ان يقول فئت اليها اعلم ان الفيء بمنزلة الرجعة في الطلاق ثم الفيء على نوعين
اصلي وخلف فالاصل هو الجماع لان الظلم انما كان بمنعه فدفع الظلم باتيانه
والخلف ان يقول بلسانه فئت اليها وانما يصح ذلك اذا عجز عن الاصل بسبب منهما
او مرض احدهما او الرتق او الصغر او بعد المسافة لان العمل بالخلف انما يجوز بالعجز
عن الاصل كالتيمم عند عدم الماء ثم ان قال ذلك سقط الايلاء عندنا حتى لا يقع
الطلاق بمضي المدة لكن اذا وطئها بعد المدة او قبلها بعد زوال الاعذار المذكورات
فعليه الكفارة وقال الشافعي لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا
لكان حنثا وليس كذلك ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد
باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق كذا في الهداية وان قدر في
المدة ففيئه بالوطء اي ثم ان قدر في المدة ففيئه الوطء ويبطل الفيء باللسان
لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف فصار كالمتيمم اذا قدر بالماء
قبل ان يصلي انت علي حرام ايلاء ان نوى التحريم او لم ينو شيئا وظهار ان
نواه وكذب ان نوى الكذب وبائنة ان نوى الطلاق وثلث ان نواه
اي من قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت به الكذب
فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا
لان تحريم الحلال يمين وان قال اردت الطلاق فهو تطليقة بائنة الا ان ينوي
ثلثا لان الحرام من الكنايات وقد مر حكمه هناك وان قال اردت الظهار
وهو ظهار عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه
بالمحرمة وهو ركن في الظهار ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة
غاية ما في الباب انه مقيد والمطلق يحمل على المقيد وبالنية يترجح طرفه وان
قال اردت به التحريم او لم ينو شيئا فهو ايلاء لان اقل اسباب الحرمة اليمين
لان حرمتها معيناة الى الكفارة والظهار وان كان كذلك لكن الكفارة
اليمين ايسر ولان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين كذا في الهداية

وفي الفتاوى اذا قال لامرأته انت علي حرام والحرام عنده طلاق لكن لم ينو طلاقا يقع
الطلاق وجعل ناويا عرفا اي في فتاوى بعض المشايخ من المتاخرين انه اذا قال
لامرأته انت علي حرام والحرام عنده طلاق يقع الطلاق على امرأته من غير نية وعليه
الفتوى لغالب العرف وكذا قوله كل حلال علي حرام ثم لما كان الواقع بالخلع
طلاقا بائنا كما ان الواقع بالايلاء طلاق رتب المصنف بابه على باب الايلاء
وهلذا

باب الخلع

الخلع بالفتح النزع يقال خلع ثوبه
عن بدنه اي نزع وخلعت المرأة زوجها اذا افتدت منه بمالها والاسم منه
الخلع بالضم وانما استعير هذا اللفظ لان الزوجين كل واحد منهما لباس الآخر
بالنص وهو قوله تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن فاذا فعلا ذلك نزعا
لباسهما وهذا معناه لغة وفي الشرع هو ما ذكر في الكتاب هو الفصل من
النكاح لان معناه ينبئ عن الانخلاع من البدن والواقع به وبالطلاق على
مال طلاق بائن لقوله عليه الصلوة والسلام الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل
الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بها بائن الا ان ذكر المال اغنى عن
النية ههنا ولانه لا تسلم المال اليه الا ليسلم نفسها وذلك بالبينونة وكذلك في
الطلاق على مال لانها انما تبذل المال لتخلص نفسها لها ولا تخلص الا بالبينونة
ولزمها المال لان المال احد البدلين فلو سلم لها احدهما وهو النفس فتسلم
الآخر للزوج وهو المال تحقيقا للعدل بينهما وكره له اخذ شيء ان نشز وان
نشزت لا اي وان كان النشوز من قبله كره له اخذ شيء لقوله تعالى وان اردتم
استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احديهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا
ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز
من قبلها لا يكره له اخذ شيء من العوض الا انه يكره لما روي انه عليه الصلوة و
السلام قال لامرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وفي رواية
الجامع الصغير لا يكره لظاهر الرواية وذكر في الهداية اذا اخذ الزيادة جاز في

Copyright © King Saud University