بيان حكم الخيار .

فصل : و أما حكم الخيار فهو تخيير المرأة بين الفرقة و بين النكاح فإن شاءت اختارت الفرقة و إن شاءت اختارت الزوج فإن اختارت المقام مع الزوج بطل حقها و لم تكن خصومة في هذا النكاح أبدا لما ذكرنا أنها رضيت بالعيب فسقط خيارها و إن اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما كذا ذكره الكرخي و لم يذكر الخلاف و ظاهر هذا الكلام يقتضي أنه لا تقع الفرقة بنفس الاختيار .

و ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه تقع الفرقة بنفس الاختيار في ظاهرة الرواية و لا يحتاج إلى القضاء كخيار المعتقة و خيار المخيرة و روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يقع الفرقة ما لم يقل القاضي فرقت بينكما و جعله بمنزلة خيار البلوغ هكذا ذكر في بعض المواضع أن في قول أبي حنيفة ما روى الحسن عنه و ما ذكره الحسن عنه و ما ذكر في ظاهر الرواية قولهما .

وجه الرواية الحسن : أن هذه الفرقة بطلان بلا خلاف بين أصحابنا و إنما المخالف فيه الشافعي : فإنها فسخ عنده و المسألة إن شاء ا تعالى تأتي في موضعها من هذا الكتاب و المرأة لا تملك الطلاق و إنما يملكه الزوج إلا أن القاضي يقول مقام الزوج لأن هذه الفرقة يختص بسببها القاضي و هو التأجيل لأن التأجيل لا يكون إلا من القاضي فكذا الفرقة المتعلقة به كفرقة اللعان وجه المذكور في ظاهر الرواية أن تخيير المرأة من القاضي تفويض الطلاق إليها فكان اختيارها الفرقة تفريقا من القاضي من حيث المعنى لا منها و القاضي يملك ذلك لقيامه مقام الزوج و هذه الفرقة تطليقة بائنة لأن الغرض من هذا التفريق تخليصها من زوج لا يتوقع منه إيفاء حقها للظلم و الضرر عنها و ذا لا يحصل إلا بالبائن لأنه لو كان رجعيا يراجعها الزوج من غير رضاها فيحتاج إلى التفريق ثانيا و ثالثا فلا يفيد التفريق فائدته و لها المهر كاملا و عليها العدة بالإجماع إن كان الزوج قد خلا بها و إن كان لم يخل بها فلا عدة عليها و لها نصف المهر إن كان مسمى و المتعة إن كان لم يكن مسمى .

و إذا فرق القاضي بالعنة و وجب العدة فجاءت بولد ما بينها و بين سنتين لزمه الولد لأن المعتدة إذا جاءت بولد من وقت الطلاق إلى سنتين ثبت النسب لأن الحكم بوجوب العدة حكم بشغل الرحم و شغل الرحم يمتد إلى سنتين عندنا فثبت النسب إلى سنتين فإذا قال الزوج كنت قد وصلت إليها فإن أبا يوسف قال يبطل الحاكم الفرقة و كفى بالولد شاهدا .

و معنى هذا الكلام أنه لما ثبت النسب فقد ثبت الدخول و أنه يوجب إبطال الفرقة و لأنه لو شهد شاهدان بالدخول بعد تفريق القاضي لا يبطل الفرقة كذا هذا كذا إذا ثبت النسب لأن شهادة النسب على الدخول أقوى من شهادة شاهدين عليه و كذلك لو فرق القاضي بينهما و بين المجبوب فجاءت بولد بينهما و بين سنتين ثبت نسبه لأن خلوة المحبوب توجب العدة و النسب يثبت من المحبوب إلا أنه لا تبطل الفرقة ههنا لأن ثبوت النسب من المحبوب لا يدل على الدخول لأنه لا يتصور منه حقيقة و إنما يقذف بالماء فكان العلوق بقذف الماء فإذا لم يثبت الدخول لم تثبت الفرقة فإن فرق العنة فإن قام الزوج البينة على إقرار المرأة قبل الفرقة أنه قد وصل إليها أبطل الفرقة لأن الشهادة على إقرارها بمنزلة إقرارها عند القاضي و لو كانت أقرت قبل التفريق لم يثبت حكم الفرقة و كذا إذا شهد على إقرارها بأن أقرت بعد الفرقة أنه كان وصل إليها قبل الفرقة لم تبطل الفرقة لأن إقرارها تضمن قضاء القاضي إبطال قضاء القاضي فلا تصدق على القاضي في إبطال قضائه فلا تقبل و إن كان زوج الأمة عنينا فالخيار في ذلك إلى المولى عند أبي حنيفة و أبي يوسف و قال محمد : الخيار إلى الأمة .

وجه قوله : أنا الخيار إنما ثبت لفوات الوطء و ذلك حق الأمة فكان الخيار إليها كالحرة .

و لها : أن المقصود من الوطء هو الولد و الولد ملك المولى وحده و لأن اختيار الفرقة و المقام مع الزوج تصرف منها على نفسها و نفسها بجميع أجزائها ملك المولى فكان ولاية التصرف له