



اسم المقال: النية في الطلاق الكئائي (دراسة فقهية مقارنة)

اسم الكاتب: أ.م.د. أحمد محمد صديق، محمد عبدالوهاب عبد الرشيد

رابط ثابت: <https://political-encyclopedia.org/library/6474>

تاريخ الاسترداد: 2026/04/20 13:25 +03

الموسوعة السياسية هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت. لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسية - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسية - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع <https://political-encyclopedia.org/terms-of-use>





Journal of Anbar University for Law and Political Sciences



P. ISSN: 2706-5804

E.ISSN: 2075-2024

Volume 14 - Issue 2- September 2024

أيلول ٢٠٢٤ - العدد ٢ - المجلد ١٤

Intention in metaphorical divorce (a comparative jurisprudential study)

¹ Assistant professor **Dr. Ahmed Muhammad Siddiq**² **Muhammad Abdel Wahab
Abdel Rashid Abdel Latif Al-Janabl**

¹ **Kirkuk University/ College of Law and Political Science**

Abstract:

A metaphor is a word that is intended to have two meanings, not a single meaning. One of these two meanings indicates divorce. A metaphorical divorce is the husband's expression of divorce using a metaphor, provided that the intention is present, such as the husband saying to his wife, "Go to your father's house." This word may have the meaning of divorce, but it may have the other meaning, which is permission to go out and the difference.

In all of this, the decisive factor is the presence of intention. Given that many words and phrases are taken lightly by people and are dangerous in the issue of divorce, it was necessary to clarify them and point out them. Because they are customary terms and not legal ones that change from time to time in the same country, in addition to that they also change from one country to another. As a result of the lack of a legal legislative organization that regulates the issue of idiom divorce, the need necessitated referring to comparative laws in countries that have dealt with this issue, including Jordanian law, in order to adopt them. In comparison with Iraqi law, an organized legal solution will be developed to resolve the disputes that occurred. Among the solutions was to propose to the Iraqi legislator to amend Articles (34) and (38) of the Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959 by adding some necessary paragraphs to make them consistent with the customary terminology regarding divorce cases.

1: Email:

ahmed.siddiq@uokirkuk.edu.iq

2: Email:

lawm22040@uokirkuk.edu.iq

DOI

10.37651/aujpls.2024.152107.131
8

Submitted: 27/7/2024

Accepted: 5/8/2024

Published: 2/9/2024

Keywords:

Divorce

Intention

metonymy.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



النية في الطلاق الكناي (دراسة فقهية مقارنة)
 ١ أ.م.د أحمد محمد صديق^٢ محمد عبد الوهاب عبد الرشيد
 جامعة كركوك - كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص

الكناية هي اللفظ الذي يراد منه معنيان لا معنى واحد ويدل أحد هذين المعنيين على الطلاق بالطلاق الكناي هو تعبير الزوج عن الطلاق بالكناية شريطة وجود النية مثل قول الزوج لزوجته (أذهبي الى بيت ابيك) فهذا اللفظ يحتمل معنى الطلاق ويحتمل المعنى الآخر وهو الاذن بالخروج والفارق في هذا كله هو والفاصل فيه هو وجود النية.

ونظراً على أن كثير من الألفاظ والعبارات تساهل الناس فيها وهي خطيرة في مسألة الطلاق، فكان لا بد من توضيحها والإشارة إليها؛ لأنها ألفاظ عرفية وليست شرعية تتغير من وقت لوقت في ذات الدولة فضلاً عن انها كذلك تتغير من دولة لدولة، ونتيجة لعدم وجود تنظيم تشريعي قانوني ينظم مسألة الطلاق الكناي استدعت الحاجة بالرجوع إلى القوانين المقارنة في دول التي عالجت هذه المسألة ومن بينها القانون الأردني من أجل الأخذ بها بالقياس مع القانون العراقي ليتم وضع حل قانوني منظم لحسم الخلافات الذي حدث بشأنها.

وكان من بين الحلول هو الإقتراح على المشرع العراقي بتعديل المادتين (٣٤) و (٣٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ سنة ١٩٥٩ بإضافة بعض الفقرات الضرورية لجعلها متوالماً مع الألفاظ العرفية بالنسبة لحالات الطلاق.

الكلمات المفتاحية: الطلاق ، النية ، الكناي.

المقدمة

الحمد لله حمد الذاكرين حمد الشاكرين وأصلي واسلم على اشرف المرسلين المبعوث رحمة للعالمين محمد (ﷺ) وعلى اله الطيبين الطاهرين واصحابه أمنتجبين الى يوم الدين وبعد فأننا نقدم الموضوع دراستنا بتقسيم المقدمة الى النقاط التالية :

أولاً : أهمية الموضوع :

قال سبحانه وتعالى في محكم تنزيله ((وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)) (١) . ان الاسرة الامنة المطمئنة هي التي تلتقي فيها الانفس على الرحمة والمودة والود والتعاطف ولكن اختلاف الطبيعة البشرية وتباين وتنوع الرغبات والامزجة قد يدفع الى الخلافات بين الزوجين وتفاقم هذه الخلافات حتى لا يمكن معها الاستمرار في الحياة الزوجية لذلك شرع الله الطلاق كحل هو آخر الحلول ، ان لم تجد كل المحاولات وجعل الله هذا العلاج المرئ نتيجة طبيعية للخلاف والشقاق وهذا العلاج المرئ الا وهو الطلاق قد يوقعه الزوج بلفظ صريح مثل ان يقول لزوجته (انتِ طالق) وان يستخدم لفظاً كنايياً وهذا اللفظ هو الذي يحتمل الطلاق غيره مثل ان يقول لزوجته (اذهبي لأهلك) .

فما هو هذا اللفظ الكنايى وماهي الكناية وهل القرينة دور في ايقاع هذا الطلاق ؟ وما هو موقف القانون العراقي من اللفظ الكنايى وهل نص عليه ام لا ؟ .

ثانياً : اسباب اختيار الموضوع :

لعل من اهم الاسباب التي دعتنا للكتابة في هذا الموضوع هو رغبتنا في ان نؤصل المسائل التي تتعلق بالألفاظ الكنايية تأصيلاً دقيقاً وعلمياً ودراسة هذا الموضوع من كافة الجوانب وكذلك ذكر اقوال العلماء في الفاظ الطلاق الكنايى وماهي الالفاظ التي يقع فيها الطلاق وكذلك الراجح من اقوالهم في هذه المسألة خاصة وهل هذه الالفاظ تحتاج الى نية تكون مقرونة باللفظ لكي يقع الطلاق

ثالثاً : مشكلة الدراسة :

١- تكمن مشكلة الدراسة في ان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يعرف او يبين أو يشير الى الطلاق الكنايى في اي من مواده بل احال الامر الى الشريعة الاسلامية وحسب المادة الاولى ف٢ (٢) .

٢- اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون .

لذلك لم يعالج المشرع في المادة (٣٤) من قانون الاحوال الشخصية موضوع الطلاق الكنايى وانما تركه لاختلاف الفقهاء وكما هو معلوم ان كان يمكن ان يشير الى الطلاق الكنايى في نص المادة خاصة، كذلك لم يشير المشرع العراقي في نص المادة (٣٥) الى الشروط التي يجب توافرها في من يوقع الطلاق ، وكذلك في المادة (٣٨) من نفس القانون ولم يبين شروط الرجعة في الطلاق .

رابعاً : خامساً : منهجية الدراسة :

(١) سورة الروم ، الآية ٢١ .

(٢) قانون الاحوال الشخصية العراقي المادة الأولى، (ف٢) .

ان منهجية البحث الذي سوف نتبعه في دراستنا هذه هو المنهج التحليلي المقارن حيث اننا سنعتمد على عرض اقوال الفقهاء في المذاهب الاسلامية ومن ثم سوف نحاول ان نقارن بين هذه الاقوال لكي نصل الى الارجح منها لكونه المجمع والمتفق عليه بينهم وان نحاول معرفة رأي المشرع العراقي حيث انه يكتفي في مثل هذه الحالات في ان يحيل الامر الى مذهب معين وان يجعل القانون مقتضياً وغير واضح المنهج مقارنة بالقوانين الاخرى مع ان الاقدم بينهم وكذلك عرض راي القوانين المقارنة في هذه المسألة وان نبين اوجه الشبه والاختلاف ما بين القوانين محل المقارنة وهي القانون العراقي الكويتي والأردني.

سادساً: هيكلية الدراسة:

المبحث الأول/ مفهوم الطلاق الكنائي

المطلب الاول / تعريف الطلاق الكنائي

المطلب الثاني / مشروعية الطلاق الكنائي

المبحث الثاني / اثر النية في الطلاق الكنائي

المطلب الاول / عدم اشتراط النية واقترانها باللفظ

المطلب الثاني/ القرينة في الطلاق الكنائي

I. المبحث الأول

مفهوم الطلاق الكنائي

سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نعرف في المطلب الاول الطلاق الكنائي اما المطلب الثاني نبين مشروعيته وكالاتي:

I.أ. المطلب الاول

تعريف الطلاق الكنائي

أن الطلاق بصورة عامة هو حل الرابطة الزوجية ويكون بإرادة الزوج وذلك بأن يوقع لفظ الطلاق بلفظ يدل عليه ويكون اما بشكل صريح أو كنائي والذي يهمننا وهو موضوعنا الطلاق الكنائي لذلك وجب علينا ان نعرفه في اللغة والاصطلاح وفي القانون ، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين نعرف في الفرع الاول الطلاق الكنائي لغة والفرع الثاني اصطلاحاً .

I. أ. ١. الفرع الاول

تعريف الطلاق الكنايي لغة

فقد عرفه ابن فارس كلمة بالتاء من ثلاث احرف وهي الطاء واللام والقاف وهن اصل مطرد صحيح يعد واحداً وله دلالة على الاطلاق والابتعاث والتخلية فقد يقال ان الرجل أنطلق اي ينطلق أنطلاقاً ، ومن ثم ترجع الفروع اليه^(١).
وقد تأتي الكلمة بالفتح فتدل على معنى اخر وبالضم تدل على معنى آخر قال(الاخفش^(٢)) لا يقال طلق بالضم ، وكذلك تطلق على الاسير المطلق سراحه واخلي سبيله^(٣).

وقد يأتي بمعنى بسط اليد بالجود والكرم فيقال اطلق يده بالخير ، ويقال ناقة طالق أي أنها غير مقيدة ومرسلة وطلق طلاقاً وطلوقاً أي أنه تحرر من قيده ، وطلق البلاد اي تركها^(٤).
اما الكناية لغةً بالكاف والنون والحرف المعدل فإنها ان تتكلم بشيء وانت تريد غيره ، فيقال كنييت عن كذا اي اني تكلمت بغيره^(٥).

وفي القاموس المحيط: يكنى ويكنوا كناية تحدث بما يدل به عليه او ان تتكلم بلفظ وانت تريد غيره أو تتكلم بشيء وانت تريد جانباً آخر في الحقيقة والمجاز^(٦).
والكنية لها ثلاث اوجه فأولها ان تقوم مقام الاسم لكي يعرف بها صاحبها كما يعرف باسمه مثال ابي لهب فان اسمه عبد العزى لكن يعرف بكنيته لذلك سماه الله بها ، ثانيها مثل ان تطلق هذه الكنية للشيء الذي يكره ذكره ، وثالثها مثل ان يكنا الرجل تعظماً وتوقيراً^(٧).

(١) محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الانصاري ، لسان العرب ، ج ١٥ ، ط ٣ ، (بيروت: دار صادر، ١٤١٤هـ)، ص ٢٣٣.

(٢) الاخفش ابو الحسن سعيد بن مسعدة البلخي امام النحو توفي سنة ٢١٥ هـ كان اوسع الناس علماً .

(٣) محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط ، ج ٢ ، ط ١ ، (بيروت: دار احياء التراث العربي ، ١٩٩١)، ص ٨٠٢ .

(٤) محمد حسن الياسين ، المحيط باللغة ، ج ٥ ، ط ١ ، (بيروت: دار عالم الكتب ، ١٩٩٤)، ص ٣٢٥ .

(٥) محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، مصدر السابق ، ص ٨٠٥ .

(٦) كمال الدين عبد الواحد ابن الهمام ، فتح القدير على الهداية، ج ٣ ، ط ١ ، (بيروت: دار الفكر ، ٢٠١٥)، ص ٧٨ .

(٧) ابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، ج ٥ ، (مصر: مكتبة الخانجي ، ١٩٩٨) ، ص ٤٤٧ .

I.٢.١. الفرع الثاني

الطلاق الكناي اصطلاحاً

الطلاق بصورة عامة في الاصطلاح الشرعي هو حل قيد النكاح ، أو رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص ، فرابطة الزواج تُحلُّ في الحال بالطلاق البائن ، اما في المال فتكون بالطلاق الرجعي،

وبعد العدة أما اللفظ المخصوص فهو لفظ صريح مثل لفظ الطلاق ، واما الكناية فهي كاللفظ البائن والحرام والاطلاق ما شاء بهما^(١).

عرف الفقهاء الطلاق الكناي بتعريفات عديدة مختلفة في الالفاظ متقاربة في المعنى وهي لا تبتعد كثيراً عن المعنى اللغوي.

فقد ذهب الاحناف الى ان معنى الكناية في ذاتها ما استتراء المراد منه في نفسه أو هو اللفظ الذي لم يوضع لخصوص الطلاق وانما وضع لمعنى يتعلق بالطلاق ووضع لمعنى اخر ، اي انه يحتمل الامرين معاً مثل الفراق فانه معنى يدل على فراق مكاناً وفراق من الزوجية^(٢).

أما عند المالكية فإنهم عرفوا الطلاق الكناي بحسب تقسيمهم للفظ فالكناية الخفية هي التي تكون دلالاتها على الطلاق غير ظاهره ، اما الكناية الظاهرة فهي التي يكون العرف جارياً أن يطلق الناس بها اما اذا كانوا لا يطلقون بها فانها تكون من الكنايات ولا يقع بها شيء الا بالنية^(٣).

أما الشافعية فقالوا كناية الطلاق هي ذلك اللفظ الذي يحتمل الطلاق وغيره ويكون بنية مقارنه لاي جزء من اجزاء اللفظ مثل ان يقول الرجل لزوجته اطلقتكي فهذا اللفظ يحتمل الاطلاق من الحبس في المنزل ويحتمل الاطلاق من ربة الزواج^(٤).

أما الحنابلة فإن الطلاق الكناي فهو اللفظ الذي لا يحتمل الطلاق ولا يقع الطلاق به الا بوجود النية وقسموا الكنايات الى ظاهرة تكون للبينونة وخفية للطلقة الواحدة^(٥).

اما الامامية فان الطلاق الكناي عندهم هو العبارة بغير صيغة الطلاق الشرعية وتعتبر لغواً ولا يعتد بها ولا يقع بها الطلاق^(٦).

(١) محمد امين ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج٢ ، ط٢ ، (بيروت: دار الفكر ، ١٩٦٦)، ص ٥٧٠ .

(٢) عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، ط٢ ، (لبنان: دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٣) ، ص٣٠٠ .

(٣) عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، المصدر السابق ، ص ٣٠٣ .

(٤) شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشافعي ، انسى المطالب في شرح روض الطالب ، ج٤ ، ط١ ، (بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٩٩٤) ، ص ٤٢٠ .

(٥) ابن قدامة المقدسي ، المغني ، ج٧ ، ط١ ، (بيروت: دار الفكر ، ١٩٨٥) ، ص ٣٦٣ .

(٦) محمد كاظم اليزدي ، العروة الوثقى ، (لبنان: دار المؤرخ العربي ، ٢٠٠٧) ، ص ٢٦ .

يتضح مما تقدم من التعريفات عند للفقهاء في تعريفهم ان لا يخرج عن كونه حلّ قيد النكاح بلفظ معتبر شرعاً.

اما الطلاق الكنائي في الاصطلاح القانوني : لم يرد تعريف محدد للطلاق الكنائي في القانون العراقي ولكن ورد اثر من اثاره في القوانين المقارنة محل الدراسة ، ولم يورد المشرع العراقي في نصه وتشريعه للقوانين أي مادة تعرف أو تبين الطلاق الكنائي ، ولكن نص المشرع في قانون الاحوال الشخصية العراقي في الفقرة الاولى من المادة (٣٤) على تعريف الطلاق بصورة عامة إذ نصت هذه الفقرة على ما يلي ((الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة ان وكلت به أو فوضت أو من القاضي ، ولا يقع الطلاق الا بصيغة المخصصة له شرعاً)^(١). حتى ان الطلاق بالاصل يجب ان تكون امام القضاء فاذا تم خارجها كان يكون امام رجال الدين فيحتاج تصديقها من قبل المحكمة المختصة^(٢).

أما قانون الاحوال الشخصية الكويتي فانه لم يعرف الطلاق الكنائي ولكنه نص على اثر من اثاره فجاء في المادة (١٠٤) الفقرة (١) من قانون الاحوال الشخصية ما يلي (يقع الطلاق باللفظ الصريح فيه عرفاً ولا يقع بلفظ الكناية الأ بالنية)^(٣).

أما قانون الاحوال الشخصية الاردني فأنه عرف الطلاق الكنائي في نص المادة (٨٤) حيث نصت على ما يلي ((يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون الحاجة الى نية، وبالألفاظ الكنائية وهي التي تحتل معنى الطلاق او غيره بالنية))^(٤).

من خلال استقراء النصوص في القانون العراقي والقوانين المقارنة محل الدراسة يتبين لنا ان المشرع العراقي لم يتطرق الى الطلاق الكنائي ولم يشير اليه بينما النصوص في القوانين المقارنة جاءت واضحة واثارت وعرفت الطلاق الكنائي وذلك لتجنب القضاة مسألة الحلافات الفقهية ، ونقترح على المشرع العراقي ان يكون نص المادة (٣٤) من قانون الاحوال الشخصية كالآتي (الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة ان وكلت أو فوضت أو من القاضي ويقع الطلاق باللفظ الصريح من دون الحاجة الى وجود النية ، ولا يقع باللفظ الكنائي وهو اللفظ الذي يدل على معنى الطلاق وغيره الا بوجود النية .

(١) المادة (٣٤)، الفقرة (١)، قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩. وكذلك يراجع أ.م.د. اركان حيدر عمر، "احكام الزواج المشروط والاثار المترتبة عليه في الفقه الاسلامي مقارنة مع قانون الاحوال الشخصية العراقي (دراسة فقهية مقارنة)"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، (٢٠٢٣): المجلد ١٢، العدد ٤٦ / part2، الصفحات ٤٣٥-٤٥٨، ص ٤٤٦

(٢) مثنى سرهيد صالح محمد الجبوري، مهند حمد احمد الجبوري ، " خصوصية مسائل الاحوال الشخصية في التشريع والقضاء -دراسة مقارنة-"، مجلة الكتاب للعلوم الانسانية ، ٢٠٢١، المجلد ٤، العدد ٦، الصفحات ٢٨٧-٣٠٦، ص ٢٩٨

(٣) المادة (١٠٤)، الفقرة (١)، قانون الاحوال الشخصية الكويتي المعدل المرقم (٦٦)، لسنة ٢٠٠٧ .

(٤) المادة (٨٤)، قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل المرقم (١٥)، لسنة ٢٠١٩ .

I.ب. المطلب الثاني

مشروعية الطلاق الكفائي

ان لوجود الحل والحرمة تدابير قد وضعها الله سبحانه وتعالى من اجل عدم الاعتداء على بعض الحقوق المشتركة ومادامت مشتركة اذن فيها اضرار كل واحد على الاخر ولذا قد جعل الله سبحانه وتعالى الطلاق ابغض الحلال ، ومن هنا سيتم التطرق الى مشروعية الطلاق بصورة عامة من خلال الادلة الاصولية والقران والشرعية والاجماع المعقول من خلال الفرعين الاتين .

I.ب. الفرع الاول

القران الكريم والسنة

- ١ - قوله تعالى ((لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً))^(١).
- ٢ - وقوله تعالى ((وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ))^(٢).
- ٣ - وقوله تعالى ((يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا))^(٣).
- ٤ - وقوله تعالى ((وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ))^(٤).
- ٥ - وقوله تعالى ((وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَُمْ أَرْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ))^(٥).

اما في السنة النبوية فكما يستد الطلاق في مشروعيته الى السنة النبوية والتي اشتملت على عدد كبير من الاحاديث الشريفة المبينة لهذا الامر منها :

- ١ - فقد ورد عن رسول الله (ﷺ) قوله ((إن أبغض الحلال عند الله الطلاق))^(١).
- ٢ - وفي حديث اخر قال الرسول (ﷺ) ((إنما الطلاق لمن أخذ بالساق))^(٢).

(١) سورة البقرة، الآية، ٢٣٦ .

(٢) سورة البقرة، الآية، ٢٢٧ .

(٣) سورة الطلاق ، الآية ١ .

(٤) سورة البقرة الآية ٢٣١ .

(٥) سورة البقرة الآية ٢٣٢ .

(٦) سليمان بن الأشعث ابن اسحاق السجستاني المشهور ابي داود ، سنن ابي داود ، ج ٢ ، (بيروت: المكتبة المكنبة العصرية ، ١٩٨٣)، ص ٢٢٥ .

(٧) ابو عبدالله محمد بن يزيد الفرز وني ، سنن ابن ماجه ، ج ١ ، (القاهرة: دار احياء الكتب العربية ، ٢٠٠٨)، ص ٦٧٢ .

٣ - عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) ان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) طلق حفصة ثم راجعها^(١).

٤ - عن نافع عبدالله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله (ﷺ) فسأله عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن ذلك فاجبه قائلاً فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم اذا شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان تطلق بها النساء^(٢).

٥ - عن ابن عباس (رضي الله عنه) ان امرأة ثابت بن قيس أتت الى النبي (صلى الله عليه وسلم) فقالت يا رسول الله ان ثابتاً لا اعتب عليه في خلق ولا دين ولكني اكره الكفر في الاسلام فقال لها رسول الله (صلى الله عليه وسلم) اتردين عليه حديقته ، فأجبت نعم يا رسول الله فقال له رسول الله (صلى الله عليه وسلم) اقبل الحديقة وطلقها تطليقه واحدة^(٣).

I. ب. ٢. الفرع الثاني

الاجماع والمعقول

ففي الاجماع فقد اجمعت الامة الاسلامية من لدى رسول الله (ﷺ) الى اليوم على مشروعية الطلاق ولم ينكره احد وقال ابن قدامة المقدسي اجمع ، الناس على جواز الطلاق والعبرة بالدالة على جوازه ، لا نه ربما يفسد الحال فيما بين الزوجين فيكون بقاء الزواج مفسدة اكثر من كونه مصلحه^(٤).

اما المعقول: ان البعض يستبيح ملك الزواج على الخصوص والمالك الصحيح في سائر املاكه يملك ازالة ملكه ، وان النكاح فيه مصالح قد تنقلب الى مفسد وان الألفة والمحبة بين الزوجين قد تنقلب الى عداوة وبغض وكراهية وحقد وغل وشحناء حينما يكون النكاح مشتملاً على مفسد العداوة والتباغض والتباعد وغيرها فمن اجل ذلك كله شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق درءاً وبعداً لهذه المفسد ، ولان الحال قد يفسد بين الزوجين فيصبح بقاء الزواج ضراراً محضاً ومفسده ، وخصومه دائمة وبقاء المرأة مع سوء العشرة والزام الرجل النفقة والسكن لذلك شرع الله ما يزيل هذه المفسدة ويزول معها هذا الزواج^(٥). جاء عن ابن عباس (رضي الله عنه) في لفظه قال: أتى النبي (ﷺ) رجل فقال: يا رسول الله؛ إن سيدي زوجني

(١) ابو عبدالله محمد بن يزيد الفرزوني ، سنن ابن ماجه ، المصدر السابق ، ص ٦٥٠
(٢) ابو عبدالله محمد بن اسماعيل الجعفي البخاري ، الجامع الصحيح المختصر ، ج ٥ ، (بيروت: دار ابن كثير ، ١٩٨٧) ، ص ٢٠١١ .
(٣) ابو عبدالله محمد بن اسماعيل الجعفي البخاري ، الجامع الصحيح المختصر ، المصدر السابق ، ج ٧ ، ص ٤٦ .

(٤) ابو محمد عبدالله بن محمد المقدسي ، المغني ، ج ٧ ، ط ١ ، (بيروت: دار الفكر ، ٢٠١١) ، ص ٢٧٧ .
(٥) ابو محمد عبدالله بن محمد المقدسي ، المغني ، المصدر السابق ، ص ٢٧٧ .

أتمه وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد رسول الله (ﷺ) المنبر فقال: يا أيها الناس ما بال أحدكم إذا زوج عبده أتمه ثم يريد أن يفرق بينهما، ((إنما الطلاق لمن أخذ بالساق))^(١).

II. المبحث الثاني

اثر النية في الطلاق الكناي

ان الطلاق الكناي يستوجب وجود النية وذلك ان اللفظ يحتمل معنى الطلاق وغيره لذلك لا يصرف الى الطلاق الا بتواجد النية ولكن هل يحل محل النية قرائن الحال في وقوع الطلاق مع ان بعض الفقهاء قد انزلوا الكنايات المشهورة في منزلة اللفظ الصريح من دون النية وان لم يعدوها من الصريح ، ومن اجل تبيان وايضاح ما تقدم سنقسم هذا المبحث الى مطلبين

المطلب الاول / عدم اشتراط النية او اقترانها باللفظ

المطلب الثاني/ القرينة في الطلاق الكناي

II.أ. المطلب الاول

عدم اشتراط النية او اقترانها باللفظ

نبين في هذا المطلب وعلى فرعين مسالة عدم اشتراط النية في الطلاق الكناي وكذلك عدم اقتران النية باللفظ ومن خلال الفرعين الاتيين :-

II.أ.١. الفرع الاول

عدم اشتراط النية

ذهب جمهور الفقهاء الى أن التلفظ بالطلاق اذا كان صريحاً فإنه يقع قولاً واحداً نوى الطلاق أم لم ينوي ، وهذا ما صدقه قول الرسول (ﷺ) (ثلاثة جدُّ هنَّ جدٌّ وهزالهن جد ، النكاح والطلاق والعقاق)^(٢).

ودليلهم بالإضافة الى هذا الحديث ان اللفظ الصريح يكون واضحاً فهو لا يحتاج الى بيان ولا الى نية ، اما الاحناف فعندهم ان الزوج اذا قال لزوجته ، انت بائن أو انت حرام أو انت خلية او انت بريه ، ومن هذه الالفاظ ، وكذا لو قال أي اردت السبَّ في كلامي هذا فإن الطلاق لا يقع عندهم لانتهاء النية وكذلك باقي الالفاظ المشابه لها^(٣).

وعندهم ايضاً ان الرجل لو قال لزوجته يا حرام او يا بائن ، ويقصد الزوج من هذه التسمية فقط ولم تكن نيته الطلاق فإن الطلاق عندهم لا يقع لان هذا اللفظ محتمل المعاني ، اما اذا تلفظ بلفظ يا مطلقه وكان قصده التسمية لم يكن قصدها الطلاق فإنه يُكذَّب عند القاضي لأنه هذا اللفظ صريح لا يحتاج تأويلاً ، وكذلك اذا قال الزوج لزوجته اذا شنتي طلاقك ، ويقصد

(١) احمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني البهقي ، ج٧ ، ص ٦٠٨ ، رقم الحديث (١٥١٧٩).

(٢) محمد ناصر الدين الالباني ، صحيح ابي داود ، مصدر سابق ، رقم الحديث ٢١٩٤ .

(٣) محمد بن الحسن الشيباني ، مبسوط تحقيق ابو الوفاء الافغاني ، مصدر سابق ، ص ٨٠ - ٨١ .

بها وينوي الطلاق فردت هي عليه قد شئتُ فأنها طالق اما اذا لم ينوي طلاقها فلا يقع الطلاق عندهم^(١).

اما المالكية فعندهم ان الكناية الظاهرة وصريح الطلاق لا يثبت فيه الطلاق الا اذا وجدت قرينه وعندهم ايضاً انهم يفرقون بين الكناية الخفية وصريح اللفظ في ان الكناية الخفية يُثبت بالنية ، وأما الصريح فلا يحتاج الى النية ، اما الكناية الظاهرة واللفظ الصريح فأن حرفها الى الطلاق لا يحتاج الى نية بل الدار والفراق بينهما على قصد النطق فقط^(٢).

وعند المالكية ان الكنايات التي تكون بلفظ صريح وظاهرة مثل قول الرجل لأمرأته انت بائن وانت حرام فإنه يقع بها الطلاق من دون وجود النية ، وهذا الكلام مسنود لهم ولان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق عرفاً فأصبحت مثل اللفظ الصريح كما ان لفظ سرحتك وفارتك يستخدمان لغير الطلاق كثيراً لذلك فإنها لم يكونا صريحين في الطلاق مثل شائع كنياته^(٣).

وقد رد ع الجمهور على المالكية في قولهم بأن هذه الالفاظ قد جاءت في كتاب الله للدلالة على الفرقة بين الزوجين فجاء اللفظان صريحان ويدلان على الطلاق فقال الله سبحانه وتعالى ((الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ))^(٤).

وكذلك ورد قوله تعالى ((وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا))^(٥).

ان المشهور عند الاحناف والشافعية ان الطلاق لا يحتاج الى وجود النية اذا كان صريحاً ، اما المالكية فالمشهور عندهم ان الطلاق لا يتم ولا يقع الابنية اذا كان كنائياً^(٦).

اما الشافعية فإن الكناية عندهم يجب ان تكون مقرونة بالنية لكي يقع الطلاق لذلك فإن اللفظ الكنائي لا يعمل الا بتواجد النية معه فإذا قدمت احدهما على الاخر فلا يقع الطلاق اي انه اذا تلفظ ثم نوى او تلفظ بل نية فلا يقع الطلاق عندهم ، اما اذا اقترنت النية باللفظ في اوله دون آخرة او آخرة دون اوله نعدهم قولان في هذه المسألة ان زوجته تطلق منه على اصح اقوالهم^(٧).

وان النية عند الشافعية كما ذكرنا يجب ان تقترن باللفظ الكنائي فاذا ما تقدمت أو تأخرت فلن تؤثر، واذا ما نوى الزوج مع بداية اللفظ ثم انقطعت النية قبل تمامة فعندهم أن الطلاق يقع أما اذا كان اللفظ خالياً من النية في بدايته ووجدت في اثناهما فعندهم في هذه المسألة ان الفاظ الكناية ان اشتهرت بين الناس وعلى السنتهم في الطلاق كقول الرجل ، انت علي حرام ، أو

(١) محمد بن الحسن الشيباني، المبسوط، تحقيق ابو الوفاء الافغاني، المصدر السابق، ص ٢٠١.

(٢) محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، الشرح الكبير، ج ٢ ، ط ١ ، (بيروت: دار الكتب العلمية ، بدون سنة نشر)، ص ٣٧٩.

(٣) محمد بن محمد البابر، العناية شرح الهداية ، ج ٤ ، ط ١ ، (مصر: مكتبة مصطفى البابي، ١٩٧٠)، ص ٦١.

(٤) سورة البقرة ، الآية ٢٢٩ .

(٥) سورة النساء ، الآية ١٣٠ .

(٦) محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المقتصد ونهاية المجتهد ، مصدر سابق ، ص ٥٦ .

(٧) محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ج ٨ ، ط ٢ ، (بيروت: المكتب الاسلامي ، ١٤٠٥هـ)، ص ٣٢.

عليّ الحرام ، ، فلا يقع فيها الطلاق الا اذا كان مقصوداً بها الطلاق ونوى بها الزوج ذلك ، أما اذا قصد بها شيئاً النية ، فلا يقع فيها شيء^(١)، ان حال النية في الطلاق اذا وجدت مع الكناية عند الشافعية لها اربع احوال^(٢):

الاول: فالحال الاول أن تكون النية مقارنة للفظ جميعاً أي انها توجد من أول اللفظ الى اخره فنها يقع الطلاق لفظاً ونيةً مجتمعين معاً ، ولا يتم الطلاق بأحدهما مع أن اللفظ يكون الغالب لظهوره .

الثاني: اما الحال الثاني فهي ان تتقدم النية على اللفظ جميعه فهنا ، والقول لهم لا يقع الطلاق ، وذلك لأن النية متجردة من اللفظ فلا يقع بها الطلاق واللفظ انه تجرد عند النية فلا يقع به طلاق .

الثالث: اما الحال الثالث فهي ان يتقدم اللفظ جميعاً عن النية فلا يقع الطلاق لان اللفظ اذا كان مجرداً عن النية كما اسلفنا فلا يقع به طلاق ، وكذلك النية اذا تجردت من اللفظ ومثال هذا الامر للحرام فان تعد من نية الصلاة عنده على الاحرام لم تكن صحيحة وان تأخرت كذلك .

الرابع: اما الحال الرابع فهي ان تكون النية موجودة في بعض اللفظ ومعدومة في بعضه الاخر فإذا ما وجدت في اوله وانعدمت في اخره او ان وجدت في اخر اللفظ وانعدمت في اوله مثل ان يقول الرجل لزوجته ، انت بائن ، وكانت نية عند تلفظه ب (انت با) ويترك نيته عندما يقول (ائن) او ان يترك عند بداية اللفظ عند قوله (انت با) ففيها لهم قولان^٣:

١- القول الاول ان الطلاق يقع لان النية اذا ما استُصحبَتْ في جميع ما يعتبر فيه وجود النية ليس بل لازم مثل الصلاة فان النية لا تستوجب وجودها في جميعها .

٢- القول الثاني ان المطلق أن لفظ النية هنا وجودها عند بعضها مثل عدمها في جميع اللفظ ، ومثال هذه النية في تكبيرة الاحرام .

يقول الماوردي، أنه يجب النظر الى النية فاذا وجدت في أول اللفظ فإن الطلاق يقع ، وان كانت معدومة في اخره مثالها مثل الصلاة اذا وجدت النية في أول الصلاة فيجوز أن تتعدم في اخرها ، أما أن وجدت النية في آخر اللفظ وانعدمت في اخره لم يقع الطلاق ومثاله مثل النية في آخر الصلاة.

وقال (داود الظاهري ^(٤)) ((ان التلفظ بالطلاق الكنائي لا يقع الا اذا قُرِنَ بالنية وذلك احتجاجاً بحديث رسول الله (ﷺ) ، (انما الاعمال بالنيات ، وانما لكل امرئ ما نوى) ^(٥) .

(١) مصطفى الخن ، مصطفى البغا ، علي الشريحي ، الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي ، ج ٤ ، ط ٤ ، (دمشق: دار القلم ، ١٩٩٢) ، ص ١٢٤ .

(٢) علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي ، الحاوي الكبير ، مصدر سابق ، ص ١٦٣ - ١٦٤ .

(٣) علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي ، الحاوي الكبير ، مصدر سابق ، ص ١٦٣ - ١٦٤ .

(٤) داود بن علي الاصبهاني ولد سنة ٢٠٠ هـ ، رأس الظاهر ترك القياس وعمل باستصحاب الحال ، كان اماماً ناسكاً زاهداً ولقب بالأصبهاني لان والدته اصبهانية وكان ابوه حنفي المذهب توف سنة ٢٦١ .

(٥) محمد بن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، ج ١ ، ط ١ ، (دمشق: دار ابن كثير ، ٢٠٠٢) ، رقم الحديث ٦ .

فهو عند ان الطلاق لا يقع بالصريح من دون وجود النية ^(١) . كذلك اما قول جمهور الفقهاء فعندهم أنّ لفظ الكناية او اللفظ غير الصريح لا يكون به الطلاق واقعاً الا بوجود النية أو دلالة الحال ، وعلى هذا الامر يجب ان تكون النية ملازمة لجميع اللفظ ومقارنة له فتكون في اول اللفظ كما في آخره الطلاق يكون واقعاً لفظاً ونيةً معاً ، ولا يقع بأحدهم مع ان اللفظ هو الغالب لظهوره ^(٢) .

اما الظاهرية فإن الطلاق لا يقع عندهم الاً بلفظ من الالفاظ الثلاثة الا وهي الطلاق والفراق والسراح وإن الطلاق يقع باللفظ سواء وجدت النية ام لم توجد لان لفظ الطلاق عندهم ، وما ينصرف منها لا يقع في احكام الشريعة في اللغة التي خاطبها بها الله سبحانه عز وجل الاً على سبيل حل عقدة الزوج ولا معنى له آخر غير ذلك ، ولا يجوز ان يُصدّق في دعواه في حُكْمٍ قد تثبت البينة عليه فيه ^(٣) .

اما بقية الالفاظ كلفظ الفراق ولفظ السراح فأنها في اللغة تأتي في اللغة على معان عدة فتأتي على حل عقدة النكاح تارة وتقصد بها معان أخر تارة اخرى فإذا قال الرجل لزوجته انت مسرحة فهنا المعنى يكون انت مأذون لك بالخروج اذا شئت ، أو أنت مطلقة اي انه يحتمل معنيين اثنين وكذلك اذا قال الرجل لزوجته انت مفارقة او اني فارتقتك في شيء قد يكون بينهما في حال لم توافقه فيه فإذا كان الامر كذلك لم يكن جائزاً أن يُثبت سجل عقد الزواج الذي هو عقد صحيح تكلمة الله عز وجل بغير تيقن ما يوجب حلّ هذا العقد ^(٤) .

اما موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة في اشتراط النية في الطلاق الكنائي فان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يتطرق الى النية واشتراطها في موضوع الطلاق وانما اكتفي في نص المادة (٣٤) اولاً (الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج او من الزوجة ان وكلت به او فوضت أو من القاضي ولا يقع الطلاق الا بصيغة المخصوصة له شرعاً ^(٥) .

اما قانون الاحوال الشخصية الكويتي فقد نصت المادة (١٠٤) من في الفقرة (أ) التي نصت على ما يلي (يقع الطلاق باللفظ الصريح فيه عرفاً ولا يقع بلفظ الكناية الا بالنية) ^(٦) .

وكذلك في المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الاحوال الشخصية الكويتي عند المادة (١٠٤) والتي جاء فيها :

((ان هذه المادة قد وجدت طرق التعبير عن ارادة الطلاق هادفة الى جعل طريق التعبير واضحاً لا شك فيه ولا لبس فلم تقبل من المطلق طريقاً ادنى من غيره في قوة الدلالة على هذه الارادة وجزمه بها متى امكنت أن يعبر بالطريقة الا في دلالة ولا بعد الاحتمالات) ^(٧) .

(١) علي بن محمد بن محمد العطرني البغدادي ، الحاوي الكبير ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ١٥٤ - ١٦٦ .

(٢) محمد بن محمد البابرني ، العناية شرح الهداية ، ج ٤ ، ط ١ ، (مصر: مكتبة مصفى الباني، ١٩٧٠)، ص ٦١ .

(٣) علي بن احمد بن حزم الأندلسي ، المحلي بالأثار مصدر سابق ، ص ١٨٥ - ١٨٦ .

(٤) علي بن احمد بن حزم الأندلسي ، المحلي بالأثار ، مصدر سابق ، ص ١٨٥ - ١٨٦ .

(٥) قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل ، المرقم (١٨٨) ، لسنة ١٩٥٩ .

(٦) قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم (١٢٤) ، لسنة ٢٠١٩ الناخذ المعدل .

(٧) المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية ، مجلس الوزراء الفتوى والتشريع ، ص ٢١٥ - ٢١٦ .

لذلك فقد قررت الفقرة (أ) من المادة أعلاه ان الطريق الاصيلي إنما هو اللفظ الصريح المؤدي الى الطلاق والذي يعرفه الناس ويألفونه سواء كان باللغة العربية اما بغيرها^(١). اما قانون الاحوال الشخصية الاردني فقد نصت المادة (٨٤) منه على ما يلي (يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون الحاجة الى نية وبالألفاظ الكناية وهي التي تحتل معنى الطلاق وغيره بالنية^(٢)).

مما تقدم نرى ان القوانين المقارنة قد بينت ووضحت عدم اشتراط النية في الطلاق الكنائي وخصصت له مواداً في قوانينها بينما المشرع العراقي لم يتطرق الى هذه المسألة ، وهذا يعتبر قصوراً منه لا نه قد يؤدي الى الدخول في الاجتهاد الفقهي والاختلافات بين العلماء اذا كان الزوج من مذهب معين والزوجة من مذهب اخر .

II. أ. ٢. الفرع الثاني

عدم اقتران النية باللفظ

تكلما عن اشتراط النية في الطلاق الكنائي وسوف نحاول ان نبين عدم اقتران النية مع اللفظ واقوال العلماء في هذه المسألة ، ان عدم اقتران النية باللفظ هو في الاصل مع الكنايات الظاهرة ، وان افتراض الفقهاء وجود النية مع اللفظ هو من اجل نفي كثرة الاحتمال الذي يقع من اللفظ الكنائي حتى يتحول الى لفظ صريح وظيفياً ودلالة إذ ان اللفظ المستعمل يقبل أن يتحول الى معان عديدة ، أما اذا كان اللفظ المرجح فيه معنى الطلاق مضافاً الى دلالة الحال (من خصام او خلاف) مع وجود قرينة قوية لا تصلح الا ان توضح تقريراً للطلاق فعندما تجتمع هذه المعاني معاً عند ذلك نقوم بدفع الاحتمالية اللفظية ونوجهها نحو اللفظ الصريح ولا يسأل الزوج عن نيته وحتى لو سال فإنها تعد تحصيل حاصل^(٣).

ان تأصيل الفقهاء لهذه المسألة تبين منه أمران^(٤):

الاول: أما الامر الأول فأنهم يبحثون عن معنى التطبيق من خلال القرائن أو دلالة الحال أو العرف . الثاني: أما الامر الثاني فإنه لم يوجد نص يختص اللفظ الذي تعالج به الطلاق ولكن الفقهاء قد اتفقوا على بعض الالفاظ واختلفوا في بعض الاخر .

قال الاحناف لو قال الزوج لزوجته ، أستتري مني فان هذا اللفظ يخرج من كونه كناية الى الظاهر وان اللفظ الظاهر يقع به الطلاق بلا نية ، ويكون طلاقاً بانناً ، وان قوله اي الزوج كلمة ، مني تعتبر قرينة لفظية تدل على ارادة الزوج للطلاق ، اما اذا قال الزوج لزوجته أذهبي وتزوجي غيري فهنا تقع تطليقة واحدة ولا يعتبر انعدام النية أو وجودها وذلك لان لفظ

(١) المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية ، مجلس الوزراء الفتوى والتشريع ، المصدر السابق ، ص ٢١٥-٢١٦

(٢) قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل المرقم ١٥ لسنة ٢٠١٩

(٣) محمد بن محمد بن سالم الشنقيطي ، الواقع الدرر في هتك استار المختصر ، ج ١٤ ، ط ١ ، (نواكشوط - موريتانيا: دار الرضوان ، ٢٠١٥ ، ص ٧١٨ .

٤ () محمد بن محمد بن سالم الشنقيطي ، الواقع الدرر في هتك استار المختصر المصدر السابق ، ص ٧١٩ .

تزوجي تعتبر قرينة فان كانت النية التطلقات الثلاث فأنها تقع ، وان الكناية في الغضب وعند التخاصم وكذلك عند السؤال للفراق ، فان هذا اللفظ يعد صريحاً^(١).

اما المالكية فانهم يقولون ان الزوج اذا ادعى في الكناية الظاهرة أنه لم يقصد به الطلاق ، ولم تكن نيته ذلك فان قوله لا يعد مقبولاً الا في حالة وجود قرينة تثبت ذلك فالكناية الظاهرة عندهم كالصريح لا تحتاج الى نية^(٢).

اما الشافعية فيقولون أن النية لا تؤثر بغير لفظ فان نوى الزوج الطلاق فهو مانوى من نيته الطلاق ، ولا يقع الطلاق عندهم الا بصريح أو كناية متلازمة مع وجود النية فان كانت نيته الطلاق من غير لفظ صريح او كناية فان الطلاق لا يقع لان التحريم انما يعلق على الطلاق في الشرع ونية الطلاق هنا ليست بطلاق ولان وقوع الطلاق نية لا يمكن أن يثبت الا في الاصل او ان يقاس على ما يثبت بأصل وهنا لا يوجد اصل ولا يوجد قياس على ما يثبت^(٣).

اما الحنابلة فانهم وافقوا الاحناف في قولهم أن الطلاق الكنائي لا يقع الا بوجود النية أو دلالة الحال على ارادة الطلاق وهذا يكون في حالة الغضب أو مذاكرة الطلاق^(٤).

اما عند الجعفرية والامامية فان لفظ الطلاق الكنائي لا يوقع الطلاق ، وان اللفظ الصريح أن يكون مقترناً بالنية حتى يكون الطلاق واقعاً^(٥).

وهنا نورد قول الامام ابن القيم * ، للمراتب التي عدّها الشارع في العلاقة ما بين النية واللفظ فقد اختلف الفقهاء في ايقاع الطلاق المجرد عن اللفظ الى قولين :

الاول أن الطلاق يقع اذا كان الزوج جازماً عليه ، واستدال اصحاب هذه الرأي بالأدلة

الآتية :

١- قول الله تعالى ((لله ما في السموات و ما في الأرض و إن تُبْدُوا ما في أنفسكم أو

تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُمْ بِهِ اللهُ فَيَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَ يُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَ اللهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ)^(٦).

٢- حديث الرسول الكريم (ﷺ) ، (أنما الاعمال بالنيات ، وأن لكل امرئ ما نوى)^(٧).

(١) زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مصدر سابق ، ج٣ و ص ٣٢٦

(٢) ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المذهب في فقه الامام الشافعي ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٨٠-٨١.

(٣) زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري ، سنن المطالب في شرح روض الطالب ، مصدر سابق ج٣ ، ص ٣٢٣.

(٤) منصور بن يونس بن ادريس البهواني ، شرح منتهى الارادات ، ج٣ ، ط٢ ، (بيروت: عالم الكتب ، ١٩٩٦ ، ص١٦٦).

(٥) محسن الحكيم ، منهاج الصالحين ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥.

* شمس الدين محمد بن ابي بكر الدمشقي الحنبلي ولد (١٢٩٢) في حوران مفتيه ومحدث ومفسر وعالم مجتهد له مؤلفات كثيرة من ابرز ائمة الفقه الحنبلي توفي سنة ١٣٥٠

(٦) سورة البقرة ، الآية ٢٨٤.

(٧) رواه البخاري -صحيح البخاري ، رقم الحديث، ١.

١- أن الالفاظ اذا لم يرد بها الزوج طلاقاً فإنه لا يكون طلاقاً ، وانما يوقع عليه الطلاق فهنا لا يعلم صدق في ان نيته ليس الطلاق على مقتضى اللفظ فهذا يدل على أن الاعتبار بالنية دون اللفظ^(١) .

٢- أن اعمال القلوب في مسألة الثواب والعقاب ، أنما هي أعمال الجوارح فيثاب الانسان على البغض والحب والولاية والمعادة في الله وكذلك يثاب على القوال والرضا بقضاء الله والطاعة ، وكذلك يعاقب على المعصية والحسب والتكبير والرياء وسوء الظن^(٢) .
اما القول الثاني : أن شرط المتلفظ بالطلاق حتى وان لم ينطق به اللسان من لفظ الطلاق وغيره من الفاظ فإنه غير ملزم به بمجرد وجود النية وهذا قول اغلب الفقهاء ودليلهم على هذا:

١- الحديث الذي ورد عن رسول الله (ﷺ) (ان الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكروها عليه)^(٣) .

٢- ان حديث انما الاعمال بالنيات ، انما هو حجة على من يستدل به إذ أن العمل مع وجود النية هو المعبر ، وليست النية وحدها ..

٥- ان الطلاق اذا وقع بالنية من غير لفظ أمر ظاهر عن مبدا الثواب والعقاب لان الانسان أما يعاقب عليه من أعمال القلوب فإنما هي معاص قلبية تنافي عبودية القلب أما الكبر وسوء الظن والرياء فهذه الاعمال ، وان كانت قلبية فيمكن للإنسان اجتنابها^(٤) .

اما موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة فان قانون الاحوال الشخصية العراقي قد نص في المادة (٣٤) على ما يلي لا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعاً^(٥) .

اما قانون الاحوال الشخصية الكويتي فقد نص في المادة (١٠٤) على ما يلي :
الفقرة أ – يقع الطلاق باللفظ الصريح فيه عرفاً ولا يقع باللفظ الكناية الا بالنية^(٦) .

ولم ينص على عدم اقتران النية باللفظ الا حالة اللفظ الصريح فانه لم يشترط وجود النية فيه وعاد في نص الفقرة ج من المادة اعلاه بأن اشار الى ان الطلاق يقع بالإشارة المفهمة من عدم النطق والكتابة^(٧) .

اما قانون الاحوال الشخصية الاردني فقد نص في المادة (٨٣) على ما يلي (يقع الطلاق باللفظ وللعاجز عنها بإشارته المعلومة^(٨)) .

(١) سليمان بن خلف بن سعد القرطبي ، المنتقى ، ج٤ ط١ ، (القاهرة: دار الكتب الاسلامي، ١٣٣٢ هـ) ، ص ١٥ .

(٢) محمد بن ابي بكر ابن القيم الجوربة ، زاد المعان في هدي خير العباد ، ج٥ ، ط١ ، (بيروت: مؤسسة الرسالة ، ١٩٩٦) ، ص٥٦ .

(٣) البخاري ، صحيح البخاري ، رقم الحديث ٢٥٢٨ .

(٤) محمد بن ابي بكر ابن القيم الجوربة ، زاد المعان في هدي خير ، مصدر سابق ، ص٥٧ .

(٥) قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل ، رقم ١٨٨ ، لسنة ١٩٥٩ .

(٦) قانون الاحوال الشخصية الكويتي المعدل ، رقم (١٢٤) ، لسنة ٢٠١٩ .

(٧) قانون الاحوال الشخصية الكويتي المعدل ، المرقم (١٢٤) ، لسنة ٢٠١٩ و الفقرة ج ، المادة (١٠٤) .

(٨) قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل ، المرقم (١٥) ، لسنة ٢٠١٩ .

اما الفقرة ب فقد نصت على ما يلي لا يقع الطلاق بالكناية بشرط النية^(١). نلاحظ مما تقدم ومن النصوص ان القوانين المقارنة قد فصلت ونصت في فقرات قوانينها كل ما يخص الطلاق سواء كان اللفظ صريحاً ام كنايياً سواء اشترط وجود النية ام عدم اقترانها باللفظ ، واما المشرع العراقي قد نص على الصيغة المخصوصة ولم يسمها وتركها هكذا لاجتهاد المجتهد على الانصف ان يقارن لذا نرجو من المشرع العراقي ان يحذوا حذوا المشرعين في القوانين المقارنة في تفصيله لهذه المسائل كونها تمس حياة الناس وكونها من اكثر المشاكل التي توجد في المجتمع .

II. ب. المطلب الثاني

القرينة في الطلاق الكناي

مسألة القرينة في الطلاق الكناي يستوجب ان نبينها على فرعين نبين في الفرع الاول موقف الفقه الاسلامي وم ثم نبين موقف القانون منه وكالاتي:-

II. ب. ١. الفرع الاول

قرينة الطلاق الكناي في الفقه الاسلامي

اولاً – القرينة لغةً: فالقرينة لغةً هي عدم المفارقة يقال فلان فارق ثلاث وكذلك جيء بالقوم قرانا اي جيء بهم متقارنين اي قارن بعضهم الى بعض والقرين صاحب الذي يقارن صاحبه وقرينة الرجل أي زوجته^(٢).

وكذلك تعرف القرينة ما يدل على المراد من غير كونه صريحاً^(٣).

ثانياً – القرينة اصطلاحاً: اما تعريف القرينة في الاصطلاح فان الفقهاء قديماً لم يعرفوها ، ولكن جاء تعريفها من قبل اللغويين والقليل من الفقهاء المعاصرين وقد عرفوها بانها تبيان لما اريد بلفظ في عرف الشرع والعادة وكذلك انها ما يبين اللفظ ويفسره^(٤). اما القرينة في الطلاق الكناي فان الاحناف قالوا ان الزوج لو قال لزوجته أستتري مني فان هذا اللفظ يخرج عن كونه كنايياً وأن اللفظ الظاهر يقع بلا نية ، ويكون طلاقاً بانئاً وذلك لتلفظ الزوج بكلمة مني ، فأنها عندهم قرينة لفظه دالة على ارادة الطلاق^(٥).

اما اذا تلفظ الزوج بلفظ أذهبي وتزوجي فعندها تقع به طلقه واحده ، وهنا الامر لا يحتاج الى وجود نية ، وذلك لان لفظ تزوجي يعد قرينة فاذا كانت نية الطلاق ثلاثاً فانه يقع ثلاثاً^(٦).

(١) قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل، المرقم (١٥)، لسنة ٢٠١٩ .

(٢) محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص ١٢٦ .

(٣) محمد عميم الاحسان البركتي ، التعريفات الفقهية ، ط١ ، (باكستان: دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦) ، ص ١٧٣ .

(٤) محفوظ بن احمد الحسن ابو الخطيب الكوذاني ، التمهيد في اصول الفقه ، ج١ ، ط١ ، دار المدني للطباعة ، السعودية ، ١٩٨٥ ، ص ١٨٣ .

(٥) محمد امين بن عمر بن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص ٢٩٨ .

وكذلك اذا قال لها اذهبي وتزوجي ولم ينوي الطلاق فانه لا يعد شيئاً لان معنى هذا ان ملكتك ان تذهبي وتزوجي^(٢).

وان القرينة الواضحة الظاهرة تقدم على النية في الكنايات ، وذلك لأنها تدل على الحال فلا يصدق في نية الادنى وذلك لان فيه تخفيفاً عليه فلو قال لزوجته ، أنت امي اي انها تشبهها بأنه في حرمتها عليه فأن كانت نيته الطلاق وكانت القرينة والحال تدل ، وتؤكد على ذلك وقع الطلاق فلو أريدَ التأكيد على ارادة الطلاق بأن يُسأل عن ذلك فيقول أن نيتي كان ظهاراً فانه لا يُصدق لان دلالة الحال تعتبر قرينة ظاهرة قُدمت على النية في الكنايات^(٣).

ومن الامثلة الدالة على القرينة الظاهرة والتي تدل على الطلاق ان يقول الرجل لأمراته ، بأرئتك على الف درهم ، أو حلفتك بألف ، أو بعث نفسك بألف فأن ذكر المال في هذا الموقف يعتبر قرينة دالة على الطلاق^(٤).

اما مذهب المالكية فإنه اذا ادعى الزوج في الكناية الظاهرة أن نيته ليست طلاقاً ، وانه لم يرد ذلك فقوله مردود ولا يقبل منه ذلك الا اذا كانت هناك قرينة توضح وتدل على قوله فالكنايات الظاهرة عندهم شأنها شأن اللفظ الصريح في عدم الافتقار الى النية فهي تتصرف عنه للغير سواء بالنية او بالقرينة^(٥).

اما الشافعية فعندهم ان القرينة لا يمكن ان تجعل اللفظ الكنائي صريحاً أو مثله ، وهذا خلاف قول الاحناف الذين قالو ان اللفظ الكنائي عند الغضب وعند التخاصم وكذلك سؤال الفراق يعتبر صريحاً اما الشافعية فردوا وعليهم بأن اللفظ الكنائي محتمل ورجوع الرجل وعدولة عن طلاقة ، وعن لفظه يدل ويشعر بأنه يخفي ويظمر غير الطلاق فكيف يتبدل ويتغير اللفظ الى الصريح^(٦).

فالشافعية عندهم ان اللفظ الكنائي لا يلحق بالصريح سؤال الزوجة الطلاق ولا قرينة من غضب أو غيره ، لأنه يقصد به ضد ما تشعر به القرينة وكذلك اللفظ نفسه يحتمل ولا يلحق بهما ، كالتوافق على قول الرجل لزوجته ، انت علي حرام كطلفتك مثل قوله متى قلت لزوجتي أنت علي حرام فأني أريد بهذا اللفظ الطلاق فلا يكون هذا اللفظ صريحاً بل يكون

(١) زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٣٢٦.

(٢) محمد امين بن عمر بن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٣١٤.

(٣) محمد امين بن عمر بن عابدين رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٤٧٠.

(٤) محمد بن عبد الواحد السيواسي ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢١٥.

(٥) محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٥٧ .

(٦) محمد بن احمد الغزالي الطوسي ، الوسيط في المذهب ، ط ١ ، ج ٥ ، (القاهرة: دار السلام ، ١٤١٧ هـ) ، ص ٣٧٧ .

ابتداء اي كما لو ابتداء اللفظ فمن الممكن ان تتغير نية الزوج فالتوافق على اخر اللفظ يعني عنه ما قبله^(١).

فلو قالت الزوجة لزوجها وكان اسمها رقية ،طلقتي فقال الزوج طلقت رقيه فلما سأل قال نويت رقية غيرها فأن هذا لا يقبل منه وذلك لدلالة الحال وهذا الامر يخالف ما سبق في ان سؤال المرأة لا يلحق اللفظ الكنائي بالصريح وان الرد على هذا ان لرقية ليس كناية عن الزوجة وانما هو اسمها الصريح والايهام حصل انما بتسمية غير الزوجة باسمها ، وهذا كمثله المشترك الذي أنصرف الى أحد مسمياته بالقرينة^(٢).

وكذلك اذ قال لزوجته الفاظ ، يا مسرحة أو يا مفارقة أو سراح أو فراق فهذه كنايات ولو قال الزوج انما اردت بالفراق انها تفارق المنزل وبالسراح اي انها تُسرح الى بيت اهلها أو ردت بلفظ الطلاق اطلاقاً من وثائق او غيرها من الالفاظ المشابهة فسبق لساني اليها ولم تكون هناك قرينة تدل على ذلك الامر لم يقبل منه لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ فإذا كانت قرينة مثل ان يقول ذلك اللفظ وهو يحلهاً وثنائاً فان هذا الامر يقبل ظاهراً لان القرينة الدالة على هذا الامر موجودة^(٣).

وخلاصة قولهم ان الزوج اذا طلق زوجته وادعى انه اراد شيئاً في طلاقه هذا فان وجدت قرينه تؤيد ادعائه فانه يُصدق في الظاهر كون الزوجة مسماة بطالق^(٤).

اما الحنابلة فأن القرينة في الطلاق الكنائي تقوم مقام النية فهم يقولون ان ما يشبه الطلاق ، وما يدل عليه وما في معناه فانه يعتبر كناية فيه ان نوى الزوج فيه الطلاق وقع لا نه نوى بكلامه ، ما يحتمله اما اذا لم ينوي شيئاً ولم توجد قرينة تدل عليه فانه لا يقع لان الصريح لا ينصرف الى غيرة وكذلك انه ظاهري غير الطلاق فلم ينصرف اليه عند الطلاق^(٥).

فلو ان رجلاً ضرب زوجته او لطمها وقال لها ان هذا طلاقك فاعلم الفقهاء قالوا ان هذا اللفظ ليس كناية ولا يقع به الطلاق حتى وان كانت النية موجودة لان هذا المعنى لا يؤدي الى معنى الحقيقي للطلاق وليس له حكم او سبب ، وبعضهم قال يقع به الطلاق اذا لم توجد النية لان تقدير الكلام هو اني اوقعت عليك طلاقاً وهذا الضرب هو من اجله اما البعض الاخر من الفقهاء فأنهم قالوا اذا كان اللفظ في حالة الغضب فأن الغضب يقوم مقام النية ،واما ضربه اياها فيعتبر قرينة تقوم مقام النية لان الضرب يصدر وقت الغضب لذا فان شرط وقوع

(١) زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص ٢٧٢ .

(٢) زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري ، مصدر سابق، ص ٢٧٥ .

(٣) زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص ٢٧٥ .

(٤) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريفي ، معنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج٣ ، ط ١ ، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٤)، ص ٢٨٠ .

(٥) سليمان بن عمر بن منصور الازهري ، حاشية الجمل شرح المنهج ، ج٤ ، (بيروت: دار الفكر، ص ٣٣٧ .

الطلاق الكناي هو وجود النية لا يقاعه فان لم تكن موجودة ولم ينوي شيئاً ولم تكن هناك قرينة بأنه لا يقع^(١).

فالنية عند الحنابلة من شروط ايقاع الطلاق الكناي اذ لا يقع الطلاق عندهم الا بتوفرها ، فان الرجل اذا لم ينوي طلاقاً فانه لا يقع عندهم وكذلك اذا لم تدل على الطلاق الكناي قرينة فلا يقع ايضاً فاللفظ الصريح لا ينصرف ولا يدل على غيره فذلك الكناية ان لم تكن ظاهرة في الطلاق فإنها لا تصرف الى غيره^(٢).

لقد نص فقهاء الحنابلة ومنهم القاضي ، والشيخان ، على ان النية شرط لوقوع الطلاق الا ان ابا بكر ، لم يشترط ذلك وقال ان الكناية اذا كانت ظاهرة لم تستوجب النية^(٣).

وقد ورد عن سفيان الثوري حينما سئل عن ألفاظ ، اذهبي أو أخرجي ، ومثلهما فقال يجب توفر النية فان نوى ثلاثاً فأنها ثلاث ، وان نوى تطليقة واحدة فأنها تطليقة واحدة بائنة اما اذا لم ينوي شيئاً فلا شيء عليه^(٤).

قال ابن رشد القرطبي ، أن الفاظ الطلاق الكناي والتي تحمل الطلاق أن كانت مخفية فأنها عند الامامين ابن مالك والشافعي يجب فيها اعتبار النية أما باقي العلماء فخالفوهم وقالوا أن هذه الفاظ ليس فيها شيء حتى وان نوى الطلاق وأن الكناية ان كانت ظاهرة فإن فيها ثلاث احوال فاما الحال الاول ليس فيها شيء فإنه يصدق بالعموم ، وهذا بالعموم ، وهذا قول الشافعية ، والحال الثاني انه لا يصدق بالعموم الا اذا وجدت قرينة مع اللفظ وهذا قول المالكية ، اما الاحناف فانهم يقولون انه يصدق الا ان يكون في مذكرة الطلاق^(٥).

II. ب. ٢. الفرع الثاني

قرينة الطلاق الكناي في القانون

لقد عرفنا القرينة في الاصطلاح الفقهي وراي الفقهاء فيها لذلك سوف نبين تعريف القرينة في القانون العراقي والقوانين المقارنة ، فالقرينة قانوناً عرفها قانون الاثبات العراقي (بانها استنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه)^(٦).

وهي افتراض قانوني مؤكد لأمر محتمل او الذي يمكن وقوعه أمراً صحيحاً على وفق ما تم التعارف عليه وما هو مألوف في الحياة أو وفقاً لما يرجحه العقل^(٧).

(١) شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي ، مصدر سابق ، ج٨ ، ص ٢٩١ .
(٢) عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي ، الشرح الكبير على المقنع ، ج٨ ، (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٨٣)، ص ٢٩١ .

(٣) شمس الدين ابي عبدالله محمد بن عبد الله المصري الحنبلي ، شرح الزركشي على مختصر الخرفي ، ج ٢ ، ط ١ ، ج ٢ ، (بيروت: دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٢)، ص ٤٧١ .

(٤) ابو بكر همام الصنعاني ، المصنف ، ج ٦ ، ط ٢ ، (بيروت : المكتب الاسلامي ، ١٤٠٣ هـ) ، ص ٣٦٧ .
(٥) محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ، (القاهرة: دار الحديث ، ٢٠٠٤)، ص ٥٧ .

(٦) قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧)، لسنة ١٩٧٩، المادة ٩٨ .
(٧) سمير عبد السيد ستار ، النظرية العامة للقانون ، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٨٦)، ص ٣٨٧ .

لم ينص المشرع العراقي وكذلك القوانين المقارنة على القرينة في الطلاق الكناي ولكنة نص عليهما في غيرها فقد نص على شرط وجود القرينة في التفريق القضائي للضرر^(١). وكذلك للخلاف الجسيم^(٢). وكذلك للعلل والعيوب. والتفريق بسبب الامراض الجنسية . والتفريق للضرر المادي والتفريق بسبب العقم^(٣). اما المشرع الاردني^(٤) فانه كذلك لم ينص على القرينة في الطلاق الكناي ، ولكنه ايضاً نص على غيرها في نصوص قانونيه على التفريق القضائي للغياب . وعدم الانفاق . وللايلاء والظهار .

وللحبس ، وللشقاق والنزاع ، وللعيوب، وللجنون ، وللفقء. اما المشرع الكويتي^(٥) فذلك لم ينص على القرينة في الطلاق الكناي ولكنه نص على وجودها في التفريق القضائي ، فنص عليها في التطليق لعدم الانفاق. وكذلك للغائب، والمحبوس، وللضرر، وللعيوب.

يتضح مما تقدم ان القانون العراقي والقوانين المقارنة متفقه على اغلب المواد في التفريق القضائي لكنها جميعاً تركت امر وجود القرينة في الطلاق الكناي ولم تنص عليه بل تركت الامر الى جانب الفقه الاسلامي والذي نراه هذا قصوراً من المشرعين لان في هذه الحالة سوف يلجأ القاضي الى الاخذ بالفقه الاسلامي والنظر في اختلاف الفقهاء وترجيح ما يراه ، علماً قد يكون الزوج من مذهب والزوجة من مذهب اخر او العكس وهذا يؤدي بالتالي الى ظلم احدهما الاخر عليه لذا نرى ضرورة ان يقوم المشرع العراقي سن نصوص في هذه المسألة وغيرها حتى لا يقع القاضي ضحية الاختلافات الفقهية .

مما تقدم ذكره نرى ونميل الى الاخذ برأي جمهور من الفقهاء أي ان الطلاق الكناي لا بد من توفر النية لكي يتم ايقاعه عملاً بحديث رسول الله (ﷺ) ، (انما الاعمال بالنيات) ، وكذلك الحديث الثاني للرسول (ﷺ) ، (ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة) ، والذي ورد في الطلاق كما ان اللفظ الكناي قد يقصد منه الطلاق وقد يقصد منه غيره فلا بد اذا من وجود نية يوضح من خلالها ما هو المقصود من هذا اللفظ وهذا ما لا يملكه الا الزوج الذي تلفظ فأن كان كاذباً في التعبير عن نيته فأمره الى الله سبحانه وتعالى ولان القلوب صناديق مقلدة لا يعلم ما بداخلها الا الله تعالى ، وان النوايا المكونة بين جوفين لا يعلم بها الا خالقها والبيوت تبني على الصدق ولا تبني على خلافها من صدق

(١) المادة (٤٠)، من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

(٢) المادة (٤١)، قانون الاحوال الشخصي العراقي.

(٣) المادة ٤٣ و ١١٩، من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ١٥، لسنة ٢٠١٩ .

(٤) المواد (١١٦/١٢٣/١٢٤/١٢٥/١٢٦/١٢٨/١٣٥/١٤٣)، قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ١٥، لسنة ٢٠١٩ .

(٥) المواد (١١٨ / ١٣٦ / ١٣٨ / ١٢٦ / ١٣٩)، قانون الاحوال الشخصية الجعفري الكويتي رقم ١٢٤ لسنة ٢٠١٩ .

الخاتمة

بعد اكمال دراستنا حول الطلاق الكناي توصلنا الى النتائج والمقترحات الاتية :

أولاً: النتائج:

- ١- الطلاق الكناي هو اللفظ الذي يراد منه معنيان يدل احد هذين المعنيين على الطلاق ويدل المعنى الاخر على غير الطلاق والشرط في هذا كله هو وجود النية لدى المتلفظ بهذا اللفظ.
- ٢- ان مشروعية الطلاق تثبت بالقران الكريم والسنة النبوية المطهرة والاجماع من العلماء بين المسلمين والمعقول .
- ٣- القرينة الواضحة الظاهرة تقدم على النية في الكنايات ، وذلك لأنها تدل على الحال فلا يصدق في نية الادنى وذلك لان فيه تخفيفاً عليه .
- ٤- ومن الامثلة الدالة على القرينة الظاهرة والتي تدل على الطلاق ان يقول الرجل لأمراته ، بأرتئك على الف درهم ، أو حلفتك بألف ، أو بعت نفسك بألف فإن ذكر المال في هذا الموقف يعتبر قرينة دالة على الطلاق.
- ٥- لم ينص المشرع العراقي وكذلك القوانين المقارنة على القرينة في الطلاق الكناي ولكنة نص عليهما في غيرها فقد نص على شرط وجود القرينة في التفريق القضائي للضرر.

ثانياً: المقترحات

- ١- نوصي الأزواج بعدم التهاون في التلفظ بألفاظ قد تكون سبباً في هدم بيت الزوجية وتمزيق العائلة لان الزواج رباط مقدس يجب على طرفاه ان يصوناه ويعملا على عدم قطعه .
- ٢ - نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة الى نص المادة (٣٤) من قانون الاحوال الشخصية فتكون كالآتي : (ولا يقع الطلاق المخصصة له شرعاً) (اي باللفظ الصريح وكذلك باللفظ الكناي وهو الذي يحتمل الطلاق وغيره الا بوجود النية) .
- ٣ - نقترح على الجهات صاحبة الشأن بإدخال القضاة دورات فقهية مكثفة للتعريف بالراجح من اقوال الفقهاء في المسائل الخلافية والاخذ بالأصوب منها كون اغلب القضاة لا يملكون معلومات فقهية بهذا الشأن .

قائمة المصادر

أولاً: القران الكريم :

ثانياً: مصادر السنة النبوية :

- ١- ابو عبدالله محمد بن اسماعيل الجعفي البخاري ، الجامع الصحيح المختصر ، ج٥ ، بيروت: دار ابن كثير ، ١٩٨٧ .
- ٢- ابو عبدالله محمد بن يزيد الفرزوني ، سنن ابن ماجه ، ج١ ، القاهرة: دار احياء الكتب العربية ، ٢٠٠٨ .
- ٣- احمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، البيهقي ، ج٧، ص ٦٠٨ ، رقم الحديث (١٥١٧٩) .

- ٤- احمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي ، سنن النسائي كتاب الايمان والنزوع ، ط٢ ، سوريا: مكتبة المطبوعات الاسلامية ، ١٩٨٦ .
- ٥- سليمان بن الأشعث ابن اسحاق السجستاني المشهور ابي داود ، سنن ابي داود ، ج٢ ، بيروت: المكتبة العصرية ، ١٩٨٣ .
- ٦- محمد بن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، ج١ ، ط١ ، دمشق: دار ابن كثير ، ٢٠٠٢ .

ثالثاً: مصادر اللغة :

- ١- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، الكويت: دار الرسالة ، ١٩٨٣ .
- ٢- محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الانصاري ، لسان العرب ، ج١٥ ، ط٣ ، بيروت: دار صادر ، ١٤١٤ هـ .
- ٣- محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ج٢ ، ط١ ، بيروت: دار احياء التراث العربي ، ١٩٩١ .
- ٤- محمد حسن الياسين ، المحيط باللغة ، ج٥ ، ط١ ، بيروت: دار عالم الكتب ، ١٩٩٤ .

رابعاً: مصادر الفقه والتفسير والقانون:

- ١- ابراهيم علي الشيرازي ، اللمع في اصول الفقه ، ط٢ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٣ .
- ٢- ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المذهب في فقه الامام الشافعي ، ج٢ ، ط١ ، بيروت : دار الكتاب العلمية ، ٢٠١٥ .
- ٣- ابن قدامة المقدسي ، المغني ، ج٧ ، ط١ ، بيروت: دار الفكر ، ١٩٨٥ .
- ٤- ابو بكر همام الصنعاني ، المصنف ، ج٦ ، ط٢ ، بيروت: المكتب الاسلامي ، ١٤٠٣ هـ .
- ٥- احمد بن محمد الحاوي ، حاشية الحاوي على الشرح الصغير ، ج١ ، دار المعارف ، ١٩٥٢ .
- ٦- اسماعيل بن كثير البصري ، تفسير القران العظيم ، ج١ ، ط١ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٤١٩ .
- ٧- برهان الدين بن مصلح الحنبلي ، المبدع شرح المقنع ، ج٧ ، ط١ ، لبنان: دار الكتب العلمية ، ١٩٩٧ .
- ٨- خلف بن ابي قاسم محمد القيرواني ، التهذيب في اختصار المدونة ، ج١ ، ط١ ، مصر: دار الحديث ، ٢٠١٣ .

- ٩- زين الدين الجعبي العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج ٦ ، بيروت: دار العلم الاسلامي بدون سنة نشر.
- ١٠- زين الدين عبد الرحمن بن احمد بن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم ، ج ١ ، ط ٧ ، بيروت: مؤسسة الرسالة ، ٢٠٠١ .
- ١١- سعد الدين التفتازاني ، المطول على التخصيص ، مصر: المكتبة الازهرية للتراث، ١٣٣٠ هـ .
- ١٢- سليمان بن خلف بن سعد القرطبي ، المنتقى ، ج ٤ ، ط ١ ، القاهرة: دار الكتب الاسلامي ١٣٣٢ هـ .
- ١٣- سليمان بن عمر بن منصور الازهري ، حاشية الجمل شرح المنهج ، ج ٤ ، بيروت: دار الفكر.
- ١٤- سليمان بن عمر بن منصور العجلي ، فتوحات الوهاب بتوضيح منهج الطلاب ، بيروت: دار الفكر ، بدون طبعه بدون سنة نشر.
- ١٥- شمس الدين ابي عبدالله محمد بن عبد الله المصري الحنبلي ، شرح الزركشي على مختصر الخرفي ، ج ٢ ، ط ١ ، ج ٢ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٢ .
- ١٦- شمس الدين الشربيني الشافعي ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ط ١ ، ج ٤ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٩٩٤ .
- ١٧- شمس الدين محمد بن احمد الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج ٦ ، بيروت: دار الفكر، ١٩٨٤ .
- ١٨- شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشافعي ، اسنى المطالب في شرح روض الطالب ، ج ٤ ، ط ١ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٩٩٤ .
- ١٩- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريفي ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج ٣ ، ط ١ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٩٩٤ .
- ٢٠- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعه ، ج ٤ ، بيروت : دار الكتب العلمية.
- ٢١- عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي ، الشرح الكبير على المقنع ، ج ٨ ، بيروت: دار الكتاب العربي ، ١٩٨٣ .
- ٢٢- عبد الرحمن بن محمد بن عوض الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعه ، ط ٢ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٣ .
- ٢٣- عبد العزيز بن احمد البخاري ، كشف الاسرار شرح احوال البزدري ، ج ٤ ، بيروت: دار الكتاب العربي ، بدون تاريخ نشر .
- ٢٤- علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرايع ، ج ٣ ، ط ١ ، مصر: دار الكتب العلمية ، ١٣٢٨ هـ .

- ٢٥- علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، مراتب الاجماع في العبارات والمعاملات والعبادات، بيروت: دار لكتب العلمية ، بدون سنة نشر.
- ٢٦- علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير، ج ١٠ ط ١ ، بيروت: دار الكتاب ، ١٩٩٩ .
- ٢٧- كمال الدين عبد الواحد ابن الهمام ، فتح القدير على الهداية، ج ٣ ، ط ١ ، بيروت: دار الفكر ، ٢٠١٥ .
- ٢٨- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، فتح القدير على الهداية ، ج ٤ ، ط ١ ، لبنان: دار الفكر ، ١٩١٨ .
- ٢٩- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الاصبحي ، المدونة الكبرى ، ج ٥ ، ط ١ ، بيروت: دار الكتب العالمية ، ١٩٩٤ .
- ٣٠- محمد امين ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج ٢ ، ط ٢ ، بيروت: دار الفكر ، ١٩٦٦ .
- ٣١- محمد بن ابي بكر ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ج ٥ ، ط ١ ، بيروت: مؤسسة الرسالة ، ١٩٩٦ .
- ٣٢- محمد بن ابي بكر بن ايوب بن القيم الجوزية، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان ، ط ٢ ، الرياض: مكتبة فرقد الخاني ، ١٩٨٨ .
- ٣٣- محمد بن احمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب ، ط ١ ، ج ٥ ، القاهرة: دار السلام ، ١٤١٧ هـ .
- ٣٤- محمد بن احمد الفتوح ابن النجار، معرفة اولى النهي شرح المنتهى ، ج ٥ ، ط ٥ ، مكة المكرمة: مكتبة الاسدي ، ٢٠٠٨ .
- ٣٥- محمد بن احمد القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج ١١ ، بيروت: دار الفكر والطباعة ، ٢٠١٩ .
- ٣٦- محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي، المبسوط ، ج ٦ ، مصر: مطبعة السعادة ، ٢٠١٦ .
- ٣٧- محمد بن احمد بن رشيد القرطبي ، بداية المشتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ، بيروت: دار الفكر ، ٢٠٠٣ .
- ٣٨- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، الشرح الكبير، ج ٢ ، ط ١ ، بيروت: دار الكتب العلمية، بدون سنة نشر .
- ٣٩- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، فتح القدير ، ط ١ ، ج ٢ ، دمشق: دار بن كثير ، ١٤١٤ هـ .
- ٤٠- محمد بن محمد البابر تي ، العناية شرح الهداية ، ج ٤ ، ط ١ ، مصر: مكتبة مصطفى البابي ، ١٩٧٠ .

- ٤١- محمد بن محمد بن أمير الحاج الحنبلي، التقرير والتحبير، ج٢٤ ، ط٢ ، ج٢٤ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٩٩٣ .
- ٤٢- محمد بن محمد بن سالم الشنقيطي ، الواقع الدرر في هتك استار المختصر ، ج١٤ ، ط١ ، نواكشوط -موريتانيا: دار الرضوان ، ٢٠١٥ .
- ٤٣- محمد عميم الاحسان البركتي ، التعريفات الفقهية ، ط١ ، باكستان: دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦ .
- ٤٤- محمد كاظم اليزدي ، العروة الوثقى ، لبنان: دار المؤرخ العربي ، ٢٠٠٧ .
- ٤٥- محمد محسن الحكيم ، مناهج الصالحين ، ط١ ، مركز الابحاث والدراسات ، العراق: ٢٠٠٤ .
- ٤٦- محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ج٨ ، ط٢ ، بيروت: المكتب الاسلامي ، ١٤٠٥هـ .
- ٤٧- مصطفى الخن ، مصطفى البغا ، علي الشريحي ، الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي ، ج٤ ، ط٤ ، دمشق: دار القلم ، ١٩٩٢ .
- ٤٨- موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي ، الكافي في فقه الامام احمد ، ج٣ ، ط١ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٩٩٤ .
- ٤٩- سمير عبد السيد ستار ، النظرية العامة للقانون ، الاسكندرية: منشأة المعارف ، ١٩٨٦ .

خامساً: البحوث

- ١- أ.م.د. اركان حيدر عمر ، " احكام الزواج المشروط والاثار المترتبة عليه في الفقه الاسلامي مقارنة مع قانون الاحوال الشخصية العراقي (دراسة فقهية مقارنة)" ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، (٢٠٢٣): المجلد ١٢ ، العدد ٤٦ / part2 ، الصفحات ٤٣٥-٤٥٨ ،
- ٢- مثنى سرهيد صالح محمد الجبوري ، مهند حمد احمد الجبوري ، "خصوصية مسائل الاحوال الشخصية في التشريع والقضاء -دراسة مقارنة- " ، مجلة الكتاب للعلوم الانسانية ، (٢٠٢١): المجلد ٤ ، العدد ٦ ، الصفحات ٢٨٧-٣٠٦ ، ص ٢٩٨

سادساً: القوانين والاعمال التحضيرية :

- ١- قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل المرقم (١٨٨) ، لسنة ١٩٥٩ .
- ٢- قانون الاحوال الشخصية الاردني الجديد المعدل المرقم (١٥) ، لسنة ٢٠١٩ .
- ٣- قانون الاحوال الشخصية الكويتي المعدل المرقم (٦٦) ، لسنة ٢٠٠٧ .