من الثلث بخلاف نكاح المريض وكذا لو قتلها انسان لا يضمن لزوجها شيئا من منافع بضعها والاب لا يملك التبرع بمالها واما في حق
حق وقوع الطلاق فعنه روايتان وقوله لم تجز عليها يحتمل وجهين احدهما ان لا يقع الطلاق بقبول الاب لان الاب لما لم يضمن المهر
بدل الخلع كان هذا اختلاعا مع البنت لانه خاطبها بذلك فيتوقف على قبولها كالكبيرة اذا خالع عنها الاجنبي والثاني انه لم ينفذ
عليها في حق وجوب المال فقط ويقع الطلاق بقبول الاب وهو الاصح ذكره في المنتقى ووجهه انه علقه بقبول الاب فيكون كتعليقه
بسائر افعاله ولا يلزم من عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق الا يرى ان الخلع بالخمر يقع به الطلاق ولا يوجب شيئا قال
ولو بالف على انه ضامن طلقت والالف عليه اي لو خلعها الاب على انه ضامن لبدل الخلع جاز ولزمه المال لان اشتراط بدل
الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة لان المال لا يلزمها وانما المراد به التزام المال
ابتداء لانه يجوز اشتراطه على الاجنبي على ما تقدم بخلاف بدل العتق حيث لا يجوز اشتراطه على الاجنبي والفرق ان الاعتاق اثبات
القوة والطلاق اسقاط الملك ولا يحصل لها به شيء لم يكن لها من قبل واشتراط البدل فيه التزام للمال ابتداء كالكفالة فيصح
اشتراطه على الاجنبي كما يصح عليها وفي العتق يحصل له به قوة شرعية فصار معاوضة كالبيع فلا يصح اشتراطه على الاجنبي
كالثمن والدليل على انه معاوضة انه لو اعتقه على خمر يجب عليه قيمة نفسه ولو خالعها عليها لا يجب شيء فافترقا ولو شرط
الزوج البدل عليها توقف على قبولها ان كانت اهلا له بان تكون مميزة وهي التي تعرف ان الخلع سالب والنكاح جالب فان
قبلت وقع اتفاقا لوجود الشرط ووقوع الطلاق يعتمده دون لزوم المال على ما تقدم وان قبل الاب عنها صح في رواية لانه نفع
اي يعتمد وجود الشرط
محض لانها تتخلص عن عهدته بلا مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة ولا يصح في اخرى لان قبولها بمعنى شرط اليمين وهو لا يحتمل
النيابة وهذا هو الاصح وان خالعها على مهرها توقف على قبولها فان قبلت وقع الطلاق ولم يسقط من المهر شيء لما ذكرنا وان
قبله الاب فعلى الروايتين ما لم يضمنه وان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وهو المقصود ثم قيل انما وضع المسألة ان خالعها
على مال اخر مثل مهرها اما الخلع على مهرها فغير جائز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه
في ذلك والاصح ان الخلع على مهرها كالخلع على مال اخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب اياه صحيح ثم بعد ذلك ينظر
فان كان مهرها الفا مثلا وكان قبل الدخول لزمه الالف قياسا وفي الاستحسان يلزمه خمسمائة وقد تقدم وجههما واصله
ان الكبيرة اذا خالعت على مهرها وهو الف قبل الدخول بها وقبل قبض المهر في القياس يلزمها خمسمائة لانه وجب له عليها
الف بالشرط ووجب لها عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فالتقيا بقدره قصاصا فبقي عليها خمسمائة زايدة وبعد القبض
يجب عليها الف وخمسمائة الف بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان لا يجب عليها شيء قبل القبض لان المهر
يراد به ما تستحقه المراة عرفا وهو نصف المهر فيسقط عنه وبعد القبض يجب عليها رد الخمسمائة بالشرط لما قلنا وتبرا عن
الباقي بحكم الخلع وعلى ما ذكره قاضيخان فيما تقدم يجب عليها رد الالف كله ثم حاصل ما فيه انه يقع الطلاق بقبولها في الصور كلها
وفي وقوعه بقبول الاب روايتان ما لم يضمن ولو ضمن يقع كما في الكبيرة اذا خالع عنها الاجنبي وقد ذكرنا حكم خلع الاب
فنذكر طرفا من حكم خلع الاجنبي ليزداد وضوحا لكونه مبنيا عليه فنقول بدل الخلع اذا اضيف الى الاجنبي يشترط قبوله
وان اضيف الى المراة او الى الغير والمراة مخاطبة او لم يضف الى احد يشترط قبولها لانها اولى بهذا العقد اذ الملك يسقط
عنها بيانه رجل قال لاخر اخلع امراتك على هذا العبد او على هذا الالف فالقبول الى المراة لان البدل لم يضف الى احد ولزمها
تسليم ذلك او قيمته ان عجزت ولو قال اخلعها على عبدي هذا او الفي هذه فخلعها صح الخلع ولا يحتاج الى قبول المراة لان العاقد هو
الاجنبي ولا الى قبوله لان الواحد يتولى طرفي العقد فيه كالنكاح وكان البدل عليه لانه اضيف اليه وان استحق فعليه قيمته ولو
قالت لزوجها اخلعني على عبد فلان او داره فاجابها يشترط قبولها لانها مخاطبة وكذا لو قال الزوج خالعتك على عبد فلان لان الخطاب
جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد ولو قال الزوج لرب العبد خالعت امراتي على عبدك يعتبر قبول صاحب العبد لان العقد
اضيف اليه ولو قال رجل للزوج اخلع امراتك على عبد فلان يعتبر قبول فلان لان البدل اضيف اليه ولو قالت اخلعني على الف
على ان فلانا ضامن فاجابها تم الخلع معها لانها العاقدة ويتوقف الضمان على قبول فلان ولو وكلت رجلا بان يخلعها من زوجها
بالف ففعل لزمها المال دون الوكيل لان حقوق العقد في الخلع يرجع الى من عقد له لا الى الوكيل ولو ضمن الوكيل صح وطولب به

واذا ادى

واذا ادى رجع به عليها لانه يملك الخلع من مال نفسه بغير امرها فكان فايدة الامر بالخلع وجوب الرجوع عليها بخلاف الوكيل
بالنكاح اذا ضمن حيث لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بامره لانه لا يملك ان يزوجه بغير امره فكان فايدة الامر جواز النكاح والصلح
عن دم العمد كالخلع في جميع ما ذكرنا والله اعلم

باب الظهار

قال رحمه الله هو تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه على التابيد وزاد في النهاية لفظة اتفاقا ليخرج ام المزني بها وبنتها لانه لو شبهها بها
لا يكون مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوي وفي شرح المختار يكون مظاهرا عند ابي يوسف خلافا لمحمد بناء على ان القاضي اذا قضى بجواز
نكاحها ينفذ عنده خلافا لابي يوسف وذكر في المحيط لو قبل امراة او لمسها او نظر الى فرجها بشهوة ثم شبه امراته بابنتها لم يكن
مظاهرا عند ابي حنيفة ولا يشبه هذا الوطي لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها وهو في اللغة مقابلة
الظهر بالظهر لانهما اذا كان بينهما شحناء يجعل كل واحد منهما ظهره الى ظهر الاخر وشرطه ان تكون المراة منكوحة والرجل من اهل الكفارة
حتى لا يصح ظهار الذمي وركنه قوله انت علي كظهر امي او ما يقوم مقامه وحكمه حرمة الوطي والدواعي الى وجود الكفارة وكان
طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة قال حرم عليه الوطي ودواعيه بانت علي كظهر امي
حتى يكفر اي حرم على المظاهر الوطي ودواعيه كاللمس والقبلة بشهوة بقوله انت علي كظهر امي حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى
والذين يظهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا نزلت في خولة ابنة مالك بن ثعلبة امراة اوس بن الصامت
راها وهي تصلي وكانت حسنا فلما سلمت راودها فابت فغضب فظاهر منها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان اوسا تزوجني
وانا شابة مرغوب في فلما خلا سني ونثرت بطني جعلني كامه وروي انها قالت له عليه السلام ان لي صبية ان ضممتهم اليه ضاعوا
وان ضممتهم الي جاعوا فقال عليه السلام ما عندي في امرك من شيء وروي انه عليه السلام قال لها حرمت عليه فهتفت وشكت
الى الله تعالى فنزلت الاية فقال عليه السلام يعتق رقبة فقالت قلت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله
شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قلت ما عنده من شيء فقال سااعينه بعرق من تمر قلت واني اعينه بعرق
اخر فقال عليه السلام احسنت اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكينا الحديث ولانه منكر من القول وزور حيث شبه من هي في انفى
غايات الحل بمن هي في اقصى غايات الحرمة فناسب ان يجازى به بالحرمة المغياة بالكفارة والوطي اذا حرم حرم بدواعيه كيلا
يقع فيه كما في حالة الاحرام والاعتكاف والاستبراء بخلاف الحايض والصايم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي لافضى الى الحرج
ولا يقال كثرة الوجود تدعو الى شرع الزاجر ليقل فلا بد له على السقوط لانا نقول ايام الطهر والنظر اكثر فيوجد الوطي
فيهما لفتور الرغبة فلا يدعو الى شرع الزاجر ولان الدواعي لا تفضي الى الوطي في حالة الحيض لان الطباع تنفر عنها فلا تكون داعية
في هذه الحالة والحرمة باعتباره فلا تحرم وقال الشافعي لا تحرم الدواعي لان التماس اريد به الوطي وهو مجاز فيه ولا يراد به
الحقيقة ونحن نقول التماس حقيقة باليد فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز او نقول اخذ بهما ولا يحمل اللفظ ولحق غيره به بالقياس
احتياطا في موضع الحرمة ومثله لا يمتنع الجمع بينهما قال فلو وطي قبله استغفر ربه فقط اي لو وطي قبل التكفير استغفر الله تعالى
ولا يجب عليه غير الكفارة الاولى وقال سعيد بن جبير يجب عليه كفارتان وقال النخعي ثلث كفارات والحجة عليهما ما روي ان سلمة
ابن صخر حين واقع امراته وقد كان ظاهر منها اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني ظاهرت من امراتي فوقعت عليها
قبل ان اكفر فقال ما حملك على ذلك يرحمك الله فقال رايت خلخالها في ضوء القمر قال فلا تقربها حتى تفعل ما امرك الله رواه ابو داود
والنسائي وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن غريب صحيح وفي رواية قال له استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ولو كان
شيء اخر واجبا عليه لبينه عليه السلام له قال وعوده عزمه على وطيها اي عود المظاهر وهو العود المذكور في قوله تعالى ثم يعودون
لما قالوا عزمه على وطي المظاهر منها وقال الشافعي سكوته عن طلاقها وهذا فاسد من وجهين احدهما ان الظهار لم يوجب تحريم
العقد حتى يكون العود امساكها والثاني ان ثم للتراخي وفيما قاله تركه لانه يتصل به سكوته عن طلاقها وهذا بعيد لا يعرض للفظ
النص اصلا وقال مالك العود الوطي نفسه وهذا يرده الحديث الذي رويناه لانه يقتضي تقدم الكفارة على الوطي وهذا القول
ينفي جوازها قبل الوطي وكذا الاية ترده لان الله تعالى اوجب عليه التحرير بعد العود قبل التماس فلو كان العود هو الوطي لما استقام
وقالت الظاهرية العود ان يتكلم بالظهار مرة اخرى ولا يحرم وطيها بدون الثانية وهذا لا يخفى فساده واللفظ لا يحتمله لانه لو اريد