يرجع منه شي له اما ترتبه بلا عوض او بعوض غير مقصود كدم او مقصود راجع لغيرمن مركان علق طلاقها على ابرائها
زيد[ا] عما عليه فانه لا يكون خلعا بل يقع رجعيا وزعم ان وقوعه في الدم رجعيا يمنع كونه بعوض فلا يحتاج لمقصود
يرد بان العوض في هذا الباب يشمل المقصود وغيره فوجب التقييد بالمقصود وكاذ وقوعه رجعيا مانعا لكونه مقصودا
لا لكونه عوضا ولو خالعها على ابرائه وابرا زيدا فانه ابراء صحيحه فهل يقع بائنا نظرا لرجوع بعضه للزوج او رجعيا نظرا
لرجوع البعض الاخر للاجنبي كل محتمل والاول اقرب لان رجوعه لغير الزوج يحتمل انه مانع للبينونة او غير مقتض لها
فعلى الثاني البينونة واضحة وكذا على الاول اذ كونه مانعا لها انما يتجه ان انفرد لا ان انضم اليه مقتض لها **بلفظ طلاق**
اي بلفظ حصل له صريح او كناية ومن ذلك لفظ المفاداة الاتي وكون لفظ الخلع الاصل في الباب عطفه على ما قبله
من باب عطف الاخص على الاعم فقال **او خلع** فالمراد بالخلع في الترجمة معناه كما افاده حده له بامور اركانه زوج وملتزم
وبضع وعوض وصيغة **شرطه** اي الذي لا بد منه لصحته فلا ينافي كونه ركنا **زوج** اي صدوره من زوج وشرط الزوج ان يكون
بحيث **يصح طلاقه** لانه طلاق فلا يصح ممن لا يصح طلاقه ممن ياتي في بابه **فلو خالع عبد او محجور عليه بسفه** زوجته
او مع غيرها **صح** ولو باقل شي وبلا اذن لان لكل منهما ان يطلق مجانا فبعوض اولى **ووجب** على المختلع **دفع العوض** العين او الدين
الى مولاه اي العبد لانه ملكه قهرا كالكسب نعم المأذون له يسلم له وكذا المكاتب لاستقلاله وكذا المبعض خالع في نوبته
فيما يخول الكسب النادر في المهايأة فان لم يكن مهايأة فما يخص حريته **ووليه** اي السفيه كساير امواله فان دفعه له فان كان
بغير اذنه في العين باخذها الولي ان علم فان تقصر حتى تلفت ضمنها على احد وجهين رجح وبوجه بان الخلع لما وقع بها دخلت
في ملك السفيه قهرا نظير ما تقرر في السيد وحينيذ فتركها بيده بعد علمه تقصير اي تقصير فضمنها فان لم يعلم بها وتلفت في
يد السفيه رجع على المختلع بمهر المثل لا البدل لانه ضامنه ضمان عقد لا يد وفي الدين يرجع الولي على المختلع بالمسمى لبقايه
في ذمته لعدم القبض الصحيح ويسترد المختلع من السفيه ما سلمه له فان تلف في يده لم يطالبه به ظاهرا كما مر في الحجر وكذا
العبد لكن له مطالبته اذا اعتق نعم لو قيد احدهما الطلاق بالدفع اي وجوه اعطا او تبض او اقباض كما هو ظاهر
جاز لها ان تدفع اليه ولا ضمان عليها لانها مضطرة للدفع اليه ليقع الطلاق على انه عند الدفع لم يملكه حتى يكون مقصرا
له وانما هو ملكها ثم يملكه بعد وان كان باذنه صح في القبض في العين والدين وفي السفيه في العين وحينيذ متى لم
يبادر الولي الى اخذها منه فتلفت في يده ضمنها لانه المقصر بالاذن له في قبضها في العين واما الدين ففي الاعتداد
بقبضه وجهان من الدارمي ورجح الحناطي الاعتداد به كما قال الشيخان وظاهره انهما مع الحناطي فيما رجحه من
الاعتداد وهو ما اقتضاه النص على ظاهر عبارة البحر وغيره ان الدارمي رجحه ايضا حيث قال كما لو امر عبد الدفع الى اجنبي
اي رشيد وهو ظاهر المذهب وعليه فاطلاق المتن الاتي انه لا يجوز للزوج توكيل سفيه في قبض العوض محله
حيث لم ياذن له وليه في القبض والاجازة لانه اذا صح قبضه دين نفسه بالاذن فدين غيره كذلك كما في جامع انه لجامع
الوقفة لا يبرا الا بقبضه صحيح وقد جعلوه ضامنا صحيحا باذن وليه فليصح باذنه ايضا عن الغير ويويد ذلك القاعدة
السابقة في الوكيل ان الاصل فيه ان ما صح مباشرته له بنفسه صح توكيله فيه عن الغير وبهذا يعلم ان تصحيح
المتاخرين منهم السبكي صحة قبضه بما اذا كان العوض معينا او علق الطلاق بنحو دفعه اليه بعيد من كلامهم وانه
التقييد انما يحتاج اليه فيما اذا لم ياذن له الولي كما تقرر وعلى الوجه الثاني وهو انه لا يعتد بقبضه ولو مع اذن الولي
فيه وحينيذ جزم به الداوري فلا يبرا بتسليم العوض اليه مطلقا الا اذا بادر الولي فاخذه منه فيبرا حينيذ على
المعتمد ووجهه الاذرعي بان المال وان كان باقيا على ملكها لفساد القبض فهي تكونه اليه اذ نت في قبضه

وحتى الولي المبادرة لاخذه دم

١١

اوعلق

فاذا تقبضه الولي من السفيه لما اعتد به ونظهر ان هذه المبادرة لا تلزم الولي لانه لا ضرر على السفيه فيما بقي في يده
لانها ان اخذته فواضح او لغيره حتى تلف في يد السفيه او تلفته فهي المقصرة فيرجع وليه عليها بعوضه ووقع للشارح
هنا انه مزج المتن بما صيره صريحا في وجوب الدفع للسفيه باذن الولي وهو بعيد حتى على الاول لان فيه ورطة بقايه
في ذمة المختلع على الوجه الثاني وكان الوجه جواز ذلك لا وجوبه ثم رايت شيخنا اشار ايضا الى ترجيح الاول **وشرط قابله**
او ملتمسه من زوجة او اجنبي ليصح خلعه بما صلة التكليف والاختيار وبالمسمى في ما ياتي ان الوكيل السفيه اذا اضاف
المال اليه يقع بالمسمى وقد تورد على عبارته **اطلاق تصرفه في المال** بان يكون غير محجور عليه بسفه او رق لان الاختلا ع
التزام المال هو المقصود منه **فان اختلعت امة** ولو مكاتبة على ما قيل فيها والكلام في رشيدة والا كالسفيهة الحرة
فيما ياتي وقول شيخنا ولو سفيهة اخذا من قول الماوردي لم يفرقوا بين رشدها وسفهها وهو مقتضى كلام الامام يتعين
حمله على السفيهة المهملة او على صحته بالعين او الكسب في صورتيها الاتيتين اما بالنسبة لما يلزم ذمتها في الصور
الاتية فلا بد من عدم الحجر كما هو واضح **بلا اذن سيد** لها رشيدة **بدين او عين ماله** او مال غيره او بغير اختصاص
كذلك **بانت** لوقوعه بعوض نعم ان قدر تمليكها العين له لم تطلق **وللزوج في ذمتها مهر مثل** فيتبعها به بعد العتق
واليسار **في صورة العين** لانه المرجح حينيذ ولو خالعته بمال وشرطته لو ثبت العتق فسد ورجع بمهر المثل بعد العتق ويجب
منه المسمى لانه شرط يوافق مقتضى العقد فكيف يفسده وقد يجاب بانه ليس مقتضاه اختيارا وانما يحمل عليه للضرورة
وفي قول قيمتها ان تقومت والا فمثلها **وله في صورة الدين المسمى** كما يصح التزام الرقيق بطريق الضمان وتتبع به بعد
العتق واليسار **وفي قول مهر مثل** ويفسد المسمى ورجحه اصله وجرى عليه كثيرون لانها ليست اهلا للالتزام
وان اذن السيد لها في الاختلاع **وعين عينا له** من ماله **او قدر دينا** في ذمتها كالف درهم **فامتثلت تعلق الزوج بالعين**
في الاولى عملا باذنه نعم ان اذن لها ان تخالع برقبتها وهي تحت حر او مكاتب لم يصح لان الملك يقارن الطلاق فيمنعه
ومن ثم لو علق طلاق زوجته المملوكة لمورثه بموته لم تطلق الا اذا قال ان مت فانت طالق **وبكسبها** الحادث بعد الخلع وبمال
تجارتها الذي لم يتعلق به دين **في الدين** في الثانية عملا باذنه ايضا فان لم تكن مكتسبة ولا ماذونة ففي ذمتها تتبع به بعد
عتقها ويسارها وخرج بامتثلت ما لو زادت على المأذون فيه فانها تتبع بالزايد في الدين ويدله في العين بعد العتق فان نقصت
فيما مر اختلاعها بعين بلا اذن ان الواجب في غير العين الزايدة حصتها من مهر المثل لو وزع على قيمتها وقيمة العين المأذون
فانها قلت **الماس** ظاهره الا ان يوجه اطلاقهم هنا وجوب الزايد بانه وقع تابعا للمأذون فلم يحصل فساده فوجب
بدله **وان اطلق الاذن** بان لم يذكر فيه دينا ولا عينا **اقتضى مهر مثل** اي تلزمها **من كسبها** المذكور وما بيدها من مال
التجارة كما لو اطلقه لعبده في النكاح فان زادت عليه فكما مر اما مبعضة فان اختلعت بملكها فكذلك او بملك السيد فكما
مر في الامة ادبها اعطى كل حكمه المذكور **وان خالع سفيهة** اي محجورا عليها بسفه بان **او قال طلقتك على الف** او على
هذا **فقبلت** او بالعكس ان شيت فشاءت فورا او قالت له طلقني بالف فطلقها **طلقت رجعيا** ولغا ذكر المال وان اذن لها
الولي فيه لعدم اهليتها لالتزامه وليس للولي صرف مالها في هذا ونحوه وان نعت المصلحة فيه على ما اقتضاه المنقول
ونعين حمله على ما اذا لم يخش على مالها من الزوج ولم يكن دفعه الا بالخلع فينبغي جوازه اعني صرف المال في الخلع
اخذا من انه يجب على الوصي دفع جاير عن مال موليه اذا لم يندفع الا بشي فان تلفت هي او لم تكن بينونة فلا فالزوج
وكذلك قلت الغالب في الواقع رجعيا انه يودي الى البينونة فكان جوازه لذلك يحصلا ولو ظنا اصلا لانها من احد
الرقها اكثر من ذلك فالكلام فيما بعد الدخول والا بانت ولا مال كما نبه عليه المصنف وهو واضح وفيما اذا لم يعلق الطلاق

Copyright © King Saud University