

العنوان:	اختيارات الإمام ابن حزم الظاهري لمسائل الطلاق من خلال كتابه (المحلى) : دراسة فقهية مقارنة
المؤلف الرئيسي:	سعيد، صفية مبارك
مؤلفين آخرين:	التوم، العبيد معاذ الشيخ(مشرف)
التاريخ الميلادي:	2009
موقع:	أم درمان
الصفحات:	1 - 184
رقم MD:	698282
نوع المحتوى:	رسائل جامعية
اللغة:	Arabic
الدرجة العلمية:	رسالة دكتوراه
الجامعة:	جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية
الكلية:	كلية الدراسات العليا
الدولة:	السودان
قواعد المعلومات:	Dissertations
مواضيع:	الفقة الإسلامي
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/698282

للاستشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب أسلوب الاستشهاد المطلوب:

أسلوب APA

سعيد، صفية مبارك، و التوم، العبيد معاذ الشيخ. (2009). اختيارات الإمام ابن حزم الظاهري لمسائل الطلاق من خلال كتابه (المحلى): دراسة فقهية مقارنة (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، أم درمان. مسترجع من <http://698282/Record/com.mandumah.search/>

أسلوب MLA

سعيد، صفية مبارك، و العبيد معاذ الشيخ التوم. "اختيارات الإمام ابن حزم الظاهري لمسائل الطلاق من خلال كتابه (المحلى): دراسة فقهية مقارنة" رسالة دكتوراه. جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، أم درمان، 2009. مسترجع من <http://698282/Record/com.mandumah.search/>

الفصل الخامس

اختياراته في مسائل متنوعة من الطلاق

المبحث الأول:

طلاق العبد

المبحث الثاني:

الطلاق بما تحدث به النفس

المبحث الثالث:

الوكالة في الطلاق

المبحث الرابع:

الطلاق قبل النكاح

المبحث الأول

طلاق العبد

اتفق العلماء على أن نكاح العبد راجع إلى سيده فلا بد من أخذ رأيه وموافقة عليه لأنه وليه، وربما منعه منه مخافة تقصيره في خدمته، وأما طلاقه فيترتب عليه إزالة النكاح، فهل يرجع إلى سيده أو يختص به العبد وقع في ذلك الخلاف:

أولاً: أن طلاق العبد بيده لا بيد سيده

وهذا القول للحنفية والشافعية والمالكية وابن عمر وسعيد بن المسيب^(١) وشريح والحسن^(٢).

ثانياً: طلاق العبد بيد سيده وطلاقه لا يقع بعبارته ولا تنتج عبارته الفرقة وهو قول أهل المدينة وجابر بن عبد الله وابن عباس وأبي الشعثاء وقول لعطاء^(٣).

(١) سعيد بن المسيب المخزومي المدني ، أحد أعلام الدنيا وسيد التابعين ، سمع من الصحابة ومعظم روايته عن أبي هريرة ، توفي سنة ٩٤ هـ.

(٢) تبيين الحقائق (١٩٦/٢) ، الام (٦ / ٦٤٩) ، الشرح الكبير (٢٦٧/٢) .

(٣) المحلى (٢٣١/١٠)

أدلة القول الأول:

استدلوا من الكتاب بقوله تعالى: "إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ" وقوله "إِذَا تَكَهَّنْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ" وقوله تعالى "وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ" (١).

فسوى تعالى بين طلاق كل ناكح من حر أو عبد أو عربي أو عجمي أو مريض أو صحيح وما كان ريك نسياً، فلو أراد الله عز وجل أن يفرق بين شئ من ذلك لما أهمله وليينه لنا على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولما لم يفعل ما أراد فرقاً بين شئ من ذلك.

واستدلوا من السنة بحديث ابن عباس، قال: أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل، فقال: يا رسول الله 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 يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق" (٢).

(١) سورة النور آية (٣٢)
(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٠٨١) في الطلاق باب: طلاق العبد والبيهقي في السنن الصغرى (٣٥٧/٦) حديث رقم (٢٧٠٢)

وهذا الحديث يفيد أن الطلاق ثابت لمن يعاشر الزوجة معاشرة حقيقية دون غيره دون تفرقة بين حر وعبد.

أدلة القول الثاني أن طلاق العبد بيد سيده:

استدلوا بما جاء عن ابن عباس كان يقول: طلاق العبد بيد سيده، أن طلق جاز، وإن فرق فهي واحدة إذا كانا له جميعاً، فإن كان العبد له والأمة لغيره طلق السيد أيضاً إن شاء^(١).

أيضاً عن ابن عباس قال: ليس طلاق العبد ولا فرقه بشئ^(٢) ههنا عم الحرة والأمة.

ومن طريق عبد الرزاق أن جابر بن عبد الله يقول في الأمة والعبد: سيدهما يجمع بينهما ويفرق^(٣).

وعن أبي الشعثاء أنه قال: لا طلاق لعبد إلا بإذن سيده^(٤).

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٢٩٦٠) باب طلاق العبد بيد سيده

(٢) ذكره ابن حزم في المحلى (٢٣٠/١٠)

(٣) أخرجه عبد الرزاق باب طلاق العبد بيد سيده (١٢٩٦٤)

(٤) أخرجه عبد الرزاق في الطلاق باب طلاق العبد بيد سيده (١٢٩٦٥)

اختيار الإمام أبي محمد بن حزم:

اختار الإمام أبو محمد - رحمه الله تعالى - القول الأول الذي يقول أن طلاق العبد بيده لا بيد سيده.

واستدل الإمام بالآيات المتقدمة، قال أبو محمد: (وبالآيات التي ذكرنا صح أن الطلاق بيد الناكح لا بيد سواه فدخل في ذلك الحر والعبد دخولاً مستوياً بلا شك وقد وافقنا المالكيون والحنفيون والشافعيون على هذا)^(١).

وأرجح القول الذي يقضي بصحة طلاق العبد وجعله بيده لا بيد سيده.

وذلك لان الآيات التي وردت بشأن الطلاق في كتاب الله لم تفرق بين الحر والعبد.

كذلك الحديث الصريح بمنطوقه يدل على أن طلاق العبد واقع عندما قصر الطلاق على من أخذ بالساق وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن يتبع. والحديث المتقدم وإن كان فيه ضعف فالقرآن يعضده وعليه عمل الناس^(٢).

(١) المحلى (٢٣٠/١٠)

(٢) زاد المعاد (٢٧٩/٥)

وأما كون الرق مؤثراً في نقصان عدد الطلاق فالجمهور اجمعوا على ذلك وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء. وسبب خلافهم معارضة أهل الظاهر للقياس، وذلك أن الجمهور قاسوا طلاق العبد والأمة على حدودهما، وقد أجمعوا على كون الرق مؤثراً في نقصان الحد. أما الظاهرية فالأصل عندهم أن حكم العبد في التكليف حكم الحر إلا ما أخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة، ولم يكن هنا دليل صحيح فيبقى العبد على أصله، ويكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لأن نقصان الحد رخصه للعبد لنقصه، وأن الفاحشة لا تقبح منه قبحها من الحر. وأما نقصان الطلاق فهو من التغليظ ووقوع التحريم على الإنسان بتطليقتين اغلظ من وقوعه بثلاث للندم^(١).

قال الإمام أبو محمد بن حزم^(٢) : (قول الله تعالى : " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ " بعد قوله تعالى " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " قاض لقولنا بالصواب وشاهد بأنه الحق قطعاً لأنه تعالى لم يخص بذلك حراً من عبد) أما الآثار عن الصحابة^(٣) فهي متعارضة، وليس بعضها أولى من بعض

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤٧/١)

(٢) المحلى (٢٣١/١٠)

(٣) زاد المعاد (٢٧٧/٥)

والقياس كذلك فلم يبق إلا النصوص الدالة على أن الطلاق الرجعي طلقتان
ولم يفرق الله بين حر وعبد ولا بين حرة وأمة، "وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا" ^(١).

^(١) سورة مريم الآية ٦٤

المبحث الثاني

الطلاق بما تحدث به النفس

روى في الطلاق بحديث النفس ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا يقع الطلاق بحديث النفس، روى ذلك عن وكيع وابن جريح وعطاء
وابي الشعثاء وسفيان الثوري وعمرو بن دينار وغيرهم من السلف وبه قال أبو
حنيفة والشافعي(١).

واستدلوا بالخبر الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إنَّ
الله تعالى تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلم"(٢).

فصح أن حديث النفس ساقط ما لم ينطق به، وكذلك العتق في النفس
والمراجعة في النفس والهبة والصدقة في النفس، والإسلام في النفس، كل ذلك
ليس بشئ(٣).

(١) تبين الحقائق (٢١٥/٢)، روضة الطالبين (٤٦/٨).
(٢) أخرجه البخاري في بدء الوحي وفي الطلاق ١١ وفي الإيمان ٢٣ ومسلم في الإمارة ١٥٥ وأبو داود في الطلاق والنسائي
في الطلاق باب: من طلق في نفسه والبيهقي في السنن (٣٥١/٦)، وابن ماجه في الزهد ٢٦
(٣) المحلى (١٩٩/١٠)

ومن طريق عبد الرزاق عن معمر عن قتادة والحسن قالا جميعاً: من طلق في نفسه فليس طلاقه ذلك بشئ^(١).

القول الثاني:

التوقف فيها :

روى من طريق عبد الرزاق عن معمر قال: سئل عنها ابن سيرين^(٢) فقال: أليس قد علم الله ما في نفسك، قال: بلى، قال: فلا أقول فيها شيئاً فهذا توقف^(٣).

القول الثالث:

أنه طلاق، روى عن الزهري ورواه أشهب عن مالك^(٤). ودليلهم حديث: "إنما الأعمال بالنيات" .

وهذا القول قواه ابن العربي بأن من اعتقد الكفر بقلبه ومن أصر على المعصية أثم وكذلك من قذف محصنة بقلبه وكل ذلك من أعمال القلب دون اللسان^(٥).

(١) أخرجه عبد الرزاق (١١٤٣١) في الطلاق باب: الرجل يطلق في نفسه

(٢) محمد بن سيرين أبو بكر الانصاري البصري مولى أنس بن مالك ولد في خلافة عمر وسمع من أبي هريرة وعمران وابن عباس وغيرهم وعنه قتادة وإيوب ، كان عالماً زاهداً له كتاب في تعبير الرؤيا توفي شوال سنة ١١٠ هـ سير النبلاء (٦٠٦/٤).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١١٤٣٢) باب: الرجل يطلق في نفسه .

(٤) المنتقى شرح موطأ مالك القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن إيوب الباجي (٢٠٩/٥)، دار الفكر العربي بيروت ، الطبعة الأولى ١٣٣٢ هـ .

(٥) سبل السلام (١٠٨٩/٣)

وأجيب على هذا القول بأن هذا الحديث "إنما الأعمال بالنيات" حجة على أصحاب القول الثالث لأنه عليه الصلاة والسلام لم يفرد فيه النية عن العمل ولا العمل على النية بل جمعهما جميعاً.

ولم يوجب حكماً بأحدهما دون الآخر، وهكذا نقول أن من نوى الطلاق ولم يتلفظ به أو تلفظ به ولم ينو فليس طلاقاً حتى يتلفظ به وينويه إلا أن يخص نص شيئاً من الأحكام بإلزامه بنية دون عمل أو بعمل دون نية^(١). وأجيب على قول ابن العربي^(٢) فيمن اعتقد الكفر فإن القرآن قد جاء بذلك نصاً قال تعالى: "يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ لَا يَحْزُنْكَ الَّذِينَ يُسَارِعُونَ فِي الْكُفْرِ مِنَ الَّذِينَ قَالُوا آمَنَّا بِأَفْوَاهِهِمْ وَلَمْ تُؤْمِنْ قُلُوبُهُمْ"^(٣) فخرج هؤلاء بنصوص القرآن والسنة عما عفى عنه وأيضاً العفو عن حديث النفس إنما هو عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم فضيلة لهم بنص الخبر، ومن أسر الكفر فليس من أمته عليه الصلاة والسلام فهو خارج عن هذه الفضيلة، وأما المصير على المعاصي فصح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب عليه"^(٤) فصح أن المصير الآثم بإصراره هو الذي عمل السيئة ثم أصر

(١) المحلى (١٩٩/١٠)

(٢) هو ابوبكر محمد بن عبد الله ، كان مشاركاً في علوم الحديث والفقه والتفسير والاصول والأدب والشعر وكان معدوداً من الشعراء ، من تصانيفه ، شرحان للموطأ ، عارضة الأحوزي ، شرح الترمذي واحكام القران وغيرها ، توفي سنة ٥٤٣هـ انظر الفكر السامي (٢٢١/٢).

(٣) سورة المائدة آية (٤١)

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٨/٣) حديث رقم (١٤٠٩٣)

عليها، فهذا جمع نية السوء والعمل السوء، وأما من قذف محصنة في نفسه فقد نهاه الله عز وجل عن الظن السوء وهذا ظن سوء فخرج عما عفى عنه بالنص ولا يحل أن يقاس عليه غيره فيخالف النص الثابت في عفو الله عز وجل عن ذلك.

اختيار الإمام أبي محمد بن حزم:

اختار أبو محمد رحمه الله تعالى - القول الأول القائل بعدم وقوع الطلاق بحديث النفس موافقاً للإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي وغيرهم من السلف.

قال أبو محمد: "ولم يأت نص قط بالزام طلاق أو عتاق أو رجعة أو هبة أو صدقة بالنفس لم يلفظ بشئ من ذلك فوجب أنه كله لغو"^(١).
والراجع عندي فيما يظهر هو القول الأول لا يقع الطلاق بحديث النفس.

(١) المحلى (٢٠٠/١٠)

المبحث الثالث

الوكالة في الطلاق

التوكيل هو أن يقيم الزوج غيره مقام نفسه في تطبيق امرأته. والوكيل يعمل بمشيئة موكله، وللموكل أن يعزل وكيله متى شاء^(١).

أجمع الفقهاء على جواز الوكالة في الطلاق إلا الظاهرية فقد قالوا لا تجوز الوكالة في الطلاق.

استدل المجيزون للوكالة بالقاعدة الشرعية "من صحت منه مباشرة الشئ، صح توكيله فيه غيره"^(٢). وإن الطلاق حق للزوج ويصح منه فله أن يتصرف فيه بنفسه أو بواسطة غيره.

والوكيل معبر عن إرادة موكله ملتزم في تصرفه بما حدده له موكله، فإذا وكله بإيقاع طقة واحدة وحددها بأنها رجعية فليس للوكيل أن يوقعها بائمة، وليس له أن يوقع أكثر منها إلا إذا كان التوكيل عاماً بالطلاق فله أن يوقع

(١) بلغة السالك لأحمد الصاوي (٤٣٥/١) الدار السودانية للكتب الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ
(٢) الأشباه والنظائر (٤٦٣) للسيوطي دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ

الثلاث فإذا زاد أو نقص، لا يقع شيء لأنه متصرف بالإذن ولم يؤذن في هذا^(١).

فالوكيل وإن كان يعمل بإرادة من وكله فهو يوقع التصرف بعبارته ولا يتقيد بوقت إن كان التوكيل مطلقاً.

واستدلوا أيضاً بحديث فاطمة بنت قيس، روى الزهري عن عبيد الله ابن عبد الله بن عتبة: أن زوجها أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها^(٢). ففي الحديث أنه طلقها وكيل زوجها وأمضاه رسول الله صلى الله عليه وسلم.

اختيار الإمام أبي محمد بن حزم:

اختار أبو محمد - رحمه الله تعالى - القول الذي يخالف به جمهور الفقهاء، وقال بعدم جواز الوكالة في الطلاق.

واستدل بقول الله عز وجل: "وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا"^(١).

^(١) المجموع (٢١٨/١٨)

^(٢) أخرجه أبو عوانه في مسنده (٤٦٠١) كتاب الطلاق، باب: الأخبار التي لا تجعل للمطلة ثلاثاً على زوجها نفقة ولا سكنى ومسلم (١٤٨٠) باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها (١١٤/٢)

^(١) سورة الأنعام آية ١٦٤

قال أبو محمد: (فلا يجوز عمل أحد عن أحد إلا حيث أجازاه القرآن أو السنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يجوز كلام أحد عن غيره إلا حيث أجازاه القرآن أو سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يأت في الطلاق أحد عن أحد بتوكيله أياه قرآن ولا سنة فهو باطل والمخالفون للظاهرية على حسب قولهم أصحاب قياس بزعمهم وبالضرورة يدري كل أحد أن الطلاق كلام والظهار كلام واللعان كلام والايلاء كلام ولا يختلفون في أنه لا يجوز أن يظهر أحد عن أحد ولا أن يلاعن أحد عن أحد ولا أن يولى أحد عن أحد لا بوكالة ولا بغيرها فهلا قاسوا الطلاق على ذلك؟ وكل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق فإنه خاطب به الأزواج لا غيرهم فلا يجوز أن ينوب غيرهم عنهم لا بوكالة ولا بغيرها لأنه كان يكون تعدياً لحدود الله عز وجل وقد قال تعالى: "وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ" (٢) وقال تعالى: "وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ" (٣) فلا خيار لأحد في خلاف ما جاء به النص (٤).

والراجع عندي هو صحة التوكيل لأن الوكيل يتقيد بأمر موكله فليس له أن يتعدى حدود ما وكل به فإذا تعدى حدود ما وكل به أدى ذلك إلى بطلان ما وكل فيه ويجوز أيضاً عزل الوكيل إذا خرج عن حدود الوكالة.

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٩

(٣) سورة الاحزاب آية ٣٦

(٤) المحلى (١٩٦/١٠)

ففرى صحة التوكيل لاسيما إذا كان هناك سبباً يدعو لذلك مثل إذا كان الزوج خارج البلاد فطلبت المرأة من الحاكم طلاقها فلا بد من التوكيل هنا إذا كان هناك ما يمنع الزوج من دخول البلاد.

المبحث الرابع

الطلاق قبل النكاح

لابد لمحل الطلاق أن يكون موجوداً حتى يتم الطلاق. ومحل الطلاق هو الزوجة التي تكون في عصمة المطلق. والمرأة التي ليست في عصمة المطلق تسمى أجنبية، واختلف الفقهاء في طلاق الأجنبية على أقوال.

القول الأول:

لا يقع الطلاق على الأجنبية لإنعدام الملك سواء عم الأجنبيةات أو كما لو قال أيما امرأة أتزوجها فهي طالق أو خص قبيلة معينة مثل أن يقول أيما امرأة أتزوجها من بني فلان فهي طالق أو خص ذلك ببلد معين مثل أن يقول أيما امرأة أتزوجها من مصر فهي طالق، كل ذلك لا يقع طلاقه حتى بعد زواجه لأنهم يشترطون أن يكون المحل موجوداً عند وقوع الطلاق. وهذا القول للشافعية وهو رأي بعض الصحابة كعلي كرم الله وجهه وعائشة أم المؤمنين - رضي الله عنها - وعكرمة وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وجابر بن عبد الله وقتادة والحسن وعلي بن الحسين وشريح القاضي وسعيد بن المسيب^(١).

(١) مغنى المحتاج (٢٩١/٣)، والمحلّى (٢٠٥/١٠)

ودليلهم قوله تعالى: "إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ" ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى شرع الطلاق بعد النكاح وليس قبله لأنه لم يقل إذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن.

الدليل الثاني من طريق عبد الرزاق حدثنا ابن جريح قال: سمعت عطاء يقول: قال ابن عباس: "لا طلاق إلا من بعد نكاح" قال عطاء: فإن حلف بطلاق ما لم ينكح فلا شيء^(١).

وعن علي بن أبي طالب قال: (لا طلاق إلا من بعد نكاح وإن سماها فليس بطلاق) وقال أيضاً: ليس طلاق إلا من بعد ملك^(٢) إذا الطلاق لا يكون إلا عقب ملك فلا يسبقه.

الدليل الثالث: استدلوا بقول ابن عباس وعائشة لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك ولا بيع فيما لا يملك" رواه أحمد وابن ماجه^(٣).

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١١٤٤٨) باب الطلاق قبل النكاح

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١١٤٥٣) باب الطلاق قبل النكاح

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک (٢٢٢/٢) حديث رقم ٢٨٢٠ وابن ماجه (٦٦٠/١) ونيل الأوطار (٢٧٠/٦) وسبل السلام للصنعاني (١٠٩٦/٣)

ففي هذا الحديث يظهر لنا أنه لا بد من الملكية حتى يصح تصرف المالك فلا يستطيع الإنسان أن يلزم نفسه بما ليس في ملكه، والبيع كذلك لا يستطيع الإنسان أن يبيع ما ليس في ملكه لأنه يقتضي تسليم المبيع ولا يمكن أن يسلم ما ليس له. كذلك الطلاق فيجب أن يملك المعقود عليه أولاً ثم يطلق بعد ذلك.

القول الثاني:

أن قال للأجنبيات عموماً أيما امرأة أتزوجها فهي طالق فإنها لا تطلق في حالة العموم أما إذا خصص فقال: أن تزوجت فلانة فهي طالق طلقت منه، وهو قول الحكم بن عتيبة وربيعة والحسن بن حي والليث بن سعد ومالك وأصحابه^(١).

واستدلوا في حالة التخصيص بما روى عن طريق مالك عن سعيد ابن عمرو بن سليم عن القاسم بن محمد أن رجلاً قال: أن تزوجت فلانة فهي على كظهر أمي فتزوجها فقال له عمر بن الخطاب: لا تقربها حتى تكفره^(٢).

فهنا الطلاق كالظهار بجامع التحريم في كل ولا يقول أن تحريم الظهار تزيله الكفارة وتحريم الطلاق تزيله الفرقة وإنما الذي يقصد هو التحريم.

(١) المحلى (٢٠٦/١٠)
(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٥٨/١٠) باب ظهار الحر

أما إذا عمم فمن طريق أبي عبيد عن هشيم نا مغیره عن إبراهيم النخعي
فیمن قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق قال: ليس بشئ، هذا رجل حرم
المحصنات على نفسه فلیتزوج^(١).

القول الثالث:

أن طلاق الأجنبية یصح ویقع إن تزوجها سواء كان اللفظ عاماً بأن قال
كل امرأة أتزوجها فهي طالق أو خاص بأن قال لامرأة بعینها أن تزوجتك فأنت
طالق وهو قول القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله بن عمر وعمر بن عبد
العزیز^(٢).

واستدلوا بالأثر أن رجلاً قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فقال له عمر
بن الخطاب: هو كما قلت^(٣).

ومن طریق عبد الرزاق عن معمر عن الزهري فیمن قال كل امرأة
أتزوجها فهي طالق، وكل أمة اشتريها فهي حرة، قال الزهري: هو كما قال^(١).

القول الرابع:

(١) أخرجه سعید بن منصور في السنن (٢٩٦/١) رقم ١٠٤٨

(٢) المحلى (٢٠٦/١٠)

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١١٤٧٤) باب الطلاق قبل النكاح

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١١٤٧٥)، باب الطلاق قبل النكاح .

أن القول بطلاق الأجنبية مكروه وإن تزوج لا يفسخ بينهما ولا تطلق وهو قول سفيان الثوري والأوزاعي^(٢).

واستدلوا بقول القاسم بن محمد فيمن قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فكرهه، وهو قول الأوزاعي، وروى عنه أنه قال: إن تزوجها لم أمره بفراقها، وإن كان لم يتزوجها لم أمره أن يتزوجها، وهو قول سفيان الثوري، فقل له أحرام هو؟ فقال ومن يقول أنه حرام، من رخص فيه أكثر ممن شدد فيه وبه يقول أبو عبيد^(٣).

اختيار الإمام أبي محمد بن حزم

اختار الإمام أبو محمد - رحمه الله تعالى - القول الأول الذي يقضي بأنه لا يقع الطلاق على الأجنبية لإنعدام الملك وهو قول الإمام الشافعي وأصحابه ورأي بعض الصحابة والتابعين.

(٢) الشرح الكبير (٢٣٢/٢)، بداية المجتهد (٩٦/٢)
(٣) المحلى (٢٠٦/١٠)

قال أبو محمد: (وقالوا قسناه على النذر، قلنا القياس كله باطل لأن النذر جاء فيه النص ولم يأت في تقديم الطلاق قبل النكاح نص، والنذر شيء يتقرب به إلى الله عز وجل).

وليس الطلاق مما يتقرب به إلى الله عز وجل ولا مما ندب الله تعالى عباده إليه وحضهم عليه. وقالوا قسناه على الوصية.

قال أبو محمد: (وهذا من أرذل قياساتهم وأظهرها فساداً لأن الوصية نافذة بعد الموت ولو طلق الحي بعد موته لم يجز، والوصية قريبة إلى الله عز وجل بل هي فرض والطلاق ليس فرضاً ولا مندوباً إليه...)^(١).

الترجيح

ظهر لنا بعد استعراض الأدلة أن أرجح الأقوال هو القول بعدم طلاق الأجنبية مطلقاً لأن النص جاء فيه تقديم النكاح على الطلاق " إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ " ولم ينص على تقديم الطلاق.

(١) المحلى (٢٠٧/١٠)