

العنوان:	آراء الإمام ابن حزم في فقه الأسرة : دراسة فقهية مقارنة
المؤلف الرئيسي:	أحمد، ابتسام ابراهيم
مؤلفين آخرين:	ميرغني، فتحية حسن(مشرف)
التاريخ الميلادي:	2012
موقع:	أم درمان
الصفحات:	1 - 408
رقم MD:	560966
نوع المحتوى:	رسائل جامعية
اللغة:	Arabic
الدرجة العلمية:	رسالة دكتوراه
الجامعة:	جامعة أم درمان الاسلامية
الكلية:	كلية الشريعة والقانون
الدولة:	السودان
قواعد المعلومات:	Dissertations
مواضيع:	الفقه الاسلامي، الفقه المقارن، فقه الاسرة، ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، 456 هـ.
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/560966

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

إسلوب APA

أحمد، ابتسام ابراهيم، و ميرغني، فتحية حسن. (2012). آراء الإمام ابن حزم في فقه الأسرة: دراسة فقهية مقارنة (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة أم درمان الاسلامية، أم درمان. مسترجع من
<http://search.mandumah.com/Record/560966>

إسلوب MLA

أحمد، ابتسام ابراهيم، و فتحية حسن ميرغني. "آراء الإمام ابن حزم في فقه الأسرة: دراسة فقهية مقارنة" رسالة دكتوراه. جامعة أم درمان الاسلامية، أم درمان، 2012. مسترجع من
<http://search.mandumah.com/Record/560966>

تمهيد:

كانت عناية الإسلام بالأسرة لأنها نواة المجتمع ،لذلك نص الإسلام على المحافظة عليها لكي لا يجعل الناس لعقولهم وأفكارهم سبيلا للتحكم، فالإسلام ينشد بناء مجتمع

وآدابه، وموجب للإثم والمعصية والتأديب والتعزير، وإنما الطلاق تشريع استثنائي للضرورة بعد أن يسلك الزوج المراحل الآتية:

وهي المعاشرة بالمعروف والصبر وتحمل الأذى، ثم الوعظ والهجر والضرب اليسير، ثم إرسال الحكمين.

فإن وقع الطلاق فيمكن العودة إلى الزواج بالرجعة بغير شهود ما دامت المرأة في العدة، أو بعقد جديد بعد انتهاء العدة، وذلك لمرتين بعد الطلقة الأولى، وبعد الطلقة الثانية، فتلك فترتان متكررتان لمراجعة الحساب، وتقدير الظروف، ومحاكمة الأمور، وتعقل النتائج والآثار، وهذا يحدث غالباً، فكل من الزوجين يندم ويتنازل عن أمور، ويقنع عن أخلاق، ويرضى بالعيش في ظل حياة زوجية لا توفر له كل ما يرغب بالمقارنة مع حياة العزلة والانفراد، والالتكال على الأهل الذين يضايقهم عادة تحمل أعباء جديدة من النفقة والخدمة وغيرها، هذا فضلاً عما في الفراق من تعريض سمعة المرأة للطعن والنقد، إذ لو كانت حسنة الأخلاق، لما طلقت، وبه يكون إحصاء عدد الرجعات بعد الطلاق مما ينقص كثيراً من إحصائيات الطلاق^(١).

وقد علم القرآن الكريم أن نشدان السعادة الزوجية من مطالب المؤمنين الذين يضيقون بالحياة الموحشة، فمن دعاء عباد الرحمن: {وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ}٢.

المبحث الأول: الطلاق ووقت إيقاعه

تمهيد:

تعريف الطلاق في اللغة: (حُلُّ عُقْدَةِ النِّكَاحِ)١.

^١ الفقه الإسلامي وأدلته (٩/ ٣٣٥-٣٣٨).

^٢ سورة الفرقان الآية ٧٤.

تعريف الطلاق في الشرع: (حَلُّ عَقْدِ النِّكَاحِ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ وَنَحْوِهِ^٢).

تعريف الطلاق في القانون: نص القانون السوداني على أن: (الطلاق هو حل عقدة الزواج بالصيغة الموضوعية له شرعاً^٣).

ما يلاحظ من خلال تعريف الطلاق في اللغة والشرع والقانون بأن هذه التعاريف تتفق في المعنى .

المطلب الأول: الطلاق في الطهر:

مَسْأَلَةٌ (٧٠) إِنْ طَلَّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يَطَّأَهَا فِيهِ فَهُوَ طَلَّاقٌ سُنَّةٌ لَزِمَ.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك: عن عكرمة أنه سمع ابن عباس رضي الله عنهما يقول: الطلاق على أربعة وجوه، وجهان حلال ووجهان حرام، فأما الحلال فإن يطلقها طاهراً من غير جماع، أو يطلقها حاملاً مستتبيناً حملها وأما الحرام فإن يطلقها حائضاً أو يطلقها حين يجامعها لا يدري اشتمل الرحم على ولد أم لا^٤). قال أبو محمد: ومن المحال أن يخبر ابن عباس عما هو جائز بأنه حرام^٥).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (أنه لو طَلَّقَهَا فِي طُهْرٍ جَامِعَهَا فِيهِ بَعْدَ ظُهُورِ حَمْلِهَا لَا يَكُونُ بِدْعِيًّا مِنْ هَذِهِ الْقِسْمِ لِقَدْرِ الْعِلَّةِ، الْأَحْسَنُ تَطْلِيقُهَا فِيهِ وَلَا فِي حَيْضِهِ جِمَاعٌ وَلَا طَلَّاقٌ وَتَرْكُهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا لَكَانَ أَحْسَنَ إِذَا كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً فِي طُهْرٍ لَا جِمَاعَ فِيهِ وَلَا طَلَّاقٌ^٦)، قال المالكية: (فَإِنْ طَلَّقَهَا فِي طُهْرٍ جَامِعَهَا فِيهِ لَزِمَهُ وَاعْتَدَّتْ بِهِ، وَلَا يُؤْمَرُ بِرَجْعَتِهَا^٧)، قال الشافعية: (طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها، فله أن

^١ تاج العروس من جواهر القاموس (٩٣ / ٢٦).

^٢ أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢٦٣ / ٣).

^٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١، المادة (١٢٨).

^٤ السنن الكبرى (كتاب الخلع والطلاق) / ١١ باب ما جاء في طلاق السنة وطلاق البدعة ح ١٤٦٩٣ (٧ / ٣٢٥).

^٥ المحلى (١٦١ / ١٠).

^٦ البحر الرائق (٣ / ٢٥٦).

^٧ حاشية العدوي (٥ / ٢٢٠).

يطلقها^١)، قال الحنابلة: (ولا خلاف في أنه إذا طلقها في طهر لم يصحبها فيه واحدة ثم تركها حتى تتقضي عدتها أنه مصيب للسنة مطلق للعدة^٢).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^٣).
مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء على أن طلاق السنة أن يطلق الرجل زوجته في طهر لم يمسه فيها .

المطلب الثاني: الطلاق في الحيض والنفاس:

أولاً: الطلاق في الحيض:

مسألة (٧١) مَنْ أَرَادَ طَلَّاقَ امْرَأَةٍ لَهُ قَدْ وَطَّئَهَا لَمْ يَحِلَّ لَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي حَيْضَتِهَا، وَلَا فِي طُهْرِ وَطَّئَهَا فِيهِ، فَإِنْ طَلَّقَهَا طَلَقَةً أَوْ طَلَقَتَيْنِ فِي طُهْرٍ وَطَّئَهَا فِيهِ، أَوْ فِي حَيْضَتِهَا، لَمْ يَنْفُذْ ذَلِكَ الطَّلَاقُ وَهِيَ امْرَأَتُهُ كَمَا كَانَتْ.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك عن عكرمة أنه سمع ابن عباس رضي الله عنهما يقول: الطلاق على أربعة وجوه، وجهان حلال ووجهان حرام، فأما الحلال فإن يطلقها طاهراً من غير جماع، أو يطلقها حاملاً مستبينا حملها وأما الحرام فإن يطلقها حائضاً أو يطلقها حين يجامعها لا يدري اشتمل الرحم على ولد أم لا^٤).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (إذا طلق امرأته حالة الحيض فعليه أن يراجعها لورود الأمر به في حديث ابن عمر رضي الله عنهما^٥، ولما فيه من رفع الفعل الحرام برفع أثره^٦)، قال المالكية: (فإن الجمهور إنما صاروا إلى أن الطلاق إن وقع في الحيض اعتد

^١ روضة الطالبين (٩ / ٦).

^٢ الشرح الكبير لابن قدامة (٨ / ٢٥١).

^٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (٥).

^٤ السنن الكبرى (كتاب الخلع والطلاق/ ١١ باب ما جاء في طلاق السنة وطلاق البدعة/ ح ١٤٦٩٣ (٧ / ٣٢٥).

^٥ المحلى (١٠ / ١٦١).

^٦ صحيح مسلم (٩ كتاب الطلاق/ ١ باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ح ٣٧٢٧ (٤ / ١٨٠).

^٧ الاختيار لتعليل المختار (٣ / ١٣٨).

بِهِ، وَكَانَ طَلَاقًا، لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ: "مُرُهُ فَلْيُرَاجِعْهَا"^١ قَالُوا: وَالرَّجْعَةُ لَا تَكُونُ إِلَّا بَعْدَ طَلَاقٍ^٢، قَالَ الشَّافِعِيُّ: (وإن طلقها في الحيض أو الطهر الذي جامع فيه وقع الطلاق، لأن ابن عمر رضى الله عنه طلق امرأته وهي حائض، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها^٣، فدل على أن الطلاق وقع^٤)، قال الحنابلة: (والبدعة أن يوقع الطلاق على مدخول بها في الحيض أو في طهر جامعها فيه وهي ممن تحبل أو في حيض قبله، إذا طلقها في حيض لقوله تعالى: {فَطَلَّوْهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ^٥} وزمن الحيض لا يحسب من العدة، والمعنى في ذلك تضررها بطول مدة التبرص، ولادائه إلى الندم فيمن تحمل إذا ظهر حملها فإن الإنسان قد يطلق الحائل دون الحامل وعند الندم قد لا يمكنه التدارك فيتضرر هو وخرج بقيد الإيقاع تعليق الطلاق فلا يحرم في الحيض لكن إن وجدت الصفة في الطهر سمي سنياً، وإن وجدت في الحيض سمي بدعياً، ويترتب عليه أحكام البدعي إلا أنه لا إثم فيه باتفاق الأصحاب في كل الطرق، نعم إن أوقع الصفة في الحيض باختياريه فينبغي أنه يأثم بإيقاعه في الحيض كإنشائه الطلاق فيه^٦).
رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^٧).
الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في الطلاق في الحيض، فهو يرى أن هذا الطلاق لا ينفذ، أما الجمهور يروا أنه طلاق يعتد به ولكن يأثم، والرأي الراجح هو رأى الجمهور لأنه صلى الله عليه وسلم أمر ابن عمر أن يراجع زوجته، والرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق.

١ صحيح مسلم (٩ كتاب الطلاق/ ١ باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ح ٣٧٢٧ (٤/ ١٨٠).

٢ بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١/ ٤٤٦).

٣ صحيح مسلم (٩ كتاب الطلاق/ ١ باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ح 3727 (٤/ ١٨٠).

٤ المجموع (١٧/ ٧٤).

٥ سورة الطلاق الآية ١.

٦ الإقناع (٢/ ١٠٣).

٧ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (٥).

ثانياً: الطلاق في النفاس:

مَسْأَلَةٌ (٧٢) طلاق النفاء كالطلاق في الحيض سواء سواء لا يلزم إلا أن يكون ثلاثاً مجموعة أو آخر ثلاث قد تقدمت منها اثنتان.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "أَنَّهُ نَهَى عَنْ الطَّلَاقِ فِي الْحَيْضِ، وَأَمَرَ بِالطَّلَاقِ فِي طَهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ، أَوْ حَامِلًا^١ وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ دَمَ النَّفَاسِ لَيْسَ طَهْرًا، وَلَا هُوَ حَمْلٌ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا الْحَيْضُ فَهُوَ حَيْضٌ، وَلَمْ يَصِحَّ قَطُّ نَصٌّ بِأَنَّ النَّفَاسَ لَيْسَ حَيْضًا، بَلْ لَا خِلَافَ فِيهِ، وَقَدْ صَحَّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّ دَمَ الْحَيْضِ دَمٌ أَسْوَدُ يُعْرَفُ^٢ فَصَحَّ أَنَّ كُلَّ دَمٍ أَسْوَدَ ظَهَرَ مِنْ فَرجِ الْمَرْأَةِ فَهُوَ حَيْضٌ مَا لَمْ يَتَجَاوَزْ أَمَدَ الْحَيْضِ، وَمَا لَمْ يَكُنْ فِي حَمْلٍ، وَصَحَّ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لَأُمِّ سَلَمَةَ، وَعَائِشَةَ: أُمِّي الْمُؤْمِنِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا "إِذَا حَاصَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا: أَنْفَسَتْ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، فَسَمَّى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْحَيْضَ نِفَاسًا^٣، قَالَ زَيْدٌ، وَعَطَاءٌ: إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ وَهِيَ نَفْسَاءُ لَمْ تَعْتَدْ بِدَمٍ نِفَاسِهَا فِي عِدَّتِهَا^٤)".

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (لو قال أنت طالق تطليقة حقاً طلقت الساعة ولو قال طلاق الحق كان للسنة وقيد بالسنة لأنه لو قال أنت طالق للبدعة أو طلاق البدعة ونوى الثلاث وقعت للحال وكذا الواحدة في الحيض والطهر الذي فيه جماع وإن لم تكن له نية فإن كان في طهر فيه جماع أو في حال الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعتها وإن كانت في طهر لا جماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض أو يجامعها في ذلك الطهر^٥)، قال المالكية: (قال مالك: مَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ نَفْسَاءُ أَوْ حَائِضٌ أُجِبَ عَلَى رَجْعَتِهَا إِلَّا^٦

١ صحيح مسلم (٩ كتاب الطلاق/١ باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ح 3727 (٤/ ١٨٠).

٢ سنن النسائي (١ كتاب الطهارة/١٣٨ باب الفرق بين دم الحيض والاستحاضة/ ح ٢١٦ (١/ ١٢٣). قال الشيخ الألباني: حسن صحيح. التلخيص الحبير (١/ ٤٣٥)، وقال الحاكم صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.

٣ صحيح البخاري (كتاب الحيض/باب غسل الحائض رأس زوجها/ ح ٢٩٤ (١/ ٣٠٤).

٤ السنن الكبرى (٥٨ كتاب العدد/ ٤ باب لا تعتد بالحیضة/ ح ١٥١٧٩ (٧/ ٤١٨).

٥ المحلى (١٧٦/١٠).

٦ البحر الرائق (١/ ٢٣٠).

أَنْ تَكُونَ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا فَلَا بَأْسَ بِطَلَاقِهَا وَإِنْ كَانَتْ حَائِضًا أَوْ نُفْسًا (١)، قال الشافعية: (أَنَّهُ يَحْرُمُ فِي الْحَيْضِ وَالنِّفَاسِ بِشَرْطِ كَوْنِهَا مَوْطُوءَةً تَعْتَدُ بِأَقْرَأِ مُطْلَقَةٍ بِلَا عَوَضٍ مِنْهَا) (٢)، قال الحنابلة: (والبدعة أن يوقع الطلاق على مدخول بها في الحيض أو في طهر جامعها فيه، الطلاق فلا يحرم في الحيض لكن إن وجدت الصفة في الطهر سمي سنيا وإن وجدت في الحيض سمي بدعيا، ويترتب عليه أحكام البدعي، أنه يَأْثَمُ بإيقاعه في الحيض (٣)).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون) (٤).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في أن طلاق النفساء كالطلاق في الحيض لا يقع إلا أن يكون ثلاثا مجموعة أو آخر ثلاث قد تقدمت منها اثنتان، أما الجمهور يروا أنه يقع ولكن يَأْثَمُ المطلق، وهو الرأي الراجح لأن صلى الله عليه وسلم أمر ابن عمر أن يراجع زوجته، والرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق .

المبحث الثاني: طلاق الثلاث وتكراره

المطلب الأول: طلاق الثلاث:

١ المدونة (٤/ ٣٨٩).

٢ حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٢٩٣).

٣ الإقناع (٢/ ١٠٣).

٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (٥).

مسألة (٧٣) إِلَّا أَنْ يُطَلِّقَهَا كَذَلِكَ ثَالِثَةً أَوْ ثَلَاثَةَ مَجْمُوعَةٍ^١ فَيَلْزِمُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فِي طَهْرٍ لَمْ يَطْأَهَا فِيهِ فَهُوَ طَلَّاقٌ سُنَّةٌ لِازِمٍ كَيْفَمَا أَوْقَعَهُ، إِنْ شَاءَ طَلَّقَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَتَيْنِ مَجْمُوعَتَيْنِ، وَإِنْ شَاءَ ثَلَاثًا مَجْمُوعَةً، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا حَامِلًا وَهُوَ لِازِمٌ، وَلَوْ إِنْزَرٌ وَطْنُهُ إِيَّاهَا فَإِنْ كَانَ لَمْ يَطْأَهَا قَطُّ فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي حَالِ طَهْرٍهَا وَفِي حَالِ حَيْضَتِهَا إِنْ شَاءَ وَاحِدَةً، وَإِنْ شَاءَ اثْنَتَيْنِ وَإِنْ شَاءَ ثَلَاثًا، فَإِنْ كَانَتْ لَمْ تَحِضْ قَطُّ، أَوْ قَدْ انْقَطَعَ حَيْضُهَا طَلَّقَهَا أَيْضًا كَمَا قُلْنَا فِي الْحَامِلِ مَتَى شَاءَ.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك قوله تعالى: {وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ^٢})، فلم يخص تعالى مطلقة واحدة من مطلقة اثنتين ومن مطلقة ثلاثا، وما روى عن سهل بن سعد الساعدي أخبره عن حديث التعان عويمر العلاجني مع امرأته وفي آخره أنه قال كذبت عليها يارسول الله إن امسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال: وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم^٣)، قال أبو محمد: لو كانت طلاق الثلاث مجموعة معصية لله تعالى لما سكت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيان ذلك، فصح يقينا إنها سنة مباحة^٤).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وذهب جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلاث^٥)، قال المالكية: (جمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة^٦)، قال الشافعية: (وَمِنْهَا أَنَّ طَلَّاقَ الثَّلَاثِ مُبَاحٌ: لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَا أَنْكَرَهُ فِي فَاطِمَةَ حِينَ أَخْبَرَتْهُ^٧)^٨)، قال الحنابلة: (وإن طلق

^١ أن يقول أنت طالق أنت طالق أنت طالق.

^٢ سورة البقرة الآية ٢٤١.

^٣ صحيح البخاري (٧١ كتاب الطلاق/٢٧ باب اللعان ومن طلق بعد اللعان/ح ر ٥٠٠٢/٥/٢٠٣٣).

^٤ المحلى (١٠/١٦٩).

^٥ حاشية رد المحتار (٣/٢٥٦).

^٦ بداية المجتهد (٢/٤٩-٥٠).

^٧ صحيح مسلم (٩ كتاب الطلاق/٦ باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها/ح ر ٣٧٧٣/٤/١٩٦).

^٨ الحاوي الكبير . الماوردي (٩/٦٤٧-٦٤٨).

ثلاثاً بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره ولا فرق بين قبل الدخول وبعده^١).

قال ابن تيمية: "ومن ذلك إلزامه للمطلق ثلاثاً بكلمة واحدة بالطلاق - فأمضاه عليهم ليقولوا منه، فإنهم إذا علموا أن أحدهم إذا أوقع الثلاث جملة وقعت وأنه لا سبيل له إلى المرأة أمسك عن ذلك، فكان الإلزام به عقوبةً منه لمصلحة رآها ولم يكن يخفى عليه أن الثلاث كانت في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر تجعل واحدة بل مضى على ذلك صدر من خلافته حتى أكثر الناس من ذلك، وهو اتخاذ آيات الله هزواً^٢"
رأى القانون السوداني: نص على: (يقع الطلاق المتتابع طلقة واحدة، إذا قصد به التأكيد، وإلا فيقع بعدده^٣).

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في لفظ طلاق الثلاث يقع، وخالف ابن تيمية.

المطلب الثاني: المطلقة ثلاث يحرم نكاحها لزوجها:

مسألة (٧٤) مَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا لَمْ يَحِلَّ لَهُ زَوَاجُهَا إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ يَطُوهَا فِي فَرْجِهَا بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ فِي حَالِ عَقْلِهِ وَعَقْلِهَا وَلَا بُدَّ، وَلَا يُحِلُّهَا لَهُ وَطْءٌ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ، وَلَا وَطْءٌ فِي دُبُرٍ، وَلَا وَطْءُهَا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَهِيَ فِي غَيْرِ عَقْلِهَا بِإِغْمَاءٍ أَوْ بِسُكْرِ أَوْ بِجُنُونٍ.
قال ابن حزم: (وَبُرْهَانُ ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: {إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ}، عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ يَغْنَى ثَلَاثًا، فَتَزَوَّجَتْ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَدَخَلَ بِهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يُوَاقِعَهَا أَتَحِلُّ لِرَجُلٍ لِرَجُلٍ الْأَوَّلِ؟ قَالَتْ: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا تَحِلُّ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَذُوقَ عُسَيْلَةَ الْآخِرِ

^١ المغني (٨ / ٢٤١).

^٢ مجموع الفتاوى الكبرى (٤٣-٥/٣٣).

^٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٣١).

^٤ سورة البقرة الآية ٢٣٠.

وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَهَا^(١)).^(٢)

أما جمهور الفقهاء فقال الحنفية: (لَا تَحِلُّ لَهُ الْمَرْأَةُ بَعْدَ مَا وَقَعَ عَلَيْهَا ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ حَتَّى تَتَكَحَّ زَوْجًا غَيْرَهُ يَدْخُلُ بِهَا^(٣))، قال المالكية: (مَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا لَمْ تَحِلَّ لَهُ بِمِلْكٍ، وَلَا نِكَاحٍ حَتَّى تَتَكَحَّ زَوْجًا غَيْرَهُ^(٤))، قال الشافعية: (أَنْ مَنْ طَلَّقَ زَوْجَةً لَهُ، دَخَلَ بِهَا، أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، ثَلَاثًا لَمْ تَحِلْ لَهُ حَتَّى تَتَكَحَّ زَوْجًا غَيْرَهُ^(٥))، قال الحنابلة: (وَتَحْرُمُ مُطَلَّقَتُهُ ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ أَوْ كَلِمَاتٍ حَتَّى تَتَكَحَّ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَطُوهَا^(٦)).^(٧)

رأى القانون السوداني: نص على: (...، ولا تحل المطلقة بعده لمطلقها، إلا بعد إنقضاء عدتها من زوج آخر، دخل بها فعلا في زواج صحيح^(٧)).

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء والقانون السوداني في من طلق امرأته ثلاثا لم يحل له زواجها حتى تنكح زوجا غيره، ينكحها بنكاح صحيح، ثم يطلقها، وتنقض عدتها من الثاني.

المطلب الثالث: تكرار الطلاق للمطووعة:

مسألة (٧٥) مَنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَى اثْنَتَيْنِ وَثَلَاثًا فَهُوَ كَمَا نَوَى، سَوَاءٌ قَالَ ذَلِكَ وَنَوَاهُ فِي مَوْطُوعَةٍ، فَإِنْ نَوَى التَّكْرِيرَ لِكَلِمَتِهِ الْأُولَى وَإِعْلَامَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَنْوِ بِتَكَرُّرِهِ شَيْئًا فَإِنْ نَوَى بِذَلِكَ أَنَّ كُلَّ طَلْقَةٍ غَيْرُ الْأُخْرَى فَهِيَ ثَلَاثٌ إِنْ كَرَّرَهَا ثَلَاثًا، وَلَا اثْنَتَانِ إِنْ كَرَّرَهَا مَرَّتَيْنِ بِلَا شَكٍّ.

قال ابن حزم: (بُرْهَانُ ذَلِكَ أَنَّ طَلَّاقَ الثَّلَاثِ مَجْمُوعَةٌ سُنَّةٌ وَأَنَّ اسْمَ الطَّلَاقِ يَقَعُ عَلَيْهَا، وَعَلَى الْاِثْنَتَيْنِ، وَعَلَى الْوَاحِدَةِ، فَهُوَ مَا نَوَى مِنْ عَدَدِ الطَّلَاقِ لِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ

١ سنن أبي داود (٣) كتاب الطلاق/٤٩ باب المَبْنُوتَةِ لَا يَرْجِعُ إِلَيْهَا زَوْجُهَا/ح ٢٣١١ (٢/٢٦٣) قال الألباني: صحيح.

٢ المحلى (١٠/١٧٧).

٣ المبسوط (٧/١٤٠).

٤ الفواكه الدواني (٥/١٧٤).

٥ الأم (٥/١٩٦).

٦ كشف القناع (١٧/١٤٤).

٧ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٣٦/ب).

عليه وسلم "إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَلِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى" ^١ "فَإِنْ لَمْ يَنْوَ عِدًّا مِنَ الطَّلَاقِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ، لِأَنَّهَا أَقَلُّ الطَّلَاقِ فَهِيَ الْيَقِينُ الَّذِي لَا شَكَّ فِيهِ أَنْ يُلْزِمَهُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُلْزَمَ زِيَادَةُ بِلَا يَقِينٍ...، إِلَّا إِنْ يَنْوِي بِالْأُولَى وَاحِدَةً وَبِالْبَاقِيَتَيْنِ التَّكْدِيدَ ^٢).

أما جمهور الفقهاء قال المالكية: (فِي أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ فِي وَاحِدَةٍ وَانْتَيْنِ فِي اثْنَتَيْنِ، وَأَرْبَعَةٌ تَبِينُ مِنْهَا بِثَلَاثٍ وَكَذَا بَقِيَّةُ هَذَا الْمَعْنَى قُلْتَ هَذَا إِنْ كَانَ عَالِمًا بِالْحِسَابِ أَوْ قَصْدَهُ وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْهُ وَإِلَّا فَهُوَ مَا نَوَى وَإِنْ كَانَ مُسْتَفْتِيًا أَوْ عُلِمَ مِنْ قَرَأَنِ الْأَحْوَالِ عَدَمَ قَصْدِهِ مَعْنَى الضَّرْبِ كَقَوْلِ مَنْ عُلِمَ جَهْلُهُ مِنَ الْبَادِيَةِ أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقْتَيْنِ فِي طَلَقَتَيْنِ، وَقَالَ: أَرَدْتُ طَلَقَتَيْنِ فَقَطُّ، مَنْ كَرَّرَ الطَّلَاقَ وَاتَى بِهِ نَسَقًا دُونَ عَطْفٍ فَقَالَ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ فَإِنَّهُ يُلْزِمُهُ الثَّلَاثُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ بِالْأُولَى وَاحِدَةً وَبِالْبَاقِيَتَيْنِ الْإِسْمَاعَ وَالتَّكْدِيدَ ثُمَّ قَالَ: وَأَمَّا الْمُوَالَاةُ بِالطَّلَاقِ فَإِنْ كَانَ أَتَى بِهِ نَسَقًا فَإِنَّهُ يُلْزِمُهُ، مَدْخُولًا بِهَا كَانَتْ أَوْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا، كَمَا لَوْ جَمَعَ الثَّلَاثَ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ^٣)، قَالَ الشَّافِعِيُّ: (وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَقُولَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَمَاتَتْ أَوْ ارْتَدَّتْ أَوْ أَسْلَمَتْ قَبْلَ الْوَطْءِ أَوْ أَمْسَكَ شَخْصًا فَاهُ، قَبْلَ تَمَامِ طَالِقٍ، أَوْ مَعَهُ، لَمْ يَقَعْ، لِخُرُوجِهَا عَنْ مَحَلِّ الطَّلَاقِ قَبْلَ تَمَامِهِ وَظَاهِرٌ أَنَّ إِمْسَاكَهُ اخْتِيَارًا قَبْلَ النُّطْقِ بِقَافِ طَالِقٍ كَذَلِكَ، أَوْ مَاتَ مَثَلًا بَعْدَهُ قَبْلَ، قَوْلِهِ ثَلَاثًا أَوْ مَعَهُ كَمَا فِيهِمْ بِالْأُولَى، فَثَلَاثٌ يَقَعْنَ عَلَيْهِ لِقَصْدِهِ لَهُنَّ حِينَ تَلْفُظُهُ بِأَنْتِ طَالِقٌ وَقَصْدُهُنَّ حِينَئِذٍ مُوقِعٌ لَهُنَّ، وَإِنْ لَمْ يَتَلَفُظْ بِهِنَّ كَمَا مَرَّ وَبِهِ يُعْلَمُ أَنَّ الصُّورَةَ أَنَّهُ نَوَى الثَّلَاثَ عِنْدَ تَلْفُظِهِ بِأَنْتِ طَالِقٌ، وَإِنَّمَا قَصَدَ تَحْقِيقَ ذَلِكَ بِالتَّلْفُظِ بِالثَّلَاثِ فَإِنْ لَمْ يَنْوِهُنَّ عِنْدَ أَنْتِ طَالِقٍ، وَإِنَّمَا قَصَدَ أَنَّهُ إِذَا تَمَّ نَوَاهُنَّ عِنْدَ التَّلْفُظِ بِلَفْظِهِنَّ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ فَقَطُّ وَلَوْ قَصْدُهُنَّ بِمَجْمُوعِ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، وَفِي التَّكْرَارِ فَإِنْ قَالَ لِمَدْخُولٍ بِهَا أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ مُطَلَّقةٌ أَنْتِ مُسَرَّحةٌ أَنْتِ مُفَارِقةٌ مُتَوَالِيًا، فِيهِمَا وَكَذَا لَوْ لَمْ يُكْرَرْ أَنْتِ، بِأَنْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ

١ صحيح البخاري (١ كتاب بدء الوحي/١ باب كيف كان بدء الوحي/ح ر ١/٣).

٢ المحلى لابن حزم (١٠/١٧٤).

٣ مواهب الجليل شرح مختصر خليل/لأبي عبدالله بن محمد الخطاب/طبعة دار الفكر/بيروت/٢/١٣٢٩ هـ (١١/١٨٤)، التاج والإكليل لمختصر خليل (٦/٧٣).

طَالِقٌ طَالِقٌ أَوْ أَنْتِ مُطَلَّقةٌ مُسَرَّحةٌ مُفَارِقةٌ، وَقَعَ الثَّلَاثُ إِنْ قَصَدَ الْإِسْتِثْنَاءَ وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ، عَمَلًا بِظَاهِرِ اللَّفْظِ، لَا إِنْ قَصَدَ التَّأْكِيدَ فَلَا يَقَعُ الثَّلَاثُ مُطْلَقًا، فَإِنْ أَكَّدَ الْأُولَى بِالْأُخْرَيْنِ فَوَاحِدَةٌ، فَقَطُّ تَقَعُ لِأَنَّ التَّأْكِيدَ فِي الْكَلَامِ مَعْهُودٌ فِي جَمِيعِ اللُّغَاتِ، أَوْ أَكَّدَهَا بِالثَّانِيَةِ أَوْ أَكَّدَ الثَّانِيَةَ بِالثَّلَاثَةِ، فَطُلِقَتَانِ يَقَعَانِ عَمَلًا بِقُصْدِهِ، فَلَوْ أَكَّدَ الْأُولَى بِالثَّانِيَةِ ثَلَاثًا، لَتَخَلَّلَ الْفَاصِلُ بَيْنَ الْمُؤَكَّدِ وَالْمُؤَكَّدِ وَاخْتَرَزَ بِقَوْلِهِ أَوَّلًا مُتَوَالِيًا عَمَّا لَوْ فَرَّقَ فَلَا يَقْبَلُ مِنْهُ تَأْكِيدٌ لِلْفَصْلِ نَعَمْ يُدَيِّنُ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْأَصْلُ، وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَطَالِقٌ وَقَالَ أَكَّدْتَ الْأُولَى، بِالْأُخْرَيْنِ أَوْ بِأَحَدَهُمَا، لَمْ يَقْبَلْ ظَاهِرًا لِاخْتِصَاصِهِمَا بِالْعَاطِفِ الْمُوجِبِ لِلتَّغَايُرِ، أَوْ أَكَّدْتَ الثَّانِيَةَ بِالثَّلَاثَةِ قَبْلَ لِسَاوِيهِمَا وَتَطَلَّقُ ثَلَاثًا بِقَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ فَطَالِقٌ لِلْمُغَايِرَةِ وَكَذَا، بِقَوْلِ أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ بَلْ طَالِقٌ، وَكَذَا، بِقَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ، لَا بَلْ طَالِقٌ وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا اشْتَمَلَ عَلَى الْمُغَايِرَةِ، وَإِنْ قَصَدَ الْإِسْتِثْنَاءَ لِأَنَّهَا تَبِينُ بِهَا فَلَا يَقَعُ بِمَا بَعْدَهَا شَيْءٌ وَيُخَالِفُ قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا حَيْثُ تَقَعُ بِهِ الثَّلَاثُ لِأَنَّ قَوْلَهُ ثَلَاثًا بَيَانٌ لِمَا قَبْلَهُ بِخِلَافِ ذَلِكَ (١)، قَالَ الْحَنَابِلَةُ: (وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا بِأَنْتِ طَالِقٌ لَزِمَتْهُ كُنْيَتُهَا بِأَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقًا، وَعَنْهُ وَاحِدَةٌ اخْتَارَهُ الْخَرَقِيُّ وَالْقَاضِي، وَجَمَاعَةٌ، كُنْيَتُهَا بِأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ، فِي الْأَصَحِّ، فَعَلَى الثَّانِيَةِ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَصَادَفَ قَوْلُهُ ثَلَاثًا مَوْتَهَا أَوْ قَارَنَهُ، وَقَعَ وَاحِدَةٌ. وَعَلَى الْأُولَى ثَلَاثًا، لَوْجُودِ الْمُفَسِّرِ فِي الْحَيَاةِ، وَإِنْ قَالَ لِمَدْخُولٍ بِهَا أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ وَأَكَّدَ الْأُولَى بِالثَّلَاثَةِ لَمْ يَقْبَلْ، لِلْفَصْلِ بَيْنَهُمَا بِالثَّانِيَةِ فَتَقَعُ الثَّلَاثُ وَإِنْ أَكَّدَ الْأُولَى بِهِمَا أَيْ: الثَّانِيَةَ وَالثَّلَاثَةَ قَبْلَ لِعَدَمِ الْفَصْلِ بَيْنَهُمَا، وَتَقَعُ وَاحِدَةٌ، أَوْ قَالَ أَرَدْتَ تَأْكِيدَ ثَانِيَةِ بِالثَّلَاثَةِ قَبْلَ لِمَا مَرَّ فَيَقَعُ اثْنَتَانِ وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ بِالثَّانِيَةِ تَأْكِيدًا، وَإِنْ أَطْلَقَ التَّأْكِيدَ بِأَنْ أَرَادَ التَّأْكِيدَ وَلَمْ يُعَيِّنْ تَأْكِيدَ أُولَى وَلَا ثَانِيَةَ فَوَاحِدَةٌ لِانْصِرَافِ مَا زَادَ عَلَيْهَا عَنِ الْإِيقَاعِ بِنِيَّةِ التَّأْكِيدِ (٢).

١ تحفة المحتاج في شرح المنهاج، (٦٢/٣٣)، أسني المطالب، (٢٥٢/٦).

٢ الفروع وتصحيح الفروع/محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله/سنة الولادة ٧١٧هـ/سنة الوفاة ٧٦٢هـ/تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي/دار الكتب العلمية/١٤١٨هـ/بيروت (١٧/١٠)، شرح منتهى الإرادات، (٣٠٢).

قال الحنفية: (ولو قال لها أنت طالق طالق، أو أنت طالق أنت طالق، أو قال قد طلقك قد طلقك، أو قال أنت طالق وقد طلقك نفع تثنان إذا كانت المرأة مدخولاً بها، ولو قال عنت بالثاني الإخبار عن الأول لم يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى^(١)).

رأى القانون السوداني: نص على: (يقع الطلاق المتتابع طلبة واحدة، إذا قصد به التأكيد، وإلا فيقع بعده^(٢)).

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أن الطلاق يقع على الاثنين، وعلى الواحدة، فهو ما نوى من عدد الطلاق، فإن لم ينو عددا من الطلاق فهي واحدة، وخالف الحنفية الذين يرون أنه يقع بها تطليقتين ولو قال عنت بالثاني الإخبار عن الأول.

المطلب الرابع: تكرار الطلاق لغير الموطوءة :

مسألة (٧٦) لو قال لغير موطوءة منه: أنت طالق ثلاثاً؟ فإن كان نوى في قوله: أنت طالق: أنها ثلاث فهي ثلاث، فإن لم ينو ذلك لكن نوى الثلاث، إذ قال: ثلاثاً لم تكن طلاقاً إلا واحدة، لأن بتمام قوله: أنت طالق بانته منه، فصار قوله ثلاثاً لغوا لا معنى له.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك: (عن ابن مسعود فيمن طلق امرأته ثلاثاً ولم يكن دخل بها؟ قال: هي ثلاث، فإن طلقها واحدة ثم ثنى ثم ثلث لم يقع عليها، أنها قد بانته بالأولى^(٣) (عن عطاء بن يسار أنه سئل عن طلق امرأته قبل أن يمسه؟ قال: طلاق البكر واحدة^(٤)، (أن عبد الله قال فيمن طلق امرأته البكر: واحدة تبيئها، وثلاث تحرّمها^(٥)، لأنه بتمام قوله لها: أنت طالق بانته وحل لها زوج غيره، ولو مات لم ترثه، ولو ماتت لم يرثها، وليس في عدة منه^(٦)).

١ الفتاوى الهندية (١/ ٣٥٥).

٢ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٣٢).

٣ سنن الإمام سعيد بن منصور (باب التعدي في الطلاق) ح ١٠٨٦ (ص: ١٥٢).

٤ السنن الكبرى (٥٣ كتاب الخلع والطلاق/ ١٤ باب ما جاء في إمضاء الطلاق الثلاث) ح ١٤٧٤٤ (٧/ ٣٣٥).

٥ مصنف عبد الرزاق (كتاب الطلاق/ باب طلاق البكر) ح ١١٠٧٢ (٦/ ٣٣٤).

٦ المحلي لابن حزم (١٧٦/ ١٠).

أما الجمهور قال المالكية: (وَإِنْ قَالَ لِغَيْرِ مَدْخُولٍ بِهَا أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلْسُنَّةِ لَمْ يَلْزِمَهُ إِلَّا طَلْقُهُ إِذْ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا فَوَقَعَتْ الطَّلَاقَانِ وَهِيَ غَيْرُ زَوْجَةٍ وَلَيْسَ كَمَنْ نَسَقَ بِالطَّلَاقِ فِي مَقَامٍ وَاحِدٍ ١)، قال الشافعية: (وَإِنْ قَالَ لِغَيْرِ مَوْطُوءَةٍ إِذَا كَلَّمْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَكَرَّرَهُ أَرْبَعًا وَقَعَ بِالثَّانِيَةِ طَلْقُهُ، وَهِيَ يَمِينٌ مُنْعَدَّةٌ وَتَنْحَلُّ بِالثَّالِثَةِ لِأَنَّ التَّعْلِيْقَ هُنَا بِالْكَلامِ وَالْكَلامُ قَدْ يَكُونُ فِي الْبَيِّنُونَةِ وَفِيمَا مَرَّ التَّعْلِيْقُ بِالْحَلْفِ بِالطَّلَاقِ، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ فِي حَالَةِ الْبَيِّنُونَةِ وَقَوْلُهُ وَهِيَ يَمِينٌ إِلَى آخِرِهِ لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ لِأَنَّ فَائِدَتَهُ إِنَّمَا تَظْهَرُ عَلَى الْقَوْلِ بِعَوْدِ الْحِنْثِ وَذَلِكَ إِنَّمَا يُنَاسِبُ الْأَصْلَ ٢)، قال الحنابلة: (وَإِذَا قَالَ لِغَيْرِ مَدْخُولٍ بِهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَطَالِقٌ لَزِمَهُ الثَّلَاثُ لِأَنَّهُ نَسَقَ وَهُوَ مِثْلُ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ٣).

أما الحنفية: (فَالسُّنَّةُ فِي الْعِدَّةِ يَسْتَوِي فِيهَا الْمَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ فِي كَلِمَةٍ إِنَّمَا مَنَعَ مِنْهُ خَوْفًا مِنَ النَّدَمِ وَأَنْ يَبْدُوَ لَهُ فَيَسْتَدْرِكُ الْعَقْدَ عَلَيْهَا ثَانِيًا وَهَذَا الْمَعْنَى مُوجُودٌ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا وَيُقَالُ: إِنَّ السُّنَّةَ فِي الْعِدَّةِ هُوَ أَحْسَنُ الطَّلَاقِ، وَهُوَ أَنْ يُطْلَقَهَا وَاحِدَةً لَا غَيْرَ وَسَمَّيْتُ الْوَاحِدَةَ عِدَّةً مَجَازًا، لِأَنَّهُ أَصْلُ الْعِدَّةِ إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولَةٍ فَقَدْ وَجِدَتْ السُّنَّةَ فِي طَلَاقِهَا مِنْ غَيْرِ النِّقَاتِ أَمْرٍ آخَرَ، وَإِنْ كَانَتْ مَدْخُولَةً فَلَا بُدَّ مِنَ النَّظَرِ إِلَى الْوَقْتِ فَإِنْ كَانَ يَصْلُحُ لِلْإِقْبَاعِ كَانَ سُنِّيًّا، وَإِنْ لَمْ يَصْلُحْ كَانَ بَدْعِيًّا، وَقَوْلُهُ يَسْتَوِي فِيهَا الْمَدْخُولَةُ وَغَيْرُهَا حَتَّى لَوْ قَالَ قَبْلَ الدُّخُولِ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلْسُّنَّةِ يَقَعُ وَاحِدَةً سَاعَةً تَكَلَّمَ، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَقَعَتْ أُخْرَى سَاعَةً تَزَوَّجَهَا، وَكَذَا الثَّالِثَةُ سَاعَةً تَزَوَّجَهَا مَرَّةً أُخْرَى ٤).

رأى القانون السوداني: نص على: (لا يقع الطلاق: ج/المقترن بالعدد لفظاً، أو كتابة... ٥).
الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء على أنه لو قال لغير موطوءة منه: أنت طالق أنت طالق فهي طلقة واحدة فقط، وخالف الحنفية لأنهم يروا أن العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول.

١ التاج والإكليل لمختصر خليل (٦/ ٣١).

٢ أسنى المطالب، (٣/ ٣٢١).

٣ المغني (٨/ ٤٠٠).

٤ الجوهرة النيرة (٤/ ١٠٥).

٥ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١، المادة (١٣٠/ج).

المبحث الثالث: أنواع الطلاق (السني والبدعي)

المطلب الأول: طلاق المحلل إذا تزوجها بشرط:

مَسْأَلَةٌ (٧٧) لَوْ شَرَطَ فِي عَقْدِ نِكَاحِهَا أَنَّهُ يُطَلِّقُهَا إِذَا وَطِئَهَا، فَهِيَ عَقْدٌ فَاسِدٌ مَفْسُوخٌ أَبَدًا، وَلَا تَحِلُّ لَهُ بِهِ.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك: وعنه صلى الله عليه وسلم بَأَنَّهُ لَعَنَ الْمُحِلَّ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ^١).

١ سنن الترمذي (٩ كتاب النكاح/ ٢٧ باب ما جاء في المحلل والمحلل له/ ح ١١١٩ (٣/ ٤٢٧)).

قال الشيخ الألباني : صحيح.

٢ المحلى (١٠/ ١٨٠).

أما جمهور الفقهاء قال المالكية: (النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده، والشرط فاسد لا تحل به، ولا يعتبر في ذلك عنده إرادة المرأة التحليل، وإنما يعتبر عنده إرادة الرجل^١)، قال الشافعية: (ولا يجوز نكاح المحلل وهو أن ينكحها على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما وأن يتزوجها على أن يحللها للزوج الأول^٢)، قال الحنابلة: (نكاح المحلل وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها أن نكاح المحلل باطل مع شرطه^٣).

قال الحنفية: (قوله وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه، وقال: {أَلَا أُنبئكم بالتيسر المستعار، قيل من هو؟ قال المحلل}، وهذا يفيد الكراهة وصورته أن يقول: تزوجتك على أن أحللك أو قالت المرأة ذلك^٤).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون)^٥.
الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أن نكاح المحلل حرام باطل، لو شرط في عقد النكاح، بأن يطلقها إذا وطئها، فإنه عقد فاسد مفسوخ فلا تحل له به المطلقة لزوجها الأول، وخالف الحنفية لأنهم يروا أن هذا العقد مكروه، والرأي الراجح هو رأي الجمهور لأن العقد إنما يبطل بما شرط .

المطلب الثاني: طلاق المحلل إذا تزوجها بغير شرط:

مسألة (٧٨) لو رغب المطلق ثلاثاً إلى من يتزوجها ويوطئها 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.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك: وعنه صلى الله عليه وسلم بأنه "لعن المحلل والمحلل له"^١، فنعم، كل ما قاله عليه الصلاة والسلام فهو حق، إلا أننا لا نختلف في أن هذا اللفظ منه

^١ بداية المجتهد (٢/ ٧٠).

^٢ المذهب (٢/ ٤٦)، الحاوي الكبير . الماوردي (٩/ ٨٤١-٨٤٣).

^٣ الإنصاف للمرداوي (٨/ ١٦١)، المغني (٧/ ٥٧٤).

^٤ الجوهرة النيرة (٤/ ١٩٧)، النتف في الفتاوى (١/ ٢٥٧).

^٥ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٥).

عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَيْسَ عُمُومًا لِكُلِّ مُحَلٍّ، وَلِكُلِّ مُحَلٍّ لَهُ، فَصَحَّ يَقِينًا أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِنَّمَا أَرَادَ بَعْضَ الْمُحَلِّينَ وَبَعْضَ الْمُحَلِّ لَهُمْ^(٢).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (أَمَّا إِذَا أَضْمَرَ الثَّانِي فِي قَلْبِهِ الْإِحْلَالَ لِلأَوَّلِ، وَلَمْ يَشْتَرِطْهُ فِي الْعَقْدِ لَفْظًا وَدَخَلَ بِهَا حَلَّتْ لِلأَوَّلِ^(٣))، قال الشافعية: (إِذَا أَحَلَّهَا لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ طَلَّقَهَا، أَنَّ النِّكَاحَ صَحِيحٌ، وَلَئِنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا نِكَاحَ الْمُحَلِّ كَانَ النِّكَاحُ جَائِزًا، وَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا، كَذَلِكَ إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ يُطَلِّقَهَا وَجَبَ أَنْ يَصَحَّ النِّكَاحُ، وَلَا يُلْزَمُهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا^(٤))، قال الحنابلة: (وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ وَعَنْهُ يَصِحُّ الْعَقْدُ وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ ذَكَرَهَا جَمَاعَةٌ^(٥)).

قال المالكية: (وَلَا يَجُوزُ أَيُّ وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً مَبْنُوتَةً لِيُحِلَّهَا لِمَنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا إِنْ كَانَ حُرًّا أَوْ اثْنَتَيْنِ إِنْ كَانَ عَبْدًا وَإِنْ وَقَعَ تَزَوُّجُهَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لَا يُحِلُّهَا ذَلِكَ لِفَسَادِهِ فَيُفْسَخُ بِطَلْقَةِ بَائِنَةٍ وَلَوْ بَعْدَ الْبِنَاءِ وَلَهَا الْمُسَمَّى بِالْدُّخُولِ، وَيُسَمَّى هَذَا النِّكَاحُ نِكَاحَ الدُّلْسَةِ بِضَمِّ الدَّالِ، وَالزَّوْجُ فِيهِ يُسَمَّى بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ، وَإِنَّمَا لَمْ يُحِلَّهَا لِأَنَّ الْمَبْنُوتَةَ لَا يُحِلُّهَا إِلَّا نِكَاحُ الرِّغْبَةِ وَهُوَ النِّكَاحُ عَلَى قَصْدِ الدَّوَامِ^(٦)).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون)^٧.

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أنه يجوز نكاح المحلل إذا تزوجها بغير شرط في العقد، وخالف المالكية لأنهم يروا أنه لا يصح هذا الزواج

المطلب الثالث: طلاقُ المُشْرِك:

١ سنن الترمذي (٩ كتاب النكاح/٢٧ باب ما جاء في المحلل والمحلل له/ح ١١١٩ (٣/ ٤٢٧).

قال الشيخ الألباني : صحيح.

٢ المحلى (١٠/ ١٨٠).

٣ الجوهرة النيرة (٤/ ١٩٧)، النتف في الفتاوى (١/ ٢٥٧).

٤ المذهب (٢/ ٤٦)، الحاوى الكبير . الماوردى (٩/ ٨٤١-٨٤٣).

٥ الإنصاف للمرداوي (٨/ ١٦١).

٦ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (٥/ ١٦٦).

٧ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة(٥).

مَسْأَلَةٌ (٧٩) لَا يَلْزَمُ الْمُشْرِكُ طَلَاقَهُ.

قال ابن حزم وبرهان ذلك الطلاق لم يأت في امضائه نص فثبت على أصله المتقدم. فإن قيل فقد قال الله تعالى: {وَأِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ}، قلنا نعم، وهذا الذي حكمنا به بينهم هو مما أنزل الله تعالى^(٢).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَإِذَا طَلَّقَ الذِّمِّيَّ الذِّمِّيَّةَ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا وَكَذَا إِذَا خَرَجَتْ الْحَرَبِيَّةُ إِلَيْنَا، مُرَاعِمَةً عَلَى نِيَّةٍ أَنْ لَا تَعُودَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ أَبَدًا، يُقَالُ رَاغَمَ فُلَانٌ قَوْمَهُ إِذَا نَابَذَهُمْ وَخَرَجَ عَنْهُمْ، وَالْإِسْلَامُ لَيْسَ بِشَرْطٍ. إِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ مُسْتَأْمِنًا ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ صَارَ ذِمِّيًّا وَالْآخَرُ عَلَى حَرْبِهِ فَقَدْ زَالَتْ الزَّوْجِيَّةُ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ هِيَ الْخَارِجَةُ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، وَإِنَّمَا قَيَّدَ الْمُصَنِّفُ قَوْلَهُ مُسْلِمَةً بَيَانًا لِأَحْسَنِ خَالَاتِهَا^(٣))، قال المالكية: (وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ الْمُشْرِكِ عَلَى امْرَأَتِهِ فِي قَوْلٍ مَالِكٍ، قَالَ مَالِكٌ: وَطَلَّاقُ الْمُشْرِكِ لَيْسَ بِشَيْءٍ^(٤)).

قال الشافعية: (إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ طَلَاقُ الشَّرِكِ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَثْبُتُ بِثَبُوتِ النِّكَاحِ وَيَسْقُطُ بِسُقُوطِهِ، فَلَوْ أَنَّ زَوْجَيْنِ أَسْلَمَا وَقَدْ طَلَّقَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ فِي الشَّرِكِ ثَلَاثًا لَمْ تَحُلْ لَهُ حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، وَإِنْ أَصَابَهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ ثَلَاثًا فِي الشَّرِكِ لَمْ يَكُنْ لَهَا صَدَاقٌ، لِأَنَّا نَبْطُلُ عَنْهُ مَا اسْتَهْلَكَهُ لَهَا فِي الشَّرِكِ) (قال الشافعي) ولو أسلم ثم أصابها بعد طلاق ثلاث كانت عليها العدة ولحق الولد وفرق بينهما ولها مهر مثلها (قال الربيع) إذا كان يعذر بالجهالة (قال الشافعي) وإن طلقها واحدة أو اثنتين ثم أسلم حسب عليه ما طلقها في الشريك وبنى عليها في الإسلام، ولو طلقها ثلاثا في الشريك ثم نكحت زوجا غيره فإن أصابها ثم طلقها أو مات عنها ثم نكحها زوجها الذي طلقها كانت عنده على ثلاث كما تكون في الإسلام

١ سورة المائدة الآية ٤٩.

٢ المحلى (٢٠١/١٠).

٣ العناية شرح الهداية (٦/ ١٣١).

٤ المدونة (٩٥/٥).

إذا كان النكاح صحيحا عندهم نشبته في الإسلام، وذلك أن لا تنكح محرما ولا متعة ولا في معناها (١). قال الحنابلة: (ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوق كطلاق المسلم) (٢).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون (٣)).
الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أن طلاق المشرك ليس بطلاق، وخالف الشافعية والحنابلة لأنهم يروا أن طلاق المشركين طلاق .

المطلب الرابع: طلاق المكره:

مَسْأَلَةٌ (٨٠) طَلَقُ الْمُكْرَهِ غَيْرُ لَازِمٍ لَهُ.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك: (عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قَالَ كُلُّ الطَّلَاقِ جَائِزٌ إِلَّا طَلَقَ الْمَعْتُوهِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ ۚ قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ لَيْسَ الرَّجُلُ بِأَمِينٍ عَلَى نَفْسِهِ إِذَا أَخَفَّتْهُ أَوْ ضَرَبَتْهُ أَوْ أَوْثَقَتْهُ (٥)).

أما جمهور الفقهاء قال المالكية: (قُلْتُ: أَرَأَيْتَ طَلَقَ الْمُكْرَهِ وَمُخَالَعَتُهُ قَالَ: مَا لِكَ: لَا يَجُوزُ طَلَقُ الْمُكْرَهِ فَمُخَالَعَتُهُ مِثْلُ ذَلِكَ عِنْدِي (٦)، قال الشافعية: (عدم وقوع طلاق المكره (٧)
قال الحنابلة: (طلاق المكره على طلاقها فلا يقع (٨).

قال الحنفية: (طلاق المكره واقع سواء كان المكره سلطانا أو غيره أكرهه بوعيد متلف

١ الأم، (٦٠/٥).

٢ الشرح الكبير لابن قدامة (٧/ ٥٨٧).

٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (٥).

٤ مختصر الأحكام مستخرج الطوسي على جامع الأحكام/ أبي علي الحسن بن علي بن نصر الطوسي/ مكتبة الغرباء الأثرية/ المدينة المنورة/ ط ١٤١٥ هـ (كتاب الطلاق/ باب ما جاء في طلاق المعتوه/ ح ر ١١٠١/ ٢٥) (٨٠/ ٢)، وهذا حديث لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث عطاء بن عجلان .

٥ السنن الكبرى (٥٣ كتاب الخلع والطلاق/ ٣٢ باب ما يكون أكرها/ ح ر ١٤٨٨٤ (٧/ ٣٥٨) .

٦ المدونة (٥/ ٩٠).

٧ مغني المحتاج (٣/ ٢٩٠).

٨ كشف القناع (٥/ ٢٣٧).

أوغير متلف، عن سعيد بن المسيب أنه كان يجيز طلاق المكره (١) (٢)
رأى القانون السوداني: نص على: (لا يقع طلاق فاقد التمييز، بسبب... أو الإكراه
الملجئ ٣).

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء والقانون السوداني في أن طلاق المكره
لا يقع، وخالف الحنفية لأنهم يروا أن طلاق المكره يقع، والرأي الراجح هو رأي الجمهور.
المطلب الخامس: طلاق السكران:

مسألة (٨١) طلاق السكران غير لازم، وكذلك من فقد عقله بغير الخمر.
قال ابن حزم: (بُرْهَانُ ذَلِكَ: قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: { لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا
تَقُولُونَ ٤ }، فَبَيَّنَّ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّ السَّكَرَانَ لَا يَعْلَمُ مَا يَقُولُ، فَمَنْ لَمْ يَعْلَمْ مَا يَقُولُ فَهُوَ
سَكْرَانٌ، وَمَنْ عَلِمَ مَا يَقُولُ فَلَيْسَ بِسَكْرَانٍ ٥).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَلَنَا أَنَّهُ مُخَاطَبٌ شَرْعًا لِقَوْلِهِ تَعَالَى { لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ
وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ٦ } فَوَجَبَ نَفُوذُ تَصَرُّفِهِ وَلِأَنَّهُ زَالَ عَقْلُهُ بِسَبَبٍ هُوَ
مَعْصِيَةٌ فَيُجْعَلُ بَاقِيًا رَجْرًا لَهُ نَصٌّ عَلَى أَنَّ مَا يُتَّخَذُ مِنَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالْعَسَلِ وَالذَّرَّةِ
حَلَالٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يَحُدُّ شَارِبُهُ عِنْدَهُ وَإِنْ سَكِرَ مِنْهُ، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ السَّكَرَانِ مِنْهُ
بِمَنْزِلَةِ النَّائِمِ وَمَنْ ذَهَبَ عَقْلُهُ بِالْبَنْجِ وَلَبِنِ الرِّمَاقِ ٧)، قال المالكية: (قُلْتُ: أَيْجُوزُ طَلَاقُ
السَّكَرَانِ ؟ قَالَ: نَعَمْ، طَلَاقُ السَّكَرَانِ جَائِزٌ ٨)، قال الشافعية: (ويجوز طلاق السكران من
الشراب المسكر ٩)، قال الحنابلة: (وفي طلاق السكران روايتان: رواية يقع الطلاق لقول

١ مصنف ابن أبي شيبة (كتاب الطلاق/ ٤٨ باب من يرى طلاق المكره جائز/ ح ر ١٨٠٤٢ (٤/ ٨٣).

٢ المبسوط (٧/ ٢٦٩).

٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١ م/ المادة (١٣٤/ ف٢).

٤ سورة النساء الآية ٤٣.

٥ المحلى (١٠/ ٢٠٨).

٦ سورة النساء الآية ٤٣.

٧ تبين الحقائق (٢/ ١٩٦)، العناية شرح الهداية (١٤/ ٣٦١).

٨ المدونة (٥/ ٨٩).

٩ الأم (٥/ ٢٧٤).

النبي صلى الله عليه و سلم [كُلُّ الطَّلَاقِ جَائِزٌ إِلَّا طَلَقُ الْمَعْتُوهِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ ١]
(٢).

والرواية الثانية للحنابلة: (لا يقع، ولأنه زائل العقل أشبه المجنون والنائم ولأنه مفقود الإرادة أشبه المكره ولأن العقل شرط للتكليف ٣).

رأى القانون السوداني: نص على: (لا يقع طلاق فاقد التمييز، بسبب...أو السكر المطبق ٤).

الرأي الراجح:خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في طلاق السكران، فهو يرى أن طلاقه لا يقع، ووافق الرواية الثانية للحنابلة والقانون السوداني، أما الجمهور يروا أن طلاق السكران يقع، والرأي الراجح، هو القائل بأن طلاق السكران يقع لأنه زال عقله بسبب معصية فيقع زجرا له.

١ مختصر الأحكام مستخرج الطوسي على جامع الأحكام/أبي علي الحسن بن علي بن نصر الطوسي/مكتبة الغرباء الأثرية/المدينة المنورة/ ط ١/١٤١٥هـ (كتاب الطلاق/باب ما جاء في طلاق المعتوه/ح ٢٥٠/١١٠١ (٢/٨٠)، وهذا حديث لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث عطاء بن عجلان .

٢ المغني (٨/ ٢٥٦).

٣ المغني (٨/ ٢٥٦).

٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م/المادة (٢/١٣٤).

المبحث الأول: أَلْفَاظُ الطَّلَاقِ

المطلب الأول: الألفاظ التي يقع بها الطلاق:

مَسْأَلَةٌ (٨٢) لَا يَقَعُ طَلَاقٌ إِلَّا بِلَفْظٍ مِنْ أَحَدِ ثَلَاثَةِ أَلْفَاظٍ: إِمَّا الطَّلَاقُ، وَإِمَّا السَّرَاحُ، وَإِمَّا الْفِرَاقُ.

قال ابن حزم: (بُرْهَانُ ذَلِكَ: قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا} ١) وَقَوْلُهُ تَعَالَى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} ٢) وَقَوْلُهُ تَعَالَى: {وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} ٣) {فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} ٤) {وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ} ٥)، لَمْ يَذْكُرِ اللَّهُ تَعَالَى حِلَّ الرُّوجِ لِلزَّوْجَةِ إِلَّا بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ، فَلَا يَجُوزُ حُلُّ عُقْدَةِ عَقِدَتْ بِكَلِمَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَسُنَّةِ رَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَّا بِمَا نَصَّ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ وَأَمَّا قَوْلُنَا: إِنَّ نَوَى مَعَ ذَلِكَ الطَّلَاقِ فَلِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّمَا الْأَعْمَالُ

١ سورة الأحزاب الآية ٤٩.

٢ سورة البقرة الآية ٢٢٩.

٣ سورة البقرة الآية ٢٣١.

٤ سورة الطلاق الآية ٢.

٥ سورة النساء الآية ١٣٠.

بِالنِّيَّاتِ وَلِكُلِّ امْرِيٍّ مَا نَوَى ١. وَأَمَّا تَفْرِيقُنَا بَيْنَ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ، فَلَمْ يُوجِبْ أَنْ يُرَاعَى قَوْلُهُ فِيهَا: لَمْ أَنْوَ الطَّلَاقَ فِي الْقَضَاءِ خَاصَّةً وَرَاعَيْنَا ذَلِكَ فِي أَلْفَاظِ "السَّرَاحِ، وَالْفِرَاقِ" فَلَأَنَّ لَفْظَةَ "الطَّلَاقِ" وَمَا تَصَرَّفَ مِنْهَا لَا يَقَعُ فِي اللُّغَةِ الَّتِي خَاطَبَنَا اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بِهَا فِي أَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ إِلَّا عَلَى عَقْدِ الزَّوْاجِ فَقَطْ، لَا مَعْنَى آخَرَ أَلْبَتَّةَ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُصَدَّقَ فِي دَعْوَاهُ فِي حُكْمٍ قَدْ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ وَفِي إسْقَاطِ حُقُوقٍ وَجَبَتْ يَقِينًا لِلْمَرْأَةِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَهُ وَرَاعَيْنَا دَعْوَاهُ تِلْكَ فِي الْفُتْيَا، لِأَنَّهُ قَدْ يُرِيدُ لَفْظًا آخَرَ فَيَسْبِقُهُ لِسَانُهُ إِلَى مَا لَمْ يُرِدْهُ، فَإِذَا لَمْ يُعْرِفْ ذَلِكَ إِلَّا بِقَوْلِهِ، فَقَوْلُهُ كُلُّهُ مَقْبُولٌ لَا يَجُوزُ أَخْذُ بَعْضِهِ وَإِسْقَاطُ بَعْضِهِ. وَأَمَّا "السَّرَاحُ، وَالْفِرَاقُ" فَإِنَّهُمَا تَقَعُ فِي اللُّغَةِ الَّتِي بِهَا خَاطَبَنَا اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي شَرَائِعِهِ عَلَى حَلِّ عَقْدِ النِّكَاحِ، وَعَلَى مَعَانٍ آخَرَ وَفُوعًا مُسْتَوِيًّا لَيْسَ مَعْنَى مَنْ تِلْكَ الْمَعَانِي أَحَقُّ بِتِلْكَ اللَّفْظَةِ مِنْ سَائِرِ تِلْكَ الْمَعَانِي، فَيَكُونُ: أَنْتِ مُسَرَّحَةٌ، أَيْ: أَنْتِ مُسَرَّحَةٌ لِلْخُرُوجِ إِذَا شِئْتَ، وَبِقَوْلِهِ قَدْ فَارَقْتُكَ، وَأَنْتِ مُفَارَقَةٌ، فِي شَيْءٍ مِمَّا بَيْنَهُمَا مَا لَمْ تُوَافِقْهُ فِيهِ. فَلَمَّا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ لَمْ يَجْزُ أَنْ يَحْكُمَ بِحَلِّ عَقْدٍ صَحِيحٍ بِكَلِمَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ بِغَيْرِ يَقِينٍ مَا يُوجِبُ حِلَّهَا ٢).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (والمفارقة هي التطليق فَقَدْ سَمَّى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الطَّلَاقَ بِثَلَاثَةِ أَسْمَاءٍ الطَّلَاقِ وَالسَّرَاحِ وَالْفِرَاقِ وَلَوْ قَالَ لَهَا طَلَّقْتُكَ كَانَ صَرِيحًا فَكَذَا إِذَا قَالَ سَرَّحْتُكَ أَوْ فَارَقْتُكَ، وَلَنَا أَنْ صَرِيحَ الطَّلَاقِ هُوَ اللَّفْظُ الَّذِي لَا يُسْتَعْمَلُ إِلَّا فِي الطَّلَاقِ عَنِ قَيْدِ النِّكَاحِ، أَنَّ الصَّرِيحَ فِي اللُّغَةِ اسْمٌ لِمَا هُوَ ظَاهِرُ الْمُرَادِ عِنْدَ السَّامِعِ وَمَا كَانَ مُسْتَعْمَلًا فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ لَا يَكُونُ ظَاهِرَ الْمُرَادِ بَلْ يَكُونُ مُسْتَتَرًّا الْمُرَادُ وَلَفْظُ السَّرَاحِ وَالْفِرَاقِ يُسْتَعْمَلُ فِي غَيْرِ قَيْدِ النِّكَاحِ يُقَالُ سَرَّحْتُ إِبْلِيَّ وَفَارَقْتُ صَدِيقِي فَكَانَ كِنَايَةً لَا صَرِيحًا فَيَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ وَلَا حُجَّةَ لَهُ فِي الْآيَتَيْنِ لِأَنَّا نَقُولُ بِمُوجِبِهِمَا أَنَّ السَّرَاحَ وَالْفِرَاقَ طَلَّاقٌ لَكِنْ بِطَرِيقِ الْكِنَايَةِ لَا صَرِيحًا لِانْعِدَامِ مَعْنَى الصَّرِيحِ عَلَى مَا بَيَّنَّا ٣).

١ صحيح البخاري (١ بدء الوحي) / باب كيف كان بدء الوحي / ح ١ (١ / ٣).

٢ المحلى (١٨٦ / ١٠).

٣ بدائع الصنائع (٣ / ١٠٦).

قال المالكية: (وَلَمَّا كَانَتْ أَلْفَاظُ الطَّلَاقِ وَهِيَ الرُّكْنُ الرَّابِعُ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٌ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ ظَاهِرَةٌ، وَكِنَايَةٌ خَفِيَّةٌ وَالْكِنَايَةُ الظَّاهِرَةُ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٌ: مَا يُلْزِمُهُ فِيهِ الطَّلَاقُ الثَّلَاثُ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرَهَا وَلَا يَنْوِي وَمَا يُلْزِمُ فِيهِ الثَّلَاثُ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا وَيَنْوِي فِي غَيْرِهَا وَمَا يُلْزِمُ فِيهِ الثَّلَاثُ وَيَنْوِي مُطْلَقًا شَرَعَ فِي بَيَانِ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (وَلَفْظُهُ) الصَّرِيحُ الَّذِي تَنْحَلُّ بِهِ الْعِصْمَةُ وَلَوْ لَمْ يَنْوِ حَلَّهَا مَتَى قَصَدَ اللَّفْظَ، عَنْ قَوْلِ الرَّجُلِ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ السَّرَاحُ فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَرَادَ بِذَلِكَ بَتَّ الطَّلَاقِ (١)).

قال الشافعية: (فِيمَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ وَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَطْرَافٍ الْأَوَّلُ فِي اللَّفْظِ وَهُوَ صَرِيحٌ وَهُوَ مَا لَا يَحْتَمِلُ ظَاهِرُهُ غَيْرَ الطَّلَاقِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ وَكِنَايَةٍ وَهِيَ مَا يَحْتَمِلُ الطَّلَاقُ وَغَيْرُهُ فَهِيَ تَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ فَالصَّرِيحُ الطَّلَاقُ وَالسَّرَاحُ يَفْتَحُ السَّيْنَ وَالْفِرَاقُ وَالْخُلْعُ وَالْمُقَادَاةُ لِاسْتِهَارِهَا فِي مَعْنَى الطَّلَاقِ وَوُرُودِهَا فِي الْقُرْآنِ مَعَ تَكَرُّرِ بَعْضِهَا فِيهِ وَالْحَاقِ مَا لَمْ يَتَكَرَّرْ مِنْهَا بِمَا تَكَرَّرَ بِجَامِعِ اسْتِعْمَالِهِمَا فِيمَا ذُكِرَ كَأَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقٌ بِالتَّشْدِيدِ وَيَا طَالِقُ وَيَا مُطَلَّقَةً بِالتَّشْدِيدِ أَمَّا مُطَلَّقَةٌ بِالتَّخْفِيفِ فَكِنَايَةٌ لِاحْتِمَالِهَا الطَّلَاقَ وَغَيْرَهُ وَكَذَا أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ الطَّلَاقُ، وَأَمَّا السَّرَاحُ وَالْفِرَاقُ فَالصَّرِيحُ مِنْهُمَا لَفْظَتَانِ لَا غَيْرَ وَهُوَ قَوْلُهُ فَارَقْتُكَ أَوْ أَنْتِ مَفَارِقَةٌ أَوْ سَرَحْتُكَ أَوْ أَنْتِ مَسْرُوحَةٌ (٢)).

قال الحنابلة: (لِلْفَظِ يَنْقَسِمُ فِيهِ إِلَى صَرِيحٍ وَكِنَايَةٍ فَالصَّرِيحُ يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ وَالْكِنَايَةُ لَا يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ حَتَّى يَنْوِيهِ أَوْ يَأْتِيَ بِمَا يَقُومُ مَقَامُ نِيَّتِهِ، أَنَّهُ سَوَاءٌ كَانَ بِالْفَظِ الطَّلَاقِ أَوْ السَّرَاحِ أَوْ الْفِرَاقِ وَهُوَ صَحِيحٌ لَكِنْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَنْوِيَ بِالْفَظِ السَّرَاحِ أَوْ الْفِرَاقِ الطَّلَاقَ وَهَذَا الْمَذْهَبُ (٣)).

رَأَى الْقَانُونُ السُّودَانِي: نَصَّ عَلَى: (يَقَعُ الطَّلَاقُ: أ/ بِالْفَظِ الصَّرِيحِ، أَوْ الْكِتَابَةِ (٤)).

١ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١١٧/٩)، المدونة (٦/ ٣٤٧).

٢ أسنى المطالب (١٤٨/١٦)، المجموع (١٧/ ٩٩).

٣ المغني (٨/ ٢٦٤)، الإنصاف للمرداوي (٨/ ٢٢٠-٢٢١).

٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٢٩).

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في ألفاظ الطلاق، وهي الطلاق، والسراح، والفراق، ولكن يشترط أن ينوي بلفظ السراح أو الفراق .

المطلب الثاني: الألفاظ التي لا يقع بها الطلاق:

مَسْأَلَةٌ (٨٣) مَا عَدَا هَذِهِ الْأَلْفَافُ فَلَا يَقَعُ بِهَا طَلَاقُ الْبَيِّنَةِ نَوَى بِهَا طَلَاقًا أَوْ لَمْ يَنْوِ لَا فِي فُتْيَا وَلَا فِي قَضَاءٍ: مِثْلُ: الْخَلِيَّةِ، وَالْبَرِيَّةِ، وَأَنْتِ مُبْرَأَةٌ، وَقَدْ بَارَأْتُكَ، وَحَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ^١، وَالْحَرْجُ، وَقَدْ وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ، أَوْ لِمَنْ يَذْكُرُ غَيْرَ الْأَهْلِ، وَالتَّخْرِيمُ، وَالتَّخْيِيرُ، وَالتَّمْلِيكُ. قال ابن حزم: (وَهَذِهِ الْأَفَافُ جَاءَتْ فِيهَا آثَارٌ مُخْتَلِفَةٌ الْفُتْيَا عَنْ نَفَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَلَمْ يَأْتِ فِيهَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَيْءٌ أَصْلًا^٢).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وكنايات الطلاق لا يقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال، ويقع بانئاً إلا اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة فيقع بها واحدة رجعية. وألفاظ البائن قوله: أنت بائن، بته، بتلة، حرام، حبلك على غاربك، خلية، برية، الحقي بأهلك، وهبتك لأهلك، سرحتك، فارقتك، أمرك بيدك، تقنعي، استتري، أنت حرة، غربي، اخرجي، ابتغي الأزواج، ويصح فيها نية الواحدة والثلاث، ولو نوى الشنتين فواحدة^٣)، قال المالكية: (أَرَأَيْتَ إِذَا قَالَ قَدْ وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ؟ قَالَ مَالِكٌ: هِيَ ثَلَاثُ الْبَيِّنَةِ إِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا. قُلْتُ: قَبْلَهَا أَهْلُهَا أَوْ لَمْ يَقْبَلُوهَا فَهِيَ ثَلَاثٌ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَبْلُوهَا أَوْ لَمْ يَقْبَلُوهَا فَهِيَ ثَلَاثٌ، وَقَالَ مَالِكٌ: فِي الَّذِي يَقُولُ لِامْرَأَتِهِ قَدْ رَدَدْتُكَ إِلَى أَهْلِكَ هِيَ ثَلَاثٌ إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا. قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ أَرَادَ بِقَوْلِهِ أَنْدُخِلِي وَأَخْرِجِي وَالْحَقِّي وَاسْتَبْرِي، وَاحِدَةً بَائِنَةً وَقَدْ دَخَلَ بِهَا أَتَكُونُ بَائِنَةً؟ قَالَ: هِيَ ثَلَاثٌ لِأَنَّ مَالِكًا قَالَ فِي الَّذِي يَقُولُ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً بَائِنَةً أَنَّهَا ثَلَاثُ الْبَيِّنَةِ، قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ الْخَلِيَّةُ وَالْبَرِيَّةُ وَالْبَيِّنَةُ فِي الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا هِيَ ثَلَاثٌ^٤)، قال الشافعية: (لو قال لزوجته وهبتك لأهلك أولأبيك أولالأزواج أو للأجانب ونوى الطلاق طلقت كقوله الحقي بأهلك، وأنه

^١ الغارب: الكاهل من الخلف وهو ما بين السنام والعنق ومنه قولهم: حبلك على غاربك: أي أنت مرسله مطلقه غير مشدودة ولا ممسكة بعقد النكاح. لسان العرب (١٣٦/٢).

^٢ المحلى (١٨٧/١٠).

^٣ الاختيار لتعليل المختار، (٣٥/١).

^٤ المدونة، (٣٢٨/٦).

لو قال لامرأته أنت كذا ونوى الطلاق لم تطلق (١)، قال الحنابلة: (وَقَوْلُهُ لِرُؤُوسِهِ وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ أَوْ نَفْسِكَ، وَنَحْوَهُ كَمَلَكْتُكَ لِأَهْلِكَ أَوْ لِنَفْسِكَ أَوْ لَزَيْدٍ مَثَلًا فَمَعَ قَبُولٍ مِنْ مُوْهُوبٍ لَهُ تَقَعُ طَلَقٌ رَجْعِيَّةٌ كَسَائِرِ الْكِنَايَاتِ الْخَفِيَّةِ ٢). واستدل الجمهور عن عائشة رضي الله عنها أَنَّ ابْنَةَ الْجَوْنِ لَمَّا أُدْخِلَتْ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَدَنَا مِنْهَا قَالَتْ أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْكَ فَقَالَ لَهَا لَقَدْ عُذْتُ بِعَظِيمِ الْحَقِّي بِأَهْلِكَ ٣)

رأى القانون السوداني: نص على: (يقع الطلاق: ب/ بالكتابة إذا نوى الزوج ايقاع الطلاق ٤).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في أن هذه الألفاظ الخلية، والبرية، وأنت مبرأة، وقد بارأتك، وحبلك على غارب، والحر، وقد وهبتك لأهلك، لا يقع بها طلاق نوي أم لم ينو الطلاق، لكن الجمهور يروا أن هذه الألفاظ لا يقع بها طلاق، إلا إذا نواه .

المطلب الثالث: أَلْفَاظُ الطَّلَاقِ الَّتِي جَاءَتْ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: مَسْأَلَةٌ (٨٤) فِي الْأَلْفَاظِ الَّتِي جَاءَتْ فِيهِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهِيَ الْحَقِّي بِأَهْلِكَ وَاعْتَدِّي، وَالْبَيْتَةُ، وَالْبَائِنُ.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك فأمَّا الْحَقِّي بِأَهْلِكَ قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ: وَلَا تَحِلُّ النِّكَاحَاتُ الصِّحَاحُ إِلَّا بِبَيِّنٍ. أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ كَعْبٍ قَالَ: "سَمِعْتُ كَعْبَ بْنَ مَالِكٍ يُحَدِّثُ حَدِيثَ تَخْلُفِهِ عَنْ نَبُوكَ، فَذَكَرَ فِيهِ (إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَأْمُرُكَ أَنْ تَعْتَزَلَ امْرَأَتَكَ. قَالَ فَقُلْتُ أُطَلِّقُهَا أَمْ مَاذَا أَفْعَلُ قَالَ لَا بَلٍ اعْتَزِلْهَا فَلَا تَقْرَبْنَهَا - قَالَ - فَأَرْسَلْ إِلَى صَاحِبِي بِمِثْلِ ذَلِكَ - قَالَ - فَقُلْتُ لِامْرَأَتِي الْحَقِّي بِأَهْلِكَ فَكُونِي عَنْهُمْ حَتَّى يَقْضِيَ اللَّهُ فِي هَذَا الْأَمْرِ ه" فَهَذَا كَعْبٌ لَمْ يَرِ "الْحَقِّي بِأَهْلِكَ" مِنْ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ، وَلَا يُعْرِفُ لَهُ مُخَالَفٌ فِي ذَلِكَ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. رُوِيَ عَنِ الشَّعْبِيِّ، وَالْحَسَنِ: أَنَّ مَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: الْحَقِّي بِأَهْلِكَ، فَهُوَ

١ روضة الطالبين، (٣ / ١١٣).

٢ شرح منتهى الإرادات (٩ / ٢٧٦).

٣ البخاري (٧١ كتاب الطلاق/باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق/ح ر ٤٩٥٥ (١٣ / ٢٤٧).

٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٢٩/ب).

٥ صحيح البخاري (٦٧ كتاب المغازي/٧٥ باب حديث كعب بن مالك /ح ر ٤١٥٦ (٤ / ١٦٠٣).

عَلَى مَا نَوَى (١). وَأَمَّا الْبَائِنُ وَالْبَائِتُ، وَالْبَيْتَةُ (عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ قَالَتْ: "جَاءَتِ امْرَأَةً رِفَاعَةَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ فَطَلَّقَنِي فَبِتَّ طَلَاقِي فَتَزَوَّجْتُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزُّبَيْرِ وَإِنَّ مَا مَعَهُ مِثْلُ هُدْبَةِ النَّوْبِ فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ « أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ لَا حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ » (٢). عَنْ "الزُّبَيْرِ بْنِ سَعِيدٍ هُوَ الْهَاشِمِيُّ عَنْ جَدِّهِ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَلْبَتَّةَ فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: مَا أَرَدْتُ؟ قَالَ: وَاحِدَةً،

قَالَ: اللَّهُ، قَالَ: اللَّهُ؟ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: هُوَ عَلَى مَا أَرَدْتُ (٣)» (٤).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (ولو قال أنت طالق البتة سئل عن نيته فإذا نوى تطليقة واحدة فهي واحدة بائنة، لأن قوله البتة نعت للطلاق، أي قاطع للنكاح، كقوله بائن ولو نوى ثلاثا فثلاث وإن لم يكن له نية فهي واحدة بائنة كما في قوله أنت بائن، فإن قال عنيت بقولي طالق واحدة وبقولي البتة أخرى تطلق اثنتين بائنتين لأن الرجل لو قال لامرأته أنت بتة ونوى به الطلاق تعمل نيته، فكذلك إذا نوى بلفظة البتة تطليقة أخرى، ولو قال عنيت بقولي طالق واحدة وبقولي البتة اثنتين طلقت اثنتين، لأن نية العدد لا تسع في لفظ البتة، الحقي بأهلك ويصح فيها نية الواحدة والثلاث (٥).

قال المالكية: (قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَالَ لِأَهْلِهِ الْحَقِّي بِأَهْلِكَ؟ قَالَ مَالِكٌ: يَنْوِي، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَرَادَ بِهِ الطَّلَاقَ فَلَا تَكُونُ طَالِقًا وَإِنْ أَرَادَ الطَّلَاقَ فَهُوَ مَا نَوَى مِنَ الطَّلَاقِ وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، (أَوْ أَنْتَ خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِيَّةٌ، أَوْ بَائِنَةٌ أَوْ أَنَا مِنْكَ خَلِيٌّ أَوْ بَرِيٌّ أَوْ بَائِنٌ فَيُلْزِمُهُ الثَّلَاثُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا كغَيْرِهَا إِنْ لَمْ يَنْوِ (٦).

١ مصنف ابن أبي شيبة (كتاب الطلاق) ٥٠ ما قالوا في الرجل يقول لأمرأته الحقي بأهلك/ ح ١٨٠٥٣ (٤/ ٨٤).

٢ صحيح مسلم (٩ كتاب النكاح) ١٧ باب لَا تَحِلُّ الْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا لِمُطَلَّقِهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ/ ح ٣٥٩٩ (٤/ ١٥٤).

٣ سنن أبي داود (١٣ كتاب الطلاق) ١٤ باب فِي الْبَيْتَةِ/ ح ٢٢١٠ (قَالَ أَبُو دَاوُدَ وَهَذَا أَصَحُّ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ جُرَيْجٍ أَنَّ رُكَّانَةَ طَلَّقَتْ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا (٢/ ٢٣١).

٤ المحلى (١٠/ ١٨٧).

٥ المبسوط، (٥/ ١٥)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٤٨).

٦ الشرح الكبير (٢/ ٣٧٩).

قال الشافعية: (إذا خاطب امرأته بلفظ من ألفاظ الطلاق كقوله: بائن أو بنة أو ما أشبهها، ونوى طلقتين أو ثلاثاً، وقع ١)، قال الحنابلة: (وإن قال أنت طالق بائناً أو طالق البتة أو طالق بلارجعة فثلاث تقع بذلك لتصريحه بالعدد أو وصفه الطلاق بما يقتضي الإبانة، الحقي بأهلك روايتين إحداهما يرجع إلى ما نواه ٢)، الرواية الثانية للحنابلة: (الحقي بأهلك فهو عندي ثلاث ٣).

رأى القانون السوداني: نص على: (يقع الطلاق: ب/ بالكتابة إذا نوى الزوج إيقاع الطلاق ٤).

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع الجمهور في من قال لزوجته أنت طالق البتة يسأل عن نيته إن أراد واحدة فطلقة واحدة وإن أراد ثلاث فثلاث طلقات، وخالف المالكية لأنهم يروا أنه تلزمه الثلاث ولا ترجع له زوجته إلا بعد أن يحللها رجل آخر، أما الحقي بأهلك فقد اتفق مع الجمهور بأنها تقع بالنية، ولكن خالف الرواية الثانية للحنابلة، فتقع ثلاثة بلا نية .

المطلب الرابع: الطلاق المضاف:

مسألة (٨٥) مَنْ قَالَ: إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ ذَكَرَ وَقْتًا مَا؟ فَلَا تَكُونُ طَالِقًا بِذَلِكَ، لَا الْآنَ، وَلَا إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ.

قال ابن حزم: (بُرْهَانُ ذَلِكَ: أَنَّهُ لَمْ يَأْتِ قُرْآنٌ وَلَا سُنَّةٌ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ بِذَلِكَ، وَقَدْ عَلَّمَنَا اللَّهُ الطَّلَاقَ عَلَى الْمَذْخُولِ بِهَا، وَفِي غَيْرِ الْمَذْخُولِ بِهَا، وَلَيْسَ هَذَا فِيمَا عَلَّمَنَا لَوْ مَنْ يَتَعَدَّى حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ٥)، وَأَيْضًا فَإِنْ كَانَ كُلُّ طَلَاقٍ لَا يَقَعُ حِينَ إِيقَاعِهِ فَمِنْ الْمُحَالِ أَنْ يَقَعَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي حِينَ لَمْ يُوقَعْ فِيهِ ٦).

١ المجموع (١٧/١٢١).

٢ الشرح الكبير، (٤/٥٥٣)، المغني (٨/٢٧٢).

٣ المغني (٨/٢٧٢).

٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٢٩/ب)

٥ سورة الطلاق الآية ١.

٦ المحلى (١٠/٢١٥).

قال جمهور الفقهاء: قال الحنفية: (وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِمَرْأَتِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ أَوْ إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ أَوْ إِذَا صَلَّى فَلَانَ الظُّهْرَ أَوْ إِذَا دَخَلَ فَلَانُ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِمَرْأَتِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ كَلَامُهُ فِيهِ وَاضِحٌ سِوَى اللَّفَاطِ نَذَكْرُهَا) (قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ) يَعْنِي طَلَقًا بَائِنًا لِأَنَّ حُكْمَ الْفِرَارِ إِنَّمَا يُعْطَى إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا. وَقَوْلُهُ (وَكَانَتْ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ) بِمَعْنَى وَجِدَتْ تَامَةً لَا تَحْتَاجُ إِلَى خَبَرٍ وَقَوْلُهُ (يَصِيرُ تَطْلِيقًا عِنْدَ الشَّرْطِ حُكْمًا لَا قَصْدًا) يَظْهَرُ بِمَسْأَلَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا أَنَّهُ لَوْ عَلَّقَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ بِالشَّرْطِ ثُمَّ وَجَدَ وَهُوَ مَجْنُونٌ فَإِنَّهُ يَقَعُ مَعَ أَنَّ طَلَاقَ الْمَجْنُونِ غَيْرُ وَاقِعٍ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بِتَطْلِيقٍ قَصْدًا. وَالثَّانِيَةُ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا عَلَّقَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ بِشَرْطٍ ثُمَّ حَلَفَ أَنْ لَا يُطَلِّقَ امْرَأَتَهُ ثُمَّ وَجَدَ الشَّرْطَ لَا يَحْنُثُ، فَلَوْ كَانَ تَطْلِيقًا قَصْدًا الْحِنْثُ، وَقَوْلُهُ وَالْفِعْلُ مِمَّا لَهُ مِنْهُ بُدٌّ أَوْ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ يَصِيرُ فَرَارًا قِيلَ عَلَيْهِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَصِيرَ فَرَارًا فِي التَّغْلِيقِ بِالْفِعْلِ الَّذِي لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ إِذَا كَانَ التَّغْلِيقُ فِي الصِّحَّةِ لِأَنَّ الْفِعْلَ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ يَصِيرُ مُضْطَرًّا فِي مُبَاشَرَةِ ذَلِكَ الْفِعْلِ فَلَا يَصِيرُ الْفِعْلُ ظُلْمًا فَلَا تَرْتِ، أَمَّا الْوَجْهَانِ الْأَوَّلَانِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ التَّغْلِيقُ بِمَجِيءِ الْوَقْتِ بِأَنْ قَالَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَأَنْتِ طَالِقٌ أَوْ بِفِعْلِ الْأَجْنَبِيِّ بِأَنْ قَالَ إِذَا دَخَلَ فَلَانُ الدَّارَ أَوْ صَلَّى فَلَانُ الظُّهْرَ، فَإِنْ كَانَ التَّغْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ فَلَهَا الْمِيرَاثُ لِأَنَّ الْقَصْدَ إِلَى الْفِرَارِ قَدْ تَحَقَّقَ مِنْهُ بِمُبَاشَرَةِ التَّغْلِيقِ فِي حَالِ تَعَلُّقِ حَقِّهَا بِمَالِهِ، وَإِنْ كَانَ التَّغْلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ لَمْ تَرْتِ^١).

قال المالكية: (وَكَانَ هُنَاكَ مَسَائِلُ يُنَجِّزُ فِيهَا الطَّلَاقُ فِي مُطْلَقِهَا وَمُؤَجَّلِهَا عَلَيْهِ أَخْرَجَهَا بِقَوْلِهِ إِلَّا إِذَا قَالَ إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَيُنَجِّزُ عَلَيْهِ حَالُ كَوْنِهِ مُطْلَقًا أَيْ غَيْرَ مُقَيَّدٍ أَوْ مُقَيَّدًا إِلَى أَجَلٍ كَانِ لَمْ أُطَلِّقْكَ بَعْدَ شَهْرٍ فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكَ رَأْسَ الشَّهْرِ أَلْبَتَّةَ فَأَنْتِ طَالِقٌ رَأْسَ الشَّهْرِ أَلْبَتَّةَ نُجِزَ عَلَيْهِ الْآنَ، أَوْ فَأَنْتِ طَالِقٌ الْآنَ أَلْبَتَّةَ فَيُنَجِّزُ رَاجِعٌ لِلْفُرُوعِ الْأَرْبَعَةِ وَيَقَعُ طَلَاقُ أَلْبَتَّةَ فِي الْأَخِيرِ، وَهُوَ إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكَ رَأْسَ الشَّهْرِ أَلْبَتَّةَ فَأَنْتِ طَالِقٌ الْآنَ أَلْبَتَّةَ نَاجِزًا لِأَنَّ أَلْبَتَّةَ لَا بُدَّ مِنْ وَقُوعِهَا أَمَّا الْآنَ أَوْ عِنْدَ رَأْسِ الشَّهْرِ فَلَا يَصِحُّ أَنْ يُؤَخَّرَ لِرَأْسِ الشَّهْرِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمُنْعَةِ ، فَتَعَيَّنَ الْحُكْمُ بِوُقُوعِهِ حَالًا لَا يُقَالُ لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ

^١ العناية شرح الهداية (٥ / ٣٨٨).

لَا بُدَّ مِنْ وَقُوعِ الْبَتَّةِ ؛ لِأَنَّ غَايَتَهُ أَنَّهُ عَلَّقَ بَتُّهَا أَوَّلَ الشَّهْرِ عَلَى عَدَمِ بَتِّهَا آخِرَهُ فَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ الصَّبْرَ لِآخِرِ الشَّهْرِ لِتَحْصِيلِ الْمُخْلُوفِ عَلَيْهِ وَهُوَ بَتُّهَا آخِرَهُ فَإِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَلَهُ تَرْكُ ذَلِكَ وَاخْتِيَارُ الْحِنْثِ كَمَا لِكُلِّ حَالِفٍ. وَإِذَا اخْتَارَ الْحِنْثَ لَمْ يُمْكِنْهُ وَقُوعُهُ لِإِنْعَادَامِ زَمَانِ الْمُخْلُوفِ بِهِ لِمُضِيِّهِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا التَّرَمُّ الْبَتَّةُ فِي زَمَانِ الْحَالِ الَّذِي صَارَ مَاضِيًا عِنْدَ رَأْسِ الشَّهْرِ فَحَاصِلُهُ أَنَّ الْمُعْلَقَ مُقَيَّدٌ بِقَيْدٍ لَا يُمْكِنُ تَحْصِيلُهُ وَالشَّيْءُ يَنْعَدِمُ بِإِنْعَادَامِ قَيْدِهِ وَالْقَيْدُ وَهُوَ الزَّمَانُ الَّذِي صَارَ مَاضِيًا لَا يُمْكِنُ تَحْصِيلُهُ فَالْبَتَّةُ الْمُقَيَّدَةُ بِهِ لَا يُمْكِنُ إِيقَاعُهَا فَلَا يُلْزَمُهُ شَيْءٌ ، لِأَنَّا نَقُولُ بَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ بَتَّةً أَيْ يَحْكُمُ الشَّرْعُ بِوُقُوعِهِ وَلَوْ مَضَى زَمَنُهُ إِذْ لَيْسَ لِتَقْيِيدِهِ بِالزَّمَنِ وَجْهٌ يُعْتَبَرُ شَرْعًا (١) .

قال الشافعية: (وإن قال أنت طالق رأس الشهر للسنة، فإن كانت رأس الشهر في طهر لم يجامعها فيه طلقت، وإن كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه رأس الشهر لم تطلق، فإذا طهرت بعد ذلك من غير جماع وقع عليها الطلاق ٢).

قال الحنابلة: (إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق صح ذلك، واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائنا، لأنه بعوض وإن طلقها قبل مجيء الشهر طلقت ولا شيء له ٣).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون ٤).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في الطلاق المضاف إلى وقت قال لا يقع سواء جاء الوقت أم لم يجئ، والجمهور يرى أنه يقع، وهو الرأي الراجح، لأنه قصد إيقاعه بعد زمن، لا في الحال.

^١ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٩ / ١٩٨).

^٢ المجموع (١٧ / ١٦٢).

^٣ المغني (٨ / ٢٠٥).

^٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١ / المادة (٥).

المبحث الثاني: طلاق من لا يحسن العربية والطلاق قبل النكاح وبعد المشيئة

المطلب الأول: طلاق من لا يحسن العربية:

مَسْأَلَةٌ (٨٦) يُطَلِّقُ مَنْ لَا يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ بِلُغَتِهِ بِاللَّفْظِ الَّذِي يُتَرَجَّمُ عَنْهُ فِي الْعَرَبِيَّةِ بِالطَّلَاقِ وَيُطَلِّقُ الْأَبْكَمُ وَالْمَرِيضُ بِمَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ مِنَ الصَّوْتِ أَوْ الْإِشَارَةِ الَّتِي يُوقِنُ بِهَا مَنْ سَمِعَهَا قَطْعًا أَنَّهُمَا أَرَادَا الطَّلَاقَ.

قال ابن حزم: (وَبُرْهَانُ ذَلِكَ: قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا} ١ وَقَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ ٢. فَصَحَّ أَنَّ مَا لَيْسَ فِي وُسْعِ الْمَرْءِ وَلَا يَسْتَطِيعُهُ فَقَدْ سَقَطَ مِنْهُ، وَأَنَّهُ يُؤَدِّي مِمَّا أُمِرَ بِهِ مَا اسْتَطَاعَ فَقَطْ ٣).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (والأصل الذي عليه الفتوى في زماننا هذا في الطلاق بالفارسية أنه إن كان فيها لفظ لا يستعمل إلا في الطلاق، فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية إذا أضيف إلى المرأة، مثل أن يقول في عرف ديارنا (دها كنم) أو في عرف خراسان والعراق (بهشتم) لأن الصريح لا يختلف باختلاف اللغات، وما كان في الفارسية من الألفاظ ما يستعمل في الطلاق وفي غيره فهو من كنايات الفارسية فيكون حكمه حكم كنايات العربية في جميع الأحكام والله أعلم، وكذا التكلم بالطلاق ليس بشرط فيقع الطلاق بالكتابة المستبينة وبالإشارة المفهومة من الأخرس، لأن الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ والإشارة المفهومة تقوم مقام العبارة ٤)، قال المالكية: (قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ طَلَّقَ

١ سورة البقرة الآية : ٢٨٦.

٢ صحيح البخاري (٩٩ كتاب الإعتصام بالكتاب والسنة/باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم/ح ر ٦٨٥٨ (٦/٢٦٥٨).

٣ المحلى (١٩٧/١٠).

٤ بدائع الصنائع، (٣/١٥٨-١٦١).

بِالْعَجْمِيَّةِ وَهُوَ فَصِيحٌ بِالْعَرَبِيَّةِ أَتَطْلُقُ عَلَيْهِ امْرَأَتُهُ فِي قَوْلِ مَالِكٍ؟ قَالَ: لَمْ أَسْمَعْ مِنْ مَالِكٍ فِي الطَّلَاقِ بِالْعَجْمِيَّةِ شَيْئًا، وَأَرَى ذَلِكَ يُلْزَمُهُ إِذَا شَهِدَ عَلَيْهِ الْعُدُولُ مِمَّنْ يَعْرِفُ بِالْعَجْمِيَّةِ أَنَّهُ طَلَّقَ بِالْعَجْمِيَّةِ^(١)، وقال الشافعية: (وَتَرْجَمَةُ لَفْظِ الطَّلَاقِ بِالْعَجْمِيَّةِ صَرِيحٌ لِشَهْرَةِ اسْتِعْمَالِهَا فِي مَعْنَاهَا عِنْدَ أَهْلِهَا، دُونَ تَرْجَمَةِ الْفِرَاقِ وَالسَّرَاحِ فَإِنَّهَا كِنَايَةٌ كَمَا صَحَّحَهُ فِي أَصْلِ الرُّوْضَةِ لِلِاخْتِلَافِ فِي صَرَاحَتِهَا بِالْعَرَبِيَّةِ فَضَعُفًا بِالتَّرْجَمَةِ. وَلَا يَقْتَضِرُ وَقُوعُ الطَّلَاقِ بِصَرِيحِهِ إِلَى النِّيَّةِ إِجْمَاعًا^(٢))، وقال الحنابلة: (وصريح الطلاق بالعجمية {بهشتم} فإذا أتى بها العجمي وقع الطلاق منه بغير نية، ولنا أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق يستعملونها فيه فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية، ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن في العجمية صريح للطلاق، وهذا بعيد ولا يضر كونها بمعنى فإن معنى طلقتك خلتك أيضا، إلا أنه لما كان موضوعا له يستعمل فيه كان صريحا، كذا هذه ولا خلاف في أنه إذا نوى بها الطلاق كانت طلاقا^(٣)).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون)^٤.
الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أن طلاق العجمي يتوقف على الكلمة التي تترجم بطلاق كـ (بهشتم) فهي تطليقة إذا ذكرها العجمي، وهو الرأي الراجح.

المطلب الثاني: الطلاق قبل النكاح:

مَسْأَلَةٌ (٨٧) مَنْ قَالَ: إِنْ تَزَوَّجْتَ فُلَانَةً فَهِيَ طَالِقٌ، أَوْ قَالَ: فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَكُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ بَاطِلٌ، وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا وَلَا تَكُونَ طَالِقًا. وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ، سَوَاءٌ عَيْنٌ مُدَّةً قَرِيبَةً أَوْ بَعِيدَةً أَوْ قَبِيلَةً أَوْ بَلَدَةً كُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ لَا يُلْزَمُ.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ قَالَ " لَا طَلَّاقَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ

^١ المدونة (٦٢ / ٥).

^٢ حاشية البجيرمي على الخطيب (١٠ / ٤٦١).

^٣ المغني، (٨ / ٢٦٤).

^٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١ / المادة (٥).

نِكَاحٍ^١، قَالَ ابْنُ جُرَيْجٍ: بَلَغَ ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ يَقُولُ: إِنْ طَلَّقَ مَا لَمْ يَنْكِحْ فَهُوَ

جَائِزٌ، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: أَخْطَأَ فِي هَذَا إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ: {وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ {٢}، وَلَمْ يَقُلْ إِذَا طَلَّقْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ تَكْحَتُمُوهُنَّ {٣} (٤).

أما جمهور الفقهاء قال الشافعية: (فأما إذا قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق، أو إذا تزوجت امرأة من قبيله الفلانية فهي طالق، أو إذا تزوجت فلانة فهي طالق، أو قال لاجنبية إذا دخلت الدار وأنت زوجتي فأنت طالق، فلا يتعلق بذلك حكم، وإذا تزوج لم يقع عليها الطلاق^٥)، قال الحنابلة: (فلو قال إن تزوجت فلانة، فهي طالق لم تطلق إن تزوجها، أو قال إن تزوجت امرأة فهي طالق لم تطلق إن تزوجها ولو كانت التي عينها عتيقته، بأن قال إن تزوجت عتيقتي فلانة فهي طالق فلا تطلق إذا تزوجها^٦).

قال الحنفية: (وكذلك إذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق، ثم قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج فلانة فتطلق اثنتين لأنها فلانة وامرأة^٧)، قال المالكية: (إِنْ تَزَوَّجْتَ فُلَانَةً فَهِيَ طَالِقٌ أَوْ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَهِيَ طَالِقٌ وَتَوَى بَعْدَ نِكَاحِهَا فَتَطْلُقُ عَقِبَهُ وَانْحَلَّتْ عَنْهُ يَمِينُهُ لِأَنَّ حِنْتَ الْيَمِينِ يُسْقِطُهَا، وَلِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى شَرْطِ الْمَلِكِ فَأَشْبَهَ إِذَا مَلَكَ^٨).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون)^٩.

١ السنن الكبرى للبيهقي (٤٢ كتاب الخلع والطلاق/باب ما يَقَعُ وَمَا لَا يَقَعُ عَلَى امْرَأَتِهِ مِنْ طَلَاقِهِ/ح ١٥٢٧٨ (٣٢٠/٧) .

٢ سورة البقرة الآية ٢٣٧.

٣ مصنف عبد الرزاق/كتاب الطلاق/باب الطلاق قبل النكاح/ح ١١٤٦٨ (٦/٤٢٠).

٤ المحلى (٢٠٥/١٠).

٥ المجموع (٦١/١٧).

٦ كشف القناع (٥/٢٨٥).

٧ المبسوط (٥/٢١).

٨ شرح مختصر خليل للخرشي (١٢/١٩٣)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١/٤٨٢) ..

٩ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٥).

الرأي الرابع: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في من قال إن طلقت فلانة فهي طالق فتزوجها لا يقع الطلاق، وخالف الحنفية والمالكية الذين يروا أن الطلاق يقع، والرأي الرابع هو رأي الجمهور وابن حزم لأنهم يرون أن الطلاق لا يقع لأنه لا طلاق ولا عتاق لابن آدم فيما لا يملك.

المطلب الثالث: الطلاق بعد المشيئة :

مسألة (٨٨) مَنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، أَوْ قَالَ: إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ، أَوْ قَالَ: إِلَّا أَنْ لَا يَشَاءَ اللَّهُ: فَكُلُّ ذَلِكَ سَوَاءٌ، وَلَا يَقَعُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ طَلَقٌ.

قال ابن حزم: (وَبُرْهَانُ ذَلِكَ: قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: {وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ}، وَقَالَ تَعَالَى: {وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ}، وَنَحْنُ نَعْلَمُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَوْ أَرَادَ إِمْضَاءَ هَذَا الطَّلَاقِ لَيَسَّرَهُ لِإِخْرَاجِهِ بِغَيْرِ اسْتِثْنَاءٍ، فَصَحَّ أَنَّهُ تَعَالَى لَمْ يَرُدْ وَقُوعَهُ إِذْ يَسَّرَهُ لِنَعْلِقِهِ بِمَشِيئَتِهِ عَزَّ وَجَلَّ^(٣)).

جمهور الفقهاء قال الحنفية: (ولو قال لها: أنت طالق إن شاء الله، أو ما شاء الله، أو ما لم يشأ الله، أو إلا أن يشاء الله لا يقع شيء إن وصل، ولأنه تعليق بشرط لا يعلم وجوده فلا يقع بالشك^(٤))، قال الشافعية: (وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى فلا طلاق^(٥)).

قال المالكية: (مَنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَوْ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ هِيَ طَالِقٌ، لَا خِلَافَ فِي هَذَا لِأَنَّ الْإِسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللَّهِ فِي الطَّلَاقِ الْمُجَرَّدِ وَالْعِتْقِ الْمُجَرَّدِ غَيْرُ عَامِلٍ وَلَا نَافِعٍ ثُمَّ قَالَ: وَقَوْلُ بَعْضِهِمْ إِنَّمَا لَزِمَهُ الطَّلَاقُ لِأَنَّ مَشِيئَةَ اللَّهِ مَجْهُولَةٌ لَنَا لَا يُمْكِنُ عَلْمُهَا^(٦))، قال الحنابلة: (إن قال لزوجته أنت طالق إن شاء الله، أو قال عبيد حر إن شاء الله، أو إلا أن

١ سورة الكهف الآية ٢٣-٢٤.

٢ سورة الإنسان الآية: ٣٠.

٣ المحلى (١٧/١٠).

٤ الاختيار لتعليل المختار (٣/١٥٧).

٥ الأم (٧/١٧١).

٦ التاج والإكليل لمختصر خليل (٦/٩١).

يشاء الله أو ما لم يشأ الله ونحوه، وقعاً، أي الطلاق والعنق، لأنه تعليق على ما لا سبيل إلى علمه فيبطل كما لو علقه على شيء من المستحيلات^١.

رأى القانون السوداني: لا يقع الطلاق: أ/ المعلق على فعل شئ، أو تركه، إلا بالنية^٢.
الرأي الراجح: وافق ابن حزم الحنفية والشافعية والقانون السوداني فى عدم وقوع الطلاق لمن قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله، وخالف المالكية والحنابلة الذين يرون وقوعه، والرأى الراجح هو الرأى القائل أنه لا يقع، لأنه تعليق بشرط لا يعلم وجوده فلا يقع بالشك.

^١ الروض المربع (٣/ ١٧٥).

^٢ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٣٠).

المبحث الثالث: الوكالة والتفويض والكتابة في الطلاق وطلاق العبد وهدم الطلقات المطلب الأول: الوكالة في الطلاق:

مسألة (٨٩) لا تجوز الوكالة في الطلاق.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك قال الله عز وجل: {وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا} ١) فلا يجوز عمل أحد عن أحد إلا حيث أجازهُ القرآن، أو السنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولا يجوز كلام أحد عن كلام غيره من حيث أجازهُ القرآن أو سنة عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولم يأت في طلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قرآن ولا سنة؛ فهو باطل. وكل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق فإنه خاطب به الأزواج لا غيرهم، فلا يجوز أن يئوب غيرهم عنهم لا بوكالة ولا بغيرها ٢).

أما جمهور الفقهاء: قال الحنفية: (لو قال لرجل طلق امرأتي إن شئت فقال شئت لا يقع لأن الزوج أمره بتطليقها إن شاء ولم يوجد التطليق بقوله شئت، فلو قال هي طالق إن شئت فقال شئت وقع لوجود الشرط وهو مشيئته، ولو قال طلقها فقال فعلت وقع، لأنه قوله فعلت كناية عن قوله طلق وتلق وتلق وتلق ولو قال أنت طالق إن شاء فلان فمات فلان لا يقع لتعذر وجود الشرط ٣)، قال المالكية: (وهل تصح الوكالة في الطلاق قلت: نعم، وقد نصوا عليه ٤) قال الشافعية: (قوله: ويقع طلاق الوكيل، شروع في بيان الوكالة في الطلاق قوله: في الطلاق) متعلق بالوكيل: أي أنه وكيل في الطلاق بأن قال له الزوج وكلتك في أن تطلق زوجتي (قوله: طلقت فلانة) أي يقع بهذا اللفظ ٥)، قال الحنابلة: (وإن قال لامرأته طلقي نفسك فلها ذلك كالوكيل، فإن نوى عددا فهو على ما نوى وإن أطلق من غير نيّة لم تملك إلا واحدة ٦).

١ سورة الأنعام الآية ١٦٤.

٢ المحلى (١٩٦/١٠).

٣ البحر الرائق (٣ / ٣٥٨).

٤ شرح حدود ابن عرفة الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (٢ / ١٨٣).

٥ إعانة الطالبين (٢٥/٤).

٦ الإنصاف للمرداوي (٨ / ٤٤٦).

رأى القانون السوداني: نص على: (يقع الطلاق من الزوج، أو من وكيله (١)).
الرأي الراجح: خالف ابن حزم الجمهور في الوكالة في الطلاق فهو يري أنه لا تجوز
الوكالة في الطلاق، أما جمهور الفقهاء يروا أن الوكالة في الطلاق تجوز، والرأي الراجح
هو رأي جمهور الفقهاء، لأن الزوج هو الذي يملك عقدة النكاح فيمكن أن يوكل غيره في
طلاق زوجته.

المطلب الثاني: تفويض المرأة في طلاق نفسها:

مسألة (٩٠) مَنْ جَعَلَ إِلَى امْرَأَتِهِ أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا: لَمْ يَلْزِمَهُ ذَلِكَ، وَلَا تَكُونُ طَالِقًا طَلَّقَتْ
نَفْسَهَا أَوْ لَمْ تُطَلِّقْ .

قال ابن حزم: (أَنَّ الطَّلَاقَ إِنَّمَا جَعَلَهُ اللَّهُ تَعَالَى لِلرِّجَالِ لَا لِلنِّسَاءِ (٢)).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَأَمَّا قَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ فَهُوَ مِثْلُ قَوْلِهِ اخْتَارِي
فِي جَمِيعِ مَا وَصَفْنَا، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمْلِكُ الطَّلَاقَ إِلَّا أَنَّ الطَّلَاقَ هَهُنَا رَجْعِيٌّ وَهُنَاكَ
بَائِنٌ، لِأَنَّ الْمُفَوَّضَ هَهُنَا صَرِيحٌ وَهُنَاكَ كِنَايَةٌ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ أَحْبَبْتِ أَوْ
رَضِيتِ أَوْ هَوَيْتِ أَوْ أَرَدْتِ، لِأَنَّهُ عَلَقَ الطَّلَاقَ بِفِعْلِ مَنْ أَفْعَالِ الْقَلْبِ فَكَانَ مِثْلَ قَوْلِهِ إِنْ
شِئْتِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ حَيْثُ شِئْتِ أَوْ أَيْنَ شِئْتِ أَوْ أَيْنَمَا شِئْتِ أَوْ حَيْثُمَا
شِئْتِ، فَهُوَ مِثْلُ قَوْلِهِ: إِنْ شِئْتِ، وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا شِئْتِ أَوْ إِذَا مَا شِئْتِ أَوْ مَتَى شِئْتِ
أَوْ مَتَى مَا شِئْتِ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي أَيِّ وَقْتٍ شَاءَتْ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ بَعْدَهُ وَبَعْدَ الْقِيَامِ
عَنْهُ لِمَا مَرَّ، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا إِلَّا وَاحِدَةً؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي هَذِهِ الْأَلْفَافِ مَا يَدُلُّ عَلَى
التَّكَرُّرِ عَلَى مَا مَرَّ بِخِلَافِ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ كُلَّمَا شِئْتِ فَإِنَّ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مَرَّةً بَعْدَ
أُخْرَى حَتَّى تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثًا لِأَنَّ الْمُعْلَقَ بِالْمَشِيئَةِ وَإِنْ كَانَ وَاحِدًا وَهُوَ الثَّابِتُ مُقْتَضِي
قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَهُوَ الطَّلَاقُ، لَكِنَّهُ عَلَقَ الْمَشِيئَةَ بِكَلِمَةٍ كُلَّمَا، وَأَنَّهَا تَقْتَضِي تَكَرُّرَ الْأَفْعَالِ
فَيَتَكَرَّرُ الْمُعْلَقُ بِتَكَرُّرِ الشَّرْطِ (٣) .

١ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٣٢).

٢ المحلى (٢١٥/١٠).

٣ بدائع الصنائع، (٣٠٤/١٠).

قال المالكية: (وَلِلرَّجُلِ أَنْ يَجْعَلَ إِلَى الْمَرْأَةِ طَلَاقَهَا وَذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ: تَوْكِيلٌ وَتَمْلِيكٌ. فَفِي التَّوْكِيلِ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ تُطَلِّقْ نَفْسَهَا، وَفِي التَّمْلِيكِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ (إِنْ قَوَّضَهُ لَهَا تَوْكِيلًا فَلَهُ الْعَزْلُ)، النَّيَابَةُ فِي الطَّلَاقِ تَوْكِيلٌ وَرِسَالَةٌ وَتَمْلِيكٌ وَتَخْيِيرٌ، فَالتَّوْكِيلُ جَعْلُ إِنشَائِهِ بِيَدِ الْغَيْرِ لَهُ الْعَزْلُ قَبْلَ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ اتِّفَاقًا، التَّوْكِيلُ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ تُطَلِّقْ نَفْسَهَا وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي التَّمْلِيكِ، (إِلَّا لِتَعْلِيْقِ حَقٍّ)، وَأَمَّا التَّوْكِيلُ فَلَهُ أَنْ يَعْزِلَهَا عَنْهُ إِذَا لَمْ يَجْعَلْ لَهَا فِي ذَلِكَ حَقًّا مَا لَمْ تُطَلِّقْ نَفْسَهَا (لَا تَخْيِيرًا أَوْ تَمْلِيكًا)، مَذْهَبُ مَالِكٍ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا مَلَكَ امْرَأَتَهُ أَمَرَهَا أَوْ خَيْرَهَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْ ذَلِكَ (وَحِيلَ بَيْنَهُمَا حَتَّى تُحِبَّ)، مِثْلُ مَلَكَتُكَ أَمْرُكَ وَأَمْرُكَ بِيَدِكَ وَطَلَّقِي نَفْسَكَ وَأَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ أَوْ كَلَّمَا شِئْتَ فَتَمْنَعُ نَفْسَهَا وَلَا تُتْرَكُ تَحْتَهُ حَتَّى تُحِبَّ. ثُمَّ قَالَ: وَالتَّخْيِيرُ مِثْلُ اخْتَارِيْنِي أَوْ اخْتَارِيْ نَفْسَكَ وَهُوَ كَالْتَّمْلِيكِ إِلَّا أَنَّهُ الثَّلَاثُ فِي الْمَذْخُولِ بِهَا (وَوُقِفَتْ وَإِنْ قَالَ إِلَى سَنَةٍ مَتَى عِلْمٌ فَتَقْضِي وَإِلَّا أَسْقَطَهُ الْحَاكِمُ)، إِنْ مَلَكَهَا إِلَى أَجَلٍ فَلَهَا أَنْ تَقْضِيَ مَكَانَهَا (١).

قال الشافعية: (لَوْ قَالَ إِنْ أَحْبَبْتُ فِرَاقِي فَأَمْرُكَ بِيَدِكَ فَإِنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ تَقُولَ أَحْبَبْتُ فِرَاقَكَ ثُمَّ تُطَلِّقْ نَفْسَهَا فَلَوْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَنْفُذْ قَوْلُهُ، فَإِنْ قَالَ بِنَحْوِ: مَتَى، كَمَتَى مَا، وَمَهْمَا، وَأَيُّ وَقْتٍ، وَحِينَ وَزَمَنَ، قَوْلُهُ أُشْتَرِطْتُ الْمَشِيئَةَ مِنْهَا فَوْرًا إلَخَ، فَإِنْ لَمْ تَشَأْ فَوْرَ أَوْقَعِ الطَّلَاقَ رَجْعِيًّا فِيهِمَا قَوْلُهُ وَمَلَكَهُ أَيُّ مَا أَعْطَنَهُ لَهُ عِلْمٌ مِنْهُ إِنَّهَا لَوْ كَانَتْ سَفِيهَةً لَمْ تَطْلُقْ بِإِعْطَائِهَا قَوْلُهُ فَيَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا (٢)، قال الحنابلة: (وَلِأَنَّ اخْتَارِي تَقْوِيضَ مُعَيَّنٍ، فَيَتَنَاولُ أَقْلٌ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْإِسْمُ وَهُوَ طَلَقَةٌ رَجْعِيَّةٌ، لِأَنَّهَا بَعِيرٌ عَوْضٍ، بِخِلَافِ أَمْرُكَ بِيَدِكَ، فَإِنْ أَمَرًا مُضَافًا؛ فَيَتَنَاولُ جَمِيعَ أَمْرِهَا مَا لَمْ يَنْوِ أَكْثَرَ فَإِنْ نَوَى ثِنْتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ أَوْ ثَلَاثًا، فَيَرْجِعُ إِلَى نِيَّتِهِ؛ لِأَنَّهَا كِنَايَةٌ خَفِيَّةٌ وَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مَتَى شَاءَتْ مَا لَمْ يَحُدَّ لَهَا حَدًّا أَيُّ: يُقَدَّرُ لَهَا وَقْتًا مُعَيَّنًا؛ فَلَا تَتَجَاوَزُهُ (٣).

١ التاج والإكليل، ٦ (١١٧).

٢ أسنى المطالب، (٦٩/١٦).

٣ مطالب أولي النهى، (٦١/١٦).

رأى القانون السوداني: نص على: (يقع الطلاق من الزوج، أو من وكيله، أو من الزوجة، أن ملكها الزوج أمر نفسها ١).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في من جعل إلى امرأته أن تطلق نفسها، فهو يري أن طلاقها لا يقع، أما الجمهور يري أن طلاقها يقع، وهو الرأي الراجح، لأن الطلاق حق يملكه الزوج فيجوز أن يوكل غيره، أو يفوض الطلاق لزوجته.

المطلب الثالث: الكتابة بالطلاق وطلاق العبد بيده:

أولاً: الكتابة بالطلاق:

مسألة (٩١) من كتب إلى امرأته بالطلاق فلنيس شيئاً.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك عن الحسن، في رجل كتب بطلاق امرأته ثم محاه؟ فقال: ليس بشيء إلا أن يمضيه، أو يتكلم به ٢)، ورؤينا عن الشعبي مثله ٣)، قال أبو محمد: قال الله تعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ٤}، وقال تعالى: {فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ٥}، ولا يقع في اللغة التي خاطبنا الله تعالى بها ورَسُولُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ اسمٌ تطليقٍ على أن يكتب إنما يقع ذلك اللَّفْظُ بِهِ فَصَحَّ أَنَّ الْكِتَابَ لَيْسَ طَلَاقًا حَتَّى يَلْفِظَ بِهِ إِذْ لَمْ يُوجِبْ ذَلِكَ نَصٌّ ٦).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (إذا كتب طلاق امرأته كتاباً مستيناً على لوح أو حائط أو رمل أو ورق الأشجار أو غير ذلك، وهو مستين إن نوى الطلاق وقع وإن لم ينو لا يقع وقيل المستين كالصريح وأما إذا كان لا يستين بأن كتب في الهواء أو على الماء أو على الحديد أو على صخرة صماء لا يقع نوى أو لم ينو بالإجماع ٧)، قال المالكية: (أن الرجل إذا كتب طلاق امرأته لا يخلو من ثلاثة أحوال: أحدها: أن يكون كتبه مجمعاً على

١ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٣٢).

٢ سنن الإمام سعيد بن منصور (باب الرجل يكتب بطلاق امرأته) ح ١١٨٣ (١/ ٢٨٦).

٣ سنن الإمام سعيد بن منصور (باب الرجل يكتب بطلاق امرأته) ح ١١٨٨ (١/ ٢٨٧).

٤ سورة البقرة الآية ٢٢٩.

٥ سورة الطلاق الآية ١.

٦ المحلى (١٠/ ١٩٦).

٧ الجوهرة النيرة (٤/ ١٣١).

الطَّلَاقِ، فَأَمَّا إِذَا كَتَبَهُ مُجْمَعًا عَلَى الطَّلَاقِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ... (١)، قال الشافعية: (إذا كتب طلاق امرأته بلفظ صريح ولم ينو لم يقع الطلاق، لأن الكتابة تحتل إيقاع الطلاق وتحتل امتحان الخط، فلم يقع الطلاق بمجرد ما (٢)، قال الحنابلة: (وإن كتب طلاق امرأته ونوى الطلاق وقع وإن نوى تجويد خطه أو غم أهله لم يقع وهل تقبل دعواه في الحكم؟ على روايتين، إذا كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق طلقت زوجته (٣)).

رأى القانون السوداني: نص على: (يقع الطلاق: باللفظ الصريح، أو الكتابة، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة (٤)).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم الجمهور في الكتابة بالطلاق فهو يرى أنه من كتب إلى امرأته بالطلاق لم يقع نوي أم لم ينو، أما الجمهور يروا أنه إذا نوى الطلاق وقع إلا فلا يقع، والرأي الراجح هو رأي الجمهور لأن الكتابة تحتل إيقاع الطلاق وتحتل امتحان الخط فلا يقع بمجرد ما دون النية.

ثانيا: طلاق العبد بيده:

مَسْأَلَةٌ (٩٢) طَلَاقُ الْعَبْدِ بِيَدِهِ لَا بِيَدِ سَيِّدِهِ، وَطَلَاقُ الْعَبْدِ لِرُؤُوسِهِ الْأَمَةِ أَوْ الْحُرَّةِ، وَطَلَاقُ الْحُرِّ لِرُؤُوسِهِ الْأَمَةِ أَوْ الْحُرَّةِ: كُلُّ ذَلِكَ سَوَاءٌ، لَا تَحْرُمُ وَاحِدَةٌ مِمَّنْ ذَكَرْنَا عَلَى مُطَلِّقٍ مِمَّنْ ذَكَرْنَا إِلَّا بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ مَجْمُوعَةٍ أَوْ مُفَرَّقَةٍ، لَا بِأَقَلِّ أَصْلًا.

قال ابن حزم: (وَبُرْهَانُ ذَلِكَ: قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ}، وَقَالَ تَعَالَى: {وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ}، وَقَالَ تَعَالَى: {وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ

١ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٥/ ٣٤٥).

٢ المجموع (١٧/ ١١٨).

٣ الشرح الكبير لابن قدامة (٨/ ٢٨١).

٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (١٢٩/ أ).

٥ سورة الطلاق الآية ١.

٦ سورة البقرة الآية ٢٣٧.

وَأَمَّاكُمْ^١، فَسَوَى تَعَالَى بَيْنَ طَلَقِ كُلِّ نَاكِحٍ مِنْ حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ، أَوْ عَرَبِيٍّ أَوْ عَجَمِيٍّ، أَوْ مَرِيضٍ أَوْ صَحِيحٍ، صَحَّ أَنَّ الطَّلَاقَ بِيَدِ النَّاكِحِ لَا بِيَدِ سِوَاهُ، فَدَخَلَ فِي ذَلِكَ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ دُخُولًا مُسْتَوِيًّا بِلا شَكٍّ^٢).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وقد بينا أن طلاق العبد لا يتوقف على إجازة المولى^٣)، قال المالكية: (وإن نكح عبد بغير إذن سيده، فطلق امرأته قبل أن يجيز السيد نكاحه، أعتقت أمة تحت عبد فطلقها زوجها قبل أن تختار، فالطلاق لازم كان واحدة، أو البتات^٤)، قال الشافعية: (ويجوز طلاق العبد بغير إذن سيده^٥)
قال الحنابلة: (ولا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد^٦) .

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لأنه لا يوجد رق في السودان، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون)^٧.

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أن طلاق العبد بيده، أما الحنابلة يروا أن طلاقه بيد سيده .

المطلب الرابع: هدم الطلاقات :

مَسْأَلَةٌ (٩٣) مِنْ الرَّجْعَةِ مَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ فَأَعْتَدَتْ ثُمَّ تَزَوَّجَتْ زَوْجًا وَطَلَّقَهَا فِي فَرْجِهَا ثُمَّ مَاتَ عَنْهَا أَوْ طَلَّقَهَا ثُمَّ رَاجَعَهَا الَّذِي كَانَ طَلَّقَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا لَمْ تَحِلَّ لَهُ

١ سورة النور الآية ٣٢.

٢ المحلى (٢٣٢/١٠).

٣ المبسوط (٧٧ / ٤).

٤ تهذيب المدونة (١ / ٣٠٦).

٥ الأم (٥ / ٢٧٤).

٦ المغني (٨ / ٤٤٤).

٧ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٥).

إِلَّا حَتَّى تَتَكَّحَ زَوْجًا آخَرَ يَطُوهَا فِي فَرْجِهَا، إِنْ كَانَ طَلَّقَهَا قَبْلَ ذَلِكَ طَلَقَتَيْنِ فَإِنْ كَانَ إِنَّمَا طَلَّقَهَا طَلَقَةً وَاحِدَةً فَإِنَّهُ تَنَبَّى لَهُ فِيهَا طَلَقَةٌ هِيَ الثَّالِثَةُ.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك عن ابن شهاب انه قال سمعت سعيد بن المسيب يقول سمعت أبا هريرة يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول: ثم تركها حتى تحل وتتكح زوجها غيره فيموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول فإنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها^(١)، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: { فَإِنْ طَلَّقَهَا^(٢) } يَعْنِي فِي الثَّالِثَةِ فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَتَكَّحَ زَوْجًا غَيْرَهُ^(٣) }).

أما جمهور الفقهاء قال المالكية: (وَاخْتَلَفُوا فِي: هَلْ يَهْدُمُ الزَّوْجُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ؟ قَالَ مَالِكٌ، لَا يَهْدُمُ، أَعْنِي: إِذَا تَزَوَّجَتْ قَبْلَ الطَّلَاقِ الثَّالِثَةِ غَيْرَ الزَّوْجِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَاجَعَهَا، هَلْ يُعْتَدُّ بِالطَّلَاقِ الْأَوَّلِ أَمْ لَا ؟ فَمَنْ رَأَى أَنَّ هَذَا شَيْءٌ يَخْصُ الثَّالِثَةَ بِالشَّرْعِ قَالَ: لَا يَهْدُمُ مَا دُونَ الثَّالِثَةِ عِنْدَهُ. وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ إِذَا هَدَمَ الثَّالِثَةَ فَهُوَ أَحَرَى أَنْ يَهْدِمَ مَا دُونَهَا قَالَ: يَهْدُمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ. وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلِ الطَّلَاقُ يَرْفَعُ جَمِيعَ أَحْكَامِ الزَّوْجِيَّةِ، وَيَهْدِمُهَا، أَوْ لَا يَهْدِمُهَا؟ فَمِنْهُمْ مَنْ رَأَى أَنَّ الْبَائِنَ الَّذِي هُوَ الثَّلَاثُ يَهْدُمُ، وَأَنَّ مَا دُونَ الثَّلَاثِ لَا يَهْدُمُ، وَمِنْهُمْ مَنْ رَأَى أَنَّ الطَّلَاقَ كُلَّهُ غَيْرُ هَادِمٍ^(٤)، قَالَ الشَّافِعِيُّ: (وَمَنْ تَزَوَّجَ مُطَلَّقَتَهُ قَبْلَ اسْتِكْمَالِ الثَّلَاثِ وَلَوْ بَعْدَ الزَّوْجِ عَادَتْ إِلَيْهِ بِمَا بَقِيَ مِنْهَا دَخَلَ بِهَا الزَّوْجُ أَمْ لَا لِأَنَّ مَا وَقَعَ مِنَ الطَّلَاقِ لَمْ يُخَوِّجْ إِلَى زَوْجٍ آخَرَ فَالنِّكَاحُ الثَّانِي وَالِدُخُولُ فِيهِ لَا يَهْدِمَانِهِ كَوَطْءِ السَّيِّدِ أَمَتَهُ الْمُطَلَّاقَةَ أَمَّا بَعْدَ اسْتِكْمَالِهَا فَتَعُودُ إِلَيْهِ بِالثَّلَاثِ لِأَنَّ دُخُولَ الثَّانِي بِهَا أَفَادَ حِلَّهَا لِلأَوَّلِ وَلَا يُمَكِّنُ بِنَاءً

^١ موطأ الإمام مالك/مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي/دار القلم - دمشق/الطبعة: الأولى ١٤١٣ هـ - ١٩٩١ م/تحقيق:

د. تقي الدين الندوي أستاذ الحديث الشريف بجامعة الإمارات العربية المتحدة (٢٩ كتاب الطلاق/٢٩ باب جامع

الطلاق/ح ١٢١٩ (٢/٥٨٦).

^٢ سورة البقرة الآية ٢٣٠.

^٣ سورة البقرة الآية ٢٣٠.

^٤ المحلى (١٠/٢٢٤).

^٥ بداية المجتهد (٢/٤٨٤).

العقد الثاني على الأول لاستغراقه فكان نكاحاً مُفْتَنّاً بِأَحْكَامِهِ^(١)، قال الحنابلة: (وتعود على ما بقي من طلاقها سواء رجعت بعد نكاح زوج غيره أو قبله وعنه أنها إن رجعت بعد نكاح زوج غيره رجعت بطلاق ثلاث) وجملة ذلك أن المطلقة لا تخلو من أحد ثلاثة أحوال (أحدها) أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود إليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان فهذه تعود إليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف علمناه، والثاني أن يطلقها ثلاثاً فتكح زوجا غيره ويصيبها ثم تزوجها الأول فهذه تعود بطلاق ثلاث باجماع من أهل العلم، الثالث طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الأول ففيها روايتان (أظهرهما) أنها تعود إليه على ما بقي من الثلاث وهو قول الأكثر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم (والرواية الثانية) عن أحمد أنها ترجع إليه عن طلاق ثلاث، لأن وطئ الثاني يهدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم ما دونها^(٢)).

قال الحنفية: (قال: والزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث، وصورته إذا طلق امرأته طقة أو طلقين، وانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر ودخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها ثم تزوجها الأول عادت إليه بثلاث طلقات، وهدم الزوج الثاني الطقة والطلقين كما هدم الثلاث^(٣)).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^(٤)).
الرأي الراجح: وافق ابن حزم الجمهور في أن الزواج بزواج آخر بعد دخوله بالزوجة وطلاقها أو وفاته وانقضاء عدتها منه يهدم الطلقات الثلاث لمطلقها الأول لا يهدم ما دون الثلاث، خلافا للحنفية الذين يرون أنه يهدم ما دون الثلاث طلقات .

^١ أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣/٢٨٦).

^٢ الشرح الكبير (٨/٤٨٠) .

^٣ الاختيار لتعليق المختار (٣/١٦٦).

^٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٥).

المبحث الأول: عدة المطلقة الموطوءة التي تحيض والحامل والصغيرة والكبيرة والمستحاضة

تمهيد:

تعريف العدة في اللغة: (عِدَّةُ الْمَرْأَةِ قِيلَ أَيَّامٌ أَقْرَأُهَا مَأْخُوذٌ مِنَ الْعَدِّ وَالْحِسَابِ وَقِيلَ تَرْبِصُهَا الْمُدَّةُ الْوَاجِبَةُ عَلَيْهَا^١).

تعريف العدة في الاصطلاح: قال المالكية: (العدة هي تربص المرأة زماناً معلوماً قدره الشارع علامة على براءة الرحم مع ضرب من التعبد^٢).

تعريف العدة في القانون: (هي مدة تربص، تقضيها المرأة وجوباً، دون زواج، أثر الفرقة^٣).

ومن خلال هذه التعاريف للعدة يلاحظ أنها تتفق في معناها.

المطلب الأول: أنواع العدة:

مَسْأَلَةٌ (٩٤) الْعِدَّةُ ثَلَاثٌ: إِمَّا مِنْ طَّلَاقٍ فِي نِكَاحٍ وَطِئَهَا فِيهِ مَرَّةً فِي الدَّهْرِ فَأَكْثَرَ، وَإِمَّا مِنْ وَفَاةٍ، سِوَاءٍ وَطِئَهَا أَوْ لَمْ يَطْأَهَا. وَإِمَّا الْمُعْتَقَةُ إِذَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا وَفِرَاقَ زَوْجِهَا؟ فَإِنَّ هَذِهِ خَاصَّةٌ لِدُونِ سَائِرِ وُجُوهِ الْفُسْخِ: عِدَّتُهَا عِدَّةُ الْمُطَلَّاقَةِ سِوَاءٍ سِوَاءٍ. وَإِمَّا سَائِرِ وُجُوهِ الْفُسْخِ، وَالَّتِي لَمْ يَطْأَهَا زَوْجُهَا فَلَا عِدَّةَ عَلَى وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ، وَلَهُنَّ أَنْ يُنْكَحْنَ: سَاعَةَ الْفُسْخِ، وَسَاعَةَ الطَّلَاقِ.

قال ابن حزم: (أَنَّ عِدَّةَ الطَّلَاقِ، وَالْوَفَاةِ: مَذْكُورَةٌ فِي الْقُرْآنِ، قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ فَلَوْ كَانَتْ عِدَّةٌ غَيْرَ الْمَذْكُورَةِ فِي الْقُرْآنِ لَبَيَّنَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِلَا شَكٍّ، وَإِنَّمَا قُلْنَا: إِنَّهَا عِدَّةُ الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهَا عِدَّةٌ مِنْ حَيٍّ لَا مِنْ مَيِّتٍ. وَإِمَّا سَائِرِ وُجُوهِ الْفُسْخِ سِوَاءٍ كَانَتْ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ مِنْ عَقْدٍ فَاسِدٍ: فَلَا عِدَّةَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجِبْ ذَلِكَ قُرْآنٌ، وَلَا سُنَّةٌ، وَلَا حُجَّةٌ فِيمَا سِوَاهُمَا، وَلَا يَكُونُ طَّلَاقٌ إِلَّا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَكَذَلِكَ لَا عِدَّةَ مِنْ وَفَاةٍ مَنْ لَيْسَ

^١ المصباح المنير (٢/ ٣٩٦).

^٢ الثمر الداني - الآبي الأزهرى (١/ ٤٨٤).

^٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (٢٠٧).

عَقْدُ زَوَاجِهِ صَاحِبًا؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يُوجِبْ عِدَّةَ طَلَاقٍ لَهُ، أَوْ وَفَاةٍ، إِلَّا مِنْ زَوْجٍ، وَمَنْ عَقَدَهُ فَاسِدٌ لَيْسَ زَوْجًا، فَلَا طَلَاقَ لَهُ، وَإِذَا لَا طَلَاقَ لَهُ فَلَا عِدَّةَ مِنْ فِرَاقِهِ، وَإِذَا لَيْسَ زَوْجًا فَلَا عِدَّةَ مِنْ وَفَاتِهِ، وَالْعِدَّةُ الْوَاجِبَةُ إِنَّمَا هِيَ حُكْمٌ أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِهِ، لَيْسَ شَيْءٌ مِنْهَا لاسْتِبْرَاءِ الرَّحِمِ، أَنَّ الْعِدَّةَ عَلَى الصَّغِيرَةِ الْمُطَوَّعَةِ أَيْ الَّتِي لَا تَحْمِلُ، وَالْعُجُوزِ الْكَبِيرَةِ الَّتِي لَا تَحْمِلُ فِي الطَّلَاقِ وَالْوَفَاةِ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: {وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ١} (٢).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَأَمَّا بَيَانُ أَنْوَاعِ الْعِدَّةِ فَالْعِدَّةُ فِي الشَّرْعِ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ عِدَّةُ الْأَقْرَاءِ وَعِدَّةُ الْأَشْهُرِ وَعِدَّةُ الْحَبْلِ، سَبَبُ الْوُجُوبِ مِنَ الطَّلَاقِ وَالْوَفَاةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ حَتَّى لَوْ بَلَغَ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ زَوْجِهَا أَوْ مَوْتَهُ فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ مِنْ يَوْمِ طَلَّقَ أَوْ مَاتَ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَعَامَّةِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فَإِنْ الْمَعْتَقَةُ إِذَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا وَقَعَتْ الْفِرْقَةُ مِنْ غَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي لِأَنَّ السَّبَبَ هُنَاكَ قَوِيٌّ وَهُوَ زِيَادَةُ مَلِكِ الزَّوْجِ عَلَيْهَا فَإِنْ قَبْلَ الْعَتَقِ كَانَ يَمْلِكُ مَرَاغَبَتَهَا مِنْ قَرَأَيْنِ وَيَمْلِكُ عَلَيْهَا تَطْلِيقَتَيْنِ وَعِدَّتَاهَا حَيْضَتَانِ، عِدَّةُ الْحُرَّةِ لِلطَّلَاقِ أَوْ الْفَسْخِ ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ (٣)، قَالَ الْمَالِكِيَّةُ: (وَأَسْبَابُ الْعِدَّةِ ثَلَاثَةٌ: مَوْتُ أَوْ طَلَاقٌ أَوْ فُسْخٌ، كَمَا أَنَّ أَنْوَاعَهَا ثَلَاثَةٌ أَقْرَاءٌ وَشُهُورٌ وَوَضْعُ حَمْلٍ، أَنَّهُ لَا يَطَأُ الْأَمَةُ الْمُعْتَقَةُ إِلَى أَجَلٍ لَا يَبِيعُهَا وَلَا يَهْبُهَا وَلَا يَتَصَدَّقُ بِهَا لِأَنَّ فِيهَا عَقْدًا مِنْ عُقُودِ الْحُرِّيَّةِ وَلَهُ أَيْضًا أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا فِي بَيْتِهِ لِأَنَّهُ لِدَلَالِكَ أَعْتَقَهَا وَلَهُ أَيْضًا أَنْ يَنْزِعَ مَالَهَا الَّذِي أَفَادَتْهُ بِهَبْتِهِ مِنْ ثَمَنٍ وَهَذَا مُقَيَّدٌ بِمَا إِذَا لَمْ يَقْرُبِ الْأَجَلَ، وَلَا حَدٌّ فِي الْقُرْبِ إِلَّا مَا يُقَالُ قَرِيبٌ، فَسَخَ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ هَلْ تَلَزَمَ فِيهِ الْعِدَّةُ أَمْ لَا ؟ وَتَلَزَمُ الْعِدَّةُ بِاتِّفَاقٍ (٤)).

قال الشافعية: (الْعِدَّةُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرِبٍ وَضِعَتْ تَعَبُّدًا وَاسْتِبْرَاءً: أَحَدُهَا: وَهُوَ أَقْوَاهُمَا: الْحَمْلُ وَالِاسْتِبْرَاءُ فِيهِ أَقْوَى مِنَ التَّعَبُّدِ وَالثَّانِي: وَهُوَ أَوْسَطُهَا: الْأَقْرَاءُ وَيُسْتَوْفَى فِيهِ التَّعَبُّدُ

١ سورة الطلاق الآية ٤.

٢ المحلى (٢٥٦/١٠).

٣ بدائع الصنائع (١٩١/٣)، المبسوط (٤٣/٤)، البحر الرائق (١٣٩/٤) ..

٤ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (٣١٥-٣٠٥/٥)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني (٢٥٥/٦)، البهجة في شرح التحفة (٦٠٧/١).

وَالْإِسْتِبْرَاءُ وَالثَّالِثُ: وَهُوَ أَضْعَفُهُمَا: الشُّهُورُ فَإِنْ كَانَتْ بِمَدْخُولٍ بِهَا مِمَّنْ يَجُوزُ حَبْلُهَا كَانَتْ تَعَبُّدًا وَإِسْتِبْرَاءً، وَإِنْ كَانَتْ فِي غَيْرِ مَدْخُولٍ بِهَا مِنْ وَقَاةٍ كَانَتْ تَعَبُّدًا مَحْضًا، وَلَوْ كَانَتْ فِي عِدَّةٍ طَلَّقَهَا الْفَسْخُ، وَقَدْ صَارَتْ فِي تَضَاعُفِهَا حُرَّةً، فَتَكُونُ عِدَّتُهَا عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْقَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: عِدَّةُ أُمَةٍ: اعْتِبَارًا بِالْإِبْتِدَاءِ، وَالثَّانِي: عِدَّةُ حُرَّةٍ: اعْتِبَارًا بِالْإِنْتِهَاءِ، وَلَوْ جَرَى بَعْدَ الْمُرَاجَعَةِ فُسْخٌ لِلنِّكَاحِ بِعَيْبٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ غَيْرِهِ اسْتَأْنَفَتْ عِدَّةٌ كَمَا لَوْ جَرَى بَعْدَهَا طَلَاقٌ بَلْ أَوَّلَى لِأَنَّ الْفُسْخَ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الطَّلَاقِ (١)، قَالَ الْحَنَابِلَةُ: (وَالْمَعْتَدَاتُ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ مَعْتَدَةٌ بِالحَمْلِ وَهِيَ امْرَأَةٌ حَامِلٌ مِنْ زَوْجٍ إِذَا فَارَقَتْ زَوْجَهَا بِطَلَاقٍ أَوْ فُسْخٍ أَوْ مَوْتِهِ عَنْهَا حُرَّةٌ كَانَتْ أَوْ أُمَةٌ مُسْلِمَةٌ أَوْ كَافِرَةٌ فَعِدَّتُهَا بِوَضْعِ الحَمْلِ وَلَوْ بَعْدَ سَاعَةٍ وَالثَّانِي: مَعْتَدَةٌ بِالْقُرْءِ وَهِيَ كُلُّ مَعْتَدَةٍ مِنْ فِرْقَةٍ فِي الْحَيَاةِ أَوْ وَطْءٍ فِي غَيْرِ نِكَاحٍ إِذَا كَانَتْ ذَاتَ قُرْءٍ فَعِدَّتُهَا الْقُرْءُ، وَالثَّالِثُ: مَعْتَدَةٌ بِالشُّهُورِ وَهِيَ كُلُّ مَنْ تَعْتَدُ بِالْقُرْءِ إِذَا لَمْ تَكُنْ ذَاتَ قُرْءٍ لَصَغُرَ أَوْ إِيَّاسٌ مَعْتَدَةٌ (٢)).

رَأَى الْقَانُونُ السُّودَانِي: نص على: (١/تعتد المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح أربعة أشهر وعشرة أيام، إن لم تكن حاملاً. ٢/تتقضي عدة الحامل المتوفى زوجها بوضع حملها أو سقوطه مستبين الخلقة. (ذكر القانون السوداني أنواع هذه العدد ٣)).

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع الجمهور في العدد، وأن أسباب العدة ثلاثة: موت أو طلاق أو فسخ، كما أن أنواعها ثلاثة أقراء وشهور ووضع حمل، أما المعلقة فتختار نفسها لفراق زوجها .

المطلب الثاني: عِدَّةُ الْمُطَلَّقةِ الْمُوطُوءَةِ الَّتِي تَحِيضُ:

مَسْأَلَةٌ (٩٥) عِدَّةُ الْمُطَلَّقةِ الْمُوطُوءَةِ الَّتِي تَحِيضُ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَهِيَ بَقِيَّةُ الطُّهْرِ الَّذِي طَلَّقَهَا فِيهِ وَلَوْ أَنَّهَا سَاعَةً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ ثُمَّ الْحَيْضَةُ الَّتِي تَلِي بَقِيَّةَ ذَلِكَ الطُّهْرِ، ثُمَّ طُهِرَ ثَانِي

١ الحاوي الكبير . الماوردي (١١ / ٣٦٧)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣ / ٣٩٩).

٢ المغني (٩ / ٧٧).

٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١ / من المادة (٢٠٧) إلى المادة (٢١٣).

كَامِلٍ، ثُمَّ الْحَيْضَةُ الَّتِي تَلِيهِ، ثُمَّ طَهْرٌ ثَالِثٌ كَامِلٌ فَإِذَا رَأَتْ أَثَرَهُ أَوَّلَ شَيْءٍ مِنَ الْحَيْضِ فَقَدْ تَمَّتْ عِدَّتُهَا وَلَهَا أَنْ تَتَكَّحَ حِينَئِذٍ إِنْ شَاءَتْ.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك قَوْلُهُ عز وجل: {وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ} ١)، قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ: الْقُرُوءُ جَمْعُ قُرْءٍ وَالْقُرْءُ فِي لُغَةِ الْعَرَبِ الَّتِي بِهَا نَزَلَ الْقُرْآنُ: يَقَعُ عَلَى الطُّهُرِ وَيَقَعُ عَلَى الْحَيْضِ ٢).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (عدة الحرة التي تحيض في الطلاق والفسخ بعد الدخول ثلاث حيض ٣)، قال الحنابلة: (وإن كانت المعتدة عن فرقة طلاق، وهي من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة قروء، جمع قرء بمعنى الحيض ٤).

قال المالكية: (وعدة الحرة البالغ غير الحامل المطلقة بعد خلوة زوجها البالغ غير المجبوب خلوة يمكن وطؤها فيها ثلاثة قروء، والأقراء عندنا هي الأطهار التي بين الدمين ٥)، قال الشافعية: (أي عدة الطلاق ونحوه تكون بالأقراء ولو جلب الحيض فيها بدواء، والأقراء جمع قرء بفتح القاف أكثر من ضمها وهو لغة مشترك بين الحيض والطهر لكن المراد به هنا الطهر كما قال والأقراء هي الأطهار ٦)، والرواية الثانية للحنابلة: (عن أحمد أن القروء الأطهار رجع أحمد إلى أن القروء الأطهار، قال: رأيت الأحاديث عن قال القروء الحيض تختلف، والأحاديث عن قال أنه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح وقوية ٧).

١ سورة البقرة الآية ٢٢٨.

٢ المحلى (٢٥٧/١٠).

٣ الاختيار لتعليل المختار (١٨٧/٣).

٤ الأقتناع (١٢٨/٢).

٥ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (٣٠٤/٥)، الثمر الداني - الآبي الأزهري - (١ / ٤٨٥).

٦ أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣٩٠/٣)، الروض المربع - (٣ / ٢٠٩).

٧ المغني (٨١ / ٩).

رأى القانون السوداني: نص على: (تكون عدة غير الحامل بأى من الوجوه الآتية، وهى:
(أ) ثلاث حيضات كاملة، لذوات الحيض (١).

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في ذوات الحيض عدتهن ثلاثة قروء، ولكن خالف ابن حزم الحنفية ورواية للحنابلة والقانون السوداني لأن يرى أن القروء ثلاثة حيضات، والرأي الراجح هو الرأي القائل أن القروء يعني ثلاثة أطهار، لأنه إنما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض.

المطلب الثالث: عدة الحامل وعدة من مات الحمل في بطنها:

أولاً: عدة الحامل:

مَسْأَلَةٌ (٩٦) إِنْ كَانَتْ الْمُطَلَّقةُ حَامِلًا مِنَ الَّذِي طَلَّقَهَا أَوْ مِنْ زَنَى أَوْ بِإِكْرَاهٍ فَعِدَّتُهَا وَضَعُ حَمْلِهَا، وَلَوْ إِثْرَ طَلَاقِ زَوْجِهَا لَهَا بِسَاعَةٍ أَوْ أَقَلٍّ أَوْ أَكْثَرَ، وَهُوَ آخِرُ وَلَدٍ فِي بَطْنِهَا، فَإِذَا وَضَعَتْهُ أَوْ أَسْقَطَتْهُ فَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَحَلَّ لَهَا الزَّوْاجُ.

قال ابن حزم: (وَبُرْهَانُ ذَلِكَ: قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: {وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ}، فَلَمْ يَخْصْ عَزَّ وَجَلَّ كَوْنَ الْحَمْلِ مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ، وَسَوَاءٌ وَطَنَهَا الزَّوْجُ أَوْ لَمْ يَطَّأَهَا^(٣)).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (عِدَّةٌ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُ كُلِّ حَامِلٍ مُطَلَّقةٍ أَوْ مُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا، وَأُطْلِقَ فِي عِدَّةِ الْحُرَّةِ لِلْمَوْتِ فَشِمِلَ الْمُسْلِمَةُ وَالْكِتَابِيَّةُ تَحْتَ الْمُسْلِمِ صَغِيرَةً كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةً أَوْ أَيْسَةً سَوَاءً كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا أَوْ عَبْدًا قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ، وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْهَا إِلَّا الْحَامِلُ، فَإِنَّهَا تَعْتَدُ بِالْوَضْعِ فِي الْوَفَاةِ أَيْضًا، أَخَّرَ عِدَّةَ الْحَامِلِ عَنِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لِلْإِشَارَةِ إِلَى أَنَّهَا بَاقِيَّةٌ عَلَى عُمُومِهَا^(٤))، قال المالكية: (عِدَّةُ الْحَامِلِ مُطَلَّقةً كَانَتْ أَوْ مَبْنُوتَةً أَوْ مُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا أَنْ تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا، أَمَةً كَانَتْ أَوْ حُرَّةً

١ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٢١٠/٢/أ).

٢ سورة الطلاق الآية ٤.

٣ المحلى (٢٥٧/١٠).

٤ البحر الرائق (١٤٤/٤ - ١٤٦).

مُسْلِمَةً أَوْ ذِمِّيَّةً، لَا عِدَّةَ لِكُلِّ حَامِلٍ غَيْرِ الْوَضْعِ وَالسَّقْطِ النَّامِ وَالْمُضْغَةِ مِنَ الْوَلَدِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ^(١)، قال الشافعية: (فأي مطلقه طلقت حاملا فأجلها أن تضع حملها قال ولو كانت تحيض على الحمل تركت الصلاة واجتنبها زوجها ولم تنقض عدتها بالحيض لأنها ليست من أهله إنما أجلها أن تضع حملها^(٢))، قال الحنابلة: (الحامل وعدتها من موت وغيره إلى وضع كل الحمل واحدا كان أو عددا حرة كانت أو أمة، مسلمة كانت أو كافرة^(٣)).
رأى القانون السوداني: نص على: (١/عدة الحامل وضع حملها، أو سقوطه مستبين الخلقة^(٤)).

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في عدة الحامل بوضع الحمل.

ثانيا: عدة من مات الحمل في بطنها:

مَسْأَلَةٌ (٩٧) إِنْ مَاتَ فِي بَطْنِهَا فَلَا تَنْقُضِي عِدَّتَهَا إِلَّا بِطَرَحِ جَمِيعِهِ.
قال ابن حزم: (وَلَوْ لَمْ يَبْقَ مِنْهُ إِلَّا أَصْبَعٌ أَوْ بَعْضُهَا، لِأَنَّهَا لَمْ تَضَعْ جَمِيعَهُ فَلَمْ تَضَعْ حَمْلَهَا^(٥)).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَلَوْ مَاتَ فِي بَطْنِهَا يَنْبَغِي بَقَاءُ عِدَّتِهَا إِلَى أَنْ يَنْزِلَ^(٦))، قال المالكية: (عِدَّةُ الْحَامِلِ مُطْلَقَةٌ كَانَتْ أَوْ مَبْنُوتَةً أَوْ مُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا أَنْ تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا، أَمَّا كَانَتْ أَوْ حُرَّةً مُسْلِمَةً أَوْ ذِمِّيَّةً، لَا عِدَّةَ لِكُلِّ حَامِلٍ غَيْرِ الْوَضْعِ وَالسَّقْطِ النَّامِ وَالْمُضْغَةِ مِنَ الْوَلَدِ فِي ذَلِكَ سَوَاءً^(٧))، قال الشافعية: (عدة الحامل بوضع الحمل وحينئذ فكان الأولى تأخيره عن قوله بوضع حمل، متعلق بتعتدان والمراد تنقضي عدتها بوضع حمل، ثم إنه يتوقف انقضاؤها على انفصال جميع الولد فلا أثر لخروج بعضه متصلا، أو

^١ التاج والإكليل لمختصر خليل (٢٢٠/٦).

^٢ الأم (٢٣٥/٥).

^٣ حاشية الروض المربع (٤٥/١٣).

^٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١/٢١٠).

^٥ المحلى (٢٦٥/١٠).

^٦ رد المحتار (٣٦٣/١٢).

^٧ التاج والإكليل لمختصر خليل (٢٢٠ / ٦).

منفصلاً ويتوقف أيضاً على وضع الولد الأخير من توأمين بينهما^١)، قال الحنابلة: (وإنما تتقضي العدة بوضع ما تصير به أمة أم ولد، وهو ما تبين فيه خلق الإنسان ولو خفياً، فإن لم يلحقه أي يلحق الحمل الزوج لصغره، أو لكونه ممسوحاً، أو لكونها ولدته لدون ستة أشهر منذ نكحها، أي وأمكن اجتماعه بها، ونحوه بأن تأتي به لفوق أربع سنين منذ أبانها، وعاش من ولدته لدون ستة أشهر، لم تنقض به عدتها من زوجها، لعدم لحوقه به لانتفائه عنه يقيناً^٢).

رأى القانون السوداني: نص على: (تتقضي عدة الحامل المتوفى عنها زوجها بوضع حملها أو سقوطه مستبين الخلقة^٣).

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء والقانون السوداني في من مات الحمل في بطنها فلا تتقضي عدتها إلا بطرحه .

المطلب الرابع: عدة الصغيرة والكبيرة:

مَسْأَلَةٌ (٩٨) إِنْ كَانَتْ الْمُطَلَّقَةُ لَا تَحِيضُ لِصِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ أَوْ خَلْقَةٍ وَلَمْ تَكُنْ حَامِلًا وَكَانَ قَدْ وَطَنَهَا: فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ بُلُوغِ الطَّلَاقِ إِلَيْهَا أَوْ إِلَى أَهْلِهَا إِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً. قال ابن حزم: (وبرهان ذلك قول الله تعالى: {وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ}°).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (أما الذي يجب بدلاً عن الحيض فهو عدة الصغيرة والأيسة والمرأة التي لم تحض رأساً في الطلاق وسبب وجوبها هو الطلاق وهو سبب وجوب عدة الإقراء وإنها تجب قضاء لحق النكاح الذي استوفى فيه المقصود وشرط وجوبها شيان أحدهما أخذ الأشياء الثلاثة الصغر أو الكبر أو فقد الحيض أصلاً مع عدم

^١ إعانة الطالبين (٤٨/٤).

^٢ حاشية الروض المربع (٤٥/١٣).

^٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٢/٢٠٩).

^٤ سورة الطلاق الآية ٤ .

^٥ المحلى (٢٥٦/١٠).

الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ^(١)، قال المالكية: (وَالْمُرَادُ بِالْأَيَّسَةِ مَنْ شُكَّ فِي يَأْسِهَا كَبِنَتْ خَمْسِينَ لَا بُنْتُ سَبْعِينَ وَدَمٌ مَنْ لَمْ تَبْلُغْ خَمْسِينَ حَيْضٌ قَطْعًا، بِخِلَافِ الصَّغِيرَةِ إِنْ أُمِّكَنْ حَيْضُهَا وَانْتَقَلَتْ لِلْأَقْرَاءِ، أَنَّ عِدَّةَ الصَّغِيرَةِ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ فَإِذَا طَلَّقَهَا زَوْجُهَا وَأَخَذَتْ تَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ فَرَأَتْ الدَّمَ وَلَوْ فِي آخِرِ يَوْمٍ مِنْ أَشْهُرِهَا فَإِنَّهَا تَنْتَقِلُ إِلَى الْعِدَّةِ بِالْأَقْرَاءِ وَتُلْغِي مَا تَقَدَّمَ لَهَا مِنْ الْأَشْهُرِ، لِأَنَّ الْحَيْضَ هُوَ الْأَصْلُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى بَرَاءَةِ الرَّحِمِ وَلَا يُرْجَعُ فِي دَمِهَا لِلنِّسَاءِ هَذَا إِذَا كَانَ مِثْلُهَا يَحِيضُ أَمَّا مَنْ لَا يُمَكِّنُ حَيْضُهَا كَبِنَتْ سَبْعَ سِنِينَ فَمَا تَرَاهُ دَمٌ عَلَّةٍ وَفَسَادٍ فَلَا يُعْتَبَرُ^(٢))، قال الشافعية: (إِنْ الشَّرْعُ جَعَلَ عِدَّةَ الْإَيَّسَةِ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، ثُمَّ تَعْتَدُ عِدَّةَ الْإَيَّسَةِ لِأَنَّ الْإَعْتِدَادَ بِالشُّهُورِ جَعَلَ بَعْدَ الْإِيَّاسِ فَلَمْ يَجْزِ قَبْلَهُ^(٣))، قال الحنابلة: (كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر، إلا أن تصير من الآيسات فتعتد بثلاثة أشهر من وقت تصير في عداد الآيسات^(٤)).

رأى القانون السوداني: نص على: (تكون عدة غير الحامل بأى من الوجوه الآتية، وهي:

أ/... ب/ ثلاثة أشهر، لمن لم تحض أصلاً، أو بلغت سن اليأس وانقطع حيضها، فإن رأت الحيض قبل إنقضائها فتستأنف العدة بثلاث حيضات^(٥)).

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أن عدة المطلقة إذا وطئها ولم تكن حاملاً الصغيرة التي لا تحيض أو الكبيرة التي بلغت سن اليأس ثلاثة شهور .

المطلب الخامس: عِدَّةُ الْمُسْتَحَاضَةِ :

مَسْأَلَةٌ (٩٩) أَمَّا الْمُسْتَحَاضَةُ الَّتِي لَا يَتِمُّ دَمُهَا وَلَا تَعْرِفُ أَيَّامَ حَيْضَتِهَا ؟ فَإِنْ كَانَتْ مُبْتَدَأَةً لَمْ يَكُنْ لَهَا أَيَّامُ حَيْضٍ قَبْلَ ذَلِكَ بَعْدَتِهَا: فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ، لِأَنَّهَا لَمْ يَصِحَّ مِنْهَا حَيْضٌ قَطُّ، فَهِيَ مِنَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ، فَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ كَانَ لَهَا حَيْضٌ مَعْرُوفٌ فَنَسِيتُهُ، أَوْ

^١ حاشية الروض المربع (٤٥/١٣).

^٢ شرح مختصر خليل (٢٦٣/١٣).

^٣ المجموع (٤٠٧/٢)، المذهب (١٤٣/٢).

^٤ المغنى (٩٨/٩).

^٥ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (٢١٠/ب).

نَسِيتْ مِقْدَارَهُ وَوَقْتَهُ فَعَلَيْهَا أَنْ تَتَرَبَّصَ مِقْدَارًا تُوقِنُ فِيهِ أَنَّهَا قَدْ أَتَمَّتْ ثَلَاثَةَ أَطْهَارٍ وَحَيْضَتَيْنِ، وَصَارَتْ فِي الثَّالِثَةِ، وَلَا بُدَّ.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك: عن علقمة أنه طلق امرأته تطليقة أو اثنتين ثم ارتفعت حيضتها ستة عشر أو سبعة عشر شهرا ثم ماتت فجاء ابن مسعود فقال حبس الله عليك ميراثها فورثه منها^(١))، فَإِذَا مَضَى الْمِقْدَارُ الْمَذْكُورُ فَقَدْ حَلَّتْ؛ لِأَنَّهَا مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ بِلا شكٍ فَعَلَيْهَا إِتْمَامُ ثَلَاثَةِ قُرُوءٍ، وَأَمَّا إِذَا تَمَيَّزَ دَمُهَا فَأَمْرُهَا بَيِّنٌ إِذَا رَأَتْ الدَّمَ الْأَسْوَدَ فَهُوَ حَيْضٌ، وَإِذَا رَأَتْ الْأَحْمَرَ، أَوِ الصُّفْرَةَ فَهُوَ طَهْرٌ. وَكَذَلِكَ الَّتِي لَا يَتَمَيَّزُ دَمُهَا إِلَّا أَنَّهَا تَعْرِفُ أَيَّامَهَا فَإِنَّهَا تَعْتَدُ إِذَا جَاءَتْ أَيَّامَهَا الَّتِي كَانَتْ تَحِيضُ فِيهَا حَيْضًا، وَبِأَيَّامِهَا الَّتِي كَانَتْ تَطْهَرُ فِيهَا طَهْرًا^(٢)).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَعِدَّةُ الْمُسْتَحَاضَةِ وَغَيْرِهَا سَوَاءٌ وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ لِعُمُومِ النَّصِّ وَإِنْ كَانَتْ أُمَةً فَقَرَّانِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ^(٣))، قال الشافعية: (وحاصله أن عدة المستحاضة غير المتحيرة حرة كانت أو أمة بأقرائها المردودة هي إليها حيضا وطهرا فتزد معتادة لعادتها فيهما ومميزة لتمييزها كذلك ومبتدأة ليوم وليلة في الحيض وتسع وعشرين في الطهر فعدتها تسعون يوما من ابتداء دمها إن كانت حرة لاشتغال كل شهر على حيض وطهر غالبا، وعدة المتحيرة الحرة ثلاثة أشهر هلالية لاشتغال كل شهر على حيض وطهر^(٤))، قال الحنابلة: (في عدة المستحاضة لا تخلو إما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو تمييز أولا تكون كذلك فإن كان لها حيض محكوم به بذلك فحكمها فيه حكم غير المستحاضة إذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها قال أحمد: المستحاضة تعتد أيام إقرائها التي كانت تعرف وإن علمت أن لها في كل شهر حيضة ولم تعلم موضعها فعدتها ثلاثة أشهر، وإن شكت في شيء تربصت حتى تستيقن

^١ مصنف عبد الرزاق (كتاب الطلاق/باب تعتد أقراءها ما كانت/ح ١١١٠٤ (٦/ ٣٤٢).

^٢ المحلى (٢٦٨/١٠).

^٣ بدائع الصنائع (١٩٣/٣).

^٤ إغانة الطالبين (٤٨/٤).

أن القروء الثلاث قد انقضت وإن كانت مبتدأة لا تمييز لها أو ناسية لا تعرف لها وقتا ولا تمييزا فعن أحمد فيها روايتان إحداهما: أن عدتها ثلاثة أشهر^(١). قال المالكية: (قُلْتُ: أَرَأَيْتَ الْمُطَلَّقَةَ إِذَا طَلَّقَهَا زَوْجَهَا فَرَأَتْ الدَّمَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، وَرَأَتْ الطُّهْرَ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا أَوْ خَمْسًا، ثُمَّ رَأَتْ الدَّمَ بَعْدَ ذَلِكَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ، فَصَارَ الدَّمُ وَالطُّهْرُ يَخْتَلِطُ عَلَيْهَا بِحَالٍ مَا وَصَفْتُ لَكَ؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: إِذَا اخْتَلَطَ عَلَيْهَا بِحَالٍ مَا وَصَفْتُ كَانَتْ هَذِهِ مُسْتَحَاضَةً إِلَّا أَنْ يَقَعَ مَا بَيْنَ الدَّمَيْنِ مِنَ الطُّهْرِ مَا فِي مِثْلِهِ يَكُونُ طَهْرًا، فَإِذَا وَقَعَ بَيْنَ الدَّمَيْنِ مَا فِي مِثْلِهِ يَكُونُ طَهْرًا اعْتَدْتُ بِهِ قُرْءًا وَإِنْ اخْتَلَطَ عَلَيْهَا الدَّمُ بِحَالٍ مَا وَصَفْتُ وَلَمْ يَقَعَ بَيْنَ الدَّمَيْنِ مَا فِي مِثْلِهِ طَهْرًا، فَإِنَّهَا تَعْتَدُ عِدَّةَ الْمُسْتَحَاضَةِ سَنَةً كَامِلَةً ثُمَّ قَدْ حَلَّتْ لِلزَّوْجِ، قَالَ: فَقُلْتُ: وَمَا عِدَّةُ الْأَيَّامِ الَّتِي لَا تَكُونُ بَيْنَ الدَّمَيْنِ طَهْرًا؟ فَقَالَ: سَأَلْتُ مَالِكًا فَقَالَ: الْأَرْبَعَةُ الْأَيَّامُ وَالْخَمْسَةُ وَمَا قَرُبَ فَلَا أَرَى ذَلِكَ طَهْرًا، وَإِنَّ الدَّمَ بَعْضُهُ مِنْ بَعْضٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا مِنَ الطُّهْرِ إِلَّا الْأَيَّامُ الْيَسِيرَةُ الْخَمْسَةُ وَنَحْوُهَا^(٢)). والرواية الثانية للحنابلة: تعتد سنة^(٣).

رأى القانون السوداني: نص على: (تكون عدة غير الحامل بأى من الوجوه الآتية، وهى أ: ... ب: ... ج: سنة لممتدة الدم، إن لم تكن لها عدة معروفة، فإن كانت لها عادة تذكرها، فيتبعها فى حساب العدة^(٤)). مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور في أن عدة المستحاضة ثلاثة قروء، وخالف وخالف المالكية والرواية الثانية للحنابلة حيث يروا أن عدتها سنة .

^١ المغنى (٩٨/٩).

^٢ المدونة (٤٠٢/٤).

^٣ المغنى (٩٨/٩).

^٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٢١٠/ج).

المبحث الثاني: عدة المعتقة وأم الولد والأمة والتي لم تحض قط ثم حاضت قبل تمام العدة:

المطلب الأول: عدة المعتقة:

مسألة (١٠٠) كَذَلِكَ الْمُعْتَقَةُ وَهِيَ حَامِلٌ تَتَخَيَّرُ فِرَاقَ زَوْجِهَا وَلَا فَرْقَ.
قال ابن حزم: (إِلَّا الْمُعْتَقَةُ فَقَدْ أَجْمَعُوا بِهَا خِلَافٍ عَلَى مُفَارَقَةِ حُكْمِهَا لِحُكْمِ سَائِرِ الْمُتَفَسِّخِ نِكَاحُهُنَّ وَتَخْتَارُ فُسْخَ نِكَاحِهَا^١).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (فإن المعتقة إذا اختارت نفسها وقعت الفرقة من غير قضاء القاضي لأن السبب هناك قوي وهو زيادة ملك الزوج عليها فإن قبل العتق كان يملك مراجعتها من قرأين ويملك عليها تطليقتين وعدتها حيضتان^٢)، قال المالكية: (وَالزَّوْجَةُ الْأُمَةُ الْمُعْتَقَةُ كُلُّهَا عِتْقًا نَاجِزًا وَهِيَ تَحْتَ الْعَبْدِ لَهَا الْخِيَارُ فِي أَنْ تُقِيمَ مَعَهُ تَحْتَهُ بَعْدَ عِتْقِهَا، أَوْ أَيْ وَلَهَا الْخِيَارُ فِي أَنْ تُفَارِقَهُ وَتَسْتَقِلَّ بِالنَّظَرِ فِي أَمْرِ نَفْسِهَا إِنْ كَانَتْ رَشِيدَةً وَغَيْرُهَا يُنْظَرُ لَهَا السُّلْطَانُ، فَإِنْ نَظَرَتْ فِي نَفْسِهَا مَضَى إِنْ كَانَ صَوَابًا وَيَجِبُ وَقْفُهَا وَالْحَيْلُولَةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الزَّوْجِ حَتَّى تَخْتَارَ بِطَلْقَةٍ بَائِنَةٍ أَوْ طَلْقَتَيْنِ^٣)، قال الشافعية: (إِذَا خُيِّرَتْ الْمُعْتَقَةُ تَحْتَ عَبْدٍ فِرَاقَهُ وَلَمْ يَمَسَّهَا، فَلَهَا حَالَتَانِ: إِحْدَاهُمَا: أَنْ تَخْتَارَ الْفُسْخَ، فَهَذَا عَلَى صَرْنَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ يُفْسَخَ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَيُسْقَطُ مَهْرُهَا: لِأَنَّ الْفُسْخَ إِذَا جَاءَ مِنْ قَبْلِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَسْقَطَ مَهْرَهَا كَالرَّدَّةِ، وَكَمَا لَوْ قَالَ لَهَا، وَهِيَ غَيْرُ مَدْخُولٍ بِهَا أَنْتَ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ فَشَاءَتْ طَلْقَتَيْنِ لَا مَهْرَ لَهَا لَوْ قُوعِ الطَّلَاقِ بِمَشِيئَتِهَا، وَالضَّرْبُ الثَّانِي: أَنْ يُفْسَخَ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَالْمَهْرُ مُسْتَقَرٌّ بِالدُّخُولِ، ثُمَّ يُنْظَرُ فَإِنْ كَانَ الدُّخُولُ قَبْلَ الْعِتْقِ، وَجَبَ الْمَهْرُ الْمُسَمَّى: لِأَنَّ فُسْخَ النِّكَاحِ كَانَ بِحَادِثٍ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَإِنْ كَانَ الدُّخُولُ بَعْدَ الْعِتْقِ وَهُوَ أَنْ لَا تَعْلَمَ بِالْعِتْقِ حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا، فَيَكُونُ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ دُونَ الْمُسَمَّى: لِأَنَّهُ فُسْخٌ بِسَبَبِ قَبْلِ الدُّخُولِ، وَإِنْ كَانَ مَوْجُودًا بَعْدَهُ، فَصَارَ الْعَقْدُ مَرْفُوعًا بِسَبَبِهِ الْمُتَقَدِّمِ، فَلِذَلِكَ وَجِبَ بِالْعِدَّةِ فِي

^١ المحلى (٢٥٦/١٠).

^٢ بدائع الصنائع (١٩١/٣)، المبسوط (٤٣/٤).

^٣ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (٢٨٩/٥).

الإصابة مهراً المثل، كما قلنا في العيب، ثم يكون هذا المهر للسيد سواء كانت الإصابة قبل العتق أو بعده^(١)، قال الحنابلة: (فإن طلقها طلاقاً بائناً ثم أعتقت فلا خيار لها، لأن الفسخ إنما يكون في نكاح ولا نكاح ههنا، وإن كان رجعيًا فلها الخيار في العدة، لأن نكاحها باق فيمكن فسخه، ولها في الفسخ فائدة فإنها لا تأمن رجعه إذا لم يفسخ فإن قيل فيفسخ حينئذ قلنا إذا احتج إلى عدة أخرى، وإذا فسخت في عدتها ثبتت على ما مضى من عدتها ولم تحتج إلى عدة أخرى، لأنها معتدة من الطلاق، والفسخ لا ينافيها ولا يقطعها فهو كما لو طلقها طليقة أخرى وينبني على عدة حرة، لأنها عتقت في أثناء العدة وهي رجعية فإن اختارت المقام بطل خيارها، ولنا أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصلب النكاح وإن لم تختار شيئاً لم يسقط خيارها لأنه على التراخي ولأن سكوتها لا يدل على رضاها لاحتمال أنه كان لجريانها إلى بينونة اكتفاء منها بذلك فإن ارتجعها فلها الفسخ حينئذ فإن فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطليقة واحدة لأن طلاق العبد اثنتان وإن تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طليقتين لأنه صار حراً فملك ثلاث طلاقات كسائر الأحرار^(٢)).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون)^٣.

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في المعنقة تختار فسخ نكاحها .
المطلب الثاني: عدة أم الولد والأمة:

أولاً: عدة أم الولد:

مسألة (١٠١) لا عدة على أم ولد، إن أعتقت أو ماتت سيدها، ولا على أمة من وفاة سيدها، أو عتقها لها، لأنه لم يوجب ذلك قرآن ولا سنة، ولهما أن ينكحاً متى شاءتا، أنه لا عدة عليهما، إلا أنها إن خافت حملاً تربصت حتى توفن بأن بها حملاً، أو أنها لا حمل بها.

^١ الحاوي الكبير . الماوردي (٩ / ٩٠٩).

^٢ المغني (٧ / ٥٩٦).

^٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١ / المادة (٥).

قال ابن حزم: (لَمْ يُوجِبِ اللَّهُ تَعَالَى قَطُّ عِدَّةً إِلَّا عَلَى زَوْجَةٍ مُتَوَفَّى عَنْهَا، أَوْ مُطَلَّقةً، أَوْ مُحْصِرَةً إِذَا أُعْتِقَتْ فَأُخْتَارَتْ فِرَاقَ زَوْجِهَا^١).

أما جمهور الفقهاء قال المالكية: (عدة أم الولد حيضة إذا أعتقها سيدها^٢)، قال الشافعي: (وَهَذَا كَمَا قَالَ إِذَا مَاتَ السَّيِّدُ عَنْ أُمِّ وَلَدِهِ لَزِمَهَا أَنْ تَسْتَبْرِيَ نَفْسَهَا بِقُرْءٍ وَاحِدٍ^٣)، قال الحنابلة: (وعلى هذا جميع القائلين من العلماء بأن عدة أم الولد من سيدها حيضة^٤).

أما الحنفية: (وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى أُمِّ الْوَلَدِ عَنْهَا أَوْ أَعْتَقَهَا فَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيضٍ^٥).
رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لعدم وجود الرق، وأم الولد رق. لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^٦).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في عدة أم الولد فهو يرى أنه لا عدة عليها، أما الجمهور يروا أن عدتها عدة حيضة، وأما الحنفية يروا أن عدتها ثلاث حيضات، والرأي الراجح هو رأي الجمهور، لكى لا يسقي بماءه زرع غيره.
ثانيا: عدة الأمة:

مَسْأَلَةٌ (١٠٢) عِدَّةُ الْأَمَةِ الْمُتَزَوِّجَةِ مِنَ الطَّلَاقِ وَالْوَفَاةِ كَعِدَّةِ الْحُرَّةِ سَوَاءً سَوَاءً وَلَا فَرْقَ.
قال ابن حزم: (وبرهان ذلك قول الله عز وجل {وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ^٧}. وَقَالَ تَعَالَى: {وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا^٨}. وَقَالَ تَعَالَى: {وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ

^١ المحلى (٣٠٤/١٠).

^٢ الثمر الدواني (٤٨٩/١).

^٣ الحاوي الكبير (٧٤٤/١١).

^٤ الشرح الكبير (١٨٦/٩).

^٥ العناية شرح الهداية (١١١/٦).

^٦ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٥).

^٧ سورة البقرة الآية ٢٢٨.

^٨ سورة البقرة الآية ٢٣٤.

أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَئِ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ^١}. قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ: وَقَدْ عَلِمَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ إِذْ أَبَاحَ لَنَا زَوَاجَ الْإِمَاءِ أَنَّهُ يَكُونُ عَلَيْهِنَّ الْعِدَّةُ الْمَذْكُورَاتُ فَمَا فَرَّقَ عَزَّ وَجَلَّ بَيْنَ حُرَّةٍ وَلَا أَمَةٍ فِي ذَلِكَ^٢.

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَلِلْأَمَةِ قُرْءَانٍ وَنِصْفُ الْمِقْدَارِ، أَيُّ عِدَّةِ الْأَمَةِ حَيْضَتَانِ فِي الطَّلَاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ تَحِيضُ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَحِيضُ لِصِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ أَوْ كَانَتْ مُتَوَفًى عَنْهَا زَوْجُهَا فَنِصْفُ مَا قُدِّرَ فِي حَقِّ الْحُرَّةِ، وَهُوَ شَهْرٌ، وَنِصْفُ فِي الطَّلَاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَشَهْرَانِ، وَخُمُسٌ فِي الْوَفَاةِ عَلَيْهِ إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ^٣)، قَالَ الشافعية: (فَلَمْ أَعْلَمْ مَخَالَفاً مِمَّنْ حَفِظَتْ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي أَنَّ عِدَّةَ الْأَمَةِ نِصْفُ عِدَّةِ الْحُرَّةِ، فِيمَا كَانَ لَهُ نِصْفٌ مَعْدُودٌ مَا لَمْ تَكُنْ حَامِلاً، فَلَمْ يَجْزِ إِذْ وَجَدْنَا مَا وَصَفْتَ مِنَ الدَّلَائِلِ عَلَى الْفَرْقِ فِيمَا ذَكَرْنَا وَغَيْرِهِ بَيْنَ عِدَّةِ الْأَمَةِ وَالْحُرَّةِ إِلَّا أَنْ تَجْعَلَ عِدَّةَ الْأَمَةِ نِصْفَ عِدَّةِ الْحُرَّةِ، فِيمَا لَهُ نِصْفٌ وَذَلِكَ الشُّهُورُ فَأَمَّا الْحَيْضُ فَلَا يَعْرِفُ لَهُ نِصْفٌ فَتَكُونُ عِدَّتُهَا فِيهِ أَقْرَبُ الْأَشْيَاءِ مِنَ النِّصْفِ إِذَا لَمْ يَسْقُطْ مِنَ النِّصْفِ شَيْءٌ وَذَلِكَ حَيْضَتَانِ، وَلَوْ جَعَلْنَاهَا حَيْضَةً أَسْقَطْنَا نِصْفَ حَيْضَةٍ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْقُطَ عَنْهَا مِنَ الْعِدَّةِ شَيْءٌ، فَأَمَّا الْحَمْلُ فَلَا نِصْفَ لَهُ قَالَ الشافعي فإذا تزوجت الأمة الحر أو العبد فطلقها أو مات عنها فسواء والعدة بها، تعتد إذا كانت ممن تحيض حيضتين إذا دخلت في الدم من الحيضة الثانية حلت، وتعتد في الشهور خمساً وأربعين إذا كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر، وتعتد في الوفاة شهرين وخمس ليال، وفي الحمل أن تضع حملها متوفى عنها أو كانت مطلقة^٤)، قَالَ الْحَنَابِلَةُ: (وَعِدَّةُ الْأَمَةِ أَوْ مِنْ فِيهَا رَقٌ بِالْحَمْلِ أَيْ بَوَاضِعُهُ، بِشَرْطِ نَسَبَتِهِ إِلَى ذِي الْعِدَّةِ حَيَا كَانَ أَوْ مَيِّتاً أَوْ مُضْغَةً، كَعِدَّةِ الْحُرَّةِ فِي جَمِيعِ مَا مَرَّ فِيهَا مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ لِعُمُومِ الْآيَةِ

^١ سورة الطلاق الآية ٤.

^٢ المحلى (٣٠٨/١٠).

^٣ تبين الحقائق (٢٨/٣).

^٤ الأم (٢٣٢/٥).

الكريمة، وعدتها بالاقراء عن فرقة طلاق أوفسخ ولومستحاضة غير متحيرة أن تعتد بقرأين لأنها على النصف من الحرية في كثير من الاحكام^(١).

قال المالكية: (قُلْتُ: كَمْ عِدَّةُ الْأَمَةِ الْمُطَلَّقةِ إِذَا كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَحِيضُ مِنْ صَغِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ وَمِثْلُهَا يُوطَأُ وَقَدْ دَخَلَ بِهَا فِي قَوْلِ مَالِكٍ؟ قَالَ: ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ فِي قَوْلِ مَالِكٍ إِلَّا أَنْ أَمَدَ عِدَّةِ الْحُرَّةِ مَا قَدْ عَلِمَتْ، وَأَمَدَ عِدَّةِ الْأَمَةِ مَا قَدْ عَلِمَتْ عَلَى النَّصْفِ مِنْ عِدَّةِ الْحَرَائِرِ^(٢)).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لعدم وجود الإماء الآن ، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^(٣)).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في عدة الأمة، فهو يرى أن عدتها من الطلاق أو الوفاة مثل عدة الحرية. وقد وافق المالكية في عدة الصغيرة والكبيرة ثلاثة أشهر، ويرى الجمهور أن عدتها نصف عدة الحرية، وهو الرأي الراجح، لأنها على النصف من الحرية في كثير من الأحكام.

المطلب الثالث: عدة التي لم تحض قط ثم حاضت قبل تمام العدة:

مَسْأَلَةٌ (١٠٣) إِنْ طَلَّقَتْ الَّتِي لَمْ تَحِضْ قَطُّ ثُمَّ حَاضَتْ قَبْلَ تَمَامِ الْعِدَّةِ، سَوَاءً إِنْ طَلَّقَهَا أَوْ فِي آخِرِ الشَّهْرِ فَمَا بَيَّنَّ ذَلِكَ: تَمَادَتْ عَلَى الْعِدَّةِ بِالشُّهُورِ، فَإِذَا أَتَمَّتْهَا حَلَّتْ وَلَمْ تَلْتَقِثْ إِلَى الْحَيْضِ. وَكَذَلِكَ لَوْ حَمَلَتْ مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ إِنْ طَلَّقَهَا، أَوْ قَبْلَ انْقِضَاءِ الثَّلَاثَةِ الْأَشْهُرِ فَلَوْ مَاتَ هُوَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الثَّلَاثَةِ الْأَشْهُرِ: ابْتَدَأَتْ عِدَّةُ الْوَفَاةِ كَامِلَةً.

قال ابن حزم: (بُرْهَانُ ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ^(٤))، فَإِنَّمَا أَوْجَبَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَيْهَا عِدَّةَ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ إِنْ رَجَعَتْ وَجُوبَ الْعِدَّةُ عَلَيْهَا مِنَ الطَّلَاقِ، فَلَا يَبْطُلُ مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهَا بِدَعْوَى لَمْ

^١ الاقناع (١٢٩/٢).

^٢ المدونة (٣٩٦/٤).

^٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (٥).

^٤ سورة الطلاق الآية ٤.

يَأْتِي بِهَا قَطُّ نَصٍّ. فَإِنْ قِيلَ: فَأَلَّهِ تَعَالَى قَدْ أُوجِبَ الْأَقْرَاءَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: {وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ١}، وَقَالَ تَعَالَى أَيْضًا: {وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ٢} وَهَذِهِ زَوْجَةٌ مُطَلَّقةٌ؟ قُلْنَا: إِنَّمَا أُوجِبَ اللَّهُ تَعَالَى مَا ذَكَرْتُمْ عَلَى ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ، وَعَلَى ذَوَاتِ الْحَمْلِ، وَهَذِهِ إِذْ لَزِمَتْهَا عِدَّةٌ هَذَا الطَّلَاقِ إِنَّمَا كَانَتْ بِبَقِيَّةٍ مِنَ اللَّائِي يَتَسَنَّ، أَوْ مِنَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ، وَلَمْ تَكُنْ أَضَلًا مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ، وَلَا مِنْ ذَوَاتِ الْحَمْلِ. وَمِنْ الْبَاطِلِ الْمُتَيَّنِّ، وَالْمَحَالِ الْمُتَمَتِّعِ: أَنْ يُلْزِمَ اللَّهُ تَعَالَى الْعِدَّةَ بِالْأَقْرَاءِ مَنْ لَا قُرْءَ لَهَا حِينَ وَجُوبِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا، أَوْ يُلْزِمَ الْعِدَّةَ بِالْحَمْلِ مَنْ لَيْسَتْ ذَاتُ حَمْلٍ حِينَ وَجُوبِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا. كَمَا أَنَّ مِنَ الْبَاطِلِ أَنْ يَحُولَ بَيْنَ وَقْتِ وَجُوبِ الْعِدَّةِ مِنَ الطَّلَاقِ، أَوِ الْمَوْتِ، وَبَيْنَ الْعِدَّةِ وَقْتِ لَيْسَ مِنَ الْعِدَّةِ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: "فَطَلَّقُوهُنَّ فِي قُبُلِ عِدَّتِهِنَّ ٣". وَأَيْضًا فَإِنَّ الْقُرْءَ إِنَّمَا هُوَ مَا بَيْنَ الْحَيْضَتَيْنِ مِنَ الطُّهْرِ، فَحَالُهَا قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ وَبَعْدَ الْيَأْسِ مِنَ الْمَحِيضِ لَيْسَ قُرْءًا فَبَطَلَ أَنْ تَعْتَدَّ بِالْأَقْرَاءِ مَنْ لَمْ تَطْلُقْ فِي اسْتِقْبَالِ قُرْءٍ هِيَ فِيهِ ٤).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَلَوْ حَاضَتْ الصَّغِيرَةُ فِي الْأَشْهُرِ الثَّلَاثَةِ تَسْتَأْنِفُ الْعِدَّةَ بِالْحَيْضِ، وَلَوْ حَاضَتْ الْكَبِيرَةُ حَيْضَةً ثُمَّ أَيْسَتْ اسْتَأْنَفَتْ بِالشُّهُورِ تَحَرُّرًا عَنِ الْجَمْعِ بَيْنِ الْأَصْلِ وَالْخَلْفِ، وَقَدْ فَسَّرَ الْقَاضِي قَوْلَهُ تَعَالَى إِنْ ارْتَبْتُمْ شَكَّكْتُمْ وَجَهَلْتُمْ وَإِذَا كَانَ هَذَا مَعَ الْإِرْتِيَابِ فِي غَيْرِهِ بِالْأُولَى ٥)، قَالَ الْمَالِكِيَّةُ: (أَنَّ عِدَّةَ الصَّغِيرَةِ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ فَإِذَا طَلَّقَهَا زَوْجُهَا وَأَخَذَتْ تَعْتَدُّ بِالْأَشْهُرِ قَرَأَتْ الدَّمَ وَلَوْ فِي آخِرِ يَوْمٍ مِنْ أَشْهُرِهَا، فَإِنَّهَا تَنْتَقِلُ إِلَى الْعِدَّةِ بِالْأَقْرَاءِ وَتُلْغِي مَا تَقَدَّمَ لَهَا مِنَ الْأَشْهُرِ، لِأَنَّ الْحَيْضَ هُوَ الْأَصْلُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى بَرَاءَةِ الرَّجْمِ وَلَا يُرْجَعُ فِي دَمِهَا لِلنِّسَاءِ هَذَا إِذَا كَانَ مِثْلُهَا يَحِيضُ، أَمَّا مَنْ لَا يُمْكِنُ حَيْضُهَا كَبُنْتُ سَبْعَ سِنِينَ فَمَا تَرَاهُ دَمٌ عَلَّةٌ وَفَسَادٌ فَلَا يُعْتَبَرُ ٦)، قَالَ الشَّافِعِيَّةُ: (لَوْ طَلَّقَ مَنْ لَمْ تَحِضْ ثُمَّ

١ سورة البقرة الآية ٢٢٨.

٢ سورة الطلاق الآية ٤.

٣ صحيح مسلم (٩ كتاب الطلاق، ١ باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها/ ح ٣٧٤٣ (٤/ ١٨٣).

٤ المحلى (٢٦٧/ ١٠).

٥ البحر الرائق (٤/ ١٤٢).

٦ شرح مختصر خليل للخرشي (١٣/ ٢٦٤).

حَاصَتْ، أَوْ قَالَ لِمَنْ تَحِيضُ أَنْتَ طَالِقٌ فِي آخِرِ طَهْرِكَ، أَوْ آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ طَهْرِكَ لَمْ يُحْسَبْ ذَلِكَ الزَّمَنُ الَّذِي طَلَّقَ فِيهِ قُرْءًا بَلَّ لَا بُدَّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ بَعْدَ الْحَيْضَةِ الْمُتَّصِلَةِ بِالطَّلَاقِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الطُّهْرَ مَا اخْتَوَشَهُ دَمَانِ (١)، قَالَ الْحَنَابِلَةُ: (أَنَّ الصَّغِيرَةَ الَّتِي لَمْ تَحْضُ أَوْ الْبَالِغَ الَّتِي لَمْ تَحْضُ إِذَا اعْتَدَتْ بِالشُّهُورِ فَحَاضَتْ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا وَلَوْ بِسَاعَةٍ لَزِمَهَا اسْتِنْفَافُ الْعِدَّةِ فِي قَوْلِ عَامَّةِ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الشُّهُورَ بَدَلَ الْحَيْضِ فَإِذَا وَجَدَ الْمَبْدَلَ بَطَلَ حَكْمُ الْبَدَلِ كَالْتِمِمْ مَعَ الْمَاءِ وَيَلْزِمُهَا أَنْ تَعْتَدَ بِثَلَاثِ حَيْضٍ إِنْ قَلْنَا الْقُرُوءَ الْحَيْضُ وَإِنْ قَلْنَا الْقُرُوءَ الْأَطْهَارَ فَهَلْ تَعْتَدُ بِمَا مَضَى مِنَ الطَّهْرِ قَبْلَ الْحَيْضِ قُرْءًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا: تَعْتَدُ بِهِ لِأَنَّهُ طَهْرٌ انْتَقَلَتْ مِنْهُ إِلَى حَيْضٍ فَأَشْبَهَ الطَّهْرَ بَيْنَ الْحَيْضَتَيْنِ، وَالثَّانِي: لَا تَعْتَدُ بِهِ، لِأَنَّ الْقُرْءَ هُوَ الطَّهْرُ بَيْنَ الْحَيْضَتَيْنِ وَهَذَا لَمْ يَتَقَدِّمَهُ حَيْضٌ فَلَمْ يَكُنْ قُرْءًا، فَأَمَّا إِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالشُّهُورِ ثُمَّ حَاضَتْ بَعْدَهَا وَلَوْ بِلَحْظَةٍ لَمْ يَلْزِمَهَا اسْتِنْفَافُ الْعِدَّةِ لِأَنَّهُ مَعْنَى حَدَثٍ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ كَالَّتِي حَاضَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِزَمَنٍ طَوِيلٍ وَلَا يُمْكِنُ مَنَعُ هَذَا الْأَصْلِ لِأَنَّهُ لَوْ صَحَّ مَنَعُهُ لَمْ يَحْصُلْ لِمَنْ لَمْ تَحْضُ الْإِعْتِدَادُ بِالشُّهُورِ بِحَالٍ (٢)).

رَأَى الْقَانُونُ السُّودَانِي: يَعْمَلُ بِالرَّاجِحِ مِنَ الْمَذْهَبِ الْحَنَفِيِّ (٣).

الرَّأْيُ الرَّاجِحُ: خَالَفَ ابْنُ حَزْمٍ جُمْهُورَ الْفُقَهَاءِ وَالْقَانُونُ السُّودَانِي فِي أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَتْ الصَّغِيرَةَ ثُمَّ حَاضَتْ قَبْلَ تَمَامِ الْعِدَّةِ، فَهُوَ يَرِي أَنَّهَا تَعْتَدُ بِالشُّهُورِ لَا تَلْتَفِتُ إِلَى الْحَيْضِ، أَمَّا الْجُمْهُورُ يَرَوْنَ أَنَّهَا تَعْتَدُ بِالْحَيْضِ، وَالرَّأْيُ الرَّاجِحُ هُوَ رَأْيُ الْجُمْهُورِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الشُّهُورَ بَدَلَ الْحَيْضِ تَحَرَّرَا عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْخَلْفِ .

المطلب الرابع: عَدَّةُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَالْمُطَلَّاقَةُ ثَلَاثًا:

١ أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣/ ٣٩٠).

٢ المغني (٩/ ١٠٣).

٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (٥).

مَسْأَلَةٌ (١٠٤) تَعْتَدُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا، وَالْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا، أَوْ آخِرِ ثَلَاثٍ وَالْمُعْتَقَةُ تَخْتَارُ فِرَاقَ زَوْجِهَا: حَيْثُ أَحْبَبْنَ، وَلَا سُكْنَى لَهُنَّ، لَا عَلَى الْمُطَلَّقِ، وَلَا عَلَى وَرَثَةِ الْمَيِّتِ، وَلَا عَلَى الَّذِي اخْتَارَتْ فِرَاقَهُ، وَلَا نَفَقَةً، وَلَهُنَّ أَنْ يَحْجُبْنَ فِي عِدَّتِهِنَّ، وَأَنْ يَرْحَلْنَ حَيْثُ شِئْنَ، وَأَمَّا كُلُّ مُطَلَّقَةٍ لِلَّذِي طَلَّقَهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ فَلَا يَحِلُّ لَهَا الْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهَا الَّذِي كَانَتْ فِيهِ إِذْ طَلَّقَهَا، وَلَهَا عَلَيْهِ النَّفَقَةُ وَالْكِسُوةُ فَإِنْ كَانَ خَوْفٌ شَدِيدٌ، أَوْ لَزِمَهَا حَدٌّ فَلَهَا أَنْ تَخْرُجَ حَيْثُ نَزَلَتْ، وَلَا أَصْلًا لَا لَيْلًا وَلَا نَهَارًا أَلْبَتَّةَ إِلَّا لِضُرُورَةٍ لَا حِيلَةَ فِيهَا.

قال ابن حزم: (وَبُرْهَانُ ذَلِكَ: قَوْلُ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ لَهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُخْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا) { فَهَذِهِ صِفَةُ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ لَا صِفَةُ الطَّلَاقِ الْبَائِتِ. وَأَمَّا الطَّلَاقُ الْبَائِتُ: عَنْ الشَّعْبِيِّ قَالَ: دَخَلْتُ عَلَى فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ فَسَأَلْتُهَا عَنْ قَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَيْهَا؟ فَقَالَتْ: "طَلَّقَهَا زَوْجُهَا أَلْبَتَّةَ"، قَالَتْ: فَخَاصَمْتُهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي السُّكْنَى وَالنَّفَقَةِ؟ فَلَمْ يَجْعَلْ لِي سُكْنَى وَلَا نَفَقَةً، وَأَمَرَنِي أَنْ أَعْتَدَ فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ^٢، وَلَمْ يَصِحَّ فِي وُجُوبِ السُّكْنَى لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا أَثَرٌ أَصْلًا، وَالْمَنْزِلُ لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ مِلْكًا لِلْمَيِّتِ أَوْ مِلْكًا لِغَيْرِهِ: فَإِنْ كَانَ مِلْكًا لِغَيْرِهِ، وَهُوَ مُكْتَرَى أَوْ مُبَاحٌ، فَقَدْ بَطَلَ الْعَقْدُ بِمَوْتِهِ، فَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ سُكْنَاهُ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، وَإِنْ كَانَ مِلْكًا لِلْمَيِّتِ، فَقَدْ صَارَ لِلْغُرَمَاءِ أَوْ لِلْوَرَثَةِ أَوْ لِلْوَصِيَّةِ، فَلَا يَحِلُّ لَهَا مَالُ الْغُرَمَاءِ، وَالْوَرَثَةِ، وَالْمُوصَى، وَإِنَّمَا لَهَا مِنْهُ مَقْدَارُ مِيرَاثِهَا إِنْ كَانَتْ وَارِثَةً فَقَطُّ، وَأَمَّا التَّابِعُونَ، عَنْ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: الْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا، وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا لَا سُكْنَى لَهُمَا، وَلَا نَفَقَةً، وَتَعْتَدَانِ حَيْثُ شَاءَتَا^٣، عَنْ شُرَيْحٍ قَالَ: يُنْفَقُ عَلَى الْحَامِلِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ^٤، وَنَحْنُ لَا نَخْتَلِفُ فِي أَنَّ هَذِهِ الْعِدَّةُ لِلْمَبْتُوتَةِ

^١ سورة الطلاق الآية ١.

^٢ صحيح مسلم (٩ كتاب الطلاق/٦ باب المطلق ثلاث لا نفقة لها/ح ر ٣٧٧٨ (٤/ ١٩٧).

^٣ سنن سعيد بن منصور (كتاب الوصايا/باب المتوفى عنه زوجها/ح ر ١٣٧٢ (١/ ٣٢١).

^٤ سنن سعيد بن منصور (كتاب الوصايا/باب المتوفى عنه زوجها/ح ر ١٣٦٣ (١/ ٣٢٢).

كَمَا هِيَ لِغَيْرِ الْمُبْتَوَةِ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: {أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ} ^١، أَرَادَ بِهِ تَعَالَى جَمِيعَ الْمُطَلَّقاتِ مِنْ مَبْنُوتَةٍ وَرَجْعِيَّةٍ، أَوْ أَرَادَ أَحَدَ الْقِسْمَيْنِ، هَذَا مَا لَا شَكَّ فِيهِ. قُلْنَا لَكُمْ: فَيَجِبُ عَلَى هَذَا أَنْ غَيْرَ الْمُبْتَوَةِ لَا نَفَقَةَ لَهَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا ^٢.

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَأَمَّا الطَّلَاقَاتُ الثَّلَاثُ فَحُكْمُهَا الْأَصْلِيُّ هُوَ زَوَالُ الْمَلِكِ وَزَوَالُ حِلِّ الْمَحَلِّيَّةِ، وَأما المتوفى عنها زوجها فلها أن تخرج بالنهار لحوائجها ولكنها لا تبيت في غير منزلها، أنه لا نفقة في هذه العدة على زوجها فهي تحتاج إلى الخروج لحوائجها في النهار وتحصيل ما تنفق على نفسها، فأما في عدة الوفاة أجرة المنزل عليها لأنها لا تستوجب على زوجها السكنى كما لا تستوجب النفقة فإن مكنها أهل المنزل من المقام بكراء وهي تقدر على ذلك فعليها أن تسكن وإن كانت لا تجد ذلك فهي في سعة من التحول لأن سكنها في ذلك المنزل حق الشرع فإذا قدرت عليه بعوض لزمها، وإن كانت في منزل زوجها فمات الزوج إن كان نصيبها من ذلك يكفيها فعليها أن تسكن في نصيبها في العدة ولا يخلو بها من ليس بمحرم لها من ورثة الزوج، وإن كان نصيبها لا يكفيها فإن رضي ورثة الزوج أن تسكن فيه سكنت، وإن أبوا كانت في سعة من التحول للعذر، وإن كانت في منزل مخوف على نفسها أو مالها وليس معها رجل كانت في سعة من الرحلة لأن المقام مع الخوف لا يمكن، وفي المقام ضرر عليها في نفسها ومالها وذلك عذر في إسقاط حق الشرع، وإذا طلقها وهي في بيت أهلها أو غيرهم زائرة كان عليها أن تعود إلى منزل زوجها حتى تعتد فيه سواء كان زوجها معها أو لم يكن ^٣).

قال المالكية: (ومفهوم قوله مدخول بها أن غيرها لا سكنى لها وهو كذلك إذ لا عدة عليها من الطلاق، وذات حمل الإنفاق والكسوة الإنفاق اتفاقاً والمعنى أن المطلقة طلاقاً بائناً إذا كانت حاملاً فإنه يزداد لها على السكنى النفقة والكسوة إلى وضع حملها إذ كل

^١ سورة الطلاق الآية ٦.

^٢ المحلى (٢٨٢/١٠).

^٣ المبسوط (٤-٥ / ٧-٤٣)، بدائع الصنائع (٣ / ١٨٧).

حامل لها النفقة والكسوة إلا المتوفى عنها والملاعة، أن المطلق إذا مات قبل وضع الحمل، أو قبل انقضاء العدة إن لم تكن حاملاً فإن النفقة والكسوة يسقطان وتبقى السكنى للوضع وانقضاء العدة لأنها حق تعلق بذمته فلا يسقطه الموت كسائر الديون كان المسكن له أم لا. نقد كراء أم لا، ويؤخذ الكراء من رأس ماله بخلاف الرجعية أو التي في العصمة فلا يستمر لها السكنى إن مات إلا إن كان له أو نقد كراءه، أن التي توفي عنها زوجها وهي في عصمته أو رجعية تجب لها السكنى فقط كانت حاملاً أم لا بشرطين. أحدهما: أن يكون قد دخل بها فإن لم يدخل بها أصلاً أو دخل بها وهي غير مطيقة فلا سكنى لها لأن الدخول بغير المطيقة كالعدم إلا أن تكون صغيرة لا يوطأ مثلها وأسكنها معه في حياته ثم مات فلها السكنى حينئذ في العدة، ثانيهما: أن يكون المسكن مملوكاً له أو نقد كراءه قبل موته فإن انقضت مدة النقد قبل انقضاء مدة العدة لم يلزم الوارث سكنها بقية المدة، والحاصل أنه كلما انتفت العدة انتفى لازمها من السكنى والنفقة ولا عكس^(١).

قال الشافعية: (وَإِنَّمَا وَجِبَتْ السُّكْنَى لِلْمُعْتَدَةِ عَنْ وَفَاةٍ دُونَ النَّفَقَةِ لِأَنَّهَا لِصِيَانَةِ مَاءِ الزَّوْجِ وَهِيَ تَحْتَاجُ إِلَيْهَا بَعْدَ الْوَفَاةِ كَالْحَيَاةِ، وَالنَّفَقَةُ لِسُلْطَتِهِ عَلَيْهَا وَقَدْ انْقَضَتْ لَا لِْمُعْتَدَةِ عَنْ وَطْءٍ شُبْهَةٍ وَلَوْ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ لِأَنَّ سَبَبَ التَّرْبُصِ فِيهَا لَمْ تَتَأَكَّدْ حُرْمَتُهُ، فَكُلُّ مُطَلَّقةٍ كَانَ زَوْجُهَا يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ مَا كَانَتْ فِي عِدَّتِهَا مِنْهُ وَكُلُّ مُطَلَّقةٍ كَانَ زَوْجُهَا لَا يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا فِي عِدَّتِهَا مِنْهُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلاً فَيَكُونُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا مَا كَانَتْ حَامِلاً وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ كُلِّ زَوْجٍ حُرٍّ وَعَبْدٍ وَذِمِّيٍّ وَكُلِّ زَوْجَةٍ أَمَةٍ وَحُرَّةٍ وَذِمِّيَّةٍ (قَالَ) وَكُلُّ مَا وَصَفْنَا مِنْ مُنْعَةٍ لِمُطَلَّقةٍ أَوْ سُكْنَى لَهَا أَوْ نَفَقَةٍ فَلَيْسَتْ إِلَّا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ ثَابِتٍ فَأَمَّا كُلُّ نِكَاحٍ كَانَ مَفْسُوحاً فَلَيْسَتْ فِيهِ نَفَقَةٌ وَلَا مُنْعَةٌ وَلَا سُكْنَى^(٢)).

^١ منح الجليل شرح مختصر خليل/ (١١١/٩)، الفواكه الدواني (٣٣٦/٢٨٩/٥). إرشاد السالك/ عبد الرحمن شهاب الدين البغدادي/ الشركة الإفريقية للطباعة (١/ ١٢٨)، البهجة في شرح التحفة (١/ ٦٢٠-٦٢٥).

^٢ أنسى المطالب (٤٠٤/٣)، الحاوي الكبير . الماوردی (٩/ ٩٠٩) الأم (٥/ ٢٣٨).

قال الحنابلة: (ويجب للبائن الحائل بخلع أو ثلاث في غير نشوز السكنى دون النفقة، فلا سكنى لمن أبانها ناشزة أو نشزت في العدة إلا إن عادت إلى الطاعة، إلا أن تكون البائن حاملا بولد يلحق الزوج فيجب لها من النفقة بسبب الحمل على أظهر القولين، البائن المعتدة عن وفاة فلا نفقة لها وإن كانت حاملا، ولأنها بانئت بالوفاة، للمعتدة الرجعية ولو حائلا أو أمة السكنى والنفقة والكسوة تسقط بنشوزها، ولها السكنى فهي أحق بسكنى المسكن الذي كانت تسكنه من الورثة والغرماء من رأس مال المتوفى، فعلى الوارث أن يكتري لها مسكنا من مال الميت فإن لم يفعل أجبره الحاكم، وليس لها أن تنتقل من مسكنها إلا لعذر لأن هذه السكنى يتعلق بها حق الله تعالى لأنها تجب للعدة^(١)).

رأى القانون السوداني: نص على: (تجب على الزوج نفقة معتدته من طلاق، أو تطليق، أو فسخ مالم يكن الفسخ بسبب محذور من قبل الزوجة) (لا تستحق المعتدة: / غير المرضع نفقة لأكثر من سنة، من تاريخ الطلاق) (تستحق معتدة الوفاة، السكن فى بيت الزوجية، مدة العدة، مالم تخرج منه برضاها) ٢.

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أن المعتدة من وفاة أو طلاق إذا كان الطلاق رجعى لها السكنى والنفقة، وكذلك إذا كانت حامل، أما المطلقة ثلاث، فقد وافق الجمهور فى أنها لا نفقة لها لا سكنى.

المطلب الخامس: عِدَّة النِّكَاحِ الْفَاسِدِ:

مَسْأَلَةٌ (١٠٥) لا عِدَّةَ مِنْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ.

قال ابن حزم: (أَنَّهَا لَيْسَتْ مُطْلَقَةً، وَلَا مُتَوَفَّى عَنْهَا، وَلَمْ يَأْتِ بِإِجَابِ عِدَّةٍ عَلَيْهَا قُرْآنٌ، وَلَا سُنَّةٌ، وَلَا حُجَّةٌ فِي سَوَاهُمَا^(٣)).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (والعدة تجب في النكاح الفاسد والوطء بشبهة بالحيض في الموت والفرقة لأنه للتعرف عن براءة الرحم ولا تجب عدة الوفاة لأنها ليست

^١ المغني (١٧٣)، الإقناع (٢/ ١٣٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٧/ ٥٥٨).

^٢ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (٧٢) والمادة (٧٣/أ) والمادة (٧٤).

^٣ المحلى (٣٠٣/١٠).

بزوجة^(١)، قال المالكية: (كُلُّ نِكَاحٍ فَاسِدٍ لَا يُشْرِكُ أَهْلُهُ عَلَيْهِ عَلَى حَالٍ فَإِنَّهُ إِذَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا اعْتَدَّتْ عِدَّةُ الْمُطَلَّاقَةِ فَأَرَى هَذِهِ الْمُنْزِلَةَ تَعْتَدُ عِدَّةَ الْمُطَلَّاقَةِ^(٢))، قال الشافعية: (وتجتمع العدة من النكاح الثابت والنكاح الفاسد في شئ وتفترق في غيره وإذا نكح الرجل المرأة نكاحا فاسدا فمات عنها، ثم علم فساد النكاح بعد موته أو قبله فلم يفرق بينهما حتى مات، فعليها أن تعتد هذه مطلقة، ولا تعتد عدة متوفى عنها، ولا تحد في شئ من عدته ولا ميراث بينهما، لأنها لم تكن زوجة وإنما تستبرأ بعدة مطلقة، لأن ذلك أقل ما تعتد به حرة فتعتد إلا أن تكون حاملا فتضع حملها فتحل للأزواج بوضع الحمل^(٣))، قال الحنابلة: (وعدة الموطوءة بشبهة عدة المطلقة وكذلك المزمني بها وعنه أنها تستبرأ بحيضة، لأن وطئ الشبهة وفي النكاح الفاسد في شغل الرحم ولحوق النسب كالوطئ في النكاح الصحيح فكان مثله فيما تحصل به البراءة، وإن وطئت المزموجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل قضاء عدتها، كيلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباها^(٤)).

رأى القانون السوداني: نص على: (يترتب على الزواج الفاسد، بعد الدخول، الآثار الآتية: أ/... ب/... ج/... د/ وجوب العدة^(٥)).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في عدة النكاح الفاسد، فهو يرى أنه لا عدة لها، أما الجمهور يروا أنه إذا نكح الرجل المرأة نكاحا فاسدا فمات عنها، فعليها أن تعتد عدة مطلقة ولا تعتد عدة متوفى عنها ولا تحد، وهو الرأي الراجح، حتى لا يشغل الرحم، يفضي إلى إختلاط المياه واشتباها^(٥).

المطلب السادس: آثار الطلاق (المتعة):

^١ الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٨٩).

^٢ المدونة (٤٤٦/٤).

^٣ الأم (٢٣٧/٥).

^٤ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل/علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن/سنة الولادة ٨١٧/ سنة الوفاة ٨٨٥/تحقيق محمد حامد الفقي/دار إحياء التراث العربي/ بيروت (١٣٠/٩).

^٥ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٦٤/د).

مَسْأَلَةٌ (١٠٦) الْمُتْعَةُ فَرَضٌ عَلَى كُلِّ مُطَلَّقٍ وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا أَوْ آخَرَ ثَلَاثٍ وَطَهًا أَوْ لَمْ يَطَّهَا فَرَضَ لَهَا صَدَاقُهَا أَوْ لَمْ يَفْرِضْ لَهَا شَيْئًا: أَنْ يُمْتَعَها، وَكَذَلِكَ الْمُفْتَدِيَةُ أَيْضًا وَيُجْبِرُهُ الْحَاكِمُ عَلَى ذَلِكَ أَحَبَّ أَمْ كَرِهَ. وَلَا مُتْعَةٌ عَلَى مَنْ انْفَسَخَ نِكَاحُهُ مِنْهَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ وَلَا يُسْقِطُ التَّمَتُّعُ عَنِ الْمُطَلِّقِ مُرَاجَعَتَهُ إِيَّاهَا فِي الْعِدَّةِ وَلَا مَوْتُهُ وَلَا مَوْتُهَا، وَالْمُتْعَةُ لَهَا أَوْ لَوْرَثَتِهَا مِنْ رَأْسِ مَالِهِ يَضْرِبُ بِهَا مَعَ الْغُرَمَاءِ، وَإِنْ تَعَاسَرَ فِي الْمُتْعَةِ قَضَى عَلَى الْمُوسِرِ لَهَا سَوَاءً كَانَ عَظِيمَ الْيَسَارِ أَوْ زَادَ فَضْلَةً عَنْ قُوَّتِهِ وَقُوَّتِ أَهْلِهِ خَادِمٌ يَسْتَقِيلُ بِالْخِدْمَةِ. وَيَقْضِي عَلَى الْمُقَلِّ وَلَوْ بِمُدٍّ أَوْ بِدِرْهَمٍ عَلَى حَسَبِ طَاقَتِهِ.

قال ابن حزم: (وَبُرْهَانُ ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: {وَالْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} ١)، فَعَمَّ عَزَّ وَجَلَّ كُلَّ مُطَلَّاقَةٍ وَلَمْ يَخْصْ، وَأَوْجِبَهُ لَهَا عَلَى كُلِّ مُتَّقٍ يَخَافُ اللَّهَ تَعَالَى، أَنَّهُ مُتْعَةٌ بِالْمَعْرُوفِ، كَمَا قُلْنَا فِي النَّفَقَةِ، وَالْكِسْوَةِ، إِذْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: {لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ ٢} وَقَدْ وَافَقَنَا الْمُخَالِفُونَ عَلَى هَذَا، وَكَلا النِّصَّيْنِ وَاجِبٌ اتِّبَاعُهُ ٣).

أما جمهور الفقهاء: قال الحنفية: (قَوْلُهُ وَالْمُتْعَةُ إِنْ طَلَّقَهَا الْوَطْءُ، أَيْ لَهَا الْمُتْعَةُ إِنْ لَمْ يُسَمَّ شَيْئًا وَطَلَّقَهَا قَبْلَ الْوَطْءِ وَالْخُلُوةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: {وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ ٤} ثُمَّ هَذِهِ الْمُتْعَةُ وَاجِبَةٌ رُجُوعًا إِلَى الْأَمْرِ وَلَا يَكُونُ لَفْظُ الْمُحْسِنِينَ قَرِينَةً صَارِفَةً إِلَى النَّدْبِ لِأَنَّ الْمُحْسِنَ أَعَمُّ مِنَ الْمُتَطَوِّعِ وَالْقَانِمِ بِالْوَاجِبِ أَيْضًا فَلَا يُنَافِي الْوُجُوبَ مَعَ مَا انْضَمَّ إِلَيْهِ مِنْ لَفْظٍ حَقًّا، وَالْمُتْعَةُ بَعْدَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَّةَ فِيهِ تَجِبُ خَلْفًا عَنْ مَهْرِ الْمِثْلِ الَّذِي كَانَ وَاجِبًا بِهِ قَبْلَ الطَّلَاقِ بَدَلًا عَنِ الْمِلْكِ الْوَاقِعِ بِالْعَقْدِ، أَنَّ الْمُتْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ فِي مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ التَّسْمِيَّةُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ أَمَّا إِذَا صَحَّتْ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَإِنَّهُ لَا تَجِبُ الْمُتْعَةُ وَإِنْ وَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ بِالدُّخُولِ، فَلَا يَرَادُ عَلَى نِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ وَلَا يَنْقُصُ عَنِ

١ سورة البقرة الآية ٢٤١.

٢ سورة الطلاق الآية ٧.

٣ المحلى (٢٤٥/١٠).

٤ سورة البقرة الآية ٢٣٦.

خَمْسَةِ دَرَاهِمَ كَمَا هُوَ صَرِيحُ الْأَصْلِ، قَوْلُهُ (وَتُسْتَحَبُّ الْمُنْعَةُ لِكُلِّ مُطَلَّقةٍ إِلَّا لِلْمُفَوَّضَةِ قَبْلَ الْوُطْءِ) وَمَنْ فَوَّضَتْ أَمْرَهَا إِلَى وَلِيِّهَا وَزَوَّجَهَا بِلَا مَهْرٍ وَبِفَتْحِهَا مِنْ فَوَّضَهَا وَلِيِّهَا إِلَى الزَّوْجِ بِلَا مَهْرٍ فَإِنَّ الْمُنْعَةَ لَهَا وَاجِبَةٌ عَلَى زَوْجِهَا كَسَائِرِ دُيُونِهَا (١).

قال الشافعية: (تَسْتَحِقُّ مَهْرًا بِأَنْ لَمْ يُفْرَضْ لَهَا شَيْءٌ فَتَجِبُ لَهَا الْمُنْعَةُ قَالَ تَعَالَى: {لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ ٢} وَلِأَنَّ الْمُفَوَّضَةَ لَمْ يَحْصُلْ لَهَا شَيْءٌ فَتَجِبُ لَهَا مُنْعَةٌ لِلْإِيحَاشِ، بِخِلَافِ مَنْ وَجِبَ لَهَا الشَّطْرُ بِتَسْمِيَةٍ أَوْ بِفَرْضٍ فِي التَّقْوِيضِ فَلَا مُنْعَةَ لَهَا، لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ مَنَفَعَةَ بُضْعِهَا فَيَكْفِي شَطْرُ مَهْرِهَا لِلْإِيحَاشِ وَالْإِبْتِدَالِ وَلِأَنَّهُ تَعَالَى لَمْ يَجْعَلْ لَهَا سِوَاهُ بِقَوْلِهِ: {فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ٣}، وَتَجِبُ لِلْمَدْخُولِ بِهَا بِالطَّلَاقِ وَإِنْ فَوَّضَهُ إِلَيْهَا لِعُمُومِ {وَالْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ٤}، وَخُصُوصِ {فَتَعَالَيْنِ أُمَتِّعَنَّ ٥}، الْمُسْتَحَبُّ فِي فَرْضِ الْمُنْعَةِ ثَلَاثُونَ دِرْهَمًا أَوْ مَا قِيمَتُهُ ذَلِكَ، وَأَنْ لَا تَبْلُغَ نِصْفَ الْمَهْرِ أَيْ مَهْرِ الْمِثْلِ، فَلَوْ بَلَغَتْهُ أَوْ جَاوَزَتْهُ جَارَ لِإِطْلَاقِ الْآيَةِ كَمَا فِي الْمَهْرِ فَلَوْ تَنَازَعَا فِي قَدْرِهَا فَعَلَى قَدْرِ حَالِيهِمَا مِنْ يَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ وَنَسَبِهَا وَصِفَاتِهَا تُقَدَّرُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: {وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا

بِالْمَعْرُوفِ ٦}، بِتَقْدِيرِ الْحَاكِمِ بِاجْتِهَادِهِ (٧).

قال الحنابلة: (ووجب المتعة بالطلاق ابتداءً ويحتمل أن يرجع لأنه عاد إليه مهرها بسبب غير الطلاق، وفيما يرجع به احتمالان (أحدهما) يرجع بنصف مهر المثل لأنه الذي وجب بالعقد، فهو نصف المفروض (والثاني) يرجع بنصف المتعة لأنها التي تجب بالطلاق

١ البحر الرائق (٣/١٥٧).

٢ سورة البقرة الآية ٢٣٦.

٣ سورة البقرة الآية ٢٣٧.

٤ سورة البقرة الآية ٢٤١.

٥ سورة الأحزاب الآية ٢٨.

٦ سورة البقرة الآية ٢٣٦.

٧ أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣/٢٢٠).

فأشبهت المسمى، فإن أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها، لأن المتعة قائمة مقام نصف الصداق وقد أبرأته منه فصار كما لو قبضته، ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة إذا قلنا أنه لا يرجع عليها بشئ إذا أبرأته من جميع صداقها (١).

قال المالكية: (ندبت المتعة وهي ما يعطيه الزوج ولوعبدا لزوجته المطلقة زيادة على الصداق لجبر خاطرهما على قدر حاله لقوله تعالى: {عَلَى الْمُؤْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ}٢ بعد العدة للرجعية لأنها ما دامت في العدة ترجو الرجعة فلا كسر عندها، ولأنه لو دفعها قبلها ثم ارتجعها لم يرجع بها، أو إلى ورثتها إن ماتت بعد العدة ثم شبه في الحكمين الدفع لها أو لورثتها قوله: ككل مطلقة طلاقاً بائننا في نكاح لازم ولو لم يزد بعد الدخول والطول لا في فسح محترز مطلقة إلا لرضاع فيندب فيه المتعة كلعان فلا متعة فيه، ولا في ملك أحد الزوجين صاحبه لأنه إن كان هو المالك فلم تخرج عن حوزة، وإن كانت هي فهو وما معه لها، واستثنى من قوله ككل مطلقاً قوله: إلا من اختلعت منه بعوض دفعته له أو دفع عنها برضاها وإلا تمتعت، أو فرض أي سمى لها الصداق قبل البناء ولو وقع العقد ابتداء تفويضاً، وطلقت قبل البناء لأنها أخذت نصف الصداق مع بقاء سلعتها فإن لم يفرض لها تمتعت، وإلا مختارة نفسها لعتقها تحت العبد، أو مختارة نفسها لعيبه سواء كان بها عيب أيضاً أو لا فلا متعة لها، كما لو ردها الزوج لعيبيها فقط لأنها غارة وأما لعيبيهما معا فلها المتعة وإلا مخيرة ومملكة لأن تمام الطلاق منها (٣).

رأى القانون السوداني: نص على: (تستحق المطلقة المتعة، سوى نفقة العدة، حسب يسر المطلق، بما لا يجاوز نفقة ستة أشهر (٤)).

١ الشرح الكبير (٦٤/٨).

٢ سورة البقرة الآية ٢٣٦.

٣ الشرح الكبير (٤٢٥/٢).

٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٣٨).

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء على أن المتعة واجبة للمطلقة، وخالف المالكية لأنهم يروا أن المتعة مندوبة، ومقدارها حسب سعة الزوج، وقد خالف الجمهور في من لها المتعة ؟ فهو يرى أن المتعة على المطلق واحد أو اثنين أو ثلاث، ووطئها أو لم يطأها، فرض لها صداقها أو لم يفرض لها، أما الجمهور أن المتعة على المطلق إن لم يسم لها المهر وطلقها قبل الوطء والخلوة، وهو الراجح، لأنه نكاح لاتسمية فيه تجب خلفا عن مهر المثل.

المبحث الثالث: الإحداد

المطلب الأول: عِدَّةُ الْوَفَاةِ وَالْإِحْدَادِ:

مَسْأَلَةٌ (١٠٧) عِدَّةُ الْوَفَاةِ وَالْإِحْدَادِ فِيهَا يَلْزَمُ الصَّغِيرَةَ، وَلَوْ فِي الْمَهْدِ، وَكَذَلِكَ الْمَجْنُونَةُ. قال ابن حزم: (فَحُجِّتُنَا فِي ذَلِكَ: قَالَتْ زَيْنَبُ سَمِعْتُ أُمِّي أُمَّ سَلَمَةَ تَقُولُ جَاءَتِ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنَتِي تُؤْفَى عَنْهَا زَوْجُهَا وَقَدْ اشْتَكَتْ عَيْنُهَا أَفَنَكْحُلُهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « لَا ». مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا كُلَّ

ذَلِكَ يَقُولُ لَا تُمْ قَالَ: «إِنَّمَا هِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ»^(١)، فَلَمْ يَخُصَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَبِيرَةً مِنْ صَغِيرَةٍ، وَلَا عَاقِلَةً مِنْ مَجْنُونَةٍ^(٢).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (فأما عدة الوفاة فإنها لا تجب إلا عن نكاح صحيح ويستوي فيه المدخول بها وغير المدخول بها صغيرة كانت أو كبيرة حتى إذا كانت حرة مسلمة أو كتابية تحت مسلم فعدتها ما قال الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا لَا يَنْتَرِبْنَ أَنْفُسَهُنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٣))، قال المالكية: (عِدَّةُ الْحُرَّةِ مِنَ الْوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَةً وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ مِنَ الْوَفَاةِ لِزَوْجِهَا وَلَوْ عَبْدًا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ^(٤))، قال الشافعية: (قال وَالْحُرَّةُ الْكَبِيرَةُ الْمُسْلِمَةُ وَالصَّغِيرَةُ وَالذَّمِيَّةُ وَالْأَمَةُ الْمُسْلِمَةُ فِي الْإِحْدَادِ كُلُّهُنَّ سَوَاءٌ مِنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ عِدَّةُ الْوَفَاةِ وَجَبَ عَلَيْهِ الْإِحْدَادُ لَا يَخْتَلِفُ^(٥))، قال الحنابلة: (ويستوي في وجوبه الحرة والأمة والمسلمة والذمية والكبيرة والصغيرة، ولأن غير المكلفة تساوي المكلفة في اجتناب المحرمات كالخمر والزنا وأنما يفترقان في الاثم فكذلك الاحداد ولأن حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة فكذلك فيما عليها^(٦)).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^(٧)).
مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أن الحداد في عدة الوفاة يلزم الصغيرة والمجنونة .

^١ صحيح مسلم (٩) كتاب الطلاق/٩ باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة/ح ر ٣٨٠٠ (٤/٢٠٢).

^٢ المحلى (١٠/٢٧٥).

^٣ سورة البقرة الآية ٢٣٤.

^٤ المبسوط (٥/٧).

^٥ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (٥ / ٣١٥).

^٦ الأم (٥/٢٣٢).

^٧ الشرح الكبير (٩/١٤٦).

^٨ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٥).

المطلب الثاني: الْمُعْتَدَّةُ مِنْ وَفَاةٍ تَجْتَنَّبُ الْكُحْلَ:

مَسْأَلَةٌ (١٠٨) فَرَضَ عَلَى الْمُعْتَدَّةِ مِنَ الْوَفَاةِ أَنْ تَجْتَنَّبَ الْكُحْلَ كُلَّهُ لِضُرُورَةٍ أَوْ لِغَيْرِ ضُرُورَةٍ وَلَوْ ذَهَبَتْ عَيْنَاهَا لَا لَيْلًا وَلَا نَهَارًا، وَأَمَّا الصِّمَادُ فَمُبَاحٌ لَهَا، وَتَجْتَنَّبُ أَيْضًا فَرَضًا كُلَّ ثَوْبٍ مَصْبُوغٍ مِمَّا يُلبَسُ فِي الرَّأْسِ، أَوْ عَلَى الْجَسَدِ، أَوْ عَلَى شَيْءٍ مِنْهُ، سِوَاءٍ فِي ذَلِكَ السَّوَادِ، وَالْخَضِرَةِ، وَالْحُمْرَةِ، وَالصُّفْرَةِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ إِلَّا الْعَصَبَ وَحْدَهُ وَهِيَ ثِيَابٌ مُوشَّاةٌ تُعْمَلُ بِالْيَمَنِ، فَهُوَ مُبَاحٌ لَهَا، وَتَجْتَنَّبُ أَيْضًا فَرَضًا الْخِصَابَ كُلَّهُ، فَلَا تَقْرُبُهُ كُلَّهُ جُمْلَةً، وَتَجْتَنَّبُ الْاِمْتِشَاطَ حَاشَ بِالْمِشْطِ فَقَطْ، فَهُوَ حَلَالٌ لَهَا، وَتَجْتَنَّبُ أَيْضًا فَرَضًا الطَّيِّبَ كُلَّهُ فَلَا تَقْرُبُهُ حَاشَا شَيْئًا مِنْ قُسْطٍ، أَوْ إِظْفَارٍ عِنْدَ طُهْرِهَا فَقَطْ. وَمُبَاحٌ لَهَا أَنْ تَلْبَسَ بَعْدَ ذَلِكَ مَا شَاءَتْ مِنْ حَرِيرٍ أَبْيَضٍ، أَوْ أَصْفَرَ مِنْ لَوْنِهِ الَّذِي لَمْ يُصْبَغْ، وَصُوفَ الْبَحْرِ الَّذِي هُوَ لَوْنُهُ، وَالْقُطْنَ الْأَبْيَضَ، وَالْكَتَانَ الْأَبْيَضَ مِنْ دَبَقٍ مُضَرٍّ، وَالْمَرْوِيِّ، وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَمُبَاحٌ لَهَا أَنْ تَلْبَسَ الْمَنْسُوجَ بِالذَّهَبِ وَالْحَلِيِّ كُلَّهُ مِنَ الذَّهَبِ، وَالْفِصَّةِ، وَالْجَوْهَرِ وَالْيَاقُوتِ، وَالزُّمُرُودِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَتَدْخُلُ الْحَمَامُ، وَتَغْسِلُ رَأْسَهَا بِالْخِطْمِيِّ^٢، وَالطِّفْلِ فَهِيَ خَمْسَةُ أَشْيَاءَ تَجْتَنَّبُهَا فَقَطْ.

قال ابن حزم: (وَبُرْهَانُ ذَلِكَ: عَنْ حُمَيْدٍ نَافِعٍ "عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أُمِّ سَلَمَةَ أَنَّ ابْنَةَ النَّحَّامِ تُوفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا، فَأَتَتْ أُمُّهَا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: إِنَّ ابْنَتِي تَشْتَكِي عَيْنَهَا فَأَكْجَلُهَا؟ إِنْني أَخْشَى أَنْ تَنْفَقِيَ عَيْنُهَا؟ قَالَ: وَإِنْ انْفَقَأَتْ"^٣). عَنْ أُمِّ عَطِيَّةَ قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "لَا تُحِدُ الْمَرْأَةُ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةٍ إِلَّا عَلَى زَوْجِهَا فَإِنَّهَا تُحِدُ أَرْبَعَةَ

^١ حجر كريم أخضر اللون شديد الخضرة شفاف، وأشدّه خضرة أجوده وأصفاه جوهرًا واحدته زمردة. المعجم الوسيط (١/ ٤٠٠).

^٢ شجرة من الفصيلة الخبازية، كثيرة النفع، يدق ورقها يابسًا، ويجعل غسلًا للرأس، فينقيه. القاموس الفقهي (١/ ١١٨).

^٣ شرح مشكل الآثار/ الطحاوي (٣/ ١١٩). وسنّده صحيح. فتح الباري شرح صحيح البخاري/ أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي/ دار المعرفة - بيروت/ ١٣٧٩هـ/ تحقيق: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (١٥/ ١٨٧).

أَشْهُرٍ وَعَشْرًا وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوعًا إِلَّا ثَوْبَ عَصَبٍ وَلَا تَكْتَحِلُ وَلَا تَخْتَضِبُ وَلَا تَمَسُّ طَبِيبًا إِلَى أَدْنَى طُحْرِهَا إِذَا تَطَهَّرَتْ مِنْ حَيْضَتِهَا نُبْدَةً مِنْ قُسْطٍ^١ أَوْ ظِفَارٍ^٢ ٣).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَالْإِحْدَادُ أَنْ تَتْرَكَ الطَّيِّبَ وَالزَّيْنَةَ وَالْكُحْلَ وَالذَّهْنَ وَسَوَاءً فِي ذَلِكَ الدُّهْنُ الْمُطَيَّبُ أَوْ غَيْرُهُ؛ لِأَنَّ فِيهِ زَيْنَةَ الشَّعْرِ، قَوْلُهُ إِلَّا مِنْ عُذْرٍ، بَأَنْ كَانَ بِهَا وَجَعُ الْعَيْنِ فَتَكْتَحِلُ أَوْ حَكَّةٌ فَتَلْبَسُ الْحَرِيرَ أَوْ تَشْكِي رَأْسَهَا فَتَدَّهِنُ وَتَمْتَشِطُ بِالْأَسْنَانِ الْعَلِيظَةِ الْمُتَبَاعِدَةِ مِنْ غَيْرِ إِرَادَةِ الزَّيْنَةِ؛ لِأَنَّ هَذَا تَدَاوٍ لَا زَيْنَةً، قَوْلُهُ وَلَا تَخْتَضِبُ بِالْحِنَاءِ وَلِأَنَّهُ زَيْنَةٌ، قَوْلُهُ وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوعًا بِعُصْفُورٍ وَلَا بِزَعْفَرَانٍ وَلَا وَرْسٍ، فَإِنْ غُسِلَ الثَّوْبُ الْمَصْبُوعُ حَتَّى صَارَ لَا يَنْفُضُ جَارَأَنْ تَلْبَسَهُ لِزَوَالِ الطَّيِّبِ مِنْهُ وَكَذَا لَا تَلْبَسُ الثَّوْبَ الْمُطَيَّبَ، وَأَمَّا لُبْسُ الْحَرِيرِ قَصَدَتْ بِهِ الزَّيْنَةَ لَمْ يَجْزُ وَإِنْ لَبَسَتْهُ لِعُذْرٍ كَمَا إِذَا كَانَ بِهَا حَكَّةٌ أَوْ لِعَدَمِ غَيْرِهِ، جَازَ مِنْ غَيْرِ إِرَادَةِ الزَّيْنَةِ وَكَذَا لَا يَحِلُّ لَهَا لُبْسُ الْحُلِيِّ؛ لِأَنَّهَا تَلْبَسُ لِلزَّيْنَةِ^٤).

قال المالكية: (أَنْ لَا تَقْرَبَ الْمَرْأَةُ الْمُعْتَدَّةُ مِنَ الْوَفَاةِ شَيْئًا مِنَ الزَّيْنَةِ التَّزْيِينِ بِالْمَصْبُوعِ، وَلَوْ أَدَّكَنَ إِنْ وَجَدَتْ غَيْرَهُ إِلَّا الْأَسْوَدَ، قِيلَ: الْعَصَبُ ثِيَابٌ مِنَ الْيَمَنِ فِيهَا بَيَاضٌ وَسَوَادٌ، وَالنُّبْدَةُ الْقِطْعَةُ وَالشَّيْءُ الْيَسِيرُ، (وَالْقُسْطُ، وَالْأُظْفَارُ^٦)، نَوْعَانِ مِنَ الْبُخُورِ رَخَّصَ فِيهِ فِي الطُّهْرِ مِنَ الْحَيْضِ لِتَطْهِيرِ الْمَحَلِّ، وَإِزَالَةِ كَرَاهِيَّتِهِ، وَلِهَذَا الْحَدِيثُ قَصَرَ مَالِكُ الْإِحْدَادَ عَلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَإِنْ ارْتَابَتْ فَعَلَيْهَا الْإِحْدَادُ حَتَّى تَنْقُضِيَ الرِّيبَةَ، وَصِلَهُ الزَّيْنَةَ، بِحُلِيِّ أَوْ كُحْلٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ نَحْوِ إِزَالَةِ لَشَعْتٍ وَلَا تَكْتَحِلُ إِلَّا مِنْ صَرُورَةٍ فَتَسْتَعْمِلُهُ لَيْلًا وَتَمْسَحُهُ نَهَارًا، تُمْنَعُ

^١ وبالضم: عودٌ هنديٌّ وعربيٌّ مُدْرٌ نافعٌ للكبدِ جدًّا والمغصِ والدودِ وحمى الربيعِ شرباً وللزُّكامِ والنَّزلاتِ والوباءِ بخوراً. القاموس المحيط (١/٨٨١).

^٢ السنن الكبرى للبيهقي (١ كتاب الطهارة/١٩٤ باب الطيب للمرأة/ح ٩٠٢ (١/١٨٣). مُخَرَّجٌ فِي الصَّحِيحَيْنِ مِنْ حَدِيثِ هِشَامِ بْنِ حَسَّانٍ.

^٣ المحلى (١٠/٢٧٨).

^٤ الجوهرة النيرة (٤/٣٠٣).

^٥ القطعة. القاموس الفقهي (١/٣٤٦).

^٦ نبات عطري يشبه الأظفار. المعجم الوسيط (٢/٥٧٦).

الثِّيَابِ الْحَسَنَةِ وَإِنْ كَانَتْ بَيَضَاءً وَكَذَا رَفِيعُ السَّوَادِ وَلَوْ أَدْرَكَ إِنْ وُجِدَ غَيْرُهُ إِلَّا الْأَسْوَدَ، مِنْ
الْمُدُونَةِ: قِيلَ لِمَالِكٍ: أَتَلْبَسُ الْمَصْبُغَةَ مِنْ هَذِهِ الدُّكْنِ وَالصُّفْرِ؟ قَالَ: لَا، وَلَا صُوفًا وَلَا قُطْنًا وَلَا
كَتَّانًا صُبِغَ بِشَيْءٍ مِنْ هَذِهِ إِلَّا أَنْ تَضْطَرَّ لِذَلِكَ، وَلَا بَأْسَ أَنْ تَلْبَسَ مِنَ الْحَرِيرِ الْأَبْيَضَ^(١).
قال الشافعية: (تَرْكُ الزَّيْنَةِ مِنَ الْمُتَوَقَّى عَنْهَا فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ بِالثِّيَابِ وَالطَّيِّبِ وَالْحُلِيِّ وَمَا
فِي مَعْنَاهَا، الْمُتَوَقَّى عَنْهَا لَا تَلْبَسُ الْمُعْصَفَرُ مِنَ الثِّيَابِ وَلَا الْمُمَشَّقَةُ وَلَا الْحُلِيُّ وَلَا تَخْتَضِبُ
وَلَا تَكْتَحِلُ وَالْمُمَشَّقَةُ الْمَصْبُوغَةُ بِالْمِشْقِ بِكَسْرِ الْمِيمِ وَهُوَ الْمَغْرَةُ يَفْتَحُهَا وَيُقَالُ طِينٌ أَحْمَرُ
يُشَبِّهُهَا، وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا إِلَّا ثَوْبٌ عَصَبِ الذِّي لَا يَحْرُمُ كَالْأَسْوَدِ فَلَهَا لُبْسٌ غَيْرُ
الْمَصْبُوغِ مِنْ قُطْنٍ وَصُوفٍ وَوَبَرٍ وَشَعْرِ وَغَيْرِهَا وَلَوْ حَرِيرًا وَنَفِيسًا لِأَنَّ نَفَاسَتَهُ مِنْ أَصْلِ
الْخَلْقَةِ لَا مِنْ زِينَةٍ دَخَلَتْ عَلَيْهِ وَالْمَصْبُوغُ وَلَوْ قَبْلَ النَّسْجِ كَالْبُرُودِ حَرَامٌ لِمَا مَرَّ لَا الْمَصْبُوغُ
بِالسَّوَادِ أَنَّ مَا صُبِغَ لِزِينَةٍ يَحْرُمُ وَمَا صُبِغَ لَا لِزِينَةٍ كَالْأَسْوَدِ لَمْ يَحْرُمَ لِانْتِقَاءِ الزَّيْنَةِ عَنْهُ وَإِنْ
تَرَدَّدَ بَيْنَ الزَّيْنَةِ وَغَيْرِهَا كَالْأَخْضَرِ وَالْأَزْرَقِ كَأَنَّ كَانَ بَرَّاقًا صَافِي اللَّوْنِ حَرْمٌ لِأَنَّهُ مُسْتَحْسَنٌ
يُتَرَتِّبُ بِهِ وَالطَّرَازُ عَلَى الثَّوْبِ حَرَامٌ عَلَيْهَا، فَوَجُوهُ ثَلَاثَةٌ ثَالِثُهَا إِنْ نُسِجَ مَعَ الثَّوْبِ جَارٌ، وَإِنْ
رُكِبَ عَلَيْهِ حَرْمٌ لِأَنَّهُ مَحْضُ زِينَةٍ، وَيَحْرُمُ عَلَيْهَا الْحُلِيُّ مِنْ خَلْخَالٍ وَسِوَارٍ وَغَيْرِهِمَا وَلَوْ
خَاتَمَ فِضَّةٍ أَوْ حُلِيِّ لَوْلُو، وَلِظُهُورِ الزَّيْنَةِ فِيهِ وَلَهَا لُبْسُ الْحُلِيِّ لِلْإِحْرَازِ لَهُ أَوْ لِحَاجَةِ أُخْرَى
لَيْلًا بِلَا كَرَاهَةٍ وَلَهَا ذَلِكَ فِيهِ أَيْضًا بِلَا حَاجَةٍ لَكِنْ مَعَ الْكَرَاهَةِ وَاسْتَشْكَلَ بِحُرْمَةِ التَّطْيِيبِ
وَلِبَاسِ الْمَصْبُوغِ لَيْلًا وَفُرِقَ بَأَنَّ ذَلِكَ يُحَرِّكُ الشَّهْوَةَ بِخِلَافِ التَّحْلِي وَفِيهِ نَظَرٌ أَمَّا لُبْسُهُ
نَهَارًا فَحَرَامٌ إِلَّا أَنْ يَتَعَيَّنَ طَرِيقًا لِإِحْرَازِهِ فَظَاهِرٌ جَوَازُهُ لِلضَّرُورَةِ، فَإِنْ تَعَوَّدُوا أَيْ قَوْمُهَا
التَّحْلِي بِالنَّحَاسِ أَوْ الرَّصَاصِ أَوْ أَشْبَهَا التَّبَرِّينِ أَيْ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ بَحِيثٌ لَا يُعْرَفَانِ إِلَّا
بِتَأْمُلٍ أَوْ مَوْهَا بِهِمَا حَرْمًا وَإِلَّا فَلَا، وَالتَّمْوِيهِ بِغَيْرِهِمَا أَيْ مِمَّا يَحْرُمُ تَزِينُهَا بِهِ كَالْتَّمْوِيهِ بِهِمَا
وَأَمَّا اقْتَصَرُوا عَلَى ذِكْرِهِمَا اعْتِبَارًا بِالْغَالِبِ وَهِيَ فِي تَحْرِيمِ الطَّيِّبِ وَأَكْلِهِ وَالذَّهْنِ وَيَحْرُمُ
عَلَيْهَا الْإِكْتِحَالُ بِإِثْمِدٍ وَنَحْوِهِ^(٢).

^١ الفواكه الدواني (٣٨٠/٥)، التاج والإكليل لمختصر خليل (٢٢٦/٦)، المدونة (٤١٠/٤).

^٢ أنسى المطالب (٤٠٢/٣)، المذهب (١٥٠/٢).

قال الحنابلة: (الامتناع من الزينة في البدن بحلي من ذهب أو فضة سواء كان كبيرا كالخلخال والسوار أم صغيرا كالخاتم والقرط ، وإنما حرم ذلك لأنه يزيد في حسننها ، يحرم التزين به في الاصح، لأن الزينة فيه ظاهرة أو بثياب مصبوغة لزينة: المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا المشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل، ويباح لبس غير مصبوغ من قطن وصوف وكتان وإن كان نفيسا وحرير إذا لم يحدث فيه زينة، ويباح مصبوغ لا يقصد لزينة، والامتناع من استعمال الطيب في بدن أو ثوب ، بخلاف المحرم في ذلك واستثنى استعمالها عند الطهر من الحيض، وغيره قليلا من قسط أو إظفار، وهما نوعان من البخور ويحرم عليها دهن شعر رأسها لما فيه من الزينة واكتحالها بإثمد والصبر لحاجة كرمد فتكتحل ليلا وتمسحه نهارا، جواز التنظيف بغسل رأس وقلم أظفار واستحداد ونتف شعرا بط وإزالة وسخ ولو ظاهرا لان جميع ذلك ليس من الزينة أي الداعية إلى الوطئ، ويحل الامتناع بلا ترجيل بدهن ونحوه ويجوز بسدرونحوه، ويحل لها أيضا دخول حمام إن لم يكن فيه خروج محرم^١).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون) ٢.

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أن المعتدة من الوفاة يجب أن تترك لبس ثياب مصبوغة لزينة، وتتجنب الخضاب والطيب فلا تقربه جملة، وخالفهم في تجنب الكحل، فهو يرى أنه تتجنبه كله لضرورة أو لغيرها، أما الجمهور يروا أنه يجوز الكحل عند الضرورة، ولكن تستخدمه بالليل وتمسحه بالنهار. والرأي الراجح هو رأي الجمهور، لأنها تستخدمه لضرورة لا الزينة.

المطلب الثالث: الإحْدَادُ عَلَى الْمَيِّتِ:

مَسْأَلَةٌ (١٠٩) لَوْ التَّرَمَّتْ الْمَرْأَةُ هَذَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَلَى أَبِي، أَوْ أَخٍ، أَوْ ابْنٍ، أَوْ أُمٍّ، أَوْ قَرِيبٍ، أَوْ قَرِيبَةٍ كَانَ.

^١ الاقناع (١٣١/٢)، الروض المربع (٢١٦/٣).

٢ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٥).

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك: عَنْ حُمَيْدِ بْنِ نَافِعٍ "عَنْ زَيْنَبِ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا سَمِعَتْ أُمَّ حَبِيبَةَ، وَزَيْنَبَ بِنْتَ جَحْشٍ، أُمِّي الْمُؤْمِنِينَ، يَقُولَانِ: إِنَّهُمَا سَمِعَتَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: (لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا^(١))^(٢)).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَيُبَاحُ الْحِدَادُ عَلَى قَرَابَةٍ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَقَطْ، أَيُّ لِلْحَدِيثِ الصَّحِيحِ (لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ فَإِنَّهَا تُحِدُّ عَلَيْهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا^(٣) فَدَلَّ عَلَى حَمْلِهِ فِي الثَّلَاثِ دُونَ مَا فَوْقَهَا، الْحَدِيثُ مُطْلَقٌ، وَقَدْ حَمَلَهُ أُمَّهَاتُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى إِطْلَاقِهِ فَدَعَتْ أُمُّ حَبِيبَةَ بِالطَّبِيبِ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهَا بِثَلَاثٍ، وَكَذَلِكَ زَيْنَبُ بَعْدَ مَوْتِ أَخِيهَا وَقَالَتْ كُلُّ مِنْهُمَا: مَا لِي بِالطَّبِيبِ مِنْ حَاجَةٍ غَيْرَ أَنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ "لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ إلخ"^(٤))، قال المالكية: (لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: (لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ تُحِدُّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ^(٥)) فوصف المرأة بالإيمان بالله واليوم الآخر خرج مخرج التأكيد لا لقصد التقيد^(٦))، قال الشافعية: (لَهَا الْإِحْدَادُ عَلَى غَيْرِ زَوْجٍ مِنَ الْمَوْتَى إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَأَقْلَّ، وَتَحَرُّمُ الزِّيَادَةِ عَلَيْهَا^(٧)). قال الحنابلة: (يَحْرَمُ إِحْدَادُ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ بِأَيَّامِهَا عَلَى مَيِّتٍ غَيْرِ زَوْجٍ^(٨)).

^١ صحيح البخاري (٢٩ كتاب الجنائز/٣٠ باب حد المرأة على غير زوجها/ح ١٢٢١ (٤٣٠/١)).

^٢ المحلى (٢٨٠/١٠).

^٣ صحيح البخاري (٢٩ كتاب الجنائز/٣٠ باب حد المرأة على غير زوجها/ح ١٢٢١ (٤٣٠/١)).

^٤ صحيح البخاري (٢٩ كتاب الجنائز/٣٠ باب حد المرأة على غير زوجها/ح ١٢٢١ (٤٣٠/١)).

^٥ رد المختار (٤٤٨/١٢).

^٦ صحيح البخاري (٢٩ كتاب الجنائز/٣٠ باب حد المرأة على غير زوجها/ح ١٢٢١ (٤٣٠/١)).

^٧ المدونة (٤٠٦/٤)، إيسال السالك في أصول الإمام مالك/العلامة الشيخ سيدي محمد يحيى بن عمر المختار بن

الطالب عبد الله الولاتي الشنقيطي. رحمه الله. (ت ١٣٣٠هـ/١٩١٢م) (١/١١).

^٨ أنسى المطالب (٤٠٣/٣).

^٩ شرح منتهى الإرادات (٢٠٣/٣).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون) ١.

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع الجمهور في أنه يجوز للمرأة ان تحد على غير الزوج من الموتى ثلاثة أيام فأقل، وتحرم الزيادة .

المطلب الرابع: إحداد المطلقة ثلاثاً : ٢

مسألة (١١٠) لَيْسَ عَلَى الْمُطَلَّقةِ ثَلَاثًا إِحدَادٌ أصلاً.

قال ابن حزم: (لأن القياس كله باطل) ٢

أما جمهور الفقهاء المالكية: (وَلَيْسَ عَلَى الْمُطَلَّقةِ زَمَنَ عِدَّتِهَا حَدًّا، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا؛ لِأَنَّهَا لَوْ ظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ لَأَمَكَّنَ الزَّوْجُ أَنْ يَنْفِيَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ بِخِلَافِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا، قَالَ مَالِكٌ: لَا إِحدَادَ عَلَى مُطَلَّقةٍ مَبْنُوتَةٍ كَانَتْ أَوْ غَيْرَ مَبْنُوتَةٍ، وَإِنَّمَا الإحدَادُ عَلَى الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَلَيْسَ عَلَى الْمُطَلَّقةِ شَيْءٌ مِنَ الإحدَادِ) ٣. للشافعية قولان: (وَالْقَوْلُ الثَّانِي: وَبِهِ قَالَ فِي الْجَدِيدِ، أَنَّهُ لَا إِحدَادَ عَلَيْهَا كَالرَّجْعِيَّةِ؛ لِأَنَّهَا فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ: وَلِأَنَّ النِّكَاحَ مَوْضُوعٌ، وَلِذَلِكَ يُقَالُ: اسْتَنَكَحَهُ الْمَرَضُ إِذَا دَاوَمَهُ، فَإِذَا مَاتَ عَنْهَا فَقَدْ اسْتَوَفَى مُدَّةَ نِكَاحِهِ فَوَجَبَ الإحدَادُ فِي عِدَّتِهِ لِرِعَايَةِ حُرْمَتِهِ، وَخَالَفَ الْمَبْنُوتَةَ: لِأَنَّهُ قَدْ أَبَى عِصْمَتَهَا فَلَمْ يَجِبِ الإحدَادُ فِي عِدَّتِهِ لِقَطْعِ حُرْمَتِهِ) ٤، للحنابلة قولان (إحداهما لا يجب ولأن الإحداد في عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته، فأما البائن فإنه فارقها باختياره وقطع نكاحها فلا معنى لتكلفتها الحزن عليه، ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج به وليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالإحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة البائن) ٥.

١ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م/المادة (٥).

٢ المحلى (٢٨١/١٠).

٣ المدونة (٤٠٥/٤)، الفواكه الدواني (٣٢٦/٥).

٤ الحاوي الكبير (٦١٩/١١).

٥ المبدع (١٤٠/٨).

قال الحنفية(وأما الحداد فيجب على كل معتدة،بالغة،عاقلة،مسلمة،حرة،بانث من زوجها،بواحدة أو ثلاث،أو مات عنها زوجها، فإن كانت معتدة عن وفاة يجب الاحداد بالاجماع،وإن كانت عن طلاق، بائن أو ثلاث^(١))،وأحد قولى الشافعية (وَأَمَّا الْمُخْتَلَفُ فِي وَجُوبِ الإِحْدَادِ عَلَيْهَا فَهِيَ الْمُبْتَوَّةُ،وَالْمُخْتَلِعَةُ، وَالْمَلَاعِنَةُ فَأَلِإِحْدَادُ مُسْتَحَبٌّ لَهَا وَفِي وَجُوبِهِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا:وَبِهِ قَالَ فِي الْقَدِيمِ، أَنَّ الإِحْدَادَ فِي عِدَّةِ الْبَنَاتِ وَاجِبٌ كَوَجُوبِهِ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ؛ لِأَنَّهُمَا عِدَّتَانِ عَنْ نِكَاحٍ لَا سَبِيلَ عَلَيْهِمَا فِيهَا لِرَوْحٍ: وَلِأَنَّ عِدَّةَ الْمُبْتَوَّةِ أَغْلَظُ مِنَ عِدَّةِ الْوَفَاةِ: لِأَنَّهَا تُمْنَعُ مِنَ الْخُرُوجِ نَهَارًا وَلَا تُمْنَعُ مِنْ عِدَّةِ الْوَفَاةِ،فَكَانَتْ بِالْإِحْدَادِ أَوْلَى^(٢))،وأحد قولى الحنابلة(وهل يجب الإحدادعلى البائن كالمطلقة ثلاثا والمختلعة على رويتين،والثانية يجب وأختاره الأكثر،ولهذا جاز الإحداد من هنا بالاجماع^(٣)).

رأى القانون السوداني:لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على(يعمل بالراجع من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^(٤)).

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء بأنه ليس على المطلقة ثلاثا إحداد أصلا.

المطلب الخامس:إِغْفَالُ الْمُعْتَدَّةِ الإِحْدَادَ حَتَّى تَنْقَضِيَ الْعِدَّةُ:

مَسْأَلَةٌ (١١١) إِنْ أَغْفَلَتِ الْمُعْتَدَّةُ الإِحْدَادَ الْمَذْكُورَ حَتَّى تَنْقَضِيَ الْعِدَّةُ،فَإِنْ كَانَ مِنْ جَهْلٍ فَلَا حَرَجَ،وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَهِيَ عَاصِيَةٌ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَلَا تُعِيدُ ذَلِكَ؛لِأَنَّ وَقْتَ الإِحْدَادِ قَدْ مَضَى،وَلَا يَجُوزُ عَمَلُ شَيْءٍ فِي غَيْرِ مَوْضِعِهِ وَفِي غَيْرِ وَقْتِهِ.

قال ابن حزم:(وبرهان ذلك ان كانت عدة المتوفى عنها وضع حملها فلا بد لها من الاحداد أربعة أشهر فأقل ولا نوجبه عليها بعد ذلك لأن النصوص كلها إنما جاءت بأربعة أشهر وعشر فقط،) أَنَّ سُبَيْعَةَ الْأَسْلَمِيَّةَ نَفَسَتْ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيَالٍ فَجَاءَتْ النَّبِيَّ صَلَّى

^١ تحفة الفقهاء (٢٥١/٢).

^٢ الحاوى الكبير (٦١٩/١١).

^٣ المبدع (١٤٠/٨).

^٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٥).

اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَاسْتَأْذَنَتْهُ أَنْ تَنْكِحَ فَأَذِنَ لَهَا فَنَكَحَتْ^١)، فلم ينكر ذلك عليها، فصح انه لا احداد عليها بعد انقضاء حملها قبل الأربعة الأشهر والعشر، ولم نجد نصا بايجابه عليها ان تمادى الحمل أكثر من أربعة أشهر وعشر، فإن وجد فالقول به واجب وإلا فلا^٢).
أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (أن الإحداد زيادة غلط لأنه ليس تقييدا للتربص وإلا لو تربصت ولم تحد في تربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العدة، وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة^٣)، قال المالكية: (فإن لم يبلغها حتى انقضت عدتها أيكون عليها من الإحداد شيء أم لا؟ قال مالك: لا إحداد عليها إذا لم يبلغها إلا من بعد ما تنقضي عدتها^٤)، قال الشافعية: (ولو تركت المدة المكلفة الإحداد الواجب عليها كل المدة أو بعضها عصت إن علمت حرمة الترك وانقضت عدتها مع العصيان ولو بلغت وفاة زوجها أو طلاقه بعد انقضاء العدة كانت منقضية ولا حداد عليها^٥)، قال الحنابلة: (وإن تركت الإحداد عمدا أثمت، وتمت عدتها بمضي زمانها أي زمان العدة، لأن الإحداد ليس شرطاً في انقضاء العدة^٦).
رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^٧).

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أنه إذا أغفلت المعتدة الإحداد حتى انقضت عدتها، فإن كان من جهل فلا حرج، وإن كان عمداً فهي عاصية لله .

^١ صحيح البخاري (٧١ كتاب الطلاق/٣٧ باب أولات الأحمال أجلهن أن يضع حملهن/ح ر ٥٠١٤ (٥/٢٠٣٨).

^٢ المحلى (٢٨١/١٠).

^٣ شرح فتح القدير (٢٤٢/٥).

^٤ المدونة (٤٠٤/٤).

^٥ الإقناع للشرييني (٤٧٢/٢).

^٦ حاشية الروض المربع (٧٥/١٣).

^٧ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٥).

المبحث الأول: الرَّجْعَةُ وما يفسخ به النكاح بعد صحته

تمهيد:

تعريف الرجعة في اللغة: (الرَّجْعَةُ" مراجعة الرجل أهله وقد تكسر وهو يملك "الرَّجْعَةُ" على زوجته، وطلاق "رَجِئِي").

تعريف الرجعة في الشرع: عرفها الشافعية: (رَدُّ الْمَرْأَةِ إِلَى النِّكَاحِ مِنْ طَلَاقٍ غَيْرِ بَائِنٍ فِي الْعِدَّةِ كَمَا يُؤْخَذُ مِمَّا يَأْتِي وَالْأَصْلُ فِيهَا قَبْلَ الْإِجْمَاعِ^٢).

المطلب الأول: الرَّجْعَةُ مِنَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ:

^١ المصباح المنير (١/ ١١٦).

^٢ أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣/ ٣٤١).

مَسْأَلَةٌ (١١٢) أَنَّهُ لَا يَكُونُ طَلَاقٌ لَا يَمْلِكُ فِيهِ الْمُطَلَّقُ الرَّجْعَةَ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ إِلَّا طَلَاقُ الثَّلَاثِ مَجْمُوعَةً، أَوْ مُفَرَّقَةً وَطَلَاقُ الَّتِي لَمْ يَطَّأَهَا الْمُطَلَّقُ سَوَاءً طَلَّقَهَا وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا إِلَّا أَنَّهُ دُونَ الثَّلَاثِ إِنْ رَضِيَ هُوَ وَهِيَ فَلَهُمَا ابْتِدَاءُ النِّكَاحِ بَوَلِيِّ، وَإِشْهَادٌ، وَصَدَاقٌ وَهَذَا حُكْمُ الْفَسْخِ كُلِّهِ. وَأَمَّا طَلَاقُ الْمُوْطُوءَةِ وَاحِدَةً، أَوْ اثْنَتَيْنِ: فَلِلْمُطَلَّقِ مُرَاجَعَتُهَا أَحَبَّتْ أَمْ كَرِهَتْ بِلَا صَدَاقٍ، وَلَا وَلِيِّ، وَلَكِنْ بِإِشْهَادٍ فَقَطْ.

قال ابن حزم: (وَهَذَا مَا لَا خِلَافَ فِيهِ^١).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ فَلَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا فِي عِدَّتِهَا رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ تَرْضَ، إِنَّمَا شَرِطَ بَقَاؤَهَا فِي الْعِدَّةِ لِأَنَّهَا إِذَا انْقَضَتْ زَالَ الْمِلْكُ وَخُفُوفُهُ فَلَا تَصِحُّ الرَّجْعَةُ بَعْدَ ذَلِكَ وَقَوْلُهُ رَضِيَتْ أَوْ لَمْ تَرْضَ، لِأَنَّهَا بَاقِيَةٌ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ وَيَسْتَحِبُّ أَنْ يَعْلَمَهَا بِالرَّجْعَةِ لِتَتَخَلَّصَ مِنْ قَيْدِ الْعِدَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَهَا جَازٌ، وَيَسْتَحِبُّ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ لِأَنَّ النُّصُوصَ الدَّالَّةَ عَلَى الرَّجْعَةِ خَالِيَةً عَنْ قَيْدِ الشَّهَادَةِ، وَلَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهَا اسْتِدَامَةُ لِلنِّكَاحِ، وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ حَالَةَ الْاسْتِدَامَةِ، وَإِنَّمَا اسْتَحْبَبْنَاهُ تَحَرُّزًا عَنِ التَّجَادُدِ، وَهُوَ مُحْمَلٌ قَوْلُهُ تَعَالَى عَقِيبَ ذِكْرِ الرَّجْعَةِ وَالطَّلَاقِ {وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ^٢}، وَهَكَذَا هُوَ مُحْمُولٌ فِي الطَّلَاقِ أَيْضًا تَوْفِيقًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ النُّصُوصِ الدَّالَّةِ عَلَى جَوَازِ الرَّجْعَةِ وَوُقُوعِ الطَّلَاقِ الْخَالِيَةِ عَنْ قَيْدٍ، قَالَ: وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مَطْلَقَتِهِ الْمَبَانَةَ بِدُونِ الثَّلَاثِ فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا لِأَنَّ حُلَّ الْمَحْلِيَةِ بَاقٍ إِذَا زَوَّاهُ بِالثَّلَاثَةِ وَلَمْ تَوْجَدْ، وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ لِغَيْرِهِ فِي الْعِدَّةِ تَحَرُّزًا عَنِ اسْتِبْهَابِ الْأَنْسَابِ، وَهُوَ مَعْدُومٌ فِي حَقِّهِ وَالْمَبَانَةُ بِالثَّلَاثِ: {فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ^٣}، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: {فَإِنْ طَلَّقَهَا^٤} يَعْنِي الثَّلَاثَةَ، وَالنِّكَاحُ الْمَطْلُوقُ فِي الشَّرْعِ يَنْصَرَفُ إِلَى الصَّحِيحِ حَتَّى لَوْ دَخَلَ بِهَا فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ لَا تَحِلُّ لِلأَوَّلِ^٥)، قَالَ الْمَالِكِيَّةُ: (مَا لَمْ تَنْقُضِ الْعِدَّةَ، فَإِنْ انْقَضَتْ بَانَتْ، وَلَمْ تَحِلَّ إِلَّا

^١ المحلى (٢٥٥/١٠).

^٢ سورة الطلاق الآية ٢.

^٣ سورة البقرة الآية ٢٣٠.

^٤ سورة البقرة الآية ٢٣٠.

^٥ الجوهرة النيرة (١٧٨/٤)، الاختيار لتعليل المختار (١٦٣/٣، ١٦٥).

بِعَقْدٍ جَدِيدٍ وَرِضَاهَا كَابْتِدَاءِ نِكَاحِ أَجْنَبِيَّةٍ وَإِنَّمَا كَانَ لَهُ طَلَاقٌ غَيْرَ الْمَذْخُولِ بِهَا مَتَى شَاءَ لِأَنَّ، الْوَاحِدَةَ تُبَيِّنُهَا، لِأَنَّ الرَّجْعِيَّ إِنَّمَا يَكُونُ فِي طَلَاقِ الْمَذْخُولِ بِهَا، وَلَا تَحِلُّ لَهُ بَعْدَ بَيِّنُوتِهَا إِلَّا بِعَقْدٍ جَدِيدٍ وَرِضَاهَا وَلَوْ قَبْلَ زَوْجٍ وَالثَّلَاثُ، فِي كَلِمَةٍ أَوْ مَا فِي حُكْمِهَا كَالْبَيِّنَةِ أَوْ بِتَكَرُّرِ لَفْظِ الطَّلَاقِ نَسْقًا، تُحَرِّمُهَا عَلَى زَوْجِهَا وَلَا تَحِلُّ لَهُ، إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ بَالِغٍ يَنْكِحُهَا رَغْبَةً. والاشهاد على الطلاق ليس بواجب فرضاً عند جمهور أهل العلم ولكنه ندب وإرشاد واحتياط للمطلق كالاشهاد على البيع والاشهاد على الرجعة كذلك وقد قيل الاشهاد على الرجعة أوكد^١)، قال الشافعية: (فَيَقَعُ فِي الْعِدَّةِ طَلَاقُ رَجْعِيَّةٍ لِبَقَاءِ الْوَلَايَةِ عَلَيْهَا بِمِلْكِ الرَّجْعَةِ لَا طَلَاقَ بَائِنٍ لِانْتِفَاءِ الْوَلَايَةِ عَلَيْهَا) لَا يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ عَلَى الرَّجْعَةِ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ اسْتِدَامَةِ النِّكَاحِ وَلِلطَّلَاقِ الْأَدْلَةُ وَالْأَمْرُ بِهِ فِي آيَةٍ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ مَحْمُولٌ عَلَى الْإِسْتِحْبَابِ كَمَا فِي قَوْلِهِ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ، وَإِنَّمَا وَجَبَ الْإِشْهَادُ عَلَى النِّكَاحِ لِإِثْبَاتِ الْفِرَاشِ وَهُوَ ثَابِتٌ، هُنَا أَنَّهَا تَصِحُّ وَخَرَجَ بِالطَّلَاقِ الْفُسْخُ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ إِنَّمَا وَرَدَتْ فِي الطَّلَاقِ وَلِأَنَّ الْفُسْخَ شُرْعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ وَلَا يَلِيقُ بِهِ جَوَازُ الرَّجْعَةِ وَقَوْلُهُ بِلَا عَوَضٍ الطَّلَاقُ بِعَوَضٍ لِبَيِّنُوتِهَا وَقَوْلُهُ وَلَا اسْتِيفَاءٍ عَدَدٍ مَا لَوَاسْتَوْفَاهُ لِبَيِّنُوتِهَا وَلِئَلَّا يَبْقَى النِّكَاحُ بِلَا طَلَاقٍ، وَلِأَنَّ اسْتِيفَاءَهُ يُخَوِّجُ إِلَى مُحَلَّلٍ، إِنَّهَا تَكُونُ لِلزَّوْجِ الرَّجْعَةَ فِي الْعِدَّةِ قَبْلَ التَّطْلِيقِ الثَّلَاثَةِ ؟ فَقُلْتُ لَهُ لِمَا بَيْنَ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ فِي كِتَابِهِ {فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ}، وَلَا يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ رَجْعَتِهَا رِضَاهَا وَلَا حُضُورُ الْوَلِيِّ وَلَا عِلْمُهُ بِهَا وَلَا رِضَا سَيِّدِهَا، وَيُسْنُ إِعْلَامُهُ أَيْ سَيِّدِهَا وَمِثْلُهُ الْوَلِيُّ قُلْتُ إِنْ الرَّجْعَةَ لَيْسَتْ بِعَقْدٍ نِكَاحٍ إِنَّمَا هِيَ شَيْءٌ جَعَلَهُ اللَّهُ لِلْمُطَلَّقِ فِي عَقْدَةِ النِّكَاحِ أَنْ يَكُونَ لَهُ الرَّجْعَةُ فِي الْعِدَّةِ وَعَقْدَةُ النِّكَاحِ كَانَ وَهُوَ حَالٌ فَلَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ حَقُّ الْأَحْرَامِ، وَلَا يُقَالُ لِلْمَرَاغِعِ نَاكِحٌ بِحَالٍ أَنْ مَنْ طَلَّقَ زَوْجَةً لَهُ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ثَلَاثًا، {فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ}، قَالَ الْحَنَابِلَةُ: (قَوْلُهُ إِذَا

^١ الفواكه الدواني (١٧٩/٥)، الكافي في فقه أهل المدينة/ص ٢٦٤.

^٢ سورة البقرة الآية ٢٣٠.

^٣ سورة البقرة الآية ٢٣٠.

^٤ أسني المطالب (٣/٣٤١-٣٤٢)، الأم (١٢٧/٥-١٩١-١٩٦).

طَلَّقَ امْرَأَتَهُ بَعْدَ دُخُولِهِ بِهَا أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثٍ أَوْ الْعَبْدُ وَاحِدَةً بِغَيْرِ عَوَضٍ فَلَهُ رَجْعَتُهَا مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ وَهَلْ مِنْ شَرْطِهَا الْإِشْهَادُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، الْخِلَافُ فِي مَحَلِّ هَاتَيْنِ الرِّوَايَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا لَا يُشْتَرَطُ وَهُوَ الْمَذْهَبُ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ، وَالثَّانِيَةُ يُشْتَرَطُ^(١).

رَأَى الْقَانُونُ السُّودَانِي: نَصَ عَلَى: (يَجُوزُ لِلزَّوْجِ أَنْ يَرْجِعَ مَطْلُقَتَهُ، مَا دَامَتْ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ، وَإِنْ لَمْ تَرْضَ بِذَلِكَ، وَلَا يَسْقُطُ هَذَا الْحَقُّ بِالتَّنَازُلِ^(٢)).

الرَّأْيُ الرَّاجِحُ: اتَّفَقَ ابْنُ حَزْمٍ مَعَ جَمْهُورِ الْفُقَهَاءِ إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ فَلَهُ أَنْ يَرَاغِعَهَا فِي عِدَّتِهَا رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ تَرْضَ، وَيَشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ، وَأَنْ يَعْلَمَهَا بِالرَّجْعَةِ، أَمَا طَلَاقُ الثَّلَاثِ فَلَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجَ غَيْرِهِ .

المطلب الثاني: الفسخ بسبب الجنون والجزام:

مسألة (١١٣) لا يفسخ النكاح بعد صحته بجزام حادث ولا ببرص كذلك ولا بجنون كذلك ولا بان يجد بها شيئاً من هذه العيوب.

قال ابن حزم: (ولا بان يجد بها شيئاً من هذه العيوب ولا بان تجده هي كذلك^(٣)). أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (أن النكاح عقد معاوضة يحتمل الفسخ بأسباب فيثبت فيه حق الرد بعيب يخل بالمقصود كالبيع والمقصود بالنكاح طبعاً قضاء الشهوة وشرعاً النسل وهذه العيوب تخل بهذا المقصود أما الرق والقرن يفوته أصلاً وأما الجنون والجزام والبرص يخل به من حيث أن الطبع ينفر من صحبة مثلها وربما تعدى إلى الولد^(٤)).

قال المالكية: (تُرَدُّ الْمَرْأَةُ مِنَ الْجُنُونِ وَالْجُذَامِ وَالْبَرَصِ وَدَاءِ الْفَرْجِ^(٥))، قال الشافعية: (هُوَ السَّلَامَةُ مِنَ الْعُيُوبِ الْكَفَاءَةِ فِي النِّكَاحِ، فَهِيَ الْعُيُوبُ الَّتِي رَدَّ بِهَا عَقْدُ النِّكَاحِ، وَهِيَ خَمْسَةٌ

^١ الإِتصاف (١٥٠/٩-١٥٢).

^٢ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١ / المادة (١٣٩).

^٣ المحلى (١٠٩/١٠).

^٤ الجوهرة النيرة (٤/ ٦٢)، المبسوط (٤/ ٦٩).

^٥ التاج والإكليل لمختصر خليل (٥/ ٣٩٦).

تَشْتَرِكُ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ مِنْهَا فِي ثَلَاثَةٍ: وَهِيَ الْجُنُونُ، وَالْجَذَامُ، وَالْبَرَصُ، وَيَخْتَصُّ الرِّجَالُ مِنْهَا اثْنَتَيْنِ هُمَا: الْجَبُّ وَالْخِصَاءُ، وَفِي مُقَابَلَتِهِمَا مِنَ النِّسَاءِ الْقَرْنُ وَالرَّتْقُ، وَإِنَّمَا اعْتُبِرَتْ هَذِهِ الْعُيُوبُ الْخَمْسَةُ فِي الْكَفَاءَةِ: لِأَنَّهُ لَمَّا أُوجِبَتْ وَجُودُهَا فَسَخَ النِّكَاحُ الَّذِي لَا يُوجِبُهُ نَقْصُ النِّسَبِ، فَأَوَّلَى أَنْ تَكُونَ مُعْتَبَرَةً فِي الْكَفَاءَةِ^(١)، قَالَ الْحَنَابِلَةُ: (العيوب المجوزة للفسخ وهي ثمانية: اثنان يختصان الرجل، وهما الجب والعنة وثلاثة تختص المرأة وهي الفتق والقرن والعفل، وثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجذام والجنون والبرص^(٢)).

رأى القانون السوداني: نص على: (يجوز للزوجة طلب التطليق من زوجها، لعيب أو مرض مستحکم أصيب به قبل العقد، ولم تعلم به، أو حدث بعد العقد...^(٣)).
الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في أن الجزام البرص الجنون لا يفسخ عقد النكاح، والرأي الراجح هو رأي الجمهور لأن الكفاءة في النكاح هي السلامة من هذه العيوب.

المبحث الثالث: الخلع وكيفيته ومقدار بدله

تمهيد:

تعريف الخلع في اللغة: (خَلَعْتُ: النعل وغيره "خَلَعًا" نزعتَه و"خَالَعْتُ" المرأة زوجها "مُخَالَعَةً" إذا افتدت منه وطلقها على الفدية "فَخَلَعَهَا" هو "خَلَعًا" والإسم "الْخُلْعُ" بالضم وهو استعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد منهما لباس للآخر فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه^(٤)).

تعريف الخلع في الشرع: (فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج^(٥)).

^١ الحاوي الكبير (٩/ ٢٦٥).

^٢ الشرح الكبير لابن قدامة (٧/ ٥٦٧).

^٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م/ المادة (١٥١/ ١٥٢).

^٤ المصباح المنير (١/ ٩٤).

^٥ الإقناع (٢/ ٩٦).

تعريف الخلع فى القانون: نص على: (هو حل عقدة الزواج، بتراضى الزوجين، على بدل، بلفظ الخلع، أو ما فى معناه^١). ويلاحظ من خلال هذه التعاريف بأنها تتفق فى معنى الخلع.

المطلب الأول: كيفية الخلع:

مسألة (١١٤) الخلع، وهو: الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت أن لا تؤفيه حقه، أو خافت أن يبغيضها فلا يؤفيتها حقه، فلها أن تقتدي منه ويطلقها، إن رضي هو؟ وإلا لم يجبر هو؟ ولا أجبرت هي؟ إنما يجوز بتراضيهما.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك: قول الله عز وجل: {وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إغراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير^٢، وقال تعالى: {فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به^٣ فهاتان الآيتان قاضيتان على كل ما فى الخلع^٤).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (إذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس أن تقتدي نفسها منه بمال يخلعها به، فإذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة، ولزمها المال وإن كان النشوز من قبله كره له أن يأخذ منها عوضاً، وإن كان النشوز من قبلها كره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها، فإذا فعل ذلك جاز فى القضاء، وإن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال وكان الطلاق بائناً وإذا بطل العوض فى الخلع مثل أن تخالع المرأة المسلمة على خمر أو خنزير فلا شيء للزوج والفرقة بائنة، وإن بطل العوض فى الطلاق كان رجعيًا وما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً فى الخلع^٥).

قال المالكية: (أرأيت النشوز إذا كان من قبل المرأة أيحل للزوج أن يأخذ منها ما أعطته على الخلع؟ قال: نعم إذا رضيت بذلك ولم يكن منه فى ذلك ضرر لها قلت: ويكون الخلع

^١ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٤٢).

^٢ سورة النساء الآية ١٢٨.

^٣ سورة البقرة الآية ٢٢٩.

^٤ المحلى (٢٣٦/١٠).

^٥ الباب فى شرح الكتاب، (١٣/٣).

ههنا تطليقة بائنة في قول مالك؟ قال: نعم قلت: أرايت إذا كان الخلع على ما تخاف المرأة من نشوز الزوج قال: لا يجوز للزوج أن يأخذ منها شيئاً على طلاقها وإنما يجوز له الأخذ على حبسها أو تعطيلها هو صلحا من عنده من ماله ما ترضى به وتقيم معه على تلك الأثرة في القسم من نفسه وماله، قال: الخلع جائز ويأخذ ما خالعه عليه من العبد مثل الثمر الذي لم يبد صلاحه والعبد الآبق والبعير الشارد إذا صالحها على ذلك كله إن ذلك له ويثبت الخلع بينهما^(١)، قال الشافعية: (إذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر، أو سوء عشرة وخافت أن لا تؤدي حقه جاز أن تخالعه على عوض، وإن لم تكره منه شيئاً وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز لقوله عز وجل: {فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا}^(٢)، ولأنه رفع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر^(٣)).

قال الحنابلة: (وهو فراق الزوجة بعوض بألفاظ مخصوصة سمي بذلك لأن المرأة تخلع نفسها من الزوج كما تخلع اللباس قال تعالى: {هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ}، من صح تبرعه وهو الحر الرشيد غير المحجور عليه (من زوجة وأجنبي صح بذله لعوضه) ومن لا فلا لأنه الزوجة (خلق زوجها أو خلقه) أبيع الخلع والخلق بفتح الخاء صورته الظاهرة وبضمها صورته الباطنة أو كرهت نقص دينه أو خافت إثما بترك حقه أبيع الخلع^(٤)).

رأى القانون السوداني: نص على: (يجوز للزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع^(٥)).

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في الخلع وهو إذا خافت المرأة أن لا توفي زوجها حقه فلها أن تقتدي منه .

المطلب الثاني: الخُلْعُ طَلَقٌ بَائِنٌ أَمْ رَجْعِيٌّ ؟

^١ المدونة الكبرى، (٢/ ٢٤١).

^٢ سورة النساء الآية ٤.

^٣ المذهب (٢/ ٤٨٩).

^٤ سورة البقرة الآية ١٨٧ .

^٥ الروض المربع (٣ / ١٣٦).

^٦ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٤٣).

مسألة (١١٥) أَمَا هَلْ الْخُلْعُ طَلَقٌ بَائِنٌ أَوْ رَجْعِيٌّ؟ .

قال ابن حزم قَدْ بَيَّنَّ اللَّهُ تَعَالَى حُكْمَ الطَّلَاقِ، وَأَنَّ: {وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ}١ وَقَالَ {فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ}٢، فَلَا يَجُوزُ خِلَافُ ذَلِكَ. وَمَا وَجَدْنَا قَطُّ فِي دِينِ الْإِسْلَامِ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى، وَلَا عَنْ رَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طَلَقًا بَائِنًا لَا رَجْعَةَ فِيهِ، إِلَّا الثَّلَاثَ مَجْمُوعَةً أَوْ مُفَرَّقَةً، أَوِ اللَّيْلِيَّ لَمْ يَطَّأَهَا، وَأَمَّا رَدُّهُ مَا أَخَذَ مِنْهَا فَإِنَّمَا أَخَذَهُ لَيْلًا تَكُونُ فِي عِصْمَتِهِ، فَإِذَا لَمْ يَتِمَّ لَهَا مُرَادُهَا فَمَالُهَا الَّذِي لَمْ تُعْطِهِ إِلَّا لِذَلِكَ مَرْدُودٌ عَلَيْهَا، إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ عَلَيْهَا أَنَّهَا طَلَّقَتْهُ لَهُ الرَّجْعَةَ فِيهَا، فَتَرْضَى، فَلَا يَرُدُّ عَلَيْهَا شَيْئًا٣).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (الخلع طلاق بائن ينتقص به من عدد الطلاق ٤)، قال المالكية: (يعني أَنَّ الْخُلْعَ طَلَقٌ بَائِنٌ وَلَوْ وَقَعَ بِغَيْرِ عَوْضٍ إِذَا نَصَّ عَلَيْهِ أَيْ عَلَى الْخُلْعِ بِأَنْ صَرَّحَ بِهِ٥)، قال الشافعية: (لأن الخلع طلاق بائن، إنما السبيل إلى ذلك عقد جديد تملك فيه المرأة كامل اختيارها، وبمهر جديد أيضا٦)، قال الحنابلة: (أي الخلع طلاق بائن ما لم يقع بلفظ صريح٧).

رأى القانون السوداني: نص على: (يعتبر الخلع طلاق بائن٨).

الرأي الراجح: خالف الإمام ابن حزم جمهور الفقهاء في أن الخلع طلاق رجعي، أما الجمهور والقانون السوداني يروا أنه طلاق بائن، وهو الرأي الراجح لأن المرأة ملكة أمر نفسها ولم يبق للزوج عليها من سلطان، فلا رجعة له عليها أثناء العدة، إنما السبيل إلى ذلك عقد جديد تملك فيه المرأة كامل اختيارها، وبمهر جديد أيضا.

١ سورة البقرة الآية: ٢٢٨.

٢ سورة الطلاق الآية ٢.

٣ المحلى (١٠/٢٤٠).

٤ المحيط البرهاني (٣/٦٢٧).

٥ مواهب الجليل شرح مختصر خليل (١١/٩٥).

٦ الفقه المنهجي علي مذهب الإمام الشافعي رضى الله عنه/د. مصطفى الخن/د. مصطفى البغا علي الشرجي (٤/٩٠).

٧ شرح منتهى الإرادات (٣/٦٠).

٨ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٤/١٤٣).

المطلب الثالث: مقدار بدل الخلع:

مسألة (١١٦) لا يحلُّ الافتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين^١، أو باجتماعهما، فإن وقع بغيرهما فهو باطل، ويردُّ عليها ما أخذ منها، وهي امرأته كما كانت، ويبطل طلاقه ويمنع من ظلمها فقط. ولها أن تقتدي بجميع ما تملك.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك: عن ابن جريج قال: قال لي عطاء: "أتت امرأة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني أنقض زوجي وأحب فراقه؟ قال: فتزدين إليه حديقته التي أصدقك؟ قالت: نعم، وزيادة من مالي؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمّا زيادة من مالك فلا، ولكن الحديقة، قالت: نعم فقضى عليه الصلاة والسلام بذلك

على الزوج^٢ قال أبو محمد: نعم لا يحل له أن يأخذ مما آتاها شيئاً إلا أن تطيب نفسها به ثم حكم آخر: {أن يخافاً ألا يقيم حُدود الله فإن خفتُم ألا يقيم حُدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به^٣}، عموم لا يحل تخصيصه بالدعاوي الكاذبة، حيث أباح الله تعالى له أخذه فهو مسرح باحسان، وتباحون لها أن تعطى مالها كله قلنا: إنما نتبع في ذلك أمر الله وجاء النص بأن لا جناح عليهما فيما افتدت به فوقفنا عند كل ذلك ولم نعترض على أوامر الله تعالى وأوامر رسوله صلى الله عليه وسلم بالرأى^٤).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (يطيب له الفضل أيضاً لإطلاق قوله تعالى: {فلا جناح عليهما فيما افتدت به^٥}، قوله فإن فعل ذلك جاز في القضاء، يعني إذا أخذ الزيادة، وكذا

^١ إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيّه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهها حقها فلها أن تقتدي منه ويطلقها. المحلى (٢٣٥/١٠).

^٢ السنن الكبرى للبيهقي (٤٢) كتاب الخلع والطلاق/باب... الفدية/ح ر ١٥٢٤٢ (٧/٣١٤)، إسناده صحيح. تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق/شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي (ت ٧٤٤هـ) تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله وعبد العزيز بن ناصر الخباني/أضواء السلف/الرياض/الطبعة الأولى/١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧ م (٤/٣٩٤).

^٣ سورة البقرة الآية ٢٢٩.

^٤ المحلى (٢٤٢/١٠).

^٥ سورة البقرة الآية ٢٢٩.

إِذَا أَخَذَتْ وَالنُّشُورُ مِنْهُ ١)، قال المالكية: (قلت: هل يحل للزوج أن يأخذ من امرأته أكثر مما أعطاه في الخلع؟ قال: قال مالك: نعم قال: وقال مالك: لم أزل أسمع من أهل العلم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا أن الرجل إذا لم يصل للمرأة ولم يأت إليها ولم تؤت المرأة من قبله وأحبت فراقه، فإنه يحل له أن يقبل منها ما افتدت به ٢)، قال الشافعية: (وإذا حل له أن يأكل ما طابت به نفسا على غير فراق حل له أن يأكل ما طابت به نفسا ويأخذ ما الفراق به ٣)، قال الحنابلة: (والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تقتدي نفسها منه وجمله الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تقتدي به نفسها منه وبهذا قال جمع الفقهاء بالحجاز والشام ٤).

الرواية الثانية للحنفية: (وفي رواية الأصل: يكره، قَوْلُهُ فَإِنْ كَانَ النُّشُورُ مِنْ قَبْلِ الزَّوْجِ كُرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا عَوْضًا، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: {وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ، إِلَى أَنْ قَالَ {فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا}، قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ النُّشُورُ مِنْ قَبْلِهَا كُرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا، يَعْنِي مِنَ الْمَهْرِ دُونَ النَّفَقَةِ وَغَيْرِهَا، وَقَدْ كَانَ النُّشُورُ مِنْهَا ٦) .

رأى القانون السوداني: نص على: (يكون الخلع بعوض تبذله الزوجة ٧)، لم يحدد القانون العوض أكثر أم أقل مما أعطاه في الخلع؟ لذا الرجوع للراجح من المذهب الحنفي ٨).

١ الجوهرة النيرة (٤ / ٢٢٠).

٢ المدونة الكبرى (٢/٢٤٤).

٣ مختصر المزني (١/٢٠١).

٤ المغني (٨/١٧٤).

٥ سورة النساء الآية ٢٠.

٦ الجوهرة النيرة (٤ / ٢٢٠).

٧ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٣/١٤٣).

٨ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (٥).

الرأي الرابع: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في فداء الخلع يحل للزوج أن يأخذ من امرأته أكثر مما أعطاه في الخلع، وخالف الرواية الثانية للحنفية لأن الأصل عندهم أنه يكره .

المطلب الرابع: الخلع على مجهول:

مسألة (١١٧) مَنْ خَالَعَ عَلَى مَجْهُولٍ فَهُوَ بَاطِلٌ، أَنَّهُ لَا يَذْرِي هُوَ مَا يَجِبُ لَهُ عِنْدَهَا، وَلَا تَذْرِيهِ هِيَ، فَهُوَ عَقْدٌ فَاسِدٌ وَكُلُّ طَلَاقٍ لَمْ يَصِحَّ إِلَّا بِصِحَّةِ مَا لَا صِحَّةَ لَهُ فَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ، إِذَا كَانَ غَيْرَ صَحِيحٍ فَلَمْ يُطْلَقْ أَصْلًا.

قال ابن حزم: (احتجاجهم في خلاف هذا بقول الله عزوجل: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^١، قالوا: هذا عموم فقلنا: نعم عموم لما يحل عقده وملكه لا للحرام ولو كان ذلك لجاز أن يفتدى من زوجته بأن يزنى بها متى أراد وبزق خمر ويصح له ملكه وبأن لا يصلى وما اشبه ذلك)^٢

أما جمهور الفقهاء قال المالكية: (وعجل للزوج المال المؤجل بمجهول، أي بأجل مجهول إذا خالعه به فتدفعه له حالا، وتؤتلت أيضا بقيمته، أي بقيمة المؤجل بمجهول أي على تعجيل قيمته)^٣، قال الشافعية: (ولو خالعه على حرام أو مجهول وقع الطلاق باتنا وله عليها مهر مثلها)^٤، قال الحنابلة: (قَوْلُهُ وَيَصِحُّ الْخُلْعُ بِالْمَجْهُولِ هَذَا الْمَذْهَبُ وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ)^٥.

أما الحنفية قالوا: (وإذا لم يجب البذل هل يَقَعُ الطَّلَاقُ قِيلَ يَقَعُ وَبِهِ يُفْتَى وَقِيلَ لَا يَقَعُ وهو الْأَشْبَهُ بِالِدَّلِيلِ، وإن قالت: خالعتني على ما في يدي وليس في يدها شيء فلا شيء عليها)^٦.

^١ سورة البقرة الآية ٢٢٩.

^٢ المحلى (٤٤٤/١٠).

^٣ الشرح الكبير للشيخ الدردير (٣٤٩/٢).

^٤ الإقناع في الفقه الشافعي للماوردي (٧٤ / ١).

^٥ الإنصاف للمرداوي (٤٠٣ / ٨).

^٦ البحر الرائق (٨٥ / ٤)، الاختيار لتعليل المختار (١٧٣/٣).

رأى القانون السوداني: نص على: (بدل الخلع: إذا: لم يسم في الخلع بدل، فتطبق أحكام الطلاق (١)).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في الخلع على مجهول، فهو يرى أنه باطل، أما الجمهور يروا أنه يصح الخلع على مجهول، وهو الرأي الراجح، لأنه إسقاط لحقه من البضع وليس بتمليك شيء والإسقاط يدخله المسامحة.

المطلب الخامس: الخلع على عمل محدود:

مسألة (١١٨) الخلع على عمل محدود جائز.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك قول الله عزوجل: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}،^٢ هذا إذا كان ذلك العمل مباحا تجوز المعاوضة فيه بالاجازة وغيرها^٣).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (لو خَالَعَهَا أو بَارَاهَا بِمَالٍ مَعْلُومٍ كَانَ لِلزَّوْجِ مَا سَمَتَ له ولم يَبْقَ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ دَعْوَى فِي الْمَهْرِ مَقْبُوضًا كَانَ أو غير مَقْبُوضٍ قبل الدُّخُولِ بها أو بَعْدَهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا يُسْقِطَانِ إِلَّا مَا سَمَيَاهُ^٤)، قال المالكية: (فَإِذَا قَالَتْ لَهُ خَالِغْنِي عَلَى جَامُوسَةٍ وَلَمْ تَصِفْهَا بِكَبَرٍ وَلَا صِغَرٍ لَزِمَتْهَا جَامُوسَةٌ وَسَطَى لَا صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً^٥)، قال الشافعية: (فَإِنْ قَالَ لَهَا اخْتَلَعِي بِمَا شِئْتَ فَلَا حَجَرَ عَلَيْهَا فَلَهَا أَنْ تَخْتَلَعَ بِمَهْرٍ الْمَثَلِ وَبِأَزِيدَ مِنْهُ وَيَتَعَلَّقُ الْجَمِيعُ بِكُسْبِهَا وَبِمَالِ تِجَارَةِ بَيْدِهَا، لِأَنَّ هَذَا عُمُومٌ لَا إِطْلَاقَ، جَمَاعٌ مَا يَجُوزُ بِهِ الْخَلْعُ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظَرَ إِلَى كُلِّ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْخَلْعُ فَإِنْ كَانَ يَصْلَحُ أَنْ يَكُونَ مَبِيعًا فَالْخَلْعُ بِهِ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ لَا يَصْلَحُ أَنْ يَكُونَ مَبِيعًا فَهُوَ مُرَدُّودٌ وَكَذَلِكَ إِنْ صَلَحَ أَنْ يَكُونَ مُسْتَأْجَرًا فَهُوَ كَالْمَبِيعِ، قَالَ: وَإِذَا وَقَعَ الْخَلْعُ عَلَى هَذَا فَالْطَّلَاقُ وَاقِعٌ لَا يَرُدُّ وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا أَبَدًا بِمَهْرٍ مِثْلِهَا^٦)، قال الحنابلة: (إِنْ يَخَالَعُهَا عَلَى

١ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٤٧).

٢ سورة البقرة الآية ٢٢٩.

٣ المحلى (١٠/٤٤٤).

٤ تبيين الحقائق (٢/٢٧٢).

٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٨/٤٧٥).

٦ أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣/٢٤٦)، الأم (٥/٢١٥).

حمل امتها أو غنمها أو غيرها من الحيوان أو على ما في بطونها أو ضروعها فيصح الخلع، ولنا ان حملها هو ما في بطنها فصح الخلع عليه كما لو قال: على ما في بطنها اذا ثبت هذا فإن خرج الولد سليماً، أو كان في ضروعها شيء من اللبن فهو له وإن لم يخرج شيء فقال القاضي: لا شيء له وهو قول مالك: لها مهر المثل، له المسمى. والعوض في الخلع كالعوض في الصداق، والبيع أن كان مكيلاً أو موزوناً لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه، وإن كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه^(١).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^(٢)). مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أن الخلع على عمل محدود مباح .

المطلب السادس: الخلع الصحيح لا يسقط النفقة والكسوة:

مسألة (١١٩) من خالع امرأته خلعا صحيحا لم يسقط بذلك عنه نفقتها، وكسوتها واسكانها في العدة إلا أن تكون ثلاثة مجموعة أو مفرقة.

قال ابن حزم: (ولا يسقط بذلك عنه ما بقى عليه من صداقها قل أو كثر^(٣)).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَلَا يَصِحُّ إِبْرَؤُهَا عَنِ السُّكْنَى لِأَنَّ خُرُوجَهَا، مَعْصِيَةً وَلَوْ أَبْرَأَتْهُ عَنِ مُؤَنَةِ السُّكْنَى بِأَنْ التَّرَمَّتْهَا أَوْ سَكَنْتْ مِلْكَهَا صَحَّ مَشْرُوطًا فِي الْخُلْعِ لِأَنَّهُ خَالِصٌ حَقِّهَا^(٤))، قال المالكية: (كمخالعتها على خروجها من مسكنها الذي طلقها فيه فإنه يرد بأن ترد الزوجة له لأنه حق لله لا يجوز لأحد إسقاطه وبانت منه ولا شئ عليها للزوج اللهم إلا أن يريد أنها تتحمل بأجرة المسكن زمن العدة من مالها فيجوز^(٥))، قال

^١ المغني (٨/ ١٨٨-١٩٢).

^٢ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (٥).

^٣ المحلى (١٠/ ٢٤٢).

^٤ تبين الحقائق (٢/ ٢٧٢-٢٧٣).

^٥ الشرح الكبير للشيخ الدردير (٢/ ٣٥٠).

الحنابلة: (قَوْلُهُ وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى رِضَاعٍ وَلَدِهِ عَامِينَ أَوْ سَكَنِي دَارٍ صَحَّ فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ أَوْ خَرِبَتْ الدَّارُ رَجَعَ بِأُجْرَةِ بَاقِي الْمُدَّةِ مِنْ أُجْرَةِ الرِّضَاعِ وَالدَّارِ وَهَذَا الْمَذْهَبُ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِأُجْرَةِ رِضَاعَةٍ أَوْ مَا بَقِيَ مِنْهَا وَقِيلَ يَرْجِعُ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ، وَإِذَا خَالَعَ امْرَأَتَهُ عَلَى نَفَقَةٍ عَدَّتْهَا فَيَحْكِي عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَجُوزُ ذَلِكَ وَهَذَا أَنَّمَا يَخْرُجُ عَلَى أَصْلِ أَحْمَدَ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، أَمَّا غَيْرُ الْحَامِلِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ فَلَا تَصِحُّ عَوْضًا^(١)).

قال الشافعية: (وكذلك لو خالعهما على أنه برئ من سكنها كان الطلاق واقعا وكان ما اختلعت به غير جائز، لأن إخراجها من المسكن محرم ولها السكنى ويرجع عليها بمهر مثلها^(٢)).

رأى القانون السوداني: نص على: (لا يسقط الطلاق على مال، أو الإبراء منه، إلا ما نص صراحة أنه عوض عن الطلاق)، (لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد، ولا أي شيء من حقوقهم)، (إذا: أ/ذكر البديل في الخلع، فيلزم ما يسمى فقط^(٣)).
الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أن الخلع الصحيح لا يسقط النفقة والكسوة، أما الشافعية يروا أنه لو خالعهما على أنه برئ من سكنها كان الطلاق واقعا وكان ما اختلعت به غير جائز، فإن خالعهما به وجب مهر المثل.

المطلب السابع: مخالعة المجنونة والصغيرة:

مَسْأَلَةٌ (١٢٠) لَا يَجُوزُ أَنْ يُخَالَعَ عَنِ الْمَجْنُونَةِ وَلَا عَنِ الصَّغِيرَةِ أَبٌ، وَلَا غَيْرُهُ.
قال ابن حزم: (وبرهان ذلك قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: {وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا}، وقَوْلُهُ تَعَالَى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

^١ الإتصاف للمرداوي (٨ / ٤٠٠)، المغني (٨ / ٢٢٥).

^٢ الأم (٥ / ٢١٥).

^٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٥٠/١٤٥/١٤٧، أ).

^٤ سورة الأنعام الآية ١٦٤.

مِنْكُمْ ١} فَمَخَالَعَةُ الْأَبِ أَوْ الْوَصِيِّ أَوْ السُّلْطَانِ عَنْ صَغِيرَةٍ أَوْ كَبِيرَةٍ كَسَبَ عَلَى غَيْرِهِ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَاسْتِحْلَالُ الزَّوْجِ مَالَهَا بِغَيْرِ رِضَا مِنْهَا أَكُلُ مَالٍ بِالْبَاطِلِ، فَهُوَ حَرَامٌ ٢).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (ولو خلع ابنته الصغيرة على مالها لا يلزمها شيء، لأنه لا نظر لها فيه، إذ البذل متقوم والمبدل لا قيمة له ٣)، قال الشافعية: (ليس للأب، ولا للجد، ولا لغيرهما من الأولياء أن يختلع امرأة الطفل، ولا أن يختلع الطفلة بشيء من مالها ٤)، قال الحنابلة: (وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها، لأنه إنما ملك التصرف بمالها فيه الحظ وليس في هذا حظ بل فيه إسقاط نفقتها وكسوتها وبذل مالها ٥).

قال المالكية: (قُلْتُ: أَيَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يُخَالَعَ عَنْ ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ فِي قَوْلِ مَالِكٍ؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: ذَلِكَ جَائِزٌ وَلَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يُزَوِّجَ صَبِيَّةً صَغِيرَةً أَوْ يَخْلَعَهَا مِنْ زَوْجِهَا ٦)، قال الحنابلة: (وهل للأب خلع ابنته الصغير أو طلاقها؟ على روايتين (إحداهما) له ذلك ٧).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون ٨).

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أنه لا يجوز أن يخالع الأب عن ابنته الصغيرة، وخالف المالكية والرواية الثانية للحنابلة والتي تجوز للأب أن يخالع عن ابنته الصغيرة.

المطلب الثامن: الْخُلْعُ عَلَى ثُبْرِيَةٍ مِنْ نَفَقَةِ حَمْلِهَا أَوْ رِضَاعِ وَلَدِهَا:

١ سورة النساء الآية ٢٩.

٢ المحلى (٤٤٦/١٠).

٣ الاختيار لتعليل المختار (١٧٤ / ٣).

٤ التنبيه في الفقه الشافعي (١٧٣ / ١).

٥ الشرح الكبير لابن قدامة (١٨٠ / ٨).

٦ المدونة (٢١٣ / ٦).

٧ الشرح الكبير لابن قدامة (١٧٩ / ٨).

٨ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١ / المادة (٥).

مَسْأَلَةٌ (١٢١) لَا يَجُوزُ الْخُلْعُ عَلَى أَنْ تُبْرِيَهُ مِنْ نَفَقَةِ حَمْلِهَا، أَوْ مِنْ رِضَاعٍ وَلَدِهَا وَكُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ، لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومِ الْقَدْرِ، وَقَدْ يَزِيدُ السَّعْرُ وَقَدْ يَنْقُصُ.

قال ابن حزم: (وَلَأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ لَهَا بَعْدُ، فَمَخَالَعَتُهَا بِمَا لَا تَمْلِكُهُ بَاطِلٌ وَظَلَمٌ^١).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (أَنَّ الْخُلْعَ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ كَالنِّكَاحِ لَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ يُمَسِكَ الْوَلَدَ عِنْدَهُ صَحَّ الْخُلْعُ، وَبَطَلَ الشَّرْطُ^٢)، قال المالكية: (وجاز الخلع بإسقاط حضانتها^٣)، قال الشافعية: (لو خالعا الأب على ألف مثلا وحضانة ولده الصغير سنة، فلا يسقط حقها في تلك المدة، في أركان الخلع وَمَنْ خُولِعَتْ بِحِضَانَةٍ وَلَدَهَا مِنْهُ سَنَةً مَثَلًا فَتَرَوَّجَتْ فِي أَثْنَائِهَا لَمْ يُنْزَعْ مِنْهَا لِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ لَازِمٌ^٤)، قال الحنابلة: (إذا خالعت على رضاع ولده سنتين صح، وكذلك إن جعلنا وقتا معلوما قل أو أكثر^٥).

رأى القانون السوداني: نص على أنه: (لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد، ولا أى شئ من حقوقهم^٦).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في الخلع على تربية من النفقة فهو يرى أن الخلع لا يجوز، أما الجمهور يروا بأن الخلع يجوز، والرأي الراجح هو رأى الجمهور، لأنها اسقطت حقها في الحضانة والإسقاط يدخلها في المسامحة.

^١ المحلى (٤٤٤/١٠).

^٢ البحر الرائق (٨٧ / ٤).

^٣ الشرح الكبير للشيخ الدردير (٣٤٩/٢).

^٤ أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢٦٣ / ٣)، الإقناع للشرييني - (٢ / ٤٩٢).

^٥ المغني (٨ / ١٩٢).

^٦ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/المادة (١٤٥).

المبحث الأول:صفة الإيلاء وإيلاء الحر والعبد

تمهيد:

تعريف الإيلاء فى اللغة العربية: هو (الحلف^١) .

تعريف الإيلاء فى الشرع:(عِبَارَةٌ عَنِ الْيَمِينِ عَلَى تَرْكِ وَطْءِ الزَّوْجَةِ فِي مُدَّةٍ مَخْصُوصَةٍ^٢).

تعريف الإيلاء فى القانون السودانى:(هو حلف الزوج على عدم قربان زوجته أبداً،أو أربعة أشهر فأكثر^٣).

من الملاحظ أن تعريف الإيلاء فى اللغة والشرع والقانون بمعنى واحد.

المطلب الأول:صفة الإيلاء :

مسألة(١٢٢) من حلف بالله عزوجل أو باسم من اسمائه تعالى أن لا يوطأ امرأته،أو أن يسوءها،أو أن لا يجمعه وإياها فراش أو بيت،سواء قال ذلك فى غضب،أو فى رضا لصلاح رضيعها أو لغير ذلك،استثنى فى يمينه أو لم يستثن،فسواء وقت وقتاً ساعة فأكثر إلى جميع عمره،أو لم يوقت الحكم فى ذلك واحد،وهو أن الحاكم يلزمه أن يوقفه ويأمره بوطئها ويؤجل له فى ذلك أربعة أشهر،من حين يحلف،سواء طلبت المرأة ذلك أو لم تطلب،رضيت ذلك أو لم ترض،فإن فاء فى داخل الأربعة الأشهر فلا سبيل عليه،وان أبى

^١ لسان العرب (١/١٢٤).

^٢ الجوهرة النيرة (٤/٢٠٠).

^٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م المادة(١٩٢).

لم يعترض حتى تنقضي الأربعة الأشهر، فإذا تمت أجبره الحاكم بالسوط على أن يفئ فيجامع أو يطلق حتى يفعل أحدهما، كما أمره الله عزوجل أو يموت قتيل الحق إلى مقت الله تعالى إلا أن يكون عاجزا عن الجماع لا يقدر عليه أصلا، فلا يجوز تكليفه مالا يطيق لكن يكلف أن يفئ بلسانه ويحسن الصحبة والمبيت عندها، أو يطلق ولا بد من أحدهما، ولا يجوز أن يطلق عليه الحاكم فان فعل لم يلزمه طلاق غيره، وسواء استثنى في يمينه أو لم يستثن.

قال ابن حزم: (برهان ذلك قول الله عزوجل: {لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} فهذه الآية تقتضي كل ما قلنا لأن الآية هي اليمين، وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "أَلَا مَنْ كَانَ خَالِفاً فَلَا يَخْلِفُ إِلَّا بِاللَّهِ" (٣٢).

أما جمهور الفقهاء فقد قال الحنفية: (والأصل أن المولى من لا يمكنه قربان امرأته إلا بشيء يلزمه لأن حرمة الوطء إنما تنتهي بالحنث والحنث موجب للكفارة أو بشيء يلزمه، ولا يكون الإيلاء إلا بالحلف على ترك الجماع في الفرج لأن حقها في الجماع في الفرج فيتحقق الظلم، قال: (إذا قال: والله لا أقربك، أو لا أقربك أربعة أشهر فهو مول)، فتكون مدة الإيلاء أربعة أشهر من غير زيادة ولا نقصان، إذ لو كانت المدة أقل من ذلك أو أكثر لم يكن، فإن قربها في الأربعة أشهر حنث لوجود شرطه، وعليه الكفارة لأن الحنث موجب للكفارة، وبطل الإيلاء لما بينا أن اليمين تنحل بالحنث وإن لم يقربها ومضت أربعة أشهر بانتهت بتطليقة، هذا مذهب عامة الصحابة وتفسير قوله تعالى: {وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ} أي عزموا الطلاق بالإيلاء السابق وهي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه، عن ابن عباس رضي الله عنهم: عزم الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر من غير شيء. وقراءة ابن مسعود

١ سورة البقرة الآية ٢٢٦-٢٢٧.

٢ صحيح البخاري (٦٦ كتاب فضائل الصحابة/٥٦ باب أيام الجاهلية/ح ر ٣٦٢٤ (٩/٤١٧)).

٣ المحلى (١٠/٤٢).

٤ سورة البقرة الآية ٢٢٧.

رضي الله عنه {فَإِنْ فَأَوْوَا}¹ فيهن أي في الأربعة الأشهر، ولأنه تعالى قال {لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ}² (ثم قال) {فَإِنْ فَأَوْوَا}³ {وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ}⁴ وهذه الفاء للتقسيم، فأحد القسمين يكون في المدة وهو الفيء، والآخر بعدها وهو الطلاق كقوله تعالى: {وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ}⁵ ثم قال {فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ}⁶ لما ذكر المدة وجاء بالفاء كان للتقسيم، وكان الإمساك وهو الرجعة في المدة، والتسريح وهو البينونة بعدها فكذلك هنا. قال: (فإن كانت اليمين أربعة أشهر فقد انحلت) لانقضاء المدة (وإن كانت مؤبدة، فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء على الوجه الذي بينا) لبقاء اليمين، لأن اليمين لا تنتهي إلا بالحنث أو بمضي المدة المؤقتة، وإنما لم يقع طلاق آخر قبل التزوج، لأن الحرمة مضافة إلى البينونة لا إلى الإيلاء فلم يوجد المنع باليمين فإذا تزوجها ارتفعت الحرمة الثابتة بالبينونة وبقيت حرمة الإيلاء، فوجد منع الحق فترتب عليه حكمه (فإن وطئها في الأربعة الأشهر من وقت التزوج حنث وإلا وقعت أخرى) لما بينا (فإن عاد فتزوجها فكذلك) لما مر (فإن تزوجها بعد زوج آخر فلا إيلاء) معناه: أنه لا يقع الطلاق بمضي المدة لانتهاء ما كان يملكه من الطلاق في النكاح الأول، إلا أن اليمين باقية لعدم الحنث (فإن وطئ كفر للحنث)⁷.

قال المالكية: (الإيلاء يمين زوج مسلم، ولو عبدا ومراده باليمين ما يشمل الحلف بالله أو بصفة من صفاته أو التزام نحو عتق أو صدقة أو مشي لمكة أو نذر ولو مبهما نحو: لله علي نذر إن وطئتك أو لا أطؤك (مكلف) لا صبي ومجنون فلا ينعقد لهما إيلاء كالكافر، ويحلف الرجل أن لا يطأ زوجته إما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو بإطلاق، فإن مالكا ذهب إلى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر، فإما فاء وإما طلق، وأما هل يطلق القاضي إذا أبى الفئ أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق؟، فإن مالكا قال: يطلق القاضي عليه. وسبب الخلاف: معارضة الأصل المعروف في الطلاق

١ سورة البقرة الآية ٢٢٦.

٢ سورة البقرة الآية ٢٢٦.

٣ سورة البقرة الآية ٢٢٧.

٤ سورة البقرة الآية ٢٣١.

٥ الاختيار لتعليل المختار (١٦٧/٣-١٦٨).

للمصلحة، فمن راعى الأصل المعروف في الطلاق قال: لا يقع طلاق إلا من الزوج، ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال: يطلق السلطان وهو نظر إلى المصلحة العامة، وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل، والمنقول عن مالك العمل به^(١).

قال الشافعية: (الإيلاء أن ينظر كل يمين منعت الجماع بكل حال أكثر من أربعة أشهر إلا بأن يحنث الحالف فهو مؤل، وكل يمين كان يجد السبيل إلى الجماع بحال لا يحنث فيها وإن حنث في غيرها فليس بمؤل) (قال الشافعي) رحمه الله وكل حالف مؤل وإنما معنى قولي ليس بمؤل ليس يلزمه حكم الإيلاء من فئنة أو طلاق وعليه للباقية أن يوقف حتى يفيء أو يطلق ولا حنث عليه حتى يصيب (وإذا حلف) الزوج باسم من أسمائه تعالى أو صفة من صفاته أو بالتزام ما يلزم بنذر أو تعليق طلاق أو عتق (أن لا يطاء زوجته) الحرة أو الأمة وطناً شرعياً فهو مؤل فلا إيلاء بحلفه على امتناعه من تمتعه بها بغير وطء، ولا من وطئها في دبرها أو في قبلها في نحو حيض أو إحرام، ثم أشار إلى المدة بقوله (مطلقاً) بأن يطلق كقوله والله لا أطوك (أو مدة تزيد على أربعة أشهر) كقوله والله لا أطوك خمسة أشهر أو قيد بمستبعد الحصول فيها كقوله والله لا أطوك حتى ينزل السيد عيسى عليه الصلاة والسلام، أو حتى أموت أو تموتي أو يموت فلان (فهو مؤل) والإيلاء في الغضب والرضا سواء كما يكون اليمين في الغضب والرضا سواء (قال الشافعي) وإذا آلى الرجل من امرأته فمضت أربعة أشهر وقف وقيل له إن فئت وإلا فطلق، والفئنة الجماع إلا من عذر، ولو جامع في الأربعة الأشهر خرج من حكم الإيلاء وكفر عن يمينه، فإن قال أجلي في الجماع لم أوجله أكثر من يوم فإن جامع فقد خرج من حكم الإيلاء وعليه الحنث في يمينه، فإن كان لها كفارة كفر وإن قال أنا أفئ فأجلي أكثر من يوم لم أوجله ولا يتبين لي أن أوجله ثلاثاً، لو قال قائل كان مذهبا فإن فاء وإلا قلت له طلق فإن طلق لزمه الطلاق، وإن لم يطلق طلق عليه السلطان واحدة، وكذلك إن قال أنا أقدر على الجماع ولا أفئ طلق عليه السلطان واحدة^(٢).

^١ بداية المجتهد (٢/٨٠-٨٢)، المدونة (٤/٢٥٣)، الشرح الكبير (٢/٤٢٦).

^٢ الأم (٥/٢٢٦-٢٨٩)، الإقناع للشرييني (٢/٤٥٢).

قال الحنابلة: (الحلف على ترك الوطئ في القبل لانه الذي يحصل الضرر به فان تركه بغير يمين لم يكن موليا) لأن الإيلاء الحلف، إذا حلف على ترك الوطئ بغير اسم الله تعالى وصفة من صفاته مثل ان حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ففيه روايتان: [أحدهما] لا يكون موليا وهو قول الشافعي القديم [والرواية الثانية] هو مول، فإذا مضى أربعة أشهر من يمينه ولو كان المؤلى (قنا) لعموم الآية (فإن وطئ ولو بتغيب حشفة) أو قدرها عند عدمها (فقد فاء) لأن الفئنة الجماع وقد أتى به ولو ناسيا أو جاهلا أو مجنونا أو أدخل ذكر نائم لأن الوطء وجد (وإلا) يف بوطء من آلى منها ولم تغف (أمره) الحاكم (بالطلاق) إن طلبت ذلك منه، فإن أبى المؤلى أن يفىء وأن يطلق (طلق حاكم عليه واحدة أو ثلاثا أو فسخ) وإذا صح الإيلاء ضربت له مدة أربعة أشهر، وجملة ذلك أن المؤلى يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب بالوطئ فيهن فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته إلى الحاكم أمره بالفئنة فإن أبى أمره بالطلاق ولا تطلق زوجته بمضي المدة^١).

رأى القانون السوداني: نص على الآتي: (يجوز للزوجة طلب التطلاق للإيلاء، إذا استمر الزوج على يمينه، حتى مضى أربعة أشهر) (إذا رغب الزوج فى الفئ، قبل التطلاق، فيمهله القاضي مدة مناسبة، فإن لم يفئ، فيطلقها عليه) (يشترط لصحة الرجعة عن التطلاق للإيلاء أن تكون بالفئ بالفعل، إلا إذا كان هناك عذر شرعي، فتصح الرجعة بالقول^٢).

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء على أن الإيلاء هو حلف بالله عزوجل أو باسم من اسمائه تعالى ان لا يوطئ امرأته، ويكون الحلف فى غضب أو رضا، سواء وقت وقتا أربعة أشهر أو أكثر، ويوقفه الحاكم ويأمره بوطئها ويؤجل له في ذلك أربعة أشهر، من حين يحلف، سواء طلبت منه المرأة أم لم تطلبه، رضيت أم لم ترض، فإن فاء فلا سبيل عليه، لم يعترض حتى تنتقضي الأربعة الأشهر، فإذا تمت أجبره الحاكم أن يفئ فيجامع أو يطلق حتى يفعل أحدهما، إلا أن يكون عاجزا عن الجماع لا يقدر عليه

^١ الشرح الكبير (٥٠٢/٨-٥٣٥)، الروض المربع (١٩٢/٣).

^٢ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١ م / المواد (١٩٣-١٩٤-١٩٥).

أصلاً، فلا يجوز تكليفه ما لا يطيق لكن يكلف أن يفى بلسانه ويحسن الصحبة والمبيت عندها. والملاحظ أن القانون السوداني أخذ برأي الجمهور.

المطلب الثاني: إيلاء الحر والعبد:

مسألة (١٢٣) الحر في الإيلاء كل واحد منهما من زوجته الحرة أو الأمة المسلمة أو الذمية الكبيرة أو الصغيرة سواء في كل ما ذكرنا، لأن الله عزوجل عم ولم يخص.

قال ابن حزم: (أن إيلاء الحر مثل إيلاء العبد^١).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وأقل مدة الإيلاء في الحرة أربعة أشهر، ومدة إيلاء الأمة شهران، لما عرف أن الرق منصف، وأنها مدة ضربت للبينونة فتتصرف كالعدة^٢) قال المالكية: (ولو قل الأكثر كيوم (من أربعة أشهر) للحر أو أكثر من شهرين للعبد ولا ينتقل العبد لاجل الحر إذا حلف على أكثر من شهرين^٣)، قال الحنابلة: (وعن أحمد رواية أن مدة الإيلاء للعبد شهران^٤).

قال الشافعية: (من يلزمه الإيلاء من الأزواج؟ ويلزم الإيلاء كل من إذا طلق لزمه الطلاق ممن تجب عليه الفرائض، وذلك كل زوج بالغ غير مغلوب على عقله وسواء في ذلك الحر والعبد، ومن لم تكمل فيه الحرية والذمي والمشرک غير الذمي رضياً بحكمنا، وإنما سويت بين العبد والحر فيه أن الإيلاء يمين جعل الله تبارك وتعالى لها وقتاً جل ثناؤه على أن على الزوج إذا مضى الوقت أن يفى أو يطلق فكان العبد والحر في اليمين سواء^٥)، قال الحنابلة: (ومدة الإيلاء في الأحرار والرقائق سواء، وعنه أنها في العبد على النصف يصح إيلاء العبد كما يصح من الحر قياساً عليه، ولدخوله في عموم الآية

^١ المحلى (٤٨/١٠).

^٢ الاختيار لتعليل المختار (١٦٩/٣).

^٣ الشرح الكبير للشيخ الدرديري (٤٢٨/٢).

^٤ الشرح الكبير (٥٣٣/٨).

^٥ الأم (٢٨٨/٥).

ولا تختلف مدته فلا فرق بين الحرة والمسلمة والذمية والامة والصغيرة والكبيرة في ظاهر المذهب^(١).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون)^(٢).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في أن إيلاء الحر مثل إيلاء العبد، ووافق الشافعية، ورواية للحنابلة، والرأي الراجح هو رأي الجمهور لأن الرق منصف للأحكام، وهذه المدة ضربت للبينونة فتتصف كالعدة .

المطلب الثالث: الإيلاء في أربعة نسوة له :

مسألة (١٢٤) من آلى من أربع نسوة له بيمين واحدة، وقف لهن كلهن من حين يحلف فإن فاء إلى واحدة، سقط حكمها وبقي حكم البواقي فلا يزال يوقف لمن لم يفئ إليها حتى يفئ أو يطلق، وليس عليه في كل ذلك إلا كفارة واحدة لأنها يمين واحدة على أشياء متغايرة، ولكل واحدة حكمها، وهو مول من كل واحدة منهن.

قال ابن حزم: ({ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى }^(٣)) .

أما جمهور الفقهاء قال المالكية: (أُرَائِتِ إِنْ آلَى مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ لَهُ فَمَاتَتْ إِحْدَاهُنَّ أَوْ طَلَّقَهَا أَلْبَتَّةً، أَيْ كَوْنُ مُوَلِيٍّ فِي الْبَوَاقِي إِنْ وَطِئَ شَيْئًا مِنْهُنَّ حَنْثٌ فِي قَوْلِ مَالِكٍ قَالَ: نَعَمْ)^(٤)، قال الشافعية: (وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ لَهُ وَاللَّهُ لَا أَقْرَبَ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ وَهُوَ يُرِيدُهُنَّ كُلَّهِنَّ فَأَصَابَ وَاحِدَةً حَنْثٌ وَسَقَطَ عَنْهُ حُكْمُ الْإِيْلَاءِ فِي الْبَوَاقِي، وَلَوْ لَمْ يَقْرَبْ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ كَانَ مُوَلِيًّا مِنْهُنَّ يُوقَفُ لَهُنَّ فَأَيُّ وَاحِدَةٍ أَصَابَ مِنْهُنَّ خَرَجَ مِنْ حُكْمِ الْإِيْلَاءِ فِي الْبَوَاقِي لِأَنَّهُ قَدْ حَنْثَ بِإِصَابَةِ وَاحِدَةٍ فَإِذَا حَنْثَ مَرَّةً لَمْ يُعَذِّبْ حَنْثَ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ وَاللَّهُ لَا أَقْرَبَ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ يَعْنِي وَاحِدَةً دُونَ غَيْرِهَا فَهُوَ مُوَلٍ مِنَ التِّي حَلَفَ لَا يَقْرُبُهَا وَغَيْرُ مُوَلٍ مِنْ

^١ الشرح الكبير (٥٣٣/٨).

^٢ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م / المادة (٥).

^٣ سورة الزمر الآية ٧.

^٤ المحلى (٤٩/١٠).

^٥ المدونة (٤٧/٧).

غَيْرَهَا^١)، قال الحنابلة: (أن الرجل إذا قال لنسائه والله لا وطئت واحدة منكن واطلق كان موليا من جميعهن في الحال لأنه لا يمكنه وطئ واحدة منهن الا بالحنث، فان طلق واحدة منهن أو ماتت كان موليا من البواقي فان وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الایلاء في الباقيات لأنها يمين واحدة، فإذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت فانه لم يحنث ثم فيبقى حكم يمينه في الباقيات منهن^٢).

قال الحنفية: (إذا قال لأربع نسوة والله لا أقربكن صار مؤلّيا منهن، ويُمكنه قُربان ثلاث من غير شيء يلزمه، لأنّه لا يحنث إلا بقربان جميعهن^٣).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^٤).

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء على من آلى من أربع نسوة له بيمين واحدة، فإنه يوقف لهن، وخالفهم في الفئ إلى واحدة يسقط كل البواقي؟ عند ابن حزم لا يسقطه، وعند الجمهور قالوا إذا وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الایلاء في الباقيات. وخالف الحنفية الذين يروا أنه يمكنه قربان ثلاثة، ولا يحنث إلا بقربانهن الأربعة، والرأي الراجح هو رأي الجمهور، لأنه حنث مرة واحدة.

المطلب الرابع: إيلاء الأمة:

مسألة (١٢٥) من آلى من أمته فلا توقيف عليه.

قال ابن حزم: (لأن الله عزوجل قال: {وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ} فصح أن حكم الایلاء إنما هو فيمن تلزمه فيها الفئئة أو الطلاق، وليس في المملوكة طلاق أصلا فصح أنه في

^١ الأم (٢٦٩/٥).

^٢ الشرح الكبير (٥٣٠/٨).

^٣ البحر الرائق (٦٥/٤)

^٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١. المادة (٥).

^٥ سورة البقرة الآية ٢٢٧.

المتزوجات فقط^(١).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: مدة إيلاء الأمة شهران، وإذا مضت هذه المدة فالحكم فيها كالحكم في الحرة، لأن هذه المدة شرعت أصلاً للبينونة، فتشابه مدة العدة فيثبت جرم بالرق كما في العدة^(٢)، قال المالكية: (أن الإيلاء على المشهور الحلف على ترك الوطء أكثر من المدة المذكورة للحرة وأكثر من شهرين للعبد وأما قيام الزوجة بطلب الفينة فإنما يكون بعد أربعة أشهر لا أكثر للحرة وبعد شهرين لا أكثر للعبد فالأجل المخلوف على ترك الوطء فيه غير الأجل الذي لها القيام بعده^(٣))، قال الحنابلة: (وعن أحمد رواية أخرى أن مدة الإيلاء للعبد شهران، لأنهم علي النصف في الطلاق وعدد المنكوحات فكذلك في الإيلاء ٤)

قال الشافعية: (وإنما سويت بين العبد والحر فيه أن الإيلاء يمين جعل الله تبارك وتعالى لها وقتاً دل على ثنائه على أن على الزوج إذا مضى الوقت أن يفئ أو يطلق فكان العبد والحر في اليمين سواء^(٥))، الرواية الثانية للحنابلة: (يصح إيلاء العبد كما يصح من الحر قياساً عليه ولدخوله في عموم الآية ولا تختلف مدته فلا فرق بين الحرة والمسلمة والذمية والأمة والصغيرة والكبيرة في ظاهر المذهب^(٦)).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^(٧)).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في إيلاء الأمة فهو يرى أنه من آلى من أمته فلا توقيف عليه، أما الجمهور يروا أن مدة إيلاء الأمة شهران، أما الشافعية ورواية

^١ المحلى (٤٩/١٠).

^٢ المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة (٤١ / ٤).

^٣ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٤٣ / ٩)، التاج والإكليل لمختصر خليل (١٤٣ / ٦).

^٤ الشرح الكبير (٥٣٣ / ٨).

^٥ الأم (٢٨٨ / ٥).

^٦ الشرح الكبير (٥٣٣ / ٨).

^٧ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١ / المادة (٥).

للحنابلة يروا أن إيلاء الأمة مثل إيلاء الحرة، والرأي الراجح هو رأى الجمهور لأن الإمام على النصف من أحكام الحرة.

المطلب الخامس: إيلاء الأجنبية:

مسألة (١٢٦) أما قولنا فيمن آلى من أجنبية ثم تزوجها أنه ليس عليه حكم الإيلاء.

قال ابن حزم: (فلأن الله عزوجل إنما قال **لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ**^١ فمن آلى من أجنبية فلم يول من أحد من نسائه فلا إيلاء^٢).

أما جمهور الفقهاء فقد قال الحنفية: (ولو حلف لا يقرب امرأته وأجنبية لا يصير مؤلياً ما لم يقرب الأجنبية لأنه يمكنه قربان امرأته من غير شيء يلزمه لأن الإيلاء واحد ولا يصح في حق الأجنبية في حق الطلاق فكذلك في حق امرأته فإذا قرب الأجنبية لا يمكنه قربانها إلا بكفارة تلزمه^٣)، قال الشافعية: (فإن آلى من أجنبية ولو تزوجها بعد إيلائه فحالف فيلزمه بالوطء قبل التزوج أو بعده ما يقتضيه الحلف الخالي عن الإيلاء لا مؤلٍ لأن الإيلاء مختص بالنكاح فلا ينعقد بخطاب الأجنبية^٤)، قال الحنابلة: (ومن شرط صحته الحلف على زوجته فلو حلف أن لا يطأ أمته أو أجنبية مطلقاً أو أن يتزوجها لم يكن مؤلياً على المذهب^٥).

قال المالكية: (ولو قال لأجنبية والله لا أجامعك سنة ثم نكحها قبل مضي ثمانية أشهر صار مؤلياً^٦).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^٧).

^١ سورة البقرة الآية ٢٢٦.

^٢ المحلى (٤٩/١٠).

^٣ البحر الرائق (٦٦/٤).

^٤ أسنى المطالب (٣٤٧/٣).

^٥ الإنصاف (١٦٩/٩).

^٦ التاج الإكليل لمختصر خليل (١٤٢/٦).

^٧ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م/ المادة (٥).

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء على من آلى من أجنبية ثم تزوجها انه ليس عليه حكم الايلاء، وخالف المالكية الذين يروا أنه موليا، والرأي الراجح هو رأى الجمهور لأن الايلاء مختص بالنكاح.

المبحث الثاني: الظهار

تمهيد:

تعريف الظهار فى اللغة: (ظَاهَرَ مِنْ امْرَأَتِهِ ظَهَارًا، مِثْلَ قَاتِلٍ قَتَلَا، هُوَ مَا أُخِذَ مِنَ الظَّهْرِ لِأَنَّ صُورَتَهُ الْأَصْلِيَّةَ أَنْ يَقُولَ لِزَوْجَتِهِ أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي وَخَصُّوا الظَّهَرَ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ الرُّكُوبِ وَالْمَرْأَةُ مَرْكُوبُ الزَّوْجِ يُقَالُ ظَاهَرَ مِنْ امْرَأَتِهِ وَتَظَهَّرَ وَتَظَاهَرَ وَظَاهَرَ مِنْهَا بِمَعْنَى وَكَانَ طَلَاقًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ^١).

تعريف الظهار فى الشرع: (تَشْبِيهُ الزَّوْجِ زَوْجَتَهُ فِي الْحُرْمَةِ بِمَحَرَّمَةٍ^٢).

تعريف الظهار فى القانون السودانى: نص على: (الظهار هو تشبيه الزوج زوجته بمن تحرم عليه على التأبيد، أو بظهرها أو بعضو منها^٣).

هنالك تشابه فى التعريف لغة وفقها وقانونا.

المطلب الأول: صفة الظهار:

مسألة (١٢٧) من قال من حر أو عبد لامرأته أو لأمته التى يحل له وطؤها: أنت على كظهر أمى، أو قال لها: أنت منى بظهر أمى أو كظهر أمى أو مثل ظهر أمى فلا شئ عليه ولا يحرم بذلك وطؤها عليه حتى يكرر القول بذلك مرة أخرى، فإذا قالها مرة ثانية وجبت عليه كفارة الظهار وهى عتق رقبة، ويجزى فى ذلك المؤمن والكافر والذكر والأنثى والمعيب والسالم فمن لم يقدر على رقبة فعليه صيام شهرين متتابعين ولا يحل له أن يطأها ولا أن يمسه بشئ من بدنه فضلا عن الوطئ حتى يكفر بالعتق أو بالصيام، فإن أقدم أو نسى فوطئ قبل أن يكفر بالعتق أو بالصيام أمسك عن الوطئ حتى يكفر ولابد، فإن عجز عن الصيام فعليه أن يطعم ستين مسكينا متغايرين شبعهم، ولا يحرم عليه وطؤها قبل الإطعام ولا يجب شئ مما ذكرنا إلا بذكر ظهر الأم ولا يجب بذكر فرج الأم

^١ المصباح المنير (٣٨٨/٢).

^٢ أسنى المطالب (٣٥٧/٣)، حاشية الجيرمي على الخطيب (١١ / ١١٦).

^٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (١٩٦).

ولا بعضو غير الظهر ولا بذكر الظهر أو غيره من غير الأم لا من ابنة ولا من أب ولا من أخت ولا من أجنبية والجدة أم.

قال ابن حزم: (برهان ذلك قول الله عزوجل: {الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِّن نِّسَائِهِمْ مَّا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ} ^١ إلى قوله تعالى: {وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَا} ^٢ فهذه الآية تنتظم كل ما قلناه ^٣).

أما جمهور الفقهاء: قال الحنفية: (الظَّهَارُ: هُوَ أَنْ يُشَبِّهَ امْرَأَتَهُ أَوْ عُضْوًا مِّنْ أَعْضَائِهَا يُعْبَرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِهَا أَوْ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا بِمَنْ تَحْرُمُ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ كَبْطَنِ أُمِّي أَوْ كَفَخِذِ أُمِّي أَوْ كَفَرَجِ أُمِّي، فَيَصِحُّ ظَهَارُ الْعَبْدِ لِأَنَّ الظَّهَارَ تَحْرِيمٌ، وَالْعَبْدُ مِنْ أَهْلِ التَّحْرِيمِ، لَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أَبِي أَوْ ابْنِي لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الظَّهَارَ عُرْفًا مُّوجِبًا بِالشَّرْعِ وَالشَّرْعُ إِنَّمَا وَرَدَ بِهَا فِيمَا إِذَا كَانَ الْمُظَاهَرُ بِهِ امْرَأَةً، أَنْ تَكُونَ هَذِهِ الْأَعْضَاءُ مِنْ امْرَأَةٍ يَحْرُمُ نِكَاحُهَا عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ، وَإِنْ جَامَعَهَا قَبْلَ أَنْ يُكْفَرَ لَا يَلْزَمُهُ كَفَّارَةٌ أُخْرَى، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ التَّوْبَةُ وَالِاسْتِغْفَارُ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعُودَ حَتَّى يُكْفَرَ، أَنَّ الْكَفَّارَةَ لَا تَجِبُ إِلَّا بَعْدَ وُجُودِ الْعُودِ وَالظَّهَارِ، كَفَّارَةُ الظَّهَارِ أَحَدُ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ لَكِنْ عَلَى التَّرْتِيبِ الْإِعْتَاقُ ثُمَّ الصِّيَامُ ثُمَّ الْإِطْعَامُ، وَالْكَفَّارَةُ عَتَقُ رَقَبَةٍ قَبْلَ الْمَسِيْسِ يَجْزِي فِيهَا مَطْلَقُ الرَقَبَةِ السَّالِمَةِ فَيَنْطَلِقُ عَلَى الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ وَالذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَالصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَجِدِ الْمُظَاهَرَ مَا يَعْتَقُ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الصِّيَامَ أَطْعَمَ سِتِينَ مَسْكِينًا ^٤).

قال المالكية: (أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا قَالَ الظَّهَارَ لِرَجُلَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي أَنَّهُ ظَهَارٌ، وَأَمَّا إِذَا قَالَ: هِيَ عَلَيَّ كَأُمِّي وَلَمْ يَذْكُرِ الظَّهَرَ، وَقَالَ مَالِكٌ: هُوَ ظَهَارٌ، وَجَوَّابُ الْكَفَّارَةِ، فَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ: إِحْدَاهُنَّ: أَنَّ الْعُودَ هُوَ أَنْ يَعْزِمَ عَلَى إِمْسَاكِهَا وَالْوُطْئُ مَعًا، وَالثَّانِيَّةُ: أَنَّ يَعْزِمَ عَلَى وَطْئِهَا فَقَطْ، وَهِيَ الرِّوَايَةُ الصَّحِيحَةُ الْمَشْهُورَةُ عَنْ أَصْحَابِهِ، وَبِهِ الرِّوَايَةُ

^١ سورة المجادلة الآية ٢.

^٢ سورة المجادلة الآية ٣.

^٣ المحلى (٥٠/١٠).

^٤ الجوهرة النيرة (٢٣٤/٤)، بدائع الصنائع (٢٣٠/٣-٢٣٥)، الإختيار لتعليل مختار (١٧٨/٣).

الثالثة: أن العود هو نفس الوطئ، وهي أضعف الروايات عند أصحابه، وعند مالك أن المعنى في الآية: ثم يعودون فيما قالوا، ومنها إذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا؟ فأكثر فقهاء الأمصار: مالك أن في ذلك كفارة واحدة، فأما الظهار من الأمة فقال مالك: الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة، وكذلك المدبرة وأم الولد. كفارة الظهار: رقبة، أو صيام شهرين، أو إطعام ستين مسكينا، وأنها على الترتيب، فالاعتاق أولا، فإن لم يكن فالصيام، فإن لم يكن فالإطعام، ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا؟ فذهب مالك إلى أن ذلك شرط في الاجزاء^(١).

قال الشافعية: (أن يقول لزوجته أنت علي كظهر أمي، وخصوا الظهر دون البطن والفخذ وغيرهما لأنه موضع الركوب والمرأة مركوب الزوج، فقال يصح الظهار من كل زوج، فلا تصح مظاهرة السيد من أمته، والظهار أن يقول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي فإذا قال لها أنت مني كظهر أمي أو أنت معي أو ما أشبه هذا كظهر أمي فهو ظهار، وكذلك لو قال لها فرجك أو رأسك أو بدنك أو ظهرك أو جلدك أو يدك أو رجلك على كظهر أمي كان هذا ظهارا، وكذلك لو قال أنت أو بدنك على كظهر أمي أو كبدن أمي أو كرأس أمي أو كيدها أو كرجلها كان هذا ظهارا لان التلذذ بكل أمه محرم عليه كتحريم التلذذ بظهرها قال وإذا قال لامرأته أنت علي كظهر أختي أو كظهر امرأة محرمة عليه من نسب أو رضاع قامت في ذلك مقام الأم، فكل ما كان محرما على المرء كما تحرم الأم فظهار من امرأته فنسبه إلى من تحرم عليه كحرمة الأم لزمه الظهار، فلو اتصلت به أي الظهار فرقة بموت منهما أو من أحدهما أو فسخ للنكاح بسببه أو بسببها أو بانفساخ كردة قبل الدخول وملكها له أو فرقة بسبب طلاق بائن أو رجعي ولم يراجع أو جن الزوج عقب ظهاره فلا عود ولا كفارة في جميع ذلك، وجبت الكفارة بالظهار والعود، والكفارة أنواعها عتق رَقَبَةٍ، للرقبة المجزئة في الكفارة أن تكون مؤمنة وأن تكون سالمة بلا عيب فيها، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مِسْكِينًا^(٢).

١ بداية المجتهد (٢/ ٨٤-٩٢)، التاج والإكليل لمختصر خليل (٦ / ١٦٠).

٢ الأم (٥/ ٢٩٥)، معنى المحتاج (٣/ ٣٥٢-٣٥٧)، الحاوي الكبير (٣/ ٩٣٧)، أسنى المطالب (٣/ ٣٥٨).

قال الحنابلة: (الظهار مشتق من الظهر وإنما خصوا الظهر بذلك من بين سائر الأعضاء لأن كل مركوب يسمى ظهرا لحصول الركوب على ظهره في الأغلب، فشبهوا الزوجة بذلك، أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوي رحمه كجدته وعمته وخالته وأخته فهذا ظهار في قول أكثر أهل العلم، لا يكون الظهار إلا بأم أو جدة لأنها أم أيضا، أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الأقارب كالأمهات المرضعات والأخوات من الرضاعة وحلائل الآباء والأبناء وأمهات النساء والربائب اللاتي دخل بأمهن فهو ظهار أيضا والخلاف فيها كالتي قبلها ووجه المذهبين ما تقدم، وإن شبهها بظهر أبيه أو بظهر غيره من الرجال، روايتان، إحداهما: أنه ظهار، والرواية الثانية: ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء، أنه إذا شبه عضوا من امرأته بظهر أمه أو عضو من أعضائها فهو مظاهر، فلو قال فرجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك علي كظهر أمي أو بدننها أو رأسها أو يدها فهو مظاهر، وعن أحمد رواية أخرى أنه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته، أن المظاهر يحرم عليه وطء امرأته قبل أن يكفر وليس في ذلك اختلاف إذا كانت الكفارة عتقا أو صوما، وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالإطعام مثل ذلك، وأنه يحرم وطؤها قبل التكفير، أنه لا يجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار، سالمة من العيوب، هذا ظاهر المذهب، وعن أحمد رواية ثانية أنه يجزئ، أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام، أن فرضه إطعام ستين مسكينا، ويجوز أن ينتقل إلى الإطعام إذا عجز عن الصيام للمرض^١).

رأى القانون السوداني: نص على: (يصح الظهار من كل زوج يقع طلاقه^٢).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في الظهار، فهو يرى أن من ذكر عضو غير الظهر أو ذكر غير الأم فإن ذلك ليس بظهار، وأنه لا يحرم وطء زوجته إلا إذا كرر الظهار مرة ثانية، أما في كفارة الظهار بعتق رقبة فهو يرى أن أي رقبة تجزئ، والرأي

^١ المغني (٥٥٤/٨-٥٩٩) .

^٢ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م/المادة (١٩٧) .

الراجح هو رأى الجمهور لأن كل مركوب يسمى ظهرا لحصول الركوب على ظهره في الأغلب كما أن الظهار في العرف موجبا بالشرع .

المطلب الثاني: ظهار الأجنبية:

مسألة (١٢٨) من ظاهر من أجنبية ثم كرره ثم تزوجها فليس عليه ظهار ولا كفارة. قال ابن حزم وبرهان ذلك: (عن ابن عباس أنه كان لا يرى الظهار قبل النكاح شيئا ولا يرى أيضا الطلاق قبل النكاح شيئا^١)، قال أبو محمد: قال الله تعالى: {الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِمَّنِ نَسَأْتُهُمْ} فانما جعل الكفارة على من ظاهر من امرأته ثم عاد لما قال ولم يجعل تعالى ذلك على من ظاهر من غير امرأته^٢).
أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (بأن قال لأَجْنَبِيَّةٍ إِنْ تَزَوَّجْتُكَ فَأَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي حتى لو تَزَوَّجَهَا صَارَ مُظَاهِرًا عِنْدَنَا لَوْجُودِ الْإِضَافَةِ إِلَى سَبَبِ الْمَلِكِ^٣)، قال المالكية: (من عين امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرا منها، وكذلك إن لم يعين وقال: كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي، وذلك بخلاف الطلاق ويقول مالك في الظهار^٤)، قال الحنابلة: (إذا قال لامرأة أجنبية أنت علي كظهر أمي لم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بالكفارة^٥).
قال الشافعية: (فلو قال لأجنبية إذا نكحتك فأنت علي كظهر أمي أو قال السيد لأمته أنت علي كظهر أمي لم يصح^٦).
رأى القانون السوداني: لم يشر القانون، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^٧).

^١ مصنف عبد الرزاق (كتاب الطلاق/باب الظهار قبل النكاح/ح ر ١١٥٥٣ (٤٣٦/٦)).

^٢ سورة المجادلة الآية ٢.

^٣ المحلى (٥٦/١٠).

^٤ بدائع الصنائع (٢٣٢/٣).

^٥ بداية المجتهد (٤٣٦/٦).

^٦ المغني (٥٧٨/٨).

^٧ مغني المحتاج (٣٥٣/٣).

الرأي الراجح:خالف ابن حزم جمهور الفقهاء ووافق الشافعية فيظهار الأجنبية وهو يرى أنه ليس بظهار،والرأي الراجح هو رأى الجمهور لوجود الإضافة إلى سبب الملك لأبد له من الكفارة.

المطلب الثالث:تكرار الظهار:

مسألة (١٢٩) من ظاهر ثم كرر ثانية ثم ثالثة فليس عليه إلا كفارة واحدة لأن الثانية بها وجبت الكفارة،وحصلت الثالثة منفردة لا توجب شيئا،فان كرر رابعة فعليه كفارة أخرى،وهكذا القول في كل ما أعاد من الظهار،لأن بتكراره ثانية تجب الكفارة وتلزم فيكون فيما بعدها مبتدئا للظهار،

قال ابن حزم: (فإن كرهه وجبت كفارة أيضا^٢).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وَلَوْ ظَاهَرَ مِنْ امْرَأَةٍ وَاحِدَةً فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَعَلَيْهِ لِكُلِّ ظَهَارٍ كَفَّارَةٌ لِأَنَّ كُلَّ ظَهَارٍ يُوجِبُ تَحْرِيمًا لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا بِالْكَفَّارَةِ^٣)،قال المالكية: (ومنها إذا ظاهر من امرأته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة،أو على عدد المواضع التي ظاهر فيها؟ فقال مالك: ليس عليه إلا كفارة واحدة،إلا أن يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية،وأما إذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك أن في ذلك كفارة واحدة^٤)،قال الشافعية: (ولو كرر لفظ الظهار في امرأة واحدة تكريرا متصلا وقصد به تأكيدا فظهار واحد،لو فصل وقصد تأكيدا فإنه لا يقبل في الأصح تغليباً للطلاق وقيل يقبل تغليباً لشبهة اليمين^٥)،قال الحنابلة: (قَوْلُهُ وَإِنْ كَرَّرَ الظَّهَارَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ فَكَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ،هَذَا الْمَذْهَبُ نَقْلُهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ الْإِمَامِ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ

^١ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م/المادة (٥) .

^٢ المحلى (٥٧/١٠).

^٣ بدائع الصنائع (٢٣٥/٣).

^٤ بداية المجتهد (٩١/٢).

^٥ مغني المحتاج (٣٥٨/٣).

وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ هَذَا الْمَشْهُورُ مِنَ الرَّوَايَتَيْنِ وَالْمُخْتَارُ لِغَايَةِ الْأَصْحَابِ، إِنَّ كَرَّرَهُ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ فَكَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ وَإِنْ كَرَّرَهُ فِي مَجَالِسٍ فَكَفَّارَاتٌ^(١)

رَأَى الْقَانُونُ السُّودَانِي: لَمْ يَشِرْ الْقَانُونُ لِذَلِكَ، لِذَا الرُّجُوعُ إِلَى الْمَادَّةِ الْخَامِسَةِ الَّتِي تَنْصَحُ عَلَى (يَعْمَلُ بِالرَّاجِحِ مِنَ الْمَذْهَبِ الْحَنْفِيِّ فِيمَا لَا حُكْمَ فِيهِ بِهَذَا الْقَانُونِ^(٢)).

الرَّأْيُ الرَّاجِحُ: خَالَفَ ابْنُ حَزْمٍ جُمْهُورَ الْفُقَهَاءِ فِي كَفَّارَةِ تَكَرُّرِ الظَّهَارِ، فَإِذَا كَرَّرَ الظَّهَارَ ثَانِيَةً ثُمَّ ثَالِثَةً فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ كَرَّرَ رَابِعَةً فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ أُخْرَى، أَمَّا الْجُمْهُورُ يَرَوْنَ أَنَّ كَرَّرَ الظَّهَارَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ فَكَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلِأَنَّهُ لَفْظٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ كَفَّارَةٌ فَإِذَا تَكَرَّرَ كَفَّاهُ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى

الْمَطْلَبُ الرَّابِعُ: كَفَّارَةُ الظَّهَارِ لَا تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ وَلَا بِالطَّلَاقِ:

مَسْأَلَةٌ (١٣٠) مِنْ لَزِمَتِهِ كَفَّارَةُ الظَّهَارِ لَمْ يَسْقُطْهَا عَنْهُ مَوْتُهُ وَلَا مَوْتُهَا وَلَا طَلَاقُهَا لَهَا، وَهِيَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ إِنْ مَاتَ أَوْصَى بِهَا أَوْ لَمْ يَوْصِ.

قَالَ ابْنُ حَزْمٍ: (لِأَنَّهَا مِنْ دِيُونِ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ فَهِيَ مُقَدِّمَةٌ عَلَى دِيُونِ النَّاسِ).
أَمَّا جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ فَقَدْ قَالَ الْحَنْفِيُّ: (لَوْ عَادَ بِالْعَزْمِ عَلَى الْوَطْءِ ثُمَّ أَبَانَهَا أَوْ مَاتَتْ لَمْ تَلْزَمْهُ الْكَفَّارَةُ^(٣))، قَالَ الْمَالِكِيُّ: (إِذَا طَلَّقَ قَبْلَ إِرَادَةِ الْإِمْسَاكِ أَوْ مَاتَتْ عَنْهُ زَوْجَتُهُ هَلْ تَكُونُ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ أَمْ لَا؟ فَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّ لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَطْلُقَ بَعْدَ إِرَادَةِ الْعُودَةِ^(٤))، قَالَ الشَّافِعِيُّ: (وَإِنْ مَاتَتْ الْمَرْأَةُ عَقِيبَ الظَّهَارِ أَوْ طَلَّقَهَا عَقِيبَ الظَّهَارِ لَمْ تَجِبْ

الْكَفَّارَةُ^(٥))، قَالَ الْحَنَابِلَةُ: (قَالَ: فَإِنْ مَاتَ أَوْ مَاتَتْ أَوْ طَلَّقَهَا لَمْ تَلْزَمْهُ الْكَفَّارَةُ^(٦)).

^١ الإِنْصَافُ (٢٠٦-٢٠٧).

^٢ قَانُونُ الْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ لِلْمُسْلِمِينَ لِسَنَةِ ١٩٩١/الْمَادَّةُ (٥).

^٣ الْعِنَايَةُ شَرْحُ الْهَدَايَةِ (١٩/٦).

^٤ بَدَايَةُ الْمُجْتَهِدِ (٨٦/٢).

^٥ الْمَجْمُوعُ (٣٥٧/١٧).

^٦ الْمَغْنِي (٥٧٣/٨).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^١).

الرأي الراجح: خالف ابن حزم جمهور الفقهاء في كفارة الظهار، فهو يرى أنه تلزمته كفارة الظهار ولا تسقط عنه بموته ولا موتها ولا طلاقه لها، وتتخذ من ماله، لأنه دين لله لا يسقط، أما الجمهور يروا لا تلزمه الكفارة بموته، والرأي الراجح هو رأي الجمهور ولأن الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا يحنث بغير الحنث، والحنث هو العود.

المطلب الخامس: العجز عن الكفارات:

مسألة (١٣١) من عجز عن جميع الكفارات فحكمه الإطعام ابداً أيسر، بعد ذلك أم لم يوسر قوى على الصيام أو لم يقو، وذلك لأنه إذا عجز عن العتق والصيام فقد استقر عليه الإطعام بنص القرآن ولم يعوض الله عزوجل منه شيئاً أصلاً .

قال ابن حزم: (فهو حكم من عجز عن العتق والصوم ومن عجز عن شئ لم يوقت الله عزوجل له آخر فهو لازم ابداً لأن أمره تعالى واجب لا يسقطه شئ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صِيَامٌ صَامَ عَنْهُ وَلِيُّهُ"^٢).

جمهور الفقهاء قال الحنفية: (وكفارة اليمين: عتق رقبة، يجزئ فيها ما يجزئ في كفارة الظهار أي رقبة مطلقة، سواء كانت كافرة أو مسلمة صغيرة أو كبيرة، كما مر، وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً يصلح للأوساط وينتفع به فوق ثلاثة أشهر فما زاد عليه وأدناه أي: أدنى ما يكفي في الكفارة ما تجزئ فيه الصلاة: مروي، وعن أبي حنيفة أن أدناه ما يستر عامة بدنه، حتى لا يجوز السراويل، وهو الصحيح، لأن لابسه يسمى عرياناً في العرف، لكن ما لا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الإطعام باعتبار القيمة. وإن شاء أطعم عشرة مساكين، كل مسكين نصف صاع من برأ ودقيقه أو صاعاً من شعير أو تمر أو أكلتين مشبعتين كالإطعام المار في كفارة الظهار، والأصل فيه قوله تعالى: {فَكَفَّارَتُهُ

^١ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م/المادة (٥) .

^٢ صحيح البخاري (٣٦) كتاب الصوم/٤١ باب من مات وعليه صوم/ح ر ١٨٥١ (٢/٦٩٠).

^٣ المحلى (٥٧/١٠).

إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ^١، وكلمة "أو" للتخيير؛ فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة، هداية فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة المذكورة، صام ثلاثة أيام متتابعات^٢، قال المالكية: (والكفارة عتق رقبة ليس فيها عيب مفسد ، إن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا هكذا على الترتيب لا سبيل إلى الصيام إلا عند العجز عن الرقبة وكذلك لا سبيل إلى الإطعام إلا عند عدم الاستطاعة على الصيام فمن لم يطق الصيام وجب عليه إطعام ستين مسكينا، لأن الله عز وجل لم يقل في كفارة الظهار من أوسط فواجب قصد الشبع ومن ظاهر من أمته واجد لرقبتها فيعتقها عن حنثه فيها إن كان راغبا في وطنها ثم يخطبها الى نفسها فإن رضيت به تزوجها ومن تظاهر من أم ولده وأراد وطنها ولا مال له غيرها فهو من أهل الصيام أو الإطعام ولا يجزيه عتق أم الولد عن كفارة منها ولا من غيرها وكل نوع من كارة الظهار قبل المسيس^٣).

قال الشافعية: (حكما عليه حكمنا على المسلم عنده المسلمة وألزمناه ما نلزم المسلم ولا يجزيه في كفارة الظهار إلا رقبة مؤمنة وإن أطعم لم يجزه إلا إطعام المؤمنين ولا يجزيه الصوم بحال لأن الصوم لا يكتب له ولا ينفع غيره^٤).

قال الحنابلة: (كفارة الظهار على الترتيب، عتق رقبة، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكينا^٥).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص

على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^٦).

١ سورة المائدة الآية ٨٩ .

٢ الباب في شرح الكتاب (١ / ٣٥٦).

٣ الكافي في فقه أهل المدينة / ص ٢٨٤-٢٨٥.

٤ الأم (٥ / ٦١).

٥ الروض المربع (٣ / ١٩٦).

٦ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١ / المادة (٥).

مما سبق يتضح اتفاق ابن حزم مع جمهور الفقهاء فى كفارة الظهار وهى عتق رقبة إن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا.

المبحث الثالث: اللعان

تمهيد:

تعريف اللعان فى اللغة: (لَعَنَهُ كَمَنَعَهُ: طَرَدَهُ وَأَبْعَدَهُ وَالْإِسْمُ: اللَّعَانُ هُوَ مُشْتَقٌّ مِنَ اللَّعْنِ لِأَنَّهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ يَلْعَنُ نَفْسَهُ فِي الْخَامِسَةِ إِنْ كَانَ كَاذِبًا^١).

تعريف اللعان فى الشرع: عرفه الحنفية: (شهادات مؤكدة بأيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد قذف فى جانبه وحد زنى فى جانبها^٢)، عرفه المالكية: (اللعان حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفيه حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض^٣).

تعريف اللعان فى القانون السودانى: نص على: (اللعان شهادات مخصوصة مؤكدة بالإيمان، تجرى بين الزوجين، أمام القاضي، مختومة باللعن، من جهة الزوج، وبالغضب من جهة الزوجة^٤).

اتفق تعريف اللعان فى اللغة والشرع والقانون السودانى .

المطلب الأول: صفة اللعان:

مسألة (١٣١) صفة اللعان هو أن من قذف امرأته بالزنا هكذا مطلقا، أو بانسان سماه سواء كان قد دخل بها أو لم يدخل، بها كانا مملوكين أو أحدهما مملوكا والآخر حرا أو مسلمين أو هو مسلم وهى كتابية أو كانا كتابيين أو كان محدودا فى قذف أو فى زنا أو هي كذلك، أو كلاهما أو أحدهما أعمى أو كلاهما أو فاسقين أو أحدهما ادعى رؤية أو لم يدع فواجب على الحاكم أن يجمعهما فى مجلسه طلبت هي ذلك أو لم تطلبه طلب هو ذلك أو لم يطلبه لا رأى لهما فى ذلك ثم يسأله البينة على ما رماها به فان أتى ببينة عدول بذلك على ما ذكرنا فى الشهادة بالزنا أقيم عليها الحد فان لم يأت بالبينة قيل له التعن فيقول بالله انى لمن الصادقين بالله انى لمن الصادقين بالله انى لمن الصادقين بالله انى لمن الصادقين، هكذا يكرر بالله انى لمن الصادقين أربع مرات ثم يأمر الحاكم من يضع

^١ القاموس المحيط (١/ ١٥٨٨).

^٢ المبدع (٨/ ٧٣).

^٣ البهجة فى شرح التحفة (١/ ٥٢٥).

^٤ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١/ المادة (١٩٩).

يده على فيه ويقول له إنها موجبة، فإن ابى فإنه يقول وعلى لعنة الله إن كنت من الكاذبين، فإذا اتم هذا الكلام سقط عنه الحد لها والذي رماها به فإن لم يلتعن حد حد القذف، فإذا التعن كما ذكرنا قيل لها أن التعت، وإلا حددت حد الزنا فتقول بالله إنه لمن الكاذبين بالله إنه لمن الكاذبين بالله إنه لمن الكاذبين بالله إنه لمن الكاذبين أربع مرات، ثم تقول وعلى غضب الله إن كان لمن الصادقين، ويأمر الحاكم من يوقفها عند الخامسة ويخبرها بأنها موجبة لغضب الله تعالى عليها، فإذا قالت ذلك برئت من الحد وانفسخ نكاحها منه وحرمت عليه أبد الآب

لا تحل له أصلا لا بعد زوج ولا قبله ولا وإن أكذب نفسه لكن إن أكذب نفسه حد فقط، وأما ما لم يتم هو اللعان أو تنتمه هي فهما على نكاحهما فلو مات أحدهما قبل تمام اللعان لتوارثا ولا معنى لتفريق الحاكم بينهما أو لتركه لكن بتمام اللعان تقع الفرقة، فإن كانت هي صغيرة أو مجنونة حد هو حد القذف ولا بد ولا لعان فإن كان هو مجنونا حين قذفها فلا حد ولا لعان ويتلاعن الاخرسان كما يقدران بالإشارة فإن كانت المرأة الملاءنة حاملا فبتمام الالتعان منهما جميعا ينتفى عنه الحمل ذكره أو لم يذكره إلا أن يقر به فيلحقه ولا حد عليه في قذفه لها مع اقراره بأن حملها منه إذا التعن فلو صدقته هي فيما قذفها به وفي ان الحمل ليس منه حدث ولا ينتفى عنه ما ولدت بل هو لا حق به فإن لم يلاعنها حتى وضعت حملها فله أن يلاعنها لدرء الحد عن نفسه، وأما ما وردت فلا ينتفى عنه بعد أصلا فلو طلقها وقذفها في عدتها منه لاعتها فلو قذفها وهي اجنبية حد ولا تلاعن ولا يضره امساكها ووطؤها بعد أن قذفها بل يلاعنها متى شاء.

قال ابن حزم: (وبرهان ذلك قول الله: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾^١).

^١ سورة النور الآية ٦.

^٢ المحلى (٢٤٣/١٠).

أما جمهور الفقهاء قال الحنفية: (شهادات أربعة كشهود الزنا، مؤكدات بالايان مقرونة شهادته باللعن، وشهادتها بالغضب لأنهن يكثرن اللعن، فكان الغضب أردع لها (قائمة شهاداته مقام حد القذف في حقه وشهاداتها، مقام حد الزنا في حقها، أي إذا تلاعنا سقط عنه حد القذف وعنها حد الزنا، لأن الاستشهاد بالله مهلك كالحد بل أشد. وشرطه قيام الزوجية وكون النكاح صحيحا لا فاسدا، وسببه إذا قذف الرجل امرأته بالزنا، وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها، أو نفى نسب ولدها، فطالبتة بموجب القذف فعليه اللعان، وذلك بأن يقول لها يا زانية أو أنت زني أو رأيتك تزني أو هذا الولد من الزنا أو ليس هو مني يوجب اللعان، وإثما شرط أن يكونا من أهل الشهادة؛ لأن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها لأنه قائم في حقه مقام حد القذف ولابد من إحصانها ويجب أيضا بنفي الولد؛ لأنه لما نفاه صار قاذفا لها ومتى سقط اللعان في الشهادة إن كان من جانب الزوج فعليه الحد وإن كان من جانبها فلا حد ولا لعان، وقوله فطالبتة إنما شرط طلبها؛ لأنه حقها فلو لم تطالبه وسكتت لا يبطل حقها، ولو طالبت المدة؛ لأن طول المدة لا يبطل حد القذف ولا القصاص ولا حقوق العباد، قوله فإن امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد؛ قوله فإن لاعن وجب عليها اللعان فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه فتحده، يعني حد الزنا، وإثما بدأ في اللعان بالزوج؛ لأنه هو المدعي. وصفه اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع شهادات بالله، فيقول في كل مرة أشهد بالله أتني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، قوله ثم تشهد المرأة أربع شهادات بالله، قوله تقول في كل مرة أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، قوله فإذا التعننا فرق الحاكم بينهما، ولو أنهما امتنعا من اللعان بعد ثبوته أو امتنع أحدهما أجبرهما الحاكم عليه، ولو أنها جنت بعدما التعن الزوج قبل أن تلتعن هي سقط اللعان ولا حد^(١).

^١ الجوهرة النيرة (٤/٢٦٠ - ٢٦٧)، الدر المختار (٣/٥٣٠)، البحر الرائق (٤/١٢٦)، الفتاوى الهندية (١/٥١٦).

قال المالكية: (اللعان يثبت بين كل زوجين مسلمين، بالقذف برؤية الزنا أو بنفي النسب، فيبدأ الرجل أربعا: أشهد بالله لقد رأيتها تزني وإنني لمن الصادقين، وهل يلزمه الوصف كالشهود قولان، ويخمس بأن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، فينتقي عنه الحد والولد، ثم تشهد هي أربع شهادات بالله ما زنيته وإنه لمن الكاذبين، وتخمس بأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، فينتقي الحد وتثبت الفرقة، وتحرم أبدا ولا يبدل اللعن بالغضب، وليكن بمشهد من المؤمنين بموضع يعظم، وأيهما نكل حد وأقر، لكن حد الزوج يقف على كونها يحد قاذفها، ويشترط للنفي الاستبراء وعدم الوطء بعده، ويلتعن هو دونها فإن وطئ بعده حد للقذف ولحقه كاعترافه به في ادعاء رؤية الزنا، ولو أكذب نفسه أو استلحقه لحق به وحد ولم تحل^١).

قال الشافعية: (صفة اللعان، وهو أن يبدأ بلعان الزوج قبل لعان الزوجة، لأن كتاب الله تعالى وسنة رسوله وردا به، فإن قدم لعان الزوجة لم يعتد به، لأن لعان الزوج إثبات لقذفه، ولعان الزوجة نفي لما أثبتته الزوج فلم يجز إلا أن يكون بعد إثباته، فيبدأ الإمام بالزوج، فيقول له: قل أشهد بالله، إنني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة بنت فلان من الزنا، أمره الحاكم أن يكرر ذلك أربع مرات متواليات يعيد في كل مرة منها مثل ما قاله في الأولى، فإذا أكمل أربعاً بقيت الخامسة وهي اللعنة، فوقفه قبلها ووعظه، وأعلمه أن الخامسة هي اللعنة الموجبة، وإنني أخاف إن كنت كاذبا أن تبوء بلعنة الله، فإن رآه يريد أن يمضي في لعانه لا يرجع عنه، قال له: قل وعلى لعنة الله إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا، وأقام الزوجة في مقامه وقال لها: قل أشهد بالله أن زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وهي تقول: أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من هذا الزنا، أمرها أن تعيد ذلك أربع مرات، وقال لها في الخامسة: قل وعلى غضب الله إن كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنا، وأن هذا الولد ليس من

^١ أشرف المسالك (١/ ١٦١)، البهجة شرح التحفة (١/ ٥٣١)، الفواكه الدواني (٥/ ٢٨٠)، الشرح الكبير (٢/ ٤٦٣).

زِنًا، فَإِذَا قَالَتِ الْخَامِسَةُ فَقَدْ أَكْمَلَتْ لِعَانَهَا وَأَسْقَطَتْ بِهِ مَا وَجَبَ عَلَيْهَا مِنْ حَدِّ الزَّيْنَا بِلْعَانِ الزَّوْجِ^(١).

قال الحنابلة: (وَصِفَةُ اللَّعَانِ أَوْ يَقُولُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ أَشْهَدُ بِاللَّهِ قِيلَ لَقَدْ زَنَّتْ زَوْجَتِي هَذِهِ، وَفِي الْخَامِسَةِ إِنْ لَعَنَ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، ثُمَّ يَقُولُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ أَشْهَدُ بِاللَّهِ لَقَدْ كَذَبَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّيْنَا وَفِي الْخَامِسَةِ وَإِنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّيْنَا، وَلَا يَعْرِضُ لِلزَّوْجِ حَتَّى تَطَالِبَهُ امْرَأَتُهُ فَإِنْ أَرَادَ اللَّعَانُ مِنْ غَيْرِ طَلِبِهَا فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ يَرِيدُ نَفْيَهُ فَلَهُ ذَلِكَ وَإِلَّا فَلَا. فَأَمَّا إِذَا تَمَّ اللَّعَانُ فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانِهِمَا وَإِنْ قَذَفَ أَجْنَبِيَّةً ثُمَّ تَزَوَّجَهَا، وَإِنْ قَذَفَهَا فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ فَهِيَ كَالْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ فَلَهُ لِعَانُهَا وَنَفْيُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ حَدٌّ وَلَا لِعَانُ بَيْنَهُمَا. وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ اللَّعَانِ وَرَثَتُهُ صَاحِبُهُ وَلَحَقَهُ نَسَبُ الْوَلَدِ وَلَا لِعَانُ. وَإِذَا قُلْنَا تَحَلَّ لَهُ بِكَذَابِ نَفْسِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَجَدَ مِنْهُ طَلَاقٌ فَهِيَ بَاقِيَةٌ عَلَى النِّكَاحِ^(٢)).

رَأَى الْقَانُونُ السُّودَانِي: لَمْ يَشِرْ الْقَانُونُ لِذَلِكَ، لِذَا الرُّجُوعُ إِلَى الْمَادَّةِ الْخَامِسَةِ الَّتِي تَنْصَحُ عَلَى (يَعْمَلُ بِالرَّاجِحِ مِنَ الْمَذْهَبِ الْحَنْفِيِّ فِيمَا لَا حُكْمَ فِيهِ بِهَذَا الْقَانُونِ^(٣)).

مِمَّا سَبَقَ يَتَضَحُّ اتِّفَاقُ ابْنِ حَزْمٍ مَعَ جَمْهُورِ الْفُقَهَاءِ فِي صِفَةِ اللَّعَانِ .

المطلب الثاني: لعان الحر والعبد:

مسألة (١٣٣) أما قولنا أن كل زوج قذف امرأته فإنه يلاعنها. قال ابن حزم: (فَلَقَوْلِ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ: {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ^(٤)، فَلَمْ يَخْصِ عَزَّوَجَلَّ حُرًّا مِنْ عَبْدٍ، وَلَا أَعْمَى مِنْ بَصِيرٍ، وَلَا صَالِحًا مِنْ فَاسِقٍ، وَلَا امْرَأَةً كَافِرَةً مِنْ مُؤْمِنَةٍ، وَلَا حُرَّةً مِنْ أَمَةٍ، وَلَا فَاسِقَةً مِنْ صَالِحَةٍ، وَلَا مُحَدودًا مِنْ غَيْرِ مُحَدودٍ، وَلَا مُحَدودَةً مِنْ غَيْرِ مُحَدودَةٍ^(٥)).

^١ الحاوي الكبير (١١/ ١٢٨-١٣٥)، المجموع (٤٤٧/١٧).

^٢ الفروع (٥/ ٣٩٠)، الشرح الكبير (٩/ ١٢-٤٩)، المغني (٩/ ٦٠)، الكافي (٣/ ٢٨٠).

^٣ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م/المادة (٥).

^٤ سورة النور الآية ٦.

^٥ المحلى (١٠/ ١٤٤).

أما جمهور الفقهاء قال المالكية: (فَيَصِحُّ اللَّعَانُ مِنْ كُلِّ زَوْجَيْنِ مُكَلَّفَيْنِ، وَإِنْ كَانَ مَمْلُوكَيْنِ أَوْ فَاسِقَيْنِ، أَوْ أَحَدُهُمَا لَا كَفَرَ: اللَّعَانُ بَيْنَ كُلِّ زَوْجَيْنِ وَلَوْ كَانَ مَمْلُوكَيْنِ أَوْ أَحَدُهُمَا أَوْ كِتَابِيَّةً تَحْتَ مُسْلِمٍ إِلَّا الْكَافِرَيْنِ فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا، وَيَصِحُّ مِنَ الْأَعْمَى لِنَفِي النِّسْبِ وَمَنِ الْأَخْرَسُ إِذَا فَهِمَ^(١))، قال الشافعية: (ولما ذكر الله عز وجل اللعان على الأزواج مطلقا كان اللعان على كل زوج جاز طلاقه ولزمه الفرض، وكذلك على كل زوجة لزمها الفرض، وسواء كان الزوجان حريين مسلمين أو كان أحدهما حرا والآخر مملوكا أو كانا مملوكين معا أو كان الزوج مسلما والزوجة ذمية أو كانا ذميين تحاكما إلينا، لأن كلا زوج وزوجه يجب عليه الفرض في نفسه دون صاحبه وفي نفسه لصاحبه ولعانهم كلهم سواء....، وكذلك لو طلق فالزمناء الطلاق ثم أفاق فقال ما طلقت لم نردها إليه ووسعه فيما بينه وبين الله تعالى المقام عليها، ولو أصابه هذا من مرض تربصوا به حتى يفيق أو يطول ذلك به ويشير إشارة تعقل أو يكتب كتابا يعقل فيصير كالأخرس الذي ولد أخرس (قال) وإذا كانت هي الخرساء لم نكلفها لعانه إلا أن تكون تعقل لانه لا معنى لها في (الفرقة^(٢))، قال الحنابلة: (وهل يصح لعان من اعتقل لسانه وأيس من نطقه بالاشارة؟ على وجهين، أحدهما يصح لانه مأیوس من نطقه أشبه الآخرس، والثاني لا يصح لانه ليس بأخرس، وإذا فهمت إشارة الآخرس أو كتابته صح لعانه بها وإلا فلا، قال أحمد جميع الأزواج يلتعنون الحر من الحرية، والامة إذا كانت زوجة وكذلك العبد من الحرية والامة إذا كانت زوجة وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية وعن أحمد رواية أخرى لا يصح اللعان إلا بين زوجين مسلمين عدلين حريين غير محدودين في قذف فان اختل شرط منها في أحدهما فلا لعان، كل قذف يجب به الحد، وسواء في ذلك الأعْمَى والبصير نص عليه أحمد^(٣)).

^١ التاج والإكليل لمختصر خليل (٦/ ١٨٩)، أشرف المسالك (١/ ١٦١).

^٢ الأم (٥ / ٣٠٤).

^٣ الشرح الكبير (٩/ ١٠).

قال الحنفية: (وَلَا لِعَانَ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْأَمَةِ، وَلَا بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْحُرَّةِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ وَالْأَمَةَ لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ، وَلَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرَةِ؛ لِأَنَّ الْأَمَةَ وَالْكَافِرَةَ لَا يُحَدُّ قَاضِفُهُمَا، إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ صَغِيرَةً أَوْ مَجْنُونَةً أَوْ كِتَابِيَّةً أَوْ أَمَةً أَوْ مُدَبَّرَةً أَوْ مُكَاتَبَةً أَوْ أُمًّا وَلَدٍ أَوْ مَحْدُودَةً فِي قَذْفٍ أَوْ كَانَتْ قَدْ وَطِئَتْ وَطْئًا حَرَامًا فِي جَمِيعِ عُمْرِهَا مَرَّةً أَوْ حَرَسَاءَ، فَلَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ؛ وَكَذَا إِذَا كَانَا صَبِيَّيْنِ أَوْ مَجْنُونَيْنِ أَوْ أَخْرَسَيْنِ أَوْ مَمْلُوكَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ. فَإِنْ كَانَا أَعْمَيَيْنِ أَوْ فَاسِقَيْنِ يَجِبُ اللَّعَانُ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِشَهَادَتِهِمَا^١).

رأى القانون السوداني: لم يشر القانون لذلك، لذا الرجوع إلى المادة الخامسة التي تنص على (يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون^٢).

الرأي الراجح: اتفق ابن حزم مع جمهور الفقهاء في أن اللعان على كل زوج جاز طلاقه، وخالف الحنفية، والرأي الراجح هو رأي الجمهور لأن كلا زوج وزوجه يجب عليه الفرض في نفسه دون صاحبه وفي نفسه لصاحبه ولعانهم كلهم سواء .

الخاتمة

^١ الجوهرة النيرة (٤ / ٢٦١).

^٢ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م/ المادة (٥).