

الهداية

باب الخلع .

وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيام حدودا فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى : { فلا جناح عليهما فيما افتدت به } [البقرة : 229] فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله E : [الخلع تطليقة بائنة] ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من اكنائيات والواقع بالكنائيات بائن وإذا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وإن كان النشور من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضا لقوله { وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج } إلى أن قال : { فلا تأخذوا منه شيئا } [النساء : 20] ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال وإن كان النشور منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها .

وفي رواية الجامع الصغير : طاب الفضل أيضا لإطلاق ما تلونا بداءا ووجه الأخرى قوله E في امرأة ثابت بن قيس بن شماس : [أما الزيادة فلا] وقد كان النشور منها فلو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك إذا أخذ والنشور منه لأن مقتضى ما تلوناه شيئان : الجواز حكما والإباحة وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي وإن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيذا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها ولك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولأنه معاوضة امال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي والآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة .

قال : وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافترقهما في الحكم لأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وإنما لم يجب للزوج شيء عليها لأنها ماسمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر أنه خمر لأنها سميت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه تقوم وما رضي بزواله جانا .

أما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لأن البضع في حالة الخروج فغير تقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لأن البضع في حالة الدخول تقوم والفقهاء أنه

شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهارا لشرفه فأما الإسقاط فنفسه شرف فلا حاجة إلى إيجاب المال .

قال : وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا في الخلع لأن ما يصلح عوضا للمتقوم أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم فإن قالت له : خالعتني على ما في يدي فخالعتها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لأنها لم تغره بتسمية المال وإن قالت خالعتني على ما في يدي من مال فخالعتها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لأنها لما سمت ما لا لم يكن الزوج راضيا بالزوال إلا بعوض ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجالة ولا إلى قيمة البضع : أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج فتعين إيجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه .

ولو قالت : خالعتني على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء عليها ثلاثة دراهم لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبويض لأن الكلام يختل بدونه فإن اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت لأنه عقد المعاوضة فيتقضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسد وعلى هذا النكاح . وإذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف وهذا لأحرف الباء يصحب الأعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال وإن قالت : طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة C ويملك الرجعة وقالوا : هي واحدة بائنة بثلث الألف لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى إن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء وله أن كلمة على للشرط قال ا□ تعالى : { يبايعنك على أن لا يشركن با□ شيئا } [الممتحنة : 12] . ومن قال لامرأته : أنت طالق على أن تدخلني الدار كان شرطا وهذا لأنه للزوم وحقيقة واستعير للشرط لأنه يلزم الجزاء وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط بخلاف الباء لأنه للعوض على ما مر وإذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق ويملك الرجعة . ولو قال الزوج : طلقني نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لأن الزوج ما رضي بالبنونة إلا لتسلم له الألف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بألف لأنها لما رضيت بالبنونة بألف كانت ببعضها أرضى .

ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله : أنت طالق بألف ولا بد من القبول في الوجين لأن معنى قوله : بألف بعوض ألف يجب لي عليك ومعنى قوله : على ألف على شرط ألف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا .

ولو قال لامرأته : أنت طالق وعليك ألف فقبلت أو قال لعبدته : أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة C وكذا إذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منها الألف إذا قبل وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فإن قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله إلا بدلالة إذا الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة لأن الطلاق والعتاق بنفكان عن المال بخلاف البيع والإجارة لأنهما لا يوجدان دونه .

ولو قال أنت طالق على ألف على أبي بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وهو جائز إذا كان للمرأة فإن ردت الخيار في الثلاث بطل وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف وهذا عند أبي حنيفة C وقالا : الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها ألف درهم لأن الخيار لفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحملان الفسخ من الجانبين لأنه في جانبه يبين ومن جانبها شرط .

و لأبي حنيفة C أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ويتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه أما في جانبه يبين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الأيمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته : طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبل فقالت : قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره : بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه بالإقرار به لا يكون إقرارا بالشرط لصحته بدونه أما البيع فلا يتم إلا بالقبول والإقرار به إقرار بما لا يتم إلا به فإنكاره القبول رجوع منه .
قلا : والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة C وقال محمد C : لا يسقط فيهما إلا ما سمياه و أبو يوسف C معه في الخلع ومع أبي حنيفة C في المبارأة لمحمد C أن هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غيره ول أبو يوسف C أن المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وأنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الفرض .

أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام لأبي حنيفة C أن الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه .

قال : ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لأنه لا نظر لها فيه إذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر من جميع المال وإذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والأول أصح لأنه تعليق بشرط قبوله

فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط .

وإن خالعتها على ألف على أنه ضامن فالخلع واقع والألف على الأب لأن اشترط بدل الخلع على الأجنبي صحيح فعلى الأب وأولى ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة فإن قبله الأب عنها ففيه روايتان وكذا إن خالعتها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر لوجود قبوله وهو الشرط ويلزه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الألف وأصله في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها