢٥. وقال النسائي في التحفة ١٢٣/٥: والمرسل أولى بالصواب من المسند.

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٤٣/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٩١/٢. الدردير: الشرح الكبير، ٤٤٥/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٧/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٤٧/٧.

[٤] المباشرة: أن تلي الشيء ببشرتك، يقال: باشرالرجل المرأة إذا وليت بشرته بشرتها، فيدخل في ذلك اللمس والتقبيل ونحوهما[مختار الصحاح ٢٢/١. لسان العرب ١٢٦/٣].

[٥] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٧/٣. وقد نقل ابن رشد في بداية المجتهد عن الشافعي: إنما يحرم الوطء فقط، ولكن مذهب الشافعي كالجمهور في تحريم الوطء ودواعيه [ابن رشد: بداية المجتهد، ٦٥/٢].

[٦] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٤/٢. الدردير: الشرح الكبير، ٤٤٥/٢. ابن قدامة: المغني، ٣٤٨/٧.

على القواعد الفقهيّة: **ما أفضى إلى الحرام حرام**[1]. أو: **ما أدّى إلى الحرام حرام**. والقاعدة: **ما حرّم الوطء من القول حرّم دواعيه**.

جاء في مغني المحتاج: وكذا يحرم عليه المسّ ونحوها كالقبلة بشهوة، لأن ذلك قد يدعو إلى الوطء[2].

القول الثاني: وهو قول لبعض المالكية وبعض الشّافعيّة ورواية عن أحمد[3] وهو إباحة الدّواعي في الوطء.

ودليلهم على ذلك: أنّ المراد من المسّ في قول اللّه تعالى: ﴿مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣]. الجماع، وذلك كما في قول اللّه تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾[البقرة:٢٣٧]. فلا يحرم ما عداه من التّقبيل والمسّ بشهوة والمباشرة فيما دون الفرج، ولأنّ تحريم الوطء بالظّهار يشبه تحريم الوطء بالحيض، من ناحية أنّ كلاً منهما وطء محرّم ولا يخلّ بالنّكاح، وتحريم الوطء في الحيض لا يقتضي تحريم الدّواعي إليه، فكذلك تحريم الوطء بالظّهار لا يقتضي تحريم الدّواعي إليه بالقياس عليه[4].

والعود الذي تجب به الكفارة[5] في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[المجادلة:٣]: أن يعزم المظاهر على على وطئها، أي المظاهر منها.

أي أن الكفارة تجب عليه إذا قصد وطأها بعد الظهار. فإن رضي أن تكون محرّمة عليه، ولم يعزم على وطئها لا تجب الكفارة عليه.

فرع: دور المرأة في الظهار.

الوطء حق للمرأة كما هو حق للرجل، فللمرأة الحقّ في مطالبة الزّوج بالوطء، وعليها أن تمنعه من الاستمتاع حتى يكفّر عن الظهار، فإن ادعى أنه كفّر عن ظهاره، صدّق في دعواه ما لم يكون معروفاً بالكذب.

وإن امتنع عن التّكفير كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضي، وعلى القاضي أن يأمره بالتّكفير، فإن امتنع أجبره بما يملك من وسائل التّأديب حتّى يكفّر أو يطلّق، وهذا عند الحنفيّة، ووجهه: أنّ الزّوج قد أضرّ بزوجته بتحريمها عليه بالظّهار، حيث منعها حقّها في الوطء مع قيام الزّواج بينهما، فكان للزّوجة المطالبة بإيفاء حقّها ودفع الضّرر عنها، والزّوج في وسعه إيفاء حقّ الزّوجة بإزالة الحرمة بالكفّارة، فيكون ملزماً بذلك شرعاً، فإذا امتنع من القيام بذلك أجبره القاضي على التّكفير أو الطّلاق[6].

جاء في مجمع الأنهر: وينبغي لها أن تمنع نفسها منه إلى أن يكفر وتطالبه بالكفارة. وسيجبره القاضي عليها بالحبس ثم بالضرب إن أبى دفعاً لضرر عنها[7].

---

[1] ابن قدامة: المغني ٧٣/٣. الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ٤٣٠

[2] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٧/٣.

[3] المرجع السابق. ابن قدامة: المغني، ٣٤٨/٧.

[4] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٧/٣.

[5] سوف نبين لاحقاً أقوال الفقهاء في معنى العود الذي تجب به الكفارة.

[6] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٤/٣. ابن الهمام: فتح القدير، ٢٢٥/٣. الفتاوى الهندية، ٤٥٦/١. ابن عابدين: رد المحتار، ٨٩١/٢.

[7] شيخي زاده: مجمع الأنهر، ٤٥٤/١.

وقال المالكيّة: إذا عجز المظاهر عن الكفّارة كان لزوجته أن تطلب من القاضي الطّلاق، لتضرّرها من ترك الوطء، وعلى القاضي أن يأمر الزّوج بالطّلاق، فإن امتنع طلّق القاضي عليه في الحال، وكان الطّلاق رجعيّاً، فإن قدر الزّوج على الكفّارة قبل انقضاء العدّة كفّر وراجعها.

وإذا كان المظاهر قادراً على الكفّارة وامتنع عن التّكفير، فللزّوجة طلب الطّلاق، فإن طلبت الطّلاق من القاضي لا يطلّقها إلاّ إذا مضت أربعة أشهر كما في الإيلاء، فإن مضت الأربعة أشهر أمر القاضي الزّوج بالطّلاق أو التّكفير، فإن امتنع طلّق القاضي عليه، وكان الطّلاق رجعيّاً[1].

ويتفرع عن هذا مسألتان:

المسألة الأولى: هل يدخل الإيلاء على الظهار؟.

ذكر ابن رشد خلافاً في مسألة دخول الإيلاء الظهار على ثلاثة آراء[2]:

فقال الجمهور غير مالك: لا يتداخل حكم الإيلاء مع حكم الظهار، سواء أكان الزوج مضاراً أم لم يكن، أي لا يدخل عليه.

وقال مالك: يدخل الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضاراً.

وقال سفيان الثوري: يدخل الإيلاء على الظهار مطلقاً، وتبين منه بانقضاء الأربعة الأشهر، ولو من غير مضارة.

وسبب الخلاف: مراعاة المعنى أو اعتبار الظاهر، فمن اعتبر الظاهر قال: لا يتداخلان. ومن اعتبر المعنى قال: يتداخلان إذا كان القصد الضرر[3].

المسألة الثانية: هل يعود الظهار بعد الطلاق بالعودة إلى الزوجية؟.

إذا طلّق الرجل امرأته بعد الظهار قبل أن يكفّر عن ظهاره، ثم راجعها هل يعود عليها الظهار، فلا يحل له المسيس (الوطء وتوابعه) حتى يكفّر؟.

ذكر ابن رشد[4] خلافاً في المسألة، فعند مالك: إن طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها، فعليه الكفارة.

وقال أبو حنيفة وصاحباه والشافعي وأحمد: الظهار راجع عليها، سواء نكحها بعد الثلاث أو بعد طلقة واحدة.

وهذه المسألة شبيهة بمن يحلف بالطلاق، ثم يطلق، ثم يراجع، هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا؟.

وسبب الخلاف: هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها أو لا يهدمها؟ فمنهم من رأى أن الطلاق البائن الذي هو الثلاث يهدم، وأن ما دون الثلاث لا يهدم. ومنهم من رأى أن الطلاق كله غير هادم[5].

---

[1] الخرشي: حاشية الخرشي على خليل، ٢٣٥/٣. الدردير: الشرح الكبير، ٤٣٣/٢.

[2] ابن رشد: بداية المجتهد، ١٠٩/٢.

[3] المرجع السابق. الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٥٧٥/٧.

[4] ابن رشد: بداية المجتهد، ١٠٩/٢، ابن قدامة: المغني، ٣٥١/٧، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٧/٣، الكاساني: بدائع الصنائع،٢٣٥/٣.

[5] المراجع السابقة. الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٥٧٥/٧.

المطلب الثاني: وجوب الكفّارة .

لا خلاف بين الفقهاء في أنّ المسلم الحرّ إذا قال لامرأته: أنت عليّ كظهر أمّي، يكون مظاهرًا منها، ويلزمه للعود إليها كفّارة الظّهار.

كما لا خلاف بينهم في عدم وجوب الكفّارة بالظّهار المعلّق على شرط إلاّ إذا تحقّق الشّرط.

ولا خلاف بينهم أيضاً في أنّ من ظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة أو بكلمات يكون مظاهرًا منهنّ جميعًا.

ولا خلاف بينهم في تعدّد الكفّارة على من ظاهر من زوجته فكفّر ثمّ ظاهر مرة أخرى.

ولا خلاف بينهم على توافر شرط القدرة على أداء الكفّارة.

والدليل على ذلك كله، قوله جلّ شأنه: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣].

ووجه الدلالة: أن الظّهار معصية لما فيه من المنكر والزّور، فأوجب اللّه الكفّارة على المظاهر حتّى يغطّي ثوابها وزر هذه المعصية، والأمر يدلّ على وجوب المأمور به.

والكلام عن كفّارة الظّهار يتناول الأمور الآتية:

الفرع الأول: مشروعية الكفارة:

ثبتت مشروعية كفارة الظهار بالكتاب والسنة[١]:

أما الكتاب: فقول اللّه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ * فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[المجادلة:٣-٤].

وأما السنة: فقول النّبيّ صلى الله عليه وسلم لأوس بن الصّامت حين ظاهر من امرأته: (يعتق رقبةً، قيل له: لا يجد قال: يصوم شهرين متتابعين، قالت يا رسول الله، إنه شيخ كبير، ما به من صيام، قال: فليطعم ستين مسكيناً، قالت: ما عنده من شيء يتصدّق به، قال: فأتي بعرق من تمر، قالت: يا رسول الله، فإني سأعينه بعرق آخر، قال: قد أحسنت، اذهبي فأطعمي بهما عنه ستين مسكيناً، وارجعي إلى ابن عمك. والعرق: ستون صاعاً)[٢].

الفرع الثاني: سبب وجوب الكفّارة:

اختلف الفقهاء في سبب وجوب كفارة الظهار، هل تجب بمجرد الظهار؟ أم لابد لوجوبها من العود؟ وما معنى العود الذي تجب فيه الكفارة؟ الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

---

[١] ابن رشد: بداية المجتهد، ١٠٣/٢، ابن قدامة: المغني، ١٠٩/٧.

[٢] سبق تخريجه.

القول الأوّل: إن سبب الكفارة العود، والعود هو العزم على الوطء. وإليه ذهب الحنفيّة، وهي الرّواية الصّحيحة المشهورة عند أصحاب مالك وبه قال القاضي وأصحابه[١].

وقد استدل هؤلاء بما يلي:

أولاً: بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣].

ووجه الدّلالة من الآية أنّها نصّ في وجوب الكفّارة عند العزم على الوطء، كأنّه تعالى قال: إذا عزمت على الوطء فكفّر قبله[٢]، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾[المائدة:٦].

ثانياً: ولأنّ الزّوج قصد تحريم الزّوجة بالظّهار، فالعزم على وطئها عود فيما قصده.

ثالثاً: وإنّ الظّهار تحريم، فإذا أراد استباحتها فقد رجع في ذلك التّحريم، فكان عائدًا[٣].

رابعاً: وإنّ المفهوم من الظّهار هو وجوب الكفّارة فيه بالعود وقبل التّماسّ، وإنّما يكون ذلك بإرادته العودة إلى ما حرّم على نفسه بالظّهار، وهو الوطء، وإذا كان ذلك كذلك، وجب أن تكون العودة إمّا الوطء نفسه، أو العزم عليه وإرادته[٤].

وحيث إن قوله سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣]. صريح في أنّ العود غير التّماسّ الّذي هو الوطء، وذلك إنّما هو العزم عليه، فيكون هو السّبب في وجوب الكفّارة، .

القول الثّاني: إن سبب الكفارة هو الظهار، لكن العود –وهو الوطء عند أصحاب هذا القول– شرط لتقريرها. وإليه ذهب الحنابلة[٥]، وحكي ذلك عن الحسن وطاوس والزّهريّ وهو رواية عن مالك لكنّها ضعيفة عند أصحابه[٦].

وقد استدل هؤلاء بما يلي:

أولاً: بأنّ العود فعل ضدّ قوله، ومنه العائد في هبته هو الرّاجع في الموهوب، والعائد في عدته: التّارك للوفاء بها، والعائد فيها نهي عنه: فاعل المنهيّ عنه، قال تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[المجادلة:٣]. فالمظاهر محرّم للوطء على نفسه، ومانع لها منه، فالعود فعله[٧]، أي فعل الوطء الّذي حرّمه على نفسه بظهاره.

---

(١) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٢٥/٣. الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣٦/٣، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٤٦/٢-٤٤٧.، ابن رشد: بداية المجتهد ٩١/٢، ابن قدامة: المغني ٣٥٣/٧.

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣٦/٣.

(٣) ابن قدامة: المغني ٣٥٣/٧.

(٤) ابن رشد: بداية المجتهد ٩١/٢.

(٥) البهوتي: كشاف القناع، ٣٧٤/٥.

(٦) الرازي: مفاتيح الغيب ٢٥٨/٢٩، ابن قدامة: المغني٣٥٢/٧، حاشية الدسوقي ٤٤٧/٢، ابن رشد: بداية المجتهد ٩١/٢.

(٧) ابن قدامة: المغني ٣٥٣/٧.

ثانياً: وبأنّ الظّهار يمين مكفّرة، فلا تجب الكفّارة بالحنث فيها، وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الأيمان وإنّما تجب بالوطء، لأنّها يمين تقتضي ترك الوطء، فلا تجب كفّارتها إلاّ به كالإيلاء[1].

القول الثّالث: أن سبب وجوب الكفّارة هو الظّهار والعود معاً، ومعنى العود: هو أن يمسكها في النّكاح زمنًا يمكنه فيه مفارقتها، وإليه ذهب الشّافعيّة وهو ما رجّحه ابن قدامة في مذهب الحنابلة[2].

وحجتهم: أنّ اللّه تعالى أوجب الكفّارة بأمرين: ظهار وعود، وذلك في قوله عزّ وجلّ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣]. فلا تثبت الكفّارة بأحدهما دون الآخر[3].

ولكن المظاهر لمّا ظاهر فقد قصد التّحريم، فإن وصل ذلك بالطّلاق، فقد تمّم ما شرع فيه من التّحريم، ولا كفّارة عليه، فإذا سكت عن الطّلاق، فذلك يدل على أنّه ندم على ما ابتدأ به من التّحريم، فحينئذ تجب عليه الكفّارة[4].

القول الرّابع: أن سبب الكفارة العود؛ والعود هو تكرار لفظ الظّهار وإعادته. وإليه ذهب بعض الحنابلة[5].

واستدل أصحاب القول الرّابع: بقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[المجادلة:٣].

ووجه الدلالة: أن هذه الآية تدل على أنّ العود هو إعادة ما فعلوه، وهذا لا يكون إلاّ بالتّكرار، لأنّ العود في الشّيء إعادته[6].

وقالوا إنّ الّذي يعقل من لغة العرب في العود إلى الشّيء، إنّما هو فعل مثله مرّةً ثانيةً، كما قال تعالى: ﴿وَلَوْ رُدُّوا لَعَادُوا لِمَا نُهُوا عَنْهُ وَإِنَّهُمْ لَكَٰذِبُونَ﴾[الأنعام:٢٨]، كما أنّ العود في القول عبارة عن تكراره، قال تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ نُهُوا عَنِ ٱلنَّجْوَىٰ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ﴾[المجادلة:٨] فكان معنى قوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[المجادلة:٣]. أي يرجعون إلى القول الأوّل فيكرّرونه.

وقد اتّفق أهل التّأويل على أنّ عودهم لما نهوا عنه، هو إتيانهم مرّةً ثانيةً بمثل ما نهوا عنه، وما فعلوه أوّل مرّة[7].

المسألة الأولى: وجوب الكفّارة بمجرّد الظّهار دون العود.

اختلف الفقهاء في وجوب الكفّارة بمجرّد الظّهار دون العود على قولين:

القول الأوّل: عدم وجوب الكفّارة دون العود.

وإليه ذهب الحنفيّة، والمالكيّة، والشّافعيّة، والحنابلة، وبه قال عطاء والنّخعيّ وأبو عبيد[1] والأوزاعيّ والثّوريّ والثّوريّ والحسن[2].

---

(1) ابن قدامة: المغني ٣٥٤/٧.

(2) الشربيني: مغني المحتاج ٣٥٦/٣. النووي: روضة الطالبين ٢٧١/٨، ابن قدامة: المغني، ٣٥٣/٧. الرازي: مفاتيح الغيب ٢٥٧/٢٩.

(3) ابن قدامة: المغني، ٣٥٣/٧. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٦/٣.

(4) الرازي: تفسير مفاتيح الغيب ٢٥٧/٢٩، الشربيني: مغني المحتاج ٣٥٦/٣.

(5) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٢٨١/١٧، ابن رشد: بداية المجتهد ٩١/٢، ابن قدامة: المغني ٣٥٣/٧، الرازي: مفاتيح الغيب ٢٥٩/٢٩.

(6) الرازي: تفسير مفاتيح الغيب ٢٥٩/٢٩، ابن قدامة: المغني ٣٥٣/٧.

(7) الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣٦/٣.

واستدلّوا بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣].

ووجه الدّلالة من الآية: أنّها نصّ في معنى وجوب تعلّق الكفّارة بالعود، لأنّ الكفّارة وجبت في الآية بأمرين هما: ظهار وعود، فلا تثبت بأحدهما[٣].

وبقياس كفّارة الظّهار على كفّارة اليمين، فكما أنّ الكفّارة في اليمين إنّما تلزم بالمخالفة أو بإرادة المخالفة، فكذلك الأمر في الظّهار[٤].

وبأنّ الكفّارة في الظّهار كفّارة يمين، فلا يحنث بغير الحنث كسائر الأيمان، والحنث فيها هو العود[٥].

القول الثّاني: وجوب الكفّارة بمجرّد الظّهار دون العود، وبه قال طاوس ومجاهد والشّعبيّ والزّهريّ وقتادة[٦].

واستدلّوا بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣].

ووجه الدّلالة من الآية: أنّها تفيد وجوب الكفّارة بمجرّد الظّهار، لأنّ اللّه عزّ وجل قال: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[المجادلة:٣]. والعود: هو العود بالظّهار في الإسلام، لأنّ معنى الآية: أنّ الظّهار كان طلاق الجاهليّة، فنسخ تحريمه بالكفّارة[٧].

وقالوا: إنّ الظّهار سبب للكفّارة، وقد وجد فتجب الكفّارة[٨] وأنّه معنًى يوجب الكفّارة العليا، فوجب أن يوجبها بنفسه لا بمعنًى زائد، تشبيهًا بكفّارة القتل والفطر[٩].

وإنّ الكفّارة وجبت لقول المنكر والزّور، وهذا يحصل بمجرّد الظّهار[١٠].

المسألة الثانية: تعدّد الكفّارة بالوطء قبل التّكفير.

اختلف الفقهاء في تعدّد الكفّارة بالجماع قبل التّكفير، وعدم تعدّدها على قولين:

القول الأوّل: عدم تعدّد الكفّارة بالجماع قبل التّكفير. وإليه ذهب جمهور الفقهاء: الحنفيّة والمالكيّة، والشّافعيّة، والحنابلة، وروي ذلك عن سعيد بن المسيّب وعطاء وطاوس والنّخعيّ والثّوريّ والأوزاعيّ وإسحاق وأبي ثور[١١].

---

(١) أبو عبيد (١٥٧-٢٢٤هـ) القاسم بن سلام. كان حافظاً للحديث وعلله، عارفاً بالفقه والاختلاف، رأسا في اللغة، إماما في القراءات. ولي قضاء طرسوس. مولده وتعلمه بهراة، ورحل إلى مصر وبغداد وتوفي بمكة. له: كتاب (الأموال)؛ و(الغريب المصنف)؛ و(الناسخ والمنسوخ).[تذكرة الحفاظ٢/٥؛ تهذيب التهذيب ٣١٥/٧؛ طبقات الحنابله لابن أبى يعلى ٢٥٩/١].

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣٧/٣، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٤٦/٢، النووي: روضة الطالبين ٢٧٠/٨، ابن قدامة: المغني ٣٥١/٧، ابن رشد: بداية المجتهد ٩١/٢.

(٣) ابن رشد: بداية المجتهد ٩١/٢، ابن قدامة: المغني ٣٥٢/٧.

(٤) ابن رشد: بداية المجتهد ٩١/٢.

(٥) ابن قدامة: المغني ٣٥٢/٧.

(٦) ابن رشد: بداية المجتهد ٩١/٢، ابن قدامة: المغني ٣٥١/٧، الرازي: تفسير مفاتيح الغيب ٢٥٩/٢٩.

(٧) ابن رشد: بداية المجتهد ٩٢/٢.

(٨) ابن قدامة: المغني ٣٥١/٧.

(٩) ابن رشد: بداية المجتهد ٩١/٢.

(١٠) ابن قدامة: المغني ٣٥١/٧.

(١١) السرخسي: المبسوط ٢٢٥/٥، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٩٤/٤، ابن رشد: بداية المجتهد ٩٨/٢، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٢٨٣/١٧، الرازي: تفسير مفاتيح الغيب ٢٦٠/٢٩، ابن قدامة: المغني ٣٨٣/٧.

واستدلّوا بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣].

ووجه الدلالة: أن هذه الآية قد دلّت على عدم تعدّد الكفّارة بالجماع قبل التّكفير لأنّها أفادت أنّه يجب على المظاهر كفّارة قبل العود، فإذا جامع قبل التّكفير فقد فاتت صفة القبليّة، فيبقى أصل الوجوب، ولأنّه لا دلالة فيها على أنّ ترك تقديم الكفّارة على الجماع، يوجب كفّارةً أخرى[١].

كما استدلّوا بحديث ابن عباس رضي الله عنهما: (أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم قد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال: يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر؟ فقال: ما حملك على ذلك يرحمك الله؟ قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر، قال: فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به)[٢].

ووجه الدلالة: أن هذا الحديث نصّ في عدم تعدّد الكفّارة بالوطء قبل التّكفير، لأنّ الرّسول صلّى اللّه عليه وسلّم أمره باعتزال زوجته حتّى يكفّر ولم يأمره بتكرار التّكفير لجماعه زوجته قبل أن يكفّر عن ظهاره، وإنّما أمره أن يكفّر تكفيرًا واحدًا[٣]، إذ لو كان الواجب متعدّدًا لبيّنه له رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم، لأنّه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

القول الثّاني: تعدّد الكفّارة بالجماع قبل التّكفير. وبه قال عمرو بن العاص وسعيد بن جبير وقبيصة بن ذؤيب[٤] وقتادة وعبد الرّحمن بن مهديّ[٥] وابن شهاب الزهري[٦].

واستدلّوا: بأنّ الكفّارة الأولى للظّهار الّذي اقترن به العود، والثّانية وجبت للوطء المحرّم، كالوطء في نهار رمضان. ولأنّ الكفّارة تتعدّد عقوبةً له على إقدامه على الحرام[٧].

المسألة الثالثة: تعدّد الكفّارة بتعدّد الظّهار.

ويحتمل فيها الحالات التالية:

الحالة الأولى: تعدّد الكفّارة على من ظاهر من امرأته مرارًا ولم يكفّر.

اختلف الفقهاء في تعدّد الكفّارة على من ظاهر من زوجته مرارًا ولم يكفّر على قولين:

---

[١] الرازي: تفسير مفاتيح الغيب ٢٦٠/٢٩.

[٢] أبو داود: كتاب الطلاق، باب في الظهار، ٢٦٨/٢ برقم ٢٢٢١ و٢٢٢٢ والترمذي: السنن، باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر، ٥٠٣/٣ برقم ١١٩٩وقال هذا حسن غريب صحيح، والنسائي: السنن الكبرى، باب الظهار، ٣٦٧/٣ برقم ٥٦٥١. والحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٢٢٢/٢ برقم ٢٨١٨، والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب الظهار، باب لا يقربها حتى يكفر، ٣٨٦/٧ برقم ١٥٠٣٦. والطبراني: المعجم الكبير، ٢٣٦/١١ برقم ١١٦٠٠متصلا. وعبد الرزاق: المصنف، باب المواقعة للتكفير، ٤٣٠/٦ برقم ١١٥٢٥. وقال النسائي في التحفة ١٢٣/٥: والمرسل أولى بالصواب من المسند.

[٣] ابن رشد: بداية المجتهد ٩٨/٢، ابن قدامة: المغني ٣٨٤/٧.

[٤] قبيصة بن ذؤيب بن حلحلة، أبو سعيد الخزاعي المدني ثم الدمشقي، من أكابر التابعين. ولد عام الفتح. أبوه صاحبي مات في آخر أيام النبي صلى الله عليه وسلم. فأتي بقبيصة بعد موت أبيه فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم. روى عن عدد من الصحابة، حدث عنه ابنه إسحاق ومكحول ورجاء بن حيوة وآخرون وكان على الختم والبريد للخليفة عبد الملك توفي سنة ٨٦ أو ٨٧هـ.[سير أعلام النبلاء ٢٨٢/٤].

[٥] عبد الرحمن بن مهدي (١٣٥–١٩٨هـ) ابن حسان العنبري اللؤلؤي، أبوسعيد البصري، من الحفاظ المتقنين وأهل الورع في الدين ممن حفظ وجمع وتفقه وصنف وحدث. قال الشافعي: لا أعرف له نظير اً في الدنيا. روي عن جرير بن حازم وعكرمة بن عمار وغيرهم. وعنه شيخة ابن المبارك وابن وهب وابنه موسى وأحمد وغيرهم. [تهذيب التهذيب ٢٧٩/٦، وحلية الأولياء ٣/٩، والأعلام ١١٥/٤].

[٦] ابن قدامة: المغني ٣٨٣/٧، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٢٨٣/١٧. الرازي: مفاتيح الغيب ٢٦٠/٢٩، ابن رشد: بداية المجتهد ٩٨/٢.

[٧] ابن قدامة: المغني ٣٨٣/٧.

القول الأول: تعدّد الكفّارة على من ظاهر من زوجته مرارًا ولم يكفّر إذا لم يرد به التّأكيد. وإليه ذهب الحنفيّة، وروي ذلك عن عليّ رضي اللّه عنه، وعمرو بن دينار[١] وقتادة[٢].

واستدل هؤلاء:

١- بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣].

وجه الدّلالة من الآية: أنّها تفيد تعدّد الكفّارة بتعدّد الظّهار لأنّها تقتضي كون الظّهار علّةً لإيجاب الكفّارة، فإذا وجد الظّهار الثّاني وجدت علّة وجوب الكفّارة، وهذا الظّهار الثّاني: إمّا أن يكون علّةً للكفّارة الأولى، أو لكفّارة ثانية والأوّل باطل لأنّ الكفّارة الأولى وجبت بالظّهار الأوّل، فتكوين الكائن محال، كما أنّ تأخّر العلّة عن الحكم محال، فثبت أنّ الظّهار الثّاني يوجب كفّارةً ثانيةً[٣].

٢-كما استدلّوا بقياس الظّهار على الطّلاق، فإذا نوى الاستئناف تعلّق بكل مرّة حكم كالطّلاق[٤].

٣-وأنّ كل ظهار يوجب تحريمًا لا يرتفع إلاّ بالكفّارة، فيجب في كل ظهار كفّارة[٥].

٤-وأنّ تكرار الظّهار في امرأة واحدة كتكرار اليمين، فكما يجب باعتبار كل يمين كفّارةً، فكذلك يجب باعتبار كل ظهار كفّارةً[٦].

وإنّما اشترطوا أن لا يقصد به التّأكيد، لأنّ الإنسان قد يكرّر اللّفظ، ويقصد به التّغليظ والتّشديد دون إرادة التّجديد.

٥-ولأنّ الظّهار لا يوجب نقصان العدد في الطّلاق، لأنّه ليس بطلاق ولا يوجب البينونة وإن طالت المدّة، كما أنّه لا يوجب زوال الملك وإنّما يحرم الوطء قبل التّكفير مع قيام الملك[٧].

القول الثاني: عدم تعدّد الكفّارة على من ظاهر من زوجته مرارًا ولم يكفّر مطلقًا سواء كان في مجلس أو في مجالس، نوى بذلك التّأكيد أو الاستئناف أو أطلق.

وإليه ذهب المالكيّة، والحنابلة، وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والشّعبيّ والزّهريّ وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وروي ذلك عن عليّ رضي اللّه عنه، وهو قول الشّافعيّ في القديم[٨].

واستدلّوا:

١-بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣].

---

(١) عمرو بن دينار (٤٦-١٢٦هـ) أبو محمد، جمحي مكي، فقيه ومفتي مكة. روى عن ابن عباس وابن عمرو بن العاص وأبي هريرة وجابر بن عبد الله وغيرهم، وعنه قتادة وابن جريج وجعفر الصادق ومالك وشعبة وغيرهم، قال شعبة: ما رأيت أثبت في الحديث منه، وقال عبد الله بن أبي نجيح: ما رأيت أحدا قط أفقه منه. له خمسمائة حديث. [تهذيب التهذيب ٢٨/٨،سير أعلام النبلاء ٣٠٠/٥، الأعلام ٢٤٥/٥].

(٢) السرخسي: المبسوط ٢٢٦/٥، ابن قدامة: المغني ٣٨٦/٧.

(٣) الرازي: تفسير مفاتيح الغيب ٢٥٩/٢٩.

(٤) ابن قدامة: المغني ٣٨٦/٧.

(٥) الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣٥/٣.

(٦) السرخسي: المبسوط ٢٢٦/٥.

(٧) الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣٥/٣.

(٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٤٥/٢، ابن قدامة: المغني ٣٨٦/٧، النووي: روضة الطالبين ٢٧٦/٨.

ففيها دلالة على عدم تعدّد الكفّارة على من ظاهر من زوجته مرارًا، لأنّها عامّة تتناول من ظاهر مرّةً واحدةً، ومن ظاهر مرارًا كثيرةً، فإنّ اللّه تعالى أوجب عليه تحرير رقبة فتبيّن بذلك أنّ التّكفير الواحد كاف في الظّهار، سواء كان مرّةً واحدةً أم مرارًا كثيرةً[١].

٢-كما استدلّوا: بأنّه قول لم يؤثّر تحريمًا في الزّوجة، لأنّها قد حرمت بالقول الأوّل، فلم تجب به كفّارة الظّهار كاليمين باللّه تعالى[٢].

٣-وأنّه لفظ يتعلّق به كفّارة، فإذا كرّره كفاه واحدة، كاليمين باللّه تعالى[٣].

القول الثالث: حيث فصّل الشّافعيّة فقالوا: لو كرّر لفظ الظّهار في امرأة واحدة تكريرًا متّصلاً وقصد به تأكيدًا فظهار واحد، وإن قصد به استئنافًا فالأظهر الجديد التّعدّد، وإن فصل بين ألفاظ الظّهار المكرّر وقصد بتكرير الظّهار استئنافًا فالأظهر التّعدّد وكذا لو قصد تأكيدًا فإنّه لا يقبل في الأصحّ[٤].

الحالة الثانية: تعدد الكفارة على من يظاهر من نسائه بكلمات:

كأن يقول لكل امرأة من نسائه: أنت علي كظهر أمي. ففي لزوم كفارة أو كفارات للعلماء في ذلك أقوال:

القول الأول: أن تلزمه كفارات متعددة. وهو قول جمهور أهل العلم[٥].

وفصّل الشّافعيّة فقالوا: لو ظاهر من نسائه الأربع بأربع كلمات فإن لم يوالها كان مظاهرًا منهنّ لوجود لفظ الظّهار الصّريح، فإن أمسكهنّ زمنًا يسع طلاقهنّ فعائد منهنّ، وتجب عليه أربع كفّارات لوجود الظّهار والعود في حقّ كل واحدة منهنّ. وإن والاها صار بظهار الثّانية عائدًا في الأولى، وبظهار الثّالثة عائدًا في الثّانية وبظهار الرّابعة عائدًا في الثّالثة، فإن فارق الرّابعة عقب ظهارها فعليه ثلاث كفّارات، وإلاّ فأربع[٦].

وحجة هذا القول ما يلي:

١ – قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣]. فأوجب الله عز وجل الكفارة بالظهار والعود، وقد تكرر ذلك، فتتكرر الكفارة.

٢ – أنها أيمان متكررة على أعيان متفرقة، فكان لكل واحدة كفارة كما لو كفر ثم ظاهر.

٣ – ولأنها أيمان لا يحنث في إحداها في الحنث في الأخرى، فلا تكفرها كفارة واحدة كالأصل.

٤ – أن الظهار معنى يوجب الكفارة فتتعدد بتعدده في المحال المختلفة كالقتل[٧].

القول الثاني: أنه لا تتعد الكفارة وتلزمه واحدة فقط. وهو رواية عن الإمام أحمد[٨].

وحجة هذا القول: أن كفارة الظهار حق لله تعالى، فلم تتكرر بتكرر سببها كالحد[٩].

---

[١] الرازي: تفسير مفاتيح الغيب ٣٦٠/٢٩.
[٢] ابن قدامة: المغني ٢٨٦/٧.
[٣] المرجع السابق.
[٤] الشربيني: مغني المحتاج ٣٥٨/٣.
[٥] الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣٤/٣، السرخسي: المبسوط ٢٢٦/٥، الدردير: الشرح الصغير،٤٤٥/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٤٥/٣، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٢٧٨/١٧، النووي: روضة الطالبين٢٧٥/٨، البهوتي: كشاف القناع، ٣٧٥/٢. ابن قدامة: المغني ٣٥٧/٧، ٣٥٨.
[٦] النووي: روضة الطالبين٢٧٥/٨.
[٧] ابن قدامة: المغني٧٩/١١.
[٨] المصدر السابق.
[٩] ابن قدامة: المغني ٧٩/١١، البهوتي: كشاف القناع ٣٧٣/٥.

ونوقش من وجهين:

الأول: أنه اجتهاد مخالف لظاهر القرآن.

الثاني: أنه حصل التداخل في الحد – على القول به – لإحاطة إحدى العقوبتين بالأخرى.

الترجيح:

يترجح – والله أعلم– ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ إذ هو ظاهر القرآن الكريم.

الحالة الثالثة: تعدد الكفارة على من يظاهر من نسائه بكلمة واحدة.

اختلف الفقهاء إلى قولين فيما إذا ظاهر الزوج من نسائه بكلمة واحدة بأن قال لنسائه: أنتن علي كظهر أمي.

القول الأول: عدم تعدد الكفارة، وأنه تلزمه كفارة واحدة. وهو مذهب المالكية والحنابلة والشافعي في القديم، وبه قال عطاء، وطاوس، وأبو ثور، وإسحاق[١].

وقيّد المالكيّة عدم التّعدّد بما إذا لم ينو كفّارات وإلاّ تعدّدت[٢].

وحجة هذا القول:

١ – قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣].

ولم يقل فتحرير رقبات، فجعل كفارة المظاهر تحرير رقبة، ولم يخص واحدة من أربع.

٢ – أنه قول عمر وعلي رضي الله عنهما؛ حيث قالا: إذا كان تحت الرّجل أربع نسوة فظاهر منهنّ يجزيه كفّارة واحدة[٣].

قال ابن قدامة: ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً فكان إجماعاً[٤].

٣– وقالوا: إنّها يمين واحدة، فلم يجب بها أكثر من كفّارة واحدة كاليمين باللّه تعالى[٥].

٤– وإنّ الظّهار هنا بكلمة واحدة، والكفّارة الواحدة ترفع حكمها وتمحو إثمها، فلا يبقى لها حكم[٦].

القول الثاني: تعدّد الكفّارة بتعدّد النّسوة اللاّئي ظاهر منهنّ بلفظ واحد. فإذا ظاهر من نسائه بكلمة واحدة، فعليه لكل واحدة كفارة. وهو مذهب الحنفية، ورواية عن الإمام أحمد، وبه قال الأوزاعي، والثوري[٧].

واستدلّوا:

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير٤٤٥/٢، الإمام مالك: الموطأ (٥٦٠) ابن عبد البر: الاستذكار ١١٧/١٧. النووي: روضة الطالبين الطالبين ٢٧٥/٨. ابن قدامة: الكافي ٣٥٥/٣، ابن النجار: معونة أولي النهى ٧١٣/٧، البهوتي: كشاف القناع٣٧٥/٥. ابن قدامة: المغني ٧٨/١١.

(٢) حاشية الخرشي ١٠٨/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٤٥/٢.

(٣) أما أثر عمر رضي الله عنه فأخرجه الدارقطني: السنن، ٣١٩/٣ برقم ٢٧٠. بن المسيب، وأخرجه سعيد بن منصور: السنن، ٣٩/٢ برقم ١٨٣١. عبد الرزاق: المصنف، باب المظاهر من نسائه في قول واحد، ٤٣٨/٦ برقم ١١٥٦٦. البيهقي: السنن الكبرى، ٣٨٣/٧ برقم ١٥٠٣٠. وأما أثر علي فعزاه في المغني ٦٥/١١ للأثرم.

(٤) ابن قدامة: المغني ٦٥/١١. البهوتي: كشاف القناع ٣٧٥/٥.

(٥) المصادر السابقة.

(٦) ابن قدامة: المغني ٣٥٧/٧.

(٧) الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣٤/٣. السرخسي: المبسوط ٢٦٦/٥، ابن عبد البر: الاستذكار ١١٨/١٧.النووي: روضة الطالبين ٢٧٥/٨، ابن قدامة: المغني ٦٥/١١. الرازي: تفسير مفاتيح الغيب ٢٦٠/٢٩.

١-بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣].

ووجه الدّلالة من هذه الآية: أنّها أفادت تعدّد الكفّارة بتعدّد اللّواتي ظاهر منهنّ، لأنّها تقتضي كون الظّهار علّةً لإيجاب الكفّارة، فإذا وجد الظّهار وجدت علّة وجوب الكفّارة، فإذا ظاهر منهنّ بكلمة واحدة لزمه كفّارات بعدد اللّواتي ظاهر منهنّ.

وبيانه: أنّه ظاهر من هذه، فلزمه كفّارة بسبب هذا الظّهار، وظاهر أيضًا من الثّانية، فالظّهار الثّاني لا بدّ وأن يوجب كفّارةً أخرى وهكذا[١].

٢-ما روي عن علي رضي الله عنه قال: إذا ظاهر مرارًا في مجلس واحد فكفارة واحدة، وإن ظاهر في مقاعد شتى فكفارات، والأيمان كذلك[٢].

ونوقش: بضعفه مع مخالفته ما ورد عن عمر رضي الله عنه.

٣-وقالوا إنّ الظّهار يوجب تحريمًا مؤقّتًا يرتفع بالكفّارة، فإذا أضافه إلى محالّ مختلفة، يثبت في كل محلّ حرمة لا ترتفع إلاّ بالكفّارة كالتّطليقات الثّلاث لمّا كانت توجب حرمةً مؤقّتةً ترتفع بزوج آخر، فإذا أوجبها في أربع نسوة بكلمة واحدة، تثبت في حقّ كل واحدة منهنّ حرمة لا ترتفع إلاّ بزوج[٣].

٤-إن الظهار وإن كان بكلمة واحدة فإنها تتناول كل واحدة منهن على حيالها، فصار مظاهرا من كل واحدة منهن، والظهار تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة، فإذا تعدد التحريم تتعدد الكفارة [٤].

ونوقش هذا الدليل: بأن محصله استدلال بمحل النزاع، ولا يسلم أن الظهار بكلمة واحدة يتناول كل امرأة على حيالها، بل يتناول الجمع دفعة واحدة، فهو ظهار واحد، فلا تلزم فيه أكثر من كفارة.

٥- ولأنه وجد الظهار والعود في حق كل امرأة منهن، فوجب عليه لكل واحدة كفارة، كما لو أفردها به[٥].

ونوقش هذا القياس: بوجود الفارق، فإنه إذا أفرد كل واحدة بكلمة فقد تعدد الظهار، بخلاف ما إذا ظاهر منهن بكلمة واحدة، فلم يتعدد الظهار.

الترجيح:

يترجح لي -والله أعلم- ما ذهب إليه الجمهور أصحاب القول الأول، لقوة ما استدلوا به، ومناقشة الرأي الثاني.

المطلب الثالث: خصال كفّارة الظّهار وأنواعها.

خصال كفّارة الظهار في الجملة هي: العتق والصّيام والإطعام[٦].

---

[١] الرازي: تفسير مفاتيح الغيب ٢٦٠/٢٩.

[٢] عبد الرزاق: المصنف، باب المظاهر مرارا، ٤٣٧/٦ برقم ١١٥٥٥، وفيه عثمان بن مطر ضعيف كما في التقريب ١٤/٢، وأخرجه أيضا من طريق معمر عن قتادة، وهو منقطع.

[٣] السرخسي: المبسوط ٢٢٦/٥.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع ٢٣٤/٣، ٢٣٥. المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٨٠/٢٣.

[٥] ابن قدامة: المغني ٣٥٧/٧. المرداوي: الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٨٠/٢٣.

[٦] الكاساني: بدائع الصنائع ٩٩/٢ و٩٥/٥ وما بعدها، الإمام مالك: المدونة ٢١٨/١، الشربيني: مغني المحتاج ٤٤٢/١ وما بعدها، ابن قدامة: المغني١٢٧/٣ وما بعدها، البهوتي: كشاف القناع ٣٢٧/٢.

وقد أجمع أهل العلم على أن كفّارة الظهار مرتّبة، فلا يجزئه الانتقال من خصلة إلى ما بعدها حتّى يعجز عن الأولى، فمن ملك رقبةً مثلاً لا يجزئه الانتقال عن العتق إلى الصّيام، ومن استطاع الصّيام لا يمكنه الانتقال إلى الإطعام[١].

ودليل ذلك: قول الله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٤].

وكذلك حديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر، قال فيه النبي صلّى الله عليه وسلم لمن واقع امرأته بعد الظهار وعجز عن الإعتاق: (فصم شهرين متتابعين)[٢]. وللقواعد الفقهية: **لا عبرة للبدل مع القدرة على الأصل**[٣]. **أو: حكم البدل إنما يعتبر عند العجز عن الأصل.** والقاعدة: **إذا وجد المبدل زال حكم البدل**[٤].

ضابط الانتقال من كفارة إلى أخرى:

اتفق الفقهاء إجمالاً على القاعدة الفقهية: **يسقط اعتبار البدل عند القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل**[٥].

ثم اختلف الفقهاء في بعض فروع هذه القاعدة: فذهب الحنفية والمالكية: أنه متى وجد رقبة، لزمه إعتاقها، ولم يجز له الانتقال إلى الصيام، وإن كان محتاجاً إليها لخدمة، أو محتاجاً إلى ثمنها لقضاء دين؛ لأنه واجد حقيقة.

وخالفهم الشافعية والحنابلة: فأجازوا له الانتقال إلى الصيام إن كان محتاجاً للرقبة لخدمة أو قضاء دين أو نفقة أو أثاث لا بد منه، أو لم يجد رقبة يشتريها؛ لأن ما استغرقته حاجة الإنسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل، كمن وجد ماء يحتاج إليه للعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم. ويعتبر اليسار الذي يلزم به الإعتاق في أظهر الأقوال عند الشافعية والمالكية: هو وقت الأداء والإخراج، لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها، فاعتبر حال أدائها كالصوم والتيمم والقيام والقعود في الصلاة. والمعتبر عند الحنابلة: وقت وجوب الكفارة[٦].

وأما الانتقال إلى الإطعام، فقد أجمع أهل العلم[٧] على أن المظاهر إذا لم يجد الرقبة، ولم يستطع الصيام: أن فرضه إطعام ستين مسكيناً، على ما أمر الله تعالى في كتابه، وجاء في سنة نبيه صلّى الله عليه وسلم، سواء عجز عن الصيام لهرم أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه أو الزيادة فيه أو لحوق مشقة شديدة، أو لشبق فلا يصبر فيه عن الجماع، فإن أوس بن الصامت لما أمره رسول الله صلّى الله عليه وسلم بالصيام

---

(١) الحصكفي: الدر المختار،٨٠١/٢-٨٠٤، الميداني: اللباب في شرح الكتاب،٧٣/٣ وما بعدها، الجصاص: أحكام القرآن ٢٤٥/٢ وما بعدها. الأزهري: جواهر الإكليل ١٥٠/١ – ١٥١. ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢٤٣، الدردير: الشرح الصغير، ٦٥٤/٢وما بعدها، ابن رشد: بداية المجتهد، ١١٢/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٦٦/٣، الشيرازي: المهذب، ١١٧/٢، ابن قدامة: المغني، ٣٦٢/٧-٣٦٨-٣٧٧، المقدسي: غاية المنتهى، ١٩٧/٣ وما بعدها، البهوتي: كشاف القناع، ٤٤٥/٥-٤٤٨.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) السرخسي: المبسوط،٣١/٧.

(٤) ابن قدامة: المغني ٨٨/٨ – ٩١/٨.

(٥) السرخسي: المبسوط،١١/١ – ابن قدامة: المقنع ٤٢٤/١.

(٦) الحصكفي: الدر المختار،٨٠١/٢-٨٠٤، الميداني: اللباب في شرح الكتاب،٧٣/٣ وما بعدها، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٤٣، الدردير: الشرح الصغير، ٦٥٤/٢وما بعدها، ابن رشد: بداية المجتهد، ١١٢/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٦٦/٣، الشيرازي: المهذب، ١١٧/٢، ابن قدامة: المغني، ٣٦٢/٧-٣٦٨-٣٧٧، المقدسي: غاية المنتهى، ١٩٧/٣ وما بعدها، البهوتي: كشاف القناع،٤٤٥/٥-٤٤٨.

(٧) انظر المراجع السابقة.

قالت امرأته: «يا رسول الله، إنه شيخ كبير، ما به من صيام، قال: فليطعم ستين مسكيناً»[١] ولما أمر سلمة بن صخر بالصيام قال: « وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال: فأطعم»[٢] فنقله إلى الإطعام لما أخبر أن به من الشبق[٣] والشهوة ما يمنعه من الصيام، وقيس على هذين ما يشبههما في معناهما. ولا يجوز أن ينتقل عن الصوم لأجل السفر؛ لأن السفر لا يعجزه عن الصيام، وله نهاية ينتهي إليها، وهو من أفعاله الاختيارية.

والمرض الذي يبيح الانتقال عن الصيام إلى الإطعام: هو عند الجمهور الذي لا يرجى برؤه. وعند الحنابلة: هو الذي لا يرجى برؤه أو مرجو الزوال، لدخوله في قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[المجادة:٤]. ولأنه لا يعلم أن له نهاية، فأشبه الشبق.

المطلب الرابع: شروط كفّارة الظّهار.

ذكر الفقهاء للكفّارة شروطًا عامّةً تشمل جميع خصال الكفارة، وأخرى خاصّةً تتعلّق بكل واحدة منها:

الفرع الأول: الشروط العامة في كفارة الظهار.

الشرط الأول: أن يكون الإتيان بالكفّارة بعد تحقّق سبب وجوبها، لأنّ الحكم إذا كان له سبب فلا يجوز أن يتقدّم على سببه، عملاً بالقاعدة الفقهية: **الحكم يبنى على السبب**[٤] . وتأسيساً على هذا: لو أطعم رجل ستّين مسكيناً، وقال: هذا الإطعام عن ظهاري إن ظاهرت، ثمّ ظاهر من امرأته لم يجزئه عن ظهاره، لأنّه قدّم الكفّارة على سبب وجوبها، والحكم لا يجوز تقديمه على سبب وجوبه، كما لو كفّر عن اليمين قبل الحلف، أو كفّر عن القتل قبل الإقدام عليه.

وإذا قال رجل لامرأته: إن دخلت دار فلان فأنت عليّ كظهر أمّي، لم يجز له التّكفير قبل أن تدخل زوجته تلك الدّار، لأنّ الظّهار معلّق على شرط وهو دخول الدّار، والمعلّق على شرط لا يوجد قبل وجود ذلك الشّرط[٥].

الشرط الثاني: النّيّة: وذلك بأن يقصد الإعتاق أو الصّيام أو الإطعام عن الكفّارة الّتي عليه، وأن يكون هذا القصد مقارناً لفعل أيّ نوع منها، أو سابقاً على فعله بزمن يسير[٦]، وذلك لقول النّبيّ صلى الله عليه وسلم: وسلم: (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امريء ما نوى)[٧].

ولأنّ كلّ نوع من الأنواع الواجبة في الكفّارة يحتمل أن يكون الإتيان به للتّكفير، ويحتمل أن يكون لغيره، فلا يتعيّن التّكفير إلاّ بالنّيّة، وعلى هذا لو أعتق المظاهر أو صام أو أطعم بدون نيّة، ثمّ نوى أن يكون العتق أو الصّوم أو الإطعام عن الكفّارة الّتي عليه فلا يجزئه، وكذلك لو نوى الصّيام ولم يقصد أنّه عن

---

[١] سبق تخريجه.

[٢] سبق تخريجه.

[٣] الشبق: شدة شهوة النكاح. [الأزهري: تهذيب اللغة-الدار المصرية للتأليف والترجمة ٢٦٤/٨. ابن منظور: لسان العرب، ١٢/٦].

[٤] السرخسي: المبسوط،١٣٧/٢٧.

[٥] ابن قدامة: المغني، ٣٨٩/٧.

[٦] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٩٤/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٩/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٨٧/٧. ويجب تعيين النية في كفارة الصيام من الليل لأنّه صوْم واجب.

[٧] رواه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ٣/١. برقم ١، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب إنما الأعمال، ١٥١٥/٣. برقم١٩٠٧.

كفّارة الظّهار الّتي عليه لم يجزه عن الصّيام الواجب في الكفّارة، لأنّ الوقت الّذي صام فيه يصلح للصّيام عن الكفّارة وعن غيرها، مثل النّذر المطلق وقضاء رمضان، فلا يتعيّن الصّوم للكفّارة إلاّ بالنّيّة[1].

الشرط الثالث: القدرة: يشترط قدرة المكفّر على التّكفير، لأنّ إيجاب الفعل على غير القادر ممتنع.

وقد اختلف الفقهاء في الوقت الّذي يعتبر المكفّر فيه قادرًا أو عاجزًا عن التّكفير، إلى قولين:

القول الأول: حيث ذهب الحنفيّة والمالكيّة، والشّافعيّة في أظهر الأقوال إلى أنّ الوقت المعتبر للقدرة واليسار هو وقت الأداء، قالوا: لأنّ الكفّارة عبادة لها بدل من غير جنسها فاعتبر حال أدائها.

القول الثاني: حيث ذهب الحنابلة والشّافعيّة في قول إلى أنّ الوقت المعتبر هو وقت الوجوب، لأنّ الكفّارة تجب على وجه الطّهرة، فكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحدّ[2].

وبناء على هذا؛ فعلى المكفّر أن يعتق رقبةً إذا استطاع إلى ذلك سبيلاً، فإن لم يجد بأن لم يتيسّر له ذلك حسًّا كأن يكون في مسافة القصر، أو شرعًا كأن لم يقدر على ثمنها زائدًا على ما يفي بمؤنه فعليه صيام شهرين متتابعين، فإن عجز المظاهر عن الصّوم لهرم أو مرض أو خاف من الصّوم زيادة مرض فعليه إطعام ستّين مسكينًا[3].

فإن عجز عن الجميع استقرّت في ذمّته عند جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والأظهر عند الشّافعيّة وإحدى الرّوايتين لأحمد.

وفي إحدى الرّوايتين لأحمد، ومقابل الأظهر عند الشّافعيّة: أنّ الكفّارة تسقط عنه بالعجز عن الأمور الثّلاثة كزكاة الفطر بدليل أنّ الأعرابيّ لم يأمره النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم بكفّارة أخرى لمّا دفع إليه التّمر[4].

الفرع الثاني: شروط كفّارة الظهار الخاصّة.

أولاً: ما يشترط في التّكفير بالإعتاق.

اشترط الفقهاء في الرّقبة المجزئة في الكفّارة ما يلي[5]:

أ – أن تكون مملوكةً ملكًا كاملاً للمعتق، فلا يجوز إعتاق عبد مملوك للغير، كما لا يجوز للمكفّر أن يعتق نصف عبد مشترك بينه وبين غيره.

ب – أن تكون الرّقبة كاملة الرّقّ، فلا يجوز إعتاق المدبّر، لأنّه سيصبح حرًّا بعد وفاة سيّده، وكذلك أمّ الولد. أمّا المكاتب فيجوز التّكفير به عند الحنفيّة.

---

(1) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ١٣٣/٢.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع ٩٧/٥، ٩٨، ابن عبد البر: الكافي٤٥٤/١، الشربيني: مغني المحتاج ٣٦٥/٣، البهوتي: كشاف القناع ٣٧٦/٥.

(3) الأزهري: جواهر الإكليل١٥٠/١-١٥١، ابن جزي: القوانين الفقهية١٢١، الجصاص: أحكام القرآن ٢٤٥/٢ وما بعدها.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع ٩٩/٢، ٩٥/٥-٩٦، ١١٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ١٢٠-١٢٢، الشربيني: مغني المحتاج ٤٤٤/١-٤٤٥، ٤٤٥، ٣٦٧/٣، ابن قدامة: المغني ١٢٩/٣-١٣٢.

(5) الحصكفي: الدر المختار٨٠١/٢-٨٠٤، الميداني: اللباب في شرح الكتاب،٧٣/٣ وما بعدها، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٤٣، الدردير: الشرح الصغير، ٦٥٤/٢وما بعدها،ابن رشد: بداية المجتهد، ١١٢/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٦٦/٣، الشيرازي: المهذب، ١١٧/٢، ابن قدامة: المغني، ٣٦٢/٧-٣٦٨-٣٧٧، المقدسي: غاية المنتهى، ١٩٧/٣ وما بعدها، البهوتي: كشاف القناع، ٤٤٥/٥-٤٤٨.

ج – أن تكون الرّقبة سليمةً من العيوب المخلّة بالعمل والكسب، فلا يجوز إعتاق مقطوع اليدين أو الرّجلين أو أشلّهما إلى غير ذلك.

د – أن تكون الرّقبة مؤمنةً، وقد اختلف أهل العلم في ذلك إلى قولين:

القول الأول: حيث ذهب جمهور الفقهاء من المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة إلى أنّه لا يجزئ في العتق إلاّ تحرير رقبة مؤمنة سالمة من العيوب المضرّة بالعمل وذلك في جميع الكفّارات[1].

وحجتهم في ذلك: قوله تعالى في كفّارة القتل: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾[النساء:٩٢]، وما عدا كفّارة القتل فبالقياس عليها، ولقوله صلّى اللّه عليه وسلّم فيمن أراد أن يعتق أمةً. أعتقها فإنّها مؤمنة[2].

القول الثاني: وذهب الحنفيّة إلى أنّه يجزئ تحرير رقبة، وإن كانت غير مؤمنة إلاّ في كفّارة القتل[3].

وحجتهم في ذلك: إطلاق النّصوص في غير القتل، ولامتناع جواز قياس المنصوص بعضه على بعض، ولأنّ في ذلك إيجاب زيادة في النّصّ وهو يوجب النّسخ عندهم، وإلى هذا ذهب الثّوريّ والحسن بن صالح.

ثانياً: ما يشترط في التّكفير بالصّوم:

أجمع أهل العلم على وجوب التّتابع في صوم كفّارة الظّهار، فإن قطع التّتابع ولو في اليوم الأخير وجب الاستئناف. وذلك للنص القرآني، وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر، ثم قطعه لغير عذر وأفطر: أن عليه استئناف الشهرين، لورود لفظ الكتاب والسنة به[4].

ومعنى التتابع: الموالاة بين صيام أيام الشهرين، فلا يفطر فيها، ولا يصوم عن غير الكفارة، ولا يحتاج التتابع عند الجمهور إلى نية، ويكفي فعله؛ لأنه شرط، وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية، وإنما تجب النية لأفعال العبادة. وقال المالكية: لابد من نية التتابع ونية الكفارة.

فإن بدأ الصيام في أثناء شهر، حسب الشهر الذي بعده عند الشافعية والمالكية والحنابلة بالأهلّة. وأما عند الحنفية: إن لم يكن صومه في أول الشهر برؤية الهلال بأن غم أو صام في أثناء شهر، فإنه يصوم ستين يوماً.

ولتحقيق التتابع قال الحنفية: يختار صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان، ولا يوم الفطر، ولا يوم النحر، ولا أيام التشريق.

فإن جامع الرجل المرأة التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً، أو نهاراً ناسياً، استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الشرط في الصوم أن يكون قبل التماسّ، وهذا الشرط يزول بالجماع، في خلال

---

(1) الأزهري: جواهر الإكليل ١٥١/١. ابن رشد: بداية المجتهد ٢٨٥/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ٢٤١، الشربيني: مغني المحتاج ٤٤١/١، ٣٦٠/٣. النووي: المجموع٧٤٣/٨، ابن قدامة: المغني٣٥٩/٧، ١٢٧/٣، البهوتي: كشاف القناع ٣٢٣/٢، ٣٧٩/٥ وما بعدها.

(2) رواه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد، باب تحريم الكلام في الصلاة ونسخ ما كان من إباحة ٣٨٢/١ برقم ٥٣٧.

(3) الزيلعي: تبيين الحقائق ٧/٣، السرخسي: المبسوط ١٤٤/٨، الجصاص: أحكام القرآن ٤٢٥/٣.

(4) الحصكفي: الدر المختار، ٨٠١/٢-٨٠٤، الميداني: اللباب في شرح الكتاب،٧٣/٣ وما بعدها، ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٤٣، الدردير: الشرح الصغير، ٦٥٤/٢وما بعدها، ابن رشد: بداية المجتهد، ١١٢/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٦٦/٣، الشيرازي: المهذب، ١١٧/٢، ابن قدامة: المغني، ٣٦٢/٧-٣٦٨-٣٧٧، المقدسي: غاية المنتهى، ١٩٧/٣ وما بعدها، البهوتي: كشاف القناع، ٤٤٥/٥-٤٤٨.

الصوم، فيستأنف. ولا يستأنف في الإطعام إن وطئها في خلاله، لإطلاق النص في الإطعام، وتقييده بكونه ﴿مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[المجادلة:٣] في تحرير الرقبة والصيام[١].

ثم اختلف الفقهاء فيما ينقطع به التّتابع. وإليك بيان مذاهبهم في ذلك:

مذهب الحنفية:

ينقطع التتابع بالفطر في السفر من غير ضرورة، وبمجيء العيد في أثناء الشهرين إن علم أنه يأتي في أثناء صومه، أما إن جهل إتيان العيد في أثناء صومه، فلا يبطل التتابع، وصام بعد العيد بيومين، بناء على المعتمد عندهم: أن المسلم لا يصوم يوم العيد وما بعده فقط، وكذا لا ينقطع التتابع إذا جهل وقت مجيء رمضان.

ولا ينقطع التتابع بالمرض، وبالفطر سهواً، وبالإكراه على الفطر، وبظن غروب شمس أو ببقاء ليل فأكل أو شرب، وبحيض أو نفاس[٢].

مذهب المالكية والشافعية:

ينقطع التتابع لدى المالكية والشافعية بإفطار يوم بلا عذر، أو بعذر كمرض مسوغ للفطر في المذهب الجديد، ولا ينقطع التتابع في الصوم بحيض، أو نفاس على الصحيح، أو جنون على المذهب. ويلاحظ أن طروّ الحيض والنفاس إنما يتصور في كفارة قتل لا ظهار، إذ لا يجب على النساء. وإن جامع المظاهر بالليل قبل أن يكفر أثم؛ لأنه جامع قبل التكفير، ولا يبطل التتابع بالجماع؛ لأن جماعه لم يؤثر في صوم رمضان، فلم يقطع التتابع كالأكل بالليل[٣].

مذهب الحنابلة:

والضابط لديهم: إن أفطر في الشهرين بعذر بنى على ما مضى، وإن أفطر من غير عذر ابتدأ من جديد. فينقطع التتابع بفطر بلا عذر، أو لجهل، أو لأنه نسي وجوب التتابع، أو ظن أنه أتم الشهر، فبان بخلافه، أو صام أثناء الشهرين تطوعاً، أو قضاء عن رمضان، أو صام عن نذر أو كفارة أخرى؛ لأنه قطعه بشيء يمكنه التحرز منه، فأشبه ما لو أفطر من غير عذر. وينقطع التتابع أيضاً إذا وطئ المظاهر منها ليلاً أو نهاراً عامداً أو ناسياً، فيفسد ما مضى من صيامه، وابتدأ صوم الشهرين، لكن لو وطئ في أثناء الإطعام لم تلزمه إعادة ما مضى منه، كما قال الحنفية والشافعية.

ولا ينقطع التتابع بصوم رمضان، أو فطر واجب كعيد وحيض ونفاس وجنون، ومرض مخوف، وحامل ومرضع أفطرتا خوفاً على أنفسهما، أو فطر لعذر يبيحه كمرض وسفر غير مخوف، وحامل ومرضع لضرر ولدها، ومكره ومخطئ، كمن ظن أن الفجر لم يطلع أو الشمس لم تغرب، فبان بخلافه[٤].

---

[١] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٩٤/٢. الزيلعي: تبيين الحقائق ٧/٣، السرخسي: المبسوط ١٤٤/٨

[٢] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٩٤/٢.

[٣] ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٤٣، الدردير: الشرح الصغير، ٦٥٤/٢وما بعدها، ابن رشد: بداية المجتهد، ١١٢/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٦٦/٣، الشيرازي: المهذب، ١١٧/٢.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٣٦٢/٧-٣٦٨-٣٧٧، المقدسي: غاية المنتهى، ١٩٧/٣ وما بعدها، البهوتي: كشاف القناع، ٤٤٥/٥-٤٤٨.

والخلاصة: أنه ينقطع التتابع بوطء المظاهر امرأته قبل إتمام الصيام ناسياً في النهار أو متعمداً في الليل في رأي الحنفية والمالكية؛ لأن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس، وأن يكون خالياً عنه بالضرورة بالنص القرآني؛ ولا ينقطع التتابع بالوطء نهاراً ناسياً، أو عمداً في الليل في رأي الشافعية والحنابلة، فلا يوجب الاستئناف، بسبب العذر.

ثالثاً: ما يشترط للتكفير بالإطعام:

اشترط أهل العلم في كفارة الإطعام حتّى تكون مجزئةً. شروطاً عدة، وهي:

١- من حيث الكيفيّة:

التّمليك: اختلف الفقهاء في اشتراط التّمليك في الإطعام إلى فريقين:

الفريق الأوّل: وهم المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة: يشترطون أن يكون الإطعام على وجه التّمليك، ككل الواجبات الماليّة فإذا قدّم المكفّر الطّعام إلى الفقراء والمساكين على وجه الإباحة لم يجزئه.

واستدلّوا: بأنّ التّكفير واجب ماليّ فلا بدّ أن يكون معلوم القدر ليتمكّن الفقير من أخذه، والقول بالإباحة والتّمكين لا يفيد ذلك، حيث إنّ الفقير قد يأخذ حقّه كاملاً وقد لا يأخذه لا سيّما وأنّ كل مسكين يختلف عن الآخر صغرًا وكبرًا، جوعًا وشبعًا.

وأنّ الطّعام على سبيل الإباحة يهلك على ملك المكفّر ولا كفّارة بما هلك في ملكه[١].

الفريق الثّاني: وهم الحنفيّة: لا يشترطون تمليك الطّعام في الكفّارات، بل الشّرط هو التّمكين[٢]، فيكفي عندهم دعوة المساكين إلى قوت يوم – غداءً وعشاءً – فإذا حضروا وتغدّوا وتعشّوا كان ذلك مجزئًا[٣].

واستدلّوا: بقوله تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾[المائدة:٨٩]. والإطعام في اللّغة: اسم للتّمكين من الطّعام لا أن يمتلكه، والمسكنة: الحاجة، فهو محتاج إلى أكل الطّعام دون تملّكه.

وبقوله تعالى: ﴿مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ﴾[المائدة:٨٩]، والإطعام للأهل يكون على سبيل الإباحة لا على سبيل التّملّك.

٢- من حيث المقدار:

اختلف الفقهاء في مقدار الطعام في الكفارات إلى قولين:

القول الأول: ذهب المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة إلى أنّه يشترط أن يعطى كل مسكين مدًّا واحدًا من غالب قوت البلد، ولا يجوز إخراج قيمة الطّعام عملاً بنصّ الآية: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾[المائدة:٨٩].

ويشترط أن لا ينقص الحصص، فلا يجوز أن يعطى عشرين مسكينًا عشرة أمداد لكل واحد منهم نصف مدّ إلاّ أن يكمل لعشرة منهم ما نقص.

---

[١] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٣٢/٢، وحاشية القليوبي ٢٧٤/٤، ابن قدامة: المغني ٧٣٤/٨ وما بعدها.

[٢] والضابط عندهم: أن ما شرع بلفظ (إطعام وطعام) جاز فيه الإباحة، وما شرع بلفظ (إيتاء وأداء) شرع فيه التمليك. وبناء عليه يكون الإطعام في الكفارات إما بالتمليك، أو بالإباحة غداء وعشاء، أو غداء وقيمة عشاء أو بالعكس بشرط إدام مع خبز شعير وذرة، لا مع خبز قمح، فيجوز الجمع بين الإباحة والتمليك؛ لأنه جمع بين شيئين جائزين على الانفراد، سواء أكلوا قليلاً أو كثيراً. فإن أعطى مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزاه، وإن أعطاه في يوم واحد، لم يجْزه إلا عن يومه.[الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٥٨٠/٧]

[٣] الزيلعي: تبيين الحقائق ١١/٣، السرخسي: المبسوط ١٥١/٨.

ويشترط أيضًا أن يعطي المدّ لكل واحد من العشرة على وجه التّمليك، ولا يجزئ عند المالكيّة تكرّر الإعطاء لواحد، فلو أطعم واحدًا عشرة أمداد في عشرة أيّام لا يجزئه[١].

القول الثاني: وذهب الحنفيّة إلى أنّه يشترط أن يعطى لكل مسكين مدّان أي نصف صاع[٢] من القمح أو صاع من تمر أو شعير أو قيمة ذلك من النّقود أو من عروض التّجارة، لأنّ المقصود دفع الحاجة، وذلك يمكن تحقّقه بالقيمة.

أمّا مقدار طعام الإباحة عندهم: فأكلتان مشبعتان، أي يشترط أن يغدّي كل مسكين ويعشّيه، وكذلك إذا عشّاهم وسحّرهم، أو غدّاهم غداءين ونحو ذلك، لأنّهما أكلتان مقصودتان.

أمّا إذا غدّى واحدًا، وعشّى واحدًا آخر لم يصحّ، لأنّه يكون قد فرّق طعام العشرة على عشرين، وهو لا يصحّ.

كذلك يشترطون أن لا يعطي الكفّارة كلّها لمسكين واحد في يوم واحد دفعةً واحدةً أو متفرّقةً على عشر مرّات.

أمّا لو أطعم مسكينًا واحدًا عشرة أيّام غداءً وعشاءً، أو أعطى مسكينًا واحدًا عشرة أيّام كل يوم نصف صاع جاز لأنّ تجدّد الحاجة كل يوم يجعله كمسكين آخر فكأنّه صرف القيمة لعشرة مساكين[٣].

٣- من حيث الجنس:

المجزئ في الإطعام إجمالاً عند جمهور الفقهاء غير المالكية: ما يجزئ في الفطرة، وأما تفصيلاً فإليك بيانه:

١-ذهب الحنفيّة إلى أنّ المجزئ في الإطعام، البرّ، أو الشّعير، أو التّمر، ودقيق كل واحد كأصله كيلاً أي نصف صاع في دقيق البرّ وصاع في دقيق الشّعير، وقيل: المعتبر في الدّقيق القيمة، لا الكيل، ويجوز إخراج القيمة من غير هذه الأصناف[٤].

٢-وذهب المالكيّة إلى أنّ الإطعام يكون من القمح إن اقتاتوه، فلا يجزئ غيره من شعير أو ذرة أو غيرهما، فإن اقتاتوا غير القمح فما يعدله شبعًا لا كيلاً[٥].

٣-وذهب الشّافعيّة إلى أنّ الإطعام يكون من الحبوب والثّمار الّتي تجب فيها الزّكاة، لأنّ الأبدان تقوم بها، ويشترط أن يكون من غالب قوت البلد[٦].

٤-وذهب الحنابلة إلى اشتراط أن يكون الإطعام من البرّ والشّعير، ودقيقهما والتّمر والزّبيب ولا يجزئ غير ذلك ولو كان قوت بلده إلاّ إذا عدمت تلك الأقوات[٧].

---

[١] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٣٢/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ١٦٣، الشربيني: مغني المحتاج ٣٢٧/٤، وحاشية القليوبي وعميرة ٢٧٥/٤، ابن قدامة: المغني ٧٣٦/٨.

[٢] الصاع: أربعة أمداد. والمد: رطل وثلث بالرطل العراقي، والرطل العراقي (١٣٠ درهمًا)، ويقدر بالكيل بثلث قدح مصري. يراجع مختار الصحاح ص ٣٧٣ مادة " صوع "، مادة " مدد ". والصاع (٢٧٥١ غم).[الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته.٥٨٠/٧].

[٣] السرخسي: المبسوط ١٤٩/٨، الكاساني: بدائع الصنائع ١٠١/٥، السمرقندي: تحفة الفقهاء ٥٠٦/٢.

[٤] ابن عابدين: حاشية رد المحتار ٤٧٨/٣، ٤٧٩.

[٥] ابن جزي: القوانين الفقهية ٢٤١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٥٤/٢.

[٦] الشربيني: مغني المحتاج ٣٦٦/٣، ٣٦٧.

[٧] البهوتي: كشاف القناع ٤٦٦/٥.

ولا يجوز إخراج القيمة عند الجمهور غير الحنفيّة عملاً بقوله تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾[المائدة:٨٩]. وقوله سبحانه: ﴿فَإِطۡعَامُ سِتِّينَ مِسۡكِينٗا﴾[المجادلة:٤].

٤- المستحقّ للإطعام:

اشترط الفقهاء في المحل المنصرف إليه الطّعام شروطًا منها:

أ - أن لا يكون من تصرف إليه الكفّارة ممّن يلزم المكفّر نفقته، كالأصول والفروع، لأنّ القصد إشعار المكفّر بألم حين يخرج جزءًا من ماله كفّارةً عن الذّنب الّذي ارتكبه، وهذا المعنى لا يتحقّق إذا أطعم من تلزمه نفقته.

ب - أن يكونوا مسلمين، فلا يجوز عند الجمهور إطعام الكافر من الكفّارات ذمّيًّا كان أو حربيًّا، وأجاز أبو حنيفة ومحمّد إعطاء فقراء أهل الذّمّة من الكفّارات، لعموم قوله تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾[المائدة:٨٩]، من غير تفرقة بين المؤمن وغيره.

ج - أن لا يكون هاشميًّا، لأنّ اللّه تعالى جعل لهم ما يكفيهم من خمس الغنائم[١].

المبحث الرابع
إنتهاء الظّهار

ينتهي الظّهار بعد انعقاده بواحد من الأمور الآتية:

أولاً: انتهاء الظّهار بالكفّارة:

تقرر أنه إذا ظاهر الرّجل من زوجته، وتحقّقت أركانه، وتوافرت شروطه، ترتّب عليه تحريم المرأة على زوجها، ولا ينتهي هذا التّحريم إلاّ بالكفّارة متى كان الظّهار مطلقاً عن التّقييد بزمن معيّن، وذلك لقول النّبيّ صلى الله عليه وسلم لمن وطئ زوجته الّتي ظاهر منها قبل أن يكفّر: (لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به)[٢].

إذ نهاه عن العود إلى وطئها، وجعل لهذا النّهي غايةً هي التّكفير، فدلّ هذا على أنّ الظّهار لا ينتهي حكمه إلاّ بالكفّارة.

ولهذا قال الفقهاء: إنّ الرّجل إذا ظاهر من زوجته وفارقها بطلاق بائن بينونةً صغرى، ثمّ عادت إليه بعقد جديد لا يحلّ له وطؤها حتّى يكفّر، سواء رجعت إليه بعد زوج آخر أو قبله، وكذلك إذا طلّقها ثلاثاً وتزوّجت برجل آخر، ثمّ عادت إليه، لا يحلّ له وطؤها قبل أن يكفّر، ولا بالردة عن الإسلام في قول أبي

---

(١) السرخسي: المبسوط ١٥٠/٨، وحاشية الدسوقي ٤٥٤/٢، الرملي: نهاية المحتاج١٠٢/٧، ابن قدامة: المغني٣٧٥/٧.

(٢) أبو داود: كتاب الطلاق، باب في الظهار، ٢٦٨/٢ برقم ٢٢٢١ و٢٢٢٢ والترمذي: السنن، باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر، ٥٠٣/٣ برقم ١١٩٩وقال هذا حسن غريب صحيح، والنسائي: السنن الكبرى، باب الظهار، ٣٦٧/٣ برقم ٥٦٥١. والحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٢٢٢/٢ برقم ٢٨١٨، والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب الظهار، باب لا يقربها حتى يكفر، ٣٨٦/٧ برقم ١٥٠٣٦. والطبراني: المعجم الكبير، ٢٣٦/١١ برقم ١١٦٠٠متصلا. وعبد الرزاق: المصنف، باب المواقعة للتكفير، ٤٣٠/٦ برقم ١١٥٢٥. وقال النسائي في التحفة ١٢٣/٥: والمرسل أولى بالصواب من المسند.

حنيفة، فلا يحل له وطؤها بدون تقديم الكفارة؛ لأن الظهار قد انعقد موجباً حكمه وهو الحرمة، فيبقى على ما انعقد عليه، وهو ثبوت حرمة لا ترتفع إلا بالكفارة[1].

وعلّل ذلك الكاسانيّ في البدائع: بأنّ الظّهار قد انعقد موجباً لحكمه وهو الحرمة والأصل أنّ التّصرّف الشّرعيّ إذا انعقد مفيداً لحكمه فإنّه يبقى متى كان في بقائه فائدة محتملة، واحتمال عودة المرأة بعد الطّلاق إلى زوجها الأوّل قائم، فيبقى الظّهار، وإذا بقي فإنّه يبقى على ما انعقد عليه، وهو ثبوت الحرمة الّتي ترتفع بالكفّارة[2].

ثانياً: انتهاء الظّهار بالموت:

لا خلاف بين الفقهاء أن الظّهار ينتهي بموت الزّوجين أو أحدهما، فلو ظاهر الرّجل من زوجته ثمّ مات أو ماتت زوجته، انتهى الظّهار، وانتهى حكمه باتّفاق الفقهاء جميعاً، لأنّ موجب الظّهار الحرمة، وهي متعلّقة بالرّجل والمرأة، فالرّجل يحرم عليه الاستمتاع بالمرأة الّتي ظاهر منها، والمرأة عليها ألاّ تمكّنه من نفسها حتّى يكفّر، ولا يتصوّر بقاء الحكم بدون من تعلّق به.

هذا بالنّسبة لحكم الظّهار وأثر الموت فيه، أمّا بالنّسبة للكفّارة واستقرارها في الذمة، فقد أجمع أهل العلم على أن المظاهر إن وطيء، ثم مات ولم يكفر، فلا تسقط الكفارة وتبقى في ذمته، لكنهم اختلفوا فيمن ظاهر ولم يطأ، ثم مات ولم يكفر، الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الاول: وهو للحنفية والمالكية؛ حيث قالوا: تثبت كفّارة الظّهار في ذمّة المظاهر حتّى يؤدّيها فإن مات قبل أن يؤدّيها سقطت إلاّ إذا أوصى بها فتخرج من ثلث التّركة عندهما.

وزاد المالكيّة أنّ المظاهر إن أشهد في صحّته أنّها بذمّته فإنّها تخرج من التّركة، سواء أوصى بإخراجها أم لم يوص[3].

القول الثاني: وهو للشّافعيّة والحنابلة؛ حيث قالوا: إنّ كفّارة الظّهار لا تسقط بالموت، بل يؤدّيها الوارث عن الميّت من التّركة[4].

ثالثاً: مضيّ المدّة:

وينحلّ الظّهار المؤقّت بمضيّ مدّته عند جمهور الفقهاء، وقد سبق بيان حكم التّوقيت والتّأبيد في الظّهار عند حديثنا عن صيغة الظهار.

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٥/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٩٠/٢. الخرشي: حاشية الخرشي، ٢٥١/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٧/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٥٢/٧.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٥/٣.

(3) ابن عابدين: رد المحتار، ٥٩٤/٥. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٥٨/٤. حاشية الخرشي على خليل، ١١١/٤.

(4) الشربيني: مغني المحتاج، ١٧٤/٣-١٧٥. قليوبي وعميرة١٧٥/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٨٣/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٣٨٩/٥.

المبحث الخامس
القواعد الفقهية المتعلقة بالظهار
وموقف القانون منه

قاعدة رقم (١).

الظهار: هل المغلب فيه شائبة الطلاق أو الأيمان[١].

وفي لفظ آخر:

- الظهار: هل المغلب فيه مشابهة الطلاق أو مشابهة اليمين[٢].

معنى القاعدة:

عرفنا أن الظهار قول تحرم فيه المرأة على زوجها، وتجب عليه الكفارة إن أراد العود عن قوله، فهو يشبه الطلاق في التحريم[٣]، ويشبه الأيمان في الكفارة، فهل المغلب فيه مشابهة الطلاق أو مشابهة اليمين؟ خلاف بين أهل العلم.

فروع على القاعدة:

منها: الظهار المؤقت، إذا قال لزوجته أنت علي كظهر أمي شهراً أو سنة فقولان: أظهرهما أنه صحيح والثاني المنع[٤]. وقيل إن غلبنا الأيمان صح وإلا لغا لأن الطلاق لا يقع مؤقتاً بل يؤبد مؤقته لقوته[٥].

ومنها: لو ظاهر من إحدى زوجتيه، ثم قال للأخرى: أشركتك معها، ونوى الظهار، فقولان أحدهما: إن قلنا يجري مجرى اليمين فلا تصير شريكتها لأن الأيمان لا شركة فيها، وهو الراجح. وإن قلنا يجري مجرى الطلاق تصير شريكتها ويعتبر مظاهراً من الثانية أيضاً، تماماً كما لو قال: أنت طالق ثم قال للأخرى أشركتك معها[٦].

ومنها: إذا ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة، فقال: أنتن عليَّ كظهر أمي، فإذا أمسكهن لزمه أربع كفارات على الجديد، تغليباً لشبه الطلاق، فإنه لا يفرق فيه بين أن يطلقهن بكلمة أو كلمات. والقديم: تجب كفارة واحدة تشبيهاً باليمين، كما لو حلف لا يكلم جماعة، لا يلزمه إلا كفارة واحدة.

ومنها: إذا كرر لفظ الظهار في امرأة واحدة على الاتصال، ونوى الاستئناف، فعند الشافعي في الجديد يلزمه بكل كفارة، كالطلاق، والثاني: يلزمه كفارة واحدة كاليمين.

ومنها: لو كرر لفظ الظهار في امرأة واحدة، وتفاصلت، وقال: أردت التأكيد، هل يقبل منه؛ الأصح أنه لا يقبل تشبيهاً بالطلاق، والثاني: نعم كاليمين.

ومن خلاف الغالب يعتبر فيه شبه اليمينِ في مسائل، منها:

---

[١] الحصني: القواعد ٢٩٢/٣

[٢] الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها على المذاهب الأربعة، ٩٥٠/٢. اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ١٠٦.

[٣] ابن قدامة: الكافي، ١٧٣/٣. ابن مفلح: المبدع، ٣٥/٨، البهوتي: كشاف القناع، ٣٧١/٥.

[٤] النووي: روضة الطالبين ٢٧٣/٨

[٥] الشافعي: الأم ٢٧٨/٥

[٦] الحصني: القواعد ٢٩٣/٣

١-لو ظاهر مؤقتاً، فالأصح الصحة مؤقتاً كاليمين. والثاني: لا، كالطلاق.
٢-التوكيل في الظهار، والأصح المنع كاليمين، والثاني: الجواز كالطلاق[١].

قاعدة رقم (٢).

كل من صحّ طلاقه صحّ ظهاره عند الشافعية والحنابلة[٢].

وفي لفظ آخر:

- كل زوج صح طلاقه صح ظهاره[٣].

معنى القاعدة:

سبق أن بينا أن هذه القاعدة مثار خلاف بين أهل العلم، بين الحنفية والمالكية من جانب، والشافعية والحنابلة من جانب آخر. حيث إنه عند الشافعية والحنابلة: أن من صح طلاقه وهو المسلم والذمي صح منه الظهار.

فعلى مفاد هذه القاعدة، يقع الظهار من الذمي لأنه يصح طلاقه، وقد قال الشافعي رحمه الله تعالى: ويلزم الظهار من لزمه الطلاق ويسقط عمن سقط عنه، فإذا كان الذمي يلزمه الطلاق فيلزمه الظهار أيضاً[٤].
وأما عند الحنفية والمالكية فهي على العكس: فمن صح ظهاره صح طلاقه، فلا يصح عندهم ظهار الذمي لأنه لا يصح منه التكفير، لأن الكفارة تطهير للذنب، والكافر ليس بأهل له، وما فيه من الشرك أعظم من الظهار.
وأما عند الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى: أن الذمي من أهل الكفارة، لأنه من أهل الاعتاق، لأن في الكفارة شائبة العقوبة فتكون بمنزلة الحد وفي الحد معنى الكفارة[٥].

فروع على القاعدة:

منها: ذميٌّ -يهودي أو نصراني- ظاهر من زوجته، صحّ ظهاره عند الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى، فعليه عتق رقبة فإن لم يجد فإطعام ستين مسكيناً ولا يكفر بالصوم لأنه ليس من أهله وعند الحنفية والمالكية لا يصح ظهاره.
وخصّ الذمي باليهودي والنصراني لأن الذمي المجوسي لا يقع ظهاره عند الجميع لأنه يرى حل أمته وأخته[٦].

قاعدة رقم (٣).

كل من وقع عليها الطلاق من الأزواج وقع عليها الظهار والإيلاء[١].

---

[١] السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٩٢. الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها، ٩٥١/٢. اللحجي: إيضاح القواعد الفقهية، ١٠٦-١٠٧.
[٢] السرخسي: المبسوط،٢٣١/٦ -الشافعي: الأم،٤٧٤/١١ – ٤٧٨.
[٣] ابن قدامة: المغني، ٣/٨. ابن تيمية: المحرر، ٨٩/٢. ابن مفلح: الفروع، ٤٩١/٥. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٦٩.
[٤] الشافعي: الأم ٤٧٤/١١
[٥] المرداوي: الإنصاف، ١٩٨/٩.
[٦] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٥٤/٨.

معنى القاعدة:

الطلاق ينحصر بالزوجات وقد يقع عليهن الظهار أو الإيلاء، والظهار والطلاق يقعان على كل زوجة يمكن أن يقع عليها الطلاق وتكون محلا له، وكل من يصدر منه الطلاق من الأزواج يصح أن يصدر منه الظهار والإيلاء.

فروع على القاعدة:

منها: يقع الظهار من كل زوج مسلم أو نصراني أو مشرك أو أهل كتاب إن كان قد تزوج مشرك أو كتابية، ويقع الظهار في العدة، ويقع الإيلاء من الزوج وفي الرضا والغضب ومن نسوة معا ويقع إيلاء الخصي والمجبوب.

ويستثنى من هذه القاعدة: الظهار في عدة الخلع فلا يقع وظهار المغلوب على عقله[٢].

قاعدة رقم (٤).

تحريم الحلال يكون يميناً إذا صادف محله فأما إذا لم يصادف محله كان لغواً[٣].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- تحريم الحلال يمين[٤].

معنى هذه القواعد:

تحريم الحلال: جعل ما هو حلال شرعا محرماً بيمينه لكن بشرط أن يصادف محلاً صالحاً للإيقاع وكذلك تحريم الحرام شرعا يمين إذا نواه.

فروع على القاعدة:

منها: إذا حلفت امرأة أن لا تمكن زوجها من نفسها ثم مكنته فعليها كفارة يمين.

ومنها: إذا قال لزوجته: أنت علي حرام كأمي. ولم تكن له نية ظهار أو طلاق فهو ظهار، لأن الحرمة بالظهار هنا دون الحرمة بالطلاق، لأن الحرمة بالظهار لا تزيل الملك والحرمة بالطلاق تزيله[٥].

قاعدة رقم (٥).

اللفظ لا يصح صرفه إلى غير ما وضع له إلا على طريق التجوز[٦].

هذه القاعدة تابعة لقاعدة: الأصل في الكلام الحقيقة.

معنى القاعدة:

سبق بيان معنى هذه القاعدة في مبحث: القواعد فقهية المتعلقة بصيغة الطلاق وألفاظه الصريحة والكنائية.

---

[١] الشافعي: الأم، ٢٦٨/٥.
[٢] المرجع السابق، ٢٩٢/٥.
[٣] السرخسي: المبسوط، ٢٣٦/٣٠.
[٤] السرخسي: المبسوط، ٢٢٧/٦ – الأزجندي: الفتاوى الخانية ٥١٩/١.
[٥] السرخسي: المبسوط، ٢٢٩/٦.
[٦] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٦٧/٤

فروع على القاعدة:

منها: لا يصح صرف صريح الظهار إلى الطلاق، لأنه لا يجوز صرف اللفظ إلى غير ما وضع له إلا على طريق التجوز، بخلاف كناية الظهار فإنها تصرف إلى الطلاق، لأن الكناية المعتبر فيها معناها دون اللفظ.

قاعدة رقم (٦).

كل ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية في غيره ولا صريحاً فيه[١].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- كل ما هو صريح في بابه لا ينصرف إلى غيره بالنية[٢].
- ما لا يجوز دخول المجاز فيه لا تؤثر النية في صرفه عن موضوعه[٣].

معنى القاعدة:

سبق بيان معنى هذه القواعد في مبحث: القواعد فقهية المتعلقة بصيغة الطلاق وألفاظه الصريحة والكنائية.

فروع على القاعدة:

منها: إذا خاطب زوجته بلفظ الطلاق وقال: أردت أنها طالق من وثاق أو قال: أردت الظهار لا يكون ظهاراً ولا يقبل منه؛ لأن لفظ الطلاق صريح في إزالة قيد النكاح وحل رباط الزواج مع نفاذه في موضوعه؛ فلا يكون صريحاً في الظهار ولا كناية. بخلاف مالو قال لأمته أنت طالق فيكون كناية عن العتق والتحرير لأن الامة لا يقع عليها الطلاق وهذا استثناء من القاعدة.

ومنها: لو ظاهر من إمراته بلفظ الظهار وقال: أردت الطلاق فلا يقبل منه.

ويستثنى من هذه القاعدة: إذا قال لزوجته: أنت حرام كظهر أمي ونوى الطلاق بالمجموع كان طلاقاً عند الشافعية مع أنه إذا أطلق أي لم ينو كان ظهارا قطعاً.

أو إذا قال لزوجته: أنت علي حرام وعنى به الطلاق، فإنه يقع طلاقاً مع أن لفظ التحريم صريح في إيجاب الكفارة[٤].

قاعدة رقم (٧).

كناية الظهار لا تنصرف عن الظهار إلى الطلاق إلا بنية[٥].

فروع على القاعدة:

---

[١] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٢٤٩/١. الزركشي: المنثور، ٣١١/٢. الحصني: القواعد، ٣٩٨/١ – السيوطي: الأشباه والنظائر، ٣٩٥.

[٢] القرافي: الفروق، ٣٦/١.

[٣] المرجع السابق، ٤٦/١.

[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٥٤١/٧.

[٥] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٦٥/٤.

منها: لو قال لزوجته: أنت عليّ كأمي وأراد بذلك الطلاق كان طلاقاً، أما إذا لم يرد الطلاق فإنه يكون ظهاراً، لأن كناية الظهار لا تنصرف عن الظهار إلى الطلاق إلا بنية.

قاعدة رقم (٨).

إذا تعارض القصد واللفظ أيهما يقدم[١].

سبق بيان معنى هذه القاعدة في القواعد فقهية المتعلقة بصيغة الطلاق وألفاظه الصريحة والكنائية.

فروع على القاعدة:

منها: إذا ظاهر من امرأته قاصداً الطلاق فهل يلزمه الظهار نظراً إلى اللفظ أو الطلاق نظراً إلى القصد. قولان[٢].

قاعدة رقم (٩).

لا ينصرف الأقوى إلى الأضعف[٣].

معنى القاعدة:

سبق بيان معنى القاعدة في مبحث: القواعد فقهية المتعلقة بصيغة الطلاق وألفاظه الصريحة والكنائية.

فروع على القاعدة:

منها: كنايات الظهار تنصرف بالنية إلى الطلاق، ولا تنصرف كنايات الطلاق إلى الظهار بالنية على المشهور، مع أن الجميع كناية، لأن الطلاق يفيد معنى لا يفيده الظهار، وذلك أنه يقطع العصمة، فكان رتبته أرفع من رتبة الظهار، فلم يصح أن تنصرف كنايته إلى الظهار لأنه دونه في الرتبة، فلا ينصرف الأقوى إلى الأضعف، وصح انصراف كنايات الظهار إلى الطلاق، لأنها تنصرف إلى ما هو أعلى.

قاعدة رقم (١٠).

إذا فقدت النية في كناية الظهار لإرادة الطلاق أو الظهار فاللازم الظهار[٤].

فروع على القاعدة:

منها: لو قال لزوجته: أنت علي كأمي أو مثل أمي، ولم تكن له نية في ظهار ولا طلاق، كان مظاهراً. بشرط ألا يكون قاصداً من قوله هذا أنت عليّ كأمي في البر والإكرام، قال ابن الحاجب: أما لو قصد مثلهما في الكرامة فليس بظهار.

قاعدة رقم (١١).

المعلق بالشرط عند وجود الشرط لا ينزل إلا عند بقاء المحل[٥].

---

[١] الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ٢٤١ القاعدة ٤٧.
[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٨٣/١
[٣] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٦٧/٤
[٤] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٦٥/٤.
[٥] السرخسي: المبسوط،٢٣٠/٦.

معنى القاعدة:

سبق بيان معنى هذه القاعدة في مبحث القواعد الفقهية في الطلاق المنجز والمضاف والمعلق.

فروع على القاعدة:

منها: لو ظاهر منها بعد أن طلقها طلقة بائنة. لم يكن مظاهراً. لأن موجب الظهار حرمة ترتفع بالكفارة. وبالبينونة تثبت حرمة أقوى من ذلك. فلا يظهر الضعيف مع القوي والمرأة لم تعد محلاً بعد البينونة بخلاف ما لو كانت الطلقة رجعية[١].

قاعدة رقم (١٢).

ما أفضى إلى الحرام حرام[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- ما أدّى إلى الحرام حرام.
- التوسل إلى الحرام حرام[٣].
- وسائل الحرام حرام[٤] .

معنى القواعد:

من المبادئ التي قررها الإسلام، أنه إذا حرم شيئاً حرم ما يُفضي إليه من وسائل، وحرم الطرق الموصلة إليه، وحرم الأسباب التي المؤدية إليه، وحرم الوسائل التي تدفع إليه، وحرم الذرائع التي تدل عليه، فعندما حرم الإسلام الزنا حرم مقدمات الزنا والطرق التي توصل إلى هذه الفاحشة من النظر والخلوة والمس، وهذا من باب سدّ الذرائع حتى لا يقع في الحرام، وعندما حرم الإسلام الخمر زجر حاملها وعاصرها وآكل ثمنها سداً للذريعة أيضاً.

ومن هنا عدّ العلماء في أدلة الفقهاء دليلاً أسموه سد الذرائع، وهي الطرق والسبل التي توصل إلى حرام سدها الإسلام.

فالقاعدة تقول: ما أدى إلى الحرام فهو حرام، وما أعان على الحرام فهو حرام، وما احتيل به على الحرام فهو حرام، وهذه قاعدة فقهية عريضة في فقه المعاملات المالية وإن كانت متعدية إلى سائر أبواب الفقه.

فروع على القاعدة:

منها: يحرم على المظاهر –عند جمهور السادة الفقهاء– الوطء ودواعيه قبل الكفارة، كما بينا ذلك سابقاً، لأنّ المسّ والتّقبيل بشهوة والمباشرة فيما دون الفرج تدعو إلى الوطء.

قاعدة رقم (١٣).

ما حرّم الوطء من القول حرّم دواعيه[١].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٧٦٢/١٠.
[٢] ابن قدامة: المغني ٧٣/٣. الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ٤٣٠
[٣] ابن قدامة: المغني، ٢٧٨/١٠.
[٤] المرجع السابق، ٧٥/٤.

معنى القاعدة:

تعدُّ هذه القاعدة فرعاً من فروع القاعدة التي سبقتها: ما أدّى إلى الحرام حرام، أو تطبيقاً لها، حيث تشير هذه القاعدة إلى أن: كل قول لزم منه تحريم الوطء، لزم منه تحريم دواعي الوطء؛ كالتقبيل وغيره.

فروع على القاعدة:

منها: الظهار؛ حيث يحرم منه الوطء، فيحرم منه دواعيه أيضاً عند جمهور الفقهاء كما بيناه.

قاعدة رقم (١٤).

إذا ثبت بقاء الواجب صح إسقاطه[٢].

معنى القاعدة:

الواجب: هو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً جازماً وحكمه ترتب الثواب على فعله والإشعار بالعقاب على تركه[٣].

وتفيد هذه القاعدة: أن الواجب إذا ثبت في ذمة المكلف فلا يسقط ولا تبرأ ذمة المكلف إلا بأدائه بعينه أو بدله.

فروع على القاعدة:

منها: إذا بانت من المظاهر امرأته ثم كفّر عنها وهي تحت زوج غيره، جازت الكفارة عنه، لأن الحرمة الثابتة بالظهار باقية بعد البينونة والكفارة واجبة[٤].

قاعدة رقم (١٥).

الحكم يبنى على السبب[٥].

وفي لفظ آخر:

- الحكم يثبت بالسبب[٦].

معنى القواعد:

سبق بيان معنى هذه القاعدة في القواعد المتعلقة بفرقة اللعان.

فروع على القاعدة:

منها: لا تجوز كفارة قبل الظهار. وكذلك الطلاق سبب الفرقة فلا تكون الفرقة قبل الطلاق أو قبل سبب آخر موجب لها[١].

---

(١) ابن قدامة: المغني، ١٠/٨. البهوتي: كشاف القناع، ٣٧٤/٥. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ٢٦٧/٣.

(٢) البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٠٦/١، السرخسي: المبسوط،١٣/٧.

(٣) البخاري: كشف الأسرار ٣٠٢/٢، التفتازاني: التلويح على التوضيح ١٢٣/٢، الغزالي: المستصفى٥٥/١، ابن قدامة: روضة الناظر ١٤٥/١، الأسنوي: نهاية السول ٧١/١. البناني: حاشية العلامة البنانى على شرْح الجّلال شمس الدين محمّد بن أحمد المحلي على متْن جمْع الجّوامع للسبكي، وبهامشها تقرير شيخ الاسلام عبد الرحمن الشربيني-ط٢ - القاهرة: عيسى البابي الحلبي١٩٣٧،٧٩/١، ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير ٧٧/١، الطوفي: شرح مختصر الروضة ٢٦١/١.

(٤) ابن قدامة: المقنع مع الحاشية ٢٤٣/٣.

(٥) السرخسي: المبسوط،١٣٧/٢٧.

(٦) المرجع السابق،١٠/٢٨.

قاعدة رقم (١٦).

يسقط اعتبار البدل عند القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل[٢].

وفي لفظ آخر:

-إذا كان للواجب بدل فتعذر الوصول إلى الأصل حالة الوجوب، فهل يتعلق الوجوب بالبدل تعلقاً مستقراً بحيث لا يعود إلى الأصل عند وجوده؟[٣].

-الأصل عند الحنفية أن بالقدرة على الاصل أي المبدل قبل استيفاء المقصود بالبدل ينتقل الحكم إلى المبدل أي الأصل وعند الشافعي لا ينتقل[٤].

معنى القواعد:

الواجبات نوعان: واجب لا بدل له، فيجب أداؤه بنفسه، وواجب له بدل، ينتقل إليه عند تعذره، أو فقده أو عدم القدرة على القيام به، فعندئذ يعتبر البدل ويحتاج إليه، فإذا وجب على إنسان واجب، ولم يجده عند إرادة أدائه، فانتقل إلى بدله، ولكنه قبل فعل البدل، وجد الأصل، .

بمعنى آخر: إذا فقد الأصل وجيء بالبدل، ثم قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، فهل يعود الوجوب إلى الاصل وقد قدر عليه ويسقط البدل ولا يجوز اعتماده، أو يتعلق الوجوب بالبدل تعلقاً مستقراً؟.

عند أبي حنيفة يعود الأمر إلى أصله ويبطل ما عمل بالبدل. وعند الشافعي يبقي الحكم للبدل ولا يرجع للأصل.

فروع على القاعدة:

منها: كفارة الظهار. إذا كفر بالصوم فوجد رقبة بعد ان شرع بها، فعند أبي حنيفة يعود للأصل وعند الشافعي لا يعود[٥].

قاعدة رقم (١٧).

الأصل لا يوفى بالأبدال أو لا يرفى[٦] .

وفي لفظ آخر:

- إكمال الأصل بالبدل غير ممكن[٧].

تفيد هاتان القاعدتان: أن الأصل يجب الإتيان به كاملاً عند حصوله، وأما إذا وجد بعض الأصل ونقص عن الوفاء التام بالمطلوب، فلا يجوز أن يوفى أو يكمل أو يرفأ بالبدل، بل ينتقل الحكم إلى البدل؛ حتى لا يجتمع البدل والمبدل منه أو الأصل وبدله، وذلك لا يجوز للقاعدة الفقهية: الأصل لا يجتمع مع البدل[١].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٢١/٥.

[٢] السرخسي: المبسوط،١١/١ – ابن قدامة: المقنع ٤٢٤/١.

[٣] ابن رجب: القواعد، ق ١٦. الزركشي: المنثور، ٢١٩/١. الشافعي: الأم،٤١/١ ابن قدامة: الكافي ١٨٤/١ البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٣٦/١.

[٤] الدبوسي: تأسيس النظر، ٧٣، البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٥٨/١.

[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٣٦/١، و٤٥٨/١ و٣٦٩/١٢.

[٦] السرخسي: المبسوط، ١١٤/١.

[٧] المرجع السابق،١٠/٧ البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٩٥/٢

فروع على القاعدة:

منها: من أعتق عن ظهاره نصف رقبة، وصام شهراً، أو أطعم ثلاثين مسكيناً، لم يجزئه عن كفارته، لأن الصيام والإطعام بدل عن نصف الرقبة وهو أصل فلا يجوز.

قاعدة رقم (١٨).

لا عبرة للبدل مع القدرة على الأصل[٢].

وفي لفظ آخر:

- حكم البدل إنما يعتبر عند العجز عن الأصل[٣].
- من قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل حكم البدل.
- حكم البدل يسقط اعتباره إذا قدر على الأصل[٤].
- إذا وجد المبدل زال حكم البدل[٥].
- من قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل لزمه العود إليه[٦].
- من قدر على الأصل قبل تمام البدل لم يجزئه[٧].

معنى القواعد:

تفيد هذه القواعد: أنه لا يجوز الانتقال إلى البدل إلا عند العجز عن أصله، وأما مع القدرة على الأصل فلا اعتبار للبدل، لأنه إنما يسمى بدلاً إذا لم يمكن الاتيان بالمبدل منه وهو أصله.

تفيد هذه القواعد أن المبدل إذا وجد، ينسخ جواز الانتقال إلى البدل.

فروع على القاعدة:

منها: لا يجوز الانتقال في خصال كفارة الظهار إذا وجد الرقبة قبل إتمام الصيام، أو إذا استطاع الصوم قبل الإطعام[٨].

و**منها:** القادر على الرقبة في كفارة الظهار لا يجوز له الانتقال إلى الصوم، لأن الرقبة أصل والصوم بدل ومن لم يستطع الرقبة وجب عليه الصوم. وإذا قدر على الأصل سقط حكم البدل[٩].

قاعدة رقم (١٩).

الكفارات لا تتداخل[١٠].

معنى القاعدة:

---

[١] الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها، ٦٧١/١.
[٢] السرخسي: المبسوط،٣١/٧.
[٣] المرجع السابق،٥/٣.
[٤] السرخسي: المبسوط،١١٠/٤.
[٥] ابن قدامة: المغني ٨٨/٨ – ٩١/٨.
[٦] المرجع السابق، ٣٣/٨
[٧] المرجع السابق، ٩٢/٣
[٨] المرجع السابق، ٩١/٨
[٩] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٦٣/٥.
[١٠] السرخسي: المبسوط،٧٤/٣.

سبق وأن ذكرنا خلاف أهل العلم في حالات تداخل الكفارة أو تعددها وقد بينا أقوال الفقهاء في ذلك[1].

فروع على القاعدة:

منها: لو ظاهر من أكثر من امرأة فكفارة واحدة إذا كان بكلمة واحدة وأما إن كان بكلمات أي ظاهر من كل امرأة بكلمة فكفارات متعددة عند مالك والشافعي ورواية عند أحمد رحمهم الله تعالى[2].

موقف القانون من الفرقة بالظهار:

لم ترد أحكام الظهار في قوانين أكثر البلاد العربية ومنها سوريا ومصر، ولكن ورد الظهار في القانون الإماراتي في المواد (١٣٣ إلى ١٣٥):

حيث جاء في المادة (١٣٣): للزوجة طلب التفريق للظهار.

وفي المادة (١٣٤): ينذر القاضي الزوج بالتكفير عن الظهار خلال أربعة أشهر من تاريخ اليمين، فإن امتنع لغير عذر حكم القاضي بالتطليق طلقة بائنة.

وفي المادة (١٣٥): على القاضي أثناء النظر في دعوى التطليق أن يقرر ما يراه ضرورياً من إجراءات وقتية لضمان نفقة الزوجة والأولاد وما يتعلق بحضانتهم وزيارتهم بناء على طلب أي منهما.

كما جاءت أحكام الظهار في قانون الأسرة القطري في المواد (١٤٨-١٥٠):

المادة ١٤٨: الظهار هو تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريماً مؤبداً، أو بعضو منها.

المادة ١٤٩: يقع الظهار باللفظ الصريح، ولا يقع بالكناية، إلاً إذا نوى الزوج الظهار، أو وجدت قرينة تدل عليه.

المادة ١٥٠: للزوجة طلب التفريق للظهار، إذا امتنع الزوج عن التكفير.

وينذر القاضي الزوج بالتكفير عن الظهار خلال أربعة أشهر من تاريخ الإنذار، فإن امتنع حكم القاضي بالتفريق.

---

[1] انظر في هذا البحث: المسألة الثانية: تعدّد الكفّارة بالوطء قبل التّكفير، المسألة الثالثة: تعدّد الكفّارة بتعدّد الظّهار، سواء من زوجة واحدة أو عدة زوجات وسواء بكلمة واحدة أو كلمات.

[2] ابن قدامة: المقنع ٢٤٤/٣ و٥٧٢/٣. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٩٨/٧.

الفصل الثالث

الفرقة بالإيلاء والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

تمهيد:

كان الرّجل في الجاهليّة إذا غضب من زوجته حلف ألاّ يطأها السّنة والسّنتين، أو ألاّ يطأها أبداً، ويمضي في يمينه من غير لومٍ أو حرجٍ، بقصد الإضرار بالزوجة، وقد تقضي المرأة عمرها كالمعلّقة، فلا هي زوجة تتمتّع بحقوق الزّوجة، ولا هي مطلّقة تستطيع أن تتزوّج برجلٍ آخر، فيغنيها اللّه من سعته.

فلمّا جاء الإسلام أنصف المرأة، ووضع للإيلاء أحكاماً غيّرت حكمه وخفّفت من أضراره، وجعله يميناً ينتهي بمدة أقصاها أربعة أشهر، وألزم الزوج إمّا الرّجوع إلى معاشرة زوجته، وإمّا بالطّلاق عليه.

قال اللّه تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٦-٢٢٧].

المبحث الأول

الإيلاء ومشروعيته وحكمه

أولاً: تعريف الإيلاء.

الإيلاء في اللّغة: مصدر آلى يولي إيلاء، وتألى ويأتلي مثله، وهو الحلف مطلقاً، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا ٱلْفَضْلِ مِنكُمْ وَٱلسَّعَةِ﴾[النور:٢٢]. والألية: اليمين، وجمعها ألايا[١]، مأخوذ من آلى على كذا يولي إيلاءً وألية: أي أقسم. إذا حلف على فعل شيءٍ أو تركه. سواء أكان على ترك قربان الزّوجة أم على شيءٍ آخر[٢].

والإيلاء في الاصطلاح:

عرفه السادة الفقهاء بتعريفات مختلفة، إلا أن معانيها متقاربة إلى حدّ ما، وهو الحلف على ترك وطء الزوجة.

فهو عند الحنفية: الحلف على ترك قربان الرجل لزوجته أربعة أشهر فصاعداً بالله أو بصفة من صفاته، أو يتعلق القربان بما يشق، كقوله لله عليّ حج بيت الله الحرام ماشياً، أو صوم ثلاثة أشهر متتابعة[٣]. وعرفه صاحب اللباب: الحلف على ترك قربان زوجته مدة مخصوصة[٤].

وعند المالكية: بأنه حلف زوج مسلم مكلف ممكن الوطء بما يدل على ترك وطء زوجته غير المرضع أكثر من أربعة أشهر، سواء أكان الحلف بالله أم بصفة من صفاته، أم بالطلاق، أم بمشي إلى مكة، أم بالتزام قربة[٥].

---

[١] ومن قول الشاعر كثير عزة: قليل الألايا حافظ ليمينه إذا صدر منه الألية برت [المبدع:٣/٨].

[٢] ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ١٢٧/١. الرزاي: مختار الصحاح، ٢٣. الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ٣٠٠/٤. مادة"آلى".

[٣] ابن الهمام: شرح فتح القدير ١٦٨/٤

[٤] الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٥٩/٣.

[٥] الدردير: الشرح الصغير، ٦١٩/٢ وما بعدها، الدردير: الشرح الكبير، ٤٢٦/٢ وما بعدها، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٤١.

وعرَّفه الشافعية: بأنه حلف زوج يصح طلاقه ليمتنع من وطئها مطلقاً أو فوق أربعة أشهر، أو تعليق وطئها بطلاق وعبادة[١].

وعرَّفه الحنابلة: بأنه حلف زوج يمكنه الجماع، بالله تعالى أو بصفة من صفاته، على ترك وطء امرأته الممكن جماعها، ولو كان الحلف قبل الدخول، مطلقاً أو أكثر من أربعة أشهر أو ينويها[٢].

ويبدو من هذه التعريفات: أنه لا يكون موليا عند الجمهور حتى تزيد مدة الحلف على عدم قربان زوجته أكثر من أربعة أشهر. أما الحنفية فقالوا: يكون موليا إذا حلف على أربعة أشهر أو أكثر.

ثانياً: مصدر تشريعه.

الأصل في تنظيم يمين الإيلاء وحكمه قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٦-٢٢٧].

فقد بينت الآية الكريمة حكم الإيلاء ونسخت ما كان عليه العرب في الجاهلية. فجعلت مدة أربعة أشهر لمن يولي من امرأته أقصى ما يمكن أن تصبر عليه المرأة. وألزمت الزوج إمّا الحنث والرّجوع إلى معاشرة زوجته، مع كفارة اليمين إن حلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته التي يحلف بها. وإمّا بالطّلاق عليه.

قال ابن عباس: كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك، فوقَّته الله أربعة أشهر[٣] فمن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر، فليس بإيلاء، أي أن الشرع أقره طلاقاً وزاد فيه الأجل.

ثالثاً: الحكمة من موقف الشّريعة الإسلاميّة من الإيلاء.

إنّ هجر الزّوجة قد يكون من وسائل تأديبها، كما إذا أهملت في شأن بيتها أو معاملة زوجها، أو غير ذلك من الأمور الّتي تستدعي هجرها، علّها تثوب إلى رشدها ويستقيم حالها، فيحتاج الرّجل في مثل هذه الحالات إلى الإيلاء، يقوّي به عزمه على ترك قربان زوجته تأديباً لها ورغبةً في إصلاحها، أو لغير ذلك من الأغراض المشروعة.

والواضح أن الحكمة الشّرعيّة في إمهاله هذه المدّة وهي أربعة أشهر، المحافظة على علاقة الزّوجيّة، ومعالجة بقائها بما هو غالب على طبائع النّاس، فإنّ البعد عن الزّوجة مثل هذا الزّمن فيه تشويق للزّوج إليها، فيحمله ذلك على وزن حاله معها وزناً صحيحاً، فإذا لم تتأثّر نفسه بالبعد عنها، ولم يبال بها سهل عليه فراقها، وإلاّ عاد إلى معاشرتها نادماً على إساءته مصرّاً على حسن معاشرتها. وكذلك المرأة فإنّ هجرها من وسائل تأديبها، فقد تكون سبباً في انصراف الزّوج عنها بإهمالها في شأن زينتها، أو بمعاملتها إيّاه معاملةً توجب النّفرة منها، فإذا هجرها هذه المدّة كان هذا زاجراً لها عمّا فرّط منها[٤].

فلهذا لم تبطل الشّريعة الإسلاميّة الإيلاء جملةً، بل أبقته مشروعاً في أصله، ليمكن الالتجاء إليه عند الحاجة.

---

[١] الشربيني: مغني المحتاج، ١٦٧/٣

[٢] البهوتي: كشاف القناع، ٤٠٦/٥.

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧١/٢ وما بعدها.

[٤] المرجع السابق، ١٧٦/٣.

رابعاً: حكم الإيلاء.

الإيلاء حرام عند جمهور أهل العلم، إذا كان للإيذاء والإضرار أو ظلم المرأة، ولأنه يمين على ترك واجب، وهو مكروه تحريماً عند الحنفية.

جاء في مغني المحتاج: وهو حرام للإيذاء[١].

وجاء في الإنصاف: الإيلاء محرم في ظاهر كلام الأصحاب لأنه يمين على ترك واجب[٢].

وجاء في فتح القدير: الإيلاء يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء[٣].

المبحث الثاني
أركان الإيلاء وشروطه

ركن الإيلاء –عند الحنفية– الصيغة[٤]. وأما عند الجمهور فللإيلاء أركان ستة وهي: الحالف، والمحلوف به، والمحلوف عليه، والزوجة والصيغة والمدة[٥]. ولكل ركن من هذه الأركان شروط، سوف نفصل القول فيها فيما يأتي:

الركن الأول: الحالف.

اتفق الفقهاء إجمالاً على ما تنص عليه القاعدة الفقهية: **من صح طلاقه ويمينه عند الحاكم صح إيلاؤه**[٦]. **إيلاؤه**[٦]. أو القاعدة الفقهية: **من صح طلاقه صح إيلاؤه.**

لذلك يشترط في الرّجل لكي يكون إيلاؤه صحيحاً أن يكون له أهلية الطلاق[٧]، أي عاقل بالغ، حرّ أو عبد، مالك النكاح. مسلم أو ذميّ كافر، خلافاً للمالكية، إذ لا يجيزون إيلاء الكافر[٨].

ولكنهم اختلفوا في إيلاء العاجز عن الوطء إلى قولين:

القول الأول: يصح الإيلاء من كل زوج ولو كان غير قادر على الوطء. وهو مذهب الحنفية والجعفرية.

جاء في العناية: من آلى وهو مريض وتم أربعة اشهر وهو مريض، وفيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها، فإن ذلك يسقط الإيلاء عندنا[٩].

وجاء في الروضة البهية: ويصح الإيلاء من الخصي والمجبوب وفيؤه العزم على الوطء[١].

---

[١] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٣/٣.

[٢] المرداوي: الإنصاف، ١٦٩/٩.

[٣] ابن الهمام: فتح القدير، ١٨٢/٣.

[٤] ابن الهمام: فتح القدير، ١٨٢/٣. الحصكفي: الدر المختار،٧٥٠/٢-٧٥٢، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧١/٣-١٧٥.

[٥] ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٤١، الدردير: الشرح الكبير، ٤٢٦/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٣/٣، الشيرازي: المهذب، ١٠٥/٢، ابن قدامة: المغني، ٢٩٨/٧، ٣١٤، البهوتي: كشاف القناع، ٤٠٦/٥ ومابعدها، المقدسي: غاية المنتهى، ١٨٨/٣.

[٦] ابن قدامة: المغني، ٤٢٥/٧. ابن قدامة: الكافي، ١٦٢/٣. ابن قدامة: الشرح الكبير، ٥٤٩/٤. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٦٦.

[٧] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٠٠/٣، حاشية الخرشي على خليل، ٢٢٩/٣،الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٣/٣. ابن قدامة: المغني، ٣١٤/٧.

[٨] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٤٠/٣، الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٩/٣، حاشية الخرشي على خليل، ١٧١/٣-١٧٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣. ابن قدامة: المغني، ١١٤/٧. وقد سبق بيان القاعدة الفقهية: الكفار هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟.

[٩] البابرتي: العناية في شرح الهداية على هامش فتح القدير، ١٩٥/٣.

القول الثاني: يشترط في الإيلاء أن يكون من زوج قادر على الوطء، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة[٢].

وحجتهم: أن الإيلاء معناه الحلف على ترك الوطء، فإذا كان الزوج عاجزاً عن قربان زوجته فلا تنعقد يمينه.

جاء في مغني المحتاج: إن العاجز عن الوطء إن كان شفاؤه مرجواً فيصح إيلاؤه، وإلا فلا يصح[٣].

وجاء في الشرح الكبير لابن قدامة: وأما العاجز عن الوطء، فإن كان لعيب غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه، لأنها يمين على ترك مستحيل فلم تنعقد، لأن الإيلاء اليمين المانعة من الوطء وهذا لا يمنعه يمين لأنه متعذر ولا تضر المرأة يمينه[٤].

وجاء في المغني: ويصح الإيلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء. وأما العاجز عن الوطء، فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس، صح إيلاؤه؛ لأنه يقدر على الوطء، فصح منه الامتناع منه، وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل، لم يصح إيلاؤه؛ لأنها يمين على ترك مستحيل، فلم تنعق، كما لو حلف أن لا يقلب الحجارة ذهباً، ولأن الإيلاء اليمين المانعة من الوطء، وهذا لا يمنعه يمينه، فإنه متعذر منه، ولا تضر المرأة يمينه[٥].

الركن الثاني: المحلوف به.

لا خلاف بين الفقهاء في أن يمين الإيلاء، هي أن يحلف الزّوج باللّه تعالى، أو بصفةٍ من صفاته الّتي يحلف بها، ألاّ يقرب زوجته أربعة أشهرٍ أو أكثر، وذلك كأن يقول الرّجل لزوجته: واللّه لا أقربك أربعة أشهرٍ، أو ستّةً، أو يقول: واللّه لا أقربك أبداً، أو مدّة حياتي، أو واللّه لا أقربك ولا يذكر مدّةً، وهذه صورة الحلف باللّه تعالى.

ولا خلاف بين الفقهاء كذلك على أنه لو حلف الزّوج بغير اللّه تعالى كالنّبيّ والوليّ ألاّ يقرب زوجته، فإنّه لا يكون إيلاءً، لأنّ الإيلاء يمين، والحلف بغير اللّه تعالى ليس يميناً شرعاً، لقول النّبيّ صلى الله عليه وسلم: (ثم ألا من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله فكانت قريش تحلف بآبائها فقال: لا تحلفوا بآبائكم)[٦]. وفي رواية: (من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت)[٧].

ولكن اختلف السادة الفقهاء في أن يمين الإيلاء هل يقتصر على الحلف باللّه تعالى أو صفاته، أو يدخل فيه أن يعلّق على قربانها أمراً فيه مشقّة على نفسه، مثل أن يقول: إن قربتك فللّه عليّ صيام شهرٍ، أو

---

[١] العاملي:الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ١٧٧/٢.

[٢] ابن جزي: القوانين الفقهية: ص ٢٤١، الدردير: الشرح الكبير، ٤٢٦/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٣/٣، الشيرازي: المهذب،١٠٥/٢، ابن قدامة: المغني، ٢٩٨/٧، ٣١٤، البهوتي: كشاف القناع، ٤٠٦/٥ ومابعدها، المقدسي: غاية المنتهى، ١٨٨/٣.

[٣] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٤/٣.

[٤] ابن قدامة: الشرح الكبير، ٥٣٠/٨.

[٥] ابن قدامة: المغني، ٤٢٥/٧.

[٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، باب أيام الجاهلية، ١٣٩٤/٣ برقم ٣٦٢٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان- باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى، ١٢٦٧/٣ برقم ١٦٤٦.

[٧] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب كيف يستحلف، ٩٥١/٢ برقم ٢٥٣٣. وفي كتاب الأيمان والنذور، باب لا تحلفوا بآبائكم، ٢٤٤٩/٦ برقم ٦٢٧٠.

حجّ، أو إطعام عشرين مسكيناً، ونحو ذلك ممّا يكون فيه مشقّة على النّفس، فإذا قال الزّوج شيئاً من هذا هل يعتبر اعتبر قوله إيلاءً ؟.

للفقهاء قولان:

القول الأول: إنّ الإيلاء يكون بالحلف باللّه تعالى أو صفاته، ويكون بالتّعليق على ممّا يكون فيه مشقّة على النّفس. أما لو علّق الرّجل على قربان زوجته على أمر ليس فيه مشقّة على النّفس، كصلاة ركعتين أو إطعام مسكينٍ، فلا يكون إيلاءً باتفاق. وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشّافعيّ في الجديد، وأحمد بن حنبلٍ في روايةٍ[١].

جاء في فتح القدير: الإيلاء هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله أو يتعلق ما يستشقه على القربان[٢].

وقال الخرشي: الإيلاء حلف المسلم المكلف باسم الله أو صفة من صفاته النفسية أو المعنوية، أو ما فيه التزام عتق أو طلاق أو صوم أو غير ذلك[٣].

وجاء في مغني المحتاج: الجديد عند الشافعي أنه لا يختص بالحلف بالله أو بصفة من صفاته، بل لو علق به طلاقاً أو عتقاً كان مولياً[٤].

وفي المغني لابن قدامة: الإيلاء: أن يحلف بالله أو بصفة من صفاته، أما إن حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل أن حلف بطلاق أو عتاق ففيه روايتان: الأولى: لا يكون مولياً. والثانية: يكون مولياً لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء، وبذلك قال الشعبي والنخعي[٥].

وحجّة الجمهور:

١-أنّ تعليق ما يشقّ على النّفس يمنع من قربان الزّوجة خوفاً من وجوبه، فيكون إيلاءً كالحلف باللّه تعالى، والتّعليق – وإن كان لا يسمّى قسماً شرعاً ولغةً – ولكنّه يسمّى حلفاً عرفاً[٦].

٢- إنه يصح تعليق الإيلاء وإضافته لأنّه يمين، واليمين من التّصرّفات الّتي تقبل الإضافة والتّعليق[٧].

القول الثاني: الإيلاء لا يكون إلاّ بالحلف باللّه تعالى، أمّا تعليق الطّلاق أو العتق أو المشي إلى بيت اللّه تعالى على قربان الزّوجة فإنّه لا يكون إيلاءً، وهو قول الحنابلة في الرّواية المشهورة والظاهرية والجعفرية.

جاء في المحلى: الإيلاء أن يحلف بالله أو باسم من أسمائه فهو مولي، وإلا فإن حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة فليس مولياً، وعليه الأدب لأنه حلف بما لا يجوز الحلف به[٨].

---

[١] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٤٠/٣، الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٩/٣، حاشية الخرشي على خليل، ١٧١/٣-١٧٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣. ابن قدامة: المغني، ١١٤/٧.

[٢] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٨٢/٣.

[٣] شرح الخرشي على خليل، ٢٢٩/٣.

[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٤/٣.

[٥] ابن قدامة: المغني، ٥٠٣/٨.

[٦] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٤٠/٣، الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٩/٣، حاشية الخرشي على خليل، ١٧١/٣-١٧٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣. ابن قدامة: المغني، ١١٤/٧.

[٧] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٦٥/٣.

[٨] ابن حزم: المحلى، ٤٠/١٠.

وفي الروضة البهية: الإيلاء لا ينعقد إلا باسم الله لقوله صلى الله عليه وسلم: من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت[1].

وحجتهم في ذلك: أنّ الإيلاء قسم، والتّعليق لا يسمّى قسماً شرعاً ولا لغةً، ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم، ولا يجاب بجوابه، ولا يذكره أهل العربيّة في باب القسم، وعلى هذا لا يكون إيلاءً[2].

فرع: حكم إذا ترك الوطء بدون يمين فهل يعتبر مولياً؟.

قال الجمهور: إذا امتنع الرّجل من قربان زوجته بدون يمينٍ، فإنّه لا يكون إيلاءً، ولو طالت مدّة الامتناع حتّى بلغت أربعة أشهرٍ أو أكثر، بل يعتبر سوء معاشرةٍ يتيح لزوجته طلب الفرقة عند بعض الفقهاء، إذا لم يكن هناك عذر يمنع من قربانها.

جاء في فتح القدير: وأما ركنه فهو الحلف المذكور[3].

وجاء في مغني المحتاج: لو امتنع بلا يمين لم يكن مولياً[4].

أما مالك فقال: إن قصد الإضرار فهو مولٍ ولو لم يحلف.

جاء في بداية المجتهد: يلزمه إذا قصد الإضرار بترك الوطء وإن لم يحلف على ذلك، لأن الضرر يوجد في الحالتين[5].

وفي الإنصاف: إذا أمسك بغير يمين لم يكن مولياً، لكن إن تركه مضرا بها من غير عذر، فهل تضرب له مدة الإيلاء ويحكم له بحكمه؟ على روايتين.

الركن الثالث: المحلوف عليه.

اتفق الفقهاء على أن المحلوف عليه في الإيلاء هو عدم قربان الزوج زوجته.

لكنهم اختلفوا في حكمه في حالة إذا كان فيه مصلحة للزوجة أو للزوج، هل يعد إيلاء أم لا.؟ الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يكون الإيلاء سواء أكان فيه مصلحة للزوج أو للزوجة. وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية[6].

جاء في المحلى: الإيلاء أن يحلف أن لا يطأ امرأته. سواء في غضب أو لإصلاح أو غيره[7].

وقد استدل هؤلاء:

١-قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[البقرة:٢٢٦].

---

[1] العاملي: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ١٧٥/٢.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧١/٣، الخرشي على خليل، ٢٣٠/٣، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٢٧/٢، الشربيني: الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٤/٣. ابن قدامة: المغني، ٢٩٨/٧.

[3] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٨٢/٣.

[4] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٥/٣.

[5] ابن رشد: بداية المجتهد، ٦١/٢.

[6] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٢/٣. الشافعي: الأم، ٢٦٨/٥. النووي: المجموع، ٣٢٨/١٧. ابن قدامة: المغني، ٣١٥/٧. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ١٩١/٣.

[7] ابن حزم: المحلى، ٤٢/١٠.

وجه الدلالة: أن قول الله تعالى عام لكل مول ومقسم على امرأته أن لا يغشاها أكثر من الأجل المحدد. ولم يختص فيه بعضاً دون بعض. ولم يذكر فيه حالة فيما إذا كان فيه مصلحة أو لا[١].

٢-إن للزوجة حق في الوطء، فليس له أن يحلف على الامتناع عنه[٢].

٣-إن حكم الإيلاء يثبت لحق الزوجة، فيجب أن يثبت سواء قصد الإضرار أو لم يقصد؛ كاستيفاء ديونها وإتلاف مالها[٣].

٤-إن حكم الإيلاء كحكم الطلاق والظهار، فيقع سواء فيما إذا كان فيه مصلحة أم لا. وسواء قصد الإضرار أم لا[٤].

القول الثاني: إن كان في عدم الوطء مصلحة للزوجة فلا يكون إيلاء. وهو قول المالكية على المعتمد. وقول للحنابلة.

قال الدسوقي: (فإذا حلف لا يطأ زوجته ما دامت ترضع أو حتى تفطم ولدها أو مدة الرضاع فلا إيلاء عليه عند مالك. وقال أصبغ: يكون مولياً. قال اللخمي: وقول أصبغ أوفق بالقياس، لكن المعتمد قول مالك من أنه لا يكون مولياً.

وقال: وهو مقيد بما إذا قصد بحلفه على ترك الوطء إصلاح الولد أو لم يقصد شيئاً، وإلا فإن قصد بحلفه مجرد الامتناع فمول)[٥].

وفي المغني: أما إذا حلف أن لا يطأها حتى تفطم ولده، فإن أراد وقتا للفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مول، وإن أراد فعل الفطام لم يكن مولياً، لأنه ممكن قبل الاربعة أشهر، وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن مولياً[٦].

وقد استدلّ هؤلاء:

١-عملاً بقاعدة المصالح المرسلة. وهي من أصول مذهب مالك. فإذا تعارض حكم الإيلاء مع المصلحة فلا إيلاء.

٢-ما ورد في الأثر عن علي بن أبي طالب: ليس في إصلاح إيلاء[٧].

٣-إن الله تعالى إنما جعل الأجل الذي في الإيلاء مخرجاً للمرأة من عضل الرجل وإضراره بها فيما لها عليه من حسن الصحبة والعشرة بالمعروف، وإذا لم يكن الرجل عاضلاً ولا مضاراً بيمينه وحلفه على ترك جماعها، بل كان طالباً ذلك برضاها أو لمصلحتها؛ لم يكن بيمينه تلك مولياً[٨].

---

[١] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٢٥٢/٢. الشافعي: الأم، ٢٦٨/٥. ابن قدامة: المغني، ٣١٥/٧.

[٢] الباجي: المنتقى شرح الموطأ، ٢٦/٤.

[٣] ابن قدامة: المغني، ٣١٥/٧.

[٤] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٢٥٢/٢. ابن قدامة: المغني، ٣١٥/٧.

[٥] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٥٠٠/٢.

[٦] ابن قدامة: المغني، ٥٢٤/٨.

[٧] هكذا أورده ابن قدامة: المغني، ٥٢٤/٨. وورد عن ابن أبي شيبة في المصنف، ١٣٣/٤ بلفظ: إنما الإيلاء في الغضب.

[٨] ابن المنذر: الإشراف على مذاهب العلماء، ٢٢٧. أبو حيان النحوي: البحر المحيط - بيروت دار الكتب العلمية ، ٢٠٠١، ٤٤٦/٢.

الترجيح:

بعد عرض أدلة كلا الفريقين، يترجح لي –والله أعلم– قول جمهور الفقهاء أن حكم الإيلاء سواء أكان فيه مصلحة أم لا. لأنهم أجمعوا على أن الطلاق والظهار وسائر الايمان تقع في كلا الحالتين.

الركن الرابع: المحلوف عليها وهي الزوجة.

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المولى منها أن تكون زوجة للمولي حقيقةً أو حكماً عند حصول الإيلاء.

أمّا قيام النّكاح حقيقةً، فيتحقّق بعقد الزّواج الصّحيح، وقبل حصول الفرقة بين الرّجل وزوجته، سواء أدخل الرّجل بزوجته أم لم يدخل.

وأمّا قيامه حكماً، فيتحقّق بوجود العدّة من الطّلاق الرّجعيّ، لأنّ المرأة بعد الطّلاق الرّجعيّ تكون زوجةً من كلّ وجهٍ ما دامت العدّة، فتكون محلّاً للإيلاء، كما تكون محلّاً للطّلاق، فإذا أقسم الزّوج ألاّ يقرب زوجته الّتي طلّقها طلاقاً رجعيّاً مدّةً تستغرق أربعة أشهرٍ فأكثر كان مولياً، فإن مضت أربعة أشهرٍ والمرأة لا تزال في العدّة، بأن كانت حاملاً، أو كانت غير حاملٍ وكان طهرها بين الحيضتين يمتدّ طويلاً، فعند المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة يؤمر الرّجل بالفيء، فإن لم يفء طلّق عليه القاضي إن امتنع عن الطّلاق وعند الحنفية تقع عليه طلقة أخرى[1].

جاء في اللباب: إن آلى من المطلقة الرجعية، كان مولياً لبقاء الزوجية، فإن انقضت عدتها قبل انقضاء مدة الإيلاء يسقط الإيلاء لفوات المحلية[2].

وقال ابن عابدين: آلى من المطلقة رجعياً صح لبقاء الزوجية، ويبطل بمضي العدة، أي بمضيها قبل تمام مدته، أما لو كانت من ذوات الأقراء وامتد طهرها بانت بمضي مدته[3].

أمّا إذا كانت العدّة من طلاقٍ بائنٍ، فإنّ المرأة في أثنائها لا تكون محلّاً للإيلاء، سواء أكان بائناً بينونةً صغرى، أم بائناً بينونةً كبرى، لأنّ الطّلاق البائن بنوعيه يزيل رابطة الزّوجيّة، ولا يبقي من آثار الزّواج شيئاً سوى العدّة وما يتعلّق بها من أحكامٍ، فيحرم على المطلّق قربان المطلّقة طلاقاً بائناً ولو كانت العدّة قائمةً، فإذا حلف الرّجل ألاّ يقرب زوجته الّتي طلّقها طلاقاً بائناً كانت يمينه لغواً في حكم البرّ، حتّى لو مضت أربعة أشهرٍ فأكثر ولم يقربها لم يقع عليها طلاق ثانٍ.

أمّا في حكم الحنث فإنّها معتبرة، ولهذا لو عقد عليها، ثمّ وطئها حنث في يمينه، ووجبت عليه كفّارة الحنث في اليمين، لعدم الوفاء بموجبها، وهو عدم قربانها، أي أنّ حلفه لم ينعقد إيلاءً، ولكنّه انعقد يميناً[4].

ومثل هذا لو قال لامرأةٍ أجنبيّةٍ: واللّه لا أقربك، وأطلق في يمينه، أو قال: أبداً، ثمّ تزوّجها فإنّه لا يعتبر مولياً في حكم البرّ، لعدم قيام النّكاح حقيقةً ولا حكماً عند الحلف، حتّى لو مضت أربعة أشهرٍ بعد الزّواج،

---

(1) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٩٤/٣، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٤٢/٢، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧١/٣، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٢٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٩/٣. ابن قدامة: المغني، ٣١٣/٧.

(2) الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٦١/٣.

(3) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ٤٣٠/٣. وانظر: الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٦/٢.

(4) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٩٤/٣، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٤٢/٢، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧١/٣، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٢٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٩/٣. ابن قدامة: المغني، ٣١٣/٧.

ولم يقربها لا يقع عليها شيء، لأنّ النّكاح لم يكن قائماً عند حصول اليمين، لكن لو قربها بعد الزّواج أو قبله لزمته الكفّارة، لانعقاد اليمين في حقّ الحنث، لأنّه لا يشترط في انعقاده في حقّ الحنث قيام النّكاح، بخلاف انعقاده في حقّ البرّ، فإنّه يشترط فيه قيام النّكاح[١].

تعليق إيلاء المرأة على النكاح.

تعليق الإيلاء إلى النّكاح، أن يقول الرّجل لامرأةٍ أجنبيّةٍ: إن تزوّجتك واللّه لا أقربك، ثمّ يتزوّجها فإنّه يصير مولياً، وهذا عند الحنفيّة والمالكيّة الّذين أجازوا إضافة الطّلاق أو تعليقه على النّكاح[٢]، وحجّتهم في ذلك القاعدة الفقهية أنّ: **المعلّق بالشّرط كالمنجّز عند وجود الشّرط**، والمرأة عند وجود الشّرط زوجة، فتكون محلاً للإيلاء المضاف إلى النّكاح، كما تكون محلاً للطّلاق.

وقال الشّافعيّة والحنابلة: لا يصحّ الإيلاء المضاف إلى النّكاح، لقول اللّه تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[البقرة:٢٢٦]. فإنّه سبحانه جعل الإيلاء من الزّوجة، والمرأة الّتي يضاف الإيلاء منها إلى نكاحها ليست زوجةً عند حصول الإيلاء، فلا يكون الإيلاء منها صحيحاً، ولأنّ الإيلاء حكم من أحكام النّكاح، وحكم الشّيء لا يتقدّمه، كالطّلاق والقسم، ولأنّ المدّة تضرب للمولي لقصده الإضرار بيمينه، وإذا كانت اليمين قبل النّكاح لم يتحقّق هذا القصد، فأشبه الممتنع بغير يمينٍ[٣].

وسبب الخلاف بين الفقهاء في صحّة تعليق الإيلاء بالنّكاح وعدم صحّته، هو السبب نفسه في صحة تعليق الطلاق على النكاح الذي أوردناه سابقاً فليراجع.

الإيلاء من الصغيرة.

تنص القواعد الفقهية على: **الإيلاء من كل زوجة مسلمة أو ذمية أو أمة سواء لا يختلف في شيء**[٤].

وكذلك القاعدة الفقهية: **تحريم الحلال يكون يميناً إذا صادف محله فأما إذا لم يصادف محله كان لغواً**[٥].

لكن اختلف الفقهاء في الصغيرة التي لا تطيق الوطء والمعيبة بعيب جنسي يحول دون الاتصال هل ينعقد اليمين عليها أم لا؟.

قال الشافعية في مغني المحتاج: ولو آلى من رتقاء أو قرناء لم يصح الإيلاء على المذهب؛ لأنه لا يتحقق منه قصد الإيذاء والإضرار لامتناع الأمر في نفسه[٦].

وقال الحنابلة في المغني: فأما الرتقاء والقرناء فلا يصح الإيلاء منهما لأن الوطء متعذر دائماً فلم تنعقد اليمين على تركه[٧].

وقال المالكية في شرح الدسوقي: ينعقد الإيلاء إذا أمكن الوقاع من جهة ولو كانت رتقاء أو عفلاء أو صغيرة لا تطيق أو غير مدخول بها[١].

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧١/٣.
[٢] المرجع السابق، ابن عابدين: حاشية رد المحتار ٨٤٣/٢. الدسوقي:الشرح الكبير، ٣٧٠/٢، حاشية الخرشي على خليل، ١٧٦/٣.
[٣] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٢/٣، ابن قدامة: المغني، ٣١٢/٧.
[٤] الشافعي: الأم، ٢٨٨/٥.
[٥] السرخسي: المبسوط،٢٣٦/٣٠.
[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٤/٣.
[٧] ابن قدامة: المغني، ٥٢٣/٨

وقال الزيلعي في تبيين الحقائق أثناء مناقشة من اشترط في الزوجة ألا تكون رتقاء:.لأن النص يقتضي صحة الإيلاء من النساء مطلقاً غير مقيد بوصف القدرة على الجماع[٢].

الركن الخامس: الصيغة.

وهي: اللّفظ، أو ما يقوم مقام اللّفظ.

والّذي يقوم مقام اللّفظ: الكتابة المستبينة الظّاهرة الّتي يبقى أثرها، كالكتابة على الورق ونحوه. أمّا الكتابة غير المستبينة، وهي الّتي لا يبقى أثرها، كالكتابة على الهواء، أو على الماء فلا تقوم مقام اللّفظ في ذلك، ولا يصحّ بها الإيلاء.

ومثل الكتابة في ذلك، الإشارة عند العجز عن النّطق بالعبارة، كالأخرس ومن في حكمه. فإذا كان للأخرس إشارة مفهمة، يعرف المتّصلون به أنّ المراد بها الحلف على الامتناع من قربان الزّوجة أربعة أشهرٍ أو أكثر، صحّ الإيلاء بها، كما يصحّ طلاقه وسائر تصرّفاته[٣].

شروط الصيغة: يشترط في اللفظ، ثلاث شرائط:

الشّريطة الأولى: أن يكون اللّفظ صالحاً للدّلالة على معنى الإيلاء، وذلك بأن تكون مادّة اللّفظ دالّةً على منع الزّوج من قربان زوجته دلالةً واضحةً عرفاً، مثل قول الرّجل لزوجته: واللّه لا أواقعك، أو لا أجامعك، وما أشبه ذلك.

وينقسم اللّفظ الصّالح للدّلالة على الإيلاء ثلاثة أقسامٍ على ما هو مذهب الحنفيّة والحنابلة:

القسم الأوّل: صريح، وهو ما دلّ على الوطء لغةً وعرفاً.

وحكم هذا النّوع أنّه يعتبر إيلاءً متى صدر عن قصدٍ إلى التّلفّظ به بدون توقّفٍ على النّيّة، ولو قال الزّوج: إنّه لم يرد الإيلاء لا يعتبر قوله لا ديانةً ولا قضاءً، لأنّ اللّفظ لا يحتمل غير الإيلاء، فإرادة معنًى آخر خلافه تكون إرادةً محضةً بدون لفظٍ يدلّ عليها، فلا تعتبر.

القسم الثّاني: ما يجري مجرى الصّريح، وهو ما يستعمل في الجماع عرفاً، كلفظ القربان والاغتسال، وذلك كأن يحلف الرّجل ألاّ يقرب زوجته، وبه ورد القرآن الكريم قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾[البقرة:٢٢٢].

وكذلك لو حلف ألاّ يغتسل منها، لأنّ الاغتسال منها لا يكون إلاّ عن الجماع عادةً.

وحكم هذا النّوع أنّه يعتبر إيلاءً في القضاء من غير توقّفٍ على النّيّة، وعلى هذا لو قال الزّوج لزوجته: واللّه لا أقربك، ثمّ ادّعى أنّه لم يقصد بهذا اللّفظ الجماع، لا يقبل منه هذا الادّعاء في القضاء، ويقبل منه ديانةً، أي فيما بينه وبين اللّه تعالى، لأنّ اللّفظ الّذي ورد في عبارته يحتمل المعنى الّذي ادّعاه، وإن كان خلاف الظّاهر، فإذا نواه فقد نوى معنًى يحتمله اللّفظ، فتكون إرادته صحيحةً، إلاّ أنّه لمّا كان المعنى الّذي أراده يخالف المعنى الظّاهر من ذلك اللّفظ لم يقبل منه ما ادّعاه قضاءً، وقبل منه ديانةً.

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٩٩/٢.
(٢) الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٧/٢.
(٣) الخرشي على خليل، ٢٢٩/٣.

القسم الثّالث: الكناية، وهو ما يحتمل الجماع وغيره، ولم يغلب استعماله في الجماع عرفاً، كما إذا حلف الرّجل: ألاّ يمسّ جلده جلد زوجته، أو ألاّ يقرب فراشها، أو ألاّ يجمع رأسه ورأسها وسادة.

وحكم هذا النّوع: أنّه لا يعتبر إيلاءً إلاّ بالنّيّة، إعمالاً للقاعدة الفقهية: **المحتمل لا يوجب شيئاً بدون النية**[1]. أو القاعدة الفقهية: **المحتمل لا تتعين جهة فيه بدون نية.** وكذلك القاعدة الفقهية: **المحتمل لشيئين على السواء أنه يسأل الحالف عما أراد**[2].

فإذا قال الزّوج: أردت ترك الجماع كان مولياً، وإن قال: لم أرد ترك الجماع لم يكن مولياً، لأنّ هذه الألفاظ تستعمل في الجماع وفي غيره استعمالاً واحداً فلا يتعيّن الجماع إلاّ بالنّيّة.

ومذهب الشّافعيّة، وهو ظاهر ما قاله المالكيّة: أنّ الألفاظ في ذلك تنقسم إلى صريحةٍ وكنايةٍ فقط[3].

الشّريطة الثّانية:

أن تكون الصّيغة دالّةً على الإرادة الجازمة للحال، ويتحقّق هذا الشّرط بخلوّ الصّيغة من كلّ كلمةٍ تدلّ على التّردّد أو الشّكّ. وألاّ تكون مشتملةً على أداةٍ من الأدوات الدّالّة على التّأخير والتّسويف، كحرف السّين أو سوف، لأنّ التّردّد كالرّفض من حيث الحكم، والتّأخير وعد بإنشاء التّصرّف في المستقبل، وليس إنشاءً له في الحال، فالإرادة في التّصرّف غير موجودةٍ في الحال، ولا يوجد التّصرّف إلاّ بإرادة إنشائه في الحال.

فمن يقول لزوجته: واللّه سأمنع نفسي من مواقعتك، أو سوف أمنع نفسي من معاشرتك، لا يكون مولياً لأنّ هذه الصّيغة لا تدلّ على إرادة منع نفسه من المواقعة في الحال، وإنّما تدلّ على أنّه سيفعل ذلك في المستقبل.

هذا، وممّا ينبغي التّنبيه له هنا أنّ اشتراط الجزم في الإرادة للحال لا ينافي جواز أن تكون الصّيغة معلّقةً على حصول أمرٍ في المستقبل، أو مضافةً إلى زمنٍ مستقبلٍ، وذلك لأنّ الإرادة في الإيلاء المعلّق والمضاف مقطوع بها، لا تردّد فيها، غاية الأمر أنّ الإيلاء المعلّق لم يحصل الجزم به من قبل المولي في الحال، بل عند وجود المعلّق عليه، والإيلاء المضاف مجزوم به في الحال، غير أنّ ابتداء حكمه مؤخّر إلى الوقت الّذي أضيف إليه، وأنّ التّعليق والإضافة قد صدرا بإرادةٍ جازمةٍ في الحال.

الشّريطة الثّالثة: صدور التّعبير عن قصدٍ:

يتحقّق هذا الشّرط بإرادة الزّوج النّطق بالعبارة الدّالّة على الإيلاء أو ما يقوم مقامها، فإذا اجتمع مع هذه الإرادة رغبة في الإيلاء وارتياح إليه كان الإيلاء صادراً عن رضًى واختيارٍ صحيحٍ، وإن وجدت الإرادة فقط، وانتفت الرّغبة في الإيلاء والارتياح إليه لم يتحقّق الرّضى، كالمكره والهازل والمخطئ والسكران والغضبان، فيجري فيه الخلاف نفسه الذي مر معنا سابقاً في وقوع الطلاق أو عدم وقوعه فليراجع.

---

(1) السرخسي: المبسوط، ٢٢/٧ و٦٣ – و١٠٥/٢٦.

(2) الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٢٥/٤ و٥١٥/٤.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٦٢/٣، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٤٥/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٢٧/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ١٠/٤. ابن قدامة: المغني، ٣١٥/٧-٣١٦.

فرع: تعليق الإيلاء أو تنجيزه أو إضافته.

قد ذكرنا: أن جمهور الفقهاء –كما مر آنفاً– قد قالوا بصحة تعليق الإيلاء. وبالتالي فالصّيغة الّتي ينشئ الزّوج الإيلاء بها تارةً تصدر خاليةً من التّعليق على حصول أمرٍ في المستقبل، ومن الإضافة إلى زمنٍ مستقبلٍ، وتارةً تصدر مشتملةً على التّعليق على حصول أمرٍ في المستقبل، أو الإضافة إلى زمنٍ مستقبلٍ.

وقد ذكرنا أيضاً أن الدليل على صحة تعليق الإيلاء وإضافته لأنّه يمين، واليمين من التّصرّفات الّتي تقبل الإضافة والتّعليق[1].

فالإيلاء المنجّز هو: ما كانت صيغته مطلقةً غير مضافةٍ إلى زمنٍ مستقبلٍ، ولا معلّقةً على حصول أمرٍ في المستقبل. مثل أن يقول الرّجل لزوجته: واللّه لا أقربك خمسة أشهرٍ، وهذا يعتبر إيلاءً في الحال، وتترتّب عليه آثاره بمجرّد صدوره.

والإيلاء المعلّق هو: ما رتّب فيه الامتناع عن قربان الزّوجة على حصول أمرٍ في المستقبل بأداةٍ من أدوات الشّرط[2]، مثل يقول الرّجل لزوجته: إن أهملت شؤون البيت، أو يقول لها: لو كلّمت فلاناً فواللّه لا أقربك.

وفي هذه الحال، لا يعتبر ما صدر عن الرّجل إيلاءً قبل وجود الشّرط المعلّق عليه، لأنّ التّعليق يجعل وجود التّصرّف المعلّق مرتبطاً بوجود الشّرط المعلّق عليه، ففي المثال المتقدّم لا يكون الزّوج مولياً قبل أن تهمل المرأة في شؤون البيت، أو تكلّم ذلك الشّخص، فإذا أهملت شؤون البيت أو كلّمته صار مولياً، واحتسبت مدّة الإيلاء من وقت الإهمال أو التّكليم فقط، لا من وقت قول الزّوج.

والإيلاء المضاف هو: ما كانت صيغته مقرونةً بوقتٍ مستقبلٍ يقصد الزّوج منع نفسه من قربان زوجته عند حلول هذا الوقت، و**مثاله:** أن يقول الرّجل لزوجته: واللّه لا أقربك من أوّل الشّهر الآتي، أو يقول لها: واللّه لا أقربك من غدٍ.

وفي هذه الحال، يعتبر ما صدر عن الرّجال إيلاءً من وقت صدور اليمين، ولكنّ الحكم لا يترتّب عليه إلاّ عند وجود الوقت الّذي أضيف إليه الإيلاء، لأنّ الإضافة لا تمنع انعقاد اليمين سبباً لحكمه، ولكنّها تؤخّر حكمه إلى الوقت الّذي أضيف إليه، ففي قول الرّجل لزوجته: واللّه لا أقربك من أوّل الشّهر القادم يعتبر الزّوج مولياً من زوجته من الوقت الّذي صدرت فيه هذه الصّيغة، ولهذا لو كان الرّجل قد حلف باللّه تعالى ألاّ يولّي من زوجته حكم بحنثه في هذه، وإن لم يحن الوقت الّذي أضيفت إليه اليمين، ووجب عليه كفّارة يمينٍ بمجرّد صدور الصّيغة المضافة، لكن لو اتّصل بزوجته قبل مجيء الشّهر الّذي أضاف الإيلاء إليه لا يحكم بحنثه ووجوب كفّارة اليمين عليه، كما أنّ مدّة الإيلاء لا تحتسب إلاّ من أوّل الشّهر الّذي أضاف الإيلاء إليه.

ولم أعثر على كلامٍ للمالكيّة والشّافعيّة في قبول الإيلاء للإضافة[1]. أمّا الحنابلة فقد أوردوا من تطبيقات الإيلاء ما يدلّ على قبول الإيلاء للإضافة[2].

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٦٥/٣.

[2] أدوات التعليق كما ذكرناها سابقاً مثل (إن) (وإذا) (ولو) (ومتى) ونحوها.

الركن السادس: مدة الإيلاء.

اتفق الفقهاء على أنه لو حلف الزّوج ألاّ يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهرٍ كان إيلاءً، وكذلك لو حلف: ألاّ يقرب زوجته، ولم يذكر مدّةً، أو قال: أبداً[٣]، فإنّه يكون إيلاءً بالاتّفاق أيضاً[٤].

كما ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الإيلاء لا بدّ له من مدّةٍ يحلف الزّوج على ترك قربان زوجته فيها. لكنّهم اختلفوا في مقدار هذه المدّة، لكنهم اختلفوا في مقدار هذه المدة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إنه لا يكون مولياً حتى يحلف أن لا يطأها أربعة أشهر أو فيما زاد. وهو قول عطاءٍ والثّوريّ. وبه قال الحنفية والزيدية ورواية عن أحمد[٥].

وقد استدل هؤلاء بما يلي:

١-ما روي عن ابن مسعود أنه قال: إن مضت أربعة اشهر فهو إيلاء[٦].

٢-بأنّ الإيلاء له حكمان: أحدهما: الحنث إذا وطئ الرّجل زوجته قبل مضيّ أربعة أشهرٍ، وثانيهما: وقوع الطّلاق إن لم يطأ زوجته قبل مضيّ هذه المدّة. وهذا يفيد أنّ الأربعة الأشهر هي المدّة المعتبرة في الإيلاء، فلا يكون الحلف على ما دونها إيلاءً، كما لا يتوقّف الإيلاء على الحلف على أكثر منها، وبأنّ الإيلاء هو اليمين الّتي تمنع قربان الزّوجة خوفاً من لزوم الحنث، فلو كان الحلف على ترك قربان الزّوجة أقلّ من أربعة أشهرٍ، لأمكن الزّوج بعد مضيّ هذه المدّة أن يجامع زوجته من غير أن يلزمه الحنث في يمينه، فلا يكون هذا إيلاءً[٧].

القول الثاني: إنه لا يكون مولياً حتى تزيد المدة على أربعة أشهر. وبه قال مالك والشافعي وأحمد في المشهور، وهو قول سعيد بن جبير والأوزاعي[٨].

وقد استدل هؤلاء بما يلي:

١-قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[البقرة:٢٢٦].

ووجه الدلالة: أن الله تعالى جعل للمولي أربعة أشهر، فلو حلف على ما دونها لم يكن مولياً[٩].

٢-عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك، فوقت الله عز وجل أربعة أشهر، فإن كان أقل من أربعة اشهر فليس بإيلاء[١٠].

---

(١) النووي: روضة الطالبين، ٢٤٤/٨. الخرشي: حاشية الخرشي على خليل، ٩٠/٤.

(٢) البهوتي: كشاف القناع، ٣٥٩/٥، الشطي: مطالب أولي النهى، ٤٩٩/٥، المرداوي: الإنصاف، ١٧٦/٩.

(٣) أبو السعود: إرشاد العقل السّليم الى مزايا الكتاب الكريم - بيروت دار الفكر ، ٣٦٢/٢.

(٤) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧١/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٨٣/٣، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤٨٥/٢. حاشية الخرشي على خليل، ٢٣٠/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٣/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٠٠/٧.

(٥) شيخي زاده: مجمع الأنهر، ٤٤١/١. الصنعاني : الروض النضير، ١٨٧/٤.

(٦) عبد الرزاق: المصنف، كتاب الطلاق، باب ما حال بينه وبين امرأته فهو إيلاء ٤٥٠/٦ برقم ١١٦٢٨. وهو ضعيف لأن في سنده ليث بن أبي سليم[ابن أبي حاتم: الجرح والتعديل ٤٢/٤. تهذيب التهذيب، ١١١/١١]

(٧) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧١/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٠٠/٧.

(٨) ابن رشد: بداية المجتهد، ٦١/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٣/٣. ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير، ٥١١/٨. المرداوي: الإنصاف، ١٧٢/٩.

(٩) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٩١٢/٢.

(١٠) البيهقي: السنن الكبرى، ٣٨١/٧. ابن العربي: أحكام القرآن، ١٧٧/١. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٩١١/٢.

٣-وعنه رضي الله عنه: إذا آلى الرجل من امرأته شهراً أو شهرين أو ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بإيلاء[١].
بإيلاء[١].

٤-ما روي من أن عمر بن الخطاب: (لما كان يتفقد الرعية سمع امرأة تنشد شعراً تفتقد فيه زوجها وتصف حالها من الوحشة إليه، وهي تقول:

تطاول هذا اللّيل واسودّ جانبه وطال عليّ أن لا حبيب ألاعبه.

ووالله لولا خشية الله وحده لَحُرِّك من هذا السّرير جوانبه.

فسأل عنها عمر فقيل له: هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها فأقفله، ثم سأل عمر ابنته حفصة كم تصبر المرأة عن زوجها، فقالت: شهرين، وفي الثالث يقلّ الصبر، وفي الرابع ينفد الصبر، فكتب عمر إلى أمراء الأجناد أن لا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر)[٢].

ووجه الدلالة: أن الأربعة أشهر هي المدة التي لا تستطيع ذات الزوج أن عنه أكثرها.

٥-إنّ المولي يوقف بعد مضيّ أربعة أشهرٍ، ويخيّر بين الفيء -وهو الرّجوع عن اليمين بالفعل أو القول- والتّطليق، فلا بدّ أن تكون المدّة على ترك قربان الزّوجة فيها أكثر من أربعة أشهرٍ، ولو كانت أربعة أشهرٍ أو أقلّ منها لانقضى الإيلاء بانقضائها، ولا تصحّ المطالبة من غير الإيلاء[٣].

القول الثالث: إن أي مدة حلف عليها كان مولياً وإن كانت يوماً واحداً على أن يتركها أربعة أشهر. وهو قول الحسن البصري وإسحاق ومذهب الظاهرية[٤].

وقد استدل هؤلاء بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[البقرة:٢٢٦].

ووجه الدلالة: أن الله تعالى لم يذكر في كتابه الكريم مدة للإيلاء، بل أطلقه إطلاقاً بقوله: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾، فيجري على إطلاقه. وإنما ذكر المدة لثبوت البينونة حتى تبين بمعنى المدة من غير فيء لا ليصير إيلاء شرعاً[٥].

٢-عن أنس رضي الله عنه قال: (آلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسائه، وكانت انفكت رجله، فأقام في مشربة له تسعاً وعشرين ثم نزل، فقالوا يا رسول: آليت شهراً، فقال: الشهر تسع وعشرون)[٦].

٣-الأصل أن من حلف على شيء لزمه حكم اليمين، فالحالف على ترك وطء زوجته يوماً أو يومين مولٍ[١].

---

[١] ابن أبي شيبة: المصنف، ما قالوا في الرجل يولي دون الأربعة أشهر، ١٣٠/٤. برقم ١٢٦.

[٢] سعيد بن منصور: السنن، ٢١٠/٢ برقم ٢٤٦٣. عبد الرزاق: المصنف، باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق، ١٥١/٧و١٥٢ برقم ١٢٥٩٣ و١٢٥٩٤. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب السير، باب الإمام لا يجمر بالغزى، ٢٩/٩ برقم ٢٤.

[٣] الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٦٨/١.

[٤] ابن حزم: المحلى، ٤٢/١٠.

[٥] المرجع السابق، ٤٥/١٠. أبو حيان الأندلسي: البحر المحيط، ٤٤٦/٢.

[٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم- باب قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا، ٦٧٥/٢. برقم ١٨١٢. وفي كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم، ٢٠٢٦/٥ برقم ٤٩٨٤. وفي كتاب الأيمان والنذور، في باب من حلف أن لا يدخل على أهله شهرا وكان الشهر تسعا وعشرين، ٢٤٦٠/٦ برقم ٦٣٠٦.

[1] الشوكاني: نيل الأوطار، ٤٩/٧.

الترجيح:

مما سبق يترجح لي –والله أعلم– قول الحنفية ومن وافقهم من أن المدة هي أربعة أشهر وأكثر، لنص الآية الكريمة على ذلك ولتوافق جميع أدلة أصحاب القول الثاني على ذلك.

المبحث الثالث

آثار الإيلاء

إذا تحقّق ركن الإيلاء وتوافرت أركانه وشرائطه ترتّب عليه أحد أثرين:

أوّلهما: في حالة إصرار الزّوج على عدم قربان زوجته الّتي آلى منها، حتّى تمضي أربعة أشهرٍ من تاريخ الإيلاء.

وثانيهما: يترتّب عليه في حالة حنثه في اليمين الّتي حلفها[1].

الحالة الأولى: الإصرار على الإيلاء.

أولا: وقوع الفرقة بالإيلاء.

إذا أصرّ المولي على ترك قربان زوجته الّتي حلف ألاّ يقربها كان إصراره هذا داعياً إلى الفرقة بينه وبين زوجته، لأنّ في هذا الامتناع إضراراً بالزّوجة، فحمايةً لها من هذا الضّرر، يكون لها الحقّ في مطالبته بالعودة إلى معاشرتها.

فإن لم يعد إلى معاشرتها حتّى مضت أربعة أشهرٍ فهل يقع الطّلاق بمجرّد مضيّها ؟ للفقهاء أقوال خمسة في ذلك:

القول الأول: إذا مضت الأربعة أشهر ولم يفء إلى زوجته، فإن الطلاق يقع بنفس مضي المدة. ولا يتوقّف على رفع الأمر إلى القاضي، ولا حكمٍ منه بتطليقها. وذلك جزاءً للزّوج على الإضرار بزوجته وإيذائها بمنع حقّها المشروع. وهو قول الحنفية[2] والإباضية[3].

جاء في الهداية: وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة[4].

وفي شرح النيل: وإن لم يمسها حتى مضت أربعة أشهر بانت[5].

واستدل أصحاب هذا القول من الكتاب والسنة والأثر والمعقول:

أما الكتاب:

١–قوله تعالى: ﴿فَإِن فَاءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٦–٢٢٧].

وجه الدلالة: تدل هذه الآية على وقوع الطلاق بمضي المدة من وجوه:

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٦/٣.

[2] السرخسي: المبسوط، ٢٠/٧. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٢/٣. المرغيناني: الهداية، ١٩١/٤. الموصلي: الاختيار، ١٥٢/٣. ابن نجيم: البحر الرائق، ٦٨/٤. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٩١/٤.

[3] إطفيش: شرح النيل، ٤٤٢/٣.

[4] المرغيناني: الهداية شرح البداية، ١٨٤/٣.

[5] إطفيش: شرح النيل، ٤٤٢/٣.

الأول: قراءة ابن مسعود (فإن فاؤوا فيهن)[1]. أي في مدة الإيلاء. فإضافة الفيئة إلى المدة تدل على استحقاق الفيئة فيها. وقراءته رضي الله عنه لا تختلف عن سماعه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

الثاني: إن هذه القراءة إما أن تجري مجرى خبر الواحد؛ فتوجب العمل، وإن لم توجب العمل كونها من القرآن. وإما أن تكون قرآناً نسخ لفظه وبقي حكمه لا يجوز فيها غير هذا البتة[2].

وقد أجيب عن هذا: بأنها قراءة شاذة مردودة، لأن كل ما كان قرآناً، وجب أن يثبت بالتواتر، فحيث لم يثبت التواتر قطعنا أنه ليس بقرآن[3].

وقد رد الحنفية على هذا الاعتراض، بأن القراءة الشاذة إنما يقرأها الراوي خبراً عن صاحب الوحي قرآناً، فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الأخص، فإن القرآنية أخص من الخبرية، وانتفاء الأخص لا يستلزم انتفاء الأعم[4].

٢-قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٦-٢٢٧].

ووجه الدلالة: تدلّ هذه الآية من وجهين أيضاً:

الأول: الفاء في قوله ﴿فَإِن فَاءُو﴾ للتعقيب والتقسيم؛ أي إن يمين الزوج يعقبه أحد قسمين: إما الفيء وإما عزيمة الطلاق. وبما أن الفيء لا يكون إلا خلال المدة دون خلاف. فكذلك يجب أن يكون الطلاق خلال مدة الإيلاء، ولا مبرر للتفرقة بينهما حتى نقول إن الفيء يجب أن يكون خلال مدة الإيلاء والطلاق بعد مضيها.

الثاني: أن الله تعالى قد جعل مدة التربص أربعة أشهر، والوقف يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها، وهي مدة اختيار الفيء أو الطلاق من يوم أو ساعة فلا يجوز الزيادة إلا بدليل[5].

وقد أجيب عن هذا بأنه ليس صحيحاً، إذ الأربعة أشهر مدة لزمن الصبر الذي لا يستحق فيه المطالبة، فبمجرد انقضائها يستحق عليه الحق، فلها أن تعجل المطالبة به، وأما أن تنظره وهكذا كسائر الحقوق المعلقة بآجال معدودة إنما تستحق عند انقضاء آجالها، فلا يقال إن ذلك يستلزم الزيادة على الأجل، فكذا أجل الإيلاء سواء[6].

٣-قال الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[البقرة:٢٢٦]. وقال تعالى أيضا: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[البقرة:٢٢٨]. فكما أن الفرقة تقع بمضي الأقراء الثلاثة في الآية الثانية، فكذلك يجب أن تقع الفرقة بمضي مدة الإيلاء في الآية الأولى.

---

[1] هذه القراءة أرودها الجصاص: أحكام القرآن، ٣٦١/١. النسفي: تفسير النسفي- بيروت: دار الكتب العلمية، ١٣١/١. الزمخشري: الكشاف – بيروت: دار الفكر، ٣٦٤/١. والكاساني في البدائع، ١٧٦/٣. وابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٩١/٤. والسرخسي: المبسوط، ٢٠/٧. ولم أقف عليها مسندة.

[2] السرخسي: المبسوط، ٢٠/٧. الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦٣/٢. ابن القيم: زاد المعاد، ٩٠/٤.

[3] الرازي: مفاتيح الغيب، ٣٧٠/٦.

[4] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٩١/٤.

[5] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٦/٣.

[6] ابن القيم: زاد المعاد، ٩٠/٤.

أما السنة: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: (عزيمة الطلاق مضي أربعة أشهر)[١].

وأما الأثر:

١- فعن أبي قلابة قال: آلى النعمان من امرأته وكان جالساً عند ابن مسعود، فضرب ابن مسعود فخذه وقال: إذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة[٢].

٢-وعن معمر عن قتادة، أن علياً وابن مسعود وابن عباس قالوا: إذا مضت الأربعة أشهر فهي تطليقة وهي أحق بنفسها، قال قتادة: قال علي وابن مسعود: تعتد عدة المطلقة[٣].

٣-روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة بسنديهما أن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الإيلاء: إذا مضت أربعة أشهر فهي واحدة وهي أحق بنفسها[٤].

أما المعقول:

١-إن القاعدة الفقهية تقرر أن: **الواجب شرعاً لا يحتاج إلى القضاء**[٥]. والفرقة بسبب الإيلاء واجبة شرعاً لذلك لا تحتاج إلى حكم القاضي.

٢-إن الإيلاء كان طلاقاً معجلاً في الجاهلية، فجعله الشرع طلاقاً مؤجلاً، والطلاق المؤجل يقع بنفس انقضاء الأجل من غير إيقاع أحد بعده، كما إذا قال: أنت طالق رأس الشهر[٦].

٣-أن الإيلاء أجل مضروب للفرقة، فتعقبه الفرقة كالعدة[٧].

٤-بالقياس على مدة العنين، فإنه يؤجل سنة ولا تحتمل الزيادة على ذلك[٨].

٥-ولأنه ظلمها بمنع حقها، فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة[٩].

القول الثاني: أنّ الطّلاق لا يقع بمضيّ أربعة أشهرٍ، بل للزّوجة أن ترفع الأمر إلى القاضي، فيأمر الزّوج بالفيء، أي الرّجوع عن موجب يمينه، فإن أبى الفيء أمره بتطليقها، فإن لم يطلّق طلّقها عليه القاضي[١٠]. وهذا قول جمهور الفقهاء: المالكية والشافعية والحنابلة[١١].

---

[١] ابن أبي شيبة: المصنف، ما قالوا في الرجل يولي من امرأته فتمضي أربعة أشهر من قال هو طلاق، ١٢٧/٤ برقم ١٢٢. وفي باب ما قالوا في الرجل يولي من امرأته ثم يرتد فيفيء إليها فيمنعه من ذلك مرض أو عذر فيفيء بلسان، ١٣١/٤ برقم ١٢٨. عبد الرزاق: المصنف، باب انقضاء الأربعة، ٤٥٤/٦ برقم ١١٦٤٠. سعيد بن منصور: السنن، كتاب الطلاق-باب ما جاء في الإيلاء، ٥٣/٢ برقم ١٨٩٣. و ٨٧٠/٣ برقم ٣٧٦.

[٢] ابن أبي شيبة: المصنف، ما قالوا في الرجل يولي من امرأته فتمضي أربعة أشهر من قال هو طلاق، ١٢٧/٤ برقم ١٢٢. عبد الرزاق: المصنف، باب انقضاء الأربعة، ٤٥٤/٦ برقم ١١٦٣٩. سعيد بن منصور:السنن-كتاب الطلاق-باب ما جاء في الإيلاء ٢٨/٢ برقم ١٨٩٠ من طريق هشيم عن خالد الحذاء. والأثر بجميع طرقه صحيح الإسناد. [انظر: فتح الباري، ٣٥٢/٩].

[٣] عبد الرزاق: المصنف، كتاب الطلاق، باب انقضاء الأربعة ٤٥٤/٦ برقم ١١٦٤١.

[٤] ابن أبي شيبة: المصنف، ما قالوا في الرجل يولي من امرأته فتمضي أربعة أشهر من قال هو طلاق، ١٢٧/٤ برقم ١٢٢.عبد الرزاق: الرزاق: المصنف، كتاب الطلاق، باب انقضاء الأربعة ٤٥٤/٦ برقم ١١٦٤١.

[٥] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٧٧ – ترتيب اللاليء لوحة ١٠٩. قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٨٦.

[٦] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٦/٣.

[٧] ابن القيم: زاد المعاد، ٩٠/٤.

[٨] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٦/٣.

[٩] الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٦٠/٣.

[١٠] حاشية الخرشي على خليل، ٢٣٨/٣. الدسوقي: الشرح الكبير، ٤٣٦/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٨/٣. ابن قدامة: المغني، ٣١٨/٧.

[١١] ابن رشد: المقدمات الممهدات، ٣٢٥/٢. الدردير: الشرح الكبير، ٣٤٦/٢. الشافعي: الأم، ٢٧١/٥. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٩/٣. حاشية عميرة على شرح المحلي، ١٢/٤. ابن قدامة: المغني، ٣١٨/٧. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ١٤٦٣/٥. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ١٩٥/٣.

قال الخرشي: إن المولي إذا طلبت منه زوجته الحرة المطيقة للوطء الفيئة. فإن امتنع من الوطء ومن الطلاق فإن الحاكم يوقع عليه طلقة[1].

وجاء في مغني المحتاج: وإن أبى الفيئة والطلاق فالأظهر أن القاضي يطلق عليه طلقة[2].

وقال ابن قدامة في الشرح الكبير: إذا امتنع المولي من الفيئة بعد التربص أو امتنع المعذور بلسانه... وطالبت المرأة فللقاضي أن يجبره على الطلاق فإن امتنع طلق عليه القاضي. وفي رواية عن أحمد: ليس للحاكم الطلاق عليه بل يحبس ويضيق عليه[3].

وفي المغني أيضاً: ليس للحاكم أن يأمر بالطلاق. ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك لأنه حق لها. وإنما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها[4].

واستدل أصحاب هذا القول من الكتاب والأثر والمعقول:

أما الكتاب:

١-قوله تعالى: ﴿فَإِن فَاءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٦-٢٢٧]. فالفاء هنا للتعقيب، فحكم الفيء أو الطلاق يجب أن يكون عند انقضاء الاشهر الأربعة. لأن قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[البقرة:٢٢٦]. دلّ على أمرين: الإيلاء والتربص، والفاء جاءت عقب ذلك، فلا بد أن يكون الفيء أو الطلاق بعد ذلك. ونظيره قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ﴾البقرة:٢٢٨]. وهذا بعض الطلاق[5].

٢-قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٧]. صريح بأن الطلاق لا يكون إلا بإيقاع الرجل حين يعزم عليه، فلو وقع الطلاق بمضي المدة، لم يحتج إلى عزم عليه بعد وقوعه[6].

٣-أن الله تعالى قد أضاف مدة الإيلاء إلى الأزواج، وجعلها لهم، ولم يجعلها عليهم، فوجب أن لا يستحق المطالبة فيها، بل بعدها كأجل الدين[7].

٤-ظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن فَاءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٦-٢٢٧]. إنه تخيير بين أمرين في وقت واحد، أما على قول أبي حنيفة فالفيء يقع في المدة، أما الطلاق فيقع بمضي المدة، فتغاير الوقتان[8].

أما الأثر:

١-أخرج البخاري بسنده عن مالك عن نافع عن ابن عمر: (إذا مضت أربعة أشهر يوقف حتى يطلق، ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق)، ويذكر ذلك عن عثمان وعلي وأبي الدرداء وعائشة واثني عشر رجلاً من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم[1].

---

[1] شرح الخرشي، ٢٣٨/٣.
[2] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥١/٣.
[3] ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير، ٥٥/٨.
[4] ابن قدامة: المغني، ٥٤٠/٨.
[5] ابن قدامة: المغني، ٣١٩/٧. ابن رشد: بداية المجتهد، ١٠٤/٢. ابن القيم: زاد المعاد، ٩٠/٤.
[6] ابن قدامة: المغني، ٣١٩/٧. ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ٣٩٥/١.
[7] ابن رشد: بداية المجتهد، ١٠٣/٢. ابن القيم: زاد المعاد، ٩٠/٤.
[8] ابن القيم: زاد المعاد، ٩٠/٤. الصنعاني: سبل السلام، ١٨٣/٣.

٢-عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: يوقف المولي عند انقضاء الأربعة، فإما أن يفيء وإما أن يطلق[٢].

٣-عن سليمان بن يسار[٣]. قال: أدركت بضعة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كلّهم يوقف المولي[٤].

٤- عن سهيل بن أبي صالحٍ[٥] عن أبيه قال: (سألت اثني عشر رجلاً من أصحاب النّبيّ صلى الله عليه وسلم عن رجلٍ يولي من امرأته قالوا: ليس عليه شيء حتّى تمضي أربعة أشهرٍ، فيوقف، فإن فاء وإلاّ طلّق)[٦].

أما المعقول:

١-إن قصد المضارة لا يتحقق إلا بمضي المدة التي حددها القرآن الكريم للإيلاء، فإذا ترك الرجل قربان زوجته أقل من أربعة اشهر، لا يعتبر مضاراً بالزوجة، أما إذا مضت المدة المذكورة تحقق الضرر، فيؤمر بالفيء أو بالطلاق.

٢-أن لفظ الإيلاء لا يصح أن يقع به الطلاق المعجل فلم يقع به المؤجل كالظهار، ولأن الطلاق إنما يقع بالصريح والكناية وليس الإيلاء واحداً منهما. فلو أتى المطلق بكناية من كنايات الطلاق ولم ينو بها الطلاق لم يقع. فهنا أولى، حيث أن المولي لم يصرح بالطلاق، ولم ينوه، وغاية ما في الأمر أنه أراد تحريم الوطء ولمدة، فكيف نوقع عليه ما لم يرد إيقاعه[٧].

٣-أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ، ومجرد العزم ليس لفظاً كما بينا ذلك سابقاً فيمن عزم الطلاق ولم يتلفظ به.

٤-أن الإيلاء مدة قدرها الشرع لم يتقدمها الفرقة، فلا يقع بها بينونة كأجل العنين[٨].

القول الثالث: يلزم الحاكم المولي بالفيء، ولو لم تطلب الزوجة، فإن أبى أجبره الحاكم على أحد الأمرين: الفيء أو الطلاق ولا يطلق عليه. وهو قول الظاهرية.

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق- باب قول الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم ، ٢٠٢٦/٥ برقم ٤٩٨٥.

[٢] ابن أبي شيبة: المصنف، في المولي يوقف، ١٢٩/٤ برقم ١٢٣.عبد الرزاق: المصنف، باب الإيلاء، باب انقضاء الأربعة، ٤٥٨/٦ برقم ١١٦٦٤. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الإيلاء، باب من قال يوقف المولى بعد تربص أربعة أشهر فإن فاء وإلا طلق، ٣٧٧/٧. برقم ١٤٩٩٣

[٣] سليمان بن يسار (٣٤-١٠٧هـ) أبو أيوب الهلالي المدني. من فقهاء التابعين السبعة بالمدينة، قال الحسن بن محمد بن الحنفية: سليمان بن يسار عندنا أفهم من ابن المسيب، وكان ابن المسيب يقول للسائل: اذهب إلى سليمان بن يسار فإنه أعلم من بقي اليوم، وقال مالك: كان سليمان بن يسار من علماء الناس بعد ابن المسيب. [تهذيب التهذيب ٢٢٨/٤،تذكرة الحفاظ ٨٥/١، سير أعلام النبلاء ٤٤٤/٤].

[٤] الدارقطني: السنن، ٦١/٤ برقم ١٤٨. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الإيلاء، باب من قال يوقف المولى بعد تربص أربعة أشهر فإن فاء وإلا طلق، ٣٧٦/٧ برقم ١٤٩٨٤.

[٥] سهيل بن أبي صالح السمان، أبو يزيد المدني، تابعي محدث حافظ. روى عن أبيه، وابن المسيب، والحارث بن مخلد الأنصاري، وعطاء وغيرهم. وعنه ربيعة، ويحيى بن سعيد الأنصاري وموسى بن عقبة، ومالك، وابن أبي حازم وسليمان بن بلال وغيرهم. قال ابن سعد: ثقة كثير الحديث. وحكى الترمذي أن سفيان بن عيينة قال: كنا نعد سهيل بن أبي صالح ثبتا في الحديث، وقال أحمد: ما أصلح حديثه. وذكر إسماعيل بن عياش: أنه أدرك سبعين صحابياً. [تهذيب التهذيب ٢٦٣/٤،وشذرات الذهب ٢٠٨/١، سير أعلام النبلاء ٤٥٨/٥]

[٦] الدارقطني: السنن، ٦١/٤ برقم ١٤٧. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الإيلاء، باب من قال يوقف المولى بعد تربص أربعة أشهر فإن فاء وإلا طلق، ٣٧٦/٧ برقم ١٤٩٨٦. العسقلاني: فتح الباري، ٤٢٩/٩.

[٧] ابن القيم: زاد المعاد، ٩١/٤.

[٨] ابن قدامة: المغني، ٣١٩/٧. ابن القيم: زاد المعاد، ٩١/٤.

جاء في المحلى: إذا حلف ولو لم يوقت وقتاً، فالحاكم يلزمه أن يفيء ووطء امرأته، ويؤجل أربعة أشهر من حين الحلف سواء طلبت المرأة أو لم تطلب رضي أو لم ترض، وإذا لم يفيء خلال المدة –وهي أربعة اشهر– من حين الحلف، أجبره الحاكم بالسوط أن يجامع أو يطلق أو يموت قتيلاً، وليس للحاكم أن يطلق عليه[1].

القول الرابع: إذا مضت أربعة اشهر على الإيلاء، وطالبت الزوجة بالفيء أو الطلاق، فالقاضي يجبره على أحد الأمرين ولا يطلق عليه. وهذا قول الزيدية.

جاء في التاج المذهب: ويحبس الزوج إن امتنع حتى يطلب أو يفيء[2].

القول الخامس: لا يجوز للقاضي أن يطلق زوجة المولي ولو لم يفيء إليها، ولكن إذا طلبت الزوجة الفيء فالقاضي يمهل الزوج أربعة أشهر ابتداء من مطالبة الزوجة، لا من وقت الحلف، فإن أبى الفيء أو الطلاق حبسه حتى يفعل. وتشترط المرافعة من المرأة لأنه حقها. وهذا رأي الجعفرية.

جاء في الروضة البهية: وإذا رافعته انظره الحاكم أربعة أشهر من حين المرافعة، لا من حين الحلف، فإن أصر على الامتناع حبسه ولا يطلق عليه[3].

المناقشة والترجيح:

إن سبب الخلاف بين من يطلب منه القاضي التفريق ومن يحبس حتى يفرق، (وهو خلاف الظاهرية والجعفرية والزيدية)، هو معارضة الأصل المعروف في الطلاق، أنه لا يطلق إلا الزوج، للمصلحة التي توجب رفع الضرر عن الزوجة بتطليق القاضي.

فمن أجاز للقاضي التطليق لرفع الضرر، قال: يطلق القاضي في كل حالة امتنع فيها الزوج عن الطلاق وكان امتناعه ضرر للزوجة. ومن قال: لا طلاق إلا بيد الرجل، لم يجز للقاضي التطليق على الزوج[4].

وأما منشأ الخلاف الرئيس[5] بين الجمهور وبين الحنفيّة، فيرجع إلى اختلافهم في المراد من التّرتيب الّذي تدلّ عليه " الفاء " في قول اللّه تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٨]. أهو التّرتيب الحقيقيّ وهو التّرتيب الزّمانيّ. أي أنّ زمن المطالبة بالفيء أو الطّلاق عقب مضيّ الأجل المضروب، وهو الأربعة الأشهر أو هو التّرتيب الذّكريّ لا الزّمنيّ، فتفيد ترتيب المفصّل على المجمل، وعليه يكون الفيء بعد الإيلاء خلال الأجل المضروب لا بعده، فإذا انقضى الأجل بدون فيءٍ فيه وقع الطّلاق بمضيّه ؟ فبالأوّل قال الجمهور، وبالثّاني قال الحنفيّة.

فمعنى الآية على رأي الحنفيّة: أنّ للأزواج الّذين يحلفون على ترك وطء زوجاتهم انتظار أربعة أشهرٍ، فإن فاءوا أثناء هذه المدة وقبل مضيّها، وعادوا إلى معاشرتهن، فإنّ ذلك يكون توبةً منهم عن ذلك الذّنب الّذي ارتكبوه، والّذي يترتّب عليه الإضرار بزوجاتهم وإيقاع الأذى بهنّ، واللّه يغفره لهم بالكفّارة عنه، وإن أصرّوا

---

[1] ابن حزم: المحلى، ٤٤/١٠.

[2] العنسي، أحمد بن قاسم، التاج المذهب لأحكام المذهب – القاهرة: مطبعة الحلبي، ١٩٣٨م، ٢٥٦/٢.

[3] العاملي: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ٢٥٦/٢.

[4] ابن رشد: بداية المجتهد، ٦١/٢.

[5] وأما الاستدلال بالآثار فهي متعارضة، ولا يقوى بعضها على بعض، لذلك يسقط بها الاستدلال.

على تنفيذ يمينهم وهجر زوجاتهم، فلم يقربوهنّ حتّى انقضت المدّة المذكورة، وهي أربعة أشهرٍ، فإنّ ذلك يكون إصراراً منهم على الطّلاق، فيكون إيلاؤهم طلاقاً، فتطلق منهم زوجاتهم بمجرّد انقضاء هذه المدّة من غير حاجةٍ إلى تطليقٍ منهم أو من القاضي، جزاءً لهم على ضرر زوجاتهم.

ومعنى الآية على رأي الجمهور: أنّ الأزواج الّذين يحلفون على ترك قربان زوجاتهم يمهلون أربعة أشهرٍ، فإن فاءوا ورجعوا عمّا منعوا أنفسهم منه بعد مضيّ هذه المدّة فإنّ اللّه غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين والعزم على ذلك الضّرر، وإن عزموا على الطّلاق بعد انقضاء المدّة فإنّ اللّه سميع لما يقع منهم من الطّلاق، عليم بما يصدر عنهم من خيرٍ أو شرٍّ، فيجازيهم عليه.

ورأي الجمهور –على ما يبدو والله أعلم– أقوى حجة وأقرب للمصلحة، وفي هذا يقول الشيخ علي الخفيف: (إن راي الجمهور أقوى وأصح دليلاً، أو قد يكون من الخير مفاتحة الزوج فيما حدث منه من يمين، وامتناع عن قربان زوجته، وذلك بعد مضي المدة، فيراجع الزوج نفسه، ويدرك خطأه، وذلك خير من فصم عرى الزوجية بمجرد مضي المدة، فلا تجدي المفاتحة ولا النصح ولا الإرشاد، ولكن في عدم وقوع الطلاق بمضيها تهيئة فرصة يستطيع فيها الزوج إصلاح ما أفسد)[1].

وفي هذا يقول الإمام القرافي: (التطليق على المولي يفتقر إلى بذل الجهد والتحري في تلك اليمين المحلوف بها، هي مما توجب عليه حكماً على تقدير الفيئة، أم لا؟ وهل ترك الفيئة منه مضر بالمرأة أم لا؟ وهل كان مقصوده بتلك اليمين الإضرار فتطلق عليه؟.. كما لو حلف أن لا يطأها خوفاً على ولده من السقم لفساد اللبن أو غير ذلك)[2].

ثانياً: نوع الطّلاق الحاصل بالإيلاء.

إذا وقع الطّلاق نتيجةً للإيلاء، سواء أكان وقوعه بمضيّ المدّة عند من يقول بذلك من الفقهاء، أم كان وقوعه بإيقاع الزّوج، بناءً على أمر القاضي له بالطّلاق، أو بإيقاع القاضي عند امتناع الزّوج من الطّلاق عند من لا يقول بوقوع الطّلاق بمضيّ المدّة من الفقهاء. فهل هذا الطلاق بائن أم رجعي؟ اختلف السادة الفقهاء في نوع الطلاق الحاصل بالإيلاء بذلك إلى قولين:

القول الأول: إن الطلاق الذي يقع بالإيلاء طلاق بائن. وهو قول عثمان وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنهم[3]. وهو مذهب الحنفية والزيدية والإباضية.

جاء في تنوير الابصار: وحكمه–أي الإيلاء– وقوع طلقة بائنة[4].

وفي المجموع للإمام زيد: فإن عزم الطلاق تطليقة بائنة[5].

وفي شرح النيل: الإيلاء طلاق واحد إن لم ينو أكثر ولا يملك رجعتها[6].

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأثر والمعقول:

---

[1] الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج، ٢٤٩.
[2] القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات الإمام، ١٤٧.
[3] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٧/٣.
[4] التمرتاشي: تنوير الأبصار، ٥٦٢/٢.
[5] الإمام زيد: المجموع، ١٨٨/٤.
[6] إطفيش: شرح النيل، ٤٤٢/٣.

أما الأثر:

١-عن إبراهيم النخعي أن رجلاً آلى من امرأته فمضت أربعة أشهر قبل أن يجامعها، ثم جامعها بعد الأربعة وهو لا يذكر يمينه، فأتى علقمة بن قيس فذكر ذلك له، فأتوا ابن مسعود فسألوه، فقال: قد بانت منك فاخطبها إلى نفسها. فخطبها إلى نفسها وأصدقها رطلاً من فضة[١].

٢-عن عبد الله بن مسعود أنه قال في الإيلاء: إذا مضت أربعة أشهر فهي واحدة بائنة[٢].

وأما المعقول: فإن الشارع قد جعل الفرقة في الإيلاء لرفع الظلم والضرر عن الزوجة. وهذا لا يتحقق إلا في الطلاق البائن لا الرجعي. إذ لو كان رجعيّاً لاستطاع الزّوج إعادتها فلا تتخلّص من الضّرر، ولأنّ القول بوقوع الطّلاق رجعيّاً يؤدّي إلى العبث، لأنّ الزّوج إذا امتنع عن الفيء والتّطليق يقدّم إلى القاضي ليطلّق عليه، ثمّ إذا طلّق عليه القاضي يراجعها ثانياً، فيكون ما فعله القاضي عبثاً، والعبث لا يجوز[٣].

جاء في حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: (عن سعيد بن المسيب: إنما وقع بائناً؛ لأن الزوج ظلمها، حيث منعها حقها المستحق عليه الوطء في المدة، فجازاه الشرع بالطلاق عند مضي المدة تخليصاً عن ضرر التعليق، ولا يحصل التخلص بالرجعي فوقع بائناً)[٤].

القول الثاني: إن الإيلاء طلاق رجعي، ما دامت المرأة قد دخل بها الزّوج قبل ذلك. وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والجعفرية.

جاء في شرح الخرشي: إن المولي إذا طلق الحاكم عليه زوجته التي دخل بها فله أن يراجعها ما دامت العدة باقية[٥].

وفي نهاية المحتاج: إن طلاق المولي طلاق رجعي، إلا إذا كان قبل الدخول أو مكملاً للثلاث[٦].

وجاء في المغني: والإيلاء طلاق رجعي، سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه، وعن أحمد رواية أنه بائن إذا طلق الحاكم، ورجعي إذا طلق الزوج[٧].

وفي المحلى: فإذا طلقها ثم راجعها فقد سقط عنه حكم الإيلاء[٨].

وحجة أصحاب هذا القول: أن الأصل في الطلاق أنه رجعي، إلا أن يدل الدليل على أنه بائن. ولأنّه طلاق لامرأةٍ مدخولٍ بها من غير عوضٍ ولا استيفاء عددٍ، فيكون رجعيّاً كالطّلاق في غير الإيلاء[٩].

---

[١] عبد الرزاق: المصنف، باب الرجل يجهل الإيلاء حتى يصيب امرأته ٤٥٩/٦ برقم ١١٦٦٧. ورجاله ثقات.

[٢] سنن سعيد بن منصور كتاب الطلاق -باب ما جاء في الإيلاء ٣٥/٢ برقم ١٩٣٣ ورجاله ثقات إلا أنه مرسل.

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٧/٣. المرغيناني: الهداية، ١٩٢/٤.

[٤] حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي، ٢٦٢/٢.

[٥] شرح الخرشي على خليل، ٢٤٠/٣.

[٦] الرملي: نهاية المحتاج، ١٦٥/٦.

[٧] ابن قدامة: المغني، ٥٤٢/٨.

[٨] ابن حزم: المحلى، ٤٣/١٠.

[٩] ابن رشد: بداية المجتهد، ١٠٥/٢. ابن قدامة: المغني، ٣٣١/٧.

الترجيح:

إن سبب الخلاف بين من عدّ الطلاق بالإيلاء بائناً، وبين من قال: إنه طلاق رجعي، معارضة المصلحة المقصودة من الإيلاء للأصل المعروف في الطلاق، فمن غلب الأصل، قال: إنه رجعي. ومن غلب المصلحة، قال: إنه بائن[1].

لذلك الراجح –والله أعلم– إن كان قصد المولي الضرر والظلم، فيكون طلاقه بائناً. وإن كان قصده التأديب أو الأصل المعروف بالمعروف، فهو طلاق رجعي.

الحالة الثانية: الفيء والحنث باليمين.

المقصود بالفيء: هو أن يحنث الزوج فيرجع إلى معاشرة زوجته الّتي آلى منها، بحيث تعود الحياة الزّوجيّة بينهما إلى ما كانت عليه قبل الإيلاء.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الفيء الجماع[2].

وقال الفراء: الفيء أن يرجع إلى أهله فيجامع[3].

والمقصود بالحنث عدم الوفاء بموجب اليمين. فإذا كانت المدّة الّتي حلف ألاّ يقرب زوجته فيها أكثر من أربعة أشهرٍ، كخمسة أشهرٍ مثلاً، ثمّ قربها قبل أن تمضي هذه المدّة، كان حانثاً في يمينه، حيث إنّه لم يعمل بمقتضاها.

والحنث في اليمين وإن كان غير مرغوبٍ فيه شرعاً، لكنّه في الإيلاء مستحبّ، لأنّ فيه رجوعاً عن إيذاء الزّوجة والإضرار بها، فهو ما ينطبق عليه قول النّبيّ صلى الله عليه وسلم: (من حلف على يمينٍ فرأى غيرها خيراً منها فليأت الّذي هو خير، وليكفّر عن يمينه)[4].

فالواجب على الزوج إذا آلى من زوجته أن يعود إليها بعد أن يكفر عن يمينه، ولا يؤاخذه الله تعالى بتلك اليمين بل يغفر له ويرحمه.

والحنث باليمين لا يكون إلا إذا كان الفيء بالجماع، لأنّه هو المحلوف على تركه، أمّا لو كان الفيء بالقول – كما سيأتي– فلا يترتّب عليه الحنث، بل تبقى اليمين قائمةً منعقدةً حتّى يوجد الجماع، فإن حصل منه قبل مضيّ المدّة الّتي حلف الزّوج على ترك وطء زوجته فيها حنث وانحلّت اليمين، ومن هذا يبيّن أنّ الفيء يكون وجوده سبباً في انحلال الإيلاء وارتفاعه، وإنّه إن كان بالفعل انحلّ الإيلاء وارتفع في حقّ الطّلاق والحنث جميعاً، وإن كان بالقول انحلّ الإيلاء في حقّ الطّلاق، وبقي في حقّ الحنث، حتّى لو وجد الجماع في الزّمن المحلوف على تركه فيه وجبت الكفّارة وانحلّ الإيلاء بالنّسبة للحنث أيضاً[5].

المطلب الأول: طرق الفيء.

للفيء طريقان: إحداهما أصليّة، والأخرى استثنائيّة.

---

[1] ابن رشد: بداية المجتهد، ٦١/٢.

[2] ابن المنذر: الإشراف على مذاهب العلماء، ٢٢٩.

[3] الفراء: معاني القرآن، ١٤٥/١.

[4] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان، باب ندب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها أن يأتي الذي هو خير ويكفر عن يمينه، ١٢٧١/٣. برقم ١٦٥٠. و١٦٥١. والكفارة هي إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة، فإن لم يجد شيئاً فصيام ثلاثة أيام.

[5] الموسوعة الفقهية الكويتية مادة " إيلاء".

أمّا الأصليّة: فهي الفيء بالفعل. وأمّا الاستثنائيّة: فهي الفيء بالقول.

الفرع الأول: الفيء بالفعل.

المراد بالفعل الّذي يكون فيئاً وينحلّ به الإيلاء: إنّما هو الجماع، ولا خلاف في هذا لأحدٍ من الفقهاء. قال ابن المنذر: أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أنّ الفيء الجماع، ولا يكون ما دون الجماع فيئاً. وينبني على الفيء بالفعل انحلال الإيلاء، ولزوم مقتضى اليمين، لأنّه بالجماع يتحقّق الحنث، واليمين لا يبقى بعد الحنث، إذ الحنث يقتضي نقض اليمين، والشّيء لا يبقى مع وجود ما ينقضه[1].

فإن كانت اليمين قسماً باللّه تعالى أو بصفةٍ من صفاته الّتي يحلف بها، كعزّة اللّه وعظمته وجلاله وكبريائه، لزمته كفّارة يمينٍ في قول أكثر أهل العلم، وعند بعض العلماء لا تجب عليه الكفّارة. وإن كانت اليمين بتعليق شيءٍ على قربان الزّوجة لزمه ما التزمه من ذلك، فإن كان المعلّق على القربان طلاقاً أو عتقاً وقع الطّلاق والعتق وقت حصول الفيء، لأنّ الطّلاق والعتق متى علّق حصوله على حصول أمرٍ في المستقبل، ووجد المعلّق عليه، وقع الطّلاق وثبت العتق بمجرّد وجوده، كما هو مذهب الفقهاء.

وإن كان المعلّق على القربان صلاةً أو صياماً أو حجّاً أو صدقةً، فإمّا أن يعيّن لأدائه وقتاً أو لا يعيّن. فإن عيّن للأداء وقتاً كأن يقول: إن قربت زوجتي مدّة خمسة أشهرٍ فعليّ صلاة مائة ركعةٍ في يوم كذا مثلاً، لزمته الصّلاة في الوقت الّذي عيّنه. وإن لم يعيّن للأداء وقتاً وجب عليه فعل ما التزمه في أيّ وقتٍ أراد، ولا إثم عليه في التّأخير، وإن كان الأفضل الأداء في أوّل وقتٍ يمكنه الأداء فيه خوفاً من انتهاء الأجل قبل أن يؤدّي ما وجب عليه.

الفرع الثاني: الفيء بالقول.

إذا آلى الرّجل من زوجته كان الواجب شرعاً عليه أن يفيء إليها بالفعل، فإن لم يقدر على الفيء بالفعل لزمه الفيء بالقول. كأن يقول: فئت إلى زوجتي فلانة، أو رجعت عمّا قلت، أو متى قدرت جامعتها، وما أشبه ذلك من كلّ ما يدلّ على رجوعه عمّا منع نفسه منه باليمين.

والحكمة في تشريع الفيء بالقول: أنّ الزّوج لمّا آذى زوجته بالامتناع عن قربانها، وعجز عن الرّجوع، وكان في إعلانه الوعد به إرضاءً لها لزمه هذا الوعد، ولأنّ المقصود بالفيئة ترك الإضرار الّذي قصده الزّوج بالإيلاء، وهذا يتحقّق بظهور عزمه على العود إلى معاشرتها عند القدرة[2].

شرائط صحّة الفيء بالقول:

لا يصحّ الفيء بالقول إلاّ إذا توافرت فيه الشّرائط الآتية:

الشّريطة الأولى: العجز عن الجماع، فإن كان الزّوج قادراً على الجماع لا يصحّ منه الفيء بالقول، لأنّ الفيء بالجماع هو الأصل، إذ به يندفع الظّلم عن الزّوجة حقيقةً، والفيء بالقول خلف عنه، ولا عبرة بالخلف مع القدرة على الأصل، كالتّيمّم مع الوضوء.

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٣/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٢٤/٧.

(2) المراجع السابقة. الدردير: الشرح الكبير، ٤٣٨/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٠/٣. الموسوعة الفقهية الكويتية مادة " إيلاء".

والعجز نوعان: عجز حقيقيّ وعجز حكميّ.
فالعجز الحقيقيّ: مثل أن يكون أحد الزّوجين مريضاً مرضاً يتعذّر معه الجماع، أو تكون المرأة صغيرةً لا يجامع مثلها، أو تكون رتقاء، أو يكون الزّوج مجبوباً، أو يكون عنّيناً[1]، أو يكون أحد الزّوجين محبوساً حبساً يحول دون الوصول إلى الجماع، أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدّة الإيلاء[2].
والعجز الحكميّ: هو عندما يكون المانع عن الجماع شرعيّاً، كأن تكون المرأة حائضاً عند انقضاء مدّة التّربّص –هذا عند الفقهاء الّذين يقولون بالفيء بعد انقضاء مدّة الإيلاء– أو يكون الزّوج محرماً بالحجّ وقت الإيلاء من زوجته، وبينه وبين التّحلّل من الإحرام أربعة أشهرٍ (وهذا عند الفقهاء الّذين يقولون: الفيء لا يكون إلاّ في مدّة الإيلاء).

وقد اتفق الفقهاء على أنه إن كان العجز حقيقيّاً انتقل الفيء من الفعل إلى القول. ولكنهم اختلفوا في العجز الحكمي إلى قولين:
القول الأول: ينتقل الفيء من الفعل إلى القول إذا كان العجز حكميّاً أيضاً وهو مذهب المالكيّة والحنابلة وفي قولٍ مرجوحٍ للشّافعيّة[3].
وحجّة هؤلاء: أنّ العجز الحكميّ كالعجز الحقيقيّ في أصول الشّريعة، كما في الخلوة بالزّوجة، فإنّه يستوي فيها المانع الحقيقيّ والمانع الشّرعيّ في المنع من صحّة الخلوة، فكذلك الفيء في الإيلاء يقوم فيه العجز الحكميّ مقام العجز الحقيقيّ في صحّة الفيء بالقول بدلاً من الفيء بالفعل.

القول الثاني: لا ينتقل الفيء من الفعل إلى القول إذا كان العجز حكميّاً وهو مذهب أبي حنيفة وصاحبيه والشّافعيّ. وصرّح الشّافعيّة بأنّه يطالب بالطّلاق[4].
وحجّة هؤلاء: أنّ الزّوج قادر على الجماع حقيقةً، والامتناع عنه إنّما جاء بسببٍ منه، فلا يسقط حقّاً واجباً عليه. وأيضاً: فإنّ الزّوج هو المتسبّب باختياره فيما لزمه بطريقٍ محظورٍ فلا يستحقّ التّخفيف[5].

الشّريطة الثّانية: دوام العجز عن الجماع إلى أن تمضي مدّة الإيلاء، فلو كان الزّوج عاجزاً عن الجماع في مبدأ الأمر، ثمّ قدر عليه في المدّة بطل الفيء بالقول، وانتقل إلى الفيء بالجماع، حتّى لو ترك الزّوجة ولم يقربها إلى أن مضت أربعة أشهرٍ بانت منه عند الحنفيّة. وذلك لما سبق من أنّ الفيء باللّسان بدل عن الفيء بالجماع، والقاعدة الفقهية تقول: **لا عبرة للبدل مع القدرة على الأصل**[6]. **أو: من قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل حكم البدل،** كالمتيمّم إذا قدر على الماء قبل أداء الصّلاة.
فإذا آلى الرّجل من زوجته وهو صحيح، ثمّ مرض، فإن مضت عليه مدّة وهو صحيح يمكنه الجماع فيها، فلا يصحّ فيئه بالقول، لأنّه كان قادراً على الجماع مدّة الصّحّة، فإذا لم يجامع مع القدرة عليه يكون قد فرّط في إيفاء حقّ زوجته، فلا يعذر بالمرض الحادث.

---

(1) سبق بيان معاني هذه الأمراض عند حديثنا عن التفريق للعيوب فليراجع.
(2) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٥٢/٢.
(3) حاشية الخرشي على خليل، ٢٣٩/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٠/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٢٨/٧.
(4) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٤/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٠/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٢٨/٧.
(5) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٦٩/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٢٨/٧.
(6) السرخسي: المبسوط،٣١/٧.

أمّا إذا لم تكن مضت عليه مدّة – وهو صحيح يمكنه الجماع فيها – فإنّ فيئه بالقول يكون صحيحاً، لأنّه إذا لم يقدر على الجماع في مدّة الصّحّة لقصرها، لم يكن مفرّطاً في ترك الجماع، فكان معذوراً.
هذا ما صرّح به الحنفيّة، وهو ما يفهم من عبارات المذاهب الأخرى[1].

الشّريطة الثّالثة: قيام النّكاح وقت الفيء بالقول، وذلك بأن يكون الفيء حال قيام الزّوجيّة، وقبل حصول الطّلاق البائن من الزّوج. أمّا لو آلى الرّجل من زوجته، ثمّ أوقع عليها طلاقاً بائناً، وفاءً بالقول لم يكن ذلك فيئاً، وبقي الإيلاء، لأنّ الفيء بالقول حال قيام النّكاح إنّما يرفع الإيلاء في حقّ حكم الطّلاق، لإيفاء حقّ الزّوجة بهذا الفيء، والمطلّقة بائناً ليس لها الحقّ في الجماع، حتّى يكون الرّجل مضرّاً بها بالامتناع عن جماعها، ووقوع الطّلاق بالإيلاء كان لهذا السّبب، ولم يوجد، فلا يقع عليها طلاق بمضيّ المدّة، لكن يبقى الإيلاء، لأنّه لم يوجد ما يرفعه وهو الحنث، ولهذا لو تزوّجها ومضت مدّة الإيلاء بعد الزّواج من غير فيءٍ وقع عليها الطّلاق عند الحنفيّة، وأمر بالفيء إليها أو طلاقها عند الجمهور، وهذا بخلاف الفيء بالفعل، فإنّه يصحّ بعد زوال النّكاح وثبوت البينونة بسببٍ آخر، كالخلع أو الطّلاق على مالٍ، فإنّه بالفيء بالفعل – وإن كان محرماً – يبطل الإيلاء، لأنّه إذا وطئها حنث في يمينه، وبالحنث تنحلّ اليمين ويبطل الإيلاء، ولكن لا ترجع المرأة إلى عصمته، ويعتبر آثماً بالوطء في عدّة البينونة[2].

المطلب الثاني: وقت الفيء.

ذكرنا أنّ المولي يلزمه شرعاً أن يرفع الضّرر عن الزّوجة الّتي آلى منها، وللزوجة إذا مضت مدة الأربعة أشهر أن تطالب زوجها بالفيء عند جمهور الفقهاء. إلا إذا كان بها عذر يمنع الوطء فيمتنع عليها المطالبة؛ لأن الوطء ممتنع من جهتها كما ليس لها المطالبة بالطلاق. لأنه إنما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ولم يجب عليه شيء[3].

وذكرنا أيضاً أن طريق رفع الضّرر عنها يكون بالفيء، والفيء له طريقان: إحداهما أصليّة وهي: الفعل، وثانيتهما استثنائيّة وهي: القول.
وسواء أكان الفيء بالفعل أم بالقول فإنّ له وقتاً تختلف آراء الفقهاء فيه على الوجه الآتي:
الرأي الأول: يرى الحنفيّة أنّ الفيء يكون في مدّة الإيلاء، وهي الأربعة الأشهر. فإن حصل الفيء فيها، وكان الفيء بالفعل، حنث الزّوج في يمينه، وانحلّ الإيلاء بالنّسبة للطّلاق، حتّى لو مضت أربعة أشهرٍ لا تبين الزّوجة.
وإن حصل الفيء بالقول انحلّ الإيلاء في حقّ الطّلاق، وبقي في حقّ الحنث، حتّى لو فاء الزّوج بالقول في المدّة، ثمّ قدر على الجماع بعد المدّة وجامعها، لزمته الكفّارة، لأنّ وجوب الكفّارة معلّق بالحنث، والحنث هو فعل المحلوف عليه، والمحلوف عليه هو الجماع، فلا يحصل الحنث بدونه.
وإن لم يحصل الفيء في مدّة الإيلاء بالفعل ولا بالقول، وقع الطّلاق بمضيّها عند الحنفيّة كما تقدّم.

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٤/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٩٥/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٥٢/٢. الدردير: الشرح الكبير، ٤٣٧/٢. ابن قدامة: المغني، ٣٢٨/٧.
(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٥/٣-١٧٩. الموسوعة الفقهية الكويتية مادة " إيلاء".
(3) حاشية الخرشي، ٢٣٧/٣. ابن قدامة: المغني، ٥٣٢/٨. الموسوعة الفقهية الكويتية مادة " إيلاء".

الرأي الثاني: ويرى المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة: أنّ الفيء يكون قبل مضيّ الأربعة الأشهر، ويكون بعدها، إلاّ أنّه إن حصل الفيء قبل مضيّ هذه المدّة فالحكم كما سبق في الكلام على مذهب الحنفيّة، وإن حصل الفيء بعد مضيّها ارتفع الإيلاء في حقّ الطّلاق وفي حقّ الحنث جميعاً. وكذا إن حدّد مدّةً في يمينه ففاء بعد مضيّها.

أمّا إن كان الفيء قبل مضيّها، فإنّ الزّوج يحنث في يمينه، وتلزمه كفّارة اليمين إن كان اليمين قسماً، ويلزمه ما التزمه إن لم يكن اليمين قسماً، عند من يرى صحّة الإيلاء في حالتي القسم والتّعليق. ومنشأ الاختلاف بين الفقهاء في ذلك يرجع إلى اختلافهم في فهم قول اللّه تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٨]، هل الفيئة مطلوبة خارج الأربعة الأشهر أو فيها ؟ وقد بيّنّا ذلك فيما تقدّم.

المطلب الثالث: حكم دخول الطلاق على الإيلاء.

إذا آلى الرّجل من زوجته، وكان الإيلاء مطلقاً عن التّقييد بمدّةٍ، أو كان مؤبّداً، ولم يجامعها، ثم طلقها بل طلّقها في مدّة الإيلاء فهناك حالتان:

الأولى: إما أن يكون الطلاق ثلاثاً بكلمةٍ واحدةٍ، أو طلّقها طلقةً واحدةً وكانت المكمّلة للثّلاث فيكون بينونة كبرى.

الثانية: وإما يكون طلاقاً بائناً بما دون الثلاث، أي بينونة صغرى.

الحالة الأولى: دخول البينونة الكبرى على الإيلاء.

اختلف السادة الفقهاء في حكم دخول البينونة الكبرى على الإيلاء إلى قولين:

القول الأول: يرتفع حكم الإيلاء بالطّلاق البائن بينونة كبرى، وعلى هذا لو تزوّجت المرأة رجلاً آخر، ثمّ عادت إلى الزّوج الأوّل المولي منها، ومضت أربعة أشهرٍ من وقت زواجها به ولم يجامعها، لا يقع عليها شيء، ولا يطالب بالفيء أو الطّلاق إن لم يفئ، وهذا مذهب أبي حنيفة وصاحبيه، ومالكٍ، وهو أظهر أقوالٍ ثلاثةٍ للإمام الشّافعيّ[1].

وحجّة هؤلاء: أنّ الحلّ الثّابت بالزّواج الأوّل قد زال بالكلّيّة بالطّلاق الثّلاث، والحلّ الحاصل بالزّواج الثّاني حلّ جديد، ولهذا يملك فيه الزّوج ثلاث طلقاتٍ، فصار إيلاؤه في الزّواج الأوّل كإيلائه من امرأةٍ أجنبيّةٍ.

القول الثاني: لا يرتفع الإيلاء بالطّلاق البائن بينونة كبرى. وللزّوجة أن ترفع الأمر إلى القاضي، والقاضي يقف الزّوج، فإمّا أن يفيء أو يطلّق، فإن لم يفعل طلّق عليه القاضي. وهو مذهب أحمد وزفر من الحنفيّة، والشّافعيّ في قولٍ ثانٍ من أقواله الثّلاثة.

وقال زفر من الحنفيّة: يقع عليها طلاق بائن بمضيّ أربعة أشهرٍ من وقت زواجها به من غير وقاعٍ.

وحجّة هؤلاء: أنّ اليمين صدرت مطلّقةً غير مقيّدةٍ بالحلّ الّذي كان قائماً وقت صدورها، وعلى هذا توجد اليمين عندما يتحقّق حلّ المرأة للرّجل، بلا فرقٍ بين الحلّ الّذي كان موجوداً عند صدورها، وبين الحلّ الّذي

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٨/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٨٨/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٤٨/٢. حاشية الخرشي على خليل، ١٨١/٣. الدردير: الشرح الكبير، ٣٧٥/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٣/٣.

وجد بعد زوال الحلّ الأوّل. فإذا عادت المرأة إلى الزّوج الّذي آلى منها صدق عليه أنّه ممتنع من جماع امرأته بناءً على يمينه، فيثبت له حكم الإيلاء كما لو لم يطلّق[1].

الحالة الثانية: دخول البينونة الصغرى على الإيلاء.

إذا آلى الرّجل من زوجته، وكان الإيلاء مؤبّداً أو مطلقاً عن التّوقيت، بأن قال: واللّه لا أقرب زوجتي أبداً، أو قال: واللّه لا أقرب زوجتي ولم يذكر وقتاً، ثمّ أبانها بما دون الثّلاث، وتزوّجها بعد ذلك، فللفقهاء قولان في ذلك:

القول الأول: يبقى حكم الإيلاء بعد البينونة بما دون الثّلاث. فلو مضت أربعة أشهرٍ من وقت الزّواج ولم يجامعها، وقعت طلقةً بائنةً عند الحنفيّة. وعند المالكيّة والحنابلة ومن وافقهم: يؤمر بالفيء، فإن أبى ولم يطلّق، طلّق عليه القاضي.

قال مالك في الرجل يولي من امرأته ثم يطلقها فتنقضي الأربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق، قال: هما طلقتان إن هو وقف ولم يفيء، وإن مضت عدة الطلاق قبل الأربعة أشهر، فليس الإيلاء بطلاق، وذلك أن الأربعة أشهر التي كانت يوقف بعدها مضت، وليس له يومئذ امرأة[2].

وقال ابن قدامة في المغني: إذا طلق استؤنفت المدة الأخرى من حيث طلق، فلو تمت أربعة اشهر قبل انقضاء عدة الطلاق وقف ثانياً، فإن فاء وإلا أمر بالطلاق، وإن انقضت العدة قبل مدة الإيلاء بانت وانقطع الإيلاء[3].

وكذلك لو تزوّجها بعدما وقع عليها الطّلاق الثّاني، ومضت أربعة أشهرٍ لم يقربها فيها منذ تزوّجها: وقعت عليها طلقة ثالثة عند أئمّة الحنفيّة. أمّا عند غيرهم فيؤمر بالفيء أو الطّلاق، فإن لم يفء أو يطلّق طلّق عليه القاضي، وبهذا تصير المرأة بائنةً ببينونةً كبرى، فينحلّ الإيلاء في حقّ الطّلاق عند أبي حنيفة وصاحبيه ومالكٍ. ويبقى عند أحمد وزفر من الحنفيّة على ما تقدّم.

القول الثاني: ينتهي الإيلاء بالطّلاق البائن بما دون الثّلاث، كما ينتهي بالطّلاق الثّلاث. وهو قول الشّافعيّ في أحد أقواله الثّلاثة.

وقال الشربيني الخطيب: لو آلى من زوجته ثم طلقها رجعياً، فإن المدة تنقطع لجريانها إلى البينونة[4].

أما لو أبان الزّوج زوجته الّتي آلى منها إيلاءً مطلقاً أو مؤبّداً بما دون الثّلاث، وتزوّجت برجلٍ آخر، ودخل بها، ثمّ عادت إلى الأوّل عاد حكم الإيلاء من غير خلافٍ بين الجمهور من الفقهاء كما تقدّم. إنّما الاختلاف بينهم فيما تعود به إلى الزّوج الأوّل: فعند أبي حنيفة وأبي يوسف تعود بثلاث تطليقاتٍ، وعند

---

(1) المراجع السابقة. ابن قدامة: المغني، ٣٣٥/٧.
(2) موطأ الإمام مالك، ١٧٣/٣. شرح الزرقاني على الموطأ، ١٧٥/٣.
(3) ابن قدامة: المغني، ٣٣٣/٧-٣٣٤.
(4) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٩/٣.

مالكٍ والشّافعيّ وأحمد في إحدى الرّوايتين عنه تعود إليه بما بقي، وهو قول محمّد بن الحسن من الحنفيّة[1].

وهذا الخلاف مبنيّ على أنّ الزّواج الثّاني هل يهدم الطّلقة والطّلقتين كما يهدم الثّلاث[2]، أو لا يهدم إلاّ الثّلاث؟ فعند الأوّلين يهدم الطّلقة والطّلقتين كما يهدم الثّلاث، وعند الآخرين لا يهدم إلاّ الثّلاث.

وحجّة الفريق الأوّل: أنّ الزّواج الثّاني إذا هدم الطّلاق الثّلاث، وأنشأ حلّاً كاملاً، فأولى أن يهدم ما دون الثّلاث، ويكمل الحلّ النّاقص.

وحجّة الفريق الثّاني: أنّ الحلّ الأوّل لا يزول إلاّ بالطّلاق الثّلاث، فإذا طلّق الرّجل زوجته واحدةً أو اثنتين لم تحرم عليه، وحلّ له التّزوّج بها، فلو تزوّجت بغيره ودخل بها ثمّ عادت إليه بعد ذلك، عادت إليه بالحلّ الأوّل، فلا يملك عليها إلاّ ما بقي من الطّلاق الّذي كان ثابتاً له في ذلك الحلّ[3].

هذا وقد اتفق جميع الفقهاء على أن الإيلاء في حقّ الحنث باقٍ بعد الطّلاق الثّلاث أو ما دون الثلاث من باب أولى، فلو آلى الرّجل من زوجته إيلاءً مطلقاً عن التّقييد بمدّةٍ، أو مؤبّداً، ولم يجامعها، ثمّ طلّقها ثلاثاً، وعادت إليه بعد أن تزوّجت رجلاً آخر، ثمّ جامعها حنث في يمينه، ولزمته كفّارة اليمين إن كانت اليمين قسماً، ولزمه ما علّقه على جماعها إن لم تكن اليمين قسماً، لأنّ اليمين إذا كانت لها مدّة فإنّها تبقى ما بقيت هذه المدّة، ولا تبطل إلاّ بالحنث، وهو فعل المحلوف عليه قبل مضيّ مدّة اليمين، أو بمضيّ هذه المدّة بدون حنثٍ. وإن كانت اليمين مطلقةً لم تقيّد بمدّةٍ، أو ذكرت فيها كلمة الأبد، فإنّها لا تبطل إلاّ بالحنث، وهو فعل الشّيء المحلوف على تركه، وهو في الإيلاء الجماع، فإذا لم يوجد الحنث فاليمين باقية[4].

---

(1) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٧٩/٢. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٢٧/٣. ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٢/٢. حاشية الخرشي على خليل، ١٨١/٣، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٣/٣. ابن قدامة: المغني، ٢٦١/٧.

(2) سوف نبحث مسألة الهدم لاحقاً في آثار الطلاق.

(3) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٧٩/٢. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٢٧/٣. ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٢/٢. حاشية الخرشي على خليل، ١٨١/٣، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٣/٣. ابن قدامة: المغني، ٢٦١/٧.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٨/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٨٨/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٤٨/٢. حاشية الخرشي على خليل، ١٨١/٣. الدردير: الشرح الكبير، ٣٧٥/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٣/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٣٥/٧.

المبحث الرابع
القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة الإيلاء
وموقف القانون منها

قاعدة رقم (١).

من صح طلاقه ويمينه عند الحاكم صح إيلاؤه[١].

وفي لفظ آخر:

- كل من وقع عليه الطلاق من الأزواج وقع عليه الظهار والإيلاء[٢].
- يلزم الإيلاء كل من إذا طلق لزمه الطلاق ممن تجب عليه الفرائض[٣].
- من صح طلاقه صح إيلاؤه.

معنى القاعدة:

للإيلاء جانبان: الجانب الأول: تحريم الزوجة، فهو في هذا الباب كالطلاق. لذلك ورد في ألفاظ القاعدة: من صح طلاقه صح إيلاؤه. والجانب الثاني: اليمين، فهو في هذا الباب كاليمين وحكمه حكم اليمين. لذلك قيل من صحت يمينه عند الحاكم صح إيلاؤه.

فكل من يصدر منه الطلاق من الأزواج يصح أن يصدر منه الإيلاء. لذلك يشترط في الرّجل لكي يكون إيلاؤه صحيحاً أن يكون له أهلية الطلاق[٤]، أي عاقل بالغ، حرّ أو عبد، مالك النكاح. مسلم أو ذميّ كافر، خلافاً للمالكية، إذ لا يجيزون إيلاء الكافر[٥].

أما الظهار فيقع من كل زوج مسلم أو نصراني أو مشرك أو أهل كتاب إن كان قد تزوج مشرك أو كتابية عند الشافعية والحنابلة[٦] خلافاً للحنفيّة والمالكيّة ورواية عن أحمد[٧].

فروع على القاعدة:

منها: يقع الإيلاء من الزوج سواء أكان فيه مصلحة للزوجة أم لا عند جمهور الفقهاء كما بينا ذلك سابقاً. ويقع إيلاء الخصي والمجبوب.

ويستثنى من هذه القاعدة: إيلاء العاجز عن الوطء – عند جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة[٨]– والحنابلة[٨]– فإن إيلاءه غير صحيح، لأنه حلف على ترك مستحيل مع أنه يصح منه الطلاق واليمين عند عند الحاكم[١].

---

[١] ابن قدامة: المغني، ٤٢٥/٧. ابن قدامة: الكافي، ١٦٢/٣. ابن قدامة: الشرح الكبير، ٥٤٩/٤.
[٢] الشافعي: الأم، ٢٦٨/٥.
[٣] المرجع السابق.
[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٠٠/٣، حاشية الخرشي على خليل، ٢٢٩/٣، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٣/٣. ابن قدامة: المغني، ٣١٤/٧.
[٥] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٤٠/٣، الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٩/٣، حاشية الخرشي على خليل، ١٧١/٣-١٧٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧٩/٣. ابن قدامة: المغني، ١١٤/٧.
[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٥٢/٣. ابن قدامة: المغني، ٣٣٨/٧-٣٣٩. المرداوي: الإنصاف، ١٩٨/٩.
[٧] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٠/٣. الدردير: الشرح الكبير، ٤٣٩/٢.
[٨] ابن جزي: القوانين الفقهية: ص ٢٤١، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٤٣/٣، الشيرازي: المهذب، ١٠٥/٢، الدردير: الشرح الكبير، ٤٢٦/٢، ابن قدامة: المغني، ٢٩٨/٧، ٣١٤، البهوتي: كشاف القناع، ٤٠٦/٥ ومابعدها، المقدسي: غاية المنتهى، ١٨٨/٣.

قاعدة رقم (٢).

الإيلاء من كل زوجة مسلمة أو ذمية أو أمة سواء لا يختلف في شيء[٢].

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة أن الإيلاء يقع على كل زوجة سواء أكانت مسلمة أو ذمية، وذلك لقول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٨]. إذ الآية جاءت عامة لجميع الزوجات[٣].

فروع على القاعدة:

منها: لو آلى من زوجته الذمية، فيقع عليه حكم الإيلاء.

ويستثنى من هذه القاعدة: الإيلاء من الصغيرة أو التي لا تطيق الوطء والمعيبة بعيب جنسي يحول دون الاتصال هل ينعقد اليمين عليها أم لا؟. خلاف بين الفقهاء كما بيناه سابقاً.

قاعدة رقم (٣).

تحريم الحلال يكون يميناً إذا صادف محله فأما إذا لم يصادف محله كان لغواً[٤].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- تحريم الحلال يمين[٥].

معنى هذه القواعد:

معنى تحريم الحلال: جعل ما هو حلال شرعاً محرماً بيمينه، لكن بشرط أن يصادف محلاً صالحاً للإيقاع وكذلك تحريم الحرام شرعا يمين إذا نواه.

فروع على القاعدة:

منها: إذا حلفت امرأة أن لا تمكن زوجها من نفسها ثم مكنته فعليها كفارة يمين.

ومنها إذا قال لزوجته: أنت علي حرام كأمي. ولم تكن له نية ظهار أو طلاق فهو ظهار، لأن الحرمة بالظهار هنا دون الحرمة بالطلاق، لأن الحرمة بالظهار لا تزيل الملك والحرمة بالطلاق تزيله[٦].

قاعدة رقم (٤).

المحتمل لا يوجب شيئاً بدون النية[٧].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- المحتمل لا تتعين جهة فيه بدون نية.

---

[١] ابن قدامة: المغني، ٤٢٥/٧.
[٢] الشافعي: الأم، ٢٨٨/٥.
[٣] المرجع السابق، ٢٨٢/٢ و٢٨٨ و٢٨٦.
[٤] السرخسي: المبسوط،٢٣٦/٢٠.
[٥] المرجع السابق،٢٢٧/٦ – الأزجندي: الفتاوى الخانية ٥١٩/١.
[٦] السرخسي: المبسوط،٢٢٩/٦.
[٧] المرجع السابق، ٢٢/٧ و٦٣ – و١٠٥/٢٦.

- المحتمل لا يثبت إلا بحجة.

معنى القواعد:

المحتمل هو اللفظ الذي يجوز في دلالته وجهان أو أكثر. فإذا كان اللفظ كذلك فلا يجب حمله على أحد معانيه أو معنييه إلا بالنية المميزة، فالنية هي التي تعين الجهة فيه. وهذا المحتمل لا يثبت مدلوله إلا بحجة وبرهان يرجح أحد مدلولاته.

فروع على القاعدة:

منها: إذا حلف لا يأتي امرأته، والإتيان هنا لفظ محتمل. فإذا عنى الجماع فهو مول. وإن قال: لم أعن الجماع، صدق في القضاء مع يمينه، لأن الاتيان قد يراد به الجماع، ويراد به الزيارة أو الضرب. فكان اللفظ محتملاً. فلا يوجب شيئاً بدون النية.

ومنها: مثله لو حلف لا يغشاها أو لا يقرب فراشها.

ومثله: إذا حلف لا يباضعها، فهو مول، ولا يصدق في القضاء، لأن ظاهر اللفظ الجماع، فإن المباضعة إدخال البضع في البضع. فلا يصدق في صرف اللفظ عن ظاهره.

قاعدة رقم (٥).

الواجب شرعاً لا يحتاج إلى القضاء[١].

معنى القاعدة:

سبق بيان معنى هذه القاعدة في مبحث القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة اللعان.

فروع على القاعدة:

منها: الفرقة بالإيلاء لا تحتاج إلى القضاء في مذهب الحنفية. وقد استثنى الجمهور حكم الإيلاء من هذه القاعدة كما بينا ذلك سابقاً.

قاعدة رقم (٦).

لا يثبت الحكم بالنية دون الفعل[٢].

معنى القاعدة:

قد سبق بيان معنى هذه القاعدة في القواعد الفقهية المتعلقة بالقصد في الطلاق. ولكن تشير هنا في مبحث الإيلاء إلى ما ذكرناه آنفاً مما استدل به جمهور الفقهاء من أن الطلاق لا يقع بمجرد انقضاء مدة الإيلاء ولو عزم عليه. بل لا بد من التلفظ به أو لا بد من أن يطلق عليه القاضي.

قاعدة رقم (٧).

الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتغييب الحشفة[١].

---

[١] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٧٧ – ترتيب اللاليء لوحة ١٠٩. قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٨٦.

[٢] ابن قدامة: المغني ٣٣٦/٢. الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ١٦٢.

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة أن الأحكام التي رتبها الشارع على الوطء تحصل بمجرد تغييب الحشفة. ومن فروع هذه القاعدة في مبحث الإيلاء، أن الفيئة فيه تحصل بتغييب الحشفة[٢].

قاعدة رقم (٨).

لا عبرة للبدل مع القدرة على الأصل[٣].

وفي لفظ آخر:

- حكم البدل إنما يعتبر عند العجز عن الأصل[٤].
- من قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل حكم البدل.
- حكم البدل يسقط اعتباره إذا قدر على الأصل[٥].
- إذا وجد المبدل زال حكم البدل[٦].
- من قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل لزمه العود إليه[٧].
- من قدر على الأصل قبل تمام البدل لم يجزئه[٨].

معنى القواعد:

سبق بيان معنى هذه القواعد في مبحث القواعد الفقهية المتعلقة بالظهار.

فروع على القاعدة:

منها: في الإيلاء لا يجوز الانتقال في الفيء بالفعل وهو الجماع إلى بدله الفيء بالقول إلا عند وجود العجز الحقيقي عن الفعل، فلا بد من دوام العجز عن الجماع إلى أن تمضي مدّة الإيلاء، فلو كان الزّوج عاجزاً عن الجماع في مبدأ الأمر، ثمّ قدر عليه في المدّة بطل الفيء بالقول، وانتقل إلى الفيء بالجماع[٩].

فإذا آلى الرّجل من زوجته وهو صحيح، ثمّ مرض، فإن مضت عليه مدّة وهو صحيح يمكنه الجماع فيها، فلا يصحّ فيئه بالقول، لأنّه كان قادراً على الجماع مدّة الصّحّة، فإذا لم يجامع مع القدرة عليه يكون قد فرّط في إيفاء حقّ زوجته، فلا يعذر بالمرض الحادث.

أمّا إذا لم تكن مضت عليه مدّة – وهو صحيح يمكنه الجماع فيها – فإنّ فيئه بالقول يكون صحيحاً، لأنّه إذا لم يقدر على الجماع في مدّة الصّحّة لقصرها، لم يكن مفرّطاً في ترك الجماع، فكان معذوراً.

---

(١) ابن قدامة: المغني، ١٥٥/٧و ٤٣٢. الزركشي: المنثور، ٤٦/٢. السيوطي: الاشباه والنظائر، ٢٧٠. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٣٩٥. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٠٤.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) السرخسي: المبسوط،٣١/٧.

(٤) المرجع السابق،٥/٣.

(٥) المرجع السابق،١١٠/٤.

(٦) ابن قدامة: المغني ٨٨/٨ – ٩١/٨.

(٧) المرجع السابق، ٣٣/٨

(٨) المرجع السابق، ٩٢/٣

(٩) ابن قدامة: المغني ٩١/٨. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٦٣/٥.

هذا ما صرّح به الحنفيّة، وهو ما يفهم من عبارات المذاهب الأخرى[1].

قاعدة رقم (٩).

اللفظ المحتمل لشيئين على السواء يسأل الحالف عما أراد[2].

هذه تابعة لقاعدة: الأمور بمقاصدها.

فروع على القاعدة:

منها: من طلق زوجه ثلاثاً وقال فيه لا تحل له أبداً، وتزوجت غيره بعده، ودخل بها الثاني، ثم طلقها الزوج الثاني، فأراد المطلق الأول مراجعتها باستئناف نكاحها بعد دخول الزوج الثاني بها.

فإنه يسأل ما أراد بقوله لا تحل له أبداً، ويصدق فيما يدعي من طلاق أو غيره، ويحلف على ما ادعى احتياطاً للفروج.

موقف القانون من فرقة الإيلاء

لم ترد أحكام الإيلاء في قانون الأحوال الشخصية السوري أو المصري صراحة بشكل مباشر، سوى ما أحالت فيها الرجوع إلى الراجح من المذهب الحنفيّ، لكنها وردت في بعض قوانين الأحوال الشخصية مثل:

قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:

المادة ١٣٢: للزوجة طلب التطليق إذا حلف زوجها على عدم مباشرتها مدة أربعة أشهر فأكثر ما لم يفئ قبل انقضاء الأشهر الأربعة ويكون الطلاق بائناً.

قانون الأسرة القطري:

المادة ١٤٦: الإيلاء هو حلف الزوج على ترك وطء الزوجة مطلقاً، أو لمدة أربعة أشهر أو أكثر.

المادة ١٤٧: للزوجة طلب التفريق للإيلاء، ما لم يفئ الزوج عن يمينه قبل انقضاء أربعة أشهر. ويأمر القاضي الزوج بالفيء أو الطلاق، فإن امتنع حكم بالتفريق.

قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

المادة ١٢٣: إذا حلف الزوج على ما يفيد ترك مسيس زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر، أو دون تحديد مدة، واستمر على يمينه حتى مضت أربعة أشهر، طلقها عليه القاضي طلقة رجعية بطلبها.

المادة ١٢٤: إذا استعد الزوج للفئ قبل التطليق، أجله القاضي مدة مناسبة، فان لم يفىء طلق عليه.

المادة ١٢٥: يشترط لصحة الرجعية في التطليق للإيلاء أن تكون بالفئ فعلاً في أثناء العدة، إلا أن يوجد عذر فتصح بالقول.

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٧٤/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٩٥/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٥٢/٢. الدردير: الشرح الكبير، ٤٣٧/٢. ابن قدامة: المغني، ٣٢٨/٧.

[2] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ١٢٥/٤ و٥١٥/٤.

الفصل الرابع
الفرقة بالردة أو إباء الإسلام
والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

تمهيد:

الزواج ارتباط بين قلبين، قبل أن يكون ارتباطاً بين جسدين. فوحدة الأفكار والمشاعر وتلاقي المبادىء والآراء بين الزوجين هو الدعامة الأولى التي يرتكز عليها نظام الزواج. فإذا ما اختلف الزوجان في العقيدة، تباعد قلباهما، ونشأ عن ذلك اختلاف كثير في شؤون الأسرة. فكل من الزوجين يريد أن يربي أولاده على حسب عقيدته ومبادئه، ويصبح لكل منهما أهداف وغايات تختلف عن الآخر، وهكذا يصبح كل من الزوجين في معزل عن الآخر في تقاليده وعادته، في طباعه وأخلاقه، في سلوكه وتفكيره.

ولئن أجاز الشارع الحكيم للمسلم أن يتزوج الكتابية ابتداء، فإن هذا معناه قبول أحدهما بالآخر على دينه ببينة ووضوح. فالزوج قد رضي بزوجته الكتابية، والزوجة قد رضيت بزوجها المسلم.

أما إذا طرأ تغيير الدين أثناء الحياة الزوجية فالأمر يختلف، لأن تغيير الدين معناه الثورة على تلك المبادئ والنظم التي تعاقد عليها الزوجان وفي ظلها تم الزواج.

والحياة الزوجية ليست ميداناً للصراع الفكري بين الرجل والمرأة حتى نحكم عليها بالبقاء الأبدي رغم تغيير الدين، وليست رابطة الزوجية رابطة أبدية لا يجوز فصمها لأي سبب من الأسباب.

ولهذا فإن معظم الشرائع والقوانين نصت صراحة على التطليق لتغيير دين أحد الزوجين، حتى إن الذين لا يؤمنون بالتفريق بين الزوجين قالوا إذا غير أحد الزوجين دينه وجب الانفصال الجثماني بينهما[1].

وسنبحث في هذا الفصل الفرقة حالة تغيير دين أحد الزوجين عن الإسلام في مبحثين:

المبحث الأول: الفرقة بالردة.

المبحث الثاني: الفرقة بإباء الإسلام.

---

[1] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ٩٦٥/٢.

المبحث الأول
الفرقة بالردة

المطلب الأول
تعريف الردة لغةً واصطلاحاً

أولاً: الردة في اللغة: بالكسر مصدر قولك رده يرده رداً وردة، والردة: الاسم من الارتداد؛ وهو الرجوع عن الشيء إلى غيره، سواء تحول عنه إلى ما كان عليه قبل، أو لأمر جديد.

يقال: ارتدّ عنه ارتدادًا أي تحوّل. والاسم الرّدّة، والرّدّة عن الإسلام: الرّجوع عنه. وارتدّ فلانٌ عن دينه إذا كفر بعد إسلامه[١].

وفي التنزيل قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا أَن جَاءَ ٱلْبَشِيرُ أَلْقَاهُ عَلَىٰ وَجْهِهِۦ فَٱرْتَدَّ بَصِيرًا قَالَ أَلَمْ أَقُل لَّكُمْ إِنِّىٓ أَعْلَمُ مِنَ ٱللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾[يوسف:٩٦]. فارتد بصيراً: أي رجع على حالته الأولى مبصراً بعينيه[٢].

وقوله تعالى: ﴿قَالَ ذَٰلِكَ مَا كُنَّا نَبْغِ فَٱرْتَدَّا عَلَىٰٓ ءَاثَارِهِمَا قَصَصًا﴾[الكهف:٦٤]. فارتدا على آثارهما: أي فرجعا في الطريق الذي كانا قطعاه ناكصين على أدبارهما يقصان آثارهما[٣].

هذا ما دلّ عليه القرآن من دلالة للمعنى اللغوي بأن الردة هي الرجوع.

ثانيا: الردة اصطلاحاً.

جاءت دلالة مصطلح الردة في القرآن الكريم عند قوله تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُو۟لَٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَٰلُهُمْ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْآخِرَةِ وَأُو۟لَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾[البقرة:٢١٧]. حيث ذكر المفسرون أن الردة هي الرجوع عن الإسلام، والآية قد دلت بمفهومها أن من يرجع عن دين الإسلام إلى الكفر فيموت، يموت على الكفر، وكذلك قال بعض المفسرين: إن من ارتدّ ثم عاد إلى الإسلام، أنه يرجع إليه عمله الذي قبل ردته، وكذلك من تاب من المعاصي، فإنها تعود إليه أعماله المتقدمة[٤].

أما السادة فقهاء المذاهب فلا يبعد تعريفاتهم للردة عن التعريف اللغوي للردة، ولئن اختلفت شكلاً، لكنها لم تختلف مضموناً، وسأذكر بعض هذه التعريفات:

عرف الحنفية الردة بأنها: إجراء كلمة الكفر والرجوع عن الإيمان[٥].

وعرفها المالكية بأنها: كفر مسلم بصريح من القول، أو قول يقتضي الكفر، أو فعل[٦].

وعرفها الشافعية بأنها: قطع الإسلام بنية أو فعل، سواء قاله استهزاء أو عناداً أو اعتقاداً[٧].

---

[١] ابن منظور: لسان العرب، ١٧٢/٣. الجوهري: الصحاح. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ٣٨٦/٢. الزبيدي: تاج العروس. مادة "ردّ". مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ٣٣٨/١. مادة "ردّ".

[٢] الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، ٢٦٠/١٦.

[٣] الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، ٦١/١٨.

[٤] النسفي: تفسير النسفي، ١١٧/١. الشوكاني: فتح القدير، ٣٣١/١.

[٥] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٣٤/٧. ابن نجيم: البحر الرائق، ١٢٩/٥.

[٦] المواق: التاج والإكليل، ٢٧٩/٦. الدردير: الشرح الكبير، ١٢٩/٥.

[٧] النووي: منهاج الطالبين، ١٣١/١. زكريا الأنصاري: منهج الطلاب، ١٢٤/١.

وعرفها الحنابلة بأنها: الإتيان بما يخرج به عن الإسلام إما نطقاً وإما اعتقاداً وإما شكاً[1].

تعريف المعاصرين:

ذكر العلماء المعاصرون تعريفاً للردة، وهو أنها: الرجوع عن الإسلام، إما باعتقاد أوشك أو قول أو فعل، وقد ذكر العلماء هذا التعريف بما يقابله من تعريف الإيمان: وهو اعتقاد بالجنان، وقول باللسان، وعمل بالجوارح والأركان، فإن الإيمان قول وعمل يزيد وينقص[2]؛ أي قول القلب وعمله، وقول اللسان، وعمل الجوارح، فإن الردة أيضا قول وعمل[3].

التعريف المختار:

والذي إليه أميل في تعريف الردة بأنها: (كفر المسلم بقول صريح أو لفظ يقتضيه أو فعل يتضمّنه)[4].

المطلب الثاني
الأدلة على وقوع الردة وعقاب المرتد

لقد ثبتت الأدلة على وقوع الردة من الكتاب والسنة النبوية والأثر والمعقول.

أولا: الآيات الواردة من القرآن الكريم على وقوع الردة:

لقد ثبتت الأدلة للردة من القرآن الكريم في أكثر من سورة لتبيان أحوال الردة والتحذير من مغبة الوقوع في هذا الجرم الكبير المحرم.

قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ٱرْتَدُّوا عَلَىٰٓ أَدْبَٰرِهِم مِّنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُمُ ٱلْهُدَى ٱلشَّيْطَٰنُ سَوَّلَ لَهُمْ وَأَمْلَىٰ لَهُمْ﴾[محمد:٢٥].

وجه الدلالة: يخبر الله سبحانه وتعالى عن حالة المرتدين عن الهدى والإيمان على أعقابهم إلى الضلال والكفران، فهم ارتدوا لا عن دليل ولا برهان، وإنما هو تسويل من عدوهم الشيطان وتزيين لهم، وإملاء منه لهم، فارتدادهم على أدبارهم هو كفرهم بالله بعد أن عرفوه وتيقنوه، وعلى هذا فالهدى الذي تبين لهم هو صحة نبوته صلى الله عليه وسلم ومعرفته بالعلامات الموجودة في كتبهم[5].

قال الله تعالى: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[النحل:١٠٦].

---

(1) ابن قدامة: المغني، ٢٠٠/١. ابن قدامة: الكافي، ٨١/١.

(2) ابن حجر: فتح الباري، ٤٧/١. النووي: شرح صحيح مسلم، ١٤٦/١. البيهقي: السنن الكبرى، ٢٠٦/١٠ برقم ٢١٤١٧. ابن رجب: جامع العلوم والحكم، ٢٧/١.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٣٥/٥. عودة، عبد القادر: التشْريع الجنائي الإسْلامي مقارناً بالقانون الوضعي- بيروت: مؤسسة الرسالة، الرسالة، ١٩٩٨، ٧٠٧/٢. الشحود: موسوعة الرد على المذاهب المعاصرة، ١٢٢/٣.

(4) السمرقندي: تحفة الفقهاء، ١٣٤/٧، حاشيتا قليوبي وعميرة ١٧٤/٤، حاشية الباجوري ٣٢٨/٢، عليش: منح الجليل، ٤٦١/٤، وشرح وشرح الخرشي ٦٢/٨، ابن قدامة: المغني ٥٤٠/٨، ابن النجار: منتهى الإرادات ٤٩٨/٢.

(5) الشنقيطي: أضواء البيان،٣٧٩/٧، البغوي: معالم التنزيل، ٢٨٧/٧.

وجه الدلالة: أي لا ترتدوا عما آتاكم به الرسول صلى الله عليه وسلم، فمن كفر وارتد من بعد إيمانه فعليه غضب الله، إلا من أرغم على النطق بالكفر، فنطق به خوفاً من الهلاك وقلبه ثابت على الإيمان لا يرتد[1].

قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ٱزْدَادُوا كُفْرًا لَّمْ يَكُنِ ٱللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ وَلَا لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلًا﴾[النساء:١٣٧].

وجه الدلالة: يخبر تعالى عمن دخل في الإيمان، ثم رجع عنه، ثم عاد فيه، ثم رجع إلى الكفر مرة أخرى، واستمر على ضلاله، وازداد حتى مات، فإنه لا توبة بعد موته، ولا يغفر الله له، ولا يجعل له مما هو فيه فرجاً ولا مخرجاً ولا طريقاً إلى الهدى[2].

قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا مَن يَرْتَدَّ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَسَوْفَ يَأْتِى ٱللَّهُ بِقَوْمٍ يُحِبُّهُمْ وَيُحِبُّونَهُۥٓ﴾[المائدة:٥٤].

وجه الدلالة: أي أنه من يرجع منكم عن دينه الحق الذي هو عليه اليوم، فيبدله ويغيره بدخوله في الكفر، فلن يضر الله شيئاً، وسوف يجيء الله بدلاً عنهم بقوم مؤمنين لم يبدلوا ولم يغيروا ولم يرتدوا، بقوم خير من الذين ارتدوا وأبدلوا دينهم، يحبهم الله ويحبون الله[3].

قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَزَالُونَ يُقَٰتِلُونَكُمْ حَتَّىٰ يَرُدُّوكُمْ عَن دِينِكُمْ إِنِ ٱسْتَطَٰعُوا وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُو۟لَٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَٰلُهُمْ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ وَأُو۟لَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾[البقرة:٢١٧].

وجه الدلالة: يخبر الله تعالى أن الكفار يقاتلون المؤمنين، وغرضهم أن يرجعوهم عن دينهم، ويكونوا كفاراً بعد إيمانهم حتى يكونوا من أصحاب السعير[4].

قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوٓا إِن تُطِيعُوا ٱلَّذِينَ كَفَرُوا يَرُدُّوكُمْ عَلَىٰٓ أَعْقَٰبِكُمْ فَتَنقَلِبُوا خَٰسِرِينَ﴾[آل عمران:١٤٩].

وجه الدلالة: إن الآية فيها دلالة للمؤمنين على أنهم إن يطيعوا الذين جحدوا نبوة النبي محمد صلى الله عليه وسلم من اليهود والنصارى يحملوا المؤمنين على الردة بعد الإيمان، والكفر بالله وبآياته، فترجعوا وقد خسرتم أنفسكم مغبونين، وضللتم عن دينكم، وذلك لحسدهم وبغيهم عليكم، وشدة حرصهم على ردكم عن دينكم[5].

قال الله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ مَا قَالُوا وَلَقَدْ قَالُوا كَلِمَةَ ٱلْكُفْرِ وَكَفَرُوا بَعْدَ إِسْلَٰمِهِمْ وَهَمُّوا بِمَا لَمْ يَنَالُوا﴾[التوبة:٧٤].

---

[1] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن،١٨١/١٠. التركي: التفسير الميسر، ٤٧٥/٤.
[2] ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ٣١٢/٤.
[3] الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، ٤١٠/١٠. السعدي: تيسير الكريم، ٢٣٥/١.
[4] الخازن: لبا ب التأويل في معاني التنزيل، ٢٠٨/١. الجزائري: أيسر التفاسير، ١٩٨/١. السعدي: تيسير الكريم، ٩٧/١.
[5] الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، ٢٧٦/٧. السعدي: تيسير الكريم، ١٥١/١.

وجه الدلالة: يراد ذلك في قوم آمنوا ثم ارتدوا وظهر كفرهم بعد أن أسلموا، فلقد قالوا كلمة الكفر وارتدوا بها عن الإسلام وحاولوا الإضرار برسول الله محمد صلى الله عليه وسلم، فلم يمكنهم الله من ذلك[١].

ثانياً: الأحاديث الواردة من السنة على وقوع الردة:

١-قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا يحلُّ دمُ امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمفارق لدينه التارك للجماعة)[٢].

وجه الدلالة من الحديث: قوله صلى الله عليه وسلم: (والمفارق لدينه التارك للجماعة) والمراد بالجماعة جماعة المسلمين، وفراقهم بالردة عن الدين عام في كل مرتد عن الإسلام بأي ردة كانت فيجب قتله إن لم يرجع إلى الإسلام[٣].

٢- ما رواه البخاري بسنده أن علياً رضي الله عنه حرَّق قوماً، فبلغ ابن عباس فقال: لو كنت أنا لم أحرقهم؛ لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال: لا تعذبوا بعذاب الله، ولقتلتهم كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: من بدل دينه فاقتلوه)[٤].

وجه الدلالة من الحديث: قوله صلى الله عليه وسلم: (من بدل دينه فاقتلوه) على قتل من بدل دينه هو المرتد إذا لم يتب[٥]. والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِن تَابُوا وَأَقَامُوا ٱلصَّلَوٰةَ وَآتَوُا ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[التوبة:٥].

٣-عن ابن عباس رضي الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تحشرون حفاة عراة غرلاً، ثم قرأ: ﴿كَمَا بَدَأْنَا أَوَّلَ خَلْقٍ نُّعِيدُهُۥ وَعْدًا عَلَيْنَا إِنَّا كُنَّا فَٰعِلِينَ﴾[الأنبياء:١٠٤]. فأول من يكسى إبراهيم ثم يؤخذ برجال من أصحابي ذات اليمين وذات الشمال فأقول أصحابي فيقال إنهم لم يزالوا مرتدين على أعقابهم منذ فارقتهم فأقول كما قال العبد الصالح عيسى بن مريم: ﴿وَكُنتُ عَلَيْهِمْ شَهِيدًا مَّا دُمْتُ فِيهِمْ فَلَمَّا تَوَفَّيْتَنِى كُنتَ أَنتَ ٱلرَّقِيبَ عَلَيْهِمْ وَأَنتَ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ شَهِيدٌ*إِن تُعَذِّبْهُمْ فَإِنَّهُمْ عِبَادُكَ وَإِن تَغْفِرْ لَهُمْ فَإِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْحَكِيمُ﴾[المائدة:١١٧-١١٨][٦].

وجه الدلالة: قوله صلى الله عليه وسلم (إنهم لم يزالوا مرتدين على أعقابهم منذ فارقتهم) أي هم الذين ارتدوا على عهد أبي بكر رضي الله عنه، فقاتلهم أبو بكر رضي الله عنه، يعني حتى قتلوا وماتوا على الكفر وأنه لم يرتد من الصحابة أحد وإنما ارتد قوم من جفاة الأعراب ممن لا نصرة له في الدين[٧].

---

[١] التركي: التفسير الميسر، ٣١٦/٣.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب قول الله تعالى أن النفس بالنفس، ٢٥٢١/٦ برقم ٦٤٨٤. وروا مسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ما يباح به دم المسلم، ١٣٠٢/٣ برقم ١٦٧٦.

[٣] النووي: شرح صحيح مسلم، ١٦٥/١١. ابن دقيق العيد: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، القاهرة: إدارة الطباعة المنيرية، ٤٢٥/١.

[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب لا يعذب بعذاب الله، ١٠٩٨/٣. رقم ٢٨٥٤. وفي كتاب استتابة المرتدين المعاندين وقتالهم، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم، ٢٥٣٧/٦ برقم ٦٥٢٤. وفي كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب قول الله تعالى وأمرهم شورى بينهم وشاورهم في الأمر وأن المشاورة قبل العزم والتبين لقوله فإذا عزمت فتوكل على الله، ٢٦٨٢/٦ تعليقاً.

[٥] القرطبي، شرح صحيح البخاري، ٥٧٢/٨. الصنعاني: سبل السلام ٢٦٥/٣.

[٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأنبياء، باب واذكر في الكتاب مريم إذ انتبذت من أهلها نبذناه ألقيناه اعتزلت شرقياً، ١٢٧١/٣ برقم ٣٢٦٣. وفي كتاب الرقاق، باب كيف الحشر، ٢٣٩١/٥ برقم ٦١٦١.

[٧] العسقلاني: فتح الباري، ٣٨٥/١١. العيني: عمدة القاري، ٣٨/١٦.

٤- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (ثم لما توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان أبو بكر رضي الله عنه، وكفر من كفر من العرب، فقال عمر رضي الله عنه: كيف تقاتل الناس وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فمن قالها فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله. فقال: والله لأقاتلن من فرَّق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال، والله لو منعوني عناقاً كانوا يؤدونها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم على منعها. قال عمر رضي الله عنه: فوالله ما هو إلا أن قد شرح الله صدر أبي بكر رضي الله عنه فعرفت أنه الحق)[١].

وجه الدلالة: قاتل أبو بكر الصديق رضي الله عنه أهل الردة، وكانت الردة بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، وكانت على ثلاثة أنواع: قوم كفروا وعادوا إلى ما كانوا عليه من عبادة الأوثان، وقوم آمنوا بمسيلمة وهم أهل اليمامة، وطائفة منعوا الزكاة وقالوا: ما رجعنا عن ديننا، ولكن شححنا على أموالنا، فرأى أبو بكر رضي الله عنه، قتال الجميع، ووافقه على ذلك جميع الصحابة، بعد أن خالفه عمر في ذلك بما سمعه عمر من النبي صلى الله عليه وسلم: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله"، فرد أبو بكر: والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة ثم بان لعمر صواب قول أبو بكر[٢].

ثالثًا: الأحاديث الواردة من الأثر على وقوع الردة:

قصة أم حبيبة[٣] التي توفي عنها زوجها عبيد الله بن جحش[٤] الذي هاجر بها إلى الحبشة عبيد الله ومات ومات متنصراً مرتداً، والقصة طويلة اقتصرت على الشاهد فيها، والذي كان زمن النبي صلى الله عليه وسلم.

قالت أم حبيبة: رأيت في النوم عبيد الله زوجي بأسوأ صورة وأشوهها، ففزعت وقلت: تغيرت والله حاله، فإذا هو يقول: حيث أصبح إني نظرت في الدين فلم أر دينا خيراً من النصرانية وكنت قد دنت بها، ثم دخلت في دين محمد وقد رجعت فأخبرته بالرؤيا فلم يحفل بها وأكب على الخمر قالت فأريت قائلاً يقول: يا أم المؤمنين ففزعت فأولتها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم يتزوجني[٥].

وجه الدلالة من القصة: إن عبيد الله بن جحش ارتد نصرانياً في هجرة الحبشة بعد أن أسلم، كان هذا في أول الإسلام، وكان أمر المسلمين في الهجرة، فكان العقاب الرباني أسرع من أن يلقى عقاب ردته من المسلمين، ومات هذه الميتة البشعة والعياذ بالله.

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، ٥٠٧/٢ برقم ١٣٣٥. وفي كتاب استتابة المرتدين المعاندين وقتالهم، باب قتل من أبى قبول الفرائض وما نسبوا إلى الردة، ٢٥٣٨/٦ برقم ٦٥٢٦. وفي كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الله تعالى واجعلنا للمتقين إماماً، ٢٦٨٧/٦ برقم ٦٨٥٥. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله، ٥١/١ برقم ٢٠.

[٢] القرطبي، شرح صحيح البخاري، ٣٩١/٣.

[٣] أم حبيبة هي رملة بنت أبي سفيان؛ صخر بن حرب، أخت معاوية بن أبي سفيان القرشية الأموية المدنية [البخاري: الهداية والإرشاد، والإرشاد، ٨٤٣/٢].

[٤] عبد الله بن جحش بن رئاب، أسلم فيما ذكر الواقدي قبل دخول رسول الله صلى الله عليه وسلم دار الأرقم، وكان هو وأخوه أبو أحمد عبد ابن جحش من المهاجرين الأولين ممن هاجر الهجرتين وأخوهما عبيد الله بن جحش تنصر بأرض الحبشة ومات بها نصرانياً.[ابن عبد البر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ٨٧٧/٣].

[٥] ابن سعد: الطبقات الكبرى ٩٧/٨. الذهبي: سير أعلام النبلاء، ٢٢١/٢.

الأدلة من المعقول:

إن في الردة جانب خروج على نظام الدولة وعلى دين الدولة ومبادئها أكثر من الخروج من دين إلى دين، بدليل اختلاف أحكام المرتد عن أحكام المرتدة. فالمرتد يشكل خطراً على الدولة الإسلامية، أما المرتدة فهي أقل اثراً، ولهذا لا تقتل بل تحبس، إلا إذا كانت من ذوات النفوذ وفي بقائها ضرر على المسلمين كما ذكرنا.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: وأما المرتد فالمبيح عنده هو الكفر بعد الإيمان، وهو نوع خاص من الكفر؛ فإنه لو لم يقتل ذلك، لكان الداخل في الدين يخرج منه، فقتله حفظ لأهل الدين وللدين؛ فإن ذلك يمنع من النقص ويمنعهم من الخروج عنه بخلاف من لم يدخل فيه[1].

المطلب الثالث

شروط الرّدّة وما تقع به الردة

أولاً شروط الردة:

اتفق الفقهاء على أنه لا تقع الرّدّة من المسلم إلاّ إذا توفّرت شرائط البلوغ والعقل والاختيار[2].

واتّفقوا على أن من أكره على الكفر إذا أتى بكلمة الكفر، لم يصر كافرًا لقوله تعالى: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[النحل:١٠٦].

وكذلك اتفقوا أن من أكره على الإسلام فأسلم ثمّ ارتدّ قبل أن يوجد منه ما يدل على الإسلام طوعًا، مثل أن يثبت على الإسلام بعد زوال الإكراه، فإن كان ممّن لا يجوز إكراههم على الإسلام – وهم أهل الذّمّة والمستأمنون – فلا يعتبر مرتدًّا، ولا يجوز قتله ولا إجباره على الإسلام؛ لعدم صحّة إسلامه ابتداءً.

أمّا إن كان من أكره على الإسلام ممّن يجوز إكراهه وهو الحربيّ والمرتدّ، فإنّه يعتبر مرتدًّا برجوعه عن الإسلام، ويطبّق عليه أحكام المرتدّين[3].

ثانياً: ما تقع به الردة.

تقع الرّدّة بأحد الأمور التالية:

أ – ردّةٌ في الاعتقاد.

ب – ردّةٌ في الأقوال.

ج – ردّةٌ في الأفعال.

د – ردّةٌ في التّرك.

إلاّ أن هذه الأنواع تتداخل، فمن اعتقد شيئًا عبّر عنه بقول، أو فعل، أو ترك[1].

---

(1) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ١٠٢/٢٠.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٣٤/٧، الشيرازي: المهذب، ٢٢٢/٢، ابن مفلح: الفروع، ١٦٠/٢

(3) السرخسي: المبسوط، ١٢٣/١٠، والكاساني: بدائع الصنائع، ١١٠/٧، ١١١، وابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٤٦/٤، الحطاب: مواهب الجليل ٢٨٢/٨ابن قدامة: المغني، ٥٦٠/٨، البهوتي: كشاف القناع، ٣٠٤/٤.

ما يوجب الرّدّة من الاعتقاد:

اتّفق الفقهاء على أن من أشرك باللّه، أو جحده، أو نفى صفةً ثابتةً من صفاته، أو أثبت للّه الولد فهو مرتدٌّ كافرٌ. وكذلك الحال إذا اعتقد وجود خالق مع الله تعالى، أو أبغض الله تعالى، أو أبغض رسوله صلى الله عليه وسلم، أو بغض الشريعة الإسلامية. وكذلك الحال في من يرى أن شريعة أخرى مساوية لشريعة الله تعالى أو أفضل منها. أو أنكر أمر معلوماً من الدين بالضرورة كوجود الله أو يوم القيامة أو الملائكة أو البعث أو الجنة أو النار[٢].

وكذلك يكفر من جحد القرآن كلّه أو بعضه[٣]، ولو كلمةً. وقال البعض: بل يحصل الكفر بجحد حرف واحد[٤]. كما يقع الكفر باعتقاد تناقضه واختلافه أو أنه لا يصلح، أو الشّكّ بإعجازه، والقدرة على مثله، أو إسقاط حرمته[٥]، أو الزّيادة فيه[٦].

ما يوجب الرّدّة من القول:

اتّفق الفقهاء على أن من سبّ اللّه تعالى كفر، سواءٌ كان مازحًا أو جادًّا أو مستهزئًا[٧]. فهو مرتدٌّ كافرٌ.

لقوله تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنتُمْ تَسْتَهْزِءُونَ﴾[التوبة:٦٥].

وكذلك أجمعوا على أن سابّ الرسول صلّى اللّه عليه وسلّم مرتدٌّ بلا خلاف[٨].

ويعتبر سابًّا له صلّى اللّه عليه وسلّم كل من ألحق به صلّى اللّه عليه وسلّم عيبًا أو نقصًا، في نفسه، أو نسبه، أو دينه، أو خصلة من خصاله، أو ازدراه، أو عرّض به، أو لعنه، أو شتمه، أو عابه، أو قذفه، أو استخفّ به، ونحو ذلك[٩].

وكذلك الحال في سب الدين أو الاستهزاء بأحكام الإسلام أو شريعته[١٠].

ما يوجب الرّدّة من الأفعال:

لا خلاف بين أهل العلم أن الردة تقع بعمل ظاهر من أعمال الجوارح مثل التقرب لغير الله تعالى أو السجود لصنم، أو للشّمس، أو للقمر[١١]. قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أُوحِيَ إِلَيْكَ وَإِلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكَ لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ وَلَتَكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾[الزمر:٦٥].

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة "ردة".

(٢) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٢٣/٤، حاشيتا قليوبي وعميرة ١٧٤/٤، عليش: منح الجليل، ٤٦١/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٠٢/٤، البهوتي: كشاف القناع، ٢٩٧/٤، المرداوي: الإنصاف، ٣٢٦/١٠، ابن قدامة: المغني ٥٦٥/٨.

(٣) ابن عابدين: حاشية رد المحتار ٢٢٤/٤، ٢٣٠، ابن قدامة: المغني، ٥٤٨/٨، البهوتي: كشاف القناع، ٢٩٧/٤، وفتاوى السبكي ٥٧٧/٢.

(٤) ابن حجر الهيتمي:الإعْلام بقَواطع الإسْلام - القاهرة: مركز الكتاب للنشر، ١٩٩٧، ٤٢/٢.

(٥) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٢٢/٤.

(٦) ابن مفلح: الفروع، ١٥٩/٢، البهوتي: كشاف القناع، ٢٩٧/٤.

(٧) الشوكاني: نيل الأوطار ١٩٤/٨ - ١٩٥، ابن قدامة: المغني، ٥٦٥/٨، ابن مفلح: الفروع، ١٦٠/٢، حاشية الخرشي ٧٤/٨.

(٨) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٣٢/٤ - ٢٣٧، وفتاوى السبكي ٥٧٣/٢، السبكي: السيف المسلول ٤ - ١١، ٧٩.

(٩) السبكي: السيف المسلول ورقة ٧٩.

(١٠) الدميري، بهرام بن عبد الله: الشامل في فقه الإمام مالك - القاهرة: مركز نجيبويه للمخطوطات، ٢٠٠٨. ١٧١/٢.

(١١) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٢٢/٤، حاشيتا قليوبي وعميرة ١٧٤/٤، المرداوي: الإنصاف، ٣٢٦/١٠، الدميري: الشامل في فقه الإمام مالك ١٧٠/٢.

ومما اتّفق عليه الفقهاء أيضاً: إلقاء المصحف كلّه في محلّ قذر يوجب الرّدّة؛ لأنّ فعل ذلك استخفافٌ بكلام اللّه تعالى، فهو أمارة عدم التّصديق[١].

وقال الشّافعيّة والمالكيّة: وكذا إلقاء بعضه. وكذا كل فعل يدل على الاستخفاف بالقرآن الكريم[٢].

وكذلك من أتى بفعل صريح في الاستهزاء بالإسلام، فقد كفر. ودليلهم قوله تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنتُمْ تَسْتَهْزِءُونَ﴾[التوبة:٦٥][٣].

ما يوجب الرّدّة من الترك:

اتفق أهل العلم على أن من ترك الصّلاة جاحدًا لها، يكون مرتدًّا، وكذا الزّكاة والصّوم والحجّ؛ لأنّها من المجمع عليه المعلوم من الدّين بالضّرورة[٤].

ولكن ما يجدر ذكره: أن الردة سواء أكانت بالفعل وهو جليّ، أو كانت بالقول وهي أيضا ظاهرة، أو بالترك وهو ظاهر أيضاً. أما بالاعتقاد، وهي تتضمن الشك، وتكون خفية متعلقة بعمل القلب، وردة الاعتقاد لا يمكن التوصل إلى معرفتها، إذ هي في قلب صاحبها، فتسري عليه أحكام الآخرة كالكافر، وتثبت الردة بالإقرار أو بالشهادة.

وللردة أحكام كثيرة، تؤثر في تصرفات المرتد، ذكرها الفقهاء في كتبهم، ولكن ما يعنينا في بحثنا ههنا، هو أثر الردة على الزواج في الشريعة الإسلامية.

---

[١] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٢٢/٤، حاشيتا قليوبي وعميرة ١٧٤/٤، ابن حجر الهيتمي: الإعلام بقواطع الإسلام ٣٨/٢، الحصني: كفاية الأخيار ٢٠١/٢، ابن ضويان: منار السبيل، بيروت: المكتب الإسلامي ٤٠٤/٢، عليش: شرح منح الجليل ٤٦١/٤، حاشية الخرشي ٦٢/٨.

[٢] ابن حجر الهيتمي: الإعلام ٣٨/٢، عليش: شرح منح الجليل ٤٦١/٤، وشرح الخرشي ٦٢/٨.

[٣] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٢٢/٤.

[٤] المرجع السابق، ٣٥٢/١، العيني: عمدة القاري ٨١/٢٤، المرداوي: الإنصاف، ٤٠١/١، ٣٢٧/١٠، ابن قدامة: المغني، ٥٤٧/٨، البهوتي: كشاف القناع، ٧١/١، ابن النجار: منتهى الإرادات ٥٢/١، ٢٩٩/٢.

المطلب الرابع
الآثار المترتبة على الزوجية بسبب الردة

الفرع الأول: أثر الرّدّة على الزّواج قبل الدخول.

اتّفق الفقهاء على أنه إذا ارتدّ أحد الزّوجين أو كلاهما قبل الدخول، وقعت الفرقة بينهما في الحال وبلا قضاء، فلا يقربها بخلوة ولا جماع ولا نحوهما، ولا يجوز الاستمرار في النكاح بين الزوج المرتد ولا الزوجة المرتدة.

وقد استدلوا لذلك بالأدلة التالية:

١-قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾[الممتحنة:١٠].

ووجه الدلالة من الآية: أي لا تمسكوا بعصم زوجاتكم اللاتي ارتددن ولحقن بالكفار[١].

٢-قوله تعالى: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾[الممتحنة:١٠].

وجه الدلالة من الآية: يعني أن المرتدات محرمات على المسلمين وأنه تجب الفرقة بين الزوجين في حال ارتد أحدهما عن دين الإسلام[٢].

٣-إن الردة تنافي العصمة، إذ القاعدة أنه: **لا عصمة مع الردة**، فإذا ارتد الزوج فلا يجوز بقاء زوجته على عصمته، ولا يجوز بقاء المسلمة زوجة لمرتد، لأنه لا دين له. والقاعدة تقول: **تباين الدارين قاطع للعصمة**[٣].

٤-**إن القاعدة الفقهية تنص على: ما لا يجوز ابتداؤه لا يجوز بقاؤه.** فكما أن زواج المشرك بالمسلمة لا يجوز، فكذلك بقاء المسلمة زوجة للمرتد لا يجوز.

قال تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنكِحُوا ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾[البقرة:٢٢١].

وكذلك إذا ارتدت الزوجة فلا يجوز بقاؤها زوجة للمسلم لأنه لا يجوز زواج المشركة ابتداء لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾[الممتحنة:١٠].

٥- إن المرتد منهم يجب قتله فهو في حكم الميت، وهذا ينافي شرع النكاح الذي ما كان إلا على التأبيد والبقاء، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن قتل المرتد بنفس الردة صار مستحقاً، وإنما يمهل ثلاثة أيام ليتأمل فيما عرض له من الشبهة فيما وراء ذلك، وكذلك المرتدة تحبس حتى الموت، فجعل كأنه لا حياة لهما حكماً، فلهذا يفرق بينهما، ولا يجوز نكاحها من أحد[٤].

٦- إن النكاح قبل الدخول يكون غير متأكد فالردة تؤثر فيه فالفرقة تجب فيه حالاً[٥].

---

[١] الكرمي: الناسخ والمنسوخ، ٢٠٧/١.
[٢] الماوردي: تفسير الماوردي، ٥٢٢/٥.
[٣] السرخسي: المبسوط،٢٠٥/٥.
[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٣٧/٢. السرخسي: المبسوط، ٨٧/٥. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٩١/٣. الآبي: الثمر الداني، ٤٥٧/١. الشربيني: مغني المحتاج، ٣١٩/٤. النووي:المجموع، ٣١٦/١٦. المرداوي:الإنصاف، ١٥٩/٨.
[٥] الرملي: نهاية المحتاج، ٣١٨/٤.

الفرع الثاني: أثر الرّدّة على الزّواج بعد الدخول.

اتفق الفقهاء عامة على أنه إذا حصل أن ارتد الزوجان معاً، وعادا معاً، فالزوجية قائمة بينهما من غير حاجة إلى تجديد العقد بينهما[١]، والشاهد على هذا الأمر ما فعله الصحابة الكرام رضوان الله عليهم، مع من ارتدّ في خلافة سيدنا أبي بكر رضي الله عنه حيث إن قسماً من العرب ارتدوا عن الإسلام ثم عادوا إليه ولم يفرق بينهم وبين نسائهم[٢].

ثم اختلف الفقهاء في وقوع الفرقة بين الزوجين بسبب الردة بعد الدخول في حالة ارتداد أحد الزوجين عن الدين الإسلامي، وبقاء الآخر متمسكاً به، أو ارتدا معاً ولم يرجعا إلى الإسلام على مذهبين:

المذهب الأول:

إذا ارتد أحد الزوجين أو كلاهما عن دين الإسلام، فإن الفرقة تقع بينهما في الحال وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية وهو قول عند الحنابلة[٣].

ولكن المالكية قيدوا ما لم تقصد المرأة بردّتها فسخ النّكاح، فلا ينفسخ؛ معاملةً لها بنقيض قصدها[٤]. وهذا ما أفتى به متأخرو الحنفية[٥]. عملاً بالقاعدة الفقهية: **الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد**[٦].

جاء في متن القدوري للحنفية: (وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت البينونة)[٧].

ويقول الكاساني: (أما إذا ارتدا معاً، فلا تقع الفرقة بينهما استحساناً حتى لو أسلما، فهما على نكاحهما والقياس أن تقع الفرقة وهو قول زفر)[٨].

وجه القياس: إن ردة أحدهما تقع بهذه الفرقة، فردتهما معاً فيها ردة أحدهما وزيادة. ووجه الاستحسان أن العرب في عهد أبي بكر لما ارتدوا ورجعوا إلى الإسلام لم يؤمروا بتجديد أنكحتهم، وكان هذا في عصر الصحابة فهو إجماع تركنا القياس لأجله[٩].

ويقول الزيلعي: (وبعض مشايخ بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم وقوع الفرقة بالردة حسماً لباب العصمة)[١٠].

وجاء في الفتاوى الخانية: (في منكوحة ارتدت: لا تقع الفرقة بينهما حتى لا تصل إلى مقصودها، إن كان مقصودها الفرقة)[١١].

وقد رجّح ابن عابدين وقوع الفسخ إذ يقول: وعامة الحنفية يقولون: يقع الفسخ، ولكن تجبر على النكاح لزوجها بعد الإسلام، لأن المقصود يحصل بذلك[١٢].

---

[١] الجبوري: حسين خلف: فرق النكاح وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية، ٩-١٠.
[٢] سبق تخريج قصة المرتدين في عهد أبي بكر رضي الله عنه.
[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٣٧/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٩١/٣. ابن قدامة: المغني، ١٧٢/٧.
[٤] النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٩١/٣.
[٥] الزيلعي: تبيين الحقائق، ١٧٨/٢. الأزجندي: حسن بن منصور: الفتاوى الخانية، بيروت: دار إحياء التراث، ١٤٠٠هـ. ٥٤٦/١.
[٦] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ١. ص ٤١٦. الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ق ٨٢. ٣١٥
[٧] العبادي: محمد، الجوهرة شرح متن القدوري، طبع الأستانة ١٣٠١هـ. ٢٤/٢.
[٨] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٣٧/٢.
[٩] المرجع السابق.
[١٠] الزيلعي: تبيين الحقائق، ١٧٨/٢.
[١١] الأزجندي: الفتاوى الخانية، ٥٤٦/١.
[١٢] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٢٢/٤.

وقال المالكية: (إذا ارتد الزوج فرق بينهما حالاً، ولا رجعة له ولو تاب وهي في العدة. أما إذا ارتدت الزوجة فقالوا: إن قامت قرائن على أن غرضها الاحتيال للخلاص من زوجها، فإنها لا تبين منه، بل تعامل بنقيض قصدها، وإن أسلم في عدتها فلا رجعة له، وكذلك المرأة طلقة بائنة وإن رجعت إلى الإسلام)[١].

وقد نقل الحطاب عن الشامل: (لو قصدت بردتها فسخ نكاحها لم ينفسخ)[٢].

أما إذا لم تقصد فسخ النكاح، فالفرقة تقع بينهما بمجرد ردتها عن الإسلام[٣].

ويقول ابن حزم الظاهري: (إذا ارتد هو دونها أو ارتدت هي دونه أو ارتدا معاً، ففي كل هذه الوجوه ينفسخ نكاحهما)[٤].

وقد استدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة نفسها التي أوردناها في الفرقة حال الردة قبل الدخول.

المذهب الثاني:

يعتبر هذا المذهب القاعدة الفقهية التي تنص على أن: **الأصل أن ملك المرتد يزول بنفس الردة زوالاً موقوفًا**[٥]. فإذا ارتدّ أحد الزّوجين المسلمين أو كلاهما بعد الدخول، حيل بينهما إلى انقضاء العدة، فإن كان قد تاب ورجع إلى الإسلام قبل أن تنقضي العدة فالعصمة باقية وهي امرأته، ولا تقع الفرقة بينهما. وإن انتهت العدة ولم يرجع إلى الإسلام فرّق بينهما، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة بالأظهر[٦].

جاء في مغني المحتاج للشافعية: (ولو ارتد زوجان أو أحدهما قبل دخول تنجزت الفرقة، أو بعد وقفت، فإن جمعهما الإسلام في العدة دام النكاح، وإلا الفرقة من الردة)[٧].

وجاء في المغني لابن قدامة الحنبلي: (اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول.. ففي إحداهما: تتعجل الفرقة، وثانيهما: يقف على انقضاء العدة، فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان.. وإن ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما)[٨].

وجاء في كشاف القناع: (ويمنع الزوج من وطئها إذا ارتد أو أحدهما بعد الدخول)[٩].

ويقول ابن تيمية الحنبلي في المحرر: (وإذا ارتد الزوجان معاً قبل الدخول أو أحدهما انفسخ النكاح)[١٠].

وقد استدل أصحاب هذا المذهب أيضاً على وقوع الفرقة، بالأدلة نفسها التي أوردناها في الفرقة حال الردة قبل الدخول.

---

[١] المواق: التاج والإكليل، ٤٧٩/٣.
[٢] الحطاب: مواهب الجليل، ٤٨٠/٣.
[٣] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣١٦/٢.
[٤] ابن حزم: المحلى، ١٤٣/١٠.
[٥] الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة وتطبيقاتها، ١٠٩٨/٢.
[٦] الشافعي: الأم ٤٨/٢. ابن تيمية: المحرر، ٣٠/٢، ابن قدامة: المغني، ٩٩/٨، ابن النجار: منتهى الإرادات ١٩٨/٢.
[٧] الشربيني: مغني المحتاج، ١٩٠/٣.
[٨] ابن قدامة: المغني، ٥٦٦/٧.
[٩] البهوتي: كشاف القناع، ٩٤/٥.
[١٠] ابن تيمية: المحرر، ٣٠/٢. وانظر: ابن مفلح: الفروع، ٨٤/٣. المرداوي: الإنصاف، ٢١٥/٨.

أما بالنسبة لتوقيف الفرقة إلى انقضاء العدة، فبحسب اطلاعي على كتب الفقهاء لم أعثر على دليل يؤيد أقوالهم التي ذهبوا اليها، لكننا يمكن أن نؤصل هذا الحكم بالقاعدة الفقهية أن : **الأصل أن ملك المرتد يزول بنفس الردة زوالاً موقوفًا**[١]. كما ذكرنا هذا آنفاً.

فإذا كانت الردة بعد الدخول، فإن العدة من آثار الزوجية، لذلك لم يقطعوا بفصم عرى الزوجية تماماً، إلا بعد انتهاء أثرها، وهو العدة، مع إصرار المرتد على ردته، والله تعالى أعلم.

مسألة: مقدار المهر المستحق بفرقة الردة.

من الآثار التي تترتب على الفرقة بالردة المهر، فقد اتفق الفقهاء على أنه إن كانت الرّدّة قبل الدّخول وكان المرتدّ هو الزّوج، فإنه يجب لها نصف المسمّى أو المتعة[٢]، وإن كانت هي المرتدّة فلا شيء لها؛ لأنها منعت المعقود عليه بالارتداد، فصارت كالبائع إذا أتلف المبيع قبل القبض[٣].

وإن كانت الردة بعد الدّخول، فلها المهر كلّه سواءٌ كان المرتدّ الزّوج أو الزّوجة، هذا عند الحنفية[٤]. ولم أجد –في حدود اطلاعي– أحداً غيرهم قد تكلم عن هذا الحكم.

المطلب الخامس
نوع الفرقة التي تقع بالردة

اختلف أقوال الفقهاء في نوع الفرقة التي تحصل بالردة إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن ردة أحد الزوجين أو كلاهما فسخ عاجل ولا يتوقّف على قضاء، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعية والحنابلة والظاهرية ابن الماجشون[٥] من المالكية[٦].

وحجة أصحاب هذا القول من المعقول ما يلي:

١–أن الزوجية تنتفي بينهما لبطلان عصمة المرتد عما يملك[٧].

٢–أنهما مغلوبان على الإسلام باعتبار أن الشرع طلب منهما الإسلام وقهرهما عليه فهما بهذا الاعتبار مقهوران فليس باختيارهما فعلى هذا النحو فهي فرقة فسخ[٨].

٣–أن النكاح قبل الدخول يكون غير متأكد فالردة تؤثر فيه مباشرة مما يوجب الفرقة حالاً[٩].

---

(١) الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة وتطبيقاتها، ١٠٩٨/٢.

(٢) الميداني: اللباب في شرح الكتاب،٢٥٢/١. السرخسي: المبسوط،٨٩/٥. جماعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية، ٣٣٩/١. النفراوي: الفواكه الدواني،٩٩٢/٣. الماوردي: الحاوي، ٢٩٥/٩. البهوتي: شرح منتهي الإرادات، ٦٩١/٢. المرداوي: الإنصاف، ١٥٩/٨. المراجع السابقة.

(٣) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٩٢/٢، الكاساني: بدائع الصنائع ١٣٦/٧. السرخسي: المبسوط، للسرخسي ٤٩/٥.

(٤) ابن الماجشون (٢١٢هـ) عبد الملك بن عبد العزيز التيمي بالولاء. أصله من فارس. والماجشون لقب جده أبي سلمة. ومعناه: المورَّد، أي ما خالط حمرته بياض، لقب بذلك لحمرة في وجهه. فقيه مالكي، دارت عليه الفتيا في أيامه بالمدينة. أثنى عليه ابن حبيب، وكان يرفعه على أكثر أصحاب مالك. عمي في آخر عمره [الديباج المذهب ١٥٣، شجرة النور ٥٦].

(٥) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٣٩٢/٢، الكاساني: بدائع الصنائع ١٣٦/٧. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣١٦/٢. ٣١٦/٢. المواق: التاج والإكليل، ٤٧٨/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ١٩١/٢. الشيرازي: المهذب، ٥٥/٢. ابن قدامة: المغني، ٥٣٢/٧. ابن تيمية: المحرر، ٣٠/٢، ابن النجار: منتهى الإرادات ١٩٨/٢. ابن حزم: المحلى، ١٤٣/١٠.

(٦) الكاساني: بدائع الصنائع ٣٣٧/٢. المرغيناني: الهداية، ٢٢٢/١.

(٧) الرملي: نهاية المحتاج ٢٠٠/٤. البجيرمي:حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٣٨١/٣. الأنصاري: شرح المنهج، ٢٠٠/٤.

(٨) الرملي: نهاية المحتاج، ٣١٨/٤.

٤-أنه لا يجوز للكافر أن يستولى على المسلمة، فهذا يستوجب أن يكون في الحال حيث لا مجال فيه للتراخي فاختلاف الدين يمنع الإصابة[١].

القول الثاني: إن ردة أحد الزجين طلاق بائن ويتوقف على قضاء القاضي، فإن رجع إلى الإسلام لم ترجع له إلاّ بعقد جديد. وهو قول المالكية في المشهور[٢].

وحجة المالكية: أنه امتنع الإمساك بينهم بالمعروف مما أوجب التسريح بالطلاق ولا يكون ذلك إلا من القاضي[٣].

القول الثالث: إن ردة الزوجة فسخ، وأما ردة الزوج: طلاق بائن وهو قول محمد بن الحسن الشيباني[٤].

وقد استدلّ الإمام محمد بالقاعدة الفقهية التي وضعها الحنفية وهي: أن كل فرقة جاءت من جانب الزوج لا مثيل لها عند الزوجة تعتبر فرقة طلاق. وكل فرقة جاءت من جانب الزوجة، لا باعتبارها نائبة عن الزوج، لا مثيل لها عند الزوج تعتبر فسخاً[٥]. وكل فرقة جاءت من جانب أحد الزوجين لها مثيل عند الزوج الآخر الآخر تعتبر فسخاً بالغالب.

لكن أبا حنيفة وأبا يوسف قد قالا بالفسخ، سواء من جانب الزوج أو الزوجة، بناء على أنها من مستثنيات تلك القاعدة كما أسلفنا ذلك سابقاً.

المناقشة والترجيح:

بعد أن عرضنا أقوال السادة الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة فإنني أميل إلى اختيار المذهب القائل بأن نوع الفرقة التي تحصل بين الزوجين بسبب ردة أحدهما قبل الدخول فرقة فسخ وليست فرقة طلاق وذلك للأسباب التالية:

١-أن الزوجين مغلوبان على الإسلام، ومجبوران على ذلك، فإن ارتد أحدهما انفسخ النكاح مباشرة بهذا الفعل دون الاحتياج إلى فاسخ.

٢-أن المرتد حكمه مثل حكم الميت نظراً لأنه مهدور الدم، وعليه فإن الفرقة لا بد أن تكون بينه وبين زوجه في الحال، وهذا لا يتأتى إلا إذا كانت الفرقة فرقة فسخ.

المطلب السادس

مدى حاجة الفرقة بين الزوجين بسبب الردة للقضاء

ذكرنا أن بعض فقهاء المذاهب قد ذهب إلى أن التفريق بين الزوجين بسبب الردة لا يحتاج إلى قضاء. عملاً بالقاعدة الفقهية: **الواجب شرعاً لا يحتاج إلى القضاء**[٦]. وحيث إن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة، فبالردة تسقط عصمة النفس والمال، لذلك لا يبقى لملك الشخص حرمة، ولا يمكن اعتباره طلاقاً،

---

[١] المرجع السابق، ٢٠٠/٤.

[٢] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣١٦/٢. المواق: التاج والإكليل، ٤٧٨/٣. الدميري: الشامل في فقه الإمام مالك ١٧١/٢.

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٣٧/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٩١/٣. الشافعي: الأم، ١٦٠/٦.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٣٧/٢.

[٥] الفرائد عن الفتاوى الهندية ٥٢٢/١ – ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٧٧.

[٦] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٧٧ – ترتيب اللاليء لوحة ١٠٩. قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٨٦.

لأن الطلاق يستدعى قيام الزوجية بينهما، وهو متعذر، وهذا بالطبع مخالف لإباء الإسلام الذي لا يحصل إلا بالقضاء بينما فرقة الردة تثبت بنفس الرد ة فثبوتها يكون بطريق التنافي وعليه فإن الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين لا تتوقف على قضاء القاضي[1].

ولكن يمكن القول: إن هذا ليس له حقيقة على أرض الواقع حيث إن جميع شؤون الأزواج من زواج وفرقة فسخ أو طلاق هي بحاجة إلى قضاء فعقد الزواج أصبح يصك وينظم من خلال المحاكم الشرعية ولا يعتد بما ينظم في غيرها ولم يقف الأمر على ذلك بل إن الأمور الأبسط كذلك يجب أن تنظم وتوثق من خلال تلك المحاكم كل هذا لعل سببه يرجع إلى فساد الذمم في زمننا الذي نحياه وبفضل الله عز وجل يمكن التأكيد بأنه لا تخلو منطقة سكنية من وجود محكمة شرعية فيها فلقد أصبح من السهل على أي إنسان أن يجد له مرجعاً شرعياً قضائياً يعرض من خلاله قضاياه ويستطيع الحصول على الحكم الشرعي.

كما ويمكن القول: إن تهمة الردة لو تركت لأحكام العامة لترتب عليها خروج الكثير من الملة ولتعذر عرض التوبة على المرتد بطريقة سليمة وفي المقابل فإن في عرض موضوع التفريق بين الزوجين بسبب الردة على المحاكم الشرعية فيه مجال آكد لإزالة الشبهات عن الشخص المتهم بالردة أو إثبات لها مما يحتم ضرورة عرض قضايا التفريق بين الزوجين بسبب الردة أو غيرها على القضاء.

---

[1] الزيلعي:تبيين الحقائق، ١٧٨/٢. الكاساني:بدائع الصنائع،٣٣٧/٢. النفراوي:الفواكه الدواني، ٩٩١/٣. السيوطي:الأشباه والنظائر، ٢٩٠.

المبحث الثاني
الفرقة بإباء الإسلام

المطلب الأول
الإباء لغةً واصطلاحاً

أولا: الإباء لغةً:

الإباء بالكسر مصدر قولك أبى فلان يأبى بالفتح أي امتنع[١]، والرجل يأبى إباء بالكسر والمد وإباءة امتنع فهو آب وأبيّ على فاعل وفعيل وتأبى مثله[٢]، والإباء شدة الامتناع وكل إباء امتناع ولا عكس ورجل أبي يأبى تحمل الضيم[٣].

ويدلّ على ذلك قوله تعالى: ﴿يُرِيدُونَ أَن يُطْفِـُٔوا نُورَ ٱللَّهِ بِأَفْوَٰهِهِمْ وَيَأْبَى ٱللَّهُ إِلَّآ أَن يُتِمَّ نُورَهُۥ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَٰفِرُونَ﴾[التوبة:٣٢]، وجه الدلالة من الآية الكريمة: إن الإباء يفيد زيادة عدم الإرادة وهي المنع والامتناع[٤] وأنه ويأبى الله كل شيء إلا أن يتم نوره، إلاّ إتمام دينه، وقال الأخفش[٥]: إنما جاز هذا في أبى لأنها منع أو امتناع[٦].

وكذلك قوله عزّ وجلّ: ﴿وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَٰٓئِكَةِ ٱسْجُدُوا۟ لِـَٔادَمَ فَسَجَدُوٓا۟ إِلَّآ إِبْلِيسَ أَبَىٰ وَٱسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنَ ٱلْكَٰفِرِينَ﴾[البقرة:٣٤].

وجه الدلالة من الآية الكريمة: بيان لموقف إبليس من أمر الله تعالى، وهو أنه أبى واستكبر وامتنع من السجود وأن كبره منعه من السجود لآدم عليه الصلاة والسلام[٧].

ثانيا: الإباء اصطلاحاً.

إن مصطلح الإباء نابع من اللغة، ولا يتعدى معناه الاصطلاحي عن معناه اللغوي، ويتبين ذلك بعد الدراسة لمصلح التفريق في كتب الفقه، فلم يستخدم الفقهاء مصطلح إباء الإسلام، وإنما استخدمه علماء اللغة، وذلك لأن إباء الإسلام عند العلماء والفقهاء القدامى معروف لهم بداهة حيثما وجد في فروعهم الفقهية، ولأنه لا يبعد في موضعه ولا معناه عن المعنى اللغوي بالامتناع عن الإسلام، سواء بالرجوع عن الإسلام والامتناع عن الدخول به، أو أنه يمتنع من دخول الإسلام ابتداء.

وبناء على ذلك يمكننا القول: إن تعريف إباء الإسلام: هو امتناع الإنسان من الدخول في الإسلام.

---

[١] ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ٤٥/١. ابن منظور: لسان العرب، ٤١٧/١.
[٢] الفيومي:المصباح المنير، ٨/١.
[٣] المناوي: التعاريف، ٢٧/١.
[٤] الرازي: تفسير الفخر الرازي، ٢٢٠٥/١.
[٥] الأخفش الأصغر (٣١٥هـ) علي بن سليمان بن الفضل، أبو المحاسن، نحوي، من أهل بغداد. أقام بمصر سنة ٢٨٧-٣٠٠هـ. وخرج إلى حلب، ثم عاد إلى بغداد، وتوفي بها، وهو ابن ٨٠ سنة. له: (شرح سيبويه)؛ (الانواء)؛ (المهذب).[السيوطي: بغية الوعاة ٣٣٨. ووفيات الأعيان ٣٣٢/١ وإنباه الرواة ٢٧٦/٢].
[٦] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٢١/٨. ابن عادل الدمشقي: اللباب في علوم الكتاب، ٧٦/١٠.
[٧] أبو بكر الجزائري: أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير،٤٣/١، السمرقندي: بحر العلوم، ٦٩/١.

والقول إن الامتناع: هو الرفض المطلق لدخول الإسلام، وهو مستمد من التعريف اللغوي للإباء والامتناع قد يكون امتناع دخول ورفض، أو عناد وكبر، أو جهل وعدم وصول الدعوة.

أما قول الإنسان: فهو يدخل به الرجل والمرأة، ويخرج منه غير الإنسان كالحيوان.

أما قول الدخول في الإسلام: فهو تحديد لحالات الإباء سواء كان هذا الآبي من أهل الكتاب ورفض الدخول في الإسلام أو كان مشركاً.

المطلب الثاني
دليل مشروعية الفرقة بإباء الإسلام

إن مصدر تشريع الفُرقة بإباء الإسلام قد ورد في القرآن الكريم وفي السنة الشريفة والأثر.

أولا: القرآن الكريم:

قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوٓا إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاتُوهُم مَّا أَنفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ وَسْـَٔلُوا مَا أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْـَٔلُوا مَا أَنفَقُوا ذَٰلِكُمْ حُكْمُ ٱللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾[الممتحنة:١٠].

وجه الدلالة من الآية الكريمة من ناحيتين:

١-قول الله تعالى: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾؛ إن العلة عدم الحل بالإسلام، وليس باختلاف الدار والله أعلم، وهذا أقوى دليل على أن الذي أوجب فرقة المسلمة من زوجها عند إسلامها لا هجرتها وتحقق زوال النكاح، فإذا أسلمت المرأة عرض على الزوج الإسلام، فإن أسلم وإلا فرق بينهما[١].

وقوله تعالى: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ لأن ذلك في حالة كفر الزوج لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ﴾، أما قوله تعالى: ﴿وَآتُوهُم مَّا أَنفَقُوا﴾ يدلّ على أن الفرقة إذا جاءت بسبب من جهة الزوجة أن عليها ردّ ما أنفق الزوج عليها وكونه الصداق أو أكثر. هذا والله تعالى أعلم[٢].

٢-قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾[الممتحنة:١٠]، والعصم: جمع العصمة؛ وهي ما اعتصم به من العقد والمسك، والكوافر: جمع كافرة، حيث نهى الله المؤمنين عن المقام على نكاح المشركات، وأمرهم بفراقهنّ[٣].

فوجه الدلالة من الآية الكريمة: أنه إذا أسلم الرجل وبقيت امرأته مشركة انقطعت عصمة الزوجية، وأصبحت لا تحل لزوجها الذي أسلم، وكذا إذا ارتدت امرأة مسلمة أو لحقت بدار الكفر، إلا أن ترجع إلى الإسلام قبل انقضاء عدتها فلا يفسخ نكاحها وتبقى العصمة إن كان مدخولاً بها[٤].

---

[١] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن،٦٣/١٨و٧٦. الألوسي: روح المعاني،٧٥/٢٨.، ابن عاشور: التحرير والتنوير- تونس: دار سحنون، ١٩٩٧، ١٥٦/٢٨. ابن عادل الدمشقي: اللباب في علوم الكتاب، ٢٥/١٩.

[٢] الشنقيطي: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ١٠٠/٨.

[٣] الثعلبي: تفسير الثعلبي، ٢٩٥/٩.

[٤] الجزائري: أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، ٣٣٠/٥.

ثانياً: السنة النبوية:

١-عن ابن عباس رضي الله عنهما: كان المشركون على منزلتين من النبي صلى الله عليه وسلم والمؤمنين، كانوا مشركي أهل حرب يقاتلهم ويقاتلونه، ومشركي أهل عهد لا يقاتلهم ولا يقاتلونه، وكان إذا هاجرت امرأة من أهل الحرب لم تُخطب حتى تحيض وتطهر، فإذا طهرت حلّ لها النكاح، فإن هاجر زوجها قبل أن تنكح ردت إليه[١].

وهنا نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم قد فرَّق بين المرأة المسلمة وزوجها الكافر.

٢-وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمتحنهنّ، وبلغنا أنه لما أنزل الله تعالى أن يردوا إلى المشركين ما أنفقوا على من هاجر من أزواجهم وحكم على المسلمين أن لا يمسكوا بعصم الكوافر أن عمر طلق امرأتين قريبة بنت أبي أمية وابنة جرول الخزاعي فتزوج قريبة معاوية وتزوج الأخرى أبو جهم[٢].

ثالثاً: من الآثار:

١-عن ابن عباس رضي الله عنهما: إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها بساعة حرمت عليه[٣].

٢-سئل عطاء عن امرأة من أهل العهد أسلمت ثم أسلم زوجها في العدة أهي امرأته قال: لا. إلا أن تشاء هي بنكاح جديد وصداق[٤].

٣-قال مجاهد: إذا أسلم في العدة يتزوجها، قال الله تعالى: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾[الممتحنة:١٠].

٤-قال الحسن وقتادة في مجوسيين أسلما، هما على نكاحهما وإذا سبق أحدهما صاحبه وأبى الآخر بانت لا سبيل[٥].

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب نكاح من أسلم من المشركات وعدتهنَّ، ٢٠٢٤/٥ برقم ٤٩٨٢.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب وكتابة الشروط، ٩٨٠/٢ برقم ٢٥٨٢.

[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب إذا أسلمت المشركة أو النصرانية تحت الذمي أو الحربي، ٢٠٢٥/٥ تعليقاً.

[٤] الجزائري: أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، ٣٣٠/٥.

[٥] المرجع السابق.

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على الزوجية بسبب إباء الإسلام

الفرع الأول: وقوع الفرقة.

لا خلاف بين السادة الفقهاء أنه لا يجوز في الشريعة الإسلامية للمسلمة أن تتزوج غير مسلم. ولكن يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية كانت أو يهودية، مع خلاف في بعض المذاهب، ولا يجوز للمسلم أن يتزوج مشركة غير كتابية.

ومن القواعد الفقهية العامة في هذا الشأن قاعدة: **ما لا يجوز ابتداء، لا يجوز بقاء.** وكذلك قاعدة: **الإسلام يعلو ولا يعلى عليه**[١]. وبناء هذا وضعت أحكام النكاح والطلاق بين مختلفي الديانة.

وفي إسلام أحد الزوجين ثلاث حالات: إما أن يسلم الزوجان معاً أو أن يسلم الزوج، أو تسلم الزوجة. وسنبحث هذه الحالات الثلاث من حيث آثارها على الفرقة بينهما.

الحالة الأولى والثانية: إذا أسلم الزوجان معاً، أو أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية.

ولم يكن بينهما سبب من أسباب التحريم، ففي هذه الحالة يستمر النكاح بين الزوجين[٢]، لأنهما إن أسلما معا فلا خلاف بينهما في دين. فإن أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية، فهذا يجوز ابتداء؛ أي يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية، **والقاعدة تقول: ما جاز ابتداء جاز بقاء.** ولم يخالف في إسلام زوج الكتابية إلا الزيدية على المعتمد عندهم.

وإليك نقولاً من اقوال أهل العلم في ذلك:

جاء في بدائع الصنائع: فإن كانا كتابيين فأسلم الزوج فالنكاح بحاله، لأن الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاء[٣].

وجاء في شرح الخرشي: إن الكافر إذا أسلم وتحته كتابية فإنه يقر على نكاحها ترغيباً للإسلام[٤].

وفي شرح المواق[٥]: وأجمعوا أن الزوجين إذا أسلما في حالة واحدة، أن لهما البقاء على النكاح الأول، إلا أن يكون بينهما نسب أو رضاع يوجب تحريماً[٦].

وجاء في مغني المحتاج: أسلم كتابي أو غيره وتحته كتابية استمر نكاحه.. ولو أسلما معاً دام النكاح[٧].

ويقول ابن قدامة في المغني: إذا أسلما معاً فهما على النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده[٨].

---

(١) السرخسي: المبسوط،٥/٤٠و٤٥ السرخسي: شرح السير الكبير، ١٢٩ البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٩٧/١

(٢) المرغيناني: الهداية٦٦/١، الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٢٥٢/١. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٧٩/٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ٦٣٣/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٣٣/٣. الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢١٥/٢. النووي: المجموع شرح المهذب، ٢٩٥/١٦. ابن قدامة: المغني، ٥٣٢/٧.

(٣) الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٣٦/٢.

(٤) شرح الخرشي على خليل، ٦٥/٣.

(٥) المواق (٨٩٧هـ) أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي، فقيه مالكي، وعالم غرناطة في وقته. أخذ عن محمد محمد بن عاصم وغيره. وعنه أخذ جماعة منهم الدقوق والزقاق وأحمد بن داود وغيرهم. له: (التاج والإكليل شرح مختصر خليل)، (سنن المهتدين في مقامات الدين). [نيل الإبتهاج ٣٢٤، شجرة النور الذكية ٢٦٢، الضوء اللامع ٩٨/١٠].

(٦) المواق: التاج والإكليل، ٤٧٨/٣.

(٧) الشربيني: مغني المحتاج، ٦٩١/٣.

(٨) ابن قدامة: المغني، ٥٣٥/٧.

ويقول ابن تيمية في المحرر: وإذا أسلم الزوجان معاً أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما[١].
وفي المحلى لابن حزم: يفسخ النكاح بعد صحته في حالات: منها اختلاف الدينين، إلا في جهة واحدة؛ وهي أن يسلم الزوج وهي كتابية، فإنهما يبقيان نكاحهما. وإذا أسلما معاً فهما على نكاحهما[٢].
وفي المذهب الزيدي رواية جاءت في المجموع: إن أسلما كانا على النكاح، وإن أسلم هو ولم تسلم امرأته كانا على النكاح[٣].
ولكن هذا يخالف ما ادعاه صاحب البحر الزخار من أن الإجماع على فسخ النكاح في هذه الحالة إذ قال: إذا أسلم أحدهما دون الثاني انفسخ النكاح إجماعاً[٤].

روى ابن شهاب الزهري: أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام وكانت تحت عكرمة بن أبي جهل، فأسلمت يوم الفتح، وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الإسلام حتى قدم اليمن، فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن، فدعته إلى الإسلام، فأسلم وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم وثب إليه فرحاً وما عليه رداء حتى بايعه فثبتا على نكاحهما ذلك[٥].

مسألة: إذا أسلم الزوج ولم تكن الزوجة كتابية.

ما ذكرناه آنفاً، إذا كانت الزوجة كتابية-يهودية أو نصرانية- أما إذا أسلم الزوج وكانت الزوجة كافرة غير كتابية، كان تكون مشركة أو مجوسية أو لا دين لها. فاختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:
القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن الفرقة بين الزوجين لا تقع حالاً، بل يعرض عليها الإسلام، فإن رفضت الدخول فيه يفرق القاضي بينهما[٦].
القول الثاني: وهو للمالكية والشافعية والحنابلة: تقع الفرقة حالاً إن كان إسلام الزوج قبل الدخول، وإن كان بعد الدخول ينتظر لانتهاء العدة لعلها تسلم[٧].
جاء في المدونة للإمام مالك بن أنس: إذا أسلم الزوج قبل المرأة وهما مجوسيان وقعت الفرقة بينهما، وذلك إذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم. قال ابن القاسم: وأرى إذا طال ذلك فلا تكون امرأته، وإن أسلمت وتنقطع فيما بينهما إذا تطاول ذلك. قلت: كم يجعل ذلك؟ قال: لا أدري؟ قلت: أشهرين؟ قال: قال: لا أجد فيه حداً وأرى الشهر وأكثر من ذلك قليلاً وليس بكثير[٨].

ثانياً: إذا أسلمت الزوجة:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا أسلمت زوجة الكافر ولم يسلم الزوج، فيجب التفريق بينهما، لأنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج غير مسلم شرعاً ولا قانوناً. لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ

---

[١] ابن تيمية: المحرر، ٢٨/٢.
[٢] ابن حزم: المحلى، ١٤٣/٢٠.
[٣] الإمام زيد: المجموع، ٦٩/٤.
[٤] المرتضى: البحر الزخار، ٧٠/٣.
[٥] ابن عبد البر: الاستذكار، ٥١٨/٥.
[٦] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٣٦/٢.
[٧] ابن عبد البر: الاستذكار، ٥١٩/٥. الإمام مالك: المدونة الكبرى٢١٥/٢. النووي: منهاج الطالبين، ٩٩/١، النووي: المجموع شرح المهذب، ٢٩٥/١٦. ابن قدامة: المغني، ٥٣٢/٧.
[٨] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢١٢/٢.

فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُم مَّا أَنفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ وَسْـَٔلُوا مَا أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْـَٔلُوا مَا أَنفَقُوا ذَٰلِكُمْ حُكْمُ ٱللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾[الممتحنة:١٠].

ولم يختلف السادة الفقهاء في هذا، إلا أنهم اختلفوا في الوقت الذي تبين به الزوجة إلى أربعة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى وقوع الفرقة بينهما حالاً إن كان إسلام الزوجة قبل الدخول، لعدم تأكد النكاح بالدخول[١].

وإذا كان اسلامها بعد دخول زوجها بها، توقفت الفرقة على انقضاء العدة، فإن أسلم الزوج قبل انقضائها بقيا على نكاحهما، وان لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة بينهما، وهذا إن كان النكاح يجوز بينهما لو اجتمع إسلامهما.

جاء في شرح الخرشي: إذا تقدم إسلامها على إسلامه فالحكم أنه يقر عليها إذا أسلم في عدتها، فإن انقضت عدتها قبل إسلامه فقد بانت منه[٢].

وعن ابن القاسم: إن إسلام الزوج رجعة دون إحداث رجعة[٣].

وجاء في مغني المحتاج للشافعية: إذا أسلمت بعد الدخول فللزوج الخيار في إسلامه ما دامت في عدتها، فإن أسلم فهي زوجته، وإلا بانت منه، وتعتبر الفرقة من يوم إسلام الزوجة[٤].

ويقول ابن تيمية الحنبلي في المحرر: إن أسلمت الزوجة.. انفسخ نكاحهما إذا لم يكن دخل بها. وإن كان إسلام أحدهما بعد الدخول، وقف الأمر على انقضاء العدة. فإن أسلم الثاني قبل انقضائها بقي نكاحهما، وإلا تبينا انفساخه منذ اختلف الدينان[٥].

واستدلوا على رأيهم بما يلي:

أ . اختلاف الدين بين المسلمة وزوجها الكافر يمنع الاقرار على النكاح، فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة لأن ملك النكاح غير متأكد بالدخول فتنقطع بمجرد الاسلام[٦].

ب . إن الطلاق قبل الدخول يقطع النكاح في الحال، وكذلك الاسلام قبل الدخول يقاس عليه.

جـ . رواية ابن شهاب «لم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى الله ورسوله (صلى الله عليه وسلم) وزوجها كافر مقيم في دار الكفر، الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها، الا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها»[٧].

د . إسلام زوجة صفوان بن أمية يوم الفتح، وإسلام زوجها بعد شهر، ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما، وكذلك إسلام ام حكيم بنت الحارث بن هشام يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة الى اليمن،

---

[١] النووي: المجموع، ٢٩٥/١٦. الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢١٦/٢. ابن عبد البر: الاستذكار، ٥١٩/٥. ابن قدامة: المغني، ٥٣٢/٧.
[٢] شرح الخرشي على خليل، ٦٦/٣.
[٣] الحطاب: مواهب الجليل، ٤٧٨/٣.
[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ١٩١/٣.
[٥] ابن تيمية: المحرر، ٢٨/٢.
[٦] النووي: المجموع، ٢٩٥/١٦. الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢١٦/٢. ابن عبد البر: الاستذكار، ٥١٩/٥. ابن قدامة: المغني، ٥٣٢/٧. ٥٣٢/٧.
[٧] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢١٦/٢.

فارتحلت أم حكيم اليه في اليمن ودعته الى الاسلام فأسلم وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأبقاهما على نكاحهما ذلك[١].

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى إن الفرقة بين الزوجين لا تقع حالاً، بل يعرض الإسلام على غير المسلم منهما إن كان كانا في دار الإسلام، فإن رفض الدخول فيه يفرق القاضي بينهما[٢].

أما إذا أسلمت الزوجة في دار الحرب، فإذا دخل الزوج في الإسلام خلال عدة الزوجة، فإن النكاح باق بينهما، وإن أبى الدخول فيه حتى انقضت العدة، فإن الفرقة تقع بينهما[٣].

جاء في بدائع الصنائع: وإن أسلمت المرأة لا تقع الفرقة بنفس الإسلام عندنا، ولكن يعرض الإسلام على زوجها، فإن أسلم بقيا على النكاح، وإن أبى فرق القاضي بينهما، لأنه لا يجوز أن تكون المسلمة تحت الكافر ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتداء فكذا في البقاء عليه[٤].

وحجتهم في ذلك: أن الفرقة تقع، لا بمجرد إسلام الزوجة، لأن الاسلام طاعة، والطاعة لا تكون سببا لتفويت نعمة الزوجية وانقطاع النكاح، لكن لو ابقينا النكاح بينهما فإن مقاصده لا يمكن أن تحصل، إذ لا يجوز تمكين الكافر من استفراش المسلمة، فيعرض الإسلام من غير إكراه على الزوج حتى إذا أبى الدخول في الإسلام كان إباؤه هذا سبب الفرقة، وهو يصلح لذلك لأنه معصية، لكن عرض الإسلام غير ممكن إذا كان مقيما في دار الحرب، فيقام شرط البينونة في الطلاق الرجعي (وهو مضي ثلاث حيضات أو ثلاثة أشهر) مقام سبب الفرقة، ويكون مضي مدة العدة بمنزلة تفريق القاضي[٥].

القول الثالث: وذهب ابن حزم ومن معه من الظاهرية إلى انفساخ النكاح بمجرد الإسلام، سواء أسلم بعدها بطرفة عين أو اكثر أو لم يسلم، ولا سبيل له عليها إلا بنكاح جديد بعد إسلامه، ولا تحتاج الفرقة إلى عرض الإسلام على زوجها؛ لأنه لا يجوز بقاؤها تحت غير مسلم.

جاء في المحلى: في أسباب فسخ النكاح: أن تسلم وهو كافر كتابي أو غير كتابي.. سواء أسلم زوجها إثر أم لم يسلم، فلا نكاح بينهما إلا أنه إذا أسلم فله الزواج بعقد جديد ومهر جديد[٦].

وقد استدل بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُم مَّا أَنفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ وَسْـَٔلُوا مَا أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْـَٔلُوا مَا أَنفَقُوا ذَٰلِكُمْ حُكْمُ ٱللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾[الممتحنة:١٠].

وجه الاستدلال: إن الآية أباحت للمسلمين نكاح من أسلمت وبقي زوجها كافراً، مما يعني زوال النكاح الاول.

---

[١] ابن عبد البر: الاستذكار، ٥١٨/٥.
[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٣٦/٢.
[٣] السرخسي: المبسوط، ٨١/٥. الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٥٢/١. الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٢٥٢/١.
[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٣٦/٢.
[٥] المرجع السابق.
[٦] ابن حزم: المحلى، ١٤٣/١٠.

القول الرابع: وهو رأي ابن القيم: إذا أسلمت الزوجة قبل زوجها لم ينفسخ النكاح بإسلامها، سواء بقيت في دار الحرب أو هاجرت الى دار الاسلام، كما أن مراعاة زمن العدة لا دليل عليه من نص ولا إجماع، ولا يعرف في شيء من الأحاديث، ولا كان النبي يسأل المرأة إذا انقضت عدتها أم لا، لكن الذي دلّ عليه حكمه صلى الله عليه وسلم . أن النكاح موقوف، فإن أسلم قبل انقضاء عدتها فهي زوجته، وان انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت، وأن أحبت انتظرته، فإن أسلم كانت زوجته من غير حاجة إلى تجديد نكاح[1].

الترجيح:

بعد عرض أقوال العلماء وأدلتهم، فإنني أميل إلى ترجيح قول الجمهور لقوة أدلتهم والله أعلم.

الفرع الثاني: نوع الفرقة التي تقع بإباء الإسلام.

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة التي تقع بين الزوجين بسبب إباء أحدهما الإسلام. هل هي فرقة فسخ؟ أم فرقة طلاق؟ وذلك على النحو التالي:

المذهب الأول: إن الفرقة التي تقع بين الزوجين بسبب إباء الإسلام من أحدهما هي فرقة فسخ، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية. إن كان الإسلام من المرأة لأن المرأة لا تملك الطلاق[2].

وحجتهم: أنها لم تقع بلفظ الطلاق، ولأن وقوعها كان بحكم الشرع فهي كالفرقة بسبب الرضاع[3].

المذهب الثاني: إن الفرقة التي تقع بين الزوجين بسبب إباء أحدهما الإسلام هي فرقة طلاق، إذا أسلمت الزوجة وأبى الزوج الدخول في الإسلام، لأن الفرقة حصلت من قبله كما لو تلفظ به. وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد ورواية عند مالك[4].

وحجتهم: أنه قد فات الإمساك بالمعروف فإنه يتعين التسريح بإحسان فحينها إن طلق الزوج كان ذلك. وإن لم يفعل فإن القاضي يقوم بتطليقه[5].

الترجيح:

بعد ذكر أقوال العلماء في هذه المسألة، فإنني أميل إلى اختيار المذهب الثاني؛ وهو أن الفرقة التي تقع بين الزوجين إذا أبى أحدهما عن الإسلام تعد فرقة طلاق، وذلك لأن أصل الزوجين كانا كافرين، فإذا أسلم أحدهما، احتاج ذلك إلى إثبات، ولا يكون ذلك إلا أمام القاضي، وهذا لا يتأتى إلا أن تكون الفرقة فرقة طلاق.

---

(1) ابن القيم: أعلام الموقعين، ٣٥١/٢. وزاد المعاد، ١٣٣/٥.

(2) المرغيناني: الهداية٦٦/١، الميداني: اللباب في شرح الكتاب٢٥٢/١. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٧٩/٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ٦٣٣/٢. الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٧٠/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٣٣/٣. الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢١٥/٢. الشافعي: الأم، ٤٥،٤٨/٥. النووي: المجموع شرح المهذب، ٢٩٥/١٦. ابن قدامة: المغني، ٥٣٢/٧.

(3) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٧٩/٣. الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٢٥٢/١. النووي: المجموع شرح المهذب، ٢٩٥/١٦، ابن قدامة: المغني، ٥٣٢/٧.

(4) المرغيناني: الهداية،٦٦/١. الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٢٥٢/١. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٧٩/٣. الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٧٠/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٣٣/٣. الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٢١٥/٢.

(5) ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٣٨٩/٢. الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٢٥٢/١. المرغيناني: الهداية، ٦٦/١.

الفرع الثالث: مقدار المهر المستحق بالفرقة بإباء الإسلام.

وهناك حالتان:

الحالة الأولى: مقدار المهر المستحق بسبب الفرقة بإباء الإسلام قبل الدخول.

وقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

القول الأول: إن أسلم الزوج وأبت زوجته الدخول في الإسلام قبل الدخول بها، يكون فيها للمرأة نصف المهر المسمى، إن كانت التسمية صحيحة، أو نصف مهر مثلها، إن كانت فاسدة، كما لو كان صداقها خمراً أو خنزير، وذلك لأن الفرقة حصلت بفعل الزوج، أما لو كانت الفرقة بسبب إسلام الزوجة فإنه لا شيء لأن الفرقة حصلت من جهتها.

وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة في رواية[١]، حتى أنه نقل عن الإمام أحمد في مجوسي أسلم قبل أن يدخل بامرأته لا شيء لها من الصداق لأن الفرقة حصلت باختلاف الدين واختلاف الدين حصل بإسلامهما فكانت الفرقة حاصلة بفعلها فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت ويفارق تعليق ا لطلاق فإنه من جهة الزوج ولهذا لو علقة على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر[٢].

القول الثاني: إن أسلم الزوج وأبت زوجته الدخول في الإسلام قبل الدخول بها فإنه لا مهر لها، أما إن كانت الفرقة بسبب إسلام الزوجة فإن لها نصف المهر؛ لأن الفرقة حصلت من قبله بإبائه الإسلام ولامتناعه منه، وهي فعلت ما فرض الله عليها، فكان لها نصف ما فرض الله لها، كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت. وهذا ما ذهب إليه الحنفية وقول عند أحمد[٣].

الحالة الثانية: مقدار المهر المستحق بسبب الفرقة بإباء الإسلام بعد الدخول.

إن الفرقة بين الزوجين بسبب إسلام أحدهما وإباء الآخر بعد الدخول يترتب عليها المهر المسمى كاملاً للزوجة؛ وذلك إذا كانت التسمية صحيحة لاستقراره، وتأكده بالدخول، أما إذا كانت التسمية فاسدة كان يكون مهرها خمراً أو خنزيراً؛ فللفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة: إلى أنه يتعين لها مهر مثلها[٤]. **إذ الدليل في ذلك القاعدة الفقهية: متى ذكر البدل الذي لا يصح بدلاً يبطل البدل، ويثبت مهر المثل[٥].**

القول الثاني: وهو مذهب الحنابلة: إلى أن المهر إن كان محرماً وقد قبضته الزوجة قبل الإسلام، فإنه لا تأخذ غيره، لأنه لا يتعرض للماضي من الأحكام، **والدليل في ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي يُعدُّ قاعدة فقهية: إنَّ الإسلام يَجُبُّ ما كان قبلُه، وإنَّ الهِجرة تَجُبُّ ما كان قبلها[١].**

---

[١] ابن عبد البر: الاستذكار، ٥١٩/٥. الإمام مالك: المدونة الكبرى٢١٥/٢. النووي: منهاج الطالبين، ٩٩/١، ابن قدامة: المغني، ٥٣٢/٧.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٥٣٢/٧.

[٣] الزيلعي: تبيين الحقائق، ١٧٥/٣، المرغيناني: الهداية، ٦٦/١. الميداني: اللباب في شرح الكتاب،٢٥٢/١. نظام وجماعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية، ٣٣٨/١، ابن قدامة: المغني، ٥٣٢/٧.

[٤] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٧٣/٣. النووي: منهاج الطالبين، ٩٩/١. ابن قدامة: المغني، ٥٣٧/٧.

[٥] الشربيني: مغني المحتاج ٣٣٦/٣.

أما لو أنها لم تقبض المهر المفروض لها، والذي هو حرام، فإنه يعين لها مهر مثلها[٢].
وبحسب اطلاعي على كتب الفقهاء، لم أعثر على دليل يؤيد أقوالهم التي ذهبوا اليها، سوى ما ذكرته من القواعد الفقهية التي تعد تأصيلاً لأقوالهم في هذه المسألة.

المطلب الرابع
سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لإباء الإسلام

اختلف الفقهاء في مدى لزوم القاضي للتدخل بين الزوجين للتفريق بينهما في حالة إسلام أحدهما ورفض الآخر الإسلام البتة إلى مذهبين:
المذهب الأول: يجب أن يكون التفريق بحكم من القاضي، وأنه هو الذي يعرض عليهما الإسلام، وإذا لم يفرق بينهما يبقى النكاح قائماً وهذا ما ذهبت إليه الحنفية.
وحجتهم: أن الإباء لا ينافي المحلية والنكاح ولهذا تتوقف الفرقة فيه على بخلاف الردة[٣].
المذهب الثاني: لا يشترط قضاء القاضي في التفريق بين الزوجين بالإباء، إنما الفرقة تحدث فوراً بعد عرض أحد الزوجين الإسلام على الآخر، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية، والحنابلة[٤].
واستدلوا لما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾[الممتحنة:١٠]، وهذا يقتضي المفارقة على الفور دون اللجوء إلى سلطة القاضي. وكذلك بنص القاعدة الفقهية: **الواجب شرعاً لا يحتاج إلى القضاء**[٥].

الترجيح:
إن المتأمل لأهمية سلطة القاضي في كل شؤن الناس في الواقع المعاصر، يرى أن ما ذهب إليه الحنفية هو الذي تطمئن له النفوس، وخاصة بعد فساد الذمم، وضعف النفوس البشرية، والبعد عن الحق، لذلك قد نجد من تسول له نفسه بأن يتخذ ذلك ذريعة لمجانبة أحد الزوجين للآخر تحت مسمى الإباء، لذلك يكون القضاء هو الفاصل في أمر الإباء لمنع سبل الشر من الوصول إلى نفوس الناس والواقع يثبت ذلك فما عادت أمور الناس تمضي إلا بتوثيق ذلك وإثباته أمام القضاء.

---

[١] رواه أحمد في مسنَده، ٢٠٤/٤، ١٩٨، ٢٠٥، والبيهقي: السُنَن الكُبرى، باب ما قسم من الدور والأراضي في الجاهلية ثم أسلم أهلها، ١٢٣/٩، مِن حديث عمرو بن العاص، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٣٥١/٩: رواه أحمد والطبراني ورجالهما ثِقات.
[٢] ابن قدامة: المغني، ٥٣٧/٧.
[٣] الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ١١٤/٣.
[٤] ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٤٣٣/٢ الشربيني: مغني المحتاج، ٣١٧/٤، ابن قدامة: المغني، ٤٠٨/٩.
[٥] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٧٧ – ترتيب اللاليء لوحة ١٠٩. قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٨٦.

المبحث الثالث
القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة الردة أو إباء الإسلام وموقف القانون منها

المطلب الأول
القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة الردة أو إباء الإسلام

قاعدة رقم (١).

بتباين الدار تنقطع العصمة وينقطع التوارث[١].

وفي لفظ آخر:

- تباين الدارين قاطع للعصمة[٢].

المراد بتباين الدار: اختلافهما وتباعدهما، والمراد بالدار: دار الكفر ودار الإسلام.

والعصمة هنا: حقن الدم وعقد النكاح.

وانقطاع التوارث: أي لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم.

معنى القاعدة:

إن اختلاف الدار وتباينها أي انتقال الشخص أو وجوده في إحدى الدارين يكون سبباً في قطع العصمة ولأن اختلاف الدارين ينتج عنه اختلاف المنعة والملك، فتنقطع به عصمة النكاح حقيقة وحكماً. وأما بين المسلمين فإن اختلاف المنعة والملك لا يكون سبباً في اختلاف الدار وتباينها، لأن حكم الإسلام يجمعهم، فدار الإسلام دار أحكام، ودار الحرب ليس دار أحكام.

فمفاد هذه القواعد: إن اختلاف الدارين مزيل لعصمة الملك وعصمة النكاح وعصمة الدم إلا بسبب جديد.

فروع على القاعدة:

منها: إذا ارتدت امرأة ولحقت بدار الحرب، انقطعت العصمة بينها وبين زوجها.

ومنها: إذا دخلت امرأة كافرة دار إسلام بأمان انقطع النكاح بينها وبين زوجها مالم يدخل معها[٣].

ومنها: ومنها إذا خرجت امرأة حربي من دار الحرب ودخلت دار الإسلام بغير أمان مسلمة أو غير مسلمة فقد زال النكاح بينها وبين زوجها بتباين الدار[٤].

---

[١] السرخسي: المبسوط، ٣٣/٣٠.

[٢] المرجع السابق، ٢٠٥/٥.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٩/٣.

[٤] المرجع السابق، ١٦٨/٣.

قاعدة رقم (٢).

لا عصمة مع الردة.

وفي لفظ آخر:

- ما كان سبب البقاء لا يكون مشروعاً في حق المرتد[١].

معنى القاعدة:

هذه القواعد قريبة المعنى من القاعدة التي سبقتها، حيث تفيد إن المرتد مهدور الدم ونكاحه باطل. بل تصرفاته كلها باطلة، إذ لا عصمة مع الردة. وما كان سبب البقاء لا يكون مشروعاً في حق المرتد. لأن حياته غير مستحقة ما دام على ردته.

فإذا ارتد الزوج يستتاب وينظر ثلاثة أيام إما أن يرجع للإسلام أو يقتل. ولا يجوز بقاء زوجته على عصمته، حيث لا عصمة مع الردة. ولا يجوز بقاء المسلمة زوجة لمرتد لأنه لا دين له.

فروع على القاعدة:

منها: إذا أراد المرتد أن يتزوج مرتدة أو مسلمة أو كافرة أصلية فلا يمكّن من ذلك، لأن النكاح يعتمد الملة والمرتد لا ملة له. وثانياً: إن النكاح مشروع لمعنى البقاء فإن بقاء النسل يكون به. وكذلك بقاء النفوس، والمرتد مستحق للقتل لأن قتله صار مستحقا بنفس الردة وإنا يمهل ثلاثة أيام ليتأمل فيما عرض له من الشبهة، فلا يصح منه عقد النكاح، لأن اشتغاله بعقد النكاح يشغله عما لأجله حياته وهو التأمل[٢].

قاعدة رقم (٣).

الأصل أن ملك المرتد يزول بنفس الردة زوالاً موقوفًا[٣].

وفي لفظ آخر:

- المرتد: هل يزول ملكه بالرِّدة أم لا ؟[٤].

معنى القواعد:

إذا ارتد شخص عن الإسلام فيستحق القتل، وتزول أهليته عن أمواله، وتزول عصمة زوجته. ويفرق بينه وبينها، وقال أبو حنيفة: يزول ملكه بنفس الردة زوالاً موقوفاً على عودته أو قتله، وعند الصاحبين لا يزول ملكه ما لم يقض القاضي بلحوقه بدار الحرب.

وعند الحنابلة في زوال ملكه روايتان:

إحداها: لا يزول ملكه، بل هو باقٍ عليه، كالمستمر على عصمته، والثانية؛ يزول ملكه، .

وفي وقت زواله ثلاث روايات.

إحداها: من حين موته مرتداً.

---

[١] السرخسي: المبسوط،٤٨/٥.

[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٨٠/٩.

[٣] الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة وتطبيقاتها، ١٠٩٨/٢.

[٤] المصدر السابق.

والثانية: من حين ردته، فإن أسلم أعيد إليه ماله ملكاً جديداً.
والثالثة: أنا نتبين بموته مرتداً زوال ملكه من حين الردة، أي لا يزول بمجرد الردة إلا إذا مات عليها[١].

قاعدة رقم (٤).
إقرار الزوج بما ينافي النكاح يبطله[٢].

معنى القاعدة:
إذا أقر الزوج بأمر مناف للنكاح، فإن النكاح المدعى يبطل والمراد بالأمر المنافي في النكاح هو الأمر الذي إذا وجد منع صحة عقد النكاح.

فروع على القاعدة:
منها: إذا زعم رجل أن زوجته قد ارتدت وأنكرت هي بطل النكاح[٣].

قاعدة رقم (٥).
الواجب شرعاً لا يحتاج إلى القضاء[٤].

معنى القاعدة:
سبق بيان معنى هذه القاعدة في المبحث القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة اللعان.

فروع على القاعدة:
منها: الفرقة بالردة وبتباين الدارين وبملك أحد الزوجين صاحبه وبالنكاح الفاسد، كلها لا تحتاج إلى القضاء لفسخها.
ويستثنى من هذه القاعدة: الفرقة بالجبّ والعنّة وبخيار البلوغ وبعدم الكفاءة وبنقصان المهر وبإباء الزوج عن الإسلام وباللعان فكل هذه لا يثبت الفسخ بها إلا بالقضاء. وكذلك الحدود والقصاص والدية[٥].

قاعدة رقم (٦).
الإسلام يعلو ولا يعلى عليه[٦].

معنى القاعدة:
هذه القاعدة لفظ حديث شريف[٧]، يدلّ على فضل الإسلام، وتقدمه على سائر الأديان، وعلوه عليها، كما يدل على أن المسلم مقدّم تبعاً لذلك على غير المسلم في الذكر والمكانة.

فروع على القاعدة:

---

[١] الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة وتطبيقاتها، ١٠٩٨/٢. و١٠٢٩/٢.
[٢] السرخسي: شرح السير الكبير، ٥٤٦/٢-٥٤٧.
[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٥١/٢
[٤] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٧٧ – ترتيب اللاليء لوحة ١٠٩. قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٨٦.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٣٤/١٢.
[٦] السرخسي: المبسوط،٤٠/٥و٤٥ السرخسي: شرح السير الكبير، ١٢٩ البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٩٧/١
[٧] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه وهل يعرض على الصبي الإسلام، ٤٥٤/١ تعليقاً من حديث ابن عباس.

منها: إذا أسلمت المرأة ولم يسلم زوجها يفرق بينهما، لأن الإسلام يعلو ولا يجوز لها أن تبقى تحته كما بينا ذلك آنفاً[١].

قاعدة رقم (٧).

ما لا يجوز ابتداء، لا يجوز بقاء.

وفي لفظ آخر:

- ما لا يجوز ابتداؤه لا يجوز بقاؤه.

وفي لفظ مقابل:

- ما جاز ابتداء جاز بقاء.

معنى القواعد:

تفيد هذه القواعد أنه إذا كان لا يجوز ابتداء العقد لسبب من الأسباب، فكذلك لا يجوز استمراره وبقاؤه أيضاً إذا حصل هذا السبب.

فروع على القاعدة:

منها: كما أنه لا يجوز للمسلمة أن تنكح غير مسلم ابتداء، فكذلك الحال إذا أسلمت المشركة زوجها كافر، فلا يجوز بقاؤها تحته ويفرق بينهما على اختلاف بين أهل العلم في وقت وجوب هذه الفرقة كما بيناه سابقاً.

أما القاعدة المقابلة: ما جاز ابتداء جاز بقاء، فتفيد جواز بقاء الكتابية تحت زوجها إذا أسلم. لأنه يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية ابتداء.

قاعدة رقم (٨).

من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.
- من قصد إلى ما فيه إبطال قصد الشارع عوقب بنقيض قصده[٣].
- من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه.
- من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.
- من تعجل حقه، أو ما أبيح له، قبل وقته، على وجه محرم، عوقب بحرمانه.
- من استعجل ما أخره الشرع يجازى برده.
- الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد[٤] .

---

[١] ابن حزم: المحلى ٣١٤/٧ مسألة ٩٣٩.

[٢] ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٥٩ ومجلة الأحكام العدلية، م ٩٩ – الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك،٣٢٠. السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٥٢

[٣] الروكي: قواعد الفقه ٢٧٥. القاضي عبد الوهاب البغدادي: الإشراف على مسائل الخلاف، ١٣٤/٢.

[٤] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ١. ص ٤١٦. الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ق ٨٢ ٣١٥

- المعارضة بنقيض المقصود الفاسد[١].
- المعارضة بنقيض المقصود[٢].
- الأمر المطلق تخصصه التهمة[٣].
- ما يثبت الحكم بوجوده إذا أوجده هل يثبت له الحكم [٤].
- من قصد قصداً فاسداً عوقب بنقيض قصده[٥].
- من قصد قطع حقَّ من انعقد سبب استحقاقه لم يسقط[٦].

معنى القواعد:

سبق بيان معنى هذه القواعد في بحثنا للقواعد الفقهية المتعلقة بطلاق المريض مرض الموت.

ومثاله هنا: لو جاءت الفرقة من قبل الزوجة بسبب ردتها، فليس لها أن تتزوج بعد توبتها بغير زوجها، وبه يفتى، وتجبر على تجديد العقد على زوجها بمهر يسير، وعليه الفتوى، وذلك لرد عملها عليها، فإن السبب الموضوع لحل عقدة النكاح بالوجه العام منوط بالزوج الذي هو قوَّام عليها، والذي هو أحرى أن يكون مظنة استعمال الروية والحكمة وتوخي الصواب فيه، فلما استحصلت على حل هذه العقدة بهذا السبب الخاص المحظور، وهو المروق من الدين، عوقبت برد عملها هذا عليها بحرمانها ثمرته الخبيثة بما ذكرنا، حتى إن بعض مشايخ الحنفية قالوا: بعدم وقوع الفرقة أصلاً بردتها زجراً لها، وقال بعضهم: هو أولى، ثم لو ماتت في الردة فعلى القول الأول بوقوع الفرقة يرثها الزوج إذا كانت ردتها في المرض، وماتت وهي في العدة لكونها فارة، فإن الضرار يتحقق من الزوجة كما يتحقق من الزوج، وعلى القول الثاني يرثها مطلقاً بلا قيد[٧].

ومثاله أيضا: من لم تقدر على الخلاص من زوجها، فارتدت عن الإسلام قاصدة فسخ النكاح، فإنها تعامل بنقيض المقصود، ويثبت نكاحها، وتضرب ضرباً موجعاً، وترد إليه أحبت أم كرهت، وإنما تفارقه وتملك نفسها إذا ارتدت كراهية في الإسلام، وحرصاً على الدين الذي دخلت فيه. وقيل: الردة تزيل العصمة كيفما كانت[٨].

ومنها: من ارتدّ في مرضه، وعُلم أنه قصد بذلك حرمان الورثة، لما عُرف من بغضه إياهم، فإنه يُعامل بنقيض مقصوده، ويبقى ماله لورثته، وليس هناك أخسر منه[٩].

---

[١] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق١. ص ٤١٦. الزركشي: المنثور في القواعد،١٨٣/٣. ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ١٦٨/١و١٧٠. الحصني: القواعد، ٢٤١/٣.

[٢] الزركشي: المنثور في القواعد، ١٨٣/٣. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٥٠/٢.

[٣] الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير،٤٨١.

[٤] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ٤١٨/١.

[٥] ابن قدامة: المغني ٢٨٥/٢ و٢٦٨/٦. الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ٤٣٨.

[٦] ابن قدامة: المغني ٣٠١/٢.

[٧] الزرقا: شرح القواعد الفقهية ٤٧١، الزحيلي: القواعد الفقهية، ٤١٩/١.

[٨] الزحيلي: القواعد الفقهية، ٤١٩/١.

[٩] المرجع السابق.

المطلب الثاني

موقف القانون من فرقة الردة أو إباء الإسلام وتطبيقات الاجتهادات القضائية

لم ترد أحكام الفرقة بالردة أو إباء الإسلام في قوانين الأحوال الشخصية السوري أو المصري أو الإماراتي، ولكنها وردت في قوانين بعض الدول مثل:

الكويت:

جاء في قانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية (رقم: ٥١ / ١٩٨٤).

الفسخ لاختلاف الدين في المواد ١٤٣-١٤٥.

المادة :١٤٣

١-إذا كان الزوجان غير مسلمين، وأسلما معا، فزواجهما باق.

٢- وإذا أسلم الزوج وحده وزوجته كتابية، فالزواج باق، وان كانت غير كتابية، عرض عليها الإسلام، فان أسلمت أو صارت كتابية، بقي الزواج، وان أبت فسخ الزواج.

٣- وإذا أسلمت الزوجة وحدها يعرض الإسلام على الزوج، إن كان أهلا للعرض فان أسلم بقي الزواج، وإن أبى فسخ الزواج، إن لم يكن أهلا للعرض فسخ الزواج في الحال، إن كان إسلامها قبل الدخول، وبعد انقضاء العدة إن أسلمت بعد الدخول.

المادة ١٤٤:

أ- يشترط لبقاء الزوجية في الاحوال السابقة، الا يكون بين الزوجين سبب من أسباب التحريم المبينة في هذا القانون.

ب- في جميع الاحوال لا يجوز البحث في صدق من يعلن إسلامه، ولا في الباعث على اعتناق الإسلام .

.

المادة ١٤٥:

أ- إذا ارتد الزوج فسخ الزواج، لكن إذا وقعت الرده بعد الدخول، وعاد الى الإسلام خلال العدة، الغي الفسخ، وعادت الزوجية.

ب- وإذا ارتدت الزوجة فلا يفسخ الزواج.

قطر:

جاءت أحام الفرقة بالردة أو إباء الإسلام في قانون الأسرة القطري رقم: ٢٢ / ٢٠٠٦ في المواد ١٥٣-١٥٥:

المادة ١٥٣: تقع الفرقة بين الزوجين بمجرد ردة أحدهما، أو كليهما، إن كانت الردة قبل الدخول.

المادة ١٥٤: يفرق القاضي بين الزوجين لردة أحدهما، أو كليهما، بعد الدخول، بعد الإعذار بالعودة إلى الإسلام خلال مدة تنقضي بمثلها العدة، فإن انتفت العودة فرق بينهما.

المادة ١٥٥: إذا أسلمت الزوجة قبل الدخول، أو بعده، وكان زوجها غير مسلم فرق القاضي بينهما بعد الإعذار له بالدخول في الإسلام خلال مدة تنقضي بمثلها العدة، فإن تعذر إسلامه فرّق بينهما.
وإذا أسلم الزوجان، أو أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية، ولم يكن بينهما سبب من أسباب التحريم، فإن نكاحهما يظل صحيحاً.

القانون الفلسطيني:

جاءت أحكام الفرقة بالردة في القانون الفلسطيني مبينة في المواد ٣٠٣-٣٠٧:
تنص المادة ٣٠٣: إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام انفسخ النكاح ووقعت الفرقة بينهما بالحال بلا توقف على القضاء وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق.
ونرى أن القانون المذكور أعلاه قد اعتبر أن الفرقة هنا هي فسخ وليس طلاق كما إن القانون المذكور ذهب إلى أن الحرمة ترتفع بزوال السبب الذي أحدث الفرقة فلو عاد المرتد إلى الإسلام أجاز القانون له تجديد النكاح إذا كانت المرأة في عدتها الشرعية أو بعدها.

وقد نص على ذلك القانون المذكور في المادة ٣٠٤ ونصها الآتي: الحرمة بالردة ترتفع بارتفاع السبب الذي أحدثها فإذا جدد المرتد إسلامه جاز له أن يجدد النكاح والمرأة في العدة أو بعدها من غير محلل وتجبر المرأة على الإسلام وتجديد النكاح بمهر يسير وهذا ما لم يكن طلاقها ثلاثاً وهي في العدة وهو بديار الإسلام ففي هذه الصورة تحرم عليه حرمة مقيدة بنكاح آخر.
أما لو ارتد الزوجان معا أو أحدهما قبل الآخر ولم يعرف أيهما الأسبق فلو أسلما فقد ذهب القانون إلى أن النكاح بينهما يبقى صحيحاً ولا يفسد إلا إذا أسلم أحدهما قبل الآخر .
وقد بينت المادة ٣٠٥ من قانون الأحوال الشخصية ونصها الآتي: إذا ارتد الزوجان معا أو على التعاقب ولم يعلم الأسبق منهما ثم أسلما كذلك يبقى النكاح قائماً بينهما وإنما يفسد إذا أسلم أحدهما قبل الآخر.
كما إن القانون المذكور ذهب إلى أن الردة لا تؤثر على حق المرأة في مهرها إذا كان مدخولاً بها سواء أكانت الردة من الزوج أو الزوجة وقد بينت المادة ٣٠٦ من قانون الأحوال الشخصية ونصها الآتي: إذا وقعت الردة بعد الدخول بالمرأة حقيقة أو حكما فلها كامل مهرها سواء وقعت الردة منها أو من زوجها.
أما غير المدخول بها؛ فإن كانت الردة من الزوجة فلا شيء لها من المهر ولا من المتعة أما إن كانت الردة من الزوج فقد ذهب القانون إلى أن لها نصف المهر المسمى أو المتعة وقد بينت المادة٣٠٧ من قانون الأحوال الشخصية ونصها الآتي: وإذا وقعت الردة قبل الدخول فإن كانت من قبل الزوج فلها نصف المهر المسمى أو المتعة إن لم يكن مهر مسمى وإن كانت من قبلها فلا شيء لها من المهر ولا من المتعة.

وعليه فإنه بعد النظر في المواد القانونية السابقة الذكر يتبين لنا أن القانون الفلسطيني المطبق في المحاكم الشرعية في قطاع غزة جاء موافقاً لرأي السادة الحنفية في جلّ المسائل وذلك نظراً لأن القانون مستمد من المذهب الحنفي.

أما أحكام الفرقة بإباء الإسلام فقد جاءت في المواد ١٢٦-١٢٧.

نصت المادة ١٢٦: إذا كان الزوجان غير مسلمين فأسلمت المرأة يعرض الإسلام على زوجها، فإن أسلم، يقران على نكاحهما، مالم تكن المرأة محرماً له، وإن أبى الإسلام أو أسلم وهي محرم له، يفرق الحاكم بينهما في الحال، ولو كان صغيراً مميزاً أو معتوها فإن كان غير مميز ينتظر تمييزه، وإن كان مجنوناً فلا ينتظر شفاءه، بل يعرض الإسلام على أبويه، لا بطريق الإلزام، فإن أسلم أحدهما تبعه الولد وبقى النكاح على حاله، وإن أباه كل منهما، يفرق بينه وبين زوجته، وإن لم يكن له أب ولا أم يقيم القاضي عليه وصياً ليقضي عليه بالفرقة، وتفريق القاضي لإباء الصبي المميز وأحد أبوي المجنون طلاق لا فسخ، وما لم يفرق القاضي بينهما فالزوجية باقية[١].

مادة ١٢٧: إذا أسلم الزوج وكانت امرأته كتابية فالنكاح باق على حاله، وإن كانت غير كتابية يعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت فهي زوجته، وإن أبت الإسلام أو أسلمت وكانت محرماً له يفرق بينهما، والتفريق بإبائها فسخ لا طلاق، وما لم يفرق الحاكم فالزوجية باقية حتى يحصل التفريق[٢].

تطبيقات الاجتهادات القضائية

سوريا:

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (إن أسلمت الزوجة، يعرض الإسلام على الزوج، فإن أبى تبقى الزوجية قائمة ما لم يفرق القاضي)[٣].

(إن اعتناق الإسلام في وقت ما، واقعة مادية يصح إثباتها بجميع طرق الإثبات القانونية، ولا يتوقف على شيء من الشكليات، ولا تملك أية هيئة أن تقرر أو ترفض إسلام من أعلن أنه مسلم ونطق بالشهادتين متبرئاً من كل دين يخالف الإسلام)[٤].

(إن إسلام الزوج المسيحي، وبقاء الزوجة على دينها، أو أسلم الزوجان المسيحيان معاً، لا يؤثر في صحة عقد الزواج الذي نشأ قبل الإسلام، متى كان موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وإنما يجب مهر المثل)[٥].

(أنه يجب للزوجة في حال عدم تسمية مهر لها أثناء العقد، مهر المثل في حال عدم الاتفاق على تحديده لوقوع العقد قبل إسلام الزوج)[٦].

وقررت محكمة النقض السورية إعمال المادة ١٣٦ من كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا والتي تنص على: (أنه إذا أسلمت الزوجة، فإن القاضي يعرض الإسلام على الزوج، فإن قبله فهما على نكاحهما، مالم

---

[١] سيسالم: مجموعة القوانين الفلسطينية، ٢١/١٠. المادة: ١٢٦

[٢] المصدر السابق.

[٣] قرار محكمة النقض-الغرفة الشرعية- ١١٠١ لسنة ١٩٦٥/٥/١٢.مجلة القانون ١٩٦٥ ص ٦٢٦

[٤] مجلة المحامون ١٩٧٨ –قرار ٦ أساس شرعي ١٣٩ -١٩٧٨/١/٢٣.

[٥] الأحكام القضائية الشرعية-محمود زكي شمس ٢٨٧/١-اجتهاد ١٣-١٩٨٦/١/٣١. وفي معناه الاجتهاد ٤٦١-١٩٧٨/٧/٢٦.

[٦] مجلة القانون –فهرس ١٩٧٦-شرعي ٦٤٢/ق٦٧٢-١٩٧٦/٨/٢٢.

تكن المرأة محرماً له، وإن أبى الإسلام فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة، فإن أسلم وأراد الزواج منها، جاز، وملك عليها طلقتين)[1].

ولا بدَّ من الإشارة إلى أن قانون الطوائف الدينية، المعمول به في سورية حالياً، والذي أصدره المفوض اللا سامي أيام الاحتلال الصليبي للشام برقم ٧٥٣ من تاريخ ١٩٣٩/٣/٣٠. ينص في مادته ١١ على:
(كل من أدرك سنّ الرشد، وكان متمتعاً بقواه العقلية، يمكنه أن يترك، أو يعتنق طائفة ذات نظام شخصي معترف بها، ويكون لهذا الترك ، أو الاعتناق مفعوله المدني. ويمكن أن يحصل على تصحيح القيود المختصة به في سجل النفوس، وذلك بأن يقدم إلى دائرة النفوس في محل إقامته صكاً يحتوي على تصريح بارادته هذه، وعند الاقتضاء على شهادة قبول من السلطة ذات الصلاحية في الطائفة التي يعتنقها..).

وحيث إن هذا القانون يخالف أحكام الشريعة الإسلامية المجمع عليها، لأنه مما هو معلوم من الدين بالضرورة، والذي لا يجهله مسلم في شتى بقاع الأرض، أن النطق بالشهادتين مفتاح الدخول بالإسلام، فمن نطق بهما أصبح مسلماً مكلفاً بجميع أحكام الإسلام، له ما لنا، وعليه وما علينا، وهذا النطق لا يحتاج إلى بلوغ سن الرشد، إذ يصح إسلام الصبي، كما لا يحتاج إلى حضور أو شهادة شخص معين، أو مكان معين.

والله تعالى يقول: ﴿يَاأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَىٰ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَٰمَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْتَغُونَ عَرَضَ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا فَعِندَ ٱللَّهِ مَغَانِمُ كَثِيرَةٌ كَذَٰلِكَ كُنتُم مِّن قَبْلُ فَمَنَّ ٱللَّهُ عَلَيْكُمْ فَتَبَيَّنُوا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾[النساء:٩٤].

وحيث إن هذه المسألة بالغة الخطورة، إذ تتعلق بدين الإنسان، وفي إرثه، وفي وضع علاقته الزوجية، فقد كان الاجتهاد القضائي على وعي تام بإدراك خطورة هذه المسألة، لذلك فقد استقر اجتهاد محكمة النقض في سوريا ما يلي: (.. وكان من الجدل في هذه الدعوى يدور حول الوقت الذي يصبح فيه غير المسلم مسلماً.. هل هو من تاريخ نطقه بالشهادتين، أم من تاريخ موافقة وزارة الداخلية، وقيده في السجل المدني؟
وكان مما لا مراء فيه ولا جدال، أن الإسلام يثبت لمن نطق بالشهادتين: شهادة أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله من تاريخ نطقه بها.. وهذا معلوم من الدين بالضرورة. وهذه الحقيقة لا يمكن أن تدحض، سواء أوافق عليها وزير الداخلية، أم لم يوافق، وسواء أجري تسجيلها في القيد المدني، أم لم يجر .. وما كل ذلك، إلا إجراءات شكلية، لا تمس جوهر تلك الحقيقة، وعلى هذا الاجتهاد مستقر)[2].
وجاء في حكم آخر لمحكمة النقض السورية أيضاً: (لما كان يتبين من ملف الدعوى أن المطعون ضدها، قد ادعت أنها مسلمة، وقد تقدمت إلى الجهة الطاعنة (محافظة دمشق، وأمين السجل الدني) بالمعاملة اللازمة، إلا أنها لم تقبل بتصحيح دينها، ولذلك فإنها تطلب منع معارضتها بإشهار الإسلام..

---

[1] الأحكام القضائية الشرعية-محمود زكي شمس ٢٨٨٧/١-اجتهاد ٥٤٥-١٩٨١/٦/١٠.
[2] الاجتهاد ٤١١ تاريخ ١٩٧٦/٤/٢٧ والاجتهاد ٦ بتاريخ ١٩٧٨/١/٢٣ والاجتهاد ١٣٨ تاريخ ١٩٧٩/٢/٦ والاجتهاد٥٣٩ بتاريخ ١٩٨٠/٦/١ والاجتهاد ٨١١ بتاريخ ١٩٨١/١١/١٥ والاجتهاد ٦٨٤ بتاريخ ١٩٨٢/١٠/٣١. نقلاً عن [أبو جيب، سعدي: التذكرة في القضاء الشرعي- دمشق دار الفارابي، ٢٠٠٣م. ص ٦٣-٦٤ .]

وكانت المدعية قد أحضرت بينة شخصية استمعتها المحكمة، وقد أثبتت صحة اعتناقها الدين الإسلامي الحنيف..

وكان مما لا جدال فيه هو أن اعتناق غير المسلم للدين الإسلامي أمر شرعي، يترك آثاراً شرعية جليلة ولا سيما في مسائل الأحوال الشخصية..

وكان أمر البحث في صحة ذلك الاعتناق مسألة شرعية يتعين البحث فيها، لمعرفة ما إذا كان قد جاء على الوجه الشرعي الصحيح، وليس أمراً إدارياً، يخضع لمعاملات، وإجراءات إدارية قابلة للتغيير والتبديل والتعديل..

وكان من الثابت شرعاً أن اعتناق الإسلام لا تتوقف صحته على موافقة أية سلطة، مهما كانت، ولا على تقديم أوراق، ووثائق توجبها الأنظمة، والتعليمات الإدارية.. لأن غير المسلم، متى ثبت نطقه بالشهادتين على الوجه الصحيح أصبح مسلماً ولا شك..

وكان القضاء الشرعي، بكل ما لديه من خصائص ومرتكزات مرجعاً صالحاً للبحث في اعتناق غير المسلم للإسلام.. وعلى ذلك استقر التعامل القضائي والاجتهاد)[١].

مصر:

جاء في حكم لمحكمة المنصورة: النصوص الشرعية مجمعة على أن المرتدة لا دين لها، وإن عقد زواجها باطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزوجية، ويجب عليها أن تفترق عمن تزوجها، وإلا فرق بينهما القاضي[٢].

وفي حكم لمحكمة الإسكندرية: إذا طلب الزوج المسيحي الحكم بطلاق زوجته التي كانت مسلمة وارتدت، فطلبه لا يلتفت إليه شرعاً، إذ لا عقد ولا نكاح بينهما، لأن ما تم بينهما وقع، والزوجة مرتدة، والردة منافية للنكاح والطلاق رافع له، وكل ما تملكه المحكمة ويجب عليها عمله هو الحيلولة بينهما لأن معاشرتهما لا تقرها الشريعة الإسلامية[٣].

وجاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية: إذا عقد الزوج وكان مسلماً ثم رجع عن الدين الإسلامي بعد ذلك. اعتبر بذلك مرتداً، فتجري عليه أحكام الردة في الشريعة الإسلامية، ومن مؤداها الفسخ العاجل لعقد زواجه بلا قضاء للطلاق الصادر منه، لأنه صدر في وقت لا يملك صاحبه فيه إصداره، وبذلك يكون طلب الزوجة للطلاق في محله. وكذا الحكم لمها بمنع تعرض الزوج لها في أمور الزوجية ويتعين لها الحكم بذلك من تاريخ ارتداده[٤].

---

[١] الاجتهاد ٨١٩ بتاريخ ١٩٨٦/١٠/١٨ نقلاً عن [أبو جيب، سعدي: التذكرة في القضاء الشرعي ص ٦٣-٦٤]. ويضيف الأستاذ سعدي في كتابه المذكور: وإن لأرجو من بيده سلطة التشريع، واقتراح القانون، أن يخلص الأمة من القرار الصادر عن المندوب الغير سامي، الذي لا نزال نتمسك بأذياله، ورغم مرور ستة عقود على تحرير الوطن من رجس الاستعمار، ونتن ذكر اسمه وأنظمته، وأن يرعى الدستور الذي ينص على حرية المعتقد، وصيانة هذه الحرية، وأن ينظم هذه المسألة تنظيماً صحيحاً متفقاً مع أحكام الإسلام، بعيدة عن كل إجراء ومعاملة تقيد تلك الحرية، التي هي من أعظم حقوق الإنسان. [أبو جيب، سعدي: التذكرة في القضاء الشرعي ص ٦٣-٦٤].

[٢] محكمة استئناف المنصورة دائرة الزقازيق ١٩٥٨/٥/٢.

[٣] محكمة الإسكندرية الإبتدائية ١٩٥٦/١٠/٧.

[٤] محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٧/١١/٢٣.

وفي حكم لمحكمة طنطا: المرتد لا دين له، وزواجه باطل شرعاً، ولو بمرتدة مثله[١].

وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: الاعتقاد الديني مسألة نفسانية، فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية فقط. فإذا ما غير شخص دينه أو مذهبه رسمياً، فإنه من وقت هذا التغيير لا يعتبر خاضعاً إلا لأحكام الدين أو المذهب الجديد. ولا ينبغي للقضاء أيا كانت جهته أن ينظر في توافر تلك المظاهر الخارجية لاعتناق هذا الدين الجديد. وإذن فلا يصح التحدي من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقاً مكتسباً في استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقاً للقانون الذي كان يحكم به قبل تغيير الزوج الآخر مذهبه[٢].

الفرقة طلاق وليست بفسخ:

في حكم لمحكمة المنيا: الذمية إذا أسلمت وأبى زوجها الذمي الإسلام بعد عرضه عليه فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة. التفريق في هذا المقام تطليق لا فسخ وهو طلاق ينقص العدد بحيث لو أسلم لا يملك عليها إلا طلقتين[٣].

لا تقع الفرقة بنفس الإسلام:

في حكم لمحكمة القاهرة: إذا كان إسلام الزوجة وبقاء زوجها على دينه وامتناعه عن الإسلام موجب للفرقة بينهما، فإن الفرقة لا تقع وقت الإسلام ولكن بعده، لأن السبب في الفرقة ليس هو الإسلام، وإنما السبب فيها امتناع الزوج عن الإسلام وبعد أن تنتهي عدة الزوجة، لاحتمال إسلام الزوج في أي وقت قبل انتهاء العدة فتظل زوجة له[٤].

أما إذا أسلم الزوج فلا فرقة:

وفي حكم لمحكمة القاهرة: إذا عرضت المحكمة الإسلام على الزوج فقبل اعتناق الدين الإسلامي ونطق بالشهادتين وقرر أنه بريء من كل دين يخالف الدين الإسلامي، لا يكون للزوجة حق في طلب تفريقها منه[٥].

إذا كان الزوج غائباً:

في حكم لمحكمة اللبان الشرعية: يعرض الإسلام على الزوج بإسلام زوجته فإذا كان غائباً غيبة متقطعة وتعذر وصول العرض عليه فرق بينهما[٦].

إذا أبى الإسلام فرق بينهما:

جاء في حكم لمحكمة الجمالية: إذا أسلمت الزوجة عرض الإسلام على الزوج فإن أسلم بقيت الزوجية بينهما، وإلا فرق بينهما، لأنه لا يحل لغير المسلم أن يفترش المسلمة، ولا يصح شرعاً أن تبقى من أسلمت في عصمة زوجها الذي أبى الإسلام، ولا فرق في التفريق إن كان قبل الدخول أو بعده[٧].

---

[١] محكمة طنطا الجزئية الشرعية ١٩٣٢/٤/٣.
[٢] محكمة النقض المصرية ١٩٣٦/١٢/٣ المجموعة القانونية ١١٨/١.
[٣] محكمة المنيا الجزئية الشرعية ١٩٥٣/١/٣.
[٤] محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٦/١٢/٢٣.
[٥] محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٧/٣/١٦.
[٦] محكمة اللبان الشرعية ١٩٤٦/٤/١٣.
[٧] محكمة الجمالية الجزئية ١٩٤٨/٣/١.

وفي حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية: المقرر شرعاً إذا كانا كتابيين في دار الإسلام وأسلم أحدهما، فإن أسلم الزوج فالنكاح باق، وإن أسلمت الزوجة لا تقع الفرقة بنفس الإسلام، ولكن يعرض الإسلام على الزوج، فإن أسلم بقي النكاح، وإن أبى فرق بينهما بطلقة بائنة سواء أكان ذلك التفريق قبل الدخول أو بعده[1].

[1] محكمة القاهرة الإبتدائية: ١٩٥٦/٩/٣.

الباب السابع

آثار فرق النكاح

والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

الفصل الأول: الرجعة والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المبحث الأول: تعريفها ودليلها والحكمة من تشريعها.

المطلب الأول: تعريف الرجعة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: دليل مشروعيّة الرّجعة وحكمتها.

المطلب الثالث: حكم الرجعة.

المبحث الثاني: أركان الرجعة وشروطها.

الشّرط الأول: المُرتَجِع.

الشّرط الثّاني: الزوجة المرتجعة (محل الرجعة).

الشّرط الثالث: زمن الرجعة.

الشرط الرابع: وهو شرط خاص بالمولي والمعسر إذا طلق عليهما القاضي.

المبحث الثالث: كيفيّة الرّجعة.

المطلب الأول: الرّجعة بالقول.

المطلب الثاني: الرّجعة بالفعل.

المبحث الرابع: أحكام الرّجعة.

المطلب الأول: من له حق الرجعة وعدم قبول إسقاطه.

المطلب الثاني: الإشهاد على الرّجعة.

المطلب الثالث: إعلام الزّوجة بالرّجعة.

المطلب الرابع: أحكام المرأة الرجعية.

الفرع الأول: تزيّن المطلّقة الرّجعيّة وتشوّفها لزوجها.

الفرع الثاني: سفر الزّوج بالمطلّقة الرّجعيّة.

المبحث الخامس: تنازع الزّوجين في الرّجعة.

أولاً: الخلاف في حصول الرجعة أو في صحتها.

ثانياً: أن تدعي انقضاء عدتها بوضع الحمل.

ثالثاً: أن تدعي انقضاء عدتها بالشهور.

المبحث السادس: القواعد الفقهية المتعلقة بالرجعة وموقف القانون منها.

المبحث السابع: هدم الطلقات بالزواج الثاني (مسألة الهدم).

المبحث الثامن: القواعد الفقهية المتعلقة بهدم الطلاق وموقف القانون منها.

الفصل الثاني: متعة الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المبحث الأول: تعريف المتعة وحكمة مشروعيتها.

المبحث الثاني: حكم متعة الطلاق.

المبحث الثالث: مقدار المتعة.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بمتعة الطلاق وموقف القانون منها.

المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بمتعة الطلاق.

المطلب الثاني: موقف القانون من متعة الطلاق.

الفصل الثالث: تعويض التعسف في الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.

المبحث الأول: حكم التعويض عن التعسف في الطلاق.

المبحث الثاني: الفرق بين متعة الطلاق وتعويض الطلاق التعسفي.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

المبحث الرابع: موقف القانون من الطلاق التعسفي وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الفصل الرابع: العدة والقواعد الفقهية المتعلقة بها.

المبحث الأول: تعريف العدة، وحكمها الشرعي، وحكمتها، وركنها وسبب وجوبها.

المطلب الأول: تعريف العدة.

فرع: مسألة انتظار الرّجل مدّة العدّة.

المطلب الثاني: حكمها الشرعي.

المطلب الثالث: الحكمة من تشريعها.

المطلب الرابع: ركن العدة وسبب وجوب العدّة.

الفرع الأول: عدة المطلقة قبل الخلوة والدخول.

الفرع الثاني: عدّة المرأة غير المسلمة (الكتابيّة أو الذّمّيّة).

الفرع الثالث: عدّة زوجة المرتدّ.

الفرع الرابع: عدّة الزّانية والعدة في النكاح الباطل.

المبحث الثاني: أنواع العدّة.

المطلب الأول: معتدة بالقروء.

فرع: ما يترتب على اختلاف الفقهاء في معنى القرء.

المطلب الثاني: معتدة بالشهور.

الفرع الأول: كيفيّة حساب أشهر العدّة.

الفرع الثاني: بدء حساب أشهر العدّة.

الفرع الثالث: العشر المعتبرة في عدّة الوفاة بالأشهر.

المطلب الثالث: معتدة بالحمل.

فروع ومسائل تتعلق بالعدة بوضع الحمل.

الفرع الأول: مدة الحمل.

الفرع الثاني: أقصى مدة الحمل.

الفرع الثالث: ارتياب المعتدّة في وجود حمل.

المسألة الأولى: الحمل الذي تنقضي به العدة.

المسألة الثانية: فيما لو خرج أكثر الولد هل تنقضي العدّة أم لا ؟ .

المسألة الثالثة: متى يجوز للمعتدّة بوضع الحمل الزّواج: بالوضع أم بالطّهر؟.

المبحث الثالث: من أحكام العدد.

المطلب الأول: تحوّل العدّة أو انتقالها.

الفرع الأول: انتقال العدّة أو تحوّلها من الأشهر إلى الأقراء.

الفرع الثاني: تحول العدّة من الأقراء إلى الأشهر.

الفرع الثالث: تحوّل العدّة من القروء أو الأشهر إلى وضع الحمل.

الفرع الرابع: تحوّل المعتدّة من عدّة الطّلاق إلى عدّة الوفاة.

المطلب الثاني: وقت ابتداء العدة.

المطلب الثالث: وقت انقضاء العدة.

المطلب الرابع: تداخل العدتين.

المبحث الرابع: من أنواع العدد.

المطلب الأول: عدة المختلعة.

المطلب الثاني: عدّة الزّوجة المطلّقة دون تعيين أو بيان.

المطلب الثالث: عدّة المرتابة أو ممتدّة الطّهر.

المطلب الرابع: عدّة المستحاضة.

المطلب الخامس: عدّة زوجة الصّغير.

المطلب السادس: عدّة زوجة المجبوب والخصيّ.

المبحث الخامس: واجبات المعتدة وحقوقها.

المطلب الأول: خطبة المعتدّة.

المطلب الثاني: تحريم النكاح.

المطلب الثالث: إحداد المعتدّة.

المطلب الرابع: حرمة الخروج من البيت.

المطلب الخامس: معاشرة المعتدة.

المطلب السادس: النفقة والسكنى في بيت الزوجية.

المطلب السابع: ثبوت الإرث في العدّة:

المطلب الثامن: ثبوت نسب الولد في العدة.

المبحث السادس: القواعد الفقهية المتعقلة بالعدة وموقف القانون منها.

المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالعدة.

المطلب الثاني: موقف القانون من العدة وتطبيقات الاجتهادات القضائية.

الباب السابع
آثار فرق النكاح والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

تمهيد:

الآثار جمع أثر، وهو في اللغة: بقية الشيء ويقال: أثّر فيه تأثيراً: ترك فيه أثراً[1].

وآثار فرق النكاح هي: الأحكام الشرعية والنتائج التي تترتب عليها أو على بعضها.

وقد ذكرنا فيما سبق، بعض الآثار أو الأحكام التي تترتب على بعض فرق النكاح، مثل: آثار الطلاق الصّريح والطلاق الكنائيّ، أو أحكام وآثار الطلاق الرجعي والبائن، أوأثار الخلع في الحقوق الزوجية، أو أثر الفرقة للفقدان وأثار الفرقة باللعان وغير ذلك مما تقدم.

وقد رأينا أن نلحق تلك الآثار أو الأحكام بتلك الموضوعات نظراً لالتصاقها بها، وأنها جزء لا يتجزأ من تلك المباحث، وأنه لا يحسن فصلها عنها ودرءاً من تشتيت أجزاء تلك المباحث أو بعثرتها.

وسوف نبحث في هذا الباب الأخير الآثار التي تترتب على فُرَق النكاح بشكل كليّ، كالعدة أو الرجعة. أو ما يمكن أن يعدّ سفراً منفصلاً كمتعة الطلاق أو التعويض عن الطلاق التعسفي، إذ إنها غالباً تعد آثاراً لأكثر من فرقة من فرق النكاح، ولا يمكن تخصيصها بواحدة منها؛ لذا فيحسن بحثها في فصل خاص على حدة. تماماً كما نجد ذلك في كتب الفقه ودواوينه المتقدمة، أو كتب الأحوال الشخصية وأحكام الأسرة الحديثة.

وهذه الآثار هي:

- الرجعة.
- متعة الطلاق.
- التعسف في الطلاق في الاجتهاد الفقهي والقضائي المعاصر.
- العدة.

---

[1] الفيروزآبادي: القاموس المحيط، وابن منظور: لسان العرب مادة "أثر".

الفصل الأول
الرجعة والقواعد الفقهية المتعلقة بها

المبحث الأول
تعريفها ودليلها والحكمة من تشريعها

المطلب الأول
تّعريف الرجعة لغة واصطلاحا

الرجعة لغة: معناها الإعادة، اسم المرة من الرجوع، وأصلها من باب رجع، يقال: رجع عن سفره، وعن الأمر يرجع رجعاً ورجوعاً ورجعيّ ومرجعاً، قال ابن السّكّيت: هو نقيض الذّهاب، ويتعدّى بنفسه في اللّغة الفصحى فيقال: رجّعته عن الشّيء وإليه، ورجّعت الكلام وغيره أي رددته قال تعالى: ﴿فَإِن رَّجَعَكَ ٱللَّهُ إِلَىٰ طَائِفَةٍ مِّنْهُمْ﴾[التوبة:٨٣].

ورجعت المرأة إلى أهلها بموت زوجها أو بطلاقٍ، فهي راجعة، والرّجعة بالفتح بمعنى الرّجوع، والرّجعة بعد الطّلاق بالفتح والكسر، والفتح أفصح[١].

والرّجعيّ نسبة إلى الرّجعة، والطّلاق الرّجعيّ: ما يجوز معه للزّوج ردّ زوجته في عدّتها من غير استئناف عقدٍ.

وفي الاصطلاح: تعدّدت تعريفات الفقهاء للرّجعة على النّحو الآتي:

فالرجعة اصطلاحاً عند الحنفية:

عرّفها العينيّ[٢]: بأنّها استدامة ملك النّكاح[٣].

وعرّفها صاحب البدائع من الحنفيّة بأنّها: استدامة ملك النّكاح القائم ومنعه من الزّوال[٤].

وجاء في البحر الرائق: الرجعة: إبقاء النكاح على ما كان ما دامت في العدة[٥].

ومجمل هذه التعريفات يدل على أنها: استدامة وإبقاء الملك القائم بلا عوض ما دامت في العدة، أي استدامة الزواج في أثناء عدة الطلاق الرجعي[٦].

والرجعة اصطلاحاً عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة هي: إعادة المطلَّقة طلاقاً غير بائن إلى الزواج في العدة بغير عقد[١].

---

(١) الفيومي: المصباح المنير والمعجم الوسيط مادة "رجع". الكفوي: الكليات ٤٧٩.

(٢) العيني (٧٦٢-٨٥٥هـ) محمود بن أحمد بن موسى، أبو محمد، قاضي القضاة بدر الدين. أصله من حلب، ومولده في عينتاب وإليها نسبته، فقيه حنفي؛ ومفسر ومؤرخ ومحدث. تفقه على والده. كان فصيحاً باللغتين العربية والتركية. أقام بحلب ودمشق والقدس، ثم دخل القاهرة، أفتى ودرس وولي الحسبة ونظر السجون ثم قضاء قضاة الحنفية بمصر. وتوفي بالقاهرة. له: (عمدة القاري شرح البخاري)؛ (البناية في شرح الهداية)؛ (رمز الحقائق شرح الكنز) [الجواهر المضية ١٦٥/٢، الفوائد البهية ٢٠٧، شذارت الذهب ٢٨٦/٧].

(٣) العيني: البناية على الهداية، ٥٩١/٤.

(٤) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٨١/٣.

(٥) ابن نجيم: البحر الرائق، ٥٤/٤.

(٦) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٧٣٨/٢، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٦٠/٣، الميداني: اللباب، ٥٣/٣.

فقد عرّفها الدّردير من المالكيّة بأنّها عود الزّوجة المطلّقة للعصمة من غير تجديد عقدٍ[٢].
وعرّفها الخطيب الشّربينيّ[٣] من الشّافعيّة بقوله: ردّ المرأة إلى النّكاح من طلاقٍ غير بائنٍ في العدّة على وجهٍ مخصوصٍ[٤].
وعرّفها البهوتيّ من الحنابلة بأنّها إعادة مطلّقةٍ غير بائنٍ إلى ما كانت عليه بغير عقدٍ[٥].

والفرق بين تعريف الأحناف وتعريف الجمهور: أن معنى الرجعة عند الأحناف يدل على بقاء الزواج بعد الطلاق الرجعي وأنها استدامة له، وليست إنشاء لعقد جديد، ولا إعادة للزواج السابق بعد زواله، وهذا يتفق مع مبدأ بقاء أحكام الزواج بعد الطلاق الرجعي، بدليل قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨] فقد سمى الله المطلق بعلاً، والبعل معناه الزوج،، وهذا يقتضي بقاء الزوجية بينهما. وقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩] والإمساك هو الإبقاء[٦].

أما معنى الرجعة عند الجمهور فيدل على أن الزواج ينتهي بالطلاق الرجعي، وأن الرجعة تعيده بعد زواله. لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨] فقد عبر عنها بالردّ، والردّ معناه الإعادة.

الراجح –والله أعلم– تعريف الأحناف، لاتفاقه مع مقتضى أحكام الرجعة ومتعلقاتها عند جمهور الفقهاء كما سيظهر لنا لاحقاً.

المطلب الثاني
دليل مشروعيّة الرّجعة وحكمتها

قد ثبتت مشروعيّة الرّجعة بالكتاب والسّنّة والإجماع، وفيما يلي بيان ذلك:
أمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨].
قال القرطبي: أحق بردهن أي بمراجعتهن في العدة[٧].

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا وَٱذْكُرُوا نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُم

---

[١] ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٣٤، الدردير: الشرح الصغير، ٦٠٤/٢، ٦١٤، الدردير: الشرح الكبير، ٤١٥/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٥/٣، ٣٤٠، الشيرازي: المهذب، ١٠٢/٢، البهوتي: كشاف القناع، ٣٩٢/٥-٣٩٥، ابن قدامة: المغني، ٢٧٣/٧ ومابعدها، ٢٧٩.
[٢] الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، ٣٦٩/٢ و٤١٥/٢، الخرشي على خليل، ٧٩/٤.
[٣] الخطيب الشربيني (٩٧٧هـ) شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، فقيه شافعي مفسر لغوي من أهل القاهرة. له: (الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع)، و(مغني المحتاج في شرح المنهاج) و(تقريرات على المطول) في البلاغة؛ و(شرح شواهد القطر) [الأعلام للزركلي ٢٣٤/٦؛ وشذرات الذهب ٣٨٤/٨].
[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٥/٣، النووي: روضة الطالبين ٩١/٦.
[٥] البهوتي: كشاف القناع، ٣٤١/٥، البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستقنع، ٦٠١/٦.
[٦] الحصكفي: الدر المختار بحاشية ابن عابدين ٢٣/٥.
[٧] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٢٠/٣.

مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٣١]. والرد والإمساك مفسران بالرجعة.

يقول ابن العربي[١]: (والإمساك بالمعروف هو الرّجعة مع المعروف في العدّة بقصد الإصلاح لا الإضرار)[٢].

وأمّا السّنّة: فقد ورد عن عمر بن الخطّاب رضي الله تعالى عنه: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها)[٣]. وفي رواية: (أنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم طلّق حفصة تطليقةً، فأتاه جبريل عليه الصلاة والسلام فقال: يا محمّد، طلّقت حفصة وهي صوّامة قوّامة، وهي زوجتك في الجنّة؟ فراجعها)[٤].

وعن عائشة قالت: (كان النّاس والرّجل يطلّق امرأته ما شاء أن يطلّقها، وهي امرأته إذا ارتجعها وهي في العدّة وإن طلّقها مائة مرّةٍ أو أكثر، حتّى قال رجل لامرأته: واللّه لا أطلّقك فتبيني منّي ولا آويك أبداً، قالت: وكيف ذاك ؟ قال: أطلّقك فكلّما همّت عدّتك أن تنقضي راجعتك، فذهبت المرأة حتّى دخلت على عائشة فأخبرتها فسكتت عائشة حتّى جاء النّبيّ صلى الله عليه وسلم فأخبرته فسكت النّبيّ صلى الله عليه وسلم حتّى نزل القرآن: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩].

قالت عائشة: فاستأنف النّاس الطّلاق مستقبلاً، من كان طلّق ومن لم يكن طلّق)[٥].

وقوله صلّى الله عليه وسلم لعمر: (مره فليراجعها)[٦] كما سبق.

وقد أجمع الفقهاء على جواز الرّجعة عند استيفاء شروطها، ولم يخالف في ذلك أحد منهم، فقد جاء في الرّوض المربّع ما نصّه "قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أنّ الحرّ إذا طلّق دون الثّلاث، والعبد دون اثنتين، أنّ لهما الرّجعة في العدّة"[٧].

وبناء عليه: إذا طلق الرجل امرأته المدخول بها تطليقة رجعية أو تطليقتين، فله أن يراجعها في عدتها، سواء رضيت بذلك أم لم ترض؛ لأنها عند الحنفية باقية على الزوجية، بدليل جواز الظهار عليها، والإيلاء واللعان والتوارث، وإيقاع الطلاق الآخر ما دامت في العدة بالإجماع.

---

[١] ابن العربي (٤٦٨–٥٤٣هـ) أبو بكر محمد بن عبدالله، حافظ وفقيه من أئمة المالكية، بلغ رتبة الاجتهاد. رحل إلى الشرق وأخذ عنه الطرطوسي والغزالي، ثم عاد الي مراكش، وأخذ عنه القاضي عياض وغيره. أكثر من التآليف التي تدل علي غزارة علمه. له: (عارضة الاحوذي شرح الترمذي)، و(أحكام القرآن).[شجرة النورالزكية ١٣٦، والديباج ٢٨١].

[٢] ابن العربي: أحكام القرآن، ١٩١/١ و١٩٩

[٣] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في المراجعة، ٢٨٥/٢ برقم ٢٢٨٣، النسائي: السنن الكبرى، ٤٠٣/٣. برقم ٥٧٥٥. ابن ماجه: ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، ٦٥٠/١ برقم ٢٠١٦. ابن حبان: صحيح ابن حبان، باب الرجعة، ١٠٠/١٠، برقم ٤٢٧٥. الدارمي: السنن، باب في الرجعة، ٢١٤/٢، برقم ٢٢٦٤ و٢٢٦٥. البيهقي: السنن الكبرى، باب إباحة الطلاق، ٣٢١/٧، برقم ١٤٦٦٩. والحاكم: المستدرك، ٢١٥/٢. برقم ٢٧٩٦ و٢٧٩٧ .وصححه الذهبي.

[٤] الحاكم: المستدرك، في باب ذكر أم المؤمنين حفصة، ١٦/٤ برقم ٦٧٥٣. وضعف الذهبي أحد رواته في ميزان الاعتدال ٤٨٢/١. والهيثمي: مجمع الزوائد، باب فضل حفصة بنت عمر بن الخطاب، ٢٤٤/٩. وقال في إسناده بن ابي جعفر وهو ضعيف.

[٥] الترمذي: السنن، كتاب الطلاق واللعان، ٤٩٧/٣ برقم ١١٩٢. الحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٣٠٧/٢ برقم ٣١٠٦. وقال حديث صحيح الإسناد. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في إمضاء الطلاق الثلاث وإن كنَّ مجموعات، ٣٣٣/٧ برقم ١٤٧٢٧.

[٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن،٢٠١١/٥ برقم ٥٢٥١، ورواه مسلم في صحيحه– كتاب الطلاق – باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، ١٠٩٣/٢– برقم ١٤٧١.

[٧] ابن المنذر: الإجماع، ٥١، ابن رشد: بداية المجتهد، ١٠٨٥/٣، الحصكفي: الدر المختار بحاشية ابن عابدين ٢٣/٥، الدردير: الشرح الكبير ٤١٥/٢، النووي: روضة الطالبين ٩١/٦، البهوتي: كشاف القناع ٢٩٧/٤، البهوتي: الروض المربع، ٦٠١/٦أبو زهرة: الأحوال الشخصية ٢٩٧.

حكمة مشروعيتها:

إن الحكمة من الرجعة تمكين النادم على الطلاق من إعادة الزوجة، وإصلاح سبب الخلاف، في فترة قريبة وهي العدة، فتكون العدة لإعطاء فرصة للزوج للنظر في أمر الزوجة، والتفكير في مصيرها، فهل من الخير والمصلحة عودة الحياة الزوجية، فيراجعها قبل انقضاء عدتها، أم أن الخير في الطلاق، فيتركها حتى تنتهي عدتها وتبين منه؟.

إن ارتجاع الزّوج لزوجته باب من أبواب الإصلاح يتدارك الرجل فيه ما قد فرط في طلاق زوجته ثم يندم على فعله، فيبطل عمل الطلاق بالرجعة، لذلك نجد الشّريعة الإسلاميّة قد نظّمت أحكامها..

وقد أشار الكاسانيّ إلى حكمة الرّجعة بقوله: إنّ الحاجة تمسّ إلى الرّجعة، لأنّ الإنسان قد يطلّق امرأته ثمّ يندم على ذلك على ما أشار الرّبّ سبحانه وتعالى جلّ جلاله بقوله: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[الطلاق:١]، فيحتاج إلى التّدارك، فلو لم تثبت الرّجعة لا يمكنه التّدارك، لما عسى أن لا توافقه المرأة في تجديد النّكاح ولا يمكنه الصّبر عنها فيقع في الزّنا[١].

وجاء في تفسير المنار عند قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨]: هذا لطف من الله وحرص من الشارع على بقاء العصمة الأولى، فإن المرأة إذا طلقت لأمر من الأمور فقلما يرغب بها الرجال، وأما بعلها المطلق فقد يندم على طلاقها، ويرى أن ما طلقها لأجله لا يقتضي مفارقتها دائما فيرغب في مراجعتها)[٢].

لذا شرعت الرّجعة للإصلاح بين الزّوجين وهذه حكمة جليلة فتبارك اللّه أحكم الحاكمين.

المطلب الثالث

حكم الرجعة

اتّفق الفقهاء على أنّ الزّوج إذا طلّق زوجته بائناً لا يعود إليها إلاّ بعقد جديد، في العدّة أم بعدها، ما دامت البينونة صغرى وكذلك الحكم بعد فسخ الزّواج.

فإذا كانت البينونة كبرى، فلا يعود إليها إلاّ بعقد جديد أيضاً، ولكن بعد أن تتزوّج من غيره، ويدخل بها، ثمّ يفارقها وتنقضي عدّتها، وذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[البقرة:٢٣٠].

كما اتّفقوا على أنّ الزّوج إذا طلّق زوجته رجعيّاً واحدةً أو اثنتين، فإنّ له العود إليها بالمراجعة بدون عقد ما دامت في العدّة لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨].

ومع أن الفقهاء جميعاً قد اتفقوا على أن الأصل في الرّجعة أنّها مباحة، وهي حقّ للزّوج لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨].

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٨١/٣

[٢] رضا، محمّد رشيد، تفْسير القرآن الحكيم الشّهير بـتفْسير المنار- بيروت: دار الفكْر، ٣٧٤/٢.

إلا إنها مع هذا، فقد تأخذ الرجعة باقي الأحكام الشرعية التكليفية من وجوب أو ندب أو حرمة أو كراهة.

١- فتكون الرّجعة واجبةً عند الحنفيّة والمالكيّة إذا طلّق الرّجل امرأته طلقةً واحدةً في حالة حيضٍ أو نفاس، ولم يكن ذلك الطلاق بالثلاث، أو مكملاً لها، فهذا طلاق بدعيّ يستوجب التّصحيح، والتّصحيح لا يتمّ إلاّ بالرّجعة، فإن لم يرجعها أرجعها الحاكم جبراً وقد تقدم في أحكام الطلاق البدعي.

والدّليل على ذلك حديث ابن عمر: (أنّه طلّق امرأته وهي حائض على عهد رسول اللّه صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطّاب النّبيّ صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: مره فليراجعها، ثمّ ليمسكها حتّى تطهر، ثمّ تحيض ثمّ تطهر، ثمّ إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلّق قبل أن يمسّ، فتلك العدّة الّتي أمر اللّه أن تطلق لها النّساء)[١].

جاء في الهداية للمرغيناني عن رجعة المطلقة في الحيض: (ثم إن الاستحباب قول بعض المشايخ والأصح أنه واجب عملاً بحقيقة الأمر، ورفعاً للحيض بالقدر الممكن برفع أثرها وهو العدة ودفعاً لتطويل العدة)[٢].

وقال الخرشي: (ويجبر الزوج على الرجعة ولو لم تطلب المرأة، وجاز الوطء بارتجاع الحاكم له والتوارث، وإن كان بلا نية من الزوج لأن نية الحاكم قامت مقام نيته)[٣].

وتسنّ عند الشّافعيّة والحنابلة في هذه الحالة[٤].

جاء في متن المنهاج للنووي: (ومن طلق بدعياً سن له الرجعة ثم إن شاء طلق بعد طهر)[٥].

وجاء في المغني: ويستحب أن يراجعها لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بمراجعتها وأقل أحوال الأمر الاستحباب ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق ولا يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول الثوري والأوزاعي والشافعي وابن أبي ليلى[٦].

٢- وتكون الرّجعة مندوبةً، وذلك في حالة ندم الزّوجين بعد وقوع الطّلاق، ولا سيّما إذا كان هناك أولاد تقتضي المصلحة نشأتهم في ظلّ الأبوين ليدبّرا شؤونهم، فتكون الرّجعة مندوبةً تحصيلاً للمصلحة الّتي ندب إليها الشّارع الحكيم، فقد حضّ في كثيرٍ من الآيات على الصّلح والتّوفيق بين الزّوجين، قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[النساء:١٢٨]، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٨].

٣- وتكون الرّجعة محرّمةً -أي يأثم فاعلها ولكنها صحيحة- إذا قصد الزّوج الإضرار بالمرأة فيراجعها ليلحق بها الأذى والضّرر، وإطالة الأمد عليها، وقد نهى القرآن الكريم عن ذلك بقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ وَلَا تَتَّخِذُوٓا۟ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا وَٱذْكُرُوا۟ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيْكُم

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن،٢٠١١/٥ برقم ٥٢٥١، ورواه مسلم في صحيحه- كتاب الطلاق – باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، ١٠٩٣/٢- برقم ١٤٧١.

[٢] المرغيناني: الهداية، ٣٤/٣

[٣] الخرشي على خليل، ١٦٩/٣.

[٤] الموصلي: الاختيار، ١٢٢/٣-١٢٣، الخرشي على خليل، ٢٧/٤، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٩/٢، البهوتي: كشاف القناع، ٢٤/٥.

[٥] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٩/٣.

[٦] ابن قدامة: المغني ٢٣٨/٨.

مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ﴾[البقرة:٢٣٨]. في هذه الآية ينهى اللّه تعالى الأزواج أن يمسكوا زوجاتهم بقصد إضرارهنّ وأذاهنّ، والنّهي يفيد التّحريم، فتكون الرّجعة محرّمةً في هذه الحالة[١].

ومع هذا تكون الرّجعة صحيحةً عند جمهور الفقهاء[٢].

قال القرطبيّ: (إذا قصد الإضرار وتطويل العدة، والقطع بها عن الخلاص من ربقة النكاح فمحرم إرجاعها للآية.. ثم قال: من فعل ذلك فالرّجعة صحيحة، ولو علمنا نحن ذلك المقصد طلّقنا عليه)[٣].

وعند ابن تيمية والظاهرية لا تصح الرجعة بقصد المضارّة. استناداً إلى القاعدة الفقهية التي تنص على: **تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به سواه**[٤].

قال ابن تيميّة: لا يمكّن من الرّجعة إلاّ من أراد إصلاحاً وأمسك بمعروفٍ[٥].

وقال ابن حزم: (الرجعة بقصد المضارة باطلة لمخالفتها القرآن الكريم، فإنما يكون البعل أحق بردها إن أراد إصلاحاً بنص القرآن)[٦].

وقد رأى بعض العلماء المعاصرين الأخذ بقول الجمهور إذا لم توجد قرائن أن المطلق قصد المضارة بمراجعته مطلقته، وأما إذا وجدت قرائن، فلا تصح الرجعة[٧].

٤-وتكون الرّجعة مكروهةً إذا ظنّ الزّوج أنّه لن يقيم حدود اللّه من حيث الإحسان إلى زوجته، فتكون الرّجعة في حقّه مكروهةً في هذه الحالة.

المبحث الثاني
أركان الرجعة وشروطها

ركن الرجعة عند الحنفية: الصيغة أو الفعل فقط.

وعند الجمهور: أركانها ثلاثة: مرتجع، وزوجة، وصيغة فقط عند الشافعية وكذا وطء عند الحنابلة، أو فعل أو نية عند المالكية.

شروط الرّجعة:

ويشترط لصحّة الرّجعة ما يلي[٨]:

---

[١] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٢٣/٣

[٢] الجصاص: أحكام القرآن، ٣٨٩/١.

[٣] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٢٣/٣، ابن العربي: أحكام القرآن، ٢٠٠/١.

[٤] قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٣٠-٣١.

[٥] ابن مفلح: الفروع، ٤٦٤/٥.

[٦] ابن حزم: المحلى، ٢٥٣/١٠.

[٧] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ١٣٨/١- ١٣٩. المأمون: حسن، فقه القرآن والسنة، ١٣٠.

[٨] الكاساني: بدائع الصنائع،١٨٣/٣-١٨٦، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار،٧٢٨/٢-٧٣٢، الدردير:الشرح الصغير، ٦٠٥/٢-٦٠٨، الدردير:الشرح الكبير،٦١٥/٢-٦١٨، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٣٤، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٧١،٣٣٥/٣-٣٣٧، الشيرازي: المهذب، ١٠٢/٢ وما بعدها، ابن قدامة: المغني، ٢٧٤/٧، ٢٧٨، ٢٨٠-٢٨٥،٢٩٠، البهوتي: كشاف القناع، ٣٩٣/٥-٣٩٦.

الشّرط الأول: المُرتَجِع: أن يكون المرتجع مكلفاً أهلاً لإنشاء عقد النّكاح. وهذا الشّرط ورد في كتب المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، فكلّ من له الحقّ في إنشاء عقد الزّواج يكون له الحقّ في ارتجاع مطلّقته عند استيفاء شروط الرّجعة، وذلك بأن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً غير مرتد؛ لأن الرجعة كإنشاء النكاح، فلا تصح الرجعة في الردة والصبا والجنون والسكر، ولا من مكرَه، كما لا يصح الزواج فيها، ولأن طلاق الصبي غير لازم أو غير واقع.

وعلى ذلك فلا تصحّ الرّجعة من المجنون والسّكران لعدم أهليّتهما لإنشاء عقد النّكاح.

وأجاز الحنفية الرجعة للصبي لأن نكاحه صحيح يتوقف على إجازة وليه. وأجاز الحنابلة والشافعية الرجعة لولي المجنون؛ لأنها حق للمجنون يخشى فواته بانقضاء العدة، وأجاز الحنفية للمجنون والمعتوه والمكره الرجعة.

وأجاز المالكيّة رجعة ناقصي الأهليّة، وهم الصّبيّ المميّز، والسّفيه، والمريض مرض الموت، والمفلس، وقد بنوا إجازة الرّجعة من هؤلاء على أساس عدم إلحاق الضّرر بهم، وعلى حسب حالة كلٍّ من هؤلاء على حدةٍ، فأمّا الصّبيّ المميّز فيصحّ عقد نكاحه إلاّ أنّه متوقّف على إجازة وليّه، فكما صحّ عقده بهذه الحالة صحّت رجعته، وأمّا السّفيه فيصحّ عقد نكاحه في حدود مهر المثل فصحّت رجعته لاستمرار عقد النّكاح من جهةٍ، وكذا لعدم وجود الإسراف منه، وأمّا المريض مرض الموت فقد صحّت رجعته، لأنّ الرّجعة ليس فيها إدخال غير وارثٍ مع الورثة، وأمّا المفلس فصحّت الرّجعة منه، لأنّها لا تتطلّب مهراً جديداً فلا تشغل ذمّته بالتزاماتٍ ماليّةٍ ولا يحتاج لإذن الدّائنين.

وذهب الشّافعيّة إلى أنّ شرط المرتجع أهليّة النّكاح بنفسه بأن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً غير مرتدٍّ، لأنّ الرّجعة كإنشاء النّكاح فلا تصحّ الرّجعة في الرّدّة والصّبا والجنون ولا من مكرهٍ، كما لا يصحّ النّكاح فيها. فالرّجعة لا تصحّ إلاّ من بالغٍ، عاقلٍ مختارٍ[1].

واستثنى الشّافعيّة من ذلك السّفيه فكما يصحّ نكاحه صحّت رجعته.

والسّكران المتعدّي بسكره تصحّ رجعته عند الشّافعيّة، لأنّه في الأصل أهل لإبرام عقد النّكاح، ولا تصحّ رجعته عند المالكيّة، كما لا تصحّ عند الشّافعيّة رجعة السّكران غير المتعدّي بسكره، لأنّ أقواله كلّها لاغية.

ولا يشترط في المرتجع بالاتفاق عدم الإحرام بحج أو عمرة، وعدم المرض؛ لأن كلاً من المحرم والمريض فيه أهلية النكاح، ولأنّ الإحرام لا يؤثّر في أهليّة المحرم لإنشاء عقد النّكاح وإنّما هو أمر عارض فيمنع إنشاء عقد النكاح ولكن لا يمنع استمراره[2].

فيجوز لخمسة الرجعة ولا يجوز نكاحهم: وهم المحرم والمريض والسفيه والمفلس والعبد.

---

[1] الشربيني: مغني المحتاج، ٣/٣٣٥-٣٣٦، الرملي: نهاية المحتاج، ٧/٥٣.

[2] الخرشي على خليل، ٤/٧٩-٨٠، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ٢/٣٦٩-٣٧٠.

الشّرط الثّاني: الزوجة المرتجعة (محلّ الرجعة) ويشترط فيها مايلي:

أولاً: أن تحصل الرّجعة بعد الدّخول بالزّوجة المطلّقة، فإن طلّقها قبل الدّخول وأراد مراجعتها فليس له الحقّ في ذلك وهذا بالاتّفاق لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٤٩].

إلاّ أنّ الحنابلة[١] اعتبروا الخلوة الصّحيحة في حكم الدّخول من حيث صحّة الرّجعة، لأنّ الخلوة ترتّب أحكاماً مثل أحكام الدّخول، أمّا الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة على المذهب فلا بدّ عندهم من الدّخول لصحّة الرّجعة، ولا تكفي الخلوة[٢].

ثانياً أن تكون المطلقة ممن لم يستوف عدد طلاقها؛ لأنه إذا استوفى عدد الطلاق وهو ثلاث، فلا سلطة للزوج عليها، أي يجب أن تكون الرّجعة بعد طلاقٍ رجعيٍّ سواء صدر من الزّوج أو من القاضي، لأنّها استئناف للحياة الزّوجيّة الّتي قطعت بالطّلاق، فلولا وقوعه لما كان للرّجعة فائدة، فإذا طلّق الرّجل امرأته الطّلقة الثّالثة فليس له حقّ مراجعتها، إذ بالطّلقة الثّالثة تبين المرأة من زوجها بينونةً كبرى ولا يحلّ له مراجعتها حتّى تتزوّج آخر. قال تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[البقرة:٢٣٠].

والفقهاء جميعاً متّفقون على هذا الشّرط ولم يخالف فيه أحد منهم[٣].

ثالثاً: أن تكون المطلّقة باقية في العدّة، فإن انقضت عدّتها فلا يصحّ ارتجاعها باتّفاق الفقهاء، لقوله تعالى ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ﴾ ثمّ قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨] أي في القروء الثّلاثة.

ولأنّ في ارتجاع المطلّقة في فترة العدّة استدامةً واستمراراً لعقد النّكاح، فإذا انقضت العدّة انقطعت هذه الاستدامة وأصبح الطلاق بائناً، فلا تصحّ الرّجعة بعد انقضاء العدّة، وقال الكاسانيّ: من شروط جواز الرّجعة قيام العدّة فلا تصحّ الرّجعة بعد انقضاء العدّة، لأنّ الرّجعة استدامة الملك، والملك يزول بعد انقضاء العدّة، فلا تتصوّر الاستدامة، إذ الاستدامة للقائم لصيانته عن الزّوال[٤].

رابعاً: أن تكون المطلقة من نكاح صحيح غير فاسد لأن النكاح الفاسد يفسخ سواء بعد الدخول أم قبله، وألاّ تكون الفرقة قبل الرّجعة ناشئةً عن فسخ عقد النّكاح. لأن المفسوخ نكاحها لا رجعة فيها؛ لأن الله تعالى أناطها بالطلاق فاختصت به، ولأن الطلاق البائن يزيل الزوجية في الحال بمجرد صدوره، فتملك المطلقة أمرها.

وأن تكون المطلقة قابلة للحل للمراجع، غير مرتدة، فلا تصح مراجعة المرتدة؛ لعدم حلها، ولا يصح مراجعة الكافرة التي أسلمت، واستمر زوجها في الكفر لعدم الحل كذلك.

---

[١] البهوتي: كشاف القناع، ٣٤١/٥.

[٢] انظر المراجع السابقة، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٧/٤

[٣] العيني: البناية على الهداية، ٥٩١/٤، الشافعي: الأم، ٢٤٣/٦، الدردير، الشرح الكبير، ٣٦٩/٢البهوتي: كشاف القناع، ٣٤١/٥

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٨٣/٣.

خامساً: ألاّ يكون الطّلاق بعوضٍ، فإن كان الطّلاق بعوضٍ فلا تصحّ الرّجعة، حيث الطّلاق حينئذٍ بائن، لأن المطلقة بعوض قد ملكت وافتدت نفسها بما قدّمته للزوج من عوضٍ ماليٍّ ينهي هذه العلاقة مثل الخلع والطّلاق على مالٍ.

الشّرط الثالث: زمن الرجعة: أن تكون الرّجعة منجّزةً فلا يصحّ تعليقها على شرطٍ أو إضافتها إلى زمنٍ مستقبلٍ، وصورة التّعليق على الشّرط أن يقول: إن جاء زيد فقد راجعتك، أو إن فعلت كذا فقد راجعتك، ومثله قوله: راجعتك إن شئت، فقالت: شئت، أو راجعتك إن قدم أبوك، أو راجعتك إن عاد أبي من السفر، وصورة الإضافة للزّمن المستقبل كأن يقول: أنت راجعة غداً أو بعد شهرٍ وهكذا، وهذا عند جمهور الفقهاء – الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة– والأظهر عند المالكيّة.

واستدلّوا لذلك بأنّ الرّجعة شبيهة بالزواج من حيث إنها استدامة لعقد النّكاح أو إعادة له، والنّكاح يشترط فيه التنجيز ولا يقبل التّعليق والإضافة، ولأنها عند الجمهور استباحة بضع مقصود، فلم يصح تعليقه على شرط. لأن الرّجعة تأخذ حكم النّكاح[1].

ويشترط ألا تكون مؤقتة بوقت، فإذا قال لها: راجعتك شهراً، لم تحصل الرجعة. ويصح تعليق الرجعة على أمر قد مضى، مثل: إن كنت فعلت كذا فإني أراجعك، وكان الفعل قد وقع فعلاً، أو على أمر متحقق الوجود في الحال، مثل: إن رضي أبي فقد راجعتك، وكان أبوه حاضراً في المجلس، فقال: رضيت. وإنما جاز التعليق في هاتين الحالتين؛ لأنه تنجيز في صورة التعليق.

الشرط الرابع: وهو شرط خاص بالمولي والمعسر بالنفقة إذا طلق عليهما القاضي:

وهو إذا أوقع القاضي الفرقة للإيلاء، فهو طلاق رجعي عند الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) كما ذكرنا ذلك سابقاً، فيجوز للزوج إرجاعها ولكن بشرط الوطء، وأما إذا أوقع القاضي الفرقة بسبب الإعسار، فهو رجعي عند مالك، وتتحقق الرجعة بوجود اليسار وقدرة الزوج على الإنفاق. وهو فسخ عند الشافعي وأحمد، ولا يقع الطلاق بسبب الإعسار عند الحنفية.

والخلاصة:

يشترط في الرجعة ما يلي:

١ – أهلية المرتجع عند المالكية والشافعية والحنابلة، أي بالبلوغ والعقل.

٢ – أن يكون الطلاق رجعياً لا بائناً ولا بعوض.

٣ – أن تقع الرجعة في العدة، لا بعد انقضائها.

٤ – أن تكون المرأة زوجة مطلقة معينة غير مبهمة، مدخولاً بها في نكاح صحيح قابلة للحل، فلا تصح رجعة غير مدخول بها ولا مفسوخ نكاحها ولا مرتدة ونحوها.

٥ – أن تكون الرجعة منجزة غير مؤقتة بوقت، وغير معلقة بشرط ولا مضافة لزمن مستقبل.

ما لا يشترط في الرجعة: لا يشترط في الرجعة أمور أهمها ما يأتي[1]:

---

[1] المرجع السابق، الخرشي على خليل، ٨٠/٤، الشافعي: الأم، ٢٤٥/٦، ابن قدامة: المغني، ٤٨٥/٨

١ – رضا المرأة ونحوه من الشروط: لا يشترط بالاتفاق رضا المرأة في الرجعة، لقول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾[البقرة:٢٢٨] فجعل الحق لهم، وقال سبحانه: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[البقرة:٢٣١]. فخاطب الأزواج بالأمر، ولم يجعل لهن اختياراً، ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية، فلم يعتبر رضاها في الرجعة، كالتي في عصمته تماماً.

ولا يشترط في الرجعة ولي ولا صداق؛ لأن الرجعية في حكم الزوجة، والرجعة إمساك لها، واستبقاء لزواجها.

٢ – إعلام المرأة بالرجعة: ولا يشترط أيضاً إعلام المرأة بالرجعة، فتصح الرجعة ولو لم تعلم بها الزوجة؛ لأن الرجعة حق خالص للزوج لا يتوقف على رضا المرأة كالطلاق، لكن يندب إعلام الزوجة بها، حتى لا تتزوج غيره بعد انقضاء العدة، وحتى لا تقع المنازعة بين الزوجين، إذا أثبت الزوج الرجعة بالبينة، حتى إنه إذا تزوجت بزوج آخر وأثبت زوجها الأول مراجعتها صحت الرجعة، وفسخ الزواج الثاني.

المبحث الثالث
كيفيّة الرّجعة

للرّجعة كيفيّتان: رجعة بالقول، ورجعة بالفعل. ولا تصح الرجعة بمجرد النية أو القصد دون القول أو الفعل اتفاقاً لدى الفقهاء.

المطلب الأول: الرّجعة بالقول.

اتّفق الفقهاء على أنّ الرّجعة تصحّ بالقول الدّالّ على ذلك، كأن يقول لمطلّقته وهي في العدّة راجعتك، أو ارتجعتك، أو رددتك لعصمتي وهكذا كلّ لفظٍ يؤدّي هذا المعنى.

قال العينيّ من الحنفيّة ما نصّه: والرّجعة أن يقول للّتي طلّقها طلقةً، أو طلقتين: راجعتك بالخطاب لها، أو راجعت امرأتي بالغيبة، وهذا صريح في الرّجعة، وكذا إذا قال: رددتك أو أمسكتك[٢].

وقسّم الفقهاء الألفاظ الّتي تصحّ بها الرّجعة إلى قسمين:

القسم الأوّل: اللّفظ الصّريح: وهو ما دل على الارتجاع صراحة دون لبس أو احتمال، مثل راجعتك إلى العصمة، أو ارتجعتك إلى نكاحي، أو رجعتك وارتجعتك ورددتك وأمسكتك، وبمعنى هذه الألفاظ ونحوها من سائر اللغات، سواء أعرف العربية أم لا، وسواء أضاف الرجعة إليه أو إلى نكاحه، كقوله: إليّ أو إلى نكاحي أم لا، لكن يستحب ذلك. ولا بد من إضافة الرجعة إلى ظاهر كراجعت فلانة، أو مضمر كراجعتك، أو مشار إليه كراجعت هذه.

وهذا القسم تصحّ به الرّجعة ولا يحتاج إلى نيّةٍ.

---

[١] الحصكفي: الدر المختار، ٧٣٠/٢ وما بعدها، الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٥٢/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ص٢٣٤، الدردير: الشرح الصغير، ٦١٦/٢، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٦/٣، الشيرازي: المهذب، ١٠٢/٢-١٠٣، ابن قدامة:المغني، ٢٧٨/٧، ٢٨٢، البهوتي: كشاف القناع، ٣٩٤/٥، المقدسي: غاية المنتهى، ١٧٩/٣، الحلي: المختصر النافع في فقه الإمامية ص٢٢٣، ابن حزم: المحلى، ٢٦٦/١٠، مسألة ١٩٧٥.

[٢] العيني: البناية على الهداية، ٥٩٢/٤.

وتحصل رجعة الهازل بالقول الصريح؛ لأن الرجعة هزلها جد، لكن الرجعة في الهزل رجعة في الظاهر لعدم النية، فيلزمه الحاكم بالنفقة وسائر الحقوق، فلا يحل الاستمتاع بها، حتى ينوي الرجعة.

القسم الثّاني: الكناية: وهي الألفاظ الّتي تحتمل معنى الرّجعة ومعنىً آخر غيرها، كأن يقول: أنت عندي كما كنت زوجةً، وكما كنت مكروهةً، أو أنت امرأتي ونوى به الرّجعة. أومثل قول المرتجع: تزوجتك أو نكحتك في الأصح.

ولذلك قال الفقهاء: إنّها تحتاج إلى نيّةٍ ويسأل عنها، ثمّ اختلفوا في بعض الألفاظ مثل رددتك وأمسكتك هل هي من الصّريح أو الكناية، فذهب فريق من المالكيّة والشّافعيّة إلى أنّها من ألفاظ الكناية وتحتاج إلى النّيّة.

وحجّتهم في ذلك أنّ قوله " رددتك " يحتمل الرّدّ إلى الزّوجيّة أو إلى بيت أبيها، "وأمسكتك" يحتمل الإمساك بالزّوجيّة أو الإمساك عن الخروج من بيتها في عدّتها.

وذهب فريق آخر من المالكيّة والشّافعيّة ومعهم جمهور الحنفيّة والحنابلة إلى أنّ هذين اللّفظين من صريح الرّجعة فلا يحتاجان إلى نيّةٍ، وحجّتهم في ذلك أنّ آيات القرآن الكريم الّتي وردت فيها أحكام الرّجعة دلّت عليها بلفظي الرّدّ والإمساك[1]. قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨] وقال تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[الطلاق:٢].

المطلب الثاني: الرّجعة بالفعل.

الأصل ما تنص عليه القاعدة الفقهية أن: **الفعل أقوى من القول**[2]. **لكن** اختلف السادة الفقهاء في الرجعة بالفعل حسب التفصيل التالي:

ذهب الحنفيّة: إلى أنّه تصح الرجعة بمجرد فعل الجماع أومقدّماته مع الكراهة التنزيهية دون الحاجة للقول. جاء في الهداية " قال: أو يطأها، أو يلمسها بشهوةٍ، أو ينظر إلى فرجها بشهوةٍ، وهذا عندنا"[3]، وقولهم هذا مرويّ عن كثيرٍ من التّابعين، وهم سعيد بن المسيّب، والحسن البصريّ، ومحمّد بن سيرين، وطاوس، وعطاء بن أبي رباحٍ، والأوزاعيّ، والثّوريّ، وابن أبي ليلى، والشّعبيّ، وسليمان التّيميّ[4]، وصرّح الحنفيّة بأنّه لا يكون النّظر إلى شيءٍ من جسد الزّوجة سوى الفرج رجعةً.

واستدلّوا بأنّ الرّجعة تعتبر استدامةً للنّكاح واستمراراً لجميع آثاره، ومن آثار النّكاح حلّ الجماع ومقدّماته، لذلك صحّت الرّجعة بالجماع ومقدّماته، لأنّ النّكاح ما زال موجوداً إلى أن تنقضي العدّة.

---

(1) العيني: البناية على الهداية، ٥٩٢/٤-٥٩٣، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٨١/٣-١٨٢، الخرشي على خليل ٨٠/٤، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٧/٣، البهوتي: كشاف القناع، ٣٤٢/٥.

(2) الجويني: الجمع والفرق ٥٣٤.

(3) العيني: البناية على الهداية، ٥٩٣/٤.

(4) أبو المعتمر سليمان بن طرخان التيمي البصري، (٤٦-١٤٣هـ). شيخ الإسلام، نزل في بني تيم فقيل التيمي، روى عن أنس بن مالك وطاوس وبكر بن عبد الله المزني وقتادة وغيرهم، حدّث عنه شعبة وسفيان وحماد بن سلمة وابن المبارك وابن عيينة وابن علية وخلق سواهم، قال علي بن المديني له نحو مائتي حديث وروى الربيع بن يحيى عن شعبة قال: ما رأيت أحدا أصدق من سليمان التيمي كان إذا حدث عن النبي تغير لونه، صلى الفجر بوضوء العشاء أربعين سنة.[سير أعلام النبلاء ١٩٦/٦].

وقالوا: أنّ الأفعال صريحها ودلالتها تدلّ على نيّة الفاعل، فإذا وطئ الزّوج مطلّقته الرّجعيّة وهي في العدّة، ولو في الدبر على المعتمد، مع أنه حرام، أو قبّلها بشهوةٍ، أو لامسها بشهوةٍ، على أي موضع، ولو اختلاساً أو نائماً أو مكرهاً أو مجنوناً أو معتوهاً، سواء نوى المطلق الرجعة أم لا؛ لأن حصول هذا الفعل يدل بوضوح على رغبته في إمساك زوجته، ولأن الزوجية باقية؛ حيث سمى الله تعالى المطلِّق بعلاً، والبعل هو الزوج.

لذلك اعتبر هذا الفعل رجعةً بالدّلالة، فكأنّه بوطئها قد رضي أن تعود إلى عصمته.

وقد قيّد الحنفيّة القبلة والنّظر إلى الفرج واللّمس بالشّهوة أو كل ما يوجب حرمة المصاهرة. أمّا إذا حصل لمس أو نظر إلى الفرج، أو تقبيل بغير شهوةٍ، فلا تتحقّق الرّجعة، والسّبب في ذلك أنّ الأشياء المذكورة، إذا كانت بغير شهوةٍ فإنّها تحصل من الزّوج وغيره؛ كالمساكنين لها، أو المتحدّثين معها، أو الطّبيب والقابلة " المولّدة " أمّا وجود الشّهوة مع هذه الأفعال فإنّها لا تحصل إلاّ من الزّوج فقط.

فإذا صحّت الرّجعة مع هذه الأفعال بغير شهوةٍ احتاج الزّوج إلى طلاقها، فتطول عليها العدّة وتقع المرأة في حرجٍ شديدٍ[1].

مسألة: هل تصح المراجعة بفعل من الزوجة؟.

وإذا حدثت هذه الأشياء من المرأة كأن قبّلت زوجها، أو نظرت إليه، أو لمسته بشهوةٍ، فعند أبي حنيفة ومحمّدٍ تصحّ الرّجعة إن صدّقها الزوج فإن أنكر لا تثبت الرجعة.

جاء في المبسوط: (فأما إذا قبلته بشهوة أو لمسته بشهوة، تثبت به الرجعة عند أبي حنيفة ومحمد، ولا تثبت عند أبي يوسف، لأن هذا الفعل دليل استبقاء الملك، وليس لها ولاية لاستبقاء الملك فلا يكون فعلها رجعة. وأبو حنيفة ومحمد قالا: فعلها به كفعله بها، فإن الحل مشترك بينهما وفعلها به في حرمة المصاهرة كفعله فكذلك في الرجعة)[2].

واستدلاّ على ذلك: بأنّ حلّ المعاشرة الزّوجيّة قد ثبت لهما معاً، فتصحّ الرّجعة منها إذا نظرت إليه بشهوةٍ، كما يصحّ ذلك منه، ومن جهةٍ أخرى فإنّ حرمة المصاهرة تثبت من جهتها، كأن عاشرت ابن زوجها أو أباه، كما تثبت حرمة المصاهرة من جهة الزّوج أيضاً، لذلك صحّت الرّجعة من جهتها إذا لمسته أو قبّلته بشهوةٍ، أو رأت فرجه بشهوةٍ، وعند أبي يوسف لا تصحّ الرّجعة من جهتها إذا لمسته أو قبّلته بشهوةٍ أو نظرت إلى فرجه بشهوةٍ، وحجّته في ذلك أنّ الرّجعة حقّ للزّوج على زوجته حتّى إنّه يراجعها بغير رضاها، وليس لها حقّ مراجعة زوجها لا بالقول ولا بالفعل، فسواء نظرت إليه بشهوةٍ أو بغيرها لا تثبت لها الرّجعة[3].

وقد علق أستاذنا الدكتور عبد الرحمن الصابوني عل هذا فقال: (ونحن نرى التساهل في أمر الرجعة، حتى ولو كان من جانب الزوجة هو أقرب إلى المصلحة، حيث يوفق بين الزوجين ويبعد شقة الخلاف. وليس

---

[1] العيني: البناية على الهداية، ٥٩٣/٤-٥٩٤، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٨١/٣-١٨٢، السرخسي: المبسوط، ٢١/٦.

[2] السرخسي: المبسوط ٢٢/٦ وما بعدها.

[3] المرجع السابق، العيني: البناية على الهداية، ٥٩٥/٤-٥٩٦.

في مراجعة الزوجة بفعلها إكراه للزوج حيث طلق ليفارق زوجته، لأنّه يملك أن يطلقها ثانية إن أصرّ على عدم العود)[١].

وذهب المالكيّة: إلى صحّة الرّجعة بالفعل؛ كالوطء ومقدّماته، بشرط أن ينوي الزّوج بهذه الأفعال الرّجعة، ولو بحديث النفس بأن يقول في نفسه: راجعتها.

فإذا قبّلها أو لمسها بشهوةٍ، أو نظر إلى موضع الجماع بشهوةٍ، أو وطئها ولم ينو الرّجعة فلا تصحّ الرّجعة بفعل هذه الأشياء.

جاء في الخرشيّ ما نصّه: أنّ الرّجعة لا تحصل بفعلٍ مجرّدٍ عن نيّة الرّجعة ولو بأقوى الأفعال كوطءٍ وقبلةٍ ولمسٍ، والدّخول عليها من الفعل فإذا نوى به الرّجعة كفى[٢].

وذهب الشّافعيّة والظاهرية: إلى أن الرّجعة لا تصحّ إلا بالقول، ولا تصح الفعل مطلقاً، سواء كان بوطءٍ أو مقدّماته، وسواء كان الفعل مصحوباً بنيّة الزّوج في الرّجعة أو لا.
جاء في مغني المحتاج: ولا تصح بفعل كوطء[٣].
وقد نصّ الشّافعيّ على ذلك في الأمّ بعد أن بيّن أنّ الرّجعة حقّ للأزواج، وأنّ الرّدّ ثابت لهم دون رضى المرأة قال: والرّدّ يكون بالكلام دون الفعل من جماعٍ وغيره، لأنّه ردّ بلا كلامٍ، فلا تثبت رجعة لرجلٍ على امرأته حتّى يتكلّم بالرّجعة، كما لا يكون نكاح ولا طلاق حتّى يتكلّم بهما، فإذا تكلّم بها في العدّة ثبتت له الرّجعة[٤].

وحجّتهم في ذلك: أنّ المرأة في الطّلاق الرّجعيّ تعتبر أجنبيّةً عن الزّوج فلا يحلّ له وطؤها وهو حرام،، والحرام لا تصحّ الرجعة به، فلو وطئ الزوج رجعيته واستأنفت الأقراء من وقت الوطء، راجع فيما كان بقي من عدة الطلاق.
وأيضا قالوا: بأن الرّجعة في العدّة تعتبر إعادةً لعقد الزّواج، وكما أنّ عقد الزّواج لا يصحّ إلاّ بالقول الدّالّ عليه، فكذا الرّجعة لا تصحّ إلاّ بالقول الدّالّ عليها أيضاً، فلو أنّ رجلاً وطئ امرأة قبل عقد النّكاح فوطؤه حرام، فكذا المطلّقة الرّجعيّة لو وطئها الزّوج في العدّة فوطؤه هذا حرام[٥].
وقال ابن حزم: (لم يأت بأن الجماع رجعة في قرآن ولا سنة، ولا خلاف في أن الرجعة بالكلام رجعة، فلا يكون إلا بما صح أنه رجعة)[٦].

وفرّق الحنابلة في صحّة الرّجعة بين الوطء ومقدّماته، فإنّ الرّجعة عندهم تصحّ بالوطء ولا تصحّ بمقدّماته وفيما يلي بيان ذلك:

---

[١] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ١٣٥/١.
[٢] الخرشي على خليل، ٨١/٤، حاشية الدسوقي، ٣٧٠/٢.
[٣] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٦/٣.
[٤] الشافعي: الأم، ٢٤٤/٦
[٥] النووي: روضة الطالبين، ٢١٧/٨
[٦] ابن حزم: المحلى، ٣٥٢/٥.

أوّلاً: صحّة الرّجعة بالوطء:

تصحّ الرّجعة عندهم بالوطء مطلقاً سواء نوى الزّوج الرّجعة أو لم ينوها وإن لم يشهد على ذلك[1].

وحجّتهم في ذلك: أنّ فترة العدّة تؤدّي إلى بينونة المطلّقة من حيث إنّ انقضاء العدّة يمنع صحّة الرّجعة، فإذا لم تنقض العدّة ووطئها في هذه المدّة فقد عادت إليه، ويكون هذا مثل حكم الإيلاء، فإذا آلى الزّوج من زوجته ثمّ وطئها فقد ارتفع حكم الإيلاء، فكذا الحال في الرّجعة إذا وطئها في العدّة فقد عادت إليه.

ثمّ ذكروا دليلاً آخر يؤكّد صحّة الرّجعة بالوطء، جاء في الشّرح الكبير على المقنع "أنّ الطّلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار، فتصرّف المالك بالوطء يمنع عمله كما ينقطع به التّوكيل في طلاقها"[2]، هذا ما استدلّ به الحنابلة على ما ذهبوا إليه.

ثانيًا: مقدّمات الوطء:

اختلفت الرّوايات في المذهب عندهم في صحّة الرّجعة بمقدّمات الوطء، فالرّواية المشهورة عن أحمد عدم صحّة الرّجعة بالنّظر إلى موضع الجماع واللّمس والتّقبيل بشهوةٍ، وحجّة هذه الرّواية ما يأتي:

أ – أنّ هذه الأشياء المذكورة إذا حدثت لا يترتّب عليها عدّة ولا يجب بها مهر فلا تصحّ بها الرّجعة.

ب– أنّ النّظر إلى موضع الجماع أو اللّمس قد يحدث من غير الزّوج للحاجة، فلا تكون رجعةً من هذه الجهة.

وفي روايةٍ أخرى هي: تصحّ الرّجعة بفعل هذه الأشياء لأنّها لا تخلو من استمتاعٍ يجري بين الزّوجين.

والرّواية الأولى: هي المعتمدة في المذهب وقد نصّ عليها أحمد رضي الله عنه.

وكذلك اختلفوا في الخلوة الصّحيحة هل تصحّ معها الرّجعة ؟ على قولين:

القول الأوّل: تصحّ الرّجعة مع الخلوة لأنّ أحكام النّكاح تتقرّر بالخلوة الصّحيحة بالإضافة إلى إمكان الاستمتاع في الخلوة.

القول الثّاني: لا تصحّ الرّجعة مع الخلوة لأنّ الخلوة الصّحيحة في حالة الطّلاق لا يتأتّى فيها الاستمتاع فلا تصحّ معها الرّجعة[3].

والخلاصة والترجيح: تحصل الرجعة بالقول الصريح اتفاقاً، أو بالكناية بشرط النية عند غير الحنابلة، واشترط المالكية النية في القول والفعل، وتحصل أيضاً عند غير الشافعية بالوطء، وكذا بكل ما يوجب حرمة المصاهرة عند الحنفية والمالكية، ولا تحصل بغير الوطء ولا بالكناية عند الحنابلة، ولا بأي فعل عند الشافعية. والراجح لدي قول المالكية لتوسطه وقوة حجته.

---

[1] البهوتي: كشاف القناع، ٣٤٣/٥.

[2] ابن قدامة: الشرح الكبير مع المغني، ٤٧٥/٨.

[3] البهوتي: كشاف القناع، ٣٤٣/٥ وما بعدها، ابن قدامة: الشرح الكبير مع المغني، ٤٧٥/٨.

المبحث الرابع
أحكام الرّجعة

المطلب الأول
من له حق الرجعة وعدم قبول إسقاطه

الرجعة حق الزوج، شرعه الشارع، ما دامت المطلقة في العدة، سواء رضيت بذلك أم لم ترض، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨]. وهو ما تؤيده القاعدة الفقهية: **تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به سواه**[١].

وهذا الحق للمرتجع أثبته الشرع له، لكي يستبقي به الزوج الزوجية المشرفة على الانتهاء، إذا رأى أن استبقاءها فيه صلاح يبتغيه، وجعل العدة ظرفاً لها، فإن رأى الخيرة في إمساك زوجته أمسكها بالمراجعة، وإلا مضى على طلاقه حتى تنتهي عدتها فتبين منه.

وحق الرجعة لا يقبل الإسقاط ولا التنازل عنه، فلو قال الزوج: طلقتك ولا رجعة لي عليك، أو أسقطت حقي في الرجعة، فإن حقه في الرجعة لا يسقط؛ لأن إسقاطه يعد تغييراً لما شرعه الله، ولا يملك أحد أن يغير ما شرعه الله.

والدليل على ذلك أن الله سبحانه وتعالى قد رتب حق الرجعة على الطلاق الرجعي في قوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨]. وفي آية: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩].

فدلت الآية الأولى: على أن الأزواج أحق برد زوجاتهم في عدة الطلاق إلى ما كن عليه، فكان ذلك حقهم الذي لا ينازعون عليه.

وأسندت الآية الثانية الإمساك إلى الأزواج، دون أن تشرك معهم أحداً. فكام ذلك دليلاً على أن حق الإمساك لهم خالصاً لا يتوقف على رضا الزوجات، ولا على إعلامهن به، وليس لهنّ حق الاعتراض عليه.

المطلب الثاني
الإشهاد على الرّجعة

ذهب الجمهور من الفقهاء: الحنفيّة والمالكيّة، والجديد من مذهب الشّافعيّ وإحدى الرّوايتين عن أحمد إلى أنّ الإشهاد على الرّجعة مستحبّ احتياطاً، وهذا القول مرويّ عن ابن مسعودٍ، وعمّار بن ياسرٍ رضي الله عنهما، فمن راجع امرأته ولم يشهد صحّت الرّجعة، لأنّ الإشهاد مستحبّ[١].

---

[١] قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٣٠-٣١.

فيقول الزوج للشاهدين: اشهدا على أني راجعت امرأتي إلى نكاحي أو زوجيتي، أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي ونحوه. فإن لم يُشهد على رجعتها، صحت الرجعة.

لكن أضاف المالكيّة أنّ الزّوجة لو منعت زوجها من وطئها حتّى يشهد على الرّجعة كان فعلها هذا حسناً وتؤجر عليه، ولا تكون عاصيةً لزوجها[٢].

وإليك نقولاً من أقوال العلماء في ذلك:

جاء في المبسوط: (والإشهاد على الرجعة يستحب عندنا)[٣].

وجاء في الخرشي: (والمشهور أن الإشهاد على الرجعة مستحب لا واجب، ولكن إن منعته الزوجة من مجامعتها إلا بعد الإشهاد فإن ذلك حقها ودليل رشدها ولا تكون بذلك عاصية بل تؤجر على المنع)[٤].

وجاء في نهاية المحتاج: (وقال الشافعي في الجديد: ولا يشترط لصحة الرجعة الإشهاد عليها بناء على الأصح أنها في حكم الاستدامة، بل يندب ذلك)[٥].

وقال النّوويّ: إنّ الإشهاد على الرّجعة ليس شرطاً ولا واجباً في الأظهر[٦].

وقال المرداوي في الإنصاف: (وهل من شرطها الإشهاد؟ على روايتين إحداهما لا يشترط وهو المذهب والثانية يشترط)[٧].

وحجة الجمهور في ذلك ما يأتي:

١- استدل الجمهور على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾[الطلاق:٢].

فقالوا: هذا أمر، ولكنه محمول على النّدب لا على الوجوب، لأن قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾[الطلاق:٢]. وارد عقب قوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[الطلاق:٢].

وأجمع العلماء على عدم وجوب الإشهاد على الطلاق، فتكون الرجعة مثله، ولأنّ النّصوص القرآنية مطْلَقة كقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ﴾[البقرة:٢٣١]، ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨].

واستدلوا بأن ذلك كمثل قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[البقرة:٢٨٢]. وقد اتّفق جمهور الفقهاء على صحّة البيع بلا إشهادٍ، فكذا استحبّ الإشهاد على الرّجعة للأمن من الجحود، وقطع النّزاع، وسدّ باب الخلاف بين الزّوجين.

---

(١) ابن الهمام: فتح القدير ١٤٤/٤، الاحسائي: تبيين المسالك ١٥٧/٣، الرملي: نهاية المحتاج، ١٤٧/٦، الشيرازي: المهذب ٤٨/٣، البهوتي: كشاف القناع ٢٩٨/٤.

(٢) العيني: البناية على الهداية ٥٩٥/٤، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٨١/٣، السرخسي: المبسوط، ٢٢/٦، الخرشي على خليل، ٨٧/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٧٧/٢. الدردير: الشرح الصغير، ٣٧٧/٢، البهوتي: كشاف القناع، ٤٣٢/٥-٤٣٤٣، ابن قدامة: الشرح الكبير مع المغني، ٤٧٢/٨-٤٧٣.

(٣) السرخسي: المبسوط، ١٩/٦.

(٤) الخرشي على خليل، ٢٢٧/٣

(٥) الرملي: نهاية المحتاج، ١٤٧/٦.

(٦) النووي: روضة الطالبين، ١٩٠/٦، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٦/٣، ابن قدامة: الشرح الكبير مع المغني، ٤٧٢/٨-٤٧٣، البهوتي: كشاف القناع، ٣٤٢/٥-٣٤٣. ابن قدامة: المغني، ٤٨١/٨.

(٧) المرداوي: الإنصاف، ١٥٢/٩.

ويلاحظ أنّ تأكيد الحقّ في البيع في حاجةٍ إلى إشهادٍ أكثر من الرّجعة، لأنّ البيع إنشاء لتصرّفٍ شرعيٍّ، أمّا الرّجعة فهي استدامة الحياة الزّوجيّة أو إعادتها، فلمّا صحّ البيع بلا إشهادٍ صحّت الرّجعة بلا إشهادٍ من باب أولى.

٢-ماروي أن ابن عمر طلَّق امرأته وهي حائض، فأمره النبي صلّى الله عليه وسلم بمراجعتها[١]، ولم يأمره بالإشهاد على الرجعة، ولو كان شرطاً لأمره به.

٣-واستدلوا ببعض الآثار المروية عن الصحابة، منها: أَنَّ عِمْرَانَ بْنَ حُصَيْنٍ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ يَقَعُ بِهَا وَلَمْ يُشْهِدْ عَلَى طَلاَقِهَا وَلاَ عَلَى رَجْعَتِهَا فَقَالَ طَلَّقْتَ لِغَيْرِ سُنَّةٍ. وَرَاجَعْتَ لِغَيْرِ سُنَّةٍ أَشْهِدْ عَلَى طَلاَقِهَا وَعَلَى رَجْعَتِهَا وَلاَ تَعُدْ.[٢].

ولم يؤثر عن الصحابة اشتراط الشهادة لصحة الرجعة مع كثرة وقوعها منهم.

٣ – أن الرّجعة مثل النّكاح من حيث كونها امتداداً له لا ابتداء للزواج، فالشهادة شرط لابتداء الزواج لخطورته، وليست شرطاً لبقائه، ومن المتّفق عليه أنّ استدامة النّكاح لا تلزمها شهادة، فكذا الرّجعة لا تجب فيها الشّهادة.

٤ – أن الرّجعة حقّ من حقوق الزّوج وهي لا تحتاج لقبول المرأة ولا يتوقف على رضا المرأة، لذلك لا تشترط الشّهادة لصحّتها كسائر حقوق الزوج، لأنّ الزّوج قد استعمل خالص حقّه، والحقّ إذا لم يحتج إلى قبولٍ أو وليٍّ فلا تكون الشّهادة شرطاً في صحّته.

لذلك فإن جمهور أهل العلم قالوا: بأنها مندوبة أو مستحبة للاحتياط، واحترازاً عن الإنكار والتجاحد، وخوفاً من إنكار الزوجة لها بعد انقضاء العدة، وقطعاً للشك في حصولها، وابتعاداً عن الاتهام في العودة إلى معاشرة الزوجة[٣].

وذهب الشّافعيّ في القديم من المذهب وأحمد في الرّواية الثّانية والظاهرية[٤]: بأنّ الإشهاد على الرّجعة واجب لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا﴾[الطلاق:٢].

ووجه الدلالة: وردت الآية بصيغة الأمر بالشهادة، والأمر يفيد الوجوب، ولا يوجد ما يصرفه عنه.

قال القرطبي: وأشهدوا أمر بالأشهاد على الطلاق، وقيل على الرجعة... والظاهر رجوعه إلى الرجعة والطلاق[٥].

---

[١] سبق تخريجه.

[٢] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب الرجل يراجع ولا يشهد، ٢٥٧/٢ برقم ٢١٨٦، وابن ماجه: السنن، الطلاق، كتاب الطلاق، باب الرجعة، ٦٥٢/١ برقم ٢٠٢٥ ولم يقل: «ولا تعد»، وأخرجه البيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في الإشهاد على الرجعة، ٣٧٣/٧ برقم ١٤٩٦٦. بلفظ: أن عمران بن حصين رضي الله عنه سئل عن رجل طلق امرأته ولم يشهد، وراجع ولم يشهد، قال عمر: إن طلق عدة وراجع سنة فليشهد الآن . وزاد الطبراني في المعجم الكبير، ١٨١/١٨ برقم ٤٢٠ في رواية: "ويستغفر الله" . وكذلك عبد الرزاق في المصنف، كتاب النكاح، باب النكاح والطلاق والارتجاع بغير بينة، ١٣٦/٦ برقم ١٠٢٥٥. [انظر: نيل الأوطار، ٢٥٣/٦].

[٣] الحصكفي: الدر المختار بحاشية ابن عابدين ٢٣/٥، الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٤١٥/٢، النووي: روضة الطالبين ١٩٠/٦، البهوتي: كشاف القناع /٣٤٢-٣٤٣، الشيرازي: المهذب ٢٩٧/٤، بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٣٦٥.

[٤] الشيرازي: المهذب ٢٩٧/٤، ابن قدامة: المغني ٤٨١/٨..

[٥] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١٤٧/٩، ابن حزم: المحلى ٢٥١/٧.

ولأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح من غير إشهاد كالنكاح، ولأن الشهادة شرط في إنشاء الزواج بالاتفاق، فتكون شرطاً في استدامته بالرجعة.

وبالأثر المرويّ عن عمران بن حصينٍ فقد سأله رجل عمّن طلّق امرأته طلاقاً رجعيّاً ثمّ وقع بها ولم يشهد، فقال: طلّقت لغير سنّةٍ وراجعت لغير سنّةٍ، أشهد على ذلك ولا تعد، ولأنّ الرّجعة استباحة بضعٍ محرّمٍ فيلزمه الإشهاد.

جاء في نهاية المحتاج: (وفي القديم يشترط الإشهاد لكون الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح)[١].

وجاء في المحلى: (فإن راجع ولم يشهد فليس مراجعاً)[٢].

المطلب الثالث

إعلام الزّوجة بالرّجعة

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ إعلام الزّوجة بالرّجعة مستحبّ، لما فيه من قطع المنازعة الّتي قد تنشأ بين الرّجل والمرأة. وخوفاً من إنكار الزوجة لها بعد انقضاء العدة، وقطعاً للشك في حصولها، وابتعاداً عن الاتهام في العودة إلى معاشرة الزوجة.

وإليك نقولاً من أقوال العلماء في ذلك:

جاء في مجمع الأنهر: ويندب إعلامها بها كيلا تقع المعصية بالتزوج بغيره[٣].

وقال العينيّ ما نصّه: "ويستحبّ أن يعلمها" أي يعلم المرأة بالرّجعة، فربّما تتزوّج على زعمها أنّ زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدّتها ويطؤها الزّوج، فكانت عاصيةً بترك سؤال زوجها وهو يكون مسيئاً بترك الإعلام، ولكن مع هذا لو لم يعلمها صحّت الرّجعة، لأنّها استدامة النّكاح القائم وليست بإنشاءٍ، فكان الزّوج متصرّفاً في خالص حقّه، وتصرّف الإنسان في خالص حقّه لا يتوقّف على علم الغير[٤].

وقال الخرشي: وكما يندب للمطلق الاشهاد على الرجعة كذلك يندب له إعلامها أيضاً[٥].

وجاء في المغني: إذا راجعها وهي لا تعلم صحت المراجعة لأنها لا تفتقر إلى رضاها، فلم تفتقر إلى علمها[٦].

وخالف الظاهرية فقالوا: يجب إعلام الزوجة بالمراجعة كي لا تقع في المعصية بالتزوج بغيره[٧].

ودليلهم: أن الله منع المضارة في المراجعة. وعدم إعلام الزوجة برجعتها هي عين المضارة. والقاعدة الفقهية تقول: **تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به سواه**[٨].

---

[١] الرملي: نهاية المحتاج، ١٤٧/٦.
[٢] ابن حزم: المحلى ٢٥١/٧
[٣] شيخي زاده: مجمع الأنهر، ٤٣٢/١
[٤] العيني: البناية على الهداية، ٥٩٧/٤، ابن حزم: المحلى، ٢٥١/١٠، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٥٩/١٨، الخرشي على خليل، ٨٧/٤.
[٥] الخرشي على خليل، ٨٧/٤ و٢٢٧.
[٦] ابن قدامة: المغني، ٤٨١/٨.
[٧] ابن حزم: المحلى ٢٥١/٧.
[٨] قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٣٠-٣١.

المطلب الرابع
أحكام المرأة الرجعية

الأصل في المرأة الرجعية أنها كالزوجة. حيث تنص القاعدة: **الرجعية زوجة**[1].

وقد اتفق أهل العلم على أن المرأة الرجعية تعود بالرجعة إلى الزواج بكل ماله وما عليه، ويكون لها حكم الزوجات. فهي مثل الزوجة تماماً في لزوم النفقة والكسوة والسكنى، وفي لحوق الطلاق بها وهي في العدة، وفي صحة الإيلاء منها والظهار واللعان والتوارث، فيرث كل منهما الآخر، وحرمة تزوج خامسة عليها، وحرمة جمع من يحرم جمعها معها ما دامت في العدة، وحرمة تزوجها بغيره ما دامت في العدة.

واتفقوا على أن مرض الموت والإحرام بحج أو عمرة لا يمنعان من الرجعة للمطلقة الرجعية، ويمنعان من رجعة البائن، كما يمنعان من إنشاء النكاح في رأي الجمهور غير الحنفية، الذين لايجيزون الزواج في أثناء الإحرام.

ثم اختلف أهل العلم في بعض أحكام المطلقة الرجعية، نذكر منها: حكم تزين المطلقة الرجعية لزوجها واستمتاعه بها، وحكم سفرها مع مطلقها، وإليك تفصيل الكلام في ذلك:

الفرع الأول
تزيّن المطلّقة الرّجعيّة وتشوّفها لزوجها

اختلف الفقهاء في المطلّقة طلاقاً رجعيّاً هل لها أن تتزيّن لزوجها بما تفعله النّساء لأزواجهنّ من أوجه الزّينة من اللّبس وغيره؟.

قال الحنفيّة: لها أن تتزيّن وتتشوّف له. والتّشوّف وضع الزّينة في الوجه، والتّزيّن أعمّ من التّشوّف، لأنّه يشمل الوجه وغيره[2].

وقد أجيز للمرأة فعل ذلك لترغيب الزّوج في المراجعة، فالتّزيّن وسيلة للرّجعة فلعلّه يراها في زينتها فتروق في عينه ويندم على طلاقها فيراجعها.

واستدلّوا لجواز التّزيّن بأنّ المطلّقة رجعيّاً في حكم الزّوجات والنّكاح قائم من وجهٍ وهو كونها في العدّة.

وأثبت الحنفية للرجعية القسم إن كان من قصده المراجعة، وإن لم يقصدها فلا قسم لها، لكن يندب عدم دخول الزوج عليها بلا إعلامها لتتأهب وإن قصد مراجعتها، وتكره الخلوة بها كراهة تنزيهية إن لم يكن من قصده الرجعة، وإلا فلا تكره.

---

[1] ابن قدامة: المغني، ٤٠٠/٧. ابن قدامة: المقنع، ٢٢٢/٣.

[2] العيني: البناية على الهداية، ٦١١/٤-٦١٣. الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ١٨٠/٢.

وذهب المالكية الشّافعيّة إلى عدم جواز تزيّن المرأة المطلّقة الرّجعيّة لزوجها قبل المراجعة بوطء أم غيره حتى بالنظر ولو بلا شهوة، فيحرم الاستمتاع بالرجعية؛ لأنها مفارقة كالبائن فهي أجنبيّة عنه والرّجعة إعادة للنّكاح عندهم، ولأن النكاح يبيح الاستمتاع، فيحرمه الطلاق، لأنه ضده.

ويتبع هذا الحكم أمر آخر وهو دخول الزّوج عليها في حجرتها، فعند الفقهاء لا يدخل عليها إلاّ بإذنها إذا كان لا ينوي الرّجعة. والسّبب في ذلك أنّها قد تكون متجرّدةً من الثّياب فيقع نظره على موضع الجماع فيكون مراجعاً عند من اعتبر ذلك رجعةً، أمّا إذا كان ينوي المراجعة فلا بأس أن يدخل عليها، لأنّ في نيّته مراجعتها فكانت زوجةً له، وخصوصاً أنّ الرّجعة لا تحتاج إلى موافقة المرأة[1].

ولكن إن وطئ الزوج الرجعية فلا حدّ عليه اتفاقاً، وإن كان عالماً بالتحريم، لاختلاف العلماء في إباحته. ولا يعزر إلا معتقد تحريمه إذا كان عالماً بالتحريم، لإقدامه على معصية عنده، بخلاف معتقد حله، والجاهل بتحريمه لعذر. ومثله المرأة. ويعد كالوطء في استحقاق التعزير سائر التمتعات.
ويجب عند الشافعية بوطء الرجعية مهر المثل إن لم يراجع، وكذا إن راجع على المذهب. ورأى المالكية: أنه . بالرغم من تحريم وطء الرجعية على المشهور. لا صداق ولا حد في الوطء الخالي عن نية الرجعة؛ لأنها زوجة ما دامت في العدة.

وقال الحنابلة: تتزيّن وتسرف في ذلك[2]. لأنها في حكم الزوجات، كما قبل الطلاق، لكن لا قسم لها عندهم، والسبب في إباحة الاستمتاع بها تسمية الزوج بعلاً في آية: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨]، وأن له أن يطلّق.

الفرع الثاني
سفر الزّوج بالمطلّقة الرّجعيّة

يستثنى من قاعدة: **الرجعية زوجة**[3]. ما اتفق عليه جمهور الفقهاء أبو حنيفة وصاحباه ومالك والشافعي، على عدم جواز سفر الزوج بزوجته الرجعية، لأنّها ليست زوجةً من كلّ وجهٍ، ولأنّ الزّوج مأمور بعدم إخراجها من البيت في العدّة لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[الطلاق:١].

ولأنّ العدّة قد تنقضي وهي في السّفر معه فتكون مع أجنبيٍّ عنها وهذا محرّم، كلّ هذا إذا لم يراجعها في العدّة، أمّا إذا راجعها فتسافر معه لأنّها زوجة له[4].

وذهب الحنابلة وزفر من الحنفيّة إلى أنّ للزّوج السّفر بمطلّقته الرّجعيّة[5]. لأنها بحكم الزوجة.

---

(1) السرخسي: المبسوط، ٢٥/٦.. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٧/٣. النووي: روضة الطالبين، ٢٢١/٨ ابن قدامة: الشرح الكبير مع المغني، ٤٧٤/٨. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٥٨/١٨.
(2) ابن قدامة: الكافي، ١٤٨/٣، البهوتي: كشاف القناع، ٣٤٣/٥.
(3) ابن قدامة: المغني، ٤٠٠/٧. ابن قدامة: المقنع، ٢٢٢/٣.
(4) ابن قدامة: الشرح الكبير مع المغني، ٤٧٤/٨. العيني: البناية على الهداية، ٦١١/٤-٦١٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٢٢/٢، النووي: روضة الطالبين، ٢٢١/٨.
(5) ابن قدامة: الكافي، ١٤٨/٣.

قال القرطبي: (واختلفوا: هل يسافر بها قبل أن يرتجعها؟ فقال مالك والشافعي: لا يسافر بها حتى يراجعها، وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه إلا زفر. فإنه قال: يسافر بها قبل الرجعة)[١].

المبحث الخامس
تنازع الزّوجين في الرّجعة

أولاً: إذا اتفق الزوجان على الرجعة في أثناء العدة، ثبتت وترتب عليها أثرها، وإن اختلف الزوجان: فإما أن يكون الخلاف في حصول الرجعة أو في صحتها[٢]:

١ – إن اختلف الزوجان في حصول الرجعة: فادّعى الزّوج على مطلّقته الرّجعيّة أنّه راجعها أمس أو قبل شهرٍ، فإن كانت في العدّة صدق الزوج والقول قوله إجماعاً، لأنه يملك الرجعة، وأخبر بما يملك استئنافه فلا يكون متّهماً في الإخبار، فيقبل إقراره فيها كما يقبل قوله في طلاقها حين ملك الطلاق، والقواعد الفقهية تنص على أنه: **من ملك الإنشاء ملك الإقرار**[٣]. ومثلها: **من قدر على الإنشاء قدر على الإقرار ومن لا فلا**[٤].

ولا يصدّق إذا قال ذلك بعد انقضاء العدّة، لأنّه أخبر بما لا يملك استئنافه.

ولكن إذا ادّعى الزّوج بعد انقضاء العدّة، أنّه قد راجع مطلّقته في أثناء العدّة، وأقام بيّنةً على ذلك صحّت رجعته. أو صدقته المرأة في قوله: «قد كنت راجعتك في العدة» ثبتت الرجعة. لأن القاعدة الفقهية تنص على أن: **البينة أقوى من استصحاب الحال**[٥].

فإن أنكرت المرأة أو كذبته، وعجز الرجل عن الإثبات، فالقول قولها بيمينها، في رأي الأكثرين، لأنّه ادّعى مراجعتها في زمنٍ لا يملك مراجعتها فيه. ولأن القاعدة الفقهية تقول: **كل ما لا يعلم إلا من جهة الشخص يقبل قوله فيه**[٦].

هذا على المفتى به عند الحنفية من قول الصاحبين، فإذا نكل المنكر حبس عندهما حتى يُقرّ أو يحلف؛ لأن النكول عن اليمين يعتبر عندهما إقراراً بالحق المدعى، والرجعة يصح الإقرار بها عندهما.
وفي رأي أبي حنيفة: لا يمين عليها. ويقبل قولها لأن الأصل عدم الرجعة ووقوع البينونة.

يقول السّرخسيّ: (وإذا قال زوج المعتدّة لها: قد راجعتك، فقالت مجيبةً له: قد انقضت عدّتي، فالقول قولها عند أبي حنيفة ولا تثبت الرّجعة. وعندهما القول قول الزّوج والرّجعة صحيحة، لأنّها صادقت العدّة، فإنّ عدّتها باقية ما لم تخبر بالانقضاء، وقد سبقت الرّجعة خبرها بالانقضاء فصحّت الرّجعة وسقطت العدّة،

---

[١] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٢٢/٣.
[٢] الحصكفي: الدر المختار،٧٣١/٢-٧٣٧، الميداني: اللباب،٥٥/٣-٥٧، ابن جزي:القوانين الفقهية، ص٢٣٤، الدردير: الشرح الصغير، ٦١١/٢-٦١٣، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٨/٣-٣٤٢، الشيرازي:المهذب، ١٠٣/٢، ابن قدامة: المغني،٢٨٠/٧، ٢٨٥-٢٩١.
[٣] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٤٣/١ – الزركشي: المنثور في القواعد، ٢٠٦/٣ – السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٦٤.
[٤] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٤٧
[٥] السرخسي: المبسوط،١٤٦/٣٠.
[٦] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٢٧٨/١ – الحصني: القواعد، ١٢٨/٢.

فإنّها أخبرت بالانقضاء بعد سقوط العدّة، وليس لها ولاية الإخبار بعد سقوط العدّة ولو سكتت ساعةً ثمّ أخبرت، ولأنّها صارت متّهمةً في الإخبار بالانقضاء بعد رجعة الزّوج فلا يقبل خبرها، كما لو قال الموكّل للوكيل عزلتك، فقال الوكيل كنت بعته. وأبو حنيفة يقول: الرّجعة صادفت حال انقضاء العدّة فلا تصحّ، لأنّ انقضاء العدّة ليس بعدّةٍ مطلقاً وشرط الرّجعة أن تكون في عدّة مطلّقةٍ)[1].

وإن اختلفا في الإصابة (الوطء) فقال الزوج: أصبتك، وأنكرت المرأة، فالقول أيضاً قولها بيمينها؛ لأن الأصل عدم الإصابة ووقوع الفرقة، فهي منكرة واليمين على من أنكر.

٢ – وإن اختلف الزوجان في صحة الرجعة: بأن قال الزوج: (قد راجعتك في العدة) فالرجعة صحيحة، فقالت الزوجة: الرجعة باطلة، لوقوعها بعد انقضاء العدة، أو قالت مجيبة له: (قد انقضت عدتي) وكانت العدة بالأقراء، فالقول قولها ما ادعت من ذلك ممكناً.

فإن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعي المرأة انقضاء العدة عنده كافية لانقضاء العدة، قبل قولها بيمينها حتى عند أبي حنيفة؛ لأن انقضاء العدة بالحيض لا يعرف إلا من جهتها.

وإن كانت المدة التي مضت لا تكفي لانقضاء العدة، بأن كانت أقل من أقل مدة تنتهي فيها العدة شرعاً، فلا يعتبر قولها، وتصح الرجعة، لظهور قرينة تكذب دعواها.

وأقل مدة تنقضي بها العدة بالحيضات وهي الأقراء عند الحنفية: ستون يوماً عند أبي حنيفة؛ لأن كل حيضة عشرة أيام في الأكثر، والحيضات ثلاث، فهي ثلاثون يوماً، يتخللها طهران وهما ثلاثون يوماً أيضاً؛ لأن أقل الطهر بين الحيضتين خمسة عشر يوماً، فيكون مجموع ذلك ستين يوماً، وهذا هو الراجح وهو الغالب بين النساء.

وأقل مدة عند المالكية تنقضي بها العدة بالأقراء، أي الأطهار عندهم: شهر: ثلاثون يوماً، بأن يطلقها زوجها في أول ليلة من الشهر، وهي طاهرة، ثم تحيض وينقطع عنها الحيض قبل الفجر؛ لأن أقل الحيض عندهم يوم، أو بعض يوم بشرط أن يقول النساء: إنه حيض، ثم تطهر خمسة عشر يوماً، ثم تحيض في ليلة السادس عشر، وينقطع قبل الفجر أيضاً، ثم تحيض عقيب غروب آخر يوم من الشهر، فتكون قد طهرت ثلاثة أطهار: الطهر الذي طلقها فيه، ثم الطهر الثاني في النصف الأول من الشهر، ثم الثالث في النصف الثاني من الشهر، فيحدث تمام الشهر ثلاثين يوماً.

وأقل مدة تنقضي بها العدة عند الشافعية: اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان، ولا يقبل أقل من ذلك بحال؛ لأنه لا يتصور عندهم أقل من ذلك، بأن تطلق وقد بقي لحظة من الطهر، وهي قرء عندهم، ثم تحيض يوماً وليلة أقل الحيض عندهم، ثم تطهر خمسة عشر يوماً أقل الطهر، وذلك قرء ثان، ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر، وذلك قرء ثالث، ثم تحيض، وهذه الحيضة ليست من العدة، بل لاستيقان انقضائها، فذلك اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان.

---

[1] السرخسي: المبسوط، ٢٢/٦. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٣٨/٣-٣٣٩. ابن قدامة: الشرح الكبير مع المغني، ٤٨٨/٨.

وأقل مدة عند الحنابلة على أن الأقراء هي الحيضات: تسعة وعشرون يوماً ولحظة، وذلك بأن يطلقها مع آخر الطهر، ثم تحيض بعده يوماً وليلة، ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً، ثم تحيض يوماً وليلة، ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً، ثم تحيض يوماً وليلة، ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض.

مدة الاغتسال: ينتهي وقت الرجعة عند الحنفية إذا طهرت المرأة من الحيض الأخير لعشرة أيام، وإن لم تغتسل؛ لأن الحيض لا مزيد له على العشرة. أما إن كان الحيض أقل من عشرة أيام، فلا تنقطع الرجعة حتى تغتسل؛ لأن عود الدم محتمل، أو يمضي عليها وقت صلاة فتصير ديناً في ذمتها، أو تتيمم للعذر وتصلي في الوقت ولو نفلاً استحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

ويرى أكثر الحنابلة أنه لا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض، للقول بانقضاء العدة.

هذا هو القسم الأول وهو أن تدعي المرأة انقضاء عدتها بالقروء.

ثانياً: أن تدعي انقضاء عدتها بوضع الحمل:

إذا ادّعت المرأة المطلَّقة انقضاء عدتها بوضع الحمل، فلا يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد عقد الزوج؛ لأن أقل مدة الحمل هي ست أشهر، وأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق.

ثالثاً: أن تدعي انقضاء عدتها بالشهور:

إذا كانت المرأة صغيرة آيسة فعدتها بالأشهر الثلاثة، إذا ادعت انقضاء عدتها بالشهور، فلا يقبل قولها فيه، وإنما القول قول الزوج؛ لأن المعول على قوله في وقت الطلاق، فيكون القول قوله فيما ينبني عليه، إلا أن يدعي انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها، فيكون القول حينئذ قولها؛ لأنه يدعي ما يسقط النفقة، والأصل وجوبها، فلا يقبل قوله إلا ببينة.

رأي فضيلة الشيخ علي الخفيف رحمه الله:

بناء على ماسبق في مسألة اختلاف الزوجين في الرجعة والتنازع فيها، من ناحية حدوثها بعد طلاق رجعي، أو طلاق بائن، أو حدوثها في العدة، أو بعدها، رأى فضيلة الشيخ علي الخفيف رحمه الله تعالى أن هذه مسألة إثبات، تطبق عليها قواعد الإثبات العامة، وقواعد الخصومة، والتصادق، مع مراعاة ما لهذا الموضوع من خصائص، لها أثر في الإثبات وفي توجيهه.

وعلى ذلك فهي تقوم: على ما يقدمه المدعي في هذا النزاع من مثبت، وعلى يمين المنكر –على قول الصاحبين اللذين يريان التحليف على الرجعة عند إنكارها– خلافاً لأبي حنيفة إذ يرى: أن لا تحليف على الرجعة، لأن الجحود عنده بذل والرجعة لاتبذل.

وبناء على ذلك –فالأصول التي يقوم عليها الإثبات في هذا النزاع ما يأتي:

الأول: ما تقوم عليه الأدلة الشرعية من الطلاق الحادث ونوعه على حسب ما قدمنا من أحكام الطلاق.

الثاني: مراعاة العدة الواجبة على المطلقة، أهي بالأقراء أم بالأشهر أم بوضع الحمل، أو أنه لا عدة أصلا لحدوث الطلاق قبل الدخول، مع مراعاة تصديق المطلقة في انتهاء عدتها.

الثالث: مراعاة ما تنتهي به العدة إذا كانت بالأقراء: هل تنتهي بظهور الدم من الحيضة الثالثة؟، أو تنتهي بانتهاء دمها؟، أم لا تنتهي إلا بأن يمضي وقت صلاة؟، أو تغتسل؟ إلى آخر ما سنبينه من أحكام العدة لاحقاً.

الرابع: مراعاة ما يلاحق التصديق والإنكار من قرائن تدل على بطلان ما التجأ إليه المنكر أو المقر من الزوجين[١].

المبحث السادس

القواعد الفقهية المتعلقة بالرجعة وموقف القانون منها

قاعدة رقم (١).

الرجعية زوجة[٢].

معنى القاعدة:

سبق بيان هذه القاعدة في القواعد المتعلقة بالطلاق البائن أو الرجعي.

ويستثنى من هذه القاعدة: ما اتفق جمهور عليه الفقهاء أبو حنيفة وصاحباه ومالك والشافعي، على عدم جواز سفر الزوج بزوجته الرجعية، لأنّها ليست زوجةً من كلّ وجهٍ، ولأنّ الزّوج مأمور بعدم إخراجها من البيت في العدّة لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[الطلاق:١].

ولأنّ العدّة قد تنقضي وهي في السّفر معه فتكون مع أجنبيٍّ عنها وهذا محرّم، كلّ هذا إذا لم يراجعها في العدّة، أمّا إذا راجعها فتسافر معه لأنّها زوجة له[٣].

وذهب الحنابلة وزفر من الحنفيّة إلى أنّ للزّوج السّفر بمطلّقته الرّجعيّة[٤]. لأنها بحكم الزوجة.

قال القرطبي: (واختلفوا: هل يسافر بها قبل أن يرتجعها؟ فقال مالك والشافعي: لا يسافر بها حتى يراجعها، وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه إلا زفر. فإنه قال: يسافر بها قبل الرجعة)[٥].

قاعدة رقم (٢).

من ملك الإنشاء ملك الإقرار[٦].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- من قدر على الإنشاء قدر على الإقرار ومن لا فلا[٧].
- من ملك الإنشاء ملك الإقرار ومن لا فلا[٨].

---

[١] الخفيف: علي، محاضرات عن فرق الزواج، ٢٢٣.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٤٠٠/٧. ابن قدامة: المقنع، ٢٢٢/٣.

[٣] ابن قدامة: الشرح الكبير مع المغني، ٤٧٤/٨. العيني: البناية على الهداية، ٦١١/٤-٦١٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٢٢/٢، النووي: روضة الطالبين، ٢٢١/٨.

[٤] ابن قدامة: الكافي، ١٤٨/٣.

[٥] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٢٢/٣.

[٦] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٤٣/١ – الزركشي: المنثور في القواعد، ٢٠٦/٣ – السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٦٤.

[٧] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٤٧

[٨] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٣٤٧/١. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٦٤. البكري: الاعتناء في الفرق والاستثناء ٦١٦/٢.

- من قدر على الإنشاء قدر على الإقرار[١].
- من أقر بما يملك إنشاؤه لا يكون متهماً في إقراره[٢].
- من أقر بما يملك إنشاؤه يكون مقبول الإقرار في حق الغير لانتفاء التهمة[٣].
- الإقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فإذا كان المقر يملك مباشرة ما أقر به في الحال قبل إقراره وانتفت تهمة الكذب عن خبره وأما إذا كان لا يملك مباشرته تتمكن تهمة الكذب في خبره فلا يقبل إقراره[٤].

وفي لفظ مقابل لمعنى هذه القواعد:

- الإقرار لا يقوم مقام الإنشاء لأنه خبر محض يدخله الصدق والكذب[٥].

معنى القواعد:

المراد بالإنشاء هنا: القدرة على ابتداء وعمل الفعل المقر به، فالقادر على الفعل، فهو قادر أيضاً على الاقرار به ويقبل منه إقراره.

والإقرار: هو إخبار عن أمر سابق على النطق به، ولذلك فهو يحتمل الصدق من المقر كما يحتمل أن يكون المقر كاذبا فيما اقر به. فلا يقبل الإقرار إلا إذا كان صريحاً دالاً يقيناً على مقصود المقر.

وتشير هذه القواعد: إلى أن المقر بما يستطيع ويملك إنشاءه حال إقراره، يكون مقبولاً منه ذلك الإقرار، وإذا كان إقراره هذا متعلقاً بحق غيره فإن إقراره هذا يكون مقبولاً في حق ذلك الغير لانتفاء التهمة ولأنه يمكنه الآن إنشاء وفعل ما أقر به.

فمن قدر على إنشاء الفعل حالاً، يعتبر إقراره صادقاً فيؤخذ به، ومن لا يقدر أن ينشيء الفعل المقر به حالاً فلا يعتبر إقراره ولا يقبل، ويكون ذلك غالباً في الإقرار بحق لغيره على نفسه، أو بإقرار بفعل لنفسه يستحق عليه العقوبة، فالمراد بالإنشاء أيضا تأكيد الإقرار وإعادته مرة أخرى.

أما إذا لم يقدر على الفعل لزوال لوقته أو لوجود مانع آخر، فإقراره لا يقبل منه ولا يصدق على ما أقر به.

فروع على القاعدة:

منها: طلق زوجته ثم في خلال العدة أقر واعترف بأنه راجعها، وهي تنكر ذلك. فإن إقراره مقبول وإنكارها لا يفيد، لأنه قادر الآن على إنشاء الرجعة لبقاء العدة. بخلاف ما لو كانت العدة قد انقضت، ووقع إقراره بعد انقضائها، لأنه غير قادر الآن على إنشاء ذلك بعد انتهاء العدة. فلا يقبل قوله إلا بالبينة[٦].

قاعدة رقم (٣).

تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به سواه[١].

---

[١] الحصني: القواعد، ١٦٩/٤.
[٢] السرخسي: المبسوط،١١٦/٢٥.
[٣] السرخسي: المبسوط،٥/١٩.
[٤] المرجع السابق، ٢٢/٦.
[٥] السيوطي: الأشباه والنظائر،٤٦٥ وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٢٧٣. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٢٩/٢.
[٦] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٩٤١/١٠. ١٠٥٨/١١. ٢٢٩/٢. ١٠٩٢/١١.

لفظ مقابل للقاعدة:

- تصرف المالك في ملكه لا يتقيد بشرط السلامة[٢].

معنى القواعد:

هاتان القاعدتان متقابلتان:

فأولاهما: تصحح تصرف الإنسان المالك في ملكه وخالص حقه لكن بقيد وشرط وهو أن لا يتضرر بهذا التصرف غيره.

وثانيتهما: تصحح تصرفه مطلقاً سواء تضرر به غيره أم لا ما دام يتصرف في ملكه وخالص حقه.

فالأولى أصل عند أبي حنيفة رحمه الله، والثانية أصل عند صاحبيه رحمهما الله.

وقيل إن الثانية هي قول المتقدمين وهو القياس والمتأخرون على استثناء ما إذا كان الضرر بينا وهذا الذي عليه العمل.

فروع على القاعدة:

منها: إذا راجع المطلق امرأته ولم يعلمها بالرجعة صحت لأن الرجعة استدامة النكاح القائم وليس بإنشاء فكان الزوج متصرفا في خالص حقه.

قاعدة رقم (٤).

الفعل أقوى من القول[٣].

وفي لفظ آخر:

- الفعل هل يقوم مقام القول[٤].

معنى القواعد:

هاتان القاعدتان تتعلقان بالأسباب الموجبة لأحكامها من حيث إنها تنقسم إلى قسمين: أسباب قولية وأسباب فعلية.

فالأسباب القولية: كالإيجاب والقبول في العقود، والإباحة القولية والإذن اللفظي وغير ذلك.

وأما الأسباب الفعلية: فمنها ما يقوم مقام القول، بل إن القاعدة الأولى صريحة في أن السبب الفعلي أقوى من السبب القولي.

والقاعد الثانية تشير إلى أن قيام الفعل مقام القول محل خلاف.

فروع على القاعدة:

منها: رجعة الزوجة بالفعل دون القول هل يصح أم لا ؟ وهو محل خلاف بين السادة الفقهاء كما بيناه سابقاً[١].

---

[١] قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٣٠-٣١.
[٢] السرخسي: المبسوط،١٨٨/٢٣.
[٣] الجمع والفرق ٥٣٤.
[٤] الحصني: القواعد، ١١٧/٢.

قاعدة رقم (٥).

استدامة الملك لا تحتمل التعليق بالشرط[٢].

معنى القاعدة:

استدامة الملك: طلب دوامه وبقائه، وتدل هذه القاعدة على أن تعليق التمليكات بالشرط باطل لأن التمليك لا يحتمل التعليق بالشرط.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال للرجعية راجعتك غداً أو إذا جاء زيد فهو باطل كما مر معنا بشروط التعليق سابقاً[٣].

قاعدة رقم (٦).

الأصل عند محمد أن البقاء على الشيء يجوز أن يعطى له حكم الابتداء[٤].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- الدوام على الشيء هل هو كابتدائه[٥].

معنى هذه القواعد:

تفيد هذه القواعد أن البقاء والاستمرار على الشيء يمكن أن يعطى له حكم الابتداء .

فروع على القاعدة:

منها: إذا قال الرجل لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق فجامعها، قال أبو يوسف: إذا أولج وقع الطلاق فإن أخرج ثم أولج صار مراجعاً إذا كانت الطلقة رجعية.

وقال محمد: إذا أولج ومكث هنيهة على ذلك صار مراجعاً فجعل البقاء عليه كابتدائه.

قاعدة رقم (٧).

البينة أقوى من استصحاب الحال[٦].

البينة: هي أدلة وبراهين على صدق المدعي في دعواه.

واستصحاب الحال: هو إبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغير، أو هو الحكم الذي يثبت في الزمان الثاني بناء على الزمان الأول[٧].

معنى القاعدة:

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٨/٧.
[٢] السرخسي: المبسوط ٢٢/٦. البورنو: موسوعة القواعد ٣٨٤/١
[٣] ابن نجيم: الأشباه والنظائر ص ٣٦٧
[٤] الدبوسي: تأسيس النظر ٤٩. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٤٥٦/١
[٥] الونشريسي: إيضاح القواعد ق ١٢
[٦] السرخسي: المبسوط، ١٤٦/٣٠.
[٧] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٤٦/٣.

تشير هذه القاعدة: أنه إذا شهدت البينة بخلاف الاستصحاب –الذي هو بناء حكم على ما كان سابقاً لعدم وجود الدليل المزيل–، كان ذلك دليلاً على التغيير، لأن البينة صريح، والاستصحاب دلالة، والصريح أقوى من الدلالة.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قامت البينة على أن هذا الشخص قد طلق زوجته أو خالعها، لا يقبل قوله إنه زوجها بمجرد إبرازه وثيقة الزواج التي تثبت ذلك إذا كان تاريخ الوثيقة متقدما على دعوى الطلاق أو الخلع.
إلا إذا ثبت أنه راجعها إذا كان الطلاق رجعياً أو جدد العقد عليها إذا كان إذا كان بائناً أو خلعاً[١].

قاعدة رقم (٨).

كل ما لا يعلم إلا من جهة الشخص يقبل قوله فيه[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- ما لا يعلم إلا من جهة الشخص فالقول قوله فيه[٣]..

كل من أخبر عن فعل نفسه قبلناه، لأن هذا لا يعلم إلا من جهته. إلا حيث تتعلق به شهادة أو دعوى[٤].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة واضحة المعنى والدلالة، لأن ما لا يمكن علمه ومعرفته إلا من صاحب العلاقة أو ممن فعله أو من قبل شخص واحد، فيجب قبول قوله فيه مع يمينه. إن لأننا لو لم نقبل قوله فيما هو من خصائصه وأفعاله أو مما ينفرد بعلمه لضاع حق أو حقوق ولوقع ظلم. وضياع الحقوق لا يجوز وإيقاع الظلم ممنوع ومدفوع. ولا يقبل قول غيره فيه لأنه رجم بالغيب. ولأن غيره لا يمكنه معرفته ولا الاطلاع عليه، كما أنه لا يمكن إقامة البينة عليه، ولذلك وجب قبول قوله فيه، واليمين قائمة مقام البينة في حقه.

فروع على القاعدة:

منها: إذا ادعت المطلقة الرجعية إذا قالت: انقضت عدتي وأنها حاضت ثلاث حيض، فيقبل قولها وامتنعت رجعتها وإن أنكر زوجها ذلك لأن هذا لا يعلم إلا من قبلها وبخاصة إذا كانت المدة محتملة[٥].
ومنها: إذا قال لزوجته: إن حضت فأنت طالق. فقالت: حضت فقولها مقبول مع يمينها، لأن هذا لا يعرف إلا من جهتها.

ويستثنى من هذه القاعدة: عدم قبول قوله إذا تعلق به أمرين: الأول ما تتعلق به شهادة يتعلق بها حقوق للغير، والثاني: أن يتعلق به دعوى.

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٤٦/٣.
[٢] ابن السبكي: الأشباه والنظائر، ٢٧٨/١ – الحصني: القواعد، ١٢٨/٢.
[٣] الزركشي: المنثور في القواعد،١٤٩/٣.
[٤] السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٦٦ و٤٩٦.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٢٠/٨. ٢٤١/٩.

موقف القانون من الرجعة وتطبيقات الاجتهادات القضائية

القانون السوري:

أخذ القانون السوري بمذهب الحنفية في أن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، وبجواز الرجعة بالقول أو الفعل، وانقطاع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق.

فنصت المادة (١١٨) على ما يلي:

١ – الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط.

٢ – تبين المرأة وتنقطع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي.

القانون المصري:

مادة ٢٢: مع عدم الإخلال بحق الزوجة فى إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات, لا يقبل عند الإنكار ادعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلمها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يوما من تاريخ توثيق طلاقه لها، وذلك ما لم تكن حاملاً أو بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة.

القانون الإماراتي:

وقد أخذ القانون الإماراتي برأي الظاهرية في وجوب إعلام الزوجة بالرجعة حيث جاء في نص المادة ١٠٨: للزوج أن يرجع مطلقته رجعيا ما دامت في العدة ولا يسقط هذا الحق بالتنازل عنه، فإذا انتهت عدتها جاز لها أن تعود إليه بعقد جديد دون إذن وليها إن امتنع عن تزويجها له، بشرط أن يكون زواجها الأول منه قد تم برضاء الولي أو بأمر المحكمة.

المادة ١٠٩:

١– تقع الرجعة باللفظ، أو بالكتابة، وعند العجز عنهما فبالاشارة المفهومة، كما تقع بالفعل مع النية.

٢– توثق الرجعة ويجب إعلام الزوجة بها خلال فترة العدة.

وتوثيق الرجعة إجراء قانوني شكلي ليس له تأثير على وقوعها فهي تقع من الزوج بالقول، والغرض من التوثيق دفع المنازعات التي تقع بين الزوجين بسبب ذلك.

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (لا يسقط حق الزوج بإرجاع زوجته في الطلاق الرجعي بالإسقاط ويمكن أن يراجع زوجته ببطاقة بريدية)[١].

(طلب الزوج للزوجة العودة إلى بيته في حال الطلاق يعتبر مراجعة للزوجة)[٢].

(لا يصح أن تنسب المراجعة للزوجة، لأن حق المراجعة للمطلقة رجعيا محصور بالزوج)[٣].

(تحديد مدة العدة منوط بقول الزوجة ولرئيس دائرة التنفيذ تحليفها اليمين في حالة الضرورة لمعرفة تاريخ انتهاء عدتها)[٤].

(اتجاه الزوجة إلى بيت الزوجية لقضاء العدة هو الأصل. ولا يعتبر مراجعة دون إثبات)[٥].

(إن القول في العدة هو قول الزوجة المطلقة مع يمينها دون حاجة إلى الخبرة الطبية)[٦].

مصر:

وجاء في حكم لمحكمة أبنوب الشرعية: (تتم الرجعة عندنا بغير إشهاد بالقول أو بالفعل في عدة الطلاق الرجعي ولو لم ترض المطلقة)[٧].

---

[١] مجلة المحامون ١٩٩٦ ق ٧٨ شرعية.

[٢] الغرفة الشرعية قرار ٢٥٧٦ تاريخ ٢٠٠٠/١٢/٢١ أساس ٤٥١٤.مجلة المحامون العددان ٣- ٤ لعام ٢٠٠٢ صفحة ٣١٠

[٣] الغرفة الشرعية قرار ١٣٦٠ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٦ أساس ١٠٧٤.مجلة المحامون العددان ٣- ٤ لعام ٢٠٠٢ صفحة ٢٨٥

[٤] الغرفة الشرعية قرار ١٧٥٥ تاريخ ٢٠٠٠/٨/٢٩ أساس ١٦٧٧.مجلة المحامون العددان ٣- ٤ لعام ٢٠٠٢ صفحة ٣٠٠

[٥] الغرفة الشرعية قرار ٢٧٧٦ تاريخ ٢٠٠٠/١٢/١٧ أساس ٣٣٨٥ مجلة المحامون العددان ٣- ٤ لعام ٢٠٠٢ صفحة ٣٢٠

[٦] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٥ ص ٧٦١- قرار ٤٥١/٤١١-١٩٧٥/٨/٢٦.

[٧] ١٩٢٩/٦/١٩ مجلة المحاماة عدد ٨و ٩

المبحث السابع
هدم الطلقات بالزواج الثاني (مسألة الهدم)

مما يتبع بحث الرجعة مسألة هدم الطلقات بالزواج الثاني، وقد تميزت هذه المسألة بلقب خاصّ بها لدى الفقهاء**(مسألة الهدم)**، نظراً لاختلافهم فيها وأهمّيّتها، ويتبيّن ذلك ممّا يلي:

اتفق الفقهاء أن الزوج إذا أعاد زوجته المطلقة رجعياً، أو البائنة بينونة صغرى–المطلقة بما دون الثّلاث– إذا عقد عليها عقداً جديداً قبل زواجها بزوج آخر، تعود إليه بما بقي من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها واحدة أو اثنين لبقاء الحل.

واتفقوا أيضا أن المطلقة ثلاثاً إذا تزوجت زوجاً آخر، زواجاً صحيحاً بعد عدّتها ودخل بها، ثم فارقها بموت أو طلاق، ثمّ عادت إليه بعد بينونتها من ذلك الغير وانقضاء عدّتها منه: أنّها تعود للأول بحل جديد كامل ويملك عليها ثلاث تطليقات جدد، لأن الزواج الثاني يلغي التحريم ويهدم الطلقات الثلاث[1].

ولكن اختلفوا في ما إذا طلقت المرأة طلقة أو طلقتين، وبعد انتهاء عدتها تزوجت زوجا آخر، ودخل بها ثم فارقها، ثم تزوجت مطلقها الأول، هل تعود إليه بعد بينونتها من ذلك الغير وانقضاء عدّتها منه بثلاث طلقات أم تعود إليه بما بقي من الطلقات؟. هناك قولان:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء، مالك والشافعي وأحمد، ومحمد بن الحسن وزفر من الحنفية، وهو مذهب عدد من الصّحابة فيهم عمر، وعليّ، وعمران بن حصين، ومعاذ وأبي هريرة، وغيرهم رضي الله تعالى عنهم. إلى أن الزواج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث ويملك عليها ما بقي له إلى الثّلاث. فإن كان أبانها بواحدة ملك عليها اثنتين أخريين، وإن كان أبانها باثنتين ملك عليها ثالثةً فقط.

واستدل الجمهور على ذلك بمايلي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ * فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾[البقرة:٢٢٩–٢٣٠]، ولم يفرق بين أن يكون قد تخلل ذلك زوج أو لا.

ثانياً: ولما أخرجه مالك في الموطأ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: **(**أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين، ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجاً غيره فيموت عنها أو يطلقها، ثم ينكحها زوجها الأول، فإنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها**)**[2].

---

[1] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤١٨/٣، الدردير: الشرح الصغير، ٤٦٧/١، الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٣/٣. ابن قدامة: المغني، ٢٩٣/٣.

[2] الإمام مالك: الموطأ، كتاب الطلاق، باب جامع الطلاق، ٥٨٦/٢ برقم ١٢١٩. عبد الرزاق: المصنف، كتاب الطلاق، باب النكاح جديد والطلاق جديد، ٣٥١/٦ برقم ١١١٤٩. وانظر الاستذكار لابن عبد البر ٥١٠/٦.

ثالثاً: ولما سمع عن أبي هريرة رضي الله عنه يقول: (سألت عمر بن الخطاب عن رجل من أهل البحرين طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين، ثم انقضت عدتها، فتزوجها غيره ثم فارقها، ثم تزوجها الأول، قال: هي عنده على ما بقي)[١].

رابعاً: إن القاعدة الفقهية تنص على: **إنما يهدم النكاح الطلاق الثلاث، لا الطلقة ولا الطلقتين**، فالزواج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث، ولكن يهدم الثلاث، حيث وطء الثاني لا يحتاج إليه لحلها للزوج الأول فيما دون الثلاث، فلا يغير حكم الطلاق، ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث الذي ملكه عليها، فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني؛ ولأنه لا إنهاء للحرمة قبل الثبوت[٢].

القول الثاني:

وذهب أبو حنفية وأبو يوسف: الزواج الثاني يهدم ما أبانها به الزوج الأول مطلقاً، فتعود للزوج الأول بطلقات ثلاث، سواء أكان زواجها بزوج ثان بعد الطلقتين أم بعد الثلاث، فإذا عادت إلى زوجها الأول فيملك عليها ثلاث طلقات جدد، وتعود إليه بحل جديد[٣]. ومن هنا سمّيت هذه المسألة بمسألة الهدم.

وقول الشّيخين هذا؛ هو مذهب عدد من الصّحابة والتابعين، فيهم ابن عمر وابن عبّاس والنخعي وعطاء وشريح وميمون بن مهران[٤] رضي الله عنهم، وهو قول للحنابلة، والقول الثّاني –وهو الأرجح عندهم– مع الجمهور.

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أولاً: في رواية أخرى للحديث الذي استدل به أصحاب الرأي الأول من الجمهور، لكن عن ابن عمر وابن عباس وعلي رضي الله تعالى عنهم أجمعين: أن رجلاً من أهل البحرين طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين، ثم انقضت عدتها، فتزوجها غيره ثم فارقها، ثم تزوجها الأول، قال: أنها تكون على طلاق مستقبل[٥].

ثانياً: كما استدلوا بحديث عن سعيد بن جبير قال: (كنت جالساً عند عبد الله بن عتبة بن مسعود، إذ جاءه أعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين، ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجاً غيره. فدخل بها، ثم مات عنها أو طلقها، ثم انقضت عدتها، وأراد الأول أن يتزوجها على كم هي عنده، فالتفت إلى ابن

---

[١] سعيد بن منصور: السنن، كتاب الطلاق، باب الرجل يطلق المرأة تطليقة أو تطليقتين ثم ترجع إليه بعد زوج على كم تكون عنده، ٣٩٨/١ برقم ١٥٢٥. ابن أبي شيبة: المصنف، ما قالوا في الرجل يطلق امرأته تطليقتين أو تطليقة فتزوج ثم ترجع إليه على كم تكون عنده، ١١٢/٤ برقم ٩٨. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب ما يهدم الزوج من الطلاق وما لا يهدم، ٣٦٤/٧. برقم ١٤٩١٢. وانظر: نصب الراية ٢٤١/٣.

[٢] ابن الهمام: فتح القدير ١٦٤/٤، ابن عابدين: الدر المختار، ٧٤٦/٢، ابن رشد: بداية المجتهد، ٨٧/٢ ومابعدها، ابن جزي: القوانين الفقهية ١٥١، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٧٤/٣. الشيرازي: المهذب، ١٠٥/٢، البهوتي: كشاف القناع ٣٠٠/٤، ابن قدامة: المغني، ٢٦١/٧.

[٣] ابن الهمام: فتح القدير ١٦٣/٤.

[٤] ميمون بن مهران الجزري، أبو أيوب، من الطبقة الأولى من التابعين، أعتقته امرأة من بني نصر بن معاوية بالكوفة فنشأ بها، ثم سكن الرقة، قيل إن مولده عام موت علي رضي الله عنه سنة أربعين. وثقه جماعة روى عن عمر والزبير وغيرهم، وعنه ابنه عمرو وحميد الطويل وغيرهم. توفي ١١٦ أو ١١٧هـ.[سير أعلام النبلاء ٧١/٥].

[٥] البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب ما يهدم الزوج من الطلاق وما لا يهدم، ٣٦٥/٧.برقم ١٤٩١٨. وانظر: نصب الراية ٢٤١/٣.

عباس، وقال: ما تقول في هذا؟ قال: يهدم الزوج الثاني الواحدة، والثنتين، والثلاث، وأسأل ابن عمر، قال: فلقيت ابن عمر فسألته، فقال مثل ما قال ابن عباس)[١].

ثالثاً: ما ورد من آثار عن ابن عباس وابن عمر وشريح وسعيد بن جبير: بأنه طلاق جديد ونكاح جديد، وأنها عنده على ثلاث[٢].

رابعاً: وقد عللوا ذلك بأن الزواج الثاني قد أنهى الحرمة وأثبت الحل، وأنشأ حلاً جديداً في وقت واحد يتسع لثلاث تطليقات كما يتسع لما دون الثلاث. ولأن الزواج الثاني يهدم الثلاث، فأولى أن يهدم ما دونها، عملاً بالقاعدة الفقهية: **من ملك الكل ملك البعض**[٣].

وقد سمى النبي صلّى الله عليه وسلم الزوج الثاني محلِّلاً، وهو المثبت للحل، في حديث: (لعن الله المحلل والمحلل له)[٤].

قال القرطبي: (كان أصحاب عبدالله بن عمر رضي الله عنهما يقولون: أيهدم الزوج الثلاث ولا يهدم الواحدة والاثنين)[٥].

الترجيح:

بناء على ما سبق؛ يتبين أن هذه المسألة محل خلاف منذ الصدر الأول. فقد اختلف فيها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم. لذلك فقد اختلف التّرجيح فيها في المذهب الحنفيّ، فمنهم بل أكثرهم قالوا بترجيح قول محمّد، كالكمال بن الهمام، بل إنّه قال عنه: إنّه الحقّ، وأقوى حجة، ومع ذلك يقول: إن مسألة يختلف فيها كبار الصحابة يعوز فهمها ويصعب الخروج منها[٦].

ومنهم من رجّح قول الشّيخين –أبي حنيفة وأبي يوسف– كالعلامة قاسم بن قطلوبغا[٧]، وعليه مشت المتون المتون المعتمدة في المذهب الحنفي، ولعله الأرفق بالناس والله أعلم.

---

[١] الحديث رواه محمد بن الحسن الشيباني في الآثار عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن سعيد بن جبير [نصب الراية ٢٤٠/٣]

[٢] سعيد بن منصور: السنن، كتاب الطلاق، باب الرجل يطلق المرأة تطليقة أو تطليقتين ثم ترجع إليه بعد زوج على كم تكون عنده، ٤٠٠/١ برقم ١٥٣٠-١٥٣٨. ابن أبي شيبة: المصنف، من قال هي عنده على طلاق جديد، ١١٣/٤ برقم ٩٩. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب ما يهدم الزوج من الطلاق وما لا يهدم، ٣٦٥/٧. برقم ١٤٩١٧. وانظر: نصب الراية ٢٤١/٣.

[٣] الزركشي: المنثور في القواعد، ٢١٧/٣.

[٤] أبو داود: السنن، كتاب النكاح، باب في التحليل، ٢٢٧/٢ برقم ٢٠٧٦. ابن ماجه: السنن، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، ٦٢٢/١ برقم ١٩٣٤و ١٩٤٥. الدارمي: السنن، كتاب النكاح، باب في النهي عن التحليل، ٢١١/٢ برقم ٢٢٥٨. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح المحلل، ٢٠٧/٧ برقم ١٣٩٦١- ١٣٩٦٦(نصب الراية، ٢٣٨/٣-٢٤٠).

[٥] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٣١/٣.

[٦] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٧٩/٣

[٧] قاسم بن قطلوبغا بن عبدالله (٨٠٢-٨٧٩هـ) أبو العدل زين الدين، فقيه حنفي، مؤرخ، مولده ووفاته بالقاهرة. قال السخاوي عنه: إمام علامة، طلق اللسان، قادر على المناظرة، مغرم بالانتقاد ولو لمشايخه، مع شائبة دعوى ومساجحة. مكثر التصنيف. له: (تاج التراجم)؛ (غريب القرآن)؛ (شرح مختصر المنار) [البدر الطالع ٤٥/٢. شذرات الذهب ٣٢٦/٧. الضوء اللامع ١٨٤/٦].

المبحث الثامن

القواعد الفقهية المتعلقة بهدم الطلاق وموقف القانون منها

قاعدة رقم (١).

إنما يهدم النكاح الطلاق الثلاث، لا الطلقة ولا الطلقتين[١].

فروع على القاعدة:

منها: إذا رجعت المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى إلى زوجها الأول، بعد أن انتهت عدتها من الزوج الثاني، فإنها ترجع إليه بثلاث طلقات، كون نكاحها من الثاني قد هدم الطلقات الثلاث، بخلاف ما إذا كان الرجوع بعد طلقتين أو واحدة، فإنها ترجع إلى الأول بما تبقى من طلقات، لأن النكاح إنما يهدم الطلاق الثلاث لا الطلقة ولا الطلقتين[٢].

قاعدة رقم (٢).

من ملك الكل ملك البعض[٣].

معنى القاعدة:

ملك الشيء – إذا لم يكن شركة– فهو ملك كامل للمالك، فإن مالكه يملك كل جزء من أجزائه ولا يعقل أن يملك الإنسان شيئاً ملكاً كاملاً ثم لا يملك جزءاً منه أو بعضه؛ لأن خروج الجزء أو البعض عن ملكه ينافي كمال الملك، ولذلك فللمالك حق التصرف في كل جزء من أجزاء ملكه.

فروع على القاعدة:

منها: إذا قلنا إن الزواج الثاني يهدم الثلاث، فإنه يهدم الطلقة والطلقتين بطريق الأولى. وإذا قلنا أن الزوج يملك ثلاث تطليقات، فهو يملك طلقة واحدة من باب أولى[٤].

موقف القانون من مسألة هدم الطلاق:

نصت الفقرة الثانية في المادة (٣٦) في قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي: زواج المطلقة من آخر يهدم طلقات الزوج السابق، ولو كانت دون الثلاث، فإذا عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة.

كما نصت الفقرة الرابعة من المادة ٩٨ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على: إذا تزوجت المطلقة بآخر انهدم بالدخول طلقات الزوج السابق.

---

[١] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٤٠٦/٤.
[٢] المرجع السابق.
[٣] الزركشي: المنثور في القواعد، ٢١٧/٣.
[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٠٩٧/١١.

الفصل الثاني
متعة الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها

المبحث الأول
تعريف المتعة وحكمة مشروعيتها

معنى المتعة:

المُتعة لغة: بضم الميم، من متع وهو كل ما جاد، والماتع البالغ في الجودة والغاية، والمتاع: هو ما ينتفع به ويتبلغ به ويتزود به، ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق[١].

معنى المتعة اصطلاحاً:

واصطلاحاً: كل ما حصل الانتفاع به انتفاعاً قليلاً غير باق، بل ينقضي عن قريب كالثياب والفراش والستور والبسط والمرافق[٢].

معنى المتعة شرعاً:

لم يضع الحنفية والحنابلة تعريفاً خاصاً لمتعة الطلاق فيما أعلم[٣]، وإن كانت أحكامها ثابتة في كلا المذهبين، أمّا المالكية فقد اختلفوا في تعريفها، فقال ابن عرفة هي: (ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها)[٤]، وعرفها الدردير: (بأنها ما يعطيه الزوج لزوجته المطلقة زيادة على الصداق لجبر خاطرها على قدر حاله)[٥]، وقال ابن جزي هي: (الإحسان إلى المطلقات مما يقدر عليه المطلق بحسب ماله في القلة أو الكثرة)[٦].

وعرفها الشافعية: (هي المال الذي يجب على الرجل دفعه لامرأته لمفارقته إياها)[٧].

وأرى أن تعريف الشافعية بالمال الواجب غير دقيق، لأنها تجب أحياناً وتندب أحياناً وتسقط أحياناً أخرى كما سيأتي بيانه.

وأما تعريف ابن عرفة فيعاب عليه بقوله: ما يعطيه الزوج لمطلقته عن طريق الأمر، وهذا لا يتحقق إلاّ إذا كان الإلزام من الحاكم أو من ينوب عنه، والأصل أنّ متعة الطلاق تستحق بمجرد الطلاق وليس بمجرد حكم القاضي، فهو غير دقيق أيضاً.

وتعريف ابن جزي وإن كان أدق وأشمل من تعريف الشافعية وابن عرفة، إلا أننا لا نتفق معهم على تعريف المتعة بأنها إحسان.

---

[١] ابن منظور: لسان العرب، الفيومي: المصباح المنير، مادة "متع".
[٢] الكفوي: الكليات، ص ٨٠٤.
[٣] انظر: ذياب، زياد صبحي: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض التعسفي، عمان: دار الينابيع ١٩٩٢.
[٤] المواق: التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر ببيروت١٣٩٨هـ، الطبعة الثانية ١٠٥/٤
[٥] الدردير: الشرح الكبير بشرح الدسوقي، ٤٢٥/٢.
[٦] ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢٠٧.
[٧] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٠٧/٣. الحاج إبراهيم: حاشية الحاج إبراهيم على الأنوار، ١٤٠/٢.

كما يُعاب على التعريفات، أنه يدخل فيها ما يعطيه الزوج من غير المتعة؛ كأي التزام آخر يترتب على الطلاق؛ كالمهر المؤجل مثلاً أو النفقة، ويعاب عليها، أنّها تشمل كل فرقة بين الزوجين، مع أنّ الفقهاء نصوا على أنّ الطلاق الذي كان بسبب من الزوجة لا تستحق فيه المتعة على ما سنبين في الصفحات المقبلة.

وتعريف الدردير من المالكية أدقّ. حيث إن المتعة هي: اسم لما يقدمه المطلق إلى مطلقته من المتاع، على حسب قدرته جبراً لألم فراقه. ولعله أقرب التعريفات إلى المقصود والله أعلم.

دليل مشروعية المتعة:

ثبتت مشروعية المتعة بالقرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، فمن القرآن الكريم:

١-قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ * وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٦-٢٣٧].

٢-قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٤٩].

ووجه الدلالة من هاتين الآيتين: أن الله تعالى قد فرض المتعة للمطلقة قبل المسيس.

٣-قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[البقرة:٢٤١].

وتدل هذه الآية على فرض المتعة لكل المطلقات. ولكن اختلف الفقهاء في ذلك كما سيأتي لاحقاً.

وأما من السنة المطهرة:

١-عن أبي أسيد – رضي الله عنه – قال: (ثم خرجنا مع النبي – صلى الله عليه وسلم – حتى انطلقنا إلى حائط يقال له الشّوط حتى انتهينا إلى حائطين فجلسنا بينهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: اجلسوا هاهنا. ودخل وقد أتى بالجونية فأنزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل ومعها دايتها حاضنة لها، فلما دخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم قال: هبي نفسك لي. قالت: وهل تهب الملكة نفسها للسوقة. قال: فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن. فقالت: أعوذ بالله منك. فقال: قد عذت بمعاذ. ثم خرج علينا فقال: يا أبا أسيد اكسها رازقيّين[١] وألحقها بأهلها)[٢].

وجه الدلالة: أنّ النبي صلى الله عليه وسلم فارق زوجته وأمر بتمتيعها متعة الطلاق وكان ذلك قبل دخوله بها.

٢-أن عائشة بنت خليفة الخثعمية كانت عند الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنهم، فلما مات عليٌّ قالت له: لتهنئك الخلافة، فقال الحسن: يقتلُ عليٌّ وتظهرين الشماتة اذهبي فأنت طالق يعني

---

[١] رازقيّين: الرازقية ثياب من كتان بيض طوال، وقال البعض: هي ثياب يكون في داخلها زرقة. انظر:ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري٢٧٢/٩، دار الريان للتراث، الطبعة الثانية ١٩٨٨م.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من طلق وهل يواجه الرجل إمرأته بالطلاق، ٢٠١٢/٥ برقم ٤٩٥٦.

ثلاثاً قال: فتلفعت[1] بثيابها وقعدت حتى قضت عدتها فبعث إليها بقية بقيت من صداقها وعشرة آلاف متعة، فلما جاءها الرسول قالت: متاع قليل من حبيب مفارق، فلما بلغه قولها بكى وقال: لولا أن أبي حدثني أنه سمع جدي يقوله: أيما رجل طلق امرأته ثلاثاً مبهمة أو ثلاثاً عند الأقراء لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لراجعتها)[2].

وجه الدلالة: الأثر صريح أن الحسن بن علي رضي الله عنهما، عندما طلق زوجه متعها متعة الطلاق ومؤخر الصداق.

الحكمة من مشروعية المتعة:

لقد شرعت المتعة تطييباً لنفس الزوجة، وجبراً لخاطرها، دفعاً لإيحاشها بالطلاق، وفيها تعويض عما لحقها من ألم وإيحاش بفراق زوجها.

المبحث الثاني
حكم متعة الطلاق

يحسن قبل الكلام عن حكم المتعة للمطلقات، أنّ نبين أنواع المطلقات، حيث تنقسم المطلقات، من حيث الدخولُ بهنّ، وفرض المهر لهنّ إلى أربعة أقسام[3]:

القسم الأول: مطلقة مدخول بها، مفروض لها المهر.

القسم الثاني: مطلقة مدخول بها، لم يفرض لها المهر.

القسم الثالث: مطلقة غير مدخول بها، مفروض لها المهر.

القسم الرابع: مطلقة غير مدخول بها وغير مفروض لها المهر.

وقد اتفق الفقهاء، على أن المتعة تختص بالزوجة، التي طلقت من زوجها، وانتهت عدتها من الطلاق – فهي لا تجب لها ما زالت في العدة لقيام الزوجية من وجه– سواء كانت حرة أو أمة مسلمة أم ذمية[4].

واتفق السادة الفقهاء كذلك على أنّ كل فرقة كانت بسبب من المرأة كالمخالعة وردتها فإنّها حينئذ لا تستحق متعة الطلاق.

واتفق الفقهاء كذلك أيضاً على أنّ المتعة للطلاق مشروعة إذا كانت الفرقة من جانب الزوج.

ولكنهم اختلفوا في حكم تلك المتعة ولمن تجب من أولئك المطلقات.

---

[1] تلفعت: التفع بالثوب: اشتمل به حتى يجلل جسده، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط مادة "لفع"

[2] الدراقطني: السنن، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء، ٣٠/٤ برقم ٨٢. و٨٣. الطبراني: المعجم الكبير، في بقية أخبار الحسن بن علي، ٢٧/٣ برقم ٢٥٦٢. ٩١/٣ برقم ٢٧٥٧. وعبد الرزاق: المصنف، ٧٣/٧. برقم ١٢٢٥٧. و١٢٢٦٠ . والبيهقي: السنن الكبرى، باب التفويض، ٢٤٤/٧ برقم ١٤١٨٧. وفي باب المتعة، ٢٥٧/٧. برقم ١٤٢٦٩. باب ما جاء في إمضاء الطلاق الثلاث، ٣٣٦/٧ برقم ١٤٧٤٨.

[3] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية ١٩٩٣م، ١٣٠/٣

[4] محمد عليش: شرح منح الجليل، ٣٠٧/٢، المقدسي: الإقناع لطالب الانتفاع، ١٧٦/٥، إطفيش: شرح النيل وشفاء العليل، ٥٥٤/٣.

فذهب بعض الفقهاء إلى أنّ المتعة واجبة لكل مطلقة، بينما ذهب فريق ثانٍ إلى عدم وجوبها وإنّما هي مستحبة لكل مطلقة، وذهب فريق ثالث إلى أنّ المتعة واجبة لكل مطلقة إلا المطلقة قبل الدخول التي فرض لها مهر، وذهب فريق رابع إلى أنّ المتعة لا تجب إلا للمطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها المهر، بينما ذهب فريق خامس إلى أنّ المتعة لا تجب إلا للمطلقة قبل الدخول سواء فرض لها مهر أو لم يفرض، بينما ذهب فريق سادس إلى أنّ المتعة لا تجب إلا لمطلقة التي لم يفرض لها مهر.

ويعود سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى ما يلي:

السبب الأول: اختلاف القرينة[١].

اختلف الفقهاء في مقتضى الأمر الوارد في إعطاء المتعة المطلقات، فالذين قالوا بالوجوب عملوا بمقتضى الأمر وهو الوجوب، والذين قالوا بالندب صرفوا الأمر من الوجوب إلى الندب لوجود قرينة صارفة.

السبب الثاني: الاختلاف في تحديد الضمير في قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ اختلفوا في هذا الضمير، هل يعود على كل المطلقات، أم أنّه يعود على بعضهن، يقول القرطبي رحمه الله: (واختلفوا في الضمير المتصل بقوله ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ من المراد به من النساء)[٢].

السبب الثالث: الاختلاف في تخصيص العموم. فمن ذهب إلى أنّ الآيات عامة في كل المطلقات أوجبها لهنّ جميعاً، ومن قال إنّ العموم خصص بالآيات الأخرى، أوجب المتعة لقسم دون آخر من المطلقات.

السبب الرابع: تعارض الآثار.

فهناك آثار عن بعض الصحابة أعطت المتعة لكل المطلقات، وهناك آثار أعطتها لبعض المطلقات دون البعض الآخر.

ويمكننا إجمال أقوال الفقهاء بأربعة أقوال رئيسة:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء، الحنفية[٣]، والشافعية في القديم[٤]، والحنابلة[٥]، والإباضية في الصحيح الصحيح عندهم[٦]. إلى وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول وقبل الفرض[٧]، واستحبابها لغيرها من المطلقات إلا من طلقت قبل الدخول وقد سمي لها، فلها نصف المهر وليس لها المتعة عند الشافعي، وعند أبي حنيفة هي من المستحب لهنَّ.

---

[١] الخن، مصطفى سعيد: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، ٣١٣

[٢] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ١٣٢/٣

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٠٢/٢. ابن عابدين: حاشية رد المحتار ١١٠/٣، ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٥٧/٣. الزيلعي: تبيين الحقائق، ١٤٠/٢. الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ١٩٨/١.

[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٤١/٣. الماوردي: الحاوي الكبير،١٠١/١٢،الشيرازي: المهذب٦٣/٢، الغزالي: الوسيط٢٦٨/٥.

[٥] ابن قدامة: المغني، ١٣٩/١٠، البهوتي: كشاف القناع١٧٦/٥-١٧٧. المرداوي: الإنصاف، ٢٩٩/٨.

[٦] اطفيش: شرح النيل، ٥٥٤/٣.

[٧] الفرض هنا بمعنى المهر المسمى، ويؤيد ذلك القاعدة الفقهية: **المتعة تقوم مقام نصف المسمى في حق المفوضة**.

وقد وضع هؤلاء الضابط التالي: **كل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فتوجب المتعة لأنّها توجب نصف المسمّى في نكاح فيه تسمية، والمتعة عوض عنه كردة الزوج وإبائه الإسلام، وكل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها**[1].

واستدل أصحاب هذا القول بالقرآن الكريم، والمعقول:

اولاً: من القرآن الكريم:

١- قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ * وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٦-٢٣٧].

ووجه الدلالة: إن الآيات الكريمة قررت أن غير المدخول بها واحدة من اثنتين: إما أنه سمي لها مهراً، أو لم يسم لها مهراً، وأما الأولى فبالطلاق قبل الدخول فلها نصف المهر، وأما الثانية فلها المتعة، لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾، أي أعطوهن شيئاً يكون متاعاً لهنّ[2]. وهذا من دواعي العدل الرباني. ذلك لأن الأولى كان له نصف المهر جابراً لما ألمّ بها من ألم الفراق، وأما الثانية فكانت المتعة جابرة لما أصابها من إيحاش وابتذال بالطلاق[3].

٢- قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٤٩].

ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة بينت أنّ للمطلقة قبل الدخول الحق في أخذ المتعة من زوجها الذي طلقها.

واعتبر أصحاب هذا الرأي أنّ هذه الآيات ناسخة لآيات البقرة التي أوجبت المتعة لكل المطلقات.

قال الكاساني رحمه الله: (ولنا قوله تعالى ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة:٢٣٦] ومطلق الأمر وجوب العمل والمراد من قوله عز وجل: ﴿أَوْ تَفْرِضُوا﴾ أي ولم تفرضوا ألا ترى أنّه عطف عليه قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٧]، ولو كان الأول بمعنى ما لم تمسوهنّ وقد فرضوا لهنّ أو لم يفرضوا لما عطف عليه المفروض وقد تكون أو بمعنى الواو، قال الله عز وجل: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ آثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾[الإنسان:٢٤]، أي ولا كفوراً[4].

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع ٣٠٣/٢

[2] الشوكاني: فتح القدير، ٢٧٧/١.

[3] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٤١/٣.

[4] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٠٢/٢

ويقول القرطبي رحمه الله: (فذكر الله تعالى هذه الآية والتي بعدها مطلقة قبل المسيس وقبل الفرض، ومطلقة قبل المسيس وبعد الفرض، فجعل للأولى المتعة، وجعل للثانية نصف الصداق لما لحق الزوجة من دحض العقد ووصم الحل الحاصل للزوج بالعقد، وقابل المسيس بالمهر الواجب)[1].

ويقول ابن قدامة رحمه الله: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة:٢٣٦]. ثم قال: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٧]. فخص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه النساء قسمين، وإثباته لكل قسم حكماً فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه)[2].

ثانيا: من الحديث الشريف .

عن أبي أسيد – رضي الله عنه – قال: ثم خرجنا مع النبي – صلى الله عليه وسلم – حتى انطلقنا إلى حائط يقال له الشّوط حتى انتهينا إلى حائطين فجلسنا بينهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: اجلسوا هاهنا. ودخل وقد أتى بالجونية فأنزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل ومعها دايتها حاضنة لها، فلما دخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم قال: هبي نفسك لي. قالت: وهل تهب الملكة نفسها للسوقة. قال: فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن. فقالت: أعوذ بالله منك. فقال: قد عذت بمعاذ. ثم خرج علينا فقال: يا أبا أسيد اكسها رازقيّين وألحقها بأهلها[3].

فالنبي – صلى الله عليه وسلم – لمّا طلق زوجته قبل الدخول متّعها بثوبين رازقيين، ولو لم تكن المتعة واحبة لما فعلها النبي صلى الله عليه وسلم، فدلّ فعله صلى الله عليه وسلم على وجوب المتعة للمطلقات قبل الدخول.

وجه الدلالة من الحديث: أنّ النبي– صلى الله عليه وسلم – فارق زوجته وأمر بتمتيعها متعة الطلاق وكان ذلك قبل دخوله بها، فدل ذلك على أنّ المتعة لا تكون إلاّ في الطلاق قبل الدخول، ولكن الحديث يحتمل معنين: أحدهما أنّ النبي– صلى الله عليه وسلم– لم يكن قد فرض لها مهراً فمتعها، ويحتمل أيضاً أنّه كان قد فرض لها مهراً ومتعها كذلك متعة الطلاق[4].

ثالثاً: **ومن المعقول:** إن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول عند عدم تسمية المهر، لأنها بدل واجب، وهو نصف المهر، والقاعدة تقول: **بدل الواجب يكون واجباً مثله لقيامه مقامه**[5].

---

[1] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٣٠/٣.
[2] ابن قدامة: المغني، ٤٩/٨.
[3] سبق تخريجه.
[4] الصنعاني: سبل السلام ١٥٣/٣
[5] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٠٣/٢.

والله سبحانه وتعالى أعطى المطلقة بعد الدخول مهرها كاملاً، وأعطى المطلقة قبل الدخول نصف المهر، وذلك كله لما يلحق المرأة من آثار ناتجة عن حل عقد الزواج، فإن كانت المطلقة قبل الدخول لا مهر مسمى لها فإنها تستحق المتعة للمعنى ذاته[1].

واستدلوا على استحباب المتعة لباقي المطلقات بعموم الأدلة التي قررت المتعة للمطلقة وهي التي استدل بها أصحاب القول الثاني والثالث والرابع.

ولكن يمكن مناقشة أصحاب هذا القول بأن الآيات القرآنية ذكرت حالة من حالات الطلاق التي تستحق فيه المطلقة المتعة، ولم تنفِ عن غيرها من الحالات، بمعنى أنّ الآيات لم تنص على أنّ هذه الحالة هي الوحيدة المستحقة لمتعة الطلاق.

وأمّا الاستدلال بالمعقول فيجاب عنه أنّ استحقاق المرأة للمهر ليس بسبب ما يلحق به من آثار سلبية ناتجة عن انحلال العقد، وإنّما تستحق المطلقة بعد الدخول المهر كاملاً نتيجة لما استحل الزوج من فرجها، ويأتي بعد ذلك إيجاب المتعة لجميع المطلقات تعويضاً عما قد يلحقهم من آثار نتيجة لهذا الطلاق، سواء كان الطلاق قبل الدخول او بعده، بل إنّ استحقاق المطلقة بعد الدخول للمتعة آكد من استحقاق غير المدخول بها لما لذلك من آثار على المطلقة وما يلحقها من ضرر بهذا الفراق.

القول الثاني: المتعة واجبة لكل المطلقات، إلاّ المطلقة قبل الدخول التي سمي لها مهر، فإنّ لها نصف المهر ولا متعة لها.

وذهب إلى هذا القول الشافعية في المعتمد من أقوالهم[2]، وإليه ذهب أيضاً كل من ابن عمر ومجاهد رضي الله عنهم أجمعين[3].

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية:

١- قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[البقرة:٢٤١].

٢- وقال في آية أخرى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٤٩].

ووجه الدلالة من الآيتين: أنّ الله سبحانه وتعالى أوجب للمطلقات عموماً المتعة، ثم جاءت الآية الثانية من سورة الأحزاب مبينة المتعة لصنف معين من المطلقات، وهنّ المطلقات قبل الدخول، فبينت أنّ المتعة تكون لمن طلقت قبل الدخول ولم يفرض لها المهر، أما من طلقت وقد فرض لها المهر فلا تستحق إلاّ نصف المهر.

يقول الشيرازي[1] رحمه الله: (وإن فرض لها المهر لم تجب لها المتعة لأنّه لما أوجب بالآية لمن لم يفرض لها دلّ على أنّه لا يجب لمن فرض لها، ولأنّه حصل لها في مقابلة الابتذال نصف المسمّى فقام ذلك مقام المتعة)[2].

---

[1] ابن العربي: أحكام القرآن، ٢٩١/١.

[2] الشربيني: مغني المحتاج٢٤١/٣، الرملي: نهاية المحتاج٣٦٤/٦، الشيرازي: المهذب٦٣/٢.

[3] عبد الرزاق: المصنف، باب متعة الطلاق(٦٨/٧-٦٩)، ابن أبي شيبة: المصنف(١٤٠/٤)، ابن حزم: المحلى٧/١٠

فالآية القرآنية بينت حال قسمين من أقسام المطلقات: القسم الأول وهي المطلقة قبل الدخول وقبل فرض المهر؛ وهذه أوجب الله لها المتعة. والقسم الثاني: المطلقة قبل الدخول وبعد فرض المهر وهذه أوجب الله لها نصف المهر.

ويقول القاضي زكريّا الأنصاري[٣] رحمه الله: (فصل في المتعة: وهي مال يجب على الزوج دفعه لامرأته لمفارقته إياها بشروط. كما قلت يجب عليه لزوجة لم يجب لها نصف مهر فقط بأن وجب لها جميع المهر أو كانت مفوضة لم توطأ ولم يفرض لها شيء صحيح متعة بفراق، أما في الأولى فلعموم: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[البقرة:٢٤١]، وخصوص: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾[الأحزاب:٢٨]. ولأنّ المهر في مقابلة منفعة بضعها وقد استوفاها الزوج فتجب للإيحاش متعة، وأمّا في الثانية فلقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة:٢٣٦]، ولأنّ المفوضة لم يحصل لها شيء، فيجب لها متعة للإيحاش، بخلاف من وجب لها النصف، فلا متعة لها لأنه لم يستوف منفعة بضعها، فيكفي نصف مهرها للإيحاش ولأنه تعالى لم يجعل لها سواه بقوله: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[البقرة:٢٣٧][٤].

ولكن يمكن مناقشة الاستدلال بالآيات القرآنية أنّ ادعاء التخصيص يحتاج إلى دليل، والآيات الأخرى جاءت عامة واضحة في شأن إعطاء كل المطلقات متعتها، وإخراج قسم منها يحتاج إلى دليل.

القول الثالث: إن المتعة سنة مستحبة لكل مطلقة: وإليه ذهب الإمام مالك[٥]، والليث بن سعد وابن أبي ليلى[٦]، وقول قديم للشافعي[٧] والقاضي شريح[٨] وهو قول ثان للإباضية[٩].

واستدل أصحاب هذا القول:

أولاً: من القرآن الكريم:

١- قول الله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة:٢٣٦].

٢- وقول الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[البقرة:٢٤١].

---

[١] الشيرازي (٣٩٣-٤٧٦هـ) إبراهيم بن علي بن يوسف، أبو إسحاق، جمال الدين الشيرازي. ولد بفيروزآباد ونشأ ببغداد وتوفي بها. فقيه شافعي. كان مناظراً فصيحاً ورعا متواضعاً. انتهت إليه رئاسة المذهب، بنيت له النظامية ودرس بها إلى حين وفاته. له (المهذب)، و(النكت) في الخلاف، و(التبصرة) في أصول الفقه.[طبقات الشافعية الكبرى٨٨/٣، شذرات الذهب٣٤٩/٣].

[٢] الشيرازي: المهذب، ٦٣/٢.

[٣] زكريا الأنصاري(٨٢٣– ٩٢٦هـ) شيخ الإسلام زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أبو يحيى. فقيه شافعي محدث مفسر قاض. من أهل مصر. كان فقيراً معدماً، ثم طلب العلم فنبغ. مكثر من التصنيف. له (الغرر البهية في شرح البهجة الوردية)؛ و(منهج الطلاب)؛وله تآليف في المنطق والتفسير والحديث وغيرها. [الأعلام للزركلي٨٠/٣؛ والكواكب السائرة١٩٦/١].

[٤] زكريّا بن محمد بن أحمد الأنصاري: فتح الوهاب، دار الكتب العلمية١٤١٨هـ، الطبعة الأولى١٠٢/٢

[٥] عليش: شرح منح الجليل، ٣٠٦/٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٢٥/٢، حاشية الخرشي٨٧/٤

[٦] ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ١٤٧٧/٣. ابن قدامة: المغني، ١٣٩/١٠.

[٧] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٤١/٣.

[٨] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٢٠٠/٣

[٩] اطفيش: شرح النيل، ٥٥٤/٣.

ووجه الدلالة: إن الآيات الكريمة تدل بظاهرها على وجوب المتعة للمطلقات، إلا أن قول الله تعالى: حقاً على المحسنين، وحقاً على المتقين، قد صرف الأمر من الوجوب إلى الندب، حيث إن الواجبات لا تتقيد بالإحسان والتقوى، (فقوله تعالى: حقاً على المحسنين، يعني: المتفضلين المتجملين، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب)[١].

جاء في المدونة قال مالك إنّما خفف عندي في المتعة ولم يجبر عليها المطلق في القضاء في رأيي لأني أسمع الله يقول: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ و﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ فلذلك خففت، ولم يقض بها قال سحنون وقال غيره لأنّ الزوج إذا كان غير متق ولا محسن فليس عليه شيء فلمّا قيل على المتقين وعلى المحسنين متاع بالمعروف ولم يكن الخطاب عاماً لغير المحسن ولا المتقي علم أنّه مخفف)[٢].

ويقول الدسوقي: (والأمر المستفاد من "على" للندب بقرينة التقييد بالمحسنين والمتقين لأنّ الواجبات لا يتقيد بهما)[٣].

٣- من المعقول: المتعة لو كانت واجبة لعيّن فيها القدر الواجب دفعه منها كما هو الحال في شأن الأموال الواجبة[٤]، يقول ابن عبد البر: (المتعة لو كانت فرضاً أو واجباً يُقضى به لكانت مقدرة معلومة كسائر الفرائض في الأموال، فلمّا لم تكن كذلك خرجت من حد الفروض إلى الندب والإرشاد والاختيار، وصارت كالصلة والهدية)[٥].

ويرد عليهم: بأن الله سبحانه وتعالى قد قرر أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول والمس فكيف تقولون أنتم بالندب ؟.

وأما قولهم بأن حقاً على المحسنين تفيد الندب: فإننا لا نتفق معهم فيه، لأنه لا يجوز (قصر المحسن على المتطوع، بل هو أعم منه، ومن القائم بالواجبات أيضاً[٦]، فلا ينافي الوجوب، ولا يكون صارفاً للأمر عن الوجوب مع ماانضم إليه من لفظ حقاً)[٧].

فالتمتيع حق واجب على المتقين تأكيد لإيجابها، لأنّه يجب على كل مسلم أن يتقي الله فلا يعصيه، وكذلك في قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ فالأصل أن يتصف كل المسلمين بصفة الإحسان، ولا تختص هذه الصفة بفئة من المسلمين دون غيرهم[٨].

يقول الجصاص: قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة:٢٣٦]. تأكيد لإيجابه إذ جَعَلها من شرط الإحسان وعلى كل أحد أن يكون من المحسنين وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[البقرة:٢٤١][٩].

---

[١] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٢٥/٢. ابن رشد: بداية المجتهد، ١٠٦/٢.
[٢] الإمام مالك: المدونة الكبرى ٣٣٢/٥
[٣] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٢٥/٢.
[٤] الشنقيطي، محمد الأمين: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، عالم الكتب٢١٩/١
[٥] ابن عبد البر:الاستذكار، دار قتيبة ٢٨٢/١٧
[٦] بدليل حديث جبريل عليه السلام: الإحسان أن تعبد الله كأنك تراه، فإن لم تكن تراه فإنه يراك. صحيح مسلم بشرح النووي ٣٧/١ رقم ٨.
[٧] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٦/٣.
[٨] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن(١٣٢/٣)، البغوي: معالم التنزيل، دار المعرفة، ١٩٨٧م الطبعة الثانية٢٢٣/١
[٩] الجصاص: أحكام القرآن، ٢٢٣/١

وكذلك ليس تخصيص المتقين والمحسنين بالذكر دليلاً على أنّ غيرهم غير داخل في الحكم، ويشبه ذلك قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ ٱلْكِتَٰبُ لَا رَيْبَ فِيهِ هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ﴾[البقرة:٢]. وهو هدى للناس كافة، وليس موجباً لأن لا يكون هدى لغيره [١].

ثم إن المتتبع لكلمة المحسنين وورودها في القرآن الكريم يجد أن الله تعالى ذكر الإحسان والمحسنين في مقام الأعمال الواجبة)[٢] ومن ذلك المتعة.

أمّا استدلالهم بأنّ الله لم يقدر المتعة بمقدار معين ممّا يدل على عدم وجوبها، فيجاب عنه بأنّ الله سبحانه وتعالى أوجب نفقة الزوجة على زوجها ولم يقدرها بمقدار معين بل ترك تقديرها للاجتهاد[٣].

القول الرابع: إن المتعة واجبة لكل مطلقة، وهو قول للإمام الشافعي والإمام أحمد والظاهرية وابن جرير الطبري والحسن البصري وسعيد بن جبير والضحاك وقتادة والزهري وأبو ثور[٤]، ورجّح هذا القول كل من ابن حجر في الفتح[٥]، وابن تيمية[٦] رحمهم الله جميعاً.

واستدل أصحاب هذا القول:

أولاً: من القرآن الكريم بعموم الآيات الواردة في إمتاع النساء:

١- قوله الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[البقرة:٢٤١].

٢- قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٢٨].

٣- قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة:٢٣٦].

ووجه الدلالة: إن الآيات الكريمة عامة في وجوب المتعة لكل مطلقة، وخصوصاً أن الآية الأولى قد أضافت الإمتاع للمطلقات بلام التمليك وهو أظهر في الوجوب منه في النّدب.

ويؤكد هذا أنّ الله سبحانه وتعالى قد ذكر أنّ هذا التمتيع حق واجب على المتقين، وفي هذا تأكيد لإيجابها، لأنّه يجب على كل مسلم أن يتقي الله فلا يعصيه[٧].

وأما الآية الثانية فقد أوجبت المتعة للمدخول بها المسمى لها، حيث وردت في نساء النبي صلى الله عليه وسلم، وكن مدخولاً بهن ومفروضاً لهن مهراً، وقد أمر الله أن يمتع التي تفارقه بقوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾، يقول الشوكاني: ﴿أُمَتِّعْكُنَّ﴾: أي أعطيكنّ المتعة[١].

---

[١] الجصاص: أحكام القرآن ١٣٨/٢

[٢] محمد رشيد رضا: تفسير المنار، ٤٢٧/٢. ومن الأمثلة التي ساقها قوله تعالى: (لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ) [التوبة:٩١]. وقوله تعالى: (أَوْ تَقُولَ حِينَ تَرَى ٱلْعَذَابَ لَوْ أَنَّ لِى كَرَّةً فَأَكُونَ مِنَ ٱلْمُحْسِنِينَ) [الزمر:٥٨].

[٣] ابن العربي: أحكام القرآن، ٢٩١/١

[٤] ابن قدامة: المغني، ١٨٤/٧. ابن حزم: المحلى، ٣/١٠. ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ١٤٧٧/٣، عبد الرزاق: المصنف، ٧٠/٧. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٢٠٠/٣. اطفيش: شرح النيل، ٥٥٤/٣.

[٥] ابن حجر العسقلاني: فتح الباري ٤٠٦/٩

[٦] ابن تيمية: مجموعة الفتاوى، ٢٢/٣٢

[٧] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن١٣٢/٣، البغوي: معالم التنزيل٢٢٣/١

وأما الآية الثالثة فقد قررت كذلك حق المطلقة قبل الدخول والفرض في المتعة. فالأمر في الآيات يشمل المطلقات بجميع حالاتهن.

ثانياً: ما ورد بعموم الأثار بعموم التي متع فيها الصحابة زوجاتهم.

١- حيث روي أن عبد الرحمن بن عوف متع زوجته فاطمة بنت قيس لما طلقها البتة[٢].

٢- ومتع الحسن بن علي زوجته لما طلقها بعد أن هنأته بالخلافة بعشرة آلاف درهم[٣].

ووجه الدلالة: إن تمتيع الصحابة كان بعد دخولهم بزوجاتهم، فدلّ على أن للمطلقة بعد الدخول متعة، وللمطلقة قبل الدخول بنص القرآن فدلّ على أن المتعة واجبة لكل مطلقة.

وقد اعترض على من قال بالوجوب واستدلاله بعموم الآيات القرآنية: بأن هذه الآيات عامة وقد جاء ما يخصصها من الأدلة الصحيحة فلا تبقى على عمومها.

ثم إن القول بالمتعة لكل مطلقة، فيها ظلم لبعض المطلقات، لأنه دعوة إلى المساواة بين متفرقات، إذ كيف نقول: بأن للمطلقة التي سمي لها مهر وطلقت بعد الدخول أن لها ما للمطلقة قبل الدخول وقبل الفرض؟.

أما الآثار التي استدل بها اصحاب هذا القول: فلا مجال لحملها على الإيجاب، لأنها حكاية لما حدث في عهد الصحابة وكيف أنهم كانوا يرفعون عن زوجاتهم وحشة الطلاق بتمتيعهن باختيارهم دون إجبار أو إلزام من أحد، فيحمل تصرفهم على استحباب الاقتداء وهذا ما ندعوا إليه.

الترجيح:

وبعد هذا العرض للآراء وأدلتها التي أثيرت حولها، نجد أن القول الأول وهو رأي الجمهور أولى وأرجح، وذلك لأن الآية الكريمة نصت صراحة على استحقاق المطلقة قبل الدخول والفرض المتعة، واستحقاق غيرها نصف المهر أو المهر كاملاً على حسب الحالة، ثم إن الأدلة التي استدل بها أصحاب القولين الآخرين تتعارض مع مفهوم الآية فيجمع بينهما – وهو أولى عند إمكانية الجمع من ترجيح أحدهما – بأن يقال بوجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول والفرض واستحبابها لبقية المطلقات إعمالاً للأدلة جميعاً.

هذا بالنسبة للمطلقة بإرادة الزوج، أما المفترقة عنه بفسخ أو بإرادتهما كالمختلعة، فاختلف الفقهاء في وجوب المتعة لها على قولين:

القول الأول: تجب المتعة في كل فرقة حصلت بسبب من جهته: كالفرقة بالإيلاء، واللعان، والجبِّ والعنة وردته. أما إن حصلت الفرقة بسبب من جهتها فلا تجب: كردتها وإبائها الإسلام وتقبيلها ابن الزوج بشهوة وكذا إن اختلعت منه، وبه قال الحنفية والشافعية والحنابلة ورواية عند الجعفرية[٤].

---

[١] الشوكاني: فتح القدير، ٣١٦/٤

[٢] عبد الرزاق: المصنف، باب وقت المتعة، ٧٢/٧، رقم ١٢٢٥٣. و١٢٢٥٤.

[٣] الدراقطني: السنن، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء، ٣٠/٤ برقم ٨٢. و٨٣. الطبراني: المعجم الكبير، في بقية أخبار الحسن بن علي، ٢٧/٣ برقم ٢٥٦٢. ٩١/٣ برقم ٢٧٥٧. وعبد الرزاق: المصنف، ٧٣/٧. برقم ١٢٢٥٧. و١٢٢٦٠ . والبيهقي: السنن الكبرى، باب التفويض، ٢٤٤/٧ برقم ١٤١٨٧. وفي باب المتعة، ٢٥٧/٧. برقم ١٤٢٦٩. باب ما جاء في إمضاء الطلاق الثلاث، ٣٣٦/٧ برقم ١٤٧٤٨.

[٤] الزيلعي: تبيين الحقائق، ١٤٠/٢-١٤١. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٤١/٣-٢٤٢. البهوتي: كشاف القناع، ١٧٧/٥. ابن قدامة: المغني، ١٨٥/٧. العاملي: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ٣٤٨/٥.

القول الثاني: لا متعة في كل فراق تختاره المرأة: كامرأة المجذوم والعنين، ولا الفسوخ ولا المختلعة ولا الملاعنة: وبه قال المالكية، والظاهرية والزيدية وقول للإباضية[١].

الترجيح:

وأرى –والله تعالى أعلم– أن القول الأول أولى وأرجح، وذلك لقياس هذه الفُرق التي وقعت من قبل الزوج على الطلاق، فكما يجب فيها للمطلقة يجب للمفارقة، لأن الفرقة وقعت بسبب من الزوج، وقد لحقها الإيحاش والابتذال الذي تجب لأجله المتعة بل وأكثر، لأن الطلاق قد يكون لها يد غير مباشرة فيه، أما التفريق بسبب العنة أو الجبِّ فأيّ يد لها فيهما.

المبحث الثالث

مقدار المتعة

لم يرد نص في الشرع على مقدار معين للمتعة، وإنما وردت مطلقاً.

لهذا اختلف السادة الفقهاء في أمرين:

الأمر الأول: مقدار متعة الطلاق؟

الأمر الثاني: الاعتبارات التي تحدد مقدار المتعة: وهل هي بحسب حال الزوج، أم الزوجة، أم بحالهما معاً؟.

أما الأمر الأول، وهو مقدار المتعة: فقد اختلف السادة الفقهاء في تحديد مقدار للمتعة يجب لكل مطلقة، وبين ترك أمر التحديد إلى ظروف وملابسات كل حالة، وفيما يلي بيان آرائهم:

القول الأول: المتعة محددة، وبه قال الحنفية والشافعية في قول والحنابلة في قول[٢].

القول الثاني: المتعة غير محددة بل بحسب ما يجد المطلق من قدرة وسعة وبه قال المالكية والشافعية في القول الثاني، وكذا الحنابلة في القول الثاني والظاهرية[٣].

واختلف من حددها بأعلاها وبأقلها:

فهي عند الحنفية: (لا تقل عن خمسة دراهم ولا تزيد عن نصف مهر المثل)[٤]، جاء في الاختيار لتعليل المختار: (ولا تزاد على قدر نصف مهر المثل، لأن النكاح الذي سمي فيه أقوى، فإذا لم يجب في الأقوى أكثر من نصف المهر، لا يجب في الأضعف بطريق الأولى)[٥].

(وفي الأحوال العادية هي ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة)[١].

---

[١] ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٠٧. ابن حزم: المحلى، ٣/١٠. المرتضى: البحر الزخار، ١٢٧/٤. اطفيش: شرح النيل، ٥٥٥/٣.

[٢] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٦/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٤٢/٣. ابن قدامة: المغني، ١٨٦/٧. البهوتي: كشاف القناع، ١٧٦/٥.

[٣] عليش: شرح منح الجليل، ٣٠٦/٢. المطيعي: تكملة المجموع، ٥٤٧/١٥. ابن قدامة: المغني، ١٨٦/٧. ابن حزم: المحلى، ١١/١٠.

[٤] الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ١٠٢/٣. الزيلعي: تبيين الحقائق، ١٤٠/٢

[٥] الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ١٠٢/٣

وعند الشافعية: (يستحب أن لا تنقص عن ثلاثين درهماً)[٢]، (وأن لا تزيد عن خادم وأوسطها ثوب)[٣]. (وإن زادت عن نصف مهر المثل)[٤].

جاء في المهذب: (والمستحب أن تكون المتعة خادماً أو ثلاثين درهماً لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال يستحب أن يمتعها بخادم فإن لم يفعل فبثياب وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال يمتعها بثلاثين درهما وروي عنه، قال يمتعها بجارية. وفي الوجوب وجهان أحدهما ما يقع عليه اسم المال والثاني وهو المذهب أنه يقدرها الحاكم)[٥].

وعند الحنابلة قولان:

القول الأول: (أدناها درعاً وخماراً وثوباً، وأعلاها خادم)[٦].

القول الثاني: (إنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل)[٧].

جاء في الكافي: (وفي قدرها روايتان إحداهما يرجع فيها إلى اجتهاد الحاكم فيفرض لها ما يؤديه اجتهاده إليه لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره ويحتاج إلى الاجتهاد فرد إلى الحاكم كالنفقة والثانية أعلى المتعة خادم وأدناها كسوة تجزئها في صلاتها وأوسطها ما بين ذلك)[٨].

وأما الأمر الثاني، وهو الاعتبارات التي تحدد مقدار المتعة – سواء أقدرت المتعة أم أطلقت – فيمكن إجمال أقول الفقهاء في ثلاثة أقوال:

القول الأول: يعتبر فيها حال الزوج وبه قال المالكية وقول للشافعية والحنابلة وأبو يوسف وابن الهمام من الحنفية والظاهرية[٩].

واستدل أصحاب هذا القول قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة:٢٣٦].

وجه الدلالة: إن الله سبحانه وتعالى علق المتعة على وسع الزوج وقدرته، وهي تختلف عند الموسع عنها عن المقتر.

ولأن الرجل هو الذي يدفعها، فكان الأولى أن تقدر بحاله لئلا يقال بتكليفه ما لا يطيق.

القول الثاني: إنها تقدر بحال الزوجة، وبه قال الشافعية في قول وهو قول للحنابلة والكرخي من الحنفية[١٠].

---

[١] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٦/٣. والدرع هو: ما تلبسه المرأة فوق قميصها، والخمار: ما تستر به المرأة رأسها وقسماً من وجهها. والملحفة: هي الملاءة التي تلتحف بها المرأة، أي تلبسها فوق ثيابها. [رواس قلعجي: معجم لغة الفقهاء، ٢٠٨، ٢٠٠، ٤٥٨ بالتسلسل].

[٢] المطيعي: المجموع بشرح المهذب، ٥٤٧/١٥.

[٣] الشربيني: مغني المجتاج، ٢٤٢/٣.

[٤] المرجع السابق.

[٥] الشيرازي: المهذب، ٦٣/٢.

[٦] ابن قدامة: المغني، ١٨٦/٧.

[٧] المرجع السابق، ١٨٦/٧.

[٨] ابن قدامة، الكافي ١٠٨/٣

[٩] عليش: شرح منح الجليل، ٣٠٦/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٤٢/٣. المقدسي: الإقناع لطالب الانتفاع متن كشاف الإقناع، ١٧٦/٥. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٧/٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٠٤/٢. ابن حزم: المحلى، ١٠/١٠

[١٠] الحاج إبراهيم: حاشية الحاج إبراهيم على الأنوار، ١٤٠/٢. ابن قدامة: المغني، ١٨٦/٧. الزيلعي: تبيين الحقائق، ١٤٠/٢.

وجه هذا القول: إن المتعة لما كانت تقوم مقام مهر المثل، وجب أن يعتبر فيها حال المرأة، كما يعتبر في مهر المثل الذي هو مهر مثيلاتها.

القول الثالث: تقدر بحالهما معاً، وهو قول للشافعية، وقول الكاساني من الحنفية[1].

واستدل أصحاب هذا القول: بقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة:٢٣٦].

وجه الدلالة: إن الآية الكريمة حددت أمرين اعتباريين للمتعة: وهما قدرة المطلق المادية، ثم وضع المرأة ومكانتها، بدليل قوله تعالى بالمعروف، لأنه من غير المعروف أن نسوي بين متعة الشريفة ومتعة الدنيئة، إن اعتبرنا فيها حال الزوج وحده[2].

ويظهر لي بعد هذا العرض للمتعة ومقدارها، ثم بأي الاعتبارات تلحق: أن القول بأن المتعة غير محددة – وإنما هي على قدر الوسع والطاقة– أولى من أن نضع لها حداً أعلى وآخر أدنى، وهو الذي ذهب إليه الجمهور، ذلك لأن المتعة عطية المطلق لجبر إيحاش الطلاق وتضرر المرأة منه، وهو بحسب ما تجود به يداه. ثم إن القول باعتبار المتعة بحال الزوجين معاً أولى من تقديرها بحاله فقط، أو حالها دونه، وذلك لأن الآية الكريمة التي أوجبت المتعة قدرتها بأمرين، فلا يسوغ لنا قصرها على أحدهما لأن ذلك إعمالاً لبعض الآية وإهمالاً لبعضها الآخر وهذا لا يجوز.

ثم إن الأحاديث الشريفة والآثار الثابتة عن الصحابة رضوان الله عليهم تبين اختلاف المتعة من أحدهم عن الآخر، وذلك بحسب قدرته وسعة ماله، ثم وضع المطلقة وشأنها في أهلها، وهي اعتبارات عادلة لا غضاضة فيها.

---

[1] الشربيني: مغني المحتاج، ٢٤٢/٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٠٤/٢.

[2] الزيلعي: تبيين الحقائق، ١٤٠/٢.

المبحث الرابع
القواعد الفقهية المتعلقة بمتعة الطلاق
وموقف القانون منها

المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بمتعة الطلاق:

اتفق أهل العلم، على أن الأصل في مشروعية متعة الطلاق، قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[البقرة:٢٤١].

و من أهم القواعد الفقهية التي تندرج تحت هذا الأصل وتتفرع عنه:

القاعدة رقم (١).

كل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فتوجب المتعة لأنّها توجب نصف المسمّى في نكاح فيه تسمية، والمتعة عوض عنه كردة الزوج وإبائه الإسلام، وكل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها[١].

معنى المسمى: أي المهر المسمى.

معنى القاعدة:

إن الفرقة إذا وقعت من قبل الزوج ولا يد للزوجة فيها، وكانت قبل الدخول، ولم يكن هناك مهر مسمى، فتجب المتعة حينئذ. ذلك أن هذه الفرقة توجب نصف المهر إذا كان مفروضاً. وهذا عند الجمهور ومنهم الأحناف، وسوف نبين تفصيل ذلك وبيان آراء الفقهاء في نوع الفرقة التي توجب المتعة ونوع المطلقة التي تستحقها في الأسطر التالية.

القاعدة رقم (٢).

المتعة تقوم مقام نصف المسمى في حق المفوضة[٢].

وفي لفظ آخر:

- كل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة وما يسقط به المسمى من الفرقة كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة[٣].

معنى القاعدة:

والمفوضة: من التفويض، وهو الإهمال، والتفويض على ضربين تفويض بضع وتفويض مهر.

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع ٣٠٣/٢

[٢] ابن قدامة: المغني، ١٨٥/٧. ابن قدامة: الكافي، ٧٥/٣. البهوتي: كشاف القناع، ١٥٩/٥. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص٢٤٦.

[٣] ابن قدامة: المغني ٥١/٨

فأما تفويض البضع: فمنه الصحيح وهو: أن تأذن المرأة لوليها في تزويجها بغير مهر، أو بتفويض قدره، أو يزوج الأب ابنته البكر بغير مهر إطلاقاً أو بمهر غير مقدر.
وأما التفويض غير الصحيح فهو: إن زوجها غير أبيها بغير إذنها ولم يذكر مهراً.
وأما تفويض المهر: أن يتزوجها على ما شاءت أو شاء أجنبي ونحو ذلك. كأن يجعل الصداق إلى رأي أحدهما أو إلى رأي أجنبي،, فيقول: زوجتك على ما شئت، أو على حكمك، أو على حكمي أو حكمها أي دون تحديد للمهر[١].

والمقصود بالقاعدة: إنما هو تفويض البضع الصحيح، أي إذا زوجها أبوها بغير إذنها، أو زوجها وليها بإذنها، لكن بدون صداق مثلها، فإذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول، فليس لها إلا المتعة.

أما مفوضة المهر، أو مفوضة البضع غير الصحيح، التي زوجها غير أبيها، بغير صداق وبغير إذنها، أو التي مهرها فاسد، فإنه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول، ولا متعة لها حينئذ[٢].**عملاً بالقاعدة الفقهية: متى ذكر البدل الذي لا يصح بدلاً يبطل البدل، ويثبت مهر المثل**[٣].

القاعدة رقم (٣).

بدل الواجب يكون واجباً مثله لقيامه مقامه[٤].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة أن الإنسان إذا لم يقم بالواجب لسبب من الأسباب، يتعين عليه بدله. ويكون حكمه الوجوب كحكم الأصل.

فروع على القاعدة:

إن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول عند عدم تسمية المهر، لأنها بدل واجب وهو نصف المهر، والله سبحانه وتعالى أعطى المطلقة بعد الدخول مهرها كاملاً، وأعطى المطلقة قبل الدخول نصف المهر، وذلك كله لما يلحق المرأة من آثار ناتجة عن حل عقد الزواج، فإن كانت المطلقة قبل الدخول لا مهر مسمى لها فإنها تستحق المتعة للمعنى ذاته[٥].

القاعدة رقم (٤).

في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق، فالواجب المتعة بعد الطلاق، لأن مهر المثل لا يتنصف[٦].

معنى القاعدة:

---

[١] ابن مفلح: المبدع، ١٦٦/٧. ابن قدامة: المقنع، ٩١/٣.
[٢] ابن قدامة: المغني، ٥١/٨.
[٣] الشربيني: مغني المحتاج ٣٣٦/٣.
[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣٠٣/٢.
[٥] ابن العربي: أحكام القرآن، ٢٩١/١.
[٦] السرخسي: المبسوط، ٤٣/٥. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ١٠١/٧.

إذا تزوج مسلم امرأة وجعل مهرها خنزيراً أو خمراً أو شيئاً مما لا يحل، فقد فسد المهر ولها مهر مثلها. فإذا طلقها قبل المسيس وجبت المتعة[١].

قاعدة رقم (٥).

سقوط العوض عند وجود المسقط لا يكون دليلاً على أنه لم يكن واجباً بالعقد[٢].

معنى القاعدة:

إذا سقط العوض أو البدل بسبب يوجب سقوطه فلا يكون ذلك الإسقاط دليلاً على أن هذا العوض لم يكن واجباً قبل سقوطه، ولأنه لو لم يكن واجباً لم يسقط، ولأن السقوط أو الإسقاط دليل على وجوب ما أسقط.

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق زوجته قبل الدخول وقد فرض لها مهراً، فالأصل أن يسقط المهر كله لأن الطلاق رفع للعقد من أصله، والمهر واجب بالعقد، فإسقاطه بالطلاق قبل الدخول لا يدل على أنه لم يكن واجباً وأما سقوط نصف المهر لغير المدخول بها فلثبوت حكمه بالنص.

ومنها: إذا تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً فيجب لها مهر المثل، فأما إذا طلقها قبل الدخول فلا شيء لها، لأن مهر المثل لا يتنصف، ولكن لها المتعة، وليس معنى سقوط نصف المهر أنه لم يكن واجباً، بدليل أنه لو دخل بها لوجب عليه أداء مهر المثل عند الأكثرين[٣].

قاعدة رقم (٦).

الأصل عند أبي يوسف: أن الشروط المتعلقة بالعقد بعد العقد كالموجود لدى العقد وعند أبي حنيفة ومحمد لا يجعل كالموجود[٤].

معنى القاعدة:

العقد: هو ارتباط الإيجاب بالقبول، وقد يشترط فيه العاقدان شروطاً، فما كان من الشروط لدى انعقاد العقد، فهذه يجب مراعاتها والعمل بها إذا لم يكن في أحدها مخالفة لكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ولكن إذا تم العقد وأراد أحد المتعاقدين إضافة شروط جديدة فهل تلحق هذه بالعقد وتعتبر كالموجود حين التعاقد ؟ بهذا قال أبو سف رحمه الله.

وأما عند أبي حنيفة ومحمد وأحمد[٥] رحمهم الله فلا تلحق هذه الشروط بالعقد ولا تلزم ولا تجعل كالموجود وقت التعاقد.

فروع على القاعدة:

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ١٠١/٧.
[٢] السرخسي: المبسوط،٦٤/٥.
[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٧/٦.
[٤] الدبوسي: تأسيس النظر، ٤٣.
[٥] ابن قدامة: المقنع مع الحاشية ٤٤/٣

منها: إذا تزوج رجل امرأة ولم يفرض لها مهراً ثم بعد تمام العقد فرض لها مهراً ثم طلقها قبل الدخول بها فعند أبي يوسف لها نصف المفروض بعد العقد وعند أبي حنيفة ومحمد وأحمد لها المتعة لأن فرض المهر كان بعد تمام العقد[1].

المطلب الثاني
موقف القانون من متعة الطلاق

القانون السوري: لم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري على متعة الطلاق ولم يتعرض لذكرها، بل إنه قد نص على تعويض الطلاق التعسفي الذي يلحق المطلقة ضرر أو بؤس بدلاً عن متعة الطلاق وهذا ما سنبحثه لاحقاً.

القانون الأردني:

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني صراحة على المتعة، كما نص صراحة على تعويض الطلاق التعسفي، حيث إن واضع قانون الأحوال الشخصية الأردني قد فرّق بين المتعة والتعويض وقرر استحقاق المطلقة بدون سبب معقول التعويض المحدد، وأنه لايؤثر على باقي حقوق الزوجية، وهذا ما رجحناه آنفاً.

أما المتعة فقد جاء في المادة ٥٥: (المتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل).

والحقيقة أن القانون الأردني وإن حدد اعتبارين هما العرف والعادة وحال الزوج (إلا أنه كان غامضاً في نقطة العرف، فعرف أي الزوجين ينبغي مراعاته: هل هو عرف بلد الزوجة أو عرف بلد الزوج)[2].

القانون المصري:

قد نص القانون المصري في المادة ١٨ مكرراً من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمضافة إليه بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ما يلي:

(الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها نفقة متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً، وظروف الطلاق، ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط).

و تقرر هذه المادة بهذا النص:

أولاً: متعة واجبة لكل مطلقة مدخول بها في زواج صحيح، دون تفرقة بين من فرض لها مهر ومن لم يفرض مهر لها.

ثانياً: تضع حداً أدنى لهذه المتعة الواجبة؛ قدرته بنفقة سنتين فوق نفقة العدة وإضافة إليها.

ثالثاً: تجعل حال المطلق يسراً أو عسراً أساس تقدير هذه النفقة.

---

[1] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٥١٥/١

[2] زياد صبحي دياب: متعة الطلاق، ٨٨.

رابعاً: تشترط لوجوب هذه المتعة أن يكون الطلاق من قبل الزوج دون رضا الزوجة ودون قيام سبب للطلاق من جانبها.

وقد جاء في المذكرة التوضيحية لهذه المادة:

لما كان من المستقر عليه شرعاً: أن الطلاق حق للزوج.. وكان القانون القائم لا يجب المتعة للمطلقة بعد الدخول، وحسبها أنه استحقت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة، أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضى بها).

ثم تقول المذكرة: (وإذ قد تراخت المروءة في هذا الزمن وانعدمت لا سيما بين الأزواج، إذا انقطع حبل المودة بينهما، وأصبحت المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق.

وفي المتعة ما يحقق المعونة، وفي الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطلاق، ولما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة، وكانت مواساتها من المروءة التي تطلبها الشريعة الأإسلامية، وكان من أسس قول الله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة:٢٣٦]. وكان إيجاب المتعة هو ما ذهب إليه الشافعي في الجديد، حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها، وهو قول لأحمد اختاره ابن تيمية، كما أن إيجابها هو مذهب أهل الظاهر وهو قول لمالك أيضاً[1].

وعلى هذا وضع نص المادة ١٨ مكرراً، بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمة، وللقاضي أن ينظر في تقديرها عدا ما سبق إلى ظروف الطلاق وإلى إساءة استعمال هذا الحق، ووضعه في غير موضعه، ولا تقل في تقديرها عن نفقة سنتين، وتخفيفاً على المطلق في الأداء أجاز النص الترخيص له في سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط.

القانون المغربي:

أما مدونة الأحوال الشخصية المغربية فقد اكتفت بالنص على متعة الطلاق، حيث جاء في الفصل الستين: (يلزم كل مطلق بتمتيع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحاله إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول).

وما ذهب إليه القانون المغربي هو مشابه للقانون المصري، وما نص عليه فقهاء المالكية وبقية الفقهاء الذين قالوا بمشروعية المتعة، وإن اختلفوا في تفسير الآية القرآنية هل المتعة واجبة أم هي أم مندوبة، وقد اختار القانون الوجوب على كل مطلق ما عدا من طلقت قبل الدخول فلها نصف المهر[2].

القانون الكويتي:

وأما قانون الأحوال الشخصية الكويتي فقد نصّ على متعة الطلاق بما يوافق مذهب الجمهور الذي رجحناه سابقاً إذا جاء في المادة رقم ٦٤: (تجب للمرأة متعة يقدرها القاضي بما لا يزيد على نصف مهر المثل، اذا وقعت الفرقة قبل الدخول او الخلوة الصحيحة).

---

[1] الشيرازي: المهذب، ٨١/٢. ابن قدامة: المغني، ١٤١/٨. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٢٧/٣٢. ابن حزم: المحلى، ٢٤٥/١٠-٢٤٩.

[2] الصابوني: أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي، ٧٧.

الفصل الثالث
تعويض التعسف في الطلاق
والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك

سبق أن قررنا أن الأصل في الطلاق الحظر لدى معظم الفقهاء، ولقد نتج عن هذا القول لدى الفقهاء المعاصرين مسألة التعسف في استعمال الحق في الطلاق.

إذ إن التعسف في استعمال الحق: هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل[١]. فإن التعسف في استعمال الطلاق: هو إساءة الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير[٢].

وقد تعرض الاجتهاد الفقهي والقانوني والقضائي إلى حالتين للتعسف في استعمال الطلاق والخروج به عن الحكمة التي اقتضت إباحته[٣].

وهاتان الحالتان هما: الطلاق من غير سبب، وطلاق الفار أو الطلاق في مرض الموت التي سبق الكلام عنها.

وسوف نتكلم في هذا الفصل عن:

المبحث الأول: حكم التعويض عن التعسف في الطلاق.

المبحث الثاني: الفرق بين متعة الطلاق وتعويض الطلاق التعسفي.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بذلك بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

المبحث الرابع: موقف القانون من الطلاق التعسفي.

المبحث الخامس: تطبيقات الاجتهادات القضائية.

---

[١] الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، ٨٧. وقيل هو انحراف صاحب الحق في استعماله عن غاية الحق [منصور مصطفى: مذكرات في المدخل إلى العلوم القانونية ٣٠].

[٢] نصّ القانون المدني المصري في المادة ٥ على حالات التعسف في استعمال الحق وهي: أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ب- إذا كانت المصالح التي يرمي (استعمال الحق) إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير بسببها. ج – إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة [أنور العمروسي: التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، ٢٩/١].

[٣] السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية ١٧٨/١.

المبحث الأول

حكم التعويض عن التعسف في الطلاق

ذكرنا أن موضوع التعسف في الطلاق قد أثير لدى الفقهاء المعاصرين، وبعض قوانين الأحوال الشخصية الذين أخذوا بأصل الحظر في مسألة الطلاق.

ونتيجة لذلك فقد ظهرت ثلاثة آراء فقهية:

الرأي الأول: حيث ذهب بعض الفقهاء المعاصرين[١] إلى أن حظر الطلاق يوقع في الإثم الشرعي فقط، أي يحرم ديانة، فالطلاق وإن كان فيه الأصل الحظر، لكن هذا الحظر ديانيٌّ فقط، ولا يخضع لسلطة القضاء.

وقد استدلوا على ذلك بأدلة كثيرة منها:

أولاً: إنه لم يرد في كتاب الله ولا سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ولم يقل أحد من العلماء من الصحابة أو العصور التي تلتهم، بلزوم إذن القاضي في تطليق الرجل زوجته.

ثانياً: إن إخضاع الطلاق لإذن القضاء قد يؤدي إلى سوء المعاشرة بين الزوجين، لأن القاضي إذا استطاع أن يمنع الرجل من طلاق زوجته، فلا يستطيع منعه من إساءة معاشرتها.

ثالثاً: إن الفقهاء القدامى إذ نصوا على أن الطلاق لا يباح إلا لحاجة، ذكروا أن الحاجة قد تكون مجرد عدم ميل الزوج لزوجته كما جاء في فتح القدير[٢] وحاشية ابن عابدين[٣]، ولهذا فإن الموضوع يتعلق بأمر نفساني قد لا يستحسن معرفته، فالأمر موكول إذن إلى ضمير الزوج[٤]، فمن طلق زوجته بدون سبب فهو آثم شرعاً وحرام ديانة. وأما قضاءً فالطلاق واقع، ولا يجوز للقاضي أن يتدخل لمعرفة هذا السبب حرصاً على سمعة الأسرة وخاصة ما يمس المطلقة من هتك أسرار لا يجوز للغير معرفتها[٥].

يقول الشيخ محمد أبو زهرة: (والحق أن الأصل في الطلاق هو الحظر، ولا يباح إلا للحاجة، ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية، وقد تكون مما يجب ستره وهي في كل أحوالها، أو جلها لا يجوز أن تعرض بين انظار القضاء ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شداً وجذباً، وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق، ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض إذ يكون شرطاً فاسداً فيلغى، والحاجة التي تلزم ليست حاجة تجري عليها وسائل الإثبات)[٦].

---

[١] منهم: الشيخ محمد أبو زهرة [الأحوال الشخصية، ٢٨٢] والدكتور عبد الكريم زيدان [المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ٣٥٧/٧] وبدران أبو العينين: [الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٣٣١] والدكتور نور الدين العتر [أبغض الحلال، بيروت مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، ص١٥٨].

[٢] ابن الهمام: فتح القدير، ٢٣/٣

[٣] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤٢٦/٢.

[٤] سرحان، معوض: الأحوال الشخصية، ص ٢٩٠.

[٥] سلامة، محمد: خلاصة الأحوال الشخصية، ٧٣.

[٦] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ٢٨٢

وقد استدلّ بعضهم بمنع التعويض في الطلاق التعسفي بالقاعدة الفقهية: **الجواز الشرعي ينافي الضمان**[١]، حيث تفيد أنه لا ضمان أو تعويض فيما هو حق مباح أو جائز شرعاً، والطلاق حق من حقوق الرجل، فهو جائز شرعاً، والجواز الشرعي ينافي الضمان أو التعويض[٢].

ويرد على هذا، أنه صحيح أن معنى الجواز في هذه القاعدة هو الإباحة، ولكن هذه الإباحة مقيدة كما بينا بعدم وجود الضرر، فإذا وجد الضرر وثبت تعسف الزوج في استعمال الطلاق، انعدمت الإباحة، وصار الحكم الحظر، كما رجحنا سابقاً. فيجب عليه الضمان حينئذ.

الرأي الثاني: حيث يرى أن الطلاق لا بد أن يخضع لسلطة القضاء وإشرافه، ولا يمكن للزوج أن يوقع الطلاق إلا بإذن القاضي.

وقد ذهبت بعض قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلاد العربية إلى ذلك، فسلبت الزوج حق الطلاق ومنحته للقاضي فقط، بحجة أن المصلحة تقتضي ذلك بعد أن أساء أكثر الناس استعمال هذا الحق[٣].

ويرد على هؤلاء بما استدل به أصحاب الرأي الأول.

الرأي الثالث: حيث يرى أن الطلاق وإن كان حقاً للرجل يمكن أن يستعمله متى شاء بإرادته المنفردة، ولا يتوقف على تدخل القضاء في إيقاعه، ولكن بناء على أقوال الفقهاء السابقة وأدلتهم، والقواعد الفقهية التي ذكرناها، فهناك ضوابط ومعايير تحدده وتمنع وقوعه أنّى ومتى شاء الزوج.

فإذا أصر الزوج على إيقاع الطلاق مع كل هذه الضوابط والمحاذير، ولم يكن له في ذلك ضرورة أوسبب، فيكون طلاقه إلحاق ضرر وإساءة، وتعسف في استعمال حق منحه إياه الشرع والقانون، لذلك فإن القواعد الفقهية الكلية ومقاصد الشريعة، قد وقفت وقفة صارمة في وجه مستعملي حق الطلاق على غير ما شرع الله تعالى وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم. وأباحت للزوجة المطالبة بالنظر في إساءة الزوج استعماله لحقه من قبل القضاء وأولي الأمر، وبطلب التعويض عن طلاق الزوج لها دون مبرر شرعي مسوغ محاولة ردعاً للزوج عن تعسفه وإساءته، وتعويضاً لها للضرر ألذي لحق بها[٤].

وقد استدل هؤلاء بقاعدة **عموم البلوى**[٥] **أو سد الذرائع**[٦]، حيث تدعو إلى المحافظة على الصالح العام وكيان الأسرة.

كما استدلوا بحق ولي الأمر في فرض عقوبة على من أساء وتعسف في استعمال الحق[١]، وذلك من باب السياسة الشرعية.

---

[١] مجلة الأحكام العدلية م ٩١، الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٤٤٩.

[٢] زيدان: عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت السلم، ٣٥٨/٧.

[٣] انظر الفصل ٣٠ و٣١ من قانون الأحوال الشخصية التونسي، وانظر أيضاً مشروع عام ١٩١٦ بتقييد الطلاق في مصر.

[٤] القدومي، عبير: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ١٩١-١٩٢.

[٥] عموم البلوى: الحالة أو الحادثة التي تشمل كثيراً من الناس ويتعذر الاحتراز عنها، وعبّر عنها بعض الفقهاء بالضرورة العامة، وبعضهم بالضرورة الماسة، أو حاجة الناس. وفسره الأصوليون بما تمس الحاجة إليه في عموم الأحوال.[الموسوعة الفقهية مادة "عموم"]

[٦] هناك أربعة أقسام للذرائع: وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة ٢- وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد التوصل بها إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالباً ومفسدتها أرجح من مصلحتها ٣- وسيلة موضوعة للمباح قصد بها التوصل إلى المفسدة ٤- وسيلة موضوعة للمباح وقد تقضي إلى المفسدة ومصلحتها أرجح [ابن القيم: أعلام الموقعين ١٢٠/٣-١٢١].

واستدلوا كذلك بجملة من القواعد الفقهية، التي تمنع التعسف في استعمال الحق؛ ومن أهمها:

قاعدة: لا ضرر ولا ضرار. .

قاعدة: الضرر يدفع بقدر الإمكان.

قاعدة: تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به سواه.

وقد استدل بعض أهل العلم المعاصرين[٢] على مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي، بمتعة الطلاق أو قياساً عليها، ولكننا سوف نبين الفرق بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي لاحقاً، وأن المتعة لا تغني عن التعويض.

وذهب إلى هذا الرأي عدد من أهل العلم المعاصرين[٣] أيضاً.

يقول الدكتور مصطفى السباعي رحمه الله: (وهذا حكم جديد لم يكن معمولاً به قبل صدور هذا القانون (قانون الأحوال الشخصية السوري) وهو حكم عادل، لأن الشريعة تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه في ذلك الطلاق)[٤].

---

[١] مدكور، محمد سلام: الزواج والفرقة وآثارهما، ١٦٧.

[٢] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ١٢٤/١. محمد الزحيلي: متعة الطلاق، مجلة المنار، العدد الخامس، ١٩٨٢، ص ٨٧. أحمد الغندور: الطلاق في الشريعة-دار المعارف، ١٩٩٨، ص ٧٦. أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ٣٨٩/١. زياد ذياب: متعة الطلاق، ١٢٦.

[٣] منهم: الدكتور مصطفى السباعي [شرح قانون الأحوال الشخصية، ١٨٠/١]، والشيخ مصطفى الزرقا [شرح قانون الأحوال الشخصية ٣٠٥] والشيخ علي الطنطاوي [الفتاوى ٢١٢] والدكتور عبد الرحمن الصابوني [مدى حرية الزوجين في الطلاق ١١٧/١]. وغيرهم.

[٤] السباعي، مصطفى: شرح قانون الأحوال الشخصية، ١٨٠/١.

المبحث الثاني

الفرق بين متعة الطلاق وتعويض الطلاق التعسفي

بعد أن عرضنا لموضوع متعة، وما رأيناه من أنها تجب لفئة معينة من المطلقات ولا تجب لكل مطلقة، وأنها تعتبر بحالهما يسراً أو عسراً، وما عرضناه عن التعويض عن الطلاق التعسفي، فهل تغني هذه متعة الطلاق عن التعويض في حالة الطلاق التعسفي وهو الذي أشرنا سابقاً إلى أنه يجب للمطلقة بغض النظر عن وقوع ضرر عليها أم لا، وبمجرد إثباتها واقعة الطلاق، أم أن التعويض شيء والمتعة شيء آخر؟.

ذهب بعض أهل العلم إلى أن متعة الطلاق تغني عن تعويض الطلاق التعسفي[١].

ووجه قولهم: إن القول بالتعويض بالإضافة إلى المتعة، أو التعويض فقط دون متعة يؤدي إلى فتح باب التخلص من التعويض عن طريق ادعاء المطلق تسبب الزوجة في الطلاق بتصرفاتها، وإن في القول بالتعويض فقط تعطيل للنصوص التي أمرت بالتمتيع، ثم إنه يندر أن نجد زوجاً يطلق يعترف بمسؤوليته عن الإيقاع أو عن خطئه في ذلك، فكان الحل الأمثل هو القول بالتمتيع في حالة الطلاق وهي تغني عن فرض التعويض[٢].

ولأن المتعة في تشريعها تبرع غير معلل، فتصلح أن تكون تعويضاً وليس كما قيل بأنها للتسلية، لأنها قد تزيدها أسفا بتذكيرها بحسن صحبته وكريم شمائله[٣].

وأرى –والله أعلم– أن المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي ولا تحل محله ولا يقاس عليها لاختلافهما في العلة، لأن المتعة –كما رجحنا سابقاً– إنما تجب للمطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهر، وتستحب لغيرها، ولم ينص أي من الفقهاء الذين قالوا بمشروعية المتعة على مسألة الضرر الذي يلحق الزوجة أو التعسف في الطلاق، بينما نجد أن التعويض يوجب للمطلقة طلاقاً تعسفياً، سواء كان الطلاق بدون سبب، أو بقصد التشهي أو بقصد الإضرار، مادام قد ثبت وأنها قد تضررت من ذلك الطلاق، وأنه لحقها منه بؤس أو فاقة، وما دام وقد ثبت أنه لا يد مباشرة لها في إيقاع ذلك الطلاق، وهذا مانصت عليه القواعد الفقهية حسب ما بيناه سابقاً..

ويؤيد هذا، ما سبق أن نقلناه عن الدكتور مصطفى السباعي رحمه الله: بأن التعويض حكم جديد لم يكن معمولاً به من قبل، وأنه هو حكم عادل، لأن الشريعة تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه في ذلك الطلاق[١].

---

[١] الزحيلي، محمد: التّعويض المَالي عَن الطَّلاق -دمشق: دار المكْتبي للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٨. الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ١٢٤/١. محمد الزحيلي: متعة الطلاق، مجلة المنار، العدد الخامس، ١٩٨٢، ص ٨٧. أحمد الغندور: الطلاق في الشريعة، ٧٦. أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ٣٨٩/١. زياد ذياب: متعة الطلاق، ١٢٦.

[٢] المراجع السابقة.

[٣] محمد عليش: شرح منح الجليل، ٣٠٧/٢. ويشهد لهذا التوجيه، واقعة تمتيع الحسن بن علي رضي الله عنهما مطلقته حيث قالت: متاع قليل من حبيب مفارق. وقد أثر ذلك فيه. انظر النص: [الدراقطني: السنن، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء، ٣٠/٤ برقم ٨٢. و٨٣. الطبراني: المعجم الكبير، في بقية أخبار الحسن بن علي، ٢٧/٣ برقم ٢٥٦٢. ٩١/٣ برقم ٢٧٥٧. وعبد الرزاق: المصنف، ٧٣/٧. برقم ١٢٢٥٧. و١٢٢٦٠ . والبيهقي: السنن الكبرى، باب التفويض، ٢٤٤/٧ برقم ١٤١٨٧. وفي باب المتعة، ٢٥٧/٧. برقم ١٤٢٦٩. باب ما جاء في إمضاء الطلاق الثلاث، ٣٣٦/٧ برقم ١٤٧٤٨].

الترجيح:

وبعد عرض آراء العلماء في التعويض عن الطلاق التعسفي، أرى أن القول بوجوب التعويض للمطلقة عن الطلاق التعسفي، ذلك أن جملة قواعد الفقه ومقاصده تدل على منع الضرر والإضرار، والطلاق إن كان لغير ضرورة أو حاجة، أو كان لغير مسوغ شرعي، فيه إضرار كبير بالمرأة، وفي تشريع التعويض إعانة لها، ودفع لبعض الضرر الذي لحق بها. وخصوصاً أن من قال بوجوب التعويض، قد اشترط أن يكون الزوج متعسفاً في طلاقه. وأن الزوجة سيصيبها ضرر أو بؤس أو فاقة.

إن استعمال الحقّ إذا لم يلزم عنه مضرّة بالغير، فحكمه أنّه باق على أصله من الإذن ولا إشكال فيه ولا حاجة إلى الاستدلال عليه لثبوت الدّليل على الإذن ابتداءً.

لكن استعمال الحقّ بقصد الإضرار بالغير أو بقصد التشهي، لا إشكال في منعه من حيث هو إضرار لثبوت الدّليل على أنّه: (لا ضرر ولا ضرار) في الإسلام.

والضّابط الكلّيّ في استعمال الحقّ هو ما ذكره الغزاليّ حيث يقول: أن لا يحبّ لأخيه إلاّ ما يحبّ لنفسه، فكلّ ما لو عومل به شقّ عليه وثقل على قلبه فينبغي أن لا يعامل به غيره[٢].

---

[١] السباعي، مصطفى: شرح قانون الأحوال الشخصية، ١٨٠/١.

[٢] الغزالي: إحياء علوم الدين، ٢٥٦/٣.

المبحث الثالث

القواعد الفقهية المتعلقة بالتعويض عن الطلاق التعسفي

لقد عنى الفقهاء كثيراً بدراسة موضوع الضّرر ومعالجة آثاره، وذلك لما له من أهمّيّة بالغة في استقرار العلاقات بين النّاس، وقعّدوا لذلك مجموعةً من القواعد الفقهيّة الكلّيّة تضبطه، وتوضّح معالمه العامّة وتنظّم آثاره، كما عني الفقهاء أيضاً بدراسة موضوع التعسف في استعمال الحق، وذكروا القواعد الفقهية الكلية التي تتعلق بذلك، وحيث أننا قد ذكرنا أهمّ هذه القواعد الكلية سابقاً، فيمكن الرجوع إلى شرحها ومعناها حيثما وردت سابقاً ولكن سوف نقتصر على تعدادها وهي:

- لا ضرر ولا ضرار.
- من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.
- من قصد إلى ما فيه إبطال قصد الشارع عوقب بنقيض قصده.
- من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه.
- من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.
- من تعجل حقه، أو ما أبيح له، قبل وقته، على وجه محرم، عوقب بحرمانه.
- من استعجل ما أخره الشرع يجازى برده.
- الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد .
- المعارضة بنقيض المقصود الفاسد.
- المعارضة بنقيض المقصود.
- الأمر المطلق تخصصه التهمة.
- ما يثبت الحكم بوجوده إذا أوجده هل يثبت له الحكم .
- الأصل أن تعتبر التهمة في الأحكام فكل من فعل فعلاً وتمكنت التهمة في فعله حكم بفساد فعله.

بالإضافة إلى تلك القواعد الفقهية الكلية، نجد بعض القواعد الفقهية التي تنص صراحة على التعويض مثل:

قاعدة رقم (١).

الضرر يدفع بقدر الإمكان[١].

معنى القاعدة:

إن الطلاق التعسفي أو الطلاق بلا سبب أو بقصد التشهي ضرر وإضرار، وتشير هذه القاعدة إلى وجوب دفع الضرر، إن لم يكن كله، فيجب دفع ما أمكن دفعه، والتعويض عما لحق من ضرر.

---

[١] مجلة الأحكام العدلية م ٣١. وانظر الزحيلي: القواعد الفقهية على المذاهب الأربعة، ٢٠٨/١، والزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٢٠٧، الدعاس: القواعد الفقهية، ٢٥. علي حيدر: درر الحكام، ٤٢/١.

يقول أستاذنا الدكتور محمد الزحيلي حفظه الله: (الضرر لا يقره الشرع نهائياً، ويجب دفعه قبل وقوعه ما أمكن، لأن الوقاية خير من العلاج، كما يدفع الضرر بقدر الإمكان كلياً إن أمكن، وإلا فبقدر ما يمكن، بأن كان يجبر بعوض فيجبر به، أما إذا لم يمكن دفعه بالكلية، ولاجبره فإنه يترك على حاله)[١].

وبناء على ذلك، يمكننا أن ندرج ضمن تطبيقات هذه القاعدة الفقهية الكلية، التعويض عن الطلاق التعسفي، فإذا حصل الطلاق بدون سبب، ولحق الزوجة ضرر وأذى أو بؤس أو فاقة، فإذن هناك ضرر واقع، ولا بد من دفعه حسبما تقرره هذه القاعدة الفقهية إما كلياً أو جزئياً ومن ثم التعويض عما حصل منه.

قاعدة رقم (٢).

تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به سواه[٢].

لفظ مقابل للقاعدة:

- تصرف المالك في ملكه لا يتقيد بشرط السلامة[٣].

معنى القواعد:

هاتان القاعدتان متقابلتان:

فأولاهما: تصحح تصرف الإنسان المالك في ملكه وخالص حقه لكن بقيد وشرط وهو أن لا يتضرر بهذا التصرف غيره.

وثانيتهما: تصحح تصرفه مطلقاً سواء تضرر به غيره أم لا ما دام يتصرف في ملكه وخالص حقه.

فالأولى أصل عند أبي حنيفة رحمه الله، والثانية أصل عند صاحبيه رحمهما الله.

وقيل إن الثانية هي قول المتقدمين وهو القياس والمتأخرون على استثناء ما إذا كان الضرر بينا وهذا الذي عليه العمل.

فروع على القاعدة:

منها: طلاق الزوجة متعسفاً من دون سبب أو مبرر، يضر بالزوجة والأسرة والأولاد.

قاعدة رقم (٤).

الجواز الشرعي ينافي الضمان[٤].

معنى القاعدة:

إن كلّ ما جاز للإنسان أن يفعله شرعاً، فإن ترتب على فعله ضرر أو خسائر، لا يضمن للمنافاة بين الجواز الشرعي والضمان.

وإن الجواز يفيد كون الأمر مباحاً، سواء أكان فعلاً أو تركاً، فلا ضمان بسبب التلف الحاصل بذلك الأمر.

---

[١] الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ٢٠٨/١

[٢] قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٣٠-٣١.

[٣] السرخسي: المبسوط،١٨٨/٢٣.

[٤] مجلة الأحكام العدلية مادة ٩١. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٤٤٩. الزركشي: المنثور، ١٧٦/١. السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٥٧.

ولكن يشترط ألا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة، وألا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجوده فتنافيا، فالجواز الشرعي إذا كان مطلقاً فإنه ينافي الضمان، وإلا فلا مانع من الضمان[1].

فروع على القاعدة:

منها: أن الطلاق جائز شرعاً، فلا يجوز أن تطلب الزوجة تعويضاً، أو يفرضه القاضي.

وقد أجيب عن هذا بأن الأصل بالطلاق إن كان بلا سبب أو مبرر فهو محظور وليس مباحاً. ولأن الجواز إذا كان مأذوناً فيه فيلزم عنه أن يكون هناك إضرار بالغير.

المبحث الرابع
موقف القانون من الطلاق التعسفي
وتطبيقات الاجتهادات القضائية

القانون السوري:

أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بالقول بالتعويض عن الطلاق التعسفي، حيث نص صراحة على التعويض إذا ما أساء الزوج استعمال حق الطلاق.

نص القانون السوري (م ١١٧ معدلة) على ما يلي:

إذا طلق الرجل زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال. وقد تضمن هذا التعديل عام (١٩٧٥) أمرين:

الأول: عدم تقييد الزوجة بكونها فقيرة.

والثاني: جعل التعويض مقدراً بنفقة ثلاث سنوات، بدلاً من سنة في الماضي.

وأما مقدار النفقة فيعود لتقدير القاضي، فله أن يحكم بنفقة يوم وله أن يحكم بنفقة ثلاث سنوات.

القانون الأردني:

نص القانون الأردني على التعويض عن الطلاق التعسفي؛ فقد جاء في المادة ١٣٤: (إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً، بشرط أن لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة، ويدفع هذا التعويض جملة أو قسطاً حسب مقتضى الحال، ويراعى في ذلك جالة الزوج يسراً أو عسراً، ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة).

---

[1] الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها على المذاهب الأربعة، ٥٣٩/١.

وهذه المادة تعتبر تطبيقاً صريحاً لنظرية التعسف، والتي قرر القانون السوري معاييرها كما سبق وعرضناه.

تطبيقات الاجتهادات القضائية.

في سوريا.

تطبيقاً للمادة ١١٧ من قانون الأحوال الشخصية السوري جاءت قرارات المحاكم في سوريا، وإليك بعض ما جاء في اجتهادات محكمة النقض السورية التي تبين كيفية تطبيقها:

(يشترط لاعتبار الطلاق تعسفاً أن يقع بلا سبب ويؤدي بالمطلقة إلى الفاقة والاحتياج)[١].

(يشترط لاعتبار الطلاق تعسفياً أن يكون بلا سبب معقول وأن يصيب الزوجة به فقر وفاقة)[٢].

(على الزوج المطلق إثبات عدم التعسف وبيان سبب الطلاق)[٣].

(لما كان على الزوج المطلق إثبات عدم التعسف ببيان سبب صحيح للطلاق.. وكان عدم بيان الزوج سبب الطلاق يكفي لاعتباره تعسفياً ولا تكلف المطلقة إثبات عدم التعسف لأنه نفي مطلق لا يمكن إقامة البينة عليه).

(إن التعسف في الطلاق ينتفي إذا تبين سببه يصلح اعتباره من الأسباب المؤدية إليه شرعاً أو عرفاً)[٤].

(إن وجود مؤجل للمهر لا يحول دون المطالبة بالتعويض، وإن وجود مؤجل للمهر ولو كثر لا يمنع من الادعاء بتعويض الطلاق التعسفي)[٥].

وجاء في أسباب هذا الحكم: إلا أنه لما كان وجود مؤجل للمهر ولو كثر لا يمنع من الادعاء بتعويض الطلاق التعسفي كما هو الاجتهاد المستمر لأن لكل مطلقة مهر مؤجل فلو نفي وجود استحقاق التعويض لتعطل الحكم القانوني، ولأن مقصد واضع القانون الذي تدل عليه عباراته الصريحة أنه أراد بالتعويض منحها إياه علاوة على جميع حقوقها الشرعية المستحقة بدليل تصريحه بأن هذا التعويض غير نفقة العدة ولأن احتمال وقوع الفقر والفاقة في المستقبل بسبب الطلاق يكفي لاستحقاقه ولا يشترط تحقيقها عند الطلاق.

وفي اجتهادات لمحكمة النقض السورية بشأن تعويض الطلاق التعسفي:

(إن كل زوجة تطلق سواء قبل الدخول والخلوة أو بعدهما، تستحق التعويض إذا تعسف زوجها في طلاقها دون سبب معقول، وإذا تبين أنه سيصيبها بؤس وفاقة من جراء ذلك)[٦].

(الزوج هو المكلف بإثبات أن طلاقه مستند إلى سبب معقول غير متعسف، لا الزوج، وذلك لأن الطلاق في الأصل مكروه إن لم يكن لسبب شرعي)[٧].

(إذا كانت الزوجة عقيماً، لا يعتبر طلاقها تعسفياً)[٨].

---

[١] قرار محكمة النقض السورية ١٩٥٥/٦/١٥

[٢] قرار محكمة النقض السورية ١٩٥٤/١٢/٢٨

[٣] قرار محكمة النقض السورية ١٩٦٠/٥/٢٨

[٤] قرار محكمة النقض السورية ١٩٦١/١٠/٢٠

[٥] قرار محكمة النقض السورية ١٩٥٨/٢/٧

[٦] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٦ ص ٤٦١- قرار١٤٨/١٢٨-١٩٧٦/٢/٢٤.

[٧] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٨ ص ٢٥- قرار٣٨٢/١٢٩٧-١٩٦٧/١٢/١٦.

[٨] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٧ ص ٤٩٧- قرار٥٠٨/٥١١-١٩٦٧/١١/١٦.

(لا يعتبر الطلاق تعسفياً إذا كان سببه طرد الزوجة لزوجها من البيت متى كان المسكن ملكها[١].

إن تعويض الطلاق التعسفي لا يستحق إلا عند البينونة وانتهاء العدة. وعليه لا يستحق إذا كان الطلاق رجعياً والعدة قائمة)[٢].

(إن شرط هذا التعويض وقوع المطلقة في العوز والفاقة وذلك لا يتحقق منه إلا بعد البينونة، والطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية ولا يمنع الرجعة ولا يفيد البينونة إلا بعد انقضاء العدة)[٣].

(إن زواج المطلقة بعد الطلاق بمدة طويلة لا يمنع استحقاقها تعويض التعسف)[٤].

(الخلافات الزوجية العادية لا تبرر للزوج إيقاع الطلاق على زوجته)[٥].

(إن طلب الزوجة اعتبار الطلاق تعسفياً وسمت بينة إثبات اصابتها بالبؤس والفاقة يمكن اعتباره طلباً بالتعويض)[٦].

(الزوج هو المكلف بإثبات مشروعية طلاقه وسكوته عن بيان سبب الطلاق يولد قرينة على أن سببه غير مشروع)[٧].

(المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي لا تكون إلا بعد انقضاء العدة الشرعية للمطلقة وعليه الاجتهاد)[٨].

(لا يمكن اعتبار الطلاق تعسفياً قبل التثبت من إعسار الزوجة وإن الطلاق يسبب لها البؤس والفاقة)[٩].

(استقر الاجتهاد على أن وجود معيل للمطلقة قادر على الانفاق عليها رضاء أو قضاء يمنع الحكم لها بالتعويض عن الطلاق التعسفي)[١٠].

(إذا توافر ما اشترطه القانون بالنسبة لتعويض الطلاق التعسفي ووفق ما نصت عليه أحكام المادة /١١٧/ أحوال جاز للقاضي أن يحكم للمطلقة على مطلقها، بحسب حاله ودرجة تعسفه، بالتعويض)[١١].

(لا بد من توفر شرطين للطلاق التعسفي عدم المشروعية والإصابة بالفاقة.

إذا كان للمطلقة قريب قادر على الإنفاق عليها رضاء أو قضاء يسقط حقها بطلب التعويض التعسفي.

عند طلب تقسيط المهر فعلى القاضي أن يقرر سلبا أو إيجابا في شأن الطلب ويبين السبب في الحالين)[١٢].

(المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي لا تكون إلا بعد انقضاء العدة الشرعية للمطلقة. وعليه لاجتهاد)[١٣].

---

[١] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٢ ص ٨٩١٥- قرار٢٢٣-١٩٦٢/٨/٩.
[٢] مجلة القانون-العدد ٨-١٩٥٦-ص٥٨٨. قرار١٧٣-١٩٥٦/٦/١٦.
[٣] قرار محكمة النقض السورية ١٩٥٥/٩/٢٢
[٤] قرار محكمة النقض السورية ١٩٦٠/١١/١٧
[٥] القضية ١٥٨٥ أساس لعام ٢٠٠٥ قرار ٢٠٠٥/٢٥٤٥ تاريخ ٢٠٠٥/١٢/١٩ نقض الغرفة الشرعية.
[٦] نقض سوري ـ الغرفة الشرعية ـ أساس ٦٨٥ قرار ٧٠٧ تاريخ ٦ /١١ /١٩٨٤
[٧] القضية ٣٣٠٨ أساس لعام ٢٠٠٥ قرار ٢٦١٨/٢٠٠٥ تاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢٧ نقض الغرفة الشرعية.
[٨] مجلة المحامون ١٩٩٧ ق ٣٧٦ شرعي.
[٩] نقض سوري ـ الغرفة الشرعية أساس ٤٦٥ قرار ٤٤٧ تاريخ ١٩٥٤/١٢/٢٨ قاعدة ٧٤٢
[١٠] القضية ١١٥ أساس لعام ١٩٩٣. قرار ٢٧٧ لعام ١٩٩٣.تاريخ ١٩٩٣/٤/٢٧
[١١] القضية ٥٤١ أساس لعام ١٩٩٤. قرار ١٤٠ لعام ١٩٩٤.تاريخ ١٩٩٤/٢/٨
[١٢] القضية ٣١٦ أساس لعام ١٩٩٣. قرار ٢٥٠ لعام ١٩٩٣.تاريخ ١٩٩٣/٤/١٩
[١٣] القضية ١٠٠٠ أساس لعام ١٩٩٥. قرار ١٠٤٥ لعام ١٩٩٥.تاريخ ١٩٩٥/٨/٢٨

(وجود معيل للمطلقة يمكنه الإنفاق عليها رضاء أو قضاء يجعلها غير مستحقة لتعويض الطلاق التعسفي. وعلى هذا استقر الاجتهاد)[١].

(ثبوت إصابة الزوجة بالبؤس والفاقة نتيجة الطلاق يوجب إلزام الزوج بتعويض الطلاق التعسفي)[٢].

(إن التعسف في الطلاق لا ينتفي إلا ببيان المطلق سبباً مشروعاً للطلاق ويثبته)[٣].

(إن تقدير التعويض بالطلاق تستقل به محكمه الموضوع. وإن أمر التثبت من الطلاق من النظام العام لتعلقه بحق الله تعالى والمحكمة ملزمه أن تبحث به. إن طلبت الزوجة اعتبار الطلاق تعسفياً وسمت بينه إثبات إصابتها بالبؤس والفاقة يمكن اعتباره طلباً بالتعويض)[٤].

(لا يمكن اعتبار الطلاق تعسفياً قبل التثبت من إعسار الزوجة وإن الطلاق يسبب لها البؤس والفاقة)[٥].

(إن التعسف في الطلاق لا ينتفي إلا ببيان المطلق سبباً مشروعاً للطلاق ويثبته)[٦].

(حمل الزوجة عليه في ساعة انفعال لا يعد موافقة منها. وإن قيام الزوج باستثارة الزوجة وحملها على طلب الطلاق منه بلحظة انفعالية لا يعتبر طلبا منها للطلاق يبرر حرمانها من تعويض الطلاق التعسفي)[٧].

(على الزوج إثبات أن الطلاق لم يكن تعسفيا لأن الطلاق مكروه في الأصل إن لم يكن لسبب مشروع. وعقم الزوجة لا يجعل الطلاق مشروعا لإمكان الزواج بولود مع الإبقاء على العاقر وعليه الاجتهاد)[٨].

في الأردن:

الاجتهاد القضائي الشرعي الأردني مستقر على أن الأصل: في الطلاق الكراهية وكل مطلق يعتبر متعسفاً بطلاقه ما لم يثبت العكس[٩] فلو أن المطلقة طلبت التعويض، وادعى المطلق انه طلقها لأنها تكشف رأسها خارج البيت، فهذا سبب معقول للطلاق. وللمطلقة أن تثبت انه قصد مجرد الإضرار بها، وتثبت وقائع تدل على ذلك، كأن تثبت انه تزوجها مكشوفة الرأس، ولم يطلب منها يوماً ما تغطية رأسها، وكل محارمه يكشفن رؤوسهن ولا يجدن منه معارضة وانه رجل لا غيرة عنده.

أو يدعي انها تشتمه وتدعي أن هذا السبب لا يتناسب البتة مع الضرر الذي أصابها، وانه أكل شبابها ورماها في كبرها، الى غير معيل، وانه كأن البادئ بالسب والشتم.

ومن الأسباب المعقولة للطلاق: نشوزها، وطلبها منه الطلاق[١٠] وسوء معاملتها وإهمالها بواجباتها الزوجية[١١].

ووفاة المطلق لا يسقط حقها بالمطالبة ولها إقامة دعواها على أحد الورثة ويحكم على التركة. وفي هذه الحالة تحلف يمين الاستظهار أنها ما استوفت حقها[١].

---

[١] القضية ٢٠١٠ أساس لعام ١٩٩٤ قرار ١٩٧٠ لعام ١٩٩٤ تاريخ ١٩٩٤/١٢/٢٧

[٢] قرار رقم ٩٨٦ الغرفة الشرعية ـ ١١٠٠ أساس لعام ١٩٩٢

[٣] الغرفة الشرعية قرار ١٦٩ تاريخ ٢٠٠٠/٢/١٩ أساس ١٠٥ مجلة المحامون العددان ٧ ـ ٨ لعام ٢٠٠٢ ص ٦٩٥

[٤] نقض سوري ـ الغرفة الشرعية ـ أساس ٦٨٥ قرار ٧٠٧ تاريخ ١٩٨٤/١١/٦ سجلات محكمة النقض.

[٥] نقض سوري الغرفة الشرعية أساس ٤٦٥ قرار ٤٤٧ تاريخ ١٩٥٤/١٢/٢٨

[٦] الغرفة الشرعية قرار ١٦٩ تاريخ ٢٠٠٠/٢/١٩ أساس ١٠٥ مجلة المحامون العددان ٧ ـ ٨ لعام ٢٠٠٢ صفحة ٦٩٥

[٧] القضية ١٥٣٨ أساس لعام ٢٠٠٥ قرار ٢٠٠٥/٢٦٦٧ تاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢٧ نقض الغرفة الشرعية.

[٨] مجلة المحامون ١٩٩٨ ق ٤ شرعي.

[٩] القرارات القضائية: في الأحوال الشخصية: عبدالفتاح عمرو، ص ٤٤ القرار رقم ١٩٨٥٩ و٢٠٢٤٥، ١٩٩٠، دار الايمان، عمان.

[١٠] القرارات القضائية القرار ٢٠٠١٩ ص ٤٤

[١١] المصدر السابق القرار ٢٣٧٣٣ ص ٤٨

وقضت محكمة الاستئناف أنه يشترط في طلب التعويض أن تبين المدعية في دعواها:
١-أن الطلاق وقع بائناً ، أو رجعياً وبانت الزوجة بانقضاء العدة: لأن الطلاق الرجعي لا ينهي الزوجية حالاً ، وللمطلق إرجاع مطلقته أثناءها، وبذلك يزول الضرر.
٢- أن المطلق تعسف بطلاقه لها. وما ورد بالمادة ١٣٤ من أن الطلاق بلا سبب معقول هو طلاق تعسف وورد على سبيل التمثيل. وليس الحصر. ويجب أعمال المادة ٦٦ من القانون المدني[٢].

وقبل أن نختم البحث في مسألة التعسف في الطلاق، لا بد أن نشير إلى أن قوانين الأحوال الشخصية التي لم تنص صراحة على قضية التعسف أو مبدأ التعويض عن الطلاق، كانت مجالاً للخلاف في التطبيق العملي لدى المحاكم. وقد نتج عنه اختلافاً وتناقضاً في الأحكام القضائية.

ففي مصر مثلاً، حيث إن قانون الأحوال الشخصية المصري -سابقاً وقبل تعديله الذي ذكرناه عند حديثنا عن متعة الطلاق- لم ينص صراحة على حالة التعسف في الطلاق أو التعويض عن الضرر الناتج عنه. فنجد تارة بعض المحاكم تقضي بعدم التعويض للزوجة، ومن هذا ما قضت به محكمة استئناف مصر حيث قالت: (إن الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة الغراء ولأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا، وإذن فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي تترتب على عقدها فلا يجوز لها أن تتظلم منها، ولأن الشريعة وهي القانون الخاص الذي يخضع له عقد الزواج قصرت حق الزوجة عند الطلاق على مؤخر الصداق ونفقة العدة دون التعويض، ولأن المناقشة في التعويض تستلزم الخوض في أسباب الطلاق وفي ذلك من فضح أسرار العائلات ما لا يخفى، وأخيراً لأن المصلحة تقضي بألا يلزم الزوج بمعاشرة زوجة لا يطيق معاشرتها لعيب نفسي أو خلقي فيها، وفي الحكم عليه بالتعويض إكراه له على قبول هذه الحالة)[٣].

على حين أننا نجد تارة أخرى بعض المحاكم قد قضت بحق التعويض في الطلاق التعسفي، حيث اعتبرت الطلاق شأنه كشأن سائر الحقوق يخضع لإشراف القضاء، فإن تبين أن استعماله كان لغرض غير مشروع قضى بالتعويض طبقاً للمادتين ٤ و٥ من القانون المدني وسبقت الإشارة إليهما في بداية هذا الفصل.
ويؤكد هذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف القاهرة في حكم لها حيث قالت فيه: إن إساءة استعمال الحق في الطلاق توجب التعويض[٤].
وكذلك ما جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية: (إن تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ليس فيه مخالفة لأحكام الشريعة ولا النظام العام، ولكن هذا التعهد ينتفي الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أتته هي اضطره إلى ذلك، وهي من الأمور الموضوعية التي تقررها المحكمة بحسب ظروف كل دعوى وملابساتها)[٥].

---

[١] القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية القرار رقم ٢١٣٨٠ ص ٢١١ والقرار ٢١٨٠٧ ص ٢١٢
[٢] القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية: أحمد داود، ٢١١/١، الطبعة الاولى،١٩٩٩ مكتبة دار الثقافة، عمان. قرار رقم ١٩٥٣٠
[٣] مجلة المحاماة س٨ ص٤٩٦.قرار ١٩٢٧/١٢/١٨،وسوف نذكر لاحقاً أن بعض المحاكم في مصر قد قضت بالتعويض للتعسف.
[٤] محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٨/٢/٢٣
[٥] النقض المصرية ١٩٤٠/٢/٢٩ مجموعة القواعد القانونية ١١٩/١ رقم ١١.

الفَصْلُ الرّابع
العدة والقواعد الفقهية المتعلقة بها

يشتمل بحث العدة على المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريف العدة، وحكمها الشرعي، وحكمتها، وركنها وسبب وجوبها.

المبحث الثاني: أنواع العدّة.

المبحث الثالث: من أحكام العدد.

المبحث الرابع: من أنواع العدد.

المبحث الخامس: واجبات المعتدة وحقوقها.

المبحث السادس: القواعد الفقهية المتعقلة بالعدة وموقف القانون منها.

المبحث الأول
تعريف العدة، وحكمها الشرعي، وحكمتها، وركنها وسبب وجوبها

المطلب الأول
تعريف العدة

العِدَّة لغة: بكسر العين: جمع عِدَد،، كسدرة، وسدر.

والعدّة في اللّغة: الإحصاء، مأخوذة من العدّ والحساب، يقال: عددت الشيء عِدَّة: أحصيته إحصاء. وسمّيت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالباً، وتطلق أيضاً على المعدود، يقال: عدة المرأة: أيام أقرائها.

عدة المرأة أيام أقرائها وأيام إحدادها على الزوج، وإمساكها عن الزينة شهورا كانت أو أقراء. أو وضع حمل حملته من زوجها. وقيل: تربّصها المدّة الواجبة عليها.

والعُدّة بضمّ العين: الاستعداد أو ما أعددته من مال وسلاح، والجمع عدد، مثل غرفة وغرف.

والعِدّ: الماء الّذي لا ينقطع، كماء العين وماء البئر[١].

والعدة شرعاً: لها تعريف في كل مذهب من المذاهب الفقهية. تفصيلها كالآتي:

عند الحنفية: تربصّ (أي انتظار) يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت[٢]. أوهي: اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح[٣].

وعند المالكية: مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه[٤] وهي المدة التي جعلت دليلا على براءة الرحم[١].

---

[١] الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ٣٢٤/١، مادة (عدد)، ابن منظور: لسان العرب، مادة (عدد).

[٢] ابن نجيم: البحر الرائق، ١٣٨/٤.

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٠/٣.

[٤] النفراوي: الفواكه الدواني، ٦١/٢، الحطاب: مواهب الجليل، ١٤٠/٤.

وعند الشافعية: اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها[٢].
فإذا كانت بمدخول بها من يجوز حبلها، كانت تعبداً واستبراءً[٣] وإن كانت في غير مدخول بها من وفاة كانت تعبدا محضاً[٤].
وعند الحنابلة: التربص المحدد شرعاً[٥].

الفرق بين تعريف الحنفية وباقي الفقهاء:

لقد بنى الحنفية على تعريفهم القول بتداخل العدتين سواء أكانتا من جنس واحد أم من جنسين ولو من رجلين، ومثال الجنس الواحد: إذا تزوجت المطلقة في عدتها، فوطئها الزوج، ثم تفرقا حتى وجبت عليها عدة أخرى، فإن العدتين يتداخلان. ومثال الجنسين: المتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة، تداخلت العدتان، وتعتد المرأة بثلاث حيضات من عدة الوطء[٦].

أما فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فهي: مدة تتربص فيها المرأة، لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد، أو لتفجعها على زوجها. فلا تتداخل العدتان من شخصين، وتمضي المرأة في العدة الأولى حتى نهايتها، ثم تبدأ بالعدة الأخرى، وتتداخل العدتان من شخص واحد ولو من جنسين[٧].

فرع: مسألة انتظار الرّجل مدّة العدّة.

لا تجب العدة على الرّجل بالمعنى الاصطلاحي بإجماع الفقهاء، حيث يجوز له بعد فراق زوجته أن يتزوّج غيرها دون انتظار مضيّ مدّة عدّتها مالم يوجد مانع شرعي يمنعه من ذلك، كما لو أراد الزّواج بمن لا يحل له الجمع بين زوجته الأولى وبين قريباتها المحارم كعمّتها أو خالتها أو أختها وبنت الأخ، وبنت الأخت أو غيرها ولو من زواج فاسد أو في شبهة عقد. ممّن لا يحلّ له الجمع بينهما، أو طلّق رابعةً ويريد تزوج امرأة خامسة في أثناء عدة المرأة الرابعة التي فارقها حتى تنقضي عدتها، فيجب عليه الانتظار في عدّة الطّلاق الرّجعيّ بالاتّفاق، أو البائن عند الحنفيّة، خلافاً لجمهور الفقهاء فإنّه لا يجب عليه الانتظار. وكذلك نكاح المطلقة ثلاثاً قبل التحليل[٨].

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٦٨/٢، الحطاب: مواهب الجليل، ١٤٠/٤
(٢) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٤/٣.
(٣) الاستبراء لغةً: طلب البراءة أي التّخلّص، أو التّنزّه والتّباعد أو الإعذار والإنذار أو طلب براءة المرأة من الحبل [انظر: ابن منظور: لسان العرب، الفيومي: المصباح المنير، مادة "برأ"] وشرعاً: تربصّ الأمَة الرقيقة مدة بسبب ملك اليمين حدوثاً أو زوالاً أو بشبهة، أو تربصّ المزني بها، لمعرفة براءة الرحم، أو للتعبد [انظر: الحصكفي: الدر المختار، ٢٦٤/٥، الشربيني: مغني المحتاج، ٤٠٨/٣، الدردير: الشرح الصغير، ٦٧٧/٢، البهوتي: كشاف القناع، ٥٠٣/٥]، ويكون بقرء وهو حيضة كاملة عند من تحيض، وبشهر عند من تعتد بالأشهر، وبوضع الحمل عند الحامل، [النووي: المجموع، ١٢٧/١٨] والفرق بين العدة والاستبراء: أنّ العدّة واجبة على كلّ حال، حتّى ولو تيقّن براءة الرّحم، لتغليب جانب التّعبّد فيها، بخلاف الاستبراء. وأنّه يكفي القرء الواحد في الاستبراء لا في العدّة [انظر: القرافي: الفروق، ٢٠٣/٣].
(٤) الماوردي: كتاب العدد من الحاوي الكبير، ١١٢/١
(٥) البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ٢١٦/٣، البهوتي: الروض المربع، ٨٩٩/٢.
(٦) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٠/٣، الحصكفي: الدر المختار، ٨٢٣/٢، الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٨٠/٣. وانظر تداخل العدد في هذا الفصل لاحقاً.
(٧) الدردير: الشرح الصغير، ٦٧١/٢، الإحسائي: تبيين المسالك ١٩٦/٣. ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢٣٥، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٤/٣، البهوتي: كشاف القناع، ٤٧٦/٥، المقدسي: غاية المنتهى، ٢٠٩/٣، ابن رشد: بداية المجتهد، ٨٨/٢.
(٨) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ٨٢٣/٢-٨٢٤. ابن الهمام: شرح فتح القدير ٢٧٦/٤، الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٤٨٦/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٤٨٩/٣، البهوتي: كشاف القناع ٣٥٩/٤، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص ٣٧٢.

ومنع الرّجل من الزّواج هنا لا يطلق عليه عدّة، لا بالمعنى اللّغويّ ولا بالمعنى الاصطلاحيّ، وإن كان يحمل معنى العدّة، قال النّفراويّ: المراد من حقيقة العدّة منع المرأة لأنّ مدّة منع من طلّق رابعةً من نكاح غيرها لا يقال له عدّة، لا لغةً، ولا شرعاً، لأنّه لا يمكّن من النّكاح في مواطن كثيرة، كزمن الإحرام أو المرض ولا يقال فيه أنّه معتدّ[1].

المطلب الثاني
حكمها الشرعي

اتّفق الفقهاء على مشروعيّة العدّة ووجوبها على المرأة عند وجود سببها[2]، واستدلّوا على ذلك بالكتاب والسّنّة والإجماع.

أما الكتاب:

١- قوله تعالى في عدة الطلاق للتي تحيض: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٨].

٢- وقوله تعالى في عدة الوفاة: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٤].

٣- وقوله تعالى في عدة الصغيرة والآيسة والحامل: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا﴾[الطلاق:٤]. حيث حددت هذه الآية عدة الآيسة والصغيرة وعدة الحامل.

وأما السنة: فقد وردت مشروعية العدة في أحاديث كثيرة منها:

١- ما ورد عن أمّ عطيّة رضي الله عنها أنّ رسول اللّه صلى الله عليه وسلم قال: (لا يحل لامرأة تؤمن بالله ورسوله أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً)[3].

٢- وقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة بنت قيس (اعتدي في بيت ابن أم مكتوم)[4].

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٣/٣. ابن الهمام: فتح القدير، ٣٠٧/٤. ابن عابدين: رد المحتار، ٥٩٨/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٠/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٤/٣. ابن قدامة: المغني، ٤٤٨/٧. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٤/١. الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٦٩/٢

[2] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٠/٣. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٨٦/٢. ابن قدامة: المغني، ٤٤٨/٧.

[3] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب إحداد المرأة على غير زوجها،٤٣٠/١ برقم١٢٢١ و١٢٢٢. وفي كتاب الطلاق، باب باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، ٢٠٢٤/٥ برقم ٥٠٢٤. وفي كتاب الطلاق، باب الكحل للحادة، ٢٠٤٣/٥ برقم ٥٠٢٧. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه ذلك إلا ثلاثة أيام، ١١٢٣/٢ برقم ١٤٨٦ و١٤٨٧. والإحداد: هو امتناع المرأة عن الزّينة وما في معناها مدّةً مخصوصةً في أحوال مخصوصة ومنه امتناع المرأة من البيتوتة في غير منزلها [الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٨/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٩/٣].

[4] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، ١١١٧/٢ برقم ١٤٨٠ بلفظ: "وأمرني أن أعتد في بيت بن أم مكتوم". وقد أمرها الرسول-صلى الله عليه وسلم-بذلك؛ لأنها تأمن عنده من نظر غيره، وهي مأمورة بغض بصرها عنه، صحيح مسلم بشرح النووي ٩٧/١٢. ورواه باللفظ أعلاه أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في نفقة المبتوتة، ٢٨٥/٢ برقم ٢٢٨٤. والنسائي: السنن الكبرى، ٢٧٣/٣ برقم ٥٣٥١. والبيهقي: السنن الكبرى، باب المبتوتة لا نفقة لها إلا أن تكون حاملا ، ٤٧٣/٧ .

٣- وقوله عليه الصلاة والسلام وعن عائشة رضي الله عنها قالت: (أمرت بريرة أن تعتدّ بثلاث حيض)[١].

الإجماع: جاء في المغني: (وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع فيها)[٢].

المطلب الثالث
الحكمة من تشريعها

لا يخفى أن المولى عز وجل لم يشرع حكماً من الأحكام إلا وله حكم عظيمة وفوائد جمة. وقد شرعت العدة على الزوجة لعدة أمور:

١-التيقن من براءة الرحم وأن لا يجتمع ماء الواطئين فأكثر في رحم واحد وذلك حفظاً للأنساب من الاختلاط، ولهذا لا تجب على المطلقة قبل الدخول لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٤٩].

٢-تطويل زمان الرّجعة للمطلّق وإعطائه فرصة التريث لمراجعة زوجته أثناء العدة، لعلّه يتبين خطأه ويدرك تسرعه في إيقاع الطلاق فيندم ويفيء فيصادف زمناً يتمكّن فيه من الرّجعة لعله، فقد مكّنه الشارع من مراجعة زوجته مادامت العدة باقية بدون عقد أو مهر جديدين، وكذلك الأمر بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى فيمكنه إعادة زوجته ومواصلة حياتهما الزوجية ولكن بعقد ومهر جديدين.

٣- احترام العلاقة الزوجية والوفاء لها، وتعظيم خطر الزّواج ورفع قدره وإظهار شرفه ومراعاة لمشاعر أهل الزوج، وإظهار الحزن والأسف لوفاة زوجها، لأن تعجيل الزواج بعد فراق زواجها بدون عدة يسيء للزوجة ويترك مجالاً لكلام الناس فيها.

٤- قضاء حق الزّوج وإظهار تأثير فقده في المنع من التّزيّن والتّجمّل، ولذلك شرع الإحداد عليه أكثر من الإحداد على الوالد والولد.

٥- وفيها جانب التعبد. قال الخطيب الشربيني: (والمغلب فيها -أي العدة- التعبد، بدليل أنها لا تنقضي بقرء واحد، مع حصول البراءة به)[٣].

٦- وفيها جانب صحي يتعلق بوجود فترة نقاهة، فلا تكون الأمراض ولا تنقل إذا تزوجت من آخر.

يقول الإمام ابن القيم: (إن الحكمة من مشروعية العدة هي الاحتياط لحقّ الزّوج، ومصلحة الزّوجة، وحقّ الولد، والقيام بحقّ اللّه الّذي أوجبه، ففي العدّة أربعة حقوق، وقد أقام الشّارع الموت مقام الدّخول في استيفاء المعقود عليه، فليس المقصود من العدّة مجرّد براءة الرّحم، بل ذلك من بعض مقاصدها وحكمها)[٤].

---

[١] ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب خيار الأمة إذا أعتقت، ٦٧١/١ برقم ٢٠٧٧. وصحح إسناده البوصيري في مصباح الزجاجة ١٣٠/٢. برقم ٧٣٧.

[٢] ابن قدامة: المغني، ١٩٤/١١.

[٣] الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ص ١٧٣. فصل في العدد.

[٤] ابن القيم: إعلام الموقعين، ٨٥/٢.

المطلب الرابع
ركن العدة وسبب وجوبها

ركن العدة: أوضح الحنفية ركن العدة بأنه التزام المرأة بحرمات ثابتة بسبب العدة يحرم عليها مخالفتها، كحرمة التزوج بزوج آخر، وحرمة الخروج من بيت الزوجية الذي طلِّقت فيه، وصحة الطلاق في العدة، وحرمة التزوج بأخت المطلقة ونحوها[١].

سبب وجوب العدّة:

الأصل في وجوب العدة ما تنص عليه القاعدة الفقهية: **كل فرقة توجب العدة**[٢].

ويمكن تفصيل هذه القاعدة بالضابط: كل طلاق أو فسخ وجب فيه جميع الصداق وجبت العدة، وحيث سقط الصداق كله أو لم يجب إلا نصفه، سقطت العدة. ومن أمثلة الفسخ: الفسخ بسبب الرضاع أو العيب أو العتق أو اللعان أو اختلاف الدين.

وبناء على هذا، فقد اتفق الفقهاء على وجوب العدّة بالفرقة بين الزّوجين على المرأة المسلمة في الأحوال التالية:

١- بالفرقة من الزواج بسبب الطّلاق أو الموت أو الفسخ أو اللّعان بعد الدّخول الحقيقي، سواء أكان الدخول بعد عقد فاسد أم صحيح أم بشبهة، إذ العدة تعبدية، والقاعدة الفقهية تنص على: **الشبهة تكفي لإثبات العبادات**[٣]. لذلك تجب العدة ولو بالنكاح الفاسد.

٢- وتجب العدة بموت الزوج قبل الدّخول وبعد عقد النّكاح الصّحيح. سواء أدخل بها أو لم يدخل، اختلى بها أم لم يختل. لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾[البقرة:٢٣٤].

٣- وتجب أيضا بالتفريق للوطء بشبهة أو زواج فاسد، لأن وطء الشبهة، والزواج الفاسد، كالوطء في الزواج الصحيح، في شغل الرحم، ولحقوق النسب بالوطء، فكان مثله فيما تحصل به براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب[٤].

ويتفرع عن هذا المطلب الفروع الآتية:

---

[١] الحصكفي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ٨٢٥/٢.
[٢] السيوطي: الأشباه والنظائر، ص٤٧٩.
[٣] قرق آغاجي: شرح الخاتمة، ص ٤٨.
[٤] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٢٧٥/٤، الدردير: الشرح الكبير ٤٦٨/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٤٨٩/٣، ابن قدامة: المغني ١٩٤/١١.

الفرع الأول
عدة المطلقة قبل الخلوة والدخول

نصّ القرآن الكريم على عدم إيجاب العدة على المطلقة قبل الخلوة والدخول قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٤٩].

والنكاح في الآية يطلق على العقد، وهو يطلق في الحقيقة على الوطء، وقد كنّى عن الوطء بالملامسة[١].

وقد أجمعت الأمة على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها لتيقن براءة رحمها[٢].

واختلف الفقهاء فيمن فارقها زوجها بعد الخلوة[٣] وقبل المسيس على قولين:

القول الأول:

تجب العدة على المطلّقة بالخلوة الصّحيحة في النّكاح الصّحيح دون الفاسد، فلا تجب في الفاسد إلاّ بالدّخول، وذلك لقيام الخلوة مقام الدخول في العقد الصحيح احتياطاً. وهذا مذهب الحنفية والمالكيّة والشافعي في القديم والحنابلة وبه قال عدد من الصحابة[٤].

وإليك نقولاً من أقوال الفقهاء في ذلك:

جاء في بدائع الصنائع: (إلا أن الخلوة الصحيحة في النكاح أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة؛ لأن فيها حق الله تعالى يحتاط في إيجابه، ولأن التسلي الواجب بالنكاح قد حصل بالخلوة، فتجب العدة كما تجب بالخول)[٥].

وجاء في الشرح الصغير في فقه المالكية: (وتجب إن اختلى بها زوج بالغ لا صبي ولو حال حيضها في خلوة يمكن فيها الوطء عادة، وإن تصادقا على نفي الوطء)[٦].

وقال البهوتي من الحنابلة: (وإن خلا الزوج بها وهي مطاوعة ولو لم يمسها مع علمه بها فعليها العدة)[٧].

وأدلتهم في ذلك:

١-إجماع الصحابة رضوان الله علهم على أن المهر والعدة يجبان بالخلوة[٨].

---

[١] النووي: المجموع، ١٢٥/١٨.

[٢] ابن قدامة: المغني، ١٩٤/١١، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ٢١٦/٣، البهوتي: الروض المربع، ٩٠٠/٢، النفراوي: الفواكه الدواني، ٦١/٢، الحطاب: مواهب الجليل، ١٤١/٤، النووي: المجموع، ١٢٤/١٨، الماوردي: كتاب العدد من الحاوي ٣٦٧/١.

[٣] الخلوة: هي انفراد الرجل مع المرأة بعد العقد عليها. وتكون الخلوة معتبرة: إذا إذا كانت خلوة من يطأ مثله، بمن يوطأ مثلها بشرط أن يعلم الزوج بها، وأن لا يوجد معهما مميز ولو كان نائماً وأن لا تمنعه من نفسها، وأن لا يوجد مانع يمنع الرجل من جماع المرأة. سواء أكان المانع منها كالحيض أو الصوم أو الاحرام أو أي مانع غير ذلك كوجود آخر معهما. والمراد بالدخول: الجماع [ابن قدامة: المغني، ١٩١/٧. المرداوي: الإنصاف، ٢٨٤/٨. المقدسي: الإقناع، ٢٢١/٣. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٣١٨/٥].

[٤] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٢٧٥/٤، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩١/٣، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٤/٣. الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٤٦٨/٢، الشافعي: الأم، ١٩٧/٥، النووي: المجموع، ١٢٦/١٨، الماوردي: كتاب العدد من الحاوي ٣٧٠/١ ابن قدامة: المغني، ١٩٧/١١.

[٥] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩١/٣.

[٦] الدردير: الشرح الصغير، ٤٩٧/١.

[٧] البهوتي: كشاف القناع، ٢٥٨/٣.

[٨] ابن قدامة: المغني، ١٩١/٧. المسائل المهمة فيما يحتاج إليه العاقد عند الخطوب المدلهمة، ص ١٧٥.

٢-القاعدة الفقهية المستنبطة من قضاء الخلفاء الراشدين: **كل من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق ووجبت العدة**[١].

٣-القواعد الفقهية التي تنص على: **دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقام الظاهر**. والقاعدة: **الخلوة حكمها حكم الدخول**[٢]. ومثلها: **الخلوة الصحيحة بالزوجة كالدخول في الأحكام**

٤-لأنه عقد على المنافع؛ فالتسليم قد وجد من جهتها فيستقر به البدل ويجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة؛ كما لو وطئها أو لو أجّرت دارها أو باعتها وسلمتها[٣].

٥-التمكين في الخلوة وارد، وينعدم التمكين بعدم الخلوة، والخلوة أقيمت مقام الدخول التي فيها حق الله وحق الله يحتاط في إيجابه[٤]. ويؤيد هذا القاعدة الفقهية التي تنص على: **الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما فيما هو مبني على الاحتياط.**

القول الثاني:

لا تجب العدة عليها بالخلوة المجرّدة عن الوطء وهو قول الشافعي في الجديد[٥].

جاء في مغني المحتاج في فقه الشافعية: (ولا تجب العدة بخلوة مجردة عن وطء في الجديد)[٦].

والدليل على ذلك صريح نص القرآن الكريم قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب:٤٩]. في عدم إيجاب العدة على المطلقة قبل المس فأشبهت من لم يخل بها.

الترجيح:

أرى – والله أعلم – ترجيح القول الأول لوضوح أدلة القائلين به، ولأنه الأولى والأحوط، ودليل القول الثاني صريح في عدم إيجاب العدة على المطلقة قبل الدخول والخلوة فقط. والله أعلم.

الفرع الثاني
عدّة المرأة غير المسلمة (الكتابيّة أو الذّمّيّة).

هناك حالتان:

الأولى: أن تكون غير المسلمة (الكتابية أو الذمية) زوجة لمسلم.

الثانية: أن تكون غير المسلمة (الكتابية أو الذمية) زوجة لغير مسلم.

---

[١] قاعدة فقهية مستنبطة من قضاء الخلفاء الراشدين فيما أخرجه الدارقطني: السنن، ٣٠٦/٣ برقم ٢٢٩. وسعيد بن منصور: السنن، ٢٣٤/١ برقم ٧٦٢. ابن أبي شيبة: المصنف، ٥١٩/٣ برقم ١١٠. ورواه عبد الرزاق: المصنف، كتاب النكاح، باب وجوب الصداق، ٢٨٨/٦ برقم ١٠٨٧٥. البيهقي: السنن، كتاب الصداق باب من قال: من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق، ٢٥٥/٧ برقم ١٤٢٥٦ وورد في: المغني لابن قدامة، ١٩٨/١١، والمجموع للنووي، ١٢٧/١٨.

[٢] ابن قدامة: المغني، ١٩١/٧. المرداوي: الإنصاف، ٢٨٤/٨. المقدسي: الإقناع، ٢٢١/٣. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص١٩٧.

[٣] اختيارات ابن قدامة ٢٧/٣، ابن قدامة: المغني، ١٩٨/١١.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩١/٣. ابن قدامة: المغني، ١٩١/٧.

[٥] الشربيني: مغني المحتاج ٤٨٩/٣. النووي: المجموع، ١٢٦/١٨، الماوردي: كتاب العدد من الحاوي ٣٧١/١.

[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٤٩٧/١.

أما الحالة الأولى: فلا خلاف بين فقهاء المذاهب (الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة والحنابلة وأيضاً الثّوريّ وأبو عبيد) إلى أنّ عدّة المرأة غير المسلمة سواء أكانت كتابيّة أو ذّميّة في الطّلاق أو الفسخ أو الوفاة كعدّة المسلمة لعموم الأدلّة الموجبة للعدّة، بلا فرق بينهما، بشرط أن يكون الزّوج مسلماً، فتجب حقاً لله تعالى، ورعاية لحق الزوج، قال تعالى: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[الأحزاب:٤٩]. فهي حقّه، وكذلك لأن الكتابيّة أو الذّميّة مخاطبة بحقوق العباد، وهي من أهل إيفاء حقوق العباد. فتجب عليها العدّة، وتجبر عليها لأجل حقّ الزّوج ولأجل حق الولد أيضاً، فلا تختلط الأنساب.

وأما الحالة الثانية: فقد اختلف الفقهاء فيما لو كانت الكتابية أو الذّميّة تحت زوج غير مسلم على قولين:

القول الأوّل: ذهب أبو حنيفة والشّافعيّة والمالكيّة إلى أنّه لو طلّق الذّميّ الذّميّة أو مات عنها، فلا عدّة عليها إذا كان دينهم لا يقرّ ذلك، وكان معتقد أهل دينها أنه لا عدة عليها، ويجوز لها أن تتزوّج فور طلاقها، لأنّ العدّة لو وجبت عليها إمّا أن تجب بحقّ اللّه تعالى أو بحقّ الزّوج، ولا سبيل إلى إيجابها بحقّ الزّوج، لأنّه لا يعتقد حقّاً لنفسه، ولا وجه لإيجابها بحقّ اللّه تعالى، لأنّ العدّة فيها معنى القربة، وهي غير مخاطبة بالقربات.

ويستثنى من هذه الحالة:

١- إذا كانت المرأة حاملاً، فإنّها تمنع من النّكاح، لأنّ وطء الزّوج الثّاني يوجب اشتباه النّسب، وحفظ النّسب حقّ الولد، فلا يجوز إبطال حقّه، فكان على الحاكم استيفاء حقّه بالمنع من الزّواج حتّى تضع الحمل.

٢- صرح المالكيّة بأنّ الذّميّة الحرّة غير الحامل إذا كانت تحت زوج ذمّيّ مات عنها أو طلّقها، وأراد مسلم أن يتزوّجها أو ترافعا إلينا - وقد دخل بها - فعدّتها ثلاثة قروء، وإن لم يكن دخل بها حلّت مكانها من غير شيء[١].

القول الثّاني: وذهب الحنابلة والصاحبان أبو يوسف ومحمّد إلى أنّ العدّة واجبة على الذّميّة حتّى ولو كانت تحت ذمّيّ، لعموم الآيات الآمرة بالعدة. ولأنّ الذّميّة من أهل دار الإسلام، فجرى عليها ما يجري على المسلمين من أحكام الإسلام، ولأنّها بائن بعد الدّخول أشبهت المسلمة، فعدّتها كعدّة المسلمة، ولأنّها معتدّة من الوفاة أشبهت المسلمة[٢].

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩١/٣-١٩٥. ابن الهمام: فتح القدير، ٣٣٤/٤. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٦٠٣/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٤/١. عليش: منح الجليل، ٣٨١/٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٥/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ١٨٨/٣. ١٩٦.

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩١/٣-١٩٥. ابن الهمام: فتح القدير، ٣٣٤/٤. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٦٠٣/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٤/١. عليش: منح الجليل، ٣٨١/٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٥/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ١٨٨/٣. ١٩٦.

هذا وقد اتفق الحنفية (أبو حنيفة وصاحباه) على أنه إذا جاء الزوج مسلماً، وترك امرأته في دار الحرب، فلا عدة عليها باتفاق الحنفية؛ إذ لا حق لأحد الزوجين على الآخر في حال اختلاف الدارين، ولأن أحكام الإسلام تطبق على أهل الذمة، لا على الحربيين[1].

ولعل سبب اختلاف الفقهاء في وجوب عدة المرأة غير المسلمة هو اختلافهم في القاعدة الفقهية التي سبق بيانها: **الكفار؛ هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟**[2].

الفرع الثالث

عدّة زوجة المرتدّ

لا خلاف بين الفقهاء على وجوب العدّة على زوجة المرتدّ بعد الدّخول أو ما في حكمه بسبب التّفريق بينهما، فإن جمعها الإسلام في العدّة دام النّكاح، وإلاّ فالفرقة من الرّدّة وعدّتها تكون بالأشهر، أو بالقروء، أو بالوضع كعدّة المطلّقة.

ولو مات المرتدّ أو قتل حدّاً وامرأته في العدّة، فقد اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأوّل: ذهب المالكيّة والشّافعيّة وأبو يوسف من الحنفيّة إلى أنّه لا يجب عليها إلاّ عدّة الطّلاق، لأنّ الزّوجيّة قد بطلت بالرّدّة، وعدّة الوفاة لا تجب إلاّ على الزّوجات.

القول الثّاني: ذهب أبو حنيفة ومحمّد إلى أنّ المرتدّ إذا مات أو قتل وهي في العدّة وورثته قياساً على طلاق الفارّ، فإنّه يجب عليها عدّة الوفاة: أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض، حتّى إنّها لو لم تر في مدّة الأربعة أشهر والعشر ثلاث حيض تستكمل بعد ذلك، لأنّ كلّ معتدّة ورثت تجب عليها عدّة الوفاة، ووجه قولهما: بأنّ النّكاح لمّا بقي في حقّ الإرث، فلأن يبقى في حقّ وجوب العدّة أولى، لأنّ العدّة يحتاط في إيجابها، فكان قيام النّكاح من وجه كافياً لوجوب العدّة احتياطاً، فيجب عليها الاعتداد أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض، قياساً على المطلّقة طلاقاً بائناً الّتي مات زوجها قبل أن تنقضي العدّة، وذكر القدوريّ روايتين في هذه المسألة عن أبي حنيفة[3].

الفرع الرابع

عدّة الزّانية والعدة في النكاح الباطل

اختلف الفقهاء في عدّة الزّانية أو المرأة التي تزوجها رجل زواجاً متفقاً على بطلانه؛ كأن يتزوج محرمة أو معتدة يعلم حالها أو زوجة يعلم أنها زوجة غيره ثم دخل بها. على ثلاثة أقوال:

القول الأوّل: ذهب الحنفيّة والشّافعيّة والثّوريّ إلى أنّ الزّانية لا عدّة عليها، حاملاً كانت أو غير حامل وهو المرويّ عن أبي بكر وعمر وعليّ رضي الله عنهم، واستدلّوا بقول الرّسول صلى الله عليه وسلم: (الولد

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩١/٣-١٩٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٣٣/٤-٣٣٤.

(2) القرافي: الفروق، ٢١٨/١-٢١٩. الفرق ٤١. المقري: القواعد، ٤٧٠/٢. الونشريسي: إيضاح المسالك، ٢٨٣.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٠/٣. ابن عابدين: حاشية رد المحتار٣٩٢/٢. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣١٦/٤. عليش: شرح منح الجليل، ٢٠٧/٢. الحطاب: مواهب الجليل، ٤٧٩/٣. الشربيني: مغني المحتاج، ١٩٠/٣. ابن قدامة: المغني، ١٧١/٧.

للفراش وللعاهر الحجر)[1]. ولأنّ العدّة شرعت لحفظ النّسب، والزّنا لا يتعلّق به ثبوت النّسب، ولا يوجب العدّة[2].

جاء في الفتاوى الهندية في فقه الحنفية: (لا تجب العدة على الزانية)[3].

وجاء في نهاية المحتاج في فقه الشافعية: (وخرج بالنكاح الزنى فلا عدة فيه اتفاقاً)[4].

فإذا تزوّج الرّجل امرأة وهي حامل من الزّنا أو من غصب جاز نكاحه عند أبي حنيفة ومحمّد[5]، ولكن يحرم وطؤها زمن الاستبراء قبل الوضع ولا يجوز اتّفاقاً حتّى تضع[6]، لئلاّ يصير ساقياً ماءه زرع غيره، لقول الرّسول صلى الله عليه وسلم: (لا يحلّ لامرئ يؤمن باللّه واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره)[7].

وقوله صلى الله عليه وسلم: (لا توطأ حامل حتّى تضع، ولا غير ذات حمل حتّى تحيض حيضةً)[8] فهذا دليل على امتناع وطئها حتّى تضع حملها.

القول الثّاني: وهو المعتمد لدى المالكيّة والحنابلة في المذهب، وهو ما ذهب إليه الحسن البصري والنّخعيّ: أنّ المزنيّ بها تعتدّ عدّة المطلّقة، لأنّه وطء يقتضي شغل الرّحم، فوجبت العدّة منه، ولأنّها حرّة فوجب استبراؤها بعدّة كاملة قياساً على الموطوءة بشبهة، ولأنّ المزنيّ بها إذا تزوّجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزّوج بالولد من الزّنا، فلا يحصل حفظ النّسب، قال الدّسوقيّ: إذا زنت المرأة أو غصبت وجب عليها الاستبراء من وطئها بثلاث حيض إن كانت حرّةً[9].

القول الثّالث: ذهب المالكيّة في قول، والحنابلة في رواية أخرى إلى أنّ الزّانية تستبرأ بحيضة واحدة، واستدلّوا بحديث: (لا توطأ حامل حتّى تضع، ولا غير ذات حمل حتّى تحيض حيضةً)[10].

---

[1] رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات، ٧٢٤/٢ برقم ١٩٤٨،وفي باب شراء المملوك من الحربي، ٧٧٣/٢ برقم ٢١٠٥. وفي كتاب الخصومات، باب دعوى الوصي للميت، ٨٥٢/٢ برقم ٢٢٨٩. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات. ١٠٨٠/٢ برقم ١٤٥٧. و١٠٨١/٢ برقم ١٤٥٧.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع ١٩٢/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٦٥/٥، الشربيني: مغني المحتاج، ٤١١/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٥/٨. الصنعاني: سبل السلام، ٢٠٧/٣.

[3] جماعة من العلماء: الفتاوى الهندية، ٥٢٦/١.

[4] الرملي: نهاية المحتاج، ١١٩/٧.

[5] هذا وقد استحسن الإمام محمد بن الحسن استبراءها بحيضة [ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢٦٥/٥].

[6] يقول ابن حزم: (فإن كانت المطلقة حاملاً من الذي طلقها أو من زنى أو بإكراه، فعدتها وضع حملها) [ابن حزم: المحلى، ٢٦٣/١٠].

[7] أبو داود: السنن، كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، ٢٤٨/٢ برقم ٢١٥٨. والترمذي: السنن، كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يشترى الجارية وهي حامل، ٤٣٧/٣ برقم ١١٣١. واللفظ لأبي داود. وأحمد في مسنده، ١٠٨/٤ من حديث رويفع بن ثابت الأنصاري رضي الله عنه. والطبراني: المعجم الكبير، ٢٦/٥ برقم ٤٤٨٢. بلفظ: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه زرع غيره". والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب العدد، باب استبراء من ملك الأمة، ٤٤٩/٧ برقم ١٥٣٦٦. وفي باب المرأة تسبى مع زوجها، ١٢٤/٩.

[8] أبو داود: السنن، كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، ٢٤٨/٢ برقم ٢١٥٧. الترمذي: السنن، كتاب السير، باب ما جاء في كراهية وطء الحبالى من السبايا، ١٣٣/٤ برقم ١٥٦٤. الدارمي: السنن، كتاب الطلاق، باب في استبراء الأمة، ٢٢٤/٢ برقم ٢٢٩٥. ورواه أحمد في مسنده، ٢٨/٣ برقم ١١٢٤٤. الحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٢١٢/٢ برقم ٢٧٩٠ وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. وحسن إسناده ابن حجر في التلخيص ١٧١/١-١٧٢.

[9] ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٤٠، الدردير: الشرح الصغير، ٧٠٥/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧١/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٦/١. عليش: منح الجليل، ٣٧٥/٢. البهوتي: كشاف القناع، ٥١١/٥، ابن قدامة: المغني، ٤٩٩/٧.

[10] سبق تخريجه آنفاً. وانظر أقوال الفقهاء في الدردير: الشرح الصغير، ٧٠٥/٢ ومابعدها، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧١/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٦/١. عليش: شرح منح الجليل، ٣٧٥/٢. البهوتي: كشاف القناع، ٥١١/٥. ابن قدامة: المغني، ٧٩/٩.

المبحث الثاني
أنواع العدّة

اتفق الفقهاء على أنّ أنواع العدد في الشّرع ثلاثة[١]:

أ – عدّة القروء.

ب – عدّة الأشهر.

ج – عدّة وضع الحمل.

المطلب الأول
معتدة بالقروء

اتفق الفقهاء على أن عدة المرأة الحرّة التي فارقها زوجها حياً ذات الأقراء وهي من لها حيض وطهر صحيحان ثلاثة قروء[٢]، فتعتدّ بالأقراء وإن تباعد حيضها وطال طهرها[٣]، لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[البقرة:٢٢٨]. وذلك في المدخول بها في النّكاح الصّحيح أو الفاسد عند جمهور الفقهاء خلافاً للشّافعيّة في الجديد.

وحيث إن القرء في اللغة: من الألفاظ المشتركة[٤] بين الطهر والحيض[٥]، لذلك اختلف العلماء في المراد به على قولين[٦]:

القول الأول:

المراد بالقرء: الحيض[٧] وهو مروي عن الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة[٨] وبه قال أئمّة الحديث والحنفيّة[٩] والصحيح عند الإمام أحمد[١] وتفسير القروء بالحيض مستقر معلوم مستفيض[٢].

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩١/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٠٧/٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٩٨/٢. الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ٤٦٨/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩١/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٥/١. عليش: شرح منح الجليل، ٣٧١/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٥/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٦٦/٨. ابن قدامة: المغني، ٤٤٨/٧.

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٣/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٠٧/٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٩٩/٢-٦٠٣. ٦٠٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٦٩/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٥/١. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩١/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٤/٣-٣٨٥. النووي: روضة الطالبين، ٣٦٨/٨. ابن قدامة: المغني، ٩١/٩. البهوتي: كشاف القناع، ٤١٧/٥.

[٣] النووي: روضة الطالبن، ٣٦٩/٨. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩١/٢. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٦٩/٢.

[٤] المشترك: أن يتعدد المعنى دون اللفظ. أي أن تكون لفظة واحدة تحتمل معاني عدة، ويكون المشترك في: الأسماء: كالقرء: فيحتمل الطهر أوالحيض، وكالعين: فتحتمل عين الماء والعين الباصرة والجاسوس وغيره. والأفعال: كعسعس: يحتمل الإقبال والإدبار، والحروف: كالباء له أكثر من معنى كالإلصاق والمجاورة وغيره.[انظر: شرح الكوكب المنير ١٣٧/١].

[٥] قال الفيّوميّ: القرء فيه لغتان: الفتح وجمعه قروء وأقرؤ، مثل فلس وفلوس وأفلس، والضّمّ ويجمع على أقراء مثل قفل وأقفال، قال أئمّة اللّغة: ويطلق على الطّهر والحيض [الفيومي: المصباح المنير، مادة "قرء".]

[٦] تفصيل ذلك في اللغة انظر: الماوردي: كتاب العدد من الحاوي الكبير، ١١٤/١ وما بعدها.

[٧] الحيض عند الفقهاء: دم طبيعة وجبلّة (بضم الجيم وكسرها) أي سجية وخلقة جبل الله بنات آدم عليها ترخيه الرحم، يعتاد ذلك دم الأنثى إذا بلغت في أيام معلومة في الغالب من كل شهر ستة أو سبعة أيام. [البهوتي: الروض المربع، ٣٤/١، ابن نجيم: البحر الرائق، ٢٠٠/١، المبسوط ١٤٧/٣.] ودم الحيض ينشأ عند الأطباء من تمزق أوعية الدم الموجودة في الغشاء المخاطي المبطن للرحم، ويختلط أثناء نزوله بمواد مخاطية وأحماض وغير ذلك. [رضا: رشيد، دروس سنن الكائنات ٥٦/١ مطبعة المنار].

[٨] ابن القيم: زاد المعاد، ٥٣٢/٥-٥٣٣، ابن قدامة: المغني، ١٩٩/١١، النووي: المجموع، ١٣٢/١٨.

[٩] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٠٥/٣، شيخي زاده: مجمع الأنهر، ٤٦٤/١، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٣/٣، ابن نجيم: البحر الرائق، ١٣٩/٤.

واستدلّوا على قولهم بالكتاب والسّنّة والمعقول[٣]:

أما الكتاب:

١- ظاهر النص في قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[البقرة:٢٢٨].

ووجه الدلالة: أن الله تعالى قد أمر بالاعتداد بثلاثة قروء، ولو حمل القرء على الطّهر لكان الاعتداد بطهرين وبعض الثّالث، لأنّ بقيّة الطّهر الّذي صادفه الطّلاق محسوب من الأقراء عند القول الأوّل، والثّلاثة اسم لعدد مخصوص، والاسم الموضوع لعدد لا يقع على ما دونه، فيكون ترك العمل بالكتاب، ولو حمل على الحيض يكون الاعتداد بثلاث حيض كوامل، لأنّ ما بقي من الطّهر غير محسوب من العدّة عندهم فيكون عملاً بالكتاب، فكان الحمل على ذلك أولى لموافقته لظاهر النّصّ وهو أولى من مخالفته[٤].

٢- أن الأصل الاعتداد بالحيض، فإن لم يكن فبالأشهر قال تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا﴾[الطلاق:٤].

والمبدل – الحيض – هو الذي يشترط عدمه لجواز إقامة البدل – الأشهر – مقامه، والمبدل هو الحيض فكان هو المراد من القرء.

وأما السنة:

٣- قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبي حبيش: (المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها)[٥]. وفي رواية أخرى للبخاري: (إني أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة؟. فقال: لا إن ذلك عرق، ولكن دعي الصلاة قدر الأيام التي كنت تحيضين فيها)[٦].

ووجه الدلالة: أن رواية البخاري قد فسرت القروء بالحيض، ولأن الصلاة لا تترك إلا في الحيض، لذلك استعمل لفظ القروء هنا بمعنى الحيض وهو أصل ما تنقضي به العدة، ولفظ القرء لم يستعمل في الشرع إلا للحيض، وحمله في الآية على ذلك متعين[٧].

٤- ما روي عن رسول اللّه صلى الله عليه وسلم أنّه قال: (طلاق الأمة اثنتان، وقرؤها حيضتان)[٨]. وفيه تصريح بأن القروء هو الحيض. ومعلوم أنّه لا تفاوت بين الحرّة والأمة في العدّة فيما يقع به الانقضاء، إذ

---

(١) ابن قدامة: المغني، ١٩٩/١١، البهوتي: الروض المربع، ٩٠٥/٢، ابن القيم: زاد المعاد، ٥٣٣/٥، البهوتي: شرح منتهى الإرادات،٢٢٠/٣.

(٢) ابن القيم: زاد المعاد، ٥٤٠/٥.

(٣) بتوسع في الأدلة والتعليق عليها ومناقشتها ابن القيم: زاد المعاد، ٥٣٦/٥ وما بعدها.

(٤) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٤/٣. ابن قدامة: المغني، ٨٣/٩-٨٤. اختيارات ابن قدامة ٣٠٢/٣، ابن القيم: زاد المعاد، ٥٣٦/٥.

(٥) رواه بهذا اللفظ أبو داود: السنن، كتاب الطهارة، باب من قال تغتسل من طهر إلى طهر حديث، ٨٠/١ برقم ٢٩٧. والدارقطني: السنن، ٢١٢/١ برقم ٣٥. من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٦) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحيض، باب إذا حاضت في شهر ثلاث حيض، ١٢٣/١ برقم ٣١٩.

(٧) ابن القيم: زاد المعاد، ٥٤١/٥، ابن قدامة: المغني، ٢٠٠/١١.

(٨) أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في سنة طلاق العبد، ٢٥٧/٢ برقم ٢١٨٩. الترمذي: السنن، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان، ٤٨٨/٣ برقم ١١٨٢. بلفظ: " وعدتها حيضتان". ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب في طلاق الأمة

الرّقّ أثره في تنقيص العدّة الّتي تكون في حقّ الحرّة لا في تغيير أصل العدّة، فدلّ على أنّ أصل ما تنقضي به العدّة هو الحيض[1].

ج – وقول الرسول صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبي حبيش: (انظري إذا أتى قرؤك فلا تصلّي، فإذا مرّ قرؤك فتطهّري ثمّ صلّي ما بين القرء إلى القرء)[2] فهذا دليل على أنّ المعهود في لسان الشّرع استعمال القرء بمعنى الحيض ولم يعهد في لسان الشّرع استعماله بمعنى الطّهر في موضع، فوجب أن يحمل كلامه على المعهود في لسانه[3].

وقد أمرت عائشة رضي الله عنها بريرة أن تعتد ثلاث حيض[4].

وأمّا المعقول: فهو أنّ هذه العدّة وجبت للتّعرّف على براءة الرّحم، والعلم ببراءة الرّحم يحصل بالحيض لا بالطّهر، فالطهر بعد الطلاق لا يدل على براءة الرحم فلا يجوز إدخاله في العدة الدالة على البراءة فكان الاعتداد بالحيض لا بالطّهر[5].

القول الثاني:

أنّ المراد بالأقراء في العدّة: الأطهار، وذلك عند المالكية والشافعية ورواية للحنابلة وهو قول كثير من الصّحابة رضوان الله عليهم، وفقهاء المدينة[6].

وأدلتهم على ذلك ما يلي[7]:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا ٱلْعِدَّةَ وَٱتَّقُوا ٱللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[الطلاق:١].

ومعنى الآية: أي في عدّتهنّ أو في الزّمان الّذي يصلح لعدّتهنّ، فاللام بمعنى في، كقوله تعالى: ﴿وَنَضَعُ ٱلْمَوَٰزِينَ ٱلْقِسْطَ لِيَوْمِ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾[الأنبياء:٤٧]، أي: في يوم القيامة.

ووجه الدّلالة: أنّ اللّه عزّ وجلّ أمر بالطّلاق في الطّهر، لا في الحيض لحرمته بالإجماع، فيصرف الإذن إلى زمن الطّهر، ففيه دليل على أنّ القرء هو الطّهر الّذي يسمّى عدّةً، وتطلق فيه النّساء[1].

وعدتها، ٦٧٢/١. رقم ٢٠٧٩، ٢٠٨٠. من حديث ابن عمر، الدارمي: السنن، كتاب الطلاق، باب في طلاق الأمة، ٢٢٤/٢ برقم ٢٢٩٤. الحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٢٢٣/٢ برقم ٢٨٢٢. وقال حديث صحيح ولم يخرجاه. وذكر ابن حجر في التلخيص ٢١٣/٣ أن في إسناده راويين ضعيفين، ثم نقل عن الدارقطني والبيهقي أنهما صححاه موقوفاً عن ابن عمر.

[1] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٤/٣.

[2] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحيض، باب إذا حاضت في شهر ثلاث حيض، ١٢٣/١ برقم ٣١٩. ورواه أبو داود: السنن، كتاب الطهارة، باب من قال تغتسل من طهر إلى طهر حديث، ٨٠/١ برقم ٢٩٧. والدارقطني: السنن، ٢١٢/١ برقم ٣٥. من حديث عائشة رضي الله عنها.

[3] ابن قدامة: المغني، ٨٣/٩-٨٤.

[4] ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب خيار الأمة إذا أعتقت، ٦٧١/١ برقم ٢٠٧٧. وصحح إسناده البوصيري في مصباح الزجاجة ١٣٠/٢. برقم ٧٣٧.

[5] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٤/٣. ابن القيم: زاد المعاد، ٥٤٤/٥، ابن قدامة: المغني، ٢٠٢/١١.

[6] الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٦٩/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٥/١. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩١/٢. ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٥/٢.النووي: المجموع، ١٣٠/١، والشافعي: الأم، ١٩١/٥، ٢٢٤، الماوردي: كتاب العدد من الحاوي الكبير، ١١٣/١. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٥/٣. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١١٣/٣. ابن القيم: إعلام الموقعين، ٢٥/١. ابن قدامة: المغني، ٤٥٢/٧.

[7] للتوسع في الأدلة: ابن القيم: زاد المعاد، ٥٤٦/٥ وما بعدها، الماوردي: كتاب العدد من الحاوي الكبير، ١٣٩/١ وما بعدها.

٢- أمره – صلى الله عليه وسلم – في حديث ابن عمر لعمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يراجع ابن عمر زوجته والحديث الوارد في ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما: (أنه طلَّق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فسأل عمر بن الخطاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: مره فليراجعها. ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء)[٢].

فالرّسول صلى الله عليه وسلم أشار إلى الطّهر وأخبر أنّه العدّة الّتي أمر اللّه تعالى أن تطلق لها النّساء، فصحّ أنّ القرء هو الطّهر[٣]. كما أنّ العدّة واجبة فرضاً إثر الطّلاق بلا مهلة فصحّ أنّها الطّهر المتّصل بالطّلاق لا الحيض الّذي لا يتّصل بالطّلاق، ولو كان القرء هو الحيض لوجب عندهم على أصلهم فيمن طلّق حائضاً أن تعتدّ بتلك الحيضة قرءاً، ولكن لا يعتدّ بها.

وقد جمع بين الدليلين في الآتي:

قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[الطلاق:١]، أي في وقت عدتهن، وقد فسر النبي – صلى الله عليه وسلم – هذه الآية بهذا التفسير بحديث ابن عمر رضي الله عنهما حين أمره – صلى الله عليه وسلم – (أن يطلق زوجته وهي طاهر لأن تلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء) وهي الطهر الذي بعد الحيضة، ولو كان القرء هو الحيض كان طلاقها قبل العدة لا في العدة وفي هذا تطويل عليها كما لو طلقها في الحيض[٤].

ج – وبحديث عائشة رضي الله عنها قالت: (إنّما الأقراء الأطهار)[٥].

ولأنّ القرء يستعمل القرء عند العرب بمعنى الحبس، وهو مشتقّ من الجمع، ويجمع على أقراء وقروء وأقرؤ، ويقال: قرأت كذا في كذا إذا جمعته فيه، وإذا كان الأمر كذلك فيكون القرء زمان الطهر أولى به وأحق من الحيض، لأنّ الطّهر اجتماع الدّم في الرّحم، والحيض خروجه منه، وما وافق الاشتقاق كان اعتباره أولى من مخالفته[٦].

وقد ردّ الفريق الأول على أدلة الفريق الثاني بالآتي[٧]:

١- قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[الطلاق:١]، معناه لاستقبال عدتهن، ومعلوم أنها إذا طلقت طاهراً استقبلت العدة بالحيض، ولو كانت الأقراء الأطهار، لكانت السنة أن تطلق حائضاً لتستقبل العدة بالأطهار

---

[١] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٥٣/١٨، ١١٥/٣.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن،٢٠١١/٥ برقم ٥٢٥١، ورواه مسلم في صحيحه– كتاب الطلاق – باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، ١٠٩٣/٢– برقم ١٤٧١.

[٣] الماوردي: كتاب العدد من الحاوي الكبير، ١٤١/١، ابن قدامة: المغني، ١٩٩/١١.

[٤] ابن القيم: زاد المعاد، ٥٤٦/٥-٥٤٧.

[٥] أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الإقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ، ٥٧٦/٢ برقم ١١٩٦. موقوفاً على عائشة، وابن أبي شيبة: المصنف، ١٤٣/٤ برقم ١٥٣. الطحاوي: شرح معاني الآثار، ٦١/٣ وانظر: الصنعاني: سبل السلام، ٢٠٤/٣.

[٦] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٥/٣. ابن القيم: زاد المعاد، ٥٤٨/٥، وقد نقله عن الشافعي في أن القروء هو الطهر.

[٧] الماوردي: كتاب العدد من الحاوي الكبير، ٥٢/١ وما بعدها، ابن قدامة: المغني، ٢٠٢/١١، ابن القيم: زاد المعاد، ٥٢٧/٥ وما بعدها وقد توسع ابن القيم رحمه الله في الأدلة والرد عليها.

فالعدة التي أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – أن تطلق لها النساء هي أن تطلق طاهرا لتستقبل عدتها بعد الحيض[١].

٢- أما كون تحريم طلاق الحائض خشية التطويل عليها فلا يسلم عند جميع الفقهاء بل العلة في التحريم لأنه طلقها في وقت رغبته عنها[٢].

الترجيح:

والراجح لدي هو القول الأول القائل بأن معنى القروء الحيض لا الطهر، لموافقة هذا المعنى لظاهر الآية مع ما يعضدها من أحاديث شريفة. ولاتفاقه مع الواقع والمقصود من العدة، فالنساء تنتظر عادة مجيء الحيض ثلاث مرات، فيتقرر انقضاء العدة، ولا تعرف براءة الرحم إلا بالحيض، فإذا حاضت المرأة تبين أنها غير حامل، وإذا استمر الطهر تبين غالباً وجود الحمل. ولذهاب أكابر الصحابة رضوان الله عليهم إليه ومنهم الخلفاء الراشدون، وقد رجحه وصوبه جمع من العلماء.

جاء في بداية المجتهد: (ومذهب الحنفية في قولهم القروء تعني الحيض أظهر من جهة المعنى، وحجتهم من حيث المسموع متساوية أو قريب من متساوية)[٣].

وقد روى عن الإمام أحمد: كنت أقول: إنه الأطهار، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض». وقال ابن القيّم: إنّه رجع إلى هذا، واستقرّ مذهبه عليه فليس له مذهب سواه، ورجوعه عن رأي سابق يكون عادة لمسوغات أو مرجحات أقوى[٤].

فرع: ما يترتب على اختلاف الفقهاء في معنى القرء:

يترتّب على اختلاف الفقهاء في معنى القرء اختلافهم في حساب العدّة، وبيان ذلك فيما يأتي:

أ – العدّة على القول بأنّ القرء هو الحيض:

ذهب الحنفيّة، وهو المذهب عند الحنابلة، إلى أنّ العدّة لا تنقضي ما لم تحض المرأة ثلاث حيض كوامل تالية للطّلاق، فلو طلّقها في طهر فلا يحتسب ذلك الطّهر من العدّة عندهم، أو طلّقها في حيضها فإنّها لا تحسب من عدّتها بغير خلاف بين أهل العلم، لحرمة الطّلاق في الحيض لما فيه من تطويل العدّة عليها، ولأنّ اللّه تعالى أمر بثلاثة قروء كاملة، فلا تعتدّ بالحيضة الّتي طلّق فيها[٥].

يقول الكاسانيّ: (وفائدة الاختلاف أنّ من طلّق امرأته في حالة الطّهر لا يحتسب بذلك الطّهر من العدّة عندنا، حتّى لا تنقضي عدّتها ما لم تحض ثلاث حيض بعده)[٦].

وقد اختلف أصحاب هذا القول فيما إذا كانت العدّة تنقضي بالغسل من الحيضة الثّالثة، أم بانقطاع الدّم منها؟.

---

[١] ابن القيم: زاد المعاد، ٥٦٢/٥.
[٢] المرجع السابق ٢٦٣/٥.
[٣] ابن رشد: بداية المجتهد، ٤٥٢/٧.
[٤] ابن القيم: إعلام الموقعين، ٢٥/١.
[٥] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٣/٣. ابن قدامة: المغني، ٨٥/٩.
[٦] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٣/٣.

فذهب الحنفيّة والثّوريّ إلى أنّ العدّة تنقضي بانقطاع الدّم من الحيضة الثّالثة دون اغتسال، إن كانت أيّامها في الحيض عشرةً، لانقطاع الدّم بيقين، إذ لا مزيد للحيض على عشرة، لأنّها إذا رأت أكثر من عشرة لم يكن الزّائد على العشرة حيضاً بانقضاء العدّة، لعدم احتمال عود دم الحيض بعد العشرة أيّام، فيزول الحيض ضرورةً ويثبت الطّهر.

وعلى ذلك فلا يجوز رجعتها وتحلّ للأزواج بانقضاء الحيضة الثّالثة.

أمّا إذا كانت أيّام حيضها دون العشرة، فإنّها في العدّة ما لم تغتسل، فيباح لزوجها ارتجاعها، ولا يحلّ لغيره نكاحها، بشرط أن تجد ماءً فلم تغتسل ولا تيمّمت وصلّت به ولا مضى عليها وقت كامل من أوقات أدنى الصّلوات إليها[1].

واستدلّوا بالكتاب والسّنّة والإجماع والمعقول:

أمّا الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾[البقرة:٢٢٢]، أي يغتسلن[2].

وأمّا السّنّة: فما روي عن النّبيّ صلى الله عليه وسلم أنّه قال: (تحلّ لزوجها الرّجعة عليها حتّى تغتسل من الحيضة الثّالثة)[3].

وأمّا الإجماع: فقد أجمع الصّحابة رضوان الله عليهم على اعتبار الغسل شرطاً لانقضاء العدّة حيث روى علقمة عن عبد اللّه بن مسعود رضي الله عنه أنّه قال: (كنت عند عمر رضي الله عنه فجاء رجل وامرأته، فقال الرّجل: زوجتي طلّقتها ثم راجعتها، فقالت المرأة: أما إنه لم يحملني الذي كان منك أن أحدث الأمر على وجهه، فقال عمر: حدثيني. فقالت: طلقني ثم تركني، حتى إذا كنت في آخر ثلاث حيض، وانقطع عني الدم، وضعت غسلي، ورددت بابي، ونزعت ثيابي، فقرع الباب، قال: قد رجعتك قد رجعتك. فتركت غسلي، ولبست ثيابي، فقال عمر: ما تقول فيها يا بن أم عبد؟. أحق بها ما دون أن تحل لها الصلاة. فقال عمر: نعم ما رأيت، وأنا أرى ذلك)[4].

وروي عن مكحول: (أنّ أبا بكر وعمر وعليّاً وابن مسعود وأبا الدّرداء وعبادة بن الصّامت وعبد اللّه بن قيس الأشعريّ رضي الله عنهم كانوا يقولون في الرّجل يطلّق امرأته تطليقةً أو تطليقتين: إنّه أحقّ بها ما لم تغتسل من الحيضة الثّالثة، ترثه ويرثها ما دامت في العدّة)[5]، فاتّفقت كلمة الصّحابة رضي الله عنهم على على اعتبار الغسل.

وأمّا المعقول: فلأنّ أيّامها إذا كانت أقلّ من عشرة لم تستيقن بانقطاع دم الحيض، لاحتمال المعاودة في أيّام الحيض، إذ الدّم لا يدرّ درّاً واحداً، ولكنّه يدرّ مرّةً وينقطع أخرى فكان احتمال العود قائماً، والعائد يكون دم حيض إلى العشرة، فلم يوجد انقطاع دم الحيض بيقين، فلا يثبت الطّهر بيقين، فتبقى العدّة لأنّها كانت ثابتةً بيقين، والثّابت بيقين لا يزول بالشّكّ.

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٨٣/٣.

(٢) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٨٨/٣.

(٣) عبد الرزاق الصنعاني: المصنف، كتاب الطلاق، باب الأقراء والعدة، ٣١٥/٦ برقم ١٠٩٨٣-١٠٩٨٨. موقوفاً على عمر وعلي.

(٤) الطبراني: المعجم الكبير، ٣٢٣/٩ برقم ٩٦١٧. الهيثمي: مجمع الزوائد، باب طلاق الرجعة، ٣٣٧/٤ . وقال رجاله رجال الصحيح.

(٥) ابن أبي شيبة: المصنف، من قال هو أحق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة، ١٥٨/٤ برقم ١٨٠.

وعلى هذا إذا اغتسلت انقطعت الرّجعة، لأنّه ثبت لها حكم من أحكام الطّاهرات وهو إباحة أداء الصّلاة، إذ لا يباح أداؤها للحائض، فتقرّر الانقطاع بقرينة الاغتسال فتنقطع الرّجعة لانتهاء العدّة به.

وكذا إذا لم تغتسل، لكن مضى عليها وقت الصّلاة، أو إذا لم تجد الماء، بأن كانت مسافرةً فتيمّمت وصلّت.

أمّا إذا تيمّمت ولم تصلّ فهل تنتهي العدّة وتنقطع الرّجعة ؟ .

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا تنقضي العدّة ولا تنقطع الرّجعة للعلّة السّابقة، وقال محمّد: تنتهي العدّة وتنقطع الرّجعة، لأنّها لمّا تيمّمت ثبت لها حكم من أحكام الطّاهرات وهو إباحة الصّلاة فلا يبقى الحيض ضرورةً[1].

وللحنابلة في انقضاء العدّة وإباحة المعتدّة للأزواج بالغسل من الحيضة الثّالثة بناءً على القول بأنّ القرء هو الحيض قولان:

القول الأوّل: أنّها في العدّة ما لم تغتسل، فيباح لزوجها ارتجاعها، ولا يحلّ لغيره نكاحها لأنّها ممنوعة من الصّلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض.

القول الثّاني: أنّ العدّة تنقضي بطهرها من الحيضة الثّالثة وانقطاع دمها، اختاره أبو الخطّاب لأنّ اللّه تعالى قال: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[البقرة:٢٢٨]. وقد كملت القروء[2]، بدليل وجوب الغسل عليها ووجوب الصّلاة وفعل الصّيام وصحّته منها، ولأنّه لم يبق حكم العدّة في الميراث ووقوع الطّلاق فيها واللّعان والنّفقة، قال القاضي: إذا شرطنا الغسل أفاد عدمه إباحة الرّجعة وتحريمها على الأزواج، فأمّا سائر الأحكام فإنّها تنقطع بانقطاع دمها[3].

ب- العدّة على القول بأنّ القرء هو الطّهر:

ذهب المالكيّة والشّافعيّة وأحمد في رواية إلى أنّ المرأة لو طلقت طاهراً، وبقي من زمن طهرها شيء ولو لحظةً حسبت قرءاً، لأنّ بعض الطّهر وإن قلّ يصدق عليه اسم قرء، فتنزّل منزلة طهر كامل، لأنّ الجمع قد أطلق في كلامه تعالى على معظم المدّة كقوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ مع أنّه في شهرين وعشر ليال، ولذلك تنقضي عدّتها في هذه الحالة برؤية الدّم من الحيضة الثّالثة وذلك عند المالكيّة والشّافعيّة.

وعلى الرّواية عن أحمد – بأنّ القرء هو الطّهر– لا تنقضي عدّتها برؤية الدّم من الحيضة الثّالثة، وإنّما تنقضي بانقطاع دم تلك الحيضة واغتسالها في المعتمد من المذهب، ومقابل المعتمد: أنّه لا يشترط الغسل لانقضاء العدّة، بل يكفي انقطاع دم الحيضة الثّالثة.

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع، ٣/١٨٣-١٨٥.

[2] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٣/١١٦-١١٧.

[3] ابن قدامة: المغني، ٩/٨٦-٨٧.

ولم يخالف في ذلك – كما قال ابن قدامة – إلاّ الزّهريّ حيث قال: تعتدّ بثلاثة قروء سوى الطّهر الّذي طلّقها فيه، وحكي عن أبي عبيد أنّه إن كان جامعها في الطّهر لم يحتسب ببقيّته، لأنّه زمن حرم فيه الطّلاق، فلم يحتسب به من العدّة كزمن الحيض[1].

وإن طلّقها حائضاً انقضت عدّتها برؤية الدّم من الحيضة الرّابعة، وهذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم والقاسم بن محمّد وسالم بن عبد اللّه[2] وأبان بن عثمان[3] وأبي ثور لئلاّ تزيد العدّة على ثلاثة أشهر.

المطلب الثاني
معتدة بالشهور

اتفق الفقهاء على أنّ العدّة بالأشهر تجب في حالتين[4]:

الحالة الأولى: وهي ما تجب بدلاً عن الحيض في المرأة المطلّقة أو ما في معناها إذا لم تكن ذات قروء ليأس[5] أو صغر، أو بلغت سنّ الحيض، أو جاوزته ولم تحض، فعدّتها ثلاثة أشهر بنصّ القرآن، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ﴾[الطلاق:٤].

أي فعدّتهنّ كذلك، ولأنّ الأشهر هنا بدل عن الأقراء، والأصل مقدّر بثلاثة، فكذلك البدل.

واشترط المالكيّة في الصّغيرة الّتي لم تحض أن تكون مطيقةً للوطء، وفي الكبيرة الآيسة من المحيض أن تكون قد جاوزت السّبعين سنةً[6].

أما حدّ الإياس ففيه اختلاف بين الناس[7]، وأفضل ما يقال فيه ما نقله ابن القيم عن شيخ الإسلام ابن تيمية أن اليأس يختلف باختلاف النساء وليس له حد يتفق فيه النساء[8].

وإذ اعتدّت المرأة بالأشهر ثمّ حاضت بعد فراغها فقد انقضت العدّة ولا تلزمها العدّة بالأقراء.

---

(1) الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٦٩/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩١/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٥/١. النووي: روضة الطالبين، ٣٦٦/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٥/٣. ابن قدامة: المغني، ٨٥/٩.

(2) أبو عمر سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي المدني، (١٠٦هـ). تابعي ثقة. أحد فقهاء المدينة السبعة. كان كثير الحديث. روى عن أبيه وأبي هريرة وأبي رافع وغيرهم. قال مالك: لم يكن أحد في الزهد والفضل والعيش منه. [تهذيب التهذيب ٤٣٦/٣ ؛ وتهذيب تاريخ ابن عساكر ٥٠/٦ ؛ والاعلام للزركلي ١١٤/٣]

(3) أبان بن عثمان بن عفان (-١٠٥هـ) أبو سعيد الأموي القرشي، ويقال: أبو عبد الله. ابن الخليفة الراشد، مولده ووفاته في المدينة، تابعي من رواة الحديث الثقات، روى عنه عمر بن العزيز وأبو الزناد والزهري وغيرهم. أول من كتب في السيرة النبوية. [تهذيب التهذيب٩٧/١، العبر ١٢٩/١]

(4) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٢/٣. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٠/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩١/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٥/١. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٦/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٠/٨. ابن قدامة: المغني، ٨٩/٩. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٦٢/١٨.

(5) اليائسة: هي التي بلغت من عمرها سناً لا تحيض فيه عادة. [ابن عابدين: رد المحتار، ٥١٥/٣].

(6) النفراوي:الفواكه الدواني، ٩١/٢. ابن قدامة:المغني، ١٠٢/٩. النووي:روضة الطالبين، ٣٧٠/٨. الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٣/٢.

(7) يقدِّره الحنفية -بالمفتى به- والحنابلة بخمسين سنة، وعند المالكية: ما بين سن الخمسين وسن السبعين، ويسأل عنه النساء العارفات، وعند الشافعي قولان: أصحهما السن الذي إذا بلغته لم تحض.[ابن عابدين: رد المحتار، ٥١٥/٣. الدردير: الشرح الصغير، ٤٩٧/١. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٨٥/٣.ابن قدامة: المغني، ٤٦٠/٧]

(8) ابن القيم: زاد المعاد، ٥٨٤/٥.

ولو حاضت في أثناء الأشهر انتقلت إلى الأقراء ولا يحسب ما مضى قرءاً عند جمهور الفقهاء لقدرتها على الأصل قبل الفراغ من البدل، كالمتيمّم يجد الماء أثناء تيمّمه[١].

الحالة الثّانية: عدّة الوفاة الّتي وجبت أصلاً بنفسها، وسبب وجوبها الوفاة بعد زواج صحيح سواء أكانت الوفاة قبل الدّخول أم بعده، وسواء أكانت ممّن تحيض أم لا، بشرط ألاّ تكون حاملاً ومدّتها أربعة أشهر وعشر، ولا يشترط كونها مدخولا بها أو كبيرة لأن الموت ينتهي به العقد فتستقر به الأحكام في التوارث والمهر والعدة[٢]. لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِى أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٤][٣].

وقول الرّسول صلى الله عليه وسلم: (لا يحلّ لامرأة تؤمن باللّه واليوم الآخر أن تحدّ على ميّت فوق ثلاث ليال، إلاّ على زوج أربعة أشهر وعشراً)[٤].

جاء في المغني لابن قدامة: (أجمع أهل اعلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشراً مدخولاً بها أو غير مدخول بها، سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ)[٥].

وقدّرت عدّة الوفاة بهذه المدّة، لأنّ الولد يكون في بطن أمّه أربعين يوماً نطفةً، ثمّ أربعين يوماً علقةً، ثمّ أربعين يوماً مضغةً، ثمّ ينفخ فيه الرّوح في العشر، فأمرت بتربّص هذه المدّة ليستبين الحمل إن كان بها حمل[٦].

وصرّح المالكيّة خلافاً لجمهور الفقهاء بأنّ العدّة من الوفاة واجبة من النّكاح الفاسد المختلف فيه دون النّكاح المتّفق على فساده كخامسة فلا عدّة إلاّ إن كان الزّوج البالغ قد دخل بها وهي مطيقة فتعتدّ كالمطلّقة[٧].

ويتفرع عن أحكام معتدة الشهور الفروع التالية:

الفرع الأول: كيفيّة حساب أشهر العدّة.

ذهب جمهور الفقهاء[٨]، إلى أنّ حساب أشهر العدّة في الطّلاق أو الفسخ أو الوفاة يكون بالأشهر القمريّة لا الشّمسيّة، فإذا كان الطّلاق أو الوفاة في أوّل الهلال اعتبرت الأشهر بالأهلّة.

---

(١) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٦/٣.

(٢) ابن القيم: زاد المعاد، ٥٨٩/٥، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٢/٣، النفراوي: الفواكه الدواني، ٦٣/٢.

(٣) السرخسي: المبسوط، ٣٠/٦.

(٤) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب إحداد المرأة على غير زوجها،٤٣٠/١ برقم١٢٢١ و١٢٢٢. وفي كتاب الطلاق، باب باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، ٢٠٢٤/٥ برقم ٥٠٢٤. وفي كتاب الطلاق، باب الكحل للحادة، ٢٠٤٣/٥ برقم ٥٠٢٧. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه ذلك إلا ثلاثة أيام، ١١٢٣/٢ برقم ١٤٨٦ و١٤٨٧.

(٥) ابن قدامة: المغني، ٤٧٠/٧.

(٦) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٢/٣-١٩٥، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣١١/٤، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٣/٢. ٦٠٣/٢. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٥/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٣/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٩٨/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٥/٣-٣٩٦. ابن قدامة: المغني، ١٠٦/٩-١٠٧. البهوتي: كشاف القناع، ٤١٥/٥.

(٧) النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٣/٢.

(٨) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٥/٣. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩١/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٦/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٠/٨. ابن قدامة: المغني، ١٠٤/٩.

والدليل على ذلك: قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾[البقرة:١٨٩]. حتّى ولو نقص عدد الأيّام، لأنّ اللّه أمرنا بالعدّة بالأشهر، فقال سبحانه: (فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ)[الطلاق:٤]. وقال تعالى: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[البقرة:٢٣٤]. فلزم اعتبار الأشهر، سواء أكانت ثلاثين يوماً أو أقلّ.

وقد ورد عن النّبيّ صلى الله عليه وسلم أنّه قال: (ثم الشهر هكذا وهكذا وهكذا؛ يعني ثلاثين، ثم قال: وهكذا وهكذا وهكذا؛ يعني تسعاً وعشرين. يقول مرة ثلاثين ومرة تسعاً وعشرين)[١]، وقال صلّى الله عليه وسلم: (الشهر هكذا وهكذا وخنس الإبهام في الثالثة)[٢]، وقال صلى الله عليه وسلم: (إنا أمة أمية لا نكتب نكتب ولا نحسب، الشهر هكذا وهكذا؛ يعني مرة تسعة وعشرين ومرة ثلاثين)[٣]. وكذلك ما ورد عن أنس رضي الله عنه قال: (آلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسائه وكانت انفكت رجله، فأقام في مشربة له تسعا وعشرين. ثم نزل فقالوا: يا رسول الله، آليت شهراً، فقال: الشهر تسع وعشرون)[٤].

وإن كانت الفرقة في أثناء الشّهر، فإنّ الفقهاء قد اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأوّل: ذهب المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة وأبو يوسف في رواية: إلى أنّها لو طلقت أو حدثت الوفاة في أثناء الشّهر ولو في أثناء أوّل يوم أو ليلة منه اعتبر شهران بالهلال، ويكمل المنكسر ثلاثين يوماً من الشّهر الرّابع، ولو كان المنكسر ناقصاً.

وكذلك في عدّة الوفاة بالأشهر، فإنّها تعتدّ بقيّة الشّهر المنكسر بالأيّام وباقي الشّهور بالأهلّة، ويكمل الشّهر الأوّل من الشّهر الأخير[٥].

واستدلّوا بأنّ المأمور به هو الاعتداد بالشّهر، والأشهر اسم الأهلّة، فكان الأصل في الاعتداد هو الأهلّة، قال اللّه تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾[البقرة:١٨٩]، جعل الهلال لمعرفة المواقيت، وإنّما يعدل إلى الأيّام عند تعذّر اعتبار الأهلّة، وقد تعذّر اعتبار الهلال في الشّهر الأوّل فعدلنا عنه إلى الأيّام، ولا تعذّر في بقيّة الأشهر فلزم اعتبارها بالأهلّة[٦].

القول الثّاني: ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف في رواية أخرى وابن بنت الشّافعيّ[٧] إلى أنّ العدّة تحتسب بالأيّام، فتعتدّ من الطّلاق وغيره تسعين يوماً، ومن الوفاة مائةً وثلاثين يوماً، لأنّه إذا انكسر شهر انكسر جميع الأشهر، قياساً على صوم الشّهرين المتتابعين إذا ابتدأ الصّوم في نصف الشّهر.

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب اللعان، ٢٠٣١/٥ برقم ٤٩٩٦.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا ٦٧٤/٢ برقم ١٨٠٩. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الصوم، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال والفطر لرؤية الهلال، ٧٦٠/٢ برقم ١٠٨٠.

[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم لا نكتب ولا نحسب، ٦٧٥/٢ برقم ١٨١٤. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الصوم، باب الشهر يكون تسعاً وعشرين، ٦٧١/٢ برقم ١٠٨٠.

[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم- باب قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا، ٦٧٥/٢ برقم ١٨١٢. وفي كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم، ٢٠٢٦/٥ برقم ٤٩٨٤. وفي كتاب الأيمان والنذور، في باب من حلف أن لا يدخل على أهله شهرا وكان الشهر تسعا وعشرين، ٢٤٦٠/٦ برقم ٦٣٠٦.

[٥] النووي: روضة الطالبين، ٣٩٩/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٥/٣.

[٦] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٦/٣. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٢/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٠/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٦/٣. ابن قدامة: المغني، ١٠٤/٩.

[٧] ابن بنت الشافعي (٢٩٥هـ) أبو عبد الرحمن أحمد بن محمد بن عبد الله. قال أبو الحسين الرازي: كان واسع العلم جليلاً فاضلاً لم يكن في آل شافع بعد الإمام أجل منه. وقال العبادي في طبقاته: كان أبوه من فقهاء أصحاب الشافعي وله مناظرات مع المزني. فتزوج بابنة

ولأنّ العدّة يراعى فيها الاحتياط، فلو اعتبرناها في الأيّام لزادت على الشّهور ولو اعتبرناها بالأهلّة لنقصت عن الأيّام، فكان إيجاب الزّيادة أولى احتياطاً[1].

الفرع الثاني: بدء حساب أشهر العدّة.

ذهب الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة إلى أنّ عدّة الأشهر تبدأ من السّاعة الّتي فارقها زوجها فيها، فلو فارقها في أثناء اللّيل أو النّهار ابتدئ حساب الشّهر من حينئذ، واعتدّت من ذلك الوقت إلى مثله، واستدلّوا بقوله تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾[الطلاق:٤]. وقال تعالى: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[البقرة:٢٣٤]. فلا تجوز الزّيادة عليها بغير دليل، وحساب السّاعات ممكن: إمّا يقيناً وإمّا استظهاراً، فلا وجه للزّيادة على ما أوجبه اللّه تعالى.

وقال المالكيّة: لا يحسب يوم الطّلاق إن طلقت بعد فجره، ولا يوم الوفاة[2].

الفرع الثالث: العشر المعتبرة في عدّة الوفاة بالأشهر.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ العشر المعتبرة في عدّة الوفاة هي عشر ليال بأيّامها فتجب عشرة أيّام مع اللّيل، لقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[البقرة:٢٣٤]. فالعرب تغلّب صيغة التّأنيث في العدد خاصّةً على المذكّر فتطلق لفظ اللّيالي وتريد اللّيالي بأيّامها كقوله تعالى لسيّدنا زكريّا عليه الصلاة والسلام: ﴿آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾[مريم:١٠]. يريد بأيّامها بدليل أنّ اللّه تعالى قال في آية أخرى: ﴿آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾[آل عمران:٤١]. يريد بلياليها، ولو نذر اعتكاف العشر الأخير من رمضان لزمه اللّيالي والأيّام، وبهذا قال أبو عبيد وابن المنذر خلافاً للأوزاعيّ والأصمّ[3] اللّذين قالا: تعتدّ بأربعة أشهر وعشر ليال وتسعة أيّام، لأنّ العشر تستعمل في اللّيالي دون الأيّام، وإنّما دخلت الأيّام اللاتي في أثناء اللّيالي تبعاً، وعلى ذلك فلو تزوّجت في اليوم العاشر جاز، أخذاً من تذكير العدد– العشر– في الكتاب والسّنّة، لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا يحلّ لامرأة تؤمن باللّه واليوم الآخر أن تحدّ على ميّت فوق ثلاثة أيّام إلاّ على زوج أربعة أشهر وعشراً)[4]. فيجب كون المعدود اللّيالي وإلاّ لأنّثه[5].

الشافعي زينب فأولدها أحمد وتفقه بأبيه روى الكثير عنه عن الشافعي. [ابن قاضي شهبة: طبقات الشافعية، ١٨٦/٢. سير أعلام النبلاء ٢٤٠/١١].

[1] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٥/٣-١٩٦. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٠/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٦/٣.

[2] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٩/٤. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٢/٢. النووي: روضة الطالبين،٣٧٠/٨. ابن قدامة: المغني، ١٠٥/٩. الصنعاني: سبل السلام، ٢٠١/٣.

[3] أبو بكر الأصم (٢٢٥هـ) عبد الرحمن بن كيسان، فقيه معتزلي مفسر، قال ابن المرتضى: كان من أفصح الناس وأفقههم وأورعهم، خلا أنه كان يخطئ علياً في كثير من أفعاله، ويصوب معاوية. [طبقات المعتزلة ٥٦، لسان الميزان٤٢٧/٣]

[4] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب إحداد المرأة على غير زوجها،٤٣٠/١ برقم١٢٢١ و١٢٢٢. وفي كتاب الطلاق، باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، ٢٠٢٤/٥ برقم ٥٠٢٤. وفي كتاب الطلاق، باب الكحل للحادة، ٢٠٤٣/٥ برقم ٥٠٢٧. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه ذلك إلا ثلاثة أيام، ١١٢٣/٢ برقم ١٤٨٦ و١٤٨٧.

[5] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٥/٣. ابن الهمام: فتح القدير، ٣١٣/٤. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٤/٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٥/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٩٨/٨. الشربيني:مغني المحتاج، ٣٩٥/٣. ابن قدامة:المغني، ١٠٧/٩.

الترجيح:

حيث إن القاعدة الفقهية تنص على أن: **الاحتياط في أن يؤخذ باليقين**، ومراعاة للاحتياط؛ فالأولى اعتبار العدة بالأيام أي تعتد بتسعين يوما من الطلاق، ومائة وثلاثين يوما من الوفاة[١].

فإذا كان الطلاق في أول الشهر اعتدت بثلاثة أشهر بالأهلة[٢]، وإن كان الطلاق في أثناء الشهر اعتدت بقية الشهر ثم اعتدت شهرين بالأهلة ثم يضاف من الشهر الرابع ما تتم به ثلاثون يوما مع ما اعتدت به الشهر الأول[٣] وتحسب العدة من الساعة التي فارقها زوجها فيها، فلو فارقها نصف الليل أو نصف النهار، اعتدت من ذلك الوقت إلى مثله، هذا قول أكثر أهل العلم[٤].

المطلب الثالث

معتدة بالحمل

اتفق الفقهاء على أنّ المطلقة الحامل تنقضي عدّتها بوضع الحمل ولو بعد ساعة من مفارقة زوجها لها، سواء أكانت عن طلاق بائن أو رجعي أم وطء شبهة[٥] وسواء أكانت حرة أو أمة مسلمة أو كتابية[٦] لقوله لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق:٤]. لأنّ القصد من العدّة براءة الرّحم، وهي تحصل بوضع الحمل[٧].

ولكن اختلف الفقهاء في عدّة المتوفّى عنها زوجها إذا كانت حاملاً إلى فريقين:

الفريق الأول:

القائل أنّ الحامل المتوفّى عنها زوجها تعتدّ بأبعد الأجلين: وضع الحمل أو مضيّ أربعة أشهر وعشر، أيّهما كان أخيراً تنقضي به العدّة[٨]. فإذا وضعت حملها قبل مضي أربعة أشهر وعشر تبقى معتدة حتى انقضائها، أما إذا مضت أربعة أشهر وعشر ولم تضع حملها تنتظر حتى وضع الحمل[٩] وهذا القول مروي مروي عن عدد من الصحابة[١٠]. منهم عليّ وابن عبّاس – في إحدى الرّوايتين عنه – رضي الله عنهم وابن أبي ليلى وسحنون.

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٦/٣، ابن نجيم: البحر الرائق، ١٤٢/٤.

(٢) قال تعالى: (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ وَلَيْسَ الْبِرُّ بِأَنْ تَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ ظُهُورِهَا وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنِ اتَّقَى وَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) [البقرة:١٨٩].

(٣) النووي: المجموع، ١٤١/١٨. كتاب العدد من الحاوي ٢٦٥/١-٢٦٦، النفراوي: الفواكه الدواني، ٦٢/٢، ابن قدامة: المغني، ٢٠٧/١١.

(٤) ابن قدامة: المغني، ٢٠٨/١١.

(٥) ابن القيم: زاد المعاد، ٥٢٧/٥، ابن قدامة: المغني، ١٩٤/١١.

(٦) النفراوي: الفواكه الدواني، ٦٢/٢-٦٣.

(٧) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٢/٣. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٢/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٨/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٣/٨. ابن قدامة: المغني، ١١٠/٩.

(٨) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٧/٣. صحيح مسلم، ١٠٩/١٠-١١٠. الصنعاني: سبل السلام، ١٩٦/٣. الشوكاني: نيل الأوطار، ٨٥/٧. ٨٥/٧. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٧٤/٣-١٧٥.

(٩) الشوكاني: نيل الأوطار ٨٨/٧، النووي: المجموع، ١٤٩/١٨.

(١٠) منهم ابن عباس، وعلي بن أبي طالب، العسقلاني: فتح الباري ٤٧٤/٩، الماوردي: كتاب العدد من الحاوي الكبير، ٤٣٧/١، ابن القيم: زاد المعاد، ٥٢٩/٥، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٦/٣، ابن قدامة: المغني، ٢٢٧/١١، النووي: المجموع، ١٤٩/١٨.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: الجمع بين عموم آيتين في كتاب الله: الأولى: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٤]، وهذه الآية عامّة تشمل المتوفّى عنها زوجها حاملاً كانت أو حائلاً وخاصّةً في المدّة ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[البقرة:٢٣٤].

الثانية: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا﴾[الطلاق:٤]، وهذه الآية عامة أيضاً لأنّها تشمل المتوفّى عنها وغيرها وخاصّةً في وضع الحمل.

والجمع بين الآيتين والعمل بهما أولى من التّرجيح باتّفاق أهل الأصول، لأنّها إذا اعتدّت بأقصى الأجلين فقد عملت بمقتضى الآيتين، وإن اعتدّت بوضع الحمل فقد تركت العمل بآية عدّة الوفاة، فإعمال النّصّين معاً خير من إهمال أحدهما[1].

من المعقول:

في الآيتين عمومان، ولا يمكن تخصيص عموم إحداهما بخصوص الأخرى، ولكن يمكن دخول بعض الصور في عموم الآيتين بمعنى إعمال للعموم في مقتضاه، فإذا اعتدت المتوفى عنها زوجها الحامل أقصى الأجلين دخل أدناهما في أقصاهما[2].

الفريق الثاني:

القائل بأن عدة المتوفى عنها زوجها تنقضي بوضع الحمل قلّت المدّة أو كثرت، حتّى ولو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها ولو كان الزوج على مغتسله. فإنّ العدّة تنقضي وتحلّ للأزواج وإليه ذهب جمهور الصحابة ومن بعدهم والأئمة الأربعة[3].

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: من الكتاب:

عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٤]، في كل من مات عنها زوجها، أما قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ

---

(١) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٧٥/٣. صحيح مسلم، ١١٠/١٠. الصنعاني: سبل السلام، ١٩٦/٣. الشوكاني: نيل الأوطار، ٨٥/٧. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٦/٣-١٩٧. الجصاص: أحكام القرآن ٤١٥/١، ابن القيم: زاد المعاد، ٥٣٠/٥.

(٢) بحث حقوق المتوفى في التشريع الإسلامي، ص ٧٠٩.

(٣) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٦/٣. ابن نجيم: البحر الرائق، ١٤٥/٤، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٤/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٦٤/١. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٢/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٨/٣. النووي: المجموع، ١٤٩/١٨، حواشي الخرشي، ١٤٣/٤، ابن حزم: المحلى ٢٦٣/١٠، ابن حزم: مراتب الإجماع ٧٧، ابن المنذر: الإجماع ١٠٩، ابن قدامة: المغني، ٢٢٧/١١،الماوردي: كتاب العدد من الحاوي ٤٣٦/١. الحطاب: مواهب الجليل، ١٤٩/٤. البهوتي: الروض المربع، ٩٠٢/٢، الجصاص: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي - بيروت: دار البشائر الإسلامية ٣٩٢/٢-٣٩٣. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٧٤/٣.

وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مِنۡ أَمۡرِهِۦ يُسۡرٗا﴾[الطلاق:٤][١] فهي خاصة فيمن مات زوجها وهي حامل فتنقضي عدتها بوضع الحمل والخاص أولى في الاعتبار من العام.

ثانياً: من السنة:

روت أم سلمة زوج النبي – صلى الله عليه وسلم – (أن امرأة من أسلم يقال لها: سبيعة[٢] كانت تحت زوجها، توفي عنها وهي حبلى، فخطبها أبو السنابل بن بعكك[٣]، فأبت أن تنكحه، فقال: والله ما يصلح أن تنكحيه حتى تعتدي آخر الأجلين. فمكثت قريبا من عشر ليال ثم نفست، ثم جاءت النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: انكحي)[٤] وقيل: إنّها وضعت بعد وفاة زوجها بأربعين ليلةً، قال ابن شهاب الزّهريّ: ولا أرى بأساً أن تتزوّج وهي في دمها غير أنّه لا يقربها زوجها حتّى تطهر[٥].

ووجه الدّلالة: أنّ الحامل المتوفّى عنها زوجها تنقضي عدّتها وإن لم يمض عليها أربعة أشهر وعشر، بل ولو بعد الوفاة بساعة، ثمّ تحلّ للأزواج، ولأنّ المقصود من العدّة من ذوات الأقراء العلم ببراءة الرّحم، ووضع الحمل في الدّلالة على البراءة فوق مضيّ المدّة، فكان انقضاء العدّة به أولى من الانقضاء بالمدّة[٦].

ثالثاً: من الآثار:

كما استدلّوا بما روي عن عمر وعبد اللّه بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد اللّه بن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم أنّهم قالوا في المتوفّى عنها زوجها: (لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت)[٧]؛ أي إذا ولدت وزوجها على سريره لم يدفن بعد جاز لها أن تتزوّج[٨].

وقول ابن مسعود رضي الله عنه أيضاً: (أرأيتم إن وضعت من قبل الأربعة الأشهر وعشر؟. قلنا: حتى تمضي. قال: أرأيتم إن مضت الأربعة الأشهر وعشر قبل أن تضع قال؟. قلنا: حتى تضع. فقال: تجعلون

---

[١] الشوكاني: تفسير فتح القدير ٢٤٨/١، ابن القيم: زاد المعاد، ٥٢٩/٥، ابن قدامة: المغني، ٢٢٨/١١.

[٢] هي سبيعة بنت الحارث الأسلمية، أسلمت مبكراً وبايعت الرسول صلى الله عليه وسلم أن تخلص لله ولرسوله، وأن تعمل من أجل خدمة الدين. تزوجت من سعد بن خولة، فتوفي عنها بمكة في حجة الوداع وهي حامل، فوضعت بعد وفاة زوجها بليالٍ. تميزت بإخلاصها وزهدها وورعها وعلمها وجهادها، وكانت من الراويات للحديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم. وقال ابن عبد البر: روى عنها فقهاء أهل المدينة، وفقهاء أهل الكوفة من التابعين. وأخرج حديثها البخاري في صحيحه، ومسلم في صحيحه، وأبو داود في سننه والنسائي في سننه وابن ماجه في سننه. [الاستيعاب. أسد الغابة. الإصابة].

[٣] أبو السنابل حبة بن بعكك القرشي العامري، كذا قاله أبو عمر. وقال أبو موسى: من بني عبد الدار بن قصي، وهوأصح. وقيل: اسمه عمرو، وقد ذكره أبو عمر في الكنى، كما ذكره أبو موسى، وكذلك ذكره الكلبي، وهو من مسلمة الفتح، وهو الذي تزوج سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها.[ابن الأثير: أسد الغابة، باب الحاء والباء].

[٤] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن" ٢٠٣٧/٥ برقم ٥٠١٢، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل، ١١٢٢/٢ برقم ١٤٨٥.

[٥] هذه الزيادة من رواية مسلم في الصحيح، كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل، ١١٢٢/٢ برقم ١٤٨٥. وانظر: ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، ٤٧٥/٩. والصنعاني: سبل السلام، ١٩٦/٣-١٩٧. الشوكاني: نيل الأوطار، ٥٨/٧ وما بعدها.. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٧/٣.

[٦] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٧/٣. العسقلاني: فتح الباري ٤٧٤/٩.

[٧] أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق ، باب عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا، ٥٨٩/٢. رقم ١٢٢٦.البيهقي: السنن الكبرى، باب عدة الحامل من الوفاة، ٤٣٠/٧ برقم ١٥٢٥٣.

[٨] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٦/٣. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٧٤/٣.

عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة؟. لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن)[1].

والمراد بالتغليظ أبعد الأجلين من وضع الحمل أو أربعة أشهر وعشر، والمراد بالرخصة وضع الحمل قبل مضي أربعة أشهر وعشر.

وعليه فآية وضع الحمل مخصصة لآية الاعتداد بالأشهر ومبينة للمراد منها[2] وتخصيص عموم آية وضع وضع الحمل بآية الاعتداد بالأشهر تخصيص عموم بلا دلالة فلا يعمل به[3] أما عموم آية: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٤] فهو مخصص بآية: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا﴾[الطلاق:٤][4].

وحديث ابن عمر: (أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل، فقال: إذا وضعت حملها فقد حلّت)[5].

رابعاً: من الإجماع:

فقد أجمع أهل العلم في جميع الأمصار على أن المتوفى عنها زوجها الحامل أجلها وعدتها تنقضي بوضع الحمل[6].

خامساً: من المعقول:

إن وضع الحمل يدل على براءة الرحم من الحمل بيقين ومن حكم مشروعية العدة التحقق من براءة الرحم من الحمل[7] فتنقضي عدتها بوضع الحمل كالمطلقة[8].

الرد على أدلة الفريق الأول:

(١) قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٤] عامة في المتوفى عنها زوجها ما عدا الحامل فقد خرجت بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ

---

[1] الحديث أصله في صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا، ١٦٤٧/٤ برقم ٤٢٥٨. وفي باب وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا، ١٨٦٤/٤ برقم ٤٦٢٦. ورواه النسائي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب عدة الحامل المتوفى عنها زوجها، ٣٩١/٣ برقم ٥٧١٥. ورواه بهذا اللفظ البيهقي في السنن الكبرى، كتاب العدد، باب عدة الحامل من الوفاة، ٤٣٠/٧ برقم ١٥٢٥٠.

[2] القرطبي الجامع لأحكام القرآن، ١٧/٣، ابن القيم: زاد المعاد، ٥٣٢/٥.

[3] الجصاص: أحكام القرآن، ٤٥٨/٣.

[4] الشوكاني: نيل الأوطار ٨٩/٧.

[5] أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق ، باب عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا، ٥٨٩/٢. رقم ١٢٢٦.البيهقي: السنن الكبرى، باب عدة الحامل من الوفاة، ٤٣٠/٧ برقم ١٥٢٥٣.

[6] ابن قدامة: المغني، ٢٢٧/١١.

[7] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٨٧/٣، النفراوي: الفواكه الدواني، ٦٢/٢. ابن قدامة: المغني، ٢٢٧/١١.

[8] ابن قدامة: المغني، ٢٢٨/١١.

فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا﴾[الطلاق:٤].

(٢) آية العدة بوضع الحمل مخصصة لآية الاعتداد بالأشهر[١].

(٣) صريح حديث رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل. والصريح أولى بالاعتبار من غيره.

الترجيح:

القول الثاني: القائل بأن عدة الحامل المتوفى عنها زوجها تنقضي بوضع الحمل لقوة أدلة القائلين به وضعف أدلة القول الأول، إضافة لأن عدة الحامل المتوفى عنها زوجها قد تكون أكثر من عدة غير الحامل وذلك إذا توفي عنها زوجها وهي في بداية حملها منه والله أعلم.

فروع ومسائل تتعلق بالعدة بوضع الحمل.

الفرع الأول: مدة الحمل.

هناك أقل مدة للحمل وأكثر مدة للحمل وأغلب مدته، أما أقل مدة للحمل فقد اتفق الفقهاء على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر وقد سبق القرآن الكريم إلى ذلك بتقرير أقل مدة للحمل الذي يعيش بعد الولادة وهي عند الفقهاء[٢] والأطباء[٣] ستة أشهر[٤] قمرية وتجدر الإشارة هنا إلى ما قاله صاحب كتاب تطور الجنين[٥]: الجنين[٥]: وصحة الحمل من اعتماد التقويم القمري للحساب الدقيق لمدة الحمل جاء ذلك في قوله: "وقد بينت المؤلفات الأجنبية لعلم الجنين أن التقويم القمري (الهجري) أفضل في تقدير عمر الجنين وزمن ولادته من التقويم الميلادي، ووضعت جميع جداولها على التقويم القمري (الهجري) والشهر القمري إما تسع وعشرون ليلة أو ثلاثون ليلة، جاء ذلك نصاً في قول المصطفى عليه الصلاة والسلام: (الشهر تسع وعشرون ليلة فلا تصوموا حتى تروه، فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين)[٦].

والمدة مستنبطة من قول الحق عز وجل: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِىٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِىٓ أَنْعَمْتَ عَلَىَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَىَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَصْلِحْ لِى فِى ذُرِّيَّتِىٓ إِنِّى تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنَّنِى مِنَ ٱلْمُسْلِمِينَ﴾[الأحقاف:١٥].

والثلاثون شهراً هي مدة الحمل والفصال معاً، وقوله عزّ من قائل: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ

---

[١] الشوكاني: نيل الأوطار ٨٩/٧.

[٢] السرخسي: المبسوط ٤٤/٦، شيخي زاده: مجمع الأنهر، ٤٧٤/١، الكاساني: بدائع الصنائع، ٢١١/٣، حاشية الدسوقي ٢٦١/٢، عليش: شرح منح الجليل ٣٨٠/٢، ابن قدامة: المغني، ٤٢٨/٧، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٤٢٨/٧.

[٣] النسيمي: محمود ناظم، الطب النبوي والعلم الحديث ٣٦٤/٣، دياب: عبد الحميد، قرقوز: أحمد، مع الطب في القرآن الكريم ٢٥.

[٤] الشهر في اللغة: معناه القمر، قال ابن الأثير: الشهر الهلال. [ابن منظور: لسان العرب، مادة (شهر)].

[٥] العلبي: يحيى، تطور الجنين، ص ٤١٠. دار ابن كثير سنة ١٩٩٠.

[٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا، ٦٧٤/٢ برقم ١٨٠٨.

ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[البقرة:٢٣٣]. مع قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ أَنِ ٱشۡكُرۡ لِي وَلِوَٰلِدَيۡكَ إِلَيَّ ٱلۡمَصِيرُ﴾[لقمان:١٤].

وهذه مدة الفصال فقط – فالباقي من الثلاثين ستة أشهر وهي أقل مدة الحمل.

أخرج الحاكم بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما في تفسيره قوله تعالى: ﴿وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًا﴾[الأحقاف:١٥]. قال: (إذا حملته تسعة أشهر أرضعته واحداً وعشرين شهراً، وإن حملته ستة أشهر أرضعته أربعة وعشرين شهراً، ثم قرأ: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ أَنِ ٱشۡكُرۡ لِي وَلِوَٰلِدَيۡكَ إِلَيَّ ٱلۡمَصِيرُ﴾[لقمان:١٤])[١].

وروي أن عمر رضي الله عنه أتي بامرأة وقد ولدت لستة أشهر فهم برجمها، فبلغ ذلك علياً رضي الله عنه فقال: (ليس عليها رجم، فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه فأرسل إليه فسأله فقال: " قال الله تعالى: ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾[البقرة:٢٣٣]. وقال تعالى: ﴿وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًا﴾[الأحقاف:١٥]. فستة أشهر حمله لا حد عليها أو قال "لا رجم عليها"، فخلى عمر عنها، ثم ولدت)[٢].

وقد استنتج الإمام علي رضي الله عنه من هذا الاستدلال إلحاق المولود لستة أشهر بأبيه[٣].

جاء في كتاب العدد من الحاوي في تفصيل هذه المدة قوله: (ولا تخلو هذه المدة من أربعة أحوال:
إما أن تكون جامعة لأقلهما، أو لأكثرهما، أو لأكثر الحمل وأقل الرضاع، أو لأقل الحمل وأكثر الرضاع. فلم يجز أن تكون جامعة لأقلهما؛ لأن أقل الرضاع غير محدد، ولم يجز أن تكون جامعة لأكثرهما لزيادتهما على هذه المدة، ولم يجز أن تكون جامعة لأكثر الحمل وأقل الرضاع؛ لأن أقله غير محدد، فلم يبق إلا أن تكون جامعة لأقل الحمل وأكثر الرضاع)[٤].

وعلى ذلك فانقضاء أقل مدة الحمل والوضع بعده يثبت كافة الأحكام الخاصة بذلك وهي المدة التي قرر لأطباء إمكانية حياة الجنين بعدها، أما الولادة قبل هذه الفترة تسمى إسقاطاً[٥] والجنين غير قابل للبقاء حيا فيها – إلا بإذن الله تعالى – أما الولادة بعد هذه المدة تسمى خداجاً[٦] والخديج من يولد بعد ستة أشهر وقبل تمام تسعة أشهر وهذا المولود قابل للحياة ولكنه يحتاج إلى عناية خاصة والله أعلم[٧].

---

[١] الحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٣٠٨/٢ برقم ٣١٠٨، وقال: " صحيح الإسناد" .
[٢] سعيد بن منصور: السنن، باب المرأة تلد لستة أشهر، ٩٣/٢ برقم ٢٠٧٤. عبد الرزاق في مصنفه، باب التي تضع لستة أشهر:٣٥٠/٧، برقم ١٣٤٤٤. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في أقل الحمل. ٢٤٢/٧، برقم ١٥٤٢٦-١٥٤٢٨. والأثر بمجموع طرقه يرتقي لدرجة الحسن، انظر: النووي: المجموع، ١٢٩/١٦. وله عدة روايات.
[٣] ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ١٦٩/٤.
[٤] الماوردي: كتاب العدد من الحاوي، ٣٥١/١.
[٥] السقط لغة: يقال سقط الولد من بطن أمه ولا يقال وقع حين تلد، وأسقطت المرأة ولدها إسقاطاً، وهي مسقط: ألقت لغير تمام من السقوط والسقط بالفتح والضم والكسر أكثر: الولد الذي يسقط من بطن أمه قبل تمامه. ابن منظور: لسان العرب، مادة " سقط" .
[٦] الخديج: الجنين الذي ينقذف خارج الرحم بعد أن يبلغ مرحلة قابلة للحياة أي منذ نهاية الشهر السادس للحمل، ويزيد وزنه عن كيلو غرام واحد: فن التوليد ٩٧.
[٧] النسيمي: محمود، الطب النبوي والعلم الحديث ٣٦٤/٣.

الفرع الثاني: أقصى مدة الحمل.

الفراش جهة من جهات النسب المجمع عليها، والنسب يحتاط لإثباته ما أمكن، والنكاح يثبت به الفراش، ومطلق الفراش ينصرف إلى الصحيح[١] فالزوجة تحت الزوج فراش والولد يلحق بصاحب الفراش إلا أن ينفيه باللعان[٢] قال صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش، وللعاهر الحجر)[٣].

وقد اختلف الفقهاء في تحديد أقصى مدة الحمل؛ وذلك لأن تقدير هذه المدة لا توقيف فيها ولا اتفاق[٤] وعليه فلا دليل من الكتاب أو السنة أو إجماع الأمة على التحديد الدقيق لهذه المدة.

وكل ما احتاج إلى حد أو تقدير إذا لم يتقدر بشرع ولا لغة كان مقداره بالعرف والوجود كالحيض والنفاس ومدة الحمل[٥].

أشهر آراء الفقهاء في أقصى مدة الحمل:

الرأي الأول:

أكثر مدة الحمل سنتان، وذلك عند الحنفية[٦] ورواية للحنابلة[٧].

أدلة الرأي الأول:

١- قول عائشة رضي الله عنها: (ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين، ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل)[٨]. هذه الرواية عن مجهولة[٩] واختلفت الأقوال فيها:

ذهب صاحب بدائع الصنائع إلى أنها رضي الله عنها قالت ذلك سماعاً من رسول الله -صلى الله عليه وسلم - لأن هذا باب لا يدرك بالرأي والاجتهاد ولا يظن بها أنها قالت ذلك جزافاً أو تخميناً فتعين السماع[١٠].

أما صاحبة كتاب الآثار المترتبة على الطلاق فترجع قول أم المؤمنين رضي الله عنها إلى أنه: (رأي بناء على ما شاهدته أو سمعته من أحوال النساء، ولم يكن بناء على السماع من رسول الله عليه الصلاة

---

[١] ابن القيم: زاد المعاد، ٣٦٨/٥.

[٢] البعلي: الاختيارات الفقهية ٨٢٩/٢. اختلف الفقهاء فيما تصير به الزوجة فراشا على ثلاثة أقوال: أحدها: أنه نفس العقد وإن علم أنه لم يجتمع بها لو طلقها عقبه في المجلس، وهذا مذهب أبي حنيفة. الثاني: أنه العقد مع إمكان الوطء، وهذا مذهب الشافعي وأحمد. الثالث: أنه العقد مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه وهو اختيار ابن تيمية، وهو عند ابن القيم الصحيح المجزوم به. ابن القيم: زاد المعاد، ٣٧٢/٥، الصنعاني: سبل السلام ١١٤٧/٣، الشوكاني: نيل الأوطار ٢٧٩/٦-٢٨٠

[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات، ٧٢٤/٢ برقم ١٩٤٨،وفي باب شراء المملوك من الحربي، ٧٧٣/٢ برقم ٢١٠٥. وفي كتاب الخصومات، باب دعوى الوصي للميت، ٨٥٢/٢ برقم ٢٢٨٩. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات. ١٠٨٠/٢ برقم ١٤٥٧. و١٠٨١/٢ برقم ١٤٥٧.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٤٧٧/٧.

[٥] الماوردي: كتاب العدد من الحاوي ٣٢٠/١، شرح الزركشي على متن الخرقي ٤٧٠/٣.

[٦] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢١٢/٣، السرخسي: المبسوط ٤٤/٦، شيخي زاده: مجمع الأنهر، ٤٧٤/١، ابن نجيم: البحر الرائق، ١٤٧/٤.

[٧] ابن قدامة: المغني، ٤٧٧/٧.

[٨] سعيد بن منصور: السنن، باب المرأة تلد لستة أشهر، ٩٤/٢ برقم ٢٠٧٧. الدراقطني: السنن، ٣٢١/٣ برقم ٢٧٩. و٢٨٢. البيهقي: السنن الكبرى كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، ٤٤٣/٧ برقم ١٥٣٢٩، وانظر: ابن حجر: تلخيص الحبير ٢٦٣/٣، وظل المغزل مثل لقلته؛ لأن ظله حالة الدوران أسرع من سائر الظلال. ابن نجيم: البحر الرائق، ١٧٧/٤.

[٩] ابن حزم: المحلى ٣١٦/١٠، جاء في كتاب ثبوت النسب " وهذه الرواية عن جميلة بنت سعد ولا يدرى من هي " ص ٦٦. وقد سكت سكت ابن حجر عن هذه الرواية تلخيص الحبير، ٢٦٣/٣.

[١٠] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢١١/٣.

والسلام؛ لأن هذه المدة وهي السنتان وإن كانت لا تدرك بالعقل ولكن يمكن معرفتها عن طريق المشاهدة أو الإخبار عنها. وأبعد ما تكون عن قول الرسول عليه الصلاة والسلام)[١].

٢- ما روي أن عمر رضي الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملاً، فهم عمر برجمها فقال له معاذ: إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنياه يشبه أباه، فلما رآه قال: (ولدي ورب الكعبة) فإنما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه[٢].

الرأي الثاني: أكثر مدة الحمل أربع سنوات وذلك عند الشافعية[٣] وظاهر مذهب الحنابلة[٤] ورأي عند المالكية[٥].

وعليه فلو أتت المرأة بولد لأربع سنين فما دونها من يوم طلاقها أو موت زوجها ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء أو الاستبراء ولا بوضع الحمل فإن الولد لاحق بالزوج والعدة منقضية به[٦].

أدلة الرأي الثاني:

١- قول الإمام مالك بن أنس بعد أن ذكر له قول عائشة رضي الله عنها (ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين، ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل)[٧].

فقال: (سبحان الله. من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة صدق، وزوجها رجل صدق وحملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين)[٨].

السؤال الذي يطرح نفسه: أين مدة الرضاع عند هذه المرأة التي ولدت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة، تحمل أربع سنوات ثم تلد وهكذا... ؟ .

فقد تكون لم تر الحيض خلال فترة الرضاع، أو انقطع عنها الدم لسبب آخر ثم حملت قبل أن تراه، فحكم على كامل المدة أنها مدة حمل، وقد تكون حالة نادرة وليست عامة والله أعلم بالصواب.

٢- عدة من ارتفع حيضها وهي من ذوات الأقراء ولا تدري ما سببه أربع سنوات حتى يتيقن براءة رحمها ثم تعتد بثلاثة أشهر وهو قول للشافعي[٩].

ولا يخفى ما في هذا من تطويل للعدة بغير حاجة لذلك، وفيه ضرر على الزوجين؛ الزوج بإيجاب النفقة عليه لزوجته طوال هذه المدة، والزوجة بمنعها من الزواج طوال هذه المدة أيضا.

---

[١] انظر: الداغستاني: مريم، الآثار المترتبة على الطلاق ص ٢٧٧ .

[٢] رواه عبد الرزاق: المصنف، باب التي تضع لسنتين،٣٥٤/٧ برقم ١٣٤٥٤، والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل. ٤٤٣/٧. برقم ١٥٣٢٦.

[٣] الماوردي: الحاوي ٢١١/١١، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٨/٣، النووي: منهاج الطالبين ١١٥.

[٤] البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ١٦٠/٣، ابن قدامة: المغني، ٤٧٧/٧، المرداوي: الإنصاف ٢٧٤/٩.

[٥] عليش: شرح منح الجليل ٣٨٠/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ١٥٧، شرح الزركشي على متن الخرقي ٤٧٠/٣.

[٦] شرح الزركشي على متن الخرقي ٤٧١/٣.

[٧] سبق تخريجه.

[٨] رواه البيهقي: السنن الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، ٤٤٣/٧ برقم ١٥٣٣٠، وفي الباب روايات كثيرة، انظر: ابن حجر: تلخيص الحبير ٢٦٣/٣، قيل: "إن زوجها محمد بن عجلان، قال النووي: المجموع، " اختلف نقاد الرجال فيه " ١٣٠/٨.

[٩] النووي: المجموع، ١٣٦/١٨.

إضافة إلى أن المرأة قد ينقطع حيضها لسبب غير الحمل.

٣- عدة امرأة المفقود أربع سنوات ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، وهذا قضاء عمر وعثمان رضي الله عنهما[١] أخذ به الإمام أحمد وتابعه ابن تيمية[٢] وهذا حتى يتيقن براءة رحمها من الحمل.

٤- أن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل لأربع سنوات[٣].

الرأي الثالث: أكثر الحمل خمس سنين، وهذا هو المشهور عند المالكية[٤]، وروي عن مالك سبع سنين[٥].

سنين[٥].

أدلة الرأي الثالث: لم أقف عليها ولكن قد يكون قد وجد هذا والله أعلم.

الرأي الرابع: أكثر مدة الحمل تسعة أشهر، وذلك عند الظاهرية[٦] وبعض فقهاء المذاهب[٧].

أدلة الرأي الرابع:

١- أن غالب مدة الحمل تسعة أشهر[٨] وندرت الزيادة عليها.

٢- لأن المطلقة ذات الأقراء إذا ارتفع حيضها، ولم تدر ما سببه تعتد سنة، تسعة أشهر منها لتعلن براءة رحمها من الحمل؛ لأن هذه غالب مدته ثم تعتد عدة الآيسات ثلاثة أشهر. هذا مذهب مالك[٩] وأحد قولي الشافعي[١٠] ومذهب الحنابلة[١١] وقد اختاره ابن قدامة[١٢] وشيخ الإسلام ابن تيمية[١٣] وهو مروي عن عمر رضي الله عنه ولا مخالف له من المهاجرين والأنصار[١٤]؛ وذلك في قوله رضي الله عنه: (أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعت حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر، فإن بان بها حمل فذلك، وإلا اعتدت بعد التسعة أشهر بثلاثة أشهر ثم حلت)[١٥].

جاء في المحلى: (فهذا عمر – رضي الله عنه –لا يرى الحمل أكثر من تسعة أشهر)[١٦].

أمر عمر رضي الله عنه من انقطع دمها أن تنتظر تسعة أشهر حتى يستبين حملها ولم يصرح فيه بأن هذه أقصى مدة الحمل بل أمرها بذلك لأن هذه غالب مدته، ولو كانت التسعة أشهر هي أقصى مدته لبينها أو لحسب معها الحيضتين السابقتين للانقطاع، كما أن الله عزّ وجلّ حدد للصغيرة والآيسة ثلاثة أشهر

---

[١] ابن حجر: تلخيص الحبير ٢٦٤/٣، ٢٦٦، النووي: المجموع، ١٥٥/١٨، الإمام مالك: الموطأ ٥٧٥/٢.
[٢] ابن تيمية: مجموع الفتاوى ٥٧٦/٢٠.
[٣] الماردي: كتاب العدد من الحاوي ٣٢٠/١، الزركشي: شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه ٤٧١/٣.
[٤] الحطاب: مواهب الجليل، ١٥١/٤، ابن رشد: بداية المجتهد، ٩٣/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ١٥٧.
[٥] ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ١٥٧.
[٦] ابن حزم: المحلى ٢٨٥/١٠.
[٧] ابن رشد: بداية المجتهد، ٩٣/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ١٥٦، ابن قدامة: المغني، ٤٧٧/٧.
[٨] ابن رشد: بداية المجتهد، ٩٣/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ١٥٦.
[٩] ابن رشد: بداية المجتهد، ٩٣/٢.
[١٠] النووي: المجموع، ١٣٥/١٨.
[١١] ابن قدامة: المغني، ٤٤٧/٧.
[١٢] اختيارات ابن قدامة الفقهية ٣١٣/٣.
[١٣] ابن تيمية: مجموع الفتاوي ٢١/٣٤، تيسير الفقه الجامع للاختيارات الفقهية لابن تيمية، ٨٤٢/٢.
[١٤] ابن قدامة: المغني، ٤٦٦/٧، ابن تيمية: مجموع الفتاوى ٢١/٣٤.
[١٥] الإمام مالك: الموطأ، كتاب الطلاق، باب جامع عدة الطلاق ٥٨٢/٢ برقم ١٢١٢، البيهقي: السنن الكبرى، كتاب العدد، باب عدة من تباعد حيضها، ٤٢٠/٧. برقم ١٥١٨٩.
[١٦] ابن حزم: المحلى، ٢١٧/١٠.

وهي ليست أقصى مدة الحمل فهما لا تحملان أصلا، وللمتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وهي أيضا ليست أقصى مدة الحمل[١].

٣- التسعة أشهر هي أيضا عدة للمستحاضة -وهي التي جهل حيضها- وذلك عند الإمام أحمد[٢] ومالك[٣] والظاهرية[٤] وما ذلك إلا لأن هذه هي غالب مدة الحمل.

وأرى أن هذا الاستدلال لا أصل له ولم أقف عليه فيما تيسر لي مراجعته من كتب الفقهاء.

الترجيح:

وبعد هذا الاستعراض لآراء الفقهاء وأدلتهم في تحديد أقصى مدة الحمل فأنتهي من حيث ابتدأت بأن المتفق عليه أن تحديد هذه المدة لا توقيف فيه ولا اتفاق[٥] وما اعتمده الفقهاء من تحديد استند إلى وقائع جزئية لا تفيد تقديرا صحيحا وعاما لأقصى مدة الحمل، وكأنما ارتكزت آراؤهم عليه هو انقطاع حيض المرأة وهو في الغالب علامة حملها وقد تطول فترة الانقطاع ثم يحصل بأمر الله الحمل دون أن ترى المرأة الدم فتبني مدة الحمل على خطأ واشتباه ظناً أن مدة الانقطاع مضافا إليها مدة الحمل الحقيقية كلها مدة للحمل[٦].

وتبقى غالب مدة الحمل تسعة أشهر، وإنما بنى فقهاؤنا الأجلاء أحكامهم على ما ثبت وجوده وقد وجد من تعدت بحملها التسعة أشهر فوجب اعتباره لما يترتب عليه من الأحكام الشرعية. وهذا لا يعني الوقوف عندما توصلوا إليه وعدم الاستفادة من التسهيلات العلمية والطبية المتاحة؛ بل إن الرجوع والاستناد إلى أصحاب التخصص في تحديد مدة الحمل أصبح لزاماً، خصوصاً عند الاختلاف والتعارض في تحديده لأن الحمل ومدته أساس ومناط لكثير من الأحكام الشرعية ولنا أخيراً النظر بعين أصحاب التخصص -الأطباء- في مدة الحمل.

فللأطباء في تحديد أقصى مدة الحمل آراء تتلخص في الآتي:

١- المدة الحقيقية للحمل ستة وستون ومائتا يوم يحدد تاريخ بدء آخر حيضة حاضتها المرأة الحامل ثم يضاف إليها تسعة أشهر وتسعة أيام وذلك موعد الولادة بالتقريب، قد يزيد أياما أو قد ينقص عنها، ولا تزيد أكثر مدة الحمل عند الأطباء عن شهر بعد ذلك[٧].

٢- غالب مدة الحمل إحدى وثمانون ومائتا يوم أو اثنان وثمانون ومائتا يوم، ابتداء من أول يوم لآخر حيض قبل الحمل. وهذه عشرة أشهر قمرية[٨].

٣- تمام تسعة أشهر أو سبعون ومائتا يوم هي أقصى مدة للحمل[٩].

---

[١] الخطيب: ياسين بن ناصر، ثبوت النسب٦٥. جامعة الملك عبدالعزيز- كلية الشريعة بمكة المكرمة، رسالة ماجستير.
[٢] ابن قدامة: المغني، ٤٦٦/٧.
[٣] الإمام مالك: الموطأ ٥٨٣/٢.
[٤] ابن حزم: المحلى ٢٧١/١٠.
[٥] ابن قدامة: المغني، ٤٧٧/٧.
[٦] النسيمي: محمود، الطب النبوي والعلم الحديث ٣٦٤/٣ – ٣٦٦.
[٧] البار: محمد، خلق الإنسان بين الطب والقرآن ٤٥١-٤٥٤، الجميلي: السيد، الإعجاز الطبي في القرآن ٥٧.
[٨] رويحة: أمين، المرأة في سن الإخصاب وسن اليأس ٨٩.
[٩] النسيمي: محمود، الطب النبوي والعلم الحديث ٣٦٤/٣.

٤- غالب مدة الحمل أربعون أسبوعاً[١] هناك نسبة قليلة من النساء - ثلاثة بالمائة- من يلدن في الأسبوع الأسبوع الرابع والأربعين أي في مدة أقصاها عشرة أشهر[٢].

وعليه فأقصى مدة للحمل تنحصر بين الأسبوع الثامن والثلاثين إلى الأسبوع الأربعين وهذا ما يعادل بالأيام ستة وستين ومائتي يوم إلى ثمانين ومائتي يوم قد تزيد هذه المدة أياماً أو قد تنقص أياماً، إلى أن تصل حدها الأقصى في النادر عند بعض النساء وهو أربع وأربعون أسبوعاً.

واختلافهم اليسير صدر عن صعوبة تحديد وقت ابتداء الحمل تحديدا دقيقاً، وهو يحصل غالباً بعد اليوم الرابع عشر من آخر حيضة حاضتها الحامل[٣].

وأخيراً فمن فضل الله علينا أنه من علينا وكفانا مؤنة البحث والتحديد لمدة الحمل بما يسره عز وجل من إمكانيات علمية وطبية كفلت لنا التحديد وبدقة متناهية والرجوع إلى الأطباء وأهل التخصص عند الاختلاف في ذلك أمر هام وضرورة ملحة.

الفرع الثالث: ارتياب المعتدّة في وجود حمل.

معناه أن ترى المرأة أمارات الحمل وهي في عدّة الأقراء أو الأشهر من حركة أو نفخة ونحوهما وشكّت هل هو حمل أم لا[٤].

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأوّل: وهو للمالكيّة إن ارتابت المعتدّة أي شكّت وتحيّرت بالحمل إلى أقصى أمد الحمل هل تتربّص خمساً من السّنين أو أربعاً ؟ فيه خلاف: إن مضت المدّة ولم تزد الرّيبة حلّت للأزواج لانقضاء العدّة، أمّا إن مضت وزادت الرّيبة لكبر بطنها مكثت حتّى ترتفع، وفي رواية إذا مضت الخمسة أو الأربعة حلّت ولو بقيت الرّيبة، ولو تزوّجت المرتابة بالحمل قبل تمام الخمس سنين بأربعة أشهر فولدت لخمسة أشهر من نكاح الثّاني لم يلحق الولد بواحد منهما، ويفسخ نكاح الثّاني لأنّه نكح حاملاً، أمّا عدم لحوقه بالأوّل فلزيادته على الخمس سنين بشهر، وأمّا الثّاني فلولادته لأقلّ من ستّة أشهر[٥].

القول الثّاني: وهو للشّافعيّة: لو ارتابت في العدّة في وجود حمل أم لا بثقل وحركة تجدهما لم تنكح آخر حتّى تزول الرّيبة بمرور زمن تزعم النّساء أنّها لا تلد فيه، لأنّ العدّة قد لزمتها بيقين فلا تخرج عنها إلاّ بيقين، فإن نكحت فالنّكاح باطل للتّردّد في انقضائها والاحتياط في الأبضاع، ولأنّ الشّكّ في المعقود عليه يبطل العقد، فإن ارتابت بعد العدّة ونكاح الآخر استمرّ نكاحها إلى أن تلد لدون ستّة أشهر من وقت عقده فإنّه يحكم ببطلان عقد النّكاح لتحقّق كونها حاملاً يوم العقد والولد للأوّل إن أمكن كونه منه، بخلاف ما لو

---

[١] المرجع السابق.

[٢] بحث الأمومة في الإسلام ٣٣٥، نقلا عن مجلة الفقه الإسلامي العدد الرابع ٣٥١ بحث للدكتور نجم عبد الواحد

[٣] رويحة: أمين، المرأة في سن الإخصاب وسن اليأس ٨٩. ولا يمكن معرفة زمن حدوث الإلقاح إلا في حالة واحدة وهي حدوث مناسبة مناسبة زوجية وحيدة خلال الدورة الشهرية وحدوث حمل، فتكون هذه المناسبة هي فترة الإلقاح، ويحدث الإلقاح عادة بعد ساعات قليلة من هذه المناسبة. تطور الجنين ١٨٦-١٨٨.

[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٩/٣. ابن قدامة: المغني، ١٠٤/٩.

[٥] الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٤/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٤/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٧/١.

ولدته لستّة أشهر فأكثر فالولد للثّاني، وإن ارتابت بعد العدّة قبل نكاح بآخر تصبر على النّكاح لتزول الرّيبة للاحتياط لخبر[١]: (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك)[٢].

القول الثّالث: وهو للحنابلة إنّ المرتابة في العدّة في وجود حمل أم لا لها ثلاثة أحوال: الأوّل: أن تحدث بها الرّيبة قبل انقضاء عدّتها فإنّها تبقى في حكم الاعتداد حتّى تزول الرّيبة، فإن بان حمل انقضت عدّتها بوضعه، وإن بان أنّه ليس بحمل تبيّنّا أنّ عدّتها انقضت بالقروء، أو بالشّهور، فإن زوّجت قبل زوال الرّيبة فالنّكاح باطل، لأنّها تزوّجت وهي في حكم المعتدّات في الظّاهر، ويحتمل إذا تبيّن عدم الحمل أنّه يصحّ النّكاح، لبيان أنّها تزوّجت بعد انقضاء عدّتها.

الثّاني: إن ظهرت الرّيبة بعد قضاء عدّتها والتّزوّج فالنّكاح صحيح لأنّه وجد بعد قضاء عدّتها في الظّاهر والحمل مع الرّيبة مشكوك فيه ولا يزول به ما حكم بصحّته لكن لا يحلّ لزوجها وطؤها للشّكّ في صحّة النّكاح، ولأنّه لا يحلّ لمن يؤمن باللّه واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره، ثمّ ننظر فإن وضعت الولد لأقلّ من ستّة أشهر منذ تزوّجها الثّاني ووطئها فنكاحه باطل لأنّه نكحها وهي حامل، وإن أتت به لأكثر من ذلك فالولد لاحق به ونكاحه صحيح.

الثّالث: أن تظهر الرّيبة بعد قضاء العدّة وقبل النّكاح فلا يحلّ لها أن تتزوّج، وإن تزوّجت فالنّكاح باطل، وفي وجه آخر يحلّ لها النّكاح ويصحّ[٣].

مسائل تتعلق بالعدة بوضع الحمل:

المسألة الأولى: الحمل الذي تنقضي به العدة.

ذهب عامة أهل العلم[٤] إلى أن العدة تنقضي بوضع ما تبين فيه خلق إنسان ولو خفياً، وإذا ولدت ولدا وفي بطنها آخر لم تنقض العدة حتى تلد الآخر[٥]، أما إذا كان الحمل علقة[٦] فوضعتها المرأة، فلا تنقضي تنقضي به العدة بإجماع جمهور الفقهاء[٧].

ثم اختلف فقهاء المذاهب فيما عدا ذلك على النحو التالي:

---

[١] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٩/٣.

[٢] رواه البخاري في صحيحه تعليقاً، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، ٧٢٤/٢. ابن خزيمة: الصحيح، جماع أبواب قسم المصدقات وذكر أهل سهمانها، باب ذكر تحريم الصدقة المفروضة على الرسول صلى الله عليه وسلم، ٥٩/٤ برقم ٢٣٤٨. ابن حبان: الصحيح، ذكر الزجر عما يريب المرء هذه الدنيا الفانية الزائلة، ٤٩٨/٢ برقم ٧٢٢. الحاكم: المستدرك على الصحيحين، ١٥/٢ برقم ٢١٦٩. وقال صحيح. والترمذي: السنن، كتاب صفة القيامة، باب ٦٠، ٦٦٨/٤ برقم ٢٥١٨. ٦٦٨/٤. والنسائي: السنن الكبرى، الحث على ترك الشبهات، ٢٣٩/٣ برقم ٥٢٢٠. ورواه أحمد في مسنده، ٢٠٠/١ برقم ١٧٢٣..

[٣] ابن قدامة: المغني، ١٠٤/٩-١٥٠. هذا ما كان معروفاً في عصرهم بناء على الريبة لعدم وجود اليقين، وأما اليوم فيمكن أن يتوصل إلى اليقين بوجود الحمل أو عدمه بالوسائل العلمية المتقدمة.

[٤] ابن القيم: زاد المعاد، ٥٣٠/٥، ابن قدامة: المغني، ٢٢٩/١١، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٨/١، النفراوي: الفواكه الدواني، ٦٢/٢، النووي: المجموع، ١٢٧/١٨، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ٢١٧/٣، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٢٠١/١، ابن عثيمين: الشرح الممتع ٣٣٧/١٣.

[٥] النفراوي: الفواكه الدواني، ٦٢/٢.

[٦] العلقة: هي مرحلة التصاق وانغراز وتبدأ من تعلق النطفة الأمشاج بالرحم وتكون محاطة بالدم المتجمد من كل جهاتها وتنتهي عند ظهور الكتل البدنية والتي تعتبر بداية المضغة. [البار: محمد، خلق الإنسان بين الطب والقرآن ٢٠١، وله: الجنين المشوه والأمراض الوراثية ٤٠].

[٧] النووي: المجموع، ١٢٨/١٨، وخالف في ذلك الحسن فإنه قال: " إذا علم أنها حمل انقضت به العدة وفيه الغرة " المرجع السابق وابن قدامة: المغني، ٢٣١/١١.

عند الحنفية[١]: شرط انقضاء العدة أن يكون ما وضعته المرأة قد استبان خلقه أو بعض خلقه، فإن لم يستبن بأن أسقطت علقة أو مضغة[٢] لم تنقض العدة لاحتمال أن يكون واحتمال ألا يكون فيقع الشك في وضع الحمل، والعدة لا تنقضي بالشك.

عند المالكية[٣]: إن أسقطت الزوجة سقطا لم يتبين شيء من خلقه سواء كان علقة أو مضغة أو عظماً أو أو دما إذا ثبت عند النساء من أنه شيء يستقين أو يكون منه ولد فإنه تنقضي به العدة.

عند الشافعية[٤] **والحنابلة**[٥]: إذا ألقت المرأة بعد فرقة زوجها شيئاً لم يخل أن يكون ما بان فيه هو الشكل الشكل الآدمي من الرأس واليد والرجل فهذا تنقضي به العدة بلا خلاف، أو أن يكون ما ألقته:

١-نطفة أو دماً؛ فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام؛ لأنه لم يثبت أنه ولد لا بالمشاهدة ولا بالبينة.

٢- أن تلقي مضغة لم يتبين فيها الخلقة، فشهد أربع ثقات من النساء القوابل أن فيه صورة الآدمي فتنقضي به العدة عند بعض الشافعية والحنابلة[٦].

٣- إذا ألقت مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي فلا تنقضي به العدة؛ لأنه لم يثبت كونه ولدا ببينة ولا مشاهدة فأشبه العلقة، ولا تنقضي العدة بوضع ما قبل المضغة بحال سواء كان نطفة[٧] أو علقة، سواء قيل إنه مبتدأ خلق آدمي أو لم يقلّ[٨].

٤- أن تضع مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمي فهذا لا تنقضي به العدة.

وأقل ما تنقضي به العدة من الحمل أن تضعه بعد ثمانين يوما منذ أمكنه وطؤها لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربع كلمات، ويقال له اكتب عمله، ورزقه وأجله وشقي أو سعيد، ثم ينفخ فيه الروح، فإن الرجل منكم ليعمل حتى يكون بينه وبين الجنة إلا ذراع، فيسبق عليه كتابه فيعمل بعمل أهل النار، ويعمل حتى ما يكون بينه وبين النار إلا ذراع، فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل الجنة)[٩].

ولا تنقضي العدة بما دون المضغة فوجب أن تكون بعد الثمانين، فأما ما بعد الأربعة أشهر فليس فيه إشكال لأنه ينكس في الخلق الرابع[١٠].

وعليه فيشترط في الحمل الذي تنقضي به العدة:

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٦/٣، ابن نجيم: البحر الرائق، ١٤٧/٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٤/٢

[٢] المضغة: هي لحمة صغيرة بقدر ما يمضغ. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١٢/٦، وما يميز هذه الفترة هو ظهور الكتل البدنية. [البار: خلق الإنسان بين الطب والقرآن ٢٥٥.]

[٣] الدردير: بلغة السالك، ٤٦١/١.

[٤] حاشية قليوبي وعميرة، ٤٣/٤-٤٤. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٨/٣-٣٨٩. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٦/٨. النووي: المجموع، المجموع، ١٢٧/١٨-١٢٨، الماوردي: كتاب العدد من الحاوي الكبير، ٢٧٩/١ وما بعدها.

[٥] ابن قدامة: المغني، ٢٣٠/١١-٢٣١، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ٢١٨/٣.

[٦] عند الشافعية وأحمد قولان في انقضاء العدة به. النووي: المجموع، ١٢٨/١٨.

[٧] النطفة: المقصود بها هنا النطفة الأمشاج أو البويضة الملقحة وهي النطفة المختلطة من الحيوان المنوي والبويضة الأنثوية. [البار: محمد خلق الإنسان بين الطب والقرآن ١٠٩، البار: محمد، الجنين المشوه والأمراض الوراثية ٣٩.].

[٨] النووي: المجموع، ١٢٨/١٨.

[٩] رواه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الخلق، باب ذكر الملائكة، ١١٧٤/٣ برقم ٣٢٠٨. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب القدر، باب كيفية الخلق الآدمي في بطن أمه وكتابة رزقه وأجله وعمله وشقاوته وسعادته، ٢٠٣٦/٤ برقم ٢٦٤٣.

[١٠] ابن قدامة: المغني، ٢٣١/١١.

أ- أن يتبين فيه خلق الإنسان.
ب-أن يكون منسوباً شرعاً إلى من له العدة[1]. وهذا يتحدد حسب مدة الحمل وسيأتي تفصيلها لاحقاً.

المسألة الثانية: فيما لو خرج أكثر الولد هل تنقضي العدّة أم لا ؟ أو إذا كان الحمل اثنين فأكثر.

اتّفق الفقهاء على أنّ عدّة الحامل تنقضي بانفصال جميع الولد إذا كان الحمل واحداً لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق:٤].

واختلفوا في مسألتين:

الأولى: فيما لو خرج أكثر الولد هل تنقضي العدّة أم لا ؟ .

ذهب الحنفيّة في ظاهر الرّواية والشّافعيّة والحنابلة والمالكيّة في المعتمد عندهم إلى أنّه إذا خرج أكثر الولد لم تنقض العدّة، ولذلك يجوز مراجعتها ولا تحلّ للأزواج إلاّ بانفصاله كلّه عن أمّه[2]، خلافاً لابن وهب[3] من المالكيّة القائل إنّها تحلّ بوضع ثلثي الحمل بناءً على تبعيّة الأقلّ للأكثر[4].

وصرّح الحنفيّة في قول إلى أنّه لو خرج أكثر الولد تنقضي به العدّة من وجه دون وجه فلا تصحّ الرّجعة ولا تحلّ للأزواج احتياطاً، لأنّ الأكثر يقوم مقام الكلّ في انقطاع الرّجعة احتياطاً، ولا يقوم في انقضاء العدّة حتّى لا تحلّ للأزواج احتياطاً[5].

وصرّح الشّافعيّة بأنّ العدّة لا تنقضي بخروج بعض الولد، ولو خرج بعضه منفصلاً أو غير منفصل ولم يخرج الباقي بقيت الرّجعة، ولو طلّقها وقع الطّلاق، ولو مات أحدهما ورثه الآخر[6].

الثّانية: إذا كان الحمل اثنين فأكثر:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأوّل: ذهب فقهاء الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، إلى أنّ الحمل إذا كان اثنين فأكثر لم تنقض العدّة إلاّ بوضع الآخر، لأنّ الحمل اسم لجميع ما في الرّحم، ولأنّ العدّة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل، فإذا علم وجود الولد الثّاني أو الثّالث فقد تيقّن وجود الموجب للعدّة وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها، ولأنّها لو انقضت عدّتها بوضع الأوّل لأبيح لها النّكاح كما لو وضعت الآخر، وكذلك لو وضعت ولداً وشكّت في وجود ثان لم تنقض عدّتها حتّى تزول الرّيبة وتتيقّن أنّها لم يبق معها حمل لأنّ الأصل بقاؤه فلا يزول بالشّكّ[7]، وعلى هذا القول فلو وضعت أحدهما وكانت رجعيّةً فلزوجها الرّجعة قبل

---

[1] ابن عثيمين: الشرح الممتع، ٣٣٩/١٣.

[2] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٤/٢. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٤/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٢/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٧/١. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٨/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٥/٨. حاشية قليوبي وعميرة، ٤٣/٤-٤٤. ابن قدامة: المغني، ١١٢/٩.

[3] ابن وهب (١٢٥-١٩٧هـ) أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم، الفهري المصري.من تلاميذه الإمام مالك والليث بن سعد. جمع بين الفقه والحديث والعبادة، أثنى أحمد على ضبطه، وعرض عليه القضاء فامتنع.له: (الجامع في الحديث) و (الموطأ).[تهذيب التهذيب ٧١/٦، وفيات الأعيان ٢٤٩/١].

[4] الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٤/٢.

[5] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٤/٢. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٦/٣.

[6] النووي: روضة الطالبين، ٣٧٥/٨.

[7] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٨/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٤/٢. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣١٤/٤. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٤/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٨/٣-٣٨٩. ابن قدامة: المغني، ١١٢/٩.

أن تضع الثّاني أو الآخر لبقاء العدّة، وإنّما يكونان توأمين إذا وضعتهما معاً أو كان بينهما دون ستّة أشهر، فإن كان بينهما ستّة أشهر فصاعداً فالثّاني حمل آخر[١].

القول الثّاني: ذهب عكرمة وأبو قلابة والحسن البصريّ إلى أنّ العدّة تنقضي بوضع الأوّل ولكن لا تتزوّج حتّى تضع الولد الآخر[٢]، واستدلّوا بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق:٤]. ولم يقل أحمالهنّ فإذا وضعت أحدهما فقد وضعت حملها[٣].

وعلى هذا القول لا يجوز مراجعتها بعد وضع الولد الأوّل لعدم بقاء العدّة إلاّ أنّها لا تحلّ للأزواج إلاّ بعد أن تضع الأخير من التّوائم، خلافاً لجمهور الفقهاء فإنّ انقضاء مراجعة الحامل يتوقّف على وضع كلّ الحمل وهذا هو قول عامّة العلماء[٤].

المسألة الثالثة: متى يجوز للمعتدّة بوضع الحمل الزّواج: بالوضع أم بالطّهر؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأوّل: ذهب جمهور العلماء وأئمّة الفتوى إلى أنّ المرأة تتزوّج بعد وضع الحمل حتّى وإن كانت في دمها، لأنّ العدّة تنقضي بوضع الحمل كلّه فتحلّ للأزواج إلاّ أنّ زوجها لا يقربها حتّى تطهر لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾[البقرة:٢٢٢].

القول الثّاني: ذهب الحسن والشّعبيّ والنّخعيّ وحمّاد إلى أنّه لا تنكح النّفساء ما دامت في دم نفاسها لما ورد في الحديث: (فلمّا تعلّت من نفاسها تجمّلت للخطّاب)[٥]، ومعنى تعلّت يعني طهرت[٦].

---

[١] النووي: روضة الطالبين، ٣٧٥/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٨/٣-٣٨٩.

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٨/٣. ابن قدامة: المغني، ٢٢/٩.

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٨/٣.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٤٧٨/٨.

[٥] رواه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب فضل من شهد بدراً، ١٤٦٦/٤ برقم ٣٧٧٠، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل، ١١٢٢/٢ برقم ١٤٨٤.

[٦] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٨/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٤/٢. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣١٤/٤. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٤/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٨/٣-٣٨٩.. ابن قدامة: المغني، ١١٠/٩. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٧٥/٣.

المبحث الثالث
من أحكام العدد

المطلب الأول
تحوّل العدّة أو انتقالها

الأصل في تحول العدد وانتقالها القواعد الفقهية التالية: إذا وجد المبدل زال حكم البدل[١]. ومثلها: **من قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل لزمه العود إليه**[٢]. ومثلها: **القدرة على الأصل تمنع اعتبار البدل**[٣].**ومثلها:** من قدر على الأصل قبل تمام البدل لم يجزئه[٤]. ولكن يتفرع عن هذا الفروع التالية:

الفرع الأول: انتقال العدّة أو تحوّلها من الأشهر إلى الأقراء.

اتّفق الفقهاء على أنّ الصّغيرة أو البالغة الّتي لم تحض إذا اعتدّت بالأشهر فحاضت قبل انقضاء عدّتها ولو بساعة لزمها استئناف العدّة من جديد ولا تنتهي عدتها إلا بثلاث حيضات كوامل عند الحنفية والحنابلة، وبثلاثة أطهار عند المالكية والشافعية، ويبطل ما مضى من عدتها، فتنتقل عدّتها من الأشهر إلى الأقراء، لأنّ الأشهر بدل عن الأقراء إذ إن قواعد الفقه تنص على أنه: **إذا وجد المبدل بطل حكم البدل**[٥]؛ وكذلك **القدرة على الأصل تمنع اعتبار البدل.** كالقدرة على الوضوء في حق المتيمم ونحوها[٦].

أمّا إن انقضت عدّتها بالأشهر ثمّ حاضت بعدها ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدّة لأنّه معنىً حدث بعد انقضاء العدّة وقد حصل المقصود بالبدل، فلا يبطل حكمه بالقدرة على الأصل، كالّتي حاضت بعد انقضائها بزمن طويل، ولا يمكن منع هذا الأصل، لأنّه لو صحّ منعه لم يحصل لمن لم تحض الاعتداد بالأشهر بحال، كمن صلى بالتيمم، ثم قدر على الماء بعد انتهاء وقت الصلاة، فلا يجب عليه الوضوء وإعادة الصلاة[٧]. والقاعدة الفقهية في ذلك: **يسقط اعتبار البدل عند القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل**[٨].

ثم اختلف الفقهاء في الآيسة إذا اعتدّت ببعض الأشهر، ثمّ رأت الدّم:

فذهب الحنفية في ظاهر الرّواية والشافعية إلى أن عدّتها تتحوّل إلى الأقراء؛ لأنّها لمّا رأت الدّم دلّ على أنّها لم تكن آيسةً وأنّها أخطأت في الظّنّ فلا يعتدّ بالأشهر في حقّها لأنّها بدل فلا يعتبر مع وجود الأصل، ولكن نص الحنفيّة – على الرّواية الّتي وقّتوا للإياس فيها وقتاً – إلى أنّه إذا بلغت ذلك الوقت ثمّ

---

(١) ابن قدامة: المغني، ٨٨/٨ – ٩١/٨.
(٢) المرجع السابق، ٣٣/٨.
(٣) السرخسي: المبسوط،٢٧/٦.
(٤) ابن قدامة: المغني ٩٢/٣
(٥) المرجع السابق، ٨٨/٨ – ٩١/٨.
(٦) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٠/٣. ابن قدامة: المغني، ١٠٢/٩.
(٧) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٠/٣. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٦٠٦/٢.. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٤/٢. ٤٧٤/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٢/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٠/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٨/٣. ابن قدامة: المغني، ١١٠/٩.
(٨) السرخسي: المبسوط،١١/١ – ابن قدامة: المقنع ٤٢٤/١.

رأت بعده الدّم لم يكن ذلك الدّم حيضاً كالدّم الّذي تراه الصّغيرة الّتي لا يحيض مثلها، إلاّ إذا كان دماً خالصاً فحيض حتّى يبطل به الاعتداد بالأشهر[1].

ونقل الكاسانيّ عن الجصّاص أنّه قال: (إنّ ذلك في الّتي ظنّت أنّها آيسة، فأمّا الآيسة فما ترى من الدّم لا يكون حيضاً، ألا ترى أنّ وجود الحيض منها كان معجزة نبيّ من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام ؟ فلا يجوز أن يؤخذ إلاّ على وجه المعجزة)[2].

وذهب المالكيّة إلى أنّ الآيسة إذا رأت الدّم بعد الخمسين وقبل السّبعين، والحنابلة القائلين بعد الخمسين وقبل السّتّين، فإنّه يكون دماً مشكوكاً فيه يرجع فيه إلى النّساء لمعرفة هل هو حيض أم لا ؟ [3].

وصرّح الشّافعيّة بأنّ الآيسة إذا رأت الدّم بعد تمام الأشهر فثلاثة أقوال:

أحدها: لا يلزمها العود إلى الأقراء، بل انقضت عدّتها، كما لو حاضت الصّغيرة بعد الأشهر، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

الثّاني: يلزمها، لأنّه بان أنّها ليست آيسةً بخلاف الصّغيرة فإنّها برؤية الحيض لا تخرج عن كونها وقت الاعتداد من اللائي لم يحضن.

الثّالث: وهو الأظهر إن كان نكحت بعد الأشهر فقد تمّت العدّة والنّكاح صحيح، وإلاّ لزمها الأقراء[4].

وذهب الحنابلة إلى أنّ المرأة إذا رأت الدّم بعد الخمسين على العادة الّتي كانت تراه فيها فهو حيض في الصّحيح، لأنّ دليل الحيض الوجود في زمن الإمكان، وهذا يمكن وجود الحيض فيه وإن كان نادراً، وإن رأته بعد السّتّين فقد تيقّن أنّه ليس بحيض، فعند ذلك لا تعتدّ به، وتعتدّ بالأشهر، كالّتي لا ترى دماً[5].

الفرع الثاني: تحول العدّة من الأقراء إلى الأشهر.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ العدّة تنتقل من الأقراء إلى الأشهر في حقّ من حاضت حيضةً أو حيضتين ثمّ يئست من المحيض فتستقبل العدّة بالأشهر لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ﴾[الطلاق:٤].

والأشهر بدل عن الحيض فلو لم تستقبل وثبتت على الأوّل لصار الشّيء الواحد أصلاً وبدلاً وهذا لا يجوز، كما أنّ العدّة لا تلفّق من جنسين وقد تعذّر إتمامها بالحيض فوجبت بالأشهر[6].

وإياس المرأة أن تبلغ من السّنّ ما لا يحيض فيه مثلها عادةً، فإذا بلغت هذه السّنّ مع انقطاع الدّم كان الظّاهر أنّها آيسة من الحيضة حتّى يتّضح لنا خلافه.

ثم اختلف الفقهاء في ضابط الانتقال أو التحول بالنسبة إلى سنّ اليأس على أقوال ثلاثة[1]:

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٠/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٦/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٠/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٦/٣.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٠/٣.

(3) الحطاب: مواهب الجليل، ١٤٤/٤-١٤٦. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٢٠/٢. ابن قدامة: المغني، ٩٢/٩.

(4) النووي: روضة الطالبين، ٣٧٣/٨. ابن قدامة: المغني، ١٠٣/٩.

(5) ابن قدامة: المغني، ٩٣/٩.

(6) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٠/٣. ٦٠٦. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٤٦/٤. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٤/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٧١/٨. ابن قدامة: المغني، ١٠٣/٩.

القول الأول: وهو للحنفية والشافعية في الجديد: أنها تعتد أبدا حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس (وهو ٥٥سنة) استأنفت العدة بالأشهر الثلاثة التي هي عدة الآيسة. لأن الاعتداد بالأشهر جعل بعد الإياس، فلم يجز قبله، وهذه ليست آيسة، ولأنها ترجو عود الدم، فلم تعتد بالشهور، كما لو تباعد حيضها لعارض[٢].

القول الثاني: وهو لمالك وأحد قولي الشافعي ومذهب أحمد: أنها تعتد سنة، تسعة أشهر كغالب مدة الحمل من وقت الطلاق تنتظر فيها لتعلم براءة رحمها؛ لأن هذه المدة هي غالب مدة الحمل، فإن لم يظهر حمل حكم ببراءة الرحم، فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات: ثلاثة أشهر، ولا تنقضي العدة بعود الحيض بعد المدة لانقضاء عدتها. وهذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار. وهذا هو المعقول، ودفعاً للحرج والمشقة[٣].

القول الثالث: وهو للشافعي في أحد قوليه أن عدّتها أربع سنين لأنها أكثر مدة الحمل، ثم تعتد عدة الآيسات ثلاثة أشهر، وذلك حتى تتيقن براءة رحمها من الحمل باعتدادها أكثر مدة الحمل[٤].

الترجيح:

ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني؛ لأن المقصود من العدة معرفة براءة الرحم وعادة ما تحصل في السنة، والتطويل أكثر من ذلك فيه ضرر على المرأة يمنعها من الزواج، وعلى الرجل بإيجاب السكن والنفقة عليه إضافة إلى أن العلم الحديث يسّر أمر معرفة براءة الأرحام فلله الحمد والمنة[٥].

الفرع الثالث: تحوّل العدّة من القروء أو الأشهر إلى وضع الحمل.

ذهب جمهور الفقهاء – من الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة والحنابلة – إلى أنه إذا شرعت المطلقة في العدة بالأقراء أو الأشهر، ثم ظهر بها حمل من الزوج سواء أثناء العدّة بالقروء أو الأشهر أو بعدها، فإنّ العدّة تتحوّل إلى وضع الحمل، وسقط حكم ما مضى من القروء أو الأشهر، وتبيّن أنّ ما رأته من الدّم لم يكن حيضاً، لأنّ الحامل لا تحيض ولأنّ وضع الحمل أقوى دلالةً على براءة الرّحم من آثار الزّوجيّة الّتي انقضت[٦]، ولقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق:٤].

---

[١] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٤٥/٤. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٢٠/٢. الحطاب: مواهب الجليل، ١٤٤/٤. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٢/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٨/٣. ابن قدامة: المغني، ١٠٣/٩.

[٢] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٠٨/٣، شيخي زاده: مجمع الأنهر، ٤٦٥/١، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٥/٣. الشافعي: الأم، ١٩٥/٥، النووي: المجموع، ١٣٥/١٨، ١٣٩.

[٣] ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٨/٢، النفراوي: الفواكه الدواني، ٦٢/٢، الحطاب: مواهب الجليل، ١٤٢/٤-١٤٣، الدردير: بلغة السالك، ٤٦٢/١. الشافعي: الأم، ١٩٥/٥، النووي: المجموع، ١٣٥/١١. ابن قدامة: المغني، ١٩٥/١١، ٢١٤/١١-٢١٥، ابن القيم: زاد المعاد، ٥٨٤/٥، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ٢٢١/٣، البهوتي: الروض المربع، ٩٠٦/٢.

[٤] الشافعي: الأم، ١٩٥/٥، النووي: المجموع، ١٣٦/١٨.

[٥] البعلي: الاختيارات الفقهية، ٣١٣/٣.

[٦] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠١/٣. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٤/٢. الرملي: نهاية المحتاج، ١٢٩/٧. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٧/٨.. ابن قدامة: المغني، ١٠٣/٩.

الفرع الرابع: تحوّل المعتدّة من عدّة الطّلاق إلى عدّة الوفاة.

هناك حالتان:

الحالة الأولى: المطلقة رجعياً يتوفى عنها زوجها قبل انقضاء عدتها:

اتّفق الفقهاء[١] على أن المطلقة رجعياً يتوفى عنها زوجها قبل انقضاء عدتها استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا من وقت الوفاة لعموم وجوب العدة على المتوفى عنها زوجها، فيسري عليها قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[البقرة: ٢٣٤].

ولذلك قال ابن المنذر: أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك، وذلك لأنّ الرّجعيّة زوجة يلحقها طلاقه وينالها ميراثه، فاعتدّت للوفاة كغير المطلّقة[٢].

ولأن العدة هنا للتعبد، وموت الزوج يوجب عدة[٣] والمطلقة رجعيا زوجة حكما ما دامت في العدة يلحقها طلاق زوجها وترثه إذا توفي عنها[٤] وتنتقل من عدة المطلقة لعدة المتوفى عنها زوجها ولو حصلت الوفاة قبل تمام عدتها بيوم واحد[٥] أما غير المدخول إن مات عنها زوجها فتعتد تعبداً[٦].

الحالة الثانية: المطلقة بائناً يتوفى عنها زوجها قبل انقضاء عدتها:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّه إذا طلّق الرّجل زوجته طلاقاً بائناً في حال صحّته، أو بناءً على طلبها، ثمّ توفّي وهي في العدّة، فإنّها تكمل عدّة الطّلاق ولا تنتقل إلى عدّة الوفاة، لأنها ليست زوجة حقيقة ولا حكماً[٧] فالزوجية قد زالت بينهما بالإبانة من وقت الطّلاق، فتبقى عدة الطلاق على حالها لأنها أجنبية منه[٨] ولا توارث بينهما لعدم وجود سببه، فتعذّر إيجاب عدّة الوفاة فبقيت عدّة الطّلاق على حالها.

وهذا مذهب مالك والشافعي ورأي للحنفية والحنابلة[٩].

أما مذهب أبي حنيفة[١٠] ورأي للحنابلة[١١] تعتد أطول الأجلين كما لو طلقها في مرض موته.

والراجح: القول الأول لانقطاع النكاح بالبينونة والله أعلم.

وأمّا لو طلّق الرّجل زوجته طلاقاً بائناً في مرض موته دون طلب منها، ثمّ توفّي وهي في العدّة فذهب أبو حنيفة وأحمد والثّوريّ ومحمّد بن الحسن إلى أنّها تعتدّ بأبعد الأجلين –من عدّة الطّلاق وعدّة الوفاة–

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٠/٣، ابن نجيم: البحر الرائق، ١٤٩/٤، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٦/٣،ابن حزم: المحلى ١٢٥/١٠، مختصر الخرشي ١٤٤/٤، ابن المنذر: الإجماع، ص١٠٩، ابن قدامة: المغني، ٢٥/١١، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ٢١٩/٣، النووي: المجموع، ١٥٢/١٨، حاشية الدسوقي ٤٧٥/٢، الماوردي: كتاب العدد من الحاوي ٧٤١/١.

[٢] ابن قدامة: المغني، ١٠٣/٩.

[٣] مختصر الخرشي ١٤٤/٤-١٤٥.

[٤] ابن قدامة: المغني، ٢٢٥/١١، البهوتي: الروض المربع، ٩٠٤/٢، الكاساني: بدائع الصنائع، ٢١٨/٣، كتاب العدد من الحاوي ٧٤١/١.

[٥] الدردير: بلغة السالك، ٤٦٥/١.

[٦] البهوتي: الروض المربع، ٩٠٠/٢.

[٧] الكاساني: بدائع الصنائع،٢٠٠/٣،البهوتي:الروض المربع، ٩٠٤/٢، ابن قدامة: المغني،٢٢٦/١١، البهوتي:شرح منتهى الإرادات، ٢١٩/٣.

[٨] أحكام المتوفى في التشريع الإسلامي ٧٠٣، ابن قدامة: المغني، ٢٢٦/١١.

[٩] الدردير: بلغة السالك، ٤٦٥/١. الشافعي: الأم، ١٩٨/٥، النووي: المجموع، ١٥٢/١٨. ابن نجيم: البحر الرائق، ١٤٩/٤. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ٢١٩/٣.

[١٠] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٤٢/٤، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥١٣/٣، شيخي زاده: مجمع الأنهر، ٤٦٧/١.

[١١] ابن قدامة: المغني، ٢٢٦/١١.

احتياطاً، لشبهة قيام الزّوجيّة لأنّها ترثه[1]، (وإرثها هنا مقابل عدتها عدة الوفاة فحقها في الإرث يثبت مقابل تأديتها لحقه وهي العدة)[2] ويلزمها عدة الطلاق لأنها بائن في النكاح فهي ليست زوجة له[3].

يقول الكاسانيّ: وجه قولهم أنّ النّكاح لمّا بقي في حقّ الإرث خاصّةً لتهمة الفرار فلأن يبقى في حقّ وجوب العدّة أولى، لأنّ العدّة يحتاط في إيجابها فكان قيام النّكاح من وجه كافياً لوجوب العدّة احتياطاً فيجب عليها الاعتداد أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض[4].

وذهب مالك والشّافعيّ وأبو عبيد وأبو ثور وأبو يوسف وابن المنذر إلى أنّ المعتدّة تبني على عدّة الطّلاق دون عدة الوفاة، لانقطاع الزّوجيّة من كلّ وجه لأنّها بائن من النّكاح فلا تكون زوجة له، ولأنّ الإرث الّذي ثبت معاملةً بنقيض القصد لا يقتضي بقاء زوجيّة موجبة للأسف والحزن والحداد على المتوفّى[5].

المطلب الثاني
وقت ابتداء العدة

فصَّل الحنفية وقت ابتداء العدة على النحو التالي:

١-إن كان الزواج صحيحاً: فالعدّة تبدأ في الطّلاق عقيب الطّلاق، وفي الوفاة عقيب الوفاة، لأنّ سبب وجوب العدّة الطّلاق أو الوفاة، فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السّبب، لأن القاعدة الفقهية تنص على أن: **الواقع قبل السبب من جميع الأحكام لا يعتد به.** فإن لم تعلم بالطّلاق أو الوفاة حتّى مضت مدّة العدّة فقد انقضت مدّتها، وإن جهلت المرأة بالطلاق أو الوفاة؛ لأنها أجل، فلا يشترط العلم بمضي الأجل، سواء اعترف الرجل بالطلاق أو أنكر، فلو طلق الرجل امرأته ثم أنكره، وأقيمت عليه بيِّنة وقضى القاضي بالفرقة، كأن ادعته عليه في شوال، وقضى به القاضي في المحرَّم، فالعدة من وقت الطلاق، لا من وقت القضاء[6].

لكن قال في الهداية: ومشايخنا يفتون في الطّلاق أنّ ابتداءها من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواضعة، قال البابرتيّ[7]: لجواز أن يتواضعا على الطّلاق وانقضاء العدّة ليصحّ إقرار المريض لها بالدّين ووصيّته لها بشيء، ويتواضعا على انقضاء العدّة ليتزوّج أختها أو أربعاً سواها[8].

---

[1] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥١٣/٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٠/٣، ابن نجيم: البحر الرائق، ١٤٨/٤، السرخسي: المبسوط ٤٣/٦، ٤٤. مختصر خلافات الفقهاء ٣٩٤/٢، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٤٢/٤.البهوتي: الروض المربع، ٩٠٤/٢، ابن قدامة: المغني، ٢٢٥/١١، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ٢١٩/٣، اختيارات ابن قدامة الفقهية ٣١٩/٣.

[2] أحكام المتوفى في التشريع الإسلامي ٧٠٦، ابن قدامة: المغني، ٢٢٥/١١.

[3] ابن قدامة: المغني، ٢٢٥/١١.

[4] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٠/٣. السرخسي: المبسوط، ٣٩/٦.

[5] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٤٢/٤. الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٠/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٦/٢. ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٤٢. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٥/٣. الدردير: بلغة السالك، ٤٦٥/١، النووي: المجموع، ١٥٢/١٨-١٥٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٩٩/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٦/٣. ابن قدامة: المغني، ٢٢٥/١١.

[6] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٣٩/٢-٨٤٢، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٠/٣، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٨٦/٣، الميداني: اللباب في شرح الكتاب، ٨٤/٣.

[7] البابرتي (٧١٤-٧٨٦هـ) محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين، نسبته إلى بابرتا بنواحي بغداد. فقيه حنفي ومحدث، حسن المعرفة بالعربية والأصول. رحل إلى حلب ثم إلى القاهرة، وأخذ عن علمائها. عرض عليه القضاء فامتنع. وولي مشيخة الشيخونية. له: (شرح الهداية)، و(شرح السراجية) و(شرح أصول البرذوي) [الفوائد البهية ١٩٥؛ الدرر الكامنة ٢٥٠/٤].

[8] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٥٤/٤.

٢ –وإن كان الزواج فاسداً: فمبدأ العدة بعد أو عقيب التفريق من القاضي بين الزوجين، أو بعد المتاركة وإظهار عزم الواطئ على ترك وطئها، بأن يقول بلسانه: تركت وطأها، أو تركتها، أو خليت سبيلها، ونحوه، ومنه الطلاق وإنكار الزواج إذا كان بحضرتها، وإلا فلا يعد الإنكار متاركة[١].

٣ – وإن كان الوطء بشبهة: فقال ابن عابدين: لم أر من صرح بمبدأ العدة في الوطء بشبهة بلا عقد، وينبغي أن يكون من آخر الوطآت عند زوال الشبهة، بأن علم أنها غير زوجته، وأنها لا تحل؛ إذ لا عقد هنا، فلم يبق سبب للعدة سوى الوطء المذكور[٢].

وهذا الرأي حق، فإن بدء العدة ببدء السبب الذي أدى إليها، والوقاع في حالة الوطء بشبهة هو سبب هذه العدة، فتبتدئ منه.

وذهب المالكيّة: إلى أنّ العدّة تبدأ من وقت العلم بالطّلاق، فلو أقرّ في صحّته بطلاق متقدّم، وقد مضى مقدار العدّة قبل إقراره، استأنفت عدّتها من وقت الإقرار، وترثه لأنّها في عدّتها، ولا يرثها لانقضاء عدّتها بإقراره، إلاّ إذا قامت بيّنة فتعتدّ من الوقت الّذي ذكرته البيّنة، وهذا في الطّلاق الرّجعيّ، أمّا البائن فلا يتوارثان، أمّا عدّة الوفاة فتبدأ من وقت الوفاة[٣].

وقال الشّافعيّة: تبدأ عدّة الوفاة من حين الموت، وتبدأ عدّة الأقراء من حين الطّلاق، لأنّ كلاً منهما وقت الوجوب، ولو بلغتها وفاة زوجها أو طلاقها بعد مدّة العدّة كانت منقضيةً، فلا يلزمها شيء منها، لأنّ الصّغيرة تعتدّ مع عدم قصدها[٤].

وقال الحنابلة: من طلّقها زوجها أو مات عنها وهو بعيد عنها، فعدّتها من يوم الموت أو الطّلاق لا من يوم العلم، وهذا هو المشهور عند الحنابلة.

وروي عن أحمد أنّه إن قامت بذلك بيّنة فالحكم كذلك، وإن لم تكن هناك بيّنة فعدّتها من يوم يأتيها الخبر[٥].

المطلب الثالث

وقت انقضاء العدة

يختلف وقت انقضاء العدّة باختلاف نوعها؛ فإن كانت المرأة حاملاً فإنّ عدّتها تنتهي بوضع الحمل كلّه، حسبما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وإذا كانت العدّة بالقروء فإنّها تنتهي بثلاثة قروء، وإذا كانت العدّة بالأشهر فإنّها تحسب من وقت الفرقة أو الوفاة حتّى تنتهي بمضيّ ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر وعشر.

ويعرف انقضاء العدة إما بالقول وإما بالفعل[١]:

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠١/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٥٤/٤.
[٢] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٤١/٢.
[٣] الخرشي: حاشية الخرشي، ١٤٦/٤. ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢٣٥.
[٤] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٧/٣-٤٠١. الرملي: نهاية المحتاج، ١٣٩/٧-١٤٣.
[٥] ابن قدامة: المغني، ١٨٨/٩-١٩١. المقدسي: غاية المنتهى، ٣/٢١٠ وما بعدها.

أمّا القول فهو: إخبار المعتدّة بانقضاء العدّة في مدّة يحتمل الانقضاء في مثلها، فإن كانت حرّةً من ذوات الأشهر فإنّها لا تصدّق في أقلّ من ثلاثة أشهر في عدّة الطّلاق أو أربعة أشهر وعشر في عدّة الوفاة، وإن كانت حرّةً من ذوات الأقراء ومعتدّةً من وفاة، فإنّها لا تصدّق في أقلّ من أربعة أشهر وعشر، أو معتدّةً من طلاق فإن أخبرت بانقضاء عدّتها في مدّة تنقضي في مثلها العدّة يقبل قولها.

وإن أخبرت في مدّة لا تنقضي في مثلها العدّة لا يقبل قولها، لأن القاعدة الفقهية تقول: **الأصل بقاء ولأن العدة**[٢]. ولأنّ قول الأمين إنّما يقبل فيما لا يكذّبه الظّاهر، والظّاهر هنا يكذّبها، فلا يقبل قولها إلاّ إذا فسّرت مع يمينها، بأن قالت: أسقطت سقطاً مستبين الخلق أو بعضه، فيقبل قولها؛ لأنها أمينة في إخبارها عن انقضاء عدتها، والله تعالى قد ائتمنها في ذلك بقوله عز وجل: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ﴾[البقرة:٢٢٨]. وقيل في التفسير: إنه الحيض والحبل. والقول قول الأمين بيمينه. فيقبل حينئذ قولها مع هذا التّفسير، لأنّ الظّاهر لا يكذّبها مع التّفسير.

وإذا قال الزوج: أخبرتني امرأة سابقاً أن عدتها قد انقضت، فإن كانت في مدة لا تنقضي في مثلها، لا يقبل قوله ولا قولها، إلا إذا تبين ما هو محتمل من إسقاط سِقْط مستبين الخلق، فحينئذ يقبل قولها. وإن كانت في مدة تحتمل الانقضاء فكذبته المرأة، يعمل بخبرها بقدر الإمكان، فيعمل بخبره في حقه وحق الشرع، فله أن يتزوج بأختها؛ لأنه أمر ديني قبل قوله فيه، ويعمل بخبرها في حقها، فتستحق النفقة والسكنى.

وأما أقل ما تصدق فيه المعتدة بالأقراء:

فقال أبو حنيفة: أقل ما تصدق فيه الحرة ستون يوماً، عملاً بالوسط في مدة الحيض وهو خمسة أيام، فتكون الحيضات الثلاث خمسة عشر يوماً، والأطهار خمسة وأربعين يوماً على أن يبدأ بالطهر، فيكون المجموع ستين يوماً.

وقال الصاحبان: تسعة وثلاثون يوماً، عملاً بأقل الحيض وهو ثلاثة أيام، فتكون الحيضات تسعة أيام على أن يبدأ بالحيض ثلاثة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض ثلاثة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض ثلاثة أيام، فذلك تسعة وثلاثون يوماً. وقد بينت سابقاً آراء المذاهب الأخرى في مبحث اختلاف الزوجين في الرجعة.

وأمّا الفعل: فيتمثّل في أن تتزوّج بزوج آخر بعد مضيّ مدّة تنقضي في مثلها العدّة، حتّى لو قالت: لم تنقض عدّتي لم تصدّق، لا في حقّ الزّوج الأوّل ولا في حقّ الزّوج الثّاني، ونكاح الزّوج الثّاني جائز، لأنّ إقدامها على التّزوّج بعد مضيّ مدّة يحتمل الانقضاء في مثلها دليل على الانقضاء[٣].

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٨/٣-٢٠٠، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٨٤٢/٢، ٨٤٨، المقدسي: غاية المنتهى، ٢٢٣/٣.

[٢] السرخسي: المبسوط، ٢٠٥/٥ والسيوطي: الأشباه والنظائر، ٥١-٥٢ وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٥٧-٥٨.

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٨/٣-٢٠٠. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣١٢/٤.

المطلب الرابع
تداخل العدتين

تداخل العدد معناه: أن تبتدئ المرأة المعتدّة عدّةً جديدةً وتندرج بقيّة العدّة الأولى في العدّة الثّانية، فإذا تجدد سبب العدة في أثناء عدة سابقة، فهل تتداخل العدتان أم تكمل العدة السابقة، وتستأنف بعدئذ عدة أخرى؟.

وتداخل العدّتين إمّا أن يكون من جنس واحد فقط أو من جنسين مختلفين، لشخص واحد أو شخصين، ولذلك فإنّ الفقهاء اختلفوا في جواز التّداخل وعدمه وفقاً لكلّ حالة على حدة[1]:

الحالة الأولى: إذا كانت العدتان من جنس واحد لرجل واحد:

ومثالها: لو طلّق الرّجل زوجته ثلاثاً، ثمّ تزوّجها في العدّة ووطئها، سواء جاهلاً كون الطلاق بائناً، أو عالماً أنها رجعية، وقال: ظننت أنّها تحلّ لي، أو طلّقها بألفاظ الكناية فوطئها في العدّة.

فذهب جمهور الفقهاء من الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة إلى أنّ المرأة إذا لزمتها عدّتان من جنس واحد، وكانتا لرجل واحد، فإنّهما تتداخلان لاتّحادهما في الجنس والقصد، فمقصود عدة الطلاق والوطء واحد، ولا معنى للتعدد، وتكون تلك البقية واقعة عن الجهتين.، فتعتدّ بثلاثة أقراء ابتداءً من الوطء الواقع في العدّة، ويندرج ما بقي من العدّة الأولى في العدّة الثّانية[2].

قال النّوويّ: إذا كانت العدّتان لشخص، وكانتا من جنس واحد بأن طلّقها وشرعت في العدّة بالأقراء أو الأشهر ثمّ وطئها في العدّة جاهلاً إن كان الطّلاق بائناً، وجاهلاً أو عالماً إن كان رجعيّاً، تداخلت العدّتان، ومعنى التّداخل: أنّها تعتدّ بثلاثة قروء، أو ثلاثة أشهر من وقت الوطء ويندرج فيها بقيّة عدّة الطّلاق، وقدر تلك البقيّة يكون مشتركاً واقعاً عن الجهتين، وله الرّجعة في قدر البقيّة إن كان الطّلاق رجعيّاً، ولا رجعة بعدها، ويجوز تجديد النّكاح في تلك البقيّة وبعدها إذا لم يكن عدد الطّلاق مستوفى[3].

الحالة الثانية: إذا كانت العدّتان من جنسين مختلفين لشخص واحد، ومثاله: بأن كانت إحداهما بالحمل والأخرى بالأقراء، سواء طلّقها حاملاً ثمّ وطئها، أو حائلاً ثمّ أحبلها. كأن طلقها وهي حامل، ثم وطئها قبل وضع الحمل، أو طلقها وهي غير حامل ثم وطئها في أثناء الأقراء، فأحبلها.

فإنّ الحنفيّة، والشّافعيّة في الأصحّ، وللحنابلة في رواية: يرون تداخل العدّتين، لأنّهما لرجل واحد، كما لو كانتا من جنس واحد. فتنقضي العدتان بوضع الحمل على الجهتين، سواء رأت الدم مع الحمل أو لا. وللزوج في عدة طلاق رجعي أن يراجع قبل وضع الحمل.

---

(1) ابن الهمام: فتح القدير، ٣٢٥/٤. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٦٠٩/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٨٤/٨. الشيرازي: المهذب، ١٥١/٢. الرملي: نهاية المحتاج، ١٣٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٤٢٥/٢. ابن قدامة: المغني، ١٢١/٩-١٢٢. الموسوعة الفقهية ٩/١١.

(2) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٥/٤. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٠/٢، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٩/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٨٤/٨. الشيرازي: المهذب، ١٥١/٢. الرملي: نهاية المحتاج، ١٣٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٤٢٥/٢. ابن قدامة: المغني، ١٢١/٩-١٢٢. الموسوعة الفقهية ٩/١١.

(3) النووي: روضة الطالبين، ٣٨٤/٨.

ومقابل الأصحّ عند الشّافعيّة، والحنابلة في رواية أخرى: عدم التّداخل لاختلافهما في الجنس.

ويترتّب على القول هنا بالتّداخل أنّ العدّتين تنقضيان بالوضع، وللزّوج الرّجعة في الطّلاق الرّجعيّ إلى أن تضع إن كانت عدّة الطّلاق بالحمل، أو كانت بالأقراء على الأصحّ عند الشّافعيّة.
ويترتّب على عدم التّداخل إذا كان الحمل لعدّة الطّلاق اعتدّت بعد وضعه بثلاثة أقراء، ولا رجعة إلاّ في مدّة الحمل، وإن كان الحمل لعدّة الوطء، أتمّت بعد وضعه بقيّة عدّة الطّلاق، وله الرّجعة قبل الوضع في تلك البقيّة على الأصحّ عند الشّافعيّة[1].

الحالة الثالثة: إذا كانت العدّتان لشخصين، سواء أكانتا من جنسين، ومثاله: بأن كانت في عدة متوفّى عنها زوجها أو عدة زوج أو في عدة وطء شبهة ثم وطئت بشبهة أو نكاح فاسد، والواطئ غير صاحب العدة الأولى، أو كانتا من جنس واحد، كالمطلّقة الّتي تزوّجت في عدّتها فوطئها الثّاني وفرّق بينهما.

فقال الحنفيّة: تتداخل العدّتان، لأنّ كلاً منهما أجل حدد لانقضاء ما بقي من آثار الزواج، والآجال تتداخل ولذلك يجب على المرأة أن تعتدّ من الثاني بعد مفارقته، وتكون عدة الأقراء من الثاني عن بقية عدة الأول وعدة الثاني؛ ويندرج ما بقي من العدّة الأولى في العدّة الثّانية، لأنّ المقصود التّعرّف على فراغ الرّحم وبراءته، وهذا تحصل به براءة الرحم منهما جميعاً، فتتداخلان، ولذلك صرّح الحنفيّة بأنّ المعتدّة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتدّ بالشّهور، وتحتسب بما تراه من الحيض فيها، تحقيقاً للتّداخل بقدر الإمكان، فلو لم تر فيها دماً يجب أن تعتدّ بعد الأشهر بثلاث حيض[2].

وقال الشّافعيّة والحنابلة بعدم التّداخل، لأنّهما حقّان مقصودان لآدميّين، فلم يتداخلا كالدّينين.
ولأنّ العدّة تربص واحتباس يستحقّه الرّجال على النّساء، فلم يجز أن تكون المرأة المعتدّة في احتباس رجلين كاحتباس الزّوجة.
فلو تزوجت المطلّقة في عدتها من الطلاق، فدخل بها الثاني، ثم فرق بينهما لبطلان الزواج، اعتدت بقية عدتها من الأول لسبقه، ثم اعتدت من الثاني، ولا تتقدّم عدّة الثّاني على عدّة الأوّل إلاّ بالحمل، فإن وجد حمل اعتدت بوضعه أولاً وإن لم يكن حمل، أتمت عدة الطلاق.
ولو كان الوطء بشبهة سابقاً للطلاق، لقوة عدة الطلاق بسبب استنادها إلى عقد جائز وسبب مسوغ، ثم تستأنف العدة الأخرى[3].

أمّا المالكيّة فالقاعدة عندهم: **أيُّما امرأة نكحت في عدتها: فإن كان زوجها لم يدخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان قد دخل بها: فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً**[4].

---

(1) ابن الهمام: فتح القدير، ٣٢٥/٤. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٠/٢، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٦٠٩/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٨٤/٨. الشيرازي: المهذب، ١٥١/٢. الرملي: نهاية المحتاج، ١٣٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٤٢٥/٢. ابن قدامة: المغني، ١٢١/٩. الموسوعة الفقهية ٩/١١.

(2) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٨/٤. النووي: روضة الطالبين، ٢٢٠/٨ و٣٨٤.

(3) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩١/٣-٣٩٣، الشيرازي: المهذب، ١٥١/٢، ابن قدامة: المغني، ٤٨١/٧، ٤٨٦، المقدسي: غاية المنتهى، ٢١٥/٣، البهوتي: كشاف القناع، ٤٩٢/٥.

(4) الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٨٤/٤. زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٥٧٠/٢.

وقد ذكر ابن جزيّ فروعاً لهذه القاعدة في تداخل العدّتين[1]:

الفرع الأوّل: من طلقت طلاقاً رجعيّاً ثمّ مات زوجها في العدّة، انتقلت إلى عدّة الوفاة، لأنّ الموت يهدم عدّة الرّجعيّ، بخلاف البائن.

الفرع الثّاني: إن طلّقها رجعيّاً، ثمّ ارتجعها في العدّة، ثمّ طلّقها، استأنفت العدّة من الطّلاق الثّاني، سواء أكان قد وطئها أم لا، لأنّ الرّجعة تهدم العدّة، ولو طلّقها ثانيةً في العدّة من غير رجعة بنت اتّفاقاً، ولو طلّقها طلقةً ثانيةً ثمّ راجعها في العدّة أو بعدها ثمّ طلّقها قبل المسيس بنت على عدّتها الأولى، ولو طلّقها بعد الدّخول استأنفت من الطّلاق الثّاني.

الفرع الثّالث: إذا تزوّجت في عدّتها من الطّلاق، فدخل بها الثّاني، ثمّ فرّق بينهما اعتدّت بقيّة عدّتها من الأوّل، ثمّ اعتدّت من الثّاني، وقيل تعتدّ من الثّاني وتجزيها عنهما، وإن كانت حاملاً فالوضع يجزئ عن العدّتين اتّفاقاً[2].

وصرّح المالكيّة بأنّه لو طرأ موجب لعدّة مطلقاً – لوفاة أو طلاق – قبل تمام عدّة انهدم الأوّل، أي: بطل حكمه مطلقاً، كان الموجبان من رجل واحد أو رجلين، بفعل سائغ أم لا، واستأنفت حكم الطّارئ في الجملة، إذ قد تمكث أقصى الأجلين، مثل الرّجل الّذي تزوّج بائنته وطلّقها بعد البناء، فتستأنف عدّةً من طلاقه الثّاني وينهدم الأوّل، أمّا لو طلّقها قبل البناء فإنّها تبقى على عدّة الطّلاق الأوّل، ولو مات بعد تزوّجها – بنى بها أو لا – فإنّها تستأنف عدّة الوفاة، وتنهدم الأولى.

والمرتجع لمطلّقته الرّجعيّة قبل تمام عدّتها، سواء وطئها بعد ارتجاعها أو لا ثمّ طلّقها أو مات عنها قبل تمام عدّة الطّلاق الرّجعيّ، فإنّ المعتدّة تستأنف عدّة طلاق من يوم طلاقه لها ثانياً أو عدّة وفاة من يوم موته، لأنّ ارتجاعها يهدم العدّة الأولى الكائنة من الطّلاق الرّجعيّ[3].

---

(1) ابن جزي: القوانين الفقهية، ص١٥٧. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٩٩/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٩٨/١. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٩٥/٣.

(2) ابن جزي: القوانين الفقهية، ص١٥٧.

(3) ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢٣٧، الدردير: الشرح الصغير، ٧١٥/٢. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٩٩/٢-٥٠١. الخرشي: حاشية الخرشي على خليل، ١٧٢/٤-١٧٥.

المبحث الرابع
من أنواع العدد

وسوف نتناول في هذا المبحث بعضاً من أنواع العدد التي اختلف أهل العلم فيها؛ كعدة المختلعة، وعدّة الزّوجة المطلّقة دون تعيين أو بيان، وعدّة المرتابة أو ممتدّة الطّهر، وعدّة المستحاضة، وعدّة زوجة الصّغير، وعدّة زوجة المجبوب والخصيّ[1].

المطلب الأول
عدة المختلعة

ذكرنا سابقاً أن جمهور الفقهاء–الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة والحنابلة في المذهب– قد جعلوا الخلع طلاقاً، وأن بعض الفقهاء قد جعلوه فسخاً.

وقد ترتب على خلاف الفقهاء هذا، اختلافهم في آثاره، وحيث إن العدة واحدة من آثار الخلع فللفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول: وهو قول من جعل الخلع طلاقاً، فعدتها عدة طلاق. وهذا مذهب الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في المشهور عنه وصححه ابن قدامة في المغني[2] وهو قول لبعض أهل العلم[3].

وأدلتهم في ذلك:

١– قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[البقرة:٢٢٨].

٢– ولأنّ الخلع فرقة بين الزّوجين في الحياة بعد الدّخول فكانت العدّة ثلاثة قروء كغير الخلع[4].

٣– عموم قوله صلى الله عليه وسلم: (في عدة الأمة طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان)[5] .

وقول ابن عمر رضي الله عنهما: (عدة المختلعة عدة المطلقة)[6].

القول الثاني: وهو قول من جعله فسخاً فعدتها حيضة. وذلك في رواية عن أحمد وبه قال بعض أهل العلم[1].

---

[1] يدرج بعض الباحثين أحكام عدة زوجة الفار وعدة المفقود في هذا المبحث، ولكن منعاً من التكرار والإطالة لم نذكرهما ههنا، إذ سبق بيان أحكامهما في مباحث طلاق المريض مرض الموت، وفي أثر التفريق للفقدان؛ وذلك لارتباطهم بل التصاقهم بتلك المباحث.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩١/٣-١٩٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٣٣/٤-٣٣٤. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٦٩/٣. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٤٤/٣. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٦٨/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٦٥/٨. الشافعي: الأم، ١٨١/٥. ابن قدامة: المغني، ٧٨/٩. شلبي: أحكام الأسرة٤٦٤؛ الزيباري: أحكام الخلع، ٢٤٠.

[3] منهم: سعيد بن المسيّب وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشّعبيّ والنّخعيّ والزّهريّ وغيرهم [ابن قدامة: المغني، ٧٨/٩. شلبي: أحكام الأسرة٤٦٤؛ الزيباري: أحكام الخلع، ٢٤٠].

[4] ابن الهمام: فتح القدير، ٢٦٩/٣. الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢٦/٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،٤٦٨/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٦٥/٨. ابن قدامة: المغني، ٤٤٩/٧-٤٥٠. المرداوي: الإنصاف، ٢٧٩/٩.

[5] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في سنة طلاق العبد، ٢٥٧/٢ برقم ٢١٨٩. الترمذي: السنن، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان، ٤٨٨/٣ برقم ١١٨٢. بلفظ: " وعدتها حيضتان". ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب في طلاق الأمة وعدتها، ٦٧٢/١. رقم ٢٠٧٩، ٢٠٨٠. من حديث ابن عمر، الدارمي: السنن، كتاب الطلاق، باب في طلاق الأمة، ٢٢٤/٢ برقم ٢٢٩٤. الحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٢٢٣/٢ برقم ٢٨٢٢. وقال حديث صحيح ولم يخرجاه. وذكر ابن حجر في التلخيص ٢١٣/٣ أن في إسناده راويين ضعيفين، ثم نقل عن الدارقطني والبيهقي أنهما صححاه موقوفاً عن ابن عمر.

[6] الترمذي: السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، ٤٩١/٣ برقم ١١٨٥. و مالك في الموطأ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المختلعة، ٥٦٥/٢ برقم ١١٧٦. سعيد بن منصور: السنن، ٣٨٩/١ برقم ١٤٨١.

وأدلتهم في ذلك: ما روي عن ابن عبّاس وابن عمر رضي الله عنهم: (أنّ امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه، فجعل النّبيّ صلى الله عليه وسلم عدّتها حيضةً)[٢]. وما روي أيضاً: أن عثمان رضي الله عنه قضى بذلك[٣]. وهو قول سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري والشعبي[٤].

وقد ردَّ الفريق الأول على أدلة الفريق الثاني: بأن حديث امرأة ثابت مرسل وفيه راو ضعيف[٥]. وأما قضاء عثمان رضي الله عنه فيخالفه قضاء غيره من الصحابة[٦].

الترجيح: القول الأول لقوة أدلة القائلين به. "والله أعلم".

المطلب الثاني
عدّة الزّوجة المطلّقة دون تعيين أو بيان

إذا طلّق الرّجل إحدى زوجتيه أو زوجاته دون تعيين أو بيان فإن القواعد الفقهية تنص على: **الاحتياط في أن يؤخذ باليقين، وكذلك: الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط.** هذا لا خلاف فيه إجمالاً بين السادة الفقهاء. ثم فصل في الأحكام والفروع التي تخص هذه المسألة كما يلي:

أولاً: ذهب الحنفيّة إلى أنّ لفظ الطّلاق إذا كان مضافاً إلى زوجة مجهولة فهو طلاق مبهم، والجهالة إمّا أن تكون أصليّةً، وإمّا أن تكون طارئةً، فالأصليّة: أن يكون لفظ الطّلاق فيها من الابتداء مضافاً إلى المجهول، والطّارئة: أن يكون مضافاً إلى معلومة ثمّ تجهل، كما إذا طلّق الرّجل امرأة بعينها من نسائه ثلاثاً ثمّ نسي المطلّقة.

وعدّة المرأة في الطّلاق المبهم كعدّة غيرها من المطلّقات[٧]، لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[البقرة:٢٢٨]. ولكنّهم اختلفوا في ابتداء عدّتها هل من وقت الطّلاق أم من وقت البيان:

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنّها تعتدّ من وقت البيان لا من وقت الطّلاق، لأنّ الطّلاق لم يكن واقعاً قبل البيان، وذهب محمّد إلى أنّها تعتدّ من وقت الطّلاق كغيرها من المطلّقات لأنّ الطّلاق نازل في غير المعيّن[٨].

---

(١) منهم: عثمان بن عفّان، وابن عمر، وابن عبّاس، وأبان بن عثمان، وإسحاق، وابن المنذر، [القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٤٤/٣. ابن الهمام: فتح القدير، ٢٦٩/٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٦٨/٢. النووي: روضة الطالبين، ٣٦٥/٨. ابن قدامة: المغني، ٧٨/٩].

(٢) أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في الخلع، ٦٦٩/٢ برقم ٢٢٢٩. والترمذي: السنن، باب ما جاء في الخلع، ٤٩١/٣ برقم ١١٨٥. النسائي: السنن الكبرى، عدة المختلعة، ٣٨٣/٣ برقم ٥٦٩١ و٥٦٩٢. ابن ماجه: كتاب الطلاق باب في عدة المختلعة، ٦٦٣/١، برقم ٢٠٥٨. الحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٢٢٤/٢ برقم ٢٨٢٥. وقال حديث صحيح. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في عدة المختلعة، ٤٥٠/٧ برقم ١٥٣٧٥.

(٣) وذلك في حق الربيع بنت معوذ، أخرجه النسائي: السنن الكبرى، عدة المختلعة، ٣٨٣/٣ برقم ٥٦٩١ و٥٦٩٢. وابن ماجه: كتاب الطلاق باب في عدة المختلعة، ٦٦٣/١، برقم ٢٠٥٨.

(٤) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في عدة المختلعة، ٤٥٠/٧ برقم ١٥٣٧٥.

(٥) اختيارات ابن قدامة الفقهية ٢٩٢/٣، ابن قدامة: المغني، ١٩٦/١١.

(٦) ابن قدامة: المغني، ١٩٦/١١.

(٧) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٢٤/٣-٢٢٨.

(٨) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٢٤/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٥٩/٣.

وإذا مات الزّوج قبل بيان الطّلاق المبهم لإحدى زوجتيه، فإنّه يجب على كلّ واحدة منهما عدّة الوفاة وعدّة الطّلاق، لأنّ إحداهما منكوحة والأخرى مطلّقة، وعلى المنكوحة عدّة الوفاة لا عدّة الطّلاق، وعلى المطلّقة عدّة الطّلاق لا عدّة الوفاة، فدارت كلّ واحدة من العدّتين في حقّ كلّ واحدة من المرأتين بين الوجوب وعدمه، والعدّة يحتاط في إيجابها، ومن الاحتياط القول بوجوبها على كلّ واحدة منهما[1].

ثانياً: وذهب المالكيّة بأنّه لو طلّق واحدةً لا بعينها طلقتا أو طلقن معاً طلاقاً منجّزاً على المشهور، وإن نوى واحدةً بعينها ونسيها فالطّلاق للجميع، عملاً بالقاعدة الفقهية: **الأصل في الأبضاع التحريم**[2]. وإن قال قال لإحداهما: أنت طالق، وللأخرى أو أنت ولا نيّة خيّر في طلاق أيّتهما أحبّ[3].

ثالثاً: وذهب الشّافعيّة إلى أنّه لو طلّق إحدى امرأتيه معيّنةً أو مبهمةً، كقوله: إحداكما طالق: ونوى معيّنةً أم لا ومات قبل البيان للمعيّنة أو التّعيين للمبهمة، فإن كان قبل موته لم يطأ واحدةً منهما اعتدّتا لوفاته بأربعة أشهر وعشرة أيّام احتياطاً، عملاً بالقاعدة الفقهية: **الأصل في الأبضاع التحريم. و**لأنّ كلّ واحدة منهما كما يحتمل أن تكون مفارقةً بالطّلاق يحتمل أن تكون مفارقةً بالموت وكذا إن وطئ كلاً منهما وهما ذواتا أشهر في طلاق بائن أو رجعيّ، أو هما ذواتا أقراء والطّلاق رجعيّ، فتعتدّ كلّ منهما عدّة وفاة، فإن كان الطّلاق بائناً في ذوات الأقراء اعتدّت كلّ واحدة منهما بالأكثر من عدّة وفاة وثلاثة قروء، لأنّ كلّ واحدة وجب عليها عدّة، واشتبهت عليها بعدّة أخرى، فوجب أن تأتي بذلك لتخرج عمّا عليها بيقين، وتحتسب عدّة الوفاة من الموت جزماً، وتحسب الأقراء من وقت الطّلاق على الصّحيح، وقيل: من حين الموت، وعدّة الحامل منهما بوضع الحمل، لأنّ عدّتها لا تختلف بالتّقديرين.

ولو اختلف حال المرأتين، بأن كانت إحداهما ممسوسةً أو حاملاً أو ذات أقراء والأخرى بخلافها، عملت كلّ واحدة بمقتضى الاحتياط في حقّها[4].

رابعاً: وقال الحنابلة: لو طلّق واحدةً من نسائه لا بعينها، أخرجت بالقرعة، وعليها العدّة دون غيرها، من وقت الطّلاق لا من وقت القرعة، وإن طلّق واحدةً بعينها وأنسيها، فالصّحيح أنّه يحرم عليه الجميع، فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الأجلين من عدّة الطّلاق والوفاة، وهذا إن كان الطّلاق بائناً، فإن كان رجعيّاً فعليها عدّة الوفاة من وقت الموت، أمّا ذات الأقراء فمن وقت الطّلاق. وإن طلّق الجميع ثلاثاً بعد ذلك، فعليهنّ كلّهنّ تكميل عدّة الطّلاق من وقت طلاقهنّ ثلاثاً[5].

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٢٨/٣.

(2) الجويني: الجمع والفرق ٩٩٤. البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ١٢٩. الزركشي: المنثور في القواعد، ٧٧/١. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٦٠. ابن نجيم: الأشباه والنظائر ٦٧. العلائي: مختصر قواعد ٥٨٩/٢. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ١١٧/٢.

(3) الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٠٢/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٥٥/١.

(4) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٦/٣-٣٩٧. النووي: روضة الطالبين، ٣٩٩/٨-٤٠٠.

(5) ابن قدامة: المغني، ١٠٥/٩ و٤٢٩/٨.

المطلب الثالث

عدّة المرتابة أو ممتدّة الطّهر

النساء في سن الحيض ثلاثة أصناف: معتادة، ومرتابة، ومستحاضة[1]:
فأما المعتادة: فقد سبق بيانها، حيث تعتد بثلاثة قروء على حسب عادتها.

وأما المرتابة أو الممتدّ طهرها وهي: المرأة الّتي كانت تحيض ثمّ ارتفع حيضها دون حمل ولا يأس[2].
فلا يخلو حالها من أمرين:

الأمر الأول: من فارقها زوجها، وانقطع دم حيضها لعلّة تعرف؛ كرضاع ونفاس أو مرض يرجى برؤه، فإنّها تصبر وجوباً، حتّى تحيض، فتعتدّ بالأقراء، أو تبلغ سنّ اليأس فتعتدّ بثلاثة أشهر كالآيسة، ولا تبالي بطول مدّة الانتظار، لأنّ الاعتداد بالأشهر جعل بعد اليأس بالنّصّ، فلم يجز الاعتداد بالأشهر قبله، ولأن القاعدة الفقهية تقول: **الأصل بقاء العدة.** وهو مذهب عامة الفقهاء وهو قول عليّ وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم، وروى عن عثمان أنّه حكم بذلك في المرضع[3].

الأمر الثاني: وأمّا إذا حاضت ثمّ ارتفع حيضها دون علّة تعرف، فقد اختلف الفقهاء فيها على عدة أقوال:
القول الأول: ذهب عمر وابن عبّاس رضي الله عنهم والحسن البصريّ والمالكيّة، وهو قول للشّافعيّ في القديم، والمذهب عند الحنابلة إلى أنّ المرتابة في هذه الحالة تتربّص غالب مدّة الحمل: تسعة أشهر، لتتبين براءة الرّحم، ولزوال الرّيبة، لأنّ الغالب أنّ الحمل لا يمكث في البطن أكثر من ذلك، ثمّ تعتدّ بثلاثة أشهر، فهذه سنة تنقضي بها عدّتها وتحلّ للأزواج.
جاء في الشرح الصغير: (ومن تأخر عنها الحيض لا لعلة أو لعلة غير رضاع سنة كاملة)[4].

ودليل أصحاب هذا القول: ما روي عن عمر رضي الله عنه أنّه قال في رجل طلّق امرأته فحاضت حيضةً أو حيضتين فارتفع حيضها لا يدرى ما رفعه: تجلس تسعة أشهر، فإذا لم يستبن بها حمل تعتدّ بثلاثة أشهر، فذلك سنة، ولا يعرف له مخالف.
قال ابن المنذر: قضى به عمر رضي الله عنه بين المهاجرين والأنصار، ولم ينكره منكر، وقال الأثرم: سمعت أبا عبد اللّه يسأل عن الرّجل يطلّق امرأته فتحيض حيضةً ثمّ يرتفع حيضها قال: أذهب إلى حديث عمر رضي الله عنه: إذا رفعت حيضتها فلم تدر ممّا ارتفعت، فإنّها تنتظر سنةً، لأنّ العدّة لا تبنى على عدّة أخرى[5].

---

(1) الحصكفي: الدر المختار، ٨٢٨/٢، ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٣٥، الدردير: الشرح الصغير، ٦٧٥/٢ ومابعدها، ٦٨١، ابن قدامة: المغني، ٧٦٦/٧-٧٦٨، البهوتي: كشاف القناع، ٤٨٥/٥، المقدسي: غاية المنتهى، ٢١٢/٣، الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٥/٣.
(2) ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٦٠٦/٢.
(3) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٥/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٦/٢. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٠/٢. ابن جزي: القوانين الفقهية، ٢٤١. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٥/١. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٢/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٧/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٧١/٨. ابن قدامة: المغني، ١٠٠/٩.
(4) الدردير: الشرح الصغير، ٤٩٨/١.
(5) ابن رشد: بداية المجتهد، ٧٨/٢، النفراوي: الفواكه الدواني، ٦٢/٢، الحطاب: مواهب الجليل، ١٤٢/٤-١٤٣، الدردير: بلغة السالك، ٤٦٢/١. الشافعي: الأم، ١٩٥/٥، النووي: المجموع، ١٣٥/١١. ابن قدامة: المغني، ١٩٥/١١، ٢١٤/١١-٢١٥، ابن القيم: زاد المعاد، ٥٨٤/٥، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ٢٢١/٣ البهوتي: الروض المربع، ٩٠٦/٢.

القول الثاني: وهو مذهب الحنفية والشّافعيّة في الجديد: بأنّها تصبر حتّى تحيض فتعتدّ بالأقراء أو تيأس فتعتدّ بالأشهر، كما لو انقطع الدّم لعلّة، لأنّ اللّه تعالى لم يجعل الاعتداد بالأشهر إلاّ للّتي لم تحض والآيسة، وهذه ليست واحدةً منهما، لأنّها ترجو عود الدّم، فأشبهت من انقطع دمها لعارض معروف[١].

جاء في حاشية ابن عابدين: (الشابة الممتدة الطهر بأن حاضت ثم امتد طهرها فتعتد بالحيض إلى أن تبلغ سن الإياس)[٢].

وجاء في مغني المحتاج وفقاً للمذهب الجديد – وهو التّربّص لسنّ اليأس –: (لو حاضت بعد اليأس في الأشهر الثّلاثة وجبت الأقراء، للقدرة على الأصل قبل الفراغ من البدل، ويحسب ما مضى قرءاً قطعاً، لأنّه طهر محتوش بدمين، أو بعد تمام الأشهر فأقوال أظهرها: إن نكحت بعد الأشهر فقد تمّت العدّة والنّكاح صحيح، وإلاّ فالأقراء واجبة في عدّتها، لأنّه ظهر أنّها ليست آيسةً، وقيل: تنتقل إلى الأقراء مطلقاً تزوّجت أم لا، وقيل: المنع مطلقاً، لانقضاء العدّة ظاهراً، قياساً على الصّغيرة الّتي حاضت بعد الأشهر. والمعتبر في اليأس يأس عشيرتها، وفي قول: يأس كلّ النّساء للاحتياط وطلباً لليقين)[٣].

القول الثالث: وهو قول للشّافعيّة في القديم: أنّ المرتابة تتربّص أكثر مدّة الحمل: أربع سنين لتعلم براءة الرّحم بيقين، وقيل في القديم أيضاً: تتربّص ستّة أشهر أقلّ مدّة الحمل، فحاصل المذهب القديم: أنّها تتربّص مدّة الحمل غالبه أو أكثره أو أقلّه، ثمّ تعتدّ بثلاثة أشهر في حالة عدم وجود حمل[٤].

الترجيح:

ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لأن المقصود من العدة معرفة براءة الرحم وعادة ما تحصل في السنة، والتطويل أكثر من ذلك فيه ضرر على المرأة يمنعها من الزواج، وعلى الرجل بإيجاب السكن والنفقة عليه[٥] إضافة إلى أن العلم الحديث يسر أمر معرفة براءة الأرحام فلله الحمد والمنة.

المطلب الرابع
عدّة المستحاضة

وأما المستحاضة[٦] أو ممتدة الدم: فإذا كانت المرأة المطلّقة المعتدّة من ذوات الحيض، واستمرّ نزول الدّم عليها بدون انقطاع فهي مستحاضة، والحال لا يخلو من أمرين:

الأمر الأوّل: إن استطاعت أن تميّز بين الحيض والاستحاضة برائحة أو لون أو كثرة أو قلّة أو عادة – ويطلق عليها غير المتحيّرة – فتعتدّ بالأقراء[١] لعموم الأدلّة الواردة في ذلك، ومنها قوله تعالى:

---

[١] ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٥٠٨/٣، شيخي زاده: مجمع الأنهر، ٤٦٥/١، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٥/٣. الشافعي: الأم، ١٩٥/٥، النووي: المجموع، ١٣٥/١٨، ١٣٩.

[٢] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٠٨/٣.

[٣] الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٧/٣-٣٨٨. النووي: روضة الطالبين، ٣٧١/٨-٣٧٣.

[٤] الشافعي: الأم، ١٩٥/٥، النووي: المجموع، ١٣٦/١٨.

[٥] البعلي: الاختيارات الفقهية، ٣١٣/٣.

[٦] الاستحاضة في الشّرع هي: سيلان الدّم في غير أوقاته المعتادة من مرض وفساد من عرق في أدنى الرّحم يسمّى العاذل[ابن عابدين: مجموعة رسائل ابن عابدين- بيروت: دار المعرفة، ٧٤/١. ابن جزي: القوانين الفقهية، ٥٦. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٢/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ١٠٨/١. البهوتي: كشاف القناع، ١٩٦/١.]

﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[البقرة:٢٢٨]. ولأنّها تردّ إلى أيّام عادتها المعروفة لها ولأنّ الدّم المميّز بعد طهر تامّ يعدّ حيضاً، فتعتدّ بالأقراء لا بالأشهر[٢].

الأمر الثّاني: المستحاضة المتحيّرة الّتي لم تستطع التّمييز بين الدّمين ونسيت قدر عادتها، أو ترى يوماً دمًا ويوماً نقاءً، وسواء أكانت مبتدأةً أم غيرها، فقد اختلف الفقهاء في عدّتها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية في المفتى به: أنها تنقضي عدتها بسبعة أشهر، بأن يقدر طهرها بشهرين، فتكون أطهارها ستة أشهر، وتقدر ثلاث حيضات بشهر احتياطاً. وقيل: تنقضي عدتها بثلاثة أشهر. وأما إذا استمر بها الدم، وكانت تعلم عادتها، فإنها ترد إلى عادتها[٣].

جاء في حاشية ابن عابدين: (أما ممتدة الدم أو المستحاضة، فالمفتى به أنها تنقضي بسبعة أشهر، وأما إذا استمر بها الدم وكانت تعلم عادتها، فإنها ترد إلى عادتها)[٤].

القول الثاني: وذهب الشافعية في الأصح والحنابلة وقول عند الحنفية: أن عدة المستحاضة الناسية لوقت حيض والمبتدأة كالآيسة: ثلاثة أشهر؛ بناءً على أنّ الغالب نزول الحيض مرّةً في كلّ شهر، أو لاشتمال كلّ شهر على طهر وحيض غالباً، ولعظم مشقّة الانتظار إلى سنّ اليأس، ولأنّها في هذه الحالة مرتابة، فدخلت في قوله تعالى: ﴿إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾[الطلاق:٤].

ولأنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم قال لحمنة بنت جحش[٥]: (تلجّمي وتحيّضي في كلّ شهر في علم اللّه ستّة أيّام أو سبعة أيّام)[٦] فجعل لها حيضةً في كلّ شهر تترك فيها الصّلاة والصّيام، ويثبت فيها سائر أحكام الحيض، فيجب أن تنقضي به العدّة، لأنّ ذلك من أحكام الحيض[٧].

جاء في مغني المحتاج: (وعدة مستحاضة لم تحفظ دورها، بثلاثة أشهر في الحال)[٨].

وجاء في المغني لابن قدامة: (وإن كانت –أي المستحاضة مبتدأة لا تمييز لها أو ناسية لا تعرف لحيضها وقتاً فعن أحمد روايتان: الأولى: أن عدتها ثلاثة أشهر، والثانية: تعتد سنة)[٩].

القول الثالث: ذهب المالكيّة والحنابلة في قول: إلى أن المستحاضة غير المميزة بين دم الحيض والاستحاضة كالمرتابة تمكث سنة كاملة، تقيم تسعة أشهر استبراء لزوال الريبة؛ لأنها مدة الحمل غالباً،

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٣/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣١٢/٤. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٠/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٢/٢ الأزهري: جواهر الإكليل، ٢٨٥/١. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٥/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٦٩/٨. ابن قدامة: المغني، ١٠١/٩.

(٢) النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٢/٢.

(٣) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٣/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣١٢/٤.

(٤) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٠٩/٣.

(٥) حمنة بنت جحش الأسدية، أخت أم المؤمنين زينب. وكانت زوج مصعب بن عمير، وقتل عنها يوم أحد، فتزوجها طلحة بن عبيد الله. كانت من المبايعات، وشهدت أحداً فكانت تسقي العطش وتحمل الجرحي وتداويهم. روت عن النبي صلى الله عليه وسلم. روى عنها ابنها عمران بن طلحة. [أسد الغابة ٤٢٨/٥، والإصابة٢٧٥/٤، والاستيعاب ١٨١٣/٤].

(٦) الترمذي: السنن، كتاب أبواب الطهارة، باب ما جاء في المستحاضة أنها تجمع بين الوقوف بغسل واحد، ٢٢١/١ برقم ١٢٨. وابن ماجه: السنن، كتاب الطهارة وسننها، باب ما جاء في البكر إذا ابتدئت مستحاضة أو كان لها أيام حيض فنسيتها، ٢٠٥/١ برقم ٦٢٧. ورواه أحمد في مسنده، ٣٨١/٦ برقم ٢٧١٨٨ و٦/ ٤٣٩ برقم ٢٧٥١٥. حديث حمنة بنت جحش رضي الله عنها.

(٧) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٥/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٦٩/٨. الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٣/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣١٢/٤. ابن قدامة: المغني، ١٠١/٩.

(٨) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٥/٣.

(٩) ابن قدامة: المغني، ٤٦٧/٧.

وثلاثة أشهر عدة، وتحل للأزواج بعدها. ذلك لأنّها بمنزلة من رفعت حيضتها ولا تدري ما رفعها، ولأنّها لم تتيقّن لها حيضاً مع أنّها من ذوات القروء، فكانت عدّتها سنةً، كالّتي ارتفع حيضها[1].

جاء في الشرح الصغير في فقه المالكية: (وإن استحاضت مطلقة ولم تميز الحيض من غيره تربصت سنة كاملة)[2].

الترجيح:

ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث؛ للعلة نفسها في المرتابة.

المطلب الخامس
عدّة زوجة الصّغير

اتفق الفقهاء على أنّ عدّة زوجة الصّغير المتوفّى عنها هي أربعة أشهر وعشر، كعدّة زوجة الكبير سواء بسواء إذا لم تكن حاملاً. واختلفوا فيما لو مات عن امرأته وهي حامل على قولين:

القول الأوّل: أنّ الصّغير الّذي مات عن امرأته وهي حامل – ولا يولد لمثله – عدّة زوجته أربعة أشهر وعشر، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة في قول وأبي يوسف من الحنفية[3].

وحجتهم في ذلك: أنّ هذا الحمل غير متيقن منه، بدليل أنّه لا يثبت نسبه إليه، فلا تنقضي به العدّة، كالحمل من الزّنا أو الحادث بعد موته، والحمل الّذي تنقضي العدّة بوضعه هو الّذي ينسب إلى صاحب العدّة ولو احتمالاً. والقاعدة الفقهية أن: **العدة حق للرجل**[4]. فعتد لأجل الرجل كما لو لم تكن حاملاً.

قال المالكيّة: لو كان الزّوج صبيّاً أو مجبوباً فلا تنقضي عدّة زوجته بوضع حملها، لا من موت ولا طلاق، بل لا بدّ من ثلاثة أقراء في الطّلاق، ويعدّ نفاسها حيضةً، وعليها في الوفاة أقصى الأجلين، وهو المتأخّر من الوضع أو تمام الأربعة أشهر وعشر[5].

وقال الحنفيّة: تجب العدّة بدخول زوجها الصّبيّ المراهق الّذي يتصوّر منه الإعلاق، وكذلك بخلوته الصّحيحة أو الفاسدة، وإذا لم يمكن منه الوطء لصغره، أو لم تحصل خلوة فلا تجب عليها العدّة في الطّلاق.

وذهب الشّافعيّة إلى أنّ وطء الصّبيّ – وإن كان في سنّ لا يولد لمثله – يوجب عدّة الطّلاق لعموم الأدلّة، ولأنّ الوطء شاغل في الجملة، ولأنّ الإنزال الّذي يحصل به العلوق لمّا كان خفيّاً يختلف بالأشخاص

---

(1) الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٠/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٢٨٥/١. ابن قدامة: المغني، ١٠١/٩.
(2) الدردير: الشرح الصغير، ٤٩٨/١.
(3) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٧/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٣/٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٤/٢. السرخسي: المبسوط، ٥٢/٦. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٤/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٥/١. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٨/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٤/٨. ابن قدامة: المغني، ١١٩/٩.
(4) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٤٨/٣٢. ابن القيم: زاد المعاد، ٦٦٧/٥. ابن القيم: أعلام الموقعين، ٨٥/٢.
(5) النفراوي: الفواكه الدواني، ٩١/٢-٩٢.

والأحوال، ولعسر تتبّعه أعرض الشّارع عنه، واكتفى بسببه، وهو الوطء أو استدخال المنيّ كما اكتفى في التّرخّص بالسّفر، وأعرض عن المشقّة.

وقال الزّركشيّ[1]: يشترط في وجوب العدّة من وطء الصّبيّ تهيّؤه للوطء وأفتى به الغزاليّ[2].

القول الثّاني: أنّ عدّة زوجة الصّغير الّذي مات وهي حامل تكون بوضع الحمل، وهو مذهب أبي حنيفة ومحمّد، وأحمد في رواية.

وقد استدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق:٤]. ولأنّ وجوب العدّة للعلم بحصول فراغ الرّحم، والولادة دليل فراغ الرّحم بيقين، والشّهر لا يدلّ على الفراغ بيقين، فكان إيجاب ما دلّ على الفراغ بيقين أولى، إلاّ إذا ظهر الحمل بعد موته لم تعتدّ به، بل تعتدّ بأربعة أشهر وعشر، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[البقرة:٢٣٤]. ولأنّ الحمل إذا لم يكن موجوداً وقت الموت وجبت العدّة بالأشهر، فلا تتغيّر بالحمل الحادث، وإذا كان موجوداً وقت الموت وجبت عدّة الحبل، فكان انقضاؤها بوضع الحمل، ولا يثبت نسب الولد في الوجهين جميعاً، لأنّ الولد لا يحصل عادةً إلاّ من الماء، والصّبيّ لا ماء له حقيقةً، ويستحيل وجوده عادةً فيستحيل تقديره[3].

المطلب السادس
عدّة زوجة المجبوب والخصيّ

اختلف الفقهاء في عدة الخصيّ والمجبوب كما يلي:

أولاً: ذهب الحنفيّة إلى أنّ المجبوب أو الخصيّ كالعنّين في وجوب العدّة على الزّوجة عند الفرقة بناءً على طلبها[4].

وصرّح السّرخسيّ بأنّ الخصيّ كالصّحيح في وجوب العدّة على زوجته عند الفرقة، وكذلك المجبوب بشرط الإنزال[5].

ثانياً: ذهب المالكيّة إلى أنّ زوجة المجبوب كزوجة الصّبيّ، لا عدّة عليها من طلاقه، كالمطلّقة قبل الدّخول، وقيل: عليها العدّة إن كان يعالج وينزل، وعلى الأوّل خليل، وعلى الثّاني عياض، ولو طلقت زوجته أو مات عنها وهي حامل فلا تنقضي عدّتها بوضع الحمل، لا من موت ولا طلاق، بل لا بدّ من

---

(1) الزركشي (٧٤٥-٧٩٤هـ) أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله، بدر الدين، فقيه شافعي أصولي. تركي الأصل، مصري المولد والوفاة. له تصانيف كثيرة في عدة فنون. منها: (البحر المحيط)؛ (إعلام الساجد بأحكام المساجد)؛ (الديباج في توضيح المهاج)؛ (المنثور) [الأعلام٦/٢٨٦؛ والدرر الكامنة ٣/٣٩٧].

(2) الشربيني: مغني المحتاج، ٣/٣٨٤. النووي: روضة الطالبين، ٨/٣٦٥-٣٦٦.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، ٣/١٩٧-١٩٨. ابن قدامة: المغني، ٩/١١٩.

(4) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٤/٢٩٧. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٢/٣٤٠.

(5) السرخسي: المبسوط، ٦/٥٣.

ثلاثة أقراء في الطّلاق، ويعدّ نفاسها حيضةً، وعليها في الوفاة أقصى الأجلين، وهو المتأخّر من الوضع أو تمام الأربعة أشهر وعشر[١].

وصرّح بعض المالكيّة بأنّ الزّوج إذا كان مجبوب الذّكر والخصيتين فلا تعتدّ امرأته، وأمّا إن كان مجبوب الخصيتين قائم الذّكر فعلى امرأته العدّة، لأنّه يطأ بذكره، وإن كان مجبوب الذّكر قائم الخصيتين: فهذا إن كان يولد لمثله فعليها العدّة، وإلاّ فلا، وقيل: يرجع في المقطوع ذكره أو أنثياه إلى أهل المعرفة كالأطبّاء أو النّساء[٢].

والممسوح ذكره وأنثياه كالصّبيّ الّذي لا يولد لمثله، فلا عدّة على زوجته في المعتمد في طلاق أو فسخ، وإنّما تجب عليها عدّة الوفاة، لأنّ فيها ضرباً من التّعبّد، فإذا مات وظهر بها حمل فلا يلحقه، ولا تنقضي عدّتها بوضعه، لأنّ الحمل الّذي تنقضي العدّة بوضعه هو الّذي ينسب لأبيه، وإنّما تنتهي بأقصى الأجلين: الوضع أو أربعة أشهر وعشر[٣].

ثالثاً: وقال الشّافعيّة: تعتدّ المرأة من وطء خصيّ لا مقطوع الذّكر ولو دون الأنثيين لعدم الدّخول، لكن إن بانت حاملاً لحقه الولد، لإمكانه إن لم يكن ممسوحاً، واعتدّت بوضعه وإن نفاه، بخلاف الممسوح، لأنّ الولد لا يلحقه على المذهب، ولا تجب العدّة من طلاقه[٤].

رابعاً: وذهب الحنابلة إلى أنّه إذا طلّق الخصيّ المجبوب امرأته أو مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه، ولم تنقض عدّتها بوضعه وتستأنف بعد الوضع عدّة الطّلاق: ثلاثة قروء، أو عدّة الوفاة: أربعة أشهر وعشراً، وذكر القاضي: أنّ ظاهر كلام أحمد أنّ الولد يلحق به، لأنّه قد يتصوّر منه الإنزال بأن يحكّ موضع ذكره بفرجها فينزل، فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضي به العدّة، والصّحيح أنّ هذا لا يلحق به ولد، لأنّه لم تجر به عادة، فلا يلحق به ولدها، كالصّبيّ الّذي لم يبلغ عشر سنين[٥].

---

(١) النفراوي: الفواكه الدواني، ٢/٩١-٩٢. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٦٨/٢.
(٢) الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٧٣٢/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٦/١.
(٣) عليش: شرح منح الجليل، ٣٧٢/٢.
(٤) الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٤/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٦٥/٨.
(٥) ابن قدامة: المغني، ١٢٠/٩.

المبحث الخامس
واجبات المعتدة وحقوقها

المطلب الأول: خطبة المعتدّة

اتّفق الفقهاء على أنّ التّصريح بخطبة معتدّة الغير أو المواعدة بالنّكاح حرام سواء أكانت العدّة من طلاق رجعيّ أم بائن أم وفاة أم فسخ أو معتدّة عن وطء شبهة؛ لأن المطلقة طلاقاً رجعياً في حكم الزوجة، فلا يجوز خطبتها، ولبقاء بعض آثار الزواج في المطلقة ثلاثاً أو بائناً أو متوفى عنها زوجها.

ولا يجوز أيضاً التعريض بالخطبة في عدة الطلاق، ويجوز في عدة الوفاة؛ لقوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِىٓ أَنفُسِكُمْ فَٱحْذَرُوهُ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴾[البقرة:٢٣٥]، ولأنه في عدة الطلاق لايجوز للمعتدة الخروج من منزلها أصلاً ليلاً ولا نهاراً، ويجوز للمتوفى عنها عند الحنفية الخروج نهاراً، ولأن إثارة العداوة بالتعريض لزوجها الأول يتصور في المطلقة لا المتوفى عنها. وقد ذكرت الحكم تفصيلاً في بحث الخطبة[١].

ويؤيد هذا القاعدة الفقهية: **الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال سداً للذريعة**[٢].

المطلب الثاني: تحريم النكاح

الأصل في ذلك ما تنص عليه القاعدة الفقهية: **كلّ معتدة من غير النكاح الصحيح يحرم نكاحها**[٣]. لذلك أجمع أهل العلم على أنّه لا يجوز للأجنبيّ نكاح المعتدّة أيّاً كانت عدّتها من طلاق أو موت أو فسخ أو شبهة، وسواء أكان الطّلاق رجعيّاً أم بائناً ببينونةً صغرى أو كبرى[٤]. وذلك لحفظ الأنساب وصونها من الاختلاط ومراعاةً لحقّ الزّوج الأوّل، والقاعدة الفقهية تقول: **العدة حق للرجل**[٥]. ولبقاء الزوجية في الطلاق الطلاق الرجعي، وبعض آثار الزواج في الطلاق الثالث والبائن. والقاعدة الفقهية تنص على أن: **بقاء أثر الشيء كبقاء أصله فيما يرجع إلى دفع الضرر**.

وإذا تزوجت أو عقد النّكاح على المعتدّة في عدّتها فالنكاح باطل ويجب أن يفرّق بينها وبين من عقد عليها، لأنها ممنوعة من الزواج لحق الزوج الأول، كما لو تزوجت وهي في نكاحه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع،٢٠٤/٣. الأزهري:جواهر الإكليل، ٢٧٦/١. الشربيني: مغني المحتاج،١٣٥/٣. البهوتي: كشاف القناع، ١٨/٥.

[٢] الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ق ٦٥ ص ٢٧٨. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٦٧/٢

[٣] ابن قدامة: المغني، ١٠٢/٨. ابن مفلح: المبدع، ١٣٧/٨. المرداوي، الإنصاف، ٢٩٨/٩.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع،٢٠٤/٣. الأزهري: جواهر الإكليل،٢٧٦/١. النفراوي: الفواكه الدواني،٣٣/٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،٢١٧/٢. عليش: منح الجليل،٨/٢. النووي: روضة الطالبين،٤٣/٧. الشربيني: مغني المحتاج، ١٣٥/٣. ابن قدامة: المغني، ١٢٠/٩.

[٥] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٤٨/٣٢. ابن القيم: زاد المعاد، ٦٦٧/٥. ابن القيم: أعلام الموقعين، ٨٥/٢.

تَعْزِمُوا عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾[البقرة:٢٣٥]. والمراد تمام العدّة، والمعنى: لا تعزموا على عقدة النّكاح في زمان العدّة، أو لا تعقدوا عقدة النّكاح حتّى ينقضي ما كتب اللّه عليها من العدّة[١].

يقول الكاسانيّ: ولأنّ النّكاح بعد الطّلاق الرّجعيّ قائم من كلّ وجه، وبعد الثّلاث والبائن قائم من وجه حال قيام العدّة، لقيام بعض الآثار، والثّابت من وجه كالثّابت من كلّ وجه في باب الحرمات احتياطاً، ويجوز لصاحب العدّة أن يتزوّجها في عدّتها إذا لم يكن الطّلاق ثلاثاً لأنّ النّهي عن التّزوّج للأجانب لا للأزواج، لأنّ عدّة الطّلاق إنّما لزمتها حقّاً للزّوج، لكونها باقيةً على حكم نكاحه من وجه، وهذا يظهر في حقّ التّحريم على الأجنبيّ لا على الزّوج إذ لا يجوز أن يمنع حقّه[٢].

وفي الموطّأ: أنّ طليحة الأسدية كانت زوجة رشيد الثّقفيّ وطلّقها، فنكحت في عدّتها، فضربها عمر بن الخطّاب وضرب زوجها بخفقة ضربات، وفرّق بينهما ثمّ قال عمر: أيّما امرأة نكحت في عدّتها فإن كان الّذي تزوّجها لم يدخل بها فرّق بينهما ثمّ اعتدّت بقيّة عدّتها من زوجها الأوّل، ثمّ إن شاء كان خاطباً من الخطّاب، وإن كان دخل بها فرّق بينهما ثمّ اعتدّت بقيّة عدّتها من الأوّل، ثمّ اعتدّت من الآخر، ثمّ لا ينكحها أبداً[٣].

ولكن يجوز لصاحب العدة أن يتزوج المعتدة؛ لأن الإلزام بالعدة إنما شرع مراعاة لحق الزوج، فلا يجوز أن يمنع حقه، فالعدة لحفظ مائه وصيانة نسبه، ولا يصان ماؤه عن بعضه، ولا يحفظ نسبه عنه، ولأن القاعدة الفقهية تنص على: **يغتفر في الابتداء أو الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.** فإذا انقضت العدة جاز لأي شخص أن يتزوجها[٤].

والقاعدة عند المالكية: كل نكاح فسخ بعد الدخول اضطراراً، فلا يجوز للزوج أن يتزوج المرأة في عدتها منه، وكل نكاح فسخ اختياراً من أحد الزوجين، حيث لهما الخيار، جاز أن يتزوجها في عدتها منه[٥].

المطلب الثالث: إحداد المعتدّة.

الإحداد أو الحداد في اللغة: الامتناع من الزينة[٦].

والإحداد اصطلاحاً هو: ترك التّزيّن بالثّياب والحليّ والكحل والدهن والطّيب مدّةً مخصوصةً في أحوال مخصوصة، وهو خاص بالبدن، فلا مانع من تجميل فراش وبساط وستور، وأثاث بيت وجلوس امرأة على حرير[٧].

---

[١] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٩٢/٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٤/٣.

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٤/٣.

[٣] النفراوي: الفواكه الدواني، ٣٣/٢.

[٤] الكاساني:بدائع الصنائع، ٢٠٤/٣. الأزهري:جواهر الإكليل، ٢٧٦/١. النفراوي: الفواكه الدواني، ٣٣/٢-٣٤. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢١٧/٢. عليش: منح الجليل، ٨/٢. النووي: روضة الطالبين، ٤٣/٧. الشربيني: مغني المحتاج، ١٣٥/٣. ابن قدامة: المغني، ١٢٠/٩.

[٥] ابن جزي: القوانين الفقهية، ص ٢١١.

[٦] الفيروزآبادي: القاموس المحيط مادة" حدد"

[٧] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٣٠/٣. النووي: شرح صحيح مسلم، ١١١/١٠. البهوتي: كشاف القناع، ٢٧١/٣.

وقد أجمع أهل العلم على وجوب الإحداد على المعتدّة في عدّة الوفاة على زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام[١]. للحديث الصحيح: (لا يحل لامرأة مسلمة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدَّ فوق ثلاث، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً)[٢].

ويجب أن تكون العدة من نكاح صحيح، حتّى ولو لم يدخل بها الزّوج المتوفّى بخلاف المنكوحة نكاحاً فاسداً إذا مات عنها زوجها[٣].

وقد اتفق الفقهاء على أنه لا إحداد على المطلّقة طلاقاً رجعيّاً لبقاء أكثر أحكام النّكاح فيها، بل يستحبّ لها التّزيّن بما يدعو الزّوج إلى رجعتها والعودة لها، لعلّ اللّه يحدث بعد ذلك أمراً.

واختلفوا في المعتدّة من طلاق بائن بينونةً صغرى أو كبرى إلى قولين:

القول الأول: أوجب الحنفية الحداد أيضاً على المبتوتة أو المطلقة طلاقاً بائناً؛ لأنه حق الشرع، وإظهاراً للتأسف على فوات نعمة الزواج، كالمتوفى عنها[٤].

القول الثاني: وذهب الجمهور بأنه مستحب فقط وليس بواجب؛ لأن الزوج آذاها بالطلاق البائن، فلا تلزم بإظهار الحزن والأسف على فراقه، ولأنها معتدة من طلاق كالرجعية، وإنما يستحب لها الحداد لئلا تدعو الزينة إلى الفساد[٥].

والقاعدة الفقهية في لزوم الإحداد: **ما أفضى إلى حرام حرام**[٦]. لذلك يكون الإحداد بترك التزين والتجمل، وهو أن تمتنع عما يلي:

١- الزينة بحلي ولو خاتم من ذهب أو فضة، أو حرير مطلقاً ولو كان أسود. وأجاز بعض الشافعية كابن حجر التحلي بالذهب والفضة، وأجاز الحنابلة لبس الحرير الأبيض؛ لأنه مألوف.

٢- الطيب في البدن، لا في الثياب، لما فيه من الترفه واجتذاب الأنظار، ومنعها المالكية من الاتجار في الطيب وعمله.

٣- الدهن المطيب وغير المطيب؛ لأن فيه زينة الشعر، ولا يخلو الدهن عن نوع طيب.

٤- الكحل، لما فيه من زينة العين. وأجاز فقهاء المذاهب كلهم الكحل لضرورة أو حاجة ليلاً لا نهاراً.

---

[١] والإحداد على الزوج خاص في رأي الحنفية بالمرأة البالغة المسلمة ولو أمة، فلا إحداد على صغيرة أوذمية؛ لأنهما غير مكلفين. ولا إحداد على أم الولد؛ لأنها ليست زوجة. ويشمل الإحداد عند الجمهور كل زوجة بنكاح صحيح، صغيرة أو كبيرة، أو مجنونة، مسلمة أو كتابية، وكذا الأمة الزوجة في رأي الحنابلة، ولا يجب الإحداد على الإماء في رأي المالكية والشافعية؛ لأنهن لسن زوجات، وأما الصغيرة والذمية فلأن غير المكلفة تساوي المكلفة في اجتناب المحرمات كالخمر والزنا، وإنما يفترقان في الإثم، فكذلك الإحداد، ولأن حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة، فكذلك فيما عليها.[الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٦٢٤/٧]

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب إحداد المرأة على غير زوجها،٤٣٠/١ برقم١٢٢١ و١٢٢٢. وفي كتاب الطلاق، باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، ٢٠٢٤/٥ برقم ٥٠٢٤. وفي كتاب الطلاق، باب الكحل للحادة، ٢٠٤٣/٥ برقم ٥٠٢٧. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه ذلك إلا ثلاثة أيام، ١١٢٣/٢ برقم ١٤٨٦ و١٤٨٧.

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٨/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٤٢/٤. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٨/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٩/١. عليش: منح الجليل، ٣٨٤/٢. النووي: روضة الطالبين، ٤٠٥/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٨/٣. ابن قدامة: المغني، ١٦٦/٩. ابن قدامة: الكافي، ٩٥٠/٢.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٨٠/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٥٠/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤٦٥/٤.

[٥] الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٥٣/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٣٣/١. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٤/٣. النووي: روضة الطالبين، ٧٢/٨. ابن قدامة: المغني، ٢١٧/٧.

[٦] ابن قدامة: المغني ٧٣/٣. الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ٤٣٠

٥- الحناء وكل أنواع الخضاب والصباغ.
٦- لبس الثوب المطيب والمصبوغ بالأحمر أو الأصفر[١].

ودليل ذلك حديث أم سَلَمة عن النبي صلّى الله عليه وسلم قال: (المتوفى عنها زوجها: لا تَلْبَس المُعَصْفر من الثياب، ولا الممشَّقة[٢]، ولا الحُلِي، ولا تختضب، ولا تكتحل)[٣] وفي رواية أخرى: (ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء، فإنه خضاب)[٤]. وعن أم عطية قالت: (كنا نُنهى أن نحدَّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً، ولا نكتحل، ولا نتطيب، ولا نلْبَس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عَصْب)[٥].
ويجوز للمرأة فعل شيء مما سبق للضرورة؛ **لأن القاعدة الفقهية تقول: الضرورات تبيح المحظورات. وللقاعدة الفقهية: إذا ضاق الأمر اتسع**[٦].

ويباح لها لبس الأسود في المذاهب الأربعة. ولم يجوز الظاهرية[٧] الكحل ولو لضروة، ولا الأسود؛ لأنه كالأحمر والأصفر، ولم يجوز المالكية لبس الأسود إذا كان يتزين به في قوم.

ويباح لها عند الجمهور دخول الحمام المنزلي وغسل الرأس بالصابون ونحوه، ولم يجز المالكية لها دخول الحمام إلا لضرورة. ولها قص الأظافر ونتف إبط وحلق عانة (استحداد) وإتباع دم الحيض بطيب.
فإن تركت المتوفى عنها الحداد عصت الله تعالى إن علمت حرمة الترك، ويعصي ولي الصغيرة والمجنونة في رأي غير الحنفية إن لم يمنعها، وتنقضي عدتها بمضي الزمان مع العصيان، كما لو فارقت المنزل[٨].

---

[١] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٦٢٤/٧.
[٢] المعصفر: المصبوغة بالعصفر. والممشقة: المصبوغة بالمَشْق وهو المُغرَة. أي الطين الأحمر يصبغ به. [المصباح المنير، مادة " مشق"]
[٣] ابن حبان: الصحيح، فصل في إحداد المعتدة، ذكر الزجر عن أن تلبس المعتدة الحلي أو تختضب، ١٤٤/١٠ برقم ٤٣٠٦، أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب فيما تجتنبه المعتدة في عدتها، ٢٩٢/٢ برقم ٢٣٠٤. والنسائي: السنن الكبرى، أبواب العدة، ما تجتنب المعتدة من الثياب المصبغة، ٣٩٥/٣ برقم ٥٧٢٩. والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب العدد، باب كيف الإحداد، ٤٤٠/٧ برقم ١٥٣١٠. عن أم سلمة وانظر: الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٩٦/٦.
[٤] أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب فيما تجتنبه المعتدة في عدتها، ٢٩٢/٢ برقم ٢٣٠٥. النسائي: السنن الكبرى، أبواب العدة، باب الرخصة للحادة أن تمتشط بالسدر، ٣٩٦/٣ برقم ٥٧٣١. الطبراني: المعجم الكبير، ٤١٩/٢٣ برقم ١٠١٣. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب العدد، باب المعتدة تضطر إلى الكحل، ٤٤٠/٧ برقم ١٥٣١٥.
[٥] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحيض، باب الطيب للمرأة ثم غسلها من المحيض، ١١٩/١ برقم ٣٠٧. وفي كتاب الطلاق، باب القسط للحادة ثم الطهر، ٢٠٤٣/٥ برقم ٥٠٢٧. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه ذلك إلا ثلاثة أيام، ١١٢٧/٢ برقم ٩٣٨. ٢٩٥. وثوب العصب: نوع من برود اليمن يعصب غزله أي يجمع، ثم يشد، ثم يصبغ معصوباً، فيصبح موشى لبقاء ما عصب منه أبيض لم ينصبغ، وإنما ينصبغ السَدى دون اللُحمة، والسدى: ما مُدّ من خيوط الثوب، وضده اللحمة: وهو ما نسج عرضاً. انظر معاني هذه الكلمات في المنتقى لابن تيمية ٦٤٥/٢. وشرح صحيح مسلم للنووي٣٧٦/٥.
[٦] مجلة الأحكام العدلية، مادة ١٨.
[٧] ابن حزم: المحلى، ٣٣٥/١٠، مسألة ٢٠٠٠.
[٨] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٨٠/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٥٠/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤٦٥/٤. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٥٣/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٣٣/١. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٤/٣. النووي: روضة الطالبين، ٧٢/٨. ابن قدامة: المغني، ٢١٧/٧. الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٦٢٤/٧.

المطلب الرابع: حرمة الخروج من البيت.

فصّل الفقهاء في مسألة خروج المعتدة من بيتها أثناء العدة حسب حالها كالآتي:

الحالة الأولى: خروج المعتدّة المتوفّى عنها زوجها:

اتفق الفقهاء على أنّ المتوفّى عنها زوجها لا تخرج ليلاً، ولا بأس بأن تخرج نهاراً لقضاء حوائجها[١]. وذلك **للقاعدة الفقهية: إذا ضاق الأمر اتسع[٢]. ومثلها: الضرورات تبيح المحظورات. ومثلها: الحاجة تنزل منزلة الضرورة.**

قال الكاسانيّ: لأنّها تحتاج إلى الخروج بالنّهار لاكتساب ما تنفقه، لأنّه لا نفقة لها من الزّوج المتوفّى بل نفقتها عليها، فتحتاج إلى الخروج لتحصيل النّفقة، ولا تخرج باللّيل لعدم الحاجة إلى الخروج باللّيل، وإذا خرجت بالنّهار في حوائجها لا تبيت خارج منزلها الّذي تعتدّ فيه[٣].

جاء في الروضة للنووي: إلاّ أن تكون حاملاً وتستحقّ النّفقة، فلا يباح لها الخروج إلاّ لضرورة[٤] .

واستدلّوا بحديث الفريعة بنت مالك رضي الله عنها: (أنّها جاءت إلى رسول اللّه صلى الله عليه وسلم فأخبرته: أنّ زوجها خرج في طلب أعبد له، فقتلوه بطرف القدوم، قالت: فسألت رسول اللّه صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلي، فإنّ زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة ؟ فقالت: قال الرّسول صلى الله عليه وسلم: نعم. قالت: فانصرفت حتّى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد ناداني، أو أمر بي فنوديت له فقال رسول اللّه صلى الله عليه وسلم: كيف قلت ؟ فرددت عليه القصّة، فقال: امكثي في بيتك حتّى يبلغ الكتاب أجله، قالت: فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً، قالت: فلمّا كان عثمان بن عفّان أرسل إليّ فسألني عن ذلك، فأخبرته، فاتّبعه وقضى به)[٥].

وبما رواه مجاهد مرسلاً: (استشهد رجال يوم أحد فآم نساؤهم وكنّ متجاورات في دار فجئن النّبيّ صلى الله عليه وسلم فقلن: يا رسول اللّه، إنّا نستوحش باللّيل فنبيت عند إحدانا فإذا أصبحنا تبدّرنا إلى بيوتنا فقال النّبيّ صلى الله عليه وسلم: تحدّثن عند إحداكنّ ما بدا لكنّ، فإذا أردتنّ النّوم فلتؤب كلّ امرأة منكنّ إلى بيتها)[٦].

---

[١] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٥/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٤٤/٤. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٩٣/١. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٨٦/٢. عليش: منح الجليل، ٣٩٦/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٩/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٤٠٣/٣. النووي: روضة الطالبين، ٤١٦/٨. ابن قدامة: المغني، ١٧٦/٩. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٥٤/١٨-١٥٥.

[٢] مجلة الأحكام العدلية، مادة ١٨.

[٣] الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٥/٣. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٨٦/٢.

[٤] النووي: روضة الطالبين، ٤١٦/٨.

[٥] ابن حبان: الصحيح، باب العدة، ذكر الأمر بالاعتداد للمتوفى عنها زوجها في البيت الذي جاء فيه نعيه،١٢٩/١٠ برقم ٤٢٩٣. أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في المتوفى عنها تنتقل، ٢٩١/٢ برقم ٢٣٠٠. الترمذي: السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها، ٥٠٨/٣ برقم ١٢٠٤. وقال حديث حسن صحيح. والنسائي: السنن الكبرى، مقام المتوفي عنها زوجها في بيتها حتى تحل، ٣٩٣/٣ برقم ٥٧٢٤. ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها، ٦٥٤/١ برقم ٢٠٣١. وأخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل، ٥٩١/٢ برقم ١٢٢٩ وأحمد في مسنده، ٣٧٠/٦ برقم ٢٧١٣٢. و٤٢٠/٦ برقم ٢٧٤٠٣ من حديث فريعة بنت مالك رضي الله عنها. والحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٢٢٦/٢ برقم ٢٨٣٢. وقال حديث صحيح محفوظ. وأعله ابن القطان وغيره بجهالة راوية فيه كما في التلخيص الحبير لابن حجر ٢٤٠/٣. وانظر نصب الراية للزيلعي، ٣٨٢/٣.

[٦] الطبراني: المعجم الكبير، ٣٣٤/٩ برقم ٩٦٥٨. عبد الرزاق: المصنف، باب أين تعتد المتوفى عنها، ٣٢/٧ برقم ١٢٠٦٨. البيهقي: السنن الكبرى، باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها، ٤٣٦/٧ برقم ١٥٢٨٩. الهيثمي: مجمع الزوائد، باب المعتدة تنتقل أو تخرج من بيتها، ٤/٥ وقال رجاله رجال الصحيح. وانظر: صحيح مسلم بشرح النووي،١٠٨/١٠.و النووي: روضة الطالبين، ٤١٦/٨.

الحالة الثانية: خروج المطلّقة الرّجعيّة:

اختلف الفقهاء في خروج المطلقة الرجعية أثناء العدة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفيّة والشّافعيّة إلى أنّ المطلّقة الرّجعيّة لا يجوز لها الخروج من مسكن العدّة لا ليلاً ولا نهاراً[1] واستدلّوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[الطلاق:١]. فقد نهى اللّه تعالى الأزواج عن الإخراج والمعتدّات عن الخروج، إلاّ إذا ارتكبن فاحشةً، أي: الزّنا.

وبقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[الطلاق:٦]. والأمر بالإسكان نهي عن الإخراج والخروج. قال النّوويّ: إن كانت رجعيّةً فهي زوجته، فعليه القيام بكفايتها، فلا تخرج إلاّ بإذنه[2].

وقال الكاسانيّ: (ولأنّها زوجته بعد الطّلاق الرّجعيّ لقيام ملك النّكاح من كلّ وجه، فلا يباح لها الخروج كما قبل الطّلاق، إلاّ أنّ بعد الطّلاق لا يباح لها الخروج وإن أذن لها به، بخلاف ما قبل الطّلاق، لأنّ حرمة الخروج بعد الطّلاق لمكان العدّة وفيها حقّ اللّه تعالى فلا يملك إبطاله، بخلاف ما قبل الطّلاق، لأنّ الحرمة ثمّة لحقّ الزّوج خاصّةً فيملك إبطال حقّ نفسه بالإذن بالخروج)[3].

القول الثاني: وذهب المالكيّة والحنابلة إلى جواز خروج المطلّقة الرّجعيّة نهاراً لقضاء حوائجها، وتلزم منزلها باللّيل لأنّه مظنّة الفساد، واستدلّوا بحديث جابر بن عبد اللّه رضي الله عنهما قال: (طلقت خالتي، فأرادت أن تَجُدّ نخلها[4]، فزجرها رجل أن تخرج، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم؛ فقال: بلى فجدي نخلك؛ نخلك؛ فإنك عسى أن تصدقي أو تفعلي معروفاً)[5].

غير أن المالكيّة قالوا: يجوز خروج المعتدّة لقضاء حوائجها في الأوقات المأمونة وذلك يختلف باختلاف البلاد والأزمنة، ففي الأمصار وسط النّهار، وفي غيرها في طرفي النّهار، ولكن لا تبيت إلاّ في مسكنها[6].
مسكنها[6].

الحالة الثالثة: خروج المطلّقة البائن:

اختلف الفقهاء في جواز خروج المعتدّة من طلاق بائن على قولين:

القول الأوّل: ذهب المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة والثّوريّ والأوزاعيّ واللّيث بن سعد إلى جواز خروجها نهاراً لقضاء حوائجها، أو طرفي النّهار لشراء ما يلزمها من ملبس ومأكل ودواء أو بيع غزل، أو كانت تتكسّب

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٥/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٤٤/٤. السرخسي: المبسوط، ٣٢/٦-٣٦. النووي: روضة الطالبين، ١٤٦/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٤٠٣/٣-٤٠٤.

(2) النووي: روضة الطالبين، ٤١٦/٨.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٥/٣.

(4) الجداد: بفتح الجيم وكسرها: صرام النخل، وهو قطع ثمره. [صحيح مسلم بشرح النووي ١٠٨/١٠].

(5) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب جواز خروج المعتدة البائن والمتوفي عنها زوجها في النهار لحاجتها، ١١٢١/٢ برقم ١٤٨٣.

(6) النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٩/٢.

من شيء خارج عن محلّها كالقابلة والماشطة أو لأداء عملها سواء أكان الطّلاق بائناً بينونةً صغرى أم كبرى[1]، واستدلوا بحديث جابر رضي الله عنه السّابق: (طلقت خالتي ثلاثاً: فخرجت...) إلخ.

والضّابط عند الشافعية: كلّ معتدّة لا تجب نفقتها ولم يكن لها من يقضيها حاجتها لها الخروج، أمّا من وجبت نفقتها فلا تخرج إلاّ بإذن أو ضرورة كالزّوجة، لأنّهنّ مكفيّات بنفقة أزواجهنّ.

لذلك أجاز الشّافعيّة للبائن الخروج ليلاً إن لم يمكنها نهاراً، وكذا إلى دار جارة لها لغزل وحديث ونحوهما للتّأنّس، بشرط: أن تأمن الخروج، ولم يكن عندها من يؤنسها، وأن ترجع وتبيت في بيتها[2]، لما روي عن مجاهد قال: (استشهد رجال يوم أحد فآم نساؤهم وكنّ متجاورات في دار فجئن النّبيّ صلى الله عليه وسلم فقلن: يا رسول اللّه، إنّا نستوحش باللّيل فنبيت عند إحدانا فإذا أصبحنا تبدّرنا إلى بيوتنا فقال النّبيّ صلى الله عليه وسلم: تحدّثن عند إحداكنّ ما بدا لكنّ، فإذا أردتنّ النّوم فلتؤب كلّ امرأة منكنّ إلى بيتها)[3].

القول الثاني: وقال الحنفيّة: لا يجوز خروج المعتدّة من الطّلاق الثّلاث أو البائن ليلاً أو نهاراً، لعموم النّهي ومسيس الحاجة إلى تحصين الماء[4].

الحالة الرابعة: خروج المعتدّة من شبهة أو نكاح فاسد:

ذهب عامة الفقهاء إلى أن خروج المعتدّة من شبهة أو نكاح فاسد من مسكنها كالمعتدّة من وفاة[5].

ولكن فصّل الحنفيّة فقالوا: المعتدّة من النّكاح الفاسد لها أن تخرج، إلاّ إذا منعها الزّوج لتحصين مائه، والصّغيرة لها أن تخرج من منزلها إذا كانت الفرقة لا رجعة فيها، سواء أذن الزّوج لها أو لم يأذن، لأنّ وجوب السّكنى في البيت على المعتدّة لحقّ اللّه تعالى وحقّ الزّوج، وحقّ اللّه عزّ وجلّ لا يجب على الصّبيّ، وحقّ الزّوج في حفظ الولد ولا ولد منها، وإن كانت الفرقة رجعيّةً فلا يجوز لها الخروج دون إذن زوجها لأنّها زوجته، وله أن يأذن لها بالخروج، والمجنونة لها أن تخرج من منزلها لأنّها غير مخاطبة كالصّغيرة، إلاّ أنّ لزوجها أن يمنعها من الخروج لتحصين مائه، والكتابيّة لها أن تخرج لأنّ السّكنى في العدّة حقّ اللّه تعالى من وجه فتكون عبادةً من هذا الوجه والكفّار لا يخاطبون بشرائع هي عبادات، إلاّ إذا منعها الزّوج من الخروج لصيانة مائه عن الاختلاط، فإذا أسلمت في العدّة لزمها ما يلزم المسلمة فيما بقي من العدّة[6].

---

(1) الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٨٦/٢-٤٨٧. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٩٣/١. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٩/٣. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٥٤/١٨-١٥٥. الشربيني: مغني المحتاج، ٤٠٣/٣. النووي: روضة الطالبين، ٤١٦/٨.

(2) الشربيني: مغني المحتاج، ٤٠٣/٣. النووي: روضة الطالبين، ٤١٦/٨.

(3) الطبراني: المعجم الكبير، ٣٣٤/٩ برقم ٩٦٥٨. عبد الرزاق: المصنف، باب أين تعتد المتوفى عنها، ٣٢/٧ برقم ١٢٠٦٨. البيهقي: السنن الكبرى، باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها، ٤٣٦/٧ برقم ١٥٢٨٩. الهيثمي: مجمع الزوائد، باب المعتدة تنتقل أو تخرج من بيتها، ٤/٥ وقال رجاله رجال الصحيح. وانظر: صحيح مسلم بشرح النووي، ١٠٨/١٠.و النووي: روضة الطالبين، ٤١٦/٨.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٥/٣.

(5) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٧/٣-٢٠٨. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٨٦/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٤٠٣/٣. ٤٠٣/٣. النووي: روضة الطالبين، ٤١٦/٨. ابن قدامة: المغني، ١٧٦/٩.

(6) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٧/٣-٢٠٨.

المطلب الخامس: معاشرة المعتدة.

اختلف الفقهاء في حكم معاشرة المعتدّة من طلاق رجعيّ أو مساكنتها والاستمتاع أو الخلوة بها على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفيّة، وهو ظاهر المذهب للحنابلة إلى أنّه يجوز الاستمتاع بالرّجعيّة والخلوة بها ولمسها والنّظر إليها بنيّة المراجعة، وكذلك بدونها مع الكراهة التّنزيهيّة عند الحنفيّة، لأنّها في العدّة كالزّوجة يملك مراجعتها بغير رضاها، والطلاق الرجعي لا يحرم عندهم على الراجح المطلقة على من طلقها، ويكون استمتاعه بها رجعة، وله حينئذ إذا قصد مراجعتها أن يدخل عليها بلا إذنها[1].

القول الثاني: وذهب المالكيّة والشّافعيّة وفي رواية للحنابلة إلى أنّه لا يجوز للمطلّق لزوجته طلاقاً رجعيّاً معاشرتها ومساكنتها في الدّار الّتي تعتدّ فيها، لأنّه يؤدّي إلى الخلوة بها وهي محرّمة عليه، ولأنّ في ذلك إضراراً بها وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[الطلاق:٦]. فالطّلاق رفع لحلّ النّكاح ومقدّماته، فلا يجوز الدّخول عليها أو الأكل معها أو لمسها أو النّظر إليها، بل يجب عليه الخروج من المسكن، إلاّ إذا كانت الدّار واسعةً ومعها محرم مميّز يستحى منه ويكون بصيراً[2].

أما في الطلاق البائن أو الثلاث: فقد اتفق الفقهاء على أنّ المعتدّة من طلاق بائن حكمها حكم الأجنبيّة، فلا يجوز للمطلّق معاشرتها ومساكنتها أو الخلوة بها أو النّظر إليها، لانقطاع آثار الزّوجيّة، فلا تحلّ له إلاّ بعقد ومهر جديدين في البينونة الصّغرى، أو أن تنكح زوجاً غيره ثمّ يفارقها في البينونة الكبرى.

فلا بدّ من ساتر حاجز بين الرجل والمطلقة، فإن كان المسكن متسعاً استقلت المرأة بحجرة فيه، ولا يجوز للمطلق أن ينظر إليها ولا أن يقيم معها في تلك الحجرة. وإن كان المسكن ضيقاً ليس فيه إلا حجرة واحدة، وجب على الرجل المطلّق أن يخرج من المسكن، وتبقى المطلقة فيه حتى تنقضي العدة؛ لأن بقاء المرأة في منزل الزوجية الذي كانت تسكن فيه وقت الطلاق واجب شرعاً، ولئلا تقع الخلوة بالأجنبية.

ولكن يعد ضيق المنزل وفسق الزوج عذراً يجيز في رأي الحنفية للمطلقة أو المتوفى عنها الخروج من البيت، وتعيين الموضع الذي تنتقل إليه في عدة الطلاق إلى الزوج، وأما في عدة الوفاة فإن التعيين يكون إليها؛ لأنها هي صاحبة الرأي المطلق في أمر السكنى، حتى إن أجرة المنزل إن كان بأجر تكون عليها. وكذلك يعد إيذاؤها الجيران عذراً عند الحنابلة يبيح انتقالها لدار أخرى[3].

هذا، ولا عبرة بالعرف القائم الآن من خروج المطلقة من بيت الزوجية فهو عرف مخالف للنص القرآني السابق: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[الطلاق:١].

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع، ١٨٠/٣. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ٦٢٢/٢. السرخسي: المبسوط، ٣٦/٦. ابن قدامة: المغني، ٤٧٧/٨.

(٢) الصنعاني: سبل السلام، ١٨٢/٣. الشوكاني: نيل الأوطار، ٤٣/٧. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٦٤/١. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٧/٢. النووي: روضة الطالبين، ٤١٨/٨-٤١٩. الشربيني: مغني المحتاج، ٤٠٧/٣. ابن قدامة: المغني، ٤٨٣/٨.

(٣) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٥/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٢١/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٨/٢. عليش: منح الجليل، ٣٩٤/٢. النووي: روضة الطالبين، ٤١٠/٨. الشربيني: مغني المحتاج، ٤٠١/٣. ابن قدامة: المغني، ١٢٠/٩.

المطلب السادس: النفقة والسكنى في بيت الزوجية.

اتفق الفقهاء على وجوب النفقة بأنواعها المختلفة للمعتدة من طلاق رجعي، لبقاء العلاقة الزوجية حكماً، وما دام للزوج الحق في مراجعتها أثناء العدة بدون عقد جديد، وكذلك وجوب السكنى في بيت الزوجية، وأنه لا يجوز إخراجها من بيتها الّتي كانت تسكنه قبل مفارقة زوجها، وقبل موته[1]. لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا ٱلْعِدَّةَ وَٱتَّقُوا ٱللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[الطلاق:١].

ووجه الدّلالة: أنّ اللّه سبحانه وتعالى أضاف البيت إليها، والبيت المضاف إليها هو الّذي كانت تسكنه قبل مفارقة زوجها أو موته.

ولحديث الفريعة بنت مالك رضي الله عنها: (أنّها جاءت إلى رسول اللّه صلى الله عليه وسلم فأخبرته: أنّ زوجها خرج في طلب أعبد له، فقتلوه بطرف القدوم، قالت: فسألت رسول اللّه صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلي، فإنّ زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة ؟ فقالت: قال الرّسول صلى الله عليه وسلم: نعم. قالت: فانصرفت حتّى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد ناداني، أو أمر بي فنوديت له فقال رسول اللّه صلى الله عليه وسلم: كيف قلت ؟ فرددت عليه القصّة، فقال: امكثي في بيتك حتّى يبلغ الكتاب أجله، قالت: فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً، قالت: فلمّا كان عثمان بن عفّان أرسل إليّ فسألني عن ذلك، فأخبرته، فاتّبعه وقضى به)[2].

ووجه الدّلالة: أنّ الرّسول صلى الله عليه وسلم ألزمها أن تعتدّ في بيت الزّوجيّة حتّى تنقضي العدّة ويبلغ الكتاب أجله، وبه قضى عثمان، في جماعة الصّحابة رضي الله عنهم فلم ينكروه، وروي عن عمر وابن عمر وابن مسعود وأمّ سلمة رضي الله عنهم والثّوريّ والأوزاعيّ، فإذا ثبت هذا فإنّه يجب الاعتداد عليها في المنزل الّذي مات زوجها وهي ساكنة به، أو طلّقها[3].

وأخرج مالك في الموطأ عن ابن عمر أنه كان يقول: (لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة إلا في بيتها)[4].

---

[1] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٥/٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٩/٢. ابن جزي: القوانين الفقهية، ١٥٧. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٩٩/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٩٨/١. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٩٥/٣.الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٣/٣ وما بعدها. النووي: روضة الطالبين، ٣٨٤/٨. الشيرازي: المهذب، ١٥١/٢. الرملي: نهاية المحتاج، ١٣٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٤٢٥/٢. ابن قدامة: المغني، ١٢١/٩-١٢٢. الموسوعة الفقهية ٩/١١.

[2] ابن حبان: الصحيح، باب العدة، ذكر الأمر بالاعتداد للمتوفى عنها زوجها في البيت الذي جاء فيه نعيه،١٢٩/١٠ برقم ٤٢٩٣. أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في المتوفى عنها تنتقل، ٢٩١/٢ برقم ٢٣٠٠. الترمذي: السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها، ٥٠٨/٣ برقم ١٢٠٤. وقال حديث حسن صحيح. والنسائي: السنن الكبرى، مقام المتوفي عنها زوجها في بيتها حتى تحل، ٣٩٣/٣ برقم ٥٧٢٤. ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها، ٦٥٤/١ برقم ٢٠٣١. وأخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل، ٥٩١/٢ برقم ١٢٢٩ وأحمد في مسنده، ٣٧٠/٦ برقم ٢٧١٣٢. و٤٢٠/٦ برقم ٢٧٤٠٣ من حديث فريعة بنت مالك رضي الله عنها. والحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٢٢٦/٢ برقم ٢٨٣٢. وقال حديث صحيح محفوظ. وأعله ابن القطان وغيره بجهالة راوية فيه كما في التلخيص الحبير لابن حجر ٢٤٠/٣. وانظر نصب الراية للزيلعي، ٣٨٢/٣.

[3] ابن قدامة: المغني، ١٧٠/٩.

[4] الإمام مالك: الموطأ، كتاب الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل، ٥٩٢/٢ برقم ١٢٣٣. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب العدد، باب سكنى المتوفى عنها زوجها، ٤٣٥/٧ برقم ١٥٢٨٢. وانظر: الاستذكار لابن عبد البر، ٥٣١/٦.

والقاعدة الفقهية تنص على: (كل من كان محبوساً بحق مقصوده لغيره كانت نفقته عليه)[1] أو(كل احتباس شرعي للزوجة، أو كان سببه الزوج؛ فتجب معه النفقة)[2]. وقاعدة: يبقى الاستحقاق ببقاء السبب[3].

وبناء على هذا، لا يجوز للزّوج أو ورثته إخراجها من مسكن النّكاح ما دامت في العدّة، وإلاّ أثموا بذلك لإضافة البيوت إليهنّ في قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[الطلاق:١]. وقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ ﴾ يقتضي أن يكون حقّاً على الأزواج، وقوله تعالى: ﴿وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ يقتضي أنّه حقّ على الزّوجات للّه تعالى ولأزواجهنّ، فالعدّة حقّ اللّه تعالى، والحقّ الّذي للّه تعالى لا يسقط بالتّراضي، لعدم قابليّته للإسقاط، وهذا هو الأصل، إلاّ للأعذار وقضاء الحاجات[4].

إلا أن المالكية قالوا لها السكن مدة العدة إذا كان السكن مملوكة للزوج أو مستأجرة ودفع أجرته قبل الزواج وإلا فلا تجب.

ويرى الحنابلة أنّه يستحبّ سكنى المعتدّة المبتوتة في الموضع الّذي طلّقها فيه[5].

وقال جابر بن زيد والحسن البصريّ وعطاء من التّابعين: إنّ المتوفّى عنها زوجها تعتدّ حيث شاءت، وهذا ما روي عن عليّ وابن عبّاس وجابر وعائشة رضي الله عنهم، واستدلّوا بأنّ قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[البقرة:٢٣٤]. نسخت الآية الّتي جعلت العدّة للمتوفّى عنها زوجها حولاً كاملاً وهي قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَٰجِهِم مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِى مَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ مِن مَّعْرُوفٍ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[البقرة:٢٤٠]. والنّسخ إنّما وقع على ما زاد على أربعة أشهر وعشر، فبقي ما سوى ذلك من الأحكام ثمّ جاء الميراث فنسخ السّكنى، وتعلّق حقّها بالتّركة، فتعتدّ حيث شاءت[6].

كما اتفق الفقهاء على وجوب السكنى والنفقة للمطلقة البائن إن كانت حاملاً، لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[الطلاق:٦] ولقوله تعالى أيضاً: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق:٦][7].

أما المعتدة من وفاة فلا تجب لها النفقة عند عامة الفقهاء لانتهاء العلاقة الزوجية بالموت[8].

---

(١) ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٢٢/٣. المجددي: قواعد الفقه ١٠٣.

(٢) المقبل: عبد العزيز بن عبد الله بن سعد، الضوابط الفقهية في النفقات مع تطبيقات قضائية –رسالة ماجستير- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية -المعهد العالي للقضاء-١٤٢٤هـ. ص٤١.

(٣) راجع معنى هذه القاعدة في مبحث القواعد الفقهية المتعلقة بالعدة الذي سيأتي لاحقاً.

(٤) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٥٤/١٨. الكاساني: بدائع الصنائع، ٢٠٥/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٤٣/٤. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٩١/١. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٨/٢. الشربيني: مغني المحتاج، ٤٠٢/٣. النووي: روضة الطالبين، ٤١٥/٨. ابن قدامة: المغني، ١٧٠/٩. الشوكاني: نيل الأوطار، ١٠٠/٧.

(٥) ابن قدامة: المغني، ١٨٢/٩.

(٦) المرجع السابق، ١٧٠/٩.

(٧) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٥/٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٩/٢. ابن جزي: القوانين الفقهية، ١٥٧. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٩٩/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٩٨/١..الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٣/٣ وما بعدها. الرملي: نهاية المحتاج، ١٣٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٤٢٥/٢. ابن قدامة: المغني، ١٢١/٩-١٢٢. الموسوعة الفقهية ٩/١١.

(٨) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٥/٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٩/٢. ابن جزي: القوانين الفقهية، ١٥٧. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٩٩/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٩٨/١. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن،

كما اتفق الفقهاء على عدم وجوب النفقة للمعتدة من زواج فاسد أو وطء شبهة[١].

واختلف مذاهب الفقهاء في سكنى البائن غير الحامل ونفقتها إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: وجوب النفقة والسكنى.

وهو مذهب الحنفية وهو مروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبعض التابعين؛ حيث قالوا بوجوب السكنى والنفقة على مطلقها مادامت العدة، لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[الطلاق:٦]،

ولحديث فاطمة بنت قيس: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة، ثم أخذ الأسود كفاً من حصى فحصبه به، فقال: ويلك تحدث بمثل هذا، قال عمر: لا نترك كتاب الله وسنة رآها صلى الله عليه وسلم لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت؛ لها السكنى والنفقة، قال الله عز وجل: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾[الطلاق::١][٢].

وعن عائشة أنها قالت: (ما لفاطمة ألا تتقي الله؛ يعني في قولها: لا سكنى ولا نفقة) [٣].

ولأنها محتبسة في العدة لحق الزوج[٤]. **والقاعدة الفقهية تنص على: (كل من كان محبوساً بحق مقصوده لغيره كانت نفقته عليه)[٥] أو(كل احتباس شرعي للزوجة، أو كان سببه الزوج؛ فتجب معه النفقة)[٦]. وقاعدة: يبقى الاستحقاق ببقاء السبب[٧].**

القول الثاني: وجوب السكنى فقط دون النفقة.

وهو مذهب المالكية والشافعية ورواية عن أحمد حيث قالوا بوجوب السكنى فقط ولا نفقة لها، لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[الطلاق:٦] ولا تجب لها النفقة لمفهوم قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق:٦]. فمفهومه يدل على عدم وجوب النفقة لغير الحامل[٨].

١٩٥/٣.الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٣/٣ وما بعدها. النووي: روضة الطالبين، ٣٨٤/٨. الشيرازي: المهذب، ١٥١/٢. الرملي: نهاية المحتاج، ١٣٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٤٢٥/٢. ابن قدامة: المغني، ١٢١/٩-١٢٢. الموسوعة الفقهية ٩/١١.

[١] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٠٩/٤، ابن جزي: القوانين الفقهية ١٥٨، الشربيني: مغني المحتاج ٥١٢/٣، ابن قدامة: المغني ٢٩٢/١١.

[٢] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، برقم ١٤٨٠-. ابن حبان: الصحيح، ذكرعدم إيجاب السكنى والنفقة للمطلقة ثلاثا على زوجها، ٦٣/١٠ برقم ٤٢٥٠. بلفظ: " لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندري حفظت أم نسيت".

[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء، ٢٠٣٩/٥ برقم ٥٠١٦..

[٤] ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٥/٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٩/٢.

[٥] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٢٢/٣. المجددي: قواعد الفقه ١٠٣.

[٦] المقبل: عبد العزيز بن عبد الله بن سعد، الضوابط الفقهية في النفقات مع تطبيقات قضائية –رسالة ماجستير- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية -المعهد العالي للقضاء-١٤٢٤هـ. ص٤١.

[٧] راجع معنى هذه القاعدة في مبحث القواعد الفقهية المتعلقة بالعدة الذي سيأتي لاحقاً.

[٨] ابن جزي: القوانين الفقهية، ١٥٧. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٩٩/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٩٨/١. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٩٥/٣.الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٣/٣ وما بعدها. الرملي: نهاية المحتاج، ١٣٢/٧. البهوتي: كشاف القناع، ٤٢٥/٢. ابن قدامة: المغني، ١٢١/٩-١٢٢. الموسوعة الفقهية ٩/١١.

القول الثالث: عدم وجوب النفقة أو السكنى.

وهو رواية أخرى عن أحمد[١] حيث قال: ولا تجب لها النفقة أو السكنى؛ لحديث فاطمة بنت قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم: (المطلقة ثلاثاً ليس لها سكنى ولا نفقة)[٢]. وفي رواية أخرى: (عن فاطمة بنت قيس: أنه ثم طلقها زوجها في عهد النبي صلى الله عليه وسلم، وكان أنفق عليها نفقة دون، فلما رأت ذلك قالت: والله لأعلمن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن كان لي نفقة أخذت الذي يصلحني، وإن لم تكن لي نفقة لم آخذ منه شيئاً، قالت: فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: لا نفقة لك ولا سكنى)[٣]. وفي لفظ آخر: (يا ابنة آل قيس: إنما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ما كان لها الرجعة، فإن فإن لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى)[٤].

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم، فإنني أرى الراجح –والله أعلم– مذهب الحنفية القائلين بوجوب النفقة والسكنى لبائن غير الحامل، لقوة أدلتهم، ولاتفاقها مع قواعد الفقه.

المطلب السابع: ثبوت الإرث في العدّة.

اتفق الفقهاء على أنّ المعتدّة من طلاق رجعيّ إذا ماتت، أو مات زوجها وهي في العدّة ورث أحدهما الآخر لبقاء آثار الزّوجيّة ما دامت العدّة قائمةً، واتفقوا على أنّ المعتدّة من طلاق بائن في حالة صحّة الزّوج، برضاها أو بغير رضاها، لا توارث بينهما[٥].

واختلف الفقهاء في إرث المعتدّة من طلاق بائن في حالة مرض الموت، وقد تقدم بيانه في بحث طلاق الفار.

المطلب الثامن: ثبوت نسب الولد في العدة.

ذهب جمهور الفقهاء من المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة إلى ثبوت نسب الولد في العدّة، ما دام قد ولد في نطاق الحدّ الأقصى لمدّة الحمل من وقت الطّلاق أو الموت، ومدة الحمل عند الشافعية والحنابلة أربع سنين، وعند المالكية: خمس سنين.

ولا ينتفي نسبه إلاّ باللّعان – سواء أقرّت المعتدّة بانقضاء عدّتها أو لم تقرّ[٦].

وذهب فقهاء الحنفيّة إلى التفصيل في ثبوت النّسب بين المعتدّة الّتي أقرّت بانقضاء عدّتها أو لم تقرّ، وبين البائن والرّجعيّة والمتوفّى عنها حسب الأحوال الآتية[١]:

---

[١] البهوتي: كشاف القناع، ٤٢٥/٢. ابن قدامة: المغني، ١٢١/٩-١٢٢.

[٢] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، ١١١٤/٢ برقم ١٤٨٠.

[٣] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، ١١١٤/٢ برقم ١٤٨٠.

[٤] النسائي: السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب الرخصة في ذلك، ٣٥٠/٣ برقم ٥٥٩٦. رواه أحمد في مسنده، ٣٧٣/٦ برقم ٢٧١٤٥.[الشوكاني: نيل الأوطار، ٢٩٢/٦].

[٥] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٨٠/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ١٥٠/٣. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٤٦٥/٤. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٥٣/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٣٣/١. الشربيني: مغني المحتاج، ٢٩٤/٣. النووي: روضة الطالبين، ٧٢/٨. ابن قدامة: المغني، ٢١٧/٧.

[٦] الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٠/١-٣٨١. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٩٠/٣. الرملي: نهاية المحتاج، ١١٧/٧-١١٨. ابن مفلح: الفروع، ٢٩٠/٣. ابن قدامة: المغني، ٥٥/٩-٥٦.

الحالة الأولى: يثبت النسب إذا جاءت المطلَّقة الرجعية بالولد لسنتين أو أكثر، ولو طالت المدة، لاحتمال امتداد طهرها، وعلوقها في العدة، ما لم تقر بانقضاء عدتها، وكانت المدة تحتمله.

الحالة الثانية: يثبت نسب ولد المبتوتة بلا دعوى، ما لم تقر بانقضاء العدة إذا جاءت به لأقل من سنتين؛ لأنه يحتمل أن يكون الولد قائماً وقت الطلاق، والحمل عندهم لا يبقى أكثر من سنتين. فإن جاءت به لتمام سنتين من يوم الفرقة، لم يثبت نسبه من الزوج؛ لأنه حادث بعد الطلاق، فلا يكون منه؛ لأن وطأها حرام، إلا أن يدعيه الزوج؛ لأنه التزمه، وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة.

الحالة الثالثة: يثبت نسب الولد المتوفى عنها زوجها، ولو غير مدخول بها، إذا لم تقر بانقضاء عدتها، ما بين الوفاة وبين سنتين.

الحالة الرابعة: إذا اعترفت المعتدة مطلقاً (أي معتدة) بانقضاء عدتها، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، ثبت نسبه، لظهور كذبها بيقين، فبطل الإقرار. وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر، لم يثبت نسبه؛ لأنه علم بالإقرار أنه حدث بعده؛ لأنها أمينة في الإخبار، وقول الأمين مقبول إلا إذا تحقق كذبه.

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢١١/٣.

المبحث السادس
القواعد الفقهية المتعقلة بالعدة وموقف القانون منها

المطلب الأول
القواعد الفقهية المتعقلة بالعدة

قاعدة رقم (١).
كل فرقة توجب العدة[١].

وفي لفظ آخر:
- كل فرقة بين زوجين فعدتها عدة طلاق[٢].

معنى القواعد:
تفيد القاعدة الأولى: أن كل فرقة بين الزوجين سواء في ذلك ما كان طلاقاً أو فسخاً وسواء أكان النكاح صحيحاً أو فاسداً أو وطء بشبهة أو سواء كانت الفرقة بسبب الوفاة، وسواء في ذلك ما كان من قبل الزوج أم من قبل الزوجة فكلها توجب عدة على المرأة، لا يمكنها خلالها من الزواج بآخر حتى تنتهي.
وأما القاعدة الثانية فهي تختص بالفرقة أثناء حياة الزوج، بعد الوطء أو الخلوة التي توجب الصداق، فعلى الزوجة عدة طلاق. فعدة المفارقة بغير الطلاق، كعدة المفارقة الطلاق. وخرج بهذه القاعدة عدة المتوفى عنها زوجها.

ويمكن تفصيل هذه القاعدة بالضابط: كل طلاق أو فسخ وجب فيه جميع الصداق وجبت العدة، وحيث سقط الصداق كله أو لم يجب إلا نصفه، سقطت العدة. ومن أمثلة الفسخ: الفسخ بسبب الرضاع أو العيب أو العتق أو اللعان أو اختلاف الدين.

فروع على القاعدة:
منها: إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بطلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى فعلى الزوجة عدة طلاق ثلاثة قروء إن كانت من ذوات الحيض أو ثلاثة أشهر إن كانت من ذوات الأشهر أو حتى تضع حملها إن كانت حاملا أو بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام إن كانت عدة وفاة ولم تكن حاملاً.
ومنها: إذا وقعت الفرقة بخلع أو لعان أو بسبب رضاع أو فسخ لعيب أو إعسار أو إعتاق تحت عبد أو في غيرها ففي جميع هذه الصور تعتد المرأة عدة طلاق[٣].
ومنها: زوجة العنين التي اختارت نفسها فعليها العدة كذلك وإن كانت هذه الفرقة ليست طلاقاً عند بعضهم وهي عند الحنفية طلقة بائنة.

---
[١] السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٧٩.
[٢] ابن قدامة: المغني، ٧٩/٨.
[٣] المراجع السابقة، البهوتي: كشاف القناع، ١١١/٤.

ومنها: لو خالعها زوجها على مال وقعت الفرقة بينهما؛ سواء قلنا إنها فرقة طلاق أو فرقة فسخ فعليها العدة.

ويستثنى من هذه القاعدة: إن طلقها قبل أن يدخل بها أو خالعها فليس عليها عدة لأن العدة للتأكد من براءة الرحم من الحمل وقبل أن يدخل بها هي بريئة من ذلك.

ومنها: إذا عقد عليها ثم توفي قبل أن يدخل بها فعليها عدة الوفاة ولو لم يدخل بها لأن المغلب في عدة الوفاة هو التعبد[١].

ومنها: الفرقة من النكاح الباطل على خلاف بين الفقهاء كما بينا سابقاً.

قاعدة رقم (٢).

الخلوة الصحيحة بالزوجة كالدخول في الأحكام[٢].

وفي لفظ آخر:

- الخلوة حكمها حكم الدخول[٣].
- كل من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق ووجبت العدة[٤].

معنى القواعد:

الخلوة: هي انفراد الرجل مع المرأة بعد العقد عليها. وتكون الخلوة صحيحة إذا إذا كانت خلوة من يطأ مثله، بمن يوطأ مثلها[٥]. بشرط أن يعلم الزوج بها، وأن لا يوجد معهما مميز ولو كان نائماً[٦]، وأن لا تمنعه من نفسها، وأن لا يوجد مانع يمنع الرجل من جماع المرأة. سواء أكان المانع منها كالحيض أو الصوم أو الاحرام أو أي مانع غير ذلك كوجود آخر معهما. والمراد بالدخول: الجماع.

وتفيد هذه القواعد: أن الرجل إذا عقد على امرأة ثم خلا بها بالشروط التي تقدم ذكرها آنفاً، فإن جمهور الفقهاء[٧] –كما بينا ذلك سابقاً– قد ذهبوا إلى أن الخلوة ينبني عليها الأحكام المترتبة على دخول الرجل بالمرأة وجماعه لها. خلافاً للشافعي في الجديد[٨].

---

(١) البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٧٧/٧.

(٢) ابن نجيم: الفوائد الزينية، الفائدة ٢١٩ ص ١٧٦.

(٣) ابن قدامة: المغني، ١٩١/٧. المرداوي: الإنصاف، ٢٨٤/٨. المقدسي: الإقناع لطالب الانتفاع، ٢٢١/٣. القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات. رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى. إعداد سمير بن عبدالعزيز آل عبدالعظيم. ص١٩٧.

(٤) قاعدة فقهية مستنبطة من قضاء الخلفاء الراشدين فيما أخرجه الدارقطني: السنن، ٣٠٦/٣ برقم ٢٢٩. وسعيد بن منصور: السنن، ٢٣٤/١. برقم ٧٦٢. ابن أبي شيبة: المصنف، ٥١٩/٣ برقم ١١٠. ورواه عبد الرزاق: المصنف، كتاب النكاح، باب وجوب الصداق، ٢٨٨/٦ برقم ١٠٨٧٥. البيهقي: السنن، كتاب الصداق باب من قال: من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق، ٢٥٥/٧ برقم ١٤٢٥٦ وورد في: المغني لابن قدامة، ١٩٨/١١، والمجموع للنووي، ١٢٧/١٨.

(٥) ابن قدامة: المغني، ١٩٣/٧. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٣١٨/٥، المقدسي: الإقناع لطالب الانتفاع، ٢٢٠/٣.

(٦) الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة "خلوة".

(٧) ابن الهمام: شرح فتح القدير ٢٧٥/٤، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩١/٣، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٤/٣. الدردير: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٤٦٨/٢، الشافعي: الأم، ١٩٧/٥، النووي: المجموع، ١٢٦/١٨، الماوردي: كتاب العدد من الحاوي ٣٧٠/١ ابن قدامة: المغني، ١٩٧/١١.

(٨) انظر: الشربيني: مغني المحتاج، ٤٩٧/١. وقد سبق بيان حكم المرأة التي فارقها زوجها بعد الخلوة وقبل المسيس في بداية هذا الفصل.

فروع على القاعدة:

منها: يثبت بالخلوة الصحيحة – عند جمهور الفقهاء– تمام المهر للزوجة، حتى لو طلقها ولم يمسها، ويثبت منها ثبوت النسب للولد منه لو حملت وولدت في المدة، وتثبت النفقة والسكنى والعدة عليها لو طلقها بعد هذه الخلوة.

ومنها: إذا خلا الرجل بالمرأة بعد العقد، فإنه تحرم عليه أختها وأربع سواها إذا طلقها حتى تنقضي عدتها.

ويستثنى من هذه القاعدة: الخلوة بالمعتدة الرجعية؛ فلا تقوم الخلوة فيها مقام الدخول[١]، وكذلك من ضربت له المدة لعنته[٢] لا يخرج منها بالخلوة، وكذلك الخلوة في النكاح الفاسد لا يجب بها للمرأة شيئاً[٣]. شيئاً[٣]. وكذلك عدم ثبوت الإباحة بالخلوة للمطلق ثلاثاً[٤].

قاعدة رقم (٣).

العدة حق للرجل[٥].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة: إلى أن من حكمة مشروعية العدة حق الزوج، الذي يُعدّ فيها أجلى وأظهر من حق غيره، وإن كان ذلك لا يعني أنها حق خالص له؛ بل فيها حق لله تعالى، وحق للولد، وحق للمرأة.

فحق الله تعالى يظهر في عدم استطاعة الرجل إسقاط العدة، إذ لو كانت حقاً خالصاً له، لتمكن من إسقاطها كما يسقط سائر حقوقه.

وحقّ الولد، لئلا يضيع نسبه ولا يدري لأي الواطئين هو. وحق الزوجة، بالنفقة والكسوة زمن العدة.

يقول ابن تيمية في قوله تعالى: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[الأحزاب:٤٩]: فقد نفى الله تعالى أن يكون للرجال على النساء عدة في هذا الموضع، وليس هنا عدة لغير الرجال، فعلم أن العدة فيها حق للرجال حيث وجبت، فلو كانت العدة حقاً محضاً لله، لم يقل: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[الأحزاب:٤٩]. إذ لا عدة لهم لا في هذا الموضع ولا غيره)[٦].

فروع على القاعدة:

منها: إذا تزوجت المرأة في عدتها، فنكاحها باطل، وعليها أن تكمل عدة الأول؛ لأسبقية حقه، ثم تعتدّ من وطء الثاني، وذلك لأن العدة حق للآدمي، وحقوق الآدميين لا تتداخل[٧].

ومنها: يحق للرجل أن يرتجع زوجته في العدة من الطلاق الرجعي؛ وذلك لأن القاعدة الفقهية تنص أن: العدة حق للرجل، فملك الرجعة في حقه[٨].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٠٠/٥.
[٢] ابن قدامة: المغني، ١٩٢/٧. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٣١٨/٥. البهوتي: كشاف القناع، ٢٢١/٣.
[٣] ابن قدامة: المغني، ١٩٣/٧. المرداوي: الإنصاف، ٣٠٤/٨. البهوتي: كشاف القناع، ٢٢١/٣.
[٤] ابن قدامة: المغني، ٤٠٤/٧. ابن تيمية: المحرر، ٨٣/٢. البهوتي: كشاف القناع، ٦٦/٤.
[٥] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٤٨/٣٢. ابن القيم: زاد المعاد، ٦٦٧/٥. ابن القيم: أعلام الموقعين، ٨٥/٢.
[٦] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٤٦/٣٢.
[٧] ابن قدامة: المغني، ٢٣٧/١١. المرجع السابق.
[٨] ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٤٧/٣٢.

ومنها: إذا مات من لا يولد لمثله –كصغير أو مجبوب– عن زوجة، فأتت بولد، لم يلحقه نسبه، وعليها أن تعتد للحمل؛ لأن عدته لا يمكن تداركها، ثم تعتد أربعة اشهر وعشراً؛ وذلك لأن العدة حق للزوج، فلا تسقط بمضي الزمان ولا تتداخل مع عدة الحمل[١].

قاعدة رقم (٤).

الأصل بقاء العدة[٢].

هذه القاعدة فرع من قاعدة: الأصل بقاء ما كان على ما كان[٣].

تشير هذه القاعدة: أن عدة المرأة تبقى حتى يثبت انقضاؤها بالحيض أو المدة أو وضع الحمل والمرأة أمينة على ذلك.

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق الرجل امرأته واختلفا في انقضاء عدتها فيكون القول قول المرأة التي تدعي عدم انقضاء عدتها لأن الأصل بقاء العدة. والعدة ثابتة بيقين فلا يحكم بانقضائها إلا بيقين[٤].

قاعدة رقم (٥).

الأصل في الأبضاع التحريم[٥].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- الأصل تحريم الفروج فلا تستباح بشك[٦].
- لا تباح الفروج بالشك[٧].
- المناكح على الحظر[٨].

معاني المفردات:

المراد بالأبضاع: الفروج جمع بضع وهو الفرج كناية عن النساء والنكاح[٩].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة: أن الأصل في النكاح الحرمة والحظر، وأبيح لضرورة حفظ النسل ولذلك لم يبحه الله تعالى إلا بإحدى طريقين: العقد وملك اليمين وما عداهما فهو محظور. وإنما عبر بالجزء عن الكل لأن المقصود الأعظم من النساء هو الجماع ابتغاء النسل.

---

(١) ابن قدامة: المغني، ٢٣٥/١١. الصواط: القواعد والضوابط الفقهية، ٦٠٠/٢.

(٢) السرخسي: المبسوط، ٢٠٥/٥ والسيوطي: الأشباه والنظائر، ٥١-٥٢ وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٥٧-٥٨.

(٣) مجلة الأحكام العدلية مادة ٥.

(٤) البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٠٧/٢

(٥) الجويني: الجمع والفرق ٩٩٤. البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ١٢٩. الزركشي: المنثور في القواعد، ٧٧/١. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٦٠. ابن نجيم: الأشباه والنظائر ٦٧. العلائي: مختصر قواعد ٥٨٩/٢. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ١١٧/٢.

(٦) الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٤٠٥/٤.

(٧) المرجع السابق، ٢٥٩/٤

(٨) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ٧٤. الصواط: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية، ٤٢٩/٢.

(٩) الفيومي: المصباح المنير، مادة "بضع".

فالقاعدة المستمرة: أن علاقة الرجال بالنساء مبناها على التحريم والحظر لما في ذلك من كشف العورات وهتك الأستار واختلاط الأنساب فلا يحل منهن إلا ما أحله الشرع.

فروع على القاعدة:

منها: إذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة، فإذا طلق رجل إحدى نسائه بعينها طلاقاً بائناً، ثم نسيها، فلم يدر أيتهن طلق، فلا يجوز له أن يتحرى أو يجتهد في الوطء، إذ يحرم عليه أن يطأ واحدة منهن حتى يتبين المطلقة من غيرها، كما لا يسع الحاكم أن يخلي بينهن وبينه حتى يتبين، وهذا عند الجميع. غير أن أحمد رضي الله عنه في رواية يرى أن يعين المطلقة بالقرعة ويحل له البواقي[١].

ومنها: من قيل له: تزوج فلانة فيقول: هي علي حرام، فيستفهم من القائل: هل أراد بقوله معنى تحريمه طعاماً أو ثوباً، أو انه صيرها كأخته وخالته، أو معنى أنها طالق، فإن أراد الأول لم يلزمه شيء، وإن أراد الأخير لزمه التحريم، وكذا إن لم ينو منه شيء إذ لا تباح الفروج بالشك[٢].

ومنها: إذا قال لزوجتيه إحداكما طالق، فليس له تعيين واحدة منهما إلا أن يدعي أنها هي التي أراد، لأن قوله إحداكما طالق من باب تحريم القدر المشترك اللازم عند تحريم الجزئيات، لأن القدر المشترك هو الكلي الطبيعي الذي هو الماهية من حيث هو الموجود، وخصصها في الأفراد فيلزم من رفع الماهية رفع جميع جزئياتها ولزم الطلاق في الجميع (تتبع قاعدة: يلزم من رفع الماهية رفع جميع جزئياتها)[٣].

قاعدة رقم (٦).

كلّ معتدة من غير النكاح الصحيح يحرم نكاحها[٤].

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة: أن المعتدة يحرم نكاحها بالإجماع. من أي رجل، إلا لمفارقها التي كانت العدة بسبب وطئه، فيجوز له أن ينكحها في عدتها. إلا المطلقة ثلاثاً فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره[٥].

قاعدة رقم (٧).

أيما امرأة نكحت في عدتها: فإن كان زوجها لم يدخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان قد دخل بها: فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً[٦].

معنى القاعدة:

---

[١] ابن رجب: القواعد، القاعدة ١٦٠ ص ٣٨٤-٣٨٥

[٢] الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب، ٢٥٩/٤

[٣] المرجع السابق، ٣٥١/٤

[٤] ابن قدامة: المغني، ١٠٢/٨. ابن مفلح: المبدع، ١٣٧/٨. المرداوي، الإنصاف، ٢٩٨/٩.

[٥] ابن قدامة: المغني، ١٠٢/٨.

[٦] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٨٤/٤. زقور: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، ٥٧٠/٢.

هذه القاعدة هي من وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقد أشار إليها الإمام مالك في المدونة، وذكرها في الموطأ كاملة[١]. وقد تقدم بيان اختلاف الفقهاء عند حديثنا عن تداخل العدد. الحالة الثالثة: إذا كانت العدّتان لشخصين، فليراجع.

قاعدة رقم (٨).

الاحتياط في أن يؤخذ باليقين[٢].

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى أن المكلف في الأمور المشتبهة أن يأخذ بالأحوط لدينه حتى يتيقن أنه قد أبرأ ذمته.

فروع على القاعدة:

منها: إذا أتى المرأة خبر وفاة زوجها، وشكّت في وقت وفاته، فعليها أن تعتد من الوقت الذي تستيقن فيه بموته، لأن العدة يؤخذ فيها بالاحتياط، ومن الاحتياط هنا أن تعتد من الوقت الأقرب لتيقن الوفاة فيه والأبعد مشكوك فيه[٣].

قاعدة رقم (٩).

الاصل عند أبي حنيفة ومحمد أن العارض في العقد الموقوف قبل تمامه كالموجود لدى العقد خلافاً لأبي يوسف[٤].

العارض: الأمر الطارئ يعرض ثم يزول.

العقد الموقوف: هو العقد الذي تولاه غير صاحب العلاقة، فيتوقف نفوذه ولزومه على موافقة ورضا صاحب العلاقة، فإذا وجد عقد موقوف، ثم اعترض عارض قبل نفاذه ولزومه، فيعتبر هذا العارض أو الطارئ كالموجود حين العقد فيبطله ويمنع نفاذه، وعند أبي يوسف لا يمنع.

فروع على القاعدة:

منها: من تزوج امرأة بغير إذنها، فاعترضتها عدة قبل أن تجيز العقد، بطل العقد فلا تعمل إجازتها بعد ذلك في تصحيحه.

قاعدة رقم (١٠).

الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال سداً للذريعة[٥].

معنى القاعدة:

معنى المواعدة: مفاعلة من الوعد ولا تكون إلا بين اثنين وهو أن يعد كل واحد منهما صاحبه[١].

---

[١] الإمام مالك: الموطأ، كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، ٥٣٦/٢ . برقم ١١٢٧. وانظر: عبد الرزاق: المصنف، باب نكاحها في عدتها، ٢١٠/٦ برقم ١٠٥٤٠. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب العدد، باب اجتماع العدتين، ٤٤١/٧ برقم ١٥٣١٦.

[٢] السرخسي: المبسوط، ٣٩/٦

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٩٠/١

[٤] الدبوسي: تأسيس النظر، ٤٨ البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٥٢٧/١

[٥] الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ق ٦٥ ص ٢٧٨. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٦٧/٢

وتفيد القاعدة تحريم المواعدة بما لا يمكن وقوعه حالاً حماية للأحكام الشرعية من الانتهاك وسداً للذرائع.
مثل الذي يواعد المرأة في العدة ثم يتزوج بعدة، فمن نص هذه القاعدة يتبين أن المواعدة في العدة ممنوعة سداً لذريعة النكاح في العدة. إذ لما كانت المواعدة طريقاً إلى وقوع المحظور، فقد منعه الشارع تبارك وتعالى، فكل طريق مؤد للمحظور يكون محظوراً.
جاء في المدونة: عن مالك في الذي يواعد في العدة ثم يتزوج بعد العدة، أنه يفرق بينهما دخل بها أم لم يدخل[٢].

فروع على القاعدة:

منها: إذا واعد رجل امرأة معتدة على الزواج منها صريحاً، حرم ذلك أو خطبها في العدة، لأنه لا يجوز نكاح المعتدة أو خطبتها في الحال فحرم مواعدتها على الزواج بعد انقضاء العدة، وإن جاز التعرض مثل أن يقول إني فيك لراغب[٣].

قاعدة رقم (١١).

بقاء أثر الشيء كبقاء أصله فيما يرجع إلى دفع الضرر[٤].

معنى القاعدة:

مفاد هذه القاعدة: أن للتصرفات المالية وغيرها آثاراً تعمل عمل تلك التصرفات وتبنى عليها الأحكام عند زوال تلك التصرفات وذلك في كل محل يلزم منه الضرر لو لم نجعل بقاء أثر الشيء كبقاء أصله في الحكم.

فروع على القاعدة:

منها: بقاء العدة يجعل كبقاء أصل النكاح في المنع من زواج المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لدفع الضرر[٥].

قاعدة رقم (١٢).

الحق يعمل عمل الحقيقة في إثبات الحرمة[٦].

وفي لفظ آخر:

- الحق لا يعارض الحقيقة[٧].

الحق والحقيقة: لفظان وإن اشتركا في أصل المادة فبين معنيهما خلاف:

---

[١] الرازي: مختار الصحاح، مادة "وعد".
[٢] الإمام مالك: المدونة الكبرى، ٨٤/٢.
[٣] ينظر حاشية إيضاح المسالك ص ٢٧٨ نقلاً عن شرحي المواق والحطاب على متن خليل. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٥٣/٢
[٤] السرخسي: المبسوط،٥٨/٢٥.
[٥] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٥٣/٣.
[٦] السرخسي: المبسوط،٢٠٢/٤ وما بعدها
[٧] المرجع السابق،١٠٢/١٧

فالحق ضد الباطل وهو واحد الحقوق، وهو الأمر الصواب المتيقن، أو الأمر الثابت الذي لا يجوز إنكاره. ويأتي الحق بمعنى الواجب والثابت.

والحقيقة: ضد المجاز وما يحق للرجل أن يحميه، وحقيقة الشيء منتهاه وأصله المشتمل عليه[1].

معنى القواعد:

وتفيد هذه القاعدة: أن الحق والحقيقة لا تعارض بينهما فكل منهما يعمل عمل الآخر في إثبات ما يراد إثباته من حرمة وغيرها.

فروع على القاعدة:

منها: إذا طلق الرجل زوجته طلقة بائنة أو طلقها ثلاثاً، فهل له أن يتزوج من أختها في عدتها؟ عند الحنفية والحنابلة والمالكية لا يجوز له ذلك لأن هذه معتدة على الإطلاق كالعدة من طلاق رجعي لأن العدة من حقوق النكاح والحق يعمل عمل الحقيقة: لأنها أي العدة لا تجب إلا بنكاح أو شبهة نكاح فبقاء العدة كبقاء حقيقة النكاح.

وخالف الشافعي في ذلك رحمه الله؛ فهو يرى أنه يجوز له أن يتزوج من أختها لأن النكاح مرتفع بينهما بجميع علائقه[2].

قاعدة رقم (١٣).

دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقام الظاهر[3].

الألفاظ الأخرى:

- دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه.

معنى القواعد:

يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته، فكثير من الأحكام الشرعية المعلومة التي لا تثبت إلا بثبوت عللها، قد تكون عللها خفية يعسر الاطلاع عليها، فأقام الشرع الأمارات الدالة عليها مقامها، وأثبت الحكم بثبوت الأمارات الدالة على العلة الحقيقية.

ودليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه فيحال الحكم عليه، ويجعل وجود الدليل وثبوته بمنزلة وجود المدلول وثبوته، يعني أنه يحكم بالظاهر، وهو الدليل، فيما يتعسر الاطلاع عليه، وهو الأمر الباطني.

والمراد من الدليل هنا: العلامة، كالنصب التي وضعت لتدل على الإذن بالدخول أو على عدمه، لا ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر؛ لأن ذلك ليس من الظاهر بل من القطعي الذي لا يتخلف.

وهذه القاعدة لها صلة وثيقة بمبدأ القضاء بالقرائن.

فروع على القاعدة:

---

[1] الكفوي: الكليات ٣١٦.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٣/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٠٧/٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٥٩٨/٢. النفراوي: الفواكه الدواني، ٩٠/٢. الشربيني: مغني، المحتاج، ٣٨٤/٣. ابن قدامة: المغني، ٤٤٨/٧. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٤/١. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٦٩/٢

[3] مجلة الأحكام العدلية مادة ٦٨.

منها: إقامة الخلوة بالزوجة مقام الوطء في التزام الزوج كل المهر والعدة عند جمهور الفقهاء، لأن الوطء مما يخفى، والخلوة الصحيحة دليل عليه، فأقيمت مقامه[١].

قاعدة رقم (١٤).

الدليل الحكمي كالدليل المتيقن به[٢].

معنى القاعدة:

الأدلة نوعان:

أدلة متيقن بها: كدليل العرف ودليل الحال والأدلة الحسية التي لها أسباب ظاهرة.

وأدلة حكمية: أي أدلة يحكم بها شرعاً وإن لم يكن لها سبب ظاهر[٣].

فروع على القاعدة:

منها: انقضاء عدة المرأة بالشهور أو الحيض دليل حكمي على براءة رحمها وحلها للأزواج وهي دليل حكم به الشرع.

ومنها: من نفى حبل امرأته وفرق بينهما القاضي باللعان، وحكم أن الولد ليس منه، تنقضي عدتها منه بوضع الولد، وإن كان الولد ليس منه بالحكم، فاللعان دليل حكمي على نفي الولد عن الزوج.

ومنها: إذا كانت زوجة صبي دون البلوغ ومات الصبي وظهر بها حبل عند موته فإن عدتها منه أن تضع حملها استحساناً عند أبي حنيفة النعمان ومحمد رحمهما الله وروي عن أحمد مثله لظاهر الآية خلافاً لابي يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله حيث يقولون: إن العدة في هذه الحالة بالشهور لا بوضع الحمل، لأننا متيقنون أن الحمل من الزنا وليس من الصبي وليس من حرمة لماء الزاني، وعدة المزني بها عدة المطلقة وهو قول مالك أيضا وكان موت الصبي دون البلوغ دليلاً حكمياً على أن حملها ليس منه لأن غير البالغ لا يتصور منه الحبل[٤].

قاعدة رقم (١٥).

الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط[٥].

وفي لفظ:

- الشبهة تعمل عمل الحقيقة في إيجاب الحرمة[٦].

معنى القاعدة:

---

[١] الزرقا: شرح القواعد الفقهية ٣٤٦. الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ٥٧٤/١.

[٢] السرخسي: المبسوط،٥٣/٦.

[٣] ابن قدامة: المغني، ٢٣٥/١١.

[٤] الكاساني: بدائع الصنائع، ١٩٧/٣. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٣٢٣/٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ٦٠٤/٢. السرخسي: المبسوط، ٥٢/٦. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٧٤/٢. الأزهري: جواهر الإكليل، ٣٨٥/١. الشربيني: مغني المحتاج، ٣٨٨/٣. النووي: روضة الطالبين، ٣٧٤/٨. ابن قدامة: المغني، ١١٩/٩. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٦٣/٥. وقد سبق بيان حكم عدّة زوجة الصّغير أو من في حكمه.

[٥] السرخسي: المبسوط،٩٩/١٧-١٠٠.

[٦] المرجع السابق،٢٠٥/٤.

تفيد هذه القاعدة: أن الشبهة تعمل عمل الحقيقة، أي في ثبوت المنع من الفعل في أمرين اثنين:
الأول: أن وجود الشبهة فيما مبناه على الاحتياط يمنع من ارتكابه والإقدام عليه.
والثاني: أن وجود الشبهة تعمل عمل الحقيقة في إثبات التحريم والمنع من الفعل.
ومدلول القاعدة الثانية أخص من الأولى، وما مبناه على الاحتياط هو الفروج والدماء والعبادات والربا والنسب.

فروع على القاعدة:

منها: إذا اشتبهت امرأة محرمة برضاع أو نسب بأجنبيات فلا يجوز له الزواج من إحداهن إذا كن محصورات[١].

قاعدة رقم (١٦).

الشبهة تكفي لإثبات العبادات[٢].

معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة: أن وجود الشبهة في أمر من الأمور التعبدية يكفي لتعلق الثواب والعقاب به، والمراد بالعبادات هنا: الأمور الدينية عموماً لا خصوص الصلاة مثلاً.

فروع على القاعدة:

منها: النكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول ثبت به النسب، ووجب به مهر المثل، وثبت به وجوب العدة، وكل هذه الأمور تعبدية[٣].

قاعدة رقم (١٧).

القدرة على الأصل تمنع اعتبار البدل[٤].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف أو البدل تسقط اعتبار الخلف أو البدل[٥].
- قيام الأصل يمنع ظهور الخلف[٦].
- إذا وجد المبدل زال حكم البدل[٧].
- من قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل لزمه العود إليه[٨].
- من قدر على الأصل قبل تمام البدل لم يجزئه[٩].

---

[١] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٠/٦.
[٢] قرق آغاجي: شرح الخاتمة ٤٨.
[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٦٢/٦.
[٤] السرخسي: المبسوط،٢٧/٦.
[٥] السرخسي: شرح السير الكبير، ٥٥٧ وعنه القواعد الفقه ٩٧. السرخسي: المبسوط،١٨١/٤.
[٦] السرخسي: المبسوط،١٣٧/٢٩.
[٧] ابن قدامة: المغني ٨٨/٨ – ٩١/٨.
[٨] المرجع السابق، ٣٣/٨.
[٩] المرجع السابق، ٩٢/٣.

معنى القواعد:

سبق بيان معنى هذه القواعد التي تفيد أن المبدل إذا وجد، ينسخ جواز الانتقال إلى البدل.

فالبدل أو الخلف أو العوض عن أصل، لا يعتبر إلا عند فقدان الأصل أو تعذره. فإذا عدم الأصل أو تعذر واضطر إلى اللجوء إلى البدل ولكن قبل استعمال البدل وتمام المقصود وجد الاصل وقدر عليه يسقط حكم البدل ولا يجوز استعماله ويجب استعمال الأصل واعتباره.

فروع على القاعدة:

منها: المطلقة غير الآيسة التي ارتفع عنها الحيض او توقف حيضها تعتد سنة، تسعة اشهر لتعلم براءة رحمها، فإن عاد إليها الحيض في السنة ولو في آخرها لزمها الانتقال إلى القروء لأنها الأصل فبطل حكم البدل وكذلك الصغيرة أو البالغ التي لم تحض إذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة في قول عامة العلماء[١].

ومنها: استبراء الأمة التي لا تحيض عشرون يوماً فإذا حاضت قبل تمام العشرين فيعتبر الاستبراء بالحيضة لأنها الاصل ولا اعتداد بما سبق من الأيام لأنها بدل وقد قدر على الأصل.

ومنها: إذا حاضت المرأة المطلقة حيضة ثم أيست وانقطع حيضها فتعتد بثلاثة أشهر كوامل ولا يعتد بالحيضة لأنه لا يكمل الأصل بالبدل[٢].

قاعدة رقم (١٨).

ما ثبت على خلاف الظاهر[٣].

معنى القاعدة:

المراد بخلاف الظاهر: خلاف الحالة الواضحة الثابتة التي يغلب على الظن بقاؤها واستمرارها. فهذه الحالة الأصلية قد يختلف ويثبت ضدها، لأن الشرع إنما اقام البينات وأجاز الدعاوي لإثبات الحقوق أو نفيها بقطع النظر عن حال الشخص المدعى عليه. لأن هذه الظواهر قابلة للتغير في كثير من الأحيان.

فروع على القاعدة:

منها: لو أتت المرأة بولد لستة أشهر ولحظتين من حين العقد، مع إمكان العقد، فإن الولد يلحق بالزوج مع ندرة الولادة في هذه المدة، وكذا لو زنا بها إنسان ثم تزوجت وأتت بولد لستة أشهر ولحظتين من حين العقد وتسعة أشهر من حين الزنا والزوج ينكر الوطء فإنا نلحقه به مع ظهور صدقه والغلبة، لأن الزوج يمكنه دفع هذا الضرر عن نفسه باللعان ونفي الولد بل يجب عليه ذلك إذا تحقق.

ومنها: لو أتت الزوجة بولد لدون أربع سنين، من حين الطلاق بلحظة وبعد انقضاء العدة بالأقراء، فإن هذا الولد يلحق بالزوج مع كون الغالب الظاهر خلافه، إذ الغالب الظاهر أن الولد لا يتأخر لهذه المدة. وإنما

---

[١] المرجع السابق، ٩١/٨.

[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٤٥/٧.

[٣] ابن الوكيل: الأشباه والنظائر، ق ٢ ص ٥٢١. الحصني: القواعد، ٧٢/٤.

يلحق لأن الأصل عدم الزنا وعدم وطء الشبهة، والشارع صلى الله عليه وسلم متشوق إلى الستر ودرء الحد، فغلب الأصل على الظاهر، ولو اعتقد بريبة لم يلتفت إليها تغليباً لجانب الفراش[١].

ولكن قد ذكر في المسألة الخلاف، لأن الأخذ بهذا الحكم وبخاصة في زماننا قد فتح باب يصعب سده. فكيف ينسب ولد لزوج طلق زوجته أو مات عنها منذ أربع سنوات، وانتهت عدتها بالأقراء في الطلاق وكيف يكون حصول الحمل مع وجود الحيض ثلاث مرات بعد الطلاق. هذا الحمل لا يعقل أن يكون من الزوج قطعاً.

وقد قال ابن عبد السلام: قلنا وقوع الزنا أغلب من تأخر الحمل إلى أربع سنوات إلا ساعة واحدة وكذلك الإكراه والوطء بشبهة. ولا يلزم على ذلك حد الزنا فإن الحدود تسقط بالشبهة[٢].

قاعدة رقم (١٩).

الواقع قبل السبب من جميع الأحكام لا يعتدّ به[٣].

معنى القاعدة:

الأحكام الشرعية لها أسباب بنيت عليها فكانت مسببة لتلك الأسباب، والأصل والقاعدة العامة: أن المسبب مبني على السبب وناشيء عنه، فالسبب أولا ثم المسبب، ولذلك إذا وجد حكم واقع قبل سببه فهو باطل وملغي ولا يعتد به.

فروع على القاعدة:

منها: إذا غاب زوج المرأة عنها عشر سنين ثم طلقها بعد العشر وهو غائب عنها فإنها تستأنف العدة، أي أنها تعتد بعد علمها بالطلاق، لأن تلك المدة المتقدمة وإن دلت على براءة الرحم غير أنها وقعت قبل السبب وهو الطلاق[٤].

قاعدة رقم (٢٠).

كل من كان محبوساً بحق مقصوده لغيره كانت نفقته عليه[٥].

وفي لفظ آخر:

- كل احتباس شرعي للزوجة، أو كان سببه الزوج؛ فتجب معه النفقة[٦].

معنى القاعدة:

سبق بيان معنى هذه القواعد في مبحث القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للإعسار.

---

[١] الحصني: القواعد، ٧٢/٤.

[٢] ابن عبد السلام: قواعد الأحكام ١٠٣/٢. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٨٩/٩.

[٣] القرافي: الفروق، ٢٠٢/٣ الفرق ١٧٤ – الحصني: القواعد، ١٦٦/٢.

[٤] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ١٧٠/١٢.

[٥] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٢٢/٣. المجددي: قواعد الفقه ١٠٣.

[٦] المقبل : عبد العزيز بن عبد الله بن سعد، الضوابط الفقهية في النفقات مع تطبيقات قضائية –رسالة ماجستير- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية -المعهد العالي للقضاء-١٤٢٤هـ. ص٤١.

فروع على القاعدة:

منها: المطلقة الرجعية محبوسة بحق الزوج في عدتها، فيجب عليه نفقتها، وقد بينا آراء الفقهاء في المطلقة البائن.

قاعدة رقم (٢١).

يبقى الاستحقاق ببقاء السبب[١].

معنى القاعدة:

الاستحقاق: استفعال من الحق، فمن حق له شيء فهو استحقاقه، أي ما يستحقه الإنسان ويصل إليه بطريق حق لا باطل، كالإرث مثلاً.

وتفيد هذه القاعدة: أن من استحق شيئاً بسبب فإن ما يستحقه يبقى مستحقاً له ما بقي سبب استحقاقه.

فروع على القاعدة:

منها: يستحق كل من الزوجين الميراث من زوجه ما بقيت الزوجية بينهما إلى الموت.

فإذا وقعت الفرقة بينهما بأي طريق انقطع استحقاق أحدهما من الآخر.

ومنها: الزوجة تستحق النفقة على زوجها ما دامت الزوجية قائمة بينهما ولو حكماً كأن كانت في العدة.

ومنها: أن نفقة المعتدة واجبة على الزوج طيلة مدة العدة فإذا تطاولت العدة بالمرأة – إذا كانت العدة بالأقراء أو الحمل – فالنفقة لها واجبة حتى تنقضي العدة بالحيض أو الأشهر عند الإياس لأن سبب الاستحقاق قائم.

ومنها: إذا اعتدت المطلقة الرجعية فطالت مدة حيضها ولو أكثر من سنة ثم ماتت فإن زوجها المطلق يرثها، لأن الطلاق الرجعي لا يقطع الزوجية قطعاً كاملاً لأن للزوج أن يراجعها في العدة بغير رضاها وبدون عقد أو مهر جديد[٢].

قاعدة رقم (٢٢).

يغتفر في الابتداء أو الدوام ما لا يغتفر في الابتداء[٣].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الانتهاء[٤].
- يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.
- الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أو لا؟.
- يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً.

معنى القواعد:

---

[١] السرخسي: المبسوط،٢٠٤/٥.

[٢] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٢٦٥/١٢.

[٣] الزركشي: المنثور في القواعد، ٣٧٤/٣ – مجلة الأحكام العدلية م ٥٥ – شرح القواعد للزرقا٢٣١.

[٤] السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٨٦ – ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ١٢٢.

وردت أمثال هذه القواعد بألفاظ مختلفة تارة بلفظ (يغتفر في الابتداء) وتارة بالفظ (يفتقر). والافتقار معناه: الاحتياج: بحيث لا يتم الفعل إلا بوجود ما يفتقر إليه ويحتاجه. والاغتفار معناه: التسامح والتساهل، بحيث يتم الفعل بدون بعض شروطه.

وهذه القاعدة فرع لقاعدة: (البقاء أسهل من الابتداء)[1].

وتنطبق الأمثلة فيهما على كل منهما، وهذه القاعدة عكس قاعدة: (يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام).

وهذه القاعدة مختلف فيها عند المالكية، ولذلك وضعوها بصيغة الاستفهام (الدوام على الشيء، هل هو كابتدائه، أو لا ؟).

وفيها قولان عندهم بأن الدوام كالابتداء إذا كان ممنوعاً أو مفسداً للعمل، كابتداء الصلاة بالنجاسة وطروء النجاسة على المصلي في أثناء الصلاة كل منهما ممنوع ومفسد للعمل، والابتداء المسبب للكفارة أو الحنث، والدوام عليه سواء، ويشهد لقاعدة "الدوام كالابتداء" حديث (خلع النبي صلى الله عليه وسلم نعليه في الصلاة حين أعلمه جبريل أن بهما قذراً)[2].

وفي قول لا يكون الدوام كالابتداء، ويختلف الترجيح من مسألة إلى أخرى.

وكذلك يختلف الأمر عند الحنابلة.

وقال ابن رجب رحمه الله تعالى: من تلبس بعبادة، ثم وجد قبل فراغها ما لو كان واجداً له قبل الشروع لكان هو الواجب، دون ما تلبس به، هل يلزمه الانتقال إليه، أم يمضي ويجزئه ؟.

هذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون المتلبس به رخصة عامة شرعت تيسيراً على المكلف، وتسهيلاً عليه، مع إمكان إتيانه بالأصل على ضرب من المشقة والتكلف، لهذا لا يجب عليه الانتقال منه بوجود الأصل، كالمتمتع إذا عدم الهدي فإنه رخص له في الصيام رخصة عامة، حتى لو قدر على الشراء بثمن في ذمته، وهو موسر في بلده لم يلزمه، الضرب الثاني: أن يكون المتلبس به إنما شرع ضرورة للعجز عن الأصل وتعذره بالكلية.

فهذا يلزمه الانتقال إلى الأصل عند القدرة عليه ولو في أثناء التلبس بالبدل، كالعدة بالأشهر فإنها لا تعتبر بحال مع القدرة على الاعتداد بالحيض، ولهذا تؤمر من ارتفع حيضها لعارض معلوم أن تنتظر زواله ولو طالت المدة، وإنما جوِّز لمن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه أن تعتد بالأشهر، لأن حيضها غير معلوم، ولا مظنون، وسواء كانت هذه المعتدة مكلفة قبل هذا بالاعتداد بالحيض، كمن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فاعتدت بالأشهر، ثم حاضت في أثنائها، أو لم تكن مكلفة به، كالصغيرة إذا حاضت في أثناء العدة بالأشهر)[3].

فروع على القاعدة:

---

[1] مجلة الأحكام العدلية مادة ٥٦.

[2] أخرجه أبو داود ١٥١/١. كتاب الصلاة في النعل. وأحمد ٤٦١/١.

[3] ابن رجب: تقرير القواعد ٣٩/١-٤٠

منها: إذا اعترفت المرأة بأنها معتدة. فتمنع من الزواج حتى تنتهي عدتها إذا كان العقد على غير الزوج المطلق وهذا في البينونة الصغرى، أما لو تزوجت ثم ادعت أن عدتها لم تنته فإنه لا يلتفت إلى قولها ويكون القول قول الزوج.

ومنها: المعتدة إذا عقد عليها بطل نكاحها، لكن لو طرأت عليها عدة بعد النكاح كما لو وطئت بشبهة أو اغتصبت لا يبطل نكاحها[١].

قاعدة رقم (٢٣).

يلحق النادر بالغالب في الشريعة[٢].

معنى القاعدة:

النادر: ما يقل وقوعه جداً، والغالب: ما يكثر وقوعه.

وتشير هذه القاعدة: أن النادر الحصول لا يعطى حكماً خاصاً به، وإنما يعطى حكم الكثير الغالب ويلحق به إلا ما استثني من ذلك.

فروع على القاعدة:

منها: من أتت بولد لستة اشهر ولحظتين من الوطء يلحق بالغالب قطعاً وإن كان ذلك نادراً[٣].

قاعدة رقم (٢٤).

العادة محكمة.

قد سبق الحديث عن هذه القاعدة ولكن من تطبيقاتها وأمثلتها في مباحث العدة:

إذا كانت عدة المرأة أقل من الذي استقرئ من عادات النساء فهل الاعتبار بعادتها أم بعادة النساء؟.

قيل تعتبر عادتها[٤] والأصح اعتبار الغالب[٥].

فروع على القاعدة:

منها: المبتدأة الفاقدة شروط التمييز[٦]، فالأصح أنها تلحق بعادة الأقرب إلى عادتها من نساء عشيرتها من الأبوين أو من العصبات أو من أهل بلدها[٧].

قاعدة رقم (٢٥).

الاعتبار بالحمل بانفصاله أو بوجوده[٨].

معنى القاعدة:

---

[١] الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ٢٩٤. الزحيلي: القواعد الفقهية، ٤٢٦/١. البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٠٤/١٢.

[٢] القرافي: الفروق، ٩٩/٣ و٢٠٣ وعنه القواعد والضوابط ١١٨ – المقري: القواعد، ق ١٩ – السيوطي: الأشباه والنظائر، ١٨٣.

[٣] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٤٩/١٢.

[٤] النووي: المجموع شرح المهذب، ٣٥٧/٢.

[٥] الحصني: القواعد، ٣٨٠/١.

[٦] المراد بالتمييز: تمييز الحيض؛ ويحكم به بثلاثة شروط: ألا ينقص القوي عن يوم وليلة، ولا يزيد على خمسة عشر، ولا ينقص الضعيف عن خمسة عشر ليمكن جعل القوي ضعيفاً والضعيف طهراً [النووي: المجموع ٣٧٧/٢].

[٧] الحصني: القواعد ٣٨٠/١.

[٨] المرجع السابق، ٣٤/٤.

هل المعتبر في الحمل تمام الانفصال أو تيقن الوجود وإن لم ينفصل؟.

لا خلاف بين أهل العلم، أنه لا تنقضي العدة بخروج بعض الحمل، بل لا بد من انفصال كامل الجنين. وللزوج حق الرجعة حتى يتم انفصال جميع الحمل[١].

قاعدة رقم (٢٦).

لا يعتبر في العدة أقصى الأجلين إلا في ثلاث مسائل الأولى[٢]:

الأولى: أن يطلق إحدى نسائه ثم يموت قبل البيان.

الثانية: إذا أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو اختان ومات قبل الاختيار والبيان[٣].

الثالثة: أم الولد إذا زوجت ثم مات سيدها وزوجها ولم يدر من مات منهما أولاً وكان بينهما شهران وخمس ليال فأكثر فإنها تعتد من يوم موت الآخر منهما أربعة أشهر وعشراً فيها حيضة، وكان أقل من شهرين وخمس ليال اعتدت بمثلها والله أعلم[٤].

قاعدة رقم (٢٧).

ما سقط لعذر لا يجب إلا إذا كان له بدل[٥].

معنى القاعدة:

أورد ابن قدامة هذه القاعدة في مسألة مكان اعتداد المتوفى عنها زوجها، فذهب إلى أنها تعتد في بيت زوجها، لحديث فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري التي قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: (امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله)[٦].

لكن إذا تعذر عليها ذلك، كأن تخاف هدماً أو غرقاً أو عدواً، فإن ذلك يسقط عنها، ولها أن تسكن حيث شاءت، وذهب الشافعي إلى أنها تنتقل إلى أقرب ما يمكنها النقلة إليه لأنه أقرب موضع إلى الوجوب، واستدل الموفق لمذهب أصحابه فقال: **(ولنا أن الواجب سقط بعذر ولم يرد الشرع له ببدل فلا يجب)**[٧].

قاعدة رقم (٢٨).

اليقين لا يزول بالشك[٨] .

---

[١] الشيرازي: المهذب ١٤٢/٢. النووي: روضة الطالبين ٣٧٥/٨. الحصني: كفاية الأخيار ٧٨/٢.

[٢] السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٨٠. النووي: روضة الطالبين، ٣٩٩/٨-٣٤٠.

[٣] النووي: روضة الطالبين، ١٦٩/٧-١٧١.

[٤] المزني: مختصر المزني على هامش الأم، ٤٣٥/٨-٤٣٧. السيوطي: الأشباه والنظائر، ٤٨٠. النووي: روضة الطالبين، ٣٩٩/٨-٣٤٠.

[٥] ابن قدامة: المغني ١٢٨/٨، الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ١١٩.

[٦] ابن حبان: الصحيح، باب العدة، ذكر الأمر بالاعتداد للمتوفى عنها زوجها في البيت الذي جاء فيه نعيه، ١٢٩/١٠ برقم ٤٢٩٣. أبو داود: السنن، كتاب الطلاق، باب في المتوفى عنها تنتقل، ٢٩١/٢ برقم ٢٣٠٠. الترمذي: السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها، ٥٠٨/٣ برقم ١٢٠٤. وقال حديث حسن صحيح. والنسائي: السنن الكبرى، مقام المتوفي عنها زوجها في بيتها حتى تحل، ٣٩٣/٣ برقم ٥٧٢٤. ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها، ٦٥٤/١ برقم ٢٠٣١. وأخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل، ٥٩١/٢ برقم ١٢٢٩ وأحمد في مسنده، ٣٧٠/٦ برقم ٢٧١٣٢. و٤٢٠/٦ برقم ٢٧٤٠٣ من حديث فريعة بنت مالك رضي الله عنها. والحاكم: المستدرك على الصحيحين، ٢٢٦/٢ برقم ٢٨٣٢. وقال حديث صحيح محفوظ. وأعله ابن القطان وغيره بجهالة راوية فيه كما في التلخيص الحبير لابن حجر ٢٤٠/٣. وانظر نصب الراية للزيلعي، ٣٨٢/٣.

[٧] ابن قدامة: المغني ١٢٨/٤

[٨] ابن قدامة: المغني ٣١٩/٧، الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ٣٨٧

فروع على القاعدة:

منها: المعتدة الحامل إذا وضعت ولدا وشكت في وجود ثان لن تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن أنها لم يبق معها حمل[١].

قاعدة رقم (٢٩).

الأمر إذا ضاق اتَّسع[٢].

الألفاظ الأخرى:

- إذا ضاق الأمر اتَّسع.
- إذا ضاق الأمر اتسع، وإذا اتسع ضاق.
- كل ما تجاوز عن حده انعكس إلى ضده.

معنى القاعدة:

إذا ظهرت مشقة في أمر فإنه يرخص فيه ويوسع، وهذه القاعدة قريبة المعنى من قاعدة: المشقة تجلب التيسير[٣] ومتفرعة عنها.

والأصل فيها قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[البقرة:١٨٥]. وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[الحج:٧٨]. وقوله صلى الله عليه وسلم: (إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[٤].

فإذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة، وأصبح معها الحكم الأصلي محرجاً ومرهقاً، حتى يجعل المكلف في حرج وضيق، فإنه يخفف ويوسع عليه حتى يسهل.

وإذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر، فإنه يتسع إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة، فإذا اندفعت الضرورة الداعية، عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل نزوله، وهو معنى الشق الثاني " وإذا اتسع ضاق "، ويجمع بين القاعدتين بقول: **(كل ما تجاوز عن حدّه انعكس إلى ضدّه).**

وهذه القاعدة في معنى القاعدة الأخرى: (الضرورات تبيح المحظورات)[٥]. وتقرب من القاعدة الأخرى (الضرورة تقدر بقدرها)[٦].

وهذه القاعدة من عبارات الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، وأشار عز الدين بن عبد السلام إليها فقال: (هذه الشريعة مبنية على أن الأشياء إذا ضاقت اتسعت)[٧].

فروع على القاعدة:

---

[١] ابن قدامة: المغني ٩٦/٨.
[٢] مجلة الأحكام العدلية مادة ١٨.
[٣] مجلة الأحكام العدلية مادة ١٧.
[٤] ابن ماجه: السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، ٦٥٩/١ برقم ٢٠٤٣، والهيثمي: في مجمع الزوائد، باب الناسي والمكره، ٢٥٠/٦ والبيهقي: السنن الكبرى، باب ما جاء في طلاق المكره، ٣٥٦/٧. برقم ١٤٨٧١.
[٥] مجلة الأحكام العدلية مادة ٢١.
[٦] مجلة الأحكام العدلية مادة ٢٢.
[٧] العز ابن عبد السلام: قواعد الأحكام، ١١٣/٢ و١١٦.

منها: يباح للمتوفى عنها زوجها الخروج من بيتها أيام عدتها إذا اضطرت للاكتساب[١].

قاعدة رقم (٣٠).

ما أفضى إلى حرام حرام[٢].

ألفاظ أخرى للقاعدة:

- ما أدّى إلى الحرام حرام.
- التوسل إلى الحرام حرام[٣].
- وسائل الحرام حرام[٤] .

معنى القواعد:

سبق بيان معنى هذه القواعد في مبحث: القواعد الفقهية المتعلقة بالظهار.

فروع على القاعدة:

منها: زينة المرأة أثناء العدة، وقد روى البخاري عن أم سلمة أنها قالت جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: (يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا. مرتين أو ثلاثاً، كل ذلك يقول: لا، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنما هي أربعة أشهر وعشر، وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول)[٥].

قاعدة رقم (٣١).

الفرقة إذا وقعت من قبل الزوج بمباح أو محظور تستحق المرأة النفقة والسكنى. وإذا وقعت من قبل المرأة بفعل مباح كخيار البلوغ أو العتق وعدم الكفاءة لها النفقة والسكنى. وإن وقعت بفعل محظور كالردة ومطاوعة ابن الزوج فليس لها نفقة ولا سكنى[٦].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة توضح متى تستحق المرأة النفقة والسكنى عند الفرقة من زوجها، وتبين أن المرأة تستحق النفقة والسكنى في حالين:

الحال الأولى: أن تقع الفرقة من قبل الزوج مطلقاً بفعل منه مباح أو محظور. فالمباح كأن يطلقها، والمحظور كأن يرتد الزوج ويلتحق بدار الحرب.

والحال الثانية: أن تقع الفرقة من قبل الزوجة ولها صورتان:

---

[١] الدعاس: القواعد الفقهية، ٣٢.

[٢] ابن قدامة: المغني، ٧٣/٣. الإدريسي: القواعد الفقهية من خلال المغني ٤٣٠

[٣] ابن قدامة: المغني، ٢٧٨/١٠

[٤] المرجع السابق، ٧٥/٤.

[٥] رواه البخاري، باب العدة، باب تعتد المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً- رقم ٤٣٠٦، ورواه مسلم واللفظ له ـ كتاب الطلاق رقم ٢٧٣٢، وابن ماجة ـ كتاب الطلاق برقم ٢٠٨٤، وعبد الرزاق في المصنف -كتاب الطلاق٤٩/٧. برقم ١٢١٣٠

[٦] ابن حمزة الحسيني: الفرائد البهية ص ٢٢. الأزجندي: الفتاوى الخانية ٤٤١/١.

الأولى: أن تقع الفرقة منها بفعل مباح شرعاً، كأن تختار المرأة نفسها بعد بلوغها عند الزوج في حال أن زوجها غير الأب وهي صغيرة أو تعتق وهي تحت عبد حر على الخلاف أو تطلب الفرقة لعدم كفاءة الزوج، أو بسبب عنته. ففي هذه الصورة لها النفقة والسكنى طيلة عدتها.
والصورة الثانية: أن تقع الفرقة من المرأة بفعل محرم، كأن ارتدت والعياذ بالله. أو طاوعت ابن زوجها. ففي هذه الصورة لا نفقة لها ولا سكنى.

فروع على القاعدة:

منها: إذا أقر الزوج أن نكاح امرأته كان فاسداً وكذبته المرأة وفرق القاضي بينهما بعد الدخول كان لها النفقة والسكنى لأن الفرقة من قبله.

ومنها: إذا اختلعت الزوجة بمال ولم تذكر نفقة العدة كان لها النفقة، وأما إذا اختلعت على نفقة العدة سقطت النفقة[1].

المطلب الثاني
موقف القانون من العدة وتطبيقات الاجتهادات القضائية

القانون السوري:

نصّ قانون الأحوال الشخصية السوري على الأحكام المتعلقة بالعدة من المادة١٢١ إلى المادة١٣١، وإليك نصوص تلك المواد:

المادة ١٢١: عدة المرآة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي:

١- ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض ولا تسمع دعوى المرآة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر على الطلاق أو الفسخ .

٢- سنة كاملة لممتدة الطهر التي يجيئها الحيض أو جاءها ثم انقطع ولم تبلغ سن اليأس (وهو ورأي الحنابلة والمالكية).

٣- ثلاثة أشهر للآيسة .

المادة ١٢٢: العدة في الزواج الفاسد بعد الدخول تجري عليها أحكام المادة السابقة .

المادة ١٢٣: عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام.

المادة ١٢٤: عدة الحامل تستمر إلى وضع حملها أو إسقاطه مستبيناً بعض الأعضاء.

المادة ١٢٥: تبدأ العدة من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو التفريق القضائي أو المفارقة في النكاح الفاسد.

المادة ١٢٦: لا تلتزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيحة إلا للوفاة.

المادة :١٢٧

---

[1] البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ٣٨/٧.

١- إذا توفي الزوج وكانت المرآة في عدة الطلاق الرجعي تنتقل إلى عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى .
٢- إذا توفي وهي في عدة البينونة تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة أو البينونة نسب المولود حال قيام الزوجية.
المادة ١٢٨: أقل مدة الحمل مئة وثمانون يوماً وأكثرها سنة شمسية .
المادة :١٢٩
١- ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين:
أ . أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .
ب . أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل .
٢- إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه .
٣- إذا توافر هذان الشرطان لا ينفى نسب المولود عن الزوج إلا باللعان نسب المولود بعد الفرقة او بعد وفاة الزوج.
المادة ١٣٠: إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة .
المادة ١٣١: المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقرتان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من ١٨٠ يوماً من وقت الإقرار وأقل من سنة من وقت .
الطلاق أو الموت .

القانون المصري:

أما القانون المصري رقم (٢٥) لعام (١٩٢٩) المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فقد جاءت أحكام العدة فيه متفرقة كما يلي:
مادة ٨: إذا جاء المفقود أو لم يجئ وتبين انه حي فزوجته له، ما لم يتمتع بها الثاني غير عالم بحياة الأول فان تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول.
مادة ١٧: لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق. وحددت السنة (٣٦٥) يوماً.
كما انه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق.
مادة ٢٢: بعد الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء او قرار وزير الدفاع باعتباره ميتا على الوجه المبين فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار فى الجريدة الرسمية كما تترتب كافة الآثار الأخرى.

القانون الإماراتي:

جاءت قواعد العدة بالقانون الإماراتي من المادة ١٣٦ إلى المادة ١٤١ وهي:
المادة ١٣٦: العدة مدة تربص تقضيها الزوجة وجوباً دون زواج إثر الفرقة.
المادة :١٣٧

١- تبتدئ العدة منذ وقوع الفرقة.
٢- تبتدئ العدة في حالة الوطء بشبهة من آخر وطء.
٣- تبتدئ العدة في الزواج من تاريخ المتاركة أو تفريق القاضي أو موت الرجل.
٤- تبتدئ العدة في حالة القضاء بالتطليق، أو التفريق أو الفسخ، أو بطلان العقد، أو الحكم بموت المفقود من حين صيرورة الحكم باتاً.

المادة :١٣٨

١- تعتد المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح ولو قبل الدخول أربعة أشهر وعشرة أيام ما لم تكن حاملاً.
٢- تنقضي عدة الحامل بوضع حملها أو سقوطه.
٣- تعتد المدخول بها في عقد باطل أو بشبهة إذا توفي عنها الرجل عدة الطلاق وبراءة للرحم.

المادة :١٣٩

١- لا عدة على المطلقة قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة.
٢- عدة المطلقة غير الحامل:
أ- ثلاثة أطهار لذوات الحيض وتصدق بانقضائها في المدة الممكنة. (وهو رأي مالك والشافعي).
ب- ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلاً أو بلغت سن اليأس وانقطع حيضها فإن رأت الحيض قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهار.
ج- ثلاثة أشهر لممتدة الدم إن لم تكن لها عادة معروفة، فإن كانت لها عادة تذكرها اتبعتها في حساب العدة.
د- أقل الأجلين من ثلاثة أطهار أو سنة لا حيض فيها لمن انقطع حيضها قبل سن اليأس (وهو رأي مالك والشافعي).

المادة ١٤٠: إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها في زواج صحيح بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها استحقت متعة غير نفقة العدة بحسب حال الزوج وبما لا يجاوز نفقة سنة لأمثالها، ويجوز للقاضي تقسيطها حسب يسار الزوج وإعساره، ويراعى في تقديرها ما أصاب المرأة من ضرر.

المادة :١٤١

١- إذا توفي الزوج وكانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي تنتقل إلى عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى.
٢- إذا توفي الزوج والمرأة في عدة الطلاق البائن أو الفسخ فإنها تكملها ولا تلتزم بعدة الوفاة إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت فتعتد بأبعد الأجلين.

المادة ٦٩: تجب النفقة والسكنى للمعتدة من طلاق رجعي، والمعتدة من طلاق بائن وهي حامل، كما يجب للمعتدة من طلاق بائن وهي غير حامل السكنى فقط.
والمادة ٧٠: لا نفقة لمعتدة الوفاة وتستحق السكنى في بيت الزوجية مدة العدة.

تطبيقات الاجتهادات القضائية

جاء في اجتهادات لمحكمة النقض السورية: (يجوز أن يتزوج الرجل امرأة حاملاً من الزنا)[١].

(الحامل من الزنى يصح نكاحها، ولا يواقعها الزوج حتى تضع حملها)[٢].

(إن أمر التثبت من انقضاء العدة هو من النظام العام وعلى المحكمة إثارته من تلقاء نفسها قبل تثبيت زواج المطلقة)[٣].

(إن القول في العدة هو قول الزوجة المطلقة مع يمينها دون حاجة إلى الخبرة الطبية)[٤].

(إن المدعية الزوجة تستحق النفقة الزوجية حتى تاريخ انتهاء عدتها وإن الطاعن لم يثبت إعطائه للمدعية حقوقها ونفقة العدة وبقي قوله مرسلاً غير مؤيد بدليل مما يجعل القرار المطعون فيه في محله القانوني ولا تنال منه أسباب الطعن وهي مستوجبة الرد)[٥].

(إذا استدل القاضي من الرسالة التي فيها الاعتراف بالطلاق أنه الثالث، وأن المقصود فيه البينونة الكبرى لم يعد لبقاء الزوجة في دار زوجها مفعول في بقاء العلاقة الزوجية، ونفقة العدة كنفقة الطلاق لا يحكم بها عن أكثر من أربعة أشهر سابقة للادعاء)[٦].

(يتعين التنويه إلى أن النفقة الزوجية تستمر حتى انتهاء عدة المدعية المطعون ضدها، واعتبار الزوجية مستمرة بعد نقض التفريق السابق حتى تاريخ انتهاء عدة الزوجة من التفريق)[٧].

(وحيث أن الزوج طلق زوجته طلقة أولى رجعية بموجب وثيقة طلاق رسمية، والزوجة قد أقرت بانقضاء عدتها منه برؤيتها دم حيضها ثلاث مرات وذلك في دعوى أخرى، ولما كانت الدعوى التي صدر فيها هذا الإقرار متعلقة بالدعوى المطروحة فإن المحكمة تأخذ بإقرار المدعى عليها وتعتبره دليلاً كاملاً على انقطاع عرى علاقة الزوجية بالإبانة)[٨]. (ومن ثم يسقط حقها في النفقة من ذلك التاريخ لانفصام عرى الزوجية وانقضاء مدة العدة، من ثم تقضى المحكمة بإسقاط حقها في نفقة الزوجية من ذلك التاريخ)[٩].

(لا يجوز الحكم بنفقة العدة إذا ثبت انقضاؤها ومرور أكثر من أربعة أشهر على ذلك قبل الادعاء)[١٠].

(نفقة عدة الوفاة لا تتوجب على الورثة لعدم وقوع الطلاق أو التفريق أو الفسخ قبل وفاة الزوج المورث)[١١].

(نفقة العدة لا تتوجب إلا للمعتدة في مسكن الزوجية)[١٢].

(تسقط نفقة العدة إذا خرجت المرأة من دار زوجها)[١٣].

---

[١] المبادىء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٦ ص ٤٢٩- قرار٧٩-١٩٦٦/١٠٢.

[٢] المبادىء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٢ ص ٨١- قرار٥٨-١٩٧٢/٢/٢٢.

[٣] المبادىء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٦ ص ٥٧٦- قرار٧٣٢/٧١٠-١٩٧٦/٨/٣١.

[٤] المبادىء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٥ ص ٧٦١- قرار٤١١/٤٥١-١٩٧٥/٨/٢٦.

[٥] القضية:٢٧٦٧ أساس لعام ٢٠٠٧، قرار:٢٩٠٢ لعام ٢٠٠٧، تاريخ:٢٠٠٧/١١/٢٠، محكمة النقض - الغرفة الشرعية.

[٦] المبادىء العامة لمحكمة النقض ١٩٧٣ ص ٣٤١- قرار٤٥٢/٤٣٧-١٩٧٣/١٠/٣.

[٧] القضية:٢٧٩٢ أساس لعام ٢٠٠٧، قرار:٢٩١٣ لعام ٢٠٠٧، تاريخ:٢٠٠٧/١١/٢٠، محكمة النقض الغرفة الشرعية.

[٨] قرار محكمة النقض السورية، الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ س٣٧ ص٥٩٥

[٩] قرار محكمة النقض السورية، الطعن رقم ٢١ لسنة ٢٨ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٦٠/١٠/٢٧

[١٠] مجلة المحامون ١٩٩٥ ق ٤٣٧ شرعي

[١١] مجلة المحامون ١٩٩٦ ق ٢٥١ شرعي

[١٢] القضية ١٧٢٣ أساس لعام ١٩٩٣، قرار ٣٠٦ لعام ١٩٩٣، تاريخ ١٩٩٣/٤/٢٨

[١٣] المبادىء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٤ ص ١٥٦- قرار٢١٦/٢٢٢-١٩٦٤/٦/١٦.

(نفقة عدة الوفاة لا تتوجب على الورثة، لعدم وقوع الطلاق أو التفريق أو الفسخ قبل وفاة الزوج المورث)[١].
المورث)[١].

(الطلاق على بدل أو مخالعة مقابل الحقوق الزوجية بائن، ولا تطلق الزوجة بعده من جديد)[٢].

(المعتدة مجبرة على قضاء عدتها في بيت الزوجية، فإن لم يثبت الطرد لم تستحق النفقة)[٣].

(ليس للمعتدة أن تخرج من محل عدتها نهاراً من غير عذر وإن خرجت فلا نفقة لها)[٤].

(ليس للمعتدة أن تخرج من محل عدتها نهاراً من غير عذر، ومن خرجت ليلاً فلا نفقة لها، والمعتدة مجبرة على قضاء عدتها في بيت الزوجية)[٥].

(تحديد مدة العدة منوط بقول الزوجة، ولرئيس دائرة التنفيذ تحليفها اليمين في حالة الضرورة لمعرفة تاريخ انتهاء عدتها)[٦].

---

[١] مجلة المحامون ١٩٩٦ ق ٢٥١ شرعي

[٢] المباديء العامة لمحكمة النقض ١٩٦٥ ص ١٦٥- قرار٦٤/٤٥-١٩٦٥/٢/٢٨.

[٣] مجلة المحامون ١٩٩٦ ق ٨١ شرعي

[٤] الأحكام القضائية الشرعية-محمود زكي شمس ١٢٤١/٢-الغرفة الشرعية ٣٧٥-ق ٣٧٧-١٩٦٩/١٠/٧.

[٥] مجلة المحامون ١٩٩٦ ق ٢٦٣ شرعي

[٦] الغرفة الشرعية قرار ١٧٥٥ تاريخ ٢٠٠٠/٨/٢٩ أساس١٦٧٧- مجلة المحامون العددان ٣-٤ لعام ٢٠٠٢ ص٣٠٠.

الخاتمة

أهم النتائج والتوصيات

الخاتمة

أهم النتائج والتوصيات

الحمد لله رب العالمين، له الحمد في الأولى والآخرة، وله الحكم وإليه ترجعون.

أما بعد: فإنه لا يسعني وقد مَنَّ الله عليَّ بفضله، وأعانني على إتمام هذا البحث، أن أكرر وأزيد شكري له والثناء عليه عزّ وجلّ، وأسأله تعالى المزيد من فضله، إنه أكرم الأكرمين.

ولا أدّعي أنني أتيت بجديد في هذا البحث –وليس لي أن أدّعي– غير أن حاولت أن أجمع هذا البحث في بوتقة واحدة، فإن وفقت في ذلك فمن الله وحده، وإن قصّرت أو أخطأت، فحسبي أني قد اجتهدت ولم أقصر في تحري الصواب، وأبرز ما أختم به هذا البحث:

أولاً: أهم النتائج:

١–إن أحسن تعريفات القاعدة وأوضحها وأقربها إلى المقصود هو أنها: حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة. حيث يندرج تحت هذا التعريف مصطلح الأصل والقاعدة والضابط.

٢– إن كلاً من القاعدة والضابط لا يختلف أحدهما عن الآخر من حيث الحقيقة، وإنما الاختلاف بينهما يقتصر على النطاق الذي يعمل فيه، فإن كان ينطبق على أكثر من باب بحيث تندرج تحته فروع من بابين فقهيين فأكثر أطلقوا عليه قاعدة، أما إذا اقتصر على باب واحد فهو الضابط. لذلك نجد لها من المستثنيات أكثر مما للضابط، بل إن كثيراً من الضوابط يخلو من المستثنيات. وبناء عليه فإن الضابط يمثل مرتبة من مراتب القاعدة، إذ إن القواعد الفقهية متنوعة من حيث شمولها فمنها ما يندرج تحته فروع من جميع الأبواب الفقهية أو أغلبها، ومنها ما لا ينطبق إلا على موضوع خاص جداً .

٣– إن روح القاعدة الفقهية وركنها وحقيقتها هي الكلية، فمتى وجدت الكلية في عبارة من العبارات الفقهية فهي قاعدة فقهية، ولا بأس أن يسميها البعض ضابطاً فقهياً، إذ لا مشاحة في الاصطلاح، والعبرة بالمعنى لا باللفظ.

٤–إن دراسة القواعد الفقهية، تعطي الدارسين لعلوم الشريعة، وطلاب القانون، ملكة فقهية، وبصيرة وحكمة، تحقق الفهم والإدراك، والاطلاع على حقائق الفقه، وإدارك مقاصده وغاياته، وحفظ وضبط فروعه.

٥–إن إحكام الأصول مع درايتها يربي في الفقيه والمفتي والقاضي الملكة الفقهية، ويجعله متمكنا من التخريج والتنظير، وتنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسع، ومعرفة الأحكام الشرعية، في المسائل المعروضة عليه، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة، والمشاكل المتكررة، والحوادث الجديدة.

٦–إن علم القواعد يسهل على رجال التشريع، غير المختصين بالشريعة، فرصة الاطلاع على الفقه، بروحه ومضمونه وأسسه وأهدافه، ويقدم لهم العون لاستمداد الأحكام منه، ومراعاة الحقوق والواجبات، وهذا ما حققته القواعد الفقهية في مجلة الأحكام العدلية، والتي انتقلت إلى العديد من القوانين المعاصرة.

٧- تساعد القواعد الكلية في إدراك مقاصد الشريعة، وأهدافها العامة، لأن مضمون القواعد الفقهية يعطي تصوراً واضحاً عن المقاصد والغايات.

٨-إن الحكم على حجيّة القواعد الفقهية ودليليتها يختلف بالنسبة للمجتهد وبالنسبة للمقلد.

٩- إن القواعد التي هي نصوص شرعية -سواء كانت صياغتها واحدة أو مع تغيير في الصياغة غير مؤثر في المعنى- أو مبنية على دليل شرعي من الأدلة المعتبرة عند العلماء، كالكتاب أو السنة أو الإجماع، أو مبنية على الاستدلال القياسي تعتبر حجة، ودليلا يحتج به وتستنبط منه الأحكام الشرعية، شأنها في ذلك شأن النصوص نفسها عامة كانت أو خاصة.

١٠-إذا كانت القاعدة مبنية على دليل شرعي من الأدلة التي اختلف في اعتبارها، كالاستصحاب والاستدلال العقلي أو المستنبطة بطريق الاجتهاد في تحقيق المناط أو تنقيحه فالقاعدة، الفقهية تابعة لنوع الدليل، ولصحة وسلامة التخريج أو الاستنباط عليه. وهي تختلف قوة وضعفاً تبعا للاتفاق أو الاختلاف في ذلك.

وعندها تكون القاعدة حجة صالحة للترجيح ولتفريع الأحكام عليها عند من استنبطها، لأنها مردودة إلى النص عنده، وحجتها راجعة إلى حجية النص، ومدى الأخذ بما يترتب عليه من الأحكام.

وإلا نظر إلى الدليل الذي بنيت عليه القاعدة فإن أمكن أن تعطى المسألة حكماً بموجبه، وعندها تعتبر القاعدة دليلاً تابعا يستأنس به.

١١- إن هذه القواعد هي أحكام شرعية، تكونت مفاهيمها، وصيغت نصوصها بالتدريج في عصر ازدهار الفقه ونهضته، على أيدي كبار فقهاء المذاهب، من أهل التخريج والترجيح، استنباطاً من دلالات النصوص الشرعية العامة، والأدلة الشرعية، وعلل الأحكام، وأسرار التشريع والمقررات العقلية.

والمعاني الفقهية لهذه القواعد كانت مقررة في أذهان الأئمة المجتهدين يعللون بها ويقيسون عليها، وقد كانت تسمى عندهم أصولاً.

١٢-إن للقاضي المقلد أن يسند أحكامه، أو المفتي أن يسند فتاويه، إلى الأحكام الفقهية المبسوطة في كتب الفقه المعتبرة، وطبيعي أنه لا فرق في أن تكون تلك الأحكام جزئية تتناول مسألة فقهية بعينها، أو أحكام كلية أو أغلبية تجمع عدة مسائل متشابهة أو متجانسة، طالما أن جميع تلك الأحكام جزئية أو كلية مستندة إلى مصدر راجح معتبر من مصادر الشرع ومستمدة منه.

١٣-بالإضافة إلى الفوائد العظيمة للقواعد الفقهية، والأهمية البالغة التي ذكرناها، فهي جديرة ولاريب - وهي خلاصة جهد الفقهاء والأصوليين في عدة قرون، جمعاً وتخريجاً، وترتيباً وتدويناً وشرحاً، وبيان أحكامها وفروعها وجزئياتها - أن تكون مصدراً مهماً مشروعاً، يتعرف منها على أحكام ما لم ينص عليه ويقاس عليها، يستقي منها القاضي أحكامه، ويستفيد منها المفتي في فتاويه وغيرهم، وسواء مجتهدين كانوا أو مقلدين، وإلا ما الفائدة من قولهم: إن القاعدة الفلانية تدخل في سبعين بابا من الفقه وأن القاعدة الفلانية هي ثلث العلم أو ربعه، إذا كانت لا تصلح للحجية والاستدلال والقياس.

١٤-إن التقنين يعني التقعيد، وإن مضمون تعريف القاعدة القانونية، لا يفترق كثيراً عن تعريف القاعدة الفقهية، لا سيما وأن خصائص القاعدة القانونية، هي ذاتها بخصائص القاعدة الفقهية التي سبقت الإشارة إليها، وهي الاستيعاب، والاطراد والأغلبية وكونها عامة مجردة.

١٥-إن أهم ما يميز القاعدة القانونية عن القاعدة الفقهية أمران:

الأول: هو أن القاعدة القانونية تقترن بجزاء دنيوي حال، مادي محسوس ومنظم، وذلك بسبب إلزام سلطة ولي الأمر.

الثاني: إن القواعد الفقهية لم توضع كلها جملة واحدة، على يد هيئة واحدة أو لجنة واحدة، كما توضع القواعد القانونية، في وقت معين على أيدي أناس معلومين. لكن هذه القواعد، تكونت مفاهيمها، وصيغت نصوصها بالتدريج في عصر ازدهار الفقه ونهضته، على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح، استنباطا من دلالات النصوص الشرعية العامة والأدلة الشرعية، وعلل الأحكام، وأسرار التشريع والمقررات العقلية.

١٦- إن كلمة التقنين بالمعنى الحديث، أول ما برزت في الفقه الإسلامي، في مجلة الأحكام العدلية في عهد الدول الإسلامية العثمانية. والتي ابتدأت بمجموعة من القواعد الفقهية كانت العمدة في علم القواعد الفقهية الحديث.

١٧-إن التعريف الراجح لفرق النكاح هو: انحلال رابطة الزوجية وانقطاعها بسبب من الأسباب التي توجب ذلك .

١٨-إن تحديد ضابط التمييز بين الفسخ والطلاق راجع إلى إن كلّ فرقة أوقعها الزوج أو فوض الطلاق إلى زوجته أو وكل وأناب عنه الطلاق بالألفاظ الدالة على الطلاق يعد طلاقاً، وكل فرقة لم ينطق بها الزوج أو لم يردها إن تقع فوقعت فالفرقة هنا فرقة فسخ.

١٩-الأصل في عقد الزواج أنه عقد دائم، بحيث تبقى الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين، ولا ينبغي هدم الأسرة، وتصديع بنيانها، وتمزيق شمل أفرادها، إلا لضرورة تقتضي ذلك، بل مع هذه الضرورة حث الإسلام كلا الزوجين على الصبر والاحتساب، والأصل في ذلك قول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾[النساء:١٩]. وقوله جلّ شأنه: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ۗ﴾[البقرة:٢٢٩].

٢٠- الأصل في الطلاق الحظر والمنع، وإن إيقاعه من دون سبب فيه إلحاق ضرر ومفسدة، ونكران للنعمة، وقطع لأواصر الرحم. ولايباح إلا لضرورة أو لحاجة تدعو إليه، مما يتعذر معها بقاء الحياة الزوجية ويدرأ الشقاق والنزاع. وإن كان التفريق بأنواعه مشروعاً بالكتاب والسنة والإجماع.

٢١-الأصل في مشروعية الطلاق قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة:٢٢٩]. ويتفرع عن هذا الأصل جلّ القواعد والضوابط والفروع والأحكام الفقهية المتعلقة بفرقة الطلاق.

٢٢- الأصل أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ، لكن يقوم مقام اللفظ في لزوم الطلاق الكتابة والإشارة والفعل.

٢٣- القاعدة أن: صريح الطلاق هو ما لا يحتمل معنى إلا الطلاق، ولا يحتاج إلى نية، والكناية لا تلزم إلا بالنية.

٢٤- القواعد الفقهية تنص على أن: العمل في الطلاق على القصد والنية، إلا في الأيمان والطلاق والعتاق فإن القواعد الفقهية تنص على: العبرة للملفوظ نصاً دون المقصود. والطلاق يقع باللفظ لا بالقصد.

٢٥- إنّ طلاق الزّوج سواء أكان صريحاً أم كنائياً، يكون رجعيّاً دائماً ولا يكون بائناً إلاّ في أحوال مخصوصة.

٢٦-إن من أهم القواعد الفقهية المعتبرة في صيغة الطلاق أن: الكتاب كالخطاب، والإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان. من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته.

٢٧- إن من أهم القواعد الفقهية المعتبرة في القصد في الطلاق أن: كل لفظ بغير قصد من المتكلم لا يترتب عليه حكم. الطلاق بالنية لغو. الطلاق هزله جدّ. الأصل أن الإكراه يخرج المكره أن يكون مؤاخذا بحكم الفعل. الإكراه لا يتسلط إلا على الظاهر لا على الباطن.

٢٨- إن من أهم القواعد الفقهية المعتبرة في المطلق أن: إنما الطلاق لمن أخذ بالساق. يقع طلاق من لزمه فرض الصلاة والحدود . الطلاق قبل الملك لا يلزم إلا بالتعليق. الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

٢٩- إن من أهم القواعد الفقهية المعتبرة في المطلقة أن: الطلاق يقع على زوجة ثابتة النكاح. ولا طلاق قبل النكاح. من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر علمه به. والإشارة إلى المطلقة أبلغ أسباب التعريف. ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله.

٣٠- إن من أهم القواعد الفقهية المعتبرة بالطلاق السني والبدعي أن: طلاق البدعة يقع. وما جاز تفريقه جاز جمعه. والأصل في تصرفات العقلاء الاعتبار دون الإلغاء.

٣١- إن من أهم القواعد الفقهية المعتبرة بالطلاق الرجعي والبائن أن: الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً. وذلك ليتدارك المطلق أمره، فلعله يندم على فعله فيراجع زوجته ما دامت في العدة. وكذلك من القواعد: الرجعية زوجة. والبائن لا يلحقها طلاق.

٣٢- إن من أهم القواعد الفقهية المعتبرة بالطلاق المنجز والمضاف والمعلق أن: الأصل في الطلاق أن يكون بصيغة منجزة، ولكن يصح إضافته وتعليقه. وإذا صح التعليق فالمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز. والمعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط. والتعليق بشرط كائن تنجيز. من ملك التنجيز ملك التعليق. تعليق أسباب التحريم بالشرط صحيح.

٣٣-القواعد الفقهية الأساسية في طلاق المريض مرض الموت هي: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه. ومن قصد إلى ما فيه إبطال قصد الشارع عوقب بنقيض قصده.

٣٤-الأصل في مشروعية الخلع قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[البقرة:٢٢٩]. ويتفرع عن هذا الأصل جلّ القواعد والضوابط والفروع والأحكام الفقهية المتعلقة بفرقة الخلع.

٣٤- الراجح في تكييف الخلع بأنه عقد معاوضة محضة في الطرفين، أما الحكم التكليفي للخلع فهو: إن كان بسبب فيختلف بحسب ذلك السبب. أما إن كان بغير بسبب فهو جائز؛ طالما أن المرأة قد طلبته وطابت نفسها بما تدفعه في عوضاً عن الخلع.

٣٥- إن في طلب الزوج أكثر مما قدم مهراً مقابل تطليقه زوجته، تعسف في استعمال حق الطلاق، فالأصل أن يسترد الزوج ما قدمه، وأن يترك للمرأة ما تقيم به حياتها.

٣٦- يستحق الزوج بدل الخلع المتفق عليه، ويكون لازماً في ذمة الزوجة باتفاق الفقهاء. سواء أكان هو المهر أم بعضه أم شيئاً آخر سواه؛ لأن الزوج علق طلاقها على قبول البدل، وقد رضيت به. ويصح أن يكون بدل الخلع بالمنافع التي تقوم بالمال. إلا في حالات مخصوصة.

٣٧- إنّ الخلع عقد يعتمد التراضي بين الزوجين كسائر العقود، وهو بمنزلة الطلاق بعوض، وللزوج ولاية إيقاع الطلاق، وللزوجة ولاية التزام العوض، فلا يشترط حضور القاضي إذا تراضى الزوجان على ذلك.

٣٨- الأصل أن يتم الخلع بالتراضي بين الزوجين، لا برضا الزوجة وحدها، فلا يجبر الزوج على المخالعة دون رضاه. ولا يحق للقاضي إلزام الزوج على قبول الخلع وتطليق زوجته ولو تنازلت عن حقوقها المالية الشرعية، وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها.

٣٩-إن من أهم القواعد الفقهية في الخلع: كل زوج صح طلاقه صح خلعه. الخلع طلاق، فلا يقع إلا بما يقع به الطلاق. والخلع طلاق فلا يطلق أحد عن أحد. وإسقاط ما هو حق الشرع باطل. ولا تفسد المعاوضة بفساد العوض.

٤٠- إن الغاية من عقد الزواج تحقيق السكن والألفة والمودّة والرحمة بين الزوجين. فإذا ما انعدمت هذه الغاية، وظهر خلل أو ضرر أو عيب أو علة بعد إبرام عقد الزواج يعطل هذه الغاية ويحول دون الهدف المطلوب من الزواج أو يتعسّر معه الاستمرار بالحياة الزوجية. فلا بد من تدخل القضاء لإيجاد حل لذلك. وأهم القواعد الفقهية الأساسية في التفريق القضائي هما:

- كل فُرقة يجب على الزوج مباشرتها، ينوب القاضي منابه إن امتنع.
- كل فُرقة تبنى على أسباب تقديرية خفية مما تثير النزاع والخلاف، لزم توكيل القاضي فيها.

٤١-الأصل في مشروعية التفريق القضائي قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)[1]، لذلك فإن مجمل القواعد الفقهية الكلية التي تحكم التفريق القضائي سواء للضرر أو الشقاق أو للعلل والعيوب، أو للإعسار أو عدم الإنفاق أو الغيبة والفقدان، يجمعها قاسم مشترك هو وجوب إزالة الضرر. مثل: الضرر يزال. والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف. وإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما. الضرر يدفع بقدر الإمكان. وكل عيب يخل بالمقصود الأصلي في الزواج، أو يترتب عليه ضرر لا يحتمله الطرف الآخر، يجوز التفريق فيه.

٤٢-استناداً إلى ما تقتضيه القواعد الفقهية المتعلقة بالضرر، يجب التفريق بين حالتين من عدم الإنفاق: حال إعسار الزوج، وحال عدم إنفاقه مع يساره، فيجب عدم التفريق إذا كان الزوج معسراً. إن القول

---

[1] سبق تخريجه.

بالإمهال والاستدانة بأمر القاضي حتى إذا أيسر الزوج قام بسداد الدين أولى من القول بالتفريق للإعسار: ذلك لأن عقد الزواج عقد مقدس والأصل فيه التعاون في السراء والضراء.

٤٣-إن من أهم القواعد الفقهية في التفريق لعدم الإنفاق أن: كلُّ احتباس شرعي للزوجة، أو كان سببه الزوج؛ فتجب معه النفقة . ووجوب المال بقضاء القاضي. ويعتبر اليسار والإعسار في زمن الوجوب. والإسقاط قبل سبب الوجود يكون لغواً. وحقوق العباد إنما تسقط بإذن العباد. والإنفاق لا يحتمل التأخير.

٤٤-إن من أهم القواعد الفقهية في التفريق للفقدان أن: اليقين لا يزول بالشك. الأصل بقاء الحياة فلا يورث إلا بيقين. والأصل أن الشيء إذا غلب عليه وجوده فيجعله كالموجود حقيقة.

٤٥-من أهم القواعد الفقهية المتعلقة في فرقة اللعان: كل موضع سقط فيه الحد، ولا نسب فيه ينفى، فلا يشرع اللعان. وتحريم اللعان أبلغ من تحريم الطلاق. والولد للفراش. وكل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه. وكل من درء عنه الحد، لحق به الولد. والنسب بعد ثبوته لا يحتمل النقض وهو على الكافة. والنسب لا يحتمل الإبطال بعد ثبوته ولا الفسخ.

٤٦- من أهم القواعد الفقهية المتعلقة في فرقة الظهار: كل من صحّ طلاقه صحّ ظهاره. وكل من وقع عليها الطلاق من الأزواج وقع عليها الظهار والإيلاء. واللفظ لا يصح صرفه إلى غير ما وضع له إلا على طريق التجوز. وكناية الظهار لا تنصرف عن الظهار إلى الطلاق إلا بنية. وما أفضى إلى الحرام حرام وما حرّم الوطء من القول حرّم دواعيه. ويسقط اعتبار البدل عند القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل. ولا عبرة للبدل مع القدرة على الأصل.

٤٧- من أهم القواعد الفقهية المتعلقة في فرقة الإيلاء: من صح طلاقه ويمينه عند الحاكم صح إيلاؤه. والإيلاء من كل زوجة مسلمة أو ذمية أو أمة سواء لا يختلف في شيء. والواجب شرعاً لا يحتاج إلى القضاء.

٤٨-من أهم القواعد الفقهية المتعلقة في بالفرقة بالردة أو إباء الإسلام: لا عصمة مع الردة . وبتباين الدار تنقطع العصمة وينقطع التوارث. والأصل أن ملك المرتد يزول بنفس الردة زوالاً موقوفًا. والإسلام يعلو ولا يعلى عليه. وما لا يجوز ابتداء لا يجوز بقاء. وإذا كان المهر فاسداً فالقاعدة في ذلك: متى ذكر البدل الذي لا يصح بدلاً يبطل البدل، ويثبت مهر المثل.

٤٩-إن من الآثار المترتبة على الزوجية بسبب الردة هي وقوع الفرقة فسخاً. والحرمة بالردة ترتفع بارتفاع السبب الذي أحدثها فإذا جدد المرتد إسلامه جاز له إن يجدد النكاح.

٥٠- إذا أسلم الزوجان معاً، أو أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية. يستمر النكاح بين الزوجين. أما إذا أسلم الزوج ولم تكن الزوجة كتابية. فيعرض عليها الإسلام، فإن رفضت الدخول فيه يفرق القاضي بينهما. وإذا أسلمت زوجة الكافر ولم يسلم الزوج، فيجب تطليقها منه.

٥١- الأصل في مشروعية الرجعة قول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة:٢٢٨]. وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ

بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾[البقرة:٢٣١]. ويتفرع عن هذين الأصلين جلّ القواعد والضوابط والفروع والأحكام الفقهية المتعلقة بالرجعة.

٥٢- من أهم القواعد الفقهية المتعلقة في الرجعة: الرجعية زوجة. ومن ملك الإنشاء ملك الإقرار. وتصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به سواه. والفعل أقوى من القول. واستدامة الملك لا تحتمل التعليق بالشرط.

٥٣- الأصل في مشروعية متعة الطلاق قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[البقرة:٢٤١]. وقوله سبحانه: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة:٢٣٦]. ويندرج تحت هذين الأصلين جلّ القواعد والضوابط والفروع والأحكام الفقهية المتعلقة بذلك.

٥٤-من أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالمتعة: كل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فتوجب المتعة لأنّها توجب نصف المسمّى في نكاح فيه تسمية، والمتعة عوض عنه كردة الزوج وإبائه الإسلام، وكل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها. والمتعة تقوم مقام نصف المسمى في حق المفوضة. وفي كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق، فالواجب المتعة بعد الطلاق، لأن مهر المثل لا يتنصف.

٥٥-كل طلاق أوقعه الزوج أو الزوجة وتعسف فيه، كان عليه التعويض على زوجه الآخر بناء على القواعد الفقهية في التعسف في استخدام الحق. ومن أهمها: لا ضرر ولا ضرار. والضرر يدفع بقدر الإمكان. وتصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به سواه.

٥٦-من أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالعدة: كل طلاق أو فسخ وجب فيه جميع الصداق وجبت العدة، وحيث سقط الصداق كله أو لم يجب إلا نصفه، سقطت العدة. والخلوة الصحيحة بالزوجة كالدخول في الأحكام. والعدة حق لله تعالى وحق للرجل وحق للولد. والأصل بقاء العدة. وكلّ معتدة من غير النكاح الصحيح يحرم نكاحها. وما أفضى إلى حرام حرام. وكل احتباس شرعي للزوجة، أو كان سببه الزوج؛ فتجب معه النفقة. وكل من كان محبوساً بحق مقصوده لغيره كانت نفقته عليه، ويبقى الاستحقاق ببقاء السبب. والفرقة إذا وقعت من قبل الزوج بمباح أو محظور تستحق المرأة النفقة والسكنى. وإذا وقعت من قبل المرأة بفعل مباح كخيار البلوغ أو العتق وعدم الكفاءة لها النفقة والسكنى. وإن وقعت بفعل محظور كالردة ومطاوعة ابن الزوج فليس لها نفقة ولا سكنى. ومتى ذكر البدل الذي لا يصح بدلاً يبطل البدل، ويثبت مهر المثل.

ثانيا: أهم التوصيات:

١-توجيه المختصين بتشريعات قوانين الأحوال الشخصية، أو شرحها، أو وضع مذكراتها التوضيحية، إلى أهمية الانتباه إلى علم القواعد الفقهية، وأنه لا غناء عن تأصيل أعمالهم عن الكليات والقواعد الفقهية، أسوة بما عليه العديد من قوانين مدنية أو قوانين إثبات أو شروحاتها أو مذكراتها التوضيحية.

٢-توجيه القضاة الشرعيين والمفتين إلى الاستفادة في أحكامهم واجتهاداتهم وقراراتهم من خلال القواعد الفقهية، وجعلها قريبة إليهم في متناول أيديهم. فإن كان هناك نص قانوني صريح يعالج الواقعة التي بين أيدهم، فلا أقل من أن يستأنس القاضي أو المفتي بتلك القواعد الفقهية في أحكامه واجتهاداته. وإن لم يكن هناك نص قانوني، فحريّ بالقاضي أن يرجع إلى تلك القواعد والكليات الفقهية إن لم تكن لديه القدرة في الغوص والبحث في كتب الفقه.

٣-إقامة مناهج علمية، ومقررات دراسية في الأحوال الشخصية، تبيّن أصول النظر السليم في الواقع، وفي النصوص الشرعية، وكيفية الربط بين الأحكام الفرعية والأصول الكلية والواقع لإصلاحه في ضوء ضوابط المصلحة. والواقع أن فائدة علم القواعد أهميته القواعد تكمن في ذلك.

٤-تعزيز الوازع الديني لدى الناس وأخص بالذكر الزوجين للقضاء على أي تصرفات تؤثر على الرابط الديني الذي هو أقوى الروابط في المجتمع والأسرة المسلمة.

٥-من المهم بل الضروري، متابعة الوسائل العلمية الحديثة في مسألة تقدير الحمل، بل مع أي حادثة، في سبيل حصرها وبيان ماهيتها، لوجود حلّ لها وإنزال الحكم على الواقع. ومن المقرر أنه: الحكم على الشيء فرع من تصوره.

هذا وأرجو الله الإخلاص والتوفيق، وتمام النعمة وحسن الختام، وأن يجعل خير أعمالنا خواتيمها، وخير أيامنا يوم نلقاه، وأن يغفر لي ولوالدي ولمشايخي، ولسائر المسلمين.

﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦ وَٱعْفُ عَنَّا وَٱغْفِرْ لَنَا وَٱرْحَمْنَا أَنتَ مَوْلَىٰنَا فَٱنصُرْنَا عَلَى ٱلْقَوْمِ ٱلْكَٰفِرِينَ﴾[البقرة:٢٨٦].

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد، سيد الأولين والآخرين، وعلى آله وأصحابه وأتباعه إلى يوم الدين، والحمد لله رب العالمين.

الفهارس

- فهرس أطراف الأحاديث والآثار
- فهرس القواعد الفقهية
- فهرس الأعلام
- ثبت المصادر والمراجع
- فهرس الموضوعات

فهرس أطراف الأحاديث والآثار	الصفحة
أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق	١٥٥، ٤٧٣
أتاني عروة البارقي من عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً في مرضه: أنها ترثه ما دامت في العدة ولا يرثها	٤٣٧
أتت امرأة النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: إني أبغض زوجي وأحب فراقه	٤٦٢
أتردين عليه حديقته قالت: نعم	١٤٣، ٣١٣، ٤٦٢،٤٦٥
أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصاص فأمر فيه بالعفو	٥١٦
أتي علي رضي الله عنه بزنادقة فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال: لو كنت أنا لم أحرقهم	٨٢٥
اجلسوا هاهنا. ودخل وقد أتى بالجونية فأنزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل ومعها دايتها حاضنة لها	٨٩٨، ٩٠٢
إحلف بالله الذي لا إله إلا هو إني لصادق	٧٠٠
أخبر رسول الله صلّى الله عليه وسلم عن رجل طلّق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً	٣٢٨، ٣٤٤
إذا أراد النساء الخلع فلا تكفروهن	٤٦٦
إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها بساعة حرمت عليه	٨٣٨
إذا آلى الرجل من امرأته شهراً أو شهرين أو ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بإيلاء	٧٩٩
إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه	١٤٩
إذا أمرتكم بشيء فخذوا منه ما استطعتم	٧١
إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه	١٤٠
إذا حملته تسعة أشهر أرضعته واحداً وعشرين شهراً	٩٥٥
إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل	١٤٠
إذا دبغ الإهاب فقد طهر	٤١
إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثا أم أربعا، فليطرح الشك وليبن على ما استيقن	٦٩
إذا ظاهر مرارًا في مجلس واحد فكفارة واحدة، وإن ظاهر في مقاعد شتى فكفارات	٧٦٧
إذا مضت أربعة أشهر يوقف حتى يطلق، ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق	٨٠٤
إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا، فلا يخرجن من	٩٠، ٦٧٣
أربعة ليس بينهم لعان ليس بين الحر والأمة لعان وليس بين الحرة والعبد لعان	٦٩٧
استشهد رجال يوم أحد فآم نساؤهم وكنّ متجاورات في دار فجئن النّبيّ صلى الله عليه وسلم فقلن: يا رسول الله، إنّا نستوحش بالليل فنبيت عند إحدانا فإذا أصبحنا تبدّرنا إلى بيوتنا	٩٨٨،٩٩٠
الإسلام يعلو ولا يعلى عليه	٨٣٩،٨٤٨،٨٤٩
إعتدي في بيت ابن أم مكتوم	٩٣١
أفضل الصدقة ما ترك غني، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني	٦٢٧
اكتموا الصبيان الطلاق	٢٦٣
آلى النعمان من امرأته وكان جالساً عند ابن مسعود، فضرب ابن مسعود فخذه وقال: إذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة	٨٠٣
آلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسائه، وكانت انفكت رجله	٨٠٠، ٩٤٨
إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع	٥٦٦
امرأة المفقود امرأة ابتليت، فلتصبر حتّى يأتيها يقين موته أو يأتي منه طلاقها	٦٦٢
امرأة المفقود امرأته حتّى يأتيها البيان	٦٦٢
امرأة المفقود امرأته حتّى يأتيها الخبر	٦٦٢
أمرت بريرة أن تعتدّ بثلاث حيض	٩٣١
أمرت عائشة رضي الله عنها بريرة أن تعتد ثلاث حيض	٩٤١
امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله	٩٨٨، ١٠١٢،٩٩٢
إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي	٦٩، ٦١٩
إن إبليس يضع عرشه على الماء ثم يبعث سراياه فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة	١٥٧
أن ابن مسعود يقول: إن طلق ما لم ينكح فهو جائز، فقال ابن عباس: أخطأ في هذا	٤٠٠
إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون علقة مثل ذلك	٩٦٢
إنَّ الإسلام يَجُبُّ ما كان قبله، وإنَّ الهجرة تَجُبُّ ما كان قبلها	٢٧١،٨٤٤
إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا	١٤٦
أن الربيع بنت معوذ بن عفراء أخبرته قالت: الرُبيِّع بنت مُعَوِّذ: (كان لي زوج يُقل الخير عليّ إذا حضر ويحرمني إذا غاب	٤٩١

فهرس أطراف الأحاديث والآثار	الصفحة
أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فأهديت إليه فرأى بكشحها وضحاً	٥٨٨
إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه	٢٣٥
إنّ الله تجاوز لأمّتي عمّا حدّثت به أنفسها، ما لم تعمل أو تكلّم به	٢٣٣
إن الله تعالى عند كل لسان قائل فليتق الله عبد ولينظر ما يقول	٧٠
إن الله تعالى يقول: (وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا)[الطلاق:٢]. وإنك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجاً	٣٣٢،٣٣٦
إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم	٣٣٣
أن النبي صلّى الله عليه وسلم أخبر رسول صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فغضب	٣٣٥
أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة	٥٢٣
أنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم طلّق حفصة تطليقةً، فأتاه جبريل عليه الصلاة والسلام فقال: يا محمّد، طلّقت حفصة وهي صوّامة قوّامة، وهي زوجتك في الجنّة؟ فراجعها	٨٦٥
أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت ما أعتب عليه	٣١٣
أنّ امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه، فجعل النّبيّ صلى الله عليه وسلم عدّتها حيضةً	٩٧٦
أن امرأة رفاعة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن رفاعة طلقني فبتَّ طلاقي	٢٠٠،٣٢٩
أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائماً فأخذت شفرة	٢٤١
أن امرأة من أسلم يقال لها: سبيعة كانت تحت زوجها، توفي عنها وهي حبلى، فخطبها أبو السنابل بن بعكك، فأبت أن تنكحه	٩٥٢
أن امرأته لما ألحت عليه في السؤال عن الساعة التي يستجيب الله فيها الدعاء يوم الجمعة قال لها: «إن عدت سألتِني فأنت طالق»	٣٨٧
إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو علي كظهر أبي، فسألت أهل المدينة، فرأوا أن عليها الكفارة	٧٤١
أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق	٤٦٥
أن حمزة عم النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليه مرة وهو سكران فقال له: (وهل أنتم إلا عبيد لأبي)	٢٤٦
إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام	٦٣
أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم قد ظاهر من امرأته فوقع عليها	٧٣٥،٧٥٦،٧٦٣
أن رجلاً آلى من امرأته فمضت أربعة أشهر قبل أن يجامعها، ثم جامعها بعد الأربعة وهو لا يذكر يمينه	٨٠٨
أن رجلاً تدلى بحبل فوقفت امرأته على رأس الحبل وحلفت لتقطعنه، أو لتطلقني ثلاثاً	٢٤٠، ٢٤١
أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما، فقال: يأبا عبد الرحمن إني جعلت أمر إمرأتي في يدها	٢١٦
أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، فقال: إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات	٣٣٧
أن رجلاً خلع امرأته في ولاية عثمان رضي الله عنه غير السلطان فأجازه عثمان	٥٠٨
أن رجلاً طلق امرأته ثلاثا فتزوجت فطلقت، فسئل النبي صلى الله عليه وسلم أتحل للأول ؟ قال: لا، حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول	٣٣٣
أن رجلاً قال لامرأته: (إن فعلت كذا وكذا فهي طالق، ففعلته، فقال: هي واحدة، وهو أحق بها	٣٨٧
أن رجلاً قال لامرأته: هي طالق إلى سنة، قال: يستمتع بها إلى سنة	٣٨١، ٣٨٨
أن رجلاً لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما	٦٩٠
أن رجلاً من الأنصار سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إن أحدنا إذا رأى مع امرأته رجلاً إن قتله قتلتموه	٦٩٤
أن رجلاً من أهل البحرين طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين، ثم انقضت عدتها، فتزوجها غيره ثم فارقها، ثم تزوجها الأول، قال: أنها تكون على طلاق مستقبل	٩٣٥
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معه بدينار يشتري له أضحية	٦٨
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها	١٤٦،١٦٧، ٩٠٤
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقضي بالقضاء، وينزل القرآن بغير ما قضى، فيستقبل حكم القرآن ولا يردّ قضاءه الأول	٧١
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمتحنهنّ، وبلغنا أنه لما أنزل الله تعالى أن يردوا إلى المشركين ما أنفقوا على من هاجر من أزواجهم وحكم على المسلمين أن لا يمسكوا بعصم الكوافر	٨٧٥

فهرس أطراف الأحاديث والآثار	الصفحة
أن رفاعة طلق امرأته تيمية بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فأعرض عنها فلم يستطع أن يمسها	٦١٣
أن سعيد بن المسيب سئل عن رجل لا يجد ما ينفق على أهله فقال: يفرق بينهما، فقيل له: سنة؟ قال نعم سنة	٦٥٦
أن عائشة بنت خليفة الخثعمية كانت عند الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنهم، فلما مات علي قالت له: لتهنئك الخلافة	٣٥٤، ٩٣٩
أن عائشة رضي الله تعالى عنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن، من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام	٢٢٨
أن عبد الرحمن بن عوف متع زوجته فاطمة بنت قيس لما طلقها البتة	٩٤٨
أن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الإيلاء: إذا مضت أربعة أشهر فهي واحدة وهي أحق بنفسها	٨٣٩
أن علياً وابن مسعود وابن عباس قالوا: إذا مضت الأربعة أشهر فهي تطليقة وهي أحق بنفسها	٨٣٩
أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى	٦٥٦
أن عمر بن الخطاب لما كان يتفقد الرعية سمع امرأة تنشد شعراً تفتقد فيه زوجها	٦٨٧، ٨٣٥
أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما قد أجازا الخلع من غير إذن السلطان	٥٣٠
أن عمر رضي الله عنه أتي بامرأة وقد ولدت لستة أشهر فهم برجمها، فبلغ ذلك عليا رضي الله عنه فقال: (ليس عليها رجم، فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه فأرسل إليه فسأله	١٠٠٠
أن عمر رضي الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملاً	١٠٠٢
أَنَّ عِمْرَانَ بْنَ حُصَيْنٍ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ يَقَعُ بِهَا وَلَمْ يُشْهِدْ عَلَى طَلاَقِهَا وَلاَ عَلَى رَجْعَتِهَا فَقَالَ طَلَّقْتَ لِغَيْرِ سُنَّةٍ. وَرَاجَعْتَ لِغَيْرِ سُنَّةٍ أَشْهِدْ عَلَى طَلاَقِهَا وَعَلَى رَجْعَتِهَا وَلاَ تَعُدْ	٩١٩
أن عويمراً العجلاني، لما لاعن امرأته عند رسول الله صلّى الله عليه وسلم، طلقها ثلاثاً	٣٢٥
إن لجسدك عليك حقاً، وإن لعينك عليك حقاً، وإن لزوجك عليك حقاً	٦٨٦
إن مضت أربعة اشهر فهو إيلاء	٨٣٥
أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك ابن سحماء	٧٢٢
انظري إذا أتى قرؤك فلا تصلّي، فإذا مرّ قرؤك فتطهّري ثمّ صلّي ما بين القرء إلى القرء	٩٨٦
إنما الأعمال بالنيات	٧٣، ٨٦، ٢٤٦، ٢٤٨، ٤١٠، ٨٠٤
إنما البيع عن تراض	٢٥٨
إنما الطلاق لمن أخذ بالساق	٢٥٨، ٢٦٢، ٤٨١، ١٠٣٢
إنما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ما كان لها الرجعة فإن لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى	١٠٠٢
أنه أفتى في المرأة التي يطلقها زوجها، فتتزوج غيره قبل انقضاء عدتها	٤٤٧
أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل، فقال: إذا وضعت حملها فقد حلّت	٩٦٠
أنه شكا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: (لا ينفتل __ أو لا ينصرف- حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً	٥٦
أنه طلق امرأته البتة، فأخبر النبي صلّى الله عليه وسلم، وقال: والله ما أردتُ إلا واحدة	٣٣٠
أنّه طلّق امرأته وهي حائض، فسأل عمر رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: (مره فليراجعها	٣٠٠
أنّه ظاهر من امرأته حتّى ينسلخ شهر رمضان، وأنّه أخبر النّبيّ صلى الله عليه وسلم أنّه أصابها في الشّهر فأمره بالكفّارة	٧٥٤
أنه قال في الإيلاء: إذا مضت أربعة أشهر فهي واحدة بائنة	٨٠٩
أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها	٤٨٩
أنه ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف حين طلقها في مرضه	٤٣٤
أنّها اختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها النّبيّ صلى الله عليه وسلم أو أمرت أن تعتدّ بحيضة	٥٢٤
أنّها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته: أنّ زوجها خرج في طلب أعبد له، فقتلوه بطرف القدوم، قالت: فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلي	١٠٠٠
أنها خطبت على عبد الرحمن بن أبي بكر، قُرَيبة بنت أبي أمية. فزوجوه	٢١٠
أنّهم قالوا في المتوفّى عنها زوجها: إذا ولدت وزوجها على سريره جاز لها أن تتزوّج	٩٦٠

فهرس أطراف الأحاديث والآثار	الصفحة
أنهم قالوا في رجل قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق: هو كما قال.	٣٩٣
إني لم أؤمر أن أنقب قلوب الناس، ولا أشق بطونهم	٦٧٥
أول خلع في الإسلام أخت عبد الله بن أبي أتت النبي صلى الله عليه وسلم	٤٦١
أيلعب بكتاب الله، وأنا بين أظهركم، حتى قام رجل، فقال: يا رسول الله، ألا أقتله	٣٢٣، ٣٣٩
أيما امرأة باتت وزوجها عنها راض دخلت الجنة	١٣٥
أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة	١٥٠، ٤٦٣، ٤٦٧
أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين، ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجاً غيره فيموت عنها أو يطلقها، ثم ينكحها زوجها الأول، فإنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها	٩٠٠
أيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو حدباء أو برصاء أو بها مرض فهي امرأته	٥٨٤
أيّما رجل قال لامرأته: أنت طالق إن خرجت إلى الليل فخرجت	٣٨٢
بعثت بالحنيفية السمحة	١٤٠
البيعان بالخيار ما لم يتفرقا	١٠٤
البينة أو حد في ظهرك	٦٨٩
البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه	٦٤، ٧٥، ٦٩٨
البينة على المدعي واليمين على من أنكر	٥٧
تجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة	٩٦٠
تحشرون حفاة عراة غرلا	٨٢٧
تحلّ لزوجها الرّجعة عليها حتّى تغتسل من الحيضة الثّالثة	٩٥٢
تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم	١٣٤
تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم	١٣٤
تلجّمي وتحيّضي في كلّ شهر في علم الله ستّة أيّام أو سبعة أيّام	٩٨٩
تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها	١٣٤
ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة	٢٣١
جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: (يارسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها ؟	١٠٢٢
جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فبتّ طلاقي	٥٨٣
جاءت فتاة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله: إن أبي زوجني ابن أخيه يرفع بي خسيسته	١٣٤
حسابكما على الله، أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليها	٧١١
حسبت عليّ بتطليقة	٣١٠
الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات	٥٧
خذي مايكفيك وولدك بالمعروف	٦٣، ٦٤٢
الخراج بالضمان	٧٥
خطبت امرأة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم (هل نظرت إليها قلت لا قال أنظر إليها	١٣٤
الخلع تطليقة بائنة	٥١٩، ٥٢١
خيركم خيركم لأهله	١٣٥
خيّرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فاخترنا الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم	٢٠٩
دخل أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجداه جالساً- وحوله نساؤه- واجماً ساكتاً	٦١٨
دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فوجد الناس جلوساً ببابه	٢٠٩
دع ما يريبك إلى ما لا يريبك	٩٦٨
دعي الصلاة أيام أقرائك	٩٤٨
الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة	١٣٣
رب حامل فقه غير فقيه، ورب حامل فقه إلى من هو أفقه منه	٣٢
الرجل تكون عنده المرأة ليس بمستكثر منها، يريد أن يفارقها فتقول: أجعلك في شأني في حلّ	١٥٥
رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق	٢٢٦، ٢٤٤، ٢٥٨، ٢٥٩، ٧٣٦
سألت اثني عشر رجلاً من أصحاب النّبيّ صلى الله عليه وسلم عن رجلٍ يولي من امرأته قالوا: ليس عليه شيء حتّى تمضي أربعة أشهر، فيوقف	٨٠٦

فهرس أطراف الأحاديث والآثار	الصفحة
سألت عطاء عن المرأة لا تجد عند الرجل ما يصلحها من النفقة، فقال: ليس لها إلا ما وجدت	٦٢٠
سألت عمر بن الخطاب عن رجل من أهل البحرين طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين، ثم انقضت عدتها، فتزوجها غيره ثم فارقها، ثم تزوجها الأول، قال: هي عنده على ما بقي	٩٠٠
سبحان الله. من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة صدق، وزوجها رجل صدق وحملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين	٩٦٥
الشهر تسع وعشرون ليلة فلا تصوموا حتى تروه، فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين	٩٦٢
الشّهر هكذا وهكذا وهكذا	٩٥٦
طلاق الأمة اثنتان، وعدّتها حيضتان	٩٤٨
طلاق السّنّة تطليقة وهي طاهر في غير جماع	٣٠٠
الطلاّق عن وطر والعتق ما أريد به وجه الله	٣٨٧
طلّق جدي امرأة له ألف تطليقة	٣٣١
طلق حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره بأن يراجعه	١٥٢
طلق رجل البتة إن خرجت	٣٨٢
طلق رجل امرأته البتة إن خرجت، فقال ابن عمر: إن خرجت فقد بانت منه، وإن لم تخرج فليس بشيء	٣٨٥
طلق ركانة بن عبد يزيد أخو بني المطلب امرأته ثلاثاً في مجلس واحد	٣٣٦
طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه زوجه أم عاصم	١٥٣
طلقت خالتي ثلاثاً، فخرجت تَجُدّ نخلاً لها، فلقيها رجل فنهاها	٩٩٨
ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه، ورسول الله يجادلني فيه	٧٣٤
عدة المختلعة عدة المطلقة	٩٨٤
عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة	٦٨٩، ٧٠٤، ٧٠٨
عزيمة الطلاق مضي أربعة أشهر	٨٠٣
فاستفت بالمدينة، فأفتيت أن تكفر عن يمينها وتنكحه	٧٤١
فاستفتى لها فقهاء كثير، فأمروها أن تكفر، فأعتقت غلاماً لها، ثمن ألفين	٧٤١
فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز	٥٦٢
فرَّ من المجذوم فرارك من الأسد	٥٨٥
فردّها عليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرها شيئاً	٣١٢
فرق عمر بن الخطاب رضي الله عنه بين رجل وامرأته قال: لها أنت طالق البتة	١٩٥
فسئل عن ذلك أصحاب ابن مسعود، فقالوا: تكفر	٧٤١
فلمّا تعلّت من نفاسها تجمّلت للخطّاب	٩٧٢
في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: يفرق بينهما	٦٢٤
في المرأة يعسر زوجها بنفقتها قال: هي امرأة ابتليت فلتصبر، ولا تأخذ بقول من فرق بينهما	٦٢٠
في عدة الأمة طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان	٩٨٤
قاتل الله اليهود إن الله لما حرم عليهم شحوم الميتة جمّلوه، ثم باعوه، ثم أكلوا ثمنه	٤٤٦
قالت أم حبيبة: رأيت في النوم عبيد الله زوجي بأسوأ صورة وأشوهها ففزعت وقلت تغيرت والله حاله	٨٢٨
قد عذت بمعاذ. ثم خرج علينا فقال: يا أبا أسيد اكسها رازقيّين وألحقها بأهلها	٩٠٨
قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه: في امرأة توفيت: وتركت زوجها وأمها وأخويها لأبيها وأمها وأخويها لأمها	٦٢
قضى عمر رضي الله عنه أن العنين يؤجل سنة	٥٨٥
كان أصحاب عبدالله بن عمر رضي الله عنهما يقولون: أيهدم الزوج الثلاث ولا يهدم الواحدة والاثنين	٩٠١
كان المشركون على منزلتين من النبي صلى الله عليه وسلم والمؤمنين، كانوا مشركي أهل حرب يقاتلهم ويقاتلونه ومشركي أهل عهد لا يقاتلهم ولا يقاتلونه	٨٤٠
كان النّاس والرّجل يطلّق امرأته ما شاء أن يطلّقها، وهي امرأته إذا ارتجعها وهي في العدّة وإن طلّقها مائة مرّةٍ أو أكثر	٨٦٩
كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك، فوقّته الله أربعة أشهر	٧٨٨
كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه، والمغلوب على عقله	٢٥٩
كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون	٢٣٦، ٢٥٩

فهرس أطراف الأحاديث والآثار	الصفحة
كل مسكر حرام	٥٧
كل يمين وإن عظمت، ففيها الكفارة إلا العتق والطلاق	٣٨٢
كنا نُنهى أن نحدَّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهروعشراً، ولا نكتحل، ولا نتطيب، ولا نلْبَس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عَصْب	٩٩٦
كنت امرأ أصيب من النساء ما لا يصيب غيري، فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي	٧٣٣
كنت جالساً عند عبد الله بن عتبة بن مسعود، إذ جاءه أعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين	٨٩٤
كنت جالسا في المسجد... فجاء رجل حتى جلس إلينا فقال: أنا مولى لعائشة بنت طلحة أعتقتني عن ظهارها	٧٤٢
كيف ترون قواعدها وبواسقها	٢٧
لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة إلا في بيتها	٩٩٢
لا تحلفوا بآبائكم، من كان حالفاً فليحلف بالله	٣٩٢
لا تزوجوا النساء لحسنهن، فعسى حسنهن أن يرديهن	١٣٤
لا تطلق النساء إلا من ريبة. إن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات	١٥٠
لا تعذبوا بعذاب الله	٨٢٧
لا تقربها حتّى تفعل ما أمرك الله عزّ وجلّ	٧٧٥
لا تكرهوا بناتكم على الرجل الذميم فإنهن يحببن من ذلك ما تحبون	١٣٤
لا تكون تطليقة بائنة إلا في فدية وإيلاء	٥٢١
لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء، فإنه خضاب	٩٩٦
لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن	١٣٤
لا توطأ حامل حتّى تضع، ولا غير ذات حمل حتّى تحيض حيضةً	٩٤٦
لا رضاع إلا في الحولين	٤٩٥
لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام	٤٩٥
لا رضاع بعد فصال ولا يُتْم بعد احتلام	٤٩٥
لا طلاق في إغلاق	٥٧، ٢٤٣
لا طلاق قبل النكاح	٢٦٢، ٣٩٣
لا طلاق ولا عتاق في إغلاق	٢٣٥
لا قيلولة في الطلاق	٢٣٦
لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندري حفظت أم نسيت	١٠٠٢
لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث النفس بالنفس والثيب الزاني والمارق من الدين، المفارق لدينه، التارك الجماعة	٨٢٧
لا يحل لامرأة تؤمن بالله ورسوله أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً	٩٣٩
لا يحلّ لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره	٩٤٦
لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إلا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ	٤٦٥
لا يحلف عند هذا المنبر عبد ولا أمة يميناً آثمة ولو على سواك رطب إلا وجبت له النار	٧٠٥
لعن الله المحلل والمحلل له	٩٠١
لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له، وسماه بالتيس المستعار	٤٤٦
لما أنزلت (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) قال سعد بن عبادة	٦٨٨
لما توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان أبو بكر رضي الله عنه، وكفر من كفر من العرب	٨٢٨
الله يعلم أنّ أحدكما كاذب، فهل منكما تائب	٧٠٤
لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها، كان ذلك جائزاً	٤٨٨
لولا الأيمان لكان لي ولها شأن	٦٨٩، ٦٩٩
لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن	٦٩٠، ٦٩٩
ليس على صاحب العارية ضمان	٥٩
ليس في إصلاح إيلاء	٧٩٤
ما اتقى الله جدك، أما ثلاث فله	٣٣١
ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق	١٥٠
ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين، ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل	٩٥٦، ٩٦٥

فهرس أطراف الأحاديث والآثار	الصفحة
ما رأيت النبي صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو	٥١٦
ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم	١٤٩
متع الحسن بن علي زوجته لما طلقها بعد أن هنأته بالخلافة بعشرة آلاف درهم	٩٠٧
المتلاعنان لا يجتمعان أبدا	٦٩٢
المتوفى عنها زوجها: لا تَلْبَس المُعَصْفر من الثياب، ولا الممشّقة، ولا الحُلِي، ولا تختضب، ولا تكتحل	٩٨٧
الْمُخْتَلِعَاتُ وَالْمُنْتَزِعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ	٤٦٦، ٤٧١
المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة	٥٣٢
مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر	١٣٩
مضت السنة في المتلاعنين إذا تلاعنا يُفرّق بينهما ولا يجتمعان أبداً	٧١١
من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق ووجبت العدة	٩٤٣، ١٠٠٥
من بدل دينه فاقتلوه	٨٢٥
من حلف بغير الله فقد أشرك	٣٩٧
من حلف على منبري هذا يميناً آثمة، تبوأ مقعده من النار	٧٠٦
من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الّذي هو خير، وليكفّر عن يمينه	٨٠٩
من سبق إلى مالم يسبقه إليه مسلم فهو له	٦٤
من عطل أرضاً ثلاث سنين لم يعمرها، فجاء غيره فعمرها فهي له	٦٥
من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد	٣١٨، ٣٤٤
من قطع ميراثا فرضه الله تعالى قطع الله ميراثه من الجنة	٤٣٦
من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله	٣٨٩
من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت	٣٨٩
نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يُبيِّن له أجره	٤٩٨
هنّ حولي كما ترى يسألنني النفقة	٢١٤، ٦٢١
وإياكم ومحدثات الأمور فإن كل محدثة بدعة	٣٠٤
يا أبا أيوب إن طلاق أم أيوب كان حوبا	١٥٦
يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا	١٦١
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب	٧٤٨
يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا	١٤٦
يعتق رقبةً، قيل له: لا يجد قال: يصوم شهرين متتابعين، قالت يا رسول الله، إنه شيخ كبير	٧٥٩
يوقف المولي عند انقضاء الأربعة، فإما أن يفيء وإما أن يطلق	٨٠٥
يولد كل مولود أحمر ليس عليه غبرة -أي سترة- ثم يرزقه الله من فضله	٦٤٥

القواعد الفقهية	الصفحة
الإجازة اللاحقة كالإذن السابق	٨٥
الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة	٢٧٥، ٢٧٦، ١٠٣٢
الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء	٢٧٥، ٢٧٦
الاجتهاد لا ينقض بمثله	٤٩، ٥٩، ٦١
الأجر والضمان لا يجتمعان	٨٣
أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوَّض	٥٤٠
الاحتياط في أن يؤخذ باليقين	٩٥٧، ٩٨٥، ١٠٠٩
الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتغييب الحشفة	٨٢٠
اختلاف سبب الملك كاختلاف العين	٨٦
اختيار بعض ما لا يتجزأ اختيار لكله	٢٩٣
الأدنى يتبع الأعلى	٨٥
إذا اتحد الحق سقط بإسقاط أحد المستحقين	٨٦
إذا اجتمع الحظر والإباحة كان الحكم للحظر.	١٥٨
إذا اجتمع الحلال والحرام غلّب الحرام	١٥٨
إذا اجتمع جانب الحلال والحرام، أو المبيح والمحرِّم غلّب جانب الحرام.	١٥٨
إذا اجتمع حظر وإباحة غلّب جانب الحظر.	١٥٨
إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر.	١٤١، ٦٠٣
إذا اجتمعت الإشارة والعبارة أو الإشارة والتسمية واختلف موجبهما غلبت الإشارة	٢٩٠، ٧٢٠
إذا اجتمعت الإشارة والعبارة واختلف موجبهما غلّبت الإشارة	٦٤
إذا استوى الحلال والحرام يغلب الحرام الحلال.	١٥٨
إذا تعارض القصد واللفظ أيهما يقدم	١٨٧، ٧٥٢، ٧٨٠
إذا تعارض شرطان يؤخذ بالمتأخر منهما	٤١٦
إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما.	١٤١، ٦٠٤، ١٠٣٤
إذا تعذر إعمال الكلام يهمل	٢٨٩
إذا تقارن الحكم ووجود المنع منه فهل يثبت الحكم أو لا ؟ خلاف	٤٠٩
إذا ثبت بقاء الواجب صح إسقاطه	٧٨٢
إذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد تعين الحمل على التأسيس	٣٣٣، ٣٤٤
إذا دار اللفظ بين الإلغاء والإعمال فالإعمال أولى	٣٤٥
إذا دارت المسألة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد فمراعاة القصد أولى	١٨٧، ٧٥٢
إذا صح التعليق فالمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز	٣٧٤، ٤٠١، ١٠٣٢
إذا ضاق الأمر اتسع	٥٩، ٧١، ١٤٤، ٣٩٤، ٩٩٦، ١٠٢١
إذا ضاق الأمر اتسع، وإذا اتسع ضاق.	١٠٢١
إذا علم مراد الأبكم وجب الحكم له وعليه	٢٠٠، ٧٢٠
إذا فقدت النية في كناية الظهار لإرادة الطلاق أو الظهار فاللازم الظهار	٧٥١، ٧٨١
إذا كان اللفظ صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لم يكن كناية عن غيره وما كان صريحاً في بابه ولم يجد نفاذاً في موضوعه كان كناية عن غيره	١٨١
إذا كان للواجب بدل فتعذر الوصول إلى الأصل حالة الوجوب، فهل يتعلق الوجوب بالبدل تعلقاً مستقراً بحيث لا يعود إلى الأصل عند وجوده؟	٧٨٣
إذا وجبت مخالفة أصل أو قاعدة وجب تقليل المخالفة ما أمكن	٦٥
إذا وجد المبدل زال حكم البدل	٧٦٧، ٧٨٥، ٨٢٠، ٩٧٣، ١٠١٤
إذا وجدنا جملة ذات أعداد موزعة على جملة أخرى فهل يتوزع أفراد الجملة الموزعة على أفراد الأخرى أو كل فرد منها على مجموع الجملة الأخرى	٤١٥
الإذن العرفي يقوم مقام الإذن اللفظي	٥٩
الإرادة التي لا تطابق مقصود الشارع غير معتبرة	٤٦٦، ٥٣٩
ارتكاب إحدى المفسدتين لدفع أعلاها	١٤١، ٦٠٤
الاستثناء جائز في الإقرار والطلاق وغيرهما	٢٠٣، ٢٠٦
الاستثناء لا يرفع ما وقع من الطلاق	٢٠٥، ٢٠٦
استدامة الملك لا تحتمل التعليق بالشرط	٨٩٥، ١٠٣٥
الاستدامة فيما يستدام كالإنشاء	٨٥
الاسترعاء عامل في التبرعات كلها من طلاق وعتاق وغيره	٤٢٤

القواعد الفقهية	الصفحة
الإسقاط قبل سبب الوجود يكون لغواً	٦٣٣، ٦٣٩، ١٠٣٤
الإسقاط قبل وجوب سبب الوجوب باطل	٦٤٠
إسقاط ما ليس بواجب لا يتحقق	٦٣٣، ٦٣٩
إسقاط ما هو حق الشرع باطل	٤٩٧، ٥٣٨، ١٠٣٣
الإسلام يعلو ولا يعلى عليه	٨٨٤، ٨٥١، ١٠٣٤
الإشارة أبلغ أسباب التعريف	٢٨٢، ٢٩٠، ٢٩٢، ٧٢٠،
إشارة الأخرس المفهمة كالنطق	١٩٩
إشارة الأخرس كعبارة الناطق	١٩٩
الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان	١٧٥، ١٩٩، ١٠٣٢
الإشارة تسقط اعتبار الصفة والتسمية	٢٩٠، ٧٢٠
الإشارة في التعيين أقوى من الإضافة	٧٢٠
الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام عبارة الناطق .	١٩٩
اشتراط ما يوجب الحكم خلافه مما لا يقتضي فسادا هل يعتبر أم لا ؟	٥٣٩
الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود	٢٤٥
الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته	٤٤٨
الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر.	٦٧٣
الأصل إلحاق الفرد بالأعم الأغلب دون النادر.	٦٧٣
الأصل إلحاق الفرد بالأعم دون النادر.	٦٧٣
الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد	٤٣٤، ٤٤٥، ٨٣٣،٨٥٣، ٩٢٩
الأصل المعهود في الثابت لا يزول بالشك، وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك.	٦٦٠، ٦٧٠
الأصل أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.	٢٧٦
الأصل أن الإجازة تصح ثم تستند إلى وقت العقد.	٢٧٦
الأصل أن الإكراه متى أباح الإقدام أعدم أصل الفعل من المكره في الأحكام	٢٣٥، ٢٥٠
الأصل أن الإكراه يخرج المكره أن يكون مؤاخذا بحكم الفعل	٢٣٥، ٢٥٠، ١٠٣٢
الأصل أن البيان بالكتاب كالبيان باللسان	١٩٨
الاصل أن البيان يعتبر بالابتداء إن صح الابتداء وإلا فلا	٣٦٧
الأصل أن الشرط والاستثناء إذا تعقب كلمات منسوقة بعضها على بعض ينصرف إلى جميع ما سبق ذكره	٤٠٦
الأصل أن الشيء إذا غلب عليه وجوده فيجعله كالموجود حقيقة	٦٧٢، ١٠٣٤
الأصل أن المعلق بالشرط عند وجوده كالمنجز	٤٠١
الأصل أن النية إذا تجردت عن العمل لا تكون مؤثرة في الأمور الدنيوية	٢٢٨، ٢٤٥
الأصل أن تعتبر التهمة في الأحكام فكل من فعل فعلاً وتمكنت التهمة في فعله حكم بفساد فعله	٤٤٨، ٩٢٩
الأصل أن تعليق الأملاك بالأخطار باطل وتعليق زوالها بالأخطار جائز	٤١٧
الأصل أن كل عقد له مجيز حال وقوعه توقف للإجازة وإلا فلا	٢٧٧
الأصل أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار يجوز إضافته إلى الملك عم أو خص	٤١٩
الأصل أن ملك المرتد يزول بنفس الردة زوالاً موقوفًا	٨٣٤، ٨٥٠، ١٠٣٤
الأصل أن من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وما لا يتعلق به الحكم فلا عبرة لما لا يتعلق به الحكم	٢٧٨
الأصل أنه قد يثبت الشيء تبعاً وحكماً وإن كان يبطل مقصوداً.	٥٤١
الأصل أنه يثبت من جهة الفعل مالا يثبت من جهة القول	٢٢٣
الأصل بقاء الحياة فلا يورث إلا بيقين.	٦٦٠، ٦٧١، ١٠٣٤
الأصل بقاء العدة	٩٨٧، ١٠٠٧، ١٠٣٥
الأصل بقاء ما كان على ما كان	٢٤٧، ٦٧١، ١٠٠٧
الأصل تحريم الفروج فلا تستباح بشك	١٠٠٧
الأصل عند أبي حنيفة أن العبرة في ثبوت النسب بصحة الفراش وكون الزوج من أهله لا بالتمكن من الوطء، وعند الشافعي العبرة في النسب للتمكن من الوطء حقيقة	٧٢٦
الاصل عند أبي حنيفة ومحمد أن العارض في العقد الموقوف قبل تمامه كالموجود	١٠١٠

القواعد الفقهية	الصفحة
لدى العقد خلافاً لأبي يوسف	
الأصل عند أبي يوسف: أن الشروط المتعلقة بالعقد بعد العقد كالموجود لدى العقد وعند أبي حنيفة ومحمد لا يجعل كالموجود	٩١٩
الأصل عند الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه: أن العزم على الشيء بمنزلة المباشرة لذلك الشيء. وليس العزم على الشيء بمنزلة المباشرة لذلك الشيء عند غير مالك	٢٤٨
الأصل عند الحنفية أن الخلاف في الصفة غير معتبر وعند زفر معتبر	٢٢٢
الأصل عند الحنفية أن بالقدرة على الاصل أي المبدل قبل استيفاء المقصود بالبدل ينتقل الحكم إلى المبدل أي الأصل وعند الشافعي لا ينتقل	٧٨٤
الأصل عند جمهور الحنفية: أن الطلاق الصريح يتعلق الحكم بلفظه لا بمعناه وغير الصريح يتعلق الحكم بمعناه لا بلفظه، وعند الشافعية الكنايات كلها رواجع	١٨٥
الأصل عند محمد أن البقاء على الشيء يجوز أن يعطى له حكم الابتداء	٨٩٥
الأصل في الأبضاع التحريم	٣١٤، ٩٨٦، ١٠٠٧
الأصل في الكلام الحقيقة.	٤٣، ١٨٧، ٧٧٩
الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار التحريم	١٥٧
الأصل في تصرفات العقلاء الاعتبار دون الإلغاء	٣٣٣، ٣٤٥، ٣٤٦، ١٠٣٢
الأصل في حكم القاضي أو الحكمين: الإصلاح	٥٦٠، ٥٧١
الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن.	٤٤٨
الأصل لا يوفى بالأبدال أو لا يرفى	٧٨٤
أصل مذهب مالك أنه إذا خاطبها بلفظ ما كان، وهو يريد الطلاق فإنها طالق، وإن لم يكن ذلك الكلام من ألفاظ الطلاق	١٩٠
الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال سداً للذريعة	٩٩٣، ١٠١٠
الاضطرار لا يبطل حق الغير	٥٦
الإطلاق يحتمل التقييد بالشرط والتقييد لا يحتمل	٤١٩
الاعتبار بالحمل بانفصاله أو بوجوده	١٠٢٠
الاعتبار بحال التعليق أو بحال الصفة	٤٢١
الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه	٧٠، ٧١
إعمال الكلام أولى من إهماله	٦٣، ٢٨٣، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩٣، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦
إقرار الزوج بما ينافي النكاح يبطله	٨٥١
الإقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فإذا كان المقر يملك مباشرة ما أقر به في الحال قبل إقراره وانتفت تهمة الكذب عن خبره وأما إذا كان لا يملك مباشرته تتمكن تهمة الكذب في خبره فلا يقبل إقراره	٨٩٣
الإقرار لا يقوم مقام الإنشاء لأنه خبر محض يدخله الصدق والكذب	٨٩٣
الإكراه بوعيد الحبس والقيد يظهر في الاقوال لا في الأفعال أما الإكراه بوعيد القتل أو إتلاف عضو فإنه يظهر في الأقوال والأفعال جميعاً	٢٣٧، ٢٤٩
الإكراه لا يتسلط إلا على الظاهر لا على الباطن	٢٥١، ١٠٣٢
الإكراه هل يكون إذنا مؤكداً أو لا؟	٤٢٢
الإكراه يبطل العقد	٢٥٠
الإكراه يسقط أثر التصرف رخصة من الله تعالى	٢٥٠
الإكراه يسقط أثر التصرف فعلاً كان أم قولاً	٢٣٥، ٢٥٠
إكمال الأصل بالبدل غير ممكن	٧٨٤
ألبتة هل تتبعض أم لا ؟	١٩٥
الألفاظ إذا كانت نصوصاً في شيء غير مترددة: لم تحتج إلى نية، لانصرافها بصراحتها لمدلولاتها، فإن كانت كناية أو مشتركة مترددة: افتقرت إلى النية	١٨٠
الأمر إذا ضاق اتّسع	١٠٢١
أمر القاضي حكم	٥٧٢
الأمر المطلق تخصصه التهمة	٤٤٥، ٨٥٣، ٩٢٩
الأمور بمقاصدها	٣٧، ٤١، ٥٥، ٦٣، ٧٥، ٨٢، ٨٥، ١٨٧، ١٨٩، ١٩٧، ٢٤٤، ٤٢٣، ٧٥١، ٨٢١
إن الأصل في المنافع الأذن، وفي المضار المنع	٦٨

القواعد الفقهية	الصفحة
إن التحريم لا يكون طلاقاً عند الفقهاء وإلا فيما هو من ألفاظ الطلاق على الصحيح عندهم	١٩٣
إن محمل الطلاق المجمل من غير قصد إلى عدد، إنما هو على الواحدة	٣٥٢، ٣٦٥
الإنسان لا يتوجه طلبه إلا لمن يقصده بطلاقه	٢٧٠
إنشاء التعليق جائز وتعليق الإنشاء لا يجوز	٣٩٣، ٤١٦
إنشاء العتق متى سبق الملك لا ينفذ بحدوث الملك في المحل	٢٦٧
الإنفاق لا يحتمل التأخير	٦٣٤، ٦٤٠، ١٠٣٤
إنما الطلاق لمن أخذ بالساق	٢٧٩، ٢٨٣، ٢٨٤، ٥٠٥، ١٠٧١
إنما يثبت الحكم بثبوت السبب	٦٤
إنما يلحق الطلاق لمعتدة الطلاق، أما المعتدة للوطء فلا يلحقها	٢٨١، ٢٨٨
إنما يهدم النكاح الطلاق الثلاث، لا الطلقة ولا الطلقتين	٩٠٠، ٩٠٢
إيقاع الطلاق المعلق على الجائز من فعل الغير، أقرب من وقوع المعلق على الجائز من فعل الحالف	٤٠٨
الإيلاء من كل زوجة مسلمة أو ذمية أو أمة سواء لا يختلف في شيء	٧٩٦، ٨١٨، ١٠٣٤
أيما امرأة نكحت في عدتها: فإن كان زوجها لم يدخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان قد دخل بها: فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً	٩٨٢، ١٠٠٩
الأيمان في جميع الخصومات موضوعة في جانب المدعى عليه إلا في القسامة	٦٤
البائن لا يلحقها طلاق	٣٦٢، ٣٦٤، ١٠٣٢
بتباين الدار تنقطع العصمة وينقطع التوارث	٨٤٩، ١٠٣٤
البتة متبعضة	١٩٥
بدل الواجب يكون واجباً مثله لقيامه مقامه	٩٠٨، ٩١٨
بدون الصلاحية لا تعمل العلة	٢٦٩
بقاء أثر الشيء كبقاء أصله فيما يرجع إلى دفع الضرر	٩٩٣، ١٠١١
بقاء ما عرف ثبوته لعدم الدليل المزيل لا لوجود الدليل المبقي	٦٧٢
البيان بالكتاب كالبيان باللسان.	١٩٨
البيان بالكتابة بمنزلة البيان باللسان.	١٧٣، ١٩٨
البيان كما يكون بالصريح يكون بالدلالة	٢٨٣، ٢٩٠
البينة أقوى من استصحاب الحال	٨٨٩، ٨٩٥
البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه	٦٤، ٧٥، ٦٩٨
البينة على المدعي واليمين على من أنكر	٥٧
البينونة في الخلع ليست بشرع وإنما هي حق الزوجين	٥٣٧
البينونة في الخلع هل هي شرع لا حق للزوجين فيها أو هي من حقهما؟.	٥٣٧
التابع تابع	٨٢، ٥٤١، ٥٤٢
التابع يثبت له حكم أصله.	٥٤١
التأسيس أولى من التأكيد	٣٣٣، ٣٤٤، ٣٤٦
تباين الدارين قاطع للعصمة	٨٣٢، ٨٤٩
التبعيض في الأعضاء	٢٩٣
التحري يجوز في كل ما جازت فيه الضرورة	٦٩
تحريم الحلال يكون يميناً إذا صادف محله فأما إذا لم يصادف محله كان لغواً	١٩٢، ٧٤٢، ٧٧٨، ٧٩٦، ٨١٨
تحريم الحلال يمين	١٩٢، ٧٤٠، ٧٧٨، ٨١٨
تحريم اللعان أبلغ من تحريم الطلاق	٧١٢، ٧١٩، ١٠٣٤
تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة	٥٣
تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به سواه	٨٧٢، ٨٨٢، ٨٨٦، ٨٩٣، ٩٢٦، ٩٣٠، ١٠٣٥
تصرف المالك في ملكه لا يتقيد بشرط السلامة	٨٩٣، ٩٣٠
التصرف على الرعية منوط بالمصلحة	٩٣
تصرفات السكران كلها جائزة إلا في ثلاث أو سبع	٢٥٣
تصرفات السكران من البنج لا تنفذ	٢٤٠، ٢٥٤

القواعد الفقهية	الصفحة
تعلق الحكم بالشرط لا يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط	٤٠٣
التعليق إذا وجد في حالة والصفة في غيرها فالاعتبار لوقت الصفة أو بوجود التعليق	٤٢١
تعليق أسباب التحريم بالشرط صحيح	٤٢٠، ١٠٣٣
تعليق الإطلاق بالشرط صحيح	٤١٩
تعليق الأملاك بالأخطار باطل وتعليق زوالها بالأخطار جائز	٤١٧
تعليق الحكم بالشرط كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط يدل على نفيه عند عدم الشرط	٤٠٣
تعليق الطلاق بالصفة	٤١٢
التعليق بالسياق كالتعليق بالنص.	٣٨٤، ٤١١، ٤١٢
التعليق بالسياق لا يأخذ حكم التعليق بالنص.	٤١١، ٤١٢
التعليق بالسياق هل كالتعليق بالنص ؟	٤١١
التعليق بالسياق هل هو كالتعليق بالنص أم لا؟	٤١١
التعليق بالسياق ينزل منزلة التعليق بالنص	٣٨٤، ٤١١
التعليق بالشرط لا يقتضي نفي الحكم عند عدم الشرط.	٤٠٣
التعليق بالشرط يقتضي نفي الحكم عند عدمه في عين ما تعلق الشرط.	٤٠٣
التعليق بالشرط يقتضي وجود الحكم عند وجود الشرط ولكن لا يوجب انعدام الحكم عند انعدام الحكم عند انعدام الشرط (عند الحنفية).	٤٠٣
التعليق بالموجود تنجيز	٤٠٥
التعليق بشرط كائن تنجيز	٣٩٦، ٤٠٥، ١٠٣٣
التعليق بشرط واقع غير ممتد يصرف إلى المستقبل	٤١٠
تعليق فسخ العقد وإبطاله لوجوده إن كان فيه مقصود معتبر شرعاً صح وإلا لم يصح. إذ لو صح لصار العقد غير مقصود في نفسه	٤٢٢
التعليق لا يثبت إلا بلفظ موضوع للتعليق	٣٨٥، ٤٠٤
التعيين اقوى من الإضافة	٢٩٠،
التفويض يقتصر على المجلس بخلاف الوكالة فإنها لا تقتصر عليه	٢١٥، ٢٢٠، ٢٢١
تقدم المصلحة الغالبة على المفسدة النادرة ولا تترك لها.	١٤٢
تقدير الفرض راجع إلى اجتهاد القاضي بحسب ما تقتضيه عادة البلد وحال الرجل المنفق وسنّ المنفق عليه	٦٤٣
التوسل إلى الحرام حرام	٧٨٢، ١٠٢٢
الثابت بيقين لا ينتقض إلا بيقين مثله.	٦٧٠
ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الأصل.	٥٤١
ثبوت الصفة بثبوت الأصل	٢١٤، ٢٢٢
ثبوت الملك باعتبار حال المالك	٢٧٠
الجنون إذا وجد مرة فهو لازم أبداً	٢٧٢
الجواز الشرعي ينافي الضمان	٩٢٥، ٩٣٠
الحاجة العامة تنزّل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الناس.	١٤٤
الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة	١٤٤
الحاجة تنزّل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة في إباحة المحظور.	١٤٤
حديث الوسوسة لا توجب حكماً	٢٤٧
الحرام عند مالك هو طلاق ثلاث	١٩٣
الحرج مدفوع	٨٥
الحق لا يعارض الحقيقة	١٠١١
الحق يعمل عمل الحقيقة في إثبات الحرمة	١٠١١
حقوق العباد إنما تسقط بإذن العباد	٦٣٣، ٦٤٠، ١٠٣٤
الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها	٦٠٦
حكم البدل إنما يعتبر عند العجز عن الأصل	٧٦٧، ٧٨٥، ٨٢٠
حكم البدل يسقط اعتباره إذا قدر على الأصل	٧٨٥، ٨٢٠
الحكم الثابت بعلة ذات وصفين إنما يثبت عند ثبوت الوصفين جميعاً	٤٠٠، ٤١٥
الحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحد الوصفين	٤١٥

القواعد الفقهية	الصفحة
حكم الحاكم في أمر مجتهد فيه يرفع الخلاف	٣١٦
حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا يرد ولا ينقض	٦٠
حكم السكران من محرم كالصاحي	٢٤٠، ٢٥٣
حكم الشيء قد يدور مع خصائصه فإذا ثبتت خصائصه ثبت حكمه وإلا فلا	٢٩٢
الحكم المعلق بعلة ذات وصفين يحال به على آخر الوصفين وجوداً	٤١٥
الحكم على بعض ما لا يتجزأ بنفي أو إثبات حكم على كله	٢٩٣
الحكم لا يعود بعد ثبوته إلا بسبب جديد	٣٦٨
الحكم للأغلب.	٦٧٣
الحكم هل يتناول الظاهر أم لا يتناول إلا الظاهر فقط؟ وهو الصحيح.	٦٧٥
الحكم يبنى على السبب	٧١٨، ٧٦٨، ٧٨٣
الحكم يثبت بالسبب	٦٩٤، ٧١٨، ٧٨٣
الحكم يدور مع علته وجودا وعدماً	٨٦
الحكمان عند الشقاق حاكمان	٥٧١
حمل اللفظ على ما يستفاد به فائدة جديدة أولى من حمله على التكرار	٣٤٤
الخراج بالضمان	٧٥
خروج البضع من ملك الزوج متقوم	٦٦٨، ٦٧٤
الخلع طلاق فلا يطلق أحد عن أحد	٤٨٠، ٥٣٦، ١٠٣٣
الخلع طلاق، فلا يقع إلا بما يقع به الطلاق	٥٣٣، ١٠٣٣
الخلع فسخ للنكاح	٥٣٦
الخلوة الصحيحة بالزوجة كالدخول في الأحكام	٣٠٢، ٩٤٣، ١٠٠٥، ١٠٣٥
الخلوة حكمها حكم الدخول	٩٤٣، ١٠٠٥
درء المفاسد أولى من جلب المصالح	١٤٢، ٦٠٤
درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.	١٤٢، ١٥٦
دفع أعلى المفاسد بأدناها.	١٤١، ٦٠٤
الدليل الحكمي كالدليل المتيقن به	١٠١٢
دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقام الظاهر	٩٤٣، ١٠١٢
دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه.	١٠١٢
دوام المعلق عليه هل ينزل منزلة ابتدائه	٤١٠
الدوام على الشيء هل هو كابتدائه	٤١٠، ٨٩٥، ١٠١٧
الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أو لا؟.	١٠١٧
الدوام على الفعل بمنزلة الإنشاء	٤١٠
الديون تقضى بأمثالها	٨٥
ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله	٨٤، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٩٢، ١٠٣٢
الرجعية زوجة	٣٦٠، ٣٦٣، ٤٣٢، ٨٨٦، ٨٨٨، ٨٩٢، ١٠٣٢، ١٠٣٥
الرخص لا تناط بالمعاصي	٥٣
الرخص لا يتعدى بها مواضعها	٧١
الساقط لا يعود	٤٤٠
الساقط متلاش	٨٥
السبب الظاهر متى أقيم مقام المعنى الخفي تيسيراً سقط اعتبار الباطن	٧١٤، ٧٢٢
سقوط العوض عند وجود المسقط لا يكون دليلاً على أنه لم يكن واجباً بالعقد	٩١٩
السؤال والخطاب يمضي على ما عم وغلب، لا على ما شذ وندر	١٨٥
الشبهة تعمل عمل الحقيقة في إيجاب الحرمة	١٠١٣
الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط	٩٤٣، ٩٨٥، ١٠١٣
الشبهة تكفي لإثبات العبادات	٩٤١، ١٠١٤
الشرط وجوابه لا يتعلقان إلا بمعدوم مستقبل	٤٢٣
الشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءاً جزءاً وما لم يتم الشرط لا يثبت شيء من الجزاء	٤٠٧
الشروط اللغوية أسباب يلزم من وجودها الوجود ومن عدمها العدم	٤٠٣
الشك في المانع لا أثر له	١٢٥

القواعد الفقهية	الصفحة
الشهرة في النفي حجة كما في الإثبات	٧٢٧
صريح الطلاق هو ما لا يحتمل معنى إلا الطلاق	١٦٥، ١٨٠، ١٠٣٢
الصريح لا يحتاج إلى النية قضاء لا ديانة بخلاف الكناية	١٨٠
الصريح لا يحتاج إلى نية والكناية لا تلزم إلا بالنية	١٦٥، ١٨٠
الصريح يلحق الصريح والبائن، والبائن يلحق الصريح	٣٦٣
صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة للضرر	٦٠٥
الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف	١٤٠، ٦٠٣، ١٠٣٤
الضرر المزال	١٥٦
الضرر عذر في فسخ العقد اللازم	٥٨٤،٥٨٥، ٦٠٤
الضرر يدفع بقدر الإمكان	٦٠٤، ٦٥٤، ٩٢٦، ٩٢٩، ١٠٣٤
الضرر يزال	٣٧، ٥٣، ٥٥، ٧٥، ٨٢، ٨٥، ١٤١، ١٥٦، ٥٦٤، ٦٠٣، ١٠٣٣
الضرورات تبيح المحظورات	١٤٤، ١٥٧، ٩٩٦، ١٠٢١
الضرورات تقدّر بقدرها	١٥٧، ٦٠٤
الطارئ بعد العقد – قبل حصول المقصود به – كالمقارن للعقد أو كالمقترن للسبب	١٢٥
الطارئ هل ينزل منزلة المقارن ؟	١٢٥
طلاق البدعة يقع	٣٠٩، ٣١٩، ١٠٣٢
الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أو لا؟.	٣٦٥
الطلاق المؤجل إنما ينجز بتقدير صحته عند الأجل	٤٠٧
الطلاق بالنية لغو	٢٢٨، ٢٤٦، ١٠٣٢
الطلاق حق لله تعالى، لا يملك المطلق رده	١٥٩
الطلاق في الأجنبية غير لازم	٢٦٢، ٢٧٢، ٢٧٩
الطلاق قبل الملك لا يلزم إلا بالتعليق	٢٦٧، ١٠٣٢
الطلاق هزله جد	٢٣١، ٢٤٨، ١٠٣٢
الطلاق يثبت بثبوت النكاح ويسقط بسقوطه	٢٦٢، ٢٦٨، ٢٧٩
الطلاق يقع بغير نية اللفظ الموضوع له إذا نوى به الطلاق	١٦٩، ١٩٠
الطلاق يقع على زوجة ثابتة النكاح	٢٧٩، ٢٨٧، ١٠٣٢
الظهار: هل المغلب فيه شائبة الطلاق أو الأيمان	٧٧٦
الظهار: هل المغلب فيه مشابهة الطلاق أو مشابهة اليمين	٧٧٦
العادة محكمة.	٦٣، ٨٢، ٨٥، ١٨٨، ١٨٩، ٥٤٣، ٦٤٣، ١٠١٩
العادة والعرف يخصصان ما أبهمه المتعاقدان	١٨٩
العبرة بالغالب الشائع، لا بالقليل النادر.	٦٧٣
العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني	٨٢
العبرة للغالب	٨٥، ٦٧٢
العبرة للغالب الشائع لا للنادر	٦٧٢
العبرة للملفوظ نصاً دون المقصود	١٦٦، ١٨٩، ١٠٣٢
العتق لا ينفذ بدون قيام الملك في المحل عند وجود الشرط	٢٦٧
العتق يستدعي حقيقة الملك	٢٦٧
العدة حق للرجل	٩٩٠، ٩٩٣، ١٠٠٦، ١٠٠٧
عدم ثبوت حكم الشيء لعدم ثبوت شرائطه ليس رفعاً له	٣٦٧
العقود تصح بكل ما دلّ على مقصودها من قول أو فعل	٤٩٨، ٥٣٣
العمل في الطلاق على القصد والنية	١٦٨، ١٨٨، ١٠٣٢
عناية الشرع بدرء المفاسد أشد من عنايته بجلب المصالح.	١٤٢
عند الاحتمال لا يثبت إلا المقدار المتيقن	١٩٧
الغُنم بالغُرم.	٢٦٣
الفاسد في معارضة الصحيح كالمعدوم	٢٥٢
الفاعل إذا كان مكرهاً في الفعل لا يضاف الفعل إليه	٢٥٢
الفرقة إذا وقعت من قبل الزوج بمباح أو محظور تستحق المرأة النفقة والسكنى.	١٠٢٢، ١٠٣٥

القواعد الفقهية	الصفحة
وإذا وقعت من قبل المرأة بفعل مباح كخيار البلوغ أو العتق وعدم الكفاءة لها النفقة والسكنى. وإن وقعت بفعل محظور كالردة ومطاوعة ابن الزوج فليس لها نفقة ولا سكنى	
فساد البعض يوجب فساد الجميع	٢٩٣
الفساد الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقترن بالعقد	١٢٥
فسخ العقد معتبر بأصل العقد	١٢٤
الفسخ بالعيب ونحوه هل يرفع العقد من أصله أو من حينه	١٢٤
الفسخ رفع للعقد من حينه لا من أصله	١٢٤
الفسخ هل يرفع العقد من أصله أو فيما يستقبل.	١٢٤
الفعل أقوى من القول	٨٧٨، ٨٩٤، ١٠٣٥
الفعل الذي هو عدوان واجب الفسخ شرعاً	٥٧١
فعل القاضي حكم كأمره	٥٧٢
الفعل القلبي لا يحكم بوجوده إلا إذا ظهر على الجوارح	٢٢٨، ٢٣٨، ٢٤٧
فعل ما يخاف منه الضرر إذا لم محرماً فلا أقل أن يكون مكروهاً	١٥٩
الفعل هل يقوم مقام القول	٤٩٨، ٥٣٧، ٨٩٤
الفقر في الناس أصل	٦٤٣
في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق، فالواجب المتعة بعد الطلاق، لأن مهر المثل لا يتنصف	٩١٨، ١٠٣٥
قد يثبت الفرع دون الأصل	٥٤١
قد يثبت الفرع مع سقوط أو عدم ثبوت الأصل أو وإن لم يثبت الأصل	٥٤١
قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل.	٥٤١
قد يثبت تبعاً مالا يثبت مقصوداً.	٥٤١
القدرة على الأصل تمنع اعتبار البدل	٩٧٣، ١٠١٤
القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف أو البدل تسقط اعتبار الخلف أو البدل	١٠١٤
قول الزوج لزوجه إنها لا تحل له، ليس من ألفاظ الطلاق وإنما هو كناية	١٩٢
قيام الأصل يمنع ظهور الخلف	١٠١٤
الكتاب أحد اللسانين	١٩٨
الكتاب كالخطاب	١٧٣، ١٩٧، ١٠٣٢
كتابة الأخرس كإشارته	١٧٥، ١٩٨
الكفار؛ هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟	٢٥٧، ٢٦٥، ٧٣٦، ٩٤٥
الكفارات لا تتداخل	٧٨٥
كل احتباس شرعي للزوجة، أو كان سببه الزوج؛ فتجب معه النفقة	٦٤١، ١٠٠٢، ١٠١٦، ١٠٣٤، ١٠٣٥
كل أمر لا يحل إلا بملك أو نكاح فإنه لا يحرم بشيء، حتى ينتقض النكاح والملك	٦٩
كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل أو بطل من أصله	٦٠٤
كل تصرف يستقل به الشخص ينعقد بالكناية مع النية كانعقاده بالصريح ومالا يستقل به ضربان .	١٩٦
كل خلع وقع بصفقة فيها حلال وحرام، كان الخلع جائزاً ورد من الحرام	٤٩٤، ٥٤٢
كل رخصة أبيحت للضرورة والحاجة لم تستبح قبل وجودها	١٥٨
كل زوج حر مسلم أو ذميّ أو وثنيّ، عنده حرة من النساء فعليه النفقة	٦٤٢
كل زوج صح طلاقه صح خلعه	٤٧٣، ٥٣٤، ١٠٣٣
كل زوج صح طلاقه صح ظهاره	٧٣٧، ٧٧٧
كل زوجة طلقها زوج بالغ يلزمها الطلاق	٢٥٧، ٢٦٩، ٢٧٩
كل زوجة لحر مسلم حرة مسلمة أو ذمية فسواء في النفقة والخدمة على قدر سعة ماله وضيقه	٦٣١، ٦٤٢
كل شيء يشتريه الرجل مما يكال أو يوزن فلا يبعه حتى يقبضه وأما غير ذلك فرخص فيه	٧١
كل طلاق أو فسخ وجب فيه جميع الصداق وجبت العدة، وحيث سقط الصداق كله أو لم يجب إلا نصفه، سقطت العدة	٩٤١، ١٠٠٤، ١٠٣٥
كل طلاق حسب على مطلقته فيه عدد فصاحبه يملك الرجعة	٣٥٢، ٣٦٦

القواعد الفقهية	الصفحة
كل طلاق يترتب في الوقوع لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلقة	٣٤٦
كل طلاق يحكم به الإمام فهو بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة	٣٦٧
كل عقد تقاعس عنه مقصوده بطل من أصله	٥٨٥، ٦٠٤
كل عقد لا يفيد مقصوده يبطل	٨٦، ٥٨٥، ٦٠٥
كل عقد له مجيز حال وقوعه توقف للإجازة وإلا فلا	٢٧٧
كل فرقة أوقعها الزوج أو فوض الطلاق إلى زوجته أو وكّل وأناب عنه الطلاق بالألفاظ الدالة على الطلاق تعدّ طلاقاً، وكل فرقة لم ينطق بها الزوج أو لم يردها أن تقع فوقعت فالفرقة هنا فرقة فسخ	١٢٢
كل فرقة بين زوجين فعدتها عدة طلاق	١٠٠٤
كل فرقة توجب العدة	٩٤١، ١٠٠٤
كل فرقة جاءت بسبب من جانب الزوج لا تسقط شيئاً من مهر الزوجة الواجب فهي تستحق جميع مهرها بعد الدخول بها، أو تستحق نصف مهرها أو المتعة قبل الدخول	١٣٠
كل فرقة جاءت بسبب من جانب الزوجة أو وليها فإنها تسقط حق الزوجة في المهر إلا في حالة الدخول الحقيقي أو الخلوة الصحيحة.	١٣٠
كل فرقة جاءت من جانب أحد الزوجين لها مثيل عند الزوج الآخر تعتبر فسخاً بالغالب.	١١٨، ٨٣٦
كل فرقة جاءت من جانب الزوج لا مثيل لها عند الزوجة تعتبر فرقة طلاق	١١٨، ٨٣٦
كل فرقة جاءت من جانب الزوجة، لا باعتبارها نائبة عن الزوج، لا مثيل لها عند الزوج تعتبر فسخاً	١١٨، ٨٣٦
كل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فتوجب المتعة لأنّها توجب نصف المسمّى في نكاح فيه تسمية، والمتعة عوض عنه كردة الزوج وإبائه الإسلام، وكل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها	٩٠٦، ٩١٧، ١٠٣٥
كل فرقة هي فسخ من كل وجه لا يقع الطلاق في عدتها، وكل فرقة هي طلاق يقع الطلاق في عدتها	١٢٩، ٢٨١، ٢٨٨
كل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة وما يسقط به المسمى من الفرقة كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة	٩١٧
كل قرض جر منفعة فهو ربا	٥٩
كل لفظ بغير قصد من المتكلم لا يترتب عليه حكم	٢٢٦، ٢٤٤، ٧٣٧، ١٠٣٢
كل ما تجاوز عن حده انعكس إلى ضده.	١٠٢١
كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والصدقة والرهن	٧١
كل ما خالف قصد الشارع فهو باطل.	٤٦٦، ٥٣٩
كل ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية في غيره ولا صريحاً فيه	١٨١، ٧٥١، ٧٧٩
كل ما لا يعلم إلا من جهة الشخص يقبل قوله فيه	٨٨٩، ٨٩٦
كل ما هو صريح في بابه لا ينصرف إلى غيره بالنية	١٨١، ٧٧٩
كل ما وقع عليه الخلع، فإن كان يصلح أن يكون مبيعاً أو مستأجراً، فالخلع به جائز، وإن كان لا يصلح أن يكون مبيعاً فهو مردود	٥٤٢
كلّ معتدة من غير النكاح الصحيح يحرم نكاحها	٩٩٣، ١٠٠٩، ١٠٣٥
كل من أخبر عن فعل نفسه قبلناه، لأن هذا لا يعلم إلا من جهته. إلا حيث تتعلق به شهادة أو دعوى	٨٩٦
كل من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق ووجبت العدة	٩٣٥، ١٠٠٥
كل من جاز أمره في ماله فنجيز خلعه ومن لم يجز أمره في ماله فنرد خلعه	٤٧٤، ٥٣٥
كل من جاز أن يكون وكيلاً بمال أو خصومة جاز أن يكون وكيلاً بالخلع	٤٨٣، ٥٣٥
كل من درء عنه الحد، لحق به الولد	٧١٤، ٧٢٣، ١٠٣٤
كل من صحّ طلاقه صحّ ظهاره عند الشافعية والحنابلة	٧٧٧
كل من صحت مباشرته الشيء صح منه التوكيل فيه والتوكيل فيه عن غيره. وما لا يجوز له مباشرته لا يصح توكيله ولا التصرف فيه بالوكالة عن غيره	٢٢١
كل من علق الطلاق على صفة لا يقع ذلك الطلاق دون وجود تلك الصفة	٤١٢
كل من كان محبوساً بحق مقصوده لغيره كانت نفقته عليه	٦٢٩، ٦٤١، ١٠٠٢، ١٠١٦

القواعد الفقهية	الصفحة
كل من مات من المسلمين لا وارث له، فماله لبيت المال	٩٢
كل من وطيء امرأة بما يعتقده نكاحاً لحق به النسب	٧٢٣
كل من وقع عليه الطلاق من الأزواج وقع عليه الظهار والإيلاء	٨١٧
كل من وقع عليها الطلاق من الأزواج وقع عليها الظهار والإيلاء	٧٧٨، ١٠٣٤
كل موضع سقط فيه الحد، ولا نسب فيه ينفى، فلا يشرع اللعان	٦٩٤، ٧١٨، ١٠٣٤
كل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه	٧١٤، ٧٢٢، ١٠٣٤
كل موضع لزم الزوج الولد لم يكن له نفيه	٧١٥، ٧٢٤
كل نكاح كان ثابتاً وقع فيه الطلاق	٢٨٧
كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه، ليس لأحد إجازته: فالفسخ فيه ليس بطلاق ولا خلع فيه، ولا ميراث فيه بينهما	١٢١
كل نكاح يفسد من حادث من واحد من الزوجين أو حادث في واحد منهما ليس بطلاق، فهو فسخ	١٢٩
كلام العاقل معتبر لفائدته لا لعينه	٣٤٥
كلام العاقل مهما أمكن حمله على الإفادة لا يحمل على التكرار والإعادة	٣٤٤
الكلام مبني على غرض المتكلم	١٨٨
الكلام يصير عزيمة بالنية	١٩٠
كلما عظم شرف الشيء عظم خطره	٨٦
كناية الظهار لا تنصرف عن الظهار إلى الطلاق إلا بنية	٧٥١، ٧٨٠، ١٠٣٤
الكناية يتوقف الطلاق فيها على نية المطلق ويدين في قوله.	١٩٠
لا اجتهاد مع النص	٥٩، ٦١٣
لا تأثير للعزيمة في تغيير الحقيقة	١٦٥، ١٨٤
لا تباح الفروج بالشك	١٠٠٨
لا تفسد المعاوضة بفساد العوض	٤٩٤، ٥٤٣، ١٠٣٣
لا ضرر ولا ضرار	٥٣، ٥٥، ١٣٦، ١٤١، ١٥٥، ٤٦٥، ٥٦٣، ٥٨٤، ٦٠٤، ٦٢٤، ٦٥٤، ٩٢٦، ٩٢٨، ٩٢٩، ١٠٣٣، ١٠٣٥
لا طلاق في إغلاق	٥٧، ٢٤٣
لا عبرة بالظن البين خطؤه	٦٦٧، ٦٧٣
لا عبرة للبدل مع القدرة على الأصل	٧٦٧، ٧٨٥، ٨١٣، ٨٢٠، ١٠٣٤
لا عصمة مع الردة.	٨٣٢، ٨٥٠، ١٠٣٤
لا مساغ للاجتهاد في مورد النص	٦١
لا يثبت الحكم بالنية دون الفعل	٢٢٨، ٢٤٤، ٨٢٠
لا يجوز التصرف في حق الغير إلا بوكالة	٥٦١، ٥٧٠
لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير أو حقه بلا إذنه	٩٣
لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه	٥٦٠، ٥٦١، ٥٧٠
لا يرفع يقين بشك.	٦٧٠
لا يستحق العوض عن الحق الذي ليس بمتقوم	٦٠٦
لا يصح التصرف في ملك الغير إلا بولاية شرعية أو نيابة عرفية	٥٦٠، ٥٧٠
لا يعتبر في العدة أقصى الأجلين إلا في ثلاث مسائل	١٠٢٠
لا يعتبر قيام الأهلية عند وجود الشرط بل عند التعليق	٣٩٨، ٤٢٠
لا يلحق البائن البائن إلا إذا كان البائن معلقاً بشرط أو مضافاً قبل إيجاد المنجز البائن	٣٦٤
لا ينجز من الطلاق المعلق على أجل، إلا ما يقدّر صحة وقوعه	٤٠٧
لا ينزع شئ من يد أحد إلا بحق ثابت معروف	٩٢
لا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل إنما ينسب إلى كل قوله وعمله	٧١
لا ينصرف الأقوى إلى الأضعف	١٩٢، ٧٨٠، ٧٨١
لا يوصف قبل البلوغ بالكراهة	٢٧٠
لفظ التحريم إذا لم يقترن به كُلّ، تنفع فيه المحاشاة بالنية	١٩٣
اللفظ المحتمل لشيئين على السواء يسأل الحالف عما أراد	١٩٧، ٨٢١
اللفظ لا يصح صرفه إلى غير ما وضع له إلا على طريق التجوز	١٨٧، ٧٥١، ٧٧٩، ١٠٣٤

القواعد الفقهية	الصفحة
للأكثر حكم الكل	٨٥، ٦٧٣
لم يخرج عنها إلا ما ندر	١٥٩
ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت	٥٩، ٩٢
ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف	٩٢
ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرامُ الحلالَ	١٥٩
ما أدّى إلى الحرام حرام.	٧٥٥، ٧٨١، ٧٨٢، ١٠٢٢
ما أفضى إلى الحرام حرام	٧٥٥، ٧٨١، ١٠٣٤
ما أفضى إلى حرام حرام	٩٩٥، ١٠٢٢، ١٠٣٥
ما ثبت بالشرع أولى مما ثبت بالشرط	٥٣٨
ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط	٥٣٨
ما ثبت بيقين فلا يزال إلا بيقين مثله.	٦٧٠
ما ثبت بيقين لا يرفع إلا بيقين.	٦٧٠
ما ثبت على خلاف الظاهر	١٠١٥
ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه	٧١
ما جاز ابتداء جاز بقاء.	٨٤١، ٨٥٢
ما جاز تفريقه جاز جمعه	٣٣٣، ٣٤٤، ١٠٣٢
ما جاز لعذر بطل بزواله.	١٥٨
ما حرم استعماله حرم اتخاذه	٨٦
ما حرّم الوطء من القول حرّم دواعيه	٧٥٥، ٧٨٢، ١٠٣٤
ما سقط لعذر لا يجب إلا إذا كان له بدل	١٠٢٠
ما صح تعليقه بالشرط ينزل عند وجود الشرط جملة، إذا لم يكن في لفظه ما يدل على الترتيب	٤١٨
ما صلح للحل لا يصلح للعقد	١٩٤
ما علق الحكم فيه على فعل فاعل إذا فعله غيره هل يلتحق به ؟	٤١٢
ما علق بشيء هل يعلق بأوله فيقع؟	٤٠٩
ما كان ثابتاً فإنه يبقى ببقاء بعض آثاره. ولا يرتفع إلا باعتراض معنى هو مثله أو فوقه	٣٦٦
ما كان سبب البقاء لا يكون مشروعاً في حق المرتد	٨٥٠
ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية عن غيره ولا صريحاً فيه	١٦٥، ١٨١
ما لا يتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه	٢٩٣
ما لا يتجزأ فوجود بعضه كوجود كله	٢٩٣
ما لا يجوز ابتداء، لا يجوز بقاء.	٨٤١، ٨٥٢
ما لا يجوز دخول المجاز فيه لا تؤثر النية في صرفه عن موضوعه	١٨١، ٧٧٩
ما لا يعلم إلا من جهة الشخص فالقول قوله فيه.	٨٩٦
ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله	٢٩٣
ما لا يملك المولى على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر	٢٧١
ما لا يؤثر فيه الرق فالعبد والحر فيه سواء	٢٧١
ما لم يتيقن من وجود الشرط بعد اليمين لا ينزل الجزاء	٤٠٢
ما نصبه الشارع سبباً من قول أو فعل هل تقوم النية مقامه أم لا؟	٢٤٦
ما يتردد فيه. هل هو من تقابل الضدين أو العدم والملكة والواسطة	٣١٩
ما يتعلق بالجملة يثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض	٢٩٣
ما يتعلق بالشرط لا يكون ثابتاً قبل الشرط	٤٠١
ما يثبت الحكم بوجوده إذا أوجده هل يثبت له الحكم	٤٤٥، ٨٥٣، ٩٢٩
ما يعرض بعد حصول المقصود لا يجعل كالمقترن بالسبب	١٢٥
ما يعرض للإنسان من غير إرادة ولا اختيار لا يتعلق به حكم	٢٥٠
ما يقبل التبعيض يكمل مبَعَّضه.	٤١٤
ما يقبل التعليق من التصرفات يصح إضافته إلى بعض محل التصرف وما لا يقبله لا يصح إضافته إلى بعض المحل	٤١٤
ما يمتد فلدوامه حكم الابتداء وإلا فلا	٤١٤

القواعد الفقهية	الصفحة
ما يمنع الابتداء يمنع البقاء	١٢٦
ما يمنع الوطء أو كماله حساً أو طبعاً يثبت الفسخ	٥٨٥، ٦٠٥
مالا يستطاع الامتناع عنه فهو عفو	٥٨
مالا يمكن التحرز عنه فهو عفو	٨٦
مالم يتم الشرط لا ينزل الجزاء أو بدون تمام الشرط لا ينزل الجزاء	٤٠٢
المانع الطاريء هل هو كالمقارن	١٢٥
المبارأة إذا كتبت على وجهها، فلها حكم طلاق الخلع	٥٣٣
المتعة تقوم مقام نصف المسمى في حق المفوضة	٩١٧، ١٠٣٥
المتعلق بالشرط لا ينجز مالم يوجد الشرط حقيقة	٤٠٢
المتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط أو قبل وجود الشرط	٤٠١
المتعلق بالشرط يثبت بوجود الشرط	٤٠١
متى خلا السبب عن موجَبه كان لغواً	٧١٢، ٧١٩
متى علق الطلاق على صفات فاجتمعن في شيء واحد وقع بكل صفة ما علق عليها	٤٠٦
المحتمل لا تتعين جهة فيه بدون نية.	٧٩٧، ٨١٩
المحتمل لا يثبت إلا بحجة.	٨١٩
المحتمل لا يوجب شيئاً بدون النية	٧٩٧، ٨١٩
المحجور عليه بالسفه كالصغير في جميع أحكامه إلا في أشياء	٢٧٢
المحرمية كما تنافي ابتداء النكاح تنافي البقاء	١٢٧
المرء مؤاخذ بإقراره	٩٣
المرتد: هل يزول ملكه بالرِّدة أم لا ؟	٨٥٠
المستحق على الزوجة لا يسقط بالمعصية والواجب لها يسقط	٦٣٣، ٦٣٩
المستقذر شرعاً كالمستقذر حساً	٨٥
المستنكح يلغي الشك ويرجع إلى الأصل.	٢٤٧، ٢٤٨
المستهلك بالشيء يصير وجوده كعدمه	٨٦
المشتق من الصريح صريح	١٦٦، ١٨٢
المشقة تجلب التيسير	٥٣، ٥٨، ٦٣، ٧٥، ٨٢، ٨٥، ١٣٩، ١٤٤، ٢٥١، ١٠٢١
المشهور أن البينونة في الخلع لا حق للزوجين فيها.	٥٣٧
مشيئة الله تعالى واجبة النفوذ	٢٠٣، ٢٠٧
المصرحات من الألفاظ تحمل على ظواهرها ولا تعتبر نية اللافظ في صرف اللفظ إلى غير ظاهره	١٨١
المضاف للجزء كالمضاف للكل	٢٩٣
مطلق الكلام يتقيد بدلالة الحال ويصير ذلك كالمنصوص عليه	٤١١
مطلق الكلام يتقيد بما سبق فعلا أو قولاً	٤١١
المطلق بالقلب لا شيء	٢٤٦
المطلق من كلام الآدمي يحمل على المشروع	٨٦
المطلقة ثلاثاً أجنبية من الرجل	٣٦٢، ٣٦٩
المعارضة بنقيض المقصود	٤٤٥، ٨٥٣، ٩٢٩
المعارضة بنقيض المقصود الفاسد	٤٤٥، ٨٥٣، ٩٢٩
المعتبر في مبدأ الستة الأشهر يوم العقد لا يوم الدخول	٧٢٧، ٧٢٨
المعلق بالشرط عدم قبله	٤٠٢
المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز	٣٧٤، ٤٠١
المعلق بالشرط عند وجود الشرط لا ينزل إلا عند بقاء المحل	٣٩٨، ٤٠٧، ٧٤٨، ٧٨١
المعلق بالشرط لا يثبت حكمه في بعض المحل بوجود بعض الشرط	٧٨١
المعلق بالشرط لا ينزل إلا بعد العلم بوجود الشرط	٤٠٥
المعلق بالشرط لا ينزل إلا بعد وجود الشرط بكماله	٤٠٠، ٤٠٥
المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط	٣٧٥، ٤٠١، ١٠٣٣
المعلق بالشرطين ينزل عند وجودهما من غير مراعاة الترتيب	٤٠٥
المعلق لا ينجز	٤٠١

القواعد الفقهية	الصفحة
المفسوخ لا تلحقه الإجازة	٢٧٨
المقارن للصنيع إذا كان مؤثراً. فإذا تقدم أو تأخر لا يؤثر غالباً	١٢٨
المقترن بالمانع الحسي أو الشرعي كالعدم	٨٦
من ابتغى في تكاليف الشريعة مالم تشرع له فعمله باطل.	٤٦٦، ٥٣٩
من أحال في يمينه أو في سائر العقود على ما لا يعلم إلا من جهته فإنه مصدق في ذلك	٥٣٩
من أخبر عن أمر يملك إنشاؤه في الحال يصدّق فيه ومن لا فلا	٣٦٧
من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه	٤٣٤، ٤٤٥، ٨٥٢، ٩٢٩، ١٠٣٣
من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.	٤٤٥، ٨٥٢
من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه.	٤٤٥، ٨٥٣، ٩٢٩
من استعجل ما أخره الشرع يجازى برده.	٤٤٥، ٨٥٣، ٩٢٩
من أعتق ما لا يملك ثم ملك لا ينفذ عتقه	٢٦٢، ٢٦٧
من أقر بما يملك إنشاؤه لا يكون متهماً في إقراره	٨٩٢
من أقر بما يملك إنشاؤه يكون مقبول الإقرار في حق الغير لانتفاء التهمة	٨٩٢
من أكره على ما لا يجوز إكراهه عليه لم يثبت حكمه في حقه	٢٥١
من تصرف فيما يملك وفيما لا يملك نفذ تصرفه فيما يملك من دون ما لا يملك	٢٧٧
من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.	٤٤٥، ٨٥٣، ٩٢٩
من تعجل حقه، أو ما أبيح له، قبل وقته، على وجه محرم، عوقب بحرمانه.	٤٤٥، ٨٥٣، ٩٢٩
من تكلم بكلام هو ظاهر المراد لم تعتبر النية فيه. وإن كان غير ظاهر المراد لإجمال فيه أو لاشتراك اعتبر بنية فيه	١٨٣
من تيقن الفعل وشك في القليل أو الكثير عمل على القليل، لأنه المتيقن.	٦٧٠
من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وما لا يتعلق به الحكم، فلا عبرة لما لا يتعلق به الحكم والعبرة لما يتعلق به الحكم والحكم يتعلق به.	٢٧٨
من حرم عليه الامتناع من بذل شيء سُئله فامتنع فهل يسقط إذنه بالكلية، أو يعتبره ويجيزه الحاكم	٦٢٨، ٦٣٨
من ذكر لفظاً ظاهراً في الدلالة على شيء ثم تأوله لم يقبل تأويله في الظاهر	١٦٥، ١٨٤
من زال عقله لسبب يعذر فيه لم يقع طلاق	٢٤٠، ٢٥٢
من شرط الطلاق المحل إما وجوداً أو تقديراً	٢٨٧
من شك هل فعل شيئاً أو لا، فالأصل أنه لم يفعله.	٦٧٠
من صح طلاقه صح إيلاؤه.	٧٨٩، ٨١٧، ٨١٨
من صح طلاقه صح توكيله	٢١٨، ٢٢١، ٢٢٤
من صح طلاقه ويمينه عند الحاكم صح إيلاؤه	٧٨٩، ٨١٧، ١٠٣٤
من طلق بالعجمية لزمه	١٦٨، ١٩٤
من طلق بغير ألفاظ الطلاق وأراد الطلاق فإنه يلزمه .	١٩٠
من قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل لزمه العود إليه	٧٨٥، ٨٢٠، ٩٧٣، ١٠١٤
من قدر على الأصل قبل تمام البدل لم يجزئه	٧٨٥، ٨٢١، ٩٧٣، ١٠١٤
من قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل حكم البدل.	٧٨٥، ٨١٣، ٨٢٠
من قدر على الإنشاء قدر على الإقرار	٨٨٩، ٨٩٢
من قدر على الإنشاء قدر على الإقرار ومن لا فلا	٨٨٩، ٨٩٢
من قصد إلى ما فيه إبطال قصد الشارع عوقب بنقيض قصده	٤٣٤، ٤٤٥، ٨٥٢، ٩٢٩، ١٠٣٣
من قصد قصداً فاسداً عوقب بنقيض قصده	٤٤٥، ٨٥٣
من قصد قطع حقّ من انعقد سبب استحقاقه لم يسقط	٤٣٤، ٤٤٥، ٨٥٣
من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته	٢٢١، ١٠٣٢
من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر علمه به	٢٨٧، ١٠٣٢
من لا يملك التنجيز لا يملك التعليق	٤١٧
من ملك الإنشاء ملك الإقرار	٨٨٩، ٨٩٢، ١٠٣٥
من ملك الإنشاء ملك الإقرار ومن لا فلا	٨٩٢
من ملك التنجيز ملك التعليق	٣٩٨، ٤١٦، ١٠٣٣
من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه	٤٧٣، ٥٣٥
من ملك الكل ملك البعض	٩٠١، ٩٠٢

القواعد الفقهية	الصفحة
من نوى الطلاق ولم يلفظ به فلا شيء عليه	٢٤٦
من نوى حقيقة كلامه عومل بنيته	١٨٨
من وسوسته نفسه بالطلاق فلا شيء عليه	٢٤٦
من وسوسته نفسه في الطلاق فلا شيء عليه	٢٤٧
من يملك التنجيز يملك التعليق	٤١٦
المنافي إذا تقرر فالمحترم وغير المحترم فيه سواء	١٢٨
المنافي يؤثر سواء كان طارئاً أم مقارناً	١٢٨
المناكح على الحظر	١٠٠٨
المنجز لا يحتمل الإضافة	٤٠٨
المؤثر من الشروط في بطلان العقد إنما هو المقارن لصيغها. فإذا تقدم الاتفاق عليه أو تأخر وقع العقد خالياً عنه فإنه لا أثر له غالباً	١٢٧
موجب اللفظ يثبت باللفظ ولا يفتقر إلى النية ومحتمل اللفظ لا يثبت إلا بالنية. وما لا يحتمل لا يثبت وإن نوى	١٦٩، ١٨٣
موجب اللفظ يثبت باللفظ ولا يفتقر إلى النية ومحتمل اللفظ لا يثبت إلا بالنية	١٨٣
الميسور لا يسقط بالمعسور	٥٨، ٨٦
الناسي والعامد في اليمين والطلاق والعتاق ومحظورات الإحرام سواء	٢٥٤
النسب الذي يثبت بالنكاح لا ينتفي بمجرد النفي بخلاف ملك اليمين	٧٢٥
النسب بعد ثبوته لا يحتمل النقض وهو على الكافة	٧١٥، ٧٢٥، ١٠٣٤
النسب بمنزلة المقطوع به شرعاً وإن كان طريق معرفته في الأصل الاجتهاد	٧٢٥
النسب تتبعض أحكامه	٧١٦، ٧٢٤
النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر	٧٢٥
النسب لا يحتمل الإبطال بعد ثبوته ولا الفسخ	٧٢٥، ١٠٣٤
النسب لا يحتمل التعليق بالشروط	٧٢٥
النسب يحتاط لإثباته	٧٢٥، ٩٦٣
النفقة تجب بطريق الكفاية	٦٣١، ٦٤٢
النفقة مشروعة للكفاية	٦٤٢
نفوذ التصرف منوط بالإذن الشرعي	٣١٢، ٣٢٠
النية إذا لم تكن من محتملات اللفظ لا تعمل	٤٢٣
نية التخصيص في العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى غير صحيحة في القضاء	١٩١
النية إنما تعمل في الملفوظ	٤٢٣
نية تخصيص العام تصح ديانة لا قضاء	١٦٥، ١٩١
النية تعمل إذا كانت من محتملات اللفظ	٤٢٣
النية تعمل في المحتملات لا في الموضوعات	١٨٦
النية في الكلام المحتمل صحيحة في القضاء	٤٢٣، ٤٢٤
النية لا تصرف اللفظ إلى معنى إلا إذا كان يجوز الصرف إليه لغة	١٨٦
هل الاعتبار بحال التوكيل أو بحال إنشاء التصرف	٢٢٣
هل يغلب حكم الظاهر على حكم الباطن؟.	٦٧٥
الواجب الاجتهاد أو الإصابة.	٦٧٥
الواجب حمل اللفظ الأعجمي على ما نواه به صاحبه، فإن لم تكن له نية فعلى العرف عند المتكلم الحالف، فإن لم يكن عرف فعلى أقل مسمى ذلك اللفظ فيما وضع له من لغته الأعجمية	١٦٨، ١٩٤
الواجب شرعاً لا يحتاج إلى القضاء	٧١٠، ٧٢١، ٨٠٤، ٨١٩، ٨٣٧، ٨٤٧، ٨٥١، ١٠٣٤
الواجب معتبر بالكفاية	٦٤٢
الواقع قبل السبب من جميع الأحكام لا يعتد به	٦٧٦، ٩٧٧، ١٠١٦
وجوب المال بقضاء القاضي	٦١٧، ٦٣٨، ١٠٣٤
وسائل الحرام حرام	٧٨٢، ١٠٢٢
الوسائل تتبع المقاصد في استعمالها	٨٦
وصف الشرط كالشرط	٤١٣

القواعد الفقهية	الصفحة
الوصف في الحاضر لغو.	٢٩١
الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر	٢٨٢، ٢٩١، ٢٩٢
وقوع الطلاق في الخلع يعتمد وجوب القبول لا وجوب المقبول	٥٣٤
الوقوع باللفظ لا بالقصد	١٦٦، ١٨٩
الولد لاحق للفراش	٧١٤، ٧٢١
الولد للفراش	٥٧، ٧١٤، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٦، ٧٣٠، ٩٤٦، ٩٦٣، ١٠٣٤
يبقى الاستحقاق ببقاء السبب	١٠٠١، ١٠١٧
يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً.	١٠١٧
يحال بالحادث إلى أقرب الأوقات	٤٤٨
يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة	٣٦٨
يختار أهون الشرين	١٤١، ٦٠٣
يختار أهون الشرين أو أخف الضررين.	١٤١، ٦٠٣
يدفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما.	١٤١، ٦٠٣
يدفع الضرر الأشد بالأخف	١٤١، ٦٠٤
يدفع شر الشرين.	١٤١، ٦٠٣
يسقط اعتبار البدل عند القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل	٧٦٧، ٧٨٣، ٩٧٣، ١٠٣٤
يعتبر اليسار والإعسار في زمن الوجوب	٦٣١، ٦٤١، ١٠٣٤
يغتفر في الابتداء أو الدوام ما لا يغتفر في الابتداء	٩٩٤، ١٠١٧
يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.	١٠١٧
يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في ابتداء العقود	١٢٤، ٢٢٤
يفتقر في الابتداء ما لا يفتقر في الانتهاء	١٠١٧
يقدم أصل التأسيس على التأكيد	٣٤٤
يقع طلاق من لزمه فرض الصلاة والحدود	٢٥٧، ٢٦٨، ١٠٣٢
اليقين لا يزول بالشك	٤٤، ٥٦، ٦٣، ٧٠، ٧٥، ٨٢، ٨٣، ٨٥، ٢٤٧، ٣١٣، ٦٧٠، ٦٧١، ١٠٣٤، ١٠٢١
يلحق النادر بالغالب في الشريعة	٨٦، ١٠١٩
يلزم الإيلاء كل من إذا طلق لزمه الطلاق ممن تجب عليه الفرائض	٨١٧
ينزل المجهول منزلة المعدوم	٦٧٣

الأعلام	الصفحة
أبان بن عثمان، أبان بن عثمان ١٠٥هـ	٩٤٦
ابن الأثير، المبارك بن محمد بن محمد ٦٠٦هـ	٢٧
أحمد جودت باشا ١٣١٢هـ	١٠٢
الأخفش الأصغر، علي بن سليمان بن الفضل ٣١٥هـ	٨٣٦
أبو إسحاق الشيباني، سليمان بن أبي سليمان	٧٤٢
إسحق بن راهويه ٢٣٨هـ	٤٤٢
الإسفرائيني، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد ٤١٨هـ	٢٧٠
أشهب بن عبد العزيز ٢٠٤هـ	١٩٣
ابن الأعرابي، أبو عبد الله، محمد بن زياد ٢٣١هـ	٤٣٢
الإمام الباقر، محمد بن علي ١١٤هـ	٣١٦
إمام الحرمين الجويني، عبد الملك بن عبد الله الجويني، أبو المعالي٤٧٨هـ	٥١
الأوزاعي، عبد الرحمن بن عمرو ١٥٧هـ	٩٨
امرأة رفاعة	٢٠٠
امرأة ركانة، سهيمة بنت عمير المزنية	٣٣٤
البابرتيّ، محمد بن محمود ٧٨٦هـ	٩٦٩
الباجي، سليمان بن خلف٤٧٤هـ	٢٥٣
الباحسين، يعقوب بن عبدالوهاب	٣٧
بشر بن مروان بن الحكم بن أبي العاص القرشي الأموي ٧٥هـ	٥٠٨
ابن بشير، إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير كان حياً ٥٢٦هـ	٧٢
أبو البقاء العكبري، عبد الله بن الحسين ٦١٦هـ	٥٩٣
أبو بكر الأصم، عبد الرحمن بن كيسان ٢٢٥هـ	٩٤٩
بكر بن عبد الله المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل ٢٦٤هـ	٤٦٢
أبو بكر عبد العزيز، عبد العزيز بن جعفر بن أحمد يزداد البغوي ٣٦٣هـ	٢٤٦
البناني، محمد بن الحسن بن مسعود ١١٩٤هـ	٤١
البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي١٠٥١هـ	٦٤
البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي ٤٥٨هـ	٢٤٠
تاج الدين السبكي، عبد الوهاب بن علي ٧٧١هـ	٢٨
تاج، عبد الرحمن	١١٣
التسولي، علي بن عبد السلام ١٢٥٨هـ	٨٥
تقي الدين السبكي، علي بن عبد الكافي ٧٥٦هـ	٣٩٣
تقي الدين بن دقيق العيد، أبو الفتح محمد بن علي بن وهيب ٧٠٢هـ	٧٢
أبو تميمة الهجيمي، طريف بن مجالد الهجيمي البصري، أبو تميمة، ٩٧هـ	٧٥٢
ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي، ٧٢٨ هـ	٥١
ثابت بن قيس بن شماس بن زهير الخزرجي	١٤٣
أبو ثور، إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان البغدادي ٢٤٠هـ	٢٨١
الثوري، سفيان بن سعيد بن مسروق١٦١هـ	٢٤١
جابر بن زيد الأزدي البصري ٩٣هـ	٢٣٣
الجرجاني، علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف ٨١٦هـ	٢٩
ابن جريج، عبد الملك بن عبد العزيز ١٥٠هـ	٦٢٢
ابن جزي، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي ٧٤١هـ	١٠٢
الجصاص، أحمد بن علي، أبو بكر الرازي ٣٧٠هـ	٢٧٠
جعفر الصادق، جعفر بن محمد بن علي بن الحسين١٤٨ هـ	٦٢
أبو جعفر المنصور، عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم ١٥٨هـ	٩٧

الأعلام	الصفحة
جلال الدين السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر الخضيري المصري ٩١١هـ	٥٦
جميلة بنت سلول	٤٦٥
ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي البغدادي الحنبلي، ٥٩٧هـ	١٠١
ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي ٨٥٢هـ	٢٤٧
ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد الظاهري ٤٥٦هـ	٣١٦
حسب الله، علي	٣٢٠
الحسن البصري، الحسن بن أبي الحسن البصري، أبو سعيد، ١١٠هـ	٢٣٣
الحصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن ٨٢٩هـ	١٢٠
الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني ٩٥٤هـ	٥٦٠
حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق	٢١٦
الحكم بن مسعود الثقفي	٦٧
حكيم بن حزام	٢٨٠
حمّاد بن أبي سليمان ١٢٠هـ	٦٢٠
حمنة بنت جحش الأسدية	٩٨٠
الحموي، أحمد بن محمد، شهاب الدين المصري الحنفي، ١٠٩٨هـ	٣٤
حميد بن عبد الرحمن الحميري البصري	٤٦٨
ابن حميد، أحمد بن عبد الله بن حميد	٣٦
الخرشي، محمد بن عبد الله الخراشي المالكي ١١٠١هـ	٢٦٦
الخرقيّ، أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله البغدادي ٣٣٤هـ	٣١٠
ابن خزيمة، أبو بكر محمد بن إسحاق السلمي النيسابوري الشافعي٣١١هـ	٥٢٧
الخصاف، أحمد بن عمر الشيباني البغدادي، أبو بكر ٢٦١هـ	١٩٧
أبو الخطاب، محفوظ بن أحمد الكلوذاني ٥١٠هـ	٣٨٦
الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم البستي ٣٨٨هـ	٣١٧
الخطيب الشّربينيّ، شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني ٩٧٧هـ	٨٦٤
الخفيف، علي ١٣٩٨هـ	١١٣
خلاف، عبد الوهاب ١٣٧٥هـ	٣٤٦
الخلال، أبو بكر أحمد بن محمد بن هارون ٣١١هـ	٢٤٦
ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن محمد ٨٠٨هـ	٨٣
خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي ٧٧٦هـ	٢٣٦
خولة بنت مالك بن ثعلبة	٧٣٥
ابن خويز منداد، محمد بن أحمد بن عبد الله العراقي ٣٩٠هـ	٢٧٠
خيثمة بن عبد الرحمن بن أبي سبرة يزيد بن مالك المذحجي	٥٠٨
داود الظاهري، أبو سليمان داود بن علي خلف الأصبهاني ٢٧٠هـ	٣٢٩
الدّردير، أحمد بن محمد العدوي ١٢٠١هـ	٣٦٣
الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة ١٢٣٠هـ	١٨٢
ابن أبي الدم، إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي ٦٤٢هـ	٦٨
الربيع بنت معوذ بن عفراء النجارية الأنصارية ٤٥هـ	٤٩١
ربيعة الرأي، أبو عثمان ربيعة بن فروخ التيمي ١٣٦هـ	٢٤٦
ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي ٧٩٥هـ	٥٩
الرّمليّ، محمد بن أحمد بن حمزة١٠٠٤هـ	٤٦٨
ابن رشد الجد ، محمد بن أحمد بن رشد ٥٢٠هـ	٣٢٧
ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد الأندلسي القرطبي ٥٩٥هـ	٤٣٤
رفاعة بن سموأل القرظي	٢٠٠

الأعلام	الصفحة
ركانة بن عبد يزيد بن هشام بن عبد المطلب بن عبد مناف	٣٣٤
أبو الزبير، محمد بن مسلم بن تدرس الأسدي ١٢٦هـ	٣١٧
الزجاج، إبراهيم بن السري بن سهل ٣١١هـ	٢٧
الزحيلي، محمد مصطفى	٦٨
الزحيلي، وهبة بن مصطفى	٣٤٥
الزرقا، مصطفى ١٤١٩هـ	٣٥
الزّركشيّ، أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله ٧٩٤هـ	٩٨٢
زفر بن الهذيل بن قيس العنبري ١٥٨هـ	٢٢٠
الزقيلي، علي محمود	١١٣
زكريّا الأنصاري، شيخ الإسلام زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ٩٢٦هـ	٩٠٤
أبو الزناد، عبد الله بن ذكوان ١٣١هـ	٢٠١
أبو زهرة، محمد، ١٣٩٩هـ	١٠٦
زيدان، عبد الكريم	١١٧
الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلعي ٧٤٣هـ	١٥٨
سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي المدني، ١٠٦هـ	٩٤٦
السايس، محمد علي	٣٤٦
السباعي، مصطفى بن حسني ، ١٩٦٤م	٥٦٧
سبيعة بنت الحارث الأسلمية	٩٥٢
سحنون، عبد السلام بن سعيد بن حبيب، أبو سعيد ٢٤٠هـ	٣٢٧
السرخسي، محمد بن أحمد بن سهل الخراساني ٤٨٣هـ	٥٨
السرطاوي، محمود بن علي	١١٦
سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي٩٤هـ	٢٤٥
سعيد بن جبير الأسدي الكوفي ٩٥هـ	٥٠٩
سلمة بن صخر بن سلمان بن الخزرج الخزرجي	٧٣٤
سليمان بن طرخان التيمي البصري، ١٤٣هـ.	٨٧٣
أبو السنابل حبة بن بعكك	٩٥٢
سهل بن سعد الساعدي ٨٨هـ	٦٩١
ابن سيرين، أبو بكر محمد بن سيرين ١١٠هـ	٢٣٢
السيوري، أبو القاسم عبد الخالق بن عبد الوارث المغربي ٤٦٠هـ	٢٥١
الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي ٧٩٠هـ	٣٥
ابن شبرمة، عبد الله بن شبرمة الضبي ١٤٤هـ	٦٢٠
شريح القاضي، شريح بن الحارث الكندي ٧٨هـ	٦٦
الشريف، محمد عبد الغفار	٣٧
شريك بن سحماء	٦٩٠
ابن بنت الشّافعي، أبو عبد الرحمن أحمد بن محمد بن عبد الله ٢٩٥هـ	٩٤٨
الشعبي، عامر بن شراحيل الكوفي ١٠٣هـ	٦٧
شلتوت، محمود	٣١٥
الشنقيطي، محمد الأمين	٧٥٠
ابن شهاب الزهري، محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب، ١٢٤هـ	٢٣٢
الشهابي، مصطفى ، ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م	٢٥٩
الشوكاني، محمد بن علي، ١٢٥٠هـ	١٤١
ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد ٢٣٥هـ	٢٦٣
الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف ٤٧٦هـ	٩٠٤

الأعلام	الصفحة
صدر الشريعة الأصغر، عبيد الله بن مسعود المحبوبي الحنفي، ٧٤٧هـ	٢٨
صدر الشريعة الأول، أحمد بن عبيد الله المحبوبي توفي في حدود ٦٥٠هـ	٥٦
ابن الصلاح، عثمان بن عبد الرحمن، ٦٤٣هـ	٨٥
الصنعاني، محمد بن إسماعيل، ١١٨٢هـ	٣١٦
طاوس بن كيسان الخولاني الهمذاني بالولاء ١٠٦هـ	٢٤٦
الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، ٣١٠هـ	٤٦٣
الطحاوي، أبوجعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي ،٣٢١هـ	٦٣
عائشة بنت طلحة بن عبيد الله التيمية ١١٠هـ	٧٤١
ابن عابدين، محمد أمين بن عمر الحنفي الدمشقي ١٢٥٢ هـ	٨٥
ابن عاشور، محمد الطاهر بن عاشور ١٣٧٩هـ	٥٢
عَبَّاد بن تميم بن زَيْد الأنْصاري المازني	٦٣
ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، أبو عمر ٤٦٣هـ	٢٩٠
عبد الحميد، محمد محيي الدين ١٣٩٢هـ.	١١٣
عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق، ٥٤هـ	٢١٥
عبد الرحمن بن مهدي بن حسان العنبري اللؤلؤي ١٩٨هـ	٧٦٣
عبد اللّه بن شهاب الخولانيّ	٥٠٨
عبد الله بن المقفع	٩٧
عبد الله بن دينار	٩٧
عبد الوهاب البغدادي المالكي ٤٢٢هـ	٥٢٢
أبو عبيد، القاسم بن سلام ٢٢٤هـ	٧٦٢
ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبدالله ٥٤٣هـ	٨٦٥
ابن عرفة، محمد بن بن محمد عرفة ٨٠٣هـ	٧٥
عروة بن الجعد الأزدي البارقي الكوفي	٦٥
عروة بن الزبير بن العوام ٩٩هـ	٥٠٨
العز بن عبد السلام، عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ٦٦٠هـ	١٤٩
عطاء بن أبي رباح القرشي ١١٤هـ	٢٣٣
ابن عطية، عبد الحق بن غالب ٥٤٢هـ	٦٢
عقبة بن أبي الصهباء	٤٦٣
ابن عقيل، أبو الوفاء علي بن عقيل ٥١٣هـ	٣١٦
عكرمة بن عبد الله ١٠٥هـ	٣٣٩
علال الفاسي، عبد الواحد بن عبد السلام ١٣٩٤ هـ	٥٢
علقمة بن قيس بن عبد الله النخعي الكوفي ٦١هـ	٥٢٣
ابن علية، أبو بشر إسماعيل بن إبراهيم الأسدي الكوفي ١٩٣هـ	٣١٦
عمرو بن دينار ١٢٦هـ	٧٦٤
عودة، عبد القادر ١٣٧٤هـ	١٠٦
عويمر بن أبيض العجلاني الأنصاري	٣٠٨
العيني، محمود بن أحمد ٨٥٥هـ	٨٦٣
الغزالي، محمد بن محمد أبو حامد الغزالي الطوسي ٥٠٥هـ	٥١
فاطمة بنت قيس الفهرية	٣٠٨
الفخر الرازي، محمد بن عمر بن الحسين الرازي ٦٠٦هـ	١٠١
الفراء، القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين البغدادي ٤٥٨هـ	٢٧٠
ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد ٧٩٩ هـ	٧٢
الفيومي، أحمد بن محمد بن علي نحو ٧٧٠هـ	٤٠

الأعلام	الصفحة
القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ١٠١هـ	٣٩٨
ابن القاسم، عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري ١٩١هـ	١٩٣
قبيصة بن ذؤيب بن حلحلة، أبو سعيد الخزاعي المدني سنة ٨٦أو ٨٧هـ	٧٦٣
قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي البصري ١١٨هـ	٢٣٣
ابن قدامة الحنبلي، عبد الله بن محمد ٦٢٠هـ	١٥٠
قدري باشا، محمد، ١٣٠٦هـ	١٠٥
القدوري، أحمد بن محمد بن أحمد البغدادي ٤٢٨هـ	٣٠٦
قراعة، علي ١٩٦٩م	٣٤٥
القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس ٦٨٤هـ	٤٣
القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر ٦٧١هـ	٦٢
قريبة بنت أبي أمية بن المغيرة	٢١٥
ابن قطلوبغا، قاسم بن عبدالله ٨٧٩هـ	٨٩٥
أَبُو قِلَابَةَ، عبد الله بن زيد الجرمي ١٠٤هـ	٢٤١
القليوبيّ، أحمد بن أحمد، شهاب الدين ١٠٦٩هـ	٤٦٨
ابن قيم الجوزية، محمد بن أبى بكر بن سعد الزرعي الدمشقي ٧٥١هـ	٥١
الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد ٥٨٧هـ	١١٩
الكرابيسي، أسعد بن محمد بن الحسين ٥٧٠هـ	٥٥
الكرخيّ، عبيد الله بن الحسين ٣٤٠هـ	٢٤٦
الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي ١٠٩٤هـ	٤١
اللخمي، علي بن محمد الربعي المالكي ٤٧٨هـ	٢٥١
الليث بن سعد ، أبو الحارث ١٧٥هـ	٣٨١
ابن أبي ليلى، محمد بن عبد الرحمن ١٤٨هـ	٣٢٢
ابن الماجشون، عبد الملك بن عبد العزيز التيمي ٢١٢هـ	٨٣٣
الماوردي، علي بن محمد ٤٥٠هـ	٨٥
مجاهد، مجاهد بن جبر١٠٤هـ	٢٤٥
محارب بن دثار بن كردوس السدوسي الكوفي ١١٦هـ	١٥٥
محمد أمين باشا ياغلقجي زاده ١١٨٣هـ	٨٧
محمد أورنك زيب بهادرعالمكير سنة ١١١٨هـ	١٠٠
محمد بن الحسن الشيباني ١٨٩هـ	٧٦
محمد بن الوزير ٨٤٠هـ	٣١٦
محمود بن لبيد بن عقبة، أبو نعيم الأنصاري الأشهلي ٨٧هـ	٣٢٨
المرداوي، علي بن سليمان٨٨٥هـ	١٧٣
المرغيناني، علي بن أبي بكر عبد الجليل ٥٩٣هـ	٥٨
المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل ٢٦٤هـ	٢٤٦
المقري، إسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله المقري اليمني ٨٣٧هـ	٣٤
مكحول الشامي، قيل هو ابن شهراب، أبو عبد الله، ١١٢هـ	٣٩٨
المنذر بن الزبير ٦٤هـ	٢١٦
ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري ٣١٩هـ	١٥٨
المهدي، أبو عبد الله محمد بن عبدالله المنصور المهدي بالله ١٦٩ هـ.	٩٨
المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي ٨٩٧ هـ	٨٣٩
ميمون بن مهران الجزري، ١١٦أو ١١٧هـ	٨٩٤
ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبد العزيز البهوتي المصري الفتوحي ٩٧٢هـ	٢٩
ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد ٩٧٠هـ	٤١

الأعلام	الصفحة
النحاس، أحمد بن محمد، أبو جعفر ٣٣٨هـ	٥١٠
النخعي، إبراهيم بن يزيد بن قيس ٩٦هـ	٦٦
النووي، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف٦٧٦هـ	٤٣
هارون الرشيد، ١٩٣هـ	٩٩
ابن الهمام، الكمال ٨٦١هـ	٤٠
ابن وهب، أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم ١٩٧ هـ	٩٦٣
ياسين، محمد نعيم	٣٥
يحيى بن سعيد الأنصاري ١٤٣هـ	٣٨١
أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم ١٨٢هـ	٦٦

المصادر والمراجع

التفسير وأحكام القرآن الكريم

١.	الألوسي، شهاب الدين السيد محمود ١٢٧٠هـ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني –بيروت: دار إحياء التراث العربي، .١٩٨٥
٢.	البغوي، الحسين بن مسعود: معالم التنزيل، دار المعرفة، ١٩٨٧م الطبعة الثانية.
٣.	البقاعي: نظم الدرر في تناسب الآيات والسور، القاهرة: مكتبة ابن تيمية، ١٣٨٩هـ.
٤.	الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي٣٧٠هـ، أحكام القرآن –تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين –بيروت: دار الكتب العلمية، . ١٩٩٤
٥.	أبو حيان النحوي، أثير الدين أبو حيان محمد بن علي بن يوسف الغرناطي ، البحر المحيط -دراسة وتحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض؛ شارك في تحقيقه زكريا النوتي، أحمد الجمل؛ -بيروت دار الكتب العلمية ، ٢٠٠١
٦.	الرازي، فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين البكري الطبرستاني ٦٠٦هـ، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب -بيروت دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠
٧.	رضا، محمد رشيد، تفسير القرآن الحكيم الشهير بـتفسير المنار -بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع
٨.	الزمخشري، جار الله أبو القاسم محمود بن عمر بن محمد بن عمر الخوارزمي٥٣٨هـ، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل -بيروت: دار الفكر
٩.	أبو السعود العماري، أبو السعود محمد بن محمد بن مصطفى الحنفي ٩٨٢هـ ، إرشاد العقل السليم الى مزايا الكتاب الكريم -بيروت دار الفكر
١٠.	السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر ٩١١هـ الدر المأثور في التفسير بالمأثور، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ.
١١.	الشنقيطي، محمد الأمين، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن-ط .جديدة - بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع
١٢.	الشوكاني، محمد بن علي: فتح القدير –بيروت: دار الفكر، ١٤٠٣هـ وطبعة مصطفى البابي الحلبي –ط١٣٨٣ -٢هـ.
١٣.	الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد ٣١٠هـ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن تفسير الطبري، حققه وعلق حواشيه محمود محمد شاكر راجعه وخرج أحاديثه أحمد محمد شاكر، مصر، دار المعارف بدون تاريخ
١٤.	ابن عادل الدمشقي، عمر بن علي: اللباب في علوم الكتاب -تحقيق عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض -بيروت: المكتبة العلمية، ١٤١٩هـ.
١٥.	ابن عاشور، محمد الطاهر١٣٩٣هـ، التحرير والتنوير -تونس: دار سحنون، ١٩٩٧
١٦.	ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله٥٤٣هـ، أحكام القرآن -تحقيق علي محمد البجاوي -القاهرة دار المعارف ١٩٨٨
١٧.	ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطيه المحاربي ٥٤٢هـ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز - القاهرة: المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٩٩٩
١٨.	القاسمي، محمد جمال: محاسن التأويل أو تفسير القاسمي -بيروت: دار الفكر.
١٩.	القرطبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر الخزرجي الأندلسي ٦٧١هـ، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق خليل محيي الدين الميس وصدقي محمد جميل العطار – بيروت: دار الفكر، ١٩٩٦
٢٠.	قطب، سيد ١٣٨٥هـ، في ظلال القرآن، ط - .٢٧القاهرة: دار الشروق، ١٩٩٨
٢١.	ابن كثير، إسماعيل بن عمر ٧٧٤هـ، تفسير القرآن العظيم، بيروت، دار ابن كثير، ١٩٩٤
٢٢.	الماوردي، علي بن محمد: النكت والعيون أو تفسير الماوردي – بيروت: دار الكتب العلمية.
٢٣.	النسفي، حافظ الدين أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود ٧١٠هـ، مدارك التنزيل وحقائق التأويل أو تفسير النسفي - ضبطه وخرج احاديثه زكريا عميرات -بيروت دار الكتب العلمية ١٩٩٥

الحديث الشريف وشروحه

٢٤.	ابن الأثير الجزري، المبارك بن محمد، جامع الأصول في أحاديث الرسول -تحقيق عبد القادر الأرناؤوط، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٣هـ.
٢٥.	البخاري، أبو عبد الله محمد بن أبي الحسن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة ٢٥٦هـ، صحيح البخاري، ضبطه ورقمه ووضع فهارسه مصطفى ديب البغا –بيروت: دار ابن كثير، ١٩٩٣وطبعة أخرى: استانبول: المكتب الإسلامي.
٢٦.	البزار، أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق ٢٩٢هـ، البحر الزخار المعروف بمسند البزار، تحقيق محفوظ الرحمن زين الله –المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم، ١٩٨٨
٢٧.	البوصيري، شهاب أحمد بن أبي بكر، مصباح الزجاجة إلى زوائد ابن ماجه -تحقيق موسى محمد علي وعزت عطية، دار الكتب الحديثة، مصر.

٢٨.	البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن عبدالله بن موسى النيسابوري الشافعي، السنن الكبرى، بيروت: دار الفكر، ١٩٩٦
٢٩.	الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة السلمي ٢٧٩هـ، السنن –بيروت: دار الفكر، ١٩٩٤
٣٠.	الحاكم النيسابوري، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الضبي ٤٠٥هـ، المستدرك على الصحيحين -بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٥٢.
٣١.	ابن حبان، محمد، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان تأليف علاء الدين علي بن بلبان الفارسي حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه شعيب الارناؤوط –بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٩٧
٣٢.	ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد بن علي الكناني٨٥٢هـ، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير –مكة المكرمة: مكتبة الباز، ١٩٩٧
٣٣.	ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد بن علي الكناني٨٥٢هـ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري -بيروت: دار الفكر، ١٩٩٦
٣٤.	الحميدي، أبو بكر عبد الله بن الزبير الأسدي ٢١٩هـ، مسند الحميدي، حقق أصوله وعلق عليه حبيب الرحمن الاعظمي -بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٨.
٣٥.	ابن حنبل، أحمد ٢٦٤هـ، المسند، تحقيق وتخريج شعيب الأرناؤوط ...وآخرون؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٩٥.
٣٦.	الخطابى، أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي ٣٨٨هـ، معالم السنن -بيروت: المكتبة العلمية، ١٩٨١
٣٧.	الدارقطني، علي بن عمر، السنن: تصحيح عبد الله هاشم اليماني، دار المحاسن للطباعة، القاهرة.
٣٨.	الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن مهران السمرقندي ٢٥٥هـ، السنن، تحقيق مصطفى ديب البغا -دمشق: دار القلم، ١٩٩١.
٣٩.	أبو داود الطيالسي، سليمان بن داود بن الجارود، المسند، دار المعرفة، بيروت.
٤٠.	أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي٢٧٥هـ السنن: ، تحقيق عزة عبيد الدعاس، دار الحديث، سوريا، ١٣٨٨هـ .وطبعة أخرى تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد –بيروت: دار إحياء التراث الإسلامي.
٤١.	ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد٧٩٥هـ جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، القاهرة: مصطفى البابي الحلبي، ١٣٦٩هـ.
٤٢.	الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد القاهري الحنفي ٧٦٢هـ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية –بيروت: دار إحياء التراث الإسلامي، ١٩٨٧
٤٣.	سعيد بن منصور الخرساني، السنن، تحقيق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي، دار الباز، مكة المكرمة.
٤٤.	الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني الصنعاني١٢٥٠هـ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح منتقى الأخيار، تحقيق محمد سالم هاشم –بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٥
٤٥.	ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد العبسي ٢٣٥هـ، المصنف في الأحاديث والآثار تحقيق سعيد اللحام –بيروت: دار الفكر، ١٩٩٤
٤٦.	الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري ٢١١هـ، المصنف –بيروت: المكتب الإسلامي، ١٩٨٣
٤٧.	الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الإحكام، قدم له وخرج أحاديثه محمد عبد القادر عطا -بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٨.
٤٨.	الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي ٣٦٠هـ، المعجم الأوسط: تحقيق محمود الطحان، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٥هـ.
٤٩.	الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي ٣٦٠هـ، المعجم الكبير، تحقيق عبد المجيد السلفي – بغداد: وزارة الأوقاف، ١٩٨٣
٥٠.	الطحاوي، أبو جعفر، شرح معاني الآثار -تحقيق محمد زهير النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ.
٥١.	العجلوني: إسماعيل بن محمد ١١٦٢هـ كشف الخفاء ومزيل الإلباس، حلب: مكتبة التراث الإسلامي، د.ت.
٥٢.	ابن العربي، أبو بكر المالكي، عارضة الأحوذي لشرح صحيح الترمذي -دار الكتاب العربي، بيروت.
٥٣.	ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله المالكي ٥٤٣هـ، عارضة الأحوذي بشرح جامع الترمذي -بيروت: دار الفكر.
٥٤.	العظيم آبادي، محمد شمس الدين، عون المعبود شرح سنن أبي داود -المكتبة السلفية، الطبعة الثانية ١٣٨٨هـ.
٥٥.	العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى ٨٥٥هـ، عمدة القاري شرح صحيح البخاري –بيروت: دار إحياء التراث الإسلامي .
٥٦.	ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب سعد الدمشقي ٧٥١هـ، عون المعبود شرح سنن أبي داود -إشراف صدقي محمد جميل العطار –بيروت: دار الفكر، . ١٩٩٥
٥٧.	الكاندهلوي، محمد زكريا، أوجز المسالك إلى موطأ مالك –بيروت: دار الفكر، ١٩٨٩

٥٨.	ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، السنن، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، المكتبة العلمية، بيروت١٣٩٥ .هـ.
٥٩.	مالك بن أنس، أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر التيمي ١٧٩هـ، موطأ الإمام مالك: رواية محمد بن الحسن الشيباني مع التعليق الممجد على موطأ محمد، تعليق وتحقيق تقي الدين الندوي -دمشق: دار القلم، .١٩٩١
٦٠.	ابن المبارك، أبو عبد الله عبد الله بن واضح المروزي، الزهد ويليه الرقائق -تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي - بيروت: دار الكتب العلمية.
٦١.	المباركفوري، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٦٢.	المتقي الهندي: علاء الدين علي بن حسام الدين٩٧٥هـ، كنز العمال في سنن الاقوال والأفعال، تحقيق بكري حياتي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٣٩٩هـ.
٦٣.	مسلم بن الحجاج، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ٢٦١هـ، الصحيح تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي –بيروت: دار إحياء التراث العربي .
٦٤.	نبهان، عبد الاله: إعراب الحديث النبوي -مجمع اللغة العربية بدمشق .١٩٨٦
٦٥.	النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن علي بن شعيب بن علي بن سنان بن بحر بن دينار٣٠٣هـ، السنن الكبرى، تحقيق عبد الغافر البنداري، وسيد كردي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٠هـ.
٦٦.	النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن علي بن شعيب بن علي بن سنان بن بحر بن دينار٣٠٣هـ، سنن النسائي المسمى بـالمجتبى بـشرح جلال الدين وحاشية الإمام السندي تحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة ١٩٨٧ –
٦٧.	النووي، يحيى بن شرف٦٧٧هـ- شرح صحيح مسلم، القاهرة: المطبعة المصرية بالأزهر، ١٣٤٧هـ.
٦٨.	الهيثمي، نور الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن سليمان القاهري الشافعي ٨٠٧هـ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد – بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٢
٦٩.	أبو يعلى، أحمد بن علي التميمي الموصلي، المسند - تحقيق حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، ١٤٠٤هـ.
	القواعد الفقهية والفروق والأشباه والنظائر
٧٠.	الأتاسي، محمد خالد ومحمد طاهر، شرح مجلة الأحكام العدلية، حمص: مطبعة حمص، ١٣٤٩هـ.
٧١.	إسماعيل، محمد بكر: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه –دار المنار، ١٩٩٧
٧٢.	آل عبدالعظيم، سمير بن عبدالعزيز، القواعد، والضوابط الفقهية في كتاب المغني من كتاب النكاح، إلى آخر كتاب النفقات .رسالة ماجستير-كلية الشريعة، والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى .
٧٣.	الباحسين: يعقوب بن عبد الوهاب، القواعد الفقهية، الرياض: مكتبة الرشد، ١٩٩٨م.
٧٤.	البعلي، علي بن محمد بن عباس الحنبلي ٨٠٣هـ، القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام –القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، – ١٩٥٦تحقيق محمد حامد الفقي
٧٥.	البكري، بدر الدين محمد بن أبي بكر ٨٧١هـ، الاعتناء في الفرق والاستثناء أو الاستغناء، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود؛ علي محمد عوض، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ.
٧٦.	البورنو: محمد صدقي بن أحمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، الرياض: مكتبة التوبة، ١٤١٥هـ.
٧٧.	البورنو: محمد صدقي بن أحمد، موسوعة القواعد الفقهية، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٥هـ.
٧٨.	ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم ٧٢٨هـ ، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق محمد حامد الفقي، بيروت: دار المعرفة، ١٣٩٩هـ.
٧٩.	الجويني، عبد الله بن يوسف٤٣٨هـ، الجمع والفرق، تحقيق عبد الرحمن بن سلامة المزيني-رسالة دكتوراه ١٤١٣هـ.
٨٠.	الحصري، أحمد بن محمد، القواعد الفقهية للفقه الإسلامي-القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤١٣هـ.
٨١.	الحصني، تقي الدين محمد بن عبد المؤمن٨٢٩هـ القواعد مختصر قواعد العلائي، تحقيق عبد الرحمن الشعلان وجبريل بن محمد بصيلي، رسالة ماجستير من كلية الشريعة بالرياض ١٤٠٥هـ.
٨٢.	الحصين: عبد السلام إبراهيم، القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية، القاهرة: دار التأصيل، ٢٠٠٥م .
٨٣.	ابن حمزة الحسيني، محمود بن محمد١٣٠٥هـ الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية، دمشق: دار الفكر، ١٤٠٦هـ.
٨٤.	الحموي، أحمد بن محمد مكي١٠٩٨هـ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٥هـ.
٨٥.	حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني -بيروت: دار الجيل، مكتبة النهضة، ١٩٩١
٨٦.	ابن خطيب الدهشة، نور الدين محمود بن أحمد٨٣٤هـ قواعد ابن خطيب الدهشة مختصر من قواعد العلائي والإسنوي، تحقيق مصطفى بن محمود البنجويني، الموصل: مطبعة الجمهور، ١٤٠٤هـ
٨٧.	الدبوسي، أبو زيد عبيد الله بن عمر القاضي٤٣٠هـ تأسيس النظر، القاهرة: مطبعة الإمام، نشر زكريا علي يوسف، وبيروت: دار ابن زيدون، بتحقيق مصطفى محمد القباني .د.ت.

٨٨.	الدعاس، عزت عبيد، القواعد الفقهية، حماة: منشورات مكتبة الغزالي، ط.٢
٨٩.	ابن رجب الحنبلي، عبد الرحمن بن أحمد ٧٩٥هـ، القواعد في الفقه الإسلامي أو تقرير القواعد وتحرير الفوائد–تحقيق طه عبد الرؤوف سعد -القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ١٩٧٢
٩٠.	رستم باز، سليم، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط .٣بيروت: دار الكتب العلمية .
٩١.	الروكي، محمد: نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء-الرباط: كلية الآداب والعلوم الإنسانية –جامعة محمد الخامس، .١٩٩٤
٩٢.	الروكي، محمد، القواعد الفقهية من خلال الإشراف للقاضي عبد الوهاب المالكي٤٢٢هـ – دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية، ٢٠٠٣هـ.
٩٣.	الزحيلي، محمد، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة -دمشق: دار الفكر، ٢٠٠٦هـ.
٩٤.	الزرقا، أحمد بن محمد ١٣٥٧هـ شرح القواعد الفقهية، دمشق: دار القلم، ١٤٠٣هـ.
٩٥.	الزركشي، محمد بن بهادر ٧٩٤هـ، المنثور في القواعد –تحقيق تيسير فائق -الكويت: وزارة الأوقاف، ١٤٠٤هـ
٩٦.	زقور، أحسن: القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي برواية سحنون بن سعيد عن ابن القاسم-الجزائر: دار التراث؛ بيروت: دار ابن حزم، .٢٠٠٥
٩٧.	ابن السبكي، عبد الوهاب بن علي٧٧١هـ، الأشباه والنظائر، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ.
٩٨.	السدلان، صالح غانم، القواعد الفقهية الكبرى، الرياض: دار بلنسة، ١٩٩٩م.
٩٩.	السلطنة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية -ط - .١.عمان الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩
١٠٠.	السيوطي، جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد ٩١١هـ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق وتعليق محمد المعتصم البغدادي-ط - .٤بيروت: دار الكتاب العربي
١٠١.	الصواط، محمد عبد الله بن عابد: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة –الطائف: دار البيان الحديثة، ٢٠٠١م .رسالة ماجستير جامعة أم القرى.
١٠٢.	ابن عبد الهادي: يوسف ٩٠٩هـ القواعد الكلية والضوابط الفقهية، تحقيق جاسم بن سليمان فهيد الدوسري -بيروت: دار البشائر الإسلامية، ١٩٩٤م.
١٠٣.	العز بن عبد السلام، عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ٦٦٠هـ، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام -تحقيق نزيه حماد وعثمان ضميرية –دمشق: القلم، ٢٠٠٠
١٠٤.	العلائي: صلاح الدين أبو سعيد خليل بن كيكلدي٧٦١هـ المجموع المذهب في قواعد المذهب، مصورة عن مخطوطة كتبها ابن خطيب الدهشة سنة ٨١٤من مقتنيات مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود .وايضا بتحقيق محمد عبد الغفار الشريف: الكويت: وزارة الأوقاف، ١٩٩٤م.
١٠٥.	ابن غازي، أبو عبدالله محمد بن احمد٩١٩هـ، الكليات الفقهية: تحقيق ودراسة محمد الشاذلي النيفر -تونس: جامعة الزيتونة -كلية أصول الدين -.١٩٨١ -رسالة دكتوراه.
١٠٦.	الغرياني: الصادق بن عبد الرحمن، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال إيضاح المسالك للونشريسي٩١٤هـ، دبي: دار البحوث والدراسات الإسلامية، ٢٠٠٢م.
١٠٧.	الفاداني، علم الدين أبو الفيض محمد ياسين بن عيسى١٤١٠هـ الفوائد الجنية حاشية على المواهب السنية شرح الفرائد البهية، بيروت: دار البشائر الإسلامية، ١٤١١هـ.
١٠٨.	القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس ٦٨٤هـ، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، دار إحياء الكتب العربية
١٠٩.	ابن اللحام: أبو الحسن علاء الدين علي بن عباس البعلي٨٠٣هـ، القواعد والفوائد الاصولية، تحقيق محمد حامد الفقي، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ.
١١٠.	اللحجي: عبد الله بن سعيد بن عباد الحضرمي، إيضاح القواعد الفقهية، ط -.٣السعودية ١٤١٠هـ .د.ن.
١١١.	المالكي، محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، بيروت: دائرة المعارف، ١٣٤٧هـ.
١١٢.	المجددي، محمد عميم الاحسان البركتي البنجلاديشي، قواعد الفقه ، باكستان: مطبوعات لجنة الثقافة والنشر، ١٤٠٧هـ.
١١٣.	المقبل: عبد العزيز بن عبد الله بن سعد ، الضوابط الفقهية في النفقات مع تطبيقات قضائية –رسالة ماجستير - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية -المعهد العالي للقضاء١٤٢٤-هـ
١١٤.	المقري: أبو عبد الله محمد بن محمد القرشي التلمساني، ٧٥٨هـ ، القواعد، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، مكة المكرمة: طبع مركز إحياء التراث بجامعة أم القرى، رسالة دكتوراه.
١١٥.	ابن الملقن، سراج الدين أبي حفص عمر بن علي ت ٨٠٤هـ، قواعد ابن الملقن أو الأشباه والنظائر في قواعد الفقه - تحقيق مصطفى محمود الأزهري -دار ابن القيم -دار ابن عفان، ١٤٣١هـ
١١٦.	ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم ٩٧٠هـ، الفوائد الزينية في مذهب الحنفية، الدمام: دار ابن الجوزي، ١٩٩٤م.
١١٧.	ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم الحنفي ٩٧٠هـ، الأشباه والنظائر وبحاشيته نزهة النواظر على

	الاشباه والنظائر، للعلامة محمد أمين بن عابدين –دمشق: دار الفكر، ١٩٩٩
١١٨.	الندوي: علي بن أحمد، جمهرة القواعد الفقهية، الرياض: شركة الراجحي، ٢٠٠٠هـ.
١١٩.	الندوي، علي بن أحمد ، القواعد والضوابط المستخلصة من شرح الجامع الكبير للحصيري ٦٣٦هـ، القاهرة: مطبعة المدني، ١٤١١هـ.
١٢٠.	الندوي، علي بن أحمد، القواعد الفقهية نشأتها وتطورها -دمشق: دار القلم، ١٤٠٦هـ.
١٢١.	الوائلي، محمد بن حمود، القواعد الفقهية: تاريخها وأثرها في الفقه، مطابع الرحاب المدينة المنورة، ١٤٠٧هـ.
١٢٢.	ابن الوكيل، صدر الدين محمد بن عمر٧١٦هـ، الأشباه والنظائر، تحقيق أحمد بن محمد العنقري؛ عادل بن عبد الله الشويخ-رسالة ماجستير بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة ١٤٠٥-١٤٠٤هـ.
١٢٣.	الونشريسي، أحمد بن يحيى٩١٤هـ، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك أو قواعد الونشريسي، تحقيق أحمد بوطاهر الخطابي، الرباط: اللجنة المشتركة بين دولتي الإمارات والمغرب، ١٤٠٠هـ.
١٢٤.	ياسين، محمد نعيم: مذكرة في القواعد الفقهية –مخطوط.
الفقه الحنفي	
١٢٥.	الأوزجندي، فخر الدين أبو المحاسن حسن بن منصور الفرغاني، ٥٩٢هـ، الفتاوى الخانية أو فتاوى قاضيخان -بيروت: دار إحياء التراث العربي-ط١٤٠٠-٣هـ.
١٢٦.	البابرتي ٧٧٦هـ، العناية في شرح الهداية، مطبوع على هامش فتح القدير ، القاهرة: المطبعة التجارية.
١٢٧.	التمرتاشي، ١٠٠٤هـ ، تنوير الأبصار، مطبوع مع شرحه الدر المختار وحاشيته رد المحتار لابن عابدين، القاهرة: المطبعة الأميرية.
١٢٨.	الجصاص، أبو بكر أحمد بن على الرازي، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي -عبد الله نذير أحمد –بيروت: دار البشائر الإسلامية
١٢٩.	جماعة من علماء الهند، الفتاوي الهندية المسماة بالفتاوي العالمكيرية، تأليف الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند – وبهامشه الفتاوى البزازية لابن البزاز، محمد بن محمد الكردري الحنفي ٨٢٨هـ -بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٩٨٠.
١٣٠.	الخادمي: أبو سعيد محمد بن محمد ١١٦٨هـ منافع الدقائق شرح مجمع الحقائق، استانبول: دار الطباعة العامرة، ١٣٠٨هـ.
١٣١.	الخصاف، أحمد بن عمرو الشيباني البغدادي ٢٦١هـ، أدب القاضي -القاهرة: السيد أسعد طرابزوني الحسيني، ١٩٨٠
١٣٢.	الزيلعي، فخر الدين أبو محمد عثمان بن علي بن محجن البارعي الحنفي ٧٤٣هـ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق- القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، ١٨٩٢
١٣٣.	السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل الحنفي ٤٨٣هـ، المبسوط ؛ تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل؛ قدم له كمال عبد العظيم العناني –بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠١
١٣٤.	السرخسي، محمد بن أحمد٤٩٠هـ، شرح السير الكبير للإمام محمد بن الحسن -تحقيق صلاح الدين المنجد وعبد العزيز أحمد، مطبعة شركة الاعلانات الشرقية، ١٩٧١.
١٣٥.	السرقندي ٥٤٠هـ ، تحفة الفقهاء، تحقيق محمد زكي عبد البر، دمشق: ١٩٥٨م.
١٣٦.	السغدي ، أبو الحسن علي بن محمد: النتف في الفتاوى، مطبعة الإرشاد، بغداد ١٩٧٥.
١٣٧.	الشيباني، محمد بن الحسن بن فرقد، ١٨٩هـ الأصل، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، كراتشي: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، ١٣٨٥هـ.
١٣٨.	الشيباني، محمد بن الحسن١٨٩هـ الحجة على المدينة، ترتيب وتعليق السيد مهدي حسن الكيلاني .حيدر آباد ١٩٨٣ بيروت: عالم الكتب.
١٣٩.	شيخي زاده الحنفي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ١٠٧٨هـ، مجمع الأنهر في شرح ملتقي الأبحر، خرج آياته خليل عمران المنصور –بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٨
١٤٠.	الطحاوي، أبو جعفر ٣٢١هـ ، مختصر الطحاوي ط ا، دار إحياء العلوم، بيروت ١٩٨٦.
١٤١.	الطحاوي، أبو جعفر، اختلاف الفقهاء -تحقيق محمد صغير حسن المعصومي، إسلام أباد: مطبعة البحوث الإسلامية ١٣٩١هـ
١٤٢.	ابن عابدين، محمد أمين بن عمر ١٢٥٢هـ، العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية، -المطبعة الأميرية.
١٤٣.	ابن عابدين، محمد أمين بن عمر ١٢٥٢هـ، رد المحتار على الدر المختار المسمى حاشية ابن عابدين مع التكملة – بيروت: دار إحياء التراث الإسلامي، ١٩٨٧
١٤٤.	ابن عابدين، محمد أمين بن عمر ١٢٥٢هـ، مجموعة رسائل ابن عابدين –بيروت: دار المعرفة –طبعة مصورة.
١٤٥.	العبادي: محمد، الجوهرة شرح متن القدوري، طبع الآستانة ١٣٠١هـ.

١٤٦.	العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد ٨٥٥هـ، البناية في شرح الهداية –بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠
١٤٧.	ابن فرموزا ملا خسرو الحنفى، درر الحكام في شرح غرر الأحكام
١٤٨.	القدوري، ٤٢٨هـ مختصر القدوري مع شرحه الجوهرة للعبادي، طبع الأستانة، ١٣١٠هـ.
١٤٩.	قرق آغاجي، سليمان، شرح الخاتمة، خاتمة مجامع الحقائق، طبع مطبعة الحاج أفندي البوسنوي، ١٢٩٩هـ.
١٥٠.	الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد الحنفي ٥٨٧هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع -بيروت: دار الكتب العلمية .
١٥١.	ابن مازه البخاري، برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر٦١٦هـ، المحيط البرهاني لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين -اعتنى بإخراجه وتقديمه نعيم أشرف نور أحمد -إسلام آباد باكستان إدا
١٥٢.	المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن على بن أبي بكر بن عبد الجليل ٥٩٣ ٠هـ، الهداية شرح بداية المبتدي -بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٠
١٥٣.	الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق عبد الكريم بن رسمي الدريني – عمان: دار الفكر للطباعة، ١٩٩٩
١٥٤.	الميداني، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الدمشقي ١٢٩٨هـ، اللباب في شرح الكتاب –بيروت: المكتبة العلمية، ١٩٩٣
١٥٥.	نجل ابن عابدين، محمد علاء الدين: قرة عيون الأخبار -مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٨٦هـ.
١٥٦.	ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم الحنفي ٩٧٠هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وشرح البحر الرائق، ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق، لمحمد أمين بن عابدين الدمشقي، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، -بيروت: دار الك
١٥٧.	ابن الهمام، محمد عبد الواحد بن عبد الحميد ٨٦١هـ، شرح فتح القدير للكمال بن الهمام مع تكملته لقاضي زاده - بيروت: دار الكتب العلمية .
١٥٨.	أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم١٨٢هـ الخراج، القاهرة: المطبعة السلفية، ١٣٨٢هـ.
	الفقه المالكي
١٥٩.	الإحسائي، عبدالعزيز حمد آل مبارك، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى اقرب المسالك للشنقيطي -دار الغرب الإسلامي الطبعة الثانية .١٩٩٥
١٦٠.	الأزهري، صالح بن عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل- بيروت: دار المعرفة، د.ت.
١٦١.	التسولي، علي بن عبد السلام ١٢٥٨هـ، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم ومعه حلى المعاصم لفكر ابن عاصم لابن محمد التاودي وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين -ط - .١.بيروت: دار الكتب العلمية
١٦٢.	ابن جزي المالكي، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ٧٤١هـ، القوانين الفقهية، دار القلم بيروت، لبنان .
١٦٣.	الحطاب، يحيى بن محمد بن محمد بن عبد الرحمن ٩٩٥هـ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لآبي عبد الله محمد بن يوسف المواق –بيروت: دار الفكر، ١٩٩٢
١٦٤.	الخرشي، محمد بن عبد الله ١١٠١هـ، حواشي الخرشي على خليل –بيروت: دار الكتب العلمية
١٦٥.	الخشني، أبو عبدالله محمد بن الحارث بن أسد القيرواني ٣٦٦هـ، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الامام مالك -تحقيق محمد المجدوب، محمد أبو الأجفان، عثمان بطيخ -تونس: الدار العربية للكتاب؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، ١٩٨٥
١٦٦.	خليل، مختصر سيدي خليل، طبع مكتبة عيسى البابي الحلبي، ١٩٣١هـ.
١٦٧.	الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوى المالكي ١٢٠١هـ، الشرح الصغير، –وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية أبوظبي
١٦٨.	الدردير، أحمد بن محمد: الشرح الكبير –القاهرة: مكتبة زهران .د.ت.
١٦٩.	الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي ١٢٣٠هـ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير -بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
١٧٠.	الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي ١٢٣٠هـ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير وبالهامش تقريرات العلامة المحقق محمد بن أحمد الملقب بعليش، خرج آياته وأحاديثه محمد عبد الله شاهين –بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٦
١٧١.	الدميري، بهرام بن عبد الله ٨٠٥هـ، الشامل في فقه الإمام مالك –القاهرة: مركز نجيبويه للمخطوطات، .٢٠٠٨

١٧٢.	ابن رشد، محمد بن أحمد ٥٩٥هـ، المقدمات الممهدات -تحقيق محمد الحجي -بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٨
١٧٣.	الزرقاني: عبد الباقي، شرح مختصر خليل، مصر ١٣٠٧هـ.
١٧٤.	الشقفة، محمد بشير، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دمشق: دار القلم، ١٩٩٩م.
١٧٥.	الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي ١٢٤١هـ، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، تأليف أحمد الصاوي، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين –بيروت: دار الكتب العلمية ١٩٩٥
١٧٦.	ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله٤٦٣هـ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكلاي-القاهرة: مكتبة ابن تيمية، ١٣٨٧هـ.
١٧٧.	ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله٤٦٣هـ، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه " الموطأ "من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، دار إحياء التراث العربي.
١٧٨.	ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله٤٦٣هـ، الكافي في فقه أهل المدينة، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٧٩
١٧٩.	العدوي، علي بن محمد المالكي، حاشية العدوي على شرح أبى الحسن لرسالة ابن أبي زيد، بيروت، دار الفكر، ١٩٩٢.
١٨٠.	عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي المغربي ١٢٩٩هـ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل – بيروت: دار الفكر، ١٩٨٩
١٨١.	ابن فرحون، إبراهيم بن علي ٧٩٩هـ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تعليق جمال مرعشلي، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٥
١٨٢.	القاضي عبد الوهاب البغدادي ٤٢٢هـ، الإشراف على مسائل الخلاف، تونس: مطبعة الإرادة.
١٨٣.	القاضي عبد الوهاب البغدادي: المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس -تحقيق حميش عبد الحق - بيروت: دار الفكر ١٩٩٥
١٨٤.	القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس ٦٨٤هـ، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام – تحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة –حلب مكتب المطبوعات الإسلامية، ١٩٩٧
١٨٥.	القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس ٦٨٤هـ، الذخيرة في فروع المالكية ؛ تحقيق وتعليق أبي إسحاق احمد عبد الرحمن –بيروت: دار الكتب العلمية ٢٠٠١
١٨٦.	الكشناوي، أبو بكر بن حسن المالكي، كان حيا ١٣٨٣هـ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، د.ت .وبيروت: دار الكتب العلمية .١٩٩٥
١٨٧.	مالك بن أنس ١٧٩هـ، المدونة الكبرى، رواية سحنون، عبد السلام بن سعد التنوخي ٢٤٠هـ -بيروت: دار الفكر.
١٨٨.	المواق: محمد بن يوسف ٨٩٧هـ، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر ببيروت ١٣٩٨هـ، الطبعة الثانية
١٨٩.	النفراوي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن٣٨٦هـ، كفاية الطالب الرباني شرح رسالة أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني -تحقيق وتعليق محمد أحمد همام –دبي: دار القلم ١٩٩٣
١٩٠.	النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا ١١٢٥هـ، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني –بيروت: دار الفكر ١٩٩٥
١٩١.	الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد بن علي التلمساني ٩١٤هـ، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب -خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي -الرباط: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ١٩٨١
	الفقه الشافعي
١٩٢.	الأنصاري، أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا المصري الشافعي ٩٢٦هـ، حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب، المهدي، عبد الرزاق غالب - .بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٦
١٩٣.	الأنصاري، زكريا بن محمد ٩٢٦هـ أسنى المطالب في شرح روض الطالب للمقري، القاهرة: المطبعة الميمنية.
١٩٤.	الأنصاري ، زكريا بن محمد بن أحمد: فتح الوهاب، دار الكتب العلمية١٤١٨هـ.
١٩٥.	البجيرمي: سليمان ١٢٢١هـ حاشية على شرح منهج الطلاب لزكريا الانصاري، القاهرة: مطبعة بولاق، ١٢٩٢هـ.
١٩٦.	البجيرمي: سليمان: تحفة الحبيب على شرح الخطيب –بيروت: دار المعرفة، ١٣٩٨هـ.
١٩٧.	الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله، ٤٧٨هـ، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق مصطفى حلمي، الاسكندرية: دار الدعوة، ١٤٠٢هـ.
١٩٨.	ابن حجر الهيتمي، أحمد بن حجر السعدي الأنصاري ٩٧٣هـ، الفتاوى الكبرى الفقهية، وبهامشه فتاوى العلامة شمس الدين محمد بن العلامة شهاب الدين الرملي -بيروت: دار الفكر.
١٩٩.	ابن حجر الهيتمي، أحمد بن حجر السعدي الأنصاري ٩٧٣هـ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج -بيروت: دار صادر، ١٩٩٨

٢٠٠.	ابن حجر الهيتمي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر المصري ٩٧٤هـ، الإعلام بقواطع الإسلام -تحقيق أحمد السايح والسيد الجميلي وبركة حمد سلمان –القاهرة: مركز الكتاب للنشر ١٩٩٧
٢٠١.	ابن حجر الهيتمي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر المصري ٩٧٤هـ، الزواجر عن اقتراف الكبائر، بيروت: دار الفكر ١٩٩٨
٢٠٢.	ابن أبي الدم، إبراهيم بن عبد الله ٦٤٢هـ، أدب القاضي وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، تحقيق أ.د . محمد مصطفى الزحيلي، دمشق: دار الفكر. ١٩٨٢
٢٠٣.	ابن أبي الدم، إبراهيم بن عبد الله ٦٤٢هـ، أدب القضاء تحقيق محيي هلال السرحان –بغداد: كطبعة الإرشاد، ١٩٨٤
٢٠٤.	الدمياطي، أبو بكر المشهور بالبكري بن محمد شطا بعد١٣٠٢هـ، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين /لزين الدين بن عبد العزيز المعبري المليباري المتوفى: ٩٨٧هـ – بيروت: دار الفكر، د.ت.
٢٠٥.	الرافعي: عبد الكريم بن محمد ٦٢٣هـ فتح العزيز شرح الوجيز ، مطبوع مع المجموع –القاهرة: المطبعة المنيرية.
٢٠٦.	الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزه المصري الأنصاري ١٠٠٤هـ، الفتاوى الخيرية، المطبعة الأميرية ١٣٠٠هـ.
٢٠٧.	الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزه المصري الأنصاري ١٠٠٤هـ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج – بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٣
٢٠٨.	الزبيدي، محمد بن محمد الحسيني١٢٠٥هـ، إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين، بيروت: دار الفكر، ١٣١١هـ
٢٠٩.	ابن السبكي: عبد الوهاب بن علي، ٧٥٦هـ الدرة المضية في الرد على ابن تيمية، دمشق: مطبعة الترقي، ١٣٤٧هـ.
٢١٠.	ابن السبكي، عبد الوهاب بن علي ٧٧١هـ، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٤م.
٢١١.	الشاشي القفال: سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تحقيق: ياسين درادكة، ط ا، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان .١٩٨٨
٢١٢.	الشافعي، أبوعبد الله محمد إدريس بن العباس بن شافع الهاشمي ٢٠٤هـ، الأم، خرج أحاديثه وعلق عليه محمود مطرجي –بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٣
٢١٣.	الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد القاهري الشافعي ٩٨٨هـ، مغني المحتاج إلى شرح معاني ألفاظ المنهاج - بيروت دار الفكر .١٩٩٨
٢١٤.	الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد القاهري الشافعي الخطيب ٩٧٧هـ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع –بيروت: دار الفكر ١٩٩٥
٢١٥.	الشيرازي، جمال الدين أبو أسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشافعي ٤٧٦هـ، المهذب في الفقه الشافعي – بيروت: دار الكتب العلمية
٢١٦.	العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم ٥٥٨هـ، البيان في مذهب الإمام الشافعي -بيروت: دار المنهاج، ٢٠٠٠
٢١٧.	الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد٥٠٥هـ، إحياء علوم الدين، طبعة كتاب الشعب .د.ت.
٢١٨.	الغزالي، حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الطوسي ٥٠٥هـ، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق على معوض وعادل عبد الموجود –بيروت: دار الأرقم، ١٩٩٨
٢١٩.	الغزالي، محمد بن محمد: الوسيط في المذهب –تحقيق أحمد محمود ومحمد محمد –القاهرة: دار السلام، ١٤١٧هـ.
٢٢٠.	قليوبي وعميرة، وأحمد البرلسي الملقب بعميرة، شهاب الدين احمد بن أحمد القليوبي، حاشيتا قليوبي وعميرة – بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ.
٢٢١.	الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي ٤٥٠هـ، أدب القاضي؛ تحقيق محي هلال السرحان - بغداد: رئاسة ديوان الأوقاف، ١٩٧٢-١٩٧١
٢٢٢.	الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي ٤٥٠هـ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق خالد عبد اللطيف السبع العلمي، بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٩٠
٢٢٣.	الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي ٤٥٠هـ، الحاوي الكبير، تحقيق عدد من الاساتذة، بيروت: دار الفكر، ١٩٩٤م.
٢٢٤.	المزني، إسماعيل بن يحيى ٢٦٤هـ ، مختصر المزني، مطبوع على هامش الأم، المطبعة الأميرية.
٢٢٥.	ابن المنذر النيسابوري، محمد بن إبراهيم، الإجماع، رأس الخيمة، الإمارات: مكتبة مكة الثقافية، ، ط٢، ١٤٢٠هـ.
٢٢٦.	ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري ٣١٩هـ، الإشراف على مذاهب أهل العلماء -حققه وقدم له أبو حماد صغير أحمد الانصاري -رأس الخيمة: مكتبة مكة الثقافية ٢٠٠٧
٢٢٧.	النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحوراني الشافعي ٦٧٦هـ، المجموع شرح المهذب للشيرازي - بيروت: دار إحياء التراث الإسلامي، ١٩٩٥

٢٢٨.	النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحوراني الشافعي ٦٧٦هـ، روضة الطالبين للنووي ومعه منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع جلال الدين السيوطي –بيروت: دار الكتب العلمية .
٢٢٩.	النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحوراني الشافعي ٦٧٦هـ، منهاج الطالبين -تحقيق وتعليق احمد الحداد –بيروت: دار البشائر الإسلامية، ٢٠٠٠

الفقه الحنبلي

٢٣٠.	البعلي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل ٧٠٩هـ ، المطلع على أبواب المقنع ومعه معجم ألفاظ الفقه الحنبلي لمحمد بشير الإدلبي –بيروت: المكتب الإسلامي، .٢٠٠٠
٢٣١.	البعلي، علي بن محمد بن عباس الحنبلي٠٨٠٣هـ، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية -بيروت: دار الفكر
٢٣٢.	البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن الحنبلي ١٠٥١هـ، الروض المربع شرح زاد المستنفع ومعه حاشيته للنجدي، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ١٣٩٢هـ ، -ط٧، .١٩٩٦
٢٣٣.	البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن الحنبلي ١٠٥١هـ، كشاف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلق عليه مصيلحي مصطفى هلال –بيروت: دار الفكر، ١٩٨٢
٢٣٤.	البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن الحنبلي، ١٠٥١هـ، شرح منتهى الإرادات، المسمى، دقائق أولي النهي لشرح المنتهى –بيروت: مؤسسة الرسالة .٢٠٠٠
٢٣٥.	ابن المنجي، المنجي بن عثمان ابن اسعد التنوخي٦٩٥هـ، الممتع في شرح المقنع –بيروت: دار خضر، ١٩٩٧
٢٣٦.	ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم ٧٢٨هـ، منهاج السنة النبوية -تحقيق محمد رشاد سالم –الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ١٩٨٦
٢٣٧.	ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم ٧٢٨هـ، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد النجدي –الرياض: دار عالم الكتب، ١٩٩١
٢٣٨.	ابن تيمية، مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله ٦٥٢هـ المحرر في الفقه الحنبلي، الرياض: مكتبة المعارف، ط .٢
٢٣٩.	الخرقي ٣٣٤هـ مختصر الخرقي، مع شرحه المغني ، دمشق .
٢٤٠.	الزحيلي، وهبه: الفقه الحنبلي الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة –دمشق: دار القلم ١٩٩٧
٢٤١.	الشطي، حسن بن عمر بن معروف الحنبلي ١٢٧٤هـ، السيوطي، مصطفى بن سعد بن عبده ١٢٤٣هـ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى وتجريد زوائد الغاية والشرح –دمشق: المكتب الإسلامي، ٢٠٠٠
٢٤٢.	ابن ضويان: إبراهيم بن محمد، ١٣٥٣هـ منار السبيل في شرح الدليل، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٣٩٩هـ.
٢٤٣.	القاري، أحمد بن عبد الله المتوفى ١٣٠٩هـ مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل -دراسة وتحقيق عبد الوهاب أبو سليمان، محمد إبراهيم محمد علي، مطبوعات تهامة، ١٤٠١هـ، ١٩٨١م.
٢٤٤.	ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد ٦٢٠هـ، الكافي في فقه الإمام أحمد، حققه وعلق عليه محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعدني –بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٤
٢٤٥.	ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد ٦٢٠هـ، المغني ويليه الشرح الكبير، بيروت، دار الكتاب العربي، ١٩٨٣
٢٤٦.	ابن قدامة: موفق الدين عبد الله بن أحمد ٦٢٠هـ المقنع في فقه إمام السنة مع الحاشية، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٠هـ.
٢٤٧.	ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي ٧٥١هـ، بدائع الفوائد -الرياض: مؤسسة سليمان بن عبد العزيز الراجحي الخيرية؛ مكة المكرمة: دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع ٢٠٠٤
٢٤٨.	ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب سعد الدمشقي ٧٥١هـ، إعلام الموقعين عن رب العالمين، بيروت: دار الفكر، ١٩٩٧
٢٤٩.	ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب سعد الدمشقي ٧٥١هـ، إغاثة اللهفان في طلاق الغضبان، القاهرة: مصطفى البابي الحلبي.
٢٥٠.	ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب سعد الدمشقي ٧٥١هـ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مراجعة وتعليق بهيج غزاوي، -بيروت: دار إحياء العلوم.
٢٥١.	ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب سعد الدمشقي ٧٥١هـ، زاد المعاد في هدى خير العباد -حقق نصوصه، وخرج أحاديثه، وعلق عليه شعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط –بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٩٨
٢٥٢.	المرداوي، علي بن سليمان بن أحمد ٨٨٥هـ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن الشافعي –بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٧
٢٥٣.	ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، بيروت: المكتب الإسلامي، .١٩٨٢
٢٥٤.	ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني٧٦٣هـ، الفروع لابن مفلح ويليه

	تصحيح الفروع لابي الحسن المرداوي، اشرف على مراجعتها عبد اللطيف السبكي –بيروت: عالم الكتب، ١٩٨٢
٢٥٥.	المقدسي: بهاء الدين عبد الرحمن، العدة في شرح العمدة، القاهرة: المطبعة السلفية.
٢٥٦.	المقدسي: مرعي بن يوسف ١٠٣٣هـ ، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، دمشق: المكتب الإسلامي، ١٣٨٠هـ.
٢٥٧.	المقدسي، شرف الدين، ٩٦٨هـ الإقناع لطالب الانتفاع، القاهرة: ١٣٥١هـ.
٢٥٨.	ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوحي ٩٧٢هـ - منتهى الإرادات -بيروت: عالم الكتب، ١٩٩٦.
٢٥٩.	ابن النجار، محمد بن أحمد٩٧٢هـ، معونة أولي النهى شرح المنتهى، منتهى الإرادات، دراسة وتحقيق عبد الملك بن دهيش-ط- ٣بيروت: دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٨
٢٦٠.	أبو يعلى الفراء، محمد بن الحسين ٤٥٨هـ، الأحكام السلطانية -ط -. ٢.القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٩٦٦
٢٦١.	أبو يعلى الفراء، محمد بن الحسين ٤٥٨هـ، العدة في أصول الفقه –تحقيق أحمد بن علي سير مباركي، بيروت: مؤسسة الرسالة
	الفقه الظاهري والزيدي والإباضي والجعفري
٢٦٢.	ابن حزم، علي بن أحمد٤٥٦هـ، المحلى بالآثار، تحقيق احمد محمد شاكر –بيروت: دار الفكر.
٢٦٣.	ابن حزم، علي بن أحمد٤٥٦هـ، مراتب الإجماع، مكتبة القدسي، ١٣٥٧هـ.
٢٦٤.	أطفيش، محمد بن يوسف بن عيسى، شرح النيل وشفاء العليل،]مسقط:[وزارة التراث القومي والثقافة، ١٩٨٦
٢٦٥.	الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ٦٧٦هـ المختصر النافع في فقه الامامية .تحقيق عبد المحسن عبد الله السراوي، مؤسسة البلاغ، ٢٠٠٤هـ.
٢٦٦.	الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام مع شرحه جواهر الكلام، إيران، طبع حجر ١٣٠٢هـ.
٢٦٧.	الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني الصنعاني ١٢٥٠هـ، الدرر البهية مع الروضة البهية، القاهرة: المطبعة المنيرية، د.ت.
٢٦٨.	الصنعاني، شرف الدين الحسين الحيمي١٣٢١هـ، الروض النضير، مطبعة السعادة ١٣٤٩هـ.
٢٦٩.	العاملي، محمد بن جمال الدين مكي٧٨٦هـ: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، تحقيق عبد الله السبتي، القاهرة ١٩٦٠.
٢٧٠.	العنسي، أحمد بن قاسم، التاج المذهب لأحكام المذهب –القاهرة: مطبعة الحلبي، ١٩٣٨م.
٢٧١.	القنوجي: صديق خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية، القاهرة: المطبعة المنيرية، د.ت.
٢٧٢.	الكليني، ٣٢٩هـ الكافي، دار الكتب الإسلامية طهران الطبعة الثالثة ١٣٨٨هـ .
٢٧٣.	المرتضى٨٤٠هـ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، القاهرة: مطبعة الخانجي، ١٩٤٨م.
٢٧٤.	ابن مفتاح: عبد الله ٨٧٧هـ، المنتزع المختار، القاهرة: ١٣٣٢هـ.
	الفقه المقارن
٢٧٥.	ابن رشد، محمد بن أحمد ٥٩٥هـ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد -الرباط: المكتب الثقافي السعودي بالمغرب، ١٩٩٨. وطبعة أخرى في جزئين طبع دار الكتب العربية ١٣٣٥هـ.
٢٧٦.	الزحيلي، وهبة مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته –دمشق: دار الفكر ٢٠٠٠
٢٧٧.	عودة، عبد القادر ١٣٧٤هـ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي –بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٩٨
٢٧٨.	ابن هبيرة، عون الدين أبو المظفر يحيى بن هبيرة بن محمد الذهلي الشيباني٥٦٠هـ، الإفصاح عن معاني الصحاح في الفقه على المذاهب الأربعة -تحقيق عبد الله محمد حسن اسماعيل –بيروت: دار الكتب العلمية ١٩٩٦
٢٧٩.	وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية –الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية .
	أصول الفقه
٢٨٠.	الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسين٧٧٢هـ، نهاية السول في شرح منهاج الأصول، تحقيق شعبان محمد إسماعيل-بيروت: دار ابن حزم، ١٩٩٩
٢٨١.	الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد ٦٣١هـ، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق د .سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية١٩٨٦ -، وطبعة دار ابن حزم -بيروت، بتعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي .
٢٨٢.	ابن أمير الحاج، محمد بن محمد ٨٧٩هـ، التقرير والتحبير شرح التحرير في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية، تحقيق مكتب البحوث والدراسات –بيروت: دار الفكر، ١٩٩٦
٢٨٣.	أمير بادشاه الحسيني، محمد أمين الحنفي، نحو ٩٧٢هـ، تيسير التحرير شرح على كتاب التحرير في اصول الفقه

	الجامع بين إصطلاحي الحنفية والشافعية /لكمال الدين الشهير بابن الهمام ، بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت.
٢٨٤.	الباني، محمد سعيد، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، الطبعة الأولى ١٩٨١
٢٨٥.	البخاري، علاء الدين بن عبد العزيز ٧٣٠هـ، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ضبط وتعليق وتخريج محمد المعتصم البغدادي ط-٣بيروت: دار الكتاب العربي، .١٩٩٧
٢٨٦.	البدخشي، محمد بن الحسن، مناهج العقول على منهاج الوصول على منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥م.
٢٨٧.	ابن بدران، عبد القادر القدومي الدمشقي الحنبلي ، نزهة الخاطر العاطر شرح كتاب روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة-بيروت: دار الحديث؛ رأس الخيمة: مكتبة الهدى، ١٩٩١
٢٨٨.	البناني، عبد الرحمن بن جاد الله ١١٩٨هـ، حاشية العلامة البنانى على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي على متن جمع الجوامع للسبكي، وبهامشها تقرير شيخ الاسلام عبد الرحمن الشربيني-ط - ٢القاهرة: عيسى البابي الحلبي، .١٩٣٧
٢٨٩.	البيضاوي، عبد الله بن عمر: منهاج الوصول إلى علم الاصول –تحقيق سليم شعبانية –دمشق: جانية للطباعة والنشر، ١٩٨٩
٢٩٠.	التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله الهروي الخرساني ٧٩٣هـ، التلويح على التوضيح، محمد عدنان درويش -بيروت: دار الأرقم بن أبي الأرقم للنشر والتوزيع، ١٩٩٨
٢٩١.	الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ٤٧٨ هـ، البرهان في أصول الفقه، حققه وقدمه ووضع فهارسة عبد العظيم الديب -ط - .٤المنصورة مصر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع
٢٩٢.	ابن الحاجب، جمال الدين عثمان بن عمر ٥٧١هـ، منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل -القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٢٦هـ.
٢٩٣.	ابن دقيق العيد، تقي الدين محمد بن علي بن وهب٧٠٢هـ، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، القاهرة: إدارة الطباعة المنيرية، ١٣٤٠هـ.
٢٩٤.	الدوسري، لمسلم بن محمد: عموم البلوى -رسالة ماجستير–الرياض: مكتبة الرشد، .١٤٢٠
٢٩٥.	الرازي: فخر الدين محمد بن الحسين٦٠٦هـ المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر العلواني، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود، ١٣٩٩هـ.
٢٩٦.	الزركشي، محمد بن بهادر ٧٩٤هـ، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير: عبد القادر العتمي، وعبد الستار أبوغدة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٩٧٨
٢٩٧.	الزنجاني، شهاب الدين أبو المناقب محمود بن أحمد محمود ٦٥٦هـ، تخريج الفروع على الأصول –تحقيق الدكتور محمد أديب الصالح –بيروت: مؤسسة الرسالة ١٩٨٢
٢٩٨.	السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل الحنفي ٤٨٣هـ، أصول السرخسي، تحقيق: أبي الوفا الأفغاني، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ .
٢٩٩.	الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي٧٩٠هـ، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق محمد عبد القادر الفاضلي، -بيروت: المكتبة العصرية.
٣٠٠.	الشافعي، أبوعبد الله محمد إدريس بن العباس بن شافع الهاشمي ٢٠٤هـ، الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر –بيروت: دار الكتب العلمية
٣٠١.	الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني الصنعاني ١٢٥٠هـ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول -بيروت: دار الكتب العلمية
٣٠٢.	الشيرازي، جمال الدين أبو أسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشافعي ٤٧٦ هـ، اللمع، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثالثة، ١٣٧٧هـ
٣٠٣.	الصالح، محمد أديب، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي –مؤسسة الرسالة .
٣٠٤.	صدر الشريعة، عبيد الله بن مسعود: التوضيح شرح التنقيح ومعه التلويح على التوضيح للتفتازاني –بيروت: دار الأرقم بن أبي الأرقم، ١٤١٩هـ.
٣٠٥.	الطوفي، سليمان بن عبد القوي الصرصري٧١٦هـ شرح مختصر الروضة –تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي- مؤسسة الرسالة، ١٩٩٠
٣٠٦.	عضد الدين الأيجي، عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار عضد الدين الشيرازي الشافعي ٧٥٦هـ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٨٣م.
٣٠٧.	العطار، حسن، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي لجمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ .
٣٠٨.	الغزالي، محمد بن محمد بن محمد ٥٠٥هـ، المستصفى من علم الأصول -ط - ٢بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٠
٣٠٩.	ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد ٦٢٠هـ، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن

	حنبل، قدم له وحققه وعلق عليه عبد الكريم بن علي النملة-ط -٤.الرياض: مكتبة الرشد، ١٩٩٥.
٣١٠.	القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس ٦٨٤هـ، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول -ط١.، جديدة منقحة ومصححه - .بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٧.
٣١١.	الكرخي: عبيد الله بن الحسين، ٣٤٠هـ، أصول الكرخي، ضمن كتاب تأسيس النظر.
٣١٢.	اللكنوي، عبد العلي محمد بن نظام الدين الانصاري ١٢٢٥هـ، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في فروع الحنفية لمحب الله بن عبد الشكور البهاري –بيروت: دار إحياء التراث الإسلامي ١٩٩٨
٣١٣.	المحبوبي: عبيد الله بن مسعود٧٤٧هـ التلويح في كشف حقائق التنقيح، استانبول: مكتب صنايع، ١٣١٠هـ.
٣١٤.	المحلي: شمس الدين محمد بن أحمد ٨٦٤هـ شرح المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي، بيروت: دار الفكر، د.ت.
٣١٥.	ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني٧٦٣هـ، أصول ابن مفلح، تحقيق: د .فهد بن محمد السدحان، مكتب العبيكان، الرياض .
٣١٦.	ابن النجار، محمد بن أحمد، شرح الكوكب المنير، تحقيق محمد الزحيلي، ونزيه حماد، كلية الشريعة بمكة، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٠م.
٣١٧.	النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد ٧١٠هـ، كشف الأسرار شرح المنار، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ.
٣١٨.	النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحوراني الشافعي ٦٧٦هـ، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، بعناية بسام عبد الوهاب الجابي-ط -. ١ .دمشق: دار الفكر، ١٩٨٨.
٣١٩.	ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد: التحرير في أصول الفقه ومعه تيسير التحرير لأمير باد شاه –بيروت: دار الكتب العلمية.
٣٢٠.	الهندي، صفي الدين، الفائق في أصول الفقه، تحقيق علي بن عبدالعزيز العميريني .
	اللغة والمعاجم والمصطلحات
٣٢١.	ابن الأثير، مجد الدين المبارك بن محمد ٦٠٦هـ، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر الزاوي، ومحمود الطناحي، دار الفكر، بيروت.
٣٢٢.	الأزهري، أبو منصور محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقيق عبد العظيم محمود، الدار المصرية للتأليف والترجمة، د.ت.
٣٢٣.	الجرجاني، الشريف أبو الحسن علي بن محمد بن علي السيد الزين الحسيني الحنفي ٨١٦هـ، التعريفات -حققه وقدم له ووضع فهارسه ابراهيم الأبياري –بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٩٨
٣٢٤.	ابن جني، أبو الفتح عثمان الموصلي البغدادي ٣٩٢هـ، الخصائص –بيروت: دار الكتاب العربي ١٩٥٢
٣٢٥.	الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة الثانية، ١٩٧٩م.
٣٢٦.	أبوجيب، سعدي، القاموس الفقهي –دمشق: دار الفكر، ١٩٨٢ ودمشق: دار الفكر، ط.٢.١٩٩٣.
٣٢٧.	خياط: يوسف، معجم المصطلحات العلمية والفنية، بيروت: دار لسان العرب .د.ت.
٣٢٨.	الرازي، زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر ٦٦٦هـ، مختار الصحاح –بيروت: دار الفكر العربي، ١٩٩٧
٣٢٩.	الراغب الاصبهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد ٥٠٦هـ المفردات في غريب القرآن، تحقيق وضبط محمد سيد كيلاني، لبنان: دار المعرفة.
٣٣٠.	رواس قلعه جي، محمد، معجم لغة الفقهاء، بيروت: دار النفائس، ١٤٠٨هـ.
٣٣١.	السيوطي، جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد ٩١١هـ، الأشباه والنظائر في النحو -بيروت مؤسسة الرسالة، ١٩٨٥
٣٣٢.	ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب ٣٩٥هـ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الكتب العلمية، بيروت .
٣٣٣.	الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الشافعي ٨١٧هـ، القاموس المحيط –بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٨٢
٣٣٤.	الفيومي المقري، أحمد بن محمد بن علي الحموي٧٧٠هـ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير –بيروت: المكتبة العلمية.
٣٣٥.	القونوي، قاسم بن عبد الله٩٧٨هـ، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد عبد الرزاق الكبيسي، جدة: دار الوفاء، ١٤٠٦هـ.
٣٣٦.	الكفوي: أبو البقاء أيوب بن موسى ١٠٩٤هـ ، الكليات، دمشق: منشورات وزارة الثقافة١٩٨١ .م.
٣٣٧.	المجددي، السيد عميم الإحسان البركتي، التعريفات الفقهية، ضمن كتاب قواعد الفقه، باكستان: مطبوعات لجنة الثقافة والنشر، ١٤٠٧هـ.
٣٣٨.	المرتضى الزبيدي، أبو الفيض محمد بن محمد بن محمد بن الرزاق الحسيني ١٢٠٥هـ، تاج العروس من جواهر

	القاموس – بيروت: دار الفكر، ١٩٩٤
٣٣٩.	مصطفى، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط –القاهرة: مجمع اللغة العربية، بيروت: دار إحياء التراث.
٣٤٠.	المطرزي: أبو الفتح ناصر بن عبد السيد ٦١٦هـ المغرب في ترتيب المعرب، بيروت: دار الكتاب العربي.
٣٤١.	ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري٧١١هـ، لسان العرب –بيروت: دار صادر، ١٩٩٤
٣٤٢.	النسفي، نجم الدين عمر بن محمد٥٣٧هـ طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، تحقيق خليل الميس-بيروت: دار القلم، ١٤٠٦هـ
٣٤٣.	النووي، يحيى بن شرف٦٧٧هـ تحرير ألفاظ التنبيه أو لغة الفقهاء، تحقيق عبد الغني الدقر، دمشق: دار القلم، ١٤٠٨هـ.
٣٤٤.	وهبة، مراد وهبة: المعجم الفلسفي –القاهرة: دار قباء –ط١٩٩٨ -٤م.
	التاريخ والرجال والطبقات والتراجم
٣٤٥.	ابن الأثير الجزري، علي بن محمد ٦٣٠هـ، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق عادل أحمد الرفاعي -بيروت: دار احياء التراث العربي، ١٩٩٦.
٣٤٦.	الإسنوي، جمال الدين أبو محمد عبد الرحيم بن الحسن٧٧٢هـ، طبقات الشافعية، تحقيق عبد الله الجبوري، الرياض: دار العلوم للطباعة والنشر، ١٤٠١هـ.
٣٤٧.	البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، ٢٥٦هـ، التاريخ الكبير، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٧هـ.
٣٤٨.	البغدادي، عبد القادر بن عمر ١٠٩٣هـ خزانة الأدب ولب لباب العرب، تحقيق عبد السلام هارون -الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٩هـ.
٣٤٩.	ابن تغري بردي، يوسف الظاهري ٨٧٤هـ، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة -القاهرة: المؤسسة المصرية العامة
٣٥٠.	التنبكي، أحمد بابا، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، إشراف وتقديم عبد الحميد الهدامة - .ط - .١طرابلس ليبيا: كلية الدعوة الإسلامية، ١٩٨٩
٣٥١.	ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي البغدادي الحنبلي، ٥٩٧-٥٠٨هـ، مناقب الإمام أحمد بن حنبل -تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي –دار هجر، د.ت.
٣٥٢.	ابن أبي حاتم الرازي، لأبي محمد عبد الرحمن، الجرح والتعديل: دائرة المعارف العثمانية، الهند، ١٣٧٢هـ.
٣٥٣.	حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله ١٠٦٧هـ، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون -بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٢.
٣٥٤.	ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد بن علي الكناني٨٥٢هـ، الإصابة في تمييز الصحابة -بيروت: دار الفكر.
٣٥٥.	ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد بن علي الكناني٨٥٢هـ، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، ضبطه وصححه عبد الوارث محمد علي -بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٧
٣٥٦.	ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد بن علي الكناني٨٥٢هـ، تهذيب التهذيب، صدقي محمد جميل العطار - بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٥.
٣٥٧.	ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد بن علي الكناني٨٥٢هـ، لسان الميزان، مؤسسة الأعلمي، بيروت، ط -٢ ١٣٩٠هـ.
٣٥٨.	ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي٨٥٢هـ تقريب التهذيب، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، القاهرة: دار الكتاب العربي، ١٣٨٠هـ.
٣٥٩.	الخطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الشافعي ٤٦٣هـ، تاريخ بغداد أو مدينة السلام منذ تأسيسها حتى سنة ٤٦٣هـ -بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
٣٦٠.	ابن خلدون، المقدمة -بيروت: دار إحياء التراث العربي.
٣٦١.	ابن خلكان، أحمد بن محمد، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان؛ حققه إحسان عباس -بيروت،]لبنان:[دار صادر، ١٩٦٩-١٩٧٧
٣٦٢.	الداودي، شمس الدين محمد بن علي٩٤٥هـ طبقات المفسرين، تحقيق علي محمد عمر، القاهرة: مكتبة وهبة، ١٣٩٢هـ.
٣٦٣.	الذهبي، شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان الشافعي ٧٤٨هـ، تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، تحقيق عمر تدمري -ط - .٣بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٩٤
٣٦٤.	الذهبي، شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان الشافعي ٧٤٨هـ، تذكرة الحفاظ -بيروت: دار الكتب العلمية.
٣٦٥.	الذهبي، محمد بن أحمد٧٤٨هـ، سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرناؤوط وحسين الأسد، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٢هـ.
٣٦٦.	الذهبي، محمد بن أحمد٧٤٨هـ، ميزان الاعتدال في نقد الرجال -تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت.
٣٦٧.	ابن رجب الحنبلي، عبد الرحمن بن أحمد ٧٩٥هـ، ذيل طبقات الحنابلة، القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، ١٩٥٢م.

٣٦٨.	الزحيلي، محمد، العز بن عبد السلام -دمشق: دار القلم، ١٤١٢هـ.
٣٦٩.	الزركلي، خيرالدين، الأعلام: قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين -ط -. ٥ . بيروت: دار العلم للملايين، ١٩٨٠
٣٧٠.	أبو زهرة: ابن حزم الأندلسي -حياته وعصره -ط ٢، دار الفكر العربي، القاهرة .١٩٥٣
٣٧١.	أبو زهرة، محمد ١٣٩٤هـ، أبو حنيفة حياته وعصره وآراؤه وفقهه -القاهرة دار الفكر العربي ١٩٩٧
٣٧٢.	أبو زهرة، محمد: مالك حياته وعصره آراؤه الفقهية -القاهرة دار الفكر العربي ١٩٩٧
٣٧٣.	ابن السبكي، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي ٧٧١هـ، طبقات الشافعية الكبرى؛ تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، محمود محمد الطناحي –القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، .١٩٧٩-١٩٦٤
٣٧٤.	السخاوي، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر٩٠٢هـ، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع -بيروت: دار مكتبة الحياة
٣٧٥.	سركيس، يوسف الياس، معجم المطبوعات العربية والمعربة -القاهرة: مطبعة سركيس.
٣٧٦.	ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع الزهري٢٣٠هـ، الطبقات الكبرى -ط جديدة - .بيروت: دار إحياء التراث الإسلامي
٣٧٧.	السيوطي، جلال الدين ابو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد الحضيري٩١١هـ، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، القاهرة: عيسى البابي الحلبي، ١٩٦٧
٣٧٨.	السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر ٩١١هـ بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، بيروت: دار الفكر، ١٣٩٩هـ.
٣٧٩.	ابن شاس المالكي، جلال الدين عبد اله بن نجم، ٦١٦هـ ، عقد الجواهر الثمينة، تحقيق محمد أبو الأجفان وعبد الحفيظ منصور –بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤١٥هـ.
٣٨٠.	الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني الصنعاني ١٢٥٠هـ، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ويليه الملحق التابع للبدر الطالع؛ جمع محمد بن محمد بن يحيي بن زبارة الصنعاني؛ وضع حواشيه خليل المنصور- بيروت: دار الكتب العلمية
٣٨١.	الشيرازي، جمال الدين أبو أسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشافعي ٤٧٦هـ، طبقات الفقهاء، تحقيق الدكتور إحسان عباس، بيروت١٩٨١م.
٣٨٢.	طاش كبري زاده، عصام الدين أبو الخير أحمد بن مصلح الدين٩٦٨هـ طبقات الفقهاء -نشر وتعليق أحمد نيلة-د.ن.
٣٨٣.	ابن عبد البر: الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء –بيروت: دار الكتب العلمية
٣٨٤.	ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله٤٦٣هـ، الاستيعاب في معرفة الأصحاب؛ تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود؛ قدم له وقرظه محمد عبد المنعم البري وجمعة طاهر النجار، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٥
٣٨٥.	ابن عدي، أبو أحمد عبد الله الجرجاني، الكامل في ضعفاء الرجال -دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٥ه.
٣٨٦.	ابن العماد الحنبلي، عبد الحي بن أحمد بن محمد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب -بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، .١٩٩٤
٣٨٧.	ابن فرحون، إبراهيم بن علي ٧٩٩هـ، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب؛ تحقيق محمد الأحمدي أبو النور -القاهرة،]مصر:[دار التراث، إيداع .١٩٧٢
٣٨٨.	الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب٨١٧هـ، البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة، تحقيق محمد المصري، الكويت: جمعية إحياء التراث الإسلامي، ١٤٠٧هـ.
٣٨٩.	ابن قاضي شهبة، تقي الدين أبو بكر أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الدمشقي ٨٥١هـ ، طبقات الشافعية -اعتنى بتصحيحه وعلق عليه الحافظ عبد العليم خان -بيروت عالم الكتب ١٩٨٧
٣٩٠.	ابن قطلوبغا، القاسم بن عبد الله الجنالي المصري ٨٧٩هـ، تاج التراجم في طبقات الحنفية، حققه محمد خير يوسف - ط-١دمشق: دار القلم، ١٩٩٢
٣٩١.	ابن كثير، إسماعيل بن عمر ٧٧٤هـ، البداية والنهاية، وثقه علي محمد معوض واحمد عبد الموجود، وضع حواشيه أحمد ملحم وعلي نجيب عطوى وفؤاد السيد ومهدي ناصر الدين -بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٧
٣٩٢.	كحالة، عمر رضا، معجم المؤلفين-بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، .١٩٩٣
٣٩٣.	اللكنوي، أبو الحسنات محمد عبد الحي بن محمد عبد الحليم بن محمد أمين الأنصاري الأيوبي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، وعليه التعليقات السنية على الفوائد البهية ويليه طرب الأماثل بتراجم الأفاضل، اعتنى به أحمد الزعبي، - بيروت: دار الأرقم
٣٩٤.	المحبي، محمد أمين بن فضل الله بن محب الله بن محمد الحموي الدمشقي ١١١١هـ، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر -القاهرة: دار الكتاب الإسلامي
٣٩٥.	مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية -القاهرة: المطبعة السلفية، ١٩٣١-١٩٣٠م
٣٩٦.	المرادي، أبو الفضل محمد خليل بن علي بن محمد بن محمد مراد الحسيني ١٢٠٦هـ، سلك الدرر في أعيان القرن

	الثاني عشر -ط -٣بيروت: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٨٨
٣٩٧.	المزي، جمال الدين، تهذيب الكمال: تحقيق بشار عواد -بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى.
٣٩٨.	النباهي، أبو الحسن علي بن عبد الله المالقي المالكي ٧٣٩هـ، تاريخ قضاة الأندلس، القاهرة، دار الكتاب المصري، بدون تاريخ.
٣٩٩.	أبو نعيم الأصبهاني، أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الصوفي ٤٣٠هـ، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء -ط - .٤بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٨٥
٤٠٠.	النووي، يحيى بن شرف ٦٧٦هـ تهذيب الأسماء واللغات، تصوير عن طبعة إدارة الطباعة المنيرية ببيروت.
٤٠١.	ابن هداية الله، أبو بكر بن هداية الله، ١٠١٤هـ طبقات الشافعية، تحقيق عادل نويهض -بيروت: دار الآفاق الجديدة، ١٩٧٩م.
٤٠٢.	ابن أبي الوفاء القرشي، محيي الدين أبو محمد عبد القادر ٧٧٥هـ، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق عبد الفتاح الحلو -ط - .٢.القاهرة: هجر للطباعة والنشر، ١٩٩٣
٤٠٣.	وكيع بن خلف بن حيان، أخبار القضاة، صححه وعلق عليه عبد العزيز مصطفى المراغي، القاهرة، مطبعة الاستقامة، ١٩٤٧
٤٠٤.	ابن أبي يعلي، أبو الحسين محمد بن محمد بن الحسين بن محمد٥٢٦هـ، طبقات الحنابلة، تحقيق عبد الرحمن العثيمين - الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، ١٩٩٩
	الأحوال الشخصية
٤٠٥.	الأبياني، محمد زيد: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية -تحقيق محمد خالد جمال رستم -بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، .٢٠٠٦
٤٠٦.	الأشقر، عمر سليمان: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني –عمان: دار النفائس.
٤٠٧.	بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون - بيروت دار النهضة العربية .١٩٦٧
٤٠٨.	البصري، عارف: نفقات الزوجة في التشريع الإسلامي، ط ا، المطبعة الإسلامية الحديثة، ١٩٨١
٤٠٩.	حسب الله، علي، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب بحث يتضمن ما ينبغي أن يكون في هذا الموضوع من إصلاح في حدود الفقه الإسلامي -القاهرة دار الفكر العربي.
٤١٠.	الحفناوي، محمد إبراهيم، الطلاق، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، ط٢، ٢٠٠٥م.
٤١١.	الخطيب: ياسين بن ناصر، ثبوت النسب .جامعة الملك عبدالعزيز -كلية الشريعة بمكة المكرمة، رسالة ماجستير.
٤١٢.	الخفيف، علي، محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الإسلامية-جامعة الدول العربية-معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٨
٤١٣.	خلاف، عبد الوهاب: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية –دبي: دار القلم.
٤١٤.	ذياب، زياد صبحي: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض التعسفي، عمان: دار الينابيع .١٩٩٢
٤١٥.	الزحيلي، محمد: التعويض المالي عن الطلاق -دمشق: دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٨
٤١٦.	أبو زهرة، محمد ١٣٩٩هـ، الأحوال الشخصية –مطبعة مخيمر، ١٩٥٧
٤١٧.	أبو زهرة، محمد: محاضرات في عقد الزواج وآثاره -القاهرة دار الفكر العربي ١٩٧١
٤١٨.	زيدان، عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، بيروت مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٠
٤١٩.	السباعي، مصطفى، شرح قانون الشخصية المعمول به في الإقليم الشمالي من الجمهورية العربية المتحدة –مطبعة جامعة دمشق، ١٩٥٨
٤٢٠.	السرطاوي، محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، عمان الأردن دار الفكر ٢٠١٠
٤٢١.	السرطاوي، محمود علي، فقه الأحوال الشخصية الزواج والطلاق -عمان الأردن دار الفكر ٢٠٠٨
٤٢٢.	شقفة، محمد فهر: شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود –تقديم محمد الشماع –د.ن١٩٧٩.م.
٤٢٣.	شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري -بيروت الدار الجامعية .١٩٨٣
٤٢٤.	الشماع، محمد توفيق ١٤١٥هـ، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث –دمشق: دار القلم، ١٩٩٥
٤٢٥.	الصابوني، عبد الرحمن: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية -دمشق: دار الفكر، .١٩٦٨
٤٢٦.	الصابوني، عبد الرحمن، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دوله الإمارات العربية المتحدة -دبي الإمارات العربية المتحدة دار القلم .١٩٩٣
٤٢٧.	الصابوني، عبد الرحمن، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام -القاهرة مكتبة وهبة .١٩٨٣
٤٢٨.	الصابوني، عبدالرحمن، أحكام الزواج فى الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة -الكويت

	مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع .١٩٨٧
٤٢٩.	عبد الحميد، محمد محيي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، بيروت دار الكتاب العربي ١٩٨٤
٤٣٠.	العتر، نورد الدين، أبغض الحلال دراسة لتشريع الطلاق في إطار واقعه عند الأمم في القديم والحديث واصلاحات الإسلام وحكمته من تشريع ونقض شبهات المستغربين -بيروت مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع .١٩٨٥
٤٣١.	العمروسي، أنور، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين النصوص والفقه ومبادئ القضاء -الإسكندرية مصر دار الفكر الجامعي .٢٠٠٠
٤٣٢.	الغندور، أحمد: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت - الكويت: مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ٢٠٠١
٤٣٣.	الغندور، أحمد: الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون –دار المعارف، ١٩٩٨
٤٣٤.	قدري باشا، محمد، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان -عناية بسام عبد الوهاب الجابي -بيروت دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع .٢٠٠٧
٤٣٥.	القدومي، عبير ربحي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عمان الأردن دار الفكر .٢٠٠٧
٤٣٦.	الكردي، أحمد الحجي: فسخ الزواج، اليمامة للنشر، بيروت.
	الأحكام والاجتهادات القضائية
٤٣٧.	أبو جيب، سعدي: التذكرة في القضاء الشرعي، دمشق: دار الفارابي، ٢٠٠٣هـ.
٤٣٨.	داود، أحمد: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية -مكتبة دار الثقافة، عمان١٩٩٩ .
٤٣٩.	شمس، محمود زكي: الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية –دمشق: مطبعة الداودي، .٢٠٠٣
٤٤٠.	ضاحي، عزة: المبادىء القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية من ١٩٥٣-١٩٧٦سلسلة الاجتهاد القضائي في ربع قرن -د.ن١٩٧٨ . –
٤٤١.	طعمة، شفيق: مجموعة المبادئ القانونية للهيئة العامة لمحكمة النقض
٤٤٢.	عمرو، عبدالفتاح: القرارات القضائية: في الأحوال الشخصية ١٩٩٠ -، دار الايمان، عمان.
٤٤٣.	قره، فتحية محمود، مجموعة القواعد والأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في الأحوال الشخصية -دبي: محاكم دبي، ٢٠١٠
٤٤٤.	مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية منذ عام ١٩٥٣حتى عام – ١٩٦٩ المكتب الفني بمحكمة النقض -وزارة العدل –سوريا ، ١٩٧٠
٤٤٥.	المحكمة الاتحادية العليا الإمارتية، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المواد المدنية والتجارية والشرعية المدنية والأحوال الشخصية، بالتعاون مع كلية الشريعة في جامعة الإمارات-العين: جامعة الإمارات العربية المتحدة، .١٩٩٨
٤٤٦.	المحكمة الاتحادية العليا، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الدستورية منذ إنشائها وحتى سنة – ١٩٩٠ط١٩٩٧-١
٤٤٧.	ندا ، أشرف، الدليل في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين وفقا للمبادئ التي أرستها احكام محكمة النقض - الإسكندرية مصر: المكتب الفني للموسوعات القانونية.١٩٩٧
	كتب متنوعة معاصرة
٤٤٨.	إبراهيم، أحمد إبراهيم، طرق القضاء في القضاء في الشريعة الإسلامية –القاهرة: المطبعة السلفية، ١٣٤٧هـ.
٤٤٩.	أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون–عمان: دار النفائس، ٢٠٠٠
٤٥٠.	جماعة من الأطباء: المرشد الطبي الحديث -المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، ١٩٩٩
٤٥١.	جميعي، عبد الباسط، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد والقوانين المعدلة، محمد محمود إبراهيم -القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٨
٤٥٢.	الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي –بيروت: مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨
٤٥٣.	الدريني، فتحي، النظريات الفقهية –دمشق: جامعة دمشق، ١٩٨٠م.
٤٥٤.	رضا: رشيد، دروس سنن الكائنات -مطبعة المنار.
٤٥٥.	الزحيلي، محمد مصطفى، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية والأنظمة والقوانين في سورية والسعودية والإمارات العربية -ط - .٢.بيروت: دار الفكر المعاصر، ٢٠٠٢
٤٥٦.	الزحيلي، محمد، النظريات الفقهية، دمشق: دار القلم، ١٤١٤هـ.
٤٥٧.	الزحيلي، وهبة مصطفى، جهود تقنين الفقه الإسلامي -بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٨٧
٤٥٨.	الزحيلي، وهبة مصطفى، نظرية الضرورة الشرعية: مقارنة مع القانون الوضعي –دمشق: دار الفكر، ٢٠٠٠
٤٥٩.	الزرقا، مصطفى بن أحمد ١٤١٩هـ، المدخل الفقهي العام -دمشق: دار القلم، ١٩٩٨

٤٦٠.	أبو زهرة، محمد، تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية -القاهرة دار الفكر العربي ١٩٧٠
٤٦١.	السباعي، مصطفى، السنة ومكانتها في التشريع، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٩٩٨م.
٤٦٢.	سلامة، أحمد، المدخل لدراسة القانون –دار النهضة العربية، ١٩٧٨
٤٦٣.	الشامسي، جاسم، تفسير قانون المعاملات المدنية وتأويله وفقا لمنهج أصول الفقه والقواعد الفقهية -العين: جامعة الامارات العربية المتحدة، ٢٠٠١
٤٦٤.	شلبي، مصطفى، المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي، مصر: مطبعة دار التأليف، ١٩٥٩م.
٤٦٥.	شلتوت، محمود ١٨٣٨٣هـ، الفتاوى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠١
٤٦٦.	الصابوني، عبد الرحمن: المدخل لدراسة التشريع الإسلامي – دمشق: جامعة دمشق، ١٩٩٠
٤٦٧.	صادق، هشام، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية – الدار الجامعية ١٩٨٧
٤٦٨.	الصدة، عبد المنعم فرج، أصول القانون – بيروت: دار النهضة العربية
٤٦٩.	الطحاوي، أبو جعفر: العقيدة الطحاوية وشرحها تحقيق عبد الله التركي وشعيب الأرناؤوط طبع مؤسسة الرسالة ١٤٠٨ هـ.
٤٧٠.	عالية، سمير: المدخل لدراسة القانون والشريعة، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات، ٢٠٠٢
٤٧١.	عالية، سمير، علم القانون والفقه الاسلامي: نظرية القانون والمعاملات الشرعي - بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ١٩٩١
٤٧٢.	عبادة، محمد أنيس، تاريخ الفقه الإسلامي، القاهرة: دار الطباعة المحمدية، ١٣٨٩هـ.
٤٧٣.	عبد البر، محمد زكي، الحكم الشرعي والقاعدة القانونية –الكويت: دار القلم، ١٩٨٢
٤٧٤.	عبد البر، محمد زكي، تقنين الفقه الإسلامي -ط-٢قطر: دار إحياء التراث الإسلامي، ١٩٨٦
٤٧٥.	عبد الرحمن، حمدي، فكرة القانون –القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٩
٤٧٦.	عبد الرحمن، حمدي، نظرية القانون –القاهرة: مكتبة غريب ١٩٨١م
٤٧٧.	العلبي: يحيى، تطور الجنين، ص ٤١٠دار ابن كثير سنة ١٩٩٠
٤٧٨.	العمروسي، أنور، التشريع والقضاء في الإسلام، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠
٤٧٩.	أبو فارس، محمد عبد القادر: القضاء في الإسلام – عمان: دار الفرقان – ط ٤. ١٤٠٥هـ.
٤٨٠.	فرج، توفيق، المدخل للعلوم القانونية – مكتبة مكاوي ببيروت ١٩٧٥
٤٨١.	فرح، توفيق حسن، الأصول العامة للقانون –بيروت: دار النهضة العربية . ١٩٧١
٤٨٢.	القاسم، عبد الرحمن بن عبد العزيز، الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية-القاهرة: مطبعة المدني، ١٩٦٦
٤٨٣.	القبج، سامر محمد: مجلة الأحكام العدلية –مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي.
٤٨٤.	قراعة، علي ١٣٨٩هـ، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية -مصر: مطبعة النهضة
٤٨٥.	كامل، سمير، المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، تأليف سمير كامل –دار الفكر، ١٩٨٥
٤٨٦.	محمد فريد بك المحامي: تاريخ الدولة العلية العثمانية، تحقيق إحسان حقي
٤٨٧.	محمد، عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه: بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون –الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٩٩
٤٨٨.	محمد، عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون: تقنين الشريعة الإسلامية–منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩١
٤٨٩.	محمصاني، صبحي: الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها -بيروت: دار العلم للملايين ١٩٨١
٤٩٠.	محمود، همام محمد، المدخل الى القانون: نظرية القانون –الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠١
٤٩١.	المرزوقي، محمد بن عبد الله، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي –الرياض: مكتبة العبيكان، ٢٠٠٤
٤٩٢.	المرزوقي،محمد بن عبد الله: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، الرياض: مكتبة العبيكان، ٢٠٠٤
٤٩٣.	نعمان، محمود، موجز المدخل للقانون: النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق –بيروت: دار النهضة العربية، ١٩٧٥.
٤٩٤.	ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية–عمان: دار الفرقان، ١٩٨٤
٤٩٥.	ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية -ط - .٢عمان الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع،٢٠٠٠.
٤٩٦.	يسن، عبد الرزاق حسين، المدخل لدراسة القانون-ط١ -١٩٩٨

المجلات العلمية	
٤٩٧.	مجلة البحوث الإسلامية المجلد الأول -العدد الثالث، عام ١٣٩٧هـ -الرئاسة العامة للإفتاء بالسعودية. - بحث الطلاق الثلاث .
٤٩٨.	مجلة البحوث الإسلامية العدد الخامس ص ٩٤ -٥٨، سنة ١٤٠٠هـ .الرئاسة العامة للإفتاء بالسعودية - الطلاق المعلق.
٤٩٩.	مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، ج١٧، ع٣٤، رجب١٤٢٦هـ أحمد ذياب شويدح.
٥٠٠.	مجلة الحق–العدد العاشر –صفر١٤٢٦ – ماجد أبو رخية: مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع إذا لم يوافق الزوج عليه–مارس ٢٠٠٥.
٥٠١.	مجلة دراسات: مجلة علمية: علوم الشريعة والقانون ٣٠/١١١العدد .١/٢٠٠٣ - الزقيلي: التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج.
٥٠٢.	مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني ١ ٩٨٨- أنور محمد دبور: ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامة.
٥٠٣.	مجلة الفقه الإسلامي العدد الرابع - بحث الأمومة في الإسلام نجم عبد الواحد.
٥٠٤.	مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، الجزء الرابع .. قرارات المجمع
٥٠٥.	مجلة القانون –وزارة العدل –سوريا.
٥٠٦.	مجلة القضاء والقانون بالكويت، العدد الأول، السنة الأولى ١٩٧٠ - مصطفى الزرقا: الأحكام العدلية وحركة التقنين الوضعي .
٥٠٧.	مجلة المحاماة الشرعية –مصر.
٥٠٨.	مجلة المحامون –نقابة المحامين بدمشق.
٥٠٩.	مجلة المنار، العدد الخامس، ١٩٨٢ – محمد الزحيلي: متعة الطلاق.

فهرس الموضوعات	الصفحة
المقدمة	١
الباب الأول: القواعد الفقهية وفَرَق النّكاح	٢٣
الفصل الأول: معنى القواعد الفقهية والفرق بينها وبين ما يشبهها	٢٦
المبحث الأول: تعريف القواعد الفقهية.	٢٦
المطلب الأول: تعريف القواعد	٢٦
المطلب الثاني: تعريف الفقهية	٣١
المطلب الثالث: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علماً ولقباً لقواعد معينة	٣٤
المبحث الثاني: الفرق بين القواعد الفقهية وما يشبهها.	٤٠
المطلب الأول: الفرق بين القاعدة والضابط.	٤٠
المطلب الثاني: الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية.	٤٤
المطلب الثالث: الفرق بين القواعد الفقهية والنَّظريات.	٤٧
المطلب الرابع: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة المقاصدية.	٥١
المطلب الخامس: بيان معنى الأصول والفروق والأشباه والنظائر.	٥٣
الفرع الأول: بيان معنى الأصول.	٥٣
الفرع الثاني: الفروق الفقهية.	٥٤
الفرع الثالث: بيان معنى الأشباه والنظائر.	٥٥
الفصل الثاني: أهمية القواعد الفقهية ومصادرها وحجيتها.	٥٨
المبحث الأول: فوائد القواعد الفقهية وأهميتها ومكانتها .	٥٨
المبحث الثاني: مصادر وأدلة القواعد الفقهية.	٦١
المبحث الثالث: حجية القواعد الفقهية وحكم الاستدلال بها على الأحكام القضائية.	٧٢
أولاً: المانعون وأدلتهم	٧٢
ثانياً: المجوزن وأدلتهم	٧٨
المناقشة والترجيح	٨١
الفصل الثالث: أقسام القواعد الفقهية وخصائصها وعلاقتها بالقواعد القانونية.	٨٩
المبحث الأول: أنواع القواعد الفقهية وأقسامها.	٨٩
المبحث الثاني: خصائص القواعد الفقهية وصياغات نصوصها.	٩١
المبحث الثالث: دور القواعد الفقهية في تقنينات الفقه الإسلامي عامة والأحوال الشخصية خاصة.	٩٤
المطلب الأول: مقدمة في تقنين الفقه الإسلامي وتعريفه، وعناصره وخصائص القاعدة القانونية	٩٤
المطلب الثاني: دور القواعد الفقهية في التقنين	٩٦
مجلة الأحكام العدلية (التقنين في القرن الثالث عشر الهجري)	١٠٢
تقنين الأحوال الشخصية	١٠٦
الفصل الرابع: فَرَق النّكاح والألفاظ ذات الصلة.	١١١
المبحث الأول: تعريف فرق النكاح والألفاظ ذات الصلة.	١١١
المطلب الأول: تعريف فرق النكاح.	١١٢
المطلب الثاني: تعريف المصطلحات ذات الصلة.	١١٤
المبحث الثاني: أقسام فرق النكاح.	١١٩
المطلب الأول: الحالات التي تقع فيها الفرقة بين الزوجين.	١١٩
المطلب الثاني: أهم الفروق بين فَرَق النكاح.	١٢٣
المبحث الثالث: القواعد والضوابط فيما يعتبر طلاقاً وما يعتبر فسخاً وموقف القانون منها.	١٢٥
الفصل الخامس: مشروعية الفرقة في النكاح وحكمها.	١٣٨

فهرس الموضوعات	الصفحة
المبحث الأول: مشروعية الفرقة في النكاح والقواعد المتعلقة بذلك.	١٣٨
المطلب الأول: مشروعية الفرقة في النكاح.	١٣٨
المطلب الثاني: حكمة مشروعية الطلاق.	١٣٩
المطلب الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بحكمة مشروعية فرق النكاح.	١٤٥
المبحث الثاني: حكم الفرقة في النكاح وصفتها والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	١٥٢
المطلب الأول: حكم الفرقة في النكاح.	١٥٢
المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة في حكم الطلاق.	١٥٣
الباب الثاني: أركان الطلاق وشروطه والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك	١٦٩
الفصل الأول: الركن الأول: صيغة الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها.	١٧٠
المبحث الأول: ألفاظ الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها.	١٧٠
المطلب الأول: الطلاق الصريح.	١٧٠
المطلب الثاني: الطلاق الكنائي.	١٧٥
المطلب الثالث: إضافة الطلاق إلى نفس الزوج .	١٧٨
المبحث الثاني: الطلاق بما يقوم مقام اللفظ.	١٧٩
المطلب الأول: الطلاق بالكتابة.	١٧٩
المطلب الثاني: الطلاق بالإشارة.	١٨٢
المطلب الثالث: الطلاق بالفعل.	١٨٢
المبحث الثالث: آثار الطلاق الصّريح والطلاق الكنائيّ.	١٨٣
المبحث الرابع: القواعد فقهية المتعلقة بصيغة الطلاق وألفاظه الصريحة والكنائية.	١٨٦
المبحث الخامس: موقف القانون من صيغة الطلاق وألفاظه وتطبيقاته القضائية.	٢٠٦
المبحث السادس: الاستثناء في الطّلاق والقواعد الفقهية المتعلقة به.	٢٠٨
المطلب الأول: تعريفه وأنواعه وحكمه.	٢٠٨
المطلب الثاني: شروط الاستثناء في الطلاق.	٢٠٩
المطلب الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالاستثناء في الطلاق.	٢١١
المبحث السابع: الإنابة في الطّلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها.	٢١٣
المطلب الأول: صيغة الإنابة.	٢١٣
المطلب الثاني: حكم الإنابة في الطلاق.	٢١٤
المطلب الثالث: تكييف الإنابة في الطلاق في المذاهب الفقهية وبيان أحكامها.	٢١٧
المطلب الرابع: خيار المخيرة.	٢٢٤
المطلب الخامس: القواعد الفقهية المتعلقة في الإنابة في الطلاق.	٢٢٦
المطلب السادس: موقف القانون من الإنابة في الطلاق وتطبيقات الاجتهادات القضائية.	٢٢٩
الفصل الثاني: الركن الثاني: القصد في الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٢٣١
المبحث الأول: الطلاق بمجرد النية دون لفظ أو ما ينوب عنه.	٢٣٢
المبحث الثاني: طلاق المخطيء.	٢٣٤
المبحث الثالث: طلاق الهازل.	٢٣٦
المبحث الرابع: طلاق المكره.	٢٣٩
المبحث الخامس: طلاق السكران.	٢٤٥
المبحث السادس: طلاق الغضبان والمدهوش.	٢٤٧
المبحث السابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالقصد في الطلاق.	٢٤٩
المبحث الثامن: موقف القانون من القصد في الطلاق وتطبيقات الاجتهادات القضائية.	٢٦٠
الفصل الثالث: الركن الثالث: المطلق والشروط المتعلقة به والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٢٦١
المبحث الأول: شروط المطلق.	٢٦١
الشرط الأول: الإسلام.	٢٦١

فهرس الموضوعات	الصفحة
الشرط الثاني: البلوغ.	٢٦٢
الشرط الثالث: العقل.	٢٦٣
أولاً: طلاق المجنون.	٢٦٣
ثانياً: طلاق المعتوه.	٢٦٤
ثالثاً: طلاق السفيه.	٢٦٤
مطلب: حكم تطليق الولي.	٢٦٥
الشرط الرابع: أن يكون زوجاً.	٢٦٦
المبحث الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة في المطلق.	٢٦٨
المبحث الثالث: موقف القانون من الشروط المتعلقة بالمطلق.	٢٧٨
مطلب: طلاق الفضولي والقواعد الفقهية المتعلقة به.	٢٨٠
الفصل الرابع: الركن الرابع: المطلقة والشّروط المتعلّقة بها والقواعد الفقهية المتعلقة بها.	٢٨٤
المبحث الأول: الشرط الأول: قيام الزّوجيّة حقيقةً أو حكماً.	٢٨٤
المبحث الثاني: الشّرط الثّاني: تعيين المطلّقة بالإشارة أو بالصّفة أو بالنّيّة.	٢٨٧
المبحث الثالث: تطليق بعض المرأة وتبعيض الطلقة.	٢٨٩
المطلب الأول: تطليق بعض المرأة.	٢٨٩
المطلب الثاني: تبعيض الطلقة.	٢٩٠
المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة في المطلقة وموقف القانون منها.	٢٩٢
الباب الثالث: أنواع فرقة الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك	٣٠٣
الفصل الأول: الطلاق من حيث صفته: الطلاق السني والبدعي.	٣٠٤
المبحث الأول: آراء الفقهاء في تحديد الطلاق السني والبدعي.	٣٠٦
المبحث الثاني: طلاق الحائض أو النفساء أو في طهر مست فيه.	٣١٠
المطلب الأول: حكم وقوع هذا الطلاق وما يستثنى من حظر طلاق المرأة في الحيض.	٣١٠
المطلب الثاني: أثر وقوع طلاق الحائض.	٣١٤
المطلب الثالث: حكم مراجعة المطلقة في هذا الطلاق.	٣٢١
المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالطلاق السني والبدعي وموقف القانون منه.	٣٢٤
المبحث الرابع: طلاق الثلاث بكلمة واحدة أو كلمات.	٣٢٦
المطلب الأول: حكم الإقدام على هذا الطلاق.	٣٢٧
المطلب الثاني: آراء الفقهاء في أثر وقوع الطلاق بلفظ الثلاث، وكيفية احتسابه.	٣٣٠
المبحث الخامس: القواعد الفقهية في طلاق الثلاث بكلمة واحدة أو كلمات وموقف القانون من ذلك.	٣٤٩
تطبيقات الاجتهادات القضائية	٣٥٢
الفصل الثاني: الطلاق الرجعي والبائن والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٣٥٥
المبحث الأول: ضابط الطلاق الرجعي والطلاق البائن .	٣٥٧
المطلب الأول: الضابط في الطلاق الرجعي والطلاق البائن عند الفقهاء.	٣٥٧
المطلب الثاني: ضابط البينونة الكبرى والصّغرى عند الفقهاء.	٣٥٩
الفرع الأول: متى يكون الطلاق بائناً بينونة صغرى؟.	٣٥٩
الفرع الثاني: متى يكون الطلاق بائناً بينونة كبرى؟.	٣٦١
المبحث الثاني: أثر اختلاف اللفظ في تحديد حالات الطلاق البائن لدى الفقهاء.	٣٦٢
المبحث الثالث: أحكام وآثار الطلاق الرجعي والبائن.	٣٦٥
المطلب الأول: آثار الطلاق الرجعي.	٣٦٥
المطلب الثاني: آثار الطلاق البائن بينونة صغرى.	٣٦٦
المطلب الثالث: آثار البائن بينونة كبرى.	٣٦٧
المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالطلاق البائن أو الرجعي.	٣٦٨

فهرس الموضوعات	الصفحة
المبحث الخامس: موقف القانون من الطلاق الرجعي والبائن. وتطبيقات الاجتهادات القضائية	٣٧٥
الفصل الثالث: الطلاق المنجز والمضاف والمعلق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٣٧٨
المبحث الأول: أقوال الفقهاء في حكم التنجيز والتعليق والإضافة.	٣٧٨
المبحث الثاني: أثر الطلاق المضاف.	٣٨١
المبحث الثالث: الطلاق المعلق على شرط.	٣٨٣
المطلب الأول: أنواع التعليق.	٣٨٣
القسم الأول: التعليق اللفظي	٣٨٤
القسم الثاني: التعليق المعنوي	٣٨٤
المطلب الثاني: حكم الطلاق المعلق أو اليمين بالطلاق وأثره.	٣٨٥
المطلب الثالث: تعليق طلاق المرأة على النكاح.	٣٩٧
المطلب الرابع: شرائط صحّة التّعليق.	٤٠١
المطلب الخامس: انحلال الطّلاق المعلّق على شرط.	٤٠٤
المبحث الرابع: القواعد الفقهية في الطلاق المنجز والمضاف والمعلق.	٤٠٦
المبحث الخامس: موقف القانون من الطلاق المضاف والمعلق. وتطبيقات الاجتهادات القضائية	٤٢٨
الفصل الرابع: طلاق المريض مرض الموت والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٤٣٢
المبحث الأول: التعريف بمرض الموت وسبب اختلاف الفقهاء فيه.	٤٣٢
المطلب الأول: التعريف بمرض الموت: لغة وشرعاً.	٤٣٢
المطلب الثاني: سبب اختلاف الفقهاء في مرض الموت.	٤٣٤
المبحث الثاني: حكم طلاق الفار وآراء الفقهاء في توريث المطلقة فيه.	٤٣٥
المبحث الثالث: وقت الإرث.	٤٤٢
المبحث الرابع: شروط توريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت.	٤٤٤
المبحث الخامس: تعليق الزوج الطلاق البائن في المرض.	٤٤٦
المبحث السادس: حكم الفرقة من جهة الزوجة المريضة مرض الموت.	٤٤٧
المبحث السابع: القواعد الفقهية المتعلقة في طلاق المريض مرض الموت وموقف القانون منه.	٤٤٨
تطبيقات الاجتهادات القضائية	٤٥٣
الباب الرابع: الفرقة بالخلع والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك	٤٥٦
الفصل الأول: الخلع ومشروعيته.	٤٥٩
المبحث الأول: تعريفه ودليله والحكمة من تشريعه.	٤٥٩
المطلب الأول: تعريف الخلع لغة وشرعاً.	٤٥٩
المطلب الثاني: دليل مشروعيته.	٤٦١
دعوى النسخ	٤٦٣
المطلب الثالث: الحكمة من تشريعه.	٤٦٤
المبحث الثاني: حكم الخلع.	٤٦٥
المطلب الأول: الحكم التكليفي للخلع وصفته.	٤٦٥
أولاً: حكم الخلع الذي يقع بسبب	٤٦٥
ثانياً: حكم الخلع من غير سبب	٤٧٠
المطلب الثاني: هل الأصل في الخلع الحظر أم الإباحة؟.	٤٧٣
المبحث الثالث: تكييف الخلع.	٤٧٤
الفصل الثاني: أركان الخلع وشروطه.	٤٧٦
المبحث الأول: شروط الزوج والزوجة.	٤٧٦
المطلب الأول: الخلع في مرض الموت أو المرض المخوف.	٤٧٩
المطلب الثاني: خلع الزوجة في الحيض أو في طهر مسها فيه الزوج.	٤٨١
المطلب الثالث: خلع الأجنبي.	٤٨٣

فهرس الموضوعات	الصفحة
الفرع الأول: خلع الوليّ.	٤٨٣
الفرع الثاني: خلع الفضوليّ.	٤٨٤
الفرع الثالث: التّوكيل في الخلع.	٤٨٦
المبحث الثاني: المعوَّض وهو البضع.	٤٨٨
المبحث الثالث: العوض.	٤٨٩
المطلب الأول: أقوال الفقهاء في مقدار العوض.	٤٨٩
المطلب الثاني: نوع العوض الذي يتم فيه الخلع.	٤٩٥
الفرع الأول: الخلع بالمجهول وبالمعدوم .	٤٩٦
الفرع الثاني: الخلع على محرم.	٤٩٧
المطلب الثالث: الخلع في مقابل بعض المنافع والحقوق.	٤٩٧
المبحث الرابع: الصّيغة.	٥٠٠
المطلب الأول: حكم الخلع بالمعاطاة أو بدون صيغة.	٥٠٠
المطلب الثاني: ألفاظ الخلع.	٥٠١
المطلب الثالث: شروط الصيغة.	٥٠٣
المسألة الأولى: تعليق الخلع بالشّرط.	٥٠٤
المسألة الثانية: شرط الخيار في الخلع	٥٠٥
الفصل الثالث: مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع.	٥٠٩
المبحث الأول: مدى اشتراط الرجوع إلى القاضي في الخلع	٥٠٩
المبحث الثاني: مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع دون تراضي الزوجين	٥١١
الفصل الرابع: حكم الخلع وآثاره .	٥٢١
المبحث الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين ونوع هذه الفرقة.	٥٢١
المطلب الأول: هل الخلع طلاق أم فسخ .	٥٢١
هل الخلع طلاق بائن أم رجعي؟	٥٢٣
المطلب الثاني: هل تجوز الإقالة في الخلع؟.	٥٢٨
المطلب الثالث: أثر الخلاف في أن الخلع طلاق أم فسخ.	٥٢٩
المبحث الثاني: أثر الخلع في الحقوق الزوجية.	٥٣١
المطلب الأول: أثر الخلع في الحقوق الزوجية والاختلاف بين الزوجين .	٥٣١
المطلب الثاني: هل يرتدف على المختلعة طلاق؟ .	٥٣٢
المطلب الثالث: اشتراط الرجعة في الخلع.	٥٣٣
المطلب الرابع: الاختلاف في الخلع أو عوضه.	٥٣٣
الفصل الخامس: القواعد الفقهية المتعلقة بالخلع وموقف القانون منه.	٥٣٦
المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالخلع.	٥٣٦
المبحث الثاني: موقف القانون من الخلع وتطبيقات الاجتهادات القضائية.	٥٤٧
الباب الخامس: التفريق القضائي والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك	٥٥٤
الفصل الأول: التفريق للضرر والشقاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٥٥٥
المبحث الأول: حالات النشوز وعلاجها.	٥٥٩
المبحث الثاني: التحكيم.	٥٦٢
المطلب الأول: مهمّة الحكمين.	٥٦٣
المطلب الثاني: شروط الحكمين.	٥٦٨
المبحث الثالث: نوع الفرقة الثّابتة لأجل الشقاق والضرر.	٥٧٠
المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق لعلة الشقاق والنزاع والضرر .	٥٧٣
المبحث الخامس: موقف القانون من التفريق للشقاق والنزاع بين الزوجين.	٥٧٥
المبحث السادس: تطبيقات الاجتهادات القضائية .	٥٧٨

فهرس الموضوعات	الصفحة
الفصل الثاني: التّفريق للعلل والعيوب والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٥٨٦
المبحث الأول: حكم التفريق للعلل والعيوب.	٥٨٦
المبحث الثاني: العيوب التي تجيز التفريق.	٥٨٩
المبحث الثالث: شروط التّفريق للعيب لدى الفقهاء.	٥٩٦
المبحث الرابع: إجراءات التطليق بالعيب وطرق إثباته.	٦٠١
المبحث الخامس: نوع الفرقة الثّابتة بالعيب وطريق وقوعها.	٦٠٤
المبحث السادس: القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للضرر والشقاق والعلل والعيوب.	٦٠٧
المبحث السابع: موقف القانون من التفريق للعلل والعيوب.	٦١٠
المبحث الثامن: تطبيقات الاجتهادات القضائية.	٦١٣
الفصل الثالث: التفريق لعدم الإنفاق أو الإعسار والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٦١٨
المبحث الأول: حكم التفريق للإعسار أو عدم الإنفاق.	٦١٨
مسألة: الإعسار بالمسكن.	٦٢٩
المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في حالة الإعسار بالنفقة.	٦٣١
المبحث الثالث: حكم الغائب الذي لم يترك مالاً تنفقه زوجته.	٦٣٢
المبحث الرابع: شروط التّفريق لعدم الإنفاق عند من يقول به.	٦٣٣
المبحث الخامس: التفريق بين الزوجين للإعسار على الفور أم يؤجل.	٦٣٦
المبحث السادس: نوع الفرقة بالامتناع عن الإنفاق وطريق وقوعها.	٦٣٧
المبحث السابع: التّفريق للإعسار بالصّداق.	٦٣٨
المبحث الثامن: القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للإعسار أو عدم الإنفاق.	٦٤٠
المبحث التاسع: موقف القانون من التفريق للإعسار أو عدم الإنفاق وتطبيقات الاجتهادات القضائية.	٦٤٦
الفصل الرابع: التفريق للغيبة والفقدان والحبس والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٦٥٣
المبحث الأول: التفريق للغيبة.	٦٥٣
المطلب الأول: تعريف الغيبة والفقدان والحبس.	٦٥٣
المطلب الثاني: حكم طلب الزوجة التفريق لغيبة الزوج.	٦٥٤
المطلب الثالث: المدة التي يجوز التفريق بها للغيبة.	٦٥٩
المطلب الرابع: نوع الفرقة المترتبة على الغيبة.	٦٦٠
المبحث الثاني: التّفريق للفقدان.	٦٦١
المطلب الأول: حكم التفريق للفقدان.	٦٦١
المطلب الثاني: أثر الفرقة للفقدان.	٦٦٦
الفرع الأول: نوع الفرقة للفقد، وطريق وقوعها.	٦٦٦
الفرع الثاني: ما يترتّب على حكم الحاكم بالتّفريق.	٦٦٦
الفرع الثالث: تربص الزوجة للمفقود.	٦٦٧
المسألة الأول: بدء مدّة التّربص.	٦٦٧
المسألة الثانية: ما يجب على زوجة المفقود بعد التّربص.	٦٦٨
المطلب الثالث: أثر ظهور المفقود بعد الحكم بموته.	٦٦٨
المبحث الثالث: التّفريق للحبس.	٦٧١
المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالتفريق للغيبة أو الفقدان أو الحبس.	٦٧٢
المبحث الخامس: موقف القانون من التفريق للغيبة والفقد والحبس وتطبيقات الاجتهادات القضائية.	٦٧٨
الباب السادس: الفرقة بحكم الشرع والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك	٦٨٢
الفصل الأول: فرقة اللعان والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٦٨٣
المبحث الأول: المقصود باللعان ومشروعيته.	٦٨٣
المطلب الأول: تعريف اللعان .	٦٨٣
المطلب الثاني: دليل مشروعية اللعان.	٦٨٩

فهرس الموضوعات	الصفحة
المطلب الثالث: الحكمة من مشروعيته.	٦٩٢
المبحث الثاني: حكم اللعان وركنه وشروطه وكيفيته.	٦٩٣
المطلب الأول: حكم اللعان.	٦٩٣
المطلب الثاني: أركان اللّعان وشروطه.	٦٩٥
فرع: لغة اللعان.	٦٩٨
المبحث الثالث: تكييف اللعان أو ماهيته: هل ألفاظ اللعان شهادات أو أيمان؟.	٦٩٩
المبحث الرابع: كيفية اللعان وصفته وألفاظه.	٧٠٢
المطلب الأول: كيفية اللعان وصفته وألفاظه.	٧٠٢
المطلب الثاني: ما يثبت به اللعان عند القاضي.	٧٠٤
المطلب الثالث: مندوبات اللعان.	٧٠٥
المبحث الخامس: ما يجب عند نكول أحد الزوجين عن اللعان أو رجوعه عنه.	٧٠٧
المبحث الساس: الآثار المترتبة على اللعان.	٧١٠
أولاً: سقوط الحد باللعان.	٧١٠
ثانياً: التفريق بين الزوجين.	٧١٠
الفرع الأول: وقوع الفرقة باللعان.	٧١٠
الفرع الثاني: نوع الفرقة باللعان وما يترتب عليها.	٧١٢
ثالثاً: انتفاء نسب الولد عن الرجل، وإلحاقه بأمه .	٧١٥
الشّرط الأوّل: التعجيل والفوريّة.	٧١٥
الشّرط الثّاني: عدم الإقرار.	٧١٦
الشّرط الثّالث: حياة الولد وقت التفريق القضائي.	٧١٧
فرع: الأحكام الشرعية التي تتعلق بنفي الولد.	٧١٧
رابعاً: آثار أخرى للّعان عند الشّافعيّة.	٧١٨
المبحث السابع: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة اللعان وموقف القانون منها.	٧١٩
المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة اللعان.	٧١٩
المطلب الثاني: موقف القانون من فرقة اللعان وما عليه العمل في القضاء.	٧٢٩
الفصل الثاني: الفرقة بالظهار والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٧٣٣
المبحث الأول: تعريف الظهار وحكمه، وأدلته.	٧٣٣
المطلب الأول: تعريف الظهار.	٧٣٣
المطلب الثاني: حكمه وأدلته.	٧٣٤
المبحث الثاني: أركان الظهار وشروطه.	٧٣٦
المطلب الأول: شروط المظاهر.	٧٣٦
الشرط الأول: البلوغ.	٧٣٧
الشرط الثاني: العقل.	٧٣٧
الشرط الثالث: الإسلام.	٧٣٧
الشرط الرابع: القصد.	٧٣٨
فرع: ظهار المرأة وما يترتب عليه.	٧٣٩
المطلب الثاني: شروط المظاهر منها.	٧٤٣
الشرط الأول: قيام الزّوجيّة بينهما حقيقةً أو حكماً.	٧٤٣
فرع: الظهار من الأجنبية.	٧٤٣
مسألة: حكم تعليق الظهار من الأجنبية.	٧٤٣
الشرط الثاني: أن يكون التّشبيه موجّهاً إلى الزّوجة كلّها أو إلى جزء منها.	٧٤٥
المطلب الثالث: شروط المشبه به.	٧٤٦
الشرط الأول: أن يكون المظاهر بها محرمة على المظاهر.	٧٤٦

فهرس الموضوعات	الصفحة
القسم الأول: المحرمات على التأبيد.	٧٤٦
القسم الثاني: المحرمات على التأقيت.	٧٤٨
الشرط الثاني: أن يكون المظاهر به من جنس النساء.	٧٥٠
المطلب الثالث: شروط الصيغة.	٧٥١
الفرع الأول: الصريح والكناية.	٧٥١
الفرع الثاني: تنجيز الظهار أو تعليقه أو إضافته.	٧٥٣
الفرع الثالث: التّوقيت والتّأبيد في الظّهار.	٧٥٤
المبحث الثالث: آثار الظّهار.	٧٥٦
المطلب الأول: حرمة المعاشرة الزوجية قبل التكفير.	٧٥٦
فرع: دور المرأة في الظهار.	٧٥٧
المسألة الأولى: هل يدخل الإيلاء على الظهار؟.	٧٥٨
المسألة الثانية: هل يعود الظهار بعد الطلاق بالعودة إلى الزوجية؟.	٧٥٨
المطلب الثاني: وجوب الكفّارة .	٧٥٩
الفرع الأول: مشروعية الكفارة.	٧٥٩
الفرع الثاني: سبب وجوب الكفّارة.	٧٥٩
المسألة الأولى: وجوب الكفّارة بمجرّد الظّهار دون العود.	٧٦١
المسألة الثانية: تعدّد الكفّارة بالوطء قبل التّكفير.	٧٦٢
المسألة الثالثة: تعدّد الكفّارة بتعدّد الظّهار.	٧٦٣
الحالة الأولى: تعدّد الكفّارة على من ظاهر من امرأته مرارًا ولم يكفّر.	٧٦٣
الحالة الثانية: تعدد الكفارة على من يظاهر من نسائه بكلمات.	٧٦٥
الحالة الثالثة: تعدد الكفارة على من يظاهر من نسائه بكلمة واحدة.	٧٦٦
المطلب الثالث: خصال كفّارة الظّهار وأنواعها.	٧٦٧
ضابط الانتقال من كفارة إلى أخرى	٧٦٨
المطلب الرابع: شروط كفّارة الظّهار.	٧٦٩
الفرع الأول: الشروط العامة في كفارة الظهار.	٧٦٩
الفرع الثاني: شروط الكفّارة الظهار الخاصّة.	٧٧٠
أولاً: ما يشترط في التّكفير بالإعتاق.	٧٧٠
ثانياً: ما يشترط في التّكفير بالصّوم.	٧٧١
ثالثاً: ما يشترط للتكفير بالإطعام.	٧٧٣
المبحث الرابع: إنتهاء الظّهار.	٧٧٥
أولاً: انتهاء الظّهار بالكفّارة.	٧٧٥
ثانياً: انتهاء الظّهار بالموت.	٧٧٥
ثالثاً: مضيّ المدّة.	٧٧٦
المبحث الخامس: القواعد الفقهية المتعلقة بالظهار.	٧٧٧
الفصل الثالث: الفرقة بالإيلاء والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٧٨٧
المبحث الأول: الإيلاء ومشروعيته وحكمه.	٧٨٧
أولاً: تعريف الإيلاء .	٧٨٧
ثانياً: مصدر تشريعه .	٧٨٨
ثالثاً: الحكمة من موقف الشّريعة الإسلاميّة من الإيلاء .	٧٨٨
رابعاً: حكم الإيلاء.	٧٨٩
المبحث الثاني: أركان الإيلاء وشروطه.	٧٨٩
الركن الأول: الحالف.	٧٨٩
الركن الثاني: المحلوف به.	٧٩٠

فهرس الموضوعات	الصفحة
فرع: حكم إذا ترك الوطء بدون يمين فهل يعتبر مولياً؟.	٧٩٢
الركن الثالث: المحلوف عليه.	٧٩٤
الركن الرابع: المحلوف عليها وهي الزوجة.	٧٩٤
تعليق إيلاء المرأة على النكاح	٧٩٥
الإيلاء من الصغيرة	٧٩٥
الركن الخامس: الصيغة.	٧٩٦
فرع: تعليق الإيلاء أو تنجيزه أو إضافته.	٧٩٨
الركن السادس: مدة الإيلاء.	٧٩٩
المبحث الثالث: آثار الإيلاء.	٨٠١
الحالة الأولى: الإصرار على الإيلاء.	٨٠١
أولاً: وقوع الفرقة بالإيلاء.	٨٠١
ثانياً: نوع الطّلاق الحاصل بالإيلاء.	٨٠٧
الحالة الثانية: الفيء والحنث باليمين.	٨٠٩
المطلب الأول: طرق الفيء.	٨٠٩
الفرع الأول: الفيء بالفعل.	٨١٠
الفرع الثاني: الفيء بالقول.	٨١٠
شرائط صحّة الفيء بالقول	٨١٠
المطلب الثاني: وقت الفيء.	٨١٢
المطلب الثالث: حكم دخول الطلاق على الإيلاء.	٨١٣
الحالة الأولى: دخول البينونة الكبرى على الإيلاء.	٨١٣
الحالة الثانية: دخول البينونة الصغرى على الإيلاء.	٨١٤
المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة الإيلاء وموقف القانون منها.	٨١٦
الفصل الرابع: الفرقة بالردة أو إباء الإسلام والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك	٨١٦
المبحث الأول: الفرقة بالردة.	٨١٦
المطلب الأول: تعريف الردة لغةً واصطلاحاً.	٨١٦
المطلب الثاني: الأدلة على وقوع الردة وعقاب المرتد.	٨٢٣
المطلب الثالث: شروط الرّدّة وما تقع به الردة.	٨٢٧
المطلب الرابع: الآثار المترتبة على الزوجية بسبب الردة.	٨٣٠
الفرع الأول: أثر الرّدّة على الزّواج قبل الدخول.	٨٣٠
الفرع الثاني: أثر الرّدّة على الزّواج بعد الدخول.	٨٣١
مسألة: مقدار المهر المستحق بفرقة الردة.	٨٣٣
المطلب الخامس: نوع الفرقة التي تقع بالردة.	٨٣٣
المطلب السادس: مدى حاجة الفرقة بين الزوجين بسبب الردة للقضاء.	٨٣٤
المبحث الثاني: الفرقة بإباء الإسلام.	٨٣٦
المطلب الأول: الإباء لغةً واصطلاحاً.	٨٣٦
المطلب الثاني: دليل مشروعية الفرقة بإباء الإسلام.	٨٣٧
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على الزوجية بسبب إباء الإسلام.	٨٣٩
الفرع الأول: وقوع الفرقة.	٨٣٩
الحالة الأولى والثانية: إذا أسلم الزوجان معاً، أو أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية.	٨٣٩
مسألة: إذا أسلم الزوج ولم تكن الزوجة كتابية	٨٤٠
الحالة الثانية: إذا أسلمت الزوجة.	٨٤٠
الفرع الثاني: نوع الفرقة التي تقع بإباء الإسلام.	٨٤٣
الفرع الثالث: مقدار المهر المستحق بالفرقة بإباء الإسلام.	٨٤٤

فهرس الموضوعات	الصفحة
المطلب الرابع: سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لإباء الإسلام.	٨٤٥
المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة الردة أو إباء الإسلام وموقف القانون منها .	٨٤٦
المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بفرقة الردة أو إباء الإسلام.	٨٤٦
المطلب الثاني: موقف القانون من فرقة الردة أو إباء الإسلام وتطبيقات الاجتهادات القضائية.	٨٥١
الباب السابع: آثار فرق النكاح والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك	٨٥٩
الفصل الأول: الرجعة والقواعد الفقهية المتعلقة بها.	٨٦٣
المبحث الأول: تعريفها ودليلها والحكمة من تشريعها .	٨٦٣
المطلب الأول: تعريف الرجعة لغة واصطلاحاً.	٨٦٣
المطلب الثاني: دليل مشروعيّة الرّجعة وحكمتها.	٨٦٤
المطلب الثالث: حكم الرجعة.	٨٦٦
المبحث الثاني: أركان الرجعة وشروطها.	٨٦٨
الشّرط الأول: المُرتَجِع.	٨٦٩
الشّرط الثّاني: الزوجة المرتجعة (محل الرجعة).	٨٧٠
الشّرط الثالث: زمن الرجعة.	٨٧١
الشرط الرابع: وهو شرط خاص بالمولي والمعسر إذا طلق عليهما القاضي.	٨٧١
المبحث الثالث: كيفيّة الرّجعة.	٨٧٢
المطلب الأول: الرّجعة بالقول.	٨٧٢
المطلب الثاني: الرّجعة بالفعل.	٨٧٣
مسألة: هل تصح المراجعة بفعل من الزوجة؟	٨٧٤
المبحث الرابع: أحكام الرّجعة.	٨٧٧
المطلب الأول: من له حق الرجعة وعدم قبول إسقاطه.	٨٧٧
المطلب الثاني: الإشهاد على الرّجعة.	٨٧٧
المطلب الثالث: إعلام الزّوجة بالرّجعة.	٨٨٠
المطلب الرابع: أحكام المرأة الرجعية.	٨٨١
الفرع الأول: تزيّن المطلّقة الرّجعيّة وتشوّفها لزوجها.	٨٨١
الفرع الثاني: سفر الزّوج بالمطلّقة الرّجعيّة.	٨٨٢
المبحث الخامس: تنازع الزّوجين في الرّجعة.	٨٨٣
أولاً: الخلاف في حصول الرجعة أو في صحتها.	٨٨٣
ثانياً: أن تدعي انقضاء عدتها بوضع الحمل.	٨٨٥
ثالثاً: أن تدعي انقضاء عدتها بالشهور.	٨٨٥
المبحث السادس: القواعد الفقهية المتعلقة بالرجعة وموقف القانون منها.	٨٨٦
موقف القانون من الرجعة وتطبيقات الاجتهادات القضائية	٨٩١
المبحث السابع: هدم الطلقات بالزواج الثاني (مسألة الهدم).	٨٩٣
المبحث الثامن: القواعد الفقهية المتعلقة بهدم الطلاق وموقف القانون منها.	٨٩٦
الفصل الثاني: متعة الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بها.	٨٩٧
المبحث الأول: تعريف المتعة وحكمة مشروعيتها.	٨٩٧
دليل مشروعية المتعة	٨٩٨
المبحث الثاني: حكم متعة الطلاق.	٨٩٩
المبحث الثالث: مقدار المتعة.	٩٠٨
المبحث الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بمتعة الطلاق وموقف القانون منها.	٩١١
المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بمتعة الطلاق.	٩١١
المطلب الثاني: موقف القانون من متعة الطلاق.	٩١٤
الفصل الثالث: تعويض التعسف في الطلاق والقواعد الفقهية المتعلقة بذلك.	٩١٦

فهرس الموضوعات	الصفحة
المبحث الأول: حكم التعويض عن التعسف في الطلاق.	٩١٧
المبحث الثاني: الفرق بين متعة الطلاق وتعويض الطلاق التعسفي.	٩٢٠
المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالتعويض عن الطلاق التعسفي.	٩٢٢
المبحث الرابع: موقف القانون من الطلاق التعسفي وتطبيقات الاجتهادات القضائية.	٩٢٤
الفصل الرابع: العدة والقواعد الفقهية المتعلقة بها.	٩٢٩
المبحث الأول: تعريف العدة، وحكمها الشرعي، وحكمتها، وركنها وسبب وجوبها.	٩٢٩
المطلب الأول: تعريف العدة.	٩٢٩
فرع: مسألة انتظار الرّجل مدّة العدّة.	٩٣٠
المطلب الثاني: حكمها الشرعي.	٩٣١
المطلب الثالث: الحكمة من تشريعها.	٩٣٢
المطلب الرابع: ركن العدة وسبب وجوب العدّة.	٩٣٣
الفرع الأول: عدة المطلقة قبل الخلوة والدخول.	٩٣٤
الفرع الثاني: عدّة المرأة غير المسلمة (الكتابيّة أو الذّمّيّة).	٩٣٥
الفرع الثالث: عدّة زوجة المرتدّ.	٩٣٧
الفرع الرابع: عدّة الزّانية والعدة في النكاح الباطل.	٩٣٧
المبحث الثاني: أنواع العدّة.	٩٣٩
المطلب الأول: معتدة بالقروء.	٩٣٩
فرع: ما يترتب على اختلاف الفقهاء في معنى القرء.	٩٤٣
المطلب الثاني: معتدة بالشهور.	٩٤٦
الفرع الأول: كيفيّة حساب أشهر العدّة.	٩٤٧
الفرع الثاني: بدء حساب أشهر العدّة.	٩٤٩
الفرع الثالث: العشر المعتبرة في عدّة الوفاة بالأشهر.	٩٤٩
المطلب الثالث: معتدة بالحمل.	٩٥٠
فروع ومسائل تتعلق بالعدة بوضع الحمل.	٩٥٥
الفرع الأول: مدة الحمل.	٩٥٦
الفرع الثاني: أقصى مدة الحمل.	٩٥٨
الفرع الثالث: ارتياب المعتدّة في وجود حمل.	٩٦٠
المسألة الأولى: الحمل الذي تنقضي به العدة.	٩٦١
المسألة الثانية: فيما لو خرج أكثر الولد هل تنقضي العدّة أم لا ؟ . أو إذا كان الحمل اثنين فأكثر.	٩٦٣
المسألة الثالثة: متى يجوز للمعتدّة بوضع الحمل الزّواج: بالوضع أم بالطّهر؟.	٩٦٤
المبحث الثالث: من أحكام العدد.	٩٦٥
المطلب الأول: تحوّل العدّة أو انتقالها.	٩٦٥
الفرع الأول: انتقال العدّة أو تحوّلها من الأشهر إلى الأقراء.	٩٦٥
الفرع الثاني: تحول العدّة من الأقراء إلى الأشهر.	٩٦٦
الفرع الثالث: تحوّل العدّة من القروء أو الأشهر إلى وضع الحمل.	٩٦٧
الفرع الرابع: تحوّل المعتدّة من عدّة الطّلاق إلى عدّة الوفاة.	٩٦٨
المطلب الثاني: وقت ابتداء العدة.	٩٦٩
المطلب الثالث: وقت انقضاء العدة.	٩٧٠
المطلب الرابع: تداخل العدتين.	٩٧٢
المبحث الرابع: من أنواع العدد.	٩٧٥
المطلب الأول: عدة المختلعة.	٩٧٥
المطلب الثاني: عدّة الزّوجة المطلّقة دون تعيين أو بيان.	٩٧٦
المطلب الثالث: عدّة المرتابة أو ممتدّة الطّهر.	٩٧٨

فهرس الموضوعات	الصفحة
المطلب الرابع: عدّة المستحاضة.	٩٧٩
المطلب الخامس: عدّة زوجة الصّغير.	٩٨١
المطلب السادس: عدّة زوجة المجبوب والخصيّ.	٩٨٢
المبحث الخامس: واجبات المعتدة وحقوقها.	٩٨٤
المطلب الأول: خطبة المعتدّة.	٩٨٤
المطلب الثاني: تحريم النكاح.	٩٨٤
المطلب الثالث: إحداد المعتدّة.	٩٨٥
المطلب الرابع: حرمة الخروج من البيت.	٩٨٨
المطلب الخامس: معاشرة المعتدة.	٩٩١
المطلب السادس: النفقة والسكنى في بيت الزوجية.	٩٩٢
المطلب السابع: ثبوت الإرث في العدّة	٩٩٥
المطلب الثامن: ثبوت نسب الولد في العدة.	٩٩٥
المبحث السادس: القواعد الفقهية المتعقلة بالعدة وموقف القانون منها.	٩٩٧
المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعقلة بالعدة.	٩٩٧
المطلب الثاني: موقف القانون من العدة وتطبيقات الاجتهادات القضائية.	١٠١٥
الخاتمة: أهم النتائج والتوصيات.	١٠٢١
الفهارس	١٠٢٩
فهرس أطراف الأحاديث والآثار	١٠٣٠
فهرس القواعد الفقهية	١٠٣٧
فهرس الأعلام الذين تمت ترجمتهم	١٠٥٢
المصادر والمراجع	١٠٥٨
فهرس الموضوعات	١٠٧٦