

شرح الزركشي على مختصر الخرقى

@ 456 @ استدانتها ، يتعلق بذمة سيدها على المذهب ، وإن كان بغير إذنه فهل يصح ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو مقتضى المحكي عن القاضي في المجرى ، وأورده أبو البركات مذهباً لا يصح ، لأن الخلع عقد معاوضة ، فلم يصح منها كالبيع ونحوه (والثاني) وهو الذي قطع به الخرقى ، والقاضي في الجامع الصغير ، وأبو الخطاب في الهداية ، والشريف وأبو محمد في كتبه الثلاثة يصح ، لأنه إذا صح الخلع مع الأجنبي فمع الزوجة أولى ، والخلع يفارق البيع ، بدليل صحته على المجهول ، وبغير عوض على رواية ، وغير ذلك ، ويتخرج لنا (وجه ثالث) أنها إن خالعت في ذمتها صح ، وعلى شيء في يدها لا يصح كبيعها ، ويجوز في رواية تقدمت ، وعلى القول بالصحة قال الخرقى وعامة من تبعه : تتبع بالعوض بعد العتق ، لتعذر الأخذ منها في الحال ، فيرجع عليها حين يسارها ، وقال أبو محمد : إن وقع على شيء في الذمة فكذلك ، وإن وقع على عين فقياس المذهب أنه لا شيء له ، قال : لأنه إذا علم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين ، فيكون راضياً بغير عوض ، ويلزم من هذا التعليل بطلان الخلع على المشهور ، لوقوعه بغير عوض ، وإلى أعلم . .

قال : وما خالع العبد به زوجته من شيء جاز . .

ش : لأنه إذا صح طلاقه من غير عوض ، فبعوض أولى وأحرى . .

قال : وهو لسيده . .

ش : يعني عوض الخلع الذي خالع به العبد لسيده ، لأنه من كسبه ، وكسبه لسيده ، ولم

يتعرض الخرقى لمن يقبضه ، وقد يقال : إن ظاهر كلامه أن السيد هو الذي يقبضه ، وهو

اختيار أبي محمد ، وصاحب النهاية ، كبقية أملاك السيد ، وظاهر كلام أحمد واختاره القاضي

، أن للعبد قبضه ، لأنه لما ملك العقد تبعه عوضه وإلى أعلم . .

قال : وإذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع ، وللورثة أن

يرجعوا عليه بالزيادة . .

ش : مخالعة المريضة صحيحة بلا ريب ، كبيعها ونحو ذلك ، ثم إن كان المسمى قدر ميراثها

منه فأقل فلا كلام ، وإن كان أزيد وقف الزائد على إجازة الورثة ، لأنها إذاً متهمه ،

لاحتمال قصدها أن يعطى الوارث زيادة على إرثه ، فأشبه ما لو أقرت له ، وإلى أعلم . .

قال : ولو طلقها في مرض موته ، وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث ، فللورثة أن لا يعطوها

أكثر من ميراثها . .

ش : هذا أيضاً من مشكاة الذي قبله ، لأنه إذا أوصى لها بأكثر من ميراثها فهو متهم ،

لأنه يريد أن تبقى أجنبية ليتوصل إلى إعطائها أكثر من ميراثها ، بخلاف ما إذا كان بالثلث
فما دون ، فإن التهمة منتفية انتهى ، وفي بعض النسخ : ولو خالعه . وعليها