مسالة وفصول : حكم على ما إذا خالعها على عبدا أو محرم .

مسالة : قال : وإذا خالعها على عبد فخرج حرا أو استحق فله عليها قيمته .

وجملة ذلك أن الرجل إذا خالع امرأته على عوض يظنه مالا غير مال مثل أن يخالعها . على عبد بعينه فيبين خرا أو مع صوبا أو على خل فيبين خمرا فان الخلع صحيح في قول اكثر أهل العلم لان الخلع معاوضة بالبضع فلا يفسد بفاسد العوض كالنكاح ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبدا وبهذا قال أبو ثور وصاحبا أبي حنيفة وان خالعها على هذا الدن الخل فبان خمرا رجع عليها بمثله خلا لان الخل من ذوات الأمثال وقد دخل على أن هذا المعين خل فكان له مقله كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه وقد قيل يرجع بقيمة مثله خلا لان الخمر ليس من ذوات المثال والصحيح الأول لأنه إنما وجب عليها مثله لو كان خلا كما نوجب قيمه الحر بتقدير كونه عبدا فان الحر لا قيمة له وقال أبو حنيفة : في المسالة كلها يرجع بالمسمى وقال الشافعي : يرجع بمهر المثل لأنه عقد على البضع بعوض فاسد فأشبه النكاح بخمر واحتج أبو حنيفة بان خروج البضع لا قيمة له فإذا غرته رجع عليها بما أخذت .

ولنا أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها وبقاء سبب الاستحقاق فوجب بدلها مقدرا بقيمتها أو مثلها كالمغصوب والمستعار و إذا خالعها على عبد فخرج مغصوبا أو أم ولد فان أبا حنيفة يسلمه ويوافقنا فيه .

فصل : وان خالعها على محرم يعلمان تحريمه كالحر والخمر والخنزير والميته فهو كالخلع بغير عوض سواء لا يستحق شيئا وبه قال مالك و أبو حنيفة وقال الشافعي له عليها مهر المثل لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان العوض محرما وجب مهر المثل كالنكاح .

ولنا ان خروج البضع من مالك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا فإذا رضى بغير عوض لم يكن له شيء كما لو طلقها او علق طلاقها على فعل شيء ففعلته وفارق النكاح فان دخول البضع في ملك متقوم ولا يلزم إذا خالعها على عبد فبان حرا لانه لم يرضى بغير عوض متقوم فيرجع بحكم الغرور وههنا رضي بما لا قيمة له اذا تقرر هذا 5قان كان الخلع بلقظ الطلاق فهو طلاق رجعي لانه خلا عن عوض وان كان بلفظ الخلع وكنايات الخلع ونوى به الطلاق فكذلك لان الكنايات مع النية كالصريح وان كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على اصل وهو انه هل يصح الخلع بغير ؟ وفيه روايتان فان قلنا يصح صح ههنا وان قلنا لايصح لم يصح ولم يصح ولم يقع شيئا وان قال : أن أعطيتني خمرا او ميتة فأنت طالق فأعطته ذلك طلقت ولا شيء عليها وعند الشافعي عليها مهر المثل كقوله في التي قبلها .

فصل : فان قال : إن أعطيتني عبدا فأنت طالق فأعطته مدبرا أو معتقا نصفه وقع الطلاق بهما لإنهما كالقن في التمليك ولن أعطته حرا او مغصوبا او مرهونا لم تطلق لان العطية أنما تتناول ما يصح تمليكه وما لا يصح تمليكه لا تكون معطية له وان قال : أن أعطيتني عبدا فأنت طالق فأعطته إياه فإذا هو حرا أو مغصوب لم تطلق أيضا لما ذكره أبو بكر وأومأ إليه احمد وذكر القاضي وجها أخر انه يقع الطلاق قال : وأومأ إليه احمد موضع أخر لأنه إذا عينه فقد قطع اجتهادها فيه فإذا أعطته إياه وجدت الصفة فوقع الطلاق بخلاف غير المعين ولأصحاب الشافعي أيضا وجهان كذلك وعلى قولهم يقع الطلاق هل يرجع بقيمته أو بمهر المثل ؟ على وجهين .

ولنا أن العطية إنما معناها المتبادر إلى الفهم عند إطلاقها التمكن من نملكه بدليل غير معين ولان العطية ههنا التمليك بدليل حصول الملك بها فيما إذا كان العبد مملوكا لها وانتفاء الطلاق فيما إذا كان غير معين