في الايلا وهذا لان البيع لا يتم به وحله من مالا يجد في المدة من يشتريه ولو باعه سقط الايلا بالاجماع لانه صار بحال يقدر على قربانها من غير شي يلزمه وان اشتراه بعد ذلك صار موليا من وقت الشرا ان لم يكن جامعها بعد البيع قبل الشرا لانه صار بحال لا يقدر على قربانها الا بعتق يلزمه ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلا لقدرته على قربانها من غير ان يلزمه شي وعلى هذا التفصيل موت المراة المعلق طلاقها بالقربان او ابانها ثم تزوجها بعد انقضا العدة قوله او الى من المطلقة الرجعية فهو مولي لان الزوجية باقية بينهما على ما قررناه في باب الرجعة بيننا ولها قوله تعالى للذين يولون من نسائهم الاية فان قيل وقوع الطلاق بالايلا بطريق المجازاة لكونه ظلمها بمنعها حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق فيه ولا يجب عليه قربانها لا قضا ولا ديانة ولهذا لا يملك وطيها لبينه به فكيف يتحقق جزا الظلم في حقها قلنا ان الحكم في المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل هو الزوج فكان الحكم المرتب على نسا الازواج شاملا لها فلو انقضت عدتها قبل مضي مدة الايلا بطل الايلا لعدم المحل قال ومن المبانة والاجنبية لا اي لو الى من المطلقة البائنة او من الاجنبية لا يكون موليا لان محل الايلا من تكون من نسائنا بالنص وهي ليست منها فلم ينعقد موجبا للطلاق اصلا حتى لو تزوجها بعد ذلك لا يكون موليا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لعدم المحلية فلا ينقلب صحيحا وهذا لان الايلا بمنزلة تعليق الطلاق بمضي الزمان فلا يصح الا في الملك او مضافا الى الملك بان قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك ولم يوجد ولو وطيها كفر عن يمينه لان اليمين منعقدة في حق وجوب الكفارة عند الحنث لان اليمين تعتمد التصور دون الحل لانها تنعقد للمنع عن الحرام قال ومدة ايلا الامة شهران لانها ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وقال الشافعي مدتها كمدة ايلا الحرة وهذا مبني على ان هذه المدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع عنده والحرة والامة في ذلك سوا وعندنا ضربت اجلا للبينونة فشابهت مدة العدة فتتنصف بالرق لكونها من حقوق النكاح قال وان عجز المولي عن وطيها لمرضه او مرضها او بالرتق او بالصغر او بعد مسافة ففيئته ان يقول فئت اليها هذا اذا كان عاجزا من وقت الايلا الى ان تمضي اربعة اشهر حتى لو الى منها وهو قادر ثم عجز عن الوطي بعد ذلك لمرض او بعد مسافة او حبس او جب او اسر عدوه ونحو ذلك او كان عاجزا حين الى وزال العجز في المدة لم يصح فيئه باللسان لانه خلف عن الجماع فيشترط فيه العجز المستوعب للمدة ولو الى منها وهو مريض وبانت بمضي اربعة اشهر ثم تزوجها وهو مريض ففا بلسانه لم يصح عند ابي حنيفة ومحمد وصح عند ابي يوسف وهو الاصح على ما قالوا لان الايلا وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض وفي زمان الصحة هي مبانة لا حق لها في الوطي فلا يعود فيه حكم الايلا وهما يقولان ذلك بتقصير منه فانه كان يمكنه الفي باللسان قبل مضي المدة ولا تبين وقال الشافعي لا يصح الفي باللسان اصلا واليه ذهب الطحاوي لانه ظلمها بمنع حقها وهو الوطي فيكون ايفاوه به ولهذا لا يحنث به وهذا لان المعلق بالفي حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة والفي باللسان لا يعتبر في حق احد الحكمين فكذا في الحكم الاخر ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود وكفى بهما قدوة ولان وقوع الطلاق عند مضي المدة باعتبار التعنت والاضرار بها وذلك ينعدم بالفي باللسان عند العجز عن الفي بالجماع فكان الفي بالجماع اصلا وباللسان خلفا لان الفي عبارة عن الرجوع وذلك يوجد بهما ولا نسلم ان حقها في الجماع في هذه الحالة وهي حالة العجز بل نقول ان كان قادرا على الجماع فحقها فيه فكان قصده الاضرار بها بمنعه نفسه عنه وان كان عاجزا فليس لها حق في الجماع وانما قصد ايحاشها واضرارها به فيكون فيئه في الموضعين بازالة ما قصد لان التوبة بحسب الجناية ولو كان وقوع الطلاق باعتبار منع حقها في الجماع فقط لما كان موليا في حالة العجز عنه لانه لا حق لها فيه في هذه الحالة ولهذا لم تملك مطالبته به فلم يكن بامتناعه عنه ظالما ومن الناس من لا يجوز الايلا من المجبوب وكذا من امراته الرتقا والقرنا لانه لا يجب عليه الجماع فلا يكون ظالما بامتناعه والطلاق جزا الظلم وجوابه ما ذكرنا ولان النص يقتضي صحة الايلا من النسا مطلقا غير مقيد بوصف القدرة على الجماع فلا يجوز اشتراطه اما لان فيه تقييد المطلق وهو نسخ فلا يجوز الا بمثله او لان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص والتعليل على وجه يبطل حكم النص باطل بل لا يجوز تعليله وان لم يكن مبطلا له لان الحكم في المنصوص ثابت بالنص لا بالتعليل وانما التعليل لالحاق غيره به ولهذا لم يجز التعليل بالعلة القاصرة لعدم التعدي ولو قربها بعد ما فا بلسانه كفر عن يمينه لتحقق الحنث به لان يمينه باقية في حق الحنث وان بطلت في حق الطلاق قال وان قدر في المدة ففيئه الوطي اي ان قدر على الجماع في مدة الايلا بعد ما فا اليها ٥ باللسان بطل ذلك الفي وكان فيئه بالجماع لما ذكرنا ان الفي باللسان خلف عن الفي بالجماع فاذا قدر على الاصل قبل حصول المقصود

بالبدل

بالبدل بطل كالمتيمم اذا راى الما قال انت علي حرام ايلا ان نوى التحريم او لم ينو شيا وظهار ان نواه وهدر ان نوى الكذب وبائنة ان نوى الطلاق وثلث ان نواه وهذا اجمال يحتاج فيه الى التفصيل فنقول لو قال لامراته انت علي حرام سيل عن نيته لانه مجمل فكان بيانه الى المجمل فان قال اردت به التحريم او لم ارد شيا فهو يمين يصير به موليا لان تحريم الحلال يمين قال الله تعالى لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم وان نوى الظهار فهو ظهار لان الظهار فيه حرمة فاذا نواه صح لانه يحتمله وعند محمد لا يكون ظهارا لعدم ركنه وهو تشبيه المحللة بالمحرمة وان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه وصف المحللة بالحرمة فكان كذبا حقيقة فاذا نواه صدق لانه حقيقة كلامه وقيل لا يصدق لانه يمين ظاهرا فلا يصدق في الصرف الى غيره وان قال اردت الطلاق فهو تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلاث وقد مر في الكنايات وقيل يصرف التحريم الى الطلاق من غير نية للعرف لا سيما في زماننا ٥ وذكر في الفتاوي اذا قال لامراته انت علي حرام والحرام عنده طلاق ولكن لم ينو طلاقا وقع الطلاق وهذا يدلك على ان الاعتبار للعرف وعرف الناس اليوم اطلاقه على الطلاق ولهذا لا يحلف به الا الرجال (اي عند القايلين) وعن هذا قالوا لو نوى غيره لا يصدق قضا ولو كان له اربع نسوة والمسالة بحالها تقع على كل واحدة منهن طلقة بائنة وقيل تطلق واحدة منهن واليه البيان وهو الاظهر والاشبه ٥

باب الخلع

الخلع النزع والفصل لغة يقال خلع نعله خلعا وخلع ثوبه اي نزعه وخالعت المراة زوجها اذا افتدت نفسها منه بمال وخالعها وتخالعا تشبيها لفراقها بنزع الثياب لان كل واحد منهما لباس الاخر قال الله تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن وفي الشرع عبارة عن اخذ المال بازا ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته يمين من جهته معاوضة من جهتها وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وقال عليه السلام الخلع تطليقة بائنة وقد اجمعت الصحابة على ذلك ولان ملك النكاح حقه فجاز اخذ العوض عنه كالقصاص وقال المزني الخلع غير جائز وزعم ان الاية منسوخة بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الاية قلنا شرط النسخ العلم بتاخر الناسخ وتعذر الجمع بينهما ولم يوجدا لان النهي مقيد بارادة الزوج استبدال غيرها مكانها والاية الاولى مطلقة فلا تصح دعوى نسخها بها مطلقا ولان النهي لا يعدم المشروعية في الافعال الشرعية فلا نسلم نسخها وقال اهل الظاهر لا يجوز الخلع الا اذا كرهته المراة وخافت الا توفيه حقه او لا يوفيها حقها وسعوا اذا كرهها الزوج لما تلونا وجوابه ما ذكرناه وذكر ٥ القدوري في مختصره اذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به اخرجه مخرج العادة او الاولوية لا مخرج الشرط واراد بالخوف العلم واليقين لانه يراد به العلم قال الشاعر اذا مت فادفني الى جنب كرمة تروي عظامي بعد موتي عروقها ولا تدفنني في الفلاة فانني اخاف اذا ما مت ان لا اذوقها اي اعلم وايقن ولهذا ٥ رفعه والتشاق الاختلاف والتخاصم مشتق من الشق وهو الجانب كل واحد منهما ياخذ شقا خلاف شق صاحبه وحدود الله تعالى ما يلزمهما من مواجب الزوجية قال الواقع به وبالطلاق على مال طلاق باين الواقع بالخلع وبالطلاق الصريح اذا كان بعوض يكون باينا لان الزوج ملك العوض فوجب ان تملك هي المعوض تحقيقا للمساواة وذلك بالباين وكذا اذا وقع بلفظ البيع او المباراة كان باينا لانه معاوضة ولهذا يشترط قبولها في المجلس وهي تقتضي المساواة على ما تقدم ولو قال لم اعن الطلاق لم يصدق لان ذكر العوض امارة صادقة على ان مراده الطلاق ولو لم يذكر العوض يصدق في لفظ الخلع والمباراة لانهما كنايتان ولا يصدق في لفظ الطلاق والبيع لانه خلاف الظاهر وفي قول الشافعي القديم الخلع فسخ وليس بطلاق يروي ذلك عن ابن عباس استدل عليه بقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به بعد قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلو كان الخلع طلاقا لصارت التطليقات اربعا ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ حتى يفسخ بخيار العتق وعدم الكفاءة والبلوغ فكذا بالتراضي ولنا ما روينا وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفا ومرفوعا ولان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام ولهذا لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم بخلاف البيع وبخلاف ما ذكر من الصور لانه فسخ قبل التمام والكلام فيما بعده ولان ملك النكاح ثابت ضرورة فلا يظهر الا في حق الاستيفا ولا حاجة الى اعتباره في حق الفسخ ولان لفظ الخلع كناية فوجب ان يكون طلاقا كما اذا لم يسم مالا وقد رجع ابن عباس الى قول الجماعة ذكره في المبسوط والاية تشهد لنا لان الله تعالى ذكر الطلقتين بغير عوض اولا ثم ذكر الافتدا بعد ذلك وهو عبارة عن فعلها ولم يذكر فعل الزوج فعلم بذلك ان فعله هو الذي تقدم ذكره وهو الطلاق الاول بعينه لكنه بعوض ثم حرمها عليه

بقوله تعالى