

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 السادس

اختياراته في الطلاق المعلق والتحليل والهدم

المبحث الأول:

الطلاق المعلق

المبحث الثاني:

المحل وشروط التحليل

المبحث الثالث:

النكاح بشرط التحليل

المبحث الرابع:

النكاح بنية التحليل

المبحث الخامس:

الهدم في الطلاق

المبحث الأول

الطلاق المعلق

صيغة الطلاق هي الألفاظ التي تعبر عنه وتدل على معانيه وينقسم الطلاق بحسب إضافته إلى الصيغة إلى:

معجل وهو ينفذ في حينه، ومعلق وهو الذي يعلق إلى زمن مستقبل أو وقوع صفة أو شرط وله أقسام وهذه الأقسام ذكرها ابن جزّي في القوانين^(١):

الأول: أن يعلق بأمر يمكن أن يكون ويمكن ألا يكون كقوله أن دخلت الدار فأنت طالق وكذلك أن كلمت زيد أو أن قدم فلان من سفره... فهذا أن وقع الشرط وقع الطلاق وإلا لم يقع.

الثاني: أن يعلقه بأجل يبلغه العمر عادة أو بأمر لابد أن يقع كقوله: أن دخل الشهر أو إذا مات فلان فأنت طالق فهذا يلزمه الطلاق في الحين ولا ينتظر به أجل الشرط خلافاً للشافعي^(٢) وأبو حنيفة^(٣).

(١) القوانين الفقهية (١٥٣)

(٢) المجموع (١٥٢/١٨)

(٣) تبیین الحقائق (٢٣١/٢)

الثالث: أن يعلقه بأمر يغلب وقوعه ويمكن أن لا يقع كقوله: أنت طالق أن حضت ففيه قولان قيل يعجل عليه الطلاق وقيل يؤخر إلى حصول شروطه.

الرابع: أن يعلقه بشرط يجهل وقوعه فإن كان لا سبيل إلى علمه طلقت في الحال، كقوله: أن خلق الله في بحر القلزم حوتاً على صفة كذا، وإن كان يوصل إلى علمه كقوله أن ولدت أنثى توقف الطلاق على وجوده.

الخامس: أن يعلقه بمشيئة الله تعالى فيقول أنت طالق أن شاء الله تعالى فيقع الطلاق ولا ينفع هذا الاستثناء.

السادس: أن يعلقه بمشيئة إنسان كقوله أنت طالق أن شاء زيد فيتوقف وقوع الطلاق على مشيئته، فإن علقه بمشيئة من لامشيئة له كالبهائم والجمادات فيقع الطلاق في الحين لأنه يعد هازلاً.

اختلف العلماء في وقوع الطلاق المعلق على ثلاثة آراء:

الرأي الأول:

يقول بوقوع الطلاق متى وجد المعلق عليه سواء كان التعليق يسمى يمينا أو لا يسمى وهو قول الجمهور.

واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ". فهذه الآية لم تفرق بين منجز وبين طلاق معلق

فالطلاق فيها مطلق، والأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه ما لم يوجد مقيد.

وقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" ^(١) هذه الآية تفيد وجوب الوفاء بجميع العقود، والعقود بعمومها شاملة لكل الالتزامات والتعليق التزام يجب الوفاء به وتترتب الآثار عليه.

وأجيب على ذلك بأن هذا في كل عقد أمر الله تعالى بالوفاء به أو نذب إليه لا في كل عقد جملة ولا في معصية، ومن المعاصي أن يطلق بخلاف ما أمر الله تعالى به فلا يحل الوفاء به ^(٢).

استدلوا أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم" ^(٣) وأجيب عليه بأنه صلى الله عليه وسلم قال: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل" ^(٤) والطلاق هنا مشروط بشرط ليس في كتاب الله فهو باطل. واستدلوا أيضاً بما روى الثوري عن ابن مسعود في رجل قال لامرأته إن فعلت كذا وكذا فهي طالق ففعلته قال: هي واحدة وهي أحق بها ^(٥).

فهذا عبد الله بن مسعود يفتي بوقوع الطلاق المعلق على وجه اليمين ولم يقل انه باطل أو أن فيه كفارة يمين.

^(١) سورة المائدة آية (١)

^(٢) المحلى (٢١٥/١٠)

^(٣) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الاجارة باب اجر السمسرة، نيل الأوطار (٢٨٢/٦)

^(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٩٤/١٠) رقم (٤٢٧٢) والطبراني في الكبير (١١/١١)

^(٥) موطأ مالك ص (٢٩٦) سنن ابن ماجه (٦٨١/١) رقم ٢١٠٨ والبيهقي في السنن (٣٥٦/٧) حديث رقم ١٤٨٥٦

الرأي الثاني:

يقول أن الطلاق المعلق لا يقع أصلاً سواء كان على وجه اليمين أو لم يكن. وهو قول الشيعة^(١).

واستدل أصحاب هذا الرأي:

بقوله صلى الله عليه وسلم "من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر"^(٢) فكل حلف بغير الله عز وجل فإنه معصية وليس يميناً والتعليق بالطلاق يمين فلا يجوز ولا يترتب عليه أثر.

واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: "وَمَا تَشَاؤُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ"^(٣) فلو أراد الله سبحانه وتعالى إمضاء هذا الطلاق ليسره لإخراجه بغير استثناء فصح أنه تعالى لم يرد وقوعه إذ يسره لتعليقه بمشيئته عز وجل^(٤).

الرأي الثالث:

يقول أن الطلاق المعلق إن كان قسماً يقصد به الحالف الحث على الفعل أو المنع منه فإن الطلاق لا يقع ويجزي فيه كفارة اليمين إذا حنث.

(١) المختصر النافع (١/١٧٥).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات باب كيف يستحلف (٢/٩٥١) حديث رقم (٢٥٣٣).

(٣) سورة التكويد آية (٢٩).

(٤) المحلى (١٠/٢١٧).

وإن كان شرطياً يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط فإن الطلاق يقع. وهذا القول لابن تيمية وتلميذه ابن القيم^(١) ودليلهم قوله صلى الله عليه وسلم: "من حلف على يمين ورأى خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه"^(٢).

وأجيب على ذلك إن الطلاق المعلق يجب أن يقع عند حصول المعلق عليه فإن لم يحصل المعلق عليه لا يقع الطلاق ولا تجب فيه كفارة.

اختيار الإمام أبي محمد بن حزم:

اختار أبو محمد - رحمه الله تعالى - القول الثاني الذي يقضي بعدم وقوع الطلاق المعلق وهو قول الشيعة.

والراجع عندي القول الثالث الذي يقول أن الطلاق المعلق إن كان قسماً يقصد به الحلف الحث على الفعل أو المنع منه فإن الطلاق لا يقع ويجزى فيه كفارة اليمين إذا حنث. وإن كان شرطياً يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط فإن الطلاق يقع.

(١) إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٥)

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب المساقاة والشرب - باب الخصومة (٨٣١/٢) حديث رقم ٦٢٨٣

المبحث الثاني

المحلل وشروط التحليل

إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً فإنها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فتنتهي الحرمة وتحل للزوج الأول بشروط^(١):

١/ أن تنكح زوجاً غيره، لقوله تعالى " حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ " نفى الحل وحد
النفى إلى غاية التزوج بزواج آخر فهذا الحكم لا ينتهي قبل وجود الغاية فلا
تنتهي الحرمة قبل التزوج، وإذا وطئها إنسان بالزنا أو بشبهة أنها لا تحل
لزوجها لعدم النكاح.

كذلك إذا حرمت الأمة بملك اليمين على زوجها وانقضت عدتها فوطئها
المولى لا تحل لزوجها لأن المولى ليس بزواج، وكذلك إذا اشتراها الزوج قبل أن
تنكح زوجاً غيره لم تحل له بملك اليمين.

(١) المجموع (٣٧٨/١٨) وما بعدها، بدائع الصنائع (٢٧٢/٣) وما بعدها، نيل الأوطار (٤٤/٧ - ٤٥)، المحلى (١٨٠/١٠)
بداية المجتهد (٨٦/٢) المبسوط (٨/٣ - ٩ - ١٠) للسرخسي دار المعرفة بيروت - لبنان ١٤٠٦ هـ

٢/ أن يكون النكاح صحيحاً حتى لو تزوجت رجلاً نكاحاً فاسداً ودخل بها لا
تحل لأول لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ولأن إطلاق لفظ النكاح
يقتضي الصحيح.

٣/ أن يدخل بها الزوج الثاني ويجمعها لحديث عائشة رضي الله عنها "أن
رفاعة القرظي طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فأنت رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقالت: إن رفاعة طلقني وبت طلاق فتزوجت عبد
الرحمن بن الزبير ولم يكن معه إلا مثل هدية الثوب فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم: "أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي من عسيلته ويذوق
من عسيلتك" (١).

والهدية طرف الثوب الذي لم يُنسج، مأخوذ من هذب العين وهو شعر
الجفن، وأرادت أن ذكره يشبه الهدية في الاسترخاء وعدم الانتشار، واستدل به:
أن وطء الزوج الثاني لا يكون محلاً لارتجاع الزوج الأول للمرأة إلا إذا كان
حال وطئه منتشرًا فلو كان ذكره أشل أو عنيماً أو طفلاً لم يكف.

والعُسيلة هي تصغير العسل وهي لذة الجماع.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الطلاق، باب من أجاز الطلاق الثلاث (٢٠١٤/٥) حديث رقم (٤٩٦١)، والامام
الشوكاني نيل الأوطار (٤٤/٧).

وعلى هذا فمجرد العقد في المطلق ثلاثاً لا تحل لمطلقها فلا يبيحها
للأول وبه قال جميع الفقهاء وانفرد سعيد بن المسيب قال: أنها بمجرد العقد
تحل لزوجها الأول ولم يقل بقوله إلا طائفة من الخوارج.
فشرط الوطء النقاء الختانيين ولو من غير إنزال في رأي عامة الفقهاء
إلا الحسن البصري^(١) الذي اشترط الإنزال وقالوا يكفي ما يوجب الحد ويحصن
الشخص ويوجب كمال الصداق ويفسد الحج والصوم.
وقال أبو حنيفة والشافعي يحل الوطء المرأة وأن وقع في وقت غير مباح
لحيض أو نفاس سواء أكان الواطئ بالغاً عاقلاً أم صبيّاً مراهقاً^(٢) أم مجنوناً
لأن وطء الصبي والمجنون يتعلق به أحكام النكاح من المهر والتحريم كوطء
البالغ العاقل وكذلك الصغيرة التي يجمع مثلها إذا طلقها زوجها ثلاثاً ودخل بها
الزوج الثاني، حلت للأول لأن وطأها كوطء البالغة.
وإذا كانت ذمية ووطئها زوج ذمي أحلها لمطلقها المسلم لأنه وطء من
زوج في نكاح صحيح فأشبهه بوطء المسلم.

(١) أبو سعيد الإمام الحجة الفقيه القدوة سمع من بعض الصحابة وكان مولده في خلافة عمر بن الخطاب ، توفي سنة ١٠٥ هـ . انظر سير
اعلام النبلاء (٥٦٣/٤).

(٢) الصبي المراهق: هو الذي تتحرك آلتة ويشتهي النساء وقدر بعشر سنين

المبحث الثالث

النكاح بشرط التحليل

وهو أن يتزوج الرجل امرأة مطلقة ثلاثاً بشرط صريح في العقد على أن يحلها لزوجها الأول^(١).

اختلف الفقهاء في هذا النكاح على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

هذا النكاح حرام وفاسد وهو قول الجمهور وأبي يوسف لأن النكاح بشرط الإحلال في معنى النكاح المؤقت وشرط التوقيت في النكاح يفسده والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل فهو نكاح إلى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبهه بنكاح المتعة، قال صاحب المذهب "لأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته فشابه نكاح المتعة"^(٢).

واستدلوا بقول ابن مسعود: "لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له"^(٣).

(١) بدائع الصنائع (٢٧٥/٣)

(٢) المجموع (٢٤٩/١٦)

(٣) أخرجه النسائي في الكبرى في الطلاق باب: إحلال المطلقة ثلاثاً وما فيه من التغليظ (٥٦٠٩) والترمذي باب: ما جاء في المحلل والمحلل له (١١١٩) وابن الجارود في المنتقى (١٧٢/١)، لعبد الله بن علي بن الجارود أبو محمد النيسابوري، بيروت، مؤسسة الكتاب الثقافية الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.

وبقوله صلى الله عليه وسلم: "ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له"^(١) وقول عمر بن الخطاب: "والله لا أوتى بمحلل ومحلل له إلا رجمتها"^(٢).

قال في المبسوط: (النكاح فاسد لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لعن المحلل والمحلل له وعقد النكاح سنة ونعمة فما يستحق به المرء اللعن لا يكون نكاحاً صحيحاً)^(٣).

فإلحاق اللعن ليس للتحليل بل لشرط فاسد ألحقه بالنكاح وهو ذكر الشرط الفاسد أن تزوجها بشرط التحليل لأنه شرط ينافي المقصود من النكاح وهو السكن والتوالد والتعفف لأن ذلك يقف على البقاء والدوام على النكاح^(٤).

أما إلحاق اللعن بالمحلل له فلأنه سبب لمثل هذا النكاح والمسبب شريك المباشر في الإثم والثواب.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠٨/٧) كتاب النكاح باب: ما جاء في نكاح المحلل. والترمذي ١١١٩ باب: ما جاء في المُلح والمحلل له والدارقطني في السنن ٣٥٧٦ في النكاح باب: المهر والشوكاني في نيل الأوطار (٢٧٥/٦) وابن عبد البر في الاستنكار (٤٥٠/٥)

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٠٧٧٧) باب التحليل ، وسعيد بن منصور في السنن (١٩٨٨)، وابن أبي شيبة (١٧٠٧٤) باب الرجل يطلق امرأته فيتزوجها رجل ليحلها له

(٣) المبسوط (١٠/٣)

(٤) بدائع الصنائع (٢٧٤/٣)

والأشبه أن الغرض من اللعن إظهار خساسة المحلل بمباشرة مثل هذا
النكاح والمحلل له بمباشرة ما ينفر عنه الطباع من عودها إليه بعد مضاجعة
غيره إياها واستمتاعه بها لا حقيقة اللعن^(١).

القول الثاني:

وإن شرط الإحلال بالقول وأنه يتزوجها لذلك فكان النكاح بهذا الشرط
نكاحاً صحيحاً يدخل تحت قوله تعالى: " حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ". وهو قول أبو
حنيفة وزفر.

فإن وطئها الزوج الثاني حلت للأول بعد أن يطلقها وتتقضي عدتها لأن
شرط التحليل شرط فاسد، والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة، فيلغو الشرط
ويصح العقد وتحل للأول ويكره للثاني والأول^(٢).

(١) كشف الأسرار على البزدوى (٨٨/١) علاء الدين عبد العزيز البخاري، الفاروق الحديث، القاهرة، الطبعة الثانية ١٤١٦ هـ
(٢) بدائع الصنائع (٢٧٤/٣)

القول الثالث:

أن النكاح بشرط التحليل صحيح ولا تحل به المطلقة لزوجها الأول.
وهو قول الإمام الشافعي^(١).

أن النكاح عقد مؤبد فكان شرط الإحلال استعجال ما أخره الله تعالى لغرض الحل فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحاً، لكن لا يحصل به الغرض كمن قتل مورثه انه يحرم الميراث^(٢).

اختيار الإمام أبي محمد بن حزم:

اختار أبو محمد - رحمه الله تعالى - القول الأول الذي يوافق به الجمهور والذي يقول أن النكاح بشرط التحليل فاسد وحرام.

قال أبو محمد: "قلو رغب المطلق ثلاثاً إلى من يتزوجها ويطأها ليحلها له فذلك جائز إذا تزوجها بغير شرط لذلك في نفس عقده لنكاحه إياها فإذا تزوجها فهو بالخيار إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها فإن طلقها حلت للأول،

(١) المحلى (١٨١/١٠)
(٢) بدائع الصنائع (٢٧٤/٣)

فلو شرط في عقد نكاحها أنه يطلقها إذا وطئها فهو عقد فاسد مفسوخ أبداً ولا
تحل له به" (١).

وقال أبو محمد في لعن المحلل والمحلل له:

(وأما الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بأنه لعن المحلل
والمحلل له فنعم كل ما قاله عليه الصلاة والسلام فهو حق إلا أننا وجميع
خصومنا لا يختلف في أن هذا اللفظ منه عليه الصلاة والسلام عموماً لكل
محل ولكل محلل له ولو كان ذلك وأعوذ بالله وقد أعاذنا الله تعالى من ذلك
للعن كل واهب وكل موهوب له وكل بائع وكل مبتاع له وكل ناكح وكل منكح
لأن هؤلاء كلهم محلون لشيء كان حراماً ومحلل له أشياء كانت حراماً عليهم،
هذا ما لا شك فيه فصح يقيناً أنه عليه الصلاة والسلام إنما أراد بعض المحليين
وبعض المحلل لهم فإذا هذا كالشمس وضوحاً ويقيناً لا يمكن سواه فلا يحل
لمسلم أن ينسب إليه عليه الصلاة والسلام أنه أراد أمر كذا إلا بيقين من نص
وارد لا شك فيه وإلا فهو كاذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ومقول له
ما لم يقله ومخبر عنه بالباطل فإذا هذا كله يقين فالمحل الملعون والمحلل له
كذلك إنما هما بلا شك من أحل حراماً لغيره بلا نص) (٢).

(١) المحلى (١٨٠/١٠)
(٢) المرجع السابق (١٨٣/١٠)

وأرجح القول الأول لقوة الأدلة ولأنه فعل أشبه بالسفاح بدليل حديث عن عمر "أنه جاء إليه رجل فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها أخ له عن غير مؤامرة ليحلها لأخيه، هل تحل للأول؟ قال: لا، إلا بنكاح رغبة، كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم" ^(١).

^(١) نيل الأوطار (١٣٩/٦) وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠٨/٧) باب: ما جاء في المُحل والمحلل له . حديث رقم (١٣٩٧١) .

المبحث الرابع

النكاح بنية التحليل

اختلف الفقهاء فيمن تزوج امرأة وفي نيته أن يحلها لمطلقها ثلاثاً على قولين:

القول الأول:

إذا تزوجت المطلقة ثلاثاً بزوج آخر ومن نيتها التحليل فإن لم يشترط ذلك بالقول وإنما نوا ودخل بها على هذه النية حلت للأول لتوافر شرائط الصحة في العقد. وهذا القول للحنفية والشافعية والإمامية.

لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبر فوقع النكاح صحيحاً لاستجماع شرائط الصحة فتحل للأول كما لو نوا التوقيت وسائر المعاني المفسدة^(١).

القول الثاني:

أن الزواج بنية التحليل بدون شرط في العقد باطل، وهذا القول للمالكية والحنابلة^(٢).

(١) بدائع الصنائع (٢٧٣/٣)
(٢) بداية المجتهد (٨٧/٢) ، المغنى (٦٤٦/٦)

وفيه أن يتواطأ العاقدان على شئ مما ذكر قبل العقد، ثم يتم عقد الزواج بذلك القصد، بأن نواه الزوج في العقد أو نوى التحليل فيبطل العقد، ولا تحل به المرأة لزوجها الأول.

وعمدتهم الحديث (لعن الله المحلل والمحلل له)^(١) وعملاً بمبدأ سد الذرائع.

اختيار الإمام أبي محمد بن حزم:

اختار أبو محمد - رحمه الله تعالى - القول الأول وهو قول الحنفية والشافعية والإمامية الذين يقولون بوقوع النكاح صحيحاً بنية التحليل.

قال أبو محمد: (كل من يتزوج مطلقة ثلاثاً فإنه بوطئه لها محل والمطلق محلل له، نوى ذلك أو لم ينوه فبطل أن يكون داخلاً في الوعيد لأنه حتى أن اشترط ذلك عليه قبل العقد فهو لغو من القول ولم ينعقد النكاح إلا صحيحاً)^(٢).

(١) سبق تخريجه انظر ص ١٤٦
(٢) المحلى (١٠/١٨٣)

المبحث الخامس

الهدم في الطلاق

اتفق العلماء على أن من طلق زوجته ثلاثاً فأصابها زوج غير مطلقها فمات عنها أو طلقها فرجعت إلى زوجها الأول كان طلاقه إياها مبتدأ كهو حين ابتداء نكاحها قبل أن يطلقها.

واختلفوا فيمن طلق زوجته واحدة أو اثنتين، فنكحها زوج غيره وأصابها ثم بانث منه فنكحها الزوج الأول بعده، فهل رجوعها إليه على ما بقى من الطلاق أم أن نكاح الزوج الثاني يهدم ما مضى من الطلاق ؟
اختلف في المسألة على قولين^(١):

القول الأول:

يهدم ما مضى من الطلاق، وهو قول الإمام أبو حنيفة وزفر وأبي يوسف والإمام أحمد.

واستدل أصحاب هذا القول بالقياس، فقالوا ما دام نكاح الثاني يهدم الثلاث فيهدم ما دون الثلاث بالأولى.

(١) انظر الأم (٦٣٣/٦) ، المحلى (٢٤٩/١٠)، حاشية ابن عابدين (٣٣٧/٣) دار الفكر بيروت ١٤١٢ هـ ب - داية المجتهد (١٤٨/٢)، شرح الزركشي (٤٣٧/٥) شمس الدين الزركشي تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن ، مكتبة العبيكان ١٤١٣ هـ ، - المغنى (٢٦١/٦) كشف الأسرار (٨٥/١)

القول الثاني:

لا يهدم نكاح الثاني ما مضى من الطلاق وهو قول الشافعية والمالكية ورواية للإمام أحمد.

واستدل أصحاب هذا القول بأن المرأة المطلقة ثلاثاً أنها محرمة حتى ينكحها الزوج الثاني، أما إذا طلقت واحدة أم اثنتين فهي غير محرمة على زوجها فنكاح الزوج الثاني لم يحلها للأول فلم يجز أن يقاس ما له حكم بما لا حكم له^(١).

قال ابن قدامة: (أن الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثاً وههنا هي حلال له فلا يثبت فيها حل)^(٢).

اختيار الإمام أبي محمد بن حزم:

اختار أبو محمد - رحمه الله تعالى - القول الثاني الذي يقضي بأن نكاح الزوج الثاني لا يهدم ما مضى من الطلاق موافقاً بذلك الشافعية والمالكية.

(١) الأم (٦/٦٣٤)
(٢) المغنى (٦/٢٦٢)

واستدل الإمام أبو محمد بقوله: (قالوا: إنما لم نختلف أن نكاح زوج آخر يهدم الثلاث، ولا شك في أنه إذا هدمها فإنه قد هدم الواحدة من جملتها، والاثنين من جملتها ومن المحال أن يهدمها مجموعة ولا يهدمها متفرقة).

قال أبو محمد: فقلنا: لم يهدم قط طلاقاً ، إنما هدم التحريم الواقع بتمام الثلاث مفرقة أو مجموعة فقط، ولا تحريم بالطلقتين ولا بالواحدة يهدمه^(١).

ومن جهة القياس أن الزوج الثاني لا نحتاج إليه في إباحتها للأول فوجب أن لا يؤثر في عدد الطلاق، أشبه بوطء السيد.

الترجيح:

الراجح هو القول الثاني الذي يقول بان وطء الزوج الثاني لا يهدم ما مضى من الطلاق، لأنه الاقوم دليل ولا يحتاج إلى مزيد من البيان.

(١) المحلى (٢٥٠/١٠)