العقد اذا لم تفسخ الى حين العقد فانها بمنزلة المقارنة وهو مفهوم ما خرجه ابو
الخطاب وغيره فانه خص الخلاف اذا نوى التحليل ولم يشرطه وهو احد
الوجهين لاصحاب الشافعي وهو قول هولاء التابعين الذين نقل عنهم
الرخصة في مجرد نية التحليل واشترطوا مع ذلك ان لا يعلم الزوج المطلق فروى
عن القسم وسالم لا باس ان يتزوجها ليحلها اذا لم يعلم الزوجان وهو
ماجور لذلك حكاه عنهما الطحاوي وكذلك قال ربيعة ويحيى بن سعيد هو
ماجور وقال ابو الزناد ان لم يعلم احد منهما فلا باس بالنكاح وترجع الى
زوجها الاول حكاه ابن عبد البر وعلى هذا فليس عن احد من التابعين
رخصة في نكاح المحلل اذا علمت به المراة والزوج المطلق فضلا عن اشتراطه
والمشهور من مذهب الشافعي ان هذا الشرط المتقدم غير موثر وكذلك
ذكره الهاشمي في المجردات ذلك عنده كنية التحليل من غير شرط وخرج فيها وجه
واما اذا شرط التحليل في العقد فهو باطل سوى قال زوجتك الى ان تحلها او
الى ان تطاها ونحو ذلك من الفاظ التاجيل او قال بشرط انك اذا وطيتها
او اذا احللتها بانت او فلا نكاح بينكما او على ان لا نكاح بينكما اذا احللتها
ونحو ذلك من الالفاظ التي توجب ارتفاع النكاح اذا تحللت او قال على انك
تطلقها اذا احللتها لامطلقا او وطيتها وكذلك لو قال على ان تحلها فقط كما
ذكره الخرقي وغيره لان الاحلال انما يتم بالوطي والطلاق فاذا قيل على ان تحلها
فقط كان المراد مجموع الامرين واذا قيل على ان تحلها ثم تطلقها كان الاحلال
هو الوطي وانما ذكرنا هذا لان عبارات الفقهاء تختلف في هذا الشرط فمنهم من
يقول اذا شرط عليه ان يحلها ومنهم من يقول ان يحلها ثم يطلقها فمن قال
الاول عنى بالاحلال الوطي والطلاق جميعا وهو اقرب الى مدلول اللفظ كقول
الخرقي ومن قال الثاني كان الاحلال عنده الوطي لانه هو الذي يفتقر فيه الى
الزوج بكل حال فان الفرقة قد تحصل بموت او طلاق ولانه اذا حصل الوطي صارت
المراة بمنزلة ساير المزوجات وارتفع تحريم الطلاق به فهذا جعل الوطي وحده
هو المحلل وبالجملة فهذا مذهب عامة هولاء وهو ظاهر مذهب الشافعي ويروى
عن ابي يوسف ثم عامة اصحابنا قطعوا بهذا مع ذكر بعضهم للخلاف في المسئلة
الاولى



الاولى وللشافعي قول بصحة العقد وفساد الشرط في الصورة الثالثة وقال ابو حنيفة
واصحابه النكاح جائز والشرط فاسد كساير الشروط الفاسدة عندهم سوى قال
على انه اذا احلها فلا نكاح او قال على ان يطلقها اذا احلها وروي ذلك عن الثوري
وذكر ذلك عن الاوزاعي في نكاح المحلل وفيه نظر عنه وعن ابن ابي ليلى في نكاح
المحلل وفي نكاح المتعة انه ابطل الشرط في ذلك واجاز النكاح وهذا يقتضي صحة النكاح
في الصور الثلاث وهو قول زفر وقد اخرج القاضي في موضع من الخلاف وابو
الخطاب رواية بصحة العقد وفساد الشرط في الصورة الثانية والثالثة من رواية
عن الامام احمد في النكاح المشروط فيه الخيار او انه ان جيتني بالمهر الى وقت
كذا والا فلا نكاح بيننا ان العقد والشرط باطل من طرد التخريج في الصور
الثلاث وهو في غاية الفساد على المذهب لا يجوز نسبة مثل هذا الى الامام
احمد والفرق بين هذه المسالة وتلك من ثلاث اوجه احدها انه هنا شرط
الرافعة للعقد عينا
الفرقة الرافعة للعقد عينا وهناك انما شرط الفرقة اذا لم يجيء بالمهر او اذا
اختارها صاحب الخيار فاين هذا من هذا الثاني المقصود باشتراط المجيء
بالمهر يحصل المقصود بالعقد في مسالة الخيار يلزم العقد بمضي الزمان وهذا
الشرط مناف لمقصود العقد وهو اما موجب للفرقة عينا بحيث تقع الفرقة
بمضي الزمان كنكاح المتعة او موجب لايقاع الفرقة على الزوج الثالث ان تلك
الانكحة مقصودة يريد بها الناكح ما يراد بالمناكح وهنا انما المقصود تحليل المحرمة
لزوجها فالمقصود زوال النكاح لا وجوده ثم عامة هولاء الذين لا يبطلون
العقد يكرهون نكاح المحلل وان لم يبطلوه وينهون عنه وهو مذهب ابي حنيفة
والشافعي وغيرهما ولم يبلغنا عن احد خلاف ذلك فيما اذا ظهر من الزوج انه
يريد التحليل واما اذا اضمر ذلك فقد حكي عن اولئك النفر من التابعين الا ان في صحة
يثاب
الحكاية انه دينات على ذلك وصحتها بعيدة فان القاسم بن معن قاضي الكوفة قال
قال ابو حنيفة لولا ان يقول الناس لقلت انه ماجور يعني المحلل وهذه قالها
القاسم في معرض التشنيع على من قالها فان سياق كلامه يقتضي ذلك مع ان
ابا حنيفة اخبر انه لولا ان هذا القول لا يحتمله الناس بوجه لقيل فعلم ان مثل هذا

Copyright © King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)