

بداية المجتهد

- ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاما خاصة : التملك والتخير والتملك
عن مالك في المشهور غير التخير وذلك أن التملك هو عنده تملك المرأة إيقاع الطلاق فهو
يحتمل الواحدة فما فوقها ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك
لأنه يقتضي إيقاع طلاق تنقطع معه العصمة إلا أن يكون تخيرا مقيدا مثل أن يقول لها اختاري
نفسك أو اختاري تطليقة أو تطليقتين ففي الخيار المطلق عند مالك ليس لها إلا أن تختار
زوجها أو تبين منه بالثلاث وإن اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لا يبطل تملكها
عنده إن لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس
والرواية الثانية أنه يبقى لها التملك إلى أن ترد أو تطلق والفرق عند مالك بين
التملك وتوكيله إياها على تطليق نفسها أن في التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق وليس
له ذلك في التملك وقال الشافعي: اختاري وأمرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقا إلا أن
ينويه وإن نواه فهو ما أراد إن واحدة فواحدة وإن ثلاثا فثلاث فله عنده أن يناكرها في
الطلاق نفسه وفي العدد في الخيار أو التملك وهي عنده إن طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عند
مالك في التملك وقال أبو حنيفة وأصحابه : الخيار ليس بطلاق فإن طلقت نفسها في التملك
واحدة فهي بائنة وقال الثوري : الخيار والتملك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها
في أعداد الطلاق في التملك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروى عن علي وابن المسيب
وبه قال الزهري وعطاء وقد قيل إنه ليس للمرأة في التملك إلا أن تطلق نفسها تطليقة
واحدة وذلك مروى عن ابن عباس وعمر Bهما روى أنه جاء ابن مسعود رجل فقال : كان بيني
وبين امرأتي بعض ما يكون بين الناس فقالت : لو أن الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف
أصنع قال : فإن الذي بيدي من أمرك بيدك قالت : فأنت طالق ثلاثا قال : أراها واحدة وأنت
أحق بها ما دامت في عدتها وسألقي أمير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال : صنع
أ بالرجال وفعل : يعمدون إلى ما جعل أ في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء بفيها التراب
ماذا قلت فيها ؟ قال : قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال : وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير
ذلك علمت أنك لم تصب وقد قيل ليس التملك بشيء لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن
يرجع إلى يد المرأة بجعل جاعل . وكذلك التخير وهو قول أبي محمد بن حزم وقول مالك في
المملكة إن لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة ما دامت في المجلس وهو قول
الشافعي وأبي حنيفة والأوزاعي وجماعة فقهاء الأمصار وعند الشافعي أن التملك إذا أراد به
الطلاق كالوكالة وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق وإنما صار الجمهور

للقضاء بالتمليك أو بالتخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله ﷺ نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك أنهم لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله ﷺ لا أنهم كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق . وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن التخيير والتمليك واحد في الحكم لأن من عرف دلالة اللغة أن من ملك إنسانا أمرا من الأمور إن شاء أن يفعله أو لا يفعله فإنه قد خيره .

وأما مالك فيرى أن قوله لها اختاريني أو اختاري نفسك أنه ظاهر بعرف الشرع في معنى البينة بتخيير رسول الله ﷺ نساءه لأن المفهوم منه إنما كان البينة وإنما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج في التملك أنه لم يرد به طلاقا إذا زعم ذلك لأنه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعي فلما لم يكن اللفظ عنده نسا اعتبر فيه النية . فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية وكذلك فعل في التخيير وإنما اتفقوا على أن له منكرتها في العدد : أعني في لفظ التملك لأنه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره وإنما رأى مالك والشافعي أنه إذا طلقت نفسها بتمليكه إياها طلقة واحدة أنها تكون رجعية لأن الطلاق إنما يحمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة وإنما رأى أبو حنيفة أنها بائنة لأنه إذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التملك فائدة ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى أن لها أن تطلق نفسها في التملك ثلاثا وأنه ليس للزوج منكرتها في ذلك فلأن معنى التملك عنده إنما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق .

وأما من جعل التملك طلقة واحدة فقط أو التخيير وإنما ذهب إلى أنه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطا للرجال لأن العلة في جعل الطلاق بأيدي الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجمهور العلماء على أن المرأة إذا اختارت زوجها أنه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم . وروي عن الحسن البصري أنها إذا اختارت زوجها فواحدة وإذا اختارت نفسها ثلاثا فيتحصل في هذه المسألة الخلاف في ثلاث مواضع : أحدها أنه لا يقع بواحد منهما طلاق . والثاني أنه تقع بينهما فرقة . والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة أعني أن تملك بالتخيير البينة وبالتمليك ما دون البينة وإذا قلنا بالبينة فقليل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث وإذا قلنا إنها تملك واحدة فقليل رجعية وقيل بائنة . وأما حكم الألفاظ التي تجب بها المرأة في التخيير والتمليك فهي ترجع إلى حكم الألفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة وسيأتي تفصيل ذلك عند التكلم في ألفاظ الطلاق