

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

شرائط الركن .

فصل : و أما شرائط الركن فأنواع بعضها يرجع إلى الزوج و بعضها يرجع إلى المرأة و بعضها يرجع إلى نفس الركن و بعضها يرجع إلى الوقت أما الذي يرجع إلى الزوج فمنها أن يكون عاقلا حقيقة أو تقديرا فلا يقع طلاق المجنون و الصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرف لأن به يعرف كون التصرف مصلحة و هذه التصرفات ما شرعت إلا لمصالح العباد . و أما السكران : إذا طلق امرأته فإن كان سكره بسبب محظور بأن شرب الخمر أو النبيذ طوعا حتى سكر و زال عقله فطلاقه واقع عند عامة العلماء و عامة الصحابة Bهم . و عن عثمان oB : أنه لا يقع طلاقه و به أخذ الطحاوي و الكرخي و هو أحد قولي الشافعي . وجه قولهم : أن عقله زائل و العقل من شرائط أهلية التصرف لما ذكرنا و لهذا لا يقع طلاق المجنون و الصبي الذي لا يعقل و الذي زال عقله بالبنج و الدواء كذا هذا و الدليل عليه أنه لا تصح رده فلأن لا يصح طلاقه أولى و لنا عموم قوله عز و جل : { الطلاق مرتان } إلى قوله سبحانه و تعالى : { فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره } من غير فصل بين السكران و غيره إلا من خص بدليل . و قوله عليه الصلاة و السلام : [كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي و المعتوه] و لأن عقله زال بسبب هو معصية فينزل قائما عقوبة عليه و زجرا له عن ارتكاب المعصية و لهذا لو قذف إنسانا أو قتل يجب عليه الحد و القصاص و أنهما لا يجبان على غير العاقل دل أن عقله جعل قائما و قد يعطى للزائل حقيقة حكم القائم تقديرا إذا زال بسبب هو معصية للزجر و الردع كمن قتل مورثه أنه يحرم الميراث و يجعل المورث حيا زجرا للقاتل و عقوبة عليه بخلاف ما إذا زال بالبنج و الدواء لأنه ما زال بسبب هو معصية إلا أنه لا تصح ردة السكران استحسانا نظرا له لأن بقاء العقل تقديرا بعد زواله حقيقة للزجر و إنما تقع الحاجة إلى الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعي إليه طبعاً و الردة لا يغلب وجودها لانعدام الداعي إليها فلا حاجة إلى استبقاء عقله فيها للزجر و لأن جهة زوال العقل حقيقة يقتضي بقاء الإسلام وجهة بقائه تقديرا يقتضي زوال الإسلام فيرجع جانب البقاء لأن الإسلام يعلو و لا يعلو عليه و لهذا يحكم بإسلام الكافر إذا أكره على الإسلام / و لا يحكم بكفر المسلم إذا أكره على إجراء كلمة الكفر فأجرى و أخبر أن قلبه كان مطمئنا بالإيمان كذا هذا . و إن كان سكره بسبب مباح لكن حصل له به لذة بأن شرب الخمر مكرها حتى سكر أو شربها عند ضرورة العطش فسكر قالوا : إن طلاقه واقع أيضا لأنه و إن زال عقله وإنما حصل زوال عقله

بلذة فيجعل قائما و يلحق الإكراه و الاضرار بالعدم كأنه شرب طائعا حتى سكر .
و ذكر محمد C تعالى : فيمن شرب النبيذ و لم يزل عقله و لكن صدع فزال عقله بالصداع أنه
لا يقع طلاقه لأنه ما زال عقله بمعصية و لا بلذة فكان زائلا حقيقة و تقديرا و كذلك إذا شرب
البنج أو الدواء الذي يسكر و زال عقله لا يقع طلاقه لما قلنا .

و منها : أن لا يكون معتوها و لا مدهوشا و لا مبرسما و لا مغمى عليه و لا نائما فلا يقع طلاق
هؤلاء لما قلنا في المجنون .

و قد روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : [كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي و المعتوه
[و منها أن يكون بالغاً فلا يقع طلاق الصبي و إن كان عاقلا لأن الطلاق لم يشرع إلا عند خروج
النكاح من أن يكون مصلحة و إنما يعرف ذلك بالتأمل و الصبي لاشتغاله باللهو و اللعب لا
يتأمل فلا يعرف و أما كون الزوج طائعا فليس بشرط عند أصحابنا .

و عند الشافعي : شرط حتى يقع طلاق المكره عندنا و عنده لا يقع و نذكر المسألة في كتاب
الإكراه إن شاء الله تعالى .

و ذكر محمد بإسناده أن امرأة اعتقلت زوجها و جلست على صدره و معها شفرة فوضعتها على
حلقه و قالت لتطلقني ثلاثا أو لأنفذها فناشدها الله أن لا تفعل فأبت فطلقها ثلاثا فذكر لرسول
الله صلى الله عليه و سلم فقال لا قيلولة في الطلاق و كذا كونه جادا ليس بشرط فيقع طلاق
الهازل بالطلاق و اللاعب لما روى عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : [ثلاث جدهن و
هزلهن جد النكاح و الطلاق و العتاق] و روي النكاح و الطلاق و الرجعة .

و عن [أبي الدرداء B عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : من لعب بطلاق أو عتاق
لزمه] و قيل فيه نزل قوله سبحانه و تعالى : { و لا تتخذوا آيات الله هزوا } و كان الرجل
في الجاهلية يطلق امرأته ثم يراجع فيقول كنت لاعبا و يعتق عبده ثم يرجع فيقول كنت لاعبا
فنزلت الآية فقال صلى الله عليه و سلم : [من طلق أو حرر أو نكح فقال إنني كنت لاعبا فهو
جائز منه] و كذا التكلم بالطلاق ليس بشرط فيقع الطلاق بالكتابة المستبينة و بالإشارة
المفهومة من الأخرس لأن الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ و الإشارة المفهومة تقوم مقام
العبرة .

و كذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط فيقع طلاق شارط الخيار في باب الطلاق بغير عوض لأن
شرط الخيار للتمكن من الفسخ عند الحاجة و الذي من جانب الزوج و هو الطلاق لا يحتمل الفسخ
لقوله صلى الله عليه و سلم : [لا قيلولة في الطلاق] .

و أما الخلو عن شرط الخيار للمرأة في الطلاق بعوض فشرط لأن الذي من جانبها المال فكان
من جانبها معارضة المال و أنها محتملة للفسخ فصح شرط الخيار فيها فيمنع انعقاد السبب
كالبيع حتى إنها لو ردت بحكم الخيار بطل العقد و لا يقع الطلاق و كذا صحة الزوج ليس بشرط

و كذا إسلامه فيقع طلاق المريض و الكافر لأن المرض و الكفر لا ينافيان أهلية الطلاق و كذا كونه عامدا ليس بشرط حتى يقع طلاق الخاطئ و هو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق لأن الفاءت بالخطأ ليس إلا القصد و أنه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهزل و اللاعب بالطلاق و كذلك العتاق لما قلنا في الطلاق .

و ذكر الكرخي أن في العتاق روايتين فإن هشاما روى عن محمد عن أبي حنيفة أن من أراد أن يقول لامرأته اسقني ماء فقال لها أنت طالق وقع و لو أراد ذلك في العبد فقال أنت حر لم يقع .

و روى بشر بن الوليد الكندي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنهما يتساويان و هو الصحيح لما ذكرنا .

وجه رواية هشام أن ملك البضع ثبت بسب يتساوى فيه القصد و عدم القصد و هو النكاح فعلى ذلك زواله بخلاف ملك العبد فإنه يثبت بسب مختلف فيه القصد و عدم القصد و هو البيع و نحو ذلك فكذلك زواله و هذا ليس بسديد لأنه قد يشترط لثبوت الحكم من الشرائط ما لا يشترط لزواله فكان الاستبدال بالثبوت على الزوال استدلالا فاسدا