



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي

معهد العلوم الإسلامية

قسم الشريعة



مطبوعة في الفقه المقارن

السنة الثالثة ليسانس : فقه وأصوله - السادس

أستاذ المادة

أ.د. إبراهيم رحمان

السنة الجامعية 2022/2021

مدى اعتبار الولي ركناً في عقد الزواج

الولاية في اللغة مصدر ولي، يقال: ولي الشيء أو عليه، إذا ملك أمره وكان له حق القيام به، فهي إذا سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء. ومنها أخذت كلمة الوالي، لأنه صاحب سلطة ونفوذ على مكان معين. وفي الاصطلاح الفقهي: عبارة عن "سلطة تجعل لمن ثبتت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها". فإن كانت متعلقة بشؤونه كتزويجه نفسه أو التصرف في ماله، فهي الولاية القاصرة. وإن كانت متعلقة بشؤون غيره كأن يزوج ابنته أو حفيده أو يتصرف في مال أولاده فهي الولاية المتعدية. والولاية المتعدية نوعان:

ولاية على النفس: وهي التي تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، كالترية والتزويج والتعليم.

ولاية على المال: وهي التي تجعل لصاحبها القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها. وهما يختلفان من ناحية من تثبت له، ومدة ثبوتها، وليس بينهما تلازم، فقد توجد ولاية على النفس فقط، وأخرى على المال فقط، وثالثة عليهما. وكلامنا هنا ينحصر في الولاية على النفس، وبعبارة أدق في الولاية في عقد الزواج، وهي السلطة التي يستطيع بها الشخص إنشاء عقد زواج نافذ لنفسه أو على غيره، فهي بدورها قاصرة أو متعدية.

□ تصوير المسألة □

إذا كانت المرأة بالغة عاقلة حرة، وتقدم إلى خطبتها من يريد الزواج منها، فهل يصح لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها، أم أنه ينبغي أن تقدم وليها ليتولى العقد بدلا عنها.. وبعبارة أخرى: هل الولي ركن من أركان عقد الزواج، لا يصح العقد إلا بوجوده، بحيث يبطل ولا تترتب آثاره في حال عدم وجوده، أم أن الولي جانب تكميلي وتحسيني فقط، وليس ركناً في العقد، بحيث يمكن أن ينعقد مع عدم وجوده؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين هما:

القول الأول: إن الولي ركن من أركان عقد الزواج، ولا نكاح إلا بولي، وإن المرأة لا تملك تزويج نفسها، فإن فعلت لم يصح نكاحها. وهذا القول لجمهور الصحابة منهم: عائشة وعمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية.

القول الثاني: لا يشترط الولي في عقد الزواج، ويجوز للمرأة أن تزوج نفسها أو غيرها، ونكاحها صحيح وإن لم يعقد لها ولي. وهذا القول للزهري والشعبي وعطاء، وذهب إليه أبو حنيفة.

□ الأدلة □

(أ) أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول لمذهبهم بالقرآن والسنة والقياس:

أولاً: من القرآن الكريم:

1. قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [النساء 34].

ووجه الدلالة من الآية أن الولاية من القوامة المنصوص عليها.

2. قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْعُرْفِ ذَلِكَ

يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة 232].

ووجه الدلالة من الآية هو خطابها الموجه للأولياء، ولو لم يكن لهم حق في الولاية، لما نهوا عن العضل.

ولعل ما يؤيد الاستدلال المذكور ما ورد في سبب نزول الآية؛ فقد أخرج البخاري وغيره من حديث الحسن

البصري: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ قَالَ: حَدَّثَنِي مَعْقِلُ بْنُ يَسَارٍ أَنَّهَا نَزَلَتْ فِيهِ قَالَ زَوَّجْتُ أُخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا حَتَّى

إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا فَقُلْتُ لَهُ زَوَّجْتُكَ وَفَرَشْتُكَ وَأَكْرَمْتُكَ فَطَلَّقَتْهَا ثُمَّ جِئْتُ تَخْطُبُهَا لَا وَاللَّهِ لَا تَعُودُ

إِلَيْكَ أَبَدًا وَكَانَ رَجُلًا لَا بَأْسَ بِهِ وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ فَأَنْزَلَ اللَّهُ هَذِهِ الْآيَةَ ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ فَقُلْتُ

الآن أَفْعَلْ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ فَرَوَّجَهَا إِيَّاهُ. [البخاري]

3. قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى

النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَبَيِّنَ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾ [البقرة 221].

وقالوا: إن الله تعالى خاطب بالنكاح الرجال، ولم يخاطب به النساء، فكأنه قال: لا تنكحوا أيها الأولياء

مولياتكم للمشركين.

4. قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ

وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [النور 32].

وقالوا: إن المأمورين بإنكاح العبيد والإماء هم المأمورون بإنكاح الأيما، لأن الخطاب واحد، ونص الآية

يوجب أن المأمورين بذلك؛ الرجال في نكاح الأيما والعبيد والإماء.

ثانياً: من السنة النبوية:

1. حديث أم المؤمنين عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا

بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ

مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ». [الترمذي: هذا حديث حسن].

قال الإمام الشافعي: «قال رسول الله ﷺ أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَبَيِّنَ فِيهِ أَنَّ الْوَلِيَّ

رَجُلٌ لَا امْرَأَةٌ فَلَا تَكُونُ الْمَرْأَةُ وَلِيًّا لِنَفْسِهَا كَانَتْ أَبْعَدَ مِنْ أَنْ تَكُونَ وَلِيًّا لغيرِهَا وَلَا

تَعْقِدُ عَقْدَ نِكَاحٍ».

وقال في تحفة الأحوذى: «قوله (أيما امرأة نكحت) أي: نفسها، وأيما من ألفاظ العموم في سلب الولاية عنهن

من غير تخصيص ببعض دون بعض، أي: أيما امرأة زوجت نفسها (فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها

باطل)؛ كرر ثلاث مرات للتأكيد والمبالغة، (بما استحل) أي: استمتع، (فإن اشتجروا) أي: الأولياء، أي: اختلفوا وتنازعوا اختلافا للعضل كانوا كالمعدومين... والتشاجر الخصومة، والمراد: المنع من العقد دون المشاحة في السبق إلى العقد؛ فأما إذا تشاجروا في العقد ومراتبهم في الولاية سواء، فالعقد لمن سبق إليه منهم إذا كان ذلك نظرا منه في مصلحتها، (فالسلطان ولي من لا ولي له)؛ لأن الولي إذا امتنع من التزويج فكأنه لا ولي لها، فيكون السلطان وليها، وإلا فلا ولاية للسلطان مع وجود الولي.

2. حديث أبي موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ» [الترمذي، أبو داود، ابن ماجه، ابن حبان، الحاكم، وصححه ووافقه الذهبي].

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ نفى الصحة عن النكاح إذا وقع بدون ولي.

3. حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا». [ابن ماجه، البيهقي، الدارقطني]

ووجه الدلالة من الحديث أنه جاء صريحا في النهي عن تولي المرأة أمر التزويج.

ثالثا: من القياس:

إن المرأة ناقصة في أهليتها من جهة الأنوثة؛ فافتضى هذا أن لا ينفذ منها عقد الزواج، قياسا على الصغيرة والأمة، المتفق على عدم صحة تزويجهن لأنفسهن، فهي غير مأمونة في هذا المجال لنقصها وسرعة انخداعها، فلم يجز تفويض أمر التزويج إليها، مثلها مثل المبذر في المال. وقال ابن قدامة: «...وَالْعَلَّةُ فِي مَنْعِهَا، صِبَاؤُهَا عَنْ مُبَاشَرَةِ مَا يُشْعِرُ بَوَاقِحَتِهَا وَرُعُونَتِهَا وَمِيلِهَا إِلَى الرِّجَالِ، وَذَلِكَ يُنَافِي حَالَ أَهْلِ الصِّيَانَةِ وَالْمُرُوءَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ».

(ب) أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم اشتراط الولي في عقد الزواج بالقرآن والسنة والقياس:

أولا: من القرآن الكريم:

1. قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِنْ أَحَلَّلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ الَّتِي ءَاتَيْتَ أَجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عِمْلِكَ وَبَنَاتِ عَمَّتِكَ وَبَنَاتِ خَالَكَ وَبَنَاتِ خَلَّتِكَ الَّتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [الأحزاب 50].

قالوا: والآية نص على انعقاد النكاح بعبارتها، وانعقاده بلفظ الهبة.

2. قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة 230].

ووجه الدلالة في الآية من جهتين؛ الأولى إضافة النكاح إلى المرأة في قوله: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، فيقتضي

تصور النكاح منها؛ والثانية نسبة التراجع إليهما من غير ذكر الولي في قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾.

3. قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۚ ذَٰلِكَ يُوعِظُ بِهٖ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة 232].

ووجه الدلالة في الآية من جهتين؛ الأولى إضافة النكاح إليهن، فيدل على جواز النكاح بعبارتهم من غير شرط الولي؛ والثانية: نهي الأولياء عن المنع من نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان، والنهي يقتضي تصور المنهي عنه.

4. قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ [البقرة 234].

وفي الآية دليل على جواز "فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفى لموجب الآية".

ثانيا: من السنة النبوية:

1. حديث عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا» [صحيح مسلم].

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ قطع ولاية الولي عن المرأة، والأيم اسم لامرأة لا زوج لها.

2. حديث أُمِّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لَمَّا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بَعَثَ إِلَيْهَا أَبُو بَكْرٍ يَخْطُبُهَا عَلَيْهِ فَلَمْ تَزَوَّجْهُ، فَبَعَثَ إِلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَخْطُبُهَا عَلَيْهِ؛ فَقَالَتْ أَخْبِرْ: رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنِّي امْرَأَةٌ غَيْرِي، وَأَنِّي امْرَأَةٌ مُصَيِّةٌ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِدٌ، فَاتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: ارْجِعْ إِلَيْهَا فَقُلْ لَهَا: أَمَّا قَوْلُكَ إِنِّي امْرَأَةٌ غَيْرِي فَسَادُوعُو اللَّهِ لَكَ فَيَذْهَبُ غَيْرَتُكَ، وَأَمَّا قَوْلُكَ إِنِّي امْرَأَةٌ مُصَيِّةٌ فَسَتُكْفَيْنَ صَبِيَانِكَ، وَأَمَّا قَوْلُكَ أَنْ لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِدٌ فَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِكَ شَاهِدٌ وَلَا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ، فَقَالَتْ لِابْنِهَا: يَا عُمَرُ قُمْ فَزَوِّجْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَزَوَّجَهُ. [النسائي].

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ خطبها (أم سلمة) لنفسه، وفيه دليل على أن الأمر في التزويج إليها دون أوليائها، ثم إن الذي زوجها، وهو عمر ابنها، كان يومئذ طفلا صغيرا غير بالغ، والطفل لا ولاية له، ومع ذلك ولته هي أن يعقد النكاح عليها ففعل، فراه النبي ﷺ جائزا، وكان عمر - بتلك الوكالة - قام مقام من وكله، فصارت أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا كأنها هي التي عقدت النكاح على نفسها للنبي ﷺ. ولما لم ينتظر النبي ﷺ أولياءها، دل ذلك على أن الأمر إليها دونهم، ولو كان لهم في ذلك حق أو أمر، لما أقدم النبي ﷺ على حق هو لهم قبل إباحتهم ذلك له.

3. حديث سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، جِئْتُ لِأَهَبَ لَكَ نَفْسِي؛ فَنَظَرَ إِلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَصَعَّدَ النَّظَرَ إِلَيْهَا وَصَوَّبَهُ ثُمَّ طَأْطَأَ رَأْسَهُ. فَلَمَّا رَأَتْ الْمَرْأَةَ أَنَّهُ لَمْ يَقْضِ فِيهَا شَيْئًا

جَلَسْتُ، فَقَامَ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِهِ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ فَرَوَّجْنِيهَا؛ فَقَالَ: هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ؟ فَقَالَ: لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: اذْهَبْ إِلَى أَهْلِكَ فَانْظُرْ هَلْ تَجِدُ شَيْئًا، فَذَهَبَ ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا وَجَدْتُ شَيْئًا. قَالَ: انْظُرْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ، فَذَهَبَ ثُمَّ رَجَعَ، فَقَالَ: لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ، وَلَكِنْ هَذَا إِزَارِي. قَالَ سَهْلٌ: مَا لَهُ رِذَاءٌ فَلَهَا نِصْفُهُ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَا تَصْنَعُ بِإِزَارِكَ؟ إِنْ لَبِسْتَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا مِنْهُ شَيْءٌ، وَإِنْ لَبِسْتَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ شَيْءٌ. فَجَلَسَ الرَّجُلُ حَتَّى طَالَ مَجْلِسُهُ ثُمَّ قَامَ فَرَأَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مُوَلِّيًا، فَأَمَرَ بِهِ فَدُعِيَ، فَلَمَّا جَاءَ قَالَ: مَاذَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ؟ قَالَ: مَعِيَ سُورَةُ كَذَا وَسُورَةُ كَذَا عَدَهَا. قَالَ: أَتَقْرَأُ هُنَّ عَنْ ظَهْرِ قَلْبِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ. قَالَ: اذْهَبْ فَقَدْ مَلَكَتْكِهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ. [البخاري]

قال الجصاص: "ولم يسألها هل لها ولي أم لا؟ ولم يشترط الولي في جواز عقدتها".

ثالثا: من القياس:

إن المرأة إذا كانت حرة عاقلة، فقد صارت ولية نفسها في الزواج، فلا يبقى لأحد عليها ولاية، كالصبي العاقل إذا بلغ. والجامع؛ أن ولاية النكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا، لكون النكاح تصرفا نافعا، متضمنا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالا ومآلا، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، وكون الأب قادرا عليه. وبالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة، فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها، لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظرا، فتزول بزوال الضرورة، مع أن الحرية منافية، كثبوت الولاية للحر على الحر، وثبوت الشيء مع المنافي لا يكون إلا بطريق الضرورة، ولهذا المعنى صارت الولاية زائلة عن إنكاح الصغير العاقل إذا بلغ، وتثبت الولاية له، وهذا المعنى موجود في الفرع، ولهذا زالت ولاية الأب عن التصرف في مالها، وتثبت الولاية لها، وكذا هذا، وإذا صارت ولي نفسها في النكاح لا تبقى مولى عليها بالضرورة لما فيه من الاستحالة.

□ المناقشة: عرض المناقشة أثناء الشرح.

□ الترجيح:

يظهر والله أعلم رجحان القول الأول في المسألة للأسباب التالية:

1. قوة الأدلة والرد على مختلف الاعتراضات.
2. ظهور عدم وجاهة أهم استدلالات أصحاب القول الثاني بعد مناقشتها.
3. لو لم يكن في القول الأول إلا الاحتياط للأنكحة حفظاً للأعراض والأنساب، لكان حرجياً أن لا يعدل عنه إلى غيره.

الشروط الجعلية في النكاح

أولاً: تصوير المسألة:

الشروط جمع شرط وهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم. والشروط قسمان؛ شروط شرعية، وهي التي حددها الشارع الحكيم ونصَّ عليها، وتدخل عند الأصوليين، تحت ما يسمى بالحكم الوضعي، مثال ذلك: الوضوء شرط من شرائط صحة الصلاة. وشروط جعلية أو عقدية، وهي التي يضعها ويشترطها أحد المتعاقدين، ويجعلها ملزمة للطرف الآخر؛ مثل اشتراط حمل المبيع إلى البيت، أو خياطة الثوب، أو أن تشترط المرأة على زوجها ألا يسافر بها، أو ألا يتزوج عليها. وشروط الجعلية هذه يحتاجها الناس لتحقيق مصالحهم وحاجاتهم، فهل يجوز لهم ذلك شرعاً، أم لا يجوز؟

لقد اتفق الفقهاء على أن عقد النكاح لا يقبل التعليق، ونقصد بذلك تعليق مصير العقد على أمر في المستقبل، يحتمل الوجود، ويحتمل العدم، وشرائط التعليق باطلة مبطلة لعقد الزواج؛ لأن عقد الزواج لا يكون إلا باتاً قاطعاً، ومثال ذلك: أن يقول رجل لآخر: إن تخرّجت ابنتي هذا العام من الكلية، زوجتك إياها، فالنجاح أمر قد يتحقق، وقد لا يتحقق في المستقبل، وهذا الشرط باطل مبطل للعقد⁽¹⁾.

اتفق الفقهاء على أن عقد النكاح لا يقبل التوقيت بمدة محددة، كأن يتزوجها بشرط أن يطلقها بعد سنة مثلاً، فهذا شرط باطل مبطل للعقد؛ لأن عقد الزواج عقد مؤبد لا يقبل التوقيت⁽²⁾.

واتفق الفقهاء على وجوب الوفاء بالشرط، إذا كان مما يقتضيه العقد؛ كالعشرة بالمعروف، أو مما يؤكّد ما يقتضيه العقد، كأن يكون والد الزوج كفيلاً بدفع المهر، أو مما جاء الشرع بجوازه، أو جرى به العرف؛ كأن يعجل بعض المهر، أو ألا تخرج من البيت إلا بإذنه⁽³⁾.

واتفق الفقهاء على فساد الشرط الذي ينافي ما يقتضيه العقد، كأن يشترط على زوجته ألا مهر لها ولا نفقة، وكذلك الشرط الذي يتعارض مع النظام الشرعي العام، أو يتعارض مع نصّ شرعي؛ كأن تشترط المرأة طلاق ضرمتها؛ لحديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «نَهَى الرَّسُولُ ﷺ أَنْ تَشْتَرِطَ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا»⁽⁴⁾.

واختلف الفقهاء في الشروط التي لا يقتضيهما العقد، ولا تؤكد ما يقتضيه، ولكن فيها مصلحة لأحد المتعاقدين⁽⁵⁾؛ كأن تشترط المرأة على زوجها ألا يسافر بها من بلدها، أو ألا يتزوج عليها، أو أن تدرس على نفقته الخاصة.

ثانياً: الأقوال في المسألة:

1 - الشربيني: مغني المحتاج (141/3).

2 - الموصلي: الاختيار (89/3).

3 - الكاساني: البدائع (168/5) وما بعدها، وابن قدامة: المغني (294/4)، والشوكاني: نيل الأوطار (280/6)، وابن حزم: المحلى (518/9).

4 - صحيح البخاري (175/2) واللفظ له؛ وصحيح مسلم (4/5).

5 - ابن رشد: بداية المجتهد (59/2)، وابن قدامة: المغني (249/4) وما بعدها.

القول الأول: ويرى أن الشرائط المقترنة بالعقد والتي فيها مصلحة لأحد المتعاقدين، أو لغيرهما، فهي شرائط غير ملزمة، مع الاختلاف فيما بينهم حول صحتها ومدى تأثيرها على العقد، وينسب هذا الرأي إلى جماهير العلماء، ومنهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية⁽¹⁾.

القول الثاني: يرى أن الأصل في العقود والشروط الإباحة والجواز حتى يرد دليل المنع، وبناءً على هذا الرأي، فإن كل عقد يُحدثه الناس ويُطلقون عليه اسمًا جديدًا، جائز شرعًا، وكذلك الشروط العقدية، ما لم يرد دليل من الشرع يُجرمها من نص أو قياس، هذا مذهب متأخري الحنابلة وعلى رأسهم: ابن تيمية، وتلميذه ابن قيم الجوزية⁽²⁾.

ثالثًا: أدلة الأقوال الفقهية في المسألة:

(أ) أدلة القول الأول:

1. حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»⁽³⁾.

وجه الدلالة من الحديث أنه يفيد بمنطوقه بطلان كل عمل يقوم به الإنسان، ما لم يرد من الشارع نص يُبيحه بعينه، أو لم ينعقد على مشروعيته إجماع المجتهدين.

يقول ابن حزم: "فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقدًا، جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه"⁽⁴⁾.

2. حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: ... خَطَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَشِيَّةً، فَحَمِدَ اللَّهَ، وَأَثْنَى عَلَيْهِ بِمَا هُوَ أَهْلُهُ، ثُمَّ قَالَ: «أَمَّا بَعْدُ، فَمَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَ شَرْطٍ، كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ...»⁽⁵⁾.

وجه الدلالة من الحديث أنه نص صراحة على بطلان كل شرط لم يرد في كتاب الله سبحانه وتعالى ما ينهض بمشروعيته بعينه، أو لم يرد به إجماع أو قياس أو عُرف؛ لأن العرف مصدر تشريعي صحيح، إذا لم يصادم نصًا خاصًا أو قاعدةً عامّةً، وهذا يعني أن الأصل في العقود والشروط الحظر، إلا ما ورد الشرع به بدليل خاص أو إجماع⁽⁶⁾.

3. قالوا في تعليل موقفهم: والذي تمثّل بالتمسك بمقتضى العقد: إن إطلاق الحرية التعاقدية يؤدّي إلى

1 - الكاساني: البدائع (168/5) وما بعدها، وابن رشد: بداية المجتهد (59/2)، والشافعي: الأم (73/5)، وابن قدامة: المغني (25/4) وما بعدها، وابن حزم: المحلى (518/9، 519).

2 - ابن تيمية: الفتاوى (470/3)، والأستاذ الزرقا: نظام التأمين (ص: 34)، ود. ياسين درادكه: نظرية الغرر.

3 - صحيح البخاري (145/3).

4 - ابن حزم الظاهري: الإحكام في أصول الأحكام (30/5).

5 - صحيح مسلم (1504).

6 - ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام (29/5)، وابن تيمية: الفتاوى (471، 47/2)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص: 99)، والسيوطي: الأشباه والنظائر (ص: 453)، وابن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم (ص: 72)، والأستاذ الزرقا: المدخل الفقهي (153/1)، ود. عبدالكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة (ص: 393).

الخروج على ما شرعه الله من أحكام؛ لأن مقتضى العقد شرع ثابت؛ لأنه من وضع الشارع أثرًا للعقد، فليس للإرادة العقدية أن تتصرف في تغيير هذه الحدود والأحكام، زيادة أو نقصًا؛ لأنه تغيير شرع، يمس مبنى العدل والحق في تشريع المعاملات، والوسيلة التي تؤدي إلى هذا المآل تُمنع سدًا للذريعة، وحسبًا لمادة وسائل الفساد ودفعًا لها⁽¹⁾.

(ب) أدلة القول الثاني:

1. قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة من الآية الكريمة أنها جاءت تأمر بالوفاء بالعقود أمرًا عامًا وبإطلاق دون تعيين لنوع العقد، فدل ذلك على أن الأصل في العقود جميعًا الإباحة، إلا ما ورد من الشارع النهي عنه.

2. قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾⁽³⁾.

وجه الدلالة من الآية الكريمة أنها تعبر عن أصل تشريعي عام يشمل العقود والشروط، وهذا يعني أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هو ما أوجبه على أنفسهما بالتعاقد، والنص لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان، أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن إلا أن يتضمن ما حرّمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر ونحو ذلك⁽⁴⁾.

3. قال تعالى: ﴿فَإِنْ طِينَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾.

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى علّق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدلّ على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصدق، فكذلك سائر العقود والشروط؛ قياسًا بالعلة المنصوصة التي دلّ عليها القرآن⁽⁵⁾.

4. حديث عقبة بن عامر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»⁽⁶⁾.

وجه الدلالة من الحديث أنه ينص صراحة على لزوم الشروط المقترنة بالعقد، وهو نص خاص بموضوع عقد النكاح.

5. حديث عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أَنَّهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صَلَاحًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»⁽⁷⁾.

1 - د. فتحي الدريني: الفقه المقارن (ص: 521).

2 - وابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين (245/1).

3 - المرجع نفسه.

4 - ابن تيمية: الفتاوى (486، 485/3).

5 - المرجع نفسه (485/3).

6 - البخاري: صحيح البخاري (2721).

7 - أخرجه الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس (634/3) من حديث عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده وزاد فيه: «والمسلمون على شروطهم إلا شرطًا حرم حلالًا أو أحل حرامًا»، وقال أبو عيسى: «هذا حديث حسن صحيح»؛ والحاكم، المستدرک على الصحيحين (113/4)؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان (488/11). قال الإمام الشوكاني (ت

وجه الدلالة من الحديث أنه يفيد أن الذي يحرم اشتراطه هو ما كان مناقضاً للشرع وأصوله الثابتة، وأما ما وراء ذلك فعلى الأصل وهو الإباحة.

6. رُوي أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال : لها شرطها. فقال الرجل: إِذَا يُطَلَّقْنَا فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشُّروط⁽¹⁾.

فهذا الأثر يفيد أن الحقوق تتحدّد بالعقود والشروط وهو بعمومه شامل لكل شرط وعقد إلا ما خصّ بدليل. 7. دليل الاستصحاب وانتفاء المحرّم:

إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها، حتى يدلّ دليل على التحريم، ولم يوجد في الشرع ما يدلّ على تحريم جنس العقود والشروط، إلا ما ثبت حِلُّه بعينه، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم، فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم، فيكون فعلها حلالاً⁽²⁾.

8. المصلحة الحاجية تقضي بجواز العقود الجديدة، والشروط العقدية؛ لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه؛ إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه ولم يثبت تحريمه، فيباح لما في الكتاب والسنة مما يدفع الحرج⁽³⁾.

9. إن عقود المعاوضات المالية وما اقترن بها من شروط هي من قبيل المعاملات لا العبادات، والأصل في النصوص - التي تنظّم المعاملات عقوداً وشروطاً - التعليل؛ لأنها شرعت لمصالح الناس، فإلتفت فيها إلى المعاني والعلل، والمصالح المرعية في المعاملات، والأعراف تستند أصلاً إلى المصالح، وإلا ما تعارف الناس عليها⁽⁴⁾.

رابعاً: المناقشة والترجيح:

(أ) مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

نوقش القائلون بعدم لزوم الشروط العقدية، وهم جماهير العلماء بأن أدلتهم صحيحة من حيث الثبوت؛ لكنها أدلة عامة، تحتمل التخصيص، وتحتمل التأويل، وبالتخصيص والتأويل يتم الجمع بينها وبين الأدلة الخاصة الواردة في الموضوع⁽⁵⁾، وعلى هذا يكون العمل المردود والشرط الباطل، هو الذي يناقض الشريعة في مقاصدها

1250 هـ: أخرجه أيضاً الحاكم وابن حبان وفي إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه وهو ضعيف جداً. وبعد أن ساق عدة طرق للحديث خلص إلى القول: « ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً ». (الشوكاني، نيل الأوطار: 254/5-255).

1 - رواه ابن أبي شيبه في المصنف (1/22/7)؛ والبيهقي (249/7)، وقال الألباني في إرواء الغليل (303/6): صحيح.

2 - ابن تيمية، الفتاوى (483/3).

3 - المرجع نفسه (486/3).

4 - د. فتحي الدريني: الفقه المقارن (ص: 526) وما بعدها.

5 - ابن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم (ص: 72)، والأستاذ مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي العام (153/1).

ونظامها العام، وهذا ما نقول به، ومن المقرر أصولياً أن العام يحمل على الخاص، ويعمل العام فيما وراء الخاص، كما أن الجمع بين الدليلين أولى من إهمال أحدهما.

(ب) مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

مناقشة أدلة القائلين بلزوم الشروط العقدية، وهم المتأخرون من الحنابلة، وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية:

يقول ابن القيم: "وأصحاب القول الآخر، يُحييون عن هذه الحجج، تارة بنسخها، وتارة بتخصيصها ببعض العهود والشروط، وتارة بالقدح في سند ما يُمكنهم القدح فيه، وتارة بمعارضتها بنصوص أخرى؛ كقول النبي ﷺ في الحديث الصحيح: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق»، وكقوله: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا، فهو ردٌّ»، فصح بهذه النصوص إبطال كل عقد وشرط، ليس في كتاب الله، الأمر به أو النص على إباحته»⁽¹⁾.

وهذا يعني أن جماهير العلماء، وعلى رأسهم الظاهرية، يرون أن أدلة القائلين بلزوم الشروط العقدية، مطعون فيها، وبالطعون التالية: أ- النسخ. ب- الضعف. ج- التخصيص. د- التأويل.

والحقيقة أن هذه الطعون ضعيفة؛ لصحة الأدلة عند المحدثين؛ ولعدم ثبوت الدليل النسخ؛ ولعدم قيام دليل التأويل والتخصيص، والاحتمال الذي لا يستند إلى دليل، لا قيمة له، كما أن أدلة المتأخرين خاصة وصحيحة في مجملها، والقول بها، يؤدي إلى القول بأدلة المانعين؛ وذلك من خلال الجمع والتوفيق بين الأدلة.

(ج) الترجيح:

من خلال النظر والتدقيق في آراء المذاهب، يتبين أن الخلاف بينهم ينحصر في أمرين:

الأول: عدم تأثير الشروط المخالفة أو المنهية عنها على صحة العقد، باستثناء شرائط التعليق والتوقيت؛ لأنها تؤدي إلى بطلان العقد من أساسه؛ لأنها تتعارض مع أصل العقد ومقتضاه ونظامه الشرعي العام، وهذا بالنسبة لعقد النكاح.

والثاني: الشرائط المقترنة بالعقد، والتي فيها مصلحة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما، فهي شرائط غير ملزمة عند جماهير العلماء وهي شرائط ملزمة لدى المتأخرين من الحنابلة.

ورأي متأخري الحنابلة هو ما نميل إليه، وقد أخذت به القوانين العربية في مجملتها؛ لأن هذا الرأي ينسجم مع الواقع، وفيه التوسعة والتيسير على الناس، ويتفق مع القاعدة الشرعية والتي مفادها: "وحيثما تحققت المصلحة المعتبرة شرعاً فثم شرع الله ودينه"، كما أن النصوص الشرعية والأدلة التي أشرنا إليها سابقاً تؤيد رأي متأخري الحنابلة.

1 - ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين (347/1)، وابن حزم: المحلى (518/9) وما بعدها.

نكاح المحلل

✽ المطلب الأول: تعريف المحلل والتحليل:

أولاً: المحلل لغة:

هو اسم فاعل من حَلَّلَ يُحَلِّلُ تحليلاً، واسم المفعول محلَّل، ومعنى حَلَّلَ الشيء جعله حلالاً.

والتحليل لغة ضد التحريم، وأصل الفعل (حلَّ) ويتعدي بالهمزة والتضعيف فيقال: أحللتها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

أي أباحه واسم الفاعل: مُحِلٌّ ومحلَّل^(١).

ثانياً: المحلل اصطلاحاً:

هو: (من يتزوج المطلقة ثلاثاً بشرط أنه متى أحلها للأول طلقها، أو متى أحلها للأول فلا نكاح بينهما)^(٢).

ثالثاً: متى يُحتاج إلى التحليل:

١ - اتفق الفقهاء على أن من طلق زوجته طلاق رجعية أو طلقين رجعتين جاز له إرجاعها في العدة.

٢ - وإذا كان الطلاق بائناً بينونة صغرى، فحكم ما دون الثلاث من الواحدة البائنة والثنتين البائنتين هو نقصان عدد الطلاق وزوال حل الاستمتاع حتى لا يجوز

١- ينظر: ابن منظور، لسان العرب: ١٦٧/١١، والزيات وآخرون، والمعجم الوسيط:

١/ ١٩٤، وأبو حبيب، القاموس الفقهي، ص: ١٠٠.

٢- البهوتي كشف القناع: ١٠٣/٥.

وطؤها إلا بِنِكَاحٍ جديد ويجوز له نكاحها من غير أن تتزوج بزواج آخر، لأن ما دون الثلاث - وإن كان بائناً - فإنه يوجب زوال حل الاستمتاع، لا زوال حل المحلّة.

٣ - أما إذا طلق زوجته ثلاثاً، فإن الحكم الأصلي للطلقات الثلاث هو زوال حل الاستمتاع وزوال حل المحلّة أيضاً، فلا يجوز له نكاحها حتى تتزوج بزواج آخر^(١) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وإنما تنتهي الحرمة ونحل للزوج الأول بشروط.

رابعاً: شروط التحليل:

١ - انقضاء عدتها من المطلق:

إذا طُلِّقَت المرأة ثلاثاً فلا بد لها أن تعتد عدة الطلاق، وهي إما ثلاثة قروء أي أطهار أو حيضات، أو ثلاثة أشهر، أو بوضع الحمل^(٢) لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقوله أيضاً: ﴿وَالَّذِي يَلْسَنُ مِنَ الْمَرْجُوزِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْسِيَتْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

٢ - أن تنكح زوجاً آخر، وانفق الفقهاء على أنه:

من شروط التحليل أن تنكح زوجاً آخر لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

١ - ينظر: ابن عابدين، الحاشية: ٢٧٧/٣، ٢٣٥، والدردير الشرح الصغير: ٣٩٣/٢ وما بعد، والخطيب الشربيني، مغني المحتاج: ٤٤٢/٣ وما بعد، وكشاف القناع: ٣٩٥/٥ وما بعد.

٢ - ينظر: ابن عابدين: ٥٠٥/٣ وما بعد، والدردير، الشرح الصغير: ٤٢٨/٢. وما بعد والخطيب الشربيني: ٥٠٥/٣ وما بعد، واليهوتي، كشاف القناع: ٤٨٢/٥ وما بعد.

فقد نفى حلها لمطلقها إلى أن تتزوج زوجاً غيره، وعلى هذا يخرج ما إذا وطأها إنسان بزنى أو بشبهة، فإن ذلك لا يحلها لزوجها لعدم النكاح^(١).

٣ - صحة النكاح:

ويشترط في النكاح الثاني لكي تحل المرأة للأول أن يكون نكاحها صحيحاً فلا تحل للأول إذا كان النكاح فاسداً حتى ولو دخل بها، لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، ومطلق النكاح ينصرف إلى ما هو نكاح حقيقة^(٢).

٤ - الوطء في الفرج:

واتفق الفقهاء على أنه يشترط مع صحة الزواج: أن يطأها الزوج الثاني في الفرج فلو وطأها دون الفرج، أو في الدبر لم تحل للأول، وذلك لأن النبي ﷺ علّق الحل على ذوق العُسَيْلَةِ منها، فقال لامرأة رفاعة القرظي (أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقني عُسَيْلَتَهُ ويدوق عُسَيْلَتَكَ)^(٣)، وهذا لا يحصل إلا بالوطء في الفرج.

٥ - أن يطلقها الزوج الثاني، وتنقضي عدتها:

ويشترط أن يطلقها الزوج الثاني، وتنقضي عدتها منه حتى تحلّ لزوجها الأول، وهي لا تحلّ لزوجها الأول إلا بعقد نكاح جديد.

* المطلب الثاني: الزواج بشرط التحليل:

أولاً: تحرير محل النزاع:

لنكاح المحلل ثلاثة أحوال، ولكل حال حكمه.

١ - أن يُنص في عقد النكاح على مدة معلومة ليتم تحليل المرأة لزوجها، ولا

١ - ينظر: الكاساني، البدائع: ٢/٢٩٦، وأبو جيب، موسوعة الإجماع: ٢/٧٨٣.

٢ - ينظر: المراجع الفقهية السابقة. وقال سعيد بن المسيب: إذا عقد الثاني عليها ثم فارقتها حَلَّتْ للأول.

٣ - أخرجه البخاري، رقم/٢٦٣٩/ وأخرجه مسلم رقم/٣٥١٢/ : ١٠/٢٤٣.

خلاف في أن هذا العقد داخل تحت النكاح المؤقت ويأخذ حكمه كاملاً وآثاره المترتبة عليه^(١).

٢ - أن يتزوج المحلل المرأة بشرط التحليل، ويذكر ذلك في عقد النكاح، بدون ذكر مدة معينة، كأن يقول تزوجتك على أن أحلك وهذه الحالة الثانية.

٣ - أن ينص الاتفاق مع المحلل خارج العقد على أنه إنما يتزوجها ليحلها لزوجها ولا يذكر ذلك في العقد، وهذه الحالة الثالثة^(٢)، وسأبحث الحالتين الثانية والثالثة كل منها في مطلب، وأبدأ بالحالة الثانية.

ثانياً: أقوال الفقهاء في الزواج بشرط التحليل:

من تزوج مطلقة ثلاثاً بشرط صريح في العقد على أن يُحلها لزوجها الأول فهو حرام عند الجمهور^(٣) ومكروه تحريماً عند الحنفية^(٤). لحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: (لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له)^(٥).

وجه الدلالة: أن اللعن إنما يكون على ذنب كبير، وهذا يدل على تحريم التحليل^(٦).

وقوله ﷺ: «ألا أخبركم بالثيس المستعار؟» قالوا: بلى، يا رسول الله قال: هو

١ - ينظر: البحث السابق، نكاح المتعة، ص: ٣٤٩-٣٦٢.

٢ - ينظر: د. الحن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية، ص: ٥٩١.

٣ - ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: ٣/ ١٤٨، والخطيب الشريفي، مغني المحتاج: ٢/ ٢٤٢ والبحرقي، كشف القناع: ٥/ ٤١٥، ١٠٣.

٤ - ينظر ابن عابدين، الحاشية: ٣/ ٤١٤.

٥ - أخرجه الإمام أحمد في مسنده، رقم/ ٤٢٨٣، ٤٢٨٤ / وأخرجه الترمذي، كتاب النكاح، باب: ما جاء في المحلل والمحلل له، رقم / ١١٢٠ / ص: ٢٧١، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

٦ - ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار: ٤/ ٢١٨.

المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له»^١.

وجه الدلالة: أن اللعن لا يكون إلا على فعل المحرم، ولعن المحلل دليل على تحريم التحليل. وكل محرم منهى عنه، والنهي يقتضي فساد العقد^٢.
فأما أقوال الفقهاء في عقد النكاح الذي اشترط فيه تحليل المرأة لزوجها فهي ما يلي:

- ١ - ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، وأبو يوسف من الحنفية: إلى فساد النكاح الذي اشترط فيه التحليل، وللشافعية تفصيل في المسألة^٣.
- ٢ - وذهب الإمام أبو حنيفة وزفر - رجمها الله تعالى - إلى أن النكاح صحيح، وتحل المرأة لزوجها الأول بعد أن يطلقها الثاني، وتنتهي عدتها، ولكن يكره ذلك للثاني والأول^٤.

١ - أخرجه ابن ماجه عن عقبة بن عامر، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، رقم /١٩٣٦/: ٢/ ٤٥٥، وإسناده مختلف فيه، قال البوصيري في الزوائد: في إسناده منشرح بن ماعان أبو مصعب الغافري، ذكره ابن حبان في الثقات، وقال: يخطئ ويخالف، وذكره في الضعفاء، وقال: يروي عن عقبة بن عامر منكر لا يتابع عليها، والصواب ترك ما انفرد به، وقال ابن يونس: كان في جيش الحجاج الذين رموا الكعبة بالمنجنيق، وقاله أحمد، معروف وقاله ابن معين والذهبي: ثقة، ويحيى بن عثمان بن صالح، قال عبد الرحمن بن أبي حاتم تكلموا فيه، وقال أبو بولس: كان حافظاً للحديث، وحدث بما لم يوجد عند غيره. والله أعلم.

٢ - ينظر: الصنعاني، سبل السلام: ٣/ ١٣٣٦.

٣ - ينظر: الكاساني: بدائع الصنائع: ٣/ ٢٩٦، والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن: ٢/ ١٤٩، والخطاب ومواهب الجليل: ٣/ ٥٣٧، والنووي، المجموع: ١٧/ ٢٤٢، ١٨/ ٢٩٤، والبيهقي، كشف القناع: ٥/ ٤٠٥. تفصيل الشافعية، قالوا: إن تزوجها عل أنه إذا وطئها طلقها فنية قولاً، أحدهما: إنه باطل والثاني: أنه يصح لأنه النكاح مطلق، ويبطل إذا شرط أنه إذا أسلمها للأول فلا نكاح بينها، ينظر: الشيرازي، المهذب مع المجموع: ١٧/ ٢٤٠، ١٨/ ٢٩٤.

٤ - ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع: ٣/ ٢٩٦، وابن عابدين، الحاشية: ٣/ ٤١٥.

٣ - وذهب الإمام محمد من الحنفية إلى أن النكاح صحيح، لكن لا تحمل المرأة نكاحها الأول^(١).

ثالثاً: أدلة جمهور الفقهاء:

١ - استدلوا بحديث: «لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل»^(٢) وحديث ألا أخبركم بأثيميس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: (هو المحلل. لعن الله المحلل والمحلل له)^(٣).

وجه الدلالة: أن الحديثين يدلان على تحريم التحليل: وكل محرم منهي عنه، والنهي يقتضي فساد العقد^(٤).

٢ - واستدلوا على بما روى الحاكم^(٥) والبيهقي^(٦) عن ابن عمر رضي الله عنهما: أنه جاء إليه رجل، فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجها أخ له من غير مؤامرة ليحلها لأخيه، هل تحل للأول؟ قال: لا، إلا نكاح رغبة، كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ^(٧).

١ - مصادر الحنفية السابقة.

٢ - سبق تخريجه ص: ٣٦٦.

٣ - سبق تخريجه ص: ٣٦٧.

٤ - ينظر: الصنعمان، سيل السلام: ١٣٣٦/٣.

٥ - الحاكم النيسابوري: (٣٢١-٤٠٥ هـ / ٩٣٣-١٠١٤ م) محمد بن عبيد الله بن حمدويه، الشهير بالحاكم، من أكابر الحفاظ والحديثين، رحل في طلب العلم، وولي القضاء بنيسابور، من مؤلفاته: (المستدرک) وغيره، ينظر: الزركلي، الأعلام: ٢٢٧/٦.

٦ - البيهقي: (٣٨٤-٤٥٨ هـ / ٩٩٤-١٠٦٦ م) أحمد بن الحسين، أبو بكر، من أئمة الحديث، ولد في خسرو، ونشأ في بيته ورحل في طلب العلم إلى بلاد كثيرة، كان شافعي المذهب، من مؤلفاته: (السنن الكبرى) وغيرها، ينظر: الزركلي، الأعلام: ١١٦/١.

٧ - أخرجه الحاكم: ١٩٩/٢، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وأخرجه البيهقي: ٢٠٨/٧، وينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين: ٥٣/٢.

وجه الدلالة: أن أخاء تزوجها ليحلّها لأخيه، فأجاب ابن عمر رضي الله عنهما بقوله: لا، أي: لا تحل، وأكّد النفي بقوله: كنا نعدّ هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ^(١).

٣ - واستدلوا بقياس نكاح المحلل على نكاح المتعة بجامع التوقيت في كل منهما، فقالوا: (إن النكاح بشرط التحليل في معنى النكاح المؤقت، وشرط التوقيت في النكاح يفسده، والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل)^(٢).

رابعاً: دليل الإمام أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى:

قالا: إن عمومات النكاح تقتضي الجواز من غير فصل بين ما اشترط فيه الإحلال أو لا، فكان النكاح بهذا الشرط نكاحاً صحيحاً فيدخل تحت قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

فتنتهي الحرمة عند وجوده إلا أنه كره النكاح بهذا الشرط لغيره، وهو أنه شرط ينافي المقصود من النكاح هو السكن والتوالد والتعفف، لأن ذلك يقف على البقاء والدوام على النكاح، وهذا والله أعلم معنى إلحاق اللعن بالمحلل في قوله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له»^(٣).

خامساً: دليل الإمام محمد من الحنيفة رحمه الله تعالى:

قال: إن النكاح عقد مؤبد، فكان شرط الإحلال استعجال ما أخره الله تعالى لفرض الحل، فيبطل الشرط، ويبقى النكاح صحيحاً لكن لا يحصل به الغرض، كمن قتل مورثه فإنه يُحرّم الميراث لما قلنا كذا هذا^(٤).

١ - ينظر الشوكاني، نيل الأوطار: ٢١٨/٤.

٢ - ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع: ٩٦/٣، والشيرازي، المهذب مع المجموع: ٢٤٠/١٧.

٣ - الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٩٦/٣، والحديث سبق تخريجه ص: ٣٦٦.

٤ - انصهر السابق.

سادساً: المناقشة:

١- قال الحنفية: إن النهي الوارد في الحديث (لعن الله المحلل والمحلل له) "هو نهى كراهة بدلالة أنه عمم المحلل، وهذا عام فيمن شرط التحليل ومن اعتقد التحليل، وكل من اعتقد العموم حمل النهي على الكراهة ولم يحمه على التحريم، وذلك ترك للظاهر ونحن نحمله على وقت العقد، وذلك زيادة في الظاهر فتساوينا".

٢- ويسكن أن يرّد الجمهور بقولهم: لا نسلم أن النهي للكراهة، بل هو للتحريم، لأن الحديث دليل على تحريم التحليل، ولا يكون اللعن إلا على فاعل المحرم وكل محرم منهى عنه والنهي يقتضي فساد العقد، واللعن وإن كان على الفاعل لكنه علني بوصف يصح أن يكون علة الحكم".

٣- وقال الحنفية في الاعتراض على قول أبي يوسف وأجمهور:

وأما قول أبي يوسف: إن التوقيت في النكاح يفسد النكاح، فنقول: المفسد له هو التوقيت نصاً، ألا ترى أن كل نكاح مؤقت، بدليل أنه يتأقت بالطلاق والموت وغير ذلك، وبما أن التوقيت لم يوجد نصاً فلا يفسد".

٤- وأجاب الجمهور:

بل هو نكاح مؤقت لأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته فلا يحصل به السكن

١- سبق تخريجه ص: ٣٦٦.

٢- ينظر: القدوري، التجريد: ٩/ ٤٦٠٥، مسألة / ١٠٨٤ / ولعل القدوري حمل الكراهة على التزويج لا على التحريم، وإلا فكراهة التحريم والحرام سواء، بيد أن كراهة التحريم ثبتت بنص قلني الثبوت، واحرام يثبت بنص قلني الثبوت.

٣- الصنعاني، مبدل السلام: ٣/ ١٣٣٦.

٤- ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع: ٣/ ٢٩٧.

ولا التواند ولا التعقف ثم لا فرق بين أن يقول لها: تزوجتك إلى أن أطأك وبين أن يقول: تزوجتك على أني إذا وطأتك فأنت طالق^(١).

٥- وحجة أخرى للحنفية تقول: إن المحلل يُحل المرأة لزوجهاء، بدليل قول النبي ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له»^(٢) فسمّاه محللاً، ولأنه وطء في نكاح فأشبهه النوطء في النكاح الصحيح^(٣).

٦- وأجاب الجمهور بقولهم: لو كان التحليل ورد حقيقة لما كان المحلل والمحلل له ملعونين، وقد سماه النبي ﷺ محللاً مجازاً لا حقيقة، فعامله استناداً إلى قصده ونيته وغايته لا على اعتبار أن نكاحه صحيح وأنه يُحل المرأة لزوجهاء، ثم إن القول ببطلان نكاح المحلل هو ظاهر قول الصحابة - رضوان الله عليهم - ولا يخالف لهم فكان إجماعاً^(٤).

سابعاً: الترجيح:

بناء على الأدلة السابقة، والمناقشة التي دارت بين من قال بفساد العقد ومن قال بصحته يتبين لنا أن رأي الجمهور القائلين بفساد عقد نكاح المحلل إذا اشترط التحليل في العقد هو الرأي الراجح، وهو الذي تطمئن إليه النفس والذي يعتبر أثراً من آثار اللعن الذي يلحق المحلل والمحلل له، ونسأل الله الابتعاد عما حرم واجتناب الآثام.

※ المطلب الثالث: الزواج بقصد التحليل:

أولاً: تمهيد:

وهذه المسألة تختلف عن المسألة السابقة، فقد تكلمت في المسألة السابقة عن

١- ينظر الشيرازي، المذهب مع المجموع: ١٧ / ٢٤٠.

٢- سبق تخريجه ص: ٣٦٦.

٣- ينظر: الشيرازي، المذهب: ١٨ / ٢٩٤، وهذا دليل أحد قولي الشافعية.

٤- ينظر: شرح السنة: ٩ / ١٠١، والمغني: ١٠ / ٤٥، ود. الشافعية، الفقه المالكي: ٣ / ٤٠٧.

الزواج بشرط التحليل، ويعني الاشتراط في صلب العقد على التحليل، أما في هذه المسألة فينتق العاقدان سواء أكان الزوج الأول والثاني أم الولي والزوج الثاني أم المرأة المطلقة والزوج الثاني، فينتقمان خارج العقد على أن غاية النكاح هو التحليل للزوج الأول فما مدى صحة العقد أو فسادة؟.

ثانياً: أقوال الفقهاء:

١- ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الزواج بقصد التحليل - من غير شرط في العقد - صحيح، لكن مع الكراهة عند الشافعية ونحل المرأة بوطء الزوج الثاني للأول^(١).

٢- وذهب المالكية والحنابلة إلى أن الزواج بقصد التحليل - ولو بدون شرط في العقد - باطل، ولا تحل المرأة لزوجها الأول^(٢).

ثالثاً: أدلة الحنفية والشافعية على صحة عقد النكاح بقصد التحليل:

١- استدلوا بقاعدة تقول: (الأصل هو الأخذ بظواهر عبارات العقود من غير تحمُّر وتنبع للنيات الخفية والإرادات المستكنة سواء أدلت عليها قرائن أم لا...) (٣) ومنها عقد النكاح فالأصل هو اعتبار الألفاظ، وإذا خلا العقد من اشتراط التحليل فهو عقد صحيح، ولا ينظر إلى المقاصد والنيات لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبر^(٤).

١ - ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع: ٣/ ٢٩٦، وابن عابدين، الحاشية: ٣/ ٤١٥ والخطيب الشربيني، مغني المحتاج: ٣/ ٢٤٣، والشريرازي، المذهب مع المجموع: ١٧/ ٢٤٠.

٢ - ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد: ٣/ ١٣٧١، والبهوتي، كشف القناع: ٥/ ٤٠٥.

٣ - ينظر: محمد المعتصم بالله البغدادي تحقيق وتعليق على الأشياء والنظائر للسيوطي، ص: ٣٠٥. والسيوطي، الأشياء والنظائر، ص: ٣٠٤ - ٣٠٧.

٤ - ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع: ٣/ ٢٩٦، وابن نعيم، الأشياء والنظائر، ص: ٢٤٢.

٢- واستدلوا أيضاً بما أخرجه البيهقي: حيث قال: (طَلَّقَ رجل من قريش امرأة له فبتها، فمَرَّ بشيخ وابن له من الأعراب في السوق قدما بتجارة لهما فقال للفتى: هل فيك من خير؟ ثم مضى عنه ثم كَرَّ عليه فكمثلها ثم مضى عنه، ثم كَرَّ عليه فكمثلها، قال نعم، قال: فأرني يدك، فانطلق به، فأخبره الخبر وأمره بنكاحها: فنكحها فبات معها، فلما أصبح استأذن فأذن له، فإذا هو قد ولأها الدبر، فقالت: والله لئن طلقتنني لا أنكحك أبداً، فذكر ذلك لعمر، فدعاه، فقال: لو نكحتها لفعلت بك كذا وكذا توعده ودعا زوجها فقال: الزمها)^(١).

لعل وجه الدلالة: أن عمر رضي الله عنه قضى بصحة هذا النكاح ولم يبطله، مع أنه كان بين الزوج الأول والثاني اتفاق خارج العقد على أن الغاية من النكاح إنما هو التحليل.

٣- وفي رواية ثانية: أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً، وكان مسكيناً أعرايياً يقعد بباب المسجد، فجاءته امرأة فقالت له: (هل لك في امرأة تنكحها فتبيت معها الليلة فتصبح فتفارقها؟ قال: نعم، وكان ذلك، فقالت له امرأته: إنك إذا أصبحت فإنهم سيقولون لك: فارقها فلا تفعل، فإني مقيمة لك ما ترى، واذهب إلى عمر، فلما أصبحت أتوه وأتوها فقالت: كلموه فأنتم جئتم به، فكلموه، فأبى وانطلق إلى عمر فقال: الزم امرأتك، فإن رابوك بريب فأتني وأرسل إلى المرأة التي مشيت بذلك فنكّل بها)^(٢).

لعل وجه الدلالة: أن عمر رضي الله عنه أقر نكاحاً فيه اتفاق على التحليل خارج العقد ولم يبطله.

١- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٠٩/٧ - رواه الشافعي من طريقين، وكلاهما مرسل، لكن الشافعي قال: سمعته مستنداً متصلاً عن ابن سيرين، إلا أن هذه الرواية لم تصل إلينا، فيبقى منقطعاً، ينظر: الأم: ٨٦/٥، دار المعرفة.

٢- ينظر المصدر السابق.

رابعاً: أدلة المالكية والحنابلة على بطلان عقد النكاح بقصد التحليل:

- ١ - استدلووا بما رواه ابن مسعود رضي الله عنه قال: (لعن الله المحلل والمحلل له) ^(١).
- ٢ - ويقول عليه السلام: (ألا أخبركم بالثبس المستعار؟)، قالوا: بلى، يا رسول الله، قال هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له) ^(٢).
- وجه الدلالة في الحديثين: أن المحلل ملعون، واللعن لا يكون إلا على فاعل المحرم، فالتحليل حرام، ولم يفرق الحديثان بين ذكر اشتراط التحليل في العقد، وبين الاتفاق عليه خارج العقد، فكلاهما باطل، لأن النهي يقتضي البطلان ^(٣).
- ٣ - قاعدة سد الذرائع: وهي: (الأشياء التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل محظور) ^(٤)، فيقول ابن القيم - رحمه الله تعالى -: (لو فرضنا أن التحليل مما أباحته الشريعة - ومعاذ الله - لكان المنع إذا وصل إلى هذا الحد الذي قد تفاحش قبحه من باب سد الذرائع) ^(٥).
- وذلك لأن التحليل يتوصل إلى مفساد كثيرة لم تُبْع في ملة من الملل، فضلاً عن أن تكون مباحة في الشريعة الإسلامية الغراء، وقد بين تلك المفاصد وأوضحها فقال: (كم من حرة مصونة أنشب فيها المحلل تخالب إرادته فصارت بعد الطلاق من الأخدان، وكان يعملها منفرداً بوطئها فإذا هو والمحلل بركة التحليل شريكاً، فلحمر الله كم أخرج التحليل مخدرة من سترها إلى البغاء، وألقاها بين برائن العشراء، والحرفاء) ^(٦).

١ - تقدم تخريجه ص: ٣٦٦.

٢ - تقدم تخريجه ص: ٣٦٧.

٣ - ينظر: الصنعاني، مل السلام: ٣/ ١٣٣٦، وابن القيم، إعلام الموقعين: ٢/ ٥٤.

٤ - ينظر: وزارة الأوقاف بالكويت، الموسوعة الفقهية: ٢٤/ ٢٧٦.

٥ - ابن القيم، إعلام الموقعين: ٢/ ٥٥. المصدر السابق: ٢/ ٥٤.

٦ - المصدر السابق.

خامساً: مناقشة الحنفية والشافعية لأدلة المالكية والحنابلة:

١ - قالوا: إن حديث: «لعن الله المحلل والمحلل له» فكلمة «المحلل» إما أن تفسر

على عمومها فيدخل في ذلك من يتزوج المطلقة ثلاثاً دون نية الطلاق، الذي قال الله

تعالى في حقه: ﴿وَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَقِّ تَنْكِحِ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]،

ويدخل في ذلك من يتزوج المطلقة ثلاثاً بنية الطلاق، وهذا لا يمكن أن يكون، إذاً

فلا بُدَّ من تخصيص لكلمة: (المحلل)، ومن القواعد المعلومة أن المخصص يجب أن

يكون شرعياً، والمخصص الشرعي هنا أن يُدخل في عقد الزواج شرطاً لا يتفق مع

طبيعة عقد، وهذا هو اشتراط التحليل في صلب العقد.

والنية ليست تخصيصاً شرعياً، لأنها لو كانت تخصيصاً شرعياً لكان من اشترى

مثلاً سيارة من إنسان ضعيف ليحميه من بطش ظالم يريد أخذ سيارته بغير حق،

لكان ذلك العقد باطلاً مع أن المالكية أنفسهم يحكمون على هذا العقد بالصحة

ويقولون: فاعل ذلك مأجور^١.

٢ - وقالوا أيضاً: من تزوج امرأة وهو ينوي الإقامة معها مدة ثم طلقها فأنتم

تقولون: نكاحه صحيح، فما الفرق بين هذه الصورة وبين نكاح المحلل الذي لم

يشترط التحليل في العقد؟ في نكاح المحلل هناك دافع إنساني هو لم شمل أسرة

تشرف على الهلاك والتفكك وفي صورة من تزوج وفي نيته أن يطلق بعد مدة تعتبرون

نكاحه صحيحاً، وأما نكاح المحلل الذي لم يشترط شيئاً في العقد مع وجود الدافع

الإنساني فتعتبرونه باطلاً، ألا ترون هذا منكم غريباً وعجيباً؟^٢.

١ - ينظر: أستاذنا الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة، ص: ٣١٨ -

٣١٩، وقد توسع الدكتور في هذا الموضوع، وردَّ على ابن القيم وما جاء في كتابه (إعلام

الموقعين)، ينظر: في (ضوابط المصلحة) من ص: ٢٩٣ - ٢٢٤ بعنوان: الخيل ومشروعيتها،

٢ - المرجع السابق.

سادساً: مناقشة المالكية والحنابلة لأدلة الحنفية والشافعية:

١ - قالوا: لا نسلم بما قلتم: بأن الأصل هو الأخذ بظواهر عبارات العقود من غير تحريم وتنجيح للنيات الحنفية، والإرادات المستكنة، بل العبرة في العقود للدقائد والنوايا لا لمجرد الألفاظ والمباني، ومنه نكاح المحلل فلهنية دور في بطلان هذا النكاح إن كان الزوج الثاني قد نوى التحليل، أو وقعت مراوضة بينهما قبل العقد^(١).

ثم أي غرض للشارع وأي حكمة تكمن في تقديم الشرط حتى تزول به اللعنة وتقلب خمرة هذا العقد خلا؟ ثم سلهم: هل تان في الصعابة محلل واسد أو أقر رجل منهم على التحليل؟^(٢).

٢ - ويقول الشاطبي - رحمه الله تعالى - : (وكذلك نكاح التحليل لم يقصد به ما يقصد بالنكاح، إنما قصد به تحليلها للمطلق الأول بصورة نكاح زوج غيره، لا بحقيقته فلم يتضمن عرضاً من أغراضه التي شرع لها^(٣).

٣ - ويرى الإمام الشاطبي وابن القيم أن نكاح المحلل من الحليل التي تتناقى ومقصود الشارع من النكاح الشرعي الصحيح^(٤).

٤ - ولعل المالكية والحنابلة يردون على استدلال الحنفية والشافعية بأن الحديثين اللذين استدلوا بهما من رواية البهقي والشافعي غير صحيحين، فلا يثبتان حجة لذلك.

سابعاً: الترجيح:

١ - ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين: ٢ / ٩٤.

٢ - المصدر السابق: ٢ / ٥٤ و ١١١.

٣ - الشاطبي، الموافقات: ١ / ٢٢٨، دار المعرفة، بيروت.

٤ - ينظر: الشاطبي، الموافقات: ٢ / ٦٦٣، وابن القيم، إعلام الموقعين: ٢ / ١١٣، وينظر أيضاً

د. محمد فتحي الدرديني، بحوث ومقارنة: ١ / ٤٢٤.

في الحقيقة مسألة نكاح المحلل من المسائل الطويلة جداً، فلو أردت أن أستكمل كل ما ورد فيها من حجج ومناقشات لكانت بحثاً لا يقل عن مئة صفحة، ولكنني اكتفيت بما ذكر، ويبدو لي أن رأي المالكية والحنابلة بأن النكاح بقصد التحليل - ولو لم يُذكر شرط التحليل في صلب العقد - يبطل العقد ديانة، وأما قضاء فلا يمكن الاطلاع على النوايا ولذلك لا يعتبر العقد باطلاً في القضاء إلا إذا اشترط التحليل في صلب العقد وهذا هو الرأي الصحيح، والله أعلم.

زواج المسلم بغير المسلمة في بلاد الكفر

التزوج من غير المسلمة له صورتان: التزوج بالكتابية، والتزوج بغير الكتابية.

أولاً: زواج المسلم بالكتابية

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى : حكم زواج المسلم بالكتابية (اليهودية والنصرانية)

الكتابية قد تكون ذمية مقيمة في بلاد الإسلام، أو هي من أهلها، وقد تكون معاهدة مستأمنة من أهل دار الحرب، أو حربية. وقد اتفق الفقهاء في الجملة على جواز نكاح الكتابية بدار الحرب إذا خشي العنت وغلبت عليه شهوته، لأن التحرز عن الزنا فرض ولا يتوصل إليه إلا بالنكاح^(١). واتفقوا أيضاً على أولوية المسلمة في النكاح بالإجماع، لقوله ﷺ: "فاظفر بذات الدين تربت يداك"^(٢).

واختلفوا في حكم نكاح الحرة الحربية في دار الحرب، كما اختلفوا في حكم نكاح الذمية، وفيما يلي أذكر الأقوال وقائلها في كل مسألة على النحو الآتي:

أولاً: حكم نكاح الكتابية الحربية في دار الحرب:

القول الأول: يحرم نكاح الكتابية الحربية في دار الحرب، وهو رواية عند الحنفية، وقول عند المالكية، وإحدى الروايتين عند الحنابلة^(٣)، وقول ابن عباس وعمر وابنه والنخعي والثوري ومجاهد والحكم، وأيده القاسمي^(٤)، وذهب إليه بعض المعاصرين^(٥). واستدل

(١) شرح السير الكبير ٥/ ١٠١، تحفة المحتاج ٧/ ٣٢٢، مطالب أولى النهى ٥/ ٧.

(٢) البخاري، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين (٥٠٩٠)، ومسلم، كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين (١٤٦٦).

(٣) حاشية ابن عابدين ٤/ ١٣٤، أحكام القرآن للرازي ٣/ ٣٢٦، تفسير القرطبي ٣/ ٦٩، الإنصاف ٨/ ١٣٥، المحرر لمجد الدين ابن تيمية ٢/ ٢١.

(٤) محاسن التأويل ٦/ ١٨٧٢.

(٥) في فقه الأقليات الإسلامية، د. يوسف القرضاوي، ص ٩٩-١٠٠، الحلال والحرام في ميزان الإسلام، ص ١٥٣، آثار ابن باديس ٣/ ٣٠٩.

أصحاب هذا القول بالقرآن، وآثار الصحابة، والمعقول:

أولاً: القرآن الكريم:

١- قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]. أمر الله تعالى بقتال الكفار من أهل الكتاب الحربيين الذين لا يؤدون الجزية، والأمر بقتالهم يوجب عدم محبتهم ومودتهم، فعلى هذا لا يحل

التزوج من نسائهم الحربيات، لأن الزواج مودة ومحبة^(١).

٢- قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]. أباح الله تعالى نكاح أهل الكتاب للمسلمين، والمراد بهن في هذه الآية الذميات دون الحربيات، لأنهن يلتزمن بأحكام الإسلام، ويدفعن الجزية، ويتمكن المسلمون من الركون إليهن، وتطمئن النفوس إلى نكاحهن في الجملة^(٢).

٣- قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المجادلة: ٢٢]. نفى الله تعالى عن المؤمنين بالله حقاً محبة ومودة أعداء الله الذين عصوا ربهم، ونصبوا أشد العداوة والبغضاء لعباده المسلمين، وبما أن هذه الصفات المذكورة متحققة في الكتابية الحربية تكون مندرجة تحت ما نفاه الله عن عباده المؤمنين، من محبة ومودة أعدائه، فبهذا لا يحل التزوج بالحربية، لأن الزواج مودة

(١) أحكام القرآن، الجصاص ٣/ ٣٢٦.

(٢) نفس المرجع، ٣/ ٣٢٦.

ومحبة^(١).

٤ - قوله تعالى: ﴿الْحَيَّاتُ لِلْحَيِّثِ وَالْحَيَّثُونَ لِلْحَيَّاتِ﴾ [النور: ٢٦]. بين تعالى في هذه

الآية أن الخبيثة للخبيث، والعكس، والكتابية الحربية خبيثة، فلا تكون للمسلم الطيب،

لأن الطيبين للطيبات^(٢).

ثانياً: آثار الصحابة:

عن ابن عباس رضي الله عنه أنه سئل عن نكاح الكتابية الحربية، فقال: من نساء أهل الكتاب من يحل لنا، ومنهم من لا يحل لنا، ثم قرأ: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]. قال: فمن أعطى الجزية حل لنا نساؤه، ومن لم يعط الجزية لم يحل لنا نساؤه^(٣). حرم ابن عباس الزواج بالكتابية في دار الحرب، مستنداً في ذلك إلى كتاب الله، فالتى تدفع الجزية هي التي تحل، وهي الذمية، أما الحربية التي لا تدفع الجزية فلا تحل. قال القاسمي: "وهذا الاستدلال دقيق جداً فليتأمل"^(٤).

ثالثاً: المعقول:

أن المسلم الذي يتزوج الكتابية الحربية، يكون مقيماً معها في دار الحرب، مع أنه مأمور بكتاب الله وبسنة رسوله ﷺ بالهجرة، قال تعالى: ﴿أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا﴾ [النساء: ٩٧]. والرسول ﷺ يقول: "أنا بريء من كل مسلم يقيم بين أظهر

(١) نفس المرجع، ٣/ ٣٢٦، روح المعاني، الألوسي، ٦/ ٦٦.

(٢) محاسن التأويل، القاسمي، ٦/ ١٨٧٣.

(٣) أحكام القرآن، الجصاص، ٣/ ٣٢٦، تفسير القرطبي، ٣/ ٦٩، محاسن التأويل، القاسمي، ٦/ ١٨٧٢، البحر

المحيط، أبي حيان، ٣/ ٤٤٨. والحديث لم أقف على تخريجه، وذكره ابن جرير الطبري في تفسيره ٨/ ١٤٦.

(٤) محاسن التأويل، القاسمي، ٦/ ١٨٧٢.

المشركين"^(١)، والبراءة لا تكون إلا على فعل محرم فالتزوج بالكتابية الحربية محرم، لأنه يفضي إلى الإقامة معها في دار الحرب، وفي هذا مخالفة لأمر الله ورسوله ﷺ بالهجرة منها، وتكثير لسواد الكفار، وتقليل لعدد المسلمين^(٢).

القول الثاني: يكره نكاح الكتابية الحربية في دار الحرب، وهو مذهب الحنفية والمالكية، والقول الثاني عند الحنابلة^(٣)، وقول علي ﷺ وعطاء والحسن وطائفة من السلف^(٤)، والشافعية إلا في حالتين: الأولى: إذا خشي المسلم على نفسه العنت ولم يجد مسلمة. والثانية: أن يرجو إسلامها فيسن^(٥). واستدل أصحاب القول الثاني بالقرآن والمعقول:

أولاً: القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]. الآية عامة في إباحة نساء أهل الكتاب للمسلمين، ولم تفرق بين أن يكون الزواج بها في دار الإسلام، أو في دار الحرب، فاختلف الدار لا أثر له في إباحة الزواج أو تحريمه. "وظاهر الآية يقتضي جواز نكاح جميع الذميات والحرييات، لشمول الاسم لهن"^(٦). واستدل بعموم الآية من جواز نكاح الحرييات الكتابيات^(٧).

(١) أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد، باب: النهي عن قتل من اعتصم بالسجود (٢٦٤٥)، والترمذي، كتاب الجهاد والسير، باب ما جاء في كراهية المقام بين أظهر المشركين (١٦٠٤)، وقال: سمعت محمداً يقول: "الصحيح حديث قيس عن النبي ﷺ مرسل".

(٢) فتح القدير، ابن الهمام، ٢٢٩/٣.

(٣) المبسوط ٥٠/٥، حاشية الخرشي ٢٤٣/٤، المغني ١٤٩/١٣.

(٤) تكملة المجموع ٢٣٢/١٦.

(٥) حاشية قليوبي على شرح المنهاج ٢٥٠/٣.

(٦) أحكام القرآن، الجصاص، ٣٢٦/٢.

(٧) محاسن التأويل، القاسمي، ١٨٧٢/٦.

ثانياً: المعقول:

أن نكاح الكتابية المقيمة في دار الحرب، يفضي إلى أمور تستوجب كراهة زواجه منها: أن التزوج بالكتابية الحربية يفضي إلى الإقامة معها في دار الحرب، وفي هذا مخالفة لأمر الله، وأمر رسوله ﷺ بالهجرة منها، وتكثير لسواد الكفار، وتقليل لعدد المسلمين، وهذا مما يقوي سلطتها على زوجها، وشدة تأثيرها عليه، فتفتنه عن دينه، والزوج ليس له منع المرأة الكتابية من أكل لحم الخنزير ولا من شرب الخمر ولا من الذهاب إلى الكنيسة، وهذا يؤدي إلى تربية الولد على دينها، إضافة لما قد يتعرض له الزوج من الفتنة عن دينه بزوجه الكتابية وحرصه على موالاتها وموالاة أهل دينها، وتعرض الولد للاسترقاق، فإذا نشبت الحرب بين المسلمين والكفار وأسرت الأم وهي حامل ترتب على ذلك أن يولد الولد رقيقاً مملوكاً لمن وقعت الأم في أسرهم. فلهذه المفسدات وغيرها كثير، كان النكاح بالكتابية في دار الحرب أشد كراهة منه في دار الإسلام^(١).

الترجيح:

بعد عرض الأقوال وأدلتها، يظهر أن الراجح هو القول الأول وهو تحريم نكاح الكتابية الحربية، مع التسليم بأن من خشي على نفسه الوقوع في الزنا جاز له أن يتزوج من الكتابية في دار الحرب مع توقي الإنجاب قدر الإمكان حفظاً للذرية، وحماية لها من الكفر ومخاطره، والله أعلم.

ثانياً: حكم نكاح الكتابية الذمية:

اختلف العلماء في حكم نكاح الكتابية الذمية على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز نكاح الكتابية الذمية مع الكراهة، وهو مذهب الجمهور من الحنفية،

(١) فتح القدير، ابن الهمام، ٢٢٩/٣، المبسوط ٥٠/٥، تبين الحقائق ١٠٩/٢، المدونة الكبرى ٢١٨/٢ -

٢١٩، الفواكه الدواني ١٩/٢، تفسير القرطبي ٦٩/٣، المذهب ٤٤/٢، مغني المحتاج ١٨٧/٣، حاشية

قليوبي ٢٥٠/٣، كشف القناع ٨٤/٥، شرح منتهى الإرادات ١٧٣/٥.

والمالكية، والشافعية، وهو رأي الحنابلة إلا أنهم عبروا عنه بأنه خلاف الأولى^(١). واستدل أصحاب هذا القول بالقرآن وآثار الصحابة، والمعقول:

١ - القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]. نصت الآية الكريمة على حل نكاح المحصنات من أهل الكتاب، والمراد بهن العفيفات^(٢).

٢ - آثار الصحابة:

عن جابر رضي الله عنه وسئل عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية، قال: "تزوجناهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص، ونحن لا نكاد نجد المسلمات كثيراً، فلما رجعنا طلقناهن، وقال: لا يرثن مسلماً ولا يرثنهن، ونساؤهن لنا حل، ونساؤنا حرام عليهم"^(٣). وفيه جواز ارتكاب المكروه للحاجة إليه وهو نكاح الكتابيات حال عدم وجدان المسلمات، ولهذا حين رجعوا طلقوهن، مع نصهم على حلهن فأفاد هذا الكراهة^(٤).

٣ - المعقول:

استدلوا على كراهة نكاح الكتابيات من المعقول بما يلي:

أ- ربما كانت سبباً في فتنته عن دينه، وتحوله عن ملته^(٥).

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٤/ ١٢٥-١٣٤، المدونة ٢/ ٢١٩، مختصر خليل مع مواهب الجليل

٥/ ١٣٣، روضة الطالبين ٧/ ١٣٥، المبدع ٧/ ٧٠-٧١.

(٢) أحكام القرآن، الجصاص، ٣/ ٣٢٤، أحكام أهل الذمة، ابن القيم، ٢/ ٧٩٤.

(٣) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك دون أهل الكتاب... ٧/ ١٧٢، بسند حسن.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٧/ ١٧٢.

(٥) المغني ٩/ ٥٤٦.

ب- ربما تفسد دين أولاده، وتغذيهم بدينها، وتطعمهم الحرام، وتسقيهم الخمر^(١).

القول الثاني: الجواز من غير كراهة، وهو مذهب بعض المالكية، والظاهرية^(٢). واستدلوا بالكتاب، وبعمل الصحابة: فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]. وظاهر الآية يدل على جواز نكاح الكتابيات من غير كراهة^(٣). وأما عمل الصحابة: فقد تزوج عثمان بن عفان رضي الله عنه نائلة بنت الفرافصة الكلبية على نسائه، وهي نصرانية فأسلمت عنده^(٤).

القول الثالث: لا يجوز نكاح الحرة الكتابية مطلقاً ذمية كانت أو حربية، وهو رأي ابن عمر رضي الله عنه ولم ينقل عن غيره، فقد كان ابن عمر رضي الله عنه لا يجوز ذلك، ويقول: "الكتابية مشركة"^(٥). قال الباجي: ولا أعلم أحداً منعه غير عبد الله بن عمر رضي الله عنه.

واستدل ابن عمر رضي الله عنه بالكتاب، ومنه:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾ [البقرة: ٢٢١]. نهى الله تعالى عن

نكاح المشركات، والكتابية مشركة، لأنها تقول: عيسى ربها^(٦).

٢- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠]. دلت الآية على حرمة

(١) المدونة ٢/ ٢١٩.

(٢) حاشية الخرشي ٤/ ٢٤٢، المحلى، ابن حزم، ٩/ ٤٤٥.

(٣) المبسوط ٤/ ٢١٠.

(٤) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك... ٧/ ١٧٢، (٧٣٩٥٤)، وفي إسناده

عمر مولى غفرة، قال عنه الحافظ في التريب: "ضعيف كثير الإرسال".

(٥) أخرجه البخاري، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: (وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ...)، (٥٢٨٥).

(٦) المنتقى شرح الموطأ ٥/ ١٣٠.

(٧) أحكام القرآن، الجصاص، ٣/ ٣٢٦.

إبقاء الكافرة في عصمة المسلم، وهذا يقتضي حرمة الابتداء، والكتابية كافرة، فدل على حرمة نكاحها. وقد أمر عمر حذيفة رضي الله عنه بطلاق يهودية تزوجها، وكتب إليه أن يفارقها^(١).

الترجيح:

الراجح ما ذهب إليه الحنابلة من القول بحل نكاح الكتابيات، ولكنه خلاف الأولى، وذلك لما يلي: أن الآية الكريمة: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥]، دلت على حل نكاحهن، ولفظ الحل هنا لا يدل على الكراهة، ولو كان لبينه الله تعالى أو رسوله ﷺ، وإذا لم يرد فالأصل هو الجواز. ولكن يقال بأن نكاح الكتابية خلاف الأولى، لما ذكره الفقهاء من الخشية على دين الأولاد، بل دين الزوج المسلم. فكان في نكاح المسلم إياها حكمة وهي رجاء إسلامها، والله أعلم.

المسألة الثانية: شروط زواج المسلم بالكتابية:

سبق البيان في المسألة الأولى بأن الأصل في حل نكاح المسلم للمرأة الكتابية هو قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَحْلَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ [المائدة: ٥]. وانطلاقاً من دلالات الآية الكريمة، وضع العلماء عدة شروط لهذه الإباحة، من أهمها ما يأتي:

١- الإحصان: يقول تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥].

(١) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك ١٧٢/٧، (١٢٩٤٣)، قال الحافظ في التلخيص الحبير (٣/٣٥٧): "سند لا بأس به".

والعلماء في المراد بالإحصان على قولين: الأول: الإحصان بمعنى الحرية، ونسب هذا القول إلى الأئمة الأربعة^(١). وهو المصرح به عند المالكية، والشافعية، والحنابلة^(٢)، ورجحه الإمام الطبري^(٣). الثاني: الإحصان بمعنى العفة، أي العفاف عن الزنا^(٤)، وقال علماء الحنفية أنه بيان للندب لا أن العفة فيهن شرط، فالمراد من ذكره حث الإنسان على التخير لنطفته^(٥).

إلا أن سياق الآية وظاهرها يرجح القول بأن المراد بالمحصنة العفيفة عن الزنا، لأن الله تعالى قد ذكر الإحصان في جانب الرجل كما ذكره في جانب المرأة بقوله تعالى: ﴿مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾ [المائدة: ٥]، وهو إحصان عفة بدلالة قوله تعالى: (غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ) أي: ليسوا بزناة أو لا يترددون عن معصية ولا ذوي عشيقات^(٦).

كما أن الله تعالى قد ذكر حل الطيبات في بداية الآية الكريمة، فأحل لنا الطيبات من المطاعم والطيبات من المناكح، والزانية أي غير العفيفة خبيثة بنص القرآن الكريم، وقد حرم الله تعالى على عباده الخبائث بقوله: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]. وهذا يرجح القول بأن المراد بالمحصنة هنا العفيفة.

(١) شرح فتح القدير ٣/ ٢٣٠.

(٢) الشرح الكبير ٢/ ٢٦٧، حاشية الدسوقي ٢/ ٢٦٧، الفواكه الدواني ٢/ ١٩، الإقناع ١/ ١٣٧-١٣٨، المهذب ٢/ ٤٤.

(٣) تفسير الطبري ٦/ ١٠٦-١٠٧.

(٤) نفس المرجع ٦/ ١٠٦-١٠٧.

(٥) البحر الرائق ٣/ ١١٠، شرح فتح القدير ٣/ ٢٢٩.

(٦) تفسير ابن كثير ٢/ ٢٢.

٢- أن تكون من أهل الكتاب: فالآية الكريمة نصت على هذا الوصف من كونها ﴿مِنْ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [البقرة: ١٠١] وأهل الكتاب هم اليهود والنصارى^(١). فلا بد أن تكون هذه المرأة إما على الديانة اليهودية أو على الديانة النصرانية حتى يحل الزواج منها وفق ما اشترطته الآية الكريمة، وبالنظر إلى واقع الأديان الموجودة في الغرب، نرى أن أتباع هذين الدينين قد خرجوا عن أصول دينهم وعقيدتهم. ومن البديهي أن خروج المرأة عن أصول دينها وعقيدتها يخرجها عن كونها من أهل هذه الملة، وكذلك الحال بالنسبة للكتابية^(٢). فلا بد من التوثق من كونها كتابية تؤمن بأصول دينها سواء اليهودية أم النصرانية، معتقدة بها اعتقاداً لا تشوبه الأفكار الإلحادية والشيوعية والعلمانية وغيرها التي تسود المجتمعات الغربية. فإنما كان حل الزواج منها لإيمانها بنبينا المرسل وكتابها المنزل، لا لمجرد انتمائها لمجتمعات تدعي في الظاهر رفع شعار المسيحية وفيها ما فيها من بعدها عنها ومخالفتها لأصولها^(٣).

٣- أن يتم عقد زواج المسلم بالكتابية وفق الإطار الشرعي المتضمن لمقومات عقد الزواج الصحيح^(٤). وهذا ما أكدته الآية الكريمة بلفت النظر إلى إعطائهن حقهن في المهر مع توفر النوايا الطيبة لإقامة العلاقة الإنسانية المعروفة في الزواج وتكوين أسرة مستقرة، والبعد عن كون هذه العلاقة من باب النزوات الطارئة. قال تعالى: ﴿إِذَا اتَّيَسَّرَ لَكُمْ مِنْ أَجْوَرِهِنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾ [المائدة: ٥] فهو

(١) أحكام القرآن، الجصاص، ١٩٨/٤.

(٢) حاشية البجيرمي ٣/٣٧٥.

(٣) إعانة الطالبين ٢/٣٤٤-٣٤٥، روضة الطالبين ٧/١٣٧.

(٤) تقدم في التمهيد بيان هذه المقومات.

نكاح شرعي وليس بسفاح أو مخادنة^(١).

وجاء ختم الآية الكريمة بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي
الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ [المائدة: ٥] بمثابة إنذار قوي إلى أن التفريط بما ينبغي أن تكون عليه
هذه العلاقة محبط للعمل في الدنيا وفي الآخرة^(٢).

٤ - ذهب بعض العلماء إلى اشتراط كون هذه المرأة الكتابية غير حربية، من ذلك ما روى
عن ابن عباس رضي الله عنه قال: " لا تحل نساء أهل الكتاب إذا كانوا حرباً، وتلا قوله تعالى:
﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا
يَسْئِرُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ
صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]^(٣).

(١) الزواج بالكتابية، عمارة محمود، ص ٤٠.

(٢) نفس المرجع، ص ٤٠.

(٣) سبق تفصيل هذا الشرط.

ثانياً: زواج المسلم بغير الكتابية (المشركة)

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم زواج المسلم بالمرأة المشركة:

هذه المسألة فيها قولان للعلماء:

القول الأول: يحرم نكاح المسلم للمشركات مطلقاً، سواء كن من مشركات العرب عابدات الأوثان أو كن ملحقات عربيات أو أعجميات، أو كن من مشركات غير العرب كالهندوسيات والبوذيات، والكنفوشيات، والمجوسيات وما شابههن، أو كن مرتدات عن الإسلام بعد دخول صحيح فيه، وهذا مذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(١)، مستدلين بالقرآن الكريم والإجماع.

أولاً: القرآن الكريم:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾ [البقرة: ٢٢١]. ذكر الله تعالى تحريم نكاح المشركات في سورة البقرة، ثم نسخ منها نساء أهل الكتاب فأحلهن في سورة المائدة^(٢). قال الطبري: وأولى الأقوال بالصواب ما قاله قتادة من أن الله تعالى عنى بقوله: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾ [البقرة: ٢٢١] من لم تكن من أهل الكتاب من المشركات، وأن الآية عام ظاهرها خاص باطنها، لم ينسخ منها شيء، وأن نساء أهل الكتاب غير داخلات فيها^(٣).

(١) بدائع الصنائع ٢/ ٢٧٠، المبسوط ٤/ ٢١١، القوانين الفقهية ١/ ١٣٧، الكافي، ابن عبد البر، ٢/ ٥٤٣، حاشية

قليوبي ٣/ ٢٥٠-٢٥١، مغني المحتاج ٣/ ١٨٧، الإنصاف ٨/ ١٣٦، المغني ٩/ ٥٤٨.

(٢) تفسير القرطبي ٣/ ٦٧، المغني ٩/ ٥٤٨.

(٣) تفسير الطبري ٣/ ٧١٤-٧١٥.

٢- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠]. أفادت الآية الكريمة حرمة نكاح المشركات عبدة الأوثان، ومن كانت له امرأة كافرة بمكة فلا يعتد بها فليست له امرأة، فقد انقطعت عصمتها لاختلاف الدارين، وكان الكفار يتزوجون المسلمات، والمسلمون يتزوجون المشركات، ثم نسخ ذلك في هذه الآية، فطلق عمر ابن الخطاب رضي الله عنه حيثئذ امرأتين بمكة مشركتين^(١).

٣- قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: ٢١٧]. دلت الآية على أن كل من ارتد عن الإسلام حكم بكفره وجرت عليه أحكام الكفار المرتدين، سواء اتخذت ديناً جميعاً، وهذه الآية تشمل البهائية والشيوعية والقاديانية، وهي بهذا تصير مشركة وكافرة وينفسخ نكاحها فور ردها ولا ٢٦ يجوز أن تقوم حياة زوجية بين مسلم ومرتدة أو بين مرتد ومسلمة لا ابتداءً ولا بقاءً^(٢).

ثانياً: الإجماع:

"اتفقوا على أن من عدا اليهود والنصارى من أهل الحرب يسمون مشركين"^(٣). وقال ابن قدامة: "أجمع أهل العلم أن سائر الكفار غير أهل الكتاب تحرم نساؤهم"^(٤). وقال الكمال ابن الهمام: "ولا يجوز تزوج الوثنيات، وهو بالإجماع والنص"^(٥). وقال ابن رشد: "اتفقوا

(١) تفسير القرطبي ١٨/٦٥، المغني ٩/٥٤٨.

(٢) بدائع الصنائع ٥/١٣٧-١٣٨، مواهب الجليل ٢/٣٣٧، الشرح الصغير ٢/٤٢٠، مغني المحتاج ٣/١٩٠،

المغني ٩/٥٤٨، في فقه الأقليات المسلمة، القرضاوي، ص ٩٣-٩٥.

(٣) موسوعة الإجماع، سعدي أبو جيب، ٢/١٠١١.

(٤) المغني ٩/٥٤٨.

(٥) فتح القدير ٣/٢٣١.

على أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية^(١). وقال أبو زهرة: "ولقد اتفق الفقهاء على أن عبدة الأوثان مشركون، لا تنكح نساؤهم"^(٢). وعليه: فإذا تزوج المسلم بمشركة من مشركات العرب أو العجم، فالنكاح باطل.

القول الثاني: يحل نكاح الحرة المجوسية، وهو قول أبو ثور والظاهرية والشيعة الإمامية^(٣)، مستدلين بالقرآن والسنة وقول الصحابي.

أولاً: القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]. استثنى الله تعالى أهل الكتاب خاصة بإعفائهم من القتل بغرم الجزية مع الصغار من جملة سائر المشركين الذين لا يحل إعفاؤهم إلا أن يسلموا. وقد صح أن رسول الله ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر^(٤). ومن الباطل الممتنع أن يخالف رسول الله ﷺ أمر ربه وإلا لبين لنا أنهم غير أهل كتاب فكنا ندري حينئذ أنه فعل ذلك بوحى^(٥). وإذا ثبت أنهم من أهل الكتاب جاز نكاح نساؤهم، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥].

ثانياً: السنة:

أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ذكر المجوس، فقال: ما أدري كيف أصنع في أمرهم؟ فقال عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: "سنوا بهم سنة أهل

(١) بداية المجتهد ٢/ ٤٤.

(٢) الأحوال الشخصية، أبو زهرة، ص ١١٤.

(٣) المغني ٩/ ٥٤٧، فتح القدير ٣/ ٢٣٠، تفسير القرطبي ٣/ ٧٠-٧١، المحلى، ابن حزم، ٩/ ٤٤٨.

(٤) أخرجه البخاري، كتاب الجزية، باب الجزية والموادعة مع أهل الحرب (٣١٥٦).

(٥) المحلى، ابن حزم، ٩/ ٤٤٨.

الكتاب"^(١). فأمر النبي ﷺ بمعاملة المجوس مثل أهل الكتاب فتحل مناكتهم، كما تحل مناكحة اليهود والنصارى.

ثالثاً: قول الصحابي:

عن علي رضي الله عنه قال: "أنا أعلم الناس بالمجوس كان لهم علم يعلمونه، وكتاب يدرسونه، وإن ملكهم سكر فوقع على ابنته، أو أخته، فاطلع عليه بعض أهل مملكته، فلما صحا جاؤوا يقيمون عليه الحد، فامتنع منهم، فدعا أهل مملكته، فلما أتوه قال: تعلمون ديناً خيراً من دين آدم، وقد كان ينكح بنيه من بناته، وأنا على دين آدم ما يرغب بكم عن دينه، قال: فبايعوه وقاتلوا الذين خالفوهم حتى قتلوهم، فأصبحوا وقد أسري على كتابهم، فرفع من بين أظهرهم، وذهب العلم الذي في صدورهم. فهم أهل كتاب، وقد أخذ رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر منهم الجزية"^(٢). دل كلام علي رضي الله عنه على أن المجوس لهم كتاب قد رفع ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، فدل على أنهم يعاملون معاملة أهل الكتاب، ومن ذلك نكاح نسائهم.

الترجيح:

الراجح هو قول جمهور العلماء وهو حرمة نكاح المجوسيات وعباد النار ومن في حكمهن، لقوة أدلتهم، وضعف أدلة القائلين بالجواز، وصحة انعقاد الإجماع على الحرمة، ودخولهن في عموم المشركات، وعدم ثبوت كتاب موجود بين أيديهم تصح نسبته لنبي من أنبياء الله تعالى^(٣).

(١) أخرجه البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الأشربة والحد فيها، باب المجوس أهل كتاب، ٩/ ١٨٩، (١٧١٥٦)، من حديث محمد بن علي بن الحسين مرسلاً.

(٢) الإمام الشافعي في مسنده (٨١٧). قال ابن عبد البر في التمهيد (٢/ ١٢٠): "أكثر أهل العلم لا يصححون هذا الأثر".

(٣) الأحكام الفقهية، يوسف الجبر، ص ٩٧٠-٩٧٥، فقه الأقليات المسلمة، خالد عبد القادر، ص ٤٠٧-٤١٠.

التفريق بسبب الإعسار بالنفقة

أولاً: تصوير المسألة

يطلق الإعسار على عدم القدرة في الحال على أداء ما ترتب في الذمة من حقوق مالية. فإذا إذا أعسر الزوج بنفقة القوت أو الكسوة أو بعضها أو المسكن على زوجته ، فهل يحكم عليها بالبقاء والانتظار تستدين حتى تموت أو يموت هو، أو يفرّق بينهما ويطلق سراحها لعلها تجد من يقوم بها ؟

لا خلاف بين الفقهاء في أن الزوجة إذا اختارت الصبر مع زوجها المعسر وأنفقت على نفسها من مالها أو مما اقترضته فلها ذلك، وصار ما أنفقته ديناً على الزوج يرده متى أيسر، وهذا إذا لم تمنع نفسها منه. أما إذا اختارت فسخ عقد الزواج؛ ففي المسألة قولان للفقهاء.

ثانياً: الأقوال في المسألة

القول الأول: لا يُفرّق بين الزوجين بسبب إعسار الزوج بالنفقة. وهو قول الحنفية⁽¹⁾، والظاهرية⁽²⁾، وقول عند الشافعية⁽³⁾، ورواية عن الإمام أحمد⁽⁴⁾.

القول الثاني: يجوز التفريق بينهما بسبب إعسار الزوج بالنفقة. وهو قول متأخري الحنفية⁽⁵⁾، والمالكية⁽⁶⁾، والأظهر عند الشافعية⁽⁷⁾، والحنابلة⁽⁸⁾.

لكن قالوا: لا فسخ إذا أعسر بالنفقة الماضية، ولا بما زاد عن نفقة المعسر (يعني النفقة الحاضرة المعتدلة).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم التفريق بالكتاب والسنة والمعقول والقياس:

(أ) من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 280].

(1) الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيباني (451/3)؛ الباب في شرح الكتاب للميداني (96/3)؛ المبسوط للسرخسي (191/5)؛ بدائع الصنائع للكاساني (603/3)؛ تحفة الفقهاء للسمرقندي (163/2)؛ البناء في شرح الهداية للعيني (505/5).

(2) المحلى لابن حزم (258/9).

(3) روضة الطالبين للنووي (480/6)؛ مغني المحتاج للشربيني (442/3)؛ البيان للعمري (221/11).

(4) المحرر لابن تيمية (312/2)؛ الإنصاف للمرداوي (1635/2 ط: بيت الأفكار)؛ زاد المعاد لابن القيم (515/5).

(5) رد المحتار لابن عابدين (306/5-307).

(6) الكافي لابن عبد البر (255/2)؛ المعونة للقاضي عبد الوهاب (523/1)؛ بداية المجتهد لابن رشد (52/2)؛ الخرشبي على خليل (196/4-197).

(7) روضة الطالبين للنووي (480/6)؛ مغني المحتاج للشربيني (442/3)؛ المهذب للشيرازي (614/4)؛ الحاوي الكبير للماوردي (454/11)؛ البيان للعمري (223/11).

(8) المغني لابن قدامة (361/11)؛ المحرر لابن تيمية (312/2)؛ الإنصاف للمرداوي (1635/2 ط: بيت الأفكار)؛ مطالب أولي النهي للرحبياني (637/5).

وجه الدلالة من الآية أنها توجب على أصحاب الحقوق إنظار المعسرين، والصبر عليهم؛ فهي تدل بعمومها على وجوب الانتظار، وعلى ذلك فليس للزوجة حق في طلب فسخ عقد زواجها، ويجب عليها الانتظار، والصبر على الزوج.⁽¹⁾

(ب) من السنة:

حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: دخل أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يستأذن على رسول الله ﷺ، فوجد الناس جلوساً ببابه، لم يؤذن لأحد منهم، قال: فَأُذِنَ لأبي بكر، فدخل، ثم أقبل عمرُ فأستأذن فأُذِنَ له، فوجد النبي ﷺ جالساً حوله نساؤه واجماً ساكتاً، قال: فقال: لأقولن شيئاً أضحكُ النبي ﷺ فقال: يا رسول لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقلت إليها فوجأت عنقها (أي: لويتها)، فضحك رسول الله ﷺ، وقال: "هَنَّ حَوْلِي كَمَا تَرَى يَسْأَلُنِي النَّفَقَةَ"، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله ﷺ ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله ﷺ شيئاً أبداً ليس عنده، ثم اعتزلهن شهراً أو تسعاً وعشرين...⁽²⁾.

وجه الدلالة من الحديث بيانه أن لا حق للمرأة في طلب فسخ عقد الزواج في إيسار الزوج بالنفقة؛ لأنه لا حق لها في مطالبته بذلك، فإذا كان طلبها للنفقة باطلا فكيف تمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبه، ولا يحل لها، بإقرار النبي ﷺ لأبي بكر وعمر الضرب إذا سألت ابنتيهما نفقة لا يجدها بحضرتها، فمن المحال أن يضرب طالبتين للحق⁽³⁾.

(ج) من المعقول⁽⁴⁾:

أولاً: أنه لم يزل في الصحابة المعسر والموسر، وكان معسروهم أضعاف موسريهم، فما مكّن النبي ﷺ قط امرأة واحدة من الفسخ بإيسار زوجها، ولا أعلمها أن الفسخ حق لها، فإن شاءت صبرت، وإن شاءت فسخت، وهو يشرع الأحكام عن الله تعالى بأمره، فهب أن الأزواج تركن حقهن أفما كان فيهما امرأة واحدة تطالب بحقوقها وهؤلاء نساؤه خير نساء العالمين يطالبنه بالنفقة حتى أغضبته، وحلف ألا يدخل عليهن شهراً من شدة ما وجده منهن، فلو كان من المستقر في شرعه أن المرأة تملك الفسخ بإيسار زوجها لرفع إليه ذلك، ولو من امرأة واحدة.

ثانياً: استصحاب الحال (بقاء الزوجية)؛ فالشرع يتشوف إلى استمرار الزواج.⁽⁵⁾

(1) المسبوط للسرخسي (191/5)؛ الحاوي الكبير للهاوردي (454/11)؛ زاد المعاد لابن القيم (519/5).

(2) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب بيان أن تخير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية، (1104/2-1105)، رقم الحديث (1478).

(3) المحلى لابن حزم (97/10)؛ زاد المعاد لابن القيم (519/5)؛ نيل الأوطار للشوكاني (392/8).

(4) زاد المعاد لابن القيم (519/5).

(5) الفروق للقرافي (270/3).

ثالثاً: عدم قدرة الزوج على جماع زوجته لمرض متناول بها، وإعسارها بالجماع لهذا المرض لا يؤدي إلى تمكين الزوج من فسخ النكاح به، بل يوجب النفقة الكاملة للزوجة مع إعسار زوجته بالوطء، فكيف يمكنها من الفسخ بإعساره عن النفقة التي غايتها أن تكون عوضاً عن الاستمتاع⁽¹⁾.

رابعاً: القياس على النفقة في الزمان الماضي، فكما أنه لا يفسخ بسبب الإعسار عن النفقة في الزمن الماضي فلا يفسخ العقد بالإعسار عن النفقة الحاضرة⁽²⁾.

أدلة القول الثاني:

أولاً من الكتاب:

(أ) قال الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229].

وجه الدلالة من الآية أن الله تعالى قد خير الأزواج بين الإمساك بالمعروف، أو التسريح بالإحسان، ومن الإمساك بالمعروف أن يعطي زوجته حقها من النفقة، ومن هنا لم يكن إمساك المرأة وعدم الإنفاق عليها من الإمساك بالمعروف، ويكون عليه في هذه الحالة التسريح بإحسان، فإن لم يسرحها كان لها حق الخيار بين أن تطلب التفريق بسبب الإعسار، وعدم الإنفاق لرفع الضرر عنها، أو أن تصبر على ذلك⁽³⁾.

(ب) قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبُغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً وَادْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 231].

وجه الدلالة من الآية إفادتها أن إمساك الزوج زوجته بغير إنفاق ضرر عليها، ولا يمكن رفع هذا الضرر إلا بإعطاء الزوجة حق الخيار لطالب التفريق بينها وبين زوجها لرفع هذا الضرر⁽⁴⁾.

ثانياً: من السنة:

حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ غَنًى، وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَدِ السُّفْلَى، وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ. تَقُولُ الْمَرْأَةُ: إِمَّا أَنْ تُطْعِمَنِي، وَإِمَّا أَنْ تُطَلَّقَنِي، وَيَقُولُ الْعَبْدُ: أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْمِلْنِي، وَيَقُولُ الْإِبْنُ: أَطْعِمْنِي، إِلَى مَنْ تَدْعُنِي؟» فَقَالُوا: يَا أَبَا هُرَيْرَةَ، سَمِعْتَ هَذَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟ قَالَ: لَا، هَذَا مِنْ كَيْسِ أَبِي هُرَيْرَةَ.⁽⁵⁾

(1) مغني المحتاج للشربيني (442/3)؛ زاد المعاد لابن القيم (520/5).

(2) الفروق للقرافي (269/3).

(3) مغني المحتاج للشربيني (442/3)؛ البيان للعمري (221/11)؛ الحاوي الكبير للماوردي (455/11)؛ المغني لابن قدامة (361/11).

(4) المعونة للقاضي عبد الوهاب (523/1)؛ الحاوي الكبير للماوردي (455/11).

(5) البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، (2084/5)، رقم (5040). ومعنى كلمة كيس أبي هريرة: أي اجتهداه وليس سماعاً من رسول الله ﷺ.

وجه الدلالة في قوله: «إما أن تطعمني، وإما أن تطلقني»؛ فالزوجة إذا أعسر زوجها بنفقتها طلبت الفراق.⁽¹⁾

ثالثاً: فعل الصحابة:

(1) عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلّقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا⁽²⁾.

وجه الدلالة: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قضى به، ولم يخالفه أحد من الصحابة⁽³⁾، فكان إجماعاً على ما قضى به عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على الأزواج الغائبين عن زوجاتهم عند طلب الزوجة النفقة من الزوج بالإنفاق، فإذا لم يتم الاستجابة إلى طلب الزوجات بالإنفاق فإن القاضي يفرق بينهما بناء على طلب الزوجة.

(2) عن أبي الزناد سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته؛ قال: يفرق بينهما، قال أبو الزناد: قلت: سنة، فقال سعيد: سنة⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: قال الشافعي: والذي يشبه قول سعيد سنة أن تكون سنة رسول الله ﷺ⁽⁵⁾. ومراسيل سعيد معمول بها؛ لما عرف من أنه لا يرسل إلا عن ثقة⁽⁶⁾.

رابعاً: من القياس:

قياس (الإعسار بالنفقة) على (العجز عن الاستمتاع)، فإذا نشزت فلا نفقة لها؛ لمنعها استمتاع الزوج، كذلك إذا لم تأخذ نفقتها من الزوج فلها مفارقتها ولأنها لما كان مفارقتها في الإيلاء⁽⁷⁾ والعنة⁽⁸⁾، وضررها أيسر من ضرر النفقة فكان في عدم النفقة أولى⁽⁹⁾.

(1) الصنعاني، سبل السلام للصنعاني (1554/3)؛ فتح الباري لابن حجر (501/9).

(2) مسند الشافعي (82/3)؛ المصنف لعبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها، (93/7-94)، رقم (12346-12347)؛ مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الطلاق، باب من قال على الغائب نفقة فإن بعث وإلا طلق، (169/4)؛ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، (772/7-773)، رقم (15706)؛ بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر (349/2)، وقال: أخرجه الشافعي ثم البيهقي بإسناد حسن. وقال الصنعاني في سبل السلام (1558/3): حسن الإسناد، وصححه ابن القيم في زاد المعاد (508/5)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (230-228/7).

(3) نهاية المحتاج للرملي (212/7).

(4) مسند الإمام الشافعي، باب النفقات، (81-82/3)، رقم (1212)؛ المصنف لعبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب لرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، (96/7)، رقم (12357)؛ المصنف لابن أبي شيبة، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الرجل يعجز عن نفقة امرأته يجبر على أن يطلق امرأته أم لا واختلافهم في ذلك، (169/4)، رقم (19013)؛ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، (773/7)، رقم (15707)؛ بلوغ المرام لابن حجر، كتاب الطلاق، باب النفقات، (348-349/2)، رقم (1158). قال: ابن حجر: "هذا مرسل قوي"؛ سبل السلام للصنعاني، (1075/3)، رقم (1075).

(5) مسند الإمام الشافعي، باب النفقات، (82/3)؛ السنن الكبرى للبيهقي (773/7).

(6) سبل السلام للصنعاني (1554/3).

(7) الإيلاء اصطلاحاً هو: حلف زوج يصح طلاقه على الامتناع من معاشرة الزوجة مطلقاً أو فوق أربعة أشهر. انظر: مغني المحتاج (ج3/343).

(8) العنة: العجز عن معاشرة الزوجة. انظر: معجم لغة الفقهاء للقلعجي، ص (323).

(9) المعونة للقاضي عبد الوهاب (534/1)؛ الحاوي الكبير للماوردي (455-456/11)؛ مغني المحتاج للشربيني (442/3)؛ المغني لابن قدامة (362/11).

المناقشات والردود:

. مناقشة أدلة القول الأول:

مناقشة الاستدلال الأول من القرآن:

أنه عائد (أي حقها في الفسخ) إلى ما استقر ثبوته في الذمة، وهي لا تستحق الفسخ بما استقر ثبوته في الذمة من ماضي نفقتها، وإنما تستحقه بنفقة الوقت الذي لم يستقر في الذمة، فلم تتوجه إليها الآية⁽¹⁾ وعلى ذلك فإن كان الانتظار والصبر على الزوج فيما معناه من النفقة السابقة تتوجه إليه الآية فإن النفقة الحاضرة إذا أعسر الزوج بها فإن ذلك يعطي الزوجة حق الخيار بين أن ترفع أمرها إلى القاضي وتطلب الفسخ، أو أن تصبر على الزوج.

مناقشة الاستدلال الثاني من السنة⁽²⁾:

- 1- بأن زجرهما عن المطالبة بما ليس عند رسول الله ﷺ لا يدل على عدم جواز الفسخ، لأجل الإعسار، ولم يرو أنهن طلبنه ولم يجبن إليه، كيف وقد خيرهما ﷺ بعد ذلك فاخترنه، وليس محل النزاع جواز المطالبة للمعسر بما ليس عنده وعندهما، بل محله هل يجوز الفسخ عند التعذر أم لا؟
- 2- إن أزواج النبي ﷺ لم يعدن النفقة بالكلية؛ لأن النبي ﷺ قد استعاذ من الفقر المدقع، ولعل ذلك إنما كان فيما زاد على قوام البدن مما يعتاد الناس النزاع في مثله.

مناقشة الاستدلال الثالث من المعقول:

1. مناقشة ذلك بما يلي:

أ- أنه لم يعلم أن امرأة طلبت الفسخ أو الطلاق لإعسار الزوج بالنفقة، ومنعها عن ذلك، حتى تكون حجة، بل كانت نساء الصحابة كرجلهن يصبرن على ضنك العيش وعسره، كما قال مالك: إن نساء الصحابة كن يردن الآخرة وما عند الله تعالى، ولم يكن مرادهن الدنيا، فلم يكن يبالي بعسر أزواجهن، وأما نساء اليوم فإنما يتزوجن رجاء الدنيا من الأزواج، والنفقة، والكسوة⁽³⁾. وعليه فإن حق الخيار للزوجة بالفسخ لإعسار زوجها عن الإنفاق لا يثبت إلا بعد أن ترفع أمرها إلى القاضي، وإثبات إعسار الزوج، وعليه فإنه حق للزوجة بعد الصبر على زوجها وتضررها من إعساره.

ب- إنه ﷺ لم يتكلم بكل ما يصح شرعا بطريق التنقيص عليه قطعاً، وإلا لبطل الاجتهاد والاستنباط⁽⁴⁾.

2. مناقشة ذلك: إنا لم نقل بحل العصمة الثابتة بالإجماع عن المعسر بالإنفاق إلا بدليل،⁽⁵⁾ وهو قوله تعالى:

(1) الحاوي الكبير للهاوردي (456/11).

(2) نيل الأوطار للشوكاني (392-393).

(3) سبل السلام للصنعاني (1556/3).

(4) مجموعة الرسائل الفقهية للصنعاني، ص (227).

(5) الفروق للقرافي (269/3).

﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229].

وعلى ذلك فإن حق الخيار للزوجة ثابت بدليل من الشرع بالنص من أن عدم الإنفاق والإعسار على الزوجة ليس من قبيل الإمساك بالمعروف، فيكون فسخ عقد الزواج ودفع الضرر عن الزوجة هو من قبيل التسريح بإحسان.

3. مناقشة ذلك: بأن الزوج يملك الطلاق والزواج من زوجة أخرى لرفع الضرر عنه لفقده الاستمتاع بالجماع، أما إعسار الزوجة عن النفقة فإنه لا يمكن رفع الضرر عنها إلا بإعطائها حق الخيار في فسخ عقد الزواج.

4. مناقشة ذلك: إنا لم نلزمه النفقة مع العسرة، وهو نظير الإلزام بالدين، وإنا أمرنا برفع الضرر الذي يقدر عليه، وهو إطلاقها لمن ينفق عليها⁽¹⁾، والفسخ إنما هو بحال وقتها دون ما مضى وما يستقبل⁽²⁾.

. مناقشة أدلة القول الثاني:

مناقشة الاستدلال الأول من القرآن⁽³⁾:

الآية الأولى:

1. إن الإمساك بالمعروف في حق العاجز عن النفقة على أنه إن كان عاجزا عن الإمساك بالمعروف فإنما يجب عليه التسريح بالإحسان إذا كان قادرا، ولا قدرة له على ذلك؛ لأن ذلك بالتطليق مع إيفاء حقها في نفقة العدة، وهو عاجز عن نفقة العدة.

2. أن لفظ التسريح محتمل، يحتمل أن يكون المراد منه التفريق بإبطال النكاح، ويحتمل أن يكون المراد منه التفريق والتباعد من حيث المكان، وهو تخلية السبيل وإزالة اليد؛ إذ حقيقة التسريح هي التخلية، وذلك قد يكون بإزالة اليد والحبس، وعندنا لا يبقى له ولاية الحبس، فلا يكون حجة مع الاحتمال.

الآية الثانية:

مناقشة ذلك: قال ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ومجاهد ومسروق والحسن وقتادة والضحاك والربيع، ومقاتل بن حيان وغير واحد: كان الرجل يطلق المرأة، فإذا قاربت انقضاء العدة أرجعها إضرارا بها؛ لئلا تذهب إلى غيره ثم يطلقها فتعتد، فإذا شارفت على انقضاء العدة طلق؛ لتطول عليها العدة، فنهاهم الله عن ذلك فقال جل شأنه: ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [سورة البقرة آية رقم 231] أي بمخالفة أمر الله تعالى⁽⁴⁾.

الرد على ذلك: الآية وإن كان سببها خاصا فالاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب⁽⁵⁾.

مناقشة الاستدلال الثاني من السنة:

(1) الفروق للقرافي (269/3).

(2) الحاوي الكبير للماوردي (457/11).

(3) بدائع الصنائع للكاساني (604/3).

(4) تفسير القرآن العظيم لابن كثير (629/1).

(5) نيل الأوطار للشوكاني (392/8).

مناقشة ذلك:

1. أن قوله: «تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني» ليس من قوله ﷺ، بل من قول أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ لما جاء في فتح الباري عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال النبي ﷺ: «أفضل الصدقة ما تركت غني واليد العليا خير من اليد السفلى وأبدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني أو تطلقني، يقول العبد: أطعمني واستعملني إلى من تدعني» فقالوا: يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ فقال: لا هذا من كيس أبي هريرة⁽¹⁾ فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة⁽²⁾.

الرد على ذلك: وقوله "من كيس" هو بكسر الكاف للأكثر أي من حامله، إشارة إلى أنه من استنباطه مما فهمه من الحديث المرفوع مع الواقع، ووقع في رواية الأصلية بفتح الكاف أي من فطنته⁽³⁾. أما قوله "من كيسي" جواب المتهم بهم، لا مخبرا أنه لم يكن عن رسول الله ﷺ، وكيف يصح حمل قوله من كيس أبي هريرة على أنه أراد به الحقيقة، وقد قال رسول الله ﷺ فينسب استنباطه إلى قوله على رسول الله ﷺ وهل هذا إلا كذب منه على رسول الله ﷺ وحاشا أبي هريرة من ذلك⁽⁴⁾، فهو من رواة حديث: «من كذب علي متعمدا فليتبوأ مقعده من النار»⁽⁵⁾.

2. هذا قول امرأة وليس فيه أن الرجل يلزم به⁽⁶⁾.

3. هذا كلام عام منه، لا يخص المعسر، ولا الموسر، ولا خلاف أن الموسر إذا لم يطعم لا يجبر على الفراق، بل يجبر على أحد الأمرين عينا وهو الإنفاق⁽⁷⁾.

4. لو سلم أنه من كلام النبي ﷺ على ما رواه الدار قطني كان معناه الإرشاد إلى ما ينبغي، مما يدفع به ضرر الدنيا، مثل: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: 282] يعني: ينبغي أن يبدأ بنفقة العيال، وإلا قالوا لك مثل ذلك، وشوشوا عليك إذا استهلكت النفقة لغيرهم⁽⁸⁾.

مناقشة الاستدلال الثالث من فعل الصحابة:

مناقشة ذلك:

(1) فتح الباري لابن حجر، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، (500/9)، رقم (5355)؛ المحلى لابن حزم (94/10)؛ البناء للعيني (508/5)؛ زاد المعاد لابن القيم (520/5).

(2) شرح فتح القدير لابن الهمام (352/4).

(3) فتح الباري لابن حجر (501/9)؛ سبل السلام للصنعاني (1553/3).

(4) سبل السلام للصنعاني (1553/3).

(5) صحيح البخاري، كتاب العلم، باب إثم من كذب على النبي ﷺ، (52/1)، رقم الحديث (110)؛ صحيح مسلم، في المقدمة، باب تغليظ الكذب على رسول الله ﷺ، (10/1)، رقم الحديث (3).

(6) البناء للعيني (508/5)؛ شرح فتح القدير لابن الهمام (352/4).

(7) شرح فتح القدير لابن الهمام (352/4).

(8) شرح فتح القدير لابن الهمام (352/4).

أنه صح عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر بها الزوج⁽¹⁾.

والرد على ذلك:

1. أن النفقة لا تسقط بالمطل في حق الزوجة، وأنه يجب أحد الأمرين على الأزواج الإنفاق أو الطلاق⁽²⁾.
2. أن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لم يخاطب بذلك إلا الأغنياء القادرون على النفقة وليس في خبر عمر ذكر حكم المعسر⁽³⁾.
3. أنهم ما كانوا عاجزين عن المهر والنفقة، ذلك أن نفقة عيال من هو من الجند من مال بيت المال والإمام هو الذي يوصل ذلك إليهم ولكنه خاف عليهن الفتنة لطول غيبة أزواجهن، فأمرهم أن يبعثوا إليهن ما تطيب به قلوبهن⁽⁴⁾.

مناقشة رواية سعيد بن المسيب :

أولاً: أن قول سعيد بن المسيب إنه (سنة) لا نسلم أنه سنة الرسول ﷺ؛ لأن السنة كما تطلق على سنة الرسول ﷺ تطلق على سنة غيره أيضاً، ألا ترى قوله ﷺ سنَّ بكم معاذ سنة حسنة ونقول سنة العمرين فاشتبه بين العلماء⁽⁵⁾.

الرد على ذلك: كيف يقوله السائل سنة ويريد سؤاله عن سنة عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، هذا مما لا ينبغي حمل الكلام عليه، وهل سأل السائل إلا عن سنة رسول الله ﷺ، وإنما قال جماعة: إنه إذا قال الراوي من السنة كذا، فإنه يحتمل أن يريد سنة الخلفاء، وأما بعد سؤال الراوي فلا يريد السائل إلا سنة رسول الله ﷺ، ولا يجب المجيب إلا عنها لاعتبار سنة غيره، لأنه إنما سأل عما هو حجة وهو سنة ﷺ⁽⁶⁾.

ثانياً: أنه مرسل والمرسل لا حجة فيه⁽⁷⁾

مناقشة ذلك: أن أئمة العلم يختارون العمل بها أي مرسل سعيد⁽⁸⁾. ومراسيل سعيد معمول بها لما عرف من أنه لا يرسل إلا عن ثقة⁽⁹⁾. قال الحافظ بن معين: إن مراسيل سعيد بن المسيب أصح المراسيل؛ لأنه من أولاد الصحابة، وأدرك العشرة، وفقه أهل الحجاز، ومفتيهم، وقال الشافعي: أنه لا يرسل ابن المسيب حديثاً إلا يوجد

(1) المحلى لابن حزم (94/10).

(2) سبل السلام للصنعاني (1558/3).

(3) المحلى لابن حزم (94/10).

(4) المبسوط للسرخسي (191/5).

(5) البناءة للعيني (508/5)؛ شرح فتح القدير لابن المهام (352/4)؛ المحلى لابن حزم (95/10).

(6) سبل السلام للصنعاني (1555-1554/3).

(7) المحلى لابن حزم (95/10)؛ البناءة للعيني (508/5)؛ والمرسل هو ما أرسله التابعي إلى رسول الله ﷺ وحكم العمل به أنه ضعيف.

(8) سبل السلام للصنعاني (1557-1556/3).

(9) سبل السلام للصنعاني (1554/3).

مسندنا، ولأنه لا يروي إلا ما سمعه عن جماعة، أو عن أكابر الصحابة أو عنده قولهم ومراسيله مأخوذة عن أبي هريرة؛ لما بينهما من الوصلة فصار إرساله كإسناده عنه⁽¹⁾.

مناقشة الاستدلال بالقياس: ذلك⁽²⁾: بأن هذا القياس مع الفارق، وذلك لأن (العجز عن النفقة) يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح، وأما (العجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الحب والعنة) فيكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرق بالعجز عن المقصود جواز حله عن التابع".

ثالثاً: الترجيح

ويرى الباحث ترجيح القول القائل بإعطاء الزوجة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها لإعساره بالنفقة إذا تضررت من إعساره وهي محبوسة لحقه، وهذا بعد أن تثبت إعسار الزوج بعدم وجود أموال له يمكن استيفاء النفقة منها، وبعد أن يمهل القاضي فترة من الزمن لإثبات يساره وقدرته على الإنفاق؛ لأن نفقة الزوجة واجبة على الزوج، فإذا عدم هذا الواجب كان من الواجب إعطاء الزوجة الخيار في التفريق وترك الزوجة للزوج من زوج آخر يستطيع الإنفاق عليها ورفع الضرر عنها، وذلك لأن الشريعة مبناها على تحقيق المصالح ودرء المفاسد ودفع الحرج والإبقاء على الزوجة إضرار بها أيما إضرار.

شروط ثبوت الخيار بسبب الإعسار بالنفقة:

لكي يثبت الخيار للزوجة بالفسخ لإعسار الزوج بالنفقة لا بد من توافر شروط لكي يحق للزوجة الفسخ: أولاً: تحقق إعسار الزوج، أو غلبة الظن بإعساره، وذلك بإقامة البينة على ذلك، ولا يستحق الفسخ إلا بعد أن تثبت ذلك عند القاضي بعد الرفع أو عند الحكم بإعساره، وذلك بإقرار الزوج أو ثبوته بالبينة المعتبرة شرعاً⁽³⁾.

ثانياً: أن لا تكون الدعوى بالمطالبة بالنفقة الحاضرة لا الماضية، لأن الماضية تكون ديناً على الزوج⁽⁴⁾.

ثالثاً: عدم علمها - أي الزوجة - بفقره عند العقد.

وهذا عند المالكية⁽⁵⁾، وبعض الحنابلة⁽⁶⁾.

إلا أن المالكية استثنوا حالتين يكون فيهما حق الخيار بالفسخ إن كانت عاملة بفقره عند العقد وهما⁽⁷⁾:

(1) الصنعاني، مجموع الرسائل الفقهية، ص (234).

(2) البناية للعيني (507/5).

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (519/2)؛ مغني المحتاج للشرييني (444/3)؛ البيان للعمراي (224/11)؛ كفاية الأخيار للحصني، ص (584).

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (518/2)؛ الخرشي على خليل (196/4)؛ الحاوي للماوردي (456/11)؛ مغني المحتاج للشرييني (443/3)؛ المغني لابن قدامة (363/11).

(5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (518-519)؛ مواهب الجليل للخطاب (564/5).

(6) المغني لابن قدامة (366/11)؛ زاد المعاد لابن القيم (514/5).

(7) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (518-519)؛ مواهب الجليل للخطاب (564/5).

1- إن كان مشهوراً بالعطاء وانقطع.

2- إذا علمت عند العقد أنه من مسؤل (أي الطائفين بالأبواب: متسؤل) فليس لها الفسخ، إلا إذا تركه (أي السؤل) فلها الفسخ.

رابعاً: أن لا تكون الزوجة ناشزاً بالاتفاق ما بين الفقهاء، والناشز هي التي تترك بيت زوجها دون مسوغ شرعي، أو التي تعصي زوجها فيما له عليها من حقوق⁽¹⁾.

وقت ثبوت حق الخيار للزوجة بالفسخ بسبب الإعسار بالنفقة:

إذا أعسر الزوج بالنفقة هل يثبت خيار الفسخ للزوجة على الفور أم على التراخي.

القول الأول: إنما يثبت الخيار للزوجة بالفسخ على الفور من غير إنظار الزوج، وهو قول عند الشافعية⁽²⁾، ومذهب الحنابلة⁽³⁾. جاء في المذهب⁽⁴⁾ "إن لها الفسخ في الحال؛ لأنه فسخ؛ لتعذر العوض، فثبت في الحال كفسخ البيع بإفلاس المشتري بالثمن".

استدل أصحاب القول الأول:

- بما روي عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا⁽⁵⁾.

وجه الدلالة: ثبوت الفسخ، ولم يرد عن الشارع الإنظار فيه، فوجب أن يثبت الفسخ في الحال كالعيب، ولأن سبب الإعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير⁽⁶⁾.

القول الثاني: لا يثبت الخيار للزوجة على الفور، ولا بد من إنظار الزوجة وإمهاها مدة من الزمن، وهذا مذهب المالكية⁽⁷⁾، وهو المذهب عند الشافعية⁽⁸⁾.

استدل أصحاب القول الثاني⁽⁹⁾:

أولاً: أن في إرهابه على تعجيل الفسخ إدخال ضرر عليه، فيمهل من الزمان، ليزول بها الضرر عن الزوجين.

(1) المبسوط للسرخسي (188/5)؛ المغني لابن قدامة (409/11)؛ روضة الطالبين للنووي (58/9).

(2) المذهب للشيرازي (618/4)؛ مغني المحتاج للشربيني (444/3).

(3) المغني لابن قدامة (362/11).

(4) المذهب للشيرازي (618/4).

(5) مسند الشافعي (82/3)؛ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، (772/7)؛ سبل السلام للصنعاني (1558/3). قال الصنعاني: حسن الإسناد. وصححه الألباني في إرواء الغليل (228/7).

(6) المغني لابن قدامة (362/11).

(7) المعونة للقاضي عبد الوهاب (524/1)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (519/2).

(8) الحاوي للماوردي (460-459/11)؛ روضة الطالبين للنووي (484/6)، مغني المحتاج للشربيني (445-444/3). البيان للعمري (225/11).

(9) الحاوي للماوردي (460/11).

ثانياً: أن المال المستحق بالنكاح موضوع على المياسرة والمساهلة، لصحة العقد بغير مهر، فلم يجز أن يعدل به عن موضوعه في المسايرة إلى إرهاب بتعجيل الفسخ، فينظر من الزمان بما يخرج به عن حد الإرهاب. والراجح القول الثاني؛ لأن الشريعة مبناها على التيسير، كما أن الشريعة تحتاط لعقد الزواج بقدر الإمكان، ولذلك رغبت في كل ما يؤدي إلى استقرار الحياة الزوجية ويُبعد عن خرابها.

نوع الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة:

اختلف الفقهاء القائلون بإعطاء حق الخيار للزوجة بسبب إعسار الزوج بالنفقة إذا طلبت الزوجة من القاضي التفريق، هل تعد فسخاً أم تعد طلاقاً؟ واختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: إن الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة هي فرقة فسخ، وهو مذهب الشافعية⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾. ودليلهم ودليلهم أنها لم تصدر عن الزوج ولا وكيله فلا تكون طلاقاً بل فسخاً.

القول الثاني: إن الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة هي فرقة طلاق رجعي، وهذا مذهب المالكية⁽³⁾، فقد جاء في حاشية الدسوقي⁽⁴⁾ "كل طلاق أوقعه القاضي فهو بائن إلا طلاق المولى والمعسر بالنفقة". ويستدل لهم بأن جعل هذا الطلاق رجعياً هو الحكمة من جعل الطلاق ثلاثاً، ولأن زوال الإعسار وارد في أي وقت، فإن أيسر راجع زوجته وإلا بانتهى عنه عدتها.

الرأي الراجح: والذي نراه راجحاً القول القائل بأن الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة فسخ؛ لأن هذه الفرقة لم تصدر من الزوج ولا وكيله وما كان كذلك من الفرقة فهو فسخ. ولأننا إذا اعتبرناه طلاقاً رجعياً فلا فائدة تعود على المرأة وستبقى متضررة؛ لأن زوجها بعد رفع أمرها إلى القاضي وحكمه بطلاقها رجعياً يستطيع مراجعتها وهذا عبث.

(1) المهذب للشيرازي (618/4)؛ روضة الطالبين للنووي (484/6)؛ مغني المحتاج للشربيني (442/3).

(2) المغني لابن قدامة (365/11)؛ مطالب أولي النهي للرحبياني (641/5).

(3) المعونة للقاضي عبد الوهاب (524/1)؛ ابن عبد البر، الكافي لابن عبد البر (256/2)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (519/2)؛ الشرح الصغير للدردير (746/2)؛ الخرشي على خليل (189/4).

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (519/2).

الطلاق الثلاث بلفظ واحد

تصوير المسألة:

الاختلاف في وقوع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة أو عدم وقوعه وكم يقع إذا وقع اختلاف كبير. فمن العلماء من قال بوقوعه ثلاثاً وحرمته، ومنهم من قال بوقوعه ثلاثاً وحله، ومنهم القائل بوقوعه واحداً وحرمته، ومنهم القائل بعدم وقوعه.

والظاهر أن منشأ الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أمرين:

الأول: النهي عن الشيء، هل يستلزم الحرمة والبطان؟ أم هل يستلزم الحرمة ولا يستلزم البطان؟ بمعنى، هل يفصل الجانب الأخرى عن الجانب الديني أو القضائي في المسألة؟ أم عدم إمكانية الفصل؟⁽¹⁾

الثاني: الأدلة الواردة في هذه المسألة، أدلة ظنية يتطرق إليها الاحتمال وتتسع للرأي والرأي الآخر. وفيها مجال واسع للاجتهاد بالرأي، ويقول ابن رشد: (وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة)⁽²⁾.

أما الإمام الكرمانى فيرى أن الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً. وتبين به المرأة بينونة كبرى، فقال تحت باب من أجاز الطلاق ثلاثاً بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽³⁾.

قال فإن قلت كيف دلّت هذه الآية على إجازته؟ قلت: إذا جاز الجمع بين اثنتين جاز بين الثلاث أو التسريح بالإحسان عام متناول لإيقاع الثلاث دفعة، ثم ذكر الخلاف بين الفقهاء⁽⁴⁾. حيث ذهب الفقهاء بهذه المسألة إلى أربعة أقوال هي:

الأقوال في المسألة:

القول الأول: الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً، وتبين به المرأة بينونة كبرى لا تحل لزوجها الذي طلقها هذه الطلاق حتى تنكح زوجاً غيره.

وينسب هذا الرأي إلى عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، والعبادلة الأربعة، وكثير من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وأرضاهم⁽⁵⁾.

وبه قال الأئمة الأربعة على الأرجح من أقوالهم في مذاهبهم من الحنفية⁽⁶⁾ والمالكية⁽⁷⁾ والشافعية⁽⁸⁾ والحنابلة⁽⁹⁾.

(1) البدائع للكاساني 95/3.

(2) بداية المجتهد لابن رشد 62/2.

(3) سورة البقرة الآية/229.

(4) الكواكب الدراري، 182/18.

(5) المغني لابن قدامة، 243/8.

(6) بدائع الصنائع للكاساني، 94/3، رد المحتار على الدر المختار، 419/2.

(7) شرح فتح الجليل، 202/2.

(8) لأم 187/5، المجموع 130/17.

(9) المغني 241/8. الإنصاف للمرداوي 450/8.

والأوزاعي⁽¹⁾.

القول الثاني: القائلون بوقوعه واحدة. وبه قال أبو بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في خلافته ومعظم الصحابة إلى سنين من خلافة عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وهو قول في المذهب عن الإمام أحمد بن حنبل⁽²⁾، وأكثر الظاهرية، ما عدا ابن حزم⁽³⁾، واختاره ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁽⁴⁾.

القول الثالث: قالوا أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع بها شيء. وهو مروي عن بعض الإمامية⁽⁵⁾ وبعض الظاهرية⁽⁶⁾.

القول الرابع: المرأة المطلقة إن كانت مدخولا بها وقعت الثلاث، وإن لم تكن مدخولا بها وقع واحدة فقط. وبه قال بعض التابعين منهم: عطاء بن أبي رباح، وطاووس بن كيسان، وسعيد بن جبير، والحسن البصري⁽⁷⁾.

الأدلة في المسألة:

(أ) أدلة القول الأول

واستدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

1- (أ) قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽⁸⁾.

(1) مقدمة ابن رشد، 385، حاشية العدوي 77/2.

(2) الإنصاف للمرداوي 454/8.

(3) المحلى 168/10.

(4) الحاوي لتحرير الفتاوى 678/2، والفتاوى لابن تيمية 19/3، أعلام الموقعين 30/3، البحر الزخار 174/4.

(5) نيل الأوطار 19/7 المغني 303 /7.

(6) المحلى 161/10.

(7) المغني لابن قدامة 303 /7. أحكام القرآن للجصاص 459/1. نيل الأوطار 16/7.

(8) سورة البقرة الآية/228.

(ب) قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽¹⁾.

(ج) قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...﴾⁽²⁾.

(د) قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽³⁾.

وجه الدلالة:

إن العموم والإطلاق الوارد في الآيات الكريمة والذي يستفاد من قوله: (وَالْمُطَلَّقاتُ، إِنْ طَلَّقْتُمْ، فَطَلَّقُوهُنَّ) يجري على عمومته وإطلاقه، يشمل الطلاق الرجعي والبائن سواء صدر الطلاق بلفظ واحد أو اثنين أو ثلاثا، مفرقا أو بلفظ واحد، ولم يقيد إلا بقيد العدة الواردة في النص، إلى وقت ابتداء العدة، وبهذا يبقى العام على عمومته والمطلق على إطلاقه⁽⁴⁾.

وجميع آيات الطلاق قد وردت مطلقة لم تفرق بين إيقاع الواحدة وغيره.

وأجيب بأن هذه الأدلة عامة ومطلقة، والعام يتطرق إليه التخصيص، والمطلق يتطرق إليه التقييد، وكلها أدلة ظنية يتطرق إليها الاحتمال في محل النزاع فيسقط الاستدلال بها.

كما أن آية الطلاق مرتان تشير إلى عدد الطلاق ولا تشير إلى كيفية وقوعه، ولهذا لا يصح الاحتجاج بها في محل النزاع⁽⁵⁾.

وأجيب عما استدلوا به من قوله تعالى: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽⁶⁾. يبين المراد من هذه الآية الاستدلال وأن الطلاق إنما يكون للعدة فمتى خالف ذلك لم يقع طلاقه.

وردّ عليه بأننا ثبت حكم كل من الآيتين، لكن آخر الآية ﴿...وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ...﴾ تدل على وقوع الطلاق لغير العدة.

2- ما روي عن سهل بن سعد أنّ عويمر العجلاني طلق زوجته ثلاثا أمام الرسول ﷺ بعد أن تلاعنا، ولم ينكر عليه النبي ﷺ⁽⁷⁾.

وجه الدلالة:

إن الرسول ﷺ لم ينكر على عويمر جمع الطلاق الثلاث بكلمه واحدة. وقد كان من مقتضى ضرورة الإرشاد والتعليم الذي كان رسول الله ناهضا بها أن ينكر على عويمر ذلك أو لا. ثم أن يبين له أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد ليس بشيء. وفيه استدلال من جانب آخر وهو أن تلفظ عويمر بالطلاق بالثلاث دليل واضح على أن

(1) سورة البقرة الآية/236

(2) سورة البقرة الآية/229

(3) سورة البقرة: 241

(4) أحكام القرآن لابن العربي، 1/183.

(5) نيل الأوطار 4/7، الفناوى الكبرى لابن تيمية، 3/14.

(6) سورة الطلاق الآية/1

(7) صحيح البخاري 4855/200/16.

الكلمة معروفة ومطروق وصحيحة وهي لا تكون كذلك إلا حيث يكون لها الأثر المطلوب⁽¹⁾.
وردّ على هذا الاستدلال بأن حديث عويمر إنفاذ الطلاق الثلاث بهذه الطريقة خاص باللعان لما فيه من تأييد التحريم بخلاف غيره.

وأجيب بان الفراق وقع بينه وبين زوجته قد وقع بالملاعنة وتطليقه فيه. وإنما كلامنا عن وقوع الطلاق على أثره وإذا وقع الاحتمال سقط الاستدلال⁽²⁾.

3- ما روى عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ رجلاً طَلَّقَ امرأته ثلاثاً فتزوجت فطلقت؛ فسُئِلَ النبي ﷺ أَتَحِلُّ لِلأَوَّلِ؟ قال: «لَا حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَهَا كَمَا ذَاقَ الْأَوَّلُ»⁽³⁾.

وجه الدلالة:

فلو كانت تقع واحدة أو لا تقع لما اشترط الرسول ﷺ ذوق العسيلة، وهو المشترط في الطلاق البائن بينونة كبرى⁽⁴⁾.

4- ما روي عن محمود بن لبيد وفيه أَنَّ الرسول ﷺ أَخْبَرَ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ جَمِيعًا فَقَامَ غَضْبَانٌ؛ ثم قال: «أَيْلَعِبُ بَكْتَابِ اللَّهِ وَأَنَا بَيْنَ أَظْهَرِكُمْ»⁽⁵⁾.

وجه الدلالة:

فلولا أن الثلاث يقعن لما كان للغضب محل⁽⁶⁾.

5- ما روي عن فاطمة بنت قيس في الحديث الذي رواه الشَّعْبِيُّ قال لها: حدثيني عن طلاقك؛ قالت: "طلقتني زوجي ثلاثاً وهو خارج إلى اليمن؛ فأجاز ذلك رسول الله ﷺ" ⁽⁷⁾.

وجه الدلالة:

أن الطلاق الثلاث لو لم يكن لازماً لما أجازته الرسول ﷺ.

6- ما روي أَنَّ رُكَانَةَ بِنْتُ عَبْدِ يَزِيدَ طَلَّقَ امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي ﷺ بذلك، وقال: والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال رُكَانَةُ: والله ما أردت إلا واحدة؛ فردّها إليه رسول الله ﷺ⁽⁸⁾.

فالحديث دليل صريح على أنه لو أراد الثلاث لوقعن. وإلا لم يكن لتحليفه معنى⁽⁹⁾.

(1) فتح الباري 391/9. شرح النووي على صحيح مسلم 123/10.

(2) سبل السلام 272/3.

(3) صحيح البخاري 202/16، رقم 4857.

(4) فتح الباري 301/9، الطلاق الثلاث بكلمة واحدة، إياد حاج إبراهيم، دار المنارة، جده، 1994م ص 15.

(5) سنن النسائي، 79/11، رقم 3348.

(6) المحلى 167/10.

(7) ابن ماجه، 184/6، رقم 2014.

(8) سنن أبي داود، 125/6، رقم 1886.

(9) شرح سنن النسائي، 92/5، رقم 3353.

وردّ على ذلك بما أورده ابن القيم في المتراصفات أهمها أن الثلاث المذكورة فيه لم تكن مجموعة، وإنما كان قد طلقها تطليقتين من قبل ذلك ثم طلقها آخر ثلاث. هكذا جاء مصرحا في الصحيح⁽¹⁾.

7- استدل من قال بوقوعه ثلاثا بالقياس أن النكاح ملك يصح إزالته متفرقا فيصبح كسائر الأملاك.

قال ابن قدامة: (ولان النكاح ملك يصح إزالته متفرقا فيصبح مجتمعا كسائر الأملاك)⁽²⁾.

(ب) أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

1- قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽³⁾.

وجه الدلالة:

تشير الآية الكريمة إلى الطلاق المشروع. فقد شرع الله سبحانه الطلاق تطليقه بعد تطليقه ولم يشترعه ثلاثا دفعة واحدة. فإذا فعله الزوج ثلاثا لا يقع إلا واحدة⁽⁴⁾.

2- واستدلوا على ذلك بأنه قد وردّ في الحديث: «من قال في يومه سبحان الله وبحمده مائة مرة حطّت عنه خطاياها ولو كانت مثل زبد البحر»⁽⁵⁾.

فلو قال الإنسان (سبحان الله وبحمده مائة مرة) لم يحصل له هذا الثواب حتى يكررها مائة مرة.

ردّ الجمهور على هذا الاستدلال بما يلي.

1- قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ الآية لا دليل فيها على ما يقولون لسببين.

الأول: أن الدليل في الآية اعم من المدعى، إذ غاية ما تشبه الآية أن التطليقات الثلاث ينبغي أن تكون على مرات متعددة منفصلة. والمرات المتعددة كما تكون في جلسات متعددة مفصولة برجة فإنها يمكن أن تكون في جلسة واحدة أيضا وذلك بان يقول لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق فهذه ثلاث مرات منفصلات كما تدل الآية. رغم أنكم لا تقولون بوقوعها ثلاثا وهذا معنى أن الدليل في الآية اعم من المدعى.

الثاني: أن معنى (مرتان) ليس محصورا فيما ذكرتم. فهي قد تأتي على معنى الوحدات المنفصلة كما تقولون، وقد تأتي بمعنى الوحدات التي يتضمنها كلام واحد، والاستعمال اكبر شاهد على ذلك.

فقد قال تعالى عن نساء النبي ﷺ: «نُؤْتَهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ»⁽⁶⁾ ولم يقل احد من المفسرين أن معنى ذلك أن الله سيؤتيها أجرها الأول مرة ثم يؤتيها أجرها الثاني بعد ذلك، وإنما اجمعوا على المقصود تعدد جهة الاستحقاق للمثوبة والأجر إن استقمن على طريق الحق.

(1) بحث هيئة كبار العلماء. المنشور في مجلة البحوث الإسلامية ط1، عدد3، عام 1398 هجري، ص11-12

(2) الشرح الكبير لابن قدامة، 360/8.

(3) سورة البقرة الآية 229

(4) البحر الزخار 175/4

(5) صحيح البخاري، 20/20، رقم 5926.

(6) سورة الأحزاب الآية/31

2- استدلو من السنة بان الطلاق الثلاث لا يقع إلا واحدة وما روي عن ابن طاوس عن ابن عباس كان الطلاق ثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلوأ مضيناه عليهم فأمضاه عليهم⁽¹⁾.
وجه الدلالة:

أن الحديث صريح في أنهم كانوا يعدون الطلاق الثلاث بلفظ واحد على عهد رسول الله وأبي بكر طلعة واحدة وهو الحكم الأصلي الذي أقره رسول الله وتم إجماع الصحابة عليه.
وما كان إلزام عمر الناس. فيما بعد بالثلاث وإمضاؤها عليهم إلا عقوبة رأي أن من المصلحة أن يعاقبهم بها لتماديهم في الطلاق واستهانتهم بأمره⁽²⁾.

3- ما روي عن ابن عباس قال: طلق ركانة زوجه ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا. فسأله رسول الله ﷺ كيف طلقها. قال طلقها ثلاثا في مجلس واحد قال: إنما تلك طلقة واحدة فارتجعها⁽³⁾.
وجه الدلالة:

يدل الحديث صراحة على أن طلاق الثلاث في مجلس واحد. يقع طلقة واحدة.
أجاب الجمهور عنه بجوابين.

الأول: أن حديث ابن عباس هذا ضعفه كثير من رجال الحديث وقال رواية طاوس وهم وغلط. وأجيب أيضا بأنه حديث منسوخ لان ابن عباس أفتى بخلافه فدل ذلك على انه علم ناسخا فاعتمد عليه في فتواه. ونوقش كذلك بأنه روى مرسلا من طريق عروة بن الزبير.

الثاني: معنى الحديث كما ذكره القرطبي نقلا عن أبي الوليد الباجي وعز الطبري وعامة علماء الحديث. هو أن الناس كانوا يوقعون طلقة واحدة على الغالب بدلا من إيقاع الناس الآن ثلاث تطليقات. يدل على هذا المعنى قول عمر أن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فهو لم يغير حكما كان ثابتا من قبله ولكنه طبق الحكم الشرعي على موجهه وهو استعجال الناس في التطبيق ثلاثا بعد أن كانوا على الغالب لا يقدمون عليه⁽⁴⁾.
وأجاب الجمهور عن حديث (ركانة) فردّ بان احمد بن حنبل ضعف جميع طرقه كما ذكر المنذري وردّ كذلك بان الإمام البخاري ضعفه .

وعلى هذا القول بتضعيف الإمامين احمد بن حنبل والبخاري له فلا يحتج به برواية ثلاثا ولا برواية البته بل غاية ما في الأمر أن تتساقط الروايتان المتعارضتان فيرجع إلى غيرهما.

(1) صحيح مسلم ، 423/7 ، رقم 2689.

(2) إعلام الموقعين 47/3

(3) سنن أبي داود ج 1/343

(4) الجامع لأحكام القرآن 128/3

(ج) أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

1- استدلو بقول النبي عليه الصلاة والسلام: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردٌّ»⁽¹⁾.

وجه الدلالة:

الحديث يدل بوضوح أن الأمر المخالف لسنة رسول الله يكون باطلا مردودا ومن ذلك الطلاق البدعي. فلا يكون مقبولا وإنما يكون فاسدا مردودا لأنه غير موافق لما جاء في القرآن والسنة لان جمع الطلاق الثلاث بكلمه واحدة لم يذكر في القرآن فهو محدث فلا يكون واقعا الاستدلال به لان معناه أن العمل يكون مردودا إذا كان مخالفا الركن من أركان الإسلام أو شرط من شرائطه وليس كذلك الطلاق لأنه مخالف للسنة كما أن الحديث يتطرق إليه الاحتمال؛ لأنه يحتمل أن يكون الرد يوم القيامة أي من حيث الديانة عمل محرم. والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال في محل النزاع سقط الاستدلال به. وهو حديث عام خصص بما سبق في محل النزاع سقط الاستدلال به. وهو حديث عام خصص بما سبق في أدلة القولين الأولين من الحكم بوقوع الطلاق المثلث⁽²⁾.

2- عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فردها عليه رسول الله ولم

يرها شيئا⁽³⁾.

وجه الدلالة:

تدل الرواية بوضوح أن الطلاق البدعي لا يقع ومن ذلك الطلاق الثلاث بكلمه واحدة؛ لان النبي ﷺ لم يعد بهذا الطلاق، وردّها لابن عمر، ولو كان الطلاق واقعا لما ردها لابن عمر، وهذا دليل عدم وقوعه .

وردّ على هذا الاستدلال بان حديث "فردها عليه رسول الله ﷺ ولم يرها شيئا" يحتمل التأويل لان الرسول ﷺ لم يرها شيئا مستقيما.

(د) أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

1- عن ابن عباس قال: كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة وعلى عهد رسول

الله ﷺ وأبي بكر وصدر من إمارة عمر... الحديث⁽⁴⁾.

وجه الدلالة:

تفيد هذه الرواية بوضوح أن الطلاق قبل الدخول لا يقع إلا واحدة ويقع بعد الدخول ثلاثا، وهذا التقييد الوارد في هذه المسألة. يقيد ما كان مطلقا في الروايات الأخرى. لأنه من المقرر أصوليا حمل المطلق على المقيد

(1) صحيح مسلم، 119/9، رقم 3243.

(2) نيل الاوطار 02/7

(3) سنن أبي داود 341/1

(4) سنن أبي داود 344/1

وخاصة إذا اتحد الحكم والسبب في كل منهما.

وأجيب بان غاية ما في هذا الدليل هو التخصيص عن بعض أفراد مدلول الرواية وهذا لا يقاوم عموم أحاديث ابن عباس كما أن قوله أنت طالق ثلاث. هذه الزيادة في المبني تفيد الزيادة في المعنى تفسيراً وتأكيدهم والتنصيص على بعض أفراد المدلول والذي دلت عليه الروايات الأخرى عن ابن عباس. لا يوجب الاختصاص بالبعض الذي وقع التنصيص عليه وإنما يفيد التأكيد⁽¹⁾.

الترجيح:

بما أن الإسلام شدد في مسألة الفروج والأعراض فلا يمكن التساهل في هذه المسائل بالذات. فلئن تحرّم فرجا حلالاً خيراً من أن تحلل فرجا حراماً -أخذاً بالأحوط- ولذلك فإنني أرى ترجيح قول الجمهور والذي وافقه الإمام الكرمانى الذي ينص على وقوع الثلاث كما دلت عليه الأدلة والبراهين التي أوردناها. مع ميلى لرأى شيخ الإسلام ابن تيمية الذي فضل فيه بأنه من كان عالماً بحرمتها فتوقعها عقاباً له على إقدامه وجسارته على فعل الحرام، وردعاً لأمثاله تطبيقاً للقاعدة الفقهية: (من استعجل الأمر قبل أوانه عوقب بحرمانه).

وإن لم يكن عالماً بالتحريم فتقع عليه واحدة. لأنه لا يستوي موقع الطلاق مع علمه بالتحريم مع الجاهل به. كالزاني وشارب الخمر أوقعنا عليه الحد إن كان عالماً بالتحريم. أما الجاهل المتيقن جهله فلا نوقع عليه الحد لأنه لم يتجرا على فعل الحرام⁽²⁾.

(1) نيل الأوطار 20/7

(2) الطلاق الثلاث بكلمة واحدة / إياد حاج إبراهيم ص 440 دراسات في الفقه المقارن علي أبو البصل. ط 1. دبي 2001، ص 820 محاضرات في الفقه المقارن. د. محمد سعيد رمضان البوطي، ص 1230.

خيار المجلس

قبل أن أبدأ البحث في خيار المجلس أذكر بإيجاز شديد أنواع الخيار الأخرى؛ فأقول: الخيار أربعة أنواع:

١ - خيار الشرط:

نقل بعض العلماء الإجماع على أنه يجوز للمتعاقدين أو أحدهما اشتراط الخيار في البيع، وذلك بأن يقولوا أو أحدهما حين العقد: أنا بالخيار بين إمضاء العقد أو فسخه إلى مدة كذا.

لكن يوجد فيه بعض خلاف؛ لأن ابن حزم خالف فلم يجوز خيار الشرط. وعلى أية حال فإن من قال بجواز هذا اشترط: أن يكون الخيار إلى مدة معلومة، وإلا بطل البيع أو الشرط - على خلاف بينهم في ذلك - وقد اختلفوا في هذه المدة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ثلاثة أيام فما دونها، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي.

المذهب الثاني: يجوز أن تكون أكثر من ذلك. وممن قال بهذا أبو يوسف ومحمد.

المذهب الثالث: هي في كل شيء بحسبه، وممن قال بذلك مالك^(١).

٢ - خيار الرؤية:

وهو جائز باتفاق من أجاز بيع الغائب، وعليه فمن اشترى شيئاً غائباً لم تسبق له رؤيته فإن له الخيار عند الرؤية.

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير: ٥/١١؛ المحلي: ٨/٣٧٠ وما بعدها؛ المجموع: ٩/٣٤٣.

وقد أجاز الجمهور بيع الغائب وبه قال أبو حنيفة، وممن منعه الشافعي في أظهر أقواله^(١).

٣ - خيار العيب :

وهو خيار المشتري بين فسخ البيع أو إمضائه إذا علم في السلعة عيباً لم يكن يعلمه عند العقد. قال ابن قدامة: لا نعلم في ثبوته خلافاً^(٢).

٤ - خيار المجلس :

هذا الخيار هو موضوع دراستنا، وستفصل الكلام عن الخلاف في مشروعيته فيما يلي :

إذا تم العقد بين المتابعين، ولم يتفرقا، ولم يختارا لزوم العقد، فهل يعتبر العقد لازماً بمجرد تمامه، أو أن كلاً من المتعاقدين له خيار فسخ العقد ما دام في المجلس؟.

هنا حصل خلاف بين الفقهاء على مذهبين :

المذهب الأول: ذهب إلى القول بعدم ثبوت خيار المجلس، وقالوا: يلزم العقد بالإيجاب والقبول، إلا إذا اشترطا أو أحدهما الخيار، على نحو ما قدمته في خيار الشرط. وإلى ذلك ذهب أبو حنيفة ومالك وأكثر الزيدية.

المذهب الثاني: ذهب إلى القول بثبوت خيار المجلس للمتعاقدين في عقود البيع^(٣)، وعليه فإذا تباع شخصان وقع العقد جائزاً، ولكل واحد

(١) الهداية مع فتح القدير: ١٣٧/٥؛ المجموع: ٣٣٠/٩؛ مغني المحتاج: ١٨/٢.

(٢) المغني: ٧١/٤.

(٣) يلاحظ هنا: أن خيار المجلس يجري في كل عقد معاوضة محضة، واقعة على العين، لازمة من الجانبين ليس فيها تملك قهري، ولا جارية مجرى الرخص، فيدخل في ذلك: البيع المعروف، والصرف، وهو بيع النقد بالنقد، والسلام، وبيع الطعام بالطعام، وصلاح المعاوضة على العين، والتولية، وهي: أن يشتري شخص شيئاً، يقول لآخر: وليتك أي:

منهما فسخه ما لم يفارق مجلس العقد أو يختار اللزوم. وبذلك قال جمهور العلماء، وإليه ذهب الشافعي، وأحمد، والظاهرية والإمامية وبعض الزيدية^(١).

الأدلة ومناقشتها

كثر الاحتجاج في هذه المسألة بأقيسة ونظائر وتأويلات، يبدو لي عدم الحاجة إلى الإطالة بذكرها، لأن في هذا الموضوع نصوصاً كثيرة، فتوجيه الاستدلال بها واف بالغرض إن شاء الله تعالى، ومن أراد الاطلاع على أكثر من ذلك فليراجع ما ذكره الطحاوي، وابن حزم رحمهما الله تعالى، فقد أفاض الطحاوي في الاستدلال لمذهب الحنفية، كما أفاض ابن حزم في مناقشته^(٢).

إذا عرفنا هذا أبدأ بسوق الأدلة:

= ملكتك إياه، فإذا قبل ملكه بمثل ما اشتراه به الأول، ويدخل فيه أيضاً التشريك، وهو نفس التولية، ولكن ليس بجميع الشيء المشتري وإنما بجزء معين منه كنصفه أو ربعه أو نحو ذلك.

وبناء على ذلك فإن خيار المجلس لا يدخل المعاملات التالية:

الإبراء، وصلاح الحطيطة، وصلاح المعاوضة على دم العمد، والنكاح، والطلاق، والعق، والوقف، والهبة بلا عوض، والحوالة، والشركة، والقراض، والوكالة، والرهن، وكذلك لا يدخل في الأصح عند الشافعية في: الهبة بثواب، والشفعة، والإجارة، والصدق، والمساواة. انظر: المجموع: ١٨٦/٩ وما بعدها؛ شرح المنهاج للمحلي وحاشية القليوبي: ١٩٠/٢ وما بعدها؛ مغني المحتاج: ٤٣/٢ وما بعدها.

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير: ٨١/٥؛ الاختيار: ٥/٢؛ المجموع: ١٩٦/٩؛ الإشراف للبغدادى: ٢٤٩/١؛ المغني: ٦/٤؛ إعلام الموقعين: ٥/٣؛ المحلى: ٣٥١/٨ وما بعدها؛ سبل السلام: ٣٤/٣؛ نيل الأوطار: ٢١٠/٥؛ البحر الزخار: ٣٤٥/٤؛ شرائع الإسلام: ٢١/٢.

(٢) انظر: شرح معاني الآثار: ١٢/٤ وما بعدها؛ المحلى: ٣٥٥/٨ وما بعدها.

أولاً - أدلة أصحاب المذهب الأول:

احتج القائلون بنفي خيار المجلس بما يلي:

١ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ بِحُكْرَةٍ عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة: أن الآية أباحت على وجه الإطلاق التصرف بما يحصل عليه كل من المتعاقدين بمجرد حصول التراضي، وذلك بتمام العقد، ولم تقيد ذلك بالتفرق عن مكان العقد، وعليه فلو قلنا: بأنه يجوز لأحدهما فسخ العقد في المجلس؛ فمعنى ذلك أنه لا يباح التصرف بالمعقود عليه قبل التفرق، وهذا فيه إبطال للنص وهو لا يجوز، وأيضاً فإن العقد من المتبايعين صدر مطلقاً عن شرط، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين حالاً، وعليه فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفاً في العقد الثابت بتراضيهما أو في حكمه بالرفع والإبطال من غير رضا الآخر، وهذا لا يجوز؛ ولذلك لم يجز لأحدهما الانفراد بالفسخ والإقالة بعد الافتراق فكذلك هذا.

٢ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وجه الدلالة: أن الشارع قد أمر بالوفاء بالعقود، والعقد بعد تمام الإيجاب والقبول وقبل التفرق من المجلس أو التخيير يسمى عقداً؛ فيدخل في عموم هذه الآية من حيث وجوب الوفاء به، والقول بغير ذلك إبطال للنص.

٣ - قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجه الدلالة: أن الشارع أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع، والعقد بعد الإيجاب والقبول وقبل الخيار يصدق عليه بيع؛ إذن فهو لازم بموجب ظاهر هذه الآية، فلو قلنا بخلاف ذلك وأثبتنا الخيار؛ فمعنى

ذلك: أن العقد قبل اختيار اللزوم أو قبل التفرق لا يكون لازماً، وهذا فيه إبطال للنص أيضاً.

والجواب على ذلك: أن العقد الملزم الذي يجب الوفاء به إنما نعرفه من قبل الشارع، وكذلك معرفة أن التجارة قد تمت عن تراض إنما يكون من قبل الشارع، فإذا كان الشارع نفسه لم يعتبر العقد ملزماً ولا التجارة قد تمت عن تراض إلا أن يعقب الإيجاب والقبول اختيار اللزوم أو التفرق، كما دلت على ذلك الأحاديث الصحيحة، فكيف يصح القول بعد ذلك بأن القول بخيار المجلس فيه إبطال لهذه النصوص؟!.

٤ - صح عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه ويقبضه» متفق عليه^(١).

وجه الدلالة: أن الحديث قد أباح التصرف بالمبيع بمجرد القبض، ولم يشترط التفرق، فدل كما دلت الآيات قبله على عدم ثبوت خيار المجلس^(٢).

والجواب على ذلك: أن الأحاديث المثبتة لخيار المجلس مخصصة لعموم النصوص ومقيدة لإطلاقها؛ لأنها جميعاً نصوص آتية من قبل الشارع، وعليه فلا يجوز إعمال بعضها وإهمال البعض الآخر ما دام إعمال الجميع ممكناً، وهو ممكن بما ذكرناه.

٥ - عن عبد الله بن عمرو بن العاص: أن رسول الله ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقله» رواه النسائي، وأبو داود، والترمذي وحسنه.

(١) البخاري: ٢٩٢/٤؛ مسلم: ١٧٠/١٠.

(٢) النسائي: ٢٥٢/٧؛ سنن أبي داود: ٢٧٣/٣؛ والترمذي هامش تحفة الأحوذى: ٢٤٣/٢.

وجه الدلالة: أن هذا الحديث قد دل على عدم ثبوت خيار المجلس؛ وذلك لأن العقد لو لم يكن لازماً بمجرد تمامه، لما احتاج المشتري إلى الاستقالة، ولا طلب البائع الفرار منها.

والجواب على ذلك: أن الحديث قد أثبت في صدره خيار المجلس، وعليه فلا يصح أن يكون المراد من الإقالة فيه الإقالة الحقيقية، وإنما المراد منها الفسخ وذلك لأننا إذا حملناها على معنى الفسخ الذي يبطله التفرق كان ذلك متناسباً مع منع الرسول ﷺ من التفرق الذي يقصد به إبطال حق الفسخ على صاحبه، أما حمله على الإقالة الحقيقية فإنه يجعل من التفرق لا معنى له؛ لأن من المعلوم أن الإقالة لا تختص بمجلس العقد، وإنما تمتد إلى أجل غير مسمى؛ فلو طلبها أحد المتعاقدين بعد سنين ورضي الآخر جاز ذلك.

٦ - واستدلوا بحديث صح عن ابن عمر، جاء فيه: أنه كان يركب جملًا لأبيه، فقال النبي ﷺ لعمر: «بعنيه» قال: هو لك يا رسول الله! قال: «بعنيه» فباعه من رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: «هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت» رواه البخاري (١).

قالوا: دل هذا الحديث على أن البيع يلزم بمجرد الإيجاب والقبول من غير حاجة إلى التفرق من المجلس؛ بدليل أنه ﷺ قد وهب الجمل بعد العقد مباشرة وقبل التفرق، فلو كان التفرق لابد منه للزوم العقد لما وهب ﷺ الجمل لعبد الله إلا بعد افتراقه عن عمر (٢).

وقد أجاب ابن حزم عن ذلك بجوابين:

حاصل الأول منهما: أن هذه الواقعة ربما كانت قبل تشريع الحكم بخيار المجلس.

(١) البخاري هامش الفتح: ٢٨٠/٤.

(٢) عمدة القاري: ٢٣١/١٠.

وحاصل الثاني: أن لزوم العقد غير مقيد بالتفرق من المجلس، وإنما هناك التخاير أيضاً، وليس في الحديث أن الرسول ﷺ لم يخبر عمر قبل هبة الجمل لعبد الله^(١).

وببدو لي: أن من الممكن الإجابة عن ذلك بجوابين آخرين:

الأول: أن الجمهور لم يقولوا بأن العقد لا يتم إلا بالتخاير أو بالانفضاخ من المجلس. وإنما قالوا: لا يلزم، والفرق بين الأمرين واسع كما لا يخفى، وعليه نقول: إذا تم العقد جاز لكل من المتعاقدين التصرف بما حصل عليه، إلا أن تصرفه هذا يكون موقوف النفاذ على لزوم البيع، فلو وهب المشتري السلعة التي اشتراها بعد العقد مباشرة فإن ملكيتها في هذه الحالة للموهوب له تبقى معلقة على لزوم عقد البيع، فإذا تفرقا ولم يرجع البائع نفذت الهبة، أما إذا رجع البائع قبل الانفضاخ من المجلس فإن ذلك يجوز له، وفي هذه الحالة تبطل الهبة، وليس في الحديث أن عمر طلب فسخ البيع، ومنعه ﷺ من ذلك.

الثاني: أن بالإمكان استفادة حكم جديد من هذا الحديث، وهو: أن العقد كما يلزم بالتخاير قبل التفرق من المجلس يلزم كذلك إذا تصرف أحد العاقدین بالعوض الذي حصل عليه تصرفاً يخرجها عن ملكه، وسكت الثاني على ذلك، وذلك لأن سكوته يعني اختياره للزوم العقد بداهة وإلا لا يعترض على ذلك، وعليه فلو باع المشتري أو وهب ما اشتراه قبل انفضاخ المجلس؛ فالبائع في هذه الحالة إما أن يعترض حينئذ يفسخ البيع ويبطل تصرف المشتري، وإما إن يسكت وفي هذه الحالة يصح تصرف المشتري ويكون سكوت البائع بمثابة اختيار اللزوم، ويلحق بذلك من باب أولى تصرف أحد المتعاقدين بما حصل عليه تصرفاً يؤدي إلى زوال عين الشيء موضوع العقد: فلو كان المبيع طعاماً، وظهر على المشتري ما يدل على أنه

(١) المحلى: ٣٦١/٨.

سيبدأ بأكله ولم يعترض البائع على ذلك؛ فهذا اختيار منه للزوم العقد وهكذا.

٧ - **قد يقال:** إن إقرار خيار المجلس يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، وذلك لأن استقرارها يتطلب لزوم العقد بمجرد الانعقاد.

والجواب على ذلك: أن هذا لو صح فإن بالإمكان التغلب عليه بإجراء العقد ابتداء على أساس اختيار اللزوم، وحينئذ لا يبقى لأحد المتعاقدين حق خيار المجلس، على أنه ينبغي أن يلاحظ هنا: أن هذا الخيار إذا ثبت بالنصوص الصحيحة عن الشارع فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يحول دون استقرار المعاملات، وإنما لا بد أن يكون أحد عوامل استقرارها.

ويبدو لي: أن هذه هي الحكمة من تشريعه، وبيان ذلك:

أننا نعلم بأن أساس الالتزام بالعقد هو الرضا، وتأكد هذا الرضا يؤدي إلى استقرار المعاملات قطعاً، وعليه فإذا كان لكل من طرفي العقد حق التراجع ومع ذلك لم يتراجعا عنه وأصرّا عليه، فهذا يعني: أن كل واحد منهما قد رضي تمام الرضا بما حصل عليه من صاحبه، ويؤكد حديث الخيار في إحدى رواياته هذا المعنى صراحة؛ فقد روى الحاكم من طريق الحسن البصري عن سمرة بن جندب: أن رسول الله ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ويأخذ كل واحد منهما من البيع ما يهوى، قالها ثلاثاً» قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ورواه النسائي بلفظ: «ويأخذ أحدهما ما رضي من صاحبه أو هوى»^(١).

وقد يعترض على الاستدلال بهذا الحديث:

بأن ابن حزم يقرر: أن الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة، وما سوى ذلك مما حدث به الحسن عنه فإنما هو كتاب وجده الحسن

(١) المستدرک: ١٦/٢؛ النسائي: ٢٥١/٧.

فحدث به^(١). وهذا يعني: أن كل حديث للحسن عن سمرة منقطع باستثناء حديث العقيقة.

والجواب على ذلك: أن البخاري وغيره قرروا أن حديث الحسن عن سمرة كله سماع، بينما ذهب يحيى القطان وآخرون إلى القول بأنه في غير حديث العقيقة قد حدث عنه من كتاب وجده، ومع هذا فقد قال الحافظ ابن حجر: ذلك لا يقتضي الانقطاع، ثم أورد الحافظ حديثاً آخر فيه النهي عن المثلة، رواه أحمد من طريق الحسن، وقد قال فيه: حدثنا سمرة؛ فدل هذا على أن القول بأن الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة قول فيه نظر^(٢).

ثانياً - أدلة أصحاب المذهب الثاني:

احتج القائلون بثبوت خيار المجلس بما يلي:

فعن حكيم بن حزام، عن النبي ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»، وفي رواية لابن عمر: أنه ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر» وربما قال: «أو يكون بيع خيار» متفق عليه^(٣).

وجه الدلالة: أن الحديث مصرح بأن العقد بين المتبايعين لا يلزم ما لم يتفرقا عن مكان العقد أو يختارا لزومه. وكل ما يطلق عليه في العرف تفرق يحصل به المقصود.

واعترض المالكية على الاستدلال بهذا الحديث:

بأنه مخالف لعمل أهل المدينة. كذا ذكر مالك في الموطأ^(٤).

(١) المحلى: ٣٦٦/٨.

(٢) تهذيب التهذيب: ٢٦٩/٢.

(٣) البخاري: ٢٧٥/٤؛ مسلم: ١٧٤/١٠.

(٤) الموطأ هامش المنتقى: ٥٥/٥.

ومعلوم أن أحد شروط العمل بخبر الآحاد عند مالك: عدم مخالفته لإجماع أهل المدينة.

والجواب على ذلك: أن هذا شرط قاله مالك لم يوافقه الجمهور عليه فلا يلزمهم، على أن إجماع أهل المدينة على العمل بخلافه غير متحقق، فقد ذكر ابن قدامة وغيره: بأن القول بثبوت خيار المجلس مروى عن عمر، وابن عمر، وابن عباس، وأبي هريرة، وأبي برزة الأسلمي، وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاؤس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب وغيرهم^(١).

وعمر، وابنه عبد الله، وأبو هريرة، وسعيد بن المسيب، والزهري، وابن أبي ذئب هؤلاء كلهم من أهل المدينة، فكيف يصح إجماع لأهل المدينة مع خلاف هؤلاء؟! على أن ابن حزم قال: كل من روي عنه في ذلك شيء من الصحابة فهو موافق لقول الجمهور، وذكر: أنه لم ينقل عن أحد القول بنفي خيار المجلس من التابعين إلا عن إبراهيم النخعي وحده^(٢).

ب - واعترض الحنفية: بأن الحديث خبر آحاد، وهو مخالف لظاهر الكتاب، فالآيات التي احتجوا بها ليس فيها اشتراط التفرق من المجلس، فإذا قلنا باشتراطه بناء على هذا الحديث فقد زدنا على الكتاب بخبر الآحاد، والزيادة بمثابة النسخ، ونسخ الكتاب بخبر الآحاد لا يجوز.

وربما قالوا: إن الحديث وارد فيما تعمُّ به البلوى، ولا يقبل خبر الآحاد فيما تعمُّ به البلوى^(٣).

(١) المغني: ٦/٤؛ وانظر: البخاري مع فتح الباري: ٢٧٥/٤.

(٢) المحلى: ٣٥٢/٨ وما بعدها.

(٣) انظر: الاستدلال والاعتراضات في: بدائع الصنائع: ٢٢٨/٥؛ فتح القدير: ٨١/٥؛ المنتقى: ٥٥/٥؛ المغني: ٦/٤ وما بعدها.

والجواب على ذلك: أن هذه شرائط للعمل بخبر الأحاد التزم بها الحنفية، وقد خالفهم فيها الجمهور فهي لا تلزمهم.

على أن خيار المجلس ليس مما تعمُّ به البلوى، لأن الذين يفسخون العقد بناء على خيار المجلس يعتبرون قلة بالنسبة لمن لا يفسخونه، وأيضاً فإن الحنفية قد جعلوا للمشهور حكم المتواتر في هذه الأمور، والحديث مشهور باصطلاحهم.

وبيان ذلك: أن المشهور عندهم: هو ما لا يقل رواته عن ثلاثة في كل طبقة من طبقات إسناده، وهذا الحديث كما ذكر الزيلعي رواه من الصحابة: حكيم بن حزام، وابن عمر، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وسمرة، وأبو برزة الأسلمي، وزاد الحافظ ابن حجر على ذلك: أن الحديث رواه ابن عباس: أخرجه ابن حبان، والحاكم، وأخرجه من طريق أخرى. ورواه جابر: أخرجه البزار وصححه الحاكم وغيره^(١).

وأنا أذكر لك الآن أكثر من ثلاثة أسانيد لهذا الحديث كل منها يختلف عن الثاني في رجاله:

الأول: حديث حكيم بن حزام: أخرجه الجماعة، وأسوق لك إسناد البخاري، قال: حدثنا إسحاق، أخبرنا حبان بن هلال، قال: حدثنا شعبة: قال قتادة: أخبرني عن صالح أبي الخليل، عن عبد الله بن الحارث قال: سمعت حكيم بن حزام... ورفع الحديث^(٢).

الثاني: حديث ابن عمر: رواه الجماعة، وأذكر لك إسناد البخاري أيضاً، قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، أخبرنا مالك، عن نافع، عن عبد الله ابن عمر... ورفع الحديث^(٣).

(١) نصب الراية: ١/٤ وما بعدها؛ التلخيص: ٢٠/٣.

(٢) البخاري: ٢٧٥/٤.

(٣) البخاري: ٢٧٦/٤.

الثالث: حديث عبد الله بن عمرو بن العاص: رواه أبو داود والنسائي والترمذي وحسنه، كلهم قالوا: حدثنا قتيبة بن سعيد، حدثنا الليث، عن ابن عجلان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن عبد الله بن عمرو بن العاص... ورفع الحديث^(١).

الرابع: حديث أبي برزة: رواه أبو داود وابن ماجه، قال أبو داود: حدثنا مسدد، وقال ابن ماجه: حدثنا أحمد بن عبدة وأحمد بن المقدم، ثم اتفقا بعد ذلك فقالا: حدثنا حماد بن زيد، عن جميل بن مرة، عن أبي الوضيء، عن أبي برزة الأسلمي... ورفع الحديث^(٢).

فهذه أربعة أسانيد لم يتكرر فيها راوٍ، وتوجد أسانيد أخرى، فالحديث إذن مشهور في اصطلاح الحنفية، وله عندهم حكم المتواتر من حيث إنه يجوز أن يزداد به على الكتاب، ويقبل فيما تعم به البلوى.

وربما اعترض على حديث عبد الله بن عمرو بن العاص: أن ابن حزم يضعف رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: عبد الله بن عمرو بن العاص.

والجواب على ذلك: أن هذه المسألة موضع خلاف، ويكفي أن البخاري قال: رأيت أحمد، وابن المديني، وإسحاق وعامة أصحابنا يحتجون بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقال: من الناس بعدهم؟! وقد أفاض الحافظ ابن حجر في هذه المسألة، وكذلك الحافظ الذهبي، وانتهى إلى: أن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده إذا لم يكن في إسناده شيء غير هذا فهو من قبيل الحسن^(٣).

(١) سنن أبي داود: ٢٧٣/٣؛ النسائي: ٢٥٢/٧؛ الترمذي هامش تحفة الأحوذى: ٢٤٣/٢.

(٢) سنن أبي داود: الصفحة السابقة؛ ابن ماجه: ٧٣٦/٢.

(٣) تهذيب التهذيب: ٤٨/٨ وما بعدها؛ الميزان: ٣٦٣/٣.

واعترض أيضاً: بأن الحديث محمول على إرادة التفرق في الأقوال وليس التفرق بالأبدان، وقالوا: ذلك فيما إذا قال البائع: بعت، وقال المشتري: اشتريت، فهنا قد تفرقا وانقطع الخيار، فإذا قيل لهم: فأين الخيار إذن؟ قالوا: هو الخيار الذي كان للبائع قبل أن يقول المشتري: اشتريت، أما إذا قالها فإنه في هذه الحالة قد تفرق هو والبائع وانقطع الخيار^(١).

وأجيب عن ذلك: بأن هذا خلاف الظاهر، فإن السابق إلى الفهم التفرق عن المكان، والمتبادر إلى الذهن علامة الحقيقية، على أن الحديث قد جاء بروايات تنفي أن يكون المراد منه غير ما ذهب إليه الجمهور:

فقد جاءت في الصحيحين رواية لحديث عبد الله بن عمر بلفظ: «إذا تباع الرجلان؛ فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع» متفق عليه^(٢).

وحديث عبد الله بن عمرو بن العاص قد جاء بلفظ: أنه ﷺ قال: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله» وقد سبق تخريج هذا الحديث.

فهذه الأحاديث يتعذر حملها على غير ما ذهب إليه الجمهور.

وأيضاً فقد صح عن راوي الحديث عبد الله بن عمر: أنه كان إذا أراد إيجاب البيع فارق مكان العقد، فإن كان في طريق مضى في سبيله، وإن كان في بيت خرج^(٣).

وعند الاختلاف في تفسير الحديث يقدم تفسير الراوي كما هو معلوم.

(١) شرح معاني الآثار: ١٤/٤.

(٢) البخاري: ٢٧٥/٤؛ مسلم: ١٧٤/١٠.

(٣) البخاري هامش الفتح: ٢٧٤/٤ و٢٨٢.

فإن قيل: كيف كان ابن عمر يفعل ذلك مع النهي الوارد في حديث عبد الله بن عمرو بن العاص؟.

وقد سلك العلماء في الجواب على ذلك عدة مسالك، منها: أن النهي في الحديث محمول على الكراهة^(١).

بينما أجاب الحافظ ابن حجر عن ذلك: بأن النهي المذكور لم يبلغ ابن عمر^(٢).

وما قاله الحافظ هو الأقرب إلى الصواب إن شاء الله تعالى، وذلك لأن ابن عمر كان شديد التمسك بالسنة، عظيم الورع، وهذا لا يخفى على من له أدنى اطلاع على أحواله، فلو بلغه النهي لتمسك به سواء كان النهي للتحريم أو للكراهة، لذلك فهو مأجور على تمسكه بما علم من السنة، ومعافى إن شاء الله تعالى من تبعة ما لم يبلغه من النهي.

بعد هذا العرض للأدلة ومناقشتها، يتضح لنا بجلاء أن ظاهر السنة يعضد ما ذهب إليه الجمهور.

