مسائل الطلاق

وقد خرَّجنا قسماً منها على أصول مقدمة فنأتي على سائرها.

مسألة -١-

المتقضى لا عموم له عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

واحتج في ذلك بأن المقتضى ما يضمر [١] في الكلام ضرورة تصحيحه صيانة له عن الخُلف كقوله تعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾[٢] وما هذا شأنه يتقدر بقدر الضرورة[٣].

وذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أنه يعم [٤].

واحتج في ذلك بأن المقتضى هو مطلوب النص ومراده، فصار كالمذكور نصاً، ولو كان مذكوراً، كان له عموم وخصوص، فكذا إذا وقع مقتضى النص.

---

(١) في الأصل: (يضمن) وهو تصحيف.

(٢) «سورة يوسف: ٨٢».

(٣) انظر: «تقويم الأدلة» للدبوسي: (ص٢٤٤) «كشف الأسرار على البزودي» لعبد العزيز البخاري: (١/ ٢٥٧).

(٤) في الحاشية هنا: (المرجح في المذهب عندنا هو ما نقله عن أبي حنيفة) قلت: ماذكره المؤلف نسبه إلى الشافعي ومن معه كثير من أصوليي الحنفية كالدبوسي وعبدالعزيز البخاري شارح أصول البزدوي، ونقل هذه النسبة أيضاً التفتازاني من الشافعية، ولكن إذا عدنا إلى المصادر الأصولية التي بين أيدينا للمتكلمين نجد أن البعض ذكروا مذهبين هما: القول بعموم المقتضى، وعدم القول به، مقدمين هذا القول الثاني في الذكر، صنيع السبكي في «جمع الجوامع»: (١/ ٢٤٤) كما نجد البعض الآخر لا يذكرون القول بعدم عموم المقتضى، صنيع أبي الحسن الآمدي في «الإحكام» (٢/ ٣٦٣) فما بعدها، ومن قبله الإمام الغزالي في «المستصفى»: (٢/ ٦١) وانظر في هذا بحثاً مفصلاً عن المذاهب في عموم المقتضى في «تفسير النصوص»: (١/ ٥٦١) فما بعدها للمحقق.

ويتفرع عن هذا الأصل:

أنه إذا قال لزوجته: أنت طالق، ونوى به ثلاثاً: فإنه يصح منه [1] ويقع الثلاث عندنا من حيث إن قوله: أنت طالق يقتضي طلاقاً لا محالة، فصار الطلاق كالمذكور نصاً، ولوكان مذكوراً بأن قال: أنت طالق الطلاق أو ثلاثاً ونوى به الثلاث صح إجماعاً، فكذلك هذا.

وعندهم لا يقع أكثر من واحدة [2].

(١) انظر في هذا «المهذب»: (٢/ ٨٤).

(٢) انظر: «الهداية مع العناية وفتح القدير»: (٣/ ٤٨) فما بعدها «شرح القدوري»: (ص٢٦٦).

مسألة -٢-

مذهب الشافعي رضي الله عنه أن الرجعة في الطلاق لا تقبل الانقطاع بالشرط[١] .

واحتج في ذلك بأن الطلاق سبب مؤثر في النكاح، وليس إلى العباد تغيير الأوضاع، بل الذي إلينا استعمالُ الأسباب كما شرعت، والطلاق بعد الدخول لم يُشرع مزيلاً؛ فمن أراد أن يجعله مزيلاً كان مغيراً وضع الشرع، نازلاً منزلة من يريد جعل الهبة مزيلاً، من غير قبض وقاطعة للرجوع حيث ثبت الرجوع.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يدَّعي أنها تقبل الانقطاع بالشرط [٢] .

واحتج في ذلك: أن الطلاق شرع مزيلاً في أصله؛ بدليل أنه يزيل قبل الدخول، وعند ذكر العوض، ولو لم يوضع مزيلاً، لما اختلف بها[٣] بعد الدخول وما قبله، ولما تصور تأثير العوض في الإزالة.

وهذا ضعيف؛ لأن الدخول يؤكد الملك، فيكسبه استقراراً، والطلاق في الملك المستقر لم يشرع مزيلاً، والعوض يُلحق الطلاق ببقية المعاوضات في اللزوم، فينزل منزلة التمليك بعوض بالنسبة إلى التمليك بغير عوض.

ويتفرع عن هذا الأصل مسألتان:

إحداهما: أن كنايات الطلاق كلَّها رواجعُ عندنا كالصريح [٤] .

---

(١) انظر: «المهذب» للشيرازي: (٢/ ١٠٣).

(٢) انظر: لهذه المسألة «فتح القدير»: (٣/ ١٦٠) فما بعدها.

(٣) أي الرجعة في الطلاق.

(٤) انظر: في هذا «المهذب»: (٢/ ٨٠) فما بعدها.

وعنده: بوائن إلا ثلاثة ألفاظ وهي: اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة[1].

الثانية: إذا قال لزوجته المدخول بها: أنت طالق طلقة بائنة لا رجعة لي فيها، وقعت رجعية عندنا.

وعندهم: تقع بائنة [2].

(١) انظر: التفصيل في «الهداية وفتح القدير»: (٣/ ٩١) فما بعدها.

(٢) انظر: «فتح القدير»: (٣/ ٧٨).

مسألة -٣-

الحل في النكاح عند الشافعي رضي الله عنه يتناول الذات المشتملة على الأجزاء المتصلة فيها اتصال خلقة، أصلاً، ومقصوداً.

واحتج في ذلك بقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[1] أضاف الإنكاح إلى ذواتهن، والذوات عبارة عن مجموعة الأجزاء والأعضاء الموجودة لدى العقد.

وذهب أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه إلى مورد الحل إنسانيةُ المرأة دون الأجزاء والأعضاء المعينة، وزعموا أن الأعضاء المعينة بالنسبة إلى مورد الحل كالمعدومة.

واحتجوا في ذلك: بأن الأجزاء الموجودة لدى العقد، تتحلل وتتجدد جميعاً، ويبعد كلَّ البعد أن يقال: ورد النكاح على شعورها، وكلُّ شعرة نبتت بعد النكاح يتعلق بها نكاح، حتى تتجدد في كل يوم منكوحة لم توجد حالَ العقد.

قالوا: وعن[2] هذا قضى الشرع بأن من اشترى عبداً، فخرج نصفه مستحقاً، سقط قسطه من الثمن.

ولو سقطت يده، لم يسقط قسطه من الثمن؛ لأن مورد العقد إنسانيةُ العبد، وبها مقابلةُ الثمن، وذلك لايناسب الأعضاء المعينة.

فتبين أن الأعضاء المعينة كالمعدومة بالنسبة إلى مورد العقود، ولو كان

(١) [سورة النساء من الآية: ٢٥].

(٢) كذا في الأصل ولعلها (وعلى هذا).

استيفاء المقاصد من حيث العقل، لا يستغني عنها لضرورة الوجود.

ويتفرع عن هذا الأصل: إضافة الطلاق إلى الجزء المعين؛ فإنه يصح عندنا، من حيث إنه محل لحل النكاح؛ فكان محلاً لحل الطلاق.

ثم المضاف إلى بعض الأجزاء، يلحق بالمضاف إلى الكل: إما سراية أو عبارة[1] كما في الجزء المشاع والأعضاء الرئيسية، فكذا المضاف إلى سائر الأجزاء.

وعندهم: لا تصح هذه الإضافة لما ذكرناه [2].

وهذا الخلاف جار في إضافة العتق إلى عضو معين على ما سبق.

---

(١) في «المهذب» للشيرازي: (٢/ ٨٠) [وفي كيفية وقوعه وجهان: أحدهما: يقع على الجميع باللفظ، لأنه لما لم يتبعض كان تسمية البعض كتسمية الجميع، والثاني: أنه يقع على الجزء المسمى ثم يسري لأنه الذي سماه هو البعض] اهـ.

(٢) قلت: أما زفر: فهو مع الشافعي في هذه المسألة. انظر: : «فتح القدير»: (٣/ ٥٣).

مسألة -٤-

ذهب القدرية والحنفية إلى أن قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه [١]» مجمل لا يجوز الاحتجاج به، لتردده بين نفي الصورة والحكم.

وهذا فاسد: فإن نفي الصورة لا يمكن أن يكون مراداً، لما فيه من نسبة كلامه ﷺ إلى الخُلف، فكان المرادُ رفع حكمه، على ما قررناه في مسائل الصوم[٢].

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها (١) أن طلاق المكره، وعتاقَه، وبيعَه، وإجارتهَ، ونكاحَه، ورَجعتَه، وغيرَها من التصرفات: لايصح عندنا [٣]، لأن رفع حكم الإكراه إنما يكون بانعدام الحكم المتعلق به، كوقوع الطلاق والعتاق، وصحة البيع والنكاح.

(١) عزاه صاحب الجامع الصغير إلى الطبراني ورمز لصحته. وقد تعقبه الهيثمي بأن فيه يزيد بن ربيعة الرجي وهو ضعيف. قال المناوي: وقصارى أمر الحديث أن النووي ذكر في الطلاق من الروضة أنه حسن، ولم يسلم له ذلك، بل اعترض باختلاف فيه وتباين الروايات. انظر: المناوي في «فيض القدير على الجامع الصغير»: (٤/ ٣٤). وجاء في «اللآلئ» قول السيوطي: (لا يوجد بهذا اللفظ وأقرب ما وجد مارواه ابن عدي في «الكامل» عن أبي بكرة بلفظ «رفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً: الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه»..) وأخرج ابن ماجه عن ابن عباس يرفعه قال: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» قال البوصيري في «الزوائد» إسناده صحيح إن سلم من الانقطاع. والظاهر أنه منقطع بدليل زيادة عبيد بن نمير في الطريق الثاني!! «سنن ابن ماجه» رقم ٢٠٤٥. ورواه الحاكم وقال: (صحيح على شرط الشيخين) وانظر «المقاصد الحسنة للسخاوي» ص٢٢٨, ٢٢٩) «كشف الخفا» للعجلوني: (١/ ٤٣٢). «تفسير النصوص» (١/ ٣٤٩).

(٢) انظر ما سبق (ص ١٠٥) فما بعدها.

(٣) انظر: في هذا «المهذب»: (٢/ ٧٨).

أما وجود القصاص بقتله: فيستثنى من عموم الصيغة، تعظيماً لأمر الدم [1] فإنه لا سبيل إلى استباحته؛ لخاصة حرمته.

كماشرعُ قتل الجماعة بالواحد مستثنىً من قاعدة القياس [2]. ولهذا لم نحكم بارتفاع الإثم مع أن الصيغة تنفيه بحكم الوضع.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: التصرفات تنقسم إلى: لازمة لا تقبل الرد، ولا يشترط فيها الرضا؛ كالطلاق، والعتاق، والنكاح؛ فيصح منه، ويلزم [3].

وإلى: جائزة تقبل الرد، ويشترط فيها الرضا، كالبيع، والهبة، والإجارة؛ فتصح منه، ولا تلزم.

وربما قالوا: تنعقد ولا تلزم، بناء على أن الرضا في العقود من باب الشروط. وفسادُ الشرط عنده يوجب فساد الوصف دون الأصل على ما قررناه في مسألة البيع الفاسد [4].

---

(١) قلت. هذا هو القول الصحيح عند الشافعية، وقد يعبرون عنه بالأظهر.
ويقابله قول غير معتبر. انظر: «المهذب»: (٢/ ٣٧٧). الأشباه والنظائر: (ص٢٧٢, ٣٤٨) و«مغني المحتاج»: (٤/ ١٩).

(٢) انظر: الشافعي في «الأم»: (٧/ ٥٠).

(٣) راجع «الهداية والعناية مع فتح القدير»: (٣/ ٣٩) «البدائع»: (٣/ ١٠٠) (٧/ ٧١٢) وانظر «تفسير النصوص»: (١/ ٥٦٩) فما بعدها.

(٤) انظر: ما سبق (ص١٢٩) فما بعدها.

مسألة -٥-

كلمة (حتى) للغاية في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[١] عند الشافعي رضي الله عنه. تقول: سرت حتى أتيت البصرة[٢].

ومعناها عنده: تأقيت التحريم الثابت بالطلاق الثلاث، وانتهاؤه بوطء الزوج الثاني[٣].

واحتج في ذلك: أن المرأة خلقت محللة من كونها من بنات آدم، وتحريمُ نكاحها بالطلاق عارض، فإذا انتهى التحريم العارض بوطء الزوج الثاني، حلت بالمعنى الأول، لا بالزوج الثاني؛ كمنافع المال عند انقضاء مدة الإجارة، فإنها تصير للمالك بالمعنى الأول، لا بانقضاء المدة.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: هي للرفع والقطع[٤]؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا﴾[٥] حتى ترفعوا الجنابة، عبر عن ارتفاع الجنابة بالاغتسال بكلمة «حتى».

---

(١) [سورة البقرة: ٢٣٠].

(٢) انظر: «جمع الجوامع مع المحلي والبناني»: (١/ ٣٤٥) فما بعدها.

(٣) انظر: في هذا «الأم»: (٥/ ١٦٥) «أحكام القرآن» للشافعي جمع البيهقي: (١/ ٢٢٨) تحقيق الشيخ عبدالغني عبدالخالق رحمه الله «السنن الكبرى» للبيهقي: (٧/ ٣٣٣).

(٤) قال أبو بكر الجصاص عند قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾: [غاية التحريم الموقع بالثلاث، فإذا وطئها الزوج الثاني ارتفع ذلك التحريم الموقع وبقي التحريم من جهة أنها تحت زوج كسائر الأجنبيات فمتى فارقها الثاني وانقضت عدتها حلت للأول] اهـ «أحكام القرآن»: (١/ ٤٦٢).

(٥) [سورة النساء: ٤٣].

واحتج في ذلك بقوله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلَّل له[1]» سمي الزوج الثاني محللاً، والمحلِّل من يُثبت حلاً في المحلل وينشئُه، كما أن المسوِّد من يثبت السواد في المحل، والمبيضَ من يثبت البياض.

ويتفرع عن هذا الأصل:

مسألة الهدم وهي: ما إذا طلق امرأته طلقة، أو طلقتين، فنكحت زوجاً آخر ثم عادت إليه بنكاح جديد؛ فإنه لا يملك عليها إلا بقية الطلاق عندنا[2]؛ لأن وطء الزوج الثاني، شُرع أمارة على انتهاء تحريم العقد.

وإنما يُعقل الانتهاء، بعد ثبوت المنتهي وهو التحريم، فإذا لم يثبت لم يعقل انتهاء، والطلقةُ الواحدة، والطلقات، لا توجب تحريم العقد، حتى نحتاج إلى وطء منتهى عنده، فكان الوطء مستغنى عنه في هذه الحالة.

وعندهم: وطء الزوج الثاني[3] يهدم ما سبق من الطلاق، ويرفعه لأنه إذا [رفع][4] أثر الطلاق الثلاث، فلأن يرفع أثر الواحدة والاثنتين كان أولى.

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقال ابن حجر: رواته ثقات وقال الذهبي في الكبائر: «صح من حديث ابن مسعود ورواه النسائي والترمذي بإسناد جيد، وعن علي رواه أهل السنن إلا النسائي» انظر: المناوي في «فيض القدير»: (٥/ ١٧١).
قلت: رواية النسائي عن ابن مسعود «لعن رسول الله ﷺ الواشمة والمستوشمة والواصلة والموصولة وآكل الربا وموكله والمحلل و المحلل له» (٦/ ١٤٩) أما ابن ماجه: فقد رواه عن ابن عباس بلفظ «لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له» وبهذا اللفظ رواه عن علي أيضاً، وبلفظ «لعن الله المحلل والمحلل له» رواه عن عقبة بن عامر الذي ذكر أن رسول الله ﷺ قال: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له» سنن ابن ماجه (١/ ٦٢٣) وانظر «معالم السنن»: (٣/ ١٩٣).

(٢) انظر: «المهذب»: (٢/ ١٠٥) «المنهاج مع مغني المحتاج»: (٣/ ٢٩٣) فما بعدها.

(٣) قلت: ما عزاه المؤلف إلى الحنفية بقوله: [وعندهم] هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لا يهدم ما دون الثلاث.

(٤) ساقطة من الأصل.

مسألة -٦-

ذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أن الحل الثابت بالنكاح في حق الأمة، كالحل الثابت في حق الحرة.

واحتج في ذلك: بأن الزوج يستحق من زوجته الأمة، ما يستحقه من زوجته الحرة، غير أن حقه فيها، قد يكون مزحوماً بحق السيد، ولو ترك السيد حقه من الخدمة، تسلط الزوج بحكم النكاح على زوجته الأمة تسلطه على زوجته الحرة، فهي بمثابة الحرة المحبوسة في حق إذا نكحها ناكح.

ومعتقد أبي حنيفة رضي الله عنه: أن الحِل الثابت بالنكاح في حق الأمة، دون الحِل الثابت في حق الحرة.

واحتج في ذلك بأمرين:

أحدهما - أن حق السيد فيها مقدم على حق الزوج، فإنه لا يسلمها إلى الزوج في زمان الانتفاع، والاستخدام.

الثاني - أن أمد الرجعة ناقص فيها، بسبب نقصان عدتها.

ويتفرع عن هذا الأصل مسألة:

وهي: أن طلاق الأمة كطلاق الحرة عندنا[1]، إذا كان الزوج حراً، من حيث إن النكاح اقتضى لزوج الأمة، ما اقتضاه لزوج الحرة.

وعندهم: تطلق الأمة طلقتين [2]، سواء أكان الزوج حراً أم [3] عبداً؛ لنقصان حق الزوج فيها على ما سبق.

(١) انظر: «مغني المحتاج على المنهاج»: (١/ ٢٩٤).

(٢) انظر: «الهداية مع فتح القدير»: (٣/ ٤٢).

(٣) في النسختين (أو).