

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

ركن الخلع .

و أما ركنه فهو الإيجاب و القبول لأنه عقد على الطلاق بعوض فلا تقع الفرقة و لا يستحق العوض بدون القبول بخلاف النوع الأول فإنه إذا قال : خالعتك و لم يذكر العوض و نوى الطلاق فإنه يقع الطلاق عليها سواء قبلت أو لم تقبل لأن ذلك طلاق بغير عوض فلا يفتقر إلى القبول و حضرة السلطان ليست بشرط لجواز الخلع عند عامة العلماء فيجوز عند غير السلطان .

و روي عن الحسن و ابن سيرين : أنه لا يجوز إلا عند السلطان و الصحيح قول العامة لما روي أن عمر و عثمان و عبد الله بن عمر هم جوزوا الخلع بدون السلطان و لأن النكاح جائز عند غير السلطان فكذا الخلع ثم الخلع ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي في اللغة و هل ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل و هو الأمر و الاستفهام فجملة الكلام فيه : أن العقد لا يخلو إما أن يكون بلفظة الخلع و إما أن يكون بلفظة البيع و الشراء و كل ذلك لا يخلو : إما أن يكون بصيغة الأمر أو بصيغة الاستفهام فإن كان بلفظة الخلع على صيغة الأمر يتم إذا كان البديل معلوماً مذكوراً بلا خلاف بأن قال لها : اخلي نفسك مني بألف درهم فتقول : خلعت و إن لم يكن البديل مذكوراً من جهة الزوج بأن قال لها : اخلي نفسك مني فقالت : خلعت بألف درهم لا يتم الخلع حتى يقول الزوج : خلعت .

و الفرق : أن الأمر بالخلع ببدل متقوم توكيل لها و الواحد يتولى الخلع من الجانبين و إن كان هذا النوع معاوضة و الواحد لا يتولى عقد المعاوضة من الجانبين كالبيع لأن الامتناع للتنافي في الحقوق المتعلقة و لا تنافي ههنا لأن الحقوق في باب الخلع ترجع إلى الوكيل و لهذا جاز أن يكون الواحد وكيلاً من الجانبين في باب النكاح .

و في المسألة الأولى لا يمكن جعل الأمر بالخلع توكيلاً لجهالة البديل فلم يصح التوكيل فلو تم العقد بالواحد لصار الواحد مستزيداً و مستنقصاً و هذا لا يجوز و إن كان بصيغة الاستفهام بأن قال الزوج لها : أخلعت نفسك مني بألف درهم فقالت : خلعت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم : يتم العقد و قال بعضهم : لا يتم ما لم يقبل الزوج و بعضهم فصل فقال : إن نوى به التحقيق يتم و إن نوى به السوم لا يتم لأن قوله : أخلعت نفسك مني يحتمل السوم لأن معناه أطلب منك أن تخلي نفسك مني فلا يصرف إلى التحقيق إلا بالنية فإذا نوى يصير بمعنى التوكيل و الأمر و إن كان بلفظ البيع و الشراء بأن قال الزوج لها : اشترى نفسك مني فإن ذكر بدلاً معلوماً بأن قال : بألف درهم و نحو ذلك فقالت : اشتريت .

اختلف المشايخ فيه قال بعضهم : يتم العقد .

و قال بعضهم : لا يتم و لا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعث و الأول أصح لأنه إذا ذكر بدلا معلوما صح الأمر و التوكيل و الواحد يصلح وكلا من الجانبين في الخلع لما بينا و كذا إذا قال لها بالفارسية : [خويشتن ازمن نجر بهزاردرم يا بكابين و هرنه و عدت له واجب شورد اربس] طلاق فقالت : [خريدم] فهو على هذا و إن لم يذكر البديل بأن قال لها : اشترى نفسك مني فقالت : اشترى لا يتم الخلع و لا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعث . و كذلك إذا قال بالفارسية [خويشتن ازمن نجر] فقالت : [خريدم] و لم يقل الزوج [فروختم] لا يتم الخلع و لا تطلق حتى يقول الزوج [فروختم] فرق بين هذا و بين ما إذا قال لها بلفظة الخلع اخلي نفسك مني و نوى الطلاق فقالت : خلعت أنها لا تطلق لأن قوله لها اخلي مع نية الطلاق أمر لها بالطلاق بلفظة الخلع و أنها تملك الطلاق بأمر الزوج و توكيله فيصح التوكيل و الأمر فيتولى الخلع من الجانبين و قوله لها اشترى نفسك [خويشتن ازمن نجر] أمر بالخلع بعوض و العوض غير مقدر فلم يصح الأمر و إن كان بلفظ الاستفهام بأن قال لها : ابتعت نفسك مني فإن ذكر بدلا معلوما بأن قال : بألف درهم أو قال : بمهر و نفقة عدتك فقالت : ابتعت .

اختلف المشايخ فيه قال بعضهم : يتم العقد و قال بعضهم : لا يتم و لا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعث و به أخذ الفقيه أبو الليث . و قال أبو بكر الإسكاف : يتم و يقع الطلاق .

و قال بعضهم : لا يتم إلا إذا اراد به التحقيق دون المساومة على ما ذكرنا في لفظ العربية و الفرق بين الاستفهام و الأمر على نحو ما بينا أنها بالأمر صارت وكيلة إذ الأمر بالخلع توكيل به إذا كان البديل مقدرا و الواحد يصلح وكلا من الجانبين في الخلع و لم يوجد الأمر ههنا فلم يوجد التوكيل فيبقى الشخص الواحد في عقد المعاوضة مستزيدا و مستنقصا و هذا لا يجوز و إن لم يذكر البديل بأن قال لها : ابتعت نفسك مني فقالت ابتعت لا يتم ما لم يقل الزوج بعث لأنه لا يتم في الأمر فلأن لا يتم في الاستفهام أولى و سواء كان القبول منها أو من أجنبي بعد أن كان من أهل القبول لأنها لو قبلت بنفسها يلزمها البديل من غير أن تملك بمقابلته شيئا بخلاف ما إذا اشترى لإنسان شيئا على أن البديل عليه أن ذلك لا يجوز لأن هناك الأجنبي ليس في معنى المشتري لأن المشتري يملك بمقابلة البديل شيئا و الأجنبي لا فلا يجوز إيجابه على من لا يملك بمقابلته شيئا و الحاصل : أن الأجنبي إذا قال للزوج : اخلي امرأتك على أني ضامن لك ألفا أو قال : على ألف هو علي أو قال على ألفي هذه أو عيدي هذا أو على هذه الألف أو على هذا العبد ففعل صح الخلع و استحق المال . و لو قال : على ألف درهم و لم يزد عليه وقف على قبول المرأة و لو خلع ابنته و هي صغيرة على مالها ذكر في الجامع الصغير أنه لا يجوز و لم يبين أنه لا يجوز الخلع رأسا أو

لا يجب البذل على الصغيرة .

و اختلف مشايخنا منهم من قال : معناه أنه لا يجب عليها البذل فأما الطلاق فواقع و منهم من قال : معناه أنه لا يقع الطلاق و لا يجب المال عليها .

و ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء أنه غير واقع في الخلاف ابتداء أنه لا يقع الطلاق عند أصحابنا و قيل في المسألة روايتان .

و الحاصل : أنه لا خلاف في أنه لا يجب المال عليها لأن الخلع في جانبها معاوضة المال بما ليس بمال و الصغيرة تتضرر بها و تصرف الإضرار لا يدخل تحت ولاية الولي كالهبة و الصدقة و نحو ذلك و إنما الاختلاف في وقوع الطلاق .

وجه القول الأول : أن صحة الخلع لا يقف على وجوب العوض فإن الخلع يصح على ما لا يصح عوضا كالميتة و الدم و الخنزير و الخمر و نحو ذلك فلم يكن من ضرورة عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق .

وجه الثاني : أن الخلع متى وقع على بدل هو مال يتعلق وقوع الطلاق بقبول يجب به المال و قبول الأب لا يجب به المال لأنه ليس له ولاية للقبول على الصغيرة لكونه ضررا بها فإن خلعه الأب على ألف على أنه ضامن فالخلع واقع و الألف عليه لما ذكرنا أن من شرط صحة الخلع في حق وقوع الطلاق و وجوب البذل قبول ما يصلح بدلا ممن هو أهل القبول و المرأة و الأب و الأجنبي في هذا سواء لما بينا