

الفصل السادس

أحكام الأسرة بحق المسنين

وفيه أربعة مباحث :

- المبحث الأول : الحكم التكليفي لعقد النكاح بحق المسنين .
- المبحث الثاني : أحكام الإيلاء بحق المسنين .
- المبحث الثالث : أحكام طلاق المسنين وفسخ أنكحتهم .
- المبحث الرابع : أحكام عدد زوجات المسنين .

الفصل السادس

أحكام الأسرة بحق المسنين

تمهيد في تعريف النكاح وبيان موضوعه الشرعي ومنزلته من العبادات وسبب شرعيته - تقسيم :

(١) النكاح في اللغة : معناه الضم والتداخل ، وهو حقيقة في الوطاء مجاز في العقد من إطلاق اسم المسبب على السبب ، وقيل : إنه حقيقة فيهما ، ويستعمل عرفاً في الوطاء ، كقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ (البقرة: ٢٣٠) . تقول : نكح المرأة نكاحاً أي تزوجها ، وأنكح المرأة فلاناً أي زوجها إياه ، وتناكح القوم أي تزاجوا ، وتناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض^(١) .

والنكاح عند الفقهاء : هو ذلك العقد الذي يرد على حل استمتاع الرجل بالمرأة قصداً^(٢) .

(٢) واختلف الفقهاء في موضوع النكاح الشرعي على ثلاثة أقوال :
القول الأول : يرى أن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء ، وهو مذهب المالكية ، والأصح المعتمد عند الشافعية ، ووجه صحيح عند الحنابلة^(٣) .

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط ، المصباح المنير ، مادة : نكح .

(٢) وقولهم : قصداً لإخراج ما يرد تبعاً كسواء الأمة للتسري . انظر هذا التعريف عند الحنفية في : مجمع الأنهر (٣١٦/١) ، وقال ابن عرفة المالكي : هو عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها بينة قبله . انظر : شرح حدود ابن عرفة (ص ٢٣٥) ، الفواكه الدواني (٣/٢) . وقال الشافعية هو : عقد يتضمن إباحة وطاء بلفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته . مغني المحتاج (١٢٣/٣) ، وقال ابن قدامة الحنبلي : النكاح في الشرع هو عقد التزويج . المغني (٣/٧) ، وقال البهوتي : هو عقد يعتبر فيه لفظ الإنكاح والتزويج في الجملة . الروض المربع (٦/٣) .

(٣) كفاية الطالب الرباني (٥٠/٢) ، الفواكه الدواني (٣/٢) ، مغني المحتاج (١٢٣/٣) ، كشف القناع (٥/٥) ، المغني (٣/٧) ، الفروع (١٠٣/٥) ، المبدع (٤/٧) .

وحجنتهم من وجهين :

الوجه الاول : استعمال الشرع ، ذلك أنه لم يرد في القرآن الكريم إلا بمعنى العقد ، وحسبنا قوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ (الأحزاب: ٤٩) . قال ابن كثير : ليس في القرآن آية أصرح في ذلك من إطلاق النكاح على العقد وحده^(١) .

الوجه الثاني : أن ما ورد في قوله تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ (البقرة: ٢٣٠) . يعني العقد ولا يعني الوطء ، كسائر الآيات ، وأما معنى الوطء فهو مستفاد مما أخرجه الشيخان عن عائشة ، أن النبي ﷺ قال لامرأة رفاعة : « حتى تذوقني عسيلته^(٢) » . وكذلك ما ورد في قوله تعالى : ﴿ الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً ﴾ (النور: ٣) . يعني العقد ولا يعني الوطء كسائر الآيات ، وإن كان يحتمل معنى الوطء .

القول الثاني : يرى أن النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد ، وهو مذهب الحنفية ، والوجه الثاني عند الشافعية ، ووجه ضعيف عند الحنابلة^(٣) .

وحجنتهم : استعمال اللغة فيما هو مشهور من معنى النكاح . تقول العرب : أنكحنا الفراً فسئري ، أي أضربنا فحل حمر الوحش أثنه فسئري ما يتولد منهما ، يضرب مثلاً للأمر يجتمعون عليه ثم يتفرقون عنه .

واعترض على ذلك بما قاله الزمخشري ، وهو من علماء الحنفية ، قال : لم يرد النكاح في القرآن الكريم إلا بمعنى العقد ؛ لأن كونه بمعنى الوطء من باب التصريح ، ومن أراد به الكناية عنه أتى بلفظ الملامسة أو المماسمة^(٤) .

(١) تفسير ابن كثير (٣/٦٥٧) .

(٢) صحيح البخاري (٢/٩٣٣) رقم (٢٤٩٦) ، (٥/٢٢٥٨) رقم (٥٧٣٤) ، صحيح مسلم (٢/١٠٥٥) رقم (١٤٣٣) .

(٣) شرح فتح القدير (٣/١٨٦) ، مجمع الأنهر (١/٣١٦) ، حاشية ابن عابدين (٣/٤) ، معني المحتاج ، (٣/١٢٣) ، المغني (٧/٣) ، كشاف القناع (٥/٦٠) ، المبدع (٧/٤) .

(٤) الكشاف عن حقائق التنزيل (٣/٢٠٧) في تفسير آية النور رقم (٣) ، ونقله الشرييني الخطيب في معني المحتاج (٣/١٢٣) .

وقال الراغب الأصفهاني : يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد ؛ لأن الجماع يستقبح من ذكره كما يستقبح من فعله ، والعقد لا يستقبح ، أي فلا يكنى بالأقبح عن غيره ، ولأنه يصح نفيه عن الوطاء إذ يقال في الزنى : سفاح ولا نكاح ، وصحة النفي دليل المجاز^(١) .

القول الثالث : يرى أن النكاح حقيقة شرعية في كل من الوطاء والعقد ، وهو وجه ثالث عند الشافعية ، والأشهر عند الحنابلة^(٢) .

وحجتهم : أنه ورد في القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِيْنَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُ ﴾ (البقرة: ٢٢١) . وهو يفيد العقد بالزواج كما يفيد الوطاء بملك اليمين على استعمال المشترك في معنييه .

وفائدة الخلاف تظهر في مسائل منها : من زنى بامرأة فإنها تحرم على والده وولده عند الحنفية دون الجمهور ، ومنها ما إذا علق الطلاق على النكاح فإنه يحمل على العقد عند الجمهور لا الوطاء إلا إن نواه .

(٣) واختلف الفقهاء في موضع أو مكان أحكام النكاح ، وقد اختار فقهاء الحنفية وضع أحكام النكاح عقب أحكام العبادات من الطهارة والصلاة والصيام والزكاة والحج ، قالوا : لأنه أقرب إلى العبادات ، فهو معاملة من وجه وعبادة من وجه ، أما معنى العبادة فيه : فإن الاشتغال به أفضل من التخلي عنه لمحض العبادة ، ولما فيه من حفظ النفس عن الوقوع في الزنى ، ولما فيه من مباهاة الرسول ﷺ ، فيما أخرجه عبد الرزاق عن سعيد بن أبي هلال ، أن النبي ﷺ قال : « تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة »^(٣) . ولما

(١) مفردات الراغب الأصفهاني (ص ٥٠٥) ، ونقله الشريبي في مغني المحتاج (١٢٣/٣) .

(٢) مغني المحتاج (١٢٣/٣) ، المغني (٣/٧) ، كشف القناع (٥/٥) ، الفروع (١٠٣/٥) ، المبدع (٤/٧) .

(٣) المصنف (١٧٣/٦) رقم (١٠١٩٣) ، وذكره الشافعي في الأم بقوله : بلغنا أن النبي ﷺ قال : وذكر الحديث . الأم (١٤٤/٥) ، وقال ابن حجر : أخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر مرفوعاً بلفظ : حجوا تستغنوا ، وسافروا تصحوا ، وتناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم . قال : والمحمدان ضعيفان ، وذكر البيهقي عن الشافعي أنه ذكره بلاغاً ، وزاد في آخره : حتى بالسقط . تلخيص الحبير (١١٦:٣) . وانظر : معرفة الآثار والسنن (١٧/١٠) رقم (١٣٤٤٨) .

فيه من تهذيب الأخلاق ، وتوسعة الباطن بالتحمل في معاشره أبناء النوع ، وتربية الولد ، والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها ، والنفقة على الأقارب والمستضعفين ، وإعفاف الزوجة ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهما . وأما معنى المعاملة : فلما فيه من المال الذي هو تكريم للمرأة في صورة عوض البضع ، والإيجاب والقبول والشهادة ودخوله تحت القضاء^(١) .

(١) انظر على سبيل المثال : المبسوط (١٩٢/٤ ، ١٩٣) ، شرح فتح القدير (١٨٤/٣) ، مجمع الأنهر (٣١٥/١) ، حاشية ابن عابدين (٣/٣) ، وانظر أيضاً في وضع النكاح عقب الحج : الهداية (١٨٩/١) . هذا ، ويضع الحنفية بعد النكاح أحكام العتاق ثم الأيمان ثم الحدود ثم الجهاد أو السير ، انظر مثلاً كتاب السير في شرح فتح القدير (٤٣٤/٥) .

وعند المالكية وبعض الحنابلة وابن حزم الظاهري يضعون أحكام الجهاد عقب أحكام الحج من العبادات ؛ لأن الجهاد عندهم فريضة عبادية وهي ركن سادس للإسلام ، انظر مثلاً : كفاية الطالب الرباني (٢٥٠/٢) ، المدونة الكبرى (٥٠٣) ، بداية المجتهد (٣٨٠/١) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (١٧٣/٢) ، مواهب الجليل (٣٤٧/٣) ، الفواكه الدواني (٣٩٥/١) .

ومن الحنابلة الذين تابعوا المالكية في ذلك : المرادوي في الإنصاف حيث ذكر الجهاد عقب الحج (١١٥/٤) ثم تكلم عن أحكام البيع (٢٥٩/٤) ، ثم أحكام النكاح (٤٥/٨) ، وكذلك اليهودي في كشاف القناع حيث تكلم عن الجهاد عقب الحج (٣٢/٣) ، ثم تكلم عن البيع (١٤٥/٣) ، ثم النكاح (٥/٥) ، وفي الروض المربع لليهودي أيضاً تكلم عن عقد الزمة بعد الحج (١٥/٢) ، ثم البيع (٥٨/٢) ثم النكاح (٦٠/٣) ، وممن تبع المالكية أيضاً ابن مفلح الحنبلي حيث ذكر الجهاد عقب الحج (٣٠٧/٣) ، ثم أحكام البيع (٣/٤) ثم النكاح (٣/٧) من كتابه المبدع ، وتبع المالكية أيضاً ابن حزم الظاهري حيث جعل الجهاد عقب الحج (٢٩١/٧) ، ثم أحكام البيوع (٣٣٦/٨) ، ثم النكاح (٤٤٠/٩) .

يقول الكمال بن الهمام : والجهاد وإن كان عبادة إلا أن النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة ، فإنه سبب لوجود المسلم والإسلام ، والجهاد سبب لوجود الإسلام فقط - كذا قيل - والحق أن الجهاد أيضاً سبب لهما إذ نقل الموصوف من صفة إلى صفة ، أعني من الكفر إلى الإسلام يصحح قولنا إنه سبب لوجود المسلم والإسلام ، فالحق اشتراكهما في ذلك ، لكن لا نسبة بينهما في تحصيل ذلك ، فإن ما يحصل بأنكحة أفراد المسلمين منه أضعاف ما يحصل بالقتال ، إذ الغالب حصول القتل به أو الزمة دون إسلام أهل الدار ، فقدم للأكثرية في ذلك . شرح فتح القدير (١٨٥ ، ١٨٤/٣) .

وعند الشافعية وبعض الحنابلة يضعون أحكام البيوع عقب أحكام العبادات ؛ لأن بالبيوع يتحصل المعاش الذي يتمكن به من بناء الأسرة بالزواج ، انظر في فقه الشافعية على سبيل ==

وقال البلقيني من أئمة الشافعية : النكاح شرع من عهد آدم - عليه السلام - واستمرت مشروعيته بل هو مستمر في الجنة ، ولا نظير له فيما يتعبد به من العقود بعد الإيمان^(١) .

(٤) وأما سبب شرعية النكاح فيقول السرخسي : هو تعلق البقاء المقدور به إلى وقته ، فإن الله تعالى حكم ببقاء العالم إلى قيام الساعة ، وبالتناسل يكون هذا البقاء ، وهذا التناسل عادة لا يكون إلا بين الذكور والإناث ، ولا يحصل ذلك بينهما إلا بالوطء ، فجعل الشرع طريق ذلك الوطء بالنكاح ؛ لأن في التغالب فساداً ، وفي الإقدام بغير ملك اشتباه الأنساب ، وهو سبب لضياع النسل ؛ لما بالإناث من بني آدم من العجز عن التكسب والإنفاق على الأولاد فتعين الملك طريقاً له حتى يعرف من يكون منه الولد فيوجب عليه نفقته ؛ لئلا يضيع ، وهذا الملك على ما عليه أصل حال الآدمي من الحرية لا يثبت إلا بطريق النكاح ، فهذا معنى قولنا : إنه تعلق به البقاء المقدور به إلى وقته^(٢) .

(٥) هذا ، وسوف يقتصر حديثنا هنا في أحكام النكاح عما يخص المسنين بصفتهم ، فأتكلم عن حكمه التكليفي للمسنين ، ومدى لزوم الإيلاء منهم ، وأحكام طلاقهم فيما يخص ميراث مبنوتهم ، وحق زوجاتهم في طلب فسخ

== المثال : مغني المحتاج (٢/٢) ، روضة الطالبين (٣/٣٣٦) ، المهذب (١/٢٥٧) حواشي الشرواني (٤/٢١٤) ، ومن الحنابلة الذين تابعوا الشافعية في وضع البيوع عقب الحج : ابن قدامة في المغني (٤/٣١٤) ، ثم تكلم عن أحكام الفداء والغنيمة (٦/٣١٢) ، ثم أحكام النكاح (٧/٣) ، ثم كتاب الجهاد (٩/١٦٢) ، وممن تابع الشافعية أيضاً ابن مفلح المقدسي حيث ذكر أحكام البيوع عقب الحج في كتابه الفروع (٤/٤) ، ثم أحكام النكاح (٥/١٠٢) ، ثم تكلم عن أحكام الجهاد (٦/١٧٩) .

يقول الكمال بن الهمام : من أولى العبادات البيوع نظراً إلى بساطته بالنسبة إلى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح . شرح فتح القدير (٣/١٨٥) .

(١) مغني المحتاج (٣/١٢٤) .

(٢) المبسوط (٤/١٩٣) ، حاشية ابن عابدين (٣/٣) ، شرح فتح القدير (٣/١٨٩) ، وانظر أيضاً في هذا المعنى : مجمع الأنهر (١/٣١٦) ، الفواكه الدواني (٢/٣) .

النكاح للعجز الجنسي بسبب الشيخوخة ، ثم أحكام العدد لزوجاتهم ، وذلك في أربعة مباحث على الوجه الآتي :

المبحث الأول : الحكم التكليفي لعقد النكاح بحق المسنين .

المبحث الثاني : أحكام الإيلاء بحق المسنين .

المبحث الثالث : أحكام طلاق المسنين وفسخ أنكحتهم .

المبحث الرابع : أحكام عدد زوجات المسنين .

المبحث الأول

الحكم التكليفي لعقد النكاح بحق المسنين

أتكلم في هذا المبحث عن حكم الأصل لعقد النكاح ، ثم أبين حكمه للمسنين ، وذلك في مطلبين بإذن الله تعالى :

المطلب الأول

حكم الأصل لعقد النكاح

المقصود بحكم الأصل هنا بيان الحكم التكليفي لعقد الزواج مجرداً عن أي ملايسات ، أو أوضاع تقيده أو تطلقه كالاختياج إليه للتحصن من الزنى ، أو الانشغال عنه بما يظلم المرأة .

هذا ، وقد اختلف الفقهاء في حكم الأصل لعقد النكاح ، ويرجع سبب اختلافهم - كما يقول ابن رشد - إلى مدى تحميل صيغة الأمر به في قوله تعالى : ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (النساء: ٣). وقوله سبحانه : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ ﴾ (النور: ٣٢). وفي قوله ﷺ : « تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة »^(١). وما أشبه ذلك من الأخبار الواردة في ذلك ، على الوجوب أم على الندب أم على الإباحة^(٢) .

(١) سبق تخريجه من الأم ومصنف عبد الرزاق وغيرهما عن سعيد بن أبي هلال ، في التمهيد في تعريف النكاح وبيان موضوعه الشرعي .

(٢) بداية المجتهد (٢/٢) .

وأذكر فيما يلي مذاهب الفقهاء في هذه المسألة مع بيان أدلتهم ومناقشتها ،
والمختار منها بإذن الله تعالى :

المذهب الأول : يرى أن الأصل في النكاح الاستحباب .

وإليه ذهب جمهور الفقهاء ، قال به أكثر الحنفية^(١) ، وهو مذهب المالكية^(٢) ،
والأصح عند الشافعية^(٣) ، وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة^(٤) .

وحجتهم : أن الله تعالى أمر به على وجه الاستحباب ، فقال تعالى ﴿ فَانكِحُوا
مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَتِلْكَ وَرُزْنَعٌ ﴾ (النساء: ٣).

ووجه الاستدلال : أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة ، والواجب عينا
لا يقف على الاستطابة ، هذا فضلاً عن قوله سبحانه ﴿ مَثْنَى وَتِلْكَ وَرُزْنَعٌ ﴾ وهذا
لا يجب إجماعاً ، فيدل على أن المراد بالأمر في الآية الاستحباب .

واعترض السبكي بأنه ليس المراد بالآية المستطاب ، وإنما المراد الحلال ؛ لأن
في النساء محرمات وحلائل^(٥) .

ويمكن الجواب عن ذلك : بأن الآية الكريمة لم ترد في معرض بيان ما يحل
من النساء وما لا يحل ، والأمر بالزواج قطعاً لا يرد على المحرمات .

واستدل الجمهور أيضاً بقوله تعالى ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً
أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ (النساء: ٣). حيث خير الله تعالى المكلفين بين الزوج وبين
التسري ، والتسري لا يجب إجماعاً ، فكذا النكاح ؛ لأنه لا تخيير بين واجب وبين
غير واجب .

(١) شرح فتح القدير (٣/١٨٨) ، مجمع الأنهر (١/٣١٦) ، حاشية ابن عابدين (٦/٣) .

(٢) مواهب الجليل (٣/٤٠٣) ، بداية المجتهد (٢/٣) ، كفاية الطالب الرباني (٢/٥٠) ، حاشية
الدسوقي (٢/٢١٤ ، ٢١٥) .

(٣) مغني المحتاج (٣/١٢٥) ، روضة الطالبين (٧/١٨) ، حواشي الشرواني (٧/١٨٤) .

(٤) الفروع (٥/١٠٤) ، الكافي (٣/٣) ، المبدع (٧/٤) ، كشاف القناع (٥/٦) ، المغني (٧/٣) .

(٥) مغني المحتاج (٣/١٢٥) .

واعترض على ذلك بأن دعوى الإجماع غير صحيحة لخلاف داود وابن حزم^(١).
المذهب الثاني : يرى أن الأصل في النكاح الإباحة ، وهو وجه عند الشافعية^(٢).
وحجتهم من وجهين :

الوجه الأول : أن النكاح ليس بعبادة بدليل صحته من الكافر ، ولو كان عبادة
لما صح منه .

وأجيب عن ذلك بأنه إنما صح من الكافر وإن كان عبادة ؛ لما فيه من عمارة
الدنيا كعمارة المساجد والجوامع والعتق ، فإن هذه تصح من المسلم وهي منه
عبادة ، ومن الكافر وليست منه عبادة . ويدل لكونه عبادة : أمر النبي ﷺ ، والعبادة
تتلقى من الشرع^(٣) .

الوجه الثاني : أن النكاح عقد معاوضة فكان حكمه حكم سائر المباحات
كالبيع^(٤) .

ويمكن الجواب عن هذا : بأنه قياس مع الفارق ؛ لما في النكاح من معنى العبادة
التي تتمثل في حفظ النسل وتكثير الأمة وتربية الولد على الإسلام ونحو ذلك .
المذهب الثالث : يرى أن الأصل في النكاح الوجوب ولو مرة في العمر للرجال
دون النساء . هو قول ضعيف عند الحنفية^(٥) ، ورواية عن الإمام أحمد وهو
القياس في المذهب^(٦) ، وبه قال داود وابن حزم الظاهريان ، وقال ابن حزم : هو
قول جماعة من السلف^(٧) .

(١) سبيل السلام (٩٧٣/٣). قال ابن حزم في المحلى (٤٤٠/٩) ما نصه : فرض على كل قادر على
الوطء إن وجد من أين يتزوج أو يتسرى أن يفعل أحدهما ولا بد ، فإن عجز عن ذلك فليكثر من
الصوم .

(٢) روضة الطالبين (١٨/٧) ، مغني المحتاج (١٢٦/٣) ، حواشي الشرواني (١٨٤/٧) .

(٣) مغني المحتاج (١٢٦/٣) .

(٤) المغني (٤/٧) مع تصرف .

(٥) شرح فتح القدير (١٨٨/٣) ، حاشية ابن عابدين (٧/٣) ، مجمع الأنهر (٣١٦/١) ، وعرفت
ضعفه من قولهم : وقيل : واجب عيناً .

(٦) اختارها أبو بكر عبد العزيز وأبو حفص . الكافي (٣/٣) ، المبدع (٥/٧) ، كشاف القناع (٧/٥) ،
المغني (٣/٧) .

(٧) المحلى (٤٤٠/٩) ، المغني (٣/٧) ، سبيل السلام (٩٧٣/٣) .

وحجتهم من جهتين :

الجهة الاولى : الوجوب على الرجال ، وذلك من ظاهر الأمر بالزواج في القرآن الكريم والسنة المطهرة ، والمأثور عن السلف الصالح ، ومن ذلك :

١ - قوله تعالى : ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (النساء: ٣). وقوله سبحانه : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ ﴾ (النور: ٣٢).

٢ - ما أخرجه الشيخان عن عبد الله بن مسعود ، أن النبي ﷺ قال : « يا معشر الشباب ، من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»^(١).

وأخرج الشيخان عن سعيد بن المسيب ، أنه سمع سعد بن أبي وقاص يقول : أراد عثمان بن مظعون أن يتبتل فنهاه رسول الله ﷺ . قال سعد : فلو أجاز له ذلك رسول الله ﷺ لاختصينا^(٢).

وأخرج أحمد والنسائي عن سعد بن هشام بن عامر ، أنه سأل أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها عن التبتل فقالت : لا تفعل ، أما سمعت قول الله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِيَّةً ﴾ (الرعد: ٣٨)؟ فلا تتبتل^(٣).

وأخرج أحمد وابن حبان عن أنس بن مالك قال : كان رسول الله ﷺ يأمر بالباءة ، وينهى عن التبتل نهياً شديداً ، ويقول : « تزوحوا الودود الولود فإني مكاثر الأنبياء يوم القيامة»^(٤).

(١) صحيح البخاري (١٩٥٠/٥) رقم (٤٧٧٨) ، صحيح مسلم (١٠٠٨/٢) رقم (١٤٠٠) ، وفي رواية لمسلم بلفظ : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء» . صحيح مسلم (١٠١٩/٢) رقم (١٤٠٠) .

(٢) صحيح البخاري (١٩٥٢/٥) رقم (٤٧٨٦) ، صحيح مسلم (١٠٢١/٢) رقم (١٤٠٢) .

(٣) سنن النسائي (٦٠/٦) رقم (٣٢١٦) ، مسند الإمام أحمد (١٩٩/٤١) رقم (٢٤٦٥٨) .

(٤) صحيح ابن حبان (٣٢٨/٩) رقم (٤٠٢٨) ، مسند الإمام أحمد (٦٣/٢٠) رقم (١٢٦١٣) ، (١٩١/٢١) رقم (١٣٥٦٩) .

٣- ما أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق عن طاوس ، أنه قال لإبراهيم بن مسرة : لتتكحن أو لأقولن لك ما قال عمر لأبي الزوائد : ما يمنعك من النكاح إلا عجز أو فجور^(١) .

وقال الإمام أحمد في رواية المرؤذي : ليست العزوبة من أمر الإسلام في شيء ، ومن دعاك إلى غير التزويج فقد دعاك إلى غير الإسلام ، ولو تزوج بشر كان قد تم أمره^(٢) .

وذكر ابن قدامة عن ابن مسعود ، أنه قال : لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام وأعلم أنني أموت في آخرها يوماً ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة^(٣) . وأخرج البخاري عن ابن عباس ، أنه قال لسعيد بن جبير : هل تزوجت ؟ قال : لا . فقال ابن عباس : فتزوج فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء^(٤) .

الجهة الثانية : عدم وجوب الزواج على النساء ، وذلك من الكتاب والسنة . أما دليل الكتاب فمنه قوله تعالى : ﴿ وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾ (النور: ٦٠) . فأخبر القرآن الكريم دون نكير عن هذا الصنف من النساء . وأما دليل السنة فمنه ما أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان عن جابر بن عتيك ، أن النبي ﷺ قال : « الشهادة سبع سوى القتل في سبيل الله » . وذكر النبي ﷺ فيها : « والمرأة تموت بجمع شهيدة »^(٥) . قال ابن حزم : هي التي تموت في نفاسها أو تموت بكرراً لم تطمئ^(٦) .

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٤٥٣/٣) ، أول كتاب النكاح ، مصنف عبد الرزاق (١٧٠/٦) رقم (١٠٣٨٤) ، وانظر : المحلي (٤٤٠/٩) .

(٢) المغني (٤/٧) ، كشاف القناع (٧/٥) .

(٣) المغني (٤/٧) ، وأخرجه عبد الرزاق بلفظ : لو لم يبق من الدنيا إلا يوم واحد أحببت أن يكون لي فيه زوجة . المصنف (١٧٠/٦) رقم (١٠٣٨٢) ، وأخرجه ابن أبي شيبة بلفظ : لو لم أعش ، أو لم يكن لي في الدنيا إلا عشراً لأحببت أن يكون عندي فيهن امرأة . مصنف ابن أبي شيبة (٤٥٣/٣) ، أول كتاب النكاح .

(٤) صحيح البخاري (١٩٥١/٥) رقم (٧٤٨٢) - باب قول النبي ﷺ : « من استطاع منكم الباءة فليتزوج » .

(٥) سنن أبي داود (١٨٨/٣) رقم (٣١١١) ، سنن النسائي (١٣/٤) رقم (١٨٤٦) ، سنن ابن ماجه (٩٣٧/٢) رقم (٢٨٠٣) ، صحيح ابن حبان (٤٦١/٧) رقم (٣١٨٩) .

(٦) المحلي (٤٤٠/٦) .

وقد ناقش الجمهور دليل من قال بوجود النكاح بأن الأوامر به محمولة على الندب وليس الإيجاب ؛ لما هو معروف من أحوال الصحابة رضي الله عنهم وقد كان منهم غير المتزوج ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم .

المذهب الرابع : يرى أن الأصل في النكاح الوجوب الكفائي ، فلا يسوغ لجماعة المسلمين الإعراض عنه ، وهو وجه ضعيف للحنفية ^(١) ، ووجه ضعيف عند الشافعية ^(٢) ، ووجه عند الحنابلة ^(٣) .

وحجتهم : أن بزواج البعض يتحقق المقصود من تكثير النسل وإقامة السنة ، أما لو تواطأ الناس على ترك النسل لبطل الإسلام وغلب أهل الكفر .
والمختار في نظري : أن النكاح له صفتان شرعيتان ، الأولى : أنه فرض كفاية ؛ لما ورد من الأمر به في عموم الأمة ، وذلك للمحافظة على نسل المسلمين . الثانية : أنه سنة مؤكدة في حق أحاد المسلمين وذلك في حكم الأصل بعيداً عن المؤثرات التي قد توجهه وقد تحرمه ؛ لما سبق بيانه من أدلة الجمهور .
معارضة حكم الأصل في النكاح بالطوارئ :

إذا كان حكم الأصل في النكاح يتردد عند الفقهاء بين الإيجاب العيني والكفائي والاستحباب والإباحة ، إلا أن الفقهاء أجمعوا على اختلاف الحكم باختلاف الوضع لكل مكلف على حدة .

فقالوا : إن القادر على النكاح والذي يعلم من نفسه أنه إن لم يتزوج فسيقع في الحرام من الزنى ونحوه فالزواج بالنسبة له فرض عين ؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

وأما الذي يعلم من نفسه الظلم ، وأنه إن تزوج ظلم زوجته ، فالزواج بالنسبة له حرام ؛ لأن الظلم أقبح من ترك الزواج قطعاً .

(١) قال الكمال بن الهمام وابن عابدين : وقيل : فرض كفاية . شرح فتح القدير (٣/١٨٨) ، حاشية ابن عابدين (٧/٣) ، مجمع الأنهر (١/٣١٦) .

(٢) قال النووي : قال القاضي أبو سعيد الهروي : ذهب بعض أصحابنا بالعراق إلى أن النكاح فرض كفاية . روضة الطالبين (٧/١٨) ، وقال الخطيب الشربيني : وقيل : النكاح فرض كفاية . مغني المحتاج (٣/١٢٥) .

(٣) كشف القناع (٥/٦) .

وأما الذي يظن في ذلك ولا يتيقنه فالزواج بالنسبة له مكروه .
وأما الذي يعلم من نفسه أنه إن تزوج انشغل عن عمل أو علم يحتاج إليه المسلمون ، ولا يوجد من يقوم مقامه فيه ، فالزواج بالنسبة له مباح ، وللفقهاء تطبيقات لصور كثيرة في هذا الشأن ، يمكن الرجوع إليها في كتب الفروع .

المطلب الثاني حكم الأصل في زواج المسنين

اختلف الفقهاء في حكم الأصل لزواج المسنين ، ويعتمد حديثهم في كتب الفقه على أوجه عقلية أهمها الخمسة التالية :

الاول : أن النصوص الشرعية التي جاءت تحت على الزواج تتسم بالعمومية ، فتشمل الشباب والشيوخ والعجائز .

الثاني : أن المسنين يتمتعون بصفة الإنسانية التي تحتاج إلى المؤانسة .

الثالث : أن المسنين يتمتعون بضبط النفس من جهة الشهوة ، ويمكنهم تحصيل ما هو أفضل لهم من النكاح كالعلم والعبادة .

الرابع : أن المقصود الأعظم من الزواج عفة الفرج وإنجاب الولد ، وهذا لا يتحقق غالباً في المسنين ، وإذا تحقق إنجاب الولد خشي عليه من اليتيم .

الخامس : أن الزواج يرتب حقوقاً جنسية وأخرى مادية قد لا يتحملها المسنون .

هذا ، وقد رصدت أقوال الفقهاء في هذه المسألة ، ويمكنني جمعها في المذاهب الأربعة التالية :

المذهب الأول : يرى كراهة الزواج للمسنين ، وإليه ذهب المالكية إذا كان يشغلهم عن العبادة^(١) ، وبه قال الشافعية^(٢) ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة^(٣) .

(١) قال اللخمي : إذا كان لا إرب له في النساء ولا يرجو نسلاً ؛ لأنه حضور أو خصي أو مجبوب أو شيخ أو عقيم قد علم ذلك من نفسه كان مباحاً ، ويقيد هذا بما إذا لم يقطع عن عبادته وأن تعلم المرأة منه كونه حضوراً أو خصياً أو مجبوباً ؛ لأنه يحرم عليه إذا كان يضر المرأة لعدم الوطاء . وقال في الشامل : وكره لمن لا يشتهي ويقطعه عن عبادته ، ومنع لضرر بامرأة لعدم وطء أو نفقة . مواهب الجليل (٤٠٤/٣) ، حاشية الدسوقي (٢١٤/٢) .

(٢) قال النووي : إن لم يجد الأهبة أو كان به مرض أو عجز بجب أو تعين ، أو كبر ، كره له النكاح ؛ لما فيه من الالتزام على ما لا يقدر على القيام به . روضة الطالبين (١٨/٧) .

وقال الشرييني الخطيب : فإن لم يحتج للنكاح بأن لم تتق نفسه له من أصل الحلقة أو لعارض كمرض أو عجز كره له إن فقد الأهبة ؛ لما فيه من التزام ما لا يقدر على القيام به . وحكم الاحتياج للتزويج لغرض النكاح كخدمة وتأنس كالاحتياج للنكاح كما يحثه الأذرعى . ومحل الكراهية فيمن يصح نكاحه مع عدم الحاجة أما من لا يصح مع عدم الحاجة كالفقيه فإنه يحرم عليه النكاح ، قاله البلقيني ، وإلا بأن وجد الأهبة مع عدم حاجة للنكاح ولا علة به فلا يكره له لقدرته عليه ، ومقاصد النكاح لا تنحصر في الجماع ، لكن العبادة أي التخلي لها في هذه الحالة أفضل له من النكاح إذا كان يقطع عنها اهتماماً بها ، وفي معنى التخلي للعبادة التخلي للاشتغال بالعلم ، كما قاله الماوردي . قال الشرييني : فإن وجد الأهبة ولكن به علة كهزم ، وهو كبر السن ، أو مرض دائم أو تعين دائم ، أو كان ممسوحاً كره له ، والله أعلم ، لعدم الحاجة إليه مع منع المرأة من التحصين ، أما من يعنى في وقت دون وقت فلا يكره له . مغني المحتاج (١٢٦/٣) .

(٣) يقول ابن قدامة : ومن لا شهوة له إما لأنه لم تصح له شهوة كالعينين . أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه فقيه وجهان ، أحدهما : يستحب لعموم ما ذكرنا ، والثاني : التخلي له أفضل ؛ لأنه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بعيره ، ويضر بحبسها على نفسه ، ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يتمكن من القيام بها ، ويشغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه . المغني (٥/٧) ، وانظر هذين لوجهين أيضاً في الكافي (٤/٣) .

وجاء في المبدع : من لا شهوة له وهو من لم تتق نفسه إليه خلقة أو لكبر ونحوه فمباح له في الأشهر ؛ لأنه لا يحصل فيه مصلحة النكاح ويلزم نفسه واجبات وحقوقاً لعله يعجز عنها ، وعنه : يستحب اختارها القاضي لدخوله في عموم الأخبار ، وقيل : يكره . المبدع (٥/٧) .

وجاء في كشف القناع : ويباح النكاح لمن لا شهوة له كالننين والمرضى والكبير ؛ لأن العلة التي لها يجب النكاح أو يستحب وهو خوف الزنى مفقود فيه ، ولأن المقصود من النكاح الولد وهو فيمن لا شهوة له غير موجود ، فلا ينصرف إليه الخطاب إلا أن يكون مباحاً في حقه كسائر المباحات لعدم منع الشرع منه ، وتخليه إذن لتوافل العبادة أفضل لمنع من يتزوجها من التحصين بغيره ، ويضرها بحبسها على نفسه ، ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يقوم بها ، ويشغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه . كشف القناع (٧/٥) .

وحجتهم : من خمسة أوجه :

الأول : أن المسنين لا تتوق نفوسهم إلى الشهوة لكبر السن ، فكان الزواج لا حاجة لهم فيه ؛ لأنه لا يحقق لهم مصلحة ، والانشغال بما لا حاجة للإنسان فيه مكروه .

الثاني : أن زوجات المسنين يقع عليهن ضرر بحسبهن عليهم مما يمنعهم من التحسين بغيرهم .

الثالث : أن المسنين سينشغلون بالزواج الذي قد يحقق لهم مصلحة ظنية عن الاشتغال بالعلم والعبادة وغير ذلك من مصالح قطعية .

الرابع : أن المسنين لن يحققوا مصالح الزواج الأساسية والتي أهمها عفة الفرج وإنجاب الولد ، فكان إقدامهم على الزواج من أجل أنه متاح لهم وليس من أجل مصالحه المقصودة .

الخامس : أن المسنين ربما رزقوا الولد على كبر سنهم ، الأمر الذي سيخلف في المجتمع أطفالاً يتامى تشقى أمهاتهم للإنفاق عليهم وربما يضيع بعضهم ، لذلك كان تجنب المسنين للزواج أولى .

ويدل على كراهة إنجاب الولد في سن الشيخوخة ما رواه الطبراني والحاكم وحسنه عن عائشة ، أن رسول الله ﷺ كان يقول في دعائه : « اللهم اجعل أوسع رزقك عليّ عند كبر سني وانقطاع عمري »^(١) . وليس إنجاب الأولاد في الكبر من هذا الباب .

كما يدل لكراهة إنجاب الولد في سن الشيخوخة : أن الله تعالى ضربه مثلاً لحال كل منافق أو كافر عمل عملاً وهو يحسب أنه يحسن صنعاً ، فلما جاء إلى وقت الحاجة لم يجد شيئاً ، قال تعالى : ﴿ أَيَوَدُّ أَحَدُكُمْ أَنْ تَكُونَ لَهُ جَنَّةٌ مِّن نَّجِيلٍ وَأَعْنَابٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ لَهُ فِيهَا مِن كُلِّ الثَّمَرَاتِ وَأَصَابَهُ الْكُرْ

(١) المعجم الأوسط (٦٢/٤) رقم (٣٦١١)، المستدرک (٧٢٦/١)، وقال : هذا حديث حسن الإسناد ، والمتن غريب في الدعاء مستحب للمشايخ . وقد ذكر ابن كثير هذا الحديث في تفسير الآية : « وَأَصَابَهُ الْكُرْهُ لَهُ ، دُرَيْتُهُ ضَعْفَاءُ ؛ (البقرة: ٢٦٦) . تفسير ابن كثير (٤٢٨/١) .

وله دُرَيْبَةٌ ضُعْفَاءُ فَأَصَابَهَا إِعْصَارٌ فِيهِ نَارٌ فَاحْتَرَقَتْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ
الآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ ﴿ (البقرة: ٢٦٦).

وحكى القرطبي في ذلك عن ابن عباس أكثر من رواية ، من ذلك أنه قال : هذا
مثل ضربه الله للمرائين بالأعمال يبطلها يوم القيامة أحوج ما كانوا إليها ، كمثل
رجل كانت له جنة وله أطفال لا ينفعونه فكبر وأصاب الجنة إعصار ، أي ريح
عاصف ، فيه نار فاحترقت ، ففقدما أحوج ما كان إليها .

وأخرج البخاري عن عمر بن الخطاب ، أنه قال يوماً لأصحاب رسول الله ﷺ :
فيم ترون هذه الآية نزلت : ﴿ أَيَوَدُّ أَحَدُكُمْ أَنْ تَكُونَ لَهُ جَنَّةٌ ﴾ ؟ قالوا : الله
ورسوله أعلم . فغضب عمر وقال : قولوا : نعلم أو لا نعلم . فقال ابن عباس : في
نفسى منها شيء يا أمير المؤمنين . قال : يا ابن أخى قل ولا تحقر نفسك . قال ابن
عباس : ضربت مثلاً لعمل رجل غني يعمل بطاعة الله ، ثم بعث الله عز وجل له
الشیطان فعمل في المعاصي حتى أحرق عمله . فرضى ذلك عمر^(١) .

وذكر ابن كثير عن ابن عباس قال : ضرب الله مثلاً حسناً - وكل أمثاله حسن -
لرجل صنع جنة في شبابه ، ثم أصابه الكبر وولده وذريته ضعاف عند آخر عمره ،
فجاء إعصار فيه نار فاحترق بستانه ، فلم يكن عنده قوة أن يغرس مثله ، ولم يكن
عند نسله خير يعودون به عليه ، وكذلك الكافر يكون يوم القيامة^(٢) .

الجواب عن تلك الاوجه بالاتي :

اولاً : لا نسلم بأن الزواج لا يحقق للمسنيين مصلحة ؛ لأن مصالح الزواج
ومقاصده لا تنحصر في الجماع ، فقد يحتاج إلى الزواج لغرض الخدمة والتأنس .

ثانياً : لا نسلم بوقوع الضرر على زوجات المسنين لسببين :

الاول : أنهن قبلن الزواج مع علمهن بحال أزواجهن .

(١) تفسير القرطبي (٣/٣١٩) ، وانظر حديث عمر المذكور في صحيح البخاري (٤/١٦٥٠) رقم
(٤٢٦٤) .

(٢) تفسير ابن كثير (١/٤٢٨) .

الثاني : أنه يمكن اختيار الزوجة المناسبة في السن للزوج الكبير .

ثالثاً : أن انشغال المسنين بالزواج لا يمنعهم من انشغالهم بمصالح العلم والعبادة ، إذ يمكنهم الجمع بين تلك المصالح ، ثم إن هذا على التسليم بأن المسنين كانوا منشغلين بالعلم والعبادة .

رابعاً : لا نسلم بانحصار مصالح الزواج في عفة الفرج وإنجاب الولد ، وعلى التسليم بذلك فإن المسنين تتباهم نوبات الرغبة فضلاً عن كون الإنجاب بالنسبة للرجال في كل وقت دون تحديد بالسن غالباً .

خامساً : يمكن وضع الضوابط التي تؤمن مسألة إنجاب الأطفال حال كبر سن الزوج .

المذهب الثاني : يرى إياحة الزواج للمسنين دون استحبابه ، والأولى تركه ، وإليه ذهب المالكية إذا لم يقطعهم عن عبادتهم ، وهو قول بعض الشافعية إذا وجد المؤونة ، كما قال به بعض الحنابلة^(١) .

وحجتهم : نفس الأوجه التي ذكرها أصحاب المذهب الأول القائلون بالكراهة ، غير أنهم قالوا : إن الإتيان بما لا مصلحة فيه لا يكون مكروهاً وإنما هو مباح لعدم منع الشرع منه ، فيكون كسائر المباحات ، غير أنه خلاف الأولى ، وتفرغ المسنين لنوافل العبادة أفضل .

المذهب الثالث : يرى استحباب الزواج للمسنين ، وهو وجه عند الحنابلة^(٢) .

وحجتهم : عموم الأدلة من الكتاب والسنة المرغبة في النكاح .

اعترض ابن قدامة على ذلك فقال : هذه الأخبار تحمل على من له شهوة ؛ لما فيها من القرائن الدالة على ذلك^(٣) .

(١) المراجع السابقة لتلك المذاهب .

(٢) مراجع الحنابلة سالفة الذكر .

(٣) المغني (٥/٧) .

قلت : وهذا الجواب مبني على حصر مقاصد الزواج في ذلك ، وقد سبق القول بأن مقاصده أشمل من مسألة الشهوة ، ثم إن كبير السن قد تتوق نفسه حيناً ، ولذلك قال ابن مسعود : لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام وأعلم أنني أموت في آخرها يوماً ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة^١ .

المذهب الرابع : يرى وجوب الزواج للمسنين الرجال إذا لم يسبق لهم زواج ، وإلى هذا ذهب داود وابن حزم الظاهريان^٢ .

وحجتهم : التأسيس على أصلهم في وجوب الزواج أو التسري للرجال في العمر ، ولو مرة إذا لم يكن هناك مانع منه .

وقد سبق الجواب عن ذلك ، وترجيح مذهب الجمهور من كون الأصل في الزواج الاستحباب دون الإيجاب .

والمختار في نظري بعد العرض السابق لأقوال الفقهاء وحججهم ومناقشتها : هو ما ذهب إليه الحنابلة في وجه عندهم من القول باستحباب الزواج للمسنين ؛ لعموم الأدلة لكن مع ضوابط شرعية ، أهمها ما يلي :

- (١) أن توجد مصلحة ظاهرة في الزواج ، ولا يتم من أجل أنه ممكن .
 - (٢) أن توجد الزوجة المناسبة سنّاً لكبير السن حتى لا يمنعها من التحصين بغيره .
 - (٣) في حال زواج المسن بامرأة صغيرة يجب تأمين ما عساه أن يحدث من أطفال .
- مدى اعتبار السن من خصال الكفاءة في عقد الزواج

تناول فقهاء الشافعية هذه المسألة نصّاً ، ويمكن استنباط رأي سائر المذاهب من معالجتهم للسلامة من العيوب ، وعليه للفقهاء في هذه المسألة مذهبان :

١ ذكره ابن قدامة في المعني ، وسبق تخريجه من مصنف ابن أبي شيبة ومصنف عبد الرزاق ، مع بيان حكم الأصل لعقد النكاح - المذهب الثالث الذي يرى وجوب النكاح ولو مرة في العمر .

٢ المحلى (٤٤٠/٩) ، سبل السلام (٩٧٣/٣) .

المذهب الأول : يرى أن السن من خصال الكفاءة في النكاح ، فالشيخ لا يكون كفوًّا للشابة .

وبه قال الروياني من الشافعية ، وقال : هو الأصح في المذهب^(١) ، وهو ما يمكن استنباطه من قول بعض الحنفية^(٢) ، وفقهاء المالكية^(٣) ، وابن عقيل من الحنابلة^(٤) .

وحجتهم : أن السن الكبير مما تعير به الزوجة ، فكان شرطاً للكفاءة .

المذهب الثاني : يرى أن السن ليس من خصال الكفاءة في النكاح لكن الأولى اعتباره ، وإليه ذهب بعض الشافعية ، وقال النووي : هو الصحيح في المذهب خلافاً لما قاله الروياني^(٥) ، وهو ما يمكن استنباطه من جمهور الحنفية وجمهور الحنابلة^(٦) .

(١) قال الروياني : الشيخ لا يكون كفوًّا للشابة ولا الجاهل للعامة . روضة الطالبين (٨٣/٧) ، إعانة الطالبين (٣٣٣/٣) ، نهاية المحتاج (٢٥١/٦) .

(٢) يقول ابن عابدين : في الفتاوى الحامدية : أن غير الأب والجد من الأولياء لو زوج الصغيرة من عنين معروف لم يجز ؛ لأن القدرة على الجماع شرط الكفاءة كالقدرة على المهر والنفقة ، بل أولى ، وجاء في البحر : أن الكبيرة لو زوجها الوكيل عنيًا أو مجبوبًا جاز ، وإن كان لها التفريق بعد . حاشية ابن عابدين (٣٢٤/٢) .

(٣) نص المالكية على أن السلامة من العيوب المثبتة لخيار فسخ النكاح من خصال الكفاءة فيه ، وقال ابن رشد . المراد أن يساويها في الصحة ، أي يكون سالمًا من العيوب الفاحشة : مواهب الجليل (٤٦٠/٣) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٤٩/٢) .

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن المالكية يمنعون نكاح المريض أو المريضة مرضًا مخوفًا : قالوا : وهو الذي يحجر فيه عن ماله اتفاقًا ، إن أشرف على الموت ، وعلى المشهور إن لم يشرف ، فقالوا : ولا يجوز نكاح المريض ولو احتاج إلى امرأة تقوم به على أحد المشهورين ، والمشهور الآخر : يجوز مع الحاجة ولا يجوز مع عدمها . كفاية الطالب الرباني (٧٤/٢) .

(٤) نص ابن عقيل على أنه يشترط في الكفاءة : السلامة من العيوب المثبتة للخيار . مطالب أولي النهى (٨٦/٥) .

(٥) روضة الطالبين (٨٣/٧) .

(٦) حيث يرى هؤلاء الفقهاء أن السلامة من العيوب المثبتة للخيار ليست من خصال الكفاءة . مراجع المذهبين السابقة .

ويدل لهذا المذهب ما أخرجه مالك وابن حبان عن أم سلمة رضي الله عنها قالت : ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر ، فخطبها رجلان ، أحدهما شاب والآخر كهل ، فحطت إلى الشاب ، فقال الكهل : لم تحلل وكان أهلها غيباً ، ورجا إذا جاء أهلها أن يؤثروه بها ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « قد حللت فانكحي من شئت »^(١).

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني لحديث سبيعة الأسلمية ، ولأن هذا مما تتوافق فيه الإرادات ، فينبغي أن يترك لاختيار الزوجين : لكن ينبغي أن يكون معتبراً كلما أمكن ؛ لأن مراعاة السن بين الزوجين من أسباب استدامة العشرة بينهما .



(١) موطأ الإمام مالك (٥٨٩/٢) رقم (١٢٢٥) ، صحيح ابن حبان (١٣٤/١٠) رقم (٤٢٩٧) وحطت إلى الشاب - بإهمال الحاء والطاء - أي مالت إليه ونزلت بقلبها نحوه . تنوير الحوالك (٣٦/١)

المبحث الثاني

أحكام الإيلاء بحق المسنين

أتكلم في هذا المبحث عن التعريف بالإيلاء وأحكامه العامة ثم أبين أحكام الإيلاء الخاصة بالمسنين ، وذلك في مطلبين :

المطلب الأول

التعريف بالإيلاء وأحكامه العامة

(١) الإيلاء في اللغة : مطلق الحلف والقسم ، وهو مصدر آليت على كذا ، إذا حلفت عليه ، فأبدلت الهمزة ياء والياء ألفاً ثم همزة ، والماضي منه : آلى يؤلي إيلاءً من باب أعطى ، وتآلى يتآلى أي أقسم ، واثتلى : حلف . والاسم منه آليّة ، وتعديته بمن في القسم على قربان المرأة لتضمن معنى التباعد ، والجمع منه : الآلايا ، على وزن عطية وعطايا^(١).

قال القاضي عياض : أصل الإيلاء الامتناع ، قال تعالى : ﴿ وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ ﴾ (النور: ٢٢). ثم استعمل فيما كان الامتناع منه بيمين^(٢).

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة : آلي .

(٢) مواهب الجليل (٤/١٠٥) .

والإيلاء في اصطلاح الفقهاء هو : حلف زوج يمكنه الجماع ، بالله تعالى أو بصفة من صفاته ، على ترك وطء امرأته الممكن جماعها أكثر من أربعة أشهر^(١) .

وزاد الحنفية والمالكية والجديد عند الشافعية ورواية عند الحنابلة الامتناع عن الزوجة بتعليق ما يستشقه ، قالوا : لأن المشقة معتبرة في ماهية الإيلاء ، كما لو قال : إن قربتك فعلي حج أو صوم أو صدقة يشق عليه إخراجها^(٢) .

(١) هذا تعريف الحنابلة في كشاف القناع (٣٥٣/٥) ذكرته لوضوحه وتصريحه بأن محل الإيلاء فيمن يتمكن من الجماع . وعرفه الحنفية بأنه : اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً أو بتعليق ما يستشقه . شرح فتح القدير (١٨٩/٤) ، وانظر أيضاً حاشية ابن عابدين (٤٢٢/٣) .

وقال ابن عرفة المالكي هو : حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه . شرح حدود ابن عرفة (ص ٢٩١) ، مواهب الجليل (١٠٦/٤) .

وقال ابن رشد : أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته أربعة أشهر أو أكثر ، على الخلاف . بداية المجتهد (٩٩/٢) ، وانظر أيضاً كفاية الطالب الرباني (٨٧/٢) .

وقال الشرييني الخطيب الشافعي : هو حلف على الامتناع من وطء الزوجة مطلقاً أو أكثر من أربعة أشهر . مغني المحتاج (٣٤٣/٣) .

وقال ابن حزم الظاهري : من حلف بالله تعالى أو باسم من أسمائه أن لا يطأ امرأته أو أن لا يجمعه وإياها فراش أو بيت ساعة فأكثر إلى جميع عمره يأمره الحاكم بوطنها ويؤجل له ذلك أربعة أشهر من حين يحلف سواء طلبت المرأة ذلك أو لم تطلب رضيت أو لم ترض فإن أبي لم يعترض حتى تنقضي الأربعة الأشهر ثم يجبره الحاكم بالسوط على أن يفىء فيجامع أو يطلق أو يموت قتل الحق إلى مقت الله تعالى إلا أن يكون عاجزاً عن الجماع فيفء بلسانه . المحلي (٤٢/١٠) مع الاختصار .

(٢) ولذلك يفضل بعضهم أن يعرف الإيلاء بأنه : منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعداً منعاً مؤكداً بشيء يلزمه وهو يشق عليه . شرح فتح القدير (١٩٠/٤) ، مجمع الأنهر (٤٤٢/١) ، (٤٤٣) ، حاشية الدسوقي (٤٢٧/٢) ، مواهب الجليل (١٠٧/٤) ، (١٠٨) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) ، المغني (٢٩٨/٧) ، والقديم عند الشافعية والمشهور عند الحنابلة ومذهب الظاهرية : لا يكون الإيلاء إلا بالحلف بالله تعالى .

(٢) والإيلاء حرام للإيذاء : لأنه يمين على ترك واجب ، وقد كان هو والظهار طلاقاً بائناً في الجاهلية وفي أول الإسلام^(١) ، واختلف العلماء هل عمل بهما في صدر الإسلام أم لا ؟ والراجح أنه لم يعمل بهما^(٢) .

وكان أهل الجاهلية إذا طلب الرجل من امرأته شيئاً فأبت أن تعطيه حلف أن لا يقربها السنة والستين والثلاث ، فيدعها لا أيماً ولا ذات بعل ، فلما كان الإسلام جعل الله ذلك للمسلمين أربعة أشهر^(٣) ؛ ليجمع بين المصلحتين ، مصلحة الزوج في تأديب زوجته بممارسة حقه فيما يخصه ، وبين مصلحة الزوجة في عدم إطالة المدة عليها منعاً من ظلمها^(٤) .

والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾

(البقرة: ٢٢٦، ٢٢٧).

يقول ابن كثير : فإذا حلف الرجل أن لا يجامع زوجته مدة ، فلا يخلو إما أن يكون أقل من أربعة أشهر أو أكثر منها ، فإن كانت أقل فله أن ينتظر انقضاء المدة ثم يجامع امرأته ، وعليها أن تصبر وليس لها مطالبة بالفيئة في هذه المدة ، وهذا كما ثبت في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم آلى من نسائه شهراً فنزل لتسع وعشرين ، ف قيل : يا رسول الله ، إنك آليت على شهر ، فقال : « الشهر تسع وعشرون » فأما إن زادت المدة عن أربعة أشهر فللزوجة مطالبة الزوج عند

(١) شرح فتح القدير (١٨٩/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٤/٣) ، مواهب الجليل (١٠٦/٤) ، مغني المحتاج (٣٤٣/٣) ، كشاف القناع (٣٥٣/٥) ، المبدع (٣/٨) ، المحلى (٤٢/١٠) .

(٢) مواهب الجليل (١٠٦/٤) ، حاشية الدسوقي (٤٢٦/٢) .

(٣) المبدع (٣/٨) ، وذكره البهوتي في كشاف القناع عن المبدع (٣٥٣/٥) .

(٤) وهل تمام الأشهر الأربعة شرط لتحقيق الإيلاء أم الزيادة عليها ولو ساعة ؟ مذهبان للفقهاء ، يرى الجمهور : أن الإيلاء يتحقق بتمام الأشهر الأربعة الأشهر . ويرى الحنفية : أن الإيلاء لا يتحقق إلا بالزيادة عن الأشهر الأربعة ولو بساعة . ويرى ابن حزم - كما سيأتي - أن الإيلاء يتحقق ولو بساعة . انظر مراجع الفقهاء سالفه الذكر في تعريف الإيلاء شرعاً .

انقضاء أربعة أشهر إما أن يفىء أي يجامع، وإما أن يطلق فيجبره الحاكم على هذا، وهذا لثلاثي يضر بها^(١).

وفي مناسبة تأجيل المؤلي أربعة أشهر يذكر الفقهاء الأثر الذي أخرجه البيهقي من طريق مالك عن عبد الله بن دينار، قال: خرج عمر بن الخطاب من الليل، فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل واسودَّ جانبُهُ وأرقني أن لا خليل الأعْبَةُ
فوالله لولا الله أني أراقبُهُ حُرْكَ من هذا السرير جوانبُهُ^(٢)

فسأل عمر ابنته حفصة رضي الله عنها كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: ستة أشهر أو أربعة أشهر. فقال عمر: لا أحبس أحداً من الجيوش أكثر من ذلك.

ويرى الحسن البصري وابن أبي ليلى وابن حزم الظاهري: أن الإيلاء ينعقد بقليل الزمان وكثيره^(٣)؛ لعموم قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنَ

(١) تفسير ابن كثير (٣٦١/١). والحديث في صحيح البخاري (١٧٣/٢) رقم (٢٣٣٦)، صحيح مسلم (٧٦٣/٢) رقم (١٠٨٣)، كما أخرجه البخاري من حديث أنس (١٩٩٦/٥) رقم (٤٩٠٥).

(٢) السنن الكبرى (٢٩/٩) باب من استأجر إنساناً للخدمة، كما أخرجه عبد الرزاق عن معمر قال: بلغني أن عمر بن الخطاب سمع امرأة... وذكره. المصنف (١٥٢/٧) رقم (١٢٥٩٤)، وذكره ابن كثير في تفسيره (٣٦٢/١) في تفسير الآية الكريمة: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنَ نِسَائِهِمْ﴾ (البقرة: ٢٢٦) - ونسبه للإمام مالك في الموطأ ولم أجده. قال ابن حجر: ورواه ابن وهب عن مالك، ورواه سعيد بن منصور من وجه آخر. تلخيص الحبير (٢٢٠/٣).

(٣) انظر قول الحسن وابن أبي ليلى في بداية المجتهد (١٠١/٢)، وقال الصنعاني: هو قول الحسن وآخرين. سبل السلام (١١٠٣/٣)، وانظر أيضاً قول الحسن البصري في: المحلى (٤٤: ١٠)، وأما اختيار ابن حزم لهذا المذهب ففي المحلى (٤٢/١٠)، يقول ابن حزم: يقع الإيلاء سواء وقت وقتاً ساعة فأكثر إلى جميع عمره أو لم يوقت، الحكم في ذلك واحد، ويؤجل له في ذلك أربعة أشهر من حين يحلف، فإن فاء داخل الأربعة الأشهر فلا سبيل عليه وإن أبى لم يعترض حتى تنقضي الأربعة الأشهر، فإذا تمت أجبره الحاكم بالسوط على أن يفىء فيجامع أو يطلق أو يموت قتيل الحق إلى مقت الله تعالى إلا أن يكون عاجزاً عن الجماع لا يقدر عليه أصلاً فلا يجوز تكليفه ما لا يطيق لكن يكلف أن يفىء بلسانه ويحسن الصحبة والمبيت عندها أو يطلق. (٤٢/١٠).

نَسَائِهِمْ ﴿ (البقرة: ٢٢٦) . وقال ابن عباس : إن الإيلاء لا يقع إلا إذا حلف أن لا يصيب امرأته على التأيد^(١) .

وأجيب عن ذلك بأنه لا دليل في الآية على العموم ، إذ قد قدر الله المدة فيها بقوله تعالى : ﴿ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ فالأربعة قد جعلها الله مدة الإمهال ، وهي كأجل الدين ، لأنه تعالى قال : ﴿ فَإِنْ فَاءَؤْ ﴾ بفاء التعقيب ، وهو بعد الأربعة ، فلو كانت المدة أربعة أو أقل لكانت قد انقضت ، فلا يطالب بعدها ، والتعقيب للمدة لا للإيلاء لبعده .

(٣) وهل يوقع الإيلاء للزوج إذا ترك الوطاء بغير يمين ؟ مذهبان للفقهاء :

المذهب الأول : يرى عدم ثبوت حكم الإيلاء بغير يمين ، وهو مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية^(٢) .

وحجتهم : عموم الآية الكريمة : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ (البقرة: ٢٢٦) . ومعنى الإيلاء الحلف ، فلا إيلاء بغير حلف .

المذهب الثاني : يرى ثبوت حكم الإيلاء لمن ترك الوطاء مدة الإيلاء عمداً للإضرار بزوجه وإن لم يحلف على ذلك ، وإليه ذهب الإمام مالك وجمهور أصحابه ، وهو مذهب الحنابلة^(٣) .

وحجتهم : أن الضرر يوجد في حالي الحلف وعدمه ، ولأن ثبوت حكم الإيلاء لمن حلف لا يمنع من قياس غيره عليه إذا كان في معناه كسائر الأحكام الثابتة بالقياس .

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه الجمهور القائلون بعدم ثبوت حكم الإيلاء بغير يمين ؛ تظاهر الآية الكريمة ، وهذا لا يمنع ثبوت الإثم على الممتنع عن زوجته بغير حلف إضراراً بها .

(١) بداية المجتهد (١٠١/٢) ، المحلى (٤٣/١٠) .

(٢) شرح فتح القدير ، مجمع الأنهر ، مغني المحتاج ، المحلى - المراجع السابقة .

(٣) بداية المجتهد (١٠١/٢) ، كشف القناع (٣٥٤/٥) .

(٤) واختلف الفضهاء في الاثر المترتب على مضي مدة الايلاء (الأربعة أشهر) دون أن يفىء الزوج ، على مذهبين :

المذهب الاول : يرى وقوع الطلاق تلقائياً ، وهو مذهب الحنفية ، وبه قال الثوري ، وروي عن ابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين .

وحجتهم : أن الله تعالى أمر بالفىء في مدة الإيلاء ثم رتب وقوع الطلاق بانتهاء مدته ، قال تعالى : ﴿لَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَزْوَاجِهِمْ فَأَنْزَلْنَا اللَّهُ عَقُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ . فالفاء للترتيب الذكري ، وهي تفيد ترتيب المفصل على المجمل ، وعليه يكون الفىء بعد الإيلاء خلال الأجل المضروب لا بعده ، فإذا انفصل الأجل بدون فىء فيه وقع الطلاق بمضيه .

وعلى هذا ، فالإيلاء في حكم الطلاق الرجعي ؛ لأن العدة شرعت فيه لثلا يقع منه الندم ، وكذلك الإيلاء ، وعلى هذا فتقاس مدة الإيلاء على مدة العدة في الطلاق الرجعي ، وتنتهي علاقة الزوجية تلقائياً بمجرد انتهاء مدة العدة في الطلاق الرجعي أو مدة الإيلاء .

واعترض على ذلك بأن قياس مدة الإيلاء على مدة العدة في الطلاق الرجعي قياس مع الفارق لتحريم الإيلاء دون الطلاق الرجعي ، والأشبه قياس مدة الإيلاء على مدة الأجل في الدين .

ثم إن الله تعالى خير في الآية بين الفيئة والعزم على الطلاق فيكونان في وقت واحد ، وهو بعد مضي الأربعة ، فلو كان الطلاق يقع بمضي الأربعة والفيئة بعدها لم يكن تخييراً ؛ لأن حق المخير فيهما أن يقع أحدهما في الوقت الذي يصح فيه الآخر كالكفارة ، ولأنه تعالى أضاف عزم الطلاق إلى الرجل وليس مضي المدة من فعل الرجل .^٢

١٠ شرح فتح القدير ، مجمع الأنهر - المرجعين السابقين ، بدائع الصنائع (١٧٦/٣) ، بداية المجتهد (١٠٠/٢) ، سبل السلام (١١٠٣/٣) .

٢١ سبل السلام (١١٠٣/٣) .

المذهب الثاني : يرى عدم وقوع الطلاق بمضي مدة الإيلاء ، وإنما يوقف الزوج بعدها فإما فاء وإما طلق ، وهو مذهب جمهور الفقهاء ، قال به المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وهو قول أبي ثور والليث^(١) ، وروي عن علي وابن عمر^(٢) .

ويرى الجمهور أن إيقاف الزوج لا يكون إلا بطلب الزوجة ، وإذا لم يطلق الزوج طلق عليه القاضي ، ويرى الظاهرية أن إيقاف الزوج لا يشترط له طلب أو رضا الزوجة ، وأن القاضي لا يجوز له أن يطلق عن الزوج بل يجبره بالسوط والحبس .

وحجة أصحاب هذا المذهب على عدم وقوع الطلاق مباشرة عقب انتهاء مدة

الإيلاء : أن الله تعالى أوجب أحد الأمرين : الفء والطلاق بانتهاء المدة ، فوجب فعل أحدهما ، قال تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ .

فالفاء للترتيب الحقيقي وهو الترتيب الزمني ، أي أن زمن المطالبة بالفء أو الطلاق عقب مضي الأجل المضروب .

قال ابن رشد : في الآية الكريمة أربعة أوجه ترجح مذهب المالكية (أي ومن وافقهم) ، وهذه الأوجه هي :

الاول : أنه جعل مدة التربص حقاً للزوج دون الزوجة ، فأشبهت مدة الأجل في الديون المؤجلة .

الثاني : أن الله تعالى أضاف الطلاق إلى فعل الأزواج ، وعند الحنفية لا ينسب الطلاق في الإيلاء إلى الأزواج إلا تجوزاً ، وليس يصار إلى المجاز عن الظاهر إلا بدليل .

الثالث : قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع ، وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة .

الرابع : أن الفاء في قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ظاهرة في معنى التعقيب ، فدل ذلك على أن الفيئة بعد المدة^(٣) .

(١) المراجع الفقهية السابقة للمذاهب المذكورة مع اختلاف في بعض الصفحات .

(٢) يقول ابن رشد : وروي عنهما غير ذلك أيضاً . بداية المجتهد (١٠٠/٢) .

(٣) بداية المجتهد (١٠٠/٢ ، ١٠١) .

والمختار في نظري بعد العرض السابق لأقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها هو : ما ذهب إليه الجمهور من عدم وقوع الطلاق تلقائياً بانتهاء مدة الإيلاء ؛ لقوة أدلتهم ، ورحمة بالأزواج ، وحفاظاً على الأسر من التفكك ؛ تحقيقاً لمقاصد الشريعة .

(٥) واختلف الفقهاء في الأثر المترتب على الضيء في الإيلاء ، بأن رجح عن إيلائه ووطئ زوجته ، وقد سبقت الإشارة إلى أن الحنفية يرون من صور الإيلاء تعليق وطء الزوجة على أمر يشق فعله على الزوج دون يمين ، وأن المالكية يرون من صور الإيلاء اليمين بكل مقسوم به ولو لم يكن يميناً شرعياً بالله تعالى أو بصفة من صفاته .

وفي هاتين الحالتين إذا فاء الزوج بوطء زوجته لا كفارة عليه ، أما إذا كان الإيلاء باليمين الشرعي ثم فاء بوطء زوجته فقد حنث في يمينه ، فهل تجب عليه الكفارة لذلك ؟ مذهبان للفقهاء^(٦) .

المذهب الأول : يرى وجوب الكفارة للحنث في اليمين ، وهو مذهب الجمهور ، قال به الحنفية والمالكية ، والجديد عند الشافعية ، وهو قول الحنابلة .

وحجتهم : ما أخرجه مسلم عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأتها وليكفر عن يمينه »^(٧) . وهذا واضح الدلالة في وجوب الكفارة عند الحنث .

وأخرج الشيخان عن أبي موسى الأشعري ، أن النبي ﷺ قال : « إني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها »^(٨) .

(١) ويسمى هذا الرجوع أو الضيء الفعلي أو الحقيقي ، وقد يكون الضيء حكماً أو قولياً وذلك إذا عجز عن الجماع حقيقة لمرض أو حكماً لحيض الزوجة ، فهنا يكون الضيء بالقول ولا يقع الحنث ولا تجب الكفارة ، وسيأتي قريباً تفصيل للضيء القولي .

(٢) المراجع الفقهية سائفة الذكر - مع اختلاف في بعض الصفحات .

(٣) صحيح مسلم (١٢٧١/٣) رقم (١٦٥٠) وفي رواية : « فليكفر عن يمينه وليفعل » . وفي رواية ثالثة : « فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » . صحيح مسلم (١٢٧٢/٣) رقم (١٦٥٠) .

(٤) صحيح البخاري (١١٤٠/٣) رقم (٢٩٦٤) ، (٢١٠١/٥) رقم (٥١٩٩) ، صحيح مسلم (١٢٦٨/٣) رقم (١٦٤٩) ، (١٢٧٠/٣) رقم (١٦٤٩) .

وأخرج الشيخان عن عبد الرحمن بن سمرة ، أن النبي ﷺ قال : « يا عبد الرحمن ابن سمرة ، لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وإن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها ، وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك ، وأت الذي هو خير»^(١). وفي رواية للبخاري : «فأت الذي هو خير ، وكفر عن يمينك»^(٢).

المذهب الثاني : يرى عدم وجوب الكفارة في حث الإيلاء ، وهو مذهب الشافعية القديم ، وروي عن ابن عباس وسعيد بن المسيب ومسروق والشعبي^(٣) .
وحجتهم من الكتاب والسنة .

(١) أما دليل الكتاب فقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (البقرة: ٢٢٦). أي فإن رجعوا إلى ما كانوا عليه - وهو كناية عن الجماع - فإن الله غفور رحيم ، لما سلف من التقصير في حقهم بسبب اليمين ، وفي هذا دلالة أن المولي إذا فاء بعد الأربعة الأشهر أنه لا كفارة عليه^(٤) .
ويمكن الجواب عن ذلك بأن المسامحة في إثم الإيلاء الذي أضر بالزوجة ؛ لأن في الفيئة رد اعتبار لها ، أما الحنث في اليمين فيرتب كفارة كما ثبت في السنة الصحيحة .

(٢) وأما دليل السنة فمنه ما أخرجه أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها ، فتركها كفارتها»^(٥) .

وأخرج أحمد وأبو داود عنه أيضاً ، أن النبي ﷺ قال : « لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ، ولا في معصية الله ، ولا في قطيعة رحم ، ومن حلف على

(١) صحيح البخاري (٢٤٤٣/٦) رقم (٦٢٤٨) ، (٢٦١٣/٦) رقم (٦٧٢٧) ، صحيح مسلم (١٢٧٣/٣) رقم (١٦٥٢) .

(٢) صحيح البخاري (٢٤٧٢/٦) رقم (٦٣٤٣) ، (٢٦١٣/٦) رقم (٦٧٢٨) .

(٣) انظر للشافعية : مراجعهم السابقة ، وانظر قول السلف المذكور في : تفسير ابن كثير (٣٥٩/١) .

(٤) تفسير ابن كثير (٣٦١/١) .

(٥) مسند الإمام أحمد (٣٤٨/١١) رقم (٦٧٣٦) .

يمين فرأى غيرها خيراً منها فليدعها وليأت الذي هو خير ، فإن تركها كفارتها»^(١).

واجيب عن ذلك بأن الأحاديث في هذا المعنى ضعيفة ، والأحاديث عن النبي ﷺ كلها : « فليكفر عن يمينه » وهي في الصحاح^(٢).

والمختار في نظري بعد العرض السابق لأقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها هو : ما ذهب إليه الجمهور من وجوب الكفارة بالحنث في الإيلاء وغيره من الأيمان ؛ لعموم الأدلة في ذلك .

● وهل تصح كفارة يمين الإيلاء قبل الفئ ؟ إنه لا خلاف بين الفقهاء القائلين بوجوب الكفارة بالحنث على عدم وجوب تقديمها عليه ، كما أجمعوا على صحتها ووجوبها بعد الفئ^(٣) ، ولكنهم اختلفوا في إجزائها قبل الفئ ، على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن الكفارة تجزئ قبل الفئ ويستحب تأخيرها خروجاً من الخلاف ، وهو المشهور عند المالكية وإليه ذهب الحنابلة^(٤) ، وبه قال أربعة عشر من الصحابة وجماعة من التابعين^(٥).

القول الثاني : يرى أن الكفارة لا تجزئ قبل الفئ بل بعده ، وهو مذهب الحنفية والقول الثاني للمالكية ، وبه قالت الهادوية^(٦).

القول الثالث : يفرق بين التكفير بالمال وبين التكفير بالصوم . أما التكفير بالمال فيجوز قبل الفئ وبعده ، وأما التكفير بالصوم فلا يجوز قبل الفئ ، وإليه ذهب الشافعية^(٧).

قالوا : لأن الصوم عبادة تتعلق بالبدن لا حاجة به إلى تقديمها فلم يجز تقديمها على الوجوب كصوم رمضان ، أما التكفير بالمال فهو حق مال يتعلق بسببين يختصان به فإذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول .

(١) مسند الإمام أحمد (٥٦٨/١١) رقم (٦٩٩٠) ، سنن أبي داود (٢٢٨/٣) رقم (٣٢٧٤).

(٢) تفسير ابن كثير (٣٥٩/١) .

(٣) انظر هذا الإجماع في سبل السلام (١٤٣٦/٤) .

(٤) بداية المجتهد (٢٤٠/١) كشف القناع (٢٤٣/٦) .

(٥) سبل السلام (١٤٣٦/٤) .

(٦) مجمع الأنهر (٥٤٢/١) ، بداية المجتهد (٤٢٠/١) ، سبل السلام (١٤٣٦/٤) .

(٧) المهذب (١٤١/٢) .

وسبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة : ثلاثة أشياء ، كما ذكر ابن رشد :
السبب الأول : اختلاف الرواية في قوله يَمِينٌ : « من حلف على يمين فرأى
غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ». فإنه قد روي بلفظ :
« فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير ». وظاهر الرواية الأولى أن الكفارة تجوز
قبل الحنث ، وظاهر الثانية أنها بعد الحنث .

السبب الثاني : اختلافهم ، في هل يجزئ تقديم الحق الواجب قبل وقت
وجوبه ، لأنه من الظاهر أن الكفارة إنما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول .
ولقائل أن يقول : إن الكفارة إنما تجب بإرادة الحنث والعزم عليه كالحال في
كفارة الظهار ، فلا يدخله الخلاف من هذه الجهة .

السبب الثالث : من طريق المعنى ، وهو هل الكفارة رافعة للحنث إذا وقع
أو مانعة له ؟ فمن قال مانعة أجاز تقديمها على الحنث ، ومن قال رافعة لم يجزها
إلا بعد وقوعه^(١) .

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه الجمهور من صحة وإجزاء الكفارة قبل
الحنث وبعده بالسعة التي وردت في اختلاف الرواية ، ولأن إرادة الحنث والعزم
عليه كافٍ لوجوب الكفارة كالحال في كفارة الظهار ، وهو ما نص عليه ابن رشد
في السبب الثاني سالف الذكر .

(١) بداية المجتهد (١/٤٢٠) .

المطلب الثاني

أحكام الإيلاء الخاصة بالمسنين

تمهيد وتقسيم :

نص بعض الفقهاء في تعريفه للإيلاء - كما سبق ذكره - على أنه حلف الزوج على عدم جماع زوجته مدة الأربعة الأشهر ، وقيد بعضهم بالزوج القادر على الجماع والزوجة الممكن جماعها ، فما موقف المسنين من هذا الخلاف في حال عجز الزوجين أو أحدهما من ذلك .

وأيضاً ، فإن الفقهاء أجمعوا على وجوب أحد الأمرين في الإيلاء : الفيء أو الطلاق ، فإذا اختار الزوج الفيء وعجز عن الجماع لكبر السن ونحوه فكيف يكون فيؤه ؟

كما نص الفقهاء على أن الحكمة من تحريم الإيلاء هو إلحاق الضرر بالزوجة المتمثل في عدم وطئها ، فإذا كانت الزوجة عجوزاً لا تتضرر من هذا الإيلاء ، فهل يقع في حقها يمين الإيلاء ؟

هذا ما سوف أبينه بإذن الله تعالى في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

مدى وقوع الإيلاء من المسنين

إذا كان الزوجان ممن يطبقون الجماع فلا خلاف في صحة وقوع الإيلاء من الزوج ، وأما إذا كان أحدهما لا يطيقه لكبر سن أو مرض أو نحوهما فقد اختلف الفقهاء في مدى وقوع الطلاق في هذه الحال .

ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في ذلك إلى أمرين :

الأول : عموم النهي الوارد عن الإيلاء ، فكما يقول ابن حزم : إن الله عز وجل لم يخص بذلك جماعة من غيره^(١) .

(١) المحلى (٤٣/١٠) .

الثاني : ما اتفق عليه أكثر الفقهاء من كون تحريم الإيلاء معقول المعنى ، وهو الضرر بالزوجة والحادث من الإيلاء لا بغيره ، فلو كان الزوج لا يطبق الجماع خلقة فما المعنى من انعقاد الإيلاء ، وكذلك إذا كانت الزوجة لا إرب لها بالجماع .

هذا ، ويمكنني إجمال أقوال الفقهاء هنا في المذاهب الثلاثة التالية :

المذهب الأول : عدم انعقاد الإيلاء إذا كان أحد الزوجين لا يطبق الجماع خلقة ، وإلى هذا ذهب الحنفية ^(١) ، وأكثر المالكية ^(٢) ، والمذهب عند الشافعية ^(٣) ،

(١) ويفرق ابن عابدين بين عدم إمكان الجماع الطبيعي الذي يحول دون وقوع الإيلاء ، وبين عدم إمكان الجماع الشرعي كالإحرام أكثر من أربعة أشهر ، وهذا لا يحول دون وقوع الإيلاء ؛ لأن الإحرام لا يسقط حق الزوجة بالجماع . حاشية ابن عابدين (٤٢٦/٣) . ويقول ابن عابدين : إذا كان عاجزاً من وقت الإيلاء إلى مضي أربعة أشهر فليس إيلاء ، وكذلك إذا رتقت المرأة ولا يستطيع جماعها . حاشية ابن عابدين (٤٣١/٣ ، ٤٣٢) . وقال أيضاً : إن كان لا يقدر على الجماع لقصرها (أي لقصر المدة التي تمكنه من الفء) فقيؤه بالقول ؛ لأنه ليس بمفرط في ترك الجماع ، فكان معذوراً . وانظر أيضاً بدائع الصنائع (١٧٤/٣) . حاشية ابن عابدين (٤٣٣/٣) .
وقال صاحب مجمع الأنهر : وإن عجز المؤلي عن وطئها بمرضه أو مرضها أو رتقتها أو صغرها أو جبه أو كان أسيراً في دار حرب أو لكونها ممتعة أو كانت في مكان لا يعرفه فلا يكون مؤلياً . مجمع الأنهر (٤٤٥/١) .

(٢) يقول ابن خلف المصري : والإيلاء يكون بحلف المسلم المكلف الحر الذي يتصور منه الوقاع . كفاية الطالب الرباني (٨٧/٢) ، ويقول : من شرط الإيلاء : قصد الضرر . كفاية الطالب الرباني (٨٨/٢) ، ويقول الدسوقي : ولا يرد في الإيلاء الشيخ الفاني الذي يمكن جماعه ؛ لأن هذا الإمكان عقلي لا عادي ، ويشترط في المؤلي إمكان وقاعه من جهته . حاشية الدسوقي (٤٢٧/٢) . ويقول الحطاب في أحكام الفينة من الإيلاء : ولا مطالبة لممتنع وطؤها برتق أو مرض حيث يتعذر الفينة بالوطء ، ويكون التطبيق عليه إنما هو إذا امتنع من الوعد . مواهب الجليل (١١٠/٤) .

(٣) يقول الشيرازي : يصح الإيلاء من كل زوج بالغ عاقل قادر على الوطاء ، وأما من لا يقدر على الوطاء بسبب لا يزول كالمجبوب والأشل ففيه قولان : أحدهما يصح إيلاؤه ؛ لأن من صح إيلاؤه إذا كان قادراً على الوطاء صح إيلاؤه إذا لم يقدر كالمريض والمحبوس ، والثاني : قاله في الأم : لا يصح إيلاؤه ؛ لأنه يمين على ترك ما لا يقدر عليه بحال فلم يصح كما لو حلف لا يصعد السماء ، ولأن القصد بالإيلاء أن يمنع نفسه من الجماع باليمين وذلك لا يصح ممن لا يقدر عليه ؛ لأنه ممنوع من غير يمين . السهذ (١٠٥'٢) ، وانظر قول الشافعي في الأم : (٢٧٤'٥) .
ويقول الشرييني الخطيب : والعاجز عن الوطاء لا يتحقق منه قصد الإيذاء بالامتناع ، ولو ألى من رتقاء أو قرناء لم يصح الإيلاء على المذهب لامتناع الأمر في نفسه ، وقال : يشترط في الزوج الذي يقع منه الإيلاء إمكان وطئه ، فلو مجبوب أو مقطوع الذكر كله لم يصح إيلاؤه على المذهب . وقيل : لا يشترط لعموم الآية . مغني المحتاج (٣٤٤/٣) مع تصرف .

وبه قال الحنابلة^{١١}.

وحجتهم من وجهين :

الوجه الاول : أن الإيلاء يوجب الفیء أو الطلاق لرفع الضرر عن المرأة بترك الوطاء ، فإذا كانت المرأة لا تتضرر من ذلك لعدم حاجتها له فلا معنى لانعقاد الإيلاء .

الوجه الثاني : أن الإيلاء يحرم لما يحققه من الإيذاء والإضرار بالمرأة بترك الوطاء ، فإن كان الوطاء ممتعاً في نفسه لشيخوخة أو مرض فماذا أضاف الإيلاء ؟ إنه في حكم من حلف لا يصعد السماء .

اعترض على ذلك بأن المرأة يلحقها ضرر من هجر مضجعها وسوء صحبتها^{١٢} .

ويمكن الجواب عن ذلك : بأن هذا لا يكون من الإيلاء وإنما يكون من سوء المعاشرة المنهي عنها .

المذهب الثاني : يرى عدم انعقاد الإيلاء إذا كان الزوج لا يطبق الجماع ، أما إذا كانت الزوجة لا تطيقه وهو يطيقه فينعقد الإيلاء ، وإليه ذهب بعض المالكية^{١٣} .

وحجتهم : أن الإيلاء لا يكون إلا فيما يملك ، والزوج يملك أمر نفسه .

ويمكن الجواب عن ذلك : بأن الزوج ولو كان مطيقاً للجماع إلا أنه لا يتمكن منه إذا كانت الزوجة لا تطيقه معه ، ثم إن تحريم الإيلاء إنما كان لمصلحة الزوجة .

١١ يقول البهوتي : يشترط في الزوج قدرته على الجماع فالعنين والمحبوب لا إيلاء له ، ويشترط في الزوجة إمكان جماعها لتخرج الرتقاء ونحوها . كشف القناع (٣٥٣/٥) .

ويقول : إن كان تركه للجماع لعذر لأحدهما من مرض أو غيبة أو حبس لا يكون إيلاءً ، ولا تضرب له مدة فيء . كشف القناع (٣٥٤/٥) .

ويقول : يشترط للإيلاء أن تتضرر المرأة بترك الوطاء . كشف القناع (٣٥٤،٥) .

١٢ المحلى (٤٣/١٠) .

(٣) نص على ذلك الدسوقي في حاشيته - المرجع والنص سالف الذكر .

المذهب الثالث : يرى انعقاد الإيلاء من كل زوج يصح طلاقه ولو كان لا يطبق الجماع أو كانت زوجته لا تحتمله ، وهو وجه عند الشافعية ، وبه قال ابن حزم الظاهري^(١) .

وحجتهم من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أن الحكم في الإيلاء جاء عاماً لم يخص أحدًا ، قال تعالى : ﴿ الَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ (البقرة: ٢٢٦) ، فوجب أن يعم جميع الأزواج .

الوجه الثاني : أن الذي لا يطبق الجماع زوج يصح طلاقه فوجب أن يصح إيلاؤه .

الوجه الثالث : أن المسنين يمكنهم الجماع بأحد الأوجه .

ويمكن الجواب عن ذلك بما يأتي :

(١) القول بعموم الآية غير مسلم لتخصيصها بالزوج المجنون إجماعاً .

(٢) قياس الإيلاء على الطلاق قياس مع الفارق لتحريم الإيلاء في ذاته دون الطلاق .

(٣) القول بأن المسنين يمكنهم الجماع بوجه قول نظري لا يرتب أثراً ، يقول الشيخ الدسوقي المالكي : لا يرد أن الشيخ الفاني يمكنه الجماع ؛ لأن هذا الإمكان عقلي لا عادي^(٢) .

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم انعقاد الإيلاء من المسنين الذين لا يطبقون الجماع أصلاً بشرط أن لا يهجر مضجعها أو يسيء صحبتها ، كما ذكر ابن حزم .

(١) انظر للشافعية ما سبق ذكره عن الأم (٢٧٤/٥) ، المذهب (١٠٥/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) ، وأما ابن حزم فقال : والعاجز عن الجماع إذا حلف وقع إيلاؤه من امرأته ؛ لأن الله لم يخص بذلك جماعة من غيرهم ، فوجب أن يكلف من الفينة ما يطبق ، وهو مطبق على الفينة بلسانه ومراجعته مضجعها وحسن صحبتها . المحلى (٤٣/١٠) .

(٢) حاشية الدسوقي (٤٢٧/٢) .

الفرع الثاني

صفة الفيء من الإيلاء للمسنين

إذا قلنا بوقوع إيلاء المسنين فكيف يكون فيؤهم منه ؟ لقد أجمع الفقهاء على أن للفيء من الإيلاء طريقين : أصلية ونيابية :

(١) أما الطريق الأصلية : فهي الجماع بالإجماع ، يقول ابن المنذر : أجمعوا على أن الفيء : الجماع إذا لم يكن له عذر^(١).

ويتحقق بالجماع الحنث في اليمين ؛ لأن موضوعه كان لترك الجماع ، فالإتيان به ينقضه ، وهو يوجب الكفارة عند الجمهور دون الشافعية في مذهبه القديم^(٢).

(٢) وأما الطريق النيابية : فهي الفيء بالقول أو الإشارة للعاجز عن القول ، أو الترضية بالفعل للعاجز عنهما .

والفيء بالقول : يكون بكل عبارة تفيد عود الزوج عن يمينه بترك وطء زوجته ، كأن يقول : رجعت عما قلت .

والفيء بالإشارة : يكون بما يفيد رجوع الزوج الأخرس عن إيلائه ، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة بالإشارات .

والفيء بالترضية بالفعل : يكون بالرجوع إلى مضجع الزوجة وحسن صحبتها .

هذا ، وقد أجمع الفقهاء على أن هذه الطريق لا يلتفت إليها في باب الإيلاء إلا عند العجز عن الطريق الأولى وهي الجماع ، وهي الطريق الأصلية التي يتحقق بها دفع الظلم عن الزوجة حقيقة ، وقالوا : إن الفيء بالقول بدلاً من الفيء بالجماع بمثابة التيمم بدلاً من الوضوء ، لا يلتفت إليه إلا عند العجز عن الأصل .

(١) كتاب الإجماع لابن المنذر (ص ١٠٥) - كتاب الإيلاء - الإجماع رنم (٤٢٥) ، وانظر أيضاً المغني (٣٢٤/٧) .

(٢) سبق تفصيل ذلك في التعريف بالإيلاء وأحكامه العامة .

واتفق الفقهاء على أن العجز عن الجماع قد يكون حقيقياً وقد يكون حكماً ، فإن كان حقيقياً فهو مرخص للفيء القولي بالإجماع ، وأما إن كان العجز حكماً فقد اختلف الفقهاء في مدى ترخيصه للفيء القولي على مذهبين^(١) :

المذهب الأول : أن العجز الحكمي كالعجز الحقيقي ، وهو مذهب كل من المالكية والشافعية في وجه والحنابلة ، وإليه ذهب الظاهرية .

وحجتهم : القياس على حكم الخلوة بالزوجة ، حيث يستوي في صحتها المانع الحقيقي والمانع الحكمي أو الشرعي ، فكذلك الفيء في الإيلاء يقوم به العجز الحكمي مقام العجز الحقيقي ، وهذا ما يتفق مع أصول الشريعة .

المذهب الثاني : أن العجز الحكمي لا يرخص بالفيء القولي ، وهو مذهب الحنفية والأصح عند الشافعية .

وحجتهم : أن الامتناع عن الجماع بالعجز لا يخلو من تقصير الزوج ، فلا ينتفع بخطئه .

وقد ذكر الفقهاء من أمثلة العجز الحقيقي عن الجماع : عجز الزوج عن الجماع لضعف أو كبر سن أو مرض ، أو تكون المرأة صغيرة لا يجامع مثلها أو تكون رتقاء وقع بها انسداد في موضع الجماع . أو يكون أحد الزوجين محبوساً أو مسافراً بحيث لا يمكن التقاء الزوجين قبل انتهاء أجل الإيلاء .

وذكروا من أمثلة العجز الحكمي عن الجماع : طرود الحيض أو النفاس على المرأة ، أو يكون أحد الزوجين محرماً بالحج^(٢) .

والفيء القولي ليس جماعاً ، وإنما هو وعد به ، ويتحقق به ترضية المرأة ، بما يقطع الإضرار بها ، ومن ثم فهو يقطع الإيلاء ولا يوجب الحنث إلا بعد حصول

(١) انظر مراجع الفقهاء سالفه الذكر في حكم وقوع الإيلاء من المسنين .

(٢) انظر في تلك الأمثلة مراجع الفقهاء سالفه الذكر في حكم وقوع الإيلاء من المسنين .

الموعود به الذي هو محل الإيلاء حقيقة ، ويحتمل أن يوجب الحنث ؛ لأنه قطع حكم الإيلاء ، فكذلك في الحنث .

ومما سبق يتضح أن المسنين لو تمكنوا من الجماع تحتم طريقاً للفيء من الإيلاء ، وإلا فإن لم تكن لهم إرب النكاح كان طريقهم إلى الفيء من الإيلاء بالكلمة الطيبة التي تمسح عكر الإيلاء .

* * *

المبحث الثالث

أحكام طلاق المسنين وفسخ أنكحتهم

أتكلم في هذا المبحث عن تعريف كل من الطلاق وفسخ النكاح مع أحكامهما العامة ، ثم أبين الأحكام الخاصة بطلاق المسنين وفسخ أنكحتهم في مطلبين :

المطلب الأول

التعريف بالطلاق وفسخ النكاح وأحكامهما

التفريق في النكاح إما أن يكون طلاقاً أو فسخاً ، وكل منهما قد يقع اتفاقاً وقد يقع قضاءً ، وسأكتفي بإشارة سريعة إلى التعريف بكل من الطلاق وفسخ النكاح وأحكامهما العامة ، وذلك في فرعين .

الفرع الأول

التعريف بالطلاق وأحكامه العامة

(١) الطلاق والإطلاق في اللغة : ضد الحبس وهو التخلية والإرسال بعد اللزوم والإمساك ، وطلاق المرأة بينونها عن زوجها ، وطلق الرجل امرأته ، وطلقت هي - بفتح الطاء واللام ، أو بفتح الطاء وضم اللام - والفتح أفصح . قال الأخصش : لا يقال : طلقت - بالضم - ويقال في وجع الولادة : طلقت طلقاً فهي طالق - بغير هاء - أي ذات طلق ، كما يقال : حائض ، أي ذات حيض ، وقيل : لأنها صفة تختص بالمؤنث لا يشاركها فيه المذكر فحذفت منه العلامة ، وربما قالوا : طالقة ، بالهاء .

والطلاق اسم مصدر من طلق يطلق تطبيقاً ، فهي طالق ، والجمع : طلق - بضم الطاء وتشديد اللام - وطلقة تجمع على طوالق^(١) .

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة : طلق ، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب (٧٧/٢) .

والطلاق في اصطلاح الفقهاء : هو رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح بلفظ مخصوص^(١).

(٢) ولا خلاف بين الفقهاء في أصل مشروعية الطلاق في الإسلام ؛ لقوله تعالى : ﴿ اَلطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ ﴾ (البقرة: ٢٢٩) . وقوله سبحانه : ﴿ يَتَايَأُ النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلُّوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ (الطلاق: ١) . وأخرج الحاكم وصححه عن ابن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق »^(٢) . وأخرج الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق زوجته وهي حائض ، فجاء عمر يسأل النبي ﷺ فقال : « مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء »^(٣) . وأخرج أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم وصححاه عن عمر رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ طلق حفصة ثم راجعها^(٤) .

(٣) وتشريع الإسلام للطلاق لا يعني تشجيعه لذلك ، وإنما هو من باب تأكيد الإسلام لحسن معاشرة الزوجة والصبر عليها الأمور بهما في قوله تعالى :

(١) مجمع الأنهر (١/٣٨١) . حاشية ابن عابدين (٣/٢٢٦) ، وانظر تعريف الطلاق بنحو هذا مع اختلاف في بعض الألفاظ والقيود في فقه المذاهب : كفاية الطالب الرباني (٢/٧٥) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢/٣٤٧) ، مغني المحتاج (٣/٢٧٩) ، المغني والشرح الكبير (٧/٢٩٦) .

(٢) المستدرک (٢/٢١٤) رقم (٢٧٩٤) ، وأخرجه الدارقطني في سننه من حديث معاذ (٤/٣٥) رقم (٩٦) ، وأخرجه أبو داود بروايتين ، الأولى : من حديث محارب بن دثار ، مرسله باللفظ المذكور ، والثانية : من حديث ابن عمر موصولاً بلفظ : « أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق » . سنن أبي داود (٢/٢٥٤ ، ٢٥٥) رقم (٢١٧٧ ، ٢١٧٨) . قال ابن حجر : رجح غير واحد من العلماء إرساله . تلخيص الحبير (٣/٢٠٥) .

(٣) صحيح البخاري (٥/٢٠١١) رقم (٤٩٥٣) ، صحيح مسلم (٢/١٠٩٣) رقم (١٤٧١) .

(٤) صحيح ابن حبان (١٠/١٠٠) رقم (٤٢٧٥) ، سنن ابن ماجه (١/٦٥٠) رقم (٢٠١٦) ، سنن النسائي (٦/٢١٣) رقم (٣٥٦٠) ، سنن أبي داود (٢/٢٨٥) رقم (٢٢٨٣) ، المستدرک (٢/١٩٧) رقم (٢٧٩٧) .

﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾ (النساء: ١٩). فإذا لم يطق الصبر لزمه الإحسان إليها عند الفراق كما قال تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ (الطلاق: ٢). فإن كانا صادقين في ضرورة الفراق مع إحسانهما فيه أبدلهما الله خيراً كثيراً ، قال تعالى : ﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّنْ سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴾ (النساء: ١٣٠).

(٤) واتفق الفقهاء على أن الطلاق نوعان : بائن ورجعي ، وأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته من غير اختيارها ، وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها^(١) ، يدل لذلك قوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيَا النَّبِيَّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفِدْحَةٍ مُّبَيَّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ۗ ﴾ (الطلاق: ١). فإذا بلغن أجلهن فأمسكنهن بمعروفٍ أو فارقوهن بمعروفٍ وأشهدوا ذوي عدلٍ منكم وأقيموا الشهادة لله ۗ (الطلاق: ١).

وأما الطلاق البائن فهو الذي لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته من غير اختيارها ، وهو نوعان : بائن بينونة صغرى يحتاج إلى عقد ومهر جديدين ، وبائن بينونة كبرى يوجب أن تتزوج المطلقة بغير المطلق ، ثم تبين منه لتعود إلى الأول بعقد آخر .

أ- أما الطلاق البائن بينونة صغرى فله ثلاث أحوال^(٢) ، هي :

١- إذا كان قبل الدخول ؛ لقوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ۚ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ (الأحزاب: ٤٩).

(٢٠١) بداية المجتهد (٢/٦٠).

٢ - إذا كان رجعيًا وانتهت العدة دون أن يراجعها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْرُضُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ ﴾ (البقرة: ٢٣٥) .

٣ - إذا كانت طليقة أولى أو ثانية باختيار الزوج للبينونة أو كانت بيد الحاكم أو القاضي ، أو كانت على مال ، أو في الخلع عند من يرا، طلاقاً^(١) .

ب- وأما الطلاق البائن بينونة كبرى فيكون إذا أوقع الزوج على زوجته ثلاث تطليقات ؛ لقوله تعالى : ﴿ الْأَطْلُقُ مَرَّتَانٍ فَلِمَسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنِ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَمَّا آتَيْنَاهُمْهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حَفِظْتُمَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٢٣٠﴾ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾ (البقرة: ٢٢٩، ٢٣٠) .

(٢) والطلاق ينقسم إلى نوعين : سني وبدعي في المدخول بها غير الحامل أما غير المدخول بها أو الحامل فهو سني أبداً .

يقول ابن رشد : أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه فيه طليقة واحدة ، وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة ، وإنما أجمعوا على هذا ؛ لما ثبت من

(١) لا خلاف بين الفقهاء أن الخلع إذا وقع بلفظ الطلاق أو نوي به الطلاق فهو طلاق ، أما إذا وقع بلفظ الخلع أو الفراق أو نحوهما فالجمهور من الحنفية بالمفتى به والمالكية والجديد عند الشافعية ورواية للحنابلة ومذهب الظاهرية : أنه طلاق . وذهب الحنفية في القياس والشافعية في القديم والرواية الثانية للحنابلة أنه فسخ وليس طلاقاً . تبين الحقائق (٢/٢٦٨) ، بداية المجتهد (٢/٦٩) ، مواهب الجليل (٤/٩) ، روضة الطالبين (٧/٣٧٥) ، كشاف القناع (٥/٢١٦) ، المحلى (١٠/٢٣٥) .

ويلاحظ : أن من قال بأن الخلع طلاق قال إنه يقع بائناً إلا ابن حزم الظاهري الذي قال إنه يقع رجعيًا إلا إذا كان ثلاثاً أو تكون غير موطوءة (أي قبل الدخول) فإن راجعها في العدة صح ، شاءت أم أبت ، ويرد ما أخذ منها إليها . المراجع السابقة .

حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فجاء عمر يسأل النبي ﷺ فقال : «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»^(١).

الفرع الثاني

التعريف بفسخ النكاح وأحكامه العامة

(١) الفسخ في اللغة : يطلق على النقض والتفريق ، تقول : فسخ الشيء فسخاً أي نقضه ، ويقال : انفسخ البيع أو النكاح أي انتقض وبطل وزال ، وتفسخ الشيء : انفسخ^(٢).

والمقصود بفسخ النكاح في اصطلاح الفقهاء : حل عقدة النكاح بسبب من أسبابه ، ولا يحتسب من عدد الطلاقات الثلاث^(٣).

(٢) والأصل في التفريق في النكاح أن يكون بالطلاق ، ولذلك وقع تداخل بين التفريق بالطلاق والتفريق بالفسخ ، واختلف فيه الفقهاء اختلافاً كبيراً ، فما يراه البعض فسخاً يراه البعض الآخر طلاقاً ، ويمكن القول إجمالاً بأن فسخ النكاح منه ما يتوقف على القضاء ومنه ما لا يتوقف على القضاء .
فمن أهم أسباب الفسخ التي لا تتوقف على القضاء بصفة عامة : فساد العقد في أصله كالزواج بغير شهود ، وطروء حرمة المصاهرة بين الزوجين .

(١) بداية المجتهد (٦٣/٢) ، وانظر أيضاً المحلى (١٦١/١٠) . والحديث في صحيح البخاري

(٢٠١١/٥) رقم (٤٩٥٣ ، ٤٩٥٤) ، صحيح مسلم (١٠٩٣/٢) رقم (١٤٧١).

(٢) لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة : فسخ .

(٣) وضعت هذا التعريف من مضمون استعمال الفقهاء لهذا الاصطلاح ، انظر في ذلك : بدائع الصنائع

(٣٣٦/٢ ، ٣٣٨) ، شرح فتح القدير (٢١/٣) ، بداية المجتهد (٦٩/٢ ، ٧٠) ، حاشية الشرقاوي

(٢٩٥/٢) ، المغني والشرح الكبير (٥٦/٧) ، المحلى (١٤٢/١٠) .

ومن أهم أسباب الفسخ التي تتوقف على القضاء لاحتياجها إلى الثبت : عدم الكفاءة ، ونقصان المهر ، وغيوب أحد الزوجين .

(٣) ويرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة جواز التفريق لغيب الرجل والمرأة بما يخل مقصود النكاح كالجبِّ والعنة في الرجال ، والرتق والقرن في النساء^(١) .

وذهب الحنفية إلى أن التفريق بالغيب حق للنساء دون الرجال لامتلاكهم الطلاق^(٢) .

وذهب ابن حزم الظاهري إلى أن العيوب في أحد الزوجين لا يشرع بها التفريق ولو كان العيب عانة أو داءً في الفرج^(٣) ، وهو ما روي عن عمر ابن عبد العزيز^(٤) .

وسبب الخلاف - كما يذكره ابن رشد - يرجع إلى شيئين : أحدهما : هل قول صاحب حجة ؟ والآخر : قياس النكاح في ذلك على البيع .

فأما قول صاحب الوارد في ذلك فهو ما روي عن عمر بن الخطاب ، أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص - وفي بعض الروايات : أو قرن - فلها صداقها كاملاً ، وذلك غرم لزوجها على وليها .

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٧٧/٢) ، بداية المجتهد (٥٠/٢) ، مغني المحتاج (٢٠٢/٣) ، المغني والشرح الكبير (١٢٥/٧) .

والجب هو : قطع الذكر والأنثيين ، وفي حكمه قطع الأنثيين فقط عند الحنابلة .

والعنة : العجز عن الوطء للضعف ، وقيل : هو صغر الذكر بحيث لا يتأتى معه الجماع .

والرتق : انسداد فرج المرأة لكثرة اللحم .

والقرن : عظم ينشأ في فرج المرأة يمنع من الوطء .

انظر تعريف تلك المصطلحات في : حاشية ابن عابدين (٤٩٤/٣) ، كفاية الطالب الرباني (٨٣/٢) ، المهذب (٤٨/٢) ، المغني (١٢٥/٧) .

(٢) حاشية ابن عابدين (٤٩٤/٣) ، مجمع الأنهر (٤٦١/١) .

(٣) المحلى (١٠٩/١٠) .

(٤) بداية المجتهد (٥٠/٢) .

وأما القياس على البيع : فإن القائلين بموجب الخيار للعيب في النكاح قالوا : النكاح في ذلك شبيه بالبيع . وقال المخالفون لهم : ليس شبيهاً بالبيع ، لاجتماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب ، ويرد به البيع^(١) .

(٤) يقول ابن رشد : واختلف قول مالك في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث إلى قولين :

أحدهما : أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه - أعني في جوازه - وكان الخلاف مشهوراً فالفرقة عنده فيه طلاق ، مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها ، والمحرم . فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ .

والقول الثاني : أن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفريق ، فإن كان غير راجع إلى الزوجين ، مما لو أرادا الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخاً ، مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة ، وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقاً^(٢) .

(١) بداية المجتهد (٥٠١/٢) ، وأثر عمر بن الخطاب أخرجه مالك في الموطأ (٥٢٦/٢) رقم (١٠٩٧) ، وابن أبي شيبة في المصنف (١٣٥/٧) رقم (١٤١٤٧) ، والرواية التي ذكر فيها القرن أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٣٥/٧) .

(٢) بداية المجتهد (٧٠/٢ ، ٧١) .

المطلب الثاني الأحكام الخاصة في طلاق المسنين وفسخ أنكحتهم

تكلم الفقهاء في هذا الشأن عن الطلاق للفرار من إرث الزوجة ، وعن حق الزوجة الشابة في طلب انفريق لضعف الزوج الجنسي لكبر السن ، وأبين ذلك في الفرعين الآتيين :

الضرع الأول طلاق المسنين والفرار من الإرث

ترجم فقهاء الحنفية والحنابلة لهذه المسألة بمسألة طلاق العار ، وذكروها في عدة مواضع ، ومن أهم تلك المواضع : حكم طلاق المريض ، وقد استدرکوا عليه فقالوا في مقدمة أحكامه : الحكم غير مختص بالمريض ، بل المراد من يخاف عليه الهلاك غالباً وإن كان صحيحاً ، وهي الحالة التي يصير بها الرجل فارعاً بالطلاق من إرث زوجته فيه ، إذا كان الطلاق بغير رضاها^(١).

أما فقهاء المالكية والشافعية والظاهرية فقد تكلموا عن هذه المسألة عرضاً وهم يتكلمون عن حكم طلاق المريض^(٢).

(١) الهداية (٤:٢) ، المبسوط (١٥٥/٦ ، ١٥٦) ، (١٠٣/١٠) ، شرح فتح القدير (١٤٧/٤) ، بدائع الصنائع (٢١٨/٣) ، مجمع الأنهر وبتدر المتقي في شرح الملتقى (٤٢٧/١) ، البحر الرائق (٤٨/٤ ، ١٤٨) ، حاشية ابن عابدين (٣٨٣/٣ ، ٥١٣) ، الفرة المنيفة للغزنوي (١٦٠/١) ، وانظر هذه المسألة في : النكت والفوائد السنبة على مشكل المحرر لابن مفلح الحنبلي (٣٧٢/٢) ، مجموع الفتاوى لابن تيمية (٣٦٨/٣١ ، ٣٦٩) ، المعني والشرح الكبير (٧٩:٨ ، ٨٠) ، إعلام الموقعين (٢٤٦:٣).

(٢) بداية المجتهد (٨٢:٢) ، حاشية الدسوقي (٣٥٣/٢) ، مغني المحتاج (٢٩٤/٣) ، المحلى (٢٠٨/١٠).

هذا ، وطلاق المسنين في بعض صورته ينطبق عليه صفات طلاق الفار أو المريض ؛ لمكان التهمة ، كما لو كان الطلاق بغير سبب ظاهر ، ولم يكن برضا الزوجة ، فما حكم وقوعه وما أثره بالنسبة للميراث ؟

لا خلاف بين الفقهاء في وقوع الطلاق من الزوج العاقل المختار ولو كان شيخاً هرمًا أو مريضاً هالكاً^(١) .

ولا خلاف أيضاً بين الفقهاء على أحقية الزوجة المطلقة طلاقاً رجعيًا في الميراث من مطلقها إذا مات في فترة العدة ، ولا خلاف أيضاً في عدم استحقاق المطلقة طلاقاً بائناً شيئاً من الميراث إذا كان طلاقها في حال الصحة والاعتقاد .

وإنما الخلاف بين الفقهاء في حكم ميراث زوجة الفار إذا كان طلاقها بائناً ومات في العدة أو بعدها^(٢) .

وسبب الخلاف - كما يذكره ابن رشد - هو اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع ، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ؛ ليقطع حظها من الميراث ، فمن قال بسد الذرائع أو جب ميراثها ، ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثاً ، وذلك أن هذه الطائفة تقول : إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه^(٣) .

وقد حصرت أقوال الفقهاء في هذه المسألة ، وأجملتها في المذهبين الآتين :

(١) لم أجد من يقول بعدم وقوع طلاق المريض والفار إلا ما نسبته ابن حزم لقوم لم يسمهم ، ثم استدل لهم بقصة طلاق عبد الرحمن بن عوف لزوجته تماضر الكلبية فكلمه عثمان ليراجعها ، فتلكأ عليه ، فقال عثمان : قد أعرف إنما طلقها كراهية أن تترث مع أم كلثوم ، وإني والله لأقسم لها ميراثها وإن كانت أم كلثوم أختي - قال ابن حزم : فهذا عثمان يأمر عبد الرحمن بمراجعتها بعد أن طلقها آخر طلاقها في مرضه فصح أنه لم يكن يراه طلاقاً . المحلي (١٠/٢١٨) .

أقول : إن الجمهور الذي استدل بهذه القصة رأى أن طلاق الفار واقع من حيث الانفصال لا من حيث الميراث ، وكما يقول ابن رشد : يقع الطلاق موقوف الحكم بالنسبة للميراث . بداية المجتهد (٨٣/٢) .

(٢) أما إذا ماتت هي فلا يرثها عند أئمة أهل العلم ، وروي عن الحسن البصري قال : يتوارثان إن مات من مرضه ذلك . المحلي (١٠/٢١٩) .

(٣) بداية المجتهد (٨٣/٢) .

المذهب الاول : يرى عدم استحقاق البائن ميراثاً بحال ، ولو كان المطلق مريضاً أو مسناً أو فاراً ، وإليه ذهب الشافعية في الجديد ، وبه قال الظاهرية^(١) ، وأخذ به عبد الله بن الزبير وعبد الله بن عوف^(٢) .

وحجتهم من وجهين :

الاول : أن الإجماع قد انعقد بوقوع الطلاق ، والخلاف في أثر من آثاره وهو التوريث ، ونحن نقول : إن كان قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه ، والتي منها قطع السببية التي توجب الميراث ، إذ لا يوجد في الشرع نوع من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية .

الثاني : قياس المطلقة البائن على زوجها المطلق ، فإنها إذا ماتت لا يرث منها بالإجماع ، فكذلك إذا مات هو لا ترث منه .

وقد اعترض الجمهور على تلك الحجة من ثلاثة أوجه :

الاول : أن القياس يترك حيث ثبت إجماع الصحابة على توريث البائن إذا كان مطلقها فاراً من الميراث^(٣) ، كما سيأتي في أدلة الجمهور .

الثاني : أن النكاح في العدة قائم في حق بعض الآثار ، كثبوت النسب ، والمنع من الخروج والبروز ، والنفقة ، والسكنى ، فجاز أن يبقى في حق إرثها منه ، دفعاً للضرر عنها بدون رضاها^(٤) .

وعلى ذلك فإننا نقول : إن طلاق البائن ليس صحيحاً وليس باطلاً ، وإنما هو موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح^(٥) .

الثالث : قياس البائن على الزوج الذي لا يرث منها بالإجماع قياس مع الفارق ، لأنه رضي بإبطال حقه حيث أقدم على البيئونة^(٦) .

(١) مغني المحتاج (٣/٢٩٤) ، المحلى (١٠/٢١٨) ، مجموع الفتاوى (٣١/٢٦٨) .

(٢) بدائع الصنائع (٣/٢١٩) ، المبسوط (٦/١٥٥) ، بداية المجتهد (٢/٨٣) ، السحلى (١٠/٢٢٣) .

(٣) المبسوط (٦/١٥٥) .

(٤) الغرة المتينة (١/١٦٠) .

(٥) بداية المجتهد (٢/٨٣) .

(٦) الغرة المتينة (١/١٦٠) .

المدّهب الثاني : يرى استحقاق البائن ميراثاً في الجملة ، إن ثبت أن المطلق كان فاراً منه ، كما لو كان مريضاً أو شيخاً هرمًا ، أو موقوفاً للقتل .

وإلى هذا ذهب أكثر أهل العلم ، وهو مذهب الحنفية والمالكية والقديم عند الشافعية ، وإليه ذهب الحنابلة ، واختاره ابن تيمية وابن القيم ، وبه قال الليث وابن أبي ليلى والثوري والنخعي والحسن وشريح وطاوس ، وروي عن أبي بكر وعمر وعثمان وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبي بن كعب^(١) .

وحجتهم : إجماع الصحابة والمعقول

(١) أما إجماع الصحابة فقد ثبت في عهد عثمان بن عفان في قصة طلاق عبد الرحمن بن عوف لزوجته تماضر الكلبية الثالث وهو مريض ، فورثها عثمان منه بعد موته ، حيث أخرج ابن حزم بسنده عن نافع مولى ابن عمر ، قال : إن عبد الرحمن طلق امرأة له كلبية في مرضه الذي مات فيه ، فكلّمه عثمان ليراجعها ، فتلكأ عليه عبد الرحمن ، فقال عثمان : قد أعرف إنما طلقت كراهية أن ترث مع أم كلثوم ، وإني والله لأقسمنّ لها ميراثها ، وإن كانت أم كلثوم أختي . قال نافع : وكان آخر طلاقها تطليقه في مرضه^(٢) .

فهذا عثمان يحكم بتوريث مبنوة عبد الرحمن بن عوف ، وكان ذلك بمحضر الصحابة دون نكير ، فصار إجماعاً^(٣) .

وجاء عن عثمان أيضاً أن عبد الرحمن بن مكمل طلق بعض نسائه بعد أن أصابه فالج ثم مات بعد سنتين ، فورثها منه عثمان . وفي رواية لعبد الرزاق زاد : بعدما انقضت عدتها^(٤) .

(١) المراجع سألفة الذكر في أول المسألة ، وانظر أيضاً : المدونة الكبرى (٣٨/٦) .

(٢) المحلى (٢١٨/١٠) ، الأم (٢٥٤/٥) ، الموطأ (٥٧٢/٢) رقم (١١٨٥) ، مصنف عبد الرزاق (٦٢/٧) رقم (١٢١٩٣) ، مجموع الفتاوى (٣٦٨/٣١) ، (٣٦٩) .

(٣) انظر دعوى الإجماع في المبسوط (١٥٥/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٩/٣) ، بداية المجتهد (٨٣/٢) - وقال ابن تيمية : هو قول جمهور أئمة الإسلام ، وهو القول الصحيح الذي أفتي به . مجموع الفتاوى (٣٦٨/٣١) ، (٣٦٩) .

(٤) المحلى (٢١٩/١٠) ، موطأ الإمام مالك (٥٧٢/٢) رقم (١١٨٤) ، المدونة الكبرى (٣٨/٦) - المصنف (٦٣/٧) رقم (١٢١٩٦) ، (١٢١٩٧) .

وصح أيضاً عن عثمان أنه ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف الكلبيّة ، وقد طلقها وهو مريض آخر ثلاث تطليقات ثم مات بعد أن أتمت عدتها ، فقيل لعثمان : لم تورثها من عبد الرحمن وقد علمت أن لم يطلقها ضراراً ولا فراراً من كتاب الله عز وجل ؟ فقال عثمان : أردت أن تكون سنة ، يهاب الناس الفرار من كتاب الله عز وجل .

وأخرج ابن حزم عن الشعبي ، أن أم البنين بنت عُبَيْنة بن حصن كانت تحت عثمان ، فلما حوَصِرَ طلقها ، وكان قد أرسل إليها يشتري منها ثُمْنُها ، فأبت ، فلما قتل أتت علي بن أبي طالب فذكرت ذلك له فقال علي : تركها حتى إذا أشرف على الموت طلقها . فورثها^(١) .

(٢) وأما دليل المعقول فمن وجهين :

الاول : أن المريض متهم في أن يكون قد طلق في مرضه زوجته ؛ ليقطع حظها من الميراث ؛ ليفر عما أوجب الله تعالى لها في كتابه من الميراث ، فعومل بنقيض قصده ؛ رفعا للضرر على الزوجة ، ولثلا يكون ذريعة إلى منع الحقوق^(٣) .

الثاني : أنه قد تعلق حق الزوجة بالتركة في أواخر عمر الزوج ، ويعرف ذلك بمرض ونحوه ، ولذلك فإنه يحجر على المريض التبرع بالزيادة على الثلث لحق الورثة ، فصار تصرفه في مرض موته بالنسبة إلى الورثة كتصرفه بعد الموت لا يملك قطع إرث أحد ، فكذلك لا يملك قطع إرث أحد قبيله^(٤) .

(١) الملونة الكبرى (٣٨/٦) ، المحلي (٢١٩/١٠) ، بدائع الصنائع (٢١٩/٣) ، وروى مالك بسنده أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها . الموطأ (٥٧١/٢) رقم (١١٨٣) ، وأخرجها عبد الرزاق في المصنف (٦٢/٧) رقم (١٢١٩٥) ، السنن الكبرى (٣٦٢/٧) .

(٢) المحلي (٢٢٣/١٠) ، كما أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢١٨/٥) رقم (١٣٩٨١) .

(٣) بدائع الصنائع (٢٢٠/٣) ، بداية المجتهد (٨٣/٢) .

(٤) المبسوط (٣٦٩/٣١) ، بدائع الصنائع (٢١٩/٣) ، مجموع الفتاوى (٣٦٩/٣١) .

مناقشة أدلة الجمهور :

وردت عدة اعتراضات على دليل الجمهور الذي يرى توريث البائن إذا طلقها من كان فأراً من ميراثها ، وأذكر ذلك فيما يلي :

أولاً : دعوى إجماع الصحابة على توريث البائن من الفار :
يرد على هذه الدعوى أمران :

الأمر الأول : عدم صحة ما روي عن الصحابة في ذلك ، يقول ابن حزم : إنما جاءت في ذلك روايات مختلفة متناقضة عن خمسة من الصحابة فقط ، هم : عمر و عثمان وعلي وعائشة أم المؤمنين وأبي بن كعب . ثم ذكر ابن حزم علة لكل رواية إلا الرواية عن عثمان ، قال : إنه لم يره طلاقاً ، وأنه أمره بمراجعتها ، وهذا خلاف ما ذهب إليه الجمهور من وقوع الطلاق وثبوت حق الإرث ، ثم اضطربت رواية الثقات عنه ، فروي أنه لم يورثها إلا في العدة وروي أنه ورثها بعد العدة ، ولا شك أن في إحدى هاتين الروایتين وهم لا ندري أيتهما هي (١).

ويمكن الجواب عن ذلك بأن كثرة الروايات في هذه المسألة يقوي بعضها بعضاً ، وصحة رواية عثمان بن عفان التي أقر بها ابن حزم كافية للدلالة ، وما ذكر من تعارض الروايتين أنه ورثها في العدة أو بعد العدة ؛ لا يقدر في أصل التوريث للمبتوتة ، والاحتياط يجعلنا نكتفي بفترة العدة ؛ لأنها محل إجماع الروايتين .

الأمر الثاني : إذا سلمنا بصحة ما روي عن بعض الصحابة في ذلك إلا أننا لا نسلم بدعوى الإجماع ، وذلك لما ورد من خلاف عبد الله بن الزبير وعبد الله ابن عوف رضي الله عنهما ، فقد أخرج عبد الرزاق والدارقطني والبيهقي عن ابن أبي مليكة ، أنه سأل عبد الله بن الزبير عن المبتوتة - يعني في المرض - قال : قال لي ابن الزبير : طلق عبد الرحمن بن عوف بنت الأصبغ الكلبيّة ثلاثاً ثم مات وهي في عدتها فورثها عثمان . قال ابن الزبير : فأما أنا فلا أرى أن ترث المبتوتة . وفي رواية : أن

(١) المحلى (١٠/٢٢٧ ، ٢٢٨) .

عثمان عاده ، فقال : لو مت ورثتها منك . فقال : أنا أعلم ذلك ، ما طلقتها ضراراً ولا فراراً . فورثها عثمان . قال ابن الزبير : لو كان الأمر إليّ ما ورثتها^(١) .

وأخرج مالك والبيهقي وابن حزم من طريق سعيد بن منصور والحجاج ابن منهل ، عن عبد الرحمن بن عوف أنه طلق امرأته تماضر بنت الأصبغ بن زياد ابن الحصين ، وقد أرسلت إليه تسأله الطلاق ، فقال : إذا طهرت - يعني من حيضها - فأذنيني . فطهرت فأرسلت إليه وهو مريض ، فغضب وقال : هي طالق البتة لا رجعة لها . فلم يلبث إلا يسيراً حتى مات . فقال عبد الله بن عوف : لا أورث تماضر شيئاً . فارتفعوا إلى عثمان فورثها ، وكان ذلك في العدة^(٢) .
وقد أجيب عن ذلك بما يأتي :

(١) مخالفة ابن الزبير لا تقدر في الإجماع ، لأن قوله : « لو كان الأمر إليّ ما ورثتها » محتتم ، فهو يحتمل أن يكون معناه : أنها عندي لا ترث ، ويحتمل أن يكون معناه : أي ظهر له من الاجتهاد والصواب ما لو كنت مكانه لكان لا يظهر لي ، فكان تصويباً له في اجتهاده ، وأن الحق في اجتهاده ، وهذا يعني جهلي بوجه الاستحسان الذي عرفه عثمان . ولا يثبت الاختلاف مع الاحتمال ، بل حملة على الوجه الذي فيه تحقيق الموافقة أولى .
وفي رواية سعيد بن منصور : أنها سألته الطلاق ، فمعنى قوله : « ما ورثتها » لأنها سألته الطلاق ، وبه نقول : ولكن تورث عثمان إياها بعد سؤالها الطلاق دليل على أنه كان يورثها قبله .

وقد قيل : إنها ما سألته الطلاق ، ولكنه قال لها : إذا طهرت فأذنيني ، فلما طهرت أذنته ، وبهذا لا يسقط ميراثها^(٣) .

(١) مصنف عبد الرزاق (٦٢٧) رقم (١٢١٩٢) ، السنن الكبرى (٣٦٢/٧) ، سنن الدارقطني (٤٤٤) رقم (١٥٧) ، انظر أيضاً : المحلى (٢٢٣/١٠) المبسوط (١٥٥/٦) ، وروى أيضاً هذا الأثر عن ابن الزبير الإمام الشافعي في الأم (٢٥٤/٥) .

(٢) موطأ الإمام مالك (٥٧٢/٢) رقم (١١٨٥) ، المحلى (٢٢٣/١٠) ، وروى الشافعي بسنده من طريق مالك هذا الأثر في الأم (١٣٨٥) ، السنن الكبرى للبيهقي (٣٠٣/٧) .

(٣) المبسوط (١٥٥/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

على أنه روي عن ابن الزبير أنه إنما قال ذلك في ولايته ، وقد كان انعقد الإجماع قبله منهم على التوريث ، فخلافه بعد وقوع الاتفاق منهم لا يقدر في الإجماع ؛ لأن انقراض العصر ليس بشرط لصحة الإجماع على ما عرف في الأصول^(١).

(٢) أن عبد الرحمن بن عوف لم ينكر التوريث ، إنما نفى عن نفسه تهمة الفرار عندما قال لعثمان : ما طلقتها ضراراً ولا فراراً^(٢).

ثانياً : دليل المعقول على توريث المبتوتة من الفار

يقول ابن حزم : القول بأن المطلق فر بذلك عما أوجب الله لزوجته من ميراث قول غير صحيح ؛ لأننا نقول : ما فر قط عن كتاب الله تعالى بل أخذ بكتاب الله واتبعه ؛ لأن الله تعالى أباح الطلاق وقطع بالثلاث وبالطلاق قبل الوطاء جميعاً حقوق الزوجية من النفقة وإباحة الوطاء والتوارث ، فأين ههنا الفرار من كتاب الله تعالى؟

إنما كان يفر عن كتاب الله تعالى لو قال : لا ترث مني شيئاً دون أن يطلقها ، بل الفرار من كتاب الله تعالى هو توريث من ليست زوجة ولا أمماً ولا جدة ولا ابنة ولا ابنة ابن ولا أختاً ولا معتقة ، ولكن أجنبية لم يجعل الله تعالى لها قط ميراثاً .

وأيضاً فإن كانت ترثه بالزوجية فواجب أن يرثها بالزوجية ، كما يقول الحسن البصري ، إذ من الباطل المحال الممتنع أن تكون هي امرأته ولا يكون هو زوجها ، فإن قالوا : ليست امرأته ، قلنا : فلم ورثتموها ميراث زوجة ؟ ومن العجيب قولهم : فر بميراثها وأي ميراث لها من صحيح لعلها هي تموت قبله ؟ ورب صحيح يموت قبل ذلك المريض ، وقد يبرأ من مرضه ، فما وجب لها قط - إذ طلقها - ميراث يفر به عنها^(٣).

(١) بدائع الصنائع (٣/٢١٩) .

(٢) المبسوط (٦/١٥٥) .

(٣) المحلى (١٠/٢٢٤) .

والقول بأن المرض يحدث لصاحبه أحكاماً لم تكن له في لصحة ، فيمنع من أكثر من ثلث ماله في الصدقة والعتق والهبة ، وكان الطلاق كذلك .

قلنا : هذا احتجاج للخطأ بالخطأ ، وما وجب قط منع المريض من جميع ماله ، بل هو كالصحيح سواء بسواء ، وحتى لو كان ما قلتهم فمن أين وجب أن يكون الطلاق مقيساً على ذلك ، وما نعلم دليلاً على ذلك لا من نص ولا من إجماع ولا من قول متقدم ولا من معقول إلا دعوى كاذبة ، فبطل هذا أيضاً بيقين ، ولا يعجز أحد عن أن يدعي ما شاء ^(١) .

ويمكن الجواب عن ذلك بما يأتي :

(١) أن العادة جرت على وقوع الموت في أحوال معينة منها المرض والشيخوخة الهرمة والوقف للقصاص ، ونحو ذلك ، ولما كان الحكم للغالب الأعم اعتبرنا تلك الأحوال في حكم الموت ؛ لأن صاحبها لا يتصرف تصرف الرجل المعتاد ، ولذلك وجدنا الرسول ﷺ يمنع من كانت هذه حاله من التبرع بأكثر من الثلث ، بل يجعل هذا الثلث صدقة من الله تعالى كما ورد فيما أخرجه الدارقطني عن معاذ بن جبل ، أن النبي ﷺ قال : « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في حسناتكم » ^(٢) . وعلى هذا فلا يقال إن المطلق في هذه الأحوال بريء وغير متهم ، أو أن المريض من حقه التصرف في ماله كالصحيح .

(١) المحلى (٢٢٧/١٠) .

(٢) سنن الدارقطني (١٥٠/٤) ، كتاب الوصايا ، كما أخرجه ابن أبي شيبة من حديث معاذ بن جبل موقوفاً . المصنف (٢٢٦/٦) رقم (٣٠٩١٧) ، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤٧٥/٤٥) رقم (٢٧٤٨٢) من حديث أبي الدرداء مرفوعاً ، وأخرجه ابن ماجه من حديث أبي هريرة مرفوعاً . سنن ابن ماجه (٩٠٤/٢) رقم (٢٧٠٩) ، وكلها بألفاظ متقاربة .

قال ابن حجر : هذا الحديث رواه البيهقي والدارقطني من حديث معاذ ، وفيه إسماعيل بن عياش وشيخه عتبة بن حميد وهما ضعيفان ، ورواه أحمد من حديث أبي الدرداء ، وابن ماجه والبيزار والبيهقي من حديث أبي هريرة وإسناده ضعيف . تلخيص الحبير (٩١/٣) رقم (١٣٦٣) ، وقال في بلوغ المرام مع سبل السلام (٩٦٩/٣) رقم (٩٠٨) : كلها ضعيفة لكن قد يقوي بعضها بعضاً .

(٢) أن الزوج المطلق لا يرث مبتوتة إذا ماتت في العدة ؛ لأنه هو الذي اختار الفراق بالطلاق بخلافها .

والمختار في نظري : بعد العرض السابق لأقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها هو : ما ذهب إليه الجمهور من استحقاق البائن ميراثاً في الجملة ، إن ثبت أن المطلق كان فأراً منه ، كما لو كان مريضاً أو شيخاً هرمًا وكان الطلاق غدرًا بغير رضاها ، وذلك لقوة أدلتهم وعملاً بمقاصد الشريعة من دفع المفاسد ، ولذلك رأينا عثمان ابن عفان فيما روي عنه لما قيل له : لم تورثها من عبد الرحمن ، وقد علمت أنه لم يطلقها ضرارًا ولا فرارًا من كتاب الله عز وجل ؟ فقال : أردت أن تكون سنة متبعة يهاب الناس الفرار من كتاب الله عز وجل .

مدى استحقاق البائن الميراث من مطلقها

ذكرت أن أكثر أهل العلم على استحقاق البائن الميراث من مطلقها في الجملة ، ولم يخالف في ذلك إلا البعض أشهرهم : عبد الله بن الزبير رضي الله عنه والجديد عند الشافعية وابن حزم الظاهري .

هذا ، وقد اختلف الجمهور في مدى استحقاق البائن الميراث من مطلقها على ثلاثة أقوال مشهورة ^(١) :

القول الاول : أنها ترث ما دامت في العدة ، فإذا مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها ، وهو قول الحنفية ورواية عند الحنابلة ، وهو قول عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبي بن كعب ، وبه قال الشعبي والنخعي وطاوس وهشام ابن عروة .

وحجتهم من وجهين :

الاول : أن المشهور عن عثمان بن عفان أنه ورث تماضر زوجة عبد الرحمن ابن عوف بعد طلاقه إياها ثلاثًا في العدة .

(١) المراجع السابقة في المسألة .

التاني : أن العدة من بعض أحكام الزوجية ، فكانت المبتوتة من الزوج الفار في حكم المطلقة طلاقاً رجعيًا ، وأما انقضاء العدة فيعني قطع أحكام النكاح بالكلية ، إذ يحل لها أن تتزوج بغيره ، وقد كان القياس أن لا تترث ، إلا أن بقاء العدة التي هي من حقوق النكاح جعلت كبقاء النكاح في حكم التوريث ، ولهذا لو كان الطلاق قبل الدخول لا تترث ؛ لأنه لا عدة عليها .

القول الثاني : أنها تترث ولو انقضت العدة ما لم تتزوج بغير مطلقها ، وهو المشهور عن الإمام أحمد ، وبه قال ابن أبي ليلى ، وروي عن أبي بكر الصديق وأبي بن كعب .
وحجتهم من ثلاثة أوجه :

الأول : ما روي عن أبي بكر الصديق ، قال : تترث ما لم تتزوج ^(١) . ونحوه عن أبي بن كعب ^(٢) .

الثاني : أن حديث عثمان بن عفان في توريثه لمبتوتة عبد الرحمن بن عوف قد روي في بعض الطرق أنه ورثها بعد انقضاء العدة ^(٣) .

الثالث : أن حق المبتوتة في الميراث ثبت لرفع الضرر عنها عندما طلقها زوجها غدرًا بدون رضاها ، وهذا الحق لا يسقط أبدًا إلا بإسقاط الزوجة نفسها ، فإذا تزوجت فهي التي رضيت بسقوط حقها ، ولها ذلك كما لو سألته الطلاق في الابتداء .

وقد أجيب عن الوجه الأول : بأن قول أبي بكر الصديق محمول على معنى أنها : تترث ما لم تقدر على الزواج باعتبارها معتدة ، وهذا ينتهي بانتهاء العدة ^(٤) .

(١) شرح فتح القدير (١٤٧/٤) .

(٢) بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٣) أخرج البيهقي هذه الرواية عن الشافعي ، قال : حديث ابن الزبير متصل وهو يقول : ورثها عثمان رضي عنه في العدة ، وحديث ابن شهاب الذي فيه أن عثمان ورثها بعد العدة - منقطع ، السنن الكبرى (٣٦٢/٧) ، وانظر أيضًا : الأم للشافعي (٢٥٤/٥ ، ٢٥٥) .

(٤) شرح فتح القدير (١٤٧/٤) .

القسم الثاني : الفصل السادس : احكام الأسرة بحق المسنين

وعن الوجه الثاني : بأن أصح الروايتين عن عثمان أنه ورث مبتوتة عبد الرحمن منه في العدة ، ثم إن هذا هو المتيقن ، أما التوريث بعد العدة فليس بمتيقن .

وعن الوجه الثالث : أن حق المبتوتة في الميراث ثبت على غير القياس ، فوجب أن لا يتوسع فيه فيقتصر على فترة العدة ؛ لأنها ملحقة بالنكاح في الجملة .
القول الثالث : أنها ترث أبداً ولو تزوجت بغيره مراراً ، وهو مذهب المالكية ، وبه قال الليث بن سعد .

وحجتهم : أنه حق ثبت لدفع الضرر عن الزوجة ، والثابت لا يسقط إلا بدليل ، ولا يوجد .

واجيب عن ذلك : بأن الإجماع على أن المرأة الواحدة لا ترث من زوجين بحكم النكاح في وقت واحد ، وما قاله الإمام مالك يؤدي إلى هذا . ثم بعد انقضاء العدة يسقط حقها بعوض ، وهذا العوض يتمثل في قدرتها أن تتزوج بأخر فتستحق ميراثه ، فأما ما قبل انقضاء العدة يكون هذا إبطالاً لحقها بغير عوض ؛ لأنها لا تقدر على التزوج^(١) .

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم من قصر حق الزوجة المبتوتة من الميراث من مطلقها على فترة العدة ؛ لعدم التوسع في الاستثناء ، ولأن العدة ملحقة بالنكاح فأخذت حكمه .
ميراث مبتوتة المسن :

على ضوء العرض السابق لمسألة الفار من ميراث زوجته ، وتصريح الفقهاء بأن هذا حكم كل من يطلق بهذا الغرض ، ويعرف ذلك من ظاهر الحال كالطلاق في مرض الموت أو من الموقوف لتنفيذ القصاص ، أو نحو ذلك . يقول المرغيناني :

(١) المبسوط (١٥٦/٦) .

وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب ، وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار . فإنه يمكنني القول ، وبناء على اختيار ما ذهب إليه الجمهور ، أن مبتوتة المسنين لا يسقط حقها في الميراث إن مات المطلق في فترة العدة ؛ لأن الشيخوخة في حكم المرض إن لم تكن في ذاتها مرضاً ، حيث يتصرف الطاعنون في السن بنوع نفسيه وهم لا يأملون الحياة .

الفرع الثاني فسخ النكاح لعجز الشيخ عن حاجة زوجته الشابه

تمهيد في تأصيل المسألة - تقسيم :

تكلم الفقهاء عن هذه المسألة في باب العينين^{٢١} ، أو موجبات الخيار بالعيوب في النكاح^{٢٢} :
والعنة - بضم العين وفتح النون مشددة - عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع^{٢٣} .

وذكر الفقهاء الحنفيون في باب العينين أنه يشمل من ضعفت طبيعته لكبر سنه ، فيقول صاحب « مجمع الأنهر » عن صاحب « المنيرة » : رجل عنين : لا يقدر على إتيان النساء ، ولا يشتهي النساء ، وامرأة عينية لا تشتهي الرجال ، وهو فعيل بمعنى مفعول . وشرعاً : هو من لا يقدر على الجماع مطلقاً مع وجود الآلة أو يقدر على

١ . الهداية (٤/٢) .

٢ . الهداية (٢٦/٢) ، بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) ، مجمع الأنهر (٤٦١/١) ، تحفة الفقهاء (٣٣٧/٢) وما بعدها .

٣ . بداية المجتهد (٥٠/٢) ، كفاية الطالب الرباني (٨٣/٢) ، المهذب (٤٨/٢) ، مغني المحتاج (٢٠٣/٣) ، المغني والشرح الكبير (٥٨٢/٧) .

٤ : القاموس المحيط ، المعجم الوسيط ، مادة : عَنُ .

الشيخ دون البكر ، أو يقدر على بعض النساء دون بعض ، لمرض به أو لضعف طبيعته ، أو لكبر سنه ، أو لسحر ، أو لغير ذلك ، فهو عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها ، سواء كانت آله تقوم أو لا^(١) .

وذكر الجمهور في باب موجبات الخيار بالعيوب في النكاح : أن الرد بالعيوب يكون من أربعة عيوب : الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء^(٢) . أما ابن حزم الظاهري فهو خارج عن نطاق هذه المسألة ؛ لأنه نص على أن شيئاً من العيوب كالبرص والجنون والعنانة وداء الفرج لا يعطي لأحد الزوجين الحق في طلب الفرقة ، وبه قال عمر بن عبد العزيز^(٣) .

هذا ، ولا خلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة على جواز طلب الزوجة التفريق إذا عجز زوجها عن الجماع ؛ لضعف أو شيخوخة ؛ لما يلحقها من ضرر أو عدم التحصن الذي - كما يقول المرغيناني - يفوت به الإمساك بمعروف ويوجب التسريح بإحسان^(٤) .

وأيضاً لما أخرج أبو نعيم والحاكم والبيهقي وابن الأثير عن سعد بن زيد الأنصاري ، قال : تزوج رسول الله ﷺ امرأة من بني غفار فدخل بها ، فأمرها فنزعت ثوبها ، فرأى بها بياضاً من برص عند ثديها ، فانماز رسول الله ﷺ وقال : « خذي ثوبك » . فأصبح وقال لها : « الحقني بأهلك »^(٥) .

(١) مجمع الأنهر (٤٦١/١) .

(٢) بداية المجهد ، كفاية الطالب الرباني ، المذهب ، مغني المحتاج ، المغني ، المراجع السابقة .

(٣) انظر قول الظاهرية في المحلى (١٠٩/١٠) ، وقول عمر بن عبد العزيز في بداية المجهد

(٥٠/٢) وسبق ذكر طرف من الأدلة في التعريف بالفسخ وأحكامه العامة .

(٤) الهداية (٢٦/٢) .

(٥) معرفة الصحابة (١٢٧١/٣) ، المستدرک (٣٤/٤) ، السنن الكبرى (٢٥٦/٧) ، أسد الغابة

(٤٣١/١) ، (٩٣٥) ، وأخرج عبد الرزاق عن عروة بن الزبير : لما دخلت الكندية على النبي ﷺ

قالت : أعوذ بالله منك . فقال : « لقد عدت بعظيم ، الحقني بأهلك » . المصنف (٤٨٩/٧) رقم

(١٣٩٩٥) . قلت : والظاهر أنهما قصتان . وانماز أي انتقل من مكان إلى مكان ، وتنحى واعتزل .

القاموس المحيط ، مادة : ميز . وفي بعض النسخ كما في أسد الغابة : « فانماز » بالراء وليس

بالزاي ، أي فتحول عنها ، من مار الشيء موراً ، أي اضطرب وتحرك - القاموس المحيط - مادة :

قالوا : فثبت الرد بالبرص بالخبر وثبت في سائر العيوب بالقياس^(١) ، ومع اتفاق الفقهاء على ذلك إلا أنهم اختلفوا في وضع الضوابط والشروط التي تعطي حق الخيار بالعيب الجنسي ، كما اختلفوا في نوع الفرقة الثابتة بالعيوب وطريق وقوعها ، وأبين ذلك في الغصنين الآتيين :

الغصن الأول

ضوابط طلب المرأة التفريق لعجز الزوج الجنسي

أذكر فيما يلي أهم الضوابط التي نص عليها الفقهاء لطلب المرأة التفريق لعجز الزوج الجنسي :

اولا : تضرر الزوجة من هذا العيب

لا خلاف بين الفقهاء القائلين بالخيار بالعيب أنه يشترط تضرر الزوجة من عجز زوجها عن الجماع بأي سبب طارئ بنحو مرض ، أو طبيعي لكبر السن ، سواء كان موجوداً حال العقد أو حدث بعد العقد .

والزوجة وحدها هي التي تقدر الضرر الواقع عليها من ذلك ، مع ضرورة أن لا يتعارض ادعاؤها مع ظاهر الحال ، ومن ثم فقد اختلف الفقهاء في حكم الزوجة التي رضيت بهذا العيب ثم بدا لها أن تعلن عدم الرضا .

حيث ذهب الحنفية في الأصح والشافعية إلى سقوط حق المرأة في الخيار بالعيب إن رضيت به بالمقام معه والسكوت عنه ، قالوا : لأن الخيار في هذه العيوب كخيار العيب في البيع^(٢) .

١ . المهذب (٢ / ٤٨) .

٢ . تحفة الفقهاء (٢ / ٣٣٨) ، الهداية (٢٦١٢) ، أحكام المرضى لابن تاج الدين الحنفي (ص ١٥٦) ، حاشية ابن عابدين (٤٩٥٠٣) ، مجمع الأنهر (١ / ٦١ ، ٤٦٢) ، المهذب (٢ / ٤٨) ، مغني المحتاج (٢ / ٢٠٣) .

وذهب بعض الحنفية منهم الإمام الخصاص والمالكية والوجه الثاني عند الشافعية وهو مذهب الحنابلة : إلى عدم سقوط حق المرأة في الخيار بالعيب إذا كانت قد رضيت به ثم بدا لها عدم الرضا ؛ لاحتمال أنها كانت ترجو برأه ، أو كانت تظن تحملها وصبرها فعجزت^(١).

ثانياً : سلامة الزوجة من العيب

اختلف الفقهاء في حق الزوجة في الخيار بالعيب إذا كانت هي مبتلاة بنفس الداء أو بغيره ، على ثلاثة أقوال^(٢):

القول الأول : أنه لا يجوز لها حق الخيار ، سواء أكان عيبها من جنس عيب زوجها أم لا .

وهو مذهب الحنفية والأشهر عند المالكية وإليه ذهب الحنابلة .

وحجتهم : أن الزوجين في مجموع الأحوال متساويان ، ولا مزية لأحدهما على صاحبه .

القول الثاني : أن حقها في الخيار لا يسقط ، سواء أكان عيبها من جنس عيب زوجها أم لا .

وهو القول الثاني عند المالكية والأصح عند الشافعية .

وحجتهم : أنه عيب ثبت به حق التفريق فلا يمنعه العيب المماثل لاحتمال رضا الطرف الآخر به .

القول الثالث : أن حقها في الخيار يسقط إذا كان عيبها مثل عيبه قدرًا وفحشًا ، ولا يسقط إذا كان عيبها بخلاف عيبه قدرًا أو نوعًا .

وهو الوجه الثاني عند الشافعية .

(١) انظر للحنفية وللشافعية مراجعهم السابقة ، وانظر للمالكية : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٧٧/٢) ، وللحنابلة المغني (١٢٩/٧) .

(٢) المراجع السابقة في فقه المذاهب .

وحجبتهم : أنه إذا تساوى العيبان تساقطا ، إذ لو كان الزوج قادراً على الوطاء دونها فلن تنتفع .

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه الشافعية في الوجه الثاني من التفريق بين أن يكون ابتلاؤها بنفس العيب ، فلا يجوز لها طلب الفرقة ، وبين أن يكون ابتلاؤها بغير عيب الزوج ، فيجوز لها طلب الفرقة لاختلاف الأحوال ، وربما كانت في حاجة إلى ما تطلبه من صفات الكمال .

ثالثا : إمهال الزوج لعلاج نفسه

لا خلاف بين الفقهاء القائلين بالخيار بعيب التعنين أنه يجب على القاضي إمهال الزوج سنة من تاريخ حكمه ، لاشتمال السنة على الفصول الأربعة ، ولا عبرة لتأجيل غير القاضي أو الحاكم كائناً من كان ، ولو عزل هذا الحاكم بعد التأجيل بنى الثاني على الأول . ثم إذا لم يتمكن الزوج من الوصول إلى زوجته فرق بينهما الحاكم^(١) .

ويدل لذلك : ما روي عن بعض الصحابة من القول به دون مخالف ، وهم لا يقولون ذلك إلا عن توقيف لحسن الظن بهم ، ومن هؤلاء : عمر بن الخطاب ، والمغيرة بن شعبة ، وعبدالله بن مسعود^(٢) .

وأرى أن تأجيل المسنين فيه نظر ، لأنهم يزدادون ضعفاً ، الأمر الذي تفوت به حكمة التأجيل ، التي صرح بها ابن تاج الدين الحنفي بقوله : لأن المرض يزول غالباً فيها (أي في السنة)؛ لأنه يكون لغلبة البرودة أو الحرارة أو اليبوسة أو الرطوبة ، وفصول السنة مشتملة عليها ، فالربيع حار رطب ، والصيف حار يابس ، والخريف بارد يابس ، والشتاء بارد رطب ، فإذا مضت السنة ولم يزل المرض ظهر أنه خلقي .

(١) مراجع المذاهب سالفة الذكر ، وأيضاً بداية المجتهد (٧١/٢) .

(٢) انظر قول عمر والمغيرة رضي الله عنهما بأن العينين يؤجل سنة - في : سنن الدارقطني (٣/٣٠٥ ، ٣٠٦) أرقام (٢٢١ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦) ، وانظر قول ابن مسعود رضي الله عنه بأن العينين يؤجل سنة فإن وصل إليها وإلا

فرق بينهما ولها الصداق - في : المعجم الكبير للطبراني (٩/٣٤٢) رقم (٩٧٠٦) .

(٣) أحكام المرضى لابن تاج (ص ١٥٧) .

القسم الثاني : الفصل السادس : احكام الأسرة بحق المسنين
وقال المرغيناني : وقد رناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة ، فإذا مضت
المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز بأفة أصلية ، ففات الإمساك بالمعروف ووجب
عليه التسريح بإحسان^(١) .

قلت : ومع ذلك ، فإذا كان القاضي يرجو إمكان معالجة المسنين طبيًا فيما
يخص هذا العيب ، بعد التقدم الطبي المذهل في هذا العصر ، بفضل الله تعالى ، فله
أن يضرب الأجل المناسب ، وإلا فهو نوع من العبث .

الغصن الثاني

نوع الفرقة الثابتة بالعيب وأثرها وطريق وقوعها

أتكلم في هذا الغصن عن نوع الفرقة الثابتة بالعيب ، وأثر تلك الفرقة ، وطريق
وقوعها .

أولاً : نوع الفرقة الثابتة بالعيب الجنسي :

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الثابتة بالعيب على مذهبين :

المذهب الأول : يرى أن الفرقة للعيب فسخ وليست طلاقاً ، وإلى هذا ذهب
الشافعية والحنابلة^(٢) .

وحجتهم : القياس على البيع في الرد بالعيب ؛ لأنه تراد .

المذهب الثاني : يرى أن الفرقة للعيب طلاق بائن وليست فسحاً ، وإليه ذهب
الحنفية والمالكية^(٣) .

وحجتهم : أن المقصود هو دفع الظلم عن المرأة ، ولا يحصل ذلك
إلا بالبينونة ؛ لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة .

(١) الهداية (٢٦/٢) .

(٢) المهذب (٤٨/٢) ، المغني (١٢٦/٧) .

(٣) الهداية (٢٦/٢) ، مجمع الأنهر (٤٦٢/١) ، البحر الرائق (١٢٥/٤) ، كفاية الطالب الرباني
(٨٣/٢) ، بداية المجتهد (٧١/٢) .

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة القائلون بأن الفرقة للعيب فسخ وليست طلاقاً ؛ لأنها تفريق بعيب كالبيع .

ثانياً : أثر الفرقة بالعيب الجنسي

كما اختلف الفقهاء في أثر الفرقة الواقعة بالتفريق بالعيب على مذهبين :

المذهب الأول : يرى أنها تفيد التحريم غير المؤبد ، على معنى بقاء الحق للزوجين في العود بعقد ومهر جديدين ، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية ، وأصح الروايتين عند الحنابلة^(١) .

وحجتهم : أن الفرقة كانت للضرر ، فإذا زال سبب الضرر بتراضيهما لم يعد هناك سبب يمنع .

المذهب الثاني : يرى أن الفرقة بسبب العيب تفيد التحريم المؤبد ، فلا يجوز لهذين الزوجين العود أبداً ، وهو رواية عند الحنابلة اختارها القاضي أبو بكر^(٢) .

والحجة في ذلك : القياس على فرقة اللعان بجامع التعبير في كل^٣ .

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه الجمهور القائلون بأن الفرقة بين الزوجين الواقعة بسبب العيب الجنسي تفيد التحريم غير المؤبد ؛ لظهور حجتهم ، خاصة بعد تطور الطب وإمكان العلاج .

ثالثاً : طريق الفرقة بالعيب الجنسي

واختلف الفقهاء أيضاً في طريق وقوع الفرقة للعيب على مذهبين :

المذهب الأول : يرى أن هذه الفرقة لا تقع إلا على يد القاضي ، وإليه ذهب جمهور الحنفية ، وهو المذهب عند الشافعية ، وبه قال الحنابلة^(٤) .

(١) البحر الرائق (٤/١٢٧) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢/٣٨٢) ، مني المحتاج

(٢) (٢٠٧٣) ، المهذب (٤٩٠٢) ، المغني (٧/١٢٧) .

(٣) المغني (٧/١٢٧) .

(٤) مراجع المذاهب سالف الذكر .

وحجتهم : أن هذه الفرقة مما يختلف فيها الرأي ويحتاج فيها إلى فصل القاضي .

المذهب الثاني : يرى أن الفرقة للعيب تقع بيد الزوجة لكن بعد المدة المضروبة عن طريق الحاكم أو القاضي ، على معنى ضرورة رفع الزوجة أمرها للقاضي ليضرب لها أجلاً ، فإذا انتهى الأجل ولم يتمكن الزوج من المعاشرة صح لها أن تختار الفرقة بقولها دون الرجوع إلى القاضي .

وإلى هذا ذهب بعض الحنفية وهو ظاهر الرواية عندهم ، وبه قال المالكية ، والقول الثاني عند الشافعية ^(١) .

وحجتهم : أن الحق في الفسخ لها فوجب أن يعتمد عبارتها ، وقد حدد القاضي لها الأجل فبنهاية الأجل مع عدم وصول الرجل يتحقق الفسخ ، لكننا علقناه بعبارتها ؛ لأن الحق لها .

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة من عدم وقوع الفرقة بين الزوجين بسبب العيب الجنسي إلا بيد القاضي ؛ لأن هذا الأمر مما يختلف فيه الناس ، وما جعل القضاء إلا لفض الخصومات .

* * *

(١) مراجع المذاهب سألقة الذكر - واشترط المالكية لصحة عبارة المرأة إذن القاضي لها بذلك يوم حدد الأجل .

المبحث الرابع

عَدَدُ زَوَاجَاتِ الْمَسْنِينِ

أتكلم أولاً عن التعريف بالعِدَدِ وأحكامها العامة ، ثم أبين أحكام العِدَدِ الخاصة بزواجات المسنين ، وذلك في مطلبين :

المطلب الأول

التعريف بالعدد وأحكامها العامة

(١) العدد في اللغة - بكسر العين وفتح الدال - جمع عدة - بكسر العين وتشديد الدال مفتوحة - على وزن فعلة ، كسدرة وسدر ، وهي في اللغة : مأخوذة من العَدَّ والحساب والإحصاء ، أي ما تحصيه المرأة وتعهده من الأيام والأقراء تقول : اعتدَّت المرأة : أي انقضت عدتها ، أو دخلت في عدتها بعد طلاقها أو وفاة زوجها ، وتقول : عد الدراهم عدًّا وتعدادًا : أي حسبها وأحصاها . والعدة - بضم العين وفتح الدال مشددة - : الاستعداد للأمر^(١) .

والعدة في اصطلاح الفقهاء هي : تربص المرأة زمانًا معلومًا قدره الشرع علامة على براءة الرحم مع ضرب من التعبد^(٢) .

أو هي اسم لمدة تربص بها المرأة عن التزويج بعد وفاة زوجها أو فراقه لها إما بالولادة أو الأقراء أو الأشهر^(٣) .

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة : عدد .

(٢) كفاية الطالب الرباني (١١/٢) .

(٣) سبل السلام (١١٢٣/٣) .

(٢) ولا خلاف بين الفقهاء على أن مشروعية العدة خاص بالنساء المدخول بهن ، أو المتوفى عنهن أزواجهن ، فلا عدة على المعقود عليها دون دخول أو موت زوج بالإجماع ، ولقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعْتُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ (الأحزاب: ٤٩).

يقول ابن كثير : هذا أمر مجمع عليه بين العلماء أن المرأة إذا طلقت قبل الدخول بها لا عدة عليها ، فتذهب فتزوج في فورها من شاءت ، ولا يستثنى من هذا إلا المتوفى عنها زوجها ، فإنها تعتد منه أربعة أشهر وعشرًا ، وإن لم يكن دخل بها بالإجماع أيضًا ^(١) .

وأما المرأة التي مات عنها زوجها ، أو دخل بها ثم طلقت فتلزمها العدة وجوبًا بالإجماع ^(٢) ؛ لما هو ثابت في الكتاب وضح في السنة .

١- أما دليل الكتاب فمنه قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْرِمُوا عُقَدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ (البقرة: ٢٣٥). يعني : ولا تعقدوا العقد بالنكاح حتى تنقضي العدة ^(٣) . وقوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ (البقرة: ٢٢٨)، وفيه تقدير لعدة ذوات الأقرء . وقوله تعالى : ﴿ وَالَّتِي يَسْتَنِّ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي نَمَّ حَيْضُهَا وَأَوْلَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (الطلاق: ٤). وفيه تقدير لعدة غير ذوات الأقرء والحامل . وقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (البقرة: ٢٣٤). وفيه تقدير لعدة المتوفى عنها زوجها .

(١) تفسير ابن كثير (٦٥٨/٣) .

(٢) انظر في فقه المذاهب : بدائع الصنائع (٣/١٩٠) ، مجمع الأنهر (١/٤٢٧) ، بداية المجتهد

(٨٩٠٦) ، كفاية الطالب الرباني (٣/١١) ، مغني المحتاج (٣/٣٨٤) ، المهذب (٢/١٤٢) ،

المغني (٧/٤٤٨) ، المحلى (١٠/٢٥٦) .

(٣) قاله ابن عباس ومجاهد والشعبي وغيرهم كثير . تفسير ابن كثير (١/٣٨٦) .

٢- وأما دليل السنة فمنه ما أخرجه مالك وأحمد وأصحاب السنن الأربعة وابن حبان وصححه عن زينب بنت كعب ، أن النبي ﷺ قال للفريرة بنت مالك بن سنان ، وهي أخت أبي سعيد الخدري : « امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله »^(١) . وأخرج مسلم عن فاطمة بنت قيس ، أن النبي ﷺ قال لها : « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم »^(٢) . وأخرج ابن ماجه عن عائشة قالت : أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيض^(٣) . وأخرج الشيخان عن أم حبيبة ، أن النبي ﷺ قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً »^(٤) .

(٣) هذا وقد اختلف الفقهاء في حكم الفسخ نكاحها هل تجب عليها العدة كالمطلقة أو لا ؟

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن الفسخ في حكم الطلاق في ثبوت العدة بالدخول ؛ لبراءة الرحم^(٥) ، وذهب ابن حزم الظاهري إلى أن الفسخ لا يوجب عدة إلا في صورة فسخ المعتقة إذا اختارت نفسها .

(١) مسند الإمام أحمد (٢٨/٤٥) رقم (٢٧٠٨٧) ، صحيح ابن حبان (١٢٨/١٠) رقم (٧٢٩٢) ، موطأ مالك (٥٩١/٢) رقم (١٢٢٩) ، سنن الترمذي (٥٠٨/٣) رقم (١٢٠٤) ، وقال الترمذي : حديث حسن صحيح ، سنن أبي داود (٢٩١/٢) رقم (٢٣٠٠) ، سنن النسائي (٢٠٠/٦) رقم (٣٥٣٢) ، سنن ابن ماجه (٦٥٤/١) رقم (٢٠٣١) .

(٢) صحيح مسلم (١١١٤/٢) رقم (١٤٨٠) .

(٣) سنن ابن ماجه (٦٧١/١) رقم (٢٠٧٧) .

(٤) صحيح البخاري (٤٣٠/١) رقم (١٢٢١ ، ١٢٢٢) ، (٢٠٤٢/٥) رقم (٥٠٢٤) ، (٢٠٤٤/٥) رقم (٥٠٣٠) ، صحيح مسلم (١١٢٣/٢) رقم (١٤٨٦) ، وفي رواية لمسلم من حديث زينب بنت جحش (١١٢٤/٢) رقم (١٤٨٧) . وفي رواية ثالثة عن حفصة وعائشة كليهما . صحيح مسلم (١١٢٦/٢) رقم (١٤٩٠) .

(٥) ومع هذا الاتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة إلا أنه وقع خلاف في مقدار العدة في بعض الصور كالمختلعة حيث يرى الجمهور أن عدتها كالمطلقة ، ويرى الإمام أحمد في إحدى الروايتين أن عدتها حيضة واحدة ، وهو قول إسحاق وابن المنذر وروى عن ابن عباس وابن عمر وعثمان . ويرى الجمهور أن عدة الملائنة كالمطلقة وقال ابن عباس : عدتها تسعة أشهر . انظر : شرح فتح القدير (٢٦٩/٣) ، مجمع الأنهر (٤٦٤/١) ، حاشية الدسوقي (٤٦٨/٢) ، روضة الطالبين (٣٥٦/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٧٨/٩) .

يقول ابن حزم الظاهري : العدة من الطلاق أو من الوفاة ، ولا عدة من فسخ إلا المعتبرة إذا اختارت نفسها فهي كعدة المطلقة دون سائر وجوه الفسخ ، فللمفسوخ نكاحها غير المعتبرة أن تنكح ساعة الفسخ .

قال ابن حزم : برهان ذلك أن عدة الطلاق والوفاة مذكورة في القرآن ، وكذلك سقوط مسقوطة العدة عن التي طلقت ولم يطأها المطلق في ذلك النكاح ، وأما المعتبرة تختار الفسخ فقد روينا من طريق أبي داود ، عن ابن عباس ، أن زوج بريرة كان عبداً أسود اسمه مغيث ، فخيرها - يعني رسول الله ﷺ - وأمرها أن تعتد^(١) .

قال ابن حزم : وأما سائر وجوه الفسخ سواء كانت من نكاح صحيح أو من عقد فاسد فلا عدة في شيء من ذلك ؛ لأنه لم يوجب ذلك قرآن ولا سنة ، ولا حجة فيما سواهما^(٢) .

قلت : والفسخ نوع فرقة للزواج فيجب أن يأخذ حكم الطلاق لبراءة الرحم .

ثم إن عموم الآية الكريمة : ﴿ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (الطلاق: ٤) ، يشمل كل حامل مطلقة أو مفسوخ نكاحها ، هذا فضلاً عما يقع من اختلاط الأنساب في الزوج من المفسوخ نكاحها قبل استبراء رحمها بالعدة التي جعلها الله تعالى علامة على ذلك ، وقد ورد النهي عن ذلك فيما أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن حبان وصحاحه عن رويغ بن ثابت الأنصاري ، أن النبي ﷺ قال : « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره »^(٣) . قال : يعني إتيان الجبالى .

(٤) واختلف الفقهاء في حكم المطلقة من نكاح فاسد ، هل يجب عليها العدة كالمطلقة من نكاح صحيح ؟ مذهبان في الجملة :

(١) المحلى (٢٥٦/١٠) ، سنن أبي داود (٢٧٠/٢) رقم (٢٢٢٢) .

(٢) المحلى (٢٥٦/١٠) .

(٣) سنن أبي داود (٢٤٨/٢) رقم (٢١٥٨) ، مسند الإمام أحمد (٢٠٧/٢٨) رقم (١٦٩٩٧) ، سنن الترمذي (٤٣٧/٣) رقم (١١٣١) ، صحيح ابن حبان (١٨٦/١١) رقم (٤٨٥٠) .

المذهب الأول : يرى وجوب العدة كالنكاح الصحيح .

وهو قول الجمهور ، ذهب إليه بعض الحنفية ، وبه قال المالكية ، والقديم عند الشافعية ، وإليه ذهب الحنابلة^(١) .

وحجتهم : أن العدة وجبت للتعرف على براءة الرحم ، لا لقضاء حق النكاح ، إذ لاحق للنكاح الفاسد .

المذهب الثاني : يرى عدم العدة في النكاح الفاسد ، وإليه ذهب البعض الآخر من الحنفية ، والجديد عند الشافعية ، وبه قال ابن حزم الظاهري^(٢) .

وحجتهم : أن الزواج الفاسد لا طلاق له ، وإذا لا طلاق له فلا عدة من فراقه ، وإذا ليس زوجاً فلا عدة من وفاته .

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه الجمهور القائلون بوجوب العدة للمطلقة من نكاح فاسد ؛ مراعاة لبراءة الرحم .

(٥) والحكمة في تشريع العدة متعددة الجوانب ، يقول ابن القيم : في شرع العدة عدة حكم ، منها : العلم ببراءة الرحم ، وأن لا يجتمع ماء الواطئين فأكثر في رحم واحد فتختلط الأنساب وتفسد ، وفي ذلك من الفساد ما تمنعه الشريعة والحكمة ، ومنها : تعظيم خطر هذا العقد ورفع قدره وإظهار شرفه ، ومنها : تطويل زمان الرجعة للمطلق ، إذ لعله أن يندم ويفيء فيصافد زمناً يتمكن فيه من الرجعة ، ومنها : قضاء حق الزوج وإظهار تأثير فقده في المنع من التزين والتجمل ، ولذلك شرع الإحداد عليه أكثر من الإحداد على الوالد والولد ، ومنها : الاحتياط لحق الزوج ومصالحة الزوجة وحق الولد والقيام بحق الله الذي أوجبه ، ففي العدة أربعة حقوق .

ثم قال ابن القيم : وقد أقام الشارع الموت مقام الدخول في استيفاء المعقود عليه ، فإن النكاح مدته العمر ، ولهذا أقيم مقام الدخول في تكميل الصداق وفي تحريم

(١) شرح فتح القدير (٤/٣٠٧، ٣٢٠)، حاشية الدسوقي (٢/٢١٩، ٤٧١)، روضة الطالبين (٧/٤٢٢، ٥١)،

(٨/٣٦٥، ٣٩٩)، مغني المحتاج (٣/١٤٨، ٣٨٣)، المغني والشرح الكبير (٩/٧٩، ١٤٥) .

(٢) مراجع الحنفية والشافعية سألقة الذكر ، وانظر قول ابن حزم في المحلى (١٠/٢٥٦) .

الريبية ، عند جماعة من الصحابة ومن بعدهم ، كما هو مذهب زيد بن ثابت وأحمد في إحدى الروايتين عنه . فليس المقصود من العدة مجرد براءة الرحم ، بل ذلك من بعض مقاصدها وحكمها^(١).

وقال ابن القيم : ذهبت طائفة إلى أن العدة تعبد محض لا يعقل معناه^(٢) ، وهذا باطل لوجوه ، منها :

١- أنه ليس في الشريعة حكم واحد إلا وله معنى وحكمة : يعقله من عقله ، ويخفى على من خفي عليه .

٢- وأن العِدَّة ليست من باب العبادات المحضة فإنها تجب في حق الصغيرة والكبيرة ، والعاقلة والمجنونة والمسلمة والذمية ، ولا تفتقر إلى نية .

٣- وأن رعاية حق الزوجين والولد والزوج الثاني ظاهر فيها .

فالصواب أن يقال : إن العدة حريم لانقضاء النكاح لما كمل ، ولهذا تجد فيها رعاية لحق الزوج وحرمة له ، ألا ترى أن النبي ﷺ كان من احترامه ورعاية حقوقه تحريم نسائه من بعده ، بخلاف غيره ، فإن هذا ليس معلوماً في حقه ، ولو حرمت المرأة على غيره لتضررت ضرراً محققاً بغير نفع معلوم ، ولكن لو تأيمت على أولادها كانت محمودة على ذلك ، وقد كانوا في الجاهلية يبالغون في احترام حق الزوج ، وتعظيم حريم هذا العقد غاية المبالغة من تربص سنة في شر ثيابها وحفش بيتها ، فخفف الله عنهن ذلك بشريعته التي جعلها رحمة وحكمة ومصلحة ونعمة ، فله الحمد كما هو أهله^(٣).

(٦) هذا ، ولا خلاف بين الفقهاء على أن العدد ثلاثة أنواع في الجملة ، هي : عدة الأقراء ، وعدة الأشهر ، وعدة الوضع^(٤).

(١) إعلام الموقعين (٨٥/٢) .

(٢) يقصد الظاهرية ، حيث قال ابن حزم : العدة الواجبة إنما هي حكم أمر الله تعالى به ، ليس شيء منها لاستبراء الرحم . المحلى (٢٥٦/١٠) .

(٣) إعلام الموقعين (٨٧ ، ٨٦/٢) .

(٤) المراجع سالفة الذكر في تعريف العدة مع اختلاف في بعض الصفحات - هذا ، ويجب التنبيه إلى أن حديثنا في هذا الباب سوف يقتصر على النساء الحرائر دون الإماء ؛ لعدم الحاجة العملية في هذا العصر لأحكام الإماء .

أولاً : عدة الأقراء

وهي ثلاثة قروء ، وتكون لغير الحامل من المدخول بها إذا طلقت أو فسخ نكاحها من النساء ذوات الأقراء ، وهي من لها حيض وطهر صحيحان ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ (البقرة: ٢٢٨). وذلك بدون خلاف ؛ لأنه منصوص عليه^(١).

ومع اتفاق الفقهاء على ذلك في الجملة إلا أنهم اختلفوا في حقيقة القرء على مذهبين ، ويرجع سبب الخلاف كما يذكره ابن رشد إلى : اشتراك اسم القرء ، فإنه يقال في كلام العرب ، على حد سواء ، على الدم وعلى الأطهار ، وقد رام كلا الفريقين أن يدل على أن اسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه ، والذي رضيه الحذاق : أن الآية مجملة في ذلك ، وأن الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى^(٢).

وأذكر فيما يلي هذين المذهبين بما يوفي الغرض :

المذهب الأول : يرى أن المقصود بالقرء في عدة المطلقة : الطهر ، وهو الزمن ما بين الدمين ، وبقية الطهر الذي طلقها فيه يعد قرءاً .

وهو مذهب المالكية والشافعية وإحدى الروايتين عند الحنابلة ، وبه قال ابن حزم الظاهري ، وأبو ثور ، وروى عن ابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة^(٣).
وحجتهم من الكتاب والسنة .

(١) أما دليل الكتاب فمنه قوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيَا النَّبِيَّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (الطلاق: ١).

(١) قاله ابن رشد في بداية المجتهد (٨٩/٢) .

(٢) بداية المجتهد (٩٠/٢) .

(٣) بداية المجتهد (٨٩/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٦٩/٢) ، الفواكه الدواني (٩١/٢) ، المهذب

(١٤٢/٢) ، روضة الطالبين (٣٦٦/٨) ، مغني المحتاج (٣٨٥/٣) ، المغني (٤٥٢/٧) ، المحلى

(٢٥٧/١٠) . هذا ، وقد لشرط الجمهور في هذا الطهر أن لا يكون قد مسها فيه ، ولم يشترط

ذلك بعض المالكية وابن حزم الظاهري .

ووجه لدلالة من هذه الاية الكريمة: أن الله تعالى بين زمن الطلاق الذي يصلح فيه ، فاللام بمعنى في ؛ والزمن الذي يصلح فيه الطلاق هو الظهر ؛ لأن الطلاق في الحيض محرم بالإجماع ، وعليه فيكون الظهر المشار إليه هنا هو القراء المنصوص عليه في قوله : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ (البقرة: ٢٢٨) .

(٢) وأما الدليل من السنة فمنه ما أخرجه الشيخان ابن عمر ، أنه طلق امرأته وهي حائض ، في عهد رسول الله ﷺ ، فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك ، فقال : « مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء »^(١) .

وفي رواية لمسلم : « مره فليراجعها ، ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً »^(٢) . وفي هذا بيان لمشروعية الطلاق حال الطهر ، فصح أنه القراء .

ويؤكد هذا ما أخرجه الإمام مالك عن عائشة رضي الله عنها قالت : إنما الأقراء الأطهار^(٣) .

المذهب الثاني : يرى أن المقصود بالقراء في عدة المطلقة : الحيض ، وهو الزمن الذي ينزل فيه الدم . وهو مذهب الحنفية^(٤) ، والرواية الثانية عند الحنابلة ، وبه قال الثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة ، وروي عن الخلفاء الأربعة وابن مسعود^(٥) . وحكى الأثرم عن الإمام أحمد أنه قال : الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون : الأقراء هي الحيض^(٦) . وعن الشعبي أنه قول أحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله ﷺ^(٧) .

(١) صحيح البخاري (٢٠١١/٥) رقم (٤٩٥٤) ، صحيح مسلم (١٠٩٣/٢) رقم (١٤٧١) ، (١٠٩٤/٢) رقم (١٤٧١) .

(٢) صحيح مسلم (١٠٩٥/٢) رقم (١٤٧١) .

(٣) الموطأ (٥٧٧/٢) ، وذكره الإمام الشافعي في الأم (٢٠٩/٥) .

(٤) شرح فتح القدير (٣٠٨/٤) ، بدائع الصنائع (١٩٤/٣) ، مجمع الأنهر (٤٦٤/١) .

(٥) المغني (٨٣/٩) ، كشاف القناع (٤١٧/٥) ، بداية المجتهد (٨٩/٢) .

(٦) المغني ، بداية المجتهد - المرجعين السابقين .

(٧) بداية المجتهد - المرجع السابق .

وحجتهم من الكتاب والسنة .

(١) أما دليل الكتاب فمنه قوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَنَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ (البقرة: ٢٢٨) .

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة : أنه لو حمل القرء في هذه الآية على الطهر لكان الاعتداد بطهرين وبعض الثالث ؛ لأن بقية الطهر الذي صادفه الطلاق محسوب من الأقراء عند من قال بأن القرء هو الطهر ، والثلاثة اسم لعدد مخصوص لا يقع على ما دونه .

أما لو حملنا القرء على الحيض لكان الاعتداد بثلاث حيض كوامل ؛ لأن ما بقي من الطهر غير محسوب من العدة ، فيكون عملاً بالآية على وجهها الكامل ، وهو الأولى بالاعتبار .

اعترض الجمهور على ذلك : بأن بعض الطهر يسمى طهراً ، ثم إن المعتمد في براءة الرحم هو النقلة من الطهر إلى الحيض لا انقضاء الحيض ، فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة ، وإذا كان ذلك كذلك فالثلاث المعتمد فيهن التمام المشترك هي الأطهار التي بين الحيضتين^(١) .

ثم إن الآية الكريمة حجة لنا وليست حجة لكم ؛ لأن لفظ « القروء » فيها جمع خاص بالقرء الذي هو الطهر ؛ لأن القرء الذي هو الحيض يجمع على أقراء لا على قروء ، قالوا : حكي ذلك عن ابن الأنباري . وأيضاً فإنهم قالوا : إن الحيضة مؤنثة والطهر مذكر ، فلو كان القرء الذي يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء في قوله « ثلاثة » ؛ لأن الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيما دون العشرة ، وأيضاً : إن الاشتقاق يدل على ذلك ؛ لأن القرء مشتق من قرأت الماء في الحوض ، أي جمعته ، فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر^(٢) .

(١) بداية المجتهد (٩١/٢) .

(٢) بداية المجتهد (٩٠/٢) .

(٢) وأما دليل السنة فمنه ما أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر ، أن النبي ﷺ ، قال : « طلاق الأمة اثنتان وعدتها حيضتان »^(١) .

قالوا : ومعلوم أنه لا تفاوت بين الحرة وبين الأمة في العدة ، فيما يقع به الانقضاء ، إذ الرق له تأثير في تنقيص العدد لا في تغيير أصل العدة ، فدل على أن المراد بالقرء الحيض .

واجيب عن ذلك بأن حديث ابن عمر هذا ضعيف ، قال ابن حجر : في إسناده راويان ضعيفان ، وقال : الصواب وقفه على ابن عمر ؛ لأن الدارقطني والبيهقي صححاه موقوفاً على ابن عمر^(٢) .

وعلى التسليم بصحته فإن المراد بالحيضتين الطهران .

قالوا : ويدل من السنة أيضاً استعمال الشرع للقرء بمعنى الحيض ، من ذلك ما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه ، أن لنبى ﷺ قال لفاطمة بنت أبي حبيش : « انظري إذا أتى قرؤك فلا تصلي ، فإذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القرء إلى القرء »^(٣) .

واجيب عن ذلك بأن لفظ القرء في اللغة العربية لفظ مشترك يصلح حقيقة في الأمرين ، فلا حجة في ذلك .

(٣) وأما دليل المعقول فهو أن العدة إنما شرعت لبراءة الرحم ، وبراءته إنما تكون بالحيض لا بالأطهار ، ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام ، فالحيض هو سبب العدة بالأقراء ، فوجب أن تكون الأقراء هي الحيض^(٤) .

(١) سنن ابن ماجه (٦٧٢/١) رقم (٢٠٧٩) ، وفي رواية لابن ماجه وأبي داود عن عائشة مرفوعاً بلفظ : « طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان » سنن ابن ماجه (٦٧٢/١) رقم (٢٠٨٠) ، سنن أبي داود (٢٥٧/٢) رقم (٢١٨٩) ، وقال أبو داود : وفي رواية بلفظ : « وعدتها حيضتان » قال : وهو حديث مجهول .

(٢) تلخيص الحبير (٢١٣/٣) .

(٣) مسند الإمام أحمد (٣٥٠/٤٥) رقم (٢٣٧٦٠) ، (٦٠٢/٤٥) رقم (٢٧٦٣٠) ، سنن أبي داود (٧٢/١) رقم (٢٨٠) ، سنن ابن ماجه (٢٠٣/١) رقم (٦٢٠) ، سنن النسائي (١٢١/١) رقم (٢١١) ، (١٨٣/١) رقم (٣٥٨) ، (٢١١/٦) رقم (٣٥٥٣) .

(٤) بدائع الصنائع (١٩٤/٣) ، بداية المجتهد (٩١/٢) .

وأجيب عن ذلك بأن المعبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر إلى الحيض لا انقضاء الحيض ، فلا معنى لاشتراط الثلاث حيضات^(١) .
والمختار في نظري بعد العرض السابق لأقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها : هو ما ذهب إليه الجمهور من القول بأن المراد بالقروء الأطهار ، وذلك لتيسير العدة على المطلقة ، ولأن الزوج لن ينتفع بالحيض الأخير لتحريم المس فيه ، والمرأة يمكنها أن تنتفع بمدته لتجهيز نفسها في زواج جديد بعده .

ثانياً : عدة الأشهر

وتكون بثلاثة أشهر للمطلقة من غير ذوات الأقراء لصغر أو يأس أو خلقة ، أو بأربعة أشهر وعشر لكل من مات عنها زوجها قبل الدخول أو بعده ، من ذوات الأقراء أو من غير ذوات الأقراء .

ويدل للثلاثة أشهر قوله تعالى : ﴿ وَالَّتِي يَسِّنْ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ ﴾ (الطلاق:٤) . ولأن الأشهر بدل عن الأقراء ، والأصل مقدر بثلاثة فكذلك البديل .

ويدل لعدة المتوفى عنها زوجها : عموم قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (البقرة: ٢٣٤) .

ويستثنى من هذا العموم المرأة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً ، كيف تكون عدتها ؟ مذهبان للفقهاء :

المذهب الأول : يرى أن عدة الحامل المتوفى عنها زوجها بوضع الحمل ، قلت المدة أو كثرت ، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية في المشهور ، وإليه ذهب الشافعية والحنابلة وابن حزم الظاهري ، وهو ما عليه جماهير العلماء من الصحابة وغيرهم^(٢) .

(١) بداية المجتهد (٩١/٢) .

(٢) بدائع الصنائع (١٩٦/٣) ، مجمع الأنهر (٤٦٦/١) ، حاشية الدسوقي (٤٧٤/٢) ، كفاية الطالب الرباني (١٣/٣) ، الفواكه الدواني (٩٢/٢) ، المذهب (١٤٢/٢) ، مغني المحتاج (٣٨٨/٣) ، المغني مع الشرح الكبير (١١٠/٩) ، المحلى (٢٦٣/١٠) ، سبل السلام (١١٢٤/٣) ، (١١٢٥) ، تفسير ابن كثير (٤٨٩/٤) .

وحجتهم من الكتاب والسنة .

(١) أما دليل الكتاب فمنه قوله تعالى : ﴿ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (الطلاق: ٤). وهي عامة في عموم النساء ، وهي منحصصة لعموم قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَتَّبْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (البقرة: ٢٣٤).

(٢) وأما دليل السنة فمنه حديث أم سلمة ، قالت : قتل زوج سبيعة الأسلمية ، وهي حبلى فوضعت بعد موته بأربعين ليلة ، فخطبت فأنكحها رسول الله ﷺ ، وكان أبو السنابل فيمن خطبها^١ .

وفي رواية للإمام أحمد عن المسور بن مخرمة أن سبيعة الأسلمية توفي عنها زوجها وهي حامل فلم تمكث إلا ليالي حتى وضعت ، فقال لها رسول الله ﷺ : « قد حللت فانكحي » . وفي رواية : فلما تعلت من نفاسها خطبت ، فاستأذنت النبي ﷺ في النكاح فأذن لها أن تنكح ، فنكحت^٢ .

المذهب الثاني : يرى أن عدة الحامل المتوفى عنها زوجها تعتد بأبعد الأجلين : وضع الحمل أو مضي أربعة أشهر وعشر .

وإلى هذا ذهب المالكية في غير المشهور وهو اختيار سحنون ، وبه قال ابن أبي ليلى والهادوية ، وروي عن علي وابن عباس في إحدى الروايتين عنه^٣ .

وحجتهم : الجمع بين الآيتين ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَتَّبْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (البقرة: ٢٣٤) و ﴿ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (الطلاق: ٤). قالوا : إن كل آية من هاتين فيها عموم وخصوص من وجه ، والجمع بين الآيتين والعمل بهما أولى من العمل بإحدهما وترك الأخرى في حق الحامل المتوفى عنها زوجها .

(١) صحيح البخاري (١٨٦٤/٤) رقم (٤٦٢٦) .

(٢) مسند الإمام أحمد (٢٣٤/٣١) ، رقم (١٨٩١٧) ، (٢٣٥/٣١) رقم (١٨٠١٨) .

(٣) حاشية لسوقي ، الفواكه الدواني ، سبل السلام ، تفسير ابن كثير ، المراجع السابقة .

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني من القول بأبعد الأجلين للحامل المتوفى عنها زوجها ؛ جمعاً بين الآيتين ، ومراعاة لحق الزوج وحق ولده معاً .

ثالثاً : عدة الوضع

وتكون هذه العدة للحامل فلا تبرأ إلا بوضعه ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (الطلاق:٤). ولأن القصد من العدة براءة الرحم ، وهي تحصل بوضع الحمل ^(١) .

يقول ابن كثير : يقول تعالى : ومن كانت حاملاً فعدتها بوضعه ، ولو كان بعد الطلاق أو الموت بفواق ناقة في قول جمهور العلماء من السلف والخلف ، وروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما أنهما ذهبا في المتوفى عنها زوجها أنها تعتد بأبعد الأجلين من الوضع والأشهر عملاً بهذه الآية والتي في سورة « البقرة » ^(٢) .

(١) مجمع الأنهر (٤٦٦/١) ، كفاية الطالب الرباني (١٣/٣) ، بداية المجتهد (٩٣/٢) ، مغني المحتاج

(٣/٣٨٨) ، المغني والشرح الكبير (١١٠/٩) ، المحلى (٢٦٣/١٠) ، سبل السلام (١١٢٤/٣) .

(٢) تفسير ابن كثير (٤٨٩/٤) . يقصد آية « البقرة » : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرْتَضْنَ

سَلْفَهُنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۚ ﴾ رقم (٢٣٤) ، وقد سبق بيان أن هذا قول سحنون من المالكية

وابن أبي ليلي والهادوية .

المطلب الثاني أحكام العدة الخاصة بزوجات المسنين

الأصل في هذا الباب ما ذكره الفقهاء من حكمة تشريع العدة للنساء ، وقد ذكر ابن حزم أنها تعبدية محضة ، وذكر الجمهور أنها معقولة المعنى مع إمكانية الحكمة التعبدية أيضاً ، ومن ثم اختلف الفقهاء في حكم وجوب العدة على الزوجة الصغيرة التي لم تحض ولم تكن مطيقة للوطء ، كما اختلفوا في وجوب العدة على زوجة المجهوب وزوجة الصغير الذي لا يلد لمثله .

فقال المالكية : لا عدة على الصغيرة التي لم تحض ولا تطيق الوطء ؛ لبراءة رحمها قطعاً .

كما ذهب المالكية في المشهور والشافعية إلى أنه لا عدة على مطلقة المجهوب إذا كان مقطوع الذكر والخصيتين ، وكذلك زوجة الممسوح ذكره وأثياه ، وكذلك زوجة الصغير الذي لا يولد لمثله ، لنفس المعنى من براءة الرحم ، فضلاً عن عدم الدخول الحقيقي ، فكان حكمها حكم من طلقت قبل الدخول .

أما عدة الوفاة لواحدة من هؤلاء إذا مات عنها زوجها فواجبة ؛ لأن فيها ضرباً من التعبد .

وكلام السرخسي الحنفي يومئ بموافقته للمالكية والشافعية ، حيث قال :
الخصي كالصحيح في وجوب العدة على زوجته عند الفرقة ، وكذلك المجهوب بشرط الإنزال^{١٢} .

يعني أنه لو لم يكن ينزل فلا وجه لإيجاب العدة عليه ؛ لأن جماعه كلا جماع ، فتكون زوجته في حكم غير المدخول بها .

(١) حاشية الدسوقي (٢/٤٦٨ ، ٧٣٢) ، الفواكه اللواتي (٢/٩١ ، ٩٢) كفاية الطالب الرباني

(٢/١٢ ، ١٣) جواهر الإكليل (١/٣٨٦) ، شرح منح الجليل (٢/٣٧٢) ، روضة الطالبين

(٨/٣٦٥) ، مغني المحتاج (٣/٣٨٤) ، حاشية القليوبي مع عميرة (٤/٣٩) .

(٢) المبسوط (٦/٥٣) .

وذهب الحنفية والحنابلة وبعض المالكية إلى وجوب العدة على كل المطلقات أو المتوفى عنهن أزواجهن ؛ لأن من معاني تشريع العدة : تعظيم خطر هذا العقد وإظهار شرفه ، فليس المقصود من العدة براءة الرحم فقط ، بل ذلك من بعض مقاصدها^(١).

يقول صاحب « مجمع الأنهر » الحنفي : والعنين هو من لا يقدر على الجماع ، أو يقدر على بعض النساء دون بعض لمرض به ، أو لضعف طبيعته ، أو لكبر سنه ، أو لسحر ، أو لغير ذلك ، يؤجله الحاكم سنة فإن لم يصل فيها فرق بينهما إن طلبته وعليها العدة^(٢).

وذهب ابن حزم الظاهري إلى أن أحكام العدد في الإسلام أحكام توقيفية تعبدية ، قال : ليس شيء منها لاستبراء الرحم لوجوبها بالإجماع على العجوز الكبيرة التي لا تحمل في الطلاق والوفاء ، وهؤلاء اللاتي يئسن من المحيض لا يشك أحد في أنه لا يرتاب فيهن حمل ، وكذلك فإن المخالفين لنا لا يختلفون في أن الخصي الذي بقي له من الذكر ما يولج فإن على امرأته العدة ، وهو بلا شك لا يكون له ولد أبداً ، وكذلك لا يختلفون في أن من وطئ امرأة ثم غاب عشرات السنين ، ثم طلقها أن العدة عليها ، ولاشك في أنها لا حمل بها ، ولو كانت العدة لخوف الحمل لأجزأت حيضة واحدة^(٣).

تخريج أحكام المسنين على أحكام الصغير والممسوح

(١) أما المرأة العجوز فليس لها أن تنتفع بما ذكره المالكية عن الصغيرة التي لا تطيق الوطاء ، إذا بلغ بحال العجوز كذلك ؛ لأن الله عز وجل بين حكم العجائز فقال : ﴿ وَالَّتِي يَيْسِّنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ (الطلاق:٤). أما الصغيرة عند المالكية فلأنها لم يستبن حالها حتى تلحق بذوات الأقراء أو غيرهن ، فكان للمالكية في ذلك وجه .

(١) شرح فتح القدير (٤/٢٩٨) ، حاشية ابن عابدين (٢/٣٤٠ ، ٤٢٦ ، ٥٩٣) ، مجمع الأنهر

(١/٤٦٢ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥) ، وانظر للمالكية مراجعهم السابقة ، وللحنابلة : إعلام الموقعين

(٢/٨٥) ، المغني (٧/٤٤٩) .

(٢) مجمع الأنهر (١/٤٦١ ، ٤٦٢) .

(٣) المحلى (١٠/٢٥٧) .

- (٢) وأما زوجات المسنين إذا أثبتن عجز أزواجهن عن الجماع ، كعجز الممسوحين أو الصغير الذي لا يولد لمثله ، فيحتمل أن يكون لهن الحق في المطالبة بمساواتهن بزوجات الممسوحين عند المالكية والشافعية من عدم وجوب العدة عليهن بالطلاق ، أما في حال الوفاة فالعدة واجبة للتعبد .
- (٣) وأرى أن ما ذكره ابن حزم من أن أحكام العِدِّ في الإسلام أحكام تعبدية جديرة بالاعتبار ، خاصة وأن الجمهور الذين رأوا أن أحكام العدة معقولة المعنى لم ينكروا المعنى العبادي فيها ، ومن ثم فليس لزوجة أيًا كان سنها أن تترخص في أحكام العدة عند وجود سببها .

* * *