

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

ما يرجع إلى المرأة - القسم الثاني .

و على هذا يخرج الإيلاء بأن قال لامرأته الحرة : و إِنْ لَكَ أَقْرِبَكَ أَرْبَعَةً أَشْهُرٍ فَمَضِتِ الْمَدَةُ وَ لَمْ يَقْرِبْهَا أَنْهُ يَقْعُدْ طَلْقَةً بِأَئْنَةٍ لِأَنَّ الْإِيَلَاءَ فِي الشَّعْرِ جَعَلَ تَعْلِيقَ الطَّلاقِ بِشَرْطِ دُمَيْهِ إِلَيْهَا فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَهُوَ الْمَعْنَى بِالْتَّعْلِيقِ الْحَكْمِيِّ لِأَنَّ الشَّعْرَ جَعَلَ الْإِيَلَاءَ فِي حَقِّ أَحَدِ الْحَكَمَيْنِ وَهُوَ الْبَرُّ تَعْلِيقَ الطَّلاقِ بِشَرْطِ الْبَرِّ فِي الْمَدَةِ كَأَنَّهُ قَالَ لَهَا : إِنْ لَمْ أَقْرِبَكَ أَرْبَعَةً أَشْهُرٍ فَأَنْتِ طَالِقَةٌ بِأَئْنَ قَالَ إِنَّمَا تَعْلِيَّ : { وَ إِنْ عَزَّمُوا الطَّلاقَ إِنَّمَا سَمِيعُ عَلِيهِمْ } فَإِذَا مَضَتِ الْمَدَةُ وَالْمَرْأَةُ فِي مُلْكِهِ أَوْ فِي الْعُدَدِ يَقْعُدْ وَإِلَّا فَلَا كَمَا فِي التَّعْلِيقِ الْحَكْمِيِّ عَلَى مَا ذُكِرَنَا وَلَهُ حُكْمُ آخَرٍ وَهُوَ الْحَنْثُ عِنْدَ الْقَرْبَانِ وَسَنَذْكُرُهُ بِحُكْمِهِ فِي مَوْضِعِهِ .

وَأَمَّا التَّعْلِيقُ بِالْمَلْكِ فَنَحْوُ أَنْ يَقُولَ لِأَجْنبِيَّةَ : إِنْ تَزَوَّجْتَكَ فَأَنْتِ طَالِقَةٌ وَإِنْهُ صَحِيحٌ عِنْدَ أَصْحَابِنَا حَتَّى لو تَزَوَّجَهَا وَقَعَ الطَّلاقُ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَصِحُّ وَلَا يَقْعُدُ الطَّلاقُ .

وَاحْتَاجُ بِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : [لَا طَلاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ] وَالْمَرَادُ مِنْهُ التَّعْلِيقُ لِأَنَّ التَّنْجِيزَ مَا لَا يُشَكِّلُ وَلِأَنَّ قَوْلَهُ أَنْتِ طَالِقَةٌ فِي التَّعْلِيقِ بِالْمَلْكِ تَطْلِيقٌ بِدَلِيلٍ أَنَّ الطَّلاقَ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ يَقْعُدُ بِهِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ كَلَامٌ آخَرُ سَوَاءٌ فَكَانَ الْكَلَامُ السَّابِقُ تَطْلِيقًا إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُثْبِتْ الْحُكْمَ لِلْحَالِ لِلْمَانِعِ وَهُوَ دُمَيْهُ وَالتَّصْرِيفُ لَا يَنْعَدِدُ تَطْلِيقًا إِلَّا فِي الْمَلْكِ وَلَا مُلْكَ هَهُنَا فَلَا يَنْعَدِدُ .

وَلَنَا : أَنْ قَوْلَهُ أَنْتِ طَالِقَةٌ لَيْسَ تَطْلِيقًا لِلْحَالِ بَلْ هُوَ تَطْلِيقٌ عِنْدَ الشَّرْطِ عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ عَلِمَ عَلَى الْأَنْطَلَاقِ عِنْدَ الشَّرْطِ فَيَسْتَدِعِي قِيَامَ الْمَلْكِ عِنْدَهُ لَا فِي الْحَالِ وَالْمَلْكُ مَوْجُودٌ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ لِأَنَّ الطَّلاقَ يَقْعُدُ بَعْدِ وُجُودِ الشَّرْطِ .

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَنَقُولُ بِمَوْجِهِ أَنَّ لَا طَلاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ وَهَذَا طَلاقٌ بِغَيْرِ النِّكَاحِ لِأَنَّ الْمُتَصْرِفَ جَعَلَهُ طَلاقًا بَعْدَ النِّكَاحِ عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ جَعَلَهُ عَلَمًا عَلَى الْأَنْطَلَاقِ بَعْدَ النِّكَاحِ لَا أَنْ يَجْعَلَ مِنْشَأَهُ لِلْطَّلاقِ بَعْدَ النِّكَاحِ أَوْ يَبْقَى الْكَلَامُ السَّابِقُ إِلَى وَقْتِ وُجُودِ النِّكَاحِ لِأَنَّ النِّكَاحَ مَحَالٌ وَالْأُولُ خَلَفُ الْحَقِيقَةِ وَإِضَافَةُ الطَّلاقِ إِلَى الشَّعْرِ لَا إِلَى الزَّوْجِ وَقِيلُ فِي الْجَوَابِ عَنِ التَّعْلِيقِ بِالْحَدِيثِ إِنَّهُ لَيْسَ بِطَلاقٍ بَلْ هُوَ يَمِينٌ وَتَعْلِيقُ الطَّلاقِ بِالْشَّرْطِ .

وَقَوْلَهُ : التَّنْجِيزُ لَا يُشَكِّلُ مُسْلِمًا بَعْدَ وَرُودِ الْحَدِيثِ فَأَمَّا قَبْلَهُ فَقَدْ كَانَ مَشْكُلاً فَإِنَّهُ رُوِيَ أَنَّ فِي الْجَاهِلِيَّةِ كَانَ الرَّجُلُ يَطْلُقُ أَجْنبِيَّةً وَيَعْتَقِدُ حِرْمَتَهَا فَأَبْطَلَ الْحَدِيثُ ذَلِكَ وَالْجَوَابُ الْأُولُ أَحْقَ وَأَدْقَ وَإِنَّهُ الْمَوْفَقُ .

وَعَلَى هَذَا الْخَلَافِ إِذَا قَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقَةٌ فَتَزُوَّجُ امْرَأَةً طَلَقْتُ عِنْدَنَا وَلَوْ تَزُوَّجَ

تلك المرأة ثانيا لا تطلق و كذا هذا في قوله إن تزوجتك لأنه ليس في لفظه ما يوجب التكرار

و لو قال لأجنبية كلما تزوجتك فأنت طالق طلقت في كل مرة يتزوجها لأن كلمة كل دخلت على العين و كلمة كلما دخلت على الفعل و لو تزوجها ثلاث مرات و طلقت في كل مرة و تزوجت بزوج آخر و عادت إلى الأول فتزوجها طلقت بخلاف ما إذا قال لمنكوهة كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلت ثلاث مرات و طلقت في كل مرة ثم تزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الأول فدخلت إنها لا تطلق عندنا خلافا لزفر لأن المعلق هناك طلقات الملك القائم المبطلة للحال القائم و قد بطل ذلك بالثلاث و لم توجد الإضافة إلى سبب ملك حادث و حل مستأنف فلم يتعلق ما يملك به من الطلقات و ه هنا قد علق الطلاق بسبب الملك و أنه صحيح عندنا فيصير عند كل تزوج يوجد منه لامرأة قائلة لها أنت طالق سواء كانت هذه التي تكرر عليها طلاقها أو غيرها من النساء

و على هذا الخلاف الظهار والإيلاء فإن قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي أو قال و أنا لا أقربك و أنا أعلم .

و لو قال لامرأته : أنت طالق إن كانت السماء فوقنا أو قال أنت طالق إن كان هذا نهارا أو إن كان هذا ليلا و هما في الليل أو في النهار يقع الطلاق للحال لأن هذا تحقيق و ليس بتعليق بشرط إذ الشرط ما يكون معذوما على خطر الوجود و هذا موجود .

و لو قال : إن دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق لا يقع الطلاق لأن غرضه منه تحقيق النفي حيث علقه بأمر محال .

و أما الإضافة إلى الوقت فالزوج لا يخلو إما إن أضاف الطلاق إلى zaman الماضي و إما إن أضافه إلى zaman المستقبل فإن أضافه إلى zaman الماضي ينظر إن لم تكن المرأة في ملكه في ذلك الوقت لا يقع الطلاق و إن كانت في ملكه يقع الطلاق للحال و تلغى الإضافة بيانه ما إذا قال لامرأته أنت طالق قبل أن أتزوجك لا يقع الطلاق لأن تصحيح كلامه بطريق الإخبار ممكن لأن المخبر به على ما أخبر و لا يمكن تصحيحة بطريق الإنشاء إلا بإبطال الإسناد إلى الماضي فكان التصحيح بطريق الإخبار .

و لو قال لها أنت طالق أمس فإن كان تزوجها اليوم لا يقع لما قلنا و إن كان تزوجها أول من أمس يقع الساعة لأنه حينئذ تعذر تصحيحة بطريق الإخبار لأنعدام المخبر به فيكون كذبا فيصحح بطريق الإنشاء ثم تعذر تصحيحة إنشاء الإضافة لأن إسناد الطلاق الموجود للحال إلى zaman الماضي محال فبطلت الإضافة و اقتصر الإنشاء على الحال فيقع الطلاق للحال .

و لو قال لأجنبية : أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوجك ثم تزوجها وقع الطلاق لأنه أوقع الطلاق بعد التزوج ثم أضاف الواقع إلى ما قبل التزوج فوق الطلاق و لغت الإضافة .

و كذلك إذا قال : أنت طالق قبل أن أتزوجك إذا تزوجتك فتزوجها يقع الطلاق و يلغى قوله قبل أن أتزوجك و لو قدم ذكر التزويج فقال إذا تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك أو قبل ذلك ثم تزوجها يقع الطلاق عند أبي يوسف و عند محمد : لا يقع .

و جه قول محمد : أن المعلق بالشرط يصير كالمنجز عند وجود الشرط فيصير قائلاً عند التزويج أنت طالق قبل أن أتزوجك و لو نص على ذلك لا يقع كذا هذا .

وجه قول أبي يوسف : أنه أوقع الطلاق بعد التزويج ثم أضاف الواقع إلى زمان ما قبل التزويج فتلغو الإضافة و يبقى الواقع على حاله و إله عز وجل أعلم .

ولو أضاف الزوج الطلاق إلى ما يستقبل من الزمان فإن أضافه إلى زمان لا ملك له في ذلك الزمان قطعاً لم يصح كما لو قال لها أنت طالق بعد موتي و كذا إذا قال لها أنت طالق مع موتي أو مع موتك لأن معناه بعد موتي أو بعد موتك لأن الطلاق معلق بوجود الموت فصار الموت شرطاً إذ الجزاء يعقب الشرط فكان هذا إيقاع الطلاق بعد الموت و لا ملك بعد الموت فبطل .

ولو قال لامرأته و هي أمة : أنت طالق اثنين مع عتق مولاك فأعتقها مولاها فإن زوجها يملك الرجعة لأن تعلق طلاقها بعتق مولاها فصار عتق مولاها شرطاً لوقوع الطلاق فيقع بعد تمام الشرط و هي حرة في ذلك الوقت .

ولو قال لها : إذا جاءك غد فأنت حرة فجاءك غد طلقت اثنين و لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره في قول أبي حنيفة و أبي يوسف و قال محمد : هذا و الأول سواء يملك الرجعة و لا خلاف في أن عدتها ثلاثة حيسن .

وجه قول محمد : أنه علق الطلاق و العتق بمجيء الغد فكان حال وقوع الطلاق و العتق واحداً و هو حال مجيء الغد فيقعان معاً و العتق حال وقوعه يكون واقعاً لأن الشيء حال وجوده يكون موجوداً و الشيء في حال قيامه يكون قائماً و في حال سواه يكون أسود فالطلقات يصادفها و هي حرة فلا تثبت الحرمة الغليظة و لهذا كانت عدتها ثلاثة حيسن و لهذا لم تثبت الحرمة الغليظة في المسألة الأولى كذا هذا .

وجه قولهما : أن الطلاق و العتق لما علقاً بمجيء الغد وقعاً معاً ثم العتق يصادفها و هي أمة و كذا الطلاق فيثبت الحرمة الغليظة بثنتين بخلاف المسألة الأولى لأن ثمة تعلق الطلاق بالعتق فيقع بعد ثبوت العتق ضرورة على ما بينا بخلاف العدة فإن وجوب العدة يتبع الطلاق لأن الطلاق يصادفها و هي منكوبة و لا عدة على المنكوبة فلا يكون وجوبها مقارناً لوقوع الطلاق فكان عقيب الطلاق ضرورة و هي حرة في تلك الحالة وكانت عدتها عدة الحرائر و إله عز وجل أعلم .

إإن قال لامرأته : أنت طالق غداً أو رأس شهر كذا أو في غد صح لوجود الملك وقت الإضافة و الظاهر بقاوئه إلى وقت المضاد إليه فصحت الإضافة ثم إذا جاءك غد أو رأس الشهر فإن كانت

المرأة في ملكه أو في العدة أو في أول جزء من الغد والشهر يقع الطلاق و إلا فلا كما في التعليق .

و على هذا يخرج ما إذا قال لامرأته أنت طالق متى لم أطلقك و سكت إنها طلقت لأن متى للوقت فقد أضاف الطلاق إلى وقت لا يطلقها فيه فكما فرغ من هذه الألفاظ و سكت وجد هذا الوقت فيقع الطلاق و كذا إذا قال لها أنت طالق ما لم أطلقك لأن معنى قوله ما لم أطلقك أي في الوقت الذي لا أطلقك يقال في العرف ما دمت تفعل كذا أفعل كذا أي في الوقت الذي تفعل و قال الله تعالى خبرا عن عيسى عليه الصلاة والسلام { و أوصاني بالصلة والزكاة ما دمت حيا } أي وقت حياتي فيصير كأنه قال : أنت طالق في الوقت الذي لا أطلقك فكما فرغ و سكت تتحقق الوقت فيقع الطلاق .

و لو قال ذلك يطلقها موصولا بأن قال لها أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق و ذكر العبارتين الآخريتين فهي طالق هذه التطليقة دون التطليقة المضافة إلى زمان لا يطلقها فيه عند أصحابنا الثلاثة و كذا لو قال لها أنت طالق ثلاثة ما لم أطلقك أنت طالق تقع هذه الطلقة لا غير عندنا و عند زفر يقع ثلاث تطليقات . وجه قوله : أنه أضاف الطلاق إلى وقت لا طلاق فيه و كما فرغ من قوله ما لم أطلقك قبل قوله طالق وجد ذلك الوقت فيقع المضاف .

ولنا : أن المضاف إليه وقت حال عن الطلاق و لما قال أنت طالق موصولا بالكلام الأول فلم يوجد وقت حال عن الطلاق لأن قوله أنت طالق بجملته طلاق لأنه كلام واحد لكونه مبتدأ و خبرا فلم يوجد بين الكلامين وقت لا طلاق فيه فلا يقع الطلاق المضاف لانعدام المضاف إليه و الله عز وجل أعلم .

و لو قال : أنت طالق غدا و قال عننت آخر النهار لم يصدق في القضاء بالإجماع و يصدق فيما بيته و بين الله تعالى و لو قال أنت طالق في غد و قال عننت في آخر النهار يصدق في القضاء في قول أبي حنيفة و قال أبو يوسف و محمد لا يصدق في القضاء و إنما يصدق فيما بيته و بين الله تعالى لا غير و إن لم يكن له نية يقع في أول جزء من الغد بلا خلاف .

وجه قولهما : أن الغد اسم زمان و الزمان إذا قرن بالفعل يصير ظرفا له سواء قرن به حرف الظرف و هو حرف في أو لم يقرن به فإن قول القائل كتبت في يوم الجمعة و يوم الجمعة سواء فكان ذكر حرف الظرف و السكوت عنه بمنزلة واحدة و لو لم يذكر .

و لو قال : أنت طالق غدا و قال عننت آخر النهار لم يصدق في القضاء و لهذا لو لم يكن له نية يقع في أول جزء من الغد و لأبي حنيفة أن ما كان من الزمان ظرفا للفعل حقيقة و هو أن يكون كله ظرفا له يذكر بدون حرف الظرف و ما كان منه ظرفا له مجازا و هو أن يكون بعضه ظرفا ظرفا له يذكر مع حروف الظرف فلما قال أنت طالق غدا بدون حرف الظرف فقد جعل الغد

كله طرفا للطلاق حقيقة وإنما يكون كله طرفا للطلاق حقيقة إذا وقع الطلاق في أول جزء منه فإذا وقع في أول جزء منه يبقى حكماً وقد ي تكون جميع الغد طرفا له بعده حقيقة وبعده تقديراً أما إذا وقع الطلاق في آخر النهار لا يكون كل الغد طرفا له بل يكون طرف الطرف فإذا قال عنيت آخر النهار فقد أراد العدول من الظاهر فيما يتهم فيه بالكذب فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه ولما قال أنت طالق في غد فلم يجعل الغد كلمة طرف للطلاق حقيقة بل جعله طرف الطرف وبين أن الطرف الحقيقي للطلاق هو جزء من الغد وذلك غير معين فكان التعين إليه فإذا قال عنيت آخر النهار فقد عين فيصدق في التعين لأنه نوى حقيقة كلامه ونظيره ما إذا قال إن صمت في الدهر فعدي حر فصام ساعة يحيث .

ولو قال : إن صمت الدهر لا يحيث إلا بصوم الأبد بالإجماع لما قلنا كذا هذا إلا أنه إذا لم ينوه شيئاً يقع الطلاق في أول جزء من الغد لأن الأجزاء قد تعارضت فترجح الأول منها احتياطاً لثبت الاستحقاق له من وجه الاحتمال أنه ذكر حرف الطرف لتأكيد طرفية الغد لا لبيان أنه طرف الطرف فترجح الجزء الأول على سائر الأجزاء عند استواء الكل في الجواز بثبوت الاستحقاق من وجه فيقع في الجزء الأول وقد خرج الجواب عن قولهما إن دخول حرف الطرف في الغد وعدم الدخول سواء لأننا قد بينا أنهما يستويان و الله عز وجل أعلم .

ولو قال لأمرأته : أنت طالق اليوم وغداً يقع الطلاق في اليوم لأنه جعل الوقتين جميعاً طرفاً لكونها طالقاً ولن يكون الوقتان جميعاً طرفاً إلا عند الواقع في أولهما لأنه لو تأخر الواقع إلى الغد كان الطرف أحدهما .

ولو قال : أنت طالق اليوم غداً أو غداً اليوم بأول الوقتين الذي تفوته به لأنه في الأول أوقع الطلاق في اليوم ووصف اليوم بأنه غد وهو محال فلغاً قوله غداً وبقي قوله اليوم فيقع الطلاق في اليوم وفي الثاني أضاف الطلاق إلى الغد ووصف الغد بأنه اليوم وهو محال فلغاً قوله اليوم وبقي قوله غداً فيقع الطلاق في غد .

ولو قال لها : أنت طالق متى شئت أو متى ما شئت أو إذا ما شئت أو كلما شئت لا يقع الطلاق ما لم تشاً فإذا شاعت وقع لأنه أضاف الطلاق إلى وقت مشيئتها ووقت مشيئتها هو الزمان الذي توجد فيه مشيئتها فإذا شاعت فقد وجد ذلك الزمان فيقع ولا يقتصر هذا على المجلس بخلاف قوله إن شئت و ما يجري مجرى لأن هذا إضافة وذا تمليك لما نبين في موضعه . وعلى هذا الأصل يخرج الطلاق في العدة وجملة الكلام فيه أن المرأة لا تخلو إما إن كانت معتمدة من طلاق رجعي أو بائن أو خلع فإن كانت معتمدة من طلاق رجعي يقع الطلاق عليها سواء كان صريحاً أو كناية لقيام الملك من كل وجه لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولهذا يصح طهاره و إيلاؤه و يثبت اللعن بينهما و هذه الأحكام لا تصح إلا في الملك وإن كانت معتمدة

من طلاق بائن أو خلع و هي المبارة أو المختلعة فيلحقها صريح الطلاق عند أصحابنا و قال الشافعي لا يلحقها .

ووجه قوله : أن الطلاق تصرف في الملك بالإزالة و الملك قد زال بالخلع والإبارة و إزالة الزائل محال و لهذا لم يصح الخلع والإبارة .

ولنا : ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : [المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة] و هذا نص في الباب و لأنها بالخلع والإبارة لم تخرج من أن تكون محلا للطلاق لأن حكم الطلاق إن كان ما ينبغي عنه اللفظ لغة و هو الانطلاق و التخلي و زوال القيد فهي محل لذلك لأنها مقيدة في حال العدة لأنها ممنوعة عن الخروج و البروز و التزوج بزوج آخر و القيد هو المنع و إن كان ما لا ينبغي عنه اللفظ لغة و هو زوال حل المحلية شرعا فحل المحلية قائم لأنه لا يزول إلا بالطلقات الثلاث و لم توجد فكانة المبارة و المختلعة محلين للطلاق و به تبين أن قوله الطلاق تصرف في الملك بالإزالة غير سديد لأن زوال الملك لا ينبغي عنه اللفظ لغة و لا يدل عليه شرعا .

ألا ترى أن الطلاق الرجعي واقع و لا يزول الملك بالإجماع و لو راجعها لا ينعدم الطلاق بل يبقى أثره في حق زوال المحلية و إن انعدم أثره في حق زوال الملك بخلاف الإبارة لأنها إزالة الملك و الملك دليل .

و أما الكنية فهل يلحقها ينظر إن كانت رجعية و هي ألفاظ و هي قوله اعتدي و استبرى رحmk و أنت واحدة يلحقها في ظاهر الرواية .

وروي عن أبي يوسف : أنه لا يلحقها حتى لو قال لها : اعتدي لا يلحقها شيء وجه هذه الرواية أن هذه كناية و الكنية لا تعمل إلا في حال قيام الملك كسائر الكنایات وجه ظاهر الرواية أن الواقع بهذا النوع من الكنية رجعي فكان في معنى الصريح فيلحق الخلع والإبارة في العدة كالصريح و إن كانت بائنة قوله أنت بائن و نحوه و نوى الطلاق لا يلحقها بلا خلاف لأن الإبارة قطع الوصلة و الوصلة منقطعة فلا يتصور قطعها ثانيا بخلاف الطلاق لأنه إرادة القيد و إزالة حل المحلية و كل ذلك قائم و لأنه يمكن تصحيح هذا الكلام بطريق الإخبار لأن المخبر به على ما أخبر و لا يمكن تصحيحة بطريق الإنشاء لأن إبانة المبيان محال فيصح بطريق الإخبار لأنه يكون كذبا فيصح بطريق الإنشاء و لأن الإبارة تحريم شرعا و هي محرمة و تحريم المحرم محال و سواء نجز الإبارة في حال قيام العدة أو علقها بشرط بأن قال لها في العدة إن دخلت هذه الدار فأنت بائن و نوى الطلاق حتى لو دخلت الدار و هي في العدة لا يقع الطلاق لأن الإبارة قطع الوصلة فلا ينعقد إلا في حال قيام الوصلة و هو الملك و لم يوجد فلا ينعقد .

ولو قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت بائن أو حرام و نحو ذلك ثم أبانتها أو خالعها ثم

دخلت الدار و هي في العدة و قع عليها تطليقة بالشرط في قول أصحابنا الثلاثة و قال زفر : لا يقع و يبطل التعليق .

وجه قوله : أن التعليق بالشرط يصير تنجيزا عند الشرط تقديرأ و لو نجز الإبابة عند الشرط لا يقع شيء لعدم الملك .

ولنا : أن التعليق وقع صحيحا لقيام الملك عند وجوده من كل وجه فانعقد موجبا للبينونة و زوال الملك عند وجود الشرط من كل وجه إلا أن الإبابة الطارئة أوجبت زوال الملك من وجه للحال و بقي من وجه حال قيام العدة لقيام بعض آثار الملك فخرج التعليق من أن يكون سببا لزوال الملك عند الشرط من كل وجه لزوال الملك من وجه للحال بالتنجيز فبقي سببا لزوال الملك من وجه و فيه تصحيح التصرفين في حق الحكم بقدر الإمكان فكان أولى من تصحيح أحدهما و إبطال الآخر بخلاف تنجيز الإبابة على المعتدة المبانية و تعليقها أنهما لا يصحان لأن ثمة الملك وقت التنجيز و التعليق قائم من وجه دون وجه فقياًمه من وجه لقيام العدة يوجب الصحة و زواله من وجه يمنع الصحة و ما لم تعرف صحته إذا وقع الشك في صحته لا يصح بالشك بخلاف التعليق في مسألتنا لأنه وقع صحيحا بيقين لقيام الملك من كل وجه فتنجيز الإبابة المعتبرة يقع الشك في بطلانه فلا يبطل مع الشك فهو الفرق بين الفصلين و ۱۰ عز و جل أعلم .

و لو آلى منها لم يصح إيلاؤه في حكم البر لأن الإبلاء في حق أحد الحكمين و هو البر تعليق الإبابة شرعا و شرط البر و هو عدم القرابان في المدة و قيام الملك شرط صحة الإبابة تنجيزا كان أو تعليقا كما في التعليق الحقيقي على ما مر لأن الطلاق في الإبلاء إنما يقع عند مضي المدة من غير قربانها و يصير فيه ظالما بمنع حقها في الوطء في المدة و لا حق للمبانية و المختلعة في الوطء فلا يصح الإبلاء في حق الطلاق .

و لو آلى من زوجته ثم أبانها و نوى الطلاق أو خلعها قبل مضي أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر قبل أن يقربها و هي في العدة وقع عندنا خلافا لزفر بناءا على أن الناجزة يلحقها الإبابة بتعليق سابق عندنا خلافا له و لا يصح ظهاره من المبانية و المختلعة لأن الظهار تحريم و المحرمة قد تثبت بالإبابة و الخلع السابق و تحريم المحرم ممتنع و لو علق الظهار بشرط في الملك بأن قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمي ثم أبانها فدخلت الدار و هي في العدة لا يصير مظاهرا منها بالإجماع و هذا حجة زفر .

وجه الفرق لنا بين الظهار و بين الكناية البائنة من وجهين أحدهما : ما ذكرنا أن الظهار يوجب حرمة مؤقتة بالكافرة و قد تثبت الحرمة بالإبابة من كل وجه فلا يتحمل التحريم بالظهار بخلاف الكناية المنجزة لأنها توجب زوال الملك من وجه دون وجه قبل انقضاء العدة فلا يمنع ثبوت حكم التعليق .

و الثاني : أن الطهار يوجب حرمة ترتفع بالكافرة و الإبانة توجب حرمة لا ترتفع إلا بنكاح جديد فكانت الحرمة الثابتة بالإبانة أقوى الحرمتين و الثابتة بالطهار أضعفها فلا تظهر بمقابلة الأقوى بخلاف تنجيز الكنية و تعليقها فإن كل واحد منها في إيجاب البينونة و زوال الملك على السواء فيعمل بهما بالقدر الممكн و فيما قلنا عمل بهما جميما على ما بينا و لو خيرها في العدة لا يصح بان قال لها : اختاري فاختارت نفسها في العدة حتى لا يقع شيء بالإجماع لأن التنجيز تمليك و التملיך بلا ملك لا يتصور .

و لو قال لامرأته : إذا جاء غد فاختاري ثم أباها فاختارت نفسها في العدة لا يقع شيء بالإجماع و هذا أيضا حجة زفر .

و الفرق لنا بين التنجيز و بين تعليق الكنية الثابتة بشرط أنه لما قال لها إذا جاء غد فاختاري فقد ملكها الطلاق غدا و لما أباها فقد أزال الملك للحال من وجه على ما بينا و الملك من وجه لا يكفي للتملיך و يكفي للإزالة كما في الاستيلاد و التدبير المطلق حتى لا يجوز بيع أم الولد و المدير المطلق و يجوز إعتاقها كذا هذا و لأن التنجيز يعتبر فيه جانب الاختيار لا جانب التنجيز و التعليق يعتبر فيه جانب اليمين لا جانب الشرط بدليل أنه لو شهد شاهدان بالتنجيز و شاهدان بالاختيار ثم رجع الشهود فالضمان على شاهدي الاختيار لا على شاهدي التنجيز و بمثله لو شهد شاهدان باليمين و شاهدان بالدخول ثم رجعوا ضمن شهود اليمين لا شهود الدخول و إذا كان المعتبر في التنجيز هو اختيار المرأة لا تخير الزوج يعتبر قيام الملك وقت اختيارها و هي مبانة وقت اختيارها فلم يقع شيء و لما كان المعتبر في التعليق هو اليمين لا الشرط يعتبر قيام الملك وقت اليمين لا وقت الشرط و لو قدفها بالزنا لا يلاعن لأن اللعان لم يشرع إلا بين الزوجين قال الله سبحانه و تعالى : { و الذين يرمون أزواجهم } و الزوجية قد انقطعت بالإبانة و الخلع و كل فرقة توجب حرمة مؤبدة كحرمة المعاشرة و الرضاع فإن الطلاق لا يلحقها و إن كانت في العدة لأن تحريم المحرم لا يتصور و لأن الثابت بالطلاق حرمة مؤقتة و الثابت بالرضاع و المعاشرة حرمة مؤبدة و الحرمة المؤبدة أقوى الحرمتين فلا يظهر الأضعف في مقابلة الأقوى و كذلك لو اشتري امرأته بعدما دخل بها لا يلحقها الطلاق لأنها ليست بمعتدة .

ألا ترى أنه يحل له وظؤها و لا يحل وظء المعتدة بحال و كذا لو قال لمنكوحته و هي أمة الغير أنت طالق للسنة ثم اشتراها و جاء وقت السنة لا يقع شيء لما ذكرنا أنها ليست بمعتدة و الطلاق المعلق بشرط أو المضاف إلى وقت لا يقع في غير ملك النكاح و العدة . و لو قال العبد لامرأته و هي حرة : أنت طالق للسنة ثم أباها ثم جاء وقت السنة يقع عليها الطلاق لأنها معتدة منه و كذلك إذا قال الرجل لامرأته و هي أمة الغير أنت طالق للسنة ثم اشتراها فأعتقها ثم جاء وقت السنة وقع عليها الطلاق لأنها معتدة منه لظهور حكم

العدة بعد الإعتاق و إذا ارتد الرجل و لحق بدار الحرب فطلق المرأة لم يقع على المرأة طلاقه و إن كانت في العدة لأن العصمة قد انقطعت بينهما بلحاقه بدار الحرب فلا يقع عليها طلاقه كما لا يقع على المرأة طلاقه بعد انقضاء العدة فإن عاد إلى دار الإسلام و هي في العدة وقع طلاقه عليها لأن المانع من الطلاق اختلاف الدارين و قد زال فإن ارتدت المرأة و لحقت بدار الحرب فطلق المرأة لم يقع طلاق الزوج عليها لأن العصمة قد انقطعت بلحاقها بدار الحرب فصارت كالمنقضية العدة فإن عادت قبل الحيم لم يقع طلاق الزوج عليها في قول أبي حنيفة و قال أبو يوسف : يقع طلاقه عليها .

ووجه قول أبي يوسف : أن العدة باقية حقيقة إلا أنه لم يظهر حكمها للحال لمانع و هو اللحاق لاختلاف الدارين فإن عادت إلى دار الإسلام فقد زال المانع فظهر حكم العدة كما في جانب الرجل .

و لأبي حنيفة أن المرتدة بلحاقها بدار الحرب صارت كالحربية الأصلية ألا ترى أنها تسترق كالحربية فبطلت العدة في حقها أصلاً فلا تعود إلى دار الإسلام بخلاف المرتد .

و على هذا الأصل يخرج عدد الطلاق قبل الدخول أنه إن أوقع مجتمعاً بقع الكل و إن أوقع متفرقاً لا يقع إلا الأول لأن الإيقاع إذا كان مجتمعاً فقد صادف الكل محله و هو الملك فيقع الكل و إذا كان متفرقاً فقد بانت بالأول و الثاني و الثالث صادفها و لا ملك و لا عدة فلا يقع .

و بيان هذا الأصل في مسائل إذا قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق ثلاثة أو قال : أنت طالق شنتين وقع ذلك عند عامة العلماء و قال الحسن البصري لا يقع إلا واحدة و يلغو قوله ثلاثة أو شنتين .

ووجه قوله : أن قوله أنت طالق كلام تام لكونه مبتدأ و خبراً و قد سبق العدد في الذكر فيسبق في الواقع وبين قوله أنت طالق و العدد يصادفها بعد حصول البنونة فيلغو كما إذا قال أنت طالق و طالق .

و لنا : أنه أوقع الثلاث جملة واحدة فيقع جملة واحدة و دلالة الوصف من وجهين : أحدهما : أن العدد هو الواقع و هو الثلاث و قد أوقع الثلاث مجتمعاً .

و الثاني : أن الكلام إنما يتم بأخره لأن المتكلم ربما يعلق كلامه بشرط أو بصفة إلى وقت أو يلحق به الاستثناء لحاجته إلى ذلك فيقف أول الكلام على آخره و إذا وقف عليه صار الكل جملة واحدة فيقع الكل جملة واحدة و لا يتقدم البعض على البعض و لهذا لو قال لها أنت طالق واحدة فماتت بعد قوله طالق قبل قوله واحدة لم يقع شيء لأن الواقع هو العدد و ذلك وجد بعد الموت و كذا لو قال لها أنت طالق ثلاثة إن شاء الله فماتت بعد قوله ثلاثة قبل قوله إن شاء الله لا يقع شيء لأنه توقف أول الكلام على وجود آخره المغير له فلم يتعلق بأوله حكم

فلا يقع به شيء في حال الحياة ولا يقع بعد الموت لعدم التطبيق عند وجود الاستثناء وعدم المحل أيضاً و كذلك إذا ذكر بعده ما هو صفة له وقع بتلك الصفة كما إذا قال أنت طالق بأئن أو حرام لأن الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يفصل البعض عن البعض في الواقع . وفائدة هذا لا تظهر في التنجيز لأن الطلاق قبل الدخول لا يقع إلا بائن سواء وصفه بالبينونة أم لم يصفه وإنما تظهر في التعليق بأن يقول لها أنت طالق بائن إن دخلت الدار أنه لا تنجيز بل يتعلق بالدخول لأن قوله بائن بين الإيقاع والشرط لا يقع فاما بينهما لما ذكرنا أن الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يكون حائلاً بين الإيقاع والشرط فلا يمنع التعليق بالشرط .

و لو قال لها : أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة يقع ثنتان لأن كلمة مع للمقارنة فقد أوقع الطلاقين معاً فيقعان معاً كما لو كانت مدخولاً بها و كذا لو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو واحدة بعد واحدة لأن هذا إيقاع طلقة واحدة للحال و إضافة طلقة أخرى إلى الزمان الماضي فيقع في الحال واحدة و لم تصح إضافة الأخرى إلى الماضي لما فيه من الاستحالة فيقع في الحال .

و لو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو واحدة بعدها واحدة يقع واحدة لأنه أوقع تطليقة واحدة و أعقبها بتطليقة أخرى فوقيعت الأولى و لغت الثانية لعدم الملك و العدة و لو كرر لفظ الطلاق فالامر لا يخلو إما إن كرر بدون حرف العطف و إما أن يكون بحرف العطف و كل ذلك لا يخلو إما إن نجز أو علق فإن كرر بغير حرف العطف و نجز بأن قال : أنت طالق أنت طالق أنت طالق أو قال : أنت طالق طالق طالق يقع الأولى و يلغو الثانية و الثالثة لأنه أوقع متفرقاً أما في قوله أنت طالق أنت طالق أنت طالق فلأن كل واحد من هذه الألفاظ الثلاثة كلام لأنه مبتدأ و خبر و كل واحد منها وجد متفرقاً فكان كل واحد منها إيقاعاً متفرقاً فيقتضي الواقع متفرقاً فتحمل البينونة بالأولى و الثاني و الثالث يصادفها و لا ملك و لا عدة فيلغوا .

و كذلك إذا قال : أنت طالق طالق طالق لأن الثاني و الثالث خبر لا مبتدأ له فيعاد المبتدأ كأنه قال : أنت طالق أنت طالق و إن علق بشرط فإن قدم الشرط بأن قال إن دخلت الدار فأنت طالق طالق طالق فالأولى يتعلق بالشرط لوجود التعليق الصحيح و هو ذكر شرط و جزاء في الملك و الثاني ينزل في الحال لأن قوله أنت طالق إيقاع تام .

و قوله : و طالق معناه أنت طالق و انه إيقاع تام لأنه مبتدأ و خبر و قد صادف محله و هو المنكوبة فيقع و يلغو الثالث لواقع البينونة بالإيقاع .

و لو تزوجها و دخلت الدار ينزل المعلق لأن اليمين باقية لأنها لا تبطل بالإبانة يوجد الشرط و هي في ملكه فينزل الجزاء و لو دخلت الدار بعد البينونة قبل التزوج تنحل اليمين

و لا يقع الطلاق و إن كانت مدخولا بها فالأول يتعلق بالشرط لما ذكرنا و الثاني و الثالث ينزلان للحال لأن كل واحد منهما إيقاع صحيح لمصادفته محله و إن آخر الشرط بأن قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن دخلت الدار أو قال أنت طالق طالق طالق إن دخلت الدار فالأول ينزل في الحال لأنه إيقاع تام صادف محله و يلغى الثاني و الثالث بحصول البينونة بالأولى فلم يصح التعليق لعدم الملك و إن كانت مدخولا بها يقع الأول و الثاني للحال و يتعلق الثالث بالشرط لأن الأول و الثاني كل واحد منهما إيقاع تام لكونه مبتدأ و خبرا و قد صادف محله فوقع للحال و الثالث علقة بالشرط فتعلق به لحصول التعليق حال قيام العدة فصادف التعليق محله فصح بخلاف الفصل الأول و إن كرر بحرف العطف فإن نجز الطلاق بأن قال أنت طالق ثم طالق ثم طالق أو قال أنت طالق فطالق فطالق لا يقع إلا الأول بلا خلاف لأنه أوقع الثلاث متفرقا لوجود حروف موضوعة للتفرق لأن ثم للترتيب مع التراخي و الفاء للترتيب مع التعقيب و وقوع الطلقة الأولى يمنع من ترتيب الثانية و الثالثة عليها و كذلك إذا قال أنت طالق و طالق و طالق عند عامة العلماء و قال مالك يقع الثالث .

وجه قوله : أن الواو للجمع و الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فكان هذا إيقاع الثالث جملة واحدة كأنه قال أنت طالق ثلاثة .

و لنا : أن الواو للجمع المطلق و الجمع المطلق في الوجود لا يتصور بل يكون وجوده على أحد الوضعين عينا : إما القراء و إما الترتيب فإن كان الوجود بصفة الترتيب لا يقع إلا الأول و إن كان بصفة القراء يقع الثاني و الثالث فيقع الشك في وقوع الثاني و الثالث فلا يقع بالشك و إن علق بشرط فإذا إن قدم الشرط على الجزاء و إما إن أخره عنه فإن قدمه بأن قال إن دخلت الدار فأنت طالق و طالق و طالق تعلق الكل بالشرط بالإجماع حتى لا يقع شيء قبل دخول الدار فإذا دخلت الدار قبل الدخول بها لا يقع إلا واحدة في قول أبي حنيفة و إن دخلت الدار قبل الدخول بها فيقع الثالث بالإجماع لكن عند أبي حنيفة على التعاقب و عندهما يقع على الجمع