

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

بيان حكم الطلاق .

و أما بيان حكم الطلاق فحكم الطلاق يختلف باختلاف الطلاق من الرجعي و البائن و يتعلق بكل واحد منهما أحكام بعضها أصلي و بعضها من التوابع .

أما الطلاق الرجعي فالحكم الأصلي له هو نقصان العدد فأما زوال الملك و حل الوطاء فليس بحكم أصلي له لازم حتى لا يثبت للحال و إنما يثبت للحال و إنما يثبت في الثاني بعد انقضاء العدة فإن طلقها و لم يرجعها بل تركها حتى انقضت عدتها بانت و هذا عندنا و عند الشافعي : زوال حل الوطاء من احكامه الأصلية حتى لا يحل له وطؤها قبل الرجعة و إليه مال أبو عبد الله البصري .

و أما زوال الملك فقد اختلف فيه أصحابنا فقال بعضهم : الملك يزول في حق حل الوطاء لا غير .

و قال بعضهم : لا يزول أصلا و إنما يحرم وطؤها مع قيام الملك من كل وجه كالوطء في حالة الحيض و النفاس .

وجه قوله : أن الطلاق واقع للحال فلا بد و ان يكون له أثر ناجز و هو زوال حل الوطاء و زوال الملك في حق الحل و قد ظهر أثر الزوال في الأحكام حتى لا يحل له المسافرة بها و الخلوة و يزول قسمها و الأقران قبل الرجعة محسوبة من العدة و لهذا سمي الله تعالى الرجعة ردا في كتابه الكريم بقوله عز و جل : { و بعولتهن } أي أزواجهن { أحق بردهن في ذلك } و الرد في اللغة عبارة عن إعادة الغائب فيدل على زوال الملك من وجه .

و لنا قوله تعالى : { و بعولتهن أحق بردهن في ذلك } و قوله تعالى : { و بعولتهن } أي أزواجهن و قوله تعالى : هن كناية عن المطلقات سماه الله تعالى زوجها بعد الطلاق و لا يكون زوجها إلا بعد قيام الزوجية فدل أن الزوجية قائمة بعد الطلاق و الله سبحانه و تعالى أحل للرجل وطء زوجته بقوله عز و جل : { و الذين هم لفروجهم حافظون * إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين } و قوله تعالى : { نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم أنى شئتم } و قوله عز و جل : { و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها } و نحو ذلك من النصوص و الدليل على قيام الملك من كل وجه أنه يصح وطهارة و إيلاؤه ويجري اللعان بينهما و يتوارثان - و هذه أحكام الملك المطلق - و كذا يملك مراجعتها بغير رضاها و لو كان ملك النكاح زائلا من وجه لكانت الرجعة إنشاء النكاح على الحرة من غير رضاها من وجه و هذا لا يجوز .

و أما قوله : الطلاق واقع في الحال فمسلم لكن التصرف الشرعي قد يظهر أثره للحال و قد يتراخى عنه كالبيع بشرط الخيار و كالتصرف الحسي و هو الرمي و غير ذلك فجاز أن يظهر أثر هذا الطلاق بعد انقضاء العدة و هو زوال الملك و حرمة الوطاء على أن له أثرا ناجزا و هو نقصان عدد الطلاق و نقصان حل المحلية و غير ذلك على ما عرف في الخلافات .

أما المسافرة بها فقد قال زفر من أصحابنا : إنه يحل له المسافرة بها قبل الرجعة و أما على قول أصحابنا الثلاثة فإنما لا تحل لزوال الملك بل لكونها معتدة و قد قال ا [] تعالى في المعتدات : { لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة } نهى الرجال عن الإخراج و النساء عن الخروج فيسقط الزوج العدة بالرجعة لتزول الحرمة ثم يسافر .

و أما الخلوة فإن كان من قصده الرجعة لا يكره و إن لم يكن من قصده المراجعة يكره لكن لا لزوال النكاح و ارتفاع الحل بل للأضرار بها لأنه إذا لم يكن من قصده استيفاء النكاح بالرجعة فمتى خلا بها يقع بينهما المساس عن شهوة قيصير مراجعا لها ثم يطلقها ثانيا فيؤدي إلى تطويل العدة عليها فتتضرر بذلك و هو معنى قوله تعالى : { ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا } و كذلك القسم لأنه لو ثبت القسم لخلا بها فيؤدي إلى ما ذكرنا إذا لم يكن من قصده أن يراجعها حتى لو كان من قصده أن يراجعها لكان لها القسم و له الخلوة بها و إنما احتسبنا الأقراء من العدة لانعقاد الطلاق سببا لزوال الملك و الحل للحال على وجه يتم عليه عند انقضاء العدة و هو الجواب عن قوله إن ا [] تعالى سمى الرجعة ردا لأنه يجوز إطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال الملك بدون الزوال كما في البيع بشرط خيار المتعاقدين أن يطلق اسم الرد عند اختيار الفسخ .

و إن لم يزل الملك عن البائع و لم يثبت للمشتري لانعقاد سبب الزوال بدون الزوال ويكون الرد فسحا لسبب و منعا له عن العمل في إثبات الزوال كذا ههنا .

و يستحب لها أن تتشوف و تتزين لأن الزوجية قائمة من كل وجه و يستحب لها ذلك لعل زوجها يراجعها و على هذا يبني حق الرجعة أنه ثابت للزوج سواء كان الطلاق واحدا أو اثنين أما عندنا فلقيام الملك من كل وجه و أما عنده : فلقيامه فيما وراء حل الوطاء