

الباب الثالث: كتاب النكاح

وفيه ستة فصول

الفصل الأول: الولاية في النكاح

وفيه ستة مباحث

المبحث الأول: تزويج السيد الأمة في صغرها

قال ابن القاص: ولا تُزوَّج البنت في صغرها إلا في مسألتين: إحداهما: أن تكون مجنونة يرجى منه عقلها، فيزوجها أبوها أو جدها. والأخرى: أن تكون أمة فيزوجها سيدها، وولي سيدتها قلته تخريجاً^(١). ما ذهب إليه ابن القاص من أن للسيد تزويج أمته في صغرها، هو قول الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

الأدلة:

- ١_ أن النكاح يرد على البضع وهو مملوك للسيد^(٦).
- ٢_ أنه عقد على منفعتها فأشبهه بإجارتها^(٧).
- ٣_ أن تصرف السيد في تزويج أمته تصرف ثابت بحق الملك، كالبيع والإجارة^(٨).

(١) انظر: التلخيص ص ٤٩٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٣٧.

(٣) انظر: المعونة ٢/٧٤١، عقد الجواهر الثمينة ٢/٣٤.

(٤) انظر: التنبيه ص ١٠٣، الروضة ٧/١٠٣، المنهاج ص ٩٨.

(٥) انظر: المقنع ٣/١٦، الإقناع للحجاوي ٣/٣٢٠.

(٦) انظر: شرح التنبيه للسيوطي ٢/٥٩٣.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٣٧، غنية الفقيه لابن يونس ٣/٧٣٢.

(٨) انظر: التهذيب ٥/٣٠٣.

المبحث الثاني: تزويج ولي السيدة أمتها

قال ابن القاص: والأخرى: أن تكون أمة فيزوجها سيدها، وولي سيدتها قتلته تخريجا^(١).
ما ذهب إليه ابن القاص من أن أمة المرأة يزوجهها ولي المرأة، هو قول الشافعية^(٢)،
والمذهب عند الحنابلة^{(٣)(٤)}.

وقد اشترط الشافعية والحنابلة إذن سيدتها نطقا وإن كانت بكرا، إذا كانت رشيدة^(٥).

الأدلة:

١_ أن مقتضى الدليل كون الولاية لها، فامتنعت في حقها لقصورها، فثبتت لأوليائها^(٦).

٢_ أن أولياء المرأة يُلون نكاح أمتها إن أعتقتها، ففي حال رقها أولى^(٧).

٣_ أن المرأة لما لم يكن لها تزويج نفسها فأولى أن لا يكون لها تزويج أمتها^(٨).

٤_ أن هذا النكاح لحق المرأة، فأشبهه نكاح نفسها^(٩).

(١) انظر: التلخيص ص ٤٩٤.

(٢) انظر: الحاوي ١٣٨/٩، التنبيه ص ١٠٣، الروضة ١٠٦/٧.

(٣) انظر: المغني ٣٧٠/٩، الإنصاف ٦٧/٨.

(٤) ومذهب الحنفية أن المرأة تلي تزويج أمتها، وذهب المالكية إلى أن المرأة توكل من يزوج أمتها.

انظر: مختصر اختلاف العلماء للخصاص ٢٥٥/٢، الكافي لابن عبد البر ٥٢٧/٢، عقد الجواهر الثمينة ٣٤/٢.

(٥) انظر: الروضة ١٠٦/٧، الإنصاف ٦٧/٨.

(٦) انظر: المغني ٣٧٠/٩، معونة أولى النهي ٧٥/٧.

(٧) انظر: المغني ٣٧٠/٩، معونة أولى النهي ٧٥/٧.

(٨) انظر: الحاوي ١٣٨/٩.

(٩) انظر: المهذب ٣٦/٢، غنية الفقيه ٧٣٥/٣.

المبحث الثالث: إثبات اسم البكر لمن ذهبت عذرتها بسقطة أو مرض ونحو ذلك
قال ابن القاص: والثيب ثلاث: ... والثالثة: في القسم للعروس؛ للثيب ثلاث، وللبكر سبع، وهي من ذهبت عذرتها^(١) بأي وجه ما كان، قلته تخريجا^(٢).
قال النووي - رحمه الله - في فصل القسم بين الزوجات: «وسواء كانت ثيوبة الجديدة بنكاح أو زنا، أو وطء شبهة، ولو حصلت بمرض أو وثبة فعلى الوجهين في استئذانها نطقا في النكاح»^(٣).

فعلى هذا، ما خرّجه ابن القاص له أحوال:

الأول: أن تزول بنكاح صحيح، أو وطء شبهة فهذه ثيب في المذاهب الأربعة^(٤).
الثاني: أن تزول بكارتها بزنا، فهي ثيب، وهو المذهب عند الشافعية^(٥)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٦)، وقول للحنفية^(٧)، والمالكية^(٨)^(٩).

الأدلة:

١- أن كل وطء زالت به البكارة إذا كان حلالا، زالت به البكارة وإن كان محظورا كوطء الشبهة^(١٠).

٢- أن الرجل لو شرط في المرأة كونها بكرا، فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ^(١١).

الثالث: أن تزول بكارتها بمرض أو سقطة ونحو ذلك.

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

(١) عذرة الجارية بكارتها والجمع عُذْر مثل غرفة وغرف. انظر: المصباح المنير ص ١٥١.

(٢) انظر: التلخيص ص ٤٩٤.

(٣) انظر: الروضة ٣٥٤/٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٤٤، المعونة ٢/٧٢١، الحاوي ٩/٦٨، المغني ٩/٤١٠.

(٥) انظر: الحاوي ٩/٦٨، الروضة ٧/٥٤.

(٦) انظر: المغني ٩/٤١٠، الإنصاف ٨/٦٤.

(٧) قال به أبو يوسف ومحمد بن الحسن. انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٤٤.

(٨) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/١٦.

(٩) وذهب أبو حنيفة، والمالكية، والشافعية في قول قديم، والحنابلة في قول إلى أن حكمها حكم الأبكار.

انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٤٤، الهداية ٣/٢٧٠، الكافي لابن عبد البر ٢/٥٢٣، المعونة ٢/٧٢١، الروضة

٧/٥٤، الإنصاف ٨/٦٥.

(١٠) انظر: الحاوي ٩/٦٨، المغني ٩/٤١٠.

(١١) انظر: المغني ٩/٤١٠.

القول الأول: أن حكمها حكم الأبكار، وهو قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والصحيح من مذهب الشافعية^(٣)، وقول الحنابلة^(٤).

القول الثاني: أن حكمها حكم الثيب، وهو وجه عند الشافعية^(٥)، ورواية عند الحنابلة^(٦)، وهذا ما خرّجه ابن القاص.

أدلة أصحاب القول الأول:

١_ أن من ذهبت بكارتها بغير وطء لم تختبر المقصود، ولا وُجد وطؤها في القبل، فأشبهت من لم تنزل عذرتها^(٧).

٢_ أن الصمت من البكر إنما كان نطقاً لما عليها من الحياء وعدم الخبرة بالرجال، وهذا المعنى موجود فيمن زالت عذرتها بغير وطء، فلما وجد معنى البكر فيها وجب أن يعلق بها حكم البكر، وتعلق أحكام البكر بمعاني الأسماء أولى من تعليقها بمجرد الأسماء^(٨).

٣_ أن من زالت بكارتها بغير وطء هي بكر حقيقة، لأنها لم يصبها مصيب^(٩).

دليل أصحاب القول الثاني:

أن الحكم تابع للاسم، فلما زال بذلك اسم البكارة، وجب أن يزول به حكم البكارة^(١٠).

الراجح: يترجح في نظري ما ذهب إليه الجمهور من بقاء اسم البكارة لمن زالت عذرتها بسقطة أو مرض ونحو ذلك لما يلي:

١_ قوة أدلة أصحاب القول الأول.

٢_ أن من زالت عذرتها خلقة هي في حكم البكر بلا خلاف، وهذا يبين خطأ من اعتبر الحكم بمجرد الاسم^(١١).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٤٤، الهداية ٣/٢٧٠.

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/١٦.

(٣) انظر: الحاوي ٩/٦٨، الروضة ٧/٥٤، كفاية الأخيار ٢/١٠٠.

(٤) انظر: المغني ٩/٤١١، حاشية المنتهى ٤/٦٣.

(٥) انظر: الحاوي ٩/٦٨.

(٦) انظر: الإنصاف ٨/٦٥.

(٧) انظر: المغني ٩/٤١١، زاد المحتاج ٣/١٩٠.

(٨) انظر: الحاوي ٩/٦٨.

(٩) انظر: فتح القدير ٣/٢٧٠.

(١٠) انظر: الحاوي ٩/٦٨.

(١١) انظر: الحاوي ٩/٦٨.

المبحث الرابع: تزويج الحاكم المجنون الكبير

قال ابن القاص: ولا يقوم السلطان مقام الأب والجد في الصغيرين، قاله نصاً^(١)، ويقوم مقامهما في المجنون والمجنونة إذا كانا كبيرين، قلته تخريجاً^(٢).

ومحل الخلاف في هذه المسألة فيمن كان جنونه مطبقاً وهو الذي لا يفيق، فلو كان يفيق أحياناً انتظرت إفاقته وقد نص على ذلك المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

كما نص المالكية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨)، على وجود الحاجة في تزويجه، فلو لم تكن حاجة لم يزوج.

وما ذهب إليه ابن القاص من أن السلطان يقوم مقام الأب والجد في تزويج المجنون الكبير هو مقتضى قول الحنفية^(٩)، وبه قال المالكية^(١٠) والشافعية^(١١)، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة^(١٢).

الأدلة:

- ١- أن تزويجه من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها إذنه^(١٣).
- ٢- أن الحاكم يقوم مقام الأب والجد في تزويج المجنون الكبير كقيامه مقامهما في الولاية على مال المجنون^(١٤).

(١) انظر: الأم ٢٠/٥.

(٢) انظر: التلخيص ص ٤٩٤.

(٣) انظر: التسهيل ١١٩٧/٤.

(٤) انظر: التنبيه ص ١٠٢، زاد المحتاج ٢١٠/٣.

(٥) انظر: الإنصاف ٦١/٨.

(٦) انظر: التسهيل ١١٩٧/٤.

(٧) انظر: التنبيه ص ١٠٢، زاد المحتاج ٢١٠/٣.

(٨) انظر: الإنصاف ٦١/٨.

(٩) فقد نص الحنفية على أن المجنون الكبير يزوج كما يزوج الصغير. انظر: بدائع الصنائع ٢٤١، ٢٤٥/٢.

(١٠) انظر: التسهيل ١١٩٧/٤.

(١١) انظر: التنبيه ص ١٠٢، الروضة ٩٤/٧.

(١٢) انظر: الإنصاف ٦١/٨، الإقناع للحجاوي ٣٢٠/٣.

(١٣) انظر: المغني ٤١٥/٩.

(١٤) انظر: الروضة ٩٤/٧، غنية الفقيه ٤٢٥/٣-٤٢٦.

المبحث الخامس: تزويج الحاكم المجنونة الكبيرة

قال ابن القاص: ولا يقوم السلطان مقام الأب والجد في الصغيرين، قاله نصا، ويقوم مقامهما في المجنون والمجنونة إذا كانا كبيرين، قلته تخريجا^(١).
ما ذهب إليه ابن القاص من قيام السلطان مقام الأب والجد في تزويج المجنونة الكبيرة هو قول المالكية^(٢)، والأصح عند الشافعية^(٣)^(٤).

الأدلة:

١_ أن هذه الولاية ملحقة بولاية المال، فكان التزويج للحاكم بعد الأب والجد دون سائر العصبات^(٥).

٢_ أن نكاح المجنونة لدفع حاجة ظاهرة، فكانت إلى الحاكم، كدفع حاجة الجوع والعري^(٦).

المبحث السادس: تزويج ولي السيدة أمتها فيما إذا عتقت

قال ابن القاص: وولي السيدة في أمتها وليها، قاله نصا ما لم تعتق، فإن أعتقتها لم يزوجهما ولي سيدتها، قلته تخريجا^(٧).

وقد ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٨) والمالكية^(٩) والشافعية^(١٠) والحنابلة^(١١) إلى أن المرأة إذا عتقت أمتها فإن تزويج الأمة يكون لعصبتها من النسب ويقدمون على المعتق، فإن عدم عصبه الأمة من النسب، فقد اختلف العلماء فيمن يزوجهما على أربعة أقوال:

(١) انظر: التلخيص ص ٤٩٤.

(٢) انظر: التسهيل ١١٧١/٤.

(٣) وفي وجهه يزوجهما القريب. انظر: التنبيه ص ١٠٣، الروضة ٩٥/٧.

(٤) ومقتضى قول الحنفية تقديم سائر الأولياء على الحاكم، وبه قال الحنابلة. انظر: بدائع الصنائع

٢/٢٤٥، ٢٤١، الإنصاف ٦٠/٨.

(٥) انظر: الحاوي ٦٧/٩، المغني ٤١٣/٩.

(٦) انظر: المغني ٤١٣/٩.

(٧) انظر: التلخيص ص ٤٩٤، ونقل البغوي في التهذيب ٢٨١/٥، والرافعي في فتح العزيز ٥٤٧/٧،

والنووي في الروضة ٦١/٧ عن ابن القاص أنه يزوجهما السلطان.

(٨) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٥٢، رد المحتار ٤/١٩٢.

(٩) انظر: عقد الجواهر الثمينة ١٨/٢، الذخيرة ٤/٢٣١.

(١٠) انظر: البيان ١٦٣/٩، زاد المحتاج ٣/١٩٣.

(١١) انظر: المغني ٩/٣٧٢، الإقناع للحاوي ٣/٣٢٢.

القول الأول: يزوج الأمة المعتقة سيدتها، وبه قال الحنفية^(١)، والحنابلة في رواية^(٢).
القول الثاني: توكل المعتقة رجلاً يزوجه، وبه قال المالكية^(٣)، والحنابلة في رواية^(٤).
القول الثالث: يزوجه ولي السيدة، وهو الصحيح عند الشافعية^(٥)، والمذهب عند الحنابلة^(٦).

القول الرابع: يزوجه السلطان، وهو وجه عند الشافعية^(٧)، وخرّجه ابن القاص^(٨).

دليل أصحاب القول الأول:

أن المرأة إذا أعتقت أمتها ثبت لها عليها ولأولادها العتق، فجاز لها أن تلي عقد نكاحها كالمعتق^(٩).

ويناقش هذا الدليل بأنه قد ثبت شرعاً النهي عن تزويج المرأة للمرأة في قوله ﷺ: «لا تزوّج المرأة المرأة...» الحديث^(١٠).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٥٢، رد المحتار ٤/٢٢٧، ١٩٢.

(٢) انظر: الإنصاف ٨/٦٦.

(٣) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/١٨، الذخيرة ٤/٢٣١، التسهيل ٤/١١٨٠.

(٤) انظر: المغني ٩/٣٧٢.

(٥) وهذا فيما إذا كانت المعتقة حية، فلو كانت ميتة زوج أمتها من له الولاء من عصابات المعتقة.

انظر: التهذيب ٥/٢٨١، البيان ٩/١٦٣، فتح العزيز ٧/٥٤٧، الروضة ٧/٦١.

(٦) وقد نص الحنابلة على أن الابن يقدم على الأب لأن هذه الولاية ثبتت بمقتضى ولأولاد العتق.

انظر: المغني ٩/٣٧٢، ٣٦٠، الإنصاف ٨/٦٨، الإقناع للحجاوي ٣/٣٢٢، معونة أولي النهى ٧/٧٥.

(٧) انظر: فتح العزيز ٧/٥٤٧، الروضة ٧/٦١.

(٨) انظر: المصدرين السابقين.

(٩) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٥٢.

(١٠) رواه ابن ماجه في سننه ١/٦٠٥ رقم ١٨٨٢ كتاب النكاح / باب لا نكاح إلا بولي من حديث أبي

هريرة رضي الله عنه، والبيهقي في سننه ٧/١٧٧ رقم ١٣٦٣٢ كتاب النكاح / باب لا نكاح إلا بولي، وقد

جود إسناده ابن كثير في إرشاد الفقيه ٢/١٤٦، وصححه الألباني في الإرواء ٧/٢٤٨.

دليل أصحاب القول الثاني:

أن المرأة المعتقة عصبتها، وترثها بالتعصيب فأشبهت المعتق^(١).
ويناقش هذا الدليل بأن الشرع لم يثبت ولاية النكاح للمرأة على نفسها ولا على غيرها وأثبتها للرجل فافترقا.

أدلة أصحاب القول الثالث:

١- أن هذه ولاية لنكاح حرة، والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون إلى عصباتها، لأفهم الذين يعقلون عنها، ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدها، فكانوا أولياءها كما لو تعذر على المعتق تزويج معتقته لموت أو جنون^(٢).

٢- أن الولاية على الأمة المعتقة تبع للولاية على المعتقة فكانت لأولياء سيدها^(٣).

٣- أن ولي السيدة يلي نكاح أمتها قبل الإعتاق فكذلك يلي نكاحها بعد عتقها^(٤).

دليل أصحاب القول الرابع:

أن من له الولاء ليس له التزويج فكيف يزوج من يدلي به^(٥).
ويناقش هذا الدليل: بأن من له الولاء ليس له التزويج لنقصه بالأنوثة، فتنتقل ولاية التزويج إلى أقرب عصباتها عند عدم عصبه الأمة المعتقة.

الترجيح: يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث من أن ولي الأمة المعتقة إذا أعتقتها سيدها فإن أقرب أولياء السيدة يكون عقد نكاحها لما يلي:

١- قوة أدلة أصحاب القول الثالث.

٢- أن أدلة أصحاب الأقوال الأخرى لا تسلم من الاعتراضات فلا تقوى على مقابلة

أدلة أصحاب القول الثالث.

(١) انظر: المغني ٣٧٢/٩.

(٢) انظر: المغني ٣٧٢/٩.

(٣) انظر: فتح العزيز ٥٤٧/٧.

(٤) انظر: التهذيب ٢٨١/٥.

(٥) انظر: فتح العزيز ٥٤٧/٧.

الفصل الثاني: التغيرير بحرية أحد الزوجين

وفيه مبحثان

المبحث الأول: تغيرير المرأة بحرية الزوج

قال ابن القاص: وأربعة منها إلى المرأة توقعه^(١) دون الزوج والحاكم: إذا عتقت تحت عبد، أو غُرَّت بنسب فوجد الزوج دونه، أو غُرَّت بالحرية^(٢) فوجد الزوج عبداً. وفي الغرور قول آخر أن النكاح باطل، قاله في غرور النسب نصاً^(٣)، وقلته في غرور الحرية تخريجاً^(٤).

إذا تزوجت المرأة الرجل على أنه حر، فبان عبداً وكان نكاحه بإذن مولاه، ففي حكم النكاح قولان:

القول الأول: أن النكاح صحيح، وبه قال الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، والشافعية في الأظهر^(٧)، وهو قول الحنابلة^(٨).

القول الثاني: أن النكاح باطل، وهو قول للشافعية^(٩)، وهذا ما خرّجه ابن القاص.

(١) أي توقع الفراق بينها وبين الزوج.

(٢) في التلخيص ص ٥٠٦ غرته بالحرية والصواب ما أثبتته، ويدل على ذلك أن ابن القاص نص على أن المرأة توقع الفرقة دون الزوج والحاكم، ولا يتأتى هذا إلا إذا غرت بحرية الزوج فيكون لها الخيار فإن اختارت فراقه انفردت بإيقاع الفرقة كما نص على ذلك في الروضة ١٩٢/٧، أما إذا غرت هي الزوج بالحرية وكان قد شرطها أمة فلا تملك إيقاع الفرقة ويكون النكاح صحيحاً على الأظهر عند الشافعية ولا خيار للزوج لأنه أفضل مما شرط كما نص على ذلك السيوطي في شرح التنبيه ٦١٣/٢.

(٣) انظر: الأم ٨٣/٥.

(٤) انظر: التلخيص ص ٥٠٦.

(٥) انظر: البحر الرائق ٢٢٥/٣، مختصر اختلاف العلماء للحصص ٢٥٥/٢.

(٦) انظر: الذخيرة ٤٣٤/٤، التاج والإكليل ١٥١/٥.

(٧) انظر: البيان ٣١٤/٩، غنية الفقيه ٧٩٢/٣، الروضة ١٨٣/٧، شرح التنبيه للسيوطي ٦١٢/٢.

(٨) انظر: المغني ٤٤٨/٩.

(٩) انظر: التنبيه ص ١٠٦، فتح العزيز ١٤٤/٨.

أدلة أصحاب القول الأول:

- ١_ أن الخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع، مع أنه عرضة للفساد بالشروط الفاسدة، فأولى أن لا يوجب فساد النكاح، وهذا لأن المعقود فيهما جميعا عين معينة وأنها لا تتبدل بالخلف في الصفة^(١).
- ٢_ أنه معني لا يفتقر العقد إلى ذكره، ولو ذكره وكان كما شرط صح العقد، فإن ذكره وخرج بخلاف ما شرط لم يبطل العقد كالمهر^(٢).
- ٣_ أن تدليس العيوب في العقود يوجب الخيار ولا يوجب الفسخ، كالعيوب في البيع كذلك النكاح^(٣).
- ٤_ أن اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد، كما لو تزوج أمة على أنها حرة^(٤).

أدلة أصحاب القول الثاني:

- ١_ أن الصفة في عقد النكاح تجري مجرى العين في عقود المعاوضات، لجواز الاختصار عليها وإن لم يشاهد العين، وأنه لا يجوز في عقود المعاوضات الاختصار على صفة العين حتى تشاهد تلك العين، فافتضى أن يكون خلاف الصفة في النكاح جارٍ في إبطال النكاح مجرى خلاف العين في البيع في إبطال البيع^(٥).
- ٢_ أن إذن المرأة في نكاحه على هذه الصفة فتكون بخلافها، فجرى مجرى إذنها لوليها أن يزوجه من هو على هذه الصفة فيزوجها من هو على خلافها، ولو كان هكذا لكان النكاح باطلا، فكذلك في مسألتنا^(٦).

(١) انظر: فتح العزيز ١٤٤/٨.

(٢) انظر: الحاوي ١٤١/٩، البيان ٣١٤/٩.

(٣) انظر: الحاوي ١٤١/٩.

(٤) انظر: المغني ٤٤٨/٩.

(٥) انظر: الحاوي ١٤١/٩.

(٦) انظر: الحاوي ١٤١/٩.

٣_ أن الاعتماد في النكاح على الصفات والأسماء، كما أن الاعتماد في البيوع على المشاهدة، والخلف في عين المبيع يقتضي بطلانه، كذلك يبطل النكاح بالخلف في الصفة^(١).

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

١_ قولهم: إن تدليس العيوب في العقود يوجب الخيار ولا يوجب الفسخ، كذلك في النكاح.

يجاب عنه: أن التدليس في البيوع يوجب الخيار لورود الشرع به، وليس كذلك في النكاح.

٢_ قولهم: إن اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد، كما لو تزوج أمة على أنها حرة. يجاب عنه: أنه يمنع صحة العقد على قول^(٢).

مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

١_ قولهم: إن الصفة في عقد النكاح تجري مجرى العين في عقود المعاوضات، لجواز الاقتصار عليها وإن لم يشاهد العين، وأنه لا يجوز في عقود المعاوضات الاقتصار على صفة العين حتى تشاهد تلك العين، فافتضى أن يكون خلاف الصفة في النكاح جارٍ في إبطال النكاح مجرى خلاف العين في البيع في إبطال البيع.

يجاب عنه: أنه يجوز في عقود المعاوضات الاقتصار على صفة العين، لأن بيع الصفة نوعان: بيع عين معينة، مثل بعتك عبدي التركي ويذكر سائر صفاته، وبيع موصوف غير معين كبعتك عبدا تركيا ثم يستقصي صفات السلم^(٣)، فإذا وجد الخلف في الصفة ثبت له الخيار ولا يبطل البيع، فكذلك النكاح.

٢_ قولهم: إن إذن المرأة في نكاحه على هذه الصفة فتكون بخلافها، فجرى مجرى إذنها لوليها أن يزوجه من هو على هذه الصفة فيزوجها من هو على خلافها، ولو كان هكذا لكان النكاح باطلا، فكذلك في مسألتنا.

(١) انظر: البيان ٣١٣/٩، فتح العزيز ١٤٤/٨.

(٢) انظر: ص ٢٤٦.

(٣) انظر: المغني ٣٤/٦.

يجاب عنه: أنه إذا وجد الخلف في الصفة في هذه الحالة، فإن لها الخيار بين فسخ النكاح وبين إبقائه.

٣_ قولهم: إن الاعتماد في النكاح على الصفات والأسماء، كما أن الاعتماد في البيوع على المشاهدة، والخلف في عين المبيع يقتضي بطلانه، كذلك يبطل النكاح بالخلف في الصفة.

يجاب عنه: بأن الاعتماد في النكاح كما يكون بالأسماء والصفات، كذلك يكون بالتعيين والإشارة^(١)؛ وكذلك في البيوع كما يكون الاعتماد على المشاهدة يكون بالوصف كما تقدم^(٢).

الترجيح: بعد ذكر القولين في هذه المسألة مع الأدلة، وإيراد المناقشة على بعض أدلة كل قول، يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من صحة النكاح لما يلي:

١_ صحة ما استدل به أصحاب القول الأول، إذ إن الغرور بالحرية من قبيل خلف الصفة، فيثبت الخيار كما يثبت الخيار في البيع إذا وجد الخلف في الصفة.

٢_ أن القول بثبوت الخيار للمرأة يدفع الضرر عنها، فلا يتوجه إبطال عقد النكاح بعد صحته.

٣_ أن الرجل إذا غرّ بحرية المرأة ثبت له الخيار، فكذلك هاهنا.

(١) انظر: المغني ٩/٤٨١-٤٨٢.

(٢) انظر: ص ٢٤٤.

المبحث الثاني: تغيير الرجل بحرية الزوجة

قال ابن القاص: وثلاثة منها إلى الزوج دون المرأة والحاكم: فرقة الطلاق بلا علة، وفرقة غرور إذا غرّت زوجها بنسب أو حرية.

وفي الغرور قول آخر: لا خيار له لأن بيده طلاقها، قاله في غرور النسب نصاً^(١)، وقلته في غرور الحرية تخريجاً^(٢).

إذا تزوج الرجل امرأة على أنها حرة فبانت أمة، ففي صحة النكاح قولان كالتي قبلها^(٣)، وإنما يتصور القولان مع وجود أربعة شرائط:

الأول: أن يكون الزوج ممن يحل له نكاح الأمة، فإن لم يكن كذلك لم يصح النكاح قطعاً، وقد نص على هذا الشرط الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

الثاني: أن يكون الشرط في حال العقد فأما قبله أو بعده فلا يؤثر والنكاح جائز، وقد نص على هذا الشرط الشافعية^(٦) وبعض الحنابلة^(٧).

(١) انظر: الأم ٨٥/٣.

(٢) انظر: التلخيص ص ٥٠٦-٥٠٧.

(٣) أظهرهما الصحة عند الشافعية، وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة. انظر: الروضة ١٨٣/٧، مختصر اختلاف العلماء للحصص ٣٥٣/٢، عقد الجواهر الثمينة ٧٥/٢، المغني ٤٤٠/٩.

(٤) انظر: الحاوي ١٤٣/٩، الباب ص ٣١٠، التهذيب ٣٠٩/٥، البيان ٣١٥/٩، الروضة ١٨٤/٧.

(٥) انظر: المغني ٤٤٤/٩، الإنصاف ١٦٩/٨، معونة أولي النهى ١٧٦/٧.

(٦) انظر: الحاوي ١٤٣/٩، التهذيب ٣٠٧/٥، البيان ٣١٥/٩، الروضة ١٨٧/٧.

(٧) والصحيح من مذهب الحنابلة أن يكون قد شرط له أنها حرة مطلقاً. انظر: الإنصاف ١٧٢/٨، ١٦٩-١٧٣.

الثالث: أن يكون الغرور من جهة الأمة أو من وكيل السيد فأما إذا كان هذا الشرط من السيد فإنها تعتق، وقد نص على هذا الشرط الشافعية^(١) والحنابلة^(٢).

الرابع: أن يكون النكاح بإذن السيد، فإن لم يأذن فالنكاح فاسد، وقد نص على ذلك الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

إذا ثبت هذا ففي ثبوت الخيار للزوج قولان:

القول الأول: يثبت له الخيار، وبه قال الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، وهو المذهب عند الشافعية^(٧)، وبه قال الحنابلة^(٨).

القول الثاني: لا يثبت له الخيار، وهو قول للشافعية^(٩)، وهذا ما خرّجه ابن القاص.

أدلة أصحاب القول الأول:

١_ أن ما أوجب للزوجة خيار الفسخ أوجبه للزوج، كعيوب الجنون والجذام والبرص، وإن كان الطلاق بيده فكذلك في الغرور^(١٠).

٢_ أن هذا عقد عُرٌّ فيه أحد الزوجين بحرية الآخر فثبت فيه الخيار كالأخر^(١١).

٣_ أن الزوج يتضرر برق أولاده ونقصان استمتاعه، فثبت له الخيار^(١٢).

(١) انظر: الحاوي ١٤٣/٩، التهذيب ٣٠٩/٥، البيان ٣١٥/٩، الروضة ١٨٨/٧.

(٢) نص الحنابلة على أنه إن كان الغار السيد عتقت إذا أتى بلفظ الحرية، وزالت المسألة، وإن كان بغير

لفظ الحرية لم تعتق ولم يجب له شيء. انظر: الإنصاف ١٧٣/٨-١٧٤، معونة أولي النهى ١٧٧/٧-١٧٨.

(٣) انظر: الحاوي ١٤٣/٩، البيان ٣١٥/٩، الروضة ١٨٤/٧.

(٤) انظر: المغني ٤٤٤/٩.

(٥) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣٥٣/٢.

(٦) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٧٥/٢، الذخيرة ٤٣٤/٤، التاج والإكليل ١٥١/٥.

(٧) انظر: الباب ص ٣١٠، التنبيه ص ١٠٦، الروضة ١٨٥/٧.

(٨) انظر: الإنصاف ١٦٩/٨، معونة أولي النهى ١٧٧/٧.

(٩) انظر: الحاوي ١٤٥/٩، غنية الفقيه لابن يونس ٧٩٣/٣.

(١٠) انظر: الحاوي ١٤٥/٩.

(١١) انظر: معونة أولي النهى ١٧٧/٧.

(١٢) انظر: الحاوي ١٤٥/٩، شرح التنبيه للسيوطي ٦١٢/٢.

٤_ يثبت الخيار للزوج بخلف الصفة، كما يثبت الخيار للمشتري بخلف العين^(١).

أدلة أصحاب القول الثاني:

١_ لا يثبت الخيار للزوج، لأن الطلاق بيده ولا يلحقه من العار ما يلحقها^(٢).

٢_ أن الزوج لم يبحث عن حال الأمة فلا يثبت له الخيار لتفريطه^(٣).

مناقشة أصحاب القول الأول:

إثباتهم الخيار للزوج قياساً على ثبوت الخيار للزوجة.

يجاب عنه بوجود الفرق: وهو أن الزوج بيده الطلاق، فيحكم بصحة النكاح وعدم ثبوت الخيار، ثم إن شاء طلق وإن شاء أبقي عصمة النكاح، وهذا بخلاف المرأة.

مناقشة أصحاب القول الثاني:

١_ لا يثبت الخيار للزوج، لأن الطلاق بيده ولا يلحقه من العار ما يلحقها^(٤).

يجاب عنه: بأن هذا الاستدلال ضعيف، لأن الزوج يستفيد بالفسخ سقوط جميع الصداق إذا كان قبل الدخول^(٥).

٢_ قولهم: إن الزوج لم يبحث عن حال الأمة فلا يثبت له الخيار لتفريطه^(٦).

يجاب عنه: أنه يكتفى بالظاهر، فإذا كانت على خلاف ما ظهر له ثبت له الخيار.

الترجيح: يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من ثبوت الخيار للزوج فيما إذا غر بحرية الأمة لما يلي:

١_ أن الزوج يستفيد بإثبات الخيار له سقوط جميع الصداق.

٢_ أنه كما يثبت الخيار للزوجة إذا غرّت بحرية الزوج، فكذلك يثبت الخيار للزوج إذا غرّ بحرية الزوجة.

(١) انظر: غنية الفقيه لابن يونس ٧٩٣/٣.

(٢) انظر: التلخيص ص ٥٠٧، الحاوي ١٤٥/٩، غنية الفقيه لابن يونس ٧٩٣/٣.

(٣) انظر: المعاينة للجرجاني ص ٢٤٣.

(٤) انظر: التلخيص ص ٥٠٧، الحاوي ١٤٥/٩، غنية الفقيه لابن يونس ٧٩٣/٣.

(٥) انظر: غنية الفقيه لابن يونس ٧٩٣/٣، كفاية النبيه لابن الرفعة ٨/٥٤ل/ب، نهاية المحتاج ٣١٧/٦.

(٦) انظر: المعاينة للجرجاني ص ٢٤٣.

الفصل الثالث: كتاب الخلع والطلاق والرجعة

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: كتاب الخلع

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: قول الرجل لامرأته أنت طالق تطليقتين الأولى بغير شيء والثانية بألف قال ابن القاص: ولو قالت له: طلقني تطليقتين بألف درهم، فطلقها على ذلك تطليقتين أو ثلاثا، طلقت وله عليها مهر مثلها، وإن طلقها على ذلك تطليقة لم تطلق. وإن قال لها في ذلك: أنت طالق تطليقتين الأولى بغير شيء، والثانية بألف طلقت، ولا شيء له عليها.

وكذلك لو قال: أنت طالق تطليقتين، الأولى بألف والثانية بغير شيء، طلقت ولا شيء عليها. وكذلك لو قال: أنت طالق تطليقتين، إحداهما بألف والأخرى بغير شيء، طلقت، ولا شيء له عليها. قلتهن تخريجا^(١).

هذه الفروع الفقهية لم أقف عليها في كتب المذاهب الأربعة، وقد ذكر الشافعية فرعا فقهيا يمكن تخريج مسائل ابن القاص عليها.

فقد نص بعض الشافعية على أن المرأة إذا قالت لزوجها طلقني ثلاثا بألف، وهو يملك الثلاث، فقال أنت طالق واحدة بألف، وثنتين مجانا، أنه لا يجعل كلامه جوابا لها، لأنها سألت كل واحدة بثلاث الألف، وهو لم يرض إلا بالألف، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها كان مبتدئا، فإذا لم تقبل لا تقع الطلقة، وإذا لم تقع الواحدة وقع الأخريان رجعتين، وهذا ما استحسسه النووي^(٢).

فعلى هذا في مسألة ابن القاص إذا قالت له طلقني تطليقتين بألف، وهو يملك الطلقتين، فقال لها أنت طالق تطليقتين، الأولى بغير شيء، والثانية بألف، لا تقع الطلقة الثانية، لأنها سألت كل طلقة بنصف الألف، وهو لم يرض إلا بالألف، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها كان مبتدئا، فإذا لم تقبل لا تقع الطلقة، وتقع الأولى رجعية، وهذا موافق لما استحسسه النووي، إلا أن ابن القاص لم ينص على أنها رجعية.

المطلب الثاني: قول الرجل لامرأته أنت طالق تطليقتين الأولى بألف والثانية بغير شيء قال ابن القاص: وكذلك لو قال: أنت طالق تطليقتين، الأولى بألف والثانية بغير شيء، طلقت، ولا شيء عليها^(٣).

(١) انظر: التلخيص ص ٥١٢.

(٢) انظر: الروضة ٤٢٠/٧.

(٣) انظر: التلخيص ص ٥١٢.

ما ذهب إليه ابن القاص موافق لما استحسّنه النووي، فالأولى لا تقع، لأنها سألت كل طلاقه بنصف الألف، وهو لم يرض إلا بالألف، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها كان مبتدئا، فإذا لم تقبل لا تقع الطلقة، وإذا لم تقع الواحدة وقعت الأخرى رجعية.

المطلب الثالث: قول الرجل لامرأته أنت طالق تطليقتين إحداهما بألف والأخرى بغير شيء قال ابن القاص: وكذلك لو قال: أنت طالق تطليقتين إحداهما بألف والأخرى بغير شيء، طلقت ولا شيء له عليها؛ قلتن تخريجا^(١).

ما ذهب إليه ابن القاص موافق لما استحسّنه النووي، فالأولى لا تقع، لأنها سألت كل طلاقه بنصف الألف، وهو لم يرض إلا بالألف، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها كان مبتدئا، فإذا لم تقبل لا تقع الطلقة، وإذا لم تقع الواحدة وقعت الأخرى رجعية.

المطلب الرابع: رجل سألت زوجته الطلاق بألف في المجلس فطلقهما بعد القيام من المجلس قال ابن القاص: ولو سألتها أن يطلقهما بألف في المجلس، فطلقهما في المجلس لزمهما الطلاق، وفي المهر قولان:

أحدهما: أن الألف مقسوم على قدر مهرهما.
والآخر: على كل واحدة منهما مهر مثلها، فلم يوقع الطلاق إلا في المجلس.
ولو طلقهما بعد القيام من المجلس لزم الطلاق، ولا شيء عليهما، قلته تخريجا^(٢).
ما ذهب إليه ابن القاص هو قول الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^{(٥)(٦)}.

الأدلة:

- ١_ أن بالافتراق يبطل إيجابهما، فإذا طلقها بعد ذلك كان الطلاق واقعا بغير بدل^(٧).
- ٢_ أن قولهما طلقنا بألف في المجلس يجري مجرى المعاوضات، فيشترط أن يطلقها في مجلس التواجب على قاعدة المعاوضات^(٨).

(١) انظر: التلخيص ص ٥١٢.

(٢) انظر: التلخيص ص ٥١٣.

(٣) انظر: المبسوط ١٨٥/٦، البحر الرائق ١٤٥/٤.

(٤) انظر: التهذيب ٥٧٢/٥، البيان ٣٢/١٠، فتح العزيز ٤٠٧/٨.

(٥) انظر: الكافي لابن قدامة ٤١٢/٤.

(٦) نص المالكية على أن المرأة إذا قالت لزوجها: متى ما طلقني فلك ألف، لم يختص الجواب بالمجلس إلا أن يظهر من قرينة حالها ذلك. انظر: عقد الجواهر الثمينة ١٤٩/٢.

ولو قالت له: طلقني بألف، فهل تأخذ حكم ما لو قالت له: متى ما طلقني؛ لم أقف على نص المالكية في ذلك.

(٧) انظر: المبسوط ١٨٥/٦، البحر الرائق ١٤٥/٤.

(٨) انظر: التهذيب ٥٦٦/٥، فتح العزيز ٤٠٧/٨.

المبحث الثاني: كتاب الطلاق

وفيه أحد عشر مطلباً

المطلب الأول: التطليق بالإشارة

قال ابن القاص: وكنيات^(١) الطلاق^(٢) ثلاث: كلام يشبه الطلاق^(٣)، والكتابة^(٤)، والإشارة، قلته في الإشارة تخريجاً^(٥)، والباقي نصاً^(٦).
ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٧)، والمالكية^(٨)، والشافعية^(٩)، والحنابلة^(١٠)، إلى أن الإشارة معتبرة من الأخرس في وقوع الطلاق.

-
- (١) الكناية مأخوذة من قولهم كنوت الشيء وكنيته أي سترته، وهو اللفظ المحتمل شيئين فصاعداً، وكنيات الطلاق هو ما يشبه الطلاق وتدل على الفراق ويتوقف على النية.
انظر: التعريفات للجرجاني ص ١٨٧، غنية الفقيه لابن يونس ٩١٠/٣، تحرير التنبيه ص ٩٦-٩٧، كفاية الأخيار ١٥٥/٢.
- (٢) الطلاق مشتق من الإطلاق وهو الإرسال والترك، وشرعاً: اسم لحل قيد النكاح. انظر: تحرير التنبيه ص ١١١، كفاية الأخيار ١٥٥/٢.
- (٣) الكلام الذي يشبه الطلاق مثل قوله أنت خلية وبرية وبنة وبائن ونحو ذلك. انظر: اللباب ص ٣٢٧.
- (٤) الطلاق بالكتابة هو أن يكتب بخط يده طلاق زوجته. انظر: الحاوي ١٠/١٦٧.
- (٥) انظر: التلخيص ص ٥١٥.
- (٦) انظر: الأم ٥/٢٥٩.
- (٧) انظر: المبسوط ٦/٣، الهداية ١٠/٥٢٥.
- (٨) إذا احتفّ الطلاق بالإشارة من القرائن ما يقطع من عاينها بأنه فهم منها الطلاق فهي كالصريح في حق الأخرس فلا تفتقر إلى النية، وإن لم يقطع من عاينها بذلك فهي كالكناية الخفية فلا بد فيها من النية.
انظر: المدونة ٢/١٢٧، عقد الجواهر الثمينة ٢/١٦٧، حاشية الخرشى ٤/٤٨٩.
- (٩) وقد قال بعض الشافعية: إشارة الأخرس منقسمة إلى صريحة مغنية عن النية: وهي التي يفهم منها الطلاق كل واقف عليها، وإلى كناية مفتقرة إلى النية: وهي التي يفهم الطلاق بها المخصوص بالفطنة والذكاء. انظر: الحاوي ١٠/١٧١، البيان ١٠/١٠٨، الروضة ٨/٣٩، المنهاج ص ١٠٦، الأشباه للسيوطي ص ٣١٢.
- (١٠) الإشارة بالطلاق من الأخرس صريح فلو لم يفهمها إلا البعض فكناية. انظر: الإنصاف ٨/٤٧٥، الإقناع للحجاوي ٣/٤٧٢، منتهى الإرادات ٤/٢٤٤.

وأما القادر على النطق إذا أشار بالطلاق فقد اختلف العلماء في حكمه على قولين:

القول الأول: لا يصح طلاقه بالإشارة، وهو مقتضى قول الحنفية^(١)، والأصح عند الشافعية^(٢)، وهو قول الحنابلة^(٣).

القول الثاني: أنه كناية، وهذا قول المالكية^(٤)، والشافعية في وجه^(٥)، وخرّجه ابن القاص.

أدلة أصحاب القول الأول:

- ١_ أن الإشارة بالطلاق من القادر على النطق ليس من الأعلام الجارية فيما بينهم في فهم المراد، وإنما يستعمل خاصا، ولا حاجة به إلى الإشارة بخلاف الكتابة^(٦).
- ٢_ لا يصح طلاق القادر على النطق بالإشارة، كما لا يصح نكاحه^(٧).
- ٣_ أن عدول القادر على النطق بالطلاق إلى الإشارة، يفهم منه أنه غير قاصد للطلاق^(٨).
- ٤_ أن الإشارة بالطلاق من القادر على النطق لا تتبين منه حروف منظومة، فبقي مجرد قصد الإيقاع، وبهذا لا يقع شيء^(٩).
- ٥_ لا يقع الطلاق بالإشارة من الناطق، لأنه قادر على الكلام الذي هو بالطلاق أنخص^(١٠).

(١) انظر: المبسوط ١٤٤/٦/٣، الهداية ٤٢٥/١٠.

(٢) انظر: الحاوي ١٧١/١٠، المنهاج ص ١٠٦، الروضة ٤٠/٨، الأشباه للسيوطي ص ٣١٣.

(٣) انظر: المغني ٥٠٢/١٠، الإقناع للحجاوي ٤٧٢/٣.

(٤) انظر: عقد الجواهر الثمينة ١٦٧/٢، جامع الأمهات لابن الحاجب ص ٢٩٧.

(٥) انظر: التلخيص ص ٥١٥، الباب ص ٣٢٧، البيان ١٠٧/١٠-١٠٨، غنية الفقيه لابن يونس

٩١٦/٣، المنهاج ص ١٠٦، الروضة ٤٠/٨، الأشباه للسيوطي ص ٣١٣.

(٦) انظر: البيان ١٠٨/١٠.

(٧) انظر: المغني ٥٠٢/١٠.

(٨) انظر: زاد المحتاج ٣٦٤/٣.

(٩) انظر: المبسوط ١٤٤/٦/٣.

(١٠) انظر: الحاوي ١٧١/١٠.

أدلة أصحاب القول الثاني:

- ١_ أن الإشارة بالطلاق من القادر على النطق علّم يعلم به المراد فهو كالكتابة^(١).
 ٢_ أن الإشارة بالطلاق من القادر على النطق كناية، لأنه يحصل بها الإفهام في الجملة^(٢).

الترجيح: يترجح في نظري عدم وقوع الطلاق بالإشارة من القادر على النطق، لما يلي:

- ١_ قوة ما استدل به أصحاب القول الأول.
 ٢_ أن الأصل بقاء عقد النكاح، ولا يبطل إلا بما يزيله يقينا، كصرائح ألفاظ الطلاق، وكنائيات الطلاق، والإشارة بالطلاق من القادر على النطق ليس منها، فلا يقع الطلاق.
 ٣_ أن قياس الطلاق بالإشارة من القادر على النطق على الكتابة غير وارد، لأن الكتابة يفهم منها المقصود، بخلاف الإشارة من القادر على النطق فإنه قد لا يفهم المقصود منها فلا يقع الطلاق مع وجود الاحتمال.

المطلب الثاني: وقوع الطلاق بقول الزوج لزوجته أغناك الله

قال ابن القاص: ولو قال أغناك الله ونوى وقع، قلت في أغناك الله تخريجا^(٣).
 إذا قال الرجل لزوجته أغناك الله فهل هو كناية يقع به الطلاق مع النية أم لا؟ قولان في المسألة:

القول الأول: يقع به الطلاق، وبه قال الحنابلة^(٤)، وهو وجه عند الشافعية^(٥)، وخرجه ابن القاص.

(١) انظر: البيان ١٠/١٠٧.

(٢) انظر: زاد المحتاج ٣/٣٦٤.

(٣) انظر: التلخيص ص ٥١٦، ونقله عنه العمري في البيان ١٠/٩٤.

(٤) انظر: المغني ١٠/٣٧٠، الكافي لابن قدامة ٤/٤٤٤، الإنصاف ٨/٤٧٨.

(٥) انظر: البيان ١٠/٩٤، غنية الفقيه لابن يونس ٣/٩١٠، الروضة ٨/٢٧.

القول الثاني: ليس كناية فلا يقع به الطلاق، وهو مقتضى قول المالكية^(١)، وهو الأصح عند الشافعية^(٢).

دليل أصحاب القول الأول:

أن قوله أغناك الله يقع به الطلاق إذا نوى، لأنه يحتمل أغناك الله بالطلاق^(٣)، لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ﴾^(٤).

دليل أصحاب القول الثاني:

أن قول الزوج لزوجته أغناك الله لا يقع به الطلاق، لأن هذا دعاء لها، فهو كقوله: بارك الله فيك^(٥).

الراجح: يترجح في نظري والعلم عند الله تعالى؛ أن الزوج إذا قال لامرأته أغناك الله ولم يقصد به الطلاق فإنها لا تطلق، إذ إنه لم يعهد استعمال هذه اللفظة في الطلاق؛ أما إذا نوى به الطلاق فإنه تطلق كما تطلق بسائر ألفظ الكناية إذا نوى به الطلاق.

المطلب الثالث: قول الرجل لامرأته طلقي نفسك إن شئت ثلاثا فطلقته واحدة قال ابن القاص: ولو قال لامرأته طلقي نفسك إن شئت ثلاثا فطلقته واحدة، أو طلقي نفسك إن شئت واحدة فطلقت ثلاثا، فلا طلاق عليه فيهما، قلتها تخريجا^(٦). ما ذهب إليه ابن القاص من عدم وقوع الطلاق فيما إذا قال الرجل لامرأته طلقي نفسك إن شئت ثلاثا فطلقته واحدة، هو قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣).

(١) قال القاضي عبد الوهاب: ((وضرب ثالث من النطق: وهو ما ليس من ألفاظ الطلاق ولا محتملاته، مثل قوله: اسقني ماء باردا وما أشبه ذلك، فإذا ادعى أنه أراد به الطلاق فقليل: يكون طلاقا، وقيل لا يكون طلاقا)). وقد نقل عlish المالكي عن الباجوري الشافعي كنايات الطلاق، وذكر منها أغناك الله ولم يتعقبه بشيء.

انظر: المعونة ٨٤٨/٢، فتح العلي المالک ٧٠/٢.

(٢) انظر: البيان ٩٤/١٠، غنية الفقيه لابن يونس ٩١٠/٣، الروضة ٢٧/٨.

(٣) انظر: البيان ٩٤/١٠، المغني ٣٧٠/١٠، الكافي لابن قدامة ٤٤٤/٤.

(٤) سورة النساء آية ١٣٠.

(٥) انظر: البيان ٩٤/١٠.

(٦) انظر: التلخيص ص ٥١٦، ونقله عنه العمراني في البيان ٨٤/١٠، والنووي في الروضة ٥٣/٨.

الدليل:

أنه فوّض إليها الطلاق بشرط أن تشاء الثلاث، ولم توجد الصفة فلم يقع^(٤).

المطلب الرابع: قول الرجل لامرأته طلقي نفسك إن شئت واحدة فطلقتة ثلاثا ما ذهب إليه ابن القاص من عدم وقوع الطلاق فيما إذا قال الرجل لامرأته طلقي نفسك إن شئت واحدة فطلقتة ثلاثا، هو قول أبي حنيفة^(٥)، والشافعية^(٦)^(٧).

الدليل:

أنه فوّض إليها الطلاق بشرط أن تشاء واحدة، ولم توجد الصفة فلم يقع^(٨).

المطلب الخامس: قول الرجل لامرأته إن لم تخرجي الآن من هذا الماء فأنت طالق فلم تنزل واقفة

قال ابن القاص: وإن قال لها إن لم تخرجي الآن من هذا الماء فأنت طالق، فلم تنزل واقفة لم يحنث، قلت ذلك تخريجا^(٩).

=

(١) انظر: الهداية ١٠٣/٤، المبسوط ١٩٩/٦، بدائع الصنائع ٢٥/٣.

(٢) انظر: المدونة ٢٧٨/٢.

(٣) انظر: البيان ٨٤/١٠، الروضة ٥٣/٨.

(٤) انظر: المبسوط ١٩٩/٦، البيان ٨٤/١٠.

(٥) وذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني إلى وقوع طليقة واحدة في هذه الصورة، لأن مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة، كما أن إيقاعها إيقاع للواحدة فوجد الشرط. انظر: الهداية ١٠٣/٤، المبسوط

١٩٩/٦، بدائع الصنائع ٢٥/٣.

(٦) انظر: البيان ٨٤/١٠، الروضة ٥٣/٨.

(٧) وعند المالكية تقع طليقة واحدة. انظر: المدونة ٢٧٨/٢.

(٨) انظر: المبسوط ١٩٩/٦، فتح القدير ١٠٣/٤، البيان ٨٤/١٠.

(٩) انظر: التلخيص ص ٥١٨.

ما ذهب إليه ابن القاص هو مقتضى قول المالكية إذا نوى ذلك الماء بعينه^(١)، وقول الشافعية^(٢)، والحنابلة فيما إذا نوى ذلك الماء بعينه^(٣).

الدليل:

أن الإشارة وقعت إلى الماء الذي كانت فيه حال اليمين، وقد مضى بجريانه وهي واقفة في غيره^(٤).

(١) لم أقف على هذه المسألة في كتب المالكية إلا أنهم قد نصوا على أن الأصل في هذا الباب مراعاة نية الخالف فإن لم يكن فالبساط وهو السبب الحامل على اليمين، فإن لم يكن فالعرف القولي، فإن لم يكن فمقصد شرعي، فإن لم يكن فاللغة. انظر: الكافي لابن عبد البر ١/٥٢٢، القبس لابن العربي ٢/٦٧٤، عقد الجواهر الثمينة ١/٥٢٥، التسهيل ٤/١٠٦٤-١٠٦٥.

(٢) انظر: الحاوي ١٠/٢٩٩، التنبيه ص ١١٥، الروضة ٨/١٨٤.

(٣) انظر: الإنصاف ٩/١٢٣، الإقناع للحجاوي ٣/٥٣٨، منتهى الإرادات ٤/٣٢٧.

(٤) انظر: الحاوي ١٠/٢٩٩، غنية الفقيه ٣/٩٦٢، معونة أولي النهى ٧/٦٤٣.

المطلب السادس: إذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله بنصف الألف

قال ابن القاص: فإذا قال: أنت طالق لو شاء الله فلا طلاق، قاله نصا.

وكذلك لو قال: أنت طالق إذا شاء الله، ومتى شاء الله، فلا طلاق. قاله نصا.

ولو قال: أنت طالق إن شاء الله بنصف الألف، أو قال إذا شاء الله، أو ما شاء الله،

طلقت تطليقة، قلتهم تخريجا^(١).

هذه المسألة لم أقف عليها في كتب المذاهب بلفظ أنت طالق إن شاء الله بنصف

الألف، أو أنت طالق إن شاء الله مع ذكر أي عوض، وإنما ذكرت هذه المسألة بلفظ: إذا

قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله.

فإذا قال لامرأته: أنت طالق إن شاء الله، هل تطلق امرأته أم لا؟ قولان للعلماء:

القول الأول: لا يقع الطلاق، وبه قال الحنفية^(٢)، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، ورواية

عن الحنابلة^(٤).

القول الثاني: يقع الطلاق، وبه قال المالكية^(٥)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٦)، وقول

للشافعية^(٧).

أدلة أصحاب القول الأول:

١_ قوله ﷺ: «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد استثنى»^(٨).

(١) انظر: التلخيص ص ٥٢١.

(٢) واشترط الحنفية أن يكون الاستثناء متصلا بكلامه. انظر: الهداية ١٣٦/٤.

(٣) انظر: الروضة ٩٦/٨.

(٤) انظر: كتاب التمام ١٦٤/٢، المغني ٤٧٢/١٠، الإنصاف ١٠٤/٩.

(٥) انظر: الكافي لابن عبد البر ٥٨٠/٢، المعونة ٨٤٤/٢-٨٤٥.

(٦) انظر: كتاب التمام ١٦٤/٢، المغني ٤٧٢/١٠، الإنصاف ١٠٤/٩.

(٧) انظر: الروضة ٩٦/٨.

(٨) رواه أبو داود ٢٢٢/٣، رقم (٣٢٦١) واللفظ له، كتاب الأيمان والنذور/ باب الاستثناء في اليمين،

والترمذي ٩١/٤، رقم (١٥٣١) وحسنه، كتاب النذور والأيمان/ باب ما جاء في الاستثناء في اليمين،

والنسائي ٣١/٧، رقم (٣٨٣٧)، كتاب الأيمان والنذور/ باب الاستثناء، وابن ماجه ٦٨٠/١، رقم

(٢١٠٥)، كتاب الكفارات/ باب الاستثناء في اليمين. وصححه الألباني في إرواء الغليل ١٩٨/٨.

- وجه الدلالة: أن الحديث عام في الإيمان بالله وفي الطلاق والعتق^(١).
- ٢_ أنه طلاق علّقه على مشيئة لم يعلم وجودها، فلم يقع، كما لو علّقه على مشيئة زيد^(٢).
- ٣_ أنه طلاق علق بصفة صحيحة، فوجب أن لا يقع قبل وجودها، أصله إذا علّقه بدخول الدار^(٣).
- ٤_ أن اليمين ترتفع بمشيئة الله مع عظم حرمتها، فلأن يرتفع ما هو دونه في الحرمة كالطلاق المقرون بمشيئة الله أولى^(٤).

أدلة أصحاب القول الثاني:

- ١_ قوله عليه السلام: «من حلف بالله فقال إن شاء الله فقد استثنى»^(٥).
- وجه الدلالة: دل الحديث بمفهومه أن من حلف بغير الله أنه لا يحنث^(٦).
- ٢_ عن ابن عباس رضي الله عنه: قال: «إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فهي طالق»^(٧).

(١) انظر: الحاوي ٢٥٩/١٠.

(٢) انظر: الحاوي ٢٥٩/١٠، المغني ٤٧٢/١٠.

(٣) انظر: الحاوي ٢٥٩/١٠.

(٤) انظر: الحاوي ٢٥٩/١٠.

(٥) رواه بهذا اللفظ الروياني في مسنده ٤٢٥/٢، وقد تقدم تخريجه بمعناه في الصفحة السابقة.

(٦) انظر: الحاوي ٢٥٨/١٠.

(٧) رواه ابن حزم في المحلى ٢١٧/١٠، وضعفه الشيخ صالح آل الشيخ في التكميل ص ١٤١.

وقد ذكره موقوفاً على ابن عباس ابن قدامة في المغني ٤٧٢/١٠، وعزاه لأبي حفص، وقد روي مرفوعاً من طريق ابن عباس رواه البيهقي في السنن الكبرى ٥٩٣/٧ رقم (١٥١٢٣)، كتاب الخلع والطلاق/ باب الاستثناء في الطلاق والعتق والندور؛ وفيه: ((فلا شيء عليه))، فهو مخالف للموقوف. وضعفه ابن حجر في التلخيص الحبير ٢١٣/٣. وانظر إرواء الغليل ١٥٤/٧.

٣_ ما ورد عن ابن عمر وأبي سعيد أنهما قالاً: «كنا نحن معاشر أصحاب رسول الله ﷺ نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء، إلا في العتاق والطلاق»^(١)؛ وهذا نقل للإجماع، وإن قدّر أنه قول لبعضهم، فانتشر ولم يعرف له مخالف فكان إجماعاً^(٢).

٤_ أنه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح، كقوله أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً^(٣).

٥_ أنه استثناء حكم في محل، فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح^(٤).

٦_ أنه إزالة ملك، فلم يصح تعليقه على مشيئة الله، كما لو قال أبرأتك إن شاء الله^(٥).

٧_ أنه معلق بشرط يستحيل وجوده فوجب أن يتعجل وقوعه ويسقط شرطه، كما لو قال: أنت طالق إن صعدت السماء طلقت في الحال لاستحالة الشرط^(٦).

٨_ أن الله تعالى أجرى الطلاق على لسانه مشيئة منه لإيقاعه، فوجب أن يقع لوجود شرطه^(٧).

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

١_ قولهم: إن قوله ﷺ: «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد استثنى»، عام في الأيمان بالله وفي الطلاق والعتق^(٨).

يجاب عنه من وجهين:

الأول: بأن الطلاق إنشاء، وليس يمين حقيقة، وإن سمي بذلك فمجاز، لا تترك الحقيقة من أجله^(٩).

(١) رواه الجوزجاني بسنده كما نقله عنه ابن القيم. وسنده ضعيف. انظر: أعلام الموقعين ٤/٥٣.

(٢) انظر: المغني ١٠/٤٧٣.

(٣) انظر: المعونة ٢/٨٤٥، المغني ١٠/٤٧٣.

(٤) انظر: المغني ١٠/٤٧٣.

(٥) انظر: المغني ١٠/٤٧٣.

(٦) انظر: الحاوي ١٠/٢٥٨.

(٧) انظر: الحاوي ١٠/٢٥٨.

(٨) انظر: الحاوي ١٠/٢٥٩.

(٩) انظر: المغني ١٠/٤٧٣.

الثاني: أن الطلاق إنما سميّ يمينا إذا كان معلقا على شرط يمكن تركه وفعله، ومجرد قوله: أنت طالق، ليس بيمين حقيقة، ولا مجازا، فلم يمكن الاستثناء بغير يمين^(١).

٢_ قولهم: إنه طلاق علّقه على مشيئة لم يعلم وجودها، فلم يقع، كما لو علّقه على مشيئة زيد.

يجاب عنه: بأنه قد علمت مشيئة الله الطلاق بمباشرة الآدمي سببه، وإن سلّم أنها لا تعلم لكن قد علّقه على شرط يستحيل علمه، فيكون كتعليقه بالمستحيلات، يلغو ويقع الطلاق في الحال^(٢).

٣_ قولهم: إنه طلاق علق بصفة صحيحة، فوجب أن لا يقع قبل وجودها، أصله إذا علّقه بدخول الدار.

يجاب عنه: أن تعليق الطلاق بدخول الدار يمكن معرفته، فإذا حصل الدخول وقع الطلاق وإلا فلا، بخلاف التعليق بمشيئة الله فإنها لا تعلم^(٣).

٤_ قولهم: إن اليمين ترتفع بمشيئة الله مع عظم حرمتها، فلأن يرتفع ما هو دونه في الحرمة كالطلاق المقرون بمشيئة الله أولى.

يجاب عنه: أن الاستثناء معنى يحل اليمين المنعقدة كالكفارة، وقد ثبت أنه لا مدخل للكفارة في الطلاق فكذلك الاستثناء، ولأن الكفارة أقوى لأنها تؤثر متصلة ومنفصلة، والاستثناء لا يؤثر إلا متصلا، فإذا لم تعمل الكفارة في الطلاق فالاستثناء أولى^(٤).

مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

١_ قولهم: إن قوله ﷺ: «من حلف بالله فقال إن شاء الله فقد استثنى»؛ دل بمفهومه أن من حلف بغير الله أنه لا يحنث^(٥).

(١) انظر: المغني ٤٧٣/١٠.

(٢) انظر: المغني ٤٧٣/١٠.

(٣) انظر: أعلام الموقعين ٤٩/٤.

(٤) انظر: المعونة ٨٤٥/٢.

(٥) انظر: الحاوي ٢٥٨/١٠.

يجاب عنه: أن خبرنا أعم وأزيد، فكان قاضيا على الأخص الأنقص^(١).

٢_ استدلالهم بأثر ابن عباس وعبد الله بن عمر وأبي سعيد.

يجاب عنه: بأن أثر ابن عباس لم يصح، وكذا أثر ابن عمر وأبي سعيد؛ وقد تقدم بيانه^(٢).

٣_ قولهم: إنه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح، كقوله أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا.

يجاب عنه: أن الاستثناء لم يرفع حكم الطلاق بعد وقوعه، وإنما منع من انعقاده منجزا، بل انعقد معلقا، كقوله: أنت طالق إن شاء فلان^(٣).

٣_ قولهم: إنه استثناء حكم في محل، فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح.

يجاب عنه: أن البيع والنكاح لا يصح تعليقهما بالشرط، بخلاف الطلاق^(٤).

٤_ قولهم: إنه إزالة ملك، فلم يصح تعليقه على مشيئة الله، كما لو قال أبرأتك إن شاء الله.

يجاب عنه: أن الإبراء لا يصح تعليقه على الشرط مطلقا عندكم، سواء كان الشرط مشيئة الله أو غيرها، فلو قال: أبرأتك إن شاء زيد، لم يصح، ولو قال: أنت طالق إن شاء زيد صح^(٥).

٥_ قولهم: إنه معلق بشرط يستحيل وجوده فوجب أن يتعجل وقوعه ويسقط شرطه، كما لو قال: أنت طالق إن صعدت السماء طلقت في الحال لاستحالة الشرط.

يجاب عنه: بأنه ليس كذلك، بل هو تعليق على ما لنا سبيل إلى علمه، فإذا وقع في المستقبل علمنا وجود الشرط قطعا وأن الله قد شاءه^(٦).

٦_ قولهم: إن الله تعالى أجرى الطلاق على لسانه مشيئة منه لإيقاعه، فوجب أن يقع لوجود شرطه.

(١) انظر: الحاوي ٢٥٩/١٠.

(٢) انظر: ص ٢٥٨ حاشية (٧)، وص ٢٥٩ حاشية (١).

(٣) انظر: أعلام الموقعين ٥٤/٤.

(٤) انظر: أعلام الموقعين ٥٤/٤.

(٥) انظر: أعلام الموقعين ٥٤/٤.

(٦) انظر: أعلام الموقعين ٥٤/٤.

يجاب عنه: أنه دليل على إرادة إجرائه، وليس بدليل على إرادة إيقاعه^(١).

الراجح: بعد ذكر الأقوال مع أدلتها، والمناقشات الواردة على كل قول، يترجح في نظري والعلم عند الله أن المستثني في طلاقه إن قصد التحقيق والتأكيد وقع الطلاق، وإن قصد التعليق وعدم الوقوع في الحال لم يقع الطلاق.

قال ابن القيم: «وهو أنه إنما ينفعه الاستثناء إذا قصد التعليق وكان جاهلاً باستحالة العلم بمشيئة الله تعالى، فلو علم استحالة العلم بمشيئته تعالى لم ينعقد الاستثناء، والفرق بين علمه بالاستحالة وجهله بها، أنه إذا جهل استحالة العلم بالمشيئة فقد علّق الطلاق بما هو ممكن في ظنه فيصح تعليقه، وإذا لم يجهل استحالة العلم بالمشيئة فقد علّقه على محال يعلم استحالاته فلا يصح التعليق»^(٢).

المطلب السابع: إذا قال لامرأته أنت طالق إذ شاء الله أو ما شاء الله

قال ابن القاص: أو قال إذ شاء الله^(٣)، أو ما شاء الله طلقت تطليقة، قلتين تخريجا^(٤). ما ذهب إليه ابن القاص من أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق إذ شاء الله، أو ما شاء الله، أنها تطلق طلقة هو قول الشافعية^{(٥)(٦)}.

الدليل:

أن «إذ»، تستعمل للتعليل فتقع بها طلقة^(٧)، وتقع في قوله: أنت طالق ما شاء الله لأنها هي اليقين^(٨).

(١) انظر: الحاوي ٢٥٩/١٠.

(٢) انظر: أعلام الموقعين ٥٩/٤-٦٠.

(٣) جاء في التلخيص لابن القاص ص ٥٢١: إذا شاء الله، وذكر في الروضة ٩٦/٨ إذا شاء الله مرتين، في الأولى نفى وقوع الطلاق، ثم ذكرها في نفس الصفحة وأثبت وقوع الطلاق، ولعله خطأ مطبعي، والصواب إذ شاء الله، وهذا يعرف من التعليل الذي ذكره الشافعية.

(٤) انظر: التلخيص ص ٥٢١.

(٥) انظر: الروضة ٩٦/٨-٩٧.

(٦) وذهب الحنفية إلى أنها لا تطلق. انظر: البحر الرائق ٤/٤١.

(٧) انظر: مغني المحتاج ٣/٣١٩، ٣٠٢، حاشية الشرواني على التحفة ١٠/١١٨.

(٨) انظر: الروضة ٩٧/٨، مغني المحتاج ٣/٣١٩، ٣٠٢.

المطلب الثامن: إذا قال لامرأته أنت طالق إن لم يشأ الله، أو قال: أنت طالق إذا لم يشأ الله، أو متى لم يشأ الله

قال ابن القاص: ولكن لو قال: أنت طالق إن لم يشأ الله، أو قال: أنت طالق إذا لم يشأ الله، أو متى لم يشأ الله، لم يقع الطلاق. وفيه قول آخر: إذا قال: أنت طالق إن لم يشأ الله، وإذا لم يشأ الله، أو متى لم يشأ الله، أنه يقع الطلاق^(١).

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يقع الطلاق، وبه قال الحنفية^(٢)، وهو الصحيح عند الشافعية^(٣)، ووجهه عند الحنابلة^(٤).

القول الثاني: يقع الطلاق، وهو المذهب عند الحنابلة^(٥)، ووجهه للشافعية^(٦).

أدلة أصحاب القول الأول:

- ١_ أن قوله أنت طالق إن لم يشأ الله تعليق بعدم دخول الوقوع تحت مشيئة الله تعالى وذلك غير معلوم^(٧).
- ٢_ أن قوله أنت طالق إن لم يشأ الله استثناء في المعنى، وتعليق على المشيئة، والمعنى إن لم يشأ الله عدم طلاقك^(٨).

(١) انظر: التلخيص ص ٥٢١، ونقله عنه في الروضة ٩٨/٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٥٨/٣، البحر الرائق ٤٣/٤، رد المحتار ٣٧٠/٣.

(٣) انظر: الحاوي ٢٦٠/١٠، التنبيه ص ٢٤٥، الروضة ٩٨/٨.

(٤) انظر: الإنصاف ١٠٦/٩.

(٥) انظر: الكافي لابن قدامة ٤٩٥/٤، الإنصاف ١٠٥/٩، منار السبيل ٢٥١/٢.

(٦) انظر: الوسيط ٤١٨/٥، الروضة ٩٨/٨.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ١٥٨/٣، الحاوي ٢٦٠/١٠.

(٨) انظر: أعلام الموقعين ٤٨/٤.

دليل أصحاب القول الثاني:

أن الكلام تضمن أمرين: محالا، وممكنا، فالممكن التطليق، والمحال وقوعه على هذه الصفة، وهو إذا لم يشأ الله، فإن ما شاء الله وجب وقوعه، فيلغو هذا التقييد المستحيل، ويسلم أصل الطلاق فينفذ^(١).

الراجع: يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن الطلاق لا يقع لما يلي:

١_ لقوة ما استدلوا به، وأن هذا استثناء في المعنى.

٢_ أن هذا الطلاق لا يقع كما لا يقع الطلاق إذا قال لامرأته أنت طالق إن جمعت بين الضدين، لعدم وقوع شرطه^(٢).

المطلب التاسع: إذا قال لامرأته أنت طالق شاء الله أو لم يشأ

قال ابن القاص: ولو قال أنت طالق شاء الله، أو لم يشأ فهي طالق، قلتها تخريجا^(٣).

في هذه المسألة صورتان:

الأولى: أنت طالق شاء الله.

والثانية: أنت طالق لم يشأ الله.

فإذا كان كذلك فإنها تطلق، لعدم وجود التعليق.

ولم أقف على هذه المسألة في كتب المذاهب الأربعة.

المطلب العاشر: إذا قال لامرأته أنت طالق كلما لم أطلقك وكانت مدخولا بها

قال: ابن القاص: ولو قال: أنت طالق كلما لم أطلقك، طلقت مع السكوت ثلاثا

متتابعة إن كانت مدخولا بها، وإن كانت غير مدخول بها فتطليقة؛ قلته تخريجا^(٤).

(١) انظر: الكافي لابن قدامة ٤/٤٩٥، أعلام الموقعين ٤/٤٨.

(٢) انظر: أعلام الموقعين ٤/٤٨.

(٣) انظر: التلخيص ص ٥٢١.

(٤) انظر: التلخيص ص ٥٢١.

ما ذهب إليه ابن القاص من أن المدخول بها إذا قال لها زوجها أنت طالق كلما لم أطلقك أنها تطلق مع السكوت ثلاث طلاقات متتابعة، هو قول الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

الدليل:

أن كلما تقتضي التكرار، فيقتضي تكرار الصفة، والصفة عدم تطليقه لها، فإذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة، فيقع طلاق، وتتبعها الثانية والثالثة^(٤).

المطلب الحادي عشر: إذا قال لامرأته أنت طالق كلما لم أطلقك وكانت غير مدخول بها

قال: ابن القاص: ولو قال: أنت طالق كلما لم أطلقك، طلقت مع السكوت ثلاثا متتابعة إن كانت مدخولا بها، وإن كانت غير مدخول بها فتطليقة؛ قلته تخريجا^(٥).
ما ذهب إليه ابن القاص من أن غير المدخول بها إذا قال لها زوجها أنت طالق كلما لم أطلقك أنها تطلق واحدة، هو قول الحنفية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨).

الدليل:

أن غير المدخول بها بانء بالأولى، ولم يلزمها ما بعدها، لأن البائن لا يلحقها طلاق^(٩).

(١) انظر: المبسوط ١١٢/٦، فتح القدير ٣٠/٤.

(٢) انظر: الحاوي ٢١١/١٠، الروضة ١٣٤/٨.

(٣) انظر: المغني ٤٤٢/١٠، الإقناع للحجاوي ٥٠٧/٣.

(٤) انظر: الحاوي ٢١١/١٠، المغني ٤٤٢/١٠.

(٥) انظر: التلخيص ص ٥٢١.

(٦) انظر: المبسوط ١١٢/٦، فتح القدير ٣٠/٤.

(٧) انظر: الحاوي ٢١١/١٠، الروضة ١٣٤/٨.

(٨) انظر: المغني ٤٤٢/١٠، الإقناع للحجاوي ٥٠٧/٣.

(٩) انظر: الحاوي ٢١١/١٠، المغني ٤٤٣/١٠.

المبحث الثالث: الرجعة

وفيه مطلب واحد

دخول الإمساك في صريح الرجعة

قال ابن القاص: ولا تقع رجعة^(١) إلا بصريح أسمائها وهي ثلاثة: الرجعة، والإمساك والرد.

قال في ردّها إليّ، أو راجعتها، أو ارتجعتها نصاً^(٢)، وقلته في الإمساك تخريجاً^(٣).
ما ذهب إليه ابن القاص من أن لفظ الإمساك صريح في الرجعة هو قول الحنفية^(٤)،
والمالكية^(٥)، والشافعية في الأصح^(٦)، والحنابلة في الصحيح من المذهب^(٧).
الدليل: أن لفظ الإمساك صريح في حصول الرجعة لأنه ورد القرآن به^(٨) في قوله
تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٩).

(١) الرجعة في الشرع هي الرد إلى النكاح في العدة بعد طلاق غير بائن على وجه مخصوص.

انظر: كفاية الأخيار ٢/٢٠١، زاد المحتاج ٣/٤٢٥.

(٢) انظر: الأم ٥/٢٤٤.

(٣) انظر: التلخيص ص ٥٣١، ونقله عنه الروياني في بحر المذهب ١٠/٢٠٧، والرافعي في فتح العزيز ٩/١٧٢.

(٤) انظر: فتح القدير ٤/١٥٩.

(٥) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/٢٠٩.

(٦) والوجه الثاني عند الشافعية أن لفظ الإمساك كناية في الرجعة. انظر: الباب ص ٣٣٢، التهذيب ٦/١١٥، غنية الفقيه لابن يونس ٣/٩٨٧، الروضة ٨/٢١٥، المنهاج ص ١١١، كفاية الأخيار ٢/٢٠٢.

(٧) انظر: الكافي لابن قدامة ٤/٥١٩، الإنصاف ٩/١٥٠، معونة أولي النهى ٧/٦٦٠.

(٨) انظر: الحاوي ١٠/٣١٢، البيان ١٠/٢٤٨، المغني ١٠/٥٦١، شرح التنبيه للسيوطي ٢/٦٧٧.

(٩) سورة البقرة آية ٢٣١.

الفصل الرابع: كتاب الإيلاء والظهار

وفيه مبحثان

المبحث الأول: الإيلاء

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: الحلف على الامتناع من مجامعة الزوجة حتى تظهر علامة من علامات

الساعة الكبرى

قال ابن القاص: وإن أجهّم في الإيلاء^(١) أجلا مجهولا غير مؤبد يمكن أن يمضي قبل أربعة

أشهر بحال، فليس بمولي إلا في خمسة آجال:

أحدها: أن يقول والله لا أجامعك حتى يخرج الدجال.

والثاني: أن يقول حتى ينزل عيسى بن مريم.

والثالث: أن يقول حتى تخرج دابة الأرض.

والرابع: أن يقول حتى يخرج يأجوج ومأجوج.

والخامس: أن يقول حتى تطلع الشمس من مغربها.

قاله في خروج الدجال ونزول عيسى نصا^(٢)، وقلته في البواقي تخريجا^(٣).

(١) الإيلاء مأخوذ من الأليّة بتشديد الياء وهي اليمين.

وفي الشرع: الحلف على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر. انظر: غنية الفقيه ٩٩٥/٣، تحرير

التنبيه ص ١١٧، القاموس المحيط ص ١٦٢٧، كفاية الأخيار ٢٠٦/٢.

(٢) انظر: الأم ٤٤٦/٦.

(٣) انظر: التلخيص ص ٥٣٦.

ما ذهب إليه ابن القاص من أن الرجل إذا حلف لا يظأ امرأته حتى تخرج دابة الأرض، أو حتى يخرج يأجوج ومأجوج، أو حتى تطلع الشمس من مغربها، أنه يكون بذلك مولياً هو قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

الأدلة:

١_ أن الغالب أن لا يوجد ذلك في أربعة أشهر، فأشبهه ما لو قال: والله لا وطئت في نكاحي هذا^(٥).

٢_ أن هذه الأشياء لها علامات يتأخر عنها بأكثر من مدة الإيلاء على ما نطقت به الأخبار، فلا توجد هذه الغاية في مدة أربعة أشهر عادة، فلم تكن الغاية متصورة الوجود عادة، فلا يمكن قربانها من غير حنث يلزمه عادة فيكون مولياً^(٦).

٣_ أن هذه الألفاظ تذكر على إرادة التأييد في العرف، فصار كأنه قال والله لا أقربك أبداً فيكون مولياً^(٧).

المطلب الثاني: حنث المولي إذا فاء بلسانه

قال ابن القاص: ومتى أمرناه بالفيئة^(٨) ففاء، ومدة اليمين باقية، فقد حنث إلا في ثلاث مسائل:

إحداها: في معذور بلسان.

والثانية: إذا جن بعد الإيلاء فجامع.

(١) قال بذلك الحنفية استحساناً، والقياس عندهم لا يكون مولياً لتصور وجود الغاية في المدة ساعة فساعة، فيمكنه قربانها في المدة من غير شيء يلزمه. انظر: بدائع الصنائع ١٦٥/٣، فتح القدير ٢٠٣/٤.

(٢) وقد نص ابن شاس على نزول عيسى ابن مريم وخروج الدجال، ويقاس عليه بقية أشراف الساعة الكبرى. انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢١٩/٢.

(٣) انظر: الحاوي ٣٦٨/١٠، البيان ٢٩١/١، الروضة ٢٤٨/٨، مغني المحتاج ٤٥٢/٣.

(٤) انظر: المغني ١٢/١١، الإقناع للحجاوي ٥٧١/٣، معونة أولي النهى ٦٨٥/٧.

(٥) انظر: المغني ١٢/١١، غنية الفقيه ١٠٠٠/٣، معونة أولي النهى ٦٨٥/٧.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ١٦٥/٣.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ١٦٥/٣.

(٨) الفيئة في اللغة الرجوع، والمقصود بها هنا الوطء. انظر: تحرير التنبيه ص ١١٨.

والثالثة: أن يكره على الجماع حتى يجمع.

قاله في المجنون نصاً^(١)، وقلته في الباقي تحريجاً^(٢).

إذا آلى الرجل من امرأته، ثم طولب بالفيئة، وهو غير قادر على الجماع لمرض ونحوه، فإنه يطالب أن يفىء بلسانه، فإذا فاء بلسانه هل يحنث أو لا؟ ذهب ابن القاص إلى أنه لا يحنث، وبه قال الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤) والحنابلة^{(٥)(٦)}.

الدليل:

من فاء بلسانه لا يحنث وليس عليه كفارة، لأنه لم يفعل المحلوف عليه، وإنما وعد بفعله، فهو كمن عليه دين حلف أن يوفيه ثم أعسر به، فقال متى قدرت وفيت به^(٧).

المطلب الثالث: حنث المولي إذا أكره على الجماع

قال ابن القاص: ومتى أمرناه بالفيئة ففاء، ومدة اليمين باقية فقد حنث، إلا في ثلاث مسائل: إحداها: في معذور بلسان.

والثانية: إذا جن بعد الإيلاء فجامع.

والثالثة: أن يكره على الجماع حتى يجمع.

قاله في المجنون نصاً^(٨)، وقلته في الباقي تحريجاً^(٩).

(١) انظر: الأم ٤٥٤/٦.

(٢) انظر: التلخيص ص ٥٣٨.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٧٨، ١٧٤، فتح القدير ٤/٢٠٧، رد المحتار ٥/٧٢، ٦١.

(٤) انظر: الحاوي ١٠/٣٨٧، اللباب ص ٣٣٥.

(٥) انظر: المغني ١١/٤٥، الإقناع للحجاوي ٣/٥٨٠، حاشية المنتهى ٤/٣٥٠.

(٦) وذهب المالكية إلى أن المولي إذا وجد في حقه مانع من وطء زوجته فإنه يطالب بالفيئة بالوعد واللسان وتكفير اليمين إن كان مما يكفر قبل الحنث كالحلف بالله، وإن لم يكن مما يكفر قبل الحنث كطلاق فيه رجعة فيها أو في غيرها فالوعد بالوطء. انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٥٩٩، المعونة ٢/٨٨٧، عقد الجواهر الثمينة ٢/٢٢٢، حاشية الخرشي ٥/٢٣-٢٤، التاج والإكليل ٥/٤٢١.

(٧) انظر: المغني ١١/٤٥، معونة أولي النهى ٧/٦٩٥.

(٨) انظر: الأم ٤٥٤/٦.

(٩) انظر: التلخيص ص ٥٣٨.

إذا آلى الرجل من امرأته ثم أكره على الجماع فهل يحنث؟ ذهب ابن القاص إلى أنه لا يحنث، وهو قول المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)^(٤).

الدليل:

أن المولى إذا أكره على الجماع لا يحنث بوطئه لاختلال فعله^(٥).

-
- (١) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/٢٢٣، حاشية الخرشي ٥/٢١، الفواكه الدواني ٢/٥١.
 (٢) انظر: اللباب ص ٣٣٥، الروضة ٨/٢٥٧، مغني المحتاج ٣/٤٥٨.
 (٣) انظر: معونة أولي النهى ٧/٦٩٧، حاشية المنتهى ٤/٣٥٢.
 (٤) وذهب الحنفية إلى اعتبار فيئة المكروه على الوطء ووجوب الكفارة عليه. انظر: بدائع الصنائع ٧/١٨٦، الهداية ٩/٢٤٨، رد المختار ٩/١٩٠.
 (٥) انظر: الروضة ٨/٢٥٧، مغني المحتاج ٣/٤٥٨.

المبحث الثاني: الظهار

وفيه مطلبان

المطلب الأول: قول الرجل لامرأته أنت علي كشحم أُمي

قال ابن القاص: ولو قال كبدن أُمي، أو كشحم أُمي كان ظهاراً^(١)، قاله في البدن^(٢) والجسم^(٣)، قلته في الشحم تخريجاً^(٤).

لم أقف في كتب الشافعية التنصيص على قول الزوج لزوجته أنت علي كشحم أُمي هل يكون ظهاراً أم لا؟ وقد نص الشافعية في كتاب الطلاق: أن الرجل إذا قال لزوجته شحمك طالق، فإنها تطلق على الأصح^(٥)، وقد عللوا وقوع الطلاق بكون الشحم جزء من البدن وبه قوامه^(٦).

وقد نص الشافعي في الأم على أن التلذذ بكل أمه محرم عليه كتحريم التلذذ بظهرها^(٧). وبناء على هذين التعليين إذا قال الرجل لزوجته أنت علي كشحم أُمي، فإنه يكون ظهاراً عند الشافعية كما قال ابن القاص.

أما الحنفية فقد نصوا في باب الظهار، على أن الرجل إذا شبه زوجته بظهر أمه أو بعضو يحرم النظر إليه يكون ظهاراً، وإن لم يحرم النظر إليه كاليد والرجل لا يكون

(١) الظهار هو أن يقول الزوج لزوجته أنت علي كظهر أُمي وهو مأخوذ من الظهر، وخص الظهر بذلك لأنه محل الاستمتاع لأن الظهر موضع الركوب والمرأة مركوبة إذا غشيها الزوج وهو راكب أي مرتفع على مركوب فكأنه قال ركوبك علي حرام كركوب أُمي فإن أُمي لا تكون ظهراً أي موطوءة فكذا أنت فأقام الظهر مقام المركوب وأقام الركوب مقام الوطء. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٩٦/٣، تحرير التنبيه ص ١١٨.

(٢) انظر: الأم ٤٧٦/٦.

(٣) هكذا جاءت العبارة في التلخيص ص ٥٤٠ والصواب: قاله في البدن نصاً وقلته في الشحم تخريجاً، لأنه لم يأت في السياق ذكر الجسم، وقد نص الشافعي على البدن ولم يذكر الجسم.

(٤) انظر: التلخيص ص ٥٤٠.

(٥) انظر: الروضة ٦٤/٨.

(٦) انظر: فتح العزيز ٥٦٨/٨.

(٧) انظر: الأم ٤٧٦/٦.

ظهاراً^(١). وبناء على ما ذكره الحنفية إذا قال الرجل لزوجته أنت علي كشحم أمي، لا يكون ظهاراً لأنه لا يحرم النظر إلى شحم الأم.

وأما المالكية فقسموا لفظ الظهار إلى قسمين: صريح وكناية.

فالصريح ما تضمن ذكر الظهر من محرم من النساء، كقوله كظهر أمي أو أختي وغيرهما من النساء المحرمات عليه.

والكناية نوعان: ظاهرة: وهي ما تضمنت ذكر الظهر في غير المحرم، أو التشبيه بالمحرم من غير ذكر الظهر، كقوله أنت علي مثل أمي، أو حرام كأمي، أو مثل أمي، أو كفخذها، أو بعض أعضائها، أو أنت علي كظهر فلانة الأجنبية.

وخفية: وهي ما لا يقتضي الظهار بوجه، كقوله ادخلي الدار، أو اخرجي ونحو ذلك. أما الصريح فظهار، والكناية الظاهرة ظهار إلا أن يريد به التحريم، والكناية الخفية إن أراد به الظهار لزمه وإن لم يلزمه بها شيء^(٢).

وبناء على ما ذكره المالكية فإن قول الرجل لزوجته أنت علي كشحم أمي يكون من قبيل الكنايات الظاهرة، فيكون ظهاراً إلا أن يريد به التحريم فتكون عليه حراماً.

أما الحنابلة فقد نصوا على أن الرجل إذا شبه زوجته بظهر أمه، أو بدنها، أو رأسها، أو يدها، وبأي عضو من أعضاء أمه فإنه يكون مظاهراً، ولو قال كشعر أمي أو سننها أو ظفرها لم يكن مظاهراً، لأنها ليست من أعضاء الأم الثابتة، ولا يقع الطلاق بإضافته إليها فكذلك الظهار؛ وإن قال كريق أمي أو دمعها أو عرقها لم يكن ظهاراً، لأنها ليست من جسمها، وإنما هذه فضلات تخرج من الجسم، فهو كلبنها والحمل المودع فيها^(٣).

وبناء على ما قاله الحنابلة فإن قول الرجل لزوجته أنت علي كشحم أمي يكون ظهاراً لأمرين:

الأول: أن قول الرجل لامرأته أنت علي كبدن أمي يكون ظهاراً، والشحم جزء من البدن، فيكون قوله لها أنت علي كشحم أمي ظهاراً.

(١) انظر: البناية شرح الهداية ٣٢٨/٥، البحر الرائق ٤/١٦٤، ١٦١، رد المحتار ١٢٨/٥.

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/٢٢٦-٢٢٧.

(٣) انظر: المغني ١٠/٥١٣، ١١/٦٥، الإقناع للحجاوي ٣/٥٨٣.

ثانيا: أن قول الرجل لامرأته أنت كريق أُمي، أو دمعها، أو عرقها لا يكون ظهارا، لأنها ليست من جسم الأم، أما شحمها فهو من جسمها فيكون ظهارا. وبناء على ما تقدم؛ فإن قول الرجل لامرأته أنت علي كشحم أُمي يكون ظهارا، وهو مقتضى قول المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)^(٤).

الدليل:

إذا قال لامرأته أنت علي كشحم أُمي فهو ظهار، كما إذا قال أنت علي كظهر أُمي، لأن كلا منهما جزء من البدن^(٥).

المطلب الثاني: عجز المظاهر عن التكفير

قال ابن القاص: والعتق الثاني: عتق الظهار، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا مثل الجامع في شهر رمضان سواء، فإن لم يجد لم يحل وطؤها حتى يجد قولاً واحداً، قلته تخريجا^(٦).

ما ذهب إليه ابن القاص من أن المظاهر إذا عجز عن خصال الكفارة كلها، لا يحل له وطء زوجته حتى يكفر هو قول الحنفية^(٧)، والمالكية^(٨)، والشافعية^(٩)، والحنابلة^(١٠).

(١) إلا أن يريد به التحريم فلا يكون ظهارا. انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/٢٢٦-٢٢٧.

(٢) انظر: فتح العزيز ٥٦٨/٨، الروضة ٦٤/٨.

(٣) انظر: المغني ٥١٣/١٠، ٦٥/١١، الإقناع للحجاوي ٥٨٣/٣.

(٤) ومقتضى قول الحنفية لا يكون ظهارا. انظر: البناية شرح الهداية ٣٢٨/٥، البحر الرائق ١٢٤/٤، ١٦١، رد المختار ١٢٨/٥.

(٥) انظر: التلخيص ص ٥٤٠.

(٦) انظر: التلخيص ص ٢٣٨، ونقله عنه الغزالي في الوسيط ٥٥٠/٢.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٢٣٤/٣.

(٨) شرح زروق على الرسالة ٧٧/٢، حاشية الخرشي ٤١/٥.

(٩) انظر: فتح العزيز ٣٣١/٩، العباب ١٥٧٣/٤، مغني المحتاج ٤٧٩/٣، فيض الإله ٤٥٧/٢.

(١٠) انظر: الإنصاف ٣٢٣/٣.

الأدلة:

١_ قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ الآية^(١).

وجه الدلالة: أن الظاهر من الآية حرمة الاستمتاع من المظاهر منها ولو عجز عن كل أنواع الكفارة^(٢).

٢_ حديث خولة^(٣) عندما ظاهر منها زوجها وفيه: «يعتق رقبة، فقلت لا يجد، قال فيصوم شهرين متتابعين، فقلت يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال: فليطعم ستين مسكينا، قلت: ما عنده من شيء يتصدق به، قال: فأني سأعينه بعرق من تمر...» الحديث^(٤).

وجه الدلالة: أمره أن يكفر بما دفعه إليه مع إخباره بعجزه فدل على أنها باقية في الذمة حينئذ^(٥).

(١) الآية ٣-٤ من سورة المجادلة.

(٢) انظر: حاشية الخرشي ٤١/٥.

(٣) هي خولة بنت ثعلبة بن أصرم الأنصارية الخزرجية، وقيل خويلة - بالتصغير - زوجها أوس بن الصامت الذي ظاهر، ونزلت في شأنهما صدر سورة المجادلة، وأدركت خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

انظر ترجمتها في: الإصابة ٢٨٩/٤، تهذيب التهذيب ٣٦٥/١٢.

(٤) رواه أبو داود ٢٧٣/٢، رقم (٢٢١٤)، كتاب الطلاق/ باب في الظهار، وأحمد في المسند ٤١٠/٦.

قال ابن كثير في إرشاد الفقيه ٢٠٧/٢: إسناده مشهور وله طرق تقويه.

(٥) انظر: فيض الإله ٤٥٧/٢.

الفصل الخامس: كتاب اللعان والقذف

وفيه مبحثان

المبحث الأول: اللعان

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: قذف الزوجة بالزنا وهي مجنونة

قال ابن القاص: ولا لعان^(١) إلا بقذف موجب للحد، إلا في موضعين:

أحدهما: أن يقذف امرأته وهي كافرة.

والثاني: أن تكون أمة.

وقال في الأمالي^(٢): وكذلك لو قال: إنها زنت مكرهة.

وكذلك لو قال: زنت وهي مجنونة، قلته تخريجا^(٣).

ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧)، إلى أن

الرجل إذا قذف زوجته بالزنا وهي مجنونة، فإنه لا حد عليه ويعزر.

فعلى هذا؛ هل له أن يلاعن؟

(١) اللعان مشتق من اللعن وهو الطرد والإبعاد. انظر: القاموس المحيط ص ١٥٨٨.

وشرعا: كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به أو إلى نفسي

ولد. انظر: زاد المحتاج ٤٧١/٣.

(٢) الأمالي هي من كتب الشافعي على المذهب القديم. انظر: طبقات الفقهاء لابن هداية الله ص ٢٨٥.

(٣) انظر: التلخيص ص ٥٤٤.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء ٢٢٠/٢، بدائع الصنائع ٢٤٤/٣، الهداية ٢٨٣/٤.

(٥) ولم ينص المالكية على التعزير. انظر: الكافي لابن عبد البر ١٠٧٥/٢، المعونة ١٤٠٢/٣.

(٦) وقد نص الشافعية على وجوب التعزير. انظر: الحاوي ٢٥/١١، الروضة ٣٤٩/٨.

(٧) وقد نص الحنابلة على أنه يعزر. انظر: المقنع لابن قدامة ٢٥٨/٣، الإقناع للحجاوي ٦٠٤/٣.

إن كان هناك ولد فله أن ينفيه باللعان قطعاً عند الشافعية^(١)، والحنابلة في رواية^(٢)^(٣).
أما إذا لم يكن هناك ولد يريد أن ينفيه باللعان فقد ذهب ابن القاص إلى مشروعية ذلك، وهذا اللعان شرع لإسقاط التعزير، وبه قال الشافعية^(٤)^(٥).

الدليل:

أن الزوج إذا ملك إسقاط الحد الكامل باللعان، فإسقاط التعزير الذي هو دونه أولى^(٦).

المطلب الثاني: إيقاع فرقة اللعان عند الحاكم

قال ابن القاص: فواحد منها إن أراد الزوجان إيقاعه لم يقع إلا عند الحاكم وهو اللعان، قلته تخريجاً^(٧).

ما ذهب إليه ابن القاص من أن فرقة اللعان لا تقع إلا عند الحاكم، هو قول الحنفية^(٨) والمالكية^(٩) والشافعية^(١٠) والحنابلة^(١١).

الأدلة:

- (١) انظر: الحاوي ٢٥/١١، الروضة ٣٣٤/٨.
- (٢) والأصح عند الحنابلة أن الولد يلحقه ولا يلاعن. انظر: الإنصاف ٢٤٦/٩، الإقناع للحجاوي ٦٠٥/٣، معونة أولى النهي ٧٤٥/٧.
- (٣) أما الحنفية فقد نصوا على أنه لا حد ولا لعان لأن هذا ليس بقذف صحيح، فعلى هذا لا يلاعن عندهم لنفي الولد. انظر: تحفة الفقهاء ٢٢٠/٢، بدائع الصنائع ٢٤٤/٣.
- (٤) انظر: الحاوي ٢٦/١١، الباب ص ٣٣٩، الروضة ٣٤٩/٨، ٣٣٣-٣٥٠.
- (٥) وذهب إلى عدم مشروعية اللعان الحنفية، وهو مقتضى قول المالكية، وبه قال الحنابلة.
- انظر: تحفة الفقهاء ٢٢٠/٢، الهداية ٢٩٢/٤، ٢٨٣، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٧٨٠/٢، المقنع لابن قدامة ٢٥٨/٣، الإقناع للحجاوي ٦٠٥/٣، ٦٠٤.
- (٦) انظر: المغني ١٣٧/١١.
- (٧) انظر: التلخيص ص ٥٠٦.
- (٨) انظر: بدائع الصنائع ٢٤٣/٣.
- (٩) انظر: الكافي لابن عبد البر ٦١٤/٢، عقد الجواهر الثمينة ٢٤٧/٢.
- (١٠) انظر: الحاوي ٤٤/١١، بحر المذهب ٣٧٥/١٠، الروضة ٣٥٥/٨، الأشباه للسيوطي ص ٢٩٠.
- (١١) انظر: المغني ١١٧٩/١١، ١٧٤، الإقناع للحجاوي ٥٩٩/٣.

١_ أن عويمر العجلاني^(١) لاعن زوجته بمحضر النبي ﷺ^(٢)، وكذلك هلال بن أمية^(٣) لاعن زوجته بمحضر النبي ﷺ^(٤).

٢_ أن اللعان إما يمين^(٥)، وإما شهادة^(٦)، وأيهما كان فمن شرطه الحاكم^(٧).

المطلب الثالث: تحكيم رجل في إيقاع فرقة اللعان

قال ابن القاص: وإذا تحاكما في ذلك إلى رجل فتلاعنا عنده ففي وقوع الفراق قولان: أحدهما: أنه واقع.

والآخر: أنه غير واقع؛ قلته تخريجاً^(٨).

(١) هو عويمر بن الحارث العجلاني الأنصاري، وقيل عويمر بن أبيض لم يذكروا في ترجمته غير قصة اللعان. انظر: تهذيب الأسماء للنووي ٤١/٢، الإصابة ٤٥/٣.

(٢) رواه البخاري ١٦٢/٣، كتاب التفسير، باب {والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين}، ورواه مسلم ١١٢٩/٢ رقم ١٤٩٢ كتاب اللعان.

(٣) هو هلال بن أمية بن عامر الأنصاري الواقفي شهد بدرا وأحدا وما بعدها من الغزوات، وكان قديماً للإسلام، وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم في تخلفهم عن غزوة تبوك. انظر: تهذيب الأسماء للنووي ١٣٩/٢، الإصابة ٥٧٤/٣.

(٤) رواه البخاري ١٦٢/٣ من حديث ابن عباس رضيه الله عنه كتاب التفسير، باب ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، ورواه مسلم من حديث أنس بن مالك ١١٣٤/٢، رقم ١٤٩٦ كتاب اللعان.

(٥) اللعان يمين عند المالكية والشافعية ورواية عن الحنابلة. انظر: المعونة ٨٩٩/٢، الحاوي ٤٤/١١، الإنصاف ٢٣٩/٩.

(٦) اللعان شهادة عند الحنفية ورواية عن الحنابلة. انظر: تحفة الفقهاء ٢١٧/٢، الإنصاف ٢٣٩/٩.

(٧) انظر: الحاوي ٤٤/١١، بحر المذهب ٣٧٥/١٠، المغني ١٧٤/١١.

(٨) انظر: التلخيص ص ٥٠٦.

ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) إلى اشتراط أهلية الرجل المحكّم للقضاء حتى تقع فرقة اللعان بين الزوجين. فعلى هذا إذا حكّم رجلا في اللعان ففي ووقوع الفراق قولان: القول الأول: لا يقع الفراق، وبه قال المالكية^(٥)، وهو قول للشافعية^(٦)، ورواية عن الحنابلة^(٧)، وهذا ما خرّجه ابن القاص. القول الثاني: يقع الفراق، وبه قال الحنفية^(٨)، والشافعية في الأظهر^(٩)، والحنابلة في المذهب^(١٠).

أدلة أصحاب القول الأول:

- ١_ أن هذا حق يختص الولاية به، فلا يقوم المحكّم مقامه^(١١).
- ٢_ أن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد، فلم يجز بغير الحاكم كالحّد^(١٢).

(١) انظر: الهداية ٣١٦/٧.

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة ١٠٣/٣.

(٣) انظر: الروضة ١٢٢/١١.

(٤) انظر: الإنصاف ١٩٧/١١.

(٥) فلو خالف وحكّم فإن حكمه يمضي ما لم يكن جورا بينا. انظر: عقد الجواهر الثمينة ١٠٢/٣، جامع الأمهات لابن الحاجب ص ٤٦٣.

(٦) وهذا القول صححه السيوطي. انظر: الحاوي ٣٢٦/١١، فتح العزيز ٤٠٣/٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٠.

(٧) وهذه الرواية صححها ابن قدامة. انظر: المغني ١٧٤/١١، الإنصاف ١٩٨/١١.

(٨) انظر: الهداية ٣١٨/٧، بدائع الصنائع ٣/٧.

(٩) انظر: الروضة ١٢١/١١، المنهاج ص ١٤٨.

(١٠) انظر: الإنصاف ١٩٨/١١، الإقناع للحجاوي ٤٠٨/٤.

(١١) انظر: الحاوي ٣٢٦/١٦.

(١٢) انظر: المغني ١٧٤/١١.

٣_ لا يجوز التحكيم في اللعان لأنه لا يقع بالتراضي، ولا يقف على التراضي، ولا يصح فيه العفو والإبراء كالحُدود^(١).

٤_ أن الحق في اللعان قد يتعلق بثالث وهو الولد، فلا يؤثر رضاهما بتحكيم رجل في حقه^(٢).

أدلة أصحاب القول الثاني:

١_ يجوز التحكيم في اللعان، كما يجوز التحكيم في المال^(٣).

٢_ يجوز التحكيم في اللعان لوقوفه على رضى المتحاكمين^(٤).

الراجح: يترجح في نظري والعلم عند الله أن فرقة اللعان لا تقع إلا عند الحاكم أو نائبه، لما يلي:

١_ قوة أدلة أصحاب القول الأول.

٢_ أن فرقة اللعان وقعت بمحضر النبي ﷺ.

٣_ لا يصح قياس جواز التحكيم في فرقة اللعان على جواز التحكيم في المال، نظراً لما يترتب على فرقة اللعان من أحكام؛ منها التفريق الأبدي بين الزوجين، وانقطاع نسب الولد من جهة الأب وإحاقه بأمه، فيقتضي الأمر أن لا تقع إلا بحضور الحاكم أو نائبه.

(١) انظر: الحاوي ١١/١٣٤.

(٢) انظر: فتح العزيز ٩/٤٠٣.

(٣) انظر: الحاوي ١١/١٣٤، فتح العزيز ٩/٤٠٣، زاد المحتاج ٤/٥٢٠.

(٤) انظر: الحاوي ١٦/٣٢٦.

المبحث الثاني: القذف

قال ابن القاص: وإذا صدقه المقذوف سقط الحدّ عن القاذف إلا في واحد: أن يقول لامرأته يا زانية، فتقول: إنما زنيت بك.

ولو قالت ذلك أجنبية حدّت دونه حدّين، حدّ زنى مائة، وحدّ قذف ثمانون. وإن رجعت عما قالت فقالت: كذبت، حدّت ثمانين، وإن قالت: ما قلت، حدّت الحدّين جميعاً، قلته في الأجنبية تخريجاً^(١).

في هذه الجملة الذي ذكرها ابن القاص ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: إذا قال الرجل لامرأة أجنبية يا زانية، فقالت له: إنما زنيت بك. ذهب ابن القاص إلى أن الرجل إذا قال لامرأة أجنبية يا زانية، فقالت له بك زنيت، فإنها تحدّ حدّين؛ حدّ الزنا، وحدّ القذف، وبهذا قال المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)^(٤).

الدليل:

أن قولها زنيت بك تصديق له فيسقط حقها، وتحدّ للرجل لأنها قاذفة له، وبإقرارها الزنا وجب عليه حدّ الزنا^(٥).

المطلب الثاني: رجوع الأجنبية عن قولها زنيت بك

ذهب ابن القاص إلى أن الأجنبية إذا رجعت عن قولها زنيت بك، أنها تحدّ حدّ القذف فقط، وهو قول المالكية^(٦).

الدليل: أن زناها ثبت بإقرارها فصح الرجوع عنه، ولا يصح الرجوع بقذف الزوج فتحدّ له حدّ القذف.

(١) انظر: التلخيص ص ٥٤٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٣٠٤/٦، التاج والإكليل ٣٠٤/٦.

(٣) نص النووي على أن الأجنبية كالزوجة في هذه المسألة. انظر: الروضة ٣١٣/٨-٣١٤.

(٤) وذهب الحنفية إلى أن الأجنبية تحدّ حدّ القذف، ولا يُحدّ الرجل لأنها صدّفته بقولها زنيت بك فصارت قاذفة للرجل. انظر: المبسوط ١١٩/٩، بدائع الصنائع ٤٣/٧.

(٥) انظر: التاج والإكليل ٣٠٤/٦، الروضة ٣١٣/٨.

(٦) انظر: مواهب الجليل ٣٠٤/٦.

المطلب الثالث: نفي الأجنبية قولها زنت بك

ذهب ابن القاص إلى أن الأجنبية إذا قالت ما قلت، ألها تحدّ حدّين. وقد ذكر النووي أن الأجنبية كالزوجة في حكم هذه المسألة، فقال: «ومقتضى ما ذكرناه من إرادة نفي الزنا عنه وعنهما، أن تكون الأجنبية كالزوجة»^(١). وقال في حكم الزوجة: «فإن قالت أردت أني لم أزن لأنه لم يجامعني غيره، ولا جامعني هو إلا في النكاح، فإن كان ذلك زنا فهو زان أيضا، أو قالت: أردت أني لم أزن كما لم يزن هو، فليست قاذفة فتصدّق بيمينها، فإذا حلفت فلا حدّ عليها، وعليه حدّ القذف، وإن نكلت حلف واستحق حدّ القذف»^(٢). وهذا التفصيل لم يذكره ابن القاص.

(١) انظر: الروضة ٣١٤/٨.

(٢) انظر: الروضة ٣١٤/٨.

الفصل السادس: كتاب الرضاع والنفقات والحضانة

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: الرضاع

تحريم لبن امرأة لم يدخل بها زوجها

قال ابن القاص: وأما الأربعة التي تحرم على المرأة دون الرجل فلبن الزنا^(١)، ولبن امرأة بكر، أو بنت لم تتزوج^(٢)، ولبن الملاءنة^(٣)، ولبن امرأة لم يدخل بها زوجها. قلت في اللاتي لم يدخل بها زوجها تخريجا^(٤)، والباقي منصوص. ذهب ابن القاص إلى أن المرأة إذا كانت متزوجة ولم يدخل بها زوجها، فأرضعت بلبنها ولدا فإن ذلك الولد يحرم على المرأة دون الرجل.

وهذه المسألة لها حالتان:

الحالة الأولى: أن تتزوج المرأة وينزل لها لبن دون أن يدخل بها زوجها، ولم تكن ذات زوج قبل ذلك، فترضع بذلك اللبن صبيا.

الحالة الثانية: أن يكون لها لبن من زوج طلقها، فتتزوج بعد العدة بزواج آخر فترضع بلبنها صبيا.

أما الحالة الأولى فقد نص الحنفية على أن البكر إذا نزل لها لبن فأرضعت به صبيا فإن الصبي يكون ابنا لها^(٥)، كما أن الحنفية نصوا على أن المرأة إذا كانت متزوجة فأرضعت صبيا فإن الصبي يكون ابنا للمرضعة ولا يكون ابنا لزوجها حتى تلد منه^(٦).

(١) انظر: الأم ١٠٠/٢/٥، مختصر المزني ص ٣٠٢.

(٢) انظر: الأم ١٠١/٢/٥.

(٣) انظر: الأم ١٠٢/٢/٥، مختصر المزني ص ٣٠٢.

(٤) انظر: التلخيص ص ٥٥٢.

(٥) انظر: الهداية ٤٥٤/٣.

(٦) انظر: فتح القدير ٤٤٩/٣.

ونص المالكية على أن البكر إذا نزل لها لبن، وأرضعت به صبيا فإنه يكون ابنا لها إن كان مثلها يوطأ^(١)، كما نصوا على أن مجرد العقد على الزوجة لا يكون الصبي الذي أرضعته ابنا لزوجها حتى يطأها وينزل^(٢)، وبناء على هذين النصين للمالكية فإن المرأة إذا تزوجت، ونزل لها لبن ولم يكن زوجها قد دخل بها، فأرضعت صبيا فإنه يكون ابنا لها دون الزوج.

والصحيح من مذهب الشافعية أن البكر إذا نزل لها لبن، فأرضعت به صبيا فإنه يكون ابنا لها إذا كانت بنت تسع سنين^(٣)، ونص الشافعية على أنها إذا تزوجت ولم يدخل بها زوجها فأرضعت صبيا فإنه يكون ابنا لها دون الزوج^(٤).

وذهب الحنابلة في رواية إلى أن البكر إذا نزل لها لبن فأرضعت به صبيا فإنه يكون ابنا لها^(٥)، وبناء على هذه الرواية إذا كانت المرأة متزوجة ولم يدخل بها زوجها فأرضعت بلبنها صبيا فإنه يكون ابنا لها دون الزوج.

الأدلة:

١_ أن الزوج لم يوجد منه ما يقتضي أن يكون اللبن منه، فيكون الصبي ابنا للمرضة فقط.

٢_ أن نسبة الولد الرضيع إلى الزوج بسبب الولادة منه، فإذا انتفت الولادة انتفت النسبة، فكان كلبن البكر^(٦).

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ٥٤٠/٢، عقد الجواهر الثمينة ٢٨٥/٢.

(٢) انظر: جامع الأمهات لابن الحاجب ص ٣٣٠.

(٣) انظر: الروضة ٣/٩-٤.

(٤) انظر: التهذيب ٣١٢/٦.

(٥) والمذهب عند الحنابلة أن لبن البكر لا ينشر الحرمة فعلى هذا إذا تزوجت فأرضعت صبيا ولم يكن زوجها قد دخل بها فإنه لا يكون ابنا لهما. انظر: الإنصاف ٣٣١/٩-٣٣٢، منتهى الإرادات ٤٢٧/٤.

(٦) وهذا التعليل للحنفية لأنهم يقولون لا ينسب إليه الولد من الرضاعة حتى تلد منه. انظر: فتح القدير ٤٤٩/٣، رد المختار ٤١٦/٤.

أما الحالة الثانية فقد نص الحنفية على أن الرجل إذا طلق زوجته، ولها لبن من ولد ولدت منه، فانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر، فأرضعت صبيا قبل أن تلد من الثاني فالرضاع من الأول^(١).

ونص المالكية على أن المرأة إذا أرضعت صبيا يكون ابنا لها، ويكون ولدا لصاحب اللبن من حين وطئه للمرضعة مع الإنزال، لا من حين عقده عليها ولا بمقدمات الوطء^(٢). ونص الشافعية على أن المرأة إذا طلقت، ولها لبن من زوجها الأول، فنكحت بعد العدة زوجا آخر، فلم يصبها، أو أصابها إلا أنها لم تحبل منه، أو حبلت ولم يدخل وقت حدوث اللبن، فأرضعت صبيا فإنه يكون ابنا لها ولزوجها الأول^(٣).

ونص الحنابلة على أن الرجل إذا طلق زوجته ولها منه لبن، فتزوجت آخر ولم تلد منه، واللبن باق على حاله لم يزد ولم ينقص، فإن الولد يكون ابنا للزوج الأول، سواء حملت من الثاني أو لم تحمل^(٤).

الأدلة:

١_ أن نسبة الولد الرضيع إلى الزوج بسبب الولادة منه، فإذا انتفت الولادة انتفت النسبة فكان كلبن البكر^(٥).

٢_ أن اللبن كان للزوج الأول المطلق، ولم يتجدد ما يجعله للثاني فبقي للأول^(٦). ومما تقدم من مذاهب الأئمة الأربعة في الحالتين التي ذكرتهما يظهر اتفاقهم على عدم اعتبار الصبي ابنا للزوج الذي لم يدخل بزوجه المرضعة.

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٠/٤، رد المختار ٤١٦/٤.

(٢) انظر: جامع الأمهات لابن الحاجب ص ٣٣٠، مواهب الجليل ٥٣٨/٥، حاشية الخرشي ١٧٩/٥.

(٣) انظر: الحاوي ٣٩٨/١١، الروضة ١٩/٩.

(٤) انظر: المغني ٣٢٦/١١، الإنصاف ٣٥٠/٩، الإقناع للحجاوي ٤٣/٤.

(٥) وهذا التعليل للحنفية لأنهم يقولون لا ينسب إليه الولد من الرضاعة حتى تلد منه. انظر: فتح القدير

٤٤٩/٣، رد المختار ٤١٦/٤.

(٦) انظر: المغني ٣٢٦/١١.

المبحث الثاني: النفقات

وفيه مطلبان

المطلب الأول: رجل له امرأة، ولم يقدر من الكسب إلا قدر ما ينفق على نفسه وله أب موسر

قال ابن القاص: ولو كان لرجل امرأة، ولم يقدر من الكسب إلا قدر ما ينفق على نفسه، وله أب موسر، أخذ بنفقة امرأته، وأخذ الأب بنفقته، قلته تخريجا^(١). هذه المسألة لم أقف عليها في كتب المذاهب الأربعة؛ وهذه المسألة لها طرفان، يمكن بهما معرفة مقتضى قول المذاهب الأربعة في المسألة التي ذكرها ابن القاص.

الطرف الأول: الإنفاق على الولد

ذهب الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، إلى أن الولد إذا كان كبيرا صحيحا قادرا على الكسب لا يلزم الأب بنفقته، وجعل القدرة على الكسب بمنزلة الغنى في حقه. والمذهب عند الحنابلة: أن الأب ينفق على ولده الكبير الصحيح، إذا كان محتاجا لعجزه عن الكسب^(٥).

الطرف الثاني: الإنفاق على الزوجة

ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٦)، والمالكية^(٧)، والشافعية^(٨)، والحنابلة^(٩) إلى وجوب إنفاق الزوج على زوجته.

(١) انظر: التلخيص ص ٥٦١.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ١٦٤/٢.

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ٦٢٨/٢، عقد الجواهر الثمينة ٣١٦/٢.

(٤) انظر: الروضة ٨٤/٩، كفاية الأختار ٢٦٨/٢.

(٥) انظر: المغني ٣٧٨/١١، الإنصاف ٣٩٨/٩.

(٦) انظر: تحفة الفقهاء ١٥٧/٢.

(٧) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢٩٧/٢.

(٨) انظر: الروضة ٤٠/٩.

(٩) انظر: المغني ٣٤٧/١١.

إذا ثبت هذا؛ فإن ما ذهب إليه ابن القاص من أن الرجل إذا كان له زوجة، ولم يقدر من الكسب إلا ما ينفق على نفسه، وكان له أب موسر، فإن الأب يؤخذ بنفقة ولده، والزوج يؤخذ بنفقة زوجته، هو مقتضى قول الحنابلة، لأن الزوج فقير وليس من شرط استحقاق النفقة قدرته على الكسب.

ومقتضى قول الحنفية والمالكية والشافعية أن الأب لا يؤخذ بنفقة ولده لأنه كبير صحيح قادر على الكسب، فعلى هذا إذا لم يقدر على الكسب إلا قدر ما ينفق على نفسه فإنه يحكم بإعساره.

المطلب الثاني: كيفية ترتيب الأصول والفروع في النفقة

قال ابن القاص: وأولاهم بالإنفاق ولده، ثم ولد ولده وإن سفلوا، ذكورهم وإناتهم سواء، ثم أبوه، ثم أمه، ثم جده: أبو أبيه، ثم جده: أبو أمه، ثم أم الأب، ثم أم الأم؛ قلته تخريجا؛ ثم هكذا كل جد وجدة من قبل الأب والأم، كل ذلك قلته تخريجا^(١).

ذهب الحنفية إلى وجوب النفقة بقرابة الولادة كالوالدين وإن علوا، والأولاد وأولاد الأولاد وإن سفلوا، كما تجب النفقة في قرابة المحرمة، كالأخوة، والعمومة، والخؤولة^(٢). وذهب المالكية إلى أن المستحقين للنفقة صنفان: أولاد الصلب، والأبوان، ولا يتعدى ذلك إلى أولاد الأولاد، ولا إلى الجد والجدة^(٣).

وذهب الشافعية إلى أن النفقة تجب بقرابة البعضية، فتجب للولد على الوالد وبالعكس، وسواء فيه الأب والأم والأجداد والجدة وإن علوا، والبنون والبنات والأحفاد وإن نزلوا، الذكر والأنثى والوارث وغيره^(٤).

وذهب الحنابلة إلى وجوب نفقة الأبوين وإن علوا، والأولاد وإن سفلوا، كما تلزم نفقة من يرثه بفرض أو تعصيب ممن سواهم سواء ورثه الآخر أو لا، كعمته وعتيقه^(٥).

(١) انظر: التلخيص ص ٥٦١-٥٦٢.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ١٦٣/٢-١٦٤، بدائع الصنائع ٣٠/٤-٣١.

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ٦٢٩/٢، عقد الجواهر الثمينة ٣١٥/٢.

(٤) انظر: الروضة ٨٣/٩.

(٥) انظر: المغني ٣٧٥/١١، ٣٧٤، ٣٧٢، الإنصاف ٣٩٢/٩-٣٩٣.

فعلى هذا إذا اجتمع للمحتاج أصوله وفروعه، فأيهما أولى بالإنفاق؟ ثلاثة أقوال:

القول الأول: اعتبار القرب، فإن استويا في القرب يطلب الترجيح من وجه آخر، وتكون النفقة على من وجد في حقه نوع رجحان، فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث وإن كان كل واحد منهما وارثا، فإن لم يوجد الترجيح فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما، وبه قال الحنفية^(١).

القول الثاني: يقدم الأقرب في وجهه، والوارث في وجهه، والولي في وجهه، والذكر في وجهه، ويستوي الذكر والأنثى في وجهه، وبه قال الشافعية^(٢).

القول الثالث: تجب النفقة عليهم على قدر إرثهم منه، إلا أن يكون له أب، فتكون النفقة عليه وحده، وبه قال الحنابلة^(٣).

أمثلة عند اجتماع الفروع:

ابن وبنت: النفقة عليهما سواء عند الحنفية^(٤)، والشافعية باعتبار القرب أو أصل الإلارث^(٥).

وعند الحنابلة النفقة بينهما أثلاثا كالميراث^(٦)، وهو وجه عند الشافعية^(٧).

وباعتبار الذكورة تجب على الابن فقط، وهو وجه عند الشافعية^(٨).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٢/٤.

(٢) انظر: الروضة ٩٣/٩.

(٣) انظر: الإنصاف ٣٩٦/٩.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣٢/٤.

(٥) انظر: الروضة ٩٠/٩.

(٦) انظر: المغني ٣٨٤/١١.

(٧) انظر: الروضة ٩٠/٩.

(٨) انظر: الروضة ٩٠/٩.

بنت وابن ابن: النفقة على البنت عند الحنفية^(١)، والشافعية باعتبار القرب^(٢).

وعند الحنابلة النفقة بينهما نصفان^(٣)، وهو وجه عند الشافعية^(٤).

وباعتبار الذكورة تجب على ابن الابن، وهو وجه عند الشافعية^(٥).

أمثلة عند اجتماع الأصول:

أب وأم: تجب النفقة على الأب، وبه قال الحنفية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨).

هذا إذا كان الولد صغيرا، فلو كان كبيرا فقيرا، فثلاثة أقوال:

القول الأول: تجب على الأب، وهو الصحيح عند الشافعية^(٩)، وقول للحنفية^(١٠).

القول الثاني: تجب عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما، وهو قول للحنفية^(١١)، ووجه عند

الشافعية^(١٢).

القول الثالث: تجب عليهما بالسوية، وهو وجه عند الشافعية^(١٣).

(١) انظر: فتح القدير ٤/٤١٩.

(٢) انظر: الروضة ٩/٩٠.

(٣) انظر: المغني ١١/٣٨٤.

(٤) انظر: الروضة ٩/٩٠.

(٥) انظر: الروضة ٩/٩٠.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٤/٣٢.

(٧) انظر: الروضة ٩/٩٢.

(٨) انظر: المغني ١١/٣٧٨.

(٩) انظر: الروضة ٩/٩٢.

(١٠) انظر: بدائع الصنائع ٤/٣٣.

(١١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٣٣.

(١٢) انظر: الروضة ٩/٩٢.

(١٣) انظر: الروضة ٩/٩٢.

أم وجد: إذا اجتمع أم وجد ففي النفقة ثلاثة أقوال:
 القول الأول: تجب عليهما أثلاثا على قدر الميراث، وبه قال الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢)،
 والشافعية في وجهه^(٣).

القول الثاني: تجب على الجد، وهو الصحيح عند الشافعية^(٤).

القول الثالث: تجب على الأم، وهو وجه عند الشافعية^(٥).

أمثلة عند اجتماع الأصول والفروع:

أب وابن: إذا اجتمع أب وابن ففي النفقة قولان:

القول الأول: تجب على الابن، وبه قال الحنفية^(٦)، والشافعية في الأصح^(٧).

القول الثاني: تجب على الأب، وبه قال الحنابلة^(٨)، والشافعية في وجهه^(٩).

أب وابن ابن: إذا اجتمع أب وابن ابن ففي النفقة قولان:

القول الأول: تجب على الأب، وبه قال الحنفية^(١٠)، والحنابلة^(١١)، والشافعية في وجهه^(١٢).

القول الثاني: تجب على ابن الابن، وهو الأصح عند الشافعية^(١٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٣/٤.

(٢) انظر: المغني ٣٨٣/١١.

(٣) انظر: الروضة ٩٢/٩.

(٤) نص الشافعية على أن المقصود بالجد واحد من آباء الأب. انظر: الروضة ٩٢/٩.

(٥) انظر: الروضة ٩٢/٩.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٣٢/٤.

(٧) انظر: الروضة ٩٣/٩.

(٨) انظر: المغني ٣٧٨/١١.

(٩) انظر: الروضة ٩٣/٩.

(١٠) انظر: بدائع الصنائع ٣٢/٤.

(١١) انظر: المغني ٣٧٨/١١.

(١٢) انظر: الروضة ٩٣/٩.

(١٣) انظر: الروضة ٩٣/٩.

وقد ذكر الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) أمثلة كثيرة عند اجتماع الفروع، أو الأصول، أو اجتماعهما معا، ولا يمكن حصر هذه الأمثلة، وقد تقدم ذكر الضابط في كل مذهب.

وبالنظر إلى ترتيب ابن القاص للأصول والفروع، ومقارنتها بالأمثلة التي ذكرتها، يلاحظ ما يلي:

أولاً: قدّم ابن القاص أولاد الصلب، ثم أولاد الأولاد، ذكرهم وأنثاهم سواء، ثم الأب.

وهذا هو الأصح عند الشافعية^(٤).

أما عند الحنفية: فيقدم أولاد الصلب على الأب، ويقدم الأب على أولاد الأولاد^(٥).

أما عند الحنابلة: فيقدم الأب مطلقاً^(٦).

ثانياً: قدّم ابن القاص الأب على الأم.

وهذا قول الحنفية والشافعية والحنابلة، وقد تقدم^(٧).

ثالثاً: قدّم ابن القاص الأم على الجد.

والصحيح عند الشافعية تقديم الجد عليها، وفي وجه تقدم الأم^(٨).

وعند الحنفية والحنابلة تجب النفقة عليهما أثلاثاً كالميراث، وقد تقدم^(٩).

رابعاً: قدّم ابن القاص أبا الأب على أبي الأم.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٢/٤-٣٤.

(٢) انظر: الروضة ٩٠/٩-٩٣.

(٣) انظر: المغني ٣٨٣-٣٨٥.

(٤) انظر: الروضة ٩٣/٩.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٣٢/٤.

(٦) انظر: المغني ٣٧٨/١١.

(٧) انظر: ص ٢٨٨.

(٨) انظر: ص ٢٨٩.

(٩) انظر: ص ٢٨٩.

هذا صحيح عند الشافعية إذا اعتبرنا الإرث، أو الولاية، وإن اكتفي بالقرب وهو الراجح فالنفقة عليهما بالسوية^(١).

أما عند الحنابلة: فالنفقة على أبي الأب فقط، لأن أبا الأم لا يرث^(٢).

خامسا: قدّم ابن القاص أبا الأم على أم الأب.

عند الشافعية: إذا اعتبرنا القرب سويًا وهو الراجح، وإن اعتبرنا الإرث، أو الإدلاء بالولي فهي على أم الأب^(٣).

وعند الحنابلة: النفقة على أم الأب، لأن أبا الأم لا يرث^(٤).

سادسا: قدّم ابن القاص أم الأب على أم الأم.

إذا اعتبرنا الإدلاء بالولي أو بذكر فتقدم أم الأب على أم الأم كما ذكره ابن القاص، وإن اعتبرنا القرب وهو الراجح، أو الإرث سويًا بينهما، وهذا قول الشافعية^(٥).

وعند الحنابلة: هما سواء في النفقة، لاستوائهما في الميراث^(٦).

ومما تقدم يكون الترتيب بين الفروع والأصول الذين ذكرهم ابن القاص -إذا اعتبرنا ما رجحه النووي- على النحو التالي: أولاهم بالإنفاق الأولاد، ثم أولاد الأولاد وإن سفلوا، ذكرهم وأنثاهم سواء، ثم الأب، ثم الجد: أبو الأب، ثم الأم، ثم أبو الأم وأم الأب وأم الأم بالسوية.

أما عند الحنابلة فيقدم الأب، وبقية الفروع والأصول تجب النفقة عليهم بقدر إرثهم، ومن لا يرث منهم لا تجب عليه النفقة، كأب الأم.

(١) انظر: الروضة ٩/٩٢.

(٢) انظر: المغني ١١/٣٨٥.

(٣) انظر: الروضة ٩/٩٣.

(٤) انظر: المغني ١١/٣٨٥.

(٥) انظر: الروضة ٩/٩٢.

(٦) انظر: المغني ١١/٣٨٥.

المبحث الثالث: الحضانة

وفيه مطلب واحد

إذا افترق الأبوان وكانت الأم متزوجة بعم المولود
قال ابن القاص: والخامسة: إن كانت الأم متزوجة فالأب أولى من الأم، وكذلك
الجدّة أم الأم أولى منها ومن الأب، إلا في مسألة واحدة وهي أن تكون الأم متزوجة بعم
المولود فتكون الأم حينئذ أولى من غيرها، قلته تخريجاً^(١).
وهذه المسألة خرجها ابن القاص من نص الشافعي أن الجدّة إذا نكحت جدّ الصبي لا
يبطل حقها كما نص على ذلك بعض الشافعية^(٢).
وقد ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦) إلى أن
المرأة إذا تزوجت بأجنبي وكان لها ولد فإن حضانتها تسقط.
واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي»^(٧).

(١) انظر: التلخيص ص ٥٦٥، ونقله عنه البغوي في التهذيب ٣٩٣/٦، والرافعي في فتح العزيز ٩٠/١٠.

(٢) انظر: المصدرين السابقين.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤٢/٤.

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ٦٢٤/٢.

(٥) انظر: الروضة ١٠٠/٩.

(٦) انظر: الإقناع للحجاوي ٧٩/٤، معونة أولي النهى ١١١/٨.

(٧) ورد من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه؛ رواه أبو داود في سننه ٢٩٢/٢ رقم (٢٢٧٦) كتاب الطلاق،
باب من أحق بالولد، وأحمد ٣١٠/١١ رقم (٦٧٠٧). وصحح إسناده ابن كثير في إرشاد الفقيه
٢٥٠/٢، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ٢٤٤/٧.

أما إذا تزوجت بعم الصبي فإن حضانتها لا تسقط عند جمهور العلماء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية في الأصح^(٣)، والحنابلة في المذهب^(٤).

الأدلة:

١- عن أبي سلمة بن عبد الرحمن^(٥) قال: كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار فقتل عنها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها، فأنكح الآخر فجاءت إلى النبي ﷺ فقالت أنكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عم ولدي فيؤخذ مني ولدي، فدعا رسول الله ﷺ أباهما فقال: أنكحت فلانا فلانة؟ قال نعم، قال: «أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي فانكحي عم ولدك»^(٦).

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ لم ينكر أخذ الولد منها لما تزوجت، بل أنكحها عم الولد لتبقى لها الحضانة، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالنكاح وبقائها إذا تزوجت بنسيب من الطفل^(٧).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٤٢، شرح العناية على الهداية ٤/٣٧٠.

(٢) انظر: حاشية الخرشي ٥/٢٤٦، البهجة في شرح التحفة ١/٦٥٣.

(٣) والوجه الثاني للشافعية سقوط حضانتها إذا تزوجت بعم الصبي. انظر: التهذيب ٦/٣٩٣، فتح العزيز ١٠/٩٠، الروضة ٩/١٠٠، كفاية الأخيار ٢/٢٨٧.

(٤) وفي قول للحنابلة لا تسقط حضانتها إلا إذا تزوجت جدة الصبي بجده. انظر: الإنصاف ٩/٤٢٤، الإقناع للحجاوي ٤/٧٩.

(٥) هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري المدني، مشهور بكنيته والمشهور في اسمه عبد الله، ثقة فقيه كثير الحديث، وهو أحد فقهاء المدينة السبعة على أحد الأقوال، توفي سنة ٩٤هـ، وقيل سنة ١٠٤هـ.

انظر ترجمته في: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٤٠، تهذيب التهذيب ١٢-١٠٣-١٠٤.

(٦) رواه عبد الرزاق في المصنف ٦/١٤٧، رقم (١٠٣٠٤). والحديث فيه علتان: الأولى: وجود رجل مجهول في سنده، والثانية: الإرسال. انظر: نيل الأوطار للشوكاني ٣/٦٣٠.

(٧) انظر: زاد المعاد لابن القيم ٥/٤٥٦.

٢_ أن العم صاحب حق في الحضانة وشفقته تحمله على رعاية الطفل فيتعاونان على كفالاته بخلاف الأجنبي^(١).

٣_ أن العم له حق في الحضانة كالجدة إذا نكحت جد الصبي فإن حضانتها لا تسقط^(٢).

والذي يظهر لي في هذه المسألة والعلم عند الله تعالى أن الوجه المرجوح عند الشافعية من أن حضانة الأم تسقط ولو تزوجت بعم الصبي، هو الأقوى من حيث الدليل لما يلي:

- ١_ قوله عليه السلام: «أنت أحق به ما لم تنكحي»، حديث عام، يشمل العم وغيره.
 - ٢_ أن حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف سنده ضعيف كما تقدم بيانه.
 - ٣_ قياس بقاء حضانة الأم إذا تزوجت بعم الصبي على بقاء حضانة الجدة إذا تزوجت بجدة الصبي يجاب عنه من وجهين:
- الأول: أن حضانة الجدة تسقط إذا تزوجت بجدة الصبي لعموم قوله عليه السلام: «أنت أحق به ما لم تنكحي».

الثاني: لا يصح قياس بقاء حضانة الأم إذا تزوجت بعم الصبي، على بقاء حضانة الجدة إذا تزوجت بجدة الصبي، والفرق بينهما أن الجد أب وله ولاية على الولد، والعم لا ولاية له على ابن الأخ^(٣).

(١) انظر: فتح العزيز ٩٠/١٠، كفاية الأخيار ٢٨٧/٢، زاد المحتاج ٦٠٨/٣.

(٢) انظر: التهذيب ٣٩٣/٦.

(٣) انظر: التهذيب ٣٩٣/٦، فتح العزيز ٩٠/١٠.