

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

ماهية الخلع .

أما الأول : فقد اختلف في ماهية الخلع قال أصحابنا : هو طلاق و هو مروي عن عمر و عثمان ابن عن مروي هو و فسخ هو بل بطلاق ليس قول في و قولنا مثل قول في قولان للشافعي و هما B عباس B هما و فائدة الاختلاف : أنه خالع امرأته ثم تزوجها تعود إليه بطلاقين عندنا و عنده بثلاث تطليقات حتى لو طلقها بعد ذلك تطليقتين حرمت عليه حرمة غليظة عندنا و عنده لا تحرم إلا بثلاث .

احتج الشافعي بظاهر قوله عز و جل : { الطلاق مرتان } إلى قوله : { فإن طلقها } ذكر سبحانه الطلاق مرتين ثم ذكر الخلع بقوله : { فلا جناح عليهما فيما افتدت به } ثم ذكر الطلاق أيضا بقوله عز و جل { فإن طلقها } فلو جعل الخلع طلاقا لازداد عدد الطلاق على الثلاث و هذا لا يجوز لأن الفرقه في النكاح قد تكون بالطلاق و قد تكون بالفسخ كالفرقة بعدم الكفاءة و خيار العتاقة و الردة و إباء الإسلام و لفظ الخلع دليل الفسخ و فسخ العقد رفعه من الأصل فلا يكون طلاقا كما لو قال : طلقته على ألف درهم فقبلت .

و لنا : أن هذه فرقة بعوض حصلت من جهة الزوج فتكون طلاقا و قوله : الفرقه في النكاح قد تكون من طريق الفسخ مسلم لكن ضرورة لا مقصودا إذ النكاح لا يحتمل الفسخ مقصودا عندنا لأن جوازه ثبت مع قيام المنافي للجواز و هو الحرية في الحرة و قيام ملك اليمين في الأمة على ما عرف إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي و ألحقه بالعدم لحاجة الناس و حاجتهم تندفع بالطلاق بعوض و غير عوض و انفساخه ضرورة فلا حاجة إلى الفسخ مقصودا فلا يسقط اعتبار المنافي في حق الفسخ مقصودا و الإنفساخ فيما ذكرنا من المواضع ما ثبت مقصودا بل ضرورة و لا كلام فيه و لأن لفظ الخلع يدل على الطلاق لا على الفسخ لأنه مأخوذ من الخلع و هو النزع و النزع إخراج الشيء من الشيء في اللغة قال ا؀ عز و جل : { و نزعنا ما في صدورهم من غل } أي أخرجنا و قال سبحانه و تعالى : { و نزع يده } أي أخرجها من جيبه فكان معنى قوله : خلعه أي أخرجها عن ملك النكاح و هذا معنى الطلاق البائن و فسخ النكاح رفعه من الأصل و جعله كأن لم يكن رأسا فلا يتحقق فيه معنى الإخراج و إثبات حكم اللفظ على وجه يدل عليه اللفظ لغة أولى و لأن فسخ العقد لا يكون إلا بالعوض الذي وقع عليه العقد كالإقالة في باب البيع .

و الخلع على ما وقع عليه النكاح و على غيره جائز فلم يكن فسحا .

و أما الآية فلا حجة له فيها لأن ذكر الخلع يرجع إلى الطلاقين المذكورين إلا أنه ذكرهما

بغير عوض ثم ذكر بعوض ثم ذكر سبحانه و تعالى الثالثة بقوله تعالى : { فإن طلقها } فلم تلزم الزيادة على الثلاث بل يجب حمله على هذا لئلا يلزمنا القول بتغيير المشروع مع ما انه قد قيل : إن معنى قوله تعالى : { فإن طلقها } أي ثلاثا و بين حكم الطلقات الثلاث بقوله سبحانه : { فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره } فلا يلزم من جعل الخلع طلاقا شرع الطلقة الرابعة و اﻻ عز و جل أعلم