

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

النية في أحد نوعي الطلاق .

فصل : و منها : النية في أحد نوعي الطلاق و هو الكنابية و جملة الكلام في هذا الشرط في موضعين :

أحدهما : في بيان الألفاظ التي يقع بها الطلاق في الشع .

والثاني : في بيان صفة الواقع بها .

أما الأول : فالألفاظ التي يقع بها الطلاق في / الشع نوعان صريح و كناية أما الصريح فهو اللفظ الذي لا يستعمل إلا في حل قيد النكاح و هو لفظ الطلاق أو التطليق مثل قوله أنت طالق أو أنت الطلاق أو طلقتك أو أنت مطلقة مشددا سمي هذا النوع صريحا لأن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشف المعنى عند السامع من قولهم صرح فلان بالأمر أي كشفه و أوضحه . و سمي البناء المشرف صرحا لظهوره على سائر الأبنية و هذه الألفاظ ظاهرة المراد لأنها لا تستعمل إلا في الطلاق عن قيد النكاح فلا يحتاج فيها إلى النية لوقوع الطلاق إذ النية عملها في تعين المبهم و لا إبهام فيها و قال الله تعالى : { فطلقوهن لعدتهن } شرع الطلاق من غير شرط النية و قال سبحانه و تعالى : { الطلاق مرتان } مطلقا و قال سبحانه و تعالى : { فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره } حكم سبحانه و تعالى بزوال الحل مطلقا عن شرط النية .

و روينا : [أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته في حال الحيض أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها] و لم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينو و لو كانت النية شرطا لسؤاله و لا مراجعة إلا بعد وقوع الطلاق فدل على وقوع الطلاق من غير نية .

ولو قال لها : أنت طالق ثم قال : أردت أنها طالق من وثائق لم يصدق في القضاء لما ذكرنا أن ظاهر هذا الكلام الطلاق عن قيد النكاح فلا يصدقه القاضي في صرف الكلام عن ظاهره و كذا لا يسع للمرأة أن تصدقه لأنه خلاف الظاهر و يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه في الجملة و الله تعالى مطلع على قلبه .

ولو قال : أنت طالق .

و قال : أردت أنها طالق من العمل لم يصدق في القضاء و لا فيما بينه وبين الله تعالى لأن هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل فقد نوى ما لا يحتمله لفظه أصلا فلا يصدق أصلا .

و روى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال : أنت طالق و قال : نويت الطلاق من عمل أو قيد يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنها مطلقة من هذين الأمرين حقيقة فقد نوى ما يحتمله حقيقة

كلامه فجائز أن يصدق فيه و لو صرخ فقال أنت طالق من وثائق لم يقع في القضاء لأن المرأة قد توصف بأنها طالق من وثائق و إن لم يكن مستعملا فإذا صرخ به يحمل عليه و إن صرخ فقال : أنت طالق من هذا العمل وقع الطلاق في القضاء لأن هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل لا حقيقة و لا مجازا و لا يقع فيما بينه و بين إله تعالى لأنه يحتمله في الجملة و إن كان خلاف الظاهر .

و على قياس رواية الحسن : ينبغي أن لا يقع أيضا في القضاء و لو قال أنت طالق من امرأة فلان و هي مطلقة فذلك على نيته إلا أن يكون جوابا لمسألة الطلاق لأن لفظة [أ فعل] ليست صريحا في الكلام .

ألا ترى أن من قال لآخر أنت أزني من فلان لم يكن قذفا صريحا حتى لا يجب الحد و معلوم أن صريح القذف يوجب الحد و إذا لم يكن صريحا وقف على النية إلا إذا خرج جوابا لسؤال الطلاق فينصرف إليه بقرينة السؤال و كذا إذا قال لها أنت مطلقة و خف فهذا على نيته لما ذكرنا أن الانطلاق لا يستعمل في قيد النكاح و إنما يستعمل في القيد الحقيقي و الحبس فلم يكن صريحا فوقف على النية .

و روى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لأمرأته كوني طالقا أو اطلقني قال : أرآه واقعا لأن قوله : كوني ليس أمرا حقيقة و إن كانت صيغته صيغة الأمر بل هو عبارة عن إثبات كونها طالقا كما في قوله تعالى : { كن فيكون } أن قوله : كن ليس بأمر حقيقة و إن كانت صيغته صيغة الأمر بل هو كناية عن التكوير و لا تكون طالقا إلا بالطلاق و كذا قوله اطلقني و كذلك إذا قال لأمرأته كوني حررة أو اعتقي .

و لو قال : يا مطلقة وقع عليها الطلاق لأنه وصفها بكونها مطلقة و لا تكون مطلقة إلا بالتطليق فإن قال أردت به الشتم لا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر لأنه نوى فيما هو وصف أن لا يكون وصفا فكان عدولًا عن الظاهر فلا يصدقه القاضي و يصدق فيما بينه و بين إله تعالى لأنه قد يراد بمثله الشتم و لو كان لها زوج قبله فقال : عنيت بذلك الطلاق دين في القضاء لأنه نوى ما يحتمله لفظه لأنه وصفها بكونها مطلقة في نفسها من غير الإضافة إلى نفسه و قد تكون مطلقتها و قد تكون مطلقة / زوجها الأول فالنية صادفت محلها فصدق في .

القضاء و إذا لم يكن لها زوج قبله لا يحتمل أن تكون مطلقة غيره فانصرف الوصف إلى كونها مطلقة له .

و لو قال لها : أنت طالق طالق أو قال : أنت طالق أنت طالق أو قال قد طلقتك قد طلقتك أو قال : أنت طالق قد طلقتك يقع ثنتان إذا كانت المرأة مدخولا بها لأنه ذكر جملتين كل واحدة منها إيقاع تام لكونه مبتدأ و خبرا و المحل قابل للوقوع .

و لو قال : عنيت بالثاني بالإخبار عن الأول لم يصدق في القضاء لأن هذه الألفاظ في عرف

اللغة و الشرع تستعمل في إنشاء الطلاق فصرفها إلى الإخبار يكون عدولًا عن الظاهر فلا يصدق في الحكم المدعي و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لأن صيغتها صيغة الإخبار .

و لو قال لامرأته : أنت طالق فقال له رجل ما قلت ؟ فقال : طلقتها أو قال : قلت : هي طالق فهي واحدة في القضاء لأن كلامه انصرف إلى الإخبار بقرينة الاستخبار .

و أما الطلاق بالفارسية فقد روى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه قال في فارسي قال لامرأته [بهشتم ان زن] أو قال : [إن زن بهشتم] أو قال : [بهشت] لا يكون ذلك طلاقاً إلَّا أن ينوي به الطلاق لأن معنى هذا اللفظ بالعربية خليط و قوله : خليت من كنایات الطلاق بالعربية فكذا هذا اللفظ إلا أن أبي حنيفة فرق بين اللفظين من وجهين :

أحدهما : أنه قال : إذا نوى الطلاق بقوله : خليت يقع بائنا و إذا نوى الطلاق بهذه اللفظة يقع رجعياً لأن هذا اللفظ يحتمل أن يكون صريحاً في لغتهم و يحتمل أن يكون كنایة فلا تثبت البينونة بالشك .

و الثاني : قال إن قوله : خليت في حال الغضب و في حال مذكرة الطلاق يكون طلاقاً حتى لا يدين في قوله إنه ما أراد به الطلاق و هذا اللفظ في هاتين الحالتين لا يكون طلاقاً حتى لو قال ما أردت به الطلاق يدين في القضاء لأن هذا اللفظ أقيم مقام التخلية فكان أضعف من التخلية فلا تعمل فيه دلالة الحال و لم يفرق بينهما فيما سوى ذلك حتى قال إن نوى بائنا يكون بائنا و إن نوى ثلاثة يكون ثلاثة كما لو قال : خليت و نوى البائين أو الثالث و لو نوى ثنتين يكون واحدة كما في قوله : خليت إلا أن هنها يكون واحدة يملك الرجعة بخلاف لفظة التخلية لما بينا .

و قال أبي يوسف : إذا قال : [بهشتم ان زن] أو قال : [ان زن بهشت] فهي طالق نوى الطلاق أو لو ينزو تكون تطليقة رجعية لأن أبي يوسف خالط العجم و دخل [جرجان] فعرف أن هذا اللفظ في لغتهم صريح قال : و إن قال : [بهشت] و لم يقل : [إن زن] فإن قال ذلك في حال سؤال الطلاق أو في حال الغضب فهي واحدة يملك الرجعة و لا يدين أنه ما أراد به الطلاق في القضاء .

و إن قال في غير حال الغضب و مذكرة الطلاق يدين في القضاء لأن معنى قولهم بهشتم خليت و ليس في قوله : خليت إضافة إلى النكاح و لا إلى الزوجة فلا يحمل على الطلاق إلا بقرينة نية أو بدلالة حال و حال الغضب و مذكرة الطلاق دليل إرادة الطلاق ظاهراً فلا يصدق في الصرف عن الظاهر قال و إن نوى بائنا فبائن و إن نوى ثلاثة فثلاث لأن هذا اللفظ و إن كان صريحاً في الفارسية فمعناه التخلية في العربية فكان محتملاً للبينونة و الثلاث كلفظة التخلية فجار أن يحمل عليه بالنسبة .

و قال محمد في قوله : [بهشتم ان زن] أو [ان زن بهشت] أن هذا صريح الطلاق كما قال

أبو يوسف و قال في قوله : [بهشتم] أنه إن كان في حال مذكرة الطلاق فكذلك و لا يدين أنه ما أراد به الطلاق و إن لم يكن في حال مذكرة الطلاق يدين سواء كان في حال الغضب أو الرضا لأن معنى هذا اللفظ بالعربية أنت مخلة أو قد خلتيك .

و قال زفر : إذا قال : [بهشتم] و نوى الطلاق بائنا أو غير بائنا فهو بائنا و إن نوى ثلاثة فثلاث و إن نوى اثنتين فاثنتان و أجرى هذه اللحظة مجرى قوله : خلية و لو قال : خلية و نوى الطلاق فهي واحدة بائنة نوى البينونة أو لم ينوه وإن نوى ثلاثة يكون ثلاثة و إن نوى اثنتين يكون اثنتين على أصله فكذا هذا ما نقل عن أصحابنا في الطلاق بالفارسية .

و الأصل الذي عليه الفتوى في زماننا هذا في الطلاق بالفارسية أنه إن كان فيها لفظ لا يستعمل إلا في الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية إذا أضيف إلى المرأة مثل / أن يقول في عرف ديارنا دها كنم أو في عرف خراسان و العراق بهشتم لأن الصريح لا يختلف باختلاف اللغات و ما كان في الفارسية من الألفاظ ما يستعمل في الطلاق و في غيره فهو من كنایات الفارسية فيكون حكم حكم كنایات العربية في جميع الأحكام و إعلم . و لو قال لامرأته أنت طالق و نوى به الإبانة فقد لغت نيتها لأن نوى تغيير الشع لأن الشرع أثبت البينونة بهذا اللفظ مؤجلا إلى ما بعد انقضاء العدة فإذا نوى أبانتها للحال معجل فقد نوى تغيير الشع و ليس له هذه الولاية فيبطلت نيتها و إن نوى ثلاثة لغت نيتها أيضا في ظاهر الرواية .

و روي عن أبي حنيفة أنه تصح نيتها و بهأخذ الشافعي .

وجه هذه الرواية أن قوله : طالق مشتق من الطلاق كالضارب و نحوه فيدل على ثبوط مأخذ الاشتقاد و هو الطلاق كسائر الألفاظ المشتقة من المعاني ألا ترى أنه لا يتصور الضارب بلا ضرب و القاتل بلا قتل فلا يتصور الطلاق بلا طلاق فكان الطلاق بائنا فصحت نية الثلاث منه كما لو نص على الطلاق فقال أنت طالق طلاقا و كما لو قال : أنت بائنا و نوى الثلاث أنه تصح نية الثلاث لما قلنا كذا هذا .

وجه ظاهر الرواية قوله عز و جل : { و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكونهن بمعرف أو سرحون } أثبت الرجعة حال قيام العدة للمطلق مطلقا من غير فصل بين ما نوى الثلاث أو لم ينوه فوجب القول بثبوط حق الرجعة عند مطلق التطليق إلا بما قيد بدليل و لأنه نوى ما يحتمله لفظه فلا تصح نيتها كما إذا قال لها اسقيني و نوى به الطلاق و دلالة الوصف أنه نوى الثلاث و قوله : طالق لا يحتمل الثلاث لوجهين :

أحدهما : إن طالق اسم للذات و ذاتها واحد و الواحد لا يحتمل العدد إلا أن الطلاق ثبت مقتضى الطلاق ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا لأن الطلاق بدون الطلاق لا يتصور كالضارب

بدون الضرب و هذا المقتضى غير متنوع في نفسه فكان عدما فيما وراء صحة التسمية و ذلك على الأصل المعهود في الثابت ضرورة أنه يتقدر بقدر الضرورة و لا ضرورة في قبول نية الثالث فلا يثبت فيه بخلاف ما إذا قال لها أنت طالق طلاقا لأن الطلاق هناك منصوص عليه فكان ثابتا من جميع الوجوه فيثبت في حق قبول النية و بخلاف قوله : أنت بائن لأن البائن مقتضاها البينونة و إنها متنوعة إلى غليظة و خفيفة فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك لتنوع محل الاستيقاظ و هو البينونة كاسم الجالس يقال : جلس أي قعد و جلس أي أتى نجد فكان الجالس من الأسماء المشتركة لتنوع محل الاستيقاظ و هو الجلوس فكذا البائن و الاسم المشترك لا يتعين المراد منه إلا بمعين فإذا نوى الثالث فقد عين إحدى نوعي البينونة فصحت نيته و إذا لم يكن له لا يقع شيء لانعدام المعين بخلاف قوله طالق لأنه مأخوذ من الطلاق و الطلاق في نفسه لا يتنوع لأنه رفع القيد و القيد نوع واحد .

و الثاني : إن سلمنا أن الطلاق صار مذكورا على الإطلاق لكنه في اللغة و الشع عبارة عن رفع قيد النكاح و القيد في نكاح واحد فيكون الطلاق واحد فيكون الطلاق واحدا ضرورة فإذا نوى الثالث فقد نوى العدد فيما لا عدد له فبطلت نيته فكان ينبغي أن لا يقع الثالث أصلا لأن وقوعه ثبت شرعا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشع .

و لو قال : أنت طالق طلاقا فإن لم تكن نية فهي واحدة و إن نوى ثلثا كذا ذكر في الأصل و في الجامع الصغير عن أبي حنيفة أنه لا يكون إلا واحدة وجه هذه الرواية أنه ذكر المصدر للتأكد لما ذكرنا أن قوله : طالق فيقتضي الطلاق فكان قوله : طلاقا تنصيصا على المصدر الذي اقتضاه الطلاق فكان تأكيدا كما يقال قمت قياما و أكلت أكلا فلا يفيد إلا ما أفاده المؤكد وهو قوله طالق فلا يقع إلا واحدة كما لو قال أنت طالق و نوى به الثالث .

وجه ظاهر الروايات : أن قوله : طالقا مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق لأن المصدر يقع على الواحد و يحتمل الكل قال الله تعالى : { لا تدعوا اليوم ثبورا واحدا و ادعوا ثبورا كثيرا } وصف الثبور الذي هو مصدر بالكثرة و الثالث في عقد واحد كل جنس الطلاق فإذا نوى الثالث فقد نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته و إذا لم يكن له نية يحمل على الواحد لأنه / متيقن وقد خرج الجواب بما سبق لأن الكلام إنما يحمل على التأكيد إذا لم يمكن حمله على فائدة جديدة و ه هنا أمكن على ما بينا .

و لو نوى اثنين لا على التقسيم في قوله : طالق طلاقا لا تصح نيته لأن لفظ المصدر واحد فلا بد من تحقيق معنى التوحيد فيه ثم الشيء قد يكون واحدا من حيث الذات و هو أن يكون ذاته واحدا من النوع كزيرد من الإنسان و قد يكون واحدا من حيث النوع كالإنسان من الحيوان و لا توجد في الاثنين لا من حيث الذات و لا من حيث النوع فكان عددا محضا فلا يحتمله لفظة الواحد بخلاف الثالث فإنه واحد من حيث الجنس لأنه كل جنس ما يملكه من الطلاق في هذا النكاح

و كل جنس من الأفعال يكون جنسا واحدا .

ألا ترى أنك متى عدلت الأجناس تعد جنسا واحدا من الأجناس كالضرب يكون جنسا واحدا من سائر أجناس الفعل و كذا الأكل و الشرب و نحو ذلك و لو نوى ثنتين على التقسيم تصح نيته لما ذكر .

و لو قال : أنت الطلاق و نوى الثلث صحت نيته لأن الفعل قد يذكر بمعنى المفعول يقال هذا الدرهم ضرب الأمير أي مضربيه و هذا علم أبي حنيفة أي معلومة فلو حملناه على المصدر للغة كلامه ولو حملناه على معنى المفعول لصح فكان الحمل عليه أولى و صحت نية الثلث لأن النية تتبع المذكور و المذكور يلازم الجنس .

و لو قال لها : أنت طلاق بدون ألف و اللام ذكر الطحاوي أنه لا يكون إلا واحدة و إن نوى الثلث و فرق بينه و بين قوله أنت الطلاق .

و ذكر الجصاص : أن هذا الفرق لا يعرف له وجه إلا الرواية التي روي عن أبي حنيفة في قوله : أنت طلاق طلاقا أنه لا يكون إلا واحدة و إن واحدة و إن نوى الثلث فأما على الرواية المشهورة في التسوية بين قوله أنت طلاق الطلاق و بين قوله أنت طلاق طلاقا فلا يتبيّن وجه الفرق بين قوله أنت طلاق و بين قوله أنت الطلاق .

و حكى أن الكسائي سأل محمد بن الحسن عن قول الشاعر :

(فإن ترافي يا هند فالفرق أيمن ... و إن تحرقي يا هند فالخرق أشأم) .

(فأنت طلاق و الطلاق عزيمة ... ثلاثا و من يخرق أعق و أظلم) .

فقال محمد إن قال : و الطلاق عزيمة ثلاث طلقت واحدة بقوله : أنت طلاق و صار قوله : و الطلاق عزيمة ثلاث ابتداء و خبرا غير متعلق بالأول و إن قال : و الطلاق عزيمة ثلاثا طلقت ثلاثا كأنه قال أنت طلاق ثلاثا و الطلاق عزيمة لأن الثلث هي في الحال تفسير الموضع فاستحسن الكسائي جوابه و كذا لو قال أنت طلاق الطلاق و نوى الثلث لأنه ذكر المصدر و عرفه بلام التعريف فيستغرق كل جنس المشروع من الطلاق في هذا الملك و هو الثلث فإذا نوى الثلث فقد نوى حقيقة كلامه فصحت نيته إلا أن عند الإطلاق لا ينصرف إليه لقرينة تمنع من التصرف إليه على ما ذكره .

و لو نوى ثنتين لا على التقسيم لا تصح نيته لما ذكرنا أن الطلاق مصدر و المصدر صيغته صيغة واحدة فكان تحقيق معنى التوحيد فيه لازمنا و الاثنين عدد محسن لا توجد فيه بوجه فلا يحتمله اللفظ الموضوع للتوحيد و إنما احتمل الثلث من حيث التوحيد لأنه كل جنس ما يملكه من الطلاق في هذا الملك وكل الجنس جنس واحد بالإضافة إلى غيره من الأجناس و أمكن تحقيق معنى التوحيد فيه و إن لم يكن له نية لا يقع إلا واحدة لأنه و إن عرف المصدر بلام التعريف الموضوعة لاستغراق الجنس لكنه انصرف إلى الواحد بدلاله الحال لأن إيقاع الثلث جملة محظوظ

و الظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب المحظور فانصرف إلى الواحد بغيرينة و صار هذا كما إذا حلف لا يشرب الماء أو لا يتزوج النساء أو لا يكلم بنى آدم أنه إن نوى كل جنس من هذه الأجناس صحت نيته و إن لم يكن له نية ينصرف إلى الواحد من كل جنس لدلالة الحال كذا هذا .

ولو قال : أردت بقولي : أنت طالق واحدة و بقولي الطلاق أو طلاقا أخرى صدق لأنه ذكر لفظين كل واحد منهما يصلح إيقاعا تاما ألا ترى أنه إذا قال لها أنت طالق يقع الطلاق و لو قال : أنت الطلاق أو طلاق يقع أيضا فإذا أراد بذلك صار كأنه قال لها أنت طالق و طالق .

ولو قال لامرأته : طلقي نفسك و نوى به الثلاث صحت نيته حتى لو قالت : طلقت نفسي ثلاثة كان ثلاثة لأن المصدر يصير مذكورا في الأمر لأن معناه حصلني طلاقا و المصدر يقع على الواحد و يحتمل الكل فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله / لفظه و إن لم يكن له نية ينصرف إلى الواحد لكونه متيقنا و إن نوى شنتين لا يصح لأنه عدد مخصوص فكان معنى التوحد فيه منعدما أصلا و رأسا فلا يحتمله صيغة واحدة .

ولو طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة ثم قال لها قبل انقضاء العدة قد جعلت تلك التطليقة التي أوقعتها عليك ثلاثة أو قال قد جعلتها بائنا اختلف أصحابنا الثلاثة فيه .

قال أبو حنيفة : يكون ثلاثة و يكون بائنا و قال محمد : لا يكون ثلاثة و لا بائنا .

و قال أبو يوسف : يكون بائنا و لا يكون ثلاثة .

وجه قول محمد : أن الطلاق بعد وقوعه شرعا بصفة لا يحتمل التغيير عن تلك الصفة لأن تغييره يكون تغيير الشع و العبد لا يملك ذلك ألا ترى أنه لو طلقها ثلاثة فجعلها واحدة لا تصير واحدة و كذا لو طلقها تطليقة بائنة فجعلها رجعية لا تصير رجعية لما قلنا كذا هذا .

وجه قول أبي يوسف : أن التطليقة الرجعية يحتمل أن يلحقها البينونة في الجملة ألا يرى أنه لو تركها حتى انقضت عدتها تصير بائنة فجاز تعجيل البينونة فيها أيضا فأما الواحدة فلا يحتمل أن تصير ثلاثة أبدا فلغا قوله جعلتها ثلاثة و لأبي حنيفة : أنه يملك إيقاع هذه التطليقة بائنة من الابتداء فيملك إلحاقها بالبائنة لأنه يملك إنشاء الإبارة في هذه الجملة كما كان يملكها في الابتداء و معنى جعل الواحدة ثلاثة أنه الحق بها تطليقتين آخرين لا أنه جعل الواحد ثلاثة