Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 14 - Issue 2- September 2024 ايلول 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-Janabi
[1] Kirkuk University/ College of Law and Political Science
1: Email: ahmed.siddiq@uokirkuk.edu.iq
2: Email: lawm22040@uokirkuk.edu.iq

DOI 10.37651/aujlps.2024.152107.1318
Submitted: 27/7/2024
Accepted: 5/8/2024
Published: 2/9/2024
Keywords: Divorce Intention metonymy.

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.

©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 الكنائي (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 الكنائي هو تعبير الزوج عن الطلاق بالكناية شريطة وجود النية مثل قول الزوج لزوجته (اذهبي 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 الكنائي 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 ، الكنائي.

المقدمة

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

أولاً : اهمية الموضوع :

قال سبحانه وتعالى في محكم تنزيله ((وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ 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 أخر الحلول ، ان لم تجُد كل المحاولات وجعل الله هذا العلاج المرُّ نتيجة طبيعية للخلاف والشقاق وهذا العلاج المُرُّ الا وهو الطلاق قد يوقعه الزوج بلفظ صريح مثل ان يقول لزوجته (انتِ طالق) وان يستخدم لفظاً كنائياً وهذا اللفظ هو الذي يحتمل الطلاق غيره مثل ان يقول لزوجته (اذهبي لأهلك) .

فما هو هذا اللفظ الكنائي وماهي الكناية وهل القرينة دور في ايقاع هذا الطلاق ؟ وما هو موقف القانون العراقي من اللفظ الكنائي 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 الكنائية تأصيلاً دقيقاً وعلمياً ودراسة هذا الموضوع من كافة الجوانب وكذلك ذكر اقوال العلماء في الفاظ الطلاق الكنائي 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 الكنائي 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 الكنائي وانما تركه لاختلاف الفقهاء وكما هو معلوم ان كان يمكن ان يشير الى الطلاق الكنائي في نص المادة حاصة، 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 اشترط 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 يهمنا وهو موضوعنا الطلاق الكنائي لذلك وجب علينا ان نعرفه في اللغةٍ والاصطلاح وفي القانون ، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين نعرف في الفرع الاول الطلاق الكنائي لغة والفرع الثاني اصطلاحا .

I.أ.١. الفرع الاول

تعريف الطلاق الكنائي لغة

فقد عرفه ابن فارس كلمة بالتاء من ثلاث احرف وهي الطاء واللام والقاف وهن اصل مطرد صحيح يعد واحداً وله دلالة على الا طلاق 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 أخر قال(الاخفش[٢])لا يقال طلقتُ بالضم ، وكذلك تطلق على الاسير المطلق سراحه واخلي سبيله[٣].

وقد يأتي بمعنى بسط اليد بالجود والكرم فيقال اطلق يده بالخير ، ويقال ناقه طالق أي أنها غير مقيدة ومرسلة وطلق طلاقاً وطلوقاً اي أنه تحرر من قيده ، وطلق البلاد اي تركها[٤].

اما الكناية لغةً بالكاف والنون والحرف المعدل فإنها ان تتكلم بشيء وانت تريد غيره ، فيقال كنِيت عن كذا اي اني تكلمت بغيرة [٥].

وفي القاموس المحيط: يكنى ويكنوا كنايه تحدث بما يدل به عليه او ان تتكلم بلفظ وانت تريد غيرة أو تتكلم بشيء وانت تريد جانباً آخر في الحقيقة والمجاز [٦].

والكنيه 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* ، ج١٥، ط٣ ، (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* ،ج٢ ، ط١ ، (بيروت: دار احياء التراث العربي ، ١٩٩١)، ص ٨٠٢ .

(٤) محمد حسن الياسين ، *المحيط باللغة* ، ج٥ ، ط١ ، (بيروت: دار عالم الكتب ، ١٩٩٤)، ص٣٢٥ .

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

(٦) كمال الدين عبد الواحد ابن الهمام ، *فتح القدير على الهداية*،ج٣ ،ط١ ، (بيروت: دار الفكر ، ٢٠١٥)، ص ٧٨.

(٧) ابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون ،ج٥، (مصر: مكتبة الخانجي ، ١٩٩٨) ،ص ٤٤٧ .

I.أ.٢.الفرع الثاني

الطلاق الكنائي اصطلاحاً

الطلاق بصوره 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 الكنائي بتعريفات عديدة مختلفة في الالفاظ متقاربة في المعنى وهي لا تبتعد كثيراً عن المعني 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 فأنهم عرفوا الطلاق الكنائي بحسب تقسيمهم للفظ فالكناية الخفية هي التي تكون دلالاتها على الطلاق غير ظاهره ، اما الكناية الظاهرة فهي التي يكون العرف جارياً ان يطلق الناس بها اما اذا كانوا لا يطلقون بها فانهال اتكون 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 ربقة الزواج [٤].

أما الحنابلة فأن الطلاق الكنائي 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 الكنائي 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)، ص٣٦٣ .

(٦) محمد كاظم اليزدي ، *العروة الوثقى* ، (لبنان: دار المؤرخ العربي ، ٢٠٠٧)، ص٢٦ .

يتضح مما تقدم من التعريفات عند للفقهاء في تعريفهم ان لا يخرج عن كونه حلٌ 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 أومن 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 الاَّ بالنية) [٣].

أما قانون الاحوال الشخصية الاردني فأنه عرف الطلاق الكنائي في نصْ المادة (٨٤) حيث نصت على ما يلي ((يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون الحاجة الى نية، وبالألفاظ الكنائية وهي التي تحتمل معنى الطلاق او غيرة 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 واشارت وعرفت الطلاق الكنائي وذلك لتجنب القضاة مسألة الحلافات الفقهية ، ونقترح على المشرع العراقي ان يكون نص المادة (٣٤) من قانون الاحوال الشخصية كالاتي (الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة ان وكلت أو فوضت أومن 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 الكنائي

ان لوجود الحلِ والحرمةُ 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 الأصولية والقران والشرعية والاجماع المعقول من خلال الفرعين الاتين .

I.ب. الفرع الاول

القران الكريم والسنة

١ - قوله تعالى ((لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً))(١).

٢ - وقوله تعالى ((وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)) (٢).

٣- وقوله تعالى ((يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا))(٣).

٤ – وقوله تعالى (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ) (٤).

٥ –وقوله تعالى (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ) (٥).

اما في السنه النبوية فكما يستد الطلاق في مشروعيته الى السنه 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)) (٦).

٢ - وفي حديث اخر قال الرسول (ﷺ)(إنما الطلاق لمن أخذ بالساق) (٧) .

---

(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* ،ج٢ ، (بيروت: المكتبة العصرية ، ١٩٨٣)، ص ٢٢٥.

(٧) ابو عبدالله محمد بن يزيد الفرز وني ، *سنن ابن ماجه* ،ج١ ، (القاهرة: دار احياء الكتب العربية ، ٢٠٠٨)، ٢٠٠٨)، ص ٦٧٢.

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

٤ – عن نافع عبدالله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امرأتهُ وهي حائض على عهد رسول الله (ﷺ) فسأله عمر بن الخطاب(رضي الله عنه) رسول الله (صلى الله علية 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 علية وسلم) فقالت يا رسول الله ان ثابتً لا اعتب عليه في خلق ولا دين ولكني اكرة الكفر في الاسلام فقال لها رسول الله (صلى الله علية وسلم) اتردين عليه حديقته ، فأجبت نعم يا رسول الله فقال له رسول الله (صلى الله علية 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 الدالة 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 مفاسد وان الألفة والمحبة بين الزوجين قد تنقلب الى عداوة وبغض وكراهية وحقد وغل وشحناء حينما يكون النكاح مشتملاً على مفاسد العداوة والتباغض والتباعد وغيرها فمن اجل ذلك كله شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق درءاً وبعداً لهذه المفاسد ، ولان الحال قد يفسد بين الزوجين فيصبح بقاء الزواج ضراراً محضا 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 الفرز وني ، سنن ابن ماجه ،المصدر السابق ، ص ٦٥٠

(٢) ابو عبدالله محمد بن اسماعيل الجعفي البخاري ، *الجامع الصحيح المختصر* ، ج٥، (بيروت: دار ابن كثير ، ١٩٨٧)، ص ٢٠١١.

(٣) ابو عبدالله محمد بن اسماعيل الجعفي البخاري ، الجامع الصحيح المختصر ، المصدر السابق ، ج٧ ، ص ص ٤٦ .

(٤) ابو محمد عبدالله بن محمد المقدسي ، *المغني* ،ج٧ ، ط١ ، (بيروت: دار الفكر ، ٢٠١١)، ص ٢٧٧ .

(٥) ابو محمد عبدالله بن محمد المقدسي ، المغني ، المصدر السابق ، ص ٢٧٧.

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

II. المبحث الثاني

اثر النية في الطلاق الكنائي

ان الطلاق الكنائي 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 انزلو 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 اشترط النية او اقترانها باللفظ

المطلب الثاني/ القرينة في الطلاق الكنائي

II.أ. المطلب الاول

عدم اشترط النية او اقترانها باللفظ

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

II.أ.١. الفرع الاول

عدم اشترط النية

ذهب جمهور الفقهاء الى أن التلفظ بالطلاق اذا كان صريحاً فأنه يقع قولاً واحداً نوى الطلاق أم لم ينوي ، وهذا ما صداقه قول الرسول (ﷺ) ثلاثة جدٌ هنَّ جَدّ وهزالهن جد ، النكاح والطلاق والعتاق) [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 أني اردت السَبَّ في كلامي هذا فأن الطلاق لا يقع عندهم لانتفاء 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 فأن الطلاق عندهم لا يقع لان هذا اللفظ محتمل المعاني ، اما اذا تلفظ بلفظ يا مطلقه وكان قصدة التسمية لم يكن قصدها الطلاق فأنه يُكذَّب عند القاضي لأنه هذا اللفظ صريح لا يحتاج تأويلاً ، وكذلك اذا قال الزوج لزوجته اذا شئتي طلاقك ، ويقصد

(١) احمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني البهيقي ، 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 ، ص٨٠ - 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 فأنه 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 وفارقتك يستخدمان لغير الطلاق كثيراً لذلك فأنها لم يكونا صرحين في الطلاق مثل شائع كنايته [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 فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ))[٤] .

وكذلك ورد قوله تعالى ((وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن 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 فأن الكناية عندهم يجب ان تكون مقرونة بالنية لكي يقع الطلاق لذلك فأن 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 اخرة 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 اثنائه فعندهم في هذه المسألة ان الفاظ الكناية ان اشتهرت بين الناس وعلى السنتهم في الطلاق كقول الرجل ، انتِ 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*، ج٢ ، ط١ ، (بيروت: دار الكتب العلمية ، بدون سنة نشر)، ص ٣٧٩ .
(٣) محمد بن محمد البابرتي ، *العناية شرح الهداية* ، ج٤ ، ط١، (مصر: مكتبة مصفى 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* ، ج٨ ، ط٢، (بيروت: المكتب الاسلامي ، ١٤٠٥هـ)، ص ٣٢.

عليَّ 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 جميعة أي انها توجد من أول اللفظ الى اخرة 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 فأن 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 بعضة الاخر فإذا ما وجدت في اوله وانعدمت في اخرة او ان وجدت في اخر اللفظ وانعدمت في اوله مثل ان يقول الرجل لزوجته ، انت بائن ،وكانت نيه 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 استُصحِبتْ في جميع ما يعتبر فيه وجود النية ليس بلازم مثل الصلاة فأن 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 فأن الطلاق يقع ، وان كانت معدومة في اخره مثالها مثال الصلاة اذا وجدت النية في أول الصلاة فيجوز أن تنعدم في اخرها ، أما أن وجدت النية في أخر اللفظ وانعدمت في اخرة لم يقع الطلاق ومثاله مثال النية في آخر الصلاة.

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

---

(١) مصطفى الخن ، مصطفى البغا ، علي الشربجي ، *الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي* ، ج٤ ، ط٤، (دمشق: دار القلم ، ١٩٩٢)، ص١٢٤.

(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 ٢٠٠هـ ، 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* ، ج١ ، ط١ ، (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 هذ الامر يجب ان تكون النية ملازمة لجميع اللفظ ومقارنة له فتكون في اول اللفظ كما في أخره الطلاق يكون واقعاً لفظاً ونيةً معاً ، ولا يقع بأحدهم مع ان اللفظ هو الغالب لظهوره [٢] .

اما الظاهرية فأن الطلاق لا يقع عندهم الاَّ 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 الاَّ على سبيل حل عقدة الزوج ولامعنى له أخر غير ذلك ، ولا يجوز ان يُصدّق في دعواه في حُكمٍ قد تثبت البينة عليه فيه [٣] .

اما بقية الالفاظ كلفظ الفراق ولفظ السراح فأنها في اللغة تأتي في اللغة على معان عدةٍ 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 فارقتك 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 تكملة الله عز وجل بغير تيقن ما يوجب حلَّ 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 بالفظ 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 أرادة 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 ، ج١٠ ، ص ١٥٤ -١٦٦ .
(٢) محمد بن محمد البابرتي ، *العناية شرح الهداية* ، ج٤ ، ط١، (مصر: مكتبة مصفى البابي، ١٩٧٠)، ص ٦١.
(٣) علي بن احمد بن حزم الأندلسي ، المحلي بالآثار مصدر سابق ،ص ١٨٥ -١٨٦.
(٤) علي بن احمد بن حزم الاندلسي ، 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 النافذ المعدل .
(٧) المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية ، مجلس الوزراء الفتوى والتشريع ، ص ٢١٥-٢١٦ .

لذلك فقد قررت الفقرة (أ) من المادة أعلاه ان الطريق الاصلي أنما 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 تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية [٢].

مما تقدم نرى ان القوانين المقارنة قد بينت واوضحت 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 الفقهية والاختلافات بين العلماء اذا كان الزوج من مذهب معين والزوجة من مذهب اخر .

II.أ.٢. الفرع الثاني

عدم اقتران النية باللفظ

تكلمنا عن اشتراط النية في الطلاق الكنائي وسوف نحاول ان نبين عدم اقتران النية مع اللفظ واقوال العلماء في هذه المسالة ، 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 الية دلالة الحال (من خصام او خلاف) مع وجود قرينة قوية لا تصلح الا ان توضح تقريراً للطلاق فعندما تجتمع هذه المعاني معاً عند ذاك 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 التطليق من خلال القرائن أو دلالة الحال أو العرف . الثاني :أما الامر الثاني فأنه 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 بائناً ، وان قوله اي الزوج كلمة ،مني تعتبر قرينة لفظيه 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* ، ج١٤ ، ط١ ، (نواكشوط – موريتانيا: دار الرضوان ، ٢٠١٥، ص٧١٨ .

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

تزوجي تعتبر قرينة فان كانت النية التطليقات 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 فأنه لم يقصد به الطلاق ، ولم تكن نيته ذلك فأن 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 فأن نوى الزوج الطلاق فهو مانوى من نيته الطلاق ، ولا يقع الطلاق عندهم الا بصريح أو كناية متلازمة مع وجود النية فأن كانت نيته الطلاق من غير لفظ صريح او كناية فأن الطلاق لا يقع لا ن التحريم انما يعلق على الطلاق في الشرع ونية الطلاق هنا ليست بطلاق ولان وقوع الطلاق نيةً 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 فأنهم 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 فأن لفظ الطلاق الكنائي لا يوقع الطلاق ، وان اللفظ الصريح أن يكون مقترناً بالنية حتى يكون الطلاق واقعاً [٥] .

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

الاول أن الطلاق يقع أذا كان الزوج جازماً عليه ، واستدال اصحاب هذه الرأي بالأدلة الاتية :

١- قول الله تعالى ((لِلَّهِ ما فِي السَّماواتِ وَ ما فِي الْأَرْضِ وَ إِنْ تُبْدُوا ما فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ فَيَغْفِرُ لِمَنْ يَشاءُ وَ يُعَذِّبُ مَنْ يَشاءُ وَ اللَّهُ عَلى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ) [٦].

٢- حديث الرسول الكريم (ﷺ) ،(أنما الاعمال بالنيات ، وأن لكل امرئ ما نوئ[٧]).

---

(١) زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيم ، *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 فأنه لا يكون طلاقاً ، وانما يوقع علية 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 والولاة 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 وغيرة من الفاظ فأنه 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 استكرهوا علية) [٣] .

٢-ان حديث انما الاعمال بالنيات ، انما هو حجة على من يستدل به إذ أن العمل مع وجود النية هو المعتبر ، 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 بالفظ 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 ، *المنتقي* ،ج٤ ط١ ، (القاهرة: دار الكتب الاسلامي، ١٣٣٢ هـ)، ص ١٥ .

(٢) محمد بن ابي بكر ابن القيم الجورية ، *زاد المعان في هدي خير العباد*،ج٥ ، ط١ ، (بيروت: مؤسسة الرسالة ، ١٩٩٦)، ص٥٠٦ .

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

(٤) محمد بن ابي بكر ابن القيم الجورية ، زاد المعان في هدي خير، مصدر سابق ،ص ٥٠٧

(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 كنائياً 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 الكنائي

مسالة القريينة في الطلاق الكنائي يستوجب ان نبينها على فرعيين نبين في الفرع الاول موقف الفقه الاسلامي وم ثم نبين موقف القانون منه وكالاتي:-

II.ب.١. الفرع الاول

قرينة الطلاق الكنائي 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 الصاحب 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 فأن الفقهاء قديماً لم يعرفوها ، ولكن جاء تعريفها من قبل اللغوين 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 الكنائي **فان الاحناف** قالوا ان الزوج لو قال لزوجته أستتري مني فأن هذا اللفظ يخرج عن كونه كنائياً وأن اللفظ الظاهر يقع بلا نية ، ويكون طلاقاً بائناً وذلك لتلفظ الزوج بكلمة مني ، فأنها عندهم قرينة للفظه 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 [١].

---

(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 وتتزوجي [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 ، أنتِ 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 ، بأرئتكِ على الف درهم ، أو حلفتك بألف ، أو بعت نفسك بألف فأن ذكر المال في هذا الموقف يعتبر قرينة دالة على الطلاق [٤].

اما مذهب المالكية فأنه 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 الا فتقار الى النية فهي تنصرف 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 نفسة يحتمل ولا يلحق بهما ، كالتوافق على قول الرجل لزوجته ، انتِ علي حرام كطلقتكِ مثل قوله متى قلت لزوجتي أنتِ عليِ حرام فأني أريد بهذا اللفظ الطلاق فلا يكون هذا اللفظ صريحاً بل يكون

---

(١) زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق ، ج٣ ،ص ٣٢٦.
(٢) محمد امين بن عمر بن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، مصدر سابق ، ج٣، ص ٣١٤ .
(٣) محمد امين بن عمر بن عابدين رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، مصدر سابق ، ج٣ ،ص ٤٧٠.
(٤) محمد بن عبد الواحد السيواسي ، مصدر سابق ،ج٤ ، ص٢١٥.
(٥) محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق ،ج٢ ،ص ٥٧ .
(٦) محمد بن احمد الغزالي الطوسي ، *الوسيط في المذهب* ،ط١ ،ج٥ ، (القاهرة: دار السلام ، ١٤١٧هـ)،ص ٣٧٧ .

ابتداء اي كما لو ابتدء اللفظ فمن الممكن ان تتغير نية الزوج فالتوافق على اخر اللفظ يغني عنه ما قبله [١].

فلو قالت الزوجة لزوجها وكان اسمها رقية ،طلقني فقال الزوج طلقت رقيه فلما سُأل 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 لرقيه ليس كناية عن الزوجة وانما هو اسمها الصريح والايهام حصل انما بتسمية غير الزوجة باسمها ، وهذا كمثل المشرك 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 اطلاقها 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 يحلهاَ وثائق 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 فأن وجدت قرينه تؤيد ادعاءه 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 نوئ الزوج فيه الطلاق وقع لا نه نوئ بكلامه ، ما يحتمله اما اذا لم ينوي شيئاً ولم توجد قرينة تدل علية فأنه 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 فاغلب الفقهاء قالو 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 فأن شرط وقوع

---

(١) زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص٢٧٢ .
(٢) زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري ، مصدر سابق، ص ٢٧٥ .
(٣) زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص٢٧٥ .
(٤) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، *مغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج* ،ج٣ ، ط١ ، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٤)، ص ٢٨٠ .
(٥) سليمان بن عمر بن منصور الازهري ، *حاشية الجمل شرح المنهج* ،ج٤ ، (بيروت: دار الفكر، ص٣٣٧ .

الطلاق الكنائي هو وجود النية لا يقاعه فان لم تكن موجودة ولم ينوي شيئاً ولم تكن هناك قرينة فأنه لا يقع[١] .

فالنية عند الحنابلة من شروط ايقاع الطلاق الكنائي اذ لا يقع الطلاق عندهم الا بتوفرها ، فأن الرجل اذا لم ينوي طلاقا فانه لا يقع عندهم وكذلك اذا لم تدل على الطلاق الكنائي قرينة فلا يقع ايضاً فاللفظ الصريح لا ينصرف ولا يدل على غيرة فكذلك 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 فأن نوئ ثلاثاً فأنها ثلاث ، وان نوئ تطليقة واحدة فأنها تطليقة واحدة بائنة اما اذا لم ينوي شيئاً فلا شيء عليه [٤].

قال ابن رشد القرطبي ، أن الفاظ الطلاق الكنائي والتي تحمل الطلاق أن كانت مخفية فأنها عند الامامين أبن مالك والشافعي يجب فيها اعتبار النية أما باقي العلماء فخالفوهم وقالوا أن هذه الالفاظ ليس فيها شيء حتى وان نوئ الطلاق وأن الكناية ان كانت ظاهرة فأن فيها ثلاث احوال فإما الحال الاول ليس فيها شيء فأنه 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 الكنائي 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 قدامه 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 الخرقي* ، ج٢ ، ط١ ،ج٢ ، (بيروت: دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٢)، ص ٤٧١ .
(٤) ابو بكر همام الصنعاني ، *المصنف* ، ج٦ ، ط٢، (بيروت : المكتب الاسلامي ، ١٤٠٣ هـ)، ص ٣٦٧ .
(٥) محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي ، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد* ، ج٢، (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: منشاة المعارف، ١٩٨٦)، ص ٣٨٧.

لم ينص المشرع العراقي وكذلك القوانين المقارنة على القرينة في الطلاق الكنائي 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 الكنائي ، ولكنه ايضاً نص على غيرها في نصوص قانونيه على التفريق القضائي للغياب . وعدم الانفاق . وللاياء والظهار .

وللحبس ، وللشقاق والنزاع ، وللعيوب، وللجنون ، وللفقد.

اما المشرع الكويتي[٥] فكذلك لم ينص على القرينة في الطلاق الكنائي 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 الكنائي 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 ذكرة نرى ونميل الى الاخذ براي جمهور من الفقهاء أي ان الطلاق الكنائي 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 الكنائي قد يقصد منة الطلاق وقد يقصد منه غيرة فلابد 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 مقفلة لا يعلم ما بداخلها الا الله تعالى ، وان النوايا المكنونة بين جوفين لا يعلم بها الا خالقها والبيوت تبنى على الصدق ولا تبنى على خلافها من صدق

---

(١) المادة (٤٠)، من قانون الاحوال الشخصية العراقي.
(٢) المادة (٤١)، قانون الاحوال الشخصي العراقي.
(٣) المادة ٤٣ و١١٩، 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 الكنائي توصلنا الى النتائج والمقترحات الاتية :

أولا: النتائج:

١- الطلاق الكنائي 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 ، بأرئتكِ على الف درهم ، أو حلفتك بألف ، أو بعت نفسك بألف فأن ذكر المال في هذا الموقف يعتبر قرينة دالة على الطلاق.

٥- لم ينص المشرع العراقي وكذلك القوانين المقارنة على القرينة في الطلاق الكنائي ولكنة نص عليهما في غيرها فقد نص على شرط وجود القرينة في التفريق القضائي للضرر.

ثانياً: المقترحات

١ –نوصي الازواج 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 كالاتي : (ولا يقع الطلاق المخصصة له شرعاً)(اي باللفظ الصريح وكذلك باللفظ الكنائي 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 الفرز وني ، *سنن ابن ماجه* ،ج١ ، القاهرة: دار احياء الكتب العربية ، ٢٠٠٨ .

٣- احمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، *البهيقي* ، 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.

ثالثا: 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، ١٤١٤هـ .
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 ،ط ١، 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* ، ج٦ ، بيروت: دار العلم الاسلامي بدون سنة نشر.
١٠-زين الدين عبد الرحمن بن احمد بن رجب الحنبلي ، *جامع العلوم والحكم* ،ج١ ، ط٧ ، بيروت: مؤسسة الرسالة ، ٢٠٠١ .
١١-سعد الدين التفتازاني ، *المطول على التخصيص*، مصر: المكتبة الازهرية للتراث، ١٣٣٠ هـ .
١٢-سليمان بن خلف بن سعد القرطبي ، *المنتقي* ،ج٤ ط١ ، القاهرة: دار الكتب الاسلامي ١٣٣٢ هـ .
١٣-سليمان بن عمر بن منصور الازهري ، *حاشية الجمل شرح المنهج* ،ج٤ ، بيروت: دار الفكر.
١٤-سليمان ين عمر ين منصور العجيلي ، *فتوحات الوهاب بتوضيح منهج الطلاب* ، بيروت: دار الفكر، يدون طبعه بدون سنة نشر.
١٥-شمس الدين ابي عبدالله محمد بن عبد الله المصري الحنبلي ، *شرح الزركشي على مختصر الخرفي* ، ج٢ ، ط١ ،ج٢ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٢ .
١٦-شمس الدين الشربيني الشافعي ، *مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج* ، ط ١ ،ج٤ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٩٩٤ .
١٧-شمس الدين محمد بن احمد الرملي ، *نهاية المحتاج الى شرح المنهاج* ، ج٦ ، بيروت: دار الفكر، ١٩٨٤.
١٨-شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشافعي ، *اسنى المطالب في شرح روض الطالب* ،ج٤، ط١، بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٩٩٤ .
١٩-شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريفي ، *مغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج* ،ج٣ ، ط١ ، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٤ .
٢٠-عبد الرحمن الجزيري ، *الفقه على المذاهب الاربعة* ، ج ٤، بيروت : دار الكتب العلمية.
٢١-عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي ، *الشرح الكبير على المقنع* ، ج٨، بيروت: دار الكتاب العربي ، ١٩٨٣.
٢٢-عبد الرحمن بن محمد بن عوض الجزيري ، *الفقه على المذاهب الاربعة* ،ط٢، بيروت: دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٣ .
٢٣-عبد العزيز بن احمد البخاري ، *كشف الاسرار شرح احوال البزدري* ، ج٤، بيروت: دار الكتاب العربي ، بدون تاريخ نشر .
٢٤-علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، *بدائع الصنائع في ترتيب الشراع* ،ج٣،ط١، مصر: دار الكتب العلمية، ١٣٢٨هـ.

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*، ج١٠ ط١ ، بيروت: دار الكتاب ، ١٩٩٩.
٢٧- كمال الدين عبد الواحد ابن الهمام ، *فتح القدير على الهداية*،ج٣ ،ط١ ، بيروت: دار الفكر ، ٢٠١٥ .
٢٨- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، *فتح القدير على الهداية* ،ج٤ ، ط١ ، لبنان: دار الفكر ، ١٩١٨.
٢٩- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الاصبحي ، *المدونة الكبرى* ، ج٥ ، ط١ ، بيروت: دار الكتب العالمية ، ١٩٩٤.
٣٠- محمد امين ابن عابدين ، *رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار* ، ج٢، ط٢ ، بيروت: دار الفكر ، ١٩٦٦ .
٣١- محمد بن ابي بكر ابن القيم الجورية ، *زاد المعاد في هدي خير العباد* ،ج٥ ، ط١ ، بيروت: مؤسسة الرسالة ، ١٩٩٦ ، .
٣٢- محمد بن ابي بكر بن ايوب بن القيم الجوزية، *إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان* ، ط٢ ، الرياض: مكتبة فرقد الخاني ، ١٩٨٨ .
٣٣- محمد بن احمد الغزالي الطوسي، *الوسيط في المذهب* ، ط١ ،ج٥ ، القاهرة: دار السلام ، ١٤١٧هـ .
٣٤- محمد بن احمد الفتوحي ابن النجار، *معرفة اولى النهي شرح المنتهى* ،ج٥ ، ط٥، مكة المكرمة: مكتبة الاسدي ، ٢٠٠٨ .
٣٥- محمد بن احمد القرطبي ، *الجامع لأحكام القران* ، ج١١ ، بيروت: دار الفكر والطباعة ، ٢٠١٩ .
٣٦- محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي، *المبسوط* ، ج٦، مصر: مطبعة السعادة ، ٢٠١٦ .
٣٧- محمد بن احمد بن رشيد القرطبي ، *بداية المشتهد ونهاية المقتصد* ، ج٢ ، بيروت: دار الفكر، ٢٠٠٣ .
٣٨- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، *الشرح الكبير*، ج٢ ، ط١ ، بيروت: دار الكتب العلمية، بدون سنة نشر .
٣٩- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، *فتح القدير* ، ط١ ، ج٢ ، دمشق: دار بن كثير ، ١٤١٤ هـ .
٤٠- محمد بن محمد البابرتي ، *العناية شرح الهداية* ، ج٤ ، ط١، مصر: مكتبة مصفى البابي ، ١٩٧٠ .

٤١- محمد بن محمد بن أمير الحاج الحنبلي، *التقرير والتحبير*،ج٢٤ ، ط٢ ، ج ٢٤ ، 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: منشاة 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

سادسا: 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 .