طلاق الحائض وقاعدة مراعاة الخلاف

and taking into account Divorce of menstruating women differences

أ. بشير بويجرة علي الشريف*
جامعة سيدي بلعباس
البريد الإلكتروني: bachirtakwa@gmail.com

BACHIR BOUHIDJRA ALI CHARIF *
Sidi Bel Abbas University (Algeria)

ملخص:

وقوع الطلاق في الحيض أو عدمه من كبار المسائل التي وقع فيه الخلاف، وقد سلك فيها العلماء مذهبين:

المذهب الأول: وقوعه، وهو مذهب الأئمة الأربعة، وهو الذي عليه عامة العلماء.

المذهب الثاني: عدم وقوعه، وهو قول لبعض الحنابلة، ولبعض المالكية، وغيرهم.

وعند التأمل في أدلة القولين؛ نلاحظ أنهما من القوة والاعتبار بمكان بحيث يستند كل منهما على دليل سني صحيح، مع الاختلاف في شروط الطلاق؛ هل هي شروط صحة وإجزاء، فلا يقع الطلاق بفقدانها، أم شروط كمال وتمام فيقع؟

وتطبيق قاعدة مراعاة الخلاف في الطلاق، بأن لا يوقع حال الحيض، فيه أخذ بدليل الخصم، بدلا من إهماله، وهو يتماشى مع مقاصد الشرع الذي يتشوف إلى إبقاء النكاح المشتمل على مصالح الرجل والمرأة والأولاد والأسرة والمجتمع.

الكلمات المفتاحية: طلاق الحائض؛ وقوع؛ مراعاة الخلاف؛ مفاسد؛ تيسير.

Abstract :

The occurrence of divorce in the menstruation or not are of the top issues in which hot debates occurred, and the scholars have opted for two doctrines: The first doctrine is its occurrence, which is the doctrine of the four Imams, which is the view of general scholars. The second doctrine: non-occurrence, which is the view of some Hanbalis, and some of the Maalikis, and others. When we look at the evidence of the two views, we note that they are of powerful consideration each of which is based on a correct Sunni evidence, with the difference in the conditions of divorce. If these

* المؤلف المرسل: bachirtakwa@gmail.com corresponding author:

conditions are correct, then there is no divorce; and if they are of perfection and fullness, then divorce does occur. And the application of the rule regarding dispute over the issue, divorce does not occur in case of menstruation. This was taken as evidence of the opponent, rather than neglect. This is in line with the purposes of Sharia, which is to keep the marriage preserving men's and women's interests as well as those of children, the family and the society.

key words: ***Divorce of menstruating women; Taking into account differences; evils; facilitation.***

.

corresponding author*: bachirtakwa@gmail.com*:* المؤلف المرسل

1. مقدمة

وقوع الطلاق في الحيض أو عدمه، من كبار المسائل التي وقع فيها الخلاف، ولم يأل العلماء جهدا في دراستها، ولم يفرطوا في مناقشتها، حتى سلكوا فيها مذهبين، واختلفوا فيها رأيين، قد قويت كل حجته، ومتنت قياساته وأدلته.

ونحاول في بحثنا هذا أن نوازن بين أدلة الفريقين دون إهمال أحدها، وفق ضوابط شرعية محددة، لا بالهوى والتشهي؛ بأن نعمل بدليل المخالف في المسألة المذكورة، بما لا يبطل الدليل المقابل بالكلية؛ وذلك بتطبيق قاعدة مراعاة الخلاف على الطلاق زمن الحيض[1].

2. المبحث الأول:حكم طلاق الحائض

لا خلاف بين العلماء في تحريم طلاق الحائض لما رواه عبد الله بن عمر– رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا– «أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَسُولَ اللهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»[2].

إنما الخلاف في حكم الطَلاق في الحيض[3]، هل يقع أو لا يقع؟

الخلاف فيه على قولين؛ وهما:

---

1 – ومثله طلاق النفساء، والطلاق في الطهر المجامع فيه.

2 – رواه البخاري(صحيح البخاري، البخاري محمد بن إسماعيل تحقيق: جماعة من العلماء 1311 هـ،المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر المحمية كتاب الطلاق(68) باب إذا طلقت الحائض،ح(5251):41/7.)، ورواه مسلم (صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية: فيصل عيسى البابي الحلبي – القاهرة،) كتاب الطلاق(18) باب تحريم الطلاق(1)،ح(4171):1093/2).

3 – االكلام في المدخول بها، أما غير المدخول بها، فالجمهور على جواز طلاقها في الحيض؛ لأنه لا عدة عليها، وهذا هو المشهور من مذهب الأئمة، وللمالكية روايتان إحداهما ما روى ابن المواز عن ابن القاسم أنه كطلاق الطاهر، ووجه قول أشهب أنه طلاق حائض فتعلق به المنع كطلاق المدخول بها. (انظر: المنتقى شرح الموطأ،الباجي سليمان بن خلف، ط1(1332 هـ)، مطبعة السعادة – بجوار محافظة مصر:96/4.

القول الأول: أنه يقع وهو مذهب الأئمة الأربعة الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]، وهو الذي عليه عامة العلماء بل ادعى بعضهم الإجماع على ذلك[5].

القـــــول الثـــــاني: أنه لا يقع الطـــــــــــلاق في الحيض وهو قول طاوس وخلاس بن عمرو وابن علية

---

1 – انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني أبو بكر بن مسعود، ط2(1406هـ – 1986م)، دار الكتب العلمية: 96/3، وانظر: شرح مختصر الطحاوي، الرازي أحمد بن علي الجصاص،ط1(1431 هـ – 2010 م) ،دار البشائر الإسلامية – ودار السراج:27/5–28.

2 – انظر المنتقى شرح الموطإ:98/4 ،والكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي بن عبد البر، 2(1400هـ/1980م)،تحق: محمد أحيد ولد ماديك، الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية: 375/2، و رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، الفاكهاني تاج الدين، ط2(1431هـ– 20110م)، دار النوادر:682/4.

3 – انظر الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الماوردي أبو الحسن علي بن محمد، ط1(1419 هـ –1999 م)، تحق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان :115/10. وانظر بحر المذهب، الروياني أبو المحاسن عبد الواحد، ط1(2009 م)، تحق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية: 6/10.

4 – انظر المغني لابن قدامة، المقدسي موفق الدين ابن قدامة، بدون طبعة(1388هـ – 1968م)،مكتبة القاهرة: 364/7، و المبدع في شرح المقنع، برهان الدين ابن مفلح، ط1(1418 هـ – 1997 م) ، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان:302/6.

5 – وفيه نظر، فقد نص على وجود الخلاف غير واحد، قال ابن حجر: « قَوْلُهُ (بَابُ إِذَا طُلِّقَت الْحَائِضُ تَعْتَدُّ بِذَلِكَ الطَّلَاقَ)؛ كَذَا بَتَّ الْحُكْمَ بِالْمَسْأَلَةِ وَفِيهَا خِلَافٌ قَدِيمٌ عَنْ طَاوُس وَعَنْ خِلَاس بْن عَمْرو وَغَيْرهمَا أَنَّهُ لَا يَقَع وَمن ثَمَّ نَشَأَ سُؤال من سَأَلَ بن عُمَر عَنْ ذَلِكَ» (فتحَ البَاري شَرح صَحيح البخاريِّ، العسقلانيِ أَحمَد بنِ علي بنَ حجر، ط(1379هـ) ، دار المعرفة – بيروت، رقم كتبَه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب:351/9 ، خليل: (وشذ بعض المبتدعة أيضاً فقال بعدم اللزوم إذا طلق في الحيض، وبذلك قال بعض البغداديين) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، الجندي خليل بن إسحاق: تحق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، 315/4.

وهشام بن الحكم[1] ، وهو قول لبعض الحنابلة[2]، ولبعض المالكية[3]، والفقهاء السبعة[4]، والحجاج بن أرطأة[5] ، وقـــول شيخ الإســـــلام ابن تيمية[6]، وتلميذه شمـــس الدين ابن القيم[7] وابن حـــــزم[8] والصنعاني[9]

1 – قال القاضي عبد الوهاب: «الطلاق يقع في الحيض ثلاثا كان أو أقل. هو مذهب الفقهاء بأسرهم إلا طائفة شدت لا يعتد بخلافهم ، فقالوا : إنه لا يقع الطلاق في الحيض ، ولا في طهر مسها فيه، وروي هذا عن هشام بن عبد الحكم (من كبار الرافضة) ، وابن علية، ، وعن الشيعة ، و عن قوم من أهل الظاهر منهم داود (رحمه الله). » (عيون المجالس : 1213/3–1214).

2 – جاء في الفروع ما نصه: « ومنع ابن عقيل في الواضح (في مسألة النهي) وقوعه في حيض لأن النهي للفساد» كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، المقدسي محمد بن مفلح، ط1(1424 هـ – 2003 م)،تحق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة:19/9.

= وجاء في الإنصاف:« قال الشيخ تقي الدين اختار طائفة من أصحاب الإمام أحمد رحمه الله عدم الوقوع في الطلاق المحرم» (الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، ط2(بدون تاريخ)،دار إحياء التراث العربي: 844/8.

3 – منهم الحافظ محمد بن إسماعيل الخشني القرطبي الذي روى عنه ابن حزم حديثا مسندا إلى ابن عمر أنه قال في رجل طلق امرأته وهي حائض:" لا يعتد بذلك" (انظر المحلى بالآثار،الأندلسي ابن حزم، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر – بيروت:375/9،ومنهم أيضا القاضي أبوبكر محمد بن إسحاق بن المنذر القرطبي(انظر المنتقى شرح الموطإ:3/4).

4 – انظر المبدع في شرح المقنع: 302/6، و الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد ،ط1(1419 هـ –1999 م)، تحق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان:115/10 .

5 – انظر المنتقى شرح الموطإ:3/4.

6 – الفتاوى الكبرى، انظر الحراني أحمد بن تيمية، ط1(1408هـ – 1987م) ، دار الكتب العلمية:251/3 .

7 – انظر الصواعق المرسلة في الرد على الجهمية والمعطلة، ابن قيم الجوزية، ط1(1408هـ)، المحقق: علي بن محمد الدخيل الله دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية،:631/2.

8 – انظر المحلى بالآثار ،الظاهري ابن حزم، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر – بيروت:374/9.

9 – سبل السلام، انظر الصنعاني محمد بن إسماعيل،بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الحديث.:251/2.

والشوكاني[1] وأحمد شاكر[2] وغيرهم.

وبعد التأمل والبحث في أدلة القولين، وفي الردود والأجوبة عليها، ندرك أنّ القولين من القوة والاعتبار بمكان، فمع كلٍّ منهما تعليلات وقياسات واستدلال بعمومات ، أو نصوص وروايات صحيحة غير صريحة؛ فالمسألة إذن من مسائل الاجتهاد والنزاع، لا من مسائل الإجماع.

ومنشأ الخلاف بين الفريقين هو قوله ﷺ لعمر ﷺ «مره فليراجعها»، كما أن سبب الاختلاف في شروط الطلاق؛ هل هي شروط صحة أم كمال؟

ابن رشد: «فإن الجمهور إنما صاروا إلى أن الطلاق إن وقع في الحيض اعتد به، وكان طلاقا، لقوله – ﷺ– في حديث ابن عمر: قالوا: والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق.... وأما من لم ير هذا الطلاق واقعا فإنه اعتمد عموم قوله – ﷺ–: «كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد»، وقالوا: أمر رسول الله – ﷺ– برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه.

وبالجملة فسبب الاختلاف: هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة وإجزاء، أم شروط كمال وتمام؟ . فمن قال: شروط إجزاء قال: لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة، ومن قال: شروط كمال وتمام قال: يقع، ويندب إلى أن يقع كاملا»[3].

والمسألة تعددت فيها الروايات من الطرفين، وابن عمر الذي طلق امرأته؛ وهي حائض ، جاء عنه القول في أكثر الروايات باحتسابها تطليقة[4] .

---

1 – انظر نيل الأوطار الشوكاني محمد بن علي، ط1(1413هـ – 1993م) تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر:6/267–268.

2 – انظر نظام الطلاق في الإسلام أحمد شاكر، منشورات مكتبة السنة بالقاهرة،مصر.: ص21.

3 – بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،القرطبي أبو الوليد محمد بن رشد الحفيد، ط(1425هـ – 2004 م). دار الحديث – القاهرة:3/87–88 .

4 – البخاري،كتاب الطلاق(68)،باب(1)إذا طلقت الحائض تعتد بذلك الطلاق،ح(5253)(7/41)؛ورواه البيهقي،كتاب الخلع والطلاق(42)،باب الطلاق يقع على الحائض...ح(14928)،(7/535) (البيهقي أبو بكر، السنن الكبرى، تحق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنات،ط3(الثالثة، 1424 هـ – 2003 م)). وروى مسلم عَنْ أَنَسِ بْنِ سِيرِينَ، قَالَ: سَأَلْتُ ابْنَ عُمَرَ عَنِ امْرَأَتِهِ الَّتِي طَلَّقَ.... قُلْتُ: فَاعْتَدَدْتَ بِتِلْكَ التَّطْلِيقَةِ الَّتِي طَلَّقْتَ وَهِيَ حَائِضٌ؟ قَالَ: «مَا لِي لَا أَعْتَدُّ بِهَا، وَإِنْ كُنْتُ عَجَزْتُ وَاسْتَحْمَقْتُ،وفي رواية له: قُلْتُ لِابْنِ عُمَرَ: أَفَاحْتَسَبْتَ بِتِلْكَ التَّطْلِيقَةِ؟ قَالَ: «فَمَهْ» (المسند

وجاء عنه القول أيضا بعدم احتسابها[1].

3. المبحث الثاني: مفاسد الطلاق

الأصل في الطلاق : الحظر ، وإنما أبيح منه قدر الحاجة ، كما ثبت في الصحيح عَنْ جابر، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « إِنَّ إِبْلِيسَ يَضَعُ عَرْشَهُ عَلَى الْمَاءِ، ثُمَّ يَبْعَثُ سَرَايَاهُ، فَأَدْنَاهُمْ مِنْهُ مَنْزِلَةً أَعْظَمُهُمْ فِتْنَةً، يَجِيءُ أَحَدُهُمْ فَيَقُولُ: فَعَلْتُ كَذَا وَكَذَا، فَيَقُولُ: مَا صَنَعْتَ شَيْئًا، قَالَ ثُمَّ يَجِيءُ أَحَدُهُمْ فَيَقُولُ: مَا تَرَكْتُهُ حَتَّى فَرَّقْتُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ، قَالَ: فَيُدْنِيهِ مِنْهُ وَيَقُولُ: نِعْمَ أَنْتَ " قَالَ الْأَعْمَشُ: أُرَاهُ قَالَ: (فَيَلْتَزِمُهُ) »[2] – والشارع يتشوف إلى حظر الطلاق لما ينتج عنه من مَفاسد دينية وَدَنيَوية.

أَما " مفاسد الدّين " فإنّ الطّلاق منهي عنه مع اسْتقامة حال الزّوج باتّفاق الْعلماء حتّى قال النبي ﷺ «إِنَّ الْمُخْتَلِعَاتِ وَالْمُنْتَزِعَاتِ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ»[3]،وقَالَ: « أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ»[4] .

الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، النيسابوري مسلم بن الحجاج ،تحق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت:1096/2.

1 – روى أبو داود في سننه(2185)، كتاب الطلاق(13)، باب في طلاق السنة، 509/3 عن أبي الزُّبَيْرِ، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بن عمر: فَرَدَّهَا عَلَيَّ، ولَمْ يرها شَيْئًا» (السِّجِسْتاني أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود،تحق: شعيب الأرنؤوط – مَحَمَّد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية،ط1(1430 هـ – 2009 م))،والحديث صححه ابن حزم وابن القيم وابن حجر والألباني، و رواه الشافعي في مسنده والطبراني في معجمه،و عبد الرزاق في مصنفه و أبو داود والبيهقي في سننهما، وأحمد في مسنده، ولم ينفرد أبو الزبير بذلك، فقد رواه عبد الوهاب الثقفي عن عبيد الله بن نافع: أن ابن عمر قال في الرجل يطلق امرأته وهي حائض قال ابن عمر: لا يعتد بذلك. أخرجه محمد بن عبد السلام الخشني عن بندار عنه ، وإسناده صحيح كما قال الحافظ ابن حجر.وقال الشوكاني: ويؤيد رواية أبي الزبير ما أخرجه سعيد بن منصور من طريق عبد الله بن مالك عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ليس ذلك بشيء).

2 – صحيح مسلم النيسابوري مسلم بن الحجاج، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية: فيصل عيسى البابي الحلبي – القاهرة.كتاب صفة المنافقين(50)باب(16) تحريش الشيطان، ح(2813):2167/4.

3 – الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار،العبسي أبو بكر بن أبي شيبة، تحق: كمال يوسف الحوت، مكتبة، الرشد – الرياض، ط1(1409هـ)،تحق: كمال يوسف الحوت، مكتبة، الرشد – الرياض:195/4

4 – رواه الخمسة إلا النسائي(226/2)، وصححه الألباني(2035) (الألباني ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل المكتب، الإسلامي – بيروت،ط2(1405 هـ – 1985م): 100/7.

ولولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق : لكان الدليل يقتضي تحريمه، كما دلت عليه الآثار والأصول ، ولكن الله تعالى أباحه وفق ضوابط رحمة منه بعبادة لحاجتهم إليه أحياناً.

وأمّا مفاسد الطلاق الدنيوية، فأبين من أَن توصف؛ فإنّ الْمرأة الصّالحة تكون في صحبة زوجها الرَجل الصّالح سنين كثيرة ،ويكون منها من الْمودّة والرحمة ما امتنّ الله تعالى بها في كتابهَ؛ فيكون ألم الْفراق أَشدّ عليها من الْموت أحيانا، وَأَشدّ من ذهاب الْمال ، وأشدّ من فراق الْأوطان؛ ويقع الزوج في فتن عظيمة تضره في دينه ودنياه وصحته، وتقع المرأة بالطلاق في الفتن أشدّ مما وقع فيه الزوجَ، لاسيما في هذا الزمان الذي قلّت فيه الصيانة والديانة، وتعرضت فيه النساء إلى صنوف الاستغلال والإهانة،ورحم الله زمانا كان للإسلام فيه سلطان وللخير أعوان[1].

ويتشرد الأولاد ويواجهون حياة شديدة،ويهربون من المشاكل التي نتجت عن الطّلاق إلى المخدرات والانحرافات الأخلاقية بشتى أنواعها، ويتضرر المجتمع، وتحصل فيه مفاسد عامة وأضرار طامة لاتحصى ولا تعد.

وكل ذلك من الْحرج الدّاخل في عموم قوله: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)ومن الْعسر الْمنفي بقوله: (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ)

4. المبحث الثالث: قاعدة مراعاة الخلاف

4. 1 المطلب الأول : تعريف مراعاة الخلاف[2]

عرف العلماء مراعاة الخلاف بتعريفات عديدة منها :

1– ابن عرفة:عرفه بأنه:« إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر»[3].

---

1 – جاء في خطط المقريزي :أن الست الجليلة "تذكار باي خاتون" بنت الظاهر بيبرس عملت رباطاً بمبنى كبير سمته رباط البغدادية كانت تودع فيه النساء اللائي طلقن أو هجرهن أزواجهن حتى يتزوجن، أو يرجعن لهم، صيانة لهن لما كانا فيه من شدة الضبط وغاية الاحتراز ، وكانت لهذا الرباط شيخة صالحة تعظ النساء (انظر المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار ،المقريزي: أحمد بن علي دار الكتب العلمية، بيروت،ط1(1418 هـ)):303/4.

2 – مراعاة الخلاف من الأدلة المختلف في حجيتها ، و هي أصل من أصول المالكية و دليل تبنى عليه الأحكام، وعامة علماء المذاهب الأربعة يحتجون بهذا الدليل غير أن المكثرين : منهم المالكية و الشافعية .

3 – شرح حدود ابن عرفة ،أبو عبد الله محمد الرصّاع، تح:محمد أبو الأجفان،الطاهر المعموري،دار الغرب الإسلامي،ط 1(1993م: (203/1) .

مثاله : نكاح الشغار[1] فاسد ، وإذا وقع؛ قال المالكية؛ يفسخ العقد قبل الدخول، وبعده للنهي عنه ولكن يثبت الميراث أو النسب بين الزوجين، ويكون فسخه بطلاق، لأن ذلك لازم مقتضى دليل المخالف الذي يصحح النكاح .

فإعمال دليل القائل، بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله، و هو ثبوت الميراث، و هذا المدلول المذكور، و هو عدم فسخ الشغار، أعمل مالك رحمه الله دليله في نقيضه وهو فسخ النكاح، و أعمل دليل خصمه في لازم نقيض فسخ النكاح أي لازم النكاح وهو الميراث .

2– الشاطبي : عرفه بأنه:« " اعتبار الخلاف" في مسألة " بأن يكون دليلها يقتضي المنع ابتداءا، و يكون هو الراجح ثم بعد وقوعها يصير – الراجح مرجوحا لمعارضة دليل آخر يقتضيه رجحان دليل المخالف »[2].

يقول الشاطي :« فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع، و دليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن من القرائن المرجحة »[3].

و هي المتمثلة في قوة دليل المخالف و تحقيق المصلحة بجلب النفع ودفع المفسدة المؤدية إلى رفع الحرج و المشقة .

3– وعرفه القباب بأنه :« إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه»[4] ،.وفصل ذلك قائلا: «أن الأدلة الشرعية منها ما تتبين قوتها تبيانا يجزم الناظر فيه بصحة أحد الدليلين والعمل بإحدى الأمارتين، فهاهنا لاوجه لمراعاة الخلاف ولا معنى لها ، ومن الأدلة ما يقوى فيه أحد الدليلين وتترجح فيها إحدى الأمارتين قوة ما ورجحانا لا ينقطع معه تردد النفس وتشرفها إلى مقتضى الدليل الآخر ، فهاهنا تحسن مراعاة الخلاف ، فيقول الإمام ويعمل ابتداءا بالدليل الأقوى المقتضى الرجحان في غلبة ظنه فإذا

---

1 – نكاح الشغار:عرفه ابن أبي زيد القيرواني بأنه البضع بالبضع و هو أن يزوج الرجل ابنته لرجل على أن يزوجه الآخر ابنته و ليس بينهما صداق و الأصل فيه ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم«نَهَى عَنْ الشِّغَارِ» (البخاري،كتاب النكاح(67)باب الشِّغار(28)ح(5112)(12/7)؛مسلم،كتاب النكاح،(16)باب تحريم الشغار وبطلانه(7)ح(1415):(1034/2).

2 – الموافقات، الشاطبي إبراهيم بن موسى، تحق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان،ط1(1417هـ/1997م) : 108/5.

3 – المصدرنفسه:191/5.

4 – المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب، أحمد بن يحيى الونشريسي، تح:جماعة من الفقهاء،دار الغرب الإسلامي بيروت – لبنان: 6 / 388 .

وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر لم يحكم بفسخ ذلك العقد، و لم تبطل العبادة لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتبار، و ليس إسقاطه بالذي تنشرح له النفس ، فهذا معنى قولنا: إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه »[1] .

هذه التعريفات من هؤلاء الأئمة جاءت متقاربة المعنى؛ غير أنه يمكن أن نعرف مراعاة الخلاف بما يلي :

عمل المستدل بدليل المخالف في المسألة بعد وقوعها بما لا يبطل دليل المستدل بالكلية؛ وذلك لرجحان الدليل المراعي وقوته .

4. 2 المطلب الثاني: شروط مراعاة الخلاف

من أخذ بقاعدة مراعاة الخلاف شرط لها شروطا هي :

1- أن لا يؤدي إلى صورة تخالف الإجماع كمن تزوج بغير ولي و لا شهود بأقل من ربع درهم مقلدا أبا حنيفة في عدم الولي ، ومالكا في عدم الشهود و الشافعي في أقل من ربع درهم ، فإن هذا النكاح إذا عرض على الحنفي لا يقول به، وكذلك الشافعي والمالكي و غيرهما ، فيجب فسخه أبدا.

2- أن لا يترك المراعي له مذهبه بالكلية ، كأن يتزوج مالكي تزوجا فاسدا على مذهبه ، صحيحا عند غيره ثم يطلق ثلاثا فإن ابن القاسم يلزمه الثلاث مراعاة للقول بصحته، فإن تزوجت من قبل زوج لم يفسخ نكاحه عند ابن القاسم لأن الفسخ حينئذ إنما كان مراعاة للقول بصحة النكاح الأول ومراعاة الخلاف مرتين تؤدي إلى ترك المذهب بالكلية[2].

3- أن يكون دليله قويا فإذا كان ضعيفا واهيا لا يلتفت إليه؛ يقول صاحب كتاب" الفكر السامي":« واعلم أن مراعاة الخلاف ضابطه في المذهب المالكي إذا كان القول قوي راعاه الإمام ككثير من الأنكحة الفاسدة يفسخها بطلاق وصداق ويلحق الولد المتكون منه، وإذا كان ضعيف المدرك جدا لم يلتفت إليه كمن تزوج خامسة»[3].

5. المبحث الرابع: طلاق الحائض ومراعاة الخلاف

---

1 – المصدر السابق: 6 / 388

2 – الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة ،ابن شاس جلال الدين، تحق:د محمد لحمر،دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان،ط1(1423هـ–2003):ص 236 –237.

3 – الثعالبي الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي محمد بن الحسن، ط1(1416هـ– 1995م) ، دار الكتب العلمية –بيروت– لبنان،ط1(1416هـ– 1995م):455/1.

إن قاعدة مراعاة الخلاف وجه آخر من وجوه تطبيق قاعدة النظر في المآلات، فالممنوع إذا وقع ونتج عنه ضرر ومفسدة، فإن المجتهد، لا يتشبث بذلك المنع، و لكن يرتب عليه وفق ضوابط شرعية محددة – لا بالهوى والتشهي– ما من شأنه التخفيف ودفع المشقة والحرج، ويعترف بالآثار الناتجة عنه؛ خوفا من أن يؤدي المنع إلى مفسدة مساوية للمصلحة، أو راجحة عنها، «و ذلك أن الممنوعات في الشرع إذا وقعت فلا يكون إيقاعها من المكلف سببا في الحيف عليه، بزائد على ما شرع من الزواجر أو غيرها»[1] .

وفي الحديث: «أيُّما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل»؛ ثم قال :«فإنْ دَخَلَ بِهَا فلَها المهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ منْهَا»[2].

و هذا تصَحيح للمنهي عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث و يثبت النسب للولد.

«يقول أصبغ وغيره:إن نكاح الشغار لا يقع فيه إرث ولا طلاق لضعف دليله، وإن كان القائل أبو حنيفة ومالك وغيره يمضي بالعقد.

وفي كتاب الأيمان بالطلاق سمع أبو زيد ابن القاسم قد كتب لصاحب الشرطة، فيمن حلف أن يتزوج فلانة فهي طالق البتة، فتزوج بها ودخل بها لا يفرق بينهما، بلغني قول ابن المسيب لرجل قال له حلفت بطلاق فلانة إن تزوجتها: تزوجها، وإثمك في رقبتي.

رعي ابن القاسم القول بأنه لا يلزم طلاق من لم ينكح، وهو مذهب الشافعي، وكثير من أهل العلم، فلم يفرق بينهما إذا دخلا»[3].

وفي إجرائهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام دليل على الحكم بصحته على الجملة، و إلا كان في حكم الزنى ، وليس في حكمه باتفاق.

فإذا كانت بعض الأنكحة ممنوعة على سبيل الاختلاف، وروعي دليل صحتها، فصححت في الجملة، وإن كان دليلها مرجوحا، إذ لا ينبغي أن يكون ذلك سببا للحيف ولمزيد من المشقة؛ بل ينظر إلى الأمر الواقع،

---

1 – الموافقات: 5/188–189.

2 – رواه أبو داود، كتاب النكاح ،باب في الولي ،ح (2083) :ص 361 ؛ و الترمذي ،كتاب النكاح باب " لا نكاح إلا بولي " ح (1102):ص 259،و قال أبو عيسى هذا حديث حسن.

3 – انظر منار أصول الفتوى، وقواعد الإفتاء بالأقوى، اللقاني إبراهيم، تحق: د: عبد الله الهلالي،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية:ص372–373.

وللمآل؛ دفعا للمفاسد الناجمة؛ فكيف بالنكاح إذا كان صحيحا اتفاقا وابتداء، فينقض وبدون الالتفات إلى المفاسد التي تعلقت بالزوجين والأولاد والمجتمع، بل وبدون مراعاة دليله إن قوي، والقاعدة:" كلما قوي الخلاف، قويت مراعاته، وكلما شدّ الخلاف ضعفت مراعاته"[1].

إن مراعاة الخلاف في الطلاق بأن لا يوقع حال الحيض، إذا سلّمنا أن الراجح وقوعه[2] ، فيه أخذ بدليل الخصم، بدلا من إهماله، وفيه معنى رفع الحرج ودفع المشقة، وهو يتماشى مع مقاصد الشريعة، التي وإن أباحت الطلاق للحاجة الماسة، فهي تكرهه، وتتطلع إلى تقليله وتضييق دائرته بما شرعته من شروط، مع التشوف إلى الإبقاء على النكاح المشتمل على مصالح الرجل والمرأة والأولاد والأسرة والمجتمع.

وهذا أرفق بالأمة، وأنفع لها، وأوفق بالقواعد العلمية، والموافق للمقاصد الشرعية، وهو الذي يسد باب الضرر، ويجلب التيسير، ويدفع الحرج.

ومسألة الطلاق في الحيض من المسائل الكبيرة الشائكة التي يجب على الباحث إعطاؤها حقها دون ادعاء الاحتياط، إذ أن الورع والاحتياط ليس في أن تحرم المرأة على زوجها الذي ثبت زواجه منها بيقين، وتحلل لغيره؛ بل الاحتياط يقتضي استصحاب النكاح الأول لمجرد الشك لا اليقين، وتحريم تزوجها مجددا، وفي هذا من الفساد مافيه.

وقد ذهب بعض المعاصرين إلى ترجيح القول بعدم إيقاع الطلاق في الحيض، مخالفين بذلك أصول مدارسهم؛ لما رأوا في المسألة من قوة الخلاف،وما نتج عن الطلاق من المشقة والاجحاف.

جاء هذا في فتاوي اللجنة الدائمة بالمملكة العربية السعودية[3] ،وهو مذهب الشيخ ابن باز مفتي المملكة سابقا، والشيخ ابن عثيمين، وأكده الدكتور عباس شومان وكيل الأزهر الشريف، والأمين العام لهيئة كبار العلماء، واستحسنه الفقيه الدكتور هشام قريسة رئيس جامعة الزيتونة[4]، وهو اختيار شيخنا ابن حنفية العابدين بعدما كان يفتي بوقوعه؛ كما فعل قبله الصنعاني الذي قال في سبل السلام: « وَقَدْ كُنَّا نُفْتِي بِعَدَمِ الْوُقُوعِ، وَكَتَبْنَا فِيهِ رِسَالَةً، وتوقفنا مدة ثم رأينا وقوعه.

---

1 – المرجع نفسه:ص357.

2 – وإلا فإن دليل عدم الوقوع هو الأقوى عند البعض.

3 – فتوى رقم: 58/20.

4 – في جواب لسؤال وجهناه إليه في مكتبه بجامعة الزيتونة.

تَنْبِيهٌ: ثُمَّ إِنَّهُ قَوِيٌّ عِنْدِي مَا كُنْت أُفْتِي بِهِ أَوَّلًا مِنْ عَدَمِ الْوُقُوعِ لِأَدِلَّةٍ قَوِيَّةٍ سُقْتهَا فِي رِسَالَةٍ سَمَّيْنَاهَا (الدَّلِيلُ الشَّرْعِيّ فِي عَدَمِ وُقُوعِ الطَّلَاقِ الْبِدْعِيِّ)»[1].

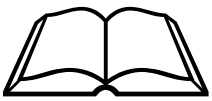
5. الخاتمة:

1- مسألة وقوع طلاق الحائض من المسائل الكبيرة الشائكة التي يجب إعطاؤها حقّها.

2- الأحكام الشرعية ليست مبنية على مجرد ظواهر النصوص، وإنما هي مبنية على قاعدة رفع الحرج؛ والتي من تطبيقاتها" دليل مراعاة الخلاف ".

3- إن تطبيق دليل مراعاة الخلاف في عدم وقوع طلاق الحائض هو أخذ بمقاصد الشرع المتشوف إلى إبقاء النكاح.

4- إذا كانت بعض الأنكحة ممنوعة على سبيل الاختلاف؛ فصححت في الجملة دفعا للمفاسد المترتّبة؛ فالأولى عدم نقض النكاح الصحيح ابتداء؛ لمجرد الاختلاف في وقوع الطلاق فيه حال الحيض مراعاة لدليله المعتبر.



1 – سبل السلام، الصنعاني محمد بن إسماعيل، بدون طبعة وبدون تاريخ ،دار الحديث:251/2.

6. المصادر والمراجع

(1) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان،دار إحياء التراث العربي،ط2(بدون تاريخ)).

(2) إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل المكتب، الألباني ناصر الدين، الإسلامي – بيروت،ط2(1405 هـ – 1985م)).

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني أبو بكر بن مسعود، دار الكتب العلمية،ط2(1406هـ – 1986م).

(4) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القرطبي أبو الوليد محمد بن رشد الحفيد، دار الحديث – القاهرة، ط:(1425هـ – 2004 م).

(5) بحر المذهب الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد ، تحق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية،ط1(2009 م).

(6) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، الجندي خليل بن إسحاق، تحق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1(1429هـ – 2008م).

(7) الجامع المسند الصحيح ،البخاري محمد ابن إسماعيل، تحق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة،ط1(1422هـ)).

(8) الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة ،ابن شاس جلال الدين، تحق:د محمد لحمر،دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان،ط1(1423هـ–2003).

(9) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي الماوردي أبو الحسن علي بن محمد، تحق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1(1419 هـ –1999 م).

(10) سبل السلام الصنعاني محمد بن إسماعيل، دار الحديث، بدون طبعة وبدون تاريخ.

(11) سنن أبي داود، أبو داود السِّجِسْتاني ،تحق: شعيب الأرنؤوط – مَحَمَّد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية،ط1(1430 هـ – 2009 م).

(12) شرح مختصر الطحاوي الرازي، أحمد بن علي الجصاص،دار البشائر الإسلامية – ودار السراج،ط1(1431 هـ – 2010 م).

(13) شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله محمد الرصَّاع،تح:محمد أبو الأجفان،الطاهر المعموري،دار الغرب الإسلامي،ط1(1993م).

(14) صحيح البخاري البخاري محمد بن إسماعيل تحقيق: جماعة من العلماء ،المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر المحمية ط(1311 هـ).

(15) صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية: فيصل عيسى البابي الحلبي – القاهرة.

(16) الصواعق المرسلة في الرد على الجهمية والمعطلة، ابن قيم الجوزية، المحقق: علي بن محمد الدخيل الله دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية،ط1(1408هـ).

(17) الفتاوى الكبرى، الحراني أحمد بن تيمية: 251/3، دار الكتب العلمية،ط1(1408هـ – 1987م).

(18) فتح الباري شرح صحيح البخاري، العسقلاني أحمد بن علي بن حجر ، دار المعرفة – بيروت، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، ط(1379هـ).

(19) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن الثعالبي ، دار الكتب العلمية –بيروت–لبنان،ط1(1416هـ–1995م). .

(20) الكافي في فقه أهل المدينة،القرطبي بن عبد البر، تحق: محمد أحيد ولد ماديك، الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية،ط2(1400هـ/1980م)، والفاكهاني تاج الدين،رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام:682/4،دار النوادر،ط2(1431هـ– 20110م).

(21) كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، المقدسي محمد بن مفلح، ، تحق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة،ط1(1424 هـ – 2003 م)).

(22) الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، العبسي أبو بكر بن أبي شيبة،تحق: كمال يوسف الحوت، مكتبة، الرشد – الرياض، ط1(1409هـ).

(23) المبدع في شرح المقنع، برهان الدين ابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان،ط1(1418 هـ – 1997 م)

(24) المنتقى شرح الموطإ، الباجي سليمان بن خلف،مطبعة السعادة – بجوار محافظة مصر،ط1(1332 هـ).

(25) المحلى بالآثار الأندلسي ابن حزم،:375/9، دار الفكر – بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

(26) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب، أحمد بن يحيى الونشريسي،تح:جماعة من الفقهاء،دار الغرب الإسلامي بيروت – لبنان.

(27) المغني لابن قدامة المقدسي، موفق الدين ابن قدامة، مكتبة القاهرة بدون طبعة(1388هـ – 1968م)،

(28) منار أصول الفتوى، وقواعد الإفتاء بالأقوى اللقاني إبراهيم، تحق: د: عبد الله الهلالي،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية.

(29) المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار، المقريزي أحمد بن علي، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1(1418 هـ)).

(30) الموافقات الشاطبي إبراهيم بن موسى،تحق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان،ط1(1417هـ/ 1997م).

(31) نظام الطلاق في الإسلام أحمد شاكر،منشورات مكتبة السنة بالقاهرة،مصر.

(32) نيل الأوطار الشوكاني محمد بن علي، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر،ط1(1413هـ – 1993م).