

كتاب

الطلاق

يحتاج إلى : بيان أنواع الطلاق ، وإلى بيان أحكامها - فنقول :

الطلاق في الأصل نوعان : طلاق سنة ، وطلاق بدعة .

والسنة نوعان : نوع يرجع إلى العدد ، ونوع يرجع إلى الوقت .

وكذلك طلاق البدعة نوعان أيضا : يرجع إلى العدد ، والوقت .

ثم السنة في العدد والوقت نوعان عندنا : حسن وأحسن :

فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته ، واحدة ، رجعية في طهر ، لم يجامعها فيه ، ثم يتركها حتى تنقضي عدتها ، أو كانت حاملا قد استبان حملها .

وأما الحسن ، فإن يطلقها ، واحدة في طهر ، لم يواقعها فيه ، ثم يطلق في الطهر الآخر ، واحدة ، ثم في الطهر الثالث ، واحدة - فتبين .

وأما طلاق البدعة في الوقت : فإن يطلقها في حالة الحيض ، أو في طهر جامعها فيه .

وأما طلاق البدعة في العدد : فإن يطلقها ثلاثاً ، بكلمة واحدة .

ثم السنة التي ترجع إلى العدد : تستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها ، لأنه إيقاع الطلاق من غير حاجة .

فأما السنة في الوقت : فيختلف فيها المدخول بها وغير المدخول بها :

فإن الطلاق في حالة الحيض يكره عليها إذا كان مدخولا بها لا غير ، لأن فيه تطويل العدة ، فأما في غير المدخلة : فلا يكره ، لأنه لا يؤدي الى تطويل العدة فإنه لا عدة عليها .

وهذا الذي ذكرنا ، من السنة والبدعة ، قول أصحابنا .

وقال الشافعي : لا اعرف في عدد الطلاق سنة ولا بدعة ، وإنما السنة والبدعة في الوقت - على ما ذكرنا .

وأصل ذلك ما روي عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته في حالة الحيض ، فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك ، فقال : « أخطأت السنة ، ما هكذا أمرك الله ، إن من السنة أن يستقبل الطهر فيطلقها ، لكل قرء تطليقة » .

هذا الذي ذكرنا في حق ذوات الأقراء . فأما في حق الأيسة والصغيرة - فطلاق السنة أن يفصل بين كل تطليقة بشهر ، بالإجماع . وفي حق الممتد طهرها ، لا يطلق للسنة ، إلا واحدة .

وأما في الحامل : فقال أبو حنيفة وأبو يوسف : يطلق ثلاثاً ، للسنة ، ويفصل بين كل تطليقة بشهر .

وقال محمد وزفر : لا يطلق للسنة إلا واحدة ، وهي مسألة معروفة .

ثم في حق الأيسة والصغيرة : إذا دخل بهما ، لا يكره الطلاق ، وإن طلقهما في طهر جامعهما ، فيه ، بل يباح له الطلاق في أي وقت شاء ، لأن احتمال الحمل معدوم ، وفي ذات الأقراء يكره لهذا .

وكذلك في حق الحامل - لأن الكراهة للندامة بسبب الحمل ، فمتى طلقها مع قيام الحمل ، علم أنه لم يندم .

هذا الذي ذكرنا في حق الحرة ، فأما في حق الأمة المسلمة والكتابية -

فلا يختلف الجواب في حق السنة والبدعة ، إلا أن في حق الأمة طلاق السنة واحدة ، لأن طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان .

ولو طلق امرأته واحدة ، ثم راجعها ، في ذلك الطهر ، فله أن يطلقها ثانياً ، للسنة ، عند أبي حنيفة وزفر .

وقال أبو يوسف : لا يطلق .

وعن محمد روايتان .

وأجمعوا أنه لو أبانها في طهر لم يجامعها فيه ، ثم تزوجها . له أن يطلقها ، ثانياً ، للسنة .

فأبو حنيفة ألحق المراجعة بالتزويج والمعنى الجامع بينهما أن بالمراجعة بطل حكم الطلاق ، فجعل كأن لم يكن .

وعلى هذا قالوا : لو راجعها ، بالقبلة واللمس : له أن يطلقها ثانياً في ذلك الطهر عند أبي حنيفة ، فأما إذا راجعها بالوطء : فلا يطلق ثانياً ، لأن الوطء دليل المراجعة ، فيصير كما لو راجع ثم جامعها : ليس له أن يطلقها .

فأما إذا جامعها ، فحبلت : جاز له أن يطلق أخرى ، في ذلك الطهر ، في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر ، وقال أبو يوسف : لا يطلقها . والصحيح قولهم ، لأن الكراهة لمكان احتمال الحبل ، فإذا علم بالحبل ، وطلق ، فالظاهر أنه لا يندم ، كما إذا ظهر الحبل فجامعها ، ثم طلقها . لا يكره لما قلنا .

وإذا طلق امرأته في حالة الحيض ، ثم راجعها ، ثم أراد طلاقها للسنة : ذكر في الأصل أنها إذا طهرت ثم حاضت ، ثم طهرت ، طلقها إن شاء .

وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة .

وذكر الكرخي ، وقال : ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة ، وما ذكر في الأصل قولهما . وما قال أبو حنيفة هو القياس ، لأنه طهر لم يجامعها فيه ، وما ذكر في الأصل لحديث ابن عمر أن النبي عليه السلام قال لعمر : « مر ابنك فليراجعها ، ثم يدعها حتى تطهر ، ثم تحيض ، فتطهر ، ثم يطلقها ، إن شاء ، طاهراً ، من غير جماع » .

إذا ثبت هذا فنقول :

- إذا قال لامرأته : « أنت طالق للسنة » : فإن كانت من ذوات الأقراء . وهي طاهرة من غير جماع ، يقع الطلاق للحال ، وإن كانت حائضاً أو في طهر جامعها فيه ، لم يقع الساعة ، فإذا حاضت ، وطهرت وقعت بها تطليقة .

- وإذا قال : « أنت طالق ثنتين للسنة ، أو ثلاثاً للسنة » وقع عند كل طهر ، لم يواقعها فيه ، طلبة .

- ولو قال : « أنت طالق ثلاثاً للسنة » ، ونوى الوقوع للحال ، يقع عندنا ، خلافاً للزفر ، لأن السنة نوعان : سنة إيقاع ، وسنة وقوع : فإن وقوع الثلاث عرفناه جائزاً مشروعاً ، بالسنة ، وسنة الإيقاع ما ذكرنا . فإذا نوى ، صحت نيته .

- ولو قال : « أنت طالق للسنة » ونوى الثلاث ، صح ، لما ذكرنا أن سنة الإيقاع نوعان : حسن وأحسن ، فإذا لم يكن له نية ، يقع على الأحسن ، وهو الطلاق ، الواحد في طهر لم يجامعها فيه ، وإذا نوى الثلاث فقد نوى إيقاعه في ثلاثة أطهار : فيقع عند كل طهر ، واحدة ، كأنه قال : « أنت طالق ثلاثاً في ثلاثة أطهار » .

- ولو قال : « أنت طالق للبدعة » ، ونوى الثلاث ، صح ، لأن

إيقاعه الثلاث ، جملة في طهر واحد ، بدعة والطلاق في حالة الحيض بدعة ، فإذا نوى الثلاث ، فقد نوى ما يحتمله كلامه ، فصحت نيته .

- فأما في حق الأيسة ، والصغيرة ، والحامل : فإنه إذا قال : « أنت طالق ثلاثاً للسنة » يقع ، للحال ، واحدة ، وعند كل شهر ، أخرى لقيامه مقام الطهر .

- وعلى هذا - إذا قال : « أنت طالق طلاق العدة ، أو طلاق العدل ، أو طلاق الإسلام ، أو طلاق الحق ، أو طلاق القرآن ، أو أجل الطلاق ، أو أعدل الطلاق ، أو أحسن الطلاق » - فالجواب فيه مثل قوله : « أنت طالق للسنة » .

ثم يتنوع الطلاق أيضاً إلى نوعين آخرين : رجعي وبائن :

أما الرجعي :

فهو صريح الطلاق إذا كان واحداً أو اثنتين .

والصريح ما اشتق من لفظ « الطلاق » نحو قولك : « أنت طالق » و « أنت مطلقة » و « طلقتك » ، ونحو ذلك ، وكذلك إذا قال : « أنت الطلاق » ، لأن المصدر قد يراد به المفعول ، كأنه قال : « أنت مطلقة » وقد يراد به الفاعل فكأنه قال : « أنت طالق » .

وكذلك الألفاظ الثلاثة التي تسمى كناية ، نحو قولك : « اعتدي » و « استبري رحمك » و « أنت واحدة » فإنه يكون رجعياً : لأن قوله « اعتدي » : إن كان بعد الدخول يقع الطلاق به ، بطريق الاقتضاء ، لأن الامر بالاعتداد يكون بعد الطلاق ، فيصير الطلاق ثابتاً مقتضى صحة الأمر ، كأنه قال : « طلقتك فاعتدي » ، وإن كان قبل الدخول بها : يجعل مجازاً عن الطلاق . وكذا قوله : « استبري رحمك » ، وقوله : « أنت واحدة » أي أنت طالق طلاقاً واحداً .

ثم ما كان من الصريح لا يحتاج فيه إلى النية .

وأما في هذه الألفاظ الثلاثة : فيحتاج إلى النية .

فإن نوى بقوله : « أنت طالق » ، ونظائره ، ثلاث تطليقات أو طلقتين - لا يصح عندنا ، وعند زفر والشافعي : يصح .

فأما إذا ذكر بلفظة الأمر ، بأن قال « طلقي نفسك » أو قال لرجل : « طلق امرأتي » ونوى الثلاث صح .

وكذلك إذا قرن به المصدر ، بأن قال « أنت طالق طلاقاً » ، وكذا إذا ذكر المصدر وحده ، بأن قال « أنت الطلاق » ونوى الثلاث : صح بالإجماع .

ولا خلاف في الكنايات المنبئة عن البينونة ، والحرمة ، نحو قولك : « أنت بائن » أنت علي حرام » ونوى الثلاث : فإنه يقع الثلاث - والمسألة معروفة .

ولو قال « أنت طالق » وقال أردت طلاقاً عن وثاق ، يصدق فيما بينه وبين الله ، دون القضاء ، لأنه صرف الكلام عن ظاهره شرعاً .

ولو قال : « أنت طالق » وقال أردت الطلاق عن العمل ، لا يصدق أصلاً - كذا قال أصحابنا . وروى الحسن علي أبي حنيفة أنه قال : يصدق فيما بينه وبين الله في الفصلين .

ولو قال : « أنت مطلقة رجعية » ، لا يقع بدون النية .

ولو قال : « أنت أطلق من امرأة فلان » وهي مطلقة ، فإنه يقف على النية ، إلا إذا كان في حال سؤال الطلاق منها : فإنه يقع ، من غير نية .

ولو قال « يا مطلقة » أو « يا طالق » وقال أردت به الشتم : يصدق فيما بينه وبين الله ، دون القضاء إن لم يكن لها زوج قبله ، فأما إذا كان لها

زوج قبله : فإنه يصدق في القضاء .

ولو قال : « أنت طالق طالق » « أو طلقتك طلقتك » وعنى بالثاني الإخبار : يصدق فيما بينه وبين الله ، دون القضاء .

ولو قال « أنت طالق » فقال رجل « ما قلت ؟ » فقال : « قلت : هي طالق » ، أو قال « قد طلقها » فهي واحدة في القضاء ، لأن الظاهر يدل عليه .

وأما حكم الطلاق الرجعي - فنقول :

إنه يوجب الحرمة ، وزوال الملك ، عند انقضاء العدة . وفي الحال : ينعقد سبب لزوال الملك ، ويتم عليه عند انقضاء العدة .

وكذا ينعقد سبب لزوال حل المحلية ، عند انضمام الطلقة الثانية والثالثة إليه . فأما في الحال : فلا يزول شيء من الحل والملك .

وهذا عندنا . وعلى قول لشافعي : حكمه ، للحال ، زوال حل الوطء ، وزوال الملك من وجه .

وعلى هذا ينبغي حل الوطء ، عندنا ، لقيام ملك النكاح ، من كل وجه ، وإنما يزول عند انقضاء العدة ، فيكون الحل قائما قبل انقضاء العدة ، وتكون الرجعة استدامة الملك - وعنده : الرجعة إنشاء النكاح من وجه ، واستبقاء من وجه ، فيقول بالحرمة احتياطاً .

وعلى هذا ينبغي أن الإشهاد ليس بشرط في الرجعة عندنا ، وعنده : شرط ، لما كان إنشاء النكاح من وجه .

وأجمعوا أنه يملك المراجعة من غير رضا المرأة ، ومن غير مهر ، ومن غير تجديد العقد : وهو أن يقول لامرأته « راجعتك » أو عبارة تقوم مقامها في هذا المعنى ، والأفضل أن يشهد على رجعتها ، وإن يعلمها بذلك .

وعلى هذا : إن الرجعة لا تثبت بالفعل عنده ، لأن إنشاء النكاح ، من كل وجه ، يكون بالقول ، والرجعة إنشاء من وجه ، فيجب ان تكون بالقول أيضاً ، لكننا نقول : عندنا تثبت الرجعة والإعادة إلى الحالة الأولى ، بطريق الدلالة ، لأن الطلاق الرجعي متى زال الملك به ، عند انقضاء العدة ، يثبت من وقت التلکم من وجه ، لأن الإبانة قول الزوج ، قوله هو الطلاق السابق ، فلم تصح الرجعة بالوطء ، لصار الوطء واقعا في ملك الغير من وجه ، فكان الإقدام على الوطء دلالة الرجعة والرد إلى الحالة الأولى ، احترازا عن الحرمة من وجه .

وكذا إذا لمسها بشهوة ، أو نظر إلى فرجها بشهوة ، لأن ذلك حرام أيضا في غير الملك من وجه .

فأما النظر إلى فرجها ، لا عن شهوة والنظر إلى سائر أعضائها عن شهوة : فلا يوجب المراجعة ، لأن هذا مما يباح في الجملة .

ولو جامع الزوج ، وهونائم ، أو مجنون : تثبت الرجعة .

ولو لمسته المرأة بشهوة مختلصة ، أو كان نائماً ، واعترف أنه كان بشهوة : فهو رجعة عند أبي حنيفة . وهو رواية عن أبي يوسف . وقال محمد : ليس برجعة . وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع ، في الجارية المشتراة بشرط الخيار للمشتري إذا لمست المشتري بشهوة ، على الاختلاس ، فلا نعتد به .

ثم إنما تصح الرجعة إذا راجعها في العدة . فلا تصح بعد انقضاء العدة ، لأنه زال الملك ، فلا بد من تجديد العقد .

ولو أنها إذا طهرت من الحيضة الثالثة فقال « راجعتك » لا يخلو : إما أن تكون أيامها عشرة ، أو ما دون العشرة .

فإن كانت أيامها عشرة : فإنه لا تصح الرجعة ، وتحل للأزواج ،

لأن عدتها تنقضي بمجرد مضي العشرة .

فأما إذا كانت ما دون العشرة : فإن اغتسلت : لا تصح الرجعة ،
وتحل للأزواج . وإن كان قبل الاغتسال : فلا تحل للأزواج ، وتصح
الرجعة ، لأن مدة الاغتسال من الحيض ، باجماع الصحابة .

ولو اغتسلت بسؤر حمار : فلا تصح الرجعة ، ولا تحل للأزواج ،
لأن سؤر الحمار مشكوك فيه ، فكان الاحتياط في باب الحرمة أن لا تصح
الرجعة ، ولا تحل للأزواج .

ولو اغتسلت وبقي في بدنها عضو ، كانت له الرجعة ، وإن كان أقل
من عضو ، فلا رجعة - وهذا استحسان ، والقياس أنه إذا بقي أقل من
عضو أن تبقى الرجعة ، لأن الحدث باق ، حتى لا تحل لها الصلاة - هكذا
روي عن أبي يوسف ، وقال محمد : الاستحسان في العضو أنه لا تنقطع
الرجعة ، والقياس أنه تنقطع كما في المضمضة والاستنشاق - إلا أنهم
استحسنوا وقالوا : لا تنقطع الرجعة ، لأن وجوب غسل العضو مجمع
عليه ، فلا يكون الاغتسال معتبراً معه ، كما لو زاد على العضو .

فأما إذا بقي المضمضة أو الاستنشاق : فقد روي عن محمد أنه قال :
تنقطع الرجعة ، ولا تحل للأزواج ، لأن المضمضة تختلف في وجوبها ،
فكان الاحتياط أن تنقطع الرجعة ولا تحل للأزواج .

هذا الذي ذكرنا حكم الاغتسال .

ولو مضى وقت صلاة كامل ، قبل أن تغتسل : فإنه تنقطع الرجعة .
لأن الصلاة صارت ديناً ، فيكون لها حكم الطهارات مطلقاً .

فأما إذا تيممت ، بأن كانت مسافرة فإن صلت تنقطع الرجعة أيضاً ،
فأما بنفس التيمم : فعند أبي حنيفة وأبي يوسف : لا تنقطع .

وعند محمد وزفر : تنقطع - والمسألة معروفة .

ولو قال الزوج : قد كنت راجعتك أمس ، وكذبت المرأة : فإن كانت في العدة : فالقول قوله ، لأنه أخبر بما يملك إنشاء للحال . وإن قال بعد انقضاء العدة ، وكذبت المرأة : فالقول قولها ، لأنه أخبر بما لا يملك للحال إنشاء ، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة ، خلافا لهما - وهذه من جملة المسائل السبعة التي لا يستحلف فيها عنده .

فإن قال « قد راجعتك » ، فقالت مجيبة : « قد انقضت عدتي » : فالقول قولها عند أبي حنيفة ، وقالوا : القول قول الزوج - والمسألة معروفة .

ومن حكم الطلاق الرجعي - أن تكون الأقراء محسوبة من العدة ، لأن الطلاق واقع في حق أحد الحكمين ، وهو انعقاده سبباً لزوال حل التزوج .

وأما الطلاق البائن :

فنذكر أقسامه وأحكامه - فنقول :

الطلاق البائن أقسام ثلاثة :

أحدها - أن يقترن بصريح الطلاق ما يدل على البينونة .

والثاني - أن يكون اللفظ منبئاً عن البينونة .

والثالث - ما يقع به البينونة من طريق الحكم .

أما الأول - فنقول :

إذا اقترن بالصريح العدد الثلاث بأن قال « أنت طالق ثلاثاً » ، أو اقترن باللفظ المنبئ عن البينونة صفة للمرأة ، من غير حرف العطف كقوله : « أنت طالق بائن » أو طالق البتة « أو « أنت طالق حرام » .

وعن أبي يوسف أنه إذا قال « أنت طالق للبدعة » ونوى واحدة

بائنة : تكون بائنة ، وروى هشام عن محمد في هذه المسألة أنه واحدة رجعية .

ولو قال : « أنت طالق أقبح الطلاق » : روي عن أبي يوسف أنه رجعي ، وقال محمد : أنه بائن .

والقسم الثاني :

أن يوقع بالفاظ دالة على البينونة والقطع والحرمة وهي تسمى « كنايات الطلاق » .

وهي في الجملة أقسام ثلاثة : منها ما يصلح للشتم ، والتباعد والطلاق . ومنها ما يصلح للطلاق والتباعد ، ولا يصلح للشتم . ومنها ما لا يصلح للطلاق .

والأحوال ثلاثة : حال ذكر الطلاق ، وحال الغضب ، وحال ابتداء الزوج بالطلاق ليس بحال سؤال الطلاق ولا حال الغضب .

وهنا حكامان : أحدهما - أن وقوع الطلاق بهذه الألفاظ يفتقر إلى نية الطلاق أم لا ؟ والثاني - إذا قال المتكلم : « ما عنيت بهذا اللفظ الطلاق » : هل يصدق أم لا ؟

فنقول :

أما بيان الحكم الأول :

إذا ذكر لفظا يصلح للطلاق في غير حال مذاكرة الطلاق ، وحال الغضب ، كيفما كان : فإذا نوى به الطلاق : يقع ، وإن لم يكن له نية : لا يقع ، لأنه كما يصلح للفرقة لأمر آخر - فإن قوله « بائن » يحتمل بينونة الطلاق ، ويحتمل البينونة عن الخير أو عن الشر .

وكذلك قوله « اذهبي » و « اغربي » و « الحقني بأهلك » فإنه كما

يصلح للطلاق ، يصلح للإبعاد عن نفسه ، والتغريب من غير طلاق محتمل ، والمحتمل لا يقع بدون النية .

وإن كان لفظاً لا يصلح للطلاق ، فإنه لا يقع به الطلاق ، وإن نوى ، لأن الطلاق يقع باللفظ ، لا بالنية ، كقوله « اسقني » و « اقعدي » و « أعرضت عن طلاقك » و « صفحت عن فراقك » و « تركت طلاقك » و « خلعت سبيل طلاقك » ونحو ذلك .

وأما في حال ذكر الطلاق وحال الغضب : ففي تسعة ألفاظ من الكنايات يقع الطلاق ، بلانية - وهي قوله : « أنت بائن » و « أنت علي حرام » و « خلية » و « بريئة » و « بته » و « أمرك بيدك » و « اختاري » و « اعتدي » و « استبري رحمك » - لأن هذه الألفاظ كما تصلح للطلاق تصلح لغيره ، والحال يدل على الطلاق ظاهراً ، لأنه حال سؤال الطلاق ، وحال الغضب والخصومة ، فكان الظاهر أنه قصد الطلاق بذلك فرجع جانب الطلاق على غيره .

وأما في سائر الألفاظ ، نحو قولك : « لا سبيل لي عليك » و « فارقتك » و « خلعت سبيلك » و « لا ملك لي عليك » و « الحقني بأهلك » و « وهبتك لأهلك » و « أغربي » و « أخرجني » و « أذهبي » و « قومي » و « استتري » و « تقنعي » و « تزوجي » و « لا نكاح عليك » ، ونحو ذلك - فلا يقع إلا بالنية ، لأنه كما تصلح للطلاق ، تصلح للتباعد عن نفسه ، والإنسان قد يبعد امرأته من غير طلاق ، فلا بد من النية .

وأما الحكم الثاني :

وهو أنه إذا قال « ما عנית به الطلاق » - هل يصدق ؟ فنقول : في كل لفظ يصلح للطلاق ، يصدق فيما بينه وبين الله ، لكونه محتملاً ، فأما في القضاء فهل يصدق : فهو على أقسام ثلاثة :

- قسم منه لا يدين ، في الأحوال كلها ، وهو أربعة ألفاظ : قوله : « أمرك بيدك » و « اختاري » و « اعتدي » و « استبري رحمك » ، لأن هذه الألفاظ لا تصلح للشم ولا للتباعد ، فالظاهر منها الطلاق ، والحال يدل عليه ، فلا يصدق في القضاء .

- وقسم منه يدين في حال الغضب ، ولا يدين في حال ذكر الطلاق - وذلك في كل لفظ يصلح للشم ، وهي خمسة ألفاظ : « أنت خلية » - « برية » - « بة » - « باين » « أنت علي حرام » - لأن هذه الألفاظ تصلح للشم ، وتصلح للطلاق ، وحال الغضب يصلح للأمريين جميعاً ، فكان الحال محتملاً ، واللفظ محتملاً ، للطلاق وغيره ، فلا يكون قوله خلاف الظاهر ، فيصدق ، وأما في حال ذكر الطلاق : فذكر هذه الألفاظ مع الرضى لا يصلح إلا للطلاق ، فحمل عليه ، دون الشم .

- وقسم منه يدين في حال الغضب ، وحال ذكر الطلاق ، وهي الألفاظ التي تصلح للتباعد والطلاق دون الشم ، لأن هذه الألفاظ تصلح للتباعد وتصلح للطلاق ، فلا يترجح أحد الأمرين بالحال ، وقد نوى ما يحتمله كلامه ، والظاهر لا يخالفه ، فيصدق في القضاء .

والقسم الثالث :

وأما البائن الذي يقع حكماً فكثير : كاعتراض حرمة المصاهرة ، والرضاع ، واللعان ، والردة - ونحوها ، لأن الغرض هو المفارقة بينهما ، فلا بد من ثبوت البينة - لكن بعضها يكون طلاقاً بالإجماع بين أصحابنا ، وبعضها يكون فسخاً بالإجماع ، وبعضها مختلف فيه .

أما الأول - فكالفرقة بالإيلاء^(١) : فإذا مضت مدة الإيلاء ، بانتهت بتطبيقه بائنة عندنا ، لأنه حصل بقول الزوج ، وكتفريق القاضي بسبب العنة :

(١) الإيلاء في اللغة عبارة عن اليمين ، وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكحة أربعة أشهر فصاعداً منعاً مؤكداً باليمين .

فإن القاضي نائب عن الزوج في التفريق الواجب عليه .

وأما ما يكون فسخا بالاجماع - فكالفرقة التي تقع بحرمة مؤبدة ، مثل حرمة المصاهرة ، وحرمة الرضاع ، لأنها خلاف حكم الطلاق . وكذلك كل فرقة حصلت بفعل المرأة ، أو حصلت لا بفعل الزوجين : فهي فسخ ، لأن المرأة لا تملك الطلاق ، والطلاق لا بد له من قول الزوج ، وذلك نحو اختيار الأمة المعتقة نفسها ، أو اختيار الصغيرة إذا أدركت ، وردة المرأة ، وإبائها الإسلام ، بعد إسلام زوجها ، والفرقة الواقعة باختلاف الدارين ، لأنه ليس فعل أحد ، وكذا إذا ملك أحد الزوجين صاحبه ، لأنه تقع الفرقة بلا فعل ، وكذا إذا أسلم الحربي ، وتحتة أكثر من أربع نسوة ، فاختر أربعاً منهن : تقع الفرقة على الباقيات ، بغير طلاق ، لأن الحرمة تثبت شرعاً ، واختيار الزوج ، للبيان ، لأنه طلاق ، وكذا اختيار الصغير نفسه ، بعد البلوغ ، وإن كان فعله ، لأنه رفع النكاح من وجه ، والفسخ يثبت بطريق الضرورة .

وأما المختلف فيه - فنحو الفرقة بسبب اللعان : عند أبي حنيفة ومحمد : تكون طلاقاً وعند أبي يوسف : تكون فسخاً ، لأنه يثبت به حرمة مؤبدة ، عنده - خلافاً لهما .

وكذا ردة الزوج : عند أبي حنيفة وأبي يوسف : فرقة بائنة بغير طلاق . وقال محمد : هي طلاق بائن .

وإباء الزوج الإسلام إذا أسلمت امرأته الذمية : فهو طلاق بائن عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : فرقة بائنة بغير طلاق .

فمحمد سوى بينهما وجعلهما طلاقاً بائناً . وأبو يوسف جعلهما فسخاً . وأبو حنيفة فرق بينهما فقال : ردة الزوج فسخ ، وإبائه الإسلام طلاق .

وأما بيان أحكام الطلاق البائن - فنقول :

منها - إن كان واحدا يزول به ملك النكاح ، وتبقى المرأة محلا للنكاح بطلاقين ، حتى لا يحل له الاستمتاع بها ، ولا يصح الظهار والإيلاء ، ولا يجري التوارث ، ولا تحل إلا بتجديد النكاح ، ولو وطئها لا يجب الحد ، لاختلاف الصحابة في الكنايات : إنها بوائن أو راجع ، وأصحابنا أخذوا بقول من قال إنها بوائن . والشافعي أخذ بقول من قال إنها راجع .

وإن كانت البينة بالثلاث : يزول الملك ، وحل المحلية ، جميعا - حتى لا يحل له وطئها إلا بعد إصابة الزوج الثاني . وإن وجد عقد النكاح أو ملك اليمين : فإن النكاح لا يصح لعدم حل المحلية ، وبسبب ملك اليمين : يصح ، ولا يفيد الحل .

ومنها - أن المبانة والمختلعة يلحقها صريح الطلاق ، مادامت في العدة ، عندنا ، خلافا للشافعي .

وأجمعوا أنه لا تلحقها الكنايات المزيلة للنكاح - والمسألة معروفة .

ومنها - أن الطلاق البائن هل يكره إذا خلا عن العدد والعوض ؟ فيه روايتان : في ظاهر الرواية : لا يكره . وفي رواية الزيادات : يكره .

وإذا اقترن به العدد : يكره ، بالإجماع .

وإذا اقترن به العوض ، وهو الخلع : لا يكره - على ما نذكر .

ثم وقوع الطلاق بما ذكرنا من الألفاظ يستوي فيه الجواب بين أن وجد من الزوج ، أو من نائبه ، وهو الوكيل والرسول .

وكذلك إذا كتب - وهو أنواع :

إن لم يكن مستبين الحروف كما إذا كتب على الماء والهواء : فهذا ليس بشيء ، لأنه لا يسمى كتابة .

وإن كان مستبين الخط ، ولكن لا يكون على رسم الكتابة ، بأن كانت على لوح أو حائط أو أرض : فهو في حكم الكتابة ، ولأن الإنسان قد يكتب 'تجربة الخط ولتجربة الحبر والقلم ، فإن نوى الطلاق : يقع ، وإلا فلا .

فأما إذا كان على رسم الكتابة والرسالة ، بأن يكتب : « أما بعد - يا فلانة : إذا وصل إليك كتابي - فأنت طالق » : فإنه يقع الطلاق به ، ولا يصدق إذا قال « لم أرد به الطلاق » ، لأن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر .

ثم إذا كتب مطلقاً ، وقال « أنت طالق » ، على رسم الكتابة ، يقع الطلاق ، كما كتب ، ولا يتوقف على الوصول إليها .

وإن علقه بشرط الوصول ، بأن قال « إذا وصل إليك كتابي » : فإنه لا يقع الطلاق ، ما لم يصل الكتاب إليها ، لأن المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده .

هذا الذي ذكرنا في حكم الصحيح فأما المريض إذا طلق ، وهو صاحب الفراش ، طلاقاً رجعيّاً أو بائناً أو ثلاثاً ، ثم مات من ذلك المرض ، وهي في العدة : فإنها تراث ، عندنا - خلافاً للشافعي .
والقياس معه - لكننا استحسننا ، بإجماع الصحابة .

ولو زال المرض ، ثم نكس المريض ، ومات ، وهي في العدة : لم يرثه ، لأنه تبين أنه ما طلق في مرض الموت .

باب

تفويض الطلاق

ههنا فصول أربعة :

- أحدها - أن يقول لامرأته : « أمرك بيدك » .
- والثاني - أن يقول لها : « اختاري » .
- والثالث - أن يقول : « أنت طالق إن شئت » .
- والرابع - أن يقول : « طلقي نفسك » .

أما الأول

فهو نوعان : إما أن يكون مطلقاً ، أو مؤقتاً .

أما إذا قال « أمرك بيدك » مطلقاً ، ولم يوقت به بوقت ، ويريد به الطلاق : فإنه يصير أمرها بيدها ، ويصير الطلاق مفوضاً إليها ، وتصير مالكة للتطليق ، مادامت في مجلسها ذلك وإن طال .

وهذا إذا كانت حاضرة وسمعت الأمر من الزوج ، وعلمت به .

فأما إذا كانت غائبة ، أو حاضرة ولم تسمع : فلها الخيار في مجلس بلغ إليها الخبر فيه ، وعلمت بذلك ، لأن هذا تمليك الطلاق ، والتمليك يقتصر جوابه على المجلس ، ويكون مؤقتاً به ، كما في قبول البيع .

وإذا صار الأمر في يدها : فإن اختارت نفسها في المجلس ، تقع واحدة بائنة ، إذا أراد الزوج به طلاقاً واحداً أو اثنين . فإن أراد الزوج

ثلاثاً ، فهي ثلاث ، لأن هذا اللفظ من الكنايات ، فيحتمل الثلاث ، فلا بد من نية الطلاق ، على التفصيل الذي ذكرنا .

وكذلك إذا قالت : « طلقت نفسي » أو « أبنت » أو « أنا منك بائن » أو « طالق » أو قالت « أنت عليّ حرام » أو « أنت مني بائن » ، فإنه يكون جواباً ، لأن هذه الألفاظ للطلاق .

فأما إذا وجد منها كلام ، أو فعل يدل على الإعراض عن اختيار النفس : فإنه يبطل خيارها ، ويخرج الأمر من يدها ، وذلك نحو أن تقوم من مجلسها ذلك ، إذا سمعت بالخيار ، إن كانت قاعدة ، أو كانت قائمة فركبت ، وإن كانت سائرة فإن أجابت على الفور أو وقفت للتأمل في ذلك - وإلا فيبطل خيارها ، لأن ذلك دليل الإعراض . وكذلك إذا اشتغلت بافتتاح الصلاة ، أو بالأكل والشرب ، حتى يكون ذلك مجلس الأكل والشرب . فأما إذا أكلت شيئاً يسيراً ، أو شربت شربة - فلا يعتبر .

فإن قالت « ادعوا لي أبواي حتى أستشيرهما » ، أو « ادعوا لي شهوداً أشهدهم عليه » - لم يبطل خيارها ، لأنها تحتاج إلى ذلك ، فلا يكون دليل الإعراض .

ثم إذا اختارت نفسها مرة : ليس لها أن تختار ثانياً ، ويبطل الخيار ، لأنه فوض إليها الخيار مرة واحدة .

وكذلك لو قال لها : « أمرك بيدك إن شئت » .

فأما إذا قال « أمرك بيدك كلما شئت » ، فيكون الأمر في يدها ، في ذلك المجلس ، وغيره ، حتى تبين بثلاث ، لأن كلمة « كلما » تقتضي التكرار ، لكنها لا تطلق نفسها في المجلس إلا مرة واحدة ، كأنه قال لها في كل مجلس « أمرك بيدك » ، فها لم يتجدد المجلس لا يتجدد الخيار .

وكذلك إذا قال لها « أمرك بيدك إذا شئت » أو « متى شئت » أو « ما شئت » أو « متى ما شئت » - فلها الخيار في المجلس ، وغيره ، كأنه قال لها « اختاري في أي وقت شئت » ، إلا أنه يكون لها الخيار مرة ، لأن هذه الألفاظ لا توجب التكرار .

فأما إذا كان الأمر باليد موقتاً ، بأن قال « أمرك بيدك يوماً ، أو شهراً ، أو سنة ، أو هذا اليوم ، أو هذا الشهر ، أو هذه السنة » : فلها الأمر في جميع ذلك الوقت ، وإعراضها عن الجواب في ذلك المجلس ، وغيره ، واشتغالها بغير الجواب من الأعمال والأقوال ، لا يبطل خيارها ، ما بقي شيء من ذلك الوقت ، لأنه فوض الطلاق إليها في جميع ذلك الوقت ، غير أنه إذا كان الوقت منكراً ، كقوله « يوماً أو شهراً » ، فلها الخيار من ساعته التي تكلم ، إلى أن يتم الوقت ويكون الشهر بالأيام .

فأما إذا عين فقال « هذا اليوم » أو « هذا الشهر » أو « هذه السنة » : فلها الخيار في بقية اليوم والشهر والسنة . ولولم تعلم بالوقت حتى مضى ، يبطل خيارها ، ولا يتوقف ثبوت الخيار على الوقت الذي علمت به ، لأنه اثبت الخيار في زمان مقدر ، فينتهي بانتهاء الوقت ، إذ لو بقي ، لزاد على مقدار الوقت ، وفي الأمر باليد مطلقاً يتوقف على مجلس العلم ، فيشترط علمها بذلك ، لأنه ما قيده بالوقت .

ولو اختارت زوجها في أول الشهر ، أو في أول السنة ، ثم أرادت أن تختار نفسها بعد ذلك : فلها في ذلك قول أبي حنيفة ومحمد ، لأنه جعل إليها الخيار في جميع المدة ، واختيارها للزوج في اليوم إبطال للخيار فيه ، فلا يوجب بطلان الخيار في يوم آخر ، في ذلك الوقت ، كما إذا عرضت عن الجواب في يوم إذا اشتغلت بأمر كثيرة ، فيبطل خيارها في ذلك اليوم ، لا في باقي المدة - كذا هذا .

وقال أبو يوسف : يخرج الأمر من يدها ، في الشهر كله ، لأن هذا

تمليك واحد في شهر ، فيبطل برد واحد كتمليك البيع .

وكذلك الخلاف في قوله : « أمرك بيدك كلما شئت » و « إذا شئت » و « متى شئت » .

وقالوا أيضاً : إن الخلاف على عكس هذا .

وأما الفصل الثاني - إذا قال لها « اختاري » - فنقول :

الجواب في هذا وفي قوله « أمرك بيدك » سواء في جميع الأحكام إلا في موضعين :

أحدهما : أن الزوج إذا أراد به الثلاث لا يقع ، وفي قوله « أمرك بيدك » يقع ، لأن ذلك من كنايات الطلاق ، وأما قوله « اختاري » فليس من ألفاظ الطلاق ، وإنما هو تفويض الطلاق بلفظ لا يقتضي التكرار .

والثاني - أنه لا بد من ذكر النفس ، ههنا ، في أحد الكلامين ، بأن يقول الزوج : « اختاري نفسك » أو قالت « اخترت نفسي » إذا قال الزوج « اختاري » لا غير . وأما إذا قال « اختاري » فقالت « اخترت » لا يكون شيئاً . وكذلك إذا قرن بالخيار ما يوجب الاختصاص باختيار الطلاق ، فهو كاف ، بأن قال « اختاري الطلاق » أو « اختاري اختيارة » .

ثم المرأة إذا قالت « اخترت نفسي » أو « طلقت نفسي » يكون جواباً .

ولو قالت « اخترت أمي أو أبي أو أهلي أو الأزواج » : فالقياس أن لا يقع به شيء ، وفي الاستحسان : يقع ، لأن المرأة عند الطلاق تلحق بهؤلاء ، فصار اختيارها لذلك دلالة اختيار الطلاق ، كأنها قالت « اخترت الطلاق » .

والفصل الثاني - إذا قال : « أنت طالق ان شئت »

فالجواب فيه مثل الجواب في « أمرك بيدك » في جميع الأحكام : إن كان مطلقاً : فعلى المجلس ، وإن كان موقتماً : فثبت في جميع الوقت كما ذكرنا في الخيار . إلا أن هنا يقع الطلاق الرجعي ، وثم يقع بائناً ، إلا إذا قال لها « أمرك بيدك في تطليقة » أو « اختاري تطليقة » واختارت نفسها ، يقع رجعيّاً لأنه فوض إليها الرجعي .

وكذلك إذا قال : « أنت طالق إن أردت ، أורضيت ، أو هويت ، أو أحببت » فإذا قالت « شئت » أو « أردت » ، في المجلس ، يقع الطلاق ، وإن كان لا يعرف مشيئتها حقيقة ، لأن الحكم متعلق بالإخبار عن المشيئة والإرادة ، ولهذا إذا قال لها : « إن كنت تحبيني أو تبغضيني فأنت طالق » فقالت « أحبك » وفي قلبها بخلافه ، يقع ، ويعتبر الخبر ، لاحقيقة المحبة .

وكذلك إذا قال لها « إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار ، أو تكرهين دخول الجنة - فأنت طالق » فقالت « إني أحب العذاب بالنار وأكره الجنة » وقع الطلاق ، لوجود الخبر .

ولو قال « إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق » فقالت « أحبك » وفي قلبها بخلافه - يقع الطلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لما ذكرنا ، وعند محمد : لا يقع ، لأنه علقه بحقيقة فعل القلب ، ولم يوجد .

وأما الفصل الرابع - إذا قال : « طلقي نفسك » :

فالجواب فيه مثل الأول ، لأن هذا تمليك الطلاق منها ، بخلاف ما إذا قال لأجنبية « طلقي امرأتي » حيث لا يقتصر على المجلس ، وفي قوله : « طلقي نفسك » يقتصر على المجلس ، لأن ذلك توكيل ، وفي حق

المرأة تمليك إلا أن الفرق أن في قوله « طلقي نفسك » إذا أراد الزوج الثلاث يقع ثلاث وفي قوله « أنت طالق إن شئت » فقالت : « شئت » : إذا أراد الثلاث ، لا يقع .

ولو قال « اختاري » ، فقالت « طلقت » : يقع .

ولو قال « طلقي نفسك » ، فقالت « اخترت » ، لا يقع - لأن قولها « اخترت » ليس من ألفاظ الطلاق ، ألا ترى أنها لو قالت « اخترت نفسي » ، فبلغ الزوج ، وأجاز - لا يقع به شيء . ولو قالت : « طلقت نفسي » ، فأجاز الزوج يقع ، وإنما صار جواباً لقوله : « اختاري » و« أمرك بيدك » بالنص ، والإجماع ، بخلاف القياس ، فاقصر عليه .

ثم في هذه الفصول إذا أراد الزوج أن يعزلها ، ويخرج الأمر من يدها ، ويرجع عن ذلك ، لا يصح ، وكذلك لو نهاها عن ذلك ، لأن هذا تفويض الطلاق ، وتمليك له ، والطلاق لا يحتمل الفسخ ، فإيجابه كذلك .

وكذلك إذا قال « طلقي نفسك » أو « طلقي نفسك إن شئت » ، فقالت « شئت » - لا يقع شيء .

ولو قال « أنت طالق إن شئت » فقالت « شئت » ، يقع ، لأن ثمة أمرها بالتطليق ، ولم يوقع ، وهنا علق الطلاق بمشيئتها ، وقد أتت بالشرط .

باب الاستثناء وغيره

في الباب فصول مختلفة :

الأول - فصل الاستثناء

إذا قال لامرأته « أنت طالق إن شاء الله » : فإن كان موصولا : لا يقع الطلاق ، وإن كان مفصولا : يقع - سواء قدم الاستثناء على لفظ الطلاق أو آخر ، لأن قوله « إن شاء الله » تعليق الطلاق بمشيئة الله ، وإنها لا تعرف .

ثم الاستثناء المفصول أن يفضل المتكلم بين الاستثناء وما قبله ، بسكوت ، أو بكلام آخر .

فإذا انقطع الكلام بالتنفس : فلا عبرة به ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه .

ولو حرك لسانه بالاستثناء وأتى بحروفه على الوجه ، لكنه لم يسمع ، يكون استثناء ، لأن هذا كلام ، وليس الشرط هو السماع : ألا ترى أن الأصم يصح استثنائه ، وإن لم يسمع هو .

ولو قدم الاستثناء ، فقال « إن شاء الله فأنت طالق » : يصح استثنائه بالإجماع .

فأما إذا قال « إن شاء الله أنت طالق » : يصح على قول أبي حنيفة

وأبي يوسف ، وعند محمد : لا يصح - هو يقول : هذا استثناء منقطع ،
وهما يقولان : إن الفاء ههنا مضمرة ، بدلالة الاستثناء .

ولو قال « أنت طالق إن شاء فلان » : فهو معلق بمشيئته : فإن شاء
في مجلس العلم يقع .

وإن علق بمشيئة من لا تعلم مشيئته ، من العباد ، مثل الملائكة
والجن والشياطين : فإنه يصح الاستثناء ، حتى لا يقع الطلاق - كما إذا
قال : « أنت طالق إن شاء الله » ، لأنه لا يعلم .

ولو قال « أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أو اثنتين » : يصح الاستثناء ،
لأن هذا استثناء البعض من الجملة ، فيكون تكليما بالباقي .

ولو قال « أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا » : يقع الثلاث ، ويبطل
الاستثناء ، لانه استثنى الكل .

ولو قال « أنت طالق عشرة إلا تسعا » : يقع واحدة ، وإن قال « إلا
ثمانية » : تقع ثنتان . وإن قال « إلا سبعا » : يقع ثلاثا ، وكذا لو نقص
عن السبع ، يكون ثلاثا ، لأنه تكلم بالباقي ، كأنه قال « أنت طالق
واحدة » فتقع واحدة ، أو قال « أنت طالق ستا » فيقع ثلاثا .

والفصل الآخر

إذا قال « أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة » : تقع واحدة ،
لأن الطلاق لا يتجزأ ، فيتكامل .

ولو قال « أنت طالق نصفان وربع تطليقة » يقع ثنتان .

ولو قال « نصف تطليقة وربعها » : يقع واحدة ، لأنه أضاف إلى
الأول .

ولو قال « نصفك طالق » أو « ربعك طالق » : يصح ، لأن الإضافة

إلى الجزء الشائع ، كالإضافة إلى الكل .

والحاصل أنه إذا أضاف الطلاق إلى جزء شائع أو إلى جزء جامع : يقع ، بأن كان ذلك الجزء يعبر به عن جميع البدن ، في الاستعمال ، نحو أن يقول « رأسك طالق » أو « فرجك » أو « رقبتك » أو « وجهك » . فأما إذا أضاف الطلاق إلى جزء لا يعبر به عن جميع البدن ، بأن قال « يدك » ، أو « رجلك » ، أو « ظهرك » ، أو « بطنك - طالق » : فإنه لا يقع عندنا ، وعند الشافعي : يقع - والمسألة معروفة .

والفصل الآخر

طلاق المكره صحيح عندنا - خلافاً للشافعي .

وكذلك طلاق السكران : واقع ، سواء سكر بالخمير أو بالنبيد . وعلى أحد قولي الشافعي : لا يقع - وهو اختيار الطحاوي .

وأجمعوا أنه إذا شرب البنج^(١) أو الدواء ، فسكر وزال عقله ، فطلق : لا يقع .

والصحيح قولنا ، لأنه زال العقل بسبب هو معصية ، لتلذه بذلك ، فيجعل قائماً ، عقوبة عليه ، بخلاف شرب الدواء - ولهذا قالوا : إن المكره على شرب الخمر ، أو المضطر ، إذا شرب ، فسكر : فإن طلاقه لا يقع ، لأن هذا ليس بمعصية ، وبعض المشايخ قالوا : يقع : لأنه حصل بسبب له فيه لذة .

وعن محمد أن من شرب النبيذ ، فلم يزل عقله ، فصدم ، وزال عقله بسبب الصداح ، فطلق امرأته - قال : لا يقع .

(١) البنج تعريب بنك ، وهو نبت له حب يسكر ، وقيل يسبت (أي يقطع) ورقه وقشره وبزره ، وفي القانون : هو سم يخلط العقل ويبتل الذكر ، ويحدث جنوناً وخنقاً .

وعلى هذا - طلاق الهازل ، وطلاق الخاطيء : واقع ، وهو أن يريد الرجل غير الطلاق ، فسبق على لسانه الطلاق والعناق .

وذكر الكرخي أن في العناق : عن أبي حنيفة روايتين .

فصل آخر

لا خلاف أن تنجيز الطلاق لا يصح إلا في الملك .

فأما التعليق في الملك : فصحيح ، بالإجماع ، بأن قال لامرأته « إن دخلت الدار فأنت طالق » .

وأما التعليق بالملك ، بأن قال لأجنبية : « إن تزوجتك فأنت طالق » : فإنه يصح عندنا ، وعند الشافعي : لا يصح ، وكذلك إذا قال : « كل امرأة أتزوجها فهي طالق » .

وقال مالك : إن عم : لا يجوز ، وإن خص : جاز . والصحيح قولنا ، لأن تعليق الطلاق ليس بطلاق للحال ، وإنما هو إيقاع الطلاق عند وجود الشرط ، وملك النكاح قائم ، في ذلك الوقت ، فيصح .

ثم إذا علق الطلاق في النكاح ، ثم وجد الشرط : فإن كانت منكوحة يقع الطلاق ، وتنحل اليمين . وإن كانت مبانة ، وهي في العدة ، عند الشرط - يقع الطلاق أيضا عندنا - لأن المبانة والمختلعة يلحقها صريح الطلاق ، عندنا . وإذا انقضت عدتها ، فوجد الشرط : تنحل اليمين ، لا إلى الجزاء .

ولو علق ثلاث تطليقات في الملك ثم طلقها ثلاثا : يبطل التعليق ، عند أصحابنا الثلاثة . وعند زفر : لا يبطل - حتى لو تزوجت بزواج آخر ، وعادت إليه ، بعد إصابة الزوج الثاني وطلاقه ، ثم وجد الشرط : لا يقع شيء ، عندنا - خلافا له .

ولو طلقها واحدة أو اثنتين ، فتزوجت بزواج آخر ، فوطئها وعادت إليه ، فوجد الشرط : فإنه يقع ثلاث تطليقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد : يقع ، بقدر ما بقي من الطلاق المملوك بالنكاح الأول ، ولقب المسألة أن إصابة الزوج الثاني هل تهدم الطلقة والطلقتين أم لا ، والمسألة معروفة .

فصل آخر

إذا قال لامرأته « أنت علي حرام » أو قال : « حرمتك على نفسي » أو « أنت محرمة علي » : يرجع الى نيته :

فإن أراد به الطلاق : يقع باثنا ، على ما ذكرنا .

وإن نوى التحريم ولم ينو الطلاق ، أو لم يكن له نية : فهو يمين ، ويصير موليا .

وإن قال : أردت به الكذب : فليس يمين ، فيما بينه وبين الله تعالى ، ويصدق في ذلك ، لأن الخبر محتمل ، ولكن لا يصدق في إبطال اليمين ، في القضاء ، لأن هذا اللفظ صريح ، في اليمين ، شرعاً .

ولو نوى بالحرام الظهار : فهو ظهار عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد : هو إيلاء ، وليس بظهار .

وأما إذا قال ذلك في غير المرأة ، من الطعام والشراب وكلام فلان : فإنه يكون يمينا عندنا ، خلافاً للشافعي - ولقب المسألة أن تحريم الحلال يمين أم لا ؟ فإذا فعل شيئاً مما حرمه ، قليلاً كان أو كثيراً ، يحنث في يمينه .

فأما إذا قال « كل حل علي حرام » أو قال « حل الله علي حرام » ولا نية له : فإنه يقع على الطعام والشراب خاصة ، لأن هذا لا يمكن العمل بعمومه ، لأنه لا يراد به في العرف التنفس وفتح العينين والتحريك ، فيقع

على الحلال المعتاد ، وهو الأكل والشرب . فإن نوى مع ذلك اللباس أو امرأته ، يقع على الأكل والشرب واللباس والمرأة ، فأى شيء فعل من ذلك وحده : يحنث في يمينه ويلزمه الكفارة ، لأن الطعام والشراب دخلا بحكم العادة ، واللباس والمرأة بنيته ، واللفظ صالح له فيصح .

فإن نوى بقوله « كل حل عليّ » شيئاً بعينه ، دون غيره : فإن نوى به الطعام خاصة ، أو الشراب خاصة ، أو اللباس خاصة ، أو امرأته خاصة ، فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى ، وفي القضاء ، لأن هذا يقع على أخص الخصوص ، لتعذر العمل بعمومه ، فإذا عين ذلك : صح ، إذ التخصيص ترك العمل بالعموم ، وهذا متروك .

ثم في الموضع الذي يدخل امرأته والطعام والشراب في قوله « كل حل علي حرام » ونوى الطلاق في امرأته ، فإنه لا يحنث ، لأنه لا يمكن العمل بعمومه ، لأن هذا كلام واحد لا يتناول اليمين والطلاق جميعاً .

ولو قال « أنت علي كالميتة والدم » أو « كلحم الخنزير » أو « كالخمر » :

فإن أراد به الكذب : صدق ، لأنه ليس بصريح في اليمين ، بخلاف قوله « أنت علي حرام » .

وإن أراد به التحريم : فهو إيلاء .

وإن نوى الطلاق : فهو كقوله « أنت علي حرام » ، لأنه شبهها بالمحرم ، فكأنه قال « أنت علي حرام » - ويمثله لو قال « أنت علي كمال فلان » ونوى به الطلاق : لا يصح ، لأن عين المال ليس بحرام .

باب

الخلع

الخلع طلاق عندنا .

وقال الشافعي : هو فسخ ، في أحد القولين .

ولهذا قلنا : إن من قال لامرأته « خالعتك » ، ولم يذكر العوض ، ونوى الطلاق : كان طلاقاً بائناً . ولو نوى الثلاث : صح لأنه من كنايات الطلاق ، إلا أنه في عرف الشرع ، عند الناس ، صار عبارة عن الطلاق بعوض ، فيصير حقيقة عرفية ، حتى ينصرف إليه مطلق الكلام ، حتى إن الرجل إذا قال لغيره « اخلع امرأتي » فخلعها ، بغير عوض : لا يصح ، ويكون موقوفاً على إجازة الزوج : فإن أجاز : يكون طلاقاً بائناً .

وقالوا : لو قال لامرأته « اخلعي نفسك » فقالت « خلعت نفسي بألف درهم » وقف على إجازة الزوج .

ولهذا قالوا : إن من قال لامرأته « خالعتك على ألف درهم » ، فقبلت ، وقال الزوج « لم أنوبه الطلاق » : لم يصدق ، لأنه إنما يكون كناية عند خلوه عن المال ، فلا بد من النية ، فأما إذا كان على مال ، فلا حاجة إلى النية .

ثم الخلع على المال يفتقر إلى الإيجاب والقبول ، حتى تقع به الفرقة ، ويستحق به الزوج العوض عليها - إلا أنه ، في جانب الزوج ، في معنى اليمين ، وفي جانبها : في معنى المعاوضة - حتى إن الزوج إذا قال

« خالعتك على ألف درهم » : لم يصح رجوعه عن ذلك ، ولم يبطل بقيامه
عن المجلس ، قبل قبولها ، ولم يقف على حضرتها المجلس ، بل يجوز وإن
كانت غائبة ، فإذا بلغها الخبر : فلها القبول ، في مجلسها .

ويجوز أن يعلق ذلك بشرط أو يوقت ، فيقول « إذا جاء غد فقد
خالعتك على ألف درهم » و « إذا قدم زيد فقد خالعتك على ألف
درهم » ، والقبول إليها بعد مجيء الوقت ، وقدم زيد ، فإن قبلت ، قبل
ذلك : لم يحز .

فأما إذا ابتدأت المرأة ، فقالت « خالعت نفسي منك بألف درهم »
فهو بمنزلة البيع في جانبها ، حتى يصح منها الرجوع عنه ، قبل قبول
الزوج ، ويبطل بقيامها عن المجلس ، وبقيامه أيضا ، ولا يقف على
غائب ، ولا يجوز تعليقه بشرط ، ولا بوقت ، كالبيع سواء .

وعلى هذا الأصل : قال أبو حنيفة : إذا خالعتها وشرطت لنفسها
الخيار : جاز ، خلافا لها .

وإذا ثبت تفسير الخلع شرعا - فنقول :

لا يخلو : إما أن يخالعها على مثل العوض الذي أخذت ، أو أقل ، أو
أكثر ، والنشوز والكرهية من قبل الزوج أو من قبل المرأة - فنقول :

إن كان النشوز من جهة الزوج ، فلا يحل له أن يأخذ شيئا منها ، بل
له أن يطلقها ، بلا عوض ، لقوله تعالى : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج
مكان زوج وآتيتم إحداهن قطارا فلا تأخذوا منه شيئا (الآية) ﴾ (١)

وإن كان النشوز من جهتها ، يجوز له أن يأخذ منها جميع
ما استحققت عليه ، بالعقد ، ولا تحل له الزيادة ، على ذلك ، في

(١) سورة النساء : الآية ٢٠ - ٢١ .

ظاهر الرواية . وفي رواية : يحل له أخذ الزيادة - وهذا في حق الديانة والتنزه ، فأما في الحكم : فإذا تحالفا على الزيادة من المهر ، فإنه يلزم وتؤمر بالأداء إليه .

ثم الخلع جائز بكل بدل يصلح مهرا ، ويلزم المرأة أدائه إلى الزوج .

وما ذكرنا ، في المهر ، أن الزوج فيه بالخيار : بين أن يعطي عينه أو قيمته ، ففي الخلع : المرأة بالخيار ، كما في العبد الوسط ونحوه .

وكل ما لا يجوز أن يكون مهرا ، لحرمته ، كالخمر والخنزير والميتة والدم والحر : لا يجوز أن يكون بدلا في الخلع . لكن إذا قبل الزوج ذلك في الخلع : تقع الفارقة بينهما ، ولا شيء على المرأة من الخلع ، ولا يجب عليها أن ترد من مهرها شيئا ، لأن هذه الأشياء لا تصلح عوضا في حق المسلمين ، والزوج رضي بما لا قيمة له ، والبضع ، في حال الخروج عن ملكه ، لا قيمة له ، حتى تجب القيمة ، فلا يرجع عليها بشيء ، بخلاف النكاح : فإن ثمة يجب مهر المثل ، لأن البضع متقوم في حال الدخول في ملك الزوج .

ثم الطلاق على المال ، والخلع ، في الأحكام - سواء ، إلا في فصل واحد ، وهو أن الخلع متى وقع على عوض ، لا قيمة له : لا يجب العوض ، ولا قيمة البضع ، ويكون الطلاق بائنا ، لأن الخلع من كنيات الطلاق ، وأما الطلاق بعوض : لا قيمة له : إذا بطل العوض ، فالطلاق يكون رجعيا ، لأن صريح الطلاق يكون رجعيا . وإنما ثبتت البيونة لأجل العوض ، فإذا بطل العوض ، بقي مجرد صريح الطلاق ، فيكون رجعيا .

ولو خلعها على حكمها ، أو حكمه ، أو حكم أجني - فنقول :

إن الخلع على الحكم ، خلع بتسمية فاسدة ، لما فيه من الجهالة

الفاحشة ، والخطر ، فيجب الرجوع إلى مهرها المستحق بالعقد .

ثم إن كان الخلع على حكم الزوج : فإن حكم بمقدار المهر أو أقل : أجبرت على التسليم إلى الزوج ، لأنه حكم بالمستحق ، أو حط بعضه ، وهو يملك حط بعضه ، لكونه حقاله ، وإن حكم بأكثر من المهر : لم يلزمها الزيادة ، لأنه أوجب لنفسه أكثر من المستحق بالعقد ، فلا يصح إلا برضاها .

وأما إذا كان الحكم إليها : فإن حكمت بمهر المثل أو أكثر : جاز ، وأجبر الزوج على القبول ، لأنها قضت بالمستحق ، أو زادت عليه ، وهي تملك إيفاء الزيادة . وإن حكمت بأقل من المهر : لم يجوز ، إلا برضا الزوج ، لأنها حطت بعض ما عليها حقا للزوج ، وهي لا تملك حط حق الغير .

فأما إذا كان الحكم إلى أجنبي : فإن حكم بمهر المثل : جاز ، وإن حكم بزيادة أو نقصان : لم تجز الزيادة إلا برضا المرأة ، ولا يجوز النقصان إلا برضا الزوج ، لأن الأجنبي لا يملك إسقاط حق واحد منهما .

باب الإيلاء

يحتاج في الباب إلى :

تفسير الإيلاء لغة وشرعا ،

وإلى بيان حكم البر في الإيلاء ،

وإلى بيان الفيء ، وحكم الحنث .

أما الأول

فالإيلاء في اللغة : اليمين .

وفي الشرع عبارة عن اليمين على ترك الوطء ، في الزوجة ، مدة مخصوصة ، بحيث لا يمكنه الوطء إلا بحث يلزمه بسبب اليمين .

وقد كان الإيلاء طلاقا في الجاهلية ، فجعله الشرع طلاقا معلقا ، بترك وطء الزوجة ، مدة مخصوصة ، كأن الزوج قال لامرأته الحرة : « إن لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق بائن » ولامرأته الأمة : « إن لم أقربك شهرين فأنت طالق بائن » .

وركن الإيلاء شرعا - هو اللفظ الدال على ترك الوطء ، في عرف الشرع ، مؤكدا باليمين ، وهو قوله « والله لا أقربك » أو « لا أطاك » أو لفظة المباذعة والمناكحة والإتيان والإصابة ونحوها .

فإن كان اللفظ مستعملا في الوطء ، فلا يحتاج إلى النية . ولو أتى بلفظ محتمل ، يحتاج فيه إلى نية الزوج ترك الوطء بذلك .

فأما المدة - فهي أربعة أشهر في حق الحرة ، وشهران في حق الأمة -
عندنا .

وعند الشافعي : المدة في حقهما سواء ، وهي زيادة على أربعة أشهر .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ
أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾^(١) ، فلا تجوز الزيادة على المدة المنصوصة .

وأما تفسير اليمين - فهي اليمين بالله ، وبصفاته ، على ما نذكر في
كتاب الإيمان ، أو اليمين بالشرط والجزاء ، وذلك نوعان : ما يكون به
موليا ، وما لا يكون به موليا .

أما الذي يكون به موليا : فأن يقول : « إن قربتك فعبدي حر ، أو
امراتي طالق ، أو هي علي كظهر أمي ، أو علي صدقة ، أو حج البيت ،
أو صيام سنة » ، ونحو ذلك - لأنه لا يتوصل إلى الوطء ، في هذه المدة ،
إلا بشيء يلزمه بحكم اليمين ، كما يلزمه الكفارة بسبب اليمين بالله .

ولو قال « إن قربتك فعلي أن أصلي ركعتين أو علي أن أغزو » لم يكن
موليا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ويكون موليا عند محمد وزفر .

ولو قال الرجل لامرأته « أنا منك مولى » : فإن عنى به الخبر ، كذبا ،
فليس بمولى ، فيما بينه وبين الله ، لأنه لفظ لفظة الخبر ، ولا يصدق في
القضاء ، لأنه خلاف الظاهر ، لأن هذا إيجاب في الشرع ، وإن عنى به
الإيجاب : فهو مولى في القضاء وفيما بينه وبين الله ، لأنه أوجب الإيلاء
بهذا اللفظ .

ولو قال لامرأته « أنت علي مثل امرأة فلان » ، وقد كان فلان آلى من
امراته : فإن نوى به الإيلاء : كان موليا ، لأنه شبهها بها في باب اليمين ،

(١) سورة البقرة : الآيتان ٢٢٦ - ٢٢٧ .

والتشبيه يقتضي المساواة فيما شبه به ، وإن لم ينو اليمين ولا التحريم : لا يكون موليا ، لأنه قصد التشبيه من وجه .

وأما بيان حكم البر

فهو وقوع الطلاق البائن بسبب الإصرار على موجب هذا اليمين ، وهو الامتناع عن الوطء أربعة أشهر ، بحيث لا يتوصل إليه إلا بحث يلزمه ، فيكون مؤكدا له في الامتناع ، خوفا عن لزوم الحنث . وفي الوطء حق المرأة ، فصار الزوج ظالما لمنع حقها المستحق ، فالشرع جعل الامتناع عن إيفاء حقها المستحق لها ، في هذه المدة ، سببا للبينونة ، تخلصا لها من حبالتها ، لتتوصل إلى حقها ، من جهة غيره ، وهذا معنى قوله تعالى : وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم ﴿١﴾ فسماه عزيمة الطلاق ، وهو فعل الزوج ، فيصير الزوج ، بالإصرار على موجب هذا اليمين ، معلقا طلاقا بائنا ، بترك الوطء أربعة أشهر بعد اليمين ، أبدا ، كأنه قال « أنت طالق بائن عند مضي كل أربعة أشهر ، لا أقربك فيها » أو « إن لم أقربك كل أربعة أشهر ، ما بقي اليمين ، فأنت طالق بائن » .

إذا ثبت هذا ، فإذا مضت أربعة أشهر من وقت اليمين ، ولم يقربها : تقع تطليقة بائنة - عندنا .

وعند الشافعي : يخير الزوج بين أن يطأها وبين أن يطلقها ، فإن لم يفعل : يفرق القاضي بينهما .

فإذا وقعت تطليقة بائنة بمضي أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر أخرى ، وهي في العدة : لم يقع الطلاق ، لأنها بائنة ، فلا تستحق الوطء على الزوج ، فلا يكون الامتناع عن الوطء في هذه الحالة ظلما ، وبهذا الوصف صار الإصرار على موجب البر ، وهو ترك الوطء سببا للفرقة ،

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٧ .

فإن تزوجها عند مضي الأربعة الأشهر ، ثم مضت أربعة أشهر منذ تزوج ، ولم يقربها : بانت بأخرى .

وكذلك إذا تزوجها ثالثة ، لأن بالتزويج عاد حقها في الوطء ، واليمين بأقية ، لأنها تنحل بالحنث ، وهو الوطء ، أما زوال الملك فلا يبطل اليمين ، فيكون ترك الفيء ظلماً ، فيكون سبباً للفرقة ، فإن تزوجها بعد وقوع ثلاث تطليقات ، فمضت أربعة أشهر لم يطأها ، لم يقع عليها شيء ، عندنا ، خلافاً للزفر ، لأنه زال حل المحلّة فيبطل اليمين .

ولو آلى منها ثم أبانها ، فمضت أربعة أشهر لم يطأها ، وهي في العدة ، وقعت أخرى بالإيلاء ، لأن ابتداء الإيلاء قد انعقد موجباً للطلاق ، لوجوده في الملك ، فإذا أبانها ، فالبينونة تلحقها ببعقد سابق ، وإن كان لا يلحقها ابتداء ، عندنا ، خلافاً للزفر : فإن من قال لامرأته « إن دخلت الدار فأنت طالق بائن » ثم أبانها ، ثم دخلت الدار ، وهي في العدة ، فإنه يقع بائناً ، لما قلنا .

وأما تفسير الفيء ، وحكم الحنث - فنقول :

الفيء هو الوطء ، في مدة الإيلاء ، مع القدرة - عندنا .

وعند الشافعي : الوطء بعد المدة .

والصحيح قولنا : لأن الله تعالى قال : ﴿ للذين يُؤْلون من نساءهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا (الآية) ﴾^(١) وفي قراءة عبد الله بن مسعود « فإن فاءوا فيهن » ، وإنما سمي الوطء فيئاً لأن الفيء في اللغة هو الرجوع : يقال « فاء الظل » إذا رجع ، والمولى قصد بالإيلاء منع حقها في الوطء ، فيكون الوطء رجوعاً عما قصده فسمى فيئاً .

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .

ثم الفيء على ضربين :

أحدهما هو الأصل ، وهو الفيء بالوطء ، مع القدرة .

والآخر ، بدل عن الأول ، وهو الفيء بالقول ، عند العجز عن الوطء .

ففي حق القادر لا يكون فيثا إلا بالوطء ، لأنه هو الأصل ، وفي الحقيقة هو الرجوع ، لأن به يندفع الظلم ، ويصل الحق إلى المستحق ، فما لم يوف حقها لا يسقط حكم الإيلاء ، وفي حق العاجز صار الفيء بالقول قائماً مقام الوطء ، وهو أن يقول للمرأة « إني فئت إليك » أو « راجعتك » أو « أبطلت الإيلاء » ويحسن إليها بالقول بدلاً عن الإحسان بالفعل ، فيكون رجوعاً ، عما عزم عليه ، بالقول :

ثم العجز نوعان :

أحدهما - من طريق المشاهدة : كالمرض الذي لا يمكن معه الجماع ، من الجانين ، أو تكون المرأة صغيرة ، أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الإيلاء ، أو تكون المرأة ناشزة محتجة عنه في مكان لا يعرفه ، أو تكون محبوسة لا يمكنه أن يدخل عليها ويمنع عن ذلك ، ونحو ذلك .

- وأما العجز من طريق الحكم : فمثل أن يكون محرماً أو صائماً في رمضان .

لكن العجز المعتبر في حق نقل الفيء من الوطء إلى القول ، هو العجز الحسي ، دون الحكمي - عندنا .

وعند زفر : هو معتبر أيضاً ، وقاس على الخلوة : أن ثم يعتبر المانع الحسي والحكمي جميعاً .

ولكننا نقول : هو قادر على الوطء ، حقيقة ، فيصير ظالمًا بمنع الحق ،
وحق العباد لا يسقط لأجل حق الله في الجملة .

فإذا أتى بالفيء ، من حيث القول سقط حكم الإيلاء ، إلى وقت
القدرة .

ثم من شرط صحة الفيء ، بالقول ، عند العجز عن الوطء ، حساً
ومشاهدة شيئان :

أحدهما - أن يكون العجز مستداما ، من وقت الإيلاء إلى تمام المدة ،
وهو أربعة أشهر ، حتى إنه إذا قدر على الوطء قبل تمام المدة ، بطل الفيء
بالقول ، وانتقل إلى الفيء بالجماع ، حتى لو ترك الوطء إلى تمام المدة ،
فانها تبين ، وأما إذا تمت المدة ثم قدر ، فإن الفيء بالقول صحيح ، في
حق المدة الماضية ، وهذا لما ذكرنا أنه بدل ، والقدرة على الأصل قبل
حصول المقصود بالبدل تبطل حكمه ، وبعد حصول المقصود لا يبطل ،
كالمصلي بالتيمم : إذا رأى الماء في وسط الصلاة تبطل صلاته ، ولو كان
رأى بعد الفراغ لا تبطل الصلاة المؤداة - كذا هذا .

والشرط الثاني - أن يوجد الفيء ، بالقول ، في حال يحل له الوطء
بأن كانت زوجة له .

فأما إذا أبانها ثم فاء إليها باللسان : فإنه لا يصح ، لأنه بدل ،
فيصح في حال يصح الأصل .

ولهذا قالوا : إن من آلى وهو صحيح ، مقدار ما يمكن الجماع فيه ،
ثم مرض : فقيئه بالجماع ، لأنه هو الذي فرط في إيفاء حقها ، فلا
يعذر ، بخلاف المريض إذا آلى من امرأته .

ولو آلى ، وهو مريض ، فلم يفيء ، بالقول ، حتى مضت المدة ،
فبانث ثم صح ، ثم تزوجها ، وهو مريض ، ففاء إليها بلسانه : فإنه

يصح عند أبي يوسف ، وعند محمد : لا يصح ، وما قاله أبو يوسف أصح ، لأن الإيلاء حصل ، وهو مريض ، وعاد حكمه ، وهو مريض ، وفي زمان الصحة بين المدتين هي بائة ، لا تستحق الوطء ، فلا يعود حكم الإيلاء .

وأما حكم الحنث في اليمين بالله تعالى :

فهو الكفارة . وفي اليمين بالشرط والجزاء : يلزمه ما هو جزاؤه ، من الطلاق والعتاق والظهار ونحوها .

هذا الذي ذكرنا في حق المسلم ، وأما الذمي إذا آلى من امرأته : فإن حلف بطلاق أو عتاق ، يكون موليا ، بالاتفاق .

وإذا حلف بما هو قرينة كالصدقة والصيام ، فليس بمول بالاتفاق .

فأما إذا حلف باسم من أساء الله أو بصفاته : فهو مول عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد : لا يكون موليا

وإذا صح إيلاء الذمي : فهو في أحكامه كالمسلم ، إلا أنه إذا وطئ في اليمين بالله لا يلزمه الكفارة ، لأنها عبادة وهو ليس من أهلها .

فأما إذا آلى أو ظاهر ، ثم رجع عن الإسلام ، ولحق بدار الحرب ، ثم رجع مسلماً ، وتزوجها - فهو مول ، ومظاهر ، عند أبي حنيفة في رواية محمد ، وقال أبو يوسف : يسقط الظهار والإيلاء - وهذا يعرف في الخلافات ، واختلفت رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة .

باب الظهار

يحتاج في هذا الباب إلى :
بيان ركن الظهار شرعا ،
وإلى بيان شرائطه ،
وإلى بيان حكمه ،
وإلى تفسير الكفارة .

أما ركن الظهار شرعا - فنقول :

أن يقول الرجل لزوجته « أنت علي كظهر أمي » ، فيقع به الظهار ،
نوى أو لم ينو ، لأنه صريح في إبابه .

وكذا إذا نوى به تحريم الطلاق ، أو تحريم اليمين : لا يصح ، لما
قلنا إنه صريح في الظهار - فإذا نوى غيره : لا يصح . ولو قال أردت به
الخبر عن الماضي ، كاذبا ، لا يصدق في القضاء ، ويصدق فيما بينه وبين
الله .

وكذا إذا أضاف الظهار إلى جزء شائع ، أو جامع ، من امرأته .

ولو أضاف إلى جزء معين ، غير جامع ، ولا شائع : لا يجوز ،
كالطلاق .

ولو شبه امرأته بعضو من أمه ، غير الظهر : فإن كان لا يجوز النظر
إليه : فهو ظهار ، نحو البطن والفخذ والفرج .

ولو شبه امرأته بذوات المحارم غير الأم : إن كانت الحرمة على التأييد
بنسب أو رضاع أو مصاهرة : فإنه يكون ظهارا .

ولو شبه امرأته بامرأة محرمة عليه ، في الحال ، وهي ممن تحل له في
حالة أخرى ، مثل أخت امرأته ، ومثل امرأة لها زوج ، أو مجوسية ، أو
مرتدة : لم يكن مظاهرا ، لأن النص ورد في الأم ، وهي محرمة على
التأييد .

وأما شرائط صحة الظهار - فنقول :

منها أن يكون المظاهر ، مسلما ، عندنا .

وعند الشافعي : ليس بشرط .

والصحيح قولنا ، لأن حكمه هو الحرمة المؤقتة بالكفارة ، وهي
عبادة ، والكافر ليس من أهلها - وهي مسألة معروفة .

ومنها - أن تكون المرأة محللة بالنكاح ، لا بملك اليمين ، حتى لو
ظاهر من أمته أو مدبرته أو أم ولده : لا يصح ، لأنه حكم ثبت ،
بخلاف القياس ، بالنص ، وقد ورد في حق الزوجة ، بقوله تعالى :
﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ (الآية) ^(١) فلا يقاس عليها غيرها .

ولو ظاهر من المختلعة والمبانة ، لا يصح ، وإن كان يلحقها صريح
الطلاق ، لأنها ليست بمحللة بالنكاح . وإن بقي النكاح من وجه .

وأما حكمه

فهو تحريم الاستمتاع بها ، من الوطء ، ودواعيه ، موقتا ، الى وجود
التكفير ، مع بقاء ملك النكاح ، لما روي عن النبي عليه السلام أنه قال
للمظاهر الذي واقع امرأته : « استغفر الله ، ولا تعد حتى تكفر » .

(١) سورة المجادلة : الآية ٣ .

ويجب على المرأة أن تمتنع الزوج عن الاستمتاع بها ، حتى يكفر .

وللمرأة أن تطالب الزوج بالوطة عند الحاكم ، وعلى الحاكم أن يجبره ، حتى يكفر ، ويوطأ ، لأنه أضر بها في الامتناع عن الوطة ، مع قيام الملك ، وفي وسعه ازالته بالتكفير .

ثم هذه الحرمة لا تزول بسبب من أسباب الإباحة ، ما لم توجد الكفارة ، لا بالنكاح ، ولا بملك اليمين ، ولا بإصابة الزوج الثاني - حتى إن المظاهر إذا طلقها طلاقاً بائناً ، وانقضت عدتها ، ثم تزوجها ، لا يحل له وطؤها ما لم يكفر .

وكذلك لو كانت الزوجة أمة الغير ، فظاهر منها ، ثم اشتراها حتى بطل النكاح : لم يحل له أن يطأها بملك اليمين ، حتى يكفر .

وكذلك لو كانت حرة ، فارتدت عن الإسلام ، ولحقت بدار الحرب ، فسبيت ، واشتراها .

وكذلك لو طلقها ثلاثاً ، وتزوجت بزواج آخر ، ثم عادت إليه بالنكاح : لا تحل له ، حتى يكفر ، وإن صح النكاح .

ولو كفر بعد ما أبانها أو طلقها ثلاثاً : صح التكفير - حتى لو تزوجها حل له وطؤها ، لأن صحة التكفير لا تعتمد قيلم الملك .

وإن كان الظهار موقتاً إلى وقت ، بأن قال : « أنت علي كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة » ثم مضى الوقت : سقط الظهار عندنا ، خلافاً للشافعي ، لأن الشرع جعل التكفير مزيلاً للظهار المؤبد أو المطلق ، حتى تنتهي الحرمة ، والموقت ينتهي بمضي الوقت .

ولو قال « أنت علي كأمي » فإنه يرجع إلى نيته عند أبي حنيفة : إن أراد الإكرام : لا يكون ظهاراً ، وإن أراد الطلاق أو الظهار : فهو كما نوى ، وإن أراد التحريم : فهو إيلاء . وقال محمد : هو ظهار . وقال أبو

يوسف : هو إيلاء .

ولو قال « أنت عي حرام كأمي » : حمل على نيته ، فإن لم يكن له نية ، كانظهارا ، لأن حرف التشبيه يختص بالظهار .

وأما بيان الكفارة - فنقول :

الكفارة لا تجب إلا عند وجود الظهار ، والعود - قال الله تعالى : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا ، فتحرير رقبة ، من قبل أن يتماسا ﴾ (١) .

وفيه كلام : أن سبب الوجوب كلاهما أو أحدهما أو غيرهما .

والعود عندنا هو العزم على وطئها بعد الظهار .

وقال الشافعي : العود أن يسكت المظاهر عن طلاقها ، عقيب الظهار .

وقال أصحاب الظواهر : العود أن يكرر لفظ الظهار .

والصحيح قولنا ، لأنه بالظهار حرم وطأها على نفسه ، فمضى عزم على وطئها ، فقد قصد الرجوع عن الأول ، والعود هو الرجوع ، فيسمى عودا .

ثم الكفارة تجب على الترتيب : الإعتاق عند القدرة ، ثم صيام شهرين متتابعين عند العجز عن الإعتاق ، ثم إطعام ستين مسكينا عند العجز عن الصوم .

عرف ذلك بالنص ، وهو قوله : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ (الآية) . وإنما يكفر قبل الوطء ، لقوله تعالى : ﴿ من قبل أن يتماسا ﴾

(١) سورة المجادلة : الآية ٤ .

فإن وطىء قبل أن يكفر فقد باشر وطئاً حراماً ، فعليه أن يستغفر الله تعالى ولا يبطأ حتى يكفر .

ول أعتق بعض رقبة عن كفارته ، ثم وطىء ، ثم أعتق ما بقي منها ، لم يجزه ، وعليه أن يستقبل إعتاق رقبة عند أبي حنيفة ، لأن الإعتاق عنده مما يتجزأ ، فيكون معتقاً بعضه بعد الوطء وبعضه قبل الوطء ، والله تعالى أمر بإعتاق رقبة ، كاملة ، قبل المسيس . وعلى قولهما : صح ، لأن عندهما الإعتاق لا يتجزأ ، فإعتاق البعض إعتاق الكل .

ولو جامع المظاهر ، في خلال الصوم ، جماعاً يفسد الصوم - فإنه يستقبل الصوم ، بالإجماع ، لأن الواجب عليه صيام شهرين متتابعين ، قبل المسيس ، مع الامكان ، ولم يوجد .

ولو جامع في الشهرين ليلاً ، أو نهاراً ناسياً لصومه ، استقبل عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : يمضي على صيامه - وهي مسألة معروفة .

ولو جامع في خلال الإطعام : لم يلزمه الاستقبال ، بالإجماع ، لأن الله تعالى لم يذكر في الإطعام ترك المسيس ، لكن يمنع عن الوطء قبل الفراغ من الإطعام ، لجواز أن يقدر على الصوم أو العتق ، فتبين أن الوطء كان حراماً .

ولو كفر بالإعتاق : يعتق رقبة كاملة للذات والرق ، على ما نبين في كتاب الإيمان .

ولو كفر بالإطعام : أطعم ستين مسكيناً : كل مسكين نصف صاع من بر أو دقيق أو سويق ، أو صاعاً من تمر أو شعير ، كما ذكرنا في صدقة الفطر ، وحكمه حكم ذلك .

باب اللعان

يحتاج في هذا الباب إلى :

بيان مشروعية اللعان وماهيته ،

وإلى بيان سبب وجوب اللعان ،

وإلى بيان شرائط الوجوب ،

وإلى بيان كيفية اللعان ،

وإلى بيان حكمه .

أما الأول - فنقول :

اللعان مشروع بين الزوجين .

وهو شهادات مؤكدات بالآيمان ، عندنا .

وعند الشافعي : آيمان مؤكدات بالشهادة .

ويكون قائما مقام حد القذف في جانب الرجل ، وقائما مقام حد الزنا في جانب المرأة - ولهذا قلنا : لا يثبت بالشهادة على الشهادة ، ولا بشهادة النساء مع الرجال ، ولا بكتاب القاضي إلى القاضي .

وكذلك إذا وطئت ، محصنة بالشبهة ، فقذفها زوجها ، لم يجب اللعان ، كما لو قذفها أجنبي : لا يجب حد القذف - فسقط اللعان ، بالشبهة ، كالحد .

وأصل ذلك قوله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهن﴾ (الآية) (١) .

وأما بيان سبب الوجوب - فنقول :

سبب وجوب اللعان بين الزوجين هو القذف الصحيح ، عند وجود شرائطه ، من الزوج . ونعني بالقذف الصحيح ما يكون موجبا للحد في حق الأجنبي : بأن كان عاقلا ، بالغاً ، والمرأة عاقلة بالغة ، لأن القذف من الصغير والمجنون ليس بموجب للحد ، لعدم الجناية .

وكذلك - قذف الصغيرة والمجنونة بالزنا : كذب ، لأنه لا يتصور الزنا منها ، فلا يكون قذفاً صحيحاً .

وكذلك إحصان المقدوف شرط .

وذلك نوعان :

أحدهما - أن يقول « يا زانية » أو « زنت بفلان » أو « ولدك من الزنا » ، فأنكرت المرأة ، وخاصمته إلى الحاكم ، فعجز الزوج عن إقامة البينة على الزنا .

والثاني - أن ينفي ولداً أقر أن امرأته ولدته ، أو شهدت امرأة على الولادة ، فقال « هذا ليس بابني » وذلك قبل الإقرار بالولد ، وقبل مضي مدة تهئة الولد ، التي هي قائمة مقام الإقرار - على ما يعرف في كتاب الدعوى .

ولو قال لامرأته وهي حامل : « هذا الحمل ليس مني » فهو ليس بقاذف ، ولا لعان بينهما عند أبي حنيفة وزفر . وقال أبو يوسف ومحمد : إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر : لا عنها ، وإن جاءت به لأكثر : فلا لعان . واتفق أصحابنا أنه لا ينفي نسب الحمل قبل الولادة .

(١) سورة النور : الآية ٦ .

وأما شرائط الوجوب فنقول :

هو أن يكونا زوجين ، حرين ، مسلمين ، عاقلين ، بالغين ، غير محدودين في القذف ، والمرأة عفيفة .

أما اعتبار الزوجية - فلأن الله تعالى خص اللعان بالأزواج ، وجعله حدا للزوج ، قائما مقام حد القذف . ولهذا قال أصحابنا : إن من تزوج امرأة نكاحا فاسدا ، ثم قذفها - لا يجب اللعان .

ولو قذفها الزوج ، فلم يلتعنا حتى طلقها ثلاثا أو بائها : فلا حد ، ولا لعان ، لأنه انقطعت الزوجية ، وحصل الفراق ، وحكم اللعان التفريق والتحريم ، فلا يصح اللعان بدون حكمه .

ولو كان الطلاق رجعيا : يلاعن ، لقيام الزوجية .
وأما الحرية - فلأن العبد والأمة ليستا من أهل الشهادة ، واللعان شهادات فيها معنى الإيمان .

وكذلك الحرية في جانبها من شرائط الإحصان ، وإحصان المقذوف شرط .

وأما اعتبار العقل والبلوغ - فلما قلنا : إنه لا يصح القذف بدون العقل والبلوغ .

وأما اعتبار نفي حد القذف : فلأن المحدود في القذف لا شهادة له .

وأما اعتبار الاسلام : أما في جانبها فمن باب الإحصان ، فإن المرأة الكافرة لا يجب بقذفها الحد ، وكذلك اللعان .

وأما الزوج الكافر إذ قذف الزوجة المسلمة ، فلا لعان عليه ، لأنه ليس من أهل الشهادة على المسلمين . وصورة المسألة في الكافر : إذا أسلمت امرأته فلم يعرض عليه الإسلام ، حتى قذفها ، فيحد ، ولا يلاعن .

فما لم يوجد هذه الشرائط : لا يجب اللعان - لكن بعضها شرط وجوب اللعان ، وبعضها شرط تحقق القذف وصحته .

ثم متى سقط اللعان وبطل - هل يسقط الحد عن الرجل ؟

قال مشايخنا : إن بطل بمعنى من جهة الزوج ، يجب الحد . ولا يجب اللعان - وهذا صحيح إذا كان القذف صحيحا ، كقذف العاقل البالغ ، فأكذب نفسه : يجب الحد ولا يجب اللعان . فأما إذا لم يكن القذف صحيحا ، كقذف الصبي والمجنون ، فإنه لا يجب الحد ولا اللعان ، وإن سقط بمعنى من جهة الزوج .

وقالوا : إن بطل بمعنى من جهة المرأة : لم يجب على الزوج حد ، ولا لعان ، كما إذا صدقته ، وكما إذا كانت حرة عفيفة مسلمة إلا أنها محدودة في القذف : فلا حد ولا لعان ، لأن المعنى من جهتها ، وهو أنها ليست من أهل الشهادة ، مع كون القذف صحيحا .

فإذا كان المعنى من جهتها ، والقذف ليس بصحيح : لا يجب الحد واللعان جميعا أيضا - حتى إذا كانت الزوجة كافرة ، أو أمة ، أو صغيرة أو مجنونة أو زانية : فلا حد ولا لعان ، لأن القذف ليس بصحيح ، لأن المرأة ليست بمحصنة .

وإذا كان كل واحد من الزوجين محدودا في القذف : يجب الحد ، ولا يجب اللعان : لأن القذف صحيح ، والمانع من جهة الزوج ، ولا عبرة بجانبها .

وعلى هذا تدور المسائل .

وأما تفسير اللعان

فإن كان القذف بصريح الزنا ، فأنكرت المرأة ، وخاصمته إلى القاضي ، فأمره بإقامة البينة على صدق مقالته ، فعجز عن إقامة البينة ،

فإنه يبتديء من جهة الزوج ، ويأمره باللعان - فيقوم الزوج ويقول « أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا » فيقول ذلك أربع مرات ، ثم يقول في الخامسة « إن لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا » ويقبل بوجهه على المرأة في كل ذلك . ثم يأمرها باللعان ، فتقوم وتواجه زوجها ، وتقول « أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا » أربع مرات ثم تقول في الخامسة « إن غضب الله عليّ إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا » . فإذا قالت ذلك تم اللعان بينهما .

وإن كان القذف بنفي الولد ، وكذبت المرأة ، وخاصمته إلى الحاكم : فإنه يأمر الحاكم الزوج باللعان ، وهو أن يقوم الرجل فيقول « أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي ولدها هذا » أربع مرات ، ويقول في الخامسة « إن لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من نفي ولدها هذا » ثم يأمر المرأة أن تقول « أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفي ولدي هذا » ، أربع مرات ، ثم تقول في الخامسة « إن غضب الله عليّ إن كان من الصادقين فيما رماني به من نفي ولدي هذا » .

والقيام ليس بشرط ، ولا يضره قال ذلك قائما أو قاعدا - كذا رواه الحسن عن أبي حنيفة .

فإذا قال ذلك تم اللعان بينهما .

وإذا تم اللعان بينهما لا تقع الفرقة ما لم يفرق القاضي بينهما .

فينبغي أن يفرق القاضي بينهما في الفصل الأول .

وفي الفصل الثاني : يفرق بينهما ويقضي بنفي الولد وقطع النسب من الأب ويلحقه بالأم ، لأن التفريق وقطع النسب كلاهما حكم اللعان إذا كان اللعان بالقذف بنفي الولد ، فلا بد من قضاء القاضي بقطع النسب .

وأما حكم اللعان

فهو ثبوت حق التفريق . فإذا تم اللعان يفرق القاضي بينهما ، ولا تقع الفرقة بنفس اللعان - وهذا مذهب علمائنا .

وقال زفر : تقع الفرقة بلعانها .

وقال الشافعي : بلعان الزوج .

ثم اختلف أصحابنا فيما بينهم : قال أبو حنيفة ومحمد : هي تطليقة بائنة ، فيزول ملك النكاح ، وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج إلى وقت الإكذاب وإقامة الحد .

وقال أبو يوسف وزفر : هي فرقة بغير طلاق توجب تحريماً مؤبداً .

وأصله قوله عليه السلام : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » . فأخذ أبو يوسف وزفر بظاهر الحديث ، وأبو حنيفة ومحمد أخذوا بمعناه وهو أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً ما داموا متلاعنين ، فإن حقيقة المتفاعل هو المتشاغل بالفعل ، حقيقة أو حكماً ، فإذا زال اللعان حقيقة وحكماً لا يبقى حكمه .

ثم إذا وقعت الفرقة بتفريق القاضي وثبت حرمة الاجتماع : فإذا أكذب الزوج نفسه ، وضرب الحد ، يباح له أن يتزوجها ، لأنه بطل القذف وخرج من أن يكون من أهل اللعان بصيرورته محدوداً في القذف فلا يبقى اللعان .

وكذلك إذا صدقته المرأة ، بعد الفرقة ، لأنها صارت معترفة ، وبطل القذف ، فبطل حكم اللعان .

وكذا إذا حدث في قذف .

فإن أخطأ القاضي فبدأ بالمرأة ، ثم بالرجل - فإنه ينبغي له أن يعيد

اللعان على المرأة ، لأنها شهادة ، وإنما يبدأ بشهادة المدعي ، ثم بشهادة المدعى عليه ، بطريق الدفع ، فلهذا يبدأ بالرجل ، فإن أخطأ يجب الاستدراك بالإعادة ، فإن لم يعد جاز ، لأنه قضاء في موضع الاجتهاد ، فإن عند بعضهم اللعان إيمان ، وفي التحالف يجوز تقديم يمين أيهما كان .

ولو أخطأ القاضي ، وفرق قبل تمام اللعان : فإن كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان : وقعت الفرقة . وإن لم يلتعنا أكثر اللعان أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان : لم تقع الفرقة - لأنه قضاء بطريق الاجتهاد ، في موضع يسوغ فيه الاجتهاد لأنه للأكثر حكم الكل ، في كثير من الأحكام . وفي الفصل الثاني قضاء في موضع لا يسوغ فيه الاجتهاد ، فلا ينفذ .

وإذا امتنع أحد الزوجين عن الالتعان ، فإن القاضي يحبس حتى يلتعن . وعند الشافعي : لا يحبس ، ولكن يحد حد القذف .

باب فرقة العنين

لا خلاف بين العلماء أن الحب^(١) والعنة^(٢) عيب يثبت بهما الخيار للمرأة :
في التفريق ، والبقاء على النكاح .

واختلف أصحابنا في عيوب أخرب الزوج ، تخل بالوطاء ، مثل
الجنون ، والجذام ، والبرص : قال أبو حنيفة : لا يثبت الخيار . وقال
محمد والشافعي : يثبت .

وأجمع أصحابنا أن لا يفسخ النكاح بعيوب في المرأة .

وقال الشافعي : يفسخ بعيوب خمسة : الجنون ، والجذام ،
والبرص ، والرتق^(٣) ، والقرن^(٤) - وهي مسألة معروفة .

إذا ثبت هذا فنقول :

إذا ثبت هذا فنقول :

إذا ادعت المرأة أن زوجها محبوب أو عنين ، ورفعت الأمر إلى
القاضي ، فإنه يسأل الزوج عن ذلك : أنه هل وصل إليها أم لا ؟ فإن

(١) الحب القطع ، ومنه المحبوب الخصي الذي استؤصل ذكره وخصياه .

(٢) العنة على زعمهم اسم من العنين وهو الذي لا يقدر على إتيان النساء .

(٣) امرأة رتقاء بينة الرتق إذا لم يكن لها خرق إلا المبال .

(٤) القرن في الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحمة مؤتنة أو عظم - وامرأة قرناء : بها ذلك .

أنكر : ففي المجهوب يعرف بالمس من وراء الإزار . وإن أقر : يثبت لها الخيار في المجهوب . لأنه لا فائدة في التأجيل .

وفي العنين : إذا أقر وصدقها في ذلك - يؤجله القاضي سنة . وإن أنكر أنه عنين وقال « وصلت إليها » فإن القاضي يسأل المرأة : أهى بكر أو ثيب - فإن قالت « ثيب » : فإنه يجعل القول قول الزوج ، لأن الظاهر شاهد له ، لأن من خلا بالثيب فالظاهر أنه يطأها . وإن قالت « إني بكر » : نظر إليها النساء - والمرأة الواحدة كافية والأكثر أوثق - فإن قلن « إنها بكر » : فالقول قولها ، لأن قيام البكارة يدل عليه ، وقول النساء فيها لا يطلع عليه الرجال مقبول .

وإذا ثبت أنه لم يصل إليها ، إما بإقراره أو بظهور البكارة ، فإن القاضي يؤجله حولا ، وإنما يعتبر الأجل سنة ، لأن الامتناع من الوطء قد يكون للعجز وقد يكون لبغضه إياها ، فإذا أجل فيقدم على الوطء دفعا للعار عن نفسه إن كان قادرا . وأول الأجل من حين الإقرار وظهور البكارة ، ولا يحتسب على الزوج ما قبل التأجيل .

والتأجيل إنما يكون بسنة شمسية ، لأن الفصول تكمل فيها ، فيحتمل أن يزول الداء في المدة التي بين الشمسية والقمرية .

فإذا حال الحول فرفعت الأمر إلى القاضي وادعت أنه لم يصل إليها ، فإنه يسأل الزوج عن ذلك : فإن قال قد وطئتها ، وهى ثيب ، فالقول قوله . وإن كانت بكرا : نظر إليها النساء : فإن قلن إنها بكر : فالقول قولها ، وإن قلن إنها ثيب : فالقول قول الزوج .

وإذا ثبت عدم الوصول إليها ، إما باعتراه أو بظهور البكارة ، فإن القاضي يخيرها ، لأن العيب قد استقر : فإن اختارت المقام ، بطل حقها ، ولم يكن لها خصومة أبدا ، في هذا النكاح ، لأنها رضيت

بالعيب . وإن اختارت الفرقة ، يفرق القاضي بينهما ، وتكون تطليقة بائنة ، على ما مر .

ولو وصل إليها مرة ، ثم عجز ، وعرف ذلك بإقرارها ، فإن القاضي لا يخيرها ، لأنه وصل حقها إليها ، لأنه يجب كمال المهر ، فلا يعتبر ما زاد عليه . وإذا خيرها الحاكم فوجد منها ما يدل على الإعراض ، يبطل خيارها ، كما في خيار المخيرة .

وقال أصحابنا : إن العنين إذا أجل سنة ، فشهر رمضان وأيام الحيض محسوبة من الأجل ، لأن التأجيل سنة - عرفنا ذلك بإجماع الصحابة من غير استثناء من هذه الأيام ، مع علمهم بذلك .

فأما إذا مرضا في المدة ، مرضا لا يمكن الجماع معه : فإن كان أقل من نصف شهر ، احتسب عليه ، وإن كان أكثر من نصف شهر لم يحتسب عليه ، وكذلك الغيبة .

وروي عن محمد أنه قدر ذلك بالشهر ، وفيه روايات - وهذا أوثق ، لأن الشهر في حكم الأجل .

هذا إذا لم تكن المرأة رتقاء ، فإن كانت رتقاء وكان زوجها عينا ، فلا يؤجله القاضي ، لأنه لا حق لها في الوطء ، وإنما حقها في الاستمتاع والمساس .

ولو علمت المرأة بالعنة ، عند العقد ، ورضيت بالعقد : فإنه لا خيار لها ، كمن اشترى عبدا وهو عالم بعيبه .

فإن كان زوج الأمة عينا : فالخيار في ذلك إلى المولى عند أبي يوسف .

وقال زفر : الخيار للأمة .

وروى الحسن ، عن أبي حنيفة ، مثل قول أبي يوسف .

باب الحضانة

الولاية إلى العصبات في الجملة ، والحضانة إلى ذوات الرحم المحرم
لأن الحضانة تبتنى على الشفقة والرفق بالصغار ، وذلك من جانب النساء
أوفر ، وهن بالتربية أعلم .

ويكون الأقرب فالأقرب أولى . ثم الأقرب ههنا هي الأم . ثم الجدة
أم الأم . ثم الجدة أم الأب . ثم الأخوات : فأولاهن الأخت لأب وأم ،
ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب . ثم بنات الأخت ، على هذا الترتيب .
ثم بنات الأخ ، وعلى هذا الترتيب - وهذا على الرواية التي تقدم الأخت
لأب على الخالة - وهي رواية محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ، ورواية
الحسن عن أبي يوسف . وفي رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الخالة
أولى من الأخت لأب ، وهو قول محمد وزفر .

ثم بعد الأخوات ، وأولادهن من الإناث ، الخالات على الترتيب :
الخالة لأب وأم ، ثم الخالة لأم ، ثم الخالة لأب .

ثم العمات على الترتيب : العممة لأب وأم ، ثم العممة لأم ، ثم
العممة لأب .

فأما بنات العم والخال والعممة والخالة ، فلا حق لهن في الحضانة ،
لأن لهن رحماً غير محرم .

ثم الأم والجندات أحق بالغلام إلى أن يأكل وحده ، ويشرب وحده ،

ويلبس وحده . وفي رواية عن محمد : ويتوضأ وحده أو يستنجي وحده .
فأما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض .

والقياس أن يكون لهن حق الحضانة ، في الغلام ، إلى وقت البلوغ ،
لحاجة الصغار إلى التربية ، في الجملة ، إلى وقت البلوغ - إلا أنا استحسنا
في الغلام ، لأنه يحتاج إلى التأديب ، والأب أقدر .

ثم عندنا : ليس للصغير العاقل اختيار أحد الأبوين في الحضانة .
وعن الشافعي : بخير الصبي .

والصحيح قولنا ، لأنه لا يعرف الأنظر منها .

وأما من لا أولاد لها من النساء ، فلا حق لهن في الجارية والغلام ، بعد
الاستغناء بأنفسهما ، فيما ذكرنا .

ويتنقل الحق إلى العصبات من ذوي الرحم المحرم : الأقرب
فالأقرب ، على الترتيب ، إلا بني الأعمام ، لأن الحاجة إلى الحفظ ،
وخوف الصغير من العصبية أشد من خوفه من غير الأمهات من ذوات
الرحم المحرم . فأما بنو الأعمام : فلا حق لهم في الحضانة ، لأن لهم رحماً
غير محرم ، ويحل لهم نكاحها ، فلا يؤمن عليها .

ثم من كان من عصباتها ، ممن لا يؤمن عليها ، من ذوي الرحم
المحرم ، لفسقه ومجانته ، لم يكن له فيها حق ، لأن في كفالته لها ضرراً
عليها .

فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم ، فالاختيار إلى
القاضي : إن رآه أصلح : ضم إليه ، وإلا فيضع عند أمينه .

وهذا الذي ذكرنا من ثبوت حق الحضانة لذوات الرحم المحرم إذا لم
يكن لهن أزواج - فأما من لها زوج فلا حق لها في الحضانة ، إلا إذا كان
زوجها ذا رحم محرم من الصغير ، لأنه يلحقه الجفا والمذلة من زوج الأم

إذا كان أجنبيا . ويضعه القاضي حيث يشاء ، بمنزلة من لا قرابة له .

وأما الولد والزوجة ، في الحضانة ، على السواء ، إذا اعتقت .

فأما الرقيقة : فلا حق لها في حضانة الولد الحر ، لأنه ضرب من
الولاية ، والرق ينافي الولايات .

وأهل الذمة في هذا بمنزلة أهل الإسلام ، لأن هذا أمر يبتنى على
الشفقة .

ولو كانت الأم كافرة والولد مسلم : ذكر في « الأصل » أنها في
الحضانة كالمسلمة . وكان أبو بكر الرازي يقول : إنها أحق بالصغير
والصغيرة حتى يعقلا ، فإذا عقلا ، سقط حقها ، لأنها تعودهم أخلاق
الكفرة .

ولا حق للمرتدة في الولد ، لأنها تحبس ، وفي الحبس ضرر بالصبي .

وإذا ثبت أن حق الحضانة للأم ، فإذا أرادت أن تخرج بالولد إلى بلد
آخر - هل للأب حق المنع ؟ فلا يخلو : إما أن تكون الأم زوجته أو مطلقة
بأثنة .

فإن كانت زوجته : فللزواج حق المنع من الخروج ، بنفسها
وبولدها .

فأما إذا كانت ميتة : فإما أن تخرج بولدها إلى بلدها أو إلى بلد
آخر ، وقد وقع النكاح في ذلك البلد أم لا ، ويكون بعيدا أو قريبا يقدر
الأب على مشاهدة الولد والعود إلى بيته قبل الليل .

أما إذا أرادت الخروج إلى بلدها وكان البلد بعيدا : فإن وقع النكاح
فيه : ليس للأب حق المنع ، لأنه لما عقد النكاح ثم ، فالظاهر أنه التزم
المقام فيه . لأن الظاهر أن الزوج يقيم في البلد الذي تزوج فيه ، إلا أنه

يلزمها اتباع الزوج ، إذا أعطى جميع المهر ، حيث شاء ، أورضيت بذلك ، فإذا زالت الزوجية ، لم تجب المتابعة ، فيعود الأمر الأول .

فإن لم يقع عقد النكاح في بلدها : فليس لها أن تنقل ولدها إلى ذلك البلد ، لأن فيه التفريق بين الأب وبين ولده الصغير ، وفيه ضرر بالأب ، ولم يلتزم الضرر حيث لم يتزوج ثم .

وإذا أرادت أن تنقل الولد إلى البلد الذي وقع فيه النكاح ، وليس ذلك بلدها : فليس لها ذلك ، لأنه ليس بوطن لها ، فهي دار غربة لها ، كما أن البلد الذي فيه الزوج دار غربة ، فتساويا ، وليس لها أن تلحق الضرر بالأب .

وأما إذا كان البلد قريبا ، بحيث يقدر الأب أن يجيء إلى الولد ويراه ويعود إلى منزله قبل الليل ، فلها ذلك ، ويكون ذلك بمنزلة أطراف المصر ، لأنه ليس فيه كثير ضرر .

وأما أهل القرى - إن أرادت المبتوتة أن تنقل بالصبي إلى قريتها من قرية الأب : إن وقع النكاح فيها ، فلها ذلك . وإن وقع النكاح في غيرها ، فليس لها أن تنقل الصبي إلى قريتها ، ولا إلى القرية التي وقع النكاح فيها إذا كانت بعيدة ، كما في البلدين . وإن كانت قرية بحيث يمكن الأب رؤية الصبي ، والعود إلى منزله . قبل الليل : فلها ذلك ، لأنه ليس فيه ضرر معتبر .

وإن كان الأب متوطنا في المصر ، فأرادت نقل ولدها إلى قريتها ، والنكاح وقع فيه ، فلها ذلك ، لأن الأب التزم المقام في مكان النكاح ، إذا كان وطن الزوجة .

وإذا أرادت النقل إلى قرية قريبة من المصر ، بحيث يمكن النظر إلى ولده والعود قبل الليل : فإن وقع النكاح فيها ، فلها ذلك ، لأنه رضي

بغربة الولد ، وإن لم يقع النكاح فيه ، فليس لها ذلك ، لأن أخلاق أهل القرى لا تساوي أخلاق أهل المصر ، فيلحق الصبي بذلك ضرر ، وفيه ضرر بالوالد ، فلم يجوز ، إذا لم يلتزمه الأب .

وقد ذكر محمد هذه المسألة في الجامع الصغير مبهمة فقال : إنما أنظر في هذا إلى الموضع الذي وقع فيه عقد النكاح - والصحيح ما ذكرنا من التفصيل .

ثم الأم وإن كانت أحق بالحضانة ، فإنه لا يجب عليها إرضاع الصبي ، لأن ذلك بمنزلة النفقة ، ونفقة الولد يختص بها الوالد ، إلا أن لا يوجد من يرضعه ، فتجبر على إرضاعه .

وقال مالك : إن كانت شريفة لم تجبر ، وإن كانت دنية تجبر .

فإن كانت لا ترضع إلا بأجر : فإن كان في حال قيام النكاح : فليس لها ذلك ، لأن الأجر لحفظ الصبي وغسله ، وذلك من باب نظافة البيت ، وهي منفعة تحصل لها بذلك ، فلا تستحق الأجر .

ولو استأجر الأب ظئرا ، وأرادت الأم أن ترضع : فهي أولى ، لأنها أشفق عليه .

وإن كانت المرأة مبانة ، وهي في العدة : ففي إحدى الروايتين : لا يجوز لها أن تأخذ الأجر ، لأنها تستحق النفقة ، كالزوجة . وفي رواية : يجوز ، لأنها صارت أجنبية .

فأما إذا انقضت العدة : فيجوز أن تأخذ الأجر ، لأنها بمنزلة الأجنبية ، وهي أولى من الأجنبية .

وتجب الأجرة على الزوج إذا رضيت بمثل ما تأخذ الأجنبية .

وإن قال الأب : أنا أجد من ترضعه بغير أجر أو بأقل من ذلك

الأجر - فليس لها أن تمنع الزوج من ذلك ، لأن في ذلك ضررا بالأب ،
ولكن ترضع الظئر في بيت الأم ، ما لم تتزوج ، لأن حق الحضانة لها .

باب الرضاع

قد ذكرنا أن الرضاع سبب للتحريم ، بطريق التأييد ، فيحرم به ما يحرم بالنسب والصهرية ، وإنما يخالف النسب في مسألتين :

إحدهما - أنه لا يجوز أن يتزوج الرجل أخت ابنه من النسب ، ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ، لأن أخت ابنه من النسب بنت امرأته الموطوءة ، وبنت موطوءته حرام عليه ، وهذا لا يوجد في الرضاع .

والثانية - أنه لا يجوز أن يتزوج الرجل أم أخته من النسب ، ويجوز أن يتزوج أم أخته من الرضاع ، لأن أم أخته من النسب موطوءة أبيه ، وحليلة الأب حرام على الابن ، وهذا لا يوجد في الرضاع .

وتعرف ذلك بالتأمل .

وجملة ذلك - أن الرضاع يتعلق به التحريم في جانب المرضعة ، وفي جانب الواطيء الذي ينزل اللبن من وطئه .

والتحريم في جانب المرضعة مجمع عليه . وفي جانب الزوج مختلف فيه : فعندنا يثبت ، وعند الشافعي : لا يثبت .

ولقب المسألة أن لبن الفحل هل يحرم أم لا ؟ وبيانه أن المرأة إذا أرضعت طفلا ، فإنها تحرم عليه ، وصارت أماله ، وصاحب اللبن صار أباه ، فإن كان المرضع أنثى ، تحرم على صاحب اللبن ، لكونها بنتا له ، وإن كان ذكرًا تحرم المرضعة عليه ، لكونه ابنا له .

وأولاد المرضعة ، من صاحب اللبن ، إخوة وأخوات المرضع لأب .
وأم وأولاد المرضعة من غير صاحب اللبن إخوة وأخوات له لأم ، وأولاده
من غير المرضعة إخوة وأخوات له لأب .

وكذلك الحكم في أولاد الأولاد من الجانبين .

وأمهات المرضعة جداته من قبل الأم ، وأمهات صاحب اللبن جداته
من قبل الأب .

وإخوة المرضعة وأخواتها أخواله وخالاته ، وإخوة صاحب اللبن
وأخواته أعمامه وعماته ، وبنات الأخوال والخالات والأعمام والعمات من
الرضاع حلال ، كما في النسب .

ولا يجوز للمرضع أن يتزوج بمن أرضعته المرضعة من الإناث . لأنهن
أخواته ، لكونهن بنات لها من جهة الرضاع .

وأصل ذلك أن كل اثنين اجتماعا على ثدي واحد فهما أخوان أو
أختان ، أو أخ وأخت .

وعلى هذا لو كان لرجل امرأتان فحبلتا منه ، وأرضعت كل واحدة
منهما ، صغيرا أجنبيا ، فقد صارا أخوين لأب ، فإن كانت إحداهما
أنثى ، لم يجوز لها أن تتزوج بالآخر ، لأنه أخوها من أبيها ، وإن كانا اثنين
لم يجوز لرجل واحد أن يجمع بينهما في النكاح ، لأنها أختان لأب .

وقد ذكرنا تفسير حرمة الرضاع بسبب الصهرية في كتاب النكاح فلا
نعيده .

ثم الرضاع المحرم ما كان في حال الصغر . فأما رضاع الكبير : فلا
يتعلق به التحريم .

وأصله قوله عليه السلام : « الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز
العظم » .

واختلف أصحابنا في الحد الفاصل :

قال أبو حنيفة : يثبت حكم الرضاع في الصغير إلى ثلاثين شهرا ، فما ارتضع بعد ذلك لم يتعلق به التحريم .

وقال أبو يوسف ومحمد : إلى الحولين - وهو قول الشافعي .

وقال زفر : إلى ثلاث سنين - والمسألة معروفة .

ولو فطم الصبي ، في مدة الرضاع ، ثم أرضع ، بعد الفصال ، في المدة اختلفت الروايات فيه عن أصحابنا :

روى محمد عن أبي حنيفة أن ما كان من الرضاع إلى ثلاثين شهرا ، قبل الفطام أو بعده : فهو رضاع محرم .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال : إذا فطم ، في الستين ، حتى استغنى بالطعام ثم ارتضع ، بعد ذلك ، في الستين أو الثلاثين شهرا : لم يكن ذلك رضاعا ، لأنه لا رضاع بعد فطام تام . وإن هي فطمته ، فأكل أكلا ضعيفا لا يستغنى به عن الرضاع ، ثم عاد فأرضع في الثلاثين : فهو رضاع محرم ، كرضاع الصغير الذي لم يفطم .

وروى محمد وأصحاب الإماء عن أبي يوسف أنه إذا فطم قبل الحولين ، ثم ارتضع في بقية الحولين : فهو رضاع محرم ، وهو مذهب محمد ، وكان لا يعتد بالفطام قبل الحولين .

وروى الحسن عن أبي يوسف أنه إذا أرضع ، بعد الفطام ، في الحولين : لم يكن رضاعا .

ثم عندنا : قليل الرضاع وكثيره سواء ، في حال الصغير ، في التحريم . وقال الشافعي : لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾

(الآية) ﴿^(١)﴾ من غير فصل .

وكذا عندنا : تثبت حرمة الرضاع بلبن الميتة .

وعند الشافعي : لا يقع به التحريم ، لكونه نجسا .

وإذا وصل اللبن إلى جوف الصبي ، لا من الثدي ، بأن أوجر^(٢) أو أسعط^(٣) - تثبت الحرمة ، لأن الوجور يصل إلى الجوف ، والسَّعُوط يصل إلى الجوف أيضا .

ولو حقن الصبي باللبن : ذكر الكرخي وقال : لم يحرم ، ولم يحك خلافا .

وروي عن محمد أنه يحرم ، كما يقع به الإفطار .

أما إذا أقطر في الأذن : لم يثبت التحريم ، لأنه لم يعلم وصوله إلى الجوف .

وكذا إذا أقطر في إحليله ، لهذا المعنى .

وكذلك لو أقطر في جائفة^(٤) أو آمة^(٥) ، لما ذكرنا .

ولو اختلط اللبن بغيره - فهذا على وجوه :

إن اختلط بالطعام ، ومسته النار ، حتى نضج وطبخ : لم يتعلق به الحرمة ، في قولهم جميعا ، لأنه تغير ، بالطبخ مع غيره ، عن طبعه وصفته .

(١) سورة النساء : الآية ٢٣ .

(٢) الوجور : الدواء يصب في الحلق : وأوجرت المريض إيجاراً ، فعلت به ذلك .

(٣) السَّعُوط : دواء يصب في الأنف .

(٤) الجائفة هي الجراحة التي تصل إلى البطن من الصدر أو الظهر أو البطن .

(٥) الآمة هي الشجة التي تصل إلى أم الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ .

وإن اختلط به الطعام ، ولم تمسه النار : فإن كان الطعام هو الغالب : لم يثبت به التحريم ، لأنه زال اللبن وصار اللبن كالعدم .

وإن كان اللبن غالبا للطعام ، وهو طعام ظاهر يعتد به : قال أبو حنيفة : لا يقع به التحريم . وقال أبو يوسف ومحمد : يحرم اعتبارا للغالب - فأبو حنيفة يقول إنه يضعف معنى اللبن ، ويزول قوته ، حتى يصير اللبن رقيقا ضعيفا يعرف بالمشاهدة .

وإن اختلط اللبن بالدواء أو الدهن أو النبيذ : فإن كان اللبن غالبا : يحرم ، وإن كان الدواء غالبا : لا يحرم ، ويعتبر الغلبة : بالإجماع ، لأن قوة اللبن باقية .

وإن اختلط اللبن بالماء : فإن كان اللبن غالبا : يقع به التحريم . وإن كان الماء غالبا : لا يقع به التحريم ، اعتبارا للغالب .

وقال الشافعي : إذا أقطر من اللبن خمس رضعات ، في جب ماء ، فشرب منه الصبي : تثبت الحرمة .

وإن اختلط اللبن بلبن شاة : تعتبر الغلبة أيضا ، لأن لبن الشاة لا يؤثر في زوال قوة لبن الآدمية .

وأما إذا اختلط لبن امرأتين - فروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الحكم للأغلب ، فثبت به التحريم ، دون الآخر . وقال محمد وزفر : يثبت التحريم منها ، احتياطا في باب الحرمة . وهما يقولان : إن المغلوب لا عبرة به في الشرع .

ولو طلق امرأته طلاقا بائنا ، ولها منه لبن : فما دامت في العدة ، أو بعد التزوج بغيره قبل ظهور الحمل ، لو أرضعت صبيا ، فإن التحريم يثبت من الزوج الأول ، لأن اللبن له . فأما إذا حبلت من الزوج الثاني ، فأرضعت صبيا : قال أبو حنيفة : التحريم للأول دون الثاني ، حتى

تضع ، فإذا وضعت : يكون التحريم للثاني ، دون الأول .

وقال أبو يوسف : إذا نزل لها اللبن من الثاني ، فالتحريم للثاني ، وبطل الأول .

وروى الحسن عنه أنها إذا حبلت فاللبن للثاني .

وقال محمد : إذا نزل لها لبن ، فالتحريم للزوجين ، فإذا وضعت ، فالتحريم للثاني لا غير - وهي مسألة المبسوط .

هذا الذي ذكرنا حكم الرضاع المقارن للنكاح - فأما الرضاع الطاريء على النكاح : فإنه يبطله ، لأنه يوجب حرمة مؤبدة - بيانه :

- إذا تزوج الرجل صغيرة ، فأرضعتها أمه : حرمت عليه ، لأنها صارت أختاله بالرضاع .

- ولو تزوج رجل صغيرتين رضيعتين ، فجاءت امرأة وأرضعتها ، معا ، أو واحدة بعد الأخرى ، صارتا أختين من الرضاعة ، وحرمتا عليه ، وبطل نكاحهما ، لأن الجمع بين الأختين يستوي فيه الابتداء والبقاء ، ويجب على الزوج لكل واحدة من الصغيرتين نصف المهر ، لأن الفرقة وقعت قبل الدخول بهما من غير فعلهما .

ثم ينظر : فإن كانت المرضعة تعمدت الفساد : يرجع عليها الزوج بما غرم من نصف المهر ، وإن كانت لم تتعمد : لم يرجع .

وقال الشافعي : يضمن مهر المثل في الوجهين جميعا .

والصحيح قولنا ، لأن فعلها سبب الحرمة ، لاعتدائها ، وإنما يكون السبب تعديا بقصد الفساد ، أما بدون قصد الفساد فليس بتعد ، كحفر البئر على قارة الطريق ، وحفر البئر في ملك نفسه .

وإذا ثبت أن الرضاع محرم ، فإنما يعرف بالإقرار ، أو بشهادة رجلين

أورجل وامرأتين . أما لا يثبت بشهادة الرجل الواحد ، ولا بشهادة النساء
وحدهن ، لأن هذا مما يطلع عليه الرجال ، فإن النظر إلى ثدي المرأة جائز
في الجملة .

باب العدة

العدة أنواع ثلاثة : عدة الوفاة ، وعدة الطلاق ، وعدة الوطء .

أما عدة الوفاة :

ففي حق الحرة أربعة أشهر وعشرا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، دخل بها زوجها أو لم يدخل ، حرا كان زوجها أو عبدا .

وهذه العدة لا تجب إلا في نكاح صحيح ، لقوله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ﴾ (الآية ^(١)) من غير فصل ، ومطلق اسم الزوج لا يقع على المتزوج نكاحا فاسدا .

وأما في حق الزوجة الأمة : فشهران وخمسة أيام ، كان زوجها حرا أو عبدا ، لأن العدة تنصف بالرق وتتكامل بالحرية ، ويعتبر فيها جانب النساء دون الرجال ، بالإجماع .

وإن كانت الزوجة حاملاً : فانقضاء عدتها بوضع حملها ، إذا كان تاماً ، أو سقطا مستئين الخلق ، كله أو بعضه ، قصرت المدة أو طالت .

وعند علي رضي الله عنه : عدتها أبعد الأجلين .

والصحيح قول عامة العلماء ، لظاهر قوله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ^(٢) ، والنص مطلق ، وهو آخرهما نزولا ، على ما

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٤ .

(٢) سورة الطلاق : الآية ٤ .

روي عن ابن مسعود أنه قال « من شاء بَاهَلْتُهُ^(١) أن سورة النساء القصُرى
نزلت بعد التي في سورة البقرة » .

وأما عدة الطلاق :

فثلاثة قروء^(٢) في حق ذوات الأقرء ، إذا كانت حرة .

وفي حق الأيسة ، والصغيرة ، والتي لا تحيض بعد ثلاثين سنة :
ثلاثة أشهر إذا كان بعد الدخول بها ، أو بعد الخلوة الصحيحة ، في
النكاح الصحيح ، لأنها توجب كمال المهر ، فتوجب كمال العدة ، بطريق
الأولى ، احتياطاً .

وأما الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد : فلا توجب العدة ، ولا
كمال المهر ، لأن التسليم لا يجب عليها ، فلا تقام الخلوة مقامه .

وأما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح : فإن كان يمكنه الوطء مع
المانع ، كالحيض والإحرام ونحو ذلك ، يجب كمال العدة ، دون كمال
المهر ، لأنها يتهمان في العدة التي هي حق الشرع . وإن كان لا يمكنه
الوطء مع المانع حساً ، كالمريض أو المريضة التي لا يقدر الوطء منها ، أو
الصغير أو الصغيرة التي لا يتصور الجماع منها ، فلا عدة ، لأنها لا
بتهمان ، ولم يوجد التسليم الذي أوجب العدة .

وإن كانت الزوجة مملوكة ، للغير ، فعدتها حيضتان إن كانت من
ذوات الأقرء ، وإن لم تحض فشهراً ونصف .

ولا تجب عدة الطلاق قبل الدخول .

(١) أي لاعنه - من البُهْلَة وهي اللعنة . وبَاهَلْ بعضهم بعضاً . وتَبَاهَلُوا وتبَاهَلُوا : تلاعنوا .
(٢) القُرء بالضم والفتح . ويجمع على أقرء وقُرء . من الأضداد : يقع على الحيض واليه ذهب أبو حنيفة
وأهل العراق ، وعلى الطهر واليه ذهب الشافعي وأهل الحجاز . وهو في الأصل للوقت ، وإنما قيل
للحيض والطهر قرء لأنها يجيئان في الوقت - يقال : هبت الريح لقرئها أي لوقتها .

والحكم في الخلوة الصحيحة ما ذكرنا .

وأما أم الولد إذا اعتقت ، أو مات سيدها - فعدتها ثلاث حيض ،
عندنا .

وعند الشافعي : بقرء واحد .

وأصله قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ (١)

وقال الله تعالى : ﴿ واللاتي يثن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم
فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن ﴾ (٢) . وقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا
نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من
عدة تعتدونها ﴾ (٣) .

وأما في حق الحامل : فعدتها وضع الحمل ، لا خلاف في المطلقة ،
لظاهر قوله : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ (٤) . وقال عليه
السلام : « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » . وقال عمر رضي الله
عنه : « طلاق الأمة تطليقتان . وعدتها حيضتان ، ولو استطعت لجعلتها
حيضة ونصف » .

وأما عدة الموطوءة :

وهي التي وطئت بالنكاح الفاسد ، أو شبهة عقد ، أو شبهة ملك ،
أو كانت أم ولد ، فأعتقها مولاه ، أو مات عنها : فثلاث حيض ، أو
ثلاثة أشهر ، أو وضع الحمل ، لأنها ملحقة بالمنكوحه شرعا .

ولو طلق الرجل امرأته في مرضه الذي مات فيه ، ثلاثا ، أو طلاقا

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٢) سورة الطلاق : الآية ٤ .

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٤٩ .

(٤) سورة الطلاق : الآية ٤ .

بائنا ، ثم مات قبل أن تنقضي عدتها ، فورثت : اعتدت بأربعة أشهر وعشرا ، فيها ثلاث حيض عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : عدتها ثلاث حيض .

وكذلك امرأة المرتد : يجب عليها العدة ، وترث من المرتد ، على هذا الخلاف ، في إحدى الروايتين .

وإن كان الطلاق رجعيا ، في صحة أو مرض ، فعدتها أربعة أشهر وعشرا ، وبطل عنها الحيض في قولهم ، لأن الزوجية باقية . وموت الزوج يوجب عدة الوفاة .

وإذا مات الصبي عن امرأته ، وهي حامل ، فعدتها أن تضع حملها ، عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : عدتها أربعة أشهر وعشرا . والصحيح قولهما ، لظاهر قوله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ .

وذكر الكرخي : فإن مات وهي غير حامل ، ثم حملت بعد موته ، قبل انقضاء العدة : فعدتها الشهور ، في قولهم .

ثم في حق من كانت عدته بالشهور ، كيف يعتبر الشهر ؟ بالأيام أو بالأهلة ؟ فنقول :

جملة هذا أن الوفاة أو الطلاق إذا اتفق في غرة الشهر : اعتبرت الشهور بالأهلة ، وإن نقصت عن العدد - في قول أصحابنا جميعا .

فأما إذا حصل في بعض الشهر : فقال أبو حنيفة : تعتبر بالأيام ، فتعد في الطلاق تسعين يوما ، وفي الوفاة مائة وثلاثين يوما .

وقال محمد : تعدد بقية الشهر بالأيام ، ثم تعدد شهرين بالأهلة ، وتكمل الشهر الأول من الشهر الثالث بالأيام .

وعن أبي يوسف روايتان : في رواية مثل قول أبي حنيفة . وفي رواية مثل قول محمد - وهو قوله الأخير .

وأصله قوله عليه السلام : « الشهر هكذا وهكذا » وأشار بأصابع يديه ثلاثاً وخَنَس^(١) إبهامه في الثالث ، فكان الأصل هو الأهلة عند الإمكان ، وعند التعذر يصار إلى الأيام .

ثم العدتان يتداخلا عندنا ، سواء كانتا من جنس واحد ، أو من جنسين مختلفين .

وقال الشافعي : لا يتداخلا ، بل يجب أن تمضي في العدة الأولى ، فإذا انقضت استأنفت الأخرى .

وصورة المسألة أن المطلقة إذا مضى بعض عدتها ، وتزوجت في عدتها ، فوطئها الزوج ، ثم تاركها ، فإنه يجب عليها عدة أخرى ويتداخلا .

وكذا إذا كانتا من جنسين ، بأن كان المتوفى عنها زوجها : إذا وطئت بشبهة : تداخلت أيضا .

ويعتبر ما ترى من الحيض في الأشهر من عدة الوطء - وهي مسألة معروفة .

ثم العدة معتبرة بالنساء : تنصف برقعها ، وتكامل بحريتها ، بالإجماع - وإنما الخلاف في الطلاق .

ثم ما عرفت من الجواب في حق المسلمة ، فهو الجواب في حق الكتائية إذا كانت تحت مسلم ، لأن العدة فيها حق الشرع وحق الزوج والولد ، فإن لم تكن مخاطبة بحق الشرع ، فمخاطبة بإيفاء حق الزوج والولد .

(١) خَنَس إبهامه قبضها .

وأما الذميمة تحت ذمي - فلا عدة عليها في موت ولا فرقة ، عند أبي حنيفة ، إذا كان في دينهم كذلك ، إلا أن تكون حاملا ، فلا يجوز نكاحها .

وقال أبو يوسف : عليها العدة ، لجريان أحكام الإسلام عليهما ، بسبب الذمة .

وأبو حنيفة يقول : إنها غير مخاطبة بحق الشرع ، والزوج لا يعتقد العدة حقاً لنفسه ، فلم تجب لحقه .

أما إذا كانت حاملا : فتمنع من التزويج ، حقاً للولد ، حتى لا يختلط النسب ، فيضيع الولد .

ثم في النكاح الفاسد : إذا وقعت الفرقة ، بعد الوطء ، بتفريق القاضي ، أو بمتاركتها - فإنه تعتبر العدة من وقت التفريق ، لا من وقت الوطء ، عندنا ، خلافاً للزفر : فإنه يعتبر من آخر وطئة وطئها .

والصحيح قولنا ، لأن النكاح الفاسد موجود من وجه ، وهو ملحق بالثابت من كل وجه ، في حق الأحكام ، فلا بد من التفريق حتى تجب العدة .

وإذا كان الزوج غائبا ، فطلق امرأته أو مات عنها ، والمرأة لا تعلم بذلك ، حتى مضت مدة العدة ، فإنه تنقضي العدة ، وتعتبر من وقت الطلاق . والعلم ليس بشرط لمضي العدة ، فإنها أجل وضع لبراءة الرحم ، وإنه يحصل بلا علم .

وأما الممتد طهرها ، فعدتها بالأقراء ، ولا تنقضي بالشهور ، ما لم تدخل في حد الإياس ، لأنها من ذوات الأقراء في الجملة .

باب

ما يجب على المعتدة

المعتدة إما إن كانت عن طلاق ، أو عن وفاة .

فإن كانت عن طلاق - ينبغي لها أن لا تخرج من بيتها ، ليلا ولا نهاراً ، بل يجب عليها السكنى في البيت الذي تسكن فيه ، وأجر السكنى والنفقة على الزوج .

وأصله قوله تعالى : ﴿ ولا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن ، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ (١)

وأما المتوفى عنها زوجها - فلا بأس بأن تخرج بالنهار في حوائجها ، ولا تبث في غير منزلها ، الذي تعتد فيه ، لأن نفقتها عليها ، فتحتاج إلى الخروج ، لإصلاح أمرها .

وعن محمد : لا بأس بأن تبث في غير بيتها ، أقل من نصف الليل ، لأن البيوت عبارة عن السكون في المكان أكثر الليل في العرف .

ثم منزلها الذي تؤمر بالسكنى ، والاعتداد فيه ، هو الموضع الذي كانت تسكنه ، قبل مفارقة الزوج ، وقبل موته ، سواء كان الزوج ساكناً فيه أو لم يكن ، لأن الله تعالى أضاف البيت إليها ، والبيت المضاف إليها هو الذي تسكنه .

ولهذا قال أصحابنا : إنها إذا زارت أهلها ، فطلقها زوجها ، كان

(١) سورة الطلاق : الآية ١ .

عليها أن تعود إلى منزلها الذي كانت تسكن فيه ، فتعتد هنالك .

فإن اضطرت إلى الخروج ، فلا بأس بذلك ، مثل أن تخاف سقوط البيت وانهدامه ، أو تخاف أن يغار على متاعها ، أو أن يكون بأجرة ولا تجد ما تؤديه في أجرته في عدة الوفاة ، فإن كانت تقدر على الأجرة ، فلا تنتقل .

وإن كان المنزل لزوجها ، وقد مات عنها ، فلها أن تسكن في نصيبها إن كان نصيبها يكفيها في السكنى ، ولكن تستر عن سائر الورثة ممن ليس بمحرم لها . فأما إذا كان نصيبها لا يكفيها ، أو خافت على متاعها منهم : فلها أن تنتقل ، ويكون ذلك عذرا ، والسكنى وجبت حقاً لله تعالى عليها ، فيسقط بالعذر ، كسائر العبادات .

وكذلك المسافرة : حرام أيضاً للمطلقة ، سواء كان سفر حج ، فرض أو غيره . مع زوجها أو محرم ، حتى تنقضي عدتها ، لأن السفر خروج مديد ، إلا أن في المطلقة طلاقاً رجعيّاً : للزوج أن يسافر بها إذا راجعها . وقال زفر : لزوجها أن يسافر بها ، وهذا بناء على أن المسافرة بها مراجعة عند زفر ، وعندنا ليس بمراجعة . فأما لا خلاف أن الخروج في حال العدة حرام عليها .

ولو خرجت المرأة مع زوجها في سفر غير سفر الحج ، ثم طلقها في بعض الطريق : إن كان بينها وبين مصرها الذي خرجت منه أقل من ثلاثة أيام ، وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام ، فإنها ترجع إلى منزلها ، لأنه ليس فيها إنشاء السفر ، وفي ذلك إنشاء السفر . وإن كان في كل جانب أقل من مدة السفر : كان لها الخيار ، لما ذكرنا .

وإن كان من كل جانب مدة السفر ينظر : إن كانت هي في موضع يمكنها المقام فيه ، أقامت في ذلك الموضع ، واعتدت ، ولا تمضي عند أبي

حنيفة رضي الله عنه ، وإن وجدت محرماً .

وعلى قولها : إن لم يكن معها محرم ، فكذلك . وإن كان معها محرم ، مضت على سفرها .

وإن كانت في موضع لا يصلح للإقامة ، وتخاف على نفسها ومالها : فإن شاءت مضت ، وإن شاءت رجعت ، لاستواء الأمرين ، لكن إذا بلغت إلى أدنى الموضع الذي يصلح للإقامة : فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا .

فإن أحرمت للحج ، وخرجت إلى سفر الحج ، مع محرم لها ، غير الزوج ، ثم طلقها الزوج ، أو مات ، فبلغها الخبر ، وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام : فإنها ترجع ، وتصير بمنزلة المحصر ، فإن راجعها زوجها ، بطلت العدة ، وتعود الزوجية ، فجاز لها السفر .

وأما الحُداد : فيجب على كل معتدة ، بالغة ، عاقلة ، مسلمة ، حرة ، بانت من زوجها ، بواحدة أو ثلاث ، أو مات عنها زوجها .

فإن كانت معتدة عن وفاة : يجب الإحداد ، بالإجماع .

وإن كانت عن طلاق ، بائن أو ثلاث ، فكذلك ، عندنا . وعند الشافعي : لا يجب الإحداد .

وأجمعوا أنه لا يجب الإحداد على المطلقة ، طلاقاً رجعيّاً .

وأصله ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُنكح على ميت فوق ثلاثة أيام ، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً » - والمبانة نظير المتوفى عنها زوجها في التحسر على ما فات ، في الغالب ، فيجب الإحداد عليها .

ثم تفسير الإحداد هو الاجتناب عن جميع ما يتزين به النساء من

الطيب ، ولبس الثوب المصبوغ ، والمطيب بالعُصْفُر والزَّعْفَرَان ،
والاكتحال ، والادهان ، والامشاط ، ولبس الحلي ، والخضاب ، ونحو
ذلك ، إلا إذا لم يكن لها إلا ثوب مصبوغ ، فلا بأس بأن تلبسه ولا تقصد
الزينة .

وقال في الأصل : ولا تلبس قصياً ولا خزاً تتزين به ، لأن هذا مما
يلبس للحاجة ، فيعتبر فيه القصد ، فإن قصدت الزينة : يكره ، وإن لم
تقصد : فلا بأس .

هذا الذي ذكرنا حكم المعتدة ، البالغة ، العاقلة ، المسلمة ، الحرة ،
في النكاح الصحيح .

فأما الصغيرة ، والكتابية ، والأمة ، والمذبرة ، وأم الولد ، والمكاتبة ،
والموطوءة عن شبهة أو نكاح فاسد ، فليس عليهن السكنى ، ويباح لهن
الخروج ، لأن السكنى حق الله تعالى ، والكافرة لا تخاطب به .

فأما الرقيقة : فلا يلزمها المقام في منزل زوجها ، لقيام حق المولى في
الخدمة ، إلا إذا بوأها مولاهما منزلاً ، فحيث لا تخرج ، لأنه أسقط حق
نفسه في الخدمة . فإن أراد المولى أن يخرجها فله ذلك ، لأنه أعار منفعة
خدمته للزوج ، وللمعير أن يسترد العارية .

وأما الكتابية : فلها أن تخرج إلا أن يحبسها الزوج ، لحقه في عدتها ،
لصيانة الماء ، فتكون السكنى حق الزوج ، لأجل الولد .

وأما الصغيرة : فلها الخروج ، وليس للزوج منعها ، لأنه لا يلزمها
حق الشرع ، ولا حق الزوج ، لأن حقه في حفظها لصيانة الولد ، ولا
يتصور الولد في حقها .

وأما أم الولد إذا اعتقت ، أو مات سيدها : فلها أن تخرج ، لأن
عدتها عدة الوطء .

وكذلك في الوطء لشبهة ، أو نكاح فاسد : لها أن تخرج ، لأن ذلك واجب في النكاح الصحيح ، لا غير .

فأما الحداد : فلا يجب على الصغيرة والكافرة ، لأنه ليس عليهما حق الله تعالى .

فأما على الأمة ، والمديرة ، وأم الولد ، والمكاتبه إذا كانت زوجته : فيجب الحداد ، لأنه عبادة بدنية ، وإنها لا تسقط بسبب الرق .

وفي عدة أم الولد بعد العتق والموت ، وفي العدة من نكاح فاسد : لا حداد أيضاً ، لأنه يجب لحرمة الزوجية ، ولم توجد .

ثم المعتدة إذا قالت « انقضت عدتي » في مدة تنقضي بها العدة ، غالباً ، فإنها تصدق ، لأنها أمانة ، والقول قول الأمين ، فيما لا يخالفه الظاهر ، بالإجماع .

ولو لم تعترف بانقضاء العدة : لا تنقضي ، لاحتمال أنها تصير ممتدة الطهر .

فأما إذا أخبرت بانقضاء العدة في مدة أقل من شهرين :

قال أبو حنيفة : لا يصدق في أقل من شهرين .

وقال أبو يوسف ومحمد : يصدق في تسعة وثلاثين يوماً .

ولتخريج قول أبي حنيفة رحمه الله وجهان : أحدهما رواه محمد ، والثاني رواه الحسن .

وإن طلقها في نفاسها وهي حرة :

فقال أبو حنيفة في رواية محمد : لا تصدق ، في أقل من خمسة وثمانين يوماً . وفي رواية الحسن : مائة يوم .

وقال أبو يوسف : لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوماً .

وقال محمد : لا تصدق في أقل من أربعة وخمسين يوماً وساعة .

ووجه تخريج المسألة يعرف في كتاب الحيض - والله أعلم .