

العنوان:	مخالفات الإمام ابن حزم الظاهري للأئمة الأربعة في فقه الأحوال الشخصية والمعاملات
المؤلف الرئيسي:	بني أحمد، خالد علي سليمان
مؤلفين آخرين:	درادكه، ياسين أحمد إبراهيم(مشرف)
التاريخ الميلادي:	2004
موقع:	عمان
الصفحات:	1 - 408
رقم MD:	596733
نوع المحتوى:	رسائل جامعية
اللغة:	Arabic
الدرجة العلمية:	رسالة دكتوراه
الجامعة:	الجامعة الاردنية
الكلية:	كلية الدراسات العليا
الدولة:	الاردن
قواعد المعلومات:	Dissertations
مواضيع:	ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، 384-456 هـ، الفقه الإسلامي، الأئمة الأربعة، الأحوال الشخصية، المعاملات، اختلاف العلماء
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/596733

لإستشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب إسلوب الإستشهاد المطلوب:

إسلوب APA

بني أحمد، خالد علي سليمان، و درادكه، ياسين أحمد إبراهيم. (2004). مخالقات الإمام ابن حزم الظاهري للأئمة الأربعة في فقه الأحوال الشخصية والمعاملات (رسالة دكتوراه غير منشورة). الجامعة الاردنية، عمان. مسترجع من <http://596733/Record/com.mandumah.search/>

إسلوب MLA

بني أحمد، خالد علي سليمان، و ياسين أحمد إبراهيم درادكه. "مخالقات الإمام ابن حزم الظاهري للأئمة الأربعة في فقه الأحوال الشخصية والمعاملات" رسالة دكتوراه. الجامعة الاردنية، عمان، 2004. مسترجع من <http://search.mandumah.com/Record/596733>

الفصل الثاني

مخالفات الإمام ابن حزم الظاهري

للأئمة الأربعة

في فقه الطلاق

المبحث الأول

ألفاظ الطلاق

المطلب الأول

أنواع ألفاظ الطلاق

الفرع الأول

مفهوم الطلاق

الطلاق لغة : مصدر طَلَّقَ ، يُطَلِّقُ ، طَلَقًا ، و الطلاقُ هو حلُّ القيد و إزالته ، والطلاق مشتق من الإطلاق ومعناها : الإرسال و التترك بعد الإمساك ، يقال : طَلَقَت المرأة ، و طَلَّقَت المرأة فهي طالق و طالقته ، أي أرسلتها وتركها فهي مرسله بعد إمساك ، و يقال طَلَّقَت القوم : تركتهم كما يترك الرجل المرأة ، و طَلَّقَت البلاد : تركتها و فارقتها ، و أطلَّقت أسيري، و طَلَّقَت إبلي أي أرسلتها و تركتها^(١) . وعليه فالطلاق هو الإرسال و التترك و حل القيد ورفعہ و التخليه .

الطلاق اصطلاحاً : الطلاق عند الحنفية : " هو رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح " ^(٢) و قيل : هو إزالة حل المحلية في النوعين أو ما يقوم مقام اللفظ^(٣) ، والطلاق عند المالكية : " هو رفع القيد الثابت بالنكاح " ^(٤) ، و عند الشافعية : " هو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه " ^(٥) ، وأما الحنابلة فعرفوا الطلاق بأنه : " حل قيد النكاح أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلقات أو بعضها ، أو تحريم بعد تحليل " ^(٦) .

(١) * الزبيدي ، مختار الصحاح ، ج ١ ، ص ١٦٦ * ابن منظور ، لسان العرب ، ج ١٠ ص ٢٢٥ - ٢٢٦ ، تحرير ألفاظ التنبيه ، ص ١١١ * أنيس و رفاقه ، المعجم الوسيط ، ج ٢ ص ٥٤٩ .

(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق ج ٣ ص ٢٥٥ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ٩٨ .

(٤) الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٢١٦ .

(٥) الشربيني ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٢٧٩ .

(٦) المرادوي ، الإصناف ، ج ٨ ص ٤٤٨ .

الفرع الثاني

أقوال الفقهاء في (أنواع) ألفاظ الطلاق

اختلف الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد مع الإمام ابن حزم في أنواع ألفاظ الطلاق على النحو الآتي :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد إلى تقسيم الألفاظ التي يقع بها الطلاق على ضربين هما :^(١)

الضرب الأول : الألفاظ الصريحة: وهي ما غلب استعمالها في معنى واحد بحيث يتبادر إلى الذهن حقيقة أو مجازا ، وهذا معناها في أصول الفقه ، أما معناها في الفقه : فهي ما استعملت في الطلاق دون غيره " (٢) . والألفاظ الصريحة لا تقتصر إلى نية بل يقع الطلاق بها بمجرد اللفظ ، إذ يفيد حكمه من غير انضمام شيء إليه (٣) .

هذا وقد اختلف الأئمة الأربعة في الألفاظ الصريحة للطلاق ، فذهب الأئمة أبو حنيفة ومالك في رواية وأحمد إلى أنها لفظ الطلاق وما يتصرف منه غير أمر ومضارع (٤) . وذهب الإمام الشافعي والإمام مالك في رواية إلى أنها الألفاظ التي وردت في القرآن الكريم وهي الطلاق والسراح والفراق (٥) . حيث يقول الله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرْثَانُ فَبِمَسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ " (٦) ، وقال أيضا : " فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَبِمَسْكُونٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ قَارْفُونٍ بِمَعْرُوفٍ " (٧) .

(١) * المرغاني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ١ ص ٢٣٠ * ابن المصم ، شرح فتح القدير ج ٣ ص ٤٦٣ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ٩٨ ، ١٠٦ * الزرقاني ، شرح الزرقاني ج ٣ ص ٢١٩ * الناج والأكليل ج ٤ ص ٥٣ - ٥٤ * الشيرازي ، المهذب ، ج ٢ ص ٨١ * الشربيني ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٢٧٩ - ٢٨٠ * الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج ٢ ص ١٢٥ * النووي ، روضة الطالبين ، ج ٨ ص ٢٦ * الشافعي ، الام ، ج ٥ ص ١٨٢ * ابن مفلح ، الفروع ، ج ٢ ص ٢٩٢ ، ٢٩٩ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ج ٢ ص ٥٤ * المرادوي ، الإنصاف ، ج ٨ ص ٤٧٦ - ٤٧٧ * ابن قدامة ، المعني ، ج ٧ ص ٢٩٤ .

(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، ج ٣ ص ٢٦٩ .

(٣) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٧ ص ٢٦٨ - ٢٦٩ * المرادوي ، الإنصاف ، ج ٨ ص ٤٧٦ - ٤٧٧ * المحرر في الفقه ، ج ٢ ص ٥٤ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ٩٨ * شرح فتح القدير ، ج ٣ ص ٤٦٣ * شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٢١٩ * الناج والأكليل ج ٤ ص ٥٣ - ٥٤ * المهذب ، ج ٢ ص ٨١ * معني المحتاج ، ج ٣ ص ٢٧٩ - ٢٨٠ * الام ، ج ٥ ص ١٨٢ * روضة الطالبين ، ج ٨ ص ٢٦ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٠١ * الناج والأكليل ج ٤ ص ٥٤ - ٥٥ * الكافي في فقه مالك ، ج ١ ص ٢٦٤ * دليل

الطالب ج ١ ص ٢٥٨ - ٢٥٩ * الفروع ج ٥ ص ٢٩٨ * الإنصاف ، ج ٨ ص ٢٧٧ * المحرر في الفقه ، ج ٢ ص ٥٤ .

(٤) * المهذب ج ٢ ص ٨١ - ٨٢ * تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٣٣ .

(٥) سورة البقرة ، آية ٢٢٩ .

(٦) سورة الطلاق ، آية ٢ .

وقال كذلك : " وَإِنْ يَنْقَرُّا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا (١٣٠) " (١). الضرب الثاني : الألفاظ الكنائية - " وهي الألفاظ التي يفنقر وقوع الطلاق بها إلى نية الطلاق ، إذ لم تخصص شرعاً أو عرفاً للطلاق بل تستعمل في الطلاق و غيره ، فتحتمل حل قيد الزوجية و غيره بحسب اللغة " (٢) .

(١) سورة النساء ، آية ١٣٠ .

(٢) * بدائع الصنائع ج ٣ ص ٩٨ ، ١٠٥ * شرح فتح القدير ج ٣ ص ٤٦٣ * المسوط ، ج ٦ ص ٧٢ - ٧٣ * شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٢١٩ * المهذب ، ج ٢ ص ٨١ - ٨٢ * معني المحتاج ، ج ٣ ص ٢٨٠ * فتح الوهاب ، ج ٢ ص ١٢٥ * المدغ ، ج ٧ ص ٢٦٩ * الإنصاف ، ج ٨ ص ٢٧٧ .

هذا وقسم الفقهاء الألفاظ الكنائية التي يقع بها الطلاق إلى ثلاثة أقسام هي :

القسم الأول: ألفاظ كنائية ظاهرة * وهي التي يقع بها الثلاث وقيل الواحدة البائنة ، حيث هي ألفاظ موضوعة للبينونة؛ لأن معنى الطلاق فيها أظهر ، وهي ستة ألفاظ : خلية ، وبرية ، وبائن ، وبتة وبتلة و أمرك بيدك^(١).

القسم الثاني: الألفاظ الكنائية الخفية : وهي ألفاظ أخفى في الدلالة من الألفاظ الظاهرة على الطلاق ، وهي موضوعة للطلقة الواحدة لأنه اليقين ما لم ينو أكثر وهي : اخرجي ، وذوقي و اذهبى و تجرعى و خلبك وأنت واحدة و لست لي بامرأة أو عندي و استبرئى و اعتزلى و الحقى بأهلك و لا حاجة لي فيك ، و ما بقي شيء و أعفأك الله ، و أن الله قد طلقك و الله قد أراحك مني و جرى القلم^(٢).

القسم الثالث: الألفاظ الكنائية المختلف فيها : * وهي نحو الحقى بأهلك و حبلك على غاربك و تزوجي من شئت و اعتدي ، و غطي شعرك و أنت حرة ، و قد أعفأك ، و لا سبيل لي عليك ، وأنت علي حرج ، و قيل هذه ظاهرة لأنها في معناها ، وقيل خفية لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما دخلت عليه بنت الجون، قال: لقد عدت بعظيم الحقي بأهلك *^(٣)، و لم يكن النبي - صلى الله عليه وسلم - ليطلق ثلاثا و قد نهى أمته عنه ، و قد روى أبو هريرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لسودة بنت زمعة اعتدي فجعلها طلقة^(٤).

(١) * ابن قدامة ، الكافي في فقه أحمد بن حنبل ، ج ٣ ص ١٧٢-١٧٣ * البيهقي ، كشف القناع ، ج ٥ ص ٢٥٠ * المرداوي ، الإنصاف ، ج ٨ ص ٤٧٦-٤٧٧ * ابن مفلح ، الفروع ج ٥ ص ٢٩٨-٢٩٩ * ابن قدامة ، المغني ج ٧ ص ٢٩٨-٣٠٠ .

(٢) * ابن مفلح ، الفروع ، ج ٥ ص ٢٩٩ * المرداوي ، الإنصاف ، ج ٨ ص ٤٧٧ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ج ٢ ص ٥٤ * دليل الطالب ، ج ١ ص ٢٥٩ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ١٧٢-١٧٣ .

(٣) * صحيح ابن حبان ، ج ١٠ ص ٨٣ رقم ٤٢٦٦ * قيل في إسناده عبيد بن القاسم قال فيه ابن معين كان كتابا عيبا و قال صالح بن محمد كتاب كان يضع الحديث و قال ابن حبان كان ممن يروي الموضوعات ، وضعفه البخاري و أبو زرعة و النسائي و غيرهم ، الكشاني ، مصباح الزجاجة ج ٢ ص ١٢٤ رقم ٣ باب للمنة * البخاري ، صحيح البخاري ، ج ٥ ص ٢٠١٢ رقم ٤٩٥٥ .

(٤) * البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ، ج ٧ ص ٣٤٣ رقم ١٤٧٨٣ * الأنصاري ، كتاب الآثار ، ج ١ ص ١٤٦ رقم ٦٦٧ .

وفي معنى هذه الألفاظ استبرئي رحمك و حالت للأزواج و تقنعي ولا سلطان لي عليك^(١) و هذا التقسيم موجود عند الحنابلة ، أما الحنفية فقد قسموا الكنايات على ضربين هما :

القسم الأول : ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي و لا يقع بها إلا واحدة وهي : اعتدي و استبرئي رحمك ، أنت واحدة ، حيث تحتمل الأولى الاعتداد من النكاح ، و تحتمل اعتداد نعم الله فأبها نوى تعين ، و الطلاق يعقب الرجعة ، و أما استبرئي رحمك فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لأنه تصريح بما هو المقصود منه ، فكان بمنزلة و تحتمل الاستقراء ليطلقها . و أما أنت واحدة فلأنها تحتمل أن تكون نعتاً لمصدر محذوف معناه تطليقه واحدة ، فإذا نواه جعل كأنه قاله ، و الطلاق يعقب الرجعة و يحتمل غيره ، و هو أن تكون واحدة عنده أو عند قومه ، و لما احتملت هذه الألفاظ الطلاق و غيره فإنها تحتاج إلى النية ، و لا تقع إلا واحدة .

الضرب الثاني : بقية الألفاظ الكنايية غير الثلاث أنفة الذكر ، فإذا نوى فيها الطلاق كانت واحدة بآئنة ، و إن نوى ثلاثاً كانت بثلاث و إن نوى اثنتين كانت واحدة بآئنة ، وهي مثل قوله : أنت بائن وبته و بثة ، و حرام ، و حبلك على غاربك و الحقي بأهلك و خلية ، و بريئة و وهبتك لأهلك ، و سرحتك ، و فارقتك و أمرك بيدك ، و اختاري ، و أنت حرة ، و تقنعي و تخمري و غيرها ، و هذا لا بد لاعتبارها من النية^(٢) . و قيل بل الكنايات عند أبي حنيفة ثلاثة أقسام :

القسم الأول : ما يصلح جواباً لا غير ، و ذلك ثلاثة : أمرك بيدك و اختاري و اعتدي .

القسم الثاني : ما يصلح جواباً و رداً لا غير ، و هي سبعة ألفاظ : اخرجي ، و اذهبتي و اغربي و قومي و تقنعي و استبرئي و تخمري .

القسم الثالث : ما يصلح جواباً و رداً و سباً ، و ذلك خمسة ألفاظ : خلية و بريئة ، و بائن وبته ، و حرام^(٣) .

(١) ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ١٧٣

(٢) المرغاني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ١ ص ٢٤١ - ٢٤٢ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٠٥ .

(٣) * السرخسي ، المبسوط ، ج ٦ ص ٨٠ * الجامع الصغير ، ج ١ ص ٢٠٥ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٠٦ - ١٠٧ .

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى أن ألفاظ الطلاق ثلاثة ألفاظ فقط ذكرها القرآن الكريم في آياته وهي : السراح و الطلاق والفراق ، وإن الطلاق لا يقع في الفتيا و لا في القضاء إلا بواحدة منها وقال ابن حزم : " فإذا قال لم أنو . الطلاق صدق في الفتيا و لم يصدق في القضاء في الطلاق و ما تصرف منه و صدق في سائر ذلك في القضاء أيضا " (١) ، و في هذا ما يشير إلى اعتبار الإمام ابن حزم النية لإيقاع الطلاق قضاء في السراح و الفراق دون الطلاق إذ يوقع به الطلاق من غير النظر إلى النية .

سبب اختلاف الفقهاء :

يرجع سبب الخلاف بين الأئمة الأربعة و ابن حزم في هذه المسألة إلى عموم و ظواهر و مفاهيم الآيات التي ذكرت ألفاظ الطلاق الطلاق والسراح والفراق ، فمن تمسك بعموم النصوص و مفاهيمها أجاز وقوع الطلاق بكل لفظ يحل قيد النكاح و يرفعه لأنه مفهوم الآيات ، و من تمسك بظواهر النصوص قال لا يقع الطلاق بغيرها ؛ لأن الشرع لو أراد إيقاعه بغيرها لعلمه الخلق ، هذا فضلا عن تعارض الأدلة التي استدلت بها كل فريق من الأحاديث و الآثار .

(١) ابن حزم ، المغلي ، ج ١٠ ص ١٨٥ .

الفرع الثالث

أدلة الفقهاء

أولا . أدلة الأئمة الأربعة

استدل الأئمة الأربعة لقولهم بوقوع الطلاق بألفاظ الكنايات بالإضافة للألفاظ الصريحة بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرْثَانِ فإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ " ^(١) ، وقوله أيضا : " فإِمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ قَارِفُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ " ^(٢) .
وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى ذكر الطلاق والسراح والفراق في كتابه العزيز في موطن تخير الرجل الإقامة مع زوجته أو تطليقها أو في التنويه لوقت الطلاق السيئ، وفي هذا إرشاد من الله تعالى إلى استعمال ألفاظ الطلاق والسراح والفراق في إيقاع الطلاق، إذ هي المعبرة شرعا " لحل عقد النكاح " ^(٣) .

ب . ما رواه جابر بن عبد الله أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لسودة بنت زمعة - رضي الله عنها : " اعتدي " فثابت أنه أن يرجعها لتجعل يومها لعائشة حتى تحضر في جملة أزواجه ، فراجعها ورد عليها يومها " ^(٤) .

وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم - استخدم لفظ " اعتدي " في طلاقه للسيدة سودة بنت زمعة - رضي الله عنها - وهذا إنما يدل على اعتبار لفظ اعتدي من ألفاظ الطلاق الكنائية ، ذلك لأن الأمر بالاعتداد يقتضي سابقة الطلاق ، وإن المقتضى يثبت بطريقة الضرورة فيقدر بقدر الضرورة ، وإن ما يدل على اعتباره أيضا " ما جاء في الأثر من مراجعة النبي - صلى الله

(١) سورة البقرة ، آية ٢٢٩ .

(٢) سورة الطلاق : آية ٢ .

(٣) * الشرازي ، المهذب ، ج ٢ ص ٨١ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٧ ص ٢٧٠ .

(٤) * البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ، ج ٧ ص ٣٤٣ رقم ١٤٧٨٣ ، * الأنصاري ، كتاب الآثار ، ج ١ ص ١٤٦ رقم ٦٦٧ .

عليه وسلم- للسيدة سوده فلو لم يكن الطلاق يقع به و هو أحد الكنايات لما راجعها النبي - صلى الله عليه وسلم (١).

ج . ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أن ابنة الجون لما أدخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ودنا منها قالت أعوذ بالله منك فقال لها لقد عذت بعظيم الحقي بأهلك (٢)

وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم- استعمل لفظاً كنائياً وهو : * الحقي بأهلك * لتطليق ابنة الجون ، إذ لو لم يكن الطلاق يقع به لما استخدمه النبي - صلى الله عليه وسلم- و لا استخدم بذله أو حتى أتبعه بأحد ألفاظ الطلاق التي ذكرت في الكتاب العزيز ، فدل ذلك على اعتباره أحد ألفاظ الطلاق خاصة و أن الطلاق أحد أحكام الشرع الإسلامي الذي يقف بيانه على كتاب الله و سنة نبيه - صلى الله عليه وسلم- بالدرجة الأولى .

د . الإجماع ، حيث استخدم الصحابة رضوان الله عنهم و من تبعهم الألفاظ الكنائية في إيقاع الطلاق و تلفظوا بها من زمن النبي - صلى الله عليه وسلم- من غير تكثير ، فدل ذلك على اعتبارها بشرط النية (٣).
هـ . ما جاء في لفظ حبلك على غاربك و أشباه ذلك عن مالك أنه بلغه : أنه كتب إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - من العراق أن رجلاً قال لامرأته : حبلك على غاربك - فكتب عمر بن الخطاب إلى عامله على العراق : أن مره يوافيني بمكة في الموسم ، فبينما عمر يطوف بالبیت إذ لقيه الرجل فسلم عليه ، فقال عمر : من أنت ؟ فقال : أنا الذي أمرت أن أجلب عليك ، فقال له عمر : أسالك برب هذه البنية : ما أردت بقولك حبلك على غاربك ؟ فقال له الرجل : لو استحلقتني في غير هذا المكان ما صدقتك ، أردت بذلك الفراق ، فقال عمر هو ما أردت " (٤) ، و هذا واضح

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١١٢ .

(٢) * البخاري ، كتاب : الطلاق ، باب من طلق وقل فواجبه الرجل امرأته بالطلاق ، ٢٠١٢/٥ ، ج ٤ ص ٤٥٩٩ .

(٣) النووي ، روضة الطالبين ، ج ٨ ص ٢٦ .

(٤) * الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٢١٩ * الإمام مالك ، الموطأ ، ج ٢ ص ٥٥١ رقم ١١٥٠ * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٧ ص ٣٤٣ رقم ١٤٧٨٧ * المحرسي ، كتاب السنن ج ١ ص ٣١٩ رقم ١١٥٢ .

الدلالة على اعتبار حبلك على غار بك و هو لفظ من ألفاظ الكناية التي لم ترد في كتاب الله - أحد الألفاظ التي يقع بها الطلاق بشرط النية .

و ما رواه مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - كان يقول في الخلية و البرية أنها ثلاث تطليقات كل واحدة منهما ^(١) ، وفي هذا دليل واضح و بين على اعتبار ألفاظ الكنایات من الألفاظ التي يقع بها الطلاق كالصريحة في ذلك .

ثانياً . أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لعدم وقوع الطلاق بغير لفظ الطلاق و السراح و الفراق بما يأتي :

أ . قول الله تعالى " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن " ^(٢) وقوله كذلك وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين (٢٤١) ^(٣) و قوله : " فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا (٤٩) " ^(٤) و قوله : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تُسْرِخِ بِاِحْسَانٍ " ^(٥) وقوله تعالى : " فَاِذَا بَلَغْنَ اَجَلَهُنَّ فَاُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْ قَارِفُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ " ^(٦) و قوله : " وَاِنْ يَنْفَرَقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعْيِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا (١٣٠) " ^(٧)

وجه الاستدلال :

إن ظاهر جملة هذه الآيات تدل على اعتبار ألفاظ الطلاق و السراح و الفراق ألفاظاً يقع بها الطلاق وحدها دون غيرها ، ذلك لأن الطلاق ذكر في القرآن الكريم و ذكرت فيه ألفاظه و هي ظاهرة منه فلا يتعدى إلى غيرها إذ لم يذكره الله تعالى ^(٨) ، وعليه فلا يجوز حل عقدة عقدت بكلمه الله عز وجل و سنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - إلا بما نص الله تعالى عليه

(١) الأصبحي ، الموطأ ، ج ٢ ص ٥٥٢ رقم ١١٥٢ * مصنف عبد الرزاق ، ج ٦ ص ٣٥٣ رقم ١١١٨٤ .

(٢) سورة الطلاق ، آية ١ .

(٣) سورة البقرة ، آية ٢٤١ .

(٤) سورة الأحزاب ، آية ٤٩ .

(٥) سورة البقرة ، آية ٢٢٩ .

(٦) سورة الطلاق ، آية ٢ .

(٧) النساء ، آية ١٣٠ .

(٨) ابن حزم ، المحلى ، ج ١٠ ص ١٨٦ .

ب. ما روى عن كعب بن مالك أنه لما تخلف عن تبوك فذكر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أرسل إليه يأمره أن يعتزل امرأته ، قال : فقلت لرسوله - صلى الله عليه وسلم - أطلقها أم ماذا افعل ، قال : لا بل اعتزلها فلا تقربها قال كعب : فقلت لامراتي الحقي بأهلك فكوني فيهم حتى يقضي الله في هذا الأمر * (١) .

وجه الاستدلال :

إن كعب رضي الله عنه - لم ير الحقي بأهلك من ألفاظ الطلاق ، ولم يعرف له مخالف في ذلك من الصحابة ، و هو لفظ من ألفاظ الكناية ولو كان كعب رضي الله عنه يراه لفظاً من ألفاظ الطلاق لما تلفظ به في أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - له بان يعتزل زوجته ، إذ لا حاجة لاستعمال لفظ من ألفاظ الطلاق في الاعتزال. وقد روي عن قتادة أنه ليس ذلك بشيء (٢) .

ج. أن الألفاظ التي وردت في القرآن الكريم و هي الطلاق والتسريح و الفراق إنما وضعت في اللغة لحل عقدة النكاح ، و إن كان التسريح والفراق قد وضعاً ليدل على غير ذلك ، و لذا فإنه يوقف عندها ولا يتعداها ، وعليه فإن الطلاق لا يقع فيها عدا هذه الألفاظ الثلاثة البتة لا في قضاء و لا فتياً ، فلا يقع بلفظ الخلية و البرية و أنت براءة و وهبتك و التحريم و التخيير و التملك و نحوها (٣) .

(١) البخاري، ٤/١٦٠٦ ح ٤١٥٦

(٢) ابن حزم ، المحلى ، ج ١٠ ص ١٨٧ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ١٨٦ .

الفرع الرابع

مناقشة أدلة الفقهاء

أولا . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة

مما تقدم يتبين لنا أن الإمام ابن حزم الظاهري اتفق مع الأئمة الأربعة على اعتبار لفظ الطلاق و السراح و الفراق من ألفاظ الطلاق ، وهي الألفاظ التي ورد ذكرها في القرآن الكريم ، ولكنه اختلف معهم في اعتبار الألفاظ الكناية للطلاق فذهب إلى عدم اعتبارها و استدلل لذلك بأدلة أوردها آنفاً ، وفيما يأتي أبرز المناقشات و الاعتراضات التي أوردها ابن حزم على قول الأئمة الأربعة و على أدلتهم في اعتبار ألفاظ الكناية من ألفاظ الطلاق :

أ . إن ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - من حديث مسوده بنت زمعة من أنه طلقها بلفظ اعتدي ثم راجعها هو كذب موضوع ما صح قط عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ذلك لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ما صح عنه أنه طلق امرأة من نسائه إلا حفصة فقط ثم راجعها ، وأما مسوده فلا ، إنما جاء فيها أنها وهبت يومها و ليلتها لما أسنت لعائشة ، وجاء أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أراد فراقها فلما رغبت إليه - عليه الصلاة و السلام - في إمساكها و تجعل يومها و ليلتها لعائشة - رضي الله عنها - لم يفارقها فبقي من دونه عليه الصلاة و السلام ، فذكر عن ابن مسعود أنها طلقة ^(١) .

فإن قيل : الورع له أن يفارقها ، رد عليه بأنه إنما الورع لكل مؤقت في الأرض أن لا يحاط لغيره بما يهلك به نفسه ، و أن لا يستحل تحريم فرج امرأة على زوجها و إياحتة بغير حكم من الله تعالى و رسوله - صلى الله عليه وسلم - و قد قال تعالى : * فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ * ^(٢) ، ثم إن ابن عباس كان لا يرى الفداء طلاقاً حتى يطلق ، و قد قال ابن عباس : أنه جل و عز ذكر الطلاق من قبله ثم ذكر

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ١٩٢ .

(٢) سورة البقرة ، آية ١٠٢

الفداء فلم يجعله طلاقاً، وقد روى عنه - رضي الله عنه - أنه كان لا يرى طلاقاً إلا بلفظ الطلاق أو ما سماه الله عز وجل طلاقاً^(١).

ب. إن ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه طلق ابنة الجون بقوله: "الحقي بأهلك" ليس فيه حجة لمن ادعى أن ذلك طلاقاً، وذلك لما روي عن حمزة بن أبي أسيد عن أبيه أنه كان مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقد أوتى بالجونية فأنزلت في بيت أميمة بنت النعمان بن شريحيل في نخل و معها دابتها، فدخل عليها - صلى الله عليه وسلم - فقال لها: هبي لي نفسك، قالت: و هل تهب الملكة نفسها لسوقة فاهوى ليضع يده عليها لتسكن. فقالت: أعوذ بالله منك، فقال: قد عذت بعظيم (بمعاذ) ثم خرج فقال: يا أبا أسيد اكسها و ارزقها و الحقها بأهلها، و في رواية عن سهل بن سعد قال: ذكرت لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - امرأة من العرب، فأمر أبا أسيد أن يرسل إليها فقدمت فنزلت في أجم بني ساعدة فدخل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فلما كلمها. قالت: أعوذ بالله منك. قال: "قد أعذتك مني" فقالوا لها أنتدين من هذا؟ فقالت لا. قالوا: هذا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - جاءك ليخطبك. قالت: أنا كنت أشقى عن ذلك^(٢) فهذه كلها أخبار عن قصة واحدة في امرأة واحدة في مقام واحد فلاح أنه عليه الصلاة والسلام لم يكن تزوجها بعد، و إنما دخل عليها ليخطبها فبطل تعلقهم بقوله عليه الصلاة والسلام الحقي بأهلك ثم لو صح أنه - صلى الله عليه وسلم - لو كان تزوجها فليس فيه أنه عليه الصلاة والسلام ذكر أنه إنما طلقها بقوله: الحقي بأهلك، و لا تحل الكنايات الصحاح إلا بيقين^(٣).

ثم إن هذا الحديث في إسناده عبيد بن القاسم الذي قال فيه ابن معين كان كذاباً خبيثاً و قال صالح بن محمد كذاب كان يضع الحديث و قال ابن

^(١) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج ١٠ ص ١٩٦.

^(٢) صحيح ابن حبان، ج ١٠ ص ٨٣ رقم ٤٢٦٦ * الكناي، مصابح الزجاجة، ج ٢ ص ١٢٤ رقم ٣ باب التبعة، * الطبراني، المعجم الأوسط، ج ٧ ص ٣٦٦ رقم ٧٧٤٢.

^(٣) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج ١٠ ص ١٨٧ - ١٨٨ * ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج ٩ ص ٣٥٧، ٤٩٥٥.

حبان كان ممن يروي الموضوعات عن الثقات ، و ضعفه البخاري و أبو زرعة و أبو حاتم و النسائي و غيرهم ^(١).

ثانيا . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

يرد على قول ابن حزم الظاهري و أدلته الاعتراضات الآتية :

أ . إن احتجاج ابن حزم الظاهري بظواهر نصوص الكتاب العزيز لا يسلم فيما نحن فيه، ذلك لأن نصوص الكتاب لا يوقف عند ظواهرها فقط ، بل يجب الغوص في مدلولاتها ومعانيها ، و إن مقصدها و مدلولها هو حل عقد النكاح و رفع قيده ، و لذا فإن الطلاق والسواح و الفراق ورد في الآيات على سبيل المثال التي ترفع قيد النكاح ، فيقع الطلاق بأي لفظ يرفع قيد النكاح و يزيل عقده.

ب . إن الحديث الذي استدل به ابن حزم لقوله و المروي عن كعب بن مالك لا يتعارض مع ما نحن فيه، بل قد يصلح دليلا " للقول بوقوعه بالفاظ الكنايات ، ذلك قوله " الحقي بأهلك " كما جاء في الحديث كان مقترنا " بنية عدم الطلاق إذ قال للنبي - صلى الله عليه وسلم - أطلقها أم ماذا أفعل ؟ فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : لا بل اعتزلها فقال لها ما قال و هو لا يريد بذلك إيقاع الطلاق ، و بذلك فلا حجة له فيه .

(١) الكافي ، مصباح الزجاجة ج ٢ ص ١٢٤ .

الفرع الخامس

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء في أنواع ألفاظ الطلاق نرى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة ، وهو أن ألفاظ الطلاق التي يقع بها نوعان هما : الألفاظ الصريحة و الألفاظ الكنائية ، و أنه لا يقتصر على الألفاظ التي وردت في القرآن الكريم (الطلاق ، و الفراق ، و التسريح) في إيقاع الطلاق و ذلك للأمور الآتية :

أ . إن من الصحابة من ذهب إلى إجازة إيقاع الطلاق بغير الألفاظ الثلاثة السراح و الفراق و الطلاق كما أن منهم من أفتى بذلك كما رأينا في أدلة الأئمة الأربعة .

ب . عدم سلامة أدلة ابن حزم الظاهري من الاعتراضات ، إذ لا تترك مفاهيم النصوص لظواهرها لأنه ترك بلا مسوغ ، كما أن حديث كعب بن مالك لم يأت دليلاً على منع إيقاع الطلاق بلفظ الكتاب الحقي باهلك لأنه لم يقصد إيقاع الطلاق ، إذ طلب منه — صلى الله عليه وسلم — اعتزالها وعدم طلاقها ، فلاح عدم سلامة الاستدلال به .

ج . إن الاحتياط للفروج يقتضي إيقاع الطلاق بغير تلك الألفاظ الواردة في الكتاب العزيز ، إذ الشخص قد يتلفظ بها وينوي بها الطلاق ، فإذا لم يقع الطلاق بحجة عدم اعتبار اللفظ كان فيه إبطال للنية ومناقضة للإرادة في أمر لا يقبل الهزل ، هذا وقد اشترطت النية مع اللفظ بها زيادة في الاحتياط ونأياً عن المأثم : حيث لا يقع الطلاق بأي من ألفاظ الكنايات إلا إذا نوي به الطلاق .

المطلب الثاني
التفويض والتوكيل بالطلاق
الفرع الأول

أقوال الفقهاء في التفويض والتوكيل بالطلاق

يقصد بالتفويض بالطلاق : أن يدع الزوج الأمر لزوجته لتختار طلاقها إن شاعت ، وبعبارة أخرى : " أن ينيب الرجل زوجته في تطبيق نفسها متى شاعت أو أرادت " .

ويقصد بالتوكيل بالطلاق : " أن يدع الزوج الأمر لغيره في تطبيق زوجته " ، أو " أن ينيب الزوج غيره بتطبيق زوجته " ، وقد ملك الزوج ذلك من ملكه حق إيقاع الطلاق بنفسه .

هذا وقد اختلف الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم في جواز التفويض والتوكيل بالطلاق على قولين :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز التفويض والتوكيل بالطلاق ، فقيل : إذا قال الزوج لزوجته اختاري أو فوضت لك الطلاق ونوى الطلاق بذلك أو قال لها طلقي نفسك : فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك ، لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة ولأنه تملك الفعل منها ، والتملكات تقتضي جواباً في المجلس كما في البيع . ثم لا بد من النية لأن التخيير يحتمل التخيير في الطلاق وغيره ، فإذا اختارت نفسها كانت واحدة بآئنة ^(١) .

وقيل : " يصح تفويض الطلاق إلى غير الزوجة لأنه إزالة ملك ، فصح التوكيل فيه كالعنق " ^(٢) ، وقيل : " يقع الطلاق بإيقاع الوكيل " ^(٣) .

(١) * المرغاني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ١ ص ٢٤٤ * ابن نجيم البحر الرائق ، ج ٣ ص ٣٤٢ * السرخسي ، المبسوط ، ج ٦ ص ٢١٠ ، ٢١٢ * الجامع الصغير ، ج ١ ص ٢٠٥ * شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٧٦، ٧٩ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١١٣ * شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٢٢٤ * التاج والإكليل ، ج ٤ ص ٩١ * الكافي في فقه مالك ج ١ ص ٢٧٣ * القوانين الفقهية ، ص ١٥٥ * المذهب ج ٢ ص ٨٢ * مغني المحتاج ، ج ٣ ص ٢٨٥ * فتح الوهاب ج ٢ ص ١٢٩ * روضة الطالبين ، ج ٨ ص ٤٦ * المبدع ، ج ٧ ص ٢٧٦ * الإنصاف ، ج ٨ ص ٤٩٢ * الفروع ج ٥ ص ٣٠٢ * الكافي في فقه أحمد ، ج ٣ ص ١٧٨، ١٧٥ . كشف القناع ، ج ٥ ص ٢٥٨ إعانة الطالبين ، ج ٤ ص ٢٠ حاشية ابن عابدين ، ج ٣ ص ٣١٤، ٣١٧ . مواهب الجليل ، ج ٤ ص ٩٩ .

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ١٧٨ .

(٣) البهوتي ، كشف القناع ، ج ٥ ص ٢٥٨ .

والتفويض عند أبي حنيفة ثابت على خلاف القياس إذ يأباه ، وقد استحسنته لإجماع الصحابة ، ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ^(١) . والتفويض عنده أيضاً ثلاثة أصناف هي : التفويض بلفظ الأمر باليد ، والتفويض بلفظ المضيئة ، والتفويض بلفظ التخير ، فإذا قال لزوجته اختاري ونوى الطلاق بتخيرها ، أو قال لها طلقي نفسك قلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها وإن طال يوماً أو أكثر ولم يتبدل بالأعمال وذلك لإجماع الصحابة ، والواقع به واحدة بآئنة .

وأما التفويض بقوله : أمرك بيدك فتصح نية الثلاث فيه ، لأن الأمر باليد شامل وعمومه لمعنى الشأن للطلاق ، فكان من إفراده لفظاً والمصدر يحتمل نية العموم ، وقيل الفرق إن الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس بإجماع الصحابة وإجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل ، أي بآئن ونحوه لأن الوقوع مقتضى نفس الألفاظ ومقتضاها البيّنونة وهي المتنوعة ، وأما الأمر باليد فقد ثبت قياساً واستحساناً ، ويشترط لثبوت التفويض بالطلاق نية الزوج الطلاق ، وعلم الزوجة بالتفويض والتخير ، ثم إن التطويق بالتفويض بالمشيئة حكم التفويض بالتخير في جميع أحكامه إلا أن الثابت به طلقة رجعية وفي التخير بآئنة ^(٢) .

وأما الإمام مالك فقد فرق بين التملك والتخير ، حيث جعل للمرأة ما قضت في حال التملك من الطلقات إلا أن ينكر عليها ، فيقول : لم أرد إلا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما دامت في عدتها ، فإذا قال : أمرك بيدك فقد جعلت ما كان بيده من طلاقها ، وأما التخير فإنه لا يكون إلا ثلاثاً في المدخول بها فإن اختارت ثلاثاً فهي ثلاث وإن واحدة أو اثنتين فلا يكون شيئاً ، وإن كانت غير مدخول بها كان حكمها كالمملكة في المناكره ^(٣) .

(١) * للمغني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ١ ص ٢٤٤ * ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٣ ص ٣٤٢ * السرخسي ، المبوط ، ج ٦ ص ٢١١ * الجامع الصحيح ، ج ١ ص ٢٠٥ .

(٢) * ابن المقام ، شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٧٩ ، ٧٦ * السرخسي ، المبوط ج ٦ ص ٢٢١ - ٢٢٢ * الكاساني ج ٣ ص ١١٧ - ١١٩ .

(٣) * التاج والإكليل ، ج ٤ ص ٩٣ - ٩٤ * الموطأ ، ج ٢ ص ٥٥٣ * القوتيل الفقهاء ج ١ ص ١٥٥ .

هذا واشترط الإمام الشافعي لوقوع الطلاق بلفظي اختاري وأمرك بيدك نيته الطلاق لأنهما كنايةان يحتملان الطلاق وغيره، فلم يوقع بهما حتى يتفقا على نية الطلاق، وقد اعتبر التفويض في أصح الروايتين عند الإمام الشافعي تملكاً لا توكيلاً^(١).

وأما الإمام أحمد فقد أوقع بالتفويض ما نواه الزوج لأنه محتمل له، فإن كان لم ينو شيئاً وقعت واحدة لأنه اليقين^(٢). وفرق الإمام أحمد في ظاهر مذهبه بين التخيير والأمر باليد، فقال: وإذا قال: لامرأته أمرك بيدك فهي كناية ظاهرة فلها أن تطلق ثلاثاً وإن نوى واحدة، وإن خيرها لم يكن لها أن تطلق إلا واحدة رجعية لأن التخيير تفويض معين، فيتناول ما يقع عليه الاسم وهو طلاق رجعية لأنها بغير عوض^(٣).

ثم إن التفويض عند الإمام أحمد في معنى التوكيل لا التملك، ولا يقع به الطلاق على اعتبار أنه من ألفاظ الكناية إلا بالبينة أو بقريضة، أو دلالة الحال على إرادة إيقاعه^(٤).

القول الثاني: ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز التفويض والتوكيل بالطلاق مطلقاً^(٥).

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى ثلاثة أمور هي:

أ. النصوص التي ذكر فيها ألفاظ الطلاق والسراح والفرق، فمن تمسك بظاهرها وعمومها قال: لا يقع الطلاق إلا بها لأنه لو أورد الشرع إيقاع الطلاق بغيرها لذكرها.

وأما من تمسك بمفهوم تلك النصوص، فقال: إن الطلاق والفرق والسراح هو حل لقيد النكاح ورفع، ولذا فإن أي لفظ يحل قيد النكاح

(١) المهذب، ج ٢، ص ٨٢ * معنى اختاج ج ٣، ص ٢٨٦ * فتح الوهاب ج ٢، ص ١٣٠ * روضة الطالبين ج ٨، ص ٤٦.

(٢) المبدع، ج ٧، ص ٢٧٦.

(٣) المبدع، ج ٧، ص ٢٨٥ - ٢٨٦ * الإنصاف، ج ٨، ص ٤٩٢ * الكافي في فقه ابن حنبل، ج ٣، ص ١٧٥ - ١٧٧ * المغني، ج ٧، ص ٣٠٨ - ٣٠٩.

(٤) المبدع، ج ٧، ص ٢٨٩ * الإنصاف، ج ٨، ص ٤٩٢ - ٤٩٣ * الفروع، ج ٥، ص ٣٠٢ * المغني، ج ٧، ص ٣٠٩.

(٥) ابن حزم الظاهري، ج ١٠، ص ١٩٦.

ويرفعه هو من الفاظ الطلاق ، ولكنه يشترط وجود نية الطلاق معه احتياطاً للفروج.

ب . وجود النصوص عند الأئمة الأربعة والتي اعتمدوا عليها في جواز إيقاع الطلاق بالتفويض والتوكيل به .

ج . الاختلاف في طبيعة حق الطلاق الذي جعله الله تعالى للأزواج كحل نهائي لإنهاء العلاقة الزوجية إن استحالت وظهر صعوبة استمرارها ، فمن رأى أن الطلاق حق كسائر الحقوق التي تقبل التفويض والتوكيل والإنابة قال : يقع الطلاق بالتفويض والتوكيل به . وأما من رأى أن الطلاق حق مختلف عن سائر الحقوق ، بل وقياسه لا يصح أصلاً لنفيهم القياس ، قال : إن الطلاق لا يقع بالتفويض والتوكيل به (١) .

هذا ويفترق التفويض بالطلاق عن التوكيل به في أمور منها (٢) :

أ . إن التوكيل مشروط بقبول الوكيل للوكالة ، وأما التفويض فلا يتوقف على رضا الزوجة ، إذ يملك الزوج إسناده إليها بإرادته المنفردة .

ب . إن الوكيل يعمل وفق مشيئة الموكل لأنه ممثل ونائب عنه ، لا مالك للحق الموكل به ، أما المفوض إليه فيعمل باختياره ومشيئته لأن الزوج ملكه حق الطلاق .

ج . إن الوكيل ملزم بإيقاع الطلاق إن قبل الوكالة ما لم يعزل ، ولكنه للزوجة المفوضة الخيار في إيقاعه وعدم إيقاعه .

د . إن للموكل عزل وكيله ما دام لم يوقع الطلاق ، ولكن ليس للزوج المفوض أن يعزل زوجته المفوضة بالطلاق .

(١) المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ١٩٦ * مواهب الجليل ، ج ٤ ص ٩٩ * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٥ ص ٢٥٨ .

(٢) للفتاوى والإكليل ، ج ٤ ص ٩١ * مواهب الجليل ، ج ٤ ص ٩٩ . * حاشية ابن عابدين ، ج ٣ ص ٣١٤-٣١٥ .

الفرع الثاني أدلة الفقهاء

أولاً : أدلة الأئمة الأربعة

استدلال الأئمة الأربعة لقولهم بجواز التفويض بالطلاق إلى الزوجة والتوكيل به لغيرها بما يأتي :

أ. قول الله تعالى : " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُحِبُّنَّ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا " (١)
وجه الاستدلال :

إن الله تعالى أمر نبيه صلى الله عليه وسلم - بتخيير نساائه بين الفراق أو البقاء على النكاح ، وقد فعل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم - فخيرهن ، فكان في هذا دليل واضح على جواز تفويض الزوجة بالطلاق إذ لو لم يكن التخيير - وهو التفويض - مما يصح إيقاع الطلاق به لكان الأمر به في الآية لا معنى له ولا فائدة ، وكان أمراً زائداً ، ودليل ذلك أن أزواج النبي - صلى الله عليه وسلم - اخترنه واخترن البقاء معه - صلى الله عليه وسلم - فلم تطلق واحدة منهن ، وفي حديث أم المؤمنين عائشة ما يدل على هذا (٢) .

ب. ما روى عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني ذاكرك لك أمراً قلنا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمرني أبوئك قالت قد علم أن أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه ثم قال إن الله عز وجل قال يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتم تحبون الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعنكم وأسرحنكم سراحاً جميلاً وإن كنتم تحبون الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكم أجراً عظيماً قالت فقلت في أي هذا استأمر أبوي فإني أريد الله ورسوله

(١) سورة الأحزاب ، آية ٢٩ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١١٨ - ١١٩ .

وَالذَّارِ الْآخِرَةَ قَالَتْ ثُمَّ فَعَلَ أَزْوَاجَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِثْلَ مَا فَعَلَتْ^(١).

وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم - خير أزواجه بين البقاء معه أو اختيار الطلاق فاخترته واخترن البقاء معه ، ولو اخترن الطلاق لوقع ، ولكنه لم يقع لأنهن اخترن البقاء مع النبي - صلى الله عليه وسلم - ولولا جواز التخيير والتفويض وجواز استعماله شرعاً كأحد كفايات الطلاق ما استعمله النبي - صلى الله عليه وسلم - وما كان ينبغي له لأنه المبين عن الله تعالى شرعه^(٢) ، قال مسروق^(٣) : " ما أبالي خیرت امرأتي واحدة أو مائة أو ألفا بعد أن تختارني ، ولأنها مخيرة اختارت النكاح فلم يقع به الطلاق كالمعتقة تحت عید " ^(٤).

ج . الإجماع السكوتي - حيث ذكر القول بصحة تفويض الطلاق للزوجة عن جمع من الصحابة منهم : عمر و عثمان وعلي وابن مسعود وجابر وعائشة وابن عمر وزيد وغيرهم - رضوان الله عنهم - ولم يذكر لهم مخالف ، حيث سكوت البقية عن رد ذلك وإبطاله فكان ذلك إجماعاً سكوتياً على جواز التفويض في الطلاق للزوجة ، والإجماع السكوتي حجة تثبت به الأحكام^(٥).

د . ما رواه مالك أنه بلغه أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن عمر فقال : يا أبا عبد الرحمن إنني جعلت أمر امرأتي في يدها ، فطلقت نفسها فماذا ترى ، فقال : عبد الله بن عمر : أراه كما قالت ، فقال الرجل : لا تفعل يا أبا عبد الرحمن ، فقال ابن عمر : أنا أفعل ، أنت فعلته^(٦) . وعن مالك عن نافع

(١) صحيح مسلم ، ج ٢ ص ١١٠٣ رقم ١٤٧٥ * صحيح البخاري ، ج ٤ ص ١٧٩٦ رقم ٤٥٠٧ و رقم ٤٥٠٨

(٢) * معني المحتاج ، ج ٣ ص ٢٨٥ - ٢٨٦ * فتح الوهاب ، ج ٢ ص ١٢٩ - ١٣٠ * الأم ، ج ٥ ص ١٤٠ ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ١٢٦ .

(٣) هو أبو عائشة مسروق بن الأجدع الميماني الكوفي الفقيه ، سمع عن عمر بن الخطاب وعلي روى عنه الشعبي ، مسلم ، الكشي والأسماء ، ج ١ ص ٦٤٢ * النهي ، تذكرة الحفاظ ، ج ١ ص ٤٩ - ٥٠ رقم ٢٦ *

(٤) ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٣١٤ .

(٥) السرخسي ، الميسوط ، ج ٦ ص ٢١٠ - ٢١١ * الكاساني ، بدائع الصنائع ج ٣ ص ١١٨ - ١١٩ . * ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٧٦ - ٧٧ * الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج ٢ ص ١٢٩ * الشريبي ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٢٨٥

(٦) الأصمعي ، الموطأ ، ج ٣ ص ٥٣٣ رقم ١١٥٥ .

أن ابن عمر كان يقول : إذا ملك الرجل امرأته أمرها فالقضاء ما قضت به إلا أن ينكر عليها ، ويقول : لم أرد إلا واحدة ، فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما كانت في عدتها * (١).

هـ . إن الزوج مخير بين أن يستديم النكاح أو يفارق وهو يملك ذلك ، فيملك أن يفوض غيره فيما يملكه ، وبالتالي فإنه يملك أن يسوى زوجته بنفسه في حقه بأن يخيرها ليفوضها في تطبيق نفسها ، كما فعله النبي - صلى الله عليه وسلم - كما تقدم ، وله أن يوكل غيره به ليوقعه عنه (٢).

و . قياس صحة التوكيل بالطلاق على صحة التوكيل بالعنق وغيره (٣) .
ز . إن الأدلة الدالة على مشروعية الوكالة عامة مطلقة ، تدل على جواز التوكيل بالطلاق كما تدل على جوازه في غيره .

ثانياً . أدلة الإمام ابن حزم
استدل الإمام ابن حزم لقوله بعدم جواز تفويض الطلاق للزوجة بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا " (٤)
وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى قد جعل لكل نفس عملها فلا يجوز عمل أحد عن أحد إلا حيث أجاز القرآن أو السنة الثابتة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، كما لا يجوز كلام أحد عن كلام غيره إلا حيث أجاز القرآن أو سنة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، فإذا لم يأت في طلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قرآن ولا سنة كان التفويض والتوكيل بالطلاق باطلاً لا يجوز مطلقاً وإن زعمت الضرورة (٥).

ب . إن الله سبحانه وتعالى جعل الطلاق بيد الرجل وملكه إياه على وجه الخصوص بمقتضى تملكه القوامة فقال تعالى : الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا

(١) الأصبحي ، الموطأ ، ج ٣ ص ٥٣٣ رقم ١١٥٦ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج ٦ ص ٢١١ . * الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ١٧٨ * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٥ ص ٢٥٨ .

(٣) الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ١٧٨ .

(٤) سورة الأنعام ، آية ١٦٤ .

(٥) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ١٩٦ .

أنفقوا من أموالهم * فلا يملك الزوج بذلك تمليكه لغيره لا تفويضا ولا توكيلا ، ومن فعل ذلك فقد تعدى حدود الله سبحانه وتعالى ^(١).

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٦ .

الفرع الثالث

مناقشة أدلة الفقهاء

أولا . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة

إن مما يرد على أدلة الأئمة الأربعة ، التي استدلوا بها لقولهم بجواز التفويض التوكيل بالطلاق ، الاعتراضات الآتية :

١ . إن ما استدل به الأئمة الأربعة من الآية الكريمة التي أمر الله بها نبيه - صلى الله عليه وسلم - بتخيير أزواجه لا يخرج أن يكون الأمر فيها خاصا بالنبي - صلى الله عليه وسلم - إذ قد افترض الله على نبيه - صلى الله عليه وسلم - أشياء خففها عن خلقه ليزيده بها إن شاء الله قرينة إليه وكرامة ، وأباح له أشياء حظرها على خلقه زيادة في كرامته وبياناً لفضيلته مع ما لا يحصى من كراماته له وهي موضوعة في مواضعها .

ثم إن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يخبرهن على سبيل تفويض الطلاق لهن بل خبرهن بين الحياة الدنيا ومتاعها وزينتها وبين ما عند الله ورسوله من الخير والفضل في الدنيا والآخرة ، فاخترن ما عند الله ورسوله ، فبطل توجيههم واستدلالهم ، خاصة وأن الله سبحانه وتعالى يقول لنبيه موجهها له إن اخترن الحياة الدنيا وزينتها " فَتَعَالَيْنِ أُمَّتُكُنَّ وَأَسْرُحُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا " أي أحدث لكن إذا اخترن الحياة الدنيا وزينتها متاعاً وسراحاً وهذا هو الطلاق ، ولو كان تخييره لهن طلاقاً لما احتاج الأمر بعده إلى إيقاع الطلاق ، وأما قول السيدة عائشة رضي الله عنها قد خبرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فاخترناه فكان طلاقاً تعني أنه لم يوجب ذلك على النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يحدث لنا طلاقاً^(١) .

و الواقع أن هذا اعتراض مردود لأن الشرع الحنيف لا بيان له إلا من جهة الكتاب والسنة والإجماع ، وأما الكتاب فقد أمر الله نبيه بالتخيير وإن خطاب الله تعالى للمؤمنين عامة لا للرسول الكريم خاصة فلم يختص بالحكم ولا بالأمر . ثم إن النبي - صلى الله عليه وسلم - خيّر نساءه وهذه السنة ، وأما الإجماع فقد فعله الصحابة من غير نكير من أحدهم . و فضلاً

(١) الشافعي ، الام ، ج ٥ ص ١٤٠ * ابن الممام شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٧٧ .

عن هذا فإن التخيير لم يكن بين نعيم الدنيا و نعيم الآخرة بل كان بين الإقامة مع الرسول - صلى الله عليه و سلم - و بين فراقه ، و أما الآية * فَتَعَالَى أَمْرُنَا * فَتَعَالَى أَمْرُنَا * فَتَعَالَى أَمْرُنَا * (١) فهذه ليست إلا بيانا لنتيجة التفويض و تأكيد أثره ، لأن المتاع و السراح مقتضى التخيير و التفويض ، سيما و أن المتاع يعقب الطلاق و أن السراح لفظ كناية و كان أولى أن يقال و أطلقكن ، و لقد أنزلت عقب حديث عائشة خيرنا قوله تعالى : " لَا يَحِلُّ لَكَ النَّسَاءُ مِنْ بَعْدِ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ وَلَوْ أَغْنَيْتُكَ خُسْرُهُنَّ إِلَّا مَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ رَقِيبًا (٥٢) " ، فثبت بهذا عدم سلامة الاعتراض (٢) .

ب . إن قول النبي - صلى الله عليه و سلم - للسيدة عائشة - رضي الله عنها - : " لَا تَعْجَلِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبِيكَ " ضعيف لأنه صلى الله عليه و سلم - لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه و هي أن توقع بنفسها الطلاق ، بل إنها إن اختارت نفسها طلقها ، ثم إنه لو كان قول النبي - صلى الله عليه و سلم - كما قالوا لكان تمليكاً للطلاق ، و التمليكات تستدعي جواباً في المجلس ، فلما طلب أن تستأمر أهلها دل ذلك على أنه ليس تفويضاً بل تخييراً (٣) .

ج . إن الأئمة الأربعة أصحاب قياس يزعمهم جواز التفويض والتوكيل بالطلاق ، وبالضرورة يدري كل أحد أن الطلاق كلام ، والظهار كلام ، واللعان كلام ، والإيلاء كلام ، ولا يختلفون في أنه لا يجوز أن يظهر أحد عن أحد ، ولا أن يلاعن أحد عن أحد ، ولا أن يؤلي أحد عن أحد لا بوكالة ، ولا بغيرها ، فهلا قاسوا الطلاق على ذلك ، ولكن لا النصوص يتبعون ولا القياس يحسنون " (٤) .

د . إن الاستدلال بعموم الأدلة الدالة على جواز الوكالة لا يسلم ، ذلك أن مشروعية التوكيل لا تستلزم جوازه في كل شيء ، إذ هناك أمور لا يصح التوكيل بها كالطلاق واللعان والظهار ونحوها .

(١) سورة الأحزاب ، آية ٢٨ .

(٢) * الشافعي ، الام ، ج ٥ ص ١٤٠ * ابن المصنف شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٧٧ .

(٣) ابن المصنف ، شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٧٧ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ١٩٦ .

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

يرد على قول ابن حزم و أدلته الاعتراضات الآتية :

أ . إن استدلال ابن حزم الظاهري بقوله تعالى : " وَلَا تُكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِثْمًا عَلَيْهَا " غير سليم ، ذلك لأن هذه الآية عامة ، بل و لا متعلق لها فيما نحن فيه ، إذ لا علاقة لها بتفويض الطلاق للزوجة ولا بتوكيله لغيرها لا من قريب و لا من بعيد ، فلا حجة فيها .

ب . إن الله سبحانه و تعالى و إن جعل الطلاق بيد الزوج لاعتبارات معينة أشارت إليها الآية الكريمة : " الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ " إلا أن ذلك لا يمنع أن يكون الطلاق حقاً كسائر الحقوق التي يجوز التفويض و التوكيل بها للغير .

ج . إن عدم وجود المخصص والمقيد للأدلة العامة والمطلقة الدالة على جواز التوكيل بالطلاق وغيره لا يسلم الاحتجاج به لمنعه .

د . إن الإيلاء واللعان والظهار أيمان لا تجوز النيابة بها بالاتفاق ، وهي بهذا تختلف عن الطلاق ، ولذا كان قياس الطلاق عليها قياساً مع الفارق لا يصح .

الفرع الرابع

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء و استعرضنا أدلتهم في جواز التفويض والتوكيل بالطلاق نرى أن القول الراجح هو جوازهما وهذا قول الأئمة الأربعة ، و ذلك للأمور الآتية :

أ . إن الله سبحانه وتعالى أمر في الآية الكريمة " : يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا " النبي صلى الله عليه وسلم - بتخيير زوجاته و تفويض الطلاق لهن ، بدليل اختيار زوجات النبي صلى الله عليه وسلم - البقاء معه - صلى الله عليه وسلم - و هو ظاهر من خبر السيدة عائشة رضي الله عنها حين أمرها أن تستأمر أهلها .

ب . إن القول بجواز تفويض الطلاق إلى الزوجة روي عن عدد من الصحابة من غير نكير من الآخرين ، فقد روي ذلك عن عمر و ابن عمر وغيرهم رضي الله عنهم جميعاً .

ج . إن الزوج مخير بين أن يستديم النكاح أو يفارق و هو يملك ذلك فلذا ملك أن يفوض أو يوكل به غيره .

د . إن أدلة الإمام ابن حزم عامة و لا متعلق لها بمسألة تفويض الطلاق إلى الزوجة ولا بتوكيل الطلاق إلى غيره .

هـ . إن الأدلة التي استدل بها الأئمة الأربعة لجواز التفويض والتوكيل بالطلاق عامة وقوية . والله أعلم .

المطلب الثالث

تطبيق الزوجة بلفظ الهبة " وهبتك لأهلك "

الفرع الأول

أقوال الفقهاء في تطبيق الزوجة بلفظ الهبة

اختلف الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم في جواز إيقاع الطلاق بلفظ الهبة و هو قول الرجل لزوجته : وهبتك لأهلك ، وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد إلى جواز إيقاع الطلاق وحل عقده النكاح بلفظ الهبة ، وذلك على اعتبار أنه كناية يقع به الطلاق إن نواه ، فإن لم ينوّه لم يقع به شيء^(١) ، إلا عند الإمام مالك كما سنبين تالياً ، و الطلاق بلفظ الهبة عند أبي حنيفة لا يشترط لوقوعه قبول أهلها ، بل يقع إن نواه الزوج إما ثلاثة أو واحدة بآنسة حسب نيته^(٢).

و أما عند الإمام مالك فإنه يقع بها ثلاث طلاقات للمدخول بها وواحدة لغير المدخول بها سواء نوى الطلاق أم لا ، و سواء قبلها أهلها أم لا^(٣).

و أما الإمام الشافعي فاعتبر نية الزوج في التطبيق بلفظ الهبة ، سواء من حيث وقوعه أولاً و عدد الطلاقات الواقعة ثانياً^(٤).

وأما الإمام أحمد في المشهور فقد اعتبر نية الزوج الواهب زوجته لأهلها ، بل و قبول أهلها لها أيضاً ، لأن الطلاق بلفظ الهبة كناية لا صريحاً ، و عنده يقع بها واحدة رجعية إن لم ينو أكثر و إن قبلها أهلها ، و قيل إن قبلوها فواحدة بآنسة و رجعية إن ردوها^(٥).

(١) * بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٠٦-١٠٧ * المبسوط ، ج ٦ ص ٧٣ * الهداية شرح البداية ، ج ١ ص ٢٤٢ * التاج والإكليل ج ٤ ص ٥٤-٥٥ * المدونة الكبرى ، ج ٥ ص ٣٩٥ * روضة الطالبين ج ٨ ص ٣٧ * المبدع ج ٧ ص ٢٩٠ * المحرر في الفقه ، ج ٢ ص ٥٥ .

الإيضاف ، ج ٨ ص ٤٩٧ * الكافي في فقه أحمد بن حنبل ، ج ٣ ص ١٧٧ .

(٢) * السرخسي ، المبسوط ، ج ٦ ص ٧٣ * الكاساني ، بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٠٦-١٠٧ * الهداية ، ج ١ ص ٢٤٢ .

(٣) * التاج والإكليل ، ج ٤ ص ٥٥-٥٤ .

(٤) * روضة الطالبين ، ج ٨ ص ٣٧ * المغلي ، ج ١٠ ص ١٢٩ .

(٥) * المبدع ، ج ٧ ص ٢٩٠ * المحرر في الفقه ، ج ٢ ص ٥٥ ، الإيضاف ، ج ٨ ص ٤٩٧ * الكافي في فقه أحمد بن حنبل ج ٣ ص ١٧٧ .

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز إيقاع الطلاق بلفظ الهبة و بطلانه ، بل وعاب على كل من قال به و قال : هو أبدة من أوابد الدهر مما لا يستند إلى شيء من قرآن أو سنة أو حجة ^(١).

سبب الاختلاف :

يرجع الخلاف في هذه المسألة إلى النصوص القرآنية التي ذكرت ألفاظ الطلاق و الفراق و السراح ، فمن تمسك بمفهوم تلك الآيات قال بوقوع الطلاق بأي لفظ يحل به النكاح من غير تلك الألفاظ بشرط النية ، و من تمسك بظواهرها قال لا يقع الطلاق إلا بها لأنه لو أراد الشرع إيقاعها بغيرها لذكرها .

(١) * ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ١٣٠ .

الفرع الثاني

أدلة الفقهاء

أولا . أدلة الأئمة الأربعة

استدل الأئمة الأربعة لصحة إيقاع الطلاق بلفظ الهبة " وهبتك لأهلك " وجوازه بالأدلة الآتية :

أ . إن القول بجواز إيقاع الطلاق بلفظ الهبة هو قول علي بن أبي طالب و ابن مسعود و عطاء و مسروق ، و ما كان لهؤلاء الأخيار ليقولوا في دين الله برأيهم ، فكان له حكم المرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم^(١) .
ب . إن الطلاق بلفظ الهبة من الكنايات التي يقع بها الطلاق لأنها تحتمله إذ المرأة بعد الطلاق تُرد إلى أهلها^(٢) ، و إن رجوعها إلى أهلها إنما يكون بالطلاق ، فكان لفظ الهبة أحد الكنايات التي يقع بها الطلاق كما تقدم في المطلب الأول من الفصل الثاني .

ج . إن الهبة تقتضي زوال الملك و إن ملك الزوج على زوجته إنما كان بعقد النكاح ، فإذا وهبها لأهلها كان كأنه أزال ملكه عنها و هذا إنما هو الطلاق و نتيجته^(٣) .

ثانيا . دليل الإمام ابن حزم الظاهري :

استدل الإمام ابن حزم لقوله بأن القول في شيء من شرع الله سبحانه و تعالى لا يجوز إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع ، و لذا لا يجوز القول بإيقاع الطلاق بلفظ الهبة ؛ لأنه خال عن الدليل إذ لم يدل على ذلك شيء من كتاب الله ولا سنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - و لا إجماع بل و لا قياس يضبط ، و لذا فهو قول بلا دليل و لا وجه صحيح و لا يعلم أحد قال به من قبل^(٤) .

(١) ابن مفلح ، ج ٧ ص ٢٩٠ ، ١٠٧ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٠٦ - ١٠٧ .

(٣) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كثر الفقهاء ، ج ٣ ص ٣٢٥ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ١٣٠ .

الفرع الثالث

مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة :

يرد على قول الأئمة الأربعة و أدلتهم على جواز إيقاع الطلاق بلفظ
الهيئة الاعتراضات الآتية :

أ . إن الطلاق بلفظ الهيئة لم يرد بجوازه شيء من كتاب الله و لا سنة
نبيه - صلى الله عليه و سلم - و لو كان ذلك صحيحاً و جائزاً لورد ما يدل
على ذلك ، سيما و أن النصوص ذكرت السراح و الفراق و الطلاق .

ب . إن جواز الهيئة يقتضي ملك الرقبة و أن الزوج لا يملك رقبة
زوجته حتى يهبها لأهلها بل إنما يملك منها فقط متعة البضع ، و هو أمر لا
تجوز فيه الهيئة شرعاً .

ثم إن الطلاق يبطال لقيد النكاح و حل لعقده و رفع لقيدده فهو يخالف
بذلك الهيئة إذ هي إبرام عقد يقصد به تملك شيء ما للغير بلا مقابل .

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري .

يرد على دليل الإمام ابن حزم الظاهري الذي استدل به لعدم إجازة
إيقاع الطلاق بلفظ الهيئة ما يأتي : إن عدم نص كتاب الله و سنة نبيه - صلى
الله عليه و سلم - و خلوهما مما يدل على جواز إيقاع الطلاق بلفظ الهيئة لا
يصلح دليلاً على عدم جوازه ، إذ هناك آثار و أدلة أخرى معقولة دلت على
جوازه .

الفرع الرابع القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء و استعرضنا أدلتهم نرى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة و هو جواز إيقاع الطلاق بلفظ الهبة بشرط نية الطلاق و ذلك للمبررات الآتية :

أ . إن لفظ الهبة بنية الطلاق من ألفاظ الكنايات التي جاءت الأدلة المختلفة على شرعيتها و حبيتها كما بيناه في المطلب الأول من هذا المبحث.

ب . إن وقوع الطلاق بلفظ الهبة بشرط نية الطلاق قال به بعض الصحابة ، وهو لا يقال في مثله إلا عن سماع فكان له حكم المرفوع .

ج . إن هبة الزوجة الى أهلها يقتضي إعادتها و إرجاعها إليهم ، وهذا هو نتيجة الطلاق و محصلته ، فصلاح لفظ الهبة باعتبار نتيجته أن يكون لفظاً للطلاق و لكنه اشترطت له النية صيانة و احتياطاً للفروج .

المطلب الرابع

تطبيق الزوجة بلفظ التحريم و هو قوله : " أنت علي حرام "

الفرع الأول

أقوال الفقهاء في تطبيق الزوجة بلفظ التحريم

اختلف الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد مع الإمام ابن حزم الظاهري في جواز إيقاع الطلاق بلفظ التحريم ، وهو قول الرجل لزوجته : أنت علي حرام - و ذلك على النحو الآتي :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد في رواية ^(١) رواها عنه الأئمة ^(٢) و حنبل أن لفظ التحريم " أنت علي حرام " من ألفاظ الكنايات التي يقع بها الطلاق إن نواه الزوج ^(٣).

هذا و اختلف الأئمة الأربعة في عدد الواقع بذلك من الطلقات : فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه يقع به ما نواه من العدد إلا أن ينوي اليمين فهو يمين ^(٤) . و ذهب الإمام مالك في رواية إلى أن الواقع به ثلاث طلقات ، و في رواية أخرى ثلاثة في المدخول بها و بائة في التي لم يدخل بها ^(٥). أما الإمام الشافعي فذهب إلى أنه يقع به ما نواه من العدد إما رجعيًا أو بائة ، إلا أن ينوي الظهار فيكون ظهارًا ^(٦).

^(١) و هنا روايتان أخرتان : إحداهما : إن لفظ التحريم ظهار و إن نوى الزوج الطلاق ، و هذا ما اختاره الحنفي و هو المنصوص في رواية جماعة ، و حزم به في الوجيز و قدمه في الفروع . و ثانيهما : أن لفظ التحريم يمين يكفرها . انظر * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٧ ص ٢٨٣ * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٥ ص ٢٥٣ * ابن مفلح ، الفروع ، ج ٥ ص ٣٠٠ - ٣٠١ * الإنصاف ، ج ٨ ص ٤٨٧ - ٤٨٨ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ١٧٣ - ١٧٤ * المغني ج ٧ ص ٣١٦ .

^(٢) هو أبو محمد بن علي بن محمد من تلامذة الإمام أحمد . الأصباهي ، حلية الأولياء ، ج ٤ ص ٤٥ ، سر أعلام النبلاء ج ١ ص ١٦ .
^(٣) * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٦٧ - ١٦٨ * السرخسي ، المبسوط ، ج ٦ ص ٧٠ * الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٢١٩ * التاج و الإكليل ، ج ٤ ص ٥٤ - ٥٥ * الموطأ ، ج ٢ ص ٥٥٢ ، * الشيرازي ، المهذب ، ج ٢ ص ٨٣ * الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج ٢ ص ١٢٦ * الشربيني ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٢٨١ * النووي ، روضة الطالبين ، ج ٨ ص ٢٦ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٧ ص ٢٨٢ * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٥ ص ٢٥٣ * ابن مفلح ، الفروع ، ج ٥ ص ٣٠٠ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ج ٢ ص ٥٥ ، المرذوقي ، الإنصاف ، ج ٨ ص ٤٨٧ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ١٧٣ . و أنت علي حرام هو صريح عند من اشتهر عنهم كما قاله الرافعي تبعاً لغلبة الاستعمال و حصول التفاهم عنهم ، وقال النووي الصحيح أنه كتابة . انظر معني المحتاج ج ٣ ص ٢٨١ .

^(٤) * المبسوط ، ج ٦ ص ٧٠ - ٧١ * بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٦٨ .

^(٥) * التاج و الإكليل ، ج ٤ ص ٥٥ * شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٢١٩ * الموطأ ، ج ٢ ص ٥٥٢ .

^(٦) * المهذب ، ج ٢ ص ٨٣ * معني المحتاج ، ج ٣ ص ٢٨١ * روضة الطالبين ، ج ٨ ص ٢٦ ، ٢٨ .

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى أن الطلاق بلفظ التحريم " أنت عليّ حرام " باطل كذب لا يقع به شيء ولا تكون الزوجة بذلك عليه حراماً^(١) أو ذلك إما جرياً على إنكاره الطلاق بلفظ الكناية وعدم اعتباره الكنايات من الألفاظ التي يقع بها الطلاق وحل عقدة النكاح .

سبب الاختلاف :

إن اختلاف الفقهاء في هذه المسألة يرجع إلى الأسباب الآتية :

أ . إن ابن حزم تمسك بقوله : أن إيقاع الطلاق لا تعلم كيفية إلا من جهة الشرع ، وإن الشرع قد بين ما يقع به الطلاق وهي ثلاثة : السراح والفراق و الطلاق ، فلم يذكر بينها " أنت عليّ حرام " ولو أراد الشرع إيقاع الطلاق به لذكره ، وهذا وقوف عند ظواهر النصوص دون المفهوم ، ففي حين توسع الأئمة في الألفاظ التي يقع بها الطلاق فلم يقفوا عند ظواهر الآيات التي ذكرت ألفاظ الطلاق بل تمسكوا بمفهومها ومقصودها وهو حل عقدة النكاح فقالوا بجواز حلها بأي لفظ يحصل به ذلك مع مراعاة النية احتياطاً للفروج .

ب . تعارض الأدلة التي تمسك بها كل فريق مع أدلة الفريق الآخر ، وهي عموم نصوص الآيات والآثار .

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ١٢٥ . مسألة ١٩٤٢ .

الفرع الثاني أدلة الفقهاء

أولا . أدلة الأئمة الأربعة

استدل الأئمة الأربعة لقولهم بجواز إيقاع الطلاق بلفظ التحريم " أنت عليّ حرام " ووقعه به بما يأتي :

أ . إن القول بجواز إيقاع الطلاق بلفظ التحريم ووقعه به جاء عن بعض السلف الصالح كابي بكر و عمر بن الخطاب و عائشة و زيد بن ثابت و علي و ابن مسعود و أبي هريرة - رضي الله عنهم - ^(١) ، و هم ثقات يستحيل عليهم الاختلاف و القول في مثل هذا برأيهم أو تشهياً ، فكان له حكم المرفوع إلى النبي - صلى الله عليه و سلم - و الله أعلم .

ب . ما رواه مالك أنه بلغه أن علياً بن أبي طالب كان يقول في الرجل يقول لامراته : أنت عليّ حرام أنها ثلاث تطليقات ، قال مالك و ذلك أحسن ما سمعت في ذلك ^(٢) .

ج . إن الطلاق تحريم فصحت الكناية عنه بالحرام كقوله أنت الخراج ونحوه ^(٣) .

د . إن الطلاق مما يحتمله لفظ التحريم لأنه من مقتضياته و موجباته ، فإذا نوى المحرم به الطلاق وقع و انحلت عقدة النكاح و أصبحت المرأة عليه بذلك محرمة ^(٤) .

(١) * الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ١٧٣ * المبسوط ، ج ٦ ص ٧١ . * انظر البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ١٤٨٣٥ - ١٤٨٤٦ ج ٧ ص ٣٥٠ - ٣٥١ .

(٢) * الأصبحي ، الموطأ ، ج ٢ ص ٥٥٢ رقم ١١٥١ * مصنف ابن أبي شيبة ، ج ٤ ص ٩٥

(٣) ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ١٧٤ .

(٤) * المرحسي ، المبسوط ، ج ٦ ص ٧٠ * بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٦٨ .

ثانياً • أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لعدم وقوع الطلاق بلفظ التحريم وعدم جواز إيقاعه به بما يأتي :

أ • قول الله تعالى : " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاةَ أَزْوَاجِكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ (١) " (١).

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى أنكر تحريم النبي صلى الله عليه وسلم ما أحل له من أزواجه بل واستكره عليه، ولذا فإنه لا يجوز استخدام لفظ التحريم لإيقاع الطلاق، إذ به تحريم لما أحل الله وهي الزوجة (٢).

ب • قول الله تعالى : " وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ السَّبَائِلُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِنَقُتِرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُلَاقُونَ (١١٦) " (٣).

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى نهى عن أن يحرم الإنسان على نفسه ما لم يحرمه الله تعالى، أو يحلل ما حرمه الله عليه فذلك حق لله تعالى وحده، وإن من قال لامراته التي أحلها الله سبحانه وتعالى له بموجب عقد النكاح أنت علي حرام قد كذب وافتري، وأدخل في الشرع ما ليس له حق به، وهو تحريم ما أحله الله له فكان باطلاً وفرياً فلا تكون حراماً عليه (٤).

ج • ما روته السيدة عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ (٥).

وجه الاستدلال :

إن عموم الحديث وظاهره يدل وبشكل جلي على نهى النبي صلى الله عليه وسلم - المسلمين عن إحداث شيء من أمور الدين بلا نص

(١) سورة التحريم، آية ١.

(٢) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج ١٠ ص ١٢٧-١٢٨.

(٣) سورة النحل، آية ١١٦.

(٤) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج ١٠ ص ١٢٨.

(٥) صحيح الإمام مسلم ج ٣ ص ١٣٤٣، رقم ١٧١٨ * صحيح الإمام البخاري ج ٢ ص ٩٥٩ رقم ٢٥٥٠.

من كتاب أو سنة إذ رده النبي الكريم ، و إن تلفظ الزوج بقوله :
أنت حرام بقصد إيقاع الطلاق هو إحداث في أمر المسلمين و شرعهم ما
ليس منه ، فلذا فإنه باطل ورد لا حكم له و لا وجه ^(١).

د . إن إيقاع الطلاق بلفظ التحريم لم يقل به أحد قبل الأئمة الأربعة
من السلف الصالح ، و لا ورد به كتاب و لا سنة عن رسول الله صلى الله
عليه و سلم - يؤيده ، و يكون برهاناً و حجة له، بل و لم يرد في ذلك رواية
سقيمة و لا جاء قياس ، وعليه فهو باطل لأنه لا شرع إلا بدليل و لا دليل ^(٢).

^(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ١٢٨ .

^(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ١٢٦ .

الفرع الثالث مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة

يرد على قول الأئمة الأربعة و أدلتهم الاعتراضات الآتية :

أ . إن قول الأئمة الأربعة بجواز إيقاع الطلاق بلفظ التحريم ووقوعه لم يقل به أحد من قبلهم ، كما لا يؤيده دليل من كتاب أو سنة صحيحة أو حتى رواية سقيمة و لا قياس و لا رأي له وجه . (١)

ب . إن للطلاق ألفاظاً هي : الطلاق و السراح و الفراق و لا يكون الطلاق إلا بأحدها و قد جاء ذكرها في كتاب الله سبحانه و تعالى ، و لم يرد فيه ما يدل على اعتبار غيرها و لو أراد الشارع إيقاع الطلاق بغيرها لذكره (٢) .

ج . إن التحريم للحلال أمر غير جائز شرعاً ، بل هو باطل من القول و زوراً لا ينبغي للمسلم أن يتلفظ به ، و إن الطلاق بلفظ التحريم من ذلك القبيل ، و لذا فإنه لا يجوز أن يوقع الطلاق به ، سيما و أن الطلاق ليس تحريماً للحلال بل إن من مقتضياته فقط تحريم الوطء .

د . إن لفظ التحريم عده كثير من الصحابة من ألفاظ اليمين لا من ألفاظ الطلاق .

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري .

يرد على الإمام ابن حزم الظاهري التي استدل بها لقوله بعدم جواز

إيقاع الطلاق بلفظ التحريم الاعتراضات الآتية :

أ . إن استدلال الإمام ابن حزم بالأيتين الكريمتين اللتين جاءتا بالنهي

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ١٢٦ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ١٢٧ .

عن تحريم ما أحل الله سبحانه مردود بما يأتي :

أولا • إن النهي الذي ورد بحق النبي يحتمل أحد احتمالين هما :

أ • إن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرد بقوله و تحريمه نسائه إيقاع الطلاق عليهن بل تحريمهن على نفسه ، و هو أمر لا مجال للشك فيه أنه محرم منبوذ شرعاً .

ب • إن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن ذلك لأنه أمر لا يليق بمكانته و فضله فكان النهي خاصاً به لا يتعدى لغيره فبقي الأصل على جواز إيقاع الطلاق بلفظ التحريم .

ثانياً • إن قوله تعالى : " وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ السِّتْرُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِنَقُتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَقْتُرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ (١٦) " عام مطلق و هو نهى عن التحريم و التحليل لمجرد السهوى و التشهي ، و إن التلطف بلفظ التحريم في الطلاق ليس من ذلك القبيل بل يقصد فيه حل قيد النكاح و حل عقده و إنها حالة من الفوضى في الأسرة و دفع الضرر عن أفرادها و هو بهذا ليس تشهياً و هوى .

ب • إن الحديث الذي استدل به ابن حزم لا يستقيم الاستدلال به ، إذ لا يدل على عدم جواز إيقاع الطلاق بلفظ التحريم ، فضلاً عن أن موضوعه عام يشمل كل عمل مبتدع نهى عنه الشرع و لم يرد النهي عن استخدام لفظ التحريم كأحد ألفاظ الطلاق .

ج • إن إدعاء ابن حزم أن إيقاع الطلاق لم يقل به أحد من السلف قبل الأئمة الأربعة هو

إدعاء بلا دليل ، بل إن الآثار جاءت لتدل و تؤكد على قولهم به ^(١).

^(١) سنن البيهقي ، ج ٧ ص ٣٥٠ - ٣٥١ رقم ١٤٣٥ - ١٤٧٦ .

الفرع الرابع القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الأئمة الأربعة و أدلتهم و ناقشناها نخلص إلى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة و هو القول بجواز إيقاع الطلاق بلفظ التحريم " أنت عليّ حرام " و لكن بشرط وجود نية الطلاق ، وذلك للأمور الآتية :

أ . إن لفظ التحريم كناية من الكنايات التي يقع بها الطلاق ، و ذلك على اعتبار أن تحريم وطء المرأة وهو مقصود " أنت عليّ حرام " يأتي نتيجة و محصلة للطلاق ، و إن الكنايات ثبت لنا حجيتها بالأدلة و البراهين المختلفة أنفاً .

ب . إن الأدلة التي استدل بها ابن حزم قاصرة عن الاستدلال لعدم جواز إيقاع الطلاق بلفظ التحريم إذ منها نصوص عامة لا تتعلق لها بالمسألة لا من قريب ولا من بعيد ، و منها ما هو إدعاء و زعم من غير دليل .

ج . إن من الصحابة جماعة روي عنهم القول بجواز إيقاع الطلاق بلفظ التحريم ، و إنهم ما كانوا ليقولوا ذلك إلا عن سماع أو دليل .

المطلب الخامس

الحلف بالطلاق

الفرع الأول

أقوال الفقهاء في الحلف بالطلاق

اختلف الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد مع الإمام ابن حزم الظاهري في حكم الحلف بالطلاق على النحو الآتي :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد إلى وقوع الطلاق بالحلف به . (١)

وقد أفتى الحنفية بوقوع الطلاق بالحلف به على اعتبار أنه تعليق يقع به الطلاق عند وقوع الشرط إذ صار بمنزلة : إن فعلت كذا فأنت طالق . (٢)

وذهب المالكية إلى أن الحلف بالطلاق مطلقاً ينحل من حيث المعنى إلى التعليق، فكان الحالف يقول : إن كانت الملازمة غير صادقة فامرأته طالق ، فالطلاق في الحقيقة معلق على عدم صدق الملازمة ، فجعله معلقاً على حال الشرطية المصرح بها في النص فيه مسامحة (٣)، فهو طلاق معلق بصفة . (٤)

واختلف الشافعية في كون عليّ الطلاق صريح أو كناية على قولين (٥) . وقال الزركشي : هو صريح ، وهو الحق في هذا الزمن لاشتغاره في معنى التطليق ، وهذا هو الظاهر (٦) . وذهب الحنابلة إلى أن الحلف بالطلاق تعليق في الحقيقة ، لأنه ترتيب للطلاق على المحلوف به ، وذلك حقيقة التعليق ، وحقيقة الحلف القسم (٧) .

(١) * حاشية ابن عابدين ج ٣ ، ص ٢٠ . ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٥٩ . * البحر الرائق شرح كثر المغايات ، ج ٣ ، ص ٢٧١ . * الخطاب ، مواهب الجليل ، ج ٤ ، ص ٦٨ . * ابن عبد البر ، التمهيد ، ج ١٤ ، ص ٣٦٨ . * الأنصاري ، إغانة الطالبين ، ج ٤ ، ص ٨ . * الشريبي ، الإقناع ، ج ٢ ، ص ٤٣٩ .

* معني المحتاج ، ج ٣ ، ص ٢١٨ . * حاشية البحرمي ، ج ٤ ، ص ١٤ . * كشف القناع ، ج ٥ ، ص ٣٠١ . * المعني ، ج ٧ ، ص ٣٣٢ . * المبدع ، ج ٧ ، ص ٢٨٣ / ٢٩٢ . دليل الطالب ، ج ١ ، ص ٢٥٨ . الإصناف ، ج ٩ ، ص ٤ . * منار السيل ن ج ٢ ، ص ٢١٥ .

(٢) * حاشية ابن عابدين ، ج ٣ ، ص ٢٠ .

(٣) * مواهب الجليل ، ج ٤ ، ص ٦٨ .

(٤) * التمهيد ، ج ١٤ ، ص ٣٦٨ .

(٥) * إغانة الطالبين ، ج ٤ ، ص ٨ .

(٦) * الشريبي ، الإقناع ، ج ٢ ، ص ٤٣٩ . * حاشية البحرمي ، ج ٤ ، ص ١٤ .

(٧) * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٥ ، ص ٣٠١ .

وعن الحنابلة أن عليّ الطلاق صريح ولا يحتاج إلى نية في المنصوص ، منجزاً أو معلقاً بشرط أو مخلوفاً به ، يقع واحدة ما لم ينوي أكثر ، وعنه ثلاث . (١)
القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري و طائوس وعلي بن أبي طالب وشريح إلى عدم وقوع الطلاق بالحلف بالطلاق .
فهم لا يقضون بالطلاق على من حلف به وإن حنث به ، قال أبو محمد : " والطلاق بالصفة عندنا كما هو الطلاق باليمين ، كل ذلك لا يلزم سواء بر أو حنث ، ولا يكون به طلاق لأنه لا طلاق إلا كما أمر الله تعالى به ، ولا يمين إلا كما أمر الله عز وجل به على لسان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " (٢) .

سبب الاختلاف :

يرجع اختلاف الفقهاء في وقوع الطلاق بالحلف به إلى أمرين :
الأمر الأول : الإجماع السكوتي الذي نقله ابن حزم عن الصحابة .
الأمر الثاني : العرف ، فمن رأى للعرف منخلاً في الطلاق وأن المدار في إيقاع الطلاق عليه قال : بوقوع الطلاق بكل لفظ يتعارف الناس على إيقاع الطلاق به ، وقالوا : منها الحلف بالطلاق . ومن رأى أنه لا يقع الطلاق إلا بما بينه الشرع قال : لا يقع الطلاق بالحلف به .

(١) المرداوي ، الإتصاف ، ج ٩ ، ص ٤ . * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٥ ، ص ٢٦٠ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ج ١٠ ، ص ٢١٣ - ٢١٢ . * مصنف عبد الرزاق ، ج ٦ ، ص ٤٠٦ .

الفرع الثاني أدلة الفقهاء

أولاً : أدلة الأئمة الأربعة :

إن مما استدل به الأئمة الأربعة لوقوع الطلاق بالحلف به ما يأتي :

أ . إن الطلاق يقع بالحلف بالطلاق لأن الناس تعارفوا على إيقاع الطلاق به ، إذ دل العرف عليه ، فهو كأنه يقول : " إن فعلته لزم الطلاق ووقع " ، فوجب أن يجري عليهم لأنه صار بمنزلة قوله : إن فعلت كذا فأنت طالق . (١)

ب . إن الحلف بالطلاق يقع الطلاق به للعرف لأنه في حكم التعليق ، وإلا فالأصل عدم الوقوع به ، ولذا قيل : هو صريح لغلبة الاستعمال فلا يحتاج إلى نية (٢) .

ثانياً : أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

إن مما استدل به الإمام ابن حزم الظاهري لعدم وقوع الطلاق بالحلف به ما يأتي :

أ . إن علي بن أبي طالب و طاوس وشريح رضي الله عنهم لم يقضوا بالطلاق على من حلف به فحنث ولا يعرف لعلي رضي الله عنه في ذلك مخالف من الصحابة رضي الله عنهم (٣) .

ب . إن الله سبحانه وتعالى أمر بإيقاع الطلاق بهيئات معينة ، وألفاظ معينة فلا يوقع بغيرها ، ولذا كان إيقاع الطلاق بالحلف به باطلاً وتعدياً لحدود الله عز وجل . (٤)

ج . إن إيقاع الطلاق بالحلف به دعوى بلا برهان (٥) .

(١) * البحر الرائق شرح كتر الدقائق ، ج ٣ ، ص ٢٧١ . * حاشية ابن عابدين ، ج ٣ ، ص ٢٥٢ .
* البهوتي ، كشف القناع ، ج ٥ ، ص ٣٠٢ . * المدع ، ج ٧ ، ص ٢٨٣ .

(٢) * حاشية ابن عابدين ، ج ٣ ، ص ٢٩٩ .

(٣) * ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٢١٣ .

(٤) * ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٢١٣ .

(٥) * ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٢١٣ .

الفرع الثالث

مناقشة أدلة الفقهاء

أولا : مناقشة أدلة الأئمة الأربعة .

إن مما يرد على أدلة الأئمة الأربعة من الاعتراضات ما يأتي:

أ . إن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - لم يقض بالطلاق على من حلف به فحنت ، ولم يعرف له مخالف فكان ذلك إجماعا سكوتيا على عدم وقوع الطلاق بالحلف به ، و الإجماع السكوتي حجة شرعية .

ب . إن الناس تختلف أعرافهم وعاداتهم ومن ذلك أن من الناس من يحلف بالطلاق ولا يقصد به إيقاعه ولكن يقصد به اليمين ، في حين يقصد آخرون بالحلف به تعليق الطلاق وإيقاعه ، ولذا فإن العرف لا يعول عليه هنا للقول بوقوع الطلاق بالحلف به .

ثانيا : مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري .

إن مما يرد على أدلة الإمام ابن حزم من الاعتراضات ما يأتي :

أ . إن الحلف بالطلاق في الحقيقة لا يعتبر يمينا لأن اليمين قسم والقسم لا يصح إلا باسم من أسماء الله أو بإحدى صفاته، ولذا فليس لنا إلا الرجوع إلى العرف لتحديد المقصود به ، ولذا قلن الطلاق يقع بالحلف بالطلاق .

ب . إن احتجاج ابن حزم على الأئمة الأربعة بأن قولهم دعوى بلا برهان لا يسلم به ، إذ الطلاق من ألفاظ حل عقدة النكاح الصريحة التي لا تحتاج إلى النية ، ولذا فإنه لا مانع من الاستناد إلى العرف للقول بوقوع الطلاق بالحلف به ، إذ العرف جرى باستعمال الحلف بالطلاق لفظا لحل قيد النكاح .

الفرع الرابع

القول الراجح

بعد أن استعرضنا أقوال الفقهاء وأدلتهم التي استدلووا بها لأقوالهم في مسألة الحلف بالطلاق ، وناقشناها ، نرى أن القول الراجح هو القول بوقوع الطلاق بالحلف به إذا قصد الحالف إيقاع الطلاق به أو جرى العرف بوقوع الطلاق به ، وذلك للمبررات الآتية :

أ . إن الحلف بالطلاق ليس يمينا ، إذ لا يمين إلا ما سماه الله تعالى يمينا ، وإن ما سماه الله تعالى يمينا ما كان حلفا بالله أو باسم من أسمائه أو بصفة من صفاته ، إذ لا يصح الحلف بغيرها لما رواه عبد الله بن عمر عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه أدرك عمر بن الخطاب في ركب وعمر يحلف بأبيه ، فناداهم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ألا إن الله عز وجل ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت ^(١) ، فارتفع الإشكال في أن كل حلف بغير الله عز وجل هو معصية وليس يمينا ، ولذا فإنه يبقى من صيغة الحلف به لفظ الطلاق الذي يعد اللفظ الصريح الأول في إيقاع الطلاق ، والذي لا يحتاج إلى نية .

ب . إن الحالف بالطلاق إذا حلف بالطلاق ونوى إيقاعه فإنه لا شك يقع ، إذ وجد اللفظ والنية معا وهما سبب حل عقدة النكاح ، سيما أنه لا تقبل دعوى الهزل في الطلاق .

ج . إن المدار في إيقاع الطلاق على العرف ، وإن العرف جرى باستعمال الحلف بالطلاق لإيقاعه ، ولذا فإنه يقع الطلاق بالحلف به تبعا للعرف .

د . إن أمر الفروج خطير ولذا كان من الاحتياط لها إيقاع الطلاق بالحلف به إذا نوى الحالف الطلاق أو جرى به العرف . والله أعلم .

(١) * صحيح الإمام مسلم، ج ٣ ص ١٢٦٧ رقم ١٦٤٦ * صحيح الإمام البخاري، ج ٢ ص ٩٥١ رقم ٢٥٣٣ .

المبحث الثاني الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل المطلب الأول

أقوال الفقهاء في الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل

اختلف الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم الظاهري في حكم الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل على ثلاثة أقوال هي :

القول الأول : ذهب الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد إلى وقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل عند حلول أول الزمن الذي أضاف المطلق إليه الطلاق، وقد روي مثله عن ابن عباس وعطاء والشعبي إبراهيم النخعي - رضي الله عنهم - (١) .

وقد اشترطوا لوقوعه على تلك الصفة أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق عند صدوره ، وأن تكون الزوجة محلا عند حلول الوقت الذي أضيف الطلاق إليه، وأن تكون الزوجية قائمة عند إنشاء الطلاق (٢) .

القول الثاني : ذهب الإمام مالك إلى وقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل منجزا حالا (٣) ، ويلاحظ بهذا أن الإمام مالك متفق مع الأئمة أبي حنيفة والشافعي وأحمد في وقوع الطلاق، إلا أنه خالفهم في وقوعه منجزا حالا ، وهم قالوا يقع بأول الزمن المضاف إليه الطلاق .
القول الثالث : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى عدم وقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل مطلقا، لا حالا منجزا ولا عند مجي الزمن المستقبل (٤) .

سبب الخلاف :

يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في حكم الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل إلى أمرين هما :
الأمر الأول : الأخذ بالقياس ، حيث ذهب من أخذ بالقياس إلى وقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل قياسا على العتق المضاف إلى زمن مستقبل، وعلى الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل ، ومن ترك الأخذ بالقياس ذهب إلى عدم وقوعه (٥) .

(١) المرغيناني ، المداية شرح البداية ، ج ١ ص ٢٣٤ . * السرخسي ، المبسوط ، ج ٦ ص ١١٤ . * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٣٣ .

* ابن المعام ، شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٦ . * الشافعي ، الأم ، ج ٥ ص ١٨٣-١٨٤ . * الشريبي ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٣١٥ .

الشيرازي ، المهذب ج ٢ ص ٩٣ . * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٧ ص ٣١٦ . * البهوتي ، الروض المربع ، ج ٣ ص ١٦٢ .

(٢) * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٣٣ . * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٧ ص ٣١٦-٣١٧ .

(٣) الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٢ ص ٣٩٠ . * المغربي ، مواهب الجليل ، ج ٤ ص ٦٨ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٣ .

(٥) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٣٢٤ . * المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٥ .

الأمر الثاني : النظر إلى مآل الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل ، حيث ذهب الجمهور إلى وقوعه في أول الزمن المضاف إليه الطلاق ، إذ الزمن ظرف للطلاق يقع به ، وذهب الإمام مالك إلى وقوعه حالا منجزا ، لفساد إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل، لأنه بمثابة الشرط الذي يؤول بالنكاح إلى التأقيت، وهو منهي عنه ، لأنه كنكاح المنعة (١) .

(١) * ابن قدامة ، المغني ، ج٧ ص ٣٢٤ . * الدردير ، الشرح الكبير ، ج٢ ص ٣٩٣ .

المطلب الثاني

أدلة الفقهاء

أولاً: أدلة الأئمة أبي حنيفة والشافعي وأحمد
إن مما استدلل به الأئمة أبو حنيفة والشافعي وأحمد لقولهم بوقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل بحلول أول ذلك الزمن ، ما يأتي :

أ . ما روي عن ابن عباس أنه كان يقول في الرجل يقول لامرأته : " أنت طالق إلى رأس السنة " أن له أن يبطأ فيما بينه وبين رأس السنة ، وإن مثل هذا لا يقوله ابن عباس إلا عن سماع إذ هو بيان لحكم شرعي ، فكان له حكم المرفوع ، وعليه فإنها لا تطلق حالا ولكن تطلق عند حلول الأجل المحدد ، إذ لو وقع حالا لما أجاز له وطأها ، فدل بمنطوقه على عدم وقوع الطلاق حالا ، وبمفهومه على أنها تطلق عند حلول الأجل (١)

ب. قياس الطلاق المضاف على زمن مستقبل على الإجارة التي يتم عقدها ثم يتفق على بدنها في زمن مستقبل (٢)

ج. قياس الطلاق على العتق بجامع أن كلا منهما إزالة ملك ، حيث لا يتم العتق حالا إذا علق على صفة بل بحلولها ووقوعها (٣)

د. إن الطلاق إذا أضيف إلى زمن مستقبل فقد جعل ذلك الزمن ظرفاً له ، فإذا وجد الظرف وقع الطلاق (٤)

ثانياً : أدلة الإمام مالك .

إن مما استدلل به الإمام مالك لقوله بوقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل منجزاً وحالاً ما يأتي :

أ . إن إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل يجعل النكاح مؤقتاً بزمان التلفظ بالطلاق إلى حين حلول الزمن المضاف إليه ، والنكاح المؤقت باطل إذ هو كنكاح المتعة الذي أبطله الشرع (٥)

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٣٢٣ * الخليل بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٤ .

(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٣ ص ٢٨٧ .

(٣) ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٣٢٣ .

(٤) ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٣٢٤ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٧ ص ٣١٦ . ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٦ .

(٥) ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٣٢٤ * الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٢ ص ٣٩٣ . المغربي ، مولعب الخليل ، ج ٤ ص ٦٨ .

ب. إن الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل هو طلاق أضيف إليه شرط ليس في كتاب الله ، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وعليه فإنه يصح الطلاق ويقع منجزا ويبطل الشرط (١) .
ج. إن المطلق الذي يضيف طلاقه إلى زمن مستقبل هو هازل والهازل يقع طلاقه (٢) .

ثالثا : أدلة الإمام ابن حزم الظاهري .

إن مما استدل به الإمام ابن حزم الظاهري لقوله بعدم وقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل ما يأتي :

أ. إن الطلاق المضاف لم يرد به كتاب ولا سنة ولذا فهو باطل مردود ، إذ لو كان يقع به الطلاق لعلمنا الله سبحانه وتعالى ولعلمنا رسوله - صلى الله عليه وسلم - ذلك ، ولذا فإن من يوقع الطلاق مضافا إلى زمن مستقبل هو متعد لحدود الله باطل طلاقه (٣) .

ب. إن الطلاق إذا أضيف إلى زمن مستقبل لا يقع حالا ولا بحلول وقته ، وذلك لأن إيقاعه حالا يخالف إرادة المطلق ونية ، وإيقاعه في الوقت المضاف ممتنع ، إذ لا يعلم توافر شروط صحة إيقاع الطلاق فيه ، وعليه فإن كل طلاق لا يقع حين إيقاعه يستحيل أن يقع في حين لم يوقعه المطلق فيه (٤) .

ج. إن الطلاق كالنكاح وإن النكاح لا يصح تعليقه أو أضافته إلى زمن مستقبل فكذا الطلاق (٥) .

(١) المغلي بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٤ .

(٢) الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٢ ص ٣٩٣ .

(٣) المغلي بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٣ .

(٤) المغلي بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٣ .

(٥) المغلي بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٣ .

المطلب الثالث

مناقشة أدلة الفقهاء

أولا : مناقشة أدلة الأئمة أبي حنيفة والشافعي وأحمد .

إن مما يرد على أدلة الأئمة أبي حنيفة والشافعي وأحمد لقولهم بوقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل بحلول الوقت المضاف إليه ما يأتي :

أ . إن الأثر الوارد عن ابن عباس - رضي الله عنه - لا يعدو أن يكون قول صحابي في مسألة ما لا يسلم الاستناد إليه لتقرير حكم شرعي سيما إذا خالفه غيره فيه ^(١) .

ب . إن القياس ليس حجة شرعية، ولذا فإنه لا يصح الاستناد إليه في تقرير الأحكام الشرعية كإيقاع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل قياسا على الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل ، أو العتق المضاف إلى زمن مستقبل ، ثم إنه لو صح القياس لكان هذا باطلا لأن العتق جاء في جوازه إلى أجل النص ، ولم يأت ذلك في الطلاق ، ثم لو كان القياس حقا لكان هذا باطلا لأن النكاح المؤقت مجمع على إبطاله، وفي إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل تأقيت للنكاح ^(٢) .

ثانيا : مناقشة أدلة الإمام مالك .

يرد على الأدلة التي استدل بها الإمام مالك لقوله بوقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل منجزا حالا ما يأتي :

أ . إن الإمام مالك قال فيمن قال لزوجته : " إن دخلت الدار فأنت طالق " إنها لا تطلق إلا بدخول الدار ، وهو بهذا طلاق إلى أجل ، فلم لم يقل بوقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل بحلول ذلك الزمن المضاف إليه ^(٣) .

ب . إن في إيقاع الطلاق حال إضافته إلى زمن مستقبل منجزا تحريم لفرج بالظن على من أباحه الله تعالى له باليقين ^(٤) ، بل إن إيقاعه منجزا إيقاع لما لم يلتزمه قط . ^(٥)

(١) * مواهب الجليل ، ج ٤ ص ٦٨ . * المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٥ .

(٢) المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٥ .

(٣) المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٦ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٥ .

(٥) المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٥ .

ثالثاً : مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري .

يرد على أدلة الإمام ابن حزم الظاهري التي استدل بها لقوله بعدم وقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل ما يأتي :

أ . إن إيقاع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل يبقى طلاقاً بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريحة التي يقع بها، ولذا فإن الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل ليس طلاقاً مخالفاً لما ورد به الشرع ، سيما وأن الطلاق حل لعقدة النكاح يحصل بكل لفظ يدل عليه ^(١).

ب . إن الطلاق ليس كالنكاح في أمر التعليق ، إذ الطلاق يقبله ولا يقبله النكاح، ذلك أن النكاح إذا أضيف إلى زمن مستقبل يصبح نكاح متعة وهو باطل ، وأما الطلاق فهو حل عقدة النكاح فيقبل الإضافة إلى زمن وهو في الحقيقة تأجيل للطلاق إلى زمن مستقبل لا أكثر ولا أقل، فيقع حين حلول ظرفه ^(٢).

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٢١٤ . ابن قدامة ، المغني ج ٧ ص ٣٢٤ . * ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٦ .

(٢) المبدع ، ج ٧ ، ص ٣١٦ . * المغني ج ٧ ، ص ٣٢٤ .

المطلب الرابع

القول الراجح

بعد أن استعرضنا أقوال الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وقول الإمام ابن حزم واستعرضنا أدلتهم ومناقشتها نرى أن القول الراجح هو قول الأئمة أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، وهو وقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل بحلول أول الزمن المستقبل الذي أضيف إليه الطلاق ، وذلك للمبررات الآتية :

أ . إن الأدلة التي استدل بها الأئمة لقولهم بوقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل هي أدلة قوية .

ب . إن تعييد إيقاع الطلاق منجزاً لم يرد عليه دليل من كتاب ولا سنة ، فيبقى مطلقاً عن التعييد .

ج . إن إيقاع الطلاق حق من حقوق الزوج يستعمله وفق الضوابط الشرعية كيفما يشاء ، فله أن يعلقه على شرط أو صفة معينة أو يضيفه إلى زمن مستقبل أو ينجزه .

د . إن الطلاق يقبل التعليق والإضافة ولا يقبل النكاح ذلك ، لأنه يخرج به إلى النكاح المؤقت وهو باطل .

هـ . إن إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل هو بمثابة الشرط والظرف فإذا حل الزمن المضاف إليه الطلاق وقع الطلاق ، ولا يقع الطلاق قبل ذلك لأنه مخالف لإرادة المطلق . هذا والله أعلم .

المبحث الثالث

تعليق الطلاق

المطلب الأول

مفهوم تعليق الطلاق

تعليق الطلاق لغة : هو مركب بالإضافة مكون من إضافة الطلاق إلى التعليق ، و لقد عرفنا مفهوم الطلاق سابقا في المبحث الأول من هذا الفصل حيث خلصنا إلى القول إن الطلاق لغة حل العقد و إزالته و إرساله و تركه ، و بقي هنا أن نتعرف على مفهوم التعليق ليتضح لنا بعدها مفهوم تعليق الطلاق . فما هو مفهوم التعليق لغة؟؟

التعليق لغة : مصدر علق ، علق ، يعلق ، علقه ، و تعليقاً ، أي جعله معلقاً ، و يقال علق الشئ بغيره و أعلقه بالتشديد فتعلق أي ربط الشئ بغيره ، و يقال : فيعلقه أي يقبضه و يتعلق به ، و يقال : علق بالشئ ، نشب فيه ، و أعلق أظفاره في الشئ ، أنشبهها و علق الشئ بالشئ و منه و عليه تعليقاً : ناطه فيه ، و علقه به ، و علق السيف : جعل له علاقة يعلق بها ^(١) . و عليه فالمقصود بالتعليق : هو ربط حصول الشئ بحصول شئ آخر .

تعليق الطلاق اصطلاحاً : إن تعليق الطلاق مركب من مضاف ومضاف إليه و هما التعليق و الطلاق و لذا لا بد من بيان مفهوميهما ، فأما الطلاق : فهو رفع القيد الثابت بالنكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص شرعاً وهو الحد الأنسب الذي خلصنا إليه في المبحث الأول من هذا الفصل . وأما التعليق اصطلاحاً : فهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى ^(٢) و عليه فتعليق الطلاق هو إذن : ربط حصول وقوع الطلاق و هو رفع القيد الثابت بالنكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص شرعاً بحصول أمر ما في المستقبل .

(١) النووي ، تحرير ألفاظ التنبيه ج ١ ص ٣٤٢ * ابن منظور لسان العرب ، ج ١٠ ص ٢٦١ ، ٢٦٢ . * أسرار البلاغة ، ص ٣١١ -

٣١٢ .

(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق ج ٤ ص ٢

المطلب الثاني

أقوال الفقهاء في جواز تعليق الطلاق

اختلف الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم في جواز تعليق الطلاق على قولين هما :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز تعليق الطلاق على شرط أو صفة لا يستحيل وقوعهما ، كما ذهبوا إلى عدم وقوع ذلك الطلاق المعلق على شرط أو صفة إلا بحدوث المعلق عليه ، فإذا قال أحدهم لزوجه : أنت طالق إن دخلت دار فلان أو فعلت كذا أو إذا قدم فلان طلقت بحدوث المعلق عليه و لا تطلق إلا بحدوثه ، و هو ما ذهب إليه ابن عباس و عطاء و جابر بن زيد و النخعي و أبي هاشم و الثوري و إسحاق و غيرهم رضوان الله عنهم ^(١).

هذا و الألفاظ التي تستعمل في التعليق على الشرط هي : مَنْ ، وإن ، وإذا ، و متى ، و أي وقت ، ومهما ، وكلمما ، وحيثما ، وليس في هذه الألفاظ ما يقتضي التكرار إلا قوله : كلما ^(٢).

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز تعليق الطلاق على أي شرط أو وصف أو غير ذلك ، بل ذهب إلى وجوب إيقاع الطلاق منجزاً على من أراد إيقاعه ^(٣).

سبب الاختلاف :

يرجع الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى أمرين هما :

الأمر الأول : تعارض النصوص ، حيث تمسك الأئمة الأربعة

بحديث * المسلمون على شروطهم " في حين تمسك ابن حزم بحديث

(١) * المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ١ ص ٢٣٧ * ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، ج ٤ ص ٢ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٢٦ * التاج و الإكليل ، ج ٤ ص ٧٠ ، ٧٢-٧٣ * ابن عبد البر القرطبي ، الكافي في فقه مالك ، ج ١ ص ٢٦٦-٢٦٧ * ابن جزير ، القوانين الفقهية ، ج ١ ص ١٥٣ * النووي ، روضة الطالبين ، ج ٨ ص ١١٤
* الشريبي ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٣٠٤ ، ٣١٥-٣١٦ * الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج ٢ ص ١٤٢ * الشافعي ، الام ، ج ٥ ص ١٨٤ - ١٨٥ * الشرازي ، المهذب ، ج ٢ ص ٨٨-٩٤ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٣٢٤ * البهوتي ، ج ٥ ص ٢٤٦ .
(٢) * الشرازي ، المهذب ، ج ٢ ص ٨٨ * الشريبي ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٣٥١-٣١٦ * الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج ٢ ص ١٤٢ .
(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٣ وانظر ما بعدها .

"كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " .

الأمر الثاني : الأخذ بالقياس ، حيث قاس الأئمة الأربعة الطلاق على النكاح و العتق في قبولهما التعليق ، في حين نفى ابن حزم الأخذ بالقياس و تمسك في اصل البراءة ، و أن الله سبحانه وتعالى لو أراد أن يوقع الطلاق معلقاً لأرشد إليه في الكتاب العزيز و السنة المشرفة .

المطلب الثالث

أدلة الفقهاء

أولاً . أدلة الأئمة الأربعة :

استدل الأئمة الأربعة لقولهم بجواز تعليق الطلاق على شرط أو صفة و بوقوعه إذا حصل المعلق عليه بما يأتي :

أ . قوله تعالى : "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ"^(١)

وجه الاستدلال :

إن هذا النص عام لم يفرق بين الطلاق المنجز والمعلق .

ب . ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : "المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ"^(٢) .

وجه الاستدلال :

إن الحديث الشريف يدل على جواز وصحة الشروط وصحة إيقاعها بين المسلمين ، و أوجب عليهم الالتزام بها ما لم تحرم حلالاً أو تحل حراماً ، و إن التعليق على الشروط والصفات ما هو إلا من قبيل ذلك الذي صححه الحديث الشريف من الشروط و أوجب الالتزام بها ، خاصة وأن لفظ الحديث عام يشمل أي نوع كان من الشروط ، فكان بذلك دليلاً على جواز وصحة الطلاق المعلق على شرط أو صفة .

ج . إن الطلاق المعلق على شرط أو صفة يصير عند حصول المعلق عليه من الشروط أو الصفة منجزاً ، و التخيير في الملك جائز فكان التعليق مثله يقع بحدوث المعلق عليه و حصوله سواء كان شرطاً أم صفة كالمنجز تماماً^(٣) .

(١) سورة البقرة ، آية ٢٢٩ .

(٢) صحيح البخاري ، ج ٢ ص ٧٩٤ رقم ٢١٥٣ * البيهقي ، المستدرک علی الصحيحین ج ٤ ص ١١٣ رقم ٧٠٥٩ * قال أبو عيسى حديث حسن صحيح ، الطبري الترمذي ، سنن الترمذي ج ٣ ص ٦٣٤ رقم ١٣٥٢ (٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٢٦ .

(١) * الشيرازي ، المهذب ، ج ٢ ص ٨٨ * النووي ، روضة الطالبين ، ج ٨ ص ١١٤ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٣٢٤ .

(٢) سورة التکویر ، آية ٢٩

(٣) سورة الکہف ، آية ٢٤

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٧ .

(٥) سورة الطلاق ، آية ١ .

(٦) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٣ .

د. إنَّ الطلاق إزالة ملك يصح تعليقه بالصفات و الشروط فمتى علق
بواحد من ذلك لم يقع قبله قياساً على العتق و النكاح ، حيث يجوز تعليقهما ،
إذ لكل منهما قوة و سرارية ^(١).

ثانياً . أدلة الإمام ابن حزم

استدل الإمام ابن حزم لقوله بعدم جواز تعليق الطلاق و عدم جواز
إيقاعه إلا منجزاً بما يأتي :

أ. قول الله تعالى : " وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا
حَكِيمًا (٣٠) " ^(٢) ، و قول الله تعالى : " وَلَا تَقُولْنَ لشيءٍ إني فاعِلٌ ذاك
غَداً (٢٣) " ^(٣)

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى لو أراد إمضاء الطلاق المعلق ليسره
لإخراجه بغير استثناء ، منجزاً ، فصح أن الله تعالى لم يرد وقوعه إذ يسره
لتعليقه بمشيئته سبحانه ^(٤).

ب. قول الله تعالى : " وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَظْهَرُ
لِعَلَّ اللَّهُ يَحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا (١) " ^(٥)

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى ذم المتعدين لحُدوده المخالفين أوامره
المنتهكين حرمانه ، الآتين بغير ما شرع الله سبحانه و تعالى ، و إن تعليق
الطلاق أمر لم يأت به كتاب الله و لا سنة نبيه - صلى الله عليه و سلم - ،
بل لقد علم الله سبحانه و تعالى المسلمين كيفية إيقاع الطلاق سواء في
المدخول بها أم غير المدخول بها ، و لم يكن تعليق الطلاق منها ، و لو صح
لعلمه الله سبحانه و تعالى المسلمين ^(٦).

(١) * الشرازي ، المهذب ، ج ٢ ص ٨٨ * النووي ، روضة الطالبين ، ج ٨ ص ١١٤ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٣٢٤ .

(٢) سورة التكوين ، آية ٢٩

(٣) سورة الكهف ، آية ٢٤

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٧ .

(٥) سورة الطلاق ، آية ١ .

(٦) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٣ .

ج . ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ... ثم قال ما بال أناس يشترطون شروطا ليس في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن اشترط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق^(١)

وجه الاستدلال :

إن الرجل إذا قال لزوجته أنت طالق فالطلاق مباح ، فإن أتبعه أجلاً فهو شرط ليس في كتاب الله ،

و كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وهذا ما دل عليه الحديث الشريف^(٢).

د . إن تعليق الطلاق اشتمل على أمرين هما : الشرط أو الصفة المعلق عليها الطلاق و الطلاق نفسه ، و لا يجوز الإلزام ببعض ما التزم به الشخص دون سائره^(٣).

هـ . إن القول بصحة تعليق الطلاق ووقوعه إن حصل المعلق عليه ضرب من الظن و إن تحریم

الفروج بالظن على من أباحه الله تعالى له باليقين لا يصح مطلقاً^(٤).

و . إن الطلاق إذا كان لا يقع حين إيقاعه فمن المحال أن يقع بعد ذلك في حين لم يوقعه فيه^(٥).

(١) * رواه البزار بأسانيد و رجال أخذها ثقات و له إسناده مرسل و رجاله رجال ثقات ، الهيثمي ، مجمع الزوائد ، ج ٤ ص ٨٦ ، ج ٤ ص ٢٠٥ * صحيح البخاري ، ج ٢ ص ٩٨١ رقم ٢٥٨٣ * صحيح ابن حبان ، ج ١٠ ص ٩٤ رقم ٤٢٧٢

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٥ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٥ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٥ .

(٥) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٣ .

المطلب الرابع

مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة :

يرد على أدلة الأئمة الأربعة الاعتراضات الآتية :

أ . إن استدلالهم بحديث : " المسلمون على شروطهم " مردود بحديث النبي صلى الله عليه و سلم - : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " ، و إن تعليق الطلاق ما جاء به شيء في كتاب الله فكان باطلا ، ثم إن استدلالهم ذلك غير سديد إذ هو استدلال عام به و هو إنما متعلق بإنشاء العقود لا بإبطالها و حلها ، و إن الطلاق إنما هو حل لا إنشاء . ثم إن الله سبحانه و تعالى بين كيفية إيقاع الطلاق فلا تجوز مخالفته و عصيانه بإيقاع الطلاق على غير الهيئة التي أمر سبحانه بها بحجة دليل عام لا متعلق به^(١).

ب . إن التسوية بين الطلاق المنجز و الطلاق المعلق لا يسلم مطلقاً ، إذ كل واحد شكل من أشكال الطلاق مستقل ، فضلاً عن أن المنجز يقع حالاً و هو الأصل الذي اعتبره الشارع سبحانه و تعالى ، ففي حين أن المعلق طلاق موقوف على حدوث ما علق عليه الطلاق و هو أمر لم يأت شيء في كتاب الله يدل على اعتباره^(٢).

ج . إن قياس الطلاق على النكاح بجامع أن الطلاق المعلق هو طلاق إلى أجل فهو باطل كالنكاح إلى أجل لا يجوز شرعاً بالإجماع ، و القياس على الباطل باطل ، و هذا فيما لو صح القياس حجة و هو لا يصح أصلاً^(٣).

د . إن قياسهم التعليق في الطلاق على التعليق في العتق باطل ؛ لأن العتق جاء في جوازه إلى أجل نص ، و لم يأت ذلك في الطلاق ، فضلاً عن أن القياس ليس حجة أصلاً^(٤).

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٥ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٥ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٤-٢١٥ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢١٥-٢١٦ .

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم

يرد على أدلة الإمام ابن حزم الظاهري التي استدل بها لقوله بعدم وقوع الطلاق معلقاً الاعتراضات الآتية :

أ . إن الحديث الذي استدل به ابن حزم وإن كان صحيحاً " برواية الثقات إلا أنه لا يصلح الاحتجاج به هنا، ذلك لأن موضع الشروط التي على الحديث بها هو العقود ، وإيرام العقود لا حل عقدتها وفك قيدها وإبطالها ونقضها كما هو الطلاق ، إذ هو ليس عقداً يدخل في مدلول الحديث ومفهومه .

ب . إن احتجاج ابن حزم بقوله تعالى : " وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَذَرِي لَ الْإِلَهِ يُحَدِّثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا (١) " لا يستقيم بل ولا يصح ذلك لأن التعدي إنما يتحقق فيما لو نهى الله سبحانه وتعالى عن تعليق الطلاق لا أنه ترك الإرشاد إليه ، ولكن الله سبحانه وتعالى لم ينه عن التعليق .

ج . إن التعليق في الطلاق ليس ضرباً من الظن ؛ ذلك لأن الشرط أو الصفة محتملة الوقوع وإن تأخرت ثم إن الطلاق يصبح بوجودها منجزاً .

المطلب الخامس

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء في حكم تعليق الطلاق واستعرضنا أدلتهم وناقشناها نجد أن القول الراجح هو جواز تعليق الطلاق ، وهو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة ، وذلك للأمور الآتية :

أ . إن الزوج إذا علق الطلاق على صفة أو شرط فقد انعقدت نيته على إيقاعه وقت حصول تلك الصفة أو ذلك الشرط ، فإذا حصل ما علق عليه أصبح منجزاً وإن المنجز واقع بلا خلاف ، ثم إن المعلق للطلاق قد وجدت عنده النية واللفظ وأمر الطلاق أمر خطير وهام ولا يحتمل الهزل أو اللعب فلذا كان لازماً إيقاع طلاق المعلق .

ب . إن الطلاق يقع بمجرد النية واللفظ ، ولكنه في حالة التعليق يتأخر إلى وقت حصول المعلق عليه من الشرط والصفة فهو أشبه بالنذر ، حيث هو إلزام الرجل نفسه بأمر ما إن حصل له أمر معين يذكر ، وهو إن كان مكروهاً إلا أنه يلزم بحدوث ما نذر له ، وكذا الطلاق فقد نوى المتلفظ به إيقاعه ولكنه علقه على حدوث أمر ما فيقع الطلاق بوقوعه .

ج . إن أدلة الإمام ابن الحزم الظاهري لا تسلم من الاعتراضات القوية ، إذ هي في غالبها عموميات لا يحتاج بها لإبطال تعليق الطلاق .

د . إن الطلاق أزاله للملك يصح تعليقه بالصفات والشروط ، فمضى علق بواحد منها لم يقع قبله ، قياساً على العتق حيث يجوز تعليقه ، إذ له قوة وسراية . والله أعلم .

المبحث الرابع متعة الطلاق

المطلب الأول

مفهوم متعة الطلاق

عرفنا سابقا أن الطلاق لغة : هو الإرسال والترك وحل القيد ورفعها، واصطلاحا : " رفع القيد الثابت بالنكاح حالا أو مالا بلفظ مخصوص شرعا". وفيما يأتي مفهوم متعة الطلاق لغة واصطلاحا .

المتعة لغة : بضم الميم وكسرهما اسم مصدر من متع يمتع تمتعا وتمتعا ، والتمتع هو ما يتمتع به من المباح والحوائج ، ومتوعا : بلغ في الجودة الغاية في بابها ، ومتع الشيء متاعه : جاد و أمتع بالشيء . دام له و سر به ومتع الرجل مطلقة : أعطاه المتعة بعد الطلاق ، ومتعة المرأه : ما وصلت به بعد الطلاق لتتفع به من نحو مال أو خادم ، والمتاع : في الأصل كل شئ ينتفع به ويتبلغ به ويسترود والفناء يأتي عليه في الدنيا ^(١).

متعة الطلاق اصطلاحا : " هو مال يدفعه الزوج لمن فارقها أو لسيدها بشروط معينة " ، و قصد بالشروط : كونها لم يجب لها نصف المهر، وكونها مفارقة ^(٢). و قيل : " بل هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل الى امرأته لمفارقته إياها " ^(٣) ، أو : " مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق و ما في معناه بشرط " ^(٤) ، و قيل المتعة : " ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها " ^(٥). و قيل هو ما يعطيه الزوج ولو عبدا لزوجته المطلقة زيادة على الصداق لجبر خاطرها على قدر حاله ^(٦).

(١) * المطلع للبلي ، ج ١ ص ٣٢٧ * النووي ، تحرير ألفاظ التبيه ، ج ١ ص ٢٥٧ * أنيس ورفاقه ، المعجم الوسيط ، ج ٢ ص ٨٥٢ -

٨٥٣ * لسان العرب ، ج ٨ ص ٣٢٩-٣٣٢ . * المنجد في اللغة والأدب والعلوم ، ص ٧٤٥ . * الزمخشري ، أساس البلاغة ، ص ٤١٩ .

(٢) * البكري ، إعانة الطالبين ، ج ٣ ص ٣٥٦ .

(٣) * النووي ، إعانة الطالبين ، ج ٧ ص ٣٢١ .

(٤) * الشريبي ، معني الختاج ، ج ٣ ص ٢٤١ .

(٥) * العبدري ، التاج والإكليل ، ج ٤ ص ١٠٥ .

(٦) * الشرح الكبير ، ج ٢ ص ٤٢٥ .

المطلب الثاني

أقوال الفقهاء في متعة الطلاق

اتفق الإمام ابن حزم مع الأئمة الأربعة في مشروعية المتعة وجوازها ولكنه اختلف معهم في حكمها هل هو على الفرضية ، أم على الوجوب ، أم على الاستحباب ، وذلك على التفصيل الآتي :

القول الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة والإمام أحمد في المنصوص عنه إلى القول باستحباب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة ، وهي المفوضة التي طلقها زوجها قبل الدخول إذا لم يسم لها مهراً في العقد ، وأضاف الإمام أحمد حالة إلى ذلك ، وهي من طلقها زوجها قبل الدخول وسمي لها مهراً فاسداً^(١).

القول الثاني : ذهب الإمام مالك في المشهور إلى استحباب متعة الطلاق لكل مطلقة في نكاح لازم أو فاسد يفوت بالبناء^(٢).

القول الثالث : ذهب الإمام الشافعي إلى القول بوجوب المتعة لمطلقتين هما :

الأولى : المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها صداقها .

الثانية : المطلقة بعد الدخول ، وهذا قوله في الجديد^(٣).

وعليه فالإمام الشافعي يوافق الإمام أبي حنيفة والإمام أحمد في المنصوص عنه في إيجاب المتعة للمطلقة قبل الدخول إن لم يسم لها مهراً ،

(١) المفوضة من فوضت المهر للزوج أو للأب أو للولي * انقذاية شرح البداية ، ج ١ ص ٢٠٤-٢٠٥ * ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، ج ٣ ص ١٥٧ ، ١٦٧ * الميسوط ، ج ٥ ص ٦٥ ، ٦١ * شرح فتح القدير ، ج ٣ ص ٣٣٥ * بدائع الصنائع ، ج ٢ ص ٣٠٢-٣٠٣ * المدعي ، ج ٧ ص ١٦٩ * الفروع ج ٥ ص ٢٢١ * الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ١٠٨ * للفتي ، ج ٧ ص ١٧٦ * الإنصاف ، ج ٨ ص ٣٠٢ * الروض المربع ج ٣ ص ١١٥ هذا وقد روي عن الإمام أحمد والإمام الشافعي في الجديد قولهما بوجوب المتعة لكل مطلقة ولكن العلماء حملوها على الاستحباب لتواتر الروايات وللجمع بين دلالة الآيات . كما أن الحنفية يوجبون المتعة على الزوج في حالتيه : - بكل طلاق حدث قبل الدخول والخلوة إذا لم يكن قد سمي المهر تسمية صحيحة بأن لم يسم المهر أصلاً ، أو اشترط نفيه أو سماه تسمية فاسدة . - إذا سمي المهر بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول والخلوة . كما قالوا باستحبابها في حالتيه : - إذا حدث الطلاق بعد الدخول في عقد صحيح سمي المهر فيه تسمية صحيحة . - إذا حدث الطلاق بعد الدخول في عقد صحيح ولم يكن هناك تسمية صحيحة للمهر . أنظر الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، د . إبراهيم عبد الرحمن ص ١٣٣ .

(٢) حاشية الدسوقي ، ج ٢ ص ٤٢٥ * التاج والإكليل ، ج ٤ ص ١٠٥ * مواهب الجليل ، ج ٤ ص ١٠٥ * المدونة الكبرى ، ج ٥ ص ٣٣١ * الكافي في فقه أهل المدينة ، ج ١ ص ١٥٩ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٦٣ * الام ، ج ٥ ص ٣٤ ، ٥٩ * روضة الطالبين ج ٧ ص ٣٢١-٣٢٢ * مغني المحتاج ، ج ٢ ص ٦٣ .

في حين يخالفهم في المطلقة بعد الدخول حيث يوجبها الإمام الشافعي و هما يستحبانها .

و أما الإمام مالك فقال : باستحباب المتعة لكل مطلقة و هو بهذا يوافق الإمام أبي حنيفة و أحمد في المنصوص عنه و لكنه يخالفهما فيما يتعلق بمن تطلق قبل الدخول و الفرض حيث يستحبها هو بناء على مطلق كلامه أما هما فيوجبانها .

القول الرابع : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى أن متعة الطلاق فرض على كل مطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً أو آخر ثلاث ، سواء وطئها أم لم يطأها ، فرض لها صداقها أم لا ، فعليه أن يتمتعها و يجبره الحاكم على ذلك أحب أم كره ، و لكنه لم يوجبها على من أنفسخ نكاحه مع زوجته بغير طلاق ، حتى أن الإمام ابن حزم قال في المحلى لشدة حرصه على المتعة : **و لا يسقط التمتع عن المطلق مراجعته إياها في العدة و لا موته و لا موتها ، و المتعة لها أو لورثتها من رأس ماله يضرب بها مع الغرماء ، وإن تعاسر في المتعة قضى على الموسر لها سواء كان عظيم اليسار أو ذا فضلة عن قوته و قوت أهله** (١)

سبب الخلاف :

إن الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة يرجع إلى الأوامر الواردة في المتعة ، فمن حملها على عمومها و ظاهرها قال : تجب لكل مطلقة ، ومن حملها على البعض دون البعض فرأى تخصيصها رأى أنها واجبة في بعض المطلقات دون الأخريات ، و من رأى الأمر في الآية يصرفه صارف عن الوجوب و هو قوله **"حقا على المحسنين"** قال : المتعة مستحبة لا واجب ، حيث رأى معنى **"حقا"** على المحسنين أي على المتفضلين المنجملين (٢) . هذا فضلا عن اختلافهم في مقصود و حكمة تشريع المتعة ، فمن رأى المتعة تعويضا عن الابتذال أوجبها للبعض دون البعض و من لم ير ذلك أخذ بعموم الآية فأوجبها لكل مطلقة .

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢٤٥ .

(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج ٢ ص ١٢٢ .

المطلب الثالث

أدلة الفقهاء

مع أن الأئمة الأربعة مختلفون في حكم متعة الطلاق بين القول باستحبابها والقول بوجوبها في بعض الحالات و استحبابها في غيرها إلا أن مسألة متعة الطلاق تبقى من مخالافات الإمام ابن حزم الظاهري لهم ، حيث نفرد ابن حزم و خالفهم في ذلك ، إذ ذهب إلى فرضية متعة الطلاق مطلقا كما تبين و اتضح لنا سابقا ، و لذا فإننا سنمضي في استعراض أدلة الأئمة الأربعة لأقوالهم و أدلة الإمام ابن حزم لنستظهر أرجحها فنرجحه إن شاء الله - و ذلك على النحو الآتي :

أولا . أدلة الإمام أبي حنيفة و أحمد - و هما قالا بوجوبها فقط في حالة المفوضة التي طلقها زوجها قبل الدخول و الفرض لها و استحبابها لغيرها ، و قد استدلّا لذلك بالآتي :

أ . قول الله تعالى : " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرَضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (٢٣٦) " (١) وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى أمر بالمتعة ، و الأمر للوجوب و هي كما جاء في الآية لمن طلقها زوجها قبل الدخول و الفرض ، فلا تجب لغيرها بل تستحب ، وذلك لأنه يثبت للمطقة بعد الدخول المهر كاملا كما يثبت للمطقة قبل الدخول و بعد الفرض نصف المهر فلا تجب المتعة معه .

ثم إن لفظ المحسنين الوارد في الآية لا يصلح قرينة صارفة الأمر إلى الندب لأن المحسن أعم من المتطوع و القائم بالواجب أيضا ، فلا ينافي الوجوب (٢) .

(١) سورة البقرة ، آية ٢٣٦ .

(٢) * المبوط ، ج ٦ ص ٦١ ، ٦٣ * شرح فتح القدير ، ج ٣ ص ٣٣٥ * الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ١ ص ٢٠٥ * بدائع الصلغ ، ج ٢ ص ٣٠٢ * البحر الرائق ج ٣ ص ١٥٧ .

ب . قول الله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا (٤٩) " (١)

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى حسب ظاهر النص و صريحه قد أوجب المتعة للمطلقات قبل الدخول عموماً ، ثم خصت منه المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية ، حيث يجب لها نصف المهر فبقيت المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه عند وجوده على أصل العموم (٢) .

ج . قول الله تعالى : " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا " (٣)

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى طلب من النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يمتع زوجاته فيطلقهن إن أردن متاع الحياة الدنيا ، وقد كان الطلب هنا غير جازم فحمل على الاستحباب ، إذ لو كان جازماً لقال : " ومتعهن ، ثم إن المتعة هنا اقترنت بالطلاق و الطلاق ليس واجباً فكذا المتعة لا تكون واجبة ، و لدفع التعارض بين هذا النص و النص السابق الموجب للمتعة للمطلقة قبل الدخول و الفرض يحمل هذا النص على غير تلك الحالة ، سيما وأن الواقع يدخل على ذلك ، إذ كان النبي - صلى الله عليه وسلم - قد دخل بهن ، فدل كل ذلك على استحباب المتعة لغير المدخول بها إن طلق قبل الفرض لها و لا المفروض لها و هي حالة وجوب المتعة الوحيدة (٤) .

(١) سورة الأحزاب ، آية ٤٩ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٢ ص ٣٠٣ * المعني ، ج ٧ ص ١٨٣ * البدع ، ج ٧ ص ١٦٩ * الكافي في فقه أحمد ج ٣ ص ١٠٨

(٣) سورة الأحزاب ، آية ٢٨

(٤) شرح فتح القدير ، ج ٣ ص ٣٢٧ * المبسوط ، ج ٦ ص ٦٢

د. إن المتعة تجب للمفوضة خلفاً عن مهر المثل حيث يسقط مهر المثل و يجب بدله ، وهي المتعة ، و إن الخلف لا يجمع الأصل و لا حتى شيئاً منه ، ثم إن المطلق قبل الدخول غير جان في الإحاش فلا تلحقه الغرامة به فكانت المتعة فيها من باب الفضل (١).

ثانياً . أدلة الإمام مالك :

استدل الإمام مالك لقوله باستحباب المتعة لكل مطلقة بما يأتي :

أ. قول الله تعالى : " وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " (٢٤١) * (٢)

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى و إن كان أمر بالمتعة للمطلقة ، إلا أنه أطلق ذلك ليكون على الاستحباب لا الوجوب و ذلك بدليل قوله تعالى * حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " إذ هذا يقتضي أن الإيجاب على المتقين فقط دون غيرهم فدل على تخفيف الآخر فحمل على الاستحباب (٣).

ب. قول الله تعالى * وَمَنْعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ " (٢٣٦) * (٤)

(١) الكاساني ، بلائع الصنائع ، ج ٢ ص ٣٠٣ * السرخسي ، المبسوط ج ٦ ص ٦٢ * ابن الممام ، شرح فتح القدير ج ٦ ص ٦٢ * المرغباني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ١ ص ٢٠٦ .

(٢) سورة البقرة ، آية ٢٤١ .

(٣) حاشية الدسوقي ، ج ٢ ص ٤٢٥ * المدونة الكبرى ، ج ٥ ص ٣٣٣ .

(٤) سورة البقرة ، آية ٢٣٦ .

وجه الاستدلال :

إن قوله تعالى: " حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ " قد خفف الأمر الذي جاء في الآية بإعطاء المتعة للزوجة المطلقة ، فدل ذلك على عدم وجوبها بل استحبابها ، إذ لو وجبت ما كان ذلك من قبيل الإحسان ^(١).

ثالثاً . أدلة الإمام الشافعي :

استدل الإمام الشافعي لقوله بوجوب المتعة للمطلقة التي يطلقها زوجها قبل الدخول و فرض الصداق و للمطلقة التي يطلقها زوجها بعد الدخول بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرَضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَنَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَنَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (٢٣٦) " ^(٢)

وجه الاستدلال : إن الله سبحانه و تعالى أمر في هذه الآية الكريمة بالمتعة للمطلقة التي يطلقها زوجها قبل الدخول و الفرض ، و هذا ظاهر النص ، و الأمر إنما يدل على الوجوب فكانت المتعة واجبة للأمر بها ^(٣) ، ثم لا ينافي وجوب المتعة في الآية للأمر الوارد بها في قوله تعالى : " حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ " ؛ لأن فاعل الواجب محسن ، و إن الضمير في قوله و متعوهن للنساء المذكورات أي المطلقات من غير مس و لا فرض و ذلك يفهم عدم إيجابها في حق غيرهم ، و هو معارض بعموم المطلقات فالأولى الاستدلال على إيجاب المتعة للمطلقات غير المفوضة بالقياس على المفوضة ، لأن القياس مقدم على المفهوم ، و لقد قال البيضاوي : مفهوم الآية يقتضي تخصيص إيجاب المتعة بالمفوضة التي يمسها الزوج و لم يفرض لها و الحق بها الشافعي الممسوسة قياساً ^(٤).

ب . قوله تعالى : " وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى

الْمُتَّقِينَ (٢٤١) " ^(٥)

^(١) المدونة الكبرى ، ج ٥ ص ٣٣٣ .

^(٢) سورة البقرة ، آية ٢٣٦ .

^(٣) الشرازي ، المهذب ، ج ٢ ص ٦٣ .

^(٤) حاشية البحر المحيي ، ج ٣ ص ٤٢٦ .

^(٥) سورة البقرة ، آية ٢٤١ .

وجه الاستدلال :

إن هذه الآية تدل على وجوب المتعة لكل مطلقة ، إذ النص عام تدخل به كل مطلقة ، حيث تدل الآية على استحقاق كل مطلقة لها ، وقد وجبت المتعة للمطلقة لما فيه من جبر للإحاش الحاصل بالفراق والتعويض ، ولذا لم تجب المتعة للمطلقة قبل الدخول إن سمي فرض لها في العقد لأن المعنى الذي شرعت له المتعة مفقود إذ لا إحاش لإجبر ولا ترك تسمية للفراق ليعوض ويستبدل بالمتعة ، إذ يجب لها نصف المسمى ^(١).

ج . قول الله تعالى : " فَتَعَالَيْنِ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا " ^(٢)

وجه الاستدلال :

إن المتعة المذكورة في هذه الآية ، والتي هي المتعة نفسها التي أمرت بها الآيات العديدة قد جعلها الله سبحانه وتعالى حقاً لنساء النبي - صلى الله عليه وسلم - وطلب منه أن يدفعه إليهن وكان دخل بهن ، فدل ذلك على وجوب المتعة للمرأة المطلقة المدخول بها ^(٣).

د . ما رواه الإمام الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يقول : " لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق وقد فرض لها الصداق ولم تمس فحسبها ما فرض لها " ^(٤).

وجه الاستدلال :

إن قول ابن عمر - رضي الله عنهما - واضح وجلي في إيجاب المتعة لكل مطلقة إلا التي طلقها زوجها قبل الدخول وقد فرض لها صداقها ، وما كان يقول ابن عمر ذلك من نفسه تشبهاً وعبثاً ، فكان له حكم المرفوع إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - لأن مثله لا يقال إلا عن سماع .

هـ . إن المطلقة قبل الدخول قد لحقها بالنكاح ابتذال وعلقت الرغبة فيها بالطلاق فوجب لها المتعة ، فإن فرض لها المهر لم تجب لها المتعة ،

^(١) المبكر ، إعانة الطالبين ، ج ١ ص ٣٥٦ .

^(٢) سورة الأحزاب ، آية ٢٨ .

^(٣) الشرازي ، المهذب ، ج ٢ ص ٦٣ .

^(٤) الشافعي ، الأم ، ج ٥ ص ٢٥٦ .

لأنه لما أوجب بالآية لمن لم يفرض لها مهر دل على أنه لا يجب لمن فرض لها. (١)

و . إن المرأة إذا طلقت بعد الدخول فإن ما تأخذه من المهر هو مال بدل عن الوطاء فحسب ، و يبقى الابتذال بغير بدل فوجب لها المتعة . (٢)

رابعاً . أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لوجوب المتعة لكل مطلقة مطلقاً بما يأتي :

أ . قوله تعالى : " وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " (٢٤١) * (٣) وقوله تعالى " وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِمِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ " (٢٣٦) (٤) وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى عم كل مطلقة و لم يخص واحدة دون أخرى بالأمر بالمتعة فدل على وجوبه لكل مطلقة على الإطلاق ، حيث أوجبها على كل متق . و محسن يخاف الله تعالى (٥).

ب . ما روي من طريق ابن وهب عن يحيى بن أيوب عن موسى بن أيوب الغافقي عن إياس بن عامر أنه سمع علياً بن أبي طالب يقول : " لكل مطلقة متعة " ، و عن مالك عن الزهري قال : لكل مطلقة متعة و به قال سعيد بن جبير ، فدل ذلك على وجوبها لكل مطلقة ، إذ ما كان لهؤلاء - رضوان الله عنهم - أن يقولوا بذلك بمجرد رأيهم و لا حسب أهوائهم لو لم يثبت عندهم بالدليل (٦).

(١) الشرازي ، المذهب ، ج ٢ ص ٦٣ .

(٢) الشرازي ، المذهب ، ج ٢ ص ٦٣ .

(٣) سورة البقرة ، آية ، ٢٤١ .

(٤) سورة البقرة ، آية ، ٢٣٦ .

(٥) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢٤٥ .

(٦) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢٤٧ .

المطلب الرابع

مناقشة أدلة الفقهاء

اولا . مناقشة أدلة الإمام أبي حنيفة و الإمام احمد

أ . إن استدلالهم بقوله تعالى : " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرَضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَنْعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُخْسِرِينَ (٢٣٦) " على وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول و الفرض دون غيرها غير سديد و لا سليم إذ لا دليل لهم به ، إذ لو لم يكن إلا هذه الآية لكان قولهم حقا ، لكن الله سبحانه و تعالى يقول : " وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١) " و هذا نص جامع لكل مطلقة مفروض لها أم غير مفروض مدخول بها أم غير مدخول ، فضلا أنه لم ينص على عدم استحقاق غير من ذكرت الآية للمتعة ، و بهذا بطل الاحتجاج بالآية (١).

ب . إن قول الله تعالى : " وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١) " لا يصلح دليلا " و حجة لإيجاب المتعة للمطلقة قبل الدخول و الفرض دون غيرها ، بل يصلح دليلا لمن قال بوجوب المتعة لكل مطلقة ، إذ النص عام و يشمل كل مطلقة (٢).

ج . إن قوله تعالى : " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا " لا يدل على وجوب المتعة فقط لغير المدخول بها قبل الفرض ، بل يصلح دليلا " على وجوب المتعة للمطلقة بعد الدخول ، إذ كانت نساء النبي صلى الله عليه و سلم - على ذلك النحو .

د . إن قول الله تعالى : " و إِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً " ليس هو الدليل الوحيد الذي يبين حكم المتعة ومستحقها ، و لذا فلا يجوز الاقتصار عليها أو حتى الادعاء أنها نسخت عموم قوله تعالى " وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١) "

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢٤٧ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢٧٤ .

؛ لأنه لا يصدق أحد على إبطال حكم آية منزلة إلا بخبر ثابت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فكيف وليس في الآية التي ذكر شيء يخالف التي زعم أنها نسختها ، فكلتاها ما حق ينبغي أعمالهما ^(١) .

هـ . إن المرأة المطلقة بعد الدخول يحصل لها الإحاش بل وبشكل أكبر من تلك التي تطلق قبل الدخول و الفرض ؛ ولذا فهي تستحق المتعة من باب أولى . و عليه فإن قصر إيجاب المتعة على الزوج للمطلقة قبل الدخول و الفرض هو قول فاسد بلا برهان و إسقاط لفرض أمر به الله سبحانه . ^(٢)

ثانياً . أدلة الإمام مالك :

يرد على قول الإمام مالك و أدلته الاعتراض الآتي :

إن احتجاج الإمام مالك لقوله باستحباب المتعة لكل مطلقة بقوله تعالى : " يَا مَعْزُوفٍ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ " ، و قوله : " حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " وأن الأمر الوارد في الآيات يحمل بسبب ذلك على الاستحباب غير سليم و لا سديد ، بل من العجب ، لأن كل مسلم على أديم الأرض هو بالشهادتين من جملة المتقين بقول ذلك و إيمانه ، و من جملة المحسنين و الله تعالى أن يخلده في النار إن لم يسلم ، فكل مسلم في العالم هو محسن متق من المحسنين المتقين و لو لم يقع اسم محسن و متق إلا على من يحسن و يتقي في كل أفعاله لم يكن في الأرض محسن ولا متق بعد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذ لا بد لكل من دونه من تقصير و إساءة لم يكن فيها من المحسنين ولا من المتقين فكان على هذا كلام الله تعالى : " يَا مَعْزُوفٍ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ " و " حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " فارغاً و لغواً و باطلاً ، و هذا لا محل لأحد أن يعتقد ، و لا فرق بين قوله تعالى : " من المحسنين " و " من المتقين " ، و بين قوله تعالى : " من المسلمين " و " من المؤمنين " إذ المعنى في كل ذلك واحد لا فرق بينه ^(٣) .

^(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢٤٦ .

^(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢٤٦ .

^(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢٤٥ - ٢٤٦ .

ثالثاً . أدلة الإمام الشافعي :

إن الإمام الشافعي قد اتفق مع الإمام أبي حنيفة والإمام أحمد في وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول وقبل الفرض ، في حين خالفهم في إيجاب المتعة للمطلقة بعد الدخول وبعد الفرض وهو بهذا يوافق ابن حزم ، ولذا فلن نناقش أدلة الإمام ابن حزم التي استدلت بها لجعل المتعة للمطلقة قبل الدخول لأنه سبق أن ناقشناها عند مناقشة أدلة الإمامين أبي حنيفة وأحمد ولكن سنناقش قصر الإمام الشافعي المتعة للمطلقة بعد الدخول والفرض وذلك على النحو الآتي :

أ . إن قول الإمام الشافعي يخالف عموم قوله تعالى : وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَنَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١) * ولذا لا اعتبار له إذ خالف نصاً ظاهراً غير محتمل ^(١).

ب . إن احتجاج الإمام الشافعي بما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - لا يعدو أن يكون قول صحابي مخالف لظواهر النصوص الأمر بالمتعة لكل مطلقة ، ولذا فلا حجة فيه .

ج . إن جميع المطلقات يلحقهن الابتذال وتعلق الرغبة بهن بعد الطلاق ولذا لا يصح تمييز مطلقة عن مطلقة لحجج واهية لا تصلح أن تكون دليلاً يحتج به .

رابعاً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم

يرد على قول الإمام ابن حزم الاعتراضات الآتية :

أ . إن استدلال الإمام ابن حزم الظاهري بعموم الآيتين الكريمتين و ظاهرهما كان سيكون سليماً وصحيحاً لإيجاب المتعة لكل مطلقة لو لم تكن هناك نصوص أخرى من كتاب الله تخص بعض المطلقات بالمتعة ، ومن المعلوم قطعاً أنه إذا تعارض العام والخاص من كتاب الله وسنة نبيه فإنه يحمل العام على الخاص ، فيخصص العام .

فقد قال تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرْخُوهُنَّ

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢٤٦ .

سَرَّاحًا جَمِيلًا (٤٩) " وَقَالَ أَيْضًا : " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ
تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرَضُوهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَبَّحِ قَدْرُهُ " وَهَذَا
يُعَارِضُ عَمُومَ قَوْلِهِ تَعَالَى : " وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَّاعٌ بِمَا كُنَّ يُعْمَلُونَ فِيهِ حَقًّا عَلَى
الْمُتَّقِينَ (٢٤١) " .

ب . إن الأثر الذي نقل عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه والذي
قال به : لكل مطلقة متعة " و احتج به ابن حزم لتعميم المتعة لكل مطلقة
يتعارض مع ما ذكرناه سابقاً " ، وهو تخصيص عموم المطلقات بالمطلقة قبل
الدخول و الفرض ، و لذا فلا أثر له .

المطلب الخامس

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء في حكم المتعة و عرضنا أدلتهم واستدلالاتهم و ناقشناها نرى أن الراجح هو استحباب المتعة لكل مطلقة عدا المفوضة و هي التي طلقها زوجها قبل الدخول و الفرض ، حيث تجب لها المتعة ، و هذا هو قول الإمام أبي حنيفة و الإمام أحمد و هو يمثل قولاً جامعاً بين أقوال الأئمة الآخرين ، حيث يتفق مع قول الإمام مالك و هو استحباب المتعة لكل مطلقة عدا المفوضة ، حيث أوجب لها المتعة خلافاً للإمام مالك ، و هو كذلك قول يتفق مع قول الإمام الشافعي في إيجاب المتعة للمفوضة و استحبابها لمن سواها إلا أنه يخالفه في إيجابها للمطلقة بعد الدخول و التسمية حيث يوجبها الإمام الشافعي لها و يستحبها الإمام أبو حنيفة و الإمام أحمد في حين يخالفان الإمام ابن حزم ، حيث يوجب المتعة لكل مطلقة و هما يستحبانها إلا أنهما يتفقان معه في إيجابها للمفوضة فقط دون غيرها من المطلقات .

هذا و من أبرز مبررات ترجيح استحبابها لكل مطلقة عدا المفوضة حيث تجب لها ما يأتي :

أ . إن النصوص القرآنية الكريمة الأمرة بالمتعة قد تعارضت في إيجابها ، وهي قوله تعالى " وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١) " و هذا نص عام يشمل كل مطلقة حيث تشير الآية إلى حق كل مطلقة بها و إن الحق يجب إعطاؤه لأهله ، و كذلك قوله تعالى " لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرَضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (٢٣٦) " و هذا نص كريم يوجب المتعة لكل مطلقة قبل الدخول والفرض دون غيرها إذ ظاهر النص يفيد ذلك ، و للجمع بين الأدلة كان لا بد من حمل العام على الخاص و تقييده به و لذا قلنا بوجوبها للمفوضة دون غيرها .

و هنا قد يقال أن الله سبحانه و تعالى قد وجه نبيه لإعطاء المتعة لأزواجه إن طلقهن حيث قال تعالى : " فَتَعَالَيْنِ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا

جَمِيلًا " و هذا يدل على وجوب المتعة المطلقة بعد الدخول فهذا مخصص آخر ، و لكن يُرد على هذا بأنه أمر محتمل إذ ربما أمر الله نبيه بذلك ووجهه إليه بحكم مكانته في الأمة و لفضله فيكون بذلك توجيهها خاصاً به ، ثم إن الله سبحانه و تعالى لم يأمره أمراً صريحاً و كان أولى أن يأمره بصراحة فيقول : و متعهن ، و لهذا ينبغي أن يحمل ذلك التوجيه على اعتبار المتعة مستحبة لغير المفوضة ، سيما و أنه قال بحق المفوضة " و متوهن " و هذا أمر صريح لا يصرف عن الوجوب ، و بهذا ارتفع التعارض بينهم .

ب . إن المتعة تجب للمفوضة خلفاً عن مهر المثل ، حيث يسقط مهر المثل و تجب بدله المتعة ، و إن الخلف لا يجمع الأصل و لا حتى شيئاً منه ، ثم إن المطلق غير المدخول قبل الدخول غير جان في الإحاش فلا تلحقه الغرامة به فكانت المتعة فيها من باب الفضل . هذا و الله أعلم .

المبحث الخامس الإشهاد على الطلاق

المطلب الأول

أقوال الفقهاء في الإشهاد على الطلاق

اختلف الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم الظاهري في حكم الإشهاد على الطلاق على قولين هما :
القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد إلى القول باستحباب الإشهاد على الطلاق والندب إليه لا وجوبه ، حتى إذا طلق أحدهم ولم يشهد وقع طلاقه (١)
القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى وجوب الإشهاد على الطلاق (٢)

سبب الخلاف :

يرجع اختلاف الفقهاء في حكم الإشهاد على الطلاق إلى الأمر الوارد بالإشهاد في قوله تعالى : " وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا (٢) " (٣) ، فمن رأى أن الأمر بالإشهاد للوجوب ، قال بوجوبه ، ومن رأى أن الأمر صرفه صارف عن ظاهره وعن الوجوب إلى الندب ، قال : الإشهاد على الطلاق مندوب إليه مستحب لا واجب ، فضلا عن تعارض الآثار الواردة في الأمر بالإشهاد على الطلاق (٤) .

(١) الكسائي ، بدائع الصنائع ، ج٣ ، ص١٨١ . النهاية ، ج٢ ، ص٧ . حاشية ابن عابدين ، ج٣ ، ص٤٠١ . الحصص ، وأحكام القرآن ، ج٥ ، ص٣٥١ . ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج٤ ، ص١٦٢ . ابن عبد البر ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ص٢٩١ . القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج١٨ ، ص١٥٧-١٥٨ . الطبري ، تفسير الطبري ، ج٢٨ ، ص١٢٧ . الشافعي ، الأم ، ج٧ ، ص٨٤ . الشافعي ، أحكام القرآن ، ج٢ ، ص١٣٠ . الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص١٠٣ . ابن ضويان ، منار السبيل ، ج٢ ، ص٢٣٢ . الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص١٠٣ . الكافي في فقه ابن حنبل ، ج٤ ، ص٥٣٨ . البهوتي ، كشف القناع ، ج٦ ، ص٤٣٤ . ابن قدامة ، المغني . ج٧ ، ص٤٠٣ . (٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج١٠ ، ص٢٥١ .

(٣) سورة الطلاق ، آية ٢ .

(٤) المحلى بالآثار ، ج١٠ ، ص٢٥١ . تفسير القرطبي ج١٨ ص١٥٨ . الشافعي ، أحكام القرآن ، ج٢ ص١٣٠ .

المطلب الثاني

أدلة الفقهاء

أولا . أدلة الأئمة الأربعة

إن مما استدل به الأئمة الأربعة لاستحباب الإشهاد على الطلاق والندب إليه، دون وجوبه ما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن " (١) ، وقوله تعالى : " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا " (٢)

وجه الاستدلال :

إن الآيتين الكريمتين دللتا على أن الله سبحانه وتعالى جعل الطلاق بيد الزوج، كما جعله حقا من حقوقه يوقعه كيفما يشاء ، ومتى يشاء دون حاجة إلى الإشهاد أو البينة إذ لو كان الإشهاد واجبا لذكر مقترنا بالطلاق ، ولأمر الله سبحانه وتعالى به في الآيتين . (٣)

ب . قول الله تعالى : " وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ومن يتق الله يجعل له مخرجا (٢) " (٤) .

وجه الاستدلال :

قال القرطبي : " قوله تعالى : " وأشهدوا ذوي عدل منكم " أمر بالإشهاد على الطلاق ، وقيل على الرجعة والظاهر رجوعه إلى الرجعة لا إلى الطلاق ، إلا أنه في الطلاق مندوب " (٥) . وقال الإمام الشافعي : " ودل أني لم ألق مخالفا - حفظت عنه من أهل العلم أن حراما أن يطلق بغير بينة - على أنه والله أعلم دلالة اختيار " (٦) فدل كلام القرطبي والإمام الشافعي على أن الأمر في الآية جاء على الندب والاختيار ، لا على الوجوب، سيما وأن الطلاق لا يشترط فيه الولي، وما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد . (٧)

(١) سورة الطلاق ، آية ١ .

(٢) سورة البقرة ، آية ٢٣١ .

(٣) المحصص ، وأحكام القرآن ، ج ٥ ، ص ٣٥٠-٣٥١ . ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج ٤ ، ص ١٦٢ .

(٤) سورة الطلاق ، آية ٢ .

(٥) بتصرف القرطبي ، ج ٤ ، ص ١٥٨ .

(٦) الشافعي ، أحكام القرآن ، ج ٢ ، ص ١٣٠ .

(٧) ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ، ص ٤٠٣ . الشيرازي ، المهذب ، ج ٢ ، ص ١٠٣ .

ج . إن وجوب الإشهاد على الطلاق لم يرد عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عن الصحابة ما يدل عليه ، حيث لم يفعل الصحابة ذلك ولم يأمرهم النبي - صلى الله عليه وسلم - به ، ولو كان واجبا لأمرهم به ولفعلوه (١) .

د . إن الإشهاد له فائدة عظيمة وهو عدم وقوع التجاحد بين الزوجين ولذا يندب إليه ويستحب (٢) .
ثانيا . أدلة الإمام ابن حزم الظاهري .

إن مما استدلل به الإمام ابن حزم الظاهري لقوله بوجوب الإشهاد على الطلاق ما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ " (٣) .

وجه الاستدلال :

إن ظاهر الآية الكريمة جاء بصيغة الأمر وهو قوله : " وَأَشْهَدُوا " والأمر يقتضي الوجوب ، ثم إن الله سبحانه وتعالى فرق بين المراجعة والطلاق والإشهاد ، فلا يجوز إفراد بعضها عن بعض ، ولذا كان من طلق ولم يشهد أو راجع ولم يشهد متعديا لحدود الله سبحانه وتعالى (٤) .

ب . ما روي عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " (٥) .

وجه الاستدلال :

إن هذا الحديث عام يشمل رد كل عمل مخالف للسنة ، وإن الرد يعني بطلان الأمر ، وإن ترك الإشهاد على الطلاق مخالف للسنة ، فدل الحديث على بطلان الطلاق إذا لم يشهد عليه (٦) .

ج . إن القول بوجوب الإشهاد على الطلاق مروي عن كثير من الصحابة والتابعين كعلي بن أبي طالب وعمران بن حصين وابن عباس وعطاء و السدي - رضي الله عنهم - ، وما كان لهؤلاء القول بذلك إلا عن سماع أو مسوغ ، فكان للقول بوجوب الإشهاد على الطلاق حكم المرفوع (٧) .

(١) ابن الحمام ، شرح فتح القدير ، ج ٤ ، ص ١٦٢ .

(٢) القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ١٨ ، ص ١٥٧ . * حاشية ابن عابدين ، ج ٣ ، ص ٤٠١ .

(٣) سورة الطلاق ، آية ٢ .

(٤) * اغلبي بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٢٥١ . * ابن كثير ، تفسير ابن كثير ، ج ٤ ، ص ٣٨٠ .

(٥) صحيح مسلم ، ج ٣ ، ص ١٣٤٣ رقم ١٧١٧ .

(٦) * اغلبي بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٢٥١ . * الطبري ، تفسير الطبري ، ج ٢٨ ، ص ١٣٧ . * ابن كثير ، تفسير ابن كثير ، ج ٤ ، ص ٣٨٠ .

(٧) * الطبري ، تفسير الطبري ، ج ٢٨ ، ص ١٣٧ . * ابن كثير ، تفسير ابن كثير ، ج ٤ ، ص ٣٨٠ .

المطلب الثالث

مناقشة أدلة الفقهاء

أولا : مناقشة أدلة الأئمة الأربعة .

يرد على أدلة الأئمة الأربعة التي استدلوا بها للقول بالندب إلى الإشهاد على الطلاق واستحبابه ما يأتي :

أ . إن الأيتين الكريمتين اللتين استدلوا بهما عامتان تتعارضان مع الآية الأمرة بالإشهاد على الطلاق، وهي قوله تعالى : " وأشهدوا ذوي عدلٍ منكم " ، وإن فيها أمر صريح بالإشهاد على الطلاق والأمر للوجوب ، سيما وأنه لم يصرفه صارف . (١)

ب . إن استدلال الأئمة الأربعة لقولهم بعدم وجوب الإشهاد على الطلاق أن الصحابة لم يرد عنهم القول به لا يسلم به ، إذ ورد القول بالإشهاد عن ابن عباس وعلي بن أبي طالب وعمران ابن حصين وعطاء والسدي ، وغيرهم - رضوان الله عنهم - (٢)

ج . إن احتجاجهم بأن الإشهاد مآله إلى فائدة عظيمة وهي منع التجاحد بين الزوجين تصلح دليلا للقول بوجوب الإشهاد ، لا للقول بسننه والندب إليه فقط .

ثانيا : مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري .

إن مما يرد على أدلة الإمام ابن حزم الظاهري التي استدل بها للقول بوجوب الإشهاد على الطلاق ما يأتي :

أ . إن الفقهاء لم يختلفوا في أن المراد بالفراق المذكور في الآية التي استدل بها الإمام ابن حزم الظاهري لقوله إنما هو تركها حتى تنقضي عدتها، ولذا فإن الفرقة تصح وإن لم يشهد عليها، ولذا قيل : إن الإشهاد واجب على الرجعة دون الطلاق حسب الآية (٣) .

ب . إن الإشهاد على الطلاق لم ترد به السنة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ، ولذا فإن تركه في الطلاق لا يعتبر مخالفا للسنة، وعليه فلا يسلم احتجاج ابن حزم بحديث "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد" للقول بوجوب الإشهاد على الطلاق .

ج . إن رواية الإشهاد على الطلاق عن بعض الصحابة لا يسلم حجة للقول بوجوب الإشهاد عليه، إذ قد يكونوا من قبيل التوثيق أو حتى السنة ، وإن الأئمة الأربعة ذهبوا إلى استحباب الإشهاد على الطلاق والندب إليه .

(١) المحلى بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٢٥١ .

(٢) الطبري ، تفسير الطبري ، ج ٢٨ ، ص ١٣٧ .

(٣) القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ١٨ ، ص ١٥٧ .

المطلب الرابع

القول الراجح

بعد أن استعرضنا أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها في حكم الإشهاد على الطلاق نرى أن القول الراجح هو القول بالندب إلى الإشهاد على الطلاق واستحبابه ، وذلك للمبررات الآتية :

أ . إن الآيات التي استدلت بها الأئمة الأربعة جاءت نصية في الطلاق ، ولم توجب اشتراط الإشهاد، ولو وجب الإشهاد على الطلاق لاشتراطته ولأمرت به .

ب. إن الطلاق لا يحتمل الهزل ولا المزاح ، ولذا فهو يقع بمجرد التلفظ بالفاظه الصريحة دون الحاجة إلى النية عند عامة الفقهاء، كما يقع بألفاظ الكنايات بشرط النية ، ولذا فإن من العسير أن نوقف وقوعه على وجود الإشهاد إذ غالباً يتعذر الإشهاد عليه .

ج. إن ما ورد عن الصحابة من ذهابهم إلى القول بالإشهاد على الطلاق يحمل على الندب والاستحباب، كما يحمل الأمر الوارد في الآية الكريمة " وأشهدوا ذوي عدل منكم " .

د . إن الإشهاد على الطلاق لو كان واجباً لفعله النبي - صلى الله عليه وسلم - ولأمر به .

هـ. إن الاحتياط للفروج يقتضي إيقاع الطلاق بمجرد التلفظ به دون انتظار الإشهاد عليه . هذا والله أعلم .

المبحث السادس الإشهاد على الرجعة

المطلب الأول

مفهوم الرجعة

الرجعة لغة : بفتح الزاء و هي افصح من كسرهما ، اسم مرة من الرجوع ، من رجع ، يرجع ، رجوعا ، و راجع يراجع مراجعة و رجعة ومعناها الرد و الإعادة ، يقال : رجع إلى أهله ، و رجعت إليه أي رتبته ، ويقال : له على امرأته رجعه و الرجعة : ارتجاع الزوجة المطلقة غير البائنة إلى النكاح من غير استئناف عقد ، و عليه فالرجعة هي الرد و الإعادة و راجع فلان مطلقته أي ردها إلى عصمتها بعد أن طلقها قبل مضي عدتها من طلاق غير بائن .^(١)

الرجعة اصطلاحا : * هي عبارة عن إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد " ^(٢) و قيل : " إعادة الرجل زوجته المطلقة طلاقا غير بائن إلى ما كانت عليه قبل الطلاق بغير عقد " ^(٣) ، و قيل هو رد الزوج أو القائم مقامه المرأة إلى النكاح الكامل من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص " ^(٤) ، و قيل : بل هي استدامة الملك القائم في العدة " ^(٥) .

و مع أن كل تعريف يمثل وجهة نظر صاحبه للرجعة إلا أن منها ما قد يعتبر اسلم من غيره ، إذ يوحي تعريف الرجعة بالرد و الإعادة استئناف العلاقة الزوجية بعد انقطاعها في حين توحي الاستدامة مواصلة و استمرار العلاقة الزوجية بإقصاء ما قد يقطعها و هو الطلاق ، و لذا كان الأسلم تعريف الرجعة بالاستدامة لأن الطلاق الرجعي لا ينهي العلاقة الزوجية من

(١) * المطلع للعلي ، ج ١ ص ٣٤٢ * المناوي ، التعاريف ، ج ١ ص ٣٥٨ * الفونوني ، أنيس الفقهاء ، ج ١ ص ١٥٩ * النوراني ، تحرير ألفاظ التنبيه ، ج ١ ص ٢٨٦ * لسان العرب ، ابن منظور ، ج ٨ ص ١١٤ ، ١١٩ ، أنيس ، المعجم الوسيط ، ج ١ ص ٣٣١ .
الزمخشري ، أساس البلاغة ، ص ١٥٥ .

(٢) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٧ ص ٣٩٠ * ابن قدامة ، الكافي في فقه أحمد ، ج ٣ ص ٢٢٧ * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٥ ص ٣٤١

(٣) منار السبيل ، ج ٢ ص ٢٣٠

(٤) * إعران الطالين ، ج ٤ ص ٢٩٠ * معني المحتاج ، ج ٣ ص ٣٣٥ .

(٥) * البحر الرائق ، ج ٤ ص ٥٤ * حاشية ابن عابدين ، ج ٣ ص ٣٩٧ .

كل وجه . و لذا يمكن تعريف الرجعة : بأنها استدامة الزوج العلاقة الزوجية بفعل أو لفظ مخصوص شرعا في مدة العدة المضروبة للزوجة المطلقة طلاقا رجعيا " فالرجعة إذن استدامة و استمرار للعلاقة الزوجية بفعل أو لفظ مخصوصين معتبرين شرعا ، و ذلك في مدة العدة المضروبة للزوجة المطلقة طلاقا رجعيا يخرج بذلك من طلقت طلاقا بانئا صغرى أو كبرى أو خرجت من العدة ، إذ لا تصح الرجعة فيها إلا بعقد جديد و ضمن شروط معينة .

المطلب الثاني

أقوال الفقهاء في الإشهاد على الرجعة

اختلف الأئمة الأربعة مع ابن حزم في حكم الإشهاد على الرجعة على قولين هما :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي على الأظهر و هو الجديد و أحمد في رواية و هي الصحيح و المذهب إلى أن الإشهاد على الرجعة مستحب لا واجب ، حيث يستحب الإشهاد على الرجعة شاهدين ، فإن لم يشهد صحت الرجعة .^(١)

هذا و قال الإمام الشافعي في القديم و الإمام أحمد في رواية ثانية : يشترط الإشهاد على الرجعة و يجب ،^(٢) و لكن المعتبر عندنا ههنا هو الراجح و الأظهر والأصح من مذهبهما و هو القول الأول الاستحباب.

و الرجعة عند أبي حنيفة نوعان : قوليه و فعلية ، و القولية نوعان سنية مستحبة ، و بدعية مكروهة و المستحبة ما اشهد عليها . و قد خالف في ذلك الإمام الشافعي فقال الرجعة لا تكون إلا بالقول قياسا على النكاح .^(٣)

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى وجوب الإشهاد على الرجعة ، حيث قال : " فإن وطئها لم يكن مراجعاً لها حتى يلفظ بالرجعة و يشهد و يعلمها بذلك قبل تمام عدتها ، فإن راجع و لم يشهد فليس مراجعاً " .^(٤)

(١) * البداية شرح بداية البداية ، ج ٢ ص ٧ * البحر الرائق ، ج ٤ ص ٥٥ * المبسوط ، ج ٦ ص ١٩ * شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ١٦٠ * التاج و الإكليل ، ج ٤ ص ١٠٢ * الشرح الكبير ، ج ٢ ص ٤٢٤ * الكافي في فقه أهل المدينة ، ج ١ ص ٢٩١ * القوانين الفقهية ج ١ ص ١٥٥ * تفسير القرطبي ، ج ١٨ ص ١٥٨ * إمعان الطالبين ج ٤ ص ٣٠ * روضة الطالبين ج ٨ ص ٢١٦ * معني المحتاج ج ٣ ص ٣٣٦ * المبدع ج ٧ ص ٣٩٣ * المحرر في الفقه ج ٢ ص ٨٣٠ * المعني ، ج ٧ ص ٤٠٣ * مختصر الخرقفي ج ١ ص ١٠٦ * الكلبي في فقه ابن حنبل ج ٣ ص ٢٢٨ .

(٢) * إمعان الطالبين ج ٤ ص ٣٠ * روضة الطالبين ج ٨ ص ٢١٦ * معني المحتاج ج ٣ ص ٣٣٦ * المحرر في الفقه ج ٢ ص ٨٣ * المبدع ج ٧ ص ٣٩٢ .

(٣) فتاوى السفدي ، ج ١ ص ٣٢٥ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢٥١ .

سبب الخلاف :

يرجع الخلاف بين الأئمة الأربعة والإمام ابن حزم إلى معارضة القياس للظاهر و ذلك إن ظاهر قوله تعالى : " وأشهدوا ذوي عدل منكم " يقتضي الوجوب، و تشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان يقتضي أن لا يجب الإشهاد فكان الجمع بين القياس و الأدلة حمل الآية على النذب ، ^(١) فضلا عن أن الأئمة الأربعة قد نظروا إلى حكمة تشريع الإشهاد على الرجعة و مقصودة في حين تمسك ابن حزم بظاهر النصوص جريا على منهجه في الاستنباط و هو الوقوف عند ظواهر النصوص و ترك عللها.

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد

المطلب الثالث

أدلة الفقهاء

أولاً ، أدلة الأئمة الأربعة .

استدل الأئمة الأربعة لقولهم باستحباب الإشهاد على الرجعة بما يلى :

أ . قوله تعالى : " فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ أَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ " (١) .

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى أمر في الآية الكريمة بالإشهاد فقال سبحانه : " فاشهدوا " ، وإن الأمر للوجوب أصلاً إلا أنه يصرفه عنه صارف ، وقد وجد هو إن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالإشهاد بعد الأمر بشيئين وهما : الإمساك أو المفارقة ، فلو كان الإشهاد واجباً في الرجعة من باقى المفارقة للزم استعمال اللفظ الواحد في الحقيقة ومجازه وهذا ممنوع ، ثم إن الرجعة لا يشترط لها الولي وما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد فهو كالإشهاد في البيع ولذا حمل الأمر في الآية على الاستحباب لا الوجوب ، فكان الإشهاد مستحباً لا واجباً . (٢)

ب . الإجماع ، حيث اجمع العلماء من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته على استحباب الإشهاد على الرجعة لا وجوبه . (٣)

ج . إن الرجعة لا تقتصر إلى القبول ، فلم تقتصر إلى الإشهاد كمسائر حقوق الزوجين ، ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع فحمل لذلك على الاستحباب . (٤)

(١) سورة الطلاق ، آية ٢ .

(٢) * البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، ج ٤ ص ٥٥ ، المبدع ، ج ٣ ص ٣٩٣ * المغني ، ج ٧ ص ٤٠٣ * الفروع ، ج ٥ ص ٣٥٩ * الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ٢٢٨ .

(٣) * المبدع ، ج ٣ ص ٣٩٣ * المغني ، ج ٧ ص ٤٠٣ ، الفروع ج ٥ ص ٣٦٠ * الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ٢٢٨ . * الشوكاني ، ليل الأوطار ج ٧ ص ٤٤ .

(٤) * كشف القناع ، ج ٥ ص ٣٤٢ * المبدع ج ٣ ص ٣٩٣ * المغني ج ٧ ص ٤٠٣ * الفروع ج ٥ ص ٣٦٠ - ٣٥٩ * الكافي في فقه ابن حنبل ج ٣ ص ٢٢٨ * مختصر الخرقي ، ج ١ ص ١٠٦ * المحرر في الفقه ، ج ٢ ص ٨٣ * تفسر القرطبي ، ج ١٨ ص ١٥٨ .

د . إن للإشهاد فائدة عظيمة و هي منع التجاحد بين الزوجين وقطعه ،
أو ادعاء أحد الزوجين ما لا يستحقه بل و يحرم عليه شرعا . (١)
هـ . إن الرجعة استدامة للنكاح ، والإشهاد ليس بشرط في استدامة
النكاح ، و بيان ذلك أن الله سبحانه و تعالى سمى الرجعة إمساكا و هو منع
للمزيل من أن يعمل عمله بعد انقضاء المدة ، فلا يكون الإشهاد عليه شرطا
كالفيء في الإيلاء ، و لذا فالإشهاد في الرجعة مستحب . (٢)

(١) * معني المحتاج ، ج ٣ ص ٣٣٦ * تفسير القرطبي ، ج ١٨ ص ١٥٨ .

(٢) * الهداية شرح البداية ج ٢ ص ٧ * إغاثة الطالبين ، ج ٤ ص ٣٠ * المبسوط ج ٦ ص ١٩ * شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ١٦٠ ،

ثانياً . أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لقوله بوجوب - الإشهاد - على الرجعة بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارُقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ مِمَّا يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا (١) " وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى أمر في الآية بالإشهاد و مطلق الأمر يدل على الوجوب ، و هو نص ظاهر على الوجوب . (٢)
ب . قوله تعالى " و من يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه " (٣) .
وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى نهى عن تعدي حدود الله و إن في ترك الإشهاد على الرجعة و قد أمر الله به تعدل لحدود الله سبحانه فنهى عنه بالآية الكريمة . (٤)

ج . ما روته السيدة عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أخذت في أمرنا هذا ما ليس منه فهو (٥)
وجه الاستدلال :

إن الحديث الشريف أبطل كل فعل مخالف لنهج و سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، و إن من سنته - صلى الله عليه وسلم - امتثال أوامر الله سبحانه جميعها ، و إن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالإشهاد على الرجعة ، فكان تركه مخالفاً لنهج الحبيب محمد صلى الله عليه وسلم ، و ورد للحديث الشريف فيبطل . (٦)

(١) سورة الطلاق ، آية ٢ .

(٢) ابن حزم ، المحلى ج ١٠ ص ٢٥١ .

(٣) سورة الطلاق ، آية ١ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢٥١ .

(٥) صحيح الإمام مسلم ، ج ١ ص ٥٧ رقم ١٧١٨ ، صحيح البخاري ، ج ٦ ص ٢٦٧٥ رقم ٦٩١٧ .

(٦) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٢٥١ .

المطلب الرابع

مناقشة أدلة الفقهاء

أولا . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة

يرد على أقوال الأئمة الأربعة و أدلتهم و استدلالاتهم الاعتراضات الآتية:

أ . إن استدلالهم بالآية الكريمة " وأشهدوا ذوي عدل منكم " و إن كان صائبا على الجملة ، فإن الآية صريحة بالأمر بالإشهاد ، إلا أنه كان غير دقيق حين قالوا بصرف الأمر إلى الاستحباب بحجة وجود أمرين في الآية نفسها لا يتصور إيجابهما ، ذلك لأن ظاهر النص و عبارته أولى بالاتباع مما سواها ، و إن ظاهر النص يدل على الأمر ، و الأمر للوجوب .

ب . إن الرجعة أشد خطرا من البيع و أعظم قدرا و مكانة منه و هي ليست كباقي الحقوق و سائرهما و لذا فلا تقاس عليها في عدم اشتراط الإشهاد ، بل إن الرجعة أكثر الأمور حاجة للإشهاد سيما مع ضياع الذمم و تغير الأحوال ، ثم إن الرجعة متعلقة بالبضع و هو هام جدا لما قد يترتب على العبث بأموره من المفساد العظيمة ؛ و لذا كان لا بد من الاحتياط لها بطلب الإشهاد طلبا جازما يحمل على الوجوب .

ج . ان الرجعة و ان كانت استدامة للنكاح من حيث مؤداها إلا أنها استئناف للعلاقة الزوجية ، إذ لولاها لانتهت العلاقة الزوجية ؛ و لذا كان لا بد من الإشهاد عليها فهي أشبه بالعقد الجديد الذي يفكر إلى الإشهاد من الاستدامة .

ثانيا . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

يرد على قول الإمام ابن حزم الظاهري و أدلته و استدلالاته الأمور

التالية:

أ . إن استدلال ابن حزم بالآية الكريمة " وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَذَرِي لَ الْإِلَهِ يُخَذِّبُ يَغْدُ ذَلِكَ أَمْرًا (١) " غير سليم و غير صحيح ، ذلك لأن الآية تنهى عن تعدي أوامر الله بتركها و تعدي حرمات الله بارتكابها و ما حل إلى ما حرم ، و ان الإشهاد ليس من قبيل الأوامر حتى يعتبر تركها تعديا لحد من حدود الله ، إذ لم يأت أمر في آية كريمة أو خبر صريح بأمر بها سوى الأمر الوارد في قوله تعالى " وأشهدوا ذوي عدل منكم " و قد بينا أنه لم يكن أمر مطلقا دالا على الوجوب لوجود الصارف المقترن به الذي صرفه إلى الاستحباب و أن ترك المستحب ليس بتعدي لحد من حدود الله .

ب. إن ترك الإشهاد على الرجعة ليس فيه مخالفة لنهج رسول صلى الله عليه وسلم - ولا لأمر من أوامر الدين ، وليس فيه إحداث لأمر جديد في الإسلام بدليل ترك الصحابة للإشهاد على الرجعة ، ولو كان الإشهاد واجبا لفعله الصحابة و لو اظبطوا عليه ، كيف لا وقد عاش النبي صلى الله عليه وسلم بين ظهرانيهم و راقب أفعالهم ، و عليه فلاحجة لابن حزم بقول النبي صلى الله عليه وسلم - " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " على وجوب الإشهاد على الرجعة .

المطلب الخامس

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الأئمة الأربعة و قول الإمام ابن حزم الظاهري في حكم الإشهاد على الرجعة نرى ان القول باستحباب الإشهاد على الرجعة هو الراجح ، و ذلك للمبررات الآتية :

اولاً . إن الأمر الوارد بقوله تعالى ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ لا يراد به الوجوب و إنما يراد به الاستحباب بدليل اقترانه بالأمر بالإمساك أو الفراق ، فكانت الرجعة كذلك فيها سعة للزوج بين إقامتها و تركها .

ثانياً . إن الرجعة لا تفنقر الى القبول و الولي لصحتها ، فلا تفنقر الى الإشهاد كسائر حقوق الزوجين .

ثالثاً . إن للإشهاد فائدة عظيمة ، وهي منع التجاحد بين الزوجين و قطعه ، و ما كان هذا شأنه يكون حكمه حكم الإشهاد على سائر الحقوق في الشريعة الإسلامية ، و هو الاستحباب و الندب .

رابعاً . إن أدلة ابن حزم تمثل النظرة الظاهرية للنصوص و هي بجملتها عامة ، و إن للنصوص ظواهر و مفاهيم لا ينبغي تجاهل واحد لحساب الآخر ، سيما إذا كانت المفاهيم هي المقصود في النصوص .

خامساً . إن في طلب الإشهاد على الرجعة على سبيل الوجوب مشقة كبيرة على الأزواج و الزوجات و فيه حرج لهم و الله سبحانه و تعالى يقول " يُرِيدُ اللَّهُ يَكُفُّ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ يَكُفُّ الْعُسْرَ " ، و يقول أيضاً : " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ " .

و إنما إذ نرجح القول باستحباب الإشهاد على الرجعة إلا أننا ننبه إلى ضرورة الاهتمام بها في زماننا و ذلك احتياطاً للفروج ، و نجاة من ضعف الذمم و فساد الأخلاق و بعد الناس عن الدين و ضعف الوازع الديني .

المبحث السابع

العود في الظهر

المطلب الأول

مفهوم الظهر

الظهر لغة : مشتق من الظهر ، وهو كل شيء خلاف البطن و الظهر من النساء على وزن كتاب يقال : ظهر الرجل من امرأته مظهارة و ظهارة و تظهيرا و تظاهرا بمعنى واحد و هو الاستعلاء على الشيء ، و سمي الظهر بذلك لتشبيه الزوجة بظهر الأم ، و إنما خصوا الظهر دون غيره لأنه موضع الركوب إذ المرأة مركوبة إذا غشيت فكأنه إذا قال لها أنت علي كظهر أمي أقام الظهر مقام الركوب لأنه مركوب و هذا من استعارات العرب .^(١)

الظهر اصطلاحاً : " هو أن يشبه الرجل امرأته بظهر من تحرم عليه على التأييد بها أو بعضو منها " ^(٢) ، أو : " هو أن يشبه امرأته أو عضو منها بمن تحرم عليه من رجل أو امرأة أو بعضو منه " ^(٣) أو : " الظهر هو تشبيه الزوج زوجته غير البائن بأنثى لم تكن حلاله " ^(٤) و قيل : هو أن يشبه الرجل امرأته بظهر أمه أو بعضو من أعضائها " ^(٥) أو : هو تشبيه الرجل المكلف من حل له من النساء بمن تحرم عليه مؤبدا بنسب أو رضاع " ^(٦) أو : " هو أن يشبه الرجل امرأته أو عضوا يعبر به عنها ، أو جزءا شائعا منها بعضو لا يحل له النظر إليه من أعضاء من لا يحل له نكاحها على التأييد " ^(٧) .

فهذه أغلب التعريفات للظهر التي أوردها الفقهاء في مدوناتهم و خلاصتها أن الظهر : هو أن يشبه الزوج زوجته أو عضوا منها بأحد محارمه أو بأحد أعضائها ، و ذلك كأن يقول الزوج لزوجته : أنت علي كظهر أمي ، أو أختي ، أو مثل أمي أو خالتي و نحو ذلك .

(١) * المطلع للبعلي ، ج ١ ص ٣٤٥ ، القنوي ، أيس الفقهاء ج ١ ص ١٦٢ * النووي ، تحريم ألفاظ التنبيه ، ج ١ ص ٢٧٠ * المروني ، الزاهر ، ج ١ ص ٣٣٢ * أيس ، المعجم الوسيط ج ٢ ص ٥٧٨ * لسان العرب ج ٤ ص ٥٢٠ ، ٥٢٨ .

(٢) ابن مفلح ، المبدع ، ج ٨ ص ٣٠ .

(٣) البهوتي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ٢٣٦ .

(٤) البكري ، إعاة الطالبين ، ج ٤ ص ٥٣ .

(٥) الشيرازي ، التنبيه ، ج ١ ص ١٨٥ .

(٦) الكشلاوي ، سهل المدارك ، ج ٢ ص ١٦٨ .

(٧) الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، ج ١ ص ١٨٥ .

المطلب الثاني

أقوال الفقهاء في ماهية العود في الظهار

يقول الله تعالى : " وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكَمْ تَوْعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ " (١) *
 إن هذه الآية الكريمة تشترط العود في الظهار لتحقيق الظهار ووجوب كفارته ، وقد اختلف الأئمة الأربعة و ابن حزم في ماهية العود في الظهار على النحو الآتي :

القول الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة في المشهور من مذهبه و الإمام مالك في رواية^(٢) والإمام الشافعي^(٣) إلى أن العود في الظهار هو الإمساك مع العزم على الوطء بعد المظاهرة منها ، وفي رواية أخرى عن الإمام مالك أن العود هو الوطء نفسه ، و قيل في رواية ثالثة : هو العزم على الوطء . (٤)
 القول الثاني : ذهب الإمام أحمد في المنصوص عنه إلى أن العود هو الوطء نفسه ، و هذا أيضا ظاهر كلامه . (٥)

القول الثالث : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى أن العود هو تكرير لفظ الظهار بلفظه ، و أن المظاهر لا تلزمه الكفارة إلا إذا كرر لفظ الظهار ، فإذا كرره اعتبر عائدا و إلا فليس بعائد ، و ذلك لظاهر الآية إذ يشهد لذلك . (٦)

(١) سورة المائدة ، آية ٣

(٢) * ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٤ ص ١٠٩ * ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج ٣ ص ٤٦٩ * تحفة الفقهاء ، ج ٢ ص ٢١٤ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ٢٣٦ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٨ ص ٤٢ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ج ٢ ص ٩٠ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ٢٦٠ * الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٢ ص ٤٣٠ * الكافي في فقه أهل المدينة ، ج ١ ص ٢٨٣ .

(٣) الشيرازي ، المهذب ، ج ٢ ص ١١٣ * الشريبي ، الإقناع ، ج ٢ ص ٤٥٦ * الشيرازي ، التنبيه ، ج ١ ص ١٨٦ * النووي ، روضة الطالبين ، ج ٨ ص ٢٧٠ .

(٤) * الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٢٣١ * الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٢ ص ٤٣٠ * القرطبي ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ج ١ ص ٢٨٣ * الاصبحي ، الموطن ، ج ٢ ص ٥٦٠ * ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ١٦١ .

(٥) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٨ ص ٤٢ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ج ٢ ص ٩٠ * البهوتي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ٢٣٩ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ٢٦٠ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ص ١١ .

(٦) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٥٢ .

سبب الخلاف :

يرجع الخلاف في هذه المسألة بالجملة الى مخالفة الظاهر للمفهوم ، فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطاء أو الإمساك و تأول معنى (ثم) في قوله تعالى : " وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعِظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ" (٣)

" بمعنى الفاء ، و اما من اعتمد الظاهر فإنه جعل العودة تكرير اللفظ ، وأن العودة الثانية إنما هي ثانية للأولى التي كانت منهم في الجاهلية ، (١) هذا فضلا عن تعارض عموم أدلتهم و تعارض توجيهاتهم لها .

(١) ابن رشد ، بداية الاجتهاد و نهاية المقتصد ، ج ٢ ص ١٨٤ .

المطلب الثالث

أدلة الفقهاء

اولاً . أدلة الإمام أبي حنيفة

استدل الإمام أبو حنيفة لقوله بأن العود هو العزم على الوطء عزمًا مؤكدًا بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَمْ تُوعِظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ " (١) .
وجه الاستدلال :

إن المراد بقوله تعالى : " ثُمَّ يَعُودُونَ " أي يرجعون لنقض ما قالوا ورفعته ، و هو إنما يكون باستباحتها بعد تحريمها ، لكونه ضدا للحرمة لا نفس وطنها ، ولذا كان تفسير العود بالعزم على استباحة الوطء مبني على أن الآية على تقدير مضاف أي يعودون لضد أو لنقض ما قالوا ، وهو العزم المؤكد على الوطء . (٢)

ب . إن المظاهر بظاهره من زوجته حرم وطأها على نفسه ، فإذا عزم على وطئها فقد قصد الرجوع عن التحريم و العود عن ظهاره . (٣)
ج . إن العود في اللغة يحتمل تكرار القول أو الفعل أو نقض القول أو الفعل و إبطاله ، فإنه حكى أن أعرابيا تكلم بين يدي الأصمعي بأنه كان يبني بناء ثم يعود له ، فقال له الأصمعي : " ما أردت بقولك أعود له ؟ فقال : انقضه ، و لا يمكن حمله على التكرار و الإعادة ، لأن القول لا يحتمل التكرار لأن التكرار إعادة عن الأول و لا يتصور ذلك في الإعراض لكونها مستحيلة البقاء فلا يتصور إعادتها . " (٤)

ثانياً . استدل الإمام مالك لقوله بأن العود هو العزم على الإمساك مع الوطء بقوله تعالى : " وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَمْ تُوعِظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ " (٣)
وجه الاستدلال :

(١) سورة المجادلة ، آية ٣ .

(٢) ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج ٣ ص ٤٦٩ .

(٣) السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج ٢ ص ٢١٤ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ٢٣٦ .

يقول الإمام مالك : سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر الرجل من امرأته ، ثم يُجمعُ أي يعزم و يصمم على إمساكها و إصابتها ، و هذا خلاف قصد الظهار من وصف المرأة بالتحريم ، فإن أجمع على ذلك فقد وجبت الكفارة و إلا فلا كفارة عليه ^(١).

ثالثاً . أدلة الإمام الشافعي

استدل الإمام الشافعي لقوله : إن العود هو إمساك الزوجة بعد الظهار مع القدرة على الطلاق بما يأتي :

أ . إن الله سبحانه و تعالى سمى في كتابه العزيز الرجعة إمساكاً فقال : "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ" ^(٢)، والعود إنما هو إمساك كذلك لأنه إذا حصل العود باستدامة الإمساك فلأن يحصل بإبتداء الاستباحة أولى ^(٣) . ب . إن المظاهر من زوجته إذا لم يتبع ظهاره بالطلاق بأن يمساكها بعد ظهاره زمن إمكانه الفرقة ولم يفعل صار عائداً فيما قال ، لأن العود للقول مخالفته ، يقال : فلان قال قولاً ثم عاد له و عاد فيه أي خالفه و نقضه ، و هو قريب من قولهم أيضاً عاد في هبته . ^(٤)

رابعاً . أدلة الإمام أحمد ابن حنبل

استدل الإمام أحمد لقوله بأن العود هو الوطء نفسه بما يأتي :

أ . قول الله تعالى " وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ" ^(١) وجه الاستدلال :

إن الظهار تحريم يتعلق بالوطء ، و فيه كفارة فلم يتجاوزه التحريم كوطء الحائض ، ثم إن المراد من التماس في الآية هو الجماع ، و إن قوله تعالى " ثم

(١) * الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٢٣١ * الأصحح ، الموطأ ، ج ٢ ص ٥٦٠ .

(٢) سورة البقرة ، آية ، ٢٢٩ .

(٣) الشيرازي ، المهذب ج ٢ ص ١١٣ .

(٤) الشرييني ، الإقناع ، ج ٢ ص ٤٥٦ .

يعودون" ينافي إرادة الإمساك عقب الظهار ؛ لأن ثم للتراخي و المهلة و الإمساك لا مهلة فيه ولا تراخي ، و إنما الوطء يتفق مع التراخي و المهلة . (١)

ب . إن الظهار يمين لم يحنث فيها ، فلا يلزم المظاهر كفارتها كاليمين بالله تعالى إلا بالحنث فيها ، وهو ما جعل ما حلف على تركه كسائر الأيمان ، فضلا أن الظهار يمين يقتضي ترك الوطء فلا تجب الكفارة فيه إلا به . (٢)

ج . إن العود فعل ضد قول المظاهر ، و من ذلك العائد في هبته فهو الراجع في الموهوب ، و العائد في عنته التارك للوفاء بما وعد ، و العائد فيما نهى عنه فاعل المنهي عنه قال تعالى " ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا " فالمظاهر محرم للوطء على نفسه و مانع لها منه ، فالعود فعله ، و قولهم : إن العود يتقدم التكفير و الوطء يتأخر عنه ، قيل المراد بقوله تعالى : " ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا " أي يريدون العود كقوله تعالى : " إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ ... " (٣) بمعنى أردتم ذلك ، فأما الإمساك فليس بعود لأنه ليس بعود في الظهار المؤقت ، فكذلك في المطلق ، ولأن العود فعل ضد ما قاله له ، و الإمساك ليس بضد له ، و قولهم إن الظهار يقتضي أبانتها لا يصح و إنما يقتضي تحريمها و اجتنابها ، و لذلك صح توقيته ، و لأنه قال ثم يعودون لما قالوا و ثم للتراخي و الإمساك غير مترآخ ، فظهر بهذا أن معنى العود هو الوطء نفسه . (٤)

خامسا . أدلة الإمام ابن حزم

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لقوله بأن العود في الظهار هو تكرير لفظ الظهار بلفظه بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَمْ نُوَعِّظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ " (٣) . (٥)

وجه الاستدلال :

إن ظاهر الآية يدل على أن العود هو تكرير لفظ الظهار بلفظه ، لأنه

(١) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٧ ص ٤٢-٤٣ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٣ ص ٢٦٠ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ص ١١ ، ١٤ .

(٢) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ص ١٤ .

(٣) سورة المائدة ، آية ٦ .

(٤) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ص ١٤ .

(٥) سورة المجادلة ، آية ٣ .

قال: " ثم يعودون لما قالوا " أي إلى قول ما قالوا . (١)

ب . ما روي من طريق سليمان بن حرب وأبو النعمان محمد بن الفضل
السدوسي عارم كلاهما عن حماد بن سلمة عن هشام بن عرفة عن أبيه عن عائشة
أم المؤمنين أن جميلة بنت ثعلبة امرأة أوس بن الصامت و كان به لمم فكان إذا
اشتد لممه ظاهر منها ، فأنزل الله عز وجل فيه كفارة الظهار . قال ابن حزم
وهذا يقتضي تكرار لفظ الظهار ولا بد ، ولا يصح في الظهار إلا هذا الخبر
وحده . (٢)

ج . إن العود لما قالوا لا يكون إلا بتكريره وهذا ما تؤيده اللغة العربية ،
و هي لغة القرآن الكريم الذي ينبغي أن لا يفهم نص من نصوصه إلا وفقها . (٣)

(١) القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ١٧ ص ٢٨١ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٥٢ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٥٢ .

المطلب الرابع مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً . مناقشة أدلة الإمام أبي حنيفة

يرد على قول الإمام أبي حنيفة أن العود هو العزم المؤكد على الوطء ما يأتي :

أ . إن ما ذهب إليه أبو حنيفة من أن العود هو العزم على الوطء لا يستند إلى دليل صحيح و لم يسبقه أحد إلى مثله من قبله ^(١).

ب . إن دعوى الإمام أبي حنيفة تلك لا توافق اللغة العربية التي خاطب بها الله عز وجل البشرية و أنزل بها القرآن الكريم ، و ما كان كذلك هو باطل بيقين ^(٢).

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام مالك

يرد على قول الإمام مالك و أدلته ما يأتي :

أ . إن ما ذهب إليه الإمام مالك في المشهور عنه من أن العود هو الإمساك و العزم على الوطء و إرادته لم يقل به أحد ، و لم يعلم مثله عمن قبل الإمام مالك ، و هو اسقط الأقوال لتعريبه عن الأدلة ، و لأنه إيجاب للدعوى بلا معنى ^(٣).

ب . إن دعوى الإمام مالك لا توافق اللغة العربية التي نزل بها القرآن الحكيم و ظاهر قول الله تعالى في سورة المجادلة و هو قوله تعالى " وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَمْ ثَوْعُظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ " ^(٣) أي يرجعون لما قالوا ، و إنما ذلك بتكراره حسب اللغة ^(٤).

^(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٥٢ .

^(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٥٢ .

^(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٥٢ .

^(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ، ص ٥٢ .

ثالثاً . مناقشة أدلة الإمام الشافعي

يرد على قول الإمام الشافعي وأدلته الإيرادات والاعتراضات الآتية :

أ . إن قول الإمام الشافعي بأنه ترك الطلاق والإمساك مع القدرة على الطلاق باطل ينقضه الأمور الثلاثة الآتية :

الأمر الأول : إن الله سبحانه وتعالى قال : " ثُمَّ يَعُودُونَ " وهذا بظاهره يقتضي التراخي الأمر الذي لا يتفق معه الإمساك .

الأمر الثاني : إن قوله تعالى : " ثُمَّ يَعُودُونَ " يقتضي وجود فعل من جهة و مرور الزمان ليس بفعل منه .

الأمر الثالث : إن الطلاق الرجعي لا ينافي البقاء على الملك فلم يسقط حكم الظهار كالإيلاء ، و عليه فإن العود لا يقصد به الإمساك ^(١) .

ب . إن العود فعل والإمساك ترك الطلاق فلا يصح العود على الرجعة وهو ما استدلل به الإمام الشافعي ، لأن قوله تعالى " ثُمَّ يَعُودُونَ " للتراخي والمهلة وهذا ينافي الإمساك عقب الظهار فلا يستقيم استدلالهم ^(٢) .

ج . إن العود معناه عند أهل اللغة الرجوع والنقض ، و إن نقض الظهار هو تحريم الوطء إنما يكون بالوطء والعزم عليه واستباحته وقسخ الظهار ، و أما الإمساك فإنه لا يصلح لذلك لأن إمساك الزوجة لا يعرف عوداً في اللغة ، و لا حتى إمساك شيء من الأشياء يتكلم فيه بالعود ، ثم إن الظهار لا يرفع النكاح حتى يكون العود عنه استبقاء للنكاح و بهذا بطل تأويل العود بالإمساك على النكاح ^(٣) .

(١) القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ١٧ ص ٢٨١ .

(٢) ابن مفلح ، المبدع ، ج ٨ ص ٤٣ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ٢٣٦ .

رابعاً . مناقشة أدلة الإمام أحمد بن حنبل

يرد على قول الإمام أحمد و أدلته ما يأتي :

أ . إن قول الإمام أحمد أن العود هو الوطء نفسه غير سديد ، وذلك لأن العود يتقدم التكفير و الوطء يتأخر عنه ، إذ لا يجوز للمظاهر وطء المظاهر منها حتى يكفر فظهر بطلان ذلك . إذ كيف لنا أن نوقف الحكم وهو كفارة الظهار على أمر لا يصح ولا يجوز أصلاً^(١) . ومع هذا لا يستقيم أي دليل .

ب . إن الأثر الذي استدل به الإمام أحمد لم يرد فيه ما يدل بوضوح على أن العود هو الإمساك .

خامساً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم

يرد على قول الإمام ابن حزم و أدلته الاعتراضات الآتية :

أ . إن قول الإمام ابن حزم : إن العود هو العود إلى لفظ الظهار وتكراره قول باطل لا يصح إذ رويت قصص المظاهرين و ليس فيها ما يدل على ذلك^(٢) ، ثم إن الوقوف عند ظواهر النصوص أمر غير سليم في الغالب . بل إن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر أوساً و سلمة بن صخر بالكفارة من غير إعادة اللفظ^(٣) .

ب . إن معنى الآية الكريمة التي استدل بها الإمام ابن حزم و غيره ينقض أن يكون العود المقصود هو تكرار لفظ الظهار ، و ذلك لأن الله تعالى وصفه بأنه منكر من القول و زوراً ، فكيف يقال له : إذا أعدت القول المحرم و السبب المحذور وجبت عليك الكفارة فهذا لا يعقل ، لأن كل سبب يوجب الكفارة لا تشترط فيه الإعادة و ذلك كالقتل الخطأ و الوطء نهار رمضان^(٤) .

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ص ١٤ .

(٢) القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ١٧ ص ٢٨١ .

(٣) صحيح ابن حبان ، ج ١٠ ص ١٥٧ رقم ٤٢٧٩ * المستدرک علی الصحیحین ، ج ٢ ص ٥٢٣ رقم ٣٧٩٢ * سنن الترمذي

ج ٥ ص ٤٠٥ رقم ٣٢٩٩ * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٧ ص ٣٨٢ رقم ١٥٠٢١ .

(٤) القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ١٧ ص ٢٨١ .

ج . إن العود بمعنى تكرار اللفظ لا يتصور في الإعراض لكونها مستحيلة البقاء فلا يتصور إعادتها ^(١) ، وذلك لأن القول لا يحتمل التكرار ، لأن التكرار إعادة عين الأول ولا يتصور ذلك في الاعراض لكونها مستحيلة البقاء فلا يتصور إعادتها .

د . إن الظهار كاليمين لا تجب فيه الكفارة إلا بالحنث ، وإن الحنث إنما يكون بالفعل و العزم عليه لا بتكرار اليمين ، فكان العود كذلك ، فدل أن العود يستحيل أن يقصد به تكرار لفظ الظهار ^(٢) .

هـ . إن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما أمر أويسا بالكفارة لم يسأله أنه هل كرر الظهار أم لا ، ولو كان ذلك شرطاً لسأله ، إذ الموضع موضع الإشكال ، وكذا الظهار الذي كان متعارفاً بين أهل الجاهلية لم يكن فيه تكرار القول .

(١) للكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ٢٣٦ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ص ١٤ .

المطلب الخامس

القول الراجح

بعد أن عرضنا أقوال الأئمة الأربعة و قول الإمام ابن حزم الظاهري في المقصود بالعود في الظاهر نرى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي ، وهو الإمساك مع العزم على الوطء ، حيث لا يتحقق الظاهر ولا تجب الكفارة إلا بالإمساك مع العزم على الوطء ، وذلك للمبررات الآتية :

أ . إن الإمساك والعزم على الوطء شيء واحد لا يمكن فصلهما عن بعضهما ، إذ لا بد للتمكن من الوطء من الإمساك .

ب . إن المراد بقوله تعالى " ثم يعودون " أي يرجعون لنقض ما قالوا ورفعوه ، وهو إنما يكون باستباحتها لكونه ضدا للحرمة لا نفس وطئها ، ولذا كان تفسير العود بإمساكها والعزم على استباحة الوطء مبنيا على أن الآية على تقدير مضاف ، أي يعودون لضد أو لنقض ما قالوا وهو الإمساك مع العزم على الوطء .

ج . إن العود في اللغة يحتمل تكرار القول أو الفعل أو نقض القول أو الفعل وإبطاله ، فإنه حكى أن أعرابيا تكلم بين يدي الأصمعي بأنه كان يبني بناء ثم يعود له ، فقال له الأصمعي : ما أردت بقولك أعود له ؟ فقال : انقضه ، ولا يمكن حمله على التكرار والإعادة لأن القول لا يحتمل التكرار ؛ لأن التكرار إعادة عين الأول ولا يتصور ذلك في الاعراض لكونها مستحيلة البقاء فلا يتصور إعادتها .

د . إن العود لا يمكن أن يقصد به نفس الوطء لأن العود يتقدم التكفير ، والوطء يتأخر عنه إذ لا يجوز للمظاهر وطء المظاهر منها حتى يكفر .

هـ. إن العود لا يمكن أن يكون تكرار لفظ الظهار وقد وصفه
الله منكراً "من القول و زوراً ، إذ كيف يأمر الله بإعادته و قد اعتبره
منكراً "من القول و زوراً . هذا و الله أعلم .

المبحث الثامن

إباء المولي الفيء أو الطلاق

المطلب الأول

مفهوم الإيلاء

الإيلاء لغة : مصدر ألى ، يولي إيلاء أي حلف و أقسم ، والائتلاء هو الحلف ، و الإيلاء يعني أيضا " اليمين ولذا سميت اليمين ألية ، وجمعها ألياء ، و يقال تآلى يتآلى ^(١) ، و ائطى : حلف ، و تآلى اجتهد وحلف و الألو : اليمين و الألو ، اليمين و الألى : الكثير الأيمان .

الإيلاء شرعا " : هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر أو أكثر " ^(٢) ، و هذا في الواقع تعريف لأحد قسمي الإيلاء الحقيقي و هو ما اشتمل على القسم الثاني ، و قيل التعريف الشامل لكلا القسمين السالم من الإيراد هو " اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالقسم أو بتعليق ما يستشقه على القربان " ^(٣) ، و قيل هي عبارة عن اليمين على ترك الجماع بشرائط مخصوصة " ^(٤) ، و قيل : " الإيلاء هو أن يحلف الزوج بالله أو باسم من أسمائه أو صفة من صفاته أن لا يطأ امرأته " ^(٥) و قيل : " حلف زوج يصح طلاقه على امتناعه من وطء زوجته مطلقا أو فوق أربعة أشهر " ^(٦) ، و قيل : " هو الحلف على ترك الوطء في القبل " ^(٧) ، أو " هو الحلف على ترك وطء المرأة " ^(٨) .

(١) * النووي ، تحرير ألفاظ التنبيه ، ص ٢٨٦ * الفونوي ، أنيس الفقهاء ، ص ١٥٩ * المروى ، الزاهر لحمد بن أحمد ، ص ٣٣١ * أنيس ، المعجم الوسيط ، ج ١ ص ٢٥ .

(٢) المرغباني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٢ ص ١١ .

(٣) المرغباني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٢ ص ١١ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ص ١٦١ .

(٥) القرطبي ، الكافي في فقه مالك ، ج ١ ص ٢٧٩ .

(٦) الشريفي ، الإقناع ، ج ٢ ص ٤٥١ .

(٧) ابن مفلح ، المبدع ، ج ٨ ص ٣ .

(٨) ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٤١٤ .

المطلب الثاني

أقوال الفقهاء في إباء المولي الفيء أو الطلاق

اختلف الأئمة الأربعة و ابن حزم في حكم إباء المولي الفيء أو الطلاق حتى انتهت مدة الإيلاء و هي أربعة أشهر ، و ذلك على النحو الآتي :

القول الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى القول : إن المولي إذا لم يفيء من إيلائه أو لم يطلق حتى مضت الأربعة أشهر بانتهائه زوجته التي آلى منها بتطليقه واحدة ، حيث اعتبر أبو حنيفة مضي المدة سبباً لإيقاع طلاقه بانتهائه على المولي منها ^(١).

و ذكر بعض علماء الحنفية كابن الهمام أن مضي المدة لا يكفي لأن تقع البينونة بطلقة واحدة و إنما الأمر يقع بطلاق المولي نفسه أو بتطليق القاضي عليه لقوله تعالى : "وَأِنْ عَزَّمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ" (٢٢٧) ^(٢) فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم يتصور العزم عليه ، و لأن النص يشير إلى أنه مسموع و هو قوله "فإن الله سميع عليم"، فدل هذا أن البينونة بطلقة لا يقع بمضي المدة بل بتطليق القاضي أو تطليق المولي نفسه ^(٣) ، و هذا يتفق مع ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد من حيث القول بتطليق القاضي على المولي حال رفضه الفيء وسيظهر جلياً فيما يأتي .

القول الثاني : ذهب الإمام مالك في قول ابن القاسم و روايته فيما صرح به ابن عرفة و غيره بأنه المشهور عنه ، و الإمام الشافعي في الجديد و هو الصحيح من المذهب و المعتبر ، و الإمام أحمد في رواية إلى القول : إن المولي يوقف و يطالب بالفئة بعد الأربعة أشهر أي مضي المدة ولا يقع عليه الطلاق إلا بعدها ، فإن مضت الأربعة أشهر وأبى المولي وأصر على

(١) * المرجعيات ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٢ ص ١١-١٢ * الموصلي ، الاختيار تعليل المختار ، ج ٣ ص ١٥٢ .

(٢) سورة البقرة ، آية ٢٢٧ .

(٣) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ١٩٢ .

الآ - ففيه طلق عليه القاضي ^(١) . و يلزمه طلاق رجعية لا بائنة برفضه
الفء حال طلق عليه القاضي ^(٢) .

هذا و قد روي عن الإمام الشافعي في القديم أنه لا يطلق القاضي
عليه ، بل يوقفه حتى يطلق ، و لكن الأولى هو المذهب عنده ^(٣) .
كما روي عن الإمام أحمد أنه قال لا يطلق عليه الحاكم بل يحبس
الحاكم و يضيق عليه حتى يطلق أو يفيء ، فقط .

القول الثالث : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى القول : إن من
حلف بالله عز وجل أو باسم من أسمائه أن لا يطأ امرأته أو يسؤوها أو أن لا
يجمعه و إياها فراش أو بيت ، سواء كان ذلك في غضب أو رضا ، لصالح
رضيعها أم لغير ذلك ، و سواء استثنى في يمينه أم لا ، و سواء وقت ساعة
فاكثر إلى جميع عمره أم لم يوقت فعلى الحاكم أن يوقفه ويأمره بوطنها و
يؤجل له في ذلك أربعة الأشهر من حين حلف سواء طلبت المرأة ذلك أم لا
، رضيت بذلك أم لا فإن فاء في المدة فيها و إلا لم يعترض حتى تنقضي
الأربعة اشهر ، فإذا تمت أجبره الحاكم بالسوط على أن يفيء فيجتمع أو
يطلق حتى يفعل أحدهما كما أمره الله سبحانه و تعالى أو يموت فتيل الحق
إلى مقت الله ، و لا يجوز أن يطلق عليه القاضي ، فان فعل لم يلزمه طلاق
غيره ^(٤) .

سبب الخلاف :

يرجع اختلاف الفقهاء في مسألة إياء المولي الفيء أو الطلاق بعد
انتهاء المدة المضروبة له و هي أربعة الأشهر إلى معارضة الأصل
المعروف في الطلاق للمصلحة ، فمن راعى الأصل المعروف في الطلاق

^(١) الخطاب ، مواهب الجليل ، ج ٤ ص ٤١ * الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٢ ص ٤٢٨ - ٤٢٩ * القرطبي ، الكافي في فقه أهل
المدينة ، ج ١ ص ٢٨٠ ، ٢٨١ * الشيرازي ، المهذب ج ٢ ص ١١٠ * الشافعي ، الأم ج ٥ ص ٢٧١ * الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج ٢
ص ٤٥٤ * الشريبي ، معني المحتاج ج ٣ ص ٣٥١ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ج ٢ ص ٨٧ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٤٢٨ *
المبدع ج ٨ ص ٢٠ .

^(٢) القرطبي ، الكافي في فقه أهل المدينة * الشافعي ، الأم ج ٥ ص ٢٧١ * الشريبي ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٣٥١ * المحرر في الفقه ،
ج ٢ ص ٨٧ .

^(٣) الشيرازي ، المهذب ، ج ٢ ص ١١٠ .

^(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٤٢ .

قال : لا يقع طلاق إلا من الزوج ، ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال : يطلق السلطان ، وهو نظر إلى المصلحة العامة ^(١) ، فضلا عن تعارض الآثار المنقولة عن السلف الصالح و تضاربها ، وتعارض عموم الأدلة التي استدل بها أصحاب كل قول على ما سيظهر في المطلب الثالث .

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج ٢ ص ١٢٧ .

المطلب الثالث

أدلة الفقهاء

أولاً . أدلة الإمام أبي حنيفة

استدل الإمام أبو حنيفة لقوله بأن المرأة المظاهر منها تبين من زوجها المولى منها بطلقة بمضي مدة الإيلاء أربعة الأشهر إذا أبي زوجها أن يفى أو يطلق بما يأتي :

أ . إن المولى الممتنع عن الفیء مانع لحق زوجته في الجماع فهو ظالم لها بذلك و مانع لحقها ، فاستحق أن يجازيه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي المدة المحددة و ذلك بإيقاع طلقة بائنة عليها بشكل تلقائي (١).

ب . إن القول بإيقاع طلقة بائنة على المولى منها إن أبي المولى الفیء أو الطلاق ماثور عن عثمان بن عفان و علي بن أبي طالب و عبد الله بن عباس و عبد الله بن عمر و عبد الله بن مسعود و زيد بن ثابت، فكان له حكم المرفوع إذ لا يقال في مثله إلا عن سماع أو دليل قوي (٢).

ج . إن الإيلاء كان في الجاهلية طلاقاً فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة ليقع طلقة بائنة إن أبي المولى الفیء أو الطلاق (٣).

د . إن الواقع في حال إيلاء المولى الفیء أو الطلاق بينونة لا رجعية و ذلك للتخلص من الظلم ، و إن الرجعي لا يفيد ذلك لأنه يبقى سبيلاً إلى أن يردها إلى عصمته و يعيد الإيلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطته عنها جزاء لظلمه مع ورود الآثار في ذلك و عند مضي المدة يوقف إلى أن يفى أو يطلق (٤).

ثانياً . أدلة الأئمة مالك و الشافعي و أحمد

استدل الأئمة الثلاثة مالك و الشافعي و أحمد بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَمْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " (٥)

(١) المرغاني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٢ ص ١١ .

(٢) المرغاني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٢ ص ١١ .

(٣) المرغاني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٢ ص ١٢ .

(٤) ابن القيم ، شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ١٩١ .

(٥) سورة البقرة ، آية ٢٢٩ .

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى أمر الزوج الذي تضعف رغبته في زوجته،
و تحدث المشاكل الصعاب بينه وبين زوجته بحيث يستحيل استمرار الحياة
بينهما أن يمسك و يصبر و يستديم في الحياة الزوجية أو أن يطلقها ، فإذا
امتنع من أداء الواجب عليه فقد امتنع من الإمساك بالمعروف فيؤمر
بالتسريح بالإحصان ، و إن كان معذورا ففاء بلسانه ثم قدر على الوطء أمر
به فإن فعل و إلا أمر بالطلاق ثم طلق عليه إن أبي^(١).

ب. إن أكابر صحابة النبي - صلى الله عليه وسلم - روي عنهم
القول بوقف المولي حتى يفى أو يطلق ، و قال سليمان بن يسار : كان
تسعة عشر رجلا من أصحاب محمد - صلى الله عليه وسلم - يوقفون في
الأيلاء ، و قال سهيل بن أبي صالح سألت اثني عشر من أصحاب النبي -
صلى الله عليه وسلم - فكلهم يقول : ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة
أشهر فيوقف ، فإن فاء و إلا طلق ، و بهذا قال سعيد بن المسيب و عروة بن
الزبير و أبو الحجاج مجاهد بن جبر و أبو عبد الرحمن طاوس بن
كيمان^(٢).

ج. إن ما دخلته النيابة وتعين مستحقه و امتنع من هو عليه قام
الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين ، و ليس للحاكم أن يأمر بالطلاق و لا يطلب
إلا أن تطلب المرأة ذلك ، لأنه حق لها ، و إنما الحاكم يستوفي لها الحق فلا
يكون إلا عند طلبها^(٣). و ذلك لأنه لا سبيل إلى دوام إضرارها و لا إجبار
الفينة لأنها لا تدخل تحت الإجبار و الطلاق يقبل النيابة فناب الحاكم عنه عند
الامتناع^(٤) ، و تصح النيابة للقاضي هنا كما يزوج القاضي عن العاضل
ويستوفي الحق من المماطل^(٥).

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٤٣٥ - ٤٣٦ .

(٢) الشافعي ، الأم ، ج ٥ ص ٢٦٥ . ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٤٢٨ .

(٣) الشريفي ، الإقناع ، ج ٢ ص ٤٥٤ . الشريفي ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٣٥١ . ابن قدامة ، المغني ، ج ٧ ص ٤٣٦ .

(٤) الشريفي ، الإقناع ، ج ٢ ص ٤٥٤ . الشريفي ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٣٥١ .

(٥) الشريفي ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٣٥١ .

ثالثاً . أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لقوله بوجوب حبس المولي من زوجته و ضربه بالسوط حتى يفىء أو يطلق بالأدلة الآتية :

أ . قول الله عز وجل : " لِلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثَرْبُصً اَرْبَعَةً اشْهُرٍ فَإِنْ قَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ " (١) *

وجه الاستدلال : إن هذه الآية تقتضي أن يفىء المولي خلال الأربعة أشهر ، فإذا لم يفىء كان على الحاكم أن يوقفه و يأمره بوطنها ويؤجل له في ذلك الأربعة أشهر من حين يحلف سواء طلبت المرأة ذلك أم لا ، رضيت أم لا ، فان فاء فلا سبيل عليه و إن أبى لم يعترض حتى تنقضي الأربعة أشهر ، فإذا تمت أجبره الحاكم بالسوط على أن يفىء فيجتمع أو يطلق حتى يفعل أحدهما كما أمره الله سبحانه و تعالى أو يموت قتيل الحق إلى مقت الله (٢) .

ب . قول الله تعالى : " وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ " (٣) *

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى منع من كل شيء إلا عزمته الطلاق ، فصح أن طلاق الحاكم عليه فضول و باطل و تعد لحدود الله عز وجل ، ومن الباطل أن يطلق عليه غيره أو أن يفىء عنه غيره ، فضلاً أنه لا نص على صحة تطليق الحاكم عليه (٤) .

ج . ما روي عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَنْ أَخَذَتْ فِي لَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ فَهُوَ رَدٌّ (٥)

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى لم يخص بالحكم المذكور في قوله تعالى " لِلَّذِينَ يُؤْتُونَ " من وقت ممن لم يوقت ولا من استثنى ممن لم يستثن .

(١) سورة البقرة ، آية ٢٢٦-٢٢٧ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٤٢ .

(٣) سورة البقرة ، آية ٢٢٧ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٤٣ .

(٥) سبق إن أخرجه .

ولا من طلبته امرأته ممن لم يطلبه ، و هو حق الله عز وجل في عبده لا لها^(١).

د . ما رواه أبو سعيد الخدري قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُكْرًا فَلْيُغَيِّرْهُ يَدُهُ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِيلِسَانِهِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِهِ وَذَلِكَ أَضْعَفُ الْإِيمَانِ^(٢)

وجه الاستدلال :

إن الأبى الفئنة أو الطلاق بعد الأربعة أشهر معلن بالمنكر، فواجب تغييره باليد ما دام يظهر للمنكر، ولا يجوز أن يعارضه بشيء قبل انقضاء الأربعة أشهر لأنه نص الآية^(٣).

هـ . ما روي عن علي بن أبي طالب أنه قال : " إذا ألى الرجل من امرأته وقف عند تمام الأربعة أشهر ، وقيل له أن يفيء و أما يعزم الطلاق و يجبر على ذلك ، و روي مثله عن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - و ابن عمر و طاوس و سعيد بن المسيب و مجاهد و غيرهم^(٤).

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٤٣ .

(٢) * صحيح مسلم ، ج ١ ص ٦٩ رقم ٤٩ * صحيح ابن حبان ج ١ ص ٥٤٢ ، رقم ٣٠٧ * حديث حسن صحيح سنن الترمذي ، ج ٤ ص ٤٦٩ رقم ٢١٧٢ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٤٣ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٤٦ - ٤٨ .

المطلب الرابع

مناقشة أدلة الفقهاء

أولا . مناقشة أدلة أبي حنيفة

يرد على قول أبي حنيفة و أدلته المناقشة الآتية :

أ . إن قول أبي حنيفة بوقوع طلاقه بآئنة على زوجة المولى إن لم يفىء خلال الأربعة أشهر تلقائيا يخالف مفهوم النص القرآني و مدلوله وهو قوله تعالى : " وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ " (٢٢٧) ، إذ لو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم يتصور العزم عليه ، كما أن النص يشير إلى أنه مسموع و هو قوله تعالى " فَإِنْ لَمْ يَفِءْ عَنْهَا فَلاَ يُكُونُ لَهُ أَنْ يَسْتَحِقَّهَا إِنْ لَمْ يَفِءْ عَنْهَا فَلاَ حَرَجٌ عَلَيْهِمَا الْعَرَةَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ " (٢٢٨) ، إلا كلاما (١).

ب . إن مدة الأربعة أشهر ضربت للمولى تأجيلا ، فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الأجال (٢).

ج . إن مدة الأربعة أشهر لا يتقدمها إيقاع فلا يتقدمها وقوع كمدة العنة ومدة العنة حجة أي سنة ، إذ لا يقع الطلاق إلا بمضيها ، ثم إن مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويعرف عجزه عن الوطء بتركه في مدتها ، و إنما المدة ضربت تأخيرا له و تأجيلا فلا يستحق المطالبة إلا بعد مضي الأجل كالدين (٣).

د . إن استدلال أبي حنيفة بأن الإيلاء كان في الجاهلية طلاقا لا يصح مطلقا إذ لا يعتبر حجة شرعية بأي حال .

ثانيا . مناقشة أدلة الأئمة الثلاثة مالك و الشافعي و أحمد

يرد على قول الأئمة الثلاثة مالك و الشافعي و أحمد و أدلتهم

الاعتراضات الآتية :

أ . إن قول الأئمة الثلاثة بإيقاع الطلاق من القاضي على المولى إن أبى الفىء لم يقله أحد قبلهم ولا قاله أحد سواهم و لم يحفظ قط عن أحد قبلهم ، وهو قول مخالف للقرآن و السنن كلها و القياس و المعقول ، أما القرآن فإن الله عز و جل يقول : " وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ " (٢٢٧) ،

(١) ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ١٩٢ .

(٢) ابن قدامة ، المعني ، ج ٧ ص ٤٢٨ .

(٣) ابن قدامة ، المعني ، ج ٧ ص ٤٢٨ .

عَلِيمٌ (٢٢٧) * (١) فجعل عزيمة الطلاق إلى الزوج المولي لا إلى غيره ، وكذلك يقول سبحانه " وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا " (٢) ، فمن الباطل أن يطلق أحد على غيره لا حاكم ولا غير حاكم ، و أما السنن فإنها إنما جاءت في مواضع معروفة بفسخ النكاح ، و أما بطلاق أحد عن غيره فلا أصلاً ، فالواجب أن يجبر على الفیء أو الطلاق لا الطلاق عنه (٣).

أما القياس فلا يعلم أين أجازوا أن يطلق الحاكم على المولي و لم يجيزوا أن يفیء عنه ولا فرق بين الأمرين ، فإن قالوا لا يحل للحاكم أن يستحل فرج امرأة سواء فيكون زنى قلنا له ولا يحل له أن يبيح فرج امرأة سواء لغير زوجها بأن يطلقها عليه فيكون إباحة للزنى ولا فرق (٤).

ب . إن الحاكم منفذ بقوة سلطانه كل ما أمر الله به و رسوله ، و مانع العمل بما لم يأمر الله تعالى به ولا رسوله فقط ، فكل ما حكم به الحاكم مما عدا ذلك باطل مردود مفسوخ أبداً ، و إن تطليق الحاكم على المولي إن أبى الفیء أو الطلاق من ذلك الباطل الذي لا يصح مطلقاً (٥).

ثالثاً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

يرد على قول الإمام ابن حزم و أدلته الاعتراضات الآتية :

أ . إن استدلال ابن حزم بقوله تعالى : " لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (٢٢٦) " ليس فيه حجة له على عدم جواز تطليق الحاكم على المولي الذي يأبى الفیء ، إذ فيها إرشاد إلى الفیء أو الطلاق فقط .

ثم إنه ليس للحاكم أن يستحل أبشار الناس على أمر لهم فيه أنفة واختيار ، بل إن ذلك أخطر بكثير من التطليق عليه .

ب . إن القول بتطليق الحاكم عليه ليس هو الحل الأول الذي يتبعه الإمام في أمر إياء المولي الفیء ، بل هو حل أخير يتبعه لإنهاء تلك الحالة .

(١) سورة البقرة ، آية ٢٢٧ .

(٢) سورة الأنعام ، آية ١٦٤ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٤٨ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٤٨ .

(٥) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ١٠ ص ٤٨ .

ج . إن استدلال ابن حزم بالخبر المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم - وهو : " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " غير دقيق ولا سليم ، إذ ليس في تطليق الحاكم على المولي إن أبى الفيء إحداث لأمر في الدين ، إذ لم يأت نص من كتاب ولا سنة ينهي عن ذلك .

د . إن التطليق على من يابى الفيء من المولين أخف ضرراً وأقل خطراً من الضرب والتوبيخ والإهانة الذي يدعو إليه خبر النبي - صلى الله عليه وسلم - : " من رأى منكم منكراً ... " ، فضلاً عن أن التطليق لا يعد من الأعمال التي أنكرها الشرع إذ لا مانع ولا منكر ولا مبطل لها من النصوص .

المطلب الخامس

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الأئمة الأربعة و قول الإمام ابن حزم الظاهري و أدلتهم في مسألة إياء المولي الفيء أو الطلاق من نفسه نرى أن القول الراجح هو القول بجواز تطليق القاضي على من يولي من زوجته ثم يأي الفيء أو الطلاق ، و ذلك بعد مضي الأربعة أشهر و هي المدة المضروبة و ذلك للأمور الآتية :

أ . إن قول الإمام أبي حنيفة بوقوع طلاقه بآئنة على زوجة المولي إن لم يفيء خلال الأربعة أشهر بشكل تلقائي يخالف مفهوم النص القرآني ومدلوله وهو قوله تعالى " وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ " (٢٢٧) * إذ لو كان الطلاق يثبت ويقع بمجرد مضي المدة ما قال الله تعالى ذلك ؛ لأنه لا يتصور معه العزم، ثم إن الله سبحانه و تعالى ختم الآية بقوله : " فَإِنْ اللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ " و لا يكون المسموع إلا كلاماً ، و الكلام يقتضي التطليق بالتلفظ به ، إذ لا يحدث مع السكوت عنه ثم أن استدلال أبي حنيفة لقوله بأمر من أمور الجاهلية لا ينبغي ، سيما و قد وجدت الأدلة من الكتاب و السنة و الأثر على غيره، إذ هي أولى بالاتباع و الاستشهاد .

ب . إن الله سبحانه و تعالى أمر الزوج الذي تضعف رغبته في زوجه و تحدث المشاكل الصعاب بينه و بين زوجه بحيث يستحيل معها استمرار الحياة بينهما بإمساكها و الصبر على ذلك أو تطليقها ، فإذا امتنع كلاهما كان للحاكم أن يطلق عليه إنهاء لحالة من أحوال الشقاق و النزاع و حماية للأسرة و صيانة لحياة الأفراد و رفعاً للظلم الذي أمر الله سبحانه و تعالى و نبيه - صلى الله عليه و سلم - برفعه و إزالته .

ج . إن القول بتطليق القاضي على من يأي الفيء من الإيلاء بالوطء أو الطلاق منقول عن عدد ليس بقليل من أكابر الصحابة رضوان الله عنهم .

د . إن الطلاق مما تدخله النيابة ، و لذا كان للإمام أن يقوم مقام الزوج في إيقاعه إذا امتنع المولي عن الفيء عن إيلائه بالوطء أو الطلاق ،

وذلك لأنه لا سبيل إلى دوام أضرارها ولا إجبار الفينة لأنها لا تدخل تحت الإجبار .

هـ . إن تطليق القاضي على من يأبى الفيء ليس مطلقا ، بل هو سبيل أخير ، و حل أخير يتبعه القاضي لإتهاء حالة الإيلاء التي تتضرر الزوجة باستمرارها ، ثم إن تطليق القاضي عليه أقل ضررا وأخف خطرا من الضرب و التوبيخ و الإهانة و الحبس الذي قال به ابن حزم ، خاصة وأنه لا دليل واضح وصريح له ينص على ما ذهب إليه أو حتى يقوي قوله للوقوف أمام قول الجمهور .