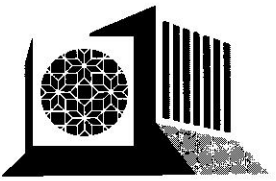

مجلـــــة

كلية الشـــريعة والـدراســـات الإســـلاميـة

العدد الثالث والعشرون ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥م

إذن الزوج[1] بإيقاع الطلاق من الغير

The Husband,s To Effect Divorce From The Others.

إعداد

د.محمد الحسن مصطفى البغا

prepared by

Dr. Mhd. AlHassan Al Bugha .

---

(١) ور: الشـــرح الكبير: ٢/٤٠٥، وحاشية الدسوقي: ٢/ ٣٦٥، الخرشي على مختصر خليل: ٤/٦٩، مغني المحتاج: ٣/٢٧٩-٢/٤٧٥، حيث ورد ما يأتي في البحث بهذا الاسم.

الملخص :

إذن الزوج بإيقاع الطلاق من الغير

إن حـــق الطلاق ملك للزوج طالما كانت الظروف مستقرة وهادئة بل قد لا يُتعرض لهذا الأمر بتاتاً..

فالنسبة الأكبر من الزيجات في المجتمع الإسلامي لم تعرف الطلاق، ولكن قـــد تقـــوم بعـــض الظروف تستدعي أن يأذن الزوج للزوجة أو لغيرها بإجراء الطـــلاق، وهذا الإذن قد يكون صريحاً أو كناية وتخييراً أو دون تخيير، وتمليكاً أو دونه، ووكالة أو رسالة ورسولاً..

ممـــا يسهل إجراء الطلاق بإذن الزوج لمقتضيات تقوم جرياً وراء استقرار العلاقات الأسرية وتخلصاً من غير المستقر منها.

Research Summary:

The Husband,s permit To Effect Divorce From The Others.

The right of divorce is for the husband as long as the circumstances are stable and quiet, otherwise,this matter must not be tackled at all.

The great majority of marriages in the Islamic society does not know divorce, but the husband to allow his wife or others to execute some circumstances calls for divorce. This permit may be clear-cut and obvious, indirect,and optional or none optional,ownership or none-ownership,power of attorney,a letter or representative.

That will facilitate executing divorce due to the requirements of stability of familial relationships and getting rid of the unstable.

مُقَدِّمَة

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين الذي رفع السموات بغير عمد ، وجعل في الأرض آيات باهرات فجعل من أنفسنا أزواجاً نسكن إليها، وأرسل نبينا محمداً ﷺ بشرع لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد، يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير، المعرض عن شرعه له معيشة ضنكى، وهو في الآخرة أعمى .. وبعد :

فإنه قد يعرض لعش الزوجية ما يعكر صفوه فسعى الشارع الحكيم في الموازنة بين المصالح ودرء المفاسد إلى تشريع الطلاق، وقد تقوم ظروف تحمل الزوج على إذنه لغيره من الزوجة أو وكيله أو رسوله للتخلص أحياناً من مشاق زوجية لا يرغب بها ولا باستدامتها ويكره فيها الكفر بعد الإسلام.

والذي يجمع بين المباحث الآتية أن إذن الزوج لغيره بإيقاع الطلاق يمكن أن يكون تفويضاً (تمليكاً وتخييراً..) أو توكيلاً أو رسالة، وهو ما أشارت إليه المصادر القديمة والمراجع المعاصرة .

قال الحصكفي من الحنفية في الدر المختار: ((ذكر ما يوقعه غيره بإذنه: وأنواعه ثلاثة: تفويض وتوكيل ورسالة)).

وقال في المرشد في قانون الأحوال الشخصية: ((الفقهاء قسموا الطلاق الذي يوقعه غير الزوج بإذنه إلى ثلاثة أقسام: الرسالة والتوكيل والتفويض..)) [1].

وليس هذا البحث بسهل بل هو صعب غوره شائك ظاهره، كما أقر كثيرون من أرباب العلم بوعورة هذا البحث في كتب الفقهاء[2]،بل هو أول بحث- فيما

---

[1] ٣٢٤/١-٣٢٥

[2] انظر مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد:١٧٣.

أعلم- يجمع مباحث إذن الزوج لغيره بالتطليق بهذه الاستفاضة وهذا التفصيل، ومن خلال مايتعلق به من مباحث مختلفة.

وفـــائدة هذا البحث تتجلى في إعطاء الفرصة الكاملة للزوجة في التخلص من عقـــد زواج لا ترغـــب فيه على تفصيل ،كما في منح ذلك للوكيل على سبيل إعانة الزوجيـــن في الوصول إلى غرضهما الذي يرغبان في تحصيله..، وخاصة في بعض الظـــروف غير المستقرة من سفر وطلب علم وكسب عيش...التي تجري فيها بعض عقـــود الـــزواج ممـــا يجعل التفويض والتوكيل والرسول أموراً مرغوباً فيها لإيقاع الطـــلاق دون أن تبقى المرأة معلقة فلا هي بغير ذات زوج ولا هي بذات زوج (فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ) [النساء: ١٢٩].

وتكمـــن أهمية البحث أيضاً في معرفة أحكام ذلك تصرفاً وعدم تصرف وتبياناً لوجـــه هـــذا التصرف من حيث ما يترتب عليه من بينونة وعدمها ومن حيث تأقيت ذلـــك وعدمـــه، وهـــل يمكـــن للزوجة في بعض الزيجات أن تطمئن على مستقبلها وعلاقتها وارتباطها بزوج ما أو لا.

ولـــيس هذا بتسهيل لإيقاع الزواج بقدر ما فيه من الالتفات في الموازنة بين المصالح والمفاسد مما يمكن أن يدرأ من مفاسد عقدٍ ما... لا يرغب به..

وذلك وفق الخطة التالية:

التمهيد: أهلية الزوج والزوجة والمأذون له لإيقاع الطلاق.

أهلية الزوج. أهلية الزوجة. أهلية المأذون له غير الزوجة.

الفصل الأول: إذن الزوج لزوجته بالطلاق كناية وتصريحاً.

المبحـــث الأول: الـــتفويض وحكمـــه والواقع به ومن يملكه وتنجيزه وتعليقه وإضافته.

المبحث الثاني: تمليك الزوجة الطلاق.

المبحـــث الثالـــث: تخيير الزوجة في الطلاق بقوله:(اختاري أو اختاريني أو اختاري نفسك).
المبحث الرابع: جعل الطلاق إلى مشيئتها بقوله: (أنت طالق إن شئت).
المبحث الخامس: تمليك الطلاق للزوجة بقوله: طلقي نفسك.
الفصل الثاني: إذن الزوج بالطلاق وأمره به لغير الزوجة (للوكيل وللرسول) والإذن اللاحق لطلاق الولي والفضولي
المبحث الأول: الإذن للوكيل.
المبحث الثاني: الإذن للرسول والرسالة.
المبحث الثالث: الولي والفضولي.
الفصل الثالث: رأي القوانين في إذن الزوج لغيره بالطلاق.
المبحث الأول: مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد.
المبحث الثاني: قانون الأحوال الشخصية السوري والأردني.
خاتمة .
فهرس المصادر.

❁❁❁

التمهيد : أهلية الزوج والزوجة والمأذون له لإيقاع الطلاق:

وأتكلم فيه عن أهلية الزوج المطلق والمنيب لغيره ممن أذن له سواء أكانت الزوجة أم غيرها.

أهلية الزوج: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية إلى اشتراط كونه مكلفاً عاقلاً بالغاً، لأن العقل مناط التكليف وأهلية التصرف، وبه يعرف مصلحته في التصرف، والتشريع إنما هو لمصالح المكلفين.

وذهب الحنابلة في رواية أخرى إلى صحة طلاق المميز[1].

أهلية الزوجة: ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية إلى صحة اختيار الصغيرة المميزة نفسها لأن فيه معنى التعليق، والطلاق المعلق يصح على الصغيرة.

وذهب الشافعية والحنابلة في رواية أخرى إلى اشتراط تكليفها[2].

أهلية المنوب : ذهب المالكية والحنابلة إلى صحة التفويض إلى المميز إن كان يعقل، لأن من صح أن يباشر شيئاً صح توكله فيه، قال رسول الله ﷺ: ((كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله))[3] والمميز العاقل ليس بمجنون أو بمعتوه.. فيدخل في عموم جواز الطلاق.

وذهب الحنفية إلى صحة التفويض إلى المجنون والصبي الذي لا يعقل، بشرط كلامه فيصح إيقاعه الطلاق، ولا يلزم العقل في التعبير، دون التوكيل فلا

---

(1) حاشية ابن عابدين:٤١٧/٢،بدائع الصنائع:٩٩/٣-١٠٠و٢٠/٦،الشرح الكبير:٤١٣/٢، مغني المحتاج:٢٨٥/٣، كشاف القناع:٢٣٣/٥و٣١٠.

(2) حاشية ابن عابدين:٤٨١/٢، الشرح الكبير:٤١٣/٢، مغني المحتاج:٢٨٥/٣،المغني والشرح الكبير: ٢٩٢/٨-٢٩٣.

(3) أخرجه الترمذي في الطلاق، باب ما جاء في طلاق المعتوه ،رقم١١٩١.وأخرج البخاري تعليقاً بصيغة الجزم: [قال عثمان:((ليس لمجنون ولا لسكران طلاق)).وقال علي﵁: ((وكل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه))] وهما مما لا يقال بالاجتهاد فلهما حكم الرفع، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكره.ور:فتح الباري:٤٨٤/٩، تحفة الأحوذي:٢١٨/٢.

يصـــح، إذ يتســـامح ابـــتداء لا بقاء، فلو فوض إلى عاقل فجن لم يصح، لأنه علق ابتداء على كلام عاقل، فلما جن لغا تعليقه بخلافه لاعتبار معنى التعليق.

وذهـــب الشافعية إلى اشتراط أهلية التكليف مستدلين بقوله ﷺ : ((رفع القلم عـــن ثلاثـــة عـــن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقـــل)). وأخرج البيهقي عن الشعبي والحسن وإبراهيم أنهم قالوا: ((لايجوز طلاق الصبي ولا عتقه حتى يحتلم)) [1]

والذي يترجح اشتراط التكليف وخاصة في أمر خطير كأمر الطلاق، لقوة أدلة الشافعية.

❁❁❁

(1) حاشية ابن عابدين:٤٧٧/٢، الشرح الكبير: ٤١٣/٢،،الخرشي على مختصر خليل:٧٧/٤،مغني المحتاج:٢٨٥/٣، كشاف القناع:٢٣٣/٥و ٣١٠.
وأخرج الحديث الأول البخاري تعليقاً عن سيدنا علي بصيغة الجزم،كتاب الطلاق،باب: الطلاق في الإغلاق..،١٨٩٢/٣،وأخرجه أبو داود عن علي مرفوعاً إلى النبي ﷺ، في كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق..،برقم٤٤٠٣،واللفظ له،وابن ماجه في الطلاق باب طلاق المعتوه..، رقم : ٢٠٤١، ٦٥٨/١. وأخرج الثاني البيهقي في السنن الكبرى:٣٥٩/٧.

الفصل الأول

إذن الــزوج لزوجــته بــالطلاق كناية وتصريحاً:عد الإذن للزوجة شاملاً للتفويض والتمليك والتخيير والمشيئة والتصريح مما سيأتي..

المبحث الأول

التفويض وحكمه والواقع به ومن يملكه وتنجيزه وتعليقه وإضافته: وجعلته المبحث الأول لــتعلق المباحــث الآتية به جمعاً للمتفق وتمييزاً للمختلف وتجنباً للتكرار ما أمكن.

المطلب الأول

تعريف طلاق التفويض لغة واصطلاحاً وشموله

أمــا الطلاق فهو لغة: طُلِقَتْ طلاقاً من زوجها بانت، كنصر وكرُم، وكل ما أرسل ويخلى ، واصطلاحاً: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق[1].

وأما التفويض: فهو لغة: فوض إليه الأمر:رده إليه،ويتصرف فيما للآخر، والتفاوض: المساواة والمجاراة في الأمر[2].

اصــطلاحاً: هــو تملــيك الطلاق الزوجة صريحاً أو كناية، مع كونهما مكلفين-بالغين عاقلين-في رأي الجمهور.

والصــريح بقولــه: ملكتك طلاقك، أو بجعله إلى مشيئتها بقوله: أنت طالق إن شئت، أو بقوله: طلقي نفسك.

وأمــا الكناية: فجعل الأمر بيدها بقوله لها: أمرك بيدك، أو أبيني نفسك، أو إلى اختــيارها بقولــه لهــا: اختاري، وإن كان الأصل في التفويض الكناية عند الحنفية خلافاً للجمهور، وإن صح التفويض بالصريح عند الحنفية أيضاً.

---

(1) القاموس المحيط:٨١٤،مغني المحتاج٢٧٩/٣.
(2) القاموس المحيط:٥٨٥-فوض-.

ولـــم يشـــترط الشافعية اتفاق اللفظين في الصريح وكذلك في الكناية، كأن قال: طلقي نفسك، فقالت: سرحتها، أو قال: أبيني، فقالت: اخترتها، لكن لو خالفت فعدلت إلى غير المأذون فيه لم يصح لمخالفتها صريح كلامه.

تكيـــيف الـــتفويض وشـــموله:ويعد التفويض تمليكاً عند الحنفية والشافعية في الجديد بينما عده الشافعية في القديم توكيلاً.

كمـــا عد الحنابلة التمليك في قوله: أمرك بيدك وقوله: طلقي نفسك توكيلاً،لأن الطلاق لا يصح تمليكه ولا ينتقل عن الزوج، ولكن يمكن أن ينوب غيره عنه.

كمـــا يعـــد التفويض عند الحنفية شاملاً للأمر باليد والتخيير للزوجة بالمشيئة بجعل الطلاق لمشيئتها،

وكذلك يعد عند المالكية التفويض شاملاً للتوكيل والتخيير والتمليك[1].

ومســـتندهم في تقسيمهم هذا إنما هو العرف ولما نشأ عنه، حيث كان هذا عادة أهـــل زمـــان الإمـــام مالك مما أوجب نقل اللفظ من مسماه اللغوي إلى هذا المعنى الاصطلاحي.ولذلك هو من الصريح في عصر، ولكنه في عصرنا من الكنايات[2].

أمـــا الشـــافعية فالتفويض عندهم يدخل فيه ما ملكه الزوجة فقط، وأما التوكيل فهـــو ما ملكه الزوج لأجنبي، أي غير زوجته، وإن عد ما ملكته الزوجة في القديم توكيلاً أيضاً.

ولا فرق عند الحنابلة إذ اعتبروا كل ذلك توكيلاً، كما وضحت.

وبهـــذا يكـــون مـــا ملكـــه الزوج غير الزوجة تفويضاً عند المالكية فقط، وأما الجمهـــور فهو توكيل، إلا ما ذهب إليه الحنفية من أنه إن علقه بمشيئته كان تمليكاً أيضاً.

والأولى اعتبار ما فوض للزوجة تمليكاً فقط دون ما فوض لغيرها.

---

(1) بدائـــع الصنائع: ٣/١١٣-١١٥و١١٨،أحاشية ابن عابدين:٢/٤٧٥،الشرح الكبير للدردير:٢/٤٠٥و٤١٣، الشـــرح الصغير: ١/٤٦٨، مغني المحتاج : ٣/٢٨٥-٢٨٦،كشاف القناع :٥ /٢٥٤-٢٥٥و٣٠٩، المغني : ٨/٢٨٨.

(2) الشرح الصغير:١/٤٦٨.

فخلاصة القول :

عـد الحنفـية التفويض شاملاً للأمر باليد والتخيير والمشيئة بالنسبة للزوجة، وكذلـك للأجنبي إن ترك له هذا لمشيئته واختياره فقط، أما امتثاله وتنفيذه لما أمر به كقول الزوج: طلق امرأتي فهو توكيل.

وعد المالكية كل ذلك تفويضاً.

وأما الشافعية فعدوا ما كان مملكاً للزوجة تفويضاً فقط.

وعد الحنابلة كذلك كل ذلك توكيلاً.

المطلب الثاني

حكم التفويض من حيث الوصف الشرعي

وهـو جائز بالإجماع[1] ، والأصل فيه من القرآن: {يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتـن تـردن الحـياة الدنـيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً} [الأحزاب:٢٨] فجعل اختيارهن إليهن فأخبرهنﷺ بذلك[2]

ودليله من السنة أنه ﷺ قال لعائشة رضي الله عنها: ((إني أريد أن أعرض علـيك أمراً أحب أن لا تعجلي فيه حتى تستشيري أبويك قالت: وما هو يا رسول الله؟ فـتلا علـيها الآيـة ، قالـت: أفيك يا رسول الله أستشير أبوي؟بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة)) ، فندبها للمشورة ولم يعده طلاقاً، إذا كانت قد اختارته[3]

المطلب الثالث

حكم التفويض من حيث الأثر النوعي

يصـبح الأمـر لاختيارها دون لزوم الطلاق وإنما هي بالخيار، فإما أن تشاء بقاء الزوجية أو تختار إنهاءها، وإذا خرج الأمر من يدها لم يعد، لأن اختيارها لمرة

---

(1) المراجع السابقة

(2) تفسير القرطبي:١٤/١٠٦-١٠٧.

(3) شرح النووي على مسلم(المنهاج):٣/١٥١٨

واحدة، إلا إذا قرنه بما يقتضي التكرار بقوله: أمرك بيدك كلما شئت، أو اليوم وغداً ثـم طلقت ثم تزوجها ، ففي كل مجلس تطلق نفسها لتجدد الملك لها، فإذا بانت بما دون الـثلاث، عـادت إلـى الخيار في رأي الشيخين من الحنفية، ولم تعد في رأي محمد من الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة،لأن التفويض الثابت في عقـد لا يثبت في آخر[1]، وهو الراجح في رأيي لهدم البينونة للتفويض وبناء العقد الجديد لتمليك جديد.

المطلب الرابع

الواقع بهذه الألفاظ

ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه بائن، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه رجعي إلا إن اقترن بما يدل على البينونة من عوض ولفظ.

واعتـبر الحنفـية و الشـافعية والحنابلة التفويض المطلق إن لم ينوه ثلاثاً واحداً، وهو ظاهر، لأنه لا وجود للعدد فيه.

وأمـا كونـه بائناً- عند من جعله بائناً- لأنه جواب كناية، ولأنه يملّكها ولا تملك نفسها بغير البائن، بخلاف ما لو ملكها طلقة صريحة عند الجميع فيملك عليها الرجعة، فلم يكن تمليكاً لنفسها وإنما تمليكاً لطلقة واحدة.

ولـو نواه ثلاثاً وأجابته ونوتهن وعلمت نيته وقعن وإلا كانت واحدة، وكذلك إذا نـوى أحدهما، ولو أجابته بِطَلَّقْتُ نفسي واحدة، وقعت واحدة بائنة، ولو قالت: بواحـدة أي بمرة واحدة لا تحتاج بعدها إلى تطليق فكن ثلاثاً، ولو قرنه بعدد لفظاً وأجابته بلا نية صح.

وذهـب المالكية في التمليك والتخيير إلى أنه بائن وثلاث دون نية ولزوم ما توقعـه الزوجة ولو ثلاثاً، ولكن للزوج أن يناكر الزوجة –المملكة مطلقاً دخل أو لا

---

(1) بدائع الصنائع:٣/١١٦-١١٧،حاشية الدسوقي والشرح الكبير:٢/٤٠٦-٤٠٧،روضة الطالبين:٨/٤٩، كشاف القناع:٥/٢٥٦.

والمخـــيرة قـــبل الدخـــول فقـــط- ما أوقعته مما زاد عن الواحدة فتكون رجعية في المدخـــول بهـــا بشرط أن يكون قد نوى الواحدة أو الثنتين فينكر الثالثة، وأن يبادر بإنكـــاره ويحلف على إرادة الواحدة أو مادون الثلاث، فإن نكل قضي عليه به، ولا توجـــه إليها اليمين ولم يرد بتكرار لفظه: ((أمرها بيدها)) التأسيس بل التأكيد، كل ذلـــك مالم يكن التمليك مشترطاً في العقد ، كأن يكون أمرها بيدها إن تزوج عليها، فـــإن تطـــوع بهما بعد العقد فله المناكرة، والحال أنه لم يعلم اشتراطه في العقد أو بعـــده، فإن كان بعده فله المناكرة، أو فيه فليس له، فيقبل قول الزوج مع يمينه،إذا مـــا أوقعـــت الزوجة أكثر من واحدة، فإذا ما حلف كانت واحدة رجعية في المدخول بها، وإلا بأن نكل لزمه ما أوقعته.

ولـــو خـــيرها وكان دخل بها، فأجابت: أردت واحدة بطل التخيير مطلقاً وهو المشهور، لأنها أتت بخلاف ما أراده، وقد أراد أن تبين منه، بينما أرادت هي البقاء في عصمته، فإذا لم يتم الدخول لزمته الواحدة في التخيير والتمليك.

وعـــن أشهب لا يبطل، وإنما يبطل ما قضت به ، ولها أن تقضي بالثلاث بعد ذلك، ما لم يرض بما قضت به فيصح ويلزم ورجحه العدوي لأنه وافقها.

أما لو قال لها: اختاري طلقة فيصح، وما زادته عنها يبطل.

وإن أجابـــت بأنها لم ترد عدداً حمل على الثلاث وهو الراجح، وهو قول ابن القاســـم ، وفـــي قول: على الواحدة، لأنها الأصل فتصح في التمليك مطلقاً والتخيير قـــبل الدخول وتبطل بعده، والأولى سؤالها في التخيير والتمليك عما أرادته، وكذلك فـــي قولهـــا: اخترت الطلاق، ويجري فيه ما تقدم إن أرادت بالطلاق الجنس فيكون للثلاث، أو العهدية الطلاق السني، أي الواحد في طهر لم يجامعها فيه.

ولـــو ملكها ثلاثاً أو ثنتين فقضت بواحدة لم يبطل تمليكها عند الجمهور وفي الأصح عند المالكية.

وذهب الحنابلة إلى أنها لها تطليق نفسها ثلاثاً مالم يطأ أو يفسخ، لأنه وكالة تبطل بالفسخ واعتباره ثلاثاً قولاً وفعلاً لما روي أن النبي ﷺ قال: ((هو ثلاث)) [1] ، ولأنه يقتضي العموم في جميع أمرها فيتناول الثلاث إذ هو اسم جنس مضاف فيعم، ولو أنكر الثلاث لم يقبل قوله ولايدين[2].

المطلب الخامس

ملك التفويض وحكم الوطء

إذا فوض الزوج حق الطلاق وهي أهل لذلك لزمه ولم يمكنه عزلها عن الجواب عند الحنفية ، لأنه قد ملكها حق الطلاق، ومضمون الملك لا يمكن للغير أن يتدخل فيه، ولا يحتمل الطلاق الرجوع والفسخ، ولوجود معنى التعليق فيه فلا يحتمل الرجوع عنه.

وفصل المالكية بين التفويض توكيلاً فله العزل،ووطؤها عزل لها مطلقاً، وهو رد دلالة وفعلاً، إلا إن كان معلقاً ،أو أن يكون التفويض تخييراً أو تمليكاً فليس له العزل، كما أنه لا عزل لها إذا وكلها مشترطاً لها: كأن لايتزوج عليها، أو أن أمر من يتزوجها بيدها، لأن الحق وهو رفع الضرر عنها قد تعلق لأجلها فليس له إبطاله.

وإنما له العزل في التوكيل لأنه يجعلها نائبة عنه في إنشائه فله عزلها، وأما التخيير والتمليك فقد جعل لها ما يملكه، فيحال بينهما[3] .

---

(1) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح في التفسير قوله تعالى {يا أيها النبيُّ قلْ لأزواجك..}رقم٤٥٠٧،و مسلم في الجامع الصحيح في الطلاق باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية رقم ١٤٧٥،اللفظ له.

(2) بدائع الصنائع:١١٣-١١٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٤٠٥/٢-٤١٢، روضة الطالبين:٤٦/٨-٥٠،مغني المحتاج: ٢٨٥/٣-٢٨٧، كشاف القناع:٢٥٤/٥-٢٥٧.

(3) بدائع الصنائع:١١٢/٣،الشرح الكبير:٤٠٥/٢-٤٠٦و ٤١١،الشرح الصغير:٤٦٩/١ الدسوقي على الشرح الكبير:٤١١/٢،مغني المحتاج:٢٨٦/٣،كشاف القناع:٢١٧/٥.

وذهـب الشافعية على القولين والحنابلة إلى أن له الرجوع ، أي : ما لم تطلق وما لم يكن الفور في جوابها لازماً وإلا بطل تفويضها، أو كانت نيته عند الحـنابلة إيقـاع الطـلاق فـيقع حالاً ولا رجوع، أما إن أراد الوكالة، فيجوز الرجوع فيها ، فكذلك هنا.

والأولـى في رأيي جواز الرجوع تقليلاً من الطلاق ما أمكن طالما لم يصدر جوابهـا، ولـم يكن إذنه مقيداً أو معلقاً، أما إذا كان مقيداً أو معلقاً فبحسب ما قيد وعلق.

وخلاصـة ما استقرأته في حكم الوطء عند الحنفية والشافعية أثناء التفويض أن المطلق منه يبطله الوطء ، إذ لابد من جوابها في المجلس ، أما المقيد فذلك لا يبطله، إلى حصول شرطه.

وأمـا المالكـية ففي التوكيل يبطله الوطء، وفي التمليك والتخيير فيعتبرونه استمتاعاً في عصمة مشكوك فيها.

فإذا كان التفويض معلقاً فيجوز الوطء إلى حصول المعلق عليه.

وأمـا الحنابلة فالأصل أن الوطء ينهي هذا التوكيل مطلقاً، لأن التصرف فيما وكل به يبطل الوكالة، ويعد وطؤه تصرفاً بما وكل به فتبطل الوكالة[1].

هـذا ولابد عند المالكية من كونها عالمة بما جعله لها من التمليك والتخيير وإلا بأن لم تكن عالمة ومكنته من الوطء فلا يبطل تفويضها بخلاف ما لو علمت ومكنته فيبطل.

وبخـلاف كونها جاهلة الحكم في أن التمكين مسقطاً لحقها فلا يعتبر جهلها ولا ينفعها[2] .

([1]) حاشية ابن عابدين:٢/٤٨٥، الشرح الكبير:٢/٤٠٥-٤٠٦و٤١١،مغني المحتاج:٣/٢٨٥-٢٨٦،كشاف القناع :٥/٢٥٤ وما بعدها،المغني:٨/٢٨٨.

([2]) بلغة السالك:١/٤٦٩.

وفـــي رأيـــي لابـــد من اعتبار الوطء مسقطاً للإذن المطلق بالطلاق، أما المقيد والمعلق فإلى حصولهما ثم يسقطان بالوطء.

كمـــا ذهـــب المالكية-ولم يذكر هذا الجمهور- أيضاً إلى الحيلولة فيحال بينهما فيما ليس له العزل حتى تجيب أو يوقفها الحاكم حتى تجيب ما لم توطأ أو تمكن منه طائعة فيسقط كله، أو يسقطه الحاكم.

كمـــا أنه لا حيلولة إذا علق التخيير أو التمليك إلى حصول المعلق عليه كقدوم زيد، أو إن تزوج عليها فأمرها بيدها، أو إن تزوج عليها فأمر الداخلة عليها بيدها سواء عند العقد أو بعده،فلا يحال بينهما حتى يحصل المعلق عليه بأن يتزوج عليها أو يقدم زيد..، وعندها يحال بينهما، فلا يقربها حتى تجيب وإلا لأدى إلى الاستمتاع فـــي عصـــمة مشكوك بها، هذا مع اعتبار وطئها مسقطاً للتمليك والتخيير إذ يعتبر تمكينها له منها إسقاطاً للتفويض لها، ولو لم يطأها.

وللحاكم أن يجبرها على الجواب وإلا أسقط التفويض[1] .

ولا أرى كبـــير فـــائدة للحـــيلولة طالما أن هذا في غير المعلق، إذ يبطل هذا بالوطء، وفي غيره يجوز الوطء إلى حصوله ثم يبطل بالوطء.

أما لو ملكها أو خيرها فأجابت بالقبول معلقة له بدخوله على ضرتها أو على قـــدوم زيـــد ولـــم يـــرض الزوج تعليقها فهنا توقف حالاً فلا يجوز وطؤها كما قال الدردير والدسوقي لجوابها بالطلاق أو بالبقاء ولا تمهل إلى حدوث ما علقت عليه.

والفـــرق بيـــن تعلـــيق الزوج وتعليقها أن تعليقه صحيح مطلقاً منه بخلافها، وتعليقها غير لازم لها، إذ يمكنها رفعه قبل حدوث المعلق عليه.

بينما لا يمكن الزوج رفع ما علقه. وهذا هو المشهور عند المالكية .

---

(1) المراجع السابقة.

وأمـــا لـــو رضي الزوج بتعليقها هذا فإنه ينتظر حصول المعلق عليه فتطلق حيـــنها بمجـــرد حصوله عملاً بالتعليق الواقع منها والذي قد رضيه مع جواز وطئه لها قبله دون سقوط التفويض[1].

المطلب السادس

التنجيز والتعليق والإضافة في التفويض

ذهب الجمهور إلى صحته مطلقاً، وذهب الشافعية إلى صحته منجزاً ومعلقاً على المشـــيئة بقوله: متى أو متى ما أو وكلها بطلاق نفسها لم يشترط الفور، ولا يصح إضافته إلى الوقت كإن جاء الغد،ونقل النووي عن إسماعيل البوشنجي من الشافعية صحته مضافاً أيضاً، كما سنفصله في أقسام جعل الأمر بيد الزوجة[2].

المبحث الثاني

تمليك الزوجة الطلاق كناية

ويكـــون ذلـــك بأن يفوض الزوج الطلاق إلى زوجته، فتملك حق الطلاق اتفاقاً، وذلـــك بقولـــه: أمـــرك بيدك، وسندرس الصريح منه في المبحث الخامس، وجعله الجمهـــور شـــاملاً له ولقوله: طلاقك بيدك، وهو تفويض صريح، وسموه: التمليك، وعرفوه بأنه: جعل إنشاء الطلاق ثلاثاً حقاً لغير الزوج أو أقل بالدليل، ولم يقصروه عليها بل وغيرها، مع عدم التخيير.

واعتبره الحنابلة فيما ليس فيه تصريح من الكناية الظاهرة لا الخفية، وأن قوله: أمرك بيدك توكيل فيه نوع تمليك.

---

(1) المراجع السابقة

(2) بدائـع الصـنائع:١١٣/٣،الشـرح الكبـير:٤٠٦/٢،مغنـي المحـتاج:٢٨٥/٣-٢٨٦،كشـاف القناع:٢٥٥/٥

المطلب الأول

شروط جعل الأمر بيد الزوجة[1]

١- نيّة الزوج الطلاق في الكناية دون الصريح: وذلك أنه لا يمكنه إيقاع الطلاق الكنائي دون نية، وهذا من طلاق الكناية فاحتيج فيه إلى نيته، وعليه فلا يصح جعل أمرها إليها دون نيته، حتى لو ادعى غيره صُدق، إلا إذا كانت دلالة الحال تدل على إرادة الطلاق كغضب وخصومة وجدال في الطلاق نفسه، فلا يصدق قضاءً بإرادته غيره، لقيام ظاهر الحال في الدلالة على الطلاق.

وإن ادعت المرأة دلالة الحال وإرادة الطلاق وهو ينكر، فالقول قوله مع يمينه إن لم تكن بينة، وإلا قبلت البينة منها، لإمكان علم الشهود بهذه الحال، بينما لو أقامت البينة على نيته الطلاق لم تقبل لأنه أمر قلبي لا يعلمه الشهود.

٢- أن تعلم المرأة جعل الأمر بيدها، فلو كانت حاضرة ولم تسمعه لم يصح، وكذلك لو كانت غائبة، ما لم يصلها الخبر، لأن معنى جعل الأمر إليها ثبوت التخيير لها ولا يثبت هذا إلا بعلمها به، فإن علمته صار إليها، ولو كان التفويض مؤقتاً فعلمته بعد الوقت فات لانتهاء هذا التفويض، وصيرورة الأمر إليها من غير تفويض لا يصح.

٣- إذا كان ذلك معلقاً فلا يظهر أثره إلا عند حدوث شرطه.

٤- أن يكونا مكلفين عند الحنفية والشافعية والحنابلة وذهب المالكية إلى أنه إذا كان مكلفاً وهي مميزة يصح.

٥- ذهب الحنفية إلى أنه إذا كان التمليك في العقد فينبغي ابتداء المرأة به، فلو بدأ بتمليكه الرجل لم تملكه، لأنه تمليك للطلاق قبل النكاح، ولم يملكه بعد، فإذا ابتدأته ملكته،فلو قالت: تزوجتك على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد، أو على أني طالق فيقول: قبلت صح، ولم يتعرض الجمهور لهذا الشرط.

---

(1) بدائع الصنائع: ٣/١١٣، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار:٢/٢٧٦و٤٨٥، الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي:٢/٤٠٧و٤١٣، مغني المحتاج: ٣/٢٨٥-٢٨٦،كشاف القناع:٥/٢١٧.

المطلب الثاني

أقسام جعل الأمر بيد الزوجة

وأذكـــر هـــذه الأقسام بحسب الإطلاق والتقييد فيها ثم أبين كلاً على حدته فتنقسم إلى:

١- إما أن يكون منجزاً، والمنجز قسمان: مطلق ومؤقت:

والمطلق قوله: أمرك بيدك، والمؤقت قوله: أمرك بيدك إذا شئت، إذا ما شئت أو متى ما شئت، أو حيثما شئت.

٢- وإمـــا أن يكون معلقاً بشرط، فهو إما مطلق عن الوقت كقوله: إن قدم فـــلان فأمـــرك بـــيدك، وإما مؤقت به كقوله: إن قدم فلان فأمرك بيدك يوماً.

٣- وإما مضافاً إلى الوقت.

أولاً : أن يكون جعل الأمر بيدها منجزاً:

أ- إذا كان الأمر مطلقاً: ذهب الحنفية وابن القاسم من المالكية وهو قول مالك أولاً وآخـــر أقوالـــه وهـــو الراجح عند المالكية والشافعية إلى أنه يشترط لصـــحته بقـــاء المجلس الذي علمت فيه بالتفويض، فيكون الأمر بيدها ما دامـــت فـــي مجلسها، وهو جعل الأمر بيدها إلى رأيها وتدبيرها، وذلك أن الـــزوج يملـــك التطليق بنفسه فله تمليكه غيره فتملكه بتمليك الزوج إياها، ولكن هذا التمليك مقيد بالمجلس، إذ الزوج يخاطب به ويملكه ويريد جوابه فـــي المجلـــس قصُر أو طال، واعتبار المجلس للتأمل والتفكير فيما يريده المرء، وتفكير المرء يختلف من شخص لآخر فلا يضبط إلا بالمجلس.

ويـــبطل هـــذا بردها الصريح، كما لو قالت: اخترتك، أولا أختار الطلاق، فهو ردّ للتملـــيك صـــراحة، وإمـــا دلالة كما إذا قامت من مجلسها فيبطل، لأن قيامها دليل

إعراضـــها، وهو رد دلالة، لأن المالك-الزوج- طلب الجواب في المجلس فلا تملكه في غير المجلس، لأنه لم يملكها إياه في غيره.

ومـــثل قـــيامها فـــي الإعـــراض قولها وفعلها الدالان على الإعراض، كأن دعت بشـــراب أو بطعـــام لتأكل أو خاطبت ببيع أو بشراء، أو غيرت جِلستها من قيام إلى ركـــوب، أو انتقال من دابة إلى أخرى، أو واقفة فمشت، أو قاعدة فوقفت، أو مكنته من نفسها فوطئها، أو نامت، أو صلت.

وأما وقوفها بعد سيرها فلا يبطل خيارها، وكذلك لو كانت في سفينة فسارت، أو قائمـــة فقعدت- لأن القعود دليل إرادة التأمل بخلاف القيام فهو دليل الإعراض - أو متكئة فقعدت، أو أخذ الزوج بيدها، أو أكلت طعاماً، أو شراباً يسيراً، أو قامت لتدعو الشـــهود ممـــا هـــو من ضرورات الخيار،أو سبحت أو قرأت قليلاً فلا يبطل خيارها بشرط أن لا يطول ذلك فيكون دليل الإعراض.

وقـــال الشافعية: لابد من تطليقها على الفور، لأنه جواب للتمليك فهو كغيره من التمليكات يحتاج للقبول، والقبول يحتاج للفور، فإن فصل بينهما فاصل أجنبي ككلام كثير ثم طلقت لم تطلق.

وعلـــى القـــول بأنـــه توكيل فلا يشترط في الأصح الفور، ومقابل الأصح يشترط لشائبة التمليك.

وذهب ابن المنذر إلى أنها تطلق متى شاءت.

بيـــنما ذهـــب الحنابلة إلى أنه على التراخي ولا يتقيد بالمجلس ما لم يقيده بقيد مخالف،فـــإذا وطئها أو رجع انتهى التفويض وهو قول مالك الثاني مالم توقف عند حاكم-قاضٍ- أو توطأ[1].

والذي يترجح هنا جعله مقيداً بالمجلس طالما كان الكلام فيه إذ لكل وقت أحواله، فلا تعمم.

([1]) بدائع الصنائع:٣/١١٤-١١٥،الشرح الكبير:٢/٤٠٦-٤٠٨و٤١٢،وروضة الطالبين : ٨ / ٤٦ و٤١٢ ، مغني المحتاج:٣/٢٨٥-٢٨٦، كشاف القناع:٥/٢١٧و٢٥٤

ب- إذا كان الأمر مؤقتاً والوقت مطلقاً: وذلك بقوله: الأمر بيدك إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى ما شئت أو حيثما شئت فذهب الحنفية والشافعية إلى ثبوت الخيار لهـا غير مقيد بالفور، بل لو ردته لا يرد عند الحنفية، ولو تحولت عن مجلسها لا يبطل تملكها للطلاق، لأنه ملكها الطلاق في أي وقت تشاؤه لمرة واحدة.

ووجـه قـول الشـافعية: قـبول الطلاق للتعليق فجاز التمليك فيه تعليقاً وهو المعـتمد، وقـيل: بـناء علـى أنه توكيل، ولا يرد هذا عند المالكية، لأن المالكية يقولـون: يلـزم القـيد ويجب جوابها ويحال بينهما قبل جوابها ، ويثبت هذا عند الحنابلة على التراخي من باب أولى.

أمـا إذا قـيده بوقت خاص إلى يوم أو شهر أو سنة فكذلك يكون لها الأمر في الوقت كله تختار نفسها فيما شاءت منه ما بقي الوقت اتفاقاً.

ويـنظر في هذا إن قال: اليوم أو الشهر أو السنة مع التنكير (أمرك بيدك يوماً)، فالأمـر مـن سـاعته إلـى مـثله في اليوم، وكذلك في الباقيين لوقوعه على تمام الـيوم...، أما لو كان معرفاً فخيارها في بقية اليوم..، لأن التعريف يعتبر فيه الباقي منه.

ولو اختارت نفسها مرة ليس لها أخرى، لاقتضاء اللفظ الوقت لا التكرار، وكذلك لـو اخـتارته، أو أخبرته بعدم اختيار الطلاق خرج الأمر من يدها جميع الوقت فلا تملـك اختـيار نفسها في قول الجمهور ولو بقي الوقت،وفي قول أبي يوسف بطل الخـيار في هذا المجلس فقط دونما سواه فيصح، وذلك لأنه جعل الأمر إليها جميع الوقت وإعراضها في مجلس لا يبطل خيارها مطلقاً.

ووجـه قول الجمهور أنها ردت التمليك والتمليك واحد فيبطل، بخلاف قيامه عن المجلـس فهـو امتناع عن الجواب لا رداً للتفويض، لأن الجواب في جميع الوقت، ولـبقاء الأمـر بعـد قيامها فائدة فيبقى، ولو اختارت نفسها بطل خيارها في جميع المدة وكذا لو اختارت زوجها.

وذهب المالكية إلى لزوم القيد وتعينه، ولكنه يسقط ما ملكها أو خيرها بمضي المدة، وكذلك بالوطء، أو التمكين طائعة أو يوقفها الحاكم ويأمرها بالجواب حتى لا يصير استمتاع في عصمة مشكوك فيها، ولا تمهل إلى آخر المدة.

وذهب الحنابلة إلى التراخي في المطلق فمن باب أولى هنا في لزوم ما ورد[1].

والذي يترجح لزوم القيد طالما أذن الشارع به بدلالة اللغة وعموم الأدلة، ومن ذلك تعليق التمليك إلى حصول شرطه طالما كان مطلقاً وإلا كان مقيداً.

ثانياً: أن يكون التفويض معلقاً بشرط مطلق:

كقوله: إن قدم فلان فأمرك بيدك، فيصبح الأمر إليها إن قدم، ولها الخيار عند علمها بالقدوم في مجلس علمها.

فإذا كان مؤقتاً بأن قيد شرطه باليوم الذي يأتي فيه فلان، فيثبت لها الخيار حين قدوم فلان كل ذلك الوقت إذا علمت به في بقية اليوم،فإذا ذكره منكّراً وقع على يوم تام.

وعليه فلا يبطل خيارها بقيامها من المجلس، وإذا اختارت زوجها فعلى الاختلاف بين الجمهور وأبي يوسف.

واختيارها لنفسها مرة واحدة في الوقت كله، ولو علمت بعد الوقت فلا خيار.

ومذهب المالكية فيما لو قيدت تمليكها المطلق بدخوله على ضرتها فلا بد من تنجيزها بالفراق أو البقاء ولا عبرة لشرطها ولا ينتظر دخوله ، لأنها مشكوك بها ، ما لم يرض الزوج بتعليقها وإلا انتظر، فتطلق بمجرد حصوله.

---

(1) بدائع الصنائع:٣/١١٥-١١٦، حاشية ابن عابدين:٢/٤٨٥،الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي:٢/٤٠٦-٤٠٧و٤١١-٤١٣،مغني المحتاج:٣/٢٨٥-٢٨٦،كشاف القناع:٥/ ٢٥٤

ولو علق على منجز نجز كالطلاق، وكذلك إن علقه على أمر ماض، أو علقه على أمر ممتنع عقلاً أو عادة أو شرعاً،أما لو علق على قدوم فلان أو دخولها الدار أو تزوجه عليها فيكون موقوفاً عليه.

وكذلك لو علق فقال: إن غبت شهراً فقد ملكتك فإذا انقضى ملكت، فلو قدم ولم تعلم، وأثبتت غيبته وتخييرها وحلفت أنه لم يأت إليها، فطلقت نفسها وتزوجت، وتلذذ بها الثاني، فاتت من الأول، وإلا لم تفت وهذا مما ذكره المالكية[1].

وواضح ملكها المفوض إليها بحصول شرطه.

ثالثاً : أن يكون التفويض مضافاً إلى الوقت:

يصح الطلاق مع الإضافة إلى الوقت فكذلك تمليكه، كأن يقول: أمرك بيدك رأس الشهر الفلاني، فإذا أتى الوقت صار أمرها بيدها،وكان مجلسها حينه، وهذا رأي الحنفية وهو رأي الحنابلة أيضاً لأنهم-الحنابلة- لا يقيدونه بالمجلس عند إطلاقه ما لم يقيده بقيد فيتقيد به.

بينما ذهب المالكية إلى أنه إن أضافه إلى وقت مستقبلي فهو محقق قدومه فينجز من الآن، كما

لو قال: إن جاء الشهر الفلاني فأنت مملكة، فهي مملكة من الآن حين علمها أو حضورها التمليك.

وذهب الشافعية إلى بطلان الإضافة إلى الوقت كإن جاء الغد أو جاء رمضان فيلغو، على القول بأن التفويض تمليك، وصح على القول بأنه توكيل.

ولو قال: اليوم وغداً، فمجلسها كلاهما حتى يذهب الوقتان لتعدد التفويض وعلى الوجهين إذا اختارت زوجها من حيث بقاء الأمر إليها كما مر- ولو اختارت

---

(1) المراجع السابقة،وحاشية الدسوقي:٢/٤١١

نفســـها فطلقـــت، ثـــم عقد عليها ثم جاء الوقت الثاني فأرادت اختيار نفسها فلها، لتمليكها بكل تفويض طلاقاً، وإيقاع أحدهما لا يمنع الآخر.

ولـــو جعل الخيار لها السنة فاختارت نفسها ثم تزوجها لا خيار لها عند أبي يوســـف والحـــنابلة، لأن الخيار الثابت في عقد لا يثبت في آخر، وقال أبو يوسف: وقياس قول أبي حنيفة لزوم الطلاق فيما بقي من السنة.

ولو طلقها الزوج قبل اختيارها ثم تزوجها فلا خيار لها عند أبي يوسف بقية الســـنة لتصرف الزوج فيما فوض إليها، وفي رأي أبي حنيفة أن فيه معنى التعليق، وزوال الملـــك لا يـــبطل التخيـــير لأن طلاق الملك الأول قائم، وتصرف الزوج فيما فـــوض إليها لا ينهي بقية الطلقات الثلاث وإنما فوض إليها واحدة،وطلاقها يقتضي خـــروج المفوض من يده دون سواه كما لو وكله ببيع ثوبين فباع أحدهما، فالوكالة قائمة في الآخر[1].

ويلاحـــظ أن الإضافة أمر يعرض عقد الزواج للاضطراب من لحظة ذكره من الـــزوج،ثم مـــا ذهب إليه الشافعية من بطلانه أمر يلغي إرادة الزوج، وأما ما قاله المالكـــية من حصوله للفور فهو كذلك خلاف إرادة الزوج، أما ما ذهب إليه الحنفية فهو أكثر قرباً من إرادة الزوج المطلق وأقرب إلى الواقع، وربما يكون في ذلك فترة كافية لتقرير أمر الطلاق.

رابعاً : أن يكون التفويض مقيداً ببذل البدل منها :

وذلك كقوله: أمرك بيدك بألف، أو طلقي نفسك بألف أو طلقي نفسك إن ضمنت لـــي ألفـــاً بعـــد شهر، طلقت ولزمت الألف بعد شهر إن طلقت نفسها، وهذا تمليك بعوض فيقع بائناً عند الجميع، وكذلك في كل صيغ التمليك[2].

---

(1) بدائع الصنائع:٣/١١٥-١١٦،الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢/٤٠٦-٤٠٧و٤١١-٤١٣ مغني المحتاج: ٣/٢٨٥-٢٨٦،كشاف القناع:٥/٢٥٥.

(2) بدائـــع الصنائع: ٣/١٢٠-١٢١و١٤٥،الشرح الكبير:٢/٣٥١،مغني المحتاج:٣/٢٨٦،كشاف القناع:٥/ ٢٥٧.

المطلب الثالث

ما يصلح من الألفاظ جواباً من الزوجة في جعل الأمر بيدها

ذهب الفقهاء إلى أن ما كان صريحاً من الألفاظ في إرادة الطلاق من الزوج فإنه يصح من الزوجة،وكذلك الألفاظ الكنائية إلا لفظ الاختيار فيصح طلاقاً من الزوجة ولا يصح من الزوج، لأن التفويض تمليك الطلاق منها.

لكن لو قالت: أنت مني طالق لم يصح، لأنه لو قال هو ذلك لم يصح أيضاً دون ما كان خفياً من الكنايات فإنه يصح مع النية.

وترد هذه المباحث السابقة فيما يأتي، فمن لم يذكر رأيه في مسألة ما مما يأتي فلأنه يعمم ما ورد هنا على ما سيأتي.

المبحث الثالث

تخيير الزوجة في الطلاق بقوله:

(اختاري أو اختاريني أو اختاري نفسك[1]).

المطلب الأول

التعريف بالتخيير

وعرفه الحنفية: بأنه ((تمليك الطلاق من المرأة وتخييرها بين أن تختار نفسها أو زوجها)) [2].

وعرفه المالكية بأنه كل لفظ فوض لها البقاء في العصمة أو الذهاب عنها فهو شامل للصريح والكناية عندهم .

---

(1) بدائع الصنائع: ٣/١١٨-١٢٠،حاشية ابن عابدين مع الدر:٢/٤٧٦،الشرح الكبير:٢/٤٠٦و٤١٠، روضة الطالبين:٨/٥٠،مغني المحتاج:٣/٢٨٦، كشاف القناع: ٥/٢٥٤-٢٥٧

(2) بدائع الصنائع: ٣/١١٩-١٢٠،حاشية ابن عابدين مع الدر:٢/٤٧٦،الشرح الكبير:٢/٤٠٦و٤١٠، روضة الطالبين:٨/٥٠،مغني المحتاج:٣/٢٨٦، كشاف القناع: ٥/٢٥٤-٢٥٧

ويرد هنا ما ورد في جعل الأمر بيدها.

و لابـــد فـــي الكلامين تفويض الزوج أو جواب المرأة من ذكر النفس أو ذكر الطـــلاق أو بذكـــر ما يدل على الطلاق كتكرار التخيير أو ذكر الاختيارة، وذلك كأن يقول لها: اختاري فتقول: اخترت

نفســـي أو عكسه، أو :اختاري الطلاق فتقول: اخترت، أو عكسه، أو: اختاري اختاري فتقول: اخترت ، أو : اختاري اختيارة فتجيب: اخترت اختيارة.

وذهب الشافعية في الأصح إلى عدم اشتراط ذكر النفس في الكلامين، ومقابل الأصح يشترط.

المطلب الثاني

الأدلة النصية والاجتهادية في التخيير

إن حكـــم القـــياس أن لا يقـــع به شيء لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لغة، فلا يســـتطيع الـــزوج إيقاع الطلاق به، وعليه لا يستطيع تفويضه لغيره به، ولكن دلت الأدلة على اعتباره، من القرآن الكريم:

{ يَـــا أَيُّهَـــا النَّبِـــيُّ قُلْ لأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُـــنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً *وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّـــهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً} [الأحزاب :٢٨- ٢٩] ، وهذا أمر للنبي ﷺ بتخيير نسائه بين الفراق والبقاء على النكاح ، ولو لم تصح به الفرقة لما كان للتخيير من معنى[1].

---

(1) تفسير القرطبي:١٤/١٠٦-١٠٧

ومـــن الســـنة: ((عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه، فلم يعده طلاقاً)) [1] .

قالت: قد علم أن أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه قالت: فقرأ: {يا أيها النبي.. عظـيماً} [الأحـزاب:٢٨-٢٩] فقلـت: فـي أي هذا أستأمر أبوي؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة، ثم فعل أزواج رسول الله ﷺ مثل مافعلت)) [2].

دل على أنه يوجب اختيار التفريق أو البقاء على النكاح[3].

ومن الإجماع - وهو تأكيد لمعنى النص-: فقد روي عن جماعة من الصحابة وقوع طلاق المخيرة إن اختارت نفسها، وقد جعل الشرع هذا اللفظ من ألفاظ الطلاق مـــع قريـــنة الفراق نصاً أو دلالة أو النفس فهو -الفراق- مضمر في الآية..بدليل قوله:{ وإن كنتن تردن الله ورسوله..} فدل على إضمار اختيار الفراق بقوله:{.. إن كنتن تردن الحياة الدنيا..} [4].

كما أنهم شبهوا ذلك بالخيارات الطارئة على النكاح كخيار امرأة العنين والتي يحق لها الفرقة بثبوت العنة فكذلك هنا يحق لها الفرقة بالخيار الممنوح لها[5].

---

(1) أخرجه البخاري في الطلاق، باب : من خير أزواجه، رقم:٤٩٦٢،ور:٢٣٣٦، ومسلم في الطلاق باب: بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً،رقم :٢٧/١٤٧٦واللفظ له

(2) أخرجه البخاري في التفسير باب قول:{ يا أيها النبي قل لأزواجك..}،رقم :٤٥٠٧،ومسلم في الطلاق، باب: بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً..،رقم :١٤٧٥،واللفظ له

(3) شرح النووي:٣ /١٥١٨

(4) بدائـــع الصـــنائع: ١١٨/٣-١٢٠،حاشية ابن عابدين مع الدر:٤٧٦/٢،الشرح الكبير:٤٠٦/٢و٤١٠، روضة الطالبي ن: ٨/ ٥٠، غني المحتاج:٢٨٦/٣، كشاف القناع: ٢٥٤/٥-٢٥٧

(5) بدائع : ١١٨/٣.

المطلب الثالث

مجلس التخيير

والتخيير المطلق في رأي الأئمة الأربعة يبقى في المجلس، وحد المجلس: بقاؤهما معاً لإمكان الاختيار، فإذا قاما أو انتقلا في الحديث بما ينقطع به عرفاً انتهى المجلس وسقط ما بيدها، روي ذلك عن عدد من الصحابة إذ هو خيار تمليك فكان على الفور .

فإذا خيرها على التراخي كاختاري نفسك يوماً أسبوعاً شهراً فإلى انقضاء ذلك، أو اختاري إذا شئت أو متى شئت أو متى ماشئت فهو على التراخي لأنها لعموم الأوقات.

المطلب الرابع

حكم التخيير من حيث الوصف الشرعي

ذهب جماهير الفقهاء إلى جوازه وإباحته، وذهب المالكية إلى ذلك وإلى كراهيته في وجه مع جوازه، ووجه الكراهة كونه ثلاثاً بعد الدخول مع حصول البينونة بالواحدة، ولكن نظراً لمقصوده وهو البينونة لم يقل بالكراهة، لأنها لا تتحقق إلا بالثلاث، مع أن الغالب اختيار النساء لأزواجهن.

المطلب الخامس

حكم التخيير من حيث الأثر النوعي

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى كونه واحداً، وخاصة إن كان التخيير في الواحدة،وعند المالكية الأصل في الثلاث، ويحمل على غيره إن صرح به أو نواه وحلف...،وعليه فهو بائن عند الحنفية وعند المالكية في التخيير المطلق، بينما هو رجعي عند الشافعية والحنابلة وعند المالكية في التخيير بالواحدة المدخول بها،وعند الحنفية إن اقترن التخيير بلفظ الطلاق.

واعتــباره بائــناً لأن اختــيارها لا يسلم لها إن رجعياً، إذ بإمكان زوجها أن يــراجعها، وعــدم وقوعه ثلاثاً فلأن لفظ التخيير لا يقع به طلاق في الأصل، وإنما جعل طلاقاً ضرورة بالشرع، وتنقضي الضرورة بالواحدة البائنة.

ووجــه كونــه رجعياً - عند الشافعية..- أنه تفويض معين يتناول أقل ما يقــع عليه الاسم وهو الطلقة الرجعية إذ ليس فيها عوض، أما قوله: أمرك..فيتناول العمــوم لأنه أمر مضاف، وهذا طالما لم يخيرها بأكثر لفظاً أو نية، ويقع ما تلفظت به دون ماتواه[1].

كذلــك عــند اقــتران التفويض - التخيير- بالطلاق الصريح كان تخييراً بين نفســها بطلقة رجعية أو رد التطليقة عند الحنفية،بأن قال لها: اختاري الطلاق، أما لو قال: اختاري، فقالت: اخترت نفسي بتطليقة كانت واحدة بائنة.

فــإذا كــرر التخيــير ونــوى تكرار الطلاق وقع كما نوى، كأن قال: اختاري اختاري وأجابته وقعت ثنتان، باعتبار كل واحدة تخييراً تاماً مبتدأ، ولا يصلح اللفظ الثاني تفسيراً له، فلا يفسر الشيء بنفسه فيكون مبتدأ.

ولــو كرره فاختارت قائلة: اخترت الأولى أو الثانية أو الثالثة، وقعن ثلاثاً في رأي أبي حنيفة لأن الزوج ملكها ثلاثاً جملة، فيكون قولها لغواً يبطل تعيينها ويبقى قولها: اخترت صحيحاً يصلح لجواب الكل.

وذهــب الصاحبان إلى وقوع واحدة لأنها ما أوقعت إلا واحدة،وهو لاختيارها، وما وجد منها غير الواحد فلا تقع الزيادة.

وكذلك الحكم فيما لو كان التخيير مشروطاً بالبدل[2].

---

(1) المراجع السابقة

(2) بدائع:٣/١٢٠-١٢١.

وذهب المالكية إلى أنها إن أجابت بأنها لم ترد عدداً حمل على الثلاث ويكون لازمـــاً في التخيير، وهو الراجح، وقيل: يحمل على الواحدة ، فتصح في التخيير قبل الدخول وتبطل بعده، والأولى سؤالها عما أرادت.

ولـــو قال لها :اختاري في واحدة أو اختاري أن تطلقي نفسك واحدة فذهبت فطلقت نفسها ثلاثاً، واعترض بإرادته الواحدة، حلف على إرادته الواحدة، لأن قوله محـــتمل: فـــي طلقـــة واحـــدة أو في مرة واحدة، وتلزمه الواحدة واعتبرت رجعية للمدخول بها. وإن نكل وقعن ثلاثاً ، ولا توجه إليها اليمين.

ولو قال لها اختاري طلقة، فلا يحلف ويبطل مازادته عن الواحدة، أو مازادته على ما خيرها فيه.

ولو خيرها مطلقاً- فهو ثلاث- فقيدت اختيارها بدخوله على ضرتها، فتوقف حتى تختار

ناجزاً إما الفراق وإما الطلاق، ولا ينتظر دخوله لأنها عصمة مشكوك بها.

ولو خيرها في ثنتين فاختارت واحدة بطل ما قضت به مع بقاء التخيير في يدها[1].

والأولـــى عـــد ذلك واحداً لا ثلاثاً، وبائناً لا رجعياً لأن تمام معنى التخيير لا يتم إلا بالبينونة.

المطلب السادس

حكم التخيير حالة الرد

اخـــتلف الصـــحابة[2] رضي الله عنهم فيمن خير امرأته،فقال بعضهم: لا يقع الطـــلاق باختيارها زوجها، وروي عن علي باختيارها زوجها تقع رجعية، والراجح

---

(1) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي:٢/٤٠٦-٤١١

(2) شرح النووي:٣/١٥١٨

عدم وقوعه لما روته السيدة عائشة: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترنا الله ورسوله فلم يعد ذلك علينا شيئاً [1].

وعن مسروق قال: ((سألت عائشة رضي الله عنها عن الخيرة، فقالت: خيرنا رسول الله ﷺ أفكان طلاقاً)) [2] يعني: تستنكر وقوع الطلاق به[3].

وإن معنى التخيير هو تخيير الزوجة بين النكاح أو الطلاق، واختيارها زوجها بقاء على النكاح فكيف يعد طلاقاً مع اختيارها زوجها؟!ونقل النووي عن القاضي عياض ضعف ذلك ورده[4].

---

(1) أخرجه البخاري في الطلاق، باب: من خير أزواجه،رقم:٤٩٦٢

(2) أخرجه البخاري في الطلاق،باب: من خير أزواجه، رقم:٤٩٦٣

(3) التعليق على شرح النووي:١٨٨٩/٣.

(4) شرح النووي لصحيح مسلم:١٥١٨/٣

المبحث الرابع

جعل الطلاق إلى مشيئتها

بقوله (أنت طالق إن شئت) وهــو ((تمليك الطلاق للمرأة وتخييرها)).

المطلب الأول

اعتبار صفة الطلاق إلى مشيئتها

وهــو يشــبه قولــه: اختاري السابق لأن كليهما تمليك، ولكن التفويض هنا صــريح فكان الطلاق رجعياً في رأي الجمهور إلا ما ذهب إليه المالكية في التخيير والتمليك بعد الدخول.

وذهب الشافعية إلى أنه يصح تعليق الطلاق على مشيئتها بقوله:إن أو إذا شئت ولكــن لا بد من قبولها فوراً ،لأنه تمليك للطلاق لها فتطلق إذا شاءت في المجلس، وقيل: لا يتقيد بوقت ويمكن أن تشاء الطلاق متى تريد.

أما قوله: متى فلا يشترط فيه الفور.

ولــو كانــت غائبة فلا يشترط الفور في الأصح، ومقابله يشترط الفور لتضمنه التمليك.

وأما الحنابلة فقالوا: يتعلق بمشيئتها على التراخي لأنه تعليق على شرط، وهو إزالة للملك معلق على المشيئة فكان للتراخي.

ولا يصــح رجوعه عند الحنابلة مطلقاً سواءً علقه بمشيئتها أو بمشيئة غيرها ولو كان الغير مميزاً،وهكذا بقية التعاليق[1].

([1]) مغني المحتاج:٣/٣٢٥،كشاف القناع:٥/٣٠٩-٣١٠.

والـــذي يترجح لدي ما ذهب إليه الشافعية من تقييده بالمجلس تقليلاً من الطلاق ما أمكـــن وإعمـــالاً لصيغة عبارته، وتحقيق عبارته يتم بذلك، ثم عده رجعياً أولى لأن طلاق الزوج الأصل فيه كونه رجعياً،فالزوجة أولى به.

المطلب الثاني

صور جعل الطلاق إلى مشيئتها

مـــثل قوله : إن شئت قوله: أحببت ورضيت وهويت وأردت وحيث وأين وأينما وحيـــثما وكـــم ومـــا .ولكـــن قوله: كم وما لها فيهما أن تطلق ما شاءت واحدة أو ثنتين..إذ كلمة كم للقدر أي العدد وكذلك كلمة ما، ويتقيد هذا بالمجلس.

وقولـــه: إذا ومتى أو متى ما فلها طلاق نفسها في المجلس وبعده في أي وقت تشاؤه ولكن واحدة إذ لا دلالة فيها على التكرار.

وأمـــا قوله: كلما شئت فلها طلاق نفسها ثلاثاً مرة بعد مرة لأنه علق المشيئة بكلمـــا وهي للتكرار في المشيئات، فليس لها هذا دفعة واحدة، لأن المعلق بالمشيئة طلقة واحدة.

ولـــو قـــال: طالق كيف شئت: وقعت واحدة حالاً عند أبي حنيفة بقوله، إذ لم يعلـــق الطـــلاق بالمشـــيئة وإنما علق صفة الواقع في المجلس،وأوقع أصل الطلاق للحال، وفوض تكييف الواقع إلى مشيئتها.

وعند الصاحبين لا يقع شيء ما لم تشأ ،وتعلقت بالطلاق ووصف وقوعه في المجلس، لأن الكيفية صفة، والصفة لا توجد إلا مع الموصوف فقوله تعليق لهما.

والواقـــع هنا بحسب ما تشاء واحدة بائنة أو ثلاثاً لتفويض الكيفية إليها من الزوج ووافقت نيته فهو أولى،وإن خالفت ففي رأي أبي حنيفة يقع ما شاءه، إلا إذا شاءت ثانية وقعت ثانية لأن الزوج فوض إليها الكيفية التي تريد.

وعندهما: وقعت واحدة بناءً على المذهب في أنه لو قال: طلقي واحدة فطلقت ثلاثاً لم يقع شيء عنده، لأنها أتت بغير المفوض به، وعندهما تقع واحدة لأنها أتت بالمفوض به وزيادة، فيقع المفوض وتلغو الزيادة.

ولـــو قال طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت فأخذت بالأقل وقعت إن شاءت، لأن من لبيان الجنس،

ووجه قول أبي حنيفة أن من للتبعيض حقيقة فالمفوض إليها من الثلاث وهو الاثنان[1].

أو طلقـــي نفســـك واحدة فطلقت ثلاثاً وقعت واحدة،وهو رأي الجمهور خلافاً لأبـــي حنيفة لأنها أتت بغير المفوض إليها، وعندهم قد أتت به وزيادة، فيقع وتلغو الزيادة.

ولو قال: طلقي إن شئت واحدة أو ثلاثاً فإذا لم يوجد الشرط وهو الاختيار له فاخـــتارت الأقل أو الأكثر لم يقع، بخلاف تأخيره إن شئت فلا يكون شرطاً وكذلك لو قدمه.

ولو قال طلقي نفسك إن شئت فقالت: شئت ،لم يقع الطلاق، بينما لو قال لها: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت،وقع، والفرق أن مشيئة الطلاق ليست بطلاق، وقد أمرها به ولم تحصله، بينما الثاني طلقها معلقاً على مشيئتها، وقد شاء ته[2].

وذهـــب الحنابلة إلى اعتبارها من التعليق بالمشيئة، وكذلك حيث وأنى وأين وكلما وأي وقت..فلا يقع حتى تجيب قد شئت، وإن علقت فبحسب ما علقت عليه إن كائـــناً وقعت لأنه تنجيز، وبشيء غير موجود لا يقع شيء، لأنها لم تأت بما فوض به إليها فيبطل التفويض.

---

(1) بدائع الصنائع : ١٢٥/٣

(2) بدائع الصنائع: ١٢٢/٣و١٢٥،مغني المحتاج:٢٨٧/٣.

ولـــو علقـــه على مشيئة فلان تقيد بمجلس علمه غائباً أو حاضراً لأنه تمليك فيتقـــيد بالمجلس،أما لو علقته هي فإن علقته بشيء موجود صح ووقع، لأنه تعليق بشرط كائن فيكون منجزاً، أما لو علقته بشيء غير موجود خرج الأمر من يدها ولم يقـــع شـــيء، لأن المفوض إليها التنجيز وقد رفضته بالتعليق، فلم تأت بما فوضه إليها، إذ التعليق أشبه اليمين والتنجيز تطليق.

ولـــو قالـــت: اخـــترت الطلاق أو طلقت نفسي، وقالت: لم أرد عدداً فهل يراد الـــثلاث أو الواحـــدة؟ في الراجح عند المالكية إن كان تخييراً بعد الدخول صح ثلاثاً وكذلـــك المملكـــة، وقيل: واحدة، فيبطل في التخيير بعد الدخول أصلاً ويصح قبله ، وكذلـــك يصح في المملكة،والأولى سؤالها لأن أل محتملة للعهد وهو الطلاق السني وهو الواحدة، ومحتملة للجنس،وهو الطلاق الثلاث، فينطبق عليه مامر[1].

المطلب الثالث

وهـــل إذا طلقت منه ثلاثاً ثم عادت إليه يبطل التعليـــق ، أو لا فيما لو قال لها: .. كلما شئت..؟

ذهـــب الأئمـــة الثلاثة من الحنفية إلى أنه يبطل، وقال زفر: لا يبطل ، والذي يترجح بطلانه وهدمه.

---

(1) بدائع الصنائع: ٣/١٢١-١٢٢،الشرح الكبير:٢/٤١٠،كشاف القناع:٥/٣٠٩.

المبحث الخامس

تمليك الطلاق للزوجة بقوله: طلقي نفسك

المطلب الأول

آراء الفقهاء في اعتباره تمليكاً أو توكيلاً

ذهب الحنفية والشافعية في الأصح إلى اعتباره تمليكاً كقوله : أنت طالق إن شئت،في أحكامه مع اقتصاره على المجلس، وسواء قيده بالمشيئة أو لا.

ويحمل اتفاقاً على الثلاث إن صرح به أو نواه لاحتمال كلامه له، وعلى الواحدة إن لم يكن له نية لتيقنه،ولا وجه لحمله على الثنتين لأنه لم يذكره، وإذا ملكها الثلاث فلها ما تشاء من إيقاع الواحدة وغيرها،إلا ما فصله الحنفية مما سيأتي.

وذهب المالكية والحنابلة إلى اعتباره توكيلاً دون قصره على المجلس وأنه على التراخي،وبقيد المشيئة(متى شئت) أو لا.

وذهب زفر إلى أنه توكيل، وكذلك نقل عن الشافعية ، وعندها يشترط قبولها في الأوجه ، وعلى القولين يصح رجوعه ويكون على التراخي، فيبطل برجوعه وبوطئها .

ودليل الحنفية والشافعية على عده تمليكاً أنها تتصرف عن ملك الزوج بمحض رأيه واختياره، فكان تفويضه تمليكاً، بينما الأجنبي يعد وكيلاً، لأن الرأي والتدبير من الزوج، ولذا اعتبر وكيلاً لإضافة الأمر إليه .

وإن المرأة هنا متصرفة تجاه نفسها ولا يتصرف تجاه نفسه إلا المالك فهو تمليك، بينما الأجنبي يعمل لغيره إذ منفعة عمله لغيره فكان توكيلاً.

ولا يكــون المــرء وكيلاً تجاه نفسه فلا يمكن جعلها وكيلة في طلاق نفسها، بخلاف الأجنبي فتصرفه بحق الغير.

وأمــا دليل التوكيل عند المالكية والحنابلة: أن إضافة التطليق للأجنبي توكيل بالإجمــاع إذا لم يقيده بالمشيئة، فكذلك يكون توكيلاً إن أضافه للزوجة إذ لم يختلف إلا الشخص فلا تختلف الصيغة باختلاف الأشخاص.

ومــع تقيــيده بالمشيئة يبقى توكيلاً لأن ذكرها وعدمها سواء، لأن تصرفها بالطلاق بمحض مشيئتها دون اضطرار، وعليه فإن ذكر المشيئة يكون لغواً لا فائدة له، فلا يبقى إلا قوله: طلقي نفسك فكان توكيلاً.

واعــترض هــذا الوجــه فــي المشيئة بأن المشيئة للفعل وعدمه مما ينفي الاضطرار، والمراد اختيار الإيثار لا الفعل وعدمه، لأنا لو حملناه على الفعل وعدمه للغــا كلامه، وحمله على الإيثار لا يلغيه، لأنه يصان كلام العاقل عن اللغو ما أمكن، فالإيــثار من الموكل، والمملَك يعمل برأي نفسه، فإذا كان تمليكاً قصر على المجلس لأنــه يملــك بشرط الجواب في المجلس،بينما الوكيل في التوكيل لايمكنه تحصيل ما وكــل بــه فــي المجلس ظاهراً وغالباً لأنه يفعله الموكل في حال غيبته، ولو تقيد التوكيل بالمجلس لخلا عن العاقبة الحميدة[1].

المطلب الثاني

الأثر النوعي لقوله: طلقي نفسك

الأصــل فيه كونه واحداً، ولكنه قد يقع ثلاثاً بحسب ما وكل وطلقت، وإن لم تــنو مــا نوى، فلو قال: طلقي ونوى ثلاثاً وقعن إن طلقت نفسها ثلاثاً تلفظت أو لا وعلمــت نيــته، وإذا نوى أحدهما أو لم ينويا وقعت واحدة، أو ملكها ثلاثاً فأوقعت

---

(1) بدائع الصنائع: ٣/١٢٢-١٢٣،مغني المحتاج:٣/٢٨٧.

واحـــدة وقعت واحدة وكذلك لو أوقعت واحدة أو ثنتين، لأن مالك الثلاث له أن يوقع ما شاء، وهو بالاتفاق[1].

وذهـــب أبـــو حنيفة إلى أنها إن طلقت ثلاثاً مع تمليكه لها الواحدة أنه لا يقع شـــيء، لأنها أتت بغير المفوض به، وذهب الصاحبان إلى الواحدة كالجمهور، لأنها أتت بالمفوض به وزيادة، فيقع المفوض وتلغو الزيادة.

وذهـــب الحنفـــية إلى أنه لو قال: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت فطلقت ثنتين أو واحـــدة لـــم يقع شيء، لأنه فوضها بالثلاث بشرط إيقاعهن، فإن لم توقعهن لم يقع شـــيء، إذ علـــق طلاقها بشرط الثلاث، فإذا لم يوجد الشرط لم يوجد المشروط،مع اعتبار التوكيل بالثلاث مكروهاً بإيقاعها لها،مع تقصيره في عدم عزلها.

وإذا شـــرط لهـــا شـــرطاً زائداً على التوكيل فلا عزل لها حينئذ، لدفع الضرر عنها[2].

ويفـــرق المالكـــية بيـــن أن يقول: وكلتك-ولو زوجة- على أن تطلقي نفسك فيمكـــنه عـــزلها، وبين قوله: طلاقك بيدك فلا يملك عزلها، ويعتبر هذا تمليكاً، وإذا استمتع بها اعتبر ذلك عزلاً لها .

وعـــند الشـــافعية إذا علق توكيله له بأن أضافه إلى الوقت بطل باعتباره تمليكاً لها لا باعتباره توكيلاً،

لأن التمليك لا يصح تعليقه ،ويصح باعتباره وكالة لاستناده إلى محض الإذن فيها[3].

واتفقوا على أن قوله هذا لأجنبي يعد توكيلاً دون قصره على المجلس.

---

(1) بدائع الصنائع ١٢٢/٣-١٢٥،الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي:٤٠٥/٢-٤٠٦و٤١٠،روضة الطالبين: ٥٢/٨،مغني المحتاج:٢٨٦/٣.

(٢) بدائع الصنائع:١٢٣/٣،الشرح الكبير:٤٠٦/٢،كشاف القناع:٢٥٥/٥و٢٥٧

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي:٤٠٥/٢-٤٠٦و٤١٠،مغني المحتاج:٢٨٧/٣

ولـــو قـــال: طلقـــي نفســـك، فأجابت: أبنت نفسي، وقعت رجعية، لبقاء أصل الطـــلاق، وتلغـــو صفة البينونة، وقياس قول أبي حنيفة أن لا يقع شيء، لأنها أتت بغـــير المفـــوض بـــه، لكـــن المـــنقول عنه وقوعه، لأن الزوج فوض إليها الأصل والوصف وقد أتت بالأصل فقط، إذ الإبانة من ألفاظ الطلاق فبقي

الأصل وهو الطلاق، ولغا الوصف البينونة. ولو أجابت: اخترت نفسي لم يقع شيء لأنه ليس من ألفاظ الطلاق[1].

([1]) بدائع الصنائع (١٢٥/٣)

الفصل الثاني

إذن الزوج بالطلاق وأمره به لغير الزوجة(للوكيل والرسول)

المبحث الأول

الإذن للوكيل بالطلاق

المطلب الأول

التعريف بالتوكيل وحكمه وتكييفه:

لغة : الوكالة: وقد وكله توكيلاً [1]. واصطلاحاً: ((جعل إنشاء الطلاق بيد الغير باقياً منع الزوج من إيقاعه)) [2].

تصـــح وكالة الزوج بالطلاق لشخص ما غير الزوجة ، ويعتبره الجمهور وكالة لا تفويضاً.

كمـــا يعد إنابة الزوجة بالطلاق توكيلاً عند الحنابلة وهو القول القديم عند الشافعية ، كما مر.

وذهب الحنفية إلى ما ذهب إليه الجمهور، إلا أنهم قالوا إذا قيده بالمشيئة- كقولـــه: طلق امرأتي إن شئت-كان تمليكاً عند الإمام والصاحبين بخلاف زفر فهو توكيل أيضاً.

ووجـــه قول زفر أنه لو أطلق الكلام -دون إن شئت-يكون توكيلاً فكذلك إذا قيده بالمشيئة، إذ هما سواء بالتقييد والإطلاق وتطليقه إنما هو عن مشيئة.

---

(1) القاموس المحيط-وكل-.

(2) الشرح الكبير:٢/٤٠٦

اعــترض: بالفرق بين الإطلاق فتصرفه برأي الغير ومشيئته، والتقييد فتصرفه بمحض مشيئته ورأيه.

ووجــه قول الثلاثة من الحنفية أن تصرف الأجنبي المطلق إنما هو برأي الغير وتدبــيره، فيكون توكيلاً، فإذا قيده بالمشيئة كان تصرفه برأي نفسه وتدبيره، فكان مالكاً، وهو المراد[1].

والأصل جريان أحكام كل ما مضى هنا أيضاً دون ما نص عليه.

المطلب الثاني

الحكم الشرعي من حيث الأثر النوعي

الأصــل فيه كونه واحداً ورجعياً بعد الدخول- إذا أطلق لفظ الطلاق ونواها- الرجعية- أو أطلق نية الطلاق- لاحتماله فلا يحمل على أكثر من واحدة[2].

وقــد ذهب الجماهير إلى أنه لا يطلق أكثر من واحدة في الوكالة المطلقة، لأن أقــل مــا يقع عليه الاسم المطلق الطلقة الواحدة، وهو الطلاق السني، فإذا جعل له أكــثر مــن واحدة وقعت، سواء قاله بلفظه أو بقصده، لاحتمال كلامه نيته، وتعرف نيته بقوله، ويقبل فيها لأنه أعلم بنيته.

- فإذا وكله بثلاث فطلق واحدة وقعت لدخولها ضمن المأذون فيه، ولو وكله بواحدة فطلق ثلاثة وقعت واحدة، لأنها ضمن الثلاث فتقع.

- ولو علق وكالته لم يطلق إلى حدوث المعلق.

- ولــو وكــل اثنين معاً لم يطلق أحدهما باعتبار أن الموكل رضي بتصرفهما جميعاً، إلا إذا أذن الموكل لأحدهما.

---

(1) بدائع الصنائع:٣/١٢٢،الشرح الكبير:٢/٤٠٥-٤٠٦و٤١٤،مغني المحتاج:٣/٢٨٦-٢٨٧،كشاف القناع: ٥/٢٣٨

(2) كشاف القناع:٥٨٢٥٨،الشرح الكبير:٢/٤١٠

وإذا وكلهما بثلاث فطلق أحدهما أكثر من الآخر وقع ما اتفقا عليه.

- **لـــو وكلـــه بلفـــظ: أمرها بيدك واختر ما شئت فيها وطلاقها بيدك كان ذلك للتراخي[1].**

والأمر ظاهر في وقوعه واحداً ورجعياً، ووجه اعتباره كذلك واضح.

المطلب الثالث

توكيل المرأة والذمي والصبي بالطلاق

يصح توكيل أي امرأة بطلاق زوجته..لصحة كونها وكيلة[2].

وللـــزوج أن يوكـــل بطـــلاق زوجـــته ذمياً ، ولو لم يكن من شرعه طـــلاق النساء[3].

كمـــا وذهـــب الحنفـــية والمالكـــية والحنابلة إلى صحة توكيل الصبي المميز بـــالطلاق، وذلـــك لصحة مباشرته بنفسه للطلاق فيصح بوكيله، مستدلين بعمومات آيـــات الطـــلاق والأحاديـــث ، ومـــن الأحاديـــث : قوله ﷺ:((إنما الطلاق لمن أخذ بالساق))[4] وقول علي رضي الله عنه: ((كل الطـــلاق جائز إلا طلاق المعتوه)) [5].

ووجـــه الاستدلال بالأحاديث أن الصبي يمكنه أن يعقل النكاح، وعموم الثاني يشمله ولم يستثن إلا المعتوه والمجنون، مما يشير إلى قيام الطلاق منهم.

---

(1) بدائع الصنائع:١٢٣،الشرح الكبير:٢/٤١٥، مغني المحتاج:٣/٢٨٧ ،كشاف القناع:٥/٢٣٨ و٢٥٨ .

(2) ابن عابدين:٢/٤٧٦ ، بلغة السالك:١/٤٧١، مغني المحتاج:٢/٢١٨-٢١٩،كشاف القناع:٥/٢٣٨ .

(3) حاشية ابن عابدين:٢/٤١٧، الشرح الكبير:٢/٤١٣،بلغة السالك:١/٤٧١، مغني المحتاج:٣/٢٧٩، المغني والشرح الكبير:٨/٢٢٥

(4) أخـــرجه ابـــن ماجـــه في الطلاق،باب طلاق العبد،رقم:٢٠٨١ ،١/٦٧٢،وذكر في مصباح الزجاجة: في إســـناده ضعف لضعف ابن لهيعة، وأخرجه الدار قطني (٤/٣٧)من حديث ابن عباس، و لم ينفرد به ابن لهيعة، فقد أخرجه الحاكم من طريق بقية بن الوليد.مصباح الزجاجة:٢/١٣١،السنن الكبرى:٧/٣٧٠

(5) ره ص:٤

وذهب الشافعية إلى عدم صحته لقوله ﷺ: ((رفع القلم عن ثلاثة)) [1]وهو الذي أراه راجحاً.

المطلب الرابع

الوكالة المطلقة والمقيدة

ويمكن أن يكون التوكيل مطلقاً، فللوكيل أن يطلق متى شاء على التراخي باعتبار أن لفظ التوكيل مطلق، وهو الأصل، وكذلك لو قال له: أمرها بيدك أو اختر طلاقها أو طلقها.

كما يمكن أن يكون مقيداً، بأن يحد له حداً، كاليوم أو نحوه، لأن ثبوت الوكالة بحسب لفظ الموكل[2].

وذهب المالكية إلى أن الزوج يمكنه أن يوكل شخصاً ما مقيداً له ، بأن يفوض لزوجته أمرها تخييراً أو تمليكاً بقوله: وكلتك في تفويض زوجتي بأن تختار..، أو بأن تملك الطلاق فتقضي به أو ترده[3].

ولكن لا يملك الوكيل الطلاق تعليقاً على شرط مع إطلاق الوكالة، لأن مضمون ومعنى الوكالة ليس فيه معنى التعليق لفظاً ولا عرفاً [4].

والذي أراه حمل الوكالة على التقييد لا الإطلاق.

---

(1) حاشية ابن عابدين:٢/٤١٧،الشرح الكبير:٢/٤١٣، مغني المحتاج:٣/٢٧٩ و٢٨٦ ،كشاف القناع:٥/ ٢٣٣، والحديث سبق تخريجه ص ٥

(2) كشاف القناع:٥/٢٣٨و٢٥٨

(3) الشرح الكبير:٢/٤١٤

(4) كشاف القناع:٥/٢٣٨

المطلب الخامس

انتهاء التوكيل[1]

وينتهـــي هذا التوكيل بفسخه من الموكل، كما تنتهي هذه الوكالة بالوطء بدلالة الحال، ولو وكل اثنين بطلاقها فأذن له أحدهما بوطئها سقط التوكيل.

وقال الحنابلة: ولو أوقع الوكيل الطلاق وادعى الزوج رجوعه قبل الإيقاع قبلت دعواه، وفي رواية عن الإمام أحمد: لا يقبل إلا ببينة[2].

وذهب المالكية في الوكالة المقيدة في الراجح عندهم كذلك إلى انعزاله على كل حـــال لأنه إذا كان ينعزل بتوكيله بطلاقها فأولى انعزاله بتوكيله بتفويض ذلك إليها تمليكاً أو... [3].

وكذلك يعتبر الوطء والتمكين منه مع الجهل بالحكم مسقطاً عند المالكية[4].

ولو غاب غيبة بعيدة انتقل ما جعل للوكيل إلى الزوجة.

وينبغي على الوكيل النظر في المصلحة فإذا لم يفعل ذلك انتقل هذا إلى الحاكم لينظر المصلحة فيه[5].

---

(1) حاشـــية ابـــن عابدين:٢/٤٧٦، الشرح الكبير:٢/٤٠٦و٤١٤، بلغة السالك:١/٤٧١، مغني المحتاج:٣/ ٢٨٦، كشاف القناع:٥/٢٣٨

(2) كشاف القناع:٥/٢٣٩

(3) الشرح الكبير:٢/٤١٤

(4) بلغة السالك:١/٤٦٩.(٩) بلغة السالك:١/٤٧١

(5) أخـــرجه ابـــن ماجه في السنن:١/٦٥٩،كتاب الطلاق،باب طلاق المكره والناسي، وضعفه في الزوائد، وقال النووي:حسن،ووافقه البيهقي وابن حجر العسقلاني.تلخيص الحبير:١/٣٠١-٣٠٢

المطلب السادس

الإكراه في التوكيل

ذهب الحنفية إلى وقوع الطلاق فيما لو أكره على التوكيل بالطلاق فوكل ثم طلق الوكيل، وكذلك يتفق الجمهور مع الحنفية في الإكراه بحق.

وهو بخلاف رأي الجمهور في عدم صحة الطلاق مع الإكراه إلا إذا إكراهاً بحق كالمولي، وذلك لقوله ﷺ: ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)) [1] **و لقولـه ﷺ: ((لاطلاق ولا عتاق في إغلاق))** [2] **وذلك أن لفظ الطلاق قول لم يصدر باختـياره هنا لأنه مغلق ومضيق عليه في تصرفه كما يغلق الباب على الإنسان فلغا تصرفه**[3]**.**

المطلب السابع

الطلاق البدعي والوكالة

يحـرم على الوكيل الطلاق زمن الحيض أو طهر جامعها فيه وإن كان الطلاق يقع فيهما[4]**.**

---

(1) أخرجه ابن ماجه في السنن:١/٦٥٩،كتاب الطلاق،باب طلاق المكره والناسي، وضعفه في الزوائد، وقال النووي:حسن،ووافقه البيهقي وابن حجر العسقلاني.تلخيص الحبير:١/٣٠١-٣٠٢

(2) أخـرجه الحـاكم في المسـتدرك برقم:١٨٠٢ ، ٢/٢١٦،وقال: صحيح على شرط مسلم و لم يخرجاه، وأخرجه ابن ماجه: ١/٦٦٠،وأخرجه البيهقي: ١٠/٦١، والدار قطني:٤/٣٦

(3) حاشـية ابن عابدين:٢/٤٢١، بدائع الصنائع:٣/١٠٠،الشرح الكبير:٢/٣٦٧،مغني المحتاج:٣/٢٨٩،كشاف القناع:٥/٢٣٥-٢٣٦،المغني والشرح الكبير : ٨/٢٦٠،النهاية في غريب الحديث والأثر:٢/٣١٦.

(4) كشاف القناع:٥/٢٣٩،الشرح الكبير:٢/٤١٠،مغني المحتاج:٣/٣٠٨،حاشية ابن عابدين:٢/٤١٩و٤٢١

المطلب الثامن

الرجوع عن الوكالة

تقبل دعوى الزوج رجوعه عن الوكالة بعد إيقاع الوكيل الطلاق بدعواه رجوعه قبل الإيقاع، وفي رواية عن الإمام أحمد أنه لا يقبل رجوعه إلا ببينة[1].

المطلب التاسع

ألفاظ الطلاق في الوكالة لأجنبي

يمكن استعمال الألفاظ الصريحة بقوله: هي طالق، كما يمكن استعمال ألفاظ الكناية المقترنة بنية الطلاق، أو بدلالة الحال، ولو كان توكيله إياه من الزوج بالصريح باعتبار أن وكيل كل إنسان يقوم مقامه فيجوز إيقاعه بالكناية ولو وكله بالصريح ، لأن لفظ الكناية مع نية الطلاق يقوم مقامه[2] .

❁❁❁

---

(1) كشاف القناع:٥/٢٣٩،مغني المحتاج:٣/٢٨٦

(2) كشاف القناع:٥/٢٥٨-٢٥٩

المبحث الثاني

الإذن للرسول والرسالة بالطلاق[1]

المطلب الأول

التعريف بالرسالة

وهو أن يبعث الزوج طلاق زوجته الغائبة مع إنسان ليبلغها،فيقع الطلاق، لأن كلامـــه ككلامه، ووقوع الطلاق بالرسالة بأن يقول:أعلمها بأني طلقتها، فيقع الطلاق ولو لم يخبرها، لأنه إخبار بوقوع الطلاق، فالطلاق واقع أخبر أو لا،ويمكن أن يكتب طلاقها ويبعث به، مع أنه يشترط لوقوع الطلاق النطق به.

المطلب الثاني

آراء الفقهاء

ذهـــب الجمهـــور الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة في رواية رجحهـــا فـــي الإنصاف إلى اشتراط نيته فيما كتب ليقع طلاقه، وحجتهم أن الكتابة وســـيلة مفهمة للمراد مقترنة بالنية، وهي أحد الخطابين إضافة إلى اللفظ فيقع بها، لكن باعتبار أنها كناية وغير صريحة احتيج إلى النية فيها، وإذا تكلم مع الكتابة كان صريحاً.

وذهب الشافعية في خلاف الأظهر إلى عدم وقوعه أيضاً للقدرة على القول فلا يقع الطلاق بالكتابة.

وذهـــب الحنابلة في رواية إلى أنه إن كتب صريح طلاقها كتابة مستبينة وقع الطلاق دون حاجة إلى نية، باعتبار أن الكتابة حروف تفهم الطلاق فأشبهت النطق،

---

(1) بدائـــع الصنائع:٣/١٢٦،حاشية ابن عابدين:٢/٤٢٥، الشرح الكبير:٢/٤١٥،الشرح الصغير:١/٤٦٨-٤٧١مغني المحتاج:٣/٢٨٤-٢٨٥،كشاف القناع:٥/٢٤٨-٢٤٩و٢٥٩، الإنصاف:٨/٤٧٢

ولقـيامها مقـام قول الكاتب، وقد بلغ رسول الله ﷺ الرسالة باللفظ تارة وبالكتابة أخرى، وبالرسول أيضاً.

وواضح صحة وقوع الطلاق بالكتابة.

المطلب الثالث

شروط الرسالة

أن تكون الكتابة مستبينة: فلو كانت غير مستبينة ككتابته بإصبعه على وسادة ونحوهـا ممـا لايثبت عليه خط كالكتابة على الماء والهواء لا يقع طلاقه ولو نواه، ولو قرأ ما كتبه قاصداً القراءة لم يقع، وإن قُبل حكماً [1]

وأن ينوي بكتابته طلاقها: ولو نوى بكتابةٍ غير طلاقها كتجويد خطه وتجربة قلمـه وغـم أهلـه لم تطلق لأن نيته غير الطلاق، إذ لو نوى بلفظ الطلاق الحكاية وغير الإيقاع لم يقع فأولى بعدم الوقوع هنا.

كمـا يقـع الطـلاق إذا كان على جهة الخطاب في الرسالة كقوله: إن وصلك كتابـي هـذا فأنت طالق، أو يا فلانة أنت طالق، فيقع به الطلاق، ولو نفاه لم يلتفت إلى قوله إلا أن يزعم أنه نوى الطلاق من الوثاق، فأمره إلى الله تعالى، لأن الكتابة المرسومة تجري مجرى الخطاب.

وكتابـته لهـا بطريق المخاطبة يقع بها الطلاق بكتابته كاللفظ، بخلاف ما لو علقه إلى وصول رسالته إليها فما لم يصل إليها لا يقع[2] .

---

(1) بدائع الصنائع:٣/١٠٩و١٢٦،كشاف القناع:٥/٢٤٨-٢٤٩و٢٥٩،الإنصاف:٨/٤٧٢

(2) بدائـع الصنائع:٣/١٠٩، الشرح الكبير:٢/٤١٥،الشرح الصغير١/٤٦٨-٤٧١، مغني المحتاج:٣/٢٨٤-٢٨٥

ويشـــترط لوقـــوع طلاقهـــا إذا لم تكن قارئة علم الزوج بأنها ليست بقارئة لأنه عندها سوف يقرأ غيرها كتابه، فإذا لم يعلم بكونها قارئة أو لا وأرسل كتابه ولم تكن قارئة لم يقع طلاقه[1].

- **ادعت وصول كتابه بطلاقها إليها فأنكر الزوج حُلف اليمين وصدق إن حلف، فإن أتت ببينة**

بأنه خطه لم تسمع إلا إذا أتي بالشاهد الذي يشهد على كتابه[2] .

المبحث الثالث

طلاق الولي والفضولي

وأتكلـــم في هذا المبحث عن تصرف الولي والفضولي لإذن الشرع للولي كما سيبين، وللفضولي بوجه ما في إيقاع الطلاق نيابة عن الزوج.

المطلب الأول

طلاق الولي

ذهـــب المالكـــية والحـــنابلة في قول إلى أنه يمكن للولي أن يطلق نيابة عن الصغير والمجنون حرصاً على مصلحتهما ونظراً لهما.

لمـــا روي عـــن أن ابـــن عمر طلق على ابن له معتوه [3]، وعن عبد الله بن عمـــرو: ((أن المعـــتوه إذا عبث بأهله طلق عليه وليه)) [4]ولأنه يصح أن يزوجه

---

(1) مغني المحتاج:٢٨٥/٣.
(2) مغني المحتاج:٢٨٥/٣
(3) ذكره ابن قدامة في المغني (٢٢١/٨)،قال المباركفوري في تحفة الأحوذي(٣١١/٤): قال الحافظ في الفتح: وفيه خلاف قديم، ذكر ابن أبي شيبة من طريق نافع أن المحير بن عبد الرحمن طلق امرأته وكان معتوهاً فأمرها ابن عمر بالعدة، فقيل له: إنه معتوه، فقال: إني لم أسمع الله استثنى للمعتوه طلاقاً ولا غيره، وقد بحثت عنه طويلاً ولم أجده
(4) ذكره في المغني:٢٢١/٨،ولم أعثر عليه

فيصـــح أن يطلـــق عليه ما لم يتهم دون السفيه والعبد فليس للولي هنا الطلاق بدلاً عنهما وإنما هما اللذان يباشرانه.

بيـــنما ذهـــب الحنفية و الشافعية والحنابلة في قول وهو المذهب إلى اشتراط كونـــه زوجـــاً فـــلا يصـــح طلاق ولي الصغير وذلك لقوله ﷺ : ((الطلاق لمن أخذ بالســـاق)) [1]ولأن التطليق عليه إسقاط لحق فلا يملكه غيره كالإبراء من الدين، كما أن طريقه الشهوة فلا يدخل في الولاية.ونقل توقف الإمام أحمد في هذا أيضاً [2].

وهذا الذي أراه راجحاً لأنه من الأمور المتعلقة بكيان المرء الشخصي والذي لا يمكن أن يتصرف فيه الغير إلا بإذن منه كما مر، ولا يصدق الإذن من الصغير.

المطلب الثاني

طلاق الفضولي

يعتبر طلاق الفضولي صحيحاً موقوفاً على إجازة الزوج بالقول أو بالفعل[3] .

ولـــم يعتـــبره الشافعية قاصرين الطلاق على الزوج ووكيله[4].وهو الصواب في رأيي.

---

(1) أخـــرجه ابـــن ماجه في الطلاق،باب طلاق العبد،رقم:٢٠٨١ ،٦٧٢/١،وذكر في مصباح الزجاجة: في إســـناده ضعف لضعف ابن لهيعة، وأخرجه الدار قطني (٣٧/٤)من حديث ابن عباس، ولم ينفرد به ابن لهيعة، فقد أخرجه الحاكم من طريق بقية بن الوليد.مصباح الزجاجة:١٣١/٢،السنن الكبرى:٣٧٠/٧.

(2) حاشية ابن عابدين:٤١٧/٢،حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير:٣٦٥/٢،المغني والشرح الكبير:٢٢١/٨،الإنصاف:٣٨٦/٨-٣٨٧

(3) حاشية ابن عابدين:٤٢٥/٢،الشرح الكبير:٣٦٥/٢،بدائع الصنائع:١٢٦/٣ ، الخرشي على مختصر خليل:٣٢/٤ ،كشاف القناع:٢٣٧/٥

(4) مغني المحتاج:٢٧٩/٣

الفصل الثالث

رأي القوانين في إذن الزوج لغيره بالطلاق

المبحث الأول

مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد

ذهب هذا القانون في المادة(٨١) إلى مايلي:

(أ) للـزوج أن يفوض زوجته بتطليق نفسها، فإذا فوضها كان لها أن تطلق نفسها مـتى شاءت ويعتبر هذا التفويض توكيلاً قابلاً للرجوع عنه، سواء أصدر بلفظ التفويض، أم بلفظ الأمر بالتطليق، أم بلفظ تمليك الطلاق، أم بجعل أمرها بيدها.

ذهب القانون في الفقرة(أ)إلى عدة أحكام جمعها وأخذها من عدة مذاهب، وهو أمر حسن يحتاجه عصرنا فيما ذهب إليه ،فذهب إلى عدم تأقيت التفويض مطلقاً ما لم يرجع الزوج مع تكييف التفويض بأنه توكيل، دون تفريق بين الصيغ كلها، وهو كمـا أشـار الشراح هنا إلى التباس مسائله على الباحث وصعوبة استيعابها، وأظن أننـي ضبطت ما ذهبوا إليه وجمعت ما فصلوه، ويمكن أن يضبط هذا بحسب إطلاق الـتفويض وتقييده عند الحنفية على ما مر في أقسام جعل الأمر بيد الزوجة، وهذه الفقرة جمع بين عدة آراء، فجعل التفويض مطلقاً دون تأقيت وأنه على التراخي هو رأي الحنابلة، والرجوع فيه باعتباره توكيلاً هو رأي الشافعية في القديم والحنابلة، وعـدم قصـره علـى لفـظ ما كنائي - وهو الأصل في التفويض- أو صريح، هو الأولى، وهو رأي الجمهور.

إذا كـان الـتفويض واقعاً في عقد الزواج لا يملك الزوج عزل الزوجة منه ولا الرجوع عنه كما أنه لا يبطل بزوال أهليته.

وتعتـــبر هذه المادة عملاً برأي الحنفية والمالكية في لزوم التفويض، كما مر، وعمـــلاً برأي الحنفية والمالكية والحنابلة في لزوم الشرط الصحيح فلا يملك الزوج الرجوع عنه دون الشافعية الذين يبطلون هذا الشرط أصلاً [1] .

(جـــ) إذا طلقت نفسها الزوجة المفوضة وقع طلقة رجعية ما لم يوجد سبب من أسباب البينونة المقررة في هذا القانون.

وهو رأي الشافعية في كونه رجعياً، إلا ما كان بائناً منه كالطلاق قبل الدخول أو على مال والمكمل للثلاث، وما نص على كونه بائناً(م٨٤)، كما أن هذه المادة قد منعـــتها تطلـــيق نفسها مرة أخرى،لأن الأصل في الزوج أنه يملك الرجعي فقط فلا يســـتطيع تملـــيكها أكـــثر ممـــا يملك،بل ولو فوضها بقوله: كلما شاءت، لكونها قد أصبحت معتدة، فلا يلحقها طلاق في العدة(م٧٧) [2] .

كما ذهب نفس القانون في المادة (٨٠) منه إلى:

(أ) للـــزوج أن يوكـــل غـــيره بالطلاق، ولا يملك الوكيل أن يوكل غيره إلا بإذنه.

(ب) إذا عزل الموكل الوكيل انتهت الوكالة وإن لم يعلم الوكيل.

وذلك باعتبار أن الطلاق من التصرفات التي تقبل الإنابة فللزوج أن ينيب عنه الوكيل في تطليق امرأته.

ونلحـــظ هـــنا اجتهاداً في عدم سريان الوكالة من الوكيل إلى غيره وهو أولى لمصالح عقد الزواج.

كمـــا نلحظ هنا اجتهاداً آخر،في ترجيح عدم استمرار الوكالة إلى علم الوكيل بانعزاله وهو حرصاً على مصلحة عقد الزواج في التقليل من الطلاق ما أمكن[3] .

---

(1) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤٧٦/٢و٤٨١و٤٨٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي:٢/ ٤٠٩، الخرشـي علـى مختصـر خليل: ١٩٦/٣و٢٧٩و٧٣/٤،مغنـي المحـتاج:٢٢٦/٣- ٢٢٧،كشاف القناع:٥/٩٠-٩١

(2) انظر: مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد: ١٧٣-١٧٥

(3) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد:١٧٢.

المبحث الثاني

قانون الأحوال الشخصية السوري والأردني

نصت المادة ٨٨ ف ب سوري[١] :للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وأن يفوض المرأة بتطليق نفسها.

وقد ذهبت محكمة النقض بقرارها(رقم ١١بتاريخ ١٩٦١/١/١٠) إلى اعتبار التفويض تمليكاً بقولها: ((..إن هذا التفويض وكالة تنطبق عليه أحكامها غير صحيح..)) وفي السياق نفسه: ((...فوض إليها طلاق نفسها كلما شاءت وجعل هذا التمليك متمماً لعقد الزواج أي أنه ملكها حق الطلاق)) وهذا يعني التمييز بين توكيل غير الزوجة فهو توكيل، وتفويض الزوجة فهو تمليك، وفرق بين الأمرين،وهو أولى لمصلحة الزوجة.

وكذلك ذكرت محكمة النقض أنه لا يملك الزوج الرجوع عن التفويض (قرار ١٠٠ بتاريخ ١٩٦٩/٣/١٥) وهو أولى مما ذهب القانون الموحد إليه ، وإلا لم تتحقق مصلحة الزوجة في ملكها لنفسها.

وأكدت محكمة النقض (الغرفة الشرعية أساس٣٩ قرار ٤٣ تاريخ ٢/٦/ ١٩٥٥) أن تطليق المرأة نفسها بعد التفويض يكون رجعياً إلا ما كان بائناً مما نص عليه القانون (المادة ٩٤) [٢]

وما ذهب إليه القانون من كون الطلاق رجعياً يتناسب مع غرض المقنن في التقليل من الطلاق ما أمكن، ولكن غرض التفويض لا يتحقق هنا بجعله رجعياً، إذ غرضه تخلص المرأة مما قد يعرض لها من مخاطر في عقود زواج غير مستقرة،ولذا أقترح جعله بائناً، كما ذهب إليه جمهور الفقهاء

---

(١) رقمها في قانون الأحوال السوري ٨٧ قبل تعديل القانون٣٤ تاريخ ٧٥/١٢/٣١ حيث دمجت المادتان السابقتان ٨٧-٨٨ وجعلتا برقم ٨٨

(٢) المرشد:١/٣٢٧

وإلـــى ما ذهب القانون السوري إليه ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني في المـــادة (٨٧)مـــنه إلا أنه قيد التفويض بأن يكون بمستند خطي وهو أولى للتوثيق وحفظ الحقوق[١].

كما ذهبت محكمة النقض السورية إلى تنظيم الوكالة لإيقاع الطلاق من أنه لابد مـــن وكالة خاصة به، فلا تكفي الوكالة بالخصومة والمحاكمة ولا تشـــمل الطـــلاق (م٦٦٧-٦٦٨مدني سوري ونقض سوري-الغرفة الشرعية-أساس٣٩٥ قرار٣٧٥ تاريخ١٩٦٢/١٢/٣١).

❁❁❁

(١) نص القانون الأردني

خاتمة

بعد هذا العرض الذي تكثر فيه الفروع والتداخلات، يتبين لنا أن الفقه الإسلامي أعطى المرأة وملكها حق الطلاق تبعاً لإرادتها وإرادة الزواج، إن في ابتداء عقد الزواج أو أثنائه، ووفقاً لما يملكها واحداً أو أكثر، مما يريح المرأة ويخلصها في ظروف خاصة من تبعات هذا الزواج، وغالباً ما يكون إذن الزوج بالتكليف في عقود لا يبدو الاستقرار فيها كبيراً مما يستدعي إذن الزوج، وإلا فغرض الشارع بقاء الطلاق أبغض الحلال.

كما أنه قد تقوم ظروف تستوجب هذا الإذن للوكيل وبالرسالة وفي ذلك رفع لإصر وظلم بعض الزيجات..مما يريح ويزيح عن كاهل هذه الزهجة أثقال وأحمال هذا الزوج في بعض الأحيان..ولا ننسى أن نقول: إن هذا في زيجات لا تبدو كثيرة الاستقرار ورضي أصحابها بهذا وطلبوه، فسمح لهم الشارع استعمال هذا الحق، وإن كانت عامة الزيجات لا يوجد فيها هذا الاحتمال، ولكن يأبى الشرع الإلهي إلا أن يكون محيطاً بكل احتمال مما يعالج بعض المشاكل الاجتماعية المستغلقة في بقاء بعض الزوجات معلقات ظلماً وزوراً وبهتاناً، ولا يعني هذا كله تشجيع الطلاق ولكنه هنا حل لمشكلة خاصة في ظرف خاص بحكم قد شرعه الله تعالى خلافاً للقاعدة العامة مناسباً لهذا الظرف الذي يطلب فيه.

وهذا مما يؤكد أن الشريعة تسعى جاهدة للمحافظة على كرامة المرأة وصيانة حقوقها.

وتكمل فائدة البحث من خلال النتائج التالية:

١- جواز منح الزوجة حق الطلاق.

٢- إن اشتراط أهلية التكليف في الطلاق مطلقاً إن في الزوج أو الزوجة أمر تمليه ضرورة المحافظة على عقد الزواج، وهو المتفق مع الأدلة.

٣- يعتبر التفويض للزوجة تمليكاً لا يمكن الرجوع فيه مع قبوله التقييد والتعليق،دون ما فوض لغيرها.

٤- اعتبار التفويض لغير الزوجة توكيلاً مطلقاً يمكن الرجوع فيه.

٥- الاكـــتفاء بملـــك طلقـــة واحدة واعتبار إذن الزوج بالطلاق للزوجة بائناً بكل وجوهـــه- إلا جعل الطلاق لمشيئتها،وقوله: طلقي نفسك،فأرى جعلهما طلاقاً رجعـــياً كالـــزوج إن طلقهـــا فهو رجعي، فكذلك هي-لأنه لا تتحقق الغاية إلا بالبينونة، بكل وجوه الإذن.

٦- بيـــنونة المـــرأة بالتفويض تهدم ما سبق، ولا تعود إلى التفويض السابق إن بقي من الطلقات شيء.

٧- إبطال الوطء للإذن المطلق دون المقيد.

٨- قبول الإذن للتنجيز والتعليق والإضافة.

٩- صحة الإذن صراحة وكناية مع دلالة ذلك.

١٠- يعتبر المجلس في الإذن المطلق، كذلك في المشيئة المطلقة.

١١- جواز الإذن بالطلاق المقترن بالبدل.

١٢- صحة وقوع الطلاق بالوكالة وبالرسول وبالرسالة.

١٣- عدم صحة طلاق الولي والفضولي.

المراجع والمصادر:

الرقم	اسم الكتاب	المؤلف	دار النشر
١	الإنصـــاف فـــي معـــرفة الراجح من الخلاف	المرداوي	دار إحياء التراث العربي
٢	بدائع الصنائع	الكاساني	دار الكتب العلمية
٣	بلغة السالك لأقرب المسالك	الصاوي	مطبعة مصطفى البابي الحلبي
٤	تفسير القرطبي	القرطبي	دار الكتب العلمية
٥	تلخيص الحبير	ابن حجر	مكتبة الكليات الأزهرية
٦	الجامع(السنن)	الترمذي	ط-عزت عبيد الدعاس
٧	(حاشية ابن عابدين) رد المحتار على الدر المختار للحصكفي	ابن عابدين	دار إحياء التراث العربي
٨	حاشية على الشرح الكبير	الدسوقي	فيصل عيسى البابي الحلبي
٩	الخرشي على مختصر الخليل	الخرشي	دار صادر
١٠	الدر المختار	الحصكفي	دار إحياء التراث العربي
١١	روضة الطالبين	النووي	المكتب الإسلامي
١٢	السنن	الدار قطني	دار المعرفة
١٣	السنن الكبرى	البيهقي	دار الباز-مكة المكرمة
١٤	السنن	أبو داود	ط-عزت عبيد الدعاس
١٥	السنن	ابن ماجه	دار الفكر
١٦	الشرح الصغير مع بلغة السالك	الدردير	مطبعة مصطفى البابي الحلبي
١٧	الشرح الكبيرمع حاشية الدسوقي	الدردير	فيصل عيسى البابي الحلبي دار احياء الكتب العربية

١٨	شرح النووي على مسلم(المنهاج)	النووي	دار العلوم الإنسانية
١٩	صحيح البخاري	البخاري	دار العلوم الإنسانية
٢٠	صحيح مسلم بشرح النووي	مسلم	دار العلوم الإنسانية
٢١	القاموس المحيط	الفيروزبادي	مؤسسة الرسالة
٢٢	القاموس		
٢٣	القانون الأردني للأحوال الشخصية		
٢٤	القانون السوري للأحوال الشخصية		
٢٥	كشاف القناع	البهوتي	دار الفكر
٢٦	المستدرك	الحاكم	دار الكتب العلمية
٢٧	مصباح الزجاجة	الكناني	الدار العربية
٢٨	مغني المحتاج	الشربيني	دار إحياء التراث العربي
٢٩	المغني والشرح الكبير	ابن قدامة	دار الكتاب العربي
٣٠	النهاية في غريب الحديث والأثر	ابن الأثير	دار المعرفة
٣١	نهاية المحتاج شرح المنهاج	الرملي	دار الفكر