كتاب الخلع

كتاب الخلع

٣٦١ إذا [تشاقّ][(١)] الزوجان وخافا ألا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه[(٢)] بمال يخلعها به[(٢)]،[(٣)] لقوله ـ تعالى ـ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[(٤)] فإذا[(٥)] فعل ذلك وقع[(٦)] بالخلع تطليقة بائنة[(٧)]، (وعند الشافعي[(٨)] ـ رحمه الله ـ فسخ)[(٩)]،[(١٠)] .....

---

(١) في جميع النسخ (تشاقا) وما أثبتناه هو الصحيح، لأنه يجب ألف الاثنين لوجود الفاعل.

(٢) سقطت من (ت).

(٣) في (ش) زياد (منه).

(٤) من الآية ٢٢٩، سورة البقرة.

(٥) ن (ل ٧٣ أ) ت.

(٦) في (ت) (وقعت).

(٧) انظر: المبسوط ج٦ ص ١٧١.

(٨) انظر روضة الطالبين ج٧ ص ٣٧٥. وهو قول الشافعي في القديم.

(٩) ما بين القوسين زيادة من (ت) وهي زيادة مهمة.

(١٠) اختلف العلماء في مسألة الخلع هل هو طلاق أم فسخ إلى فريقين:

الفريق الأول: وهم الحنفية، والمالكية، والشافعية في الجديد وهو الأظهر، والحنابلة في رواية ويرون أن المختلعة يلحقها صريح الطلاق. وهو قول: ابن مسعود وأبي الدرداء، وعمران بن حصين، ـ رضي الله عنهم ـ.

الفريق الثاني: وهم الشافعية في القديم، والحنابلة في الرواية المشهورة يرون أنه فسخ وهو قول ابن عباس وابن الزبير، وعكرمة، وجابر بن زيد، والحسن، والشعبي. والفرق بين كون الخلع طلاق أو فسخ: أنه إن كان طلاقاً فيعتد به في التطليقات وإلا فلا. واحتج الفريق الأول بما رواه الدارقطني (ج٤ ص ٤٥، ص ٤٦) والبيهقي (ج٧ ص ٣١٦): عن عكرمة، عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ «أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ جعل الخلع تطليقة بائنة». وعلق عليه البيهقي بقوله: «تفرد به عباد بن كثير البصري، وقد ضعفه أحمد ابن حنبل ويحيى بن معين =

= والبخاري... ثم قال: وكيف يصح ذلك ومذهب ابن عباس وعكرمة بخلافه».
واحتج من جعله طلاقاً أيضاً بأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره، وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ.
ورد عليه من جعله فسخاً قائلين: أن الفسوخ بالتراضي، قياساً على فسوخ البيع أي الإقالة. واحتج الفريق الآخر بالآتي:

أولاً: أخرج الدارقطني (ج٣ ص ٣٢٠) عن ابن عباس قال: «الخلع فرقة وليس بطلاق».

ثانياً: روى أحمد عن ابن عباس [رضي الله عنهما] قال: «الخلع تفريق وليس بطلاق». نقله عنه الحافظ في التلخيص (ج٣ ص ٢٣١) ثم قال: وإسناده صحيح، قال أحمد: ليس في الباب أصح منه.

ثالثاً: أخرج البيهقي (ج٧ ص ٣١٦) عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ قال: سأل إبراهيم بن سعد ابن عباس عن امرأة طلقها زوجها تطليقتين، ثم اختلعت منه أيتزوجها؟ قال ابن عباس: ذكر الله ـ عز وجل ـ الطلاق في أول الآية وآخرها، والخلع بين ذلك، فليس الخلع بطلاق ينكحها». قلت: يقصد قوله ـ تعالى ـ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ من الآيتين ٢٢٩، ٢٣٠ سورة البقرة.

رابعاً: وأخرج البيهقي (ج٧ ص ٣١٧) عن عطاء عن ابن عباس وابن الزبير ـ رضي الله عنهم ـ أنهما قالا في المختلعة يطلقها زوجها: قالا: لا يلزمهما الطلاق، لأنه طلق ما لا يملك». قال البيهقي: «وبمعناه رواه سفيان الثوري، عن ابن جريج، وهو قول الحسن البصري».

خامساً: واحتج من لم يره طلاقاً بأن الله ـ تبارك وتعالى ـ ذكر في كتابه الطلاق فقال: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ ثم ذكر الافتداء ثم قال ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ من الآيتين السابقتين فلو كان الافتداء طلاقاً لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع. ورد عليهم من جعل الخلع طلاقاً على هذا الاستدلال قائلين: إن الآية إنما تضمنت حكم الافتداء على أنه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق، لا أنه شيء غير الطلاق. انظر: المبسوط ج٦ ص ١٧١. شرح فتح القدير ج٤ ص ٥٨، ٥٩. بداية المجتهد ج٢ ص ٥٩. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص ٣٥١. روضة الطالبين ج٧ ص ٣٧٥، ٣٧٦. مغني المحتاج ج٣ ص ٢٦٨. المغني ج٧ ص ٥٩. المقنع لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج٣ ص ١١٧، ١١٨.

ولزمها المال، لأنه كناية فتكون[1] بائناً (ولأنها)[2] أدت المال (لتختص بنفسها)[3]،[4].

٣٦٢ فإن[5] كان النشوز من قبل الزوج[6]،[7] كرهنا[8] أن يأخذ منها[9] عوضاً، لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا﴾[10] وإن كان النشوز من قبلها[11] كرهنا[8] أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها، وفي بعض الروايات لا يكره، لإطلاق قوله ـ تعالى ـ ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[12] فإن فعل[13] جاز[14] في القضاء بالاتفاق[15].

٣٦٣ (وإن)[16] طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال بالتزامها[17]،[18] بمقابلة الفرقة كالخلع، والطلاق بائن لأداء المال،

---

(١) في (ت) (فيكون) وهو خطأ.
(٢) ما بين القوسين يماثله في (ت، ش) (إنما).
(٣) ما بين القوسين يماثله في (ت، ش) (لتخلص بنفسها).
(٤) في (ش) زيادة (منه).
(٥) في (ت) (وإن).
(٦) كذا في (ت) وفي (ص، ش) (قبله).
(٧) ن (ل ٧٦ أ) ت.
(٨) في (ت، ش) زيادة (له).
(٩) في (ت) زيادة (شيئاً).
(١٠) من الآية ٢٠، سورة النساء.
(١١) في (ت) (قبل المرأة).
(١٢) من الآية ٢٢٩، سورة البقرة.
(١٣) في (ت، ش) زيادة (ذلك).
(١٤) سقطت من صلب (ص) ملحقة بالهامش.
(١٥) في (ت) (بالإجماع).
(١٦) ما بين القوسين يماثله في (ت، ش) (فإن).
(١٧) كذا في (ش) وهي الأفضل لأنها تؤدي إلى المعنى المطلوب وفي (ص، ت) (بإلزامها).
(١٨) ن (ل ٨٧ ب) ش.

(ولما)[1] سلمت[2] المال له فليسلم[3] نفسها لها تحقيقاً للمبادلة، وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع[4] المسلمة[5] على خمر أو خنزير فلا شيء للزوج، لأن الطلاق بنفسه لا يوجب مالاً إلا بالتسمية والتسمية فاسدة بخلاف النكاح، لأن إيجاب المهر حق[6] الشرع، فإن في[7] حرمة الأبضاع حق الشرع ويكون الطلاق بائنا، لأن لفظ الخلع كناية حتى لو طلقها بخمر[8]،[9] فلم يجب المال[10] كان الطلاق رجعياً، لأن اللفظ ينبىء عنه.

٣٦٤ وما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً في الخلع، ((وإن)[11] قالت له خالعني على ما في يدي فخلعها[12] فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها، لأنها لم تسم[13] مالاً)[14] (وإن)[15] قالت[16] خالعني[17] على ما في يدي من مال فخلعها[18] فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها (لأنها ذكرت)[19] المال ولم يوجد والمذكور مجهول فيصار إلى العوض الأصلي وهو المهر.

---

(١) ما بين القوسين يماثله في (ش) (فلما).
(٢) في (ت، ش) (سلم).
(٣) في (ش) (فتسلم).
(٤) في (ش) (تخالع).
(٥) في (ت) (المرأة).
(٦) في (ت، ش) (لحق).
(٧) سقطت من (ت).
(٨) في (ش) (على خمر).
(٩) في (ت) زيادة (أو خنزير).
(١٠) في (ش) زيادة (و) لا داعي لها.
(١١) ما بين القوسين يماثله في (ش) (فإن).
(١٢) في (ش) (فخالعها) وكلاهما صحيح. انظر: لسان العرب ج٢ ص ١٢٣٢.
(١٣) كذا في (ش) وهي الأولى للتجانس وفي (ص) (يسم).
(١٤) ما بين القوسين الكبيرين سقط من (ت) وسقط من صلب (ص) ملحق بالهامش.
(١٥) ما بين القوسين يماثله في (ت) (فإن).
(١٦) في (ت) زيادة (له).
(١٧) زيادة من (ت، ش) وفي (ص) فراغ بقدر كلمة.
(١٨) في (ت، ش) (فخالعها) وكلاهما صحيح. انظر المرجع السابق.
(١٩) ما بين القوسين كتب في صلب (ص) (لأنه ذكر) ثم صححت في الهامش بما أثبتناه.

٣٦٥ وإن قالت خالعني[١] على ما في يدي من دراهم[٢] فخالعها[٣] فلم[٤] يكن في يدها شيء[٥] فعليها ثلاثة دراهم لأن اسم الجمع ينصرف[٦] إلى الثلاثة[٧]، وإذا[٨] قالت طلقني ثلاثاً بألف[٩] فطلقها واحدة فعليها ثلث[١٠] الألف، لأن[١١] «الباء» للمعاوضة.

٣٦٦ (وإن)[١٢] قالت طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها[١٣] واحدة فلا[١٤] شيء عليها عند أبي حنيفة[١٥] ـ (رحمه الله)[١٦] ـ[١٧] وعندهما[١٨] هذا والأول سواء، لأن حرف «الباء» وكلمة «على»[١٩] يذكران للمعارضة، و[٢٠] لأبي[٢١] حنيفة ـ (رحمه الله[٢٢])[٢٣] ـ .....

---

(١) زيادة من (ت، ش) يحتاجها السياق.
(٢) في (ت) (الدارهم).
(٣) زيادة من (ت، ش) يحتاجها المقام.
(٤) في (ت) (ولم).
(٥) ن (ل ٧٦ ب) ص.
(٦) ن (ل ٨٨ أ) ش.
(٧) كذا في (ت) وفي (ص، ش) (الثلاث).
(٨) في (ش) (إن) وفي (ت) (فإن).
(٩) في (ش) زيادة (درهم).
(١٠) في (ت) (ثلاثة) وهو خطأ.
(١١) في (ت، ش) زيادة (حرف).
(١٢) ما بين القوسين يماثله في (ت) (فإن).
(١٣) في (ت) (وطلقها).
(١٤) في (ت) (لا).
(١٥) انظر: المبسوط ج٦ ص ١٧٤.
(١٦) في (ت) زيادة (تعالى).
(١٧) زيادة من (ت، ش).
(١٨) انظر المرجع السابق.
(١٩) سقطت من صلب (ص) ملحقة بالهامش.
(٢٠) زيادة من(ش) وهي زيادة تجري على عادة المؤلف.
(٢١) في (ت) (فلأبي).
(٢٢) في (ت) زيادة (تعالى).
(٢٣) زيادة من (ت، ش).

أن[١] «على» قد تذكر[٢] للشرط، والمعلق بالشرط لا يتوزع على أجزاء الشرط فوقع الشك في (الوجوب فلا يجب بالشك)[٣].

٣٦٧ ولو قال لها الزوج طلقي نفسك ثلاثاً بألف أو قال[٤] على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع عليها شيء، لأن الزوج ما رضي بزوال ملكه عنها إلا بالألف[٥]، فلو[٦] وقع[٧] واحدة بثلث[٨] الألف لكان ضرراً له فأما[٩] المرأة لما[١٠] رضيت أن[١١] تملك نفسها بالألف[١٢]،[١٣] رضيت بالأقل[١٤] من ذلك.

٣٦٨ المبارأة[١٥] كالخلع، لأن اللفظ كناية والمبادلة موجودة والخلع والمبارأة يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح[١٦] .....

---

(١) في (ش) زيادة (كلمة).
(٢) في (ت) (يذكر).
(٣) ما بين القوسين كذا في هامش (ص) وفي (ش). وفي صلب (ص) (الوقوع فلا يقع) وفي (ت) (الوجوب فلا يجب).
(٤) سقطت من (ش) وسقطت من صلب (ص) ملحقة بالهامش.
(٥) في (ش) (بألف درهم).
(٦) في (ت) (ولو).
(٧) في (ت، ش) (وقعت).
(٨) في (ت) (بثلاث).
(٩) في (ش) (أما).
(١٠) في (ش) (فلما).
(١١) في (ش) (بأن).
(١٢) في (ش) (بألف).
(١٣) في (ت) زيادة (وقد).
(١٤) في (ت) (بأقل).
(١٥) المبارأة مهموزة وهي مفاعلة من البراءة. يقال بارأ شريكه: إذا فارقه ومثله بارأ الرجل المرأة: إذا صالحها على الفراق. انظر: طلبة الطلبة ص ١٢٦. تاج العروس ج١ ص ٤٥، ج١٠ ص ٣٦.
(١٦) من حقوق الزوج مثلاً: حل الوطء واللمس والنظر. ومن حقوق الزوجة: كمؤخر الصداق ونفقة العدة...».

عند أبي حنيفة[1] ـ (رحمه الله)[2] ـ وعند أبي يوسف[1] ـ (رحمه الله)[2] ـ أنه[3] فرّق[4] بين المبارأة والخلع، فقال الخلع لا يسقط (والمبارأة تسقط)[5] وعند محمد[6] ـ (رحمه الله)[7] ـ أن[8] فيهما لا يوجب سقوط شيء[9] إلا ما كان[10] (من[11] النكاح)[12]، [13]، [14]، [15] لوجود التقييد بدلالة الحال.

٣٦٩ ولأبي حنيفة ـ (رحمه الله[16])[17] ـ أن المبارأة تنبني عن العمل، والمبارأة من الجانبين مطلقاً، وكذلك الخلع مشتق من خلع النعل[18] وهو الفصل بين الرجل والمرأة[19] وقد وجد[20] إطلاق اللفظ والإطلاق قضية حقيقية[21]

---

(١) انظر: المبسوط ج٦ ص ١٩٠.
(٢) زيادة من (ش).
(٣) سقطت من (ت).
(٤) تكررت في (ص) وهو سهو من الناسخ.
(٥) ما بين القوسين زيادة من (ت، ش) وهي زيادة توضيحية مهمة.
(٦) انظر المرجع السابق.
(٧) زيادة من (ش).
(٨) سقطت من (ش).
(٩) في (ت) (الشيء).
(١٠) في (ش) (سمياه).
(١١) في (ت) زيادة (حقوق).
(١٢) ما بين القوسين سقط من (ش).
(١٣) ن (ل ٨٨ ب) ش.
(١٤) في (ت) زيادة (من حل الوطء والمس والنظر) وهي زيادة توضيحية.
(١٥) ن (ل ٧٤ أ) ت.
(١٦) في (ت) زيادة (تعالى).
(١٧) زيادة من (ت، ش).
(١٨) ن (ل ٧٧ أ) ص.
(١٩) في (ت، ش) (وبينها).
(٢٠) سقطت من صلب (ص) ملحقة فوق السطر.
(٢١) جاء في المستصفى (ل ١٥٠ أ) توضيح ذلك بقوله: «يعني أن الإطلاق من المطلق قضية حقيقية لما عرف أن المطلق يجري على إطلاقه، والحقيقة حقيق بأن تراد، والعدول عنه للضرورة بأن صارت مهجورة، قوله: والعرف مشترك بينهما جواب عن كلام محمد، فإنه قال نعم إن اللفظ مطلق لكن المطلق يقيد بدليل وقد وجد =

فيعمل[1] بها ما لم يوجد المعارض والعرف. مشترك فلا يصلح مقيداً [وهذا[2] مذهب أبي حنيفة[3] ـ (رحمه الله)[4] ـ أن إطلاق اللفظ لا يبطل ولا يقيد][5] إلا بدليل صالح والعرف المشترك لا يصلح مقيداً (والله أعلم)[6].

= وهو دلالة الحال فقال العرف مشترك فإنه كما يراد به ما ذكرت يراد به جميع الحقوق الواجبة بالنكاح فلا يصلح مقيداً، لأنه لما كان مشتركاً صار متعارضاً فبقي الإطلاق سالماً عن المعارض...».

(١) في (ت، ش) (فنعمل).

(٢) في (ش) (فهذا).

(٣) انظر مخطوطة المستصفى (ل ١٥٠ أ).

(٤) زيادة من (ش).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ت).

(٦) سقطت من (ت، ش).