# □ ٢١ - كتاب الطلاق □

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع جمل :

**الجملة الأولى** : في أنواع الطلاق .

**الجملة الثانية** : في أركان الطلاق .

**الجملة الثالثة** : في الرجعة .

**الجملة الرابعة** : في أحكام المطلقات .

**الجملة الأولى** : وفي هذه الجملة خمسة أبواب :

**الباب الأول** : في معرفة الطلاق البائن والرجعيّ .

**الباب الثاني** : في معرفة الطلاق السني من البدعي .

**الباب الثالث** : في الخلع .

**الباب الرابع** : في تمييز الطلاق من الفسخ .

**الباب الخامس** : في التخيير والتمليك .

# ○ الباب الأول ○

## [ في معرفة الطلاق البائن والرجعي ]

واتفقوا على أن الطلاق نوعان : بائن ورجعي وأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها ، وإنما اتفقوا على هذا لقوله تعالى : ﴿ **يأَيُّهَا النَّبِيُّ إذَا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وأَحْصُوا العِدَّةَ** ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ **لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا** ﴾[1] وللحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر[2] أنه ﷺ : أمره أن يراجع زوجته لمَّا طلقها حائضًا ولا خلاف في هذا . وأما الطلاق البائن ، فإنهم اتفقوا على أن البينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ، ومن قبل عدم التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتي بعد ؛ واتفقوا على أن العدد الذي يوجب البينونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات إذا وقعت مفترقات لقوله تعالى : ﴿ **الطلاقُ مَرَّتانِ** ﴾[3] الآية . واختلفوا إذا وقعت ثلاثًا في اللفظ دون الفعل ، وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق مؤثر في إسقاط أعداد الطلاق ، وأن الذي يوجب البينونة في الرق اثنتان . واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ، ففي هذا الباب إذن ثلاث مسائل .

---

(١) الطلاق : ( ١ ) .

(٢) سيأتي قريبا .

(٣) البقرة : ( ٢٢٩ ) .

• **المسألة الأولى :**

جمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة ؛ وقال أهل الظاهر وجماعة : حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى : ﴿ **الطلاق مرتان** ﴾[1] إلى قوله في الثالثة : ﴿ **فإنْ طَلَّقَها فَلا تحل لَهُ مِنْ بَعْدُ حتَّى تَنْكِحَ زَوْجا غَيْرَه** ﴾[2] والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث ، واحتجوا أيضًا بما خرجه البخاري[1] ومسلم[2] . عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم عمر ؛ واحتجوا أيضًا بما رواه ابن إسحٰق عن عكرمة عن ابن عباس[5]

---

(١) البقرة : ( ٢٢٩ ) .

(٢) البقرة : ( ٢٣٠ ) .

(٣) لم يخرجه البخاري .

(٤) في صحيحه ( ٢ /١٠٩٩ رقم ١٥ /١٤٧٢ )

قلت : وأخرجه أبو داود ( ٢ /٦٤٩ رقم ٢١٩٩ ) و ( ٢ /٦٤٩ رقم ٢٢٠٠ ) ، والنسائي ( ٦ /١٤٥ ) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار ( ٣ /٥٥ ) ، والدارقطني ( ٤/٤٦ رقم ١٣٧ ) ، والحاكم ( ٢ /١٩٦ ) ، والبيهقي ( ١ /٣٣٦ ) ، وأحمد ( ١/٣١٤ ) ، وعبد الرزاق ( ٦ /٣٩١ رقم ١١٣٣٦ ) .

وقال الحاكم : « صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه » .

**قلت : وهو واهم في ذلك كما ترى .**

وقال البيهقي : « وهذا الحديث أحد ما اختلف فيه البخاري ومسلم ، فأخرجه مسلم ، وتركه البخاري ، وأظنه إنما تركه لمخالفته لسائر الروايات عن ابن عباس » . اهـ .

يعني : في فتواه بلزوم الثلاث ؛ وسيأتي في هذا حيث ذكر مثله ابن رشد .

(٥) ● أخرجه أحمد ( ١/٢٦٥ ) ، وأبو يعلى في مسنده ( ٤/٣٧٩ رقم ٢٥٠٠/١٧٣ ) ، والبيهقي ( ٧ /٣٣٩ ) بإسناد رجاله ثقات ، غير أن ابن إسحاق مدلس وقد صرح بالتّحديث عند أحمد . وداود بن الحصين قد ضعف في عكرمة . وهو من رجال الستة .

وقال البيهقي : « وهذا الإسناد لا تقوم به الحجة .. » . =

قال : « طلق ركانة زوجه ثلاثا في مجلس واحدٍ ، فحزن عليها حزنًا شديدًا ، فسأله رسول الله ﷺ : كَيْفَ طَلَّقْتَها ؟ قال : طلقتها ثلاثا في مجلس واحد ، قال : إنمَا تِلْكَ طَلْقَةٌ-واحِدَةٌ فَارْتَجِعْها » وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين[1] إنما رواه عنه من أصحابه طاوس[2] ، وأن جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث[3] منهم سعيد بن جبير[4] ومجاهد[5] وعطاء ، وعمرو بن دينار[6] وجماعة غيرهم[7] ، وأن حديث ابن إسحٰق وهم ، وإنما روى الثقات أنه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثًا .

---

= ● وأخرجه عبد الرزاق في المصنف ( ٦ /٣٩٠ رقم ١١٣٣٤ ) ، وأبو داود ( ٢ /٦٤٥ رقم ٢١٩٦ ) والبيهقي ( ٧ /٣٣٩ ) بإسناد فيه جهالة .
قلت : الحديث بمجموع الطريقين حسن . انظر الإرواء للمحدث الألباني ( ٧ /٢٤٤-٢٤٥ ) .

(١) قلت : حديث ابن عباس المذكور ، ليس هو في الصحيحين ، وإنما هو في صحيح مسلم كما تقدم قريباً .

(٢) قلت : هذه دعوى مردودة . انظر سنن أبي داود ( ٢ /٦٤٨ ) .

(٣) قلت : جلة أصحاب ابن عباس لم يرووا عنه حديثاً مرفوعاً يخالف ما رواه عنه طاووس ، إنما رووا فتواه بذلك ، ولا معارضة بين الراوي ورأيه كما هو معلوم .

(٤) خرج رواية سعيد بن جبير **الطحاوي** في شرح المعاني ( ٣ /٥٨ ) ، والدارقطني ( ٤ /١٢ رقم ٣٦ ) ، والبيهقي ( ٧ /٣٣٧ ) .

(٥) خرج رواية مجاهد : أبو داود ( ٢ /٦٤٦ رقم ٢١٩٧ ) ، والطحاوي ( ٣ /٥٨ ) ، والدارقطني ( ٤ /١٣ رقم ٣٨ ) و ( ٤ /٦٠ رقم ١٤٣ ) ، والبيهقي ( ٧ /٣٣٧ ) .

(٦) خرج رواية عطاء وعمرو بن دينار : البيهقي ( ٧ /٣٣٧ ) .

(٧) قلت : الغير الذي أشار إليه ابن رشد :
أ – مالك بن الحارث وروايته عند الطحاوي في شرح المعاني ( ٣ /٥٧ ) ، وأبي داود في السنن ( ٢/٦٤٧ رقم ٢١٩٧ ) .
ب – محمد بن إياس : وروايته عند أبي داود ( ٢ /٦٤٨ رقم ٢١٩٨ ) ، والطحاوي في شرح المعاني ( ٣ /٥٧ ) ، والبيهقي ( ٧ /٣٣٧ -٣٣٨ ) .
جـ – وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وروايته عند الطحاوي ( ٣ /٥٨ ) .

وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بإلزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ؟ ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع ؟ فمن شبه الطلاق بالأفعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال : لا يلزم ، ومن شبهه بالنذور والأيمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أي صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه ، وكأن الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق ؛ سدًّا للذريعة ، ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك ، أعني في قوله تعالى : ﴿ لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِكَ أَمْرًا ﴾ .

• **المسألة الثانية .**

وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق ، فمنهم من قال : المعتبر فيه الرجال ، فإذا كان الزوج عبدًا ؛ كان طلاقه البائن ، الطلقة الثانية ، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ، وبهذا قال مالك والشافعي ، ومن الصحابه عثمان بن عفان ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس ، وإن كان اختلف عنده في ذلك ، لكن الأشهر عنه هو هذا القول . ومنهم من قال: إن الاعتبار في ذلك هو بالنساء ، فإذا كانت الزوجة أمة ؛ كان طلاقها البائن الطلقة الثانية ، سواء كان الزوج عبدًا أو حرًا ، وممن قال بهذا القول من الصحابة علي وابن مسعود ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة وغيره ، وفي المسألة قول أشذ من هذين ، وهو أن الطلاق يعتبر برق من رق منهما ، قال ذلك عثمان البتي وغيره ، وروي عن ابن عمر .

وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رق المرأة أو رق الرجل ، فمن قال: التأثير في هذا لمن بيده الطلاق قال : يعتبر بالرجال ، ومن قال: التأثير في هذا للذي يقع عليه الطلاق قال : هو حكم من أحكام المطلقة فشبهوها بالعدة . وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أي : نقصانها تابع لرق النساء ، واحتج

الفريق الأول بما روي عن ابن عباس مرفوعًا إلى النبي ﷺ أنه قال : « الطَّلاقُ بالرّجال ، والعدَّةُ بالنِّساءِ »[1]. إلا أنه حديث لم يثبت في الصحاح . وأما من اعتبر من رُق منهما فإنه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقًا ، و لم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الأنوثية مع الرق .

● **المسألة الثالثة :**

وأما كون الرق مؤثرًا في نقصان عدد الطلاق ، فإنه حكى قوم أنه إجماع ، وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ، ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء .

وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا للقياس ، وذلك أن الجمهور صاروا إلى هذا المكان قياس طلاق العبد والأمة على حدودهما ، وقد أجمعوا على كون الرق مؤثرًا في نقصان الحد . أما أهل الظاهر فلما كان الأصل عندهم أن حكم العبد في التكاليف حكم الحر إلا ما أخرجه الدليل ، والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ، و لم يكن هناك دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله ، ويشبه أن يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد ؛

---

(١) قلت : لم يثبت في الصحاح ولا في غيرها .
ولا يعرف من كلام النبي ﷺ وإنما أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ( ٥ /٨٣ ) ، والبيهقي ( ٧ /٣٧٠ ) عن ابن عباس من قوله .
● وأخرجه البيهقي ( ٧ /٣٧٠ ) ، والطبراني ( ٤ /٣٣٧ – مجمع الزوائد ) عن ابن مسعود من قوله أيضاً .
وقال البيهقي : إنه ليس بمحفوظ .
● وأخرجه البيهقي ( ٧ /٣٧٠ ) أيضاً عن علي بن أبي طالب ، مثله . وقال الماردِيني في « الجوهر النقي » : لا يصح .
● وأخرجه عبد الرزاق في المصنف ( ٧ /٢٣٤ ) موقوفاً على عثمان وزيد بن ثابت .

لأن المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه ، وأن الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ ؛ لأن وقوع التحريم على الإنسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم ، والشرع إنما سلك في ذلك سبيل الوسط ، وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنتت المرأة وشقيت ، ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم ، وكان ذلك عسرًا عليه ، فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ، ولذلك ما نرى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة ، فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة .

## ○ الباب الثاني ○

## [ في معرفة الطلاق السني من البدعي ]

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها ، هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة ، وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة ، وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر[1] « أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ ، فقال ﷺ : « مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ، ثُمَّ إنْ شاءَ أمْسَكَ وإنْ شاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أنْ يَمَسَّ فَتِلْكَ العِدَّةُ التي أمَرَ اللهُ أنْ تُطَلَّقَ لهَا النِّساءُ » . واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع :

**الموضع الأول** : هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقًا في العدة ؟.

**والثاني** : هل المطلق ثلاثًا : أعني : بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا ؟.

**والثالث** : في حكم من طلق في وقت الحيض .

---

(١) أخرجه الشافعي في ترتيب المسند ( ٢ /٣٢ ،٣٣ رقم ١٠٢ و ١٠٤ ) ، ومالك ( ٢ /٥٧٦ رقم ٥٣ ) ، وأحمد ( ٢ /٦ ،٥٤ ،٦٣ ،٦٤ ،١٠٢ ،١٢٤ ) ، والدارمي ( ٢ /١٦٠ ) ، والطيالسي ( صـ١٣ رقم ٦٨ ) و ( صـ٢٥٣ رقم ١٨٥٣ ) ، والبخاري ( ٩ /٣٤٥ رقم ٥٢٥١ ) ، ومسلم ( ٢ /١٠٩٣ رقم ١ /١٤٧١ ) ، وأبو داود ( ٢ /٦٣٢ رقم ٢١٧٩ ) ، والترمذي ( ٣ /٤٧٨ رقم ١١٧٥ ) ، والنسائي ( ٦ /١٣٨ ) ، وابن ماجه ( ١ /٦٥١ رقم ٢٠١٩ ) ، وابن الجارود ( رقم ٧٣٤ ) ، والدارقطني ( ٤ /٦ -١١ ) ، والبيهقي ( ٧ /٣٢٣ -٣٢٤ ) ، والبغوي في شرح السنة ( ٩ /٢٠٢ ) ، وابن حبان ( ٦ /٢٢٨ رقم ٤٢٤٩ ) من طرق .. وله عندهم ألفاظ .

• **أما الموضع الأول :**

فإنه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما ، فقال مالك : من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقًا آخر . وقال أبو حنيفة : إن طلقها عند كل طهر طلقة واحدة ؛ كان مطلقا للسنة .

وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق أن يكون في حال الزوجية بعد رجعة ، أم ليس من شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لا يتبعها فيه طلاقًا ، ومن قال ليس من شرطه أتبعها الطلاق ، ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .

• **وأما الموضع الثاني :**

فإن مالكًا ذهب إلى أن المطلق ثلاثًا بلفظ واحد مطلق لغير سنة ، وذهب الشافعي إلى أنه مطلق للسنة .

وسبب الخلاف معارضة إقراره ﷺ للمطلق بين يديه ثلاثًا في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة . والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن العجلاني طلق زوجته ثلاثًا بحضرة رسول الله ﷺ بعد الفراغ من الملاعنة[1]. قال : فلو كان بدعة لما أقره رسول الله ﷺ . وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد ؛ قال فيه : إنه ليس للسنة . واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه ، فوقع الطلاق على غير محله ، فلم يتصف لا بسنة ولا ببدعة ، وقول مالك – والله أعلم – أظهر هٰـهنا من قول الشافعي .

---

(١) أخرجه البخاري ( ٩ /٤٤٦ رقم ٥٣٠٨ ) ، ومسلم ( ٢ /١١٢٩ رقم ١ /١٤٩٢ ) ، من حديث سهل بن سعد ويأتي لفظه وتخريجه في اللعان : إن شاء الله .

• **وأما الموضع الثالث :**

**في حكم من طلق في وقت الحيض :**

فإن الناس اختلفوا من ذلك في مواضع : منها أن الجمهور قالوا : يمضي طلاقه ، وقالت فرقة : لا ينفذ ولا يقع ؛ والذين قالوا ينفذ قالوا : يؤمر بالرجعة ، وهؤلاء افترقوا فرقتين : فقوم رأوا أن ذلك واجب وأنه يجبر على ذلك ، وبه قال مالك وأصحابه . وقالت فرقة : بل يندب إلى ذلك ولا يجبر ، وبه قال الشافعي ، وأبو حنيفة ، والثوري ، وأحمد . والذين أوجبوا الإجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الإجبار ، فقال مالك وأكثر أصحابه ، ابن القاسم وغيره : يجبر ما لم تنقض عدتها ، وقال أشهب : لا يجبر إلا في الحيضة الأولى . والذين قالوا بالأمر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة إن شاء ، فقوم اشترطوا في الرجعة أن يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ، وبه قال مالك والشافعي وجماعة ، وقوم قالوا : بل يراجعها ، فإذا طهرت من تلك الحيضة ، التي طلقها فيها فإن شاء أمسك ، وإن شاء طلق . وبه قال أبو حنيفة والكوفيون ، وكل من اشترط في طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يمسها فيه ؛ لم ير الأمر بالرجعة إذا طلقها في طهر مسها فيه ، فهنا إذًا أربع مسائل :

**أحدها** : هل يقع هذا الطلاق أم لا ؟.

**والثانية** : إن وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ؟.

**والثالثة** : متى يوقع الطلاق بعد الإجبار أو الندب .

**والرابعة** : متى يقع الإجبار .

• **أما المسألة الأولى :**

فإن الجمهور إنما صاروا إلى أن الطلاق إن وقع في الحيض اعتد به ، وكان

طلاقًا لقوله ﷺ في حديث ابن عمر: « مره فليراجعها »[1] قالوا : والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق ، وروى الشافعي[2] عن مسلم بن خالد عن ابن جريج أنهم أرسلوا إلى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله ﷺ ؟ قال: نعم ، وروي أنه الذي كان يفتي به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعًا فإنه اعتمد عموم قوله ﷺ : « كُلُّ فِعْلٍ أَوْ عَمَلٍ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ »[3]. وقالوا : أمر رسول الله ﷺ برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه . وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة وإجزاء ، أم شروط كمال وتمام ؟ فمن قال شروط إجزاء ؛ قال : لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ، ومن قال : شروط كمال

---

(١) تقدم تخريجه قريبا .

(٢) في ترتيب المسند ( ٢ /٣٤ رقم ١٠٨ ) .
قلت : وشيخه مسلم بن خالد ضعيف ، وقد صح عن نافع خِلافه .

(٣) ● أخرج البخاري ( ٥ /٣٠١ رقم ٢٦٩٧ ) ، ومسلم ( ٣ /١٣٤٣ رقم ١٧١٨ ) ، وأحمد ( ٦ /٧٣ ، ٢٧٠ ) ، وأبو داود ( ٥ /١٢ رقم ٤٦٠٦ ) ، وابن ماجه ( ١ /٧ رقم ١٤ ) ، والدارقطني في السنن ( ٤/٢٢٤-٢٢٥ ، ٢٢٧ ) ، والبيهقي ( ١٠/١١٩ ) ، والقضاعي في مسند الشهاب ( ١/٢٣١ رقم ٣٥٩ ) ، وابن عدي في الكامل ( ١/٢٤٧ ) والطيالسي في المسند ( صـ٢٠٢ رقم ١٤٢٢ ) وابن حجر في « تغليق التعليق » ( ٣/٣٩٨ ) كلهم عن عائشة رضي الله عنها مرفوعاً بلفظ « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رَدّ » .
● وأخرج البخاري في « خلق أفعال العباد » ص ٤٣ ، وأحمد في المسند ( ٦ /١٤٦ ، ١٨٠ ، ٢٤٠ ، ٢٥٦ ، ٢٧٠ ) ، والبغوي في شرح السنة ( ١ /٢١١ رقم ١٠٣ ) ، وابن حجر في « تغليق التعليق » ( ٣ /٣٩٧ ) كلهم بلفظ « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رَدّ » .
● وأخرج ابن حجر في « تغليق التعليق » ( ٣ /٣٩٨ ) بلفظ « من فعل أمرا ليس عليه أمرنا فهو رَدّ » .

وتمام قال : يقع ويندب إلى ان يقع كاملا ، ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض ، فتدبر ذلك .

• **وأما المسألة الثانية :**

وهي هل يجبر على الرجعة أو لا يجبر ؟ فمن اعتمد ظاهر الأمر ، وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال : يجبر ، ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعًا ؛ قال : هذا الأمر هو على الندب .

• **وأما المسألة الثالثة :**

وهي متى يوقع الطلاق بعد الإجبار ، فإن من اشترط في ذلك أن يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، فإنما صار لذلك ؛ لأنه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا : والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض ؛ لأنه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة ؛ لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة ؛ لأنه كان يكون كالمطلق قبل الدخول . وبالجملة فقالوا : إن من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء ، وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله ، وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب ، وأما الذين لم يشترطوا ذلك ، فإنهم صاروا إلى ما روى يونس بن جبير[1] ، وسعيد بن

---

(١) رواية يونس بن جبير ، خرجها أحمد ( ٢ /٤٣ ، ٥١ ، ٧٤ ) ، والبخاري ( ٩ /٣٥١ رقم ٥٢٥٢ ) و ( ٩ /٤٨٤ رقم ٥٣٣٣ ) ، ومسلم ( ٢ /١٠٩٦ رقم ٧ -١٠ / ١٤٧١ ) ، وأبو داود ( ٢ /٦٣٥ رقم ٢١٨٤ ) ، والنسائي ( ٦ /١٤١ ) ، والطحاوي في شرح المعاني ( ٣ /٥٢ -٥٣ ) ، والدارقطني ( ٤ /٨ رقم ١٩ ) ، والبيهقي ( ٧ /٣٢٥ -٣٢٦ ) .

جبير[1] ، وابن سيرين[2] ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث أنه قال : يراجعها فإذا طهرت طلقها إن شاء ، وقالوا : المعنى في ذلك أنه إنما أمر بالرجوع عقوبة له ؛ لأنه طلق في زمان كره له فيه الطلاق ، فإذا ذهب ذلك الزمان ؛ وقع منه الطلاق على وجه غيره مكروه .

فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسألة ، وتعارض مفهوم العلة .

• **وأما المسألة الرابعة :**

وهي متى يجبر فإنما ذهب مالك إلى أنه يجبر على رجعتها لطول زمان العدة ؛ لأنه الزمان الذي له فيه ارتجاعها . وأما أشهب فإنه إنما صار في هذا إلى ظاهر الحديث ؛ لأن فيه : « مره فليراجعها حتى تطهر » فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة ، وأيضا فإنه قال : إنما أمر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة ، فإنه إذا وقع عليها الطلاق في الحيضة ؛ لم تعتد بها بإجماع ؛ فإن قلنا : إنه يراجعها في غير الحيضة ؛ كان ذلك عليها أطول ، وعلى هذا التعليل فينبغي أن يجوز إيقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة .

فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الأمر بالرد .

---

(١) رواية سعيد بن جبير ، خرجها النسائي ( ٦ /١٤١ ) ، والطحاوي في شرح المعاني ( ٣ /٥٢ ) .

(٢) رواية ابن سيرين خرجها أحمد ( ٢ /٧٤ ) ، ومسلم ( رقم ١١ ،١٢ /١٤٧١ ) ، وابن الجارود ( رقم ٧٣٥ ) ، والطحاوي في شرح المعاني ( ٣ /٥٢ ) ، والبيهقي ( ٧ /٣٢٦ ) .

# □ الباب الثالث في الخلع □

واسم الخلع ، والفدية ، والصلح ، والمبارأة ، كلها تؤول إلى معنى واحد ، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها ، إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه ، والفدية بأكثره ، والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه على ما زعم الفقهاء ، والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول : في جواز وقوعه أولًا ، ثم ثانيًا في شروط وقوعه ، أعني : جواز وقوعه ، ثم ثالثًا في نوعه ، أعني : هل هو طلاق أو فسخ ؟. ثم رابعًا فيما يلحقه من الأحكام .

## ○ الفصل الأول ○

## [ في جواز وقوعه ]

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء . والأصل في ذلك الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيما افْتَدَتْ بِهِ** ﴾[1] . وأما السنة فحديث ابن عباس : « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين ، ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ : « أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله ﷺ : اقْبَلِ الحَديقَةَ ، وطَلِّقْها طَلْقَةً واحِدَةً » . خرجه بهذا اللفظ البخاري[2] ، وأبو داود[3] والنسائي[4] ، وهو حديث متفق على صحته[5] ، وشذ أبو بكر بن عبد الله المزيني عن الجمهور فقال : لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا ، واستدل على ذلك بأنه زعم أن قوله تعالى :

---

(١) البقرة : ( ٢٢٩ ) .

(٢) في صحيحه ( ٩ /٣٩٥ رقم ٥٢٧٣ ) .

(٣) في السنن ( ٢ /٦٦٩ رقم ٢٢٢٩ ) وليس هو عنده بهذا اللفظ .

(٤) في السنن ( ٦ /١٦٩ ) .

(٥) قلت : إن أراد بالاتفاق على صحته أن مسلماً خرجه أيضاً ، كما هو المعروف بين أهل الحديث ، وكما هو اصطلاحه أيضا فلا ، فإن مسلما لم يخرجه .
وقد أخرجه أيضا الترمذي ( ٣ /٤٩١ رقم ١١٨٥م ) ، وابن ماجه ( ١ /٦٦٣ رقم ٢٠٥٦ ) ، وابن الجارود في المنتقى ( رقم ٧٥٠ ) ، والبيهقي في السنن الكبرى ( ٧ /٣١٣ ) ، والدارقطني ( ٣ /٦١ ) ، والبغوي في شرح السنة ( ٩ /١٩٣ - ١٩٤ ) وله عندهم ألفاظ .

﴿ **فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ منسوخ بقوله تعالى : ﴿ **وإنْ أرَدتم اسْتِبْدالَ زَوْجٍ مَكانَ زَوْجٍ وآتَيْتُم إحْداهُن قِنطارا فَلا تأخُذُوا مِنْهُ شَيْئا** ﴾ الآية . والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها ، وأما برضاها فجائز .

فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه .

## ○ الفصل الثاني ○

## [ في شروط وقوعه ]

فأما شروط جوازه فمنها ما يرجع إلى القدر الذي يجوز فيه ، ومنها ما يرجع إلى صفة الشيء الذي يجوز به ، ومنها ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها ؛ ومنها ما يرجع إلى صفة من يجوز له الخلع من النساء ، أو من أوليائهن ، ممن لا تملك أمرها ، ففي هذا الفصل أربع مسائل :

**• المسألة الأولى :**

أما مقدار ما يجوز لها أن تختلع به ، فإن مالكًا ، والشافعي ، وجماعة ، قالوا : جائز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها ، إذا كان النشوز من قبلها ، وبمثله وبأقلّ منه ، وقال قائلون : ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت ، فمن شبهه بسائر الأعواض في المعاملات ؛ رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا ، ومن أخذ بظاهر الحديث ؛ لم يجز أكثر من ذلك ، وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق .

**• المسألة الثانية :**

وأما صفة العوض ، فإن الشافعي ، وأبا حنيفة : يشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة ، ومعلوم الوجوب ، ومالك يجيز فيه المجهول الوجود ، والقدر والمعدوم ، مثل : الآبق ، والشارد ، والثمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف . وحكي عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم .

وسبب الخلاف تردّد العوض هٰـهنا بين العوض في البيوع ، أو الأشياء

الموهوبة والموصى بها ؛ فمن شبهها بالبيوع ؛ اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي أعواض البيوع ، ومن شبهه بالهبات ؛ لم يشترط ذلك . واختلفوا إذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير ، هل يجب لها عوض أم لا ، بعد اتفاقهم على أن الطلاق يقع ؟ فقال مالك : لا تستحق عوضًا ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يجب لها مهر المثل[1] .

• **المسألة الثالثة :**

وأما ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها الخلع ، من التي لا يجوز ، فإن الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي ، إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ **ولا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا ببعْضِ ما آتَيْتُمُوهُنَّ إلَّا أنْ يأتينَ بِفاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ** ﴾[2] وقوله تعالى : ﴿ **فإنْ خِفْتُم أنْ لَّا يُقِيما حُدُودَ اللهِ فَلا جُناحَ عَليهِما فيما افْتَدَتْ بِهِ** ﴾[3]. وشذ أبو قلابة ، والحسن البصري فقالا : لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني ، وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا ، وقال داود : لا يجوز إلا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية ، وشذ النعمان فقال : يجوز الخلع مع الإضرار ، والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة ؛ جعل الخلع بيد المرأة ؛ إذا فركت الرجل ، فيتحصل في الخلع خمسة أقوال : قول إنه لا يجوز أصلًا . وقول إنه يجوز على كل حال ، أي : مع الضرر . وقول : إنه لا يجوز إلا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله . وقول إنه يجوز في كل حال إلا مع الضرر ، وهو المشهور .

---

(١) هكذا جميع النسخ ، ولعل الصواب يجب عليها ، فإن العوض راجع للزوج ، فليتأمل . اهـ .مصححه .

(٢) النساء : ( ١٩ ) .

(٣) البقرة : ( ٢٢٩ ) .

• **المسألة الرابعة :**

وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز ، فإنه لا خلاف عند الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها ، وأن الأمة لا تخالع عن نفسها إلا برضا سيدها ، وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر ، وقال مالك : يخالع الأب على ابنته الصغيرة ، كما ينكحها ، وكذلك على ابنه الصغير ؛ لأنه عنده يطلق عليه ، والخلاف في الابن الصغير ، قال الشافعي وأبو حنيفة : لا يجوز ؛ لأنه لا يطلق عليه عندهم . والله أعلم . وخلع المريضة يجوز عند مالك إذا كان بقدر ميراثه منها ، وروى ابن نافع ، عن مالك ، أنه يجوز خلعها بالثلث كله ، وقال الشافعي : لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز ، وكان من رأس المال ، وإن زاد على ذلك ؛ كانت الزيادة من الثلث . وأما المهملة التي لا وصي لها ، ولا أب فقال ابن القاسم : يجوز خلعها إذا كان خلع مثلها ، والجمهور على أنه يجوز خلع المالكة لنفسها ، وشذ الحسن وابن سيرين فقالا : لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان .

## ○ الفصل الثالث في نوعه ○

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق ، وبه قال مالك . وأبو حنيفة سوّى بين الطلاق والفسخ ، وقال الشافعي : هو فسخ ، وبه قال أحمد ، وداود ، ومن الصحابة ابن عباس . وقد روي عن الشافعي أنه كناية ، فإن أراد به الطلاق ، كان طلاقًا وإلا كان فسخًا ، وقد قيل عنه في قوله الجديد : إنه طلاق ، وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا ؟ وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنًا ؛ لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها ؛ لم يكن لافتدائها معنى . وقال أبو ثور : إن لم يكن بلفظ الطلاق ؛ لم يكن له عليها رجعة ، وإن كان بلفظ الطلاق ؛ كان له عليها الرجعة ، احتج من جعله طلاقًا بأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره ، وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ ، واحتج من لم يره طلاقًا بأن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال : ﴿ **الطلاق مرتان** ﴾[1]. ثم ذكر الافتداء ثم قال : ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره** ﴾[2]. فلو كان الافتداء طلاقًا ؛ لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع ، وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع بالتراضي قياسًا على فسوخ البيع ، أعني : الإقالة ، وعند المخالف أن الآية إنما تضمنت حكم الافتداء على أنه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق ، لا أنه شيء غير الطلاق . فسبب الخلاف : هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق ، إلى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها ؟.

---

(١) البقرة : ( ٢٢٩ ) .

(٢) البقرة : ( ٢٣٠ ) .

## ○ الفصل الرابع ○

## [ فيما يلحقه من الأحكام ]

وأما لواحقه ففروع كثيرة ، لكن نذكر منها ما شهر : **فمنها** هل يرتدف على المختلعة **طلاق أم لا ؟ فقال مالك : لا يرتدف إلا إن كان الكلام** متصلًا ، وقال الشافعي : لا يرتدف وإن كان الكلام متصلًا ، وقال أبو حنيفة : يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخي .

وسبب الخلاف : أن العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق ، وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ؛ ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها ، فمن رآها من أحكام النكاح ؛ ارتدف الطلاق عنده ، ومن لم ير ذلك ؛ لم يرتدف ، ومنها أن جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلعة في العدة ، إلا ما روي عن سعيد بن المسيب ، وابن شهاب أنهما قالا : إن ردّ لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها ، والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور ، بين أن يكون بلفظ الطلاق أو لا يكون ، ومنها أن الجمهور أجمعوا على أن له أن يتزوجها برضاها في عدتها ، وقالت فرقة من المتأخرين : لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة .

وسبب اختلافهم : هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل ؟. واختلفوا في عدة المختلعة وسيأتي بعد . واختلفوا إذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذي وقع به الخلع فقال مالك : القول قوله إن لم يكن هنالك بينة ، وقال الشافعي : يتحالفان ويكون عليها مهر المثل ، شبه الشافعي

اختلافهما باختلاف المتبايعين ، وقال مالك : هي مدّعى عليها وهو مدع .
ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

## ○ الباب الرابع ○

## [ في تمييز الطلاق من الفسخ ]

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث ، وبين بالطلاق الذي يعتد به في الثلاث إلى قولين :

**أحدهما** : أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه ، أعني : في جوازه ، وكان الخلاف مشهورًا 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 للتفرق ، فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح ، كان فسخا : مثل نكاح المحرّمة بالرضاع ، أو النكاح في العدة ، وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب ؛ كان طلاقًا .

## ○ الباب الخامس ○

## [ في التخيير والتمليك ]

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكامًا خاصة : التمليك والتخيير ، والتمليك عن مالك في المشهور غير التخيير ، وذلك أن التمليك ، هو عنده تمليك المرأة إيقاع الطلاق ، فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ، ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة ، والخيار بخلاف ذلك ؛ لأنه يقتضي إيقاع طلاق تنقطع معه العصمة إلا أن يكون تخييرًا مقيدًا مثل أن يقول لها : اختاري نفسك أو اختاري تطليقة أو تطليقتين ، ففي الخيار المطلق عند مالك : ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث ، وإن اختارت واحدة ؛ لم يكن لها ذلك ، والمملَّكة لا يبطل تمليكها عنده إن لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس ، والرواية الثانية : أنه يبقى لها التمليك إلى أن تردّ ، أو تطلق ، والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله إياها على تطليق نفسها أن في التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق ، وليس له ذلك في التمليك ، وقال الشافعي : اختاري وأمرك بيدك سواء ، ولا يكون ذلك طلاقًا إلا أن ينويه ، وإن نواه فهو ما أراد إن واحدة فواحدة وإن ثلاثا فثلاث ، فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه ، وفي العدد في الخيار أو التمليك ، وهي عنده إن طلقت نفسها رجعية ، وكذلك هي عند مالك في التمليك ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : الخيار ليس بطلاق ، فإن طلقت نفسها في التمليك واحدة فهي بائنة ، وقال الثوري : الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما ، وقد قيل : القول قولها في أعداد الطلاق في التمليك ، وليس للزوج مناكرتها ، وهذا القول مروي عن علي وابن المسيب ،

وبه قال الزهري وعطاء ، وقد قيل : إنه ليس للمرأة في التمليك ، إلا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة ، وذلك مروي عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما ، روي أنه جاء ابن مسعود رجل فقال : كان بيني وبين امرأتي بعض ما يكون بين الناس ، فقالت : لو أن الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف أصنع ، قال : فإن الذي بيدي من أمرك بيدك ، قالت : فأنت طالق ثلاثًا ، قال : أراها واحدة وأنت أحق بها ما دامت في عدتها ، وسألقى أمير المؤمنين عمر ، ثم لقيه فقص عليه القصة فقال : صنع الله بالرجال وفعل ؛ يعمدون إلى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء بفيها التراب ، ماذا قلت فيها ؟ قال : قلت : أراها واحدة وهو أحق بها قال : وأنا أرى ذلك ، ولو رأيت غير ذلك ؛ علمت أنك لم تصب ، وقد قيل : ليس التمليك بشيء ؛ لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع إلى يد المرأة بجعل جاعل . وكذلك التخيير ، وهو قول أبي محمد ابن حزم وقول مالك في المملَّكة : إن لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة ، ما دامت في المجلس وهو قول الشافعي وأبي حنيفة والأوزاعي ، وجماعة فقهاء الأمصار ، وعند الشافعي أن التمليك إذا أراد به الطلاق كالوكالة ، وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك مالم يوقع الطلاق ، وإنما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير ، وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله ﷺ نساءه قالت عائشة : خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه ، فلم يكن طلاقًا[1] لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك أنهن لو اخترن أنفسهن ؛ طلقهن رسول الله ﷺ لا أنهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق . وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن التخيير والتمليك واحد في الحكم ؛ لأن من عرف دلالة اللغة أن من ملَّك إنسانا أمرًا من الأمور

---

(١) أخرجه البخاري ( ٩ /٣٦٧ رقم ٥٢٦٢ و ٥٢٦٣ ) ، ومسلم ( ٢ /١١٠٤ رقم ٢٧ /١٤٧٧ ) ، وأبو داود ( ٢ /٦٥٣ رقم ٢٢٠٣ ) ، والترمذي ( ٣ /٤٨٣ رقم ١١٧٩ ) ، والنسائي ( ٦ /١٦١ ) ، وابن ماجه ( ١ /٦٦١ رقم ٢٠٥٢ ) .

إن شاء أن يفعله ، أو لا يفعله فإنه قد خيره . وأما مالك فيرى أن قوله لها : اختاريني أو اختاري نفسك ، أنه ظاهر بعرف الشرع في معنى البينونة بتخيير رسول الله ﷺ نساءه ؛ لأن المفهوم منه إنما كان البينونة ، وإنما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج في التمليك أنه لم يرد به **طلاقًا** إذا زعم ذلك ؛ لأنه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها ، وأما الشافعَي فلما لم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر فيه النية .

فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية ، وكذلك فعل في التخيير ، وإنما اتفقوا على أن له مناكرتها في العدد : أعني في لفظ التمليك ؛ لأنه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره ، وإنما رأى مالك والشافعي أنه إذا طلقت نفسها بتمليكه إياها طلقة واحدة أنها تكون رجعية ؛ لأن الطلاق إنما يحمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة ، وإنما رأى أبو حنيفة أنها بائنة ؛ لأنه إذا كان له عليها رجعة ؛ لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة ، ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى أن لها أن تطلق نفسها في التمليك ثلاثًا ، وأنه ليس للزوج مناكرتها في ذلك ، فلأن معنى التمليك عنده إنما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق . وأما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط أو التخيير ، فإنما ذهب إلى أنه أقل ما ينطلق عليه الاسم ، واحتياطًا للرجال ؛ لأن العلة في جعل الطلاق بأيدي الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة ، وجمهور العلماء على أن المرأة إذا اختارت زوجها أنه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم . وروي عن الحسن البصري أنها إذا اختارت زوجها فواحدة ، وإذا اختارت نفسها فثلاث ، فيتحصل في هذه المسألة الخلاف في ثلاثة مواضع :

**أحدها** : أنه لا يقع بواحد منهما طلاق .

**والثاني** : أنه تقع بينهما فرقة .

**والثالث** : الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة ، أعني أن تملك بالتخيير البينونة ، وبالتمليك ما دون البينونة ، وإذا قلنا بالبينونة فقيل : تملك واحدة ، وقيل : تملك الثلاث ؛ وإذا قلنا : إنها تملك واحدة ، فقيل : رجعية ، وقيل : بائنة . وأما حكم الألفاظ التي تجيب بها المرأة في التخيير والتمليك فهى ترجع إلى حكم الألفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة ، وسيأتي تفصيل ذلك عند التكلم في ألفاظ الطلاق .

• **الجملة الثانية :**

وفي هذه الجملة ثلاثة أبواب :

**الباب الأول** : في ألفاظ الطلاق وشروطه .

**الباب الثاني** : في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز .

**الباب الثالث** : في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع .

## ○ الباب الأول ○

## [ في ألفاظ الطلاق وشروطه ]

وهذا الباب فيه فصلان: .

**الفصل الأول** : في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة .

**الفصل الثاني** : في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

## ○ الفصل الأول ○

## [ في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة ]

أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بنية وبلفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح ، أو بالنية دون اللفظ ، أو باللفظ دون النية ، فمن اشترط فيه النية واللفظ الصريح فاتباعًا لظاهر الشرع ، وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ، ومن شبهه بالعقد في النذر وفي اليمين ؛ أوقعه بالنية فقط ، ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط .

واتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان : صريح ، وكناية . **واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها، ونحن إنما قصدنا** من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الأصول ، فقال مالك وأصحابه : الصريح هو لفظ الطلاق فقط ، وما عدا ذلك كناية ، وهي عنده على ضربين : ظاهرة ومحتملة ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث : الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وهي المذكورة في القرآن ، وقال بعض أهل الظاهر : لا يقع طلاق إلا بهذه الثلاث . فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه . وإنما اتفقوا على أن لفظ الطلاق صريح ؛ لأن دلالته على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا في هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف : أعني أن تدل بعرف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق ، أو هي باقية على دلالتها اللغوية فإذا استعملت في هذا المعنى : أعني في معنى الطلاق ؛ كانت مجازًا إذ هذا هو معنى

الكناية : أعني اللفظ الذي يكون مجازًا في دلالته ، وإنما ذهب من ذهب إلى أنه لا يقع الطلاق إلا بهذه الألفاظ الثلاثة ؛ لأن الشرع إنما ورد بهذه الألفاظ الثلاثة وهي عبادة ، ومن شرطها اللفظ ، فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها . فأما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسألتان مشهورتان :

**إحداهما** : اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها .

**والثانية** : اختلفوا فيها . فأما التي اتفقوا عليها ، فإن مالكًا والشافعي وأبا حنيفة قالوا : لا يقبل قول المطلق إذا نطق بألفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقا إذا قال لزوجته أنت طالق ، وكذلك السراح والفراق عند الشافعي ،واستثنت المالكية بأن قالت : **إلا أن تقترن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه** ، مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها : أنت طالق .

وفقه المسألة عند الشافعي وأبي حنيفة أن الطلاق لا يحتاج عندهم إلى نية ؛ وأما مالك فالمشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى نية ، لكن لم ينوه هـٰهنا لموضع التهم ، ومن رأيه الحكم بالتهم سدا للذرائع ، وذلك مما خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة ، فيجب على رأي من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ، ولا يحكم بالتهم أن يصدقه فيما ادعى .

• **وأما المسألة الثانية** :

فهي اختلافهم فيمن قال لزوجته : أنت طالق ، وادعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة إما ثنتين وإما ثلاثًا ، فقال مالك : هو ما نوى وقد لزمه ، وبه قال الشافعي ، إلا أن يقيد فيقول : طلقة واحدة ، وهذا القول هو المختار عند أصحابه ، وأما أبو حنيفة فقال : لا يقع ثلاثا بلفظ الطلاق ؛ لأن العدد لا يتضمنه لفظ الإفراد لا كناية ولا تصريحا .

وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ ، أو بالنية مع اللفظ

المحتمل فمن قال بالنية ، أوجب الثلاث ، وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ، ومن رأى أنه لا يحتمل العدد وأنه لابد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال : لا يجب العدد وإن نواه ، وهذه المسألة اختلفوا فيها ، وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق : أعني اشتراط النية مع اللفظ ، أو بانفراد أحدهما ، فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية ، وبه قال أبو حنيفة ، وقد روي عنه أنه يقع باللفظ دون النية ، وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية ، فمن اكتفى بالنية احتج بقوله ﷺ : « إنمَا الأعمالُ بالنِّيَّاتِ »[1]. ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله ﷺ : « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الخَطأُ والنِّسْيانُ ومَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَها »[2] . والنية دون قول حديث نفس قال : وليس يلزم من اشترط النية في العمل في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها . واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاق بائن إذا قصد ذلك المطلق ، ولم يكن هنالك عوض ؟ فقيل : يقع ، وقيل : لا يقع ، وهذه المسألة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح ، فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ، ومنها ما هي كناية محتملة ، ومذهب مالك أنه إذا ادعى في الكناية الظاهرة إنه لم يرد طلاقًا ؛ لم يقبل قوله إلا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه في الصريح ، وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات

---

(١) تقدم تخريجه في الطهارة .

(٢) تقدم تخريجه في الطهارة . ولا وجود له بهذا اللفظ بزيادة : « وحدثت به أنفسها » . بل الزيادة المذكورة في حديث مستقل . أخرجه البخاري ( ٩ /٣٨٨ رقم ٥٢٦٩ ) ، ومسلم ( ١ /١١٦ رقم ٢٠١ ، ٢٠٢ /١٢٧ ) من حديث أبي هريرة بلفظ « إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفُسَها ما لم تتكلم به أو تعمل » .
وأخرجه أبو داود ( ٢/٦٥٧ رقم ٢٢٠٩ ) ، والترمذي ( ٣ /٤٨٩ رقم ١١٨٣ ) ، والنسائي ( ٦ /١٥٦ -١٥٧ ) ، وابن ماجه ( ١ /٦٥٨ رقم ٢٠٤٠ ) وغيرهم .

الظاهرة وذلك في المدخول بها إلا أن يكون قال ذلك في الخلع . وأما غير المدخول بها فيصدقه في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث ؛ لأن طلاق غير المدخول بها بائن ، وهذه هي مثل قولهم : حبلك على غاربك ، ومثل ألبتة ، ومثل قولهم : أنت خلية وبرية . وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فإنه يرجع في ذلك ما نواه ، فإن كان نوى طلاقًا كان طلاقًا وإن كان نوى ثلاثًا كان ثلاثا أو واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك ، وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي ، **إلا أنه إذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين ؛ وقع عنده طلقة واحدة بائنة ، وإن** اقترنت به قرينة تدل على الطلاق ، وزعم أنه لم ينوه لم يصدق ، وذلك إذا كان عنده في مذاكرته الطلاق ، وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها إذا اقترنت بها هذه **القرينة إلّا أربع : حبلك على غاربك واعتدّي ، واستبرئي ، وتقنعي ؛ لأنها عنده** من المحتملة غير الظاهرة ، وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة ، وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا : ليس فيها شيء ، وإن نوى طلاقًا فيتحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال : قول : أن يصدق بإطلاق ، وهو قول الشافعي ، وقول : إنه لا يصدق بإطلاق إلا أن يكون هنالك قرينة ، وهو قول مالك ، وقول : إنه يصدق إلا أن يكون في مذاكرة الطلاق ، وهو قول أبي حنيفة .

وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل ، وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة إلى هذه الأصول ، وإنما صار مالك إلى أنه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة إنه لم يرد به طلاقًا ؛ لأن العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه . وذلك أن هذه الألفاظ إنما تلفظ بها الناس غالبا ، والمراد بها الطلاق ، إلا أن يكون هنالك قرينة **تدل على خلاف ذلك ، وإنما صار إلى أنه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث ؛ لأن الظاهر من هذه الألفاظ هو البينونة ، والبينونة لا تقع إلا خلعًا عنده في**

المشهور أو ثلاثًا ، وإذا لم تقع خلعًا لأنه ليس هناك عوض فبقي أن يكون ثلاثًا ، وذلك في المدخول بها ، ويتخرج على القول في المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ، ودون عدد أن يصدق في ذلك وتكون واحدة بائنة ، وحجة الشافعي أنه إذا وقع الإجماع على أنه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق ؛ كان أحرى أن يقبل قوله في كنايته ؛ لأن دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ، ويشبه أن تقول المالكية : إن لفظ الطلاق وإن كان صريحًا في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة للشافعي حديث ركانة المتقدم ، وهو مذهب عمر في : حبلك على غاربك ، وإنما صار الشافعي إلى أن الطلاق في الكنايات الظاهرة إذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعيًا لحديث ركانة المتقدم ، وصار أبو حنيفة إلى أنه يكون بائنا ؛ لأنه المقصود به قطع العصمة ، ولم يجعله ثلاثًا لأن الثلاث معنى زائد على البينونة عنده .

فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية ، أو النية على عرف اللفظ ؟ وإذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضي البينونة فقط أو العدد ؟ فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ، ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت إلى النية ، ومما اختلف فيه الصدر الأول وفقهاء الأمصار من هذا الباب : أعني من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم : أعني من قال لزوجته : أنت علي حرام ، وذلك أن مالكًا قال : يحمل في المدخول بها على البتّ : أي الثلاث وينوي في غير المدخول بها ، وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة ، وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت ، وعليّ من الصحابة ، وبه قال أصحابه إلا ابن الماجشون فإنه قال : لا ينوي في غير المدخول بها وتكون ثلاثًا ، فهذا هو أحد الأقوال في هذه المسألة .

**والقول الثاني** : إنه إن نوى بذلك ثلاثًا فهي ثلاث ، وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة ، وإن نوى يمينًا فهو يمين يكفرها ، وإن لم ينو به طلاقًا ولا يمينًا

فليس بشيء ، هي كذبة ، وقال بهذا القول الثوري .

**والقول الثالث** : أنه يكون أيضا ما نوى بها وإن نوى واحدة فواحدة ، أو ثلاثًا فثلاث ، وإن لم ينو شيئًا فهو يمين يكفرها ، وهذا القول قاله الأوزاعي .

**والقول الرابع** : أن ينوي فيها في الموضعين في إرادة الطلاق وفي عدده ، فما نوى كان ما نوى ، فإن نوى واحدة ؛ كان رجعيًا ، وإن أراد تحريمها بغير طلاق ؛ فعليه كفارة يمين ، وهو قول الشافعي .

**والقول الخامس** : أنه ينوي أيضًا في الطلاق وفي العدد ، فإن نوى واحدة ؛ كانت بائنة ، فإن لم ينو طلاقًا ؛ كان يمينًا وهو مولٍ ، فإن نوى الكذب فليس بشيء ، وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه .

**والقول السادس** : إنها يمين يكفرها ما يكفر اليمين ، إلّا أن بعض هؤلاء قال : يمين مغلظة ، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين ، وقال ابن عباس وقد سئل عنها : ﴿ **لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة** ﴾[1] خرجه البخاري[2] ومسلم[3] ذهب إلى الاحتجاج بقوله تعالى : ﴿ **يَأَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللهُ لك** ﴾[4] الآية .

**والقول السابع** : أن تحريم المرأة كتحريم الماء ، وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى : ﴿ **لا تُحَرِّمُوا طَيبات ما أَحَلَّ اللّهُ لكُمْ** ﴾[5] وهو قول مسروق

---

(١) الأحزاب : ( ٢١ ) .

(٢) في صحيحه ( ٩/ ٣٧٤ رقم ٥٢٦٦ ) .

(٣) في صحيحه ( ٢ /١١٠٠ رقم ١٨ ،١٩ /١٤٧٣ ) .
من حديث ابن عباس ، وليس فيه ذكر السؤال .

(٤) التحريم : ( ١ ) .

(٥) المائدة : ( ٨٧ ) .

والأجدع وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي وغيرهم . ومن قال فيها : إنها غير مغلظة ، بعضهم أوجب فيها الواجب في الظهار ، وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة .

وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية؟ أو ليس بيمين ولا كناية ؟ فهذه أصول ما يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق .

## ○ الفصل الثاني ○

## [ في ألفاظ الطلاق المقيدة ]

والطلاق المقيد لا يخلو من قسمين : إما تقييد اشتراط ، أو تقييد استثناء ، والتقييد المشترط لا يخلو أن يعلق بمشيئة من له اختيار ، أو بوقوع فعل من الأفعال المستقبلة ، أو بخروج شيء مجهول العلم إلى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل إلى علمه إلا بعد خروجه إلى الحس ، أو إلى الوجود أو بما لاسبيل إلى الوقوف عليه مما هو ممكن أن يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فإنه لا يخلو أن يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق ، فإذا علقه بمشيئة الله ، وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول : أنت طالق إن شاء الله ، أو على جهة الاستثناء مثل أن يقول : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فإن مالكًا قال : لا يؤثر الاستثناء في الطلاق شيئًا ، وهو واقع ولابد . وقال أبو حنيفة والشافعي : إذا استثنى المطلق مشيئة الله ؛ لم يقع الطلاق .

وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالأفعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالأفعال المستقبلة ، أو لا يتعلق ؟ وذلك أن الطلاق هو فعل حاضر ، فمن قال : لا يتعلق به قال : لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ، ومن قال : يتعلق به قال : يؤثر فيه . وأما إن علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئتة ويتوصل إلى علمها ، فلا خلاف في مذهب مالك أن الطلاق يقف على اختيار الذي علق الطلاق بمشيئتة . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ، ففيه خلاف في المذهب ، قيل : يلزمه الطلاق ، وقيل : لا يلزمه ، والصبي والمجنون داخلان في

هذا المعنى ؛ فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل ، عنده يقع قال : يقع هذا الطلاق ، ومن اعتبر وجود الشرط قال : لا يقع ؛ لأن الشرط قد عدم هـٰهنا . وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلة ، فإن الأفعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب :

أحدها : ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء : كدخول الدار وقدوم زيد ، فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف .

وأما ما لابد من وقوعه كطلوع الشمس غدًا ، فهذا يقع ناجزًا عند مالك ، ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط ، فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع ؛ قال : لا يقع إلا بوقوع الشرط ، ومن شبهه بالوطء الواقع في الأجل بنكاح المتعة لكونه وطئًا مستباحًا إلى أجل ؛ قال : يقع الطلاق .

**والثالث** : هو الأغلب منه بحسب العادة وقوع الشرط ، وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطهر ، ففي ذلك روايتان عن مالك :

**إحداهما** : وقوع الطلاق ناجزًا .

**والثانية** : وقوعه على وجود شرطه ، وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي ، والقول بإنجاز الطلاق في هذا يضعف ؛ لأنه مشبه عنده بما يقع ولابد . والخلاف فيه قوي ، وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فإن كان لا سبيل إلى علمه مثل أن يقول : إن كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتا بصفة كذا ؛ فأنت طالق فلا خلاف أعلمه في المذهب أن الطلاق يقع في هذا ، وأما إن علقه بشيء يمكن أن يعلم بخروجه إلى الوجود مثل أن يقول : إن ولدت أنثى فأنت طالق فإن الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء إلى الوجود . وأما إن حلف بالطلاق أنها تلد أنثى ، فإن الطلاق في الحين يقع عنده ، وإن ولدت أنثى ، وكان هذا من باب التغليظ ، والقياس يوجب أن يوقف الطلاق

على خروج ذلك الشيء أو ضده ، ومن قول مالك : إنه إذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط أن يفعل فعلًا من الأفعال أنه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل ، وإذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الأفعال فإنه على الحنث حتى يفعل ، ويوقف عنده عن وطء زوجته ، فإن امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الإيلاء ؛ ضرب له أجل الإيلاء ، ولكن لَا يقع عنده حتى يفوت الفعل إن كان مما يقع فوته ، ومن العلماء من يرى أنه على برٍّ حتى يفوت الفعل ، وإن كان مما لا يفوت ؛ كان على البر حتى يموت . ومن هذا الباب اختلافهم في تبعيض المطلقة ، أو تبعيض الطلاق ، وإرداف الطلاق على الطلاق . فأما مسألة تبعيض المطلقة ، فإن مالكًا قال : إذا قال : يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه ، وقال أبو حنيفة : لا تطلق إلا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج ، وكذلك تطلق عنده إذا طلق الجزء منها ، مثل الثلث أو الربع ، وقال داود : لا تطلق ، وكذلك إذا قال عند مالك : طلقتك نصف تطليقة ، طلقت ؛ لأن هذا كله عنده لا يتبعض ، وعند المخالف إذا تبعض ؛ لم يقع ، وأما إذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقا ؛ فإنه يكون ثلاثا عند مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يقع واحدة ، فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد ، أعني بقوله طلقتك ثلاثًا قال : يقع الطلاق ثلاثًا ، ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بانت منه ؛ قال : لا يقع عليها الثاني والثالث ، ولا خلاف بين المسلمين في ارتدافه في الطلاق الرجعي . وأما الطلاق المقيد بالاستثناء ، فإنما يتصور في العدد فقط ، فإذا طلق أعدادًا من الطلاق ، فلا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يستثني ذلك العدد بعينه ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثًا إلّا ثلاثًا ، أو اثنتين إلا اثنتين ، وإما أن يستثني ما هو أقل . وإذا استثنى ما هو أقل ، فإما أن يستثني ما هو أقل مما هو أكثر ، وإما أن يستثنى ما هو أكثر مما هو أقل ، فإذا استثنى الأقل من الأكثر ؛ فلا خلاف

أعلمه أن الاستثناء يصح ويسقط المستثنى ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة . وأما إن استثنى الأكثر من الأقل فيتوجه فيه قولان : **أحدهما** : أن الاستثناء لا يصح وهو مبنيّ على من منع أن يستثنى الأكثر من الأقل. **والآخر**: أن الاستثناء يصح ، وهو قول مالك . وأما إذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا ، فإن مالكًا قال : يقع الطلاق ؛ لأنه اتهمه على أنه رجوع منه . وأما إذا لم يقل بالتهمة ، وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه ، كما لو قال أنت طالق لا طالق معًا ، فإن وقوع الشيء مع ضده مستحيل . وشذ أبو محمد بن حزم فقال : لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع ؛ لأن الطلاق لا يقع في وقت وقوعه إلا بإيقاع من يطلق في ذلك الوقت ، ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا إجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق ، وإنما ألزم نفسه إيقاعه فيه ، فإن قلنا باللزوم لزم أن يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع ، هذا قياس قوله عندي وحجته ، وإن كنت لست أذكر في هذا الوقت احتجاجه في ذلك .

## ○ الباب الثاني ○

## [ في المطلق الجائز الطلاق ]

واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحرِ غير المكره ، واختلفوا في طلاق المكره والسكران ، وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ . واتفقوا على أنه يقع طلاق المريض إن صح ، واختلفوا هل ترثه إن مات أم لا ؟ فأما طلاق المكرَه فإنه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وبه قال عبد الله ابن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس ، وفرّق أصحاب الشافعي بين أن ينوي الطلاق أو لا ينوي شيئًا ، فإن نوى الطلاق فعنهم قولان : أصحهما لزومه ، وإن لم ينو فقولان : أصحهما أنه لا يلزم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : هو واقع ، وكذلك عتقه دون بيعه ، ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق .

وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الإكراه مختار ، أم ليس بمختار؟ لأنه ليس يكره على اللفظ إذ كان اللفظ إنما يقع باختياره . والمكره على الحقيقة هو الذي لم يكن له اختيار في إيقاع الشيء أصلًا ، وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله ﷺ : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه »[1] ولكن الأظهر أن المكره على الطلاق وإن كان موقعا للفظ باختياره أنه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى : ﴿ **إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمانِ** ﴾[2] .

---

(١) تقدم تخريجه في الطهارة .

(٢) النحل ( ١٠٦ ) .

وإنما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق ؛ لأن الطلاق مغلظ فيه ، ولذلك استوى جده وهزله . وأما طلاق الصبي ، فإن المشهور عن مالك أنه لا يلزمه حتى يبلغ ، وقال في مختصر ما ليس في المختصر . أنه يلزمه إذا ناهز الاحتلام ، وبه قال أحمد ابن حنبل إذا هو أطاق صيام رمضان ، وقال عطاء : إذا بلغ اثنتي عشرة سنة ؛ جاز طلاقه ، وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه . وأما طلاق السكران ، فالجمهور من الفقهاء على وقوعه ، وقال قوم : لا يقع ، منهم المزني وبعض أصحاب أبي حنيفة .

والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق ؟ فمن قال : هو والمجنون سواء إذ كان كلاهما فاقدًا للعقل ، ومن شرط التكليف العقل قال : لا يقع ، ومن قال : الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بإدارته ، والمجنون بخلاف ذلك ؛ ألزم السكران الطلاق ، وذلك من باب التغليظ عليه ، واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الأحكام وما لا يلزمه . فقال مالك : يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ، ولم يلزمه النكاح ولا البيع ، وألزمه أبو حنيفة كل شيء ، وقال الليث : كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ، ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد في قذف ، وكل ما جنته جوارحه فلازم له ، فيحد في الشرب والقتل والزنا والسرقة . وثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه كان لا يرى طلاق السكران . وزعم بعض أهل العلم أنه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال : إن كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه ؛ ليس نصا في إلزام السكران الطلاق ؛ لأن السكران معتوه مًّا ، وبه قال داود وأبو ثور وإسحاق وجماعة من التابعين : أعني أن طلاقة ليس يلزم ، وعن الشافعي القولان في ذلك ، واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور ، واختار المزني من أصحابه أن طلاقه غير واقع . وأما المريض الذي يطلق طلاقًا بائنًا ويموت من مرضه ، فإن مالكًا وجماعة

يقول : ترثه زوجته ، والشافعي وجماعة لا يورثّها . والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق : ففرقة قالت : لها الميراث ما دامت في العدة ، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري ، وقال قوم : لها الميراث ما لم تتزوج ، وممن قال بهذا : أحمد وابن أبي ليلى ؛ وقال قوم : بل ترث كانت في العدة أو لم تكن ، تزوجت أم لم تتزوج ، وهو مذهب مالك والليث .

وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسدِّ الذرائع ، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث ، فمن قال بسد الذرائع ؛ أوجب ميراثها ، ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق ؛ لم يوجب لها ميراثًا ، وذلك أن هذه الطائفة تقول : إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه ؛ لأنهم قالوا : إنه لا يرثها إن ماتت ، وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها ، ولابد لخصومهم من أحد الجوابين ، لأنه يعسر أن يقال : إنَّ في الشرع نوعًا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية ، وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح ؛ لأن هذا يكون طلاقًا موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح ، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع ، ولكن إنما أنس القائلون به أنه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية أنه إجماع الصحابة ، ولا معنى لقولهم ، فإن الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور . وأما من رأى أنها ترث في العدة ؛ فلأن العدة عنده من بعض أحكام الزوجية ، وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية ، وروي هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من اشترط في توريثها ما لم تتزوج ، فإنه لحظ في ذلك إجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين ، ولكون التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث . واختلفوا إذا طلبت هي الطلاق أو ملَّكها أمرها الزوج فطلقت نفسها ، فقال أبو حنيفة : لا ترث أصلا ، وفرق الأوزاعي بين التمليك والطلاق فقال : ليس لها الميراث في التمليك

ولها في الطلاق ، وسوّى مالك في ذلك كله حتى لقد قال : إن ماتت لا يرثها وترثه هي إن مات ، وهذا مخالف للأصول جدا .

## ○ الباب الثالث ○

## [ فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق ]

وأما من يقع طلاقه من النساء ، فإنهم اتفقوا على أن الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن ، أو قبل أن تنقضي عددهن في الطلاق الرجعي ، وأنه لا يقع على الأجنبيات : أعني الطلاق المعلق . وأما تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول : إن نكحت فلانة فهي طالق ، فإن للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب : قول : إن الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلا عمّ المطلق أو خص ، وهو قول الشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وقول إنه يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء أو خصص ، وهو قول أبي حنيفة وجماعة ، وقول : إنه إن عم جميع النساء لم يلزمه ، وإن خصص لزمه ، وهو قول مالك وأصحابه ، أعني مثل أن يقول : كل امرأة أتزوجها من بني فلان ، أو من بلد كذا فهي طالق ، وكذلك في وقت كذا ، فإن هؤلاء يطلقن عند مالك إذا زوجن .

وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لا يتعلق الطلاق بالأجنبية ، ومن قال : ليس من شرطه إلا وجود الملك فقط قال : يقع بالأجنبية . وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنيّ على المصلحة ، وذلك أنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم ؛ لم يجد سبيلًا إلى النكاح الحلال ، فكان ذلك عنتًا به وحرجًا ، وكأنه من باب نذر المعصية ، وأما إذا خصص ؛ فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق ، واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن

أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « لا طَلاقَ إلَّا مِنْ بَعْدِ نِكاحٍ »[1] وفي رواية أخرى : « لا طَلاقَ فِيما لا يَمْلِكُ ولا عِتْقَ فِيما لاَ يَمْلكُ »[1] وثبت ذلك عن علي[2] ومعاذ[3] .....

---

(١) أخرجه أبو داود ( ٢ /٦٤٠ رقم ٢١٩٠ ) ، والترمذي ( ٣ /٤٨٦ رقم ١١٨١ ) ، وابن ماجه ( ١ /٦٦٠ رقم ٢٠٤٧ ) ، وابن الجارود ( رقم ٧٤٣ ) ، والطحاوي في مشكل الآثار ( ١ /٢٨٠ و ٢٨١ ) ، والبيهقي ( ٧ /٣١٨ ) ، والطيالسي ( ١ /٣١٤ رقم ١٦١٠ - منحة المعبود ) ، والحاكم ( ٢ /٣٠٤ -٣٠٥ ) وأحمد ( ٢ /١٨٩ ، ١٩٠ ، ٢٠٧ ) ، والدارقطني ( ٤ /١٤ -١٥ ) من طرق عن عمرو ابن شعيب ، عن أبيه ، عن جدّه . مطولا ومختصراً باللفظين اللذين ذكرهما ابن رشد . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح ، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب ، وسألت محمد بن إسماعيل - البخاري - أي شيء أصح في الطلاق قبل النكاح ؟ فقال : حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . وانظر « نصب الراية » ( ٣ /٢٣١ ) .

قلت : وله شاهد من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما : أخرجه الطيالسي في المسند ( رقم ١٦٨٢ ) ، والبيهقي ( ٧ /٣١٩ ) ، والحاكم ( ٢ /٢٠٤ ) .

(٢) أخرج أبو داود ( ٣/٢٩٣ رقم ٢٨٧٣ ) ، والطحاوي في مشكل الآثار ( ١/٢٨٠ ) ، والطبراني في المعجم الصغير ( ١ /١٦٩ رقم ٢٦٦ - الروض الداني ) ..

عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : « حفظتُ لكم من رسول الله ﷺ ستا : لا طلاق إلا من بعد نكاح ، ولا عِتاقَ إلا من بعد مُلك ، ولا وفاءَ لِنَذْرٍ في معصيةٍ ، ولا يُتم بعد احتلام ، ولا صُماتَ يوم إلى الليل ، ولا وصالَ في الصيام » .

قلت : واقتصر أبو داود على قوله : « لا يُتم بعد احتلام ، ولا صمات يوم إلى الليل » وإسناده ضعيف .

وسكت عنه أبو داود ، وحسن إسناده النووي في الأذكار ( ص ٦٢٣ رقم ١/١٠٦٠ ) وصححه الألباني في صحيح أبي داود .

قلت : وله شواهد من حديث جابر وغيره كما سيأتي . فالحديث حسن بشواهده . والله أعلم .

(٣) أخرجه الحاكم ( ٢/٤١٩ ) ، والبيهقي ( ٧/٣٢٠ ) ، وأبو نعيم في الحلية ( ٣/١٦٥ ) =

وجابر بن عبد الله[1] وابن عباس[2] وعائشة[3] ، وروي مثل قول أبي حنيفة عن عمر وابن مسعود . وضعَّف قوم الرواية بذلك عن عمر رضي الله عنهم .

---

= عن معاذ بن جبل ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا طلاق لمن لا يملك ، ولا عتاق لمن لا يملك » .
وقد صححه الحاكم على شرطهما ، وأقره الذهبي غافلا عن كون رواية طاووس عن معاذ مرسلة .

(١) أخرجه الحاكم ( ٢ /٤١٩، ٤٢٠ ) ، والبيهقي ( ٧ /٣١٩ - ٣٢٠ ) ، والطيالسي ( ١ /٣١٤ رقم ١٦٠٩ - منحة المعبود ) ، وابن أبي شيبة في المصنف ( ٥ /١٦ ) ، وعزاه الهيثمي في المجمع ( ٤ /٣٣٤ ) للطبراني في الأوسط .
عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتاق إلا من بعد ملك » .
وقد صححه الحاكم على شرطهما .

(٢) أخرجه الحاكم ( ٢ /٤١٩ ) وصححه .
عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : « لا طلاق لمن لا يملك » .
● وأخرجه الحاكم أيضا ( ٢ /٤١٩ ) موقوفا على ابن عباس من طريق فطر بن خليفة عن الحسن بن مسلم بن ينّاق عن طاووس عن ابن عباس : أنه تلا قوله تعالى : ﴿ يـأيها الذين آمنوا إذا نكحتُمُ المؤمناتِ ثم طلقتموهُنَّ من قبل أن تمسوهُنَّ ﴾ [ الأحزاب : ٤٩ ] فلا يكون طلاق حتى يكون نكاح ثم قال : صحيح الإسناد .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ( ٥ /١٦ ) ، والدارقطني ( ٤ /١٦١٥ رقم ٤٥، ٤٦ ) ، والحاكم ( ٢ /٤١٩ ) وغيرهم .
عن عائشة رضي الله عنها ، أن رسول الله ﷺ قال : « لا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك » .
ونقل الترمذي في العلل عن البخاري أنه قال في حديث عائشة وحديث عمرو ابن شعيب : هما أصح ما ورد في الباب [ كما في فتح الباري ( ٩ /٣٨٢ ) ] .

## ○ الجملة الثالثة ○

## [ في الرجعة بعد الطلاق ]

ولما كان الطلاق على ضربين : بائن ، ورجعي ، وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون في هذا الجنس بابان :

**الباب الأول** : في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي .

**الباب الثاني** : في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن .

# ○ الباب الأول ○

## [ في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي ]

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ؛ ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى : ﴿ **وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ** ﴾[1]. وأن من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له ، واتفقوا على أنها تكون بالقول والإشهاد . واختلفوا هل الإشهاد شرط في صحتها ، أم ليس بشرط ؟ وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء ؟ فأما الإشهاد فذهب مالك إلى أنه مستحب ، وذهب الشافعي إلى أنه واجب .

وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر ، وذلك أن ظاهر قوله تعالى :﴿ **وأشهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ** ﴾[2] يقتضي الوجوب ، وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان يقتضي أن لا يجب الإشهاد ، فكان الجمع بين القياس والآية ؛ حمل الآية على الندب.وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة ، فإن قومًا قالوا : لا تكون الرجعة إلا بالقول فقط ، وبه قال الشافعي ، وقوم قالوا : تكون رجعتها بالوطء ، وهؤلاء انقسموا قسمين : فقال قوم : لا تصح الرجعة بالوطء إلا إذا نوى بذلك الرجعة ؛ لأن الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية ، وهو قول مالك ، وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء إذا نوى بذلك الرجعة ودون النية ، فأما الشافعي فقاس الرجعة على النكاح وقال : قد أمر الله بالإشهاد ، ولا يكون الإشهاد إلا على القول .

(١) البقرة : ( ٢٢٨ ) .

(٢) الطلاق : ( ٢ ) .

وأما سبب الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة فإن أبا حنيفة يرى أن الرجعية محللة الوطء عنده قياساً على المولى منها وعلى المظاهرة ولأن الملك لم ينفصل عنده ، ولذلك كان التوارث بينهما ، وعند مالك أن وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها ، فلابد عنده من النية ، فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة . واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج أن يطلع عليه من المَطلقة الرجعية ما دامت في العدة ، فقال مالك : لا يخلو معها ولا يدخل عليها إلا بإذنها ولا ينظر إلى شعرها ، ولا بأس أن يأكل معها إذا كان معهما غيرهما وحكى ابن القاسم أنه رجع عن إباحة الأكل معها ، وقال أبو حنيفة : لا بأس أن تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له ، وتتشوف وتبدي البنان والكحل ، وبه قال الثوري وأبو يوسف والأوزاعي ، وكلهم قالوا : لا يدخل عليها إلا أن تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنحنح أو خفق نعل . واختلفوا في هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ، ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتتزوج إذا انقضت عدتها ، فذهب مالك إلى أنها للذي عقد عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل ، هذا قوله في الموطأ ، وبه قال الأوزاعي والليث . وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الأول ، وأنه قال : الأول أولى بها إلا أن يدخل الثاني ، وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه قالوا : ولم يرجع عنه ؛ لأنه أثبته في موطئه إلى يوم مات وهو يقرأ عليه ، وهو قول عمر بن الخطاب ، ورواه عنه مالك في الموطأ ، وأما الشافعي والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا : زوجها الأول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني أو لم يدخل ، وبه قال داود وأبو ثور ، وهو مروي عن علي وهو الأبين ، وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في هذه المسألة : إن الزوج الذي ارتجعها مخير بين أن تكون امرأته أو أن يرجع عليها بما كان أصدقها ، وحجة مالك في الرواية الأولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة في الذي يطلق امرأته

ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجًا غيره ، أنه ليس له من أمرها شيء ، ولكنها لمن تزوجها ، وقد قيل : إن هذا الحديث إنما يُروى عن ابن شهاب فقط ، وحجة الفريق الأول أن العلماء قد أجمعوا على أن الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة ، بدليل أنهم قد أجمعوا على أن الأول أحق بها قبل أن تتزوج ، وإذا كانت الرجعة صحيحة ، كان زواج الثاني فاسدًا ، فإن نكاح الغير لا تأثير له في إبطال الرجعة ، لا قبل الدخول ولا بعد الدخول ، وهو الأظهر إن شاء الله ، ويشهد لهذا ما خرجه الترمذي[1] عن سمرة بن جندب أن النبي ﷺ قال : « أيمَا امْرأةٍ تَزَوَّجَها اثنان فَهي للأوَّلِ مِنْهُما ، وَمَنْ باعَ بيَعا مِنْ رَجُلَيْنِ فَهُوَ لِلأوَّلِ مِنْهُما » .

(١) في السنن ( ٣ /٤١٨ رقم ١١١٠ ) وقال : حديث حسن .
وقد تقدم تخريجه في الفصل الأول في الأولياء ، الموضع الثالث ، المسألة الثالثة .

## ○ الباب الثاني ○

## [ في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن ]

والطلاق البائن ، إما بما دون الثلاث ، فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف ، وفي المختلعة باختلاف ، وهل يقع أيضا دون عوض ؟ فيه خلاف ، وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح : أعني في اشتراط الصداق والولي والرضا ، إلا أنه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور ، وشذ قوم فقالوا : المختلعة لا يتزوجها زوجها في العدة ولا غيره، وهؤلاء كأنهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة . وأما البائنة بالثلاث ، فإن العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثًا لا تحل لزوجها الأول إلا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموءل « أنه طلق امرأته تميمة بنت وهب في عهد رسول الله ﷺ ثلاثًا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير ، فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رِفَاعَةُ زوجها الأول أن ينكحها ، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنهاه عن تزويجها وقال : لا تَحِلُّ لك حتى تَذُوقَ العُسَيْلَةَ »[1] وشذ سعيد بن المسيب فقال . إنه جائز أن ترجع إلى

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ( ٢ /٥٣١ رقم ١٧ ) .

عن المسور بنِ رِفاعةَ القرظيِّ ، عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ؛ أنَّ رفاعة بن سِمْوَالٍ طَلَّقَ امرأتَهُ تميمة بنت وهبٍ .. فذكره . وهو مرسل .

● وأخرجه البخاري ( ٥ /٢٤٩ رقم ٢٦٣٩ ) ، ومسلم ( ٢ /١٠٥٥ -١٠٥٦ رقم ١١١ و ١١٢ /١٤٣٣ ) ، وأبو داود ( ٢ /٧٣١ رقم ٢٣٠٩ ) ، والترمذي ( ٣ /٤٢٦ رقم ١١١٨ ) ، والنسائي ( ٦ /١٤٨ ) ، وابن ماجه ( ١ /٦٢١ رقم ١٩٣٢ ) وغيرهم .

من حديث عائشة ، قالت : « جاءتِ امرأةُ رفاعةَ القرظيِّ إلى النبي ﷺ فقالت : =

زوجها الأول بنفس العقد ، لعموم قوله تعالى : ﴿ **حتى تَنْكِحَ زَوْجا غَيْرَهُ** ﴾[1]. والنكاح ينطلق على العقد ، وكلهم قال : التقاء الختانين يحلها ، إلا الحسن البصري فقال : لا تحل إلا بوطء بإنزال . وجمهور العلماء على أن الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق : هو التقاء الختانين . وقال مالك وابن القاسم : لا يحل المطلقة إلا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم ، أو حج أو حيض أو اعتكاف ، ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمي لمسلم ، ولا وطء من لم يكن بالغًا ، وخالفهما في ذلك كله الشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي ؛ فقالوا : يحل الوطء وإن وقع في عقد فاسد أو وقت غير مباح . وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ، ويحل وطء الذمي الذمية للمسلم ، وكذلك المجنون عندهم ، والخصيّ الذي يبقى له ما يغيبه في فرج ، والخلاف في هذا كله آيل إلى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص ، أم لا يتناوله ؟ واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل : أعني إذا تزوجها على شرط أن يحللها لزوجها الأول ؛ فقال مالك : النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده ، والشرط فاسد لا تحل به ، ولا يعتبر في ذلك عنده إرادة المرأة التحليل ، وإنما يعتبر عنده إرادة الرجل ، وقال الشافعي وأبو حنيفة النكاح جائز ، ولا تؤثر النية في ذلك ، وبه قال داود وجماعة وقالوا : هو محلل للزوج المطلق ثلاثًا ، وقال بعضهم : النكاح جائز

---

= كنتُ عند رفاعةَ فطلَّقني فبت طلاقي ، فتزوجتُ بعدهُ عبد الرحمن بن الزبير ، وإنما معهُ مثلُ هُدبةِ الثوب ،فقال : أتريدين أنْ ترجعي إلى رفاعة ؟ لا . حتى تزوقي عُسيلتَهُ ويذوق عُسَيلتكِ » .

● هدبة الثوب : هي طرفه الذي لم ينسج . شبهوها بهدب العين وهو شعر جفنها ، تعني : أن متاعه رخو كهدبة الثوب .

● عُسيلته : تصغير عسلة . وهي كناية عن الجماع ...

(١) البقرة : ( ٢٣٠ ) .

والشرط باطل : أي ليس يحللها ، وهو قول ابن أبي ليلى ، وروي عن الثوري ، واستدل مالك وأصحابه بما روي عن النبي ﷺ من حديث علي بن أبي طالب وابن مسعود ، وأبي هريرة ، وعقبة بن عامر أنه قال ﷺ « لَعَنَ اللّٰهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ لَهُ »[1]. فلعنه إياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر ، وذلك يدل على النهي ، والنهي يدل على فساد المنهيّ عنه ، واسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه . وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى : ﴿ **حتى تنكح زوجا غيره** ﴾[2]. وهذا ناكح ، وقالوا : وليس في تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط في صحة النكاح ، كما أنه ليس النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة ، مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة ، أو الإذن من مالكها في ذلك ، قالوا : وإذا لم يدل النهي على فساد عقد النكاح فأحرى أن لا يدل على بطلان التحليل ، وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة ، لأنه إذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع أن الطلاق ليس بيدها . واختلفوا في هل يهدم الزوج ما دون الثلاث ؟ فقال أبو حنيفة : يهدم ، وقال مالك والشافعي : لا يهدم : أعني إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الأول ، أم لا ؟ فمن رأى أن هذا شيء يخص الثالثة بالشرع قال : لا يهدم ما دون الثالثة عنده ، ومن رأى أنه إذا هدم الثالثة ؛ فهو أحرى أن يهدم ما دونها قال : يهدم ما دون الثلاث ، والله أعلم .

---

(١) تقدم تخريجه من حديث علي بن أبي طالب ، وابن مسعود ، وعقبة بن عامر ، وأبي هريرة . في الأنكحة المنهي عنها .

(٢) البقرة : ( ٢٣٠ ) .

# الجملة الرابعة

وهذه الجملة فيها بابان : الأول : في العدة . الثاني : في المتعة .

## ○ الباب الأول ○

### [ في العدة ]

والنظر في هذا الباب في فصلين : الفصل الأول : في عدة الزوجات : الفصل الثاني : في عدة ملك اليمين .

# ○ الفصل الأول ○

## [ في عدة الزوجات ]

والنظر في عدة الزوجات ينقسم إلى نوعين : **أحدهما** : في معرفة العدة . **والثاني** : في معرفة أحكام العدة .

**• النوع الأول :**

وكل زوجة فهي إما حرة وإما أمة ، وكل واحدة من هاتين إذا طلقت ، فلا يخلو أن تكون مدخولًا بها أو غير مدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا عدة عليها بإجماع لقوله تعالى : ﴿ **فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونها** ﴾[1] . وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض ، أو من غير ذوات الحيض . وغير ذوات الحيض إما صغار وإما يائسات ، وذوات الحيض إما حوامل ، وإما جاريات على عاداتهن في الحيض ، وإما مرتفعات الحيض ، وإما مستحاضات . والمرتفعات الحيض في سن الحيض إما مرتابات بالحمل : أي بحبس في البطن ، وإما غير مرتابات . وغير المرتابات إما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض ، وإما غير معروفات . فأما ذوات الحيض الأحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء ، والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن ، واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ، ولا خلاف في هذا ؛ لأنه منصوص عليه في قوله تعالى : ﴿ **والمُطَلَّقاتُ يَتَربَّصْنَ بأنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ** ﴾[2] الآية ، وفي

---

(١) الأحزاب : ( ٤٩ ) .

(٢) البقرة : ( ٢٢٨ ) .

قوله تعالى : ﴿ واللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِسائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ ﴾[٣] الآية . واختلفوا من هذه الآية في الأقراء ما هي ؟ فقال قوم : هي الأطهار : أعني الأزمنة التي بين الدمين . وقال قوم : هي الدم نفسه ، وممن قال : إن الأقراء هي الأطهار . أما من فقهاء الأمصار فمالك والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة ، وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة ، وممن قال : إن الأقراء هي الحيض . أما من فقهاء الأمصار فأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة ، وأما من الصحابة فعلي ، وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري . وحكى الأثرم عن أحمد أنه قال : الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون : الأقراء هي الحيض . وحكي أيضًا عن الشعبي أنه قول أحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله ﷺ . وأما أحمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه ، فروي عنه أنه كان يقول : إنها الأطهار على قول زيد ابن ثابت وابن عمر وعائشة ، ثم توقفت الآن من أجل قول ابن مسعود وعلي هو أنها الحيض ، والفرق بين المذهبين هو أن من رأى أنها الأطهار ؛ رأى أنها إذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة ؛ لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للأزواج ، ومن رأى أنها الحيض ؛ لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة .

وسبب الخلاف 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 ، فالذين قالوا : إنها الأطهار قالوا : إن هذا الجمع خاص بالقرء الذي هو الطهر ، وذلك أن القرء الذي هو الحيض يجمع على أقراء لاعلى قروء ، وحكوا ذلك عن ابن الأنباري ، وأيضًا فإنهم قالوا : إن الحيضة مؤنثة والطهر مذكر ، فلو كان القرء الذي يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء ، لأن الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيما دون العشرة ، وقالوا أيضا :

---

(١) الطلاق : ( ٤ ) .

إن الاشتقاق يدل على ذلك ، لأن القرء مشتق من قرأت الماء في الحوض : أي جمعته ، فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر ، فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الأول من ظاهر الآية ، وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فإنهم قالوا : إن قوله تعالى : ﴿ **ثلاثة قروء** ﴾[1] ظاهر في تمام كل قرء منها ؛ لأنه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه إلا تجوُّزا ، وإذا وصفت الأقراء بأنها هي الأطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرءين وبعض قرء ؛ لأنها عندهم تعتد بالطهر الذي تطلق فيه ، وإن مضى أكثره ، وإذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة إلا تجوّزا ، واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها ، وذلك لا يتفق إلا بأن تكون الأقراء هي الحيض ؛ لأن الإجماع منعقد على أنها إن طلقت في حيضة أنها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء ، والذي رضيه الحذاق أن الآية مجملة في ذلك ، وأن الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى ، فمن أقوى ما تمسك به من رأى أن الأقراء هي الأطهار حديث ابن عمر المتقدم[2] ، وقوله ﷺ « مُرْهُ فَلْيُراجعها حتى تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ، ثُمَّ يُطَلِّقها إنْ شاءَ قَبْلَ أنْ يَمَسَّها ، فَتِلْكَ العِدَّةُ التي أمَرَ اللّهُ أنْ يُطَلَّقَ لهَا النِّساءُ » قالوا : وإجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون إلا في طهر لم تمس فيه ، وقوله ﷺ : « فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء »[2] دليل واضح على أن العدة هي الأطهار ؛ لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة . ويمكن أن يتأول قوله « فتلك العدة » أي فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق في الحيض ، وأقوى ما تمسك به الفريق الثاني أن العدة إنما شرعت لبراءة الرحم ، وبراءتها إنما تكون بالحيض لا بالأطهار ، ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام ، فالحيض هو سبب العدة بالأقراء ، فوجب أن تكون

---

(١) البقرة : ( ٢٢٨ ) .

(٢) وهو حديث صحيح وقد تقدم تخريجه في أول كتاب الطلاق .

الأقراء هي الحيض ، واحتج من قال : الأقراء هي الأطهار بأن المعتبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر إلى الحيض لا انقضاء الحيض ، فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة ، وإذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام : أعني المشترط هي الأطهار التي بين الحيضتين ، ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة . ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى ، وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ، و لم يختلف القائلون أن العدة هي الأطهار أنها تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا : إنها الحيض ، فقيل : تنقضي بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة ، وبه قال الأوزاعي ؛ وقيل : حين تغتسل من الحيضة الثالثة ، وبه قال من الصحابة : عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود ، ومن الفقهاء الثوري وإسحاق بن عبيد ، وقيل : حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها ، وقيل : إن للزوج عليها الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة ، حكي هذا عن شريك وقد قيل تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة ، وهو أيضًا شاذ ، فهذه هي حال الحائض التي تحيض . وأما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض ، فإنها تنتظر عند مالك تسعة أشهر ، فإن لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض الثانية اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة أشهر من العام الثاني ، انتظرت الحيضة الثالثة ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض ، اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت الثالثة في الثلاثة الأشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ، ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل . واختلف عن مالك متى تعتد بالتسعة أشهر ؟ فقيل : من يوم طلقت ، وهو قوله في الموطأ ، وروى ابن القاسم عنه : من يوم رفعها حيضتها ، وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضتها وهي لا تيأس منها في المستأنف : إنها تبقى أبدًا

تنتظر حتى تدخل في السن الذي تيأس فيه من المحيض ، وحينئذ تعتد بالأشهر وتحيض قبل ذلك ، وقول مالك مروي عن عمر بن الخطاب وابن عباس ، وقول الجمهور : قول ابن مسعود وزيد ، وعمدة مالك من طريق المعنى هو أن المقصود بالعدة إنما هو ما يقع به براءة الرحم ظنًا غالبًا بدليل أنه قد تحيض الحامل ، وإذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي قاطعة على ذلك ، ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة ، فإن حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض ، واحتسبت بذلك القرء ، ثم تنتظر القرء الثاني أو السنة إلى أن تمضي لها ثلاثة أقراء ، وأما الجمهور فصاروا إلى ظاهر قوله تعالى : ﴿ **واللائي يئسن من المحيض من نساءكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر** ﴾[1] والتي هي من أهل الحيض ليست بيائسة ، وهذا الرأي فيه عسر وحرج ، ولو قيل : إنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيدًا إذا فهم من اليائسة التي لا يقطع بانقطاع حيضتها ، وكان قوله ﴿ **إن ارتبتم** ﴾[1] راجعًا إلى الحكم، لا إلى الحيض على ما تأوله مالك عليه ، فكأن مالكًا لم يطابق مذهبُه تأويلَه الآية ، فإنه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض ، وهذا لا يكون إلا من قبل السن ، ولذلك جعل قوله ﴿ **إن ارتبتم** ﴾[1] راجعًا إلى الحكم لا إلى الحيض ؛ أي : إن شككتم في حكمهن ، ثم قال في التي تبقى تسعة أشهر لا تحيض وهي في سن من تحيض إنها تعتد بالأشهر ، وأما إسمٰعيل وابن بكير من أصحابه ، فذهبوا إلى أن الريبة هٰهنا في الحيض ، وأن اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع ، فطابقوا تأويل الآية مذهبهم الذي هو مذهب مالك ، ونعم ما فعلوا ؛ لأنه إن فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب أن تنتظر الدم وتعتد به حتى تكون في هذا السن ، أعني : سن اليائس وإن من فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب أن تعتد التي انقطع دمها عن العادة وهي في سن من تحيض بالأشهر ،

---

(١) الطلاق : ( ٤ ) .

وهو قياس قول أهل الظاهر ؛ لأن اليائسة في الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدة لا بالأقراء ولا بالشهور . وأما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان . وأما التي ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض ، فإن المشهور عند مالك أنها تنتظر الحيض ، قصر الزمان أم طال ، وقد قيل : إن المريضة مثل التي ترتفع حيضتها لغير سبب . وأما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة إذا لم تميز بين الدمين ، فإن ميزت بين الدمين فعنه روايتان : **إحداهما** : أن عدتها السنة . **والأخرى** : أنها تعمل على التمييز فتعتد بالأقراء ، وقال أبو حنيفة : عدتها الأقراء إن تميزت لها ، وإن لم تتميز لها فثلاثة أشهر ، وقال الشافعي : عدتها بالتمييز إذا انفصل عنها الدم ، فيكون الأحمر القاني من الحيضة ، ويكون الأصفر من أيام الطهر ، فإن طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها في صحتها وإنما ذهب مالك إلى بقاء السنة ؛ لأنه جعلها مثل التي لا تحيض وهي من أهل الحيض ، والشافعي إنما ذهب في العارفة أيامها أنها تعمل على معرفتها قياسًا على الصلاة لقوله ﷺ للمستحاضة « اتْرُكي الصلاةَ أيَّامَ أقْرَائِكِ ، فإذَا ذَهَبَ عَنْكِ قَدْرُها فاغْسِلِي الدم »[1] وإنما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله ﷺ لفاطمة بنت حبيش : « إذَا كانَ دَمُ الحَيْضِ فإنَّهُ دَمٌ أسوَدُ يُعْرَفُ ، فإذَا كانَ ذلكِ فَأمْسِكي عَنِ الصلاةِ ، فإذَا كانَ الآخَرُ فَتَوَضَّئِي وَصَلِّي فإنما هُوَ عِرْق » خرجه أبو داود[2] ، وإنما ذهب من ذهب إلى عدتها بالشهور إذا اختلط عليها الدم ؛ لأنه معلوم في الأغلب أنها في كل شهر تحيض ، وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض ، وخفاؤه كارتفاعه . وأما المسترابة : أعني التي تجد حسًا في بطنها تظن به أنه حمل فإنها تمكث أكثر مدة الحمل . وقد اختلف فيه فقيل في المذهب : أربع سنين ، وقيل : خمس سنين ، وقال أهل الظاهر : تسعة

---

(١) تقدم تخريجه في الحيض .

(٢) تقدم تخريجه في الحيض أيضاً .

أشهر ، ولاخلاف أن انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن ، أعني : المطلقات لقوله تعالى : ﴿ وأولاتُ الأحمال أجَلُهُنَّ أنْ يَضَعْنَ حَمْلَهنَّ ﴾[1] وأما الزوجات غير الحرائر فإنهن ينقسمن أيضًا بتلك الأقسام بعينها ، أعني : حُيَّضا ، ويائسات ، ومستحاضات ، ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فأما الحيض اللاتي يأتيهن حيضهن ، فالجمهور على أن عدتهن حيضتان ، وذهب داود وأهل الظاهر إلى أن عدتهن ثلاث حيض كالحرة ، وبه قال ابن سيرين . فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى : ﴿ **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** ﴾[2] وهي ممن ينطلق عليها اسم المطلقة ، واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه ، وذلك أنهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد ، أعني كونه متنصفًا مع الرق ، وإنما جعلوها حيضتين ؛ لأن الحيضة الواحدة لا تتبعض . وأما الأمة المطلقة اليائسة من المحيض أو الصغير فإن مالكًا وأكثر أهل المدينة قالوا : عدتها ثلاثة أشهر ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة : عدتها شهر ونصف شهر ، نصف عدة الحرة ، وهو القياس إذا قلنا بتخصيص العموم ، فكأن مالكًا اضطرب قوله ، فمرة أخذ بالعموم وذلك في اليائسات ، ومرة أخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض ، والقياس في ذلك واحد . وأما التي ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحرة والخلاف في ذلك ، وكذلك المستحاضة واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها . واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقها قبل أن يمسها هل تستأنف عدة أم لا ؟ فقال جمهور فقهاء الأمصار : تستأنف ؛ وقالت فرقة : تبقى في عدتها من طلاقها الأول وهو أحد قولي الشافعي ، وقال داود : ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستأنفة . وبالجملة فعند مالك أن كل رجعة تهدم العدة وإن لم يكن مسيس ما خلا رجعة

---

(١) الطلاق ( ٤ ) .

(٢) البقرة : ( ٢٢٨ ) .

المولى . وقال الشافعي : إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الأولى ، وقول الشافعي أظهر ، وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الإنفاق ، فإن أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة إن كان طلاقًا ، وإن لم ينفق بقيت على عدتها الأولى ، وإذا تزوجت ثانيًا في العدة فعن مالك في ذلك روايتان : **إحداهما** تداخل العدتين . والأخرى نفيه ، فوجه الأولى اعتبار براءة الرحم ؛ لأن ذلك حاصل مع التداخل . ووجه الثانية كون العدة عبادة ، فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذي له حرمة وإذا عتقت الأمة في عدة الطلاق مضت على عدة الأمة عند مالك ، ولم تنتقل إلى عدة الحرة ، وقال أبو حنيفة : تنتقل في الطلاق الرجعي دون البائن . وقال الشافعي : تنتقل في الوجهين معًا .

وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية أم من أحكام انفصالها ؟ فمن قال من أحكام الزوجية قال : لا تنتقل عدتها ، ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال : تنتقل كما لو أعتقت وهي زوجة ثم طلقت ، وأما من فرّق بين البائن والرجعي فبيّن ، وذلك أن الرجعي فيه شبه من أحكام العصمة ، ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق إذا مات وهي في عدة من طلاق رجعي ، وأنها تنتقل إلى عدة الموت ، فهذا هو القسم الأول من قسمي النظر في العدة .

• **القسم الثاني .**

وأما النظر في أحكام العدد ، فإنهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى ، وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعيات : ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ** ﴾[1] الآية ، ولقوله تعالى : ﴿ **وَإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾[2] واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملًا على ثلاثة أقوال :

---

(١، ٢) الطلاق : ( ٦ ) .

**أحدها** أن لها السكنى والنفقة ، وهو قول الكوفيين . **والقول الثاني** انه لا سكنى لها ولا نفقة ، وهو قول أحمد وداود وأبي ثور وإسحاق وجماعة . **والثالث** أن لها السكنى ولا نفقة لها ، وهو قول مالك والشافعي وجماعة .

وسبب اختلافهم : اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له ، فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روي في حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت: « طلقني زوجي ثلاثًا على عهد رسول الله ﷺ ، فأتيت النبي ﷺ فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة » خرجه مسلم[1] ، وفي بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال : « إنما السُّكنى والنَّفَقَةُ لِمَنْ لِزَوْجها عَلَيْها الرَّجْعَةُ »[2] وهذا القول مروي عن علي وابن عباس وجابر بن عبد الله . وأما

---

(١) في صحيحه ( ٢ /١١١٧ رقم ٤٢ /١٤٨٠ ) .
قلت : وأخرجه أحمد ( ٦ /٤١١، ٤١٢ ) ، وأبو داود ( ٢ /٧١٥ رقم ٢٢٨٨ و ٢٢٨٩ ) ، والترمذي ( ٣ /٤٤١ رقم ١١٣٥ ) ، والنسائي ( ٦ /٢١٠ ) ، وابن ماجه ( ١ /٦٥٦ رقم ٢٠٣٥ و ٢٠٣٦ ) ، وابن الجارود ( رقم ٧٦١ ) ، والطحاوي في شرح المعاني ( ٣ /٦٤ ) ، والدارقطني ( ٤ /٢٢ -٢٥ رقم ٦٢ -٧٠ ) ، والبيهقي ( ٧ /٤٧٢ -٤٧٤ ) ، وابن حبان ( ٦ /٢٢٤ رقم ٤٢٤٠ ) .
قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(٢) أخرج أحمد ( ٦ /٣٧٣ و ٤١٥ و ٤١٦ و ٤١٧ ) ، والنسائي ( ٦ /١٤٤ ) ، والطحاوي في شرح المعاني ( ٣ /٦٩ ) ، والدارقطني ( ٤ /٢٢ رقم ٦٢ ) ، والبيهقي ( ٧ /٤٧٣، ٤٧٤ ) .
من حديث فاطمة بنت قيس أيضاً . قالت : أتيت النبي ﷺ فقلت : أنا بنت آل خالد ، وإن زوجي فلاناً أرسل إليّ بطلاقي ، وإني سألت أهله النفقة والسكن ، فَأَبَوْا عليَّ ، قالوا : يا رسول الله ، إنه قد أرسل إليها بثلاث تطليقات ، قالت : فقال رسول الله ﷺ .. » فذكره .
وهو حديث صحيح . أورده الألباني في « الصحيحة » ( رقم ١٧١١ ) .

الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فإنهم احتجوا بما رواه مالك في موطئه[1] من حديث فاطمة المذكورة ، وفيه : فقال رسول الله ﷺ : « لَيْسَ لكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ » وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها إسقاط السكنى ، فبقي على عمومه في قوله تعالى : ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** ﴾[2] وعللوا أمره ﷺ بأن تعتد في بيت ابن أم مكتوم بأنه كان في لسانها بذاء . وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعموم قوله تعالى : ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** ﴾[2] وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الإسكان في الرجعية وفي الحامل ، وفي نفس الزوجية . وبالجملة فحيثما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة . وروي عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا : لا ندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة ، يريد قوله تعالى ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** ﴾[2] الآية . ولأن المعروف من سنته ﷺ أنه أوجب النفقة حيث تجب السكنى[3] ، فلذلك الأولى في هذه المسألة إما أن يقال: إن لها الأمرين جميعًا مصيرًا إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة ، وإما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فعسير ، ووجه عسره ضعف دليله . وينبغي أن تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة أشياء : في طلاق ، أو موت ، أو اختيار الأمة نفسها إذا أعتقت .

واختلفوا فيها في الفسوخ ، والجمهور على وجوبها . ولما كان الكلام في

---

(١) ( ٢ /٥٨٠ رقم ٦٧ ) .

(٢) الطلاق : ( ٦ ) .

قلت : وأخرجه أحمد ( ٦ /٤١٢ ) ، ومسلم ( ٢ /١١١٤ رقم ٣٦ /١٤٨٠ ) ، وأبو داود ( ٢ /٧١٢ رقم ٢٢٨٤ ) ، والنسائي ( ٦ /٢٠٨-٢٠٩ ) وغيرهم .

(٣) قلت : هذا غير معروف ، بل لم يرد ما يدل على ذلك صريحاً .

العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها هـٰهنا فنقول : إن المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشرًا لقوله تعالى : ﴿ **يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** ﴾[1] . واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الأمة إذا لم تأتها حيضتها في الأربعة الأشهر وعشر ، ماذا حكمها ؟

فذهب مالك إلى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة في هذه المدة ، فإن لم تحض فهي عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل ؛ وقيل عنه إنها قد لا تحيض وقد لا تكون مسترابة ، وذلك إذا كانت عادتها في الحيض أكثر من مدة العدة ، وهذا إما غير موجود ، أعني : من تكون عادتها أن تحيض أكثر من أربعة أشهر إلى أكثر من أربعة أشهر ، وإما نادر . واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء إذا وجدت ، فقيل تنتظر حتى تحيض ، وروى عنه ابن القاسم : تتزوج إذا انقضت عدة الوفاة و لم يظهر بها حمل ، وعلى هذا جمهور فقهاء الأمصار أبي حنيفة والشافعي والثوري .

• **وأما المسألة الثانية .**

وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها ، فقال الجمهور وجميع فقهاء الأمصار : عدتها أن تضع حملها مصيرًا إلى عموم قوله تعالى : ﴿ **وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** ﴾[2] وإن كانت الآية في الطلاق وأخذًا أيضا بحديث أم سلمة[3] أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه « فجاءت رسول الله ﷺ فقال لها : قَدْ حَلَلْتِ فانْكِحي مَنْ شِئْتِ » وروى مالك عن

---

(١) البقرة : ( ٢٣٤ ) .

(٢) الطلاق : ( ٤ ) .

(٣) أخرجه مالك ( ٢ /٥٩٠ رقم ٨٦ ) ، وأحمد ( ٦ /٤٣٢ ) في مسند سبيعة الأسلمية رضي الله عنها والبخاري ( ٨ /٦٥٣ رقم ٤٩٠٩ ) ، ومسلم ( ٢ /١١٢٢ رقم ٥٧ /١٤٨٥ ) ، والترمذي ( ٣ /٤٩٩ رقم ١١٩٤ ) ، والنسائي ( ٦ /١٩١ - ١٩٢ ) ، وغيرهم بألفاظ مطولاً ومختصراً .

ابن عباس أن عدتها آخر الأجلين ، يريد أنها تعتد بأبعد الأجلين ، إما الحمل ، وإما انقضاء العدة ، عدة الموت ، وروي مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، والحجة لهم أن ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . وأما الأمة المتوفى عنها من تحل له ، فإنها لا تخلو أن تكون زوجة أو ملك يمين أو أم ولد أو غير أم ولد . فأما الزوجة فقال الجمهور : إن عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة ؛ وقال أهل الظاهر : بل عدتها عدة الحرة ، وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيرًا إلى التعميم . وأما أم الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة : عدتها حيضة ، وبه قال ابن عمر . وقال مالك : وإن كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ، ولها السكنى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري : عدتها ثلاث حيض ، وهو قول علي وابن مسعود ، وقال قوم : عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها ، وقال قوم : عدتها عدة الحرة أربعة أشهر وعشر ، وحجة مالك أنها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض ، فلم يبق إلا استبراء رحمها ، وذلك يكون بحيضة تشبيها بالأمة يموت عنها سيدها ، وذلك ما لا خلاف فيه ، وحجة أبي حنيفة أن العدة إنما وجبت عليها وهي حرة ، وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ، ولا بأمة فتعتد عدة أمة ، فوجب أن تستبرئ رحمها بعدة الأحرار . وأما الذين أوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روي عن عمرو بن العاص[1] قال :

---

(١) أخرجه أبو داود ( ٢ /٧٣٠ رقم ٢٣٠٨ ) ، وابن ماجه ( ١ /٦٧٣ رقم ٢٠٨٣ ) ، وابن الجارود ( رقم ٧٦٩ ) ، والدارقطني ( ٣ /٢٥٨ ) ، والحاكم ( ٢ /٢٠٩ ) ، والبيهقي ( ٧ /٤٤٨ ) ، وابن حبان ( صـ٣٢٤ رقم ١٣٣٣ - الموارد ) قال الحاكم : حديث صحيح على شرط الشيخين . ووافقه الذهبي !!

قلت : فيه نظر من وجهين :

**الأول** : أن مطر الورّاق ، لم يخرج له البخاري .

**الثاني** : أنهم قد تكلموا في حفظه ، وحديثه حسن في المتابعات ، وقد تابعه قتادة ، =

لا تلبِّسوا علينا سنة نبينا ، عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر ، وضعف أحمد هذا الحديث و لم يأخذ به . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة تشبيها بالزوجة الأمة .

فسبب الخلاف أنها مسكوت عنها ، وهي مترددة الشبه بين الأمة والحرة . وأما من شبهها بالزوجة الأمة فضعيف ، وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة ، وهو مذهب أبي حنيفة .

---

= عن رجاء بن حيوة . أخرجه أحمد ( ٤ /٢٠٣ ) ، وتكلم على الحديث: الألباني في الإرواء ( رقم ٢١٤١ ) وصححه في صحيح سنن ابن ماجه .

# ○ الباب الثاني ○

## [ في المتعة ]

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة ، وقال قوم من أهل الظاهر : هي واجبة في كل مطلقة ، وقال قوم : هي مندوب إليها ، وليست واجبة ، وبه قال مالك ، والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك ، فقال أبو حنيفة : هي واجبة على من طلق قبل الدخول ، ولم يفرض لها صداقًا مسمى ، وقال الشافعي : هي واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله إلا التي سمى لها وطلقت قبل الدخول ، وعلى هذا جمهور العلماء . واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى : ﴿ **يٰأَيُّهَا الَّذينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحتمُ المُؤْمِناتِ ثُمَّ طَلَّقتمُوهن مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونها فَمَتعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جمِيلًا** ﴾[1] فاشترط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى : ﴿ **وإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُم لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ** ﴾[2] فعلم أنه لامتعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس ، لأنه إذا لم يجب لها الصداق فأحرى أن لا تجب لها المتعة ، وهذا لعمري مخيل ؛ لأنه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه ، وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء . وأما الشافعي فيحمل الأوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى : ﴿ **وَمَتِّعُوهُنَّ عَلى المُوسعِ قَدَرُهُ وَعَلى المُقْتِرِ قَدَرُهُ** ﴾[3] على العموم في كل

---

(١) الأحزاب : ( ٤٩ ) .

(٢) البقرة : ( ٢٣٧ ) .

(٣) البقرة : ( ٢٣٦ ) .

مطلقة ، إلا التي سمى لها وطلقت قبل الدخول . وأما أهل الظاهر فحملوا الأمر على العموم ، والجمهور على أن المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق ، وأهل الظاهر يقولون : هو شرع فتأخذ وتعطى . وأما مالك فإنه حمل الأمر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية : ﴿ **حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ** ﴾[1] أي: على المتفضلين المتجملين ، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب . واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها إحداد ؟ فقال مالك : ليس عليها إحداد .

---

(١) البقرة : ( ٢٣٦ ) .

# [ باب في بعث الحكمين ]

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما في التشاجر ؛ أعني : المحق من المبطل لقوله تعالى : ﴿ **وإنْ خفْتُمْ شقاقَ بَيْنِهما فابْعَثُوا حَكَما مِنْ أهْلِهِ وَحَكَما مِنْ أهْلها** ﴾[1] الآية ، وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين : أحدهما من قبل الزوج ، والآخر من قبل المرأة ، إلا أن لا يوجد في أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما ، وأجمعوا على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما ، وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين . واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما إذا اتفقا على ذلك هل يحتاج إلى إذن من الزوج أو لا يحتاج إلى ذلك ؟ فقال مالك وأصحابه : يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما في ذلك ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما : ليس لهما أن يفرقا ، إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق . وحجة مالك ما رواه من ذلك عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكمين : إليهما التفرقة بين الزوجين ، والجمع . وحجة الشافعي وأبي حنيفة أن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج . واختلف أصحاب مالك في الحكمين يطلقان ثلاثًا ، فقال ابن القاسم : تكون واحدة ، وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثًا إن طلقاها ثلاثًا . والأصل أن الطلاق بيد الرجل إلا أن يقوم دليل على غير ذلك . وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روي في حديث علي هذا أنه قال للحكمين : هل تدريان ما عليكما ؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما ، فقالت المرأة

---

(١) النساء : ( ٣٥ ) .

رضيت بكتاب الله وبما فيه لي وعلي ، فقال الرجل : أما الفرقة فلا ، فقال علي : لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة ، قال : فاعتبر في ذلك إذنه . ومالك يشبه الحكمين بالسلطان ، والسلطان يطلق بالضرر عند مالك إذا تبين .