

□ 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 والرجعي .

الباب الثاني : في معرفة الطلاق السني من البدعي .

الباب الثالث : في الخلع .

الباب الرابع : في تمييز الطلاق من الفسخ .

الباب الخامس : في التخيير والتملك .

obeikandi.com

○ 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 : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾^(١) وللحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر^(٢) أنه عليه السلام : أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف في هذا . وأما الطلاق البائن ، فإنهم اتفقوا على أن البينة 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 البينة في طلاق الحر ثلاث تطليقات إذا وقعت مفترقات لقوله تعالى : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ﴾^(٣) الآية . واختلفوا إذا وقعت ثلاثا في اللفظ دون الفعل ، وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق مؤثر في إسقاط أعداد الطلاق ، وأن الذي يوجب البينة 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 ﴾ ^(١) إلى قوله في الثالثة : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ^(٢) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث ، واحتجوا أيضًا بما خرج به البخاري ^(٣) ومسلم ^(٤) . عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأَمْضَاهُ عليهم عمر ؛ واحتجوا أيضًا بما رواه ابن إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس ^(٥)

(١) البقرة : (٢٢٩) .

(٢) البقرة : (٢٣٠) .

(٣) لم يخرج به البخاري .

(٤) في صحيحه (١٠٩٩ / ٢) رقم ١٤٧٢ / ١٥

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 ١٧٣ / ٢٥٠٠) ، والبيهقي (٧ / ٣٣٩) بإسناد رجاله ثقات ، غير أن ابن إسحاق مدلس وقد صرح بالتحديث عند أحمد . وداد 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 واحد ، فحزن عليها حزناً شديداً ، فسأله رسول الله ﷺ : كَيْفَ طَلَّقْتَهَا ؟ قال : طَلَّقْتُهَا ثَلَاثًا فِي مَجْلَسٍ وَاحِدٍ ، قال : إِنَّمَا تِلْكَ طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ فَارْتَجِعْهَا » وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين^(١) إنما رواه عنه من أصحابه طاوس^(٢) ، وأن جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث^(٣) منهم سعيد بن جبير^(٤) ومجاهد^(٥) وعطاء ، وعمرو بن دينار^(٦) وجماعة غيرهم^(٧) ، وأن حديث ابن إسحق وهم ، وإنما روى الثقات أنه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثاً .

- 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) .
- ج - وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وروايته عند الطحاوي (٣ / ٥٨) .

وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من البينة للطلقة الثالثة يقع بإلزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلبة 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 والبيع 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 ؛ سدا للذريعة ، ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك ، أعني في قوله تعالى : ﴿ لَعَلَّ اللَّهَ يُخْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ .

• المسألة الثانية .

وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق ، فمنهم من قال : الاعتبار فيه الرجال ، فإذا كان الزوج عبداً ؛ كان طلاقه البائن ، الطلقة الثانية ، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ، وبهذا قال مالك والشافعي ، ومن الصحابة عثمان بن عفان ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس ، وإن كان يختلف 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 عبداً أو حراً ، ومن قال بهذا القول من الصحابة علي وابن مسعود ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة وغيره ، وفي المسألة قول أشد 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 مرفوعاً إلى النبي ﷺ أنه قال : « الطَّلَاقُ بالرجال ، والعدَّةُ بالنساء »^(١) . إلا أنه حديث لم يثبت في الصحاح . وأما من اعتبر من رُق منهما فإنه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقاً ، ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الأنوثة مع الرق .

• المسألة الثالثة :

وأما كون الرق مؤثراً 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 مؤثراً 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 ، ولم 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 (٨٣/ ٥) ، والبيهقي (٣٧٠/ ٧) عن ابن عباس من قوله .
● وأخرجه البيهقي (٣٧٠/ ٧) ، والطبراني (٣٣٧/ ٤ - مجمع الزوائد) عن ابن مسعود من قوله أيضاً .
وقال البيهقي : إنه ليس بمحفوظ .
● وأخرجه البيهقي (٣٧٠/ ٧) أيضاً عن علي بن أبي طالب ، مثله . وقال المارديني في « الجوهر النقي » : لا يصح .
● وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢٣٤/ ٧) 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 لعنت المرأة وشقيت ، ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم ، وكان ذلك عسراً 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 يمسه فيها طليقة واحدة ، وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة ، وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر ^(١) « أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ ، فقال ﷺ : « مَرَّةً فَلْيَرَا جِئْهَا حَتَّى تَطْهَرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرَ ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ فَيَلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ » . واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع :

- الموضع الأول :** هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقاً في العدة ؟ .
والثاني : هل المطلق ثلاثاً : 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 (ص ١٣ رقم ٦٨) و (ص ٢٥٣ 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) ، والبعثي 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 طلاقاً آخر . وقال أبو حنيفة : إن طلقها عند كل طهر طلبة واحدة ؛ كان مطلقاً 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 طلاقاً ، ومن قال ليس من شرطه أتبعها الطلاق ، ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .

• وأما الموضع الثاني :

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

وسبب الخلاف معارضة إقراره ﷺ للمطلق بين يديه ثلاثاً في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة . والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن العجلاني طلق زوجته ثلاثاً بحضرة رسول الله ﷺ بعد الفراغ من الملاعة^(١) . 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 ههنا من قول الشافعي .

(١) أخرجه البخاري (٩/ ٤٤٦ رقم ٥٣٠٨) ، ومسلم (٢/ ١١٢٩ رقم ١/ ١٤٩٢) ، من حديث سهل بن سعد ويأتي لفظه وتخرجه 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 اختلفوا 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 الإيجاب اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الإيجاب ، 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 اشتروا 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 يمسه فيها ؛ لم ير الأمر بالرجعة إذا طلقها في طهر مسها فيه ، فهنا إذا أربع مسائل :

أحدها : هل يقع هذا الطلاق أم لا ؟ .

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

والثالثة : متى يوقع الطلاق بعد الإيجاب أو الندب .

والرابعة : متى يقع الإيجاب .

• أما المسألة الأولى :

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

طلاقاً لقوله ﷺ في حديث ابن عمر: « مره فليراجعها »^(١) قالوا : والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق ، وروى الشافعي^(٢) 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 واقعاً فإنه اعتمد عموم قوله ﷺ : « كُلُّ فِعْلٍ أَوْ عَمَلٍ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ »^(٣) . وقالوا : أمر رسول الله ﷺ برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه . وبالجمله فاسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة وإجزاء ، أم شروط كمال وتام ؟ 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 خلافه .

(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 (ص ٢٠٢ 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 ردٌّ » .

● وأخرج البخاري في « خلق أفعال العباد » ص ٤٣ ، وأحمد في المسند (٦ / ١٤٦ ، ١٨٠ ، ٢٤٠ ، ٢٥٦ ، ٢٧٠) ، والبعثي في شرح السنة (١ / ٢١١ رقم ١٠٣) ، وابن حجر في « تغليق التعليق » (٣ / ٣٩٧) كلهم بلفظ « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردٌّ » .

● وأخرج ابن حجر في « تغليق التعليق » (٣ / ٣٩٨) بلفظ « من فعل أمراً ليس عليه أمرنا فهو ردٌّ » .

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 واقعا ؛ قال : هذا الأمر هو على الندب .

• وأما المسألة الثالثة :

وهي متى يوقع الطلاق بعد الإيجاب ، 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 . وبالجمله 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 المشتركة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب ، وأما الذين لم يشترطوا ذلك ، فإنهم صاروا إلى ما روى يونس بن جبير^(١) ، 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^(١) ، وابن سيرين^(٢) 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 فأينما 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 لثلاث 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 أعطاهما والصلح ببعضه ، والفدية بأكثره ، والمبارأة بإسقاطها عنه حقها عليه على ما زعم الفقهاء ، والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول : في جواز وقوعه أولاً ، ثم ثانياً في شروط وقوعه ، أعني : جواز وقوعه ، ثم ثالثاً في نوعه ، أعني : هل هو طلاق أو فسخ ؟. ثم رابعاً فيما يلحقه من الأحكام .

○ الفصل الأول ○

[في جواز وقوعه]

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء . والأصل في ذلك الكتاب والسنة ،
أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ ^(١) . 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 : « أُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ ؟
قالت : نعم ، قال رسول الله ﷺ : اقْبَلِ الْحَدِيثَ ، وَطَلِّقْهَا طَلْقَةً وَاحِدَةً » .
خرجه بهذا اللفظ البخاري ^(٢) ، وأبو داود ^(٣) والنسائي ^(٤) ، وهو حديث متفق
على صحته ^(٥) ، 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 (٣٩٥/ ٩ رقم ٥٢٧٣) .

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

(٤) في السنن (١٦٩/ ٦) .

(٥) قلت : إن أراد بالاتفاق على صحته أن مسلماً خرجه أيضاً ، كما هو المعروف بين

أهل الحديث ، وكما هو اصطلاحه أيضاً فلا ، فإن مسلماً لم يخرج .

وقد أخرجه أيضاً الترمذي (٤٩١/ ٣ رقم ١١٨٥) ، وابن ماجه (٦٦٣/ ١) رقم

(٢٠٥٦) ، وابن الجارود في المنتقى (رقم ٧٥٠) ، والبيهقي في السنن الكبرى

(٣١٣/ ٧) ، والدارقطني (٦١/ ٣) ، والبغوي في شرح السنة (٩/ ١٩٣ -

١٩٤) وله عندهم ألفاظ .

﴿ فلا جناح عليهما فيما افدت به ﴾ منسوخ بقوله تعالى : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ﴾ الآية . والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها ، وأما برضاها فجائز .
فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومته 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 مالكا ، والشافعي ، وجماعة ، قالوا : جائز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها ، إذا كان النشوز من قبلها ، وبأقل منه ، وقال قائلون : ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطائها 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 ههنا 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 عوضاً ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يجب لها مهر المثل ^(١) .

• 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 : ﴿ وَلَا تَعْضَلُوهُمْ لَتَذْهَبُوا بَبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُمْ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾ ^(٢) وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ ^(٣) . وشذ أبو قلابه ، 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 ، والفقهاء 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 أصلاً . 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 ، فلي تأمل .
أهـ . 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 السفينة 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 سوى بين الطلاق والفسخ ، وقال الشافعي : هو فسخ ، وبه قال أحمد ، ودادود ، ومن الصحابة ابن عباس . وقد روي عن الشافعي أنه كناية ، فإن أراد به الطلاق ، كان طلاقاً وإلا كان فسخاً ، وقد قيل عنه في قوله الجديد : إنه طلاق ، وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا ؟ وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائناً ؛ 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 طلاقاً 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 طلاقاً بأن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال : ﴿ الطلاق مرتان ﴾^(١) . ثم ذكر الافتداء ثم قال : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾^(٢) . فلو كان الافتداء طلاقاً ؛ لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع ، وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع بالتراضي قياساً 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 متصلاً ، وقال الشافعي : لا يرتدف وإن كان الكلام متصلاً ، 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 قالوا : إن ردّها 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 مشهوراً فالفرقة عنده فيه طلاق ، مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم ، فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ .
والقول الثاني : أن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للفرق ، فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح ، كان فسخاً : مثل نكاح المحرمة بالرضاع ، أو النكاح في العدة ، وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب ؛ كان طلاقاً .

○ الباب الخامس ○

[في التخيير والتملك]

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاماً خاصة : التملك والتخيير ، والتملك عن مالك في المشهور غير التخيير ، وذلك أن التملك ، هو عنده تملك 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 تخييراً مقيداً 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 ، والمملكة لا يبطل تملكها عنده إن لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروائتين أو يتفرقا من المجلس ، والرواية الثانية : أنه يبقى لها التملك إلى أن ترد ، أو تطلق ، والفرق عند مالك بين التملك وتوكيله إياها على تطليق نفسها أن في التوكيل له أن يعزها قبل أن تطلق ، وليس له ذلك في التملك ، وقال الشافعي : اختاري وأمرك بيدك سواء ، ولا يكون ذلك طلاقاً إلا أن ينويه ، وإن نواه فهو ما أراد إن واحدة فواحدة وإن ثلاثاً فثلاث ، فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه ، وفي العدد في الخيار أو التملك ، وهي عنده إن طلقت نفسها رجعية ، وكذلك هي عند مالك في التملك ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : الخيار ليس بطلاق ، فإن طلقت نفسها في التملك واحدة فهي بائنة ، وقال الثوري : الخيار والتملك واحد لا فرق بينهما ، وقد قيل : القول قولها في أعداد الطلاق في التملك ، وليس للزوج منكرتها ، وهذا القول مروى عن علي وابن المسيب ،

وبه قال الزهري وعطاء ، وقد قيل : إنه ليس للمرأة في التملك ، إلا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة ، وذلك مروى 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 ثلاثاً ، 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 التملك بشيء ؛ لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع إلى يد المرأة يجعل جاعل . وكذلك التخيير ، وهو قول أبي محمد ابن حزم وقول مالك في المملكة : 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 التملك إذا أراد به الطلاق كالوكالة ، وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق ، وإنما صار الجمهور للقضاء بالتملك أو التخيير ، وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله ﷺ نساءه قالت عائشة : خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه ، فلم يكن طلاقاً^(١) لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك أنهم لو اخترن أنفسهن ؛ طلقهن رسول الله ﷺ لا أنهم كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق . وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن التخيير والتملك واحد في الحكم ؛ لأن من عرف دلالة اللغة أن من ملك إنساناً أمراً 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 البيئونة بتخير
رسول الله ﷺ نساءه ؛ لأن المفهوم منه إنما كان البيئونة ، وإنما رأى مالك أنه
لا يقبل قول الزوج في التملك أنه لم يرد به طلاقاً إذا زعم ذلك ؛ لأنه لفظ
ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها ، وأما الشافعي فلما لم يكن اللفظ عنده نصاً
اعتبر فيه النية .

فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية ، وكذلك فعل في
التخير ، وإنما اتفقوا على أن له منكرتها في العدد : أعني في لفظ التملك ؛ لأنه
لا يدل عليه دلالة محتملة فضلاً 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 التملك فائدة ، ولما قصد هو من
ذلك . وأما من رأى أن لها أن تطلق نفسها في التملك ثلاثاً ، وأنه ليس للزوج
منكرتها في ذلك ، فلأن معنى التملك عنده إنما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل
من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق . وأما من جعل
التملك طلقة واحدة فقط أو التخير ، فإنما ذهب إلى أنه أقل ما ينطلق عليه
الاسم ، واحتياطاً للرجال ؛ لأن العلة في جعل الطلاق بأيدي الرجال دون النساء
هو نقصان 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 والتملك فيما تملك به المرأة ، أعني أن تملك

بالتخيير بينونة ، وبالتملك ما دون بينونة ، وإذا قلنا بالبينونة فقليل : تملك

واحدة ، وقيل : تملك الثلاث ؛ وإذا قلنا : إنها تملك واحدة ، فقليل : رجعية ،

وقيل : بئنة . وأما حكم الألفاظ التي تجيب بها المرأة في التخيير والتملك فهي

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 ولفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح ، أو بالنية دون اللفظ ، أو باللفظ دون النية ، فمن اشترط فيه النية واللفظ الصريح فاتباعاً 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 دلالة على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار أصلاً 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 مجازاً 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 تفتن 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 ينو ههنا 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 الأفراد لا كناية ولا تصريحًا .

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 لا بد 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 : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ » ^(١) . ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله ﷺ : « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالْتِسَانُ وَمَا حَدَّثْتُ بِهِ أَنْفُسَهَا » ^(٢) . والنية دون قول حديث نفس قال : وليس يلزم من اشتراط 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 ؟ فقول : 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 طلاقاً ؛ لم يقبل قوله إلا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كراهيه 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 أنفسها 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 فيصدق 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 طلاقاً كان طلاقاً وإن كان نوى ثلاثاً كان ثلاثاً 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 بائة ، 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 إلا أربع : حبلك على غاربك واعتدي ، 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 طلاقاً 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 البينة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة إلى هذه الأصول ، وإنما صار مالك إلى أنه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة إنه لم يرد به طلاقاً ؛ لأن العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه . وذلك أن هذه الألفاظ إنما تلفظ بها الناس غالباً ، 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 البينة ، والبينة لا تقع إلا خلعاً 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 أخرى أن يقبل قوله في كنياته ؛ 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 ، وما 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 ثلاثا فثلاث ، وإن لم ينو شيئا 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 رجعا ، وإن أراد تحريمها بغير طلاق ؛ فعليه كفارة يمين ، وهو قول الشافعي .

والقول الخامس : أنه ينوي أيضا في الطلاق وفي العدد ، فإن نوى واحدة ؛ كانت بائنة ، فإن لم ينو طلاقا ؛ كان يمينا وهو موّل ، فإن نوى الكذب فليس بشيء ، وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه .

والقول السادس : إنها يمين يكفرها ما يكفر اليمين ، إلا أن بعض هؤلاء قال : يمين مغلفة ، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين ، وقال ابن عباس وقد سئل عنها : ﴿ لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ﴾ ^(١) أخرجه البخاري ^(٢) ومسلم ^(٣) ذهب إلى الاحتجاج بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ﴾ ^(٤) الآية .

والقول السابع : أن تحريم المرأة كتحريم الماء ، وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى : ﴿ لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ ﴾ ^(٥) وهو قول مسروق

(١) الأحزاب : (٢١) .

(٢) في صحيحه (٣٧٤ / ٩) رقم ٥٢٦٦ .

(٣) في صحيحه (١١٠٠ / ٢) 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 يمين 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 المشترك لا يخلو أن يعلق بمشيئة من له اختيار ، أو بوقوع فعل من الأفعال المستقبلية ، 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 لا سبيل 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 مالكا قال : لا يؤثر الاستثناء في الطلاق شيئا ، وهو واقع ولا بد . وقال أبو حنيفة والشافعي : إذا استثنى المطلق مشيئة الله ؛ لم يقع الطلاق .

وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالأفعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالأفعال المستقبلية ، 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 مشيئته ويتوصل إلى علمها ، فلا خلاف في مذهب مالك أن الطلاق يقف على اختيار الذي علق الطلاق بمشيئته . 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 ههنا . وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلية ، فإن الأفعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب :

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

وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غداً ، فهذا يقع ناجزاً 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 وطئاً مستباحاً 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 :

إحدهما : وقوع الطلاق ناجزاً .

والثانية : وقوعه على وجود شرطه ، وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي ، والقول بانحياز الطلاق في هذا يضعف ؛ لأنه مشبه عنده بما يقع ولا بد . 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 فعلاً من الأفعال أنه لا يحث حتى يفعل ذلك الفعل ، وإذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الأفعال فإنه على الحث حتى يفعل ، ويوقف عنده عن وطء زوجته ، فإن امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الإيلاء ؛ ضرب له أجل الإيلاء ، ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل إن كان مما يقع فوته ، ومن العلماء من يرى أنه على بر حتى يفوت الفعل ، وإن كان مما لا يفوت ؛ كان على البر حتى يموت . ومن هذا الباب اختلافهم في تبعض المطلقة ، أو تبعض الطلاق ، وإرداف الطلاق على الطلاق . فأما مسألة تبعض المطلقة ، فإن مالكا 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 : طلقته 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 طلقته ثلاثا قال : يقع الطلاق ثلاثا ، 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 أعددًا من الطلاق ، فلا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يستثنى ذلك العدد بعينه ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، أو اثنتين إلا اثنتين ، وإما أن يستثنى ما هو أقل . وإذا استثنى ما هو أقل ، فإنما أن يستثنى 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 ثلاثاً
إلا واحدة . وأما إن استثنى الأكثر من الأقل فيتوجه فيه قولان : أحدهما : أن
الاستثناء لا يصح وهو مبني 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 ثلاثاً إلا ثلاثاً ، فإن مالكاً 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 معاً ، 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 احتجاجة في ذلك .

○ الباب الثاني ○

[في المطلق الجائز الطلاق]

واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر 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 المكره 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 ، وفرق أصحاب الشافعي بين أن ينوي الطلاق أو لا ينوي شيئاً ، فإن نوى الطلاق فعنهم قولان : أحدهما لزومه ، وإن لم ينو فقولان : أحدهما 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 أصلاً ، وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله ﷺ : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه »^(١) ولكن الأظهر أن المكره على الطلاق وإن كان موقعا للفظ باختياره أنه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾^(٢) .

(١) تقدم تخريجه في الطهارة .

(٢) النحل (١٠٦) .

ولمّا 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 فاقداً 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 يخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال : إن كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه ؛ ليس نصاً في إلزام السكران الطلاق ؛ لأن السكران معتوه مّا ، وبه قال داود وأبو ثور وإسحاق وجماعة من التابعين : أعني أن طلاقه 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 طلاقاً بائناً ويموت من مرضه ، فإن مالكاً وجماعة

يقول : ترثه زوجته ، والشافعي وجماعة لا يورثها . والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق : ففرقة قالت : لها الميراث ما دامت في العدة ، ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري ، وقال قوم : لها الميراث ما لم تتزوج ، ومن 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 بسد 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 ميراثاً ، 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 ، ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين ، لأنه يعسر أن يقال : إن في الشرع نوعاً من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية ، وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح ؛ لأن هذا يكون طلاقاً 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 ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها ، فقال أبو حنيفة : لا ترث أصلاً ، وفرق الأوزاعي بين التملك والطلاق فقال : ليس لها الميراث في التملك

ولها في الطلاق ، وسوى 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 الأجنبية : أعني الطلاق المعلق . وأما تعليق الطلاق على الأجنبية بشرط التزويج مثل أن يقول : إن نكحت فلانة فهي طالق ، فإن للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب : قول : إن الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلاً عم المطلق أو خص ، وهو قول الشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وقول إنه يتعلق بشرط التزويج عم 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 يطلقون عند مالك إذا زوجن .

وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدماً 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 مبنّي على المصلحة ، وذلك أنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم ؛ لم يجد سبيلاً إلى النكاح الحلال ، فكان ذلك عتاً به وحرّجاً ، 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 طلاق إلا من بعد نكاح »^(١)
وفي رواية أخرى : « لا طلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك »^(٢) وثبت
ذلك عن علي^(٢) ومعاذ^(٣)

(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) ، والطبراني
(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 جده . 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 الطبراني
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 : « حفظت لكم من رسول الله ﷺ ستا :
لا طلاق إلا من بعد نكاح ، ولا عتاق إلا من بعد ملك ، ولا وفاء لتذر في معصية ،
ولا يثم بعد احتلام ، ولا صمات يوم إلى الليل ، ولا وصال في الصيام » .
قلت : واقتصر أبو داود على قوله : « لا يثم 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 بشواهد .
والله أعلم .

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

وجابر بن عبد الله^(١) وابن عباس^(٢) وعائشة^(٣) ، وروي مثل قول أبي حنيفة عن عمر وابن مسعود . وضعّف 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 شيبه 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 يثاق عن طاووس عن ابن عباس : أنه تلا قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ﴾ [الأحزاب : ٤٩] فلا يكون طلاق حتى يكون نكاح ثم قال : صحيح الإسناد .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبه (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 ﴾^(١). 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 : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوْنِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾^(٢) 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 قوما 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 ينتزل منزلة القول مع النية ، وهو قول مالك ، وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء إذا نوى بذلك الرجعة ودون النية ، فأما الشافعي فقياس 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 ، فلا بد عنده من النية ، فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة . واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج أن يطلع عليه من المطلقة 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 معها غيرها وحكى ابن القاسم أنه رجع عن إباحة الأكل معها ، وقال أبو حنيفة : لا بأس أن تتزين الرجعية لزوجها وتنظف له ، وتشوف وتبدي البنان والكحل ، وبه قال الثوري وأبو يوسف والأوزاعي ، وكلهم قالوا : لا يدخل عليها إلا أن تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنحج أو خفي نعل . واختلفوا في هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلاق 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 أثبتته 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 مروى 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 فتكح زوجا غيره ، أنه ليس له من أمرها شيء ، ولكنها لمن تزوجها ، وقد قيل : إن هذا الحديث إنما يروى 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 فاسداً ، فإن نكاح الغير لا تأثير له في إبطال الرجعة ، لا قبل الدخول ولا بعد الدخول ، وهو الأظهر إن شاء الله ، ويشهد لهذا ما أخرجه الترمذي^(١) عن سمرة بن جندب أن النبي ﷺ قال : « أَيَّمَا امْرَأَةٍ تَزَوَّجَهَا اثْنَانِ فَهِيَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا ، وَمَنْ بَاعَ يَبْعًا مِنْ رَجُلَيْنِ فَهُوَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا » .

(١) في السنن (٤١٨/ ٣ 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 ثلاثاً لا تحل لزوجها الأول إلا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموءل « أنه طلق امرأته تميمه بنت وهب في عهد رسول الله ﷺ ثلاثاً فنكحت عبد الرحمن بن الزبير ، فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسه ففارقها فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها ، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنهاه عن تزويجها وقال : لا تحل لك حتى تَذوق العُسَيْلَةَ »^(١) وشذ سعيد بن المسيب فقال . إنه جائز أن ترجع إلى

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

عن المسور بن رفاعة القرظي ، عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ؛ أن رفاعة بن سيموأل طلق امرأته تميمه بنت وهب .. 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 : « جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت : =

زوجها الأول بنفس العقد ، لعموم قوله تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾^(١) . 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 بالغاً ، 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 ، والخصي 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 ثلاثاً ، وقال بعضهم : النكاح جائز

= كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ فَطَلَّقَنِي فَبِتَ طَلَاقِي ، فَتَزَوَّجْتُ بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ الزَّيْبِرِ ، وَإِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ هُدْبَةِ الثَّوْبِ ، فَقَالَ : أَتُرِيدِينَ أَنْ تُرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ ؟ لَا . حَتَّى تَزَوَّقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكَ » .

● هُدْبَةُ الثَّوْبِ : هي طرفه الذي لم ينسج . شبهوها بهذب العين وهو شعر جفنها ، تعني : أن متاعه رخوا كهذب الثوب .

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

(١) البقرة : (٢٣٠) .

والشرط باطل : أي ليس يحللها ، وهو قول ابن أبي ليل ، 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 اللَّهُ الْمُحْلَلَّ وَالْمُحْلَلَّ لَهُ »^(١). فلغنه إياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر ، وذلك يدل على النهي ، والنهي يدل على فساد المنهي عنه ، واسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه . وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾^(٢). 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 مالكةا 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 مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا عدة عليها بإجماع لقوله تعالى : ﴿ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ ^(١) .
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 مراتبات بالحمل : أي بحسب في البطن ، وإما غير مراتبات . وغير المراتبات إما معروفة سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض ، وإما غير معروفة . 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 منصوب عليه في قوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ^(٢) الآية ، وفي

(١) الأحزاب : (٤٩) .

(٢) البقرة : (٢٢٨) .

قوله تعالى : ﴿ وَاللَّائِي يَتُسَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنَّ ارْتَبْتُمْ ﴾ ^(١) الآية .
واختلفوا من هذه الآية في الأقراء ما هي ؟ فقال قوم : هي الأطهار : أعني الأزمنة
التي بين الدمين . وقال قوم : هي الدم نفسه ، ومن 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 ، ومن 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 . وحكى أيضاً 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 ، وأيضاً 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 أيضاً :

(١) الطلاق : (٤) .

إن الاشتقاق يدل على ذلك ، لأن القرء مشتق من قرأت الماء في الحوض : أي جمعته ، فرمان 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 : ﴿ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(١) ظاهر في تمام كل قرء منها ؛ لأنه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه إلا تجوزاً ، وإذا وصفت الأقراء بأنها هي الأطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرئين وبعض قرء ؛ لأنها عندهم تعدد بالطهر الذي تطلق فيه ، وإن مضى أكثره ، وإذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة إلا تجوزاً ، 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 تعد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء ، والذي رضىه 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^(٢) ، وقوله ﷺ « مَرَّةٌ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرْ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرْ ، ثُمَّ يُطَلِّقْهَا إِنْ شَاءَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُطَلِّقَ لَهَا النِّسَاءَ » 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 »^(٣) دليل واضح على أن العدة هي الأطهار ؛ لكي يكون الطلاق متصلاً 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 ، وبرائها 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 تمام : أعني المشروط هي الأطهار التي بين الحيضتين ، ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة . ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى ، وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ، ولم يختلف القائلون أن العدة هي الأطهار أنها تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا : إنها الحيض ، فقليل : 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 ، حكى 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 رية 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 بثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة أشهر من العام الثاني ، انتظرت الحيضة الثالثة ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض ، اعتدت بثلاثة 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 ؟ فقليل : 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 تياس منها في المستأنف : إنها تبقى أبدًا

تنتظر حتى تدخل في السن الذي تيأس فيه من الحيض ، وحينئذ تعتد بالأشهر
وتحيض قبل ذلك ، وقول مالك مروى 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 ظناً غالباً 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 القراء ، ثم تنتظر القراء الثاني أو السنة إلى أن
تمضي لها ثلاثة أقرأ ، وأما الجمهور فصاروا إلى ظاهر قوله تعالى : ﴿ وَاللَّائِي
يُتَسَنَّنَّ مِنْ الْخِيضِ مِنْ نِسَاءٍ كَمَنْ إِنْ أَرْتَبِمُ فَعِدَّتْنِ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ﴾^(١) والتي هي من
أهل الحيض ليست بيائسة ، وهذا الرأي فيه عسر وجرح ، ولو قيل : إنها تعتد
بثلاثة أشهر لكان جيداً إذا فهم من اليائسة التي لا يقطع بانقطاع حيضتها ، وكان
قوله ﴿ إِنْ أَرْتَبِمُ ﴾^(٢) راجعاً إلى الحكم ، لا إلى الحيض على ما تأوله مالك
عليه ، فكان مالكاً لم يطابق مذهبه تأويله الآية ، فإنه فهم من اليائسة هنا من
تقطع على أنها ليست من أهل الحيض ، وهذا لا يكون إلا من قبل السن ، ولذلك
جعل قوله ﴿ إِنْ أَرْتَبِمُ ﴾^(٣) راجعاً 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 إسماعيل وابن بكير من أصحابه ، فذهبوا إلى أن الرية
ههنا في الحيض ، وأن اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يش 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 فتعد بالأقراء ، وقال أبو حنيفة : عدتها الأقراء إن تميزت لها ، وإن لم تميز 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 قياساً على الصلاة لقوله ﷺ « أَرَأَيْتُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ أَنَّ الدَّمَ إِذَا كَانَ دَمَ الْحَيْضِ فَإِنَّهُ دَمٌ أَسْوَدُ يُعْرَفُ ، فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ فَأَمْسِكِي عَنِ الصَّلَاةِ ، فَإِذَا كَانَ الْآخِرُ فَتَوَضَّعِي وَصَلِّي فَإِنَّمَا هُوَ عِرْقٌ » خرج أبو داود^(٢) ، 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 حساً 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 : ﴿ وَأُولَئِذَا أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(١) وأما الزوجات غير الحرائر فإنهن ينقسمن أيضاً بتلك الأقسام بعينها ، أعني : حيضاً ، ويائسات ، ومستحاضات ، ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فأما الحيض اللاتي يأتين حيضهن ، فالجمهور على أن عدتهن حيضتان ، وذهب داود وأهل الظاهر إلى أن عدتهن ثلاث حيض كالحرّة ، وبه قال ابن سيرين . فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ^(٢) وهي ممن ينطلق عليها اسم المطلقة ، واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه ، وذلك أنهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد ، أعني كونه منتصفاً مع الرق ، وإنما جعلوها حيضتين ؛ لأن الحيضة الواحدة لا تتبعض . وأما الأمة المطلقة اليائسة من المحيض أو الصغير فإن مالكا وأكثر أهل المدينة قالوا : عدتها ثلاثة أشهر ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة : عدتها شهر ونصف شهر ، نصف عدة الحرّة ، وهو القياس إذا قلنا بتخصيص العموم ، فكأن مالكا 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 الحرّة والخلاف في ذلك ، وكذلك المستحاضة واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها . واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقتها قبل أن يمسه 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 . وبالجمله فعند مالك أن كل رجعة تهدم العدة وإن لم يكن ميسس 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 طلاقاً ، وإن لم ينفق بقيت على عدتها الأولى ، وإذا تزوجت ثانياً 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 معاً .

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 فرق بين البائن والرجعي فبين ، 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 : ﴿ أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ﴾ ^(١) الآية ، ولقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(٢) واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملاً على ثلاثة أقوال :

(٢، ١) 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 ثلاثاً على عهد رسول الله ﷺ ، فأتيته النبي ﷺ فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة » أخرجه مسلم^(١) ، وفي بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال : « إنما السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ لِمَنْ لَزَّوْجَهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ »^(٢) وهذا القول مروى 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 ، وإنّي سألت أهله النفقة والسكن ، فأبوا عليّ ، 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 موطنه^(١) من حديث فاطمة المذكورة ، وفيه : فقال رسول الله ﷺ : « لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ » وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها إسقاط السكنى ، فبقي على عمومته في قوله تعالى : ﴿ أَسْكُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾^(٢) 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 : ﴿ أَسْكُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾^(٣) وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الإسكان في الرجعية وفي الحامل ، وفي نفس الزوجية . وبالجمله 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 ﴿ أَسْكُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾^(٤) الآية . ولأن المعروف من سنته ﷺ أنه أوجب النفقة حيث تجب السكنى^(٥) ، فلذلك الأولى في هذه المسألة إما أن يقال: إن لها الأمرين جميعاً مصيراً إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة ، وإما أن يخص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فمفسر ، 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 ههنا فنقول : إن المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشراً لقوله تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾^(١) . واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الأمة إذا لم تأتِها 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 عادتِها في الحيض أكثر من مدة العدة ، وهذا إما غير موجود ، أعني : من تكون عادتِها أن تحيض أكثر من أربعة أشهر إلى أكثر من أربعة أشهر ، وإما نادر . واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء إذا وجدت ، فقليل تنتظر حتى تحيض ، وروى عنه ابن القاسم : تتزوج إذا انقضت عدة الوفاة ولم 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 مصبراً إلى عموم قوله تعالى : ﴿ وَأُولَاتِ الْأَحْصَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٢) وإن كانت الآية في الطلاق وأخذوا أيضاً بحديث أم سلمة^(٣) أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه « فجاءت رسول الله ﷺ فقال لها : قَدْ حَلَلْتَ فَأَنْكِحِي مَنْ شِئْتَ » 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 بالألفاظ 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 تشبها 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^(١) قال :

(١) أخرجه أبو داود (٧٣٠/ ٢) رقم ٢٣٠٨ ، وابن ماجه (١/ ٦٧٣) رقم ٢٠٨٣ ، وابن الجارود (رقم ٧٦٩) ، والدارقطني (٣/ ٢٥٨) ، والحاكم (٢/ ٢٠٩) ، والبيهقي (٧/ ٤٤٨) ، وابن حبان (٣٢٤ - ١٣٣٣ - الموارد) قال الحاكم : حديث صحيح على شرط الشيخين . ووافقه الذهبي !!

قلت : فيه نظر من وجهين :

الأول : أن مطر الوراق ، لم يخرج له البخاري .

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

لا تلبّسوا علينا سنة نبينا ، عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر ،
وضعف أحمد هذا الحديث ولم 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 (٢٠٣/ ٤) ، 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 صداقاً مسمى ، وقال الشافعي : هي واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول ، وعلى هذا جمهور العلماء . واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَّوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ ^(١) فاشتراط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ ^(٢) فعلم أنه لامتعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس ، لأنه إذا لم يجب لها الصداق فأحرى أن لا تجب لها المتعة ، وهذا لعمرى 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 : ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ ﴾ ^(٣) 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 النذب لقوله تعالى في آخر الآية : ﴿ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾^(١) 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 : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ﴾ ^(١) الآية ، وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين : أحدهما من قبل الزوج ، والآخر من قبل المرأة ، إلا أن لا يوجد في أهلها 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 ثلاثاً ، فقال ابن القاسم : تكون واحدة ، وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثاً إن طلقاها ثلاثاً . 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 تدریان ما عليكما ؟ إن رأيتهما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتهما 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 .