

هَيَاتِ الْمَطْلَبِ

فِي دَرَايَةِ الْمَذْهَبِ

لِلإمام الحرمين

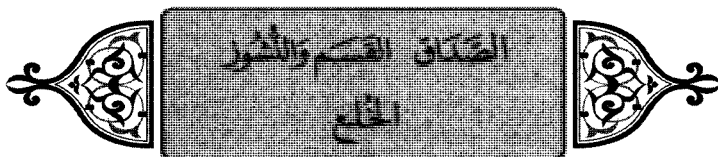
عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يُوسُفَ الْجَوَيْنِيِّ

رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

(٤١٩-٤٧٨ هـ)

مَقَقَّةُ دَصَّعَ فِهْرَانَهُ

أ.د. عبد العظيم محمود الديب



دار المعرف



الطبعة الأولى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

جميع الحقوق محفوظة للناس

دار المصنف للنشر والتوزيع

جدة - هاتف رئيسي ٦٣٢٦٦٦٦ - فاكس ٦٣٢٠٣٩٢

الإدارة ٦٣١١٧١٠ - المكتبة ٦٣٢٢٤٧١

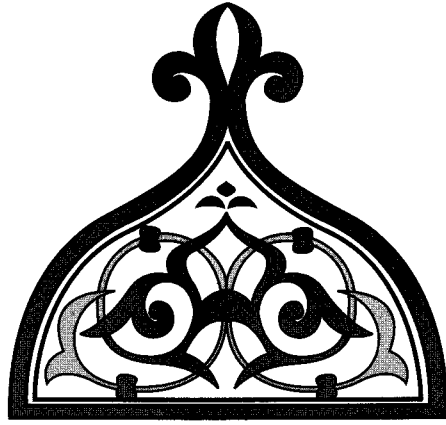
نِيبَان

أولاً :

هَذَا الْكِتَابُ بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ أَلْفُ عَامٍ تَقْرِبًا، فَإِذَا رَأَيْتَ مِنْ
ظَوَاهِرِ اللُّغَةِ وَالْأَسَالِيبِ غَيْرَ مَأْلُوفِكَ وَمَعْهُودِكَ، فَلَا تُحَاوِلْ
أَنْ تَحْمِلَ لُغَتَهُ عَلَى لُغَتِكَ، وَلَا تُسَارِعْ بِحَمْلِ ذَلِكَ عَلَى الْخَطَأِ
وَسَهْوِ الْمُحَقِّقِ وَتَقْصِيرِهِ، فَهَذِهِ هِيَ لُغَةُ عَصْرِهِمْ، وَهَذَا
أُسْلُوبُهُمْ، وَهُوَ صَحِيحٌ سَلِيمٌ، وَإِنْ لَمْ يَعُدْ مَأْلُوفًا لَدَيْنَا
وَمُسْتَعْمَلًا عِنْدَنَا وَلَا جَارِيًا عَلَى السِّنِّينَا.

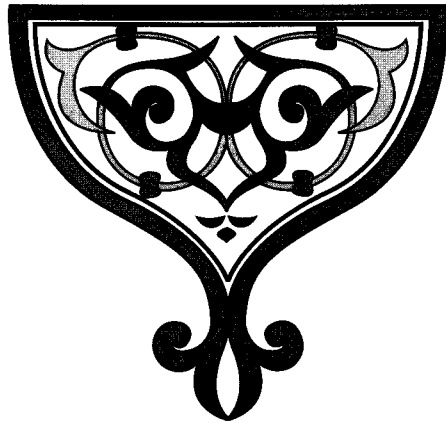
ثانيًا :

إِبْرَاءٌ لِلذِّمَّةِ، وَخُرُوجًا عَنِ الْعَهْدَةِ نُذِنَتْهُ :
أَنَّ بَرْنَامَجَ الصَّفِّ اسْتَحَالَ عَلَيْهِ كِتَابَةُ الْهَمْزَةِ الْمُنْطَرَفَةِ الْمَكْسُورِ
مَاقِلَهَا عَلَى الْإِيَاءِ، مِثْلُ : قَارِئٌ ، يُجْزِئُ . فَتَنَبَّهُ لِذَلِكَ.



إِنَّ غَرَضِي الْأُظْهَرُ فِي هَذَا الْكِتَابِ التَّنْبِيهُ عَلَى قَوَاعِدِ الْأَحْكَامِ
وَمَشَارَاتِهَا؛ فَإِنَّ صُورَ الْأَحْكَامِ وَالْمَسَائِلِ مِنْهَا غَيْرُ مَعْدُومَةٍ فِي
الْمَصْنَفَاتِ، فَهَذَا أَصْلُ الْبَابِ، وَمِنْهُ تَنْشَعِبُ الْمَسَائِلُ.

الإمام
في نهاية المطالب



كتاب الصداق

الأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع ، قال الله تعالى : ﴿ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [البقرة : ٢٣٦] . وقال تعالى : ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] .

وقال صلى الله عليه وسلم : « أدوا العلائق ، قيل : وما العلائق يا رسول الله ، قال : ما تراضى به الأهلون »^(١) .

وانعقد الإجماع على أن ما يصح جعله صداقاً يثبت بالتسمية الصحيحة ، ثم ورد في الشرع لما يسمى في عقد النكاح على معرض العوض أسماء : الصدقة ، والمهر ، والصداق ، والأجر ، قال الله تعالى : ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ ﴾ . وقال تعالى : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [النساء : ٢٤] .

ثم الذي يجب تصدير الكتاب به أن الصداق لم يثبت على قياس الأعواض ؛ فإنَّ حظها في الاستمتاع منه حظُّه في الاستمتاع منها ، وهما مشتركان في الاستمتاع ، ويصح أن يقال : حظها أوفى ، لما صح من توفر شهوتها ، وعدم تأثير الاستمتاع فيها ، ولكن لما اقتضت الحكمة الشرعية استحقاق الرجال باستحقاق منفعتهم - كما تقدم ذلك مقررأ - اقتضى الترتيب بعد ذلك اختصاصهن باستحقاق ما يثبت في معرض العوض ، وضعف مُنتَهَنَّ وعجزهن عن التكسب ، وما طُلب منهن من التخذُّر ، وعدم الانتشار ، ولزوم الحِجال^(٢) ، يقتضي ذلك .

ثم الصداق الثابت لها ليس يثبت ركناً في النكاح / ثبوت الثمن في البيع ، والأجرة ١١٤ ي

(١) حديث : « أدوا العلائق... » رواه الدارقطني ، والبيهقي من حديث ابن عباس بلفظ : « انكحوا الأيامى وأدوا العلائق... » وقد ضعفه الحافظ (ر . سنن الدارقطني : ٣ / ٢٤٤ ، السنن الكبرى للبيهقي : ٧ / ٢٣٩ . التلخيص : ٣ / ٢٨٦ ح ١٦٧٢) .

(٢) الحِجال : جمع حَجَلَة وهي ساتر كالقبة يزين بالثياب والستور للعروس ، وسترٌ يضرب للعروس . (المعجم) وهي هنا كناية عن لزوم البيت ، ويسمى النساء ربات الحِجال .

في الإجارة ، ولكنه - وإن قبل باستحقاق المنفعة عليها - لا يتمحض مقابلًا على حقيقة العوضية ، ولذلك لا يفسد النكاح بفساد الصداق على المذهب الصحيح ، ولا يفسد أيضاً [بترك]^(١) ذكره وتعرية النكاح عنه ، وإذا رَدَّت المرأة الصداق ، لم يرتد النكاح كما يرتد المعوض برد العوض في المعاوضات ، وقال مالك^(٢) : فساد التسمية في الصداق يفسد النكاح ، وقيل : هذا هو قول الشافعي في القديم ، فإن صح ، فهو في حكم المرجوع عنه ، ولا نعرف خلافاً أن ترك تسمية الصداق لا يفسد النكاح .

وكذلك [لا خلاف أن النكاح]^(٣) لا يرتد برد الصداق ، والصداق لا يُنكر كونه عوضاً ؛ فإنه يثبت على صيغة العوضية ، وارتداده بالفسوخ الواردة على النكاح يُقيمه مقام الأعواض ، وحبسها نفسها إلى توفر الصداق عليها يلحق الصداق بالأعواض ، فالوجه أن نقول : الصداق عوض في النكاح ، ولكنه ليس ركناً ؛ من جهة أن العوضية ليست مقصودة في النكاح ، والمقصود الأظهر منه المستمتع . ويشهد لما ذكرنا قوله تعالى : ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] فسمى الصداقات نحلة وعطية ، ليُشعر بخروجه عن كونه مقصوداً .

ومن المحققين من أئمتنا من قال : ليس الصداق عوضاً حقيقياً ، وارتداده لزوال النكاح في بعض الأحوال سبيله سبيل التبعية ، فكما يثبت تبعاً غير مقصود ، فكذلك يزول بزوال النكاح - على تفاصيل معروفة ، فحصل مسلكان : أحدهما - أنه عوض حقيقي ، ولكنه ليس ركناً في النكاح .

والثاني - أنه ليس بعوض على الحقيقة وإن أُقيم مقامه ، ولا يكاد يظهر لهذا التردد مزيد أثر .

٨٣٥٤- وإذا زَوَّج الولي وليته إجباراً بدون مهر مثلها ؛ فالمذهب الأصح : صحة

(١) في الأصل : ترك .

(٢) ر . بداية المجتهد : ٢١/٢ . وفيه : « وعن مالك روايتان : إحداهما - فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده ، والثانية - إن دخل بها ثبت ، ولها صداق المثل » ا . هـ - بنصه .

(٣) عبارة الأصل : « وكذلك الاختلاف لا يرتد برد الصداق » والتعديل والزيادة من عمل المحقق .

النكاح ، وثبوت مهر المثل ؛ جريئاً على ما قدمناه من أنَّ الخلل في الصداق لا يؤثر في النكاح .

وذكر أئمتنا قولاً آخر ، واختلفوا في كيفية نقله ، فقال قائلون : القول الثاني - إن النكاح لا يصح - وإليه أشار القاضي - ووجهه - على بعده - ، أن النكاح بدون مهر المثل لا يكون معقوداً على حكم الغبطة ، والعقود إذا لم تتصف بالغبطة مردودة من الولي المجبر .

وقال قائلون : [الأول]^(١) في صحة النكاح ، والقول الثاني في صحة الصداق ، وإن كان قاصراً ؛ فإن الأب لا يئتهم في حق طفله .

ومن وجوه الرأي : إذا كان الخاطب كفواً مرغوباً فيه ، [احتمل]^(٢) وكُسُه/ في ١١٤ ش المهر . وهذا يخرج على قول الشافعي في أنَّ الذي بيده عقدة النكاح هو الولي ، وقد يجوز على هذا القول عفوهُ عن المهر وإسقاطه .

وإذا جمعنا وجوه تزويج الأب ، قلنا : إذا زوّجها من كفئها بمهر مثلها ، فقد نظر لها ولا معترض عليه ، ولو كان يطلبها كفء بأكثر من مهر مثلها ، فزوّجها الأب من كفء آخر بمهر مثلها ، فلا معترض عليه .

ولو طلبها كفء مماثل ، ورجل نبيه شريف القدر ، فزوّجها من مماثلها ، جاز ، ولا معترض ، وليس هذا كالتصرف في المال ؛ فإنه إذا طُلبت سلعة للطفل بأكثر من قيمة المثل ، لم يسْغَ بيعُها إلاّ بالأكثر ، والسبب في ذلك أن عقود المواصلات تنطوي

(١) في الأصل : « الطلاق » ، وهو تصحيف لا شك .

وعبارة العزبن عبد السلام في مختصره : « وإن زوّج المجبر بأقل من مهر المثل ، فالمذهب صحة النكاح ، ولزوم مهر المثل ، وفيه قولٌ حمّله بعضهم على بطلان النكاح ، وحمّله آخرون على صحة الصداق ، وقطعوا بصحة النكاح ، وبنوا ذلك على جواز عفو الولي عن الصداق » . (ر . الغاية في اختصار النهاية للعزبن عبد السلام : ج ٣ / لوحة رقم ٨٨ يسار) .

هذا . ولم أصل إلى المسألة في وسيط الغزالي ولا بسيطه ، ولا الشرح الكبير للرافعي ، ولا الروضة للنووي .

(٢) في الأصل : احتمله .

على أسرار خفية ، وأمور جبليّة ، فالوجه إحالتها على الأب الشفيق ، وقد يرى المماثل أجدى عليها من الشريف الذي يسطو ، أو يستطيل بشرفه ، والنكاح دقّ^(١) النظر في مرآشده يدق ، والأموال لا يُبغى منها إلّا المالية ؛ وعن هذا ينشأ كلام العلماء في تزويج الأب ابنته ممن لا يكافئها ؛ فالأصح أنّ النكاح لا يصح إجباراً ، لما فيه من ظهور إلحاق العار بها .

وفي المسألة قول غريب ، حكيناه أن النكاح [يصح]^(٢) ويلزم . وفي تزويجها بدون مهر المثل من التردد ما ذكرناه ، فهذه مجامع القول في عقود الأب .

٨٣٥٥- ثم إذا تمهّد ما قدمناه ، فالصداق لا يتقدّر شرعاً عند الشافعي ، وكلّ ما يجوز أن يكون ثمناً أو أجرة يجوز أن يكون صداقاً ، والمعتبر في هذا أن [يكون]^(٣) الصداق متمولاً .

وقد قدمت فيما يتموّل كلاماً واضحاً ، وظنيّ أنّي كررته في مواضع .
وذهب أبو حنيفة^(٤) ، ومالك^(٥) ، وابن شبرمة ، وطوائف من العلماء إلى تقدير الصداق بنصاب السرقة ، ثم مذاهب هؤلاء مختلفة في نصاب السرقة ، وقد نظر هؤلاء إلى تشبيه البضع المستباح باليد المقطوعة في السرقة .

والشافعي رأى المهر لتمييز النكاح عن البذل في السفاح ، وهذا المعنى يحصل بإثبات ما يجوز أن يكون عوضاً . ثم نص الشافعي في مواضع من كتبه على استحباب العشرة وترك النقص عنها ، وذلك للخروج من الخلاف .

(١) دقّ النظر : أي دقيقه ، وصغيره ، وخفيّه . ويدقّ أي يغمض ويخفي ، ولا يفهمه إلّا الأذكياء (المعجم) .

هذا . وكلمة (دق) حرفت في الأصل إلى (رق) .

(٢) في الأصل : صح .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) ر . الاختيار لتعليل المختار : ١٠١/٣ ، ومختصر الطحاوي : ١٨٤ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٢٥٢/٢ - مسألة رقم ٧١٧ .

(٥) ر . الإشراف على نكت مسائل الخلاف : ٧١٤/٢ - مسألة رقم ١٢٩١ .

ثم قال : السرف والمغالة في المهر غير محبوب ، والقصد هو المستحسن ، ولو حصل التأسي برسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجاته وبناته ، فَنِعْمَ المتبع .

وقالت عائشة : « ما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم واحدة من نسائه ، ولا زوج واحدة من بناته بأكثر من اثنتي عشر أوقية/ ونَشٌّ ، أتدرون ما النَشُّ ؟ إنما هو ١١٥ نصف أوقية » والأوقية أربعون درهماً ، فمجموع ما ذَكَرَتْ من الأواقي والنش خمسمائة ^(١) ، وقال عمر : « ألا لا تغالوا في مهر النساء ؛ فإنه لو كان فيه مكرمة عند الله وعند الناس ، لكان أحقكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقامت امرأة سفهاء الخدين وقالت : الله يعطينا ، ويمنعنا عمر ، فقال : أين ذلك ، فقالت : قال الله تعالى : ﴿ وَءَاتَيْتُمُ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ﴾ [النساء : ٢٠] فقال : كلُّ الناس أفقه من عمر رجل أخطأ وامرأة أصابت » ^(٢) .

ويتعلق بمتنهن أمران : أحدهما - أنَّ المغالة ليست مكروهة ، وإنما ينهى عنها نهْيَ استحباب ، وقد بان أن مراتب النهي ثلاثة : تحريم وكراهة واستحباب . ومما نذكره أنَّ النزول إلى المبلغ الذي ذكرناه في مهر نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما تخاطب به المرأة المالكة لأمر نفسها ، والسيد في تزويج أمته . فأما الأب إذا كان يزوج ابنته الصغيرة ، فليس له أن ينزل عن مهر مثلها ، وإن نزل ، ففيه الترتيب القديم .

* * *

(١) حديث عائشة رواه مسلم بلفظ : « كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشاً ، قالت : أتدري ما النش ؟ ... » (ر . صحيح مسلم : كتاب النكاح ، باب الصداق ، ح ١٤٢٦) .

(٢) خبر نهى عمر عن المغالة في المهور على النحو الذي ساقه إمام الحرمين ، مركب من حديثين رواهما عبد الرزاق في مصنفه : ١٧٥/٦ ، ١٨٠ ، ح ١٠٣٩٩ ، ١٠٤٢٠ ، وهما عند سعيد بن منصور ، ح ٥٩٤ ، ٥٩٧ ، والأول عند أحمد : ٣٠١/١ ، وهو عند الحميدي : (١٣/١) .

باب الجُعل والإجارة

٨٣٥٦- مقصود هذا الباب مقصورٌ على الكلام في منافع يجوز إثباتها صداقاً ، والقول الجامع فيها : إنَّ كل منفعة يجوز الاستئجار عليها ، فيجوز فرضها على الجملة صداقاً .

ثم القول في المنافع التي يجوز الاستئجار عليها ، مما أصلناه على^(١) هذا الكتاب من كتاب الإجارة وغيره ، والقول فيه منتشر ، وضبط النفي والإثبات فيه عسيرٌ ، ولم يزد الأصحاب عن نقل مسائل مُرسلة ، وما اعتنوا في ذلك بضابط ، ولم يتشوف إلى الاهتمام به إلا القاضي ، فإنه حوّم على أطرافه ولم يستوعب ، والقدر الذي ذكره : أنَّ كل عمل معلوم يلحقُ العامل فيه كلفةٌ ويتطوع به الغيرُ عن الغير ؛ فالاستئجار عليه جائز ، وإذا صح الاستئجار ، صح إثباته صداقاً .

٨٣٥٧- وليس ما ذكره شافياً للغليل ، ونحن نرى أن نذكر مسائلَ مرسلّة ، ثم نبه فيها على الغرض المطلوب ، وقد نذكر فنوناً وأقساماً .

فالعبادات البدنية المفتقرة إلى النية ، إذا كانت النيابة لا تنطرق إليها ، فلا يتصور الاستئجار عليها ؛ فإنَّ مِنْ حُكْم الاستئجار وقوع فعل المستأجر عن المستأجر ، وامتناع النيابة ينافي هذا ، والعبادة البدنية التي تجري النيابة فيها - وهي الحج لا غير - ش ١١٥ يجوز الاستئجار عليها ؛ كما تفصّل/ في كتاب الحج ، وإذا قلنا : غسل الميت يفتقر إلى النية ، فالاستئجار عليه جائز ، [وإن]^(٢) كان [قربة]^(٣) بدنية ، وذلك أنَّ النيابة

(١) على هذا الكتاب : أي (في) هذا الكتاب ، نظير قوله تعالى : ﴿ وَاتَّبِعُوا مَا تَنَلُوا الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مُلْكٍ سَلِيمٍ ﴾ [البقرة : ١٠٢] .

(٢) في الأصل : فإن .

(٣) في الأصل : قرينة .

جائزة فيه كما تجوز في الحج . فاعلموا ترشدوا .

وراء ذلك أمر سننّه عليه في أثناء الكلام ، إن شاء الله تعالى .

هكذا قولنا في العبادات البدنية المفتقرة إلى النيات .

ومما نذكره في الأقسام التي نحاولها : أنَّ الأعمال التي لا تقع قربة ، ولكنها تتعلق بأمور في المعاش ، ومطرّد العادات ، فما لا يجوز منه فلا يجوز الاستئجار عليه ، وما يجوز ولا ينهي عنه ، فيجوز الاستئجار عليه ، بحسب أن يكون معلوماً على ما يليق به ، ويشترط أن يكون له وقع في النفع والدفع ، حتى لو قل قدره ، وكان لا يقع مثله في إثارة نفع أو دفع موقعاً ؛ فلا يجوز الاستئجار عليه . وهو في [جنسه]^(١) بمثابة الحبة من الحنطة في الأعيان .

ومما نشترطه أن يكون النفع من العمل راجعاً إلى المستأجر ، فلو كان يرجع النفع إلى الأجير ، فالإجارة فاسدة ، وذلك مثل أن يقول : استأجرت دابتك لتركبها أنت ولا تترجل ، فهذا فاسد ، فإذا كان العمل مباحاً معلوماً متقوماً عرفاً ، وكان نفعه يرجع إلى المستأجر فيصح الاستئجار ، ومن جملة ذلك : الحمل والنقل وأعمال المحترفين ، وما في معناها ، وهذا بيان ما لا يقع قربة .

٨٣٥٨- وأما ما يقع قربة وإن لم نشترط فيه النية ، فمنها ما يقع فرضاً على الكفاية ، ومنها ما يكون شعاراً في الدين ، ولا يقع فرضاً ، فأما ما يقع فرضاً ، فإنه ينقسم في نفسه ، فمنه ما يخاطب به المرء في ذاته إن اقتدر عليه ، وإن عجز عنه ، وجب على الغير كفايته ، ومنه ما لا يخاطب به المرء على الخصوص في نفسه لغرض يخصه .

فأما القسم الأول ، فمنه حفر القبور ، ودفن الموتى ، وحمل الجنائز ، فهذه الأشياء مما يجوز الاستئجار عليها ، والسبب فيه أنَّ من مات فتجهيزه من المؤن الواجبة المختصة بتركته ، وهو مما يثبت في وضع الشرع على نعت الخصوص ، فإن عجز من خصّه الشرع ابتداءً ، فعلى الناس كفايته . وحمل الجنازة وما في معناه مما ذكرناه ينزل منزلة شراء الكفن ، والتكفين من فرض الكفايات ، وكذلك يجب على الإنسان أن ينفق

(١) في الأصل : حب .

على نفسه إن وجد ، فإن فقد ، لم يجز تضييعه ، ثم لو اشترى في حالة الضرورة طعاماً ، صح ذلك منه [تنزيلاً]^(١) لهذا على كون ذلك [خاصاً به]^(٢) في وضع الشرع ، فهذا مسلك في فرائض الكفايات .

ويلتحق بذلك تعليم القرآن ؛ فإن على الإنسان أن يتعلم من القرآن ما لا يخفى ، ي ١١٦ فهذا مما يختص وجوبه/ ، فلا جرم جاز الاستئجار عليه ، وإن كان إشاعة القرآن ونشره وتعليمه فرضاً على الكفاية .

والقسم الثاني - ما ثبت في الأصل شائعاً ، ولا يختص افتراضه بشخص ، حتى يعد من مؤنه وواجباته الخاصة ، ولكن يثبت إقامة لشعار ، أو ذباً عن البيضة ، وذلك مثل الجهاد ، فإنه أثبت عاماً ، والمقصود به حماية الحوزة وحفظ البيضة . فهذا القسم لا يجوز الاستئجار فيه إذا كان المستأجر مندرجاً تحت الخطاب العام بالذب .

ويخرج مما ذكرناه أهل الذمة ؛ فإننا لا نخطبهم بالذب عن الملة ، فلا جرم جَوَزَ الشافعي للإمام أن يستأجر طائفة من أهل الذمة على قتال جماعة من الكفار ، كما سيأتي شرح ذلك في كتاب السير ، إن شاء الله عز وجل .

وسبب منع الاستئجار أن الخطاب إذا كان متعلقاً بالمسلمين على العموم ، فيكون الأجير فيه قائماً بإقامة ما حُوطب به ، ويستحيل أن يقع فعله عن غيره . فهذا ما يقع فرضاً .

٨٣٥٩- وأما ما يقع شعاراً غير مفروض ، فهو كالأذان في الرأي الأصح ، فهل يجوز الاستئجار عليه ؟

حاصل ما ذكره الأصحاب في الطرق ثلاثة أوجه :

أحدها - أنه لا يجوز الاستئجار على الأذان أصلاً ؛ فإنه وإن كان لا يجب ، فهو راجع إلى تعميم الشعار ، ولذلك لا يؤذن كل واحد ممن [حضر]^(٣) الجماعة .

(١) كذا قرأناها بصعوبة أعان عليها السياق .

(٢) في الأصل : بإصابة .

(٣) في الأصل : نص .

والوجه الثاني - وهو الأصح ، أنَّ الاستئجار على الأذان جائز من الإمام ومن آحاد المسلمين ؛ فإنه ليس عبادة مفتقرة إلى النية ، ولا فرضاً يلبسه المكلف ، وإن كان يرجع نفعه إلى المسلمين ، فنفع القرآن كذلك يرجع إلى المسلمين .

والوجه الثالث - أن الإمام ومن يتولى الأمر من جهته يجوز أن يستأجر المؤذن ، وليس يسوغ ذلك لآحاد الناس ، وكثير من العقود يختص جوازه بالوالي إذا كان متعلقاً بالمصالح العامة .

ثم إذا جوزنا الاستئجار على الأذان ، فقد ذكر شيخني وغيره خلافاً في أنَّ المؤذن على ماذا يأخذ الأجرة ؟ وحاصل المذكور ثلاثة أوجه : أحدها - أنه يستحق الأجرة على رعاية المواقيت .

والثاني - أنه يستحقها على رفع الصوت .

والثالث - أنه يستحقها على الحيعلتين ، فإنهما ليسا من الأذكار ، وسبب هذا الاختلاف أنَّ الأذان أذكاء لله تعالى [يرددها]^(١) المؤذن ، فبعد عند الأصحاب استحقاق الأجرة على أعيانها .

والصحيح عند المحققين أنَّ إذا جوزنا الاستئجار على الأذان ، فالأجرة مستحقة على جميع الأذان بما فيه ، ولا بُعد في استحقاق الأجرة على ذكر الله تعالى ، كما لا بُعد في/ استحقاقها على تعليم القرآن ، وإن كان التعليم من ضرورته قراءة القرآن . ١١٦ ش

٨٣٦٠- ومما نذكره : الاستئجار على تعليم العلم ، وقد ذكر شيخني وغيره منع الاستئجار على التدريس ، وردد الشيخ أبو بكر الطوسي فيما نقله عنه أبو بكر المفيد^(٢)

(١) في الأصل : يبدها .

(٢) لما نصل إلى شيء قاطع في ترجمة أبي بكر المفيد ، فالطوسي الذي نقل عنه المفيد متوفى سنة ٤٢٠ هـ . والمسألة في المذهب مشهورة عن أبي بكر الطوسي ، ولكن لم نجد من صرح بناقلها عنه ، وأنه أبو بكر المفيد - فيما نعلم - إلا الإمام .

والذي وجدناه بهذه الكنية واللقب (أبو بكر المفيد) هو محمد بن أحمد بن محمد بن يعقوب البغدادي الجزجائي المتوفى سنة ٣٧٨ هـ عن نيف وتسعين سنة ، فهل يمكن أن يكون ناقلاً عن الطوسي المتوفى سنة ٤٢٠ ؟ ؟ الله أعلم .

جوابه في جواز الاستتجار على إعادة الدروس .

وهذا كلام ملتبس ، والتحقيق فيه أنَّ من استأجر شخصاً ليعلمه مسألةً ، أو مسائلَ من العلوم ، فهو جائز ، لا يجوز أن يكون فيه خلاف ، وهو بمثابة الاستتجار على تعليم القرآن ، وإن ظن أن ذلك يمتنع من قبل تفاوت الناس في الفهم والدرك ، فهم متفاوتون في الحفظ أيضاً قطعاً ، ثم لم يمنع الاستتجار في المحفوظات ، والحفظ في معنى الفهم .

والذي ذكره الأصحاب من مَنع الاستتجار على التدريس محمولٌ على ما إذا استأجر [رجلٌ]^(١) مدرساً حتى يتصدى للتدريس إقامةً لعلم الشريعة من غير أن يعيّن له من يعلمه ، فهذا إن امتنع ، فسببه أنه تصدى للأمر العام المفروض على الكفاية ، فكان بمثابة الجهاد .

ولو فرضنا استتجار مقرأ على هذه الصورة ، لكان ممتنعاً ، كما يمتنع استتجار المدرس .

ولكن جرى كلام الأصحاب في الدرس ، ومن يعلم القرآن على العادة الغالبة في كل نوع ؛ فإنهم لم يصادفوا مستأجراً على تعليم العلم في العادة ، والاستتجار على تعليم القرآن [غالب]^(٢) .

وفي النفس من الاستتجار على التدريس والتصدي له شيء ؛ من [جهة أنه]^(٣) قد يشابه الأذان ؛ فإنَّ الغرض من كل واحد منهما نفعٌ راجع إلى الناس عموماً من غير تخصيص أشخاص ، وليس في امتياز الأذان عن التدريس - بالفرضية في أحدهما - فقه ؛ فإنَّ المعتمد في منع الاستتجار على الجهاد أنه نزل على أهل الاستمكان نزولاً

= ثم ما ذكره الذهبي ، والحافظ عن المفيد هذا أنه محدث ضعيف متهم .

فهل هناك من يسمى بأبي بكر المفيد غير هذا أم أن في العبارة تصحيحاً ؟ الله أعلم . (ر .

سير أعلام النبلاء : ٢٦٩ / ١٦ ، ميزان الاعتدال : ٤٦٠ / ٣ ، لسان الميزان : ٤٣ / ٥) .

(١) في الأصل : رجلاً .

(٢) في الأصل : غالبية .

(٣) في الأصل : من جهته قد يشابه .

عاماً ، ولا متعلق له إلا الذب عن حريم الإسلام ، والتدريس [و] ^(١) إن كان يعم من وجه ، فهو في جهة [التعلق] ^(٢) بمن يتعلم خاص ؛ إذ على كل شخص أن يتعلم في نفسه ، كما على كل شخص أن يعتني بحفظ المواقيت في الصلوات ، والمؤذن يكفي الناس ذلك ، فليفهم الناظر ما يمر به من لطائف الفقه .

ولكن إن صار صائر إلى تجويز الاستتجار على التدريس ، فلا بد فيه من إعلام على التحقيق ، فإن الأذان يبين في نفسه ، والعلم عند الله تعالى .

٨٣٦١- ومما نذكره أن القضاة إذا تراصدوا/ للقضاء ، فلا معنى لاستتجارهم ؛ ١١٧ ي فإنهم إذا انتصبوا للفصل بين المتحاكمين ، تعلق أمر الخلق عموماً بهم ، ولا يتصور أيضاً أن تنضب أعمالهم بوجه من الوجوه . فهذا مجموع ما أردنا إيراده .
ثم جُوز استتجار القاضي على كتبه السجل وغيره مما يستدعيه الخصم ، ولا يوجب الشرع ، مما يأتي موضحاً- إن شاء الله عز وجل- في كتاب أدب القضاء .
ومن تأمل ما ذكرناه ، لم يخف عليه ضوابط المذهب فيما يجوز الاستتجار عليه ، وفيما يمتنع ذلك فيه .

٨٣٦٢- ومما ذكره الأصحاب : الكلام على الاستتجار في الإمامة في الصلاة ، فقالوا : لا يجوز ذلك في الصلوات المفروضة ، وهل يجوز في النوافل كالاستتجار على الإمامة في صلاة التراويح ؟ فعلى وجهين .

وهذا كلام ركيك ؛ فإن الإمامة لا معنى لها ، ولا مزية على الإمام في قصد الإمامة ، وإنما يكفيه أن يصلي ويقتدي به من يريد ، وإن لم ينو الإمامة ، فصحة القدوة على نيته . نعم ، قد يتوقف على نية الإمامة إحراز فضيلة الجماعة ، وهذا يخصه ولا يتعداه . وقد ذكرنا أنه لا يجوز الاستتجار على عمل لا يتعدى نفعه العامل .

٨٣٦٣- فإذا تمهد ما ذكرناه ، فقد ذكر الشافعي في الباب أن الزوج لو أصدق زوجته عملاً يعمل به مما يجوز الاستتجار على مثله ، فالصداق صحيح . ومنع أبو

(١) (الواو) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : التعليق .

حنيقة^(١) ذلك عموماً في جميع الأعمال التي يعملها الزوج . وكذلك منع أن يصدقها منفعة حر في جهة من الجهات ، وإن جاز الاستئجار ، وإن جَوَّز أن يصدقها منفعة عبد - في خبطٍ له طويل .

ثم ذكر الشافعي في الباب ثلاثة فصول بعد ذلك : أحدها - في تعليم القرآن ، والثاني - في رد العبد الأبق ، والثالث - في خياطة الثوب . فنذكر ما يتعلق بالاستئجار على تعليم القرآن .

٨٣٦٤- ثم قد تمهد من قبل أن ما يجوز الاستئجار عليه يجوز جعله صداقاً ، فإذا أراد استئجار شخص ليعلمه ، أو يعلم من عينه ، القرآن ؛ فهو جائز ، فأول مرعي فيه الإعلام ، ثم إنه يحصل بوجهين : أحدهما - ذكر المقدار الذي يطلب تعليمه ، والثاني - المدة ، فلو قال : تعلمني سورة البقرة ، ولم يذكر المدة ، جاز ، ووقع الاكتفاء بإعلام المقدار ، ولو ذكر المدة ، فقال : تشتغل بتعليمي شهراً ، جاز . ثم إن ذكر المدة ، كفى ، وإن ذكر المقدار ، كفى ، ولو جمع بينهما ، فقال : تعلمني سورة البقرة في شهر ، ففيه وجهان مشهوران ، ذكرهما في مواضع من كتاب الإجارة ش ١١٧ وغيرها ، فمن قال/ بالجواز ، قال : زيادة الإعلام غير ضائرة . ومن منع - وإليه ميل معظم المحققين - قال : المدة قد لا تفي وقد يفضل منها ، وذكرها مع المقدار يزيد جهالة ويجر عسراً .

وكذلك لو استأجر من يخيظُ ثوباً عتيته في يوم ، فالأمر على الخلاف الذي حكيناه .

ثم ذكر العراقيون خلافاً في أنه هل يجب تعيين القراءة التي يبغى التعليم بها ، مثل قراءة أبي عمرو^(٢) أو غيره ؟ فذكروا في ذلك وجهين .

(١) ر . الاختيار لتعليل المختار : ١٠٥/٣ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٢٧٠/٢ ، ٢٨٢ ، مسألة رقم ٧٤٤ ، والمسألة رقم ٧٦٤ .

(٢) أبو عمرو ، هو أبو عمرو بن العلاء ، زبَّان بن عمار التميمي المازني البصري . في اسمه واسم أبيه خلاف ، واعتمدنا هنا ما رجحه الزركلي في الأعلام ، وهو أخذ برواية السيوطي في المزهر ، فقد قال السيوطي : « هذا أصح ما قيل فيه » .

وأشار إلى الخلاف في اسمه واسم أبيه ابن خلكان في الوفيات ، وهو في رواية عنده

والوجه عندنا : القطع بأنَّ ذلك لا يعتبر ولا ينتهي التضييق إلى هذا الحد .

وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في قصة الواهبة لذلك الأعرابي : « زوجتكها بما معك من القرآن »^(١) . ولم يقع للحرف والقراءة تعرُّضٌ .

٨٣٦٥- ومما يتعلق بذلك أنَّ الإجارة إذا أوردت على عين شخص ، فوقع الشرط على أن يكون هو [المعلِّم ، فلا يقيم غيره مقامه ، كما إذا]^(٢) استأجر الرجل داراً معينة ليسكنها ، فليس للمكري إقامة غير تلك الدار مقامها .

ثم لو كان المعين يحسن ما وقعت الإجارة عليه ، صح الاستئجار . وإن كان لا يحسن ، ولكن كان يتأني منه أن يتعلم ويعلم ؛ فقد ذكر العراقيون وجهين : أحدهما - أن الإجارة صحيحة ؛ فإنَّ تحصيل الغرض ممكن ، والتعليم لا يقع دفعة واحدة في وقت واحد ، فصار كما لو اشترى شيئاً بألف ، وهو لا يملك درهماً ، فالشراء صحيح ، وإن لم يكن في الحال في ملكه شيء من الثمن .

والوجه الثاني - أنَّ الإجارة فاسدة ؛ فإنها تضمنت استحقاق شيء ، وهو في وقت الاستحقاق غير ممكن ، وليس التعذر فيه إلى^(٣) التسليم ؛ بل سبب الفساد أنَّ المنفعة في المسألة معدومة الجنس . وهذا الاختلاف يشير عندنا إلى سرِّ في الإجارة ، وهو أنَّ

= (العريان) بدل (زبَّان) .

وهو أحد القراء السبعة ، وأحد أئمة اللغة والأدب ، وكان أعلم الناس بالقرآن ، وباللغة والأدب ، والشعرت سنة ١٥٤ هـ (ر . ر . وفيات الأعيان : ٤٦٦/٣ - ٤٧٠ ، والأعلام للزركلي) .

(١) الحديث بطوله متفق عليه ، من حديث سهل بن سعد ، رواه البخاري : كتاب النكاح ، باب السلطان وليّ ، ح ٥١٣٥ ، ومسلم : كتاب النكاح ، باب الصداق وجواز كونه تعليم القرآن ، ح ١٤٢٥ ، وانظر تلخيص الحبير : ٣/٣٨٩ ح ١٦٧٧ .

(٢) ما بين المعقنين زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام بدونها ، ويؤيدنا عبارة العزبن عبد السلام في مختصره للنهاية ، ونصها : « ويجوز إصداق تعليم القرآن ، والإجارة عليه ، ولا يقيم غيره مقامه في إجارة العين ، فإن لم يحسن ما التزمه ، صح إن كانت الإجارة على الذمة (ر . الغاية في اختصار النهاية : جزء ٣ لوحة ٨٩ يسار) .

(٣) في الأصل : وليس التعذر فيه إلا إلى التسليم .

الإجارة إذا أُورِدت على عينٍ ومنافعها ، فكأن منافعها مع تعلقها بالعين ، فيها معنى الالتزام ، وكأنَّ المستأجر التزم تحصيلها من العين المعينة ، فلا يمنع في الملتزم أن يقع الاعتماد على إمكان التحصيل . ومن أبى ذلك يعتمد التعيين ومنافاته [لحكم]^(١) الذمة ، والوجهان فيه إذا كان يُحسن مقداراً يشتغل بتعليمه في الحال ، أو كانت الإجارة مع تعلقها بالعين واردة على مدة تَسَعُ التعلُّم والتعليم ، فأما إذا لم تكن مدة ، وكان لا يحسن شيئاً ألبتة ، والإجارة تقتضي استحقاق الاشتغال بالتعليم ، وتسليم المستحق على الفور ؛ فلا وجه إلا القطع بإفساد الإجارة لتحقيق العجز عن المستحق في الحال .

٨٣٦٦- وكل ما ذكرناه في الإجارة يجري حرفاً حرفاً في الصداق ، ونحن نرد باقي الصور إلى الصداق فنقول/ : لو أصدق امرأته تعليم مقدار يقع التوافق عليه ، فقالت : علِّم فلاناً أو فلانة ما التزمت تعليمي إياه ، ففي المسألة وجهان مشهوران ذكرهما العراقيون وغيرهم ، وأثبت أئمة العراق للمذهب حداً وضبطاً وقالوا : الإجارة الواردة على العين تتعلق بمن يستوفي المنفعة ، وبما تستوفي المنفعة منه ، وبما تستوفي المنفعة به . فأما المستوفي للمنفعة ، فيجوز أن يتبدل مع رعاية النصفة ، وبيانه : من استأجر دابةً ليركبها ، فله أن يُركبها غيره ، إذا كان في مثل جثته وثقله . فهذا مثال تبدل المستوفي .

وأما ما تستوفي المنفعة منه ، فهو العين التي وردت الإجارة على استحقاق منفعتها ، فلا سبيل إلى تعديلها ، وهذا [مثل]^(٢) تعيين دابة للركوب ، لا يجد المكثري سبيلاً إلى إبدالها ، بحكم الإجارة المنعقدة ، ولو أتلُفت الدابة المعينة ، انفسخت الإجارة ، [وتعليل]^(٣) ذلك يَبْنَى ؛ فإنَّ المنافع متعينة بتعيين مورد العقد ، فإبدالها كإبدال المبيع المعين ، وتلفها قبل استيفاء المنفعة كتلف المبيع قبل القبض ،

(١) في الأصل : بحكم .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : وتعيين .

وما ذكروه في تبدل المستوفي جارٍ على [القياس]^(١) ؛ فإنه استحق المنفعة وملكها ،
والشرع سَلَطَهُ على إحلال غيره محل نفسه بالإعارة والإجارة ، ومن ضرورة ذلك تبدل
المالك والمستوفي .

ثم قالوا : ما يقع به الاستيفاء بمثابة الثوب يعين للخياطة ، فيقول مالكة :
استأجرتك لتخيظ هذا الثوب ، فاستيفاء المنفعة يقع بذلك الثوب . فلو أراد مالك
الثوب أن يأتي بثوب مثله ؛ فهل له ذلك ؟ فعلى وجهين : أظهرهما - أن له ذلك .
وتبديل الثوب كتبديل المستوفي ؛ فإنَّ المستحقَّ خياطةً للأجير ، ولا يختلف الغرض
بتعدد الثياب مع تماثلها .

والوجه الثاني - أن ذلك الثوب يتعين ؛ [فإن]^(٢) العقد كما عيّن العامل - حتى
لا يجوز له أن يقيم غيره مقام نفسه ، وإن كان عملُ غيره بمثابة عمله أو أفضل من
عمله ، فكَذلك اقتضت الإجارة إيقاع عملٍ في عين ، فيجب تعيينها حتى لا [يقع]^(٣)
إبدالها .

وهذا القائل يعسر عليه الفصل بين تبدل المستوفي - الممثل براكب الدابة - وبين
تبدل الثوب : والممكن فيه أن منفعة الدابة لا تقع بالراكب ، وإنما هو انتفاع من غير
تأثر به ، والثوب يتأثر بالخياطة ويقع فيه وتبقى ما يبقى ، حتى اختلف قول الشافعي في
أنها إجارة أو عين ؟ كما ذكرنا القولين في كتاب التفليس .

وهذا المعنى يجري في المتعلم المستأجر ؛ فإنه يتأثر بالتعلم ، وإن كان من وجه
[مستوفياً]^(٤) للمنفعة ، فقد ساوى مكثري الدابة ؛ من حيث إنه يستوفي المنفعة ١١٨ ش
المستحقة ، وهو في التحقيق كالثوب الذي تقع الخياطة به ، من جهة تأثره بالتعلم .

ثم حاصل ذلك يرجع إلى تعلق الأثر بهذه العين ، والأعيان لا يدخلها الإبدال في
العقود الواردة على الأعيان ، فهذا مبلغ الإمكان في التوجيه ، والأصحُّ الأول .

(١) زيادة مكان بياض بالأصل .

(٢) في الأصل : أن .

(٣) في الأصل : يمنع .

(٤) في الأصل : مسبقاً .

٨٣٦٧- ثم اختلف مسلك أئمتنا في تنزيل الوجهين ، فذهب العراقيون وطوائف من المراززة إلى أنّا [لو]^(١) منعنا الإبدال ، بمنعه مع التراضي أيضاً ، إلا أن يفرض عقد صحيح في الاعتياض من منفعة بمنفعة ، وهذا [كما]^(٢) لو استأجر رجل داراً وقبضها ، ثم استأجر المستأجر بمنفعة تلك الدار دابةً ، فلا يمتنع هذا . وهؤلاء يقولون : لو تلف الثوب المعين ، انفسخت الإجارة ، كما تنفسخ بتلف الدابة المعينة ، وصار صائرون إلى أن الثوب لو أبدل بمثله باتفاقٍ منهما وتراضٍ ، جاز بلا خلاف . وإنما الوجهان فيه إذا أراد مالك الثوب أن يُبدل ، فأبى الخياط ، وهذه طريقة القاضي .

وبالجملة : التفريع على منع الإبدال ضعيف في الطريقتين .

وكل ما ذكرناه ، فيه إذا ورد الإصداق والإجارة على عين المعلم .

فأما إذا كانت الإجارة واردة على الذمة ، مثل أن يُصدقها الزوج تعليم سورة البقرة ، ولا يتعرض لتعليم نفسه ، فلا شك أنه لا يتعين عليه التعليم بنفسه ، وله أن يقيم غيره في ذلك مقام نفسه . وهذا بين في أحكام الإجازات .

ولا يمتنع - والحالة هذه - أن يكون المتلزم جاهلاً بما التزم التعليم فيه ، لأنه إذا كان لا يتعين [للتعليم]^(٣) ، فلا معنى لاشتراط علمه .

٨٣٦٨- ومما يدور في الخلد أنّا هل نشترط تعيين السورة والجزء الذي يقع التوافق على التعليم فيه ؟ هذا فيه تردّد : ظاهر كلام المشايخ : أنه لا بد من التعيين فيه ؛ فإنّ السور مختلفة ، فمنها متشابهات ، ومنها ما يصعب حفظها ، والأمر في ذلك على تفاوت بين .

وكنت أود في هذا المنتهى ألا يصح الإصداق للاستئجار على التعليم قبل أن يخبر حفظ المتعلم ، كما لا يصح إجارة الدابة للركوب قبل أن يُعاين الراكب .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) زيادة لاستقامة الكلام .

(٣) في الأصل : للتعين .

[ولأن^(١) تفاوت الحفظ والتوقف ، يدنو من تفاوت الجثث أو يزيد عليها .

وظاهر كلام الأصحاب : أن هذا لا يشترط ، وقد يتجه في عدم اشتراط هذا ، التعلُّق بحديث الأعرابي والواهبية ، فإنه صلى الله عليه وسلم لم يأمره بأن يخبرَ حفظها ، لمّا قال : « زوّجتها بما معك من القرآن » .

وقد ينقدح أن يقال : فيما قد كان أصدقها تعليم خمس أو عشر من أول سورة البقرة^(٢) ، هكذا الحديث/ ، ولعل الأمر كان يقرب في هذا المقدار ولا يتفاوت ١١٩ ي تفاوتاً محسوساً .

وليس يبعد أن يقال : يجوز اكتراء دابة تركب من الدار إلى السوق ، من غير نظر إلى جثة الراكب ، فإنَّ التفاوت لا يحس في هذا المقدار ، سيما إذا كانت الدابة [قويّة]^(٣) .

فَرَجْعُ : ٨٣٦٩- إذا أسلمت امرأة ، فتزوجها رجل ، وتعين عليها تعلم الفاتحة ، ولا معلم بالحضرة [غير]^(٤) الزوج ؛ فالمذهب الأصحُّ أنه لو أصدقها تعلّم الفاتحة ، صح . وجبَّ بعض أصحابنا ، فمنع هذا في هذه الصورة ، ومنع الاستئجار في مثلها أيضاً ، وصار إلى أنَّ تعليم الفاتحة متعيّن على الرجل ، حقاً لله تعالى ، فلا يجوز أن يأخذ على مقابلة تأدية المستحق عليه عوضاً .

وهذا ليس بشيء ، فإنَّ الأصل وجوب التعلم عليها ، فإنَّ تصوّرت صورة تعين فيها تحصيل الغرض من شخص ، فالقاعدة هي المريعة . وهذا بمثابة ما لو اضطر الرجل إلى تناول طعام غيره ، فليس لمالك الطعام أن يمنعه مع استغنائه عنه ، ثم تعين بذل الطعام لا يمنعه يبيعه منه . والعبارة الفقهية في هذا : أنّ لا نطلق القول بتعيين بذل

(١) في الأصل : ولا تفاوت . . .

(٢) ورد ذكر الآيات من سورة البقرة ، في حديث أبي هريرة ، عند أبي داود ، بلفظ : « ما تحفظ من القرآن ؟ قال : سورة البقرة أو التي تليها ، قال : قم فعلمها عشرين آية ، وهي امرأتك » (ر . أبو داود : كتاب النكاح - باب في التزويج على العمل يعمل - حديث رقم : ٢١١٢) .

(٣) غير مقروءة في الأصل .

(٤) في الأصل : عن .

الطعام ، بل نقول : يتعين على مالك الطعام بيع الطعام من المضطر ، وكذلك يتعين على الرجل تعليمها بالعوض .

وقد يمتنع المضطر عن الابتياح ، فيتعين إذ ذاك على مالك الطعام إنجاده بالعوض على الرأي الأصح .

وفيه وجه آخر ، أن العوض لا يلزم . وسنأتي بغوائل هذا في كتاب الأطعمة ، إن شاء الله عز وجل .

فَرَجَّ : ٨٣٧٠- المسلم إذا تزوج كافراً على أن يعلمها شيئاً من القرآن ، فقد قال الأئمة : إذا كان يرتجي بذلك أن تسلم إذا تعلمت ، فيجوز الإصداق ، وعليه يدل قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ﴾ [التوبة : ٦] . والاستماع والتعليم بمثابة . ثم لا قطع بالقبول ، فإنه تعالى قال : ﴿ ثُمَّ أَلْبَغْهُ مَأْمَنَهُ ﴾ [التوبة : ٦] .

وإن كان لا يرتجي لها الإسلام بتعليم القرآن ، فقد قال الأصحاب : لا يجوز أن تُعَلَّمَ والحالة هذه .

وكذلك إذا أراد الرجل أن يعلم جاريته الكافرة القرآن ، وكان لا يأمل أن تسلم ، وإنما يبغي أن يثبت لها صفةً تزداد قيمتها بسببها ، فلا يجوز ذلك ؛ فإنها قد تستخف بما تتلقف ، ونزل الأئمة هذا منزلة بيع المصحف من الكافر .

وهذا فيه نظر ؛ فإنه يلزم منه منع الكفار من التحويم على حلق القرآن ؛ فإنهم قد ش ١١٩ يتلقنون من تدارس القراء الآية والآيتين ، ولم ينته الأئمة إلى هذا/ ، ولا بد منه إذا طردنا قياسهم .

فَرَجَّ : ٨٣٧١- إذا أصدق المرأة تعليم القرآن ، ثم علمها الآية والآيات ، فنسيت ، فهل عليه إعادة ما نسيت [تعلمها]^(١) ؟ أم يخرج عن عهدة ذلك القدر ، ويعلمها البقية ؟ وما التفصيل في ذلك ؟ وكيف الضبط ؟ وأين الموقف ؟

قال العراقيون : اختلف أصحابنا ، فمنهم من قال : الحد الذي إليه الموقف

(١) في الأصل : عليها . وتأنيث الضمير على أن المراد (الآيات) .

[الآية]^(١) ، فإذا حفظها آية ، فقد خرج عن العهدة ، فإن نسيت بعد ذلك ، فليس عليه إعادة تلك الآية عليها ، وأن يعلمها البقية ، وإن علمها دون آية ، فنسيت ، فيعيد عليها ، إلى استكمال آية .

قالوا : ومن أصحابنا من قال : الحد المعتبر سورة ، على حسب ما ذكرناه في الآية .

والوجهان عندي مدخولان : أمّا السورة ، فلا وجه للتقدير بها مع تفاوت السور ، وقد يُصدّقها بعض السورة ، وأمّا التقدير بالآية ، فلا وجه له أيضاً ، ومن الآي قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ نَظَرَ ﴾ [المدر: ٢١] وآية المداينة ، فالوجه إذاً [تحكيم]^(٢) العادة في هذا : والمتلقن المتلقف يحفظ الكلمات كما يسمعها ، ثم [يتشّر]^(٣) عليه الحفظ ، فيعيد عليه الملقن ، وقد يجري ذلك مراراً ، فلا يكون ما جرى أولاً من إعادة الملقن لتلك الكلمات متقناً . فهذا [بين]^(٤) وفيه عُرفٌ يعرفه أهله .

وإذا تم التلقن ، فيبقى وراء ذلك نظر ، وهو أنّ المتلقن مؤاخذ في العرف بأن يكرر ما تلقنه في نفسه ، فإذا لم يفعل ، عُدَّ ذلك تقصيراً منه ، فليقع البناء على هذا الذي ذكرناه . ولا يقع التقدير بالمبالغ .

ولو قال قائل : التلقين يقع في مقدار يحويه مجلس ، فإذا فرض القيام عنه ، والعود إلى مجلس آخر ، ثم ينسى المتلقن ما تقدم ، فهذا يحمل على تقصيره ، وقد يحتمل منه عثرات فيه .

والحكم المرجوع إليه العرف فيه ، وينشأ منه أنّ المتلقن إذا كان يلهو أو يسهو و لا يُكَبِّ ، لم يُحتمل هذا ، وفي كل واحد من التلقين والتلقن عُرفٌ متبع بين طرفي الإغفال ، ونهاية الإقبال .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : تحكم .

(٣) في الأصل : ينشرم (ولا معنى لها) .

(٤) في الأصل : « أبين » .

فَبَيْعٌ : ٨٣٧٢- إذا أصدق امرأته تعليم الفُحش من الأشعار ، والخنا في الحكايات ، فهذا الإصداق فاسد ، ولو أصدقها تعليم ما يجوز تعليمه جاز .

وإذا أصدق الذمي الذمية تعليم التوراة والإنجيل ، فهذا عندنا كما إذا أصدقها الخمر والخنزير ، فإنَّ تعليم التوراة وتعلّمها غير سائغ ، وإنَّ ترجمت التوراة بلسان نعرفها ، ولم يكن فيها ما نكره ، فهو كسائر أنواع الكلام .

وقد نجز القول في تعليم القرآن وأصْدِقْتِه وما يتعلق به .

٨٣٧٣- فأما القول في ردِّ الآبق ؛ فإن كان مكانه مجهولاً ، فلاستئجار على رده ي ١٢٠ باطل / ، وتصح معاملة الجعالة في رد الإباق ، والسبب في ذلك مسيس الحاجة ، ثم احتملت الجهالة في الجعالة جوازها ، وعورضت الجهالة بالتمكن من الفسخ متى شاء .

وإذا أثبت ردِّ الآبق صداقاً ، فيجب أن يكون موضع العبد معلوماً ، بحيث يجوز الاستئجار على رده ؛ فإن ردِّ الآبق - لو أثبت على الجهالة صداقاً - ، لثبت لازماً ؛ فإنَّ الصداق لا يثبت جائزاً ، ولو ثبت على اللزوم بُعد عن قبول الجهالة ، لما نبهنا عليه من أنَّ سبب احتمال الجهالة في الجعالة ما ثبتت المعاملة عليه من الجواز ، فهذا هو الغرض من جعل رد الآبق صداقاً .

٨٣٧٤- [فأما^(١)] جعل خياطة الثوب صداقاً فبيّن ، والوجه إثباتها بحيث يجوز الاستئجار عليها ، كما تمهد .

٨٣٧٥- ثم إننا نذكر بعد هذه الفصول الثلاثة في تعليم القرآن ، ورد الآبق ، وخياطة الثوب ، نوعين من الكلام : أحدهما - في توفية هذه المسميات على الكمال ، مع فرض الطلاق قبل المسيس .

والثاني - في طريان الطلاق قبل توفية هذه الحقوق ، ويعترض في أثناء الكلام تأكيد المهر وتقرره بالمسيس قبل توفية المسميات . وإن أحببنا أفردناه بالذكر .

(١) في الأصل : ما .

فأما إذا أوفر ما سمى ، فعلم ما كان شرطاً ، أو ردّ الآبق ، أو خاط الثوب ، ثم طلقها قبل الميس ، فسيأتي - إن شاء الله تعالى - في مسائل الصداق أنّ الطلاق قبل الميس مشطّر .

فإن كانت العين المصدّقة باقية ، ارتد شطرها إلى الزوج ، فإن كانت فائتة نُظر ، فإن كانت من ذوات الأمثال غرمت للزوج مثل نصف ما قبضت ، وإن كانت من ذوات القيم ، غرمت له نصف القيمة ، على ما سيأتي شرح ذلك ، إن شاء الله عز وجل .

فنقول : [ليس] ^(١) التعليم ، ولا الرد ، ولا الخياطة مما يمكن فرض رجوع نصفه إلى الزوج ، فنجعل هذه المسميات كالعين المقبوضة الفائتة ، وهي من ذوات القيم ، وقيم المنافع أجرتها ، فيغرم الزوج - إذا طلق قبل الميس في جميع هذه المسائل - نصف الأجرة . وقد انفصل الغرض .

[وأما] ^(٢) إذا طلقها قبل الميس ، وما كان وفي شيئاً مما سمى في الفصول الثلاثة ؛ فنقول أولاً : رد العبد لا يتبعض ؛ فإنّ رده إلى بعض الطريق ضائع .

وقال الأئمة : الخياطة لا يتبعض أيضاً ، وألحقوا به التعليم ، وقطعوا في الطرق بأنه لا يتبعض ، وفائدة امتناع التبعض في هذه الأشياء أنّنا لا نلزم الزوج توفية الجميع على أن تغرم له نصف القيمة . هذا لا سبيل إليه ، وقد اعتقدنا امتناع التبعض / .

فينتظم من ذلك كلّ الحكم بتعذر توفية الصداق ، فصار كما لو أصدق امرأته عبداً ، وتلف في يده ، ثم طلقها قبل الميس ، ولو جرى ذلك ، لكان فيما يلزمه ^(٣) في مقابلة نصف الصداق لزوجته قولان : أحدهما - أنه يلزمه نصف القيمة ، والثاني - أنه يلزمه نصف مهر المثل ، وحقيقة هذين القولين سرّ كتاب الصداق ومرجوع المسائل . وسنصدر الباب المعقود إثر هذا ببيان ذلك ، إن شاء الله تعالى .

٨٣٧٦ - والذي يبقى من المباحثة في الفصل ، تقدير التعذر في التبعض ، فنقول :

(١) في الأصل : ليس .

(٢) في الأصل : وما .

(٣) في الأصل : فيما لم يلزمه .

إذا كان أصدقها تعليم سورة ، فالوصول إلى درك نصفها عسر ، وإن تكلف متكلف عدّ الحرف وتنزيل الشّطر عليه ، فماذا يصنع بنظم الكلام ، وهو على تفاوت بين ؟ وفيه من اليسر والعسر في التلقين والتلقن ؛ فيتعذر ضبط هذا ودرك نصفه .

وكذلك القول في خياطة بعض الثوب ، وردّ العبد إلى بعض الطريق .

فلو فرض فارض خياطة لا [تعايير] ^(١) فيها ، في دروز ^(٢) مستقيمة [ويقع الاكتفاء بشطرها ، بأن يشبكها كضفتي ملاءة تؤلفان] ^(٣) ، فالتنصيف في هذا مدرك .

وقد ينتفع صاحب العبد برده إلى نصف الطريق ، وتسليمه إلى موثوق به من [أصحابها] ^(٤) .

وإذا فرض الفارض ذلك ، أو تعليم سورة سهلة المأخذ من المفصل ، كسورة

(١) كذا قدرناها مع أنها رسمت هكذا [نعارت] . والذي سوّغ لنا هذا التقدير هو رعاية المقابلة مع كلمة : (دروز مستقيمة) .

(٢) دروز مستقيمة : الدرّوز جمع درّز ، والدّرّز موضع الخياطة ، والدّرّزي : الخياط (المعجم) والمعنى هنا أن الخياطة المستأجر عليها تكون في خطوط مستقيمة .

(٣) هذه العبارة بين المعقّفين فيها تصرف غير معهود منّا ، فقد أخذنا أنفسنا بأن نقيم العبارات غير المقروءة ، والمصحفة والمحرفة بأقرب صورة لألفاظها وكلماتها ، بل وما بقي من ظلالها وأطراف حروفها ، عندما تطس أو تتمحي ؛ وذلك حتى يبقى الباب مفتوحاً لمن يلهمه الله ؛ فيقرأ هذه الكلمات القراءة الصحيحة التي أرادها المؤلف ، والتي لم نَحْن نحن على قراءتها . ومن أجل هذا نصّف شكل الكلمات ، وكيف رسمت ، وكيف نُقِطت ، مع وعد - إن شاء الله - أن نصوّرها من المخطوط ونضعها في قائمة خاصة بآخر الكتاب ، هذا مع العلم بأن هذه الكلمات كثيراً ما تقل درجة وضوحها حتى يصعب تصويرها وطبعها . والله المستعان .

هذا ، وأصل هذه العبارة في المخطوطة كانت هكذا : « فلو فرض فارض خياطة لا (نفارت) فيها ، في دروز مستقيمة وقع الاكتفاء بشرطاً وللشكها كضفي ملكه مؤلفان ، فالتنصيف في هذا مدرك » ا . ه .

فهنا عدّلنا كلمة (وقع) إلى : ويقع . وغيرنا كلمات (بشرط) إلى : بشطرها ، (يشبك) إلى : بأن يشبكها . فكان (الألف) في شرطاً تكون مع النون التي اتصلت خطأ بالكلمة بعدها ، كأنهما يكونان كلمة (أن) ، وأما كلمة (ملكة) فهي إما محرفة عن كلة ، أو هي اسم غير عربي لنوع من ملابس ذلك العصر ، ولذا غيرنا إلى : ملاءة . والله أعلم . (انظر صورة العبارة كلها عسى أن يلهمك الله قراءتها) .

(٤) في الأصل : « أصحابنا » وهو سبق قلم لا شك والمراد أصحاب الزوجة .

الرحمن وغيرها مما يتخير الإنسان بعد وضوح الغرض ، فقد يقرب دَرَكُ التنصيف .
وإذا أُضيف ما ذكرناه إلى تفاوت الناس في جودة الحفظ والبلادة ، كان هذا أقرب
محتملاً وأسهل مُدركاً مما ذكرناه .

ولم يتعرض الأصحاب لذلك كما تقدم ، وأطلقوا القول بأن هذه الأشياء لا تقبل
التنصيف ، والوجه عندنا حمل كلام الأصحاب [على] ^(١) الغالب ؛ فإنَّ الخياطة يغلب
فرضها في القمصان والجباب والأقبية ^(٢) ، وما في معانيها ، والتعليم يفرض في حزب
من القرآن ، فإن تكلف متكلف الفرض في الصور التي ذكرناها ، لم يخف المصير إلى
إمكان التشطير .

ثم القول في الرد بالخياطة - إن اعتقدنا إمكان التشطير - بين .

٨٣٧٧- والقول في تعليم النصف مما سَمَّى صداقاً يتعلق بأصل آخر ، وهو أنَّ
النكاح إذا تقيّد بالمسيس وتقرر المسمى به ، وما كان علماً شيئاً ، فإذا حُرِّمَتْ عليه ،
وكان لا يتأتى التعليم إلا مع التعرض للفتنة ؛ فهذا صداقٌ تعذر تسليمه ، وإن أمكن
التعليم [من] ^(٣) وراء حجاب من غير تعرض للفتنة ، فالتسليم ممكن ، فيقع القول في
الشرط على هذا النحو .

وتمام البيان أنه إذا تعذر تعليمها ، فجاءت بغلام ، وأحلَّتْ محل نفسها ، ورضيت
بأن يعلمه ، فهذا يتصل بما قدمناه من أنَّ ما به استيفاء المنفعة هل يُبدَل ؟ وقد مضى
موضحاً مُفَصَّلاً .

* * *

(١) في الأصل : عن . والمراد أصحاب الزوجة .

(٢) الأقبية : جمع قباء .

(٣) زيادة من المحقق .

باب / صداق ما يزيد وينقص

قال الشافعي : « وكل ما أصدقها ، فملكته بالعقد ، وضمنته بالدفع ؛ فلها زيادته وعليها نقصانه . . . إلى آخره »^(١) .

٨٣٧٨- مذهب الشافعي ومعظم العلماء أن النكاح إذا انعقد مشتملاً على مسمى صحيح ، فإنه يتضمن إثبات ملك جميع الصداق لها ، ولا يتوقف ملكها الصداق على المسيس ، كما لا يتوقف ملك الزوج كل البضع .

ثم لو فرض الطلاق قبل الدخول ، تشطر من وقت الطلاق الصداق ، من غير إسناد^(٢) ولا تبين ، كما سيأتي ذلك مشروحاً ، إن شاء الله عز وجل .

وقال مالك^(٣) : لا تملك المرأة بالنكاح إلا نصف المهر ، وتملك النصف الثاني بالدخول .

فإذا تمهد ما ذكرناه ، وقد أصدق الزوج امرأته عيناً من الأعيان ، ولم يُسلمها إليها ، فالصداق مضمون على الزوج قبل التسليم .

٨٣٧٩- وفي كيفية الضمان قولان منصوصان في مسائل (السواد)^(٤) : أحدهما - أن الزوج يضمنه ضمان العقد ؛ لأنه عوض في معاوضة ، وكان مضموناً ضمان الأعواض ، كالثمن في البيع .

والقول الثاني - أن الزوج يضمنه ضمان اليد كالمستام والمستعير ونحوهما .

(١) ر . المختصر : ١٩/٤ .

(٢) سبق شرح الإسناد والتبين أكثر من مرة ، وبإيجاز شديد هو وقوع الحكم الآن مستنداً إلى سبب سبق ، أو تبينه بعد .

(٣) ر . الإشراف على نكت مسائل الخلاف : ٧١٦/٢ مسألة رقم : ١٢٩٥ ، وجواهر الإكليل : ٣٠٨/١ ، وفيهما أن المهر لا يتقرر إلا بالدخول ، وليس فيهما إشارة إلى تقرر نصفه .

(٤) السواد : هو مختصر المزني ، كما تكرر أكثر من مرة .

توجيه القولين : من قال : إنه يضمن الصداق ضماناً الأعواض ، احتج بأن الصداق عوضٌ ، كما تقرر في صدر الكتاب ، ولم يُثبت مقتضى الضمان سوى العقد ؛ فيجب إثباتُ ضمان العقود .

ومن قال : إنه مضمون باليد ، احتج بأن قال : الصداق إذا تلف في يد الزوج قبل تسليمه ، فالنكاح لا يفسخ بتلف الصداق ، والبضع هو المعوِّض - إن كان الصداق عوضاً - ويبعد جريان الانفساخ في المعاوضات في أحد العوضين [دون الآخر] ^(١) .

وحقيقة القولين ترجع إلى أنّا إن قضينا بكون الصداق مضموناً ضمان العقود ، فعقد الصداق على هذا يفسخ ، كما يفسخ البيع بتلف المبيع قبل القبض .

ثم من حكم انفساخ البيع بهذه الجهة : أنّ الثمن إن أمكن استرداده يُسترد ، وإن كان فائتاً يُسترد بدله مثلاً إن كان من ذوات الأمثال ، أو قيمته إن كان من ذوات القيمة . كذلك إذا حكمنا بانفساخ عقد الصداق ، فارتداد البضع غير ممكن ؛ للإجماع على بقاء النكاح ، وإذا امتنع ارتداد البضع ، ثبت بدله ، وبدل البضع قيمته ، وهي مهر المثل . فهذا تحقيق هذا القول .

ومن قال : الصداق لا يضمن ضماناً العقود ؛ فما يعضد جانبه أنّ الصداق والبضع لا يتقابلان تقابل الأعواض ؛ ولذلك لم يكن الصداق ركناً في النكاح ، ثم عقد الصداق لا يفسخ عند هذا القائل كما يفسخ النكاح ، بل يقال : تسليم الصداق مستحق على الزوج ، فإذا فات تسليم العين ، خَلَفَتْها القيمة ، ويجب تسليمها .

ومما يتعلق به هذا/ القائل : أنّ البضع مملوك للزوج [فيبعد] ^(٢) أن يتقوّم عليه ١٢١ ش البضع الذي هو حقه وملكه ؛ فكان الرجوع إلى قيمة العوض أولى من الرجوع إلى قيمة الملك .

وإنما تردد القول فيما ذكرناه ؛ من جهة أنّ الصداق لا يخرج عن الأعواض ، وليس هو على حقائقها ، ومست الحاجة عند فرض تلف الصداق إلى إثبات شيء على

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : يبعد (بدون الفاء) .

الزوج ، فاقترضى أحد القولين التشبيه بضمان العقود التي تنفسخ من الجانبين ، وإن كان النكاح لا ينفسخ . واقترضى القول الثاني التشبيه بضمان ما ليس عوضاً ، وإن كان الصداق عوضاً ، ورجع إلى إثبات الأولى من قيمة البضع أو قيمة الصداق . وسنوضح هذا بأبلغ من ذلك في أثناء الفصل ، إن شاء الله عز وجل .

٨٣٨٠- والذي نراه الآن تعجيل مقدار من التفريع على القولين يتمهد به فهمهما ، فنقول : إن حكمنا بأن الصداق مضمون ضمان العقد ، فإذا تلف في يد الزوج ، انقلب إلى ملكه فُيِل التلف ، وقُضي بأنه باق على ملكه ، وإن كان عبداً ، فعليه مؤنة التجهيز ، وهذا بمثابة المبيع يتلف في يد البائع ، ونقضي بانفساخ البيع ، [هذا ، ومما] ^(١) يتفرع على هذا القول أن المرأة لو أرادت أن تتصرف في الصداق قبل القبض بالبائع ، لم يصح ذلك منها ، كما لا يصح بيع المبيع قبل القبض ؛ فإنَّ الصداق على هذا القول مضمون بالعقد ضمان الأعواض ، فلو باعته ، لضمنت ، [ولأدَّى إلى] ^(٢) أن تكون العين الواحدة [مضمونة] ^(٣) لها وعليها ، وهذا يُفضي إلى توالي الضمانين ، وعليه مُنع بيع المبيع قبل التسليم .

وإن فرعنا على القول الثاني ، فإنَّ بيعها ينفذ في الصداق قبل التسليم ، كما ينفذ بيع [المُعير] ^(٤) في العين المستعارة ؛ فإنَّ ضمان اليد لا يجانس ضمان العقد ، فلا يفضي تنفيذ بيعها إلى توالي ضمانين عقدين .

وإذا تلف الصداق في يد الزوج ، فإنه يتلف ملكاً لها ، وإن كان عبداً ، فعليها التجهيز ^(٥) ، والقول في ذلك كالقول في العبد المستعار يتلف في يد المستعير .

٨٣٨١- ثم إذا حكمنا بأنَّ الصداق مضمون ضمان اليد ، وقد تلف ، فإنَّ كان من ذوات الأمثال ، فعلى الزوج مثله لزوجته ، وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته .

(١) في الأصل : وهذا مما يتفرع .

(٢) في الأصل : والأولى أن تكون .

(٣) في الأصل : مضمون ، وهذا أثر من آثار عجمة قديمة عند الناسخ . أو من تسرعه .

(٤) في الأصل : المعين .

(٥) أي إذا مات .

ثم اختلف قول الشافعي ، فذكر في مسائل الباب قولين في كيفية اعتبار القيمة : أحدهما - أنَّ الزوج يضمه ضمان الغصوب ، فعليه أقصى القيمة من يوم الإصداق إلى يوم التلف ، قياساً على الغصب .

والقول الثاني - إنه يضمن الصداق بقيمته يوم الإصداق . ووراء ذلك سرٌ عظيم ، هو مركز الفصل ، فليكن هذا على ذكر الناظر حتى ينتهي إليه .

وقد اختلف قول الشافعي في أنَّ العين المضمونة على المستام على أي وجه تضمن ؟ فقال في قول / : تضمن ضمان الغصوب^(١) . وقال في قول : إنها تضمن ١٢٢ ي بقيمة يوم القبض . ولا يُجري في المستام إلا هذين القولين .

وفي المستعير هذان القولان أيضاً ، وقول ثالث - وهو أنَّ الاعتبار بقيمة يوم التلف إذا^(٢) ؛ لم يجر فيه من المستعير عدوان . وهذا القول يجري في المستعير ؛ من جهة أنَّ لو اعتبرنا قيمة يوم القبض ، والمستعارُ ثوب مثلاً ، فالأجزاء التي انسحقت بالبلي إلى يوم التلف لا تكون مضمونة على الرأي الظاهر ، فلو اعتبرنا قيمة يوم القبض ، لأدخلنا تلك الأجزاء في الضمان . وإن قلنا نعتبر قيمة الثوب منسحقاً يوم القبض ، عسر ذلك ، فتعين وقت التلف ، وقيمة الثوب على ما يصادف عليه .

وهذا ليس بمَرْضِيٍّ ؛ فإنَّ إن ألحقنا هذه الأيدي بيد الغاصب ، فهو قياس متجه ؛ من قبل أنَّ العين موصوفة بالضمان في كل وقت ؛ فلا معنى لتخصيص وقت بالاعتبار ، وهذا يفضي إلى إلزام الأقصى ، ولا فرق بين الغاصب والمشبَّه به إلا في المأثم .

وتحقيق ذلك أن وجوب ضمان الرد يجمعهما ، فهذا وجه .

وإن لم نعتبر الأقصى في القول الثاني ، فلا وجه إلا أن نقول : كما^(٣) ثبت اليد يثبت الضمان ، فتمسك بأول معتبر ، حتى كأن القبض إتلاف .

وإن قال قائل : هلاً وجهتم اعتبار يوم التلف في الأيدي كلها ؛ لأن رد العين بالتلف

(١) أي أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف .

(٢) « إذا » : بمعنى (إذ) .

(٣) « كما » : بمعنى (عندما) .

يفوت ، والقيمة تلو العين وبدلها ؟ قلنا : هذا يوجب نفي الضمان قبل التلف ، وقد أجمع المسلمون على أن العين مضمونة قبل التلف على القابض ، فيستحيل قصر الضمان على وقت التلف ، ويستحيل تأخيرها عن أول وقت الحكم بالضمان ، وقد ذكرت قولاً بالغاً في هذا في كتاب العارية ، واستوعبت ما قاله الأصحاب ، وأتبعته بالبحث ، على العادة .

وغرضنا الآن في الصداق إجراء القولين في اعتبار القيمة ، أحدهما - أنا نعتبر يوم الإصداق ، وفي هذا مزيد [نظر]^(١) يقتضي تعيين يوم الإصداق ، كما سنذكر الآن ، إن شاء الله عز وجل .

٨٣٨٢- ثم فرّع الأصحاب على هذين القولين حكم الضمان في الزوائد التي تحدث في يد الزوج : المتصلة منها والمنفصلة . وقالوا : إن حكمنا بأن الصداق مضمون ضمان الغصوب ، فالزوائد بجملتها تدخل في ضمان الزوج - قياساً على الغاصب - مع ما يحدث في يده من الزوائد . وإن قلنا : لا يضمن الزوج ضمان الغصوب ، فالزوائد لا تكون مضمونة عليه ، وهي بمثابة الثوب تطيره الريح ، فتلقيه في دار إنسان .

ومما فرّعه الأصحاب : أن الزوج إذا انتفع بالصداق ، فإن قلنا : إنه مضمون عليه ضمان اليد ، فيلزمه / أجر المثل . وعلى هذا القول ، لو لم يستعمله وطال مكثه في يده ، فالضمان يخرج على قولي الغصب ونفيه ، فإن أثبتنا ضمان الغصوب ضمناً للزوج المنافع ، كصنيعنا بالغاصب .

وإن قلنا : لا يضمن الزوج ضمان الغصوب ، فالمنافع التي تفوت من غير تفويته ، بمثابة الزوائد التي تحدث وتنفوت .

وإن فرّعنا على أن الصداق مضمون ضمان العقد ، فالمنافع التي تفوت لا تكون مضمونة على الزوج ، وكذلك ما يفوت من المنافع في يد البائع لا يكون مضموناً عليه . وإن انتفع الزوج بالصداق - على قولنا : إنه مضمون ضمان العقد - فهو كما لو انتفع البائع بالمبيع ، وإن اتفق ذلك ، ففي وجوب الأجر عليه جوابان مبنيان على أن

جناية البائع على المبيع ، بمنزلة آفة سماوية ، أو هي كجناية أجنبي ؟ وفيه قولان : فإن جعلناها كآفة ، لم يجب الأجر ، وإن جعلناها كالجناية^(١) ، وجب الأجر بسبب الاستعمال .

وهذا جوابنا في الزوج إذا قلنا : ضمان الصداق ضمان العقود . فهذا تأسيس القولين وبيانهما بالتفريع في عقد الباب .

٨٣٨٣- ومما أذكره - وبه يحصل تمام البيان - أنَّ الرجل إذا أصدق امرأته عبداً عيّنه ، فخرج مُسْتَحَقّاً مغضوباً ، ففيما يجب مهرأ قولان : أحدهما - أنَّ الواجب مهر المثل .

والثاني - أنَّ الواجب قيمة ذلك العبد المُصَدَّقِ .

وهذا الاختلاف متلقًى مما قدمناه من اختلاف القول في تلف الصداق .

وتحقيق القول فيه ، أنَّ الصداق إذا تلف ، وقلنا : الواجب قيمته ، فقد أبقينا عقد الصداق ، كما أوضحنا فيما سبق ، وإن كانت العين فائتة ، فإذا استقل عقد الصداق دواماً والعين فائتة ؛ نزولاً على قيمة العين وماليتها ، انعقد العقد على المالية ابتداءً ، وإن لم يعتمد عيناً مملوكة . وآية ذلك ، وفيه السر الموعود في أنَّنا نعتبر يوم الإصداق - أنَّنا نقدر أن العين لم تكن ، والإصداق ورد على القيمة ، والقيمة المسلّمة هي الصداق ، على القول الذي نفرّع عليه .

وإن حكمنا بأنَّ العقد يفسخ بتلف الصداق ، فلا بقاء إذاً للعقد من غير ارتباط بعين ، فلذلك يفسد الإصداق ابتداءً ، ويجب الرجوع إلى مهر المثل .

وكنّت أود لو [قصرُوا]^(٢) التلف على القولين كما مضى ، وقطعوا القول بأنَّ الصداق إذا خرج مستحقاً ، فالرجوع إلى مهر المثل ؛ فإنَّ صداق المغضوب فاسد ؛ من جهة أنه لا متعلق له ، وليس كما إذا ثبت الصداق ، ثم تلف ؛ فإنَّ التردد في الرجوع يُحمل على محامل ذكرناها .

(١) أي جناية الأجنبي .

(٢) في الأصل : قصر .

١٢٣ ي ولكن أطبق الأصحاب على ما ذكرته من إجراء القولين/ في الابتداء ، والتصريح بأحدهما من التلف في الانتهاء .

٨٣٨٤- وأنا أذكر الممكن وراء هذا ، فأقول : النكاح لا يفسد بفساد الصداق ، كما لا يفسخ بتلف الصداق ، فإذا فُرض في ابتداء النكاح [تسمية^(١)] متعلقة بمغصوب ، فقد اتفق العلماء على إثبات عوض ، والعين لم تثبت ، ولم يقصد المتعاقدان إثبات قيمة البضع ، وإنما جرّدا قصدهما إلى إثبات هذا العوض المسمّى ، فرجع حاصل الخلاف إلى أنّ أحد القائلين يقول : إثبات بدل المسمّى أقرب ؛ فإنهما رضيا به ماليةً ، وقدرأ ، وعسر إثبات [عينه]^(٢) ، ولو أثبتنا مهر المثل ، لكان إثبات ما لم يقصده .

والقائل الثاني يقول : نأخذ من [تسميتهما]^(٣) قصدَ العوض وعدمَ الرضا بالتفويض ، ويفسد ما تعرضا له . ونقول : كأنّ التسمية لم تكن ، واضطررنا إلى إثبات عوض ، وكان إثباتُ قيمة البضع أقرب .

وهذان القولان يجريان في الخلع ، والمصالحة عن دم العمد ، فإنهما لا يفسدان بفساد العوض ، كالنكاح . فإذا جرى ذكر عوض فاسد ، وامتنع إثباته ، ففي قولٍ يثبت بدل ذلك العوض ، ويُجعل ذكر العوض التزاماً ، وفي قولٍ يُرجع إلى قيمة المقصود ، إمّا مهر المثل ، وإما الدية في المصالحة عن الدم .

٨٣٨٥- وكل ما ذكرناه فيه إذا عَيَّنَا عبداً ، فخرج مغصوباً ، فأما إذا خرج المعيّن حراً ، فقد أجمع الأئمة على تنزيل ذلك بمنزلة ما لو خرج عبداً مغصوباً . وطرّدوا [القولين]^(٤) فيما يجب : أحدهما - أنّ الواجب مهر المثل . والثاني - أنّ الواجب قيمة ذلك الشخص لو قُدِّرَ رقيقاً .

(١) في الأصل : قسمة .

(٢) في الأصل : « عينها » والضمير عائد على المسمّى ، كما هو واضح .

(٣) في الأصل : تسميتهما .

(٤) في الأصل : القول .

وها هنا يجب أن يتثبت الناظر .

قال الشيخ أبو بكر في مجموعه ، والقاضي في [طريقته] ^(١) : إنما نُجري القولين إذا لم تفسد العبارة ، فأما إذا فسدت ، فالرجوع إلى مهر المثل قولاً واحداً .
وبيان ذلك أنه لو قال : « أصدقتها هذا الحر » . فاللفظ فاسد ، والعقد لا ينعقد باللفظ الفاسد ، فالرجوع إلى مهر المثل . وإنما محل القولين فيه إذا قال : « أصدقتك هذا العبد » ، وهذا يُضعف القولين فيه إذا قال : أصدقتك هذا العبد ، فإذا تبيننا بالأخوة أنَّ اللفظ فاسد إذا بان ذلك الشخص حراً ، ولا حكم للظنون بعد التبين ، وتسمية الحر عبداً فاسد ، ولم يرد العقد على عبد مرسل .

قال شيخي أبو محمد : هذا له التفات على مخالفة [اللفظ] ^(٢) الإشارة في مثل قول القائل : « بعتك هذه الرَّمْكة » ، فإذا المشار إليه بقرة ، فإنَّ من أصحابنا من يغلب الإشارة ويصحح البيع ، ومنهم من يغلب العبارة ويفسدها . فإذا قال : أصدقتك هذا العبد ، فالعبارة صحيحة / ، والمشار إليه فاسد غير صالح للعوضية .

١٢٣ ش

وهذا الذي ذكره لا يشفي الغليل . وذلك أنَّ المشار إليه إذا فسد ، فيجب تنزيل العبارة على حكم الفساد ، والخلاف الذي ذكره ، فيه إذا اقتضت الإشارة تصحيحاً لو فرض الاقتصار عليها ، والعبارة تخالف الإشارة ، فمن الأصحاب من يُحبط العبارة ويغلب الإشارة .

وحاصل ما ذكره الأصحاب - بعد ما ذكرناه من وجوه الإشكال - أنه لو قال : « أصدقتك هذا الحر » ؛ فالرجوع إلى مهر المثل قولاً واحداً .
وإذا قال : « أصدقتك هذا العبد » - وهو حر - فقولان . هذا منتهى الإمكان .

٨٣٨٦- ولو قال : « أصدقتك هذا العصور » ، فتبين أنه خمر ، أو قال : « أصدقتك هذه النعجة » ، فإذا هي خنزير ؛ فقد اضطرب طرق الأئمة . فالذي قطع به شيخي وطائفة من الأصحاب : أنَّا نحكم بالرجوع إلى مهر المثل قولاً واحداً من غير

(١) في الأصل : طريقه .

(٢) في الأصل : مخالفة لفظ الإشارة .

تفصيل ، ولا ننظر إلى العبارة ما اشتملت عليه ، وذلك لأنّ الخنزير لا يقبل التقويم ، وكذلك الخمر ، فلو قوّمناهما ، لاستحال ، ولو قدرناهما نعجة وعصيراً ، كان هذا [تقريراً]^(١) لتقدير الصفة الخلقية ، وليس كالرق نقدره في الحر ؛ فإنه حكم ، والتقدير أن يحتمل تقدير الحكم ، فأما أن يبنى على تغيير الخلق ، فهذا لا سبيل إليه ، فصار تعذر التقويم في الخمر والخنزير بمثابة [تعذر]^(٢) التقويم في المجهول ، ولا خلاف أنّ من أصدق امرأته مجهولاً ، فالرجوع إلى مهر المثل .

٨٣٨٧- وذهب القاضي والصيدلاني إلى إجراء القولين في الخمر والخنزير ، ثم بنى هؤلاء مسلّكهم على العبارة ؛ فقالوا : إذا قال : « أصدقتك العصور » ، وهو من ذوات الأمثال ، فخرج خمرأ ، ففي قولٍ نوجب مهر المثل ، وفي قولٍ نوجب مثل العصور .

وإن قال : « أصدقتك هذه الخمر » ، فاللفظ فاسد على رأيهم ، والرجوع إلى مهر المثل . وعند ذلك تتفق الطرق .

ولست أدري ما يقوله هؤلاء فيه إذا قال : « أصدقتك هذا » ، واللفظ لا فساد فيه ، ولم يجز فيه ما نعتمده في تقويم أو اعتبارٍ مثلي ، والخمرة لا تتقوم ، فيظهر هاهنا أن ذلك ينزل منزلة قوله : « أصدقتك هذا الخمر » ؛ فإننا لو لم نقل به ، لم يمكننا أن نعتبر الخمر بالعصور ، ولو فعلنا توجّه أن نعتبرها خلاً ، ولا ضبط .

وببعد أن تُعتبر قيمتها عند من يرى لها قيمة - كما صار إليه بعض الأصحاب في أنكحة أهل الذمة إذا اتصلت بالإسلام ، وقد جرى القبض في بعض الخمور المجعولة صداقاً .

وكل ذلك خبطٌ في هذا المقام ، والوجه : القطع بالرجوع إلى مهر المثل في تسمية ي ١٢٤ الخمر ، وفي الإشارة المطلقة ، وليس كالإشارة المطلقة إلى الحر ؛ فإنه قد يتجه تنزيلها منزلة قوله : « أصدقتك هذا العبد » فإنّ تقويم الحر ممكن على حال .

(١) في الأصل : تقديرأ .

(٢) في الأصل : تعذير .

ومن لطيف ما يجب التعرض له : أنه إذا قال : « أصدقتك هذا العصير » ، فإذا الخمر مشوبةً بالماء ، فنعتبر عصيراً على قدرها . والجملة أننا نقدر تلك الشدة حلاوة ، إذ لو لم نفعل هذا ، فالعصير مجهول ، نص على ما ذكرته الصيدلاني .
وعلى هذا قد لا يكون العصير من ذوات الأمثال ، فالرجوع إلى القيمة .

٨٣٨٨- ووراء هذا غائلة ، وهي : أنه إن انقذ في الخمر والعصير ما ذكرناه ، [فما]^(١) وجهه في الشاة والخنزير ، وأنه شاة ترعى ؟ وكيف التقريب بين الشاة والخنزير ؟ فإن فهم إبدال الشدة بالحلاوة في الخمر ، وتقدير العصير ؛ فكيف السبيل في الشاة والخنزير ؟ وهذا وضّح أن الوجه : القطع بأن الرجوع إلى مهر المثل .
فهذا منتهى ما أردنا أن نذكره في حقيقة القولين في أن الصداق مضمون بالعقد [أو]^(٢) باليد .

ورجع حاصل الكلام في الفوات الطارئ والفساد المقترن : أن التقويم إن أمكن ، فقولان : أحدهما - أن الرجوع إلى مهر المثل .

والثاني - أن الرجوع إلى القيمة . والحر مما يمكن تقدير تقويمه ، والمجهول لا يمكن تقويمه ، فإذا اضطررنا إلى إثبات عوض ، فلا طريق إلا الرجوع إلى مهر المثل .

وإن فرعنا على أن الصداق مضمون باليد [ففي]^(٣) الخمر والخنزير التردد الذي حكيناه .

ولا خلاف أن الشقص إذا أثبت [صدقا]^(٤) ، فالشفيع لا يأخذه بقيمته ، وإن رجعنا في التفاصيل التي ذكرناها إلى قيمة الصداق ؛ فإن الشفيع أبداً يأخذ بعوض مقدر في مقابلة الشقص ، فبابه ينفصل عما [نحن]^(٥) فيه ، وهو بين عند التأمل .

(١) في الأصل : فيما .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : في .

(٤) في الأصل : إصدقا .

(٥) في الأصل : يختص .

فَصَحْحُ

٨٣٨٩- إذا تمهّد ما ذكرناه في تمهيد القولين ، جاز بعده أن نذكر ما يلحق الصداق في يد الزوج من ضروب التغاير ، فنذكر تقاسيم جامعةً ، ونوضح في كل قسم ما يليق به ، إن شاء الله عز وجل ، فنقول :

الصداق لا يخلو : إما أن يبقى على صفته حتى يسلمه إليها ، أو يطرأ مُغَيَّرٌ ، فإن بقي على هيئته حتى سلمه إليها ، فقد تخلص عن العهدة ، وإن تغير ، لم يخل : إمّا أن يتغير مع بقاء العين ، أو يتغير بالتلف .

فإن تغيّر مع بقاء العين ، لم يخل : إمّا أن تغير بالزيادة أو تغير بالنقصان ، فإن تغير بالزيادة ، فالصداق مع الزيادة مسلمة إليها ، سواء كانت متصلة أو منفصلة .

وإن كان التغير بالنقصان ، فلا يخلو : إما أن يتغير بنقصان جزء أو نقصان صفة ، فإن تغير بنقصان صفة ، فلا يخلو : إمّا أن ينتقص / بأفة سماوية أو جناية ، فإن انتقص بأفة سماوية فعمي ، أو عور ، أو سقطت إحدى يديه ، أو هزل وكان سميناً ، فهذا يتفرع على القولين في أنّ الصداق مضمون بالعقد أم باليد ؟ فإن قلنا : إنه مضمون بالعقد ، فلها الخيار بين الإجازة والفسخ ، فإن فسخت ، رجعت بمهر المثل ، كالمبيع يتعيّب في يد البائع ، فإنه يردّه المشتري إن شاء ويسترد الثمن . وإن أجازت ، رجعت بالصداق [معيناً]^(١) ولم ترجع بشيء ، كالمشتري يرضى بالعيب الحادث بالمبيع .

وإن قلنا : هو مضمون باليد ، فيثبت الخيار للمرأة أيضاً ، فإن فسخت ، رجعت بالقيمة ، وإن اختارت [أخذ]^(٢) الصداق ، كان لها أن تغرّمه أرش العيب ؛ فإنّ التفرع على أنّ الصداق مضمون باليد ، وما كان مضموناً باليد ، فعليه مضمون على صاحب اليد .

٨٣٩٠- ومما يتصل بهذا المنتهى أنّ المرأة إذا اطلعت على عيب قديم ، وقلنا :

(١) في الأصل : معيناً .

(٢) في الأصل : أخذت .

إنه مضمون باليد ، فإن فسخت ، رجعت إلى القيمة ، والاعتبار بقيمة العين وهي سالمة ؛ إذ هذا فائدة الفسخ .

فإن قيل : هلاً قلتم : إنها إذا ردت الصداق بالعيب ، كان الرجوع إلى مهر المثل ؟ وإن فرعنا على ضمان اليد ؛ فإنَّ التعويل في ضمان اليد على أنَّ عقد الصداق قائم لا يرتفع بتلف المهر ، والرد يتضمن الفسخ على كل حال ، فكان يجب أن يقال : إذا فسخت ، [فرجوعها]^(١) إلى مهر المثل ؟

قلنا : هذا وهم وغلط ؛ فإننا إذا أجرينا القولين في خروج المسمى مغضوباً وحرراً ، مع العلم بأن الحرية والاستحقاق يخلفان المعين عن الإصداق ، فالرد آخر لا يزيد على اقتران الاستحقاق والحرية بالعقد أولاً ، هذا إذا فسخت بالعيب القديم .

فأما إذا أجازت ، فالمسألة محتملة في أنها هل ترجع بأرش العيب ، والتفريع على قول القيمة ، وقد تردد جواب القاضي فيه ، حتى لم ينقل عنه جواب بائ ، وسبب الاحتمال أنا إذا جعلنا الإصداق مضموناً باليد ، فيكِّد الزوج لم تثبت إلا على معيب من وقت الإصداق ، فتغريمه الأرش - وقد قنعت المرأة بالعين - لا معنى له ، والأوجه في العقد أن تملك تغريمه ؛ فإنها رضيت بالعين أولاً على تقدير السلامة ، فكأنها استحققتها بالعقد ، فإن تخلفت ، كان ذلك كتخلف الرق عند بدو الحرية في الشخص المسمى . وكل ما ذكرناه فيه إذا انتقص الصداق بأفة سماوية .

٨٣٩١- فأما إذا انتقص بجناية جانٍ ، فلا يخلو : إمَّا أن ينتقص بجناتها ، أو جناية غيرها .

فإن انتقص بجناتها ، يسلم الزوج العينَ ناقصةً إليها ، وكانت / بالجناية في تقدير ١٢٥ ي القابضة لما نقص بالجناية .

وإن انتقص بجناية غيرها ، فلا يخلو : إمَّا أن ينتقص بجناية أجنبي ، أو بجناية الزوج .

فإن انتقص بجناية أجنبي ، فلها الخيار على القولين ، فإن أجازت ، وقلنا :

(١) في الأصل : رجوعها .

الصداق مضمون بالعقد ، رجعت بالأرْش على الأجنبي ؛ فإنه جنى عليها ، ولا طَلْبة لها على الزوج . وإن قلنا : الصداق مضمون باليد ، وقد أجازت ، فهي بالخيار يعد الإجازة بين أن ترجع بالأرْش على الأجنبي ، وبين أن ترجع به على الزوج ؛ وذلك أنَّ الصداق مضمون على الزوج ضماناً اليد ، ثم إن غرمت [الأجنبي] ^(١) ، فلا رجوع له على أحد ، وإن غرمت الزوج ، رجع بما يغرمه على الجاني الأجنبي . هذا إذا اختارت المرأة الإجازة ، وقدمنا الحكم على القولين فيه .

فأما إذا فسخت ؛ فإن قلنا : إنه مضمون بالعقد ، رجعت بمهر المثل ، فحسب ، وردّت العبد ، ثم الزوج يرجع على الأجنبي بأرْش الجناية .

وإن قلنا : الصداق مضمون باليد ، فإذا فسخت ، رجعت على الزوج بالقيمة مع تقدير السلامة عن هذا العيب ، ثم يتبع الزوجُ الجاني بالأرْش .

٨٣٩٢- وإن انتقص الصداق بجناية الزوج ، فإن قلنا : الصداق مضمون باليد ، فلها الخيار ، فإن أجازت ، أخذت العين ورجعت بالأرْش ، وإن فسخت ، رجعت بالقيمة مع تقدير السلامة . وإن قلنا : الصداق مضمون بالعقد ، وقد جنى الزوج ، فهذا ينبنى على أنَّ جناية البائع على المبيع يُنزَل منزلة الآفة السماوية ، أو يُنزَل منزلة جناية الأجنبي ؟ وفيه قولان ، فإن قلنا : حكمه حكم الانتقاص بالآفة السماوية ، فقد ذكرنا حكم ذلك ، وإن قلنا : حكمه حكم الانتقاص بجناية الأجنبي ، فقد ذكرنا حكم ذلك أيضاً . وكل ذلك فيه إذا كان التغيير بنقصان الصفة .

٨٣٩٣- فأما إذا نقص جزءٌ من الصداق ، وذلك بأن يصدقها عبيدين فيموت أحدهما ، أو [قفيْزين] ^(٢) فتلف أحدهما ، فهذا يلتحق بفروع تفريق الصفقة ، وتخريجه على قواعد التفريق هيّن . وظاهر المذهب أنَّ العقد لا يفسخ في القائم ، وينفسخ في التالف . والظاهر أنها إن أجازت العقد في القائم ، أجازته بحصته من الصداق ، ولا يخفى التفريع على الآخر .

(١) في الأصل : للأجنبي .

(٢) في الأصل : فقيرين .

فإن قلنا : إنه مضمون بالعقد ، رجعت بحصة التالف من مهر المثل ، وإن قلنا : مضمون باليد ، رجعت بقيمة التالف .

٨٣٩٤- وقد أفضت بنا التقاسيم بعد نجاز القول في التغاير إلى الكلام في تلف الصداق في يد الزوج ، فنقول : إن تلف بأفة سماوية / ، فالقولان مشهوران ، وهما أم ١٢٥ ش الباب ، وإن تلف الصداق بإتلاف مُتْلَف ، فلا يخلو : إمّا أن يكون المتلف هو المرأة ، أو غيرها .

فإن كانت هي المتلفة ، جعلناها قابضة للصداق ، وخرج الزوج عن العهدة . وإن كان المتلف غيرها ، لم يخل ؛ إمّا أن يكون أجنبياً ، أو يتلفه الزوج . فإن كان المتلف أجنبياً ، وفرّعنا على أن الصداق مضمون بالعقد ، فالمرأة بالخيار ، فإن فسخت ، رجعت على الزوج بمهر المثل ، ثم الزوج يتبع المتلف بالقيمة ، وإن أجازت ، اتبعت المتلف بالقيمة ، ولا طلبه لها على الزوج .

وإن قلنا : الصداق مضمون باليد ، فإن فسخت ، رجعت على الزوج بالقيمة ، ثم الزوج يتبع المتلف بها ، وإن أجازت فلها الخيار بين أن ترجع على الأجنبي المتلف بالقيمة ، وبين أن ترجع على الزوج ، ثم يرجع على المتلف بما يغرم .

وإن كان المتلف هو الزوج ، وقلنا : الصداق مضمون بالعقد ، فهذا يبتني على القولين في إتلاف البائع ، فإن جعلناه كالتلف بأفة سماوية ، رجعت بمهر المثل ، وإن قلنا : هو كإتلاف الأجنبي ، فقد سبق حكمه ، فإن فسخت ، رجعت بمهر المثل ، وإن أجازت رجعت بالقيمة .

وإن قلنا : الصداق مضمون باليد ، فهذا يتفرع على أنه على أي وجه يضمن ؟ فإن قلنا : إنه يضمن ضمان الغصب ، فلا فائدة لها في الفسخ ، بل لا معنى للفسخ ؛ فإنها كيف فرضت الأمر ، تُغرّم زوجها أقصى القيم . وإن قلنا : إنه يضمن باعتبار يوم الإصداق ، فإن كانت قيمة يوم الإصداق أكثر ، فلا فائدة في الفسخ أيضاً ، ولها قيمة ذلك اليوم إذا قلنا : إتلاف البائع كالتلف بأفة سماوية .

وإن قلنا : إتلافه كإتلاف الأجنبي ، فلو لم تفسخ ، فليس لها إلا قيمته عند

الإتلاف ، وإن فسخت غرمت الزوج قيمة يوم الإصداق .

وإن كانت القيمة يوم الإصداق أقل ، وقلنا : جناية البائع كالتلف بالآفة السماوية ، فلا فائدة في الفسخ ؛ فإنه ليس لها إلا قيمة يوم الإصداق ، فإن جعلنا التلف بجناية البائع كالمثل بجناية الأجنبي ، فلسنا نرى لها أيضاً فائدة في الفسخ ؛ فإنها إن لم تفسخ ، غرمتها قيمة يوم الإتلاف ، وهي أكثر ، وإن فسخت رجعت إلى قيمة يوم الإصداق ، وهي أقل . فلا ينبغي أن نثبت لها الفسخ ؛ إذ لا غرض فيه إلا التنقيص والخط ، وليس كما لو اطلع المشتري على عيب المبيع ، وكانت قيمته أكثر من الثمن مع العيب ، فإنما نثبت حق الرد لاختلاف جنس الثمن والمبيع المعيب ، فقد يكون له غرض في رد المعيب . فهذا ما رأيناه في ذلك .

ي ١٢٦ ٨٣٩٥- / ومما يتعلق بتمام البيان في هذه الفصول ، أن المرأة إذا طلبت الصداق ، فامتنع الزوج من تسليمه إليها حتى تلف ، فالامتناع ظلم منه وعدوان ، فإذا حصل التلف في يد عادية ، فينبغي أن نجعل ذلك [كحصول] ^(١) التلف بإتلافه ، ونقول : البائع لو منع المبيع ، فتلف في يده بعد ما وجب عليه تسليم المبيع ، فهو كما لو أتلفه ، [فذكر] ^(٢) حكم المهر إذا فرض بعد العدوان بالامتناع ، ونفرض هذا على القولين في أن الصداق مضمون بالعقد أم باليد ؟ فإن جعلناه مضموناً بالعقد ، فلها الخيار ، فإن فسخت رجعت بمهر المثل ، وإن أجازت ، فبالقيمة ، إذا جعلنا إتلاف الزوج كإتلاف الأجنبي .

فإن جعلنا إتلافه كالتلف بآفة سماوية ، فلا حاجة إلى الفسخ ؛ فإن الصداق يفسخ ولها مهر المثل .

وإن قلنا : الصداق مضمون باليد ، وفرعنا على أنه يُضمن ضمان الغصوب ، فلا فائدة لترديد النظر في الفسخ والإجازة ، ولها طلب أقصى القيم .

وإن قلنا : الصداق مضمون بقيمة يوم الإصداق ، وكانت قيمة يوم الإصداق أكثر ،

(١) في الأصل : بحصول .

(٢) في الأصل : فذكر .

فلا فائدة أيضاً ، ولها قيمة يوم الإصداق وإن كانت أقل ، ضمن أيضاً أكثر الأمرين ، من قيمة يوم الإصداق ، ومن قيمته من يوم المنع إلى يوم التلف ؛ لأنه متعدي بالمنع ، فيضمن ضمان الغصب بعد المنع .

٨٣٩٦- وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الصداق عيناً ، فأما إذا كان الصداق ديناً ، فالذي يليق بهذا القسم الكلام في جواز الاستبدال ، فإن فرعنا على أن الصداق مضمون باليد ، كان [كالقرض] ^(١) ، فإذا كان ديناً وقيمة المتلف ^(٢) ، فيجوز الاستبدال عنه قولاً واحداً ، فإننا إذا كنا نجعل العين المصدقة مضمونة باليد غير مضمونة بالعقد ، فنجعل الدين بمثابة ما يثبت لا على سبيل العوض .

وإن حكمنا بأن الصداق مضمون بالعقد ومنعنا بيعه قبل القبض عيناً ، فإذا كان ديناً كان كالثمن ، لا كالمسلم فيه ، وقد ذكرنا اختلاف قول الشافعي في جواز الاستبدال عن الأثمان .

وقد نجز الغرض من تقاسيم الفصل ، ونحن الآن نعقد فصلاً فيه إذا طلق الزوج زوجته قبل الميسس وبعده ، ونذكر حكم تشطر الصداق ، وما يلحقه من التشايطير في يده أو يدها .

فصل في

٨٣٩٧- إذا طلق زوجته قبل الدخول ، فقد استقر لها ملك الصداق ، فإن كانت قبضته/ على ما استحقته ، فلا كلام . وإن كان في يد الزوج ، فعليه تسليمه ، فإن ١٢٦ ش لحقه في يده تغير ، فقد تقدم القول فيه مستقصى .

وإن طلقها قبل الميسس ، فلا يخلو الصداق إما أن يكون عيناً أو ديناً ، فإن كان عيناً

(١) في الأصل : كالقرض .

(٢) كذا . والكلام مستقيم بدون قوله : « قيمة المتلف » . فالكلام هنا في الاستبدال عما في الذمة ، لا عن متلف ، وقيمته أو مثله . وانظر المسألة في الشرح الكبير : ٢٣٤/٨ ، والروضة : ٢٥٠/٧ .

فالمذهب الأصح أن نفس الطلاق يُشترط الصداق ، ويتضمن ارتداد نصفه إلى ملك الزوج سواء اختار ذلك أو لم يختره .

وفي المسألة وجه مشهور بأنه لا يرجع النصف إلى الزوج ما لم يختر تملكه ، فإذا اختاره ، رجع إليه إذ ذاك .

ووجه الوجه الأول ظاهر قوله تعالى : ﴿ فَصِّفْ مَا قُضِيَ مِنْكُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] ، وهذا حكم من الله تعالى ، لا تعلق له بقصد الزوج واختياره ، وأيضاً فإن موجب رجوع ما يرجع انبثأت النكاح قبل استيفاء المقصود ، حتى قيل : بقاء النصف عليها غير منقاس . وهذا المعنى يوجب حصول التشتر من غير قصد ، كالفسوخ التي تتضمن ارتداد جميع الصداق .

ومن نصر الوجه الضعيف ، احتج بأن الطلاق ليس فسخاً للنكاح ، ولكنه تصرف فيه ، غير أن الشرع أثبت له مستدركاً في مقدار من الصداق . فليعلق ذلك باختياره .

التفريع على الوجهين :

٨٣٩٨- إن حكمنا بأن الصداق يتشتر بنفس الطلاق من غير إحداث سبب آخر ، فلو حدثت زيادة بعد الطلاق ، فهي متشطرة بين الزوج والزوجة ؛ لأنها حدثت على المالكين . وإن قضينا بأن رجوع الشرط يتوقف على اختيار التملك ، فالزيادة الحادثة بعد الطلاق وقبل اختيار التملك خالصة للزوجة ، والمعنى بالزيادة ما انفصل .

ولو حدث بين الطلاق وبين اختيار التملك نقصان راجع إلى الصفة ، نظر : فإن كان الصداق في يده ، فلا إشكال ولا تفريع ، وإن كان في يدها ، تفرع على الوجهين : فإن قلنا : الملك في الشرط لا يرجع إلى الزوج قبل اختيار التملك ، فما حدث من عيب بعد الطلاق وقبل الاختيار ، [فهو]^(١) بمثابة ما يحدث من العيب قبل الطلاق ، فإذا جرى ذلك في يدها ، فللزوجة التخيّر بهذا السبب ، كما سنصفه على الاتصال بهذا ، إن شاء الله تعالى .

وإن حكمنا بأن الملك بنفس الطلاق يتشتر ، فإذا كان الصداق في يدها ، فالذي

(١) في الأصل : وهو .

ذهب إليه المحققون من أئمة المرافزة أن النصف الراجع إلى الزوج أمانة في يدها ، ولا يلحقها بسبب ما يطرأ من العيب بعد الطلاق من غير عدوانها عهداً وضمناً .

ولو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق ، ولم تنتسب إلى الاعتداء ، لم تضمن [النصف] ^(١) الراجع إلى زوجها .

هذا ما ذكره القاضي والصيدلاني وجماعة المرافزة .

وقطع العراقيون قولهم بأن النصف الراجع إلى الزوج مضمون عليها في يدها / ؛ فلو ١٢٧ ي تلف ضمانته من غير تقصير .

وشبهوا هذا النصف في يدها بما لو باع عبداً بجارية ، ثم ردت الجارية بالعيب ولزم رد العبد ، فما لم يرده على صاحبه يكون مضموناً عليه ، حتى لو تلف العبد في يده ، ضمنه . فهذا مسلكهم ، وهو مخالف لطريق المرافزة . وقد فرقوا بين النصف الراجع إلى الزوج ، وبين المسألة التي استشهد بها العراقيون من بيع الجارية بالعبد ، فقالوا : العبد عوض الجارية المردودة ، فإذا رُدَّت ، فمن حكم المعاوضة إثبات الضمان في العوض حتى يُردَّ ، والنصف من الصداق لا يرتد في مقابلة عوض ؛ فإنَّ النكاح لا يفسخ بالطلاق ، فالمسألة محتملة جداً ؛ فإنَّ رجوع نصف الصداق في مقابلة انقلاب منفعة البضع إليها من غير استيفاء ، ولولا هذا ، لكان يجب ألاَّ [يرتد] ^(٢) من الصداق شيء .

٨٣٩٩- ولو كانت قبضت الصداق ، ثم فسخ الزوج النكاح بسبب يتضمن استرداد جميع الصداق ، فالذي يقتضيه قياس الطرق كلها : أنَّ الصداق يكون مضموناً [عليها] ^(٣) حتى تردّه ؛ فإنه في هذا المقام يرتد ارتداد الأعواض في الفسوخ .

وإذا ارتد الزوج قبل المسيس ، وحكمنا بأنَّ رده بمنزلة الطلاق في تشطير الصداق ، فالعراقيون إذا ضمّنوها نصف الصداق عند الطلاق ، فلا شك أنهم يتردون مذهبهم في هذه الصورة .

(١) في الأصل : بالنصف .

(٢) في الأصل : يزيد .

(٣) في الأصل : عليه .

والذي يقتضيه قياس المرازمة أنَّ نصف الصداق لا يكون مضموناً على المرأة قياساً [على^(١)] نصفه وقد طُلِّقت قبل الميسس ، ولا نظر إلى الانفساخ ؛ فإنَّ الصداق في ذمة الزوج لا يرتد ارتداد الأعواض في الفسوخ ؛ إذ لو [كان^(٢)] يرتد ارتدادها ، لارتد جميع الصداق .

ومما يتعلق ببيان الوجهين ، أننا [إن^(٣)] جعلنا الطلاق بنفسه مشطراً ، فلا خيرة .

٨٤٠٠- ولو قال الزوج : طلقتك على أنَّ جميع الصداق متروك عليك ، فلا حكم للفظه ، وإن أراد ترك الصداق ، فليهب منها النصف المرتد إليه ، وإن حكمنا بأنَّ الارتداد يتوقف على اختيار التملك ، فسبيل اختياره كسبيل الرجوع في الهبة . وسيأتي شرح ما يكون رجوعاً فيها ، إن شاء الله تعالى .

٨٤٠١- والذي ترددت فيه مرامز كلام الأئمة : أنَّ المرأة بعد الطلاق هل تملك التصرف في النصف الذي يستحق الزوج تملكه قبل أن يختار التملك ؟ يجوز أن يُقال : تملك التصرف فيه ملك المتهب ، أو كما تملك قبل الطلاق التصرف في جميع الصداق ، مع قدرة الزوج على أن يطلقها متى شاء . وهذا هو القياس .

ش ١٢٧ ويجوز أن يُقال : لا تتصرف ، بخلاف المتهب ؛ فإنَّ الهبة / معقودة للإفضاء إلى تملك التصرف .

وكذلك القول فيما قبل الطلاق إذا طلقها الزوج ، فالطلاق سبب متجدد يقتضي التسلط على [تشطير^(٤)] الصداق ، فينبغي أن نُلحقها بالملك في زمان الخيار .

ثم على هذا يطول النظر في العتق والبيع ، وما يقبل التعليق وما لا يقبله ، وقد مضى تفصيل ذلك في أول كتاب البيع . والظاهر تنزيلها - على اشتراط اختيار التملك - منزلة المتهب ، ومنزلة المرأة قبل الطلاق ، حتى تسلط على التصرف .

ولا حاصل لقول من يقول : المتهب إذا تصرف في العين بإزالة الملك عنها ، لم

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : كانت .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) في الأصل : تشطّر .

يغرم للواهب شيئاً إذا رجع . والمرأة إذا أتلقت الصداق قبل اختيار التملك ، ثم اختار الزوج الرجوع إلى نصف الصداق ، فإنه يرجع عليها بشرط القيمة ؛ وذلك أن هذا المعنى يتحقق قبل الطلاق ، ثم تصرفها نافذ ، وإن كانت لو أخرجت العين ، رجع الزوج عليها بنصف قيمتها إذا طلقها .

٨٤٠٢- ومن تمام القول في ذلك أن الزوج إذا طلق قبل الميسس ، ولم يصادف عين [الصداق]^(١) ، والتفريع على اختيار التملك ، فهذا فيه عسر في هذه الحالة ، ولكن وجهه أن يثبت له اختيار الرجوع إلى شرط الصداق ، فإذا اختاره ، رجع عليها بنصف القيمة . ولا عود بعد ذلك إلى هذا الوجه الضعيف ، والتفريع على أن الطلاق بنفسه يشتر الصداق .

٨٤٠٣- وقد ذكر الشافعي في فصول (السواد) لفظة أشكلت على المراوزة ، فنذكرها ونذكر ما قيل فيها .

قال : « وهذا كله ما لم يقض له القاضي بنصفه ، فتكون ضامنة لما أصابه في يدها . . . إلخ »^(٢) ، فتقيد الشافعي الكلام بقضاء القاضي لا يليق بظاهر المذهب ؛ فإننا أوضحنا أن الظاهر تشطير الصداق بنفس الطلاق .

فقال الأئمة : معنى قوله : « هذا كله ما لم يقض له القاضي » . أي : لم يدخل وقت يقضي القاضي فيه بارتداد شرط الصداق إلى الزوج ، وكأن المراد أن ذلك إذا لم يطلق الزوج ، فإذا طلق ، فقد حان وقت القضاء للزوج بنصف الصداق إذا التمس ذلك من القاضي .

وقد ذكر شيخي في دروسه أن من أصحابنا من قال : يتوقف تشطير الصداق على قضاء القاضي ، وكان لا يحكي اختيار التملك كما ذكره الأصحاب ، بل كان يذكر المذهب الظاهر في التشطير ، ثم يقول : من أصحابنا من قال : لا يتشطر حتى يقضي القاضي بالتماس الزوج .

(١) في الأصل : الطلاق .

(٢) ر . المختصر : ١٩/٤ .

وهذا وإن كان يعتضد بظاهر النص ، فهو وهمٌ وغلطٌ لا شك فيه ، ولا يليقُ بمذهب الشافعي البتة .

ومما أشكل على المراوزة من هذا اللفظ أنَّ الشافعي قال : « فتكون حينئذ ضامنة » . وهذا تصريح بأنَّ النصف الراجع إلى الزوج مضمون عليها في يدها ، وهذا يطابق/ مذهب العراقيين . وقد ذكر المراوزة فيه تأويلاً مستكراً ، وقالوا : هذا مفروض فيه إذا امتنعت من رد الشرط مع طلب الزوج ، فتصير متعدية .

وهذا التأويل فيه بعد ، والممكن في التوجيه أنَّ الشافعي ذكر قضاء القاضي تحقيقاً للامتناع ، وتصويراً لمسييس الحاجة إلى الرفع إلى الحكام ، فإذا ذكّر الضمان ، وهذا يَقْوَى مع مصير الأصحاب إلى أنَّ قضاء القاضي لا أثر له ، فحصل بالحمل على ما ذكرناه من الامتناع صرفُ قضاء القاضي إلى الحاجة عند تقدير الحاجة .

٨٤٠٤- فإذا تبين ذلك ، عدنا بعده إلى التفریع على ظاهر المذهب ، وهو أنَّ الطلاق يُشْطَر بنفسه ، فنقول : الصداق لا يخلو ، إما أن يكون عيناً ، أو ديناً . فإن كان عيناً ، فلا يخلو : إما أن يكون قد تغير أو لم يتغير ، فإن لم يتغير ، فلا إشكال أنَّ الشرط راجع إلى الزوج ، وإن كان قد تغير ، فلا يخلو : إمَّا أن تغير بالزيادة ، أو بالنقصان ، أو بما هو نقصان من وجه ، وزيادة من وجه .

فإن تغير بالزيادة : فالزيادة لا تخلو : إمَّا أن تكون متصلة أو منفصلة ، فإن كانت منفصلة ؛ فهي خالصة لها إذا حصلت قبل الطلاق ، ويرجع الزوج في نصف العين سواء حصلت في يده أو يدها .

وإن كانت الزيادة متصلة ، فالمرأة بالخيار بين أن تسمح بالزيادة على الزوج ، وإذا هي سمحت ، رجع الزوج في نصف العين زائداً ، وليس له أن يكلفها القيمة - ذاهباً إلى الامتناع من قبول [مِتَّهَا]^(١) ؛ فإنَّ الزيادة المتصلة ليست مما يُفرد بمنحه ، وهي تجري على أقضية التبعية .

ويتصل بهذا المكان أنها إذا رضيت ، كفى رضاها ، ولا حاجة إلى قبول من جهة

(١) في الأصل : مَتَّهَا . وهو تصحيف عجيب .

الزوج^(١) ، ولا بد من تصريحها بالرضا ، ولا حاجة إلى منحة وهبة في تلك الزيادة^(٢) .

وإن لم ترضَ رَدَّ [نصف^(٣)] العين زائداً ، [استمسكت^(٤)] بها ، وللزوج نصفُ قيمة العين . وهاهنا نبحث عن وقت القيمة .

قال الأئمة : نعتبر أقل قيمة من يوم الإصداق إلى يوم التسليم إلى المرأة ، ولا نعتبر زيادة - إن كانت - بين الإصداق وبين التسليم ، ولا نعتبر زيادة بعد التسليم ، واعتل الأصحاب بأنَّ قيمة وقت الإصداق إن كانت أقل ، فما فرض من زيادة ، فهو في ملكها وحققها ، فلا تؤاخذ به . وإن فرض نقصان القيمة بعد الإصداق وقبل التسليم ، فهذا من ضمان الزوج ، فلا تؤاخذ المرأة به .

وكنتم أود لو قيل : إذا لم يطرأ عيب ، وإنما وجد تفاوت القيمة بارتفاع السعر ، فالاعتبار بقيمة يوم الطلاق ؛ فإنَّ الشطر إنما يترد إلى الزوج يومئذ والعين قائمة ، ١٢٨ ش ولكنه لا تردّها لمكان الزيادة ، فالوجه أن نقول : ما قيمة هذه العين لو لم تكن زائدة ، فنعتبرها . نعم ، لو تلفت العين قبل الطلاق ، فيتجه إذ ذاك اعتبار أقل قيمة من وقت الإصداق ، إلى وقت التسليم ، كما سنشرحها ، إن شاء الله عز وجل .

٨٤٠٥- ولو ازداد المبيع زيادة متصلة ، ففلس المشتري قبل توفر الثمن ، فالبائع يرجع في المبيع ، وإن كان زائداً ، ولا تصير الزيادة سبباً لإبطال حق الرجوع في العين .

ولأصحابنا مسألتان في محاولة الفرق بين الصداق وبين المبيع في حق المفلس . فالذي حكاه العراقيون عن أبي إسحاق المروزي أنه قال في الفرق : لو أبطلنا حق

(١) في الأصل : من جهة أن الزوج . والمعنى أنه لا حاجة إلى قبول من جهة الزوج لهذه الزيادة المتصلة .

(٢) عبّر عن هذه المسألة العز بن عبد السلام بإيجاز شديد ، قائلاً : « وليس له أن يطلب القيمة دفعاً للمنة ؛ إذ لا وقع لها » (ر . الغاية في اختصار النهاية : ج ٣ لوحة ٩٢ ش) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : استمسك .

الرجوع للبائع في المبيع ، فهذا يُثبت للغرماء حق المضاربة ، وليس في قطع حق الزوج [عن^(١)] عين الصداق ما يُحبط حقه في المالية ؛ فإنه إن لم يرجع في نصف العين ، يرجع في نصف قيمة العين ، حتى لو فرض الطلاق وهي مفلسة والحجر مطرد ، فللزواج الاستبداد بنصف الصداق وإن كان زائداً ؛ فإنه لو لم يرجع بالعين^(٢) ، لضارب بالقيمة .

وهذه الطريقة غير مرضية ، والوجه أن يقال في الفرق : البائع يرجع إلى المبيع بسبب فسخ البيع ، وهذا يستند إلى استحقاق متعلق بالعقد ، وإن كان الفسخ قطعاً للعقد في الحال ، وذلك أنَّ العوضية تقضي ألا يُسَلَّم عوضٌ من أحد الجانبين ما لم يُسَلَّم مقابله في الجانب الثاني ، فلما كان حق فسخ البائع مستنداً إلى حالة العقد ، والزيادة حدثت بعد العقد ، يجوز أن يقال : لا اعتبار بها وتقع تابعة .

وأما رجوع نصف الصداق إلى الزوج بالطلاق ، فليس يستند إلى أصل العقد استناداً استحقاق يوجبه مقتضى العقد ، وإنما هو أمر جديد لا ارتباط له بالاستحقاق السابق . فعلى هذا إذا كانت المرأة محجوراً عليها ، نظر ، فإن تقدم الطلاق على الحجر ، فنصف الصداق قد ارتد إلى الزوج ، فطريان الحجر لا يسقط ملك الزوج .

وإن جرى الحجر ثم طرأ الطلاق ، فظاهر كلام الأصحاب أنَّ الزوج لا يكون أولى بنصف الصداق ، [فإنَّ سبب استحقاقه تجدد بعد تعلُّق حقوق الغرماء بعين الصداق]^(٣) . فهذا ما نقوله ولا زيادة .

فحاصل المذهب إذاً أنَّ البائع يرجع بالعين المبيعة وإن زادت زيادةً متصلةً .

والزوج هل يرجع [إذا جرى الطلاق]^(٤) بعد الحجر ؟ فيه تردُّد ظاهر للأصحاب ، منهم من قال : لا يرجع ، وإن لم تزد العين . ومنهم من قال : يرجع .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) واضحٌ أن المقصود : بنصف العين .

(٣) ما بين المعقفين مكان عبارة الأصل المضطربة هكذا : « فإنَّ سبب استحقاقه تجدد بعد التعلق بحقوق الغرماء تعين الصداق » .

(٤) في الأصل : إلى اجرا الطلاق .

ثم الذين أثبتوا حق الرجوع/ اختلفوا في أن الصداق لو كان زائداً زيادة متصلة ١٢٩ ي والمرأة محجور عليها ، فهل يمتنع رجوعه بسبب الزيادة ؟ فيه اختلاف بين الأصحاب ، منهم من قال : يمتنع رجوعه إلا أن ترضى ويرضى الغرماء ، ومنهم من قال : لا يمتنع رجوعه بسبب الزيادة ، كما لا يمتنع رجوع البائع في البيع وإن كان زائداً .

٨٤٠٦- ولو زاد الصداق في يد المرأة زيادة متصلة ، ففسخ الزوج النكاح بعيب بها ، فالزيادة في هذا المقام لا تمنع الرجوع إلى العين ، ولا أثر لها ، كما لا أثر لها في الرد بالعيب والرجوع بسبب الإفلاس إلى المبيع ؛ والسبب فيه أن فسخ النكاح يستند إلى استحقاق السلامة ، وهو مستند إلى أصل العقد .

ولو زاد الصداق في يدها ، فارتد ، فقد ذكرنا أن الارتداد يوجب تشطير الصداق كالطلاق ، فإذا كان كذلك ؛ فالزيادة المتصلة تُثبت للمرأة الخيار كما يثبت لها الخيار إذا كانت مطلقة .

وإذا ارتدت المرأة ، فردتها قبل المسيس توجب سقوط جميع المهر بطريق الانفساخ ، وفي كلام العراقيين تردد في أن الزيادة المتصلة في هذه الصورة هل تمنع الزوج من الرجوع إلى العين ؟ والمسألة محتملة ؛ من حيث إن النكاح ينفسخ [بالرّدة]^(١) ، ولكن هذا الانفساخ لا استناد له إلى العقد ، بخلاف الفسخ الذي يجري بتخلف [السلامة]^(٢) المستحقة بالعقد ، فيجوز أن يقال : الزيادة المتصلة تُثبت لها الخيار في الاستمسك بالعين ، كما تقدم ذكره في ردة الزوج ، ويجوز أن يقال : لا خيرة لها ؛ فإنها منتسبة إلى ما يوجب قطع النكاح ؛ فنَبَتْ حَقَّهَا عن التعلق بالزيادة ، كما [بتناه]^(٣) عن أصل الصداق ، والمسألة محتملة مما يليق بأسرار الفقه .

٨٤٠٧- ولا إيضاح لمقصود المسألة ما دام يختلج ما ذكرناه في الصدر ؛ وذلك أنا

(١) في الأصل : ينفسخ بالزيادة .

(٢) في الأصل : الزيادة . والمثبت تصرف من المحقق .

(٣) في الأصل : « بتناه » بدون فك الإدغام .

إذا أثبتنا الخيرة للمرأة ، فيمتنع ارتدادُ شرط الصداق ما دامت المرأة مستمرة على خيرتها ، وبمثل هذا المعنى يعسر من الزوج مطالبتها بنصف القيمة ؛ فإن التخير من جانبها يوجب تفويض الأمر إلى رأيها ، ورأيها ليس على الفور ، فكيف السبيل ، وما الوجه ؟ وبأي طريق ينفصل الفقه في هذه المسألة ؟ فنقول :

إن أعرضنا جميعاً عن الطلب والرد ؛ فالأمر موقوف في حق الزوج ، متردد بين القيمة وبين العين وإن وجه الزوج الطالبة ، فحقُّ عليها أن ترد نصف العين مع الزيادة أو تغرم نصف القيمة ، وليس لها التسويق والمدافعة ، فإن دافعت رُفعت إلى القاضي ، ثم لا يجزم الزوج دعواه في القيمة ولا في العين ؛ فإن إثبات الخيرة لها يمنع الجزم في كل واحد من الوجهين ، والقاضي لا يقتضي منها على أن يحبسها لتبذل القيمة/ أو ١٢٩ العين إذا كانت العين عتيقة^(١) ؛ فإن تعلّق الزوج بالعين يزيد على تعلّق المرتهن بالرهن ، وتعلق الغرماء بالتركة التي أحاطت الديون بها ، فنقول لها : إن كان شرط القيمة أقلّ من نصف العين ، فيُصرف إلى الزوج نصف القيمة ، ويُدفع الفاضل إليها ، وإن كانت العين لا تزيد على القيمة ؛ ففي هذا احتمال ، يجوز أن يقال : لا يسلم القاضي نصف العين إلى الزوج ، بل يبيعه رجاءً أن يجد زبوناً فيشتريه بما يساوي ، ويتجه في هذا أن يقال : يسلم العين إليه إذا لم يكن فضلٌ في القيمة ؛ لأن حق الزوج متأكد في مالية العين ، فالطلاق على المذهب الظاهر يملكه شرط الصداق من غير اختيار .

هذا منتهى القول فيه .

٨٤٠٨- ومن بدائع الأشياء اضطراب الأصحاب في معنى قول الشافعي : « وذلك كله ما لم يقض له القاضي » ، وكلامه متصل بذكر زيادة الصداق ، ويتعين عندي حملُ كلام الشافعي في أن القضاء على امتناعها عن [التسليم]^(٢) قد يقضي القاضي بتسليم العين في الصورة التي ذكرناها ، وظاهر كلام الشافعي دليل على أنه لا يسلم العين إلى

(١) عتيقة : أي حاضرة .

(٢) في الأصل : التحريم .

الزوج مطلقاً ؛ فإنه جعلها ضامنة إذا تلفت العين .

هذا كله تفصيل القول فيه إذا تغير الصداق بالزيادة .

٨٤٠٩- فأما إذا تغير بالنقصان ، فلا يخلو ، إما أن يكون في يده ، أو يدها ، فإن اتفق تعيب الصداق في يده ، ثم طلقها ، فحق الزوج في نصف العين ، فإن النقصان محسوب [عليه]^(١) وقد حدث في ضمانه لها ، والحق ردُّ العين ، كما فصلناه في تغير الصداق في يد الزوج بالتعيب .

ومما يتصل بهذا أن الصداق لو تعيب في يد الزوج بسبب جنابة أجنبي فغرمت [الأجنبي]^(٢) الأرض ، ثم طلقها الزوج قبل المسيس ، فلو كان هذا التعيب بآفة سماوية ، لم يكن للزوج إلا نصف الصداق ، وهو معيب ، والآن العيب الكائن بالصداق على صورة العيب بالآفة السماوية ولكنها فازت بالأرض ، وغرمت الأجنبي ، فهل يرجع إلى الزوج نصف ذلك الأرض ؟

هذا مما روجع القاضي فيه ، فلم يُحر جواباً جازماً ، ووجه التردد في المسألة نبهنا عليه في أن هذا العيب جرى والصداق في ضمان الزوج ، وهي أخذت الأرض بحق ملكها ، كما تأخذ الزوائد ، والرأي الظاهر أن الزوج يرجع بنصف من ذلك الأرض ؛ فإن النقصان استخلف الأرض ، وقيمة الشيء في الماليات تنزل منزلته ، فكأن العيب لم يقع ، فهذا إذا حدث العيب في يد الزوج .

٨٤١٠- وإن حدث النقصان في يدها ثم طلقها الزوج ، فهو بالخيار بين أن يرضى بنصف العين ناقصاً ، ويرجع فيها مع النقصان ولا يغرّمها/ الأرض ، وبين أن يترك عين ١٣٠ ي الصداق عليها لمكان العيب ، ويغرّمها نصف القيمة ، وهذا بناء المروزة على أن ما يرتد إلى الزوج أمانة في يدها ، فلا تؤاخذ بأرشف النقص .

ويجوز أن يقال : وإن حكمنا بأنها مؤاخذة بالتعيب والتلف بعد الطلاق في نصيب الزوج ، فلا يلزمها أرشف أيضاً ؛ فإن التعيب قد جرى والصداق ملكها ، وليس كما إذا

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : الزوج . والمثبت تصرف منا ليناسب التفرع الآتي بعده .

قلنا الصداق مضمون باليد ، ثم عاب في يد الزوج ؛ فإننا نثبت للمرأة تغريم الزوج الأرض ، والفرق أن الزوج ممسكٌ ملكها بيد ضامنة ، على القول الذي نفرع عليه ، وموجب ذلك أن يغرم لها أرش النقصان كما يغرم المستعير والآخذ على سبيل السوم ، والمرأة ليست حافظة للزوج ملكاً قبل الطلاق .

فهذا ما ذكره الأئمة وفيه على حال احتمال ؛ من جهة أن الصداق لو تلف قبل الطلاق ، لغرمت له نصف القيمة ، ومن يغرم القيمة بجهة ، لا يبعد أن يغرم أرش النقص بتلك الجهة .

وإذا اشترى الرجل عبداً بجارية وجرى التقابض ، ثم وجد قابض العبد بالعبد عيباً ، فرده ، فإذا الجارية قد عابت عيباً حادثاً في يد قابضها ، فقد جرى العيب في دوام ملك قابض الجارية ، كما جرى العيب في الصداق في دوام ملك المرأة ، ثم إذا ردَّ قابضُ العبدِ العبدَ ، فقد ظهر مصيرُ الأصحاب إلى أنه يسترد الجارية مع أرش العيب الحادث ؛ فإنها لو تلفت ، لرد العبد واسترد قيمتها . وهذا قد ذكرته في أحكام العيوب في البيع ، وذكرت مضطرب الأصحاب فيه .

ويجوز أن يقال : ليس الصداق كالمسألة التي استشهدنا بها ؛ من قبل أن من ردَّ العبد إنما ردّه لتخلف سلامة استحقيها بالعقد ، [فعهدة]^(١) التقابل في العوضين بينة ، وهذا لا يتحقق في الصداق .

فقد تحصل مما ذكرنا أن الذي ذكره الأصحاب في الطرق أن الزوج بالخيار إن شاء رضي بالنصف من غير أرش ، وإن شاء طالب بنصف القيمة ، وهذا بمثابة تعيب المبيع في يد البائع من وجه . فإننا نقول : إن شاء المشتري ردَّ المبيع بالعيب ، وفسخ البيع ، واسترد الثمن ، وإن شاء رضي به معيباً .

فهذا ما رأيته للأصحاب ولم أر غيره ، وقد أومأت إلى وجه الاحتمال ، والظاهر ما ذكره الأصحاب في المعنى أيضاً ، هذا منتهى القول في تغير الصداق بالزيادة ، وتغيره بالنقصان .

(١) في الأصل : فعهد .

٨٤١١- فأما إذا تغير بما يكون زيادة من وجه ونقصاناً من وجه ، وذلك مثل أن يكون العبد المصدق صغيراً فكبر ، وازدادت قوته التي هي مادة العمل ، وسبب تكثير المنفعة ، وانتقص من حيث القيمة لمجاوزته/ نضارة المراهقة . وقد يفرض في هذا ١٣٠ ش القسم زيادةً محضة ليست في عينها نقصان مع عيب ليس فيه زيادة ، مثل أن يتعلم العبد المصدق صنعةً ، ولكن اعورّت عينه ، فقد اجتمع فيه النقص والزيادة .

ومن صور هذا القسم أن يصدقها [أشجاراً]^(١) فتصير [قحاماً]^(٢) وترقل^(٣) ، فكبرها زيادة ، ولكن يقل ثمرها .

والحكم في هذا القسم أن الخيار يثبت من الجانبين جميعاً ، فإن رضيت المرأة برد النصف ، فللزواج أن يأبى لمكان النقصان ، وإن طلب الزوج العين ، فللمرأة أن تأبى لمكان الزيادة .

وليس لنا أن نقول : إذا لم ترد القيمة لمكان النقص ، ولم تنتقص القيمة لمكان

(١) في الأصل : « شجرة » والمثبت تصرفٌ منا لكي يستقيم الكلام مع قوله « قحاماً » ؛ فإنها جمع قَحْمَة ، كما سيأتي في التعليق الذي بعد هذا .

(٢) (قحاماً) : رسمت في الأصل هكذا (لحاماً) وقد رنا هذا الرسم تصحيحاً عن (قحاماً) لما رأيناه في عبارة الإمام الشافعي في الأم ، والمزني في المختصر . وهكذا جاءت (صفوة المذهب) .

(و) (قحاماً) : جمع قَحْمَة ، وزان نعجة ونعاج ، والقحمة : النخلة الكبيرة الدقيقة الأسفل ، القليلة السعف (المعجم والمصباح) .

ثم لنا هنا ملاحظتان :

الأولى - أن ما رأيناه من معاجم (الأساس ، والقاموس المحيط ، والمصباح ، والوسيط) إما تذكر (القحمة) صفةً للنخل خاصة من بين الأشجار ، وإما أن لا تذكر ذلك أصلاً ، عند تصريف مادة (ق . ح . م) وذكر معانيها .

على حين وجدنا وصف الشجرة (بالقحمة) والأشجار (بالقحام) عند المزني والشافعي . الثانية - أن إمام الحرمين ذكر صيرورة الأشجار قحاماً وإرقالها ، من باب التغير بالزيادة ، على حين يفهم من معناها ، ومن عبارة الإمام الشافعي في الأم ، والمزني في المختصر أن هذا من باب التغير بالنقص . (الأم : ٥٦/٥ ، والمختصر : ٢٠/٤) .

(٣) ترقل : أرقل الشجر طال . (القاموس ، والمعجم ، والمصباح) .

الزيادة ، فيجعل كأن لا زيادة ولا نقصان ، وهذا لا سبيل إليه ولا قائل به ؛ فإن الزيادة قد تُعنى لعينها ، وإن فرض نقصان ، فالنقصان قد يُجتنب ، وإن كانت زيادة ، فلا طريق إلا إثبات الخيار من الجانبين لوجود العلتين ، فالنقص علة خيار الزوج ، والزيادة علة^(١) خيار المرأة ، فإن اتفقا على الرجوع في نصف العين ، فذاك ، وإن أبى أحدهما ، فالرجوع إلى نصف القيمة ، ثم لا تكفي الزيادة في صورتها ؛ فإن الزيادة التي لا تُطلب ليست زيادة كالسَّلعة^(٢) تطلع واللحية تنبت .

٨٤١٢- وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الصداق عيناً ، فإن كان ديناً ؛ فإذا طلقها ، فلا يخلو : إما أن كان سلم الصداق إليها [أو]^(٣) لم يسلم ، فإن لم يسلم الصداق إليها ، وطلقها قبل المسيس ، فتبرأ ذمته عن نصف الصداق ، وهو مطالب من جهتها بالنصف الباقي ، وإذا فرعنا على الوجه الضعيف في أن رجوع الشطر إلى الزوج موقوف على اختياره ، فيجب طرد هذا في الدين أيضاً ، حتى يتوقف سقوط النصف عن ذمته على اختياره ، والعلم عند الله تعالى .

ولو أصدقها ديناً - كما صورناه - وسلم إليها ما التزم لها على الصفة المذكورة ، فإن طلقها قبل المسيس ، فله الرجوع بالنصف ، فإن كانت تلك الأعيان المقبوضة فائتة ، غرمت للزوج نصف البدل ، وإن كانت تيك الأعيان باقية فهل يتعين حق الزوج في المقبوض ، [أم]^(٤) لها أن تغرم حق الزوج من مال آخر ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لا يتعين حقه ، لأن العقد لم يتعلق بهذه العين ابتداءً وإنما اعتمد الوصف .

والثاني - أن حقه يتعين ؛ لأنه تعين بالقبض ، وهذا يكون سبيل كل دين يوفى على مستحقه .

وكان شيخي يطرد هذين الوجهين في الثمن الواقع في الذمة إذا وُفّر ووُفّي ، ثم طراً

(١) في الأصل : عليه .

(٢) السَّلعة : خراج كهينة الغدة تتحرك بالتحريك ، وقال الأطباء : هي ورم غليظ غير ملترق باللحم ، يتحرك بتحريكه ، وله غلاف (المصباح) .

(٣) في الأصل : ولم .

(٤) في الأصل : إذ .

فسخ يوجب استرداد الثمن ، ورأيته مرة يطلب الفرق / بين ما ذكرناه في الصداق وبين ١٣١ ي ما أشرنا إليه في الفسوخ ، ويقول : الفسخ وإن كان قطعاً في الحال ، فهو مستأصل للعقد ، بخلاف ما يقتضيه الطلاق من التشطير ، وقد أجرينا في أجزاء الكلام ما يشير إلى قريب من هذا فيما نفيناه وأثبتناه .

فَرَجٌ : ٨٤١٣- إذا أصدق الرجل امرأته جارية ، فبقيت في يد الزوج ، وعلقت بولد حادث وولده ، ثم ماتت الجارية قبل القبض ، وطلقها قبل المسيس ، قال العراقيون : هذا يُخرَج على القولين في أن الصداق مضمون بالعقد أم باليد ؟ وأنه بماذا يرجع ؟ فإن قلنا : إنه يرجع بنصف القيمة فالولد بتمامه لها ؛ فإنه حدث في ملكها ، وجرى الطلاق بعد انفصاله واستقلاله ، ونحن على قول القيمة لا نحكم بانفساخ الصداق بالتلف ، بل نقضي ببقاء العقد ، قالوا : وإن قلنا : الصداق مضمون بالعقد وهي ترجع عليه بنصف مهر المثل ، نقلوا عن الشافعي أنه قال : الولد للزوج ، ولا حظ لها فيه ، فإننا إذا أوجبنا نصف مهر المثل ، فقد أوجبناه قبل العقد ونقضنا الملك استئصالاً .

وفي المسألة قول مخرَج على أن الولد يكون لها ؛ فإن الفسخ والانفساخ لا يستند إلى زمان متقدم ، بل يقطع الملك في الحال ، وقد تقدم حصول المولود على سبب الانفساخ ، وقد ذكرنا مثل هذا الاختلاف فيه إذا اشترى الرجل جارية ، فولدت أولاداً في يد البائع ، ثم ماتت في يده وحكمنا بانفساخ العقد ، فالأولاد للبائع أو للمشتري ؟ فيه خلاف قدمته ، وقياس المذهب أن الأولاد للمشتري ، لما نبهنا عليه .

فَرَجٌ : ٨٤١٤- قال العراقيون إذا أصدق الرجل جاريةً حبلى ، ثم ولدت ، وقلنا : إن الولد يثبت في حكم المعاوضة ، ولو كان في البيع ، لقبول بقسط من الثمن ، فإذا ولدت ، وطلقها قبل المسيس ، ورضيت برد عين الصداق ، فهل للزوج حظ في الولد ؟ وما حكمه ؟ ذكروا فيه وجهين : أحدهما - له حظ فيه ، ولكن زاد الولد بعد الولادة ، فتغرم له قيمة نصف الولد يوم الولادة . ووجه هذا بين في القياس .

والوجه الثاني - أنه لا حظ للزوج في الولد ؛ فإنه كان حملاً يوم العقد ، ولا يمكن معرفة قيمته وهو حمل ، ولما انفصل ، فهو زيادة في ملكها بعد الإصداق ، ولا يمكننا

أن نضبط ما بين الحمل والولادة ، ولا طريق إلا أن يسقط حظ الزوج من الولد بالكلية .

ش ١٣١

وإن فرّعنا على أنه مقابلٌ بقسطٍ من العوض ؛ فإن الصداق / ليس يتمحض عوضاً .

وهذا الذي ذكروه ، فيه اضطراب ، وحاصله : أن الزيادة المتصلة لا حكم لها في البيع ، فإذا قلنا : الولد يقابله قسط من الثمن ، فانفصل ، لم تُغير تلك الزيادة التي حصلت بالولادة حكمه ، والزيادة المتصلة لها حكم في الصداق ، ثم عُسّر اعتبارها بين احتساب الحمل وبين انفصاله ، فكان ترددهم لذلك .

وإذا قلنا : الحمل لا يقابله قسط من الثمن ، فالوجه : القطع بأنه لا حظ للزوج في الولد ، وهو بمثابة ما لو حدث العلوق به بعد العقد .

فَصْلٌ

قال الشافعي : « والنخل مُطْلَعَةٌ . . . الفصل »^(١) .

٨٤١٥- ذكر الشافعي تفصيل القول فيه إذا أُصدق امرأته نخيلاً ، فأطلعت ، ثم طلقها قبل الميسس ، وهذه المسألة كثيرة الأقسام منتشرة الأحكام ، والرأي أن نمهد في أولها ما يدخل تحت التمهيد ، ثم نرسل المسائل ونذكر في كل مسألة ما يليق بها ، ونطلب الاستيعاب جهداً ، ثم نُتبع المسائل بما يضبطها ، والله ولي التوفيق .

فنقول : أولاً الطلع قبل التأبير زيادةٌ محضة لا نقصان فيها ، وحمل الجارية زيادة من وجه ، نقصان من وجه ، لما فيه من الإفضاء إلى الغرر ، والحمل في البهائم ، فيه وجهان ذكرهما العراقيون : أحدهما - زيادة من كل وجه ؛ فإنه لا يفضي إلى الخطر في غالب الأمر .

والثاني - أنه زيادة ونقصان ، كما ذكرنا في الحبالى ، فإن كل حامل تلد ، فلا بد من أن يدخلها نقص في البنية .

٨٤١٦- فهذه مقدمة ذكرناها ، ونعود بعدها إلى رسم المسائل على أقرب ترتيب ،

فنقول : إذا أصدقها نخيلاً ، فأطلعت ، وأُبرت ، ثمّ [طلقها]^(١) ، فالشمار بعد التأبير في حكم زيادة منفصلة ، فلو أراد الزوج أن يكلف المرأة قطع الشمار ، لم يكن له ذلك ، فإنها ظهرت ، والملكُ ملكها ، فلا سبيل إلى إجبارها على قطع ثمارها ، ولو قال : أرجع في نصف النخيل ونصف الشمار ، لم يكن له ذلك ؛ فإن جميع الشمار لها ؛ من أجل أنها ظهرت وملكها كامل في الصداق .

ولو قال الزوج : أرجع في نصف النخيل وأترك ثمارك إلى الجدّاد ، فلا ينفصل الأمر بهذا المقدار ؛ فإنها تحتاج إلى تنمة ثمارها بالسقي ، ثم فائدة السقي لا تنحصر على الشمار ، بل يرجع الحظ الأوفر إلى النخيل ؛ فلا سبيل إلى تكليفها السقي ، وفائدته ترجع إلى ما يُقدّر راجعاً إلى الزوج بحكم التشطر .

ولو قالت المرأة للزوج المطلق : اصبر حتى آخذ ثماري ، ثم أرجع ، لم يكن لها أن تكلف الزوج ذلك ؛ فإن فيه إلزامه تأخير حقه / وهذا لا سبيل إليه .

١٣٢ ي

ولو [قالت]^(٢) : أرجع في نصف النخيل وبقّ ثماري إلى الجدّاد ، واسق ما رجع إليك ، لم يكن لها ذلك ؛ فإن سقيه يرجع فائدته إلى ثمارها ، فتكليف الرجل تنمية ثمارها لا وجه له .

فهذه مسائل اتفق الأصحاب عليها . وعلى الناظر في المسألة أن يفهمها ويودعها حفظه مفصلة .

ولو قالت : أرجع في نصف النخيل ، وقد تركتُ عليك نصف الشمار ، نُظر ، فإن كانت الشمار مؤبّرة ؛ فهل يلزم الزوج ذلك ؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - لا يلزمه قبول الشمار ؛ فإنها زوائد في حكم المنفصلة ؛ فالإلزامه قبولها وتقلّد منّيها بعيد .

والثاني - يلزمه ؛ فإن الشمار وإن كان لها حكم الانفصال ؛ فهي كالمتصلة في هذه المسائل . لعسر الأمر ، وتعذر إمضائه مع رعاية الجانيين ، فصار تعذر الأمر بمثابة تعذر فصل الزوائد المتصلة .

(١) في الأصل : « ثم طلعها » . والمثبت من (صفوة المذهب) .

(٢) في الأصل : قال . وهو واضح من السياق ، وقد صدّفته (صفوة المذهب) .

وإن كانت الثمار بعد طلوعها غير مؤبّرة ، فالذي ذهب إليه جماهير الأصحاب : أنها قبل التأبير بمثابة السّمْن ، وسائر الزوائد المتصلة ، حتى لو تركت على زوجها نصف الطلع ، لزمه قبوله .

وذكر العراقيون وصاحب التقريب طريقة أخرى من تنزيل الثمار قبل التأبير منزلتها إذا هي أُبّرت ، حتى تُخَرَّجَ المسألة على وجهين في أن الزوج هل يُجبر على قبولها إذا سمحت بها ؟ وسبب ذلك أن الثمار قبل التأبير تقبل الأفراد بالبيع على رأي ظاهر ، خلاف السّمْن وغيره من الزوائد المتصلة .

٨٤١٧- ومما يتعلق بذلك أن الزوج لو قال : أرجع في نصف النخيل وألتزم السقي ، فهل يجاب إلى ذلك ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يجاب ؛ [فإنه]^(١) كفاها مؤونة السقي وهذا هو الذي كنا نحاذره في إلزامها بسقي نخيل الغير ، والثاني - لا يلزمها إجابته ؛ فإنه لا يجد بداً من مداخلة [البستان]^(٢) في سقي النخيل وتعهدا ، وقد لا ترضى المرأة به ، فإن لم نوجب إجابته إلى ما يلتمس من ذلك ، فلا كلام ، وإن [أوجبنا]^(٣) إجابته ، فالتزامه السقي وعدّ منه ، إن وفى به ، استقر الأمر ، وإن بدا له ، فلا معترض ، ولكن يبين أن رجوعه في نصف النخيل باطل .

فتبين مما ذكرناه أن هذا الرجوع في حكم الموقوف على ما يتبين من الوفاء بالسقي أو الإخلاف في الموعد .

وألحق الأئمة بهذه الصورة ما لو أصدقها جارية ، فولدت في يدها ولدًا مملوكًا ، واقتضى الحكم أن يكون الولد لها ، فقال الزوج : أرجع بالجارية ، وأمنعها من إرضاع المولود ، فليس له ذلك ؛ فإن فيه إضراراً عظيماً بالولد . و[لو]^(٤) قال : أرجع في

(١) في الأصل : فإن .

(٢) في الأصل غير مقروءة (انظر صورتها) والمثبت تقدير منا على ضوء عبارة الرافعي ؛ فإنه قال : « ... لأنها قد لا ترضى بيده ودخوله البستان » (الشرح الكبير : ٣٠٠ / ٨) . وهي كذلك في

(صفوة المذهب) .

(٣) في الأصل : أجبنا .

(٤) زيادة من المحقق . وقد صدقته (صفوة المذهب) .

نصف الجارية/ وأرضى أن تُرضع الولد ؛ فهل يجب إسعافه ؟ فعلى الوجهين ١٣٢ ش
المذكورين في النخيل والتزام سقيها ، ونصّ الشافعي في مسألة الولد يدل على [أن]^(١)
الرجل لا يجاب [بما يعد]^(٢) ؛ فإنه لا يلزمه الوفاء بالموعود .

٨٤١٨- ومما نذكره مرسلًا ، أن الزوج والزوجة لو تراضيا في النخيل على أن يؤخر
الزوج حقه ولا يتعرض له إلى أوان الجدّاد ، ثم إذ ذاك يطلب حقه من نصف النخيل ،
فإذا وقع التراضي على هذا الوجه ، لم نتعرض عليهما ، ولم نتعرض لهما ، ولكن
ليس يلزمهما الوفاء بما تراضيا عليه ، فإن الزوج رضي بتأخر حقه ، وتأجيل ما لا يلزم
فيه الأجل ، فله الرجوع عما قال .

ولو أصر الرجل على مواعده ، فأرادت المرأة الرجوع ، كان لها ذلك ؛ لأنها تحتاج
إلى السقي والتعهد ، ثم يرجع النفع إلى النخيل ، ومآل الأمر مصير نصف النخيل إلى
الزوج ، [فلها]^(٣) أن ترجع عن رضاها بذلك ، فإنهما لم يُذكر بينهما في الصورة التي
ذكرناها إلا تواعداً على تأخير الحق غير لازم ، كما ذكرنا .

ولو تراضيا على أن يرجع الزوج إلى الملك في نصف النخيل عاجلاً ، ويترك الثمار
لها إلى وقت الجدّاد ، فإذا ثبت تراضيهما على هذا الوجه ، لزم الوفاء به ؛ فإن بدا
للزوج ، وقال : أحتاج إلى سقي النخيل ، والنفع يرجع إلى ثمارها ، قلنا : قد
رضيت ، فإن شئت فاترك السقي ، ونحن حملنا رضاك على التزام الضرر ، إن كان
ضرر .

ولو قالت المرأة : رجعت عن رضاي ، فإني أحتاج إلى السقي لأجل الثمار ،
والنفع يرجع إلى النخيل ، قلنا : اتركي السقي ، فإن كان يلحقك ضرر ، فقد رضيت
به .

(١) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها . وهي في (صفوة المذهب) .

(٢) في الأصل : ما يعد . وقد حكى هذا الرافعي نقلاً عن إمام الحرمين ، قال : « قال الإمام (أي
إمام الحرمين) : ونصّ الشافعي رضي الله عنه يدل على أنه لا يجاب » (ر . الشرح الكبير :
٣٠١ / ٨) .

(٣) في الأصل : فله .

ويخرج منه أن كل واحد منهما لا يرجع عما رضي به ، ولا يجب على واحد منهما السقي ، فمن أراحه ، لم يمنع منه .

فهذا بيان هذه المسائل المرسلة ، ولم نذكر بعد عند تنازعهما ما نحملهما عليه ؛ لأن ذلك يبين آخرأ .

٨٤١٩- ونحن نذكر نوعاً من الضبط ، ثم نختم المسألة بما فيه تمام البيان ، إن شاء الله عز وجل .

فنقول : هذه المسائل تجرى على ثلاثة أصناف : أحدها - مفروض فيما يقوله الرجل ، والمرأة تأباه .

والثاني - فيما تقوله المرأة ، والرجل يأباه .

والثالث - فيما يتراضيان عليه .

فأما ما يقوله ؛ فمنه أن يقول : اقطعي الثمار ، فلا يجاب . ومنه أن يقول : أرجع إلى نصف النخيل مع نصف الثمار ، فلا يجاب . ومنه أن يقول : أرجع إلى نصف النخيل ، ولا ألتزم السقي والتعهد ، ففي المسألة وجهان : أظهرهما - أنه لا يجاب إلى ذلك ، ولا تكلف المرأة الرضا به ، لما قدمنا ذكره من ضررها بمداخلته . فهذا بيان ما يذكره الزوج مبتدئاً .

ي ١٣٣ فأما ما تذكره المرأة/ والزوج [يأباه]^(١) ، فمن ذلك أن تقول : أخر حقك إلى الجداد ، فلا تجاب ؛ فإن حق الزوج معجل ، ولو قالت : أرجع في نصف [الشجر]^(٢) ، وثمرتي تبقى ، فالرجل لا يجيبها إلى مرادها ، فإن الثمار [تمتص]^(٣) من رطوبات الأشجار ، إن لم تُسَق ، فإن سُقيت ، فالنفع يرجع بعض الرجوع إلى الثمار ، ولو أنها ابتدرت وجدّت الثمرة عاجلاً ، فحق الزوج يثبت في نصف العين إذا لم تُنتَقَص الأشجار بالثمار^(٤) ولم تُكسر سَعَفها وأغصانها .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : الشجرة .

(٣) في الأصل : تختص .

(٤) كذا . ولعلها « بالجداد » .

ولو قالت : خذ نصف النخيل ونصف الثمار ، فهل يجبر الزوج على قبول ذلك ؟ فيه وجهان : وذكر تفصيل في المؤبرة وغير المؤبرة ، فهذا بيان قسمين .

القسم الثالث : فيما يتراضيان عليه ، وفيه مسألتان : إحداهما - أن يتراضيا على أن يسقي الزوج حتى تُجَدَّ الثمرة ، فهذا تواعد ، ولا يجب على واحد منهما الوفاء بما وعد . والمسألة الثانية - أن يتراضيا على أن يختار الزوج نصف النخيل في الحال ، وتبقى الثمرة [إلى] ^(١) الجداد ، فعلى كل واحد منهما ضرار من وجه ، وقد بينا ابتداء كل واحد منهما بذكر هذا القسم ، وأوضحنا أنه لا يُجَاب إلى مُلْتَمَسِه ، فإذا وقع التراضي منهما ، فقد رضي كل واحد بما يناله من الضرر في هذا القسم . وليس ما وقع التراضي به تواعداً على تأخير حق ، ولكن مضمون ما تراضيا عليه تعجيل حق لزم .

فهذا بيان تراحم الأقسام .

وليعلم الناظر أنا لم نغادر من البيان شيئاً ولكن طباع هذا الفصل تقتضي أن يكرره الناظر مراراً .

ثم وراء ذلك المقصود ؛ فإننا ذكرنا ابتداء كل واحد منهما ، وأوضحنا ما يُجَاب إليه وما لا يُجَاب ، ثم ذكرنا تراضيهما .

٨٤٢٠- والمقصود الأظهر أن نبيّن ما يجب تحصيله إذا ارتفعا إلى مجلس الحكم متنازعين ، فلم تسمح تيك بالثمار ، [وروجعنا] ^(٢) في حق الزوج ، فنقول : حقه الناجز نصف القيمة ؛ فإن في الرجوع إلى العين من العُسر ما نبّهنا عليه ، ولا سبيل إلى تأخير حق الزوج ، وإن عادت فرضيت ببدل المهر ، ففيه الكلام السابق . وإن رضيت بمداخلته ، ففيه اضطراب السقي . وإن قال الزوج : رضيت بتأخير حقي ، ففيه اضطراب السقي ، وإن تراضيا ، وقعنا في قسم التراضي [والتزام] ^(٣) نصف القيمة ، لهذا هو اللائق بمحل التنازع لا غير .

(١) في الأصل : في .

(٢) في الأصل : ورجعنا .

(٣) في الأصل : وألزم .

٨٤٢١- ثم وراء نجاز هذا أمور مرسلة يجب التنبه لها ، منها : أنا وإن كنا نفرّع على أن نفس الطلاق يشطر الصداق من غير احتياج إلى اختيار التملك ، فذاك فيه إذا لم يعترض مانعٌ ما . أما إذا اعترض في الصداق أمثالُ ما ذكرناه من فرض لحوق الضرر ١٣٣ ش بالجانبين ، فجريان الملك في عين الصداق أو/ الرجوع إلى القيمة يتوقف على ما سبق التواطؤ عليه ، أو يفرض الإرهاق إليه عند التنازع . وهذا وإن كان بيناً ، فلا يضير التنبيه له .

٨٤٢٢- ومما نرى ذكره أنا أجرينا ذكر الثمار ، وهي طلعُ حالة الطلاق ، ولم تؤبّر ، وأدرنا فيه التفاصيل والأقسام ، وقد ذكرنا في كتاب التفليس أن النخيل إذا أطلعت في يد المشتري ، ثم استمر الحجر - والثمار غير مؤبرة - فقد نرى رجوعها إلى البائع إذا أثر فسخ البيع ، وقد يجرى مثل هذا في الحمل أيضاً إذا حدث ، وكان الحمل قائماً وقت الرجوع .

وهذا لا يجري في الصداق ؛ والسبب فيه أن الطلع والحمل لا ينحطان عن زيادة متصلة ، وقد ذكرنا أن الزيادة المتصلة تُثبت للمرأة حق الاستسماك بعين الصداق ، والزيادة المتصلة لا أثر لها في المبيع الذي يرجع فيه البائع ، [فإننا]^(١) جعلنا الطلع والحمل كزيادة متصلة ، تعلق بهما رجوع البائع ، ولا يتحقق مثل هذا في حق الزوج .

٨٤٢٣- ومما نذكره في اختتام الفصل : أنه لو أصدق امراته نوعاً آخر من الأشجار سوى النخيل ، فانعقد نورُها في يدها ، فظهور النور ينزل منزلة بدو الطلع ، وانعقاد الثمار مع تناثر النور ينزل منزلة التأبير .

وقد بان الغرضُ في كل واحد من الأصلين ، وهذا نجاز الفصل .

(١) في الأصل : « فإذا » .

فَضْلُكَ

قال الشافعي : « وكذلك الأرض تزرعها أو تغرسها أو تحرثها . . . إلى آخره »^(١) .

رأى المزنّي هذه الأمور مجتمعة في كلام الشافعي ، ونقله على [إثراء]^(٢) مسألة الطلع ، وظن أن الشافعي يُجري الغراس والزرع والحراثة مجرى الطلع في كل تفصيل ، وأخذ يعترض ويبين أن الزراعة في الأرض نقصٌ من جميع الوجوه ، في كلام طويل له ، وكلامه في بيان تفاوت الزرع والغراس والحراثة صحيح ، ولكن [ظنه أن الشافعي]^(٣) أجراها مجرى الطلع خطأ ، وفي نظم كلام الشافعي تعقيدٌ لا يطلع عليه إلا من جمع إلى فهمه أوفر حظ من اللغة ، والشافعي ذكر فيما تقدم من المسائل ما يكون نقصاً محضاً ، وذكر ما يكون زيادةً من كل وجه ، وأبان الحكم فيما يكون زيادةً من وجهٍ ونقصاناً من وجه ، ثم ذكر الزراعة والغراس والحراثة عطفاً على الأقسام المختلفة ، ولم يعطفها على الطلع خاصة ، ونحن نذكر الآن التفصيل في المسائل التي جمعها المزنّي في الفصل .

٨٤٢٤- أما الزرع فنقصانٌ في الأرض من كل وجه ، فلا نكلف الزوج الرضا بنصف الأرض مزروعة ، وله نصف القيمة والأرض بيضاء ، فإن رضي بها مزروعة / ، لزم ١٣٤ ي إجابته ، وليس كما قدمناه في الثمار ؛ من جهة أن الزوج إذا رضي بنصف النخيل وتَبَقِيَّةِ الثمار للمرأة ، فالسقي الذي يُنَمِّي الثمار يزيد في الأشجار ، والسقي الذي ينمي الزرع لا ينفع الأرض ، فإذا رضي الزوج بنصف الأرض ، وجبت إجابته ؛ فإن الأرض لا تزداد بتعهد الزرع .

فعلى هذا لو تبرعت على الزوج بنصف الزرع - إذا كان لا يرضى بنصف الأرض لمكان الزرع - فقد ذكرنا وجهين في أنها لو تبرعت بنصف الثمار المؤثرة في مسألة

(١) ر . المختصر : ٢١/٤ .

(٢) في الأصل : أكثر .

(٣) في الأصل : ظن أنه بان للشافعي .

النخيل ، فهل يُجبر الزوج على قبوله ، والزرع في حكم الثمار المؤبرة ؟ فتخرج المسألة على وجهين في إجبار الزوج على القبول .

وهذا الذي ذكره صاحب التقريب غلط مأخوذ عليه ؛ من جهة أن الثمار زيادة لا تنقص النخيل ، والزرع وإن كان زيادة ، فالأرض منتقصة به ، وقد ذكرنا أنه إذا اجتمعت زيادة ونقصان ، لم يملك واحد منهما إجبار صاحبه .

ومما يتعلق بالزرع : أن الزوج إذا طلقها ، فابتدرت واقتلعت الزرع ؛ فالغالب أن النقص يبقى في الأرض إلى مدة ؛ فإن الأرض فيما ذكره الحرائثون تضعف بالزراعة ، ولذلك يعسر [موالاة]^(١) الزراعة في كل سنة ، فإن فرض زرع لا يُعقب نقصاً في الأرض ، فإذا ابتدرت وقلعت الزرع ؛ فحق الزوج [انحصار]^(٢) في نصف الأرض ، فإن [أعقب]^(٣) الزرع نقصاناً ، فالزوج على خيرته ، فإن رضي بقبول نصف الأرض مزروعة ، فعليه أن يُبقي الزرع فيها بالأجرة ؛ [لأنها]^(٤) زرعت - لما زرعت - ملكها الخالص . هذا قولنا في الزرع .

٨٤٢٥- أما الغراس ؛ فإنه بمثابة الزرع في جميع ما ذكرناه ؛ فإن الأرض مفردة ناقصة القيمة ، والغرس لا يزيد لها شيئاً ، فإن بذلت نصف الغراس ، فهو كما لو بذلت نصف الزرع ، فلا معنى للإعادة ، فهو كالزرع في كل وجه .

٨٤٢٦- وأما الحرث فإن كانت الأرض معدة للزراعة ، فهو زيادة متصلة من كل وجه ، ثم لا يخفى حكم الزيادة ، وإن كانت مهتأة للبناء ، فهو نقصان ، لأنه [لا يتأتى]^(٥) البناء على الأرض المحروثة إلا ببذل مؤونة في تنزيدها ، ولا معنى للإطباب بعد وضوح المقصد .

(١) في الأصل : « مواراة » بهذا الرسم تماماً . والمثبت تصرف من المحقق . صدقته (صفوة المذهب) .

(٢) في الأصل : نقص .

(٣) في الأصل : أعقت .

(٤) في الأصل : أنها .

(٥) في الأصل : لا يأتى . والمثبت تصرف من المحقق .

فَصْلٌ

قال : « ولو ولدت الأمة في يديه أو تُنجبت الماشية . . . إلى آخره »^(١) .

٨٤٢٧- إذا أصدق الرجل امرأته جاريةً حاملاً ، أو شاةً ماخضاً ، فهذا يبنى على أن الحمل هل يقابله قسط من العوض في البيع ؟ وفيه اختلاف مذكور في موضعه . فإن قلنا : للحمل قسط ، فهو كما لو أصدقها عَيْنَيْنِ ، فإذا طلقها قبل الدخول يرجع في نصف الأم ، ولا يخلص الولد لها .

ثم يتصل بذلك / أن الولد إذا انفصل ، فهذا في حكم زيادة متصلة ، والجارية قد ١٣٤ ش تُعيّنها الولادة ، فيقع التفصيل في عيبٍ بأحد العينين ، وزيادة العين الثانية . وقد تمهّد التفصيل في القاعدتين .

والذي نزيده الآن : أن من أصحابنا من جعل نفس انفصال الولد [زيادة]^(٢) ؛ فإنه كذلك ؛ إذ التفاوت بين الجنين وبين الولد المنفصل أكثر من التفاوت بين العبد السمين والهزيل ، وهذا في ظاهره إخلالة وإشعار بالفقه ، ولكنه يغمض بالتفريع ؛ فإننا إذا جعلنا الولادة زيادة ، فيثبت للمرأة حق الاستمسك بالولد ، ثم بناؤنا على أن الزوج يرجع في قسط من الولد ، فكيف يقدر رجوعه في نصف قيمة الولد ، وهو مجتنبٌ ، والجنين لا يُتَقَوَّمُ في البطن ؟ فأول إمكان تقويمه ، إذا انفصل . وإذا أثبتنا للزوج نصفَ قيمته منفصلاً ، ففيه نقضُ المصير إلى أن الولد زيادة ، وإذا جاز أن تغرم له نصف قيمة المولود حالة الانفصال ، فينبغي أن نُسلم إليه نصف المولود . وإن قال هذا القائل : تُقَوَّمُ الجارية حاملاً ، ونصرف إليه نصفَ قيمتها ، وإذا فعلنا ذلك ، فقد أشركناه في الحمل ، فهذا محال ؛ فإن التفريع على أن الحمل يقابله قسط من العوض ، كما يقابل أحدَ العبدَيْنِ قسْطُ من الثمن إذا اشتمل العقد على عبيدين .

والذي يوضح ذلك : أنا إذا ألزمتنا المغرور بحرية زوجته قيمة الولد ، اعتبرنا حالة

(١) ر . المختصر : ٢٢ / ٤ .

(٢) في الأصل : بزيادة .

الانفصال . وإن كان تفويت الرق مستنداً إلى حالة الاختيار ؛ فالصحيح إذاً أن الولد إذا انفصل ، وجرى الطلاق [بعد] ^(١) انفصالة - والتفريع على أنه يُقَابَلُ بقسطٍ من العوض - فالزوج يرجع في نصف الولد . نعم ، إذا مضت أيام من الانفصال ، والصبي ينمو فيها ، لا محالة ، فيتصل الكلام بالزيادة ^(٢) .
وكل ما ذكرناه فيه إذا قلنا : للولد قسط .

وإن قلنا [لا] ^(٣) قسط له من العوض ، فإذا ولدت ، ثم [طَلَّقَ] ^(٤) الزوج ، فحكمها [حكم] ^(٥) ما لو كانت [حائلاً] ^(٦) يوم الإصداق ، فحبلت في يد الزوج وولدت ، فلا حظ للزوج في الولد ، ويقع النظر في الأم ، وقد [انتقصت] ^(٧) بالولادة .
ثم الفرق بين أن يجري ذلك في يده أو يدها ، [قد] ^(٨) مضى مستقصى ، ونحن بنينا كتابنا لهذا على رفض المعادات جهداً ، سيما إذا قرب العهد ، ونعيد البسط لمواقع الإشكال .

٨٤٢٨- وقد يتصل بما انتهينا إليه أن نقصان الولادة في يد الزوج مضمون عليه ، كما بيّنا أثر ذلك ، وما يحصل من النقص في يدها يُثبت للزوج حق الخيار في الرجوع من العين إلى القيمة .

فلو كانت حاملاً في يد الزوج ، ثم ولدت في يد الزوجة ، وانتقصت بالولادة ، ي ١٣٥ فهذا نقصان حدث/ في يدها ، ولكنه مترتب على سبب كان في يد الزوج ؛ فإن لكل جنين اتصال ، ولكل حاملاً تمام ، فيجب بناء هذا على المبيع إذا [جُرْحَ] ^(٩) في يد

-
- (١) في الأصل : مع .
 - (٢) أي أنه لا يرجع بنصفه لزيادته .
 - (٣) ساقطة من الأصل .
 - (٤) في الأصل : طلقت .
 - (٥) في الأصل : « حكمه » .
 - (٦) في الأصل : حائلة .
 - (٧) في الأصل : انتقصت .
 - (٨) في الأصل : « وقد » بزيادة (الواو) .
 - (٩) في الأصل : خرج .

البائع ، ثم سرت الجراحة في يد المشتري ، فقد ظهر الاختلاف في ذلك : من أصحابنا من جعل السراية من ضمان البائع ؛ لأن سببها الجراحة ، فعلى هذا نقصان الولادة من ضمان الزوج ، وإن حدث في يدها ؛ لأن الحمل كان موجوداً في يده .

ومن أصحابنا من قال : نقصان السراية من ضمان المشتري ؛ لأنه حدث في يده ، فعلى هذا نقصان الولادة من ضمانها .

وقد بان حكم ضمانه و ضمانها وإبراء كل واحد من الضمانين .

٨٤٢٩- ثم إن المزني اختار من القول في كيفية الضمان ، أن الصداق مضمون بالعقد ، واحتج بنصوص الشافعي في مسائل ، وأخذ يُعَدِّدها ، ونحن نتبع ما أورد ، ونذكر في كل مسألة ما يليق بها ، مع اجتناب التكرير جهداً .

فمما استشهد به : مسألة من مسائل الصداق ، ذكرها الشافعي في كتاب الخلع - وهي : أن الزوج إذا أصدق امرأته داراً ، فاحترقت ، قال الشافعي [في^(١)] جواب المسألة : المرأة بالخيار بين أن تفسخ وترجع بمهر المثل ، وبين أن ترضى بالعَرَصَة [وتجيزها]^(٢) بحصتها من المهر .

وهذه المسألة لها مقدمة مذكورة في الكتب ، ونحن نذكر منها قدر الحاجة ، ثم نرمز إلى تخريج المسألة على الأصول وتنزيلها عليها ، فنقول : إذا اشترى الرجل عبيدين ، فتلّف أحدهما في يد البائع ، فالقول الأصح : أن العقد لا يفسخ في القائم ، وينفسخ في التالف ، والقاعدة أن العقد إذا ورد على ما يقبل العقد وعلى ما لا يقبله ، وبطل فيما لا يقبله ، ففي بطلانه فيما يقبله القولان المعروفان . ثم إن صححنا العقد ، فالخيار معروف ، فإن اختار المشتري الإجازة ؛ فإنه يجيز العقد فيما قبل العقد بجميع الثمن أو بقسطه ؟ فعلى قولين .

وإذا تلف أحد العبيدين ، فالأظهر أن الانفساخ في التالف لا يوجب الانفساخ في

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في الأصل : « وتحيزها » . وأصر الناسخ على تأكيد هذا برسم حاء صغيرة تحت حرف الحاء .

القائم ؛ فإن العقد قد ورد عليهما ، وكان سبب ارتفاعه في التالف تلفه ، ثم إذا فرضت الإجازة ، فالمذهب : أن العقد يجاز في الباقي بقسط ، بخلاف ما ذكرناه في أول العقد . والفرق أن الثمن في أول العقد لم يقابل أحدهما ، وقد قابل الثمن [العبدين ، ^(١)] ويستحيل إذا تلف أحدهما أن يقابل [بتمامه] ^(٢) الثاني ، على مناقضة المقابلة التي جرت ، وهذا مذكور في تفريق الصفقة ، فهذا أصل جددنا العهد به .

ش ١٣٥ ومن الأصول أن أطراف العبد أوصاف ، ولا يثبت لها حكم / الانفراد في المقابلة بالعوض ، وإذا اشترى الرجل داراً ، فانهدمت ، نظر : فإن كان النقض قائماً ؛ فالذي فات ، أوصاف لا تقابل بقسط من العوض ، وإن فات النقض باحترق أو [جرف] ^(٣) سيل ، وبقيت العرصة بيضاء ، فقد ظهر اختلاف أصحابنا في أعيان النقض ، فمنهم من أجراها مجرى أطراف العبد ، حتى تقدّر أوصاف العبد ، ومنهم من أجراها مجرى عبد مع عبد إذا فرض التلف في أحدهما ، وقد تقدم تمهيد ذلك في المعاملات .

ونحن نرجع بعد هذا إلى غرض المسألة ، فإذا أصدق الرجل امرأته داراً فانهدمت ، نظر : فإن فات النظم والتآلف ، والنقض قائم ؛ فلها الخيار إذا جرى ذلك في يد الزوج . ثم القول في الفسخ والإجازة ، وما يقع الرجوع به [من] ^(٤) مهر المثل والقيمة على ما تفصل في نقصان الصداق بالآفة السماوية .

وإن فات عين النقض ، خرج هذا على أن النقض صفة أو عين مقصودة ، فهو كما إذا أصدقها عبداً ، فسقطت أطرافه .

ومحل تعلق المزني أنه نقل عن الشافعي رجوعها إلى مهر المثل ، وطريق الجواب في مثل هذا بيت .

(١) في الأصل : للعبدین .

(٢) في الأصل : لتمام .

(٣) في الأصل : خرق .

(٤) في الأصل : في .

فَصْلٌ

قال : « ولو جعل ثمر النخل في قوارير وجعل عليها صَقْرًا من صَقَر نخلها . . . إلى آخره »^(١) .

الصَّقَر^(٢) قطارة الرطب من غير أن يعرض على النار ، فإن عُرِضَ على النار ، فهو دَبْس ، وإنما صور الشافعي هذه المسألة على عادة الحجازيين ، فإنهم يجتنون الرطب ، ويتركونه في قوارير ويصبّون عليه من القَطَر استبقاءً لرطوبة الرطب ، وقد يسمونه كذلك .

فصورة المسألة : أنه إذا أصدقها نخلة [فجعل]^(٣) على رطبها صقرًا ، ويفضي الأمر إلى التفصيل في انتهاء التغير إلى التعيب ، وفي نقيض ذلك .

واختلف أصحابنا في وضع المسألة وتصويرها . فمنهم من قال : صورتها إذا كانت الثمرة صداقًا ، وكانت كائنة حالة الإصداق ؛ فإن أصدقها نخلة عليها ثمرة مؤبرة أو غير مؤبرة ، ثم فعل بالثمرة وصقَرها ما وصفناه . وإنما حمل هؤلاء النصَّ على هذه الصورة ؛ لأن الشافعي أثبت لها الخيارَ [لما]^(٤) يلحق الثمرة وعصيرها من التغير . وهذا يتضمن كونها صداقًا ، فتفريع هذه المسألة عند هذا القائل أن يقول : إذا كانت الثمرة وصقَرها موجودةً حالة العقد [ووقعت]^(٥) صداقًا ، فلا يخلو ، إما ألا ينتقص الرطب والصقر ، فإن كان ذلك ، فلا خيار لها ، والزوج كفاها شغل الاجتناء ، وتحمل المؤنة . وإن انتقص ، فلا يخلو إما أن يكون ذلك انتقاص صفةٍ أو انتقاص عَيْن . فإن كان نقصانَ صفةٍ ، وذلك بأن كان العصير يساوي/ ثلاثة دراهم ، فعاد إلى ١٣٦ درهمين ، والمكيلة بحالها لم تنتقص ، فلها الخيار . فإن فسخت ، لم يخفَ تفرعُها

(١) ر . المختصر : ٢٤ / ٤ .

(٢) بفتح القاف وسكونها .

(٣) سقطت من الأصل .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) في الأصل : « وقعت » .

على اختلاف الأحوال ، فالمسألة مفروضة في نقص ثبت بسبب فعل من الزوج ، وهو بمثابة عيب لحق المبيع بجناية البائع ، ولسنا لإعادة تلك الفصول . [فإن^(١)] أجازت العقد ، فتخريج أرش النقصان على قولي اليد والعقد كما مضى .

٨٤٣٠- وإن كان النقصان نقصان عين - مثل أن كان أخذ من الصقر مكيلتين ، فشربت الأرباب مكيلاً ، وبقي مكيلاً ، فحكم ذلك حكم ما لو أصدقها عبيدين ، ثم أتلّف الزوج أحدهما . ولا يخفى تفريع ذلك .

ثم يتصل الكلام : إذا رأينا - على قول اليد - لها الرجوع إلى بدل الفائت ، لا إلى بدل البضع ، فالنظر في المثل والقيمة ، والقول في أن الرطب هل هو من ذوات الأمثال ، وكذلك الصقر إذا طبخ ومازجه ماء ، أو كان صِرْفاً ، كل ذلك مما تقدم .

وهذه المسألة وأمثالها يُطَوَّلُها المتكلفون بإعادة الأصول ، ثم لا يعتنون بالغوص على جليّات المسائل فضلاً عن [مُعوصاتها]^(٢) .

وقد يطرأ في أمثال هذه المسألة ما يجب التنبه له ، فقد تزلّ عنه القريحة ، وذلك أن الرطب إذا تشرب بعض الصقر ، وصار مستهلكاً فيه وزناً ، ولكن ازدادت قيمة الرطب ، [فما]^(٣) نقص من مكيلة الصقر مضمون ، وإن ازدادت قيمة الرطب بسبب ما تشرب من الصقر ، وهذا بمثابة ما لو أصدق امرأته قضيماً^(٤) ودابة ، ثم علّفت الدابة القضيّم ، فانتفعت الدابة وسمنت ، فتلك الزيادة حق المرأة ، والقضيّم مضمون على الزوج .

٨٤٣١- ومن أصحابنا من قال صورة المسألة فيه إذا لم تكن^(٥) للمرأة صداقاً ، وما كانت موجودة حالة العقد ، بل كان أصدقها نخلة ، ثم أثمرت في يده ، فالثمرة

(١) في الأصل : وإن .

(٢) في الأصل : مغضاتها .

(٣) في الأصل : فيما .

(٤) القضيّم : فعيلٌ من قضم . والمراد به هنا العلف .

(٥) لم تكن : أي الثمرة .

تحدث ملكاً لها . وليست من جملة الصداق . ونص الشافعي مصرّحٌ بهذا في الكبير .

فإذا كانت الصورة مفروضة على هذا الوجه ، فليست المسألة من مسائل الصداق ، ولكنها من مسائل [الغصوب]^(١) ، فهو كما لو غصب رجل رطباً وعصيراً ، وصب العصير على الرطب ، فالقول في ذلك ينقسم وينفصل ، وقد يتعفن الرطب تعفنًا ساريًا غير متناهي العفن ، وقد مضى ذلك مستقصى في كتاب الغصوب . فلا معنى للخوض فيه .

وقد يقع الفرض فيه إذا صب على التمر الذي ليس بصداق صقرًا من عند نفسه ، فيكون كظائره في الغصوب ، مثل أن يغصب ثوباً فيصبغه بصبغ من عند نفسه ، وهو من أصول الغصوب ، ولست أؤثر أن أذكر في هذه المسائل / إلا مراسمها ، ولا ينقطع ١٣٦ ش ترتيب فصول [السود]^(٢) ، وإلا فلا معنى لإعادة الأصول . وقد تمس الحاجة إلى إعادة أطراف منها ، والمقصود غيرها ، أما إعادتها بأعيانها ، فلا يليق بغرضنا .

٨٤٣٢- ومما ذكره الأصحاب أن الثمرة لو كانت صداقاً ، فصب عليها الزوج من صقر نفسه ، وجعلها في قارورة ، فإن لم تنتقص ، فلا خيار لها ، فالزوج ينزع صقره . وإن انتقص الثمرة ، فهذه مسألة نقصان الصداق بجناية الزوج ، وقد مضى تفصيله . وإن كانت الثمرة تنتقص لو نزع الصقر منها ، ولا نقص مع الصقر ، أو كانت تنتقص لو أزيلت مع الصقر عن القوارير ؛ فقال الزوج : تركت صقري والقوارير على الزوجة ، فهذا بمثابة مسألة النعل^(٣) ، وفيها التفصيل المفرد في البيع ، والظاهر أن المرأة تجبر على القبول ، وكذلك القول في مسألة [النعل]^(٤) ، ثم لو فرغت القارورة وزايل النعل ، فهل يستردهما من كان مالكهما ؟ فيه وجهان . والخلاف راجع إلى أن

(١) في الأصل : « الصداق » وهو سبق قلم .

(٢) في الأصل : « الشواذ » وهو تصحيف لـ (السود) الذي يعني به مختصر المزني ، كما تكرر ذلك مراراً .

(٣) يشير إلى مسألة من مسائل الرد بالعيب ، فيمن اشترى حصاناً ونعله ، ثم وجد به عيباً قديماً ، فأراد رده ، فما حكم نزع النعل إذا أضر أو لم يؤثر ؟ وقد بسطها الإمام في موضعها من البيوع .

(٤) في الأصل حرفت إلى (البغل) هنا وفي الموضوع السابق .

التَّركَ تَمْلِيكُ أو^(١) ليس بتَمْلِيك . ويمكن أن يقال : إن لم نجعله تَمْلِيكاً ، فلا يمتنع الإِجبار عليه ، وإن جعلناه تَمْلِيكاً ؛ فعلى وجهين : أحدهما - أنا نُجبرها عليه ؛ لأنه تبعٌ ، ولا مِنَّةَ فيه ؛ إذ للزوج غرض ظاهر سوى [الامتنان]^(٢) . والوجه الثاني - أنا لا [نُجبرها]^(٣) ؛ لأن الإِجبار على التَمْلِيك - وهي مطلقة - بعيد .

فَضْلُكَ

قال : « وكل ما أصيب في يده بفعله أو فعل غيره... إلى آخره »^(٤) .

٨٤٣٣- نصُّ الشافعي في هذا الفصل يدل على أن الصداق مضمون ضمان المغصوب ؛ فإنه قال : « فهو كالغاصب » . ثم استثنى مسألة ، وهي : إذا كان الصداق [أمة]^(٥) فوطئها ، وادعى الجهالة ، وقال : كنت أظن أنها لا تَمْلِك قبل الدخول إلا النصف ، فيُصدَّق في دعوى الجهالة ، وكيف لا وقد صار إلى ذلك مالك^(٦) ، ثم لا يخفى حكم ثبوت النسب ، أو فرض علوق وحكم الحرية ، ولا تثبت [أمية]^(٧) الولد في الحال ، ولو ملكها يوماً من الدهر ؛ ففي ثبوت أمومة الولد قولان مشهوران .

ومن غصب جارية ، وأصابها ، وادعى الجهالة ، لم يصدق . وقد سبق صدرُّ صالح في دعوى الجهالة حيث تُحتمل وحيث يبعد احتمالها ، فلا حاجة إلى شيء مما ذكرناه .

(١) في الأصل : تملك وليس بتملك .

(٢) في الأصل : « الايمان » بهذا الرسم تماماً .

(٣) في الأصل : نجبره .

(٤) ر . المختصر : ٢٤/٤ .

(٥) في الأصل : مجهولاً .

(٦) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٧١٦/٢ مسألة ١٢٩٥ .

(٧) في الأصل : « أم » .

فَضْلُكَ

قال : « ولو أصدقها شقصاً من دارٍ ففيه الشفعة ... إلى آخره »^(١) .

٨٤٣٤- هذا من أصول الشفعة ، فالشقص المذكور صداقاً ، أو بدلاً في الخلع ، أو في المصالحة عن دم العمد مستحقٌ بالشفعة ، فيأخذه الشفيع بمهر المثل في النكاح والخلع ، ويبدل الدم من الصلح عن الدم .

وإذا ذكر الشقص صداقاً ، وفُرض الطلاق ، ففي المسألة ثلاث صور : إحداها/ - ١٣٧ ي أن يأخذ الشفيع ، ثم يُفرض الطلاق ؛ فهو كما لو باعت الشقص ، ثم طلقها الزوج ، فالرجوع بنصف القيمة .

وإن طلق الزوج واتصل به طلب الشفيع ، فحضراً معاً ؛ فهذه المسألة المعروفة بين المروزي وابن الحداد تعارضها مسألة الإفلاس ، وتردد الشقص بين رجوع البائع وأخذ الشفيع ، فلتطلب هذه المسألة في موضعها .

والمسألة الثالثة : أن يجري الطلاق والشفيع غائب ، ثم يحضر ويتدّى الطلب ، فإن قدمنا الزوج في المسألة الأولى على الشفيع ، فلا شك في تقدمه في الأخيرة ، وإن قدمنا الشفيع إذا جاء والزوج معاً ، ووقع الطلاق ، وطلب الشفعة على اجتماع ، فإذا تقدم الطلاق على طلب الشفيع ؛ ففي المسألة وجهان .

وفصل بعض أصحابنا بين أن يأخذ الزوج ، ثم يجيء الشفيع ، وبين ألا يأخذ ، وقال : إذا أخذه لم ينقض عليه .

فانتظم في المسألة الأخيرة ثلاثة أوجه بعد الترتيب على الثانية .

والفصل بين أن يأخذه قبل مجيء الشفيع وبين ألا يأخذ - التفات^(٢) على أصل في الشفعة ، وهو أن الشفيع إذا لم يشعر بالشفعة حتى باع الشقص الذي هو شريك به ؛ ففي بطلان حقه من الشفعة قولان ، والفرق بين أن يأخذ وبين ألا يأخذ لا حاصل له ،

(١) ر . المختصر : ٢٥/٤ .

(٢) « التفاتٌ » خبرٌ للمبتدأ : « والفصل بين أن يأخذه ... » .

إذا كان التفريع على الظاهر في أن نفس الطلاق يشطر الصداق ، فإن كان وجه الفصل تفريعاً على أن ملك الزوج يتوقف على اختيار التملك ، فقد يتجه ذلك .

فصل في

قال المزني : « اختلف قوله في الرجل يتزوجها بعبد يساوي ألفاً على إن زادته ألفاً . . . إلى آخره »^(١) .

٨٤٣٥- إذا جمع بين النكاح والبيع مثل أن يقول : « زوجتك ابنتي هذه وبعث منك هذا العبد بألف درهم ، وقيمة العبد ألف » ، فقال : « تزوجتها واشتريت العبد على هذا » . أو قال^(٢) : « قبلت النكاح والعقد في العبد » والغرض ألا يُغفلا لفظ النكاح والتزويج . وقد يكون العبد من جانب الزوج ، فيقول : « تزوجت ابنتك على هذا العبد ، على أن تعطيني ألفاً » ، ومهر المثل ألف ، وقيمة العبد ألف ، فنصف العبد المبيع والنصف صداق ، فهذه صفقة جمعت عقدين مختلفي الحكم ، وللشافعي قولان ، أظهرهما - الصحة . والقول الثاني - أن الصفقة لا تصح .

وقد ذكرنا هذا في ترتيب تفريق الصفقة ، فنذكر ما يليق من هذا الأصل بالنكاح والصداق .

فإن قلنا : الصفقة صحيحة ، فلا يخلو ؛ إما أن يكون العبد من جانبه وردُّ الألف من جانبها ، أو يكون الألف من جانبه والعبد من جانبها . فإن كان العبد من جانبه ، ش ١٣٧ فالنصف منه صداق ، والنصف مبيع بالألف ، فلو/ اطلعت على عيب به ، وفسخت ، استردت الألف الذي كان ثمناً لنصف العبد ، وترجع بسبب الصداق بمهر المثل في قول ، وينصف قيمة العبد في قول - كما سبق . ولو أرادت أن ترد النصف بالعبد - إما المبيع وإما الصداق - ففي المسألة قولان ، كالقولين في العبدین إذا اشتراهما ووجد بأحدهما عيباً ، فأراد ردّه ، وإمساک الآخر . ووجه الشبه أن العقد هناك وإن اتحد ،

(١) ر . المختصر : ٢٥/٤ .

(٢) في الأصل : وقال .

فقد تعدد المعقود عليه ، وهاهنا اتحد العبد وتعددت الجهة والعقد .

ولو جرى فسخ قبل الميسيس يوجب رد الصداق ، يرتد نصف العبد إلى الزوج ، فإنه كل الصداق - والفرض في فسخ يوجب رد جميع الصداق - ويبقى النصف الآخر من العبد بحكم الشراء .

ولو طلقها قبل الدخول ، رجع ربع العبد إلى الزوج ، وبقي ثلاثة أرباعه - الربع منه بحكم الصداق ، والنصف بحكم الشراء ، ولو فرض التفريق على الوجه الآخر ، لم يخف تفريع المسألة ، وقصارها التذوار على التفريع وما ترجع المرأة به .

فصل في

قال : « ولو أصدقها عبداً فدبرته . . . إلى آخره »^(١) .

٨٤٣٦- إذا دبّرت المرأة عبد الصداق ، وطلقها زوجها قبل الميسيس ؛ فالذي نقله المزني : أنه لا يرتد إلى الزوج نصف العبد ، وأن رجوعه إلى نصف القيمة ، فاقضى النص كون التدبير مانعاً من الرجوع إلى الزوج ، واختار المزني أن النصف من العبد يرتد إلى الزوج وينتقض الترتيب فيه .

وفي المسألة طرق للأصحاب ، منهم من قال : القول في ذلك على قول الشافعي : إن التدبير وصية ، أو تعليق عتق بصفة ؟ فإن قلنا : التدبير وصية ، يُشطرّ الملك في العبد بالطلاق ، كما لو أوصت بأن يعتق ذلك العبد عنها بعد الموت ، ثم طلقها الزوج ؛ فالوصية تنتقض في النصف ، ويرتد إلى الزوج ملكاً . وإن قلنا : التدبير تعليق ، فالتعليق لا يقبل الرجوع ، بخلاف الوصية ، فكان مانعاً من الارتداد إلى الزوج بلزومه .

وهذا غير سديد ؛ من قبل أن التعليق بالصفة لا يمنع إزالة الملك ، وللمعلّق أن يبيع العبد الذي علّق عتقه بالصفة ، كما له أن يبيع العبد الموصى بعتقه ، فافتراق التعليق والوصية في أنه يتصور الرجوع عن الوصية صريحاً ، ولا يصح الرجوع عن

التعليق صريحاً ، لا يوجب فرقاً بينهما في جواز البيع والهبة وغيرهما من جهات التصرفات التي تستدعي الملك التام .

ومن أصحابنا من قال : التدبير في عبد الصداق يمنع الارتداد إلى الملك التام .

ي ١٣٨ ومن أصحابنا من قال / : التدبير في عبد الصداق يمنع الارتداد إلى الزوج قولاً واحداً ، سواء حكمنا بأن التدبير وصية ، أو قلنا : إنه تعليق عتق بصفة ؛ وذلك لأنها إذا دبرت وقد قصدت التصرف بعقد عتاقة ، وعلقت ذلك العقد بالعبد ، فينبغي ألا ينتقض قصدها ؟ فإننا إذا كنا نمنع الزوج من الرجوع إلى نصف الصداق إذا زاد أدنى زيادة ، مع علمنا بأن الزيادة المتصلة لا أثر لها في الفسوخ والعقود والردود ، فتعلق غرضها بعقد العتاقة لا ينقص عن الزيادة المتصلة .

ثم من سلك هذه [الطريقة]^(١) ، إذا قيل لهم : لو لم تدبره ، ولكنها صرحت بالوصية بعته ، أو علقت عتق عبد الصداق بصفة ، فماذا تقولون ؟ فقد اختلف جواب هؤلاء . فقال قائلون : التصريح بالوصية وتعليق العتق يمنعان مع التدبير . وقال آخرون : المنع يختص بالتدبير ؛ فإننا وإن أحللناه محل الوصية أو محل التعليق ، فلسنا [ننكر]^(٢) أن التدبير عقد عتاقة في الشرع ، وبه يتحقق تجرد القصد إلى التقرب .

وأما التعليق بالصفات ؛ فإنه من أحكام المعاملات ، والوصية لا يُقدم عليها الموصي إلا وهو يثبت لنفسه مستدرك الرجوع .

فإن قيل : فالتدبير مع ذلك [يقبل]^(٣) الرجوع في قول - والإبطال بإزالة الملك في قول ؟ قلنا : إنما يقبله ممن أنشأه ، [فأما إبطاله عليها لحق الزوج]^(٤) ، فهو بعيد .

ومن اشترى عبداً بثوب ، وقبض العبد ودبره ، ثم ردّ صاحبه الثوب عليه بعيب قديم ، فالمذهب الأصح : أن العبد يرد ، والتدبير ينتقض ، قولاً واحداً ، لقوة الفسخ واستيلاء سلطانه . ولذلك لا تؤثر الزيادة المتصلة في منع الارتداد بالفسخ ،

(١) سقطت من الأصل .

(٢) في الأصل : نذكر .

(٣) في الأصل : قبل .

(٤) في الأصل : « فلها أن تبطل عليه الحق للزوج » والمثبت من (صفوة المذهب) .

بخلاف الارتداد إلى الزوج بحكم الطلاق ، أو بما يحل محل الطلاق مما يوجب التشطير قبل الميسس .

وأبعد بعض الأصحاب فجعل التدبير مانعاً من الارتداد بالفسخ ، كما يكون مانعاً من التشطير بالطلاق ، وهذا بعيد غير معتد به .

ومن أصحابنا من قطع بأن التدبير في عبد الصداق لا يمنع تشطيره ، وهذا هو القياس الظاهر ، ولكنه مخالف للنص ، ويقبح ترك النص الصريح ، والوجه : إثباته قطعاً أو قولاً ، وتوجيهه بما يمكن ، والله أعلم .

٨٤٣٧- والذي جرى في المسألة بعد طرق الأصحاب سبيان : أحدهما - التردد في أن التصريح بالوصية والتعليق هل ينزل منزلة التدبير ؟ والثاني - أن التدبير إذا رأيناه مانعاً من التشطير ، فقد يمنع من الارتداد في الفسوخ ، ومن الرجوع في الهبة ، فيه الوجهان المذكوران . فمن أصحابنا من عمّم المنع في هذه الأبواب ، وجعل / التدبير بمثابة ١٣٨ ش زوال الملك في جميعها . ومنهم من خصص المنع بالتشطير ؛ لما ذكرناه من تنزيل التدبير منزلة الزيادة المتصلة فاخص بباب التشطير في الصداق . فهذا حاصل القول في المسألة .

٨٤٣٨- ثم إن جعلنا التدبير مانعاً من التشطير ؛ فلو دبرت عبد الصداق ، ثم أبطلت التدبير بالرجوع في التدبير صريحاً ، فهل يكون هذا بمثابة ما إذا زال ملكها عن عبد الصداق ، ثم عاد إليها ملكاً ، ثم طلقها الزوج قبل الميسس ؟ فعلى وجهين . من أصحابنا من جعل طريان التدبير وزواله بمثابة طريان زوال الملك وعوده قبل الطلاق . ومنهم من قال : ليس كزوال الملك ، وإن جعلناه مانعاً من التشطير إذا كان ثابتاً عند الطلاق ، قياساً على الزيادة المتصلة ؛ فإنها وإن كانت مانعة في ثبوتها عند الطلاق ، فلو طرأت وزالت ، وعاد الصداق إلى ما كان عليه حالة العقد ، فما تقدم من الطريان والزوال لا أثر له في منع التشطير .

وهذا نجاز المسألة . وسيأتي القول في حقيقة التدبير في كتابه ، إن شاء الله تعالى .

٨٤٣٩- ثم تكلم الأصحاب في زوال ملك المرأة عن الصداق وعوده إلى ملكها ، وهذا مما تكرر في كتاب التفليس ، والرد بالعيب ، والضابط للأبواب أن الملك الزائل فالعائد ، بمثابة الملك الذي لم يعد ، أم بمثابة الملك الذي لم يزل ؟ فيه قولان . ثم ينفصل كل باب على حسب ما يليق به .

والقدر الذي يتعلق بهذا الكتاب طرد الخلاف في الشطر من غير فرق بين جهة في العود [وجهة]^(١) ، وإنما تختلف [التفاصيل]^(٢) في المبيع إذا خرج ثم عاد بيع ، ثم فرض الاطلاع على العيب ؛ فهذا يضطرب الرأي فيه لإمكان الرد في البيع الجديد ، [وتحمله]^(٣) في البيع القديم ، على ما مضى مستقصى في موضعه .

أما في الصداق ؛ فإذا تحقق الزوال والعود ، فلا نظر إلى تفاصيل الجهات ، وبالجمله : زوال الملك أظهر أثرًا في منع التشطر منه في منع الفسوخ ؛ لما مهدناه من ضعف التشطر ، والشاهد فيه منع الزيادة المتصلة [له]^(٤) وإثبات الخيرة لها ، ثم حيث جعلنا زوال الملك مؤثرًا في المنع ، فهو فيه إذا زال زوالاً لازماً ، فإن كان الزوال على نعت الجواز ، مثل أن يبيع بشرط الخيار - والتفريع على زوال الملك - فإذا انتقض البيع وارتد الصداق إليها ؛ ثم طلقت ؛ ففي هذا النوع من الزوال وجهان . وطريان الرهن وزواله لا يؤثر .

وإذا كاتب عبد الصداق ، ثم عجز المكاتب نفسه ، وانقلب رقيقاً ؛ فهذا أجراه القاضي مجرى زوال الملك على اللزوم ، وطرد الخلاف على ما ذكرناه ، وهو مرتب ي ١٣٩ عندنا على زوال الملك ؛ فإن/ المكاتب ملك المولى إلى العتاقة ، وإن تضمنت الكتابة حيلولة ، فالرهن يتضمنه أيضاً ، ثم لا يؤثر طريان الرهن .

٨٤٤٠- ثم قال الشافعي : « ولو تزوجها على عبد ، فوجد حراً ، فعليه قيمته . . . »

(١) في الأصل : وجهته .

(٢) في الأصل : التفاصيل .

(٣) في الأصل : وتخيله .

(٤) في الأصل : به . والضمير في (له) يعود على التشطر .

إلى آخره»^(١) . وهذا نص من الشافعي على الرجوع إلى القيمة في اقتران الفساد بالصداق ، وقد فصلنا هذا في تمهيد القواعد على أحسن الوجوه ، فلا حاجة إلى إعادتها .

فَصْلٌ فِي

قال : « إذا شاهد الزوج الوليَّ والمرأة أن المهر كذا . . . إلى آخره »^(٢) .

٨٤٤١- صورة المسألة : إذا تواطأ على مقدار من المهر سرّاً ، واتفقا على أن يُظهرا أكثر ، فإذا جرى العقد علانية بالمبلغ الكثير بعد تقدم التواطؤ ، قال المزني : يختلف قوله في ذلك . فقال في موضع : السرّ ، وقال في موضع : العلانية . ثم قال : هذا عندي أولى ؛ لأنه إنما ينظر إلى العقود ، وما قبلها وعدّ ، هذا نقل المزني واختياره . وقد اختلف أصحابنا على طريقتين ، فمنهم من قطع بأن الاعتبار بمهر العلانية ، وما جرى من التواطؤ في السرّ لا حكم له ، فهو [وعدّ]^(٣) كما قاله المزني ، والمعول على ما جرى العقد به لا غير ، وهؤلاء يحملون نص الشافعي على فرض إجراء عقد في السر بالمبلغ الذي وقع التراضي عليه ، ويشهد لذلك قوله « إذا شاهد الزوج الولي » فذكر الولي يشعر بجريان العقد ، وهذا وإن كان قياساً ، فهو مخالف للنص .

ومن أصحابنا من أجرى القولين ، كما نقله المزني - ثم هؤلاء اختلفوا على طريقتين ، فمنهم من قال : القولان مفروضان فيه إذا قال : المهر ألف ، وقد تواضعنا بيننا على أن نجعل ذكر الألفين علانية عبارة عن الألف الذي وقع التراضي به ، فإذا جرى ذلك كذلك ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن الاعتبار بمهر السرّ ؛ فإنهما جعلتا الألفين عبارة عن الألف ، واللغات اصطلاحات ، وليس يبعد عن القياس تحريفها ؛ فإنها لا معنى لأعيانها ، وإنما المقصود معانيها ، وما يقع التفاهم به فيها .

(١) ر . المختصر : ٢٦/٤ .

(٢) ر . المختصر : ٢٧/٤ . وفي الأصل : « . . . الزوج والولي والمرأة » والمثبت عبارة المختصر .

(٣) زيادة من المحقق .

والقول الثاني - أن الواجب مهر العلانية ؛ فإنهما أجريا لفظاً صريحاً في العقد ، والصرائح لا تحال ولا تُزال عن حقائقها بما يفرض من تواطؤ وتواضع . وهؤلاء يقولون : لو وقع التراضي سرّاً على خلاف هذا الوجه ، وقالا المهر مهر السر ، ولم يتعرضا لتعيين اللغة ، كما نصصنا عليه ؛ فالذي تقدم وعد ، والتعويل على المذكور في العقد ، كما ذكره المزماني .

ومن أصحابنا من طرد القولين ، وإن لم يجر تعرض لتغيير اللغة بطريق المواضعة والاصطلاح ، وذلك أنه وإن لم يقع لتغيير اللغة تعرض ، فالمراد آيلٌ إلى ذلك .

ش ١٣٩ ثم بنى الأئمة على هذه/ القاعدة جملة الأحكام المتلقاة من الألفاظ ، فإذا قال الزوج لزوجته : إذا دخلت أنت طالق ثلاثاً ، لم أرد به الطلاق ، وإنما غرضي أن تقومي أو تقعدي ، أو غرضي بالثلاث الواحدة ، فظاهر المذهب : أن ذلك لا يقبل منه .

وفي هذه المسألة الوجه البعيد الذي ذكرناه في مهر السر والعلانية ، وسنبسط القول في هذا في مسائل الطلاق ، عند اعتنائي بذكر الصرائح والكنيات ، والأمور الظاهرة والباطنة ومسائل التدبير .

فَصَائِلُ

قال : « وإن عقد عليها النكاح بعشرين يوم الخميس . . . إلى آخره » (١) .

٨٤٤٢- إذا ادعت المرأة أنه نكحها يوم الخميس بعشرين ، ويوم الجمعة بثلاثين ، وطلبت المهرين ؛ فدعواها مسموعة . فإن ثبت العقدان بإقراره وبالبينة ، أو نكل عن اليمين ، فردّت اليمين عليها ، فحلقت ، ثبت المهران .

فإن ادعى الزوج بعد ثبوت النكاحين أنه لم يصب في النكاح الأول ، فالقول في هذا قوله مع يمينه بناءً على الأصول التي مهدناها ؛ إذ قلنا : إذا اجتمع النفي والإثبات في تداعي الزوجين في الإصابة ، فالقول قول النافي إلا في المسائل التي استثناه .

ثم ما ذكره الأصحاب أن الزوج لو لم يتعرض لنفي الإصابة في النكاح الأول ،

فللمرأة طلب المهرين على الكمال ، ولا حاجة بها إلى إثبات الميسر في النكاح الأول ، وإن كان المهر لا يتقرر إلا به ، ونفس النكاح الثاني يدل على ارتفاع النكاح الأول ، فكأن النكاح الأول ثبت وارتفع ، ولم يثبت فيه الميسر ، وطلب جميع المهر من غير ميسر على استمرار النكاح ممكن ، فأما إذا ارتفع النكاح ، فلا يمكنها طلب المهر على قياس استمرار النكاح ، والأصل عدم الميسر ، ولكن يعارض هذا أن المهر ثبت بالنكاح على الكمال ، فعلى من يدعي سقوط شرط منه أن يتعرض له ، ولكن يتطرق إلى هذا أن الزوج لو ادعى نفي الإصابة صدق مع يمين ، ولم يطالب بأمر آخر .

فليتأمل الناظر هذا ، وليفهم لطف مأخذه ، فالأصل ثبوت المهر ، وهذا يستمر في سكوت من عليه المهر .

فإن ادعى عدم الميسر صدق مع يمينه ، وإن لم يدع طوْل بتمام المهر ، بناء على ثبوته . فإذا على الزوج إثبات مقتضى التشطر بيمينه .

وحجج الخصومات منقسمة ، وهذا كما أن المودع مطالب بالوديعة ، محبوس إذا سكت ، فإن ادعى تلفاً أو رداً ، صدق .

ولو قال الزوج : كان النكاح الثاني تجديداً للإشهاد^(١) ولم يكن عقداً جديداً ، فلا ينفعه هذا القول ، بل إذا قال ذلك ، استغنت المرأة عن إقامة البينة ، وكان ما صدر منه إقراراً بالعقدين / : أما الأول فقد اعترف به ، وأما الثاني فقد اعترف بصورته ، ١٤٠ ي وادعى فيه الإعادة ، وهذا يُشبه إذا ادعى رجل على رجل عينا ، وقال المدعى عليه للمدعي : بعها مني ، فالاستباعة تتضمن إقراراً للمدعي بالملك ، وليس للمدعى عليه أن يقول : طلبت منه صورة البيع ولم أعترف بصحة بيعه ؛ فإن طلب البيع محمول على البيع الصحيح ، وكذلك كل من اعترف بعقد ، فاعترافه المطلق محمول على الاعتراف بالعقد الصحيح .

(١) كذا . ولعلها : للإشهاد (بالراء) .

فَصْلٌ

قال : « ولو أصدق أربع نسوة ألفاً . . . إلى آخره »^(١) .

اختلفت نصوص الشافعي في مسائل متناظرة ، ونحن ننقل أجوبته فيها ، ثم نذكر طرق الأصحاب .

قال : إذا نكح نسوة في عقدة واحدة وأصدقهن مالا واحداً سمّاه ؛ فلا شك في صحة النكاح ، وفي صحة الصداق قولان [نص]^(٢) عليهما .

ونص أيضاً على مثل هذين القولين إذا خالع امرأته ، أو نسوة بعوض واحد ، فالخلع واقع ، والبيونة حاصلة ، وفي فساد العوض قولان .

ولو ملك أشخاص عبيداً ، فملك كل واحد عبداً أو أكثر ، فباعوا عبيدهم بمال يقع [التراضي]^(٣) عليه من رجل ، فقد نص الشافعي على فساد البيع ، وقطع قوله به .

ولو كاتب عبيداً على عوض واحد نجّمه عليهم ، فقد نص على صحة الكتابة ، وقطع قوله بها .

فاختلف أصحابنا على طرق ؛ فمنهم من ضرب بعض هذه النصوص ببعض ، وجعل في المسائل كلّها قولين : أحدهما - أن العقد باطل لجهالة العوض ؛ فإن كل واحد ليس يدري ما ثبت له بالعقد ، ولكل واحد حكمٌ في نفسه ، وانضمام غيره إليه لا يغيّر من أمره شيئاً ، فلا أثر لكون جملة المسمى معلومة إذا كان كل واحد منهم جاهلاً بما يطالب به ، وهذا بمثابة ما لو قال الرجل : « بعتك داري هذه بما باع به فلان عبده » ، فالبيع باطل ، وإن كان الوصول إلى ما [باع]^(٤) به فلان عبده ممكناً ، وما نحن فيه أولى بالبطلان ؛ فإن درك ثمن ذلك العبد ممكن على يقين ، وسبيل درك

(١) ر . المختصر : ٢٧/٤ .

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) في الأصل : اعتراض . (وهو من غرائب التصحيف) .

(٤) في الأصل : يباع .

العوض في حق كل واحد بالتقويم والفض^(١) ، وهذا مضمون لا يتوصل إلى مسلك التعيين فيه . وما يجري في النكاح والخلع والبيع والكتابة على نسق واحد ؛ فإن هذه العقود - وإن اختلفت أحكامها - فهي متساوية في اشتراط الإعلام في عوضها .

والقول الثاني - أن العقود بجملتها صحيحة ؛ فإن المقدار المسمى معلوم وقد قوبل بمعلومات ، فاشتملت الصفقة على مقابلة معلوم بمعلوم ، ثم الاجتهاد وراء ذلك في القسمة ، والنص يخصص القول / الأول . هذه طريقة .

١٤٠ ش

٨٤٤٣- ومن أصحابنا من أقر النصوص قرارها ، وطرد القولين في بدل الخلع والصداق ، وقطع بالفساد في البيع ، وبالصحة في الكتابة ، وهؤلاء يحتاجون إلى فرقين : أحدهما - بين البيع والخلع وبين الكتابة ، أما الفرق بين البيع وغيره ؛ فهو أن العوض ركن في البيع ، وحكم فساد الركن فساد العقد ، ثم موجب فساد البيع إلغاؤه ، والبديل ليس ركناً في الخلع والنكاح ، وفقه ذلك أنا لا نفسد النكاح والخلع بفساد العوض ، وإذا لم نفسدهما ، فلا بد من إثبات عوض ، وذلك العوض هو مهر المثل الذي نريد توزيع المسمى عليه ، وإذا كنا لا نجد بداً لإثبات مهر المثل ، فلا يمتنع توزيع المسمى عليه ، ومثل هذا لا يتحقق في البيع .

وأما الكتابة ، فهي أقل [احتمالاً]^(٢) لأمثال هذه الأمور ؛ فإن عوضها أجمل على صيغة تفسد عليها الأعواض في العقود ؛ فإنها مقابلة الملك بالملك ، ثم كان سبب احتماله تشوف الشرع إلى تحصيل العتاقة ، فإذا أمكننا أن نقدر وجهاً في الصحة ، لم يلق بوضع الكتابة أن تفسد لتخيير السيد . ومن فهم ما ذكرناه ، لم يفسد عليه الكلام العام في اشتراط الإعلام في أعواض هذه العقود .

ومن أصحابنا من ألحق البيع بالنكاح والخلع ، وخصص الكتابة بقطع القول فيها بالصحة ، والسبيل ما قدمناه ، ولا يمتنع عكس هذه الطريقة على من يحاول ؛ فإن الكتابة مضمونها العتق ، وهو على النفوذ كالطلاق ، والبيع يختص من بين هذه

(١) والفض : أي والتوزيع والتقسيم .

(٢) زيادة من المحقق .

العقود بمزايا وتأكيدات في رعاية صفات الأعواض .

فأما القول في الصداق ، فإن أفسدناه ، رجعنا إلى مهر أمثال النسوة ، فإن كل فساد يرجع إلى الجهالة فالرجوع إلى مهر المثل ، وهذا مقطوع به .

٨٤٤٤- ووراء ما ذكرناه غائلة ؛ فإننا على قول القيمة وضمنان اليد نقدر للخمير قيمة ، ونقدر الخمير عصيراً ، ومساق هذا يقتضي ألا نصير إلى مهر المثل إلا في المجهول الذي لا يمكن تقويمه . وإذا كان النص على مهر المثل ممكناً ، فليس هذا بأبعد من تقدير قيمة الحر .

فإن وفينا حق هذا الأصل ، قلنا : إذا رأينا الرجوع إلى القيمة في قاعدة الصداق عند طريان التلف أو اقتران الفساد ، فالوجه : تصحيح الصداق . وإن لم نر ذلك ، جرى القولان ، ولهذا تكلف منا ، والأصحاب طردوا القولين على القولين .

وحق من يريد الاعتناء بالمذهب أن يفهم ما قيل ويتثبت في النقل ، ثم يحيط بالمشكلات ، ويستمسك بها في نصرة قول على قول .

وإن حكمنا بصحة الصداق ، فلا وجه إلا فضّ المسمى على أقدار مهر أمثال ي ١٤١ النسوة ، فإن استوين في مهر الأمثال استوت حصصهن ، وإن/ تفاوتن في المهور ، تفاوتت الحصص .

وفي طريقة القاضي قول غريب أن المسمى [مفضوض^(١)] على رؤوسهن من غير نظر إلى تفاوت المهور ، وهذا وهم غير معدود من المذهب ، لا يُحتمل إلا من رجل له قدرٌ وقدمٌ صدق في المذهب . وما ذكرناه من التفريع في النكاح يجري مثله في بدل الخلع ، [حرفاً بحرف^(٢)] .

٨٤٤٥- وأما [البيع^(٣)] - إن أفسدناه - لم يخف حكم فساده ، والسبب فيه جهالة العوض ، كما قررناه في التوجيه ، ثم نقول : لو كان بين أربعة أشخاص أربعة أعبد ،

(١) في الأصل : مفضض .

(٢) في الأصل : فانحرف . والمثبت من (صفوة المذهب) .

(٣) في الأصل : المبيع .

لكل واحد منهم ربع الجميع ، فإذا باعوا الأعد من شخص بثمان واحد ، صح بلا خلاف ؛ فإن لكل واحد ربع الثمن ، ولا جهالة ، وإنما الحكم بالفساد ، أو ترديد القول حيث ينفرد كل واحد بعبد أو عبيد ، بحيث تمس الحاجة إلى فض المسمى على أقدار القيم .

ومما نفرعه أن الرجل لوقال : اشتريت عبدك بما يخص العبد من الألف لو وزع عليه وعلى عبد زيد ، ولم يجر عقد مع زيد ؛ فالبيع فاسد على هذا الوجه ، وإن كان لو فرض عقد مشتمل على عبيدهما بمقدار من المسمى ، لخرجت المسألة على قولين ؛ والسبب فيه أن معتمد الصحة النظر إلى صيغة الصفقة المشتملة على معلومين من الجانبين على الجملة ، مع رد الجهالة إلى القسمة .

ومما يتفرع على البيع أيضاً أنا إذا صححناه ، فلا وجه إلا فض المسمى على قيم العبيد ، وذلك القول البعيد الذي حكيناه في النكاح والخلع وهو الفض على الرؤوس لا يتأتى في العبيد ؛ فإنهم أموال قبولوا بأموال في عقد يقصد منه المالية ، وحقائق المالية لا تجري في الأبضاع ، وهذا تكلف منا ؛ فإن ذلك القول فاسدٌ ، حيث ذكروا ما للعبد في الكتابة ، فلا بد من فض العوض عليهم بما ذكرناه في البيوع ، نص الشافعي عليه في الكتابة ، وأجمع عليه الأصحاب ، وهذا نجاز الفصل .

فصل في

قال : « ولو أصدق عن ابنه ودفع الصداق من ماله . . . إلى آخره » ^(١) .

٨٤٤٦- قد ذكرنا في كتاب النكاح صيغة قبول النكاح للأطفال ، وصيغة التزويج منهم ، وغرضنا من عقد هذا الفصل أمور تتعلق بالمهر .

منها : أن الأب لو أصدق امرأة ابنه الطفل شيئاً من أعيان ملك نفسه عند قبول النكاح ، فهذا جائز ، والعين المذكورة تثبت صداقاً . والتقدير فيها أن يفرض دخولها تحت ملك الطفل ، ثم ملك زوجته يترتب على ملكه ، فتلحق العين بأموال الطفل ،

ويجب الإصداق من ملك الطفل ، وهذا متفق عليه .

ثم إذا بلغ الغلام ، وطلق زوجته قبل الدخول ، والعين باقية في يدها ؛ تشطّرت ، ش ١٤١ ورجع نصفها إلى الزوج - وهو الابن / - فإننا قدّرنا دخول العين في ملكه ، وأوضحنا ترتّب ملك المرأة على ملكه ، فيرجع الشطر إلى الجهة التي منها الخروج .

ثم الأب إن قال : قصدت هبةً ، فالأمر منزّل على قصده ، وإن قال : قصدت إقراضاً ، فالظاهر عندنا أن قصده متبع ؛ لاحتمال الأمر . وفي كلام الأصحاب ما يدل على أن مطلق إصداقه يتضمن الهبة لا محالة ، وصرحوا [أنه]^(١) إذا قال : لم أنو شيئاً ، كان محمولاً على الهبة ، ثم إذا حملناه على الهبة ، ثم فُرض رجوع شطر تلك العين إلى الابن ، فهل يملك الأب الرجوع فيما رجع إلى الابن ؟ فعلى الخلاف المعروف في أن ملك المتهب إذا زال وعاد ، فهل يثبت للأب حق الرجوع فيه ؟

ولو ارتدت المرأة ، أو جرت حالةٌ غيرُ الردة ، مقتضاها رجوع جميع الصداق إلى الزوج ، فالجميع يرجع إلى الابن رجوع النصف عند فرض الطلاق قبل الدخول ، ثم القول في رجوع الأب ، على ما ذكر .

٨٤٤٧- وذكر الأصحاب مسألة عدّوها من اللغز والمغالطة ، فنذكرها على صورتها ، فقالوا : إذا قبل الأب النكاح لابنه الصغير ، وأصدقها أم الصغير^(٢) ، فكانت في ملكه ، ثم بلغ الغلام ، وطلقها ، فإلى من تعود الأم أو بعضها ؟ وكيف الطريق بهذا [اللغز]^(٣) ؟ لأن الأم لو دخلت في ملك الابن ، لعنّقت ، فإذا عتقت ، لم يصح الإصداق ، وإذا لم يصح الإصداق ، لم يحصل العتق ، فيلتحق هذا بالمسائل الدائرة . فهذا ما ذكره الأئمة .

وينشأ من هذا سؤال ، وهو : أن الأب لو قبل لابنه الصغير نكاح امرأة مهرٌ مثلها

(١) زيادة لاستقامة الكلام .

(٢) ويتصور ذلك بأن يتزوج أمة غيره ، فيستولدها ، ويكون ولدها رقيقاً تبعاً لها ، ثم تدخل في ملكه هي والولد ، فيعتق الولد عليه دونها ، فإذا زوج ابنه هذا وجعلها صداقاً تكون هذه الصورة .

(٣) في الأصل : « الغار » . ولا معنى لها ، فليس هنا غرور ، ولا غار ولا مغرور .

مائة ، فأصدقها من خالص ماله ألفاً ، فكيف يكون الرأي ؟ وهل يكون هذا كما لو أصدقها من مال الطفل ألفاً ، مع العلم بأنه لو فعل ذلك من مال الطفل ، لكان متبرعاً من ماله ، والتبرع من مال الطفل مردود ، وهذه المسألة في نهاية الحسن .

وأول ما يجب قطعه أن يظن ظان أن الملك يثبت للطفل ، ويطل الإصداق ؛ فإن سبيل ثبوت الملك له الإصداق ، وإذا كان بقصد الإصداق ، كيف يصح التملك ؟ فوجه الكلام أن يقال : يحتمل أن يصح الإصداق : فإن كان مع تقرير ملك الطفل ، فإن هذا تبرع حصل بتبرع الأب بمال نفسه ، ولم يثبت للطفل ملك متأثر حتى يفرض منع [التبرع]^(١) فيه .

ويجوز أن يقال : يفسد الصداق رأساً ؛ لأن في تصحيحه تثبيت لملك الطفل مع التبرع به . وما وجدناه منصوباً للأصحاب من منع إصداق الأم يشهد لإفساد هذا الإصداق ، فإن انقذ لفتية نظر في الفرق ، فلا حرج عليه ، ولا يطمعن في تخريج في العتق ؛ فلا وجه فيه غير ما ذكره / الأصحاب .

١٤٢ ي

فإن قيل : قد حكيتكم عن أبي إسحاق أنه قال : من يشتري من يعتق عليه ، حصل الملك والعتق معاً ، فقياسه أن يحصل ملك الطفل في الصداق وملك المرأة معاً ، ثم حصول ملكها يمنع حصول العتق ، فهل يخرج على هذا جواز إصداق الأم ؟ قلنا ليس ما قاله أبو إسحاق مما يحل التفريع عليه ، سيما في هذه المضائق ، وحق كل ناظر في مضيق أن يقطع^(٢) فكره عن الأصول البعيدة .

فهذا منتهى ما ذكرناه في ذلك .

٨٤٤٨- ومما يتصل بهذا : أن الرجل إذا نكح امرأة [و]^(٣) أصدقها ألفاً ، وجاء أجنبي وأدى الألف من غير رضا الزوج ، وطلقها قبل المسيس ، فحكم الطلاق تشطير الصداق ، ويبعد كل البعد أن نقدر للزوج ملكاً فيما أذاه الأجنبي ؛ فإنه لا يملك

(١) في الأصل : المتبرع .

(٢) في الأصل : يقطع .

(٣) في الأصل : أو .

الأجنبي تملك الزوج شيئاً قهراً ، وهو ما يليه^(١) ، أما التشطير ، فلا شك فيه ، وحكى شيخنا وجهين فيمن ينقلب الشطر إليه ، أحد الوجهين : أنه يرجع إلى الأجنبي ؛ فإنه من ملكه خرج ، ولا وجه عندنا غيره ، وإن استبعد مستبعد رجوع نصف الصداق إلى غير الزوج ، فسببه أداء الصداق من غير الزوج .

والوجه الثاني - أنه يرجع إلى الزوج ، وهذا القائل يضطر إلى أن يقول : يدخل في ملك الزوج تقديراً أولاً ، وقد يتفق مثل هذا .

وقد ذكرنا أن العبد إذا خالغ زوجته على مال ، فالعوض يدخل في ملك السيد ، ولم يجز الخلع بإذنه ، ولم يخرج البضع عن استحقاقه ، والقياس يقتضي أن يكون عوض البضع عن استحقاقه ، والقياس يقتضي أن يكون عوض البضع لمن يخرج البضع عن حقه ، ومن الأصول الخفية أن [محض]^(٢) القياس قد يضيق ، فيدق النظر ، وهو يمشي مشي المؤكّد ، ثم قد يقف ، ويضطر الفقيه إلى حكم ، فيصرفه إلى أقرب الوجوه إليه من غير قياس ، إذا امتنع تعطيل الحكم ، وهذا تكلف ، وليس العبد كالأجنبي المتبرع ، فإن ما يكتسبه العبد [إنما]^(٣) يكتسبه للسيد .

وكل ما ذكرناه فيه إذا أصدق الأب زوجة ابنه من مال نفسه .

٨٤٤٩- فأما إذا أصدقها من مال الابن ، فإن كان قدر مهر مثل المرأة . أو أقل ؛ صح النكاح ، وثبتت التسمية ، وإن كان أكثر من مهر المثل ؛ ففي المسألة قولان : أحدهما - أن النكاح لا ينعقد .

والثاني - أنه ينعقد ، ويُرد إلى [مهر المثل]^(٤) .

وأصل هذين القولين أن فساد المهر وإن كان في قاعدة المذهب لا يؤدي إلى إفساد النكاح - فالمهر ثبت في الصورة التي ذكرناها في حكم الشرط ، وكأن المرأة لم ترض بالنكاح إلا به ، فلا ينبغي أن يؤخذ بهذا/ من فساد المهر مطلقاً ؛ إذ لو قلنا : يلزمها

(١) ما يليه : أي لا ولاية له عليه ، فيملكه .

(٢) في الأصل : محطى .

(٣) في الأصل : بمثابة ما يكتسبه للسيد .

(٤) في الأصل : مثل المهر .

النكاح بمهر المثل ، لكان هذا تجنياً ظاهراً واحتكاماً عليها وتغييراً لموجب إذنهما ، وليس كما لو كان الصداق خمراً ؛ فإنه لا حكم لرضاها بالخمير ، وطلبها أكثر من مهر المثل يسوغ في الشرع ؛ فليفهم الناظر هذه الدقيقة ، فإننا رأينا المتعمقين يرون قول فساد النكاح قولاً فاسداً في المذهب ، لا يرون له اتجاهاً إلا على قول بعيد في أن فساد المهر يؤدي إلى فساد النكاح ، وليس الأمر كذلك ؛ فإن الشافعي في مساق نصوصه على أن النكاح لا يفسد بفساد الصداق ، ينص على هذين القولين .

ولو زوج ابنته بأقل من مهر المثل ، ففي انعقاد النكاح قولان : أحدهما - لا ينعقد .

والثاني - ينعقد بمهر المثل ، وتوجيه القول في الإفساد مأخوذ مما ذكرناه ، وهو أن الرجل لم يرض بأن يلزم النكاح بأكثر مما ذكر ، وقد سبق تقرير هذا .

وهذا الذي نبهنا عليه من شرائف الكلام ، ولست أذكر أمثال هذا [تصلاً]^(١) ولكنني أقصد أن يكون للمتتبع إليه فضل تأمل .

٨٤٥٠ - ثم إذا أصدق الرجل امرأة ابنه لا من مال نفسه ، فلا يخلو ، إما أن يصدقها من عين مال الطفل ، وإما أن يصدقها ديناً ، فإن كان عيناً [ملكته]^(٢) والكلام في كونه على قدر مهر المثل أو أكثر منه ، وقد سبق ذلك .

وإن ذكر في قبول النكاح لطفله ديناً مطلقاً ، فالمنصوص عليه في الجديد : أن المهر لا يثبت في ذمة الأب ، والمال على الابن ، نعم ، إن كان للابن مال ، فالابن مطالب بتأديته من ماله . وقال في القديم : يكون الأب ضامناً للمهر شرعاً ، وقد ذكرت القولين وتوجيههما .

وكذلك لو أذن المولى لعبده في النكاح ، فالقول الجديد : أن ذمة السيد خلية عن المهر ، والمهر والنفقة يتعلقان بكسب العبد ، وقال في القديم : يصير السيد ضامناً ،

(١) في الأصل : « بصما » هكذا بدون أي نقط . والمثبت تصرف منا على ضوء عبارات الإمام في مثل هذه المسائل .

(٢) في الأصل : ملكها .

وذمة العبد مشغولة أيضاً ، وهو في رتبة الأصيل والسيد في مقام الكفيل .

وإذا أذن لعبده في التمتع بالعمرة إلى الحج ، فالقول الجديد - أن العبد يصوم لا غير ، وليس على السيد بذل مال .

والقول الثاني - أن السيد يُريق دم المتعة عن عبده .

فإن قلنا : ذمة الأب عريّة عن المال ، فإن كان للابن مال ، فالمرأة تطالب الأب المتصرف بأداء المهر من مال الابن ، ولو صرح الأب بضمان المهر شرطاً - والتفريع على الجديد - فيصير حينئذ ضامناً ، والمرأة بالخيار ، فإن شاءت طالبت الابن إذا بلغ ، أو طالبت الأب بالأداء من ماله ، وإن شاءت طالبت الضامن ، ويظهر أثر هذا ي ١٤٣ مُتّصِحاً/ فيه إذا لم يكن للابن مال/ ثم الأب إذا ضمن - حيث انتهى التفريع إليه - فإن غرم ، فهل يرجع على الابن ؟ قد [ذكرنا]^(١) في كتاب الضمان أن من ضمن بالإذن ، وشرط الرجوع وغرم كذلك ؛ فإنه يرجع ، فإذا لم يفرض الإذن ، ففيه تفصيل .

وحظ هذه المسألة من ذلك الأصل الذي أشرنا إليه - أن الأب لا يحتاج إلى تصريح بشرط ، حتى يرجع ، ولكن يكفي قصده ، فنضع قصده موضع الإذن وشرط الرجوع ، ثم نطبق الخلاف على الخلاف والوافق على الوفاق .

وإذا ضمن وأدى في هذا المنتهى ، ثم طلق الزوج ؛ فنصف المهر يرجع إليه ، ثم الكلام بعد ذلك في أن الأب هل يرجع أم لا ؟ فإن ما يصدر من الأب في مثل ذلك يتضمن تملكاً ؛ فإنه يَمْلِكُ تملكَ الطفل - كما سبق تفصيله ، وإذا كان تبرعه من مال نفسه يتضمن تملكه ، فما يؤديه بعد الضمان والالتزام يقتضي ذلك لا محالة ، وفائدة ما ذكرناه أن تشطير الصداق إذا رجع - حيث يثبت للأب حق الرجوع - فلا نقول : ينحصر حق الأب فيما رجع ، بل يلتحق ما رجع بسائر أملاك الطفل ، ثم الأب يتصرف فيه فيما يرجع به تصرفه في سائر أملاكه .

وهذا كله تفريعٌ على القول الجديد في أن التبرع لا يلزم الأب ضماناً بحكم العقد ، ثم صورنا فيه إذا لم يصرح بالضمان أو صرح به .

(١) في الأصل : ذكرناه .

٨٤٥١- فأما إذا فرعنا على القديم ، وقضينا بأن التبرع يُلزم الأب الضمان ، قال القاضي : إذا غرم الأب على القول القديم ما ضمّنه الشرع ، فلا يجد به مرجعاً على مال الطفل ، ويكون هذا كضمان العاقلة دية الخطأ ؛ فإنهم إذا تحملوا [العقل]^(١) وأدّوا ما حملهم الشرع ، لم يرجعوا بما بذلوه على القاتل .

ثم قال : فلو شرط الأب ، [صح]^(٢) النكاح ، فإن النكاح لا يفسد بأمثال ذلك ، وقيل له : لو ضمن الصداق بشرط براءة الابن ، فكيف الوجه ؟ فقال : لو ضمن الضامن ديناً على شرط براءة الأصيل ، فلا بن سريج في ذلك وجهان ذكرناهما : أحدهما - يجوز . والثاني - لا يجوز . هذا معروف في غير ما نحن فيه .

فإذا فرضنا شرط الضمان على هذا الوجه - والتفريع على القول الجديد ، وهو أن الضمان لا يلزم شرعاً - فيحتمل وجهين : أحدهما - أن الضمان لا يصح ، ويفسد بالشرط ، ثم يلتحق هذا بشرط ضمان فاسد في العقد ، وقد اختلف القول في أن شرط الضمان الفاسد والرهن الفاسد في العقد ، هل يتضمن فساد العقد ؟ وقد ذكرنا في ذلك قولين في كتاب الرهن ، هذا/ وجه .

١٤٣ ش

وإن قلنا يصح الضمان [عن]^(٣) دين مستقر بشرط براءة الأصيل ، فشرط هذا في صلب العقد يجب أن يكون فاسداً ؛ فإن العقد يستدعي ثبوت العوض في ذمة [العاقدة]^(٤) ، والخلاف الذي ذكرناه عن ابن سريج في ضمان يرد على دين مستقر ، لا يبعد سقوطه .

وإذا تبين أن الضمان لا يتضمن إبراء الذمة إذا وقع شرطاً في العقد ، فالشرط إذاً فاسد ، وإذا فسد الشرط ، فهل يفسد الضمان ؟ فيه وجهان ذكرناهما توجيهاً وتفرعاً في كتاب الضمان ، هذا كله إذا فرعنا على القول الجديد - وهو أن الشرع لا يلزم ذمة الأب ضماناً - .

(١) في الأصل : العقد .

(٢) في الأصل : وصح .

(٣) في الأصل : من .

(٤) في الأصل : المعاقدة .

فأما إذا فرعنا على أن الشرع يلزم ذمة الأب الضمان ، فذكره الضمان لا معنى له ، وهو نطق منه لموجب العقد ، فإن ذكر شرط البراءة - أعني براءة الابن ، فهذا هو الشرط ، وهو فاسد ، فإذا اقترن بالصداق ؛ يجوز أن يقال يفسد الصداق به ، كما سيأتي تقرير ذلك في باب بعد هذا - إن شاء الله تعالى - ويجوز أن يقال : يفسد الشرط ولا يفسد الصداق .

وفيما ذكرناه حكاية عن القاضي وَقْفَةً عظيمة ؛ فإنه [حكم]^(١) بأن الأب لا يرجع على القول القديم بما يغرمه عن جهة الضمان الشرعي ، وهذا مما لا سبيل إلى القول به ؛ فإن الشرع أثبت للأب [نظراً]^(٢) في طلب غبطة الابن لكمال شفقتة ، فإذا نظر له واستد نظره ، فانتصاب ذلك سبباً لتضمينه وإلزامه المغارم الثقيلة ، محالٌ ، ولا شك أن الابن مطالبٌ بالمهر إذا بلغ ، وكذلك هو مطالب بالنفقات وسائر مؤن النكاح ، وليس كالمقاتل خطأ ؛ فإنه لا يطالب بالعقل مع إمكان مطالبة العاقلة ، وبالجمله لا يُشبه المغارم التي تتعلق بالمعاملات النظرية المنوطة بشفقة الأب بالجنايات وضرب أروشها على العاقلة إلا غافلٌ عن القولين ، وضرب العقل على العاقلة مُعْتَبَرُ الأحكام التي لا تعلل .

٨٤٥٢- وينشأ من هذا المنتهى نظراً في فنٍّ ، وهو : أن البنت إذا خطبها كفاء ، غلب على الظن أن تزويجها موافق لأقصى الغبطة المطلوبة ، فهل يجب على الأب أن يزوجه ، أو لا يجب عليه ، أو يجوز له ، أو يُستحب ؟ هذا محل النظر .

٨٤٥٣- ونحن نرى تقديم أصل على ذلك ، فنقول : تصرف الأب في مال الطفل ينقسم ، فمنه محتوم ، ولا يشك العاقل في رعايته ، وهو حفظ ماله وصونه عن الضياع ، ويتصل بذلك تنميته بما يقيمه حتى لا يأكل مؤن [الحفظ]^(٣) المال ، وعلى هذا يحتمل قول عائشة (اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الصدقة)^(٤) / فأما التناهي

(١) زيادة اقتضاها السياق . وهي بهذا اللفظ في (صفوة المذهب) .

(٢) في الأصل : ناظراً .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) حديث : « اتجروا في مال اليتامى لا تأكلها الزكاة » رواه الطبراني في الأوسط بهذا اللفظ عن =

في الاستنماء والتزويج في البر والبحر ، والتطويح في [التجود]^(١) لاستنماء مال الطفل ؛ فهذا لا يجب ، وضبط هذا القسم [ما]^(٢) ينتهي إليه إلى [الإجهاد]^(٣) والإكداد ، والشغل عن المهمات التي تخص الولي ، وبين مأمور فيها بإحسان النظر ، وهل يجب ذلك ؟ الظاهر أنه [يجب]^(٤) [فلو]^(٥) سنحت غبطة ، كزبون يطلب شيئاً بأكثر من ثمنه ، فيجب تحصيل ذلك للطفل ، وكذلك إذا كان يُعرض شيء [مما يُريد]^(٦) وكان يباع بأقل من ثمنه ، ولكن هذا فيه نظر ؛ فإن الأب لو أراد أن يشتريه لنفسه جاز ، ولا يلزمه أن يشتريه لطفله .

وأما بيع مال الطفل وهو - مطلوب على غبطة - فمحتوم . هذا نظرنا في المال .

ووراء ذلك مزيد ، وهو أن الأب لو تبرم بالتصرف في مال طفله ، وأراد دفع الأمر إلى القاضي لينصب فيه قيمًا بأجر ، فلست أرى هذا محظوراً على الأب ، وكذلك لو نصب هو بنفسه ناظراً ، ولو طلب من السلطان أن يُثبت له أجراً على عمله ، فالسلطان يرى رأيه ، فإن وجد متبرعاً بالعمل ، فالأظهر أنه لا يجعل له جعلاً ، وليس كما لو طلبت الأم أجرة على الإرضاع ووجد الأب متبرعة به ؛ فإننا في قول قد نقول : الأم

أنس مرفوعاً ، في ترجمة علي بن سعيد . (ر . المعجم الأوسط : ١ / ١ : ٢٥٠ ، وروى البيهقي عن عمر موقوفاً مثله . (ر . السنن الكبرى : ١٠٧ / ٤) ورواه الشافعي مرسلاً عن يوسف بن ماهك (ر . ترتيب مسند الشافعي : ٢٢٤ / ١) ورواه الشافعي موقوفاً عن نافع عن ابن عمر (ر . ترتيب مسند الشافعي : ٢٢٥ / ١) والذي وقع لنا عن عائشة أنها كانت تلي ابني أخيها القاسم ، وكانت تخرج من أموالهما الزكاة (ر . الموطأ : ٢٥١ / ١) وانظر تلخيص الحبير : ٣٠٨ / ٢ ، ٣٠٩ . ح ٨٢٦) ولم نصل إليه عن عائشة باللفظ الذي أورده المؤلف .

(١) في الأصل : العود . والمثبت تقديرٌ منا بمعاونة ألفاظ العز بن عبد السلام في مختصره . (ر . الغاية في اختصار النهاية : ج ١ لوحة رقم : ٩٧ (يمين)) .

(٢) في الأصل : مما .

(٣) في الأصل : الاجتهاد .

(٤) في الأصل : لا يجب . وهو مناقض للسياق ، ولما ورد في مختصر العز بن عبد السلام (السابق نفسه) .

(٥) في الأصل : ولو .

(٦) في الأصل : فيما يزيد .

أولئ بالإرضاع إذا اقتضت على أجر المثل ؛ والسبب فيه التفاوت اللائح بين إرضاعها وإرضاع الأجنبية . وإن لم يجد السلطان متبرعاً ، فالظاهر أنه لا يثبت للأب أجراً ، ويجوز أن يقال : يثبت ؛ إذ للأب أن يستأجر عاملاً في مال الطفل ؛ فإذا لم يمتنع منه بذل الأجر على العمل ، لم يمتنع أخذ الأجر على العمل ، فهذه أمور معترضة نبهنا عليها .

٨٤٥٤- وتزويج الأب ابنته مع ظهور الغبطة ، وغلبة الظن في اتجاهها لا يبعد أن يجب . وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لعلي (لا تؤخر أربعاً) وذكر من جملتها « البكر إذا وُجد لها كفاء » ولا يبعد أن يرى الأب تأخير التزويج لتعلقه بالجبلة ، وكون المقصد الأظهر فيه الإعفاف والإمتاع ، ويعارض ذلك أن هذا الكلام لو وفر عليه حقه ، لكان مقتضاه منع التزويج ، ووجوب التأخر .

فأما المجنونة إذا تشوفت ، فيجب تزويجها إذا كانت بالغَةً ، لظهور الحاجة ، فأما التزويج من الطفل ، فأبعد من الوجوب ، والأظهر أنه لا يجب لما يلزمه من المؤن ، ولا حاجة في الحال ، وإذا كان مجنوناً ؛ فالتزويج منه عند مسيس الحاجة حتمٌ .
هذا منتهى النظر في هذا الفن .

ش ١٤٤ وإن كان القاضي يقول : الأب/ إذا زوّج من ابنه المجنون - حيث يلزمه التزويج منه - يضمن المهر على القديم ، وإذا غرم ، لم يرجع ، فهذا خروج عن الضبط ، ومصيرٌ [إلى] ^(١) إيجاب إعفاف الابن على الأب ، والمرجع ^(٢) الذي نفاه القاضي لا يفصل فيه بين اليسر والعسر من الطفل ، وإن كان يفصل بين [التزويج] ^(٣) الواجب وبين التزويج الجائر ، ويقول : إنما يفسد المرجع في التزويج الجائر ، فهذا إثبات نظرٍ على غرر ، والآباء لا يورطون أنفسهم في هذه المغارم بما لا يجب عليهم ، والتزام الغرر إنما يليق بمن يطلب حق نفسه ، كالذي [يؤدب] ^(٤) زوجته ، أو كالذي ينتسب إلى مجاوزة الحد

(١) في الأصل : على .

(٢) المرجع : أي الرجوع .

(٣) في الأصل : الزوج .

(٤) في الأصل : يوهب .

لا محالة ، كالذي يؤدب ولده ؛ فإنه إذا أفضى إلى الهلاك ، تبيّنّا مجاوزة الأب حدّ الأدب ، وانتهاءه إلى مبلغ من الضرر لا يجوز الانتهاء إليه . فهذا تمام المراد في ذلك .

ثم ذكر الشافعي في آخر الباب تزوج المحجور المبذّر والإذن له ، وهذا قد أجريناه مستقصى في النكاح على أحسن وجه ، وأبلغه في البيان .

* * *

باب التفويض

٨٤٥٥- نصدر الباب بذكر التفويض الصحيح المتضمن تعرية النكاح عن المهر ، وعلى الطالب أن يتأنق في صدر الباب أولاً ، فنقول : المالكة لأمر نفسها - وهي الحرة العاقلة البالغة الرشيدة - إذا أذنت لوليها في أن يزوجه بلا مهر ، وقالت : « زوّجني بلا صداق » ، فزوجه وليها ، وصرّح بنفي المهر على حسب إذنها ، فهذا النكاح هو الذي يسمى نكاح التفويض . والمرأة تسمى مفوضة ومفوضة ، ومأخذ اللفظين بين ، وتسمية تعرية النكاح عن المهر تفويضاً ليس على حقيقة اللسان ؛ فإن التفويض معناه التخيير ، والإحالة على رأى الغير في النفي والإثبات ، فالذي ينطبق على هذا اللفظ أن تقول لوليها : « إن شئت زوّجني بلا مهر ، وإن شئت زوّجني بالمهر » ، ولو صرحت بنفي المهر ، فزوجه الولي ، ولم يتعرض لذكر المهر ؛ فهذا بمثابة ما لو نفى المهر ، اتفق الأصحاب عليه .

ولو زوّج السيد أتمته من أجنبي ، ولم يذكر مهراً ، كان هذا تفويضاً منه . ولو أذنت المرأة في التزويج ، وأطلقت إذنها ، ولم تذكر المهر نافية ولا مثبتة ، فإذنها المطلق محمول على طلب المهر ، وفاقاً ، وهو بمثابة إذن مالك المتاع في بيع متاعه . ثم إذا أذنت في النكاح مطلقاً ، أو طلبت المهر ، فزوجه الولي ، فإننا نقدم على هذا/ فصولاً في الوكيل والولي المجبر ، ثم نرجع إلى الولي المزوّج بالإذن . ١٤٥ ي

٨٤٥٦- فإن سمى الوكيل مقداراً من المهر ، فخالف ، نظّر ؛ فإن زاد ، فقد زاد خيراً ، وكان كما لو قال الوكيل لوكيله : « بع عبدي هذا بألف » ، فباعه بألفين ، فالبيع لازم ، والعوض المسمى ثابت ، وإن خالف الوكيل في النكاح فنقص عن المقدار الذي سُمي له ؛ لم ينعقد العقد ؛ لأن تزويج الوكيل مبناه على الإذن ، فإذا خالف الإذن مزوّجاً بغير إذن ، فالتزويج بغير الإذن مردود . وهو كما لو قالت : « زوّجني من زيد » فزوجه من عمرو .

ولو نصب الوكيل في التزويج ، ولم يذكر له مقداراً من المهر ، فلو زوّج بدون مهر المثل ، [أو]^(١) زوّج مع نفي المهر ؛ فقد ذكر بعض الأصحاب قولين في انعقاد النكاح ، وهذا بعيد ، والوجه : القطع بأن النكاح لا يصح ؛ فإن تصرف الوكيل مما يتقيد بموجب الإذن ، فكذلك يتقيد بالعرف المقترن بالإذن ، ومقتضى العرف رعاية الغبطة ، ولهذا قلنا : الوكيل بالبيع مطلقاً إذا باع بغبن ، لم يصح بيعه .

ومما يتصل بهذا المقام : أنا إذا كنا لا نصحح من الوكيل المطلق التزويج بأقل من مهر المثل ، فلو زوّج مطلقاً ؛ فعلى ماذا يُحمل الإطلاق ؟ هذا فيه تردد ظاهر ، يجوز أن يقال : هو محمول على تعرية النكاح ، حتى لا يصح من الوكيل العقد ، ويظهر جداً أن يُحمل على ثبوت مهر المثل ؛ فإن الشرع يقتضي إثبات المهر إذا لم يجز تصريح بالنفي ، فيكون إطلاق النكاح بمثابة ذكر مهر المثل .

ويخرج على هذا التردد أن الوكيل المطلق لو [زوّج]^(٢) بخمر ، فالرجوع إلى مهر المثل في مثل ذلك ، فكيف السبيل ؟ والأظهر في هذه الصورة الفساد ؛ فإنه أتى بصورة المخالفة ، فهذا ما أردنا ذكره في الوكيل .

٨٤٥٧- فأما الولي إذا زوّج وليته ، فلا يخلو ؛ إما أن يكون مجبراً ، فزوّج بمهر المثل : صح . وإن زوّج الصغيرة أو البالغة البكر بدون مهر المثل ، أو نكاح تفويض ؛ ففي انعقاد النكاح قولان ، قدمنا تحقيقهما . فإن قلنا : إنه ينعقد ، فيثبت مهر المثل ، أجمع الأصحاب عليه . ولم يصح أحدٌ إلى انعقاد [النكاح بالمقدار]^(٣) الذي سمّاه . وقال أبو حنيفة^(٤) : ينعقد النكاح بذلك المقدار .

فأما إذا كان الولي مزوّجاً بالإذن ، فإن سمّت المرأة مقداراً ، فزوّج الولي بدونه ، فهو كالوكيل ؛ فإن تزويجه ؛ موقوف على الإذن ، فإذا ظهرت المخالفة ، كان كما لو ١٤٥ ش زوّجها بغير إذن .

(١) في الأصل : وزوّج .

(٢) في الأصل : متزوّج .

(٣) في الأصل : إلى انعقاد (المقدار بالنكاح) الذي سمّاه .

(٤) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٢/٢٥٩ مسألة رقم : ٧٢٧ .

وإن لم تسم مقداراً من المهر ، فزوّجها الولي ، بمهر المثل صح ، وإن زوّجها بأقلّ من مهر المثل ، فللأصحاب طريقتان : أقيسهما - القطع بأن النكاح لا يصح ؛ فإنّ إذنهما المطلق محمول على موجب العرف ، فكأنها قيّدت إذنهما بما يليق بالعرف من المهر ، ولو كان كذلك ، فخالفها ، لم ينعقد النكاح ، ومن أصحابنا من قال : في تزويج الولي بدون مهر المثل ، أو على حكم التفويض - وإذنهما مطلق - قولان : أحدهما - إن النكاح يبطل . والثاني - إنه يصح ، وينعقد بمهر المثل ، كما ذكرناه في الوليّ المجبر . وهذا القائل يزعم أن الإذن المطلق يُلحق الولي بمرتبة المجبر ، ويُخرجه عن مرتبة الوكلاء ، الذين لا معتمد لهم إلا الإذن .

فهذا بيان تصوير التفويض .

٨٤٥٨- فيعود بنا الكلام بعده إلى القول في حكم التفويض المحقق المتضمنّ تعرية النكاح عن المهر ، فإذا جرى هذا ، فالنكاح ينعقد ، والمهر يجب عند الدخول ، وهل يجب بنفس العقد المهر ؟

ما قطع به العراقيون : أنه لا يجب المهر بالعقد ، ولم يعرفوا غير هذا ، وإنما ذكروا القولين في محلّ سينتهي البيان إليه ، إن شاء الله تعالى .

وقال المراوزة : في المسألة قولان : أظهرهما - أنه لا يجب بنفس العقد شيء من المهر ، ويجب بالدخول . وقالوا : هذا^(١) هو المنصوص . والقول الثاني - إنه يجب لها المهر بنفس العقد ، وكان شيخي يحكيه حكاية من يعتقده منصوصاً ، وقال القاضي : هو مخرّج ، والصحيح ما قاله .

ثم إن حكمنا بأن المهر لا يجب بالعقد ، فأول ما نفرّعه على هذا القول : أنها إذا وُطئت ، فالمهر يجب عند الدخول والوطء لا محالة ؛ فإن وجوب المهر في هذا المقام ليس خالياً عن تعبد الشرع ، ولا يبعد إضافته إلى حق الله تعالى ؛ حتى يمتاز النكاح عن السفاح وبدل البضع ، وقيل : يجب أن يمتاز نكاحنا عن نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن الله عز وجل جعل خلو النكاح عن المهر من خصائص النبي

(١) في الأصل : وهذا .

صلى الله عليه وسلم ، إذ قال : ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ [الأحزاب : ٥٠] .
ولا يتصور أن يخلو عن المهر وطء - في غير ملك اليمين ، مع كونه محترماً - إذا أمكن
تقدير المهر .

والذمية إذا نكحت في الشرك على التفويض ، وكانوا يرؤن سقوط المهر عند
المسيس أيضاً ، فقد ينزل النكاح على موجب عقدهم إذا اتصل الإسلام ، كما سبق
تقريره .

والسيد إذا زوج أمته من عبده ، فلا يثبت / المهر أصلاً ؛ فإن إثباته غير ممكن ، ١٤٦ ي
وما حكيناه من مذهب بعض الأصحاب في أن المهر يثبت بأصل النكاح ، ويسقط ،
لا تحصيل فيه ولا تحقيق وراءه .

فأما في غير هاتين المسألتين ، فلا يتصور خلو مسيس في نكاح من مهر ، هذا
ما اتفق عليه الأصحاب قاطبة في طرقهم .

٨٤٥٩- وقال القاضي إذا [قالت له زوجته] ^(١) ، وهي مفوضة : « طأني ولا مهر
عليك » ، فلا يمتنع أن نقول : إذا وطئها في نكاح التفويض على الوجه الذي صورناه ،
إن المهر لا يجب ؛ فإنها صاحبة الحق ، وقد [سلطته] ^(٢) مع الرضا بانتفاء المهر ،
وخرج عن هذا قول الشافعي في كتاب الرهون : إذا قال الراهن للمرتهن : أذنت لك
في جماع هذه الجارية المرهونة ، فإذا واقعها طائناً أن الوطء يحلّ له بإذن الراهن ، ففي
وجوب المهر قولان للشافعي ، ذكرناهما في الرهون ، قال : ووجه قوله « لا يجب
المهر » أن مالك البضع ، ومن يثبت له المهر - لو ثبت - رضي بالوطء ، فكان ذلك
إسقاط حقه منه .

ومن الأقيسة الجليلة الكلية في قاعدة الشرع أن من يملك إسقاط العوض بعد ثبوته
له ، إذا سلطه على إتلاف العوض ، كان تسليطه عليه متضمناً إسقاط العوض . ولذلك
نقول : إذا قال مالك العبد لإنسان : « اقتله » ، فقتله ، لم يلتزم القاتل بالإذن للمالك

(١) في الأصل : قال لزوجته .

(٢) في الأصل : سلطت . وفي (صفوة المذهب) : أسقطته .

الآذن عوضاً ، وكذلك إذا قال [للجاني]^(١) : اقطع يدي ، فإذا قطعها ، لم يلتزم عوضاً ، لهذا وجه التخريج .

وما ذكره لَسْتُ أَعَدُّهُ من المذهب ، وأظن أنه^(٢) لم يذكره ليلحقه بأصل المذهب ، وإنما ذكره ليوضح جهة الاحتمال وتطرّقه إليه ؛ فإن ما قاله مسبوق بالإجماع من نقلة المذهب في الطرق المختلفة .

ثم إنما كان ينتفع المناظر بما خرّجه لو صحّ أنه كان يطلقه فيه إذا جرى التفويض في النكاح مطلقاً ، وقضينا بعروّ العقد عن المهر ، فكان يجب أن يقال : إذا وطئ الزوج - وقد صحّ التفويض في أصل العقد - لا يجب المهر ، بناء على ما تقدم ؛ فإن الزوج بعد صحة التفويض ، يتصرف في ملك نفسه ، ومن انتفع بملك نفسه ، وقد ثبت ملكه خلياً عن العوض ، فيبعد أن يستوجب العوض بسبب تصرفه الجائر في ملكه الثابت العريّ عن العوض ، [و]^(٣) القاضي لا يسمح بتخريجه في هذه الصورة ، بل نقل عنه من يُعْتَمَد أن سقوط المهر مع جريان المسيس إنما يُقَدَّر إذا جدّدت تسليطاً على الوطاء من ش ١٤٦ غير مهر ، وصرّحت/ بنفي المهر .

والمهر في ذلك متردد عندي ؛ فإني رأيت في بعض مجموعاته ما يدلّ على طرده التخريج فيه ، إذا جرى تفويض تام على الصحة ، من غير احتياج إلى تجديد إذن في الوطاء ، فإن لم يكن من هذا التخريج بد ، فلا بد من طرده على هذا الوجه الذي ذكرناه ؛ وذلك أن إذنها المتجدد لا يصادف حقها ؛ من جهة أن الزوج هو المستحق للبضع ، وقد ثبت استحقاقه الأول عريّاً عن العوض ، فلا معنى لاشتراط تسليط من المرأة ، [فيما]^(٤) استقر فيه حق الزوج .

وقد يتجه مع هذا فرق ظاهر بين مسألة التفويض ومسألة إذن الراهن ، وذلك أن إذن الراهن متعلّق بوطء في غير نكاح ، ولا يبعد أن يخلو وطاءً في غير نكاح عن

(١) في الأصل : الجاني .

(٢) في الأصل : وأظن أنه إن لم يذكره .

(٣) (الواو) زيادة من المحقق .

(٤) في الأصل : فما .

المهر ، والدليل على الفرق : أن مجرد إذن الراهن - على أحد القولين - يتضمن سقوط المهر من غير تعرض لإسقاط المهر ، ولو عقد النكاح خالياً عن المهر ذاكراً ، لثبت المهر إذا لم يتعرض لنفي المهر ، كما قدمنا ذلك في تصوير التفويض ، فقد اجتمع - مما حُكي عنه ومما رأيت - كلامٌ مختلط ، وأنا أحصله وآتي به مضبوطاً .
فأقول :

٨٤٦٠- إذا جرى التفويض على الصحة - والتفريع على أنها لا تستحق بنفس العقد مهراً - فالمذهب المشهور : أنها إذا وطئها زوجها ، ثبت مهر مثلها بالميسر ، سواء سَلَّطت بعد التفويض على الوطء من غير مهر ، أو تمادت على ما سبق ، ولم تُجَدِّد تسليطاً ، وذكر القاضي تخريجاً ، وفيه وجهان : أحدهما - أن المهر لا يجب بالوطء وإن لم تجدد تسليطاً ، بناء على ما تقدم من التفويض .

والوجه الثاني - أنها إن لم تجدد تسليطاً حتى مسّها الزوج ، وجب لها مهر المثل ، ولا تخريج . وإن جدّدت تسليطاً وقيدته بنفي المهر ، فإذا ذاك يخرج وجهٌ في سقوط المهر .

ووجه الأول [في]^(١) تنزيل التخريج بين ، لا حاجة فيه إلى تكلف إيضاح . ووجه الوجه الثاني - أن النكاح له تمييزٌ عن الميسر ، ويتعلق بالميسر تقرير المهر ، فلا يبعد أن يحمل التفويض^(٢) حالة العقد على الرضا بسقوط حق العقد ، حتى لو طُلِّقت قبل الميسر ، لم تستحق نصف مهر في مقابلة العقد ، فكان اشتراط تجديد التسليط مع نفي المهر [كما]^(٣) ذكرناه .

ثم إن جرينا على الوجه الثاني في تنزيل تخريجه ، فلا شك أنها تملك المطالبة بالفرض قبل الدخول ، كما سنذكره ، إن شاء الله تعالى .
وإن جرينا في التخريج على أن المهر لا يجب وإن لم تجدد تسليطاً ، ففي ملكها

(١) في الأصل : يجيء .

(٢) في الأصل : أن يحمل على التفويض حالة العقد على الرضا .

(٣) في الأصل : بل ذكرناه .

المطالبة بالفرض قبل الميسس احتمال ظاهر ، يجوز أن يقال : إنها تملكه ، ويجوز أن يقال : إذا لزم النكاح عارياً عن العوض ، فلسنا نتوقع ثبوت المهر عند الميسس على هذا الوجه ، فلا تملك المطالبة بالفرض . وهذا هو القياس لو أمكن طرده .

ي ١٤٧ فهذا منتهى ما / أردناه في ثبوت المهر وسقوطه عند جريان الميسس ، تخريجاً على أن عقد التفويض خالٍ عن استحقاق المهر .

وإن فرعنا على القول الثاني - وهو أنها تستحق المهر بالعقد - فالذي قطع به الأئمة : أنه إذا طلقها زوجها قبل الميسس ، سقط المهر ، ولم تستحق شطره ، وليس لها إلا المتعة .

٨٤٦١- وكان شيخنا أبو محمد يكرر في دروسه أن الطلاق قبل الميسس يشتر مهور المثل - على قولنا : تستحق المفوضة المهر بالنكاح - وكان يشبه هذا [بما]^(١) لو ذكر في النكاح مهرٌ [وجحد]^(٢) ، ووقع الحكم بالرجوع إلى مهر المثل ، فإذا وقع الطلاق قبل الميسس في مثل هذا النكاح ، فمذهب الشافعي أن مهر المثل يتشتر تشتر الصداق المسمى على الصحة .

وهذا الذي ذكره قياسٌ جلي لا ندفعه ، ولكنه خالف ما عليه كافة الأصحاب ؛ فإنهم لم يختلفوا في سقوط جميع المهر إذا جرى التفويض والطلاق قبل الميسس ، فكان ما ذكره غير معتد به ، [ولا]^(٣) يلتحق بالوجوه الضعيفة المعدودة من المذهب ، وإنما ذكرته لأنته على أنه كذلك ، فإنه يُلَفَى في كثير من التعاليق عن ذلك الشيخ ، فليعلم الناظر ما ذكرناه فيه .

ومما ذكره : أنا إذا فرعنا على أن المفوضة تستحق بالعقد المهر ، فلا يثبت لها حق المطالبة بالفرض على هذا القول ، كما لو جرى في النكاح تسميةً خمراً أو خنزيراً أو مهر مجهول ؛ فإننا إذا قضينا بثبوت مهر المثل في هذه المسائل ، فلا تملك المرأة المطالبة

(١) في الأصل : مما .

(٢) في الأصل : وجحد .

(٣) في الأصل : وما لا يلتحق .

بالفرض ، وإن طلبته وطالبت به قيل لها : حَقَّكِ مهرٌ مثلك ، فاطلبيه ، ولا تطلبي فرضه وهو ثابت مستحق .

وقد أجمع الأصحاب على أنها تملك المطالبة بالفرض .

وإن فرعنا على أنها تستحق بالعقد المهرَ فيما ذكره شيخنا ؛ بناءً على أن مهر المفوضة يتشطر بالطلاق ، وما ذكره الأصحاب مبني على أنها لو طُلقَتْ ، سقط جميع مهرها ، [فملكوها]^(١) طلبَ الفرض لتتوصل به إلى تقرُّر شرط المهر .

٨٤٦٢- فإن قيل : ما ذكرتموه في التفريع [لا يثمر]^(٢) إلا الخطَّ والاضطراب ،

فعلى ماذا تقررون المهر ؟

قلنا : سنذكر الغرض في ذلك بعد تقديم أصل آخر ، وهو : أنه إذا جرى تفويضٌ صحيح ، ولم يجر مسيس ولا طلاق ، حتى مات أحد الزوجين ، ففي ثبوت مهر المثل قولان للشافعي وتردُّدٌ بينٌ ، وذكره يستدعي تقديمَ خبر ، وهو ما روي « أن عبد الله بن مسعود سئل عن المفوضة إذا مات عنها زوجها قبل الدخول ؟ فكان يردد السائل ويعُدُّ حتى تردد شهراً ، ثم قال : إن أصبتُ فمن الله ، وإن أخطأتُ فمني ومن الشيطان ، أرى لها مهر نساءها والميراث ، فقام معقل بن سنان وقال : أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم / قضى في بزوع^(٣) بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك هذا ؛ فسُرَّ ١٤٧ ش ابنُ مسعود سروراً لم يسر مثله ، وحمد الله عز وجل على ذلك »^(٤) .

(١) في الأصل : فملوكها .

(٢) في الأصل : لا يتم .

(٣) بزوع : باء موحدة مكسورة ، وسكون الراء المهملة ، وفتح الواو ، بعدها عين مهملة (تهذيب الأسماء واللغات للنووي) .

(٤) حديث بزوع ، رواه أحمد في مسنده : ٤٨٠ / ٣ ، وأبو داود : كتاب النكاح ، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات ، ح ٢١١٤ ، والترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة ، فيموت عنها قبل أن يفرض لها ، ح ١١٤٥ ، والنسائي : كتاب النكاح ، باب إباحة التزويج بغير صداق ، ح ٣٣٥٥ ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب الرجل يتزوج ، ولا يفرض لها ، فيموت على ذلك ، ح ١٨٩١ ، وابن حبان : ح ٤٠٨٦ ، والحاكم : ١٨٠ / ٢ ، وقال صحيح على شرط مسلم ، وقد رواه أيضاً الشافعي في الأم ، وتكلم

فهذا الحديث يقع أيضاً في تصوير موت أحد الزوجين ، ولكن تردّد الشافعي^(١) في الحديث وحكم باضطرابه ، إذ قد قيل : قال معقل بن يسار ، وقيل : معقل بن سنان ، وقيل ناسٌ من أشجع ، وقد بلغ الحديثُ على الوجه الذي روّاه علي^(٢) بن أبي طالب ، فلم ير قبول رواية معقل ، وقال : لا نقبل في ديننا قول أعرابي بوال علي عقبه ، فردد الشافعي المسألة ؛ لأن الحديث لم يقع على شرطه في الصحة ، فيبقى مجرد مذهب ابن مسعود ، ويعارضه مذهب علي ؛ فإنه كان لا يرى للمفوضة عند موت أحد الزوجين مهراً ، وقد خلا النكاح عن الميس^(٣) .

٨٤٦٣- وقد حان أن نذكر الترتيب في المذهب ، فنقول : أما العراقيون فقد استدلّوا ، وجروا على المسلك المرتضى ، وقصّوا بأن المفوضة لا تستحق بالعقد مهراً ؛ إذا^(٤) لم يعرفوا قولاً آخر ، وقطعوا بأنها تستحق المهر إذا مسها الزوج ، وذكروا قولين فيه إذا مات أحد الزوجين ، مع قطعهم بأنها لا تستحق بأصل العقد مهراً ، ووجهوا القولين ، فقالوا : من أوجب المهر في موت أحد الزوجين ، احتج بأن الموت نازل منزلة الوطء في تقرير المهر ؛ بدليل أنه يتقرر المهر المسمى بالموت قبل الميس ، كما يتقرر بالميس نفسه ، ومن قال : لا يثبت المهر بالموت ، احتج بأنها ما استحققت بالعقد مهراً ، ولا جرى ميس ؛ حتى يقال : لو لم يثبت المهر ، لكان الوطء في حكم المبذول ، عرياً عن العوض .

وسرّ هذا القول أن النكاح إذا اشتمل على مسمى صحيح ، ثم فرض طلاق قبل الميس ، يسقط نصف المسمى ، ويبقى نصفه في مقابلة العقد ، وإن جرى ميس ، تقرر المهر . وإن فرض موت من غير ميس ، تقرر المسمى بانتهاء النكاح نهايته .

= فيه بما لخصه الحافظ بقوله : وقال الشافعي : « لا أحفظه من وجه يثبت مثله » (ر . الأم : ٦١ / ٥ ، وانظر التلخيص : ٣ / ٣٨٧ ح ١٦٧٦) .

هذا . وفي نسخة الأصل : معقل بن يسار . والتصويب من كتب السنة .

(١) أشرنا إلى هذا التردد وموضعه من كتاب الأم ، في التعليق السابق على الحديث .

(٢) في الأصل : « الذي روّاه عن علي بن أبي طالب ، فلم ير قبوله » .

(٣) قول علي هذا . رواه الشافعي في الأم : ٦١ / ٥ .

(٤) إذا : هي هنا بمعنى « إذ » وهو استعمال فصيح أشرنا إليه أكثر من مرة من قبل .

وإذا عُقد النكاحُ على التفويض ، ثم فُرض الطلاق قبل الميسس ؛ فلا يثبت من المهر شيء فتمثل^(١) القول من هذا المنتهى ، فرأى الشافعي - بعد التردد في حديث معقل - في قولٍ حكم المهر عند الموت ولا ميسس ، كحكم نصف المهر عند الطلاق قبل الدخول ؛ فإن نصف المسمى كان ثبت عند الطلاق . والآن لم يثبت منه شيء ، فكان تشبيهه ما يقتضيه الموت من التقرير بما يتقرر من المسمى عند الطلاق قبل الميسس ، أولى من تشبيهه بما إذا جرى الميسس . فهذا أحد القولين ، وهو فقه حسن .

والقول الثاني - أن الموت في اقتضائه التقرير ، نازل منزلة الوطء ؛ فإنه إذا انقضى العمر على النكاح ، وبلغ بانقضائه النكاحُ غايته ، فقد اتصل بالمقصود - وهو الدوام إلى آخر العمر - فيجب ألا يكون عرياً عن المهر .

١٤٨ ي

والقول الأول أفقه^(٢) ، والثاني معتضد بقصة ابن مسعود ؛ فإن حديث معقل إن رده عليّ ، عمل به ابن مسعود ، ومن قواعد الأصول ترجيح بالحديث الذي لا يقطع بسقوطه ؛ فإنه لا ينحط عن أقوى مسلك في الترجيحات ، هذا كله بيان طريقة واحدة ، وهي ما اختاره العراقيون .

٨٤٦٤ - طريقة أخرى للمراوزة ، وهي : طرد القولين في أن المفوضة هل تستحق بأصل العقد مهراً ؟ وفيه على ما ذكره قولان : أحدهما - وهو الأصح عندهم - أنها لا تستحق بأصل العقد مهراً ، وهذا الذي قطع به العراقيون ولم يعرفوا غيره .

والقول الثاني - أنها تستحق بأصل العقد المهر ، ورأى المراوزة في ذلك مختلف ،

(١) كذا بهذا الرسم بدون أي نقط . (ولعل المعنى : أننا يمكن أن ندرك مأخذ القول ، ونعرف أصله) .

(٢) قال النووي : « رجح الإمام والبخاري والرويان أن المهر لا يجب بالوفاء قبل الميسس » فلعله أخذه من قول الإمام : « الأول أفقه » . ثم إن النووي رأى ترجيح الوجوب ، مائلاً إلى تصحيح حديث بزوع ، ولعله في هذا تبع الرافعي في الشرح الكبير . قلت (عبد العظيم) : واضح من كلام الإمام أنه أميل إلى ترجيح الوجوب وإن لم يصرح به . (ر . الشرح الكبير : ٢٧٩ / ٨ ، والروضة : ٢٨٢ / ٧) .

قال معظمهم : هذا قول مخرج . وقال قائلون : هو مأخوذ من نص الشافعي في أن المفوضة إذا ماتت ، أو مات زوجها قبل الميسيس ، فلها المهر كاملاً ، هذا منصوص . وهو دالّ على أنها استحققت بأصل العقد المهر ؛ فإنه لا يتقرر بالموت مهر ما لم يثبت بالنكاح .

توجيه القولين في الأصل : من قال : لا يثبت المهر بالعقد ، احتج بأن المهر حقها ، وحق المولى من أمته ، فإذا وقع الرضا بإسقاطه لم يثبت ، وآية ذلك أنه لا يشتر بالطلاق قبل الميسيس . ومن قال : إنها تستحق بالعقد ، احتج بثبوت المهر حالة الميسيس ، مع العلم بأن تصرف المالك على الوجه المستباح في ملكه لا يلزمه عوض ملكه ، فإذا لم ، دلّ على أن اللزوم كان بالعقد ، هذا وضع القولين تأصيلاً وتوجيهاً .

٨٤٦٥- فإن حكمنا بأنها لا تستحق بالعقد شيئاً ، فوراء ذلك تخريج القاضي في الميسيس كما قدمته ، وليس هو من المذهب ، وإذا أنكرناه بشيء من هذا المنتهى ، فإنه يتحقق هذا القول ، فنبدية في معرض سؤال وجواب عنه .

٨٤٦٦- فإن قيل : ما وجه إيجاب المهر حالة الوطاء ، مع عروّ العقد عن المهر ؟ قلنا : الجواب عن ذلك يستدعي تقديم أصل في المذهب - هو مقصود في نفسه - وبه يبين غرضنا في المنتهى الذي انتهينا إليه ، وذلك أن المفوضة إذا وطئها الزوج ، ووقع الحكم بوجوب المهر ، فقد اختلف أئمتنا في أن الاعتبار في مهر المثل بحالة الوطاء أم بحالة العقد ؟ وفيه وجهان مشهوران ، ينبنى عليهما أنا إذا اعتبرنا حالة الميسيس فكأننا افتتحنا إيجاب المهر بالميسيس ، نخرجه على أنا وإن احتملنا إسقاط المهر حالة العقد ، فلا نحتمل إسقاطه في مقابلة الميسيس .

وفي تقرير ذلك إشكال يبين ؛ فإن المهر ليس ركناً في النكاح ، وإنما يتميز النكاح عن السفاح بصحته وإفضائه إلى استحقاق المنفعة على موجب الشرع ، وذلك ش ١٤٨ لا يستدعي عوضاً ، ولذلك لم يبعد في الشرع نكاح يصح من غير مهر ، كتزويج السيد أمته من عبده .

ونهاية الإمكان في ذلك أن نقول : النكاح في وضعه يقتضي [كالبيع]^(١) الصحيح - عوضاً ، والذي ذكر من أن المهر ليس ركناً في النكاح ، فالمراد به : أنه ليس يثبت على حقيقة العوضية ركناً ، كما يكون الثمن أحد ركني البيع ، فأما المصير إلى أنه لا يثبت شرعاً إقامة لمنصب النكاح وما يقتضيه الشرع ، فلا ، فهو ركنٌ شرعاً ، وليس ركناً عوضاً ، وهو بمثابة عوض الخلع ؛ فإن البينة من غير عوض ولا استيفاء عدد [الطلقات]^(٢) في الممسوسة غير ممكن ، ولكن يفسد العوض ، ويثبت الرجوع إلى مهر المثل ، أو قيمة العوض ، كما تقدم في الصداق .

ثم إنما يعظم الأمر في تعرية الوطاء عن العوض الشرعي ، ولا يبعد عروّ النكاح ، وهذا القائل يقول في تزويج الرجل أمتّه من عبده : إنا نحكم بثبوت المهر وسقوطه ، وهو محمول على مذهب الضرورة ؛ فإن العبد لا يملك ولا يستبيح الوطاء [بطريق]^(٣) التسري ، فأثبت في حقه النكاح ، كما ذكرناه .

وقد ينقدح فيه أن يقال : كان يجب بطلان تزويج الأمة من العبد إذا كان مولاها واحداً ؛ إذ [لا]^(٤) يتصور أنه نكاح مشتمل على المهر . فهذا منتهى الإشكال .

ومن قال : الاعتبار في مهر المثل بصفتها حالة النكاح ، احتمال ذلك مسلكين : أحدهما - أنا نتبين إذا جرى الميسس أن المهر وجب بنفس العقد ، فيخرج من ذلك أن الأمر موقوف ، فإن انقضى النكاح من غير ميسس ، تبيّن آخر أن المهر لم يجب بأصل العقد . وإن جرى في النكاح ميسس ، تبيّن أن المهر وجب بأصل العقد ، هذا مسلك .

والثاني - أن المهر يجب بالميسس ، وإن اعتبرنا صفة المرأة حالة النكاح ، فعلى هذا نقطع القول بعرو العقد عن المهر ، ويكون الاختلاف في أن الاعتبار في صفتها -

(١) مكان كلمة غير مقروء بالأصل . وهي كذلك في (صفوة المذهب) .

(٢) زيادة لإيضاح العبارة .

(٣) في الأصل : وطريق .

(٤) زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام بدونها . وهي ثابتة في (صفوة المذهب) .

إذا أوجبنا مهر المثل - حالة [النكاح]^(١) - مأخوذاً^(٢) من أصل اختلف فيه الأصحاب ، وهو أن الرجل لو جنى على أمة حاملٍ بولد رقيق ، ثم أجهضت ، وأوجبنا على الجاني عشر قيمة الأم ، فنعتبر قيمتها يوم الانفصال أم نعتبر قيمتها يوم الجناية ؟ المنصوص عليه للشافعي أن الاعتبار بقيمتها يوم الجناية . وقال المزني وأبو الطيب بن سلمة : نعتبر قيمتها يوم الإلقاء . وفي هذا التشبيه نظر ولكنه على حالٍ تقريبٍ في سرّ مسألة الجناية ، يأتي في كتاب الجنایات ، إن شاء الله عز وجل .

والأوجه في المعنى : أنا [إن]^(٣) اعتبرنا حالة العقد ، فتبين استناد الوجوب إلى تلك الحالة ، ونبني الأمر على الوقف الذي ذكرناه ؛ [إذ]^(٤) لا وجه لاعتبار صفة في حالة لا يجب المهر فيها - ثم إذا قلنا : لا يجب المهر بالنكاح ، فلا شك أن الطلاق إذا جرى قبل المسيس / ، فلا يجب شيء إلا المتعة .

وقد ربط المحققون ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] ثم قال عزّ من قائل : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] وقد اتفق المفسرون أن الآيات مسوقة في المفوضة ، وأنها إذا طلقت قبل المسيس ، فلها المتعة ، كما سيأتي شرحها في بابها ، إن شاء الله تعالى .

ثم قالوا : [لو]^(٥) فرض لها شيء قبل المسيس ، فطلّقت ، فلها نصف المفروض ، ولا متعة .

٨٤٦٧- ثم يبقى - بعد ما ذكرناه - القول في طلب الفرض - تفريعاً على أنها

(١) عبارة الأصل : « ويكون الاختلاف في أن الاعتبار في صفتها ، إذا أوجبنا مهر المثل ، فإنها حالة مأخوذاً من أصل اختلف فيه الأصحاب » والحذف والزيادة من المحقق ، ونرجو أن يكون صواباً .

(٢) مأخوذاً : خبر « يكون الاختلاف . . . » .

(٣) زيادة من المحقق لاستقامة الكلام . وفي (صفوة المذهب) : « إذا » .

(٤) في الأصل : أن لا وجه .

(٥) زيادة من المحقق .

لا تستحق بالعقد المهر - فنقول : إذا جرينا على ما قطع به الأئمة - من وجوب المهر عند الميسس ، فهؤلاء أجمعوا على أنها تملك المطالبة بالفرض ، حتى لا يقع الإقدام على الوطء إلا على مفروض ثابت .

وإن فرعنا على أن المهر لا يثبت بالميسس أيضاً ، وقلنا : لو مسها ، فلا مهر ، وإن لم يجر تسليط على الوطء ، فيتجه جداً أن نقول : لا تملك المطالبة بالفرض أصلاً ، وقد لزم النكاح عرياً عن المهر ، كيف تصرف الحال ، وقد يلزم على هذا القياس أن يقال : لا يثبت المهر ، وإن قُدِّر فرضٌ ؛ لأن الانعقاد ولزومه على حكم [العقد]^(١) ينافي في ثبوت المهر ، جرياً على امتناع إلحاق الزوائد بالعقود [وبعد لزومها]^(٢) ، وهذا مشهور من مذهب الشافعي .

وما ذكرناه أقيسةً واحتمالات ، والرأي : القطع بما قطع به الأصحاب .

٨٤٦٨- ثم في مصير الأئمة إلى أن المهر يجب عند الميسس إشكالاً في الفرض والمطالبة ؛ من جهة أنه كان يجوز أن يقال : هي على ثقة من ثبوت المهر إذا جرى الميسس ، فلا معنى لطلبها الفرض ، ولكن المرأة تقول : إذا كان الزوج [يتسلط]^(٣) على الوطء ولي المهر ، ثم الشرع أثبت لي حق الامتناع عن الوطء في النكاح المشتمل على المسمى الصحيح ، فطلبي الفرض في مقابلة طلبي المهر المسمى في النكاح المشتمل عليه .

فهذا ينتهي القول في هذا ، وهو غاية البيان .

ومن طمع أن يلحق ما وضعه على الإشكال وتقابل الاحتمال بما هو بين في وضعه ، فإنما يطلب مستحيلاً مُعَوِّزاً . والمطلع على الحقائق - فيعرف كل شيء على ما هو عليه - هو الله عز وجل .

وكل ما ذكرناه تفريع على أن المفوضة لا تستحق بالعقد شيئاً .

(١) في الأصل : العرف . والمثبت تصرف منا .

(٢) في الأصل : « وبعد - مومها » هكذا تماماً .

(٣) في الأصل : يتشطط .

٨٤٦٩- فإن قلنا : إنها تستحق المهر بالعقد ، ففي التفريع على هذا القول بقية البيان .

قال الأئمة : إذا طُلِّقَت قبل الميسيس ؛ لم تستحق من المهر شيئاً ، وإن قضينا بأنه وجب بأصل العقد ، فهذا هو المذهب ، وعليه التعويل . والشاهد له من القرآن قوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [البقرة : ٢٣٧] ، فخصص استحقاق نصف المهر بأن نفرض ، فدلّ مفهوم الخطاب دلالة ظاهرة على أنها لا تستحق شيئاً من المهر إذا لم يجر فرض .

وكان شيخي يقطع - إذا فرّع على هذا القول - بأن المرأة تستحق نصف مهر المثل ش ١٤٩ إذا طلقت قبل / الميسيس ، قياساً على ما إذا أصدقها زوجها خمراً أو خنزيراً أو مجهولاً . وهذا غير معتد به .

وسرّ مذهب الأصحاب يتبين بذكر مرتبتين : فنقول : إن اشتمل النكاح على مهر مسمّى ، ثم فرض الطلاق قبل الدخول ، فالشرع قابِلُ العقد بنصف المهر ، وليست هذه المقابلة على نهاية التأكد ، والدليل عليه : أنه قد يفرض سقوط جميع المسمى بجريان فسخ قبل الميسيس . والمختار : أنه لا يسقط المسمى بجريان الفسوخ بعد الميسيس ؛ لما كان المهر على نهاية التقرر ، فهذه مرتبة .

فإذا رضيت المرأة بتعرية النكاح عن المهر ، فالمهر ضعيف ، وإن حكمنا بأنه يثبت بالعقد ، فتكون جملة المهر في هذه المنزلة بمثابة شطر المسمى إذا جرت تسمية . فإن حكمنا بسقوط جميع المهر في حقّ المفوضة ، فليس حكمنا منافياً للقضاء بوجوب المهر بأصل العقد .

فهذا بيان مسلك الأصحاب ، وهو الحق الذي لا مرأى فيه .

ثم ينبني على ذلك أمر الفرض والمطالبة ، أما على طريق الإمام والدي^(١) [(٢)]

(١) الإمام والدي : هذه هي المرة الثانية للآن التي عبر فيها عن والده بهذه الصورة ، بدلاً من شيخي ، وأبو محمد ، والشيخ الوالد . ونادراً جداً (الإمام) فقط .

(٢) ما بين المعقّفين بياض في الأصل قدر أربع كلمات . والسياق مستقيم بدونه .

فليس لها طلب الفرض ؛ فإن مهر المثل عنده ثبت ثبوت المهر المسمى ، فيتشترط بالطلاق ، ويتقرر بالمسيس ، فلا معنى لطلب الفرض ؛ فإن الفرض لا يفيد مزيداً ، وسبيل طلبه في هذا المقام كسبيل طلبه إذا جرى في النكاح مسمى فاسد ، وكسبيل طلبه إذا جرى المسيس واستقر به مهر المثل . ولا خلاف أنه لا معنى لطلب الفرض بعد المسيس . ولكن هذا المذهب - وهو المصير إلى أن المهر يشترط بالطلاق قبل المسيس والفرض - ليس معتداً به ، ولا معدوداً من المذهب .

فالمرأة إذا تملك طلب الفرض ، وغرضها أن تتوصل إلى تقرير نصف المهر ، [لو]^(١) فرض طلاق قبل المسيس .

وحقيقة القول في الفرض نذكره على الاتصال بنجاز هذا الكلام في فصل معقود .

فصل في

في الفرض ومعناه وما يتعلق به من التفاصيل .

٨٤٧٠- فنقول : إذا حكمنا بأن المفوضة لا تستحق شيئاً بالعقد ، فقد ذكرنا أنها تملك طلب الفرض . وأوضحنا ما فيه من تردد واحتمال على ما عليه الأصحاب ، وعلى التخريج الذي ذكره القاضي .

والأصل المعتمد : أنها تملك طلب الفرض إذا فرعنا على أنها تستحق المهر بالعقد ، فالذي ذكره الأئمة مع ذلك أنها تستحق طلب الفرض . وقد أوضحنا ذلك على طريقة الأصحاب ، وذكرنا طريقة شيخنا أبي محمد .

ونحن الآن نرفع تفرق الفكر بالتخريج ، وطريق شيخنا ، ونرد النظر إلى ما عليه الأصحاب ، من أنها تملك طلب الفرض ، وهذا متجه على قولنا : إنها لا تستحق بالعقد مهرأ ، فالفرض يفيدها لا محالة استحقاق المفروض . وإن قضينا بأنها تستحق بالعقد ، فالفرض يفيدها/ تقرير نصف المهر ، بناء على أنها إذا طلقت قبل المسيس ، ١٥٠ ي لم تستحق شيئاً ، ويسقط المهر كله .

(١) في الأصل : « ولو » .

وراء ذلك كلام للأصحاب ، وذلك أنهم قالوا : لو أرادت أن تطلب من المهر شيئاً وإن قل ، لم تملكه ولم تجد إليه سبيلاً ، وإنما لها طلب الفرض فحسب ، وهذا الآن مشكل جداً ، مناقضٌ لقولنا : إنها تستحق بالعقد المهر ، وكان الوجه أن يقال : تملك طلب المهر ، وتملك طلب الفرض . أما طلب المهر فمعلل بثبوت المهر ، وأما طلب الفرض ، فسببه تقرير نصف المهر ، وهذا له التفات على مطالبتها بوطأة واحدة ليتقرر بذلك مهرها ، ولكن ذلك مختلفٌ فيه ، وطلب الفرض على رأي الأصحاب متفق عليه ، والسبب فيه أن الزوج قادر على الفرض متى شاء ، والوطء أمر جبليٌّ قد لا تساعد الطبيعة على المواتاة فيه ، ولا عجز بالزوج أيضاً ، ولكن وقته لا يتعين ، فبعد تسليمك المرأة الطلب في أي وقت [تشاء]^(١) ، وما ذكره الأصحاب تصريح بإفساد القول بأنها تستحق بالعقد شيئاً ، وأن هذا القول لا ثبات له ، ولذلك لم يعرفه العراقيون ، ولم يعرضوا بذكره أصلاً .

٨٤٧١- فإذا [تمهد]^(٢) أصل الفرض فيما رسمناه ، فنخوض بعد ذلك في تفصيل القول ، ونقول : الفرض يقع من الزوج ، فإذا وقع التراضي بمبلغ ، ففرضه الزوج ، ثبت ، ويجوز أن يكون عيناً معيّنة - نقداً أو عَرَضاً ، ويجوز أن يكون ديناً ملتزماً في الذمة .

والمذهب الأصح : أن الفرض إذا كان يجري من الزوج ، فلا يشترط علمه وعلم الزوجة بمقدار مهر المثل ، وإنما التعويل على رضا المرأة وفرض الزوج .

ومن أصحابنا من قال : لا يصح [الفرض]^(٣) من الزوج ما لم يكونا عالمين بمقدار مهر المثل ، وهذا الوجه ضعيف ، لا معول عليه ، ولكنه مشهور في الحكاية .

وقد قال بعض المحققين : إن حكمنا بأن المفوضة لا تستحق بالعقد مهرًا ، فلا حاجة إلى معرفة هذا المثل ؛ فإن الفرض ابتداءً إيجابٌ على هذا القول ، وإن حكمنا

(١) في الأصل : شاء .

(٢) في الأصل : مهد .

(٣) في الأصل : العقد . وصدقنا (صفوة المذهب) .

بأن المفوضة تستحق المهر بالعقد ، فهو مهر المثل ؛ فلا بد من علمها بمهر المثل .
والذي نراه في ذلك رأياً - وهو حقيقة الأمر - أنا إن فرّعنا على الأصح - وهو أن
المفوضة لا تستحق بالعقد شيئاً - فإذا فرّض الزوج ، فالظاهر أنه لا حاجة إلى العلم
بمبلغ المهر ، ولكن ينقدح معه اشتراط العلم ؛ فإننا لو قدرنا الفرض ابتداءً إيجاب ،
كان ذلك خارجاً عن القانون ؛ فإن العوض إنما يثبت بالعقد ، وشرطه إيجاب وقبول ،
والقبول ليس معتبراً في الفرض اتفاقاً ، ولو اعتُبر ، فالمرأة ليست قابلة في عقد
النكاح ، والنكاح لا يمكن إعادته ما لم يُنقض ، فمن ضرورة الفرض أن يكون له
التفأت على / ما يجب بالوطء ، والواجب به إن لم يجر فرض مهر المثل . وبالجمل ١٥٠ ش
الفرض لا يضاهي قاعدة من قواعد الأعواض على رأي الشافعي . فمن اشترط العلم
بالمهر على هذا القول ، فصَدَرَهُ مما نبهنا عليه الآن .

ويتصل بهذا المنتهى أن المفروض لو كان أقل من مهر المثل ، جاز على هذا
القول ، وكذلك لو كان عَرَضاً من العروض ، مع العلم بأن مهر المثل لا يكون إلا
نقدًا . والسرفيه أن الشرع كما^(١) أثبت للمرأة طلب الفرض وَسَّع الأمر عند التراضي ؛
حتى يستفيد الرجل [البراءة]^(٢) عن مهر المثل قبل وجوبه بالمسيس إذا رضيت ؛ فإن
المهر المسمى في النكاح على التراضي ، فكان الفرض دائراً على الرضا ، ولكن إن
رضيت ، فالأمر على ما وصفنا .

وإن لم ترض إلا مهر المثل ، فالوجه أن يقال : إن ساعدها ، فذاك ، وإلا رفعت
الأمر إلى القاضي ، وهو القسم الثاني في الفرض ، كما سنصفه الآن ، إن شاء الله عز
وجل .

٨٤٧٢- ومما يتعلق بذلك : أن الزوج لو أراد أن يفرض لها من غير أن تطلب
الفرض ؛ فإن فرض لها أقل من مهر المثل ، لم يثبت . وإن فرض لها مهر المثل من
غير طلبها وتعرضها ، فهذا محتمل جداً ؛ يجوز أن يقال : يثبت ؛ فإن الفرض ليس

(١) « كما » بمعنى (عندما) .

(٢) في الأصل : « المثل عن مهر المثل » . والمثبت محاولة منا لإقامة النص . لسنا راضين عنها
تماماً . والله المستعان .

عقداً ، [ويظهر]^(١) أن يقال : لا يثبت ما لم تطلب ؛ فإن طلبها ينزل منزلة القبول في العقود .

ولو وقع التراضي على أكثر من مهر المثل ، فيظهر على هذا القول أن يثبت ؛ فإن المهر غير ثابت حالة الفرض ، ويحتمل ألا يثبت الزائد إذا كان من جنس النقد الذي إليه الرجوع ؛ فإننا على كل حال نلتفت إلى مهر المثل ، فكأنه وإن لم يثبت بعد - فهو مستحق الثبوت . وهذا يشابه مسألة ستأتي - إن شاء الله عز وجل - في الجنایات ، وهي : أن من صالح على دم العمد على أكثر من دية ؛ ففي ثبوت العوض كلام مأخوذ من التفريع على موجب [العمد]^(٢) ، أنه ماذا ؟ وسيأتي مشروحاً ، إن شاء الله تعالى .

وإذا كان يثبت المشروط - وهو أقل ، فيثبت أيضاً وهو أكثر . ولولا اعتراض شيء في الفكر لما أوردنا القول في ذلك ، ولكن لو ثبتت الزيادة ، لما ثبتت إلا عوضاً ، وكيف يتصور ثبوت العوض من غير التفات إلى ما سيستحق من غير صيغة عقد ؟

٨٤٧٣- ومما يتم به الغرض : أن المرأة لو قالت : « أسقطت حقي من طلب الفرض » فكيف الوجه فيه ؟ فنقول : قد ظهر الاختلاف في أن الإبراء عما [لم]^(٣) يجب وظهر^(٤) سبب وجوبه ، هل يصح ؟ وعليه خُرج إبراء المرأة عن نفقة عدتها ، ي ١٥١ فعلى هذا لو قالت : أبرأت عما سيجب لي من المهر عند الوطء / ؛ فالظاهر : خروج ذلك على الخلاف الذي ذكرناه الآن .

فإن قيل : ثبوت المهر يتعلق بتعبد الشرع ، فكيف يسقط بإسقاطها ؟ قلنا : الإبراء في الأعواض نازل منزلة الاستيفاء ، وليس هذا الذي ذكرناه بمثابة ما ذكره القاضي من تسليطها إياه على الوطء من غير مهر ، فإن معناه أن ترضى بانعدام المهر ، وإجراء الوطء على حكم التعرية ، والإبراء الذي ذكرناه ، معناه : تقدير ثبوت المهر مع إسقاطه بعد ثبوته .

(١) في الأصل : فيظهر .

(٢) في الأصل : العمل .

(٣) زيادة من المحقق ، لا يصح الكلام إلا بها .

(٤) وظهر سبب وجوبه : أي جرى سبب وجوبه ، كما هي عبارة الرافعي والنووي . وفي صفة المذهب : « ووجد سبب وجوبه » .

فإذا تقرر هذا ، عدنا إلى القول في إسقاطها حق طلب الفرض ، فنقول : هذا لغو لا حاصل له ؛ فإنها إذا لم تُسقط المهر - على التقدير الذي ذكرناه - فلا يسقط حق الطلب ، كما يسقط حق طلب المرأة التي آلت عنها زوجها ، في أمثلة لذلك معروفة . وكل ما ذكرناه تفريع على أن المفوضة لا تستحق بالعقد شيئاً .

٨٤٧٤- فأما إذا فرعنا على أنها تستحق [بالعقد]^(١) المهر ، فلو وقع التراضي على مقدار مهر المثل ، فلا كلام . وإن وقع التراضي على أكثر من مهر المثل ؛ فالذي أراه : امتناع هذا ، كما إذا صالح عن دم العمد بأكثر من الدية ، والتفريع على أن الموجب الدية أو القود أو أحدهما لا بعينه ، فإن وقع التراضي^(٢) على أقل من مهر المثل ؛ فالذي قطع به الأصحاب : أن ذلك يصح . وخروج ذلك على حمل الاقتصار على هذا المقدار على إسقاط ما يتم به مهر المثل ، وعلى هذا خرّج جواز الفرض بما دون مهر المثل .

فإذا تقرر ما ذكرناه ، فالذي جرّ هذا الكلام كله ، القول في أنا هل نشترط علم الزوجين ؟ وقد فرعنا ذلك على القول الأول ، وتفريعه على هذا القول : أن المفروض إن كان دون مهر المثل قطعاً ، فلا حاجة إلى العلم بمقدار مهر المثل ، وإن أمكن أن يكون المفروض أكثر من مهر المثل ، ولم يكن من جنس مهر المثل ، فالوجه : ألا نشترط العلم بالمهر . وإن كان المفروض من جنس مهر المثل ، ويمكن أن يكون [أكثر]^(٣) ، فيتجه اشتراط العلم .

فهذا تمام البيان في ذلك [و]^(٤) الأصحاب أطلقوا وجهين .

٨٤٧٥- ومما نذكره الآن : القول في تأجيل المفروض ، وقد ذكر معظم الأئمة أن المفروض يقبل التأجيل ، وفي بعض التصانيف ذكر الوجهين ، والتحقيق فيه : أنا إن فرعنا على أن المفوضة لا تستحق بالعقد شيئاً ؛ فالظاهر : ثبوت الأجل إذا وقع

(١) زيادة لوضوح العبارة .

(٢) عبارة الأصل هنكذا : فإن وقع على التراضي أقل من مهر المثل .

(٣) زيادة لاستقامة الكلام ، لا يصح إلا بها .

(٤) (الواو) زيادة من المحقق .

التراضي به ، فإن المفروض على هذا القول واجبٌ مبتدئٌ ، وإن كان له التفات على موجب العقد .

ش ١٥١ ويحتمل أن يقال : لا يثبت الأجل فيه ؛ فإن الفرض / ليس عقداً تاماً ، وأشبه شيء به الفرض^(١) ، ثم لا يثبت الأجل فيه .

وإن فرعنا على أن المفوضة تستحق بالعقد المهر ، فهل يقبل الأجل ، وكيف وجهه ؟ فنقول : الأجل على هذا القول بعيدٌ ، ولكن ليس ينحسم الاحتمال فيه ، مع جواز الاختصار على أقل من مهر المثل ، وجواز العدول عن جنس مهر المثل .

وكنتم أود لو كان الفرض على هذا القول اعتياضاً عن المهر الواجب بالعقد ، ثم كان يترتب عليه ما يليق به ، ومن أوائله : اشتراط الإيجاب والقبول ، قياساً على الاعتياض ، عن جميع الأعواض ، أو كان يخرج على الاعتياض عن الثمن في الذمة ، ولكن أطبق الأصحاب على إجراء الفرض على نسق واحد على القولين ، وهو محمول عندي على كف الفكر عن الغوامض والمغاصات ، ونحن لم نأل جهداً نقلاً وتنبهياً وتخريجاً على الأصول .

٨٤٧٦- ومما يتصل بهذا المنتهى : أن الزوج لو فرض لها خمراً برضاها ، فالذي ذكره الأئمة يقتضي أن ذلك لغو ، وكأن لا فرض ، ولا نجعل تسمية الخمر في مقام الفرض بمثابة تسميته الخمر [مهرأ]^(٢) ، فإن قيل : إذا جوزتم تأجيل المفروض ، فهلا جعلتم تسميته بمثابة تسميتها^(٣) في الإصداق ؟ قلنا : لا سواء ؛ فإن الخمر إذا [سميت]^(٤) في النكاح ، فقد قصد العوض ، فلم نجد بُدأً من إثبات المهر ، فأثبتناه . وأما الفرض ، فليس ينحسم بآبئه ، فإذا فسد فرضٌ ، لغا ، وابتدىء فرضٌ صحيح ، لهذا هو الذي لا يجوز غيره .

وكل ما ذكرناه فيه إذا جرى الفرض على التراضي .

(١) كذا . وهو في مخطوطة ابن أبي عصرون بنفس الألفاظ أيضاً .

(٢) زيادة لإيضاح الكلام .

(٣) تسميتها : الضمير يعود على الخمر .

(٤) في الأصل : سويت .

٨٤٧٧- فأما القول في فرض القاضي ؛ فإنما تمس الحاجة إلى ذلك ، إذا طلبت وأبى الزوج ، أو تنازعا في مقدار المفروض ، فأما إذا كانا يتراضيان ، فلا فائدة في الارتفاع إلى القاضي .

فإذا ثبت ذلك ؛ فلو تنازعا ، وكانت المرأة لا ترضى إلا بأقصى حقها ، فلا يصح الفرض من القاضي ، ما لم يكن عالماً بمقدار مهر المثل ؛ إذ إليه الرجوع ، وهو منتهى حقها . فإن تراضيا في مجلس القاضي بدون مهر المثل ، فالقاضي ليس بفارض ، وإنما الفارض الزوج برضاها ، فإن فوّضا إلى القاضي ، فهو في حكم المستتاب عن الزوج ، وإذا كان النزاع دائماً ، ففرض القاضي ثابت أيضاً ، ولكنه نيابة قهرية ، يُجربها القاضي [استيفاءً لحقاً]^(١) من الممتنع عنه .

ولو امتنع الزوج من الفرض ، فرضيت المرأة بدون مهر المثل ، أو رضيت بأن يكون المفروض مؤجلاً ، والتفريع على أن الفرض يقبل التأجيل ، فنقول : أما إذا رضيت بالتأجيل ، والزوج على إباطه وامتناعه ، وكان القاضي يفرض عليه قهراً ، فقد قال المحققون : ليس للقاضي أن يفرضه مؤجلاً ، وإن كان الفرض قابلاً للأجل لو صدر من/ الزوج - على الرأي الأصح ؛ والسبب فيه : أن منصب القاضي [يقتضي منه ١٥٢ ي إلزام الزوج]^(٢) مالاً حاقاً ، انتجزت الطلّة به . فأما إثباته على أجل ومهل ، فلا يليق بمنصب الولاية ، وليس كما لو كان الفارض الزوج ؛ فإن ذلك يجري مجرى العقود والتراضي على ما يتفق به الرضا به . والسلطان قد يبيع مال الطفل بأجل ؛ لأن بيعه منوط بالنظر ، فإذا رأى الغبطة في التأجيل ، أجل ، على شرائط ذكرناها في كتاب الرهون ، [وفرضه عن زوج ممتنع استيفاءً حقاً منه]^(٣) ، ولا يتحقق استيفاء الحق لأجل

(١) في الأصل : استيفاء الحق .

(٢) عبارة الأصل : « أن منصب القاضي يعص

من الزام العين مالاً حاقاً » هكذا بهذا الرسم ولهذا الضبط ، والمثبت تصرف منا . يؤدي المعنى ، وإن كان بعيداً عن ألفاظ الأصل .

(٣) عبارة الأصل : « وفرضه للزوج ممتنع استيفاء حق منه » هكذا بهذا الرسم والنقط . والمثبت تصرف منا بالزيادة والتعديل ، وفاء بما يقتضيه السياق ، حيث تعذر علينا إدراك موضع التحريف في ألفاظ الأصل .

الامتناع إلا فيما يتَّصف بالحلول ، وأيضاً ، فالأجل إذا ثبت ، فهو حق لمن عليه الحق ، وإثبات الحق لناظرٍ [لنفسه]^(١) حاضرٍ لا وجه له . فخرج من مجموع ما ذكرناه أن الأجل لا يثبت إلا برضا [الزوجة]^(٢) وفي ثبوته [برضاها]^(٣) التردد الذي ذكرناه . فهذا منتهى القول في ذلك .

ثم قال الأصحاب : إذا كانت المرأة لا ترضى إلا بنهاية حقها ، فيتعين على القاضي أن يفرض لها مهرَ مثلها ، ثم قالوا : لو زاد شيئاً أو نقص ، لم يجز إلا القدر اليسير الذي لا يؤبه له ، ويسوغ الاجتهاد فيه . ولم يُرد الأصحاب بذلك زيادة محققة أو نقصاناً محققاً ، وإنما أرادوا ما يقع التغابن في مثله ، ولا يثبت به القول فيه زيادة ولا نقصان . وهذا على التحقيق إيجاب مهر المثل ؛ فإن مبلغه مظنون ، كما سيأتي في الباب المعقود على أثر هذا الباب ، إن شاء الله عز وجل .

فَرَجَّحَ : ٨٤٧٨- الأجنبي إذا فرض للمفوضة شيئاً برضاها ، وجرى ذلك بينه وبينها ، فهل يصح الفرض من الأجنبي ؟ ذكر العراقيون وجهين : أحدهما - أنه يصح كما يصح من الأجنبي أداء الدين ، وإن لم يصدر عن إذن الزوج ، فكذاك يصح منه الفرض برضاها . [وهذا المفروض يكون على الأجنبي]^(٤) ، فإنه لم يلزم الزوج شيئاً .

والوجه الثاني - وهو الأصح عندهم - أنه لا يصح ؛ لأنه تصرفٌ في العقد ، وتغيير لصفته .

فإن قلنا : لا يصح ، لغا ما كان ، ولها مطالبة الزوج بالفرض . وإن صححنا الفرض ، سقطت طلبتها عن الزوج ، وطالبت الأجنبي بما التزمه .

ثم إذا طلقها الزوج قبل المسيس ، فإلى من يرتد النصف المفروض ؟ فعلى الوجهين المذكورين إذا تبرع الأجنبي بأداء الصداق ، ثم فرض الطلاق .

(١) في الأصل نفسه ، والمثبت من مختصر ابن أبي عصرون .

(٢) في الأصل : الزوج .

(٣) في الأصل : برضاها .

(٤) ما بين المعقفين به تعديل يسير لإقامة العبارة ، أما عبارة الأصل ، ففيها خللٌ على النحو الآتي : « وهذا المفروض على الأجنبي ، فإنه لم يلزم الزوج شيئاً » .

فصل في

٨٤٧٩- قال الأئمة : ما ذكرناه [قولنا]^(١) في التفويض الصحيح ، وقد تقدم تصويره ، والحكم فيه على وجه لم يدخل في إمكاننا أشف^(٢) وأفضل منه ، وهذا الفصل معقود في التفويض الفاسد .

وفساد التفويض في الغالب/ يصدر ممن لا يملك التفويض ، فإذا كانت المرأة ١٥٢ ش سفية ، فرضيت أن تزوج بلا مهر ، فلا حكم للرضا بترك المهر ؛ فإذا زوجها وليها بغير مهر كان كما لو ابتداء تزويج ابنته بغير مهر ، فإذا جرى ذلك ، ففي انعقاد النكاح القولان السابقان .

ومما يجب التنبيه له في هذا المقام أنها لو أذنت في أن تزوج بلا مهر ، وكان النكاح يتوقف على إذنها ، فإذا زوجها الولي بالمهر ، وظن الفقيه أن النكاح لم يقع على حسب الإذن ، فيجب أن لا ينعقد ، فقال^(٣) : يظهر تنزيل هذا منزلة ما لو أذنت في أن تزوج بألف ، فزوّجت بألفين . ولو جرى ذلك ، لانعقد النكاح ، وثبت المسمى ، فيحمل على رضاها ، فتزل المهر على طلب النكاح كيف كان .

وإن هي صرحت باشتراط نفي المهر ، وذكرت ما يتضمن خروج النكاح عن موجب إذنها لو زوّجت بالمهر ، فهذا بمثابة ما لو قال المالك : « بع عبي هذا بألف ولا تبعه بأكثر منه ، فتخالف إذني » . وقد ذكرنا في كتاب الوكالة ، فأوضحنا تردد الأصحاب فيه .

وإذا قال : « هب هذا العبد من فلان » فباعه منه ، لم يجز ؛ لأنه انتقال من صنف من العقود إلى صنف ، والنكاح بالمهر والعري منه عن المهر صنف واحد ، فكان مشبهاً بما ذكرناه في البيع بأكثر من المقدار الذي سماه الموكل .

(١) في الأصل : قول .

(٢) أشف : أي أفضل ، وأوفى ، وأتم (المصباح ، والمعجم) .

(٣) فقال (أي الفقيه) .

ومما ذكره الأئمة أن المرأة المطلقة^(١) في مالها ، المالكة للتبرع به ، لو قالت لوليها : « زوّجني بما شئت ، أو بما أراد الخاطب » ، فإن جرى العقد على هذه الصيغة ، فقال الولي : زوجتُ فلانة منك أيها الخاطب بما شئت ، فهذا معقود بمهر مجهول ، فالرجوع إلى مهر المثل ، ولو وقف الولي على المبلغ الذي شاءه الخاطب ، ثم أنشأ العقد به ، فيجب القطع بصحة التسمية . وذكر عن القاضي أن هذا مجهول . وتعلّق بأن لفظ الإذن على صيغة الجهالة .

وهذا وهم عظيم ؛ فإنها فوّضت إلى الولي أن يعقد بما يقدره الخاطب ، و[ليس]^(٢) من غرضها أن [تُعَاد]^(٣) صيغة لفظها في العقد ، فسبيل التفصيل إذاً ما ذكرناه .

وقد يتجه أن يقال بعد فهم ما ذكرناه من كلامها : إذا عقد النكاح وأعيدت صيغة لفظها ، فقال الولي : « زوجتكها بما شئت » ، فالنكاح مختلٌ ؛ لأن الولي خالف موجب إذنها ، فكان كما لو قالت : « زوجني » فزوجها بأقل من مهر مثلها .

ي ١٥٣ فلو قالت : « زوجني » فزوجها بخمر ؛ فالواجب مهر المثل لو قدر انعقاد النكاح [ولكان]^(٤) ما جاء به [موجب]^(٥) الإذن المحمول على العرف ، فليتأمل الناظر ذلك . ولا ينبغي أن نسرف في [الفرض]^(٦) أيضاً . وإذا اتضحت الأصول ، لم يخف على الفقيه مدرك المقصود منها .

ثم قال الأئمة : إذا انعقد النكاح بمهر المثل عند اتفاق تسمية فاسدة ، فإذا طُلِّقت قبل المسيس ، تشطّر مهر المثل كما يتشطّر المسمى الصحيح ، خلافاً لأبي حنيفة^(٧) ،

(١) المطلقة : أي غير المحجور عليها .

(٢) زيادة لاستقامة العبارة وصحتها ، على ضوء السياق والسباق .

(٣) في الأصل : تغادر .

(٤) في الأصل : ولكن .

(٥) في الأصل : لموجب .

(٦) في الأصل : الطرف .

(٧) ر . حاشية ابن عابدين : ٣٣٥ / ٢ .

وإذا جرى في [نكاح] ^(١) التفويض فرضاً ، ثم طلقت قبل الميس ، تشطر المفروض ، وخالف أبو حنيفة ^(٢) في ذلك أيضاً ، واجترأ على ظاهر النص في قوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] وقد ذكرنا إطباق المفسرين على حمل هذه الآية على المفوضة . وإذا خلا نكاح التفويض عن الفرض ، ثم فرض الطلاق قبل الميس ، فلا يثبت - وإن فرعنا على أن المهر يثبت بالنكاح مع اشتماله على التفويض - مما ذكره شيخنا أبو محمد غير ملحق بالمذهب ، كما تقدم شرحه ، والله أعلم .

* * *

(١) في الأصل : النكاح .

(٢) ر . حاشية ابن عابدين (الموضع السابق) .

باب تفسير مهر المثل

٨٤٨٠- مهر المثل يكثر تدوَّارُهُ في الكلام ، فيجب في النكاح الصحيح عند فساد التسمية ، وقد يجب في نكاح التفويض ، ويجب في وطء الشبهة ، وقد يجب في بدل الخلع ، وتمس الحاجة إلى معرفته في توزيع المسمى على مهور الأمثال إذا نكح الرجل نسوة في عُقْدة ، وفرَّعنا على تصحيح الصداق ، وتمس الحاجة فيه إذا كان الصداق شقصاً مشفوعاً ؛ فإن الشفيع يأخذ شقصاً من مهر المثل ، وهذا الباب معقود في بيان مهر المثل ، والطرق التي توصل إلى معرفتها .

٨٤٨١- ونحن نقول على الجملة : مهر المثل قيمة البضع ، والسبيل فيه كالسبيل في قيم المتقوّمات ، ثم إذا أشبهت قيمة الثوب ، فالوجه اعتبار ذلك الثوب بأمثاله ، والنظر إلى ما عهدت أمثال هذا الثوب رائجة به ، وذلك يختلف بكثرة الرغبات وقتها ، فهذا مسلك مهر المثل .

وخاصية الباب الإحاطة بأمثال التي نريد أن نعرف مهرها . فقال الأصحاب : يعتبر مهر المرأة بنساء العصبات .

والقول الضابط فيه : أنا نعتبر النسوة اللاتي ترجع أنسابهن إلى من يرجع نسب المستحقة إليه ، وبيان ذلك بالأمثال : أنا نعتبر الأخوات من الأب والأم لانتسابهن إلى من تنسب هذه إليه ، وكذلك تعتبر العمات ؛ فإنهن منتسبات إلى الجد ، وهو على عمود النسب . وتعتبر بنات الإخوة من الأب وبنات الأعمام ، ولا تعتبر بنات ش ١٥٣ الأخوات ؛ فإنهن/ لا ينسبن إلى أمهاتهن ، وإنما ينسبن إلى أزواج الأخوات ، ولا يعتبر مهر المرأة بمهور البنات والأمهات ؛ فإنهن لا ينسبن إلى من تنسب هذه المرأة إليه ، ولذلك لا تعتبر الأخوات من الأم وبناتهن والأخوال والخالات وبناتهم لما ذكرناه .

٨٤٨٢- فإذا لاحت النسوة المعتبرات والخارجات عن الاعتبار ؛ فالطَّلِبَةُ وراء ذلك بتعليل هذا ، فنقول : الصفة الغالبة في العرف الجاري في مقدار المهر النسبُ ، فإن المتنسبات إلى شجرة واحدة يجرين على مقدار من المهر ، وإن فرض النقص منه عُدَّ حطيطةً ووَكيسةً ، والأبضاع لا تتقوم تقوم الأموال ، وإنما يُرجع فيها إلى أمثال هذه الخصال التي ذكرناها .

ثم قال الأئمة : إن كانت هذه المرأة التي تبغي مقدار مهرها مساوية لنساء العصابات فذاك ، وإن كانت مخالفة لهن في بعض الخصال الحميدة أو الذميمة ، فقد يزيد وينقص على ما تقتضيه الصفات ، فلو اختصت بصراحة في النسب ، وصباحة في الوجه ، وسلامة في الخلق ، وعفة [ويسار]^(١) ، ومزية في العقل ، ومسحة من الجمال ظاهرة ، فيزاد لها بهذه الصفات ، فكأن القطب الذي عليه المدار النسبُ ، ثم الاقتصار عليه .

ومن لطيف القول في هذا أن الجمال غير معتبر في الكفاءة ، والنسب مرعي فيه ، وهو الأصل ، والجمال مرعي في مهر المثل باتفاق الأصحاب ؛ وذلك لأننا وإن اعتبرنا النسب في الباب ، فطلب مهر المثل طلب قيمة ، والقيم ترتبط بالرغبات ، والرغبات تتفاوت بهذه الصفات ، والكفاءة ليست من هذا القبيل ، والمجتنب ثم العارُ ، كما بينا قاعدة الكفاءة ، فإذا لم يكن ضرار ولا عار ، فالكفاءة كافية ، وهذا مبني على الرغبات .

وقطع أئمتنا باعتبار اليسار في مهر المثل ، وإن لم يكن اليسار صفتها ، ولا حق للزوج في مالها ، ولكن يسارها يستجر الرغبات إليها ، وقد ذكرنا أن التعويل في قيم المتقومات على الرغبات .

٨٤٨٣- ثم مهر المثل حيث ثبت ويُقضى به يكون من النقد الغالب ؛ فإنه قيمة ،

(١) في الأصل : « وسياذ » والمثبت تقدير منا ، أكدته عبارة العز بن عبد السلام في مختصره .
(ر . الغاية في اختصار النهاية : ج ٣ لوحة رقم : ٩٩ يمين) . والمعنى أن يسار المرأة وغناها له نوع تأثير في قيمة مهرها ، وإن لم يكن للزوج أي حق في مال زوجته .

والقيم تناط بالنقد الغالب ، ولو فرض نقدان عامان ، فلا يختلف التقويم بهما ، وليس هذا كتقويمنا عروض التجارة ؛ فإن الغرض قد يختلف بسبب انتقاص النصاب ، وهذا لا يعقل في المتقومات .

ولو سامحت واحدة من نساء العشيرة بحيث تعد بذلك [نذرة]^(١) محمولة على مسامحة ، فلا اعتبار بها في حق هذه [التي]^(٢) تطلب كمال مهر مثلها ، وإن عمّ ذلك في نساء العشيرة بعد أن لم يكن ، حُمل هذا على انحطاط [السعر]^(٣) ، واستبان انتقاص الرغبات فيهن ، فكانت المعتبرة محمولةً على هذا التخفيف .

ي ١٥٤ ولكل / صورة من الصور التي نذكرها نظير في القيم لا يخفى مُدركه . ولو جرت عادتُهن من المهر ولكن كن يؤجلنه فإثبات مهر المثل مؤجلاً محال ؛ فإنه قيمة في مقابلة إتلاف أو فيما يحل محل الإتلاف ، والقيم لا تتأجل ، ولكن إذا كان مهر العشيرة ألفاً مؤجلاً إلى سنة ، فثبت حالاً ما يساوي ألفاً مؤجلاً ، فيُحطّ من المقدار ، ويُقضى بالحلول . ولو قالت : أوجبوا الجميع وأنا أمهله ، لم يلتفت إليها ؛ فإن الأجل إذا كان لا يلزم ، فلا حكم لوعدها .

٨٤٨٤- ومما ذكره الأئمة : أنه لو جرت عادة العشيرة بحط شيء من المهر إذا كان الخاطب منهم ، وطلب مزيد إذا كان الخاطب أجنبياً ، قالوا : إذا كان المطالب واحداً من العشيرة ، فيعتبر في حقه تلك الحطيطة ، وكان شيخاً أبو محمد يأبى هذا ويقطع بخلافه ؛ فإن قيم المتلفات لا تختلف باختلاف المُتْلِفِينَ .

وفي هذا فضل نظر عندنا ، فيجوز أن يقال : إن كنا نعتبر مهراً في نكاح ، فتلك الحطيطة مرعية ، فإن مسامحة العشيرة سببها طلب التداني في التواصل ، وذلك في حكم العرف الغالب يستحث على الحط .

(١) في الأصل : بدرة . وعبرة (صفوة المذهب) : « ولو سامحت واحدة من العشيرة ، فتلك نادرة ومسامحة لا اعتبار بها » .

(٢) في الأصل : الذي .

(٣) في الأصل : السفر .

وأما إذا جرى وطء بشبهة ؛ فيجب أن لا [يفرق]^(١) بين القريب والبعيد ، فإن الحطيطة التي ذكرناها تُحتملُ في النكاح رغبةً في المواصلَة مع تداني القرابة .
والذي عليه الفقه في الباب أن لا نقطع نظره عن قصد المواصلات ، ولا نظر إلى الأبعاض تتمحض أموالاً .

وعندنا أنا أوضحنا قاعدة الباب ولم يُبق كلاً على الطالب .

ولو أُحوجنا إلى معرفة مهر امرأة لا نعرف لها عشيرة ، فليس إلا رد النظر إلى الرغبة المحضَة في أمثالها على ما هي عليها ، وإنما لم تقتصر على هذا في [النسيئة]^(٢) ؛ لأن الخاطب قد يجهل نسبها ، فنذكرها له ، وما ذكرناه جار ، فالرجوع إلى الرغبة في النسيئة وغير النسيئة ، وإنما خُص هذا الباب بالعقد لبُعد الأبعاض عن المالية المحضَة ، مع أنها منزلة على قيم الأموال ، غير أنها [تمتاز]^(٣) عن الأموال بالصفات المرعية فيها اللاتقة بها ، فالأموال قد تختلف أسباب الرغبات فيها ، وإن شملتها المالية ، والله أعلم .

* * *

(١) في الأصل : يجب .

(٢) في الأصل : النسبة .

(٣) في الأصل : تنحاز .

باب الاختلاف في المهر

إذا اختلف الزوجان في المقدار المسمى في النكاح ، فقال الزوج : « نكحتك بألف » فقالت : بل بألفين ، أو اختلف في جنس الصداق ، أو في صفته ، كما صورنا ذلك في اختلاف المتبايعين ، فالزوجان يتحالفان ، ثم تحالفهما لا يفضي إلى انفساخ النكاح ، ولكن التسمية ترد وتزول ، والرجوع إلى مهر المثل ؛ فإنه إذا عسر المسمى ش ١٥٤ بسبب جهالة ، فلا وجه إلا الرجوع / إلى مهر المثل ، والجهالة متحققة ثابتة بالتحالف .

ثم الذي ذهب إليه الأصحاب بأجمعهم : أنا لا ننظر إلى المقدار الذي ادعته منسوباً إلى مهر المثل ، ولا نفرق بين أن يكون مثله أو أقل [أو] ^(١) أكثر .

وحكى العراقيون بعد اختيارهم ما ذكرناه وجهاً بعيداً عن ابن خَيْرَان ، أنه كان يقول : إن كان ما ادعته أقل من مهر المثل ، فليس لها إلا ما ادعته ، مثل أن يقول الزوج : « نكحتك بخمسائة » ، وتقول الزوجة : « بل نكحتني بألف » ، وكان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة ؛ فالذي ذهب إليه الأصحاب : أنا نوجب لها ألفاً وخمسمائة ، وقال ابن خَيْرَان : ليس [لها] ^(٢) إلا الألف ؛ فإنها لم تدع أكثر منه .

وهذا ضعيف مزيف ؛ فإنها ادعت الألف عن جهة التسمية ، وقد حكمنا بانقطاع التسمية ، ورددناها إلى مهر المثل عن جهة أخرى ، لم تدع منها شيئاً ، ثم يقال له : إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ، فادعى البائع أكثر مما اعترف به المشتري ، ولكن كان ما ادعاه البائع أقل من قيمة المبيع ، فماذا تقول ؟ فإن قال : يرجع البائع إلى قيمة المبيع التالف في يد المشتري ، فكيف يفرق بين هذا وبين ما ذكره في المهر ؟ وإن طرد خلافه في مسألة البيع ، كان على نهاية البعد .

(١) في الأصل : إذا أكثر .

(٢) ساقطة من الأصل .

ثم قال ابن خَيْرَان : إذا أصدق امرأته ألفاً ، ولم يختلفا فيه ، ولكن فسد الصداق بشرط ، ولزم الرجوعُ إلى مهر المثل ، وكان الألف أقلَّ من مهر المثل ، فليس لها إلا الألف من جهة رضاها به ، كما ذكره في التحالف ، وهذا قول فاسد ، لم يرتضه أحد من الأصحاب .

ولو فرض الاختلاف بين الزوجين بعد ارتفاع النكاح ، فهو كما لو فرض في حالة قيام النكاح إذا كان التداعي بالمهر قائماً ، وبيان ذلك : أنه إذا طلقها بعد المسيس ، وما كان أقبضها المهر ، فاختلفا بعد البيونة ؛ يتحالفان ، والرجوعُ إلى مهر المثل . وإذا كان الطلاق قبل المسيس فيتحالفان ، والرجوع إلى نصف مهر المثل .

٨٤٨٥- وذكر الأصحاب صورة في الاختلاف ، نحكيها ونذكر [ما]^(١) فيها ، فإذا ادعت المرأة أن الزوج أصدقها ألفَ درهم ، وقال الزوج : جرى النكاح خالياً عن ذكر المهر ، ولم يدع التفويض ، وقد ذكرنا في صورة التفويض ، وبيان ما ليس منها أن المرأة إذا لم تصرح بالرضا بترك المهر ، واتفق جريان العقد من الولي خالياً عن ذكر المهر ؛ فالرجوع إلى مهر المثل .

فإذا تبين هذا ، فكأن الزوج ادعى مهر المثل ، وادعت المرأة ألفاً من جهة التسمية ، وإنما يحسن وقع هذه المسألة إذا كان الألف أكثرَ من مهر المثل . قال القاضي : يتحالفان ، وينزل هذا منزلة ما لو ادعت المرأة ألفاً ، وادعى الزوج / ١٥٥ ي ثمانمائة من جهة التسمية .

وهذه المسألة محتملة ، تردد فيها المحققون . ووجه الاحتمال فيها يظهر بالتوجيه . أما وجه ما ذكره القاضي ، فبيِّنْ ؛ فإن الزوج ادعى صيغةً في العقد متضمنها إثبات مهر المثل ، وهو دون ما ادعت المرأة ، وهذا وجه . ويجوز أن يقال : هذا اختلافٌ راجع إلى النفي والإثبات ، فالمرأة ادعت التسمية ، والزوج أبأها أصلاً ، فيتجه أن نقول : القول قول النافي مع يمينه ، فإذا ثبت النفي ، ولم تحلف الزوجة ، رجعنا إلى مهر المثل . وفائدة هذا ألا يجري التحالف من الجانبين .

(١) في الأصل : « ونذكره فيها » .

٨٤٨٦- ثم قال الشافعي في تحالف الزوجين : « أبدأ في الزوج بالتحليف ، وقال في البيع : أبدأ بجانب البائع » ، والزوج في مقام المشتري ؛ فالنصان مختلفان ، والتصرف فيهما نقلاً وتخريجاً وفرقاً جرى مستقصى في باب التحالف من كتاب البيع .

٨٤٨٦/م- ولو اختلف الزوجان بعد انفساخ النكاح بسبب يقتضي ارتداد جملة الصداق ، فلا يتصور التحالف ؛ فإن فائدة التحالف التنازع في مقدار من المهر ، وقد ارتد كله ، وهذا إذا تفاسخا ، وما كان أقبضها الزوج الصداق .

فلو تنازعا في المقدار ، فقال الزوج : « أصدقتك ألفين ، وسقتهما إليك ، فرددت ألفاً لما انفسخ النكاح قبل المسيس » . وقالت المرأة : « ما أصدقتني إلا ألفاً ، فقبضته ، ورددته » ، فهذا ليس من الاختلاف الذي نحن فيه ؛ فإن الاختلاف بين الزوجين إنما يفضي إلى التحالف إذا كنا نرجع إلى مهر المثل ، ونترك التسمية ، وهذا المعنى لا يتحقق في هذه المسألة ، وقد سبق انفساخ النكاح . وحاصل قول الزوج يرجع إلى إقباضها ألفين ، وهي تنكره ، فالقول قولها . ولو كان الاختلاف على هذا الوجه مذكوراً في النكاح ، لما كان اختلافاً يوجب التحالف ، فإن الزوج ادعى إلزام أكثر مما تدعيه المرأة .

هذا بيان القول في التحالف .

فصل في

قال : « وهكذا الزوج وأبو الصبية البكر . . . إلى آخره »^(١) .

٨٤٨٧- ذكر الشافعي اختلاف الزوجين وتحالفهما ، ثم عطف عليه اختلاف الزوج مع أبي الصبية ، فاقتضى ترتيب الكلام تنزيل الأب مع الزوج منزلة الزوجة مع الزوج في التحالف ، وموجب ذلك تحليف الأب ، فنذكر ترتيب المذهب وطريق الأصحاب ، ثم نرجع إلى [السواد]^(٢) .

(١) ر . المختصر : ٣١/٤ .

(٢) في الأصل : « الشواذ » . والسواد - كما قلناه مراراً - هو مختصر المزني .

٨٤٨٨- فمن أصحابنا من ذكر وجهين في أن الأب هل يحلف عن طفله المولي عليه فيما يتعلق بتصرف الولاية ؟

ثم حاصل ما ذكره الأئمة ينحصر في مسلكين : أحدهما - طرد الوجهين في كل ما يتعلق بحظ الطفل ، ويندرج تحت ولاية الولي ، من غير فرق بين أن/ تكون ١٥٥ ش الخصومة متعلقة بتصرف أنشاء الولي ، وبين ألا تكون كذلك .

وبيان القسمين : أن من أتلف مالا من أموال الطفل ، ثم أنكر ، فللولي أن يحلفه إن لم يجد بيّنة ، فإن نكل عن اليمين ، ففي رد اليمين على الأب وجهان . وكذلك القول في كل ما يضاهاه ذلك .

وسبب طرد الخلاف يتبين بالتوجيه ، فمن أبى ذلك ، احتج بأن الأيمان لا يتطرق إليها إمكان النيابة ، وسبب ذلك أن الحالف متعرض [للحِث^(١)] والمأثم لو كذب ، ولا يليق بمناصب النيابة قيام الغير مقام الغير في التعرض للخرج ، بل حكمة الشرع في اختصاص صاحب الواقعة بهذا المأثم . وهذا في مسلكه يضاهاه العبادات البدنية ؛ فإنها امتحان الأبدان بالمشاق ، حتى تهذب وتعرض لثوابها ، ولهذا لم يحلف الوكيل بالخصومة ، وإذا انتهت الخصومة [إلى توجيه اليمين عليه]^(٢) رد الأمر إلى تحليف الموكل .

ومن جوّز للأب أن يحلف ، احتج بأنه في تصرفه مستبذ غير مستتاب ، فهو في حكم المالك المتصرف في حكم نفسه . وهذا فيه بعد ؛ فإن الأب مستتاب شرعاً ، وإن كانت استنابته لا تتعلق بإذن من آذن ، وإذا كان يتصرف لغيره ، فقد اتجه الفقه الذي ذكرناه في منع الحلف .

التفريع على الوجهين :

٨٤٨٩- إن حكمنا بأن الأب لا يحلف - وهو القياس - فالوجه : وقف الخصومة إلى أن يبلغ الصبي ، فيتعرض لليمين حينئذ ، وكان شيخخي يقول على هذا : لا معنى

(١) في الأصل : الحلف .

(٢) ساقط من الأصل .

لعرض اليمين على الخصم ؛ فإن منتهى الخصومة قد يفضي إلى نكوله ، ثم لا يُقضى بنكوله . وذهب كثير من أئمتنا إلى أنه يحلف الخصم ؛ فإنه إذا رغب في اليمين ، فلا امتناع في القضاء بيمين من خصمه طفل ، وإنما الامتناع في تحليف أو في إنابة غيره منابه ، وهذا هو الذي لا يجوز غيره .

فإن حلف ، فذاك ، وإن نكل عن اليمين ، توقفنا حينئذ .

وإن قلنا : يحلف الأب ، فإن نكل الخصم ، ردنا اليمين على الأب ، فإن حلف ، ثبت حق الطفل ، وإن نكل ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنا نقف الأمر إلى أن يبلغ الصبي ، ولعله يحلف ، ثم إن حلف استحق .

ومنهم من قال : تنفصل الخصومة بنكول الأب عن يمين الرد ؛ فإننا لم نقمه في مقام الحالفين إلا على تقدير تنزيله منزلة من هو صاحب الواقعة ، حتى كأنه المالك ، وإليه الانتهاء ، ولهذا نظير من طريق اللفظ ، وهو أن الوارث إذا لم يحلف مع الشاهد الواحد في ادعاء ذين أو عين للمتوفى ، فلو كان للميت غريم ، فأراد أن يحلف إذا نكل الوارث ؛ ففيه قولان ، وترتيب سيأتي مستقصى في كتاب القسامة ، إن شاء الله عز وجل .

ي ١٥٦ / ولكن ليس ما نحن فيه مثل ما أردناه ؛ فإن الوارث مالك التركة على الحقيقة ، فلا يمتنع أن يؤثر نكوله ، والغريم له حق التعلق بالتركة لو ثبتت ، وفي مسألتنا الملك على الحقيقة للطفل .

فإن قيل : كيف يجري تحليف الأب لطفله ، وشهادته له مردودة ؟ قلنا : اليمين لا تؤخذ من مأخذ الشهادة ؛ فإن الإنسان لا يشهد لنفسه ، ويحلف فيما يتعلق به جلباً ودفعاً ، وهذا كله بيان طريقة واحدة .

٨٤٩٠- ومن أصحابنا من قال : [إن كانت] ^(١) الخصومة متعلقة بشيء ما أنشأه ^(٢) الولي ، فلا يحلف فيه الولي أصلاً ، وإن تعلق بما أنشأه الولي ، ففي تحليفه وجهان .

(١) ما بين المعقفين مكان بياض بالأصل .

(٢) ما أنشأه : نوكد أن (ما) هنا نافية .

وهذا بمثابة ما لو باع الولي مال الطفل ، أو زوج الصغيرة ، ثم وقع النزاع في صفة العقد ، فيجري الخلاف في ذلك ؛ فإن العقد وإن كان متعلقاً بحق الطفل ، فمتعلق الدعوى من الأب أنه قيل له : « عقدت على الوجه المخصوص » وهذا صادر منه ، فترتبط الخصومة [به]^(١) من هذا الوجه ، فينفي أو يثبت ، ويتجه التحليف في هذا المقام .

وقد ذهب كثير من الأئمة - أئمة العراق - إلى القطع بأنه يحلف ، ومجرى التحالف بينه وبين الخصم فيما يتعلق بإنشاء الولي ، ولم يذكروا في ذلك خلافاً ، ووجه الطريقة : أن الأب لو أقر بعقد عقده في استمرار الولاية قبل إقراره ، وإذا كان مقبول الإقرار ، لم يبعد أن يُحلف ؛ فإن الحلف على الإنكار حريٌّ بالقبول ممن يُقبل منه الإقرار .

ثم هؤلاء طردوا الطريقة في القيم والوصي والوكيل بالعقد ، فإن كل واحد من هؤلاء لو أقر بأنه أنشأ العقد قبل إقراره ، إذا كان إقراره في وقت لو أنشأ ما أقر به ، نفذ . وقد ذكرنا أن الإنكار يعاقب الإقرار .

فإذا كان من أهل الإقرار ، وجب أن يكون إقراره ثابتاً ، حتى يتعلق به ما يتعلق بالإنكار الصحيح .

والوكيل بالخصومة لا يحلف ؛ من جهة أنه لو حلف ، لكانت يمينه راجعة إلى حق غيره ، وليس يُثبت أو ينفي شيئاً مضافاً إلى إنشائه ، ولو تعلق الدعوى بالوكيل فيما هو مطالب به [بالعهدة]^(٢) ، فلا شك أنه يحلف ؛ من جهة أنه فيما يطالب به مجيب عما يتعلق بخاصته .

فاعتماد هؤلاء في هذه الطريقة على ما ذكرناه من رجوع النزاع إلى ما ينشئه الولي ، واعتماد الأولين في الطريقة الأولى على ما يتعلق بتصرف الولي واستبداده . والطريقتان متباينتان .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في الأصل : بالعمدة .

٨٤٩١- وذكر [شيخني] ^(١) أخرى / ، وهي : أن الأب لا يُحلف [في شيء مما] ^(٢) يتعلق بحق طفله ، ولا فرق بين ما ينشئه الأب وبين ما لا يتعلق بإنشائه .

وإنما تردد الأصحاب في تحليفه في النكاح خاصة ، واختلافهم مبني على أنه هل يملك إسقاط المهر والعفو عنه ؟ فإن قلنا : إنه يملك العفو ، فاليمين معروضة عليه ، فإنه على رتبة المالكين ، و[إن] ^(٣) لم ننقذ عفوهُ ، فلا نحلفه ، هذا بيان طرق الأصحاب .

٨٤٩٢- ثم إن قلنا : الأب لا يحلف فيما له الإنشاء فيه ، فيقف الأمر حتى تبلغ الصبية ، ثم ندير النزاع بينها وبين الزوج ، ونفرض الكلام في التنازع في مقدار المهر ، فإذا قال الزوج : « نكحتك بألف » والزوجة تزعم أن أباه زوجها بألفين ، فالتحالف يجري الآن بين الزوج والزوجة ، ثم المرأة تحلف يميناً تشتمل على الجزم ونفي العلم ، إذا رأينا الاقتصار على يمين واحدة - كما - تقدم تفصيل ذلك في كتاب البيع ، فتحلف إذا : « بالله لا تعلم أن أباه زوجها بألف ، ولقد زوجها بألفين » ، ثم يمين نفي العلم إنما تتوجه إذا ادّعى العلم عليها .

٨٤٩٢/م- ولو مات الزوج والزوجة ، ووقع الاختلاف بين ورثة الزوجين بعد موتهما ، أو وقع الاختلاف بين ورثة أحدهما مع الآخر ، فالتحالف يجري على الصورة التي ذكرناها بين الزوج والزوجة ، فوارث الزوج يحلف : « لقد نكحها بألف ، ولا أعلم أنه نكحها بألفين » ، ووارث المرأة يحلف : « لقد نكحته بألفين ، ولا أعلمها رضيت بألف » ؛ فقد اشتمل حلف كل واحد منهما على إثبات أمر من الغير ، ونفي أمر منه .

والقاعدة التي إليها الرجوع في أمثال هذا - وعليها تدور المسائل - أن كل يمين كان

(١) الزيادة من معنى كلام ابن أبي عصرون .

(٢) في الأصل : « يحلف شيئاً فيما يتعلق . . . » والمثبت تصرف منا على ضوء المفهوم من عبارة ابن أبي عصرون .

(٣) زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام بدونها .

مقصودها الإثبات فهي على البت ، سواء أثبت الحالف من نفسه أو أثبت من غيره ، واليمين على النفي [تتفرع]^(١) فإن تضمنت نفي شيء من الحالف ، فهي على البت ، وإن تضمنت نفي أمر من الغير ، فهي على العلم .

والسبب الكلي فيه أن الإثبات لا يعسر الاطلاع عليه ، سواء كان من الحالف أو من غيره ، ولا يعسر الاطلاع على النفي الراجع على الحالف ؛ فإن الإنسان يعلم ما ينفي عنه كما يعلم ما يثبت في حقه ، فأما النفي عن الغير ، فالاطلاع عليه بعيد ، والالتزام من غير ثبوت لا وجه له .

وإذا حصلت اليمين على نفي العلم ، ووقع الاكتفاء [بها]^(٢) في قطع الخصومة ؛ فإنّ هذا غاية الوسع والإمكان . [وللخصومات]^(٣) وقفات في بعض الأطراف دون اليقين المطلوب في غيرها ، ولكن إذا اضطررنا ، اكتفينا/ باستفراغ الوسع .

١٥٧ ي

وعلى هذا لو ادعى رجل ديناً على الميت ، والوارث ابنه ، فالقول قول الوارث ، يحلف على [نفي]^(٤) العلم : « لا يعلم أباه أتلف ما ادعاه ، أو استقرض » على حسب اتفاق الدعوى في تعيين هذه الجهات ، فيكتفى منه بالحلف على نفي العلم . وإن نكل ردت اليمين على المدعي ، يحلف على البت بأنه متلف .

ولست أضمن الآن تفصيل ذلك ، وتحصيل ما فيه ، فإنه من أقطاب الدعاوى ، وسنتهي إليها فنشرحها ، إن شاء الله عز وجل .

فإن قال قائل : كيف يتحالف ورثة الزوجين وقد انتهى النكاح نهايته ؟ قلنا : أثر التحالف يظهر في الصداق وما ينتهي نهايته ، فإنه في حكم عقدٍ منقطعٍ عن عقد النكاح ، وتتصور فيه الردود بجهاتها بعد الموت .

٨٤٩٣- فإذا نجز بيان المذهب ، عدنا بعد ذلك إلى الكلام على النص :

- (١) في الأصل : تنفي .
- (٢) في الأصل : « بهذا » .
- (٣) في الأصل : والخصومات .
- (٤) ساقطة من الأصل .

ظاهر ما قاله الشافعي أن أب الصبية يحلف كما تحلف الزوجة إذا استقلت ، والخلاف مفروض في مقدار الصداق ، وذلك أنه - رضي الله عنه - ذكر اختلاف الزوجين وتحالفهما ، ثم قال : « وهكذا الزوج وأبو الصبية » ، فمن قال : نُحَلِّف الأب ؛ استمسك بظاهر النص . ومن قال : لا نُحَلِّف ، قال : لم يعطف أب الصبية على الزوجة المستقلة لنحلفه ، وإنما عطف ليبين أن الاختلاف ممكن ، ويتعلق به إقامة البينة كما تُصوّر ذلك في الزوجين .

فَضْلُكَ

قال : « فالقول قول المرأة ما قبضت مهرها . . . إلى آخره »^(١) .

٨٤٩٤- إذا اختلف الزوجان في أصل القبض ، فقال الزوج : « أقبضتك » وأنكرت المرأة ؛ فالقول قولها . فإن الأصل عدم القبض ، ودوام إشغال الذمة بالمهر ، فإن اتفقا على القبض ، واختلفا في صفته ؛ فقالت المرأة : « دفعت ما دفعت هدية ومنحة » . وقال الزوج : « بل سلّمته مهرأ » ؛ فالقول قول الزوج مع يمينه .

وهذا الأصل مطّرد في كل موضع يقع الاختلاف فيه في جهة القبض ، والرجوع فيه إلى الدافع ؛ إذ الغرض في ذلك يختلف بالقصد ، ولا اطلاع على القصد إلا من جهة القاصد ، وقد ذكرنا هذا وما يتعلق به في المعاملات ، وأوضحنا مثل هذا الاختلاف في دينين ، وقد اتفق أداء شيء ، وثار النزاع في أنه مقبوض من أية جهة ؟ وبيننا القول فيه إذا قال الدافع : لم أقصد شيئاً .

٨٤٩٥- ومما يتعلق بما نحن فيه الكلام في أن الأب هل يقبض مهر ابنته ؟ فنقول : إن كانت صغيرة ، قبض الأب مهرها ، فإن قبض المهر تصرف في مال ، وهي مولى عليها/ ش ١٥٧ من جهة أبيها ، فعلى هذا لو كانت الصغيرة ثيباً ، فالأب يقبض مهرها ؛ فإن الثيابة لا تؤثر في ولاية المال ، وإنما تؤثر في ولاية النكاح ، وقد ذكرنا أن الأب يزوّج ابنته البالغة البكر إجباراً ، فلو كانت سفية ، قبض مهرها أيضاً ، فإن الحجر مطرد مع السفه على المال .

فأما إذا كانت رشيدة ، فهل يقبض الأب مهرها ؟ فيه طريقتان : من أصحابنا من قال : في المسألة قولان : أحدهما - أنه يقبض مهرها ، كما يجبرها على النكاح ؛ فعلى هذا يكون الصداق مستثنى عن سائر أموالها ، لمكان اتصاله له بما هي مجبرة فيه .

والقول الثاني وهو الأصح - أنه لا يقبض مهرها لما أظهرناه من أن هذا تصرف في المال ، والأب لا يلي مال الرشيدة البالغة . وهذان القولان بناهما المحققون على القولين في أن الأب هل يملك الإبراء عن صداق البكر البالغة ؟ وفيه اختلاف سيأتي مرتباً في باب ، بعد هذا - إن شاء الله عز وجل - ، فهذه طريقة .

ومن أصحابنا من قال : لا يملك قبض صداقها وجهاً واحداً من غير إذنها ، كما لو كانت ثيباً ، وهذا هو القياس . ثم إن قلنا : لا بد من إذنها ، فلا يكفي العرض عليها مع سكوتها ، ولا اكتفاء بصماتها ، وإن قلنا : قد يكتفى بصمات البكر إذا كان زوجها من لا يجبرها ، كالأخ وغيره .

فصل في

يجمع قواعد في تداعي الزوجين ، واختلافهما ، وعلى الناظر صرف الاهتمام إلى ذكره .

٨٤٩٦- فنقول : أولاً ، إذا أحضرت رجلاً مجلس الحكم ، وادعت عليه ألف درهم من جهة الصداق ، فالقول قوله ؛ فيحلف لا يلزمه تسليمه إليها ، فإذا لم تعلق المرأة دعوها قصداً على الزوجية ، وإنما تعرضت للصداق ، فليس على الزوج التعرض للزوجية ، ويقع الاكتفاء منه بنفي ما ادعته من المال . [ولا] ^(١) يعرض القاضي للسؤال على الزوجية من غير أن تطلب المرأة ذلك ، فهذا فضول منه ، وللزوج ألا [يجيبه] ^(٢) .

(١) في الأصل : « ويعرض القاضي » وهو عكس السياق . وصدقنا (صفوة المذهب) .

(٢) في الأصل : يجيبها .

ولو سألت المرأة القاضي ، واستدعت منه أن يسأل الرجل عن النكاح ، حتى إن اعترف هو به ، لزمه حكم النكاح ، وإن أنكر تعلق بإنكاره حكم إنكار النكاح ، فيجب على القاضي أن يبحث .

ثم قال قائلون : إن ادّعت الصداق ، وسألت القاضي أن يسأله عن النكاح ، سأله ، ولزمته إجابته . وقال طائفة من المحققين : لا يسأله ولا تلزمه الإجابة - إن سأله - حتى تدعي الزوجة الزوجية . فإن ادعتها ، فحينئذ يراجع القاضي الزوج ، وإن لم تدع الزوجية ، لم يجب على القاضي أن يتعرض لها ، كما لو قال رجل / - وقد رفع رجلاً ١٥٨ ي إلى مجلس الحكم - أسأله أيها القاضي ، هل لي عليه ألف ؟ فهذا ليس بدعوى ، ولا مبالاة به ، وإنما ذكرنا من وجوب مراجعتها ما ذكرناه لجزمها دعواها في الصداق ، ثم إذا جازمت دعوى الزوجية ، فقد ذكرنا تفصيل دعوى الزوجية في فروع ابن الحداد في آخر النكاح .

٨٤٩٧- وقد ذكر القاضي أموراً تتعلق بدعوى الزوجية ، نذكرها وننظر ما فيها : فإذا ادعت المرأة الزوجية ، فاعترف الزوج بها ، وأنكر المهر ؛ فقد قال : ثبت لها مهر المثل ، ولو أراد الزوج أن يحلف ، لم يكن له ذلك ، والحاكم يقول : لا فائدة لك في الحلف ، فإن النكاح العري عن المهر يثبت فيه مهر المثل .

وهذا أمر ملتبس لا بد فيه من التفصيل ، فنقول : إن قال الزوج جرى النكاح عربياً عن المهر ، ولم يدع تفويضاً محققاً على حكم التصريح بإسقاط المهر ؛ فموجب ما ذكره ثبوت مهر المثل . وإن نفى المهر ، ولم يصف العقد بالعرو عن ذكره ، ولكن قال : لا مهر لها ؛ فالذي ذكره القاضي : أن قول الزوجة مقبول في دعوى مهر المثل .

وهذا مشكل جداً ؛ من قبل أن النكاح يفرض عقده بأقل ما يتمول ، وليس شرط انعقاد النكاح أن يكون فيه مهر المثل ، فكيف الوجه في ذلك ؟ وما علة الحكم بثبوت مهر المثل ؟ فنقول : وجه ما ذكره : أن النكاح في نفسه - إذا لم يثبت فيه مسمى صحيح - بمثابة الوطاء المحرم ، فإن الوطاء المحرم يتعلق به مهر المثل ، فصورة النكاح إذا لم يثبت فيه صداق مسمى ، تتضمن مهر المثل ، والتسمية وإن كانت ممكنة فإذا لم تثبت ؛ فالمرأة مستمسكة بما أصله التزام مهر المثل . هذا تعليل ما ذكره .

وتتمة الكلام فيه أن مهر المثل لا يثبت ما لم تحلف أنها لم ترض بأقل من مهر المثل ، ويكفيها أن يغلب جانبها ويحلفها ، فإننا إذا كنا لا نبعد جريان التسمية ، فلا سبيل إلى إثبات مهر المثل بمجرد الاعتراف بالنكاح .

ووراء ما ذكرناه غائلة صعبة سنذكرها بعد نجاز المسائل المترتبة على هذا النسق .

فلو حكمنا مثلاً بمهر المثل ، فقال الزوج : ما أصبتها ، وطلقها ، فلها نصف مهر المثل ، فإن قيل : هلا حملتم الأمر على التفويض ، حتى لا يجب لها شيء ؟ قلنا : التفويض أمر نادر ، فلا يحمل الصداق عليه ، وقد بينّا أن التفويض لا يثبت ما لم تصرح المرأة بالإسقاط والرضا وينفي المهر .

٨٤٩٨- ولو ادعت امرأة على وارث الميت أن أباه نكحها ، وأقامت بينة على النكاح ، قال : يثبت لها مهر المثل إن ادعته ، وحلفت بأنها لم ترض بمسمّى دون مهر المثل ، وإن لم تكن لها بينة على النكاح ، وكان الوارث صغيراً ، فنقف الخصومة إلى أن يبلغ ، فإن بلغ / وأقر بالنكاح ، عاد الأمر إلى ما ذكرناه في المسألة الأولى . وإن ١٥٨ ش ادعى الوارث قدراً من الصداق دون مهر المثل ، فإن أقام بينة على ذلك المقدار ، لم يكن لها أكثر منه ، لهذا ما ذكره .

٨٤٩٩- وقد حان أن ننّه على الإشكال الذي أشرنا إليه فنقول : إذا ادعت امرأة زوجية على رجل ، فاعترف بها ، وسكت عن ذكر مقدار المهر ، أو قال : لست أدري كم أصدقته ، وزعمت المرأة أنه أصدقها ألف درهم ، وهو مقدار مهر مثلها ؛ فالذي قطع به الأصحاب أولاً : أنها إذا ذكرت مقدار مهر مثلها ، وادعت أنه المسمّى ، وادعى الزوج مسمّى دون ذلك ، فإنهما يتحالفان ، كما قدمناه في صدر الباب .

وقال أبو حنيفة : القول قولها في مهر المثل ، فإن ادعت زيادة على مهر المثل ، فالقول قول الزوج في نفيها ، ولو ادعت المرأة زوجية [ومسمّى] ^(١) مساوياً لمهر مثلها ، وأنكر الزوج التسمية أصلاً ، وذكر أن النكاح جرى عرياً عن المهر ؛ فهو

(١) في الأصل : أو مسمّى . وقد جاءت (صفوة المذهب) بما أثبتناه .

معترف بما ادعت ثبوتاً ، وإن أنكر التسمية ؛ فإن موجب إطلاق العقد [من] ^(١) غير تفويض ثبوت مهر المثل .

وإن ادعت المرأة ما ذكرناه ، فلم يعارضها الرجل بدعوى تسمية أخرى ، ولكنه قال : لست أدري ، أو توقف وصمت ؛ فظاهر ما ذكره القاضي : أن القول قولها مع يمينها ، لما ذكرناه من أن النكاح مطلقه يُثبت مهر المثل ، وهذا موضع الإشكال ، وهو على الحقيقة مصيرٌ إلى مذهب أبي حنيفة في النظر إلى مهر المثل . والذي يقتضيه قياس مذهبنا أن دعواها موجهة بالمقدار الذي ادعته على الزوج ، فإن تردد لم تُمنع منه بتردده ؛ وحلفناه ، فإن نكل عن اليمين المعروضة رددنا اليمين عليها ، فتحلف يمين الرد .

وإن كانت المسألة مفروضة في المرأة ووارث الزوج ، فالوارث لا يطالب إلا باليمين على نفي العلم ، فإذا ادعت تسمية ألف ، وهو بمقدار مهر مثلها ، فأنكر الوارث العلم به ، وحلف على نفي العلم ؛ فمذهب القاضي ما ذكرناه ، وهو على قياس قولنا مشكلاً . والذي يقتضيه القياس الحكم بانقطاع الخصومة ، والقدر الثابت على قطع : هو أقل ما يُتمول ، وفيه من التردد ما أجريناه في مسائل جمّة ، وهذا منتهى ما أوردناه في ذلك .

٨٥٠٠- ومما ذكره القاضي متصلاً : أن الرجل إذا أشار إلى مولود ، وقال : هذا ولدي ، ولم يقل هذا ولدي من هذه ، [فالتى] ^(٢) تزعم أنها والدته لا تستحق المهر بهذا المقدار . وإن قال : هذا ولدي منها ، قُضي لها بمهر المثل ، لأن النسب إنما يلحق في نكاح أو وطء شبهة ، وأي ذلك كان وجب مهر المثل .

ي ١٥٩ وهذا بناء على أن النكاح/ المطلق محمول على اقتضاء مهر المثل ، [وقد] ^(٣) ذكرنا ما فيه ؛ فإن التسمية ممكنة دون مهر المثل ، وإنما يجري هذا لو كان الزوجان

(١) سقطت من الأصل . وهو كما أثبتناه في (صفوة المذهب) .

(٢) في الأصل : فالذي .

(٣) في الأصل : فقد .

لا يتحالفان إذا ادّعى الزوج تسمية ما هو أقل من مهر المثل .

ثم قال القاضي : لا يحمل استلحاق النسب على استدخالها ماء الزوج ؛ فإنّ ذلك نادر ، والعلوق منه أندر منه ؛ فلا يحمل الأمر عليه . وقد انجلى الفصل مع التنبيه على كل مُشكل .

* * *

باب الشرط في المهر

٨٥٠١- نقل المزماني عن الشافعي مسألتين متشاكلتين في الصورة ، وأجاب فيهما بجوابين مختلفين ، ونحن ننقل لفظيهما . قال : قال الشافعي : « وإذا عقد النكاح بألف على أن لأبيها ألفاً ، فالمهر فاسد ؛ لأن الألف ليس بمهر [لها] ^(١) ، ولا بحق له باشرطه إياه .

ولو نكح امرأة على ألف ، وعلى أن يُعطي أباه ألفاً ، كان جائزاً ، ولها منعه وأخذها ^(٢) منه ، [لأنها هبة لم تقبض ، ^(٣) أو وكالة ^(٤)]

هذا لفظ [السواد] ^(٥) . وليس يخفى تشاكل ^(٦) المسألتين في التصوير . وجوابه في الأولى : إنَّ المهرَ فاسدٌ . وجوابه في الثانية : إنَّ ذلك جائزٌ . وقد اختلف أصحابنا مذهباً ، فنذكر اضطرابهم في المذهب أولاً ، ثم نرجع إلى (السواد) .

فمن أصحابنا من قال : إذا عقد النكاح بألف على أن لأبيها ألفاً ، فالمهر فاسد ، كما نصَّ عليه . والمسألة مفروضة فيه إذا كان عقد النكاح على اللفظ الذي صورناه . ولو قال : نكحتُها على ألفٍ ، وعلى أن أعطي أباه ألفاً ، فالمهر فاسدٌ أيضاً ؛ إذ لا فرق أن يقول : على أن لأبيها ألفاً ، وبين أن يقول : على أن أعطي أباه ألفاً .

(١) في الأصل : « له » . والتصويب من المختصر .

(٢) وأخذها : أي الألف .

(٣) في الأصل : لأنه لم يقبض .

(٤) ر . المختصر : ٣٢ / ٤ .

(٥) في الأصل : « الشواذ » . وهو تصحيف بالنقط . وتكرر هذا اللفظ مراراً (بالسين المهملة ، والdal المهملة كذلك) وقلنا : إن معناه : مختصر المزماني . فهذا اسمه الذي يطلقه عليه الإمام ، وهو وارد في الاستعمال الفصيح بمعنى الأصل أو المتن ، ولكنه غير منصوب في المعاجم .

(٦) تشاكل : أي تشابه .

فأما إذا قال : نكحتها على ألفين ، على أن أعطي أباه ألفاً ، فهذا فيه نظر ، فإن قال : ذلك بأمرها وإذنها ، فلا يبعد تصحيح المهر . فكأنه أصدقها مقداراً صحيحاً ، وضم [إليه]^(١) التزام عمل لها ، قريب المأخذ^(٢) .

ثم هي - كما قال الشافعي - : واهبة ، أو واعدة ، أو موكلة بالهبة ، والنظر في ذلك مجتمع غير منتشر .

ولو شرط الزوج عليها أن تهب من أبيها ألفاً ، فهذا فاسد مفسد ؛ فإنه ملكتها وحجر عليها . ثم ما ذكره هذا القائل لا يختص بألف من ألفين يذكرهما ، بل لو أصدقها ألفاً على أن تسلمه إلى أبيها على التأويل الذي ذكرناه ، فالجواب كما ذكرناه . هذه طريقة .

ومن أصحابنا من قال : في المسألة قولان . وقد نقلهما المزي في مسألتين متشاكلتين ، بين لفظيهما أدنى تفاوت ، وقد مضت صورة المسألتين . فأحد القولين : إن المهر يفسد ، وتوجيهه بَيِّنٌ ؛ فإنه شرط شيئاً في العوض لغير المستحق في العقد ، فكان كما لو اشترى شيئاً وشرط شيئاً في معرض الثمن لغير البائع . والقول الثاني - وهو المنصوص عليه في القديم - إن المهر يصح ، وتستحق المرأة الألفين . وهذا القائل / ١٥٩ ش يقول : ذكر الزوج الألفين في لفظين وأثبتهما لأجلها ، وكانا حقها ، وإن أضاف أحدهما إلى أبيها . وهذا بعيد جداً لا اتجاه له في وجه من الرأي .

٨٥٠٢- فإذا ثبت ترتيب المذهب ؛ فالذي ذكره المزي مشكلاً في المسلكين . أما على الطريقة الأولى ، فلا شك في اضطراب المسألة الثانية ؛ فإنه لم يقل فيها : أصدقتك ألفين ، بل أضاف إليها ألفاً ، وأضاف الألف الآخر إلى أبيها . ولا فرق بين

(١) في الأصل : « السه » كذا بهذا الرسم والنقط .

(٢) عبارة العز بن عبد السلام عن هذه المسألة : « فإن قلنا بالطريقة الأولى (يعني بطلان الصورتين الواردين في مختصر المزي) فأصدقها ألفاً أو ألفين على أن يعطي أباه ألفاً بإذنها ، فلا يبعد التصحيح لأنه التزم المال والعمل الذي هو الدفع إلى الأب . (ر . الغاية في اختصار النهاية ج ٣ لوحة رقم ١٠١ يمين) .

أن يضيفه بقوله : على أن أعطي أباه ألفاً ، [وبين قوله : على أن لأبيها ألفاً]^(١) .

والنصان أيضاً على الطريقة الثانية مضطربان ؛ فإنه لم ينبه فيهما على القولين ، وأعجب من ذلك كله أنه^(٢) لم يتعرض للكلام على النصين ، ولو استرسل في الاعتراض بخيال يتخيله على بعد^(٣) .

[وأما الطريقة الثالثة]^(٤) : طريقة القولين ، [فمسلك]^(٥) التصحيح على غاية البسط^(٦) [؛ لأن]^(٧) الزوج لا يضيف إلى أبيها ما يضيف إلا تشبيهاً ، وهذا يتضمن إثبات الألفين جميعاً لأجلها ، فكان هذا بمثابة إضافة الألفين إليها . وهذا القياس يقتضي أن نجري القولين في البيع لو تصور بالصورة التي ذكرناها في النكاح .

وسمعت شيخي يحاول تقرير المسألتين ، ويتكلف الفرق بينهما ، ويقول : لفظ العقد في المسألة الأولى : « أن يقول : نكحتها بألف على أن لأبيها ألفاً » ، يتضمن^(٨) تمليك الأب الألف في وضع العقد ؛ فكان ذلك فاسداً . وإذا قال : أصدقتك ألفاً على أن أعطي أباك ألفاً ، فمن حمل الإعطاء على التسليم ، والملك في المعطى للمرأة ، فليس لفظ العقد تمليك الألف للأب .

وهذا تكلف لا نتحصل منه على طائل ؛ فإن الألف الثاني إذا لم يضاف إليها ، فقد تخبط اللفظ فيه ، ثم « أعطي »^(٩) المقرون بـ « على » للتمليك ، وستأتي - إن شاء الله تعالى - مسائل الخلع شاهدة على ذلك .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) أنه لم يتعرض للكلام على النصين : المراد المزني ؛ فإنه أورد النصين في المختصر ولم يتكلم عليهما .

(٣) هنا بياض بالأصل قدر أربع كلمات . ولذا لا نجد جواب (لو) في قوله : « ولو استرسل » .

(٤) ما بين المعققين زيادة من المحقق على ضوء السياق ، ولا يستقيم الكلام بدونها .

(٥) في الأصل : فسلك .

(٦) غاية البسط : أي غاية الوضوح .

(٧) في الأصل : والآن .

(٨) في الأصل : ويتضمن . (بزيادة الواو) .

(٩) ثم أعطي المقرون بعلى : المعنى أن لفظ أعطي إذا اقترن بلفظ (على) كان مفيداً للتملك .

ولو قال : اشتريت منك هذا العبد على أن أعطيك ألفاً ، كان ذلك بمثابة ما لو قال : اشتريت منك هذا العبد بالألف .

فلا وجه عندنا إلا الجري على الطريقة الأولى^(١) ، وحمل الخلل على النقل ؛ فإنه على كل وجه مختل .

فَصْلٌ

قال : « ولو أصدقها ألفاً على أن لها أن تخرج ، أو على ألا يخرجها من بلدها . . . إلى آخره »^(٢) .

٨٥٠٣- قال الأئمة : الشرائط في النكاح قسمان : شرط يقتضيه مطلق العقد ، وذلك أن يتزوجها على أن يُنفقَ عليها ، أو يُقسمَ لها ، أو ما أشبه ذلك ، فالذي ذكره صحيح ، والشرط متضمنٌ العقد .

فأما إذا كان الشرط بحيث لا يقتضيه العقد ، فإن أثر في مقصود النكاح أثراً بيئاً ، أفسد النكاح ، وذلك مثل أن [يؤقت]^(٣) النكاح أو يشترط ألا يطأها . وإن اشترط أن يطلقها ؛ فالمذهب : فساد النكاح ، لتأثير الشرط في مقصود العقد . وذكر بعض أصحابنا قولاً : أن الشرط يفسد والنكاح يصح ، وهذا غير مُعتد به .

/ فلو شرط شرطاً فاسداً لا يعظم أثره في مقصود النكاح ، مثل أن يشترط ألا يتزوج ١٦٠ ولا يتسرى عليها ، وأنها تخرج من الدار متى شاءت ، وأنه لا يطلقها ، فهذه الشرائط تفيدها فوائد ، وهي فاسدة .

وقد تكون الشرائط عليها ، مثل أن يشترط ألا ينفق عليها ولا يُقسمَ لها ، ويجمع بينها وبين ضرأتها في مسكن واحد .

فهذه الشرائط لا تُفسد النكاح ، ولكنها تُفسد الصداق ، فإن الصداق يفسد بما

(١) الطريقة الأولى : هي : البطلان في صورتين اللتين حكاهما المزني .

(٢) ر . المختصر : ٣٣/٤ .

(٣) في الأصل : يرتب .

تفسد به أَعْوَاضُ الْعُقُودِ ؛ من جهة أَنَّ الْعِوَضَ إِذَا لَمْ يَتَجَرَّدَ ، وَانْضَمَّ إِلَيْهِ شَرْطٌ ، صَارَ عَوْضاً وَشَيْئاً مَجْهُولاً ، وَمَسَاقُ ذَلِكَ يَتَضَمَّنُ إِفْسَادَ الصَّدَاقِ . ثُمَّ الْفَسَادُ مِنْ جِهَةِ الْجَهَالَةِ يَوْجِبُ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ ، كَمَا مَهْدَنَاهُ .

٨٥٠٤- وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : إِنْ زَادَ الْمَسْمُوعُ عَلَى مَهْرِ الْمَثَلِ [وَزَادَهَا] ^(١) بِالْشَّرْطِ ، لَغَا الشَّرْطُ ، وَصَحَّتِ التَّسْمِيَةُ ، وَإِنْ نَقَصَ عَنِ مَهْرِ الْمَثَلِ ، وَكَانَ الشَّرْطُ يَنْقُصُهَا ؛ فَيُلْغُو الشَّرْطُ وَتَصَحُّ التَّسْمِيَةُ أَيْضاً . وَإِنْ زَادَ فِي الْمَهْرِ وَنَقَصَ فِي الشَّرْطِ ، أَوْ زَادَ فِي الشَّرْطِ وَنَقَصَ فِي الْمَهْرِ ، فَسَدَتِ التَّسْمِيَةُ ؛ لِأَنَّهُ زَادَ فِي الْمَهْرِ زِيَادَةً هِيَ فِي مَقَابِلَةِ الشَّرْطِ ، فَجَعَلَ الْبَاقِيَ مَجْهُولاً ، وَإِذَا نَقَصَ الْمَهْرُ وَزَادَ فِي الشَّرْطِ ، جَعَلَ الشَّرْطَ فِي مَقَابِلَةِ مَا نَقَصَ مِنَ الْمَهْرِ ، فَصَارَ الْمَهْرُ مَجْهُولاً .

وهذا الذي ذكره غير بعيد عن مسلك الفقه ، وكنا نَوَدُّ لو كان مذهباً لبعض الأصحاب ، حتى كنا نقول : الشرط الزائد مع المهر الزائد أو المنطبق على قدر مهر المثل ليس يعكس جهالة على المهر ، ولكن المعتمد عند الأصحاب أن المشروط فاسدٌ مضمومٌ إلى الصداق ، والعوض يفسد تارة بما ينعكس عليه من الجهالة ، وتارةً باقتترانه بفساد .

وهذا يتطرق إليه كلام - هو منتهى النظر في المسألة ، وهو : أَنَّ مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ مِنْ أَنَّ الْمَهْرَ الزَّائِدَ أَوْ الْمُنْتَظِقَ عَلَى الْقَدْرِ ، لَا يَصِيرُ مَجْهُولاً بِالْشَّرْطِ الزَّائِدِ ، فَلَوْ كَانَ صَحِيحاً ، لَكَانَ يَجِبُ أَنْ يُقَالَ : إِنْ زَادَ الْمَهْرُ وَنَقَصَ الشَّرْطُ ، فَالرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ نَقَصَ الْمَهْرُ وَزَادَ الشَّرْطُ ، أَوْ زَادَا وَنَقَصَا ، فَسَدَ الْمَهْرُ بِالْإِقْتِرَانِ ، وَلَكِنْ لَا يَقْطَعُ الْقَوْلُ بِأَنَّ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ . وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ : [لَوْ] ^(٢) أَثْبَتَ الْعَوْضُ دِرَاهِمَ وَشَرْطاً ، وَذَلِكَ الشَّرْطُ مَجْهُولُ الْأَثَرِ ، وَهُمَا جَمِيعاً مَهْرٌ ، فَكَانَ الرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ لَذَلِكَ .

فهذا منتهى البحث ، وقد ناقض محمد ما قاله في الصداق في البيع ، فقال : لو باع ما يساوي ألفاً بألفين وزقٌ خمر ، وقبض المبيع ، وتلف في يده ؛ فإنه يغرم القيمة ، وليس للبائع أن يقول : اطرح الزق من ألفين ليصح العقد بالألفين .

(١) في الأصل : وزاها .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

فَضَائِلُ

قال : « ولو أصدقها داراً ، فاشترط له ، أو لها ، أو لهما الخيار . . . إلى آخره » (١) .

٨٥٥- نصّ الشافعي هاهنا على / أن شرط الخيار يُفسد الصداق ولا يُفسد النكاح . ١٦٠ ش
ونصّ في القديم على أن شرط الخيار في الصداق يُفسد النكاح .

فمن أصحابنا من حمل ما قاله في القديم على ما إذا شرط الخيار في النكاح نفسه ، حتى يثبت التخيير في رفعه على حكم الرؤية ، فأما إذا خصّص الصداق بالخيار ، فلا يفسد النكاح ، قولاً واحداً .

ومن أصحابنا من قال : إذا خصّص الصداق بالخيار ، ففي المسألة قولان : أحدهما - إنه يبطل النكاح به ، كما لو شرط في النكاح . والثاني - لا يبطل ، كسائر الشروط الفاسدة في الصداق .

ثم إن قلنا : يبطل النكاح بشرط الخيار في الصداق ، اختلف أصحابنا ، فمنهم من عدّ هذا إلى كل شرط فاسد في الصداق ، فطرد قولاً مثل مذهب مالك (٢) في النكاح يفسد بفساد الصداق ، ولا خلاف أن النكاح لا يفسد بالتعرية عن العوض ، ولا خلاف أن النكاح لا يرتد برد الصداق بالعيب .

ومن أصحابنا من خصّص القولين بفساد الصداق بجهة الخيار ، وفرّق [بأن] (٣)
الخيار في [صيغته] ، (٤) وإن خصّص بالصداق يتضمن الارتباط بالعقد الذي الصداق عوض فيه ، وشرط الخيار في أحد العوضين في البيع يتعدى إلى العوض الثاني ، فإن كان الخيار في وضعه قابلاً للتخصيص ؛ إذ لو خصّص بأحد المتعاقدين ، لاختصّ به ، فمع هذا لم يختص بأحد العوضين .

(١) ر . المختصر : ٣٣/٤ .

(٢) ر . جواهر الإكليل : ٣٠٩/١ ، القوانين الفقهية : ٢٠٥ ، والإشراف على نكت مسائل الخلاف : ٧١٤/٢ مسألة ١٢٩٠ ، وفيه أن في المسألة روايتين .

(٣) في الأصل : بين .

(٤) في الأصل : صيغته .

٨٥٠٦- ووراء ما ذكرناه طريقة أخرى مبنية مناسبة^(١) ، ذكرها الصيدلاني في كتاب البيع ، وهو أنَّ شرط الخيار صحيح [في الصداق ، وفي خيار المجلس في ذلك قولان]^(٢) ووجه خروج ذلك على القياس أن الصداق يتطرق إليه الردود والنكاح قائم بحاله .

٨٥٠٧- فإذا تمهّد ما ذكرناه انتظم بعد ذلك الترتيبُ ، فنقول^(٣) : في صحة الخيار في الصداق قولان . ولا خلاف أنَّ الخيارَ في النكاح نفسه يُفسده ، فإن صحّحنا الخيارَ في الصداق ، فلا كلام ، وأثر الرد والإجازة يختص بالصداق .

وإن أفسدنا الخيارَ في الصداق ، فهل يفسد النكاحُ به ؟ فعلى قولين أصحابهما : إنه لا يفسد . وإن أفسدنا النكاح به ، فهل يفسد النكاحُ بسائر وجوه فساد الصداق سوى الخيار ؟ فعلى وجهين .

٨٥٠٨- ثم قال الشافعي : « ولو ضمن أبُ الزوج نفقتها عشر سنين . . . إلى آخره »^(٤) .

فرض الشافعي المسألة في ضمان الأب ، ولا اختصاص به ، فلو فرض الضمان على هذا الوجه من أجنبي ، لكان كذلك .

وغرض المسألة أنَّ من ضمن النفقة في أيام معدودة في الاستقبال وأعلمها ، فهذا ضمان ما لم يجب بعدُ ووُجد سببُ وجوبه ، وفيه الخلاف المعروف ، والترتيب في الجديد والقديم ، وقد ذكرناه في أول كتاب الضمان ، وفي معناه إبراؤها عن نفقة أيام معدودة ، ولسنا لإعادة تلك الفصول ، وقد جرت على أكمل وجه في البيان في موضعها .

* * *

(١) كذا . « ولعلها قياسية » .

(٢) عبارة الأصل : « في الصداق في ذلك ، وخيار المجلس في ذلك قولان » . ولا يخفى ما فيها ، وطريقتنا في تصحيحها .

(٣) في الأصل : ونقول .

(٤) ر . المختصر : ٣٣/٤ .

باب عفو المهر

٨٥٠٩- وقد تقدم أنَّ الزوجَ إذا طلق امرأته قبل الميسس ، وقد جرى مُسمًى صحيح ، فإنه يتشطر . والمعتمد في ذلك قوله تعالى : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] . وقد تكلموا في قوله تعالى : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ ؛ فإنها استحقت الجميع بالعقد ، ثم عاد النصف بالطلاق ، قيل ^(١) : التقدير فنصف ما فرضتم لهن ، ثم إذا اختص الاستحقاق في جانبها بالنصف ، ارتدَّ النصف الآخرُ إلى الزوج .

وقيل : المذكور النصف [لكن بغرض التثنية] ^(٢) على النصفين ، والمعنى : فنصف ما فرضتم لكم والنصف لهن .

٨٥١٠- ثم قال تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] أراد به الزوجات يعفون عن المهر ، فيخلص الكل للأزواج ، ﴿ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] . وقد اختلف القولُ في الذي بيده عُقْدَةُ النِّكَاحِ : فقال في القديم : هو الولي ، وبه قال ابنُ عباس ، ورجَّح الشافعي هذا القولُ في القديم من أوجه : أحدها - أنَّ قول ابنِ عباسَ مقدم [في] ^(٣) التفسير ؛ لأنه ترجمان القرآن وقد قال صلى الله عليه وسلم وهو يمسحُ

(١) في الأصل : وقيل .

(٢) ما بين المعنفين محاولة لإقامة النص مع الاحتفاظ بأقرب صورة للكلمات الواردة في الأصل ، وعبرة الأصل هكذا : « وقيل المذكور النصف لو عرّض السه على النصفين » (انظر صورتها) هذا . وقد راجعت المسألة في الأم ، وأحكام القرآن للشافعي ، والشرح الكبير ، والروضة ومختصر العز بن عبد السلام ، فلم أجد ما يفيد في تصحيح العبارة . (والكتاب مائل للطبع حصلنا على هذا الجزء من مختصر ابن أبي عصرون ، والحمد لله صدق تقديرنا ، فقد وجدنا العبارة عنده كما تصوّرناها ، فله الحمد والمنة) .

(٣) زيادة من المحقق .

رأسه بيده - وكان إذ ذاك صبياً - : « اللهم فقهه في الدين ، وعلمه التأويل » ^(١) .

ومما ذكره أنه تعالى قال : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ ﴾ فكان ذلك راجعاً إلى عفو يخلص به الصداق للزوج ليكون المعفو واحداً ، وأيضاً فإن قوله تعالى : ﴿ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ الزَّكَاحِ ﴾ فإن ^(٢) ذكر الزوج جرى على صيغة المخاطبة ، وقوله : ﴿ أَوْ يَعْفُوا ﴾ على صيغة المُنْغَايَةِ ، ولا يحسن عطف المُنْغَايَةِ على المخاطبة في حق شخص واحد .

والقول الثاني - وهو المنصوص عليه في الجديد - إن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج ، وروى الشافعي هذا عن علي ، وابن جريج ^(٣) ، وابن المسيب ، وغيرهم . وأيضاً فإن الله تعالى ذكرَ خلوص الصداق له بعفوها ، ثم عطف هذا عليه ، فظهر أن المراد عفو يخلص به الصداق لها .

اشتملت الآية على ذكر الخلوص من الجانبين ، وذكر التشطر والانقسام على الجانبين ، وقد قال تعالى : ﴿ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى ﴾ والأقرب للتقوى عفو الزوج ، فأما عفو الأب عن حق ضعيفة ، فلا يتصف بهذه الصفة . وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾ خطاب لهما .

٨٥١١- فهذا ذكرٌ للقولين على صيغة التردد في التفسير ، وثمرتهما اختلاف القول

ش ١٦١ في أن الولي هل يملك / الإبراء عن صداق وليه ؟ وفيه قولان : الجديد - إنه

(١) حديث : « اللهم فقهه في الدين . . . » رواه مسلم مقتصراً على لفظ : « اللهم فقهه » (مسلم : كتاب فضائل الصحابة ، باب فضائل عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، ح ٢٤٧٧) وأما بالألفاظ التي ساقه بها إمام الحرمين ، فقد رواه أحمد في مواضع كثيرة من (المسند ، منها : ٣١٤ ، ٢٦٦ / ١) .

(٢) في الأصل : « وأيضاً ، فإن ذكر الزوج جرى على صيغة المخاطبة . . . » .

(٣) ابن جريج ، عبد الملك بن عبد العزيز ، أبو الوليد ، وأبو خالد ، فقيه الحرم المكي ، كان إمام أهل الحجاز في عصره ، أول من صنف تصانيف العلم بمكة ، رومي الأصل ، من موالى قريش ، مكي المولد والنشأة . توفي سنة ١٥٠ هـ . (ر . تاريخ بغداد : ٤٠٠ / ١٠ ، وصفة الصفوة : ١٢٢ / ٢ ، وتذكرة الحفاظ : ١٦٠ / ١ ، ووفيات الأعيان : ١٦٣ / ٣ ، وتهذيب التهذيب : ٤٠٢ / ٦ . وانظر الأعلام للزركلي) .

لا يملك . وهو مذهب أبي حنيفة^(١) . ووجهه في القياس لائح ؛ فإن الصداق مالٌ من أموالها ، فلم يملك الأب إسقاطَه كسائر أموالها .

والقول القديم : إنه يملك الإسقاط ؛ لأنه أكسبها هذا المال في مقابلة البضع ، ثم رجع البضع إليها ، وهو على كمالٍ من الشفقة ، ولا يُنكر في جهات الاستصواب إسقاط المهر ، فإذا صدر ممن كملت شفقتة ، كان محالاً على النظر .

التفريع^(٢) : ٨٥١٢ - إن منعنا العفو ، فلا كلام . وإن جوزناه ، فنفوذه مشروط بخمسة أشياء ، أحدها - أن يكون الولي أباً أو جَدّاً ؛ إذ لا مُجبر غيرهما .

والثاني - أن يفرض العفو قبل الدخول ؛ فإنَّ المهر إذا تأكد بالدخول ، فقد تحقق فوات البضع ، ولأجله استقر العوض . فإن كُنَّا نلتقي إسقاط المهر من حمل قوله تعالى : ﴿ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي يَبْدُوهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ على الولي ، فالعفو واردٌ في شطر الصداق ، إذا فرض وقوع الطلاق قبل الدخول .

والشرط الثالث - أن يكون العفو بعد الطلاق ، أو يقع الاختلاعُ به ؛ والسبب فيه اختصاص الآية أولاً بما بعد الطلاق ، ومعتمد هذا القول الاتباع ، وأيضاً فإنها تبقى في أسر النكاح ، فلو سقط مهرها وهي [باقية]^(٣) في الزوجية ، والزوج ربما يستمتع بها - فيفوت بضعها مجاناً .

والشرط الرابع - أن يكون الصداق ديناً ، فلو كان عيناً ، لم يجز للولي هبته من الزوج . هذا ما صار إليه معظم أئمة المذهب ، وتمسكوا بظاهر العفو ؛ فإنه مُشعرٌ بالإبراء ، وأيضاً فإنَّ الملك لا يستقر في الدين استقراره في العين . وكان شيخي أبو محمد يرى للولي على هذا القول هبة العين ؛ اعتباراً بالإبراء عن الدين ، وهو

(١) ر . بدائع الصنائع : ٢/ ٢٩٠ ، حاشية ابن عابدين : ٢/ ٢٩٠ ، ومختصر اختلاف العلماء :

٢٦٣/ ٢ مسألة رقم : ٧٣٤ .

(٢) في الأصل : والتفريع .

(٣) في الأصل : فه في الزوجية .

متجّة لا بأس به ، وكان يُجَوّزُ [الاختلاع]^(١) على عين الصداق ؛ اعتباراً بالدين .
والصحيح ما صار إليه الجماهير .

والشرط الخامس - أن تكون صغيرة عاقلة بحيث يُرَغَّبُ في مثلها ، فإن كانت مجنونة ،
فحكمها حكم الصغيرة العاقلة ، وقالت المرازمة : لا ينفذ الإبراء عن مهر المجنونة ؛
لأنه لا يُرَغَّبُ فيها ، وكأنّا إنما نُجَوّزُ اختلاع الصغيرة بمهرها ، والإبراء بعد الطلاق ؛
حتى يُرَغَّبُ فيها ، وهذا المعنى مفقود في المجنونة التي لا يتشوّف الخطّابُ إليها .

٨٥١٣- ولو كانت ثيباً بالغة ، فلا شك أن الأب لا يرى عن مهرها .

وإن كانت بكرة بالغة - والتفريع على تنفيذ إبراء الولي - هل ينفذ إبراؤه عن مهر البكر
العاقلة ؟ فعلى قولين : أحدهما - ينفذ ، لملكه عقدة النكاح ؛ فإنه يملك إجبار البكر
بالغة .

والثاني - لا ينفذ إبراؤه ؛ فإنّ الولاية إن كانت مستمرة على البضع ، فلا ولاية للأب
على مالها ، وصداقها من مالها .

وهذا/ يقرب مما قدمناه قبل من أن الأب هل يملك الانفراد بقبض مهر البكر
البالغة السفهية كالبكر الصغيرة ، لثبوت الولايتين عليها ؟

والصغيرة إذا ثابت بوطء شبهة ، وإنما صورنا وطء شبهة حتى لا يتقرر المهر
بفرض المسيس من الزوج ، فإذا ثابت الصغيرة تحت زوجها كما ذكرناه ، فقد صارت
إلى حالة لا يملك الأب تزويجها فيها قهراً حتى تبلغ ، فتأذن .

فقال أئمة المذهب : إذا كانت كذلك ، لم يملك الولي إسقاط مهرها ؛ فإنه
لا يملك إجبارها ، وليس بيده عقدة نكاحها . وأبعد بعض أصحابنا بأن جوّز للأب أو
الجدّ العفو عند الطلاق أو بعده إذا كانت صغيرة ؛ نظراً إلى نفاذ ولايته في مالها ،
وهذا ضعيف ، غير معدود من المذهب ؛ فإن ولاية المال لا تسلّط على العفو
والإسقاط ، وإنما المتبع ما يُشعر به ظاهر القرآن ، وهو يشير إلى ملك عقدة النكاح ،
والثيب الصغيرة في حق الأب بمثابة الثيب البالغة في التزويج .

فَصْلٌ

قال : « وأي الزوجين عفا عما في يده ، فله الرجوع . . . إلى آخره »^(١) .

٨٥١٤- هذا الفصل وفصول بعده تشتمل على مُكْرَرَات ، ونحن [نوفّر]^(٢) لها جهدنا والتنبيه عليها من غير بسط .

وهذا الفصل مفروض في وقوع الطلاق قبل الميسيس وتشطّر الصداق ، ثم إذا تشطر الصداق ، عيناً كان أو ديناً ، يترتب عليه حكم الهبة والإبراء ، فإن كان عيناً فالنصف له والنصف لها ، فإن وهبت ما هو لها من زوجها ، لم يخف تفريع الهبات ، فإن كان في يدها سلّمته ، وإن كان في يده ، نُفِرَّع فيه ما إذا وهب مالك الوديعة من المودّع ، وعاد التفصيل وإعادة القبض ، وفيه اختلاف قول وتفصيل طويل تقصّيناه في موضعه .
وإن وهب الزوج ما ارتدّ إليه منها ، فالأمر كذلك .

وإن كان الصداق ديناً وسقط شطره ، وبقي لها الشطر فأبرأت ، فلا يخفى حكم الإبراء . والظاهر أنه لا يفتقر إلى القبول وفيه وجه بعيد ذكرناه .

٨٥١٥- والذي نذكره في هذا الفصل أن الهبة مستعملة في الأعيان ، ولفظ الإبراء لا يستعمل في تملك الأعيان ، والعفو مختلف فيه ، فالذي ذكره معظم المحققين : أن الهبة في الأعيان لا تصح بلفظ العفو ؛ فإنه في معنى الإبراء .

وذكر القاضي أن العفو يجوز استعماله في الهبة ، وظاهر قوله [فيما]^(٣) نقل عنه يدل على أن استعمال العفو في الهبة يختص بالصداق فيما يدور بين الزوج والزوجة ، أو يصدر من الولي ، على أحد القولين ، فاستدلّ في هذا بظاهر قوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُوا أَوْ يَعْفوَا الَّذِي يَدْرِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ / فذكر الله تعالى لفظ العفو مع انقسام الصداق ١٦٢ ش

(١) ر . المختصر : ٣٤/٤ .

(٢) في الأصل : نوّثر .

(٣) في الأصل : فيها .

إلى العين والدين ، والألفاظ قد يأخذ بها صاحبُ المذهب من الشرع ، وعليه بناء صرائح الطلاق .

وهذا الذي ذكره لم يرتضه غيره ، وقالوا : ليس المرادُ بذكر العفو في القرآن [التنبيه]^(١) على اللفظ الذي يستعمله الزوجان ، وإنما المراد أن يترك كل واحد منهما حقّه ، ثم طريق الترك فيه موكول إلى بيان الشرع . ثم لو صح ما ذكره في الصداق ، للزم طرده في سائر الهبات .

٨٥١٦- ومما يتعلق بتمام البيان في ذلك أنا إذا لم نر الإبراء والعفو من ألفاظ الهبات في الأعيان ، فهل يلتحقان بالكنايات ؟
وقد قدمنا تفصيلاً في أن عقود التملك هل تنعقد بالكنايات إذا كانت مفتقرة إلى الإيجاب والقبول ؟

قال شيخنا : الإبراء ليس كنايةً أيضاً في هبة الأعيان ؛ فإنه لا يتضمن تملك الغير ، وإنما معناه إسقاط المبريء حق نفسه ، وعماد الهبة تملك المتّهب ، وهذا متجه حسنٌ ، لا يجوز غيره ، وفي كلام القاضي ما يدل عليه أيضاً .

وإذا كان الصداق ديناً ، فاستعمل الإبراء ، فهل يشترط القبول في الإبراء ؟ وهل يشترط القبول إذا جرى الإبراء بلفظ الهبة ؟ ففي المسألة وجهان . وهذا منتهى المراد في هذا الفصل .

فَصْلٌ

قال : « ولو وهبت له صداقها ، ثم طلقها [قبل أن يمسه] ^(٢) ففيها قولان . . . إلى آخره » ^(٣) .

٨٥١٧- إذا أصدق الرجل امرأته عيناً من الأعيان وسلّمها ، ثم إنها وهبت عين الصداق من الزوج ، وسلّمته إليه ، ثم طلقها الزوج قبل المسيس ، والصداق قد عاد

(١) في الأصل : المبينة .

(٢) ساقط من الأصل . وأثبتناه من المختصر .

(٣) ر . المختصر : ٣٤/٤ .

إليه بهبتها ، فهل يرجع عليها بنصف قيمة الصداق ؟ فعلى قولين منصوصين : أحدهما - يرجع [عليها]^(١) ؛ لأن الصداق عاد إليه بتمليك منها ، فصار كما لو [باعته منه]^(٢) ثم طلقها .

والثاني - لا يرجع عليها ؛ لأنها عجلت ما كان يستحقه عليها مؤجلاً بالطلاق ، والمستحق في المال إذا عجل ، لم يبعد وقوعه الموقّع عند دخول وقت الاستحقاق ، كالزكاة إذا عجلت .

والأقيس القول الأول ؛ فإن العود إلى الزوج ، لم يكن عن جهة تعجيل حق الزوج^(٣) في الشطر .

ولو قدمت إليه الصداق زاعمة أن نصفه هبة ونصفه تعجل لما يجب للزوج عند الطلاق ، فلا يصح من الزوج التصرف في الشطر المعجل ، ولا يصح التملك فيه ؛ فإنه على الحقيقة تعليق تملك بما سيكون ، ولا يقبل التملك التعليق على أمرٍ منتظر .

وإذا رجع الصداق إلى الزوج ببيع محاباة ، [فإنه]^(٤) يرجع عليها بنصف قيمة الصداق عند الطلاق ؛ [فإن]^(٥) المحاباة في معنى الهبة ، في كونها تبرعاً ، على ١٦٣ ي ما كان يذكره شيخنا ، ولم أر في الطرق ما يخالفه ؛ والسبب فيه أنا وإن كنا نعد بيع المحاباة من التبرعات ، فالمبيع مقابل بالثمن وإن قلّ ، وإذا كان مقابلاً به ، استحال انصرافه إلى جهة استحقاق الزوج شطر الصداق عند الطلاق .

٨٥١٨- ثم قال الأئمة : ما ذكرناه من القولين لا يختصان بالطلاق ، بل إذا وهبت الصداق ، ثم جرى ما يوجب ارتداد جميع الصداق إلى الزوج ، كالردة ، ففي رجوع الزوج عليها بتمام القيمة القولان .

فلو باع رجل عبداً بجزارية ، ثم وهب قابض الجزارية من قابض العبد ، ثم

(١) في الأصل : إليها .

(٢) في الأصل : اشترته منه .

(٣) في الأصل : تعجيل حق الزوج حق في الشطر .

(٤) في الأصل : وإنه .

(٥) في الأصل : وإن كانت المحاباة في معنى الهبة .

اطلع [قابض]^(١) العبد على عيب قديم به ، فردّه ، فهل يرجع على بائع العبد بقيمة الجارية ؟ فعلى القولين ، والمسائل متناظرة في جريان القولين فيها .

ثم رأيت في مرامز كلام الأصحاب تردداً لطيفاً في أنّا إذا قلنا : لا يملك رادّ العبد الرجوعَ بقيمة الجارية ، فهل يملك رده ؟ وإن ردّ ، فهل ينفذ ردّه أم لا ؟ وهذا محتمل حسن ، وهذا من جهة أن [الغرض]^(٢) من الرد استرداد العوض ، فإذا لم يثبت له حقّ الاسترداد ، ففي رده بُعْدٌ ، وليس هذا كالطلاق ؛ فإنه لا مرد له ، والفسوخ التي أُثبتت في النكاح ليس مقصودُها استرداد الصداق ، [فما]^(٣) ذكرناه من التردد في الرد بالعيب في المبيع .

٨٥١٩- وما ذكرناه فيه [إذا كان الصداق عيناً ، أما]^(٤) إذا كان الصداق ديناً ، فأبرأت زوجها ، ثم طلقها الزوج قبل الميسر ، فهل يرجع عليها بنصف الصداق ؟ في المسألة طريقتان : من أئمتنا من جعل فيها قولين كما في العين ، ومنهم من منع الرجوع عليها عند الطلاق قولاً واحداً ، وفرّق بين العين والدين بأنها إذا أبرأت ، لم تستوف الصداق ، ولم يستقر ملكها فيه ، بل أسقطته ، وفي العين استقر ملكها . وكان شيخنا يقرب الطريقتين في القطع وطرّد القولين من اختلاف الأصحاب في أنّ الإبراء : هل يفتقر إلى القبول أم لا ؟

ولو كان الصداق ديناً ، فأبرأت زوجها بلفظ الهبة ، وحكمنا بأنه يفتقر إلى القبول ، فهذا مرتب على الإبراء . والفرق اقتضاء الهبة التملك ، فكأنها ملكت زوجها ما عليه .

فإن قيل ، كيف سبيل الهبة في الدين ، وركن الهبة القبض [وأين القبض]^(٥) في

(١) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

(٢) في الأصل : العوض .

(٣) في الأصل : « فيما » .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

الديون ؟ قلنا : إذا وهب مستحق الدين [الدين]^(١) ممن عليه ، فلا حاجة إلى تقدير القبض في هذه الحالة ، ونحن قد نُبرم هبات من طريق آخر ، كتقدير من غير إجراء قبضٍ حسي ، وكما أن القبض ركن التملك في الهبة ، فإنه يتعلق به حكم نقل الضمان ، ثم إذا كان لرجل على رجل دين ، فاعتاض / عنه عيناً ، فحكم الدين أن ١٦٣ ش يسقط ، ويكون كالعوض المقبوض المتلف في يد مستحقه .

ولو أصدق الرجل امرأته ديناً ، ثم نقد ووفى ، فلما قبضت وهبت من زوجها ، ثم طلقها قبل المسيس ، ففي هذه المسألة طريقتان على العكس : إحداهما - القطع بأن الزوج يرجع عليها . والأخرى - طرد القولين .

٨٥٢٠ - فيترتب مما ذكرناه ثلاثة أحوال : إحداها - فيه إذا كان الصداق عيناً ، فجرت الهبة ، ثم الطلاق ، وفيها القولان .

والثانية - أن يكون الصداق ديناً ، فتبرىء عنه ، ثم يجري الطلاق قبل المسيس ، وفيها طريقتان ، إحداهما - القطع بأنه لا رجوع عليها .

والحالة الثالثة - أن يكون الصداق ديناً ، فيوفره الزوج ، ثم إنها تهب ما تقبض ، ففي المسألة طريقتان : أحدهما - القطع بأنه يرجع عليها إذا طلقها .

ثم إذا كان الصداق في الذمة ، ففرض النقد ، والهبة ، والطلاق ؛ فلا فرق بين أن يكون من ذوات الأمثال ، وبين أن يكون من ذوات القيم . هذا كله إذا عاد جميع الصداق إلى يد الزوج ، ثم فرض الطلاق قبل المسيس .

٨٥٢١ - فأما إذا أصدقها عيناً وسلم إليها ، ثم إنها وهبت نصف ذلك الصداق من زوجها ، ثم طلقها قبل المسيس ، فهذا يترتب على ما إذا عاد جميع الصداق إليه ، ثم طلقها :

فإن قلنا : إذا رجع الجميع إليه ، فإنه يرجع عليها بنصف القيمة إذا طلقها ، فها هنا نُثبت له حق الرجوع في النصف لا محالة .

(١) زيادة من المحقق ، اقتضاها إقامة العبارة .

ثم في كيفية الرجوع أقوال : أحدها - إن حق الزوج ينحصر في النصف الباقي في يدها ، ويتعين الموهوب من حقها ، وهذا كما قال الشافعي في الزكاة : إذا أصدقها أربعين شاة ، وأخذ الساعي منها واحدة ، ثم طلقها قبل المسيس ، رجع عليها بمقدار عشرين شاة مما بقيت في يدها ، ويتعين ما أخرجته من حقها . وكما قال في التفليس : إذا اشترى عبيدين بمائتين ، وقضى مائة ، وتلف أحد العبدین ، ثم فُلس ، [وكانت]^(١) قيمتهما متساويتين ، فإذا رجع البائع ، انحصر حقه في العبد القائم ، وهذا القول يعرف بقول الحصر .

والقول الثاني - إنه يرجع في نصف الباقي وربيع قيمة الجملة ، فيشيع ما أخرجته وما [أثبتته]^(٢) فيحصل للزوج مقدار النصف عيناً وقيمة . و[هذا]^(٣) القول يُشهر بقول الشيوخ .

والقول الثالث - إنه بالخيار بين ما ذكرناه في القول الثاني ، وبين أن يرجع في نصف^(٤) العين كلها .

وقد نصَّ الشافعي على القولين الآخرين في مسألة في الصداق ، وهي إذا أصدقها إناءين ، فكسرت أحدهما ، ثم طلقها ، نص على قولين : أحدهما - إنه يرجع في نصف الإناء الصحيح ونصف قيمة المنكسر ، والثاني - / إنه بالخيار بين هذا وبين أن يرجع في نصف قيمة الإناءين . والقولان المذكوران في مسألة الإناءين إذا انكسر أحدهما يمكن بناؤهما على تفريق الصفقة في الرد بالعيب إذا اشتملت الصفقة على عينين ، ثم اطلع على عيب بأحدهما . ثم الأقوال الثلاثة تجري في مسألة إصداق أربعين شاة ، وفي كل ما يناظر ذلك . وفي المسألة بحث سنذكره عند نجاز المنقول .

٨٥٢٢- قال الأئمة : لو وهبت المرأة النصف من أجني ، ثم طلقها الزوج قبل

(١) في الأصل : فكانت .

(٢) وما أثبتته : أي أبقت في يدها . هذا . وقد قرأنا هذا اللفظ بصعوبة بالغة ، على ضوء صورة الحروف المضطربة (انظر صورتها) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : « . . . في نصف مهر العين كلها » .

المسيس ؛ فإنه يرجع في النصف ، ثم في كيفية التوزيع والحصر والشيوع والتخير الأقوال الثلاثة .

٨٥٢٣- وكل ما ذكرناه تفريع على قولنا : جميع [^(١)] الصداق إذا عاد إليه ، ثم طلقها ، فإنه يرجع عليها بالنصف .

فأما إذا قلنا : لو رجع جميع الصداق إلى الزوج من جهتها ، لم يرجع عليها عند الطلاق بشيء ، فإذا وهبت منه النصف ، ثم طلقها ؛ ففي المسألة جوابان على الحصر والشيوع : أحدهما ^(٢) - إنه لا يرجع ، فكأنها عجلت يوم الهبة جميع ما كان يستحقه يوم الطلاق .

والوجه الثاني - إنه يملك الرجوع ، ثم في قدر ما يرجع فيه جوابان : أحدهما - إنه يرجع في نصف ما بقي في يديها ، وهو ربع الجملة ، ونجعل الفأنت بالهبة من الحقين النصف من حقه والنصف من حقها ، وكأنها عجلت نصف ما كان يستحق عليها ؛ لأن الحق شائع . وهذا اختيار المزني .

والثاني - إنه يرجع في تمام النصف ، ويتعين حقها فيما وهبت ، فتحصل أجوبة : أحدها - إنه لا يرجع بشيء ، وما قبضه من النصف هبة محسوب عليه .

والثاني - إنه يرجع بنصف الباقي فحسب ، وهذا على الإشاعة .

والثالث - إنه يرجع بتمام النصف ، وهذا على الحصر .

وتحقيق ذلك : أننا في قولٍ نحصر حق الزوج فيما قبض ، وفي قولٍ نحصر حقها فيما وهبت ، وفي قولٍ نُشيع ، فاستكمال الحصر من وجهين يقتضي جوابين : أحدهما - إنه لا يرجع بشيء ، والثاني - إنه يرجع بتمام حقه ، والإشاعة توجب التبعض لا محالة .

ثم إذا قلنا إنه يرجع بتمام حقه ، ففي كيفية الرجوع الأقوال الثلاثة التي قدمناها :

(١) بياض بالأصل ، قدر أربع كلمات ، ولكن الكلام مستقيم بدون تقدير أي شيء .

(٢) في الأصل : أو لأحدهما . وهو تحريف واضح .

أحدها - إنه يرجع في النصف الباقي . والثاني - إنه يرجع في نصف الباقي وربع قيمة الكل . والثالث - إنه يتخير .

هكذا ذكر الأصحاب .

وهذا فيه وهم ؛ من جهة أننا نفرّع على منع الرجوع لو وهبت الكل ، وعلى هذا إذا وهبت النصف ، لم ينقذ الرجوع بتمام الحق عند الطلاق إلا على الحصر ، وقول الحصر يوجب حصر حقه فيما بقي ، فإعادة الأقوال الثلاثة لا معنى له .

ش ١٦٤ هذا ما ذكره الأئمة نقلناه على وجهه / .

٨٥٢٤- ونحن نقول بعد ذلك : إذا [وهبت]^(١) المرأة جميع الصداق من الزوج ،

ثم طلقها ، فقد مضى أصل القولين فيه .

فإذا وهبت النصف ، فقد ذكرنا ثلاثة أقوال ، وكلها بينة ، فإن حصرنا حق الزوج فيما بقي ، فلا كلام ، وإن أثبتنا له الرجوع إلى نصف ما بقي وإلى ربع قيمة الكل ، فإن أكثر أصحابنا لم يذكروا على هذا القول تخيراً ، وإن تبعض الحق عليه ، وذكروا التخير في القول الثالث .

وهذا فيه غموض ؛ من جهة أن التبعض يُثبت الخيار في أمثال هذه المسائل ؛ فكان يجب أن نقطع بالخيار ، وهذا فيه وقفة على الناظر ؛ من قبل أننا قطعنا بإثبات الخيار ، ففي المسألة قولان إذاً : أحدهما - إنه ينحصر حقه في النصف الباقي ، فيخلص له العبد هبة ورجوعاً ، والثاني - إنه بالخيار ، إن شاء ، رجع إلى نصف ما بقي ، وإلى ربع قيمة الكل ، وإن شاء ، رجع إلى نصف قيمة الكل . وإن أثبتنا التبعض بلا خيار ، كان ذلك مناقضاً لأصل يبين في المعاملات ، وهو : أن التبعض عيب .

٨٥٢٤/م - وإذا طلق الرجل امرأته ، فصادف الصداق معيماً في يدها بعيب حادث

قبل الطلاق ، فللزوج الخيار ، إن شاء ، رضي بشرط الصداق معيماً ، وإن شاء ، رجع بنصف القيمة سليماً . فإذا كان التبعض عيباً ، وحُكم العيب في الصداق تخيير الزوج ، فرفعُ التخيير بعيدٌ جداً .

(١) في الأصل : وهب .

فإن قال قائل : مبنى الصداق على التبعض إذا فرض الطلاق ، واحتمل ذلك على قول من الأقوال ، لم^(١) يكن لهذا الكلام تحصيل ؛ فإن الطلاق يقتضي التشطير ، وهذا^(٢) تربع . وإذا قلّ الجزء ، قلّت القيمة على قدره ، [فإذا]^(٣) كانت الجملة تساوي ألفين وكان نصفها عند فرض الأفراد يساوي أربعمائة ، فالربع قد يساوي مائة وخمسين ؛ فإنّ الرغبة في الجزء الكثير أكثر من الرغبة في الجزء القليل .

فإن قال قائل : إذا رجع النصف إلى الزوج بالهبة ، ثم فرض الرجوع في ربع آخر إليه ، فلا تبعض في حقه . قيل : هذا أيضاً لا حاصل له ، من قبل أن الهبة غير محسوبة عليه ، فينبغي أن يكون النظر محصوراً على هذا النصف الآخر ، وقد تحقق التبعض فيه ، كما ذكرناه . فهذا منتهى البحث سؤالاً وجواباً .

٨٥٢٥- والحق المستقيم على القياس : ردّ الخلاف إلى قولين ، ووجه قول من لا يثبت الخيار - على بعده - أن التبرع على قول الإشاعة ملّك الزوج ربع العين وربع القيمة ، مع أن في يدها النصف الكامل ، [و]^(٤) إذا ملّك الشرع الزوج المطلق شيئاً ، فإثبات الخيار - مع أن الشرع ملّكه كذلك - بعيد . فإذا ؛ وجه نفي الخيار أن الإشاعة تقتضي التملك على هذا الوجه ، ولا خيار فيما اقتضاه الشرع . هذا هو الممكن / ، ١٦٥ ي والوجه ما قدمناه . فهذه مباحثة في هذه الطرق .

٨٥٢٦- مباحثة أخرى : إذا طلق الرجل امرأته ، وصادف الصداق معيياً في يدها ، فقد ذكرنا أنه إن أراد ، رجع بنصف القيمة ، وكذلك لو تلف الصداق في يدها ثم طلقها .

وهذا كلام أطلقه الفقهاء وتساهلوا في إطلاقه ، والغرض منه يبين بسؤال .

فإن قال قائل : يرجع الزوج بنصف قيمة الكل ، أو بقيمة نصف الكل ، وبينهما

(١) لم يكن لهذا الكلام : جواب قوله : فإن قال قائل : ...

(٢) (وهذا) : إشارة إلى رجوعه إلى نصف النصف .

(٣) في الأصل : وإذا .

(٤) (الواو) زيادة اقتضاها السياق .

تفاوت ؟ قلنا : يرجع بقيمة نصف الكل ؛ فإنه لم يفته إلا نصف الكل ، وهذا مما يجب إجراؤه في المسألة التي نحن فيها ؛ فإننا أطلقنا ربع قيمة الكل ، والمراد قيمة ربع الكل .

٨٥٢٧- ومن المباحثات في المسألة : التعرض لانكسار أحد الإناءين ، وفي معناه : لو أصدقها عبيدين ، فعاب أحدهما ، وقد حكينا قولين : أحدهما - إن الزوج يرجع بنصف الإناء الصحيح ، ونصف قيمة المنكسر ، والثاني - إنه يتخير بين ما ذكرناه ، وبين الرجوع بنصف قيمة الإناءين . وقد ذكرنا أن هذا يخرج على تفريق الصفة في الرد بالعيب .

وتصوير ذلك في التفريق : أن من اشترى عبيدين ، فوجد بأحدهما عيباً ، فأراد ردّ المعيب منهما وإمساك الصحيح ، ففيه قولان ، وإن أراد ، ردّهما ، كما تقرر هذا في كتاب البيع .

وهذا فيه نظر ؛ فإننا في مسألة الإناءين ألزمناه - في أحد القولين - الرجوع إلى نصف الصحيح ونصف قيمة المنكسر ، وفي القول الثاني خيرناه ، فكيف ينطبق هذا الذي ذكرناه على ما جئنا به مثلاً في شراء العبيدين ، مع الاطلاع على عيب بأحدهما ؟ وصورة القولين ثمّ : أنه يرد المعيب في قول ، ولا يرده وحده في قول ؛ بل يردهما ويسترد الثمن ، ثم على هذا القول طريق استدراكه للظلمة ، [رد^(١)] الصحيح والمعيب . فإن لم يرد ذلك ، فليقنع بالمعيب ، وليمسكه مع الصحيح .

ونظير هذا من الصداق لو قلنا : طريق استدراكه أن يرد الإناءين ويطالبها بقيمة نصفهما ، فإن أبى ذلك ، فليقنع بنصف الإناء المنكسر مع [نصف^(٢)] الإناء الصحيح ، وليس الأمر كذلك ؛ فإننا نقول في مسألة الإناءين في أحد القولين : يتعين إمساك نصف الصحيح ، وطلب نصف قيمة المنكسر ، وهذا في التحقيق إلزام التبعض إذا أراد الاستدراك .

(١) عبارة الأصل... طريق استدراكه للظلمة والصحيح والمعيب .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

وفي القول الثاني - نخيره بين التبويض - وهو الأصل - وبين ردهما . وكان الأصل في البيع ردهما . وإذا جوّزنا التبويض ، فهو دخيل ، والأصل هاهنا التبويض ، وإذا أراد ردهما ، فهو دخيل .

٨٥٢٨- ولن يحيط الناظر بحقيقة هذا ما لم يفهم فرقاً كلياً بين القاعدتين ، وهو أن البيع مفسوخ [بالرد^(١)] ، وهو متّحد لا يتعدد/ بتعدد المعقود ، فبعد عند بعض العلماء ١٦٥ ش إيراد الفسخ على بعضه ، فينشأ منه منع التفريق . وأما رجوع الصداق إلى الزوج ، فليس في حكم عقد يعقد ، ولكنه رجوع قهري شرعي ، غير أنا قد لا نرد إليه ما في رده إليه إضرار به ، وينتظم من هذا أن استمساكه بنصف الصحيح على القاعدة ؛ فإنه لا ضرار فيه . بقي طريقٌ للاستدراك في نصف المنكسر ، فله الرجوع إلى نصف قيمته ، فهذا [بَيْتٌ]^(٢) لا كلام فيه ، فإن أراد رد الصحيح مع المنكسر ، فهذا خروج منه عن قاعدة الصداق ؛ فإن من اشترى عبيدين فوجد بأحدهما عيباً ؛ فإنه يردهما باتحاد العقد ، وهذا المعنى لا يتحقق هاهنا .

فقال قائلون : لا سبيل إلى ردهما في الصداق ؛ لافتراق الأصلين ، وتباعد القاعدتين ، ونظر ناظرون نظراً ظاهراً من غير بحثٍ عن تباعد القاعدتين ، وقالوا : يملك الزوج ردهما . ولم يترك هذا القائل التمسك بجواز التبويض ، وكذا وقع لهذا الإنسان هذا ، من حيث ظن أن أفراد العين مشابه للعيب ، وأن المشتري إنما يرد العبدین لذلك . ثم قد وجد في الصداق الردّ بالعيب مع إمكان دفع الضرر دونه ؛ فإن الزوج إذا صادف الصداق معيباً في يدها ، رجع إلى نصف القيمة ، ولو قالت : أجبرُ النقص لم يُبالَ بها . وهذا وهم ؛ فإن تميّز أحد العبدین عن الثاني ليس عيباً ، وإنما سببه ما ذكرناه من اتحاد العقد .

[بان]^(٣) تحقيق القول في الأصلين ، وانتظم منه أننا في البيع نقول في قول : يجمع ولا يُفرّق . وفي قول : إن شاء فرّق وإن شاء جمع . فإن أراد الزوج ألا يستدرك

(١) في الأصل : بالردة .

(٢) في الأصل : ثبت .

(٣) في الأصل : فإن .

الظلامه ، استمسك بنصف الصحيح ونصف المنكسر . وتلك المناقشات فيه إذا كان ينبغي استدراك الظلامه .

فهذا تمام المباحثه في الانعطاف على أطراف الكلام في المسأله . وقد انتظم قبلها النقل على وجهه .

فصل في

قال الشافعي : « ولو خالعتة بشيء مما عليه من المهر ، فما بقي ، فعليه نصفه . . . إلى آخره » (١) .

٨٥٢٩- أورد المزماني من الخلع ، وغرضه إنما هو الاستشهاد بنص الشافعي على ما يدل على قول الشيوع ؛ فإننا لما ذكرنا الهبة في بعض الصداق ، أجرينا نصوصاً للشافعي دالة على الحصر ، فاختر المزماني قول الشيوع - وهو الأصح والأقيس . وتمسك بنص الشافعي في المسأله التي سنذكرها وهي قليلة النزل (٢) ، ومدارها على أصول سابقة ، ومن معه رشد من الفقه يُخرج المسأله ، ونحن نذكرها ولا نغادر شيئاً منها ، فنحرص على الاختصار جُهدنا .

٨٥٣٠- فنقول : إذا/ اختلعت المرأة نفسها من زوجها نُظر : فإن كان بعد الدخول ، فلا يخلو ، إما أن كان إلى غير جنس الصداق ، [أو على جنس الصداق] (٣) ، فإن كان على غير جنس الصداق ، مَلَكَ الزوج عليها العوض ، ثم الخلع مفروض قبل الميسيس ، فيتشطر الصداق ، فله عليها عوض الخلع ، ولها عليه نصف الصداق .

(١) ر . المختصر : ٣٥ / ٤ .

(٢) النزل : بفتح النون والزاي المعجمة : من قولهم : رجل ذو نزل أي كثير الفضل والعطاء ، و« فلان ليس بذئ طعم وليس بذئ نزل » : ليس له عقل ولا معرفة ، وسحاب ذو نزل : كثير المطر ، وطعام كثير النزل : كثير البركة (المعجم ، والمصباح) . والمعنى هنا أن هذه المسأله قليلة الأثر والفائدة .

(٣) زيادة اقتضاها الكلام .

فإن خالعتها على ما هو جنس الصداق ، صح الخلع ؛ فإنه لم يورده على الصداق . ثم يشتر الصداق إن كان الخلع قبل الميس ، ويجب المسمى بكماله إن كان بعد الميس . ثم تجري أقوال في التقاص في قدر التساوي على ما ستأتي مشروحة ، إن شاء الله عز وجل .

٨٥٣١- وإن [خلعت]^(١) نفسها بصداقها ، وكانت مدخولاً بها ، صح الخلع ، وبريء الزوج عن الصداق الذي كان استقر عليه بالميس .

وإن خلعت نفسها قبل الميس بالصداق ، لم تخل إمّا أن تخلع بتمام المسمى ، وإما أن تخلع بنصف المسمى ، فإن اختلعت بتمام المسمى قبل الدخول ، فحكم الخلع تشطير الصداق . فإذا كان الصداق ألفاً ، وقد جرى منها الاختلاع عليه ، فنصف العوض المذكور حق الزوج . فالعوض متبعض إذاً ، بعضه مستحق ، وبعضه ثابت على ما تقتضيه المعاملة .

فيخرج في هذا المقام قولاً تفريق الصفقة : فإن أفسدنا الصداق^(٢) بالتفريق ، جرى القولان في أن الصداق إذا فسد ؛ فالرجوع إلى مهر المثل ، أو إلى بدل العوض المسمى ، فإن قلنا : الرجوع إلى مهر المثل ، فالزوج يستحق عليها مهر مثلها ، وقد سقط نصف المسمى ، وهي تستحق نصف المسمى ، فإن تجانس المالان ، جرى أقوال التقاص .

وإن رجعنا عند فساد المسمى إلى بدله ، فالمسمى دراهم ، وبدلها دراهم ؛ فإنها من ذوات الأمثال ؛ فيستحق الزوج عليها ألف درهم ، وهي تستحق على زوجها خمسمائة ، ولا يخفى التقاص ، هذا إذا فرعنا على أن التفريق مفسد .

فأما إذا قلنا : التفريق لا يفسد ، فيصح نصف المسمى ، وهو نصيبها من المهر . ويجري الآن القول في أن للزوج الخيار ، فإن فسخ^(٣) ، عاد القولان إلى أن الرجوع

(١) في الأصل : أخلعت .

(٢) أفسدنا الصداق : المراد أفسدناه بدلاً للخلع وعوضاً فيه ، بسبب أن نصفه مستحق للزوج .

(٣) أي فسخ عقد الخلع بسبب أن العوض الذي هو المهر المسمى خرج نصفه مستحقاً .

إلى مهر المثل ، أو إلى مثل جميع المسمى ؟ ففي قولٍ يستحق عليها مهرَ مثلها ، وفي قولٍ يستحق عليها مثلَ ما سمي ، وهو ألف درهم . وإن اختار الإجازة ، جرى الخلاف في أنه [يجبر^(١)] بالكل أو بقسط ، فإن قلنا : إنه يجبر بالكل ، فيجبر الخلع بمقدار حصتها من المهر ، وهو خمسمائة ، فيسقط الشطر بالتشطير ، ويسقط الباقي بالعوضية . وإن قلنا : يجبر بالقسط ؛ فيرجع فيما هو مستحق بنصف مهر المثل ، أو بنصف البدل / ، والبدل مثل ؟ فعلى القولين .

ولا يخفى أن ما ذكرناه من الخيار فيه إذا كان الزوج جاهلاً بحقيقة الحال في الشطر والتفرق .

هكذا كله إذا كان الصداق ألفاً [فاختلعت]^(٢) نفسها بالألف الذي هو صداق . ولو اختلعت نفسها بألف مطلق ، فلا يكون صداقاً ، ويصح الخلع ، واستحق الزوج عليها الألف ، وهي تستحق الخمسمائة .

٨٥٣٢- ولو أنها اختلعت نفسها عن زوجها بنصف مهرها - وهو خمسمائة - وهي غير ممسوسة ، فهذا يصور على أوجه : أحدها - أن تقول : اختلعت نفسي بالخمسمائة التي تبقى لي ، فإذا قالت ذلك ، صح الخلع بتنصيبها على تخصيص المقدار الخالص لها ، ثم لا يخفى أن موجب ذلك سقوط جميع المهر ، النصف منه بحكم التشطر ، والنصف بحكم المعاوضة .

والصورة الثانية - أن تقول : اختلعت نفسي بخمسمائة شائعة من مهري ، وصرحت بما ينافي الاختصاص ، فهذا تفريق ؛ فإن النصف مما ذكرته مستحق للزوج ، والنصف لها ، فيعود التفريع كما مضى ، ولكن تختلف الأقدار . أما النصف من الألف ، فيسقط بحكم التشطر ، ويقع الكلام في النصف الثاني .

فإن أفسدنا العوض بالتفريق فيرجع الزوج - في قولٍ - إلى تمام مهر مثلها ، وفي

(١) في الأصل : يجبر . والمعنى أنه إن أجاز عقد الخلع ولم يصح إلا نصف العوض - الذي نصيبها في الصداق المتشطر - فهل يجبر ما صح العقد فيه (وهو نصيبها) ويجعله وحده عوضاً للخلع ؟ أم يجعل نصيبها قسطاً من عوض الخلع ؟

(٢) في الأصل : فأخلعت .

قول إلى خمسمائة . وإن لم تُفسد واختار الزوج الفسخ ، فالجواب كذلك . فإن اختار [الإجازة]^(١) وقلنا : يجبر بالتمام ، كان بدل الخلع مائتين وخمسين ، والحكم أن الزوج يبرأ عن سبعمائة وخمسين بحكم التشطير والعوض ويبقى لها بقية المهر . وإن قلنا يجبر البعض ، ففيما يرجع به قولان : أحدهما - إنه يرجع بنصف مهر المثل ، فله عليها نصف مهرها ، ويسقط من مهرها سبعمائة وخمسون ، ولها عليه مائتان وخمسون .

الصورة الثالثة - أن تقول : اختلعت نفسي بخمسمائة من المهر ، ولم تصرح بالإشاعة ولا بما يختص بها ، ولكنها أطلقت الاختلاع كذلك ، فنقدم عليه تجديد العهد بما إذا قال الشريك في الدار بالنصف : بعت نصفي ، فإن قال ذلك ، صح ، وإن قال : بعت النصف من هذه الدار . فمن أصحابنا من حمل ذلك على ملكه ، ومنهم من حمّله على الإشاعة ، فمن حمل على النصف الذي له صحح ، وإن حمل على الإشاعة ؛ فإن النصف مما باعه له ، والنصف لشريكه ، فتتفرق الصفقة .

نعود إلى مسألتنا ، ونقول : إذا اختلعت المرأة بخمسمائة على الإطلاق ؛ فقد اختلف أصحابنا على طريقتين : فمنهم من خَرَجَ هذا على بيع نصف الدار مطلقاً ممن يملك نصفها ، ففي وجه نقول : اختلاعها بالخمسمائة محمول على اختلاعها بحقها الخالص ، وهذا يلتفت على الحصر . وفي وجه نقول : اختلاعها/ واقع بحقها وحق ١٦٧ ي الزوج . ثم تسترسل التفاريع على قوانينها . هذه طريقة .

ومن أصحابنا من قطع بأن الخمسمائة محمولة على الإشاعة ، والفرق بين هذه الصورة وبين بيع نصف الدار [أن]^(٢) من يبيع نصف الدار مالكٌ لنصفها دون غيره ، يُحمَلُ تصرفه على ما يملك . وإذا اختلعت بالخمسمائة في مسألتنا ، فقد أنشأت الاختلاع والمهر غير متشطر ، وإنما يقع التشطر مع اختلاعها ، فهذا موجب القطع بالحمل على الإشاعة .

وقد يرد على ذلك أنها إذا خصصت بما يبقى لها ، فهذا تعليق بما سيبقى إذا ، فهذا منتهى الكلام في هذا .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

٨٥٣٣- ثم تعلق المزماني بنص الشافعي في الحمل على الإشاعة في هذه المسألة التي نقلها ، واستدل بنصه في مسألة هبة بعض الصداق ، وقال : ينبغي أن تحمل هبة البعض [على] ^(١) الشيوخ ، كما نقله في مسألة الاختلاع ببعض المهر .
فاختلف أصحابنا في الجواب ؛ فقال بعضهم : جرى الشافعي فيما نقله على قول الشيوخ ، وهذا النوع متداول بينه وبين الأصحاب .

وقال قائلون : نفرق بين مسألة الخلع وبين مسألة الهبة ، ونقول في مسألة الخلع : اقترن سبب استحقاق الزوج بتصرفها ، فنفوذ التصرف واستحقاق الزوج يلتقيان ويقربان ، فكل ما وقع التصرف فيه يجعله عوضاً محسوباً من الحقين ، حق الزوج ، وحقها . وليس [كذلك] ^(٢) مسألة الهبة ؛ لأنها وهبت النصف في حالة لم يكن للزوج فيها استحقاق في عين الصداق ، ولا سبب للاستحقاق ، فكان تصرفها محمولاً على خالص حقها ، وإذا حمل تصرفها على حقها الخالص ، تعين صرف ما بقي إلى خالص حق الزوج ، وقال هؤلاء : نظير مسألة الخلع أن يطلقها والصداق بعد في يدها بكماله ، فلو تصرف في النصف ، فلا يكون تصرفها في خالص حقها ، بل يجعل شائعاً في الحقين .

فَصْلٌ

قال : « فأما في الصداق غير المسمى ، أو الفاسد ، فالبراءة في ذلك باطلة ؛ لأنها أبرأته مما لا تعلم . . . إلى آخره » ^(٣) .

٨٥٣٤- إذا نکح المرأة نکاح تفویض ، فقد ذکرنا أن لها حق طلب الفرض . فلو قالت : أسقطت حقي عن طلب الفرض ، لم يسقط حقها . فلو أکبت على الطلب ، فبادر وطلقها ، فقد کفی الرجل أمر الطلب ، وليس لها إلا المتعة قبل الدخول .

(١) في الأصل : في .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) ر . المختصر : ٣٥/٤ .

٨٥٣٥- وإذا طلق الرجل امرأته في نكاح مشتمل على التسمية قبل المسيس ، وحكمنا بأن شطر المهر لا يرجع إلى الزوج إلا باختيار التملك ، فلو قال : أبطلت حقي في التملك ، بطل حقه ، ولا حاجة في ذلك إلى قبول المرأة ، وإن فرعنا على أن صحة الإبراء تقف على القبول . وسبب هذا أن ثبوت حق التملك يضاهي ثبوت حق الشفعة ، ثم حق الشفع يبطل/ بالإبطال من غير قبول ؛ فإن من يشترط القبول في ١٦٧ ش الإبراء يحمله على التملك . وهذا المعنى لا يتحقق فيما نحن فيه .

هذا قول القاضي فيما نقله عنه من يوثق بنقله ، ويظهر عندي ألا نحكم ببطلان حقه من التملك إذا فرعنا على الوجه الضعيف ؛ وينزل إبطال حق التملك منزلة إبطال الواهب حقه في الرجوع في الهبة ؛ فإنه لو قال : أبطلت حقي في الرجوع ، لم يبطل حقه ، ولغما جاء به .

فإن قيل : هلا شبهتم ذلك بالغانم يُبطل حقه عن المغنم ؟ فإنه يُبطل حقه من أجل أنه لم يملك المغنم ، بل ملك أن يملك . قلنا : لا بأس بهذا السؤال ، ولكن الواهب يملك نقض ملك قام للمتهب ، والغانم يُبطل حق تملك وليس تملكه نقضاً لملك تام . فهذا تشبيه من طريق الظاهر . والتشبيه بالرجوع في الهبة أعوص ، وذلك أن ملكها تم بالإصداق ، وقد تلقت من قبل الزوج ، وإذا أراد الزوج استرداد النصف ، فإنما يسترجع ملكاً تاماً ، فكان تشبيهاً بالرجوع في الهبة .

وهو بعيد عن حق الشفعة ؛ من قبل أنه دُفعُ ضرار ، كالرد بالعيب ، والشفيع داخل على ملك المشتري ، فكان أصل حقه نازحاً عن القياس ، ربطه الشرعُ بدفع الغرر ، فإذا وقع الرضا به ، لم يبعد سقوطه ، ولهذا كان طلب الشفعة على الفور على الأصح ، واختيار الزوج التملك ليس بهذه المثابة ، والمسألة على حالٍ محتملة .

وقد قدمنا في صدر الكتاب تشبيه تملك الزوج بالرجوع في الهبة ، فكان ذلك جرياناً على أحد الوجهين في الاحتمال .

٨٥٣٦- وإذا كان النكاح نكاح تفويض ، فإن قلنا : لا تستحق المرأة بالعقد شيئاً ، فلو أبرأت عن المهر ، لم يصح ذلك منها ؛ فإنه إبراء قبل الوجوب . وإذا فرعنا على

أنها تستحق المهرَ بالعقد ، نُظِرَ ، فإن كانت عالمة بمهر مثلها ، صح إبرؤها ، وإن كانت جاهلة بمبلغ مهر المثل ، فلا يصح إبرؤها فيما جهلته ، وهل يصح إبرؤها في المقدار المستيقن ؟ فعلى قولين .

وبيان ذلك أنها لو استيقنت أن مهرها لا ينقص عن ألف ، وجوّزت أن يبلغ ألفين ، فإذا أبرأت عن مهر مثلها لم يصح إبرؤها عما هي مترددة فيه . وهل يصح إبرؤها عن الألف المستيقن ؟ فعلى ما ذكرناه .

فإن قيل : إذا فرعتم على أن المفوضة لا تستحق بالعقد شيئاً ، فهلا جعلتم إبراءها عن مهر المثل إذا علمته بمثابة الإبراء عما لم يجب ، ووُجد سبب وجوبه ؟ [و] ^(١) في مثل هذا قولان ؟ قلنا : ليس هذا بمثابة إبراء المرأة عن نفقة غدها ؛ فإن النفقة وإن لم تكن واجبة في الحال ، فالنكاح يفضي إلى وجوبها/ من غير سبب آخر ، فاستمر القولان في مثل ذلك ، ومهر المفوضة على قولنا : إنها لا تستحق شيئاً بالعقد لا يثبت إلا بسبب سيحدث ، يتعلق إنشاؤه بالاختيار : كالفرض والميسر . وقد ذكرت قولاً جامعاً في ضمان ما لم يجب في ترتيب القديم والجديد ، والإبراء عما لم يجب بمثابة ضمان ما لم يجب .

٨٥٣٧- ومما يجب التنبه له أن نص الشافعي في كتبه يشير إلى أن المفوضة لا تستحق بالعقد شيئاً ، وفي هذا الفصل من نص الشافعي ما يدل على أنها تستحق بنفس العقد المهر ؛ فإنه قال : « فأما في الصداق غير المسمى أو الفاسد فالبراءة في ذلك باطلة لأنها أبرأته مما لم تعلم » . فقلوه : « الصداق غير المسمى » يشير إلى صورة التفويض . ثم أبطل الشافعي الإبراء ، وعلل إبطاله بأنها أبرأت عما لم تعلم . ولو كان الصداق غير واجب بالعقد ، لكان تعليل إبطال الإبراء [بعدم الوجوب] ^(٢) ؛ فإن ما لا يجب لا يعلل إبطال إسقاطه بكونه مجهولاً ؛ إذ المجهول ثابت على الجهالة وهذا حسن .

(١) (الواو) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : يعد من الوجوب .

ولكن يتطرق [إليه]^(١) حمل النص على تعرية النكاح عن ذكر المهر من غير إذن صريح من المرأة في التعرية . وقد ذكرنا أن هذا يقتضي ثبوت المهر ، وليس من صور التفويض ، وإنما يلتحق النكاح بالتفويض التام إذا صرّحت المرأة بالرضا بإسقاط المهر .

والمفوضة لو أبرأت عن المتعة قبل الطلاق ، لم يصح إبرائها ؛ لأن ذلك إسقاط ما لم يجب بعد ، ولا يخرج على القولين المشهورين في أنّ ما لم يجب ، ووُجد سبب وجوبه ، هل يصح الإبراء عنه ؟ فإن وجوب المتعة محال على الطلاق الذي سيقع ؛ فليس النكاح سبباً خاصاً في إيجاب المتعة ، وقد ذكرنا هذا في إبرائها عن المهر ، إذا قلنا إنها لا تستحق المهر بأصل العقد .

* * *

(١) في الأصل : إلى .

باب

الحكم في الدخول وإغلاق الباب وإرخاء الستر

قال الشافعي : « وليس له الدخول بها حتى يعطيها المال . . . إلى آخره »^(١) .

٨٥٣٨- للمرأة حبس نفسها عن زوجها ، حتى يتوفر الصداق عليها كَمَلًا ، وقد ذكرنا في البيع نصوصاً وأقوالاً في أن البداية [بالتسليم]^(٢) على من تجب من البائع والمشتري ؟ فكان الحاصل أربعة أقوال : أحدها - إنه يجب على البائع البداية بتسليم المبيع أولاً .

والثاني - إن البداية تجب على المشتري .

والثالث - إنهما يُجبران معاً .

ش ١٦٨ والرابع - إنهما لا يُجبران ، ولكن من بدأ منهما/ بتسليم ما عليه ، أُجبر صاحبه على التسليم حينئذ .

والزوج في النكاح في مقام المشتري ، والمرأة في مقام البائع ، وتجري بينهما ثلاثة أقوال : أحدها - إنهما يجبران جميعاً إذا تنازعا البداية .

والثاني - إنهما لا يجبران ، ولكن من بدأ منهما أُجبر صاحبه على تسليم ما عليه ، فإن بدأت المرأة بتسليم نفسها ، وجب على الزوج بعد تسليمها أن يسوق إليها صداقها . فإن بدأ الزوج بتسليم الصداق ، وجب عليها أن تسلم نفسها ، إذا لم يكن بها عذر ، كما سنصف المعاذير من بعد .

والقول الثالث - إنه يجب على الزوج البداية بتسليم الصداق ، ولا يخرج قول : إنه يجب عليها البداية بتسليم النفس ، وإن كنا ذكرنا قولاً في إيجاب البداية على البائع ، فهي في مقام البائع ومحله ، والفارق أن المرأة إذا بدأت فسَلَّمَت نفسها ؛ كان في

(١) ر . المختصر : ٣٦/٤ .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

تسليمها تفويت منفعة البضع على وجه لا يفرض الرجوع إليها ، وليس كذلك البائع ؛ فإنه إذا سلم ، فلم يف المشتري بتسليم الثمن ، أمكن فرض رجوعه إلى المبيع ؛ فإنه لا يفوت عنه بالتسليم .

٨٥٣٩- ثم إذا لم نوجب على واحد منهما البداية ، فمن حُكِمَ هذا القول أن المرأة لا تطالب زوجها بالمهر ، ولا يثبت لها حق المطالبة به ما لم تسلم نفسها ، فإن سلمت نفسها ، ووطئها الزوج ، استقر المهر ، وحقت الطلبة . وإن مكنت ، فامتنع الزوج ، توجهت الطلبة بالمهر ، وإن لم يتقرر المهر ، فيكفيها تسليطها على الطلب وإن لم يقرر المهر .

ومن لطيف الكلام أنها لو مكنت ، ثم امتنعت وأخذت تطلب ، لم يكن لها الطلب ؛ فإنها عادت إلى منع البداية ، والذي جرى منها لم يكن بداية تامة . فبين التقرير واستقرار الطلب بالمسيس ، وبين تفويت حق الطلب مرتبة يفهمها الفطن . ثم هذه المرتبة شرطها أن تستمر المرأة على التمكين منها ولا تبدي إباءً .

وإذا قلنا : إنهما يجبران ، فتصوير ذلك : أن يؤخذ الصداق من الزوج ويوضع على يدي عدل ، ثم تجبر هي على تسليم نفسها ، فإذا سلمت نفسها سلم الصداق إليها .

والذي نراه في ذلك أنها إذا سلمت ، فلم يأتها الزوج ؛ فعلى العدل تسليم الصداق إليها على القاعدة المقدمة . ولو قدرنا تسليم الصداق إليها في هذا المنتهى ، فهم الزوج بوطئها ، فامتنعت ، فالوجه استرداد الصداق منها .

وإذا قلنا : الزوج يجبر على البداية بتسليم الصداق ، وتملك المرأة الابتداء بطلب الصداق ، فذلك / إذا كان يتأتى منها التمكين ، فأما إذا كانت على حالة لا يتأتى من ١٦٩ ي الزوج قربانها ، فلا تملك مطالبة الزوج بالمهر ؛ فإن تسليم الصداق يجب أن يكون واجباً حيث يتأتى [منها]^(١) استيفاء ما يقابل الصداق .

وإذا قلنا في البيع يبدأ المشتري بتسليم الثمن ؛ فإنما يجب ذلك إذا كان البائع قادراً

١٧٤ ————— كتاب الصداق / باب الحكم في الدخول وإغلاق الباب وإرخاء الستر
على تسليم المبيع . فلو كان أبق العبد بعد البيع ، فالمشتري لا يطالب بالثمن ؛ فإن
الثمن لا يجب وجوب قيم المتلفات ، وإنما يجب عوضاً ، ووضع العوض يقتضي -
وإن وقع البداية به - أن يقابل معوضه .

٨٥٤٠- ولو وفر الزوج الصداق على المرأة ، فالقول في ذلك ينقسم ، فإن أوجبنا
عليه البداية ، فذلك حيث يتصور منها التمكين ، فإذا امتنعت ، استرد ما سلّم .

وإن لم نوجب عليه البداية ، فتبرع وبدأ ، فامتنعت عن التمكين ، لم يسترد
الزوج ، بل أُجبرت على التمكين . وإن تبرع بتسليم الصداق وهي معذورة ، ثم بدا له
في الاسترداد ، فهل له أن يسترد ؟ ذكر القاضي وجهين : أحدهما - له الرجوع ؛ لأنه
سلّم في وقت لا يلزمه التسليم فيه ، والامتناع قائم ، وهذا وجه ضعيف . والأصح :
أنه لا ينتزع ما سلم إليها ؛ لأنه تبرع بالتسليم ، فالرجوع بعد التبرع لا وجه له .

وإذا كان يذكر وجهين في المعذورة ، فيتجه ذكرهما أيضاً في التي لا علة بها ، بل
تلك أولى ؛ من جهة أن تسليم الزوج يحمل على توقع تمكينها ، وإن كان متبرعاً . وإذا
سلم وهي معذورة ، فهذا أبعد من الانتزاع ؛ فإن التسليم جرى مع توطين النفس على
امتناع الوطاء .

ولو نظم ناظمٌ هذا على العكس ، لاتجه . فيقول : إن كانت معذورة فسَلِّمَ مع
العلم بعذرهما ؛ لم يرجع . وإن لم تكن معذورة وأراد الرجوع ، فوجهان . وكل هذا
خبط .

والوجه : القطع بأن المتبرع بالتسليم لا يرجع . فهذا تمام البيان في هذا الفن .

٨٥٤١- ثم إذا ساق الزوج الصداق ، فعليها التسليم ، فإذا استمهلت ، أمهلت
ريثما تستعد وتتهياً ، ثم ذكر الأصحاب أن منتهى المهل ثلاثة أيام ؛ فإن الاستعداد
ممكن في هذا القدر من الزمان . وهذا الذي ذكروه تقديرٌ ، ولا سبيل إلى التقدير من
غير توقيف .

والذي يجب الثبوت فيه : أن معظم ما يعتقدُه الناس استعداداً لا حاجة إليه ، وإنما
المعني بالاستعداد في الشرع أن تهتئ بدنّها بتنظف لا يكاد يخفى ، وما عداه لا اكتراث

كتاب الصداق / باب الحكم في الدخول وإغلاق الباب وإرخاء الستر ————— ١٧٥
به ، فعلى هذا يقرب الزمان ، ويختلف ذلك باختلاف الأحوال والأشخاص .

٨٥٤٢- ثم / ذكر الشافعي أن الصغيرة التي لا تطيق الجماع لا تسلم إلى زوجها ، ١٦٩ ش
وكذلك لو كانت مريضة مرضاً يضرُّ بها الوقاعُ ضرراً بيئاً ، فالأمر على ما ذكرناه .

وإن كان لا يضرُّ بها الوقاع ، وجب تسليمها إلى الزوج . ولو قال الزوج : سلموها
إليَّ وإن كان بها مانع ، وأنا أنكف عنها ، لم تسلم إليه وإن كان موثقاً به ؛ فإنَّ نزقات
النفس ونزغات الشيطان لا تؤمن ، ولذلك حرم الله تعالى استخلاء الرجل بأجنبية ،
وإن كان أعدل البرية وأتقاهم .

وإن كانت حائضاً ، وجب تسليمها ، فإنه ينتفع بها على وجوه . ولا خلاف أن
الزوج إذا حاول من زوجته الحائض الاجتماع معها في شعار ، وطلب ضمّاً والتزاماً ،
فليس لها أن تمتنع ، ولو جاز لها أن تمتنع ، لوجب على الزوج أن يمتنع ، وهذا على
ظهوره ليس بالهين ، ويعارضه القول في المريضة ، فإن الزوج قد يستمتع بها من
وجوه ، وقد يهوى لقاءها ثم لا يؤتمن عليها .

وعن عائشة أنها قالت : « كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخميعة
فحضت ، فانسللت ، فقال : مالك ، أنفست ؟ قلت : بلى يا رسول الله ، قال :
خذي ثياب حيضتك وعودي إلى مضجعك ، ونال مني ما ينال الرجل من امرأته إلا
ما تحت الإزار »^(١) . وقد يدور في الخلد أن هذا كان من رسول الله صلى الله عليه
وسلم بمثابة تقبيله نساءه وهو صائم . قالت عائشة : « كان رسول الله صلى الله عليه

(١) حديث عائشة بهذا اللفظ (ما عدا قوله : ونال مني ما ينال الرجل من امرأته إلا ما تحت
الإزار) رواه مالك في الموطأ ، والبيهقي في السنن ، وقد أنكر النووي هذه الزيادة ، وقال :
غير معروفة في كتب الحديث . ولكن هذا المعنى في الصحيحين ، من حديث عائشة أنها
قالت : « كانت إحدانا إذا كانت حائضاً ، أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فتأترز بإزارها
ثم يباشرها » واللفظ لمسلم . (ر . الموطأ : ٥٨/١ ، والسنن الكبرى : ٣١١/١ ،
والبخاري : كتاب الحيض - باب مباشرة الحائض ، حديث رقم : ٣٠٢ ، ومسلم : كتاب
الحيض - باب مباشرة الحائض فوق الإزار - رقم : ٢٩٣ ، وتلخيص الحبير : ٢٩٤/١ حديث
رقم : ٢٣١) .

١٧٦ ————— كتاب الصداق / باب الحكم في الدخول وإغلاق الباب وإرخاء الستر
وسلم يُقْبَلُ إحدانا وهو صائم ، وكان أملككم لإزبه^(١) . بأبي هو وأمي ، ولكن
لا ينبغي أن يتمارى الفقيه في جواز استخلاء الزوج بزوجه وهي حائض .

فإن قيل : ما الفرق بين الحائض والمريضة ؟ قلنا : المرعي في حق المريضة خيفة
الإضرار بها ؛ فلها أن تمتنع ، ولولي الصغيرة أن يمنعها ، وتحريم وقاع الحائض يتعلق
بحق الله تعالى ، والوازع من الهجوم على المحرمات الوعيد ، فإذا كان [الحل]^(٢)
قائماً بالنكاح ، وكان الوطاء محرماً ، وقع الاكتفاء بإيضاح التحريم .

ولو رضيت المريضة بأن يخلو بها زوجها ، لم يحرم عليه أن يستمتع بها استمتاعاً
لا يضر . ولو عرفت المرأة أن الزوج يغشاها في الحيض ، ولا يراقب الله تعالى فيها لو
استخلى بها ، فهل لها أن تمتنع ؟ هذا فيه تردد ، وليس يبعد تجويز ذلك لها ، أو
إيجاب ذلك عليها ، والعلم عند الله تعالى .

٨٥٤٣- ثم إذا ثبت أن للمرأة أن تمتنع عن الوطاء حتى يتوفر عليها صداقها ، فلو
مكّنت ، فأتاها الزوج ، ثم أرادت بعد جريان الوطاء أن تمتنع حتى يتوفر عليها
ي ١٧٠ الصداق ، لم يكن لها ذلك ؛ فإنّ الوطاء الواحدة بمثابة وطأت العمر في تقرير
الصداق ، فليس لها بعدها امتناع ، خلافاً لأبي حنيفة^(٣) ؛ فإنه جَوَزَ لها الامتناع بعد
الوطأة الأولى .

ولو وطئ الزوج قهراً من غير مطاوعة ، فمهرها يتقرر ، فلو أرادت الامتناع ، ففي
المسألة وجهان : أحدهما - لها ذلك ؛ فإنها لم تطاوع ، والامتناع ممكن .

والثاني - ليس لها ذلك ؛ لأن مهرها قد تقرر ، وانتهى إلى حالة لا يتعرض بعدها

(١) حديث عائشة : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل بعض نسائه وهو صائم . . . » متفق
عليه (ر . البخاري : كتاب الصيام - باب القبلة للصائم حديث رقم : ١٩٢٩ ، ومسلم : كتاب
الصيام - باب بيان أن القبلة في الصوم ليست محرمة - حديث رقم : ١١٠٨) .
فائدة : يجوز في ضبط همزة (أزبه) الفتح والكسر فقد جاءت الرواية بهما (ر . النهاية في
غريب الحديث لابن الأثير) .

(٢) في الأصل : الحد .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ١٨٨ ، مختصر اختلاف العلماء : ٢ / ٢٨٥ مسألة رقم : ٧٦٩ .

[للسقوط^(١)] ، فصار كما لو طاوعت ، واسترجاع ما جرى غير ممكن ، وليس كما لو اغتصب المشتري المبيع - على قولنا : للبائع حق الحبس - فإن المبيع [إن]^(٢) أمكن استرداده ، [استرد]^(٣) ورُدَّ إلى يد البائع حتى يتوفر الثمن عليه .

٨٥٤٤- ثم ذكر الشافعي بعد ذلك فصلين من كتابين : أحدهما - النفقة ، فإذا قالت المرأة لزوجها : مهما^(٤) سقت إليَّ صداقي مَكْتَنُكَ ، ثبتت نفقتها . ولو سكتت ولم تتعرض لذلك ، ففي ثبوت النفقة قولان .

ثم تعرض لاختلاف القول في نفقة الصغيرة ، وكل ذلك يأتي على الاستقصاء في كتاب النفقات إن شاء الله عز وجل .

٨٥٤٥- والفصل الثاني في الإفضاء^(٥) ، فإذا أتى الزوج زوجته فأفضاها ، فالقول في تصوير الإفضاء وفي موجهه يأتي في كتاب الديات - إن شاء الله عز وجل - وحظَّ هذا الباب منه أن الزوج لا يُمَكَّن من غشيانها بعد ذلك ما لم يندمل مارئها^(٦) ، فإن زعمت أنها لم تستبَل^(٧) بعدُ ، فلا رجوع إلا إليها وإن طال الزمان ، فلا وجه إلا تصديقها مع يمينها ، إلا أن يفرض إمكان الاطلاع . فإن كان كذلك ، فللزواج أن يأمر أربعاً من النسوة الثقات حتى يطلعن ويخبرن بحقيقة الحال ، فإذا أخبرن بأنها قد برأت ، مُكَّن الزوج من وطئها .

(١) في الأصل : المسقوط .

(٢) زيادة لاستقامة العبارة .

(٣) في الأصل : فاسترد .

(٤) « مهما » : بمعنى (إذا) .

(٥) الإفضاء : المراد به هنا ، هو أن يجامع الرجل امرأته ، فيهلك الحاجز بين المسلكين فيجعلهما واحداً ، وقيل : جعل سبيل الحيض والغائط واحداً (المصباح ، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي) .

(٦) المارن : المراد به هنا الغضروف الحاجز بين المسلكين ، وأصله : ما لان من الأنف . (المعجم) .

(٧) تستبَل : أي تشفى وتتعاوى .

فَضْلُ

قال : « وإن دخلت عليه ، فلم يمسه حتى طلقها . . . إلى آخره »^(١) .

٨٥٤٦- المقصود [بالكلام]^(٢) خَلوة الرجل بامرأته ، وأنها هل تقرر الصداق من غير مسيس ؟ وهل توجب العدة ؟ فالمنصوص عليه للشافعي في الجديد : أن الخَلوة لا تقرر ولا توجب العدة ، ولا يتعلق بها حكم .

وقال في القديم : الخَلوة [تقرر المهر ، وتوجب العدة]^(٣) ، ثم اختلف الأئمة في تنزيل القول القديم ، فقال قائلون : الخَلوة في القديم تنزل منزلة الوطء في تقرير المهر وإيجاب العدة ، وتوجيه القولين مذكور في طيول المسائل .

وكنت أود أن يختص جريان القولين بتقرير المهر ؛ من قِبَل أنْ تَمَكَّنَ المستحق من حقه في المعاوضات إن كان [ينزل]^(٤) منزلة استيفاء ذلك الإنسان حَقَّهُ ، فلا وجه مع هذا لإحلال الخَلوة محل الوطء في إيجاب العدة المتعلقة بما يشغل الرَّحِمَ ، ولكن لم يصِرْ إلى هذا/ أحد من الأصحاب ، بل من أجرى القولين أجراهما في التقرير وإيجاب العدة جميعاً .

ولما قال أبو حنيفة^(٥) : الخَلوة تقرر المهر ، قضى بأنها توجب العدة ، غير أنه قال : إذا فرض طلاق بعد الخَلوة ، واستقبلت المرأة العدة ، فليس للزوج حَقُّ الرجعة ، وقَطَعَ أئمتنا بثبوت الرجعة تفريعاً على القديم ؛ فإن الرجعة عندنا لا تنقطع إلا [باستيفاء]^(٦) العدة ، أو استيفاء العدد ، أو وقوع الفراق على عوض .

(١) ر . المختصر : ٣٧/٤ .

(٢) في الأصل : الكلام .

(٣) في الأصل : « في القديم : الخَلوة ثم توتر ثم اختلف الأئمة . . . » كذا بهذا الرسم ، وهذا النقط (انظر صورتها) والمثبت من مختصر العز بن عبد السلام .

(٤) في الأصل : نزل .

(٥) ر . مختصر الطحاوي : ٢٠٣ ، مختصر اختلاف الفقهاء : ٣٤٨/٢ ، والمبسوط : ١٤٨/٥ .

(٦) في الأصل : بانتفاء .

ثم قال أبو حنيفة : الخَلوة إنما تقرر المهر إذا لم يكن في المرأة مانع من الوطء شرعاً ، كالحيض ، والنفاس ، والإحرام ، وصوم الفرض . واختلفت الرواية في صوم التطوع .

ثم قالوا : الخَلوة بالارتقاء والقرناء تقرر المهر وإن كان الوطء ممتنعاً طبعاً بحيث لا يتصور وقوعه . فهذا بيان اضطراب مذهبه .

٨٥٤٧- وقد ذهب المحققون من أئمتنا إلى أن الخَلوة بالارتقاء لا تقرر المهر ؛ فإنه لا معنى لها ؛ فإن الخَلوة إن نزلت منزلة الوطء ؛ من حيث إنها تشتمل على التمكين من الوطء ، فهذا غير ممكن في الخَلوة بالارتقاء ، ولا أثر للخَلوة بها ، والكَوْنُ معها في الملاء كالكون معها في الاستخلاء ، فأما الخَلوة بالحائض والنفساء ؛ فمال القفال إلى مساعدة أصحاب أبي حنيفة في أن الخَلوة لا تقرر مع هذه الموانع الشرعية وإن كان الوطء ممكناً ، هذه طريقة الأئمة في الخَلوة .

ومن أصحابنا من قطع بأن الخَلوة لا تقرر المهر ، ولا توجب العدة ، وزعم أن الشافعي تردد قوله في القديم في أن الخَلوة إذا جرت ، وادعت المرأة الوطء فيها ، وأنكر الزوج ؛ فمن المصدّق ؟ فعلى قولين : أحدهما - أن المصدّق الزوج ؛ فإن الأصل عدم الوطء . والثاني - القول قول المرأة مع يمينها ، فإن الظاهر جريان الوطء في الخَلوة ، فإن أنكر منكر هذا ، قلنا له : الخَلوة في ادعاء الوطء كاليد في ادعاء الملك . والعلم عند الله تعالى .

باب المتعة

قال الشافعي : « جعل الله عز وجل المتعة للمطلقات . . . إلى آخره »^(١) .

٨٥٤٨- المتعةُ اسم لمقدارٍ من المال يسلمه الزوج إلى زوجته إذا طلقها ، وقد يسمّى المتاع . وأمتع الحسنُ زوجةً طلقها اثني عشر ألف درهم ، فقالت : « متاع قليل من حبيب مفارق »^(٢) . والأصل في الباب قوله تعالى : ﴿ وَمَتَّعُوهُمْ عَلَى الْوُسْعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] وقال تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ ﴾ [البقرة : ٢٤١] . وشهدت الأخبار وأجمعت الأمة على المتعة .
والكلام في ثلاثة فصول :

[الفصل الأول]

٨٥٤٩- في تفصيل المطلقات ، وهن ثلاثة أقسام : مطلقة لم يفرض لها ولم يتفق الدخول بها ، فهي تستحق المتعة ، ونصَّ القرآن شاهد فيه ، قال تعالى : ﴿ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] / والإجماع منعقد على استحقاقها ي ١٧١ للمتعة في هذه الحالة .

والمطلقة الأخرى : هي التي فرض لها الصداق ، وطلقت قبل المسيس ، فلها نصف المفروض أو نصف المسمى في أصل العقد ، ولا متعة لها في ظاهر المذهب .
وتقسيم القرآن أصدق شاهد فيه ، فإنه تعالى لما ذكر المتعة في حق التي لم تُمس ، ولم

(١) ر . المختصر : ٣٨/٤ .

(٢) خبر إمتاع الحسن بن علي رضي الله عنهما في متعة إحدى نسائه ، رواه البيهقي : ٢٥٧/٧ ، والدارقطني : ٣٠/٤ ، ٣١ وضعفه صاحب التعليق المغني ، وابن أبي شيبة : ١٥٦/٥ ، ومقدار المتعة عند البيهقي عشرون ألفاً ، وعند الدارقطني وابن أبي شيبة عشرة آلاف ، ولم يزو واحدٌ منهم أنها كانت اثني عشر ألفاً ، كما قال الإمام .

يفرض لها ، قال في الآيات التي تلي هذه ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَوَضَعُوا مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] فدل فحوى الخطاب على أَنَّ المتعة ونصف المفروض يتعاقبان على التبادل .

والمطلقة الثالثة : هي التي استقر لها مهر بالمسيس ، ثم طلقها زوجها ، ففي وجوب المتعة لها قولان : أحدهما - إنها لا تستحق المتعة ، وهو المنصوص عليه في القديم ، وبه قال أبو حنيفة . ووجهه أنه قد سلم لها المهر ، ولا متعة مع المهر . ونصف المسمى في مقابلة العقد ، كتمام المسمى ، أو كتمام مهر المثل بعد المسيس ، فإذا كانت المتعة تسقط بسبب وجوب نصف المسمى أو المفروض قبل المسيس ، فلأن تسقط إذا وجب جميع المهر على الاستقرار أولى .

والقول الثاني - وهو المنصوص عليه في الجديد : إنها تستحق المتعة ؛ لأن ما سلم لها من المهر في مقابلة منفعة البضع ، لا في مقابلة العقد والطلاق .

وإذا جمعنا المطلقات وأردنا نظم الأقوال فيهن ، انتظمت ثلاثة أقوال : أحدها - إنه لا متعة إلا للتي طُلِّقت قبل المسيس ولم يفرض لها ، وهي المفوضة .

والقول الثاني - إن لكل مطلقة متعة إلا التي فرض لها ولم تمس ، فاستحقت نصف المهر عند الطلاق .

والقول الثالث - إن لكل مطلقة متعة من غير استثناء ، وهذا القائل يلتزم إثبات المتعة للمطلقة قبل المسيس ، وإن فرض لها واستحقت نصف المفروض ، وهذا بعيد مخالف لظاهر التقسيم في المتعة والفرض .

الفصل الثاني

٨٥٥٠- يشتمل على الكلام فيما يوجب المتعة ، وما لا يوجبها من أقسام الفرق ،

فنقول :

أما الفرقة الحاصلة بالموت ؛ فإنها لا توجب المتعة وفاقاً ، والميراث كافٍ ، وكأنَّ المتعة أُثبتت لمستوحشة بالطلاق ، والتي مات عنها زوجها متفجعة غير مستوحشة .

فأما ما يجري من الفراق في الحياة ؛ فقد قال الأئمة : كل فُرقة تصدر عن جهتها ،
إمّا بأن تُنشئها ، أو يصدرَ منها سببٌ يتعلق به ارتفاعُ النكاح ، فلا تناط به المتعة .
وما يصدر من الزوج لمعنى فيها ، كالفسخ بالعيوب ، فإنه لا يتعلق به المتعة .
وأما ما ينفرد به الزوج لا لمعنى فيها ، فيتعلق به استحقاق المتعة ، ومن جملة ذلك
الطلاق ، ومنها ارتداد الزوج وإسلامه .

ش ١٧١ وقد نص الشافعي على أن الإسلام من الزوج يوجب المتعة/ ، ذَكَرَهُ في آخر كتاب
المشركات . والخلعُ ، وإن كان يتعلق بها ، فالأصل فيه الزوج . وإذا فوض الطلاقُ
إليها ، فهو كما لو طلقها بنفسه ؛ فإن عبارتها مستعارة ، وكأنَّ الزوج هو المعبرُ ،
فالفراق المنوط باللعان يثبت المتعة ، فإنه مما ينفرد الزوج به ، ولا يتوقف حصول
الفراق على لعانها .

وإذا وقع الفراق بفعلٍ من غير الزوجين ، مثل أن ترضع امرأته [الزَّوْجَةَ] ^(١) الرضیعة
إرضاعاً مفسداً ، فهذا يوجب المتعة .

٨٥٥١- والضبط الجامعُ أن كل ما لو جرى قبل المسيس ، لم يسقط به المهر
المسمى ، بل تشطَّر ، فهو من موجبات المتعة ، وكل ما يتضمن سقوطَ جميع المسمى
لو جرى قبل المسيس ، فلا تتعلق المتعة به . ثم إذا تعلقت المتعة بفُرقةٍ من الفرق ،
فتجري فيها الأقسام الثلاثة المذكورة في الطلاق لا محالة ، وعلينا في هذا القسم أن
نُلحق [كل] ^(٢) فرقة من الفرق بالطلاق ، ثم فيها الأقسام الثلاثة والأقوال الثلاثة .
وما قطعناه عن مضاهاة [الفرق] ^(٣) ، فإننا نحكم فيه بأنه لا تتعلق المتعة به ، كيف
فُرِض ، وصوِّر ، [وعلى] ^(٤) أية حالةٍ قُدِّر .

ولا استثناء في شيء مما ذكرناه إلا في مسألة واحدة وهي : إذا اشترى الزوج
زوجته ، فالمذهب أن هذه الفرقة تشطَّر الصداق ، ولا تتعلق بها المتعة ؛ فإنَّ المتعة

(١) في الأصل : المزوجة .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : الفراق .

(٤) في الأصل : وأعلى .

لو وجبت ، لوجبت مع الفراق لمن يحصل الفراق في ملكه . فإذا اشترى زوجته ، فقد ملك رقبته ، فلو وجبت المتعة لوجبت له ، ويستحيل أن يجب له على نفسه شيء .

٨٥٥٢- ونقول على الاتصال بهذا ، المتعة تجب بالفراق ، ولا يتقدم وجوبها عليه ، فلو زوج السيد أمة مفوضة ، ثم باعها ، فطلقت في ملك المشتري ، فالمتعة للمشتري ؛ لأنَّ الطلاق هو الموجب للمتعة ، وقد جرى في ملك المشتري ، [فهذا]^(١) قاعدة المذهب في الفرق التي تقتضي المتعة والتي لا تقتضيها .

٨٥٥٣- وقد نقل المزماني أنها إذا فسخت النكاح بعيب العنة [لها المتعة]^(٢) ، وقد أجمع الأصحاب على تغليظه ، وصادفوا هذه المسألة منصوطةً للشافعي على العكس مما نقل .

وغلط بعض المصنفين ، فقال : لا متعة في الخلع لتعلق الفراق بها ، وهذا خطأ ، بدليل أن الخلع يشطر الصداق ، [ونقل عن الأصحاب]^(٣) ترددهم فيه إذا ارتد الزوجان معاً ، وترددهم فيما إذا اشترت الزوجة زوجها المملوك . نعم ، إن جعلنا الخلع فسخاً ، فمن أصحابنا من تمارى في التشطير ، فيليق بهذا القول ترديد الوجه في المتعة .

وغلط طوائف من الأصحاب في شراء الزوج زوجته ، فحكوا أن المتعة تجب للبائع على المشتري ، وقد رمز إليه الصيدلاني ، وهذا عندي ليس من غلط الفقه ، بل هو خلل في الفكر ؛ فإن من صار إلى هذا بين أمرين كلاهما محال ، إن قال : تجب المتعة قبل الفراق ، كان راداً للإجماع . وإن قال : تجب مع الفراق ، والفراق/ ١٧٢ ي يحصل مع الملك ، ثم المتعة تجب للبائع ، فهذا مستحيل وإن وجبت متعة ، على نفسه [لنفسه]^(٤) كان هذا كلاماً متناقضاً . فهذه غلطات نبهنا عليها بعد طرد المذهب على السداد .

(١) في الأصل : في هذا .

(٢) ساقط من الأصل . والمثبت من المختصر ، ونص عبارته : « وأما امرأة العنين ، فإن شاءت أقامت معه ، ولها عندي متعة » والله أعلم . (ر . المختصر : ٣٩ / ٤) .

(٣) زيادة من المحقق لاستقامة العبارة .

(٤) في الأصل : فإن وجبت على نفسه ، كان هذا .

الفصل الثالث

في قدر المتعة

٨٥٥٤- ولا [قدر]^(١) عندنا لأقلها ، ولا لأكثرها ، وهي موكولة إلى اجتهد الحاكم ، ثم هي تختلف باختلاف الأحوال على ما سنصفه ، ونذكر ما بلغنا من قول الأصحاب نقلاً ، ثم نرجع ، فنبحث .

ذكر العراقيون وجهين في تقدير المتعة : أحدهما - أن أقل المتعة ما يتمول ، فلو أمتعها الزوج بأقل ما يتمول ، فقد خرج عما عليه .

وهذا القائل يقول : ما صح أن يكون صداقاً ، صح أن يكون متعة في كل صورة .

والوجه الثاني - وهو الصحيح - أن تقديرها إلى الحاكم واجتهاده ، وليس كالصداق ؛ فإنَّ الصداق على التراضي ، فكان كالأثمان ، والمتعة أمر معتبر يفرض ثبوته في وقت التنازع ، فيجب أن يكون له أصل يفرض الرجوع إليه ، ونصَّ القرآن شاهد فيه ؛ فإنه عز من قائل قال : ﴿ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] .

ثم فرعوا على الوجهين ، فقالوا : إن اكتفينا بأقل ما يتمول ، فلا كلام ، وإن أحلناه على اجتهد الحاكم ، فالحاكم يعتبر ماذا ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يعتبر حال الزوج لا غير في اليسار والإعسار ، ولا ينظر إلى حالها ، فيقول : زوج في حال زيد ويساره ، كم يكون أقل متعة منه في العادة ؟ فيبني الأمر على هذا ، قالوا : وهذا اختيار أبي إسحاق المروزي .

والوجه الثاني - أنه يعتبر حالها ، فيقول : امرأة في مثل حال هذه بكم تمتع في العادة في أقل ما يفرض ؟ ولا يعتبر حال الرجل ، وهذا الوجه مخالف لظاهر القرآن ؛ فإنه تعالى قال : ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] وقال الإمام والدي : يعتبر في ذلك حالهما جميعاً ، فيقال : مثل هذا الرجل ما أقل ما يمتع به مثل هذه المرأة ؟

(١) في الأصل : تقدر .

٨٥٥٦- هذا تردّد الأصحاب ، وليس فيما ذكره تحويماً على المقصود ، فضلاً عن الإخلال ، وذلك أنه ما لم يبين موقع المتعة ومنزلتها لا يمكن أن يعتبر فيها ما ذكره الأئمة ؛ فإنّ الإنسان يختلف ما يبذله إذا اختلف جهات المبدول ، فما لم يبين محلّ المتعة ، أعوض هي أم منحة ؟ لا يظهر . وقد اتفق المحققون على أن المتعة لا يبلغها القاضي نصف المهر ، وسبب هذا يبيّن ؛ فإنها تجب حيث لا يجب نصف المهر ، وكأننا نقنع بما يقلّ عن شطر المهر إذا لم يحتمل الحال شطر المهر ، فليتخذ الناظر هذا أصله .

قال القفال : لا تبلغ المتعة نصف المهر ، كما لا يبلغ التعزير الحدّ ، والرضخ السهم ، والحكومة الدية .

وقال الشافعي في القديم : أستحب المتعة قدر ثلاثين درهماً ، وإنما استحب ذلك/ لأثر ورد عن ابن عمر^(١) . وقال الشافعي في بعض كتبه : ينبغي أن يفرض ١٧٢ ش القاضي فيها مِقتنة أو ثوباً أو خاتماً . وقال القاضي : أي شيء فرضه بعد ما كان متمولاً جاز .

٨٥٥٦- هذا ما بلغنا من كلام الأئمة .

والذي يلوح لنا فيه بعد بناء الأمر على حطّ المتعة عن نصف المهر أن المتعة كاسمها إمتاع وإتحاف يسدّ ممّا تداخلها من الفراق مسداً ، وليس في الإمتاع عادة مطردة في الناس ، حتى نرجع إليها من غير قاضٍ رجوعنا إلى العادات ، في القبوض والأحراز ، وأمور في المعاملات ، فهذا يتعلق بنظر القاضي ، حتى يفرض قدرأ يراه لائقاً ، ثم يختلف هذا بالإعسار واليسار ، ثم لا ضبط للتقدير ، [في التعزير]^(٢) ؛ فإن التقدير يختلف باختلاف أحوال الناس في عرامتهم^(٣) وشراستهم ، فرب صاحب عبّرة^(٤) يكفيه

(١) حديث ابن عمر ، رواه البيهقي موقوفاً . (ر . السنن الكبرى : ٢٤٤/٧ ، والتلخيص :

٣/٣٩٢ ح ١٦٨٥) . هذا وفي نسخة الأصل « حديث عمر » .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) عرامتهم : أي عنفهم وشدتهم ، وشراستهم .

(٤) عبّرة : أي : دعة . والمعنى رقيق القلب سريع الفئدة .

[تَبَكُّيْتُ] ^(١) ، ورب [عَرِم] ^(٢) خبيث ، لا يردعه إلا الكثير من [التعزير] ^(٣) ، ثم الحد مردُّ لاعتبار التعزيزات ؛ فإنها توقيفات الشرع .

فإن قال قائل : إذا كان المقصود من التعزير [التأديب] ^(٤) والردع ، فمن وصفتموه لا يرتدع ؟ قلنا : إن لم يرتدع ، فسيعود ، وإن عاد ، عُدنا ، والإمام أقدر على معاقبته ، ويده على الرقاب ، وهو تحت ضبط الإمام .

وما ذكره العراقيون من أن الزوج لو أمتعها بأقل ما يتمول ، جاز ، خارجٌ عن القانون . وما ذكره القاضي من ذكر أقل ما يتمول مضافاً إلى اجتهد الحاكم ، محمول عندي على ما إذا كان [حال] ^(٥) الزوج تقتضي هذا ، فلا نظن به على علو قدره أن يجوز إثبات أقل ما يتمول من غير رجوع إلى مستند ، ثم يربط ذلك باجتهد الحاكم . هذا ما عندنا في ذلك ، وقد مهدنا المطالب ، والرأي فوضي ^(٦) .

٨٥٥٧- ومما أجريناه في الكلام ، نصفُ المهر ، وهو المعتمدُ الفقيه ، فإن لم يكن في النكاح مسمى ، فالمعتبر نصف مهر المثل ، وإن كان في النكاح مسمى ، وفرعنا على أن المدخول بها تستحق المتعة ؛ فننظر في المتعة ونصف مهر المثل ، أو ننظر في المتعة وهو نصف المسمى ، هذا محتملٌ : يجوز أن يكون الرجوع إلى نصف مهر المثل ؛ فإن المسمى متعلقه التراضي ، والأصل الذي لا تعلق له بالتراضي هو مهر المثل ، ويكون رضاها بأقل من مهر المثل عن مسامحة ، هذا هو الأشبه ، والعلم عند الله تعالى .

* * *

- (١) في الأصل : تنكيت .
- (٢) في الأصل : « عُرّة » وهو تصحيف .
- (٣) في الأصل : الغزير .
- (٤) زيادة لاستقامة الكلام .
- (٥) في الأصل : « اختار » (هكذا بهذا الرسم والنقط) ولم أدر لها وجهاً . والمثبت تصرف منا .
- (٦) فوضي : أي مشترك ، من قولهم : مالهم ومتاعهم فوضي بينهم : إذا كانوا شركاء فيه ، يتصرف كل واحد منهم في جميعه بلا تكبر . (المعجم) .

باب الوليمة والنثر

قال الشافعي : « والوليمة التي تعرف وليمة العرس . . . إلى آخره »^(١) .

٨٥٥٨- أبان أن الوليمة تنطلق على كل مأدبة في إملاك ، أو نفاسٍ أو خِتان ، أو حادثٍ سرور ، ولكنها شُهرت بما يتخذ في العرس ، وقد روي : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ترك الوليمة في حضر ولا سفر »^(٢) . وروي « أنه أولم على صفية بسويق وتمر في السفر »^(٣) ودخل عليه عبدُ الرحمن بنُ عوف وعلى ثوبه أثر الصفرة/ فقال : « مَهَيْم » . وهذه كلمة تستعمل في [الاستفهام]^(٤) رآها البصريون من ١٧٣ ي الأصوات كصه ، ومه ، وحيهلا ، [وهيهات]^(٥) ، وقال الكوفيون معناه : ما هذا ؟

(١) ر . المختصر : ٣٩/٤ .

(٢) حديث « أنه صلى الله عليه وسلم ما ترك الوليمة في حضر ولا سفر » لم نصل إلى حديث بهذا اللفظ ، ولكنه مأخوذ من عمل رسول الله صلى الله عليه وسلم وستته حيث أولم في السفر على صفية كما ذكر الإمام ، ووفيناه بذكر روايته في التعليق الآتي بعد هذا مباشرة .

(٣) حديث « أنه أولم على صفية بسويق وتمر » رواه أحمد : ٣/١١٠ ، وأبو داود : كتاب الأطعمة ، باب في استحباب الوليمة عند النكاح ، ح ٣٧٤٤ ، والترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في الوليمة ، ح ١٠٩٥ ، والنسائي الكبرى : كتاب الوليمة ، باب الوليمة في السفر ، ح ٦٦٠١ ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب الوليمة ، ح ١٩٠٩ ، وابن حبان : ١٤٦/٦ ، ح ٤٠٥٢ . وكلهم من حديث أنس ، وفي الصحيحين عن أنس أيضاً « أنه صلى الله عليه وسلم جعل وليمة صفية ما حصل من السمن والتمر ، والأقط . (ر . البخاري : كتاب النكاح ، باب البناء في السفر ، ح ٥١٥٩ ، ومسلم : كتاب النكاح ، باب فضيلة إعتاقه أمته ، ثم يتزوجها ، ح ١٣٦٥ ، وانظر تلخيص الحبير : ٣/٣٩٤ ، ح ١٦٨٧) .

(٤) مكان بياض بالأصل . و« مَهَيْم » بميم مفتوحة ، فهاء ساكنة بعدها ، فمشناة تحتية مفتوحة ، بعدها ميم . ومعناها : ما حالك ؟ وما شأنك ؟ وما وراءك ، فهي للاستفهام . (المعجم) .

(٥) في الأصل : وسهات .

فإنه يستعمل في السؤال فقال عبد الرحمن : تزوجت امرأة [من الأنصار]^(١) ، وكانوا يتضمخون بالزعفران في العرس ، قال صلى الله عليه وسلم : « أولم ولو بشاة »^(٢) . ثم كما يأمر بالوليمة يأمر بإجابة الداعي على تفاصيل سنذكرها .

٨٥٥٩- والشافعي جعل وليمة العرس أولى الدعوات ، وغيرها أخف منها . ثم قال : « ومن تركها لم يَنْ لِي أَنَّهُ عَاصٍ ، كما تبين لي في وليمة العرس »^(٣) ، فكان هذا ترديد جواب منه في وليمة العرس ، فمن أصحابنا من جعل في وليمة العرس وأنها هل تجب ؟ قولين ، وتمسك بظواهر الأوامر ، ولم يردد الجواب في [وجوب]^(٤) غيرها .

وذهب المحققون إلى أن الوليمة لا تجب قولاً واحداً ، وإنما التردد في وجوب إجابة الداعي ؛ فإن لفظ التعصية نُقل في ذلك ، قال صلى الله عليه وسلم : « من لم يجب الداعي فقد عصى أبا القاسم »^(٥) . ومن لم يوجب الإجابة حمل لفظ العصيان على المخالفة وترك التأسّي ، وهذا غير بعيد على مذهب الاتساع في الكلام . وقد يقول القائل : أشرت على فلان برأيي ، فعصاني .

وقال صلى الله عليه وسلم : « لو أهدي إليّ ذراع ، لقبّلت ، ولو دُعيت إلى كُراع ، لأجبت »^(٦) . والمراد كُراع شاة . وقال بعض المتكلفين أراد بالكراع : كراع

(١) زيادة لإتمام المعنى ، أخذناها من نص الحديث .

(٢) حديث « أولم ولو بشاة » متفق عليه . (ر . البخاري : كتاب النكاح ، باب الوليمة ولو بشاة ، ح ٥١٦٧ ، ومسلم : كتاب النكاح ، باب الصداق ، ح ١٤٦) .

(٣) ر . المختصر : ٣٩/٤ .

(٤) في الأصل : وجوبها .

(٥) متفق عليه من حديث أبي هريرة ، بلفظ : « من دعي ، فلم يجب ، فقد عصى الله ورسوله » . (ر . البخاري : كتاب النكاح ، باب من ترك الدعوة ، فقد عصى الله ورسوله ، ح ٥١٧٧ ، ومسلم : كتاب النكاح ، باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة ، ح ١٤٣٢) وله ألفاظ عندهما ، ولأبي داود من حديث ابن عمر : « من دعي إلى الوليمة ، فليأتها » (ر . تلخيص الحبير : ٣/٣٩٤ ، ح ١٦٨٩) .

(٦) حديث : « لو أهدي إلي ذراع ... » رواه البخاري : كتاب الهبة ، باب القليل من الهبة ، ح ٢٥٦٨ ، وهو عنده بلفظ : « لو دُعيت إلى ذراع أو كراع ، لأجبت ، ولو أهدي إلي ذراع أو

[الغميم]^(١) ، وهي قرية من المدينة على فراسخ ، فيكون المعنى لو دُعيت إلى مسافة بعيدة ، لأجبت ، وهذا غير مستقيم والكُراع مقرون بالذراع .

ثم من حمل التردد في الوجوب على إجابة الداعي ، لم يَفْصِل بين دعوة ودعوة . ومن ردد الجواب في وجوب اتخاذ الدعوة خصص ترده بوليمة العرس .

ووصف أبو سعيد الخدري أخلاق رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر فيما وصف : « كان صلى الله عليه وسلم يخصف النعل ، ويرقع الثوب ، ويعلف الناضح ، ويحلب الشاة ، ويركب الأتان ، ويطحن مع الخادم ، وكان لا يحمل الحياء على ألا يحمل البضاعة من السوق إلى أهله ، وكان يسلم مبتدئاً ، ويصافح الغني والفقير ، ويجب إذا دُعي ولو إلى حَشَف التمر ، وكان هين المؤونة ، جميل المعاشرة ، بساماً من غير ضحك ، محزوناً من غير عبوسة ، جواداً من غير سرف ، رحيماً رقيق القلب ما تجشأ عن شيع قط ، ولا مدَّ يده إلى طمع »^(٢) . بأبي هو وأمي .

٨٥٦٠- وعلينا بعد ذلك أن نفصل الدعوة والإجابة ، فنقول : إذا بعث واحداً وقال له : ادع من لقيته ، فدعا واحداً ، فلا عليه لو تخلف ، فإنه غير معين بالدعوة ، وإذا لم يتجرد قصد إلى مدعو ، فيجب أن لا يثقل التخلف على الداعي ، ولو دُعي وعلم/ ١٧٣ ش المدعو أن في دار الداعي أقواماً لا يلائمون المدعو - والتفريع على وجوب إجابة الداعي - فهذا فيه تردد للأصحاب ، وهو أن يدعوا رجلاً شريفاً مع طائفة من السفلى والأراذل .

وإن كان المدعو صائماً ، لم يتخلف أيضاً ، بل يجيب ويحضر . ثم إن كان صومه

= كراع ، لقبيلته « وطرفه في ٥١٧٨ وهو بلفظ : « لو دُعيت إلى كراع ، لأجبت ، ولو أهدي إلي كراع ، لقبيلته » وأحمد في مسنده : ٤٢٤/٢ .

(١) غير واضحة ولا مقروءة بالأصل ، والمثبت من (معجم البلدان) لياقوت .

(٢) لم نصل إلى حديث لأبي سعيد بهذه الألفاظ ، بل لم نصل إلى حديث في الشرائع على هذا السياق الذي يجمع كل هذه المعاني ، وإنما في الشرائع أحاديث أخر ربما بمجموعها تجمع هذه المعاني . (رجعنا إلى الشرائع للترمذي ، وشرحها جمع الوسائل ، وكذا رجعنا إلى دلائل النبوة ، وزاد المعاد ، والخصائص الكبرى) .

فرضاً بَرَكَ ودعا ، وأبدى عُذْرَهُ ، وإن كان صومه تطوعاً ، وعلم أنه لا يعز على المضيف تركُ الأكل ، لم يفطر ، وإن علم أنه يشق عليه تركُ الأكل ، فالأولى أن يفطر ويصومَ يوماً مكانه . وإن علم المدعو في الأصل أنه لا يعز على الداعي امتناعه - والتفريع على وجوب إجابة الداعي - فهذا فيه احتمال . وقد روي : أن ابن عمر دُعي إلى دعوة مع جماعة ، فمد يده إلى الطعام ، ثم قال : « خذوا بسم الله ، وأمسك ، وقال : إني صائم »^(١) .

وإن كان في مكان الدعوة منكرات كالمعازف ، نظر ، فإن علم أنه لو حضر لنُحيت ورُفعت تعظيماً له ، فينبغي أن يحضر ، ويكونُ حضوره من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فإن لم ينزجروا ، ولم يكن له بمنعهم يدان ، لم يُقِمَّ وخرج ، ولا يُقيم فيما بينهم ما بقي له اختيار .

٨٥٦١- وإن كان في البيت صور ، فإننا نتكلم فيها أولاً ، ونقول : الصور الشاخصة والمستوية على السقوف والجدران والأُزر^(٢) المرتفعة والسجوف^(٣) المعلقة ممنوعة ، ويحرم الأمر بها وتعاطيها ، وقد روي : « أنه دخل رجل على ابن عباس فاستخبره ابنُ عباس عن حرفته ، فقال إني أنقش هذه الصور ، فقال ابن عباس : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : يُحشَرُ المصورون يوم القيامة ، ويقال لهم انفخوا الروح فيما خلقتُم ، فما هم بنافخين ، ولا يخفف عنهم العذاب . فقال الرجل : ما لي حرفة سواها ، قال : فإن كنتَ فاعلاً ، فعليك بصور الأشجار »^(٤) . وعن عائشة أنها قالت : « كانت لنا سهوةٌ علقتُ فيها سُترةٌ وعليها صورة ، فدخل النبي صلى الله عليه وسلم ، [وكان]^(٥) يدنو

(١) حديث ابن عمر ، رواه الشافعي في الأم : ١٨١/٦ ، والبيهقي : ٢٦٣/٧ .

(٢) الأُزر : جمع إزار ، وهو هنا حوْطٌ يقام بجوار الحائط يلصق به ، للتقوية ، أو للزينة .

(٣) السجوف : هنا بمعنى الستور .

(٤) حديث ابن عباس متفق عليه ، رواه البخاري : كتاب البيوع ، باب التصاوير التي ليس فيها روح

وما يكره من ذلك ، ح ٢٢٢٥ ، ورواه مسلم : كتاب اللباس والزينة ، باب تحريم تصوير صورة

الحيوان ، ح ٢١١٠ .

(٥) في الأصل : وكانوا .

منه وينصرف ، فعل مراراً ، ثم قال صلى الله عليه وسلم : حُطِّيها ، واتخذني منها نمارق»^(١) .

ففهم العلماء من ذلك أن المحظور صور الحيوانات ، فأما تشكيل الأشجار فلا بأس به .

ولو صور المصور حيواناً إلا وجهه ، ففيه تردد : فمن أصحابنا من جوز ذلك ، وجعل ما عدا الوجه خطوطاً وتشكيلاً كالأشجار . ومنع مانعون ذلك ، فإن سائر أعضاء الحيوان يُشعر بالحياة إشعار الوجه .

ثم فيما رويناه ما يدل على الفرق بين الصور المرفوعة وبين المحطوبة التي توطأ على الفرش والنمارق ، ولعل السبب فيها أنها إذا كانت مرفوعة ، ضاهت الأصنام ، وإذا كانت موطوءةً مفترشة تحت الأقدام ، فليست كذلك ، وأيضاً ، فإنها إذا كانت مرفوعة كانت مُهيأةً للنظر/ إليها ، والمخادّ الكبار التي لا تتوسدُ ، وإنما تهيأ مرتفعةً^{١٧٤} ي شاخصة في معنى الستور .

ولبس الثياب المصورة كان يمنعه شيخي ، ولعله أولى بالمنع من رفع الصور على الستور المعلقة ، وكان يقول : استعمال الثياب المصورة لا يحرم ، فإنها تصلح للفرش ، كما يتأتى تعليقها ولبسها ، وإذا كان لها وجه في الاستعمال ، حمل الاستعمال عليه ، وعندي أن الذي يتعاطى التصوير هو الآثم بكل حال ، وفي المسألة احتمال .

وإذا صادف الناهي عن المنكر سترةً معلقة وصورة ، لم يفسدها ، بل حفظها لتفرش . ثم في الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة »^(٢) ، فيكره على موجب الحديث دخول بيت فيه صورة ممنوعة ، كما

(١) حديث عائشة . رواه البخاري بأتم مما جاء به الإمام : كتاب اللباس ، باب ما وطئ من التصاوير ، ح ٥٩٥٤ ، ٥٩٥٥ ، ورواه النسائي : كتاب الزينة ، باب التصاوير ، ح ٥٣٥٦ ، ٥٣٥٧ .

(٢) حديث « لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة » رواه مسلم : كتاب اللباس والزينة ، باب تحريم صورة الحيوان ، ح ٢١١٢ . (وانظر تلخيص الحبير : ٣/ ٣٩٩ ، ٤٠٠ ح ١٦٩٦) .

ذكرناه ، ولا ينتهي الأمر إلى التحريم عند كثير من أصحابنا .

وكان شيخنا يُلحق هذا بالمحظورات ، ويُلزم الخروج من البيت ، والأصح
الاقتصار على الكراهية .

فَضْلُكَ

وقال في نثر السكر واللوز والجوز في العرس : « لو تُرك ، كان أحبَّ إليَّ . . . إلى
آخره »^(١) .

٨٥٦٢- أراد الشافعي كراهة الالتقاط ؛ لأنه أخذ بخُلْسةٍ ونَهْبةٍ ، وفيه خروج عن
المروءة ، وربما يخطر للنائر أن يُؤثر بعض الملتقطين . ولا يبعد أن يحمل ما ذكره
الأصحاب على النثر أيضاً ؛ فإنه سببُ الحَمَلِ على الالتقاط . وعندي أن الأمر في ذلك
لا ينتهي إلى الكراهية .

ومن لم يكن ذا حظ من الأصول قد لا يفصل بين نفي الاستحباب وإثبات
الكراهية ، وليس كذلك ، ولفظ الشافعي مشعر [بالتهيب]^(٢) وحط الأمر عن رتبة
الكراهية ؛ فإنه قال : « لو تُرك كان أحبَّ إليَّ » . ثم قد ينتهي الأمر في هذا إلى
الإباحة إذا كان النائر لا يؤثر أحداً ، وكان المتطلعون عنده بمثابة .

وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حضر إملاكاً فقال : أين أطباقكم ،
فأتني بأطباق عليها جوز ولوز وتمر فنُثرت . قال جابر بن عبد الله راوي الحديث :
فقبضنا أيدينا ، فقال صلى الله عليه وسلم : « ما لكم لا تأخذون . قلنا : لأنك نهيتنا
عن التَّهْبِي ، فقال : إنما نهيتكم عن نهْيِ العساكر ، خذوا على اسم الله ، فجاذبنا
وجاذبناه »^(٣) . فثبت الأصل بالخبر الصحيح .

(١) ر . المختصر : ٤٠/٤ .

(٢) كذا قرأناها على ضوء حروفها التي تداخلت بعضها في بعض ، فصارت تقرأ : « بالتحفيذ »
أيضاً .

(٣) الحديث عن النثر رواه البيهقي عن معاذ بن جبل ، وقال عنه الحافظ : « في إسناده ضعف
واقطاع . ورواه الطبراني في الأوسط من حديث عائشة عن معاذ نحوه ، وأورده ابن الجوزي

ثم ما وقع على الأرض ، فالحاضرون فيه شرعٌ ، يملكه من يبتدره ، وإذا ثبتت يد إنسان على شيء منه ، لم يُسلب منه ، ولو غالبه مغالب ، فهو غاصب ، وإن وقع شيء في حجر إنسان ، فإن كان بسط حجره لذلك ، لم يؤخذ منه ، وكان احتواء الحجر المبسوط لذلك بمثابة الأخذ باليد ، وإن لم يكن قصد هذا ببسط حجره ، فهل يجوز الأخذ من حجره ؟ قيل : لو كان لا يرغب فيه جاز ، وإن علم أنه يرغب فيه ، وإن لم يقصد بسط حجره لهذا ، ففي المسألة وجهان مبنيان على / الطائر إذا فرخ في دار ١٧٤ ش إنسان ، فصاحب الدار أحق بالفرخ ، ولكن لو ابتدره غيره فأخذه ، فهل يملكه ؟ فعلى وجهين .

٨٥٦٣- من تحجر أرضاً ليحييها ، فابتدرها غيره وأحيها ، فالأصح أنه لا يملكها ، وفي المسألة وجه على بعد . ولو نشر ذيله فوقه فيه شيء ، كان نشر الحجر مملكاً بخلاف [المحجر] ،^(١) فإن الملك يحصل بمجرد إثبات اليد في المنشور ، وما يحصل في الحجر على الصورة التي ذكرناها يُعد في يد صاحب الحجر ، ويُعد إحرازاً لما احتوى عليه حجره . [ومجرد]^(٢) إثبات اليد لا يملك الموات حتى يُحيى كما ذكرناه .

ولو سقط من حجره ما وقع فيه ، نُظر ، فإن لم ينشره بقصد الأخذ ، فإذا سقط ، ملكه من يبتدره ، وإن كان من وقع في حجره راغباً فيه ، وهو بمثابة ما لو عشب طائر في دار ثم طار الفرخ ، فلا اختصاص لصاحب الدار بعد مفارقتها داره . ولو نشر ذيله ، أو آلة كانت معه ، فوقه فيه شيء ، ثم سقط منه ، فهذا فيه احتمال ، والظاهر أنه يملكه ، ثم لا يزول ملكه بالسقوط ، كما لو اعتقل صيد بشبكة نُصبت على مدارج الصيد وانضبط بها ، ثم حدث حادث فأقلت ؛ فالظاهر أنه ملك ناصب الشبكة .

في الموضوعات ، ورواه فيها أيضاً من حديث أنس ، وفيه خالد بن إسماعيل وهو كذاب . . .
 ١- هـ. ملخصاً من كلام الحافظ (ر . التلخيص : ٤٠٧/٣ ح ١٧١٠ ، والسنن الكبرى للبيهقي : ٢٨٨/٧ ، وشرح معاني الآثار : ٥٠/٣) .

(١) في الأصل : الحجر .

(٢) في الأصل : وبمجرد .

وفي الصيد وآلة اللقط وجه آخر ؛ فإن العادة هي المرعية في هذه الأبواب .
وما تحتوي عليه الشبكة لا يوثق به أو يؤخذ ، نعم لو أخذه أخذ لم يملكه . وكذلك
القول لو أخذ أخذ ما وقع في آلة الملاقط لم يملكه ، وإنما الكلام فيه إذا سقط بنفسه .

فَضْلُكَ

في أحكام الضيافة وما يتعلق بها

٨٥٦٤- إذا قَدَّمَ الْمُضَيِّفُ الطَّعَامَ ، فالمذهب الظاهر : أنه لا حاجة إلى لَفْظٍ من
المضيف ، بل تكفي قرائن الأحوال في إفادة الإباحة . وأبعدَ بعضُ أصحابنا ، فقال :
لا بد من لَفْظٍ منه ، فليقل : كلوا بارك الله فيكم ، أو ليأتِ بلفظ [يفيد]^(١) هذا
الغرض .

وليس بشيء .

ثم الضيف هل يملك ما يأكله ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من قال :
لا يملكه أصلاً ، وإنما يأكله على ملك المضيف مباحاً ، وهذا ما حُكي عن اختيار
القفال .

ومن أصحابنا من قال : إنه لا يملك حتى يضعها في فيه .

ومنهم من قال : لا يملكها حتى يمضغها بعض المضغ .

ومنهم من قال : لا يملكها حتى يزدردها ، فإذا ازدردها ، تبَيَّنَا أنه ملكها مع
الازدرد .

وفائدة هذا التردد ظاهر في إثبات الملك ونفيه .

ي ١٧٥ وكان شيخنا يصحح أن الضيف لا يملك ، ويذكر هذه الوجوه في أن الإباحة/ هل
تلزم ، حتى لو رجع المضيف ، لم يكن له الرجوع . وهذا لا بأس به ، ولكن الأصح
أن الإباحة لا تنتهي إلى اللزوم قط ، ما لم يُفْتِ المستباح ، وليس في الشرع إباحة

تُفْضِي إِلَى الزَّوْمِ إِلَّا فِي النِّكَاحِ ، فَإِنَّا قَدْ نَخْتَارُ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي النِّكَاحِ لَيْسَ مَمْلُوكًا وَإِنَّمَا هُوَ مُسْتَبَاحٌ مُسْتَحَقٌّ^(١) .

وَمَنْ قَالَ لَا بَدَّ مِنْ لَفْظٍ فِي إِبَاحَةِ الطَّعَامِ يَشْتَرُطُ مِنَ النَّائِرِ لَفْظًا أَيْضًا . ثُمَّ لَا يَشْتَرُطُ تَمْلِيكًا وَإِيجَابًا وَقَبُولًا ، بَلْ يَكْتَفِي بِأَنْ يَقُولَ : خَذُوا ، أَوْ بِأَيِّ لَفْظٍ فِي مَعْنَاهُ .

٨٥٦٥- وَمِمَّا يَتَعَلَّقُ بِمَا نَحْنُ فِيهِ أَنَّ إِذَا رَأَيْنَا إِجَابَةَ الدَّاعِي حَتْمًا ، فَلَوْ دُعِيَ جَمْعٌ فَأَجَابَ بَعْضُهُمْ ، هَلْ تَسْقُطُ الْفَرْضِيَّةُ عَمَّنْ لَمْ يَجِبْ سَقُوطَ فَرْضِ الْكِفَايَةِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الصُّورَةِ ؟ ذَكَرَ الْعِرَاقِيُّونَ وَجْهَيْنِ : أَحَدُهُمَا - أَنَّهُ يُنَحَى بِذَلِكَ نَحْوَ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ ، وَأَقْرَبُ الْأَمْثَلَةِ إِلَيْنَا رَدُّ جَوَابِ السَّلَامِ عَلَى جَمْعٍ ؛ فَإِنَّهُ إِذَا أَجَابَهُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، سَقَطَ فَرْضُ الْجَوَابِ عَنِ الْبَاقِينَ .

وَعِنْدِي أَنَّ مَا ذَكَرُوهُ فِيهِ إِذَا وُجِّهَتْ دَعْوَةٌ عَلَى جَمْعٍ وَلَمْ يُخَصَّصْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ [بِالتَّنْقِيرِ]^(٢) ، فَإِنْ خَصَّصَ كُلُّ وَاحِدٍ بِالدَّعْوَةِ - وَالتَّفْرِيعِ عَلَى وَجوبِ الْإِجَابَةِ - فَلَا يَسْقُطُ الْفَرْضُ أَصْلًا عَنِ الْبَعْضِ بِحُضُورِ الْبَعْضِ ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسُ يَجْرِي فِي السَّلَامِ [لَوْ خُصَّصَ^(٣) كُلُّ وَاحِدٍ بِتَسْلِيمَةٍ .

وَلَوْ حَضَرَ الدَّعْوَةَ ، وَلَمْ يَكُنْ عَذْرُ يَمْنَعُهُ مِنَ الْأَكْلِ ، وَكَانَ يَشُقُّ عَلَى الْمُضَيِّفِ امْتِنَاعُهُ ؛ فَقَدْ ذَكَرَ الْعِرَاقِيُّونَ وَجْهَيْنِ فِي وَجوبِ الْأَكْلِ بِنَاءً عَلَى وَجوبِ الْإِجَابَةِ . وَهَذَا بَعِيدٌ إِنْ قِيلَ بِهِ ، فَيَكْفِي مَا يَنْطَبِقُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ فِي التَّعَاطِي .

[فَإِنْ لَمْ تَكُنْ دَعْوَةٌ ،]^(٤) فَالْأَكْلُ وَالتَّطَفُّلُ حَرَامٌ ، وَفِي الْحَدِيثِ : « مَنْ دَخَلَ دَارَ

(١) هَذِهِ الْقَاعِدَةُ « لَيْسَ فِي الشَّرْعِ إِبَاحَةُ تَفْضِي إِلَى الزَّوْمِ إِلَّا فِي النِّكَاحِ ، وَأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي النِّكَاحِ لَيْسَ مَمْلُوكًا ، وَإِنَّمَا هُوَ مُسْتَبَاحٌ ، فَيَسْتَحَقُّ » ذَكَرَهَا ابْنُ السَّبْكِ فِي الْأَشْبَاهِ وَالنِّظَائِرِ : ٣٦٩/١ . نَاقِلًا إِيَّاهَا عَنْ إِمَامِ الْحَرَمِيِّ فِي النِّهَايَةِ وَبَنَصَهَا .

(٢) فِي الْأَصْلِ : التَّنْوِيشُ . وَلَمْ أَعْرِفْ لَهَا وَجْهًا ، مَعَ تَقْلِيلِهَا عَلَى كُلِّ صُورَةٍ مُمْكِنَةٍ مِنْ حُرُوفِهَا ، بَلْ لَمْ نَجِدْ لَهَا مَعْنًى فِي مَعَاجِمِ الْمَعْرَبِ وَالدَّخِيلِ . فَقَدَّرْنَا أَنَّهَا مُحَرِّفَةٌ عَنْ (التَّنْقِيرِ) : وَالتَّنْقِيرُ هُوَ دَعْوَةُ الرَّجُلِ بِاسْمِهِ : مَأْخُوذٌ مِنْ قَوْلِ الْقَائِلِ : نَقَّرْتُ بِاسْمِ فَلَانٍ إِذَا دَعَوْتَهُ مِنْ بَيْنِ الْقَوْمِ (الْمَصْبَاحُ وَالْمَعْجَمُ) .

(٣) فِي الْأَصْلِ : وَاخْصَصَ .

(٤) زِيَادَةُ لَا يَسْتَقِيمُ الْكَلَامُ بِدُونِهَا .

غيره بغير إذنه ، دخل عاصياً وأكل حراماً^(١) . وإنما يفرض هذا والدعوة نَقَرَى^(٢) ، فأما إذا كانت الدعوة جَفَلَى^(٣) ، وفتحت الباب ليدخل من شاء ، فلا تطفل والحالة هذه . وقد نجزت المسائل المنصوصة في [السواد]^(٤) ، ونحن نرسم بعدها فروعاً لابن الحداد وغيره .

فَرَجَّ : ٨٥٦٦- إذا قال السيد لعبده : انكح فلانة [الحرّة]^(٥) ، وأجعلُ رقبتيك صداقها ، فالإذن فاسد ؛ فإن النكاح على هذا الوجه لا يصح ؛ إذ المرأة لو ملكت رقبة زوجها في دوام النكاح ، لأنفسخ النكاح ، فكيف يفرض انعقاده ابتداءً مع تقدير حصول الملك في رقبة الزوج ؟ ولو تعاطى السيد التزويج بنفسه على هذه الصفة ، فزَوَّجَ من عبده الصغير - أو الكبير على قول الإجمار - حرّةً ، وجعل رقبة الزوج صداقاً ، فالذي قطع به الأصحاب : بطلانُ النكاح .

ش ١٧٥ وكنت أود لو ذهب ذاهب إلى / صحة النكاح وفساد الصداق ، ثم كان الرجوع إلى مهر المثل أو إلى القيمة ، ولكن ما يصير إلى هذا صائر . والتعويل في المذهب على النقل .

وتعليل ما ذكره الأصحاب : أن من نكح امرأة وأصدقها خمرًا ، فإنما نفرض الصداق منفصلاً عن النكاح ، حتى كأنه ليس عوضاً ، وليست تسميةُ الخمر قاذحةً في مقصود النكاح ، وقد ذكرنا أن الشرائط التي لا تؤثر في مقصود النكاح لا تُفسده . وأما جعل

(١) حديث : « من دخل دار غيره . . . إلخ » هو عند البيهقي : ٢٦٥ / ٧ بلفظ : « من دخل على قوم لطعام لم يُدع إليه ، فأكل ، دخل فاسقاً ، وأكل ما لا يحل له » ورواه الطبراني في الأوسط بقریب من هذا اللفظ ، ح ٨٢٦٦ وقد ضعفه الألباني في الإرواء : ١٦ / ٧ .

(٢) نَقَرَى : بفتحات ثلاث للنون والقاف والراء المهملة ، ومعناه أن تكون الدعوة خاصة يُعَيَّن فيها من يدعى باسمه . من قولهم : نَقَرْتُ باسمه أي دعوته من بين القوم . (المصباح والمعجم) .

(٣) جَفَلَى : وزان فَعَلَى بفتح الكل : وهي أن تدعو الناس إلى طعامك دعوة عامة من غير تخصيص أحدٍ باسمه . (المصباح والمعجم) . وإمام الحرمين ناظر في هذا إلى قول طَرْفَة بن العبد :

نحن في المشتاة ندعو الجَفَلَى لا نرى الأدبَ فينا يتقَرَّر
في الأصل : « الشواد » . ونذكر أن السواد هنا هو (مختصر المزني) .

(٥) زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام - مع ما سيأتي - بدونها .

رقبة الزوج صداقاً ، فنوعٌ من إفساد يقدر في مقصود النكاح ، كما تقدم .

٨٥٦٧- ولو أذنَ لعبده في أن ينكحَ أمةَ الغير ، ويجعل رقبته صداقها ؛ فهذا جائز ؛ فإنه لا يصير مملوكاً للزوجة ، إذ مالك الصداق سيد الأمة ، ولا يمنع أن يجتمع الزوج والزوجة في ملك مالك ؛ فإن للسيد أن يزوجَ أُمَّتَهُ من عبده .

فإذا تبين ذلك ، فلو انعقد النكاح على هذا الوجه ، ثم طلق زوجته قبل المسيس ؛ فحكم الطلاق [لعيل]^(١) التشطير .

وقد اختلف أصحابنا في هذه المسألة ، فمنهم من قال : يرتد نصف الرقبة إلى السيد الأول ؛ فإن الرقبة خرجت من ملك السيد الأول ، ونصف الصداق يرتد إلى من يخرج الصداق من ملكه ، وليس هذا كما لو أصدق الأب عيناً من أعيان ماله زوجة طفله ؛ فإننا نقول : إذا بلغ وطلق ، رجع نصفُ الصداق إلى الزوج ، فإننا نقدر إصداق الأب عنه تملكاً ، ثم نحكم بأنه ثبت صداقاً عن ملك الطفل ، ولا يتأني في هذه المسألة مثل هذا ، وليس بين كون العبد ملكاً للأول وبين وقوعه صداقاً مرتبة .

ومن أصحابنا من قال : لا يرتد نصف العبد إلى السيد الأول ؛ لأن الطلاق هو المشطر ، وهو يقع والعبد في ملك الثاني .

وهذا الوجه عندي في حكم الوهم والغلط الذي لا يعول عليه ، وذلك أن العبد هو الصداق ، فلو فرضنا الصداق [غيره] ،^(٢) وصورنا طلاقاً ، لنظرنا على وجه في حالة الطلاق ، فأما إذا كان هو الصداق ، فلا وجه إلا النظر إلى من خرج العبد عن ملكه .

وذكر الشيخ أبو علي وجهين في أن العبد إذا نكح بإذن مولاه ، والترم المهر في الذمة ، وأداه من كسبه ، ثم باع مالك العبد العبد ، وطلق قبل المسيس ، فالصداق إلى من يرتد ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يرتد نصف الصداق إلى [المالك]^(٣) الأول ، وهو الوجه .

(١) كذا . والسياق مفهوم على أية حال بدونها .

(٢) في الأصل : غرة .

(٣) زيادة لإيضاح الكلام .

والثاني - أنه يترد إلى الثاني ؛ نظراً إلى حالة الطلاق .

فهذا - على هذا الوجه - بعيد . والترتيب الصحيح أنه إذا أدى المهر مما اكتسبه في ملك الأول ، ثم فرض/ الطلاق في ملك الثاني ؛ فالنصف يترد إلى الأول ؛ لأن ي ١٧٦ الأكساب كانت ملك الأول ، ومن ملكه خرجت إلى الزوجة ، فأما إذا جرى النكاح في ملك الأول ، ثم باعه مولاه ، فاكسب في ملك الثاني ووفر الصداق ، ثم طلق قبل المسيس ، فالنصف يترد إلى الأول أو إلى الثاني ؟ فعلى وجهين .

وإذا ضمنا ما ذكره الشيخ أبو علي إلى ما رتبته الأصحاب ، انتظم من مجموعه في صورتين ثلاثة أوجه : أحدها - أن نصف الصداق يترد أبداً إلى من جرى النكاح في ملكه .

والثاني - أنه يترد أبداً إلى من يجري الطلاق في ملكه .

والثالث - أنه يفصل ، فإن اكتسب في ملك الأول وأدى ، رجع الشرط إلى الأول ، وإن اكتسب في ملك الثاني وأدى ، رجع الشرط إلى الثاني .

٨٥٦٨- ثم فرع الأصحاب مسألة إصداق العبد رقبة نفسه ، فقالوا : إن حكمنا بأن شَطَرَ الرقبة يترد إلى الأول ، فلا كلام ، وإن حكمنا بأن الشرط يترد إلى الثاني ؛ فلا معنى للشرط على الحقيقة ، فإنه لو تشرط ، لرجع إليه ، فلا معنى لتقدير خروج الشرط عن ملكه وعوده إليه ؛ إذ ليس يفهم الخروج إلا مع الدخول ، وهذا غير معقول في هذه المسألة ، فرجع فائدة الوجه إلى أن صَرَفْنَا حَقَّ التَشَطُّرِ إلى الثاني يوجب بقاء ملكه فيما كان يرجع لو كان مستحق التشطير غيره .

ثم كل ما ذكرناه في باب شرط الصداق يتحقق في جميعه إذا جرى ما يوجب رد جميع الصداق ، فإذا اطلع العبد على عيب بامرأته يثبت مثله الفسخ ، ففسخ النكاح ، فهذا يوجب ارتداد جميع الصداق ، فإن قلنا : يترد إلى السيد الأول ، فيعود العبد ملكاً له ، وإن قلنا : يترد إلى ملك السيد الثاني ؛ فحكم هذا ألا يخرج العبد عن ملكه ؛ فإنه لو خرج منه لعاد إليه .

٨٥٦٩- ومما يتصل بذلك ، أن العبد لو عَتَقَ في هذه المسألة ، وكان أعتقه السيد

الثاني ، وهو مالك الأمة ، فلو طلقها قبل المسيس ، وبعد نفوذ العتق ، فهذا يُفَرَّغُ على ما تقدم ، فإن جرينا على المذهب الصحيح ، وقلنا : نصف الصداق يرجع إلى السيد الأول ، فالسيد الثاني - المعتق - يغرم نصف قيمته للسيد الأول . وإن فرعنا على الوجه الثاني - وهو اعتبار يوم الطلاق - فمستحق الشَّطْر هذا المعتق ؛ فإنه استقل بنفسه لما عتق ، فرجع بقيمة نصف نفسه على سيده الثاني في الذي أعتقه . وكل ما يتفرع في نصف الصداق يتفرع في جميعه إذا جرى ما يوجب ارتداد جميع الصداق .

فَرَعَ : ٨٥٧٠ - إذا أصدق ذمي امرأته الذمية خمرأ ، وقبضت الخمر في الشرك ، ثم أسلما ، فقد ذكرنا/ أنه ليس لها مهر المثل بعد ما انبرمت الحالة بالقبض في ١٧٦ ش الشرك . فلو استحالت الخمر التي في يدها خلاً ، ثم طلقها قبل المسيس ، فهل يرجع عليها بشيء ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يرجع عليها بنصف الخل ، وهو اختيار ابن الحداد ، وذلك لأن هذه العين تلك العين ، وليس انقلابها خلاً من قبيل الزيادات المتصلة .

والوجه الثاني - أنه لا يثبت له الرجوع بشيء ؛ فإن انقلاب الخمر خلاً أكبر في مرتبته من الزيادات المتصلة ، فإذا كانت الزيادة المتصلة تمنع من الرجوع في العين ، فانقلاب الخمر خلاً بذلك أولى .

ولابن الحداد أن يقول : جرى إصداق الخمر في حالة كانوا يَرَوْنَهَا مالا في تلك الحالة ، ثم جرى الطلاق ، وفي يدها مالٌ في الإسلام ، وليس كالزيادات المتصلة ؛ فإن مصيرنا إلى أنها^(١) تمنع تشطّر الصداق ، لا يَحْرِمُ الزوج ، بل المرأة تغرم له نصف القيمة .

وهذا تَكْلَفٌ . والأصح : الوجه الآخر ؛ فإننا لا نلتفت إلى مالية في الإسلام .

التفريع : ٨٥٧١ - إن قلنا : لا يرجع الزوج بشيء من الخل ، فلا كلام ، وإن قلنا : الزوج يرجع بنصف الخل ، فلو أنها أتلفت الخل ، ثم طلقها قبل المسيس ؛ ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه يرجع عليها بنصف مثل الخل التالف ، وهو اختيار

(١) الضمير يعود على الزيادات المتصلة ، كما هو واضح .

الخِضْرِي ؛ فإنه إذا ثبت الرجوع ، تعين الخل عند [بقائه]^(١) ، فالوجه أنه يرجع بمثله عند تلفه ؛ فإنه من ذوات الأمثال .

والوجه الثاني - أنه لا يرجع عليها بشيء عند تلف الخل ، وهذا اختيار ابن الحداد . ووجهه أن الخل إذا تلف قبل الطلاق ، [لم يصادف]^(٢) الزوج خلاً ، ولا أصدق خلاً ، ونحن نعتبر^(٣) حالة الإصداق والقبض^(٤) القبض . وهذا فيه فقه . والأصح ما ذكره الخِضْرِي ؛ فإن الخمر لما استحالت خلاً ، قدرنا كأن الصداق كان خلاً .

٨٥٧٢- ومما يتعلق بهذه المسألة أنه لو أصدق امرأته جلد ميتة في الكفر ، وقبضته ، ثم أسلما ، ودبغته ، وطلقها قبل المسيس ، اختلف أصحابنا على طريقتين في المسألة : فمنهم من قال : فيها وجهان كالوجهين في الخمر إذا انقلبت خلاً .

ومنهم من قال : لا يرجع في هذه الصورة ، وجهاً واحداً بخلاف مسألة الخل ، والفرق بينهما أن التملك تحقق في مسألة الجلد بقصدها وفعلها ، فيظهر انفرادها بالجلد المدبوغ ، بخلاف الخمر تنقلب خلاً .

ثم قال الشيخ [أبو علي]^(٥) : إن قلنا في مسألة الجلد : إن الزوج إذا طلقها يرجع في نصفه مدبوغاً ، فلو [أثلفته]^(٦) ، ثم طلقها ، قال : يجب القطع في هذه الصورة بأنه لا يرجع بشيء عند التلف ، فإن الجلد ليس له مثل ، بخلاف الخل ، فلا سبيل إلى المثل ، ولو أثبتنا/ للزوج حقاً تقديراً ، لتعين في القيمة ، ثم لو قدرنا الرجوع إلى القيمة فالاعتبار بقيمة يوم الإصداق ، ولم يكن للجلد يوم الإصداق قيمة .

(١) في الأصل : نقله .

(٢) في الأصل : « ولم يصادف » .

(٣) ونحن نعتبر : أي عند الرجوع .

(٤) في الأصل : « أو القبض » . والمثبت مأخوذ من عبارة النووي ، إذ قال : « ... لأن الرجوع في الصداق تعتبر قيمته يوم الإصداق والقبض » . (الروضة : ٣٠٣/٧) .

(٥) الزيادة من المحقق للتعريف فقط .

(٦) في الأصل : أثلفه .

وهذا الذي ذكره حسن ، ولكن الاحتمال متطرق إلى الجلد ، حيث انتهى التفريع إليه ؛ فإننا نُقدِّر كأن الصداق كان جلدًا^(١) ، وإنما نُثبت الرجوع في نصف العين لو بقي بتأويل تقدير الصداق كذلك يوم الإصداق .

ومن بقية المسألة أنها لو باعت الخل أو الجلد أو وهبته ، فهو كما لو تلف في يدها ، أو [أتلفت]^(٢) في كل تفصيل .

ثم جميع ما ذكرناه في النصف عند فرض الطلاق قبل المسيس ، يتقرر في الجميع عند تقدير ارتداد الجميع .

فَبَيِّنْ : ٨٥٧٣- إذا أصدق الرجل امرأته حلياً ، فكسرتة ، ثم أعادت صيغته ، ثم طلقها قبل المسيس ، فلا يخلو إما أن أعادته على صيغة أخرى ، أو أعادته على تلك الصيغة بعينها ، فإن أعادته على صيغة أخرى ، ثم طلقها قبل المسيس ، فللزواج الامتناع ؛ فإن ذلك وإن كان زيادة ، فقد زالت الصنعة التي كانت ، فكان ما نحن فيه بمثابة زيادة من وجه ونقصان من وجه آخر .

وإن عادت تلك الصنعة الأولى بعينها ، ثم طلقها قبل المسيس ، فهل يثبت له الرجوع بنصف الصداق ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يثبت له الرجوع إلى نصف [الحلي ؛ فإنها]^(٣) عادت كما كانت ، فصار كما لو أصدقها عبداً سميناً ، فهزل في يدها ثم عاد سميناً ، كما كان من غير زيادة ، ثم فرض الطلاق قبل المسيس ، وإن كان كذلك ، فالأصحاب - فيما نقله الشيخ - مجمعون على أنه يرجع بنصف العبد .

والوجه الثاني - أنه لا يرجع بنصف [الحلي]^(٤) ، وللمرأة منعه ، وهذا اختيار ابن الحداد ، وليست كالسمن في الصورة التي ذكرناها ؛ فإن هذه الصيغة عادت باختيارها وليست كالسمن ، وهذا التردد يشبه اختلاف الأصحاب في أن تحصيل هذه الآثار هل يلحقها بالأعيان ، أم كيف السبيل فيها ؟ وقد ذكرنا هذا في كتاب التفليس .

(١) كان جلدًا : أي مدبوغاً .

(٢) في الأصل : أتلفت .

(٣) عبارة الأصل : « يثبت له الرجوع إلى نصف فإنه » . والزيادة والتعديل من المحقق .

(٤) في الأصل : الإناء . ولم يسبق للإناء ذكر في هذا الفرع .

التفريع : ٨٥٧٤- إن قلنا : يرجع في نصف الحلي ، فلا كلام . وإن قلنا : لا يرجع ، فبماذا يرجع ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يرجع في نصف قيمة الإناء^(١) غير مكسور ، فإن كان من ذهب ، فالواجب نصف قيمته ورقاً^(٢) ، وإن كان من [ورق]^(٣) ، فالواجب نصف قيمته ذهباً .

والوجه الثاني - أنها تغرم مثل [نصف]^(٤) تبر الحلي وزناً بوزن ، ثم تغرم نصف أجر مثل الصائغ من نقد البلد ، وهذا قد قدمنا له نظيراً في البيع ، وكل ذلك والحلي ش ١٧٧ مباح ، أو قلنا/ يجوز استصناع الإناء^(٥) وصنعه محترمة .

٨٥٧٥- ثم أجرى الشيخ أبو علي^(٦) في أثناء المسألة كلاماً لا يختص بفرض الصداق ، فقال : إذا غصب الرجل إناء من ذهب وزنه ألف ، وقيمته ألف ومائة ، وفرعنا على أن اتخاذ الأواني محرم ، فلو كسره الغاصب ، فرجع إلى ألف ، فهل يغرم قيمة الصنعة ؟ فعلى وجهين .

وهذا غريب غير متجه ؛ فإن تلك الصنعة على هذا الوجه ليست متقومة ، وما لا يتقوم لا يختلف الأمر فيه بين مثلف وبين مثلف .

ولو غصب جارية مغنية قيمتها لمكان الغناء ألفان ، فتلفت أو رجعت إلى ألف ، ونسيت ما كانت تحسنه ، فهل يضمن الغاصب ما كان في مقابلة الغناء ؟ فعلى وجهين ذكرهما .

ثم زاد فقال : من اشترى جارية مغنية تساوي ألفين بسبب الغناء ، وقيمة رقبته

(١) عاد يعبر عن الحلي بالإناء .

(٢) ورقاً : أي فضة ، وذلك حتى لا يقع في الربا ببيع الذهب بالذهب .

(٣) في الأصل : « من دون » .

(٤) زيادة لتصحيح العبارة .

(٥) استصناع الإناء : يصح هذا إذا قلنا في أول الفرع : « إذا أصدقها حلياً أو إناءً » .

(٦) ثم أجرى الشيخ أبو علي . . . : الإمام ينقل عن الشيخ أبي علي في شرح الفروع لابن الحداد ، فكأنه يقول : ثم أجرى الشيخ أبو علي في أثناء شرحه لهذا الفرع كلاماً لا يختص بفرض الصداق .

ألف ، فإن اشترأها بألف ، فيصح البيع ، وإن اشترأها بألفين فقد حكى الشيخ في ذلك اختلافاً ، فحكى عن المحمودي أنه أفتى ثم بطلان البيع ؛ فإننا لو صححناه ، لصار تعليم الغناء مكسبةً ونسبها إلى المقابلة بمال .

قال الشيخ أبو زيد : إن قصد بشرائها والمغالة في ثمنها غناءها ؛ فلا يصح ، وإن أطلق البيع ، ولم يقصد ذلك صح . وقال أبو بكر الأودني^(١) : من أصحابنا من قال : يصح البيع على كل حال ، ولا يختلف بالقصود والأغراض . وهذا هو القياس السديد .

قَبَّحَ : ٨٥٧٦- إذا أصدق الرجل امرأته عبداً ، فرهنته ، ثم إنه طلقها قبل المسيس والعبد مرهون ؛ فلا يرجع في نصف العبد مرهوناً على تقدير أن تفك الرهن وتسلم إليه نصف العبد ، فلو قال الزوج : أصبر وانتظر ، فإن انفك الرهن ، رجعت في نصف العبد ، فللمرأة ألا ترضى به ؛ فإنها لو رضيت ، لكان الحق باقياً في ذمتها ، ولو قدرنا رجوع [العبد بالانفكاك]^(٢) ، فذاك منتظر ، ولها ألا تصبر على شغل الذمة .

ولو قالت : أصبر حتى يفك الرهن ، فللزوجة ألا يصبر ويطلب حقه عاجلاً .

ولو قال الزوج : رضيت بنصف العبد ، وصبرت إلى فك الرهن وأبرأتك عن الضمان ، وأنا متربص إلى فكك الرهن ، فإن سلم فذاك ، وإن لم يسلم وتلف العبد ، فلا عليك ، فهل عليها أن تجيبه إلى ذلك ؟ فعلى وجهين ذكرهما الشيخ : أحدهما - عليها أن ترضى بما رضي به .

والوجه الثاني - ليس عليها ، وشبه ذلك بما لو أصدق امرأته نخلاً ، فأطلعت ، وطلقها قبل المسيس ، فلو قال الزوج : أصبر إلى أن تُجَدَّ الثمار ، ثم أرجع في نصف النخيل ويكون الضمان [علي]^(٣) حتى [لو]^(٤) تلف حقي قبل الجداد ، فلا يلزمها/ ١٧٨ ي ذلك .

(١) في الأصل : الأودي . وهو تصحيف .

(٢) في الأصل : رجوع العين في الثاني .

(٣) في الأصل : عليك .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

ولو قال : أخرجتك من ضمان العين في الحال ، وأنا متربص فإذا جُذَّت الثمار ، رجعت في النخيل ، وإن تلفت ، فلا عليك ، فهل يلزمها ذلك ؟ فعلى وجهين ذكرهما .

وهذا عندي غيرٌ سديد ؛ فإنَّ الصداق إذا كان نخيلاً - كما صوره - فطريق الكلام فيه يتعلق بالسقي ، ورجوع فائدته إلى الشجرة ، ومثل ذلك لا يجري فيما نحن فيه ؛ [وتلك]^(١) المسألة أجريناها على أحسن وجه . وما ذكره الشيخ من الوجهين يُفسد نظامها . وأما مسألة الرهن ؛ فما ذكره من الخلاف فيه ، بعيد أيضاً ؛ فإنه يبعد أن يملك النصف وهو مرهون ، فإن ما لا يصح ابتياعه لا ينقلب إلى الزوج ملكاً ، وإذا بعد ملك النصف ، فما معنى سقوط الضمان عنها ؟ فالوجه : انحصار حقه في القيمة لا غير .

٨٥٧٧- ومما يتعلق بهذه المسألة أنها لو أجزت العبد المُصدَّق مدةً ، وطلقها الزوج ، والعبد في بقية المدة ، فلا سبيل إلى فسخ الإجارة بعد لزومها ، فإن أراد الزوج الرجوع بنصف القيمة ، فهو حقه . ولو قال : أصبر إلى انقضاء الإجارة ، ثم أرجع في نصف العبد ، وضمان ذلك إلى أن يتفق الرجوع عليك ، فليس له ذلك . ولو قال : أتربص إلى انقضاء المدة وقد أبرأتك في الحال عن ضمان حصتي ، فعلى وجهين : أحدهما - أنه يُجاب إلى مُلْتَمَسِه .

والثاني - لا يُجاب ، كما ذكرناه في الرهن .

فإن قيل : هلا خرجتم ذلك على أن الدار المكراة هل تباع ؟ حتى تقولوا إذا لم يصح بيعه ، امتنع الرجوع في نصفه ، وإن قلنا : يجوز بيع المكروء ، فيجوز منه الرجوع فيه ، [إن]^(٢) رضي به . قلنا : كان الإمام^(٣) يذكر ذلك ويختاره على هذا الوجه .

(١) في الأصل : فتلك .

(٢) في الأصل : وإن .

(٣) الإمام : يقصد والده الشيخ أبا محمد . رضي الله عنهما وعن جميع أئمتنا .

وحقيقة هذه المسألة تبني على الصداق إذا تشطر ، حيث لا منع ، فنصيب الزوج مضمون أو غير مضمون ؟ وقد ذكرنا اختلاف الطرق في ذلك .

فإن قلنا : [نصيبه]^(١) في يدها غير مضمون إذا لم تتعدّ ولم تمتنع ، فإذا رضي الرجل برجوع نصف المكرى إليه ، وجب إجابته لا محالة .

وإن قلنا : نصيب الزوج مضمون على الزوجة ما دام في يدها ، فإذا قال الزوج - والصداق مكرى - : رضيت بنصفه ، فإن جوزنا بيع المكرى ، وقد رضي الزوج بالنصف ولم يرئها عن الضمان ، لم يجب ، وإن أبرأها عن الضمان ، فهل يصح الإبراء عن الضمان ؟ هذا يبتني على أن المغصوب منه إذا أبرأ الغاصب عن الضمان هل يبرأ ؟ وفيه خلاف قدمته ، وهو مبني على أن الإبراء عما لم يجب ، [ووجد]^(٢) سبب وجوبه هل يصح ؟ ثم ثمة هذا أننا إن صححنا الإبراء ، أوجب الزوج وإن لم نصحح الإبراء / ، لم يجب .

١٧٨ ش

٨٥٧٨- ومما يتعلق بهذه المسألة أيضاً أن المرأة لو باعت العبد المصدق قبل الطلاق ، ورجع إلى ملكها ، ثم طلقها قبل المسيس ، ففي الرجوع إلى عين الصداق وجهان مشهوران .

ولو أصدقها عبده فرهنته ، ثم انفك الرهن ، فطلقها قبل المسيس ؛ فللزوجة الرجوع إلى نصف العبد ، ولا حكم لطريان الرهن ، وإن كنا نقول : لو صادف الزوج العبد مرهوناً عند الطلاق لم يرجع في نصفه ، وكذلك القول في الإجارة إذا طرأت وزالت قبل الطلاق .

ولو أصدقها عبداً فدبرته ، وفرعنا على أنه لا يرجع في نصف المدبر ، إذا صادفه الطلاق مدبراً ، فلو دبرته ، ثم رجعت عن التدبير ؛ فالذي عليه الجريان : أنه يرجع الآن .

قال الشيخ : لو طلقها والعبد مرهون ، وقلنا : يمتنع الرجوع فيه ، أو كان مدبراً

(١) في الأصل : نصيبها .

(٢) في الأصل : ووجه .

وحصرنا حق الزوج في نصف القيمة ، فاتفق أنه لم يرجع في نصف القيمة حتى انفك الرهن ، وزال التدبير ؛ فلو قال الزوج : قد زالت الموانع ، فلا أرضى إلا بنصف [العبد]^(١) ، فهل له ذلك ؟ فعلى وجهين ، ذكرهما : أحدهما - حقه في نصف [العبد باقٍ ؛ فإن]^(٢) هذه الأسباب لو زالت قبل الطلاق ، لثبت حق الزوج في العبد ، فكذلك إذا زالت بعده وقبل انفصال الأمر .

والوجه الثاني - أنه لا حظ له في العبد ؛ اعتباراً بحالة الطلاق . وهذا هو الصحيح .

ثم إذا أثبتنا له حق الرجوع إلى العين ، فالظاهر عندنا أن الأمر في ذلك إليه حتى [لو]^(٣) استقر على طلب نصف القيمة ، كان له ذلك ؛ فإن الأمر في التغيرات التي تلحق الصداق تتعلق بالاختيار ، وإنما يشترط [الصداق]^(٤) من غير اختيار - على الأصح - إذا لم تُقرن^(٥) حالة الطلاق بسبب من هذه الأسباب .

ويجوز أن يقال : يتعين حقه على هذا الوجه في العين إذا لم يتفق قبض القيمة ، ويكون هذا بمثابة ما لو لم يكن مانع حالة الطلاق . فإن استبعد مستبعد ذلك [فيه]^(٦) ، فهو ميل منه إلى أنه لا حق له في العين ، وهو وجه منقاس ؛ لأنه ملك عليها نصف القيمة ، وانفصل الأمر ، وهذا منتهى الاعتبار في باب الصداق .

ومن أتلّف على رجل مثلياً ، ولم يصادف [للمتلّف]^(٧) مثلاً ، فهو مطالب بالقيمة ، فإن لم يتفق تغريمه القيمة حتى وُجد المثل ، فيتعين المثل ، لا خلاف فيه . فهذه مسالك النظر .

(١) في الأصل : العين .

(٢) عبارة الأصل : « أحدهما - حقه في نصف العين بأن هذه الأسباب لو زالت . . . إلخ » وإقامة النص بالتعديل والزيادة من عمل المحقق .

(٣) زيادة لاستقامة العبارة .

(٤) في الأصل : الطلاق .

(٥) في الأصل تُفرض .

(٦) في الأصل : « منه » .

(٧) في الأصل : المتلف .

قَبَّحَ : ٨٥٧٩- ذكر الشيخ في أثناء كلامه فصلاً مستفادة يتعلق بعضها بالصداق ولا يتعلق بعضها به ، ونحن نأتي بالفوائد منها .

فإذا أعتق الرجل أُمَّتَهُ في مرضه المخوف / ، ونكحها ؛ فقد قال الأصحاب : لا ١٧٩ ي ترثه العتيقة بالزوجية ، فإنَّ إعتاقه إياها في المرض وصية ، ولا يُجمع بين الوصية والميراث ، والمسألة من دوائر الفقه .

٨٥٨٠- ولو قال لأُمَّتِهِ في مرض موته : « أعتقتك على أن تنكحيني » ، فقبلت ذلك ، عَتَقَتْ ولزمتها القيمة ، ثم إذا أعتقت بقوله وقبولها والتزمت القيمة ، فلا يلزمها الوفاء .

فلو نكحها ، وجعل ما لزمها من القيمة صداقاً ، وكانت القيمة معلومةً ، فيصح النكاح ، ثم لا يخلو إما أن تكون قيمة العتيقة مثل مهر مثلها ، أو كانت قيمتها أكثر من مهر مثلها ، فإن كانت [قيمتها]^(١) مثل مهر مثلها أو أقل ، فيصح النكاح وترثه . وذلك أن العتق كما^(٢) وقع في حقها مجاناً [لا يكون]^(٣) وصية ، فلا دَوْر ، ثم قد صَرَفَ المعتق قيمتها إلى مهرها ، وليس فيه محاباة .

فأما إذا كانت أكثر من مهر مثلها ، وقد نكحها المعتق على قيمتها ، فقد حاباها ؛ فإن مهر مثلها إذا كان خمسمائة ، وقيمتها ألف ، فإذا أصدقها قيمتها ، فقد حاباها ، فهل ترث ؟ ذكر وجهين : أحدهما - أنها لا ترثه ؛ فإنه قد حاباها في قيمتها ، فكأنَّ نصف العتق وقع مجاناً ، فيعود الأمر إلى الوصية بالعتق . ومفهوم قول ابن الحداد يشير إلى هذا الوجه ، وهو ضعيف .

والوجه الثاني - أنها ترثه ، وهو الصحيح الذي لا يجوز غيره ؛ فإن أصل العتق وقع بعوض المثل ، والمحاباة رجعت إلى القيمة ، فهو كما لو نكح حرة بأكثر من مهر مثلها ، فإنها ترث والمحاباة تُردُّ .

(١) في الأصل : قيمته .

(٢) كما : بمعنى « عندما » وهو استعمال غير صحيح ولا عربي ، كما أشرنا إلى ذلك .

(٣) في الأصل : « لتكون » .

٨٥٨١- ومما أجراه في أثناء الكلام أنه تعرض لاستبدال المرأة عن الصداق ، وخرجه على القولين في أن الصداق مضمون باليد أم بالعقد ؟ وهذا بين ، ثم انتهى إلى الكلام في الاستبدال عن الثمن المتلزم في الذمة ، فذكر فيه قولين ، وهما مشهوران . ثم قال : لو كان الثمن دراهم معينة ؛ فالأصح : أنه لا يجوز الاستبدال عنها ؛ لأنها تتعين بالتعيين ، ونزلت منزلة سائر الأعيان . وذكر وجهاً أنه يجوز الاستبدال عنها إذا جَوَّزْنَا الاستبدال عن الثمن الواقع في الذمة ؛ لأن الدراهم لا تعنى لأعيانها ، وإنما تعنى لنقودها ومالياتها ، والقصود مرعية في جواز الاستبدال ومنعه ، ولذلك منعنا الاستبدال عن المُسَلَّم فيه وإن كان ديناً في الذمة ؛ فإن جنسه مقصود في وضع العقد ، كما أن الأعيان مقصودة ، فإذا لم يمتنع التحاق الدين بالعين في منع الاستبدال ، لم يبعد التحاق بعض الأعيان بالديون التي يجوز الاستبدال عنها .

ش ١٧٩ وهذا وجه بعيد/ ؛ من قبل أن الدراهم إذا حكمنا بتعيينها ، فالعقد يفسخ بتلفها ، وهذا يؤذن بضعف الملك فيها ، فيبعد تصحيح الاستبدال عنها .

فرع يتعلق بالصيد والإحرام :

٨٥٨٢- لا بد فيه من تجديد العهد ببعض ما سبق في المناسك ، فنقول : المُحَرَّم ممنوع من ابتياع الصيد ، فلو اشترى صيداً ، فمن أصحابنا من أجرى في صحة شرائه قولين : أحدهما - إنه لا يصح الشراء ولا يملك الصيد .

والثاني - يصح الشراء ويملك . وهذا يستند إلى القول في أن المُحَرَّم إذا كان في ملكه صيدٌ قبل الإحرام ، فإذا أحرم ، فهل يزول ملكه عنه ؟ فعلى قولين : أحدهما - يزول ملكه بنفس إحرامه .

والثاني - لا يزول أصلاً .

ومن أصحابنا من قال : لا يزول الملك بالإحرام الطارئ قولاً واحداً . ولكن هل يلزم المحرم إرسال ذلك الصيد ؟ فعلى قولين .

ومما يتعلق بذلك أننا وإن قلنا : [يتصور]^(١) من المحرم أن يملك صيداً في الابتداء

قصداً واختياراً ، فالصيد يدخل في ملكه بالطرق التي لا اختيار فيها ، كالإرث ، ثم يلزمه إرساله ، وهذا بمثابة قطعنا القول بأن الكافر يرث العبد [المسلم]^(١) .

قال الشيخ : إذا قلنا : إن طرء الإحرام يزيل الملك عن الصيد ، فلا يبعد على ذلك أن نقول : الإحرام يمنع حصول الملك بجهة الإرث ؛ فإنه إذا قطع الملك المستدام ، يجوز أن يمنع حصول الملك بجهة الإرث .

فهذا شيء ذكره من تلقاء نفسه ، والمذهب الذي صار إليه الأصحاب أن الإحرام لا يمنع حصول الملك القهري ؛ فإنه يبعد أن يرث شيئاً ولا يرث شيئاً ، ثم يدخل في ملكه فيزول إن فرعنا على أن الإحرام يقطع دوام الملك .

ومما ذكره في مقدمة المسألة : التعرض للخلاف المشهور في أن رجوع نصف الصداق إلى الزوج هل يتوقف على اختياره ؟ وهذا مما ذكرناه .

٨٥٨٣- ثم قال : إذا ارتدت المرأة قبل الميسس ، اقتضى ذلك ارتداد جميع الصداق إلى الزوج ، ولا أثر للاختيار في ذلك وجهاً واحداً ، وكذلك كل نكاح يفسخ ، ويجب من انفساخه ارتداد جميع الصداق ، فلا أثر للاختيار . وهذا الذي ذكره حكايةً ، وهو موثوق به فيما يحكيه . والفرق بين الطلاق وبين الفسخ ، أن الفسخ بطباعه يقتضي ردّ العوض ، بخلاف الطلاق ؛ فإنه تصرف في العقد وليس فسخاً له .

وإذا ارتد الزوج ، فارتداده يوجب تشطرّ الصداق ، والذي أراه أن الوجه الضعيف في اشتراط اختيار التملك ، يجري في النصف الذي يرتد إلى الزوج / برده ؛ فإن ردة ١٨٠ ي الزوج قبل الميسس ، تنزل منزلة الطلاق ، فهذا ما أردناه في ذلك .

٨٥٨٤- ثم نعود إلى فرع ابن الحداد ، وقد ذكر صورتين : إحداهما - أن الرجل إذا أصدق امرأته صيداً ، ثم أحرم الزوج ، وارتدت المرأة قبل الميسس ، فيرتد الصداق إلى ملك الزوج مع إحرامه ؛ فإن هذا ملك ضروري ، فكان بمثابة الإرث . وكذلك لو

(١) في الأصل : الملى . (كذا) وما أثبتناه هو الموافق لحكم المسألة في مواطنها . والمعنى هنا : أن المحرم يملك الصيد قهراً بالإرث ثم يلزمه إرساله ، مثل الكافر الذي يملك العبد المسلم بالإرث ثم يلزمه إرساله بالبيع .

كان باع صيداً وهو مُحِلٌّ ، ثم أحرم ، فرُدَّ عليه الصيدُ بالعيب ؛ فإنه يدخل في ملكه ، ثم يتعين عليه إرساله ، فإن أرسله ، فلا كلام . وإن بقي في يده حتى أحل ، فهل يجب الإرسال في هذه الصورة ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يجب ، وفاءً بما تقدم .

والثاني - لا يجب ، ويكون بمثابة الكافر إذا أسلم عبده وألزمناه بيعه ، فلم يبعه حتى أسلم ، فلا يلزمه الآن بيعه .

ويترتب على هذا أننا إذا قضينا بأن الإحرام يقطع دوام ملك المحرم عن الصيد ، فإذا اضطررنا إلى الحكم بارتداد الصيد إليه ، فهل نقول : يرتد إليه ملكاً ويحول ؛ تفريعاً على هذا الوجه ، كما يرث الصيد ثم يحول ملكه ؟ والظاهر : أننا نقول بهذا إذا فرعنا على زوال الملك ، ولكن هذا القول ضعيفٌ . والتفريع على الضعيف يتخبط .

فأما^(١) إذا طلق الزوج المحرم زوجته قبل المسيس والصيد في يدها ، فإن قلنا : النصف من الصداق لا يرتد إلى المطلق إلا [باختيار]^(٢) التملك ، فليس له اختيار التملك ، فإذا امتنع الاختيار بسبب الإحرام ، فله أن يغرمها نصف القيمة ، وليس لها أن تقول : لا أغرم لك شيئاً ، فإنك أتيت من جهة نفسك هكذا .

وفي المسألة أدنى احتمال .

وإن قلنا : لا حاجة إلى الاختيار والطلاق مشطّر بنفسه ، فعلى هذا ، إذا طلقها وهو محرم ، فإن قلنا : لو اشترى صيداً ملكه ، فإذا طلق ، ملك نصف الصداق . وإن قلنا : لو اشترى لم يملك ، فإذا طلق ، فهل يملك نصف الصيد ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لا يملك ؛ لأنه اختار الطلاق^(٣) ، فأشبهه ما لو اختار الشراء .

والثاني - يملك ؛ لأنه ما اختار التملك .

(١) هذه هي الصورة الثانية التي تقع قسيماً للصورة التي ترد فيها الزوجة ، وقد ذكرناها آنفاً .

(٢) في الأصل : باعتبار .

(٣) لأنه اختار الطلاق : المعنى أنه بإيقاعه الطلاق ، والطلاق مشطّر بنفسه ، فكان كأنه أوقع الشراء والتفريع على أنه لا يملك الصيد بالشراء .

والوجه الثاني - يملك نصف الصداق ، لأن إيقاعه الطلاق ليس اختياراً لملك نصف الصداق (الذي هو الصيد) وإنما دخل نصف الصداق في ملكه قهراً .

وقد مضى معظم ذلك في كتاب الحج .

٨٥٨٥- ثم يتصل بذلك أنه إذا طلقها قبل الميسيس وقلنا : يرتد إليه نصف الصيد ، فموجب ذلك أن يتعين الإرسال عليه ، ولكن إرساله عسيرٌ ؛ إذ ليس جميع الصيد عائداً إلى المُحرّم ، وإرسالُ البعض غيرُ ممكن . فإن لم يرسله حتى تلف في يده - والإحرام مستدامٌ بعدُ ؛ يضمن نصف الجزاء ، وإن أرسله ، فقد برىء عن الجزاء عند تقدير التلف ، ولكنه يغرم نصف القيمة للمالك^(١) ، وهو الذي ورّط نفسه في هذا التضييق .

ويتعارض/ في هذه المسألة أمران متناقضان ؛ فإننا لو قلنا : يجوز إرسال الصيد ، ١٨٠ ش كان ذلك تسليطاً على تفويت ملك الغير ، وإن قلنا : ليس له إرساله ، كان ذلك إذناً للمحرّم في إمساك الصيد ، والجمع بين الأمرين مستحيل .

ولو قال قائل : أوجبوا الإرسال ، وضمّنوه قيمة نصيب الشريك ، وقد يجوز إخراج مال الغير في مظان الضرورات وميسيس الحاجات .

هذا خرّجه بعض الحذاق على الاختلاف المعروف في أنه إذا اجتمع حق الله تعالى وحق الآدمي في أمر مالي ، فكيف الوجه فيه ؟ فمن رأى تقديم حق الله تعالى ، لم يُبعد أن يوجب الإرسال في هذه الصورة والتغريم .

ومن رأى تقديم حق الآدمي لم يُبعد أن يحرم الإرسال ويلزمه إدامة اليد إلى الرد فيكون هذا صيداً يجب على المُحرّم إمساكه .

ومن لم ير تقديم حق الله تعالى ولا تقديم حق الآدمي ، فليس ينقدح على هذا إلا أن يتخير في الإمساك والإرسال ، فإن أرسل عُزّر وغُرّم ، وإن أمسك عُزّر ، وإذا أتلّف ، لزمه الجزاء .

٨٥٨٦- وقد تعرّض عند ذلك مسألة أجريناها في الأصول^(٢) ، وهي : أنه لو اتفق وقوع إنسان على صدر مريض بين مرضى ، وعلم أنه لو استقر على من وقع عليه ،

(١) للمالك : المراد هنا الزوجة التي طلقها ، حيث كان الصداق (الصيد) في ملكها .

(٢) ر . البرهان في أصول الفقه : ٢ / فقرة : ١٥٢٧-١٥٣٤ .

لمات ذلك المريض ، ولو انتقل منه ، لهلك من ينتقل إليه ، فالذي اخترناه أن هذه واقعة لا تُثبت فيها حكماً بنفي ولا إثبات ، فإننا كيف نفرض الأمر نقع في تجويز قتل محظور ، وإهلاك ذي روح محترم . والمصيرُ إلى إخلاء واقعة خطيرة عن حكم الله تعالى في الشرع ليس بالهيئن .

فليس يبعد عندنا أن يقال بنفي الحرج عنه فيما يفعل ، وهذا حكمٌ . ولا يبعد أيضاً أن يقال : انتقالك ابتداءً فعلٌ منك ، واستقرارك في حكم استدامة ما وقع من سقوطك ضرورياً ، وقد يتجه ذلك بأن الانتقال إنما يجب في مثل ذلك إذا كان ممكناً ، ولو امتنع ، فإيجابه محال ، والممتنع شرعاً كالممتنع حساً وطبعاً ، ولئن عظم وقع الكلام فيما يتعلق بالدماء ، فالتخيير ليس بدعاً في الأموال ، وما يتعلق بجزاء الصيد ؛ فإننا قد نبیح الصيدَ للمحرم ، وقد نبیح للإنسان مالَ غيره .

ولو وقع بين أوانٍ فلا بد من انكسار بعضها ، أقام أو انتقل ، فيتعين في هذه الصورة القول بالتخيير .

قَبَّحُ : ٨٥٨٧- يتعلق بضمان الأب مهر زوجة الابن .

وهذا قد أجرته فيما تمهد من الأصول ، ولكن رأيت للشيخ تصرفاً فلم أجد بداً من الإعادة ، وإن مست الحاجة إلى تكرير ، فلا مبالاة به .

المنصوص للشافعي في الجديد : أن الأب إذا قبل لابنه الصغير نكاح امرأة ، فلا يصير ضامناً للمهر بنفس النكاح/ ، فإن ضمنه ، صار ضامناً ، كما يضمن سائر الديون اللازمة ، فيلتزمها ، ثم إذا ضمن وغرم ، فهل يرجع بما غرم ؟

قال الشيخ : إن قيّد ضمانه بشرط الرجوع ، وَلَفَظَ ذلك صريحاً ، فيملك الرجوع إذا غرم . وإن لم يشترط الرجوع ، لم يضمن . واكتفى بعض المحققين بقصد الرجوع منه والنية من غير لفظ ، وهذا المسلك أفقه وأليق ؛ وقد ذهب كثير من أصحابنا إلى أنه يُكتفى بأحد شقي البيع ، فإذا كان يسقط التلفظ بأحد شقي العقد ، لم يبعد أن يسقط التلفظ بشرط الرجوع . ويمكن أن يُبنى ما ذكر الشيخ من اشتراط اللفظ وما اكتفى به غيره من النية والقصد ؛ على الاختلاف الذي قدمناه في أننا هل نكتفي بأحد شقي العقد أم لا ؟ هذا تفريع على القول الجديد .

وللشافعي قول في القديم أن الأب يصير ضامناً للمهر بنفس العقد ، وإن لم يُصرح بالضمان ، فإذا فرعنا على ذلك وغرم الأب ما ضمنه ، قال الشيخ : لا يرجع به ، وقد حكيت فيما تقدم مثل هذا من أجوبة القاضي ، وقد شبهنا غرامته المهر بما تلتزمه العاقلة من أروش الجنایات ؛ فإنهم لا [يرجعون]^(١) به على الجاني خطأ .

وقد قدمت أن إثبات الرجوع متجه ، والقياس على تحمل [العقل]^(٢) بعيد .

وقد قدمنا في ذلك أوجهاً ، ونحن نضم إليها مزيدَ بيانٍ ، فنقول : لم يختلف العلماء في أن الصبي إذا بلغ ، طولب بالمهر ، والقاتل خطأ لا يطالب بأروش الجنایة مع العاقلة ، وإذا أبرأ مستحق الأروش القاتل ، لم يكن لهذا الإبراء معنى ، والمرأة إذا أبرأت زوجها الصغير عن الصداق ، صح إبرؤها ، وفيما قدمته قبلُ مزيد كشف .

٨٥٨٨- ثم من لطيف الكلام أن الأب إذا ضمن - على القول الجديد - ولم تُثبت له حق الرجوع ، فإذا توجهت الطلبة عليه عن جهة ضمانه ؛ فله أن يؤدي المهر من مال الطفل ، فيكفيه ذلك غُرم الضمان . ولو قال المطالب : لست أوجه الطلب عليك من جهة الطفل ، وإنما أطلبك بموجب التزامك وضمانك ، فهذا لا حاصل له ؛ فإن مقصوده الوصول إلى الدين .

ولو قال : أجزتُ مالي على الطفل ، لم يتأت منه مع ذلك توجيه الطلب على الضامن في هذا المقام ؛ فإن الضامن يقول : إذا كنت تطالبني ، فلي غرضٌ ظاهر في تأدية الدين من مال الطفل . ولو طالب الأب بحكم الضمان مع إبراء الابن ، اعتباراً بالعاقلة التي وقع الاستشهاد بها ؛ فهذا محالٌ عندنا ؛ فإن الطفل في مرتبة الأصيل ، والأب في مرتبة الكفيل ، فيستحيل إخراج الأمر عن حقيقة الضمان .

فَرَجْعُ / : ٨٥٨٩- مشتملٌ على مسألةٍ دائرة فقهية سبقت في النكاح ، ولكننا نُعيدها ١٨١ ش لدقيقةٍ مستفادة . فنقول : إذا أذن السيد لعبده حتى نكح حرةً بمهرٍ ، والترم السيد ذلك المهرَ ، إمّا بصريح الضمان على الجديد ، وإمّا بحكم الإذن في العقد - على القديم ،

(١) في الأصل : يرفعون .

(٢) في الأصل : العقد .

ثم إنَّ الحرة اشترت زوجها من مولاه بالمهر ، فالبيع مردود ؛ فإنه لو صح ، لانفسخ العقد ، وإذا انفسخ قبل الميسيس ، ترتب عليه سقوطُ المهر ، [وإذا سقط]^(١) المهر - وهو الثمن - بطل البيع لعروّه عن الثمن . ولو فرضت المسألة بعد الميسيس ، فهي مسألة الرؤيا ، وفيها [تصرفٌ للقفال]^(٢) ، فلا حاجة إلى الإعادة .

وقد ذكر الشيخ أبو علي في هذا المنتهى كلاماً هو الذي حملنا على رسم الفرع وإعادة ما فيه ، وذلك أنه قال : إنما ذكر القفال ما ذكره بعد الميسيس ؛ لأنها إذا ملكت زوجها ، سقط ما على العبد لها ؛ فإنها مالكة ، والمالك لا يستحق على مملوكه ديناً . قال : وهذا فيه نظر ؛ فإنَّ المهر جعل ثمناً ، وملك رقبة العبد لا يحصل إلا بإزاء سقوط المهر لأجل الثمنية . ثم إذا سقط المهر بهذا السبب - وهو مقتضى المعاوضة - فكيف يقال بعد ذلك : إذا ملكته ، سقط بالملك عنه ؟ ثم يسقط عن السيد كما يسقط الدّين عن الكفيل ببراءة الأصيل ؟ هذا قول الشيخ واستدراكه .

٨٥٩٠- وفي المسألة نظراً دقيقاً ، فنقول : ما ذكره القفال وجلّى فيه رؤياه ، ثم مراجعته المشايخ وتقريرهم إياه يُخرّج على قاعدةٍ سنصفها ، فنقول : اختلف أئمتنا في أنّ من ملك ديناً على مملوك لغيره ، ثم ملك ذلك المملوك ، فهل يسقط الدين [سقوط]^(٣) انتبات ؛ حتى إذا عتق ، لم يطالبه المولى ، أم يبقى الدين في ذمته وتسقط الطلبة في الحال ، لتحقيق إعسار العبد في حق المولى ؟ فإنَّ ما يؤدي العبد الديون [منه]^(٤) في ديون المعاملات الكسب ، وهو ملك المولى ، وفائدة بقاء الدين في ذمته أنه إذا أعتق ، طالبه إذ ذاك .

فنعود ونقول : المهر لا يسقط بعد الميسيس . هذا ما عليه التفريع ، فإذا كان المهر لا يسقط بحكم النكاح ، فالمرأة إذا ملكت زوجها ، فهل تستحق عليه الدين أم يسقط ؟ قال القفال : إن قلنا : لا يسقط ، فالمسألة لا تدور والبيع يصح ، ولئن

(١) في الأصل : وأسقط المهر .

(٢) في الأصل : تصرف القفال .

(٣) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : منها .

تعدّرت مطالبة المملوك لإعساره ، فلا تعذر في مطالبة الضامن .

وإن قلنا : يسقط الدين عن المملوك بطريان ملكٍ مستحقّ الدين على رقبته ، قال :

فالمسألة تدور ؛ فإن المهر يسقط بعلقة طريان الملك وإن لم يسقط بعلقة في/ النكاح من ١٨٢ يفسخ أو انفساخ ، فإذا كان الدين يسقط ، فالمسألة تدور ، وإن خالفت علة الإسقاط بعد المسيس علقته قبل المسيس .

وقد حكينا استدراك الشيخ أبي علي .

وللمذهبين عندي وجهان إذا ذكرناهما ، بأن بهما حقيقة المسألة فنقول : إذا فرعنا

على أن الدين يسقط بطريان الملك ، فله مسلكان : أحدهما - أن يسقط الدين بملك الرقبة ، كما ينسخ النكاح بملك الزوج أو الزوجة ، وهذا وجه .

والوجه الثاني - أن يملك الدين على العبد ، ثم يسقط ، كما يملك من يشتري أباه

الأب ، ثم يعتق عليه ، فإن جعلنا نفس ملك الرقبة مسقطاً للدين ، فمعناه أنه لا [يضاده]^(١) بل يعاقبه معاقبة الضد ، فعلى هذا تدور المسألة ، كما قال القفال ؛ فإن الملك وسقوط الدين بعلقته ، ووقوع الثمن ، يفرض على اقتران ليس [فيه]^(٢) تقدم ولا [تأخر]^(٣) ، فيلزم من هذا ما ذكره القفال .

وإن قلنا : من طراً ملكه يملك الدين ويسقط - كما ذكرناه في شراء القريب ، فيتجه

على هذا ما قاله الشيخ ؛ فإن الدين إنما يسقط بتقدير ملك الدين وتعقيب السقوط إياه ، فإذا صار الدين مستغرقاً بالثمنية ، لم يسقط بالملك ؛ لأنه لا يدخل في الملك مع الرقبة ، حتى إذا دخل سقط .

فإن قيل : هل يتوجه تصرف الشيخ قبل المسيس ؟ قلنا : لا ، فإن المهر يسقط قبل

المسيس - على القول الأصح - بالفسخ الواقع قبل المسيس ، ولا ينتظم فيه ما تكلفناه بعد المسيس للشيخ أبي علي من تقدير ملك الدين وترتب السقوط عليه .

والذي يوضح ذلك أن استيعاب المهر مع جريان الفسخ المسقط للمهر محال ،

(١) في الأصل : يضامه . والمثبت من (صفوة المذهب) .

(٢) في الأصل : فيها .

(٣) في الأصل : تأخير .

ولهذا نص الشافعي على قول التفريق فيه إذا اختلعت المرأة نفسها بصداقها قبل الميسر ؛ فإن نفس الاختلاع يوجب التشطير ، ولا يثبت العوض إلا على ما يقتضيه الخلع من التشطير ، وهذا بين .

٨٥٩١- ثم ذكر الشيخ مسألة فرضها ، وصور [الدَّورَ]^(١) فيها ، ونحن نذكرها على وجهها ، فنقول : إذا سلم السيد ديناراً إلى عبده ، وأذن له أن يتزوج به حرةً ، فإذا تزوجها [بذلك الدينار]^(٢) ، وسلمه إليها ، ثم إن السيد باع ذلك العبد من زوجته بذلك الدينار الذي قبضته صداقاً ، وهي غير ممسوسة ، قال : لا يصح البيع للدَّور ، وتدور ش ١٨٢ . المسألة ؛ لمكان وقوع الفسخ قبل الميسر / .

وذكر هذه المسألة بعد الميسر ، وأجرى فيها^(٣) جوابي القفال في مسألة الرؤيا . وهذا فيه نظر بين ، فإذا وقع البيع بعد الميسر ، فيجب القطع بصحة البيع ؛ فإن ما قدمناه في دين في ذمة العبد يسقط على تقدير قدمته ، وإذا كان المهر عيناً ، وقد ملكته قطعاً ، واستقر ملكها فيه ، فطريان الملك على الرقبة كيف يؤثر! ؟ وهذا أراه وهماً وغلطاً^(٤) ؛ فإن القفال بنى كلامه على سقوط الدين عن ذمة العبد ، ثم على سقوطه عن ذمة السيد ؛ من حيث كان العبد أصيلاً والسيد كفيلاً ، وشيء من هذا لا يتخيل في الصداق المعين .

فَرَجْعُ : ٨٥٩٢- يشتمل على مُعَادٍ وزوائد مستفادة .

إذا أذن السيد لعبده في النكاح ، فنكح نكاحاً فاسداً ووطىء ، ففي متعلق المهر اختلاف مشهور ، ولو نكح بغير إذن سيده نكاح شبهة ، فوطىء ، ففي متعلق المهر اختلاف أقوال أيضاً : أحدها - إنه يتعلق برقبة العبد . والثاني - يتعلق بذمته ؛ فإن النكاح لم يجر بإذن السيد ، فلم يتعلق المهر بكسبه ، فرجع ظاهر ما ذكره الأصحاب إلى قولين وسيتبين قول ثالث مفصل .

(١) في الأصل : « الديون » .

(٢) في الأصل : بغير ذلك الدينار .

(٣) عبارة الأصل : وأجرى القفال فيها جوابي القفال .

(٤) في الأصل : وهما غلطا .

قال ابن الحداد : وإن نكح حرة بإذنها أو نكح أمة بإذن سيدها ، لم يتعلق المهر بالرقبة ، وإن نكح امرأة بغير إذن سيدها ووطئها ، فيتعلق المهر بالرقبة في هذه الصورة .

فمن أصحابنا من وافقه على تفصيله . فيقول : إن نكح أمة بغير إذن سيدها ، فيجب القطع بأن المهر يتعلق بالرقبة إذا وطئ ، وإن كان بإذن السيد أو كان ذلك مع حرة ، فيتردد القول في متعلق المهر . ومن أصحابنا من قال : إذا نكح أمة بغير إذن سيدها ووطئها ؛ فلا تقطع بتعلق المهر بالرقبة ، بل نخرُج المسألة على الاختلاف ؛ فإن لرضا الأمة تأثيراً في الجملة ، وإن لم يأذن السيد ، والدليل عليه : أنَّ الأُمَّة إذا طأعت على الزنا ، فلا مهر لها على أحد الوجهين .

فينتظم في متعلق المهر أقوال : أحدها - إنه يتعلق بالرقبة من غير فصل .

والثاني - إنه لا يتعلق بالرقبة من غير فصل .

والثالث - إنه يفصل بين الحرة وبين الأمة تنكح من غير إذن سيدها .

قَرَّبَ : ٨٥٩٣ - إذا نكح الرجل أمةً نكاحاً فاسداً ووطئها ، فعليه مهر مثلها ، ثم يعتبر مهر مثلها بوقت الوطء دون العقد ؛ فَإِنَّ العقد لم يُقَدِّم ملك البضع ، بل لغا وفسد ، فلا حكم له ، وليس ذلك كنكاح المفوضة . [فإن] ^(١) لم نوجب بنفس العقد مهراً ، ثم أوجبناه عند الوطء ، فقد نعتبر في مقدار مهر المثل كمالها يوم العقد ، وذلك أن النكاحَ مَلَكُ البضع وأفضى إلى / استيفائه ، فكان اعتبار وقتة محمولاً على كونه ١٨٣ ي مملُكاً للبضع ، مفضياً إلى التسليط على الوطء ، وهذا المعنى لا يتحقق في النكاح الفاسد .

ثم إذا وطئ الرجل المرأة في نكاح فاسد مراراً مع اتحاد الشبهة ، فلا يلتزم إلا مهراً واحداً إجماعاً ، ولو وطئها مع اتحاد الشبهة ، وهي هزيلة ومهر مثلها خمسمائة ، ثم حسنت ، فوطئها مرة أخرى - والشبهة واحدة - ومهر مثلها ألف ، فيلتزم الواطئ أكثر المهرين ؛ فَإِنَّا نَقْدِّرُ كأنَّ الوطء الأول لم يكن .

(١) في الأصل : فإنا .

والذي يحقق ذلك أن الحدود على الاندراج والتداخل ، وهي مبنية على الاندفاع ،
فلو زنا عبدٌ في رِقِّهِ ، ولم نُقَم عليه الحد ، فَعَتَقَ ، [وزنا]^(١) في الحرية ، فإننا نقيم عليه
حدَّ الأحرار .

فإن قيل : الأب إذا وطىء جارية ابنه مراراً ، فالشبهة واحدة ، وهي حق
الإعفاف ، فيتحد المهر أم يتعدد ؟ قلنا : ذكر الإمام^(٢) وجهين في ذلك ، والمسألة
محتملة لتردها بين وطء الشبهة وبين إتلاف المتقومات المتعددة . ويجب القطع بأنَّ
الغاصب إذا وطىء الجارية المغصوبة قهراً مراراً ، يلزمه بكل وطأة مهر جديد ؛ فإنَّ
ذلك إتلاف محض ، وليس فيه تخيل شبهة شاملة تتصف بالاتحاد .

فَضْلُ

٨٥٩٤- إذا زَوَّجَ الرجلُ أَمَتَهُ بصداق معلوم ، ثم باعها ، أو أعتقها ، فالمهر بكماله
للسيد المَزَوَّج ؛ سواء اتفق الوطء في ملكه ، أو اتفق بعد زوال ملكه ، وهذا إجماع .
ولو أَجَرَ عَبْدَهُ سنةً ، فمضى نصف المدة ، فأعتقه ؛ يجب الوفاء بالإجارة في بقية
المدة ، ثم هل يرجع بأجر مثل نفسه بعد العتق على سيده في بقية المدة ؟ فعلى
وجهين .

ولا خلاف في النكاح أنَّ الأمة وإن بقيت في النكاح بعد العتق ، فلا مرجع لها على
سيدها ، بل جميع المهر للسيد . ثم إذا باعها السيد ، فليس للمشتري أن يحبسها حتى
يتوفر الصداق على البائع . وهذا محال تخيله . وكذلك لو أعتقها ، فليس لها أن
تحبس نفسها ، فلو زَوَّجَ أمة مفوَّضة ، ثم باعها ، فإن جرى فرض المهر وهي ملك
الأول ، فالمهر للأول ، وإن جرى الفرض في ملك المشتري ، فهذا يبتني على أن مهر
المفوضة يجب بالعقد أم لا ؟ وقد تمهد لهذا فيما مضى .

(١) في الأصل : وزوى .

(٢) « الإمام » يعني والده .

فَرَجَّ : ٨٥٩٥- إذا اختلف الزوجان في الصداق ، فزعم الزوج أنه أصدقها هذا العبد ، فأنكرته ، وقالت : بل أصدقني هذه الجارية ؛ فالمذهب : أنهما يتحالفان ؛ فإنهما اتفقا على مقابل المهر - وهو البضع - فكان اختلافهما في العوض موجباً للتحالف ، وذكر الشيخ وجهاً ضعيفاً أنهما/ لا يتحالفان ؛ فإن الصداق في حكم عقد ١٨٣ ش مفرد عن النكاح ، والنكاح على جانب منه ، ولذلك لا يرتد برده ولا يفسد بفساده .

ثم [إذا]^(١) اختلفا في الصداق نفيًا وإثباتًا ، فلم تجتمع دعواهما على شيء ، فكان كما لو قال : بعت منك هذا العبد بألف درهم ، وقال المشتري : لا ، بل اشتريت منك هذه الجارية بمائة دينار ، فلا تحالف والحالة هذه ، بل كل واحد منهما مفرد بدعوى لا تعلق لها بدعوى الثاني ، فالوجه أن نفصل كل خصومة بطريق فصلها .
والصحيح أنهما يتحالفان .

وقد ذكرنا صور التحالف في كتاب البيع ، ونحن نقتصر هاهنا على مقدار غرضنا في الصداق .

٨٥٩٦- فإذا تبين أصل الاختلاف ، وظهر أن المذهب التحالف ، فنفرض مسألة ذكرها ابن الحداد ، ونخرجها على القاعدة .

فإذا كان في ملك الرجل أُمُّ امرأة وأبوها ، فنكحها وأصدقها أحدهما ، ثم اختلفا ، فقال الزوج : أصدقْتُكُ أباكِ ، وقالت هي : بل أصدقني أُمِّي ، فالمشهور أنهما يتحالفان ، وفيه الوجه البعيد أنهما لا يتحالفان .

فنفرع ونقول : إن قلنا : يتحالفان ، فإن حلفا جميعاً ، استحقت المرأة مهر المثل ورَقَّتْ أُمُّها التي ادعت عَنَّقَهَا بالإصداق ، وأما أبوها فقد عَنَّقَ بإقرار الزوج ، ولا نجد بقيمته مرجعاً عليها ؛ فإنها مُنْكَرَةٌ ، وولاء الأب موقوف ؛ من جهة أنه لا يدعيه أحد ، لهذا إذا تحالفا .

فأما إذا حلف الزوج على ما ادعاه وعرضنا اليمين على المرأة ، فنكلت ، فترق الأم

(١) زيادة من المحقق ، لاستقامة الكلام .

كما ذكرنا ، ويثبت أن الأب صداقٌ ، ويعتق بهذا الحكم ، ولا مهر لها سواء ، والولاء موقوف أيضاً ؛ لأنها منكورة .

وبمثلها لو قال : أصدقتك أباك ونصف أمك ، وقالت هي : بل أصدقتني أبي وأمي جميعاً ، فإن تحالفا ، عتق الأب ونصف الأم ، فإن كانت موسرة ، فيعتق الأب وتماّم الأم . وإن كانت معسرة ، فيعتق الأب ونصف الأم ، ولها مهر مثلها في الصورتين ، وعليها قيمة أبويها إن كانت موسرةً ، وإن كانت معسرة فقيمة الأب ونصف قيمة الأم ، ثم يقع التقاص في أطراف المسألة ، وكيفما دارت المسألة ، فلها مهر مثلها عند التحالف ؛ لانفساخ الصداق .

وإن حلفت هي ، ونكل الزوج عتق الأبوان ، وإن كانت معسرة ؛ فإنه ثبت الصداق على موجب [قولها]^(١) ، ولم ينفسخ ، وليس لها مهر المثل ؛ فإنها استوفت حقها .

وإن حلف هو ونكلت ، عتق أبوها ونصف أمها إن كانت معسرة ، وليس لها مهر المثل ؛ إذا^(٢) ثبتت يمينه جملة المقصود . وإن كانت موسرة ، عتقا ، ولا مهر لها ، ويرجع عليها بنصف قيمة الأم ؛ لمكان السراية ، وقد ثبت عليها دعوى الزوج ، فيثبت موجبها .

ي ١٨٤ هذا كله تفريع على ظاهر / المذهب ، وهو أنهما يتحالفان .

٨٥٩٧- وإن فرعنا على الوجه الضعيف الذي حكاه الشيخ في أنهما [لا]^(٣) يتحالفان ، فقد قال : إذا ادعت المرأة أن أمها صداقها ، وأنكر الزوج ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن حلف رقت ، وأما الأب ؛ فإنه حرّ بإقراره ، ثم قال : لا حلف عليها ، ولها مهر مثلها في هذه الصورة .

وعلل بأن الزوج إذا اعترف بعتق الأب ، فلا يتجه منه أن يدعي^(٤) على الزوجة ،

(١) في الأصل : على موجب ولها .

(٢) إذا : هنا بمعنى (إذ) وهو استعمال فصيح ، بينا صحته مراراً .

(٣) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .

(٤) أي ليس قوله : أصدقتك أباك دعوى عليها ، بل هو دعوى لها .

أي^(١) أصدقتك هذا فاستحققتيه ، ولسنا نفرع على قول التحالف حتى يتعرض كل واحد منهما للنفي والإثبات ، بل نميز الدعوى عن الدعوى ، ولا تكاد تصح صيغة في الدعوى للزوج ؛ فإنه إذا كان ادعى أنك استحققتيه ، [كان هذا]^(٢) دعوى لها لا دعوى عليها ، وإن ادعى عليها أنك لا تستحقين مهر المثل ، كان هذا جواب من يدعي عليه ، لا ابتداء دعوى ؛ فإن المرأة إذا ادعت حقها ؛ فالقول قوله في أنه لا حق لك ، فإذا انحسم سبيل دعواه عليها - والنكاح ليس عارياً عن المهر بالاتفاق - فلا وجه إلا الرجوع إلى مهر المثل .

وهذا الذي ذكره مشكل ؛ فإن الصداق ليس ينفسخ إذا كانا لا يتحالفان ، فيبعد أن نُثبت لها بطريق الدعوى عليه مهر المثل ، فليقل الزوج : صداقك هذا لا مهر المثل . والمسألة محتملة جداً .

فَبَيِّنْ : ٨٥٩٨- ذكر صاحب التقريب أننا إذا حكمنا بأن الصداق مضمون باليد ، وقلنا : إنه مضمون على الزوج ضمان غصب ، فلو وجدت به عيباً ، فالمذهب : أن لها الرد ، وإن كان من حكم المضمون بالغصب ألا يُرد [بالعيب ، فإن]^(٣) من غصب عبداً وتعيّب في يده ، فالغاصب يرده معيباً ، ويضم إليه أرش العيب .

قال صاحب التقريب : قد ذهب بعض أصحابنا إلى أنا إذا جعلناه بمنزلة المغصوب ؛ فإذا حدث به عيب في يد الزوج ، فليس للزوجة خيار الرد ، قياساً على الغصب ، ولكن لها أرش العيب بالغاً ما بلغ ، قال : ويُحكى ذلك عن أبي حفص الوكيل^(٤) من أصحابنا .

(١) أي أصدقتك هذا فاستحققتيه : هذا تفسير لقوله : أصدقتك أباك .

(٢) في الأصل : هذا كان .

(٣) زيادة اقتضاها السياق ، وهي نفس عبارة (صفوة المذهب) .

(٤) أبو حفص الوكيل ، عمر بن عبد الله ، أبو حفص بن الوكيل الباب شامي ، الإمام الكبير ، من الأئمة أصحاب الوجوه ، من نظراء أبي العباس ، وأصحاب الأنماطي ، ذكره ابن قاضي شعبة في الطبقة الثالثة ، وهم الذين كانوا في العشرين الأولى من المائة الرابعة ، وقال : إنه توفي بعد العشر وثلاثمائة . (ر . طبقات السبكي : ٤٧٠/٣ ، وطبقات العبادي : ٧١ ، وطبقات الشيرازي : ١١٠ ، وطبقات الإسنوي : ٥٣٨/٢) .

وهذا وإن كان متجهاً في القياس ، فهو بعيد في الحكاية .

وإذا قال قائل بهذا الوجه ، لزمه طرده على قولنا : إنه يُضمن باليد ، ولكن لا يُضمن ضمان الغصب ، وإن صح هذا مذهباً يفرع على مثله ، فما ذكرناه في العيب المتجدد في يد الزوج .

فأما إذا فرض اطلاع على عيب قديم كان قبل الإصداق ، فتغريم الزوج أرش العيب بعيد ، وإلزام المرأة الرضا بالظلامة بعيد أيضاً ، فليتأمل الناظر ذلك . ولا اعتداد على الجملة بما ذكره ، وأصل^(١) المذهب ما قدمناه .

وذكر الشيخ - والدي - أبو محمد في الرد بالعيب طريقة غريبة ، فقال : الرد بالعيب يجري لا محالة ، ولكن إذا ردت المرأة الصداق ؛ فمن أصحابنا من قال : الرجوع إلى مهر المثل قولاً واحداً ؛ لأنّ الصداق ينسخ بالرد ، ونحن إنما نثبت قيمة الصداق إذا تلف في يد الزوج ؛ بناءً على أن عقد الصداق قائم ، فإذا فُسخ الصداق بالرد ، لم يبق متعلق .

وهذا لا بأس به ، ولكن يُفسده اتفاق الأصحاب على إجراء القولين إذا كان الصداق حرّاً ، أو تبين مستحقاً ، فردّ الصداق لا يزيد على اقتران المفسد ، فالتعويل إذن على ما قدمناه .

فَرَجُّ : ٨٥٩٩- ذكر صاحب التقریب في التفریع على أن عفو الولي عن المهر نافذ ، أنا نشترط أن يقع العفو بعد الطلاق . وهذا قد تقدم ذكره ، فلو جعل الولي المهر بدل الخلع ، قال : في المسألة وجهان : أحدهما - لا يجوز ؛ لأن الشرط إنشاء العفو بعد الطلاق ، كما قدمنا تعليله .

والثاني - يجوز ؛ فإنه وقع مقارناً للطلاق ، فالواقع معه كالواقع بعده .

فَرَجُّ : ٨٥٩٩م- ذكر بعض المصنفين أن من جمع بين نكاح وبيع صفقة واحدة ، ففي صحة النكاح قولان ، وهذا مدخول . والوجه : القطع بصحة النكاح ، والتردد

(١) في الأصل : « أصل المذهب . . . » بدون واو .

في صحة الصداق وفساده ، وإنما أخذ هذا من تردد الأصحاب فيه إذا جمع نكاحَ مستحلّة ومحرّم في عُقْدة ، فإنّ نقلَ قولٍ في فساد نكاح المستحلّة مشهور على ضعفه ، وجمع الصفقةِ مختلفين من تفريق الصفقة .

وهذا غيرُ سديد والوجه ما قدمناه .

* * *

كتاب القسم والنشوز

قال الشافعي : « قال الله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] . . . إلى آخره »^(١) .

٨٦٠٠- للرجال حقوق على النساء ، كالتمكين ، والاستقرار في البيت ، ويدخل تحت التمكين التنظف والاستعداد بالاستحدااد وغيره .

ولهن على الرجال المهرُ والنفقة والسكنى والكسوة ، على ما ستأتي حقوقها مفصلة - إن شاء الله تعالى - . قال الله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] فاقضى الظاهر تشبيه ما لهن بما عليهن ، وهذا التشبيه في أصل الحق ، والحقان متشابهان في التأكد ووجوب الوفاء به ، وليسا متشابهين في الكيفية والصفة .

ثم فسر الشافعي : المعروف المذكور في قوله تعالى : ﴿ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] فقال : « وجماع المعروف بين الزوجين كف المكره ، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه ، لا بإظهار الكراهية في تأديته ، فأيهما مطل [بتأخيرهِ]^(٢) ، فمطل الغني ظلم »^(٣) .

ومعناه : جملة المعروف بين الزوجين أن لا يؤذي أحدهما صاحبه ، وينكف عن إلحاق مكروه به ، فالمرأة لا تؤذي الزوج بلسانها أو شرستها ، والرجل لا يؤذيها بوجوه الأذى ، ويعفي كل واحد منهما صاحبه عن مؤنة في طلب حقه ، فيوفر الزوج الصداقَ عليها ، ولا يحوجها إلى رفعه إلى القاضي ، فقد تحتاج إلى بذل مؤونة ومعانة مشقة .

(١) ر . المختصر : ٤١/٤ .

(٢) زيادة من نص المختصر .

(٣) ر . المختصر : ٤١/٤ ، ٤٢ .

ي ١٨٥ / وكذلك القول في المرأة فيما عليها له ، ولا يُظهر واحد منهما كراهيةً في تأدية حق صاحبه ، فالرجل لا يعبس عند إيفاء حقوقها بل يؤديها كاملة على طلاقة ، والمرأة لا تعبس إذا قَرَبَها الزوج .

ثم قال : « فأيهما مَطْلَ فمطل الغني ظلم » ، والمطل : مدافعة الحق مع القدرة على التأدية ، ولفظ « الغني » لا يختص باليسار والثروة ، بل كل متمكن من تأدية حق مستقلاً به ، فهو في حكم الغني . وللغني في أسماء الله تعالى معنيان أحدهما : المقتدر ، والثاني : البريء عن الحاجة .

ومن حقوق المرأة على الرجل القسم ، وهذا الكتاب بأبوابه معقودٌ له لا غير ، فإن تطرق إليه حكم آخر ، لم يكن مقصوداً بالكتاب .

٨٦٠١- فنبتديء ، ونقول : الرجل لا يخلو إما أن يكون ذا زوجة واحدة ، وإما أن يجمع بين زوجتين فصاعداً ، فإن كان ذا زوجة واحدة ، فلا يلزمه أن يبيت عندها ، ولو لم يدخل عليها قط ، فلا طَلَبَ عليه إذا كان يوفيهما حقوقها ، والذي يقتضيه أدب الدين ألا يعطّلها ، فقد يُفْضِي تعطيّلها - إذا هي تآقت - إلى الفجور ، وفي تعطيّلها إضرارٌ بها ، ولست أبعد إطلاقَ لفظ الكراهية في تعطيّلها ، فإننا نسمح بإطلاق هذا اللفظ دون هذه الأمور التي أشرنا إليها .

وقد حُكي عن أبي حنيفة^(١) أنه قال : ينبغي ألا يخلِيَ أربعَ ليالٍ عن ليلةٍ يقيم فيها عندها ؛ فإنَّ أقصى ما يفرض من النسوة تحته أربع ، ثم ينالها من القسم ليلةً من أربع ليالٍ .

وهذا غير مرضي عند أصحابنا ؛ فإنَّ اعتبار أقدار الليالي حيث لا قسم محال ، ولو نظر ناظرٌ إلى الإضرار ومؤنة أربعة أشهر ، كان بعيداً ، فإن كان الضرر لا يدفعه إلا الاستمتاع ، فهذا^(٢) غير مرعي في المبيت الذي نقرر القول فيه .

(١) ر . مختصر الطحاوي : ١٩٠ ، البدائع : ٣٣٣/٢ .

(٢) في الأصل : وهذا .

٨٦٠٢- وإن جمع بين نسوة [أو]^(١) بين امرأتين ، ثم أراد الإضراب عنهن ؛ فلا معترض عليه ، وهُنَّ بجملتهن - إذا أعرض عنهن - كالزوجة الواحدة ، فإن بات عند واحدة منهن ، لم يكن له تخصيصها ، بل عليه أن يقسم بينهما ويسوي في المبيت ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من كان له امرأتان ، فمال إلى إحداهما ، حُشر يوم القيامة وأحدُ شقيه مائل »^(٢) .

والذي ذكرناه من الأمر بالتسوية إنما هو فيما يتعلق بالأفعال ، وأما القلوب ، فلا يملكها إلا مقلبُ القلوب ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ﴾ [النساء : ١٢٩] . قال المفسرون : لن تستطيعوا أن تعدلوا بالقلوب ، فلا تتبعوا أهواءكم أفعالكم ؛ [فإن]^(٣) من أتبع هواه فعَلَهُ ، فقد مال كل الميل ، فكان ميل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عائشة من نسائه بَيِّنًا ، وكان يحاول التسوية بينهما فعلاً ، ويقول : « اللهم / هذا قسمي فيما أملك ١٨٥ ش وأنت أعلم بما لا أملك »^(٤) . وكان ذلك مشهوراً في الصحابة رضي الله عنهم ، حتى

(١) في الأصل : وبين .

(٢) الحديث : « من كان له امرأتان... » رواه أحمد في مسنده : ٣٤٧/٢ ، والدارمي : ١٩٣/٢ ، ح ٢٢٠٦ ، وأبو داود : كتاب النكاح ، باب القسم ، ح ٢١٣٣ ، والترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر ، ح ١١٤١ ، والنسائي : كتاب عشرة النساء ، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه ، ح ٨٨٩٠ ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب القسمة بين النساء ، ح ١٩٦٩ ، وابن حبان رقم ٤١٩٤ ، والحاكم : ١٨٦/٢ ، وانظر (التلخيص : ٤٠٨/٣ ح ١٧١١) .

(٣) في الأصل : قال .

(٤) حديث : « اللهم هذا قسمي فيما أملك... » رواه أحمد ، والدارمي ، وأصحاب السنن ، وابن حبان ، والحاكم عن عائشة ، بلفظ : « هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك » وأعله النسائي ، والترمذي ، والدارقطني بالإرسال .

(ر . المسند : ١٤٤/٦ ، وسنن الدارمي : ١٩٣/٢ ، ح ٢٢٠٧ ، وأبو داود : كتاب النكاح ، باب في القسم بين النساء ، ح ١٣٤ ، والترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر ، ح ١١٤٠ ، والنسائي : كتاب عشرة النساء ، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه ، ح ٣٩٤٣ ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب القسم بين النساء ، ح ١٩٧١ ، وابن حبان : ٢٠٣/٦ ، ح ٤١٩٢ ، والحاكم : ١٨٧/٢ ، وانظر التلخيص : ٢٩٠/٣ ح ١٥٦٣) .

إن الناس كانوا يحسبون ليلة عائشة وينتظرون ليلتها ، فمن أراد أن يهدي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية ، كان يُهديها في ليلتها ، فشق ذلك على صواحبها ، فأتين فاطمة وشكون إليها وحمَّلْنَهَا رسالةً ، فبلَّغنها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ألا تحبين ما يحب أبوك » ، إنَّ جبريل لا يأتيني وأنا في فراشٍ سوى فراش عائشة ^(١) . وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم تسعُ نساء ، وهو يقسم لثمانٍ منهن ؛ فإنَّ سودة طلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : راجعني لأحشر في جملة نسائك ، وقد وهبتُ ليلتي لعائشة فراجعها ^(٢) ، وقيل :

(١) حديث : « إن الناس كانوا يحسبون ليلة عائشة . . . إلخ » رواه البخاري أتمَّ من هذا ، ففيه استشفاع نساء النبي صلى الله عليه وسلم بأم سلمة أولاً ، وقوله عليه الصلاة والسلام لها : « إن الوحي لم يأتيني وأنا في ثوب امرأة إلا عائشة » ثم استشفعن ثانياً بفاطمة ، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : « يا بنية ألا تحبين ما يحب أبوك » ، وليس نزول الوحي في ثوب عائشة في جواب فاطمة ، وإنما هو في جواب أم سلمة ، ثم إنهن أرسلن زينب بنت جحش ثالثة للرسول صلى الله عليه وسلم . كل هذا عند البخاري .

وهو عند مسلم مقتصراً على الاستشفاع بفاطمة وجواب الرسول صلى الله عليه وسلم على نحو ما في البخاري ، ثم الاستشفاع بزينب بنت جحش ، وبدون ذكر لتحري ليلة عائشة بالهدايا .

وعند النسائي : مقتصراً على الاستشفاع بأم سلمة ، بسبب تحري ليلة عائشة بالهدايا ، والاستشفاع بفاطمة وزينب في أحاديث أخرى وعند أحمد من حديث أم سلمة وأن الاستشفاع كان بها والجواب على نحو ما في البخاري .

(ر . البخاري : كتاب الهبة ، باب من أهدى إلى صاحبه ، وتحري بعض نسائه دون بعض ، ح ٢٥٨٠ ، وأيضاً : ٢٥٧٤ ، ٣٧٧٥ ، ومسلم : كتاب الفضائل ، باب فضل عائشة ، ح ٢٤٤٢ ، والنسائي : كتاب عشرة النساء ، ح ٣٣٩٦ ، ٣٤٠٣ ، وأحمد : ٢٩٣/٦) .

(٢) حديث هبة سودة يومها لعائشة متفق عليه ، رواه البخاري : كتاب النكاح ، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك ، ح ٥٢١٢ ، وأيضاً : ٢٥٩٣ ، ورواه مسلم : كتاب الرضاع ، باب جواز هبتها نوبتها لضرتها ، ح ١٤٦٣ .

وأما خوف سودة من الطلاق سبباً لهذه الهبة ، فقد رواه أبو داود : كتاب النكاح ، باب في القسم بين النساء ، ح ١٢٣٥ ، والترمذي : كتاب التفسير ، باب ومن سورة النساء ، ح ٣٠٤٠ ، وكذا عند الحاكم : ١٨٦/٢ .

أما تطليق سودة ومراجعتها ، فهو عند البيهقي : ٧٥/٧ ، ٢٩٧ .

أمره الله تعالى بها ، فقال : « راجع سودة فإنها صَوَّامة قَوَّامة »^(١) .

٨٦٠٣- وكان صلى الله عليه وسلم لا يُخَلِّ بالقسم ، ولا يألو جهداً في رعاية التسوية ، حتى في مرض موته ، قيل : كان يأمر حتى يطاف به على حُجَر نِسائه^(٢) وكان يستبطن ليلة عائشة ، ويقول : أين أنا اليوم ؟ أين أنا غداً ؟ ففطن مراده ، وكان يمرض في بيت عائشة إلى أن توفاه الله عز وجل . وعن عائشة أنها قالت : « توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم بين سحري ونحري في الليلة التي لم أظلم فيها أحداً »^(٣) . أرادت أنه اتفقت الوفاة في نوبتها الأصلية التي لم تكن من قبل سودة .

وقد ظهر اختلاف الأصحاب في أن القسم هل كان واجباً على رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ أو كان يفعله تكريماً ، كما قدمناه في أول كتاب النكاح ، فمن أحلهن في حقه محل الإمام لم يوجب القسم ، كما تقدم شرحه في ذكر خصائص رسول الله صلى الله عليه وسلم .

فَصْنَعُ

قال : « وعماد القسم الليل . . . إلى آخره »^(٤) .

٨٦٠٤- المعتمد في زمان القسم الليل ، لأنه سكنٌ ، قال الله تعالى : ﴿ يَأْتِيَكُمُ لَيْلٌ تُسْكُنُونَ فِيهِ ﴾ [القصص : ٧٢] . وقال تعالى : ﴿ وَجَعَلَ اللَّيْلَ سَكَنًا ﴾ [الأنعام : ٩٦] .

(١) حديث : « راجع سودة ، فإنها صوامة قوامة » لما أصل إليه .

(٢) حديث « أنه صلى الله عليه وسلم كان يحمل في ثوب يطاف به على نسائه ، وهو مريض يقسم لهن » قال الحافظ في التلخيص : رجاله ثقات إلا أنه منقطع (التلخيص : ٢٩٠/٣ ح ١٥٦٢) .

(٣) حديث : « أنه صلى الله عليه وسلم ، كان يسأل أين أنا اليوم ، أين أنا غداً ، وأنه استأذن أن يمرض في بيت عائشة ، وأنها قالت : توفي صلى الله عليه وسلم في يومي بين سحري ونحري » رواه البخاري حديثاً واحداً : كتاب المغازي ، باب مرض النبي صلى الله عليه وسلم ووفاته ، ح ٤٤٥٠ ، ورواه مسلم أيضاً ، بغير إشارة إلى الاستئذان أن يمرض في بيت عائشة : كتاب فضائل الصحابة ، باب فضل عائشة ، ح ٢٤٤٣ .

(٤) ر . المختصر : ٤٣/٤ .

وقد سَمى الله تعالى الأزواجَ سَكناً ، فقال عز وجل : ﴿ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا ﴾ [الروم : ٢١] . وقولنا : « الأصلُ »^(١) لا يبين أثره الآن ، وإذا انتهينا إلى تفريع المسائل ، أوضحنا ذلك ، إن شاء الله عز وجل .

ثم إنما يكون التعويل على الليل في حق معظم الناس ، وعامة الخليقة ؛ فإنهم ينتشرون في مآربهم وأوطارهم نهاراً ، فإذا جنَّ الليل ، ارتادوا السكونَ في مساكنهم والدَّعة .

فلو فرض شخص يشتغل بالليل ويسكن بالنهار - كالحراس [ومن]^(٢) في معانهم ، فعماد القسم في حقوقهم النهار ؛ فإن المتبع فيه أن الأصل في القَسْم وقتُ السكون والدَّعة ، فإن من ينتشر نهاراً لم يمنع منه ، ولم يلزم أن يدخل على صاحبة النوبة النهار ، فإننا لو فعلنا هذا ، لانقطع الناس/ عن معاشهم ، ولصار الكافل العائل معولاً مكفولاً . وهذا أحد الآثار في الفرق بين الليل والنهار ، كما سنجمعها في فصل بعد هذا ، إن شاء الله عز وجل .

فَصْلٌ

قال : « ولو كان عند الرجل حرائرٌ مسلماتٌ . . . إلى آخره »^(٣) .

٨٦٠٥- غرض الفصل أن الكتابية والمسلمة في القَسْم متساويتان ؛ فإن حقوقهما متساوية ، فإذا ساوى حقُّه على الكتابية حقُّه على المسلمة ، فيجب أن يتساويا أيضاً فيما تستحق كل واحدة على زوجها . وحقق الأئمة هذا فقالوا : استمتع الرجل بالكتابية يتسع اتساع استمتاعه بالمسلمة ، ولا ضرار على ولده منها ؛ فإن ولد المسلم من الكتابية مسلم .

٨٦٠٦- فأما إذا اجتمعت الرقيقة والحرّة تحت حر مثلاً بطريق اجتماعهما ، فالقَسْم

(١) أي قولنا : الأصل في القَسْم الليل .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) ر . المختصر : ٤٣/٤ .

بين الحرية والأمة على [التفاضل]^(١) عندنا وعند أبي حنيفة ، خلافاً لمالك^(٢) ، فإنه قال : لا فرق في القسم بين الحرية والأمة ، وهذا غير سديد .

ومعتمدنا : أولاً : ما روى الحسن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « للحررة ثلثا القسم وللأمة ثلثه »^(٣) . وفراش الأمة المنكوحة ناقص ، وتمكّن الزوج من الاستمتاع بها ناقص ، ويلحق الولد نقص الرق ، فيليق بهذا ألا يسترسل الزوج في الاستمتاع بها توكياً من الولد ، ولذلك لم يثبت نكاح الرقيقة في حق الحر إلا في محل الحاجة .

فإذا ثبت ذلك ؛ فإذا كان تحت حرة وأمة ، فالحررة على ضعف الأمة في القسم ، فيقسم للحررة ليلتين وللأمة ليلة .

٨٦٠٧- ثم إذا فرض طريان العتق على الأمة ؛ فأصل المذهب لا غموض فيه ، ولكن قد تلبس الصور ، فالأولى الاعتناء بتفصيل الصور ، [فنبداً]^(٤) بذكر التفصيل فيه إذا وقعت البداية في نوب القسم بالحررة ، ثم نذكر إذا ما وقعت البداية بالأمة .

فإن وقعت البداية بالحررة ، فعتقت الأمة ، فلا يخلو إما أن تعتق في نوبة الحرية ، أو في نوبة نفسها ، فإن في نوبة الحرية ، وكان يقسم للحررة ليلتين وللأمة ليلة ، فالجواب المجمع إلى أن يُفصل - أنها إذا عتقت في نوبة الحرية ، صارت بمثابة الحرية الأصلية في القسم في مستقبل الزمان ، وكأن الرق لم يكن ، والتفصيل أنها إذا عتقت في الليلة الأولى من ليلتي الحرية ، فيكمل الزوج الليلة الأولى للحررة ، ثم هو بالخيار إن شاء اقتصر في حقها على هذه الليلة ، وأقام عند العتيقة ليلة ، ثم استدار عليهما ليلة ليلة ،

(١) في الأصل : التفاصيل .

(٢) ر . المدونة : ١٩٨/٢ ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف : ٧٢٣٢ مسألة رقم ١٣٠٧ .

(٣) حديث : « للحررة ثلثا القسم وللأمة ثلثه » : « رواه البيهقي من حديث سليمان بن يسار بهذا المعنى ، ورواه أبو نعيم في المعرفة من حديث الأسود بن عويم ، وروي عن علي مرسلاً » كذا قال الحافظ في التلخيص : ٤٠٩/٣ ح ١٧١٦ ، وانظر السنن الكبرى للبيهقي : ٢٩٩/٧ ، (٣٠٠) .

(٤) في الأصل : « فنقول » .

وإن أراد أن يقيم عند الحرة ليلتين [فإنه يقيم عند العتيقة ليلتين]^(١) أيضاً ، فإنها التحقت بالحرة الأصلية ، كما ذكرنا أولاً .

ولو عتقت في الليلة الثانية من ليلتي الحرة ، فإن أراد أن يتم تلك الليلة ، ويقيم في بقيتها عند الحرة ، فله ذلك ، كما تقدم ، ثم يقيم عند العتيقة ليلتين أيضاً ، وإن كانت تلك الليلة/ قد تشطرت ، فأراد أن يخرج في وسط الليل إلى العتيقة ويقيم عندها ليلة ١٨٦ ونصفاً ، فيجوز ذلك ، ولو كان وَضِعُ الْقَسْمِ ابتداءً على أنصاف الليالي ، لم يجز ؛ فإن تبعيض الليالي يُفسد غرض السكن وما فيه من مستمتع .

ولكن إذا طرأ العتق في أثناء الليلة الثانية من ليلتي الحرة ، فربما يبغي الزوج أن يجعل القسم ليلة ليلة ، ولو استتم نوبة الحرة ليلتين ، لاحتاج إلى أن يقيم ليلتين عند العتيقة ، فإذا لم يرد ذلك ، فله أن يبعض هذه الليلة ، ويرعى التسوية بينهما ، وليس كما لو طرأ العتق في أثناء الليلة الأولى في نوبة الحرة ؛ فإن نوبة القسم لا تنقص عن ليلة في وضعه .

٨٦٠٨- ومما ذكره الأئمة في ذلك أن العتق لو جرى في الليلة الثانية ، فأراد الزوج أن يفارق الحرة في بقية تلك الليلة ويبيت عند صاحب له ، فإذا فعل ذلك ، فأراد أن يبيت عند العتيقة ليلة ويدور إلى الحرة بليلة ويدير النوبتين كذلك ؛ قال الصيدلاني : له هذا ، وما مضى من الليلة غير محسوب عليه ، وهو مختطف من البين ؛ فإن ما جرى من التبعض أفسد تلك الليلة ، حتى كأنه لم يُقم في شيء منها عند الحرة ، وهذا يؤكده تمهيد^(٢) عُذر الزوج ؛ فإنه كان يتمادى على موجب الشرع في تفضيل الحرة ، ثم كما^(٣) بلغه أئلف .

وهذا الذي ذكره خارج عن القياس في وجوب رعاية النَّصْفَةِ ، وتعين اعتبار التعديل ، وتنزيل العتيقة إذا طرأ عتقها على نوبة الحرة منزلة الحرة الحقيقية ،

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) تمهيد عذر الزوج : أي قبوله . يقال : مهَّدْتُ له العذر : أي قبلته .

(٣) كما : بمعنى عندما أو لما وقد أشرنا مراراً أنه من الاستعمالات غير العربية ولا الصحيحة .

لا [تدروها]^(١) التخاييل . فإذا كنا نقول : إذا أكمل للحرّة ليلتين يبيت عند العتيقة ليلتين ، فإذا بات عند الحرّة ليلةً ونصف ليلة ، ثم أراد أن يبيت عند العتيقة ليلة ، فهذا قسم على التفاضل ، وسنذكر مناقشات^(٢) للأصحاب في أنصاف الليالي في المسائل التي سنأتي - إن شاء الله عز وجل - ، فالوجه : القطع بأنه يُحسب عليه ما مضى من الليل .

فترتب من مجموع ما ذكرناه أن العتق إذا جرى في أثناء الليلة الأولى ، فلا بد من إكمالها ، ثم للزوج الخيار بين أن يدور بعد انقضائها إلى العتيقة ، ويبعث عندها ليلة ، فيردّ النوبة إلى ليلة ليلة ، وبين أن يبيت عندها إلى تمامة الليلتين ، ثم يقيم مثلها عند العتيقة .

وإن جرى العتق في أثناء الليلة الثانية على الشطر مثلاً ؛ فللزوج ثلاثة أحوال : إحداها - أن يتمها ، ثم يمكث عند العتيقة ليلتين ، والأخرى - أن يدخل على العتيقة في نصف الليل ، ويقيم عندها ليلة ونصف ، ثم يرتب من النوبة ما يريد ، ويجتنب في وضع القسم تبعض الليل في المستقبل ، كما سنصفه ، إن شاء الله عز وجل .

والحالة الثالثة - أن يخرج إلى صديق أو مسجد ويبعث^(٣) فيهما ، قال الصيدلاني : إن ما مضى من الليل لا يحسب عليه ، وقد أرى الأمر بخلاف ذلك ، وكل هذا فيه إذا كانت البداية بالحرّة وقد عتقت / الأمة في نوبة الحرّة .

١٨٧ ي

٨٦٠٩- فأما إذا انقضت نوبة الحرّة بكمالها ليلتين ، وانتهت النوبة إلى الأمة ، فعتقت في أثناء ليلتها ؛ فالعتق الطارئ على نوبتها يثبت لها كمال نوبة الحرّة ، فيبيت عندها ليلتين ، وحكم الطارئ إذا كان يقتضي كمالاً أن يقتضيه إذا جرى قبل استيفاء حظ العبودية ، ولذلك قلنا : إذا عتق العبد وقد طلق امرأته طليقة واحدة ، فالعتق يُملّكه تمامة ثلاث طليقات .

وهذه الصورة التي ذكرناها في القسم أبعد عن اقتضاء مساواة الحرّة من الصورة الأولى ، وذلك أن نوبتها دخلت وهي على الرق ، ثم ألحقناها بالحرّة للعتق الطارئ ،

(١) في الأصل : « تدروها » ولعل هذا من آثار عجمة قديمة لدى الناسخ .

(٢) في الأصل : في منافسات .

(٣) في الأصل : وبات .

وفي الصورة الأولى كملت الحرية فيها ، وتقدمت على أول نوبتها ، فوافها أول النوبة وهي حرة فيها .

وما ذكرناه لم نقصد به الفرق بينهما ؛ فإن الحكم في الصورتين واحد ، ولكن أردنا التنبيه على حقيقة الحال ، وترجح إحدى الحالتين من طريق المعنى على الأخرى . ولو وفى الحرة نوبتها ليلتين ، ثم وفى الأمة نوبتها ليلة ، ثم عاد إلى الحرة ، فعتقت الأمة ، فما مضى من النوبة في الرق لا التفات إليه ، ولا يتوقع فيه مستدرك ؛ فإن العتق وقع بعد انقضاء تلك النوبة ، وإنما يفيد العتق إلحاق الأمة بالحرية إذا طرأ في نوبة الحرة ، أو في نوبة الأمة ، فإذا انقضت نوبتان على رقبها ، ثم طرأ العتق في الثانية للحرية ؛ فالنوبتان الماضيتان لا سبيل إلى تعقبهما بالتغيير ، فإننا لو نقضناهما ، لتعقبنا نُوباً ، وهذا يجزّ تغيير نُوب الرق والحرية في سنين ، ولا سبيل إلى التزام ذلك ، نعم ، إذا طرأ العتق في النوبة الثانية للحرية ، فالعتيقة في هذه النوبة كالحرة .

وشبه الفقهاء النوبة الأولى الماضية في الرق أنها لا تعتبر ، بما إذا طلق العبد امرأته طلقتين ، ثم عتق وتحت زوجته لم يطلقها ، فالتى بانت بينونة الكبرى قبل العتق باستيفاء عدد العبيد فيها لا تتغير ، وهي محرمة حتى تنكح زوجاً غيره ، والعتق يفيد في الزوجة التي لم يطلقها ، أو طلقها طلقة واحدة - تمام العدد .

٨٦١٠- وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت البداية بالحرية في أول النوب .

فأما إذا وقعت البداية بالأمة ، ووضع القَسَم على أن يقسم لها ليلة وللحرية ليلتين ، فإذا فرضنا عتق الأمة ؛ فلا يخلو إما أن تعتق في نوبة نفسها ، وإما أن تعتق في نوبة الحرية ، فإن عتقت في نوبة نفسها ، التحقت بالحرائر ، وللزوج الخيار إن شاء اقتصر على هذه الليلة ، ثم يقسم للحرية الأصلية ليلة واحدة أيضاً ، وإن أراد أن يبيت عند العتيقة ليلتين ، فلا معترض عليه ويبيت عند الحرية الأصلية ليلتين .

والجملة في ذلك أن الأمة إذا أعتقت/ في نوبتها ، قدّرنا كأن الرق لم يكن وصورناها كالحرة^(١) الأصلية .

ش ١٨٧

فأما إذا مضت نوبة الرقيقة على الرق ، وانتهت النوبة إلى الحرة ، فأعتقت الأمة ؛ قال الأئمة المحققون : يتعين على الزوج أن يوفّي الحرة ضعفَ ما وُفّي الأمة ، فإن قال : أوفّي الحرة ليلة ، والعتيقة بعدها ليلة ، وأردّ النوب إلى أفراد الليالي قلنا : لا ، فإن شئت ذلك ، فلا معترض عليك في الاستقبال ، ولكن بعد توفية حق الحرة .

وإذا استوفت الأمة ليلةً ، وانقضت نوبتها ، استقر في الذمة للحرة ضعفُ ما كان للأمة ، واللييلة الواحدة في حق الأمة كالليلتين في حق الحرة . فإذا وُفّي الحرة ليلتين ، فلو أراد بعد ذلك أن يرد القسم إلى ليلة ليلة ، فليفعل ، ولا معترض .

٨٦١١- وتحقيق ذلك أنه لو كانت تحت الزوج حرتان ، فكان يقسم ليلتين ليلتين ، فلو قسم لإحدهما ليلتين ، ثم لما انتهى إلى الثانية قال : بدا لي أن أردّ النوبة إلى ليلة ليلة ؛ قلنا له : وفّ الثانية ليلتين ، فإذا انقضتا ، فافعل ما شئت ، فالليلة الماضية في حق الرقيقة كالليلتين في حق الحرة . هذا تمام البيان .

وقد رأيت هذه الصور مستقلةً بإفادة المقصود على أحسن نظام .

٨٦١٢- ومما نلحقه بما تمهد ؛ أن العتق إذا جرى في يوم الأمة كما لو جرى في ليلتها ، وكل امرأة لها ليلة أو ليال ، فلها مع كل ليلة يوم ، وذلك اليوم محسوب من نوبتها ، فإذا جرى العتق فيه كان كما لو جرى في ليلتها ؛ فإن اليوم من النوبة .

٨٦١٣- والعتق في بعض الأمة لا حكم له ما لم يتم . وهذا كما أن العتق في بعض الأمة لا يثبت لها حق الفسخ إذا كان زوجها رقيقاً .

ثم قال : « وللأمة أن تُحلّله من قسمها . . . إلى آخره »^(١) .

٨٦١٤- سنذكر على الاتصال فصلاً في هبة المرأة حقها من القسم ، والذي يتصل بهذا المقام أن الأمة إذا أسقطت حقها من القسم ؛ فلا معترض عليها .

وليس للسيد بعد إسقاطها أن يطلب حقها ، فإنّ ذلك من حقوقها الآيلة إلى جبلتها ، وما كان كذلك فسييله التفويض إليها ، [وكذلك نقول إذا آلى الزوج عن

زوجته الأمة^(١) ، فحق الطلب للأمة ، وكذلك إذا عَنَّ عنها ، فالطلب على التفصيل المعلوم يثبت لها ، لا مدخل للسيد فيه .

فَضْلُكَ

٨٦١٥- المرأة إذا وهبت نوبتها ، فذلك صحيحٌ منها على ما سنفصل القول فيه . والأصل في ذلك - مع اتفاق العلماء - حديث سودة إذ وهبت نوبتها لعائشة^(٢) .

ثم قال الأئمة : إذا وهبت المرأة نوبتها ، فلهبتها ثلاثُ صيغ : إحداها - أن تُعيَّن لهبة نوبتها واحدة من ضرَّاتها ، والأخرى - / أن تطلق الهبة ولا تُعيَّن واحدة ، والثالثة - أن تقول : وهبت نوبتي لك أيها الزوج ، فضعها حيث شئت ، وإن أردت ، فاقسمها على جميع ضرَّاتي .

٨٦١٦- فأما الصيغة الأولى - وهي إذا عينت واحدة من ضرَّاتها ، فأقل ما نذكره : أن هذه الهبة شرطها أن يساعد الزوج عليها ، فلو أراد الزوج أن يقيم عند الواهبة كما كان يقيم عندها قبل الهبة ، فله ذلك ؛ فإنها تملك إسقاط حق نفسها ، فأما إسقاط حق مستمتع للزوج ، فمحال .

وإذا لاح هذا ، هان أمر الهبة ، ورجع إلى أنه لو لم يبت عندها برضاها ، جاز . ولكن إذا عيَّنت واحدة من الضرَّات ، تعيَّن صرف الهبة إليها ، فلو قال الزوج : أنت قد أسقطت نوبتك ، وأنا أصرفها إلى من أشاء ، قلنا له : ليس هذا إليك .

وهذا^(٣) فيه إشكال [يحتاج]^(٤) إلى أن يُجاب عنه . وذلك أن تركها نوبتها ليس حقاً [يُبدل]^(٥) ، بل هو حق يترك ، [وتعيَّن]^(٦) الموهوبة يشعر بمضاهاة الهبة الهبات

(١) في الأصل : وذلك نقول الزوج إذا آلى عن زوجته الأمة .

(٢) مرَّ آنفاً تخريج حديث سودة .

(٣) في الأصل : وهذا ليس فيه إشكال .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) في الأصل : يبدل .

(٦) في الأصل : وتعيَّن .

التي تتعلق بما يجوز بذله . والجواب : [إنها]^(١) لم تعينها [بهذا]^(٢) ، ولكن تركها حقها [هذا]^(٣) مشروط بهذا ، [فكانها]^(٤) رضيت بترك حقها على شرط أن يوضع في التي عيّنتها ، والدليل عليه أننا لا نشترط قبول الموهوب [لها]^(٥) ، بل لو أبت ، فالزوج يبيت عندها على الرغم منها^(٦) ، فهذا بيان هبتها من واحدة من ضراتها .

ومما يتعلق بذلك أنها إذا وهبت ؛ فالهبة لا تلزم ، فمهما أرادت أن ترجع رجعت ، وهذا متفق عليه ؛ لأن هبتها لم تشمل على عين تحتوي عليها يد ، وإنما تركت حقاً يتجدد لها شيئاً فشيئاً .

٨٦١٧- ثم الذي أطبق عليه معظم المحققين أنها إذا رجعت ؛ فالهبة مستمرة إلى أن يبلغ [خبر]^(٧) رجوعها الزوج ، فلو مضت نُوبٌ [و]^(٨) الزوج لم يشعر برجوعها ، فتلك النوب لا مستدرك لها ، ولذلك قالوا : لو أباح [رجل]^(٩) لإنسان [ثمار بستان]^(١٠) أو غيرها مما يقبل الإباحة ، فكان المستبيع يتمادى على تعاطي ما أبيح له ، فلو رجع المبيع ، ولم يبلغ رجوعه من أبيح له ؛ فالإباحة دائمة قائمة في حقه .

قال شيخنا : إذا رجعت المرأة ولم يشعر الزوج ، فالمسألة تخرج على القولين المعروفين في أن الموكّل إذا عَزَلَ الوكيلَ ولم يبلغ العَزْلُ الوكيلَ ، فهل ينزل ؟ على قولين ، وهذا الذي ذكره جار على ظاهر القياس ، ولكن اشتراط بلوغ الخبر أغوص

(١) في الأصل : إنما .

(٢) في الأصل : لهذا . والمعنى أنها لم تبذل لها هذا الحق ، والذي ليس في حقيقته من الحقوق التي تبذل .

(٣) في الأصل : وهذا .

(٤) في الأصل : فكانت .

(٥) زيادة اقتضاها السياق .

(٦) أي على الرغم من الموهوب لها .

(٧) في الأصل : جر .

(٨) الواو مزيدة من المحقق لاستقامة المعنى .

(٩) في الأصل : رجلاً .

(١٠) في الأصل : بيمارستان .

وأفقه ؛ فَإِنَّ حَقِيقَةَ الْقَسَم لَا تؤول إِلَى حَقٍّ مُسْتَحَقَّ يَوْفَى وَيَسْتَأْدَى^(١) ؛ وَلِهَذَا قُلْنَا :
لو أَعْرَضَ الزَّوْجُ عَنْ جَمِيعِهِن ، فَلَا طَلِبَةَ عَلَيْهِ ، لَكِنَّهُ إِذَا بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ ، لَزِمَهُ أَنْ
ش ١٨٨ يَبِيتَ عِنْدَ الْبَاقِيَّاتِ ، فَالْغَالِبُ عَلَى الْقَسَمِ اجْتِنَابُ مَا / يَتَدَاخِلُهُنَّ مِنَ الْغَضَاضَةِ وَالْأَنْفَةِ
بِالتَّخْصِيسِ ، فَإِذَا سَمَحَتْ وَاحِدَةٌ بِإِسْقَاطِ حَقِّهَا ، فَلَا يَتَحَقَّقُ مِنَ الزَّوْجِ قَصْدُ
التَّخْصِيسِ مَا لَمْ يَبْلُغْهُ خَبَرٌ رَجُوعِهَا ، وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَاهُ فِيهِ^(٢) إِذَا وَهَبَتْ [وَعَيَّنَتْ]^(٣) .

٨٦١٨- فَأَمَّا إِذَا أَطْلَقَتْ الْهَبَةَ وَلَمْ تَخْصُصْ بِهَا ضَرَّةً ، وَلَمْ تُضَفِّهَا إِلَى مَشِئَةٍ
الزَّوْجِ ، فَإِذَا رَضِيَ الزَّوْجُ بِهَذَا ، كَانَ حَكْمُ هَبَتِهَا أَنْ تَخْرُجَ مِنْ حِسَابِ النَّوْبِ ، وَتَنْزِلَ
- إِذَا وَهَبَتْ - مَنْزِلَتَهَا لَوْ بَانَتْ^(٤) .

فَإِذَا كُنَّ أَرْبَعًا فَوَهَبَتْ وَاحِدَةٌ نَوْبَهَا عَلَى الصَّيْغَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، وَكَانَ الزَّوْجُ يَقْسِمُ
بَيْنَهُنَّ لَيْلَةً لَيْلَةً ، أَوْ كَمَا يَرِيدُ ، فَتَرْجِعُ فَائِدَةُ هَبَتِهَا إِلَى سَقُوطِ مَزَاحِمَتِهَا وَسُرْعَةِ الْعُودِ
إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ .

٨٦١٩- فَأَمَّا الصَّيْغَةُ الثَّالِثَةُ فِي الْهَبَةِ وَهِيَ : إِذَا [قَالَتْ]^(٥) لِلزَّوْجِ : وَهَبْتُ نَوْبَتِي
مِنْكَ ، فَضَعْتُهَا حَيْثُ تَشَاءُ ، وَخَصَّصْتُ بِهَا مِنْ تَشَاءُ ، فَهَذَا مِمَّا اخْتَلَفَ فِيهِ جَوَابُ
الْأُئِمَّةِ . فَالَّذِي قَطَعَ بِهِ شَيْخِي وَاشْتَمَلَ عَلَيْهِ تَعْلِيْقُهُ : أَنَّ الْهَبَةَ تَقَعُ عَلَى هَذَا النَّسْقِ ،
فَالزَّوْجُ بِالْخِيَارِ ، فَإِنْ شَاءَ فَضَّ^(٦) نَوْبَهَا عَلَيْهِنَ ، كَمَا لَوْ أَطْلَقَتْ الْهَبَةَ ، وَإِنْ شَاءَ
خَصَّصَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ صَاحِبَةَ الْحَقِّ وَهَبَتْ ذَلِكَ .

وَقَطَعَ الصَّيْدِلَانِي جَوَابَهُ نَقْلًا عَنِ الْقِفَالِ بِأَنَّ الزَّوْجَ لَا يَخْصُصُ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ ، وَالْهَبَةُ
الْمَنْوُطَةُ بِمَشِئَتِهِ بِمَثَابَةِ الْهَبَةِ الْمَطْلُوقَةِ أَوْ الْمُضَافَةِ إِلَيْهِنَّ .

وهذا الذي ذكره فقيهٌ حَسَنٌ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهَا إِذَا أَسْقَطَتْ حَقِّهَا ، فَالزَّوْجُ لَا يَسْتَفِيدُ

(١) وَيَسْتَأْدَى : أَيُّ يَطْلُبُ أَدَاؤَهُ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : فِيهِ أَنْ إِذَا وَهَبَتْ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : عَتَقَتْ .

(٤) أَيُّ تَصِيرُ كَمَا لَوْ طَلَّقَتْ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : قَالَ .

(٦) فَضَّ : قَسَمَ .

منها حقاً ، وإنما هي تركت ما لها ، فصار كأنها لم تكن ، والحق الحقيقي للزوج ، وليس لآحاد النسوة ، إلا ما أشرنا إليه من حق التسوية . فإذا أخرجت نفسها من البين ، صار كأنها لم تكن ، واستعمل الصيدلاني في ذلك عبارة حسنة واقعة ، وذلك أنه قال : ليس له أن يقول : أجعل هذه الليلة [الواحدة]^(١) ؛ فأبيت عندها ليلتين ؛ إذ ليس للزوج أن يعد نفسه كإحداهن ، فيثبت له ليلة من الهبة ، وحقيقة هذا أن الحق له ، والتخصيص للنسوة .

ووجه ما ذكره شيخنا أنها لو قيدت هبتها بتعيين ضررتها ، تقيدت على تأويل أن هبتها مقيدة بصيغة ، فتثبت على مقتضاها ، كذلك إذا وهبت على شرط تخير الزوج ، فلتتقيد هبتها بمقتضى لفظها .

وللصيدلاني أن يقول : إذا ارتفع الحجر عن الزوج ، فوضعه النوبة فيمن يختارها ميل ، وهذا هو المحذور في شرع أصل^(٢) القسم ، وإذا خصصت الواهبة واحدة ، فلا ميل من الزوج .

٨٦٢٠- ومما يتعلق بتمام البيان في ذلك أن الواهبة لو خصصت / واحدة من ضرراتها ١٨٩ ي

واختصت ، وكنا رتبنا نوبتهن بالقرعة ، فإن كانت نوبة الواهبة إلى جنب نوبة الموهوبة ، فالأمر قريب ، فيجمع الزوج للموهوبة نوبتها ونوبة الواهبة .

وإن كانت نوبة الواهبة منفصلة عن نوبة الموهوبة بليلة أو ليلتين ، فإذا وهبت ، فقد ذكر العراقيون وجهين : أحدهما - أنه يأتي في حق الموهوبة بالليلتين ولاء ؛ فإنها إذا كانت تستحق ليلتين ، فلا معنى لتفريقهما عليه . والوجه الثاني - أنه يأتي بالليلتين على ما يقتضيه ترتيب نوبة الواهبة والموهوبة ، حتى إن كانت نوبة الموهوبة في أول النوب ، فيوفيها نوبتها ، ثم يوفي التي لم تهب ، حتى ينتهي إلى نوبة التي وهبت ، فيعود ويبيت عند الموهوبة تلك الليلة .

٨٦٢١- ومما ذكره الشافعي في آخر هذا الفصل : أن الاعتياض عن حق القسم غير

(١) في الأصل : الواحدة .

(٢) في الأصل : أهل .

جائز ، والأمر على ما ذكره ، ولا يجوز الاعتياض عن أمثال هذه الحقوق ؛ فإنها في التحقيق تخصيصات تتعلق بالأنفة وطلب التسوية ، ولا مسوِّغ للاعتياض عما هذا سبيله ، وإذا منعنا الشفيع عن الاعتياض عن حقه من الشفعة ، فلأن نمنع هاهنا من الاعتياض عن حق القسم أولى .

فصل في

قال : « ولا يجمع المرأة في غير نوبتها . . . إلى آخره »^(١) .

٨٦٢٢- الفصل يشتمل على مقصودين : أحدهما - يتعلق بتحصيل قولنا : عماد القسم الليل .

والثاني - يتعلق بذكر ما لو جامع في نوبة إحداهن الأخرى .

فأما المقصود الأول فقد اشتهر من قول علمائنا أن عماد القسم الليل ، وهو السكن ، وعليه التعويل ، والنهار التابع لليل يتعلق به حق القسم أيضاً ، ولكن لا يتأكد الحق في النهار تأكده في الليل ، ونحن نستعين بالله عز وجل ونبين حقيقة ذلك .

٨٦٢٢/م - فأما الليل فليس للزوج أن يخرج من دار واحدة ويدخل على أخرى ، فلو [مرضت]^(٢) امرأة ولم تثقل ، فأراد أن يدخل عليها عائداً ، فكيف السبيل ، وما الوجه ؟ أولاً : ليس [له]^(٣) الدخول على واحدة منهن من غير سبب ، فلو فعل ، باء بالإثم ، وكان ظالماً ، ثم إن كان الزمان الذي خرج فيه بحيث [يُحسن]^(٤) ويبين له قدر من الليل ، فعليه أن يقضيه لصاحبة النوبة .

وفي كلام من نقل عن القاضي أنه [لو]^(٥) بلغ ثلثاً من الليل ، قضى ، وهذا ليس

(١) ر . المختصر : ٤٣/٤ .

(٢) في الأصل : فرضت .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : يحسن .

(٥) زيادة اقتضاها السياق .

بشيء . وإذا كنا نوبّخ خصومنا بالتحكم بالتقدير ، فلا ينبغي أن نبوء بمثل ما ننكره ،
فالأصل عندي أن يكون مقدار المفارقة بحيث لو نسب إلى الليلة ، لأمكن أن يقال :
جزءٌ منها . وإن كان/ في قلته بحيث لا يُدرك جزئيته من الليل ، فليس في هذا المقدار ١٨٩ ش
إلا التأييم .

ويحتمل على بُعد أن يقال : يقضي لصاحبة الليلة مثل تلك الخرجة ، وإن قل
زمانها ، حتى إذا انتهت النوبة إلى التي كان دخل عليها ، فيخرج من عندها ، ويدخل
على صاحبة النوبة الأولى .

هذا بيان القول فيه إذا دخل في نوبة واحدة على ضررتها من غير عذر .

٨٦٢٣- فإن مرضت له امرأة وأشرفت على خوف الهلاك ، فيجوز للزوج الانتقال
إليها بالكلية للتمريض ، حتى إذا برأت^(١) ، قضت من نوبتها بعد [الاستبلال]^(٢) للواتي
لم^(٣) يدخل عليهن ، كما سيأتي ذلك في فصل مفرد ، إن شاء الله عز وجل .

٨٦٢٤- فأما إذا مرضت واحدة ولم يتحقق انتهاؤها إلى خوف ، فالذي ذكره
القاضي وطوائف من المحققين أن له أن يخرج إليها عائداً . قال صاحب التقريب :
المذهب أنه لا يخرج إليها عائداً إذا لم تنته إلى خوف والثقل .

وذكر بعض الأصحاب قولاً أن له أن يخرج إليها عائداً ، ثم قال : وهذا غلط
والمذهب : أنه لا يجوز له الخروج . هكذا ذكر صاحب التقريب ، والذي رآه صاحب
التقريب غلطاً أفنى به طوائف من أئمتنا .

ثم إن خرج عائداً ومكث زماناً [يُحسن]^(٤) ، وجب القضاء فيه ، وإن كان
لا [يُحسن]^(٥) ، فعلى الترتيب المقدم .

(١) برأ المريض : يبرأ من باب (نفع) ويأتي أيضاً من باب (تعب) (المصباح : مادة : ب . ر . ي) .

(٢) في الأصل : الاستبدال . والاستبلال : معناه البرء والشفاء .

(٣) في الأصل : للواتي التي لم يدخل .

(٤) في الأصل : يحسن .

(٥) في الأصل : يحسن .

والذي عندي أن المرض الذي أطلقوه لا بد فيه من ضبط أيضاً ، فلا يجوز الخروج بكل ما يسمى مرضاً ، ولعل الضبط في ذلك أن يكون المرض بحيث يجوز أن يقدر مخوفاً ، ودخوله عليها ليتبين ، حتى يكون مبيته على فراغ^(١) .

وكل ما ذكرناه في الليل ، وفيه بقية ، ينعطف [عليها]^(٢) كلامنا في النهار .

٨٦٢٥- فنقول : لا يتحتم على الرجل أن يلزم زوجته في نوبتها نهاراً ؛ فإننا لو ألزمناه ذلك ، لانقطع عن مكاسبه ، فله أن يتنشر في بياض نهاره كما أشعر نص القرآن بذلك ، فقال عز من قائل : ﴿ وَمِنْ رَحْمَتِهِ جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ ﴾ [الفصل : ٧٣] . فرجع قوله ﴿ لِتَسْكُنُوا فِيهِ ﴾ إلى الليل ، وقوله : ﴿ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ ﴾ إلى النهار .

٨٦٢٦- ثم يتعلق بالنهار نوعان من الكلام : أحدهما - أن الزوج لو كان يخرج في نهار واحدة ويتنشر ، وكان يلزم الأخرى في نهارها ، فكيف الكلام فيه ؟

فإن كان هذا عن اتفاق شغل ، فلا مضايقة ، وإن كان عن قصد ، فهذا محتمل^(٣) : ما يدل عليه ظاهر كلام الأئمة أن ذلك غير ممتنع ، وفيه احتمال ظاهر مأخوذ من كلامهم أيضاً ، ووجه الاحتمال أن مدار القسم على ترك التخصيص واجتناب إظهار الميل ، وهذا إذا تكرر في النهار ميل ظاهر ، إذا لم يكن شغل محمول على ي ١٩٠ الوفاق / ، ووجه الجواز حسم الباب عن الرجال ، [إذا أرادوا الانتشار بها]^(٤) .

وهذا فصل .

والثاني - دخوله على التي ليست النوبة لها . أجمع الأصحاب على أنه لا يجوز له أن يدخل في نوبة واحدة على الأخرى ويجامعها ، هذا لا سبيل إليه ؛ فإنه منتهى

(١) حتى يكون مبيته على فراغ : أي يكون مبيته عند غير المريضة على فراغ بال وإطمئنان .

(٢) في الأصل : عليه .

(٣) فهذا محتمل : أي غير مقطوع بحكمه ، كما سيأتي بيانه ، متصلاً به .

(٤) كذا . بنفس هذا الرسم . انظر صورتها . ولعل في الكلام سقطاً ، أو له وجهاً لم نهتد إليه .

والله المستعان .

المقصود ، وفيه الميل الأظهر وإبطال الاختصاص بحق النهار بالكلية .

وهل له أن يدخل في نهار واحدة على الأخرى من غير جماع ، أم هل يُرعى في ذلك عذرٌ ؟ اضطربت طرق الأئمة ، ففي كلام العراقيين ما يدل على جواز الدخول إذا لم يكن وقاع ، وهذا مضطرب لا ضبط فيه ، ويلزم منه أن يجوز له الكون عند التي لا نوبة لها في معظم النهار ، أو في جميع النهار ، وهذا بعيد .

وقال قائلون : لا يدخل عليها إلا لحاجةٍ ومهمٌ ، وبأن من كلام هؤلاء أن الدخول ليلاً للمرض لا غير ، والدخول نهاراً لا يجوز من غير حاجة ، ويجوز عند ظهور حاجة ، وإن لم يكن مرض ، ولفظ الشافعي في [السواد]^(١) يدل عليه ، فإنه قال : « ولا بأس أن يدخل عليها بالنهار في حاجة ، ويعودها في مرضها في ليلة غيرها »^(٢) ، وفي كلام صاحب التقريب ما يدل على تنزيل النهار منزلة الليل ، والطرق محتملة وأبعدها رفع الحجر .

والذي أراه مقطوعاً به : أنه كما يحرم الجماع في نهار الليل ؛ يحرم الدخول فيه على وجه يغلب فيه جريان الجماع ؛ فإن الذي يداخل صاحبة النوبة من ظهور جريان الجماع يداني جريانه ، والكلام في مثل هذا ينتشر ، وأقصى الإمكان في الضبط ما ذكرناه .

٨٦٢٧- وقد بقي من الفصل المقصود الثاني ، وهو الكلام فيه إذا جامع واحدة في ليلة غيرها ، وقد ذكر العراقيون في ذلك ثلاثة أوجه : أحدها - أنه إذا جامع في ليلةٍ غير صاحبة النوبة ، فقد أفسد الليلة ، فعليه أن يقضي لها ليلة ؛ فإننا وإن كنّا لا نوجب

(١) في الأصل : السؤال ، وهو تحريف . ثم المراد بالسواد المختصر ، كما نبهنا عند وروده مراراً من قبل .

(٢) ر . المختصر : ٤٣/٤ .

هذا ، وقد قال الرافعي : « لا يجوز أن يدخل في نوبة واحدة بالليل على أخرى ، وإن كان لحاجة ، كعبادة وغيرها ، فالذي نقله المزي في المختصر أن الشافعي رضي الله عنه قال : « ويعودها في مرضها في ليلة غيرها » فهو سهوٌ عند عامة الأصحاب ، قالوا : وإنما قال الشافعي رضي الله عنه : « في يوم غيرها » . (ر . الشرح الكبير : ٨/٣٦٥) .

التسوية بين النساء في الجماع ، ونقول : هو موضع تلذذ لا إجبار عليه ، فمن الأصول بناء الأمر على إمكان الوقاع ، وترجية^(١) كل واحدة نوبتها بذلك ، فإذا جرى جماعٌ - والغالب أن الليلة الواحدة لا تحتمل أكثر من وطأة واحدة - ففي هذا إفسادُ الليلة عليها ؛ فعلى هذا ، وإن عاد إليها وبات عندها ، فلا حكم لهذه البيتوتة .

والوجه الثاني - أنه عصى بما فعل ، ولكن لا يلزمه قضاء الليلة إذا لم يتفق مكث في زمان محسوس ، كما تفصل من قبل ، وهذا متجه إذا ثبت أنه غير مطالب بالوطء .

والوجه الثالث - أنه إذا وطىء في ليلتها غيرها من النساء ، فيلزمه أن يصيب المظلومة في ليلة تلك التي وطئها في هذه النوبة ، وهذا طريق استدراك هذا النوع من الظلم ، وهذا القائل / يلزمه الوطء ، وهو بعيد عن قاعدة المذهب ، وكل ما ذكرناه فيه إذا جرى الوطء ليلاً .

٨٦٢٨- فأما إذا وطىء واحدة في نهار الأخرى ، فقد ذكرنا أنه كان ممنوعاً عن ذلك ، وإقدامه عليه مُحرم ، فإن قلنا : الوطء في الليل لا أثر له ، فلا أثر له في النهار أيضاً . وإن قلنا : الوطء في الليل يفسده ، أو يجب تداركه بالوطء في نوبة الموطوءة ، فماذا نقول في الوطء نهاراً ؟ هذا فيه احتمال ظاهر : يجوز أن يكون النهار كالليل ، ويجوز أن نقطع في النهار بالاعتصار على التعصية .

فَصْلٌ

قال : « وإن أراد أن يقسم ليلتين ليلتين ، أو ثلاثاً ثلاثاً . . . إلى آخره »^(٢) .

٨٦٢٩- أقل نوب القسم ليلة ، فلو أراد أن يقسم الليلة في وضع القسم ، لم يكن [له]^(٣) ذلك ؛ فإن الاستئناس المطلوب ينبت^(٤) ويفسد نظامه بتبعض الليلة ، ولو أراد

(١) ترجية كل واحدة نوبتها بذلك : من زجى الشيء ساقه ، تقول : زجيت أيامي دافعتها وأمضيتهما برفق ، والمعنى هنا أن القسم على رجاء إمكان الوقاع من كل واحدة وقضاء ليلتها به .

(٢) ر . المختصر : ٤٣/٤ .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) ينبت : ينقطع . وهذا اللفظ مستعمل كثيراً في كلام الإمام بهذا المعنى .

أن يقسم ليلة ليلة ، فله ذلك ، وكذلك لو أراد أن يقسم ليلتين ليلتين ، أو ثلاثاً ثلاثاً ، فلا معترض عليه في اختيار مقدار من هذه المقادير .

وإن أراد أن يزيد النوبة على الثلاث ؛ ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه لا يجوز ؛ إذ لا موقف بعد المجاوزة ، والثلاث على حال مدة معتبرة في الشريعة في أصول ، ثم إذا لم نجد موقفاً وراء الثلاث ، فربما نجعل النوبة ستة أو أكثر منها ، وهذا يؤدي إلى مهاجرة في حق اللواتي تتأخر نوبهن ، ثم يترتب [عليها] ^(١) انتساج وحشة بين الزوج وبين المتخلفات ، وإلى تأكد ألفة تنتهي إلى المقة ، فيحصل من السرف في الازدياد مقة ومقة ^(٢) ، وقطعهما جميعاً عسر .

فإن قلنا : لا تجوز الزيادة على الثلاث ، فلا كلام ، وإن جوزنا الزيادة ، ففي المسألة وجهان ، ذكرهما صاحب التقريب : أحدهما - أنا لا نقف في موقف ، والثاني - أنا لا نتجاوز السبع ؛ فإنه منتهى مدة روعيت في هذا الفن ؛ لأن للبكر سبع ليال في حق العقد ، فاتخذناه معتبراً .

٨٦٣٠- وعندنا أن رفع الضبط وتفويض الأمر في أقدار النوب إلى الزوج لا يجوز أن يكون معدوداً من المذهب إلا على وجه ، وهو أن [ترتب] ^(٣) النوب بالقرعة على ما سنصفه ، فيجوز أن نتخيل - على بُعد - أن المدة وإن طالت إذا كان المحكم القرعة ، فمن [تخرج لها] ^(٤) تقع البداية بها ، فلا ينتسب الزوج إلى التهمة في الميل والإيثار .

وهذا أيضاً ليس بشيء ؛ فإن المقدار الذي يتحتم [على] ^(٥) الزوج لا يضر به الوفاء به ، فلو بدا له أن يقلل أو يكثر بعد الوفاء بالتسوية ، فلا معترض عليه ، والتفريع على البعيد أبعد منه ، فليخرج هذا الوجه من المذهب .

(١) في الأصل : عليهن . والضمير في (عليها) يعود على تلك النوب الطويلة .

(٢) المقة : من ومق يَمِقُ مقة إذا أحب وعشق (المعجم) ولا يخفى على الفطن ما في الكلام من محسنات البديع .

(٣) في الأصل : ترتيب .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : عليه .

ولفظ الشافعي في المختصر : [وأكره]^(١) مجاوزة الثلاث ، وهذا هو الذي حمل
ي ١٩١ بعض الأصحاب على جواز المجاوزة ، والشافعي كثيراً ما يطلق الكراهية والمراد به
التحريم .

ولم يتعرض أحد لذكر مدة الإيلاء ، وإن كان زمانها معتبراً في الإضرار ، ولو سبق
إليه سابق ، فشرطه ألا تزيد النوب على أربعة أشهر زيادة لا تنتهي النوبة إلى الواحدة
بعد أكثر من أربعة أشهر .
وهذه احتمالات مختلطة .

فإن ثبت [أن]^(٢) [تعيين]^(٣) أقدار الزمان إلى الزوج على النسق الذي ذكرناه^(٤) ،
فإذا كان يفتح توظيف النوب ؛ فالمذهب أنه يحكم القرعة [أم]^(٥) الابتداء بواحدة
باختياره ؟

[من]^(٦) أصحابنا من قال : هذا إليه أيضاً ، ثم تنتظم النوب .

٨٦٣١- ومما يدور في الخلد أننا إذا منعنا الزوج من وطء زوجة في نوبة زوجة ،
فهذا الوطء حرام ، [أم]^(٧) ماذا نقول فيه ؟ فإذا حرّمناه وقد صادف محل الحِلّ ، كان
بعيداً ، وإن أحللناه ، فهو ممنوع من الجماع بعينه ، وليس كالصلاة في الدار
المغصوبة ، ومما يزداد به الغموض أن الوطء ليس مُستَحَقّاً عليه لواحدة منهن ، فإنه لو
لم يطأ واحدة منهن ، أو وطى بعضهن وانكف عن وطء بعضهن ، فلا معترض عليه .

والذي أراه أن التحريم المضاف إلى الوطء ينقسم : فمنه تحريم يرجع إلى عين

(١) في الأصل : « ذاكره » وهو تصحيف عجيب يشهد بأن هذا الناسخ (يرسم) ولا يقرأ ، والله
المستعان .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : تعيين .

(٤) مكان بياض بالأصل .

(٥) في الأصل : « والابتداء » .

(٦) في الأصل : ومن .

(٧) زيادة لتوضيح المعنى .

الوطء على التحقيق من غير تعلُّق بحق الغير ، وهذا هو الذي نُطلق فيه التحريم من غير محاشاة كالوطء في غير محل [الحل] ^(١) ، ثم ينقسم هذا أقساماً لسنا لها ، وفي وطء الحائض ما قدمته في بابه .

ومن الأقسام تحريمٌ يتعلق برعاية حق الغير إذا كان مُفضياً إلى إبطال حق له مستحق ، وهذا كوطء الراهن المرهونة ، حرمانه لإفضائه إلى هلاك المرهونة ، أو إلى بطلان المالية الصالحة لوثيقة الرهن .

والقسم الثالث - ما نحن فيه ، وهو تحريم الوطء لأجل إفضائه إلى إدخال مَغِيْظَةٍ على الغير ، وإن لم يكن ثمَّ حق مستحق .

فإذن لو ^(٢) قال قائل : الوطء من جهة مصادفته محلَّ الحل ليس بمحرم ، ومن جهة تضمنه جرَّ مغیظة وضراراً من هذا الفن ، فهو محرم .

ثم اللائق بالتحقيق النظر إلى المحل والحل ، والقطع بالإباحة وصرف التحريم إلى إيقاع المغیظة ، لا إلى ما وقعت المغیظة به ، والقول في هذا يغوص إلى مغاصات الأصول .

٨٦٣٢- ثم نختم الفصل بذكر إجماع الأصحاب على أنه لا يجب على الزوج التسوية بينهن في الجماع ، فإنَّ ذلك موضع تلذذ ، لا يليق بمحاسن الشرع الإجبار عليه والتسوية .

فصل في

معقود في ظلم الزوج بعض نسائه بالقسم وإقامته عند صواحباتها

٨٦٣٣- فنقول : إذا ظلم واحدة ، فبات عند ضراتها ، ولم يبتعدها ، يلزمه القضاء للمظلومة ، وأول ما يتَّضح القصد به أن نوبتها المستحقة وإن كانت ليلة من أربع ليال ، فظلمها/ يقع على تفرق ، فإذا ألزمتها الزوج القضاء ، فإنه يوفيها حقها ولأى ١٩١ ش

(١) في الأصل : المحل .

(٢) جواب لو محذوف ، تقديره : فقد أصاب ، (أو نحوها) .

تباعاً ، وليس له أن يفرّق القضاء . وهذا بمثابة ما لو أتلّف أموالاً في أزمّة متفرقة على إنسان ، فإنه يغرّمها له دفعة واحدة . وإذا ترك صلوات في موافقتها عاصياً بتركها ، قضاهما ولاءً وإن تركها مفرقة .

ثم صورة الظلم والقضاء ما نصّفه ، فلو كانت تحته أربع نسوة ، فبات عند ثلاث ستين ليلة ، عند كل واحدة منهن عشرين ، فإنه يقضي للمظلومة عشرين ليلة تبعاً . ولو بات عندهن ثلاثين ليلةً ، قضى للمظلومة عشر ليال ، ولو كنّ ثلاثة^(١) ، فبات عند اثنتين عشرين قضى للمظلومة عشرًا .

٨٦٣٤- وإن تصورت المسألة بالصورة التي ذكرناها آخرًا ، فنكح جديدة ، فالوجه أن يخص الجديدة بحكم الزفاف - كما سيأتي ذلك ، إن شاء الله تعالى - ، إن كانت بكرًا ، فسبع ، وإن كانت ثيبًا ، فثلاث ، وهذا لا يحسب في حساب .

ثم هذه المظلومة تستحق عشر ليال ، وإنما يقضي لها من حقوق [اللتين]^(٢) ظلم الزوج هذه بهما ، والجديدة لم يظلم الزوج بها .

فقال الأئمة : الوجه أن ندير الليالي بين المظلومة وبين الجديدة ، فنقسم للجديدة ليلة ، وللمظلومة ثلاث ليال ، فتمضي ثلاث نوب ، وقد وفّى المظلومة من العشر التي استحققتها تسعاً ، فبقي ليلة واحدة ، فلو وفاها ، جرّ ذلك عسراً على الجديدة في حقها ؛ فإنّ القضاء إذا انقضى يجب إعادة النوب ، وربما لا تنتهي النوبة إلى الجديدة إلّا في الخامسة مع احتساب الليلة العاشرة ، وحقها أن ترجع النوبة إليها في كل أربع ليال إن كانت النوبة ليلة ، وهذا إذا وقع أفضى إلى ظلم الجديدة .

وكان شيخي يرتبك في هذه المسألة وتختلف أجوبته ، ثم كان يستقر على [أن]^(٣) هذا تحيّن لازم لا بد منه ؛ فإنه لا مستدرك فيه إلا بالتبعيض ، وتبعيض الليل مفسد ، ولو بعّضنا ، لأضررنا لأجل التبعيض بالأولين والمظلومة ، وهذا يجر خبلاً ، ونحن

(١) ثلاثة : بالتاء ، مع أن المعدود مؤنث ، ولكن هذا جائز لتقدم المعدود .

(٢) في الأصل : اللتين .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

قد نعدل عن المنصوص عليه في الزكاة إلى القيمة حذاراً من التشقيص .

وهذا الذي ذكره محمول على [مسلك من] ^(١) إعمال النظر في صرف الكلام إلى تمهيد الوجه البعيد .

والذي [قطع] ^(٢) به الأصحاب أن هذا التحيف يجب استدراكه ، ولا طريق في استدراكه إلا التبعض ، ولا يقع ضرر التبعض موقعاً إذا كان في معارضة إحباط حق .

فإذا ثبت هذا ، فالوجه : أن يقضي للجديدة ثلث ليلة ؛ فإن الليلة العاشرة دارت بين ثلاث : المظلومة والأوليين ، فانقسمت عليهن أثلاثاً ، فليثبت للجديدة مثلما ثبت لكل واحدة/ ، وهذا لطيف في مجاري الحساب ؛ فإن الظلم وقع في ليلة ، والقسمة ١٩٢ ي وقعت من ليلة وثلث ليلة ، فإن الذي يقتضيه الإنصاف التسوية بينهما ، ولا سبيل في طلب التسوية إلا هذا ، فإذا قضى لها ثلث ليلة ، فالوجه : أن يخرج ويبيت عند صديق في بقية الليل ، فإن تخلل الفرج في الثوب ليس ظلماً ، إنما الظلم في الإقامة عند بعضهن تخصيصاً وترك بعضهن .

ولو كان يدير عليهن الثوب ليلة ليلة ، وكان يخلل في أثناء النوب فرجات ، فلا بأس عليه .

فإن قيل : في أصل المسألة سؤال ؛ فإن المظلومة إذا كانت تستحق قضاء عشرٍ وأدركنا الثوب بينها وبين الجديدة على أربع ، فكما نُثبت للجديدة في كل أربع ليلة متجددة ، فنثبت للمظلومة أيضاً ليلة متجددة ، فما لنا نحسب لياليها من محض الظلم ، ولا نثبت لها مما يتجدد في الزمان مزيداً ؟ قلنا : هذا خيال ؛ فإن اللتين وقع الظلم بهما ^(٣) كانتا تستحقان من تلك الأيام شيئاً ، فقد جرى [التدارك] ^(٤) على نحو الظلم ، وهذا متجه لا خفاء به .

(١) في الأصل : ملك عن .

(٢) في الأصل : وقع .

(٣) اللتين وقع الظلم بهما : المراد الزوجتين اللتين بات عندهما ، وظلم الثالثة قبل أن يتزوج الرابعة .

(٤) في الأصل : بالتدارك .

٨٦٣٥- ولو طُلِّقَ المظلومة ، فقد سقط حقُّها في الحال ، ولكن بقيت مظلُمُتها في القيامة وإن سقطت طَلِبُتُها ، ولو راجعها ، فهي على حقها ؛ فإن النكاح واحد ، ولو أبانها ثم جدد النكاح عليها ، قال القاضي : عليه قضاء ما ظلمها به في النكاح الثاني ، وهذا متجه ، وكأنا نقول : لم يسقط حقها ، ولكن تَعَدَّرَ إمكانُ إبقائه ، فإذا عاد الإمكان ، فالحق قائم كما كان .

ويتجه جداً تخريج هذا على القولين في عَوْدِ الأحكام في النكاح الثاني . وأقربها شبهاً بما نحن فيه طَلِبَةُ الْمُؤَلَّى عنها في النكاح الثاني . وقد ينقدح في ذلك فرق ؛ فَإِنَّ عود [الحق] ^(١) في الطلاق فيه بُعْدٌ ، من جهة أنه [قطع] ^(٢) حِلَّ نكاح مضى ، وإيلاء المولي في وضع اليمين باقٍ ، [بدليل] ^(٣) أنه لو وطئها في النكاح الثاني ، حث .

وليس قضاء الظلم من هذه المآخذ ، وإنما هو من المآخذ الذي ذكره ، وهو عُسر التوفية ، فإذا زال العسر ، فالطالبة قائمة .

٨٦٣٦- ووراء ما ذكرناه غائلةٌ ، وهي أن هذا إنما يتجه إذا جدد النكاح على المظلومة ، واللواتي وقع الظلم بهن باقيات تحته ، فإن استبدل بهن ، فلا يقضي الظلم أصلاً ؛ فإنه لو قضاها ، لظلم الجديديات .

ولو لم يُفرض بينونة ، ولكن ظلم واحدةً بعشرين ليلة ، ثم لم يُبينها ، بل أبان ش ١٩٢ اللواتي وقع الظلمُ بهن ، واستبدل عنهن جديديات ، فلا يتصور القضاء / ؛ فَإِنَّ القضاء لا معنى له إلا أن ينقطع عن اللواتي وقع الظلمُ بهن ، ويشتغل بتوفية حق المظلومة ، وهذا بين لا إشكال فيه .

(١) في الأصل : الحث .

(٢) في الأصل : « علق » والمثبت اختياراً منا لأن الحديث عن نكاح ثانٍ بعد بينونة قطعت الحل .

(٣) في الأصل : بذلك .

فَصْلٌ

قال : « ويقسم للمريضة والرتقاء . . . إلى آخره »^(١) .

٨٦٣٧- حق القسم يثبت للنسوة ، وإن كان بهن موانع طبيعية أو شرعية من الوقاع ، فيقسم للمريضة ، والرتقاء ، والحائض ، والنفساء ، والتي ظاهر عنها - وإن كان لا يقربها حتى يُكْفَر - وكذلك يقسم للصائمة ، والمُحْرَمَة ؛ والسبب فيه أن المقصود الظاهر من القسم الإيناس ، ولسنا ننكر أن المقصود الأقصى الوقاع ، أو تزجية الوقت على [رجائه]^(٢) ، ولكن عماد القسم الإيناس ، واجتناب التخصيص ، والحذر من الإضرار ، بإظهار [الميل]^(٣) وهذا يتضمن إشراك اللاتي ذكرناهن ، والتي آلى عنها زوجها إذا انقضت مدة الإيلاء ، فلها المطالبة بالطلاق ، والمطالبة بحق القسم على البذل ، وإليها الخيرة .

٨٦٣٨- ثم إن كان الزوج يسكن منزلاً ، وكان يدعوهم في نُوبهن ، فعليهن أن يحضرنه ، ومن امتنع منهن ، فهي ناشئة ، ويسقط حقها من القسم في نوبة امتناعها . وإن كان يدور عليهن في مساكنهن ، فليفعل من ذلك ما يراه .

وإن كان يُساكن واحدة منهن ، وكان يدعو إلى دارها ضراتها ، فلهن أن يمتنعن ؛ فإنَّ مُساكنة الضرة لا تجب .

والقول في تفصيل المساكنة ، واشتمال دارٍ على حُجَرٍ يأتي مستقصى في كتاب العدد ، إن شاء الله عز وجل ، ومحل غرضنا : منزلاً مُتحد لا يجوز للزوج أن يُسكنه ضرتين^(٤) .

(١) ر . المختصر : ٤٣/٤ .

(٢) كذا قدرناها على ضوء ما بقي من أطراف الحروف .

(٣) في الأصل : المثل .

(٤) خالف ابنُ أبي عصرون الإمامَ في هذا ، فعقَّب قائلاً : « قلت : وهذا الإطلاق لا يصح ؛ فإنهما إذا رضيتا بذلك ، جاز » ا . هـ .

ولو كان يدعو بعضهن ويصير^(١) إلى بعضهن في منزلها ، فقد قال القاضي : ليس هذا من العدل والتسوية .

ولست أرى [الأمر]^(٢) في هذا بالغاً مبلغ [الحظر]^(٣) ، وإنما هو مما يفرض من التفاوت في [التهلل]^(٤) والاستبشار والوقاع نفسه - وإن استثنى الوقاع بخروجه عن الاختيار ، فالاستمتاع الاختيارية كالقبل [واللثم والالترام]^(٥) لا تشترط [فيها]^(٦) التسوية .

وقد ينقدح في ذلك فرق ، فإن تخصيص البعض بالمسير إليها ، وتخصيص البعض بالاستدعاء ، قد يورث [ضعينة]^(٧) وإظهار تفاوت في الميل والتقديم والتأخير ، ومع هذا يجب القطع بأن هذا القدر من التفاوت محتمل ؛ لأن تفاوت الأقدار والمناصب قد يقتضي هذا القدر ، فلا ينتهي الأمر فيه إلى التحريم .

٨٦٣٩- ثم قال الشافعي : « وإن سافرت بإذنه . . . إلى آخره »^(٨) .

إذا سافرت المرأة ، ففي سفرها ثلاث مسائل : إحداها - أن تسافر دون إذن الزوج ، فهي ناشزة ، لا قسم لها ولا نفقة .

والمسألة الثانية - أن تسافر [الزوجة]^(٩) بإذن الزوج ، بأن كان أشخصها في شغل من ي ١٩٣ أشغال نفسه / فنفتقتها دارة ، وحققها من القسم ثابت ، فإذا عادت وكان أقام في غيبتها عند ضراتها ، فيجب عليه أن يقضي حقها ، كما بينا كيفية القضاء فيما مضى .

(١) يصير : أي يمضي إلى بعضهن ، كما عبر بذلك الرافعي والنووي .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : « الحصر » . والمثبت من مختصر ابن أبي عصرون .

(٤) في الأصل : التملك .

(٥) في الأصل : والقيم والإلزام .

(٦) زيادة من المحقق .

(٧) في الأصل : مريضة .

(٨) ر . المختصر : ٤٤ / ٤ .

(٩) في الأصل : الزوج . وهي صحيحة ، ولكن جرى الفقهاء في الأبواب كالميراث والنكاح على استعمال (الزوجة) بالتاء لدفع اللبس .

والمسألة الثالثة - أن تخرج بإذن الزوج في حاجة نفسها ومُهمَّ سَنَحَ لها ، فإذا كان ذلك ، فالمنصوص عليه في الجديد : أنه يسقط حقها من القَسَم ونفقتها ، وقال في القديم : لها القسم والنفقة ؛ لأنها خرجت بالإذن والرضا . والصحيح : القول الجديد ؛ فإنها اشتغلت عن الزوج بما هو خالص حقها ، فيبعد أن يثبت حقها على الزوج وهي مشغلة عنه ، وهذا في القَسَم على نهاية الوضوح ؛ من جهة أن طمعها في استمرار حقها من القسم مع اشتغالها بغرضها عن استيفاء الحق طمع في غير مطمع ، فالإذن لا يفيدها إذاً إلا سقوط المأثم .

٨٦٤٠- ثم قال : « وعلى ولي المجنون أن يطوف به على نسائه . . . إلى آخره »^(١) .

ذهب أئمة المذهب إلى أن الزوج إذا جُنَّ ، فإنَّ حق القَسَم ثابت ، كما كان من قبل ، وعلى ولي المجنون أن يطوف به على نسائه ، مع رعاية التسوية ، وإن رأى ، دعاهن إليه في نوبهن . ثم قالوا : لو ترك الولي حقَّ واحدة ، وخصَّ الزوج بالباقيات ، فهذا ظلمٌ يجب تداركه بطريق القضاء كما تقدم ، فإنَّ تداركه الولي بنفسه جاز . وإن أفاق المجنون ، وقامت البيئة على ما جرى من الظلم ، واعترف به اللواتي وقع الظلم بهن ، فيجب عليه أن يقضي إذا [استبَلَّ]^(٢) واستبد^(٣) به .

وإن لم تقم بيئة ، ولم يثبت اعتراف ، فقول الولي غيرُ مقبولٍ في دعوى ظلم جرى ؛ لأنَّ الولاية قد انقطعت بالإفاقة ؛ فلم يبق للولي سلطان . وإذا زال سلطان الولاية ، زال بزواله قبولُ القول . هذا مسلك الأئمة المعتمرين .

٨٦٤١- وذكر بعض المصنفين وجهين : أحدهما - ما ذكرناه .

والثاني - أن حق القسم يسقط بالجنون ، فلا مطالبة على الولي برعايته ؛ فإنَّ الغرض الأظهر من القَسَم الإيناسُ ، والمحذورُ من التحيف فيه إظهارُ الميل ،

(١) ر . المختصر : ٤٤/٤ .

(٢) في الأصل : استقل . ومعنى استبَلَّ أي شفي .

(٣) استبدَّ به : أي ملك القضاء وانفرد بالتصرف .

والإضرار بهذه الجهة بالتى يقع التخلف عنها ، وهذان المعنيان مفقودان من المجانين .

وهذا لا بأس به ، وإن لم أره إلا في هذا التصنيف ومؤلفه مجهول^(١) عثور^(٢) في المذهب .

وعندي وراء ذلك نظر ، وهو أن مخاطبة الولي بأن يطوف به عليهن لا وجه لها ؛ فإنَّ الزوج العاقل لو أراد التخلف عنهن ، فلا مطالبة عليه ، وإنما يُطالَبُ الوليُّ بما يُطالَبُ به الزوج لو لم يكن مؤلياً [عليه]^(٣) .

ولو أدخل الوليُّ واحدةً على الزوج ، فهل يجب عليه أن يُثبت لكل واحدة مثل ش ١٩٣ هذا ؟ هذا محل النظر ، فالذي ذكره معظم الأصحاب : أنه يجب ؛ تنزيلاً للولي منزلة الزوج . والذي ذكر في هذا التصنيف أن ذلك لا يجب على الولي ؛ فإنَّ عماد القسم ما ذكرناه من اجتناب إدخال المغايط على المحرومات بتخصيص المخصَّصات ، وهذا إنما يُفزع قلوبهن من جهة الزوج ، فأما الولي ، فلا يتعلق بفعله هذا .

وما ذكره الأصحاب أظهر ؛ طرداً للقياس الذي مهدناه من أن الولي مُخاطبٌ في المجنون بما يُخاطب به الزوج لو كان عاقلاً . ونحن وإن راعينا ترك الإضرار واجتناب المغايط ، فلسنا ننكر كون القسم حقاً مطلوباً .

وبقي في المسألة نظر في أنهن لو جئنَ وقلنَ : للزوج أن يتخلف عنا بجملتنا لو كان عاقلاً ، بناءً على الاختيار والإيثار ، ونحن في أثناء ذلك نرجو عوده إلى القسم ، وإذا

(١) مجهول : أخشى أن تكون (جهول) . فبعض المصنفين الذي يقصده الإمام ليس مجهولاً! وقد صرح النووي بأن صاحب هذا الوجه هو الفوراني . (الروضة : ٣٤٧/٧) . وغفر الله لإمامنا إمام الحرمين ، فليس أبو القاسم الفوراني جهولاً ، ولا مجهولاً ، ولكنه « استيلاء النقص على البشر » .

(٢) عثور : أي كثير العثرات . وقد أشرنا أنه يقصد بقوله : « بعض المصنفين » أبا القاسم الفوراني ، وأنه كثير الحط عليه . ولكن لم يبلغ ذلك إلى الوصف بأنه (مجهول عثور) إلا هذه المرة . ومع ذلك يُظهر إعجابه بقوله ، ويثبت في كتابه . ويا للعجب كيف يصنع الغضب حتى بالكبار!!

(٣) في الأصل : عنه .

جُن الزوج وأطبق الجنون ، فلا إيثار له ، فلو منعتَه عنا ، لكان ذلك إضراراً [بنا] ^(١) ؛ فقد يتجه إذا لم يكن على الزوج ضرر من الوقاع أن تجب إجابتهن ، فظاهر النص دال عليه ؛ فإنَّ الشافعي قال : وعلى ولي المجنون أن يطوف به على نسائه ، وفحوى كلام الأئمة دالة على حمل ذلك على التسوية ، حتى لو فرض الامتناع عن إدخاله عليهن [جملة] ^(٢) ، فالمسألة محتملة جداً . وقد أشرنا إلى وجوه الكلام في أطراف المسألة ، وما حكيناه من الوجهين في بعض التصانيف يمكن حمله على هذا الطرف أيضاً .

٨٦٤٢- ثم إن كان يُجن يوماً ، ويُفيق يوماً ، فليس من العدل أن نجعل نوبة الجنون لوحدة ، ونوبة الإفاقة لوحدة ، ولكن الوجه : أن [نبني] ^(٣) نوبة الجنون ونوبة الإفاقة إمّا على التناوب ، وإمّا على الجميع .

وحكى الأئمة أيضاً للشافعي [قولاً] ^(٤) في أن الرجل إذا كان مفيقاً في نوبة واحدة ، مجنوناً في نوبة الأخرى ، فأيام الجنون غير محسوبة على التي كان الزوج مجنوناً في نوبتها ، ونجعل كأنه غاب عنها ، فإذا أفاق ، وقّاهها حقها مثلما وقّى للأولى في حالة الإفاقة .

وهذا [يُحوج] ^(٥) إلى تدبر ؛ فإنَّ أيام الجنون على الجملة أيام قَسَم على ظاهر النص . وقول الأصحاب ، [بإخراج] ^(٦) أيام الجنون عن الاعتبار فيه بعض النظر : يجوز أن يُقال : إن لم ترض بالإقامة عندها في أيام الجنون وانتظرت الإفاقة ، فلها ذلك ؛ فإنها تقول : أقام عند صاحبتى عاقلاً والتسوية مرعية ، فأما إذا [أقام عندها] ^(٧) في الجنون ، فهذا منها بمثابة الرضا بعيب ما يجوز رده بالعيب ، فإن لم يكن بأيام

(١) في الأصل : بينا .

(٢) في الأصل : بجملته .

(٣) في الأصل : بين .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : يخرج .

(٦) في الأصل : لإخراج .

(٧) في الأصل : أقامت عنده .

الجنون اعتبار ، فهذا يؤكد سقوطَ حكم القَسْمِ في أيام الجنون بالجملة ، كما نقلنا التردد [فيه] ^(١) ، والله أعلم .

ي ١٩٤

٨٦٤٣- ثم قال الأئمة : إن/ كان الزوج محجوراً سفيهاً ، فهو في نفسه مخاطب بالتسوية بينهم ؛ فإنه عاقل مكلف ، ولا مدخل للولي في هذا .

٨٦٤٤- ثم قال : « وإن خرج من عند واحدة في الليل أو أخرجه السلطان . . . إلى آخره » ^(٢) .

إذا كان الزوج عند واحدة في نوبتها ، فخرج في بقية الليل باختيار ، أو أخرجه السلطان ، فقد تبعض على صاحبة النوبة حقها في هذه الليلة ، فيجب على الزوج قضاء ما فاتها من حقها ، ولم يصر أحدٌ من الأصحاب إلى أن ما مضى من الليل يبطل ويتعطل حتى يجب قضاء الليلة بتمامها ، وإن كنا ذكرنا وجهاً في أنه لو جامع في نوبة واحدة ضررتها ، فقد بطلت الليلة ، وهذا الوجه حيثما ذكرناه ضعيف . ثم الفرق لائح ، فالذي يجب قضاؤه المقدار الذي فات .

ثم إذا أراد قضاءه وتحت امرأتان مثلاً ، فالوجه : أن يبيت المقدار الذي كان فيه عند تلك الزوجة عند صديق ، أو في مسجد ، فإذا انتهى إلى الزمن الذي خرج فيه ، عاد إليها وأقام عندها ، ولا يضر تخلفه عن ضررتها في ليلة تامة ؛ فإن تخلل التفريق والفرج في خلل القسم ليس ظملاً ، إذا لم يكن فيها مقيماً عند واحدة ؛ فإذا المقدار الذي كان فيه [ثاوياً] ^(٣) عند صديق مستثنى من حساب نوبِ القسم ، وإنما المحسوب المقدار الذي [يقضيه] ^(٤) .

ثم التبعض في هذه الصورة محتملٌ على الضرورة ، وإن كنا نمنع من وضع القسم على أنصاف الليالي ؛ فإنما نمنع ذلك على الاختيار ، وإذا حمل عليه اضطرارٌ في القضاء ، فلا بد من احتماله .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) ر . المختصر : ٤٤/٤ .

(٣) في الأصل : ثابتاً .

(٤) في الأصل : يقتضيه .

وإن أراد الذي ينبغي قضاء نصف ليلة أن يبيت في النصف الأول عند زوجته ؛ فهو ممكن ، فليجعله نصفين في المقدار متساويين ، يقيم في أحد النصفين - وهو ربع الليلة - عند إحداهن ، ويبيت في الربع الآخر عند الأخرى ، وقد حان وقت القضاء . والأشبه أن يقيم عند التي يقضي لها ثلاثة أرباع ليلة ليلةٍ ولأى حتى [لا] ^(١) يحتاج إلى الانتقال .

٨٦٤٥- ثم قال : « وليس للإماء قَسَمٌ ، ولا يُعْطَلْنَ » ^(٢) ، [لا] ^(٣) خلاف أنه لا قَسَم للإماء ، ولا قَسَم للمستولدات أيضاً ، وإن ثبت لهن أحكام الفراش عند بعض العلماء ، ثم كما لا قَسَم لهن مع الزوجات ، لا قسم بينهن [والمولى] ^(٤) بالخيار فيهن - وما ينشأ من إسقاط حكمهن ، وهو عظيم الوقع على الحرائر المنكوحات - [أن] ^(٥) الزوج لو أقام عند أمةٍ دهرًا ، فلا اعتراض عليه ، مع العلم بما يتداخل الزوجات من ذلك ، ولكن مقتضى الشرع أنهن مخرجات من الاعتبار نفياً وإثباتاً ، وإنما يُطلب ١٩٤ ش حق القسم إذا دخل على واحدة من المنكوحات ، فللباقيات حينئذ أن يُطالبته بالتسوية .

٨٦٤٦- ثم ذكر الشافعي فصلاً في إضرار الرجل بامرأته ، ورفعها شكواها إلى مجلس القاضي ، ونحن نرى تأخير ذلك إلى باب الحكمين ، وفيه نذكر إضرارها ونشورها عليه ، والتباس الأمر بينهما ، وقد عقد الشافعي في النشور باباً مفرداً .

٨٦٤٧- ثم قال : « وله منعها من شهود جنازة أمها وأبيها ، وما أحب ذلك . . . إلى آخره » ^(٦) .

للزوج أن يلزم المرأة لزوم البيت ، ويمنعها من الخروج حسماً ^(٧) ، ويمنعها عن

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) ر . المختصر : ٤٤ / ٤ .

(٣) في الأصل : في .

(٤) في الأصل : والأولى .

(٥) في الأصل : لهن .

(٦) ر . المختصر : ٤٤ / ٤ .

(٧) حسماً : أي قطعاً (المعجم) .

عيادة الوالدين إذا مرضا فضلاً عن زيارتهما ، ويمنعها عن شهود تجهيزهما إذا ماتا ، هذا الحق ثابت له إجماعاً .

ولكن قال الشافعي : « وما أحب ذلك » . أراد : أني لا أستحب للزوج الغلو إلى هذا الحد ؛ فإنه سرف يُفْضِي إلى الحمل على قطيعة الأرحام ، ثم فيه حملها على ما تمقّت به الزوج وتفركه^(١) لأجله ، ثم يتنقص العيش عليه ، فيؤدي الأمر إلى قطع الوصلة ، والمسلك المستقيم رعاية القصد على التعميم ، وكلا طرفي قصد الأمور ذميم ، فلا ينبغي أن يأذن لها في التبرج ، ولا يمنعها عن زيارة الأبوين وعايدتهما ، وشهود تجهيزهما ، أو زيارة القبر ، فأما اتباع الجنازة إلى المقبرة ؛ فإنه هُتْكَه وتكشف ؛ فالأولى منعها .

* * *

(١) تفركه : أي تبغضه .

باب

الحال التي يختلف فيها حال النساء^(١)

٨٦٤٨- مضمون الباب الكلام في حق [الزَّفَاف]^(٢) . فنقول : إذا نكح الرجل بكراً أو ثيباً ، وعنده زوجات ، فتُخَصَّ المَزفوفةُ إليه بحق في العقد غير محسوب في نُوبِ القَسَمِ ، فإذا انقضى ذلك ، كما سنصفه ، عاد إلى ترتيب النُّوبِ ، فإن كانت الجديدة بكراً ، خَصَّها بسبع ليالٍ ، وإن كانت ثيباً خَصَّها بثلاث ليالٍ ، ثم لا تحسب السبع والثلاث على الجديدتين ، ولا يلزمه قضاؤهما في حقوق المتدمات .

وأبو حنيفة^(٣) يجوزُ التخصيصَ ، ويلزم القضاء في البكر والثيب . ومعمد الشافعي ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقام عند أم سلمة لما رُفِتَ إليه ثلاث ليالٍ ، فلما انقضت ، فارقتها ، فتعلقت برسول الله ، فقال صلى الله عليه وسلم : ليس على أهلك هوان ! إن شئت سبعتُ عندك وسبعت عندهن ، وإن شئت ثلثت عندك ودُرت^(٤) . وعن أنس أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « للبكر سبع ، وللثيب ثلاث »^(٥) . فالباب موضوع على الخبر ، ومقتضاه ما ذكرناه ، فللبكر سبع ، فإنها نفورةٌ ، فلا يزول ما بها من الحشمة والحياء إلا بمدة ، والثيبُ/ في ذلك دونها ، ١٩٥ ي ثم الرجوع في المقادير إلى التوقيف .

٨٦٤٩- ثم لو أقام عند الثيب سبعا بطلبها ورضاها ، أقام عند كل واحدة من

(١) في الأصل : « باب الحال التي يحلف فيها منع النساء » والتصويب من المختصر .

(٢) في الأصل : الرقاب .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ١٩٠ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٢٩٥/٢ مسألة رقم : ٧٨٥ .

(٤) رواه مسلم : ١٠٨٣/٢ كتاب الرضاع ، ح ١٤٦٠ ، ومالك في الموطأ : ٥٢٩/٢ كتاب النكاح رقم ١٤ ، وانظر التلخيص : ٤١٠/٣ ، ح ١٧١٨ .

(٥) حديث أنس أخرجه البخاري : كتاب النكاح ، باب إذا تزوج الثيب على البكر ، ح ٥٢١٤ ، ومسلم : ١٠٨٤/٢ ، كتاب الرضاع ، ح ١٤٦١ ، وانظر التلخيص : ٤١٠/٣ ح ١٧١٧ .

٢٦٠ _____ كتاب القَسْم والنشوز / باب الحال التي يختلف فيها حال النساء

صاحباتها سبعة سبعة ، وبطل حق اختصاصها بحق العقد . وإن أقام عندها ثلاثاً ، لم يقض الثلاث .

وإن أقام عندها سبعة من غير طلبها ، لم يبطل اختصاصها بالثلاث ، ولم يقض لصواحباتها إلا الأربع الزائدة على مقدار حقها ، والتعويل فيما ذكرناه على الخبر ، فإنه قال صلى الله عليه وسلم : « إن شئت سبعت لك وسبعت لهن - وهذا تصريح بقضاء السبع - وإن شئت ثلثت عنك وذرت » . معناه : عدت في الأدوار إلى أحسابها ، ولم أقض الثلاث . وإنما قال هذا ، إذ طلبت منه أم سلمة أن يقيم ، فإذا لم يكن منها طلب ، لم يملك الزوج إبطال حق عقدها بإطالة المقام عندها .

وذكر الأصحاب لما ذكرناه من بطلان حق العقد نظيراً ، وفي ذلك النظر كلام ، ولكننا نذكره ، قالوا : لو قطع الجاني يدَ إنسانٍ من المرفق ، فقطع المجني عليه يده من الكوع في القصاص ، فليس له حكومة في الساعد ؛ فإنه قطع ما لم يكن له قطعه ، وعدل عن حقه . وكذلك الثيب إذا عدل عن حقها إلى ما هو حق غيرها .

٨٦٥٠- ولو أقام عند البكر أكثر من سبع ، لم يقض لضررتها إلا مقدار الزيادة .

ولسنا نفي بمعانٍ جامعة فارقة ، وإنما ندور على مقتضى الخبر ، فإذا لم نجد متعلقاً فيه ، رجعنا إلى التمسك بالقياس . ومن القياس الجلي ألا يبطل حق صاحب الحق إذا أخذ أكثر من حقه ، فأجرينا الزيادة على حق البكر على هذا القياس ، وتركنا ما ذكرناه في حق الثيب من بطلان حقها - إذا طلبت الزيادة وأجيبَت - على موجب الخبر .

٨٦٥١- ولو طلبت الثيب أن يقيم عندها خمس ليال ، فهل يبطل حقها بهذا المقدار من الزيادة أو بما دونها ؟ أم يتوقف بطلان حقها في الثلاث على أن تطلب السبع أم ببعض هذا ؟ لم أر فيه نصاً ، وفي المسألة احتمال تشير إليه الترييدات التي ذكرناها .

٨٦٥٢- ومما يتعلق بالباب أن المنكوحة إذا كانت أمة ؛ فكيف القول في حق عقدها إذا رُفِت ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من قال : هي كالحرّة ، وإن كانت (١) أعلى منها في القسم المستمر في دوام النكاح ؛ لأن حق العقد لغض الحياء وكسر

(١) وإن كانت أعلى : المراد الحرّة .

الحشمة ، وهذا يرجع إلى الجبلة ، وما يتعلق بالجبلات من المُدَد لا يختلف بالرق والحرية [ولذا لم يتطرق إليه فرقٌ في مدة العُتَّة والإيلاء]^(١) وفيما ذكرناه احتراز عن العدة .

ومن أصحابنا من رأى تصنيف حق العقد بالرق ؛ فإنَّ هذا على مضاهاة القَسَم ، وإن اختلف بمزيد غرض ، فإلحاقه بقاعدة القَسَم أولى .

فإنَّ فرعنا/ على هذا الوجه الأخير ، فلا وجه إلا التنصيف ، فللأمة البكر ثلاث ١٩٥ ش ليال ونصف ، والأيام على حسب ذلك ، وللأمة الثيب ليلة ونصف ، والأيام كما ذكرناه ، وليس ذلك كالأقراء ، فإنَّ لا تثبت للأمة في العدة قرءاً ونصفاً ؛ فإنَّ القروء لا تتبع ، والليله تتبع .

فإن قيل : أليس تردَّد الأصحاب في الاعتداد بالأشهر ، فقال قائلون : تعدد الأمة بشهرين ، قلنا : سبب ذلك أنهم رأوا الأصل الأقراء ، فأثبتوا شهرين في مقابلة قرأين . والأصح أنَّ اعتداد الأمة بشهر ونصف . وهاهنا قطعوا بالتنصيف ؛ إذ لا أصل يمنع التبعض فيه .

٨٦٥٣- ثم قال الشافعي : « ولا أحب أن يتخلف عن صلاة ولا عن شهود جنازة... إلى آخره »^(٢) .

أراد بهذا أنَّ الزوج في إقامته أيام الزفاف عند زوجته ينبغي أن لا يترك إقامة الجماعات والخروج لها ، وهذا إنما ذكره الشافعي على ظهوره ؛ لأنَّ أهل الحجاز يعتادون لزوم بيت العرس إلى انقضاء أيام ، لا يرون البروز فيها ، فأبان أنَّ تلك العادة لا أصل لها .

* * *

(١) عبارة الأصل : « وإذا لم يتطرق إليه بعد المدة العُتَّة والإيلاء » والمثبت تصرف من المحقق .

(٢) ر . المختصر : ٤٥ / ٤ .

باب القَسَمِ للنساء إذا حَضَرَ سفرٌ

٨٦٥٤- نقول في صدر الباب : إذا أراد الانتقال إلى بلدة أخرى ، فهو بين أمرين ، إمّا أن يستصحب جميع زوجاته ، وإمّا أن [يخلفهن]^(١) ، ولا معترض عليه في ظاهر الحكم في واحد من الأمرين .

وأما إذا أراد أن يستصحب بعضهن ، ويتنقل معها ، ويخلف الباقيات ، فهذا حرامٌ محض .

وإذا كنا نحرم تفضيل امرأة بلحظة من القَسَم ؛ لما فيه من إثبات التخصيص والميل ، فالانتقال ببعضهن وتعطيل الباقيات أعظم من هذا .

والذي يدور في الخلد أنه إذا انتقل إلى بلدة أخرى ، وأزمع إدامة الإقامة ، وخلف الزوجات بجملتهن ، فقد يخطر للفقهاء أنهن يتضررن باحتباسهن عمرهن . وليس كما لو كان يمتنع من الدخول عليهن وهو حاضر ؛ فإنهن كنَّ يرجون أن يعود إلى المألوف من معاشرتهم ، والعَوْدُ ممكن ، [وأما]^(٢) إذا انتقل وخلفهن ، فهذا ضرر بيّن ، وليس ينتهي الأمر إلى التحريم .

٨٦٥٥- فإن لم يكن سفره سفرَ نُقْلَةٍ ، فهو في الخِيرَتَيْنِ المذكورتين في سفر النُّقْلَةِ على ما ذكرناه ، فإن شاء خلفهن ولم يستصحب واحدة منهن ، وإن شاء سافر بهن . ولو أراد أن يسافر ببعضهن ويخلف الباقيات ، فليس له أن يفعل ذلك بانياً على تَخِيَرِهِ وإرادته ؛ إذ ذلك لو فعله مناقضٌ لوضع القَسَم ، من المنع عن إظهار الميل . وحقه إذا أراد المسافرة ببعض نسائه أن يقرع بينهن ، فيسافر بمن تخرج القرعة

(١) في الأصل : يخلفن .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

عليها ، وإذا فعل ذلك ، فالأيام التي تنقضي في سفره لا يلزمه [قضاؤها]^(١) للمخلفات إذا رجع إليهن .

والأصل في الباب / ، ما روي عن عائشة أنها قالت : « كان صلى الله عليه وسلم ١٩٦ ي إذا أراد سفرأ أقرع بين نسائه ، فمن خرجت قرعتها سافر بها »^(٢) . ثم صح بطريق الاستفاضة أنه كان إذا رجع يجري على النوب في القسم .

وذكر الأئمة معنى كلياً - والتعويل على الخبر - ونحن نذكر منه ما ينضبط به المذهب إذا تفرعت مسائل الباب ، فنقول : المرأة التي تخرج مع زوجها مسافرة ، وإن كانت تحظى بصحبة الزوج ، فإنها تشقى بما تلقى من محن السفر ، وينضم إلى هذه سقوط اعتبار الرجل في تحكيمه القرعة . والمخلفة وإن كانت تشقى بفرقة الزوج ، فهي على حظ بالتردد والتودع^(٣) في البلد . فهذا أصل الباب . وأبو حنيفة^(٤) يلزم قضاء أيام السفر للمخلفات ، ولا يجعل للقرعة أثراً في إسقاط القضاء .

٨٦٥٦- ثم ذكر أئمتنا مسائل مرسلّة تأتي على أطراف الباب ، ونحن نأتي بها ، ثم نجتمعها في ربة جامعة .

(١) في الأصل : قضاؤه .

(٢) حديث عائشة رواه البخاري : كتاب النكاح ، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرأ ، ح ٥١١ ، ورواه مسلم : كتاب فضائل الصحابة ، ح ٢٤٤٥ ، وانظر (تلخيص الحبير : ٤١٢/٣ ح ١٧٢١) .

(٣) التودع : الإقامة والدعة .

(٤) لم أر هذا عند الأحناف ، لا في مختصر الطحاوي ، ولا في مختصر اختلاف العلماء ، ولا في حاشية ابن عابدين . بل وجدت عكس ذلك في الاختيار لتعليل المختار : ١١٧/٣ ، قال ما نصه : « ويسافر بمن شاء ، والقرعة أولى . . . ومن سافر بها ليس عليه قضاء حق الباقيات ؛ لأنه كان متبرعاً ، لا موفياً حقاً » ١ . هـ . وحكى الرافعي عن الغزالي في الوسيط أنه قال : إن أبا حنيفة رحمه الله ، قال بوجوب القضاء (ر . الشرح الكبير : ٣٨٠/٨ ، والوسيط : ٣٠٠/٥) . قلت ، عبد العظيم . تبع الغزالي شيخه في هذا النقل عن أبي حنيفة رضي الله عنه ، وهو مخالف لما رأيناه عند الأحناف ، فهل هو وهم في النقل ، أم هو قول مهجور لأبي حنيفة رضي الله عنه ؟ وانظر أيضاً (البدائع : ٣٣٣/٢ ، والهداية : ٢٢٢/١) لترى أنهما أيضاً يقولان بعدم القضاء للمخلفات ، وانظر أيضاً : المبسوط : ٢١٩/٥ ، وابن عابدين : ٤٠١/٢ .

فمما ذكروه : أن الرجل إذا بلغ المقصد ، فلو نوى مقام أربعة أيام ، فعليه قضاؤها للمخلفات إذا رجع ؛ فإنه في إقامته خرج عن حكم المسافرين ، وهذا مما أجمع عليه أئمة المذهب ، القاضي ، والصيدلاني وغيرهما .

ثم إذا ابتدأ الرجوع ، فهل يلزمه قضاء مدة الرجوع ؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - يلزمه ؛ فإنه من وقت الخروج عن حد المسافرين ، انقطع حكم السفر المُسقط للقضاء ، فتلتحق أيام رجوعه بأيام إقامته .

والوجه الثاني - أنه لا يقضي للمخلفات أيام الرجوع ؛ فإنه من وقت ابتداء الرجوع ترك ما لا يسه من الإقامة ، وعاد إلى حكم السفر ، وقد اقتضى السفر سقوط القضاء ، وهو من وقت الرجوع مسافر .

وناصر الوجه الأول يقول : الظاهر يقتضي أن يقضي للمخلفات إذا خصص واحدة من الضررات بالصحة ، ولكن القرعة اقتضت جواز التخصيص من غير قضاء ، فإذا انقطع حكم القرعة بالإقامة ، لم يعد حكمها ، ولا بد من استفتاح قرعة أخرى ، ولا سبيل إلى ذلك إلا عند العود ، وفرض إنشاء سفر ، وابتداء إقراع عنده ، وهذا بمثابة ما لو اعتدى المودع وضمن ، فإذا ترك العدوان ، لم يعد أميناً ؛ [إذ]^(١) جرى الائتمان أولاً مطلقاً .

ثم إن حكمنا بأنه يقضي أيام رجوعه للمخلفات ، فلا كلام ، وإن حكمنا بأنه لا يقضي ؛ فالذي قطع به الأئمة : أن الأيام التي لا يقضيها أولها من وقت خروجه متوجهاً إلى الوطن الذي به المخلفات .

٨٦٥٧- وفي بعض التصانيف أنَّ أول الوقت [عند]^(٢) عزمه على [الانكفاء]^(٣) وقصده . وهذا غلط [صريح]^(٤) ؛ فإنَّ حكم الإقامة إذا ثبت لا يزول إلا بمزايلة المكان الذي ثبت حكم الإقامة فيه .

(١) في الأصل : إن .

(٢) في الأصل : عن .

(٣) في الأصل : الانكفاء . والانكفاء : هو الرجوع .

(٤) في الأصل : صحيح .

وإنما وقع لهذا/ المصنف هذا من قول الأصحاب : إنه إذا قصد الإقامة ، لزمه ١٩٦ ش القضاء من هذا الوقت ؛ فظن أن قصد الرجوع في قطع الإقامة كقصد الإقامة في قطع السفر ، وهذا ظاهر السقوط ، ولا مصدر له عن فكر ؛ فإنَّ الإقامة تحصل بمجرد قصد ، كما تحصل [القنية]^(١) في البضائع لمحضر النية ، ولا تنقطع الإقامة إلا بفعل السفر ، كما لا ينعقد حول التجارة إلا بإنشاء عقد التجارة ، فليس هذا إذا معدوداً من المذهب .

وقد ذكر العراقيون اختلافاً للأصحاب على مناقضة هذا ، فقالوا : إذا سافر الرجل ببعض نسائه عازماً على الانتقال إلى البقعة المقصودة ، فهذا ظلم منه ، وإذا انتهى إلى البقعة [المأمومة]^(٢) ، فالأيام التي تنفق الإقامة فيها^(٣) بها مقضية ، والأيام [التي]^(٤) قطع [فيها]^(٥) المسافة من الوطن إلى البقعة ، فعلى وجهين : أحدهما - أنها لا تُقضى ؛ فإنها أيام سفر ، والمسألة مفروضة في الإقراع واتباع خروج القرعة لا محالة .

والثاني - أن تلك الأيام مقضية ؛ فإنها قصدُ ظلم ، فكانت في معنى الظلم ، وهذا [أوجه]^(٦) ، والوجه الأول مزيف ، وليكن ميل الفقيه في الباب إلى القضاء ، مهما وجد فيه مستمسكاً .

٨٦٥٨- وإذا أقام في البقعة التي قصدتها ، وثبت له حكم الإقامة ، وانقطعت رخص المسافرين ، ثم إنه أنشأ سفرأ من تلك البقعة قُدماً ، وهو مُستدبر وطنه مثلاً ، فإن قلنا : أيام رجوعه إلى الوطن مقضية - فهذه الأيام مقضية ، وإن قلنا : أيام الرجوع

(١) غير مقروء بالأصل . والقنية : الاقتناء ، يشير الإمام بها إلى أن من يملك عروضاً للتجارة ، إذا نوى القنية ، أي نوى اقتناءها ، واتخاذها لنفسه ، ينقطع حول التجارة بمجرد نية القنية .

(٢) في الأصل : المأمومة .

(٣) فيها : أي في البقعة المأمومة . وبها : أي بالزوجة التي معه . فالمعنى : الأيام قضاها في البقعة بهذه الزوجة .

(٤) في الأصل : الذي .

(٥) زيادة من المحقق .

(٦) في الأصل : الوجه .

٢٦٦ _____ كتاب القَسَمِ والنشوز / باب القسم للنساء إذا حضر سفر

لا تُقضى ، فالحال ينقسم في تقدمه بالسفر ، فإن بدا له هذا السفر الآن ، ولم يكن [عازماً]^(١) عليه في خروجه الأول ، فهذه الأيام مقضية ؛ فإنه أنشأ السفر عن إقامة ، وما كان عزم عليه قبل .

وإن كان نوى أن يمتد إلى بغداد ، فأقام بالرّي الإقامة التي وصفناها ، ثم استتم سفرته إلى بغداد ؛ فهذا فيه احتمالٌ ، على قولنا : أيام الرجوع غيرُ مقضية ، والأوجه هاهنا : وجوب القضاء .

ويجوز أن نفصل بين أن يقطع نية السفر ، ثم تبدو له فيعود ، وبين أن يكون مستديماً لنية السفر الأقصى ، ولكن نوى إقامة أيام في بقعة ، فتتظم أوجه ، وجهان عامّان في النفي والإثبات ، ووجه مُفصّل ، كما نبهنا عليه .

ولو نوى مُقام المسافرين ، فهو مسافر ، لا يتغير من الحكم الذي ذكرناه في القسم شيء .

٨٦٥٩- وذكر العراقيون أنه إذا سافر ببعض نسائه سفرأ قصيراً ، فيلزمه القضاء ، وزعموا أن القضاء إنما يسقط في السفر الطويل عند فرض القرعة المسقطة للاختيار ، وكأنهم عدّوا سقوط القضاء في مقابلة المشقة التامة .

وكان شيخي يتردد في هذا ويقول : من الرخص ما يتعلق بالسفر القصير والطويل ي ١٩٧ وفاقاً ، أو على / قول ، وأحراها بالذكر الجمع بين الصلاتين تقديماً وتأخيراً .

والوجه عندي : القطع بما ذكره العراقيون^(٢) ؛ فإن ما نحن فيه يضاهي إسقاط العبادات ، أو تخلية الأوقات منها . وهذا الفن لا يثبت إلا في السفر الطويل ، والله أعلم .

فهذه المسائل أطلقها الأصحاب وما أحوجها إلى رباط يحويها .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) لم يرجح الرافي ولا النووي أياً من الوجهين ، ولكنهما نقلًا ترجيح صاحب التهذيب وصاحب التتمة للتسوية بين السفر الطويل والقصير (ر . الشرح الكبير : ٣٨١/٨ ، والروضة : ٣٦٣/٧) .

٨٦٦٠- وقد أجرى الأصحاب في صدر الباب النُقْلة ، وهذا قد يخيّل أن إقامة أيام وإن جرى العزم عليها لا توجب القضاء ، ثم صرحوا بأنه لو أقام أربعة أيام على قصد وعزم - فهذه الأيام مقضية . وكل ما [ذكروه]^(١) صحيح .

والضبط فيه أن سفر النُقْلة ببعض النساء محرّم ، يعني تخصيص المخرّجة . والسفر إذا لم يكن سفر نقلة ، وكانت الحاجة تمسّ إلى إقامة أيام بالقصد ، فهذا النوع من السفر مما يسوغ فيه تخصيص بعض النسوة بالقرعة ، وليس كسفر النقلة ، ويجب قضاء أيام الإقامة ؛ لمكان التودّع^(٢) وزوال المشقة .

وإن كان السفر عرياً عن قصد النقلة ، ولم تكن [فيه]^(٣) إقامة تزيد على مدة المسافرين ؛ فيجوز الخروج ببعض النسوة بالقرعة ولا يلزمه القضاء .

٨٦٦١- فالأسفار إذن على ثلاث مراتب .

[المرتبة الأولى] :^(٤) سفر النقلة ، وهذا هو الذي لا يجوز الخروج فيه ببعض النسوة ؛ فإنه لا يتصور أن يجمع من يقصد الانتقال بين قصد الانتقال وقصد القضاء ، فيجرد قصده ظمناً ، فكان مقصوده محرماً .

والمرتبة الثانية : سفر^(٥) فيها تودّع يُسقط رخص المسافرين ، فالخروج ببعض النسوة على شرط تحكيم القرعة جائز ، ثم أيام الإقامة إذا انقضت مقضية ؛ لما فيها من التودّع .

والمرتبة الثالثة - [هي]^(٦) سفر طويلة لا [يتخللها]^(٧) ولا يتصل بمنتهاها ،

(١) في الأصل : ذكره .

(٢) التودّع : أي الدعة والراحة من السفر .

(٣) في الأصل : فيها .

(٤) هذا العنوان من وضع المحقق .

(٥) في الأصل : لسفرة .

(٦) في الأصل : في .

(٧) في الأصل : يتخللها .

[إقامة]^(١) في أيام تزيد على مدة إقامة المسافرين ، فيجوز تخصيص بعض النسوة [بالإقراع]^(٢) ، والقضاء منتفٍ في جميع الأيام ، فإنَّ حكم السفر مطرد فيها .

٨٦٦٢- ثم ننعطف ونقول : إذا خرج بالبعض وقصدَه النقلة ، وأقرع ، فعلى أيام خروجه إلى الانتهاء إلى المقصد خلاف ، ذكره العراقيون وإذا كان على قصد إقامة أيام في منتهى السفر مثلاً ، فأيام خروجه إلى الانتهاء إلى المقصد غيرُ مقضية بلا خلاف .

وأما المرتبة الثالثة ، فلا كلام فيه ؛ فإنَّ جُملة الأيام عرية عن التودّع ، وفيها دقيقة لطيفة ، وهي : أنَّ المسافر [إن]^(٣) كان لا يقيم بمقصده إلاَّ يوماً واحداً ؛ فإنه لا يقصر في المقصد ولا يفطر ؛ إذ لو عُدَّ ذلك منزلاً ، لكانت مرحلة واحدة كافية ؛ لأجل أنها إذا حسبت ذهاباً ومجيئاً ، صارت مرحلتين ، [فإننا نميز]^(٤) الرخصة في السفر من غرض القَسَم ؛ فإنَّنا لا نوجب القضاء إذا لم يُقم في مقصده ، وإن كان لا يقصر ، لأن [مبنى]^(٥) هذا الباب على زوال التودّع ، ومبنى الرخص على انتهاء السفر ، والرجوع ابتداءً آخر .

ش ١٩٧ والذي يقتضيه هذا القياس أنَّ السفر إذا كان مرحلة واحدة ، فيجب أن يكون في إسقاط القضاء [لمرحلتين]^(٦) في التقصير^(٧) ، فإنَّ مدة الكون في خاصية الباب في منتهى السفر كالإقامة في مرحلة من المراحل ، وهذا لطيفٌ حسن ، والاحتمال مع ذلك قائم .

٨٦٦٣- ومما بقي في الفصل : الكلام في أيام الرجوع ، فنبدأ بالمرتبة الثالثة ، ونقول : أيام الرجوع في السفرة التي لا تودّع فيها كأيام الذهاب ، وأيام الرجوع من

(١) في الأصل : أقام .

(٢) في الأصل : « بالإخراج » .

(٣) في الأصل : وإن .

(٤) في الأصل : « فإننا نامن الرخصة » .

(٥) في الأصل : منتهى .

(٦) في الأصل : لمرحلتين .

(٧) كذا . ولعلها في القصر .

السفرة المبينة على قصد النقلة على وجهين ، والأصح فيها : القطع بوجوب القضاء ؛ فإنه لم يجز إقراع له حكم في ابتداء الأمر ، ولست أرى لنفي القضاء وجهاً ، ولكنه مشهور .

فأما أيام الرجوع من المقصد الذي أجرى فيه قصد الإقامة لا قصد الاستيطان ، ففيه وجهان : أصحهما - أننا لا نقضي ؛ فإنَّ السفرة جائزة بسبب القرعة ، وإذا اطرَد الجواز ؛ فلا يُستثنى من سقوط القضاء إلا أيام التودع .

٨٦٦٤- ومما يعترض في الباب أنَّ المسافر إذا قصد بقعة ولم يُرمع الإقامة في مدة ، ولكن ربط أمره بانتجاز حاجة ، فالقول في أنه هل يترخص إذا زادت إقامته على مدة المسافرين مذكور في الصلاة .

فإن أدمنا الرُّخصَ ، فالأيام غير مقضية ، وإن أسقطناها وألحقناه بالمقيم ؛ فالقول فيه كالقول في إبرام العزم على الإقامة أربعة أيام ، فإن قيل : لا تودّع بمن يبرم عزمه [على الرحيل بانتجاز حاجته] ^(١) ، قلنا : ألحق هذا الشخص بالمتودّع [بدليل] ^(٢) سقوط الرخص .

٨٦٦٥- ومما يجري ركناً في الباب أنه لو خرج بواحدة من غير قرعة ، فإذا آب ، قضى للمخلفات إجماعاً ، وينضم إلى وجوب القضاء عصيانه بالخروج بالتي اختارها ؛ فإنه أظهر الميل إليها ، فاقتضى ذلك تعصيته وإلزامه بالقضاء ، فلا نظر - مع ما ذكرناه - إلى مقاساتها المشقة .

٨٦٦٦- ولم يختلف العلماء في أنه إذا أقام عند واحدة من نسائه في الحضر ليمرضها ، فهذه الأيام مقضيةٌ للأخريات ، فإن ماتت المريضة ، خرجت من البين ^(٣) ، ولم يظهر أثر وجوب القضاء في حق الباقيات ، فالوجه أن نقدر كأنَّ التي

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : بالمتودّع به ليل سقوط الرخص .

(٣) البين : هذه من ألفاظ إمام الحرمين التي رأيناها في البرهان وغيره ، ثم ترددت هنا كثيراً ، ومعناها واضح من السياق ، وإن لم نجد لها منصوطة في المعاجم بهذا المعنى .

٢٧٠ _____ كتاب القَسَمِ والنشوز / باب القسم للنساء إذا حضر سفر
ماتت لم تكن . وإن استبَلَّت وبرئت ، قضى تلك الأيام [للباقيات] ^(١) ؛ فإنَّ قيامه
بتمريضها يقع [محضاً] ^(٢) لها ، وليس كذلك الخروج ببعضهن سفرًا ؛ فإنها وإن حظيت
من وجه ، شقيت من وجه .

ثم لا يجوز للرجل أن يقوم بالتمريض ويقطع النُوبَ إلاَّ عند حاجة . وقد رأيت في
هذا تردداً للأئمة ، فالذي ظهر من كلام المعظم أنَّنا نشترط أن يكون المرض مخوفاً ،
وأشار مشيرون إلى أنَّ الحاجة الحاقة كافية ، حتى إذا عظمت الآلام - وإن لم تبلغ مبلغ
الإخافة [ولم] ^(٣) تجد مرضاً - فللزواج أن يقوم بتمريضها .

وإذا كان المرض مخوفاً ، ووجدت المرأة من يقوم بتمريضها ففي جواز قيام الزوج
بتمريضها تردد .

ي ١٩٨ وحاصل المذهب أنَّ المرض إذا اشتدَّ أَلُمُّه ، [ولم تجد] ^(٤) المرأة غيرَ الزوج / ،
فللزواج تركُ النوب لتمريضها ، [وإن وجدت] ^(٥) غيره ، فعلى التردد .

وللزواج القيام بتمريضها في المرض المخوف إذا لم تجد من يقوم مقامه ، فإن
وجدت ، فعلى التردد .

وقد نجز مضمون الباب تأصيلاً وتفصيلاً ، ونحن نذكر على إثر ذلك فروعاً مرتبة
المأخذ . .

فَتَحْرُجُ : ٨٦٦٧ - إذا سافر بواحدة بالقرعة - حيث يسقط القضاء - فلو تزوج بجديدة في
خلال الطريق ، فإنه يخصها بحق العقد ثلاثاً أو سبعاً ، ثم يَقْسِمُ بينها وبين التي سافر
بها ، فلو أراد أن يخلف إحدهما ببلد ، لم يجز إلا بالقرعة ، وإذا فعل ذلك بالقرعة ،
فالتفصيل على ما قدمناه .

(١) في الأصل : الباقيات .

(٢) في الأصل : محض .

(٣) في الأصل : إذ لم .

(٤) في الأصل : ووجدت .

(٥) في الأصل : وإن لم تجد .

ولو خرج بامرأتين بالقرعة ، جاز ، فلو بدا له أن يخلف إحداهما ببلد ، لم يجز إلا بالقرعة .

ولو ظلم إحداهما في الطريق لصاحبتهما ، قضاها في الطريق ، فإن لم يتفق القضاء حتى رجع ، قضى للمظلومة من حق [التي]^(١) ظلمها بها دون حق صاحبتهما المتخلفتين .

ولو خرج منفرداً ، ثم تزوج في الطريق ، لم يلزمه أن يقضي للمخلفات [كل الأيام]^(٢) التي صحب فيها المُتَزَوِّجَةَ في السفر ؛ لأنه خرج ولا حقَّ لهن ، ثم تزوج في السفر ، ولا يتصور عليه القَسَمُ بينهن ، وإنما يجب الإقراع في اللواتي يجتمعن تحته حالة السفر ، فإذا كان الإقراع يُسقط حق المتخلفات ، فابتداء [الزواج]^(٣) بذلك أولى .

قَبْلُ : ٨٦٦٨ - إذا كان تحته زوجتان ، فنكح جديدتين ، فقد ثبت لهما حق العقد ، فلو أراد سفرأ وأقرع ، فخرجت القرعة على إحدى الجديدتين ، فإذا سافر [بها]^(٤) ، فلا شك أن أيامها تدرج تحت صحبة السفر ، إذا كان يصحبها .

فإذا عاد ، فهل يلزمه أن يوفي الجديدة الأخرى حقَّ العقد - إذا لم يكن وفاها من قبل ؟ والمسألة فيه إذا رُفِّت إليه ، فلم يُقَمَّ عندها ؟ اختلف أصحابنا في المسألة فيما نقله العراقيون ، فمنهم من قال : لا يوفيها حق العقد ؛ فإنَّ أيام حق العقد قد انقضت في سفره ، كما انقضت نوبُّ القديمتين ، ثم لا يجب قضاء نوب القديمتين ، فلا يجب تدارك حق العقد .

ومن أئمتنا من قال : يجب أن يوفيها حقَّ العقد ، ولا يقاس حقُّ العقد في ذلك بالقَسَمِ ، وهذا اختيار أبي إسحاق المروزي ؛ والسبب فيه أن معنى التوحش قائم ، وحق القَسَمِ قد يسقط بأسباب ، وهو يجب شيئاً شيئاً ، فإذا كان الرجل مسافراً على

(١) في الأصل : الذي .

(٢) في الأصل : بكل للأيام .

(٣) في الأصل : الزوج .

(٤) زيادة من المحقق .

٢٧٢ _____ كتاب القَسْم والنشوز / باب القسم للنساء إذا حضر سفر
شرط الشرع ، فلا يجب للمخلفات حقُّ القَسْم . وحق العقد يجب دفعةً واحدة ،
لا على قياس القسم ؛ فإنَّ القسم [للتسوية]^(١) ، وحق العقد حق مستحق في الذمة ،
فلا بد من الوفاء به .

وعندنا أنَّ ما ذكره في المزفوفة . فأما التي لم يزفها بعدُ إذا أدخلها في القرعة ،
ولم تخرج القرعة عليها ، فإذا عاد وزفها ؛ فيجب القطع بأن حقها - والحالة هذه -
قائم .

ش ١٩٨ ولو نكح جديدةً وزفها على قديمة ، وخرج مسافراً ، ولم يستصحب / واحدة
منهما ، فإذا عاد ، فالذي أراه أنه يلزمه أن يوفي المزفوفة حق العقد هاهنا ، فإن مضت
أيام في السفر غير محسوبة عليه ، وفي المسألة احتمال على حال ، والعلم عند الله
تعالى .

* * *

(١) في الأصل : التسوية .

باب نشوز المرأة على الرجل

٨٦٦٩- للمطبعة المنقادة النفقة والقسم على زوجها . والناشزة هي الممتنعة من التمكين ، والأصل في الباب قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَعِظُوهُمْ ﴾ وَأَهْجُرُوهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُمْ ﴾ [النساء : ٣٤] . وقد ذكر الشافعي [للآية]^(١) تأويلين : أحدهما - أنَّ هذه الخصال مرتبة على أحوال تصدر منها ، فإن خاف الزوج نشوزها ، ولم يبدُ بعدُ عينُ النشوز ، بل بدت أماراته ، [فيعظها]^(٢) حينئذٍ .

فإن لم تتعظ وأبدت النشوز ، هجرها في المضجع ، فإن أصرت وتمادت ولم تحتفل بالهجر في المضجع ، ضربها ، واقتصد ، عالماً بأنه لو أفضى الضرب إلى الهلاك ، أو إلى فساد عضو ، ضمن .

وقد يرد لفظ الجمع والمراد به ذكرُ المراتب ، والتخييرُ فيها على حسب وقوعها ، قال الله تعالى في آية المحاربة : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ [المائدة : ٣٣] ، فاللفظ للتخيير ، والمراد به الترتيب على قدر الجرائم ، هذا أحد التأويلين .

والثاني - أن [يحصر]^(٣) معنى الآية فيما بعد وقوع النشوز ، وعند ذلك يجمع بين الوعظ والهجر والضرب ، فإذا أمكن حمل هذه الخصال على الجمع - وظاهر الصيغة مُشعرٌ بالجمع - ، فالأولى أن يحمل على ذلك ، فعلى هذا معنى قوله : تخافون ، أي : تعلمون النشوز . وقد يرد الخوف والمراد به العلم .

(١) في الأصل : الأئمة .

(٢) في الأصل : فيعظها .

(٣) في الأصل : يحضر .

٨٦٧٠- واختلفت الأخبارُ في ضرب النساء ، فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تضربوا إماء الله »^(١) فجاء عمر وقال : « يا رسول الله [ذَّئِرْ]^(٢) النساء أي [نشزن]^(٣) واجترأن ، فأذن في ضربهن ، فبسط الرجال أيديهم إلى ضرب النساء ، وجاوزوا الحد ، فأطاف بآل محمد أي : بحُجَرِ نسائه وأهل بيته صلى الله عليه وسلم نساءً كثيرات كلهن يشتكين أزواجهن ، فخرج صلى الله عليه وسلم وقال : لقد أطاف الليلة بآل محمد سبعون امرأة كلهن يشتكين أزواجهن!! خياركم خياركم لنسائكم ، لا يضربن أحدكم ظعيتته ضربه أمته »^(٤) .

ثم تكلم الشافعي في ترتيب الكتاب والسنة ، فذكر وجهين : أحدهما - أنه يحتمل أن تكون الآية وردت بإباحة الضرب ، ثم نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عنه تنزيهاً ، ثم لما استطالت النسوة [بأذهن]^(٥) على الأزواج أذن في ضربهن ، فلما بالغوا ، قال آخرأ : خياركم خياركم لنسائكم ، واستحث على الصبر على أذهن والإعراض عن مجازاتهن على شكاسة الأخلاق وشراستهن ، وهذا [لعمري]^(٦) هو الأصل .

(١) حديث « لا تضربوا إماء الله » رواه أبو داود : كتاب النكاح ، باب في ضرب النساء ، ح ٢١٤٦ ، والنسائي كتاب عشرة النساء ، باب ضرب الرجل زوجته ، ح ٩١٦٧ ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب ضرب النساء ، ح ١٩٨٥ ، والحاكم : ١٨٨/٢ ، ١٩١ ، والبيهقي : ٣٠٤/٧ ، (وانظر تلخيص الحبير : ٤١٣/٣) .

(٢) في الأصل : دَبَّرَ . بهذا الرسم وهذا الضبط .

وذئِر النساء : من قولهم : ذئِر يذأِر ذأراً : أنف وغضب ، واستعد للمواثبة ، فذئِر النساء : أي نشزن على أزواجهن ، وذئرت المرأة على بعلها : نشزت ، فهي ذئِر وذائِر (المعجم) .

(٣) في الأصل : خسرن . وأرها محرفة عن (نشزن) .

(٤) هذا الحديث مع ما قبله : « لا تضربوا إماء الله » أخرجه البيهقي على نحو سياقة إمام الحرمين تماماً إلا بعض ألفاظ ، وفي آخره قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « وإيم الله لا تجدون أولئكَ خياركم » مكان رواية الإمام : « خياركم خياركم لنسائكم ، لا يضربن أحدكم ظعيتته ضربه أمته » (ر . السنن الكبرى للبيهقي : ٣٠٤/٧) .

(٥) في الأصل : « بذلتهن » ، والمثبت اختيار منا على ضوء السياق ، ويساعدنا على هذا الاختيار ورود الكلمة بعد ذلك بسطور .

(٦) غير مقروءة في الأصل .

٨٦٧١- / فإذا تبين أصل الباب ، فسره وأهم ما فيه : تصوير النشوز ، ونحن نذكر ١٩٩ ي فيه ما يشفي الغليل - إن شاء الله عز وجل - ، ثم نذكر طرفاً من الكلام في ضربهن ، ثم نذكر حكم النشوز .

٨٦٧٢- فنقول أولاً : لسنا نشترط في النشوز أن تمتنع المرأة امتناعاً لا يدخل في إمكان الزوج ردّها إلى الطاعة قهراً ، بل إذا نشزت وتمكن الزوج من ردها ، فهي ناشزة ، لهذا طرف أطلقناه ، ويعارضه أنها لو كانت تمتنع امتناعاً يمكن عده من فنون التدلل والمجادبة لتكون أشهى ، فليس هذا من النشوز ، وليس من شرط طاعتها المبادرة التي تُخرج من [خَفَر] ^(١) الحياء إلى تشوّف التوقان ، فما المعتبر إذن في تصوير النشوز ؟

فنقول : إن خرجت عن مسكنه ، فهي ناشزة على تحقيق ، وإن استمكن من ردها . وإن كانت معه ، ولكن كانت تمتنع على الزوج امتناعاً يحوجه إلى تأديبها ، فقد يتعرض الرجل بسبب امتناعها لضرر ؛ بسبب تخلف قضاء النّهمة والشهوة ، فهذا نشوز ؛ فإنّ النشوز ضدّ الطاعة .

والطاعة معلومة في المنقادة على حسب العادة ، وقد تختلف بالبكارة والثيابة ، وعلو المنصب ، والتوسط في الدرجة ، وهذا على تصوير لزوم المرأة أبهة الحياء ، والامتناع هو الذي يلحق إضراراً بالرجل بسبب تأخر الحاجة ، أو يحوجه إلى أن ينتصب مؤدّباً ، والنكاح للإناس والاستئناس ، والذي يحقق ذلك : أن الطاعة تمكينٌ منها ، وهي تستفيد به تقرير حقها ، فإذا احتاج الزوج في تحصيله إلى تضرر أو مقاساة [كُلْفَة] ^(٢) ، فله أن يتركها حتى يضع حقها .

٨٦٧٣- والترتيب في ذلك أنها إذا خرجت من مسكن النكاح ، فهي ناشزة كيف فرض الأمر ، وإن لم تخرج وعُدّت مطيعةً ، والزوج لا يحتاج في تحصيل الغرض منها إلى مقاساة كلفة ، أو تعرض لضرر أو إقدام على ضرب ؛ فهي مطيعة . وإن كان

(١) في الأصل : خفة .

(٢) في الأصل : كلفته .

يحتاج إلى كُلفة أو ضرب أو تعرض لضرر ، فهي ناشز .

ولو كانت تمكن من الوقاع ، وتمنع مما عدها من جهات الاستمتاع ، فكيف السبيل وهي ممكّنة من المقصود ؟ فهذا نوع من النشوز ، وأقرب أصل إلى ذلك ما ذكرناه في الأمة ، إذا كان السيد يسلمها ليلاً ولا يسلمها نهاراً ، فذاك أولاً سائغ للسيد . ثم في وجوب النفقة خلاف ، وما ذكرناه في الحرة غير سائغ لها ، وهي مُمكّنة^(١) من المقصود ، ففي استقرار النفقة تردد ، ولكنها مجبرة على ما يحاوله الزوج منها إذا كان لا يكلفها ما لا يسوغ .

فهذا قولنا في تصوير النشوز .

ش ١٩٩ ٨٦٧٤- وليس من النشوز أن تَبْذُو^(٢) على زوجها ، وتستطيل / عليه سباً وشتماً ، فإنها إذا كانت تُمكن مع ذلك ، فالتمكين [جارٍ]^(٣) ولا نشوز ، وهي ممنوعة عن المسابّة مزجورة عنه ، وإن أفضى الأمر إلى التعزير عُرِّرت ، وفيه فضل نظر أذكره في فصل الضرب .

٨٦٧٥- فأما القول في الضرب ؛ فالأولى ألا يضرب ، وليس كالولي في حق الطفل [العِرم]^(٤) ، فإننا نؤثر له أن يؤدبه ، والفرق أن الولي يؤدبه لاستصلاحه ، والزوج يؤدب زوجته لتصلح له ، والضرب ليس فيه توقيف ، والجبلاّت تختلف باختلاف الأحوال في احتمال الضرب ، فالأولى ألا يتعرض للضرب المفضي إلى الغرر لحظّ نفسه [ففيه]^(٥) الحيد عن الصفح وحسن المعاشرة .

-
- (١) ممكّنة : بفتح الكاف هنا ، والمعنى أنّ الحرة ليس لديها مانع يسوّغ لها عدم تمكين الزوج من أي جهة من جهات الاستمتاع ، بخلاف الأمة لا يسلمها السيد إلا ليلاً .
 - (٢) تَبْذُو عليه : من قولهم : بَذُو بَذاءً وبذاءة ، وبَذَوْتُ عليهم وأبذيتهم ، من البذاء وهو الكلام القبيح . (القاموس المحيط) .
 - (٣) في الأصل : جازٍ (بالزاي) .
 - (٤) العِرم : من قولك عَرَمَ فلان يعرُم عَرَمًا : اشتدّ وخبث ، وكان شريراً (المعجم) .
 - (٥) في الأصل : فيه .

وإذا أراد الضرب ، ففي وقته تردد ، ذكر العراقيون وجهين في أن الزوج هل يُبادر الضرب بأول نشوز ، أم لا يجوز له الضرب حتى يستمر أو يتكرر منها النشوز ؟ [وتلقوا] ^(١) ما حكّوه من الاختلاف عن ظاهر القرآن ؛ فإنه عز من قائل قدم ذكر الوعظ ، ثم عقبه بالهجر ، ثم اختتم بالضرب ، فنبه سياق الخطاب على رعاية التدريج ، ثم ظاهر كلامهم - [في] ^(٢) هذا إذا نصرّوا المنع من الهجوم على الضرب - يشير إلى أن الضرب يقع في الثالثة ، [فإنهم] ^(٣) لما نصرّوا الوجه الثاني رأوا هذه الخصال مجموعة كما ^(٤) ظهر النشوز .

٨٦٧٦- وتحقيق القول في هذا يعطف الفقيه على النظر في حال من يقصد الإنسان في بدنه أو ماله ، فإنّ الدفع يقع على التدريج ، على ما سيأتي مشروحاً - إن شاء الله تعالى - حتى إذا كان الدفع ممكناً بتهييب وزجر في المنطق ، لم يجز الانتهاء إلى الفعل ، ثم الأفعال تترتب على أقدار الحاجة ، والقول في ذلك متيسرٌ سنضبطه في موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

ويجوز أن يقول القائل : المنع من النشوز يجري على ترتيب دفع الصائل في رعاية التدريج ، [ونهايته] ^(٥) في أن الصائل لا يُدفع إلا بما يأتي عليه ، فيجوز دفعه إلى ما يُفضي إلى هلاكه ، وهذا المعنى لا يتحقق هاهنا ، فإنّ [للتأديب] ^(٦) موقفاً من طريق التقريب ، لا يُتعدّى ، كما سنصفه ، إن شاء الله تعالى .

ويجوز أن يقال : ليس ضرب الناشزة في معنى الدفع ، وإنما هو في معنى إصلاحها في مستقبل الزمان . وإذا كانت تنزجر في كل نوبة من النشوز ، نقول : فقد اعتاد ذلك ؛ فلا يمتنع أن يقال : إذا نشزت وظن الزوج أن الوعظ يصلحها والهجر ،

(١) في الأصل : وتلقوه .

(٢) في الأصل : وفي .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) كما : بمعنى عندما .

(٥) في الأصل : « وساه » . هكذا بدون نقط (انظر صورتها) .

(٦) في الأصل : التأديب .

فيقتصر . وإن ظن أنها ستمرن^(١) وسيفسد حقه منها ، فيضربها لتصلح له في المستقبل ، وهذا هو الحق لا غير ، وعليه يجري تأديب الأب ابنه ، غير أن الأب ي ٢٠٠ يصلحه له ، والزوج / يصلحها لنفسه .

٨٦٧٧- ثم المتبع في ذلك الظن ، فإن ظهر للزوج سوء خلقها بنشوز واحد ، ضربها ، وإن قدر النشوز الواحد نادرة ، لم يضربها ، ويختلف هذا باختلاف الأحوال والأشخاص ، ولا نطلب في ذلك يقيناً ، ولا يجوز الإقدام على الضرب من غير ظن في أن الاستصلاح يحصل به .

وإن أبت المرأة وتمادت ؛ وكانت لا تنكف [إلا]^(٢) بالضرب المبرح ، فليس للزوج أن يبرح بها ، وينتهي إلى حالة توقع الخوف عليها ؛ فإن الغرض إصلاحها ، فإذا ظن أنها لا تصلح فضرَبها ، كان ذلك [حَقّاً]^(٣) وشفاء غليل ، وهو غير مسوّغ ، هذا هو السر المتبع ، ولو أفضى الضرب إلى الهلاك ، وجب الضمان ، وإن أفضى إلى نقيصة ثبتت لمثلها حكومة ، فعلى الزوج أن يضمّنه .

وإن جرّ الضرب شيئاً ، ثم زال نوجب على الجاني^(٤) في مثل ذلك شيئاً على وجه بعيد ، والوجه هاهنا : القطع بأنه لا يجب على الزوج شيء .

فإن قيل ضرب الزوج إذا أفضى إلى نقيصة ، فالبعض من هذا لو اقتصر عليه ، لما كان موجباً ضماناً ، فهلاً جعلتم النقيصة بمثابة أثر يترتب على مستحق وغير مستحق ؟ قلنا : إذا جاوز الزوج الحد ، أخرجَ بآخر فعله أوّلَه عن كونه إصلاحاً ، فصار جميع ما صدر منه جناية ، وسنصف هذا في أبواب التعزيرات من كتاب الحدود ، إن شاء الله عز وجل .

(١) ستمرن : أي ستعتاد النشوز ، من قولهم : مرّن وجهه على الأمر : تعود تناوله بدون حياء أو خجل . (معجم) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : حقاً .

(٤) على الجاني : أي في الجنايات ، غير ضرب الزوج كما هو واضح .

٨٦٧٨- ومما أطلقه الأئمة ونطق به القرآن الهجرُ ، وكان شيخني يهجرها في المضجع ، ولا يترك [مناطقَها]^(١) وراء ثلاث ليال ؛ فإنَّ النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك .

وهذا فيه نظر عندنا ؛ فلو رأى استصلاحها في مهاجرتها في المنطق ، فلست أرى ذلك ممنوعاً ، وهو أهون من الضرب . والذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما هو تهاجرُ الأخوين من غير سبب يقتضيه في الشرع .
هذا بيان الهجر والضرب .

٨٦٧٩- [ويتصل]^(٢) به أنها إذا كانت تؤذيه في المنطق ولا تمتنع عليه ، فهل له أن يؤذيها ، أو يرفعها إلى السلطان ؟ فيه ترددٌ بين الأصحاب ، قال قائلون : هي فيما تأتي به وراء التمكين من موجبات التعزير ، كالأجنبية ، كما أنها في منعها حق الزوج من مال أو غيره مما يتعلق بحقوق الزوجية كالأجنبية .

وقال قائلون : يؤذيها الزوج على استطالتها ، وبذاءة لسانها ؛ فإنها وإن كانت ممكنةً مع ذلك ، فهذا ينكِّد المعاشرة ، ويكدر الاستمتاع ، ولسنا ننكر تعلقه بما يوجب استصلاح الزوجة في الحقوق الخاصة في النكاح .

فأما الحكم في سقوط النفقة / ، ففيه^(٣) تفاصيل تتعلق بكتاب النفقات .

* * *

(١) في الأصل : مناطقها .

(٢) في الأصل : ويبطل .

(٣) هنا خلل في ترتيب صفحات الأصل . ولذا انتقلنا إلى ص ٢٠١ شمال ، بدلاً من ٢٠٠ شمال .

باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين

٨٦٨٠- الأحوال الدائرة في هذه الفنون بين الزوجين تنقسم ثلاثة أقسام :

أحدها - أن يصدر العدوان من الرجل في إيذاؤها والإضرار بها ، فإذا تحقق ذلك منه ، منعناه من الإضرار ، واستوفينا منه ما يمتنع عنه من الحقوق ، وإن كان جسوراً لم نأمن أن يضربها ضرباً مبرحاً ، وقد يفضي ذلك إلى هلاكها ، فنحول بينها وبينه ؛ فإننا إن ضربناه لضربه إياها تعزيراً ، فقد يضم لذلك [حقاً]^(١) ويبلغ منها مبلغاً لا يستدرك .

ثم إذا استشعر الوالي ذلك وضرب الحيلولة ، لم يردّها إليه حتى تلين عريكته ، وتظهر عاطفته ، وذلك لا يتبين بقوله ، وإنما يتضح بأن يُختبر ويوكل به في السر من يبحث عن مكنون ضميره فيها ، فإذا غلب على الظن أنه مأمون في حقها رُدّت إليه ، وهكذا يُضاهي البحث عن الإعسار وغيره من الأمور الباطنة المتعلقة بالنفي ، ويتصل به استبراؤنا الفاسق إذا تاب .

وإن لم يتحقق إيذاؤه إياها ، بل ظننا ذلك ظناً ، فالوجه أن يأمر الحاكم من يراقبهما في السر والعلن ، ولا يشترط أن يتحقق ذلك ، ولا يضرب القاضي حيلولة بينهما بمجرد الظن إذا لم تبدر منه بادرة ، فإذا بدرت ، فقد يديم الحيلولة إلى ظهور الظن بالأمر ، وإذا تحققنا الإضرار بها ، فليس إلّا الحيلولة ، فأما إلزام الطلاق ، فلا .

٨٦٨١- وإن تحقق العدوان منها ، فهو النشوز ، وقد مضى فيه باب ، وإن توهمنا نشوزاً ، فلا يد للقاضي ، ويد الزوج متسلطة عليها ، فإن بلغ الأمر مبلغاً يعجز الزوج ، استعان بالسلطان .

(١) في الأصل : حقاً .

٨٦٨٢- وإن نشبت خصومة بين الزوجين ، وأشكل الأمر ، فلم ندر من ^(١) الظالم منهما ؟ وكان الزوج لا يصفح ، والمرأة لا تفتدي ، واشتبه حال الزوجين ، فهذا موضع بعثة الحكمين ، فيبعث الإمام حكمين عدلين حَكَمًا من أهله ، وحَكَمًا من أهلها ، حتى يخلو كل واحد من الحكمين بصاحبه ، فيستطلع رأيه ، ويعرف مكنونَ غرضه ، ورغبته في صاحبه أو عنه ، ثم [يلتقيان] ^(٢) ، ويُثبت كل واحد ما عنده ؛ وإنما استحبنا أن يكونا من الأهلين ؛ لأن انبساطهم أكثر ، واطلاعهم على حقائق الأمور أمكن .

فهذا تصوير بعثة الحكمين .

والأصل في الباب نص الكتاب لقوله تعالى : ﴿ إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ [النساء : ٣٥] [وفي الآية] ^(٣) وجهان من التأويل . قيل : معناه إن [يُرد] ^(٤) الزوجان إصلاحاً ، يوفق الله بينهما .

وقيل : معناه إن يُرد الحكمان إصلاحاً وجرّدا قصدهما في ذلك يوفق الله بين ^(٥) / ٢٠٢ ي الزوجين ببركة قصدهما . وهذا ما فهمه عمرٌ من الآية ^(٦) ، فروي أنه بعث حكمين فرجعا ، وقال : لم يتم الأمر بينهما ، فعَلَاهُمَا بِالذَّرَةِ وقال : « الله أصدقُ منكما ، لو أردتما إصلاحاً ، لوفّق الله » ، فرجعا واعتقدا إصلاحاً ، فلما بلغا مكانهما ، كانا قد أغلقا الباب [وتلاوما] ^(٧) واصطلحا ^(٨) .

٨٦٨٣- ثم [إن] ^(٩) اتفق الثام الحال واصطلاح الزوجين ، فذاك .

- (١) في الأصل : أن .
- (٢) غير مقروءة في الأصل ، لذهاب معظم حروفها ، وقد رناها على ضوء السياق .
- (٣) زيادة اقتضاها السياق .
- (٤) في الأصل : يريد .
- (٥) في الأصل : يوفق الله ذلك بين الزوجين .
- (٦) في الأصل : الأئمة .
- (٧) مكان كلمة ذهب بها التصوير من طرف السطر .
- (٨) أثر عمر رضي الله عنه لم نصل إليه .
- (٩) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

وإن [رأيا]^(١) الحال بينهما [أبعد]^(٢) عن قبول الصلاح ورأيا الخصومة [ناشئة]^(٣) لا تنفصل ، وظنا أن الوجه التفريق [بينهما]^(٤) ، فهل ينفذ الفراق بينهما إذا رأياه ؟ للشافعي قولان في أن التحكيم من الولي [تولية]^(٥) أو هو توكيل من الزوجين ، أحد القولين - أنهما وكيلان لا ينفذان أمراً إلا [برضا]^(٦) الزوجين ، فالذي هو من جانب الزوج وكيله لا يطلّق ولا يخالعه ولا [يثبت أمراً بغير]^(٧) إذن الزوج ، والذي من جانب المرأة لا يختلع عن المرأة بشيء من مالها إلا بإذنها .

وهذا [أحد]^(٨) القولين ، وهو اختيار المزني ، ووجهه أن الطلاق للرجال ، ولا يتعلق به تصرف [متبرع]^(٩) دون الزوج ، إلا في حق المولّى كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - . وهو في حكم [المستثنى]^(١٠) المخصوص الذي لا يقاس عليه ، هذا في جانب الطلاق .

أما بذل مالها من غير [إذنها]^(١١) [بطلقة]^(١٢) فعلى نهاية البعد عن قاعدة القياس .

٨٦٨٤- ومن قال بالقول الثاني قال : للحكمين أن يفرقا [إن]^(١٣) رأيا التفريق ،

-
- (١) في الأصل : رأينا .
 - (٢) تقدير من المحقق ، حيث ذهب التصوير بأطراف السطور .
 - (٣) في الأصل : ناشئة .
 - (٤) تقدير منا مكان كلمة ذهبت من طرف السطر .
 - (٥) تقدير منا مكان كلمة ذهبت .
 - (٦) اختيار من المحقق بدلاً من كلمة سقطت .
 - (٧) كذا قدرناها مكان كلمة غير مقروءة ، وأخرى ذهبت من طرف السطر (انظر صورتها ، وغيرها من الكلمات التي قدرناها في هذه الصفحة) .
 - (٨) تقدير منا مكان ما ذهب .
 - (٩) كذا قرأناها على ضوء ما بقي من أطراف الحروف .
 - (١٠) تقدير منا مكان الساقط .
 - (١١) تقدير منا مكان الساقط .
 - (١٢) في الأصل : مطلقة .
 - (١٣) اختيار من المحقق .

وهو الذي نصّ عليه في أحكام القرآن^(١) ، واحتج بأن الله تعالى سماهما [في كتابه]^(٢) حكمين ، والحكم هو الذي يحكم وينفذ ما يراه قهراً ، ووكيلا الزوجين لا يسميان [حكمين]^(٣) . فإن قيل : قيّد الله تنفيذ الأمر بإرادتهما ، قال : ﴿ إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا ﴾ [النساء : ٣٥] قلنا : إن حملناها على الحكمين ، سقط السؤال ، وإن حملنا قوله : ﴿ إِنْ يُرِيدَا ﴾ على الزوجين فالمعنى : إن [لاحت]^(٤) إرادة الصلاح من الزوجين ، وفق الله^(٥) بينهما .

وعن علي أنه بعث الحكمين بين [الزوجين]^(٦) وقال : « أتدريان ما عليكما ، ما عليكما إن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا ، وإن رأيتما أن تجمعما أن تجمعما » [قالت المرأة : رضيت بكتاب الله بما عليّ فيه ولي]^(٧) ، فقال الزوج : أمّا الطلاق فلا ، فقال عليّ : كذبت حتى تقرر [بما أقرت به]^(٨) »^(٩) . ووجه التعلق بقول علي : أتدريان . . .

(١) الذي في أحكام القرآن للشافعي يؤيد القول الأول ونص عبارته : « . . . بعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، ولا يبعثهما إلا مأمونين وبرضا الزوجين . ويوكلهما الزوجان بأن يجمعاً أو يفرقاً إذا رآيا ذلك .

ثم قال : ولو قال قائل : يجبرهما السلطان على الحكمين كان مذهباً » (أحكام القرآن : ٢١٢ / ١ ، ٢١٣ ، والأم : ١٠٣ / ٥ ، ١٠٤) هذا ولم نجد فيما رأينا من كتب المذهب من عزا الأقوال إلى كتب الشافعي إلا الرافعي ، فقد عزا القول الثاني إلى (الإملاء) وليس إلى (أحكام القرآن) فلعل في الكلام سبق قلم أو وهماً . (الشرح الكبير : ٨ / ٣٩١) .

(٢) اختيار من المحقق .

(٣) تقدير منا على ضوء السياق .

(٤) تقدير منا على ضوء السياق .

(٥) في الأصل : يوفق الله ذلك بينهما .

(٦) تقدير منا .

(٧) هذه الزيادة من نصّ رواية الشافعي في الأم .

(٨) غير مقروء في الأصل ، وأثبتناه من رواية الأم .

(٩) حديث علي بهذه السياقة وبهذه الألفاظ ، هو نص ما رواه الشافعي في الأم : ١٧٧ / ٥ ، إلا أن إمام الحرمين قدّم « إن رأيتما أن تفرقا . . . » على « إن رأيتما أن تجمعما . . . » ورواه أيضاً النسائي في الكبرى : ح ٤٦٧٨ ، والدارقطني : ٢٩٥ / ٣ ، ح ١٨٩ ، والبيهقي : ٣٠٥ / ٧ ، ٣٠٦ ، وعبد الرزاق : ٥١٢ / ٦ ، رقم : ١١٨٨٥ ، ١١٨٨٧ ، وانظر تلخيص الحبير : ٤١٤ / ٣ ح ١٧٢٣ .

الحديث ، [أنه]^(١) فوض الفراق إلى [رأي الحكمين]^(٢) ولما قال الزوج : أمّا الطلاق فلا ، رد عليّ عليه وقال : كذبت . فما معنى تكذيبه ؟ لعله أبدى في الابتداء رضاً بما يستصوبه الحكمان ، ثم رجع عنه ، [فكان]^(٣) ذلك [منه]^(٤) خُلُفاً في الوعد فورد التكذيب عليه .

وإن تعلّق ناصرٌ بهذا القول بأنّ [الضرر]^(٥) مدفوع ، ولسنا نرى للخصومة ش ٢٠٠ [الناشئة]^(٦) الملتبسة مدفعاً ، وترك النزاع [والشقاق]^(٧) / ^(٨) يخالف مبنى الشرع ، فهذا كلام كلي لا يتعلق به على السداد غرض جزئي في محل النزاع .

والذي يقتضيه القياس تقرير النكاح وضرب الحيلولة بينهما ؛ حتى لا يتنازعا . ولا معتمد لهذا القول إلّا التمسك بظاهر القرآن والأثر .

التفريع على القولين :

٨٦٨٥- إن قلنا : الحكمان كالوكيلين ، فسيأتي - إن شاء الله تعالى - تفريع القول في الوكالة في الخلع والطلاق ، والقدر الذي ننجزه لإيضاح التفريع : أنّا إذا جعلنا الحكمين في منزلة الوكيلين ، فإذا لم يجر من الزوجين توكيل ، فليس إليهما من الأمر شيء ، إلّا التفقد والبحث عن محل اللبس ، حتى يتبين للقاضي الظالمُ منهما من المظلوم ، ثم مضى حكم الإنصاف^(٩) والانتصاف .

ولو وكلاً ثم عزّلاً ، أو عزل أحدهما ، انعزل المعزول ، ولو جُناً أو جنّ أحدهما ،

(١) في الأصل : وأنه .

(٢) تقدير منا مكان الساقط .

(٣) في الأصل : وكان .

(٤) اختيار منا مكان الساقط .

(٥) اختيار منا مكان الساقط .

(٦) في الأصل : الناشئة .

(٧) تقدير منا .

(٨) هنا خلل في ترتيب صفحات الأصل . ولذا ستنقل إلى ص ٢٠٠ ش .

(٩) في الأصل : حكم في الإنصاف والانتصاف .

فمن جُرَّ ارتفع التوكيل في حقه ، وإذا أفاق عن الجنون ، فالتوكيل زائل ، فإن أراد أن ينفذ أمراً ، فليبتدئ توكيلاً .

٨٦٨٦- وإن فرَّعنا على القول الثاني ، وجعلنا ابتعاث السلطان تحكيماً ، فلهما أن ينفذا ما يريان الصلاح فيه ، فإن رأيا الطلاق ، طلقاً على السخط من الزوج .

وذكر الأئمة أنهما يختلعان المرأة بشيء من مالها ، وإن لم ترض . وهذا متفق عليه في التفريع على هذا القول .

فإن أنكر مُنكر بذل مالٍ مطلقة في الافتداء بغير إذنها ، فهو كتطليق زوجة إنسان من غير إذنه ، والأموال قد تدخل تحت الحجر ، والطلاق لا يدخل تحت الحجر ، فإذا احتكم الحكم في الطلاق ، لم يبعد فرض الاحتكام على مال الزوجة في طلب الصلاح .

٨٦٨٧- ثم نتكلم وراء هذا في أمور مهمة بها تمام البيان ، فنقول أولاً : نصُّ القرآن مشعر ببعثه الحكمين ، وهذا فيه تأمل على الطالب ، فإننا إن اعتقدنا التحكيم [منهما في مرتبة]^(١) الولاية ، فالعدد يبعد اشتراطه في الوالي ، وإن نزلناهما منزلة الوكيلين ، فالعدد ليس بشرط أيضاً ، وسنذكر في وكالة الخلع - إن شاء الله تعالى - أنَّ الشخص الواحد يجوز أن يكون وكيلاً في الخلع من الجانبين على أحد الوجهين ، فإن كان يتجه رعاية العدد على قول التوكيل عند ميسر الحاجة إلى الخلع ، فيلزم من مساق هذا الاكتفاء بوكيلٍ من جانبه إذا كانت هي تختلع بنفسها .

فإذا جعلنا ذلك تحكيماً ، ففي المسألة احتمال ظاهر ، يجوز أن نتبع القرآن ولا نعقد لظاهره تأويلاً ، ونشترط حكمين ، ويجوز أن نحمل العدد على الاستحباب ، بدليل اتصاله بوصفٍ ليس مشروطاً ، وهو قوله تعالى : ﴿ مِنْ أَهْلِهِ ﴾ . و﴿ مِنْ أَهْلِيهَا ﴾ [النساء : ٣٥] . وهذا مستحبٌ غيرٌ مستحقٍ إجماعاً . وقد يشهد للاكتفاء بالحاكم / ٢٠١ ي الواحد حديثٌ حبيبة^(٢) بنت سهل ، فإنَّ الرسول قطع النكاح بينهما بتاً لما اطلع على

(١) في الأصل : فيهما ومرتبة .

(٢) حبيبة بنت سهل الأنصارية هي زوجة ثابت بن قيس التي اختلعت منه فيما يرويه أهل المدينة ،

أمرهما ، كما سنذكر ذلك في صدر كتاب الخلع - إن شاء الله عز وجل - ، ويقوى التمسك بتلك القصة في تنفيذ الطلاق حكماً وفي [الاتحاد]^(١) الذي أشرنا إليه ، والله أعلم .

٨٦٨٨- ومما يجب النظر فيه أنَّ الحكمين ينبغي أن يكونا على عقلٍ ودراية واستقلال بالاطلاع على خفايا الأمور ، هذا لا بد [منه]^(٢) .

والعدالة لا شك مشروطة ، فلا ثقة بمن يخون نفسه ودينه .

ثم لم يشترط أحدٌ من أصحابنا أن يكونا مجتهدين ، وكيف سبيل اشتراط ذلك ؟ وقد لا يتصدى للفتوى في سعة رقعة إقليم إلا الشخص الواحد ، فكيف نرقبُ مجتهداً من أهله ومجتهداً من أهلها .

ولكن لا بُدَّ أن يكونا عالمين بحكم الواقعة ، فالعقل يرشدهما إلى وجه الرأي والتحويم على الأسرار والخفايا ، وحكم الواقعة تقريرٌ أو تفريقٌ على حسب الاستصواب .

وينشأ من هذا أنَّ الحاكم إذا ولَّى حاكماً ، وكان ما يتعلق به أمورٌ خارجة عن الضبط والنهاية ، فلا بد من كون مولاَه مجتهداً ؛ فإنه بالإضافة إليه بمثابته بالإضافة إلى الإمام الأعظم ، فأما إذا كان الحاكم خاصاً ، فلا يشترط الاجتهاد من المحكم ، ويشهد له الحكمان ، وهذا رمز إلى مراتب الولاية ، وسنأتي فيها بالعجائب والآيات في أدب القضاء ، إن شاء الله عز وجل .

فالذي تَنَحَّلَ من مجموع ما ذكرناه القول في العدد وصفة الحكمين .

٨٦٨٩- ثم قال الأئمة : لا يبعث الحكمين بمبادئ الشر والشقاق ، حتى يظهر

⁼ وسيأتي حديث ثابت بن قيس قريباً ، في أول الخلع . (ر . الإصابة : ترجمة حبيبة بنت سهل) .

(١) غير مقروءة في الأصل . (انظر صورتها) وهذا تقدير منا .

(٢) في الأصل : فيه .

التشاتم والتوائب والأمور المستكرهة المنكرة ، وتنشب الخصومة على [التباس] ^(١) لا يُفك ولا يُدرك في ظاهر الأمر .

ثم إذا كان رأي الحكمين أن يُفَرَّقَا ، فالتفريق يقف على استدعائهما ، وإن كانت هي [المعنة] ^(٢) فهذا ما يجب الوقوف عليه .

ثم إن قدرناهما وكيلين ، لم يقف نفوذ حكمهما على حضور الزوجين ، قياساً على تصرف الوكلاء . وإذا جعلناهما حَكَمِينَ وقد اطلعا على حقيقة الحال ، فلو رأى الحكمان الطلاق ، فغاب الزوجان ، فهل ينفذ تطليقهما مع قطعهما بشكائيهما ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من قال : لا يشترط هذا والمتبع الصواب الذي يريانه .

ومنهم من قال : لا قطع إلا إذا كانا مكبين على الشكاية ، ولا يشترط أحدٌ استدعاء الطلاق والاختلاع ؛ فإن هذا لو شرط ، فهو تنفيذ الفراق على حسب إذنهما ، بل يكفي قيام الشكاية .

٨٦٩٠- ولو تراضيا وأظهرا الوفاق ، فقال الحكمان : إنهما لا يفئان ، / ٢٠٢ ش وسيرجعان إلى التنازع الذي ألغناه منهما مراراً ، فلا تعويل على هذا ، ولا سبيل إلى [الفراق] ^(٣) .

٨٦٩١- فالأحوال إذاً ثلاثة : إحداها - إبداء الوفاق ، فلا فراق معه . والثانية - في إدامة [التلاوم] ^(٤) والتخاصم ، عند ذلك للحكمين أن يُطَلَّقَا إذا رأيا .

والحالة الثالثة - أن [يغيبا] ^(٥) بعد الشكاية أو يسكتا مع الحضور ، وفيه التردد ، والمسألة فيه إذا راجعهما الحكمان فأثرا السكوت .

(١) في الأصل : القياس . وهو تصحيف سخيف أرهقنا أياماً حتى ألهمنا الله الصواب .

(٢) كذا بهذا الرسم والنقط . ولم أعرف لها وجهاً ، مع طول البحث والمعاناة .

(٣) مكان كلمة ذهبت فيما ذهب من أطراف السطور .

(٤) مكان كلمة غير مقروءة .

(٥) في الأصل : يُعِينَا (بهذا الرسم وهذا الضبط) .

فَصْلٌ

قال : « ولو استكرهها على شيء أخذها منها . . . إلى آخره »^(١) .

٨٦٩٢- هذا الفصل من مسائل الخلع ، ولكنه اتصل بتنازع الزوجين [بأخراه]^(٢) .

وصورة المسألة : أنَّ المرأة إذا قبلت الطلاق على مالٍ ظاهر الحال ، ثم ادعت [على]^(٣) الزوج أنه يلزمه ردُّ ما أخذ منها ؛ لأنها كانت مُكرهة على الاختلاع ، والزوج [ساکت]^(٤) ، وأقامت بيّنة على الإكراه ، وإنما فرضنا سكوتها لغرض [يبين]^(٥) . قال : فالمال مردود عليها ، والطلاق يُحكم بوقوعه رجعيّاً ؛ لأنه لم يقر بطواعيتها .

ويمكن فرض المسألة فيه إذا كانت الدعوى على الوكيل من جهة الزوج ، فأنكر الطوعية^(٦) [فالزوج]^(٧) لا يلزمه حكم إنكار الوكيل ، وهذا فيه إذا قامت بيّنة على إكراهها على الخلع قصداً .

فأمّا إذا لم يكرهها على الخلع ولكن [كان]^(٨) يُسيء العشرة معها ، ويؤذيها بالمشاتمة والضرب ، فلو اختلعت وزعمت أنها كانت تبغي الخلاص من أذى الزوج ، فلا يكون هذا إكراهاً ، وإن كان ما يجريه الزوج من الضرب لو خوّف المرأة به ، لكانت مُكرهةً ، وهذا بين . وستأتي حقيقة هذه المسألة في كتاب الخلع ، إن شاء الله عز وجل^(٩) .

(١) ر . المختصر : ٥٠/٤ .

(٢) كذا قدرناها على ضوء ما بقي من أطراف الحروف .

(٣) تقدير منا على ضوء السياق ، وما بقي من أطراف الحروف .

(٤) تقدير منا على ضوء السياق ، وما بقي من أطراف الحروف .

(٥) في الأصل : تبين .

(٦) عبارة الأصل : فأنكر واذكر الطوعية .

(٧) تقدير من المحقق .

(٨) زيادة اقتضاها السياق .

(٩) انتهى هنا الجزء العاشر ، الذي اعتمدناه هنا أصلاً (نسخة وحيدة) من أول (باب الاختلاف في =

.....

* * *

=

إمساك الأواخر (وجاء في خاتمة هذا الجزء ما نصه :
تم الجزء العاشر من نهاية المطلب في دراية المذهب . يتلوه الجزء الذي يليه -
إن شاء الله تعالى - كتاب الخلع . والحمد لله أولاً وآخراً وصلى الله على سيدنا
محمد نبيه وآله وصحبه وسلم تسليماً .
فرغ من نسخه عبد الصمد بن مرتضى بن رحمة بن رفاعة الكندي بتاريخ
العشر الأول من شعبان المكرم سنة اثنتين وعشرين وستمائة .

كتاب الخلع (١)

٨٦٩٣- الأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع .

فأما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُفِيَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾

[البقرة : ٢٢٩] .

فأباح الله تعالى الافتداء ، ورفَعَ الجُنَاحَ في أخذ المال عنه ، ورفع الجُنَاحَ عنها في البذل ، إذا استشعرا هَيْجَ الفتنة وقيام النزاع .

والأصل في الكتاب من جهة السنة ؛ حديثُ حبيبة بنت سهل زوجة ثابت بن قيس بن شماس ، وهو ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج ذات يوم لصلاة الصبح ، فرأى حبيبة على باب الحجرة ، فقال : من هذه ؟ فقالت حبيبة : لا أنا ولا ثابت .

واختلف في معنى قولها ، ف قيل : معناه : لا كنت ولا كان ثابت ؛ إذ كنا سبب شغل قلب رسول الله . وقيل معناه : لا أوافقه ولا يوافقني .

فلما دخل ثابت المسجد ، قال له صلى الله عليه وسلم : « هذه حبيبة تذكر ما شاء الله أن تذكر » . فقالت حبيبة : « كل ما أعطانيه عندي » . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خذ منها » ^(٢) . فجلست في بيت أهلها إلى أن خالعه ، وأخذ المال منها ، وجلست تعتد في بيت أهلها ^(٣) .

(١) من هنا بدأ العمل على نسخة ت ٢ في جزئها الخامس والعشرين ، وهي وحيدة أيضاً حيث انتهى

الجزء العاشر من نسخة ت ٣ ، والله وحده المعين ، والهادي إلى الصواب .

(٢) حديث ثابت بن قيس رواه البخاري : كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ، ح :

٥٢٧٣ ، ورواه أبو داود : كتاب الطلاق ، باب في الخلع ، ح ٢٢٢٩ ، (وانظر التلخيص :

٤١٥/٣ ح ١٧٢٤) .

(٣) هذه عبارات الشافعي بنصها في المختصر : ٥٠/٤ ، ٥١ .

والإجماع منعقد على أصل الخلع . وليس في حديث حبيبة رضا ثابت بالطلاق ،
 ش ٣ ولا/ جرياناً بلفظ المخالعة ، ولا محملاً لقصة حبيبة إلا ما ذكرناه في الحكمين .
 ثم قال الشافعي : آية الافتداء في كتاب الله تعالى مقيدة بخوف النزاع . وهذا
 التقييد لا مفهوم له ؛ فإنه يخرج على الغالب في العادة ؛ فإن الزوجين لا يتخالعان وكل
 واحد منهما راغب في صاحبه ، وقد تكرر الكلام على مثل هذا في المسائل .
 وهذه القصة تدل على [أن]^(١) ما يقدمه الزوج من ضرب^(٢) لا يحمل على الإكراه
 على الخلع ، وفي هذا سر يليق به ، وهو : أن ضرب الزوج إياها يرغبها في الخلاص
 منه ، فتختار الاختلاع . والإكراه على نفس الخلع لا يحدث فيها رغبة في الخلع ،
 وإنما طلب الخلع منها قهراً ، فأنت به قهراً .
 فعرض المزني وبعضُ الأصحاب لكلام في أن الخلع لا يوصف بالسنة والبدعة .
 ولا معنى [للتسرع]^(٣) في ذلك ، فإنه بين أيدينا^(٤) ، وسنذكره مستقصى في الطلاق ،
 إن شاء الله عز وجل .

فَضْلُكَ

قال : « ورؤي عن ابن عباس أن الخلع ليس بطلاق . . . إلى آخره »^(٥) .

٨٦٩٤- اختلف قول الشافعي في أن الخلع فسحُ النكاح على تراضٍ ، أو هو طلاق

على مال ؟

فالمنصوص عليه في الجديد : أنه طلاق . وهو مذهب أبي حنيفة^(٦) واختيار

المزني ، وهو الصحيح ، وبه الفتوى .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في قصة ثابت بن قيس أنه كان قد ضربها (راجع حديثها برواياته المختلفة) .

(٣) في الأصل : للشرع .

(٤) بين أيدينا : أي سيأتي مستقبلاً .

(٥) ر . المختصر : ٥٤ / ٤ .

(٦) ر . مختصر الطحاوي : ١٩١ ، والمبسوط : ١٧١ / ٦ ، ومختصر اختلاف العلماء :

٤٦٥ / ٢ ، مسألة رقم ٩٨١ .

ونص في القديم على أن الخلع فسخٌ ، [ومذهب]^(١) عمر وعثمان/ وعليٌّ أن الخلع ٤ ي طلاق ، ومذهب ابن عباس أنه [فسخ]^(٢) وتوجيه القولين المذكور في المسائل .

وأول ما نذكره - قبل استفتاح التفرع - أن من قال : « الخلع طلاق » من مذهبه أن النكاح لا يقبل الفسخ بالتراضي ، بل جريان الفسخ فيه موقوف على دفع ضرار ، وعلى صفة تضادّ دوام النكاح . وما يكون كذلك ، فهو انفساخ ، لا يتعلق بالقصد .

٨٦٩٥- فإذا تمهّد هذا ، عُدنا إلى التفرع على القولين : فإذا جعلنا الخلع فسخاً ، فهو صريحٌ باتفاق المفرّعين على هذا القول إذا جرى ذكرُ المال ، فإن تخالعا من غير ذكر المال ، فهذا يتفرع على قول الفسخ ، ويتفرع على قول الطلاق .

ونحن نرى أن نؤخّر تفرّيعه على تفرّيع القولين ، ثم نفرده ، ونستقصي ما فيه .
فالخلع مع [المال]^(٣) إذا صريح في الفسخ ، فإذا [قالا : تفاسخنا]^(٤) على مالٍ ذكره ، فالمذهب الأصح : أن الفسخ صريح في إفادة المقصود .

وذكر العراقيون وغيرهم وجهاً أن الفسخ يكون كناية في هذا المقام ؛ لأنه لا ذكر له في الشرع ، ولا جريان له على الألسنة ، والكنائيات تتميز عن الصرائح بما ذكرناه .

وظهر اختلاف أصحابنا في المفاداة مع ذكر المال على قول الفسخ . فمنهم من قال : هي صريح كالمخالعة . ومنهم من قال : إنها [كناية]^(٥) .

ويقرب الاختلاف في هذا من تردد الأصحاب في لفظ الإمساك إذا استعمل في الرجعة :

/ فمن أصحابنا من قال : إنه صريح .

ومنهم من قال : إنه كناية .

٤ ش

(١) في الأصل : وهو مذهب عمر وعثمان وعلي .

(٢) في الأصل : خلع .

(٣) في الأصل : الحال .

(٤) في الأصل : « قلنا لا تفاسخنا » وهو تحريف عجيب . والتصويب من المحقق .

(٥) في الأصل : كنيته .

وكذلك اختلفوا في أن لفظ [الفك]^(١) هل يكون صريحاً في العتق ؟

وإنما نشأ الاختلاف في هذه المسائل عن أصل نُبّه عليه ، وهو : أن من أئمتنا من نظر إلى شيوع المفادة والإمساك والفك ، [في هذه الأغراض]^(٢) ، والصريح ما يشيع في إرادة مقصد . [ومن]^(٣) أئمتنا من نظر إلى جريان هذه الألفاظ في الشرع . [كالمفادة]^(٤) في قوله تعالى : ﴿ فِيمَا أَفْتَدَتْ بِهِ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] . والإمساك في قوله تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣١] . والفك في قوله تعالى : ﴿ فَكَرَّبْهُ ﴾ [البلد : ١٣] .

وحاصل المذهب : أن ما جرى له ذكر في الشرع ، وتكرر حتى صار مشهوراً في الشرع ؛ فهو صريح ، وإن لم يفرض فيه إشاعة في العادة ؛ فإن ما عُرف شرعاً ، فهو المتَّبِع ، وعليه بنينا حمل الدراهم في الأقارير على الثُّقرة الخالصة ، وإن كان قد يغلب العرف على خلاف ذلك ، وعليه ألحق الشافعي [السَّراح والفراق]^(٦) بصرائح الطلاق لمّا ألفاهما^(٧) متكررين .

فأما ما جرى في الشرع مرة واحدة ، كالمفادة ، والإمساك ، والفك ، ولم يكن ذلك شائعاً ؛ ففيه الوجهان .

وما شاع ولم يجر له ذكر في الشرع ، فهل يلتحق بالصرائح ؟ فعلى وجهين . ومنه

-
- (١) زيادة اقتضاها السياق . واعتمدناها من لفظ العز بن عبد السلام في المختصر ، ومن كلام المؤلف الآتي قريباً .
 - (٢) زيادة من المحقق لإيضاح المعنى .
 - (٣) في الأصل : فمن .
 - (٤) في الأصل : والمفادة .
 - (٥) المعنى أن من أئمتنا من جعل الصريح ، هو ما شاع في إرادة المقصد ، ومن أئمتنا من جعل الصريح ما جاء في استعمال الشرع .
 - (٦) في الأصل : « ألحق الشافعي والقران بصرائح الطلاق » والتصويب والزيادة من المحقق .
 - (٧) تكررت مادة (س . ر . ح) في القرآن الكريم بمعنى الطلاق سبع مرات : « أسرحكن » سورة الأحزاب : ٢٨ ، « تسريح » سورة البقرة : ٢٢٩ ، « سرحوهن » مرتين سورة البقرة : ٢٣١ ، وسورة الأحزاب : ٤٩ ، « سراحاً » مرتين ، سورة الأحزاب : ٢٨ ، ٤٩ .
 - وجاءت مادة (ف . ر . ق) بمعنى الطلاق مرتين : « أو فارقوهن بمعروف » سورة الطلاق : ٢ ، « وإن يتفرقا » سورة النساء : ١٣٠ .

قول القائل لامرأته : « أنت^(١) عليّ حرام » ، في هذه البلاد .

وما ذكرناه مرامز ، وسيأتي استقصاؤها في أول الطلاق ، إن شاء الله تعالى .

٨٦٩٦- ومما يتفرع على هذا القول : أنا إذا جعلنا^(٢) المخالعة صريحاً وقطعنا هـ
القول بذلك على الفسخ ، ولا ذكر لها في الكتاب ، فكيف خروج هذا على القاعدة
التي ذكرناها ؟ ولم يختلف أصحابنا أن المخالعة صريحٌ في الفسخ - على قول الفسخ -
وهذا في ظاهره يخرم ما أصلناه !

وسبيل الكلام عليه شيان : أحدهما - أن الخلع جرى في عرف نَقْلَةِ الشريعة ، حتى
كان حَمْلَةُ الشريعة يحملون على التلفظ بها ، والأزواج إذا نطقوا بالخلع رأوه الأصل .
وليس كذلك قول القائل لامرأته : أنتِ عليّ حرام .

ويتجه فيه وجه آخر ، وهو أن الخلع إذا استعمل فسخاً ، فالفسخ يضاوي حلول
العقود ، ولا حصر لألفاظ حلول العقود ، وهي محمولة على الإشاعة ، متلقاة منها
لا غير ، والطلاق تصرف ؛ فإنه ليس فسخاً ، وليس يُشعر بإزالة ملك ، فتطرق إليه
التعبد تطرقه إلى النكاح . وكأن المعتمد فيه ورود الشرع والتكرار فيه .

٨٦٩٧- إذا تبين ما ذكرناه ؛ فلو ذكر الزوج المخالعة على مال ، وقبلته المرأة ،
ونوى الزوج الطلاق ؛ فالذي قطع به المحققون : أنه لا يصير طلاقاً بالنية ، فإنه صريح
في الفسخ ، واللفظ الصريح الموضوع في محله ، إذا قصد مطلقه مقصوداً آخر غير
ما يقتضيه محله ؛ فاللفظ لا ينتقل ؛ ولهذا قلنا : إن الزوج إذا ذكر الطلاق ، وزعم أنه
نوى ظهاراً ، أو ذكر الظهار/ ، وزعم أنه نوى طلاقاً ؛ فاللفظ ينفذ في موضوعه هـ
الصريح ، ويلغو القصد في غيره .

وقد يرد على ذلك لفظ التحريم ؛ فإنه صريح في اقتضاء الكفارة إذا قال الرجل
لزوجته : أنتِ عليّ حرام ، ولو نوى به طلاقاً كان طلاقاً ، وسيأتي ذلك مشروحاً ، إن
شاء الله تعالى .

(١) في الأصل : وأنت .

(٢) في الأصل : جعلناه .

والذي ننجزه الآن ، أن لفظ التحريم لا يختص حكمه في اقتضاء الكفارة بالزوجية ، وأن السيد لو قال لأمتة : أنت عليّ حرام ، التزم الكفارة ، وفي ذلك نزلت سورة التحريم ، فلم يختص التحريم بالنكاح^(١) ، فيجوز ألا يختص في النكاح بمقصود ، هذا هو المذهب .

٨٦٩٨- ومن أصحابنا من قال : الخلع يصير طلاقاً بالنية^(٢) . وهذا ذكره شيخي وطائفة من العراقيين [والوجه]^(٣) فيه : أن الفسخ والطلاق متساويان في بت الملك ورفع النكاح ، فلم يبعد نقله من رفع إلى رفع ، وليس كذلك الطلاق والظهار .

وهذا خيال لا حاصل له ؛ فإن تعطيل الصريح لا وجه له ، وفي حمل الخلع على الطلاق تعطيله في الفسخ ، ويستحيل أن ينفذ الفسخ به ، مع وقوع الطلاق ، هذا لا سبيل إليه .

فلو [أجراه]^(٤) من لا [بصيرة له حيث لم ير لرد]^(٥) الفسخ أثراً ، وقال : ينفذ الفسخ والطلاق ، قيل له : الفسخ يَبَيِّنُ ، والطلاق لا يقع مع البينة . فهذا ما أردناه في ذلك .

فإن قيل : النكاح يفسخ بلفظ [الفسخ]^(٦) عند ثبوت الأسباب المقتضية للفسخ ،

(١) قوله : « لم يختص التحريم بالنكاح » إشارة إلى أن ما صح في قصة سورة التحريم وسبب نزولها ، أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم العسل على نفسه ، في قصة رواها مسلم في صحيحه . واختارها القرطبي في تفسيره . وهو موافق لما اعتمدته المؤلف هنا . (راجع القضية في تفسير القرطبي ، وصحيح مسلم ، وغيرهما إن شئت) .

(٢) هذا الكلام تفرّع على القديم في أن الخلع فسخ لا طلاق .

(٣) في الأصل : فالوجه .

(٤) في الأصل : أجرى .

(٥) ما بين المعقفين من تصرف المحقق بدلاً من عبارة الأصل التي جاءت هكذا « يضره له حيث لم يزد الفسخ أثراً » كذا تماماً بهذا الرسم وهذا النقط والضبط . والحمد لله . صدق تقديرنا ، فقد وجدناه بعينه في مختصر ابن أبي عصرون ، بعد أن حصلنا على هذا الجزء والكتاب مائل للطبع .

(٦) زيادة اقتضاها السياق .

ثم لو استعمل الزوج الفسخ ، ونوى الطلاق/ وقع .
٦ ي

قلنا : لفظ الفسخ لا اختصاص له بالنكاح ؛ فإنه يجري في كل عقد يفسخ ، ثم إنما ينفذ لفظ الفسخ إذا كان ثمَّ موجب له ، فإن لم يكن ، فلا نفاذ له ، فلا يمتنع استعماله في الطلاق . فلو أطلق الزوج لفظ الفسخ ، ونوى به الطلاق حيث يملك الفسخ ، فالمسألة محتملة .

ويجوز أن يُقضى بوقوع الطلاق لصالح اللفظ له ومملكه إياه ، وهذا ما قطع به القاضي .

ويجوز أن يقال : ينفذ الفسخ بصريح لفظه ؛ إذ لا حاجة إلى قصده في الفسخ ، ولا ينفذ الطلاق ، كما ذكرناه في المخالعة ، ولعل الفسخ أولى بالنفوذ إذا وُجد سبب له ؛ فإن ما نُنفذه من الفسخ في الخلع يقتضي التراضي بالفسخ ، فإذا لم يقصد الزوج الفسخ ، ولم يخطر له ببال ، فالتراضي على الفسوخ مفقود ، وهو سبب الفسخ . فليتأمل الفقيه هذا المقام يجد له عوضاً .

٨٦٩٩- ومما نفرّعه على هذا القول : أنا إذا جعلنا الخلع فسخاً ، فلا يصحّ من الأجنبي الاستقلال باختلاع المرأة على حكم الفسخ ؛ فإن الفسخ المعقود بالتراضي شرطه أن يرتبط برضا الزوجين ، فإن العقد يتعلق بهما ، ولا يجوز أن يكون الأجنبي ركناً في فسخ التراضي .

فإن قيل : قد قطع الشافعي أجوبته بتصحيح خلع الأجنبي!

قلنا : سبب ذلك أنه فرّع على الجديد ، ولم يُلفَ له تفريع على القديم . وكانت أجوبته محمولة على أن/ الخلع طلاق . وإذا وقع التفريع عليه ، فيصحّ من الأجنبي ٦ ش [افتداء]^(١) المرأة بالطلاق عن زوجها بمال يبذله ، وينزل هذا بمنزلة افتداء الرجل المستولدة من مولاها بمال يبذله عن مقابلة إعاقه إياها ، والسبب في ذلك أن الطلاق فُرقة ينفرد الزوج بها كالعق ، فإذا علّقه بمال [يلتزمه]^(٢) أجنبي على مذهب الافتداء ،

(١) في الأصل : الافتداء .

(٢) في الأصل : يلزمه .

لم يبعد [و] ^(١) الفسخ المنوط بالتراضي ، يستحيل حصوله بين الزوج والأجنبي .
وقد بقي من التفريع على هذا القول مقدار صالح ، ولكننا رأينا تأخيرَه لغرض لنا
في الترتيب ، ونعود الآن إلى التفريع على القول الآخر .

٨٧٠٠- فإذا قلنا : الخلع طلاق ، فإذا ذكر معه المال ، واتصل بالقبول ؛ فظاهر
المذهب أن اللفظ لا يعمل إلا بالنية .

ونص الشافعي في الإملاء على أن الخلع صريح في الطلاق أو كناية ؛ [اختلف] ^(٢)
الأئمة في مأخذ القولين ، فالذي ذهب إليه معظم الأصحاب أن هذا الاختلاف مأخوذ
[من] ^(٣) أن اللفظ إذا ساغ استعماله في الناس على قصد الطلاق ، فهل يلتحق بالصرائح
بسبب الشيوع وإن لم يتكرر في ألفاظ الشرع ؟ وهذا لفظ مختلف فيه ، وسنذكره
ونستقصيه في موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

فإذا ؛ ظاهر المذهب : أن الصرائح منحصرة في الطلاق والفراق والسَّراح ،
ومعانيها بكل لسان .

وفي المسألة قول آخر : إن الخلع يلتحق بها لشيوعه في الاستعمال .
هذا مسلك لبعض الأصحاب ، وهو الصحيح .

ي ٧ وذهب ذاهبون إلى أن سبب اختلاف القول ذكر/ المال ، وهذا تمسك بالقرينة .
ومذهب الشافعي أن الكنايات لا تلتحق بالصرائح بقرائن الأحوال : كالسؤال ،
والغضب ، وما يظهر في مخايل الإنسان في قصد الطلاق . وسيأتي شرحها ، إن
شاء الله تعالى .

فكان هؤلاء يستثبتون من جملة القرائن : المال ؛ فإنه لا يُبذل هزلاً ،
ولا [يستبطر] ^(٤) إلا لتوطين النفس على المفاداة . ويظهر أثر هذا الاختلاف في مأخذ

(١) (الواو) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : وانفق .

(٣) زيادة لاستقامة العبارة .

(٤) كذا . وهذه القراءة انتهينا إليها بصعوبة بالغة ولعل المعنى : يستبطر أي يستهان بالمال
ويستخف به ، من قولهم بطر النعمة إذا استهان بها وكفرها (المعجم) .

القولين فيه إذا جرى لفظ الخلع من غير ذكر المال ، وقد وعدنا أن نذكر هذا مفرداً مفرداً على القولين .

ومن فوائد التفریع على هذا القول أن الرجل إذا خالع امرأته ثلاث مرات ، لم تحل له إلا بعد زوج ، بخلاف ما إذا جعلناه فسخاً ؛ فإن تكرر الفسوخ - وإن بلغ عدداً كثيراً - لا يؤثر في إيجاب التحليل ، وتحريم العقد ممدود^(١) إلى نكاح ووطء فيه .

فهذا الذي ذكرناه ؛ ذكر قواعد التفریع على القولين ، ونحن نلحق أموراً ، أهمها : الكلام فيه إذا جرى الخلع من غير تعرض لذكر المال .

فَبَيِّنْ : ٨٧٠١ - إذا اختلع الزوجان ، ولم يجبر ذكر المال ، فقال الزوج : خالعتك ، فقالت : اختلعت نفسي ، فهذا نفرعه على قولنا : الخلع طلاق أولاً ، ثم نفرعه على القول الآخر .

فإذا قلنا : إنه طلاق . قلنا : إنه صريح ، فهذا ينبغي على أن كونه صريحاً يتلقى من ذكر المال أو من شيوع اللفظ ؟ فإن تلقيناه من قرينة المال ، فها هنا لا / قرينة ، فهو ٧ ش كناية ، فيحتاج إلى النية .

ثم نفرع أولاً على أن مأخذ القولين من الشيوع ، وهذا ما صار إليه معظم الأصحاب . فإن قلنا : اللفظ صريح . فإذا لم يتعرض لذكر المال ، فهل يجب المال ؟ فيه وجهان : أحدهما - أن المال يجب وإن لم يذكره ؛ فإن اللفظ في العرف يقتضي المال . والوجه الثاني - لا يثبت المال لعدم الذكر والتعرض له .

التفریع : ٨٧٠٢ - إن قلنا : إن المال لا يثبت ، فيقع طلبة رجعية ، ثم هل يشترط القبول ، أم يقع بمجرد قول الزوج ؟ فعلى وجهين : أحدهما - إنه يقع [بمجرد]^(٢) قول الزوج ؛ فإنه إذا نوى الطلاق ، ولم يتعرض للمال ، ولم يثبت الشرع المال ، فلا حاجة إلى قبولها ، فكان ما جاء به طلاقاً مجرداً في ممسوسة من غير استيفاء عدد ، فاقترض ذلك جريانها في عدة الرجعة .

(١) يوجد في الأصل كلمة غير مقروءة بعد كلمة (العقد) . والمثبت عبارة صفوة المذهب .

(٢) في الأصل : مجرد .

والوجه الثاني - أنه لا بد من قبولها ؛ فإن صيغة اللفظ مأخوذة من بناء المفاعلة .
 ووضع باب المفاعلة على التعلق بشخصين ، فإن كان مُشعراً بفعل كالمقاتلة
 والمضاربة ، فذلك الفعل يدور بين شخصين ، فإذا قال : خالعتك ، اقتضى هذا في
 وضع اللسان قبولها ، فكأنه قال : إن قلتِ اختلعتُ ، فأنت طالق .

وقد يتعلق الطلاق بالقبول ، وإن كان المال لا يثبت .

والدليل عليه : أن الزوج إذا خالع زوجته السفهية فقبلتُ ، وقع الطلاق رجعيّاً ، ثم
 ي^٨ لا يثبت المال . ولو لم تقبل ، لم يقع الطلاق / ، فلتكن المخالعة [الخالية]^(١) عن ذكر
 العوض بهذه المثابة .

والذي يقتضيه القياس في هذا ، أنه لو قال : خلعت عنك ، ولم يقل : خالعتك ،
 ونوى الطلاق ، فلا حاجة إلى قبولها ؛ فإن لفظه لم يصدر عن باب المفاعلة .

فإذا تبين هذا مفرعاً على أن اللفظ صريح ، ففيه تفصيل عندنا ، به يتم الكلام ،
 وهو : أن الرجل إذا قال : خالعتك ، ولم يقصد بذلك التماس الجواب منها ، وإنما
 قال على الابتداء : خالعتك ، وهي [تنفي]^(٢) تنجيز الطلاق ، فالوجه : القطع بأن
 الطلاق يقع ، فإن اللفظ يحتمل [التنجيز]^(٣) من غير تعليق بالقبول ، وهو كما لو قال :
 قاطعتك وبارأتك ، فالكنايات يُكتفى بها بدون ما ذكرناه من الاحتمال .

ولو قال : خالعتك ونوى طلاقاً ، [و]^(٤) هو يلتمس بذلك جوابها ، فهاهنا قد يتجه
 الخلاف في أن وقوع الطلاق هل يتوقف على قبولها ؟ فالظاهر عندنا أنه إذا لم يثبت
 المال ، لم يتوقف على قبولها ؛ فإن الطلاق مما يتفرد الزوج به ، وليس وقوعه مرتبطاً
 بمال يتوقف لزومه على التزامها ، فلا وجه إلا تنفيذ الطلاق ، وقصدُ التماس جوابها
 لا أثر له بعد ما نوى الطلاق .

وسيأتي لذلك نظائر في مسائل التدبير من كتاب الطلاق ، إن شاء الله عز وجل .

(١) زيادة اقتضاها استقامة العبارة .

(٢) في الأصل : تنقي .

(٣) في الأصل : التخيير .

(٤) (الواو) زيادة من المحقق .

والوجهان في أن المال هل يثبت بمطلق المخالعة يبتنيان على نظائر لهذه/ ٨ ش المسألة .

منها : أن الرجل إذا دفع إلى إنسان دراهم ، وقال : قارضتك عليها حتى تتصرف ، ولم يسم مقداراً من الربح ، فهل يستحق أجرة المثل إذا عمل ؟ فعلى وجهين . وكذلك لو قال لمن استعمله على أشجار : ساقيتك^(١) ، ولم يذكر له مقداراً من الثمر ، فإذا عمل ؛ فهل يستحق أجرة مثل عمله ؟ فعلى وجهين . وقد تقدم في المعاملات في ذلك مثله .

وما أجريناه كله تفريع على أن الخلع صريح بطريق الشيوخ .

٨٧٠٣- فأما إذا قلنا : إنه يلتحق بالصرائح بقرينة المال ، فإذا لم يجز [ذكر]^(٢) المال ، فهو كناية ، [فتذكر]^(٣) ذلك .

والتفريع على القول الصحيح - وهو أن الخلع كناية ، وإن اشتمل على ذكر المال - فإذا قال : خالعتك ، فقالت : اختلعت ، فهذا ينبنى على أن مطلق هذا اللفظ هل يقتضي المالية ، أم لا ؟

فإن حكمنا بأن مطلقه يقتضي المالية ، فلا يخلو ؛ إما أن ينوي الزوج الطلاق ، وإما ألا ينوي ، فإن نوى الزوج الطلاق ، ونوت المرأة أيضاً طلب الطلاق ؛ فالطلاق يقع بائناً ، والرجوع إلى مهر المثل .

وإن نوى الطلاق ، ولم يذكر المال - والتفريع على أن مطلق اللفظ لا يقتضي المال - فلا يخلو ؛ إما أن ينوي المال ، وإما ألا يجري ذكر المال في ضميرها ، كما لم يجريه في لفظهما ، فإن لم ينوي المال ولم يذكره ، وقلنا : اللفظ لا يقتضيه ؛ فالطلاق يقع رجعيّاً .

فإن قيل : في هذا الكلام اضطراب ؛ من جهة أن التفريع على أن الخلع كناية ،

(١) في الأصل : « ساقيتك لعمل » .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : فتذكر .

٩ ي فكيف ردّدتم/ الجواب في أن اللفظ هل يقتضي المال [بنفسه]^(١) ؟

قلنا : وإن حكمنا بأن اللفظ كناية في اقتضاء الطلاق ، فإننا نُجري الخلاف في أنه هل يقتضي المال في [وضعه]^(٢) أم لا ؟ فكان^(٣) التردد [باق]^(٤) في أن هذا اللفظ هل يقتضي المال أم لا [يقتضيه]^(٥) ، وهذا وجه الكلام ، وقد انتهى إلى قولنا : اللفظ كناية في الطلاق وليس صريحاً في اقتضاء المال .

فلو نويا المال مع نية الطلاق ، فالنية هل تؤثر في المال ؟ والتفريع على أن اللفظ بنفسه لا يقتضيه . [اضطرب]^(٦) أصحابنا في المسألة .

فمنهم من قال : النية لا أثر لها في المال ، فكانها لم تكن . ومنتهى الجواب أن الطلاق يقع رجعياً ، ويتجه هاهنا أن الطلاق لا يقع أصلاً ؛ فإن الزوج نوى طلاقاً بمال ، والتعويل على نيته ، فإذا لم يحصل المال بنيته ، ونيته في الطلاق متقيدة بالمال ، فلا يقع الطلاق ، وهذا وجه فقيه .

ومن أصحابنا من قال : نية المال كذكر المال ، فعلى هذا إذا نوى المال ، ونوت المال ، وثبتت نية الطلاق ، فالطلاق يقع بائناً ، وجهاً واحداً ، تفريعاً على ما ذكرناه . هذا تمام التفريع إذا قلنا : الخلع طلاق .

٨٧٠٤- فأما إذا فرعنا على أن الخلع فسخٌ ، وقد جرى ذكر الخلع والقبول من غير مال - ونحن أوضحنا أن الخلع - على قول الفسخ - صريح في الفسخ ؛ فالذي ذكره الأصحاب : أن هذا يُبنى على أن مطلق هذا اللفظ هل يقتضي المال ؟ وجريان هذا الخلاف على نسق واحد .

٩ ش / فإن قلنا : اللفظ يقتضي المال بإطلاقه - وهو الذي اختاره القاضي وصححه .

(١) في الأصل : نفسه .

(٢) في الأصل : وصفه .

(٣) فكان التردد : كان هنا تامة .

(٤) في الأصل : « بان » والمثبت من (صفوة المذهب) .

(٥) في الأصل : يقتضيها .

(٦) في الأصل : اضطراب .

ووجهه أن الخلع [حلّ]^(١) النكاح ، فكان في معنى عقد النكاح ، ثم عقد النكاح إذا عري عن المهر من غير تفويض صريح ممّن يملك المهر ، يجب فيه مهر المثل . فليكن الفسخ كذلك .

والدليل على تساويهما أن النكاح على العوض الفاسد ينعقد على مهر المثل ، أو على قيمة العوض المسمى إن كان مما يُتقوّم . والخلع على العوض الفاسد في هذا كالنكاح ، فإذا استويا عند تسمية العوض الفاسد ، وجب أن يستويا عند الإطلاق^(٢) .

٨٧٠٥ - فإن قيل : ما وجه من يقول : المخالعة المطلقة لا تقتضي مالا ، وما الفرق [بينها]^(٣) وبين النكاح المطلق ؟ وما الذي أوجب القطع في النكاح ، والترديد في الفسخ ؟ وليس التفرّيع على قول الفسخ على حكم التفرّيع على قول الطلاق ؛ فإن أصل الطلاق أن يكون بغير عوض ، فإذا علّق بالعوض ، كان العوض دخيلاً فيه ، والفسخ تلو النكاح ، فيقتضي من العوض ما يقتضيه النكاح ، فما وجه التردد إذا ؟

قلنا : لا يمتنع تخيل فرق أولاً ؛ فإن النكاح جلبّ استباحة البضع ، فلا يبعد أن [يتأكد]^(٤) العوض فيه . والخلع متضمنه ارتداد البضع إليها ، وهذا لا يستدعي العوض حسب استدعاء الجلب ، فلا يمتنع أن يكون الخلع في ذلك دون العقد .

فإن قيل : جوّزوا [تخلية]^(٥) الخلع عن العوض - لما ذكرتموه - إذا وقع التصريح به ، وقد ذكرتم / قولين في النكاح المعقود على التفويض الصحيح هل يقتضي ثبوت ١٠ ي المهر ؟ فهلا طردتم هذا في الخلع ؟ قلنا : لا يتعرض الأصحاب لهذا ، ولم يسمح بهذا التقريب أحد ، والذي يقتضيه القياس الحقّ قبول ذلك ، والقول بإمكانه ؛ فإن

(١) في الأصل : حدّ .

(٢) في الأصل : « الطلاق » .

(٣) في الأصل : بينهما .

(٤) في الأصل : بتأكيد .

(٥) في الأصل : تخيله .

الفسخ لما كان يتأكد من العوض فيه ، أو كان وضعه على ارتداد المسمى ، فكان يقال : أمر العوض فيه قهري ؛ فإنه بناء وليس بابتداء ، وهذا وجه يبين - لو كان مذهباً لذي مذهب ، ولم يصبر إلى هذا أحد .

فإذا انبنى الخلع على تسمية العوض ، كما انبنى النكاح عليه ، ثم تردد القول في أن العوض هل يثبت في نكاح التفويض - وأصح القولين أنه لا يثبت - فما المانع من مثل هذا في الخلع ؟

ثم كان يجب على هذا التقدير أن يقال : إذا حكمنا بخلوّ نكاح التفويض عن المهر ، فالمسيس فيه يثبت وينبني عليه المطالبة بالفرض ، كما تفصل ، وليس في الفسخ شيء من هذا ، وكان يجب أن ينفذ الفسخ عارياً إذا عري - إما على قطع ، وإما على قول ظاهر - ولم يقل [بهذا]^(١) أحد من الأصحاب ، ولست أحمل تركهم لهذا إلا على ضعف حرصهم في التفريع على القول الضعيف ، وإلا فما ذكرناه واجب ، وليس هو بأبعد من قول المحققين : إن الخلع مع الأجنبي مردود على قول الفسخ . ولم يصبر ش ١٠ إلى هذا أحد من الأئمة الماضين ، ولكن / المفرعين قالوا : جرت الأجوبة على قول الطلاق ، وهذا منتهى الكلام .

٨٧٠٦- فإن قيل : هذا يضمن الخلع - على قول الفسخ - ارتداد المسمى ، كالفسوخ القهرية ، حتى يكون الخلع في النكاح بمثابة الإقالة في البيع ؟

قلنا : ليس [من الحزم]^(٢) في طلب الغايات أن يذكر الإنسان الأقيسة الكلية الكلية ، ويترك حق خاصية العقد الذي فيه الكلام . ومن خاصية النكاح أن المهر إذا تقرر ، ولم [ينقض]^(٣) العقد بخلل مقترن بأصله ، فالمسمى لا يسقط . [ولذلك]^(٤) لم يسقط إذا ارتدت المرأة بعد المسيس على الرأي الظاهر ، ثم في النكاح تقرران :

(١) في الأصل : بها .

(٢) في الأصل : في الحزم .

(٣) في الأصل : « ينقص » واضحة الضبط والنقط .

(٤) في الأصل : وكذلك .

التقرُّر الأكبر بالمسيس ، وقد يليه التقرر بالموت . [والتقرُّر^(١) الآخر^(٢)] هو تقرر لا يتشطر [بلاختلال]^(٣) الواقع بالعقد^(٤) . وهذه الخاصية لا توجد في سائر العقود ، والخلع فسخٌ تراض لا يستند إلى خلل في أصل العقد ، فامتنع سقوط المسمى [به]^(٥) بعد المسيس ، وامتنع سقوط الشطر به قبل المسيس ، فلما اختص بهذه الخاصية نزل على عوض مبتدأ ، ثم كان في ذلك العوض ، كالنكاح الوارد على الصداق ، فهذا أقصى المضطرب في ذلك .

٨٧٠٧- فنعود بعد هذا إلى التفريع ، فنقول :

إن حكمنا بأن مطلق الخلع يقتضي العوض ، فتثبت البينونة بالفسخ ، والرجوع إلى مهر المثل .

وإن قلنا : هذا اللفظ لا يقتضي المال ، فيلغو الخلع ، هكذا/ قال الأصحاب ، ١١ ي من غاص منهم ومن قنع بالظاهر ؛ إذ لا عوض ، ولم يروا خلعاً بلا عوض .
والذي أراه - على القياس الذي قدمناه - أن يثبت الفسخ ولا يثبت العوض ، وهذا احتمال لا تعلق له بنقل .

وقد نجز التفريع على المخالعة المطلقة العريّة عن العوض . والذي ذكره الأصحاب فيه ، ثلاثة أوجه :

أحدها - أنه يلغو .

والثاني - أنه يقع طلاق رجعي .

والثالث - أن البينونة تقع ، والمال يجب .

(١) في الأصل : والتقرير .

(٢) الآخر : يعني به التقرر بالموت .

(٣) في الأصل : بالابتدال .

(٤) قوله : بلاختلال الواقع بالعقد : معناه أن تقرر المهر بالموت لا يقبل التشطر ، مع ما تعرض له العقد من اختلال ، حيث لم يتم استيفاء المعقود عليه ، وهو (البضع) ، فقد مات الزوج قبل المسيس .

(٥) في الأصل : له .

ثم هي على الطلاق طلاقٌ مُبين ، وعلى قول الفسخ فسخ .

هذا حاصل المنقول ، وتحقيقه وتَنَسُّبُهُ من القواعد على ما ذكرناه . وهذا الفرع لباب التفریع على القولين ، وبه [يعتاص] ^(١) الفصل ، فإنه [نحنا نحو] ^(٢) كل قاعدة .

ثم إنا نذكر بعد هذا فروعاً مرسله ونلحقها بالقواعد التي مهدناها .

فَيَرْجَعُ : ٨٧٠٨- إذا قالت المرأة : طلقني على كذا . فقال الزوج : خالعتك بكذا .

فإن فرعنا على أن الخلع فسخ ، لغا قول الزوج ، والنكاح قائم ؛ فإن المرأة التمسّت الطلاق بألف ، ولم يُجبها إلى ما التمسّت ، بل فسخ ، والفسخ دون الطلاق المبين ؛ لأن الطلاق بالعوض يُبين ، وَيَنْقُصُ العدد ، والفسخ لا يَنْقُصُ العدد ، فقد سألت أعظم الفرقتين ، فأجابها إلى أدناهما .

وإن قلنا : الخلع طلاق ، وجعلناه صريحاً ، أو نوى الطلاق ، استحقّ العوض ،

ش ١١ ووقع الطلاق المبين ، فإنه أجابها/ إلى ما التمسّت .

ولو قالت : خالعتني بألف ، فقال : طلقتك عليه ، [والتفریع] ^(٣) على أن الخلع

فسخ ، فقد التمسّت الفسخ ، وأجابها إلى الطلاق ، ففي المسألة وجهان :

أحدهما - أنه لا يقع شيء ، [لأنهما] ^(٤) لم يتفقا على شيء واحد .

والثاني - أنه يقع الطلاق ويثبت العوض ؛ لأنها سألت فُرْقَةً لا تَنْقُصُ العدد ،

فَحَصَلَ الفرقة ، وزادها نقصان العدد .

وحقائق هذه المسائل يتوقف انكشافها على تفصيل القول فيه إذا تخالع الزوجان ،

وجعلنا لفظ التخالع كناية أو تخاطباً بلفظ الكناية ، ثم نفرض بينهما ريبة أحدهما .

(١) في الأصل : يعتاض (بالضاد) ثم المعنى (بالصاد) : مأخوذ من (عَوِص) و(أعوص) ، والمراد أن بهذا التفریع على الأقوال ، وتقعيدها ، وتأصيلها على القواعد والأصول ، يكون الفصل صعباً عويصاً ، وليس أمراً هيناً رخوياً .

(٢) في الأصل : نجا من كل قاعدة .

(٣) في الأصل : فالتفریع .

(٤) في الأصل : لأنها .

وهذا نذكره في باب مخاطبة الرجل امرأته ، ورمزتُ إلى هذا الوعد لعلمي بأن ما ذكرته يختلج في صدور الأكياس .

فصل في

قال : « ولو خالعهما تطليقة بدينار على أن له الرجعة . . . إلى آخره »^(١) .

٨٧٠٩- إذا قال الرجل : خالعتك تطليقة بدينار ، على أن لي الرجعة ، فقبلت ، أو قال : طلقتك طلبة بدينار على أن لي الرجعة .

تصوير المسألة : تدور على تطليق بمال بصريح أو كناية ، مع شرط الرجعة ؛ فالذي نقله المزمي : أن الطلاق واقع ، والعوض المذكور ساقط ، والرجعة ثابتة . لم ينقل المزمي عن الشافعي إلا هذا ، واختار أن الطلاق يقع [بائناً]^(٢) ، والرجوع إلى مهر المثل ، وشرط الرجعة ساقط .

ونقل الربيع عن الشافعي ما اختاره المزمي ، ولم يصحح / في النقل غيره ، ثم ١٢ ي قال : وفي المسألة قول آخر إن الرجعة ثابتة ، والدينار مردود .

وقيل : اختار الربيع ثبوت الرجعة وسقوط العوض ، فنقل ما اختاره المزمي ، واختار ما نقله ، فحصل في المسألة قولان إذا .

٨٧١٠- توجيه القولين : من قال بوقوع البينة ، عوّل على تغليب الفراق ، ورأى شرط الرجعة شرطاً فاسداً . فالشرائط الفاسدة لا تدرأ بينونة [الخلع]^(٣) ، قياساً على جملة الشروط الفاسدة .

وإذا أردنا كلاماً جامعاً في ذلك ، قلنا : إذا كان المخالعة من أهل الطلاق ، والمرأة من أهل [التزام]^(٤) البذل ، وقد تقابل الطلاق والبذل ؛ فحكم ذلك البينة ، وما يناقضهما من الشروط مردود .

(١) ر . المختصر : ٥٢/٤ .

(٢) في الأصل : ثابتاً .

(٣) في الأصل : والخلع .

(٤) في الأصل : إلزام .

ومن نصر القول الثاني ، احتج بأن الطلاق اقترن به ذكر المراجعة والمال ، وهما متناقضان ، فإذا عسر الجمع بينهما ، واستحال [انتفاؤهما]^(١) ، فينبغي أن نثبت أقواهما ، وأقواهما : الرجعة ؛ فإنها تثبت من غير إثبات .

ويجوز أن يُعَصَّدَ هذا القول ، فيقال : الرجعة تُناقض البينة ، ومقصود الخلع : [البينة]^(٢) فشرط الرجعة يناقض مقصود الخلع ، فيدرؤه ، وينزل منزلة عقد النكاح على شرط الانكفاف عن الوطء .

وقد يدخل على ذلك^(٣) أن النكاح المؤقت ، ومضافه إلى بعض المنكوحة فاسدٌ ، ش ١٢ ومؤقت الطلاق مؤبد ، ومبعضه / مكمل . ولا شك أن أقيس القولين ما اختاره المزمي .

٨٧١١- ثم إنه في اختياره استشهد بمسائل ، نقل فيها نصوصاً ، فنذكرها ، ونذكر أقوال الأصحاب فيها .

فمنها : أنه قال : قال الشافعي : « إذا خالع زوجته بطلاقٍ على مال ، وقال : مهما بدا لك أن تستردي العوض ، فاسترديه ، ولي الرجعة ، فالطلاق يقع بائناً ، والرجوع إلى مهر المثل ، ويثبت عليها لازماً لا يدرأ »^(٤) .

والذي صار إليه معظم الأصحاب موافقته ، [وطلبوا]^(٥) الجواب ، والفرق بين هذه المسألة وبين صورة القولين . والذي تحصل من الفرق أن البينة في مسألة الاستشهاد ناجزةٌ [ومقتضى]^(٦) الشرط استدراكها إذا أرادت المرأة استرداد العوض ، [وصورة]^(٧) القولين فيه إذا قرن شرط الرجعة بالمال .

(١) في الأصل : انقضاؤهما .

(٢) في الأصل : والبينة .

(٣) « يدخل على ذلك » : أي يعارضه .

(٤) ر . المختصر : ٥٣ / ٤ .

(٥) في الأصل : وطلب .

(٦) في الأصل : « بمقتضى » .

(٧) في الأصل : وسورة .

والفرق يظهر بين التنجيز وشرط الاستدراك وبين [اقتران نفى]^(١) البينة بالعقد .

وذكر صاحبُ التقريب والشيخُ أبو علي أن من أصحابنا من رأى نص الشافعي في المسألة التي استشهد بها المزني جواباً على أحد القولين ، وقال : إذا نصرنا القول الثاني ، حكمنا بأن البينة لا تقع في مسألة الاستشهاد ؛ فإنه لم يتيها ، بل ردّها ؛ فثبتت الرجعة ، وانتفى المال على القول الذي نصره على المزني .

٨٧١٢- ومما تعلق به المزني لنصرة القول الذي اختاره : / أن الرجل إذا قال لمالك ١٣ ي العبد : أعتق عبدك عني بألف على أن لك الولاء ، فإذا أعتقه على هذا الشرط ، فكيف السبيل فيه ؟

نقل أن العتق ينفذ بالمال على المستدعي ، وله الولاء ، وشرط الولاء باطل مردود .

ومن أصحابنا من قال : الشرط باطل ، ولكن لا يرتدّ العتق به ، ولكن يرتد به طريق الاستدعاء في محاولة نقل الملك أولاً ، وبناء العتق عليه ؛ إذ العتق إن كان لا يقبل الرد ، فطريق الاستدعاء يمكن إبطاله حتى إذا بطل ، نفذ العتق على المنشئ^(٢) ، وله الولاء ، ولا عوض .

وتعلق المزني بمخالعة الرجل امرأته السفهية المحجورة ، فإن الشافعي نص على وقوع الطلاق ، وانتفاء العوض ، وثبوت الرجعة . ووجه استدلال المزني أن المال لم يثبت ، بحيث لم تكن المرأة من أهل الالتزام . وهذه المسألة ستأتي بما فيها ، إن شاء الله تعالى ، ولسنا للإطناب في محاجة المزني . وذكر في أثناء الكلام اختلاع الأمة المزوجة نفسها ، وسيأتي حكم اختلاعها ، إن شاء الله تعالى .

(١) في الأصل : « وبين أمران في البينة » والمثبت من (صفة المذهب) .

(٢) المنشئ : أي المالك الذي سينشئ العتق .

فَصَحَائِهُ

قال : « ولا يلحق المختلعة الطلاق . . . إلى آخره »^(١) .

٨٧١٣- المختلعة لا يلحقها الطلاق في عدة البينونة ؛ فإنها بائنة خارجة عن النكاح ، والطلاق حلٌّ للنكاح ، وخلاف أبي حنيفة^(٢) - مشهور ، والرجعية يلحقها الطلاق في عدة الرجعة ، وفي صحة مخالعة [الرجعية]^(٣) وجهان مشهوران :

نر ١٣ أحدهما -/ أنها تصح ، لأن الطلاق من غير عوض يلحقها ، فيلحقها بالعوض ، وأثر العوض اقتضاء البينونة ، وليست [الرجعية بائنة]^(٤) .

الثاني - أنها لا تبين ، ولا يصح الخلع ، لأن نص الشافعي دالٌّ على أن الزوج إذا وطئ الرجعية ، التزم مهر مثلها . فيبعد أن يكون بحيث يلتزم الزوج المهر بوطئها ويُلزمها بالخلع العوض .

وسنذكر التفصيل في وطئ الزوج الرجعية ، وتفصيل القول في الظهار والإيلاء إذا وُجِّها على الرجعية ، سيأتي في كتاب الظهار والإيلاء إن شاء الله عز وجل .

* * *

(١) ر . المختصر : ٥٤/٤ .

(٢) ر . تحفة الفقهاء : ٢٧٦/١ ، وفتح القدير : ٨١/٤ ، ٨٢ ، ومختصر اختلاف العلماء :

٤٦٧/٢ - مسألة رقم : ٩٨٤ .

(٣) في الأصل : الرجعة .

(٤) في الأصل : الرجعة ثابتة .

باب ما يقع وما لا يقع

قال : « ولو قال لها : أنت طالق ثلاثاً ، في كل سنة تطليقة . . . إلى آخره »^(١) .

٨٧١٤- نقدم على مقصود هذا الباب تفصيل القول في عود الحنث .

فإذا علق الرجل طلاق امرأته بصفة ، ثم بانث عنه بسبب من الأسباب ، فسخ أو طلاق مبين ، ثم عادت إليه ، فلا يخلو : إما أن تبين من غير استيفاء عدد ، ثم تعود . وإما أن يطلقها ثلاثاً ، وتعود إليه بعد التحليل ؛ فإن لم تقع الحرمة الكبرى وبانت ، ثم جدد عليها نكاحاً ، فوجدت الصفة التي علق الطلاق عليها في النكاح الأول في النكاح الثاني ؛ فالمنصوص عليه في القديم : القطع بوقوع الطلاق . وفي الجديد قولان : أحدهما - يقع ، وهو / القول المعروف بعود الحنث . والقول الثاني - لا يقع .^{١٤ ي}

توجيه القولين : من قال : يقع ، احتج بأن التعليق جرى في نكاح ، والصفة تحققت في نكاح ، والنكاح الثاني مبني على النكاح الأول في عدد الطلقات ؛ فإنه لو طلق طليقة واحدة ، فبانث المرأة ، ثم جدد النكاح عليها ؛ [فهو]^(٢) تعود إليه بطلقتين ؟ فإذا انبنى النكاح على النكاح في العدد ، وجب أن ينبنى عليه في اليمين بالطلاق .

ومن قال بالقول الثاني ، احتج بأن التعليق جرى في النكاح الأول ، وقد تصرّم ذلك النكاح ، [فليقتض]^(٣) بما فيه ؛ إذ لو نفذنا في النكاح الثاني يمينه السابقة في النكاح

(١) ر . المختصر : ٥٥ / ٤ .

(٢) في الأصل : فهل .

(٣) في الأصل : فليقتض .

الأول ، لكننا منفذين تصرفه في النكاح الثاني قبله^(١) ، وهذا ينافي مذهب الشافعي .
هذا إذا كان النكاح الثاني قبل وقوع الحرمة الكبرى .

٨٧١٥- فإن علق طلاق امرأته ، ثم طلقها ثلاثاً تنجيزاً ، ثم نكحت زوجاً آخر ، وعادت إلى الأول على شرط الشرع ، ثم وجدت الصفة التي علق الطلاق بها في النكاح الأول ؛ فالمنصوص عليه في الجديد : القطع بأن الطلاق لا يقع ، والحِث لا يعود . وفي القديم قولان .

وإذا جمعنا الصور وضممنا أجوبة القديم إلى الجديد ، انتظم في عود الحِث ثلاثة أقوال :

أحدها - أنه لا يعود أصلاً إذا تخللت البينونة ، وتجدد النكاح .

والثاني - أنه يعود كيف فرض الأمر نظراً إلى حالة التعليق/ ووجود الصفة ، وهما ١٤ واقعان في النكاح .

والقول الثالث - إن الحِث يعود إذا لم تتخلل الحرمة الكبرى ، فإن تخللت ، لم يعد .

والمصير إلى عود الحِث بعد وقوع الثلاث على نهاية البعد ، حتى لا يكاد ينتظم [تعبير]^(٢) فيه عن توجيهه ؛ فإن الرجل إذا علق ثلاث طلاقات بوجود صفة ، فإنما علق ما يملك تنجيزه من الطلاقات ، فإذا أنجز ما علق ، فقد انحل ملكه المعلق ، وكان التنجيز بمثابة الاستيفاء ، فلا يبقى للتعليق متعلقٌ ، ويستحيل بقاء تعليق لا متعلق له .

٨٧١٦- وأبو حنيفة^(٣) فصل في عود الحِث بين أن يقع النكاح الثاني بعد تخلل الحرمة الكبرى وبين أن يقع قبل تخللها ، وهذا الفصل حسن في جانب نفي الطلاق

(١) قوله : « لكننا منفذين تصرفه في النكاح الثاني قبله » : معناه أننا نفوذ التصرف في النكاح قبل أن يوجد النكاح ، وهذا خلاف مذهب الشافعي ، فعنده أن من قال : إذا تزوجت فلانة فهي طالق . لا تطلق بهذا اللفظ .

(٢) في الأصل : تغيير .

(٣) ر . المبسوط : ٩٥/٦ ، ومختصر الطحاوي : ٢٠٣ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٤٠٩/٢ . مسألة رقم : ٩١٥ ، ورؤوس المسائل : ٤٢٠ مسألة رقم : ٢٩٢ .

عند استيفاء الطلقات الثلاث ، ولكنه أفسد على نفسه ، حيث قال : إذا طلق الرجل امرأته ، فبانت ونكحت زوجاً وأصابها ، ثم عادت إلى الأول على شرط الشرع ؛ فمذهبه : أنها تعود إلى الأول بثلاث طلقات . ثم بنى على هذا المذهب مسألة في التعليق ، فقال : إذا علّق ثلاث طلقات بصفة في النكاح الأول ، ثم نجّز طلقتين ، فبانت ونكحت وأصبحت ، وعادت إلى الأول ، فوجدت الصفة ؛ قال : تطلق ثلاثاً ، ومعلوم أنه لما نجّز طلقتين في النكاح الأول ، فقد نجّز مما علق طلقتين ، فإدامة التعلق بما نجّز محال / .

١٥ ي

وهذه المسألة لا تتصور على أصلنا ؛ فإن النكاح الثاني عندنا مبني على النكاح الأول في عدد الطلاق ، كما سيأتي القول في هذا [في] ^(١) الطلاق ، إن شاء الله عز وجل .

٨٧١٧- وذكر الأئمة في تعليق العتق وعود اليمين ما ذكروه في الطلاق . فإذا قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر ، ثم زال ملكه عن الرقبة زوالاً لازماً ، ثم عادت ^(٢) إليه ، فوجدت الصفة في الملك الثاني ؛ ففي وقوع العتق القولان المذكوران في عود الحنث في اليمين المعقودة بالطلاق إذا تخللت بينونة من غير استيفاء عدد ، فإنه تخلل في الموضوعين حالة [لو] ^(٣) فرض فيها وجود الصفة ، لما وقع الطلاق ولا العتاق .

وذكر الأئمة لتنجز الطلقات الثلاث بعد التعليق نظيراً من العتاق ، فقالوا : إذا علق عتق عبد ، ثم نجّز إعتاقه ، ثم التحق بدار الحرب ، وكان كافراً [فسبي] ^(٤) ، وأرق ، ورأينا إرفاقه - على تفصيل في السير ، سيأتي إن شاء الله عز وجل - فإذا عاد ملكاً لمن علق عتقه ، فوجدت الصفة ، ففي وقوع العتق - والحالة هذه - ما في وقوع الطلاق إذا علّق [به ، ثم] ^(٥) نجّز الطلقات الثلاث ، ثم عادت إليه .

(١) زيادة لاستقامة الكلام .

(٢) ثم عادت إليه : أي الرقبة .

(٣) في الأصل : أو .

(٤) في الأصل : يسبي .

(٥) في الأصل : ثم به .

ووجه التشبيه لائح ، فإنه إذا علق الطلاق ، ثم طلق ثلاثاً ، فقد نجز ما علق ؛ وإذا شر ١٥ علق عتق عبده ، ثم أعتقه تنجيزاً ، فقد/ نجز ما علق ؛ فإن العتق ليس مما يتعدد .

٨٧١٨- ومما يتعلق بأطراف المسألة : أنا إذا رأينا عود الحنث ، فلو علق الطلاق في النكاح الأول ، ثم أبان زوجته ، فوجدت الصفة في زمان البينونة ، فلا شك أن الطلاق لا يقع لمصادفة الصفة حالة لو أنشأ الطلاق فيها تنجيزاً كما وقع .

وإذا عادت ، ثم وجدت تلك الصفة في النكاح الثاني ؛ فالذي صار إليه أئمة المذهب : أن الطلاق لا يقع [وإن]^(١) فرعنا على عود الحنث ، واعتلوا بأن الصفة لما وجدت في زمن البينونة ، انحلت اليمين انحلالاً لم تصادف إمكان إعمال ، فانحلت بلا عمل ، فإذا انحلت ، استحال أن يقع في النكاح الثاني شيء . ووجه ذلك أن اليمين لا تنعقد إلا مرة واحدة^(٢) . فإذا وجدت بعد المرة ، فقد زال متعلق اليمين ، وعسر الحكم بالصفة ، فكان موجب ذلك أن تنحل اليمين بلا خلاف .

وحكى العراقيون عن أبي سعيد الإصطخري وجهاً أن اليمين لا تنحل ، لأن يمين الزوج معقودة على طلاق يُملك في زمان يُتصور من فيه التنجيز والتنفيذ ، ويستحيل عقد اليمين بالطلاق على زمان البينونة ، وإذا لم تنعقد على زمان البينونة ، لم تنحل بما يقع في زمان البينونة . وهذا متجه على مذهب الشافعي ، ولكنه بعيد في النقل ، غير معتد به .

ومما يتعلق بهذا الأصل ؛ أن الرجل إذا قال لامرأته : أنت طالق غداً ، ثم أبانها قبل الغد ، فانقضى الغد في البينونة ، ثم عادت ، فلا شك أن ذلك الطلاق المؤقت لا يقع . ولا يخرج في هذه الصورة وأمثالها مذهب الإصطخري ؛ فإن الوقت الذي علق الطلاق به ، قد انقضى قبل النكاح الثاني ، فلا يتصور وجوده في النكاح الثاني ، حتى نتكلم في وقوع الطلاق وعدم وقوعه ، وأما مذهب الإصطخري فيه إذا كان متعلق الطلاق صفةً يتصور وجودها في النكاح الثاني .

(١) في الأصل : فإن .

(٢) هنا سقط في نسخة الأصل - وهي وحيدة - وقد ألحقه أحد مطالعي النسخة بالحواشي وهو نحو ورقة كاملة ، فالله المستعان على فك رموزه .

٨٧١٩- ومما يتعلق بأصل عَوْد الحنث ؛ أن الرجل إذا قال لامرأته : إذا بَنَتِ ونكحتكِ ودخلتِ الدار في النكاح الثاني ، فأنت طالق ، ثم بانت ونكحها ، فدخلت الدار ؛ فالذي ذهب إليه أئمة المذهب أن الطلاق لا يقع أصلاً . وإن فرعنا على عَوْد الحنث ؛ فإنه صرح بتعليق الطلاق في نكاح قبل انعقاده ، وهذا لا يراه الشافعي ولا يسوّغه .

ومن أصحابنا من قال : يخرج هذا على قول عَوْد الحنث ؛ فإن النظر إلى وقوع المعلق في النكاح مع وقوع الصفة في النكاح ، وهذا بعيدٌ مع التصريح بإضافة الوقوع إلى النكاح الثاني ، حتى لا يفرض انحلال اليمين في النكاح الأول [هكذا أجروه]^(١) . والوجه أخذه من عود الحنث بعد استيفاء الثلاث ؛ فإن الحنث ينطبق على ما يتجدد بالنكاح الثاني من ملك .

٨٧٢٠- ومما كان يفرعه شيبخي في هذا الأصل : أن الرجل إذا علق طليقة واحدة بصفة - وهو يملك الثلاث - ثم قال : نجزتُ تلك الطليقة التي علقتها ، فتنتجز الطليقة لا محالة . وهل ينحل التعليق ؟ هذا ينبني على أنه إذا نجز الثلاث ، فهل ينحل التعليق حتى لا يعود في النكاح الثاني ؟ فإن قلنا : لا ينحل التعليق ، فلا^(٢) / معنى [لحل]^(٣) التعليق بالجهة التي ذكرناها .

فإن قلنا : ينحلّ التعليق لو استوفى الطلقات ، فإذا علق واحدة ، ثم نجز واحدة ، وزعم أنها التي علقها ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن التعليق ينحلّ ، [ووجهه]^(٤) يبين .

والثاني - أنه لا ينحلّ ، ويبقى التعليق مرتبطاً بما بقي من الطلقات ؛ فإنه ما كان متعلقاً بطليقة معينة . ولا خلاف أنه لو علق طليقة ، ثم نجز طليقة مُطلقة ، فالتعليق

(١) ما بين المعقفين تقدير منا على ضوء السياق ، امحت الكلمات ، أو كادت .

(٢) انتهى اللحق أو السقط ، وعدنا إلى منتصف الورقة ١٥ ش .

(٣) في الأصل : لحمل .

(٤) في الأصل : وجه .

لا ينحل ؛ فقلوه : نجزت ما علقت تصرّف منه في فكّ التعليق ، وليس ذلك إلى المعلق .

هذا تمام البيان في تمهيد أصل عود الحنث ، ولهذا الأصل تكرر في الكتب على ي ١٦ ما يليق بمقاصدها ، وفيما ذكرناه/ الآن مّنع .

٨٧٢١- وقد عاد بنا الكلام إلى مضمون الباب . فإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق ثلاثاً : في كل سنة واحدة ، رجعنا إليه ، فإن زعم : أنه أراد مدد السنين وتنكيرها ، ولم يرد السنة المعروفة العربية [المستفتحة]^(١) بالمحرم ، فالجواب - ومراده ما وصفناه - أنه يقع في الحال طلقة ؛ لأنه يكون في سنة لا محالة ، وقد أوقع الطلقات الثلاث في [ثلاث]^(٢) سنين ، فلتقع كل طلقة في سنة ، وموجب ذلك وقوع طلقة في الحال ؛ لأنه في سنة ، ولم يعلق الطلقات الثلاث بانقضاء ثلاث سنين .

ثم إذا حكمنا بوقوع طلقة في الحال ؛ لأنه في سنة ، فلو راجعها ، وامتدت عدة الرجعة بتباعد الحيضة ، أو امتداد زمان الحمل ، حتى مضت اثنا عشر شهراً ؛ [فتقع عليها الطلقة الثانية ، فإن راجعها ، وطالت العدة إلى اثني عشر شهراً]^(٣) أخرى ، فيقع عليها الطلقة الثالثة ، فتلحقها الثلاث في أربعة وعشرين شهراً ولحظة ، وهذه اللحظة الزائدة : وقت وقوع الطلقة الثالثة . والوقت الذي وقع فيه الطلقة الأولى محسوب من السنة الأولى . وهذا بين لا يخفى درك مثله على الفطن .

وما ذكرناه فيه إذا تمادت عدة الرجعية ، وارْتجعت المرأة على نظم يقتضي وقوع الطلقات كما صورناه .

ش ١٦ فإن لحقها الطلقة الأولى ، ولم يرتجعها ، وانقضت عدتها قبل مضي السنة/ الأولى ، [وبانت]^(٤) ، فإن نكحها ، فتمت اثنا عشر شهراً من يوم تلفظه بالطلاق

(١) في الأصل : المستحقة .

(٢) زيادة اقتضاها إقامة العبارة .

(٣) ما بين المعقفين زيادة اقتضاها استقامة العبارة ، وهي من عمل المحقق .

(٤) في الأصل : فأبت .

[وَعَقْدُهُ] ^(١) اليمين ، فهل تلحقها الطلقة الثانية ؟ فعلى القول الممهد في عَوْد الحنث .
وقد قدمنا فيه الأقوال / ، والترتيب البالغ [الكافي] ^(٢) ، والكلام في الطلقة الثالثة على [الحق ١٦ شر
ذلك يخرج .

ولو لحقتها الطلقة الأولى ، وانقضت عدتها في السنة الأولى ، ولم يجدد عليها
النكاح حتى مضت السنة الثانية ، فقد انحلت اليمين في الطلقة الثانية ؛ [فإنه كانت
نهايتها] ^(٣) بانقضاء السنة الثانية . وليس هنا محل تخريج الإصطخري ^(٤) ، - بل هو كما
لو قال لامرأته : أنت طالق غداً ، ثم أبانها قبل الغد ، وتصرّم الغد على البيونة ، ثم
جدد النكاح - فلا ^(٥) يقع الطلاق ، [ثم هل يقع الطلاق] ^(٦) الثالث لو امتدت العدة ^(٧) ،
[وهل] ^(٨) تنحل اليمين بمضي تلك اللحظة ؟ قلنا : لا تنحل ؛ فإن أمد الطلاق الثالث
منته . غير أنا ابتدنا ^(٩) الحكم بوقوعه لنحقق دخول الوقت ، وكل طلاقٍ أضيف إلى
زمانٍ ممتد إضافة الشيء إلى ظرفه الزماني ، فإنه يقع في أول جزء منه . فإذا كانت
المرأة بائنة في الجزء الأول من السنة الثالثة ، لم يقع الطلاق .

(١) في الأصل : وعده .

(٢) كذا قرأناها على ضوء ما بقي من أطراف الحروف .

(٣) ما بين المعقفين قرء بصعوبة بالغة على ضوء الظلال الباقية للكلمات . وعبرة العز بن
عبد السلام : « فتنحلّ اليمين المعلقة بها » (ر . الغاية في اختصار النهاية : ج ٣ لوحة رقم :
١١٥ ش) .

(٤) عبارة العز بن عبد السلام : فإن لم يتزوجها حتى مضت السنة الثانية ، فتنحلّ اليمين المعلقة
بها ، بوفاق الإصطخري . (ر . الغاية في اختصار النهاية : ٣ لوحة رقم ١١٥ ش) .

(٥) كذا قرأناها بصعوبة بالغة .

(٦) ما بين المعقفين زيادة اقتضاها السياق .

(٧) قوله : « ثم هل يقع الطلاق الثالث لو امتدت العدة . . . إلخ » مرتبط بما قبل العبارة المعترضة .
والمعنى أنه لو امتدت العدة حتى دخلت في السنة الثالثة ، ومضت منها لحظة تسع وقوع
الطلاق ، فهل يقع الطلاق الثالث بمضي تلك اللحظة ، أم تنحلّ اليمين .

(٨) في الأصل : فهل .

(٩) ابتدنا الحكم بوقوعه : أي حكمنا بوقوعه إن قلنا بعود الحنث . لكن يعترض هنا أن المرأة لم
تكن محلاً لوقوع الطلاق عند دخول السنة الثالثة .

فإذا نكحها [في أثناء السنة الثالثة ، فهذا النكاح جرى في أمد الطلاق الثالث] ^(١) ثم إن قلنا : بَعُودُ الحنث ، فكما ^(٢) نكحها ، طَلقت ؛ فإن هذا زمانٌ من السنة الثالثة ، وهو بمثابة ما لو قال لامرأته : أنت طالق غداً ، ثم أبانها ، فمضى صدرٌ من الغد ، ثم جدد النكاح عليها في بقية من الغد ، ورأينا عود الحنث ، فالطلاق يقع كما ^(٣) ينكحها .

هذا كله فيه إذا قال : أردت بقولي : في كل سنة طلقة ، تنكير السنين ، ولم أُرِدْ تعريفها بالسنين العربية .

٨٧٢٢- فإن قال : أردتُ السنين العربية ، طُلقت في الحال طلقة ، لأنها تقع في سنة عربية . وكلما أهلَّ المحرم ، طُلقت طلقةً أخرى . وقد تقع الطلقة [الأولى] ^(٤) في آخر لحظة من السنة ، وتقع الثانية في اللحظة الأولى من السنة ؛ فتلحقها طلقتان في لحظتين . والفرق بين [هذه] ^(٥) المسألة وبين الأولى مستبين ؛ فإن المسألة الأولى مقتضاها تقدير السنين من وقت نطقه ، فانتظم ذلك الترتيب على ما مضى ، وهذه المسألة مبنية على ما يقع من السنين العربية ، لا على ما يقدره الحالف .

والغرض التام في ذلك يتّضح بذكر مسألة واستغراب ، وجواب عنه .

فإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق ثلاثاً في كل يوم طلقة ، [فإن] ^(٦) قال ذلك وهو [أهـ. للحق] في يوم ، فتقع واحدة في الحال / ، وتقع الثانية كما ^(٧) طلع الفجر في اليوم الثاني ، ولا يتوقف الوقوع على أن ينتهي في اليوم [الثاني] ^(٨) إلى الوقت الذي انعقد فيه اليمين في اليوم الأول . وإن قال : أردت تنكير اليوم ، فالجواب كذلك . فإن قيل : هلا

(١) ما بين المعقفين انمحي تماماً أو كاد ، وقدرناه على ضوء المعنى وظلال الكلام وآثاره الباقية .

(٢) فكما : أي عندما .

(٣) كما ينكحها : أي عندما ينكحها .

(٤) في الأصل : الأخرى .

(٥) زيادة لإقامة الكلام .

(٦) زيادة اقتضاها السياق .

(٧) كما : بمعنى عندما .

(٨) في الأصل : الأول .

حسبتم بعد وقوع الطلاق [زماناً] ^(١) يوم : مثلاً يقع الطلاق في وقت الزوال ، فيتربص إلى انتهاء اليوم الثاني إلى وقت الزوال . وهذا في التحقيق مضي يوم مضي شطره أمس ولم [يمض] ^(٢) مقدار يوم في اليوم الثاني ؟ قلنا : سبب ذلك أنه إذا علق الطلاق باليوم وجعله ظرفاً ؛ فإذا قال : في كل يوم ، فكما ^(٣) طلع الفجر شرعت في جزء من أجزاء اليوم ، وليس كذلك السنة المنكرة ؛ فإنها تطلق على اثني عشر شهراً . فإذا نظر الناظر إلى مسألة الأيام ، ومسألة السنين المنكرة ، ابتدر اعتقاد الفصل بينهما ، ثم تعسر العبارة عن مكنون الضمير . ويُستنكر أمثال ذلك في مسائل الطلاق ؛ فيقع الاعتناء بترصيف العبارة ، وتطبيقها على المعنى .

ونحن نقول : السنة تنكر ، وتعرف ، فيقال : أقبلت السنة إذا قرب هلال المحرم ، واليوم يعرف وينكر . وليس يبعد اعتقاد التبعض فيه أيضاً ؛ فإن الرجل إذا قال لامرأته وقت الزوال : إذا مضي يومٌ ، فأنت طالق ، فلا تطلق حتى تغرب الشمس ، ويدخل اليوم الثاني ، وينتهي إلى وقت الزوال .

ولكن الألفاظ المطلقة في الأيام ظاهرة في الأيام المعرفة . والسنين المطلقة ليست ظاهرة في السنين العربية ؛ فإن تعرف الأيام أظهر من تعرف السنين ؛ كيف ؟ وطبقات الخلق على اختلاف في تعريف السنين ، ولسنا على توقيفٍ حاقٍ في تعريف السنين العربية ، فكان قولُ القائل : أنت طالق ثلاثاً في كل سنة طلقاً ظاهراً في احتساب السنة المنكرة من وقت القول ، وقول القائل : « في كل يوم » ظاهر في اليوم المعروف ؛ حتى يُعدَّ احتساب يوم من يومين في حكم الشاذ ، الذي [يلتبس] ^(٤) الفكر عليه ، إذا لم يُرد ^(٥) .

(١) في الأصل : زمان .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) فكما : أي عندما .

(٤) في الأصل : يلتبس .

(٥) من أراد يريد .

٨٧٢٣- [و]^(١) هذا يتبين بمسألتين : إحداهما - أنه إذا قال : أنت طالق ثلاثاً في كل سنة طلقة ، فراجعناه في قصد التعريف والتنكير ، فزعم أنه لم يكن له قصد ، فهذا عندنا ملتحق بمسائل ستأتي في الطلاق - إن شاء الله تعالى - مستندة إلى قاعدة لا سبيل إلى الخوض فيها الآن ، ولكننا نجز الجواب والفتوى على حسبها ، فنقول : إذا زعم أنه أطلق اللفظ ، ولم ينو تنكيراً ولا تعريفاً ، ففي المسألة وجهان أخذاً من كلام الأئمة في قواعد الطلاق : أحدهما - لفظه يحمل على / التنكير ؛ فإن إطلاق الرجل قوله سنة من غير تعريف محمول على سنة يضعها [ويعتبرها]^(٢) من تلقاء نفسه . هذا هو الغالب في حكم الإطلاق .

والوجه الثاني - يحمل على السنة العربية ؛ فإنه لا تعريف في كلامه . وقد يترجح أحد القولين على الثاني بمصادفته التعريف الشرعي .

وإذا قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً في كل يوم طلقة ، وزعم أنه لم ينو تعريفاً ولا تنكيراً ، فهذا محمول على اليوم المعروف بلا خلاف ؛ [فإنه]^(٣) المفهوم السابق إلى الأفهام ، ومبتدأ الأيام منفصلة في الصورة بتخلل الليالي .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً في كل يوم طلقة ، وزعم أنه أراد تكميل اليوم الذي كان فيه بساعات اليوم الآتي ، فهو إن صدق في حكم الله تعالى محمول على حكم نيته [تديناً]^(٤) . وإن قال : فاقبلوه مني ظاهراً ، فهل [يحمل]^(٥) على هذا ظاهراً ويقبل قوله ؟ فعلى وجهين سيأتي أصلهما ، إن شاء الله عز وجل : أحدهما - أنه يقبل ، لظهور الاحتمال مع النية ، ولا مطمع في تمهيد هذه القواعد بعد ، ومقدار غرضنا الآن إظهار الفرق بين السنين والأيام ، وقد لاح على أبين الوجوه ، والحمد لله رب العالمين .

(١) الواو زيادة اقتضاها للسياق .

(٢) في الأصل : « ويغيرها » .

(٣) في الأصل : فإن .

(٤) في الأصل : يتناً .

(٥) في الأصل : محمل .

٨٧٢٤- وإذا قال : أجرتك هذه الدار ثلاث سنين ، فابتداء المدة من وقت العقد ،
وإذا قال : أجرتكها ثلاثة أيام ، وأنشأ العقد وقت الزوال ، استكملنا الأيام بالتلفيق
كالسنين ، ولا فرق/ بين السنين والأيام في ذلك ، والسبب فيه ارتباط الإجارة ١٨ ي
باستغراق المدة في الموضعين ، والطلاق إنما يقع في أوقات من السنين والأيام .
وهذا تمام الغرض .

* * *

باب الطلاق قبل النكاح

قال الشافعي رحمه الله : « ولو قال : كلُّ امرأة أنزوجها فهي طالق... إلى آخره »^(١) .

٨٧٢٥- إذا قال الرجل لأجنبية : إن نكحتك ، أو إذا نكحتك ، فأنت طالق . فهذا التعليق قبل النكاح لغوٌ ، وإذا نكحها ، لم تطلق .

وإذا قال : كل امرأة أنكحها ، فهي طالق ، فقوله لغو . وقاعدة المذهب أن التعليق تصرفٌ من مالك الطلاق في الطلاق [بما]^(٢) يقبله الطلاق من التعليق ، فإذا لم يملك الطلاق ، [كان]^(٣) تصرفه فيه لغواً . وقال أبو حنيفة^(٤) : التعليق إذا أضيف إلى النكاح على [الإطلاق]^(٥) أو على التعيين في مخاطبة واحدة ، صح ، وإذا فرض النكاح عمِل .

وقال صاحب التقريب : تردد جواب الشافعي في القديم ، ونقل من كلامه [ما يدل]^(٦) على أن قوله في القديم مثلُ مذهب أبي حنيفة ، وتارة ينقل قولاً [بعيداً]^(٧) وتارة ينقل تردداً ، وقد يقول : الطلاق لا يعلّق قبل النكاح في المشهور من قوله ، والصحيح من مذهبه .

ش ١٨ وهذا لم أَره إلا/ في طريقتة ، فنقلته على وجهه ، وتعرضت لصيغ كلامه ،

(١) ر . المختصر : ٥٦/٤ .

(٢) في الأصل : ما .

(٣) في الأصل : وكان .

(٤) ر . تحفة الفقهاء : ٢٩٤/٢ ، والمبسوط : ١٢٩/٦ .

(٥) في الأصل : الطلاق .

(٦) في الأصل : وما يدل .

(٧) في الأصل : معبداً .

ولا عَوْدَ إليه ، والمسألة [خلافية]^(١) مشهورة .

٨٧٢٦- وقد أجرى الأئمة فيها مسائل مذهبية ، ونحن نذكرها ونستعين بالله تعالى .
فمنها أن العبد يملك على زوجته طلقتين ، فلو علق الطلقة الثالثة مع الطلقتين ، فقال لامرأته : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ثلاثاً ، ثم عتق ، ودخلت المرأة الدار بعد العتق ، ففي وقوع الطلقة الثالثة وجهان : أقيسهما - أنه لا يقع ، تخريجاً على [القاعدة]^(٢) التي ذكرناها معتمداً في المذهب ، وذلك أنه علق الثالثة في وقت كان لا يملكها ، فلزم إلغاء تعليقه .

والوجه الثاني - أنه يقع ؛ فإنه لما علق ، كان مالكاً للنكاح ، فصدر تعليقه عن ملك مستقياً عن ملك الأصل ، وشبه بعض الفقهاء هذا بالإجارة ، فإنها تصدر عن مالك الرقبة ، والمنافع [مستجدة شيئاً فشيئاً]^(٣) .

وهذا تكلف ، فإن الإجارة أثبت أصلها للحاجة ثم [المنافع]^(٤) تترتب خِلقةً ووجوداً ، فجعلت كالوجود ، وأما العتق^(٥) ، فإنه ليس مما يُقضى بوقوعه ، بل هو متوقع ، ولو قيل : الغالب دوام الرق ، لكان سديداً .

٨٧٢٧- ومنها أن الرجل إذا قال لأُمته : كل وليدٍ تلديه ، فهو حر ، وكانت حائلاً فعلقت بوليدٍ بعد التعليق ، فإذا ولدته ، فهل ينفذ العتق فيه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه لا ينفذ ؛ لأن الولد لم يكن موجوداً حالة التعليق .

والثاني - أنه ينفذ العتق لصدره عن مالك / الأصل ، والعتق أولى بالنفوذ في هذه ١٩ ي
المسألة من الطلاق الثالث في مسألة العتق ؛ لأن من ملك الأصل ، فذلك يملكه الولد ، وملك العبد النكاح لا يملكه الطلاق الثالث .

ثم إذا نفذنا العتق والطلاق في المسألتين ، فلا حاجة إلى إضافة الطلاق إلى حالة

(١) في الأصل : الخلافية .

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) عبارة الأصل محرفة هكذا : مستوحد شيا .

(٤) في الأصل : النافع .

(٥) المراد عتق العبد الذي علق ثلاث طلاقات .

الملك ، بل يكفي أن يقول العبد : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق ثلاثاً ، ثم يعرضُ العتق ويكفي أن يقول لأتمته : إذا ولدت ولدأ ، فهو حر ، ولا حاجة أن يقول : إذا ولدت ولدأ في ملكي .

٨٧٢٨- ومنها كلامٌ في النذر ، فإذا قال الرجل : إن شفى الله [مريض] ^(١) فله عليّ إعتاقُ عبدٍ ، فإذا شفى المريض ، [لزم] ^(٢) الوفاء بالنذر وإن لم يكن في ملكه عبدٌ حالة النذر ، والسبب فيه أن التعويل في هذا النذر على الالتزام المطلق في الذمة ، والديون كذلك تلزم الذمم ؛ فإنها لا تتعلق بالأعيان ، وإذا كنا نحتمل هذا في أثمان البياعات مع بعدها عن قبول الأغرار ، فلا بعد فيها في النذور القابلة للمجاهيل ، وضروب الأغرار .

ولو قال : إن شفى الله مريض ، فله عليّ أن أعتق عبدأ إذا ملكته ، فهذا صحيح ؛ فإن النذر على هذا التقدير يُلتزم ، وعلى هذا الوجه يُفرض الوفاء به .

ولو قال : إن شفى الله مريض ، فله عليّ أن أعتق عبدَ زيدٍ هذا إن ملكته ، فقد شر ١٩ اختلف أصحابنا : فمنهم من قال : النذر يبطل / ؛ فإن معتمده التصرف في ملك الغير قبل ملكه ، فيبطل ، كما بطل تعليق العتق والطلاق قبل الملك .

والوجه الثاني - أنه لا يبطل ؛ لأن معتمد النذر الذمة ، والذمة مملوكة للملتزم ، والطلاق يتمحض إيقاعاً في العين ؛ فإذا لم [يملك] ^(٣) العين ، لغا تصرفه فيه .

٨٧٢٩- وإذا قال : [أوصيت] ^(٤) لفلان بألف درهم ، وكان لا يملك إذ ذاك حبة ، ثم ملك ما يفي بالوصية ، فالمذهب تصحيح الوصية ، كما لو نذر نذرأ مطلقاً وهو لا يملك شيئاً . وأبعد بعض أصحابنا ، فأبطل الوصية بأنها ليست التزاماً في الذمة ، والنذر التزامٌ ، فكان المنذور دينأ .

(١) في الأصل : مريض .

(٢) في الأصل : ولزم .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : أرضيت .

والذي عليه التعويل التسوية بين البابين ؛ فإن الوصية تقبل من الإطلاق ما يقبله النذر ، فمطلقها وإن لم يكن ديناً كمطلق النذر [إن]^(١) كان ديناً . وإذا استويا في قبول الإطلاق والمطلق لا يرتبط بالعين ، فلا فرق في الغرض المقصود .

وإذا قال : لو ملكت عبد فلان ، فقد أوصيت لك به ، ففي الوصية وجهان : أحدهما - أنها لا تصح ، لوقوعها في عين غير مملوكة ، فكانت كتعليق العتاق والطلاق قبل الملك .

والثاني - تصح ، لأن الوصية مبناها على الغرر والخطر ، ونفوذها في وقت زوال ملك [الموصي]^(٢) ، وكان شيعي يقول : إذا صححنا الوصية مضافة إلى العين ، وصححنا النذر مضافاً إلى العين ، فشرطهما/ أن يقيداً بتقدير الملك ، فيقول الناذر : ٢٠ ي إن ملكت هذا العبد ، ويقول الموصي إن ملكت هذا العبد ، فلو وجه الناذر على عبد الغير مطلقاً فقال : لله عليّ أن أعتق هذا العبد ، ووجه الوصية كذلك على ملك [الغير]^(٣) فالنذر والوصية باطلان .

والظاهر عندنا ما ذكره . وإذا سلم الخائض في المسألة الوصية والنذر المتعلقين بالعين ، ورتب عليه اشتراط الإضافة إلى الملك عسر عليه الكلام في المسألة .

٨٧٣٠- وإذا قال : إن تزوجت فلانة ، فقد وكلتك في طلاقها ، فالوجه القطع ببطلان الوكالة ؛ فإنه تصرف في الطلاق قبل الملك ، وقد اختلف في أن الوكالة هل تقبل التعليق ، والطلاق قابلٌ للتعليق ، فإذا لم يجز تعليق ما يقبل التعليق قبل النكاح ، فكيف تصح الوكالة ؟

ولو قال : وكلتك في بيع عبد فلان أو عتقه إذا ملكته ، وفي طلاق فلانة إذا نكحها ، ثم ملك ، ونكح ، ففيما نقل عن القاضي وجهان في هذا .

(١) في الأصل : وإن .

(٢) في الأصل : الوصي .

(٣) في الأصل : العين .

[والوجه]^(١) عندي القطع بالفساد ؛ فإن الوكالة لا يصح تنجزها ، والتصرف غير ممكن ، فلا فرق في المعنى بين هذه الصورة [والصورة]^(٢) الأولى .

* * *

(١) في الأصل : فالوجه .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

باب

مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها/

ش ٢٠

قال الشافعي رضي الله عنه : « ولو قالت له امرأته : إن طلقنتي ثلاثاً ، فلك عليّ مائة درهم ، فهو كقول القائل : بعني ثوبك هذا بمائة درهم . . . إلى آخره »^(١) .

٨٧٣١- هذا الباب غمرة الخلع ، وفيه خاصيته ومعظم مسائله ، وسبيلنا أن نصدّره بذكر قاعدة الخلع وطباعها ومبناها في الاشتراك والتمحض ؛ حتى نتخذها أصلاً متبوعاً ، ومتعلّقاً مرجوعاً ، وسنين ما يجري من المسائل على السنن ، وما يميل بعض الميل من الشواذ .

قال الأئمة : الخلع إن حكمنا بكونه فسخاً ، فهو محمول على حقيقة المعاوضة من الجانبين ؛ فإنه فسخٌ بمالٍ ، وليس كالفسوخ التي تردُّ على العقود الآخر إذا^(٢) حكمنا [بإرتداد]^(٣) الأعراس من غير ذكرٍ لها ، والخلع إذا جعلناه فسخاً لا يردُّ على العوض المسمى في العقد ، وإنما يردُّ على بدلٍ جديد ، كما سبق تقريره ، وإذا كان فسخاً في نفسه ، [حلّ]^(٤) محل حقيقة المعاوضة حتى لا يقبل التعليق . وهذا الباب العظيم القدر ليس موضوعاً لقول الفسخ ؛ فإن المسائل تشعب من الطلاق على المال .

٨٧٣٢- ونقول قبل الخوض في تمهيد القاعدة : في لفظ (السواد)^(٥) إشكال ، فإن الشافعي قال : « إذا قالت : إن طلقنتي ثلاثاً ، فلك مائة درهم ، فهو كقول الرجل

(١) ر . المختصر : ٥٧/٤ .

(٢) إذا بمعنى : « إذ » .

(٣) في الأصل : ارتداد .

(٤) في الأصل : حالاً .

(٥) السواد : المراد به مختصر المزني .

ي ٢١ بعني ثوبك هذا بمائة درهم » وهذا التشبيه فيه اشتباه ؛ فإن قول الرجل : « بعني » / ليس على صيغة التعليق ، وإنما هو التماس إيجاب ، وقول المرأة : « إن طلقني » تعليق منها ، فكيف يتشابهان ؟ ولو قال الرجل : « إن بعث مني » فهذا اللفظ فاسدٌ ، لا ينعقد به البيع . فنقول : غرض الشافعي تشبيه أحد البابين بالثاني في وقوعهما التماساً بعوض ، ثم يقع الالتماس في كل باب على ما يليق به ، فالبيع لا يقبل التعليق ، فلم يَلَقْ به [إلا] ^(١) الاستدعاء الجازم ، والخلع يتطرق إليه التعليق ، فيقبل الاستدعاء بصيغة التعليق ؛ فإذا قصده المقابلة بينهما في المعنى لا في الصيغة .

٨٧٣٣- ونحن نبتدىء بعد ذلك قاعدةً تبين حقيقة الخلع ووضعه من جانب الزوج وجانب المرأة ، والكلام في الطلاق على المال ، أو التفريع على أن الخلع طلاق .

[فالخلع] ^(٢) إذا طلاق مقابل بعوض ، وهو في جانب الرجل ينتمي إلى التعليق والمعاوضة ، والخلع في جانبها معاوضة نازعة إلى الجعالة ، ثم من حيث اشتمل الخلع في [جانب] ^(٣) الرجل على الطلاق [واستيداء] ^(٤) البدل والمال ، تطرق إليه حكم التعليق في الطلاق ، ومعنى تطرقه إليه أنه قد يجري في مسائل الخلع موجب تعليق الطلاق ، ومن آثاره على الإجمال ، ألا يفرض الرجوع [عنه] ^(٥) ؛ فإن من علق الطلاق ، ثم رام الرجوع عن تعليقه ، لم يجد إلى ذلك سبيلاً .

وقد يتفرع في جانب الزوج حكم المعاوضة ، حتى يثبت له الرجوع عن قوله ، كما ش ٢١ إذا قال الرجل لمن يخاطبه : بعثك عبدي هذا بألف درهم / ، ثم رجع عن قوله قبل أن يجيبه المخاطب ، فالرجوع يثبت ، ولا ينعقد العقد بما يفرض من القبول بعد تقرير الرجوع عن الإيجاب .

فهذا معنى قولنا : الخلع في جانبه يعتري إلى التعليق وإلى المعاوضة ، وليس من

(١) زيادة من المحقق ، لا يصح الكلام إلا بها .

(٢) في الأصل : والخلع .

(٣) زيادة لاستقامة العبارة .

(٤) في الأصل : « واستبدال » . وهو تحريف مضلل .

(٥) في الأصل : إليه .

حق المنتهي إلى هذا الفصل أن يعتقد تبين المقصود منه جزءاً جزءاً على طباع سائر الفصول ، بل ينبغي أن يعلم أن تمام البيان فيه موقوف على نجاهه ، وسبيل التدرج إليه إطلاق [الأصول]^(١) على الإجمال ، ثم بيانها موقوف على انقضاء الفصل .

٨٧٣٤- وذكر الأئمة أن الخلع في جانبها معاوضة ، وزاد المحققون أنها معاوضة نازعة إلى الجعالة ، ثم قد يجري لها لفظ التعليق في استدعاء الطلاق ، بأن تقول : إن طلقني ، فلك ألف ، فإن ظن المبتدئ الفطن أن هذا يناقض ما قدمناه من اختصاص التعليق بجانب الرجل ، قلنا له : لسنا ننكر جريان صيغة التعليق في جانبها ؛ فإن صيغة التعليق تجري في الجعالات ؛ إذ يقول القائل : إن رددت عهدي الآبق ، فلك كذا كذا ، وهذا سائح .

والغرض من الفصل بين الجانبين أن جانب الزوج يشتمل على تعليق الطلاق ، وقد يجري على صيغة لا يفرض الرجوع عنها ، وليس في جانبها تعليق [لا يفرض]^(٢) الرجوع [عنه]^(٣) ؛ فإنها إذا قالت : إن طلقني ، فلك ألف ، ثم قالت : رجعت عما قلت ، [فإذا]^(٤) طلقها ، لم يلزمها شيء ، ويقع الكلام في / أن الطلاق هل يقع أم لا ؟ ٢٢ ي [و]^(٥) فصله في المسائل ، إن شاء الله تعالى .

ولو قال الرجل : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، ثم قال على الاتصال قبل أن تعطيه : رجعت عما قلت ، لم يكن لرجوعه حكم ، فالنفي والإثبات في التعليق راجع إلى ما ذكرناه من قبل : إن في جانب الزوج الطلاق ، يعلقه على وجه لا يملك الرجوع عنه ، وليس في جانبها الطلاق ، وإنما في جانبها سؤال الطلاق ، فالتطليق بالمال يكون في معنى التعليق ، وسؤال الطلاق في معنى الجعالة .

فلا يمتنع جريان صيغة التعليق من الجانبين ؛ فإن صيغة التعليق تجري في الجعالة

(١) في الأصل : الأصلال . وهو جمع غريب لكلمة أصل .

(٢) في الأصل : ولا يفرض .

(٣) في الأصل : عنها .

(٤) في الأصل : وإذا .

(٥) (الواو) زيادة من المحقق .

٣٣٠ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

والطلاق ، وأما الرجوع ، فقد يمتنع من جانب الزوج ؛ لأنه [تعليق للطلاق]^(١) إن علقَ ، وتعليق الطلاق لا يقبل الرجوع . [والتعليق]^(٢) في جانبها يقبل الرجوع ؛ فإنها تسأل الطلاق بمالٍ ، وسؤال الطلاق يقبل الرجوع .

٨٧٣٥ — ثم جَمَعَ الحذاق مسائل متفَنَّةً ، يثبت في بعضها حكمُ المعاوضة في جانب الزوج ، ويثبت في بعضها حكمُ التعليق المحض ، ويجتمع في بعضها حكم التعليق والمعاوضة ، [و]^(٣) إذا أطلقنا التعليق في أثناء الكلام بعد هذا ، عينا تعليق الطلاق الذي لا يقبل الرجوع ، فنأتي بالمسائل ، ثم نذكر بعدها وجه التحقيق ، ثم نذكر تحقيق الكلام في جانبها ، ونخوض بعد الانتجاز في مسائل الباب فنبدأ بجانبه/ ش ٢٢ فنقول :

المعاوضة تُعَلَّبُ في الحكم ؛ فإن الرجل إذا قال لامرأته : طلقتك على ألف . أو قال : أنت طالق على ألف ، فلو أراد الرجوع وصيغة لفظه على ما ذكرناه ، صح رجوعه ، فلو قبلت بعد ذلك ، فلا حكم لقبولها ، والنكاح قائم ، وما تقدم من لفظ الطلاق ينتقض [برجوعه]^(٤) وهذا من أحكام المعاوضة ، فالخلع إذاً في جانبه فيما ذكرناه ينزل منزلة البيع ؛ فإن من قال : بعت عبدي بألفٍ ، ثم رجع قَبْلَ القبول ، انقطع الإيجاب بالرجوع .

ومما يثبت في أحكام المعاوضة أنه يختص القبول بالمجلس كما في البيع .

ومنها أنه إذا قال : طلقتك ثلاثاً على ألف ، فقالت : قبلت طلبة بثلاث ألف ، فلا يصح ذلك ، ولا يقع شيء ، كما لو قال : بعتك هذا العبد بألف فقال المخاطب : قبلت البيع في ثلثه بثلاث ألف ، فلا يصح البيع ؛ لاختلاف الإيجاب والقبول .
فهذه مرامز توضح أنه قد يثبت حكم المعاوضة في جانبه .

(١) في الأصل : تعلّق الطلاق .

(٢) في الأصل : والتعلّق .

(٣) (الواو) مزيدة من المحقق .

(٤) في الأصل : رجوعه .

٨٧٣٥م- وقد يغلب التعليق في مثل قوله: متى ما أعطيتني ألفاً، فأنت طالق، أو متى شئت، فأنت طالق. أو متى ما ضمنت ألفاً، فأنت طالق. فأحكام التعليق تتمخض في هذه [الصور]^(١)؛ فإن الزوج لو أراد رجوعاً وألفاظه ما ذكرناه، لم يمكنه، وهذه من مقتضيات التعليق في التطلق، ولا تختص أحكام هذه المسائل بالمجلس، فلو أعطت، وضمنت، أو شاءت/ بعد انفصال المجلس، حكمنا بوقوع ٢٣ ي الطلاق، كما لو قال: متى ما دخلت الدار، فأنت طالق، فلا رجوع، ولا اختصاص بزمان، ولا حاجة إلى قبول من جهتهما. وهذا من موجبات التعليق.

٨٧٣٦- وقد تجري مسائل [يجتمع]^(٢) فيها حكم التعليق والمعاوضة جميعاً: فإذا قال: إن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق، أو إن ضمنت ألفاً، فأنت طالق، وإن شئت، فأنت طالق على ألف، فيثبت في هذه الألفاظ حكم التعليق وحكم المعاوضة، أما حكم التعليق، فلا يملك الزوج الرجوع على قياس تعليقه الطلاق، ولا حاجة إلى قبولها لفظاً على حسب قبولها المخالعة المطلقة المعقودة على [نحو]^(٣) صيغة التعليق. فإن كان التعليق بالإعطاء، فهو فعل، فإن أنت به، وقع الطلاق. وإن كان معلقاً بالضمان أو المشيئة، فلا بد من اللفظ، وضمانها ومشيتها تحقيق لصفة التعليق، وليس في معنى قبول المخالعة المطلقة التي ينزل القبول في مثلها منزلة القبول في البيع.

ومما يثبت مضاهياً لأحكام المعاوضات في هذه المسائل الأخيرة أنا نشترط أن يتحقق متعلق الطلاق على الفور في زمان اتصال القبول بالإيجاب، فإذا قال: إن أعطيتني، فليقع الإعطاء على الفور، ولو قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق، فلا فور. فهذه تنبيهات، والتحقيق بين أيدينا.

٨٧٣٧- ومما رأيت إثباته هاهنا سؤالٌ وحكايةٌ/ جواب، وهذا قضيتُ العجب ٢٣ ش

(١) في الأصل: الصورة.

(٢) في الأصل: مجتمع.

(٣) في الأصل: «نجر» كذا بهذا الرسم وهذا النقط.

٣٣٢ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها منه ، ولست [أثبتته]^(١) لأنقص به أحداً ، فإنما غرضي منه التنبيه على الوجه الفاسد ، حتى إذا أعقبته الوجه الحق ، استفاد الناظر مُدرك الحق ؛ فالتزمه ، ومسلك الباطل فاجتنبه .

قال من لا أعدل به أحداً من بني الزمان^(٢) : سألت القاضي - وهو على التحقيق حَبْر المذهب - لِمَ غلبنا في بعض هذه المسائل حكمَ المعاوضة ؟ وغلبنا في بعضها حكمَ التعليق ؟ وأثبتنا الأحكام على الاشتراك في بعضها ؟ وحكى في جوابه : أنه قال : « لما اشتمل الخلعُ من جانبه على التعليق والمعاوضة ، وفَرنا على الأصلين حُكْمَيْهِمَا » .

فعاد السائل مُباحثاً ، وقال : لم أثبتنا حكمَ المعاوضة حيث أثبتنا ، ولم أثبتنا حكمَ التعليق حيث أثبتنا ، وحكى من جوابه : « أنه لما ثبت الشبهان ، ولم يترجح أحدهما على الثاني ، فلا معاب في إثبات الحُكْمَيْن » .

ثم عاد السائل قائلاً : هلا عكسنا ، فأثبتنا حكمَ التعليق حيث أثبتنا حكمَ المعاوضة ، وأثبتنا حكمَ المعاوضة حيث أثبتنا حكمَ التعليق ، وحكى من جوابه : « إنا لو فعلنا ذلك ، لتوجه السؤال كما توجه الآن ، وتسلسل الكلام » .

ولا أدري علام نعمل هذه المفادضة وما فيها من السؤال والجواب ، وهي مبنية على أن ما أثبتنا من أحكام المعاوضة وأحكام التعليق في المواضع التي [ذكرناها]^(٣) ي ٢٤ [إنما تحكّمنا بها وبتعيين]^(٤) محالها ؟ وسببُ / جمعنا لها اشتغال الخلع على التعليق والعوض ، ثم انبنى الجواب الأخير على هذا العقد ؛ إذ قال : لو [قلبنا]^(٥) الأمر ، لكان السؤال على هذا النسق ، وكيف يسوغ أن يعتقد الجواب التحكّم في دين الله من غير ثبوتٍ ودليلٍ يقتضي تخصيص كل حكم بمحلّه ؟ ولست أحمل ذلك إلا على الوهن

(١) في الأصل : أثبت .

(٢) لما يترجح عندنا بعد من يعنيه الإمام هنا .

(٣) في الأصل : ذكرناها .

(٤) في الأصل : إنما تحكّمنا بها .

(٥) في الأصل : قلنا .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٣٣

وزيادات الكلام التي لا يحتفل بها ، ولا تعد من الأصول ، وقد لا يخلو عنها كلام المحققين .

٨٧٣٨- ونحن نقول والله المستعان ، وعليه التكلان : الخلع في جانب الرجل طلاقاً على مال ، أثبتته على الصيغة المتهتئة للمعاوضات المحضة ، يثبت فيها أحكام المعاوضة من جواز الرجوع ، والاختصاص بالمجلس ، وامتناع وقوع الجواب مخالفاً للإيجاب ، وذلك إذا قال : خالعتك أو طلقتك على مال يذكره ويسميه ، فإذا وقع اللفظ كذلك - والمعاوضة المحضة ليس فيها صيغة التعليق - غلب حكم المعاوضة .

وإن قال : متى ما أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فقد جاء بصيغة التعليق ، وبعد [الفرض]^(١) من المعاوضة المحضة ، فثبتت أحكام التعليق ، التي منها : امتناع الرجوع ، وعدم اشتراط القبول ، وعدم التخصص بالمجلس ، وقرب الزمان ، [و]^(٢) المتبع في ذلك صيغة اللفظ ، فما كان تعليقاً امتنع الرجوع / ، ولأجله لم يفتقر إلى ٢٤ ش القبول ، ولم يختص بزمان ؛ لأن قوله « متى ما » يتضمن التصريح بهذا الزمان ، فقد جرت هذه الأحكام على موجب صيغة اللفظ .

وإذا قال : « إن أعطيتني » ، فهذا تعليق ؛ فامتنع الرجوع عنه ، ولكن قول القائل : إن أعطيتني ليس صريحاً في هذا الوقت ، ولا ينكر صلاحيته للزمان المترامي والزمان المتصل ، فلما تقابل الاحتمالان ، وفي اللفظ ذكر العوض ، والمعاوضة تقتضي الفور ، غلبنا أحد الاحتمالين لذلك ، فجرى هذا مأخوذاً من اللفظ ومعنى المعاوضة ، ولكن كان اللفظ صريحاً في التعليق ، فامتنع الرجوع وتردد في الزمان [متردداً^(٣) مرديداً] أحد الاحتمالين بموجب المعاوضة .

هذا مبني الاشتراك ، وإذا استندت هذه الأحكام إلى موجبات الألفاظ ، فأبي حاجة إلى هذا التردد الغث الذي حكيانه في الجواب ؟

(١) في الأصل : الغرض . وقدّرنا صحتها بالفاء (الفرض) ؛ لأن المعنى فرض المسألة وتصويرها .

(٢) (الواو) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) عبارة الأصل : « وتردد في الزمان متردداً أحد الاحتمالين » .

٨٧٣٩- فإن قيل : لم جوزتم ترديد هذه العبارات ، ثم رتبتم على الألفاظ مقتضياتها ؟ قلنا : فيما مهنداه جوابٌ هذا ؛ فإن الخلع لما كان طلاقاً بمال ، فإلى الزوج أن يوقعه على صيغة المعاوضة ، وله أن يوقعه على صيغة التعليق ، وسبب جواز إيقاعه على صيغة المعاوضة ما فيه من العوض ، فإذا سوَّغ الشرع مقابلةً الطلاق بالمال ، كان كتسويغه مقابلةً عبدٍ بمال ، فهذا هو الذي جوز إيقاعه معاوضةً/ ، فإن غمض على الإنسان [جوازاً]^(١) مقابلةً الطلاق بالمال ، فهذا خروج عن مقصود الكتاب [وتشوف]^(٢) إلى قاعدة كلية إن أحببنا ، اقتصرنا فيها على التعبد ، وإن أحببنا ، ذكرنا الكلمة الكلية ، وهي [حصولها]^(٣) إذا أرادت الافتداء على ما يُشعر به قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] وسبب جواز إيقاعه على صيغة التعليق أن الطلاق يقبل التعليق ، فلا امتناع في تعليقه بمالٍ ، وهذا هيئ [و]^(٤) الألفاظ المشتركة منزلةً على جواز التمحض في الوجهين .

فإن قيل : هلا قلتم : الطلاق لا سبيل إلى الرجوع عنه كيف فرض ؟ قلنا : إلى مالك الطلاق التصرف فيه ، فإن نجّزه ، انتجز ، وإن جرد تعليقه ، فحكمه امتناع الرجوع ، وإن أدرجه في صيغة معاوضة ، فكأنه يعلّقه إن لم يرجع ، وهذا بمثابة [إفضاء]^(٥) الكتابة الفاسدة إلى العتق على قاعدة التعليق ، ثم الرجوع فيها ممكن ؛ لأنها أثبتت على صيغة يتطرق إليها جوازُ الفسخ ، ومالكُ العتق لم يجزم تعليقه ، وهذا الفن ليس هو بالعسر .

وكل ما ذكرناه في بيان تردد الخلع من جانب الرجل .

٨٧٤٠- فأما ما ذكرناه من كون الخلع في جانبها معاوضةً نازعةً إلى الجعالة ، فإننا نبين هذا بالمسائل ، فنقول : إذا قالت : « إن طلقني/ ، فلك ألف » إنما يحتمل

(١) في الأصل : جوازه .

(٢) في الأصل : « وتشوق » ولكن المشهور المعروف في لغة الفقهاء هو (التشوف) بالفاء .

(٣) في الأصل : « تحصيلها » .

(٤) (الواو) زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : اقتضاء .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٣٥

صيغة التعليق منها على قاعدة الجعالة ، تنزيلاً لقولها منزلة قول القائل إن رددت عليّ عبيدي الآبق ، فلك كذا .

وإن قالت : طلقني ثلاثاً على ألف ، فطلقها واحدة ، استحق [ثلث الألف]^(١) .

ونفرّق في هذا [بين]^(٢) جانب الرجل والمرأة ؛ فإن الرجل إذا قال لها : أنت طالق ثلاثاً بألف ، فقالت : قبلت طلقة [بثلث]^(٣) ألف ، لم يقع شيء . وإذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فطلقها واحدة ، استحق [ثلث الألف]^(٤) ، والفارق أن قوله : أنت طالق ثلاثاً بألف على صيغة المعاوضة ، وهذا يستدعي في جانبها قبولاً على نعت الموافقة ، فإذا لم يكن قبولها موافقاً لإيجاب الزوج ، كان باطلاً ، فكأن لا قبول . فهذا خارج على الأصل المقدم .

وإذا قالت : طلقني ثلاثاً على ألف ، فطلقها واحدة ، فثبت قسط من العوض يخرج على قاعدة الجعالة ؛ فإن من قال : ردّ عبيدي الأوابق ولك كذا ، فإذا ردّ واحداً منهم ، استحق بحصته .

٨٧٤١- وإذا قالت امرأتان لزوجهما : طلقنا بألف ، فطلق إحداهما ، استحق مقداراً من العوض ، وفيما يستحقه قولان سبق أصلهما ، وسيأتي تفصيلهما في المسائل ، إن شاء الله تعالى ، وهذا أيضاً خارج على قاعدة الجعالة .

ثم المرأة في جميع الصور تملك الرجوع عن قولها قبل صدور الجواب عن/ ٢٦ ي الزوج ، سواء ذكرت صيغة التعليق ، فقالت : إن طلقني ، أو ذكرت صيغة الاستدعاء ، فقالت : طلقني بألف ، وذلك بأنها [إن]^(٥) استدعت أو علقت ، فليس في جانبها إلا بذل العوض ، غير أننا نحتمل ما يسوغ في الجعالات من جهة أنها تلتبس

(١) في الأصل : ثلاث آلاف .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : بثلته .

(٤) في الأصل : ثلثه الألف .

(٥) زيادة اقتضاها استقامة العبارة .

٣٣٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها من زوجها أمراً قابلاً للتعليل [بالأعزاز]^(١) والأخطار ، فاحتمل منها التعليل . وهذا كما ذكرناه في الجعالة ، فإننا احتملنا فيها صيغة التعليل لا تصاف المطلوب بالغرر ؛ من جهة الجهالة . وهذا تأسيس الكلام في بيان الخلع من جانبها .

٨٧٤٢- ومما يتصل بهذا أنها لو قالت : متى ما طلقني فلك ألف ، فظاهر لفظها يقتضي التصريح بالزمان الممتد ، وقد أوضحنا في جانب الرجل أنه إذا قال : متى أعطيتني ألفاً فأنت طالق ، فالإعطاء لا يتخصص بالزمان القريب ، فلو أعطت على الاتصال أو بعد طول الزمان ، وقع الطلاق .

وإذا قالت المرأة : متى طلقني ، فلك علي ألف ، فإن طلقها على الاتصال ، استحق العوض ، وإن آخر ، ثم طلق ، لم يستحق العوض .

وهذا موضع وقوف وتأمل من وجوه فكشف المباحثة عنها : أحدها - أنا جعلنا الخلع في جانبها في معنى الجعالة ، والجعالة تقبل ربط المقصود بزمان متراخ ، فإن الرجل إذا قال : إن رددت عليّ عبدي الآبق ، فلك دينار / ، فمهما رد ذلك الإنسان عبده ، استحق الجعل المسمى ، فلو كان استدعاؤها الطلاق بمثابة الجعالة ، وقد صرحنا بالتأخير ومدّ الزمان ، وأتت بلفظة تُشعر به ، لوجب أن يقال : مهما طلق ، استحق العوض اعتباراً بالجعالة ؟

قلنا : [هذا]^(٢) سؤال واقع ؛ فإن التأخير تطرق إلى الخلع من جانبها ؛ إذ [قالت :]^(٣) متى أعطيتني ، فكان لا يبعد أن يتطرق التأخير إلى جانبها ، إذا كانت هي المستدعية ؛ فإن استدعاءها يدور بين طباع الجعالة والطلاق ، وكلاهما قابلان للتأخير ؟

وسبيل الجواب عن هذا أن نقول : أما الجعالة ، فإنما سوغها الحاجة الماسة إليها ، ولا يتأتى فيها تحصيل المقصود على التعجيل ؛ فإنها تُفرض في الأمور

(١) في الأصل : « بالأعزاز » (ولولا أنه أكد العين برسم عين صغيرة تحتها ما أثبتنا هذا الفرق) .

(٢) في الأصل : وهذا .

(٣) في الأصل : قال .

المجهولة العسيرة كرد الإباق وغيره ، فاستحال اشتراط تعجيل المقصود فيها ، وإذا استدعت المرأة الطلاق ، فتعجيله ممكن ، ولو فرض تأخير الطلاق في زمانٍ منفصل ، [الخروج]^(١) عن أن يكون متعلقاً باستدعائها ؛ فإن الزوج مالكٌ للطلاق مستقلاً بإيقاعه ، والعرف غالب باستقلاله فيه ، فهو حري بأن يقع صادراً عن ملك الزوج ، ولا يقع عن غير هذه الجهة إلا بارتباطٍ ظاهر ، ومن ضرورة فرض الارتباط اتصالاً تعليقه باستدعائها ، فإذا انقطع ، كان في وقوعه عن جهة الاستقلال كالصريح في نفوذه في بابه / ، ثم الصريح لا ينصرف عن بابه [بالقصد]^(٢) ، فهذا هو الذي أوجب اتصالاً^{٢٧} ي الطلاق باستدعائها ، ليقع مرتبطاً بالمال ، والجعالة في هذا الحكم بئنةً بعيدةً عن الطلاق ، وإذا [شبهنا]^(٣) أصلاً بأصل [لم يُستنكر]^(٤) افتراقهما . فهذا نوع من البحث .

٨٧٤٣- فإن قيل : هلا قلتم : الخلعُ [يفسُد]^(٥) إذا استدعت الطلاقَ بلفظةٍ مصرّحة بامتداد الزمان ؛ فإن ما ذكرتموه يقتضي أن امتداد الزمان وانفصال الطلاق عن استدعائها يُبطل مقصودَ الخلع ، وإذا عقد العقد بلفظٍ لا يطابق مقصوده ، وجب الحكمُ بفساده .

قلنا : قولها متى طلقتني فلك ألف ، كما^(٦) ثبت أول الزمان المتصل ، فقد أفاد لفظها التعرضَ للزمان المطلوب ، وتضمنَ مهلاً بعده هو يفسح على الزوج ، فاستقل العقد بالوقت المتصل ، وبطل ما فيه من مهلٍ ، وكأنها ذكرت الوقت المطلوب وزادت .

فإن قيل : الزيادة فاسدة ، فأفسدوا الخلع بها ، وقولوا : إذا أجاب الزوج على

(١) في الأصل : يخرج .

(٢) في الأصل : القصد (بدون الباء) .

(٣) في الأصل : أشبهنا .

(٤) في الأصل : لم تستنكره .

(٥) في الأصل : يفيد .

(٦) كما : بمعنى (عندما) .

٣٣٨ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
الاتصال ، وقعت بينونة ، وفسد العوض لفساد لفظ العقد ، ثم لا يخفى حكم فساد
العوض .

قلنا : ما ألزمت المرأة الزوج شيئاً حتى يكون ذلك في حكم الشرط ، ولم يتحقق
منها التزامٌ أيضاً ، واللفظة التي ذكرتها صالحة للوقت ، وما قدرناه من اقتضاء التعجيل
ش ٢٧ قرينة في تقييد/ اللفظ ، فصح العقد . وهذا هو المنتهى البالغ .

وسياأتي تمام شرحه إذا انتهينا إلى هذا الفصل - إن شاء الله تعالى - فإن ما ذكرناه من
المسائل بين أيدينا ، وإنما ذكرنا تراجمها للتنبيه على القاعدة ، فإذا تقررت القاعدة
بها ، فسنقررها مفصلة بالقاعدة إذا انتهينا إليها ، إن شاء الله تعالى .

٨٧٤٤- وكل ما ذكرناه في الطلاق على المال متحقق في [العتق]^(١) على المال ،
فالعق من جانب المولى تعليق ومعاوضة ، وهو من جانب المستدعي معاملة نازعة إلى
الجعالة ، ولسنا نعني بما ذكرناه الكتابة ، وإنما نعني قول المولى : أعتقتك على كذا ،
واستدعاء العتق من العبد .

فأما الكتابة ، فلها طبع آخر ، على ما سياأتي ، إن شاء الله تعالى ، ولا يمكن أن
نحكم عليها بمضاهاة الخلع ؛ فإن فاسدها جائز ، وفاسد الخلع نافذ إذا لم يجر ما يرد
الطلاق ، فيرد المال ، وفي الكتابة دون تنجيز العتق مقاصد ، وهي معاملة برأسها ،
فالذي يشبه بالخلع العتق على المال .

وقد نجز القول في تمهيد القاعدة التي هي مرجوع الباب [وقطبه]^(٢) . ونحن
نخوض بعد ذلك في مسائل الباب - إن شاء الله تعالى - على الترتيب .

٨٧٤٥- فأول ما ذكره الشافعي التعرض للصلات التي يستعملها الزوج المطلق على
ي ٢٨ المال ، ثم تتصل به الصلات التي تستعملها المرأة في استدعاء الطلاق/ .

إذا قالت المرأة : طلقني بألف أو على ألف . فقال الزوج : « طلقتك » ، أو « أنت
طالق » ، على الاتصال المرعي ، فالطلاق يقع ، ويثبت العوض المسمى على

(١) في الأصل : العين .

(٢) في الأصل : « وقطبها » .

الصحة ، ولا حاجة إلى أن يذكر الزوج المال ويعيده ، بل يكفي اتصال طلاقه بالتماسها .

وإذا قال الرجل : بعثك عبي هذا بألف ، فقال المخاطب : قبلت ، أو اشتريت ، كفى ذلك ، وانعقد البيع ، وإن لم يتفق إعادة العوض .

ويتصل بهذا الطرف أن الزوج لو قال : طلقها ابتداءً ، ولم أقصد جوابها ، وقد يستفيد بذلك الرجعة ، ونفي البينونة ، فالوجه تصديقه ؛ فإنه مستقل بالتطبيق ، وقوله مستقل بالإفادة ، وليس كما لو قال القائل للرجل : أطلقت امرأتك ؟ فقال : نعم ؛ فإننا نجعل ذلك على ظاهر المذهب إقراراً بالطلاق ؛ لأن قوله نعم ليس بمفيد على استقلاله ، وإنما يفيد بتقدير بنائه على السؤال ، وإذا قال : بعث منك عبي هذا بألف ، فقال : اشتريت ، ثم زعم أنه لم يقصد جواب المخاطب ، فهذا فيه احتمال ؛ من قبل أن قوله ليس [بمستقل^(١)] في الإفادة ، وليس كقول الزوج طلقتك ؛ فإنه [مستقل^(٢)] دون تقدم استدعائها .

ولو قالت المرأة : لم تقصد إجابتي ، لم يُقبل قولها ؛ فإننا لا نشترط قصده في الإجابة ، بل نشترط ألا يقصد الابتداء ، ولا يمتنع أن يقال : لا بد من قصده ، حتى لو فرض وقوع قوله وفاقاً - من غير ربط بما سبق منها - يقع الطلاق / رجعيّاً ؛ فإن التواصل ٢٨ ش بين الكلام المستقل والاستدعاء إنما يحصل بقصد التواصل .

فتحصّل مما ذكرناه أنه إذا وصل الطلاق باستدعائها ، وزعم أنه قصد إسعافها وبناءً الجواب على التماسها ، صح ، وانتظم الخلع .

وإن قال : قصدت ابتداء التطبيق ، صدّق ؛ فإن اتهم حلف ؛ لأنه [ينبغي^(٣)] نفي البينونة ، وإن اتفق إطلاق اللفظ من غير قصد في الربط - وفي تصويره عُسر - فالظاهر أنه محمول على الابتداء ، وسيأتي في ذلك نظائر في مسائل الطلاق ، إن شاء الله .

(١) في الأصل : بمستقبل .

(٢) في الأصل : مستقبل .

(٣) في الأصل : ينبغي .

٨٧٤٦- ولو قالت : طلقني ، ولك ألف ، فطلقها ، ثبت العوض . هذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة^(١) : لا يثبت العوض بهذه الصيغة ؛ فإن قولها : [ولك ألف]^(٢) إخبارٌ ، وليس التزاماً بخلاف قولها : طلقني بألفٍ ، أو على ألف ، والمسألة مشهورة معه .

وكذلك إذا قالت : طلقني ولك علي ألف ، فمذهبنا ما ذكرناه .

وذكر القاضي في أثناء المسائل وجهاً خرجه من تلقاء نفسه أن هذا لا يكون التزاماً للمال ، ثم نظم وجهين : أحدهما - أن المال يثبت ؛ لأن العرف جارٍ باستعمال هذا اللفظ على إرادة التزام المال ، فقرائن المال شاهدةٌ ، والغرض من قيود الألفاظ وقرائنها الإفهام بها . وقال تعالى : ﴿ وَلَمَن جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ ﴾ [يوسف : ٧٢] وهذا جرى في تسمية أجرة أو جعالة في القصة المشهورة .

ي ٢٩ والوجه الثاني - أن المال لا يثبت بهذه الصلة ؛ لأنها ابتداءٌ وليست بناءً/ على لفظ مصرّح به في اقتضاء الإلزام والالتزام ، ثم اللفظ الواقعُ ابتداءً صريحٌ في [العلّة]^(٣) وهذا الذي ذكره وإن [أمكن]^(٤) توجيهه ، فهو مخالف للنص وما عليه الأصحاب ، ثم الظن به أنه لا يطرده فيه إذا قالت : طلقني ، ولك علي ألف ، والعلم عند الله تعالى .

هذا قولنا في الألفاظ التي تصدر من المرأة المستدعية للطلاق .

٨٧٤٧- فأما الرجل إذا ابتداءً وقال : طلقتك بألف ، أو قال : طلقتك على ألف ، فقوله يستدعي المال ، فإن قبلته ، قُضي بثبوت البيئونة ، وإن لم تُجب ، ولم تلتزم المال [لم]^(٥) يقع الطلاق .

ولو قال الرجل ابتداءً : طلقتك ، أو أنت طالق ، ولي عليك ألف ، فهذه المسألة

(١) ر . المبسوط : ١٨٠/٦ ، البدائع : ١٥٢/٣ .

(٢) في الأصل : « ولك علي ألف » . وهذه الصورة ستأتي بعد سطور .

(٣) في الأصل : العدة .

(٤) في الأصل : « أصلن » بهذا الرسم تماماً .

(٥) في الأصل : ولم .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٤١

ذكرتها في أثناء الباب ، وأنا أرى ذكرها في هذا المقام ، حتى ينتظم الكلام في الصلوات التي تصدر منها ومنه جميعاً . قال الشافعي : « إذا قال الزوج : طلقك ولي عليك ألف ، وقع الطلاق رجعيّاً ، وكان كما لو قال : طلقك وعليك حج » . وتعليل ما ذكره بعد العلم بأنه متفق عليه بين الأصحاب - أن قوله : « طلقك » [مستقل^(١)] في إيقاع الفراق ، فلا يتعلق بشرطٍ وعوضٍ إلا بصلة تُشعر بربط الطلاق إشعاراً صريحاً ، وإذا قال : « طلقك ولي عليك ألف » [فهو^(٢)] صريح في الإخبار ، ولا يمتنع أن يقال : طلق ، ونجّز ، وأخبر^(٣) .

فإن قيل : إذا قالت : طلقني ولك ألف ، فلا يمتنع أيضاً حملُ قولها على / ٢٩ ش الإخبار ، قلنا : نعم هو كذلك ، ولهذا اتجه تخريج القاضي ، كما قدمنا ذكره ، وإن أردنا فرضاً ، لم نعدمه ؛ فإن استدعاء الطلاق ليس كلاماً نافذاً ، وإذا اقترن بذكر المال ، أفاد المجموع استدعاء الطلاق بالمال ، وإذا قال الرجل : طلقك ، فهذا مستقل في تقيّد^(٤) الطلاق على الإطلاق ، فلا يرتبط إلا بلفظ صريح . ويتجه أن يقال : قول المرأة : « طلقني » وإن [كان لا يلزمُ به طلاق^(٥)] ، فهو صريح في استدعاء الطلاق ، فلا يتعلق إلا بصلة متصلة تقع صريحاً في اقتضاء الربط .

٨٧٤٨- ومما يتصل بهذا أن الزوج لو قال بعد صدور الصلة التي وصفناها : أردت بقولي : « وعليك ألف » اشتراطَ الألف ، وكان مرادي بقولي وعليك ألف ما يريده القائل بقوله : « أنت طالق بألف » ، فهذا لا يقبل منه في ظاهر الأمر ، هكذا قال شيخنا وأئمة المذهب .

(١) في الأصل : مستقبل .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) قوله : طلق ، ونجّز ، وأخبر : معناه أنه يمكن أن يقال تفسيراً لقوله : « طلقك ، ولي عليك ألف » إنه طلق ونجّز الطلاق ، وأخبر بما له عليها .

(٤) تقيّد الطلاق على الإطلاق : أي وقوعه مطلقاً من غير مال .

(٥) في الأصل : « وإن كان لا به » كذا بهذا الرسم . والمثبت تقدير منا .

وعبارة العز بن عبد السلام : « بخلاف سؤالها ؛ فإنه لا يفيد شيئاً بمجرد » (ر . الغاية :

ج ٣ لائحة ١١٧ ش) .

٣٤٢ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

ووجدت لأصحابنا تردداً فيه إذا توافقا على أنه أراد ذلك ، فمنهم من قال : لا أثر للتوافق ، والطلاق [رجعي]^(١) بعد قوله : « طلقتك » ، وقوله بعد ذلك : « ولي عليك ألف » صلة لا تصلح للتعليق والربط ، فهو كما لو قال : « طلقتك فاستعيني »^(٢) ثم زعم أنه أراد بذلك أمراً يخالف الحكم بوقوع الطلاق ، [فلا]^(٣) أثر لقوله ، والطلاق نافذ .

ومن أصحابنا [من قال :]^(٤) إذا توافقا ، كان الطلاق واقعاً بالمال ؛ فإن قول القائل ي ٣٠ « وعليك ألف » لا ينحطّ عن الكنايات في اقتضاء العوض ، وللقائل / الأول أن يقول : لو كان كذلك ، لصُدّق الرجل وحده ، لأنه قال محتملاً ، ويجوز أن يجاب عنه بأن هذه الكناية يعارضها التصريح بالطلاق [المستقل]^(٥) والأصل تنفيذه على [الاستقلال]^(٦) .

ويتفرّع على ما ذكرناه أن الرجل لو ادّعى أنه عنى بالصلة التي ذكرها المال وإلزامه ، فأكرت المرأة ذلك ، فإن قلنا : لو تصادقا عليه ، تعلق الطلاق بالمال ، فالقول الآن قول الزوجة ؛ فإن الأصل والظاهر معها ، وللزوج أن يحلفها على [نفي]^(٧) العلم : لا تدري أن الزوج أراد ربط الطلاق بالمال . وإن قلنا : لو تصادقا ، [لم]^(٨) يتعلق الطلاق بالمال ، فلا حكم للاختلاف ، [والحكم أن الطلاق لا يتصور تعلُّقه وارتباطه مع هذه الصّلة .

وهذا إنما ذكرناه فيه إذا قال الزوج : أنت طالق وعليك ألف .

٨٧٤٩- فأما إذا قال : أنت طالق على أن لي عليك ألفاً ، قال صاحب التلخيص :

-
- (١) في الأصل : الرجعي .
 - (٢) فاستعيني . كذا قرأناها بصعوبة .
 - (٣) في الأصل : ولا .
 - (٤) زيادة من المحقق ، لاستقامة الكلام .
 - (٥) في الأصل : المستقبل .
 - (٦) في الأصل : الاستقبال .
 - (٧) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .
 - (٨) في الأصل : فلم .

« هذا شرط والصيغة مشعرة به » ونقول له : ماذا أردت بهذا ؟^(١) فإن زعم أنه أراد بذلك اشتراط ضمان الألف عليها حتى كأنه قال : أنت طالق إن ضمنت لي ألفاً ، وتفصيل ذلك يأتي على الاستقصاء من بعد ، إن شاء الله تعالى . قال صاحب التريب : إذا فسر هذا اللفظ بهذا ، قبل منه ؛ فإنه زاد على الصلة الأولى صلة رابطة إذا^(٢) قال : على أن لي عليك ألفاً ، وليس كما لو اقتصر ، فقال : طلقك ولي عليك ألف ، وذلك / أنه لو اقتصر ، فذلك إخبار بعد تطليق ، وإذا قال : طلقك على أن لي ٣٠ ش عليك ألفاً ، فهذا شرط بعد التطليق ، فإذا استعقب الطلاق شرطاً ، صار الطلاق

(١) هنا أمور عدة بيانها كالآتي :

أ- عبارة الأصل مضطربة مختلة فقد جاءت هكذا : « والحكم أن الطلاق لا يتصور تعلّقه وارتباطه مع هذه الصلة ، وقد ذكر صاحب التخليص على الاتصال . فهذا إنما ذكرناه فيه إذا قال الزوج : أنت طالق عليك ألف ، فلو قال : أنت طالق على أن لي عليك ألفاً فنقول له : ماذا أردت بهذا » هكذا كانت العبارة ، والمثبت تصرف من المحقق على ضوء عبارة الغزالي في البسيط ج ٤ لوحة : ١١٩ ش .

ب- جاء في الأصل : صاحب التخليص . وليس في كتب الشافعية التي جاءت في طبقات السبكي ، وطبقات الإسنوي كتاب بهذا الاسم . فهو إذاً محرّف عن (التلخيص) لابن القاص ، وهو الذي يذكره الإمام في هذا الكتاب ، وتكرر مراراً أربع عشرة مرة في كتاب الطهارة .

ج- لم نجد في التلخيص الذي بين أيدينا هذا الكلام الذي أشار إليه الإمام ، وحكاة الغزالي ، فهل هو وهم في النهاية أم خلل من الناسخ ، وتبعه الغزالي ؟ أم أن في نسخة التلخيص التي بين أيدينا سقطاً ؟ أم أنه في موضع آخر من الكتاب لم نصل إليه ؟ والعلم عند الله .

د- مقتضى قول صاحب التلخيص : « هذا شرط والصيغة مشعرة به » أن الطلاق يقع رجعيّاً ، ولا مال ، ويلغو الشرط . وهو ما اختاره الغزالي في الوجيز مصرحاً به ، كما في الوسيط أيضاً .

هـ- المعتمد في المذهب أنه يقع بهذا طلاق بائن ويلزم المال إذا قبلت . هذا ما حكاه العراقيون عن النص في الأم . وأودعه أبو بكر الفارسي في عيون المسائل ، وقطع به صاحب المذهب وسائر العراقيين (ر . الشرح الكبير : ٤٣٤ / ٨ ، والروضة : ٤٠٥ / ٧) .

(٢) إذا قال : هي بمعنى « إذ » . وهو تعبير صحيح وعليه شواهد من الشر والشعر أكدنا ذلك من قبل أكثر من مرة .

٣٤٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
مشروطاً بالشرط الذي استعقبه ، ثم قال صاحب التقريب : إن فسر بالضمان ، قبل ،
كما ذكرنا .

وإن قال : لم أرد تعليق [الطلاق]^(١) بضمانها ، ولكن أردت تعليق [الطلاق]^(٢)
بالتزامها وقبولها ، وأحللتُ قولي على أن لي عليك ألفاً محل قولي : أنت طالق
بألف ، أو على ألف . قال صاحب التقريب : لا يقبل هذا التفسير منه .

وفي كلام غيره من الأصحاب ما يدل على أن تفسيره بما ذكره مقبول .

فانتظم منه [أنه]^(٣) لو فسر [بتعليق]^(٤) الطلاق بالضمان ، قبل منه ، ولو فسر
بتعليق الطلاق بقبول المال في الحال ، ففيه الخلاف والتردد الذي ذكرناه عن صاحب
التقريب وغيره . ثم إذا فُسِّرَ بالضمان وقبلناه وفاقاً ، [فلتعليق]^(٥) الطلاق بضمان المال
صيغتان : إحداهما - أن يقول : « أنت طالق إن ضمنت لي ألفاً » ، والصيغة الأخرى
أن يقول : « متى ضمنت لي ألفاً » . فإن قال : « إن ضمنت لي ألفاً » ، كان ذلك
محمولاً على الفور ، وإن قال : « متى ضمنت » ، كان على التراخي ، على ما سيأتي
ذلك ، إن شاء الله عز وجل .

فإن قال : أنت طالق على أن لي عليك ألفاً ، فهذا متردد بين قوله : إن ضمنت ،
[وقوله متى ضمنت]^(٦) ولعل جملة نقلي^(٧) ما يقتضي الفور أشبه .

ي ٣١ وهذا منتهى الكلام / في الصلوات التي يستعملها الزوجان في ذكر المال استدعاءً
وابتداءً .

٨٧٥٠- ومما يتعلق بهذا المنتهى أن الرجل إذا قال : بعني عبدك بألف ، فهذا

(١) في الأصل : الضمان .

(٢) في الأصل : الإطلاق .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : يتعلق .

(٥) في الأصل : فتعليق .

(٦) زيادة اقتضاها السياق .

(٧) جملة نقلي : يريد أن معظم ما نقله عن أئمة المذهب أقرب إلى اقتضاء الفور .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٤٥

صحيح صالح لعقد البيع . ولو قال : بعني عبدك على ألف درهم ، صح . ولو قال بعني عبدك [ولك علي] ^(١) ألف درهم ، فقد ذكر القاضي فيه وجهين : أحدهما - أنه يصح كما يصح ذكر المال بهذه الصلة من التي تستدعي الطلاق .

والوجه الثاني - أنه لا يصح ، لأن الخلع على الجملة يقبل من التوسع ما لا يقبله البيع ، ولهذا يصح الاستدعاء فيه بلفظ التعليق ، وذلك إذا قالت : إن طلقنتي ، فلك ألف . ولو قال المستام : إن بعنتني عبدك ، فلك ألف ، لم يصح .

فَضْلُ

قال : « ولو قالت له : اخلعني ، أو بتني ، أو أبني ، أو ابرأ مني ، أو بارئني ، ولك علي ألف . . . إلى آخره » ^(٢) .

٨٧٥١- ذكر الشافعي هذه الألفاظ وهي كنيات في الطلاق ، وقرنها بذكر المال ، وأجراها على حكم الكناية ، وتصرف في تفاصيل القول في [النيات] ^(٣) ، كانت أو انتفت ، كما سنصف ، وهذا يدل من نصه على أن الخلع لا يصير صريحاً بقرينة من المال .

وقد ذكرنا عن بعض الأصحاب طريقة في أن الخلع يلتحق بالصرائح على أحد القولين بقرينة المال . وهذه الطريقة تخالف النص ، فليقع التفرع على أنها كنيات .

ثم قال صاحب التقريب : إذا قلنا : الخلع طلاق ، فنجعل / هذه الألفاظ كنيات ٣١ش وإن اقترنت بذكر المال ، على المسلك الصحيح الموافق للنص .

وإذا قلنا : إن الخلع فسخ ، فإذا جرت هذه الألفاظ مقرونة بذكر المال ، فهل تكون صريحة في الفسخ ، أو كناية ؟ فعلى وجهين .

(١) في الأصل : « ولي عليك » وهو خطأ واضح يخالف السياق والسباق .

(٢) ر . المختصر : ٥٧/٤ . هذا وقد كانت العبارة في الأصل هكذا : « ولو قالت له : أو بني ،

أو أبني ، أو ابرأني ، أو بارئني » والمثبت من نص عبارة المختصر .

وتمام العبارة : « وهي تريد الطلاق ، وطلقها ، فلها ما سمّت » .

(٣) في الأصل : « البيان » .

وهذا بعيدٌ .

والطريقة المذكورة على الصحة أن هذه الألفاظ كنايةات في الطلاق على قول الطلاق ، وفي الفسخ على قول الفسخ ؛ [والوجه]^(١) الآخر الذي ذكره صاحب التقريب وجه [ليس]^(٢) به مبالاة إلا أن يقول القائل : الكلام في الألفاظ [في]^(٣) الفسخ أوسع ؛ ولذلك قطعنا بأن لفظ الخلع صريح في الفسخ ، وإن جعلنا المسألة على قولين في أنها هل تكون صريحاً في الطلاق إذا قلنا : الخلع طلاق . وهذا مما لا يعتد به ، ولكن صرح صاحب التقريب بنقله ، ولم يقله من تلقاء نفسه .

٨٧٥٢- فنعود إلى تفصيل الكنايات مع ذكر المال - والتفريع على قول الطلاق ، والتفريعات التي سنذكرها في الألفاظ التي رسمناها - بمتابعة التفريع في لفظ الخلع على قول الطلاق ، مع المصير ، إلى أنه كناية ، فنقول : إن نوى الطلاق ، [وقع]^(٤) الطلاق ولزم المال ، وإن لم ينو ، لغا اللفظ ، والنكاح قائم .

وإن نوت المرأة استدعاء الطلاق ، ولم ينو الرجل بلفظه الطلاق ، لغا اللفظ ؛ فإن المتبع [في]^(٥) إنشاء الطلاق وقصده الزوج .

ي ٣٢ ولو نوى الرجل الطلاق/ ولم تنو المرأة الطلاق في استدعائها ، ينظر : فإن كانت قالت : خالعي على ألف ، وقال الرجل : خالعتك على ألف ، فجرى ذكر البذل من الجانبين ، وقد نوى الرجل الطلاق ، ولم تنو المرأة استدعاء الطلاق ، فالجواب في المسألة أنه لا يقع شيء ؛ فإن الرجل صرح بذكر المال ، ثم لا سبيل إلى القضاء بثبوت المال إذا لم تنو المرأة استدعاء الطلاق ، وإذا لم يثبت - لما ذكرنا - لم يقع الطلاق المرتبط به .

فإن قيل : هلا نزلتم هذا منزلة ما لو خالغ الرجل امرأته السفهية المحجورة ؛ فإن

(١) في الأصل : للوجه .

(٢) زيادة من المحقق على ضوء السياق .

(٣) مزيدة لاستقامة الكلام .

(٤) في الأصل : ووقع .

(٥) في الأصل : من .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٤٧

الطلاق يقع عندكم رجعيًا ، ويتعلق وقوعه بصورة القبول من المرأة ، وإن كان المال لا يلزم ؟ فاحكموا بأنها إذا قبلت المال في مسألتنا [بوقوع]^(١) الطلاق رجعيًا متعلقًا بصورة [قبولها]^(٢) . قلنا : لا سواء ؛ فإن المرأة إذا كانت من أهل الالتزام ، فالطلاق معلق بوقوع الالتزام منها ، فإذا لم تنو ، لم تلتزم ، وستكلم في المحجورة بما يشفي الغليل ، إن شاء الله .

٨٧٥٣- وإن قالت الزوجة : خالعتني على ألف ، ولم تنو استدعاء الطلاق ، فقال الرجل : خالعتك ، ولم يذكر المال ، غير أنه نوى الطلاق ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه لا يقع به شيء ؛ لأنه جواب لسؤالها ، وهو مرتب عليها ، وهي قد ذكرت المال صريحًا ، ولكن امتنع حصول المال ؛ لأنها لم تنو ربطًا / التزامها بالطلاق ، ٣٢ش ولا ارتباط للزوم إلا بجهة الطلاق ، وإذا لم يلزم المال ، فقول الزوج مشروط في قرينة الحال بثبوت المال ، وإذا لم يثبت السبب الذي قدمناه ، لم يقع شيء . وهذا أقيس الوجهين .

ومن أصحابنا من قال : يقع الطلاق الرجعي ، وينقطع قولها عن قوله ؛ بسبب أنها لم تلتزم المال على الصحة ، والزوج في لفظه لم يذكر المال أيضًا ، وكلامه مع النية [مستقل]^(٣) في اقتضاء الطلاق ، وليس كما لو أعاد الرجل المال ؛ فإن هذا لو فرض الابتداء به ، لم يقع به الطلاق من غير فرض جواب .

وهذا كلام مزخرف^(٤) ؛ فإن الحال في اقتضاء المال من جهة بناء قوله على قولها بمثابة تصريحه بذكر المال .

وقد يرد على هذا أيضًا أن الرجل يقول : قولي : « خالعتك » لا [يقع]^(٥) به الطلاق من غير نية ؛ فإننا نفرع على أنها كناية ، وأنا ما نويت الطلاق على الإطلاق ؛

(١) في الأصل : يوقع .

(٢) في الأصل : قبلها .

(٣) في الأصل : بمستقل .

(٤) في مختصر ابن أبي عصرون : « منحرف » ويبدو أنها هي الصواب .

(٥) في الأصل : لا يقنع .

٣٤٨ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

إنما نويته مقيّداً بثبوت المال ، وهذا يُخَوِّج إلى نوعٍ من البحث .

وإذا قال الرجل لامرأته : أنت بائن ، ثم زعم أنه أضمر بقلبه تعليق الطلاق بصفة ، كدخول الدار ونحوه ، فالأصح أنه مدين فيما بينه وبين الله تعالى ، كما سنذكره في مسائل الطلاق - إن شاء الله عز وجل - ولكن لا يقبل قوله باتفاق الأصحاب ظاهراً ، وإنما ذلك الذي قدمناه في حكم الباطن والتدين .

ي ٣٣ فأما إذا قال / : أنت بائن ، وزعم أنه نوى طلاقاً معلقاً بصفة ، فهذه المسألة فيها تردد بين فحوى كلام الأصحاب : يجوز أن يقال : يُحْكَمُ بوقوع الطلاق ظاهراً ، كما لو صرح بالطلاق ، وزعم أنه أضمر التعليق ؛ فإن الكناية مع نية الطلاق بمثابة صريح الطلاق ، وقد ألحقها النية بالصريح ، ثم إنه أضمر وراء ذلك تعليقاً ، فكان حكمه أن يُدَيَّنَ . ويجوز أن يقال : لا يحكم بوقوع الطلاق ظاهراً ؛ فإن النية ليست جازمة ، واللفظة ليست مستقلة ، فقد اعترف بنية مضطربة ، فلا نحكم بوقوع الطلاق .

عُدْنَا إلى المسألة التي كنا فيها : إذا لم يُعَدِّ الزوجُ ذَكَرَ المال ، [فالوجه] (١) ها هنا ألا نحكم بوقوع الطلاق ؛ لما بين قوله وقولها من الارتباط . ولكن ذكر القاضي فيه وجهين ، وصحح ما لا يصح عندنا غيره .

هذا إذا ذكرت امرأة المال في استدعائها ، وأعاد الزوج المال ، أو لم يُعده .

٨٧٥٤- فأما إذا قالت : خالعي ، ولم تذكر مالاً ، ولم تنو الطلاق ، فقال الزوج : خالعتك ، وزعم أنه نوى الطلاق ، فأحسنُ مسلك في هذا أن نقول : اختلف أصحابنا في أن التخالع المعرّي عن ذكر العوض هل يقتضي المالية ؟ وقد ذكرناه ويّناه على نظائر له . فإن قلنا : التخالع مقتضاه المال ، وإن لم يجر فيه ذكره ، فهو كما لو ذكرت المال . وقد مضى التفصيل فيه .

ش ٣٣ وإذا قلنا / : مطلق التخالع لا يقتضي المال ، وهي لم تنو طلب الطلاق ، والزوج نواه ، فالظاهر ها هنا يقع . فإن قيل : ألتسم ذكرتم خلافاً في أن التخالع إذا عري عن ذكر العوض ، ونوى الزوج الطلاق ، فهل يفترق ذلك إلى قبولها ، وإن كان المال

(١) في الأصل : والوجه .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٤٩

لا يثبت ؟ قلنا : ذاك ذكرناه وسردنا نَظْمَه على أحسن وجه ، وهذه المسألة تخالف نيك ؛ فإننا فرضنا الأولى فيه إذا ابتدأ الزوج ، وقال : خالعتك ، وهذه المسألة التي نحن فيها مصوّرة فيه إذا استدعت المخالعة ، فأجابها الزوج ، فلا استدعاء ينزل منزلة القبول المتأخر عن الإيجاب .

فمن [جمع]^(١) ما ذكرناه إلى ما قدمناه ، اتسق له من المجموع ترتيبٌ يحوي المقصود . وقد كنت أحلت في التفريع على قولي الفسخ والطلاق تمامَ البيان فيما يتعلق بالنيات على هذا الفصل ، وقد وقع الوفاء به .

فَصْلٌ فِي الْكُنْيَةِ

٨٧٥٥- إذا قالت المرأة : طلقني بألف ، فقال : « أبنتك » ، أو أتى بكناية أخرى ، وزعم أنه نوى الطلاق ؛ فالذي قطع به المرازمة : أنه يستحق المال ؛ فإن الكناية مع النية بمثابة الصريح ، وحكى العراقيون عن ابن خَيْرَان أنه قال : لا يقع الطلاق ؛ من جهة أنها قد تقصد أن يطلقها صريحاً ؛ إذ الرجوع في الكناية إلى نية الزوج ، وهو بين أن يَصْدُقَ بالإخبار عنها أو يكذب / ، [وللأصحاب]^(٢) أن يقولوا إذا ٣٤ ي كان مؤاخذاً بإقراره ظاهراً ، فلا تعويل على قصدها ومرادها . ولو صرح الرجل بالطلاق ، تطرق إليه إضمار ما لو صدق فيه لم يقع الطلاق ، وهي الإضمارات التي تنبني عليها مسائل التدبير .

فَصْلٌ فِي الْكُنْيَةِ

قال الشافعي : « ولو قالت له : اخلعني على ألف ، كانت له الألف ما لم يتناكرا... إلى آخره »^(٣) .

٨٧٥٦- وهذه لفظة مبهمّة ، يُلغز بأمثالها ، وما كان من حق المزني أن يودعها

(١) في الأصل : جميع .

(٢) في الأصل : فللأصحاب .

(٣) ر . المختصر : ٥٧/٤ . وفي الأصل : « ولم يتناكرا » والتصويب من نص المختصر .

٣٥٠ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

كذلك في (السواد)^(١) ؛ فإن التصانيف إن بنيت على [البسط ، اتسع]^(٢) فيها الكلام تكريراً ، وتقريراً ، وتحريراً . وإن بنيت على الإيجاز ، اعتمد الموجز أقصر لفظة عن المعنى المطلوب ، وجعلها ناصّةً عليه من غير قصور ولا ازدياد ، وهو الكلام البليغ ، فأما التعبير عن المعاني المشكّلة بالمجملات ، فغير ذلك أجمل بالمزني .

[ومَحْمَل]^(٣) كلامه ، ووجه تسويغه أن يقال : قد بناه على ما تقدم ، وقد أبان فيما سبق [صريح]^(٤) الخلع استدعاءً وجواباً ، وابتداءً بالإيجاب [أو]^(٥) القبول ، فكان قوله في هذه المسألة محالاً على ما تقدم من تصوير شقي الخلع ، وفرض التناكر بعده مهمٌ .

٨٧٥٧- إن أصحابنا اختلفوا في تفسير قوله : « ما لم يتناكرا » قال قائلون : معناه وقع الطلاق ما لم يتناكرا النية : إذا زعم الزوج أنه لم ينو ، وادعت المرأة أنك نويت ، فالقول قول الزوج مع يمينه .

ش ٣٤ وقد تجري/ صورةً [تُنكر]^(٦) المرأة فيها النية ، فلا تلتزم المال ، ولا يقع الطلاق ، كما تقدم التصوير فيه . فإذا فرض هذا ، فالقول قول المرأة مع يمينها ، وفائدة حلفها أن تدفع [التزام]^(٧) المال عن نفسها . فالذي قطع به الأصحاب أنها إذا حلفت ، فلا مال عليها [لا]^(٨) المسمّى ، ولا ما يرجع من المسمّى إليه^(٩) . غير أن الزوج أقر بالبينونة ؛ إذ نوى وادعى أنها نوت ، فكان مؤاخذاً بإقراره .

(١) السواد : هو المختصر . كما هو واضح ، وقد تكرر ذلك مراراً .

(٢) في الأصل : البسيط اتسعت .

(٣) في الأصل : ويحمل .

(٤) في الأصل : تصريح .

(٥) في الأصل : والقبول .

(٦) في الأصل : منكر .

(٧) زيادة لاستقامة العبارة .

(٨) في الأصل : إلا .

(٩) « ولا ما يرجع من المسمّى إليه » : المراد الشطر الذي يرجع إليه من المسمّى إذا كان ذلك قبل المسيس .

هذا بيان هذه المسألة ، ولتكن على الحفظ ؛ فإن بين أيدينا مسألة تكاد تخالف هذه . وإذا انتهينا [إليها]^(١) استفرغنا الفكر في الفرق والجمع ، إن شاء الله عز وجل .

ثم من حمل كلام الشافعي على هذا المحمل ، أو على المحمل الأول في اختلاف [البيتين]^(٢) صرف الاستثناء في قوله : ما لم يتناكرا إلى وقوع الفراق . وإن صُورت [على]^(٣) إنكار المرأة النية ، فالفراق واقع بحكم الإقرار ، والاستثناء في قوله ما لم يتناكرا راجع إلى الألف ، والتأويل في هذه الصورة أوقع ؛ فإنه قال : كانت له الألف ما لم يتناكرا ، فاقضى اتصال الاستثناء بالألف رجوعه إليه .

هذا مسلك الأصحاب .

٨٧٥٨- وقيل معنى قوله : « ما لم يتناكرا » أن الخلع يثبت والمال يلزم ، إلا أن يرجع الرجل عن إيجابه قبل قبولها إن كان المبتدئ بالإيجاب ، أو ترجع المرأة عن استدعائها قبل الإسعاف إن كانت هي المبتدئة .

وحظ الفقيه من هذا الفصل ما ذكرناه من أن الرجوع ممكن إذا جرت صيغة العقد من الزوج ، ولم يأت بتعليق/ صريح ، والمرأة ترجع عن استدعائها على أي وجه ٣٥ ي فرضت صيغة كلامها .

ويتصل بهذا الطرف أنهما لو [تخالفا]^(٤) على التوصل المعتبر ظاهراً ، ثم قال الزوج : قد رجعتُ قبل قبولها ، فهل يُقبل قوله ؟ الذي نراه [القطعُ بأنه]^(٥) لا يقبل قوله ، فإن صورة قوله مع صورة العقد جرت ، وادعى الزوج - بعد جريانها - ما يتعقب العقد بالإفساد ، فكان كما لو وكل وكيلاً بعقد ، ثم نفذ الوكيل العقد ، فادعى الموكل أنني كنت عزلتك قبل أن عقدت ، فهذا لا يُقبل بعد جريان ظاهر العقد من الوكيل .

فإن ادعى علمها بالرجوع ، حلفها . وما ذكرناه في هذا الطرف يجري في

(١) في الأصل : إليه .

(٢) في الأصل : البيتين .

(٣) في الأصل : عليه .

(٤) في الأصل : تحالفا .

(٥) في الأصل : القطع به أن .

٣٥٢ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها جانبها^(١) . وفائدة إجراءات إلزامه المال المسمى في ظاهر الأمر ، كما ذكرناه .

ومن أصحابنا من قال : معنى قوله : « ما لم يتناكرا » : ما لم [يتخالفا]^(٢) في المسمى مقداراً أو جنساً . وهذا ظاهر كلامه ؛ فإنه تعرض للمسمى وثبوت ، ثم ذكر التناكر ، ثم لم يستتم جواب المسألة ، وتمايم الجواب أنهما يتحالفان ، ثم الرجوع إلى مهر المثل ، والإخلال بتمام البيان محمول على ظهوره . هذا هو الممكن فيه .

فصل في

« وإن قالت : على ألفٍ ضمنها لك غيري ، أو على ألفٍ فلسٍ ... إلى آخره »^(٣) .

٨٧٥٩- هذا الفصل يستدعي تقديم [أكثر من]^(٤) أصل ، والتعرض لبيان أطرافها ، وإذا أجريناها إلى منتهى الغرض ، انعطفنا على (السواد)^(٥) وما فيه .

ش ٣٥ الأصل الأول في بيان/ اختلاف الزوجين في تواجب العقد في جنس المسمى ومقداره ، فإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق على ألف درهم ، فقالت : قبلت [على]^(٦) ألف فلس ، فيلغو الخلع ، والنكاح قائم ؛ فإن شرط انعقاده التوافق في الاستيجاب والإيجاب ، أو في الإيجاب [والقبول]^(٧) ، فإذا اختلفا ، فلا تعاقد ، وكلام كل واحد منهما في حكم ابتداء الكلام ، لا تعلق له بما قبله وبعده ، وسنبين الآن أنها إذا أطالت فصلاً زمانياً بين إيجابه وقبولها ، لم نقض بثبوت الخلع أصلاً ؛ لما في إطالة الفصل من الإشعار بالإعراض ، مع أننا لا نبعد تخلل الفاصل بعذر ، فإذا كان نظام العقد ينقطع بما ذكرناه ، فكيف يلتزم ولا تعلق لأحد الكلامين بالثاني .

(١) أي : أنها تحلفه إذا رجعت قبل قبوله ، وادعت علمه برجوعها .

(٢) في الأصل : يتخالفا .

(٣) ر . المختصر : ٥٧/٤ .

(٤) زيادة من المحقق اقتضاها عود الضمير الآتي في الجملة ، وستجد فعلاً أكثر من أصل .

(٥) السواد : هو مختصر المزني كما ذكرنا ذلك مراراً .

(٦) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

(٧) زيادة لاستقامة العبارة .

والآن إذا انتهى الكلام إلى رعاية التواصل ، فهو مذكور في الفصل الذي يعقب هذا إن شاء الله تعالى .

٨٧٦٠- ومما يتعلق بهذا الفصل ، وهو مَزَلَّةٌ اضطرب فيها الطرق ، وحقُّ على من ينبغي دَرْكُ الغايات أن يَصْرِفَ الاهتمامَ إليه . والوجهُ فيه أن نذكر [طرق] ^(١) الأصحاب طريقةً طريقةً ، وننقل ما قالوه على ثَبَتِ ، ثم نعطف ، فنبيد ما فيه من الإشكال ، ونبيِّن على الاتصال ما يُنتج الإشكال ، ثم نرجع رجعةً أخرى ، ونوضِّح أن ما ذكرناه ، وإن كان قياساً ، [فهو] ^(٢) مائل عمّا قال الأئمة بعض الميل ، ثم نذكر وراء ذلك الممكن في توجيه ما نقلناه .

فلتقع البداية/ بتصور ما نريد ، والتصوير مختلف أيضاً ، والذي نقل عن القاضي أن ^{٣٦} ي الرجل إذا قال لامرأته : « أنت طالق على ألف » ، ولم يتعرض للجنس المحدود بها ، وقالت المرأة : « اختلعت على ألف » ولم توضح أيضاً الجنس ، ثم قال الرجل : عنيتُ به الدراهم ، وأنتِ تعلمين ذلك ، وقالت المرأة : عنيتُ به الفلوس وأنت تعلم أني عنيت بذكر الألف الفلوس ، قال القاضي فيما نقل عنه من أثق به : يتحالفان ، والرجوع إلى مهر المثل .

ووجهُ الإشكال فيما قال أنه فرض العقد معقوداً بألف مرسلة ، ثم أخذ يدير التنازع على ما صورنا ، وبنى عليه التحالف . وهذا في نهاية الإشكال ؛ فإن إطلاق الألف حقُّه أن يفسد العقد ، حتى يلزم الرجوع إلى مهر المثل ، ولا أثر للتنازع ، وموجبُ هذا القياسُ البيِّنُ أنهما وإن تطابقا على إرادة الدراهم بالألف المطلق ، فالعقد لا ينعقد على الصحة ، و[تحصل] ^(٣) البيئونة ، فيقع الرجوع إلى مهر المثل ؛ فإن العقود لا تعتمد في إبانة أعواضها النيات ، وإنما النظر في الإعلام والجهالة إلى صيغ الألفاظ لا غير ، واللفظ مجملٌ مرسل في صورة المسألة .

(١) في الأصل : طريقة .

(٢) في الأصل : وهو .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

٣٥٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

وذكر العراقيون مسلماً آخر وغيره قليلاً عما حكيناه عن القاضي ، فقالوا : إذا قال الرجل : خالعتك على ألف درهم ، ولم يكن في البلد نقد مطرد في الجريان ؛ بل كانت فيه نقودٌ مختلفة ، قالوا : إن اتفقا/ على أنهما قصدا ألفاً معلومة من صنوف الدراهم ، وتوافقا ، فيصح الخلع ، وذكر القاضي في الألف المرسلة مثل ذلك ، إذا فرض التوافق على الجنس ، ثم بنى العراقيون على ما قدروا من التصادق ، فقالوا : لو أطلقا ألف درهم ، ثم اختلفا ، فذكر كل واحد منهم جنساً وصنفاً أنكره الثاني ، فهل يتحالفان ؟

قالوا : في المسألة وجهان : أحدهما - أنهما [لا]^(١) يتحالفان ؛ فإن التحالف لا يجري في النيات ، وإنما يجري في صفة الألفاظ والعقود . وهذا ليس بشيء ، والأصح التحالف ، وهو الذي قطع به القاضي .

وذكر صاحب التقریب الألف المرسلة من غير ذكر جنس أصلاً كما ذكره القاضي ، ثم سلك مسلك القاضي في التفريع .

٨٧٦١- ونحن بعدُ في مساق النقل ، ولكننا نذكر في كل فصل من المنقولات ما يتعلق به في تهذيب النقل . فنقول الآن : لا معنى للتعديد بألف درهم إن صح الانعقاد مع اختلاف النقود ، ولا فصل بين الألف المرسلة والمقيدة بجنس ، هذا لا شك فيه . والبحث بعدُ أمامنا .

وذكر شيخنا أبو محمد طريقةً أخرى في المسألة ، فقال : إن لم يتعارفا ، ولم يتواضعا على أن المراد بالألف ماذا ، فليس إلا القطع بفساد الخلع والرجوع إلى مهر المثل ؛ فإن الجهالة متمحضة ، لا داريء لها سابقاً ولا [مقترناً]^(٢) . وإن تواضعا على أن يعيّنا بألفٍ جنساً ونوعاً توصفاه وأحاطا به/ ، فالذي أطلقه^(٣) أنهما لو توافقا على موجب التعارف ، وزعما أنهما عيّنا صنفاً تواضعا عليه ، فالخلع ينعقد .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : مقترناً .

(٣) أطلقه : أي الشيخ أبو محمد .

وهذا الذي ذكره - إن كنا نستمسك بالقياس الجلي - يلتفت على التردد في مهر السر والعلانية ، كما تقدم ذكرهما في كتاب الصداق ، وقد أوضحنا ثم أن الاعتبار بالعلانية ، ولا حكم لما جرى في السر من اصطلاح وتواضع . وإذا كان كذلك ، فمقتضى هذا [يوجب]^(١) إظهار مذهب في أن الخلع يفسد ؛ نظراً إلى اللفظ المبهم في صيغته .

ثم قال شيخنا بانياً على طريقته : لو قالت المرأة في هذه الصورة : أنا عنيت ألف فلس ، وإن كان تعارفنا على الدراهم ، وقال الزوج : لا ، بل أردت ما وقع التعارف عليه . قال : في المسألة وجهان : أحدهما - أنهما يتحالفان ، وإليه ميل النص ، كما سننقله - إن شاء الله تعالى - بعد الفراغ عن نقل الأصحاب .

والثاني - أنهما لا يتحالفان ، بل الوجه الرجوع إلى [نيتها]^(٢) ؛ فإن الاطلاع عليها عسر ، فالقول قولها مع يمينها .

ثم قال : إن قلنا : يتحالفان ، فإذا حلفا ، فالرجوع إلى مهر المثل ، وإن قبلنا قولها^(٣) ، فأثر قبول قولها مع اليمين مُصَيِّرُ الألف مبهمة مجهولة ؛ فإنها ليست منكراً للمالية في الخلع ، فالرجوع إلى مهر المثل لها^(٤) هذا ما ذكره ، وزاد على الأصحاب ، فقال : إبهام الألف مع فرض تقديم التعارف / في الصداق والأثمان^{٣٧} والأعواض جُمع يخرج على هذا التفصيل ، فلا فرق . هذا منتهى كلامه .

وقد قال العراقيون إذا ذكروا الخلاف في التعارف إذا قلنا : لا يتحالفان ، فالرجوع إلى مهر المثل لوقوع الاستبهام .

(١) في الأصل : « موجب » .

والمعنى هنا أن الإمام يستدرك على شيخه القطع بأن الخلع ينعقد لو توافقا وزعما أنهما عينا صنفاً تواضعا عليه ، ويرى الإمام أن القياس الجلي على مهر السر والعلن يقتضي إظهار مذهب هنا في أن الخلع يفسد ، لا القطع بانعقاده . والله أعلم .

(٢) في الأصل : « أثبتهما » والمثبت من (صفة المذهب) .

(٣) وإن قبلنا قولها : أي مع يمينها .

(٤) عبارة الأصل أقحمت فيها لفظةً هكذا : « ... فالرجوع إلى مهر المثل لها - فأثر - هذا ما ذكره » وهذه الفقرة - مع ذلك - فيها نوع اضطراب وقلق مع ما قبلها .

٣٥٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

٨٧٦٢- وعلينا في استتمام النقل صورٌ ذكرها القاضي على منهاج طريقه ، فنذكرها ، قال : [لو تخالعا]^(١) والألف مطلق لا تعرّف بالتعارف . إذا قال الرجل : عنيتُ بالألف الدراهم وأنت تعلمين [وخالفت]^(٢) المرأة ، فقالت : بل عنينا الفلوس وأنت تعلم ؛ فإنهما يتحالفاً ، والرجوع إلى مهر المثل .

وقال أيضاً : لو تخالعا على ألف مطلق ، واتفقا على أنه لم يكن منهما نية ، فالخلع فاسد ، والرجوع إلى مهر المثل ؛ إذ الفرق لا ترد ، وسبب فساد الخلع جهالة البدل في الصورة التي ذكرناها .

وذكر متصلاً بهذا أنه لو خالعا على شيء ، أو ألف شيء [فالرجوع]^(٣) إلى مهر المثل . وهذا دالٌّ على أن الخلع على الشيء خُلِعَ على مجهول ، والجهالة لا تزول بالتطابق على النية ، حتى لو قالوا : أردنا بالشيء درهماً ، فلا حكم لتوافقهما على الإرادة ، وكذلك القول فيه إذا قال ألف شيء ، وإنما أجرى ما ذكرناه من تنزيل اللفظ على النية إذا جرى ذكر الألف المطلقة ، ورأى الألف المطلقة قابلةً لأثر النية والقصد ، بخلاف الألف المقيد بالشيء .

ومما ذكره أن الرجل إذا قال [و]^(٤) قد جرى الألف : عنيتُ بها الدراهم ، وأنت ي ٣٨ عنيتِ الفلوس / ، وأراد بذلك دفع الفرقة ؛ فإن الأمر لو كان كذلك ، لم تقع الفرقة ، وكان كما لو صرح الرجل بذكر الألف درهم ، فقبلت المرأة بألف فلس ؛ فإن [القصود]^(٥) إذا كانت تؤثر ، فهي نازلة منزلة العبارات متفقها كمتفقها ومختلفها كمختلفها ، ولما قال الرجل : عنيتُ أنا الدراهم وعنيتِ أنت الفلوس ، قالت المرأة : أنا عنيتِ الدراهم أيضاً ، فالرجل كما قدمناه يقصد دفع الفرقة ، فلا نقبل قوله عليها

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) مكان كلمة غير مقروءة (انظر صورتها) .

(٣) في الأصل : والرجوع .

(٤) الواو زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : المقصود .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٥٧

[ونحكم]^(١) بوقوع الفرقة ، وهذا منقاس حسن . ثم قال : وله عليها مهر المثل لتعذر تسليم المسمى .

وهذا مشكل كما سننبه عليه .

ومما ذكره أن الرجل لو قال : [عنيث]^(٢) الدراهم وأنت عنيث الفلوس ، [فقلت :]^(٣) أنا عنيث الفلوس كما ذكرت ، ولكنك عنيث الفلوس أيضاً . قال : الطلاق واقع لوجود الإيجاب والقبول ، وعليها مهر المثل . وهذا مشكل أيضاً ، كما سنذكره إن شاء الله عز وجل .

٨٧٦٣- فهذا منتهى [الغرض]^(٤) في نقل قول الأصحاب وتفريعهم ، ونحن نتكلم وراء ذلك على جهة المباحثة فيما قدمنا نقله ، ونرى الكلام منقسماً إلى ما يتعلق بالأمور الكلية ، وإلى ما فرعه الأصحاب عليها .

٨٧٦٤- فأما الكلام على الكليات ، فحاصل ما ذكره الأصحاب يحصره طريقان : أحدهما - وإليه ميل معظم الأئمة - المصير إلى تثبيت العوض بالنية والقصد ، من غير تقدّم تواطؤ وتعارف / .

٣٨ ش

والثانية - [مبناها]^(٥) على التعارف . فأما [إن]^(٦) لم يكن التعارف ، فقد رأيناهم مجتمعين من طريق النقل والفحوى على أن الشيء إذا ذكر ، لم يثبت بالنية ، وإنما الذي ذكرناه في عدد لا يبين المعدود فيه ، [كما]^(٧) لو ذكر عدد ، وضم إليه مجهول ، مثل أن يقال : ألف شيء ، فهذا لا يثبت أيضاً بالنية ، وإنما يثبت عدد لا يقرن بمجهول .

(١) في الأصل : وحكم .

(٢) في الأصل : عنيثا .

(٣) في الأصل : فقال .

(٤) في الأصل : الغوص .

(٥) في الأصل : منقضاها .

(٦) في الأصل : فأما من لم يكن التعارف .

(٧) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .

٣٥٨ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

ثم انقسم هؤلاء بعد الإجماع الذي حكيناه في محله ، فاكتمى المعظم بذكر العدد المطلق . وشرط العراقيون ذكر الجنس ، مثل أن يقول : « ألف درهم » ، ثم قالوا : يتعين بالنية نوع من الجنس ، وإن كانت الدراهم مضطربة في البلدة . والممكن في توجيه ما قالوه أن الشيء إذا ذكر ، فهو لفظ مصوغ للإيهام ، وكذلك إذا أضيف إليه ، أو فسر العدد به ، فقليل عشرون شيئاً ، فلا تؤثر النية في إزالة الجهالة واللفظ موضوع لإثباتها . وإذا قيل : ألف ، فبيانه إتمام ، فاعتقدوا أن النية تتم ، ثم خرجوا هذا على تطريق الكتابات إلى النوايا بالطلاق ، وقالوا : عماد الخلع الطلاق ، فإذا كان لا يتمتع انعقاد الخلع بما هو كناية في الطلاق تعويلاً على النية ، [فكذلك]^(١) البدل إذا ثبت ثبوت الكناية ، لم [يبعد إتمامه]^(٢) بالقصد والنية ، ثم افتراق الأئمة في ذكر الجنس والسكوت عن النوع ، وأن هذا [هل]^(٣) يشترط أم لا ؟ محمولٌ على ي ٣٩ ما نذكره . تخيل^(٤) العراقيون أن الألف بمثابة الشيء ، فإذا وصل بجنس^(٥) ، كان النوع بعده إتماماً .

وهذا إن صحت الطريقة خورٌ وجبٌ . والسبيل أن العدد المطلق مفسر بالجنس والنوع ، وهذا شديد الشبه بتردد حكيناه في أن بيع ما لم يره المشتري إذا صح ، فهل يشترط فيه ذكر الجنس أم لا ، وإن شرط معه ازديادٌ على الجنس ؟ فيه تردد قدمناه في موضعه . وهذا تقريب شبهي ، والمأخذان مختلفان .

والمأخذ الحقيقي هاهنا تشبيه أحد ركني الخلع [بالعوض]^(٦) ، والثاني - يعني تشبيه لفظ العوض - بلفظ الطلاق ، وقد تحققت أن الأصحاب لم يحتملوا هذا في

(١) في الأصل : وكذلك .

(٢) في الأصل : لم يتعد إتمامه (بهذا النقط والضبط) .

(٣) في الأصل : قيل . (وهو تصحيف خفي أرهقنا أياماً حتى ألهمنا الله صوابه) .

(٤) قوله : « تخيل العراقيون . . . إلخ » كلام مستأنف ، تفسير وبيان لقوله : « ما نذكره » .

(٥) قوله : « فإذا وصل بجنس . . . إلخ » معناه أن الألف إذا وصل بجنس ، مثل أن يقول : « ألف

درهم » يكون النوع إتماماً مثل أن يقول : « ألف درهم هروية » فالدرهم جنس ، والهروية نوع .

(٦) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٥٩
المعاوضات المحضة . وسبب التردد في الخلع ما أشرنا إليه .

٨٧٦٥- هذا منتهى الإمكان في ذلك الإشكال [بحاله]^(١) ؛ فإن العوض لا يثبت إلا معلوماً ، ويختص الخلع بأن العوض المجهول فيه لا يدرأ بينونة المقصودة ، بل يُرجع إلى مهر المثل ، فأما إثبات المجهول عوضاً بالنية ، فلا سبيل إليه ، ولو قيل به ، لزم مثله في الشيء قطعاً .

والذي تكلفناه خيالاً ؛ فإن النية تحمّل اللفظ على إحدى جهات الاحتمال ، ولا تصير كالصلة الزائدة فيه ، والألف [شائع]^(٢) في جميع معدودات العالم كالشيء وأظهر منه الألف المضافة إلى الشيء ، فلسنا نرى للنية وقوفاً^(٣) مع ذكر الشيء ، فليفهم الناظر ما نقدم ، وليقطع بما فيه من الاضطراب .

ولو طرد طارداً هذا في المعاوضات/ كلّها ، لكان أقرب ، وقد قال الفقهاء : ٣٩ ش
الجعالة مع ابتنائها على الغرر والجهالة يجب أن يكون العوض معلوماً [فيها]^(٤) بالجهة التي تعلم بها أعواض البيع ، والقدر الذي هو المتعلق أن الجعالة احتملت في الجعالة للضرورة ، ولا ضرورة في ذكر لفظ الكناية في الخلع . ثم انعقد الخلع بكناية الطلاق إجماعاً ؛ تعويلاً على النية ، والدليل عليه أيضاً أن من محض حكم الطلاق التعليق ، ثم وجدنا ما لا يملك بالتعليق في الطلاق من غير لفظ مملّك فيه . ولذلك إذا قال الرجل : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فإذا أعطت ألفاً ، مملّك ، كما سيأتي بيانه ، إن شاء الله عز وجل .

ولهذا الفصل وقع عظيم في نفس الفقيه لما فيه من الميل عن القياس ، مع ما فيه من اتفاق معظم الأصحاب ، فليقع التعلق بهذا الذي ختمنا الكلام به .
وقد نجز الكلام على طريقة واحدة .

(١) في الأصل : محالة . (ولعلها : لا محالة) ويكون المعنى : لا محالة (أي لا حيلة) بعد هذا البيان لإنهاء الإشكال .

(٢) في الأصل : شائع .

(٣) كذا . ولعلها (موقعاً) .

(٤) في الأصل : فيه .

٨٧٦٦- فأما من يراعي التعارف ، فلم أر هذا أولاً لغير شيخنا وأنا أخشى أنه ارتاع من مخالفة القياس ، فظن أن الأصحاب أرادوا التعارف ، وأنا أشك في أن الأصحاب لم يريدوه ، فإن صح التعويل على التعارف ، فالنظر على حسب ما يليق بهذا أن نقول : المذهب الأصح أن التواضع [السري]^(١) لا تعويل عليه ، وإنما الحكم للفظ المعلن المذكور حالة العقد ، فكان يجب على هذا أن يخرج التعارف على الخلاف ، ولكن ينقدح مع ما نبهنا عليه فرقاً / ، وهو أن التواضع إذا وقع على ألف في السر ، ثم جرى ذكر الألفين ، فموجب التواضع تغيير اللغة في هذه المسألة ، وإذا جرى التواضع على حمل الألف على نوع ، فهذا من باب التواضع على تفسير مجمل [ما ذكرناه]^(٢) صريحاً وقصده آخر . وهذا وإن كان فيه بعض الإخالة ، فليس يذلل^(٣) .

فإن كان في المسألة فقه ، فلا يعدو وجهين : أحدهما - أن الرجوع إلى مهر المثل في جميع هذه المسائل ، وهذا هو القياس الجلي ، ولكني لم أر هذا لأحد من الأصحاب ، حتى [يسند]^(٤) إليه مذهباً .

والوجه الثاني - ما ذكرته من فصل الكناية ، وهذا وإن كان غامضاً ، فهو لائق بفقه الخلع ، على ما سنكمل الأنس به في مسائل الباب - إن شاء الله تعالى - أما التعارف والبناء عليه ، فليس من القياس الجلي في شيء ، وليس من الفقه الذي رأيناه تخصيصاً بالخلع في شيء .

وقد نجز الكلام في هذا الفن مباحثةً في التفصيل ، مع تقدير القول بثبوت الألف بالنية .

فإذا اعترف الزوجان بأنهما لم ينويا شيئاً ، فالرجوع إلى مهر المثل ؛ فإن المعتمد النية ، فإذا لم تكن^(٥) ، تحققت الجهالة ، فانجرّ القول إلى القياس الجلي المطلوب .

(١) في الأصل : البريء .

(٢) في الأصل : ما ذكرناه .

(٣) كذا . (انظر صورتها) .

(٤) في الأصل : لسند .

(٥) تكن : كان هنا تامة .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٦١

وكذلك إذا [اتفقا]^(١) على أن أحدهما لم ينو ، فالألف لا تثبت بمجرد نية من ينوي ، ولا يقع الطلاق من غير عوض ، فلا طريق إلا مهر المثل .

وإن كان/ تنازعا في النية ، فزعم أحدهما أنه نوى الدراهم المعلومة ، وزعم الثاني ٤٠ ش أنه نوى الفلوس ، فهذا فيه [تثبت]^(٢) ؛ فإن لم يدع أحدهما على الثاني شيئا ، ولكن أخبر عن نية نفسه ، فليس هذا محلّ التحالف بلا خلاف ، والسبيل فيه الرجوع إلى مهر المثل ، كما قدمناه .

وإن قال الرجل مثلاً : عنيتُ الدراهم وعنيتُ أنت الدراهم ، وقالت المرأة : عنيتُ الفلوس وعنيتُ أنت الفلوس ، وادعى كل واحدٍ مع ما ذكرناه علماً صاحبه ، فهذا موضع تردد الأصحاب ، فمنهم من قال : يتحالفان ، وهو بمثابة ما لو اختلفا في عوض الخلع تصريحاً به ، فقال الزوج : خالعتك على ألف درهم وقالت : بل خالعتني على ألف فلس ، ولو اختلفا كذلك ، لتحالفا ، ثم الرجوع إلى مهر المثل ، وهذا الوجه هو الذي قطع به القاضي ، وهو القياس إن ثبت الأصل الذي ذكرناه ؛ فإن النية نازلة في هذا الأصل منزلة النطق المصرح به .

٨٧٦٧- وذكر العراقيون وجهاً آخر : أن التحالف لا يجري ؛ فإن هذا تحالف في النية ، والقياس أن يرجع في صفة كل نية إلى الناي ، وهذا يعارضه أن القياس أن يرجع في صفة كل قول إلى القائل ، وفي صلة كل عقدٍ إلى العاقد ، ثم إذا اختلف المتعاقدان في صفة العقد ، تحالفا ؛ إذ ليس أحدهما بأن يصدق أولى/ من الثاني ، ٤١ ي وإذا كانت النية مرجوع العقد ، كانت كاللفظ ، وليس كما لو وجد التناكر في نية الطلاق ؛ فإننا إذا صدقنا الزوج ، انعدم العقد ، وهاهنا البيونة واقعة ، والرجوع في صفتها إلى لفظ .

قال العراقيون : إذا قلنا : لا يتحالفان ، فلسنا نحلف واحداً منهما ؛ إذ ليس أحدهما أولى من الثاني ، ولو قدرنا تحليف كل واحدٍ منهما ، لكان يقتضي هذا ألا

(١) في الأصل : اتفقتا .

(٢) في الأصل : تثبت . والمعنى هنا : « فيه تفصيل » .

٣٦٢ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

يقع الفراق بمثابة ما لو قال الزوج : خالعتك بألف درهم ، فقالت : قبلت بألف فلس ، ولو جرى ذلك ، لم يقع شيء ؛ فإنها لم تقبل ما طلقها عليه . وإذا رجع الخلاف إلى النية ، فالبينونة واقعة بلا خلاف . فإن جرى التوافق في اللفظ وهو المعتمد في وقوع البينونة ، ولا سبيل إلى دَرئها ، فإن قلنا : القول قولها فيما تعني ، عارضه أن القول قوله فيما يعني ، [فيتنظم]^(١) من مجموعه جهالة لا دَرءَ لها ، فالرجوع إلى مهر المثل ، وليس في هذا كبير فائدة إلا أن الحلف يسقط ، وإسقاط الحلف في نهاية البعد ؛ فإن الأيمان لا تُعنى لأعيانها ، وإنما يتوقع منها نكولٌ وردُّ يمينٍ أو نكول [عن]^(٢) يمين الرد وإقرار ، فحسُمُ باب الحلف لا وجه له . وإذا لم يحسم ، فليس أحد الجانبين أولى من الثاني ، ثم ثمرة الوجهين جميعاً الرجوعُ إلى مهر المثل ، وإذا ش ٤١ كان كذلك ، فلا معنى / لرد قياس التحليف مع الموافقة في المقصود .

وقد انتهى الكلام في ذلك .

٨٧٦٨- فلو قال الرجل : عنيتُ بألفٍ [دراهم]^(٣) ، وأنتِ تعلمين أنني عنيتُها ، وقالت المرأة : عنيتُ بالألفِ الفلوسَ وأنت تعلم أنني عنيتُها ، ولم يزيدا على هذا ، ولم يدع واحد منهما على صاحبه أنك عنيتَ ما عنيتُ ، فالذي نقله موثوق به عن القاضي أنهما يتحالفان ، والرجوع إلى مهر المثل .

وهذه الصورة مشكلة ؛ من جهة أن الزوج لا يستمر له دعوى الألف عليها ما لم يدع أنها قبلت الألف ، وإنما صح قبولها بلفظها ونيتها ، وكذلك القول في الطرف الآخر ، فكيف الوجه في ذلك ؟ الذي عندي فيه أن المراد بهذه الصورة هو المراد بالصورة الأولى ؛ فإنه إذا قال : علمت ما عنيتُ معناه قبلت ما علمت ، ففي التصوير إيجازٌ ، وإلا ، حاصل الكلام : أنك علمت قصدي وبنيت قبولك على ما علمت ، وكذلك القول في جانبها .

فأما إذا لم يدع الزوج عليها قبولَ الدراهم ، والمرأة لم تدع على الزوج التخليقَ

(١) في الأصل : ينتظم .

(٢) في الأصل : من .

(٣) في الأصل : درهم .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٦٣

بالفلوس ، فكيف الوجه فيه ؟ هذا يستدعي تقديم أصل : وهو أنهما لو اتفقا على اختلاف النيتين ، وقد قال الزوج : خالعتك على ألف ، فقالت : قبلتُ الألف ، وتصادقا على اختلاف القصدين ، فالذي يجب القطع به أن الطلاق يقع ظاهراً ، فإن اللفظين متوافقان ظاهراً ، وليقع الفرض في التصريح بالطلاق ، ولكن / [أثر توافقهما ٤٢ ي في اختلاف القصد أن الزوج لا يطالبها] ^(١) بمال ؛ فإنه معترف بأنه لم يوجد [منها] ^(٢) التزام ما ألزمها الزوج ، ولكن لا يقبل قوله في رد البيونة المغلظة بظاهر اللفظ .

فإن قيل : هذا حكم الظاهر ، فما حكم الباطن في علم الله تعالى لو فرض اختلاف النيتين ؟ قلنا : قياس الأصل الذي بنينا عليه هذه التفاريع أن النية مع الألف المطلقة بمثابة اللفظ الصريح .

ولو قال : خالعتك على ألف درهم ، فقالت : قبلت بألف فلس ، لم يقع الطلاق .

ولو قال لامرأته : أنت طالق ، وزعم أنه نوى طلاقاً عن [وثاق] ^(٣) ، فإن كان صادقاً ، فالحكم أنه لا يقع الطلاق باطناً ، ولكن يعلم من نفسه صدق نفسه ، فهو باطن يمكن الاطلاع عليه ، فكان باباً من أبواب الفقه متميزاً عن الغيب . وتخالفهما في النية لا يطلع عليه واحد من الزوجين ، فليس هذا من المواطن الملتحقة بأبواب التدبير ^(٤) ، بل هو بمثابة ما لو قال زيد : إن كان هذا الطائر غراباً ، فامرأته طالق ، وقال عمرو : إن لم يكن غراباً ، فامرأته طالق ، فلا يُحكم بوقوع الطلاق على زوجة واحدٍ منهم ، إذا تحقق اليأس من درك الحقيقة ، وما يقدر متعلقاً بعلم الله تعالى غيبٌ لا يقع به حكم ، لا في الظاهر ، ولا في الباطن ، لكن الطلاق يتعلق به احتياطاً ، والاحتياط / في مسألتنا الحكم بوقوع الطلاق البائن منهما .

٤٢ ش

٨٧٦٩- مباحثة أخرى : حكينا من تفرعات القاضي أنه إذا قال الرجل : عنيتُ

(١) عبارة الأصل : « . . . أثر توافقهما في اختلاف القصد من الزوج لا يطالبهما بمال » .

(٢) في الأصل : منهما .

(٣) في الأصل : وفاق .

(٤) أبواب التدبير ، وقاعدته ستأتي في كتاب الطلاق إن شاء الله .

٣٦٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها بالألف الدراهم ، وأنتِ عنتِ الفلوس ، وقالت المرأة : بل عنتُ الدراهم ، فلا يقبل قوله عليها ، وهي تدعي موافقته ، ويحكم بوقوع الفرقة المبينة . وحكى أنه قال : له عليها مهر المثل لتعذر تسليم المسمى . أما الحكم بوقوع الفرقة فبين بناء على ظاهر اللفظ وما فيه من التوافق ، وأما إيجاب مهر المثل عليها ، فلا يستقيم على الأصل ، لأن الزوج يدعي أن الطلاق لم يقع ، وإذا لم يدع الوقوع كيف يثبت له العوض ، وهو لا يدعيه بموجب قول نفسه ، ومن لا يدعي مالا كيف يطالب به ؟ فإن قال قائل : لو صدّقها من بعد أنها عنت^(١) الألف التي عناها هو ؟ قلنا : إذ ذاك نطالبها بالمسمى المعين ، لا بمهر المثل .

٨٧٧٠- مباحثة أخرى : حكينا في تفريع القاضي أن الزوج إذا قال : عنتُ الدراهم وأنتِ عنتِ الفلوس ، وقالت المرأة : بل عنتِ أنتِ الفلوس ، وأنا عنتُ الفلوس ، قال : الطلاق واقع لوجود الإيجاب والقبول ، وعليها مهر المثل .
أما وقوع الطلاق ، [فبعيد ؛ لاعتراف]^(٢) الزوج بأنها عنتِ الفلوس ، ولو عنتها ، لكانت نيتها كلفظها ، ولو صرحت ، لما وقع شيء إذا تخالفا ، وإذا لم يقع شيء ، لم يثبت عوض .

ي ٤٣ ونحن نختم هذه المباحثات بشيء ، فنقول : لعل القاضي يقول : إذا توافقا/ على القصد ، فالقصد مع اللفظ كاللفظ الصريح ، وإن لم يقصدا شيئا ، فهو خلع بمجمل .

-
- (١) عنى الشيء : قصده . من باب (رمى) . تقول : عنتُ أنا الدراهم ، وعنتُ هي الفلوس .
(٢) عبارة الأصل مضطربة ، ومتناقضة ؛ فقد جاءت هكذا : « أما وقوع الطلاق ، فبين ، لا نزاع ، لاعتراف الزوج بأنها عنتِ الفلوس » . هكذا تقرأ (بعد تصويب ما فيها من تصحيف) والتناقض واضح فالتعليل لظهور وقوع الطلاق ، هو في الواقع تعليل لعدم وقوعه . ويشهد لصحة قولنا وتصويبنا - على وضوحه - عبارة العز بن عبد السلام ، فقد قال : « ولو قال : أردتُ الدراهم ، وأردتِ الفلوس ، فقالت : بل أردنا الفلوس ، وجب مهر المثل عند القاضي ، ولا وجه لما قال ، لاعتراف الزوج ببطان الالتزام ؛ فإن اللفظ لو وقع كذلك لم تطلق » (ر . الغاية في اختصار النهاية : جزء ٣ ورقة ١١٨ ش) . وانظر الروضة : ٤٣٢/٧ ، ٤٣٣ . (وأخيراً انظر صورة عبارة الأصل ، فقد يبدو لك فيها قراءة أخرى) .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٦٥

وإن اختلف قصدهما ، بطل القصد ؛ فإن شرط صحة القصدين بتوافقهما ، فإذا اختلفا ، بطلا ، وصار كما لو لم يقصدا شيئاً . وهذا يعضده أن الطلاق لا مردّ له إذا وجد التوافق من طريق اللفظ ، وعن هذا يظهر أن التردد في الباطن لا حاصل له ، وإن كان ذلك غيباً فيما ذكرناه .

٨٧٧١- فإذا الأحوال ثلاث : إحداها - أن يتوافقا في القصد ، كاللفظ .

والحالة الثانية - أن يختلفا ، فيدعى كلّ مقصوداً من نفسه ، ويدعى مثل ذلك من صاحبه ، فهذه صورة التحالف .

والحالة الثالثة - أن يختلف القصدان فيحكم ببطلانهما ، ورجع الخلع إلى العوض المجهول .

ويخرج من هذا أن القصد معتبر في الوفاق ساقط في الخلاف ، فإن كان هذا ينسأغ ، فعليه تخرج أجوبة القاضي في التفرع ، فإن وجب اعتبار القصد في الخلاف كما يجب اعتباره في الوفاق ، فلا تصح أجوبته فيما ذكرناه من التفرعات المتأخرة . وكل ما ذكرناه أصل واحد من الأصول الموعودين .

٨٧٧٢- الأصل الثاني يتعلق بخلع الأجنبي بنفسه ، وتوكيل المرأة إياه ، وتوكيله المرأة ، فنقول : لم يختلف العلماء - في أن الأجنبي لو سأل الرجل أن يطلق زوجته على مال ، فأجابه - أن الخلع يصح ، والعوض يلزم الأجنبي / .

٤٣ ش

والمرأة لو وكلت أجنبياً حتى يختلعها من زوجها بمال تبذله المرأة ، فذلك صحيح . وإن وكل الأجنبي أجنبياً ، صح أيضاً ، ولو وكل أجنبي المرأة حتى تخلع نفسها عن زوجها بمال يبذله الأجنبي الموكل ، جاز . وهذه الأصول متفق عليها .

ثم من كان وكيلاً بالاختلاع ، نُظر . فإن أضاف لزوم المال إلى موكله ، لم يتعلق الطلبُ به ، وكان في البين سفيراً رسولاً . وإن التزم مطلقاً ونوى بالتزام المال جهة موكله ، فتفصيل القول في مطالبته كتفصيل القول في مطالبة الوكيل بالشراء ، وقد سبق الكلام مستقصى في العُهدَة . والمقدارُ الذي تمسُّ الحاجة إلى إعادته أن مستحق المال لو لم يصدّق الوكيل في دعوى الوكالة ، فله مطالبته ، وإن صدقه ، فظاهر المذهب أنه

٣٦٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

يطالبه أيضاً ؛ لالتزامه وإضافته لفظ الالتزام إلى نفسه ، ثم هو يرجع على موكله رجوع الضامن على المضمون عنه .

ومن أصحابنا من قال : [إن]^(١) اعترف بكونه وكيلاً ، لم يطالبه ، كما لا [يطالب]^(٢) السفير .

هذا بيان الأصل الذي حاولنا تقديمه .

٨٧٧٣- ونعود بعد ذلك إلى النص^(٣) ، فنقول : تعرض الشافعي لاختلاف الزوجين في [أمرين] :^(٤) أحدهما - هذا الذي نحن فيه الآن ، والآخر - الاختلاف في الفلوس بالدراهم .

ي ٤٤ فأما تفصيل القول في الاختلاف المتعلق بالخلع عن جهة/ الغير ، فإننا نبتدىء تفصيل ذلك ، ونستعين بالله ، وهو خير معين ، ونقول : إذا قال الزوج : طلقك على ألف عليك ، وقالت المرأة : أنا لم أتعرض لقبول الألف ، وإنما قبلها عنك فلان الأجنبي ، وجرى الخلع بينكما ، فالبينونة واقعة بإقراره ، والقول قولها في نفي الاختلاع مع يمينها ، فإنها أنكرت أصل تعلق العقد بها ، [ولا]^(٥) يستحق الزوج على ذلك الأجنبي شيئاً أيضاً ؛ فإنه بريء بموجب إقراره وقوله ، فينفذ الحكم بالبينونة^(٦) ، ثم لا يملك مالاً ؛ إذا^(٧) اختلعت المرأة على نفي الالتزام . وهذه الصورة بيّنة .

ولو قال : خالعتك على ألف التزمته مطلقاً ، وقالت المرأة : قلتُ قبلتُ عن فلان

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : يطالبه .

(٣) نذكر بنص الشافعي ، وهو : « فإن قالت : اخلعني على ألف ضمنها لك غيري ، أو على ألف فلس ، وأنكر ، تحالفا ، وكان له عليها مهر مثلها » .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) في الأصل : فلا .

(٦) خالف في ذلك ابن أبي عصرون ؛ إذ قال : « قلتُ : لا يكفي في ثبوت البينونة إقراره ، بل إقراره وتصديقها أنه خلعها ، وقوله : إن القول قولها في تنفٍ الاختلاع سهو ؛ فإنها لم تنفي الاختلاع ، وإنما نفت الالتزام ، أو مباشرة الاختلاع » ا . هـ .

(٧) إذا اختلعت : بمعنى إذ .

ألفاً ، ولم أضف الالتزام إلى نفسي . وقد قدمنا فيما سبق أن السفير لا ضمان عليه ، وهي لو صدّقت سفيرةً على رتبة الرسالة ، وإذا جرى الاختلاف على هذه الصيغة ، فقد ذكر المرازمة أنهما يتحالفان والرجوع إلى مهر المثل ، وعللوا بأنهما اتفقا على جريان العقد مبهماً ، واختلفوا في صفة العقد على الوجه الذي وصفناه ؛ فاقتضى ذلك أن يتحالفنا .

٨٧٧٤- وذكر العراقيون وجهين : أحدهما - أنهما يتحالفان ، كما ذكره المرازمة .

والثاني - أنهما لا يتحالفان ؛ فإنها أنكرت أصل / الالتزام كما^(١) ادعت السفارة ؛ ٤٤ش ومن أنكر أصل الالتزام والأصل براءة ذمته ، فالوجه أن يحلّف^(٢) . وهذا الوجه متجه منقاس ، غير أنهم نقلوه ، وأفسدوه بالتفريع ، فقالوا : لا تحالف ولكن يلزمها مهر المثل ، وهذا على نهاية السقوط ؛ فإنها أنكرت أصل الالتزام ، فإن كانت مصدقة ، فكيف تطالب ، وأثر التصديق أن يثبت الحكم على صفته إذا لم يكن نزاع ، ولو صدق الزوج زوجته فيما ادعته من السفارة ، لكان لا يلزمها شيء ، وهذا واضح لا [دفع]^(٣) له .

فإن قيل : ما الذي تعتمدونه في إثبات التحالف بينهما ؟ قلنا : جرى أصل العقد وما فيه من الالتزام ، واعترفت المرأة بالالتزام ، ولكنها ادعت سقوطه بإضافتها للزوم إلى غيرها ، فأمكن أن يكون في هذا تردد في التصديق [ونقيضه]^(٤) ، ووجه التصديق أوضح ، والوجه الآخر متضح ؛ فإنها صاحبة الواقعة ، ففي توكلها عن الأجنبي بعد ، وإذا احتمل الأمران على استواء ، انطبق عليه احتمال صدق الزوج وكذبه على هذا النسق ؛ وهذا يوجب استواء الجانبين ، ومقتضاه التحالف . ثم التحالف موجب الرجوع إلى مهر المثل ، ثم الرجوع به على من رجع البضع إليه . هذا وجه التحالف . والقياس الحق أن لا تحالف ؛ فلا مال عليها ، ويخاطب الزوج بموجب إقراره ،

(١) كما ادّعت السفارة : بمعنى عندما ادعت . . .

(٢) فالوجه أن يحلّف : أي أن القول هنا قول الزوجة مع يمينها ، ولا يحلّف الزوج ليردّ قولها .

(٣) في الأصل : وقع .

(٤) في الأصل : ونقضه .

٣٦٨ _____ كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

ي ٤٥ ويقضى عليه بالفرقة ، ولا مرجع له على أحد/ بالمال ، كما لو قال لامرأته : خالعتك أمس على ألف فقبلتها ، فأنكرت ، [فالبينة]^(١) تثبت بموجب إقراره ، ولا يثبت المال .

٨٧٧٥- ثم ذكر صاحب التقريب مسألة متصلة بما نحن فيه ، فقال : إذا جرى الخلع بين الرجل وامرأته ، فأطلقت المرأة التزام المال ، ثم قالت : أردت بمطلق قولي ولفظي ألفاً يؤديها موكلي فلان ، ولم أقصد التزاماً يخصني ، فقد ذكر صاحب التقريب هاهنا قولين : أحدهما - أنهما يتحالفان ، وأن هذا الاختلاف إلى مقدار العوض وجنسه .

والقول الثاني - أن القول قول الزوج ؛ فإن المسألة مفروضة فيه إذا [أطلقت قولها وقبولها]^(٢) ، والظاهر أنها التزمت العوض في خاصتها ، فالقول قول الزوج لهذا الظاهر ؛ والتحالف إنما يجري إذا استوى الجانبان في احتمال الصدق والكذب .
ثم ذكر قولاً ثالثاً - أن القول قول المرأة ؛ فإنها الناقصة ، فهي أعرف بنيتها وقصدها ؛ [فالرجوع إليها]^(٣) ، وهذا قول ملتبس .

ونحن نقول في كشف الغطاء فيه : إن كنا نطالب الوكيل الملتزم باللفظ المطلق - وهو ظاهر المذهب - فهذا الاختلاف لا خير فيه ؛ فإنها معترفة بأنها مطالبة بالمال كيف فرض الأمر .

وإن فرعنا على أن الوكيل لا يطالب ، فإن أضاف الالتزام إلى نفسه ، فهذا الكلام ش ٤٥ مختل محتاج إلى التفصيل ، فإن أنكر الزوج أصل التوكيل ، فلا معنى للترديد/ الذي ذكر . وإن اعترف بالتوكيل وردّ النزاع إلى نيتها ، فهذا [أوأن]^(٤) الاحتمال على بُعد .
والوجه - مع الاعتراف بالتوكيل والتفريع على أن الوكيل لا يطالب بالعهد في العهد

(١) في الأصل : فالبينة .

(٢) في الأصل : إذا طلقت وقولها وقبولها .

(٣) في الأصل : « فالزوج عليها » والمثبت من (صفوة المذهب) .

(٤) في الأصل : فهذا وإن الاحتمال .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٦٩

المطلق - أن تُصدّق المرأة ؛ فإنها النأوية ، وهي أعرف بنية نفسها ، فالكلام كيفما فرضته [مختبط] ^(١) لا أصل له .

٨٧٧٦- وأما الكلام في الاختلاف في الدراهم والفلوس ، فقد مضى موضحاً في الأصل الأول إذا ^(٢) ذكرنا القاعدة ومحل التحالف على أبلغ وجه يتعلق بإمكاننا .

٨٧٧٧- ولم يبق الآن إلا نقل اللفظ في (السّواد) على وجهه ، وردّ النظر إليه . قال الشافعي : « فإن قالت : على ألف ضمنّها لك غيري ، أو قالت : على ألف فلسٍ وأنكر ، تحالفاً ، وكان له عليها مهر مثلها » هذا هو اللفظ الذي نقله المزني .

أما التحالف في الضمان ، فليس يحتمل اللفظ إلا صورة واحدة ، وهي أن يقول الزوج : أطلقت الالتزام ، وتقول المرأة : بل أضفّته إلى غيري . هذا هو الذي قطع المأروزة فيه بالتحالف ، على موجب النص .

وحكى العراقيون فيه وجهين : أحدهما - التحالف .

والثاني - أنهما لا يتحالفان وعليها مهر المثل ، وقد ذكرنا أن القياس ألا يتحالفا ولا [يلزمها] ^(٣) شيء ، ولكن لم أر أحداً من المعتبّرين يصير إلى هذا ، [فأسنده] ^(٤) إليه أو أعلقه بفحوى كلامه .

فإن قال قائل : هذا القياسُ ، أمكن حمل نص الشافعي على مجمل ، ولكن لا معنى للتشاعل به . وأما قول / الشافعي في الفلّس ، فليس يبعد حمله على اختلافهما ^{٤٦} في الدراهم والفلّس صريحاً ، ونفرض النص فيه إذا قال الزوج : خالعتك على ألف درهم وقبلته ، وقالت : بل خالعتني على ألف فلس فقبلته . ولكن في المذهب ما فيه من وجوه الإشكال ^(٥) .

(١) في الأصل : مختبط .

(٢) إذا : بمعنى (إذ) .

(٣) في الأصل : يلزمهما .

(٤) في الأصل : وأسنده .

(٥) عبارة المختصر هذه محلّ الإشكال ، علق عليها الرافعي في الشرح الكبير قائلاً : « ظاهر هذا النص يقتضي التحالف فيما إذا أقرّت بالاختلاع ، وقالت : ضمن المال فلان ، ولا وجه فيها

٣٧٠ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
وغايتنا أن ينتهي كل فصل إلى حقيقته ، ولا نغادر شيئاً من وجوه الاحتمال ،
ونحيل المذهب على النقل الصحيح ، فنكون جمعنا بين وجوه القياس ، وبين تحقيق
النقل ، والتنبيه على حقيقة الفصل .

٨٧٧٨- ومما ذكره القاضي في أعقاب المسألة : أن الرجل لو قال : طلقك على
ألف عليك ، ولم أشرط ضمان الأجنبي ، وقالت : طلقني بألفٍ عليّ على أن فلاناً
الأجنبي ضامن ، فهذه المنازعة لا معنى لها ؛ فإنها أقرت بالالتزام تحقيقاً ، وذكرت
شرط ضمانٍ لو صح ، لم ينفعها ، وإنما كانت تُثبت مزيدَ تعلّقٍ للزوج ، فكأنها
[أدعت]^(١) للزوج حقاً ، والزوج يُنكر ، وهذا ثابت لا شك فيه .

فصل في

قال : « ولو قالت : طلقني ولك عليّ ألف درهم ، فقال : أنت طالق على
الألف إن شئت ، فلها المشيئة وقت الخيار . . . إلى آخره »^(٢) .

٨٧٧٩- نقول في مقدمة الفصل : إذا كانت صيغة قول الرجل على صيغة
[المعاوضة]^(٣) ، فتقتضي جواباً عاجلاً ، كما يقتضيه الإيجاب في البيع والإجارة ،
ش ٤٦ ونحوهما/ من المعاوضات [المفتقرة]^(٤) إلى الإيجاب والقبول ، والذي ذكره

للتحالف ؛ بل هي مطالبة وإن كان هناك ضامن . فاختلف الأصحاب : حكى الحناطي عن
بعضهم أن المسألة غلط من الكاتب . ومنهم من قال : الجواب راجع إلى صورة الاختلاف في
الفلس ؛ فربما جمع الشافعي بين مسألتين ، فأجاب في إحداهما ، وترك جواب الأخرى
والأكثرون ردوا الجواب إليهما ، واختلفوا في محل النص « انظر تفصيل الصور والطرق التي
وصل بها الرافعي إلى سبع طرق . في الشرح الكبير : ٤٧٤/٨ ، ٤٧٥ .

(١) في الأصل : أودعت .

(٢) ر . المختصر : ٥٧/٤ ، ٥٨ . والمثبت نص عبارة المختصر ، فقد كانت عبارة الأصل

مضطربة هكذا : « ولو قالت له : طلقني ولك عليّ ألف درهم ، فقال : أنت طالق على ألف

إن تثبت لها المشيئة وقت الخيار » .

(٣) في الأصل : المعارضة .

(٤) في الأصل : المقررة .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٧١

الأصحاب فيه الاتصال ، والإحالة على العرف ، وقد تَقَصَّيتُ هذا في البيع ، وأوضحتُ أن المتهى المطلوب فيه أن لا يتخلل زمانٌ يشعر تخلُّله بإعراض المخاطَب عن الجواب ؛ فإذا تخلل مثله ، انقطع .

ومن لطيف الكلام في ذلك أنه لو أمكن ترده ليفكر ويرعى المصلحة ، ويرى ما عنده ، فلا معول على هذا ؛ فإن الإيجاب والقبول مبنيان على تقديم الرأي ، ومن يوجب ابتدئ الكلام ، وغرضه أخذُ الجواب على الفور ، لا تفويض الأمر إلى المخاطب ليرى [رأيه]^(١) . فإذا تخلل ما يقطع الاتصال الذي ذكرناه ، بطل التواصل ، ولو وجد قبول من بعد ، لم ينفع . والمذهب أنه لو تخلل كلامٌ يسير لو فرض بدله سكوت لما انقطع ، فلا أثر لتخلل ذلك الكلام ، ونصُّ الشافعي : [شاهد]^(٢) فيه ؛ فإنه قال : « لو خالغ امرأته ، فارتدت ، ثم قبلت ، ثم عادت قبل انقضاء العدة ، وهي ممسوسة ، فالخلع واقع » ، فلم يجعل تخلل كلمة [الردة]^(٣) قاطعة للجواب عن الإيجاب .

وذكر الشيخ أبو علي في شرح التلخيص أن تخلل كلام من القابل بين الإيجاب والقبول يقطع القبول ، وهذا غير سديد ؛ فإنه [لا يدل]^(٤) على الإعراض ، والنص يخالف ما قال ، كما / ذكرته .

٤٧ ي

ولو طال الزمان ، وكان المجلس الواحد جامعاً لهما ، فينقطع العقد ، ولا أثر لاتحاد المجلس ، لم يختلف فيه أئمة المذهب . وقد يُطلق الشافعي لفظ المجلس في مثل ذلك ، ولا يعني به المجلس الذي يتعلق به خيار المجلس ؛ فإن ذلك المجلس وإن طال ، امتد الخيار بامتداده ، فمن أطلق المجلس [عنى]^(٥) المجلس القصير الذي يليق بمجلس المخاطب على ما سبق تفصيله . ولو وُجد الإيجاب ، ففارق المخاطب

(١) في الأصل : برأيه .

(٢) في الأصل : مشاهد .

(٣) في الأصل : الرد .

(٤) في الأصل : لا يزل .

(٥) في الأصل : على .

٣٧٢ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها المجلس مفارقةً ينقطع بها خيار المجلس ، ولكن قُرْبَ الزمان ، فأجاب ، ففي العقد وجهان ، والأصح الانعقاد ؛ تعويلاً على الزمان ، فمن لم يحكم بانعقاده ، جعل المفارقة مشعرةً بالإعراض .

٨٧٨٠- وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الخلع عرياً عن التعليق ، وقال الزوج خالعتك ، أو طلقتك بألفٍ أو على ألفٍ . فأما إذا ذكر الزوج لفظ التعليق ، فقد يستدعي قوله فوراً ، وقد لا يستدعيه ، فإذا قال لامرأته : متى ما ضمنت ، [أو متى ضمنت أو مهما] ^(١) ضمنت ألفاً ، فأنت طالق ، فهذا على التراخي . وإذا قال : إن ضمنت ألفاً ، فأنت طالق ، فهذا يقتضي أن تضمن على الفور .

فأما حمل متى ، وما ، ومهما ، وأي وقت على التراخي ، فلصريح اللفظ ، ولقبول الخلع لهذا المعنى . وقد قرناه عند تمهيد الخلع وحقيقته وماهيته وما فيه من شوب ^(٢) ، واسترداد ، وتمحّض ، فأما حمل [إن] ^(٣) على الفور ، فليس من جهة ش ٤٧ استدعاء (إن) فوراً / ، فإنه شرطٌ والشرط ، ينبسط على الأزمان . وإذا قال الرجل لامرأته : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، لم يقبل ذلك فوراً ، ولكن يقترب (إن) العوضية ، وهي مقتضية التعجيل ، و (إن) الشارطة ليست صريحة في اقتضاء التأخير ، فاقترضت القرينة الفور ، وليس كما لو قال : متى أو متى ما ضمنت ، فإن ذلك تصريح بتجوز التأخير . ومقتضى النصوص لا تدروه القرائن .

٨٧٨١- وإذا قال لامرأته : أنت طالق إن شئت . فهذا يقتضي مشيئتها على الفور والاتصال ، وإن لم يكن في الكلام معنى ، وليس كما لو قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، وليس هذا من مقتضيات كتاب الخلع . ومهما جرى ذكر طلاقٍ من غير تعرضٍ

(١) عبارة الأصل : قال لامرأته : « متى ما ضمنت أو متى ما مهما ضمنت » .

(٢) من شوب ، واسترداد ، وتمحّض : يريد شوب الجعالة والعوض ، واسترداد العوض إذا قلنا بأنه فسخ ، والتمحّض للعوضية . ويشير إلى ما سلف قريباً في (باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٧٣
لذكر [عوض]^(١) ، فهو معترض في الخلع ، فليُلْحَق بمسائل كتاب الطلاق .

ولكن إذا جرى هذا وهو مجمع عليه ، فلا بد من الإشارة إلى تعليله ، مع
[إحالة]^(٢) تحقيقه على كتاب الطلاق ، فنقول : أما احتمال دخول الدار للتأخير ،
وما في معناه في قوله : إن دخلت ، فبين ، لا حاجة إلى كشف ، وإنما نميز عن هذا
القبيل إذا قال : أنت طالق إن شئت ، فسببه أن قوله : إن شئت معناه استدعاء جواب ،
فكأنه إذا قال : إن شئت يلتبس منها جواباً بذكر المشيئة ، وشرط الجواب أن يكون
متصلاً بالخطاب ، وعليه ابتنى وجوب ترتيب الجواب في العقود على الإيجاب ، وإلا
فالعوضيَّة/ في عينها ليس فيها إشعار بالتواصل الزماني ، ولكنها تذكر في ابتداء^{٤٨} ي
وجوب وإيجاب وقبول وتفاوض مبناه في [التجواب]^(٣) على التواصل عرفاً وعادة ،
حتى يعد السكوت المتطاوّل فيه إعراضاً .

فإذا كان يتحقق استدعاء الجواب في قوله : إن شئت ، وإن لم يكن عوضاً ، فهذا
يقتضي التواصل الزماني لا محالة ، وهذا إنما يتحقق فيما يجوز أن يقدر جواباً . فأما
الدخول فيما عداه من الأسباب ، فلا يصلح أن تكون أجوبةً ، فلم يكن لشرط
[الاتصال]^(٤) فيه معنى .

ومما لا يخفى مُدركه ، ولا بد من ذكره في ترتيب الكلام أن المرأة إذا قالت : أشاء
أن تطلقني . فقال : أنت طالق إن شئت ، فما تقدم من قولها لا يكفي ؛ فإن التعليق
على هذه الصيغة يقتضي وقوع المشيئة [في]^(٥) المستقبل بعد صدور التعليق ؛ فإن
الشرط لا يعقل تعلقه إلا بالمستقبل .

ولو كانت دخلت الدارَ ، فقال الزوج : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، فلا يقع
الطلاق ما لم تستأنف دخولاً ، إلا أن يكون قال : إن كنت دخلت الدار ، فأنت طالق .

(١) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .

(٢) في الأصل : إحاطة .

(٣) في الأصل : التجاوز .

(٤) ساقطة من الأصل .

(٥) في الأصل : من .

٣٧٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
وستأتي هذه الألفاظ وحقائق معانيها في كتاب الطلاق .

٨٧٨٢- فإذا ثبتت هذه المقدمات قلنا بعدها : إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق
ش ٤٨ على ألفٍ ، فهذا يستدعي قبولاً منها على الاتصال . وإن قال : أنت طالق إن شئت /
[فهذا يستدعي جواباً منها]^(١) على الاتصال ، كما تقدم ، ولو جمع بينهما فقال : أنت
طالق على ألف إن شئت ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة ، فذهب بعضهم إلى أنه
يكفيها أن تقول^(٢) : شئت على الاتصال ، ويتنظم الخلع ، ولزوم المال ووقوع البيونة
بقولها : شئت . وهذا قد يدل عليه فحوى كلام الأئمة كالقاضي وغيره ، وهو ظاهر
كلام الصيدلاني .

ومن أصحابنا من قال : لا بد من الجمع [بين]^(٣) لفظ القبول ولفظ المشيئة .
وذهب بعض الأصحاب إلى أنه يكفي [منها]^(٤) أن تقبل .

أما من اكتفى بلفظ المشيئة ، فوجهه أن قول الرجل : أنت طالق [إن شئت]^(٥) ليس
[في صيغته تعرضٌ من طريق التصريح]^(٦) لقبولها ، ولكن لما لم يتصور منه أن يحتكم
بإلزامها مالا ، اقتضى ذلك منها التزاماً ، فكان قولها في معنى الضمن^(٧) ، كما
وصفناه . فإذا قال : أنت طالق على ألف إن شئت ، فقد جعل متعلق الطلاق ولزوم
المال قولها المجرد شئت ، فيجب أن يتعلق الأمران جميعاً به .

ولو قال الرجل لمن يخاطبه : بعت منك عبدي بألف درهم إن شئت ؛ فالبيع

(١) زيادة من المحقق .

(٢) عبارة الأصل : أن تقول : إن شئت .

(٣) في الأصل : من .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) زيادة من المحقق .

(٦) عبارة الأصل : « ليس في صيغة تعرض من طريق ليصرح لقبولها » كذا بهذا الرسم تماماً .

(٧) الضمن : الضمان والالتزام ، من قولهم : ضمن ضماً وضمانة التزم . (المعجم) وهو مصدر
مسموع معروف مدون في أواسط المعاجم ، ولكنه غير مستعمل الآن ، وهذا يلزم من يتعرض
للتصوص التراثية بالتأني والتهمل وألا يسارع بالتخطئة والتغيير لما لا يجده مألوفاً عنده .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٧٥

لا ينعقد ؛ فإنه لا يقبل التعليق ؛ إذا^(١) وضع البيع على المعاوضة المحضنة ، ومتضمنها أن يكون صَدْرُ شَقِيَّ العقد من المتعاضدين على نسق واحد ، مع اجتناب التعليق من الجانبين جميعاً ، فهذا وجه هذا الوجه .

وأما من/ قال : لا بد من الجمع بين الإيجاب والقبول ولفظ المشيئة ، فوجه قوله ٤٩ ي أن الزوج لما قال : أنت طالق على ألف ، فهذا منه لو تجرد يقتضي اجتماعهما : اجتماع القبول ولفظ المشيئة منها ، فليأت بهما جميعاً . ثم لا ترتيب ، فإن شئت قالت أولاً : قبلت وشئت . وإن شئت قالت : شئت وقبلت .

والأصح الأول ، ولا يستقيم على الفقه المعتبر في الخلع إلا ما ذكرناه في توجيه الوجه الأول . والذي يؤكد أنه لو قال : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فإذا أعطت ألفاً ، طُلِّقت وإن لم يوجد من جهتها تمليك ؛ نظراً إلى ظاهر التعليق ، واكتفاء بما يسمى إعطاء في الحقيقة . فإذا كان كذلك ، فالإكتفاء بلفظ المشيئة في الحكم بوقوع الطلاق ولزوم المال جائز على هذا القياس .

فأما من يقول : لا بد من قبولها^(٢) ويقع الاكتفاء به ، فاشتراط قبولها عنده موجب [ما]^(٣) تقدم ، وأما عدم اشتراط لفظ المشيئة [فقبولها]^(٤) المجرد في العرف يعد جواباً عن جميع كلام الرجل . وهذا القائل يغلب مقتضى المعاوضة ، ويشترط القبول ؛ فإنه الركن .

وهذا الوجه عندي غلط صريح ، ولم أره إلا لشيخي ، فلا يجوز عده من المذهب ، ولولا تكرار سماعي [منه]^(٥) لما أوردته ، فيبقى الوجهان المقدمان/ ، ٤٩ ش وأوضحهما الإكتفاء بلفظ المشيئة كما تقدم .

٨٧٨٣- ثم يتفرع على ما ذكرناه أنا إذا اشترطنا لفظ المشيئة ، واكتفينا به ، فلا يصح

(١) إذا : بمعنى : إذ .

(٢) قبولها : أي قولها : قبلت .

(٣) في الأصل : بما .

(٤) في الأصل : وقبولها .

(٥) في الأصل : فيه .

من الزوج الرجوع عنه ؛ فإنه تعليق مجرد ، والرجوع عن التعليق غير ممكن .

ومن شرط [الجمع]^(١) بين القبول وبين لفظ المشيئة ، فهل يجوز للزوج الرجوع قبل أن تقبل المرأة [وتشاء]^(٢) ؟ فيه تردد ظاهر ، بسبب اشتغال كلام الزوج على المعاوضة^(٣) والتعليق جميعاً ، ووجه الاحتمال بين ، ولكن لست أجد لهذا الوجه أصلاً ، والوجه الاكتفاء بلفظ المشيئة ، ثم منع الرجوع كما تقدم .

فهذا تمام ما أوردناه في ذلك .

٨٧٨٤- عدنا إلى صورة المسألة إذا قالت المرأة : طلقني واحدة بألف ، فقال الزوج : أنت طالق بألفٍ إن شئت . فهذا الذي ذكره يُخرج كلامه عن كونه كلاماً جواباً لها ؛ فإنه لو اقتصر على قوله : أنت طالق ، لكان ذلك إسعافاً وجواباً ، فإذا قال : إن شئت فهذا يقتضي أمراً في الاستقبال ؛ لما قرناه من أن الشرط مقتضاه معلق بالاستقبال لا محالة .

ثم إن كنا نعد اقتصارها على القبول إذا [ابتدأ]^(٤) الرجل فقال : أنت طالق بألفٍ إن شئت وجهاً [مرتباً]^(٥) ، فلا بد على هذا من تجديد القبول ، [وما]^(٦) تقدم من استدعائها لا يكفي ؛ لأن قوله : إن شئت ، تضمن معنى في المستقبل لا محالة ، قولاً ي ٥٠ كان أو لفظ مشيئة ، فوضح أن المرأة إذا سبقت واستدعت التطليق/ بالمال ، فقال الزوج : أنت طالق بألفٍ إن شئت ، فالقول الوجيز المشعر بكمال المقصود أنا نجعل كأن استدعائها لم يكن ، وكأن الزوج ابتداء ، فقال : أنت طالق بألفٍ إن شئت ، ثم التفصيل ما قدمنا ذكره .

٨٧٨٥- ومما يتصل بتمام البيان في ذلك أن المرأة لو قالت : طلقني واحدة بألف ،

(١) في الأصل : الجميع .

(٢) في الأصل : وتشاهد .

(٣) في الأصل : المعارضة .

(٤) في الأصل : اشتد .

(٥) في الأصل : مريباً .

(٦) في الأصل : وإذا تقدم .

فقال الزوج : أنت طالق ، ولم يُعد ذكرَ المال ، وقع كلامه جواباً ، واستحق المال الذي التزمته . وبمثله لو قالت : طلقني واحدةً بألف ، فقال : أنت طالق إن شئت ، ولم يذكر المال ، فقد بطل أثر استدعائها ، وصار الرجل كالمبتدئ ، [في هذا]^(١) القول ، وإذا ابتداءً ، فقال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : شئتُ ، وقع الطلاق [رجعياً]^(٢) ، ولم يثبت المال ، فكذلك إذا قالت : طلقني بألفٍ ، فقال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : شئتُ وقع الطلاق رجعياً ؛ [فإننا]^(٣) جعلنا قوله ابتداءً ، وقطعناه عن كونه جواباً .

٨٧٨٦- ثم قال المزني نقلاً عن الشافعي : إذا قال : أنت طالق على ألف إن شئت ، فلها المشيئة وقت الخيار ، وأراد بذلك اشتراط اتصال لفظ المشيئة ، كما تقدم ، وعبر عن الاتصال بوقت الخيار ، وأراد الوقت الذي يجري فيه إمكان الرجوع عن الإيجاب قبل القبول ، وهو الذي يسمى وقت [القبول]^(٤) .

٨٧٨٧- ثم ذكر^(٥) بعد هذا ألفاظاً مضطربة ، وكلاماً هو جواب مسألة لم يذكرها ٥٠ ش بعد ، فقال متصلاً بما ذكرناه : « وإن أعطته إياها وقت الخيار ، لزمه الطلاق » . وهذا جواب لما لم يجر له ذكر ، وهو أن الرجل إذا قال : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق . فمن جواب هذا أنها إن أعطته على الاتصال ، وقع . فلم يذكر المسألة وذكر جوابها . ثم قال : « وسواء هرب الزوج أو غاب أو أبطأت بالألف » وهذا غير منتظم أيضاً ، فإنه عطف هذه المسألة على وقوع الطلاق ، والحكم فيها أن الطلاق لا يقع إذا شرطنا اتصال القبول والإعطاء . وفي كلامه خبطٌ ظاهر ، وشرطنا ألا نطنب في التعرض (للسواد) والاعتراض عليه ، إذا لم يكن لنا غرض فقهي ، فهذا نجاز المسألة .

(١) في الأصل : فهذا .

(٢) في الأصل : ورجعنا .

(٣) في الأصل : فإن .

(٤) في الأصل : القول .

(٥) أي المزني ، والعبارات التي سيوردها ، تجدها في المختصر : ٥٨/٤ .

فصل في

قال : « ولو قال : أنت طالق إن أعطيتني ألف درهم . . . إلى آخره »^(١) .

٨٧٨٨- هذا الفصل عُدّ من مشكلات الكتاب^(٢) ، وسبب الإشكال فيه اشتماله على خواصّ للخلع سبق تعليل بعضها ، وفيه أيضاً حكمٌ قدمْتُ في الأقاير استقصاءه ، يتساهل فيه الفقهاء ، ولم يفرده هاهنا ، فاجتمعت جهاتٌ من الإشكال ، ونحن نأتي ، بمضمون هذا الفصل موضحاً ، إن شاء الله عز وجل .

فإذا قال الرجل لامرأته : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، فأول ما نذكره أنه لا حاجة في ذلك إلى قولٍ لفظي منها ، فإنه لم يعلق الطلاق على / قولٍ ؛ فلا يقتضي قولاً أو يتضمنه . وبيان ذلك أنه علق الطلاق على فعلها إذا^(٣) قال : « إن أعطيتني » وأخرج قوله عن صيغة المعاوضة التي تقتضي إيجاباً وقبولاً ، فلا نشترط قولاً منها أصلاً . ثم الذي يجب البحث عنه في ذلك أنها إذا جاءت وسلمته إليه ، فقد نقول : إنه يملكه على ما سيأتي ذلك في أثناء الفصل - إن شاء الله تعالى - وهذا تمليكٌ بمجرد فعلٍ من غير قبول .

وليس في قاعدة الفصل خلاف ، وغموضه في أنه عديم النظر ، وإلا فالتمليك في درك العقول في معنى التمليك بالفعل ، والصحيح أن القبض في الهبة هو [المملك]^(٤) دون اللفظ المتقدم عليه . واتفق الأصحاب على ما ذكرناه أن من الهدايا والمنح ما لا يفتقر إلى اللفظ ، وما يؤثر عن ابن سريج من كون المعاوضة معاودة يتأكد بهذا .

٨٧٨٩- ثم مما يتعلق بهذا أنها إذا جاءت بالمشروط ووضعت بين يدي الزوج ، فإنه يدخل في ملكه قهراً ، وإن لم يأخذه ؛ فإنه ذكر لفظةً معناها الإعطاء ، وهذا متحقق

(١) ر . المختصر : ٥٨/٤ .

(٢) واضحٌ أن المراد مشكلات كتاب الخلع .

(٣) إذا : بمعنى إذ .

(٤) في الأصل : الملك .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٧٩
من غير أخذ بالبراجم^(١) ، وليس يملك الزوج الرجوع عما قال .

فانتظم من مجموع ما ذكرناه أن الطلاق لما قبل التعليق بالقول والفعل والالتزام والقبول ، وقد أثبت الله المال في المفاداة في حكم الرخصة ، فثبت المال / في الجهة ٥١ ش التي يثبت تعليق الطلاق فيها . فهذا ما أردناه في ذلك ، وهو واضح - إن شاء الله عز وجل - لائق بخاصية الخلع .

٨٧٩٠- ثم قال الأئمة : إذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق . فيبني أن تأتي بالألف وازنة ، فلو أتت بألف درهم معدودة لا ترن ألفاً [لم يقع شيء]^(٢) . ولتكن نقرة خالصة ، ولتكن مضروبة مسكوكة ، والقول في هذا مما تقدم استقصاؤه في كتاب الأقارير .

ونحن نذكر هاهنا ما تمس الحاجة إليه ، فنقول : الدراهم في الشريعة وازنة ، والدراهم هو النقرة كالرقة والورق ، وإذا كانت الفلوس لا تسمى دراهم ، فالمغشوش الذي بعضه نحاس [ليس]^(٣) درهماً ؛ فإن جنس النحاس لا ينقلب بسبب [مخالطة]^(٤) النقرة ، وقد تقدم تقرير هذا في الأقارير .

ومما ذكرناه ثم أنه لو أقر بدراهم ، وفسرها بدراهم معدودة ، لم يقبل منه إلا إذا كان ببلدة يعم فيها الدراهم النقص المعدودة غير الوازنة ، فإذا أقر في مثلها بألف درهم ، وفسرها بالمعدودة والنقص الجارية الغالبة في البلد ، ففي قبول تفسيره وجهان ، ذكرناهما في الأقارير .

٨٧٩١- ولو قال الزوج : إن أعطيتني ألف درهم ، وفسرها بالنقص في بلد يغلب فيه جريانها ، وزعم أنه أراد النقص ، فكيف التصرف فيه ؟ قال الأئمة : هذا يخرج

(١) في الأصل : بالمزاحم . وهو تصحيف أرهقنا كثيراً . والأخذ بالبراجم يراد به القبض باليد كما هي عبارة العز بن عبد السلام في اختصاره للنهاية . والبراجم هي رؤوس السلاميات ، والمراد رؤوس الأصابع التي بها القبض والأخذ (المصباح والمعجم) .

(٢) ساقطة في الأصل ، وأثبتناها من (صفوة المذهب) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : فمخالطة .

٣٨٠ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

على الوجهين المذكورين في الإقرار ؛ فإن المرعي في لفظ الأقارير مثل المرعي في ي ٥٢ صيغ [التعليق]/^(١) وهذا حسن .

ولكن وراءه غائلة لا بد من التنبيه لها ، وهي أن الزوج إذا فسر الدراهم بالنقص المعدودة ، فهذا يتضمن وقوع الطلاق دون الوازنة ، فإذا كان ما يقوله محتملاً [وفيه]^(٢) توسيع وقوع الطلاق ، فيجب القطع والحالة هذه [بقبول]^(٣) قوله .

وإنما يظهر أثر الاختلاف في عكس هذه الصورة ، وهي أنه إذا كان في بلدة دراهم معدودة تزيد على الوازنة في زنتها ، فإذا فسر الدراهم التي علّق وقوع الطلاق بإعطائها ، [بالمعدودة]^(٤) التي تزيد زنتها على الوزن المعلوم في الوازنة ، وكانت تلك الدراهم غالبية ، فينقذ حينئذ فيه ذكر الوجهين ؛ لمكان النية الموافقة للعادة الجارية . ولو أقر بألف درهم ، ثم فسر إقراره بألف معدودة يزيد زنتها على وزن الوازنة ، فلا شك في قبول تفسيره ، وإنما الخلاف فيه إذا فسرهما بالنقص ، ولا حاجة إلى الإطناب في هذا ؛ فإنه واضح .

ولو قال المقر : لفلان علي ألف درهم . ثم فسر بالمغشوشة ، وكانت غالبية جارية في محل الإقرار ، ففي قبول تفسيره وجهان ، وهما الوجهان المذكوران في النقص ؛ فإن المغشوشة نقرتها ناقصة ، ونقصانها لا يجبر بالنحاس .

وإذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، وكان لفظه مطلقاً ، فهذا محمول على النقرة الخالصة . ولو قال : أردت بذلك المغشوشة ، فيجب القطع بقبول ش ٥٢ تفسيره ؛ فإن ما قاله محتمل ، وفيه/ توسيع وقوع الطلاق .

فليتأمل الناظر هذه الأمور الجلية التي لم يتعرض لها الأئمة لوضوحها .

٨٧٩٢- ومما يتعلق بتحقيق القول في ذلك إذا انتهى الكلام إلى هذا المنتهى أن من اشترى شيئاً بألف درهم ، في بقعة دراهمها الجارية نقص ، فالذي يرى الأصحاب فيه

(١) في الأصل غير مقروءة (انظر صورتها) .

(٢) في الأصل : وقت .

(٣) في الأصل : مقبول .

(٤) في الأصل : فالمعدودة .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٨١

أن مطلق الدرهم في البيع والمعاوضات محمولة على الدراهم الجارية في العرف .
وليس الأمر على هذا الإطلاق عندنا .

ونحن نفصل القول فيه ونستعين بالله تعالى - فنقول : إذا كان في أيدي الناس نقود من أصناف مختلفة النقوش والسكة ، وكان الغالب في المعاملات صنف منها ، فإذا أطلقت الدراهم - والحالة هذه - انصرفت إلى ما يغلب ، وصار جريان العرف واطراده بالمعاملة في ذلك الصنف بمثابة التقييد لفظاً [فيفيد]^(١) اقتران العرف من الإعلام ما يفيد التقييد نطقاً ولفظاً .

ولو كانت النقود كما وصفناها ، فقال الرجل : لفلان علي ألف ، فلا يتقيد المقر به بالنقد الغالب . وكذلك لو قال الرجل لامرأته - والنقود كما وصفناها : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، لم يختص هذا بالنقد الجاري في البلد ، بل لو أتت بألف من أي نقد كان ، وقع الطلاق بعد أن تكون وازنة .

وهذا موضع استفراق^(٢) ؛ فإن النقد الغالب يتعين في المعاملات / ، ولا يتعين في ٥٣ ي
الأقارير ، ولفظ التعليق . وهذا عندنا - في المعنى والفقه - ليس بتفاوت ، وطريق الكلام فيه [أن المعاملات إخبارٌ عما نصف]^(٣) ، والإقرار إخبارٌ عن ماضٍ ، ولا يمكن أن نحكم على العادة بالاطراد فيما تقدم ، فلا يتحقق كون العادة قرينة في المخبر عنه ، فبقي الإجمال في الصنف .

وكذلك إذا قال لامرأته : إن أعطيتني ألف درهم . فليس تعليق الطلاق أمراً معتاداً ، فلا يصير اطراد الاعتياد قرينةً فيه ، وتحقيقه أن العادة لا معنى لها على الانفراد ، والمعنى بجريانها ، جريان المعاملات ، والتعليق ليس مما يتكرر جريانه في الدراهم ، [فكان]^(٤) مطلق الدراهم يجري على مقتضى الإطلاق فيها ، ومقتضى الإطلاق التعميم بأي صنف أتت به وقع الطلاق ، إذا كان نقرة وازنة . هذا في اختلاف النقود .

(١) في الأصل : فعيد .

(٢) موضع استفراق : أي طلب الفرق .

(٣) عبارة الأصل : أن المعاملة عمت نصف .

(٤) في الأصل : وكان .

٨٧٩٣- فأما إذا كان الجاري في البلد دراهم ناقصة في الوزن ، فهذا موضع النظر ، فاسم الدراهم [مقيّد]^(١) بالنقرة الوازنة ، فإذا جرى العرف بخلاف ما يقتضيه الاسم ، فإذا قال المقر : أردت النقص تمسكاً بالعرف ، ففيه وجهان . وإذا أراد من علّق الطلاق تفسير لفظه في هذا المقام بالنقص المعدودة ، فقد ذكر الأصحاب وجهين .

ولا معنى لهما عندي ، بل الوجه القطع بالقبول ؛ فإن فيه توسيع الطلاق ، ش ٥٣ والاحتمال/ في ذلك كافٍ .

فإذا جرى ذكر الدراهم في المعاملة في الموضع الذي دراهمه الغالبة نقص ، فهذا فيه اختلاف بين الأصحاب ، فالذي ذهب إليه المعظم أن العرف مقيّد في المعاملات وطريق الفرق فيه ما ذكرناه من جريان المعاملات ، وعدم ذلك في التعليق ، وحققنا في الإقرار استناده إلى سابق لا تحكّم فيه يعرف .

ومن أصحابنا من قال : اسم الدراهم صريح في الوازنة ، والعرف لا يغيّر الصريح عن معناه ووضع ، وليس هذا كما قدمنا ذكره من إثبات أثر العرف في إعلام نقد من النقود المختلفة ؛ فإن ذلك إعلام بطريق القرينة في محل الإبهام ، ولو حملنا الدراهم على الناقص ، لكان ذلك تغييراً لموجب النص الصريح ، والعرف لا يغيّر [النصوص ومعناها]^(٢) وهذا إن كان له اتجاه في المعنى لكن^(٣) المشهور حمل الدراهم في المعاملات على النقص إذا كانت غالبية ، وإنما الخلاف في الأقاير ، وفي التعليق الذي قدّمته . فهذا ما عليه بناء المذهب . وقد أوضحنا الفرق بين المعاملة .

٨٧٩٤- ومما [نتمّم]^(٤) به الغرض في ذلك ، القول في الدراهم المغشوشة ، وإجمال الكلام فيها أولاً أنها بمثابة النقص في الإقرار والتعليق ، وإنما نفصل [فيها]^(٥) ي ٥٤ ذكر المعاملات . فنقول : يعترض في المغشوشة أصل آخر ، وهو أن/ مقدار النقرة إن

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : المنصوص ومعناها .

(٣) في الأصل : ولكن .

(٤) في الأصل : نقيم .

(٥) في الأصل : فيهما .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٨٣

كان مجهولاً في الدراهم ، ولم يكن لها جريان ، فلا يصح [التعويل]^(١) عليها لا مذكورة ولا معيّنة ؛ فإن الجهالة على هذا الوجه تمنع الثبوت في الذمة .

وإذا عيّنت ، فأشّر إليها ، [فالإشارة]^(٢) بمثابة الإشارة إلى تراب المعدن . [فإن]^(٣) كان لها جريان في العادة ، مع أن مقدار النقرة [مجهول فيها]^(٤) ، ففي صحة التعامل بها وجهان ، قدمنا ذكرهما في كتاب البيع وأبواب من المعاملات . وتعويل من يجوز على الجريان ، والصحيح [المنع]^(٥) .

وإن كان مقدار النقرة معلوماً - ففي طريق العلم به توقف ، فإنه مما لا يعاين ، فإن أمكن العلم به فبقول ثقات - فيزول في هذه الصورة [الجهل]^(٦) بالمقصود ، وتصير الدراهم المعلومّة العيار المغشوشة بمثابة الدراهم المعدودة والنقص في الوزن . وقد تفصّل القول فيها . فهذا تمام القول في هذا الفن .

٨٧٩٥- ومما يخرج مما قررناه أنا إذا قيدنا لفظ التعليق بالعرف الجاري في الموضع ، فقد يقتضي الحال حمل الدراهم على المغشوشة في الإقرار ، ولكن الوجه عندي فيه أنه إذا قال المُقر : أردت المغشوشة ، ففي قول منه - وعرف الموضع مساعداً - الوجهان ، فلو لم يدع أنه أراد المغشوشة / ، فالوجه عندي مطالبته بالخالصة ، ٤٥ش وسبب ذلك أن العرف لا جريان له في الأقاير ، فاسم الدراهم على اقتضاء الخلوص والزنة التامة . ولكن إن زعم أنه أراد ما يجري به العرف في المعاملة ، فقد يعذره بعضُ الأصحاب بسبب جريان المعاملة ، وهذا لا قطع به ، ولا يمتنع أن يقال : إن تراجع فيما أراد ، فإن زعم أنه لم يرد شيئاً ، فإقراره محمول على الغالب في المعاملة . لهذا تردد لطيف يجب تدبره .

(١) في الأصل : التعليق .

(٢) في الأصل : بالإشارة .

(٣) في الأصل : وإن .

(٤) في الأصل : مجهولين فيه .

(٥) في الأصل : الممتنع .

(٦) في الأصل : والجهل .

٣٨٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

وأما إذا جعلنا للعرف أثراً ، وقد جرى التعليق في الطلاق ، أو العتاق ، فإن قال : أردت الدراهم المغشوشة ، فالوجه عندي القطع بتصديقه لما فيه من توسيع الطلاق . وإن أطلق ، فالوجه القطع بحمل لفظ المطلق على الخالصة الوازنة .

ومن أصحابنا من ذكر وجهاً وهو صادر عن غير بصيرة ودراية بحقائق الأشياء ووضعها .

وقد انطوى إلى هذا المنتهى أصلاً : أحدهما - تعلّق الإعطاء بفعلٍ مجرد من غير قول من جهتها .

والثاني - الكلام في الخلوص والنقصان .

٨٧٩٦- ونحن نبتدىء - بعد هذا - الكلام في مقصود آخر ، والبناء على الفرق بين المعاملات وألفاظ المُعلّقين ، فنقول : إذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، وكان في البلد نقد غالب وزان خالص ، فإذا جاءت بألفٍ من النقد ووضعتهُ/ بين يدي الزوج ، قُضي بوقوع الطلاق ، لتحقق الصفة ، ثم ما أعطته من جنس النقد فيملكه الزوج ولا يجري فيه رد واسترداد ، وقد وقع الطلاق وجرى الملك في المعطى معاً .

ولو أتت بألف درهم وازنة خالصة ، ولكن النقد الغالب في البلد غير ذلك الذي أتت به ، وليقع الفرض إذا كان النقد الغالب خالصاً وازناً أيضاً ، ولكن الاختلاف في جودة السكة وزكاتها^(١) ، وفي لين النقرة وانطراقها ، وفي خشونتتها ، فالذي ذكره الأئمة أن الطلاق يقع ، كما ذكرناه ، ثم الزوج لا يملك ما جاءت به ، ولكن يردّه ويسترد ألفاً من نقد البلد ؛ فإن الذي تقتضيه المعاملة التقييد بنقد البلد ، والذي يقتضيه التعليق اتباع الاسم ، فوقع الحكم بوقوع الطلاق لتحقق الاسم ، وثبت الرجوع إلى النقد الغالب لموجب المعاملة . هذا قول الأصحاب .

وهذا مشكل . فليتأمل المنتهي إليه ؛ فإن الطلاق إنما يقع لتحقق الصفة

(١) زكاتها : كذا بهذا الرسم تماماً . (ولعل المعنى المراد صفاؤها وحسنها) .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٨٥

[وتمليك]^(١) الدراهم ، فلو كان ما جاءت به على حقيقة الصفة ، فليتحقق فيه التملك ؛ فإن الإعطاء معناه التملك ، فالذي يقتضيه القياس الحق أن يملك الزوج ما يقع الطلاق بالإتيان به ، وإن كان يجب اتباع النقد الغالب ، فيجب / أيضاً أن يتوقف هه ش وقوع الطلاق على ما هو المملوك .
وهذا لا مطمع في دفعه .

[و]^(٢) في نص الشافعي في (السواد) ما يدل على أنا لا نرجع إلى نقد البلد ، ولكن إذا أتت بالدراهم وهي نقرة وازنة ، وقع الطلاق للاسم ، فإن كانت النقرة معيبة ، فعليها ألف خالصة غير معيبة ، ولم نرجع إلى النقد الغالب . وهذا فيه دفع لنوع من الإشكال ، وهو المصير إلى نقد البلد ؛ فإنه لم يعتبره ، ولكن لما وضح قصد التملك في الألف ، اقتضى ذلك السلامة من العيوب ، كما يقتضيه كل ما أثبت عوضاً . وهذا ليس ينفي الإشكال بالكلية ؛ فإن القياس يقتضي ألا يقع الطلاق إلا بما يجري الاستحقاق فيه ، وما يقع الطلاق به فينبغي ألا يبطل .

وقد أجمع الأصحاب في الطرق [على]^(٣) أن الرجوع إلى نقد البلد إذا كان في البلد نقد غالب .

وهذا مع اشتهاؤه لا وجه له أصلاً ، وفي إيجاب الإبدال [لعين]^(٤) المعيب إشكال قائم أيضاً ، ولكنه أمثل من الرجوع إلى نقد البلد ، والله أعلم .

وقال الشيخ أبو علي في شرح التلخيص : من أصحابنا من قال : إذا وقع الطلاق إذا جاءت بالألف الخالصة الوازنة ، فالرجوع إلى مهر المثل ، وعلل هذا القائل [بأن التملك]^(٥) من غير إلزام والتزام ، وعقد مشتمل على شقيه / بعيد . ولكن الزوج لم هه ي

(١) في الأصل : تملك . (بدون الواو) .

(٢) الواو زيادة من المحقق .

(٣) سقطت من الأصل .

(٤) في الأصل : تعين .

(٥) زيادة اقتضاها السياق .

٣٨٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

يرض بوقوع الطلاق من غير مال ، وفسد التملك بلفظ الإعطاء مع [الفعل]^(١) ، [فكان]^(٢) مجموع ذلك يقتضي الرجوع إلى مهر المثل .

ولو أتت [بألف]^(٣) ، يقع الطلاق بمثلها ، وكان النقد الغالب من ذلك الجنس أيضاً ، فهذا القائل يقول : الألف الذي به [وقع الطلاق]^(٤) مردود ، والرجوع إلى مهر المثل ؛ لما ذكرناه ، من أن لفظ التعليق لا يفيد معنى التملك على التمام ، وليس خالياً عن اقتضائه أيضاً ، فهذا بيان هذا الوجه .

ومما نجري في ذلك أيضاً أن من يحمل لفظ المعلق على موجب العرف في الدراهم النقص والمغشوشة ، كما قدمناه ، فيلزمه أن يقول : إذا أتت المرأة بألف - والنقد الغالب غيره - فلا يقع الطلاق ؛ لأن اللفظ يتضمن [التقيّد]^(٥) بالعرف . وهذا بعيد ، ولكنه مستند إلى ما تقدم تقريره وحكايته عن بعض الأصحاب .

٨٧٩٧- فهذا تمام ما قيل فيه . والمذهب الحكم بوقوع الطلاق إذا جاءت بألف وازنة خالصة ، ثم إن كانت موافقة لنقد البلد ، فالزوج يملكه . وإن كان النقد مخالفاً لما أتت به ، وقع الطلاق ، ورد الزوج ما جاءت به وطالبها بألف من النقد . وإن لم يكن بين ما أتت به وبين النقد إلا تفاوت في النوعين / ، فإن [تراضيا بما جاءت به]^(٦) جرى الملك فيه ، كما سبق تقريره في السّلم إذا أتى المسلم إليه بما يخالف النوع الموصوف والجنس جامعٌ ، ولا وجه للخصوص في ذلك ، والقياس ما تقدم التنبيه عليه من وقوع الطلاق إذا أعطت ما وصف ، وتعلق الملك بعينه ، وما حكاه الشيخ أبو علي من الرجوع إلى مهر المثل فيه [غَوْصٌ]^(٧) في الفقه . فهذا تمام الاطلاع على حقيقة هذا الطرف .

(١) في الأصل : « الفصل » . ثم المراد (بالفعل) أنها جاءت بالألف وأعطتها .

(٢) في الأصل : وكان .

(٣) في الأصل : « بالألف » والمثبت من (صفوة المذهب) .

(٤) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

(٥) في الأصل : « النقد » . وهو تصحيف ظاهر .

(٦) عبارة الأصل : فإن تراضيا الزوجين بمالٍ به جرى الملك ...

(٧) في الأصل : « عوض » .

٨٧٩٨- ومما يتعلق بتمام الكلام أنه إذا قال : إن أعطيتني ألفاً ، فهذا يقتضي أن تأتي به على الفور في زمان قبول العقد ، حتى لو فرض تخلُّل زمانٍ ينقطع بمثله الإيجاب عن القبول ، فإذا أتت بالألف بعد ذلك ، لم يقع الطلاق .
وهذا مما مهدناه عند ذكر أصل الخلع وماهيته . وقد اتفق الأصحاب على هذا في طرقهم .

ورأيت في شرح التلخيص أن من أئمتنا من قال : قوله : إن أعطيتني ألفاً لا يقتضي الفور ، كما أن قوله إن دخلت الدار لا يقتضي الفور ، فإن التواصل إنما يليق بكلامين : أحدهما التماس جواب ، والثاني جواب عنه .

وهذا وإن أمكن توجيهه ، فهو بعيد في الحكاية ، لا تعويل عليه ، وسيأتي فصلٌ في أنه إذا قال : [إن] ^(١) أعطيتني ألفَ درهم ، فهذا محمول على تسويغ التأخير .
فهذا بيان أصول الفصل ، والتنبيه على موقع الإشكال فيه ، والانفصال عما يمكن الانفصال فيه ^(٢) / .

٥٧ ي

٨٧٩٩- ثم مما ذكره الشافعي في ذلك أنه إذا قال : إن أعطيتني ألفَ درهم ، فلو أتته بألفي درهم ، وقع الطلاق ، ولا أثر للزيادة التي جاءت بها ، وليس كما لو قال : أنت طالق على ألف ، فقالت : قبلت ألفين ، فلا يقع شيء ، والفرق أن القبول جواب الإيجاب ، فإذا خالفه في الصفة ، خرج عن كونه جواباً . وإذا قال : إن أعطيتني ألفَ درهم ، فالإعطاء ليس جواباً ، وإنما هو فعل ، وإذا جاءت بألفين ، فمما جاءت به ألفَ درهم ، ولا اعتبار بالزيادة .

ولو قال : إن ضمنت لي ألفَ درهم ، فأنت طالق ، فقالت : ضمنت ألفي درهم ، وقع الطلاق ، ولا يلزمها إلا الألف ؛ فإن الضمان وإن كان قولاً منها ، فليس أحد شقِّي عقد ، حتى يشترط وقوعه على وفق النسق الصادر من الرجل . والدليل عليه أن

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : « فيه » بمعنى (عنه) .

٣٨٨ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

الضمان مما يقبل التأخير إذا ذكر الزوج لفظاً مقتضاه التأخير ، وذلك إذا قال : متى ضمنت لي ألفاً ، فأنت طالق .

٨٨٠٠- ومما نذكره وهو ختام الفصل أنه إذا قال : إن أعطيتني ألفَ درهم ، فأنت طالق ، والتفريع على أن الطلاق لا يقع إلا بالنقرة الخالصة ، فلو أتت بالنقرة المطبوعة وكان النقد الغالب مغشوشاً معلوم العيار ، والبناء على أخذ التملك من النقد الغالب ش ٥٧ وأخذ الوقوع من الدراهم الخالصة الوازنة ، فموجب ذلك/ أن تسترد الدراهم الخالصة وتغرم للزوج المغشوشة .

وهذا في نهاية الإشكال ، كما تقدم من الكلام الواضح في المسألة أنها إذا أتت من التبر بزنة ألف درهم [أو بما]^(١) فيه وزن الألف ، فلا يقع الطلاق ، إذا كان المذكور دراهم ؛ فإن النقرة لا تسمى دراهم ما لم تطبع ، وإذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنته بدرهم خسرواني وزن ألف درهم ، ففيه كلام ذكرته في الإقرار بألف درهم ، فيطلب في موضعه .

فصل في

قال : « ولو قال : متى أو متى ما أعطيتني . . . إلى آخره »^(٢) .

٨٨٠١- قد ذكرنا التفصيل فيه إذا قال : إن أعطيتني ، وأوضحنا أن هذا محمول على الفور ، وكذلك إذا قال : إذا أعطيتني ، فهو في اقتضاء الفور بمثابة قوله : إن أعطيتني . ولو قال : متى أعطيتني ، أو متى ما أعطيتني ، فهذا لا يقتضي التنجيز ، ولكن الأمر موسّع عليها ؛ فإن اللفظ صريح في اقتضاء التأخير ، فإن أخرت ، فمهما أعطت على القرب أو البعد ، حكم بوقوع الطلاق ، وليس هذا بدعاً إذا ثبت ما قدمنا ذكره من إيقاع لفظ التعليق من غير اشتراط لفظ من جهتها في القبول .

وكذلك إذا قال : متى ضمنت لي ألفاً ، فمهما ضمنت على القرب أو البعد ، وقع

(١) في الأصل : أو بأنا فيه .

(٢) ر . المختصر : ٥٨/٤ .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٨٩

الطلاق ؛ فإن ضمانها ليس يُنحى به نحو قبول المال المذكور في صيغة المعاوضة .
وإنما سبيله سبيل تحقيق الصفة/ التي هي متعلق الطلاق ، وهو بمثابة الإعطاء إذا قال : ٥٨ ي
إن أعطيتني ، أو متى أعطيتني .

٨٨٠٢- فإذا تبين هذا ، فنقول : إذا قال : متى أعطيتني ، فلا شك أنها بالخيار إن
شاءت أعطت ، وإن شاءت لم تعط ، ولكن إذا جاءت بالألف على الوجه الذي يقع به
الطلاق [ووضعت^(١)] بين يديه ، فلا حاجة إلى قبضه إياه بالبراجم^(٢) ، هذا يسمى
إعطاء على الحقيقة ، ثم إن كان لا يفرض فيه إبدال ، فكما^(٣) جاءت به ملكه الزوج ،
[ردّه أو لم يرده^(٤)] ، فإنه بعد ما قال ، فلا يجد سبيلاً إلى الرجوع عن موجب قوله ،
وإذا حصل ملكه فيه ، فلا يمكنه إخراجه عن ملكه إلا بطريق شرعي من الطرق المرسلة
للأملاك .

وإذا جاءت بها وجرى الملك فيها ، سقط خيارها أيضاً ، فلا تملك استرداده ؛ فإن
الملك يثبت فيه على اللزوم .

وإذا كان علق الطلاق بضمنانها ، فهي بالخيار [إن شاءت ، ضمنت^(٥)] وإن شاءت
لم تضمن ، فإذا ضمنت ، لزمها الوفاء بما ضمنت ، ولا خيرة بعد الضمان ، وجرى
الالتزام .

٨٨٠٣- ومما يتعلق بهذا أنه إذا قال إن أعطيتني ألف درهم ، فهذا مذكور على
الجهالة ، ولكنه يحصل الحنث^(٦) بالاسم ، ثم يتفرع المذهب على حسب ما تقدم .

(١) في الأصل : رضيته بين يديه .

(٢) بالبراجم : أي بالأصابع ، وتناوله باليد . كما مرّ آنفاً .

(٣) فكما : بمعنى عندما . وقد ذكرنا من قبل أن هذا استعمال غير فصيح ، بل غير عربي كما قال
النووي .

(٤) في الأصل : الراده أو لم يرده .

(٥) زيادة لاستقامة نظم الكلام .

(٦) الحنث : كذا بهذا الرسم بكل وضوح . ولعل استعمالها هنا من باب الأضداد ، فالمعنى أنه
يحصل الأداء والإعطاء إذا وضعت بين يديه ألفاً مما يطلق عليه اسم الدراهم .

وإذا قال : متى ضمننت ، أو إن ضمننت ألفَ درهم ، فالألف مجهول ، والضمان ٥٨ فيه على الجهالة ضمان^(١) مجهول ، ولكنه يتعلق بما إذا أعطت ألفَ درهم/ ، ثم سبيل الرجوع إلى النقد الغالب على ما تقدم ، ويتجه في الضمان جداً الرجوع إلى مهر المثل كما ذكرناه في مسألة الإعطاء ؛ فإن التعويل على اللفظ في الضمان ، فإذا جرى على صيغة الجهالة ، اتجه فيه الرجوع إلى مهر المثل . فظاهر المذهب أنها تضمن الألف ، وتطلق ، ثم يستحق عليها ما يستحق إذا قال : إن أعطيتني ألفَ درهم . هذا هو المذهب . ثم الوجه الذي ذكره الشيخ^(٢) في الرجوع إلى مهر المثل يعود .

وإن وصف ، فقال : إن أعطيتني ألفَ درهم صفتها كذا وكذا ، وبالع في الصفة ، فإذا أتت به ، فيجب القطع على الطريقة المشهورة بأنها إذا جاءت بها على [ما]^(٣) وصف ، استحق الزوج عينَ تلك الدراهم ، وإنما التردد في الرجوع إلى نقد البلد على قول الأصحاب ، أو إلى ألفٍ سليمة من العيب على ظاهر النص فيه إذا ذكر الألف مطلقة . ويجري مع الإعلام واستقصاء الوصف الطريقة التي ذكرها الشيخ ؛ من جهة أنه تلقى الفساد من جهة أن التملك من غير لفظ من جهتها بعيد . وإذا كان السبب هذا ، لم يختلف بأن يكون الألف موصوفة ، أو لم تكن .

ومما يتعلق بهذا أنه إذا قال : إن ضمننت لي ألفاً ووصف الألف ، واستقصى الوصف ، فضمنت ، فما ذكره الشيخ أبو علي من الرجوع إلى مهر المثل يجري ها هنا ٥٩ أيضاً . فإن قيل : معتمده/ في مسألة الإعطاء أن التملك من غير قبول من جهتها بعيد . وإذا كان متعلق الطلاق بالضمان وهو يحصل بقولها ، فما وجه الرجوع إلى مهر المثل ؟ قلت : ضمانها ليس قبولا لإيجاب ، وإنما هو التزام مستقل بنفسه منقطع عن إيجاب من جهة الزوج ، ولذلك يُتصور تأخير الضمان عند قول الزوج إذا قال : متى ضمننت ، كما يتصور ذلك في الإعطاء .

فهذا منتهى ما أردناه في ذلك .

(١) ضمان مجهول : خبر للمبتدأ بالضمان فيه . . .

(٢) الشيخ المراد هنا : الشيخ أبو علي .

(٣) زيادة من المحقق .

٨٨٠٤- ولو قال : إن أقبضتني ألف درهم . فهذا على ظاهر المذهب لا يتضمن تمليكاً ، فإذا أقبضته ، لم يملك الزوج ما قبض ، ولم يملك عليها شيئاً غيره ، وكان الطلاق الواقع رجعياً ، بمثابة ما لو قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق .

ومن أصحابنا من قال : قوله « أقبضتني » بمثابة قوله : « أعطيتني » في التفاصيل التي قدمناها . وهذا بعيد لا تعويل عليه . وإذا قال : « إذا أقبضتني » ، وحملناه على التعليق المحض من غير تمليك ، فلا يبنى ذلك على الفور ، كما لو قال : إن دخلت الدار ، وليس كما لو قال : إن أعطيتني ألفاً . فإن هذا محمول على الفور ، لما فيه من معنى المعاوضة .

٨٨٠٥- ولو قال : إن أعطيتني ألف درهم ، أو متى أعطيتني ، ثم أكرهها على الإعطاء ، فلا يقع شيء ؛ لأن هذا عطاء تمليك والإكراه ينافي التملك .

وإذا قال : إن أقبضتني ، وقد بان أنه محمول على / التعليق من غير رعاية ٥٩ش العوضية ، فإذا أكرهها ، فأقبضته ، مكرهه ، فهذا يخرج على القولين في أن الصفة التي علق الطلاق بها إذا وجدت على صفة الإكراه ، فهل نحكم بوقوع الطلاق . وسيأتي شرح ذلك بما فيه في كتاب الطلاق ، إن شاء الله عز وجل .

ثم إذا قال : إن أقبضتني ، فجاءت به وأوقعته بين يديه ، فهذا إقباض ، لا يشترط في تحقيق الإقباض أن يقبض الزوج بالبراجم . ولو قال : إن قبضت من مالك ألفاً ، فأنت طالق ، فقبض من مالها قهراً ، وقع الطلاق قولاً واحداً ، فإنه قبض مختاراً وقبضه متعلق الطلاق ، فيعتبر الاختيار فيه ، ولو أكره فقبض مكرهاً ، فقولان .

٨٨٠٦- فهذا غاية ما يتعلق بهذا الفصل في هذا المعنى ، والغائلة الكبرى من الفصل فيه إن قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فجاءت بألف مغصوبة ، وسيأتي هذا في فصل مفرد على ترتيب (السواد)^(١) ويستكمل فيه الغرض ، إن شاء الله عز وجل .

فصل في الخلع

قال : « ولو قالت له : طلقني ثلاثاً ولك ألف درهم . . . إلى آخره »^(١) .

٨٨٠٧- إذا قالت المرأة لزوجها : طلقني ثلاثاً بألف درهم ، فطلقها واحدة ، وقعت الطلقة بثلاث الألف ، سواء أعاد ذكر العوض ، أو لم يتعرض لذكره ، إذا خرج كلامه/ جواباً ، وأجراه على شرط الاتصال الزمني . لهذا مما مهدناه عند ذكرنا أصل الخلع [وماهيته]^(٢) ، وفرقنا فيه بين الجانبين ، فأوضحنا أن المرأة إذا استدعت ثلاثاً بمال ، فأجابها الزوج إلى بعض ما استدعت بقسطه من المال ، [نفذ]^(٣) ، وثبت قسط من المال . ولو قال الرجل لامرأته : أنت طالق ثلاثاً بألف ، وقالت : قبلت طلاقاً بثلاث الألف ، لم يقع شيء ، وقدمنا في إيضاح الفرق بين الجانبين ما فيه مَقنع .

ثم إذا كانت المرأة هي المستدعية ، فلا فرق فيما ذكرناه من جريان التبعض [بين]^(٤) صلة وصلة إذا استوت الصلات في جواز الاستعمال واقتضاء التعويض .

فإذا قالت : طلقني ثلاثاً على ألف ، أو طلقني ثلاثاً ، ولك علي ألف ، أو طلقني ثلاثاً ولك ألف ، فإذا طلقها واحدة ، بانت به ، واستحق عليها ثلث الألف ، كما لو قالت : طلقني ثلاثاً بألف .

وأبو حنيفة^(٥) خصص جريان التبعض بصلة (الباء) فقال : إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فطلقها واحدة ، استحق ثلث الألف ، وأما إذا قالت : على ألف ، أو لك ألف ، فلا يستحق الزوج بإجابتها إلى بعض ما سألت شيئاً ؛ واعتقد الفرق بين (الباء) و(على) صائراً إلى أن الباء تقتضي التعويض المحقق ، والتعويض من مقتضاه/ مقابلة

(١) ر . المختصر : ٥٨/٤ .

(٢) في الأصل : ما وهبته .

(٣) في الأصل : بعد .

(٤) في الأصل : من .

(٥) ر . المبسوط : ١٧٣/١٦ ، ١٧٤ ، ومختصر الطحاوي : ٢٠٢ ، وحاشية ابن عابدين :

الجملة بالجملة وتوزيع الأبعاض على الأبعاض . (وعلى) كلمة شرط ومن مقتضى الشرط وجود كمال الشرط في ثبوت المشروط .

وهذا الذي ذكره خيال لا أصل له ، والصلات مستوية في اقتضاء التعويض ، وجريان التبويض . ثم ما أشرنا إليه من التعويض لا يكفي في إجراء التبويض ، حتى نضم إليه نزوع المعاوضة في جانبها إلى الجعالة ، كما سبق تقريرها . وإذا جرى كلام على البسط تأصيلاً ، فلتقع القناعة بإحالة الفروع عليها . بهذا أصل الفرع .

٨٨٠٨- ولو سألت المرأة ثلاثاً بألف . وكان الزوج لا يملك إلا الطلقة الأخيرة ، فطلقها تلك الطلقة . قال الشافعي : يستحق عليها تمام الألف . وقال المزني : لا يستحق عليها إلا ثلث الألف ، وذكر أبو إسحاق المروزي طريقة أخرى ، اختارها لنفسه ، وقد نزل عليها نص الشافعي بزعمه ، فنذكر طريقته ، ثم نذكر تصرفه على النص .

قال : الحكم يختلف بعلم المرأة وجهلها ، فإن كانت تظن أن الزوج يملك عليها ثلاث طلاقات ، فإذا طلقها الطلقة الأخيرة ، وكان لا يملك غيرها ، لم يستحق عليها إلا ثلث الألف ، ولو كانت عالمة بأنه لا يملك عليها إلا/ الثالثة ، فسألت الثلاث ٦١ ي بالألف ، فطلقها الثالثة ، استحق تمام الألف ، كما قاله الشافعي ؛ لأنها لما سألت الثلاث مع العلم بأنه لا يملكها ، حُمل سؤالها على تحصيل [الحرمة] ^(١) الكبرى . هذا أصل كلامه . ثم تصرف على النص ، وزعم أن قول الشافعي ، في ثبوت الألف بالطلقة الثالثة محمول على ما إذا كانت عالمة [بأن] ^(٢) الزوج لا يملك إلا الثالثة .

فنقول : لا يستقيم تصرف المروزي على النص لمسألة نص عليها الشافعي في [الكبير] ^(٣) ؛ فإنه قال : لو قالت له : طلقني ثلاثاً بألف ، وكان بقي له عليها طلقتان ، فإن طلقها واحدة ، استحق ثلث الألف ، وإن طلقها ثنتين ، استحق كل الألف . ولم

(١) في الأصل : الجهة الكبرى . وهو من طرائف التصحيف .

(٢) في الأصل : لأن .

(٣) في الأصل : الكثير . والكبير هو من كتب الشافعي .

٣٩٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

يفرق بين حالة العلم وحالة الجهل ، وهذا لا يستقيم على مذهب المروزي ؛ فإن المرأة لو كانت عالمة ، فمقتضى أصله أن الزوج يستحق عليها بالطلقة نصف الألف ، تنزيلاً للعوض على معلومها . وقد قال الشافعي : لو طلقها طلقة استحق ثلث الألف ، فإن حُمل استحقاق الثلث على جهلها ، [فمذهبه]^(١) أنها إذا كانت جاهلة فلو طلقها الطلقتين ، استحق ثلثي الألف ، فلا يستمرّ مذهب المروزي في هذه المسألة منطبقاً ش ٦١ على النص ، ولأن الشافعي أجرى جوابه في الطلقتين/ على نسق واحد ، فقد بطل تصرفه^(٢) ، وبقي مذهبه .

٨٨٠٩- ومسائل الفصل مُدارة على ثلاثة مذاهب : أحدها - النص ، والآخر مذهب المزني ، [والثالث مذهب المروزي]^(٣) ونحن نذكر قواعد المذاهب موضحة ، ثم نذكر وجوهها ، ثم نرفع المسائل عليها .

أما مذهب الشافعي ، فقاعده أن المرأة إذا سألت الثلاث ، فحصل الزوج لها الحرمة الكبرى ، استحق عليها تمام العوض المسمى ، ولا نظر إلى العدد ، ولا فرق بين أن يكون الزوج مالكاً للثالثة أو لاثنتين ، ومهما حصلت الحرمة الكبرى ، تعلق^(٤) به استحقاق تمام العوض . وإن لم تحصل الحرمة الكبرى يوزّع المال المبذول على [العدد]^(٥) المسؤول ، ونظر إلى ما أوقعه الزوج ، فوجب بقسطه من العوض ؛ نظراً إلى التوزيع الذي ذكرناه ، ولا فرق بين أن تكون عالمة أو جاهلة .

وبيان ذلك - على قدر الحاجة إلى تمام التفريع - أنها لو سألت ثلاثاً وكان الزوج يملك واحدة أو اثنتين ، فاستوفى ما يملكه ؛ فإنه يستحق تمام العوض . ولو كان يملك طلقتين مثلاً ، فطلقها واحدة ، استحق ثلث الألف ؛ لأنه لم يحصل الحرمة

(١) في الأصل : فمذهبه .

(٢) تصرفه : الضمير يعود على المروزي ، والمعنى بطل تصرفه في نص الشافعي ، فلا يستقيم ، ولكن بقي مذهبه في التفريق بين علم المرأة وعدمه .

(٣) زيادة لاستقامة الكلام .

(٤) في الأصل : وتعلق .

(٥) مكانها بالأصل كلمة (المال) مضروباً عليها .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٩٥

الكبرى ، فيوزع المبدول على العدد المسؤول ، وهي قد سألت الثلاث ، فلم يجبهها إلا إلى واحدة . هذا [أصل] ^(١) النص .

وأما قاعدة مذهب المزني ، فتوزيع البدل / على العدد المسؤول أبداً ، سواء حصل ٦٢ ي الزوج الحرمة الكبرى ، أو لم يحصلها .

وأصل مذهب المروزي أنها إن كانت جاهلة ، فالبديل موزع على العدد المسؤول كما قاله المزني . وإن كانت عالمة بأن الزوج لا يملك تمام المسؤول ، فالعوض يقابل معلومها وإن علمت أنه لا يملك إلا واحدة ، فالعوض في مقابلته . فإن علمت أنه يملك طلقتين يوزع البدل على ما علمته ملكاً للزوج . فإن طلقها بثنتين استحق التمام ؛ فإنه استوفى جميع ما علمت . وإن طلقها واحدة ، وهو يملك اثنتين ، استحق نصف البدل ؛ توزيعاً على معلومها ، لا على مسؤولها .

هذا بيان أصول المذاهب الثلاثة . ولم ينسب أحد من الأصحاب مذهب المزني إلى مذهب الشافعي ومتبعيه إلا الشيخ أبا علي ، فإنه حكى أن بعض الأصحاب رأى مذهب المزني تخريجاً ملحقاً بالمذهب . وهذا متجه ؛ [و] ^(٢) في كلام المزني ، ما يدل عليه ؛ فإنه قال : قياس مذهب الشافعي كذا وكذا ، والذي يقتضيه الإنصاف تقديم تخريجه على تخريج غيره ، فإذا كان تخريج ما ذكره على قياس الشافعي ، فهو تخريج منه وقد يجانب مذهبه الشافعي ويخترع لنفسه مقالة ؛ فإذا ذاك لا يلحق بالمذهب .

٨٨١٠- توجيه المذاهب : أما مذهب / المزني ، فوجهه ظاهر ؛ فإنها إذا سألت ٦٢ ش الثلاث بالألف ، فقد قابلت عدداً بمبلغ ، فإذا لم يحصل الزوج من العدد إلا بعضه بعد أن يستحق تمام البدل المسمى . ثم أكد المزني ذلك وتشوف إلى تقدير سؤال وأجاب عنه ، فقال : إن نظرنا إلى حصول الحرمة الكبرى ، فليست هي حاصلة بالطلقة الثالثة ، وإنما تحصل باستيفاء العدد ، والاستيفاء لا ينحصر معناه على الثالثة ، بل إنما يحصل بالطلقتين السابقتين وبالثالثة المنجزة ، وإذا لم يجبهها إلى العدد ، فلم يأت بما

(١) في الأصل : هذا الأصل .

(٢) (الواو) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

٣٩٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
هو مقتضى الحرمة ، ومقتضى اللفظ مقابلة الألف بالثلاث .

وأما وجه النص ، فهو أن الطلقات لا تُعْنَى لأعيانها ، وإنما الغرض الأحكام
المرتبة عليها ، والمقصود الأقصى منها الحرمة الكبرى ، فإذا حصلها الزوج بالطلقة
الثالثة ، فقد حصل تمام مقصودها ، والعدد لعينه لا معتبر به ، فإن الأموال إنما تقابل
بمقاصد معقولة .

فلا يبقى بعد ذلك إلا ما أورده المزمي من إحالة الحرمة على الطلقات الثلاث ، وقد
يشبه المزمي ذلك بإحالة الشكر على الأقداح السابقة واللاحقة . وهذا موضع التثبت ،
[فللقدح الأول والأخير]^(١) أثر في العقل مخامرة وتخميماً . ولا يحصل بالطلقة الأولى
من تحريم النكاح شيء ، ولو فرض حصولاً لا يتبع ، وإذا شبه المشبه ما نحن فيه
ي ٦٣ بتغريق السفينة/ بتثقيلها بكثرة الشحنة ، وكلُّ قدرٍ يُغوص من السفينة قدراً ، فلا نظر
إلى هذه الأجناس ، والذي نحن فيه ليس في معناها ؛ فإن شيئاً من حرمة العقد لم
يحصل ، وإنما تحصل حرمة العقد خصلة واحدة - من غير ترتب وتبع - بالطلقة
الثالثة .

ثم إذا وضع أن النظر إلى تحصيل المقصود ، فالمناقشة في العلة لا معنى لها . وقد
حصل الزوج كل المقصود ، وما كان حصل من هذا المقصود شيء قبل .

وأما وجه مذهب المروزي ، فهو أنها إن كانت جاهلة ، فقد ثبتت المقابلة على
معادلة المسمى ما سأله من العدد ، فيجب رعاية قصدها ، وهي مقدورة . فأما إذا
سألت الثلاث ، والسؤال يتعلق بالاسقبال ، فيستحيل حمل سؤالها على محال ،
فيتعين حمله على المقصود الذي علمته .

وهذا ليس بشيء ، وليس ينقدح إلا النص ، ومذهب المزمي ؛ فإنه يجوز أن
يقال : إذا علمت أنه لا يملك الثلاث ، وسألت الثلاث ، قصدت تنقيص المسمى ، إذا
استوفى الزوج ما يملك .

هكذا بيان أصول المذاهب تمهيداً وتوجيهها .

(١) ما بين المعقنين مكان كلمات مضطربة رسمت هكذا : « فلا قدح بل الآخر والأولة » .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٩٧

٨٨١١- ونحن نوضحها الآن بالمسائل الجلّية ، ثم نأتي بعدها بالمسائل التي فيها بعض الغموض ، ونختتم الفصل بمسائل أوردها صاحب التلخيص ، ونذكر فيها ما ذكره الشارحون ، إن شاء الله تعالى .

فنقول : إذا كان يملك عليها طلبة ، فسألت / ثلاثاً بألف ، فطلقها الثالثة ؛ فإنه ٦٣ ش يستحق تمام الألف على النص ، ويستحق ثلثه على مذهب المزني توزيعاً للبدل المبذول على العدد المسؤول ، والمروزي يقول بمذهب الشافعي إن كانت عالمة ، وبمذهب المزني إن كانت جاهلة .

وإن كان الزوج يملك عليها طلقتين ، فسألت ثلاثاً بألف ، فتفريع المسألة على النص أنه إذا طلقها الثنتين ، استحق الألف بحصول الحرمة الكبرى ، وإن طلقها واحدة من الثنتين ، استحق ثلث الألف توزيعاً للمبذول على العدد المسؤول ؛ فإنها سألت الثلاث ، ولم يحصل الزوج مقصود الثلاث ، ولم يوقع إلا طلبة واحدة .

وأما المزني ؛ فإنه يقول : إن طلقها ثنتين ، استحق ثلثي الألف ، وإن طلقها واحدة ، استحق ثلث الألف ؛ فإنه يوزع البدل على العدد المسؤول أبداً .

والمروزي يفصل بين أن تكون عالمة أو جاهلة ، ويقول : إن كانت جاهلة ، فطلقها طلقتين ، استحق ثلثي الألف ، وإن كانت عالمة فطلقها طلقتين ، استحق تمام الألف ، وإن طلقها طلبة ، استحق نصف الألف ؛ توزيعاً للبدل على معلومها لا على مسؤولها ، فيكون مذهبه في حالة علمها وقد طلقت طلبة واحدة مخالفاً للنص ومذهب المزني .

٨٨١٢- ولو قالت : طلقني عشراً بألف وكان يملك عليها ثلاثاً أو اثنتين أو واحدة .

فالتفريع / على النص أنه إن حصل الحرمة الكبرى ، استحق تمام العوض المسمى ، ٦٤ ي وإن لم يحصل الحرمة الكبرى ، بل طلق واحدة من الثلاث ، أو واحدة من اثنتين ؛ فإنه يستحق عُشر البدل ؛ توزيعاً له على العدد المسؤول . فإن كان يملك ثلاثاً فطلق اثنتين استحق خمس البدل ؛ لأن ما أتى به خمس العشرة .

وعلى مذهب المزني البدل يتوزع أبداً على العدد المسؤول ، حتى لو كان لا يملك

إلا واحدة ، لم يملك بإيقاعها إلا عشر البدل ، وإن حصلت الحرمة الكبرى .

وذكر الشيخ أبو علي في بعض مجاري كلامه أن المزني لا يوزع إلا على العدد الشرعي ، فإن زاد السؤال ، فالتوزيع مردود إلى الثلاث . وهذا فيه احتمال على مذهبه ؛ فإن مذهبه مدار على ركنين : أحدهما - رعاية المقابلة اللفظية ، وهذا القياس يقتضي التوزيع على العشر فصاعداً ، كيفما اتفق السؤال ؛ نظراً إلى اللفظ . والركن الثاني - أنه يقول : الحرمة لا تحصل بالطلقة الأخيرة وحدها ، بل تحصل [بها]^(١) والطلقتين السابقتين ، فعلى هذا لا يبعد رعاية الثلاث ، والمنع من [تعديها]^(٢) في الاعتبار ؛ فإن الحرمة الكبرى تتعلق في الثلاث على رأيه . وهذا وإن كان له اتجاه ، ش ٦٤ فالمذهب المعروف به التوزيع على العدد/ بالغاً ما بلغ .

وأما المروزي ، فإنه يبنى مذهبه على العلم والجهل ، ولا تكاد المرأة تجهل أن عدد الطلاق لا يزيد شرعاً على الثلاث ، فنذكر السؤال على هذا التقدير : فإذا سألت عسراً ، وكان الزوج يملك ثلاثاً مثلاً ، فالبديل موزع على الثلاث ، فإنها تنتهي العدد في علمها ، فيقع التوزيع على معلومها ، ويكمل البدل باستيفائه تمام المعلوم . وإن فرض فرض امرأة حديثة العهد بالإسلام ، لم يبلغها العدد الشرعي في الطلاق ، فإذا سألت عسراً على تقدير أن الزوج يملك ذلك ، فالتوزيع يقع على مسؤولها .

ومن أصحابنا من تصرف على المروزي ، وقال : إنما يؤثر جهلها إذا لم يتعد الحصر الشرعي ، فإن تعدته ، فلا معول على جهلها . وهذا ضعيف ، ومذهبه أن جهلها مهما تصوّر معتبر في العدد الشرعي ، وفي الزائد عليه .

فإن قيل : حكيم على الجملة خلافاً^(٣) على طريقة المروزي والمزني في العدد الزائد على العدد الشرعي ، وقطعتم باعتبار العدد الزائد على مذهب الشافعي ، فما السبب فيه ؟ قلنا : ما حكيناه أولاً من مذهب المزني ، والمروزي مزيف ، لا اعتداد

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : قعد بها .

(٣) في الأصل : حكيم على الجملة أنه خلافاً .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٣٩٩

بمثله . ثم له^(١) وجه على المذهبين ، أما مذهب المزني ، [فمعه^(٢)] أن الحرمة تناط بالثلاث ، وهذا يوجب حصره النظر في الثلاث / .

٦٥ ي

والمروزي إنما يحصر اعتبار الجهل فيما يفرض جهله ، وما ينذر جهله لا معول عليه .

أما إذا فرعنا على النص [فالتعويل]^(٣) على شيئين : أحدهما - تحصيل الحرمة الكبرى ، وهي المقصود ، فإذا لم تحصل الحرمة ، فلتن قيل : الزائد على الحرمة لغو ، فالمرأة قابلت المال بالثلاث . وبالزائدة^(٤) عليها ، فليقع نظر الفقيه في مقابله ، وليعتقد أنه إذا ألغى مقابل المال ، لغا المال ، وهذا المعنى يوجب التقسيط على المقصود لا محالة ، وهذا التقسيط لضبط [المذهب]^(٥) وإلا فالتقدير إسقاط سبعة أعشار الألف بطريق الإلغاء ، فلا تبقى إلا ثلاثة أعشار ، فيثبت بالواحدة عشر ، وبالثانية عشر آخر ، وبالثالثة التمام لحصول الحرمة الكبرى ، وكأن الألف على حصول المقصود ، ويتطرق الإلغاء إليه دون المقصود .

فهذا تفريع جليات المسائل على أصول المذهب .

٨٨١٣- ونحن الآن نأخذ في المسائل الغامضة ، فنقول : إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، وكان يملك عليها ثلاثاً ، فقال في جوابها : أنت طالق واحدة بألف واثنين بغير شيء ، فتلحقها الطلقة الأولى ، وتبين بها ، ولا يقع الأخران ؛ لأنها تصير مختلعة بالأولى ، والمختلعة لا يلحقها الطلاق . هذا ما ذكره الصيدلاني والقاضي ، والأئمة المعبرون في المذهب .

وفي المسألة إشكالٌ/ لا دفع له ، وذلك أنها لما سألت الثلاث بألف ، فقد سألت ٦٥ ش كل طلقة بثلاث ألف ، وقد قال الزوج في جوابها : أنت طالق واحدة بألف ، فلم يقع

(١) له : الضمير يعود على الخلاف .

(٢) في الأصل : فمعه^(٢) .

(٣) في الأصل : والتعويل .

(٤) وبالزائدة : أي الطلقات الزائدة على الثلاث .

(٥) في الأصل : مذهب .

٤٠٠ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

كلامه على موافقة تقديرها ، وعلى مقتضى مقابلتها ، وإذا خالف كلام الزوج استدعاء المرأة ، لم يكن كلامه إسعافاً ، وإذا أظهر الزوج خلافاً ، صار مبتدئاً غير مجيب ، فالذي يقتضيه القياس الحق أن الطلقة الأولى لا تقع ؛ لأنه ربط وقوعها بالتزام الألف ، ولم يسبق من المرأة استدعاء ذلك ، ولم تقبل أيضاً الألف على حسب قوله بعد قوله^(١) ، وإذا لم تقع الطلقة الأولى ، وقعت الطلقتان الأخريان رجعتين . هذا هو الذي لا يجوز غيره ، وإذا كان الكلام على مقتضى لفظ ، وهو على حسب ما ذكرناه قطعاً ولم نصادف على مخالفته نصاً ، فلا وجه للتماري في التعلق بالحق .

هذا منتهى المراد في ذلك ، نقلاً واستدراكاً .

والذي ذكره الأصحاب أن الطلقة الأولى تقع بثلاث الألف ، وتصير المرأة مختلعة ، وهذا على نهاية الخط^(٢) والفساد .

٨٨١٤- ولو قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فقال : أنت طالق طلقة مجاناً بلا عوض ، وطلقتين بألف درهم . فنقدم على المسألة تجديد العهد بأن الرجعية هل تُخالع ؟ وفي ذلك قولان : أصحهما - وهو المنصوص عليه في الجديد أن مخالعتها تصح ؛ فإنه إذا/ ي ٦٦ كان يلحقها الطلاق بلا عوض يلحقها الطلاق بالعوض .

والقول الثاني - أن الطلاق بالعوض لا يلحقها ، وهو منصوص عليه في القديم .

وهذه المسألة مفرعة على هذا الأصل ، ونحن نصورها على وجه لا يلحقها غائلة ، ونعيد تصوير الأولى على حسبها حتى يتبين الغرض في النفي والإثبات ، ثم نعود إلى ما في المسألة من غائلة ، فنقول : إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فقال الزوج : طلقتك واحدة بثلاث الألف ، واثنين مجاناً ، فتقع الواحدة بثلاث الألف ، فإن الزوج موافق فيها موجب استدعاء زوجته ، ولا تلحق الطلقتان بعدها ؛ فإنها صارت مختلعة .

(١) على حسب قوله بعد قوله : أي أن قوله صار ابتداءً إيجاب يستدعي منها قبولاً بعده .

(٢) خالف الإمام أئمة المذهب كما رأيت ، وقد استقر المذهب على رأي الإمام ، فقد قال الرافعي والنووي عن كلام الإمام : « حسن متجه » وقالوا عن رأي أئمة المذهب : « إنه بعيد » (ر . الشرح الكبير : ٤٥٤ / ٨ . والروضة : ٤٢٠ / ٧) .

ولو قال في جوابها وسؤالها كما مضى : أنت طالق واحدة مجاناً بلا عوض ،
واثنتين بثلثي الألف . فهذا يخرج على أن الرجعية هل تخالغ ؟ فإن قلنا : إنها تخالغ ،
ثبت ثلثا الألف ، وإن قلنا : إنها لا تخالغ ، فلا يثبت للزوج شيء من المال ، ثم إذا لم
يثبت المال ، فالذي قطع به الأصحاب وقوع الطلاق من غير عوض . وهذا من
الأصول ، فليتنبه له الناظر ، وليقف عنده ؛ فإننا نبتدىء فنقول :

من طلق امرأته طلاقاً رجعية ، وقلنا : الرجعية لا تخالغ ، فإذا قال لها : أنت طالق
على ألف درهم ، فقالت : قبلت ، فالطلاق يقع رجعية ؛ فإنه إن كان لا يلحقها الطلاق
بعوض يلحقها الطلاق بغير/ عوض ، فتصير الرجعية في هذا المقام كالمبذرة ٦٦ ش
السفينة . وقد نص الشافعي وأطبق الأصحاب على أن الزوج إذا قال لامرأته السفينة
المبذرة : أنت طالق على ألف درهم ، فقالت : قبلت ، فالطلاق يقع رجعية .
ولا شك أن الرجعية في المعنى الذي ذكرناه بمثابة المبذرة ، إذا تصوّر تطبيقها من غير
عوض ، وقد وجد القبول منها على صيغة واحدة ، وهما من أهل العبارة ، بل عبارة
الرجعية إذا لم تكن مبذرة أولى بالصحة .

فإن عاود معترض ، وأبدى إشكالاً ينعكس على السفينة ، كان كلاماً في غير
موضعه . ثم الذي عليه التعويل في السفينة أن الطلاق على صيغة المعاوضة يعتمد
صورة القبول ، ولا يعتمد اللزوم ، والدليل عليه أنه إذا قال لامرأته المطلقّة^(١) : أنت
طالق على زقّ خمر ، فقالت : قبلت ، وقع الطلاق ، والمقبول لا يلزم . ولو التزمت
مهر المثل في مقابلة قول الزوج ، لم يقع شيء ، فاستبان أن التعويل في وقوع الطلاق
على التوافق في القبول ، على شرط صحة العبارة . وسنجرى مسألة السفينة بعد ذلك
[ونزيدها]^(٢) كشفاً ، والغرض المنتج الآن تشبيه الرجعية بالمبذرة . وهذا واقع
لا رفع له .

فخرج من مجموع ما ذكرناه أنها إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فقال/ : طلقتك ٦٧ ي
واحدة بلا عوض ، وطلقتين بثلثي الألف ، فلا خلاف في وقوع الثلاث ، ولكن إن

(١) « المطلقّة » أي غير المحجور عليها ، فهي هنا في مقابلة السفينة .

(٢) في الأصل : وندبرها .

٤٠٢ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
صححنا [مخالعة]^(١) الرجعية ، وقعت الطلقتان الأخيرتان بثلاثي الألف ، وإن منعنا
مخالعة الرجعية ، وقعت الطلقات الثلاث من غير عوض ؛ فإن الأولى وقعت رجعية ،
ثم امتنع بعدها ثبوت العوض .

هذا تفصيل القول مع فرض المسألة من غير غائلة .

٨٨١٥- فأما إذا سألت ثلاثاً بألفٍ ، فقال : أنت طالق واحدة مجاناً ، واثنين
بالألف ، فإن جوزنا مخالعة الرجعية ، فالوجه القطعُ بثبوت الألف ، ولا حكم لما في
لفظه من مخالفة المرأة ؛ فإنها قابلت الثلاث بالألف ، وقابل هو طلقتين بالألف ،
والسبب فيه أنه حصل الحرمة الكبرى ، وقد ذكرنا أنه إذا حصلها ، فلا نظر إلى العدد ،
وهذا حكم النص ، وعليه التفرع .

فإن فرع مفرّع المسألة على مذهب المروزي في حاله ، فينقذ في هذه الصورة ألا
تقع الطلقتان على موجب القياس الذي ذكرناه ؛ من جهة مخالفة الزوج استدعاءها ،
وليست هذه المسألة بمثابة الأولى ؛ فإنها مفروضة فيه إذا طلق الطلقة الأولى بالألف ،
مع العلم بأن الأولى لا تفيد الحرمة الكبرى ، فاتجه فيها القياس / الذي ذكرناه ، من
جهة [مخالفة الزوج استدعاءها]^(٢) وإن كان مذهب الأصحاب على مخالفته .

٨٨١٦- ومما نفرعه أن المرأة إذا قالت : طلقني واحدة على ألف ، فقال : أنت
طالق ثلاثاً ، قال الشافعي في هذه المسألة : طلقت ثلاثاً وله الألف . وقال
أبو حنيفة^(٣) : لا يستحق عليها شيئاً ، وأبو يوسف ومحمد مع الشافعي .

معتمد المذهب أنه أجابها إلى ما سألت ، وزاد . ولم يخالف أبو حنيفة في أنها إذا
سألت ثلاثاً بالألف ، فطلقها واحدة ، استحق ثلث الألف ، وهذا أقرب إلى
مخالفتها . وما ذكرناه فيه إذا قال : أنت طالق ثلاثاً في مقابلة قولها : طلقني واحدة .
فإذا لم يُعد الزوج ذكر المال ، فالجواب كما ذكرناه .

(١) في الأصل : المخالعة .

(٢) في الأصل : مخالعة الزوج استدعاءها .

(٣) ر . المبسوط : ١٨٢/٦ ، وحاشية ابن عابدين : ٥٦٢/٢ .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٠٣

وإذا قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق ثلاثاً بألف ، أو على ألف ، فهذا موضع التردد ؛ من قبل أنها قابلت واحدة بألف ، فقابل الزوج في جوابها ثلاثاً بألف ، فافتضى ما جاء به الزوج مقابلة طلقة بثلاث الألف ، فالذي ذهب إليه معظم الأصحاب وقوع الثلاث / [و] ^(١) استحقاق الألف كالصورة الأولى ، وهي إذا لم يُعد ٦٨ الزوج ذكر المال ؛ ووجهه أنه أتى بما سألت وزاد .

[و] ^(٢) في بعض التصانيف عن القفال أن الثلاث تقع ، ويستحق الزوج ثلث الألف ؛ لأنها رضيت بواحدة على العوض ، ولم يثبت العوض إلا على مقابلة ملك الواحدة ، ولكن لا ترتب في الطلقات حتى يقال : ثبت الطلاق بمال ، ولم [يلحقه] ^(٣) غيره .

وفي هذا التصنيف وجه آخر ، وهو أنه يقع طلقة واحدة فحسب ؛ لأن التوافق لم يقع إلا على طلقة واحدة ، والزوج قابل الطلقتين الآخرين بمال ، والمرأة لم تقبله ، وهذا والذي حكاه عن القفال ليسا بشيء ؛ إذ لو صح هذا المسلك ، لوجب أن لا يقع شيء ؛ من قبل أنه قابل كل طلقة بثلاث الألف . وهذا يخالف استدعاءها .

٨٨١٧- ولو قالت المرأة لزوجها : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق واحدة بثلاث الألف ، لم يقع شيء ؛ فإن الاختلاف [بين] ^(٤) الإيجاب والقبول لا فرق فيه بين الزيادة وبين النقصان .

ولو قال الرجل : بعثك عبدي هذا بألف درهم ، فقال : اشتريته بألفين ، لم ينعقد البيع ، ولم نقل : أتى بالألف وزاد فلغت الزيادة ، فلو كانت المسألة التي نحن فيها تخرج على القاعدة التي شَبَّ بها / هذا المصنف حكايةً عن القفال ، لوجب المصير ٦٨ ش إلى أنه لا يقع شيء ، ثم كان لا يفرق بين أن يعيد الزوج ذكر الألف وبين أن يذكر

(١) (الواو) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : (في) بدون واو .

(٣) في الأصل : يلحق .

(٤) في الأصل : من .

٤٠٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها الألف إذا [طلق] ^(١) ثلاثاً ؛ فإنه وإن لم يُعد ذكر الألف ، [فهو] ^(٢) معادُ ضمناً ، وعلى هذه القاعدة تثبت الأعواض .

فإن قال قائل : فما الجواب [فيما] ^(٣) شَبَّيْتُمْ به في إعادة الألف ، وفي السكوت عنه ؟ قلنا : خروج المسألة على أنه إذا طلقها ثلاثاً ، فقد حقق غرضها ، فلا نظر بعد ذلك إلى شيء .

وهذا مشكلٌ في صورةٍ سهْلٍ المحتمل في الأخرى ، فأما الصورة السهلة ، فهي إذا طلقها ثلاثاً ؛ فإنه استوفى ما عنده ، وصارت الحرمة الكبرى في حكم الخَصْلَةِ الواحدة ، فلا تقسيم ولا تبعض بعد حصولها ، وكانت سألت فرقةً مخففة ، فأجابها مغلظة ، وينقدح عليه عكس هذه الصورة .

وأما الصورة التي فيها عسر هي ^(٤) إذا قالت : طلقني واحدةً بألف ، فقال : أنت طالق ثنتين بألف ، فلم يتحقق في هذه الصورة حرمةٌ مغلظة ، نَتَبَّعُها ونترك العدد ، والمقابلة تختلف في الصورة ويترتب على اختلافها اختلاف الاستدعاء والإجابة ، ولم ينص أصحابنا على هذه المسألة بعينها ، ولكن قياس كلامهم القطعُ بوقوع الطلقتين .

وينقدح عندي في/ هذه الصورة مذهب أبي حنيفة ، فليتأمل الناظر مواقف الكلام ي ٦٩ ومواقع الإشكال .

٨٨١٨- وقد انتهى ما أضمرناه من تفريع المسائل الغامضة على القواعد المقدمة .

ونحن نذكر بعدها ما يتعلق بكلام صاحب التلخيص ^(٥) من الزوائد - والله المستعان .

فمما ذكره أن المرأة إذا سألت طلقتين [أو ثلاثاً وهو لا يملك] ^(٦) إلا الواحدة ،

(١) في الأصل كلمة غير مقروءة هكذا (قلق) .

(٢) في الأصل : وهو .

(٣) في الأصل : كما .

(٤) نذكر أن سقوط الفاء في جواب (أما) لغة كوفية ، جرى المؤلف عليها غالباً .

(٥) ر . التلخيص لابن القاص : ٥١١ .

(٦) عبارة الأصل : طلقتين ثلاث وهو لا يحلل إلا الواحدة .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٠٥

والنفريع على النص ، وقال الزوج في جوابها : طلقتك اثنتين [الثانية منهما] ^(١) بألف ، فلا يستحق من العوض شيئاً ؛ فإنه عرّى الطلقة الأولى عن العوض ، وكان لا يملك غيرها . وقد أتى بذكر الطلقتين أولاً على صيغة تقتضي الجمع ، ثم جاء بها تقتضي الترتيب ؛ إذ ذكرَ الثانية ، ومن ضرورة الثانية أولى ، وهذا لائح ، فإن قال في جوابها : أنت طالق اثنتين الأولى منهما بألف ، استحق تمام الألف ، ولغا تقدير الطلقة الثانية .

وكل ذلك يخرج على أنا لا نرعى العدد مع تحصيل الحرمة الكبرى .

ولو سألت طلقتين ، وهو لا يملك إلا واحدة ، فقال في جوابها : أنت طالق طلقتين ، ولم يتعرض لذكر المال وتقديره المقابلة ، ولما راجعناه ، قال : لم يكن لي نية تقدير مقابلة ، ولكنني زدْتُ على ما أملك لفظاً ، فكيف السبيل فيه ؟ نقول أولاً : لو نوئى صرفَ الألف إلى / [الأولى] ^(٢) استحق تمام العوض ، [أما] ^(٣) لو لفظ أو نوئى ٦٩ ش صرف الألف إلى الثانية - كما صورناه أولاً - لم يستحق شيئاً .

وإذا قال : لم يكن لي نية ، فقد ذكر الشيخ وجهين : أحدهما - أنه لا يستحق شيئاً ؛ فإنه يجوز تقدير الأمر على وجه لا يستحق شيئاً ، ويجوز خلافه ، [والأصل] ^(٤) براءة الذمة .

والوجه الثاني - وهو اختيار [أبي زيد] ^(٥) المروزي أنه يستحق تمام العوض لتحصيل الحرمة الكبرى ؛ فإنه لم يأت بما يناقض استحقاق العوض . وهذا هو الصحيح . والذي يقتضيه كلام الشيخ أنه لو قال : نويت مقابلة الثانية بالعوض لا يستحق . وهذا فيه نظر عندي ، فإنه إذا لم يتلفظ بهذا ، ولفظه للجمع ، فلا يختلف مقتضاه الصريح بنية باطلة .

(١) في الأصل : الثالثة منها .

(٢) زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام بدونها .

(٣) في الأصل : كما .

(٤) في الأصل : والوجه .

(٥) مكان كلمة غير مقروءة في نسخة الأصل . وأبو زيد المروزي غير أبي إسحاق المروزي الذي سبق مذهبه آنفاً .

٤٠٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

ومما ذكره من هذا الجنس أنه لو كان يملك طليقة كما صورنا ، فقالت المرأة : طلقني اثنتين بألف ، فقال في جوابها : طلقتك اثنتين بألف ، فقابل الأولى في لفظ بهما ، والتفريع على مذهب الشافعي ونصه ، قال الشيخ : اختلف أصحابنا في هذه المسألة ، فمنهم من قال : يستحق تمام الألف ، وهو الصحيح ؛ فإن الحرمة الكبرى مهما حصلت ، لم يبق بعد حصولها نظر إلى تفصيل المقابلة ، وكما لا يعتبر التوزيع ي ٧٠ على ما سألت إذا أجيبت إلى الحرمة الكبرى ، فلا يعتبر التوزيع / على ما لفظ الزوج به .

ومن أصحابنا من قال : لا يستحق إلا نصف العوض ، وهو خمسمائة ؛ فإنه قابل الطليقة المملوكة بخمسمائة ، فلا يستحق أكثر منها .

وهذا ساقط مع حصول الحرمة الكبرى ، كما قدمنا . وليس كما لو قالت : طلقني اثنتين بألف ، وكان يملك ثلاثاً ، فقال : طلقتك واحدة بخمسمائة ؛ فإن تلك الواحدة تقع بالخمسمائة ؛ إذ ليس فيها تحصيل الحرمة الكبرى .

٨٨١٩- ومما فرعه أن المرأة لو سألت طليقة بألف ، وكان الزوج يملك عليها ثلاثاً ، فقال في جوابها : أنت طالق وطالق ثم طالق ، تراجع . فإن قال : أردت مقابلة الألف بالطليقة الأولى ، فلا يلحقها بعدها طلاق . فإذا [قال : ^(١)] أردت [إيقاع] ^(٢) الطليقة الأولى بلا عوض ، [وإيقاع] ^(٣) الثانية بالألف ، ثم إيقاع الثالثة ، فهذا يخرج على مخالعة الرجعية ، فإن قلنا : يلحقها الطلاق بالعوض ، طُلقَت طلقتين الأولى بغير عوض ، والثانية بالألف ، ولا تقع الثالثة . وإن قلنا : الرجعية لا تخالع ، لم يستحق الزوج من العوض شيئاً ، [وطلقت] ^(٤) المرأة ثلاثاً بناء على أن الرجعية إذا خولعت ، وقلنا : لا يصح مخالعتها ، فيقع الطلاق من غير عوض ، قياساً على السفينة .

(١) زيادة لاستقامة الكلام .

(٢) في الأصل : ارتفاع .

(٣) في الأصل : إيقاع .

(٤) في الأصل : فطلقت .

ولو قال الزوج : أردت بالطلقة الأولى / والثانية رجعتين بلا عوض ، [وأردت] ^(١) ٧٠ ش
مقابلة الثالثة بالعوض ، فالذي ذكره الأصحاب أن ذلك يخرج على القولين في مخالعة
الرجعية ، وهو بين لائح . فإن جوّزنا مخالعتها ، وقع الطلاق ، واستحق الزوج الألف
كَمَلًا ، وإن منعنا مخالعة الرجعية ، وقع الثلاث ، ولم يستحق الزوج شيئاً .

وقال الشيخ أبو علي في الشرح : إذا طلق الرجل امرأته طلقتين ، وجرت في عدة
الرجعية ، فخالعها على الثالثة ، صحت المخالعة على الثالثة قولاً واحداً ؛ فإنه يتعلق
بها مزيد فائدة ، وهي الحرمة الكبرى ، وإنما القولان في مخالعتها بالطلقة الثانية ،
وهذا تفصيل لم أعرفه ^(٢) ، ولم أراه إلا له ، وليس فيه كبير معنى ؛ فإن الخلع بالطلقة
[الثانية] ^(٣) يفيد البينونة وبثّ النكاح ، فإذا لم يصحح الخلع مع ذلك ، فأى أثر للحرمة
الكبرى في التصحيح .

٨٨٢٠- ثم إن صاحب التلخيص أتى بكلام مضطرب ، وأعاد صوراً أجاب فيها
بخلاف ما سبق من جوابه في أعيانها ، فكانت هذه المسألة معروفة بكثرة عثراته ،
ونحن لا نذكر ما لا يفيد معنى ولا يجدي فقهاً ، فالذي يتعلق به - على كل حال - شيء
أنه قال : إذا [كان] ^(٤) الرجل يملك طليقة واحدة ، فسألت المرأة ثلاثاً ، فقال في
جوابها : أنت طالق ثلاثاً ، قال : يثبت / الرجوع إلى مهر المثل ، وقد سألت الطلاق ^(٥) ٧١ ي
الثلاث بالألف ^(٥) ، ولم يتعرض لهذا الكلام فيما تقدم ، بل أطلق ما أطلقه الأصحاب
من ثبوت البذل المسمى إذا [حصلت] ^(٦) الحرمة الكبرى ، واتفق معظم الأصحاب على

(١) في الأصل : فأردت .

(٢) خالف ابن أبي عصرون الإمام في هذا ، حيث قال معقّباً : « قلت : إن غرّب هذا القول
عنده ، فهو معروف عند أهل العراق ، وأما أثره ، فظاهر ؛ فإنها تقصد بالعوض تأكيد البينونة ،
وحصولها بالثالثة أكد لا محالة ، وإنما جاء الخلاف في الثانية ؛ لأنها لا تفيد إلا الحرمة وقد
حصلت بالرجعة الأولى » ١ . هـ .

(٣) في الأصل : « الثالثة » . وهو خطأ لا يستقيم الكلام معه .

(٤) في الأصل : قال .

(٥) ر . التلخيص لابن القاص : ٥١٢ .

(٦) في الأصل : جعلت .

٤٠٨ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
تغليظه في إثبات مهر المثل ، وتناقضُ كلامه بَيِّنٌ لا حاجة إلى تكلفٍ في إيضاحه . قال
الشيخ أبو علي : وجدت نسخاً من التلخيص أصلح فيه ذكر مهر المثل [وحذفه] ^(١) .

ووجدتُ ^(٢) لبعض الأصحاب وجهاً غريباً أنها إذا سألت ثلاثاً والزوج لا يملك
[إلا] ^(٣) واحدة أو اثنتين ، فحصل الحرمة الكبرى بإيقاع ما يملك - أن البدل المسمى
يسقط ، والرجوع إلى مهر المثل ؛ لما حصل من الاختلاف بين القولين ، والمسمى
إنما يثبت عند التوافق المحقق ؛ ولا سبيل إلى تعرية الحرمة الكبرى عن العوض ؛
فكان الرجوع إلى مهر المثل .

وهذا ليس بشيء ، وبأمثاله تختبط أصول المذهب . وأنا لم أذكره وأنا أسوق
ترتيب المذهب ، وأخرت ذكره ؛ حتى لا يعدّ من المذهب .
وقد [انتهى] ^(٤) هذا الأصل العظيم من الخلع مشتملاً على أكمل البيان ، منبهاً على
مواقع الإشكال ، وإلى الله الابتغال في الإكمال .

فَضْلٌ

ش ٧١ قال : « ولو بقيت له عليها طلقة ، فقالت / : طلقني ثلاثاً بألف ، واحدةً أحرم
بها عليك . . . إلى آخره » ^(٥) .

٨٨٢١- إذا كان الرجل يملك طلقة واحدة ، فقالت المرأة : طلقني ثلاثاً واحدةً
أحرم بها ، واثنتين إن نكحتني ، فقد ذكر أصحاب القفال صورتين : إحداهما - أن
تستدعي منه ثلاث طلاقات بألف : واحدة تنجز الحرمة ، واثنتين يلتزمهما في الذمة إذا
نكحها يوماً ، نجّزهما . هذه صورة .

فإذا نجّز الطلقة التي يملكها ، والتزم طلقتين ، فالذي ذكره الأئمة المراوزة أن

(١) غير مقروءة في الأصل ، والمثبت من (صفوة المذهب) .

(٢) ووجدت : هذا كلام الإمام ، وليس حكاية كلام الشيخ أبي علي .

(٣) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

(٤) مكان كلمة غير مقروءة (انظر صورتها) .

(٥) ر . المختصر : ٥٩ / ٤ .

الطلاق المنجز ينفذ بالمال ، ولكن المسمى لا يثبت ، والرجوع إلى مهر المثل . والسبب فيه أنها قابلت المال بتنجز والتزام في الذمة ، والتزام الطلاق في الذمة فاسد ، فشرطه فاسد مفسد ؛ وإذا فسدت صيغة العقد والطلاق المنجز لا مرد له ، وقد تثبت المالية ، فينحصر [أثر]^(١) الفساد الواقع في صيغة العقد في المال المسمى . وهذا النوع من الفساد يوجب الرجوع إلى مهر المثل ، على ما سنعتقد في ذلك فصلاً جامعاً لمحل الخلاف والوفاق .

ثم لو فرض نكاح ، فلا شك أن الزوج لا يطالب بالوفاء بما التزمه من الطلاق ؛ فإننا أفسدنا الالتزام ، ولو وجب الوفاء ، لصح الالتزام .

٨٨٢٢- الصورة الثانية : أن تقول : طلقني الواحدة التي تملكها ، وعلق طلقين إن نكحتني يوماً ولك ألف ، فإذا نجز ما ملك ، وعلق الطلقين ، كما استدعت ، فالتعليق مردود ، فإنه تعليق للطلاق قبل النكاح / ، وصيغة استدعائها فاسدة [و]^(٢) ٧٢ ي الرجوع إلى كمال مهر المثل ، كما ذكرناه في الصورة الأولى المشتملة على التزام الطلاق بدل التعليق . فهذا منتهى ما بلغنا من قول أصحاب القفال .

٨٨٢٣- وذكر صاحب التقريب في المسألتين طريقة أخرى حسنة ، فقال : قد جمعت المرأة بين طلاق يصح الاعتياض عنه ، وبين طلاقين لا يصح الاعتياض عنهما ، وقابلت الكل بعوض ، فالوجه تخريج ذلك على تفريق الصفقة ، ولو جمع الرجل في صفقة واحدة بين عبد يملكه ، وعبد مغضوب أو حر ، وفسد العقد في المغضوب أو الحر ، ففي فساده في المملوك قولان ، فليكن الأمر كذلك في الطلاق .

فإن قلنا بصفة تفريق الصفقة ، فيصح الخلع متعلقاً بالمسمى في الطلاق المنجز . وإن حكمنا بالفساد لم يرد الطلاق ، ولكن نحكم بفساد ما يقابله من المسمى ، ثم نفرع عليه أنا إذا صححناه ، فللمرأة الخيار ، بسبب تبعض المقصود صحة وفساداً . فإن أجازت ، فبكم تجيزه ؟ فعلى قولين : أحدهما - أنها تجيز بتمام المسمى . والثاني

(١) في الأصل : بأثر .

(٢) (الواو) زيادة اقتضاها السياق .

٤١٠ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
- أنها تجيز بقسط ، فيلزمها ثلث المسمى ، والطلاق في حكم التوزيع متساوية بلا
خلاف بين الأصحاب . وإن فسخت ، ارتد البدل بجملته إليها ، وكان الرجوع إلى مهر
ش ٧٢ المثل في المذهب الظاهر / .

وكل ما ذكرناه تفريع على تصحيح تفريق الصفقة ، وإن أفسدناها ، فالرجوع إلى
مهر المثل ، لا غير ، كما حكيناه عن الأولين .

وهذا الترتيب حسن ، لم يتعرض القفالون إليه ، ذكره صاحب التقريب ، وأورده
العراقيون على هذا الوجه .

فإن قيل : إذا [لم تصححو] ^(١) باب التفريق ، فهلا قلتم : إنا وإن أفسدنا الصفقة
بسبب التفريق ، فلا يلزمها إلا قسط من المسمى ؟ قلنا : هذا ليس بشيء ؛ فإننا إذا
أفسدنا العقد ، ولزم الرجوع إلى المال ، فالوجه الرجوع إلى قيمة ما فات على الزوج ،
وقيمة ما فات على الزوج مهر المثل ، ولو [عُدنا] ^(٢) إلى أعداد الطلقات والتوزيع
عليها ، لكان هذا حكماً بالصحة ، وقضاءً بثبوت المقابلة ، وهذا ظاهر ، ولكني
لا أرى التبرم بذكر الظواهر في الكتب المنعوتة بالإشكال .

فإن قيل : هل تتوجه طريقة القفالين بشيء ؟ قلنا : أجل ، وجهه أن الطلاق الملتزم
في حكم ما لم يحصل ^(٣) ، ولا يقدر مضموماً إلى غيره ، حتى يخرج على قاعدة
التفريق ، ولا وقع له إلا من جهة تنزيله فاسداً مفسداً .

٨٨٢٤- ومما يهيجس في القلب تقوية الصحة على نص الشافعي ؛ فإن المرأة لو
سألت ثلاثاً وكان الزوج لا يملك إلا واحدة ، فطلقها [تلك] ^(٤) الواحدة ، فإنه يملك
ي ٧٣ تمام المسمى من غير حكم بتقسيط ولا فساد/ ؛ [نظراً] ^(٥) إلى تحصيل الحرمة

(١) في الأصل : إذا صححتهم .

(٢) في الأصل : قدرنا .

(٣) عبارة الأصل : ما لم يحصل به ولا يقدر مضموماً .

(٤) مكان كلمة غير مقروءة .

(٥) في الأصل : ينظر .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤١١

الكبرى ، فإذا كنا نُحِبُّ أثر سؤالها في طلقيتين ، ونصحح البذل المسمى ونُثَبِّته ، فإلغاء سؤالها التزام طلقيتين أو تعليقهما أولى .

ويجب أن يخرج على هذا القياس ثبوت البذل المسمى ، وإن أفسدنا البذل ، و[قلنا]^(١) : الرجوع إلى مهر المثل ، اتجه ما [ذكره]^(٢) في شرح التلخيص من الرجوع إلى مهر المثل إذا سألت الطلاق [ثلاثاً]^(٣) والزواج لا يملك إلا واحدة أو اثنتين . فليتأمل الناظر ذلك يرشد .

٨٨٢٥- ومن بقية الكلام في المسألة أنا إذا جرينا على طريقة المراوزة ، ورأينا إفساد المسمى والرجوع إلى مهر المثل ، فلو نَجَزَ الطَّلَاقَ التي يملكها ، ولم يسعفها بالتزام طلقيتين ، ولا بتعليقهما ، فكيف الوجه ؟ هذا مُتَرَدِّدٌ ، فليتأمل الناظر ، فإن قلنا : لا أثر لإسعافه بذكر الالتزام والتعليق ، فكلاهما في حكم اللغو المطروح ، ويجب على مساقاة إثبات البذل المسمى على الصحة ؛ نظراً إلى ما حصل من الحرمة الكبرى .

وإن قلنا : لا بد^(٤) أن يذكر الزوج الالتزام أو [التعليق]^(٥) ، فيجب أن يقال : إذا لم يفعل ، فتقع الطلقة الثالثة^(٦) [بلا عوض]^(٧) ، وهذا بعيد جداً . وإن قيل : يجب [بما]^(٨) نَجَزَ ثلثُ العوض ، فهذا تصحيح [التفريق]^(٩) وهو خوض في طريق صاحب التفریب في تفریع التفريق ، إجازةً وفسخاً ، وصحة وفساداً .

٨٨٢٦- فإذا اتجه في الصورتين / المذكورتين في الفصل ثلاث طرق : أحدها - ٧٣ ش

طريقة التفريق .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : « ذكره » .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) في الأصل : ولا بدّ (بزيادة واو) .

(٥) في الأصل : تعلق .

(٦) الثالثة : أي التي يملكها .

(٧) في الأصل : فلا عوض .

(٨) في الأصل : ما .

(٩) زيادة من المحقق .

٤١٢ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

والأخرى - تصحيح المسمى ، وإلغاء التعرض للزائد على الطلقة المملوكة ، والاكتفاء بتحصيل الحرمة ؛ تخريجاً على النص في أن الزوج إذا [كان] ^(١) يملك واحدة والتمست المرأة ثلاثاً ، فلا نظر إلى التماسها ، والتعويل على تحصيل الحرمة .

والطريقة الثالثة - لأصحاب القفال : وهي القطع بإفساد المسمى ، وحمل ما جاءت به على شرط فاسد مفسد . وهذه الطريقة هي التي تصح على السبب .

والفصل بين ما نحن فيه وبين استدعائها ثلاثاً والزوج يملك واحدة أنها لم تظهر مقصوداً مرتقباً ، وإنما طلبت أمراً ناجزاً ، ومقصودها تحصيل الحرمة الكبرى . وفي مسألتنا طلبت الحرمة الكبرى ، ورامت وراءها أمراً مرتقباً معلقاً ، أو ملتزماً ، ففسد قصدُها ، وهو معقول ، وليس ما أبدته مما ينضم إلى ما طلبته في الحال ، حتى يلحق بالتفريق ، ولا وجه لإلغائها ، فكان مؤثراً في إفساد الصيغة .

ثم إذا ذكرت اشتراط الالتزام [أو] ^(٢) التعليق ، فالوجه بعد المباحثات القطع بأننا لا نشترط أن يتلفظ بالالتزام أو تعليق ؛ فإنهما فاسدان ، ولا معنى لاشتراط الإتيان بالفاسد ، وليس كما لو علق طلاقاً بأمر يفسد من جهتها ؛ فإنه لا بد لها من الإتيان به لتطلق ؛ فإن تعليق الطلاق بما يفسد في نفسه صحيح في ذاته ، فخرج [أنها] ^(٣) إذا اشترطت الالتزام أو التعليق ، فطلقها الزوج الطلقة التي يملكها ، كفى ذلك والرجوع إلى مهر المثل .

فصل في

قال : « ولو خالعهما على أن تكفل ولده عشر سنين . . . إلى آخره » ^(٤) .

٨٨٢٧- هذه المسألة عدها بعضُ الناس من مَعْصُوات الخلع ، وليست منها ، وهي في التحقيق متلطفة ^(٥) في الكتاب ، وفي مثلها أثر قبض الخطأ في البيان ، والإحالة

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : والتعليق .

(٣) في الأصل : منها .

(٤) ر . المختصر : ٦٠-٥٩/٤ .

(٥) كذا : وربما كان صوابها (متطفلة) .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤١٣

على الأصول ، وهي في التحقيق مبنية على الاستتجار على الإرضاع والحضانة ، وأن الصفقة إذا جمعت عقدتين مختلفتي الحكم كالبيع والإجارة ، ففي صحة الصفقة خلاف .

ومما يجرى في أركان المسألة أن السلم في شيء واحد إلى [آجال]^(١) هل يجوز ؟ وفيه قولان . وكذلك السلم في أصناف إلى أجل واحد فيه قولان ؟ وجملة هذه الأصول سبقت مقررة في مواضعها ، ونحن نكتفي بالإحالة عليها إذا تعلقت أطراف الكلام بها .

٨٨٢٨- ومما يجرى في المسألة [أن]^(٢) من استأجر امرأة لترضع له مولوداً عيَّته ، فلو مات ذلك المولود في أثناء مدة الرضاع ، فهل تنفسخ الإجارة ؟ فيه نظر . فإن كانت أجنبية منه ، ففي فسخ الإجارة [واستبقائها]^(٣) ، وجواز الإتيان بولد آخر تفصيلٌ طويل ، ذكرته في أول كتاب الصداق ، فيه إذا استأجر رجل خياطاً حتى / يخيّط له ثوباً^{٧٤} ش معيناً ، أو حتى يعلم له صبيّاً ، فإذا فات المحل الذي تضمنت الإجارة إيقاع العمل فيه ، ففي انفساخ الإجارة الخلاف المقدم . فإن حكمنا بأن الإجارة تنفسخ لفوات المحل الذي تقع فيه ، فلا كلام . وإن حكمنا بأن الإجارة لا تنفسخ ، فلو كانت المستأجرة أم الرضيع ، فإذا مات الرضيع ، ففي انفساخ الإجارة قولان : أحدهما - وهو الأقيس أنها لا تنفسخ ، كما لو كانت أجنبية من الرضيع .

والثاني - أنها تنفسخ ؛ فإن الغرض يختلف في دور اللبن [ونكادته]^(٤) وكل ذلك

(١) في الأصل : إلى الأجل . وهو خطأ واضح ؛ فإن ذلك ليس محل خلاف . وإنما الكلام في إطعام الطفل إلى سنوات أي آجال . وعبرة العز بن عبد السلام : « وأسلم في جنسين إلى أجل وأجناس إلى آجال » . (ر . مختصر النهاية : ١٢٢ / ٤) وعبرة الرافعي عن الصورة « تضمن عقدتين مختلفتين ؛ فإن السبيل في الإرضاع والحضانة سبيل الإجارة ، وفي الطعام والإدام سبيل السلم ، وأيضاً فإنه يتضمن السلم في أجناس مختلفة إلى أجل ، والسلم في جنس واحد إلى آجال متعاقبة » (ر . الشرح الكبير : ٤٣٠ / ٨) .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : واستبقاها .

(٤) في الأصل : ونكاته . وقوله : « ونكادته » أي قلته ، من قولهم نكد ماء البئر (بكسر ثانيه) :

٤١٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها مستقصى في موضعه . وسيأتي قواعد في الاستئجار على الإرضاع في كتاب الرضاع مشتملة على ما ذكرناه .

ويتصل بالمسألة الكلام في بدل الخلع إن أفسدناه أو صححناه ، ويتصل الكلام بالتبعض إذا جرى الاستيفاء في البعض ، وعُسِرَ استيفاء الباقي . فهذه الأصول إذا كانت على ذكر الإنسان لم يخف عليه تفريع المسألة .

٨٨٢٩- وصورة مسألة الكتاب أن يخالغ الرجل امرأته على أن ترضع ولده ، وتكفله عشر سنين ، [ويذكر]^(١) الإرضاع والحضانة ، وقد نقول : الإرضاع يكفي ؛ فإنه يستتبع الحضانة ، ويذكر أجناس الأطعمة في كل يوم قدرأ وصنفأ ، ويتعرض [للكسوة]^(٢) إن كانت مقصودة في المعاملة ، ويعتني بالإبانة فيها ؛ فإنها تختلف ي ٧٥ بالصغر والكبر / ، والصبي إلى النمو ما هو .

هذه صورة المسألة ، والشافعي نص على تصحيح المعاملة [تفريعاً]^(٣) على تصحيح الصفقة إذا اشتملت على عقود مختلفة ؛ إذ في المعاملة إجارة واستحقاق عين ، وأجناس موصوفة إلى أجل واحد في كل يوم ، وجنس إلى آجال ، ولا حاجة إلى الإطناب . ثم إن كان الطعام كفافاً ، فلا كلام ، وإن كان المقدّر فاضلاً عن الكفاية ، فهو للزوج . وإن كان الصبي [رغيباً]^(٤) ، لا يكفيه المقدّر ، فالمزيد على الأب إن لم يكن الطفل [غنياً]^(٥) .

وإن ماتت المرأة وراء مدة الإرضاع ، فلم يبق عليها عمل ، فالأعواض المؤجلة عليها تحل بموتها ، وإن كان عليها عمل ، فالإجارة تنفسخ في بقية المدة ، ولا تنفسخ

= أي قل ماؤه ، والناكد الدابة قليلة اللبن . (المعجم) .

(١) في الأصل : وذكر .

(٢) في الأصل : « البنوة » .

(٣) في الأصل : تفرعاً .

(٤) في الأصل : غريباً . « ورغيباً » : أي نهماً كثير الأكل ، من قولهم رُغِبَ فلان : اشتد نهمة وكثر أكله ، فهو رغيب ورغيب . (المعجم) .

(٥) في الأصل : « رغيباً » وهو تصحيف ، والمعنى : إن لم يكن الطفل غنياً ، فالزيادة على الأب .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤١٥

فيما مضى على الأصح ؛ فإن المقبوض التالف^(١) لا يقبل الفسخ على الظاهر . وإن حكمنا بالانفساخ في المستقبل ، فلا تنسخ المعاملة في الأعيان على الأصح وإن اتحدت الصفة ، لاختلاف الصنف والحكم والمقصود .

ثم يتفرع وراء ذلك الكلام في أن بعض العوض إذا انفسخت المعاملة فيه ، فالرجوع إلى قيمته ، أو إلى قسط من مهر المثل . كل ذلك بين ، لا حاجة إلى الإطناب بذكره . ومن لا يستفيد الاستقلال بتفريع مثل ذلك [إذا انتهى]^(٢) إلى هذا المنتهى ، فليس من أهل النظر في هذا المجموع .

٨٨٣٠- وما ذكرناه مرامز مفرعة على / تصحيح المعاملة ، فإن أفسدت^(٣) ففي ٧٥ ش المسألة طريقان : أحدهما - أن المسألة تخرج على قولين في أن الرجوع إلى مهر المثل أو إلى أبدال هذه الأشياء مثلاً أو قيمة . ومن أصحابنا من قال : الرجوع إلى مهر المثل قولاً واحداً ؛ فإن الفساد راجع إلى صيغة المعاملة . ولو كنا نجوز الرجوع إلى الأبدال المختلفة ، لأثبتنا المبدلات المختلفة . وهذا سيأتي مشروحاً في الفصل الذي نجمع فيه تفصيل القول في فساد بدل الخلع - إن شاء الله عز وجل .

فصل في

قال : « ولو قال : أمرك بيدك فطلق نفسك إن ضمنت لي ألف درهم . . . إلى آخره »^(٤) .

٨٨٣١- وإذا قال الرجل لامرأته : طلقي نفسك ، فهذا توكيل منه إياها أو تمليك ؟ في المسألة قولان : أحدهما - أنه توكيل ؛ فعلى هذا إن طلقت نفسها على الفور ، جاز . وإن طلقت نفسها بعد زمان ، وبعد مفارقة المكان الذي جرى التفويض فيه ،

(١) المقبوض التالف : التالف هنا بمعنى المستهلك ، أي المنفعة التي استهلكت وأتلفت في مدة الإجارة التي مضت قبل موتها .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : أفسد .

(٤) ر . المختصر : ٦٠ / ٤ .

٤١٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
جاز ، وكانت بمثابة الأجنبي يقول له الزوج : طلق زوجتي ؛ [فإن]^(١) ذلك تفويض
لا يستدعي استعقاب تنفيذ الطلاق .

والقول الثاني - أن التفويض إلى المرأة تمليك ، وليس بتوكيل ؛ فإن البضع يرجع
إليها . بتطليقها نفسها نصير مالكة لنفسها ، وسيأتي القولان بتوجيههما وتفريعهما في
٧٦ كتاب الطلاق ، إن شاء الله تعالى/ .

٨٨٣٢- وقد غرضنا منهما الآن أنا إن جعلنا ذلك تمليكا ، اقتضى ذلك استعقاب
تطليق نفسها ؛ فإن التمليك يجري مجرى المعاقدة ، على ما سيأتي ذكره مشروحا ، إن
شاء الله تعالى .

ثم إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن ضمنت لي ألفاً ، فإذا ضمنت ، طُلِّقت .
وإذا قال لها : طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً ، فإنها تملك تطليق نفسها بشرط أن
تضمن ألفاً ، فإذا ضمنت [وطلِّقت]^(٢) فقد تعاطت الشرط والمشروط ، وكل ذلك
مسوّغ في اتساع باب تعليق الطلاق بإعطاء المال ، [واتساع]^(٣) صدره لقبوله ؛ [فلم
يُخَفَ]^(٤) بعده اتباع التعليق ، فإن قيل : هي المتسببة إلى السبب الملزم للمال ، وهي
الملتزمة ؟ قلنا : الالتزام بالضمان في التطليق يقع بإيقاع الزوج ، أو بإيقاع من يفوض
إليه الزوج .

ثم [لو]^(٥) قال لها : طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً ، ورأينا أن تفويض الطلاق
بمجردة يقتضي استعجال التطليق ، فإذا ضمّ إلى تفويض الطلاق شرط ضمان المال ،
تأكد اشتراط الابتدار .

وإن قلنا : مجرد التفويض لا يوجب الابتدار ، فإذا قال لها : طلقي نفسك إن
ضمنت لي ألفاً ، فالأصح أن هذه الصورة تقتضي الابتدار في الضمان والتطليق ؛ فإنه

(١) في الأصل : كان .

(٢) في الأصل : تطلّقت .

(٣) في الأصل : واتسع .

(٤) في الأصل : لم يخف .

(٥) زيادة اقتضاها السياق .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤١٧
لو قال لها : إن ضمنت لي ألفاً ، اقتضى ذلك بداراً ، فليكن الأمر كذلك والطلاق
مفوض / .

٧٧ ش

ومن أصحابنا من قال : إذا جعلنا التفويض توكيلاً ، وهو على التراخي ، ثم ما فيه
من اقتضاء التراخي يستتبع أمر المال في معنى التأخير ، فمهما ضمنت ملكت أن تطلق
نفسها بحكم التوكيل ، وهو كما لو قال الرجل لأجنبي : طلق امرأتي إن ضمنت لي
ألف درهم ، فهذا محمول على التأخير ؛ إذ قد يجري مثل هذا في [غيبتها] ^(١) .
والآن يتعلق هذا الكلام بأطراف التوكيل في الخلع ، وسيأتي مستقصى في
موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

٨٨٣٣- ثم إذا قلنا : تطليقها وضمانها على الفور ، فإليها التقديم والتأخير ،
وليكن الأمران جميعاً على التواصل ، فتقول : طلقت نفسي ، وضمنت ألفاً أو ضمنت
ألفاً وطلقت نفسي ، ولا حرج فيما تقدّم أو تؤخر .

فإن قيل : إذا قالت : طلقت نفسي تحكمون بوقوع الطلاق ؟ قلنا : لا يقع الطلاق
حتى تضمن ، ولا نقول : إذا ضمنت ، تبيّن وقوع الطلاق قبل الضمان ؛ فتطليقها
نفسها مع الضمان كتطليق الزوج إياها على شرط الضمان . ولا يتخيل الفقيه غير
ذلك .

ولو قالت : ضمنت الألف ، وطلقت نفسي ، فلا نحكم بأن الضمان يلزمها مالا
قبل أن تطلق ، بل يقع [الاثنان معاً] ^(٢) .

ومما يتعلق بذلك أنا إذا قلنا : التفويض إليها توكيلٌ ، ولم نحكم بأن ذكر المال
يقتضي فوراً ، فلو أخرت تفريعاً على هذا الوجه ، فطلقت نفسها ، ثم ضمنت / المال ٧٨ ي
بعد زمان متخلل بين التطليق والضمان ، فلا ينفذ الطلاق ؛ فإننا وإن أخرنا تطليقها ،
فلا فصل بين الطلاق والضمان ؛ فإنه لا يثبت واحد منهما دون الثاني . وكذلك لو
قال : طلقي نفسك متى ضمنت ، فقله « متى » يؤخر عن تفويضه لا عن تطليقها .

(١) في الأصل : « عينها » والمثبت بمساعدة ابن أبي عصرون .

(٢) في الأصل : الآن معاً .

فصل في

قال : « ولو قال : إن أعطيتني عبداً ، فأنت طالق . . . إلى آخره » (١) .

٨٨٣٤- مضمون الفصل الكلام فيه إذا ربط الكلام بعوض مطلق ، أو معين ، والقول في ذلك مضطرب في الطرق ، ونحن نرى أن نجمع العوض في نوعين ، ونأتي في كل واحد منهما بالمسائل اللائقة مرسلّة ، ونذكر في كل مسألة ما بلغنا من قول الأئمة ، حتى إذا استوعبنا مضمون كل نوع بالمسائل ، انعطفنا بعدها على ذكر جامع ضابط إن شاء الله عز وجل ، ثم نختم الفصل بعثرات وقعت لا نعدّها من المذهب ، ولا نرى ترك نقلها .

٨٨٣٥- فأحد النوعين فيه إذا علّق الزوج الطلاق على عوض يحصل بفعل ، مثل أن يقول : إن أعطيتني .

والثاني فيه إذا جرى العوض على صيغة المخالعة والمعاوضة من غير تعليق من الزوج ، وهذا النوع يستدعي قبولاً ، لا محالة ، كما بان فيما تقدم ، وسيزداد وضوحاً .

ش ٧٨ ٨٨٣٦- فأما مسائل / التعليق ، فإذا قال لامرأته : إن أعطيتني عبداً ، فأنت طالق ، فإذا جاءت بعبد يتصوّر إجراء التملك فيه من جهتها ، نحكم بوقوع الطلاق لوجود الصفة ، ولا فرق بين أن يكون ذلك العبد معيماً ، أو سليماً ؛ فإن التعويل في الحكم بوقوع الطلاق على تحقيق الاسم ، وإمكان الإعطاء ، وهذا ناشئ من الأصل الذي تمهد قبل في أن الرجل إذا قال لها : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، فإذا أعطته ، طلّقت ، وقد تملك الزوج عين ما تأتي به ، إذا كان الألف معلوماً ، على ما تقدم تفصيله وإيضاحه .

وقد يقتضي الحال ردّ ما جاءت به ومطالبتها بألف [غيرها] (٢) على ما تفصّل ، فإذا

(١) ر . المختصر : ٦٠ / ٤ .

(٢) زيادة من المحقق .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤١٩

جرى التعليق على العبد المطلق ، فهذا مجهولٌ لا محالة ، والمجهول لا يُستحق عوضاً ، فيقع الطلاق إذاً ، [والعبد]^(١) مردودٌ عليها ، ثم الرجوع إلى مهر المثل في هذه الصورة قولاً واحداً ؛ فإننا إذا لم نثبت الشيء عوضاً لكونه مجهولاً ، فلا طريق إلا الرجوع إلى مهر المثل .

٨٨٣٧- هذا إذا أتت بعبدٍ هي مالكته ، ويتصور منها إجراء التملك فيه ، فإن غصبت عبداً وجاءت به ، فقد ذكر الأئمة وجهين في وقوع الطلاق : أحدهما - وهو الذي مال إليه المحققون ، وقطع به معظمهم ، منهم القاضي - أن الطلاق لا يقع ؛ فإن الإعطاء متضمنه التملك ، فينبغي أن تأتي بما يتصور منها/ التملك فيه ، حتى إن ٧٩ ي فرض عدم جريان الملك فيه ، فلا يكون من جهتها ، وإنما يأتي تعدُّر جريان الملك ، من جهةٍ أخرى ، فتُسَمَّى مُعْطِيَةً ؛ من حيث بذلت الوسع والإمكان الصادر منها ، فعند ذلك تسمى مُعْطِيَةً ، والذي يُحَقِّقُ هذا أن الرجل قد يقول : أعطيت فلاناً شيئاً ، فلم يقبله ، فإذا أتى بمغصوبٍ ، وقال : قد أعطيت فلاناً ، فلم يقبل ، كان كلامه مضطرباً ، ورُدَّ عليه : وكيف أعطيتَه ، ولم يكن لك ؟

فهذا بيان هذا الوجه .

والوجه الثاني - أن الطلاق يقع ؛ فإنها لو أتت بعبدٍ مملوك لها ، وصيغة التعليق ما وصفناه ، وهو قوله : إن أعطيتني عبداً ، فالزوج لا يملك عبدها المملوك لها ، فإذا كان هذا لا يُفْضِي إلى جريان الملك فيما تأتي به ، فلا معنى لاشتراط كونه مملوكاً لها ، بل يكفي أن يكون عبداً يُتصور فيه على الجملة إجراء الملك ، حتى لو [أتت بحرّاً]^(٢) ، لم نقض بوقوع الطلاق ؛ من جهة أنها لم تأت بعبدٍ .

والذي أراه من متن المذهب الوجه الأول ، ولا ينبغي أن يغتر الناظر بما ذكرناه في الوجه الثاني ؛ فإن اللائق بعقد الخلع ذلك الوجه .

(١) في الأصل : فالعبد .

(٢) عبارة الأصل : « حتى لو أتت لم نقض بوقوع الطلاق » والتصويب والزيادة من عمل المحقق ، بناءً على المعنى المفهوم من عبارة ابن أبي عصرون .

٨٨٣٨- ثم فرع القاضي على ذلك الوجه ، فقال : إن قال : إن أعطيتني زقاً خمر ، فأنت طالق ، فجاءت بخمرة محترمة مستحقة لغيرها ، فهل يقع الطلاق ؟ ذكر فيه / ش ٧٩ تردداً ، فشبّه الخمر في وجهه بالعبد المغصوب ، وقطعها عن العبد في وجهه ؛ من حيث لا يتصور في جنسها جريان الملك ، وقال في توجيه المسلك الأول : الاختصاص في الخمر [ليس] ^(١) في حكم الإطلاق إلى إمكان الإعطاء والبذل ، وإن كان ذلك الجنس لا يقبل نقل الملك . فهذا منتهى تصرف الأئمة فيه .

٨٨٣٩- [وإذا عين الزوج عبداً] ^(٢) ، وعلق الطلاق بإعطائها ، وقال : إن أعطيتني هذا العبد ، فأنت طالق ، فإن كان العبد ملكها وأعطته إياه ، وقع الطلاق ، وملك الزوج العبد ؛ فإن التعيين أعلمه .

ولو خرج ذلك العبد مستحقاً ، فقد خرج العراقيون وجهين في وقوع الطلاق : أحدهما - أن الطلاق لا يقع ، وهو اختيار ابن أبي هريرة ؛ لأنه علق الطلاق بإعطاء ذلك العبد المعين ، والإعطاء تمليك ، فإذا كنا لا [نوقع] ^(٣) الطلاق والعبد المذكور في الإعطاء مطلق إذا جاءت به مغصوباً ، وإن كان العبد المطلق لا يتصور أن يملك على هذه الجهة ، فإذا اتجه اشتراط إمكان الإعطاء والتملك ثم ، فاتجاه ذلك في العبد المعين أولى ، مع العلم بأنه لو كان مملوكاً لها ، وأنت به ، لملكه الزوج . وهذا متجه حسن .

والوجه الثاني - أن الطلاق يقع ، وهو الذي قطع به القاضي ؛ لأن الإعطاء جرى ي ٨٠ ظاهراً ، والفرقة لا / تُرد ، ثم ذكر القاضي أن الفرقة بينونة [مع رد] ^(٤) العبد ، والأمر على ما قال ، فإنها إن وقعت ، فلا سبيل إلى تقديرها إلا بمال ، والفرقة الواقعة بالمال بينونة .

(١) في الأصل : يسر .

(٢) في الأصل : إذا كان الزوج عبداً .

(٣) في الأصل : نرفع .

(٤) زيادة من المحقق ، على ضوء السياق ، لا يتم الكلام إلا بها أو بمثلها .

ثم الرجوع إلى قيمة العبد المعين أو إلى مهر المثل ؟ فعلى قولين معروفين في بدل الخلع والصداق .

وإن قال الزوج : إن أعطيتني هذا العبد المغضوب ، فأنت طالق . هذا يفرع على ما إذا لم يذكر المغضوب واقتصر على إعطاء العبد المعين . فإن قلنا : يقع الطلاق في الصورة الأولى ، فلأن يقع في هذه الصورة أولى ؛ فإنه إذا ذكر المغضوب أشعر بقناعته بإقباضها إياه هذا العبد ، وإن لم يكن ملكاً لها ، فيصير الإعطاء مع ذكر المغضوب دالاً على أنه ليس ينبغي التملك .

وإن قلنا في الصورة الأولى : إن الطلاق لا يقع ، ففي هذه الصورة وجهان : أحدهما - أنه لا يقع ؛ فإن الإعطاء في المغضوب غير ممكن ، فإذا ذكر الإعطاء وأضافه إلى المغضوب ، فقد علق الطلاق بمستحيل ، فكان كما لو قال لامرأته : إن بعت الخمر ، فأنت طالق ، أو قال : إن صليتِ محدثةً ؛ فأنت طالق ، فإذا أتت بصورة البيع في الخمر ، وبصورة الصلاة مع الحدث ، لم يقع الطلاق على مذهب الشافعي . والمزنيُّ يخالف في هذا .

ونحن لا نجد بداً من رمز إلى المذاهب في ذلك .

٨٨٤٠- [فإذا]^(١) عقد الرجل يمينه على البيع المطلق ، لم يحنث بالبيع الفاسد ، هذا ظاهر المذهب ، وللشافعي نصٌّ في النكاح دالٌّ على أن الفاسد/ يدخل تحت ٨٠ش الاسم المطلق الواقع على الجنس ؛ فإنه قال : « لو أذن لعبد في النكاح ، فنكح نكاحاً فاسداً ، وأصاب ، فالمهر يتعلق بكسبه » . ولا يُتصور أن يتعلق بكسب العبد إلا دينٌ رتب على إذن السيد ، وهذا وإن لم يكن منه بدٌ ، فهو ضعيف .

فأما إذا علق اليمين على الامتناع عن بيعٍ فاسد ، مثل أن يقول : والله لا أبيع الخمر ، فإذا باعها ، فمذهب المزني أنه [يحنث]^(٢) ، وقد اشتهر من طائفة من

(١) في الأصل : وإذا .

(٢) في الأصل : يذهب . (وهو سبق قلم) ثم الذي في (صفوة المذهب) عكس هذا ، ونصه : « ولو قال : والله لا أبيع الخمر ، فباعه ، لم يحنث عند المزني ، وإليه ذهب الجمهور ، ودل عليه النص » .

٤٢٢ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

الأصحاب موافقته . والذي ذهب إليه الجمهور ، ودل عليه النص أنه لا يحث . وهذا فيه إذا أطلق اللفظ . فأما إذا قال : عنيت بيمينني أني لا أقول : بعث هذه الخمرة ، فيحث إذا قالها . وسيأتي تفصيل هذا في الأيمان ، إن شاء الله عز وجل .

فإن قلنا : لا يقع الطلاق^(١) ، فلا كلام . وإن قلنا : يقع الطلاق ، فالذي ذكره القاضي والصيدلاني أن الرجوع إلى مهر المثل قولاً واحداً في هذه الصورة ، لأنه لما قال : إن أعطيتني هذا المغصوب ، فلفظه فاسد ، وقد ذكرنا هذا الفن في كتاب الصداق ، وأوضحنا ما فيه من مستدرك [وحيكنا]^(٢) عن الأئمة قولين في أن الرجوع إلى القيمة أو إلى مهر المثل .

وذكر القاضي في بعض أجوبته أن الطلاق يقع رجعيّاً ؛ لأنه قنع بهذا ، وطرد هذا فيه إذا قال : إن أعطيتني خمرّاً ، أو هذه الخمرة ، فأنت طالق . قال : من أصحابنا ي ٨١ من قال : يقع الطلاق رجعيّاً ، وهذا متجه في / القياس .

[وهو]^(٣) في نهاية البعد في الحكاية ، ولا يقبل مثله إلا من مثل القاضي .

وإذا قال : [إن أعطيتني ميتة ، كان كما إذا قال :]^(٤) إن أعطيتني خمرّاً ، أجمع الأئمة عليه . وهذا لإمكان الانتفاع بالميتة في وقت الضرورة ، أو بأن تجعل طعمة للكلاب والجوارح ، أو بأن تعتقد مطلوبة في بعض الملل كالخمر .

٨٨٤١- ولو قال : إن أعطيتني هذا الحرّ ، فالكلام في وقوع الطلاق كما مضى . وإذا حكمنا بالوقوع ، فالأظهر أن الطلاق رجعيّ ، ومن أصحابنا من أثبت البينونة والمالية ، ثم يعود التردد في أننا نخرّج القولين ، أو نقطع بالرجوع إلى مهر المثل .

(١) عوداً إلى ذكر الوجهين فيما إذا عين عبداً مغصوباً ، وقال : إن أعطيتني هذا العبد المغصوب .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : وهذا .

(٤) المثبت تصرّف في العبارة بالزيادة من المحقق ، على ضوء المعنى ، وأخذاً من عبارة العز بن عبد السلام ، إذ قال : « والتعليق بإعطائه الميتة كالتعليق بإعطاء الخمر اتفاقاً ؛ للانتفاع بها في الضرورات ، وإطعام الجوارح » . (ر . الغاية في اختصار النهاية : ج ٣ ورقة ١٢٣ ش) .

هذا ما أردناه في أحد النوعين الموعودين ، وهو ربط الطلاق على صيغة التعليق بإعطاء العوض .

٨٨٤٢- فأما الكلام في المخالعة وإجراء الإيجاب والقبول من غير تعليق ، فإذا قال الزوج : خالعتك على عبد ، فالطلاق يقع بقبولها ، ولا حاجة إلى الإتيان بالعبد ، والتقدير خالعتك على التزام العبد . ثم إذا قبلت ، وكانت عبارتها صحيحة ، وكانت من أهل الالتزام أيضاً ، فيقع الطلاق بقبولها ، ويلزمها مهر المثل ، إذا^(١) العبد مجهول .

وإن كانت صحيحة العبارة ، ولم تكن من أهل الالتزام ، فالذي وجدت [الطرق متفقة]^(٢) عليه أن الطلاق يقع رجعيّاً بقبولها ، ولا مال .

والمذهب الذي عليه التعويل أنه لو قال لزوجته الصبية : أنت طالق/ على ألف ، ٨١ش فقالت : قبلت [لم]^(٣) يقع الطلاق ؛ إذ لا قول لها ، وهي مسلوقة العبارة . ومن أصحابنا من خرج هذا على خلافٍ سيأتي ذكره - إن شاء الله عز وجل - في أن الرجل إذا قال لزوجته الصبية : أنت طالق إن شئت ، فقالت : شئت ، فهل نحكم بوقوع الطلاق ؟ فقال هذا المفرّع : إذا حكمنا بوقوع الطلاق بلفظها في المشيئة فنحكم أيضاً بوقوع الطلاق بلفظها في قبول العوض . وهذا وإن كان له اتجاه ، فهو بعيد ؛ فإن ألفاظ العقود مستلبة على أصل الشافعي من الصبي والصبية ، ولا يطرد سلب قولها في غير العقود .

٨٨٤٣- ولو خالع الرجل على معين وجرى القبول ممن هو من أهله ، ثم خرج ذلك المعين مستحقاً ، فلا خلاف في وقوع الطلاق ، وليس كما لو علّق الطلاق بإعطائه ، فخرج مغضوباً ؛ فإن التعويل على صيغة المخالعة في وقوع الطلاق ، على الإيجاب والقبول . ثم إن صح المسمى سُلّم ، وإن فسد وأمكن إثبات المالية ، وقعت البينة ،

(١) إذا : بمعنى إذ .

(٢) في الأصل : الطريق عليه .

(٣) في الأصل : فلم .

٤٢٤ _____ كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

وفي المال الذي يثبت التفصيل المشهور . وإن عسر إثبات [المالية]^(١) ؛ بأن تكون المختلعة سفية ، أو رجعية ، وقلنا : لا تخالع الرجعية - فالطلاق يقع لصورة الإيجاب والقبول ، ثم يكون رجعياً .

ي ٨٢ هذا وضع الباب في ذلك . والأصل مطرد ، لا اضطراب فيه إلا عن جهة أصل لا نجد/ بدأ عن ذكره مقصوداً ثم إذا ذكرناه ونقلنا ما فيه ، نبهنا على مخالفته الأصل الذي مهدناه في النوع الثاني ، ثم ننظر فيما ينقدح في المباحثات .

٨٨٤٤- ونبتدىء فنقول : إذا [جاء أب]^(٢) الصبية إلى زوجها وقال : خالعهها بهذا ، وأشار إلى عبد هو ملك الأب ، فإذا خالعه الزوج على ذلك العبد ، صح الخلع ، واستحق الزوج ذلك العبد . ولو جاء أجنبي واختلعها عن زوجها بمال يبذله ، [فالخلع]^(٣) صحيح ، على ما مضى ذلك في صدر الكتاب .

ولو جاء الأب بعبد من مال ابنته ، واختلعها عن زوجها به ، وظن الزوج أنه ملك الأب ، فالبيونة تقع ، والرجوع على الأب بقيمة ذلك العبد المعين أو بمهر المثل ؟ فعلى قولين .

ولو قال الأب : هذا عبدها وقد اختلعتها به ، فقال الزوج : خالعتها به ، فالذي أطلقه الأصحاب أن الطلاق يقع رجعياً . أما الوقوع ، فسيبه ثبوت الإيجاب والقبول ، [وأما]^(٤) سقوط المالية ، فسيبه أن الأب أضاف العبد إلى ملكها ، وفي ذلك قطع طمعه عنه ، فكانت هذه مخالعة لا مالية فيها ، ووقوع الطلاق بعد الإيجاب والقبول بمثابة مخالعة المحجورة ؛ فإن تعذر استحقاق عبد الصبية بمثابة تعذر التزام ذمة المحجورة مالا .

ش ٨٢ هذا ما ذكره الأصحاب .

وقالوا : لو لم يُضِف العبد إلى ملك الزوجة ، وورد الخلع عليه مطلقاً ، وكان

(١) في الأصل : الملك .

(٢) في الأصل : إذا جاءت .

(٣) في الأصل : والخلع .

(٤) في الأصل : وإنما .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٢٥

الزوج عالماً بأنه ملك الزوجة ، ففي المسألة وجهان : [أحدهما -^(١)] أن الطلاق يقع رجعيّاً ، كما لو أضيف العبد إلى ملكها لفظاً ، وكان علمه بكون العبد ملكاً لها بمثابة إضافة العبد إلى ملكها .

والوجه الثاني - أن الفرقة بينونة ، ويرجع الزوج [على]^(٢) الأب بقيمة العبد ، أو مهر مثل الزوجة .

هذا ما نقله الأصحاب ، وقالوا على معارضته : إذا قال الرجل لامرأته : خالعتك على هذا العبد المغصوب ، فقالت : اختلعت ، وقعت الفرقة بآئنة ، وفيما يرجع [به]^(٣) الزوج على زوجته قولان : أحدهما - أنه يرجع عليها بقيمة العبد المعين .

والثاني - أنه يرجع عليها بمهر مثلها ، وليس يخفى أن هذه المسألة في ظاهرها تخالف مسألة اختلاع الأب مع إضافة [العوض]^(٤) إلى ملك الصبية ، وذلك أن الإضافة إلى ملكها بمثابة إضافة العبد المغصوب في المسألة الأخرى إلى ملك المغصوب منه ، واعترف كل من نحا نحو الغواصين ولم يرض بالاختصار على الظواهر أن الفرق بين المسألتين عسر ؛ فإن الأب من أهل الاختلاع استقلالاً ، كما أن المرأة تختلع نفسها ، وفي العبد المضاف إلى ملكها مالية ، والعصاة يتنافسون على الأموال المغصوبة/ ، ٨٣ ي كما يتنافس أصحاب الخمور في الخمور ، وإن لم تكن متمولة .

٨٨٤٥- ثم أتى بعض النقلة عن القاضي بما لا أوثر نقله [والاحتفال]^(٥) به . والذي يتعين نقله أن كثيراً من أئمتنا صار إلى أن المخالعة على العبد المغصوب لا يستحق مالا ، ويقع الطلاق رجعيّاً ، كما ذكرناه في اختلاع الأب ابنته بعبد يضيفه إلى ملكها ، ثم طرد [هذا]^(٦) في المخالعة على الخمر ، وقضى بأن الرجل إذا قال لامرأته :

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : إلى .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : الغرض .

(٥) في الأصل : والاحتمال .

(٦) في الأصل : هؤلاء .

٤٢٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها خالعتك على هذه الخمرة ، أو على هذا [الخنزير]^(١) ، أو على هذه الميتة ، وقالت : قبلت ، قضي بوقوع الطلاق رجعيًا .

ولست أنكر إمكان توجيه هذا ؛ فإن من يذكر الخمر لا ينبغي غيرها ، وليست الخمر مالا ، وليس الخنزير مالا ، وليس يبعد عن قاعدة القياس إبطال المقصود الفاسد والاعتقادات الحائدة عن موجب الشرع ، وبناء الأمر على حكم الدين ، وكذلك إذا جرى التصريح بذكر [الغصب]^(٢) .

ولكن هذا لا يوافق ظاهر المذهب ، ومقتضى النصوص . وإن عدّ هذا الذي ذكرناه قولاً ، فيجب لا محالة على مقتضاه أن نُخرِّج في هذه المسألة - وهي مسألة الأب - قولاً آخر من ظاهر المذهب ، فكان يجري قولان في المسألتين : أحدهما - أن الطلاق [يقع]^(٣) رجعيًا في هذه المسائل ، سواء فرض من الأب في حق ابنته ، أو فرض بين الزوج وزوجته .

هذا لا بدّ منه على مقتضى الترتيب الذي ذكرناه .

٨٨٤٦- والذي أراه في هذا المجال أن معظم الناظرين في هذه المسائل المتعارضة ، لم يُنعموا النظر فيها ، ولم يجشّموا أنفسهم دَرَكَ معانيها ، والذي يجب القطع به أن مخالعة الزوج زوجته على مغبوبٍ مع التعرض لذكر الغصب ، أو على خمرٍ أو خنزير ، مع التعرض لذكرهما يوجب بينونةً وماليةً ، كما مهدنا [المذهب]^(٤) فيه .

فبقي لنا النظر في مسألة الأب ، وأنا أقول فيها : تلك المسألة مفروضة فيه إذا كان يختلع الأب ابنته بحكم الولاية متصرفاً عنها ، [فذكره]^(٥) عبدّها مع إضافة الملك إليها مشعر بهذا القصد ، وكل من يتصرف عن الغير فيضيف التصرف إليه ، فليس قبوله

(١) مكان كلمة غير مقروءة (انظر صورتها) .

(٢) في الأصل : الغصب .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) في الأصل : بالمذهب .

(٥) في الأصل : وذكره .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٢٧

التزاماً في حق نفسه ، وليس كالمرأة إذا التزمت الخمر ؛ فإنها قصدت خلع نفسها ، [وافتدأها]^(١) بما تبذله من مالٍ أو شيء يُحصَّل في العرف بمال . وهذا فرق ظاهر . وإذا كنا نقول : إذا خالع الرجل امرأته المحجورة لا تثبت المالية ؛ لأنها ليست من أهل الالتزام في حق نفسها ، فالأب ليس من أهل الالتزام في حق ابنته إذا كان يتصرف بحكم الولاية لها .

وراء ما ذكرناه سرٌّ ، لا اطلاع عليه/ إلا عند نجاز الفصل ، وتامُّ الكلام أن الأب^{٨٤} يتصور أن يختلع ابنته اختلاع الأجنبي إياها ؛ فإن هو قصد أن يختلعها اختلاع الأجنبي لا على حكم الولاية ، فالاختلاع على هذا القصد يلزمه المالية ، حتى لو اختلعها بعبد ابنته ، [وكان]^(٢) كما لو اختلعت المرأة نفسها بعبد مغضوب . وتامم البيان بين أيدينا بعدُ .

٨٨٤٧- وقدّر غرضنا الآن التنبيه على مسلك الفرق على الجملة [فمما]^(٣) نذكره وننقل ما فيه ، وإن أخر الشافعي ذكره أن الأب إذا قال لزوج ابنته : طلقها وأنت بريء عن صداقها ، أو على أنك بريء عن صداقها ، فإذا طلقها الزوج بناءً على ما ذكره الأب ، فالذي صار إليه جماهير الأصحاب أن الطلاق [يقع]^(٤) رجعيًا ، ولا شك أن هذه المسألة تخرّج أولاً على أن الأب هل يملك الإبراء عن الصداق ، وقدمنا تفصيل ذلك في موضعه .

فإن رأينا للأب الإبراء ، فقد نقول : له أن يختلعها على البراءة من الصداق ، والزوج يبرأ . وهذا مما قدمناه ، فلا عودَ إليه ، والتفريع على أنه لا يملك الإبراء ، فعلى هذا لا يبرأ الزوج بسبب الاختلاع ، ويقع الطلاق رجعيًا ، هذا مقتضى النص ، وهو الذي ذهب إليه جمهور الأصحاب .

وذكر صاحب التقريب وجهين في أن الطلاق هل يقع إذا/ حكمنا بأن البراءة^{٨٤} ش

(١) في الأصل : واقتدأها .

(٢) في الأصل : كان (بدون واو) .

(٣) في الأصل : مما .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

٤٢٨ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها لا تحصل ، وقد ذكرهما بعض المصنفين ، ولا تعويل على ما ينفرد ذلك المصنف بنقله ؛ فإنه كثير العثرات غير موثوق به ، ولكنني رأيت لصاحب التقريب وجهين في وقوع الطلاق ، ذكرهما ، وكررها فنقلناهما على تحقيق .

٨٨٤٨- ونحن الآن - بعون الله - نوضح المسالك وننزل المسائل على مراتب ، ينجح الفقيه بها ، ويرتاح بذكرها ، [ولا تظن بعدها أن الشافعي في أسطر مقاربة بين كلام متهافت]^(١) .

فنقول : إذا خالع الرجل زوجته المبذرة ، فقبلت ، فهي صحيحة العبارة ، وقد وجد منها صيغة الالتزام على الصحة ، ولكن قضى الشرع بأنه لا يلزمها شيء ؛ فاعتمد وقوع الطلاق صحة قبولها ، [ولم يلزم]^(٢) المال ، ونتيجة هذه الجملة وقوع الطلاق .

وإذا قال الأجنبي : وكلتني فلانة بأن أختلعها بكذا ، فقال الزوج بانياً على ذلك : خالعتها بكذا ، فقال الوكيل : قبلت عنها ، وكان كاذباً في التوكيل ، لم يقع الطلاق ؛ لأن الأجنبي لم يضيف إلى نفسه ، ولم يصدق في دعواه الوكالة ، فلم يعتمد الطلاق قبولاً صحيحاً .

وإذا اختلع الأب ابنته بحكم الولاية ، وأبان ذلك في صيغة لفظه ، فهذا خارج عن ولايته ، ولكنه أطلق الاختلاع ، ولم يضيف لفظ الاختلاع إلى ابنته ، بل بناه على ولايته^{٨٥} ، وهو ممن يتصور منه أن يخالع بنفسه مخالعة/ الأجنبي ، فتردد الأمر وتطرق إليه إمكان المصير إلى الطلاق ، فلا يقع كما ذكرناه في مثله الأجنبي الآن ، وإن وقع فهذا القبول أضعف من قبول المحجورة ، فقد بان وجه التردد في الوقوع ، وينبغي عليه وجه سقوط المالية .

ونحن نقول الآن : إذا اختلع الأب ابنته بمال نفسه ، فهذا محمول على اختلاع

(١) كذا . جاءت هذه العبارة بين المعقفين بهذا الرسم تماماً . ولا أدري موقعها ، ولا ما فيها من تصحيف - إن كان - أو نقص . والله أعلم ، والسياق متصل ومفهوم مع رفعها من البين ، كما فعل ابن أبي عسرون في مختصره ، إذ تركها كاملة .

(٢) في الأصل : ومن لم يلزم .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٢٩

الأجنبي ، وإن اختلعا بمالها ، وأضاف المال إلى ملكها ، فهذه المسألة التي تردنا فيها وقوعاً أولاً ، ثم أوضحنا سقوط المالية . وإن قال الزوج : اختلعتي عن نفسك اختلاع الأجنبي ، وبذلت مالها بذل المغصوب ، ولكن الاختلاع وقع مطلقاً ، فالظاهر في هذا تصديق الأب ؛ فإن إضافة العوض إلى مالها أصدق شاهد فيه .

ولم يبق في المسألة إلا نظراً واحداً ، وهو أن صاحب التقريب ذكر الوجهين في وقوع الطلاق في البراءة عن المهر ، ولم يذكر ذلك الوجه في اختلاعه بعدها ، والصحيح عندنا أنه لا فرق بين المسألتين إذا ظهر قصده التصرف عنها . وإن أردنا فرقاً ، فتزويل الخلع على البراءة نص في التصرف عنها في ذلك العقد ، وتزويله على عدها قد يتأخر عن هذا ، وفيما ذكرناه انتجاز المقصود بكماله .

٨٨٤٩- ووراء ذلك مسألة : وهي أن الأب إذا قال : خالعا ، وقد ضمنت لك براءتها عن مهرها ، قال الأصحاب/ في هذه الصورة : المذهب وقوع الطلاق ، وإذا ش^{٨٥} وقع الطلاق ، فهل يجب على الأب مال ، فعلى وجهين : أحدهما - أنه لا يلزمه شيء كما لو قال : وأنت بريء أو على أنك بريء ؛ فإن البراءة لا يصح ضمانها بل لا ينتظم الضمان فيها .

والوجه الثاني - أن الغرم يتعلق بالأب في هذه اللفظة ؛ فإنه أضاف الضمان لنفسه .

وذكر بعض المحققين وجهاً مفصلاً حسناً ، فقال : نراجعه فيما عني الضمان ، فإن قال : أردت ضمان البراءة في عينها من غير مزيد ، لغا ضمانه . وإن قال : أردت أنك إذا غرمت أو طالبت أديت عنك ، فهذا التزام مالية ، فيجوز أن يقتضي ضمانها .

وهذه المسائل بجملتها فيما إذا جرت المخالعة إيجاباً وقبولاً ، واستدعاءً وإسعافاً . فأما إذا قال الزوج : إن برئت عن صداقها ، فهي طالق ، فلا شك أن الطلاق لا يقع إذا كانت البراءة لا تحصل .

٨٨٥٠- وقد حان أن نذكر ضابطاً على التحقيق ، فنقول : إذا جرى التخالع إيجاباً وقبولاً ، فالطلاق يعتمد صحة القبول ، ثم ثبوت المالية يعتمد كون القابل من أهل الالتزام ، وصحة العوض لا تخفى جهاتها .

٤٣٠ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

وإن تردد الأصحاب في وقوع الطلاق ، فليُطلب ذلك من ضعف القبول ، وإن ترددوا في سقوط المالية مع وقوع الطلاق ، فذلك مأخوذ من صحة القبول ، وضعف الالتزام ،^{٨٦} وإن كان لفظ الزوج مبنياً على التعليق ، مثل أن يقول : إن أعطيت / ، فالطلاق يقع من تحقيق الصفة ، فإن كانت مقتضية تمليكاً ، فلا يتوقع فيها طلاق رجعي [وإذا]^(١) لم يكن التمليك ممكناً ، فإن الصفة معدومة . وأنا أقول : إذا قال للمحجورة : إذا أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فأعطته ، لم يقع شيء .
فهذا تنزيل هذه المسائل على منازلها ، وتخريجها على أصولها [ما أمكن]^(٢) [وأملنا]^(٣) ألا ينتهي إلى هذا ناظرٌ إلا ترحم على جامع^(٤) . والله ولي الإجابة بمنه ولطفه .

فصل في

قال : « ولو خالعه بعبدٍ بعينه ، ثم أصاب به عيباً ، ردّه . . . إلى آخره »^(٥) .

٨٨٥١- بدل الخلع ينزل منزلة الصداق في كل تفصيل ويجري فيه القولان في أنه مضمون باليد أو بالعقد ، فبدل الخلع في يدها كالصداق في يد الزوج . ثم الكلام فيما إليه الرجوع كالصداق ، بلا تباين ، ولا مزيد حرف . وقد تقيصنا القول في الصداق ، فلم أر لإعادة ما قدمته معنى .

ومن جملة [ما نذكره]^(٦) هاهنا الردُّ بالعيب ، فإذا جرت المخالعة هاهنا على صيغة الإيجاب والقبول على عين مالٍ ، نفذت الفرقة ؛ تعويلاً على القبول ، فإذا وجد الزوجُ

(١) في الأصل : إذا (بدون واو) .

(٢) في الأصل : وأمكن .

(٣) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

(٤) رحم الله إمام الحرمين ، ورضي عنه ، وتقبل منا ومنه . هذا ، وقد استجاب ابن أبي عصرون للإمام ، فقال في مختصره : « والله يرحمه من جامع » . ويرجو العبد الفقير إلى رحمة ربه محققه دعوة بخير من كل ناظر فيه ، والله يتقبل ويعين ويغفر ويرحم .

(٥) ر . المختصر : ٦١ / ٤ .

(٦) في الأصل : ما ذكره .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٣١

بالعوض المعين عيباً ، مَلَكَ رَدَّهُ ، كما تملك المرأة رد الصداق ، ثم القول فيما يرجع به الزوج عليها كالقول فيما ترجع [به] ^(١) على الزوج في الصداق .

٨٨٥٢- ثم قال الشافعي : « ولو خلعها على ثوب على أنه مَرُوي ، فإذا هو / ٤٦ ش هَرُوي ... إلى آخره » ^(٢) .

يقول : إذا خالعهما على ثوب هروي ، فالصورة في ذلك تختلف ، ونحن نُجري أمثلة والخلعُ إيجاب وقبول ، ثم نذكر أمثلة والخلعُ على صفة التعليق .

فأما إذا كان إيجاباً وقبولاً ، وفُرض اشتراط صفة في العوض [وقع] ^(٣) اختلافها ، فذلك ينقسم إلى العوض الموصوف في الذمة وإلى العوض المعين ؛ فإن كان موصوفاً في الذمة مثل [أن] ^(٤) يقول : خالعتك على ثوب هروي ، صفته كذا وكذا ، وأخذ يُطلب إلى استغراق المقصود ، فإذا قبلت المرأة ، قُضي بوقوع البيئونة بنفس القبول ؛ بناء على ما تمهد من الأصول . ثم هي مطالبة بالثوب الموصوف ، فإن أعطته مروياً ، رَدّه عليها ، وطالبها بالثوب المستحق الذي أحاط الوصفُ به .

ولو قال : خالعتك على هذا الثوب المروي أو على هذا الثوب ، على شرط أنه مروي ، فإذا قالت : قبلت ، حكم بوقوع الطلاق . قطع الأئمة أجوبتهم به ؛ فإن الفرقة بالمخالعة المتعلقة بالإيجاب والقبول ، تعتمد القبول ، ولا نظر إلى الصفة المشروطة ، كانت [أو تخلّت] ^(٥) . والدليل عليه أنه لو قال : خالعتك على هذا الخلّ ، فقالت : قبلت ، ثم تبين أن المشار إليه خمر ، فالفرقة تقع ، وكذلك إذا قال : خالعتك على هذا العبد ؛ فإذا المشار إليه حر ، وقعت الفرقة . فإذا كان الخروج من المالية لا يمنع وقوع الفرقة ، فالخروج من صفة إلى صفة بهذه المثابة .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) ر . المختصر : ٦١ / ٤ .

(٣) في الأصل : مع .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) في الأصل : كانت لو اختلف .

ي ٨٧ ثم إذا شرط/ كون الثوب المشار إليه مروباً ، [فبان]^(١) أنه هروي ، وقع الحكم بنفوذ الفرقة ، فالعوض [لا]^(٢) يفسد بالاختلاف في الصفة ، وآية ذلك أن الزوج لو رضي به ، جاز له ذلك ، وإذا كان [الاختلاف]^(٣) في صفات الأعواض في المعاوضات المحضبة لا يوجب فساد العوض ، فبدل الخلع بذلك أولى .

ثم إن رضي الزوج بذلك ، فلا كلام ، وإن لم يرض به ، فله الرد ، وليس ذلك بدعاً ؛ [فإن]^(٤) ما يتطرق إليه خيار الرد بالعيب يتطرق إليه خيار الخلف ، ثم إذا [رد]^(٥) ، ففيما يرجع به قولان : أحدهما - أنه يرجع إلى مهر المثل . والثاني - أنه يرجع بقيمته . وهذان القولان في أنه إذا ردّ العوض بالعيب ، فإلى ماذا يرجع ؟ ثم إذا أثبتنا له الرجوع [يرجع]^(٦) بقيمة الثوب المروي على ما شرط ، إذ لو كان يرجع بقيمة الهروي ، لقتع بالثوب الهروي من غير رد .

وما ذكرناه فيه ، إذا اتحد الجنس ، فكان الثوبان من القطن مثلاً ، لكن [إن]^(٧) اختلف النوع بالجنس ، فالأمر على ما بيناه .

فإن كان الثوب الذي أشار إليه ، وشرط كونه مروباً ، كان كتاناً ، [والهروي]^(٨) قطن ، فإذا اختلف الجنس ، فلو أراد الزوج أن يستمسك بالثوب المعين المعين ، فهل له ذلك ؟ اختلف أصحابنا ، فمنهم من قال : ليس له ذلك ، ولو رضي به ، لم يملكه ؛ فإنه ليس من جنس ما ذكره ، فلم يجد إلى ملكه/ سبيلاً ، وهو كما لو خالغ على عبده ، ثم قبض أمة من غير فرض اعتياض ، حيث يجوز الاعتياض ، وليس كذلك

(١) في الأصل : فقال .

(٢) في الأصل : أو لا .

(٣) في الأصل : يختلف .

(٤) في الأصل : وإن .

(٥) في الأصل : زاد .

(٦) زيادة من المحقق .

(٧) زيادة اقتضاها السياق .

(٨) في الأصل : والمروي .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٣٣

إذا اتحد الجنس ؛ فإن قبض النوع عن النوع سائغ على [ما سنذكر]^(١) في ذلك ضابطاً جامعاً .

وذكر الشيخ أبو حامد وجهاً آخر أن [للزوج]^(٢) أن يقنع بالثوب المعين ، وإن لم يكن من جنس ما وصفه ، وذلك أنه أشار إليه الزوج ، إذ خالعه عليه ، وقال : خالعتك على هذا الثوب ، فكانت الإشارة غالباً على الذكر والوصف . وهذا يداني اختلاف الأصحاب فيه إذا قال : بعتك هذه النعجة ، فإذا هي عجل ، ففي صحة العقد ، وانعقاده خلاف معروف ، ذكرناه في البيع .

٨٨٥٣- والأمر المتبع في هذا أن ما لا يجوز الاعتياض عنه كالمسلم فيه لا يجوز أن يؤخذ فيه جنس عن جنس ، ويجوز أن يؤخذ المعيب عن السليم . وهل يجوز أن يؤخذ فيه نوع عن نوع ؟ فيه اختلاف ، وإذا جوزنا الاعتياض عن الثمن ، فكل ما منعناه في السلم نجوزه في الثمن ، ولكننا نشترط إجراء عقد ، وما نجوزه في السلم نجوزه في الثمن من غير عقد ، ومحل الاختلاف جوازاً ومنعاً في السلم يستعمل في الثمن في الافتقار إلى عقد ، وعدم الافتقار إليه .

وما يفرض من خُلف في الأعيان المعيّنة ، فإن اتحد الجنس ، انعقد العقد ، وجاز الاستمسك بالمعين ، فإن اختلف الجنس ، ففي / انعقاد المعاوضة خلاف ، وفي فساد ٨٨ ي الخلع به خلاف ، والفرقة جائزة على اعتماد القبول ، ثم إن لم يفسد العوض ، جوزنا الاستمسك به ، وإن أفسدنا العوض ردّنا القولين في الرجوع ، ففي قول يرجع إلى مهر المثل ، وفي قول يرجع إلى قيمة الثوب لو كان على ما وُصف به .
وكل ما ذكرناه تردّد للمسائل ، والخلع إيجابٌ وقبولٌ .

٨٨٥٤- فأما إذا كان الخلع على صيغة التعليق ، فإذا قال : إن أعطيتني ثوباً مروباً ، فأنت طالق ، فإذا أعطته هروباً ، لم تطلق ؛ فإنّ معتمد الطلاق وجودُ الصفة في هذا النوع . ثم إن جاءت به مروباً ، وقع الحكم بالطلاق ، ولم يخف التفصيل بعده إذا كان

(١) في الأصل : ذكر .

(٢) في الأصل : الزوج .

٤٣٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها الثوب مجهولاً ، وكان بمثابة ما لو قال لها : إن أعطيتني عبداً ، فأنت طالق . فإن كان الثوب موصوفاً بالصفات المرعية في السلم ، فلا يقع الطلاق ما لم تتحقق الصفات فيما جاءت به .

وليس هذا بمحل الرضا إنما يتعلق الإتيان به ؛ فإن الطلاق لا يقع إذا علق بصفات ما لم تتمحض تلك الصفات . وإن كان على الصفات المذكورة المستقصاة ، وقع الطلاق ، وملك الزوج ما جاءت به ؛ فإن الثوب أثبت مُعلماً مبيّناً ، فصح عوضاً ، وصلاح لكونه مملوكاً عوضاً .

ش ٨٨ ٨٨٥٥- ولو علق الطلاق وأشار إلى العين وذكر الوصف / ، ففي لفظه تعليق وإشارة ووصف ، وذلك مثل أن يقول : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي ، فأنت طالق . فإن أعطته ، وكان مَرَوياً ، لم يقع الطلاق ؛ لأن قوله [وهو]^(١) هروي معناه الشرط المحقق ، والتقدير إن أعطيتني هذا الثوب ، فأنت طالق إن كان هَروياً . فإذا تعلّق الطلاق بصفتين ، استحال أن يقع بإحدهما .

ولو قال : إن أعطيتني هذا الثوب الهروي ، فأنت طالق ، فكان [مَرَوياً]^(٢) على خلاف ما ذكر ، فقد ذكر القاضي جوابين في هذه الصيغة : أحدهما - أن الطلاق لا يقع ، كما لو قال : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي .

والثاني - أنه يقع ؛ [لأن]^(٣) الهروي لا يعطى معنى^(٤) الشرط في قوله : هذا الثوب الهروي ، إذ معناه الثقة بكونه هروياً ، والثقة تنافي الشرط . وقوله : وهو هروي ، فيه معنى التردد ، فيتطرق إليه إمكان الشرط والتعليق ، [والتعليق]^(٥) على التحقيق في معنى الشرط .

(١) في الأصل : وغير هروي .

(٢) في الأصل : « هَروياً » وهو سبق قلم كما يتضح من تصوير المسألة .

(٣) في الأصل : لا الهروي .

(٤) في صفوة المذهب : (لا يُغني مَعْنَى الشرط) .

(٥) زيادة لاستقامة الكلام .

فَضْلُكَ

قال : « ولو أخذ منها ألفاً على أن يطلقها إلى شهر . . . إلى آخره »^(١) .

٨٨٥٦- مضمون الفصل يتعلق بثلاثة أشياء : أحدها - في طلب التزام طلاق مؤخر في الذمة بمال مبدول في الحال .

والثاني - استدعاء تعليق الطلاق ومقابلته بمال .

والثالث - استدعاء طلاق على الفساد بمال .

فأما استدعاء التزام الطلاق مؤخراً ، فمن صورته أن تقول المرأة لزوجها/ : ٨٩ ي [طلقني]^(٢) غداً أو بعد شهر - على ما يتفق الاستدعاء فيه - ولك ألف درهم ، فمقتضى [الاستدعاء]^(٣) التأخير في التنجيز ، ومقابلة الالتزام في الحال [بالمال]^(٤) .

فنقول : إن طلق الزوج في الوقت المعين على حسب الاستدعاء ، فإن قصد إيقاع الطلاق في ذلك الوقت جواباً عما التمسته ووفاءً بما التزمه لها ، واعتقد صحة ذلك ، فالطلاق يقع بائناً ، ويثبت المال على الفساد ؛ فإن شرط المال مع استئثار الطلاق ، [يوقع]^(٥) الشرط فاسداً ؛ إذ وضع الخلع مع ارتباط المال بالطلاق على الاتصال .

ثم قال الأصحاب : الواجب في هذه الصورة مهر المثل ؛ فإن فساد العقد جاء من فساد الصيغة ومخالفتها وضع الشرع . وإنما يجري القولان في أن الرجوع إلى مهر المثل أو قيمة المسمى إذا كان الفساد ناشئاً من المسمى ، فيجري قول في العدول عنه إلى قيمته ، فأما إذا جاء الفساد من الصيغة ، فلو ثبتت المالية على الصحة ، لثبت المسمى ، فاقضى ما ذكرناه الرجوع إلى مهر المثل .

(١) ر . المختصر : ٦٢/٤ .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : استدعاء .

(٤) في الأصل : فالمال .

(٥) في الأصل : على .

٤٣٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

ولو أنشأ الزوج الطلاق في الوقت المعين ، وقصد أن يكون ذلك ابتداءً إيقاع منه ، من غير تقدير وفاء بملتزم ، فيقع الطلاق رجعيًا .

ش ٨٩

وإذا قالت المرأة لزوجها/ : طلقني واحدة بألف ، فقال : « أنت طالق » ، على الاتصال ، وقصد ابتداءً الطلاق ، لا إيقاعه جواباً ، فالطلاق يقع رجعيًا ، ولكن بينه وبين الله تعالى ، ولا يصدق في دعواه الانفرد والاستبداد مع اتصال لفظه بلفظها .

وإذا انفصل الطلاق ووقع في الوقت المستدعى في المسألة التي نحن فيها ، ثم زعم أنه قصد ابتداءً ، فالظاهر عندنا أنه يُصدق ظاهراً ، وتنفصل هذه المسألة عن الجواب المتصل في الأمر الظاهر .

ولو قال : قصدتُ جوابها وإسعافها ، ولكن علمت فساد العوض ، فالذي قطع به الأصحاب أن الطلاق مُبينٌ ، فيثبت الرجوع إلى مهر المثل ، كما قدمناه لا يتغير الحكم بعلمه بالفساد وجهله [به ؛ فإن المسلم يعلم تسمية الخمر فاسدة^(١)] ، وإذا سماها ، ثبتت المالية في الخلع ، وسبب هذا أن المالية تثبت بقصد المالية ، والعلم بالفساد لا ينافي قصد المالية ، وكيف ينافيه والشرع قاضٍ بالمالية .

وفيما نقل عن القاضي أنه إذا علم الفساد ، لم يستحق ، وكان الطلاق رجعيًا في محل الرجعة . وهذا كلام رث لا حاصل له . والممكن في توجيهه أن الطلاق إذا انفصل عن استدعائها ، ضعف عن اقتضاء المال ، ورجع إلى عنصره^(٢) ووجب حمله على إطلاقه .

ي ٩٠

وهذا إنما كان يستقيم لو كان ينبغي البذل ، مع ظن الصحة/ مصيراً إلى أن الطلاق إذا انفصل ، فلا محمل له إلا الابتداء ، فإذا لم يقل هذا ، فلا رجوع إلا إلى الفرق بين [العلم]^(٣) بالفساد والجهل به .

(١) ما بين المعقفين مكان عبارة الأصل المضطربة ، التي جاءت هكذا : « لا يتغير الحكم بعلمه بالفساد وجهله بضمان المشلة يعلم تسمية الخمر فاسدة . . . إلخ » والحمد لله صدقنا (صفوة المذهب) .

(٢) إلى عنصره : أي إلى أصله .

(٣) في الأصل : العمل .

٨٨٥٧- ومما يتصل بهذا القسم الذي نحن فيه أن المرأة إذا قالت : خذ مني ألف درهم ، وأنت متخير في تطليقي إلى شهر ، فإن عجلته أو أخرته ، فلك ألف إذا أوقعته في المدة المذكورة . قال الأصحاب : إذا أخر ثم طلق^(١) ، فهو كما لو قالت : لك ألف لو طلقني غداً أو بعد شهر ، فطلقها في الوقت المعين ، وزعموا أن التفاصيل بجملتها تعود كما قدمناها . وفصل القاضي في هذه الصورة بين أن يكون عالماً بالفساد ، وبين أن يكون جاهلاً به . وهذا منه^(٢) وإليه ، ولو صح ، فهو متروك عليه .

والذي قطع به الأصحاب أنه إذا طلق على قصد الوفاء لها ، استحق مهر المثل لفساد الصيغة .

٨٨٥٨- وهذا أو أن التنبيه لأصل عظيم قد ذكرناه في تمهيد ماهية الخلع ، وهو في ظاهر الأمر على مناقضة ما ذكرناه الآن ، وذلك أن المرأة إذا قالت لزوجها : متى ما ، أو مهما طلقني فلك ألف ، فهذا اللفظ صريح في التأخير ، ثم المأثور عن الأصحاب أنه إن طلقها على الفور ، استحق المسمى ، وإن تأخر الزمان ، فطلقها/ ، لم يستحق ٩٠ شئاً .

وهذا على القطع يخالف ما ذكرناه الآن في الصورة الأخيرة ؛ فإن قول القائل متى ما صريح في اقتضاء التأخير ، وتسويغه ، فهو يناظر قولها : أنت بالخيار في تطليقي عاجلاً أو إلى شهر ، فلئن كان الزوج بمبادرة الطلاق في المسألة المبنية على (متى ما) يستحق البدل المسمى ، فيجب أن يستحق أيضاً البدل المسمى إذا ابتدر الطلاق وإن خيره ؛ فإن (متى ما) يعطى إفادة التخيير في التعجيل والتأخير ، وإن كان لفظ التأخير في مسألتنا مفسداً للمسمى ؛ حتى يقال : وإن ابتدر الزوج الطلاق لا يستحق المسمى ، وإنما يستحق مهر المثل ، فيجب على مساق هذا أن يفسد الخلع إذا وقع استدعاء الطلاق بلفظ (متى ما) .

(١) ثم طلق : أي في المدة .

(٢) كذا « منه وإليه » ولعل صوابها (وهذا معزو إليه) .

٤٣٨ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

وإنما نشأ هذا الإشكال من المسألة الثانية ، وهي إذا قالت : « لك ألف ، وأنت بالخيار في تطليقي عاجلاً ، وفي تأخير الطلاق إلى شهر » ، واستدعاؤها يستحيل على التعجيل والتأخير ، ويلزم أيضاً أن يقال : إذا كان الاستدعاء بلفظ (متى ما) ، فأخر الطلاق على قصد الإجابة إنه يستحق مهر المثل .

وبالجملة ، لا فرق بين المسألتين ، وقد انتظم في مسألة (متى ما) صحة الخلع إذا ابتدر ، وعري الطلاق عن البذل إذا تأخر ، وانتظم هاهنا للأصحاب الرجوع إلى مهر المثل إذا اتصل الطلاق ، وإثبات مهر المثل إذا انفصل على قصد الإجابة / ، فيجب قطعاً نقل جواب كل واحد من المسألتين إلى أختها ، وإجراء وجهين فيهما جميعاً . وقد وجدت هذا الذي ذكرته في مرامز كلام صاحب التقريب ، حكاية عن تصرفات ابن سريج .

٨٨٥٩- ومما يكمل به البيان أنها إذا قالت : طلقني غداً بألف ، وأثبتنا العوض على الشرط المقدم إذا أجابها في الوقت المعين ، فلو عجل الطلاق قبل الوقت المؤقت ، ففي استحقاقه العوض احتمال ؛ من جهة خالف غرضها ، [ومن جهة^(١)] عجل الفراق ، وقد تقدم لهذا نظير فيه إذا استدعت الفسخ - على قولنا الخلع فسخ - فطلقها ، فكيف يكون الأمر في ذلك ؟ فيه اختلاف قدمنا ذكره .

ولو قالت : طلقني غداً بألف ، وطلقها بعد غدٍ ، لم ثبت شيئاً بلا خلاف ؛ فإنه آخر الطلاق ، وهو في وضعه منافٍ لاستحقاق العوض ، فلا هو وصل ، ولا هو أتى به على وفق استدعائها ، بل أخر عنه ، فهذا منتهى القول في ذلك .

ومن القول الجلي في هذا النوع أنه لا يستحق عليها شيئاً ما لم يأت عليها العدد^(٢) فيطلقها ، إذا كان ينبغي التأخير ؛ فإن استحقاق المال يقتزن في كل حساب بوقوع البيونة لا يتصور ترتب أحدهما على الثاني ، لأن البيونة تقع بالمال .

ومهما رجعت المرأة عن قولها قبل تنفيذ الطلاق ، بطل المال ، وانقطع مسلك

(١) عبارة الأصل : ... خالف غرضها ومن توجه عجل الفراق .

(٢) ما لم يأت عليها العدد : يريد ما لم يحن الموعد المحدد ويطلق فيه .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٣٩

استحقاقه ، ولا فرق بين أن تقول/ : إن طلقني غداً ، فلك ألف ، [وبين أن تقول : ٩١ ش طلقني غداً على ألف]^(١) والأمر في جانب الزوج بخلاف هذا ؛ فإنه إن قال : خالعتك على ألف ، ملك الرجوع قبل إجابتها ، وإن قال : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، لم يملك الرجوع ، والسبب فيه أن الطلاق إذا علق ، لم يتصور الرجوع عنه [لا]^(٢) لصيغة التعليق ، وذلك أن الطلاق في نفسه إذا علق ، لم يملك الرجوع عنه . وكم من تعليق يُرجع عنه .

والمرأة إنما تعلق المال وذكره ، فكانت بمثابة ما لو قال الرجل : إن رددت عبدي الآبق ، فلك كذا ، فإذا أراد الرجوع ، كان له ذلك ، وقد ذكرنا أن الخلع في جانبها معاوضة نازعة إلى الجعالة .

وهذا نجاز الكلام في نوع واحد من الأنواع الثلاثة المذكورة في الفصل .

٨٨٦٠- فأما النوع الثاني وهو الكلام في مقابلة تعليق الطلاق بالمال وهذا يفرض على وجهين : أحدهما - أن يتدّى الرجل ، فيقول : أنت طالق غداً على ألف درهم ، فتقول : قبلت .

والصورة الأخرى - أن تقول المرأة مبتدئة : علق طلافي على مجيء الغد ، ولك ألف درهم . وذكر صاحب التقريب وجهين في أن الخلع هل يصح كذلك ، وهل يثبت البذل المسمى أم لا ؟ حكاهما عنه الصيدلاني ، ورأيتهما في كتابه : أحد الوجهين - أن المسمى يثبت ؛ فإن معلق الطلاق كمنجزه ؛ من جهة أنه لا مردّ له بعد إجرائه/ ، ٩٢ ي وليس في حكم الوعد والالتزام في الذمة ، حتى يظهر فيه الوجه الذي قدمناه في الفساد ، والتعليق متصل بذكر المال وقبوله ، ومن لم يستبعد إثبات المسمى في قول الرجل : متى أعطيتني ألف درهم مع الاستقصاء في وصفه ، فينبغي ألا يستبعد تصحيح مقابلة التعليق بالمال . هذا أحد الوجهين .

(١) زيادة من المحقق على ضوء السياق وحمد الله ، فقد وجدناها عند (ابن أبي عصرون) .

(٢) في الأصل : « إلا لصيغة . . » ومعنى « لا لصيغة التعليق » أن امتناع الرجوع إذا علق الطلاق يرجع إلى طبيعة الطلاق ، لا إلى أن العقد معلق ، فكم من تعليق يجوز الرجوع عنه .

٤٤٠ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

والوجه الثاني - أن الخلع يفسد على معنى أن المسمى لا يثبت ؛ فإن وضع الخلع على تنجيز تخليص المرأة بما تفتدي به نفسها ، والتي عُلّق طلاقها زوجة قبل وجود الصفة ، وقد تتأخر الصفة ، فكان ذلك مخالفاً لوضع الخلع ، فلزم الرجوع إلى مهر المثل ، ولا خلاف أن المال لا يثبت في ذمتها ، ما لم تتحقق الصفة ؛ فإن الطلاق يقع عندها ، ويستحيل ثبوت المال عليها متقدماً على حصول الفراق .

وذكر شيخنا أبو محمد وجهاً ثالثاً ، حكاه عن [شيخه] القفال ، وذلك أنه قال : من أصحابنا من فرق بين الابتداء إذا كان منه وبين ما إذا ابتدأت ؛ فإن ابتدأ الزوج ، وقبلت المرأة ، صح البذل ، وثبت المسمى ، وإن ابتدأت المرأة بالاستدعاء ووضعت استدعاءها على تعليق الطلاق ، لم يصح ذلك منها ، وكان مآل الأمر بالرجوع إلى مهر المثل .

ش ٩٢ وهذا عندنا/ تخيل لا حاصل له ؛ فإن التعليق إذا كان يقبل المقابلة بالمال ، فإذا استدعت ، فقد استدعت بالمال قابلاً للمقابلة ، فلا أثر لتقدم قولها وتأخره .

وذكر القاضي وجهاً آخر - أن المال لا يثبت ؛ لأن المعاوضة لا تقبل التعليق ، وإذا لم يثبت المال ، لم يقع الطلاق ؛ فإنه علق على مال .

وهذا أولاً ضعيف ؛ فإن وقوع الطلاق ينبغي أن يناط بالقبول ، فإذا قال الزوج : أنت طالقُ غداً بألف ، فقالت : قبلت ، فحصول القبول في هذه الصورة على صيغة حصول القبول في الطلاق المنجز ؛ إذ لا تعليق للطلاق بثبوت المال ، وإنما تعليقه بصفة وبوقت ، فالمصير إلى أن الطلاق لا يقع غفلةً عظيمة . نعم ، إن قيل : لا يثبت المال بجهة التعليق ، فهو [فقه^(١)] على حال . ثم يجب أن يكون التفريع عليه أن الطلاق يقع رجعيّاً .

٨٨٦١- ومما يتعلق بهذا الفصل أن الرجل إذا علق الطلاق ، وذكر مآلاً ، كما وصفناه ، فقبلت المرأة ، فلو أرادت المرأة الرجوع قبل وقوع الطلاق ، لم تجد إلى ذلك سبيلاً ؛ فإن الأمر استقر بالتعليق والقبول ، وصار التعليق كالتطليق .

(١) في الأصل : فقيه .

فإذا فرعنا على فساد المسمى [كان الجواب كمثلته]^(١) ، والسبب فيه أن الطلاق تعلق تعلقاً لا يُستدرَك ، وارتبط بالمال ارتباطاً لا يحتاج معه إلى تجديد قبول ، فلا يختلف الأمر بفساد المسمى / وصحته ، وليس كما لو استدعت منه أن يطلقها غداً ؛ ٩٣ ي فإنها تملك الرجوع [لو أرادت]^(٢) حتى نقول : لو رجعت ، ولم يشعر الزوج ، فطلقها على قصد الإسعاف ، نفذ الطلاق عارياً عن العوض .

وقد ينقدح فيه اشتراط بلوغ الخبر ، كالتوكيل والعزل ، والأظهر أنا لا نشترط بلوغ الخبر ؛ فإن هذا في حكم الرجوع عن أحد شقي العقد قبل صدور الشق الثاني من العاقد .

فقد انتظم مما ذكرناه أن المرأة في صورة التعليق لم تلتزم بعد ما لا عليها ، ولا نجد سبيلاً إلى دفع ما سيلزمها عند وقوع الطلاق ، وكأنها التزمت أن تلتزم ، وينشأ من هذا المنتهى تأكيد لما قدمناه ، وهو أن الطلاق [لو]^(٣) أخر ، ثم أوقع ، لم يتعلق به استحقاق مال ، وقد استنبطت هذا من قول الأصحاب فيه إذا قالت : متى طلقنتي ، فلك ألف . وقد صرح القاضي في التعليق بأن المال لا يثبت في وجه إذا كان لا يثبت هاهنا وقد انعقد التعليق ، فلأن لا يثبت في الطلاق المنشأ بعد زمان متأخر أولى . وقد نجز القول في مقابلة تعليق الطلاق بالمال .

٨٨٦٢- فأما الفن الثالث ، فهو أن تستدعي طلاقاً ، وتذكر من حكمه ما لا يوافق الشرع ، مثل أن تقول : طلقني بألف طلقة يمتد تحريمها إلى شهر ، ثم ينقضي . فإذا / ٩٣ ش قال : أنت طالق طلقة إلى شهر ، فالطلاق يقع على موجب الشرع ، مسترسلاً على الأزمان ، ثم قال الأصحاب : يفسد العوض [الذي]^(٤) سمّت ، بسبب فساد الصيغة ، والرجوع إلى مهر المثل ، وقياس هذا بين ، على ما ذكرناه . ولو قالت لزوجها : طلقني نصف طلقة بألف ، فقال : أنت طالق نصف طلقة ،

(١) في الأصل : كالجواب كمثل .

(٢) في الأصل : ولو أرادت .

(٣) زيادة اقتضاها استقامة الكلام .

(٤) زيادة من المحقق .

٤٤٢ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
ككيف السبيل ؟ هذا فيه تردد ؛ من قبل أن ما استدعته فاسد في لفظه ، وإن كان الشرع
يكمله ، وهذا بمثابة استدعائها طلاقاً إلى شهر ، فوقع الطلاق مطرداً على الأزمان
حكم الشرع ، كذلك تكميل الطلقة المملووظ بها نصف طلقة موجب الشرع ، فوجب أن
لا يكون بين المسألتين فرق .

وكذلك لو قالت : طلق يدي أو طلق نصفني بألف ، ففي المسألة تردد ،
واحتمال ، والاحتمال في هذه الصورة الأخيرة أظهر ، فإنها تُبنى على خلاف
للأصحاب - يأتي - في أن من قال لامرأته : نصفك طالق ، فالطلاق يصادف النصف ،
ويسري ، كما يفرض مثل ذلك في العتق ، أو يكون تطليق النصف عبارة عن تطليق
الكل ؟ والظاهر في المسائل كلها الرجوع إلى مهر المثل . وقد نقلنا نصَّ الأصحاب فيه
إذا استدعت الطلاق إلى شهر أن الرجوع إلى مهر المثل .
فليتأمل الناظر / هذه المسائل .

٩٤ ي

فَضْلُكَ

قال : « ولو قالتا : طلقنا بألف ، ثم ارتدتا . . . إلى آخره »^(١) .

٨٨٦٣- نُجِدُّ العَهْدَ في مقدمة الفصل بما مهدنا ذكره في كتاب الصداق . نقول :
إذا خالع الرجل امرأته بمالٍ سماه ، فقبلتا ، فالبينونة تقع ، وفي صحة البدل قولان
تمهد أصلهما فيما مضى : أحدهما - أنه لا يصح ؛ فإنه لا يدري بماذا يطالب كل
واحدة ، وكل واحد منهما مستقلة بنفسها فيما تلتزم وتطالب به .

والقول الثاني - أن الخلع صحيح ، وتعدُّ المرأتين بمثابة ابتياع عبيدين بألف .

فإن لم نصحح التسمية ، فالرجوع إلى مهر المثل ، فيطالب كل واحد منهما بمهر
مثله ؛ فإن سبب الفساد الجهالة ، ومهما^(٢) كان فساد البدل بسبب الجهالة ، فالرجوع
إلى مهر المثل .

(١) ر . المختصر : ٦٢ / ٤ .

(٢) « مهما » بمعنى (إذا) .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٤٣

وإن حكمنا بصحة المسمى ، فالأصح الذي عليه التعويل أنه يتوزع على مهور أمثالهما ، فإن كان مهرهما متساويين ، فعلى كل واحدة نصفُ البذل المسمى ، وإن كانا مختلفين ، وزعنا المسمى على مقداريهما ، وتطالب كل واحدة منهما بما يخصها .

وذكر الشيخ أبو بكر^(١) قولاً آخر : أنا نوزع المسمى بالسوية على رؤوسهما ، فلا ننظر إلى تفاوت المهرين وتساويهما .

وهذا لم أره/ إلا له ، وأجراه القاضي قولاً ، ولم يزيفه ، ثم وجهه الصيدلاني بأن ٩٤ ش الطلاق هو المقابل بالمال ، وطلاقها وطلاق صاحبته لا يختلفان في سبيل العدد ، كما لا تختلف طلاقات امرأة .

وهذا ضعيف ، لا أصل له ؛ فإن المقابل بالمال أبضاعهما ، وسبيل حلّ النكاح عنهما الطلاق ، فلا معنى للنظر إلى أعداد الطلاق ، ثم أعداد النسوة .

ثم إن صح هذا الذي ذكره ، فيتفرع عليه أمران : أحدهما - [أنه]^(٢) يجب القطع بصحة الخلع إذا كان تفريع التوزيع يُفضي إلى هذا ، وربّ أصل [يستبدل]^(٣) بفرعه في إجراء الترتيب . هذا لا بد منه ، فيقال : إذا كنا نرى التوزيع على الرؤوس ، فالبذل

(١) الشيخ أبو بكر : المراد به هنا : الصيدلاني .

(٢) في الأصل : أن .

(٣) في الأصل : « يستبسل » . وأما الاستبدال الذي يشير إليه ، فبيانه أن الأصل الذي جدد الإمام العهد به هو أن الرجل إذا خالع زوجته بمالٍ سماه ، فاليئونة تقع ، وفي صحة المسمى خلاف : من قال : « لا يصح » علل بالجهالة ؛ فإنه لا يدري بماذا يُطالب كل واحدة منهما . ومن قال : « يصح » جعل الرجوع إلى نسبة مهر المثل من المسمى : أي يطالب كل واحدة بما يساوي نسبة مهر مثلها من المسمى .

ثم ذكر الصيدلاني قولاً آخر وهو أن المسمى يوزع بينهما بالسوية على الرؤوس ، ووجهه بأن المقابل بالمال هو الطلاق وهو لا يختلف من زوجة لأخرى .

فإذا صح هذا - وهو مفرع على صحة المسمى ، فنعتبر هذا الفرع أصلاً ، ونقلب التفريع ، ونقول : إذا كان التوزيع على الرؤوس فالمسمى ثابتٌ ، وإذا كان التوزيع على مهر المثل ، ففي صحة المسمى خلاف (هذا هو إبدال الأصل بفرعه) .

٤٤٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

المسمى ثابت ، وإن كنا نقدر التوزيع على مهر المثل ، ففي صحة المسمى الخلاف الذي ذكرناه .

ومما يجب تفريعه على ذلك أن الرجل إذا قال في مخاطبة امرأته ، وكان يملك على كل واحدة ثلاث طلاقات : طلقتك يا زينب واحدة ، وطلقتك يا عمرة اثنتين بألف درهم ، فإذا كنا نرى التوزيع على التسوية ، فهذا فيه تردد ، والظاهر أن المطلقة اثنتين تلتزم ثلثي الألف ، والمطلقة واحدة تلتزم الثلث ؛ نظراً إلى أعداد الطلاق في المرأة الواحدة ، وفي كلام الصيدلاني ما يدل على أن التوزيع على الرؤوس ، [ولا نظر]^(١) ي ٩٥ إلى أعداد/ الطلاق ، فيكون البذل المسمى منشطراً أبداً بين اثنتين ، وإن تفاوت الواقع عليهما من أعداد الطلاق .

٨٨٦٤- ولو قال الزوج لامرأته : أنتما طالقان على ألف ، فقبلت إحدهما ، ولم تقبل الأخرى ، لم تطلق واحدة منهما . [هكذا]^(٢) ذكر الأصحاب . وهذا لعمرى جارٍ على ظاهر المذهب فيه إذا قال الرجل لشخصين : بعت منكما عبدي هذا بألف درهم ، فقال أحدهما : قبلت البيع في نصفه بخمسائة ، فالذي ذكره أئمة المذهب أن القبول لا يصح على هذا الوجه ، ما لم يساعد صاحبه ، وإن فرعنا على المذهب المشهور والقول المنصور على أبي حنيفة ، ورأينا أن لأحدهما أن يتفرد برد ما اشتراه عند الاطلاع على العيب ، وإن لم يساعده الثاني في الرد^(٣) .

هذا الذي ذكرناه في القبول هو المذهب المقبول ، وقد اشتهر عن الأصحاب ذكرُ منع فيه ، والحكمُ بتصحيح القبول من أحدهما في القدر الذي يخصه من الملك ، بالقدر الذي يلزمه من الثمن ، ولم أر هذا لمعتمدٍ في المذهب . وغالب ظني أنه من

(١) في الأصل : والنظر إلى أعداد الطلاق .

(٢) في الأصل : ولهذا ذكر الأصحاب .

(٣) المعنى هنا : أن المذهب هو عدم تصحيح القبول في البيع ، إذا قبل أحدهما بخمسائة ، حتى ولو قلنا : يجوز لأحدهما أن يتفرد برد ما اشتراه عند الاطلاع على العيب ، وإن لم يساعده الثاني ، فيما إذا كانا قبلاً معاً ، ثم اطلعا على عيب بالعبد .

ارتكاب^(١) الخلافيين ، وقد حكيت هذا في كتاب واستشهدت بمسألة من الخلع ، ولم أثبت فيها على ما ينبغي .

٨٨٦٥- وهذا أوان التفصيل على التحصيل الذي عليه التعويل . فنقول : إذا كان البادىء/ الزوج ، فقال لامرأته : أنتما طالقان بألف . فإذا قبلت إحداهما ، ولم تقبل ٩٥ ش الثانية ، لم يقع شيء ، كما لو قال مالك العبد : بعت عبدي هذا منكما بألف درهم ، فقبل أحدهما دون الثاني ، لم يصح . والخلع أولى بالألا يصح ببعض القبول فيه ، لما فيه من تضمين التعليق .

وإن صح في البيع تصحيح القبول من أحدهما دون الثاني ، لم يمتنع خروج مثله في

(١) ارتكاب الخلافيين : تكرر هذا اللفظ (ارتكب) بأكثر من صيغة من صيغ الاشتقاق ، في مواضع كثيرة على طول هذا الكتاب ، ومنها على سبيل المثال قوله في خطبة الكتاب : « وما اشتهر فيه خلاف الأصحاب ذكرته ، وما ذكر فيه وجه غريب منقاس ذكرت ندوره وانقياسه ، وإن انضم إلى ندوره ضعف القياس نهت عليه . . . وإن ذكر أئمة الخلاف وجهاً مرتكباً أنه عليه » . وحين يعرض للاجتهاد في القبلة ، يعقب على أحد الوجوه في صورة من الصور قائلاً : « وهذا إن ارتكبه مرتكب ، ففيه بعد ظاهر » وفي باب آخر يعقب على أحد الوجوه قائلاً : « ولم يصير إلى هذا أحد من أئمة المذهب ، وإنما هو من ركوب أصحاب الخلاف » وفي كتاب النكاح يعقب على إحدى المسائل قائلاً : « ولما نظر القفال إلى ما ذكرناه ، لم يجد فرقاً ، وارتكب طرد القياس في المسألتين اللتين ذكرهما صاحب التقريب ، وقال أولاً : إنه حكى فيهما نص الشافعي ، وقد تتبعت النصوص ، فلم أجد ما حكاها من المسألتين منصوصاً . . . » .

هذه نماذج لورود هذا اللفظ ، وصور من اشتقاقاته ، ولقد تبادر إلى الذهن أن هذا (الارتكاب) أحد مصطلحات علم الجدل والمناظرة ، فبحثت واستقصيت جهدي في كل مظانه : في الكافية في الجدل لإمام الحرمين ، المعونة في الجدل لأبي إسحاق الشيرازي ، واصطلاحات المتكلمين والفلاسفة للآمدي ، المعجم الفلسفي لمجمع اللغة العربية ، وكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ، وتعريفات الجرجاني ، وكليات أبي البقاء ، ثم غريب ألفاظ الشافعي ، ثم معاجم اللغة ، ثم معجم الألفاظ التي شرحها ابن خلكان في الوفيات .

ويبدو أن المراد بالارتكاب هنا التعسف وركوب الطريق غير السوي ، يظهر ذلك من سياق العبارات التي أمامنا ، والذي يرشح هذا التفسير أن هذا (الارتكاب) يكون عادة من أئمة الخلاف ، عند نصره كل صاحب رأي لرأيه ، فيعتسف أي طريق ، انتصاراً لرأيه ، وفراراً من إلزامات خصمه . والله أعلم .

٤٤٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

الخلع ؛ فإنه وإن اشتمل على معنى التعليق ، فهو في هذا المقام كالمعاوضة المحضة ؛ إذ يجوز للمخالع إذا لم يأت بلفظ التعليق أن يرجع قبل القبول ، وهذا أصدق الآيات في تغليب معنى المعاوضة في الفن الذي نطلبه .

والمعتمد في منع تبعض القبول مخالفة القبول لما أشعر الإيجاب باستدعائه ، فإن من قال : « بعت منكما » مستدع لجوابهما على الاقتران ، فهذا ما يجب التعويل عليه ، ولهذا قلنا : لو قال الرجل : بعتك عبدي هذا بألف ، فقال المخاطب : اشتريت بألفين ، فالبيع لا ينعقد ، وكان من الممكن إحباط الألف الزائدة والمصير إلى أنها ملغاة ، ولكن شرط القبول موافقة الإيجاب على وجه [لو فرض غير مستقل^(١)] ي ٩٦ لأنبئى على ما تقدم ، وذلك أن المخاطب إذا قال : قبلت / ، فهذا لا يستقل لو انفرد ، ولكنه نفذ لا بتناؤه على ما تقدم .

وإذا قال البائع : بعت عبدي هذا منكما بألف ، فقالا : اشتريناه بالألف ، صح وقد تحققت الموافقة على النهاية . ولو قال : بعت هذا العبد منكما بألف ، فقال كل واحد منهما : اشتريتُ نصفه بنصف الألف . فهذا فيه احتمالٌ عندي ؛ من قبل أنه خاطبهما على صيغة تقتضي جوابهما ، فإذا ذكر كل واحد منهما عبارة تصلح للانفراد ورث ذلك احتمالاً ، والظاهر الصحة بحصول الغرض من الموافقة في المعنى ، ثم لا نشترط أن ينطقا معاً ، بل إذا قال أحدهما : قبلت ، ثم قال الثاني بعده : قبلت ، والأمر على التواصل ، والزمان الجامع المرعي الشامل ، جاز . وهذا هو الممكن .

ولو قال رجلان : بعنا عبدنا هذا - وهو بيننا نصفان - منك بألف ، فقال لأحدهما : اشتريت نصيبك بخمسائة ، فالذي أطلقه الأصحاب أن البيع لا يصح في بعض العبد إذا أراد الاختصار عليه ، ومنع الصحة في هذه الصورة أغوص وأغرض من منعها [إذا]^(٢) اتحد البائع وتعدد القابل ، فكل واحد منهما يعرب عن ملكه ، ولا تعلق ش ٩٦ له بملك صاحبه ، فإن صح تبعض / القبول فيه إذا قال الشخص الواحد : بعت عبدي

(١) في الأصل : « أو فرض عن مستقبل » .

(٢) في الأصل : وإذا .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٤٧
منكما ، فلا شك أن هذا يُخَرَّج فيه إذا قالَا بعنا منك . وسنذكر صوراً في استدعاء
النسوة الطلاق ؛ فإننا الآن فيه .

إذا ابتدأ الزوج وقال : خالعتكما ، أو خالعتكن . [فلو خالع]^(١) امرأتين بألف ،
وكانت إحداهما سفيهة ، والأخرى مُطْلقة^(٢) ، فقبلتا ، وقع الطلاق وفاقاً ، ثم الطلاق
الواقع على السفیة رجعي ، وطلاق المُطْلقة بائن .

فإن قيل : قد [تبعض]^(٣) الأمر في لزوم العوض ، فهلا حكمتم بأن ذلك يمنع وقوع
الطلاق ؟ قلنا : المرعي القبول . وقد ذكرنا أن قبول المحجورة في اقتضاء الطلاق ،
كقبول المُطْلقة ، فإذا حصل الوفاق في القبول ، لم يمتنع افتراق الأمر في لزوم المال
وانتفائه . ووقوع البينونة على إحداهما ، والطلاق الرجعي على الأخرى .
فهذا قدر غرضنا الآن في ابتداء الرجل بالمخالعة .

٨٨٦٦- فأما إذا سألت امرأتان الطلاق ، وقالتا : خالعنا بألف ، فإن أجابهما ،
وقال : خالعتكما ، أو طلقتكما : فالبينونة واقعة ، وفي صحة المسمى القولان
المقدّمان ؛ فإن مأخذهما لا يختلف بأن يكون الزوج هو المبتدئ ، أو تبتدئ النسوة
بالاستدعاء .

ولو قالت امرأة : طلقني [وضرّتي]^(٤) بألف ، فقال : طلقتكما ، فالمسمى صحيح
هاهنا ، بلا خلاف ، فإن القائلة / متحدة ، غير أنها أدخلت نفسها وضرتها في العقد ، ٩٧ ي
وتعدّد المعقود عليه لا يؤثر ، إذا تحقق اتحاد العاقد ، وليس كما إذا سألتا ،
فأجابهما ؛ فإن كل واحدة منهما مستقلة بالالتزام . وهذا ظاهر مغنٍ بظهوره عن مزيد
الكشف .

ولو [قالتا]^(٥) : خالعنا أو طلقنا بألف ، فقال في جواب إحداهما : طلقتك ،

(١) في الأصل : ولو .

(٢) مطلقة : أي غير محجورة .

(٣) في الأصل : يتبعض .

(٤) في الأصل : « وحدي » وهو تصحيف مضلل .

(٥) في الأصل : قلنا .

٤٤٨ _____ كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

فالطلاق يقع [بائناً]^(١) ، وهذا التبعض لا ينافي وقوع الطلاق ، وليس كما إذا قال : خالعتكما بألف ، فقبلت إحداهما ؛ فإن الطلاق لا يقع على القابلة ، كما حكيناه عن الأصحاب ؛ فإن قوله محمول على مقتضى المعاوضة والمعاوضة في مثل هذه الصورة تقتضي الاجتماع في القبول ، فجرئ ما قدمناه على هذا القياس .

فأما إذا قالتا : طلقنا بألف ، فطلق إحداهما ، فكل واحدة على استدعائها ، لا تعلق لها بصاحبها ، وليس كما لو قال الطالبان : بيع منا هذا العبد بألف ، فباع نصفه من أحدهما ، فالبيع باطل ؛ لأنه معاوضة [محضة ، والمعاوضة]^(٢) المحضة تقتضي توافقاً حقيقياً بين الجواب والإيجاب ، واستدعاء الخلع في النسوة ، وإن كان معاوضة ، فهي نازعة إلى جعالة ، ولو قال : رجلان أبق عبيداهما : رُدَّ عَبْدَيْنَا وَلَكَ كَذَا ، فرد عبد أحدهما ، استحق مقداراً ، فإذا [استدعنا]^(٣) ، فأسعف إحداهما ، استحق مقداراً من المال ، ثم لا يتصور استحقاقه المال من غير تقدير [وقوع]^(٤) ش ٩٧ البينة/ .

ومن استنبط في^(٥) تبعض القبول في البيع قولاً ، إنما استنبطه من إجابة [الزوج]^(٦) إحداهما وقد ابتدأتا الاستدعاء ، ثم طرد هذا حيث يلزمه ، وقال : إذا قال مالك العبد : بعت منكما هذا العبد بألف ، فقبل أحدهما دون الثاني ، صح .
وهذا [الباني]^(٧) ليس على وجهه ؛ فإن الذين قالوا في الخلع إذا استدعنا ابتداءً ،

(١) في الأصل : ثانياً .

(٢) زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام بدونها .

(٣) في الأصل : استدعا .

(٤) في الأصل : توقع .

(٥) « في » تأتي مرادفة لـ (من) .

(٦) غير مقروءة في الأصل .

(٧) في الأصل : « الباقي » والمثبت تصرفٌ منا على ضوء السياق ، فالمعنى أن هذا الباني أي المستنبط على وجه الصحيح .

وعبارة ابن أبي عصرون : « قال الإمام الاستنباط ليس على وجهه » .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٤٩

فأجاب إحداهما ، ثبت المال وتقع بينونة أطلقوا [القول]^(١) بأن الزوج إذا ابتداء ، فقال : خالعتكما بألفٍ ، فقبلت إحداهما دون الثانية ، لم يقع شيء . فإذا لم نُجز [استنباط]^(٢) التبعض من صورة إلى صورة في الخلع ، فكيف يجب استنباط التبعض في^(٣) الصورة التي ذكرناها في البيع مع إطلاقنا بأن الخلع في مثل تلك الصورة لا يتبعض القول فيه .

٨٨٦٧- ومن الأسرار اللطيفة فيما نحن فيه في قواعد الخلع أن الزوج إذا استعمل في مقابلة الطلاق بالمال صيغة المعاوضة ، اقتضى ذلك عدم التبعض في القبول قياساً على المعاوضة [المحضة]^(٤) . وإن استعمل صيغة التعليق ، فأولى ، وذلك بأن يقول لامرأته : إن أعطيتماني ألفاً ، فأنتما طالقان . فإذا أعطته [الألف]^(٥) إحداهما دون الأخرى ، لم تطلق المعاوضة ؛ فإن التعليق بالصفتين فصاعداً يقتضي الاجتماع في الصفات . وهذا يبين في قاعدة التعليق ، [فإن إيجاب الزوج]^(٦) لا يخلو عن المعاوضة والتعليق ، وكل واحدة منهما تقتضي الجمع / .

٩٨ ي

وإن كان الاستدعاء من النسوة ، فهن يلتمسن ما يقبل الغرر ، فيصير قبول الطلاق للغرر في حقهن ملاحقاً استدعاءهن باستدعاء الأعمال في الجعالة ؛ إذ ليس منهن تعليق ، وإنما منهن بذل مال غير أنهن يبذلن الأموال في مقابلة ما يقبل الغرر ، ولهذا قال المحققون : ما يصدر منهن معاوضة نازعة إلى الجعالة .

وانتظم من هذا أن الزوج إذا ابتداء [فمعاوض]^(٧) أو معلق ، والمرأة إذا استدعت ، فليس من جانبها ما تملك [تعليقه]^(٨) . فإذا ارتبط المال بما يقبل الغرر ، كان إسعاف

(١) في الأصل : الزوج .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) بمعنى (من) .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : « أعطت إحداها » والتعديل والزيادة من (صفوة المذهب) .

(٦) في الأصل : فإذا جابت .

(٧) في الأصل : بمعاوض .

(٨) في الأصل : تطليقه .

٤٥٠ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

الزوج على قياس إسعاف العامل المجعول له ؛ فإذا تحقق هذا ، وقال : طلقتك يا هذه ، فالبينونة تثبت ، والكلام بعد ذلك فيما يلزمها ، وهذا خارج على ما إذا [خالعهما فقبلتا]^(١) .

فإن قلنا ثم : على [كل]^(٢) واحدة منهما تمام مهر مثلها ، فعلى التي خصها بالإجابة مهر مثلها ، وهذا حكمٌ بفساد العوض . وإن قلنا ثم : المسمى يوزع عليهما بالسوية ، فهذه التي خصها الزوج بالإجابة عليها نصف البذل الذي ذكرناه .

وإن قلنا : إذا خالعهما بألف ، فقبلتا الألف ، فعلى كل واحدة منهما من المسمى مقدار مهر مثلها ، فهذا القول لا يخرج هاهنا ؛ لأنه إذا خالعهما ، فقبلتا ، وصححنا ش ٩٨ المسمى ، فنقول : المسمى معلوم في نفسه / ، فلا يضر الجهل في التوزيع ، وإذا خص إحدهما بالإجابة ، فإذا كنا نفرع على التوزيع على مهر المثل ، فلم يثبت في حق هذه المجابة إلا مقدارٌ مجهول من المسمى في أول الأمر ، وليس هذا جهالة توزيع بعد إعلام العوض على وجه . وإذا صدر القبول منهما ، فالألف بكماله ثابت ، وهو معلوم ، فأمكن أن يعتمد العقد إعلام الألف ، وإذا لم يجب [إلا]^(٣) إحدهما ، فأول [العوض]^(٤) مجهول إذا كنا نرى التوزيع على أقدار مهر المثل ؛ فإذا لا يتقدح فيه إذا أجاب إحدهما إلا قولان : أحدهما - الواجب مهر المثل .

والثاني - أن الواجب نصف المسمى إذا كنا لا نرى التوزيع ، فأما إثبات مقدار من المسمى بتقدير توزيعه على المهرين ، فلا سبيل إلى المصير إليه . وإذا أجابهما ، انتظم على إفساد التسمية وتصحيحها ثلاثة أقوال : أحدها - أن على كل واحدة مهر مثلها .

والثاني - أن على كل واحدة من المسمى مقدار ما يقابل مهرها عند القسمة على أقدار المهرين^(٥) .

(١) في الأصل : « خالعهما قبلنا » وواضح ما فيه من تصحيف . والمثبت من (صفوة المذهب) .

(٢) في الأصل : كذا .

(٣) في الأصل : إلى .

(٤) في الأصل : العرض .

(٥) لم يذكر القول الثالث ، وهو أن على كل واحدة منهما نصف المسمى . (ولعله تركه لوضوحه) .

وقد نجز تمام المقصود في ابتدائه بالمخالعة وابتدائهن بالاستدعاء وما يفرض من جمع وتفريق في القبول منهم ، وفي إجابة من الزوج .

٨٨٦٨- ثم ابتدأ الشافعي هذا الفصل وغرضه الكلام في طريان الردة ، ونحن نقول : إذا قالت المرأة : طلقني بألف ، ثم ارتدت / قبل إجابة الزوج ، فأجابها الزوج ٩٩ ي بعد ردتها ، فنذكر غرض الشافعي ، ثم نعطف على ما يتعلق به من الإشكال ، قال الشافعي : إذا كانت المرأة غير مدخول بها ، فإذا ارتدت ، انقطع النكاح بردتها ، ولغا طلاق الزوج ؛ فإنه يقع بعد انفساخ النكاح .

وإن كانت مدخولاً بها ، فليس يخفى أن انفساخ النكاح موقوفٌ عندنا ، فإن أصرت على الردة ، تبيّن أن النكاح انفسخ مع الردة وأنها استقبلت العدة بعد الردة . وإن عادت إلى الإسلام في زمن العدة ، تبيّن أن [الردة]^(١) لم تقتضِ انفساخ النكاح ، والخلعُ يخرج على هذا التقدير ، فإن أصرت حتى انقضت مدة العدة ، لغا طلاق الزوج ، وبأن أن صدوره من الزوج بعد الانفساخ ، وإن عادت ، فالطلاق واقع ، والخلع صحيح ، هذا مراد الشافعي .

٨٨٦٩- ثم يتطرق إلى ما ذكر أسئلة وأجوبة عنها ، مثلاً : إن قائلًا لو قال : هذا النص هل يدل على أن تخلل كلام بين الإيجاب والقبول لا يوجب انقطاع أحدهما عن الثاني ؟ قلنا : قد استدل بهذا النص من صار إلى أن تخلل الكلام اليسير بين الإيجاب والقبول ، لا يؤثر ، ووجه الاستدلال أن الشافعي صحح الخلع مع تخلل كلمة الردة إذا جرت بعد الدخول ، وفرض العود إلى الإسلام قبل مدة العدة .

وهذا فيه نظر عندي / من قبل أن الشافعي صور مسأله فيه إذا استدعت المرأة ٩٩ ش الطلاق ، ثم ارتدت ، ثم أجاب الزوج ، فالكلام صادر من المرأة بعد فراغها عن الاستدعاء ، وإنما يقع التناقش والبحث [فيه إذا]^(٢) جرى الإيجاب ، فتكلم القائل بكلام غير القبول ، ثم قبل . وهذا يناظر ما لو تخالع الرجل مبتدئاً ، فارتدت المرأة ،

(١) في الأصل : العدة .

(٢) في الأصل : فيه ما إذا .

ثم قبلت ، والشافعي لم ينص على الردة في هذه الصورة ، وإنما ذكر الردة في الصورة الأولى .

وقد يجري في هذا نوع آخر من السؤال ، وهي أنها لما ارتدت ، كان يجب أن نجعل ارتدادها رجوعاً [منها]^(١) ؛ فإن الردة تُغنيها عن طلب الفراق ، فهلا أشعرت الردة برجوعها ؟ وسبيل الجواب أن الردة لا تُغني الرجوع عن الاستدعاء ، ولكن المرأة إذا لحقتها شقوة الردة ، لم تقصد بالردة أمراً سوى ما بدا لها ، ثم الانفساخ حكم الشرع . فهذا وجه التنبيه على ذلك .

٨٨٧٠- ومن تمام الكلام في ذلك أن الرجل إذا خالع امرأتين ، ثم ارتدتا بعد الدخول ، وقبلتا أو استدعتا وارتدا ، وأجابهما الزوج ، فإن أصرتا ، لم يخف حكمهما ، وإن رجعتا ، لم يخف أمرهما . وإن أصرت إحداهما ورجعت الأخرى ؛ فإن كان الاستدعاء منهما ، ثم جرى الأمر كما ذكرنا ، فهذا بمثابة ما لو استدعتا ولا ردة ، فأجاب إحداهما . وقد مضى هذا .

١٠٠ ي وإن ابتدأ الزوج المخالعة/ ، فارتدتا ، ثم قبلتا ، فقد يتجه ألا نصحح قبولهما وإن عادت ؛ لتخلل الكلام ؛ بناء على أن الكلام اليسير بين الإيجاب والقبول قاطع ، وليس هذا كالصورة الأولى .

وإن صححنا الخلع ولم نجعل الكلام في نفسه قاطعاً ، فإن أصرتا أو عادتا ، لم يخف الحكم . وإن أصرت إحداهما وعادت الأخرى ، فليتأمل الناظر هذا الموقف ؛ فإنَّ القبول في حق المُصِرَّة باطل ؛ فقد ذكرنا أن إحداهما إذا قبلت دون الأخرى ، لم يثبت الخلع في حق القابلة ، ولم يقع الطلاق ؛ فقد ينظر الناظر إلى أنهما قبلتا ، ثم أبطلنا قبول إحداهما ، وقد يخطر له تقرب هذا مما إذا كانت إحداهما محجورة ، والأخرى مطلقة ، وليس الأمر كذلك . فنجعل كما لو قبلت إحداهما ، ولم تقبل الأخرى ؛ فإنا أبطلنا القبول في حق التي قبلت ، وجعلنا كأنها لم تقبل ، فوجود ذلك القبول وعدمه بمثابة ، ووضوح ذلك يغني عن كشفه . وقبول السفهية صحيح إذا

(١) في الأصل : « عنها » .

انفردت ، فإن الطلاق يتعلق به ، وإن كان رجعياً .

فصل في

٨٨٧١- ثم قال الشافعي : «ولو قال لهما : أنتما طالقان إن شئتما . . . إلى آخره»^(١) .

مضمون هذا الفصل قد سبق موضحاً ، فإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شئت ولم يذكر عوضاً ، اقتضى ذلك مشيئة على الاتصال ، وإذا قال لها : أنت طالق بألف إن شئت ، فقد ذكرنا تردد الأصحاب في ذلك ، واخترنا/ أنه يكفيها أن تقول : ١٠٠ شئت ، ثم ذكر الشافعي فرض الكلام في امرأتين بأن يقول الزوج لهما : أنتما طالقان بألف إن شئتما ، والغرض لا يختلف ، وإنما قصد الشافعي أنه لا بد من [مشيئتهما]^(٢) . وهذا بين مبين على الأصول المقدمة .

فصل في

قال الشافعي رضي الله عنه : «ولو قال له أجنبي : طلق فلانة ولك علي ألف . . . إلى آخره»^(٣) .

٨٨٧٢- غرض الفصل أن بذل المال على الطلاق من الأجنبي جائز وإن لم تشعر المرأة ، ولم تأمر ، وهذا لا خلاف فيه . والتردد الذي ذكرناه في صدر الكتاب في الخلع الذي يختلف القول في كونه فسخاً أو طلاقاً ، فأما الطلاق نفسه ، فيجوز للأجنبي بذل المال عليه ، ثم يصح منه أن يختلع [امرأة]^(٤) على عين من أعيان مال نفسه ، ويصح منه أن يختلعها على مال يلتزمه في ذمته ، ثم إذا انفرد بذلك ، نفذ اللزوم عليه ، ولم يجد مرجعاً .

وإن أمرته المرأة بأن يختلعها ، نُظر : فإن شرطت له الرجوع [عليها]^(٥) بما يغرم ،

(١) ر . المختصر : ٦٢/٤ .

(٢) في الأصل : مشيئتها .

(٣) ر . المختصر : ٦٣/٤ .

(٤) في الأصل : امرأته .

(٥) في الأصل : عليه .

٤٥٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

رجع إذا غرم ، وإن أطلقت الإذن ، فغرم الأجنبية ، فهل يرجع عليها ؟ فعلى وجهين .
وكان شيخنا يقول : من ضمن مالا عن إنسان بإذنه ، ولم يشترط الرجوع عليه ، فإذا غرم ، ففي الرجوع خلاف مشهور .

وإذا وكل رجل رجلاً حتى اشترى له عبداً بمال في الذمة ، فاشترى ، وغرم الثمن ،
ي ١٠١ فالمذهب الذي يجب القطع به أنه يرجع على الموكل ، وذلك أنه حصل له / ملكاً
بعوض ، فيبعد أن يعتقد المشتري سلامة الملك له في المبيع من غير عوض . وإذا
اعترف الموكل بالتوكيل ، لم يختلف الأصحاب في أنه لو أراد البائع مطالبته بالثمن ،
أمكنه ، فالإذن في البيع إذا بمثابة الإذن في الضمان مع التقيد بالرجوع .
وأبعد بعض أصحابنا ، فألحق المشتري إذا ضمن بالضامن إذا غرم . وهذا بعيد .

والمرأة إذا أذنت لأجنبي في الاختلاع ، ولم تذكر الرجوع عليها ، فهذا بين
الضمان وبين التوكيل بالشراء : شبهه بالتوكيل من جهة أن منفعة الخلاص تعود إليها ،
كما أن الملك في المبيع يقع للموكل بالشراء . ويضاهي الضمان من جهة أن الضامن
يُتصور أن ينفرد بالضمان والأداء ، والأجنبي يُتصور أن ينفرد بالاختلاع والتخليص .
فهذا بيان هذه المنازل . وحقيقة القول في الوكيل بالخلع والاختلاع ستأتي في
فصل مفرد بعد هذا ، إن شاء الله عز وجل .

٨٨٧٣- ثم اختلاع الأجنبية الزوجة مع كونه مُجمَعاً عليه خارجاً على مذهب
الافتداء ؛ فإن المرأة في أسر الزوجية ، [وَجِبَالَةٌ] ^(١) النكاح ، وقد سمى الله تعالى
الاختلاع افتداءً ، وأثبتته على صيغة تُشعر بالرخصة ، فقال عز وجل : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا
فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] وشبه الشافعي اختلاع الأجنبية بافتداء الأسرى .

ي ١٠١ ولو قال الرجل لمالك المستولدة : أعتقها/ ، ولك ألف ، أو على ألف ،
فأعتقها ، استحق الألف المسمى على باذله ، وخرج هذا على مذهب التخليص
والافتداء ؛ فإن الملك في رقبة المستولدة لا يقبل النقل ، كحق الزوج في زوجته .
ولو قال الرجل لمالك عبد : أعتقه عني بألف ، فأعتقه ، صح ، ووقع العتق عن

المستدعي بناء على تقدير انتقال الملك إليه أولاً ، ونفوذ العتق عن المستدعي في ملكه .

ولو قال : أعتق عبدك عن نفسك بألف ، فأعتقه ، ولو قال : [أعتقه بألف]^(١) ، ولم يصف العتق إلى نفسه ، فأعتقه ، وقع العتق عن المالك . وهل يستحق العوض على المستدعي ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه لا يستحقه إذا^(٢) كان من الممكن أن يقابل المال المبذول بنقل الملك إليه ونفوذ العتق عليه ، وهذا لو فعله ، كان على قياس المعاوضة ، فإذا كان قياس المعاوضة ممكناً ، فالمعاملة التي مساغها الافتداء يبعد أن تنفذ ؛ إذ محلها الضرورة .

ولو قال : أعتق أم ولدك عني بألف ، فإذا أعتقها ، وقع العتق ، ولم يستحق على المستدعي شيئاً ؛ فإنه شرط في استحقاق المال عليه وقوع العتق عنه . هكذا ذكر الأصحاب .

ولو قال الأجنبي للزوج : « طلق زوجتك عني بألف » ، فطلقها ، فالوجه القطع أنه يستحق الألف ؛ فإنه لا تخيل لوقوع الطلاق عن المستدعي ، ووقوع العتق عن ١٠٢ ي المستدعي ممّا يُخيّل على الجملة . نعم ، لا يمتنع أن يقال : يفسد لفظ الأجنبي بقوله : « طلقها عني » . ثم أثر فساد اللفظ الرجوع إلى مهر المثل .

والذي يتعلق بتمام البيان في المسائل أن الأجنبي إذا قال : « طلقها بألف أو على ألف » ، فإذا طلقها ، استحق عليه الألف . ولو قال الأجنبي : « طلقها ولك ألف » فقد ذكرنا تردّداً في أن المرأة لو استدعت الطلاق بهذه الصيغة ، فهل^(٣) يُستحق العوض عليها . والأجنبي [أولى بالتردد من المرأة]^(٤) ؛ فإنه أبعد عن غرض الخلع ، فكان جانبه أولى بصلةٍ مصرّحة بمعنى المعاوضة .

(١) في الأصل : « أعتقته بألف » .

(٢) إذا : بمعنى (إذ) ، وهو استعمال سائع عليه شواهد من الشعر والنثر ، كما أوضحنا ذلك قبلاً .

(٣) في الأصل : بهذه الصفة فهو .

(٤) عبارة الأصل : « والأجنبي من على المرأة » ولعل فيها سقطاً أو تصحيفاً . والحمد لله ما قدرناه وجدناه بنصه في (صفوة المذهب) .

فَضْلُكَ

قال : « ولا يجوز ما اختلعت به الأمة إلا بإذن سيدها . . . إلى آخره »^(١) .

٨٨٧٤- الأمة إذا اختلعت نفسها عن زوجها ، فلا يخلو إما أن تختلع بإذن السيد أو تختلع بغير إذنه . فإن اختلعت بإذن السيد ، لم يخل إما أن تختلع على عين من أعيان مال السيد ، وإما أن تختلع بمالٍ ملتزم في الذمة . فإن اختلعت بإذن السيد على عين من أعيان ماله ، صح ذلك ، واستحق الزوج تلك العين . فإن اختلعت بعوض ملتزم تعلق العوض بكسبها ، وكان عوض الخلع عليها بمثابة الصداق على العبد المأذون له في النكاح ، ويُخَرَّج في بدل الخلع [القول القديم]^(٢) في أن السيد هل يصير بنفسه / الإذن ضمناً لعوض الخلع ، ولهذا أجريناه في الصداق ، ولا فرق بينه وبين الخلع .

هذا إذا اختلعت بإذن السيد .

٨٨٧٥- فأما إذا اختلعت نفسها عن زوجها بغير إذن مولاه ، فلا يخلو إما أن تختلع بمالٍ في الذمة ، أو تختلع [بعين من أعيان]^(٣) الأموال . فإن اختلعت بمالٍ في الذمة ، فقد تردد الأئمة في هذا ، فذهب طوائف إلى أن اختلاعها فاسد ، والمراد بفساده فساد التسمية ، أما البيئونة فواقعة ، والمال يلزم ذمة الأمة على التفصيل الذي سنذكره في التفريع ، إن شاء الله تعالى . هذا ما ذكره الصيدلاني وشيخي وبعض المصنفين .

وقطع الشيخ أبو علي جوابه بأن الخلع يصح ، والمسمى يثبت . فحصلنا على وجهين . وقد ذكرت اختلاف الأصحاب في العبد لو ضمن مالاً بغير إذن مولاه ، فهل يصح ضمانه أم لا ؟ وذكر الشيخ أبو علي في هذا الفصل أن العبد لو اشترى شيئاً بغير إذن مولاه ، ففي صحة شرائه وجهان ، وقد فصلنا هذا فيما تقدم في موضعين .

والذي يتعلق بغرضنا الآن في ضمان العبد بغير إذن مولاه وجهان ، وفي اختلاع

(١) ر . المختصر : ٦٣/٤ .

(٢) في الأصل : « والقول القائم » وهو تصحيف واضح ، والتصويب من (صفة المذهب) .

(٣) في الأصل : بغير أعيان الأموال .

الأمة بغير إذن مولاهما وجهان . والضمان والاختلاع في مرتبة واحدة ؛ لأنه لا يتضمن واحد منهما تصرفاً في حق المولى ، لا في الرقبة ، ولا في الكسب [وإنما]^(١) تفرض المطالبة بالملتزم بعد العتق [إذا]^(٢) فرض يوماً من الدهر / .

١٠٣ ي

وإذا اشترى العبد بغير إذن مولاه ، ففي صحة الشراء وجهان مرتبان على الضمان ، والشراء أولى بالأصح ؛ لأن من ضرورته ثبوت الملك [في]^(٣) المبيع ، ويستحيل أن يملكه العبد ، وإن ملكه المولى قهراً ، كان بعيداً . ثم إن صححنا الضمان ، لم يطالب العبد من مكاسبه ، ولا تتوجه [عليه]^(٤) الطلّبة ما دام الرق . وإن أفسدنا الضمان ، فأثر إفساده إلغاؤه ، حتى لا تتوجه الطلّبة بالمضمون بعد العتق أيضاً .

[وأما الاختلاع]^(٥) فسواء أفسدناه أو صحّحناه ، فالبينونة واقعة ، والأمة مطالبة إذا اعتقت . وأثر الخلاف ثبوت المسمى ، ولا مطالبة به إلا بعد العتق . وإن أفسدنا الاختلاع ، فالحكم ثبوت مهر المثل ، والمطالبة به بعد العتق .

وأما التفريع في البيع إذا صحّحناه ، فقد مضى مستقصى في كتاب البيع .

٨٨٧٦- ومما نفرعه اختلاع المكاتب ، فإذا لم نصحح اختلاع الأمة ، لم نصحح اختلاعها بعوض ملتزم في الذمة ، ولكن البينونة واقعة ، والطلّبة تثبت بعد العتق ؛ فإن بدل عوض الخلع مشبّه بالتبرع ، وبذل ما يستغنى عن بذله .

وإن جرى اختلاعها بإذن المولى ، فهو [كالتبرع]^(٦) بإذنه ، وفي تبرع المكاتب بإذن المولى قولان سيأتي ذكرهما - إن شاء الله عز وجل - في كتاب الكتابة ، والغرض أن نبين أن اختلاعها بمثابة تبرعها / .

١٠٣ ش

(١) في الأصل : وإنها .

(٢) في الأصل : وإذا .

(٣) في الأصل : من .

(٤) في الأصل : عليها .

(٥) في الأصل : « وإن العتق » وما بين المعقفين تقديرٌ منا على ضوء السياق والسباق ، وهو قريب من لفظ العز بن عبد السلام في الغاية .

(٦) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .

٨٨٧٧- وإن اختلعت الأمة بعينٍ من أعيان مال السيد من غير إذنه ، فالزوج لا يستحق العين . ولكن إن جعلنا الأمة من أهل الاختلاع في الذمة ، فهي كالحرّة تختلع بمالٍ مغضوبٍ ، غير أن الحرّة قد تطالب إذا كانت موسرة ، والأمة بمثابة الحرّة المعسرة بمطالبتها بعد العتق . ثم فيما تطالب به قولان : أحدهما - أنها بعد العتق تطالب بقيمة تلك العين المذكورة عوضاً .

والثاني - أنها تطالب بمهر المثل .

وكل ذلك تفريع على أن الأمة من أهل الاختلاع .

فإن لم نجعلها من أهل الاختلاع ، فالرجوع إلى مهر المثل قولاً واحداً ؛ فإن إحالة الفساد على خروجها من أن تكون من أهل الاختلاع أولى وأقرب ، فإذا كانت إحالة الفساد على غير العوض ، فالوجه الرجوع إلى مهر المثل . والأمر في هذا قريب .

والمكاتبة إذا اختلعت بعينٍ من أعيان مالها بغير إذن المولى ، فالزوج لا يستحق تلك العين ، وهي كالأمة إذا اختلعت بعينٍ من أعيان مال السيد ، فإن اختلعت بإذن السيد ، ففي المسألة قولان مبنيان على تبرع المكاتب بعينٍ من أعيان ماله .

هذا منتهى المراد .

وزعم صاحب التلخيص أن اختلاعها بإذن المولى لا يصح ، وإن صححنا تبرعها بإذن المولى . وهذا مزيف متروك لا حاصل له .

فَصَحَّحْنَا^(١)

ي ١٠٤ قال : « وإذا أجزتُ/ طلاق السفينة بلا شيء... إلى آخره »^(٢) .

٨٨٧٧/م- لا [يختلف]^(٣) المذهب أن السفينة ينفذ طلاقه ، وهو مما لا يدخل تحت الحجر المطرد بسبب السفه ، وليس الطلاق كالعتاق ، والفارق أن الطلاق

(١) من هنا ، من أول الفصل بدأ العمل عن نسخة مساعدة ، هي التي رمزنا إليها بـ (ت ٦) .

(٢) ر . المختصر : ٦٤/٤ .

(٣) في الأصل : يخالف ، والمثبت من (ت ٦) .

لا يُتلف ما يلتحق بالأموال المحضة ، والإعتاق إتلافٌ محض ، ولا ينفذ من المبذر التصرفات في المال ، ولا يصح منه الاستقلال بالنكاح ، ويصح النكاح بعبارة إذا أذن الولي ، فلو أذن له في [بيع خاص]^(١) على حسب المصلحة ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه يصح كالنكاح .

والثاني - لا يصح ؛ لأن النكاح من حاجته وضرورته ، وليس محض مال ، ولكن وقف على الإذن لما فيه من استحقاق المهر . وأما البيع ، فتصرف في المال المحض . ثم إذا كان طلاق المحجور نافذاً ، فلو طلق بمال ، نفذ ، وصح ، قلّ المال أو كثر ؛ لأن طلاقه إذا كان ينفذ من غير عوض ، فلأن ينفذ مع العوض أولى .

والعبد يطلّق مجاناً ، ولو طلق على مال ، صح ونفذ ، ودخل المال في ملك المولى قهراً ، كما يدخل في ملكه ما [يحتطبه]^(٢) العبد وما يصطاده ، واختلف الأصحاب فيما يتّهبه العبد من غير إذن المولى ، كما تقدم ذكره ، والفرق بين الهبة وبين بدل الخلع واضح مذكور في موضعه .

ثم إذا خالع السفية على مالٍ وحكمنا^(٣) بصحته ، [لم]^(٤) نفرق بين أن يكون البدل المسمى مثل مهر المثل ، أو أقل منه . ثم ما / يأخذه من البدل لا يترك تحت يده ١٠٤ ش [بل]^(٥) يلتحق بسائر أمواله ، فيمتنع^(٦) تصرفه فيه ، وإن لم يكن عليه حجرٌ في تحصيل هذا [العوض]^(٧) أصلاً ومقداراً ، وكذلك إذا احتش ، أو احتطب ، أو اتّهب ، فما يحصل [بهذه]^(٨) الجهات باختياره ، فالحجر عليه مطرد في جميعه^(٩) .

(١) في الأصل : في مبيع خص . والمثبت من (ت ٦) .

(٢) في الأصل : يخطبه .

(٣) في (ت ٦) : وقضينا .

(٤) في الأصل : ولم .

(٥) في الأصل : من . والمثبت من (ت ٦) .

(٦) في (ت ٦) : ويمتنع .

(٧) في الأصل : الغرض . والمثبت من (ت ٦) .

(٨) في الأصل : فهذه .

(٩) (ت ٦) : جميعها .

فَضْلُكَ

قال : « ولو اختلفا ، فهو كاختلاف المتبايعين . . . إلى آخره »^(١) .

٨٨٧٨- إذا اختلف المتخالعان بعد جريان الخلع في قدر بدل الخلع ، أو صفته ، أو جنسه ، فقال الرجل : قد خالعتك على ألف ، وقالت : بل على خمسمائة ، أو قال : خالعتك على ألف صحاح ، فقالت : بل مكسرة ، أو قال : خالعتك على خمسين ديناراً ، فقالت : بل على ألف درهم . فإذا اختلفا على وجه من هذه الوجوه ، فإنهما يتحالفان ، والفرقة لا ترتد ، والرجوع إلى مهر المثل ؛ فإن البضع في حكم المبيع الفاتئ ؛ وإن اختلف المتبايعان على وجه من الوجوه التي ذكرناها في الثمن ، وكان المبيع قد تلف في يد المشتري ، فمذهبنا أنهما يتحالفان ، والبائع يرجع على المشتري بقيمة المبيع ، فمهر المثل في معنى قيمة المبيع .

وإذا اختلفا في العدد ، والمسؤول ، فقالت المرأة : طَلَّقَنِي ثلاثاً سألْتُها بألف ، وقال الرجل : بل طَلَّقْتُك واحدة سألْتُها بألف ، فهذا الاختلاف يجز التحالف أيضاً . ولكن القول قول الزوج في نفي ما عدا الواحدة المقرَّ بها .

ي ١٠٥ وأثر الاختلاف والتحالف / يرجع إلى بدل الخلع ، فإذا تحالفا ، سقط البدل المسمى ، ويرجع الزوج عليها بمهر مثلها . وإنما لم يؤثر [اختلافهما في تغيير أمر الفراق ؛ لأن الطلاق]^(٢) لا مرد له ، ولا يتصور نقضه^(٣) ، فيجري في أصله على القياس الذي يقتضيه الشرع . وإذا كان الزوج هو المطلق ، فالقول قوله في الأصل ، ثم في العدد ، واختص أثر الخلاف^(٤) بالعوض ؛ فإنه يلحقه الفسخ ، والرد ، والفساد ، والاستبدال ، وهذا بمثابة اختلاف الزوجين في مقدار الصداق ، وإذا تحالفا ، اختص أثر التحالف بالصداق وتسميته ، والنكاح قائم لا يزول بفرض الاختلاف في مقدار

(١) ر . المختصر : ٦٤ / ٤ .

(٢) في الأصل : اختلافهما في تعيين محل الاختلاف : لأن الفرق . والمثبت من (ت ٦) .

(٣) (ت ٦) : تعقبه .

(٤) (ت ٦) : الاختلاف .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٦١

العوض ؛ والسبب في ذلك أن البدل في النكاح والخلع ليس ركناً ، بل هو في حكم الدخيل الذي يستقلّ الفراق دونه .

٨٨٧٩- ومما يتصل بهذا الفصل نصّ نقله القفال عن (الكبير)^(١) ونحن ننقله على وجهه ، ونذكر كلام الأصحاب فيه ، ثم نوضح المسلك الحقّ الذي لا سبيل إلى مخالفته ، قال : نص في (الكبير) على أن المرأة لو قالت لزوجها : سألتك أن تطلقني ثلاثاً باللفّ فطلقتني واحدة ، وقال الرجل : بل طلقك ثلاثاً ، كما استدعيت قال الشافعي : إن لم يكن قد طال الفصل ، وقع الثلاث ، وإن طال الفصل ، ومضى ما يبطل^(٢) خيار القبول ، فالطلاقات واقعة بإقرار الزوج ، ويتحالفان ؛ لأنه يدعي عليها كمال الألف وهي / تقرّ بثلاثها ، وإذا تحالفا ، فالرجوع إلى مهر المثل .

١٠٥ ش

[هذا هو النص ، والوجه أن نبين طريق الإشكال في الاتصال ، ونذكر ما قال الأصحاب]^(٣) في هذا الطرف .

ثم نذكر وجه الإشكال في الانفصال ، ونبين ما قيل فيه ، ثم نصّ على ما هو الحق عندنا .

فأما إذا قرب الزمان ولم يمض ما يفصل الإيجاب عن القبول ، فقال الزوج ما قال ، والزمان متصل ، فالنص يقتضي أن الزوج يستحق المسمى ، ونجعل قوله الصادر منه بمثابة إنشاء الطلاق ؛ فإنه لم ينفصل بعد الإيجاب عن القبول ، والإنشاء ممكن . هذا معنى النص ، وظاهر الكلام .

ووجه الإشكال فيه أن الزوج إن كان طلقها قبل هذا القبول طلاقاً واحدة ، [فقد]^(٤) بانّت بها ، [وإذا بانّت]^(٥) بواحدة ، لم يلحقها بعد الواحدة طلاق ، وإن قرب الزمان ،

(١) الكبير : ويسمى الجامع الكبير ، وهو الأم ، وهذا النص موجود في الأم المطبوع : ١٩٠/٥ .

(٢) (٦) : « فليطلق » بدل « ما يبطل » .

(٣) ما بين المعقفين ساقط من الأصل ، وأثبتناه من (٦) .

(٤) في الأصل : فقبلت .

(٥) زيادة من (٦) .

٤٦٢ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

فما معنى تنزيل قوله على الإنشاء ؟ ولو فرض الإنشاء ، لما وقع على التحقيق الذي ذكرناه . هذا وجه الإشكال .

٨٨٨٠- ومما ذكره المحققون في محاولة حلّ هذا الإشكال ما لا يتبين [إلا بتقديم مقدمة]^(١) : فإذا قال الرجل لامرأته التي لم يدخل بها : أنت طالق وطالق ، تلحقها الطلقة الأولى ، وتبين بها ، ولا تلحقها الثانية . ولو قال لها : إن دخلت الدار ، فأنت طالق وطالق . فإذا دخلت الدار ، فهل يلحقها طلقتان ، أم لا يلحقها إلا واحدة ؟ فعلى وجهين ، سيأتي أصلهما ، والتفريعُ عليهما في كتاب الطلاق ، إن شاء الله عز وجل .

ي ١٠٦ فإذا بانّت المقدمة قال قائلون بعدها : إذا استدعت المرأة طلقتين أو ثلاثة/ بمال ، فقال الزوج في جوابها : « أنت طالق [وطالق]^(٢) » ، ففي لحوق الطلقة الثانية الوجهان المذكوران فيه إذا قال لامرأته التي لم يدخل بها : « إن دخلت الدار ، فأنت طالق وطالق » . والجامعُ أن صفة الدخول تجمع الطلقتين المعلّقتين به ، وكذلك استدعاء المرأة يجمع قولِي الزوج إذا قال : أنت طالق وطالق ؛ فإن استدعاهَا في الطلقة الثانية على حسب استدعائها في الأولى ، وكذلك القول في الثالثة إن فرضت على صيغة العطف والتقطيع .

ثم هذا القائل يقول : إن كان الزوج طلق طلقة بثلاث ألف ، والزمان بعدُ على حد الاتصال ، فلا يفوت تطليقُ آخر يُنشئه في إسعافها بالطلاق على أحد الوجهين ، فينتظم على هذا إمكان الإنشاء ، وإن سبق تطليقٌ بجزء من الألف . ووراء ذلك سؤال سنورده ونجيب عنه ، إن شاء الله تعالى .

هذه طريقة أوردناها في الدروس ، وهي غير مرضية ؛ فإن الذي يجب القطع به أن المرأة إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فقال في جوابها : أنت طالق وطالق [وطالق]^(٣) لا يقع إلا طلقة واحدة ، وهي الأولى ؛ فإنها تبين بالأولى ، ولا تلحقها الثانية والثالثة

(١) في الأصل : إلا بتقدمة .

(٢) زيادة من : (ت ٦) .

(٣) زيادة من نسخة : (ت ٦) .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٦٣

بعد البيونة ، ويكون هذا كما لو قال لامرأته التي لم يدخل بها : أنت طالق وطالق ، فتبين بالأولى ، ولا تلحقها الثانية ، وليس ذلك بمثابة ما لو قال لها : أنت طالق/ ١٠٦ ش وطالق إن دخلت الدار ؛ وذلك أن وقت الطلاقين ينطبق على أول الدخول ، ويتحقق اجتماعهما في الزمان ، فليس أحدهما أولى بالوقوع من الثاني ، وإذا أنشأ ، فالإنشاء مأخوذ من لفظه ، واللفظ مرتب ، ويستحيل أن يقع معنى اللفظ الثاني قبل اللفظ . وإذا كان يقع مع اللفظ واللفظ مؤخر عن الأول ، فلو وقع باللفظ الثاني طلاقاً ، لصادف بائنة ؛ وهذا بعينه يتحقق في جواب السائلة عدداً بمال ، فإنه إذا قال : أنت طالق وطالق ، فيقع طلاق مع فراغه عن اللفظ الأول ، فلو وقع بالثاني طلاق [آخر]^(١) ، لكان بعد البيونة بالطلاق الأول لا محالة ، [والبائنة]^(٢) لا تطلق عند الشافعي ؛ فلا وجه لتخريج وجه في وقوع ما ينشئه ثانياً بعد وقوع الأول .

٨٨٨١- ولو قال قائل : « أحمل كلام الشافعي على ما إذا قالت : سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة بألف ، ورامت بذلك ألا يقع شيء ، ولا يلزمها من البذل شيء » ، فلا معنى [للإطناب]^(٣) في هذا الفن ؛ فإن النص مصرح بخلافه ، ومحله مفروض^(٤) فيه إذا قالت : استدعيْتُ ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة ، وأطلقت ، ثم مقتضى^(٥) إطلاق الطلاق الواحد أن يقع بثلاث المسؤول . هذا هو النص .

على أنا قد حكينا عن الأصحاب خبطاً في الصورة التي ذكرناها ، وهي إذا سألت ثلاثاً بألف ، فقال/ : أنت طالق واحدة بألف ، فهذا مما حكينا فيه كلام الأصحاب ١٠٧ ي وأوردنا عليه المباحثات من جهتنا ، فلا حاصل لحمل الكلام على هذا المحمل والتطويل لا يفيد .

فإن قيل : أي غرض في الحمل على هذه الصورة ؟ قلنا : لو جرى جارٍ على

(١) سقطت من الأصل ، والمثبت من : (ت ٦) .

(٢) (ت ٦) : الثانية .

(٣) في الأصل : للإيجاب .

(٤) في الأصل : ومفروض .

(٥) (ت ٦) : حكم .

٤٦٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

القياس ، لقال : إذا استدعت ثلاثاً بألف ، فقال في جوابها : أنت طالق واحدة بألف ، فلا يقع شيء ، ولا يكون ما جاء به جواباً لها ، فإذا كان الزمان على القرب والاتصال ، فيتصور منه إسعافها على الموافقة الآن ، فإذا تصور المساعفة ، انبنى عليه حمل قول الزوج على إنشاء الطلاق ، ولكن لا نرى الحمل على هذا المحمل ، والنص ظاهره وفحواه يخالف هذه الصورة .

٨٨٨٢- ثم وراء ذلك كله إشكال عتيد ، وهو أن الزوج أقرّ بأنه طلقها ثلاثاً ، ولم ينشئ الطلاق^(١) ، وقوله متردد بين الصدق والكذب ، فكيف يقع الطلاق ؟ وسبيل الجواب أن من يملك إنشاء شيء فقد يجعل إقراره بمثابة إنشائه له ، ولهذا نظائر عند الأصحاب ، منها : أن الزوج إذا ادّعى أنه ارتجع زوجته ، فأنكرت الزوجة الرجعة في [بقاء]^(٢) العدة ودوامها ، فنفس إقرار الزوج بالارتجاع [قد نجعله]^(٣) إنشاء ارتجاع ، وإن كان كاذباً ، وسأذكر هذا وأجمع إليه نظائره في كتاب الرجعة ، إن شاء الله تعالى .

ش ١٠٧ وما ذكرناه من تنزيل الإقرار/ منزلة الإنشاء مشكلاً لا يستقيم فيه تعليلٌ فقيه ، كما سنوضحه في المحل الذي ذكرناه ، ولكن لو قدرنا أن الأمر كذلك ، فلا انتفاع بهذا مع ما قدمناه من أن الطلاق السابق يمنع إنشاء الطلاق بعده ، وإن قرب الزمان . وإذا انحسم إمكان الإنشاء مع قرب الزمان ، فلا معنى للانشغال مع ذلك بتنزيل الإقرار منزلة الإنشاء ، ولم [يُحوّم]^(٤) أحد من الأصحاب على هذا الإشكال والاعتناء به إلا شيخنا أبو بكر^(٥) ؛ فإنه حوّم ، ولم يرِدْ ، فكان كالذي ينتبه ثم يتغافل .

٨٨٨٣- ونحن نذكر الآن وجه الحق ونقول : إذا قالت المرأة : سألتك ثلاثاً بألف

(١) (ت ٦) : الثلاث .

(٢) زيادة من (ت ٦) .

(٣) في الأصل : فجعله .

(٤) في الأصل : يحّم . ورجحنا المثبت من (ت ٦) لأنه المعهود في لفظ الإمام .

(٥) شيخنا أبو بكر : المراد به الصيدلاني .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٦٥

فطلّقتني واحدة ، فقال [الزوج] ^(١) ما طلقك قبل ، وإنما أطلقك الآن ، ثم طلقها ، والزمان قريب ، والوقت متصل ، فالوجه القطع بأن الثلاث تقع ، ويستحق الزوج المسمى بكماله ، بناءً على ما ذكرناه من اتصال الوقت ، وما أدعته عليه من التطبيق الواحد لو تحقق ، لامتنع نفوذ غيره ، ولكن القول قول الزوج في نفي ما ادعته قبل ؛ فإنه المطلّق وإليه الرجوع في النفي والإثبات ، والعدد والمقدار . هذا على [هذا] ^(٢) الوجه متجه .

ولو قال الزوج : قد طلقك قبل ثلاثاً ، وهي تزعم أنه طلقها واحدة ، فلا [ينفع] ^(٣) - والصورة هذه - قُرْبُ الزمان ؛ فإن الإنشاء بَعْدَ ما مضى غير ممكن .

بقي أن الزوج هل يصدق في أنه / طلقها ثلاثاً أم لا ؟ والوجه المبتوت الحكم ^(٤) ١٠٨ ي بوقوع الثلاث لإقراره بها ، ولكن لا يقبل قوله عليها في استحقاق تمام المسمى ^(٥) ؛ فإن الرجوع إليها فيما يستحق عليها ، كما أن الرجوع إليه في عدد الطلاق . وهذا بمثابة ما لو قال القائل : إن رددت عليّ عبيدي الثلاثة الأُتقى ^(٦) ، فلك ألف . فقال المجعول له : قد رددتهم ، فلا يقبل قوله ، ولا يستحق من الجعل شيئاً ما لم يثبت الردّ بالبينة أو بإقرار الجاعل ، فالوجه إذاً أن نقول : لا يستحق عليها إلا الثلث ؛ فإن هذا المقدار متفق عليه ، والباقي متنازع فيه ، فالقول قولها مع يمينها . هذا هو الذي [لا] ^(٧) يجوز غيره [وإنما] ^(٨) يحرص الحارص على تخريج وجه

(١) زيادة من (ت ٦) .

(٢) زيادة من المحقق ، حيث سقطت من النسختين .

(٣) في الأصل : يقع .

(٤) (ت ٦) : أنا نحكم .

(٥) (ت ٦) : استحقاق المسمى بكماله .

(٦) الأُتقى على وزن فَعَل مضاعف العين المفتوحة ، وهو مطرد في فاعل صحيح اللام صفة ، مثل راعع وركع ، ولكن المسموع الوارد في المعاجم (اللسان والمصباح) أُتَاق ، على وزن فاعل وفعال ، مثال : كافر وكفار .

(٧) سقط من الأصل . وزدناه من (ت ٦) .

(٨) زيادة من (ت ٦) .

٤٦٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
لقولٍ مشكل إذا كان يتطرق إليه إمكان . فأما إذا لم ينسلك فيه ظن^(١) ، فلا وجه
لمصادمة القطع . والسبيل في مثل هذا الحملُ على الزلل في النقل ، أو الخلل في
النسخ^(٢) ، ولا معصوم إلا من عصمه الله تعالى .
هذا منتهى الكلام في هذا الطرف .

٨٨٨٤- وتامه أن الزوج إذا قال : ما أجبتك قبلُ ، ولكن طلقتك ثلاثاً الآن ، فقد
ذكرنا أنه يستحق تمام المسمى ، ولكن يتوجه عليه يمينٌ من جهتها ، فتقول : تحلف
بالله أنك لم تطلقني طلاقاً في جواب سؤالي قبيل هذا . فيتعين عليه أن يحلف/ إن أراد
المسمى^(٣) . وقد ذكر الصيدلاني اليمين في ذلك على هذا الوجه ، ولكنه [لم يبيح
بالتصوير]^(٤) على التفصيل الذي ذكرناه ، فإن أراد ما ذكرناه ، فقد طبق مفصل الحق ،
[ولكنه حوّم عليه]^(٥) ولم يرّده ، وإن أراد أن المرأة تحلفه^(٦) : أنك ما طلقنتي واحدة
[قبلُ ، والزوج يزعم]^(٧) أنه طلقها قبلُ ثلاثاً ، فلا خير في هذه الصورة ؛ فإن الزوج
إذا أسند قوله إلى ما تقدم ، ولم ينكر إجابتها من قبل حتى ينشئ الإجابة في الحال ،
فيؤول الأمر إلى النزاع فيما كان ، وموجهه أن قول الزوج مقبول عليه في الثلاث ،
ولا يُقبل قوله عليها في استحقاق المسمى .

ولست أبعد أن المنتهي إلى هذا الفصل ، إذا كان ذا فكرٍ قد يخطر له أن مقصودها
في الثلاث قد حصل [بحكمنا]^(٨) على الزوج وقضائنا بوقوع الثلاث ، فيجب أن يكون
مصدقاً في استحقاق المسمى .

(١) (٦ ت) : الظن .

(٢) يشير إلى الخلل المحتمل في النص الذي فيه الكلام ، والذي نقله القفال عن (الكبير) وقد
طرق هذا الاحتمال إلى النص أيضاً (العز بن عبد السلام) ولكن جعله منقولاً عن الأم . مما
يؤيد قولنا في تعليق سابق : إن الجامع الكبير هو بعينه (الأم) .

(٣) فإن نكل لم يجب المسمى .

(٤) في الأصل : لم ينجح على التصوير .

(٥) زيادة من (٦ ت) .

(٦) في (صفوة المذهب) : « تحلف » .

(٧) عبارة الأصل : قبل والزوج فزعم .

(٨) في الأصل : بحكمها .

وهذا تليس لا يقنع به طالبُ غاية ؛ فإننا حكمنا عليه ظاهراً حكمنا في^(١) الأقرار ، وقد لا يكون الأمر في الباطن كذلك . ومن الأصول الممهدة أن قول الإنسان مقبول فيما هو عليه ، وليس مقبولاً فيما يجب على غيره .

٨٨٨٥- وسيبين ما ذكرناه بذكرنا الطرف^(٢) الآخر ، فنقول : إذا انفصل الزمان ،

فموجب النص أن الزوج لا يستحق كمالَ المسمى ، ولو كان على الحكم بوقوع/ ١٠٩ ي
الثلاث معوّلاً ، لقضينا باستحقاقه المسمى [وإن]^(٣) انفصل الزمان ؛ اعتماداً على
قضائنا عليه بموجب إقراره .

ثم قال الشافعي : لا يستحق المسمى إذا طال الزمان ، وهذا حق . وقال^(٤) فيما نقله النقلة : يتحالفان ؛ لأنه يدعي عليها كمال الألف ، وهي [تقرّ بثلاثها]^(٥) ، وهذا أبعد عن التحقيق من الطرف^(٦) الأول ؛ فإن التحالف إنما يجري إذا كان الاختلاف آيلاً إلى [صفة العقد]^(٧) أو إلى صفة عوضه ، فإذا حصل التوافق على أن المطلوب ثلاث والبدل ألف ، ووقع النزاع فيما وقع من الزوج ، [فالتحالف]^(٨) في هذا محال ، والوجه القطع بأنه لا يستحق عليها إلا القدر المتفق عليه ، وهو ثلث الألف . وإذا لم يتجه التحالف [لم يتجه الرجوع]^(٩) إلى مهر المثل .

ثم لا يخفى^(١٠) أن الزوج لو أراد أن يحلفها على المسلك الحق ، حلفها على نفي

(١) (ت ٦) : بالأقارير .

(٢) المراد بالطرف الآخر ، حالة ما إذا انفصل الزمان ، ومضى وقت لا يصلح بعده إنشاء القبول .

(٣) في الأصل : وإذا .

(٤) (ت ٦) : وفيما نقله النقلة (بدون قال) .

(٥) تقريب مثلها .

(٦) (ت ٦) : طرف الأول .

(٧) في الأصل : إلى صيغة الصفة أو إلى صفة عوضه .

(٨) في الأصل : والتحالف .

(٩) عبارة الأصل : وإذا لم يتجه التحالف ، فالرجوع إلى مهر المثل .

(١٠) عبارة (ت ٦) : ثم لا يخفى أن الزوج لو أراد أن يحلفها ، لم يتجه الرجوع إلى مهر المثل . ثم

لا يخفى أن الزوج لو أراد أن يحلفها على المسلك الحق حلفها على نفي العلم .

٤٦٨ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

العلم ؛ فإن يمينها تتضمن نفي فعل للغير . ومن الأصول التي تكررت في المعاملات وستقرر في دعاوى والبيّنات - إن شاء الله تعالى - أن اليمين إذا تضمنت نفي فعل الغير فصيغها نفي العلم .

فإن قال قائل : هلا قلتم : الزوج من وجه مصدق في [التطليق]^(١) والمرأة مصدقة في عدم التزام [تمام]^(٢) البدل ، فيتعارض الأصلان ، ولا يكون أحدهما أولى بالتصديق/ من الثاني ، وإنما ينشأ التحالف من استواء الجانبين . ثم إذا تحالفا ، فلا وجه إلا الرجوع إلى قيمة البضع الفاتئ ؟ قلنا^(٣) : إن كان لما نقله الأصحاب وجه ، فهو هذا ، ولكنه تلبس عندنا ؛ فإن الزوج في إقراره بمثابة البائع يدعي تسليم المبيع إلى المشتري وتلفه في يده ، مع إنكار المشتري للقبض . وهذا بين لا غموض فيه .

فلم نغادر إذاً طرفاً لم تنته إليه نقلاً وإيضاحاً ، وغايتنا في هذا الكتاب إنهاء كل فصل نهايته . والله ولي التوفيق ، وهو بإسعاف راجيه حقيق .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : طلقتك بألفٍ ، فقالت : بل على غير شيء . . . إلى آخره »^(٤) .

٨٨٨٦- إذا ادعى الرجل أنه طلقها على ألف ، فأنكرت التزام الألف قبولاً واستدعاء ، حكمنا بوقوع الطلاق على صفة البيّنونة على إقرار الزوج ، والقول في نفي البدل قولها ، وهذا يؤكد الأصل الذي مهدناه ، وإن كان وضوحه مغنياً عن الاحتياج إلى الاستشهاد ، ولكن ذلك [النص]^(٥) المشكل حكاه القفال عن الأم^(٦) ، ولم ينقله

(١) في الأصل : التعليق .

(٢) زيادة من (ت ٦) .

(٣) (ت ٦) : فأما إن كان .

(٤) ر . المختصر : ٦٤ / ٤ .

(٥) في الأصل : الفصل .

(٦) قال الإمام أنفاً : حكاه القفال عن (الكبير) ، وهنا يقول عن (الأم) ، وقد وجدنا النص في

كتاب الأم : ١٦٩ / ٥ . فدلّ ذلك على أن (الكبير) هو بعينه (الأم) .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٦٩
المزني ، وكل ما يضاف إلى الأم ، فهو من الأقوال القديمة^(١) .

٨٨٨٧- ولو قال السيد لعبده قد أعتقتك على ألف ، فأنكر العبد التزام الألف ، نفذ الحكم بالعتق ، ولم يلزم المال . ولو قال : بعث منك إياك بألف ، فأنكر ، أو قال / : ١١٠ ي بعث منك هذا العبد بألف ، [فأعتقته]^(٢) ، فالعتق ينفذ في هذه المسائل ، ولا يثبت المال على المنكر .

وبمثله لو قال : بعث منك هذا العبد بألف ، ولي عليك ثمنه ، فأنكر المدعى عليه البيع ، فلا يؤمر المقر بتسليم العبد إليه ، والسبب فيه أن مستحق الحق في هذه الصورة الأخيرة هو الذي ادعى صاحب العبد كونه مشتراً وأنكر هو حق نفسه ، فيستحيل أن يثبت حقه ، على الرغم منه ، والعتق في المسائل التي ذكرناها لله تعالى فلا يرتد إذا جرى الإقرار به ، ومن الأصول الثابتة أن من أقر بشيئين وأحدهما يضره ، والثاني ينفعه قبل قوله فيما يضره ، ورُدّ فيما يضر غيره .

قَبْضُ : ٨٨٨٨- قال صاحب التقريب : إذا قالت المرأة : طلقني على شيء أو على مال ، فقال : أنت طالق على ألف درهم ، فالرجوع إلى مهر المثل والبنونة تقع بهذا الذي بينهما . وسبب الرجوع إلى مهر المثل أنهما لم يتراضيا على معلوم .

وهذا يحتاج إلى مزيد تفصيل ؛ فيجوز أن يقال : إذا قالت المرأة : طلقني على شيء فغرضها بذلك أن تلتمس [منه]^(٣) تطليقها على عوض ، حتى إذا طلقها على عوض قبلت ، هذا ظاهر في قول المرأة : طلقني بعوض ، أو طلقني بما تريد .
لأنه لا يخلص بقبول مرادك^(٤) ، فعلى هذا لا يحكم بوقوع الفرقة .

(١) قول إمام الحرمين هنا : « كل ما يضاف إلى الأم ، فهو من الأقوال القديمة » مخالف للمشهور المعروف من أن (الأم) الذي بأيدينا من عمل الشافعي بمصر ، ويبدو أن أسماء كتب الإمام الشافعي كانت تتداخل ، فكتابه البغدادي (الحجة) هو القديم بيقين ، وكان يُسمّى المبسوط ، وكان (الأم) أيضاً يسمّى (المبسوط) فمن مثل هذا كان التداخل ، والوهم .
هذا ويمكن أن تكون (الأم) مصحفة عن (الإملاء) . والله أعلم .

(٢) في الأصل : « فأعتقه » والمثبت من (ت ٦) ومن (صفوة المذهب) .

(٣) زيادة من : (ت ٦) .

(٤) « لأن يخلص بقبول مرادك » المعنى لأتبين مرادك ، فأقبله ، فتقع البنونة ، فكانها تستنطق منه

٤٧٠ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

ش ١١٠ وسبيل التفصيل في ذلك أن نقول : إذا أرادت/ المرأة الاستدعاء الجازم ، المغني عن القبول ، فالحكم ما ذكره صاحب التقريب ، وتعليله يبين . وإن زعمت أنها أرادت استنطاقه بشيء يقدّره لتقبله ، ففي قبول ذلك منها احتمالاً ظاهر : يجوز أن يقال : لا يقبل ذلك منها ، ويحمل قولها على الاستدعاء الجازم ، كما لو قالت : طلقني بألف ، فقال طلقتك بألف ، ويجوز أن يقال : هذا منها استنطاق الزوج بابتداء الإيجاب الذي يقتضي استعقاب القبول . وفي المسألة احتمال ظاهر .

ولو قالت : طلقني بشيء ، فقال في جوابها : أنت طالق بشيء ، فالأظهر هاهنا حمل استدعائها على الجزم الذي يكتفى به ، وليست [المسألة]^(١) خالية عن الاحتمال ، والعلم عند الله تعالى .

فصل في

قال : « ويجوز التوكيل في الخلع ، حرّاً كان ، أو عبداً . . . إلى آخره »^(٢) .

٨٨٨٩- هذا الفصل بقية الكتاب ، وهو من الفصول المنعوتة^(٣) - والله ولي التوفيق عند كل عسر - فليقع تصدير الفصل بمن يجوز أن يكون وكيلاً في الخلع ، فنقول أولاً : للزوج أن يوكل بالمخالعة ، وللمرأة أن توكل من يختلعه عن زوجها ، والتوكيل جارٍ^(٤) من الجانبين . ثم^(٥) نذكر وراء هذا من يجوز أن يكون وكيلاً [للزوج في المخالعة ، ثم نذكر من يجوز أن يكون وكيلاً]^(٦) للمرأة في الاختلاع .

٨٨٩٠- فأما الضبط فيمن يجوز أن يكون وكيلاً للزوج في المخالعة ، فقد قال الأئمة

= الإيجاب ، فإذا قال ما طلبته ، كان عليها القبول .

(١) مزيدة من : (ت ٦) .

(٢) ر . المختصر : ٦٤/٤ .

(٣) كذا بحذف الجار والمجرور . فالمعنى : المنعوتة بالعسر ، أو الغموض أو نحو ذلك ، يظهر هذا من الدعاء : « والله ولي التوفيق عند كل عسر » .

(٤) (ت ٦) : جاري . ولعل الأولى : جائز .

(٥) (ت ٦) : ثم نحن نذكر وراء ذلك .

(٦) زيادة من : (ت ٦) .

الماضون : من ملك مباشرة الخلع لنفسه بنفسه ، تُصَوَّرُ أن يكون وكيلاً للغير في ١١١ ي الخلع ، فللرجل أن يوكل حراً أو عبداً ، ومحجوراً عليه بالسفه ؛ فإن العبد يستبد بالمخالعة ، وكذلك المحجور المبذر .

وقالوا : للمسلم أن يوكل ذمياً في مخالعة امرأته المسلمة ؛ إذ الذمي قد يخالع زوجته المسلمة ، وذلك بأن تسلم ذمية تحت ذمي بعد الدخول ، فإذا خالعا ، ثم جمعهما^(١) الإسلام ، بأن أن الخلع كان صحيحاً . وهذا الذي ذكره الأصحاب منتظماً في النفي [والإثبات]^(٢) والطرود والعكس ، ولكن فيه تقييد [ليس يفيد]^(٣) فقهاً على ما نؤثره .

ولو كان^(٤) يتصور تطليق الذمي [زوجة مسلمة]^(٥) ، لصح أن يكون وكيلاً [لمسلم]^(٦) في تطليق زوجته ، تعويلاً على صحة عبارته . ولهذا قلنا : الذمي على المذهب الأظهر [لا]^(٧)

(١) تصوير صحة الخلع من الذمي للمسلمة يكون بأن يتزوج ذمي من ذمية ، ثم تسلم وحدها ، فإذا خالعا ، ثم جمعهما الإسلام ، بمعنى أنه لحق بها مسلماً قبل أن تنقضي العدة ، فتبين أن العقد الذي كانا عليه ماضٍ ، وبالتالي تتبين أيضاً أن الخلع كان صحيحاً .

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) زيادة من : (ت ٦) .

(٤) (ت ٦) : ولو كان لا يتصور .

(٥) في الأصل : زوجة المسلم .

(٦) زيادة من (ت ٦) .

(٧) زيادة من المحقق ، حيث سقطت من النسختين . وأقول : سقطت ، بمعنى أنها سقطت من النسخ ، وتوارد عليها النسخ ، ولم تسقط من الإمام ، ودلينا على ذلك أمران :

الأول : بناء العبارة ، فالقول بالجواز مخالف للضابط الذي قرره الإمام ، وساق العبارة مساق التعليل ، ويظهر ذلك بشيء من التأمل .

الثاني : أن المسألة ليست خلافية في المذهب ، ولم يذكر أحد فيها خلافاً ، ولم يحكه أحد عن الإمام لا من المتقدمين ولا من المتأخرين (استقصينا كتب المذهب في هذه المسألة في بحث لنا مطول ، لا تحتمله هذه التعليقات) ولكن وجدنا البلقيني أشار إليه مخطئاً الإمام ، ولم يحمله على النسخ ، إلا أن البلقيني انفرد بهذا وحده بين المتقدمين والمتأخرين فيما نعلم ولم يتبعه أحد . والله أعلم .

هذا وبينما الكتاب مائل للطباعة جاءنا هذا الجزء من صفوة المذهب لابن أبي عصرون فوجدنا عبارته هكذا : « ولهذا على المذهب الأظهر يجوز أن يتوكل الذمي لمسلم في قبول

٤٧٢ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
يجوز أن يكون وكيلاً في تزويج مسلمة ، [والتزويج]^(١) بها لمسلم .

٨٨٩١- ومما ظهر الاختلاف بين أصحابنا فيه أن المرأة هل يجوز أن تكون وكيلة في
الطلاق بالعوض [وغير العوض]^(٢) : فمن أصحابنا من قال : يجوز أن يوكل الرجل
امراً حتى تخالع زوجته وتطلقها بمال ، ويجوز أن يوكل امرأة حتى تطلق زوجته من
غير مال ؛ إذ لا خلاف أن الرجل إذا قال لامرأته : طلقي نفسك ، فطلقت نفسها ، نفذ
الطلاق بلفظها ؛ وإذا كان قولها صالحاً للطلاق في هذا المحل الذي حكينا الوفاق
فيه ، فلا يمتنع أن تكون الأجنبية وكيلة في تطليق الزوجة ، ولما [استُلبت]^(٣) عبارة
ش ١١١ المرأة في طرفي النكاح / ، لم يتصور منها على الصحة تزويج [ولا تزويج]^(٤) .

ومن أصحابنا من قال : لا يجوز أن تكون المرأة وكيلة في الطلاق ، ولا يقع
الطلاق بعبارتها ، كما لا ينعقد النكاح بلفظها ، وهذا القائل يقول : تفويض الرجل
الطلاق إلى المرأة ليس توكيلاً ، وإنما هو تمليك ، [وقد رمزنا]^(٥) إلى هذا
الأصل ، وأحلنا استقصاءه على كتاب الطلاق . وقال الأصحاب : الخلاف في أن
المرأة هل يجوز أن تكون وكيلة في الطلاق مأخوذ من الخلاف في أن الرجل إذا
فوّض الطلاق إلى امرأته ، فهذا تمليك أو توكيل ؟ فإن جعلناه توكيلاً ، لم يمتنع
توكيل المرأة بالطلاق ، وإن جعلناه تمليكاً ، اختص التمليك بالزوجة ، ولم يُتصور
من غيرها عبارة صحيحة عن الطلاق ، ولولا [اشتهار هذا]^(٦) الخلاف ،

= نكاح مسلمة ١ . هـ . فهل هذا هو الحكم عند الإمام ؟ وإذا كان كذلك يبقى السؤال : لماذا
لم يحكه أحد عنه إلا البلقيني ؟ ! وتبقى المسألة محل نظر ! (ر . الشرح الكبير : ٥٥٧ / ٧ ،
الروضة : ٤ / ٣٠٠ و ٦٦ / ٧) .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) زيادة من (ت ٦) .

(٣) في الأصل : « استقبلت » وهو تحريف واضح .

(٤) في الأصل : يتزوج .

ثم معنى العبارة أن الأمر في الطلاق يختلف عنه في النكاح بالنسبة للمرأة ، فعبارتها في عقد
النكاح مستلبة ، ولكنها في الطلاق معتبرة .

(٥) في الأصل : « وقد صرفا » هكذا بهذا الرسم . وهذا من مستبشع التصحيف .

(٦) في الأصل : استشهاد الخلاف .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٧٣

لتناهيته^(١) في تزيف منع توكيل المرأة ؛ فإنه إذا صح تمليك المرأة ، فلأن يصح توكيلها أولى ، فقد يتوكل في الشيء من لا يملكه ؛ ولذلك قلنا : يجوز أن يكون العبد والكافر والفاسق [وكلاء]^(٢) في النكاح على الرأي الأصح . وإن كانوا لا يلون النكاح على الاستقلال ؛ فلا حاصل إذا لهذا الخلاف ؛ ولكنه مشهور مذكور في كل طريق .

هذا قولنا فيمن يصح أن يكون وكيلاً بالتطبيق على مال ، والمخالعة من جهة الزوج .

٨٨٩٢- فأما من يكون وكيلاً لها ، [فكل من يكون من أهل العبارة في الطلاق يجوز أن يكون وكيلاً لها في]^(٣) سؤال الطلاق . وقال الأئمة : إن خالف مخالف في المرأة/ ١١٢ ي هل يجوز أن تكون وكيلة عن^(٤) الزوج ، فلا خلاف أن المرأة يجوز أن تكون وكيلة عن [الزوجة]^(٥) في الاختلاع ؛ فإن الأصل في الاختلاع المرأة ، وقد نص الشافعي على أن المرأة إذا اختلعت نفسها وضرتها بمالٍ ، صحَّ . وإذا كان يصح منها أن تختلع ضررتها من غير توكيل من جهتها ، فلا يمتنع أن تكون وكيلة أيضاً .

هذا تفصيل القول فيمن يجوز أن يكون وكيلاً من الجانبين . وفي تنبيهنا على من يجوز أن يكون وكيلاً إيضاح لمن لا يكون وكيلاً .

٨٨٩٣- وإذا تبين هذا ، خضنا بعده في تصرف الوكيل على الموافقة والمخالفة : فنبين تفصيل القول فيما يصدر من وكيل الزوج ، ثم ننعطف ، فنبين ما يصدر من وكيل الزوجة .

فأما وكيل [الزوج]^(٦) ، فلا يخلو إما أن يكون موكلاً بالمخالعة المطلقة ، وإما أن

(١) كذا . ولعل الأولى : « لما تناهيت » .

(٢) في الأصل : وكيلاً .

(٣) ما بين المعقفين زيادة من : (ت ٦) .

(٤) (ت ٦) : عن جانب الزوج .

(٥) في الأصل : الزوج .

(٦) زيادة من (ت ٦) .

٤٧٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

ينصّ الزوج على مبلغ من المال ، فإن نص على مبلغ معلوم ، وقال : طلق زوجتي بمائة دينار ، فلا يخلو الوكيل إما أن يوافقه ، وإما أن يزيد ، وإما أن ينقص . فإن خالعه بالمقدار المذكور ، نفذ الخلع ، وثبت البدل ، وإن زاد على المقدار المسمّى ، ثبت ما سماه الوكيل ، وكان ما جاء به في حكم الموافقة . وهذا بمثابة ما لو قال مالك ش ١١٢ العبد للوكيل : بع عبدي هذا بمائة ، فإذا باعه بمائتين ، نفذ البيع بهما/ . وقد قرنا هذا وما يليق بجوانبه في كتاب الوكالة .

وإن خالف الوكيل الزوج ، فنقص وخالف بأقل من المقدار المسمّى ، فالمذهب [المبتوت]^(١) الذي عليه التعويل أن الطلاق لا يقع ؛ فإن الوكيل لا يملك الاستقلال بالتطليق ، وإنما يطلق مأذوناً ، وإذا خالف ، لم يكن مأذوناً . وذكر بعض أصحابنا قولاً مخرجاً في وقوع الطلاق على ما سنذكر - على الاتصال - أصله في هذا الفصل ، إن شاء الله تعالى .
ولسنا نفرع على القولين حتى نذكر صورة أخرى .

٨٨٩٤- فإذا وكل الزوج بالمخالعة مطلقاً ، ولم ينص على مقدار من العوض ، فقال : خالع زوجتي هذه ، فالذي ذكره الأصحاب أن الوكيل إذا خالعه بمهر مثلها ، أو أكثر من مهر مثلها ، نفذ وصح^(٢) ، وكان بمثابة ما لو باع الوكيل المطلق ما وكل بيعه بثمان المثل ، أو بأكثر من ثمن المثل .

فأما إذا خالعه بأقل من مهر مثلها ، فظاهر النص في الإملاء وفيما حكاه الربيع أن الطلاق يقع على تفصيل سنذكره في التفريع ، إن شاء الله تعالى .

وخرج مخرجون [قولاً]^(٣) أن الطلاق لا يقع ؛ فانتظم من هذا أن ظاهر النص في التوكيل المطلق وقوع الطلاق ، وإن جرت المخالعة بدون مهر المثل ، وظاهر النص أن الزوج إذا عين مقداراً ، فخالع الوكيل بأقل منه ، فالطلاق لا يقع . وخرج الأصحاب/ ي ١١٣ في كل صورة قولاً على خلاف النص .

(١) ساقطة من الأصل ، وهي في (٦ ت) .

(٢) (٦ ت) : فقد صح .

(٣) زيادة من : (٦ ت) .

فأما وجه التخيـرج [في صورة^(١)] الإطلاق ، فيبين ؛ فإنه مخالف ، والعقد المطلق محمول على عوض المثل ، فلذلك جعلنا الوكيل المطلق بالبيع إذا باع بأقل من ثمن المثل مخالفاً ، نازلاً منزلة ما لو عين له مالك المتاع مقداراً من الثمن ، فباع بأقل منه ، فليكن الأمر كذلك ها هنا . وإذا ظهرت المخالفة ، وبطل استقلال الوكيل بنفسه ، [لم^(٢)] يبق إلا رد الطلاق .

فإن قيل : هذا بين ، فما وجه نفوذ الطلاق على ما اقتضته النصوص ؟ قلنا : الطلاق مأخوذ من اللفظ ، مُدار على التطليـق^(٣) ، فإذا قال الزوج : خالع زوجتي ، فالذي جرى من الوكيل يسمى مخالعة ، فيجب تحقيق التطليـق بحكم اللفظ ، وليس كالمبيعات ؛ فإنها مداراة على العادات . وفيما قدمناه من تنزيل العقود على النقود الغالبة وقطع تعليق الطلاق عن هذا الأصل ما يؤكد هذا^(٤) .

فإن قيل : ما وجه تنفيذ طلاق الوكيل الذي عين له الموكل مقداراً ، فخالع بأقل منه ؟ قلنا : [أول^(٥)] ما نوجه به أن نستدل بالتوكيل المطلق مع فرض المخالعة بأقل من مهر المثل ، وعلى الجملة ، [يضعف^(٦)] توجيه هذا . وقد أضرب عن حكايته كثير من الأئمة .

هذا بيان/ القولين في وقوع الطلاق وعدم وقوعه . ١١٣ ش

٨٨٩٥- ونحن الآن نفرِّع ونستعين بالله عز وجل : فإن قلنا : لا يقع الطلاق ، فقد لغا لفظ الوكيل ، ولا حكم لما جاء به .

وإن حكمنا بأن الطلاق واقع ، فقد ذكر الشيخ أبو علي في شرح التلخيص قولين :

(١) في الأصل : بصورة .

(٢) في الأصل : ولم .

(٣) في (ت ٦) : « التعليق » .

(٤) لفظ (هذا) سقط من : (ت ٦) .

(٥) في الأصل : الأول .

(٦) في الأصل : فضعف .

٤٧٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

أحدهما - أن [الزوج]^(١) بالخيار إن شاء أجاز ما فعله الوكيل وتنفذ البيونة ، وإن شاء ، ردّ المال [وردّ البيونة ، ووقع الطلاق رجعيّاً ؛ فإن الطلاق إن كان يقع بحكم اللفظ ، فالبيونة لا تثبت إلا بالمال ، والمال لم يثبت على موجب الإذن ، فهذا نوع من التخيير .

وحكى قولاً آخر مخرجاً عن ابن سريج أن الزوج بالخيار ، إن شاء أجاز ما فعله الوكيل ، وإن شاء ردّ المال^(٢) والطلاق أصلاً^(٣) .

فإن قال قائل : هذا بعينه مصير إلى وقف الطلاق ، وقد ذكرتم في المعاملات للشافعي قولاً في وقف العقود ، ثم ذكرتم الآن الوقف من وجهين ، وفقاً في البيونة والرجعة ، ووفقاً في رد الطلاق . قلنا : لو كان هذا مأخوذاً من وقف العقود ، فالممكن فيه اختصاص [الطلاق بمزايا يقتضي بها مزيد النفوذ]^(٤) ، فقد يقول القائل : نحن وإن لم نجوز وقف سائر العقود ، فقد نجوز وقف الطلاق لما أشرنا إليه . وهذا ليس على [الحذ الذي]^(٥) أرتضيه ؛ فإننا لو أخذنا هذا من وقف العقود ، لوجب تعطيل [التوكيل]^(٦) فيه ، ولوجب أن يقال : إذا أقدم أجنبي على مثل ما وصفناه ، فالكلام في إجازة الزوج وردّه على ما تقدم .

وهذا انحلال وخروج عن الضبط . ونحن نستفرغ الوسع في توجيه ما حكيناه ، ونقول : أما الحكم [بوقوع]^(٧) الطلاق في إطلاق الوكالة ، فمأخوذ من اللفظ ، وما ينبنى الطلاق عليه/ في الحث والبر ، فليتخذ الناظر هذا معتمده . ثم وراء ذلك مال^(٨) ، فيجوز أن يفرض فيه [خيار]^(٩) .

(١) عبارة الأصل : أن الزوج الخيار ؛

(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل ، وزدناه من (ت ٦) .

(٣) أصلاً : أي لا يقع رجعيّاً ولا بائناً .

(٤) عبارة الأصل : اللفظ ثم إنا يقتضي لها مزيد النفوذ .

(٥) زيادة من : (ت ٦) .

(٦) في الأصل : الوكيل .

(٧) في الأصل : فوقوع .

(٨) (ت ٦) : قال .

(٩) في الأصل : خيال .

ثم ينقذ من فرض ردّه قولان : أحدهما - أن الطلاق لا مرد له ؛ فإن ارتدّ المال ، بقي الطلاق عرياناً ؛ فكان رجعيّاً ، ويجوز أن يقال : وقع الطلاق ، ولكن ارتبط بمال يقبل الرد ، وهو لم يرض بالطلاق المطلق ، فينعكس رد المال على رد الطلاق ، وليس هذا [كردّ]^(١) عوض الخلع بالعيب ؛ فإن الطلاق لزم متعلقاً بعينه ، فلم يكن له بعد لزومه مردّ ، وهذا النوع من الرد الذي نحن فيه ينعكس على أصل [الإذن]^(٢) ومن طلب أكثر من هذا في هذا المقام ، وقع في الوقف ، مع ما فيه من الفجاجة .

٨٨٩٦- وبالجمله لسنا ننكر سقوط القولين جميعاً في رد البيونة وأصل الطلاق ، ولم أر هذين القولين إلا للشيخ أبي علي ، والأصحاب في الطرق مجمعون على أن الفرقة إذا وقعت ، كانت بينونة لا خيرة في ردها ، وحكوا عن الشافعي بعد القضاء بلزوم البيونة^(٣) قولين على وجه آخر أحدهما - أن الطلاق إذا وقع بالمقدار الذي سماه الوكيل ، نفذ وتم ، والرجوع إلى مهر المثل ، فينفذ الطلاق لموجب الإطلاق ، ونقضي بفساد التسمية للإخلال بما يجب أن يُرعى في/ المال ، ونتيجة هذه الجملة ١١٤ ش الرجوع إلى مهر المثل .

والقول الثاني - أن الزوج بالخيار : إن شاء ، فسخ ورجع إلى مهر المثل ، وإن شاء ، قنع بذلك المقدار ورضي به ، وقد يكون له فيه غرض ، وقد يكون عيناً وهو يبغيه ، ولا يريد إسقاطه .

فإن قيل : فما وجه القولين ؟ قلنا : [الأوجه]^(٤) ثبوت مهر المثل ، ووجهه لائح . وأما وجه [قول]^(٥) الخيار ، فهو أننا إذا نفذنا الطلاق ، لم يمكننا أن نقطع القول بفساد المسمى ، ولم يمكننا أن نهجم على إبطال حق الزوج من المال ، فكان يتجه ما ذكرناه أن يتخير الزوج ، كما نصصنا عليه .

(١) في الأصل : الرد .

(٢) في الأصل : الأذى .

(٣) (ت ٦) : بلزوم البيونة على قولين .

(٤) في الأصل : إلا وجه ثبوت مهر المثل .

(٥) زيادة من (ت ٦) .

٨٨٩٧- ولا ينبغي للمفترع أن يذكر هذه التفاريح في غير صورة الإطلاق ؛ فإن المذهب المبتوت أن الزوج إذا عين للوكيل مقدراً وأمره بالمخالعة [به]^(١) ، فخالف وخالف بأقل منه ، فالطلاق لا يقع ؛ فلا حاجة إلى تفريع المسألة بعد الحكم بوقوع الطلاق . ولو فرّع مفرع على أن الطلاق يقع مع المخالفة لصريح^(٢) الإذن ، لَسُمِّجَت التفاريح ؛ فإن ما ذكرناه وتكلفناه إنما يُلطف [موقعه]^(٣) مع إطلاق اللفظ ، واشتماله على مقتضى العموم مع الالتفات على قاعدة الحث والبر [من وجه]^(٤) ، ومع النظر إلى اختلال المال في الأثناء من [وجه]^(٥) ، والخلع مركب من أصول متعارضة ، فجرى ترتيب عليه طلاوة [القبول]^(٦) / وإن كان التحقيق مخالفاً [له]^(٧) . فأما إذا فرض التصريح بالمخالعة^(٨) ، فتبعد تلك التفاريح .

٨٨٩٨- ومما يدور في الخلد أن الرجل إذا قال للوكيل : خالع امرأتي ، فهل نقول : مجرد ذكر المخالعة يشعر بالمال ؟ وهل يخطر لذي النظر في المغمضات [تخريج]^(٩) هذا على ما إذا قال الرجل لامرأته : « خالعتك » ، فقالت : اختلعت . ولم يُجر واحدٌ منهما للمال ذكراً ؟ ففي ثبوت المالية كلام ذكرته في أول الكتاب . يجوز أن يقال^(١٠) : التوكيل بالمخالعة بمثابة التوكيل بالبيع ، [ولو قال : بع عبدي ، كان ذلك محمولاً على البيع]^(١١) بالعوض .

(١) زيادة من : (ت ٦) .

(٢) (ت ٦) : بصريح .

(٣) في الأصل : موضعه .

(٤) في الأصل : في ذلك .

(٥) في الأصل : من وجهه .

(٦) في الأصل : والقبول .

(٧) في الأصل : لها .

(٨) أي بمقدار من المال يحده الزوج ، فهذا مفهوم مما ذكره في صدر الكلام على التفريع ، فهو في مقابلة التوكيل المطلق . هذا . وفي نسخة (ت ٦) : المخالفة .

(٩) في الأصل : تخرج .

(١٠) (ت ٦) : يجوز أن يقول الفقيه .

(١١) زيادة من (ت ٦) .

ويجوز أن يقال : ليست المخالعة كذلك ؛ فإنها كناية في وضعها ، ومن محالّ ترددها إرادة الخلع بها من غير مالٍ ، فليكن في هذا مزيد نظر ، وإذا^(١) قال الرجل للوكيل : طلق امرأتي بمالٍ ، أغنى هذا عن ذكر المخالعة ، وكان تصويراً في الإطلاق من غير تعرض لمقدارٍ في المال .

وقد انتجز بعون الله ولطفه تفریع القول في تصرف الوكيل من جهة الزوج .

٨٨٩٩- فأما تفصيل القول في تصرف الوكيل من جهة المرأة ، فنقول : لا تخلو المرأة إما أن توكل بالاختلاع مطلقاً من غير تنصيب على مقدار من المال ، وإما أن تنص على مقدار من المال ، فإن نصت على مقدارٍ من المال ، وقالت لوكيلها : اختلعي بكذا . فإن وافق/ الوكيل واختلعا بذلك المقدار ، صح ، ونفذ . وإن وقع ١١٥ ش الاختلاع بأقل من ذلك المقدار ، صح أيضاً ، وكان ذلك تناهياً في الموافقة ، وهو بمثابة ما لو قال الرجل لوكيله : اشتر لي هذا العبد بألف ، فإذا اشتراه الوكيل بخمسائة ، فقد وافق وزاد ، فالنقصان في هذا الجانب بمثابة الزيادة في ثمن المبيع من الوكيل بالبيع .

٨٩٠٠- وإن خالف الوكيل واختلعا بأكثر مما سمّت ، فهذه مخالعة متضمنها جرّ ضرار ومزيدٌ غرم ، فلا يخلو الوكيل إما أن يضيف العقد والقبول إليها ، وإما أن يطلق الاختلاع ، ولا يضيف إليها .

[فإن أضاف إليها]^(٢) وقال : اختلعتها بألفٍ من مالها أو بألفٍ عليها ، فظاهر النصوص في الكتب الجديدة والقديمة أن الطلاق يقع .

ومذهب المزنّي أن الطلاق لا يقع ، وليس يخفى اتجاه القياس فيما اختاره المزنّي ؛ فإن هذا الوكيل لم يصف الاختلاع إلى نفسه ، فينزل العقد عليه ، وإنما أضاف إليها ، وهي لم تلتزم بنفسها هذا المقدار ، ولم تأذن لوكيلها في التزامه ، فاقتضى القياس أن يكون هذا القبول لاغياً بمثابة المعلوم ، وإذا انتفى القبول - والإيجابُ يتعلق به - كان

(١) (ت ٦) : فإذا .

(٢) زيادة من : (ت ٦) .

٤٨٠ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

بمثابة ما لو قال الرجل لامرأته : أنت طالق بألف ، فسكتت ، ولم تقبل . هذا وجه ما ذكره المزني ، ولم أر أحداً من الأصحاب يرى مذهبه قولاً مخرجاً في المذهب على [اتجاهه]^(١) .

١١٦ ي

والذي أراه أن يلحق مذهبه في جميع المسائل بالمذهب / ؛ فإنه [ما انحاز]^(٢) عن الشافعي في أصل [يتعلق]^(٣) الكلام فيه بقاطع ، وإذا لم يفارق الشافعي في أصوله ، فتخريجه خارجة على قاعدة إمامه ، فإن كان لتخريج مخرج التحاق بالمذهب ، فأولاهما تخريج المزني لعلو منصبه في الفقه ، وتلقيه أصول الشافعي [من فلق فيه]^(٤) وإنما لم يلحق الأصحاب مذهبه في هذه المسألة بالمذهب ؛ لأن من صيغة تخريجه أن يقول : قياس مذهب الشافعي كذا وكذا . وإذا انفرد بمذهب ، استعمل لفظة تشعر بانحيازه ، وقد قال في هذه المسألة لما حكى جواب الشافعي : « ليس هذا عندي بشيء » ، واندفع في توجيه ما رآه بما ذكرناه .

٨٩٠١- فإن قيل : ما وجه القول المنصوص عليه ؟ قلنا : الإذن قد صدر منه على الجملة ، والوكيل جرى في أصل الاختلاع على الإذن ، وإنما خالف في العوض ، وقد تمهد في أصل الشرع أن العوض ليس ركناً في الخلع ، حتى يفسد الخلع بفساده ، [وإذا]^(٥) كانت الفرقة تقع بالمخالعة على الخمر مع القطع بأن القبول في الخمر باطل ، [وكان]^(٦) من الممكن أن يقال : إذا لم تكن الخمر مقبولة ، فإضافة القبول إليها لاغ ، [فلما]^(٧) تعلّق بقبول الخمر وقوع الطلاق شرعاً ، وليست الخمر مقبولة شرعاً ،^(٨) دل على ما ذكرناه^(٩) ، وليس الطلاق المتعلق بالقبول بمثابة الطلاق المعلق بالصفات ؛

(١) في الأصل : اتجاه .

(٢) في الأصل : فإنه إنما انجاء عن الشافعي .

(٣) في الأصل : متعلق .

(٤) زيادة من (ت ٦) .

(٥) في الأصل : وإن .

(٦) في الأصل : فكان .

(٧) في الأصل : فأما .

(٨) ما بين القوسين ساقط من (ت ٦) .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٨١

فإن الطلاق/ إذا علقه مالكة بصفة ، فلا فرق بين أن تكون تلك الصفة محظورة ديناً ، ١١٦ ش وبين أن تكون مباحة ؛ فإن تقدير وقوع الطلاق في التحقيق يرجع إلى تأقيت الطلاق ، وكأن مالك الطلاق قال عند وجود الصفة المذكورة : أنت طالق ، هذا مسلك التعليق ، فلا يختلف إذاً - على هذا - التعليق باختلاف المتعلقات .

وأما القبول ، [فالطلاق]^(١) يقع به على حكم تصحيح القبول أخذاً من أحكام المعاوضات ، فإذا وقع الطلاق بقبول الخمر ، تبين أن فساد العوض لا أثر له ، فقد قبل الوكيل عنها حقاً ، ولكن أتى وراء القبول بما هو فاسد في حكم إذنهما ، فوقع الطلاق لذلك .

هذا وجه النص والمذهب .

التفريع : ٨٩٠٢- إذا تبين أن الطلاق واقعٌ ، فالمذهب الصحيح أن المسمّى يسقط ، والرجوع إلى مهر المثل ، بناء على ما وجهنا به المذهب من القياس على فساد العوض ، وهذا من باب الفساد الراجع إلى صيغة اللفظ ، ثم موجب هذا الرجوع إلى مهر المثل .

وفي المسألة قول آخر أن على المرأة الموكلة أكثر الأمرين من المائة التي سمّتها ، ومن مهر مثلها ، [فإن كان ما سمّته أكثر من مهر مثلها ، فعليها بذل ما رضيت به ، وإن كان مهر مثلها أكثر مما سمته ، فعليها مهرٌ مثلها]^(٢) .

وحقيقة القولين لا تتبين إلا بمعاودات ومباحثات .

أما القول الذي صححناه في التفريع ، فمأخذه من إفساد التسمية ، وهذا لائح .

وأما/ القول الثاني ، فليس القائل به قاطعاً بالفساد ، ولكنه يقول : إذا سمى ١١٧ ي الوكيل مائتين وسمت المرأة مائة ، فقد أتى الوكيل بالمقدار الصحيح ، وضم إليه ما لا يصح ، وهو الزيادة ، وكأنه لا يقطع القول بالفساد .

(١) في الأصل : في الطلاق .

(٢) ما بين المعقفين زيادة من (ت ٦) .

٤٨٢ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

ومما يسوغ الاحتجاج به لهذا القول أن المبالغة في تقرير^(١) فساد التسمية توجب رفع الإذن من البين ، وهذا تورط في مذهب المزني . وإنما يتجه الحكم بوقوع الطلاق لاشتمال قول الوكيل على ما فيه بعض الموافقة . وإذا لم يقدر هذا ، كان ذلك استتصلاً للإذن ورفعاً له ، ثم هذا القائل إذا لم يجزم القول بالفساد ، كان موجب [ما يؤصله]^(٢) أن ينظر إلى ما رضيت بالتزامه ، فإن كان مثل مهر المثل أو أكثر ، ألزمت الزوج الرضا به ، وإن كان أقل من مهر المثل ، فيثبت عند ذلك للزوج حق ؛ من جهة إخلاف ظنه ، ولا معتبر ينظر إليه إلا فوات البضع وإيجاب قيمته ، وهذا إيجاب مهر المثل ، من غير فساد ولا تقدير خيار وفسخ ، ولكن يثبت للزوج حق لم نجد له مأخذاً إلا القيمة ، ووجد من المرأة التزاماً ، [فتردد]^(٣) النظر بينهما على ما حكيناه . هذا هو الممكن في توجيه هذا القول .

ش ١١٧ والقول الأسد الرجوع إلى مهر المثل / جزماً ، من غير تفصيل .

ثم سواء أوجبنا مهر المثل ، أو ألزمتنا أكثر الأمرين مما سمّت أو مهر المثل ، فليس على الوكيل غرم ، ولا ضمان ؛ فإنه أخرج نفسه من البين ، ولم يضيف الالتزام إلى نفسه [أصلاً]^(٤) .

التفريع على القولين :

٨٩٠٣- إن جزمنا^(٥) القول بثبوت مهر المثل ، فلا كلام ، ويجب تمامه ، وإن زاد على ما سماه الوكيل .

وإن فرعنا على القول الثاني وقد سمت المرأة مائة ، ومهر المثل مائة وخمسون ، وسمى الوكيل مائتين ، فالواجب مائة وخمسون ، ولو كان مهر المثل تسعين ،

(١) عبارة (ت ٦) : في تقدير فساد القيمة توجب وقع الإذن .

(٢) في الأصل : ما وصله .

(٣) في الأصل : وتردد .

(٤) زيادة من (ت ٦) .

(٥) (ت ٦) : جرينا .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٨٣

فالواجب مائة ، ولو كان مهر المثل ثلاثمائة ، فالأصح أنا^(١) نوجب المائتين ؛ فإن الزوج رضي بهما فيما سماه الوكيل ، فكما يلزم المرأة المائة وإن كان مهر المثل أقل منها لالتزامها ، فكذلك يلزم الرجل الاكتفاء بالمائتين إذا كان مهر المثل أكثر منهما ؛ لأنه رضي بهذا المقدار ، فإن^(٢) رضاه معتبر ، كما كان رضاها معتبراً . ومهر المثل دائر بينهما .

هذا تفصيل القول فيه إذا أضاف الوكيل ما ذكره من المسمى الزائد إلى التزام المرأة .

٨٩٠٤- فأما إذا لم يتعرض للإضافة إليها ، ولكن أطلق اختلاعها بالمائتين ، فالخلع نافذ ، والبينونة واقعة ؛ فإنها إذا كانت تقع والخلع مضاف إليها على خلاف إذنها ، [فلأن]^(٣) تقع والاختلاع مطلق أولى .

ثم ما الذي يجب / على الوكيل ؟ أولاً- أجمع أصحابنا على أن المرأة لا تخرج من ١١٨ ي
البين ، ولا يقال : لما خالف الوكيل مقدار ما سمته ، وأطلق القبول والالتزام ، كان هذا بمثابة ما لو اختلع بنفسه من غير توكيل . هذا لم يصبر إليه أحد من الأصحاب ، [إذا أطلق الالتزام ، ونوى الموكلة]^(٤) .

ثم فيما يجب عليها^(٥) وعليه قولان : أحدهما - أنا ننظر إلى مهر المثل ، فنوجه على المرأة إذا كان أكثر مما سمّت ، ونوجب على الوكيل تكملة المائتين . وبيان ذلك أنها سمّت مائة ، ومهر المثل مائة وخمسون ، وقد سمّى الوكيل مائتين ، فنوجب عليها مائة وخمسين ، ونوجب على الوكيل الخمسين ، تكملة المائتين . وإن كان ما سمته أكثر من مهر المثل ، بأن كان مهر المثل تسعين ، وما سمته مائة ، وما سماه الوكيل مائتان ، فعلى المرأة المائة ، وعلى الوكيل المائة الأخرى . ولو بلغ مهر مثلها

(١) عبارة (ت ٦) : فالأصح أن الزوج لا يستحق إلا المائتين ، فإنه رضي بهما فيما سماه الوكيل .

(٢) عبارة (ت ٦) : فكأن رضاه معتبر ، كما أن رضاها معتبر .

(٣) في الأصل : فلا .

(٤) زيادة من (ت ٦) .

(٥) (ت ٦) : فيما يجب عليه قولان .

٤٨٤ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

مائتين ، فكمال مهر المثل عليها [على]^(١) هذا القول .

فإذا الواجب عليها أكثر الأمرين ، فإذا لم يبق شيء إلى تمام المائتين ، فلا طلبه على الوكيل ، وإن بقي شيء ، فعلى الوكيل إتمامه .

وفي المسألة قول آخر ، وهو أقيس عند أئمة المذهب ، وذلك أنا لا نلزم المرأة إلا ما سمّت ، فلا نحط ولا نزيد ، ونوجب على الوكيل إتمام المسمى من عند نفسه .

ش ١١٨ حقيقة القولين في هذه/ الصورة تؤخذ أولاً من أن الفساد لا يتطرق إلى التسمية ؛ فإن الالتزام جرى من الوكيل مطلقاً ، [ومطلق]^(٢) الالتزام صحيح منه من غير توكيل ، وليس كما لو أضاف إليها على الخلف ؛ فإن [الإضافة]^(٣) فاسدة ، ولم يوجد منه التزام [مطلق]^(٤) ، حتى ننزل عليه .

[فإذا فهم هذا ، نقول بعده : إنا في القول الأول نقول : قد تعلق الخلع بها]^(٥) على حال ؛ إذ لو لم يتعلق بها ، [لبرئت]^(٦) بالكلية ، ولاختص الوكيل بالالتزام ، وهذا لا سبيل إليه لما بنينا المذهب عليه من أن قاعدة الخلع لا تزول بالتغاير في التسميات .

نعم ، قياس مذهب المزني]^(٧) انصراف الاختلاع عنها بالكلية إلى الوكيل ؛ فإنه ينزل الاختلاع منزلة الابتياح ؛ وإذا كان الرجل وكيلاً بابتياح عبد بمائة ، فإن أضاف

(١) زيادة من (ت ٦) .

(٢) في الأصل : ونطلق .

(٣) في الأصل : الافة .

(٤) في الأصل : منطلق .

(٥) عبارة النسختين هنا مضطربة ، فقد جاء في الأصل : فإذا فهم هذا القولين بعد أنا في القول الأول نقول وقد تعلق الخلع بها . . .

وفي (ت ٦) : فإذا فهم هذا بيان القولين بعده : أما في القول الأول : قد تعلق الخلع بها .

والمثبت تصرف من المحقق ، على ضوء السياق ، وألفاظ النسختين .

(٦) في الأصل : الترتب .

(٧) عبارة الأصل : في التسميات ، فقياس مذهب المزني .

الشراء إلى الموكل وأوقعه بمائتين ، كان الشراء باطلاً ، وإن أضافه إلى نفسه ، انصرف عن الموكل ، ووقع عن الوكيل . هذا قياس المزمي .

٨٩٠٥- وإذا فرعنا على مذهب الشافعي ، فلا بد^(١) من تعليق الخلع بالمرأة ، ثم إذا تعلق بها وقد جرى على خلاف ما رسمت ، دار الأمر عليها بين ما سمّت ، وبين مهر المثل ، فلزمها الأكثر منهما ، ثم ذكرنا في الصورة الأولى أنه إذا قَصَرَ^(٢) الأكثر عن المائتين ، فلا يجب على الوكيل شيء ، والسبب فيه/ أنه لم يلتزم ، بل أضافه ١١٩ ي [فكان]^(٣) خارجاً عن الغرم ، وقد التزم في مسألتنا ، فلزمه الوفاء بما [التزمه]^(٤) هذا بيان هذا القول .

[والأقيس]^(٥) القول الآخر ؛ فإن اعتبار مهر المثل إنما يحسن إذا كنا نشوب الخلع أثر الفساد . وهذا إنما يتجه إذا فسدت التسمية بالإضافة ، وهاهنا لم تفسد ، وإنما^(٦) جرت مطلقة ، فإن كان يتعلق بالمرأة شيء ، فلا التفات على مهر المثل ، وإنما الالتفات إلى ما التزمته ، قلّ أم^(٧) كثر ، وعلى الوكيل التّمة .

وعلى^(٨) هذا أطلق الغواصون القول بأن هذا أقيس من الأول ، ولم يعتبر أحد من الأئمة مهر المثل جزماً في هذه الصورة ، بخلاف صور الإضافة على الفساد ؛ فإن تلك الإضافة فسدت ، فكان الرجوع إلى مهر المثل في القول الصحيح ، والتسمية المطلقة صحيحة في صيغتها ؛ فلم ينقدح مهر المثل^(٩) على جزم^(٩) ، ثم سرّ المذهب في

(١) (ت ٦) : فإننا نبين تعلق الخلع بالمرأة .

(٢) قَصَرَ : من باب قتل ، تقول قصر السهم من الهدف لم يبلغه ، وقصر الطعام نقص وغلا . (المعجم والمصباح) .

(٣) في الأصل : وكان .

(٤) في الأصل : ألزمه .

(٥) في الأصل : والأتس . (وهو تحريف عجيب رسم الناسخ الكلمة مشوّهة بغير معنى) .

(٦) (ت ٦) : فإنها .

(٧) (ت ٦) : أو .

(٨) (ت ٦) : وعن هذا .

(٩) ما بين القوسين سقط من (ت ٦) .

٤٨٦ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

هذا أن المقدار الذي يلتزمه الوكيل منفرد به ، فهو مطالب به ، والزائد عليه يتخير الزوج فيه ، إن شاء طالب به المرأة ، وإن شاء طالب به الوكيل ، ثم هو يرجع به على الموكلة . هذا على المذهب المشهور في العهدة .

ش ١١٩

وإن قلنا : لا يطالب الوكيل بعهدة العقد ، فالقدر الذي يتوجه الطلبة به على المرأة لا يطالب الوكيل به إذا اعترف الزوج بكونه وكيلاً ، ولم يكن بينهم اختلاف ، وكانت^(١) هذه الصورة بمثابة ما لو بذلت المرأة مالاً ، ووكلت وكيلاً ، فقال الوكيل : إن زوجك لا يخالعك بهذا المقدار ، فلا عليك ، وأنا اختلعتك بما يطلبه ، وإن زاد على ما بذلت ، فالخلع يُقبل هذا ؛ فإن الأجنبي إذا ملك الافتداء من خالص ماله [والبضع]^(٢) يرجع عليها لا حظ للأجنبي فيه ، فيقبل التبعض على موجب الافتداء . هذا نظر الشافعي . وقد بان تحقيقه .

ثم إن حكمنا بأن المرأة تغرم الأكثر مما سمت ومن مهر المثل ، فإن زاد مهر مثلها عن المائتين ، فالزوج لا يطلبه أصلاً . وقد ذكرنا هذا في الصورة الأولى ، وهو في هذه الصورة أوضح . وأجريننا في الصورة الأولى قولاً أن مهر المثل يجب بالغاً ما بلغ ، وإن زاد على ما سماه الوكيل ، ولا شك أن ذلك القول لا يجري هاهنا ؛ فإن صورة الإضافة اتجه فيها الفساد ، وموجه الرجوع إلى مهر المثل ، ولا يتجه الفساد في هذه الصورة التي ذكرناها .

هذا تفصيل المذهب فيه إذا أضاف الوكيل العوض^(٣) إليها ، أو أطلق التزامه ، ولم يُضف ولكنه نواها^(٤) .

ي ١٢٠

٨٩٠٦- فأما إذا قصد اختلاعها من تلقاء نفسه ، أو أطلق ولم^(٥) ينوها/ ، نزل الخلع عليه وانقطعت الطلبة عن المرأة . وهذا بين لا إشكال فيه .

(١) (ت ٦) : وكان .

(٢) في الأصل : فالبضع .

(٣) (ت ٦) : العرض .

(٤) نواها : أي الإضافة .

(٥) (ت ٦) : ولم يبدها بذل .

٨٩٠٧- ولو أضاف الوكيل المال إليها ، كما قدمنا التصوير فيه ، ولكنه ضمن عنها . وإيضاح التصوير أنها إذا وكلته بأن يختلعها بمائة ، فقال الوكيل : اختلعتها بمائتين من مالها ، على أي ضامن ، فهذه الصورة ذكرها الصيدلاني ، وزعم أن حكمها حكم ما لو أطلق التسمية والالتزام ، ولم يصف إليها .

وهذه هفوة بيّنة ؛ فإن الإضافة إذا فسدت ، فالضمان لا يردّها إلى الصحة ، فيجب طرد القولين المذكورين في صورة الإضافة إليها ، حتى يتبين ما يجب .

ثم إذا استمر القولان على نحو ما جرى ذكرهما ، فهذه الصورة [التي ذكرها]^(١) تمتاز عن الأولى في حكم وهو أنا لم نلزم الوكيل في الإضافة إليها شيئاً ، وهاهنا نلزمه ما يلزمها من جهة الضمان . فإن قيل : لم لا تلزمونه التمتّة إلى المائتين ؟ قلنا : لأنه لم يصف التزام العوض إلى نفسه ، وإنما أقام نفسه كفيلاً ، والكفيل لا يستقل بنفسه في الغرم . فهذا ما يجب التنبيه له .

٨٩٠٨- وكل ما ذكرناه فيه إذا وكلت المرأة وكيلاً بالاختلاع ، وسمت مقداراً من المال ، فأما إذا أطلقت التوكيل^(٢) ، ولم تتعرض لتسمية مقدار ، فحق الوكيل إن أراد أن يجري على مرتبة الوكالة/ ألا يختلعها بأكثر من مهر المثل . فإن اختلعها بمهر المثل ١٢٠ ش أو أقلّ ، فذاك ، والخلع نافذ على الصحة . وإن اختلعها بأكثر من مهر المثل ، فالزيادة على مهر المثل كالزيادة على المقدار المسمى إذا كانت سمّت مقداراً .

ثم يختلف الأمر بأن يضيف إليها أو يطلق الالتزام . فإن أضاف إليها ، فهو كالإضافة إليها وقد كانت سمّت فزاد الوكيل . وإن أطلق ، فهو كالإطلاق في الصورة الأولى .

والجملة أن مهر المثل في صورة إطلاق التوكيل بمثابة ما لو^(٣) سمّت إذا فرض من الوكيل الزيادة عليه ، فلا فرق ، غير أن المسألة تمتاز عن المسألة بأمر يرجع إلى

(١) زيادة من (ت ٦) .

(٢) (ت ٦) : الوكيل .

(٣) (ت ٦) : بمثابة ما سمّت .

٤٨٨ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها الصورة ، وهو أنا قد نجري فيه إذا سمت شيئاً قولاً في أنه يلزمها أكثر الأمرين مما سمّت أو مهر المثل . وهذا لا يتصور جريانه في الإطلاق ؛ فإنها ما سمت شيئاً ، فلا ينتظم التردّد في حقها [بين] ^(١) شيئين ، ولكن لا يلزمها إلا مهر المثل ، والكلام في أن الوكيل هل يلتزم تمتة المسمّى يخرج على القياس المقدّم ؟ فإن أضاف الالتزام إليها ، لم يضمن شيئاً ، وإن أضاف الالتزام إلى نفسه ، فهو كما لو أضاف الالتزام إلى نفسه في صورة التسمية .

هذا منتهى القول في تصرف وكيل المرأة بالاختلاع .

ي ١٢١ وكل ما ذكرناه فيه إذا اختلع / الوكيل بجنس ما سمت - إن كانت سمت - فوافق المقدار ، أو زاد ، أو نقص .

٨٩٠٩- فأما إذا حاد الوكيل عن الجنس الذي سمت ، وذكر جنساً آخر ، وذلك بأن تسمّى دراهم ، فيختلع الوكيل على الدنانير ، قال القاضي : إن أطلق الاختلاع ، صح ، ووقع عن [الوكيل] ^(٢) ، وبطل أثر الوكالة ، وكان بمثابة ما لو اختلع أجنبيّاً [زوجة] ^(٣) إنسان بمالٍ من عند نفسه ، وهذا إذا أطلق الالتزام .

وإن أضاف الالتزام إليها ، فسد ولم يقع الطلاق ، وهذا يؤكد مذهب المزني في الصورة الأولى ؛ فإن أصل التوكيل جارٍ منها ، والفساد راجع إلى التسمية ، فإذا كان فساد التسمية في المقدار لا يمنع وقوع الطلاق ، ففساد الجنس لا يبعد ألا يؤثر ، ولم أر هذا التفصيل ^(٤) في الجنس والمقدار إلا للقاضي ، وإن أراد المريد فرقاً ، لم يعدمه على شرط أن ينطاع لتركيب ^(٥) الخلع [ولا ينبغي] ^(٦) فيه كلاماً مجرداً ، فنقول :

(١) في النسختين : من .

(٢) في الأصل : التوكيل .

(٣) في الأصل : ووجه .

(٤) (ت ٦) : الفصل .

(٥) (ت ٦) : لتركب .

(٦) في الأصل : ولا ينبغي .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٨٩

[المخالفة]^(١) في الجنس إعراضاً بالكلية عما قالت ، [والمخالفة]^(١) في المقدار [إتيان]^(٢) بما ذكرت مع مزيد ، كما تقدم .

ومما يجب تجديد العهد به التوكيل في النكاح ، فإذا وكلت المرأة في أن تزوج بمائة ، فزوّجت بخمسين ، فالذي ذهب إليه القفال أن النكاح لا ينعقد/ . وقال بعض ١٢١ ش الأصحاب : ينعقد بمهر المثل ، فإن حكمنا بأنه ينعقد ، فهذا يطابق الخلع في أصله ؛ من حيث إنه لا تندفع البيونة [بخلاف]^(٣) يجري في العوض .

وإن جرينا على طريقة القفال ، احتجنا إلى فرق بين النكاح والخلع ، والممكن فيه التعلق^(٤) بغلبة الطلاق وجريانه ، وتصحيح فاسده ، وتكميل مبعضه ، وتأيد مؤقته ، والنكاح لا يحتمل شيئاً من ذلك ؛ [فإذا]^(٥) وكل الرجل وكيلًا حتى يقبل له نكاح امرأة بألف^(٦) فقبل الوكيل النكاح بألفين ، [فاختيار]^(٧) الشيخ^(٨) أن النكاح لا ينعقد ، وقال بعض الأصحاب : ينعقد ، والرجوع إلى مهر المثل ، والحكم بالانعقاد بعيد^(٩) في هذا الطرف .

وقد انتهت المسألة نهايتها ، وبلغت مبلغاً لا مزيد عليه ، ولكن ليس من الممكن

(١) في الأصل : والمخالعة .

(٢) في الأصل : إثبات .

(٣) في الأصل : بحلا .

(٤) (ت ٦) : التعليق .

(٥) في الأصل : وإذا .

(٦) (ت ٦) : بألف درهم .

(٧) في الأصل : فاختار .

(٨) الشيخ : المراد به هنا القفال . وهو على خلاف اصطلاحه ، فحيثما قال (الشيخ) مطلقاً بغير قيد فهو يعني به الشيخ أبا علي السنجي ، والذي سوغ مخالفة هذا الإطلاق هنا هو أن القفال قد سبق له ذكر في الصورة المقابلة لهذه الصورة ، وهي : « إذا وكلت المرأة في أن تزوج بمائة فزوّجت بخمسين » ويؤيد أنه يعني بالشيخ هنا القفال ، أن السبكي في (الأشباه والنظائر) نقل هذه المسألة ، وكلام إمام الحرمين فيها بنصه ، ثم عقب قائلاً : وأظنه يعني بالشيخ - هنا - القفال ، ففي كلامه ما يشير إلى ذلك (ر . الأشباه والنظائر : ٣٦٧ / ١) .

(٩) ساقطة من (ت ٦) .

٤٩٠ ————— كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

إنهاء كل مسألة إلى حدّ يفهمه كل أحد ، ولن يحيط بمأخذ الكلام في هذه المسألة إلا درّب^(١) فقيه عالم في الفقه سديد القريحة شديد الطلب للغايات^(٢) .

فَرَجَّحَ : ٨٩١٠- إذا وكل الرجل وكيلًا حتى يخالغ زوجته بمائة ، فوكلته المرأة حتى يختلعه بمائة ، فكان وكيله ووكيلها ، فهل يصح ذلك ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لا يصح ، كما لا يصح مثله/ في البيع والإجارة ، والسبب فيه أنه إيجاب وجواب ، ولا ينتظم صدورهما عن شخص واحد ، والأب مستثنى عن هذا القياس ، كما قدمناه في كتاب النكاح .

والوجه الثاني - أنه يصح ؛ لأن الطلاق يقبل ما لا تقبله المعاوضات المحضة ، ولذلك صح فيه الخلع ، وجرت البيئونة ، ولزم العوض من غير فرض قبول إذا قال الزوج : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فجاءته^(٣) بالألف ، وقع الطلاق ، وثبت المال ، على التفاصيل المقدمة ، فإذا لم يبعد هذا ، وفيه اكتفاء بقول واحد من أحد الجانبين ، [فالإكتفاء بشخص واحد]^(٤) لا يكون بدعاً ، [فإن منعنا هذا]^(٥) ، لغا لفظ الوكيل^(٦) ، ولم يقع شيء .

وإن صححنا ، فهل يقتصر الوكيل على أحد الشقين ، أم لا بد من الإتيان باللفظين المعبرين عن الشقين ؟ فعلى وجهين ذكرناهما في الأب إذا كان يعامل ابنه الطفل ، وكان شيخنا أبو محمد يحكي في هذه المسألة مسألة عن القفال وتردداً من جوابه فيها ، وهي أن [مستحق]^(٧) الحق إذا وكل رجلاً باستيفاء حقه من إنسان ، فوكله ذلك الذي

(١) درّب : بالمهملة المفتوحة ثم مهملة مكسورة والثالث باء موحدة : ماهرٌ حاذق ، من درّب يدرّب (باب تعب) يقال : درّب على الشيء : مرّن وحذّق ، ودرّب به : اعتاده وأولع به . (المعجم والمصباح) .

(٢) عبارة (ت ٦) : إلا درّب في الفقه سديد القريحة شديد الطلب .

(٣) (ت ٦) : فإذا جاءته .

(٤) في الأصل : والاكتفاء بشرط واحد .

(٥) هذا : إشارة إلى توكيل شخص واحد في الخلع من الرجل والمرأة ، فيكون وكيلاً عنهما معاً .

(٦) عبارة الأصل : فإن معنا هذا الغا لفظ التوكيل .

(٧) في الأصل : يستحق .

كتاب الخلع / باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها ————— ٤٩١

عليه الحق بإيفاء حقه ، فانتصب وكيلاً عن الموفي والمستوفي ، فكيف سبيل هذه الوكالة ؟

لا شك أنه لا يظهر للفساد/ في هذا أثر ، ولكن لو فرض منه الاستيفاء ، ثم تلف ١٢٢ ش في يده ما قبضه ، فإن حملناه على كونه وكيلاً بالاستيفاء [فما يتلف في يد وكيل الاستيفاء]^(١) يكون من ضمان مستحق الحق ، وإن قدرناه موفياً ، فما يتلف في يد وكيل الموفي يكون من ضمان من عليه الحق .

وإذا كان موكلاً من الجانبين [وفرض]^(٢) التلف في يده ، فهو ضمان من ؟ ترددَ جوابُ القفال في ذلك ، والوجه أن نقول : إن قصد القبضَ عن جهة من وكله بالاستيفاء ، فلا شك أن ما يتلف في يده يكون من ضمان مستحق الحق . وإن لم يقصد شيئاً ، فالمسألة مترددة قريبة من تقابل الأصلين ، والعلم عند الله تعالى . وإن قصد القبض عن الموفي ، فليست المسألة خالية عن الاحتمال أيضاً والله أعلم .

* * *

(١) زيادة من (ت ٦) .

(٢) في الأصل : وفوض .

باب^(١) الخلع في المرض

قال الشافعي رضي الله عنه : « ويجوز الخلع في المرض كما يجوز البيع . . . إلى آخره »^(٢) .

٨٩١١- نجدد العهد بالنكاح في المرض ، ثم نذكر الخلع ، فالمرضى إذا نكح بقدر مهر المثل ، أو أقل ، فلا حرج عليه [ولا يحتسب ما يسوقه صداقاً من الثلث ؛ لأن ي ١٢٣ ذلك معدود]^(٣) من حاجته ، ولا مطلع على حاجته إلا من جهته ، فنكاحه بمثابة/ شرائه لذائد الأتعمة ، ولا معترض عليه في شيء من ذلك ، [وإن]^(٤) استوعب ماله بمهور الأبكار وقضاء الأوطار .

وإن نكح بأكبر من مهر المثل ، فالزيادة تبرع ، فإن كانت المرأة وارثة ، فالزيادة مردودة ، وإن كانت ذمية لا ترث هذا المسلم ، أو كانت أمة والمهر لمولاها ، فالزيادة تبرع محسوب من الثلث^(٥) .

٨٩١١/م- ولو خالع المريض زوجته ، فلا معترض عليه ، ولا مؤاخذه بمقدار بدل الخلع ، فإنه لو طلق مجاناً ، جاز فإذا طلق بمالٍ ثبت وإن قل . وهذا كما ذكرناه في مخالعة السفية زوجته ، والزوجات لا يتعلق بهن حقوق الورثة ، كأمهات الأولاد .

وقد ذكرنا طرفاً من الكلام فيه إذا أعار المريض نفسه ، وخدم غيره ، وأوضحنا كلام الأصحاب في أن بذل منافعه هل يحسب من الثلث ، أم يقال : لا يحتسب ؛ فإن

(١) (ت ٦) : فصل .

(٢) ر . المختصر : ٦٦/٤ .

(٣) ما بين المعقفين زيادة من (ت ٦) .

(٤) في الأصل : فإن .

(٥) (ت ٦) : التلف .

منافع بدنه لا تبقى لورثته ؟ وقد ذكرنا هذا ونظائره في كتاب الوصايا .

٨٩١٢- فأما المرأة إذا نكحت في مرض الموت ، نظر : فإن نكحت بمهر المثل أو أكثر ، فذاك . وإن نكحت بأقل من مهر المثل ، فإن كان الزوج حراً يرثها ، انعقد [العقد]^(١) ، وثبت مهر المثل ، ولا وصية لوارث^(٢) / .

١٢٣ ش

وإن كان الزوج عبداً فالمسامحة مع السيد ، وظاهر المذهب أن ما حابت به وصية محسوبة من الثلث .

ومن أصحابنا من قال : ليس بوصية ؛ فإن منافع بضعتها لا تبقى لورثتها ، وإنما الشرع فيما يبقى للورثة لولا التبرع .

٨٩١٣- وإن اختلعت المرأة في مرض الموت نفسها من زوجها بمهر المثل ، أو أقل ، لم يحتسب من [ثلثها]^(٣) وقال أبو حنيفة^(٤) : يحتسب ، وهذا بناء على أصله في أن البضع لا يتقوم عند الخروج من النكاح . وإن كان قد تقوّم عند الدخول في النكاح .

وأما المكاتبه إذا اختلعت أو المكاتب إذا نكح ، فينبغي ألا تُتلقَى هذه التصرفات من تصرفات المريض ؛ فإن لها مأخذاً سيأتي موضحاً في كتاب الكتابة ، إن شاء الله عز وجل .

وإن اختلعت نفسها بأكثر من مهر المثل ، فالزيادة وصية^(٥) .

(١) زيادة من (٦) .

(٢) ولا وصية لوارث : المعنى أنه لا تحسب المحاباة لزوجها الحر الذي يرثها من الثلث ، فإنه لا تجوز له الوصية . على حين لو كان الزوج عبداً ، وقبلت نكاحه بأقل من مهر المثل ، فالمحاباة في هذه الحالة للسيد ، فتحسب من الثلث ، حيث تجوز له الوصية لأنه غير وارث ، كما هو واضح من العبارة الآتية .

(٣) في الأصل : ثمنها .

(٤) ر . المبسوط : ١٩٢ / ٦ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٧٠ / ٢ مسألة : ٩٩٢ .

(٥) لأنها محاباة بغير عوض ، فعوض الخلع هنا هو مهر المثل .

فصل في

قال : « ولو كان خالعهما بعبد يساوي مائة ومهر مثلها خمسون . . . إلى آخره »^(١) .

٨٩١٤- صورة المسألة عرية عن مقصود الفقه ، ولكن في لفظها وفتوى الشافعي فيها تعقيد ، والغرض التنبيه عليه ، ووجه الجواب عنه .

والصورة مريضة اختلعت نفسها على عبد يساوي مائة ، وهو جميع مالها ، ومهر ي ١٢٤ مثلها خمسون ، فالخلع يثبت ، وقدر مهر المثل / يثبت لا محالة ، والزائد عليه وصية ، فينفذ ما يسعه الثلث ، وهو سدس العبد ، فيسلم للزوج ثلثاه : النصف بحكم الاستحقاق ، والسدس بحكم التبرع ؛ فإن السدس ثلث الباقي . غير أن الزوج بالخيار من جهة التبعض^(٢) . ثم إذا فسخ ، فالرجوع إلى مهر المثل أو إلى القيمة .

هكذا جواب المسألة . غير أن المزني نقل في جواب المسألة : « أن الزوج بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد ونصف مهر مثلها ، وإن شاء ، رده ورجع بمهر مثلها » ، وأخذ يعترض ويقول : « لا بل يستحق نصف العبد ؛ لأنه [قدر]^(٣) مهر المثل ، ويستحق من الباقي ما يحمله الثلث »^(٤) .

قال أصحابنا : ما ذكره المزني صحيح . ثم منهم من غلطه في النقل ، وقال : إنما قال الشافعي : الزوج بالخيار إن شاء أخذ ما يخصه من العبد ، وإن شاء رده ورجع بمهر المثل ، ولم يقل ونصف مهر المثل .

وهذه المسألة لا تُلْفَى منصوصة على الوجه الذي نقله المزني في شيء من كتب الشافعي . وقال بعض أصحابنا : لفظ الشافعي أن الزوج بالخيار إن شاء أخذ نصف

(١) ر . المختصر : ٦٦/٤ .

(٢) المعنى أن الزوج إذا لم يسلم له العبد كاملاً ، وتبعض بينه وبين الورثة ، كان هذا عيباً موجباً للخيار ، فإن فسخ ولم يرض بالاشتراك في ملك العبد ، فله مهر مثلها أو القيمة .

(٣) زيادة من (ت ٦) .

(٤) ر . المختصر : ٦٧ .

العبد ، ونصفه^(١) مهر المثل ، فحذف المزني الهاء ، وقال : إن شاء أخذ نصف العبد ، ونصف^(٢) مهر مثلها ، فنوّن النصف ، وحذف المزني التنوين .

ومن أصحابنا من حمل ما نقله المزني على ما إذا/ أصدقها عبداً يساوي مائة ١٢٤ ش درهم ، ثم خالعه عليه قبل الدخول ، فعاد النصف إليه بحكم الطلاق قبل الدخول ، فله الخيار بين أن يأخذ النصف [الباقى مع نصف مهر المثل ، لأجل النصف]^(٣) المستحق له بالطلاق ، وبين أن يردّه ويرجع بمهر المثل . وهذا منتظم ، ولكن لا فائدة في قوله : ومهر مثلها خمسون . فهذا منتهى القول في ذلك والله أعلم .

* * *

(١) (ت ٦) : ونصف .

(٢) (ت ٦) : ونصفه .

(٣) ما بين المعقفين زيادة من : (ت ٦) .

باب خلع المشركين

حكم خلع المشركين حكمُ أنكحتهم وما يبدلون من الأبدال ، كما يبدلون منها في الصداق وقد مضى القول مفصلاً فيما يقبض في الشرك ، وفيما يقبض في الإسلام ، فلا معنى لإعادة [ما مضى مقررًا]^(١) ، ثم يذكر الأصحاب مسائل خالف أبو حنيفة فيها ، ونحن نذكرها ونبين مذهبنا فيها .

قَرِيعٌ : ٨٩١٥- إذا اختلعت قبل قبض المهر على عين أو دين ، لم يسقط مهرها عن ذمة الزوج عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) ، فإنه قال : المخالعة توجب براءة ذمة الزوج عن مهر المرأة قبل المسيس وبعده ، وإن لم يجز للمهر ذكر ، وهذا أخذه من لفظ الخلع والاختلاع ، وهو وسوسة لا حاصل وراءها .

قَرِيعٌ : ٨٩١٦- إذا خالع امرأته على خمر أو خنزير ، فالخلع فاسد ، وعليها مهر ي ١٢٥ المثل ، على الرأي/ الظاهر ؛ فإن الخمر والخنزير يعسر تقويمها . وقال أبو حنيفة^(٣) : [يقع]^(٤) الطلاق ، ولا شيء عليها ، وإن كان العوض يثبت لو كان صحيحاً وهذا بناءه على أصله في أن البضع لا يتقوّم في الخروج من النكاح ، والرجوع إلى مهر المثل تقويم للبضع .

قَرِيعٌ : ٨٩١٧- إذا خالع على مال مؤجل على الحصاد والدياس ، فسد العوض ، والرجوع إلى مهر المثل ، وعند أبي حنيفة^(٥) يصح ، ويتعجل المال ويفسد الأجل .

(١) في الأصل : وما مضى مفرداً ، وفي (ت ٦) : ما مقررًا . والمثبت تصرف من المحقق ، فهو اختيار من النسختين .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ١٩١ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٦٦/٢ مسألة : ٩٨٣ .

(٣) ر . المبسوط : ١٩١/٦ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٧٠/٢ مسألة : ٩٩١ .

(٤) زيادة من (ت ٦) .

(٥) ر . المبسوط : ١٩١/٦ .

قَبْلُ : ٨٩١٨- إذا خالعهما على ما في كفها ، فسد العوض ، والرجوع إلى مهر المثل ، وقال أبو حنيفة^(١) : إذا أصاب في كفها شيئاً ، فهو العوض ، فإن لم يصب ، فله ثلاثة دراهم . وما ذكرناه تفريع على الرأي الظاهر في أن بيع الغائب لا يصح على هذه الصفة .

قَبْلُ : ٨٩١٩- إذا قالت : أبرأتك عن مهري بشرط أن تطلقني ، فقال الزوج : أنت طالق ، فالبراءة لا تصح ؛ فإنها معلقة والتعليق يفسدها ، ثم طلاق الزوج جرى مطلقاً من غير تعليق ، ولو قال الزوج : إن أبرأتني ، فأنت طالق ، فقالت : أبرأتك ، فالطلاق بائن ، فإن التعليق من جهته غير ممتنع ، وهو بمثابة ما لو قال : أنت طالق إن ضمنت لي ألفاً ، ولو قال الزوج : طلقتك فأبرئني ، وقع الطلاق ، ولا يلزمها الإبراء ؛ لأنه نَجَزَ الطلاق ، واستدعى الإبراء .

وفي كتاب الخلع/ فروع ممتزجة بقواعد الطلاق ، رأينا تأخيرها إلى آخر الطلاق ١٢٥ ش والله المعين .

* * *

قائمة ببعض الألفاظ التي تعذر قراءتها

أملاً أن ينكشف وجهها لبعض الباحثين

أصل الحباب فان عيناها موشا السبي وهذا هو الذي كتبه في كتابه في الإله
بشيء يحيل العيون والأي لا يلزمها اجابته فانه لا يجد بدا من هذا السماع
في سبي التحيل ويعلم لها وقد لا رضى الماء به فان لم نرجب اجابته الى الجنب

صفحة ٦٠ الحاشية (٢)

وقيل السند فمقتضى فرضه من ثم اذا لخصت السموات وبساتينها بالسموات بالسموات
الامر الى الوجود وقيل للذكر والسموات من السموات والسموات من السموات
للم والسموات من ثم قال على الان يفتون بالادب للوفات يفتون عن الميراث

صفحة ١٤٩ الحاشية (٢)

حده في العبد القام وهذا القول يعرف بقول الحصر والعول السواء من سموات السموات
الباقى ويرى فيه الخلق فيشيع ما اخرجته وما النفس تحصل الان في سموات السموات
وقد قالوا في سموات السموات في سموات السموات في سموات السموات

صفحة ١٥٨ الحاشية (٢)

ان سأل الله عز وجل وخونا رسول العالم للنفس في سموات السموات في سموات السموات
الصايل في رعايه الدريج وما به في ارضه لا يدفع الا بها الى طوبه فيقول
دفعه الى ما ينفعه في سموات السموات في سموات السموات في سموات السموات

صفحة ٢٧٧ الحاشية (٥)

فصل في الفرائض إذا ارادوا به لك ما يعي قولان في ان الصكم من الولي
او هو وكيل من الزوجين هذا القولين انما وكيلان لا يندران امر الاله
الزوجين فالكدي هو من جات الزوج وكيله لا يطلق ولا الخالع ولا يندران
اذن الزوج والذي من جات المراه كفت علم المراه بشي من مالها الا باذنها وهذا
التقليد وهو اختيار المراه وهذه ان القلاق للرجال ولا يعاون به صرف مته
دوم الزوج الا في حق الولي كما سقا فان شاء الله تعالى وهو في حكم المراه

صفحة ٢٨٢ الحاشية (٧)

في امرها كما سذكر ذلك في صدر كتاب الخلع ان شاء الله عز وجل ويقوي التمسك
بتلك اللفظ في سعي الطلاق حكما وفي الخلع الذي بشرنا اليه والله اعلم
ومما يجب النظر فيه ان الحكمش ينبغي ان يكونا على عقل وذراية واستقلال

صفحة ٢٨٦ الحاشية (١)

لتصرف فيه قال لا يمه هذا يخرج حبس الزوجين المذخورين
٢٠٢ اقراران المرعي في لفظ الأمان به مثل المرعي في صبح العرق

صفحة ٣٨٠ الحاشية (١)

فما في لائق لا يعرف للعارف لخال الجاهل بالالف
فما في لائق لا يعرف للعارف لخال الجاهل بالالف
فما في لائق لا يعرف للعارف لخال الجاهل بالالف
فما في لائق لا يعرف للعارف لخال الجاهل بالالف

صفحة ٣٥٦ الحاشية (٢)

سخطت به على ما ذكرناه من حكاية وقصدها آخره وهذا وإن فيه
نقصاً للتحاليل فليشربنا في المشايخ فقه فلا يعجزوا وحقير
أصحابنا الرجوع إلى المشايخ في جميع هذه المسائل وهذا هو القياس

صفحة ٣٦٠ الحاشية (٣)

أصول المذهب وأتالم ذكره وأنا استوقرت من قبل المذهب
وأخرت ذكره حتى لا يعجز من المذهب وقد اجتمعوا هذا
الأصل العظيم من الخلق مشتملاً على البيان منها على

صفحة ٤٠٨ الحاشية (١)

أصول المذهب وأتالم ذكره وأنا استوقرت من قبل المذهب
وأخرت ذكره حتى لا يعجز من المذهب وقد اجتمعوا هذا
الأصل العظيم من الخلق مشتملاً على البيان منها على

صفحة ٤٢٦ الحاشية (١)

* * *

مُحتَوَى الكِتَابِ

المحتوى	الصفحة
كتاب الصداق	٥
الأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع	٥
الصداق لم يثبت على قياس الأعواض	٥
الصداق عوض في النكاح، ولكنه ليس ركنًا، ولا يفسد النكاح بفساد الصداق	
على المذهب الصحيح، خلافاً لمالك	٥
إذا زوج وليته إجباراً بدون مهر مثلها، فقولان، أصحهما صحة النكاح وثبوت مهر المثل	٦
الصداق لا يتقدر شرعاً عند الشافعي، فكل ما جاز أن يكون ثمنًا أو أجره جاز	
أن يكون صداقاً، والمعتبر في هذا أن يكون الصداق متمولاً	٨
وذهب أبو حنيفة، ومالك وطوائف من العلماء إلى تقدير الصداق بنصاب السرقة	٨
استحب الشافعي - خروجاً من الخلاف - ألا ينقص الصداق عن عشرة دراهم	٨
أثران في المهور، والإمام يستنبط فقههما	٩
باب الجعل والإجارة	١٠
مقصود الباب الكلام على المنافع التي يجوز إثباتها صداقاً	١٠
والقول الجامع فيها: إن كل منفعة يجوز الاستئجار عليها، يجوز فرضها على	
الجملة صداقاً	١٠
المنافع التي يجوز الاستئجار عليها سبق تأصيلها في كتاب الإجارة والإمام	
يفصل هنا القول في عدة مسائل فيما يجوز استئجاره وما لا يجوز	١٠

- العبادات البدنية المفتقرة للنية إذا كانت النية لا تتطرق إليها، فلا يتصور الاستتجار عليها، والعبادات البدنية التي تجري النية فيها - وهي الحج لا غير - يجوز الاستتجار عليها ١٠
- القول في الأعمال التي لا تقع قربة، ولكنها تتعلق بأمور في المعاش ومطرد العادات ١١
- تفصيل القول فيما يقع قربة من الأعمال وإن لم نشترط فيه النية ١١
- القول في الاستتجار على الأعمال التي تقع فرضاً على الكفاية، وهي على قسمين الأول: ما يخاطب به المرء في ذاته إن اقتدر عليه، فإن عجز عنه وجب على الغير كفايته: كحفر القبور، ودفن الموتى، وحمل الجناز، وتعليم القرآن ... ١١
- الثاني: ما لا يخاطب به المرء على الخصوص في نفسه وإنما يثبت شائعاً: كالجهاد ١٢
- القول في الاستتجار على الأعمال التي تقع قربة، وتكون شعاراً في الدين، لا فرضاً ١٢
- الأذان، وفي جواز الاستتجار عليه ثلاثة أوجه ١٢
- القول في الاستتجار على التدريس وتعليم العلم ١٣
- الاستتجار على الإمامة في الصلاة ١٥
- الاستتجار على تعليم القرآن ١٦
- كل ما ذكر في الاستتجار على تعليم القرآن يجري حرفاً حرفاً في الصداق، والإمام يردُّ الصور إلى الصداق ١٨
- فرع: إذا أسلمت امرأة، فتزوجها رجل، وتعين عليها تعلم الفاتحة، ولا معلم بالحضرة غير الزوج، فلو أصدقها تعلم الفاتحة، صح على المذهب الأصح .. ٢١
- فرع: في المسلم إذا تزوج كافرة على أن يعلمها شيئاً من القرآن ٢٢
- فرع: أصدق المرأة تعليم القرآن، فما الحد المعتبر الذي يخرج به عن العهدة؟ .. ٢٢
- فرع: الحكم إذا أصدقها تعليم الفحش من الأشعار ٢٤
- الحكم لو أصدق الذمي الذمية تعليم التوراة والإنجيل ٢٤

- ٢٤ القول في الاستتجار على رد الآبق وجعله صداقاً
- ٢٤ القول في جعل خياطة الثوب صداقاً
- القول في توفية المسميات السابقة - تعليم القرآن، رد الآبق، خياطة الثوب -
- ٢٤ على الكمال، مع فرض الطلاق قبل الميسس
- ٢٤ القول في طريان الطلاق قبل توفية المسميات السابقة
- ٢٥ مباحثة تتعلق بتقدير التعذر في التبعض
- ٢٨ باب صداق ما يزيد وينقص
- مذهب الشافعي ومعظم العلماء أن النكاح إذا انعقد مشتملاً على مسمى صحيح
- فإن المرأة تملك جميع الصداق، فلا يتوقف ملكها جميع الصداق على
- ٢٨ الدخول، خلافاً لمالك
- ٢٨ لو فرض الطلاق قبل الدخول، تشطر المهر من وقت الطلاق
- القول في ضمان الصداق: في المذهب قولان منصوصان: أحدهما أن الصداق
- ٢٨ يضمن ضمان العقد (الأعواض)، والثاني: أنه يضمن ضمان اليد
- ٢٩ توجيه القولين
- ٣٠ التفريع على القولين
- لو فرعنا على أن الصداق مضمون ضمان اليد، فتلف، وكان من ذوات القيم،
- ٣٠ ففي كيفية اعتبار القيمة قولان
- ٣٢ ما فرعه الأصحاب من مسائل على هذين القولين
- ٣٣ إذا أصدق امرأته عبداً عينه، فخرج مستحقاً مغضوباً، ففيما يجب مهراً قولان
- ٣٤ الحكم في المسألة إن خرج العبد المعين حراً
- القول في حكم مخالفة اللفظ الإشارة: لو قال «أصدقتك هذا العصير» فتبين أنه
- ٣٥ خمر، أو قال: «أصدقتك هذه النعجة» فإذا هي خنزير
- ٣٨ فصل: فيما يلحق الصداق في يد الزوج من ضروب التغيرات
- الصداق لا يخلو: إما أن يبقى على صفته حتى يسلمه إليها، فإن سلمه فقد
- ٣٨ تخلص من العهدة

- ٣٨ وإما أن يتغير، فلا يخلو: إما أن يتغير مع بقاء العين، أو يتغير بالتلف
- ٣٨ القول في تغير الصداق مع بقاء العين
- ٤١ القول في تغير الصداق بالتلف
- ٤٣ القول إن كان الصداق ديناً وليس عيناً
- ٤٣ فصل: في حكم الصداق إذا وقع الطلاق قبل الميسيس
- إن طلقها قبل الميسيس، وكان الصداق عيناً، فالأصح أن نفس الطلاق يُشطرّ
- الصداق، فيرجع نصفه إلى ملك الزوج، وفي المسألة وجه آخر مشهور أنه
- ٤٣ لا يرجع النصف إلى الزوج ما لم يختَر تملكه
- ٤٤ التفريع على الوجهين
- ٤٧ الإمام يذكر لفظة ذكرها الشافعي في فصول (السواد) أشكلت على المرازمة
- عود إلى التفريع على ظاهر المذهب وهو أن الطلاق يُشطر بنفسه، وتفصيل
- ٤٨ القول فيما يلحق الصداق من تغيير وكيفية التشطير
- ٤٨ تفصيل القول إذا تغير الصداق بالزيادة
- ٥٣ تفصيل القول إذا تغير الصداق بالنقصان
- ٥٥ القول فيه إذا تغير بما يكون زيادة من وجه، ونقصاناً من وجه
- ٥٦ فإن طلقها قبل الميسيس وكان الصداق ديناً
- فرع: أصدق الرجل امرأته جارية، فبقيت في يد الزوج، وعلقت بولد حادث،
- ٥٧ وولدت، ثم ماتت الجارية قبل القبض، وطلق المرأة قبل الميسيس
- فرع: أصدق امرأته جاريةً حبلى، ثم ولدت، وطلق امرأته قبل الميسيس،
- ٥٧ ورضيت برد عين الصداق، فهل للزوج حظ في الولد؟
- ٥٨ فصل: فيما لو أصدق امرأته نخيلاً، فأطلعت، ثم طلقها قبل الميسيس
- ٦٥ فصل: قال الشافعي: «وكذلك الأرض تزرعها، أو تغرسها، أو تحرثها...»
- الإمام يأخذ على المزني ما ظنّه من أن الشافعي يجري هذه الأمور مجرى الطلع
- ٦٥ في كل تفصيل، وهذا خطأ، والإمام يبين وجه ما ذكره الشافعي

- الإمام يعلق على ما حصل بأن في نظم كلام الشافعي تعقيداً لا يطلع عليه إلا من
 ٦٥ جمع إلى فهمه أوفر حظ من اللغة
- ٦٥ تفصيل القول في تشطير الصداق لو كان أرضاً فزرعت، أو غرست، أو حرثت ..
- ٦٧ فصل: أصدقها جارية فولدت، أو شاةً فتتجت
- فصل: فيما لو أصدقها نخلة فجعل على رطبها صقراً، والتفصيل في انتهاء
 ٧١ التغير إلى التعيب، وفي نقيض ذلك
- ٧٤ فصل: وكل ما أصيب في يده بفعله، أو فعل غيره فهو كالغاصب
- وقد استثنى الشافعي مسألة وهي إذا كان الصداق أمةً، فوطئها وادعى الجهالة
 ٧٤ لظنه أن زوجته لا تملك قبل الدخول إلا النصف
- ٧٥ فصل: فيما لو كان الصداق شقصاً من دار فيه الشفعة
- ٧٦ فصل: فيما لو جمع في العقد بين النكاح والبيع
- ٧٧ فصل: فيما لو كان الصداق عبداً، فدبرته، وطلقها الزوج قبل المسيس
- ٨١ فصل: في مهر السر ومهر العلانية
- توطأ على مقدار من المهر سرّاً، واتفقا على أن يُظهرا في العلانية أكثر، فهل
 ٨١ الاعتبار بمهر السر، أم بمهر العلانية؟
- فصل: فيما لو عقد عليها يوم الخميس بعشرين، وعقد مرة أخرى يوم الجمعة
 ٨٢ بثلاثين، فما الذي يثبت من الصداق؟
- ٨٤ فصل: الحكم لو نكح نسوة في عقد واحد، وأصدقهن مالاً واحداً
- نظائر للمسألة السابقة في الخلع، والبيع والكتابة، وقد اختلفت نصوص
 الشافعي في هذه المسائل المتناظرة، والإمام ينقل هذه النصوص، وطرق
 ٨٤ الأصحاب فيها
- ٨٧ فصل: يتعلق بما يدفعه الأب صداقاً لنكاح ابنه الطفل
- ٨٧ القول لو أصدق الأب زوجة ابنه الطفل من مال نفسه
- ٨٨ مسألة عدّها الأصحاب من اللغز والمغالطة
- ٩٠ لو أصدقها الأب من مال الابن

٩١	الحكم لو ذكر في قبول النكاح لابنه ديناً مطلقاً
	البت إذا خطبها كفٌ وغلب على الظن ظهور الغبطة بتزويجها، فهل يجب
٩٤	على الأب أن يزوجه أم لا؟
٩٤	تمهيد الجواب بتقديم أصل يتعلق بأقسام تصرفات الأب في حال الطفل
٩٦	عود إلى المسألة
٩٨	باب التفويض
٩٨	تصدير الباب بتصوير التفويض
	في المذهب طريقتان فيما تستحقه المفوضة بنفس العقد، والإمام يفرع المسائل
١٠٠	عليهما، مع تفصيل القول فيما تستحقه بالمسيس
١٠٥	ما تستحقه المفوضة بالموت
١٠٦	عود من الإمام لترتيب المذهب في المسائل السابقة
١١٠	القول في طلب الفرض
١١٣	فصل: في الفرض، ومعناه، وما يتعلق به من التفاصيل
١١٥	الحكم إذا أراد الزوج أن يفرض لها من غير من أن تطلب الفرض
١١٦	الحكم لو أسقطت المرأة حقها من طلب الفرض
١١٧	القول في تأجيل المفروض
١١٩	القول في فرض القاضي
١٢٠	فرع: في حكم الفرض من الأجنبي
١٢١	فصل: في التفويض الفاسد
١٢٤	باب تفسير مهر المثل
١٢٤	بيان مهر المثل، والطرق التي توصل إلى معرفته
١٢٨	باب الاختلاف في المهر
١٢٨	القول في التحالف عند اختلاف الزوجين في المقدار المسمى في النكاح
١٢٩	صورة في الاختلاف ذكرها الأصحاب والإمام يذكر ما فيها

- فصل: في اختلاف الزوج مع أبي الصبية البكر ١٣٠
هل يحلف الأب عن طفله المولي عليه فيما يتعلق بتصرف الولاية؟ وجهان
والتفريع عليهما ١٣١
- القول في التحالف لو مات الزوج والزوجة، ووقع الاختلاف بين ورثتهما ١٣٤
- عود إلى الكلام على نص الشافعي في السواد ١٣٥
- فصل: الحكم لو اختلف الزوجان في أصل القبض ١٣٦
هل يقبض الأب مهر ابنته؟ ١٣٦
- فصل: يجمع قواعد في تداعي الزوجين واختلافهما ١٣٧
- باب الشرط في المهر ١٤٢
- نقل المزني عن الشافعي مسألتين متشاكلتين في الصورة، وأجاب فيهما
بجوابين مختلفين ١٤٢
- اختلف الأصحاب مذهباً، والإمام ينقل اختلافهم ١٤٢
- مناقشة الإمام لما نقله المزني ١٤٣
- فصل: في الشرائط التي لا تفسد النكاح، ولكنها تفسد الصداق ١٤٥
- فصل: في شرط الخيار في الصداق ١٤٧
- مسألة: في ضمان الأب - أو أجنبي - النفقة في أيام معدودة في الاستقبال،
والقول في المسألة يتعلق بالخلاف في ضمان ما لم يجب بعد، ووجد سبب
وجوبه ١٤٨
- باب عفو المهر ١٤٩
- اختلف القول عن الشافعي في الذي بيده عقدة النكاح في قوله تعالى ﴿أَوْ يَفْضَحُوا﴾
الَّذِي يَبْدُوهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ١٤٩
- ثمرة هذا الاختلاف تظهر في مسألة وهي: هل يملك الولي الإبراء عن صداق
وليته؟ ١٥٠
- فصل: وأي الزوجين عفا عما في يده فله الرجوع ١٥٣
- الهبه في الأعيان هل تصح بلفظ العفو؟ ١٥٣

- إن لم يكن العفو والإبراء من ألفاظ الهبات في الأعيان، فهل يلتحقان
 بالكنايات؟ ١٥٤
- فصل: ولو وهبت له صداقها - وكان عيناً - ثم طلقها قبل الميسر ففي رجوعه
 عليها بنصف قيمة الصداق قولان ١٥٤
- فإن كان الصداق ديناً، فأبرأت الزوج، ثم طلقها قبل الميسر، ففي المسألة
 طريقان ١٥٦
- فإن كان الصداق ديناً، ووفاه الزوج، ثم لما قبضت، وهبت صداقها، ففي
 المسألة طريقان ١٥٧
- فإن كان الصداق عيناً، فوهبت الزوج نصف الصداق، ثم طلقها قبل الميسر،
 فالمسألة تترتب على ما إذا عاد جميع الصداق إليه، ثم طلقها ١٥٧
- فإن قلنا: إذا رجع الجميع إليه، فإنه يرجع عليها بنصف القيمة، فهاهنا ثبت له
 حق الرجوع في النصف، وفي كيفية الرجوع أقوال ١٥٧
- قول الحصر - قول الشيوع ١٥٨
- وإن قلنا: إذا رجع الجميع إليه لم يرجع عليها بشيء، فهاهنا جوابان ١٥٩
- مباحثة من الإمام في المسألة ١٦٠
- فصل: مضمونه القول فيما لو خالعت المرأة زوجها بشيء مما عليه من المهر .. ١٦٤
- فصل: في حكم الإبراء عن المهر في نكاح التفويض ١٦٨
- باب الحكم في الدخول وإغلاق الباب وإرخاء الستر ١٧٢
- للمرأة حبس نفسها عن زوجها حتى يتوفر الصداق عليها كمالاً ١٧٢
- وفي البداية بالتسليم - إذا تنازع الزوجان - ثلاثة أقوال ١٧٢
- إذا ساق الزوج الصداق، فعليها التسليم، فإذا استمهلته، أمهلته ريثما تستعد ١٧٤
- المدة التي تمهل إليها، ثم بيان معنى الاستعداد ١٧٤
- الصغيرة، والمریضة مرضاً يضربها الوقاع ضرراً بيناً لا تسلم إلى زوجها ١٧٥
- فإن كانت حائضاً، وجب تسليمها ١٧٥
- الفرق بين الحائض والمریضة في هذا الباب ١٧٦

- إن مكنت المرأة قبل أن يتوفر عليها صداقها كاملاً، فأتاها زوجها، ثم أرادت -
 بعد تلك الوطأة - أن تمتنع ليتوفر صداقها، لم يكن لها ذلك خلافاً لأبي حنيفة ١٧٦
 والحكم لو وطئها زوجها قهراً من غير مطاوعة منها ١٧٦
 ذكر الشافعي في هذا الباب فصلين من كتابين، أحدهما في النفقة ويأتي على
 الاستقصاء في كتاب النفقات، والآخر في الإفضاء ويأتي في كتاب الديات .. ١٧٧
 فصل: في الخلوة، وهل تقرر الصداق من غير مسيس؟ وهل توجب العدة؟ ... ١٧٨

باب المتعة

- ١٨٠
 تفسيرها، والأصل فيها ١٨٠
 الكلام في المتعة يقع في ثلاثة فصول ١٨٠
 الفصل الأول: تفصيل المطلقات؛ وهن ثلاثة أقسام ١٨٠
 الفصل الثاني: ما يوجب المتعة، وما لا يوجبها من أقسام الفرق ١٨١
 الفصل الثالث: في قدر المتعة ١٨٤

باب الوليمة والنثر

- ١٨٧
 المأدبة التي ينطلق عليها اسم الوليمة ١٨٧
 الأصل في وليمة العرس من السنة ١٨٧
 هل وليمة العرس واجبة؟ ١٨٨
 وما حكم إجابتها؟ ١٨٨
 تفصيل القول في الدعوة والإجابة ١٨٩
 حكم الإجابة لو كان المدعو صائماً ١٨٩
 الحكم لو كان في مكان الدعوة منكرات، كالمعازف ١٩٠
 الحكم لو كان في مكان الدعوة صور ١٩٠
 القول في الصور، ما يحرم منها، وما يباح ١٩٠
 فصل: في نثر السكر واللوز والجوز في العرس ١٩٢
 حكم النثر، وحكم الالتقاط ١٩٢
 فصل: في أحكام الضيافة وما يتعلق بها ١٩٤

- الضيف هل يملك ما يأكله ؟ ١٩٤
- إذا دُعي جمعٌ، فهل يسقط الفرض بإجابة بعضهم ؟ ١٩٥
- حكم التطفل ١٩٥
- فرع: في إصداق العبد رقبة نفسه ١٩٦
- الحكم إذا قال السيد لعبده: انكح فلانة الحرة وأجعل رقبتي صداقها ١٩٦
- والحكم لو أذن لعبده في أن ينكح أمة الغير، ويجعل رقبته صداقها ١٩٧
- فرع: في إصداق الذمي امرأته خمرأ استحالت في يدها خلاً بعد أن أسلما، فلو وقع الطلاق قبل الميسيس، فهل يرجع عليها بشيء؟ ١٩٩
- والقول في المسألة لو كان الصداق جلد ميتة، فدبغ ٢٠٠
- فرع: إذا أصدق امرأته حلياً، فكسرتة، ثم أعادت صيغته، ثم طلقها قبل الميسيس ٢٠١
- أجرى الشيخ أبو علي في أثناء المسألة كلاماً لا يختص بفرض الصداق ٢٠٢
- فرع: إذا أصدق امرأته عبداً، فرهنته، ثم طلقها قبل الميسيس والعبد مرهون ... ٢٠٣
- ومما يتعلق بهذه المسألة، لو أجرت العبد المصدق مدة، وطلقها الزوج، والعبد في بقية المدة ٢٠٤
- ومما يتعلق بها أيضاً لو باعت المرأة العبد المصدق قبل الطلاق، ورجع إلى ملكها، ثم طلقها قبل الميسيس ٢٠٥
- فرع: ذكر الشيخ أبو علي في أثناء كلامه فصلاً مستفادة يتعلق بعضها بالصداق، ولا يتعلق بعضها به، والإمام يأتي بفوائد منها ٢٠٧
- فرع: يتعلق بالصيد والإحرام ٢٠٨
- تجديد عهد ببعض ما سبق في المناسك ٢٠٨
- عود إلى فرع ابن الحداد والكلام فيه على صورتين ٢٠٩
- لو اجتمع حق الله تعالى، وحق الآدمي في أمر مالي، فكيف الوجه فيه ؟ ٢١١
- فرع: يتعلق بضمان الأب مهر زوجة الابن ٢١٢

٢١٣	فرع: مشتمل على مسألة دائرة فقهية سبقت، والإمام يعيدها لدقيقة مستفادة . . .
٢١٤	مسألة الرؤيا
٢١٦	فرع: يشتمل على مُعادٍ وزوائد مستفادة
٢١٨	فصل: إذا زوج أمته بصدّاق معلوم، ثم باعها أو أعتقها
٢١٩	فرع: في التحالف عند اختلاف الزوجين في الصداق في صورة ذكرها ابن الحداد
٢٢١	فرع: ذكره صاحب التقريب يتعلق برد الصداق بالعيب
٢٢٢	فرع: آخر ذكره صاحب التقريب
٢٢٢	فرع: ذكره بعض المصنفين يتعلق بصحة النكاح إذا جمع بين نكاح وبيع في صفقة واحدة

كتاب القسم والنشور

٢٢٥	الكلام على قوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وتفسير الشافعي
٢٢٥	للمعروف المذكور في الآية
٢٢٦	من حقوق المرأة على الرجل القسم، وهذا الكتاب بأبوابه معقود له
٢٢٦	القول في حكم المبيت إذا كان الرجل ذا زوجة واحدة
٢٢٧	حكم المبيت إذا جمع الرجل بين نسوة، أو امرأتين
٢٢٧	الأمر بالتسوية في المبيت يتعلق بالأفعال، لا بالقلوب، والدليل على ذلك من الكتاب، والسنة
٢٢٩	فصل: وعماد القسم الليل
٢٣٠	فصل: في القسم بين الكتابية والمسلمة، والحرّة والأمة
٢٣٠	الكتابية والمسلمة في القسم متساويتان
٢٣٠	والقسم بين الحرّة والأمة على التفاضل عندنا، وعند أبي حنيفة، خلافاً لمالك
٢٣١	معتمدنا في التفاضل
٢٣١	فإذا فرض طريان العتق على الأمة، ففي المسألة تفصيل:
٢٣١	القول في طريان العتق على الأمة إذا كانت البداية بالحرّة في أول النوب
٢٣٤	القول في المسألة إذا كانت البداية بالأمة

٢٣٥	القول في إسقاط الأمة حقها في القسم
٢٣٦	فصل: في هبة المرأة نوبتها
٢٣٦	هبة المرأة نوبتها لها ثلاث صيغ:
٢٣٦	الصيغة الأولى: أن تعين واحدة من ضرراتها
٢٣٨	الصيغة الثانية: أن تطلق الهبة ولا تعين واحدة، ولا تضيفها لمشئة الزوج
٢٣٨	الصيغة الثالثة: أن تجعل الهبة منوطة بمشئة الزوج يخصص بها من يشاء
٢٣٩	الاعتياض عن حق القسم غير جائز
٢٤٠	فصل: يشتمل على مقصودين:
٢٤٠	أحدهما في توضيح ما سبق ذكره من أن عماد القسم الليل
٢٤٢	هل يتعلق حق القسم بالنهار؟
٢٤٣	المقصود الثاني من الفصل: الكلام فيه إذا جامع واحدة في ليلة غيرها
٢٤٤	فصل: في أقل نوب القسم، وأكثره
٢٤٦	هل وطء زوجة في نوبة أخرى حرام؟
٢٤٧	أجمع الأصحاب على أن التسوية بين الزوجات في الجماع لا تجب
٢٤٧	فصل: معقود في ظلم الزوج بعض نسائه بالقسم وإقامته عند صواحباتها
	من ظلم واحدة من نسائه، فبات عند ضرراتها، ولم يبت عندها يلزمه القضاء
٢٤٧	للمظلومة
٢٤٨	صورة لمسألة في الظلم والكلام على القضاء فيها
٢٥٠	الحكم لو طلق المظلومة، ثم راجعها
٢٥١	فصل: في ثبوت حق القسم، وإن كان بالزوجة، مانع طبيعي أو شرعي من الوقاع
٢٥١	الحكم لو كان الزوج يسكن منزلاً ويدعوهم في نوبهن
٢٥١	والحكم لو كان يساكن واحدة منهن، ويدعو إلى دارها ضرراتها
٢٥٢	والحكم لو كان يدعو بعضهن، ويصير إلى بعضهن في منزلها
٢٥٢	إذا سافرت الزوجة، فهل يسقط حقها في القسم؟
٢٥٣	هل يسقط حق القسم بجنون الزوج؟

- ٢٥٥ القول لو كان يجن يوماً، ويفيق يوماً
- ٢٥٦ القول لو كان الزوج محجوراً سفيهاً
- القول إذا تبعض على صاحبة النوبة حقها، بأن خرج الزوج في بقية الليل مختاراً
- ٢٥٦ أو مكرهاً
- ٢٥٧ ليس للإماء قسم، ولا للمستولدات
- ٢٥٧ للزوج أن يلزم المرأة لزوم البيت ويمنعها من الخروج
- الكلام على قول الشافعي: «وله منعها من شهود جنازة أمها وأبيها، وما أحب
- ٢٥٧ ذلك»
- ٢٥٨ الإمام يوضح المراد من قول الشافعي «وما أحب ذلك»
- ٢٥٩ باب الحال التي يختلف فيها حال النساء
- ٢٥٩ القول في حق البكر، أو الثيب من القسم
- تخص البكر بسبع ليال، والثيب بثلاث، وهذه الليالي غير محسوبة في نوب
- ٢٥٩ القسم، ولا مقضية في حقوق باقي الزوجات
- ٢٥٩ معتمد الشافعي في الباب
- ٢٥٩ القول لو أقام عند الثيب سبعاً، أو عند البكر أكثر من سبع
- ٢٦٠ لو كانت المنكوحة أمة، فكيف القول في حق عقدتها إذا زُفت؟
- ينبغي على الزوج في إقامته أيام الزفاف عند زوجته ألا يترك إقامة الجماعات
- ٢٦١ والخروج لها
- ٢٦٢ باب القسم للنساء إذا حضر سفر
- ٢٦٢ الحكم إذا كان سفر الزوج سفر نُقْلَة
- والحكم إن لم يكن سفر نُقْلَة
- ٢٦٢ الأصل في الباب
- ٢٦٣ مسائل ذكرها الأئمة مرسلة، والإمام يجمعها

- الأسفار على ثلاث مراتب، وحكم كل مرتبة من حيث المسافرة بالزوجات وما
يتعلق بذلك من الإقراع، والقضاء ٢٦٧
فرع: إذا سافر بواحدة بالقرعة، ثم تزوج بجديدة في خلال الطريق ٢٧٠
فرع: إذا كان تحته زوجتان، فنكح جديدتين، وأراد سفراً وأقرع فخرجت
القرعة على إحدى الجديدتين ٢٧١

باب نشوز المرأة على الرجل

- تعريف الناشزة ٢٧٣
الأصل في الباب، وتأويل الشافعي لآية النشوز [النساء: ٣٤] ٢٧٣
اختلاف الأخبار في ضرب النساء، وما جمع به الشافعي بين الآية والأخبار ... ٢٧٤
تصوير النشوز ٢٧٥
القول في الضرب: الأولى ألا يضرب، فإن أراد الضرب فهل يبادر بأول نشوز،
أم لا يجوز حتى يتكرر منها النشوز؟ وجهان ٢٧٦
إن كانت المرأة لا تنكف إلا بالضرب المبرح، فليس للزوج أن يبرح بها فلو
أفضى الضرب إلى الهلاك، وجب الضمان ٢٧٨
القول في الهجر ٢٧٩
الحكم إن كانت تؤذي زوجها في المنطق ولا تمتنع عليه ٢٧٩

باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين

- الأحوال الدائرة في هذه الفنون بين الزوجين تنقسم ثلاثة أقسام: ٢٨٠
أحدها - أن يصدر العدوان من الرجل ٢٨٠
الثاني - أن يتحقق العدوان من المرأة، وهو النشوز ٢٨٠
الثالث - أن تنشأ الخصومة بين الزوجين فيشكل الأمر ولا ندري من الظالم
منهما فهذا موضع بعث الحكمين ٢٨١
تصوير بعث الحكمين ٢٨١
الأصل في الباب ٢٨١
في قوله تعالى ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ وجهان من التأويل ٢٨١

- هل ينفذ الفراق إذا رأى الحكمان التفريق؟ قولان مبنيان على القول في
 الحكمين هل هما وكيلان عن الزوجين، أم متوليان من جهة القاضي؟ ٢٨٢
- التفريع على القولين ٢٨٤
- مباحثة من الإمام في أمور مهمة بها تمام البيان، ومنها هل يمكن حمل العدد
 على الاستحباب ويكتفي بحكم واحد؟ ٢٨٥
- ومنها القول فيما يشترط في الحكمين من صفات ٢٨٦
- الحكم لو أظهر الزوجان الوفاق والتراضي بعد بعث الحكمين، والحكم إن دام
 التلاوم والتخاصم، والحكم أن أثر الزوجان السكوت بعد مراجعة الحكمين . ٢٨٧
- فصل: الحكم لو ادعت المرأة أنها كانت مكرهة على الاختلاع، وأقامت بينة
 على الإكراه ٢٨٨
- المسألة من مسائل الخلع، وستأتي في كتاب الخلع، والإمام يأتي بها هنا ملتزماً
 ترتيب السواد ومعللاً ذلك بأن هذا الفصل متصل بتنازع الزوجين بأخراه ... ٢٨٨

كتاب الخلع

- الأصل فيه من جهة الكتاب آية الافتداء [البقرة: ٢٢٩] ٢٩١
- ومن جهة السنة حديث حبيبة بنت سهل زوجة ثابت بن قيس ٢٩١
- والإجماع منعقد على أصل الخلع ٢٩٢
- فصل: في أثر الخلع في النكاح ٢٩٢
- الخلع فسخ أم طلاق؟ قولان، الجديد: أنه طلاق، وهو مذهب أبي حنيفة،
 واختيار المزني، وهو الصحيح وبه الفتوى في المذهب ٢٩٢
- القديم: أنه فسخ، وهو مذهب ابن عباس ٢٩٣
- التفريع على القولين ٢٩٣
- إن جعلنا الخلع فسخاً، فهو صريح إن جرى ذكر المال، وذكر العراقيون وجهاً
 أن: الفسخ يكون كناية في هذا المقام ٢٩٣
- الإمام يعرض لألفاظ جرى فيها تردد الأصحاب في اعتبارها من الصرائح أو
 الكنايات، وينبّه إلى منشأ الاختلاف ٢٩٣

ضابط مهم من الإمام في حاصل المذهب فيما يعتبر صريحاً من الألفاظ، وما لا	
يعتبر	٢٩٤
عود إلى التفريع على القول بأن الخلع فسخ	٢٩٥
التفريع على القول الجديد: الخلع طلاق	٢٩٨
هل الخلع صريح في الطلاق أم كناية؟ قولان وقد اختلف أئمة المذهب في	
مآخذ القولين	٢٩٨
فرع: في الخلع إذا جرى من غير تعرض لذكر المال	٢٩٩
تفصيل القول في المسألة تفريعاً على القول الجديد: الخلع طلاق	٢٩٩
تفصيل القول فيها تفريعاً على القول الآخر: الخلع فسخ	٣٠٢
فرع: إذا قالت المرأة: طلقني على كذا، فقال الزوج: خالعتك بكذا	٣٠٦
فصل: في التطليق بمال، بصريح أو كناية، مع شرط الرجعة	٣٠٧
في المسألة قولان: نقل المزمي عن الشافعي أن الطلاق واقع، والعوض ساقط	
أو الرجعة ثابتة	٣٠٧
ونقل الربيع هذا، وقولاً آخر أن الرجعة ثابتة، والعوض ساقط	٣٠٧
توجيه القولين	٣٠٧
ما تعلق به المزمي في نصرة القول الذي اختاره	٣٠٨
فصل: المختلعة لا يلحقها الطلاق في عدة البينة	٣١٠
في صحة مخالعة الرجعية وجهان	٣١٠
باب ما يقع وما لا يقع	٣١١
إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً في كل سنة واحدة	٣١١
تمهيد للباب بتفصيل القول في عود الحنث	٣١١
إذا علق طلاق امرأته بصفة، ثم بانته عنه، فلو جدد عليها نكاحاً فوجدت الصفة	
التي علق الطلاق عليها في النكاح الأول فالمنصوص في القديم: وقوع	
الطلاق، والجديد فيه قولان: أحدهما - يقع وهو القول المعروف بعود	
الحنث. والثاني لا يقع	٣١١

٣١١	توجيه القولين
	القول في المسألة لو طلقها ثلاثاً تنجزاً، ثم نكحت زوجاً آخر، وعادت إلى
٣١٢	الأول بعد التحليل فوقعت الصفة التي علق الطلاق بها في النكاح الأول
٣١٣	ذكر الأئمة في تعليق العتق وعود اليمين ما ذكروه في الطلاق وعود الحنث
٣١٤	مسائل تتعلق بأصل عود الحنث
٣١٥	تفريع للشيخ أبي محمد على هذا الأصل
٣١٦	عود إلى الكلام على مضمون مسألة الباب
٣٢٢	باب الطلاق قبل النكاح
	لو قال الرجل لأجنبية: إن نكحتك، فأنت طالق، فهذا التعليق قبل النكاح لغو،
٣٢٢	وكذا لو قال: كل امرأة أنكحها، فهي طالق
	وقال أبو حنيفة: التعليق إذا أضيف إلى النكاح على الإطلاق أو التعيين في
٣٢٢	مخاطبة واحدة صح
٣٢٢	ونقل صاحب التقريب تردداً عن الشافعي في القديم
٣٢٣	أجرى الأئمة على هذه المسألة مسائل مذهبية من أبواب مختلفة
٣٢٧	باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها
٣٢٧	هذا الباب غمرة الخلع وفيه معظم مسائله
	تصدير الباب بذكر قاعدة الخلع وحقيقته ووضعه من جانب الزوج، ومن جانب
٣٢٧	المرأة
٣٢٧	إن حكمنا بكون الخلع فسخاً فهو محمول على حقيقة المعاوضة من الجانبين ..
	وإن حكمنا بأن الخلع طلاق مقابل بعوض فهو في جانب الرجل ينتمي إلى
٣٢٨	التعليق والمعاوضة، وفي جانب المرأة معاوضة نازعة إلى الجعالة
	جمع الحذاق مسائل متفنتة يثبت في بعضها حكم المعاوضة في جانب الزوج،
	ويثبت في بعضها حكم التعليق المحض ويجمع في بعضها حكم التعليق
٣٣٠	والمعاوضة

- مباحثة قضى الإمام منها العجب، وهو يشبثها بغرض التنبيه على الوجه الفاسد:
سؤال وجه إلى القاضي: لم غلبنا في بعض المسائل حكم المعاوضة؟ وفي بعضها حكم التعليق؟ وأثبتنا الاشتراك في بعضها؟ ٣٣١
- رأي الإمام في هذه المباحثة، وبيان منه لسبب تردد الخلع من جانب الرجل ... ٣٣٢
- بيان ما ذكر من أن الخلع في جانب المرأة معاوضة نازعة إلى الجعالة ٣٣٤
- نجاز القول في تمهيد قاعدة الخلع، وبدء الخوض في مسائل الباب على ترتيب السواد ٣٣٨
- القول في الألفاظ والصلوات التي تصدر من المرأة المستدعية للطلاق ٣٣٨
- القول في الصلوات التي يستعملها الزوج المطلق على المال ٣٤٠
- فصل: لو قالت: اخلعني، أو بتني، أو أبني، أو ابرأ مني، أو بارئني ولك عليّ ألف ٣٤٥
- مقصود الفصل القول في الكنايات مع ذكر المال، والمذهب أن هذه الألفاظ - وإن اقترنت بذكر المال - كنايات في الطلاق على قول الطلاق، وكنايات في الفسخ على قول الفسخ ٣٤٥
- تفصيل القول من الإمام في الكنايات في ذكر المال تفريعاً على أن الخلع طلاق . ٣٤٦
- فصل: إذا قالت: طلقني بألف، فقال: أبنتك، أو أتى بكناية أخرى، وزعم أنه نوى الطلاق ٣٤٩
- فصل: لو قالت: اخلعني على ألف، كانت له الألف ما لم يتناكرا ٣٤٩
- تعليق من الإمام على إيراد المزني لهذه اللفظة (ما لم يتناكرا) فهي مبهمة ويُلغز بأمثالها، وما كان من حق المزني أن يودعها كذلك في السواد ٣٤٩
- اختلاف الأصحاب في تفسير قول الشافعي «ما لم يتناكرا» ٣٥٠
- فصل: إن قالت: على ألفٍ ضمنها لك غيري، أو على ألف فلس، وأنكر ... ٣٥٢
- هذا الفصل يستدعي تقديم أكثر من أصل ٣٥٢
- الأصل الأول: في بيان اختلاف الزوجين في تواجب العقد في جنس المسمى ومقداره ٣٥٢

- ٣٥٣ مسألة تتعلق بهذا الفصل اضطربت فيها الطرق
- تصوير المسألة كما نُقل عن القاضي : إذا قال لامرأته : «أنت طالق على ألف» ولم يتعرض للجنس المعدود بها . وقالت المرأة : «اختلعت على ألف» ولم توضح الجنس . ثم قال الرجل : عنيت الدراهم وأنت تعلمين بذلك . وقالت المرأة : عنيت الفلوس وأنت تعلم ذلك ٣٥٣
- طريقة القاضي ٣٥٣
- طريقة العراقيين ٣٥٤
- طريقة أخرى ذكرها الشيخ أبو محمد في المسألة ٣٥٤
- صور ذكرها القاضي على منهاج طريقه ٣٥٦
- مباحثة من الإمام فيما نقله من طرق الأصحاب في المسألة : ٣٥٧
- مباحثة أخرى ٣٦٣
- مباحثة أخرى ٣٦٤
- الأصل الثاني : يتعلق بخلع الأجنبي بنفسه ، وتوكيل المرأة إياه ، وتوكيله المرأة . ٣٦٥
- عود إلى نص الشافعي في السواد ، وتفصيل القول فيه ٣٦٦
- فصل : لو قالت : طلقني ولك عليّ ألف درهم ، فقال : أنت طالق على الألف إن شئت ، فلها المشيئة وقت الخيار ٣٧٠
- تمهيد ومقدمة للفصل ٣٧٠
- تفصيل القول في مسألة الفصل ٣٧٤
- فصل : ولو قال : أنت طالق إن أعطيتني ألف درهم ٣٧٨
- هذا الفصل من مشكلات الكتاب ، وبيان من الإمام لسبب الإشكال ٣٧٨
- الكلام في المسألة يتعلق بتفصيل القول في أصليين : أحدهما - تعلق الإعطاء بفعل مجرد من غير قول من جهتها ٣٧٨
- والثاني - الكلام في الخلوص ، والنقصان في الدراهم : ٣٧٩
- ينبغي أن تأتي بالألف وازنة (نقرة) ، لا معدودة ناقصة (غير وازنة) ٣٧٩
- فإن فسر الزوج الألف درهم بالمعدودة الناقصة ، فكيف التصرف فيه ؟ ٣٧٩

- يتعلق بهذا مسألة: من اشترى شيئاً بألف درهم في موضعٍ دراهمه الغالبة نقصٌ،
 فكيف القول فيه؟ ٣٨٠
- القول في الدراهم المغشوشة ٣٨٢
- الكلام في مقصود آخر للفصل بيني على الفرق بين المعاملات وألفاظ المعلقين
 وما تحمل عليه ٣٨٤
- ومن أصول الفصل القول في اقتضاء اللفظ - في قوله: «إن أعطيتني» - الفور ... ٣٨٧
- مباحثة أخرى في الفصل ٣٨٨
- فصل: ولو قال: متى أو متى ما أعطيتني ٣٨٨
- هل يقتضي هذا اللفظ الفور؟ ٣٨٨
- ما المقصود بالإعطاء هنا؟ وهل يتضمن التملك؟ ٣٨٩
- هل قوله: «إن أقبضتني» بمثابة قوله «أعطيتني» في التفاصيل التي تقدمت؟ ٣٩١
- الحكم لو قال: إن أعطيتني، أو متى أعطيتني، ثم أكرهها على الإعطاء ٣٩١
- فصل: ولو قالت له: طلقني ثلاثاً ولك ألف درهم ٣٩٢
- إذا قالت: طلقني ثلاثاً بألف درهم، فطلقها واحدة، وقعت الطلقة بثلاث
 الألف، ومثلها لو قالت: ثلاثاً على ألف، أو ثلاثاً ولك ألف فلا فرق بين
 صلة وصلة إذا استوت الصلات في انقضاء التعويض، وجريان التبعض إذا
 كانت المرأة هي المستدعية للطلاق ٣٩٢
- وأبو حنيفة خصص جريان التبعض بصلة (الباء) فقط، أما إذا قالت: على
 ألف، أو: لك ألف، فلا يستحق الزوج بإجابتها إلى بعض ما سألت شيئاً ... ٣٩٢
- ولو سألت المرأة ثلاثاً بألف، وكان الزوج لا يملك إلا الطلقة الأخيرة فطلقها
 تلك الطلقة، قال الشافعي: يستحق عليها تمام الألف ٣٩٣
- وقال المزني: لا يستحق عليها إلا ثلث الألف ٣٩٣
- وذكر أبو إسحاق المروزي طريقة ثالثة نزل عليها نص الشافعي ٣٩٣
- الإمام يعترض على تصرف المروزي على نص الشافعي ٣٩٣
- تفصيل وبيان لقاعدة المذاهب الثلاثة في المسألة ٣٩٤

٣٩٥	توجيه المذاهب
٣٩٧	تفريع جليات المسائل على أصول المذاهب الثلاثة المقدمة
٣٩٩	تفريع المسائل الغامضة على أصول المذاهب المقدمة
٤٠٤	زوائد المسائل التي أوردها صاحب التلخيص
	فصل: ولو بقيت له عليها طلبة، فقالت: طلقني ثلاثاً بألف، واحدة أحرم بها
٤٠٨	عليك، واثنين إن نكحتني
٤٠٨	ذكر أصحاب القفال صورتين
٤٠٩	طريقة صاحب التقريب في المسألتين
٤١٢	فصل: ولو خالعهما على أن تكفل ولده عشر سنين
٤١٢	تمهيد من الإمام في ذكر الأصول التي ترجع إليها هذه المسألة
٤١٤	تفصيل القول في مسألة الفصل
٤١٥	فصل: ولو قال: أمرك بيدك فطلق نفسك إن ضمنت لي ألف درهم
٤١٨	فصل: ولو قال: إن أعطيتني عبداً، فأنت طالق
٤١٨	مضمون الفصل القول فيما إذا ربط الكلام بعوض مطلق، أو معين
٤١٨	العوض نوعان: أحدهما: أن يعلق الزوج الطلاق بعوض يحصل بفعل
	تفصيل القول في المسائل المتعلقة بهذا النوع من العوض، ومنها ما لو خرج
٤١٨	العبد مغصوباً
٤٢٠	ومنها المخالعة على الخمر
	النوع الثاني: أن يجري العوض على صيغة المخالعة والمعاوضة وإجراء
٤٢٣	الإيجاب والقبول من غير تعليق من الزوج
	مباحثة من الإمام: القول في مسألة الأب (اختلاع الأب ابنته بمال نفسه، أو
	بمالها ويضيفه إلى ملكها) والمسألة مفروضة في اختلاعها بعبد، أو بعبد
٤٢٤	يضيفه إلى ملكها
٤٢٧	ومما يتعلق بذلك القول في اختلاع الأب ابنته على أن يبرأ زوجها عن الصداق ..
٤٣٠	فصل: ولو خالعهما بعبد بعينه، ثم أصاب به عيباً، ردّه

- ٤٣٠ بدل الخلع في يد المرأة ينزل منزلة الصداق في يد الزوج في كل تفصيل
- ٤٣٠ ومن جملة ذلك الرد بالعيب إذا وجد الزوج بالعوض المعين عيباً
- ٤٣١ ولو خالعهما على ثوب على أن مَرَوِيٍّ، فإذا هو مَرَوِيٍّ، فالصورة تختلف
- ٤٣١ تفصيل المسألة بأمثلة والتفريع على أن الخلع إيجاب وقبول
- ٤٣٣ القول في المسألة إذا كان الخلع على صيغة التعليق
- ٤٣٥ فصل: ولو أخذ منها ألفاً على أن يطلقها إلى شهر
- ٤٣٥ مضمون الفصل يتعلق بثلاثة أشياء:
- ٤٣٥ أحدها - في طلب التزام طلاق مؤخر في الذمة بمال مبذول في الحال
- ٤٣٩ الثاني - استدعاء تعليق الطلاق ومقابلته بمال
- ٤٤١ الثالث - استدعاء طلاق على الفساد بمال
- ٤٤٢ فصل: ولو قالتا: طلقنا بألف، ثم ارتدتا
- مقدمة للفصل يجدد فيها الإمام العهد بما سبق ذكره في كتاب الصداق. إذا
- ٤٤٢ خالعه امرأته بمال سماه، فقبلتا، فالبيونة تقع، وفي صحة البذل قولان
- ولو قال: أنتما طالقان على ألف، فقبلت إحداهما، ولم تقبل الأخرى لم تطلق
- ٤٤٤ واحدة منهما
- مباحثة وتفصيل من الإمام في المسألة فيما لو كان الرجل البادئ بالمخالعة مع
- ٤٤٥ ما يفرض من تفريق أو جمع للقبول من النسوة
- القول في المسألة فيما لو ابتدأت النسوة في استدعاء الطلاق، مع ما يفرض من
- ٤٤٧ جمع وتفريق في إصابة الزوج
- ٤٥١ بدء القول في مسألة الشافعي في الفصل، ومقصودها الكلام في طريان الردة
- ٤٥٣ فصل: ولو قال لهما: أنتما طالقان إن شئتما بألف
- ٤٥٣ مضمون الفصل بيان أنه لا بد من مشيئتهما، وإلا لم يقع الطلاق
- ٤٥٣ فصل: ولو قال له أجنبي: طلق فلانة ولك علي ألف
- غرض الفصل أن بذل المال على الطلاق من الأجنبي جائز وإن لم تشعر به
- ٤٥٣ المرأة ولم تأمر

- ٤٥٣ القول إن أمرته المرأة بأن يختلعها
- ٤٥٦ فصل: ولا يجوز ما اختلعت به الأمة إلا بإذن سيدها
- ٤٥٦ القول في اختلاع الأمة نفسها عن زوجها بإذن سيدها
- ٤٥٦ القول إن اختلعت بغير إذن سيدها
- ٤٥٧ القول في اختلاع المكاتب
- ٤٥٨ فصل: في خلع السفية
- ٤٦٠ فصل: في النزاع في الخلع
- غرض الفصل القول في اختلاف المتخالفين بعد جريان الخلع في قدر بدل
- ٤٦٠ الخلع، أو صفته، أو جنسه، حيث يجري التحالف في كل هذه الوجوه
- ٤٦٠ وكذا لو اختلفا في العدد، والمسؤول
- ٤٦٠ وأثر الاختلاف والتحالف يرجع إلى بدل الخلع
- مما يتصل بهذا الفصل نصُّ نقله القفال عن الكبير، والإمام ينقل النص كاملاً،
- ٤٦١ ثم يبين ما فيه من إشكال، وكلام الأصحاب في حل هذا الإشكال
- ٤٦٤ المسلك الحق في النص كما يراه الإمام
- ٤٦٨ فصل: ولو قال: طلقك بألف، فقالت: بل على غير شيء
- إذا ادعى أنه طلقها على ألف، فأنكرت التزام الألف قبولاً واستدعاءً، وقع
- ٤٦٨ الطلاق على إقرار الزوج، والقول في نفي البدل قولها
- ٤٦٩ فرع: ذكره صاحب التقريب
- ٤٧٠ فصل: في التوكيل في الخلع
- ٤٧٠ من يجوز أن يكون وكيلاً في الخلع
- ٤٧٣ القول في تصرف الوكيل من جهة الزوج على الموافقة، والمخالفة
- ٤٧٩ القول في تصرف الوكيل من جهة المرأة على الموافقة، والمخالفة
- ٤٧٩ إذا وكلت وسمت مقداراً من المال
- ٤٨٧ إذا أطلقت التوكيل ولم تتعرض لتسمية مقدار

فرع: إذا وكل وكيلاً حتى يخالغ زوجته بمائة، فوكلتها المرأة حتى يختلعها

بمائة، فكان وكيله ووكيلها، فهل يصح ذلك؟ وجهان ٤٩٠

٤٩٢ باب الخلع في المرض

تجديد العهد بحكم النكاح في مرض الموت ٤٩٢

الحكم لو خالغ المريض زوجته ٤٩٢

الحكم إن نكحت المرأة في مرض الموت ٤٩٣

والحكم إن اختلعت المرأة نفسها في مرض الموت ٤٩٣

فصل: ولو كان خالغها بعبد يساوي مائة، ومهر مثلها خمسون ٤٩٤

في لفظ الشافعي في هذه المسألة تعقيد، والإمام يبنه عليه، ويبين الجواب عنه . ٤٩٤

اعتراض المزني على لفظ الشافعي في المسألة، وجواب الأصحاب من وجوه .. ٤٩٤

٤٩٦ باب خلع المشركين

حكم خلع المشركين حكم أنكحتهم، وما يبذلون من الأبدال، كما يبذلون منها

في الصداق ٤٩٦

فروع: في مسائل خلافية مع أبي حنيفة ٤٩٦

قائمة ببعض الألفاظ التي تعذر قراءتها ٤٩٩

محتوى الكتاب ٥٠٣