

كتاب الخلع

هو الفرقة بعوض يأخذه الزوج ، وأصل الخلع مجمع على جوازه ، وسواء في جوازه خالع على الصداق أو بعضه ، أو مال آخر أقل من الصداق ، أو أكثر ، ويصح في حالتي الشقاق والوفاق ، وخصه ابن المنذر بالشقاق ، ثم لا كراهة فيه إن جرى في حال الشقاق ، أو كانت تكره صحبته لسوء خلقه أو دينه ، أو تخرجت من الإخلال ببعض حقوقه ، أو ضربها تأديباً فافتدت . وألحق الشيخ أبو حامد به ما إذا منعها نفقة أو غيرها فافتدت لتتخلص منه . وإن كان الزوج يكره صحبتها ، فأساء عشرتها ، ومنعها بعض حقها حتى ضجرت وافتدت ، كره الخلع وإن كان نافذاً ، ويأثم الزوج بفعله . وفي وجه ، منعه حقها كالإكراه على الخلع بالضرب وما في معناه ، وإذا أكرهها بالضرب ونحوه فاختلفت ، فقالت مبتدئة : خالعتني على كذا ففعل ، لم يصح الخلع ، ويكون الطلاق رجعيًا إن لم يسم مالا . وإن سماه ، لم يقع الطلاق ، لأنها لم تقبل مختارة ، وفي « التتمة » وجه ، أنه لا يقع الطلاق وإن لم يسم المال . ولو ابتدأ وقال : طلقتك على كذا وأكرهها بالضرب على القبول ، لم يقع شيء ، وإذا ادعت أنه أكرهها على بذل مال عوضاً عن الطلاق وأقامت بينة ، فالمال مردود إليها ، والطلاق واقع ، وله الرجعة ، نص عليه . قال الأصحاب : موضع الرجعة ما إذا لم يعترف بالخلع ، بل أنكر المال أو سكت . فأما إذا اعترف بالخلع وأنكر الإكراه ، فالطلاق بائن

بقوله ، ولا رجعة . ولو زنت فمنعها بعض حقها فافتدت بمال ، صح الخلع ، وحل له أخذه . وعلى هذا حل قول الله تعالى : (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) [النساء: ١٨] ومن جعل منع الحق كالإكراه بالضرب قال : لا يحل الأخذ . ولو أمسكها عنده وحبسها ليرثها فماتت ، ورثها على المشهور . وحكى ابن كيج والحناطي قولاً أنه لا يرثها .

فصل

يشتمل هذا الكتاب على خمسة أبواب .

الأول : في حقيقة الخلع ، فإن فارقها على عوض بلفظ الطلاق ، فهو طلاق سواء فيه صريح الطلاق وكنياته . وإن لم يجوز إلا لفظ الخلع ، فقولان . الجديد ، أنه طلاق ينقص به العدد ، وإذا خالعا ثلاث مرات ، لم ينكحها إلا بمحل ، والقديم : أنه فسخ لا ينقص به العدد . ويجوز تجديد نكاحها بعد الخلع بلا حصر ، والجديد هو الأظهر عند جمهور الأصحاب . ورجح الشيخ أبو حامد ، وأبو مخلد البصري القديم ، فإن قلنا : فسخ ، فلفظ الخلع صريح فيه ، ولو قال : فسخت نكاحك بألف فقبلت ، أو قال : فاديتك بألف فقالت : قبلت أو افتديت ، فوجهان . أصحابها : أنه صريح . والثاني : كناية . فعلى هذا ، في انعقاد الخلع بها خلاف نذكره في أنه هل ينعقد بالكناية إذا جعلناه فسخاً ، ولو نوى بالخلع الطلاق والتفريع على أنه فسخ ، فهل يكون طلاقاً أم فسخاً لكونه صريحاً ؟ فيه وجهان ، اختيار القاضي حسين الفسخ ، وبه قطع المتولي والغزالي . ولو قال لزوجته : فسخت نكاحك ونوى الطلاق وهو متمكن من الفسخ بعيها ، فالصحيح أنه طلاق وبه قطع القاضي حسين . وقيل : فسخ . أما إذا قلنا : الخلع طلاق ، فلفظ الفسخ كناية فيه ، ولفظ الخلع فيه قولان . قال في « الأم » :

كناية وفي « الإملاء » : صريح . قال الروياني وغيره : الأول أظهر ، واختار الإمام والغزالي والبغوي الثاني ، ولفظ المفاداة كلفظ الخلع على الأصح . وقيل : كناية قطعاً . وإذا قلنا : لفظ الخلع صريح ، فذاك إذا ذكر المال ، فإن لم يذكره ، فكناية على الأصح . وقيل : على القولين . وهل يقتضي الخلع المطلق الجاري بغير ذكر المال ثبوت المال ؟ وجهان . أصحها عند الإمام والغزالي والروياني : نعم للعرف ، وكالخلع على خمر ، والثاني : لا لعدم الالتزام ، فإن أثبتنا المال ، فإن جعلناه فسخاً أو صريحاً في الطلاق أو كناية ونوى ، وجب مهر المثل وحصلت البينونة . وإن جعلناه كناية ولم ينو ، لغا ، وإن لم يثبت المال عند الطلاق ، فإن جعلناه فسخاً ، لغا ، لأن الفسخ بالتراضي لا يكون إلا بعوض ، هكذا حكاه الإمام وغيره عن الأصحاب ، وذكروا أن مساق كلامهم أنه لو نفى (١) العوض في الخلع ، لم يصح الخلع على قول الفسخ ، قال الإمام : والقياس الحق صحته بلا عوض . وإن جعلناه طلاقاً إما صريحاً وإما كناية ونوى ، فهو طلاق رجعي ، وفي اقتضائه إلى قبولها وجهان . أصحها : لا يفتقر ، صححه الإمام وقطع به البغوي لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي ، والوجهان فيما إذا قال : خالعتك وأضمر التماس جوابها وانتظر قبولها . أما لو قال : خلعت أو خالعت ، ولم يضر التماس الجواب ، فلا يفتقر إلى الجواب قطعاً ، كما لو قال : فارقتك . ولو نوى المال ولم يذكره وقلنا : مطلقه لا يقتضي مالا ، فهل تؤثر النية في ثبوت المال ؟ وجهان يقربان من انعقاد البيع ونحوه بالكنايات . فإن قلنا : تؤثر ، ثبت المال ، ولا بد فيه من نيتها أيضاً . وإن قلنا : لا تؤثر ، فهل يقع الطلاق ويلغى منه (٢) المال ، أم لا يقع ، لأنه نوى الطلاق على مال لا مطلقاً ؟ وجهان . وفي « فتاوى

(١) في الأصل : بقي ، وهو تصحيف .

(٢) في نسخة الظاهرية : فيه .

البغوي ، وجهان فيما لو اختلعت نفسها على بقية صداقها ، فخالعها عليه ، ولم يكن بقي لها شيء عليه ، فهل تحصل البينة بمهر المثل ؟ ورجع الحصول .

فرع

يصح الخلع بجميع كنيات الطلاق مع النية إن جعلناه طلاقاً ، وإن جعلناه فسخاً ، فهل للكنيات فيه مدخل ؟ وجهان . أصحها : نعم . فإن نوى الطلاق ، أو الفسخ ، كان ما نوى . وإن نوى الخلع ، عاد الخلاف في أنه فسخ أم طلاق ؟ ولو قال : خالعت نصفك أو يدك على كذا ، أو خالعتك شهراً على كذا ، نفذ إن جعلناه طلاقاً ، والقول في المال الواجب سيأتي إن شاء الله تعالى ، ولا ينفذ إن جعلناه فسخاً .

فرع

ترجمة الخلع بسائر اللغات ، كلفظة العربي ، ولا يجيء فيه الخلاف السابق في النكاح .

فرع

لفظ البيع والشراء كناية في الخلع ، سواء جعل فسخاً أم طلاقاً ، وذلك بأن يقول : بعثك نفسك بكذا ، فتقول : اشتريت أو قبلت ، ولفظ الإقالة كناية أيضاً فيه ، ويبيع الطلاق بالمهر من جهة الزوج ، ويبيع المهر بالطلاق من جهتها

يعبر بها عن الخلع ، وليكونا كنايةتين ، كقوله : بعثك نفسك . وفي « الزيادات »^(١) لأبي عاصم : إن يبع الطلاق مع ذكر العوض صريح . ورأى إسماعيل البوشنجي من أصحابنا ، أن ينزل قوله : بعثك طلاقك بكذا منزلة قوله : ملكتك طلاقك بكذا ، حتى إذا طلقت في المجلس ، لزم المال ووقع الطلاق . وإن نوباً مجرد يبع الطلاق وشرائه من غير إيقاع طلاق منها ، وبغير نية طلاق منه ، فهذا التصرف فاسد ، والنكاح باق بحاله . وإسماعيل هذا إمام غواص متأخر لقيه من لقيناه .

فرع

قالت : طلقتني على كذا فقال : خالعتك ، فإن جعلنا الخلع فسخاً ، لم ينفذ لأنه لم يجبهها ، وإن جعلناه صريحاً في الطلاق ، أو كناية ونوى ، حصلت البيئونة ولزم المال . وإن لم ينو ، لم يقع شيء . ولو قالت : خالعتني على كذا فقالت : طلقتك عليه ، فإن قلنا : الخلع فسخ ، لم يقع عليه فرقة لأنه لم يجبهها . وقيل : يقع الطلاق ، لأنه أعطاها فرقه أقوى مما طلبت ، فكأنه زاد ، كمن سأله طلبة فطلق طلقين ، والأول أصح . وعلى هذا قوله : طلقتك ابتداء كلام منه ، فإن لم يسم المال ، وقع طلاق رجعي ، وإن سماه ، لم يقع ما لم يقبل . وإن قلنا : الخلع طلاق ، فإن جعلناه صريحاً أو كناية ونوت ، حصلت البيئونة ولزم المال ، ولا يضر اختلاف اللفظ ، وإن جعلناه كناية ولم ينو ، فقولها لغو . والزواج مبتدئ بالطلاق . ولو وكل رجلاً في طلاقها فخالع ، فإن قلنا : الخلع فسخ ،

(١) في الأصل : الزائدات

لم ينفذ . وإن قلنا : طلاق ، قال البوشنجي : الذي يجيء على أصلنا ، أنه لا ينفذ أيضاً ، لأنه يمنع الرجعة إن كان بعد الدخول . قال : ولو وكله في الطلاق فطلق على مال ، إن كان بحيث يتصور الرجعة ، لم ينفذ ، وإن لم يتصور بأن كان قبل الدخول ، أو كان المملوك له الطلقة الثالثة ، فذكر في نفوذه احتمالين لأنه حصل غرضه مع فائدة ، لكنه غير مفهوم بالتوكيل المطلق ، وقد يتوقف في بعض مآذكره حكماً ودليلاً .

فرع

تخالعا هازلين ، نفذ إن قلنا : إنه طلاق ، وإن قلنا : فسخ ، فهو كبيع المازل ، وفيه خلاف سبق .

فرع

التعليق يمنع صحة الخلع إن قلنا : فسخ ، وإن قلنا : طلاق ، فلا .

فصل

فيا يلحق به الخلع من الأصول

قال الأصحاب : إن جعلنا الخلع فسخاً ، فهو معاوضة محضة من الجانبين لامتدخلك للتعليق فيه ، بل هو كابتداء النكاح والبيع . فلو قال : خالعتك بمائة فقبلت بخمسين ، أو قالت : خالعتني بمائة فخالعها بخمسين ، أو قالت : بخمسين فخالعها

بمائة ، لم يصح كالبيع . وإن جعلناه طلاقاً ، أو جرى لفظ الطلاق صريحاً ، نظر هل بدأ الزوج بالايقاع ، أم بدأت بسؤاله ؟

القسم الأول : إن بدأ^(١) هو بطلاقها وذكر العوض ، فهو معاوضة فيها شوب تعليق ، لأنه يأخذ مالاً في مقابلة ما يزيله ، والشوب فيه لكونه يترتب على قبول المال كترتب الطلاق المعلق بشرط ، ثم تارة تغلب المعاوضة ، وتارة التعليق ، وتارة يراعى المعنيان ، ويختلف ذلك بالصيغ المأني بها . فإن أتى بصيغة المعاوضة وصورتها فقال : خالعتك بكذا ، أو على كذا ، أو طلقتك ، أو أنت طالق ، على كذا ، غلب معنى المعاوضة ، ويثبت أحكامها ، فيجوز له الرجوع قبل قبولها ، ويلغو قبولها بعد رجوعه ، ويشترط قبولها باللفظ من غير فصل كالبيع وسائر العقود . فلو تخلل زمن طويل ، أو اشتغلت بكلام آخر ثم قبلت ، لم ينفذ . ولو اختلف الإيجاب والقبول ، بأن قال : طلقتك بألف فقبلت بألفين ، أو بخمس مائة ، لم يصح كالبيع ، كذا ذكره البغوي وغيره . وفي « الشامل » ، أنها إذا قبلت بألفين ، صح ولا يلزمها الألف ، لأنه لم يوجب إلا ألفاً . والصحيح الأول . ولو قال : طلقتك ثلاثاً بألف ، فقبلت واحدة بثلاث الألف ، لم يصح . وإن قبلت واحدة بالألف ، فثلاثة أوجه . أحدها : لا يقع شيء كالبيع ، والثاني : يقع طلاقاً ، لأن الزوج هو المستقل بالطلاق ، وأصحها : يقع الثلاث ، صححه الشيخ أبو علي والغزالي ، وبه قال القفال ، لأن قبولها إنما يحتاج إلى المال ، وأصل الطلاق وعدده مستقل به الزوج . وإذا قلنا : يقع الثلاث أو واحدة ، ففيما يستحقه الزوج عليها وجهان . أحدهما : الألف ، وبه قال ابن الحداد ، والشيخ أبو محمد ، لأن

(١) في الأصل : ان يبدأ .

الايجاب والقبول تعلقا به . والثاني عن ابن سريج : أنه يجب مهر المثل لاختلاف
الايجاب والقبول . وإن أتى الزوج بصيغة تعليق ، نظر ، إن قال متى أعطيتني ،
أو متى ما ، أو أي وقت ، أو حين ، أو زمان ، غلب معنى التعليق وثبتت
أحكامه ، وجعل كالتعليق بسائر الأوصاف ، حتى لا يحتاج إلى قبول باللفظ ،
ولا يشترط الإعطاء في المجلس ، بل متى وجد الإعطاء طلقت ، وليس للزوج الرجوع قبل
الإعطاء ، وإن قال : إن أعطيتني ، أو إذا أعطيتني كذا فأنت طالق ، فله بعض أحكام
التعليق ، فلا يحتاج إلى القبول لفظاً ، ولا رجوع للزوج قبل الإعطاء . وقيل : يجوز له الرجوع
قبل الإعطاء ، حكاه البغوي ، وقطع به صاحب « المذهب » ، ويقرب منه ما حكاه ابن كجب
عن ابن سامة ، أن الزوج بالخيار بين أن يقبل الألف الذي أحضرته ، وبين أن لا يقبل .
والصحيح الاول ، وله بعض أحكام المعاوضة وهو اشتراط الإعطاء في المجلس .
واختار صاحب « المذهب » ، إلحاق « إذا » بـ « متى » ، وألحقها بالجمهور بـ « أن » كما ذكرنا .
وحكي وجه ، أن كلمة « إن » كـ « متى » في أنه لا يشترط تعجيل الإعطاء وهو شاذ .
ثم قال المتولي : اشتراط الإعطاء على الفور مخصوص بالزوجة الحرة فإن
قال لزوجته الأمة : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، وقع الطلاق متى أعطته
الألف وإن طال الزمان ، لأنها لا تقدر على الإعطاء في المجلس غالباً ، بخلاف
ما إذا قال : إن أعطيتني زق خمر فأنت طالق ، فإنه يشترط الفور وإن لم تملك
الخمر ، لأن يدها قد تشمل على خمر . قال : ولو أعطته الأمة ألفاً من كسبها ،
حصلت البيئونة لوجود الصفة ، وعليه رد المال إلى سيدها ويطالبها بمهر المثل إذا عتقت .

فرع

المراد بالمجلس الذي يشترط فيه الإعطاء بحاس التواجب وهو ما يحصل به
الارتباط بين الايجاب والقبول ، ولا نظر إلى مكان العقد . وفي وجه حكاه

ابن كج وغيره ، أنه يقع الطلاق إذا أعطته قبل تفرقها وإن طالت المدة .
والصحيح الاول .

القسم الثاني : إذا بدأت بسؤال الطلاق فأجابها ، فهو معاوضة فيها شوب
جعالة . والصحيح لها الرجوع قبل أن يجيبها ، لأن هذا حكم المعاوضة والجعالة ،
وسواء أنت بصيغة تعليق كقولها : إن طلقني أو متى طلقني فلك كذا ، أو
قالت : طلقني على كذا ، فهو معاوضة في الحالتين ، ويشترط أن يطلقها في مجلس
التواجب ، سواء فيه صيغة المعاوضة والتعليق ، وسواء علقت بـ «إن» أو بـ «متى» . فلو
طلقها بعد مدة طويلة ، كان طلاقاً مبتدأً . ولو قالت : طلقني ثلاثاً على ألف فطلق
واحدة على ثلث الألف ، أو اقتصر على قوله : طلقتك واحدة ، وقعت الواحدة
واستحق ثلث الألف . كما لو قال : رد عيدي ولك ألف ، فرد أحدهم . وحكى
الشيخ أبو علي وجهاً أنه لا يقع شيء وغلط قائله .

فرع

قال لامرأته : خالعتكما أو طلقتكما ، أو أننا طالقان بألف ، فقبلت إحداهما
فقط ، لم يقع شيء . وقيل : يصح في حق القائلة والصحيح الأول .
ولو قال : طلقك إحداكما بألف ولم يعين فقالتا : قبلنا ، لم يصح ذكره البغوي .
ولو قال : خالعتك وضرتك بألف . فقالت : قبلت ، صح الخلع ، ولزمها
الألف ، لأن الخطاب معها وحدها وهي مختلعة لنفسها ، وقابلة لضررتها كالأجنبي .
ولو قالت له : طلقنا بألف فطلق إحداهما ، طلق دون الأخرى . وهل
يلزمها مهر المثل أم حصنها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ، أم نصف المسمى ؟
فيه ثلاثة أقوال . أظهرها الأول ، ونجري الأقوال في الواجب على كل واحدة
إذا طلقها .

قال الشيخ أبو حامد : والخلاف مخصوص بصورة الإطلاق .
أما لو قال : طلقتهما على ألف مناصفة ، أو قالتا : طلقنا على ألف مناصفة ،
فهو مناصفه بلا خلاف .

ولو قالت : طلقني بألف ، فقال : طلقتك بخمس مائة ، بانت واستحق خمسة
على الصحيح ، وقيل : لاتطلق تغليياً للمعاوضة ، وبالله التوفيق .

الباب الثاني في أركان الخلع

وهي خمسة .

الأول : الزوج ، فيوجب ابتداءً أو يجب^(١) سؤالها ، ويشترط أن يكون ممن
ينفذ طلاقه ، فلا يصح خلع الصبي والمجنون ، ويصح خلع المحجور عليه بفلس أو سفه ،
سواء أذن الولي أم لا ، وسواء كان العوض مهر المثل أو دونه ، لأن طلاقها
بجائاً نافذ ، ولا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفية ، بل يسلمه إلى الولي ، فإن
سلمه إلى السفية وكان الخلع على عين مال ، أخذها الولي من يده . فإن تركها
في يده حتى تلفت بعد علمه بالحال ، ففي وجوب الضمان على الولي وجهان
حكاهما الخناطي . وإن تلف في يد السفية ولم يعلم الولي بالتسليم ، رجع على المختلع
بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمة العين على القول الآخر . وإن كان الخلع على دين ،
رجع الولي على المختلع بالمسمى ، لأنه لم يجر قبض صحيح تبرأ به الذمة ، ويسترد
المختلع من السفية ما سلمه إليه . فإن تلف في يد السفية ، فلا ضمان ، لأنه ضيع ماله
بتسليمه إلى السفية ، كمن باعه شيئاً وسلمه إليه وتلف عنده ، هذا إذا كان التسليم

(١) في الأصل : أو يجب .

إلى السفية بغير إذن الولي ، فإن كان ياذنه ، ففي الاعتداد بقبضه وجهان عن الداركي ، ورجع الحناطي الاعتداد .

فرع

يصح خلع العبد بغير إذن سيده وبدون مهر المثل ، ويدخل المهر في ملك سيده قهراً كأكسابه ، ولا يسلم المختلع المال إليه بل إلى السيد . فإن سلمه إليه فعلى ماسبق في السفية ، إلا أن ما يتلف في يد العبد يطالبه المختلع بضمانه إذا عتق ، وما يتلف في يد السفية لا يطالبه به ، لا في الحال ولا بعد الرشد ، وخلع المدير والمعتق بعضه كالقن . فإن جرت مهايأة بين من بعضه حر وبين سيده ، فليكن عوض الخلع من الأكساب النادرة ، وليجىء فيه الخلاف .

والمكاتب يسلم إليه عوض الخلع لصحة يده واستقلاله .

الركن الثاني : المختلع يشترط في قابل الخلع من الزوجة والاجنبي ، أن يكون مطلق التصرف في المال ، صحيح الالتزام .

وللحجر أسباب . أحدها : الرق . فإن اختلعت الامة نفسها بغير إذن سيدها ، نظر إن اختلعت بعين ماله ، فقولان . أحدهما : يقع الطلاق رجعيّاً كالسفية^(١) والمشهور أنه يقع بائناً كالخلع على خمر ، وهل المستحق عليها مهر المثل أم بدل العين ؟ قولان . أظهرهما : الاول . وإن اختلعت على دين ، بانت . وهل عليها المسمى أم مهر المثل ؟ وجهان ، أو قولان . أصحهما : الاول ، وبه قطع

(١) في الأصل : كالسفية .

العراقيون ، واختاره القفال والشيخ أبو علي ، ثم ما ثبت عليها باختلاعها يتعلق بدمتها تطالب به بعد العتق لا في الحال .

أما إذا اختلعت بإذن سيدها ، فاما أن يبين العوض ، وإما أن يطلق . فان بين ، نظر ، إن كان عيناً من ماله ، نفذ الخلع ، واستحق الزوج تلك العين ، وإن قدر ديناً ، بأن قال : اختلعي بألف ففعلت ، تعلق الألف بكسبها كمهر زوجة العبد . وإن زادت على ما قدر ، فالزيادة في ذمتها .

وإن قال : اختلعي بما شئت ، اختلعت بمهر المثل ، وبالإضافة إن شاءت ، وتعلق الجميع بكسبها ، ذكره البغوي . وإن أطلق الأذن ، اقتضى مهر المثل . فان لم تزد عليه ، ففي كسبها ، وإلا فالزيادة في ذمتها ، وما يتعلق بكسبها يتعلق بما في يدها من مال التجارة إن كانت مأذوناً لها . وإن جرى الخلع بأذن السيد والعوض دين ، ففي كون السيد ضامناً له الخلاف السابق في مهر زوجة العبد .

فرع

[اختلاع المكاتبه] ^(١) بغير إذن سيدها ، كاختلاع الامة بغير إذنه . وإن اختلعت بأذنه ، فالمذهب والمنصوص هنا أنه كاختلاعها بغير إذن . وقيل : كاختلاع الامة بالأذن ، ولا يكون السيد هنا ضامناً بلا خلاف .

فرع

اختلاع السيد أمته التي هي تحت حر ، أو مكاتب على رقبتها ، قال إسماعيل

(١) زيادة من نسخ الظاهرية ولا يستقيم الكلام إلا بها .

البوشنجي : تحصلت فيه بعد إمعان النظر على وجهين . أحدهما : تحصل الفارقة
بمهر المثل . وأصحها : لا يصح الخلع أصلاً .
السبب الثاني : الحجر بالسفه .

فاذا قال لزوجته المحجور عليها لسفه : خالعتك أو طلقتك على ألف فقبلت ،
وقع الطلاق رجعيًا ، سواء فعلت ذلك بأذن الولي أم بغير إذنه ، ولا يلزمها المال ،
وليس للولي صرف مالها في الخلع . فان لم تقبل ، لم يقع الطلاق ، لان الصيغة
تقتضي القبول ، فأشبه الطلاق المعلق على صفة .

ولو قال لها : طلقتك على ألف إن شئت [فقالت على الاتصال : شئت ^(١)]
وقع الطلاق رجعيًا . ولو بدأت فقالت : طلقني على كذا فأجابها ، وقع طلاق
رجعي أيضاً .

فرع

له زوجتان : رشيدة ومحجور عليها بسفه ، فقال : طلقتهما على كذا ، فقبلتا ،
طلقت الرشيدة بائناً ، وعليها مهر المثل على الأظهر ، وطلقت السفية رجعيًا ، وإن
قبلت إحداها ، لم يقع عليها شيء . ولو كانتا سفيتين ، فقال : طلقتهما على ألف فقبلتا ،
وقع الطلاق عليها رجعيًا . وإن قبلت إحداها ، لم يقع شيء . ولو بدأتا فقالتا :
طلقنا بألف فطلقهما ، وقع الطلاق على السفية رجعيًا ، وعلى الرشيدة بائناً .
وإن أجاب السفية ، وقع عليها رجعيًا ، وإن أجاب الرشيدة ، وقع بائناً .
وقوله : أنما طالقان على ألف إن شئنا ، كقوله : طلقتهما على ألف في جميع ذلك .
السبب الثالث : الجنون والصغر ، فقبول مجنونة وصغيرة لا تميز لهما لغو

(١) زيادة من غطوبة الظاهرية .

وقول الزوج لها : أنت طالق على كذا لغو . ولو قال ذلك لصغيرة مميزة فقبلت ، فهل يقع طلاق رجعي أم لا يقع شيء ؟ وجهان . رجح الإمام والغزالي المنع ، والبغوي الوقوع .

السبب الرابع : المرض . فإذا اختلعت في مرض موتها ، نظر ، إن كان بمهر المثل ، نفذ ولم يعتبر من الثلث ، وإن كان بأكثر ، فالزيادة كالوصية للزوج ، فيعتبر من الثلث ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالحلل عن الارث .

ولو اختلعت بعبد قيمته مائة ، ومهر مثلها خمسون ، فقد حابت بنصف العبد ، فينظر ، إن خرجت المحاباة من الثلث ، فالعبد كله للزوج عوضاً ووصية . وحكى الشيخ أبو حامد وجهاً ، أنه بالخيار بين أن يأخذ العبد ، وبين أن يفسخ العقد فيه ويرجع إلى مهر المثل ، لأنه دخل في العقد على أن يكون [العبد] ^(١) كله عوضاً . والصحيح الأول ، إذ لا نقص ولا تشقيص . وإن لم يخرج من الثلث ، بأن كان عليها دين مستغرق ، لم تصح المحاباة ، والزوج بالخيار ، بين أن يسلك نصف العبد وهو قدر مهر المثل ، ويرضى بالتشقيص ، وبين أن يفسخ المسمى ويضارب الغرماء بمهر المثل . وإن كان لها وصايا أخرى ، فإن شاء الزوج ، أخذ نصف العبد وضارب أصحاب الوصايا في النصف الآخر . وإن شاء فسخ المسمى وتقدم بمهر المثل على أصحاب الوصايا ، ولا حق له في الوصية ، لأنها كانت في ضمن المعاوضة وقد ارتفعت بالفسخ . وإن لم يكن دين ولا وصية ولا شيء لها سوى ذلك العبد ، فالزوج بالخيار ، إن شاء أخذ ثلثي العبد ، نصفه بمهر المثل ، وسدسه بالوصية ، وإن شاء فسخ وليس له إلا مهر المثل .

(١) زيادة من غخطوة الظاهرية .

فرع

مرض الزوج لا يؤثر في الخلع ، فيصح خلعها في مرض الموت بدون مهر المثل ، لأن البضع لا يبقى للوارث لو لم يخالعه ، كما لو أعتق مستولده في مرض الموت ، لا يعتبر من الثلث ، ولأنه لو طلق بلا عوض لم يعتبر قيمة البضع من الثلث .

الركن الثالث : المعوض وهو البضع ، وشرطه أن يكون مملوكاً للزوج . فأما البائنة بخلع وغيره ، فلا يصح خلعها ، ويصح خلع الرجعية على الأظهر لأنها زوجة . والثاني : لا لعدم الحاجة إلى الافتداء . وقيل : يصح خلعها بالطلقة الثالثة دون الثانية لتحصل البينة الكبرى . وإذا قلنا : لا يصح ، فنقل الإمام وغيره عن الأصحاب ، أن الطلاق يقع رجعيّاً إذا قبلت كالسفينة .

فرع

خالع مرتدة مدخولاً بها ، توقف ، فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا صحة الخلع ولزوم المال المسمى ، وإلا تبينا بطلان الخلع لانقطاع النكاح بالردة ، وكذا الحكم لو ارتد الزوج بعد الدخول ، أو ارتدا معاً ، ثم جرى الخلع ، وكذا لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين ، ثم تخالعا ، وأطلق المتولي أنه لا يصح الخلع بعد^(١) تبديل الدين لأن الملك كالزائل .

(١) في الأصل : بل .

الركن الرابع : العوض هو كالصداق ، فيجوز قليلاً وكثيراً ، عيناً ودينياً ، ويشترط أن يكون معلوماً متمولاً مع سائر شروط الأعواض ، كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغيرهما ، وتفصيله بصور . إحداها : لو خالع على مجهول كوثوب غير معين ، حصلت البينة ورجع إلى مهر المثل ، ومن المجهول حمل البهيمية والجارية ، سواء قال : خالعتك بما في بطنها أو على حملها . ولو خالع بألف إلى أجل مجهول ، أو خالع بشرط فاسد كشرط أن لا ينفق عليها وهي حامل ، أو لاسكنى لها ، أو لاعدة عليها ، أو أن يطلق ضرثها ، بانت بمهر المثل . وحكى المتولي وجهاً ، أنه لا تحصل الفرقة في صورة الجهل وسائر صور فساد العوض ، وكذا لو خالع ولم يذكر عوضاً بناء على أن الخلع فسخ ، والمذهب الأول .

فرع

خالعها على ما في كفها ولم يعلمه ، أو علمه ولم نصح ببيع الغائب ، بانت بمهر المثل ، وإن علم وصححناه ، بانت بالمسمى . فان لم يكن في كفها شيء ، ففي « الوسيط » أنه يقع الطلاق رجعيّاً ، والذي نقله غيره وقوعه بانئاً بمهر المثل ، ويشبه أن يكون الأول فيما إذا كان عائلاً بالخال ، والثاني فيما إذا ظن في كفها شيئاً .

قلت : المعروف الذي أطلقه الجمهور ، كأصحاب « الشامل » و « التتمة » و « المستظهري » و « البيان » وغيرهم ، وقوعه بانئاً بمهر المثل ، وهو مقتضى كلام إمام الحرمين . والله أعلم

الصورة الثانية : خالعهـا على ماليس بال كخمر أو حر ، بانت . وهل يرجع عليها بمهر المثل ، أم يبدل المذكور ؟ قولان . أظهرهما : الأول .

ولو خالع على مغضوب ، فكذلك ، ويفرق بين أن يقول : خالعتك على هذا العبد فبان حراً ، وبين قوله : خالعتك على هذا الحر في أصح الطريقين ، كما سبق في الصداق حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية ، لفساد الصيغة ، وكذا يفرق بين قوله : خالعتك على هذا العبد فبان مستحقاً ، وبين قوله : خالعتك على هذا المغضوب حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية . وعن القاضي حسين وجه فيما إذا خالع على خمر أو مغضوب : وقع الطلاق رجعياً ، لان المذكور ليس بال ، فلا يظهر طمعه في شيء ، والصحيح الاول ، وبه قطع الاصحاب . ولو خالع على دم ، وقع الطلاق رجعياً ، وعلوه بأنه لا يقصد بحال ، فكأنه لم يطعم في شيء .

والخلع على الميتة ، كالمهر لا كالدّم ، لأنها قد تقصد للضرورة وللجوارح .

الصورة الثالثة : الخلع على مالا يقدر على تسليمه ، ومالا يتم ملكه عليه ، كالخلع على خمر في جريان القولين فيما يرجع به من مهر المثل والبدل .

ولو خالع على عين فتلفت قبل القبض ، أو خرجت مستحقة ، أو معيبة فردها أو فانت منها صفة مشروطة فردها ، فقيم يرجع به القولان . ولو خالعهـا على ثوب في الذمة ووصفه كما ينبغي ، فأعطته ثوباً بالصفة فبان معيباً ، فله رده ويطالب بمثله سليماً كما في السلم .

وإن قال : إن أعطيتني ثوباً بصفة كذا فانت طالق ، فأعطته ثوباً بتلك الصفة ، طلقت . فان خرج معيباً فردّه ، عاد القولان في أنه يرجع بمهر المثل أم بقيمة ذلك الثوب سليماً ؟

الرابعة : التوكيل بالخلع من الجانبين جائز . فأما وكيل الزوج ، فإن قدر له مالاً بأن قال : خالعه بمائة ، فينبغي أن يخالعه بالمائة فأكثر ، ولا ينقص . فإن خالعه بمائة وثوب ، فهو كما لو قال : بع عبي بمائة فباعه بمائة وثوب وقد سبق .

وإن أطلق التوكيل في الخلع ، فينبغي أن يخالعه بمهر المثل وأكثر ، ولا ينقص . وصورة إطلاق التوكيل أن يقول : وكلتك في خلع زوجتي ، أو خالعه ولا يذكر مالاً ، ويكفي هذا في التصوير إن قلنا : إن مطلق الخلع يقتضي مالاً ، وإن قلنا : لا يقتضيه ، اشترط أن يقول : خالعه بمال .

فإن نقص الوكيل عن المائة في صورة التقدير ، فالنص لا يقع الطلاق ، وإن نقص عن مهر المثل في صورة الإطلاق ، فالنص وقوعه .

وللأصحاب فيه طرق ، مجموعها خمسة أقوال . أظهرها : يقع الطلاق في صورة الإطلاق بمهر المثل ، ولا خيار للزوج ، ولا يقع في صورة التقدير عملاً بالنص ، لتصريح المخالفة في صورة التقدير . والثاني : لا يقع فيها كالمخالفة في البيع . والثالث : يتحتم وقوع الطلاق بائناً فيها ، ويتخير الزوج بين المسمى ومهر المثل . والرابع : يتخير بين المسمى وبين ترك العوض ، وجعل الطلاق رجعيّاً . والخامس : إن رضي بالمسمى ، فذاك ، وإلا فلا طلاق .

وخلع الوكيل بغير نقد البلد ، أو غير جنس المسمى ، وبالمؤجل ، كخلعه بدون المقدّر أو دون مهر المثل ، ففيه الخلاف المذكور .

وأما وكيل الزوجة^(١) ، فإما أن يقدر له العوض ، وإما لا .

الحالة الأولى : قدرت فقالت : اختلعي بمائة ، فإن اختلعه بها أو بما دونها

(١) في الأصل : وكيل الزوج .

بالوكالة عنها ، نفذ . والقول في أنه هل يطالبه الزوج يأتي في « فصل خلع الأجنبي » إن شاء الله تعالى .

وإن اختلعت بأكثر من مائة وأضاف إليها فقال : اختلعتها بكذا من مالها بوكالتها ، فالمنصوص وقوع الطلاق بائناً . وخرج المزي قولا أنه لا يقع الطلاق . ونقل الحناطي قولا ، أنه يقع ولا يلزمها ولا الوكيل شيء . والمشهور حصول البينونة . فعلى هذا ، يلزمها مهر المثل على الأظهر ، وهو نصه في « الاملاء » . ونص في « الأم » ، أنه يلزمها أكثر الأمرين مما سمتة هي ، ومن أقل الأمرين من مهر المثل ، وما سماه الوكيل . فإن كان مهر المثل زائداً على ما سماه الوكيل ، لم تجب الزيادة على ما سماه على هذا القول ، وكذا لو كان ما سماه الوكيل أكثر من مهر المثل ، لم تجب الزيادة . فلو سمت مائة ومسمى الوكيل مائتين ، ومهر المثل تسعون ، فالواجب تسعون على القول الأول ، ومائة على الثاني .

ولو كان مهر المثل مائة وخمسين ، فالواجب مائة وخمسون على القولين . ولو كان مهر المثل ثلاثمائة ، لم يجب على القول الثاني إلا مائتان . وحكى قول ثالث ، أنها بالخيار ، إن شاءت أجازت بمسمى الوكيل ، وإن شاءت ردت وعليها مهر المثل . وأما مطالبة الوكيل بما عليها ، فقال الأصحاب : لا يطالب إلا أن يقول : إني ضامن فيطالب باسمي ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب في طرقهم ، وفي « المختصر » تعرض لمثله ، وفي « المحرد » للحناطي قول شاذ ، أنه لا أثر لهذا الضمان . وقال الإمام : ينبغي أن يكون أثر الضمان في مطالبته بما تطالب به المرأة ، ولا تطالب بزيادة عليه وهذا ضعيف .

ثم إذا غرم الوكيل للزوج ، قال البغوي : لا يرجع عليها إلا بما سمت ،
ويجيء فيه قول انه يرجع بالواجب عليها وهو مهر المثل أو أكثر الأمرين كما
سندكره إن شاء الله تعالى فيما إذا اختلع ولم يصف إليها .

أما إذا اختلع وأضاف إلى نفسه ، فهو اختلاع أجنبي والمال عليه .
ولو أطلق ولم يصف إليها ولا إليه ، فان قلنا بالمشهور ، فعلى الوكيل ماسماه ،
وفيها عليها منه قولان . أظهرهما : عليها ما سمت والباقي على الوكيل ، فعلى هذا
لو طالب الزوج الوكيل به ، رجع على الزوجة بما سمت . والثاني : عليها أكثر
الأمرين مهر المثل وما سمت . فإن بقي شيء مما [سمي]^(١) فعلى الوكيل .
وإن زاد مهر المثل على ما سمي الوكيل ، لم تجب تلك الزيادة ، لأن الزوج رضي
بما سمي الوكيل . ولو أضاف ما سمته إليها والزيادة إلى نفسه ، ثبت المال كذلك .
ولو خالف الوكيل في جنس العوض بأن قالت : خالع على دراهم ، فخالع
بدنانير أو ثوب ، فوجهان . أحدهما عن القاضي حسين : ينصرف الاختلاع عنها
فيلغو إن أضاف إليها ، ويقع عن الوكيل إن أطلق . وأصحها وبه قطع البغوي ،
تحصل البينونة ، ثم ينظر ، إن أضاف الخلع إلى مالها . ولم يقل : وأنا ضامن ،
فالرجوع عليها بمهر المثل على الأظهر ، وبأكثر من مهر المثل وبدل ما سمت في
القول الثاني . وإن قال : وأنا ضامن أو لم يصف العقد إليها ، لم يرجع إلا
ببدل ما سمت .

الحالة الثانية : إذا أطلقت التوكيل ، فمقتضاه الاختلاع بمهر المثل . فان نقص

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

عنه أو ذكر فيه أجلاً ، فقد زادهـا خيراً ، وإن زاد على مهر المثل ، فهو كما لو قدرت فزاد على المقدر ، وحكمه ماسبق ، لكن لا يجيء قول وجوب أكثر الأمرين .

فرع

اختلعها وكيلها بنخمر أو خنزير ، بانت ولزمها مهر المثل ، سواء أطلقت التوكيل ، أو سميت الخمر والخنزير . وقال المزني : لا يصح التوكيل إذا سميت الخمر ، ولا ينفذ معه خلع الوكيل . ولو خالع وكيل الزوج على خمر أو خنزير ، وكانت قد وكله بذلك ، فقد طرد أبو الفرج الزاز فيه مذهبنـا ومذهب المزني .

فروع

في فتاوى البغوي

قالت لو كيلها : اختلعتني بطلقة على ألف ، فاختلعها بثلاث طلقات على ألف ، فإن أضاف إليها ، لم يقع إلا طلقة ، وإلا وقع الثلاث ، وليس عليها إلا ثلث الألف ، لأنه لم تحصل مسائلها إلا بثـلث الألف ، وعلى الوكيل البقية . وفي هذا نظر ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنها لو قالت : طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً ، وقع الثلاث واحدة منها بالألف ، وفيها أنها لو قالت : اختلعتني من زوجي بثلاث على ألف ، فاختلعها واحدة على ألف ، فإن أضاف إليها ، لم يقع ، وإلا وقع وعلى الوكيل ما سماه .

وأن الرجل لو قال لو كيله : خالعها ثلاثاً بألف ، فخالع واحدة على ألف ، وقع لأنه زاد خيراً .

وأنه لو وكله بتطبيقها بألف ، ووكل آخر بتطبيقها بألفين ، فأيهما سبق وقع الطلاق باسمي . وإن أوجبا معاً ، فقالت : قبلت منكـما ، أو كانت وكلت

وكيلين أيضاً ، فقبل وكيلاها من وكيه معاً ، لم يقع شيء ، كما لو وكل رجلاً ببيع عبده بألف ، وآخر ببيعه بألفين فعقدا معاً لا يصح البيع .

وفي فتاوى القفال ، أنه لو وكله بتطليق زوجته ثلاثاً ، فطلقها واحدة بألف ، وقعت رجعية ولا يثبت المال ، ومقتضى هذا أن يقال : لو طلقها ثلاثاً بألف ، لا يثبت المال أيضاً ، ولا يبعد أن يقال : يثبت المال وإن لم يتعرض الزوج له كما لو قال : خالعها بمائة فخالع بأكثر .

الركن الخامس : الصيغة ، ولا بد منها ، ويشترط أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي ، فإن تخلل كلام كثير ، بطل الارتباط بينهما ، وإن تخلل كلام يسير ، لم يضر على الصحيح .

فصل

سألت زوجها طلاقاً بعوض ، وارتدت عقب السؤال ثم أجابها ، فينظر ، إن كان قبل الدخول ، تنجزت الفرقة بالردة فلا مال عليها ولا طلاق . وإن كان بعد الدخول ، فالطلاق موقوف . فإن أصرت حتى انقضت العدة ، فلا مال ولا طلاق . وإن أسلمت قبلها ، تبينا وقوع الطلاق ولزمها المال ، وحسبت العدة من وقت الطلاق .

ولو قالت له امرأتاه : طلقنا بألف ، ثم ارتدتا ثم أجابها ، فإن لم يكن دخل بهما ، لغا الطلاق ، وكذا لو كان دخل بهما وأصرتا حتى انقضت العدة . وإن أسمتا قبلها ، تبينا وقوع الطلاق عليها .

وهل العوض الواجب على كل واحدة مهر المثل ، أم نصف المسمى ، أم حصتها^(١) منه إذا وزع على مهر مثلها ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الأول . وإن أصرت إحداها وأسلمت الأخرى ، لم يقع الطلاق على المصرة ، ويقع على المسلمة ، وفيما يلزمها الأقوال . وفي وجه يلزمها كل المسمى ، حكاه الحناطي .

ولو ارتدت إحداها ثم أجابها وكان قبل الدخول أو بعده وأصرت حتى انقضت العدة ، طلقت المسلمة دون المرتدة .

ولو ابتدأ الزوج فقال طلقتكما بألف ، فارتدتا ، ثم قبلتا ، فإن لم يدخل بها أو دخل وأصرتا ، لغا الخلع . وإن دخل بها وأسلمتا في العدة ، طلقتا ، وإن أسلمت إحداها وأصرت الأخرى ، لم تطلق واحدة منها ، كما لو قبلت إحداها دون الأخرى ، وقد سبق أنه إذا ابتدأ الزوج بالإيجاب ، فلا بد من قبولها^(٢) بخلاف ما إذا ابتدأتا .

ولو خاطبها كما ذكرنا وارتدت إحداها ثم قبلتا ، فإن كانت المرتدة غير مدخول بها ، أو مدخولاً^(٣) بها وأصرت حتى انقضت العدة ، فلا طلاق فيها . وإن أسلمت في العدة ، طلقتا . ولو ارتدتا بعد الدخول ثم قالتا : طلقنا بألف فأجابها ثم أسلمتا ، طلقتا . وحكى الحناطي خلافاً ، في أنه يقع رجعيّاً أم يبدل ، وهذا الخلاف عجيب .

قلت : الصواب وقوعه بائناً يبدل ، كما أشار إليه الرافعي . والله أعلم

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : حصتها .

(٢) في الأصل : قبولها .

(٣) في الأصل : أو مدخول .

فصل

قال الزوج : خالعتك بألف درهم ، فقالت : قبلت الألف ، ففي « فتاوى القفال » أنه يصح ويلزم الألف وإن لم تقل : اختلعت . وكذا لو قال الأجنبي : خالعت زوجتي بألف ، فقال : قبلته . وإن أبا يعقوب غلط فقال في حق المرأة : يشترط قولها : اختلعت ، ولا يشترط في الأجنبي .

فصل

قالت : طلقني على ألف ، فقال : طلقتك ، كفى وإن لم يسم المال ، كذا أطلقوه ، ويمكن جري خلاف فيه .
ولو قال المتوسط لها : اختلعت نفسك منه بكذا ؟ فقالت : اختلعت ، ثم قال للزوج وهو في المجلس : خالعتها ؟ فقال : خالعت ، صح الخلع على المذهب ، وبه قطع البغوي [قال البغوي : (١)] ولو لم تسمع المرأة قول الزوج ، وسمع السفير كلامها ، كفى ، والإسماع ليس بشرط ، ألا ترى أنه إذا خاطب أمم فأسمعه غير المخاطب وقبل ، صح العقد .

فصل

إذا طلقها على عوض أو خالعا ، فلا رجعة له ، سواء كان العوض صحيحاً ، أو

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

فاسداً ، سواء قلنا : الخلع فسخ أو طلاق . فلو قال : خالعتك أو طلقتك بدينار على أن عليك الرجعة ، فنقل الربيع والمزني ، أنه يقع الطلاق رجعياً ولا مال . وخرج المزني ونقل الربيع قولاً آخر أنه يلغو شرط الرجعة ، وتحصل بينونة بهر المثل . فقال ابن سلمة وابن الوكيل : في المسألة قولان ، وبه قطع الإمام والبخاري ، ورجحا بينونة بهر المثل ، وذهب ابن سريج وأبو إسحاق وجمهور الأصحاب إلى القطع بوقوعه رجعياً بلا مال . ولو خالعا بمائة على أنه متى شاء رد المائة ، وكان له الرجعة ، نص الشافعي رحمه الله أنه يفسد الشرط ، وتحصل بينونة بهر المثل ، فقليل بطرد الخلاف . وقيل بالجزم بالمنصوص ، لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا ، ومتى سقطت لا تعود .

فصل

لو وكل امرأة بطلاق زوجته أو خلعها ، صح على الأصح ، وقيل : لا ، لأنها لا تستقل . ولو وكلت الزوجة امرأة باختلاعها ، جاز بلا خلاف ، ويجوز أن يكون وكيل الزوجة والزوج ذمياً ، لأنه قد يخالع المسلمة ويطلقها ، ألا ترى أنها لو أسلمت وتخلف ، فخالعها في العدة ثم أسلم ، حكم بصحة الخلع ، ويجوز أن يوكل الزوج بالخلع العبد والمكاتب ، والسفيه المحجور عليه ، ولا يشترط إذن السيد والولي ، لأنه لا يتعلق في الخلع عهدة توكيل^(١) الزوج ، ولا يجوز أن يوكل المحجور عليه في القبض . فإن فعل وقبض ، ففي « التتمة » أن المختلع يبرأ ، ويكون الزوج مضياً لاله . ولو وكلت المرأة في الاختلاع عبداً ، جاز سواء أذن السيد أم لا . فإن كان الاختلاع على عين مالها ، فذاك . وإن كان على

(١) في الأصل : بوكيل .

مال في الذمة ، نظر ، إن أضافه إليها ، فهي المطالبة . وإن لم يصف بل أطلق ، فإن لم يأذن السيد في الوكالة ، جاز للزوج مطالبة بالمال بعد العتق . وإذا غرم ، رجع على الزوجة إذا قصد الرجوع . وإن أذن في الوكالة ، تعلق المال بكسبه ، كما لو اختلعت الأمة بإذن السيد . وإذا أدى من كسبه ، ثبت الرجوع على الموكلة . ولو وكلت في الاختلاع مجبوراً عليه لسهه ، قال البغوي : لا يصح . وإن أذن الولي ، فلو فعل وقع الطلاق رجعيّاً ، كالختلاع السفهية ، وهذا على ما ذكره المتولي فيما إذا أطلق . وأما إذا أضاف المال إليها ، فتحصل البينة ويلزمها المال إذ لا ضرر على السفهية .

فرع

الواحد لا يتولى طرفي الخلع بالوكالة ، كالبيع وسائر العقود . فلو وكل الزوجان رجلاً تولى ما شاء من الطرفين مع الزوج الآخر أو وكيله . وقيل : يجوز أن يتولى طرفي الخلع ، لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من جانب ، والإعطاء من جانب . وعلى هذا ، ففي الاكتفاء بأحد شقي العقد خلاف ، كبيع الأب ماله لولده ، والصحيح الأول .

فصل

يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة ، ويصح عقد الإجارة عليها . فلو خالعهما على إرضاع ولده أو حضائه مدة معلومة ، جاز ، سواء كان الولد منها أو من غيرها ، ويشبه أن يكون الجمع بينها واستتباع أحدها إذا أفرد على ماسبق في الإجارة . وفي إبدال الصبي المعين وانفساخ العقد بموته ، خلاف سبق في الإجارة .

والمذهب الانفساخ ، وهو المنصوص في «المختصر» وأكثر الكتب ورجحه الجمهور .
وامتناع الصبي من الارتضاع والتقام الثدي ، كالموت . فإن قلنا بالانفساخ ،
فذلك فيما بقي من المدة ، ولا ينفسخ في الماضي على المذهب . وقيل : قولان من
تفريق الصفقة ، فإن انفسخ فيما مضى رجع عليها بمهر المثل على الأظهر . وعلى القول
الآخر ، بأجرة مثل الارتضاع تلك المدة ، وعلى الزوج لها أجرة الارتضاع في المدة
الماضية . وإن لم تنفسخ في الماضي ، فعلى الأظهر يرجع بقسط المدة الباقية من
مهر المثل إذا وزع مهر المثل على المدتين . وعلى الثاني : يرجع بأجرة مثل ما بقي
من المدة . وإن قلنا : لا ينفسخ العقد ، فإن أتى بصبي مثله لترضعه ، فذاك ،
وإن لم تأت به مع الإمكان حتى مضت المدة ، فوجهان . أحدهما : يبطل حقه
ولا شيء عليها ، كما لو لم ينتفع المستأجر بعد قبضه العين ، تستقر عليه الأجرة .
والثاني : يلزمها قسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع على المدتين ، كما إذا
تلف المبيع في يد البائع ، يكون من ضمانه وإن تمكن المشتري من القبض ،
وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد . ومقتضى كلام البغوي ترجيح الاول .

قلت : الأصح الوجه الثاني . والله أعلم

ولو لم يأت بصبي آخر لعجزه ، فقد قطع البغوي وغيره ، بأن الحكم فيه
[كما] ^(١) إذا حكمنا بالانفساخ ، والوجه أن يطرد فيه الخلاف ، ولا فرق بين
العجز وعدمه كما سبق في «الإجارة» فيما لو تلف الثوب المعين للخطاة وقلنا : لا تنفسخ
الإجارة ، فلم يأت المستأجر بثوب مثله حتى مضت مدة الإجارة ، فإن في استقرار
الأجرة وجهين ، سواء امتنع من الإبدال لعجزه أو مع القدرة .

قلت : الصحيح ، ماجزم به البغوي وموافقوه . والله أعلم

فرع

لو أضاف إلى الإرضاع والحضانة نفقته مدة ، بأن خالها على كفالة ولده عشر سنين ، ترضعه منها سنتين ، وتنفق عليه تمام العشر وتحضنه ، نظر ، إن بين النفقة كل يوم من الطعام والأدم كالزيت واللحم ، وكسوته كل فصل أو سنة ، وكان ذلك مما يجوز السلم فيه ، ووصفه بالاوصاف المشروطة في السلم ، ففي صحة الخلع بما سمي طريقان . أصحابها : القطع بالصحة ، لأن المقصود الكفالة ، وهذه الأمور تابعة . والثاني : على قولين - لأنه جمع بين بيع وإجارة ، ولأنه سلم في أجناس - . أظهرهما : الصحة أيضاً .

فإن أبطلناه ، فهل يرجع بمهر المثل أم يبدل الأشياء المذكورة ؟ قولان . أظهرهما : الأول ، ومنهم من قُدِّع به هنا ، لأنه لو رجع إلى بدل الأشياء لأثبتناها . وإن صححنا ، فهو في الطعام والشراب ، فيخير بين أن يستوفيه بنفسه ويصرفه إلى الولد ، وبين أن يأمرها بالرف إليه . قال ابن الصباغ : ينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور ، فيما إذا أذن الحاكم للملتقط في الانفاق على اللقيط من ماله ، بشرط الرجوع .

قلت : ليس هو مثله ، بل يجوز هذا قطعاً والفرق ظاهر . والله أعلم

ثم إن عاش الولد حتى استوفى المنفعة والعين ، فذاك ، فان خرج زهيداً وفضل من المقدر شيء ، فهو للزوج ، وإن كان رغبياً واحتاج إلى زيادة ، فهي على الزوج .

وإن مات الولد ، فله حالان .

أحدهما : أن يموت قبل تمام مدة الإرضاع ، ففيه الخلاف السابق في انفساخ العقد ، وجواز الإبدال ، فان حكمنا بالانفساخ ، ومنعنا الإبدال ، انفسخ فيما بقي من المدة ، وفي انفساخه فيما مضى وفي الطعام والكسوة خلاف تفريق الصفقة . والأظهر عدم الانفساخ . وإذا قلنا : لا ينفسخ ، استوفى الزوج الطعام والكسوة ، ويرجع بما انفسخ العقد فيه من المدة إلى أجرة المثل في قول ، وإلى حصته من مهر المثل على الأظهر ، وبيان الحصة بأن يُقوّم الطعام والأدم والكسوة ، وما مضى من المدة ، وما بقي ، ويعرف نسبة قيمة الباقي من المدة من الجميع ، فيجب من مهر المثل بتلك النسبة . وإذا قلنا : يتعدى الانفساخ إلى المدة الماضية والنفقة ، رجع إلى مهر المثل على الأظهر ، وإلى بدل الجميع على الثاني ، وترجع الزوجة بأجرة ما مضى من مدة الإرضاع ، وقد يقع التقاص ، هذا هو المذهب . وعن القاضي أبي الطيب ، أن الواجب قسط ما سوى المدة الماضية من مهر المثل ، وتسقط حصتها وتجعل منفعتها مستوفاة .

الحال الثاني : أن يموت بعد ارتضاعه المدة بكاملها ، فيبقى استحقاق النفقة والكسوة ، وهل يتعجل الاستحقاق أم يبقى منجأً كما كان ؟ وجهان . أصحابها : الثاني .

ولو انقطع جنس بعض الاشياء المذكورة ، ففيه القولان السابقان في انقطاع المسلم فيه . أحدهما : ينفسخ العقد . فعلى هذا ينفسخ في المنقطع ، ولا ينفسخ في الأعيان المقبوضة على الأظهر ، كما لو اشترى عبيدين ، فقبض أحدهما وتلف الآخر

ولا في الحضانة والارضاع على المذهب ، بعد ما بينها ، فإن حكم بالانفساخ في الجميع غرم لها بدل ما استوفى من العين والمنفعة ، وله عليها مهر المثل على الاظهر . وفي قول : بدل المسمى . وإن قلنا : لا يفسخ إلا في المنقطع ، رجع إلى حصته من مهر المثل على الاظهر ، وإلى بدل المنقطع في قول . والقول الثاني في الاصل وهو الاظهر ، أن انقطاع المسلم فيه لا يقتضي الانفساخ ، لكن يثبت له خيار الفسخ ، فله الفسخ في الجميع . وهل له الفسخ في المنقطع وحده ؟ فيه الخلاف السابق فيمن اشترى عبيدين فوجد أحدهما معيباً وأراد إفراذه بالرد ، قال المتولي : وله الفسخ في الاعيان دون المنافع على المذهب بعد ما بينها جنساً وعقداً . وإذا أفرد المنقطع بالرد وجوزناه ، فقياً يرجع به القولان . هذا كله إذا كان المذكور بما يجوز السلم فيه ، ووصف بالصفات المشروطة في السلم فيه ، فإن لم توصف ، أو كان بما لا يجوز السلم فيه كالثياب المخيطة ، والمحشوة ، والطبوخ والمشوي من الطعام ، فالمسمى فاسد ، والرجوع إلى مهر المثل بلا خلاف .

الباب الثالث

في بيان الألفاظ الملزمة ومقتضاها^(١)

فيه أطراف .

الأول : في الالفاظ الملزمة وفيه مسائل .

إحداها : صيغة المعاوضة ملزمة ، فإذا قال : طلقتك ، أو أنت طالق على ألف ، فقبلت ، صح الخلع ولزم الالف . ولو قال : أنت طالق وعليك ألف ، أو لي

(١) في الأصل : ومقتضاه .

عليك ألف ، نظر ، إن لم يسبقه استيجاب بل ابتداء الزوج به ، وقع الطلاق رجعيًا قبلت أم لا ، ولا مال ، بخلاف قولها : طلقني ولك علي ألف فأجابها فإنه يقع بائناً بالألف ، لان المتعلق بها من عقد الخلع الالتزام ، فيحمل لفظها عليه ، والزوج ينفرد بالطلاق . فإذا لم يأت بصيغة المعاوضة ، حمل على ما ينفرد به وصيغته خبر . فلو قال : أردت بقولي : وعليك ألف الإلزام^(١) وقصدت ما يقصده القائل بقوله : طلقتك علي ألف ، لم يصدق . فان وافقته ، فوجهان . أحدهما : لا يؤثر توافقها ، لان اللفظ لا يصلح للإلزام .^١ وأصحها : يؤثر فتبين بالألف . فعلى الاول لا يحلفُ على نفي العلم إذا أنكرت ، لانها لو صدقته^(٢) لم تؤثر . وعلى الثاني ، يحلف . ومقتضى الثاني انعقاد البيع بقوله : بعتك ولي عليك [كذا] ، تفريعاً على انعقاد البيع بالكناية ، أما إذا سبق استيجاب ، فان لم تذكر عوضاً بأن قالت : طلقني ، فحكمه كما لو لم تطلب . وإن ذكرته مبها بأن قالت : طلقني بيدل ، فان عين الزوج البدل في الجواب فقال : طلقتك وعليك ألف ، فهو كما لو ابتداء فقال : طلقتك علي ألف ، فإن قبلت ، بانت بالألف ، وإلا فلا طلاق . وإن أبهم الجواب فقال : طلقتك بالبدل ، أو طلقتك ، بانت بمهر المثل . وإن عينت البدل ، فقالت : طلقني ، فقال : طلقتك وعليك ألف ، بانت بالألف وذكر المتولي أنه لو لم يسبق منها طلب ، وشاع في العرف استعمال هذا اللفظ في طلب العوض وإلزامه ، كان كقوله : طلقتك علي ألف . ولو اختلفا ، فقال الزوج : طلبت مني الطلاق بيدل ، فقلت في جوابك : أنت طالق وعليك ألف ، فقالت : بل ابتدأت فلا شيء لك ، صدقت بيمينها في نفي العوض^(٣) ولا رجعة له لقوله .

(١) في الأصل : الالتزام .

(٢) في الأصل : صدقت .

(٣) في إحدى نسخ الظاهرية : العد

المسألة الثانية : قال : أنت طالق أو طلقتك على أن لي عليك ألفاً ، فهو كقوله : أنت طالق على ألف . فإذا قبلت ، بانت ولزمها المال ، هذا هو الصواب المعتمد ، وهو نصه في « الأم » وفي « عيون المسائل » ؛ وقطع به صاحب « المذهب » وسائر العراقيين . ومقتضاه انعقاد البيع بقوله : بعتك هذا على أن يكون لي عليك ألف ، وأدنى درجاته أن يجعل كناية في البيع . وقال الغزالي : يقع الطلاق رجعيّاً ولا مال . قال : فان فسر بالإلزام ، ففي قبوله وجهان . قال صاحب « التقریب » : لا ، وغيره : نعم .

الثالثة : قال : أنت طالق إن ضمنّت لي ألفاً ، أو إن ضمنّت لي ألفاً فأنت طالق ، فقالت في مجلس التواجب : ضمنّت ، طلقت ولزمها ألف . ولو قالت : متى ضمنّت لي ألفاً فأنت طالق ، لم يعتبر المجلس بل متى ضمنّت طلقت ، وليس للزوج الرجوع قبل الضمان . ولو أعطته المال ولم تقل : ضمنّت أو قال : شئت بدل ضمنّت ، لم تطلق . ولو ضمنّت ألفين ، طلقت لوجود الصفة المعلق عليها مع زيادة ، بخلاف قوله : طلقتك على ألف ، فقالت : قبلت بألفين ، لأن تلك صيغة معاوضة فيشتروط فيها توافق الإيجاب والقبول .

فرع

قال الزوج لها : أمرك بيدك ، أو جعلت أمر الطلاق إليك ، فطلقني نفسك إن ضمنّت لي ألفاً ، فقالت : ضمنّت وطلقت نفسي ، أو قالت : طلقت وضمنّت ، بانت بالألف ، ويكون الضمان والطلاق مقترنين ، سواء قدمت لفظ الطلاق ، أو الضمان ، كما لو قال : طلقتك إن ضمنّت لي ألفاً ، فقالت : ضمنّت ، يقع الطلاق ويثبت المال مقترنين ، وإن تعاقب اللفظان ، فلو ضمنّت ولم تطلق ، أو طلقت

ولم تضمن ، لم يقع الطلاق . وإذا جمعتها ، اشترط كون الضمان في المجلس قطعاً ، ويشترط كون التعليق في المجلس أيضاً على المذهب ، ولا يشترط إعطاء المال في المجلس قطعاً . وهل المراد بالمجلس مجلس التواجب ، أم مجلس القعود ؟ وجهان . أصحابها : الأول ، وقد سبق في أول الكتاب . ولا يخفى أن المراد بالضمان في هذه المسائل القبول والالتزام ^(١) دون الضمان المفترق إلى أصل .

الرابعة : سبق أنه إذا علق الطلاق بالإعطاء ، لا يقع إلا بالإعطاء في المجلس على الصحيح ، إلا إذا كان بصيغة « متى » وما في معناها ، فلا تختص بالمجلس ، وكل ذلك جارٍ في قوله : **إن أقبضتني كذا ، أو أدبت ^(٢) إلي كذا .** ولو قال : أنت طالق إن شئت ، أو أنت طالق على ألف إن شئت ، اشترط وجود مشيتها في مجلس التواجب ، بخلاف التعليق . كسائر الصفات ، لانه استدعاء لجوابها واستبانة رغبتها . وحكى الحناطي قولاً أنه لا يشترط المجلس ويقع الطلاق متى شاءت ، كسائر التعليق والمجلس مجلس التواجب على الصحيح كما سبق . وإذا قالت في المجلس : شئت وقبلت ، فقد تم العقد فتطلق ويلزم المال ، ولا يشترط تسليم المال في المجلس . وإن اقتصر على قولها : شئت ، أو قبلت ، فثلاثة أوجه . أصحابها عند الغزالي : يكفي ، لان كلامها يشعر بالرضى والالتزام ، وهذا مقتضى كلام الشيخ أبي حامد . والثاني : لا بد من الجمع بينهما ، لانه لو اقتصر على قوله : أنت طالق [كان جوابها قبلت ، ولو اقتصر على قوله : أنت طالق] ^(٣) إن شئت ، كان جوابها شئت ، فاذا جمعها ، اشترط جمعها في الجواب . والثالث : يكفي قولها : شئت ،

(١) في الأصل : الالتزام .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : أو إن أدبت إلي .

(٣) الزيادة من غلطوات الظاهرية .

ولا يكفي قولها : قبلت ، لان القبول ليس مشيئة ، ولهذا لو قال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : قبلت ، لم تطلق ، وبهذا قطع المتولي ، واختاره الإمام فيما حكى عنه المعلق .

قلت : هذا الثالث ، هو الأصح بل الصحيح . والله أعلم

فعلى الثالث : لا رجوع للزوج على قاعدة التعليقات ، وعلى الثاني : في جواز رجوعه وجهان ، لتردده بين التعليق والمعاوضة . ولو علق طلاقها بالمشيئة بصيغة « متى » طلقت متى شاءت ، ولا يختص بالمجلس كسائر الصفات . ولو قالت : طلقني بألف درهم ، فقال : أنت طالق على ألف إن شئت ، فليس بجواب لها لما فيه من التعليق ، فيتوقف على مشيئة مستأنفة . ولو نكّر فقال : على ألف ونوى ما ذكرت ، فكذلك الحكم . وإن نوى غير الدراهم ، فقد نقل الحناطي أنه يقع طلاق رجعي ، ولا بدل ، وخرج من عنده أنه لا طلاق حتى يتصل ^(١) به القبول والمشيئة ، كما لو ابتداء به ، وهذا هو القياس الحق . ولو لم ينو شيئاً ، فقد حكى وجهين في وقوعه رجعياً أو بائناً ، ووجهين إن وقع بائناً في أن الواجب مهر المثل أم المسمى ؟ ومقتضى جعله مبتدئاً أن لا يقع الطلاق إلا أن يتصل به قبول ومشيئة .

الخامسة : في حقيقة الإعطاء المعلق عليه . فإن سلمت المال إليه فقبضه ، فذاك ، وإن وضعته بين يديه ، كفى ووقع الطلاق وإن امتنع من قبضه على الصحيح ، لأنها أعطته وهو يفوت حقه . وقيل : لا يكفي الوضع ، فلا يقع به الطلاق ، وهو ضعيف غريب . فاذا أعطته ، دخل في ملكه على الصحيح .

(١) في الأصل : يبطل .

وقيل : لا بل يردده ، ويرجع بمهر المثل ، ويجري هذا الوجه في قوله : إن ضمننت لي ألفاً فأنت طالق ، فقالت : ضمننت ، لأن لزوم المال بمجرد قولها بعيد ، كدخوله في ملكه بمجرد الإعطاء . وإذا قال : متى أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فبعثته على يد وكيلها ، فقبضه الزوج ، لم تطلق ، لأنها لم تعط هي ، وكذا لو أعطته عن الألف عوضاً ، أو كان لها عليه ألف درهم فتقاصا ، لم تطلق . ولو حضرت وقالت لو وكيلها الحافظ لملأها : سلم إليه ، فسلمه ، طلقت وكان تمكينها الزوج من المال المقصود إعطاء ، قاله المتولي . ولو علق الطلاق بالإقباض فقال : إن أقبضتني كذا فأنت طالق ، فوجهان . أصحابها وبه قطع المتولي : أنه تعليق محض ، لأن الإقباض لا يقتضي التمليك ، بخلاف الإعطاء . فعلى هذا ، لا يملك المقبوض وليس له مهر المثل ، بل يقع الطلاق رجعياً . ولا يختص الإقباض بالمجلس كسائر التعليقات . والثاني : أن الإقباض كالإعطاء على ما ذكرناه . ولو قالت : إن قبضت منك كذا ، فهو كقوله : إن أقبضتني ، ويعتبر في القبض الأخذ باليد ، ولا يكفي الوضع بين يديه ، لأنه لا يسمى قبضاً ، ولو بعثته مع وكيلها ، لم يكف . ولو قبض منها مكرهة ، طلقت لوجود الصفة . وفي التعليق بالإعطاء ، لو أخذ منها كرها ، لم تطلق لأنها لم تعطه . وذكر المتولي ، أن ما ذكرناه في التعليق بالإقباض مفروض فيما إذا لم يسبق منه كلام يدل على الاعتياض بأن يقول : إن أقبضتني كذا وجعلته لي أو لأصرفه في حاجتي وما أشبه ذلك .

قلت : هذا الذي ذكره المتولي ، متعين . والله أعلم

والأداء والدفع والتسليم ، كالإقباض .

فرع

قال : إن أعطيتني ألفاً ، فانت طالق ، فأعطت ألفين ، طلقت ، لأن وقوع الطلاق هنا بحكم التعليق ، وإعطاء الألفين يشتمل على إعطاء الألف ، وكذا لو قال : إن ضمننت لي ألفاً فضمنت ألفين ، ويلغو ^(١) ضمان الزيادة على ألف . وإذا قبض زيادة على القدر المعلق به ، كانت أمانة عنده ، ويخالف هذا قوله : خالعتك بألف فقالت : قبلت بألفين ، فإنها لاتطلق لعدم موافقة الإيجاب .

السادسة . في بيان ما ينزل عليه الدرهم . إذا علق الطلاق بأعطائه ، وما يقبل تفسيره ، وقد سبق في « الزكاة والإقرار » قدر الدرهم الإسلامي ، واسم ^(٢) الدرهم هنا يقع على ذلك القدر من الفضة الخالصة المضروبة ، سواء كان نوعه جيداً ، أو رديئاً ، لسواد أو خشونة أو غيرها . فإذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فانت طالق ، طلقت بأي نوع أعطته . لكن إذا كان في البلد نقد غالب ، فانت بغيره ، طولبت به ، لأن المعاملات تنزل على النقد الغالب ، والخلع فيما يتعلق بالمال كسائر المعاملات . وفي قول : يرجع بمهر المثل ، والمشهور الأول . فإن قلنا بالرجوع إلى مهر المثل ، فالمعطى غير مملوك ، وإن قلنا بالرجوع إلى الغالب ، فالمعطى مملوك للزوج ، وله رده والمطالبة بالغالب . وذكر في « الوسيط » : أنه لا يملكه ويجب الإبدال ، والصحيح الأول . ثم العادة الغالبة ، إنما تؤثر في المعاملات ، لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج هناك ، ولا تؤثر في الإقرار والتعليق ، بل يبقى اللفظ على عمومته فيها . أما في التعليق ، فلقلة وقوعه ، وأما

(١) في الأصل : ويغلو .

(٢) في الاصل : وأسلم .

في الإقرار ، فلأنه إخبار عن وجوب سابق ، وربما تقدم الوجوب على الضرب
الغالب (١) ، أو وجوب في بقعة أخرى . ولو قال : طلقك على ألف ، فهذا
ليس بتعليق ، فينزل على الغالب على قاعدة المعاملات .

فرع

لو كان الغالب في البلد دراهم عددية ناقصة الوزن أو زائده ، لم ينزل الإقرار
والتعليق عليها ، لأن الغلبة لا تؤثر فيها ، واللفظ صريح في الوازنة ، وفي تنزيل
البيع والمعاملات عليها وجهان . أحدهما : المنع ، لأن اللفظ صريح في القدر
المذكور ، والعرف لا يغير المسمى وإن كان يخص بعض الأنواع . وأصحها : التنزيل
عليها ، لأنها التي تقصد في مثل هذه البلدة . وفي قبول تفسير المقر بالناقص
خلاف وتفصيل سبق في الإقرار . ولو فسر المعلق بالدرهم المعتادة ، فإن كانت
زائدة ، قبل على المذهب ، وإن كانت ناقصة ، قبل قطعاً ، لأنه توسيع لباب الطلاق .

فرع

لو أتت بدراهم مغشوشة ، فإن كان الغالب في البلد المغشوشة ، فقد أطلق
الغزالي أنه لا ينزل اللفظ عليها ، فلا يقع الطلاق إلا إذا أعطته الخالصة ، لكن
تسترد ما أعطته وتعطيه مغشوشة . ومن قال بهذا قال : التفسير بالمغشوشة
كالتفسير بالناقصة . فان قلنا : التفسير بهما ، فهل تراجع ليعبر عن مقصوده ، أم
تأخذ بالظاهر إلا أن يفسر ؟ فيه احتمالان في « البسيط » .

(١) في الأصل : للغالب .

قلت : أفقهما : الثاني . والله أعلم

وقطع المتولي والبغوي ، بأن اللفظ ينزل على المغشوشة ، ويقع الطلاق إذا أعطت مغشوشة ، وهل تسلم له الدرامم بذلك ؟ قال المتولي : يبني على جواز المعاملة بالمغشوشة . إن لم نجوزها ، رد الدرامم ولزمها مهر المثل ، وإلا سلمت له الدرامم ، ويشبه أن يكون ما ذكره الغزالي أصح . أما إذا كان الغالب في البلد الدرامم الخالصة ، فلا تطلق إلا إذا أعطت ما تبلغ نقرته ألفاً . وفي وجه لا يقع الطلاق وإن بلغته ، كما لو أعطته سبيكة . فان قلنا بالصحيح وهو الوقوع ، فهل يملك الزوج المدفوع إليه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن المعاملة تنزل على الغالب . والثاني : [نعم] ^(١) ، لأن قبضها اعتبر في وقوع الطلاق ، وكذا في إفادة الملك ، لكن له الرد بسبب العيب . فاذا رد ، رجع إلى مهر المثل على الاظهر ، وإلى ألف خالصة في قول .

ولك أن تقول : ينبغي أن لا يملك الغش نفسه في هذه الصورة ، لأنه إذا بلغت الفضة الخالصة ألفاً ، بقي الغش شيئاً آخر مضموماً ، فلا يملكه كما لو ضمت إلى الألف ثوباً .

قلت : ظاهر كلام القائل بالملك ، أنه لا ينظر إلى الغش لحقارته في جنب الفضة ، ويكون تابعاً كما سبق في مسألة نعل الدابة . والله أعلم

وأما المعاملة بالدرامم المغشوشة ، فذكرناها في كتابي الزكاة والبيع ، والأصح الجواز .

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

السابعة : قال : إن أعطيتني عبداً أو ثوباً فأنْت طالق ، ووصفه بما يعتبر في السلم ، فأنْت به بالصفة ، طلقت ، وملكه الزوج كما قلنا في الدراهم ، وإن أعطته على غير تلك الصفة ، لم تطلق ولا يملكه . فلو كان بالصفة لكنه مغيب ، فله الخيار . فان رده ، رجع بمهر المثل على الأظهر ، وبقيته سليماً في قول ، وليس له المطالبة بسليم بالصفة ، وفي كتاب الحناطي وجه أنه لا يرد العبد ، بل يأخذ أرش العيب وهو ضعيف . أما إذا قال : إن أعطيتني عبداً ولم يصف ، فأعطته عبداً لها ، طلقت لوجود الصفة ولا يملكه ، لان الملك فيه يكون معاوضة ، والمجهول لا يكون عوضاً ، فيجب مهر المثل قطعاً . وحكى ابن كج والحناطي وجهاً ، أنه يقع الطلاق رجعيّاً ، ولا شيء عليها ، وإنما يلزمها العوض إذا ابتدأت فسألت طلاقاً بعوض ، فقال في جوابها : إن أعطيتني عبداً فأنْت طالق فأعطت ، والصحيح الاول ، وسواء إن أعطت سليماً أو معيماً ، أو قنّاً أو مدبراً أو معلقاً عتقه على صفة ، لوقوع اسم العبد عليه ، وإمكان نقله وتقليكه . فان أعطته مكاتباً ، لم تطلق . وكذا لو قال لاجني : إن أعطيتني أمة ، فامرأتني طالق ، فأعطاه أم ولده . وأشير في المكاتب إلى وجه . ولو وصف العبد ولم يستوعب صفاته ، فهو كعدم الوصف في أن الرجوع إلى مهر المثل ، لكن لو أعطته عبداً بغير الصفة ، لم تطلق مثل أن يقول : إن أعطيتني عبداً تركياً ، فأعطته هندية . ولو أنت بعبد مغضوب ، أو مشترك لها ولغيرها ، أو قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنْت بدراهم مغضوبة ، فوجهان . أحدهما : يقع الطلاق ويرجع بمهر المثل . وأصحها : لا يقع لانه لا يسمى إعطاءً ، وطرد الخلاف في العبد المرهون والمستأجر .

قلت : يجري الخلاف في المستأجر إذا لم يجوز بيعه ، وإلا فهو كغيره .
وانتدأ علم

ولو قال : إن أعطيتني هذا العبد المغصوب فأعطته ، وقع الطلاق بائناً على المذهب ، ويرجع بهر المثل . وقيل : لا يقع ، وقيل : يقع رجعيّاً . ولو قال : إن أعطيتني زق خمر أو خنزيراً ، فأنت طالق ، فقد سبق أنها إذا أتت به ، بانت ووجب مهر المثل . فان أتت بخمر مغصوبة ، بأن كانت محترمة أو لذمي ، فان قلنا في العبد المغصوب : يقع الطلاق ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان . أصحها : الوقوع ، لان الإعطاء هنا مضاف إلى ما يتأتى تملكه . والثاني ، المنع ويحمل على ما يختص به يداً ، كما حمل لفظ العبد على ما اختصت به ملكاً . ولو قال : إن أعطيتني هذا الحر ، فتلاثة أوجه . أصحها : يقع الطلاق بائناً بهر المثل . والثاني : لا يقع . والثالث : يقع رجعيّاً ، لانه لا يملك بجال ، فالزوج لم يطمع بشيء . ولو قال : إن أعطيتني هذا العبد أو الثوب فأنت طالق ، فأعطته ، طلقت وملكه ، فان خرج مستحقاً أو مكاتباً ، فوجهان . أحدهما : لا يقع الطلاق . وأصحها : وقوعه للإشارة ، ويرجع بهر المثل على الاظهر ، وبقيته في قول . وإن وجدته معيباً ، فله رده ، وفيما يرجع به القولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : قيمته سليماً . وقيل : ليس له الرد بل يرجع بالأرش ، والصحيح الاول . قال البغوي : ولو قال لزوجه الامه : إن أعطيتني ثوباً فأنت طالق ، فأعطته ، لم تطلق لانها لم تملكه ^(١) فان قال : هذا الثوب فأعطته طلقت ، وفيما يرجع به القولان . وهذا تفريع منه على المذهب في الثوب المطلق والمعين ، ولا يخفى مما تقدم أن الإعطاء في جميع صور المسألة ينبغي أن يقع في المجلس .

الثامنة : قال : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي ، فأنت طالق ، فأعطته وبان مروياً ، لم تطلق . وإن قال : إن أعطيتني هذا الثوب الهروي فبان مروياً

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : لا تملكه .

أو بالعكس ، طلقت على الاصح ، لأنها ليست صيغة شرط بل أخطأ في الوصف .
ولو خالعهما على ثوب هروي ووصفه كما ينبغي ، فأعطته ثوباً بالصفة ، فبان
مروياً ، رده وطالبها بهروي بالصفة . ولو خالعهما على ثوب بعينه على أنه هروي فبان
مروياً ، وقعت البينونة وملكه الزوج ، وإخلاف الصفة ككعب ، فله خيار
الحلف . وقيل : إن لم تنقص قيمته عن الهروي ، فلا خيار لأن الجنس واحد
ولا نقص ، والصحيح الأول . فان رد ، رجع بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمة هروي
في الثاني . فان وجد به عيباً بعد تلفه أو تعيبه في يده وتعذر الرد ، رجع بقدر
النقص من مهر المثل على الأظهر ، وبقدر ما نقص من القيمة في الثاني ، وليس
له هنا طلب هروي لأنه معين هنا^(١) بالعقد . قال أبو الفرج السرخسي : وهذا على
قولنا : إن اختلاف الصفة ليس كاختلاف العين وهو الأظهر ، كما سبق في النكاح .
فان قلنا : هو كاختلاف العين ، فالعوض فاسد فليس له إمساكه ، ويرجع بمهر المثل
على الاظهر ، أو قيمة الثوب مروياً على قول . ولو خالعهما على ثوب معين ،
على أنه كتان فخرج قطناً أو بالعكس ، فوجهان . أحدهما وبه قطع البغوي :
أنه كاختلاف الصفة ، فيكون حكمه ما سبق في خروجه مروياً . وأصحها وبه
قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين : أن العوض فاسد وتقع البينونة بمهر المثل
على الاظهر ، وبقيمة ثوب كتان في قول ، وليس له إمساكه ، وهؤلاء قالوا :
لو باعه على أنه كتان فبان قطناً ، بطل البيع . ولو قالت : خالعتني على هذا
الثوب فانه هروي ، فخالعهما عليه فبان مروياً ، فهو كما لو قال : خالعتك عليه
على أنه هروي ، لأنها غرته . قال المتولي : لو قالت : هذا الثوب هروي فقال :
إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق ، فأعطته فبان مروياً ، بني على المتواطىء عليه

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : متعين

قبل العقد ، كالمشروط فيه أم لا ؟ إن قلنا ، نعم ، لم يقع الطلاق ، وإلا وقع ، وليس له إلا ذلك الثوب . ولو قال : خالعتك على هذا الثوب وهو هروي فبان خلافه ، فلارد لانه لاتغير من جهتها ، ولا اشتراط منه ، وكذا لو قال : خالعتك على هذا الثوب الهروي ، كذا ذكره البغوي . فان قيل : قوله : وهو هروي أفاد الاشتراط في قوله : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي ، حتى لم يقع الطلاق إذا لم يكن هروياً ، فلم لم يفد الاشتراط في قوله : خالعتك على هذا الثوب وهو هروي ، حتى يتمكن من الرد إذا لم يكن هروياً ، كما لو قال : خالعتك عليه على أنه هروي ؟ فالجواب أن قوله : وهو هروي دخل هناك على كلام غير مستقل ، لان قوله : إن أعطيتني هذا الثوب غير مستقل ، فيتقيد بما دخل عليه وتامه بالفراغ من قوله : فأنت طالق . وأما قوله : خالعتك على هذا الثوب ، فكلام مستقل ، فجعل قوله بعده : وهو هروي جملة مستقلة ، ولم يتقيد بها الاول ، وبالله التوفيق .

الباب الرابع

في سؤال المرأة الطلاق بمال ، واختلاع الأجنبي

فيه أطراف .

الأول : في ألفاظها وفيه مسائل .

الأولى : إذا قالت : طلقني بكذا ، أو على كذا ، أو على أن علي كذا ، أو على أن أعطيك كذا ، أو أن أضمن لك ، أو إن طلقني ، أو إذا طلقني ، أو متى طلقني ، فلك علي كذا ، فهذه كلها صيغ صحيحة في الالتزام ، ويختص الجواب في

المجلس بلاخلاف ، في « متى » وغيرها ، بخلاف قول الرجل : متى أعطيتني ، وقد سبق الفرق .

الثانية : قالت : إن طلقني فابراً من صدائي ، أو فقد أبرأتك ، فقال : طلقتك ، وقع الطلاق رجعياً ولم يبرأ من الصداق ، لأن الإبراء لا يصح تعليقه ، وطلاق الزوج طمعاً في البراءة من غير لفظ ، صحيح في الالتزام لا يوجب عوضاً ، وهذا تفريع على الجديد الاظهر أن تعليق الإبراء لا يصح ، وكان لا يبعد أن يقال : طلق طمعاً في عوض ، ورغبت هي في الطلاق بالبراءة فيكون فاسداً كالحرم .

الثالثة : قالت : طلقني ولك علي ألف ، فقال طلقتك ، بانت ولزمها الألف ، لأنها صيغة التزام . وقيل : لا يثبت العوض ، بل إن اقتصر على قوله : طلقتك ، وقع رجعياً ، وإن قال : طلقتك على ألف ، احتاج إلى قبولها ، والصحيح الأول . قال المتولي . ويقرب من هذا قولها : طلقني وأضمن لك ألفاً . ولو قالت : وأعطيك ألفاً ، فالاصح أنه إذا طلقها مطلقاً ، وقع رجعياً ، لأن لفظ الضمان يشعر بالالتزام ، بخلاف الإعطاء ولم يطردها الوجه المذكور هنا في الجعالة ، بل لو قال : رد عبدي ولك علي كذا ، فردّه ، لزم المال بلاخلاف ، ولو قال المشتري : بعني هذا ولك علي كذا ، فقال : بعت ، فوجهان : أحدهما : ينعقد كالاختلاع والجعالة ، وهذا هو المذكور في فتاوى القفال ، والثاني : لا ، لأنه يحتمل فيها مالا يحتمل في البيع ، كالتعليق ، وفيما علق عن الامام ، أن هذا أصح . ويشبه أن يكون الوجهان في أنه هل هو صريح ؟ فأما كونه كناية ، فينبغي أن يكون متفقاً عليه .

الرابعة : قالت : طلقني على ألف ، أو أنت بصيغة أخرى صريحة^(١) في الالتزام ،

فإن أجابها وأعاد ذكر المال ، فذاك ، وإن اقتصر على قوله : طلقته ، كفى وانصرف إلى السؤال على الصحيح ، وقيل : يقع الطلاق رجعيًا ولا مال . ولو قال : قصدت الابتداء دون الجواب ، قبل وكان رجعيًا ، فإن أهمته ، حلفته .

الخامسة : اللفظ الدائر بين الزوجين ، إن كان صريحاً منها ، فذاك ، وإن كان لفظها كناية ، بأن قالت : أبني ، قال : أبنتك ، فإن نوى الطلاق ، نفذ ولزم المال إن ذكرها مالا . وإن لم ينو الزوج ، فلا فرقة ، وإن نوى دونها ، نظر ، إن جرى ذكر المال في السؤال والجواب ، لم يقع الطلاق ، لأنه ربط الطلاق بالمال وهي لم تسأل الفراق ، ولم تلتزم المال في مقابله ، وإن لم يجوز ذكر المال في الطرفين وقع طلاق رجعي ، وإن ذكر هو المال دونها ، فلا طلاق ، لأنها لم تسأل فرقة ، وهو إنشاء فرقة على مال ، ولم يتصل به قبول . وإن ذكرت هي المال ، فقالت : أبني على ألف ، فقال : أبنتك ، فلا طلاق على الأصح ، كما لو ذكر المال . وقيل : يقع رجعيًا كما لو قال : قصدت الابتداء دون الجواب ، فإنه يقع رجعيًا قطعاً .

أما إذا كان لفظ أحدهما صريحاً والآخر كناية ، فالكناية مع النية كالصريح ، ودون النية لغو . وعن ابن خيران ، أنها لو قالت : طلقني فقال : أبنتك ونوى ، لم يقع ، لأن الصريح أقوى ، فالماضي به غير المسؤول ، والصحيح الأول .

الطرف الثاني : في سؤاها عدداً ، فيه مسائل .

إحداها : قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، أو على ألف ، أو ولك علي ألف ، أو إن طلقتي ثلاثاً ، فلك علي ألف ، فطلقها واحدة ، ففيه أربعة أوجه . الصحيح أنه يقع طلقة بثلاث الألف ، والثاني : لا يقع طلاق . والثالث : يقع طلقة بمهر

المثل ، والرابع : طلبة بثلث مهر المثل. حكي الخناطي الأخيرين . فعلى الصحيح لو طلقها طلقتين ، استحق ثلثي الألف . وإن طلق طلبة ونصفاً ، فهل يستحق ثلثي الألف ، أم نصفه ؟ وجهان .

قلت : الثاني أرجح . والله أعلم

ولو قالت : طلقني ثلاثاً بألف وهو لا يملك إلا طلبة ، فطلقها تلك الطلبة ، فقد نص الشافعي رحمه الله أنه يستحق جميع الألف ، لأنه حصل بتلك الطلبة مقصود الثلاث وهو البيونة الكبرى .

وللأصحاب أوجه . أصحابها عند القفال والشيخ أبي علي وكبار الأصحاب وأكثرهم : وجوب جميع الألف ، كما نص عليه ، سواء علمت أنه لم يبق إلا طلبة أم ظنت بقاء الثلاث ، والثاني : لا يستحق إلا ثلث الألف في الحالين وهو قول المزني وابن خيران ، والثالث : إن علمت استحق الألف ، وإلا فثلثه ، قاله ابن سريج وأبو إسحاق . والرابع : يستحق مهر المثل ، قاله صاحب « التلخيص » . والخامس : لا يستحق شيئاً ، لأنه لم يطلق كما سألت ، حكاهما الخناطي . ولو سألت الثلاث بألف ولا يملك إلا طلقتين ، فطلقها واحدة ، فله ثلث الألف على الأصح المنصوص ، وكذا على الثاني ، وله النصف على الثالث إن علمت ، وإلا فالثلث .

وإن طلقها الطلقتين ، فعلى النص له الألف ، وعلى الثاني ثلثاه ، وعلى الثالث إن علمت ، فالألف ، وإلا فثلثاه ، وزاد الخناطي وجهاً رابعاً ، وهو الرجوع بمهر المثل ، وخامساً : وهو ثلثا مهر المثل ، وسادساً : وهو أنه لاشيء له . ولو قالت : طلقني عشرأ بألف ، فإن كان يملك الثلاث ، فالأصح الأشهر الجاري على قياس النص ، أنه يستحق بالواحدة عشر الألف ، وبالثلثتين عشريه ، وبالثلث جميع

الالف . وقيل : إن كان التوزيع على الثلاث والزيادة لغو ، فيستحق بالواحدة الثلث ، وبالطقتين الثلثين ، وطرد الوجهان على قياس قول المزي . فعلى الأشهر تستحق بالثلاث ثلاثة أعشار الالف . وعلى الثاني تستحق الجميع توزيعاً على العدد الشرعي . وعلى قول من فرق بين العلم والجهل ، تستحق بالثلاث الجميع ، وبالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثين ، لحصول العلم بأن الطلاق لا يزيد على ثلاث وأن الزيادة لغو . فإن ظنت أنه يملك عشراً ، بأن كانت قريبة عهد بالإسلام ، فالقياس عود الوجهين في أنه يجب ثلاثة أعشار الالف أم الجميع ؟ ولو لم يملك إلا طقتين فسأله عشراً ، فعلى قياس النص ، إن طلقها واحدة ، استحق عشر الالف أو الثلث . وإن طلق ثنتين ، فتمام الالف . وعلى قياس المزي ، المستحق العشر أو العشران على الأشهر ، والثلث أو الثلثان^(١) على الوجه الآخر . وعلى قول الفارق إن علمت ، فله بالواحدة النصف ، وبالثنتين الجميع . وإن ظنت أنه يملك الثلاث ، فبالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثان . قال الاصحاب : والضابط على النص ، أن الزوج إن ملك العدد المسؤول كله فأجابها ، فله المسمى ، وإن أجابها ببعضه ، فله قسطه بالتوزيع . وإن ملك بعض المسؤول ، فإن تلفظ بالمسؤول أو حصل مقصودها بما أوقع ، فله المسمى ، وإلا فيوزع المسمى على العدد المسؤول على الأشهر . وعلى قول المزي ، التوزيع على المسؤول أبداً ، وكذا الحكم على الوجه الفارق إن جهلت . فإن علمت ، فالتوزيع على المملوك دون المسؤول ، فلو ملك الثلاث فسأله ستاً بالالف ، فعلى النص وقول المزي : له بالواحدة السدس ، وبالثنتين الثلث . فإن طلق ثلاثاً ، فعلى النص : له الجميع ، وعند المزي : له النصف وعلى الوجه : له بالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثان ، وبالثلث الجميع .

(١) في الأصل : والثلث والثلثان .

المسألة الثانية : قالت : طلقني ثلاثاً بألف وهو يملك الثلاث^(١) فقال : أنت طالق واحدة بألف وثنيتين بجائاً ، فنقل الفوراني والصيدلاني والقاضي حسين وغيرهم ، أن الاولى تقع بثلاث الالف ، لانها لم ترض بواحدة إلا بثلاث الالف كالجعالة ، ولا يقع الاخران لانها بانت بالاولى . وقال الإمام : القياس الحق ، أن لا يجعل كلامه جواباً لها ، لانها سألت كل واحدة بثلاث الالف وهو لم يرض إلا بالالف ، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها ، كان مبتدئاً ، فإذا لم تقبل ، لاتقع الطلقة ، كما لو قالت : طلقني واحدة بثلاث ألف ، فقال : طلقتك واحدة بألف ، لا يقع . وإذا لم تقع الواحدة ، وقع الاخران رجعتين ، وتابعه الغزالي وغيره على ما قال ، وهو حسن متجه ، والاول بعيد ، وأبعد منه ما في « التهذيب » ، أنه تقع الواحدة بالالف ، ولا تقع الاخران ، ولعله غلط من الناسخ . ولو سأله الثلاث بألف ، فقال : طلقتك واحدة بثلاث الالف ، وثنيتين بجائاً ، فقد وافق كلامه ما اقتضاه السؤال من التوزيع ، وزال الإشكال ، فتبين بالاولى ، ولا تقع الاخران ، ونقل الائمة : إن أمكن تأويله على هذه الصورة فليفعل . ولو قال : طلقتك ثنتين بألف وواحدة بجائاً ، فعلى الاول : تقع الثنتان بثلاثي الالف ، وعلى الثاني : لا يقعان . ولو قال : طلقتك واحدة بجائاً وثنيتين بثلاثي الالف ، أو ثنتين بجائاً وواحدة بثلاث الالف ، وقع ما أوقعه بجائاً ، ويبنى ما بعده على مخالفة الرجعية إن كانت مدخولاً بها ، والجديد صحته . فعلى هذا : تقع الثنتان بثلاثي الالف ، وعلى القديم : يقعان بلاعوض لما سبق أن خلع الرجعية على هذا كالسفينة ، وإن لم تكن مدخولاً بها ، بانت بما أوقعه بجائاً ، فلا يقع ما بعده .

(١) في الأصل : الثلاث .

ولو قال : طلقك واحدة مجاناً وثلثين بالالف ، ففي « التهذيب » أنه ، وإن كان بعد الدخول ، وقعت الاولى مجاناً والثلثان بثلثي الف ، ولا يستحق تمام الف وإن حصل غرضها ، لان ذلك إنما يكون إذا وقع المملوك من الطلاق في مقابلة المال ، وهنا أوقع بعض المملوك مجاناً .

واعلم أن الإشكال الذي ذكره الإمام يعود هنا ، لأنها لم ترض بالطلقتين إلا بثلثي الف وقد أوقعها بألف ، فوجب أن يجعل كلاماً مبتدئاً . فأما إذا لم يتصل به قبول ، لغا . وفي « التهذيب » أيضاً أنه لو قال : طلقك ثلاثاً ، واحدة بألف ، وقع الثلاث واستحق ثلث الف ، ويعود فيه الإشكال .

المسألة الثالثة : قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق ثلاثاً ، وقع الثلاث واستحق الف . وهل الف في مقابلة الثلاث أم الواحدة ؟ وجهان . ظاهر النص : ثانيها ، ولا يتعلق بالخلاف فائدة حكمية . ولو قال : بعني هذا العبد بألف ، فقال : بعته مع هذين العبدتين بألف ، فالبيع باطل على الصحيح ، لانه معاوضة محضة بخلاف الخلع ، فإنه كالجعالة . وقيل : يصح البيع في الجميع ، وقيل : يصح في العبد المسؤول خاصة . ولو أعاد في الجواب ذكر الف . فقال : طلقك ثلاثاً بألف ، فهل يقع الثلاث بألف ، أم الثلاث بثلث الف ، أم واحدة بثلث الف ولا يقع الاخران ، أم لا يقع شيء أصلاً ؟ فيه أربعة أوجه .
أصحها : الاول .

وينبغي أن تطرد هذه الواجهة فيما إذا لم يعد ذكر الف . ولو قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق طلقين ، فقياس ما تقدم أنه تقع الطلقتان ويستحق الألف ، وفيه احتمال للإمام ، إذ لم تحصل بينونة الكبرى ، فلا يستحق شيئاً لأنه خالف ولم تحصل بينونة الكبرى .

الرابعة : قالت : طلقني بألف ، فقال : طلقتك ، أو أنت طالق بخمسة ، فهل يقع الطلاق بخمسة أم بألف ويلغى قوله : بخمسة لأنها بانت بقوله : طلقتك واستحق الألف ، أم لا يقع طلاق للمخالفة كما لو خالفت في قبولها ؟ فيه ثلاثة أوجه .
أصحها : الأول ، وبه قال ابن الحداد . ولو قال : بعني عبدك بألف ، فقال : بعنك بخمسة ، لم ينعقد البيع على الأصح ، لأنه معاوضة محضة . وقيل : يصح بخمسة .

الخامسة : قالت : طلقني على كذا درهماً ، فطلقها على دنائير ، كان مبتدئاً بكلامه ، فينظر ، أيتصل به قبول أم لا ؟

ولو قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق وطاق وطاق ، سئل ، فإن قال : أردت مقابلة الأولى بالألف ، وقعت الأولى بالألف ولم تقع الاخرى . وإن قال : أردت الثانية بالألف ، وقعت الأولى رجعية ، ويحيى في الثانية القولان في خلع الرجعية ، فإن صححناه ، لغت الثالثة ، وإلا ، فلا . وإن قال : أردت الثالثة ، وقعت الأوليان بلاعوض ، وفي الثالثة الخلاف . وإن قال : أردت مقابلة الجميع بالألف ، وقعت الأولى بثلاث الألف ، ولغت الاخرى ، وإن لم يكن له نية ، قال البغوي : بانت الأولى بالألف ، لأنه جواب لقولها ، ولغت الاخرى . وذكر صاحب « المذهب » مثل هذا التفصيل فيما إذا ابتدأ فقال : أنت طالق وطاق وطاق بألف ، وليشترط فيه مطابقة القبول للإيجاب . ولو قال في جوابها : أنت طالق طالق طالق ^(١) واحدة بألف ، انقطع احتمال مقابلة الجميع بالألف ، والباقي كما ذكرناه .

(١) في نسخ الظاهرية : أنت طالق ، وطاق ، وطاق .

هذا إذا كانت مدخولاً بها ، فإذا لم تكن ، وأراد مقابلة غير الأولى بالألف ،
بانت الأولى ، ولغا ما بعدها . ولو قالت له وهو لا يملك إلا طلبة : طلقني طلقين
بألف ، فقال : طلقك طلقين ، الأولى منها بألف ، والثانية مجاناً ، استحق الألف ،
وإن قال : الثانية منها بألف ، وقعت الأولى بلا عوض ولغت الثانية ، وإن قال :
إحداها بألف ، أو اقتصر على قوله : طلقك طلقين ، سئل ، فإن قال : أردت
الأولى والثانية ، فعلى ما ذكرنا ، وإن قال : لم أنو شيئاً ، ففي استحقاقه المال
وجهان ، أصحها : نعم لمطابقة الجواب السؤال .

ولو أعاد ذكر المال ، فقال : طلقك طلقين بألف ، فهل يستحق خمسمائة
عملاً بالتوزيع ، أم ألفاً لحصول البينة الكبرى ؟ وجهان . أصحها : الثاني ، وبه
قال أبو زيد .

فرع

لو لم يملك إلا طلبة ، فقالت : طلقني ثلاثاً بألف طلبة ، أحرم بها في الحال ،
وطلقين يقعان علي إذا نكحتني بعد زوج ، أو تكونان في ذمتك تنجزهما حينئذ ،
فطلقها ثلاثاً ، وقعت الواحدة ، ولغا كلامها في الآخريتين .

ثم النص في « المختصر » : أن للزوج مهر المثل ، وللأصحاب طريقتان .
أحدهما : هذا ، وأصحها على قولي تفريق الصفقة للجمع بين مملوك وغيره ، فإن
أبطلنا ، فله مهر المثل ، وإن صححنا ، فلها الخيار في العوض لتبعض مقصودها ،
فإن فسخت ، فله مهر المثل ، وإن أجازت ، فهل يميز بكل الألف ، أم بثلثه
عملاً بالتقسيط ؟ قولان كالبيع ، ومنهم من قطع هنا بالتقسيط ، لأن المشتري بالفسخ

يدفع العقد من كل وجه ، والطلاق هنا لامدفع له ، فيبعد إلزامها ^(١) بواحدة ما التزمته للثلاث .

السادسة : قالت : طلقني نصف طلاقه بألف ، أو طلق نصفي ، أو يدي ، أو رجلي بألف ، فأجابها بذلك ، أو قال ابتداء : طلقتك نصف طلاقه ، أو طلقك نصفك بألف ، فقبلت ، فلا يخفى أن الطلاق يقع مكتملاً ، وكذا لو كان ذلك بلفظ الخلع وجعلناه طلاقاً . ثم الواجب في هذه الصور ، مهر المثل على الصحيح لفساد صيغة المعاوضة .

ولهذا لو قال : ~~بعتك~~ هذا نصف بيعه ، أو بعته لنصفك أولئك ، لم يصح البيع . وإذا فسدت الصيغة ، تعين مهر المثل ، وإلغا يبيء الخلاف في الرجوع إلى مهر المثل وبديل المسمى إذا كانت الفساد في المسمى . وحكى الإمام وجهاً واختاره : أنه يجب المسمى ، لان الشرع كمل ذلك المبعوض فصار كتكميلها .

الطرف الثالث : في تعليقها بزمان وفيه مسائل .

الأولى : قالت : طلقني غداً ولك علي ألف ، أو إن طلقني غداً فلك علي ألف ، أو قالت : خذ هذا الألف علي أن تطلقني غداً فأخذه ، لم يصح ، ولم يلزم الطلاق ، لانه سلم في الطلاق والطلاق لا يثبت في الذمة .

ثم إن طلقها في الغد أو قبله ، وقع الطلاق بائناً ولزمها المال ، لانه إن طلق في الغد ، فقد حصل مقصودها . وإن طلق قبله ، فقد زادها كما لو سألت طلاقه فطلق ثلاثاً . فلو قال : أردت الابتداء ، صدق بيمينه وله الرجعة ، وفي المال الواجب طريقتان . المذهب والمنصوص : مهر المثل . والثاني : قولان . ثانيها : المسمى .

(١) في الأصل : التزامها .

وهل يفرق بين أن يطلقها عالماً بطلان ما جرى ، وبين تطليقها جاهلاً بطلانه ؟ قال القاضي حسين والبخاري : يفرق ولا يلزمها شيء إذا طلقها عالماً ، بل يقع رجعيّاً ، وضعفه الإمام ، واستشهد بالخلع على الحر وسائر الأعواض الفاسدة ، فإنه لا فرق في ثبوت المال بين العلم والجهل . وإن طلقها بعد مضي الغد ، نفذ رجعيّاً ، لأنه خالف قولها ، فكان مبتدئاً ، فإن ذكر مالاً ، اشترط في وقوعه القبول .

الثانية : قالت : لك ألف إن طلقني في هذا الشهر ولم تؤخر تطليقي عنه ، أو قالت : خذ هذا الألف على أن تطلقني في هذا الشهر متى شئت ، فهو باطل وأولى بالبطلان من مسألة (١) الغد ، فإن طلقها بعد الشهر كان مبتدئاً ، وإن طلقها في الشهر ، وقع الطلاق بائناً . وفي المال الواجب الطريقتان . ولا يشترط وقوع الطلاق في المجلس ، وقد ذكرنا في الباب الأول ، وفي الطرف الأول من هذا الباب ، أنها إذا قالت : متى طلقتي فلك ألف يشترط التطليق في المجلس .

والأصحاب طريقتان حكاهما الإمام ، أحدهما : طرد القولين فيها ، والمذهب : الفرق ، لأن كلمة « متى » ظاهر في جواز التأخير ، لكن قرينة العوض خصتها بالمجلس عملاً بقاعدة المعاوضات ، وهنا صرححت بجواز التأخير ، فضعفت القرينة عن مقاومة الصريح على طريقة التسوية : هي اشتراط المجلس وعدمه ، والمسمى صحيح في تلك الصورة بلا خلاف .

الثالثة : قالت : طلقني بألف طلاقاً يمتد تحريمه إلى شهر ، ثم أكون في نكاحك حلالاً لك ، فطلقها كذلك ، وقع الطلاق مؤبداً ، وفي قدر المال الواجب

(١) في الأصل : ومن مسألة الغد .

الطريقان ، وطريقة القطع هنا أظهر ، لأن الشرط هنا لا يمكن الوفاء به ، وفساد الشرط يوجب الجهل بالعوض ، فيتعين مهر المثل .

الرابعة : علق طلاقها بصفة وذكر عوضاً فقال : طلقتك إذا جاء غد ، أو رأس الشهر أو دخلت الدار على ألف ، فقبلت ، أو سألته ، فقالت : علق طلاقي برأس الشهر ، أو بدخول الدار على ألف فعلق ، فالصحيح وقوع الطلاق عند وجود المعلق عليه على مقتضى التعليق . وقيل : لا يقع لأن المعاوضة لا تقبل التعليق ، فيمتنع ثبوت المال . وإذا لم يثبت ، لم تطلق لارتباطه ، فإن قلنا بالصحيح ، اشترط القبول على الاتصال ، قال القفال : ويحتمل أنها تخير بين القبول في الحال ، أو عند وجود الصفة ، والمعروف الأول .

ثم الواجب المسمى أم مهر المثل ؟ وجهات . وقيل : قولان ، أصحها عند الجمهور : الأول ، ويجري الخلاف فيما إذا قالت : إذا جاء رأس الشهر وطلقتني ، فلك ألف فطلقها عند رأس الشهر إجابة لها . وقيل : إن ابتدأ الزوج بالتعليق ، وجب المسمى ، وإن ابتدأت بالسؤال ، فمهر المثل . وإذا أثبتنا المسمى ، فمتى يجب ويلزم تسليمه ؟ فيه أوجه . أصحها : في الحال ، واختاره ابن الصباغ ، لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال ، والمعوض تأخر بالتراضي . فإن تعذر^(١) تسليم المعوض ، بأن فارقها قبل وجود المعلق عليه ، لزم رد العوض كما لو تعذر تسليم المسلم فيه .

والثاني : يجب في الحال ، لكن لا يلزم تسليمه إلا عند وجود المعلق عليه لتأخر المعوض .

(١) في الأصل : فإن تأخر .

والثالث : لا يجب إلا عند البينة ، ولا شك أنه لا رجوع لها قبل القبول .
فأما إذا قالت : طلقني غداً ولك ألف ، أو إن طلقني غداً ، فلك ألف ، وهما
الصورتان السابقتان في المسألة الأولى ، فلها الرجوع قبل التطلق ، لأن الجواب
به يحصل وما يستحقه الزوج هناك يستحقه عند التطلق .

الطرف الرابع : في اختلاع الأجنبية ، فيه مسائل .

الأولى : يصح الخلع من الزوج مع الأجنبية ، ويلزم الأجنبية المال ، هذا
إذا قلنا : الخلع طلاق . قال الأصحاب : فان قلنا : هو فسخ ، لم يصح لأن
الزوج لا يتفرد به بلا سبب ، ولا يجيء هذا الخلاف إذا سأله الأجنبية الطلاق فأجابته ،
لان الفرقة الحاصلة عند استعمال الطلاق طلاق بلا خلاف .

الثانية : الخلع مع الأجنبية ، كهو مع الزوجة في الالفاظ والاحكام ، وهو
من جانب الزوج معاوضة فيها معنى التعليق ، ومن جانب الأجنبية معاوضة فيها
ثبوت جعالة . فلو قال الأجنبية : طلق امرأتى عليك كذا ، طلقت رجعيًا
ولا مال ، ولو قال الأجنبية : طلقها وعلي ألف ، أو لك ألف فطلق ، وقع
بائناً ولزمه المال . ولو اختلعا عبد ، كان المال في ذمته كما لو اختلعت أمة نفسها .
ولو اختلعا سفيه ، وقع رجعيًا كما لو اختلعت سفيهة نفسها .

الثالثة : لو وكلت الزوجة من يخلعها ، فله أن يخلعها استقلالاً وبالوكالة .
فان صرح بالاستقلال ، فذاك ، وإن صرح بالوكالة ، فالزوج يطالب الزوجة
بالمال ، وإن لم يصرح ونوى الوكالة ، فالخلع لها لكن تتعلق به العدة فيطالب ،
ثم يرجع عليها . وإن لم يصرح ولانوى شيئاً أصلاً ، فالخلع لها ، لان منفعتها لها
بخلاف نظيره من الوكالة في الشراء . ويجوز أن يوكل الأجنبية الزوجة لتخلع عنه ،
وحينئذ تتخير الزوجة بين أن تخلع استقلالاً أو بالوكالة .

وقول الزوجة لاجنبي : سل زوجي تطليقي على ألف ، توكيل ، سواء قالت : علي أم لا . وقول الاجنبي لها : سلي زوجك يطلقك على كذا ، إن لم يقل : علي ، فليس بتوكيل . فلو اختلعت ، فالمال عليها . وإن قال : علي ، كان توكيلاً . فان أضفت إليه أو نوته ، فالمال على الاجنبي . وقول الاجنبي للأجنبي : سل فلاناً يطلق زوجته على ألف ، كقوله للزوجة ، فيفرق بين قوله : علي وعدمه . ولو اختلع الاجنبي ، وأضاف إليها مصرحاً بالوكالة ، ثم بان كذبه ، لم تطلق ، لانه مربوط بالمال وهو لم يلتزم في نفسه ، فأشبه إذا خاطبها ولم تقبل .

فرع

قال لرجل : بع عبدك لفلان بكذا وعلي ألف ، فباعه ، لم يستحق على القائل شيئاً على الصحيح ، وهو قول الجمهور . قال القاضي أبو الطيب ، وقال الداركي : يحتمل أن يستحق الالف كالتباس الطلاق والعق . ولو قال : بعه عندك بألف في مالي ، لم يستحق على القائل شيئاً .

الرابعة : أبو الزوجة في اختلاعها كلاجنبي ، فإن اختلع بال نفسه ، فذاك ، صغيرة كانت أو بالغة ، وإن اختلع بما لها وصرح بالنيابة أو الولاية ، لم يقع الطلاق كما لو بان كذب مدعي الوكالة في الاختلاع . وإن اختلع بما لها مصرحاً بالاستقلال ، فهو كالاختلاع بمغصوب ، فيقع الطلاق بمهر المثل على الاظهر ، ويبدل المسمى في قول . ولو اختلع بعبد أو غيره ، وذكر أنه من مالها ولم يتعرض لنيابة ولا استقلال ، وقع الطلاق رجعيّاً كمخالعة^(١) السفية ، صغيرة كانت الزوجة أم كبيرة ، بكراً أم ثيباً .

(١) في الأصل : كمخالفة .

وكذا لو قال للأجنبي^(١) : خالعا على عبدا هذا ، أو صداقا ، وذكرنا في تشبيهه بالسفينة أنه أهل للقبول ، لكنه محجور عليه في مالها ، ولكن هذا ينتقض بالمغصوب ، ولهذا خرج القاضي حسين هنا وجهاً أنه يقع الطلاق بائناً ، ويعود القولان في قدر المال الواجب . والمذهب الفرق ، لأن الأجنبي متبرع بما يبذله لا يحصل له فائدة إذا أضاف إلى مالها ، فقد صرح بترك التبرع بخلاف اختلاعها نفسها بمغصوب .

وبنى البغوي على هذا الفرق ، أنه لو قال الأجنبي : طلقها على هذا المغصوب ، أو على هذا الحر ، أو على عبد زيد هذا ، فطلق ، وقع رجعيًا ولأمال ، بخلاف ما إذا التمس المرأة هكذا . ولو اختلع الأب أو الأجنبي بعبدا ولم يذكر أنه من مالها ، فإن لم يعلم الزوج كونه عبدا ، فكالمغصوب ، فيقع بهر المثل على الاظهر ، وإن علم ، فالأصح أنه كالذي لم يعلم . وقيل : المعلوم كالمذكور فيقع رجعيًا ، هذا كله إذا اختلع الأب بغير صداقا ، فإن اختلع به أو على أن الزوج بريء من صداقا ، أو قال : طلقها وأنت بريء من صداقا أو على أنك بريء من صداقا ، فالمنصوص أن يقع الطلاق رجعيًا ، ولا يبرأ عن صداقا ، ولا شيء على الأب . وحكى الإمام وغيره تخريجه على عفو الأب عن صداق الصغيرة ، وإن جوزناه ، صح الخلع ، وإلا فالصحيح وقوعه رجعيًا كما نص عليه باختلاع السفينة . وقيل : لا يقع الطلاق أصلاً كالوكيل الكاذب . فإذا صححنا عفو الولي ، فشرطه كونه قبل الدخول ، وحينئذ يتشطر المهر فيكون العوض أحد الشطرين .

ولو اختلعا بالبراءة عن صداقا وضمن له الدرك ، فالذي أطلقه الجمهور من

(١) في الأصل : الأجنبي .

العراقيين وغيرهم ، أنه لا يبرأ ويقع الطلاق بائناً ، لانه التزم المال في نفسه ، فأشبه الاختلاع بغضوب . فعلى هذا ، هل الواجب عليه مهر المثل أم بدل الصداق ؟ فيه القولان المعروفان . أظهرهما : الاول . وهكذا الحكم فيما إذا قال الاب أو الاجنبي : طلقها على عبدها هذا وعلي ضمانه . فعلى الاظهر : يلزم مهر المثل . وعلى الثاني : قيمة العبد . والذي قدمناه أنه لا يلزمه شيء ، هو فيما إذا لم يتلفظ بالضمان . وحسبى الإمام ، أنه لا أثر لهذا الضمان ويقع الطلاق رجعيًا كما لو قال : طلقها وأنت بريء من الصداق . ووجهاً أنه [إن] ^(١) قال : طلقها وأنا ضامن براءتك ، لغا ووقع رجعيًا إذ لا فائدة فيه . وإن قال : وأنا ضامن للصداق ، إن طولبت به أديته عنك ، وقع ^(٢) بائناً لانه صرح بالمقصود ، إلا أنه التزم فاسد واختار الإمام الغزالي هذا .

ولفظ الضمان هنا ، كهو في قوله : ألتق متاعك في البحر وعلي ضمانه . والمراد به الالتزام دون الضمان المشهور . ولو التمس الطلاق على أنه بريء ، وضمن الدرك ، فقال الزوج في جوابه : إن برئت من صداقها ، فهي طالق ، لم تطلق لأن الصفة المعلق عليها لم توجد .

الباب الخاص

في الاختلاف

فيه مسائل .

الأولى : قالت : خالعتني على كذا ، فأنكر الزوج ، صدق يمينه . ولو كان

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية

(٢) في الأصل : ووقع .

له زوجتان تسميان باسم واحد ، فقال : خالعت فلانة بكذا ، فقبلت إحداها ، فقال الزوج : أردت الأخرى ، وقالت القائلة : بل أردتني ، فهو المصدق ولا فرقة .

ولو قال : طلقتهك بألف ، فقالت : بلا عوض ، صدقت يمينها في نفي العوض ، ولا يقبل قوله في سقوط سكنائها ونفقتها ، وتحصل البينونة بقوله . ولو قال : خالعتك بالعوض الذي سألت ، فانكرت أصل السؤال ، فكذلك الحكم .

وإن قالت : طلقته^(١) بعد طول الفصل ، وقال : بل في الحال ، فهي المصدقة في نفي المال أيضاً . ولو قال : طلقتهك بعد طول الفصل ولم تقبلي فلي الرجعة ، وقالت : بل طلقته متصلاً بسؤالي ، فلا رجعة لك ، فالمصدق الزوج .

الثانية : اتفقا على الخلع واختلفا في جنس العوض أو قدره أو صفته في الصحة والتكسر والأجل ، ولا بينة ، تحالفا وحصلت البينونة ، وإنما أثر التحالف في العوض . والقول في أنه هل تنفسخ التسمية ، أم تنفسخ إن أصرّا على النزاع ، وفي كيفية اليمين ومن يبدأ به على ما تقدم في البيع وفي الرجوع بعد الفسخ أو الانفساخ إلى مهر كتحالفيها في الصداق ؟ وقيل : يرجع بأقل الأمرين من مهر المثل وما ادعاه . وقيل : بأكثر الأمرين من مهر المثل والمسمى الذي ادعته ، والصحيح الاول . ولو أقام كل واحد بينة بدعواه ، فهل تتساقطان ، أم يقرع ؟ قولان حكاهما الخناطي . وعلى التقديرين ، هل يحلف ؟ وجهان . وعن ابن سريج ، أنه يعمل بأكثر البينتين .

قلت : الاظهر ، أنها بسقطان ولا ترجيح بالكثرة . والله أعلم

ولو خالع أجنبياً واختلفا ، تحالفا وعلى الاجنبي مهر المثل .

(١) في الأصل : طلقته .

الثالثة : سبق أنه لو خالعا على ألف درهم ، وفي البلد نقد غالب نزل عليه فلو لم يكن ، بطلت التسمية ووجب مهر المثل ، فإن نوبا نوعاً ، فالصحيح الاكتفاء بالنية ولزوم ذلك النوع . وقيل : تفسد التسمية ويجب مهر المثل كمنظيره في البيع ، والفرق أنه يحتمل هنا مالا يحتمل في البيع . ولو قال : خالعتك على ألف ولم يذكر جنساً ، فالصحيح أنه كإيهام النوع ، فإن نوبا جنساً ، تعين . وقيل : يتعين هنا مهر المثل لكثرة الاختلاف في الاجناس . ولو قال : خالعتك على ألف شيء فقبلت ، ونوبا شيئاً معيناً ، قال القاضي حسين : التسمية فاسدة لشدة الإجمال ، فيرجع إلى مهر المثل ، ويمكن أن ينزعه غيره . ثم قال الشيخ أبو محمد : إنما يؤثر التعين بالنية إذا تواطأ قبل العقد على ما يقصدانه ولا أثر للتوافق بلا مواطاة ، ولم يعتبر آخرون ذلك ، بل اعتبروا مجرد التوافق .

قلت : هذا الثاني ، هو الاصح . وقول الشيخ أبي محمد هنا ضعيف .

والله أعلم

وإذا عرفت هذه المقدمة ، فلو تخالعا بألف درهم وأطلقا ، فقال الزوج : أردنا بالدرهم النقرة ، فقالت : بل أردنا بها الفلوس أو على ألف ، فقال : أردنا الدنانير أو الدرهم فقالت : أردنا الفلوس ، فالصحيح أنها يتحالفان . وقيل : يجب مهر المثل بلا تحالف .

فلو توافقا على أنه أراد النقرة ، وادعت أنها أرادت الفلوس وقال : بل أردت النقرة أيضاً ، حصلت البيئونة لانتظام الصيغة ومواخذة لها ، وتصدق هي بيمينها . فإذا حلفت ، فلا شيء عليها ، لأنها نفت بيمينها النقرة ، ونفى هو الفلوس . ولو توافقا أنها أرادت الفلوس ، وقال هو : أنا أردت النقرة ، ولا فرقة للمخالفة ، فقالت :

بل أردت الفلوس أيضاً وبنت منك ، حصلت البيئونه ظاهراً لاتفاق اللفظين . وهل للزوج مهر المثل ؟ وجهان ، قال القاضي حسين : نعم للبيئونة ظاهراً ، والذي اختاره الغزالي : لا ، لإنكاره البيئونة وعوضها .

قلت : هذا الثاني هو الاصح ، واختاره أيضاً الإمام . قال الإمام : فات قيل : لو صدقها بعد ذلك في اتفاق النية ، قلنا : إذ ذاك يطالبها بالمسمى المعين لا بمهر المثل . والله أعلم

وفي معنى هذه الصورة ما إذا اتفقا على أنه أراد الدرهم ، وزعم أنها أرادت الفلوس ، ولا فرقة ، فقالت : أردت الدرهم وبنت ، فالفرقة حاصلة ، ويعود الوجهان في ثبوت شيء للزوج ، وبالثبوت قطع البخوي ، وقال : لاتحصل الفرقة باطناً إن كان صادقاً . ولو قال : أردت النقرة ولم يتعرض لجانبها ، وقالت : أردت الفلوس ولم تتعرض لجانبه ، حصلت الفرقة . ثم عن القاضي حسين أنها يتحالفان . وفي « البسيط » أن الوجه وجوب مهر المثل ، لانه لا يدعي عليها معيناً حتى تحلف .

قلت : الاصح ، وجوب مهر المثل بلا تحالف . وقد نقل الإمام الاتفاق عليه ، وجعل مخالفة القاضي في التحالف في غير هذه الصورة . والله أعلم

ولو قال أحد المتخالفين : أطلقنا الدرهم . وقال الآخر : عينا نوعاً تحالفا .

الرابعة : قالت : سألتك ثلاث تطليقات بألف فأجبتي ، فقال : بل سألت واحدة بألف فأجبتيك ، فالألف متفق عليه ، لكن اختلفا في المعوض فيتحالفان ، فإذا تحالفا ، فعليها مهر المثل . والقول في عدد الطلاق الواقع قوله يمينه . قال

الحناطي : ولو أقام كل واحد بينة على قوله ، فان اتفق تاريخ البيتين ، تحالفا وإلا فالاسبق تاريخاً مقدمة . ولو قال : طلقك وحدك بألف ، فقالت : بل طلقني وضرتي ، تحالفا وعليها مهر المثل . ولو قالت : سألتك واحدة بألف ، فأجبني فقال : بل طلقك ثلاثاً بألف ، وقع الثلاث ووجب الألف ، ولا معنى لهذا الاختلاف . ولو قالت : سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني طلبة ، فلك الثلاث فقال : بل ثلاثاً فلي الألف ، فان لم يطل الفصل ، طلقت ثلاثاً ولزمها الألف ، وإن طال ولم يمكن جعله جواباً ، طلقت ثلاثاً باقراره وتحالفا للعوض ، وعليها مهر المثل ، هكذا نص عليه في رواية الربيع . وفيما نقله أبو بكر الفارسي في « عيون المسائل » واختلف الاصحاب ، فأخذت طائفة بالنص ، وقال البغوي : يتحالفان وله مهر المثل ، ولم يفرق بين طول الفصل وعدمه . وقال آخرون : النص مشكل في حالتي الاتصال والانفصال . قال الإمام : ينبغي أن يقال في حالة الاتصال ، إن قال الزوج : ما طلقك من قبل ، والآن أطلقك ثلاثاً على ألف ، تقع الثلاث ويجب الألف ، لان الوقت وقت الجواب . وإن قال : طلقك من قبل ثلاثاً تعذر^(١) ، جعل هذا إنشاءً ، لأنها بانته قبله ، فيقع الثلاث باقراره ، ولا يلزمها إلا ثلث الألف كما لو قال : إن رددت أعبدني الثلاثة ، فلك الألف ، فقال : رددتهم وقال : ما رددت إلا واحداً . وأما في حال الانفصال ، فيحكم بوقوع الثلاث باقراره وعليها ثلث الألف ، ولا معنى للتحالف ، لان التحالف عند الاختلاف في صفة العقد أو العوض ، [وهما]^(٢) هنا متفقان على أن المسؤول ثلاث ، وأن العوض ألف ،

(١) في الأصل : بقدر .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

وللزوج أن يحلفها على نفي العلم أنه ما طلقها ثلاثاً ، وهذا صحيح وليتأول النص عليه بحسب الإمكان .

فرع

قال الحناطي : قالت : طلقني ثلاثاً بألف فقال : بل طلقتك واحدة بألفين وأقام كل واحد بينة بقوله ، واتفقا أنه لم يطلق إلا مرة ، تحالفا وله مهر المثل .

الخامسة : تحالفا بألف فطالبها به ، فقالت : ضمنه زيد ، لم ينفعها هذا الجواب لان الضمان لا يقطع الطلب عنها ، وكذا لو قالت : قبلت الخلع على أن يزني زيد عني الألف ، وهي في الصورتين مقرة بالألف . ولو قالت : قبلت الخلع بألف لي في ذمة زيد ، ففيه خلاف مبني على بيع الدين ، وحاصله أربعة أوجه .

أصحها : التحالف بناء^(١) على صحة بيع الدين ، والثاني : يجب مهر المثل بلا تحالف ، بناء على منعه ، والثالث : تصدق هي بيمينها ، والرابع : هو بيمينه ، نقلها المتولي بناء على منعه ، وهما الوجهان في الاختلاف في صحة العقد وفساده .

فرع

قال : خالعتك ، فقالت : اختلعتني أجنبي لنفسه بماله ، بانت باعتوافه ولا شيء عليها ، ولا على الأجنبي . ولو قالت : اختلعت بوكالة زيد وأضفت إليه ، فهل يتحالفان أم تصدق هي أم هو ؟ فيه أوجه ، أصحها : الاول . ولو قالت : لم أضف ولكن نويت الاختلاع لزيد ، فان قلنا : تتوجه المطالبة على الوكيل ،

(١) في الأصل : بني .

م ينقطع طلب الزوج بقولها ، وكذا لو أنكر أصل الوكالة . وإن قلنا : لا يطالب ، فهل يتحالفان ، أم تصدق هي ، أم هو ؟ فيه الاوجه .

السادسة : طلقها بألف وأرضعت بنتها زوجة أخرى له صغيرة واختلف المتخالعان ، فقال الزوج : سبق الخلع فعليك المال ، وقالت : بل سبق الإرضاع ، فأنفسخ النكاح والخلع لغو ، نظر إن اتفقا على جريان الإرضاع يوم الجمعة مثلاً وادعى تقدم الخلع ، وادعت تأخره ، فالقول قولها يمينها ، وإن اتفقا على جريان الخلع يوم الجمعة ، وادعى تأخر الإرضاع ، وادعت تقدمه ، فالقول قوله يمينه ، لأن الأصل استمرار النكاح ، ولأن اشتغالهما بالخلع يدل ظاهراً على بقاء النكاح ، كما لو تخالعا ، ثم ادعت أنه طلقها قبل الخلع ثلاثاً ، أو ادعت إقراره بفساد النكاح فأنكر ، فإنه يصدق يمينه وتستمر صحة الخلع .

السابعة : تخالعا ثم قال هو : كنت مكرهة ، فلي الرجعة فأنكرت الإكراه ، لم يقبل قوله في الظاهر ، وعليه رد المال لاعترافه . ولو ادعت الإكراه ، فأنكر ، صدّق يمينه ، ولزمها المال . فلو أقامت بينة بالإكراه ، لزمه رد المال ولا رجعة لاعترافه بالبينونة ، فلو لم يصرح بالإنكار ، أو سكت ، أو كانت الخصومة مع وكيله ، فله الرجعة ، إذ أقامت البينة .

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بالخلع

ليس له خلع زوجة ولده الطفل ، والخلع على غير الصداق قبل قبضه ، لا يسقط حقها منه ، وبعد قبضه وقبل الدخول لا يسقط حق الزوج من نصفه عندنا . ولو خالع حاملاً بنفقة عدتها ، بانت بمهر المثل . وفي « فتاوى

القفال : لو خالها بمهرها بعد أن أبرأته منه ، فإن جهلت الحال ، فهل يلزمها مهر المثل أم بدل المسمى ؟ فيه القولان . وإن علمت ، نظر إن جرى بلفظ الطلاق ، كقوله : طلقتك . على صداقك ، فهل يقع بائناً ويعود الخلاف فيما يلزمها ، أم يقع رجعيّاً ؟ وجهان . وإن جرى بلفظ الخلع ، فإن أوجبنا المال في لفظ الطلاق ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان بناء على أن لفظ الخلع هل يقتضي ثبوت مال ؟ وفي فتاوى القاضي حسين ، أنه لو خالها على مالها في ذمته وعلى ألف آخر في ذمتها ، وعلى أن ينفق على ولده كل يوم كذا إلى مدة كذا ، فهو فاسد لشرط الإنفاق ، وتبين بمهر المثل . وإنه لو خالها بألف وعلى حضانة ولده الصغير سنة ، فتزوجت في أثناء السنة ، لم يكن للزوج انتزاع الولد منها بتزوجها ، لأن الإجارة عقد لازم ، وأنها لو قالت : إن طلقني أبرأتك عن الصداق ، أو فأنت بريء منه فطلق ، لا يحصل الإبراء ، لأن تعليقه باطل ويلزمها مهر المثل ، لأنه لم يطلق مجاناً . فلو قالت : أبرأتك عن صداقي فطلقني ، بريء الزوج وله الخيار ، إن شاء طلق ، وإن شاء لم يطلق . وفي فتاوى البغوي ، لو خالها على ثوب هروي وقبلت ، ثم أعطته مروياً فرضيه وأراد إمساكه ، ينظر إن وصفه بالصفات المعتمدة بني^(١) على جواز أخذ الزبيب الأبيض عن الأسود . إن جوزنا فكذا هنا ، وإلا فلا يجوز الإمساك هنا بلا معاودة . فإن تعاقدنا ، فقالت : جعلته بدلاً عما عليّ وقبله الزوج ، بني على أن الصداق مضمون ضمان اليد ، أم العقد ، إن قلنا بالأول ، جاز ، أو بالثاني ، فقولان كلاستبدال عن الثمن في الذمة . وإن لم يصفه ، فالواجب مهر المثل ، فلا يجوز إمساكه إلا بمعاودة ، وأنها لو قالت : اختلعت نفسي بالصداق الذي في ذمتك وأنكر

(١) في الأصل : بناء .

وحلف ، فلا رجوع لها عليه بالصداق . ولو كان له على رجل دين ، فقال : استريت منك دارك به وقبضته وأنكر الرجل ، يجوز له المطالبة بالدين ، والفرق أن الخلع يقتضي اليأس من الصداق وسقوطه بالكلية ، لأن ذمة الزوج إذا برئت منه لا يتصور استغلالها به . وفي صورة البيع لا يحصل اليأس عن الدين ، لاحتمال تلف الدار قبل القبض ، أو خروجها مستحقة ، أو ردها بعيب ، وإن الزوج لو قال : خالعتك وأنكرت وحلفت ثم وطئها ، فعليه الحد في الظاهر ، ولا حد عليها ، لأنها تزعم أنها في نكاحه . وأما الباطن ، فإن صدق ، حد ، وإن كذب ، فلا . وقيل : دعواه تكون طلاقاً ظاهراً وباطناً ، فعليها الحد ، وأنها لو قالت : اختلعت بثلاث طلقات على مالي عليك من الحق ، فقال : خالعتك بطلقة ، وقعت طلقة بمهر المثل ، ويحتمل أن يجب ثلث مهر المثل .

فصل

لابن الحداد

قال : أنت طالق اثنتين ، إحداها بألف ، فالمقابلة بالألف لا تقع إلا بقبولها . وفي الأخرى وجهان . أحدهما وبه قال ابن الحداد : لا يقع إلا بالقبول ، لأنه علق الطلقتين بالقبول ، ولأنها تابعة للأخرى ، وأصحها عند الشيخ أبي علي : يقع بلا قبول لخلوها عن العوض ، ولأنه لو قال : أنت طالق طلقتين ، إحداها بألف ، والأخرى بغير شيء وقعت الواحدة بلا قبول ، فكذا هذا . قال الإمام : ولا يبعد طرد الوجهين هنا ، فإن قلنا بالأول ، فإذا قبلت ، وقعت الطلقتان ولزمها الألف . وهل الألف في مقابلة إحداها فقط ، أم في مقابلتها معاً وإحداها تابعة ؟ فيه احتمالان ذكرنا ووجه .

الثاني : أنه لو اختص المال بأحدهما ، لما توقفت الأخرى على القبول ، ولا قرنت طلقتان بائنة ورجعية ، وذلك بعيد . وإن قلنا بالوجه الثاني ، فإن كانت غير مدخول بها ، وقعت الواحدة عند تمام لفظه وبانت ، فلا تقع الأخرى ، ولو قبلت . وإن كانت مدخولاً بها ، فالواقعة رجعية ، فإذا قبلت ، فهو بخالعة وفيها القولان . فإن جوزناها ، وقعت الثانية بالآلف ، وإلا ، ففيه احتمالان للشيخ أبي علي . أحدهما : لا يقع الطلاق لأنه إنما وقع بشرط قبولها ، وإذا لم يلزم المال ، فلا معنى للقبول ، وأصحها : يقع وإن لم يلزم المال بخالعة المحجور عليها . وبالله التوفيق .

* * *

تم - بعون الله تعالى وتوفيقه - الجزء السابع من كتاب
« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للإمام النووي ، ويليه
الجزء الثامن ، وأوله « كتاب الطلاق »

٢٠ رمضان ١٣٨٨ هـ
دمشق : ١٠ كانون الاول ١٩٦٨ م