

دولة ليبيا
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



الجامعة الأسمرية الإسلامية
كلية الشريعة والقانون / قسم الشريعة
الدراسات العليا / شعبة الفقه المقارن

بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على الإجازة العالية
(الماجستير)

بِعَنـوان

المحيط الرضوي

للإمام محمد بن محمد السرخسي

أبواب (النكاح، النفقة، الطلاق)

(تحقيق ودراسة)

إعداد الطالب: سراج الدين محمد الباهي علي عبد الواحد

إشراف: أ. د/ الأمين عبد الحفيظ أبوبكر الرغروغي

العام الجامعي: 2019 - 2020م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ

قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ ﴾

سورة آل عمران الآية 18

الإهداء

إلى والدي الكريمين – براك الله في عمرهما –
إلى أهلي جميعا
إلى أشياخي وأساتذتي
إلى أصدقائي وزملائي وأحبتي
إلى كل محب للعلم الشرعي الشريف، أهدي هذا العمل.

كلمة شكر

الشكر لله تعالى، أن وفقني وأعانني لإنجاز هذا العمل والشكر الجزيل لأستاذي المشرف الذي تفضل علي بقبوله الإشراف على هذه الرسالة، ولم يبخل علي بتوجيهاته ونصائحه وخبرته، فجزاه الله عني خير الجزاء، وبارك الله له في عمره وعمله.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كافة الكوادر العلمية بالجامعة الأسمرية، وأخص بالذكر، رئيس الدراسات العليا بالجامعة، ورئيس قسم الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون، وعمداء كلية الشريعة والقانون.

وإلى زملائي الأفاضل في مرحلة الدراسة التمهيدية جملة دون تخصيص، جزاهم الله جميعا خير الجزاء، وأجزل لهم المثوبة والعطاء، ووفقهم الله لكل ما يحب ويرضى من خيرات الدنيا والآخرة.

وإلى كل من أعانني خلال مدة دراستي بدعوة صالحة، أو كلمة طيبة، أسأل الله أن يتقل بذلك موازين حسناتهم، وأن يتجاوز عنا وعنهم بفضلهم وكرمه.

المقدمة

الحمد لله العلي القادر القوي القاهر الرحيم الغافر الكريم الساتر ذي السلطان الظاهر، والبرهان الباهر، خالق كل شيء، ومالك كل ميت، وحي، خلق فأحسن، وصنع فأتقن، وقدر فغفر، وأبصر فستر، وكرم فعفا، وحكم فأخفى، عم فضله وإحسانه، وتم حجته وبرهانه، وظهر أمره وسلطانه، فسبحانه ما أعظم شأنه، والصلاة والسلام على المبعوث بشيراً ونذيراً، وداعياً إلى الله بأذنه وسراجاً منيراً محمد سيد المرسلين، وإمام المتقين، وعلى آله الأبرار، وأصحابه المصطفين الأخيار (1).
وبعد ...

فإنَّ الفقه الإسلاميَّ من أجلِّ العلوم قدرًا، وأولاها بعناية الدَّارسين لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين) (2) ولهذا انصرفت هم كثير من العلماء إلى التصنيف في هذا العلم الشريف قديما وحديثا، ومن أفضل ما يشتغل به المنتسبون إلى العلوم الشرعية في عصرنا العناية بمصنفات العلماء السابقين - رحمهم الله تعالى - تحقيقًا وتعليقًا ودراسةً، إحياء لذكورهم ووفاء لتضحياتهم ومجهوداتهم في تصنيف العلوم ونشرها ونفع الناس بها.

وهذا المخطوط المسمى: بالمحيط الرضوي، لصاحبه الإمام رضي الدين السرخسي الحنفي - رحمه الله - من المخطوطات الإسلامية المهمة في مجال الفقه الإسلامي الذي تناول جميع أبواب الفقه الإسلامي، وحوى كثيرا من المسائل الفقهية المقارنة داخل المذهب الحنفي، وخارجه، وامتاز بإيراد الأدلة الشرعية النقلية والعقلية مراعيًا توجيه قول صاحب الرأي الفقهي في الأغلب، وقد كان هذا المؤلف حبيب خزانات المخطوطات إلى أن منَّ الله تعالى باختياره للتحقيق والدراسة من قبل الجامعة الأسمرية الإسلامية، وكلفت بتحقيق أبواب (النكاح، النفقة، الطلاق).

(1) مقتبسة من كتاب بدائع الصنائع للكاساني.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب العلم قبل القول والعمل، 22.

*أهميَّة البحث وأهدافه:

- يُمثِّل الإهتمام بهذا المخطوط عدَّة جوانب من أهمِّها:
- معرفة مكانة هذا الإمام في الفقه الإسلامي.
- إبراز هذا المخطوط للمسلمين للاستفادة منه.
- الإطلاع على منهجيَّة المؤلِّف في كتابه، وكيفيَّة تناوله للمسائل الفقهية المقارنة وإيراد الأدلَّة، وتوجيهها ومناقشتها.
- معرفة القيمة العلميَّة لهذا المؤلِّف، والاستفادة منه.

*أسباب البحث:

- تَبني كلية الشريعة والقانون بالجامعة الأسمرية الإسلامية لهذا المخطوط، وتكاليف الطالب بتحقيقه ضمن مجموعة من الطلاب؛ لإظهاره وعموم الفائدة منه في مجال الفقه الإسلامي المقارن.
- الحصول على الدرجة العلمية (الماجستير).
- الرغبة في الاطلاع على كتب التراث الفقهي، والاستفادة من العلوم المودعة فيها.
- الوقوف على طبيعة النوازل، والأحكام الشرعية في عصر المؤلِّف، وإمكانية الاستفادة منها، والاستعانة بها فيما يماثلها ويشابهها في عصرنا الحالي في الفتوى وإرساء الأحكام الشرعية الملائمة.
- استيضاح وبيان المستوى العلمي، والفقهي خاصة في العصر الذي عاش فيه المؤلِّف.

*الدراسات السَّابِقة للبحث:

الإمام السرخسي — رحمه الله — من أعيان فقهاء الحنفية في عصره وقد اهتم الباحثون مؤخراً بتحقيق شيء من مصنفاته، فقد حقق ثلاثة من الباحثين جزءاً من كتابه المحيط لنيل الإجازة العالية (الماجستير) وهم:

1 — الباحث حمدي محمد يوسف، من أول كتاب الحيل إلى نهاية الحلف على الدخول دار فلان من كتاب الأيمان.

2 — الباحث خالد فؤاد عبد الله، من أول باب الإكراه على دفع المال إلى نهاية باب

الوصية بالعتق أو الرقبة للعبد من باب الوصية.

وهما من جامعة الأزهر بأسيوط.

3 – الباحث سالم عبد الوهاب سالم، من أول باب الإقرار حتى نهاية كتاب الوكالة ،

وهو من جامعة الأزهر بالدقهلية

واشغل أربعة آخرون بتحقيق كتابه الوجيز في الفتاوى وقدم في صورة أطروحات

نالوا بها شهادة الدكتوراه في جامعتي النيل بالسودان، وبغداد بالعراق، وهم:

1 – الباحث إبراهيم إسماعيل العبيدي من البداية إلى نهاية كتاب الحج بجامعة

النيلين بالسودان.

2 – الباحث عباس نصيف جاسم من كتاب السير إلى الأيمان.

3 – الباحث محسن عباس حيال من كتاب الأيمان إلى كتاب التزكية.

4 – الباحث صهيب محمد فهد من كتاب التزكية إلى نهاية المخطوط.

ثلاثتهم بجامعة بغداد بالعراق.

ولم يسبق تحقيق الجانب الذي كُلفت بتحقيقه من قبل أحد من الباحثين فيما أعلم.

***إشكالات البحث:**

يعالج الجانب الدراسي في هذا العمل عدة أمور ومن أهم التساؤلات التي يجيب

عنها:

– ما القيمة العلمية لهذا المؤلف؟ وهل اعتمده من جاء بعده من فقهاء الحنفية في نقل

المسائل عنه؟

– مامدى استخدام المؤلف – رحمه الله – للأدلة الأصولية و القواعد الفقهية؟

– مامستوى استدلال المؤلف بالحديث الشريف؟ وماهي نوعية الأحاديث التي استدل

بها؟

– هل احتج المؤلف بالقواعد النحوية في المسائل الفقهية؟ وهل كان للغات الأخرى

غير العربية وجود في مؤلفه؟

– هل استخدم المؤلف علم الحساب أو أي علوم أخرى في مؤلفه؟

– ومالمصادر التي استخدمها في هذا المخطوط؟

*منهج البحث:

بما أن العمل في التحقيق يعتمد على نصوص الكتاب والسنة وعلى مؤلفات علماء الشريعة المتقدمين في بيان الأحكام الشرعية، لهذا فإن المنهج المتبع في جانب التحقيق هو (المنهج التاريخي) الذي يهتم بدراسة القضايا التاريخية وإحياء التراث المعرفي في شتى فروع العلم وله ثلاث طرق ومنها التحقيق وهو: بذل غاية الوسع والجهد لإخراج النص التراثي، مطابقاً لحقيقة أصله نسبة ومتناً مع حل مشكلاته وكشف مبهمات⁽¹⁾.

وفي جانب الدراسة هو (المنهج الوصفي التحليلي) الذي يقوم على دراسة الإشكالات العلمية المختلفة تفكيكا أو تركيباً أو تقويماً⁽²⁾.

*الخطوات المتبعة في البحث:

أولاً: التعريف بالمؤلف؛ اسمه، ولقبه، ونسبه، وشيوخه، ومؤلفاته، ومكانته، ورحلاته العلمية ووفاته.

ثانياً: التعريف بالمخطوط؛ التحقق من نسبته، ووصفه، وقيمه العلمية، ومنهجيته وموارد مصنفه في التأليف.

ثالثاً: آلية العمل في التحقيق:

1 – تفرغ المخطوط كاملاً على جهاز الحاسوب من النسخة المصورة للكتاب مع مراعاة قواعد الإملاء الحديثة وترقيم اللوحات من النسخة المصورة في جهاز الحاسوب.

2 – المقارنة بين النسخ، وبيان الفروق، ووضع عناوين خاصة بالفصول وجعلت بين معقوفتين إن كانت من عمل الطالب وبدون معقوفتين إن نص عليه المصنف، وإكمال السقط إن وجد واعتمدت في ذلك طريقة النسخة الأم⁽³⁾.

(1) أبجديات البحث في العلوم الشرعية، فريد الأنصاري، (المغرب، الدار البيضاء: منشورات الفرقان، 1997)، ط1، 80.

(2) أبجديات البحث في العلوم الشرعية، فريد الأنصاري، 98.

(3) اعتمد المصنفون في مناهج تحقيق التراث طريقتين للتفريق بين النسخ:

الأولى: طريقة المحدثين وهي تقتضي جعل نسخة أم يسير عليها المحقق ويجعلها أصلاً معتمداً ويثبت ماخالفها في الهامش.

- 3 – تخريج الآيات القرآنية.
- 4 – تخريج الأحاديث النبوية، والحكم عليها إن لم تكن في الصحيحين، أو أحدهما.
- 5 – عزو الأقوال الفقهية إلى المصادر المعتمدة عند فقهاء المذهب الحنفي، مع ذكر معلومات النشر عند ذكر المصدر لأول مرة، وهي مرتبة على النحو التالي: اسم الكتاب، اسم المؤلف، اسم المحقق إن وجد ورمز له بالرمز تح، دار النشر، تاريخ النشر، رقم الطبعة إن وجدت ورمز لها بالرمز ط، سنة النشر.
- 6 – مقارنة بعض المسائل الفقهية التي تدعو الحاجة إليها.
- 7 – بيان معاني الكلمات الغريبة من المعاجم اللغوية.
- 8 – ترجمة الأعلام – غير المشهورين – الواردين في المخطوط ترجمة موجزة.
- 9 – بيان بداية كل لوحة والرمز للجهة اليمنى من اللوحة بالرمز [ج هـ] اختصاراً للكلمة وجه المخطوط، واليسرى بالرمز [ظ هـ] اختصاراً للكلمة ظهر المخطوط.
- 10 – تبين الرموز التي استعملها المؤلف إن وجدت.
- 11 – عمل فهرس للآيات القرآنية، والأحاديث النبوية، والأعلام، والمصادر التي اعتمدها المؤلف في المخطوط، والمحتويات.
- 12 – راعيت ذكر كل أماكن وجود الأعلام في الفهرس الخاص بذلك ما لم يكثر ذكر أحدهم جداً، فإن حصل اكتفيت بذكر مكان وروده في مقدمة كل باب دون تفيد بعدد معين في الحصر، كما حصل في ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني – رحمه الله – إذ تكرر ذكره 200 مرة أو يزيد في البحث كله، وكذا الأمر في فهرس مصادر المؤلف إذا تعدد ذكر أحدها كثيراً.

= الثانية: طريقة النص المختار وهي تقتضي جمع ما يراه المحقق صواباً؛ ينظر: منهج تحقيق المخطوطات، إيداد خالد الطباع، (لبنان، بيروت: دار الفكر، 2003) ط1، 54.

الخاتمة:

وهي عبارة عن خلاصة في نهاية الدراسة تشتمل على بعض المزايا والمآخذ على المؤلف.

الفهارس والملحقات:

وهي على هذا الترتيب: فهرس الآيات القرآنية الواردة في المخطوط، فهرس الأحاديث النبوية الواردة في المخطوط، فهرس الأعلام الوارد ذكرهم في المخطوط، فهرس مصادر المؤلف الواردة في المخطوط، فهرس القواعد الفقهية، فهرس المصطلحات الفقهية الخاصة بالحنفية، فهرس المصطلحات الخاصة بالفتوى، فهرس البلدان، قائمة المصادر والمراجع، فهرس تفصيلي للموضوعات.

القسم الدراسي

*القسم الدراسي:

أولاً: التعريف بالمؤلف

— اسمه ولقبه:

هو محمد بن محمد بن محمد، رضي الدين وبرهان الإسلام السرخسي⁽¹⁾.

— شيوخه:

لم تذكر كتب التراجم فيما اطلعت عليه إلا شيخين فقط هما:

علاء الدين أبو منصور السمرقندي⁽²⁾ صاحب تحفة الفقهاء، وعمر بن عبدالعزيز بن مازة المشهور بحسام الدين الشهيد⁽³⁾، ولم أقف على ذكر لتلاميذه في المصنفات التي ترجمت له — رحمه الله —.

ترجمة شيوخه:

1 — عمر بن عبدالعزيز بن مازة:

هو عمر بن عبد العزيز بن مازة أبو محمد حسام الدين المعروف بالصدر الشهيد، فقيه حنفي عظيم القدر، عارف بالخلاف، إمام في المنقول والمعقول ولد سنة 483هـ، له العديد من المؤلفات، منها شرح الجامع الصغير، قتله أحد الكفار سنة 536هـ، ثم نقل جسده إلى بخارى⁽⁴⁾.

(1) السرخسي نسبة إلى سرخس وهي مدينة كبيرة من مدن خراسان ينسب إليها كثير من العلماء والأئمة، ينظر:

معجم البلدان، ياقوت الحموي، (لبنان، بيروت: دار الفكر)، 3: 208.

(2) نسبة إلى سمرقند ثاني أكبر مدن جمهورية أوزباكستان فتحها المسلمون سنة 57 هـ وهي من أقدم مدن العالم،

قيل إنها من أبنية ذي القرنين ببلاد ما وراء النهر وكانت يوماً ما عاصمة لتيمورلنك المغولي، ويقع بها

ضريح الصحابي الجليل قثم بن العباس بن عبد المطلب - رضي الله عنه - ابن عم النبي - صلى الله عليه وسلم

- والإمام البخاري صاحب الصحيح - رحمه الله تعالى - ينظر: الموسوعة الجغرافية، مصطفى أحمد،

4: 111 (مصر، القاهرة، دار العلوم، 2004م) ط1؛ موسوعة المدن العربية الإسلامية، يحيى شامي،

(لبنان، بيروت: دار الفكر العربي، 1993م)، ط1، 412.

(3) ينظر ترجمتهما في الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبدالقادر القرشي، (باكستان، كراتشي: مير محمد

كتب خاتنه)، 1: 391، 2: 6، 7

(4) ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 391؛ الأثمار الجنية، علي سلطان قاري، تح: عبد المحسن عبد الله

أحمد، (العراق، بغداد: ديوان الوقف السني، 2009م)، ط1، 2: 530 - 531؛ الفوائد البهية، للكنوي،

149؛ وتقع بخارى بجمهورية أوزباكستان، وهي مدينة قديمة فتحها المسلمون في عهد الوليد بن عبدالملك

الأموي بقيادة قتيبة بن مسلم الباهلي سنة 87 هـ، ينظر: الموسوعة الجغرافية، مصطفى أحمد، 4: 37.

2 – علاء الدين السمرقندي:

هو محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبوبكر، إمام كبير من أئمة الحنفية صاحب تحفة الفقهاء التي شرحها تلميذه الإمام الكاساني في كتابه العظيم بدائع الصنائع، توفي سنة 539هـ⁽¹⁾.

– مكانته العلمية وثناء العلماء عليه:

كان السرخسي – رحمه الله تعالى – إماماً فقيهاً مصنفاً متقناً ويشهد لذلك كتابه المحيط الرضوي المستهدف بعضه بالتحقيق، وقد أثنى عليه العلماء ومن ذلك: ما قاله الإمام اللكنوي – رحمه الله – : كان إماماً كبيراً جامعاً للعلوم العقلية والنقلية⁽²⁾.

وما قاله المؤرخ الغزّي – رحمه الله – : الإمام الفاضل رضي الدين محمد بن محمد أبو عبد الله السرخسي⁽³⁾.

– الأماكن التي درّس بها:

قدم حلب⁽⁴⁾ ودرّس بالنورية⁽⁵⁾ والحلاوية⁽⁶⁾، فتعصب عليه جماعة من الفقهاء ونسبوه إلى التقصير وإلى أنه ادعى تصنيف المحيط وحاله في الفقه يقصر عن ذلك وذكروا أن هذا الكتاب تصنيف شيخه، فذهب إلى دمشق⁽⁷⁾

(1) ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 2: 6؛ طبقات الحنفية، علي بن أمر الله الحنائي، تح: هلال السرحان، (العراق، بغداد: مطبعة ديوان الوقف السني، 2005م) 2: 140 - 141؛ الفوائد البهية في تراجم الحنفية، أبو الحسنات اللكنوي، تح: محمد بدر الدين، (مصر، القاهرة: دار الكتاب الإسلامي)، 158.

(2) ينظر: الفوائد البهية، اللكنوي، 188.

(3) ينظر: نهر الذهب في تاريخ حلب، كامل بن حسن الحلبي الغزي، (سوريا، حلب: دار القلم، 1419هـ)، ط2، 2: 169.

(4) هي إحدى أكبر المدن في سوريا تبعد عن دمشق حوالي 350 كيلوا متراً، وهي مدينة قديمة جداً، تعاقبت عليها عهود كثيرة، خرج منها العديد من الفقهاء والعلماء والأدباء والشعراء، ينظر: الموسوعة الجغرافية، مصطفى أحمد، 4: 77؛ موسوعة المدن الإسلامية، يحيى شامي، 52 - 53.

(5) دار الحديث النورية هي أول دار بنيت للحديث الشريف بدمشق بناها الملك العادل نور الدين زنكي ووقف عليها أوقافاً، وتولى مشيختها جمع من العلماء أولهم الحافظ أبو القاسم بن عساكر، ينظر: المدارس في تاريخ المدارس، عبدالقادر النعيمي، تح: إبراهيم شمس الدين، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية، 1990م)، ط1، 74.

(6) كانت هذه المدرسة كنيسة وحولها القاضي أبو الحسن الخشاب الحلبي إلى مسجد بعد أن حاصر الفرنج في حلب سنة 518 هـ وبعثوا القبور التي بظاهرها عمد إلى أربع كنائس من كنائس حلب وصيرها مساجد، وكانت تعرف قديماً بمسجد السراجين، ولما ملك نور الدين زنكي حلب وقفه مدرسة للحنفية وجدد فيه مساكن يأوي إليها الفقهاء، ينظر: الأعلام الخطيرة في أمراء الشام والجزيرة، محمد ابن شداد، تح: يحيى زكريا عبادة، (سوريا، دمشق: وزارة الثقافة، 1988م)، ط1، 1: 264.

(7) عاصمة سوريا وأكبر مدنها سكاناً، بها العديد من الآثار أهمها مسجد بني أمية، والكثير من الآثار البيزنطية

وتولى تدريس الخاتونية⁽¹⁾.

– مؤلفاته⁽²⁾:

- 1 – المحيط الكبير .
- 2 – المحيط الثاني .
- 3 – المحيط الثالث، وهو المخطوط المستهدف بالتحقيق .
- 4 – المحيط الرابع .
- 5 – الوسيط .
- 6 – الوجيز في الفتاوى، وهو محقق .
- 7 – الطريقة الرضوية .

– وفاته:

توفي في آخر جمعة من رجب سنة 571 هـ رحمه الله تعالى وأجل له المثوبة
وجزاه عن المسلمين خير الجزاء⁽³⁾.

= والعربية، والكثير من قبور الصحابة والعلماء والصالحين والعباد، من أهمها قبر صهيب الرومي وأبي
الدرداء - رضي الله عنهما - وكانت عاصمة للكثير من الدول الأموية والعباسية وغيرها، ينظر: موسوعة
المدن الإسلامية، يحيى شامي، 57 - 58.

(1) من كبار مدارس الحنفية بدمشق في مكان يسمى صنعاء دمشق بنتها زمرد خاتون زوجة زكي والد نور
الدين زكي صاحب حلب، ينظر: الدارس في تاريخ المدارس، النعيمي، 384 - 385.

(2) ينظر: طبقات الحنفية، لابن الحنائي، 170.

(3) ينظر ترجمته في: الجواهر المضية، 2: 130؛ طبقات الحنفية، الحنائي، 2: 170-172؛ الفوائد البهية
في تراجم الحنفية، اللكنوي، 188؛ نهر الذهب، الغزي، 2: 169؛ الأعلام، خير الدين الزركلي، (لبنان،
بيروت: دار العلم للملايين، 2002م)، ط 15، 7: 25.

ثانيا: التعريف بالمخطوط وبيان قيمته العلمية وتوثيق نسبه لمؤلفه

وصف المخطوط وبيان قيمته العلمية:

يتكون هذا المخطوط من نسختين؛ إحداهما النسخة العربية بخط نسخ واضح جميل قليل السواد، وكلماته واضحة إلا ما ندر، قياس كل لوحة فيها 16.5 سم × 11.5 سم وعدد أسطر كل صحيفة فيها 32 سطرا ورمز لها بالرمز (ع)، قال ناسخها وهو يتكلم عن تاريخ إتمام نسخ الجزء الثاني من هذا المخطوط – المستهدف بعضه بالتحقيق – (وكان الفراغ من تعليقه يوم السبت، السابع عشر من شهر رمضان المعظم سنة سبعمائة وسبعة عشر من الهجرة بقلعة الجبل المحروسة، جعلها الله حصنا وأمانا للخائفين إلى يوم الدين، على يد العبد الفقير المعترف بالزلل والخطأ والتقصير عبد الله محمد بن أحمد بن عبد المولى بن الحسن الدمشقي – غفر الله له ولوالديه ولصاحب الكتاب ولمن نظر فيه من المسلمين – والحمد لله رب العلمين)⁽¹⁾ وهي النسخة التي جُعِلت أصلا لوضوحها، ومكان وجودها هو مكتبة فيض الله أفندي مفتي السلطنة العثمانية الواقعة بإسطنبول بتركيا برقم 958.

والأخرى بخط فارسي، وهي كثيرة السواد قياس كل صحيفة فيها 16.5 سم × 9.5 سم، وعدد أسطر كل صحيفة 35 سطرا ورمز لها بالرمز (ف)، ومكان وجودها هو مكتبة فيض الله أفندي مفتي السلطنة العثمانية الواقعة بإسطنبول بتركيا برقم 963 . ويعد هذا المخطوط من الكتب التي لها قيمتها العلمية في المذهب الحنفي؛ لأنه يتعرض للمقارنة بين أقوال الإمام أبي حنيفة وصاحبيه – رحمهم الله – من جهة، والمقارنة بين أقوال الحنفية ومذهب الإمام الشافعي من جهة أخرى، وأما المذاهب الأخرى فلم تأخذ من المؤلف – رحمه الله – عناية كافية إذا ما قارناها بذكره لأقوال المذهب الشافعي ونظرا لأهمية هذا المخطوط أكثر من أتى بعده من العلماء

(1) صحيفة 320، النسخة ع.

من النقل عنه وخصوصا شراح كنز الدقائق وفي مقدمتهم صاحب البحر الرائق وأصحاب الفتاوى الهندية.

وقد أثبت صحة نسبه للإمام السرخسي عدد من العلماء في مؤلفاتهم ومن ذلك: ابن الحنائي إذ قال في ترجمته (صنف المحيط وهو أربعة مصنفات: المحيط الكبير وهو نحو من أربعين مجلدا، والمحيط الثاني عشر مجلدات، والمحيط الثالث أربعة مجلدات، والرابع مجلدين)⁽¹⁾ الإمام اللكنوي إذ قال في ترجمته (محمد بن محمد الملقب برضي الدين مصنف المحيط)⁽²⁾

ثالثا: منهجيته وطريقته في التأليف:

1 - منهجيته في ترتيب المسائل والترجيح بين الأقوال:

أما عن منهجيته في ترتيب المسائل، فقد قال هو - رحمه الله - في طريقة ترتيبه: (وبدأت كل كتاب بمسائل المبسوط لما أنها أصول مثبتة وأردفها بمسائل النوادر والنوازل لما أنها من أصول المسائل منزوعة ثم أعقبها بمسائل الجامع لما أنها من زبدة الفقه مجموعة ثم ختمتها بمسائل الزيادات لما أنها من فروع الجامع مزيدة)⁽³⁾، أما عن منهجيته في الترجيح بين الأقوال فإن المصنف - رحمه الله تعالى - لم يخرج في ترجيحه - في الجانب المستهدف بالتحقيق - عن أقوال المذهب الحنفي في أي مسألة من المسائل المقارنة بين مذهب الحنفية وغيره من المذاهب.

(1) طبقات الحنفية، لابن الحنائي، 170.

(2) الفوائد البهية، للكنوي، 188.

(3) ينظر اللوحة 6 من النسخة ع.

2 - منهجيته في الاستدلال بأصول الفقه:

استشهد المؤلف رحمه الله بنصوص شرعية وأورد أدلة أصولية و قواعد فقهية في تأليفه لهذا المخطوط مما أكسبه قبولا ومكانة علمية رفيعة بين علماء مذهبه، ومن ذلك ما يلي:

أ - الأصول المتفق عليها:

1- الاستشهاد بالقرآن الكريم:

استشهد المؤلف - رحمه الله تعالى - بالكتاب العزيز في مختلف الأبواب من كتابه، ووصل عدد الآيات المستشهد بها في الجزء الذي كلفت بتحقيقه إلى خمس وخمسين آية، ومن ذلك ما جاء في الصفحة 37 وهو قوله تعالى ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ حيث صدر المؤلف بهذه الآية استدلاله بالنصوص الشرعية في باب النكاح، وبين أن الأصل الذي أخذ منه مشروعية النكاح من القرآن هو هذه الآية، والملاحظ أنه أكثر من الاستشهاد بالآيات القرآنية في باب معرفة المحرمات والمحللات من النساء فقد استخدم فيه خمس آيات.

2- الاستشهاد بالحديث النبوي الشريف:

واستشهد - رحمه الله تعالى - بالحديث الشريف حيث بلغ عدد الأحاديث المستخدمة ستا وخمسين حديثا منها خمس وأربعون حديثا صحيحا وواحدا حسنا، وأحد عشر حديثا ضعيفا، وهو مما يؤخذ على المؤلف إذ إن مؤلفه هذا يعتبر من مصادر الفقه الحنفي التي نقل كثير ممن جاء بعده عنها، خصوصا أنه استخدم الضعيف من الحديث وفرع عنه بعض المسائل دون التنبيه على ضعفه، ومحل الاستغراب أن تأليف هذا الكتاب جاء بعد قرون كثيرة من تصنيف كتب الحديث المعتمدة عند أهل العلم كالكتب التسعة وغيرها.

ومن أمثلة استخدام المؤلف للحديث الضعيف ما جاء في الصفحة 43 من استخدامه للخبر (من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبناتها وحرمت على أبيه وابنه) للاستدلال به على ثبوت حرمة المصاهرة بالنظر للفرج، وهي مسألة خالف فيها الحنفية جمهور الفقهاء، وسبب خلافهم اعتمادهم الخبر سالف الذكر وهو ضعيف كما قد بيّن ذلك في موضعه من التحقيق (1).

3 – الاستدلال بالإجماع:

الإجماع في اللغة هو العزم، يقال: أجمع فلان على كذا إذا عزم عليه، ومنه قوله تعالى ﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ﴾ أي اعزموا عليه، ومنه قولهم أجمع القوم على كذا أي اتفقوا عليه (2).

وفي اصطلاح الأصوليين هو عبارة عن اتفاق المجتهدين من هذه الأمة في عصر من العصور على أمر من الأمور (3).

وقد استدل المؤلف به في الجزء المستهدف بالتحقيق في 29 موضعا منها:

– قوله في باب خيار العتق والبلوغ في النكاح من كتاب النكاح الصفحة 71: (غير الأب والجد إذا زوج الصغير والصغيرة فلهما الخيار إذا بلغا مسلمين كانا أو ذميين ... وإذا زوجهما الأب والجد فلا خيار لهما بالإجماع).

– وقوله في باب الوكالة في النكاح من كتاب النكاح الصفحة 101: (ولو زوجه بنت نفسه لم يجز عند أبي حنيفة إلا أن يرضى ... وكذلك إن زوجه أمتة أو مكاتبته لايجوز بالإجماع).

– وقوله في باب معرفة المهور من كتاب النكاح الصفحة 124: (ولو تزوج امرأة على أن يخدمها سنة فلها مهر مثلها ... ولو كان عبدا فلها خدمته بالإجماع).

(1) ينظر الصفحة 39 من البحث.

(2) لسان العرب، ابن منظور، 8: 53، مادة (ج م ع)؛ التعريفات، الجرجاني، 24.

(3) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، عبد العزيز البخاري، تح: عبد الله محمود محمد عمر،

(لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية 1997م)، ط1، 4: 341.

– وقوله في باب نكاح أهل الذمة من كتاب النكاح الصفحة 196: (ولو تزوج حربي حربية فلا مهر لها بالإجماع).

– وقوله في باب المطلقة تطلق في العدة من كتاب الطلاق الصفحة 300: (... المطلقة الرجعية لو طلقها أو أبانها تقع بالإجماع لقيام الزوجية والوصلة).

– وقوله في باب المطلقة ثلاثا متى تحل من كتاب الطلاق الصفحة 373: (ولو قال لها أنت طالق مع عتق مولاك تحل بلا زوج بالإجماع).

ويحسُن لفت النظر إلى أن الإمام السرخسي – رحمه الله تعالى – قد توسع في إطلاق مصطلح الإجماع فاستعمله بالإضافة للإجماع الأصولي المعروف للدلالة على اتفاق علماء الحنفية، ومن أمثلة ذلك:

قوله في باب الخيار من كتاب الطلاق الصفحة 465: (لو قال اختاري واختاري واختاري بألف، فقالت: اخترت نفسي، أو قالت: بواحدة يقع ثلاثا بألف، ... ولو قالت: اخترت تطليقة أو طلقت نفسي واحدة لم يقع شيء إجماعا) وعنى بالإجماع في المثال السابق اتفاق أبي حنيفة وصاحبيه.

4 – الاستدلال بالقياس:

القياس لغة إلحاق الشيء بالشيء وتقديره على مثاله⁽¹⁾.

وفي اصطلاح الأصوليين: هو إبانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته في الآخر⁽²⁾.

وقد استدل المؤلف بالقياس في ثمانية عشر موضعا منها:

– قوله في باب معرفة الكفاءة والنكاح من غير كفؤ أو ولي من كتاب النكاح الصفحة 90: (ولو قبض مهرها ولم يجهزها اختلفوا فيه قيل يكون إجازة، وقيل لا

(1) الصحاح، الجوهري، 3: 968، مادة (ق ي س)؛ لسان العرب، ابن منظور، 6: 185، مادة (ق ي س).

(2) كشف الأسرار، عبدالعزيز البخاري، 4: 399؛ التعريفات، الجرجاني، 232.

يكون إجازة مالم يجهزها من المهر فإن قبض المهر قد يكون لرضاه بالنكاح وقد يكون ليعرف كفاءة الزوج، وإن لم يفعل هذا ولكن خاصم زوجها في نفقتها أو في مهرها عليه، لا يكون رضا منه قياسا).

فقد قيس قبض المهر على رضى المرأة بالسكوت عند استئذائها للزواج بجامع الرضى في كلا الأمرين.

— قوله في باب الدعوى والبيينة في النكاح من كتاب النكاح الصفحة 176: (تزوج بغير إذن المولى ودخل بها ثم أجاز المولى يجب مهرا قياسا؛ لأن الدخول حصل في نكاح فاسد فيوجب المهر وبالإجازة يملك البضع وملك البضع لا ينفك عن وجوب مهر).

— قوله في باب نكاح العبيد من كتاب النكاح الصفحة 180: (رجل أمر عبده أن يتزوج وقد كان تزوج فأجاز لا يجوز قياساً لأنه مأمور بالعقد والإجازة ليست بعقد).

— قوله في باب قدر النفقة المفروضة من كتاب النفقة الصفحة 216: (ويعتبر في النفقة يسار الزوج وإعساره فنقضي عليه بقدر طاقته ووسعه ... وقياسا على المتعة فإنها معتبرة بيسار الزوج وإعساره).

فقد قيست نفقة الزوجة على متعة المطلقة المفوضة التي طلقت قبل الدخول والخلوة بجامع عسر الزوج ويساره

— قوله في باب الرجعة من كتاب الطلاق الصفحة 287: (ولو بقيت لمعة يملك الرجعة قياسا على العضو).

ب — الأصول المختلف فيها:

1 — الاستحسان:

الاستحسان لغة وجود الشيء حسنا، تقول استحسنت كذا أي اعتقدته حسنا، وهو في الاصطلاح نوعان:

الأول: العمل بالاجتهاد وغالب الرأي في تقدير ماجعله الشرع موكولا إلى آرائنا.

الثاني: هو الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل إنعام التأمل⁽¹⁾.

وقد استدل المؤلف بالاستحسان في ثلاثين موضعا منها:

— قوله في باب نكاح البكر من كتاب النكاح الصفحة 80: (والسكوت رضى في عدة مسائل ... منها إذا قبض الأب والجد مهر البنت البكر البالغة فسكتت جاز استحسانا).

— قوله في باب معرفة الكفاءة والنكاح من غير كفؤ أو ولي من كتاب النكاح الصفحة 89: (والكفاءة في النساء للرجال غير معتبرة عند أبي حنيفة، وعندهما معتبرة استحسانا).

— قوله في باب الوكالة في النكاح من كتاب النكاح الصفحة 101: (ولو زوجه على عبد للزوج جاز وعلى الزوج قيمة عبده استحسانا).

— قوله في باب نكاح أهل الذمة من كتاب النكاح الصفحة 199: (ولو أسلم أحد الزوجين وهما صبيان عاقلان عرض الإسلام على الآخر؛ لأن الصبي يخاطب بالإسلام حقا للعباد وهنا حل المتعة يفوت بكفره ... فإن أبى أن يسلم يفرق استحسانا).

— قوله في باب نفقة نوي الرحم المحرم من كتاب النفقة الصفحة 250: (ولو باع واحد منهم متاع الغائب في النفقة لا يصح ما خلا الأب فيما سوى العقار استحسانا).

(1) أصول السرخسي، محمد بن أبي سهل السرخسي، (لبنان، بيروت: دار المعرفة، 1993م)، ط 1، 2: 200؛ التعريفات، الجرجاني، 32.

رابعاً: القواعد الفقهية

استدل المؤلف بعدد من القواعد الفقهية الكبرى والصغرى ومن ذلك:

أ – القواعد الكبرى:

1 – المشقة تجلب التيسير

المشقة لغة: النقل والشدة، والتيسير لغة: التسهيل⁽¹⁾.

معنى القاعدة:

هذه القاعدة إحدى القواعد الخمس الكبرى التي ترجع جميع مسائل الفقه إليها وتعني أن المشقة الداخلة على المكلف لسبب من الأسباب من نحو مرض أو سفر أو إكراه أو أي عذر من الأعذار المعتبرة شرعاً توجب له التخفيف والتسهيل مراعاة من الشرع لحاله وحرصاً على أداء التكاليف الشرعية دون شدة وصعوبة بالغة⁽²⁾. والمراد بالمشقة الجالبة للتيسير المشقة التي تتفك عنها التكاليف الشرعية، أما المشقة التي لا تتفك عنها التكاليف الشرعية كمشقة الجهاد وألم الحدود وقتل الجناة والمفسدين فلا أثر لها في جلب تيسير ولا تخفيف⁽³⁾.

وقد أوردها المؤلف بمعناها وذلك في قوله في باب الوكالة في النكاح من كتاب النكاح الصفحة 98: (فإنهم قد يتزوجون بغير الكفو وبالأمة وأصحاب الأعذار طلباً لتخفيف المؤونة وتسهيلاً للأمر عليهم).

(1) لسان العرب، ابن منظور، 10: 181؛ 5: 295، مادة (ش ق ق، ي س ر).

(2) معلمة القواعد الفقهية، مجموعة من الباحثين، (الإمارات العربية المتحدة، أبوظبي: مؤسسة زايد بن سلطان للأعمال الخيرية)، 7: 159.

(3) شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، (سوريا، دمشق: دار القلم، 1989)، ط2، 157.

2 – اليقين لا يزول بالشك⁽¹⁾

وهي القاعدة الثالثة من القواعد الخمس الكبرى في الفقه الإسلامي. واليقين لغة: العلم وزوال الشك⁽²⁾.

و في اصطلاح علماء المعقول هو الإعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت⁽³⁾. والشك في اللغة: الارتياب وهو خلاف اليقين⁽⁴⁾.

وفي اصطلاح علماء المعقول: هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح أحدهما على الآخر⁽⁵⁾.

ودليها مارواه مسلم عن أبي هريرة – رضي الله عنه – مرفوعا (إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكك عليه أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا)⁽⁶⁾.

وقد استدل المؤلف بهذه القاعدة في عدة مواضع من كتابه منها:

– قوله في كتاب الطلاق الصفحة 367: (للرجل امرأتان دخل بهما فقال: أنتما طالقان ثم قال في العدة: إحداكما طالق ثلاثا ثم انقضت عدة إحداهما من الطلاق الأول طلقت ثلاثا ... ولو انقضت العدتان معا ثم تزوج كلاهما معا في عقدة لا يصح؛ لأن إحداهما مطلقة ثلاثا ولانعلم المحللة من المحرمة فلم يجز نكاح المحرمة؛ لأن سبب الجواب ثابت بيقين وهو كونها أجنبية من بنات آدم فكان كونها محللة ثابت بيقين وفي سبب الفساد شك واحتمال واليقين لا يزول بالشك).

(1) ينظر: المبسوط، محمد بن أبي سهل السرخسي، تح: خليل محيي الدين الميس، (لبنان، بيروت: دار الفكر، 2000 م)، ط 1، 1: 89؛ بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، (لبنان، بيروت: دارالكتاب العربي، 1982 م)، 1: 33؛ الهداية، المرغيناني، (مصر، القاهرة: المكتبة الإسلامية)، 1: 22؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، (لبنان، بيروت: دار إحياء التراث العربي)، 1: 63؛ الأشباه والنظائر، ابن نجيم، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية)، 47.

(2) مختار الصحاح، الرازي، 745 مادة (ي ق ن).

(3) ينظر: الكليات، الكفوي، 1565؛ الحدود الأنيفة، زكرياء الأنصاري، 68.

(4) مختار الصحاح، الرازي، 354 مادة (ش ك ك).

(5) التعريفات، الجرجاني، 168.

(6) صحيح مسلم، كتاب الحيض، باب الدليل أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي، 1: 276،

رقم: 361.

— قوله في باب الرجل يطلق امرأة بعينها ثم ينساها من كتاب الطلاق الصفحة 368: (طلق إحدى نسائه الأربع بعينها ثلاثاً ثم اشتبهت وأنكرت كل واحدة أن تكون هذه لا يقرب واحدة منهن لجواز أن تكون كل واحدة مطلقة ثلاثاً ... ولو تزوج بالثلاث صح نكاحهن وتعينت الرابعة للطلاق؛ لأن في كل واحدة الحل ثابت بيقين وقع الشك في الزوال فلا يزول الحل بالشك؛ لأن اليقين لا يزول بالشك).

3 — الضرر يزال

الضرر في اللغة خلاف النفع⁽¹⁾

معنى القاعدة:

تحدث هذه القاعدة عن إزالة الضرر وأنه إذا وقع رغم كل الاحتياطات المبدولة لدفعه فإنه لا بد من إزالته ورفع⁽²⁾.

وقد أوردها المؤلف بمعناها في الصفحة 90: (وإن زوجت نفسها من غير كفؤ فللولي أن يفرق بينهما)، وقوله في الصفحة 90: (وإن تزوجت بأقل من مهر مثلها فللولي طلب التكميل والتفريق).

ب — القواعد الصغرى:

1 — الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة⁽³⁾

الإجازة لغة: هي تسويغ الفعل وإمضائه وإنفاذه والرضى به وجاز العقد وغيره نفذ ومضى على الصحة، وأجزت العقد جعلته جائزاً نافذاً، والإجازة إثبات صفة النفاذ⁽⁴⁾.

(1) المصباح المنير، الفيومي، كتاب الضاد، 2: 360.

(2) معلمة القواعد الفقهية، 7: 488.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 32 - 35؛ تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية، 1984م)، 2: 35؛ الهداية، المرغيناني، 3: 69؛ شرح فتح القدير، محمد ابن الهمام، (لبنان، بيروت: دار الفكر)، 7: 55؛ معلمة القواعد الفقهية، مجموعة من الباحثين، 15: 97.

(4) لسان العرب، ابن منظور، 5: 229، مادة (ج و ز)؛ الكليات، الكفوي، 51.

وأوردها المؤلف بقوله الإجازة اللاحقة بمنزلة الإذن السابق.

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن من تصرف في حق الغير مما تجوز النيابة فيه من غير إذن منه ولا إذن الشرع، ثم أجاز صاحب الحق تصرفه، كان حكم تصرفه كما لو وكله وأذن له فيه صاحب الحق ابتداء بحيث تترتب عليه كافة آثاره الشرعية من يوم التصرف⁽¹⁾.

وقد أوردها المؤلف في باب نكاح العبيد من كتاب النكاح الصفحة 181: (رجل أمر عبده أن يتزوج وقد كان تزوج فأجاز – أي العبد – لايجوز ... ولو تزوج العبد على ما ذكرنا ثم أجاز المولى فهو كذلك؛ لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الإذن السابق).

2 – الإجازة إنما تلحق الموقوف لا الباطل⁽²⁾

العقد الموقوف هو الذي عقده فضولي وتوقف تنفيذه على إجازة صاحب الشأن. والباطل من العقود هو العقد الذي لا يثمر المقصود منه لفقده ركنا من أركانه أو شرطاً من شروط صحته.

معنى القاعدة:

تدل هذه القاعدة أن الإجازة تعمل في العقد الموقوف على إجازة صاحب الشأن وقد استوفى العقد شروط صحته، ولا تعمل في العقد الباطل؛ لأنه غير موجود حكماً⁽³⁾.

(1) معلمة القواعد الفقهية، مجموعة من الباحثين، 15: 97.

(2) المبسوط، السرخسي، 5: 229؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 7: 45.

(3) موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي، (لبنان، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2003م)، ط1، 1: 179.

وقد أوردها المؤلف في كتاب النكاح الصفحة 109 وجعلها أصلاً ومقدمة لما يأتي بعدها من المسائل بقوله (أصله أن الإجازة تلحق الموقوف دون المفسوخ؛ لأنها تعمل في القائم دون المرفوع).

3 – الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام⁽¹⁾
الإشارة في اللغة: هي التلويح بشيء يفهم منه المراد دون النطق به⁽²⁾.
وعبر عنها المؤلف بقوله (الإشارة يجوز أن تقوم مقام العبارة عند وقوع الحاجة).

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة الفقهية إلى اعتبار الإشارة من الإنسان وترتيب الآثار الشرعية عنها كاللزام إذا توفرت فيها شروط اعتبارها.
وأوردها المؤلف في باب الطلاق بالكتابة من كتاب الطلاق الصفحة 298 بقوله (ولو أن الأخرس لا يكتب وله إشارة معلومة في التصرفات يصح تصرفه بإشارته استحساناً؛ لأن الإشارة يجوز أن تقوم مقام العبارة عند وقوع الحاجة).

(1) المبسوط، السرخسي، 6: 285؛ مجمع الضمانات، محمد بن غانم البغدادي، تح: محمد أمين سراج، علي جمعة، (مصر، القاهرة: دار السلام، 1999م)، ط1، 2: 932.
(2) المصباح المنير، الرازي، مادة (ش و ر)؛ الكليات، الكفوي، 120.

4 – الباطل لاتلحقه الإجازة⁽¹⁾

وعبر عنها المؤلف بقوله (المفسوخ لاتلحقه الإجازة).

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى أن العقد الباطل – الذي لم يستوف شروط صحته – لاتعمل فيه الإجازة؛ لأنه معدوم وإنما تعمل الإجازة في العقد المنعقد.

وأوردها المؤلف في باب ما يملك الوكيل نقضه وما لا يملك من كتاب النكاح الصفحة بقوله 109: (فضوليان زوجا رجلا امرأة بألف ثم جددا الخمسين ديناراً فهذا على ثلاثة أوجه: إما إن أجاز أحد الزوجين العقدين، أو أجاز كل واحد منهما أحدهما معا أو متعاقبا، أو أجاز أحدهما كلاهما والآخر أحدهما، أما إن أجاز أحد الزوجين أحدهما بطل الآخر فلا يجوز أبداً؛ لأن الإجازة لاقت عقداً موقوفاً فصحت فننزه الأول في حق المجيز فيفسخ الثاني؛ لأنهما لايجتمعان والمفسوخ لاتلحقه الإجازة).

5 – السكوت دليل الرضى⁽²⁾

معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى بناء حكم شرعي على أمر استثنائي؛ لأن الأصل في بناء الأحكام هو ألفاظ المكلفين؛ لأنها هي التي تدل على مراد المتكلم وقصده.

(1) شرح فتح القدير، ابن الهمام، 6: 322.

(2) التنف، في الفتاوى، السعدي، (الأردن، عمان، دار الفرقان)، 2: 739؛ المبسوط، السرخسي، 4: 357؛

الاختيار، ابن مودود الموصلي، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية، 2005م)، ط 3، 3: 106.

ولكن المشرع الحكيم علم أن من عباده من لا يستطيع الكلام بسبب من الأسباب فلو لم يبين على سكوته الأحكام الشرعية لوقع في الحرج والضرر والشريعة جاءت لنفي الضرر فجعل سكوت المكلف كالنطق في الدلالة على الأحكام في بعض المواطن⁽¹⁾. وقد أوردها المؤلف في باب نكاح البكر من كتاب النكاح بقوله في الصفحة 80: (فأما إذا أبهمه لم يكن سكوتها رضا؛ لأن الجهالة تمنع الرضا، والسكوت رضا في عدة مسائل...)، وقوله في الصفحة 81: (إذا رأى المولى عبده يبيع ويشترى فسكت يصير مأذونا في التجارة)، وقوله في الصفحة 81: (وسكوت البكر لا يكون رضا في حق غير الولي).

6 – الكتاب كالخطاب⁽²⁾

وقد أوردها المؤلف بقوله (الكتابة بمنزلة المخاطبة، المكتوب كالملفوظ والمنطوق به).

الكتاب لغة المجموع والمضموم، وهو ما يكتبه شخص ويبحث به لآخر⁽³⁾. والخطاب في اللغة الكلام بين متكلم وسامع، وفي اصطلاح الفقهاء: توجيه الكلام إلى معين أو أكثر حاضر متهيء للفهم بغرض إفهامه⁽⁴⁾.

معنى القاعدة:

تدل القاعدة على أن المكتوب يعطي حكم الملفوظ من جهة ما يشترط في كل واحد منهما وما يترتب عليه من أحكام فكما يجوز لاثنتين أن يعقدا عقد بيع أو إجارة أو غير ذلك من العقود مشافهة يجوز لهما عقد ذلك مكتابة أو بقول أحدهما وكتابة الآخر، وكذا سائر التصرفات من غير العقود⁽⁵⁾.

(1) موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي، 6: 41.

(2) المبسوط، السرخسي، 5: 26؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 6: 37؛ الهداية، المرغيناني، 3: 21؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 6: 254.

(3) معلمة القواعد الفقهية، مجموعة علماء، 10: 242.

(4) أنيس الفقهاء، القونوي، 61؛ معلمة القواعد الفقهية، مجموعة من الباحثين، 10: 243.

(5) معلمة القواعد الفقهية، مجموعة من الباحثين، 10: 243.

وقد أوردها المؤلف في باب الطلاق بالكتابة من كتاب الطلاق بقوله 299: (رجل أكره بالضرب والحبس على أن يكتب طلاق امرأته فكتب فلانة بنت فلان – امرأته – طالق؛ لأن الكتابة بمنزلة المخاطبة).

وقوله في باب الطلاق بالكتابة من كتاب الطلاق الصفحة 297: (أما إن علقه بشرط بأن قال إذا أتاك كتابي هذا يافلانة فأنت طالق، يقع الطلاق إذا أتاها كتابه ولا يصدق في خلافه؛ لأن الكتابة بمنزلة التكلم والتلفظ).

خامسا: استعمال اللغة العربية والقواعد النحوية:

كانت لغة المؤلف متوسطة في تناول القارئ مع وجود الكلمات الغريبة والتراكيب اللفظية المبهمة.

أما الشعر فقد كان استعماله له قليلا حيث استشهد ببيتين من الشعر فقط في بداية كتاب النكاح عند بيانه للمعنى اللغوي له.

وكذلك الأمر في استشهاده بالأمثال العربية فقد استخدم مثلا واحدا في أول

باب النكاح فقط وهو قول العرب (أنكحنا الفرى فسرى).

ومن أمثلة استعمال المؤلف للقواعد النحوية في تقرير المسائل ما جاء في الصفحة 266: (ولو قال: أنت طالق تطليقة حسنة في دخولك الدار إن قال حسنة بالرفع طلقت للحال؛ لأن حسنة بالرفع لا تصلح نعنا للتطليقة؛ لأنها منصوبة ونعت المنصوب يكون منصوبا ويصلح نعنا للمرأة؛ لأن محلها من الإعراب الرفع فصارت نعنا لها فصارت فاصلة بين الطلاق والدخول، وإن قال حسنة بالنصب لم تطلق حتى تدخل؛ لأنها صلحت نعنا للتطليقة فصارت نعنا لها والنعت مع المنعوت شيء واحد فلم يصر فاصلا بين الطلاق والشرط).

سادسا: استخدامه للغة الفارسية:

استخدم المؤلف اللغة الفارسية في كتابه، وعقد لها بابا كاملا أسماء باب الطلاق بالفارسية بالإضافة إلى أنها مبنوثة في كثير من أبواب الكتاب.

سابعاً: استعماله للحساب:

استخدم المؤلف علم الحساب في بابين من كتابه هما: باب النكاح في العقود المتفرقة، وباب المهور والميراث التي تجب للنساء في الطلاق المبهم في العقد.

أولاً: باب النكاح في العقود المتفرقة

ومن ذلك قوله في الصفحة 183: (وإذا تزوج أربعاً بالكوفة في عقدة، ثم طلق إحداهن بمكة وتزوج مكية، ثم طلق إحدى نسائه بالطائف، ثم تزوج طائفية، ثم مات قبل البيان ولم يدخل بواحدة منهن، فللطائفية مهر كامل وربع ميراث النساء، وللمكية ربع ما بقي من ميراثهن وسبعة أثمان المهر، وللكوفيات الأربع ما بقي من ميراثهن، وثلاثة مهور بينهن بالسوية)، وقوله في الصفحة 185: (فسقط به نصف مهر موزع على الأربع فأصابها ربع النصف وذلك ثمن الكل)، وقوله في الصفحة 186: (وذلك لا يستقيم على أربعة فتضربه في أربعة فتصير مائة لكل واحدة اثنين وثلاثين وجميع المهور خمسة فصار الكل مائة وستين).

ثانياً: باب المهور والميراث التي تجب للنساء في الطلاق المبهم في العقد

ومن ذلك قوله في الصفحة 387: (ولو تزوج ثلاث نسوة في عقدة وثلثتين في عقدة وواحدة في عقدة ثم طلق إحدى نسائه قبل أن يدخل بهن ثم مات فلهن ثلاثة مهور للواحدة سبعة أثمان مهر إلا سدس ثمن مهر و للثلاث مهر وثمان مهر ونصف ثمن مهر و للثنتين خمسة أسداس مهر)، وقوله في الصفحة 388: (إلا أنه سقط بالطلاق ثلاثة أرباع نصف مهر وذلك ثلاثة أثمان مهر).

ثامناً: منهجية المؤلف في استعمال الرموز والمصطلحات:

جرت عادة العلماء في كل فنٍّ على استعمال رموز خاصة يشير كل منها إلى مقصد معين، ومنهم الإمام السرخسي - رحمه الله - حيث استعمل بعضها في الجزء المستهدف بالتحقيق وهي على النحو التالي:

أ – المصطلحات الخاصة بالأعلام:

استعمل علماء الحنفية اصطلاحات كثيرة للدلالة على علم من أعلام مذهبهم أو على مجموعة معينة من أعلام المذهب وقد أورد الإمام السرخسي – رحمه الله تعالى – منها ستة مصطلحات وهي:

– أصحابنا

عنى علماء الحنفية بمصطلح أصحابنا الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف⁽¹⁾، ومن أمثلة ذلك عند المؤلف قوله في كتاب النكاح الصفحة 38 عند الحديث على الحكم الشرعي للنكاح: (وأما صفته قال داود بن علي إنه فريضة، وقال الشافعي: أنه مباح، وقال أصحابنا: بأنه سنة مؤكدة حتى إنَّ الاشتغال بالنكاح أفضل من التخلي لنفل العبادة).

– العامة

يستعمل الحنفية لفظ العامة بمعنى غالبية علماء المذهب⁽²⁾، وقد أوردته المؤلف في كتاب النكاح بمعنى عامة العلماء ولم يعن به ما عناه علماء الحنفية ومثال ذلك قوله في باب المحرمات والمطلات من النساء من كتاب النكاح الصفحة 47: (أما الجمع بين الأجنبية فإنه لا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة عند عامة العلماء ، وقال بعض الروافض: يحل التسع، وقال بعضهم: يحل ثمان عشرة والصحيح قول العامة).

(1) ينظر: الوجيز الوفي بمصطلحات المذهب الحنفي، فراس محمد الأسطل، (فلسطين، خان يونس، رابطة علماء فلسطين، 2015م)، ط1، 27.

(2) ينظر: التعليق الممجّد على موطأ الإمام محمد، محمد عبد الحي للكنوي، تح: تقي الدين الندوي، (سوريا، دمشق، دار القلم، 2005م)، ط4، 143؛ الكواشف الجلية، عبد لإله الملا، (السعودية، الأحساء، مطبعة الأحساء الحديثة، 2004م)، ط1، 24.

— المشايخ

يطلق الحنفية هذا المصطلح على من لم يدرك الإمام أبا حنيفة⁽¹⁾ ومن أمثلة ذلك عند المؤلف قوله في باب نفقة ذوي الرحم المحرم من كتاب النفقة الصفحة 249: (ولم يذكر في الكتاب الأب إذا كان معسرا كسوبا وله ابن زمنٌ وله أم موسرة هل تؤمر الأم بالإفناق على أن ترجع بذلك على الأب إذا أيسر اختلف المشايخ فيه).

— مشايخنا

المشايخ في اصطلاح الحنفية تطلق على من لم يدرك الإمام أبي حنيفة من علماء مذهبه⁽²⁾، وقد يخرج بعضهم عنه كصاحب الهداية حيث يريد بقوله مشايخنا، علماء ماوراء النهر من بخارى وسمرقند⁽³⁾، فلعل المؤلف عنى بهذا المصطلح ما عناه صاحب الهداية، ومن أمثلته ما جاء في باب ما ينعقد به النكاح من كتاب النكاح الصفحة 57: من قول المؤلف (وأما بلفظة البيع والشراء — أي انعقاد النكاح — اختلف مشايخنا فيه قيل: لا ينعقد والصحيح أنه ينعقد).

— مشايخ العراق

أطلق المصنف هذا المصطلح ولم أقف على معناه عند من تحدث عن مصطلحات الفقه الحنفي، والذي يظهر أن المراد به علماء الحنفية بالعراق دون تخصيص لفئة معينة منهم، ومن أمثلته عند المؤلف قوله في باب نكاح أهل الذمة من كتاب النكاح الصفحة 194 (وكل نكاح حرم بحرمة المحل كنكاح المحارم والجمع بين خمس نسوة والجمع بين الأختين لا يجوز عندهما، واختلفوا على قول أبي حنيفة قال مشايخنا: بأنه يقع جائزا، وقال مشايخ العراق يقع فاسدا).

(1) ينظر: الوجيز الوفي بمصطلحات المذهب الحنفي، فراس محمد الأسطل، 22.

(2) المذهب الحنفي، أحمد النقيب، (السعودية، الرياض، مطبعة الرشد، 2001م)، ط1، 328.

(3) المذهب الحنفي، أحمد النقيب، 328.

– مشايخ بلخ⁽¹⁾

يقال في هذا المصطلح ما قيل في سابقه، ومن أمثله ما جاء في باب ما يحرم امرأته على نفسه أو غيرها الصفحة 292 من قول المؤلف (ولو قال: كل حل عليه حرام أو حلال الله عليه حرام ولانية له حمل على الطعام والشراب، وعند زفر تناول كل حلال وحنث عقيب كلامه وهو القياس؛ لأن اللفظ عام في المباحات وكما فرغ في اليمين وجد ما هو المباح من تنفس أو حركة فحنث، لنا أن في العرف متى أطلقت هذه اللفظة لا يراد بها تحريم كل مباح؛ لأن الامتناع عن الكل متعدد وإنما يراد به المأكول والمشروب فحملنا عليه باعتبار العرف والعادة، وقال مشايخ بلخ هذا الجواب على عرفهم فأما في عرفنا تكون طلاقاً).

ب – الاصطلاحات الخاصة بالترجيح والفتيا:

واصطلحوا كذلك على إطلاق مصطلحات خاصة بترجيح الأقوال أو نسبة الاستدلالات لأصحابها وقد أورد المصنّف منها عدّة مصطلحات:

– الأظهر

الظاهر لغة: ضد الباطن⁽²⁾، واصطلاحاً: هو القول الذي استبان للمفتي دليله بعد النظر والتأمل⁽³⁾، ومن أمثله عند المؤلف ما جاء في الصفحة 72 (ولو زوّجها الحاكم ففي ثبوت الخيار لهما روايتان والأظهر أن لهما الخيار).

– عليه الفتوى

يفيد هذا المصطلح صحة القول المفتى به عند علماء الحنفية⁽¹⁾ ومن أمثلتها عند المؤلف ما جاء في باب معرفة الشهود في النكاح من كتاب النكاح الصفحة 99:

(1) هي إحدى مدن أفغانستان وتعرف اليوم باسم وزير آباد وهي مدينة تاريخية عريقة فتحها الأحنف بن قيس في

خلافة سيدنا عثمان بن عفان - رضي الله عنه - وكانت من أهم حواضر خراسان ينسب إليها كثير من العلماء

والزهاد من أشهرهم البيكندي المحدث الفقيه، وإبراهيم بن أدهم الزاهد المشهور، ينظر: موسوعة المدن

العربية الإسلامية، يحيى شامي، 236 - 237؛ الموسوعة الجغرافية، مصطفى أحمد، 4: 44.

(2) مختار الصحاح، الرازي، مادة (ظ ه ر)، 407.

(3) الكواشف الجلية، عبد الإله الملا، 76.

(رجل بعث أقواما بخطبة امرأة إلى والدها فقال الأب: زوجت، وقبل عن الزوج واحد من القوم لا ينعقد النكاح؛ لأن هذا نكاح بغير شهود؛ لأن القوم كلهم مخاطبون من تكلم ومن لم يتكلم هكذا جرى التعارف أن يتكلم واحد ويسكت الباقون والمخاطب لا يصلح شاهداً، وقيل: يصح النكاح وهو الصحيح وعليه الفتوى).

— هو الصحيح ، الأصح

يستعمل هاذان اللفظان للترجيح بين الأقوال، فقد يذكر المسألة الواحدة عدة أقوال ويذيل أحدها بقولهم (وهو الصحيح) وتذيل العبارة بهذا اللفظ يشعرنا بأن بقية الأقوال ضعيفة؛ لأن مقابل الصحيح هو الفاسد، فيتعين العمل بالصحيح، وتترك الأقوال الباقية.

أما إذا ذيلت العبارة بالأصح، فإنه يشعر بأن بقية الأقوال صحيحة، لكن الفتوى على أصحها.

ومثاله عند المؤلف ماجاء في الصفحة 60 (ولو قال أبو الصغيرة لأبي الصغير زوجت ابنتي فقال أبو الزوج: قبلت، وقع النكاح للأب وهو الأصح).
وما جاء في الصفحة 66 (وإن زوجها ولم يأذن له السلطان بذلك ثم أذن بالنكاح فأجاز ذلك النكاح، جاز وهو الصحيح).

— ألفاظ (له، لهما، لهم، لنا)

استعمل المصنف هذه الرموز بكثرة عند نسبة الاستدلال لصاحب أي قول من الأقوال دون الاقتصار على أحد معين كما جرت عليه عادة علماء الحنفية من إطلاق له في نسبة القول والاستدلال للإمام أبي حنيفة، ولهما لصاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن، وأمثلة هذه المصطلحات كثيرة مبثوثة في أبواب المخطوط فانتظر هناك.

(1) الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الحصفي، 1: 78؛ التعليق الممجد، اللكنوي، 142.

* موارد المصنف في كتابه:

قسم علماء المذهب الحنفي الكتب التي حوت مسائل مذهبهم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول:

الكتب التي حوت مسائل أصول المذهب وتسمى مسائل الأصول وظاهر الرواية أيضا وهي مسائل مروية عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه المتقدمين وهم أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني ويلحق بهم زفر والحسن بن زياد وغيرهما ممن أخذ عن الإمام أبي حنيفة لكن الغالب الشائع في ظاهر الرواية أن تكون من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن، وسميت بظاهر الرواية؛ لأنها رويت عن محمد برواية الثقات فهي إما متواترة وإما مشهورة، وكتب ظاهر الرواية هي كتب محمد الستة⁽¹⁾ وهي:

المبسوط ويسمى (الأصل) أيضا، والجامع الكبير، والجامع الصغير، السير الكبير، السير الصغير، الزيادات.

وقد افنقد اليوم معظم هذه الكتب الستة وشروحها الضافية فلم يوجد منها إلا الجامع الصغير والجامع الكبير وأبواب من المبسوط المسمى بالأصل⁽²⁾.

ومن الكتب التي حوت مسائل ظاهر الرواية كتاب المنتقى للحاكم الشهيد⁽³⁾ ويعد من أصول المذهب بعد كتب محمد بن الحسن.

وقد اعتمد المؤلف للنقل من كتب ظاهر الرواية ما يلي⁽⁴⁾:

1 – المبسوط لمحمد بن الحسن، وهو مطبوع .

2 – الجامع الكبير له أيضا، وهو مطبوع.

3 – الجامع الصغير له أيضا، وهو مطبوع.

(1) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، محمد بن الحسن الشيباني، عبد الحي اللكنوي، (لبنان، بيروت: دار عالم الكتب، 1406هـ)، 7؛ شرح رسم عقود المفتي، محمد أمين ابن عابدين، (الهند، حيدر آباد، مركز توعية الفقه الإسلامي، 2000م)، ط 2، 11.

(2) شرح الزيادات، الحسن بن منصور قاضي خان، تح: قاسم أشرف نور الدين، (لبنان، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 2005 م) ط 1؛ 1: 5.

(3) ينظر ترجمته في الصفحة 56 من البحث.

(4) كشف الظنون، حاجي خليفة، 2: 1282.

- 4 – الزيادات له أيضا وقد طبع ممزوجا بشرح قاضي خان.
5 – المنتقى للحاكم الشهيد، وهو من الكتب المفقودة.

القسم الثاني:

الكتب التي حوت مسائل غير ظاهر الرواية، وهي المسائل التي رويت عن الأئمة في غير الكتب المذكورة كالمجرد للحسن بن زياد، وكتبُ الأمالي، والنوادر وهي: مرويات أصحاب محمد بن الحسن عنه في المسائل الفقهية المختلفة، وتنسب تارة إلى الراوي لها عن الإمام محمد، مثل نوادر هشام التي رواها هشام بن عبيد الله الرازي، ونوادر أبي سليمان الجوزجاني، ونوادر المعلى بن منصور الرازي، والجرجانيات نسبة إلى علي بن صالح الجرجاني، والهارونيات نسبة إلى هارون، وتارة إلى مكان الرواية مثل الرقييات التي رواها محمد بن سماعة عن الإمام محمد عندما كان قاضيا بالرقّة، وقد ضاعت معظم هذه النوادر⁽¹⁾.
وقد اعتمد المؤلف من كتب النوادر ما يلي⁽²⁾:

- 1 – نوادر ابن سماعة: لمحمد بن سماعة التميمي .
- 2 – نوادر ابن شجاع: لمحمد بن شجاع البلخي .
- 3 – نوادر بشر بن الوليد .
- 4 – نوادر هشام ابن عبيد الله الرازي .

القسم الثالث:

كتب حوت مسائل الفتاوى والواقعات، وهي مسائل استنبطها المتأخرون من أصحاب محمد وأصحاب أصحابه ومن بعدهم، وأول كتاب جمع فيها، النوازل لأبي الليث

(1) الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 7، شرح رسم عقود المفتي، ابن عابدين، 12.

(2) الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 7.

السمرقندي وهو مطبوع، ثم جمعت فيه كتب منها مجموع النوازل والواقعات للناطق (1)، والمحيط لرضي الدين السرخسي وهو المستهدف بالتحقيق (2).

وقد اعتمد المؤلف للنقل من كتب الفتاوى الكتابين السابقين.

ويحسن التنبيه إلى أن المؤلف أورد الكثير من المسائل دون ذكر مصادرها أو ذكر لها مصادر قد فُقدت ووُجدَ النقل عنها في كتب أخرى من مصنفات الفقه الحنفي ومن ذلك:

- 1 – الخلاصة، لطاهر بن أحمد البخاري الحنفي (3).
 - 2 – النفقات للخصاف، وهو مطبوع.
 - 3 – أدب القاضي له، وهو مطبوع.
 - 4 – الفتاوى الكبرى، لعمر بن عبد العزيز الحنفي (4).
 - 5 – فتاوى قاضي خان، لحسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني وهو مطبوع.
 - 6 – عيون المسائل لأبي الليث السمرقندي، وهو مطبوع.
 - 7 – تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي، وهو مطبوع.
 - 8 – بدائع الصنائع للكاساني وهو من معاصريه، وهو مطبوع.
 - 9 – المحيط البرهاني في الفقه النعماني لحسام الدين بن مازة وهو مطبوع.
 - 10 – الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلية وهو مطبوع.
- وفي ختام هذا العمل هذا سرد لأهم النتائج المستفادة من العمل في تحقيق هذا المخطوط:

امتاز هذا الكتاب بحسن التبويب، وتنسيق المعلومات وترتيبها، وامتاز كذلك برصانة المعلومة وكثرة التفريعات الفقهية والنقل عن كتب صاحبي الإمام أبي حنيفة ومنقدهم فقهاء مذهبه، وامتاز أيضا بالنقل عن مصنفات فقهية تعد في عداد المفقود ككتب النوادر والمنقلى للحاكم الشهيد، وامتاز بإيراد الأدلة الشرعية وتوجيهها وبالأخص إذا كان الخلاف داخل المذهب الحنفي.

(1) الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 7.

(2) شرح رسم عقود المفتي، ابن عابدين، 12.

(3) الجواهر المضية، عبدالقادر القرشي، 1: 265.

(4) كشف الظنون، حاجي خليفة، 2: 1228.

وأخذ عليه — رحمه الله تعالى — استدلاله بالحديث الضعيف وعدم عنايته تامةً بصحة الأحاديث التي يستدل به.

هذا جهد المُقِلّ أسأل الله العظيم بأسمائه الحسنى وصفاته العلا أن يرزقه لباس القبول إنه أكرم مستؤل، (وفقنا الله لسلك سبيل الرشاد وهدانا إلى نتائج القصد والسداد بمنه وطوّله وقوته وحوله)⁽¹⁾.

وصلّى الله وسلّم وبارك على عبد الله ورسوله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم

(¹) ينظر اللوحة 6 النسخة ع.

قسم التحقيق

كتاب النجاح

كتاب النكاح

يحتاج إلى معرفة شرعية النكاح، وتفسيره، وركنه، وشروطه، وحكمه، وصفة شرعيته، أما شرعيته فلقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾⁽¹⁾، وقوله عليه السلام: (تناكحوا تكاثروا)⁽²⁾ فإنني أباهي بكم الأمم يوم القيامة⁽³⁾ حتى بالسقط؛ كان⁽⁴⁾ النكاح عقد مصلحة؛ لأنه ينطوي على مصالح جمة؛ لأنه طريق الانتفاع بانقضاء الشهوة المركبة في الأدمي، متى هاجت لا بد من قضائها؛ لئلا يميل إلى السفاح، [ولا طريق]⁽⁵⁾ لقضائها على ما عليه العادة إلا النكاح، وكذا هو سبب لحصول النسل الذي يتعلق به بقاء العالم؛ فإن الله تعالى حكم ببقاء العالم إلى حين، ولا بقاء إلا بالتوالد والتناسل، ولا يتحقق ذلك إلا بالنكاح عادة؛ فيكون النكاح عقد مصلحة؛ فيجب أن يكون [ل] كل واحد سبيل من تحصيله، وأما تفسيره لغة : فهو الضم، والجمع⁽⁶⁾، يقال : أنكحنا الفري فسنرى⁽⁷⁾.

ومنه في قول القائل:

أَوْطَأْتُ صُمَّ حَصَاهَا خُفٌّ يَعْمَلُهُ تَغَشَّمَتْ بِي إِلَيْكَ السَّهْلُ وَالْجَبَلُ⁽⁸⁾

(1) سورة النساء، من الآية: 3.

(2) في ف: تَكَثَّرُوا.

(3) جزء من حديث أخرجه عبدالرزاق في المصنف، كتاب النكاح، باب وجوب النكاح وفضله، 6: 173، رقم 10391، وصححه ابن حبان في صحيحه، ينظر: صحيح ابن حبان، ابن حبان البستي، كتاب النكاح، 9: 338.

(4) في ف: ولأن، وهو الأصح لمناسبته للسياق.

(5) ما بين معقوفتين ساقط من : ع.

(6) فتاوى النوازل، أبو الليث، 159؛ المبسوط، السرخسي، 5: 107، 349؛ بدائع الصنائع، 7: 373؛ أنيس الفقهاء، قاسم بن عبدالله القنوي، تح: أحمد بن عبدالرزاق الكبيسي، (السعودية، جدة: دارالوفاء، 1406هـ)، ط 1: 145.

(7) يراد: فعلنا الفعل وننظر عاقبته، يضرب هذا القول مثلا للأمر يجتمع على المشورة فيه ثم يُنظر عن ماذا يصدر منه. ينظر: جمهرة الأمثال، أبي هلال العسكري، (لبنان، بيروت: دار الفكر)، 1: 166، والفرأ: الحمار الوحشي، ينظر: لسان العرب، ابن منظور الإفريقي، مادة (ف رأ).

(8) البيت للمتنبى وهو من البسيط، ينظر: العرف الطيب في شرح ديوان أبي الطيب، ناصيف اليازجي، (لبنان، بيروت: دار بيروت، 1981م)، 1: 111.

وقال الشاعر (1) :

إنَّ القُبورَ تتكح الأيامي النسوة الأرامل اليتامى

أي تجمع، وتضمُّ إلى نفسها.

سمي النكاح نكاحاً لما فيه من ضم أحد الزوجين إلى الآخر شرعاً إما وطءاً أو عقداً، حتى صاراً كمصراعي باب، وزوجي خف .
وأما ركنه؛ فالإيجاب، والقَبول من الزوجين⁽²⁾، وأما شرطه على الخصوص؛ فالشهود، وكون المرأة من المحلَّات⁽³⁾ لما نبين، وأما حكمه؛ فملك المتعة مقابلاً بملك المهر، وأما صفته؛ قال داود بن علي⁽⁴⁾: إنه فريضة⁽⁵⁾، وقال الشافعي: أنه مباح⁽⁶⁾، وقال أصحابنا: بأنه سنة مؤكدة؛ حتى إنَّ الاشتغال بالنكاح أفضل من التخلّي لنفل العبادة⁽⁷⁾، وعند الشافعي التخلي لنفل العبادة أفضل، إلا إذا تافت نفسه إلى النساء⁽⁸⁾.

لنا أن مصالحه أجم ومنافعه أعم؛ لأنه سبب لتحسين نفسه بإعافها عن الزنا ولحفظها عن الموبقات، فإنها لا تصير محفوظة إلا بحافظ وراقيب، وبالنكاح يتمكن قضاء الوطر، وإطفاء نائرة الشهوة للحال؛ لأنه متى وجد محلاً حلالاً لمصب مائه وكسر شهوته لا يرغب في الحرام، ويستغني بالنكاح عن السفاح، وبالنوافل لا يتحصن إلا بواسطة تجويعها وتقليل غذائها؛ وذلك لا يكون إلا بعد مدة مديدة، فكان

(1) ينسب هذا البيت إلى امرأة قرشية دون ذكر اسمها وهو من بحر الرجز، ينظر: محاضرات الأدباء، الرأغب الأصفهاني، (لبنان، بيروت: دار القلم)، 2: 230.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 26؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 118؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 229؛ الهداية، المرغيناني، 1: 185.

(3) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم، (لبنان، بيروت: دار المعرفة)، 3: 83.

(4) داود هو: داود بن علي الأصبهاني البغدادي فقيه أهل الظاهر ومؤسس مذهبهم، تفقه بالإمام الشافعي، وكان ورعاً ناسكاً زاهداً، ولد سنة 200هـ، وتوفي في ذي القعدة سنة 270هـ - رحمه الله تعالى -، ينظر: تاريخ بغداد، الخطيب البغدادي، (لبنان، بيروت: دار الغرب الإسلامي)، 9: 342؛ تذكرة الحفاظ، الذهبي، 2: 115 - 116.

(5) المحلى، علي بن سعيد بن حزم، (لبنان، بيروت: دار الفكر 1994م)، 9: 440.

(6) الوسيط، محمد بن محمد الغزالي، تح: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، (مصر، القاهرة: دار السلام) 1417هـ، 5: 25.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 352؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 2: 228؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 188؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 94.

(8) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 154.

النكاح أبلغ في تحصين نفسه عن الزنا من النوافل، فكان أولى كالإمارة بحق والحكومة بعدل.

باب معرفة المحرمات والمحلات من النساء

النساء المحرمات بكتاب الله تعالى، أو بالسنة تنقسم إلى تسعة أقسام (1) :
محرمات بالقرابة والصهرية، وبالرضاع، وبالجمع، وبالتقدم، وبتعلق حق الغير،
وبالملك، وبالشرك، وبالطَّلقات الثلاثة.

أما القسم الأول: فالمحرمات بالقرابة سبعة وهن؛ الأمهات، والبنات، والأخوات،
والخالات، والعمات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، فهن محرمات بنص الكتاب نكاحاً
ووطءاً ودواعيه على التأبید؛ (2) لقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ (3) الآية،
فالله تعالى حرّم هذه المحالّ على التأبید مطلقاً، والحرمة متى أضيفت إلى المحل
يحرّم الفعل فيه مطلقاً، إلا أن كل فعل فيه تكريم، وتعظيم للحل ليس بحرام بالإجماع
وفي الوطء و الاستفراش إذلال واستهانة بالمحل، فالشرع حرّم القرية صوتاً لها
عن الاستفراش، والاستذلال بملك النكاح كرامة لها، أمّا الأمهات فأمّ الرجل وجدّاته
من قبل ابنته وأمه وإن علون إلى أعلى الذرية (4)؛ لأن اسم الأمهات ينطلق على الكل
لكن أمّه حقيقة بالتوليد، وعلى الجدّات عرفاً بالتسبيب، وبه وردت السنة وأطبقت
عليه الأمة، وأمّا البنات، فبنته لصلبه وبنات ابنه وبنيه وإن سفن إلى أسفل
الذرية (5)؛ لأنه سبب لتوليدهن وتفرّيعهن فتكون مضافاً إليه حقيقةً وشرعاً ينطلق
عليهن اسم البنت ، وأمّا الأخوات؛ فالأخت لأب وأم، والأخت لأب، والأخت لأم،
وكذلك بنات الأخ والأخت وإن سفن (6)؛ لأنها منصوصة ، وأمّا العمات فتلاثة؛ عمّة

(1) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 121؛ الاختيار لتعليل المختار، ابن مودود، 3: 97.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 273، 274، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 97.

(3) سورة النساء ، من الآية: 23.

(4) تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 121؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من العلماء، (لبنان، بيروت: دار الفكر، 1991م)، 1: 273، نقلاً عن المحيط الرضوي.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 273، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 122.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 273؛ وينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 122.

لأب وأم وعمة لأب وعمة لأم، وكذا أم العمّة حرام؛ لأن أم عمته لأبيه وأمه أو لأمه هي أم أبيه لامحالة وأم أبيه حرام عليه، وأما عمته لأبيه هي أخت أبيه لأب، فإنها تكون امرأة جد، أبي الأب وامرأة الجد حرام عليه، وكذا عمات أبيه، وعمات أجداده وعمات أمه وعمات جداته وإن سفلن⁽¹⁾، وأما عمّة العمّة فإنه يُنظر، إن كانت العمّة القربى لأبيه وأمه أو لأبيه، فإن عمّتها تكون أخت جدّ أبي الأب وأخت أبي الأب حرام؛ لأنها عمته⁽²⁾، وإن كانت القربى عمّة لأمه، فعمّة العمّة لا تحرم⁽³⁾؛ لأن أب العمّة يكون زوج أم أبيه فعمّتها تكون أخت زوج الجدة أم الأب، وأخت زوج الأم لا تحرم فأخت زوج الجدة أولى أن لا تحرم⁽⁴⁾، وأما الخالات؛ فخالته لأب وأم، وخالته لأب، وخالته لأم، وخالات آبائه وأمهاته⁽⁵⁾، وأما خالة الخالة فإن كانت الخالة القربى خالة لأب وأم، أو لأم فخالته لا تحرم عليه⁽⁶⁾، وإن كانت القربى خالة لأب فخالته لا تحرم عليه⁽⁷⁾؛ لأن أم الخالة القربى تكون امرأة الجد أب الأب لا أم أمه، كأختها تكون أخت امرأة أب الأب، وأخت امرأة الجد فلا تحرم عليه، فأما بنات العم وبنات العمّة وبنات الخال، وبنات الخالة محلات⁽⁸⁾؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾⁽⁹⁾ وهُنَّ غير مذكورات في عداد المحرمات فلم تكن داخلة في عداد المحرمات.

وأما القسم الثاني: فالمحرمات بالصهرية أربعة أمهات تتأبد وبناتهن⁽¹⁰⁾، وتحرم أم المرأة بنفس العقد على البنت، ولا تحرم الربيبة حتى يدخل بأُمّها⁽¹¹⁾، وقال مالك وداود الأصفهاني، وبشر المريسي⁽¹²⁾ بأنها لا تحرم بنفس العقد على البنت وحكوا

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 273؛ وينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 122.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 273.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 273.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 273.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 273؛ وينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 122.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 100؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 273.

(7) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 273.

(8) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 100.

(9) سورة النساء، من الآية 24.

(10) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 122؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 188؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 97.

(11) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 363؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 97.

(12) بشر هو: بشر بن غياث المريسي، فقيه من أصحاب الرأي تفقه بأبي يوسف، معتزلي، متكلم، مناظر

هذا المذهب عن علي - رضي الله عنه⁽¹⁾ - والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَرَبِّبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾⁽²⁾ ، فالله تعالى أطلق حرمة الأم، وقيد حرمة الربيبة بالدخول بأمرها؛ فأجرينا المطلق على إطلاقه، والمقيد على تقيده، وتحرم الربيبة وإن لم تكن في حجر الزوج، وقال علي - رضي الله عنه -: (لا تحرم عليه إذا لم تكن في حجره)⁽³⁾؛ لأن الله تعالى قيد حرمتها بالدخول، وبكونها في حجر الزوج، والمقيد بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما⁽⁴⁾.

لنا أن كونها في حجره ما ذكر لتعليق الحرمة به؛ وإنما ذكر على وفق العادة، بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾⁽⁵⁾ ، علق الإباحة بعدم الدخول لا غير، ولو كانت الحرمة معلقة بهما لعلقت الإباحة بعد بهما؛ لأن المعلق بشرطين لا يوجد بوجود أحدهما، بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَنْكُمُوهْنَ فِي الْمَسْجِدِ﴾⁽⁶⁾ ، نهى عن المباشرة في الاعتكاف في المسجد، ولم تتعلق حرمة المباشرة بالاعتكاف وبكونه في المسجد؛ لأنه ذكر [الكينونة]⁽⁷⁾ في المسجد على وفق العادة، فكذا هذا، وكذا بنات بنت المرأة، وبنات ابنها، ومنها حليلة الابن، وابن الابن، وابن البنت، وإن سفلوا حرام على الأب دخل بها الابن أو لا⁽⁸⁾،

بارع، له معرفة بالفلسفة، أظهر القول بخلق القرآن فمقتبه أهل العلم وكفره أكثرهم لأجل ذلك، توفي 218هـ، ينظر: تاريخ بغداد، الخطيب البغدادي، 7: 545؛ الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبدالقادر بن نصر القرشي، (باكستان، كراتشي: مير محمد كتب خان)، 1: 165؛ الطبقات السنية في تراجم الحنفية، تقي الدين بن عبدالقادر الغزي، تح: عبدالفتاح الحلو، (السعودية، الرياض: دار الرفاعي، 1983م)، ط1، 2: 230 - 238؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 1: 372.

(1) ينظر: المدونة الكبرى، سحنون بن سعيد التنوخي، تح: زكرياء عميرات، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية)، 2: 194؛ المحلى، ابن حزم، 9: 527؛ المبسوط، السرخسي، 4: 363، تفسير ابن أبي حاتم، ابن أبي حاتم الرازي، (لبنان، بيروت: المكتبة العصرية) 3: 912؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 285؛ التسهيل لعلوم التنزيل، ابن جزي الغرناطي، (لبنان، بيروت: دار الكتاب العربي، 1983م)، 1: 136.

(2) سورة النساء، من الآية: 23.

(3) مصنف عبدالرزاق، عبدالرزاق الصنعاني، كتاب النكاح، باب وربائبكم، 6: 27، رقم 10835؛ المبسوط، السرخسي، 4: 364؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 258.

(4) كما إذا قال الإنسان لزوجته إن دخلت الدار وكلمت زيدا فأنت طالق فإذا فعلت أحد الأمرين دون الآخر لم تطلق؛ ينظر: كشف الأسرار، علاء الدين البخاري، 3: 374،

(5) سورة النساء، من الآية: 23.

(6) سورة البقرة، من الآية: 127.

(7) ساقط من: ع.

(8) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 274، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 366؛

ولا تحرم حليلة الابن المُتَبَنَّى على الأب المُتَبَنَّى (1) ؛ لقوله تعالى: ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ (2) ، خَصَّ ابن الصلب حتى يقع الفصل بينهما، ومنها حليلة الأب [بملك نكاح أو يمين، والأجداد من قبل الأب] (3) والأم وإن علون، حرام على ابنه (4) لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (5) ، أي من نكح ءاباؤكم؛ لأن كلمة ما يعبر بها عن كلمة من لقوله تعالى: ﴿ وَالسَّمَاءُ وَمَا بَنَاهَا ﴾ (6) ، أي ومن بناها (7) ، معناه ولا تطأوا من وطئ ءاباؤكم من النساء؛ لأن النكاح للوطء حقيقة وللعقد مجازا (8)؛ لأن النكاح للضم لغة، وحقيقة النكاح توجد في الوطء لا في العقد؛ لأنهما ينضمان حقيقة، فمطووءة الأب حرام بنص الكتاب، ومنكوحته إذا لم يدخل بها حرام بالسنة، وإجماع الأمة، وضرب من الاستدلال؛ فإنها تحرم بالوطء، والعقد يفضي إلى الوطء طبعاً؛ فأقيم مقام الوطء شرعاً عند عزمه في حق ثبوت حرمة المصاهرة، وصار العقد كالنوم مع الحدث، وثبت لفرعه بالنكاح

-
- تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 123؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 260.
- (1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 274، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 366؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 123؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 212؛ ومن المعلوم في أذهان جميع المسلمين أن التبنّي الذي هو إلحاق الإنسان ولداً بنسبه من غير صلبه، مما أتت الشريعة بإلغائه وعدم اعتبار الآثار الناتجة عنه شرعاً، وذكر الإمام السرخسي لهذه المسألة من باب التنبيه على حكم الواقعة على افتراض أن يحتاج إلى معرفة حكمها يوماً ما.
- (2) سورة النساء من الآية: 22.
- (3) ساقط من : ع.
- (4) المبسوط، السرخسي، 4: 359؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 123؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 211؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 97.
- (5) سورة النساء من الآية: 22.
- (6) سورة الشمس الآية: 5.
- (7) لأن العرب كانت تقول سبحان ما سبح الرعد بحمده، أي: من سبح الرعد بحمده، ينظر: المقتضب، محمد بن يزيد المبرد، (لبنان، بيروت: دار عالم الكتب)، 4: 185.
- (8) اختلف الفقهاء في حقيقة النكاح على ثلاثة أقوال:
- الأول: أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وهو أصح الأقوال؛ لأنه هو الذي جاء به القرآن العظيم والحديث الشريف.
- الثاني: أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد وبه قال أبو حنيفة.
- الثالث: أنه حقيقة فيهما بالاشتراك أي: أن لفظ النكاح حقيقة في العقد والوطء معاً.
- ينظر: الحاوي، الماوردي، 9: 46؛ تحرير ألفاظ التنبيه، يحيى بن شرف النووي، تح: عبدالغني الدقر، (سوريا، دمشق: دار القلم، 1408هـ)، ط 1، 1: 250؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرادوي، تح: محمد حامد الفقي، (لبنان، بيروت: دار إحياء التراث العربي)، 8: 4؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، 3: 82؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم النفراوي، (لبنان، بيروت: دار الفكر، 1415هـ).

الصحيح دون الفاسد؛ لأن الفاسد ليس بسبب للوطئ شرعاً؛ لأنه لا يفيد الحل، فلا تفضي إليه غالباً، فلا يقام مقام الوطء.

ظه
اللوحة
262

وتثبت حرمة المصاهرة بالوطء عن الشبهة وبالزنا حتى لو وطئ امرأة بفجور حرمت عليه أمها وبناتها، وتحرم الموطوءة على أصول الواطئ وفروعه، ويحرم على الواطئ أصولها وفروعها⁽¹⁾، وعند الشافعي: الزنا لا يثبت حرمة المصاهرة⁽²⁾، والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾⁽³⁾، حرم موطوءة الأب على الابن ولم يفصل بين كون الواطئ حلالاً أو حراماً لما بينا. وكذلك النظر إلى الفرج بشهوة، واللمس بشهوة⁽⁴⁾، وعند الشافعي إذا كانا في الملك لا يوجب الحرمة⁽⁵⁾.

لنا قوله – عليه السلام – (مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ بِشَهْوَةٍ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمَّهَا وَبَنَاتُهَا، وَحُرِّمَتْ عَلَى أَبِيهِ وَابْنِهِ)⁽⁶⁾؛ ولأنه سبب الوطئ طبعاً فيقام مقام الوطئ في إيجاب الحرمة احتياطاً [كالعقد]⁽⁷⁾، بل أولى؛ لأن المس عن شهوة في السببية إلى الوطئ [فوق العقد، فلما قام العقد مقام الوطء]⁽⁸⁾ في إيجاب الحرمة؛ فالمس أولى، وحكى الطحاوي⁽⁹⁾ إجماع السلف في أن التقبيل والمس عن شهوة موجب لحرمة المصاهرة⁽¹⁾، والشافعي خالف إجماع السلف.

(1) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 123، 124؛ المبسوط، السرخسي، 4: 300؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 101.

(2) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 153؛ وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على رأيين: الأول: وهو رأي الجمهور ورواية عن مالك بأن الزنا يثبت حرمة المصاهرة.

الثاني: وهو رأي الشافعي والرواية الأخرى عن مالك وهو يرى بأن الزنا لا يثبت حرمة المصاهرة. ينظر: المدونة الكبرى، سحنون التتوخي، 2: 197؛ الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي، مالك بن أنس، كتاب النكاح، باب نكاح الرجل أم امرأة قد أصابها على وجه ما يكره، 2: 534؛ الحاوي، الماوردي، 9: 191؛ المغني، ابن قدامة المقدسي، (لبنان، بيروت: دار الفكر، 1405هـ)، ط 1، 7: 456.

(3) سورة النساء، من الآية: 22.

(4) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 123.

(5) الأم، الشافعي، 5: 153، دون قوله (إذا كانا في الملك).

(6) أخرجه بمعناه الدار قطني وغيره موقوفاً ومرفوعاً بلفظ (لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها)، وضعفه، ينظر: سنن الدار قطني، كتاب النكاح، باب المهر، 3: 268، رقم: 92، والضعيف لا يبنى عليه حكم شرعي، وعلى فرض صحته يفهم منه حصول الإثم ولا يفهم منه التحريم بالمصاهرة.

(7) ساقط من: ع.

(8) ساقط من: ع.

(9) الطحاوي هو: أحمد بن محمد بن جعفر الطحاوي الحنفي المصري، فقيه حنفي، محدث من كبار حفاظ =

الحديث، انتهت إليه رئاسة الحنفية في وقته، ولد سنة 229هـ، وتوفي سنة 321هـ، الجواهر المضية، القرشي، 1: 102، سير أعلام النبلاء، أحمد الذهبي، (لبنان، بيروت: مؤسسة الرسالة)، 15:

النوادر: وحد الشهوة ذكر علي القمي⁽²⁾ عن أصحابنا حدُّها أن تنتشر آتته بالنظر واللمس؛ فإن كانت آتته منتشرة قبله بأن تزداد قوة وشدةً، وإن كان عينيًّا أو محبوباً بأن تحرك قلبه بالاشتهاء إذا لم يكن متحركاً قبله، وإن كان متحركاً بأن يزداد الاشتهاء⁽³⁾، وقيل: حدُّها أن يشتهي بقلبه، أما تحرك الآلة والانتشار ليس بشرط، وهو الأصح⁽⁴⁾؛ لأن المس والنظر يتحقق من العينين، ولا تنتشر آتته، ولا يتحقق من المبوب ولا آلة له.

[مسألة] ولو مسَّ امرأةً وعليها ثوب، فإن كان الثوب صفيقاً⁽⁵⁾ يمنع وصول حرارة بدننها إلى يده، لا تثبت الحرمة؛ لأنه مسَّ الثوب، وإن كان رقيقاً لا يمنع ذلك تثبت الحرمة؛ لأنه مس المرأة⁽⁶⁾، ثم النظر إلى ظاهر الفرج لا يوجب الحرمة ما لم ينظر إلى داخله وهو مروى عن أبي يوسف⁽⁷⁾، وهو الصحيح؛ لأن النظر من كل وجه إنما يتحقق بالنظر إلى داخله⁽⁸⁾.

وفي الزيادات⁽⁹⁾ لو نظر إلى دبر امرأة بشهوة، لا يوجب الحرمة⁽¹⁾؛ لأن هذا النظر لا يفضي إلى الوطء في محل الحدث، فلا يقام مقامه؛ فلهذا قالوا: المس

27؛ الطبقات السنية، الغزي، 2: 49 - 50؛ الأئمة الجنية، علي قاري، 334 - 336.

- (1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 101.
- (2) علي القمي هو: علي بن موسى بن يزيد النيسابوري، فقيه حنفي، محدث، انتهت إليه رئاسة الحنفية بخراسان، كان عالم أهل الرأي في عصره بلا منازعة، توفي سنة 305 هـ، الجواهر المضية، القرشي، 1: 380؛ طبقات المفسرين، جلال الدين السيوطي، تح: علي محمد عمر، (مصر، القاهرة: مكتبة وهبة، 1396 هـ)، ط1، 86 - 87؛ الأئمة الجنية، علي قاري، 2: 520.
- (3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 275، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 101؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 124؛ العناية شرح الهداية، أكمل الدين البابرتي، (لبنان، بيروت: دار الفكر)، 3: 223.
- (4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 167؛ العناية، البابرتي، 3: 223.
- (5) أي كثيف متين جيد النسيج، ينظر: المخصص، علي بن إسماعيل بن سيده، فصل الكثيف من الثياب، 1: 381؛ تاج العروس، محمد بن عبدالرزاق الحسيني، 26: 29، مادة (ص ف ق).
- (6) المحيط البرهاني في الفقه النعماني، محمود بن عمر بن مازة، (لبنان، بيروت: دار إحياء التراث العربي)، 3: 169؛ الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري، علي بن محمد الحدادي، (المطبعة الخيرية، 1322 هـ)، ط1، 2: 5.
- (7) أبو يوسف هو: يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، صاحب أبي حنيفة وناشر مذهبه، وأحد أساطين علماء المذهب الحنفي، تفقه بأبي حنيفة وهو المقدم في أصحابه، وكان محدثاً قاضياً عالماً بالمغازي والسير وأيام العرب، توفي 282 هـ، سير أعلام النبلاء، الذهبي، 16: 64 - 67؛ الجواهر المضية، القرشي، 2: 221؛ الأئمة الجنية، علي قاري، 2: 688 - 692؛ الفوائد البهية، للكنوي، 225.
- (8) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 124؛ الهداية، المرغيناني، 1: 186؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 101؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 107.
- (9) مؤلفه محمد بن الحسن الشيباني، الزيادات: هو أحد كتب ظاهر الرواية وهي التي رويت عن أصحاب مذهب الحنفية المتقدمين ومنهم محمد بن الحسن، ينظر: كشف الظنون، حاجي خليفة، (لبنان، بيروت: دار الكتب

بشهوة إذا اتصل به الإنزال لا يوجب الحرمة؛ لأنه لم يبق سبباً للوطئ، ولو مست امرأة رجلاً بشهوة، ثبتت حرمة المصاهرة⁽²⁾.

[مسألة] رجل أخذ بيد جارية ليقبلها [بشهوة]⁽³⁾، حرمت على ابنه⁽⁴⁾؛ لأن أخذه بيدها لشهوة القبلة بمنزلة مسه الشهوة، ولو مسَّ شفر امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبناتها⁽⁵⁾، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: إذا جامع صغيرة لا يجامع مثلها فأفضاها، لا تحرم عليه أمها؛ لأن هذا وطأ صورة؛ لانعدام معنى الوطء فيه وهو قضاء الشهوة، وقال أبو يوسف: تحرم عليه أمها [وإن كانت ممن يجامع مثلها، حرمت عليه أمها⁽⁶⁾]⁽⁷⁾، وقال أبو يوسف: لو جامع صبية فيما دون الفرج بشهوة، وماتت ولا يدرى هل كانت تشتهي في حسننها، وجمالها؛ لا تحل له أمها احتياطاً؛ للحرمة⁽⁸⁾.

[مسألة] رجل نظر إلى فرج ابنته بغير شهوة؛ فتمنى أن يكون له جارية مثلها؛ فوَقعت منه شهوته مع دفع بصره؛ فإن وقعت شهوته على ابنته، حرمت عليه أمها، وإن وقعت على ما تمنى لم تحرم؛ لأن النظر إلى فرج البنت لا يكون بشهوة حينئذٍ⁽⁹⁾.

العلمية)، 1: 107.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 170؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 275، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

(2) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 178.

(3) ساقط من: ع.

(4) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 101.

(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 101.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 9: 130؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 101.

(7) ساقط من: ع.

(8) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 168.

(9) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام ومجموعة من العلماء (لبنان، بيروت: دار الفكر، 1991م)، 1: 274، نقلاً عن فتاوى قاضي خان؛ وفتاوى قاضي خان هو أحد كتب الفتاوى والواقعات، وكتب الفتاوى والواقعات عند الحنفية هي: مسائل استنبطها المتأخرون من أصحاب محمد وأصحاب أصحابه؛

وقاضي خان هو: الحسن بن منصور الفرغاني، فقيه حنفي، قاض، إمام جليل القدر، توفي 15

رمضان، 592 هـ، ينظر: الجامع الصغير مع شرحه، محمد بن الحسن، وأبي الحسنات اللكنوي، 7؛

= الجواهر المضية، القرشي، 1: 205؛ الطبقات السنية، الغزي، 3: 116 - 117؛ الأثمار الجنية، علي

قاري، 1: 408؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 64.

ولو قصد إلى فراش امرأته ليجامعها، وهي نائمة مع ابنتها المشتهاة، فوصل يد الزوج إلى بنتها فقرصها بأصبعه، فظن أنها امرأته؛ فإن كان يشتهي عند ملامستها، حرمت عليه امرأته، وإلا فلا(1).

[مسألة] رجل له جارية فقال: قد وطئتها، لا تحل لابنه، فإن كانت في غير ملكه؛ فقال: قد وطئتها يحل لابنه أن يكذبه و يطأها؛ لأنّ الظاهر يشهد له(2).
ولو اشترى جارية من ميراث أبيه، يسعّه أن يطأها حتى يعلم أنّ الأب وطئها(3).
تزوج امرأة على أنها بكر؛ فلما أراد مجامعتها وجدها منفضة؛ فقال لها: من افتضك؟ فقالت: أبوك، إن صدقها الزوج بانث منه، ولا مهر لها، وإن كذبها؛ فهي امرأته(4).

وقال محمد(5): الخلوّة بامرأته لا تحرم ابنتها، وعن أبي يوسف أنه يحرم ابنتها: لأنّ الخلوّة أقيمت مقام الوطء في حق تأكد البدل ضرورة أن الوطء ليس في وسعها، فأما لا ضرورة فيما عداه فلا تقام مقام الوطء.

وأما القسم الثالث: وهو أن كل من يحرم بالقرابة والصهرية يحرم بالرضاع(1)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمْ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِمَّنْ أَرْضَعْتُمْ﴾(2)، وقوله

-
- (1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 173، نقلا عن واقعات الناطفي؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 222؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 98؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 36؛ واقعات الناطفي أحد كتب الواقعات في مذهب الإمام أبي حنيفة - رحمه الله - وكتب الواقعات هي: مسائل استنبطها المتأخرون من أصحاب محمد وأصحاب أصحابه فمن بعدهم؛ والناطفي هو: أحمد بن محمد بن عمر أبو العباس الناطفي، أحد كبار فقهاء الحنفية في زمانه، وأحد أصحاب الواقعات والنوازل، والناطفي نسبة إلى عمل الناطف وبيعه (نوع من الحلواء)، مات بالري سنة: 446؛ ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 114؛ الطبقات السننية، الغزي، 2: 71 - 72؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 1: 339.
- (2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 101، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 276، نقلا عن المحيط الرضوي.
- (3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 101، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 98.
- (4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 101، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 276، نقلا عن الظهيرية؛ والفتاوى الظهيرية أحد كتب الفتاوى والواقعات في المذهب الحنفي، مؤلفه هو: محمد بن أحمد بن عمر، فقيه حنفي، قاض، توفي سنة 619 هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 2: 20؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 156 - 157.
- (5) محمد هو: محمد بن الحسن الشيباني، الإمام صاحب الإمام أبي حنيفة وناشر مذهبه، تفقه بأبي حنيفة، وكان من أئمة الحديث الحافظين له، ومؤلفاته هي معتمد أئمة الحنفية على مر العصور من مؤلفاته الجامع الصغير، توفي سنة 187 هـ، طبقات الفقهاء، أبو إسحق الشيرازي، (سوريا، دمشق: دار القلم) 1: 142؛ الجواهر المضية، القرشي، 2: 44؛ سير أعلام النبلاء، الذهبي، 17: 140 - 141؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 2: 573 - 582؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 163.

عليه السلام: (يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ)⁽³⁾ على ما عرف في كتاب الرضاع.

وأما القسم الرابع: وهو حرمة الجمع، وهو نوعان: حرمة الجمع بين الأجنبيات، وحرمة الجمع بين ذوات الأرحام⁽⁴⁾، أما الجمع بين الأجنبيات، فإنه لا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة عند عامة العلماء⁽⁵⁾، وقال بعض الروافض⁽⁶⁾: يحل التسع، وقال بعضهم: يحل ثمان عشرة⁽⁷⁾، والصحيح قول العامة؛ لقوله تعالى: ﴿مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ﴾⁽⁸⁾، معناه: ثنتين ثنتين، أو ثلاثا ثلاثا، أو أربعاً أربعاً، ذكر الواو وأراد به أو⁽⁹⁾؛ لأنه وصف كل جملة بكونها مثنى أو ثلاثاً أو رباعاً، وإنما ذكر الواو وأراد به أو؛ لأنه وصف كل جملة بكونها شيء حتى تتفرد كل جملة عن الأخرى؛ لأن المثنى إذا جمع مع الثلاث يكون خماساً، ولو جمع الثلاث مع الرباع يكون سباعاً قوله تعالى: ﴿جَاعِلِ الْمَلَيْكَةِ رُسُلًا أُولِيَ أَجْنَحَةٍ مَّثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ﴾⁽¹⁰⁾، ودل عليه ما روي أن غيلان⁽¹¹⁾ أسلم وتحتة عشر نسوة، فأمر - عليه السلام - (أَنْ يُمَسِكَ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ وَيُفَارِقَ الْبَوَاقِي)⁽¹²⁾.

ج هـ
اللوحة
263

(1) ينظر: النتف، السغدري، 245؛ المبسوط، السرخسي، 5: 240؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 124؛ الهداية، المرغيناني، 1: 186؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 98؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 213.

(2) سورة النساء، من الآية: 23.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض، 373، رقم: 2645.

(4) تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 124؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 265.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 290؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 124؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 265؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 98.

(6) الروافض هم: فرقة من فرق الشيعة رفضت خلافة الشيخين وأكثر الصحابة، وزعموا أن الخلافة في علي وذريته وإن خلافة غيرهم باطلة، ينظر: مقالات الإسلاميين، أبو الحسن الأشعري، (لبنان، بيروت: دار إحياء التراث العربي)، ط3، 16 - 17؛ لسان العرب، ابن منظور، 7: 156، مادة (ر ف ض).

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 290؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 125؛ تفسير القرطبي، محمد بن عبدالله القرطبي، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، (مصر، القاهرة: دار الكتب المصرية، 1964 م)، ط2، 5: 17.

(8) سورة النساء، من الآية: 3.

(9) تفسير القرطبي، محمد القرطبي، 5: 17.

(10) سورة فاطر، من الآية: 1.

(11) غيلان بن سلمة الثقفي، صحابي، أسلم بعد فتح الطائف، وكان أحد وجوه ثقيف، توفي في آخر خلافة عمر، ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة، أحمد بن حجر العسقلاني، تح: علي محمد الجاوي، (لبنان، بيروت: دار الجيل، 1412 هـ)، ط1، 5: 330.

(12) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده عشر نسوة، 377، برقم: 1128، بخلاف في بعض ألفاظه وصححه ابن حبان والحاكم وسكت عنه الترمذي، ينظر: صحيح ابن

امراً تزوجت زوجين في عقد كان فاسداً⁽¹⁾؛ لأن الجمع بين زوجين في النكاح يؤدي إلى اختلاط المياه واشتباها الأنساب، فينفي كل واحد نسب الولد عن نفسه فلا يثبت نسب ما، ولهذا لم يكن الجمع بين الزوجين مشروعاً.

فإن كان لأحدهما أربع نسوة جاز نكاح الآخر؛ لأنه لم يتحقق الجمع بين رجلين إذا كانت هي لاتحل لأحدهما⁽²⁾، كمن تزوج أختين و إحداهما معتدة الغير أو منكوحته يصح نكاح الفارغة؛ لأنه لم يتحقق الجمع بينهما، وعليه جميع ما سميا لها؛ لأنها ما رضيت بذكر هذا القدر، فإذا لغى ذكر أحدهما وصح ذكر الآخر لانتقص عما رضيت، قيل: هذا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وعندهما يجب نصف ما سمياه كما لو تزوج امرأتين بألف وإحداهما لاتحل له، صح نكاح من حل له بجميع الألف عنده، وعندهما بنصفها.

والجمع في ملك اليمين عقداً أو وطءاً حلالاً وإن كثرت⁽³⁾؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾⁽⁴⁾ ، وأما الجمع بين ذوات الأرحام، فالجمع بين الأختين نكاحاً ووطءاً حراماً⁽⁵⁾ ؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾⁽⁶⁾ ، أي: حرمت الأختان في حالة الجمع فقد حرم الجمع بينهما مطلقاً، إلا أن الجمع بينهما في ملك اليمين غير مراد بالإجماع، فصار الجمع بينهما نكاحاً ووطءاً مراداً وحرماً⁽⁷⁾؛ ولأن في الجمع بينهما نكاحاً ووطءاً قطيعة الرحم؛ لأنه يفضي إلى الفضاضة، والفضاضة تفضي إلى قطيعة الرحم، وقطيعة الرحم حرام ، ثم الجمع بين الأختين لا يخلو إما أن يتزوجهما في عقدة أو في عقدتين، فإن تزوجهما في عقدة فسد

حبان بترتيب ابن بلبان، كتاب النكاح، باب نكاح الكفار، 9: 463؛ المستدرک، الحاكم، كتاب النكاح، 2:

493. النيسابوري، 2: 210.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 283.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 103، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 277، نقلاً عن المحيط الرضوي.

(3) تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 125؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 98.

(4) سورة المؤمنون، من الآية: 6.

(5) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 125؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 264؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 102.

(6) سورة النساء، من الآية: 23.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 367؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 127.

نكاحهما⁽¹⁾؛ لأن الجمع حصل بهما؛ لأن كل واحدة منهما جمعت إلى صاحبتهما معا فيكون سبب الفساد ثابتا في حقهما، فإن تزوجهما في عقدتين فنكاح الأخيرة فاسد⁽²⁾؛ لأن نكاح الأولى خلا عن المحرم وهو الجمع، ونكاح الثانية لا ينفك عنه؛ لأن الجمع حصل بالأخيرة لا بالأولى، فيتحقق سبب الفساد في حقهما فاقتصر الفساد عليها، وصار كمن له أربع نسوة وتزوج الخامسة يفسد نكاح الخامسة لا غير، فكذا هذا، ويجب عليه أن يفارقها، وإن علم القاضي بذلك يفرق بينهما⁽³⁾؛ لأن العقد الفاسد معصية وسبيل المعاصي دفعها ما أمكن، فإن فارقها قبل الدخول لا يثبت شيء من الأحكام؛ لأن العقد الفاسد قبل الدخول لم يفد شيئا من أحكامه، وقد ارتفع بالمفارقة، فإن فارقها بعد الدخول فلها المهر وعليها العدة ويثبت النسب، ويعتزل عن امرأته حتى تنقضي عدة أختها⁽⁴⁾ وتثبت حرمة المصاهرة، أمّا المهر؛ فلأن استيفاء منافع البضع في دار الإسلام لا ينفك عن عقوبة أو غرامة، وقد سقطت العقوبة للشبهة فبقيت الغرامة صونا للأبضاع المحترمة، ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل أيهما أقل يجب، وكذلك المدخولة في كل نكاح فاسد، وقال زفر: يجب مهر المثل بالغا ما بلغ.⁽⁵⁾

لنا أن منافع البضع غير متقومة حقيقة بدليل أنها لا تضمن بالإتلاف، وإنما يتقوم بالعقد شرعاً وقيمتها مهر المثل، فإن كان أكثر من المسمى ثبت التقويم بقدر المسمى؛ لاصطلاحهما عليه وتراضيهما به، وإن كان أقل من المسمى وجب قدر مهر المثل؛ لأن ما هو متقوم حقيقة لا يزداد على قيمته في العقد الفاسد فهذا أولى.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 263؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 290؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 98.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 278، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 263؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 290.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 278، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 99.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 278، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 314؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 263.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 2: 335؛ وزفر هو: زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري، الإمام، صاحب الإمام أبي حنيفة وأحد رواة مذهبه، كان أبو حنيفة يفضلته ويقول هو أقيس أصحابي، وكان من حفاظ الحديث وصفه ابن حبان بالحفظ والإتقان، ولد سنة 110 هـ، وتوفي بالبصرة سنة 158 هـ؛ ينظر: الثقات، محمد بن حبان البيهقي، 1: 278، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 314؛ الجواهر المضوية، القرشي، 1: 244؛ الطبقات السنية، الغزي، 3: 254 - 258؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 75 - 77؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 188.

وأما العدة تجب صيانة للماء في رحمها⁽¹⁾، وأما ثبات النسب يعرف في موضعه، ولا يقرب امرأته حتى تنقضي عدتها؛ لقوله - عليه السلام - : (لا يحلُّ لرجلٍ يُؤمِّنُ باللهِ واليومِ الآخرِ أن يجمعَ مائةً في رَحِمِ أُختَيْنِ)⁽²⁾، ولا ينكح امرأة في عدة أختها من أي جهة كانت العدة⁽³⁾، وكذلك الخامسة في عدة الرابعة⁽⁴⁾، وقال الشافعي: يجوز إلا في الطلاق الرجعي⁽⁵⁾، والصحيح قولنا؛ لأن الجمع بين الأختين لا يجوز صونا للقرابة عن القطيعة؛ لأن المشاركة والمساهمة في الاستمتاع والقسم والاسترقاق بمرافق الزوج يفضي إلى المغيظة، والمغيظة في حال العدة أشد؛ لأن المطلقة صارت محرمة عن الاستمتاع من جهة الزوج ومن جهة غيره باعتبار كونها ممنوعة محبوسة بحقه، وصارت الثانية متناولة لكل حقها مسترفة بمرافق زوجها، وهذا في المغايظة أشد، فكان التقاطع والتباعد هنا أبلغ، فوجب أن يحرم نكاح أختها صوناً لها عن القطيعة بخلاف ما بعد انقضاء العدة؛ لأن المغايظة في غير العدة لا تكون إلا يسيرة؛ لأنها تمكنت من الاستمتاع بزواج آخر فيحصل لها التسلّي بالثاني فلا يفضي إلى القطيعة، ولأبأس بأن يتزوج أخت أم ولده، أو مدبرته، أو أمها الموطوءة⁽⁶⁾ خلافاً لمالك⁽⁷⁾؛ لأن المحرم هو الجمع في حكم واحد ولا يطاق التي تزوج حتى كملك فرج أمته من غيره لما مر في البيوع، وعدة أم الولد تمنع نكاح أختها ويجوز أن يتزوج أربعاً، أي: في عدتها عند أبي حنيفة - رضي الله

ظ هـ

اللوحة
263

(2) لا أصل له بهذا اللفظ، قال ابن عبد الهادي: لم أجد له سنداً بعد أن فتشت في كتب كثيرة، ينظر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن حجر العسقلاني، 3: 361، وفي الباب حديث أم حبيبة عند البخاري وغيره أنها قالت: يا رسول الله انكح أختي قال: (إن ذلك لا يحل لي) أي الجمع بين أختين في وقت واحد، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف: 749، رقم: 5107.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 369؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 263؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 99. (4) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 363؛ النهر الفائق شرح كنز الدقائق، سراج الدين عمر ابن نجيم، (لبنان، بيروت، دارالكتب العلمية، 2002م) ط 1، 2: 196؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 516. (5) ينظر: الأم، الشافعي، 7: 170.

(6) المبسوط، السرخسي، 5: 314؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 126؛ والتدبير هو: عتق العبد عن دُبر، وهو أن يقول له صاحبه أنت حر ويعلق ذلك بشرط موته، الصحاح، ينظر: الجوهري، 2: 655، مادة: (د ب ر)، الاختيار، ابن مودود، 4: 29.

(7) ينظر: الاستذكار، ابن عبد البر، 5: 489.

عنه - وعندهما يجوز نكاح الأخت والأربع، وعند زفر لا يجوز كلاهما وهو رواية عن أبي حنيفة⁽¹⁾.

لهما أن العدة أثر ذلك الفراش، وذلك الفراش عندنا قيامه لا يمنع نكاح الأخت والأربع، فكذا أثره؛ لأن الأثر لا يرد على حكم الحقيقة. له أن الفراش قد تأكد بالعتق دليل أنه لا يملك النقل إلى غيره، ولا يملك نفي نسب الولد، وقبل العتق يملك ذلك، فالتحق هذا بملك النكاح، وأصل الفراش تأثيره في تحريم وطء الأخت دون الأربع صونا للرحم عن القطيعة، فكذا أثر وصفه وهو التأكد في تحريم نكاح الأخت دون الأربع؛ ليكون أثر الوصف على نهج أثر الأصل.

المعتدة التحقت بدار الحرب مرتدة يحل للزوج نكاح أختها⁽²⁾؛ لأن الشرع أنزلها ميتة، بدليل أنه يورث مالها، فلا تبقى العدة كما لو ماتت، ثم ألحقت أربع بقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾⁽³⁾ بالخبر المشهور الذي رواه عدة من الصحابة وهو قوله - عليه السلام - (لَا تَنْكَحُ الْمَرْأَةَ عَلَى عَمَّتِهَا، وَلَا عَلَى خَالَاتِهَا، وَلَا عَلَى بِنْتِ أَخِيهَا، وَلَا عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا، فَإِنَّكُمْ إِذَا فَعَلْتُمْ ذَلِكَ قَطَعْتُمْ أَرْحَامَهُنَّ)⁽⁴⁾ والزيادة على الكتاب بالخبر المشهور جائز⁽⁵⁾. ويجوز الجمع بين امرأة وبنات زوج كان لها⁽⁶⁾؛ لأنه لا قرابة بينهما.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 316؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 265؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 190 وقوله عندهما المقصود بها الصحابيان وهما: محمد بن الحسن الشيباني وأبو يوسف، ينظر:

مصطلحات المذاهب الفقهية، مريم صالح الظفيري، (لبنان، بيروت: دار ابن حزم، 2002م)، ط 1، 94.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 383؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 227؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 99؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 109.

(3) سورة النساء، من الآية: 23.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه بلفظ: (نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها)، كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها، 749، رقم: 5108؛ وأخرجه أبوداود بلفظ: (لا تنكح المرأة على عمتها، ولا العمة على بنت أخيها، ولا المرأة على خالتها، ولا الخالة على بنت أختها، ولا تنكح الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى)، كتاب النكاح، باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء، 1: 629، رقم: 2065؛ وقوله - صلى الله عليه وسلم - (فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن)، أخرجه الطبراني في معجمه الكبير، باب العين، أحاديث عبدالله بن عباس، 11: 337، رقم: 11931، بخلاف قوله (إذا فإنه رواها (إنكم)).

(5) ينظر: أصول السرخسي، محمد السرخسي، 1: 269.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 386؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 263؛ الهداية، المرغيناني، 1: 186؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 105.

وأما القسم الخامس: ولا يجوز نكاح الأمة على الحرة ولا معها، ويجوز نكاح الحرة على الأمة ومعها⁽¹⁾ ، وقال مالك: يجوز نكاح الأمة على الحرة إذا رضيت به؛ لأن عنده الحل لا يتصف بالرق حتى قال: بأن العبد يتزوج أربعاً بإذن المولى كالحُرِّ، ولكنَّ حرمة نكاح الأمة على الحرة؛ كيلا يلحقها زيادة غضاضة بإدخال الأمة عليها، فكان المنع لحقها⁽²⁾ فيرتفع برضاها⁽³⁾، وعندنا الحل متصف بالرق؛ لأنَّ الحلَّ نعمة وكرامة ثبتت لحاجة العباد إليه ليتوصل به إلى قضاء الوطر وتحقيق النسل والسكن، والإزدواج، والكرامة تتوفر بتوفر الشرف وتتنقص بنقصانه، والحرة أشرف من الأمة، فينبغي أن يكون حلها أكثر إبانة لخطرها وإعظاماً لقدرها وشرفها، فأظهرنا نقصان حل الأمة في حق الأحكام المتعلقة به، وهي القسم والعدة وفي حق الأحوال حتى لا يحل حال وجود الحرة ويحل حال عدمها، ولهذا قال - عليه السلام - (لا تُنكحُ الأمةُ على الحرةِ وتُنكحُ الحرةُ على الأمةِ)⁽⁴⁾ ، والقدرة على طول الحرة لا تمنع نكاح الأمة⁽⁵⁾ خلافاً للشافعي⁽⁶⁾؛ لأنَّ الحل نعمة وإباحته ثبتت لحاجة العباد والأمة محتاجة إلى هذه النعمة كالحرة، فوجب أن يحل حال عدم الحرة دفعا لحاجتها ولا يحلها، أي وجود الحرة تمنع نكاح المرقوقة، عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وعندهما يجوز في عدة البيونة⁽⁷⁾؛ لأنَّ بعد البيونة النكاح منقطع ومرتفع، فلم يوجد نكاح الأمة على الحرة ألا ترى لو حلف ألا يتزوج على فلانة فأبانها فتزوج أخرى في عدتها لم يحنث؛ لأن النكاح قائم من وجه، بدليل قيام بعض أحكامه وهو العدة ووجوب النفقة وثبات النسب، والثابت من وجه يلتحق بالثابت من كل وجه في باب الحرمات احتياطاً.

(1) ينظر: النتف، السغددي، 260؛ المبسوط، السرخسي، 4: 197، تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 127؛ الهداية، المرغيناني، 1: 186.

(2) في ف: لاحترام الحرة.

(3) ينظر: المدونة، مالك بن أنس، 2: 136؛ الكافي، ابن عبد البر، 245؛ الإشراف على نكت الخلاف،

عبد الوهاب البغدادي، تح: الحبيب بن طاهر، ن: (لبنان، بيروت: دار ابن حزم)، ط 1، 1999م، 2: 856. (4) أخرجه البيهقي وغيره موقوفاً ومرفوعاً، السنن الكبرى، أحمد بن الحسين البيهقي، كتاب النكاح، باب لا تنكح أمة على حرة، 7: 175، رقم: 14381، ووقفه على جابر وصححه.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 196؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 267؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 234.

(6) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 10؛ الحاوي، الماوردي، 9: 233؛ الوسيط، الغزالي، 5: 119.

(7) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 99؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 267.

[مسألة] ولو تزوج أربعاً من الإماء وخمساً من الحرائر في عقد صح نكاح الإماء⁽¹⁾؛ لأن التزوج بالخمس باطل، فلم يتحقق الجمع فصح نكاح الإماء، ويجوز للحر أن يتزوج أربعاً من الإماء⁽²⁾ خلافاً للشافعي⁽³⁾؛ لأن عنده جواز نكاح الأمة ثابت بطريق الضرورة فنقدر بقدرها، وعندنا ثابت مطلقاً لما بينا، وإنما لا يجوز طارياً على نكاح الحرة إظهاراً لفضيلة الحرية ونقيصة الرق.

[مسألة] ولو تزوج أمة بغير إذن مولاهما ولم يدخل بها ثم تزوج حرة ثم أجاز المولى لم يجز⁽⁴⁾؛ لأن نكاح الأمة ارتفع بنكاح الحرة؛ لأن الملك والحل إنما يثبت عند الإجازة وكان للإجازة حكم إنشاء العقد في حق الحكم فيصير متزوجاً أمة على حرة⁽⁵⁾، ولو تزوج أختها⁽⁶⁾ وهي حرة قبل الإجازة جاز⁽⁷⁾؛ لأن النكاح الموقوف عدم في حق المحل فلا يمنع نكاح غيرها.

وأما القسم السادس: فلا يجوز أن يتزوج بمنكوحة غيره، ولا معتدته⁽⁸⁾، أما منكوحته لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾⁽⁹⁾، وأما معتدته لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرِمُوا عُقَدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾⁽¹⁰⁾، ويجوز لصاحب العدة أن يتزوجها⁽¹¹⁾؛ لأنها محتبسة بحقه ورحمها مشغول بمائه، وذلك لا يمنع عقده ويمنع عقد غيره.

-
- (1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 112، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 280، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 99.
- (2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 196؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 100.
- (3) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 41؛ الحاوي، الماوردي، 9: 239.
- (4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 112، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 201؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 197، نقلا عن الأصل.
- (5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 201.
- (6) في ف: ابنتها وهي الأصح؛ لأن كل من نقل هذه المسألة من العلماء عن هذا المخطوط ذكرها ابنتها، ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 112، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية الشيخ نظام، 1: 280، نقلا عن المحيط الرضوي.
- (7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 112، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 280، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 202؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 197، نقلا عن الأصل.
- (8) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 268؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 5: 260؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 100؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 98؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 280، نقلا عن السراج الوهاج.
- (9) سورة النساء، من الآية: 24.
- (10) سورة البقرة، من الآية: 235.
- (11) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 280، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 269؛ الجوهرية النيرة، الحدادي، 2: 53.

المهاجرة إلى دار الإسلام مسلمة أو ذمية جاز تزوجها ولا عدة عليها عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - فإن كانت حاملاً روى الحسن⁽¹⁾ عن أبي حنيفة أنه يجوز نكاحها ولا يطأها حتى تضع⁽²⁾؛ لأنه لا حرمةً لماء الحربي وفي ظاهر الرواية لا يجوز؛ لأن في بطنها ولد ثابت النسب من غيره فكان عليها فراش لغيره فلا يجوز كما في أم الولد.

[مسألة] الجامع الصغير⁽³⁾: ولو تزوج امرأة حاملاً من الزنا يجوز، ولا يطأها حتى تضع، وقال أبو يوسف وزفر: لا يجوز النكاح⁽⁴⁾؛ لأن النكاح انعقد للولد والاستمتاع ومحل الولد مشغول والاستمتاع حرام.

لهما أن النكاح وضع لتمهيد الفراش الذي هو أساس النسب، ولحصول الولد في الحمل، ولا فراش لأحد عليها، فصح عقد الفراش؛ وإنما حرم الوطء لئلا يصير ساقياً زرع غيره، وحرمة الوطء إذا كان يعارض فحال تحمل الزوال لا يمنع جواز النكاح كما لو حرم بالحيض والنفاس.

ولو تزوج أم ولد وهي حامل منه لا يصح⁽⁵⁾؛ لكونها فراشاً لمولاها، ولهذا لو جاءت بولد ثبت النسب منه من غير دعوى بخلاف ما إذا لم تكن حاملاً، وذكر الناطقي في واقعاته: رجل تزوج بامرأة فجاءت بسقط قد استبان خلقه؛ إن جاءت به لأربعة أشهر جاز النكاح، وإن جاءت به لأقل من ذلك لم يجز النكاح؛ لأن الولد من

(1) الحسن هو: الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي، فقيه حنفي، قاض، صاحب الإمام أبي حنيفة، تولى قضاء الكوفة، وكان من حفاظ الحديث، توفي سنة: 204هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 193؛ لسان الميزان، ابن حجر العسقلاني، 3: 48؛ الطبقات السنية، 3: 59 - 61؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 1: 396 - 395.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 102، 103؛ الهداية، المرغيناني، 1: 212؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 73، 74؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 24؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 230.

(3) الجامع الصغير من كتب الإمام محمد بن الحسن الشيباني - رحمه الله - ويعد هذا الكتاب أحد كتب ظاهر الرواية عند الأحناف أي: الكتب التي رويت عن: أبي حنيفة وأصحابه المتقدمين، ينظر: الجامع الصغير مع الشرح، محمد بن الحسن، 7.

(4) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 176؛ الننف، السغدوي، 293؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 269؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 191؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 100؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 5.

(5) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 176؛ الهداية، المرغيناني، 1: 185؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 5: 35؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 114؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 280، نقلاً عن شرح الجامع الصغير.

الزوج؛ لأن خلقه لا يستبين إلا في مائة وعشرين يوماً⁽¹⁾، أربعين نطفة وأربعين علقة وأربعين مضغة.

وأما القسم السابع: ولا يجوز نكاح المجوسية والمشركة ولا وطئها بملك اليمين⁽²⁾؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ﴾⁽³⁾، ويجوز للمسلم نكاح الكتابية الحربية و الذمية حرة كانت أو أمة⁽⁴⁾، خلافاً للشافعي⁽⁵⁾ في الأمة؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾⁽⁶⁾، إلا أنه يكره في الحربية؛ لأنه لا يؤمن أن يكون بينهما ولد، فينشأ على طباع أهل الحرب ويتخلق بأخلاقهم، فلا يستطيع المسلم قلعه عن تلك الحال⁽⁷⁾، ويجوز نكاح الصابيات عند أبي حنيفة – رحمه الله – وعندهما لا يجوز بناء على أن عنده الصابئة كتابية يؤمنون بالكواكب ولا يعبدونها وعندهما يعبدون الكواكب فلا تكون كتابية⁽⁸⁾، و أنكحة الكفار بعضهم من بعض جائزة⁽⁹⁾ وقال مالك: أنكحتهم فاسدة⁽¹⁰⁾ والصحيح قولنا؛ لقوله – عليه السلام – (وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ وَكَمْ أَوْلَادٌ مِنْ سِفَاحٍ)⁽¹¹⁾ وإن كان آباؤه كفاراً؛ ولأن القول بفساد أنكحتهم يتطرق الفساد والإفك إلى الأنساب في الصدر الأول، وذلك قُبْحٌ عقلاً وشرعاً، ولا يجوز نكاح المرتد والمرتدة⁽¹²⁾؛ لإجماع الصحابة عليه؛ ولأن الارتداد

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 176، نقلا عن الولوجية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 280، نقلا عن الظهيرية.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 385؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 271؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 98.

(3) سورة البقرة، من الآية: 221.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 200؛ التنف، السغدي، 1: 261؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 100.

(5) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 6.

(6) سورة النساء، من الآية: 24.

(7) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم، (لبنان، بيروت: دار المعرفة)، 3: 111، نقلا عن المحيط الرضوي.

(8) المبسوط، السرخسي، 4: 385؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 100؛ تبيين الحقائق، (مصر، القاهرة: المطبعة الأميرية، 1313هـ)، ط1، 2: 110.

(9) المبسوط، السرخسي، 4: 408؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 272؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 412؛ الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، محمد بن علي الحصكفي، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية)، 3: 184.

(10) ينظر: الإشراف، عبدالوهاب البغدادي، 2: 856؛ التوضيح، خليل بن إسحاق، 4: 54.

(11) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب الدعوى، 7: 503، رقم: 13273، بلفظ (أخرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح)، وأخرجه غيره، وضعفه ابن حجر، ينظر: التلخيص الحبير، ابن حجر، 3: 382.

(12) ينظر: التنف، السغدي، 262؛ المبسوط، السرخسي، 5: 87، 88؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 126.

مبطل لعصمة الأملاك، وملك النكاح ماشرع إلا معصوماً محترماً لتحقق المصالح والثمرات المشتركة بينهما.

وأما القسم الثامن: ولا يجوز نكاح من ملكها أو بعضها؛ لأن ملك اليمين مناف لملك النكاح لمضادة بينهما وهو أيدهما، وكذا لا يجوز بجارية له فيها حق ملك، كجارية من اكتساب مكاتبه⁽¹⁾ و اكتساب عبده المأذون والمديون؛ لأن حق الملك، والملك من وجه للنكاح يحكمه، وكذا لا يجوز للمرأة أن تتزوج بمملوكها؛ لأن هناك حقوقاً لا يجوز أن يثبت بين العبد والمولى لما بينهما من التناهي⁽²⁾ ، والقسم التاسع يعرف في كتاب الطلاق .

باب ما ينعقد به النكاح

الألفاظ التي ينعقد بها النكاح نوعان: صريح وكنائية، أما الصريح فلفظ النكاح والتزويج⁽³⁾؛ لأنه مستعمل في عقد النكاح شرعاً و عرفاً، وينعقد النكاح بلفظين كقوله: زوجتُ، وقول الآخر: قبلت⁽⁴⁾، وبقوله: زوجني، وقول الآخر: زوجت⁽⁵⁾؛ لأنه أمره إياه بالتزويج، والواحد يصلح ولياً ووكيلاً من الجانبين في باب النكاح⁽⁶⁾ ، فيتم العقد منه بالإيجاب وحده، كالأب إذا قال: بعت مال ولدي من نفسي [يتم البيع]⁽⁷⁾ ، فكذا [هذا]⁽⁸⁾.

النوادر: وكذا لو قال لها: أنا أتزوجك، فقالت: قد فعلت، انعقد النكاح⁽⁹⁾؛ لأن قوله: (أتزوجك) إن كانت حقيقة للإستقبال، إلا أنه تحمل في الحال كما في كلمة الشهادة، وقد أراد به التحقيق، فالحال دون العدة والاستقبال؛ لأن النكاح لا ينعقد إلا بعد مقدمات عليه من الرسالة والخطبة والهدايا، فصار قوله: (أتزوجك) عبارة عن قوله: (قد تزوجتك)، بخلاف البيع؛ لأنه يقع، وحقيقة هذه اللفظة الاستقبال، فلا تحمل

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 193.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 272.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 229؛ الهداية، المرغيناني، 1: 185؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 95.

(4) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 95.

(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 95؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 7: 470.

(6) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 35؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 111.

(7) ساقط من: ف.

(8) زيادة يقتضيها السياق.

(9) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 95.

للحال من غير دلالة الحال ، وعن محمد لو قال: أخطبك على ألف، فقالت: قد فعلت، لم ينعقد حتى يقول الزوج: قبلت، وهو محمول على ما إذا لم يرد به الحال⁽¹⁾ لما مر، ولو قال: تزوجني، فقال الآخر: زوجت⁽²⁾ ، أو قال بالفارسية: مرادادي، فقال: دادم، لا ينعقد النكاح⁽³⁾؛ لأن هذا استحباب واستيعاد وليس بأمر بالتزويج، فلا يصير وكيلاً إلا إذا أراد به التحقيق دون السوم فإنه يصح وينعقد بخلاف قوله: دختر خوس، فقال الرجل: دادم⁽⁴⁾؛ لأن هذا توكيل إياه بالتزويج، والواحد يصلح أن يكون وكيلاً من الجانبين⁽⁵⁾.

ظ هـ

اللوحة
264

وأما الكتابة فثلاثة أنواع: ما ينعقد به النكاح، وما لا ينعقد، وما اختلفوا في الانعقاد به.

أما ما ينعقد به النكاح وهو لفظة التمليك وما يصلح له كلفظة الهبة والصدقة ونحوها⁽⁶⁾، وعند الشافعي لا ينعقد إلا بلفظة التزويج والنكاح⁽⁷⁾.

لنا أنه أضاف صيغة التمليك إلى محل قابل للملك؛ لأن البضع تصير مملوكة للزوج بالنكاح في حق الاستمتاع؛ لأنه اختص بها استمتاعاً وحسباً عن البروز والخروج اختصاصاً حاجزاً عن إثبات المشاركة لغيره، والملك عبارة عن هذا، وله ولاية التمليك، فوجب أن يعمل في إثبات الملك، ثم إذا ثبت الملك ثبت الحد والانضمام وازدواج ضرورة إن ملك النكاح لا ينفك عنها.

وأما بلفظة البيع والشراء اختلف مشايخنا فيه؛ قيل: لا ينعقد، والصحيح أنه ينعقد⁽⁸⁾ ، وإليه أشار محمد - رحمة الله عليه - قال: أربعة شهدوا على رجل أنه

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 93، نقلا عن الظهيرية والمحيط الرضوي.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 95.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 271.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 271.

(5) بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 146.

(6) الننف، السغدوي، 276، 277؛ المبسوط، السرخسي، 19: 223؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 229؛

المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 69.

(7) الأم، الشافعي، 5: 37؛ الحاوي، الماوردي، 9: 152.

(8) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 110؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 229؛ الهداية، المرغيناني، 1: 185؛

الاختيار، ابن مودود، 3: 195.

وقد اختلف العلماء في انعقاد النكاح بلفظ البيع على ثلاثة آراء:

الأول: وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية ويرون أن النكاح ينعقد بلفظ البيع.

الثاني: وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة والمالكية في رواية أخرى عنهم ويرون أن النكاح لا ينعقد بلفظ

البيع.

زنا بهذه الحرة، فقال المشهود عليه: إني اشتريتها، فإنه سقط عنه الحد⁽¹⁾، فقد جعل دعوى التسري دعوى النكاح، وذلك لأن هذه اللفظة تنبئ غير التملك شرعاً وعرفاً، فالتحقت بلفظة التملك والهبة شرعاً تصحيحاً لتصرفهما.

وأما بلفظ الوصية ذكر ابن رستم⁽²⁾ في نوادره عن محمد لو قال: أوصيت لك بابنتي للحال ينعقد؛ لأنه تملك للحال، وإن وصى بها مطلقاً لا ينعقد⁽³⁾؛ لأن الوصية المطلقة تفيد الملك بعد الموت، وبعد الموت لا ينعقد النكاح، وأما بلفظة الإجارة فيه روايتان: روى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه قال: ينعقد النكاح⁽⁴⁾؛ لأنها موضوعة لتمليك المنافع فكذا يملك بها منافع البضع، وروى ابن رستم عن محمد لا ينعقد بها النكاح، وهو الصحيح⁽⁵⁾؛ لأن الإجارة إذا تحققت في الحرة لا يفيد حكم النكاح وهو ملك المتعة، بل يفيد ملك المنفعة في سائر أجزائها دون البضع، فلم يصح كناية عن ملك النكاح⁽⁶⁾.

وأما بلفظ القرض والرهن لا رواية فيه، واختلفوا فيه، قيل: ينعقد⁽⁷⁾؛ لأن لفظة القرض يملك بها الرقبة، فكان بمنزلة لفظة الهبة، وقيل: لا ينعقد⁽⁸⁾؛ لأن هذه الكلمة لا تفيد حكم النكاح وهو ملك المتعة في موضع ما؛ لأنها موضوعة لتمليك

الثالث: وهو ما ذهب إليه الحنابلة في رواية ثالثة عندهم ويرون أن النكاح ينعقد بكل ما يعده الناس نكاحاً، ينظر: الأم، الشافعي، 5: 38؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 229؛ مواهب الجليل، الحطاب، 3: 419؛ الإنصاف، المرداوي، 8: 45.

- (1) المبسوط، السرخسي، 9: 100؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 80.
- (2) ابن رستم هو: إبراهيم بن رستم المروزي، فقيه حنفي، محدث، من تصانيفه النوادر، توفي سنة 211 هـ = 826 م، ينظر: الجواهر المضوية، القرشي، 1: 38؛ الطبقات السنية، الغزي، 1: 164-169؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 1: 301؛ الفوائد البهية، محمد عبدالحى الكنوي، تصحيح: محمد بدر الدين النعساني، (مصر: مطبعة السعادة، 1324 هـ)، ط1، 9.
- (3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 231؛ الهداية، المرغيناني، 1: 185؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 196؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 95؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 8.
- (4) وهو اختبار الكرخي، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 230؛ الهداية، المرغيناني، 1: 185؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 69؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 95.
- (5) وهو اختيار الجصاص، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 230؛ الهداية، المرغيناني، 1: 185؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 69؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 95.
- (6) المبسوط، السرخسي، 5: 110.
- (7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 112؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 70؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 91، نقلاً عن الولوجية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 272.
- (8) المبسوط، السرخسي، 5: 112؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 91، نقلاً عن الولوجية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 272، نقلاً عن: مختار الفتاوى، ومختار الفتاوى هو: أحد مؤلفات الإمام المرغيناني، وهو: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، فقيه حنفي جليل القدر اعترف له أهل مصر في زمانه بالتقدم والفضل، محدث، لُقّب بشيخ الإسلام لجلالة قدره، من أهم مؤلفاته الهداية شرح بداية

منفعة الأعيان دون منفعة الحيوانات، فإنَّ استقراض الحيوان لا يجوز، فلم يصر العرض سبباً لإفادته حكم النكاح، فلم يصلح كناية عنه.

وأما ما لا ينعقد النكاح به كلفظة التحليل، والإباحة، والعارية، والتمتع⁽¹⁾؛ لأن التحليل موضوع للإطلاق دون إثبات الملك، والعارية وضعت لتمليك المنفعة دون العين، والتمتع انتفاع لغة، فنكاح المتعة باطل⁽²⁾، وهو أن يقول: أتمتع بك يوماً أو شهراً بمال مقدر لأنه - عليه السلام - (أَحَلَّ الْمُتَعَةَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي غَزْوَةِ غَزَاهَا اشْتَدَّ عَلَى النَّاسِ الْعُزُوبَةُ ثُمَّ نَهَى عَنْهَا)⁽³⁾، وكل نكاح مؤقت فهو متعة، وقال زفر: لا تكون المتعة إلا بلفظها؛ لأن النكاح لا يحتمل التأقيت كالبيع، فإذا ذكر فيه الوقت، فقد ذكر فيه ما لا يحتمله النكاح، فتكون شرطاً فاسداً، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة⁽⁴⁾.

لنا أنه أتى بالنكاح لفظاً وبالمتعة معنى؛ لأنَّ النكاح يعقد للسكن والازدواج وطلب الولد، والمتعة تعقد للاستمتاع وقضاء الوطر لا غير، وهذا الرجل عقده للاستمتاع لا غير فيكون متعة معنى، والعبرة للمعنى لا للفظ.

النوادر: ولا ينعقد النكاح بلفظة الخلع والإقالة والشركة والكتابة ونحوها⁽⁵⁾؛ لأنها غير موضوعة للتمليك، ولو قال: جعلت نفسي لك بألف يكون نكاحاً، ولو قال: قد جئتكم خاطباً، فقالت: زوجت نفسي منك انعقد⁽⁶⁾؛ لأنه طلب منها التزويج، فصار كأنه قال: زوجي نفسك مني، ولو قال لامرأة بمحضر من الشهود: (راجعتك) فرضيت المرأة بذلك يكون نكاحاً⁽⁷⁾، فإنه نص في الجامع لو قال لمطلقة طلاقاً

المبتدي، توفي 593 هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 383؛ كشف الظنون، حاجي خليفة، 1: 325.

- (1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 11؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 70.
- (2) ينظر: بداية المبتدي، المرغيناني، (مصر، القاهرة: مطبعة محمد علي صباح)، 59.
- (3) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب في نكاح المتعة، 4: 293، رقم: 17357، ولفظه عنده (وَاللَّهِ مَا كَانَتْ الْمُتَعَةُ إِلَّا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَدْنَى لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِيهَا، مَا كَانَتْ قَبْلَ ذَلِكَ وَلَا بَعْدَ)، وهو مرسل، ونحوه عند ابن حبان، في كتاب النكاح، باب نكاح المتعة، 9: 457، رقم: 4151، بسند قال عنه الشيخ شعيب الأرنؤوط صحيح على شرط الشيخين.
- (4) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 102؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 18.
- (5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 70، 71.
- (6) المبسوط، السرخسي، 5: 112، نقلاً عن النوادر.
- (7) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 73، نقلاً عن فتاوى أبي الليث السمرقندي، وزاد، وفي «فتاوى القاضي»: لا يكون فقد نص في «الجامع» أن من قال للمطلقة بانناً أو ثلاثاً: إن راجعتك فعبيدي حر، ينصرف إلى النكاح؛ لأن الرجعة قد يراد بها الرجعة المعروفة، وقد يراد بها النكاح فينظر إلى المراد وهذا المحل لا

بائناً: (إن راجعتك فعبدني حر) تنصرف الرجعة إلى النكاح؛ لأنه قد يراد بها النكاح، وقد يراد بها الرجعة المعروفة، والمحل هنا لا يقبل حقيقة الرجعة، فانصرفت إلى النكاح، ولو قالت المبانة: (رددت نفسي إليك) فقال الزوج: (قبلت) بحضرة شاهد يكون نكاحاً⁽¹⁾؛ لأن اللفظ يحتمله، وقد قامت دلالة إرادة النكاح فيكون نكاحاً، ولو طلب من امرأة زنا فقالت: (وهبت نفسي منك) بحضرة الشهود وقبل الزوج، لا يكون نكاحاً⁽²⁾؛ لأن هذا تمكين من الزنا وليس بهبة حقيقة، إذ لو كانت هبة لم يكن جواباً لما التمس منها، كما لو قال لآخر: (وهبت ابنتي منك) وقبل الآخر لا يكون نكاحاً، ولو قال أبو الصغيرة لأبي الصغير: زوجت ابنتي، فقال أبو الزوج: (قبلت) وقع النكاح للأب وهو الأصح⁽³⁾؛ لأنه أضاف النكاح إلى نفسه ويجب أن يحتاط فيه فيقول: (قبلت) لابني وهذه تدل على أن من قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعث هذا العبد فقال الآخر اشتريت يصح وإن لم يقل بعث منك، وكذا لو قالت امرأة: اختلعت، وقال الزوج: خالعت؛ يصح وإن لم تقل المرأة منك⁽⁴⁾، ولو قال: زوجت ابنتي من ابنك، فقال الأب: قبلت، يقع النكاح للابن⁽⁵⁾؛ لأن المزوج أضاف الإيجاب إلى الابن يتعين، وقول المتزوج: (قبلت) جواب له، والجواب يقيد بالخطاب، فصار كما لو قال: قبلت لابني.

رجل قال لآخر: زوج ابنتك مني، فقال: ارفعها واذهب بها، بحضرة الشهود لا ينعقد النكاح⁽⁶⁾؛ لأنه يحتمل الوعد.

رجل له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال: زوجت ابنتي عائشة منك ولم يشر إليها لا ينعقد النكاح؛ لأنه ليس له ابنة بذلك الاسم، ولو قال: (زوجت ابنتي منك) وله ابنة

يقبل الرجعة المعروفة، فكان المراد منها النكاح.

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 271، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 71، نقلا عن أمالي بشر؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 98.

(2) فتاوى النوازل، أبو الليث السمرقندي، تح: السيد يوسف، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية، 2004م)، ط 1، 164؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 74؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 194؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 271، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 89، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 270، نقلا عن مختار الفتاوى والظهيرية.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 634، وفيه أن الخلع لا يصح بهذه الصورة.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 91؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 190.

(6) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 74، نقلا عن فتاوى الفضلي، بخلاف يسير وهو قوله: ادفعها واذهب بها، بدل ارفعها؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 93، نقلا عن الخانية.

واحدة جاز؛ لأنه أمكن تصحيح النكاح بالتسمية⁽¹⁾، ولو كان له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة وأراد أن يزوج الكبرى وعقد باسم فاطمة ينعقد على الصغرى⁽²⁾، ولو قال زوجت ابنتي الكبرى فاطمة لا ينعقد على إحداهما؛ لأنه ليس له ابنة كبرى بهذا الاسم⁽³⁾.

باب النكاح بالكتاب والرسالة

خطب امرأة بالكتاب وأرسل لها رسولا وزوجت نفسها منه، فإن سمع الشهود كلام الرسول وقرأت الكتاب جاز⁽⁴⁾؛ لأنَّ الكتاب بمنزلة الخطاب، وكلام الرسول بمنزلة كلام المرسل، ألا ترى أن النبي - عليه السلام - كان مأموراً بتبليغ الرسالة إلى الكل، وقد بلغ البعض بالكتاب والرسول وكان ذلك بمنزلة المخاطبة، وإن لم يسمعوا ذلك لم يجز⁽⁵⁾؛ لأنهم لم يسمعوا كلام الزوج ولا ما يقوم مقامه، وفي البيع يجوز وإن لم يخبرهم؛ لأنه يصح بلا إشهاد، وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني⁽⁶⁾ أنما ينعقد إذا كتب في الكتاب يعني عبدك وقد اشتريت منك فبلغه الكتاب فقال: (بعث) ينعقد، وإنما فرقنا بين البيع والنكاح في هذا؛ لأن النكاح يتولاه الواحد والبيع لا، ثم فرق بين الكتاب والخطاب، ففي الخطاب لو قبلت في مجلس آخر جاز؛ لأن الخطاب كلام كما وجد تلاشى واضمحل، فالبقاء عليه لا يتصور، فلم يتصل الإيجاب بالقبول في مجلس آخر فأما الكتاب قائم في مجلس آخر، وكان قراءته بمنزلة خطاب الجانبين فاتصل بالإيجاب بالقبول فصح.

ولو جحد الزوج الكتاب فلا نكاح إلا أن تقوم لها بينة⁽⁷⁾؛ لأنه منكر للخطاب.

(1) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 89، نقلا عن فتاوى أبي الليث وفتاوى الفضلي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 270، نقلا عن فتاوى الفضلي.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 90؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 270، نقلا عن الظهيرية.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 90، نقلا عن فتاوى الفضلي.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 163.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 163.

(6) أبو جعفر الهندواني هو: محمد بن عبدالله بن عمر البلخي الهندواني، فقيه حنفي، وإمام كبير من أهل بلخ كان يقال له: أبو حنيفة الصغير لفقته، توفي: عام 362هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 2: 68؛ الأثمار

الجنية، علي قاري، 2: 596 - 597؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 179.

(7) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 164.

زوجت نفسها من رجل غائب بحضرة شهود فبلغه فأجاز لم يجز، وعند أبي يوسف يجوز، وكذلك إذا كان العاقد ولياً أو وكيلاً لأحدهما دون الآخر لم يجز عندهما خلافاً له، ولو كان فضولياً لم يجز بالاتفاق.

له أن الواحد يصلح متولياً لطرفي العقد فإذا صدر عن إثنين نفذ وإذا صدر عن غير إذن توقف؛ لأن الإذن تأثيره في تنفيذ العقد لا في جعل ما ليس بعقد عقداً كما إذا خاطب عن الفضولي مخاطب.

لهما أن كلام الواحد شرط لو كان صاحبه حاضراً، فكذلك لو كان غائباً، ولهذا ملك الرجوع قبل قبول الآخر، وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع، بخلاف ما إذا كان بأمر أو بولاية؛ لأن كلامه صار بمنزلة كلامين؛ لأنه سفير ومعبر من الجانبين بمنزلة الرسول لما نبين، فإذا انعدم الأمر لولاية فلا حاجة إلى التعبير بالحقيقة فبقي كلامه فرد حقيقته، والواحد يتولى طرفي العقد بأن كان ولياً أو وكيلاً لهما خلافاً للشافعي؛ لأن حقوق النكاح لا تتعلق بالعقد، بل نفع للموكل فيكون العاقد في النكاح سفيراً ومعبراً بمنزلة الرسول، والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين؛ لأنه نائب عنهما في العقد، والعقد كلام، والواحد يصلح نائباً عن جماعة في الكلام كالرسول بخلاف البيع؛ لأنه منشئ للبيع لا معبر عنه، بدليل أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل.

أرسل رجلاً ليخطب امرأة بعينها فزوجها الرسول إياه جاز⁽¹⁾؛ لأن الخطبة جعلت نكاحاً إذا صدر من الأمر فإنه لو قال لامرأة: خطبتك بألف، فقالت: زوجت نفسي منك، كان نكاحاً، فيكون الأمر بالخطبة أمراً بالنكاح أيضاً.

باب معرفة الأولياء

الأولياء في إنكاح الصغار والصغاير العصبات لقوله — عليه السلام — (النكاحُ إلى العصبَات)⁽²⁾، ويعتبر الترتيب فيهم كما يعتبر في الميراث إلا في فصلين:

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 93، نقلاً عن الظهيرية.

(2) أورده السرخسي في المبسوط بقوله: رويناه، 4: 405؛ وقال الزيلعي في تبیین الحقائق: روي عن علي=

أحدهما إذا كان لها أب أو جد وابن، فالولاية لابن **عندهما**، وعند محمد للأب⁽¹⁾؛ لأنه أوفر شفقة من الابن فكان أحق بالولاية.

لهما أن الابن مقدم على الأب في العسوبة، واعتبار العسوبة في الترجيح أولى من وفور الشفقة؛ لأن الشرع علق ولاية الإنكاح بالعسوبة لا بوفور الشفقة. والثاني الجد مع الأخ فهما سواء **عندهما** كما في الميراث، والمجنونة بمنزلة الصغيرة، والأخ لأب وأم، أو العم لأب وأم مقدم على الأخ لأب، وعند زفرهما سواء؛ لأن ولاية الإنكاح تستفاد بقرابة الأب لا بقرابة الأم، فإن الأخ لأم لا يستحق ولاية النكاح، وهما سيان في قرابة الأب.

لنا أن ولاية الإنكاح تستفاد بالعسوبة بالنص، والأخ لأب وأم أقرب عصبتها فيكون أولى؛ لأن لزيادة القرب أثراً في زيادة العسوبة، فيكون لقرابة الأم أثراً في ترجيح العسوبة، وإن لم يكن لها أثراً في استحقاق الولاية كالعادلة في باب الشهادة، وللابن أن يزوج الأم المجنونة⁽²⁾، وقال الشافعي: لا يجوز أن يكون من قبلته⁽³⁾، بناء على أن للمرأة ولاية إنكاح نفسها عندنا فيثبت لولدها من جهتها عند عجزها، وعنده ليس لها ذلك فلا يثبت لولدها⁽⁴⁾، والأم وذو الرحم ولي **عندهما خلافاً** لمحمد⁽⁵⁾؛ لأن عند محمد الأم لا تلي تزويج نفسها، فأولى ألا تلي تزويج غيرها خلافاً لمحمد؛ لأن عند محمد يكون من عشيرتها، **عندهما** تلي تزويج نفسها فتلي تزويج ولدها؛ لكونها أشفق الناس عليه وأعطفهم، ومولى العتاقة من جملة العصبات⁽⁶⁾، ومولى الموالاة بمنزلة ذوي الأرحام، ولا يزوج الوصي⁽⁷⁾؛ لأن سبب الولاية القرابة الداعية إلى النظر والشفقة الوافرة العاطفة بإتمام النظر، وكلاهما لم يوجد، والإيصاء بالإنكاح لا يصح؛ لأن فيه نقل ولايته إلى غيره.

موقوفاً ومرفوعاً وأردفه بقوله: ذكره سبط ابن الجوزي، تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 122؛ وقال الحافظ

ابن حجر: لم أجده، ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر العسقلاني، 2: 62.

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 283، نقلاً عن السراج الوهاج.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 401؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 283، نقلاً عن السراج الوهاج.

(3) ينظر: الحاوي، الماوردي، 9: 49.

(4) الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 254؛ المبسوط، السرخسي، 4: 406.

(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 108.

(6) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 254؛ المبسوط، السرخسي، 4: 406؛ الاختيار، ابن مودود، 3:

108.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 405.

ولا ولاية للكافر على المسلم، ولا للمملوك على واحد⁽¹⁾، ولا للمكاتب على ولد؛ لأن الكفر والرّق يقطعان ولاية الإرث، فكذا ولاية الإنكاح، وكذا الرق سلب ولايته على نفسه فعلى غير أولى، وللناسق ولاية التزويج⁽²⁾، خلافاً للشافعي⁽³⁾ لما عرف في موضعه، فإذا عدم الأولياء فالولاية للإمام والحاكم؛ لأن ولايته عامة ورعايته شاملة لكل.

وإذا غاب الأقرب غيبة منقطعة زوجها الأبعد، وعند زفر يتربص إلى أن يحضر الغائب أو يوكل رجلاً⁽⁴⁾، وعند الشافعي يزوجه السلطان⁽⁵⁾.

له أن المستدعي الولاية قائم وهو النكاح القرابة، والشفقة الوافرة الباعثة على تحصيل النظر، وأمكن تحقيق النظر له بأن يزوجه حيث هو، أو يوكل وكيلاً ليزوجه حين خطبها كفؤاً، فبقية الولاية للأقرب، فبقي الأبعد محجوباً ضرورة. لنا أنه انقطع الانتفاع برأي الأقرب بالغيبة المنقطعة؛ لأن حد الغيبة المنقطعة أنه إذا جاء خاطب وخطب لا يتربص مجيء الإذن من الغائب، فلا يمكنها عرض الأمر على رأيه ليتمكن فيه، فخرج رأيه من أن يكون منتفعاً فالتحق بالعدم، فلا يبقى ولياً كما لو مات وجنّ، ولا ولاية فيما إذا زوجها حيث هو، وينبغي أن لا يجوز لانقطاع ولايته، وقيل: يجوز؛ لأننا حكمنا بزوال ولايته بناء على الظاهر، فإذا زوجها حيث هو ظهر الانتفاع برأيه، فظهر الخطأ في الحكم بزوال ولايته، ولا تنقطع ولايته في مالها؛ لأن رأيه منتفع به في مالها بأن تنقل إليه ليتصرف في مالها، وولي الأبعد أولى من القاضي؛ لأن الأبعد مثل الجد قرب كامل وشفقة وافرة طبيعية، ولا قرب للقاضي وشفقته قاصرة، وهذه ولاية نظرية فما يكون النظر أتم

(1) ينظر: بدائع الصنائع، 2: 239؛ الهداية، المرغيناني، 1: 191؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 117.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، 2: 239؛ الهداية، المرغيناني، 1: 191؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 117.

(3) ينظر: الحاوي، الماوردي، 9: 61.

وقد اختلف العلماء في حكم ولاية النكاح للفاسق على رأيين:

الأول: وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية في رواية والحنابلة في رواية ويرون أن للفاسق تولي ولاية النكاح.

الثاني: وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة في الروايات الأخرى عندهم ويرون أن الفاسق لا يجوز له تولي ولاية النكاح، الحاوي، الماوردي، 9: 61؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 239؛ التاج والإكليل، الخرخشي، 3: 438؛ الإنصاف، المرادوي، 8: 74.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، 2: 205؛ الهداية، المرغيناني، 1: 191؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 96.

(5) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 15.

وأوفر كان أولى وأحق، و اختلفوا في تحديد الغيبة المنقطعة، قيل: لو انتظر قدومه أو إعلامه يفوت الكفو، وعن محمد روايتان: في رواية مسيرة شهر، وفي رواية مسيرة سفر ثلاثة أيام، وهو اختيار الفقيه أبو الليث⁽¹⁾؛ لأن الزوج لا يتربص أياماً كثيرة، ويتربص قليلة، فلا بد من الفاصل بينهما، فاعتبر الشهر كثيراً في رواية، وفي رواية اعتبر ثلاثة أيام كثيرة⁽²⁾؛ لأنه لا نهاية لما وراءها، والشرع قد اعتبرها كثيراً حتى تعلق بها رخصة السفر.

ولغير الأب والجد من الأولياء تزويج الصغير والصغيرة⁽³⁾ خلافاً للشافعي⁽⁴⁾؛ لأن الولاية إنما تثبت لحاجة المولى عليه نظراً له، وهما محتاجان إلى إحراز الكفو في الحال، حتى إذا تحققت الحاجة إلى قضاء الشهوة وإلى مقاصد النكاح، أمكنها دفع الحاجة بالكفو، والكفو عزيز الوجود لا يوجد في الأحايين إلا مرة، فيجب إحرازه للحال نظراً لهما، ولو كان لها أولياء فأيهم زوجها جاز، وقال مالك: لا يجوز مالم يزوجها الكل⁽⁵⁾، والصحيح قولنا؛ لقوله — عليه السلام — في الوليين إذا زوجها (فالأول أحق)⁽⁶⁾؛ ولأنه وجد سبب ثبوت الولاية في حق كل واحد منهم كاملاً وهو القرابة، وإنها مما لا تجري فأنبتنا الولاية لكل واحد منهم كاملاً كما في الأمان، فإن زوجها ولم يعلم الأول، يفرق في الكل؛ لأن تصحيح أحدهما ليس بأولى من الآخر.

النوادر: ولو زوج من ابنه الكبير امرأة بغير إذنه ثم جُنَّ الابن قبل الإجازة، فلأب أن يجيز ذلك النكاح على ابنه؛ لأنه يملك إنشاء النكاح عليه فيملك الإجازة⁽⁷⁾.

(1) فتاوى النوازل، أبو الليث، 177؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 130؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 109؛

وأبو الليث هو: نصر بن محمد بن أحمد السمرقندي، فقيه حنفي، محدث، زاهد، من كتبه الفتاوى وتنبيه الغافلين، توفي 11 جمادى الآخرة 373 هـ، ينظر: سير أعلام النبلاء، الذهبي، 16: 322؛ الجواهر المضية، القرشي، 2: 196؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 2: 669؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 220.

(2) ينتظر: المبسوط، السرخسي، 4: 405؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 130؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 109.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 390.

(4) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 21؛ الحاوي، الماوردي، 8: 348.

(5) ينظر: المدونة، مالك بن أنس، 4: 161.

(6) أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب النكاح، 2: 191، وقال الذهبي: على شرط البخاري، أي (صحيح).

(7) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 136، نقلاً عن فتاوى أبي الليث السمرقندي؛ البحر الرائق، ابن نجيم،

3: 127، نقلاً عن فتاوى قاضي خان؛ وفتاوى أبي الليث هي: أحد كتب الفتاوى والواقعات في المذهب

الحنفي، ينظر: كشف الظنون، حاجي خليفة، 2: 1220.

صغيرة زوجها وليها من كفو، ثم قال: لست أنا بولي، لم يصدق؛ لأنه مناقض، لكن ينظر إن كانت ولايته ظاهرة جاز النكاح، وإلا لم يجز⁽¹⁾.

القاضي زوج صغيرة لا ولي لها إن شرط تزويج الصغار في عمدة القاضي، جاز وإلا فلا⁽²⁾؛ لأنه يستفيد الولاية من السلطان، فإن فوّض إليه السلطان تثبت الولاية وإلا فلا، وإن زوجها ولم يأذن له السلطان بذلك ثم أذن بالنكاح فأجاز ذلك النكاح، جاز وهو الصحيح⁽³⁾، فإنه نص في الجامع أن العبد إذا تزوج امرأة ثم أذن له المولى بالنكاح فأجاز ذلك النكاح، جاز⁽⁴⁾ لما يأتي إن شاء الله.

باب النكاح على الصغير والصغيرة

الأصل في جواز نكاح الصغيرة ما روي أنه — عليه السلام — (تَزَوَّجَ عَائِشَةَ — رضي الله عنها — وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ، وَبَنَى بِهَا وَهِيَ بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ، وَكَانَتْ عِنْدَهُ تِسْعًا)⁽⁵⁾، ويجوز للولي تزويج الصغير والصغيرة وإن كانت ثيبًا⁽⁶⁾، وقال الشافعي: لا يجوز إن كانت ثيبًا⁽⁷⁾، والصحيح قولنا؛ لأن الثيب الصغيرة محتاجة إلى النكاح للحال لتحصيل حقها في الكفاءة، فإنه ربما لا يتفق لها كفو كل حين، والولاية كما تثبت للحاجة المنجزة، تثبت للحاجة المنتظرة [المرتقبة]⁽⁸⁾، كما في البكر الصغيرة لما نُبِنَ، ومتى دخل بها اختلفوا فيه، قيل: لا يدخل بها مالم تبلغ⁽⁹⁾؛ لأن فيه إيلاماً من غير حاجة وفائدة؛ لأنها تحتاج إلى قضاء الوطر، وحديث عائشة محمول على أنها كانت بالغة؛ لأن ابنة تسع سنين قد تحيض، وقيل: يدخل بها إذا

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 128، نقلا عن الظهيرية.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 128؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 134، نقلا عن المجتبى.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 134، نقلا عن الظهيرية.

(4) الجامع الكبير، محمد بن الحسن الشيباني، (الهند، حيدر آباد، لجنة إحياء المعارف العثمانية، 1356 هـ)، ط 1، 85؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 213.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، 752، رقم: 5133.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 390؛ مختصر القدوري، أبو الحسين القدوري، 146؛ العناية، البابرّي، 3: 274.

(7) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 18.

(8) ساقط من: ع.

(9) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 139؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 128، نقلا عن المحيط الرضوي؛

الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 287.

بلغت تسع سنين⁽¹⁾ لحديث عائشة، ولم ينقل بلوغها؛ لأنه إيلام لفائدة؛ لأن بنت تسع سنين تصير مراهقة، والمراهقة تلتذ بالجماع، والإيلام لفائدة يجوز كالحجامة، وقيل: إن كانت سميحة جسيمة تطيق الجماع يدخل بها، وإلا فلا⁽²⁾، هكذا روي عن محمد، والحديث محمول على أنها كانت قوية سميحة، واختلفوا على نحو هذا في ختان الصغير، قيل لا يختن ما لم يبلغ عشرة⁽³⁾؛ [لأن الختان مشروع للطهارة ولا طهارة عليه إلا بعد البلوغ فكان إيلاماً من غير حاجة، وقيل: يختن إذا بلغ تسع سنين وقيل: لا يختن⁽⁴⁾]⁽⁵⁾؛ لأنه يؤمر بالصلاة إذا بلغ عشرة اعتياداً وتخلُّقاً فيحتاج إلى الطهارة فيحتاج إلى الختان؛ لأن الختان مشروع للطهارة، وقيل: إن كان قوياً يطيق الاختتان [فحسن]⁽⁶⁾، وإلا فلا.

ولو زوج الأب والجد الصغير امرأة بأكثر من مهر المثل والصغيرة بأقل، أو زوجها من غير كفؤ، يجوز عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وقالوا: لا يجوز⁽⁷⁾، وقال الشافعي: يجوز النكاح ولا تصح التسمية، فيجب مهر المثل⁽⁸⁾، وكذلك الوكيل بالنكاح إذا زاد أو نقص عن مهر المثل، فعلى هذا الاختلاف لا يجوز تزويج غيرهما بأزيد أو بأنقص عن مهر المثل، أو من غير الكفؤ بالإجماع ذكره الفقيه أبو جعفر.

لهما أن هذا النكاح لم يقع مصلحة؛ لأنه متضمن للإضرار بها ببخس حقها وبالأولياء؛ لأنهم يتشرفون بغلاء المهور ويعيرون بقصورها، وبانتساب من لا يكافئهم بالصهرية.

له أن النكاح يشتمل على أغراض ومقاصد جمة سوى المهر والكفاءة، من الألفة والمودة، وحسن الخلق ولطافة العشرة، وكرم الصحبة وتوسع النفقة، والديانة

(1) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 139؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 128؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 287.

(2) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 139؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 128؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 287.

(3) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 139؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 128.

(4) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 139؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 128.

(5) ساقط من: ع.

(6) ساقط من: ع.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 245.

(8) ينظر: الحاوي، الماوردي، 9: 500؛ الوسيط، الغزالي، 5: 234.

والعفة، وبذل المهر الغالي، وهذه خصال مرغوبة جالبة للألفة والمودة، والأب كامل الرأي وافر الشفقة، فالظاهر من حاله أنه لا يرضى بهذا البخس [والضرر]⁽¹⁾؛ إلا لفائدة ومرض لا يمكنه تحصيله إلا بتحمل البخس، وعرف أن غير الكفاء أصلح وأنظر لها فعد هذا العقد نظراً لا ضرراً، حتى لو عرف سوء الأخبار من الأب مجانية وفسقاً، كان عقده باطلاً بخلاف غير الأب والجد؛ لأنه قاصر الشفقة، فربما لا يهتم بتحصيل النكاح على وجه المصلحة، وأما الوكيل فالأمر بالتزويج صدر مطلقاً فصار مأموراً بالنكاح مطلقاً، وإذا أقر الولي بالنكاح على الصغيرين، لم يجز إلا بشهود، أو بتصديقهما بعد البلوغ **عند أبي حنيفة**⁽²⁾ - رضي الله عنه - وقالوا: يصدق، وكذلك لو أقرّ المولى على عبده والوكيل على موكله.

لهم أنه أقر بما يملك إنشاءه فيصح؛ لأنه لما ملك إنشاءه فقد عري خبره عن تهمة الكذب؛ لأنه يمكنه التحصيل بلا كذب فلا يميل إلى الإفك بلا نفع وفائدة فقد ترجح الصدق على الكذب في خبره، والخبر الراجح حجة، وصار كما لو أقر على أمته بالنكاح.

له أن القياس بنفي ولاية التصرف على الغير إنشاء كان أو إقراراً لما فيه من إثبات المقهور به وانسلاّب معنى الحرية، لكن سقط اعتبار المنافي في حق ثبوت ولاية الإنشاء نظراً للمولى عليه، فمن ادعى سقوط اعتبار المنافي في حق ثبوت ولاية الإقرار، يفتقر إلى الدليل، مع أنه لا حاجة إلى إظهار حكم الإنشاء بالإقرار؛ لأنه لما يملك إنشاء إلا ببينة، وبينة الإنشاء عند الجحود والإنكار يشهد بإظهار النكاح، فلم يسقط اعتبار المنافي في حق ثبوت ولاية الإقرار، بخلاف ما إذا أقر بالنكاح على أمته؛ لأن بضعها مملوك للمولى، فأقراره صادف حقه فصح، فأما بضع العبد غير مملوك له، فإذا صادف حق غيره فلم يصح، وإنما ملك المولى إنكاحها إصلاحاً لماليته لما عرف، فلا حاجة إلى الإقرار بالنكاح، وأما الولي إن كان ذمياً قيل: يملك الإنشاء من غير بينة، فيملك الإقرار به أيضاً، وقيل: لا يملك الإنشاء إلا

ظه
اللوحة
266

(1) ساقط من: ع.

(2) وعن المصنف بقولوا محمد بن الحسن وأبا يوسف جاء في فتح القدير (وعندهما ينفذ في الحال)، ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 411؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 288؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 66.

ببينة، فلا يملك الإقرار به إلا ببينة، ثم الولي على من تقم بينة الإقرار عند أبي حنيفة، قالوا: القاضي منصب خصما عن الصغير حتى ينكر فتقام البينة على كما إذا أقر الأب باستيفاء بدل الكتابة من عند ابنه الصغير لا يصدق إلا سنة، فالقاضي ينصب خصما عن الصغير فتقام عليه البينة.

[مسألة] النوادر: وإذا زوج غير الأب والجد الصغيرة، فالاحتياط أن يعقد مرة بمهر مسمى ومرة بغير تسمية⁽¹⁾ لأمرين، أحدهما: أنه لو كان في التسمية نقصان لا يصح النكاح الأول ويصح نكاح الثاني بمهر المثل⁽²⁾، والثاني: لو كان الزوج حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها ينعقد الثاني ويحل، وإن كان أباً أو جدّاً فذلك عندهما للوجه الثاني⁽³⁾.

[مسألة] رجل زوج ابنته الصغيرة من ابن كبير لرجل بغير أمره خاطب عنه أبوه، ثم مات أبو الصغيرة قبل إجازة الزوج، بطل النكاح⁽⁴⁾؛ لأنّ أب الصغيرة يملك فسخ النكاح فإذا مات كان موته بمنزلة رجوعه، ولو زوج ابنته الكبيرة بغير إذنها والمسألة بحالها فمات، لا يبطل النكاح⁽⁵⁾؛ لأنه لا يملك نقضه؛ لأنه بمنزلة الفضولي.

غلام أدرك صحيح العقل ثم جنّ جنوناً مطبقاً، جاز تصرف الأب عليه. رجل زوج وليته فردت النكاح فادعى الزوج أنها صغيرة وادعت هي بأنها بالغة، فالقول قولها إن كانت مراهرة⁽⁶⁾؛ لأنه المخبر به محتمل الثبوت، وقبل خبرها؛ لأنها مدعية صورة منكرة معنى؛ لأنها تنكر وقوع الملك عليها، ولو قال أبو الصغيرة: أشهدوا أنني قد زوجت ابنة فلان وهي صغيرة من ابني فلان بمهر كذا وقال لأب الصغيرة أليس هكذا فقال: هكذا ولم يزد عليه جاز⁽⁷⁾؛ لأن هنا دليل

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 128، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 153؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 8.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 128، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 8.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 128، نقلا عن المحيط الرضوي.

(4) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 189، نقلا عن فتاوى أبي الليث.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 190.

(6) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 333؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 126، نقلا عن الولواجية.

(7) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 74، نقلا عن فتاوى أبي الليث؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 93، نقلا عن فتاوى قاضي خان؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 272، نقلا عن فتاوى قاضي خان والظهرية.

الإجازة ظاهر ولكن الأحوط أن يجدد النكاح؛ لأن قوله هكذا دليل الإجازة ولكن مع الاحتمال وجهة الإجازة فيه راجحة.

صغيرة لا يستمتع بها زوجها أبوها، فلأب أن يطالب الزوج بمهرها دون نفقتها⁽¹⁾؛ لأن النفقة بإزاء الاحتباس لحق الزوج وهي غير محبوسة بحقه؛ لأن الزوج لا يستمتع بها، فأما المهر بإزاء الملك، والملك ثابت للزوج، وكذا العم إذا زوج ابنة أخيه وسلمها إلى الزوج قبل قبض جميع الصداق، فالتسليم فاسد ويردها إلى بيتها؛ لأنه ليس للعم ولأية إبطال حقها⁽²⁾.

صغيرة زوجت فذهبت إلى زوجها بدون أخذ تمام مهرها، كان أحق بإمسакها قبل التزويج أن يمنعها حتى يأخذ جميع مهرها من له حق الأخذ⁽³⁾؛ لأن هذا الحق ثابت للصغيرة لو بطل، إنما يبطل برضاها، وهي ليست من أهل الرضا.

امرأة زوجت ابنتها وهي صغيرة وقبضت صداقها ثم أدركت، فإن كانت الأم وصيها فلها أن تطالب لها بصداقها دون زوجها⁽⁴⁾؛ لأنها قبضت ولها حق القبض سقط عن الزوج، فإن لم تكن الأم وصيها فلها أن تطالب زوجها والزوج يرجع على الأم⁽⁵⁾؛ لأنها قبضت وليس لها حق القبض، وكذلك في غير الأب والجد من الأولياء⁽⁶⁾؛ لأن قبض المهر تصرف في مال الصغير، وليس لغيرهما تصرف في مال الصغائر.

[مسألة] رجل قبض مهر ابنته من الزوج ثم ادعى عليه الرد ثانياً، إن كانت المرأة بكرة لم يصدق إلا ببينة⁽⁷⁾؛ لأن له حق القبض وليس له حق الرد، وإن كانت

(1) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 74، نقلا عن فتاوى أبي الليث؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 93، نقلا عن فتاوى قاضي خان؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 272، نقلا عن فتاوى قاضي خان والظهيرية.

(2) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 225؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 317.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 128، نقلا عن الخلاصة؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 317، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(4) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 152.

(5) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 152.

(6) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 152.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 119، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 319، نقلا عن المحيط الرضوي.

ثيباً صدق؛ لأنه ليس له حق القبض، فإذا قبض بأمر الزوج كانت أمانة للزوج عنده فيصدق في رد الأمانة عليه، كالمودع إذا قال: رددت الوديعة⁽¹⁾.

[مسألة] رجل زوج ابنته وجهازها فماتت الابنة وزعم أبوها أن الجهاز المدفوع إليها كان ماله وأنه لم يهبه منها، فالقول قول الزوج وعلى الأب البيينة⁽²⁾؛ لأن الظاهر شاهد للزوج؛ لأن الإنسان إذا جهز ابنته بدفع المال إليها بطريق التمليك، فصار كمن دفع ثوباً إلى قصار ليقصره ولم يذكر له أجراً، حمل على الإجارة بشهادة الظاهر، فكذا هذا، والبيينة الصحيحة أن تشهد عند التسليم إلى المرأة أنه إنما سلم إليها هذه الأشياء بطريق العارية، وتكتب نسخة وتشهد الأب على إقرارها أن جميع ما في النسخة ملك عارية بيدي منه، لكن هذا للقضاء لا للاحتياط، لجواز أنه اشترى لها بعض هذه الأشياء في حالة الصغر، فبهذا الإقرار لا يصير للأب فيما بينه وبين الله تعالى، فالاحتياط أن تشتري منها ما في هذه النسخة بثمن معلوم، ثم البنت تبريه عن الثمن.

باب خيار العتق والبلوغ في النكاح

غير الأب والجد إذا زوج الصغير والصغيرة فلهما الخيار، إذا بلغا مسلمين كانا أو ذميين، عندهما، وعند أبي يوسف لا خيار لهما⁽³⁾، وإذا زوجهما الأب والجد فلا خيار لهما بالإجماع⁽⁴⁾.

له أن الولاية إنما شرعت نظراً للمولى عليه، وكمال النظر يحصل بوفور الشفقة، وشفقة الأخ وافرة في ذاتها، فإنه يوفر الشفقة عليها، ويمعن النظر ويحسن

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 119، نقلا عن المحيط الرضوي.

(2) وهو قول أبي بكر بن الفضل البخاري، وقال بعضهم: القول قول الأب؛ لأنه هو الدافع والمملك، ثم قال بن الفضل وينبغي أن يكون الجواب على هذا التفصيل: (إن كان الأب من الكرام والأشراف لا يقبل قول الأب؛ لأن مثله يأنف عن الإعارة، وإن كان من أوساط الناس يكون القول قول الأب؛ لأنه هو الدافع وليس بمكذب فيما قال من حيث الظاهر، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 346؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 402، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(3) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 171؛ المبسوط، السرخسي، 5: 79؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 239؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 107؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 9؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 129.

(4) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 171؛ المبسوط، 5: 79؛ بدائع الصنائع، 2: 239؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 107؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 9؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 129.

الفكر في إنكاحها لما أنه يتضرر بإنكاحها، ممن لا تحصل له منه مصالح النكاح فلا يتوهم الخلل والقصور في مقاصد النكاح، فلا يفتقر إلى التدارك بالفسخ فيلزم. **لهما أن الولاية إنما ثبتت نظراً للمولى عليه، وكمال النظر إنما يحصل بتوقيف اللزوم على البلوغ هاهنا؛ لأن المرأة ربما يكون بها داء أو مانع من تحقيق مصالح النكاح والقيام بها، من سوء خلق، وقبح خلق، أو علة رتق⁽¹⁾، أو انفلاق رحم، أو عادة لا يمكنها الصبر مع الأزواج، والولي لا يقف عليها، فينقلب النكاح معها مفسدة، فوجب أن يتوقف اللزوم على البلوغ؛ دفعا لتوهم الضرر عنها، وتحميلاً للنظر في حقها، وفي الأب والجد إنما لزم تعظيماً وتكريماً لهما، ودفعا للأذى عنهما بنقض تصرفهما.**

ولو زوجها الحاكم، ففي ثبوت الخيار لهما **روايتان⁽²⁾**؛ والأظهر أن لهما الخيار، ولو زوجها الأم **فعدد محمد** لا ينفذ أصلاً، **وعن أبي حنيفة** فيه **روايتان** والأصح أنه لا يلزم⁽³⁾؛ لأنها إن كانت وافرة الشفقة، فهي ناقصة الرأي، ولنقصان الرأي أثر في سلب ولاية اللزوم، وإذا زوجت الصغيرة نفسها فأجاز الولي فالتحق بنكاح باشره الولي⁽⁴⁾، ثم فرق بين خيار البلوغ وخيار العتق، يقع باختيارها بغير قضاء، والفرق أن خيار البلوغ إنما يثبت لخلل ونقص تمكن في المعقود عليه، فكان بمنزلة خيار العيب، فيفتقر إلى القضاء للفسخ⁽⁵⁾، وخيار العتق إنما يثبت لها لدفع زيادة الملك عليها بالعتق، فإن الزوج بعد العتق يملك عليها ثلاث تطليقات، وقبله لا يملك الاثنتين، فكان لها رد هذه الزيادة من غير قضاء دفعا للضرر عن نفسها، فلا يمكنها رد هذه الزيادة إلا برد الأصل، والثاني أن خيار البلوغ يبطل بالسكوت إذا علمت بالعتق⁽⁶⁾، والفرق أن سكوت البكر جعل رضا بأصل العقد، فكذلك بلزومه

(1) الرتق ضد الفتق وارتق أي التأم، تقول رتقت المرأة رتقاً أي التصيق ختانها فلم تتل، والرتق بفتح التاء: انسداد الرحم ونحوه، بعظم والرتق بالسكون: ما يمنع من دخول الذكر في الفرج من غدة غليظة أو لحم أو عظم، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 10: 114، مادة: (رتق)؛ الكليات، أبو البقاء الكفوي، 480.
(2) ينظر: عيون المسائل، أبو الليث، 85؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 315؛ العناية، البابرتي، 3: 278.
(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 393، 394؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 5: 155.
(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 128، نقلا عن المحيط الرضوي؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 69، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 413.
(5) الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 9.
(6) الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 9؛ العناية، البابرتي، 3: 281.

وسكوت المعتقة فلا، والثالث أن خيار البلوغ لا يقتصر على المجلس، وخيار العتق يقتصر⁽¹⁾، والفرق أن خيار البلوغ بمنزلة خيار العيب، وخيار العيب لا يقتصر على المجلس، وخيار العتق بمنزلة خيار القبول؛ لأن الملك يزداد عليها بالعتق فأشبهه البيع لما فيه من إيجاب زيادة الملك وجواب التمليك يقتصر على المجلس، والرابع أن خيار البلوغ يبطل بالجهل، وخيار العتق لا يبطل⁽²⁾، والفرق أن الجهل بخيار البلوغ جهل في غير موضعه؛ لأنها حرة تصحب الحرائر، فالظاهر علمها بالأحكام، والجهل في غير موضعه لا يعتبر عذراً، بل نسب إلى تقصيرها، كجهل من أسلم في دار الإسلام بالشرائع، فأما الجهل بخيار العتق جهل في موضعه؛ لأن الأصل في الإماء هو الجهل بالأحكام؛ لأنها لا تتفرغ عن شغل المولى لتحصيل العلم، فجعل عذراً كجهل من أسلم في دار الحرب بالشرائع، وإن كانت ثيباً لم يبطل خيارها بالسكوت⁽³⁾، وكذلك الصغير إذا بلغ لم يكن سكوته نصاً؛ لأن سكوت الغلام والثيب لم يجعل رضا، وإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر⁽⁴⁾، لقيام الزوجية، وهذه فرقة بغير طلاق، ولا مهر عليه إن لم يدخل بها، وإن دخل بها فلها المهر المسمى⁽⁵⁾، وكذلك الصبي إذا بلغ فاختر الفرقة⁽⁶⁾؛ لأن الفرقة فسخ للنكاح، والبدل الواجب بالعقد سقط بالفسخ، كالثمن يسقط بفسخ البيع؛ لأن الفسخ لا نظر في حق المستوفى بالوطىء؛ لأنه تلاشى واضمحل⁽⁷⁾ فالفسخ فيه كيف يتصور، وقدر المستوفى كاف لإيجاب المهر بخلاف الطلاق قبل الدخول؛ لأنه قاطع للملك وضع

فصل [خيار الأمة]

الأمة المنكوحة إذا أعتقت وزوجها حر ثبت لها الخيار⁽⁸⁾، خلافاً للشافعي⁽¹⁾؛ لأنها ملكت بضع نفسها بالعتاق، بدليل أنها إذا وطئت بالشبهة وجب المهر لها، ولو

(1) الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 9؛ العناية، البابرّي، 3: 281.

(2) الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 9؛ العناية، البابرّي، 3: 281.

(3) تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 123؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 9؛ النهر، ابن نجيم، 2: 213.

(4) الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 171؛ الهداية، المرغيناني، 1: 199؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 108.

(5) الاختيار، ابن مودود، 3: 108.

(6) الاختيار، ابن مودود، 3: 108.

(7) اضمحل أي: ذهب، ينظر: المخصص، ابن سيده، 4: 213.

(8) ينظر: شرح معاني الآثار، الطحاوي، 3: 491؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 123؛ العناية، البابرّي، 3:

بقي الملك عليها من غير رضاها، يصير الزوج متمكناً ومستوفياً منافع بضعها، وهي مملوكة للحرّة من غير رضاها، وهذا لا يجوز لما فيه إبطال ثمرة حرّيتها وفائدة مالكيّتها، ولهذا لو أجر عبده سنة ثم أعتقه في خلال السنة، يثبت للعبد خيار الفسخ، فكذا هذا⁽²⁾.

أمة زوّجت بغير إذن سيدها على ألف ومهر مثلها مائة، فدخل بها ثم أعتقها مولاهما فالنكاح جائز، ولا خيار لها، والمهر للمولى⁽³⁾؛ لأن المانع من النفاذ حق المولى وقد زال بالعتق، فصار نافذاً بعد العتق، وبعد النفاذ يملك الزوج منافع بضعها تمليكها ورضاها، فلا يكون لها الخيار، والمهر مقابل المستوفى بالوطىء، وقد استوفى منفعة مملوكة للمولى فوجب له، وإن لم يدخل بها حتى أعتقه المولى، فلا خيار لها، والمهر لها⁽⁴⁾؛ لأن الزوج استوفى منافع مملوكة لها، فإن منافعها بالإعتاق تعود إلى ملكها، فيجب البذل لها، مكاتبه تزوجت بإذن المولى ثم عتقت فلها الخيار⁽⁵⁾، وقال زفر: لا خيار لها؛ لأن حكم النكاح واقع لها وبذل البضع سالم لها فلا ضرر في بقاء النكاح عليها بخلاف الأمة.

لنا قوله — عليه السّلام — لبريرة حين أعتقت: (مَكَتِ بُضْعَكَ فَاخْتَارِي)⁽⁶⁾، وهي كانت مكاتبه؛ ولأن ثبوت الخيار في الأصل معلول بزيادة الملك، وقد ازداد الملك على المكاتبه.

402؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 215.

- (1) وهو ماذهب إليه المالكية والحنابلة، ينظر: المدونة، سحنون التنوخي، 2: 84؛ الأم، الشافعي، 7: 157؛ الحاوي، الماوردي، 9: 357؛ الشرح الكبير، ابن قدامة، 6: 45.
- (2) بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 199؛ الاختيار، ابن مودود، 2: 57؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 1: 266.
- (3) الهداية، المرغيناني، 1: 217؛ العناية، البابرّي، 3: 405؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 335، نقلًا عن السراج الوهاج.
- (4) الهداية، المرغيناني، 1: 217؛ العناية، البابرّي، 3: 405؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 335، نقلًا عن السراج الوهاج.
- (5) الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 190؛ الهداية، المرغيناني، 1: 217؛ تبیین الحقائق، الزيلعي، 2: 168؛ العناية، البابرّي، 3: 404.
- (6) أخرجه ابن سعد في طبقاته الكبرى في ترجمة بريرة مرسلًا بلفظ (قد أعتق بضعك فاختاري)، ووصله الدار قطني في سننه عن عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لبريرة: (أذهبى فقد عتق معك بضعك)، وجاء عند البخاري، كتاب الطلاق، باب شفاعة النبي في زوج بريرة، رقم: 5283، (فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لو راجعته فقالت: يا رسول الله تأمرني؟ قال: إنما أنا أشفع، قالت: لأحاجة لي فيه) ينظر: طبقات ابن سعد، محمد بن سعد البصري، (لبنان، بيروت: دار صادر)، 8: 259؛ سنن الدار قطني، أبو الحسن الدار قطني، كتاب النكاح، باب المهر، 3: 290، رقم: 170.

[مسألة] النوادر: معتوهة زوجها غير الأب والجد ثم عقلت فلها الخيار⁽¹⁾ ، فإن زوجها أبوها أو جدها ثم عقلت فلا خيار لها⁽²⁾؛ لأنها بمنزلة الصغيرة وإن زوجها ابنها فلا رواية فيه عن **أبي حنيفة** – رضي الله عنه – ويجوز أن لا يكون لها الخيار⁽³⁾؛ لأن الابن مقدم على الأب في ولاية الإنكاح عنده، فإذا كان المزوج أباً لم يكن لها خيار، فإذا كان ابناً أولى.

[مسألة] صبي تزوج امرأة بالغة ثم بلغ الصبي وتزوجت المرأة بآخر قبل إجازة الصبي جاز، وإن تزوجت بعد نكاح الصبي لا يجوز نكاح الثاني؛ لأن النكاح توقف على إجازة الصبي، فنفس بإجازته، إلا إذا كان نكاح الصبي مما لا يتغابن الناس في مثله، ولم يكن له أب ولا جد؛ لأنه لم يكن لهذا النكاح مجيز حال وقوعه فلم يتوقف.

[مسألة] المنتقى:⁽⁴⁾ **قال محمد** – رحمه الله – : الصغيرة إذا أدركت لها خيار البلوغ، فينبغي أن تختار نفسها مع رؤية الدم، فإن رأت الدم في جوف الليل تقول بلسانها قد فسخت النكاح وأشهدت إذا أصبحت، وتقول إنما رأيت الدم الآن⁽⁵⁾؛ لأنها لا تصدق أن تقول رأيت بالليل وفسخت النكاح ويسعها ذلك.

[مسألة] رجل زوج أمة بغير إذنه وأعتقها آخر بغير إذنه فأجاز المولى ذلك جاز العتق والنكاح، فإن لم يكن دخل بها حتى عتقت، فالمهر لها ولا خيار لها إذا لم يتقدم جواز النكاح العتق، فإن لم يكن دخل بها حتى عتقت، فالمهر لها ولا خيار لها إذا لم يتقدم جواز النكاح العتق، فإن لم يكن دخل بها حتى عتقت؛ لأن النكاح لا يسبق العتق، بل يبيتان معاً.

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 278، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: عيون المسائل، أبو الليث السمرقندي، تح: صلاح الدين الناهي، (العراق، بغداد: مطبعة أسعد، 1386 هـ)، 85؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 132، نقلاً عن عيون المسائل.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 278، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: عيون المسائل، أبو الليث السمرقندي، 85؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 132، نقلاً عن عيون المسائل.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 278، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: عيون المسائل، أبو الليث السمرقندي، 85؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 132، نقلاً عن عيون المسائل.

(4) أحد مؤلفات الحاكم الشهيد - رحمه الله - ؛ والحاكم الشهيد هو: محمد بن محمد بن أحمد المروزي البلخي، فقيه حنفي، قاض، محدث، عابد زاهد، تولى وزارة خراسان، مات شهيداً في ربيع الآخر سنة 334 هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 2: 113.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 286، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 134؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 282؛ تبیین الحقائق، الزيلعي، 2: 125؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 131.

[مسألة] رجل زوج أمته من رجل ثم أعتقها ثم زاد الزوج في المهر، فالزيادة لها ولا أجبر الزوج على دفع الزيادة إلى المرأة⁽¹⁾، وكذلك إن باعها، فالزيادة للمشتري ولا أجبر على دفع الزيادة إليه؛ لأنها بمنزلة الهبة⁽²⁾.

[مسألة] بكر زوجها وليها فقالت بعد سنة إنني قد كنت قلت حين بلغني النكاح: لا أرضى، فالقول قولها⁽³⁾؛ لأنها منكرة معنى؛ لأنها تنكر وقوع الملك عليها، ولو زوجها وهي صغيرة وقالت بعدما أدركت أنني قد اخترت نفسي لم يقبل قولها⁽⁴⁾؛ لأن الملك ثابت عليها فهي تريد إبطال الملك الثابت عليها فهي مدعية صورة ومعنى.

[مسألة] صغيرة زوجها عمها فبنى بها زوجها، فبلغت عند الزوج فهي على خيارها مالم ترض بالنكاح إما صريحاً أو دلالة⁽⁵⁾؛ لأنها صارت ثيباً وسكوت الثيب لا يكون رضى.

الجامع⁽⁶⁾: ومن زوج أمته الصغيرة ثم أعتقها فلها خيار العتق لا خيار البلوغ، لأن العقد صدر عن ولاية متكاملة، فصار كما لو صدر من الأب⁽⁷⁾، والملك ازداد له لا عليه، ولو كانت الصغيرة فقبلت صح؛ لأنها بإذن المولى تصير معتبرة التصرف مع غير المولى، فمع المولى أولى، ولو زوجها المولى رجلاً بغير رضاها لم يجز إلا بإجازتها؛ لأن ملك اليد والتصرف صار لها، حتى صارت أحق بنفسها ومكاسبها، وملك الرقبة بقي للمولى، فصار الإنكاح الذي هو حق الملك مشتركاً بينهما كما في الأمة المشتركة، فإن لم ترد النكاح حتى أدت وعتقت فالنكاح موقوف، فإن أجازته المولى ولا ولي لها سواء جاز، وإن أثبت لثبوت الولاية له بحكم الولاء لا بحكم الملك كما لو زوجها ابتداء ولها خيار البلوغ دون خيار العتق؛ لأن النكاح إنما نفذ عليها بعد العتق، وولاية الولاء قاصرة كما في غير الأب والجد، ولو أجازت

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 160.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 161.

(3) عيون المسائل، أبو الليث السمرقندي، 75؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 162، نقلا عن المنتقى.

(4) عيون المسائل، أبو الليث السمرقندي، 75.

(5) عيون المسائل، أبو الليث السمرقندي، 76.

(6) الجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني، ينظر: كشف الظنون، حاجي خليفة، 2: 1282.

(7) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 282؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 123؛ البحر الرائق، ابن نجيم،

3: 129.

هي بعد العتق لم يجز حتى يجيز المولى، وهي من أطف المسائل وأدقها، فيجب حفظها فإنه يصح إجازتها قبل العتق، ولم تصح بعده؛ لأن قبل العتق مكاتبة، والنكاح من جملة أحكام مكاتبتها، فصارت بمنزلة البالغ حكماً وبعد العتق هي صغيرة حرة، والصغيرة الحرة لم تملك إنشاء النكاح، فلا تملك الإجازة فإن لم يعتق ولكن عجز، بطل النكاح ولم يجز، بإجازة المولى؛ لأنه طراً على الحل الموقوف حل نافذ ثابت لغير الزوج وهو المولى، فبطل الموقوف، وهو كالأمة إذا تزوجت بغير إذن المولى ثم باعها فأجاز المشتري لم يجز، ولو كان مكاتباً صغيراً والمسألة بحالها، جاز النكاح بعد عجزه بإجازة المولى؛ لأنه لم يطرأ على الحل الموقوف حل نافذ، فبقي موقوفاً، فإن قيل: التوقف كان لحق المكاتب [لا لحق المولى]⁽¹⁾؛ لأنه رضي بهذا النكاح، وحق المكاتب قد زال بالعجز، فوجب أن ينفذ، كالمكاتب إذا زوج بغير إذن المولى ثم عتق، فلنا الملك في المكاتب مشترك منهما، فكان رضا المولى معتبراً في حقه، فلما عجز المكاتب وصار الملك خالصاً للمولى فصار كأنه حدث له في الملك في بعضه، فلا يصح العقد فيما حدث إلا بإجازته، كعبد بين اثنين زوجه أحدهما ثم ملك نصيب الآخر لا ينفذ إلا بإجازته، فكذا هذا.

مكاتبة صغيرة زوجها مولاها برضاها، فلها خيار العتق إذا بلغت دون خيار البلوغ؛ لأن النكاح انعقد برضاها، ورضاها معتبر في حال الكتابة كرضا البالغة؛ لأن الإنكاح حال الرق كان رفقاً من مرافق الملك، فثبت لها الشركة فيه بحكم الكتابة، فصح رضاها فيه كما في سائر تصرفاتها.

[مسألة] ولو زوج أمتة الكبيرة برضاها برجل، وقبل عن الرجل أجنبي فعنت عنه قبل إجازة الزوج، فلها النقص⁽²⁾؛ لأن حكم العقد يلزمها متى نفذ، فكان لها النقص في حال توقفه كيلا يلزمها حكمه، كالحرة البالغة إذا زوجها وليها برضاها من رجل بغير إذنه، ولو نقض المولى قالوا لا يصح؛ لأن لبقاء العقد الموقوف حكم عقد مبتدأ، حتى إن منافع الابتداء منع البقاء، فصار كأنه زوجها بعد العتق برضاها من رجل بغير إذنه، فيكون فضولياً في حق الرجل، والفضولي لا يملك نقض النكاح

(1) ساقط من: ع.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 218.

قبل الإجازة، فإن أجاز الرجل قبل النقض لا خيار لها⁽¹⁾ [والمهر لها]⁽²⁾؛ لأن العقد كان برضاها في حال هي من أهل الرضا، فلزمها العقد بعد العتق لوجود الرضا به؛ لأن العقد الموقوف كالمستأنف في كل ساعة، ولو استؤنف بعد عتقها برضاها بغير إذنه فأجاز الزوج قبل النقض، لم يكن لها حق النقض ولا خيار العتق، ويكون المهر لها، فكذا هذا، ولو كان زوجها بغير رضاها، فلها الرد وإن أجاز الزوج⁽³⁾؛ لأن رضاها لم يوجد، فلما عتقت في حال توقعه صار العقد كالمستأنف بعد العتق بغير رضاها ولو كان كذلك فلها الخيار، فكذا هذا.

[مسألة] زوج الرجل عبده جاريته ثم أعتقها، فلم تعلم الجارية أن لها الخيار حتى ارتدا ولحقا بدار الحرب ورجعا مسلمين، ثم علمت بثبوت الخيار أو علمت بالخيار في دار الحرب، فلها الخيار في مجلس العلم⁽⁴⁾؛ لأن خيار العتق يقتصر على المجلس لما بيّننا، وبمثله لو سببا ليس لها الخيار⁽⁵⁾؛ لأن بالسبي بطل العتق فانعدم سبب الخيار فلم يثبت الخيار.

[مسألة] زوجان حربيان سببا معا ثم عتقا بعد ذلك، فللمرأة خيار العتق، وعن أبي يوسف لا خيار لها؛ لأنها بالحرية عادت إلى حالتها التي وقع النكاح [فيها، لهما]⁽⁶⁾ إن بالسبي استحدث ملك اليمين عليها، وبالرق انتقض ملك النكاح عليها و بالعتق بعد السبي ازداد الملك عليها، فيتحقق سبب الخيار لها فثبت.

[مسألة] ارتد مسلم ولحق بدار الحرب وخلف امرأته وابنته الصغيرة في دار الإسلام فزوج العم الجارية مسلماً، فالنكاح جائز لزوال ولاية الأب، ولها الخيار إذا بلغت⁽⁷⁾، فإن لم تبلغ حتى لحقت الأم والبنت والزوج مرتدين بدار الحرب فالنكاح بحاله⁽⁸⁾؛ لأن الزوجين ارتدا معاً، فلا تقع الفرقة بينهما، فإن سبي الكل وأسلموا، فإن

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 218.

(2) ساقط من: ع.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 218.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 218.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 218.

(6) ساقط من: ع.

(7) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 268.

(8) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 268.

الجارية والأم مملوكتان، والزوج والأب حران⁽¹⁾ لما عرف، فإن بلغت الجارية فلا خيار لها⁽²⁾؛ لأنها حالة البلوغ على حالة لو عقد النكاح عليها وهي على تلك الحالة لا يثبت الخيار، فكذا إذا عقد عليها ثم بلغت على هذه الحالة، ولها خيار العتق إذا أعتقت لما عرف، الأمة إذا أعتقت فلا بأس بأن تختار نفسها حائضاً كانت أو طاهرة، وكذلك الصبية إذا أدركت الحيض⁽³⁾؛ لأن هذا ليس بطلاق، ولأن فيه ضرورة؛ لأن التأخير لا يمكن، وكذا العنين إذا مضى الحول وهي حائض؛ لأن هذا ليس بطلاق؛ ولأن فيه ضرورة.

باب نكاح البكر

ولا تزوج البكر البالغة على كره منها⁽⁴⁾، خلافاً للشافعي وابن أبي ليلى⁽⁵⁾؛ لأن هذه الولاية متضمنة الإضرار بها غير منتظمة الإنظار لها؛ لأن إقدامها على الرد إن النكاح يقع مصلحة ونظراً في حقها، إذ لو وقع مصلحة حجت عن الرد مع وجود الداعي الطبيعي إلى النكاح، مع أن المصالح لا تحصل إلا عند توافق الأخلاق وشمائل الطباع، وإقدامها على الرد دل على تنافر طبعها عنه وتباعد خلقها منه، والسنة أن يستأمر البكر وليها قبل النكاح بأن يقول: إن فلاناً يخطبك أو يذكرك

-
- (1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 268، نقلا عن المحيط الرضوي.
(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 268، نقلا عن المحيط الرضوي.
(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 216، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 349، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 402.
(4) الحجة على أهل المدينة، محمد بن الحسن الشيباني، (لبنان، بيروت: دار عالم الكتب)، 3: 126.
(5) ينظر: الحاوي، الماوردي، 9: 52؛ وابن أبي ليلى هو: عبدالرحمن بن أبي ليلى الكوفي، تابعي، مفتي الكوفة وقاضيهما توفي سنة 120 هـ؛ ينظر: الطبقات الكبرى، ابن سعد، 6: 358؛ سير أعلام النبلاء، الذهبي، 6: 310 - 315.

وقد اختلف الفقهاء في حكم إجبار البكر البالغة على النكاح على رأيين:
الأول: وهو ما ذهب إليه الجمهور من المالكية والشافعية ورواية عن الحنابلة ويرون أنه يجوز للأب أن يجبر ابنته البكر على النكاح.
الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية ورواية أخرى عن الحنابلة ويرون أنه لا يجوز إجبار البكر على النكاح.
الراجح: الراجح ما ذهب إليه الحنفية؛ لأنه هو ما جاءت به السنة عن رسول الله وهو الأوفق لاعتبار مقاصد الشريعة من النكاح إذ في إجبارها على النكاح مالا يخفى على أحد من إلحاق الضرر الشديد بها خصوصاً إذا كانت لا ترغب في الزواج ممن يريده أبوها.
ينظر: الكافي، ابن عبد البر، 231؛ المهذب، الشيرازي، 2: 37؛ الهداية، المرغيناني، 1: 191؛ الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، 3: 17.

فسكتت فهو رضا⁽¹⁾، وإن زوجها بغير استئمار فقد خالف السنة، وتوقف على رضاها، فإذا بلغها فسكتت فهو رضى⁽²⁾ لقوله — عليه السلام — : (تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَبْضَاعِهِنَّ فَقَالَتْ عَائِشَةُ — رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا — : إِنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحِي يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَالَ: إِذْنُهَا صُمَاتُهَا)⁽³⁾، وطريق البلوغ إليها أن يبعث الولي إليها رسولاً عدلاً أو غير عدل، وإن أخبرها فضولي فلا بد من العدالة **عند أبي حنيفة** — رضي الله عنه — **خلافاً لهما**⁽⁴⁾ لما عرف في موضعه، وهذا إذا سمي زوجها عندها تسمية تقع بها المعرفة، فأما إذا أبهمه، لم يكن سكوتها رضا؛ لأن الجهالة تمنع الرضا، والسكوت رضا في عدة مسائل⁽⁵⁾: أحدها هذه، **والثانية**: إذا قبض الأب والجد مهر البنت البكر البالغة فسكتت، جاز استحساناً وبرئ الزوج منه؛ لأن العرف والعادة جرت فيما بين الناس بقبض الآباء مهور الأبيكار وتجهيزهن بها؛ لاستحيائها عن مطالبة المهر لنفسها وتولي قبضه، والمعروف كالمشروط⁽⁶⁾، وهذا العرف مفقود في سائر الأولياء فلا **يملكون قبض مهرها**، حتى لو كانت البنت ثيباً فزوجها الأب، لا يملك مطالبة الزوج بالمهر إلا بوكالة منها؛ لأن العادة أن الآباء إنما يجهزون البنات مرة، فإذا انعدم التجهيز انعدم ولاية القبض، **والثالث**: الشفيع إذا سكت بعدما علم بالبيع بطلت شفيعته، **والرابعة**: إذا تواضعا⁽⁷⁾ في السر أن يظهرها بيعاً في العلانية تلجأ⁽⁸⁾، ثم قال أحدهما في العلانية: **إني أجعله بيعاً صحيحاً بحضرة صاحبه فسكت**، فهو رضا منه بالبيع اللازم، **والخامسة**: عبداً أسره المشركون فوقع في الغنيمة فقسم وبيع، ومولاه الأول حاضر فسكت، لا سبيل له على العبد، **ذكره ابن كاس** في خصال

ظ هـ

اللوحة

268

(1) المبسوط، السرخسي، 4: 357؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 105.

(2) الاختيار، ابن مودود، 3: 105.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر إلا برضاها، 753، رقم: 5136، ولفظه (لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن) قالوا يا رسول الله، وكيف إذن؟ قال: (أن تسكت).

(4) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 106.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 157.

(6) ينظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم، 1: 99.

(7) المواضع لغة الاتفاق على شيء، وشرعاً: هي أن يتفق المتعاقدان سرا على خلاف ما سيعلمان، ينظر: الصحاح، الجوهري، (باب العين، فصل الواو)، 3: 1299؛ المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء، (سوريا، دمشق، دار القلم، 1998م)، ط 1، 1: 441.

(8) التلجأ: الإكراه، ينظر: الصحاح، الجوهري، باب الألف المهموز، فصل اللام، 1: 71.

الكبير⁽¹⁾، والسادسة: لو قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن بحضرة البائع فسكت ولم يمنعه من قبضه فذلك إذن بقبضه ذكره الطحاوي في مختصره⁽²⁾، وذكر محمد في الإكراه لا يكون إذنا منه، وكذا لو قبض الموهوب له الهبة بحضرة الواهب وهو ساكت، فهو إذن بالقبض، والسابعة: إذا رأى المولى عبده يبيع ويشترى فسكت، يصير مأذوناً له في التجارة، والثامنة: إن كان الخيار للمشتري فرأى عبده المشتري يبيع ويشترى فسكت، يبطل خياره، ولو كان الخيار للبائع لا يبطل ذكره في المأذون، والتاسعة: مجهول النسب إذا بيع وهو ساكت، فهو إقرار منه بالرق حتى لا يقبل قوله بعد ذلك: أنا حر، وقد زاد في مختصر الطحاوي وقيل له بعد البيع: قم مع مولاك فقام، فهو إقرار منه بالرق، والعاشر: لو حلف فقال والله لا أسكن فلانا داري ولا أتركه في داري وفلان نازل في دار الحالف فسكت عنه ولم يقل له اخرج منها حنث ولو قال له: اخرج منها فأبى أن يخرج فسكت عنه لا يحنث ذكره في الإملاء⁽³⁾، والحادية عشر: امرأة ولدت فهناً الناس زوجها فسكت، لزمه الولد، وكذا رجل زوج رجلاً بغير ما أمره فهناً القوم وقبل التهنة فهو رضا⁽⁴⁾، رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله - ؛ لأن قبول التهنة دليل الإجازة، وسكوت البكر لا يكون رضياً في حق غير الولي، وسكوت الغلام ليس بإذن؛ لأن السكوت إنما جعل رضا بعلة الحياء وهو لا يستحي عن إظهار الرغبة في النكاح، وإذا زنت البكر زوجت كالأبكار عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - خلافاً لهم⁽⁵⁾.

لهم قوله - عليه السلام - : (الثيب تشاور)⁽⁶⁾، وهي ثيب حقيقة.

- (1) ابن كاس هو: علي بن محمد بن الحسن بن كاس النخعي الكاسي الكوفي، فقيه حنفي، قاض، توفي سنة 324هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 371.
- (2) هو أول مختصر ألف في فقه الحنفية جمع فيه صاحبه أمهات المسائل وعيونها ورواياتها المعتمدة، وهو مصدر قديم جليل القدر في الفقه الحنفي وهو مطبوع.
- (3) الأمالي للإمام أبي يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة، ينظر: كشف الظنون، حاجي خليفة، 1: 164.
- (4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 123؛ الدر المختار، الحصكفي، 4: 484؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 299، نقلا عن فتاوى قاضي خان.
- (5) بداية المبتدي، المرغيناني، 58؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 106؛ العناية، البابرقي، 3: 270؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 290، نقلا عن المحيط الرضوي، وقوله خلافاً لهم أي خلافاً لأبي يوسف ومحمد بن الحسن وزفر.
- (6) أخرجه البخاري في صحيحه بمعناه، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر إلا برضاها، 753، رقم: 5136، ولفظه: عن أبي هريرة حدثهم: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن)؛ وقال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ، نصب الراية، 3: 195؛ وقال ابن حجر: لم أره بهذا اللفظ، ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر، 2: 62.

له أن سكوت البكر إنما جعل رضا بعلة الحياء، والحياء هنا أشد؛ لأنها إذا استنتقت يقال: ما بال كريمة فلان تستنطق، وهي بكر فتحتاج أن يقال: أنها فجرت، فتظهر رغبتها وميلها في الرجال حالة البكارة عند الولي، والشهود بطريق السفاح وهذا في كونه عيباً عادة أكثر، فيكون الحياء أشد، فجعل دفعا للضرر عنها، بخلاف ما إذا قضي عليها، أو أقيم عليها بالعدة واعتادت الزنا تستنطق⁽¹⁾؛ لأنه ظهرت فاحشتها ورغبتها في الرجال على أقبح الوجوه؛ لأنها صارت برزّة⁽²⁾ ملقية جلباب الحياء، فلا تستحي عن النطق، وبخلاف البكر إذا خاصمت الأزواج في المهر، قيل: لا تستنطق⁽³⁾؛ لأن كون إذن البكر صماتها ثبت بعين النص لا بالعلة، فلا تراعى العلة في المنصوص عليه، وقيل تستنطق؛ لأن علة وضع النطق عنها الحياء، والحياء زائل عنها، وهذه علة منصوص عليها، لا علة مستنبطة بالرأي فيتعلق الحكم بها وجوداً وعدماً⁽⁴⁾، ولو زالت بكارتها بوثبة⁽⁵⁾ أو طفرة⁽⁶⁾ أو حيضة أو بطول التعنيس⁽⁷⁾ تزوج كالأبكار⁽⁸⁾؛ لأن البكر اسم مشتق من البكارة، والبكارة مأخوذة من بكرة الشيء وهي أوله يقال: باكورة البكار، وباكورة الثمار أوله⁽⁹⁾ وهذه امرأة يصيبها أول مصيب وكانت بكراً، لكنها ليست بكراً لزوال العذرة وهي الجلدة، ولهذا لو أوصى لأبكار بني فلان دخلت هذه تحت الوصية⁽¹⁰⁾، وإذا أنكرت الرضا والزوج يدعيه فالقول قولها والبينة للزوج، وقال زفر: القول قوله

-
- (1) المبسوط، السرخسي، 5: 11.
(2) لفظ يطلق على المرأة إذا تركت الحجاب وجالست الناس، ينظر: المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، باب الباء، 49.
(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 12.
(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 2: 122، نقلاً عن الظهيرية.
(5) وثب أي: قفز، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي، 2: 647، مادة (وث ب).
(6) الطفر: وثبة في ارتفاع، كما يطفر الإنسان حائطاً أي يثبه، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 4: 501، مادة (ط ف ر).
(7) يقال: عنست الجارية إذا طال مكثها في منزل أهلها بعد إدراكها حتى خرجت من عداد الأبكار، ينظر: مختار الصحاح، الرازي، مادة (ع ن س).
(8) بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 244؛ الهداية، المرغيناني، 1: 197؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 106؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 124.
(9) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 4: 76، مادة (ب ك ر).
(10) شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 271؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 120؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 63.

والبينة عليها⁽¹⁾؛ لأن الزوج متشبه بالأصل وهو السكوت، والمرأة تدعي أمراً عارضاً وهو الرد، فكان الزوج منكراً والمرأة مدّعية، فيكون القول قوله.

لنا أن السكوت متى جعل رضا والأصل عدم الرضا، فكان الزوج مدعياً أمراً عارضاً، والمرأة منكراً متمسكة بالأصل فيكون القول لها، فإذا ردت لا يجوز النكاح لانعدام شرط الجواز وهو الرضا، لا لوجود الرد إلا أن عدم الرضا لا يظهر إلا بالرد، بخلاف ما لو ادعت الصغيرة رد النكاح حين أدركت وادعى الزوج السكوت فالقول قول الزوج⁽²⁾؛ لأن ملكه كان ثابتاً عليها، والزوج ينكر زوال ملكه عنها فيكون القول له فلا يمين عليها **عند أبي حنيفة** خلافاً لهما بناء على أن بينة الاستحلاف النكول، والنكول بدل **عند أبي حنيفة**، والبضع لا يقبل البدل، **وعندهما إقرار والنكاح يثبت بالإقرار.**

ج هـ

اللوحة

269

وإذا زوج الأب البكيرة⁽³⁾ ثم الأخ، فأجازت نكاح الأخ جاز⁽⁴⁾؛ لأن كلاهما موقوف على إجازتها، وقيل: **عند محمد** لا يصح نكاح الأخ وهو ليس بولي مع الأب، وإذا زوجها وليها من غير استئثار فمات الزوج ثم أجازت، لم ينفذ النكاح ولا ميراث لها؛ لأن النكاح موقوف على إجازتها وقد فقدت الإجازة قبل الموت فلم يثبت، ومن زوجت نفسها وزوجها وليها برضاها، فأيهما قالت: هو الأول فهو الزوج، وإن قالت: لا أدري، فرق بينهما⁽⁵⁾؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر، ولو زوجها وليها فقالت: لا أرضى، ثم رضيت في المجلس لم يجز، وقد بطل النكاح بالرد، فالإجازة صادفت عقداً مفسوخاً فلا تعمل⁽⁶⁾.

النوادر: ولو بلغها الخبر بالنكاح فضحكت فهو رضا؛ لأن [الضحك يحتمل]⁽⁷⁾ الرد والرضا، فلا يثبت واحد منهما للمعارضة، فبقي مجرد السكوت وأنه رضى؛ ولأن الضحك غالباً يكون عن سرور وفرح فيكون رضا غالباً، ولو بكت فعن أبي

(1) المبسوط، السرخسي، 5: 7؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 106.

(2) الاختيار، ابن مودود، 3: 107؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 65.

(3) في ف: الكبيرة.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 13؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 159.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 14؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 107.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 288، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 14؛

البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 121.

(7) ساقط من: ع.

يوسف روايتان؛ في رواية يكون رضا؛ لأن البكاء قد يكون عن سرور وفرح فيكون رضا وقد يكون عن حزن وترح⁽¹⁾، فيكون ردا فلا يثبت واحد منهما للمعارضة فبقي مجرد السكوت وأنه رضى، وفي رواية لا يكون رضا وهو قول محمد⁽²⁾؛ لأن البكاء غالبا يكون عن حزن وترح، والضحك غالبا يكون عن سرور وفرح، والمختار أنه إن كان مع الصياح والصوت لا يكون رضى؛ لأنه آية الرد، وإن كان مع السكوت يكون رضا؛ لأنه دلالة الرضا.

ولو قال الولي: أنا أزوجك فلاناً أو فلاناً فسكتت، فأيهما زوج جاز⁽³⁾؛ لأنها رضيت بتزويج أيهما شاء، ولو سمي جماعة مجملاً، فإن كانوا يحصون فهو رضا وإن كانوا لا يحصون لا يكون رضى⁽⁴⁾، ولو زوجها وليها فلما بلغها قالت: لا أريد الأزواج، ذكر في المنتقى أنه لا يكون رداً، والصحيح أنه يكون رداً⁽⁵⁾؛ لأن قولها لا أريد الزواج، أرادت: لا أريد هذا الزوج ولا آخر، إن أرادت زوجاً غير هذا الزوج، ولو قالت: أريد فلاناً كان رداً فكذا هذا، ولو استأمرها الولي أن يزوجه فلاناً، فقالت: غيره أحب إلي، لم يكن هذا إذناً، ولو قالت بعد العقد: غيره أحب إلي منه كان إذناً؛ لأن قولها غيره أحب إلي منه، يحتمل الإذن وعدمه تقبل العقد والنكاح لم يكن، فلا يجوز بالشك وبعد العقد النكاح كان فلا يبطل بالشك⁽⁶⁾.

فصل [في تزويج البكر البالغة بغير إذنها]

[مسألة] ولو زوج البنت البالغة بغير إذنها لم يجز؛ لانقطاع ولايته عنها، إلا أن تجيزه بقول أو فعل يدل على الرضا من تمكينها نفسها، أو مطالبتها بالمهر والنفقة⁽⁷⁾؛ لأنها لا تملك ذلك إلا بعد لزوم العقد وانبرامه، فصارت راضية دلالة، والثيب إذا قبلت الهدية فليس برضا، وإذا قبلت المهر فهو رضى؛ لأنه ثمن رقبته⁽⁸⁾

(1) الترح: نقيض الفرح وقد ترَّحه الأمر أي: أحزنه، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 2: 417، مادة (ت رح).

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 243؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 105، 106؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 7.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 243؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 120.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 243؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 120.

(5) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 76، نقلاً عن المنتقى؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 269.

(6) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 269؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 106.

(7) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 105؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 122؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1:

287.

(8) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 77، نقلاً عن المنتقى.

، ولو أكلت من طعامه أو خدمته كما كانت فليس برضا دلالة⁽¹⁾، وذكر الفقيه أبو الليث في نوازل: امرأة ثيبة قال لها أبوها: (أزوجك) فسكتت، ولم يذكر لها الزوج والمهر لا ينفذ النكاح⁽²⁾؛ لأنه مع جهالة الزوج والمهر لا يتم الرضا، وإن ذكر الزوج والمهر جميعاً ينفذ النكاح⁽³⁾؛ لأنه تم الرضا دلالة، وإن ذكر الزوج ولم يذكر المهر إن وهبها نفذ النكاح⁽⁴⁾؛ لأن المرأة علمت بالزوج فتم هذا العقد، وإن زوجها بمهر مسمى لم ينفذ، فتمام العقد بذكر الزوج والبدل فلا يتم الرضا بهذا العقد، فإن أخبرها بالعقد بعدما زوجها فسكتت فذلك وهو الصحيح.

[مسألة] رجل تزوج امرأة بالغة على مهر مسمى، ودفع إلى أبيها مهرها ضيعة⁽⁵⁾، فلما بلغها الخبر قالت: لا أرضى بما فعل الأب، ينظر إن كان ذلك في بلدة لم يجر التعارف بدفع الضيعة في المهر لم يجر⁽⁶⁾ إن كانت المرأة بكرًا بالغة؛ لأن هذا شري وليس بقبض للمهر، وليس للأب أن يشتري على ابنته البالغة، وإن كان في بلدة جرى التعارف بذلك جاز⁽⁷⁾؛ لأن ذلك قبض المهر، ولأب قبض المهر للابنة البكر البالغة، وإن كانت البنت صغيرة فأخذ الأب مكان المهر ضيعة لا تساوي المهر؛ فإن كان في بلدة لم يجر التعارف أنهم يأخذون الضيعة بأضعاف قيمتها لم يجر؛ لأن هذا شري وإن كان في بلدة جرى التعارف بذلك جاز؛ لأن هذا قبض المهر وليس بشري حقيقة⁽⁸⁾.

[مسألة] رجل زوج ابنته البالغة ولم يعلم رضاها حتى مات زوجها، فقال ورثة الزوج: إنها لم ترض بالنكاح، ينظر إن قالت المرأة: (زوجني أبي بأمرى) وأنكر الورثة، فالقول قولها، ولها المهر والميراث وعليها العدة⁽⁹⁾؛ لأنهما اختلفا في تمام

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 289، نقلا عن الظهيرية.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 288، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 288، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(4) فتاوى النوازل، أبو الليث، 163.

(5) الضيعة: صنعة الرجل وحرفته تقول ما ضيعتك أي ما حرقتك، والمقصود بها عند أهل المدن مال الرجل

من النخل والكرم والأرض، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 8: 228، مادة (ض ي ع).

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 118، نقلا عن الظهيرية.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 118، نقلا عن الظهيرية.

(8) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 118، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 319، نقلا عن

التجنيس، والتجنيس هو: أحد مؤلفات الإمام المرغيناني الذي سبقت ترجمته.

(9) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 122، نقلا عن فتاوى قاضي خان؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 289، نقلا

عن فتاوى قاضي خان.

العقد و انبرامه، فالقول قول من يدعي التمام، وإن قالت: (زوجني بغير أمري فبلغني الخبر فرضيت) فلا مهر ولا ميراث لها⁽¹⁾؛ لأنهما اتفقا أن العقد لم يقع تماماً نافذاً، ثم ادعت المرأة بعد الموت وانبرامه لم يصدق.

[مسألة] رجل تزوج امرأة على أنها بكر فوجدها ثيباً فالمهر واجب بكماله؛ لأن البكار لا تصير مستحقة بالنكاح⁽²⁾.

[مسألة] امرأة زوجها وليها من رجل بغير أمرها فبلغها الخبر فردت، ثم قال لها وليها: إن أقواما يخطبونك، فقالت: أنا راضية بما يفعل، فزوجها الولي من الأول، فلها أن ترد النكاح الثاني⁽³⁾؛ لأن قولها أنا راضية ينصرف إلى غير الأول دلالة؛ لأن تقدير هذا الكلام كأن الولي قال لها: إذا أبيت أن ترضين بفلان فقد خطبك قوم آخر ماذا تقولين؟ فقالت: رضيت، وصار هذا بمنزلة من طلق امرأة فيقول الرجل: إني كرهت صحبة فلانة فطلقها، فزوجني امرأة فزوجه المطلقة لم يجز، وكذا إذا باع عبداً وأمر إنساناً بشراء عبداً، فاشترى ذلك العبد لم يجز لما قلنا.

باب معرفة الكفاءة والنكاح من غير كفؤ أو ولي

الكفاءة معتبرة في الرجال للنساء للزوم النكاح خلافاً لسفيان الثوري⁽⁴⁾، لقوله — عليه السلام —: (لَا يُزَوَّجُ النِّسَاءَ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ وَلَا يُزَوَّجَنَّ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ)⁽⁵⁾، وقال عمر — رضي الله عنه —: (لَأَمْنَعَنَّ النِّسَاءَ فُرُوجَهُنَّ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ)⁽⁶⁾؛ ولأن مقاصد النكاح وهي السكن والازدواج والصحبة والعشرة والألفة قلما يتحقق إلا بين الأكفاء لأن المرأة تأنف عن استقراش من لا يكافئها في النسب والمال، ويلحقها التعبير من جهة الناس بذلك فلا تمكنه من نفسها، فنفوت مقاصد النكاح، ثم الكفاءة

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 122، نقلا عن فتاوى قاضي خان؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 289، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 86؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 107؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 7.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 78.

(4) سفيان الثوري هو: سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، تابعي، فقيه مجتهد، من كبار حفاظ الحديث، ولد سنة 97هـ، وتوفي في شعبان سنة 162هـ، ينظر: الطبقات الكبرى، ابن سعد، 6: 371؛ الجرح والتعديل، ابن أبي حاتم، (لبنان، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1952م)، ط1، 1: 55 - 126.

(5) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، 3: 244، رقم: 11، وضعفه.

(6) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، 3: 298، رقم: 198، وضعفه.

معتبرة في سبعة أشياء؛ في النسب والمال والحرية والتقوى وإسلام الآباء والحرف والعقل.

أما النسب فإن قريشا بعضهم أكفاء لبعض ولا يكافئهم غيرهم من العرب⁽¹⁾، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل أي لا يعتبر نسبهم⁽²⁾.

وأما الإسلام، فمن كان له أبوان أو ثلاثة في الإسلام والحرية، فهو كفؤ لمن كان له عشرة آباء في الإسلام والحرية⁽³⁾؛ لأن التعريف يقع بالأب والجد فلا تعتبر الزيادة عليه كما لا تعتبر في الشهادة، ومن كان له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤاً لمن له آباء في الإسلام وكذا في الحرية، وروي عن أبي يوسف أنه يكون كفؤاً، وألحق الواحد بالمتن كما في التعريف في الشهادة⁽⁴⁾.

وأما الكفاءة في المال، فالمعتبر منه في ظاهر الرواية أن يكون واجداً للمهر والنفقة، حتى لو وجد المهر ولم يجد النفقة أو على العكس، لا يكون كفؤاً⁽⁵⁾؛ لقوله — عليه السلام —: (أَحْسَابُ أَهْلِ الدُّنْيَا الْمَالُ فَإِذَا كَانَ عَدِيمًا لَمْ يَكُنْ حَسِيبًا)⁽⁶⁾؛

-
- (1) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 173؛ الننف، السغدري، 291؛ المبسوط، السرخسي، 5: 39؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 319؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 92؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 112.
- (2) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 173؛ الننف، السغدري، 291؛ المبسوط، السرخسي، 5: 39؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 319؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 92؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 112. وقد اختلف العلماء في اعتبار النسب شرطاً في كفاءة الزوج على رأيين: الأول: وهو ما ذهب إليه الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة ويرون أن كفاءة النسب معتبرة. الثاني: وهو قول المالكية ويرون عدم اعتبار الكفاءة في النسب.
- ينظر: المدونة الكبرى، مالك بن أنس، 2: 107؛ الحاوي، الماوردي، 9: 102؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 319؛ المغني، ابن قدامة، 7: 371.
- (3) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 173؛ الننف، السغدري، 291؛ المبسوط، السرخسي، 5: 42؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 92.
- (4) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 173؛ الننف، السغدري، 291؛ المبسوط، السرخسي، 5: 42؛ الهداية، المرغيناني، 1: 195؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 95؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 298.
- (5) الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 173؛ المبسوط، السرخسي، 5: 43؛ الننف، السغدري، 291؛ الهداية، المرغيناني، 1: 195؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 93. اختلف العلماء في اعتبار مهر المثل من الكفاءة على رأيين: الأول: وهو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة ويرون اعتبار مهر المثل في الكفاءة. الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية ويرون عدم اعتباره من شروط الكفاءة.
- ينظر: التلقين، عبدالوهاب البغدادي، تح: محمد ثالث، (السعودية، مكة: المكتبة التجارية، 1415هـ)؛ الإنصاف، المرادوي، 8: 109.
- (6) أخرجه النسائي في سننه الصغرى، كتاب النكاح، باب الحسب، 6: 36، رقم: 3225، بلفظ (أحساب أهل الدنيا الذي يذهبون إليه المال)، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، ولم أجده باللفظ الذي أورده المؤلف، ينظر:

ولأن المهر بدل البضع، فلا بد من تسليمه، والمراد من المهر ما يتعارف من تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفاً، وأما النفقة، فلأن بها قوام النكاح ودوام الازدواج، إلا أن النفقة أشد اعتباراً في الكفاءة من المهر، حتى روى الحسن بن مالك⁽¹⁾ أن أبا يوسف قال: الكفو الذي يملك المهر والنفقة، قلت: فإن كان يملك المهر دون النفقة؟ قال: ليس بكفو، قلت: فإن كان [يملك]⁽²⁾ النفقة دون المهر؟ قال: يكون كفواً، وهذا؛ لأن المهر فيه التسهيل والتأجيل، ويعتبر قادراً على المهر ببسار أبيه وأمه وجدته وجدته عادة، كما في أداء الزكاة إلى الولد الغني لا يصح، ولا يعتبر قادراً على النفقة ببسار الأب إلا في العادة؛ لأن الآباء يحملون المهور عن الأولاد عادة، فأما النفقة الدارة فلا⁽³⁾، وروي عن أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله – في النوادر أن امرأة فائقة في اليسار لو زوجت نفسها ممن يقدر على المهر والنفقة رد عقدها، وقال أبو يوسف: إذا كان قادراً على إيفاء ما يعجل لها باليد، ويكسب ما ينفق عليها يوماً بيوم يكون كفواً لها؛ لأنه إثبات لوصف الغني؛ لأن المال غاد ورائح فلا يعتبر⁽⁴⁾، ولهما أن التفاخر يقع به، فإنهم يفتخرون بالغني و يتعيرون بالفقير، ولم يعتبر في نكاح الأصل إلا القدرة على النفقة والمهر.

وأما الكفاءة في التقوى والورع معتبرة عند أبي حنيفة وأبي يوسف – رحمهما الله –، حتى أن امرأة من بنات الصالحين لو نكحت رجلاً من أهل الفسق كان للأولياء حق الرد⁽⁵⁾؛ لأن التفاخر به أحق المفاخر وأولاهها، وقال محمد: لا يعتبر؛ لأن هذا من أمور الآخرة فلا يعتبر لنا حكم دنياوي عليه إلا شيئاً فاحشاً، كرجل يُصقَعُ ويُسخر منه، أو يخرج سكراناً ويلعب به الصبيان، فهذا يكون مستخفاً فلا

= المستدرک، الحاكم، كتاب النكاح، 2: 454.
(1) الحسن بن مالك هو: الحسن بن أبي مالك أبو مالك، فقيه حنفي، غزير العلم واسع الرواية من تلاميذ أبي يوسف، توفي سنة 204هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 204.
(2) ساقط من: ع.
(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 320.
(4) الهداية، المرغيناني، 1: 195؛ العناية، البابرقي، 3: 301؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 113؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 12.
(5) ورجح الإمام السرخسي عدم اعتبارها، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 320؛ الهداية، المرغيناني، 1: 195؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 112؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 141.

يكون كفوًّا⁽¹⁾، وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا كان الفاسق ذا مروءة، فإنه كفوٌّ وإنما يريد به أعوان الظلمة، إذا كان بحيث يهابه الناس⁽²⁾.

وأما الكفاءة في الحرية أيضاً معتبرة؛ لأن الحرية تستكف عن اسفتراش العبد وتعير بذلك أكثر مما تعير بالفقر ودناءة النسب⁽³⁾.

وأما الكفاءة في الحرفة فمعتبرة عندهما؛ لأنه مما يفخر بها الناس، وتعد الدناءة في الحرفة منقصة، وقال أبو يوسف: لا تعتبر؛ لأن الحرفة ليست بشيء لازم، يقدر المرء على تركها فلا تعتبر إلا أن يفحش، مثل الحايك والحجام والكناس والدباغ لا يكون كفوًّا لبنت العطار والبزّاز⁽⁴⁾ والصرّاف؛ لأن الإنسان يعير بهذه الحرف أكثر مما يعير بضعة النسب⁽⁵⁾.

وأما الكفاءة في العقل فلا رواية فيه، قيل: لا يعتبر؛ لأن الجنون بمنزلة المرض فيعتبر كسائر الأمراض، وسائر الأمراض لا تسلب الكفاءة فكذا الجنون، وقيل: يعتبر حتى إن الزوج إذا كان مجنوناً لا يكون كفوًّا للمرأة العاقلة؛ لأن الجنون يفوت ما هو المقصود بالنكاح أكثر مما تفوته الدناءة في النسب والفقر⁽⁶⁾.

والكفاءة في النساء للرجال غير معتبرة عند أبي حنيفة — رضي الله عنه — وعندهما معتبرة استحساناً نص محمد عليه في الجامع الصغير⁽⁷⁾.

[مسألة] أمير أمر رجلاً أن يزوجه امرأة، فزوجه أمة لغير جاز عند أبي حنيفة — رضي الله عنه — وعندهما لا يجوز إلا أن يزوجه كفوًّا له⁽¹⁾؛ لأن المطلق من الكلام ينصرف إلى المتعارف والمتعارف تزويج الأكفاء.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 320؛ الهداية، المرغيناني، 1: 195؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 112؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 141.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 320؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 96؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 112.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 42؛ الهداية، المرغيناني، 1: 195؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 112.

(4) البز الثياب وقيل هي ثياب البيت خاصة، والبزاز هو: بائع البز، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 5: 311، مادة (ب ز ز).

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 292، نقلاً عن السراج الوهاج والمحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 43؛ الهداية، المرغيناني، 1: 195؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 143.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 98؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 295؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 112؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 128؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 11.

(7) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 175؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 320؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 103؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 137.

له أن الكلام ضرر مطلقا فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة والضرورة ولا تهمة ولا ضرورة في هذا فإن الكفاءة لا تعتبر للرجال؛ لأن الرجل لا يتعير بتزويج غير الكفو ولا يلحق الأولياء ضرر بذلك، قال أبو يوسف: وإن زوجت نفسها من غير كفو، فللولي أن يفرق بينهما⁽²⁾، وإن تزوجت بأقل من مهر مثلها، فللولي طلب التكميل والتفريق عند أبي حنيفة، وعندهما النكاح جائز بما رضيت به؛ لأنها تصرفت في خالص حقها وهو المهر، فلا يكون للولي حق الفسخ، كما لو أسقطت بعد الدخول.

له إن ضرر التقصير يرجع إلى الأولياء، فإنهم يفتخرون ويتباهون بغلاء المهور ويعيرون بنقصانها، كما يتباهون بالكفو ويعيرون بغير الكفو، وكذا يرجع الضرر إلى نساء عشيرتهم عند الحاجة إلى تقدير مهر مثلهن، فأشبه عدم الكفاءة، والمثلة تتصور عند محمد فيما إذا أكره الولي والمرأة على النكاح بأقل من مهر مثلها، فإن طلقها الأب قبل الاعتراض والدخول، وجب نصف المسمى، فإذا زوجها الولي غير كفو ثم فارقت ثم تزوجت بغير ولي، كان للولي أن يفرق بينهما⁽³⁾؛ لأن حق الفسخ يتجدد بتجدد النكاح، والرضا ببطلان حقه في الأول لا يكون رضا ببطلان حقه في الثاني، كالشفيع إذا سلم الشفعة ثم بيعت الدار مرة أخرى ثبت له حق الشفعة، كذا هذا، وإذا تزوجت المرأة غير كفو ثم قبض لها المهر وجهازها، فهو رضى منه بالنكاح⁽⁴⁾؛ لأن استيفاء موجب العقد، تقرير للعقد والتجهيز دليل التسليم، وهما أمارتان على الرضا بالعقد، ولو قبض مهرها ولم يجهزها اختلفوا فيه، قيل: يكون إجازة لما قلنا، وقيل: لا يكون إجازة ما لم يجهزها من المهر⁽⁵⁾، فإن قبض المهر قد يكون لرضاه بالنكاح، وقد يكون ليعرف كفاءة الزوج، فإن القدرة على أداء المهر شرط، فلا تثبت الإجازة إلا بالاحتمال، وإن لم يفعل هذا ولكن خاصم زوجها في

(1) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 175؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 320؛ بداية المبتدي، المرغيناني، 61؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 103.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 21؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 318؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 98.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 47؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 99.

(4) المبسوط، السرخسي، 5: 48؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 292.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 292.

نفقتها أوفي مهرها عليه، لا يكون رضا منه قياساً⁽¹⁾؛ لأن الخصومة قد تكون لإظهار العجز عن الأداء، وتحقق عدم الكفاءة، وإظهار الفسخ لا يدل على الرضا بالعقد، وقد يكون رضا استحساناً؛ لأن الخصومة والطلب لا يكون إلا لاستيفاء الحق؛ لأن المثلة فيما إذا كان عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي، فلا يحتمل الطلب إلا للاستيفاء، والاستيفاء لا يكون إلا حال الوجوب، ولا وجوب إلا حال قيام العقد، فيكون المخاصم راضياً بقيام العقد كما في البيع، حتى لو لم يكن عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي، لا تكون الخصومة فيهما رضا بالنكاح.

الحرّة البالغة العاقلة زوجت نفسها جاز، وقال محمد: لا يجوز إلا بولي أو بإذنه⁽²⁾، وقال الشافعي: لا ينعقد بعبارة النساء⁽³⁾.

لمحمد أنها سريعة الاغترار سيئة الاختيار، شديدة الميل إلى الرجال، فلو فوضنا التنفيذ لها ربما تضع نفسها في غير الكفو بحكم المجاذبة والميل، فيؤدي إلى إلحاق الضرر بها وبالأولياء، ففوضنا ولاية التنفيذ إلى الولي، صونا للنكاح عن الفساد.

لنا أن النكاح عقد مصلحة بوضعه؛ لأنه ينطوي على مصالح جمّة، وهي قادرة على تحصيل مصلحته؛ لأن بما لها من العقل قدرت على معرفة مصالح النكاح غامضة وظاهرة، إما بعقلها، أو برأيها، أو بالسؤال والاستخبار عن غيرها، ولهذا فوض إليها اختيار الأزواج، ومتى قدرت على تحصيله مصلحة ملكت مباشرته، والنفاد لا يتضمن الإضرار بالأولياء؛ لأن الظاهر أنها لاتضع نفسها في غير الكفو؛ لأنها تتعير باستفراش من لا يكافئها، وبعد الوضع يتمكن الأولياء من هذا الضرر بالفسخ، وفي سلب ولاية التنفيذ إضرار بها فتتخذ، والأخبار التي رواها الخصم مخالفة للكتاب، وهو قوله فلا تعضلوهم أن ينكحن أزواجهن نهى الأولياء عن منعهن عن إنكاحهن فلا يقبل، وإذا تزوجت المرأة بغير إذن وليها فطلقها ثلاثاً، كره

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 292.

(2) قال ابن نجيم: (وهو قول أبي حنيفة وزفر والحسن، وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا كان الزوج كفواً نفذ نكاحها وإلا فلا، وفي المعراج معزياً إلى قاضي خان وغيره والمختار للفتوى في زماننا رواية الحسن) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 16؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 120؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 118؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 98.

(3) ينظر: الحاوي، الماوردي، 9: 38.

له أن يتزوجها ثانية مالم تتزوج، فإن فعل لم يفرق بينهما عند محمد⁽¹⁾؛ لأن عنده هو متاركة لا طلاق؛ لأنه لا نفاذ له عنده وعندهما طلاق⁽²⁾؛ لأن الاختلاف موجب الكراهة.

باب ضمان الرسول أو الولي أو الوكيل بالمهر

زوجت نفسها برسالة، وضمن الرسول المهر وقال: أمرني بالرسالة، فإن أقر به الزوج لزمه النكاح، والضمان لازم للرسول⁽³⁾؛ لأن المهر وجب على الرسول دونه، فالرسول إنما كفل بدين مضمون على الزوج، فإن جحد الزوج الأمر فلا نكاح، ولها على الرسول نصف الصداق⁽⁴⁾، وذكر في بعض روايات كتاب الوكالة: وعلى الوكيل المهر كله، وقيل: هذا قول محمد، والأول قولهما بناء على أن عندهما قضاء القاضي بالفرقة، إنما ينفذ باطنا إذا أمضى الفرقة بشهادة الزور، فأما إذا أنشأ الفرقة، فإنه ينفذ ظاهراً وباطناً فهنا أنشأ الفرقة؛ لأن جحد الزوج ليس بفرقة فإنه يقول لم أمره بالنكاح وهذا لا يصلح كناية عن الفرقة؛ لأنه لا يمكن بإضمار الطلاق فيه، والصحيح أنه اختلف الجواب، لاختلاف الموضوع، موضوع ما ذكر هنا أن الزوج لما جحد النكاح، واستحلف القاضي الزوج بطلاقها فلم يحلف، وطلبت المرأة من القاضي التفريق ففرق بينهما، فيكون الواجب على الزوج في زعم الرسول نصف المهر؛ لأن الفرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول بها، وموضوع ما في الوكالة أنها لم تطالب القاضي بالتفريق، فيكون الواجب في زعمها جميع المهر؛ لأن النكاح قائم في زعمها.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 25؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 207.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 25؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 207.

(3) مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 276؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 189.

(4) مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 276؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 189.

[مسألة] زوج الأب وضمن للصغيرة المهر من زوجها جاز فإن شاءت أخذت من الأب أو الزوج إذا بلغت⁽¹⁾، وقال زفر: لا يجوز، ولو باع مالها وضمن لها الثمن لا يجوز.

له أن موجب الكفالة التزام المطالبة، والمطالبة مملوكة قبل الكفالة فلا يصح التزامها.

لنا أن المطالبة حقها؛ لأن حقوق النكاح لا تتعلق بالعاقد، بل تثبت لمن وقع له العقد، إلا أنها عاجزة عن المطالبة للحال، فيقوم الأب في المطالبة مقامها، ولهذا لو أدركت كان لها مطالبة الزوج بمهرها، وفي البيع تتعلق حقوق العقد بالعاقد، فتكون المطالبة حقه، ويكون الثمن أمانة في يده، فإذا ضمن مقداره و تغييره فلا يجوز، وكذلك إذا ضمن عن ابنه الصغير جاز⁽²⁾؛ لأن المهر وجب على ابنه ولكن لا يطالب لعجزه عن الإيفاء بنفسه، فأقيم الأب مقامه فيها، وإن أدى لا يرجع على الولد استحساناً⁽³⁾؛ لأنه صلة منه؛ لأن العادة جرت أن الآباء يتبرعون على أولادهم بمهور نسائهم مبرة وصلة، والثابت عرفاً كالثابت شرطاً⁽⁴⁾، ولا يرجع قياساً كما لو ضمن الوصي وهو ولي، وإن مات قبل أن يؤدي وأخذ من تركته، يرجع باقي الورثة على الابن؛ لأنه يتعلق حقهم بماله، فإن العادة غير جارية بأداء البعض مهر البعض، وإن ضمن الوصي المزوج وهو ولي ثم أداه، رجع به في مال الصغير؛ لأنه لا صلة منه لعدم العرف في حقه.

[مسألة] الجامع: ولو أمر رجلاً أن يزوجه امرأة، فزوجه بألف من ماله أو ألف هذه، فالمال على الزوج، ولا يجبر الوكيل على دفع ماله؛ لأن النكاح لا يصح إلا بمال على الزوج؛ لأنه يجب مقابلاً بالملك ثبوتاً، وإنما يثبت الملك له، فلا يتصور أن يجب البدل على غيره إلا بحكم الضمان عنه، ولو زوجه الوكيل بألف على أنه ضامن لها، أخذت المرأة من أيهما شاءت الألف، وأيها أدى لم ترجع على

(1) مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 276.

(2) مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 276.

(3) مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 276.

(4) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، 1: 95.

صاحبه بشيء خلاف الخلع⁽¹⁾، ولو خلعها الوكيل على ألف على أنه ضامن لها، فالمال على الوكيل ويرجع به عليهما⁽²⁾، والفرق أن الخلع يصح بدون الأمر، والإذن لا يصح ببدل يجب على الأجنبي، وإنما يعتبر الأمر بالخلع؛ لوجوب البديل عليها، فيكون الأمر بالخلع رضا بالرجوع ببذله، فأما النكاح لا يصح بدون الأمر، فيعتبر الأمر لصحة النكاح لا لوجوب البديل؛ لأنه يجب حكما فلم يكن بالأمر راضيا بالرجوع، فصار الوكيل كفيلا عنه بالمهر بغير أمره، فيكون متبرعا.

ولو زوجه الوكيل امرأة على عبده أو عرضه جاز، فإن هلك في يد الوكيل رجعت بقيمته على الزوج⁽³⁾، وفي الخلع ترجع على الوكيل، لما بينا أن النكاح لا يصح إلا بمال على الزوج، والخلع يصح بمال على غيره لا يتعين [على]⁽⁴⁾ المرأة، ويجبر الوكيل على تسليم العبد قبل الهلاك، بخلاف مالو زوجه على ألف لأن الدراهم في المعاوضات، فلم تصر الدراهم المشار إليها ملكا للمرأة بنفس العقد، وإنما وجب مثلها دينيا في ذمة الزوج، فأما العروض معين، فصار العرض ملكا لها، فيجبر الوكيل على تسليمه كالموكل؛ لأنه أقام نفسه مقامه.

ج هـ

اللوحة

271

باب معرفة الشهود في النكاح

الشهود شرط لجواز النكاح عند عامة العلماء، وقال مالك: الشرط هو الإعلان⁽⁵⁾ والصحيح قول العامة لقوله — عليه السلام —: (الْبَغَايَا الَّتِي يُنْكَحْنَ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ شُهُودٍ)، وقوله — عليه السلام —: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ)⁽⁶⁾؛ ولأن

(1) مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 727.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 99.

(3) مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 727.

(4) زيادة يقتضيها السياق.

(5) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عمر بن عبد البر، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية)، 229؛

بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد الدردير، تح: محمد عبد السلام شاهين، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية، 1995م)، ط1، 2: 215.

(6) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة، 367، رقم: 1103، بخلاف في

قوله (بغير شهود) فإنه رواها (بغير بينة)، ورجح وقفه على ابن عباس وقال: هذا حديث غير محفوظ أي

(ضعيف) والعمل عليه عند أهل العلم.

النكاح عقد عظيم خطره، جم أغراضه ومقاصده، فلو لم يتعلق انعقاده بحضرة الشهود، ربما يقام بغير شهود، فإذا جرى التجاحد والتناكر، يتعذر إثباته، فتتعطل المصالح المنوطة به، فتعلق انعقاده بحضرة الشهود؛ صونا للعقد عن التجاحد، ورعاية لمزيد الاحتياط في أمور الألبضاع، وينعقد بشهادة الفاسق والمجلود في القذف والأعمى⁽¹⁾، **خلافًا للشافعي**⁽²⁾؛ لأن هؤلاء أهل لتحمل الشهادة؛ لأن الشهادة هي الخبر عما شاهد وعانين؛ لأنها مأخوذة من المشاهدة والمعينة، ولهم قدرة على ذلك لوجود آلة القدرة وهي العقل المبين واللسان الناطق المعبر، وشرط انعقاد النكاح حضرة من هو أهل للشهادة بالنص ولا ينعقد بشهادة العبيد والصبيان والمجانين⁽³⁾؛ لأنهم لم يؤهلوا شرعا نظرا للصبي والمولى حتى لا تتعطل منافع المولى بالحضور باب القاضي فيتضرر بذلك وبعد الأداء ربما يرجع عن الشهادة فتلقه العهدة، وينعقد بشهادة رجلين وامرأتين⁽⁴⁾، **خلافًا للشافعي**⁽⁵⁾؛ لأن المرأة أهل للشهادة؛ لأنها قادرة على المشاهدة والضبط والحفظ والأداء لوجود آلة القدرة وهي العقل المميز واللسان الناطق، لكن في عقلها ضربٌ قصورٌ وهذا القصور انجبر بانضمام امرأة أخرى إليها، قال تعالى ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾⁽⁶⁾، فإذا انجبر النقصان ثبت الكمال وإنما لم تقبل بشهادتين نصا لا قياسا، ولا ينعقد نكاح المسلمين بشهادة الكفار⁽⁷⁾، **خلافًا للشافعي**⁽⁸⁾؛ لأن الكافر [عنده]⁽⁹⁾ أهل للشهادة لقدرة على الخبر عن العيان والمشاهدة وتجنبه عن الإفك وميله إلى الصدق في المعاملة والمبالغة، مع أن الحاجة إلى اعتباره ماسة؛ لعدم حضور المسلمين أنكحتهم ومعتقداتهم.

-
- (1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 54؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 255؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 96.
(2) ينظر: الحاوي، الماوردي، 9: 60.
(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 56؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 253؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 96.
(4) ينظر: الحجة، محمد بن الحسن، 3: 255؛ المبسوط، السرخسي، 5: 56؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 255؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 96.
(5) ينظر: الحاوي، الماوردي، 9: 59؛ الوسيط، الغزالي، 5: 53.
(6) سورة البقرة، من الآية: 282.
(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 58؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 253؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 104.
(8) ينظر: الحاوي، الماوردي، 9: 60.
(9) زيادة يقتضيها السياق.

[مسألة] وإذا تزوج المسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عندهما خلافاً لمحمد⁽¹⁾.

له أن شهادة الذميين ليست بشهادة في حق الزوج، فخلى العقد عن حضور شاهدين في حقه، وأحد شطري العقد قائم بالزوج، فكان سماعهما كلام الزوج ولا سماع بمنزلة.

لهما أن الشهود إنما شرط في النكاح؛ صيانة لملك البضع عن التجاحد والتناكر، لا صيانة لملك المهر، وبهذه الشهادة حصلت صيانة ملك البضع عن التجاحد؛ لأنها حجة عليها فيكون حجة في حق ثبوت الملك في بضعها، واعتبر سماعهما كلام الزوج فيما يلزمها من الحكم لا فيما يلزمه.

وإذا تزوج بشهادة حرين مسلمين وعبدین أو صبيين أو كافرين فزالت هذه الموانع، ثم شهدا أنهم عقدوا بشهادة حرين مسلمين جاز؛ لأن شهادتهم صدرت عن علم بنكاح صحيح⁽²⁾، كالصبي إذا سمع حديث النبي – صلى الله عليه وسلم – ثم رواه بعد البلوغ وجب العمل بروايته، ولو لم يشهدوا بشهادة حرين لا يجوز؛ لأنهم شهدوا بنكاح فاسد، ويجوز بشهادة ابنه أو ابناها⁽³⁾؛ لأن الشرط حضور من هو من أهل الشهادة، وهما أهل للشهادة لما بينا، ومن زوج بنته بشهادة ابنه فأنكر الزوج وادعى الأب، لم تقبل شهادتهما عند أبي يوسف، وقال محمد: تقبل، وإن كان الأب منكراً والزوج مدعٍ والمرأة مدعية تقبل بالإجماع⁽⁴⁾.

لمحمد أن هذه شهادة خلت عن التهمة؛ لأنهما بهذه الشهادة لا يجران لأنفسهما مغنما، ولا يدفعان عنها مغرماً؛ لأنهما لا يثبتان لأبيهما ملكاً ولا حقاً فيقبل.

لأبي يوسف أنه تمكنت في شهادتهما تهمة؛ لأنهما بهذه الشهادة يجران إلى أبيهما مغنما، وهو منفعة صحة كلامه ونفاذ نطقه، ونفاذ قول الإنسان على غيره من أعظم المنافع وأشرفها، بخلاف ما إذا كان جاحداً؛ لأن المنفعة متى كانت مجودة،

(1) وهو قول زفر، ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 57؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 253؛ الهداية، المرغيناني، 1: 190؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 96.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 61؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 106.

(3) ينظر: فتاوى النوازل، أبو الليث، 161؛ المبسوط، السرخسي، 5: 57؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 107؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 96.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 59؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 109؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 205؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 96.

فحصول المنفعة مضاف إلى إقرار المدعي لا إلى شهادتهما، فتقع شهادتهما للأب، ولو زوج ابنته وأنكرت الرضا فشهد أخاها وهما ابناه، لم تقبل في قولهم⁽¹⁾؛ لأن الرضا شرط الجواز، وكانت شهادتهما بشرط الجواز شهادة تنفيذ قول الأب مقصودا، فيكون شهادة له.

[مسألة] الجامع الصغير: رجل أمر رجلا أن يزوج ابنته الصغيرة من رجل، فزوجها والأب حاضر، جازت شهادة المزوج⁽²⁾، وإن كان عابثا لم يجز؛ لأن الوكيل في باب النكاح سفير ومعبر لما بينا، فإذا كان الموكل حاجزا أمكن تحقيق الإضافة إليه، بأن يجعل هو الذي باشر دون المأمور، فصلاح المزوج شاهدا، وإذا كان غائبا لو جعلناه مباشرا للعقد، أخرجنا الوكيل من البين، فيبطل العقد؛ لاختلاف المجلس، ومتى كان مباشرا لا يصلح شاهدا، وعلى هذا قالوا إذا زوج ابنته البالغة بأمرها وبحضرتها ومع الأب شاهد آخر صح النكاح وإن كانت غائبة لا يصح⁽³⁾.

شهد أحد الشاهدين أنه تزوجها أمس والآخر أنه تزوجها اليوم، لم تقبل بخلاف البيع⁽⁴⁾؛ لأن كل واحد منهما شهد بنكاح حضره واحد، حتى لو شهد واحد أنه كان معه شاهد آخر وقت العقد قبلت شهادتهما؛ لأن كل واحد شهد بعقد صحيح، كما لو شهد أحدهما أنه باع أمس، وشهد الآخر أنه باع اليوم يقبل؛ لأن كل واحد منهما شهد ببيع صحيح، ولو تزوج بشهادة واحد، ثم شهد آخر بعد المجلس، لم يجز؛ لأن حضور الشاهدين عند العقد شرط ولم يوجد.

[مسألة] النوادر: عن أبي يوسف رجل تزوج امرأة فيسمع شاهد ولم يسمع الآخر وهما في مجلس، فأعاد التزوج فيسمع الآخر ولم يسمع الأول، لا يجوز حتى يسمعا جميعا⁽⁵⁾؛ لأنهما عقدان لم يحضرهما كل واحد منهما شاهدان، وروي عنه أنه يجوز.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 109؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 96.

(2) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 172؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 108.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 269، نقلا عن المحيط الرضوي.

(4) ينظر: فتاوى النوازل، السمرقندي، 162؛ المبسوط، السرخسي، 5: 62؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3:

107؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 234.

(5) عيون المسائل، السمرقندي، 1: 82؛ فتاوى النوازل، السمرقندي، 161.

[مسألة] تزوج امرأة بحضرة السكارى ومن ثم عرفوا أمر النكاح، غير أنهم لا يذكرونه بعدما صحوا انعقد النكاح⁽¹⁾؛ لأن هذا نكاح بحضرة الشهود.

[مسألة] رجل قال للشهود: إني تزوجت هذه المرأة في هذا البيت، وقالت المرأة: قبلت، فسمع الشهود مقالتها ولم يروا شخصها، فإن كان في البيت امرأة واحدة جاز النكاح؛ لأنه زالت الجهالة، وإن كان معها أخرى لم يجز، وكذلك لو وكلت المرأة رجلا فسمع الشهود ولم يروا شخصها فهو على هذا⁽²⁾، امرأة وكلت رجلا ليزوجها من نفسه، فقال الوكيل بحضرة الشهود: تزوجت فلانة، ولم يعرف الشهود فلانة، لم يجز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم أبيها وجدها⁽³⁾؛ لأنها غائبة؛ والغائبة تعرف بالتسمية، ألا ترى لو قال تزوجت امرأة قد وكلتني لا يجوز، وإن كانت حاضرة منتقبة ولا يعرفها الشهود، جاز النكاح وهو الصحيح؛ لأن الحاضر إنما يعرف بالإشارة، وإن أراد الاحتياط يكشف وجهها حتى يراها الشهود، أو يذكر اسمها وأبيها وجدها، وقال نصر بن يحيى⁽⁴⁾: لا يجوز النكاح ويبطل⁽⁵⁾، ولو كان الشهود يعرفونها وهي غائبة، فذكر اسمها لا غير، وعرف الشهود أنه أراد به المرأة التي يعرفونها جاز النكاح⁽⁶⁾؛ لأن المقصود من التسمية التعريف وقد حصل باسمها، وإذا كان العقد موقوفا، فالمعتبر حضور الشهود عند العقد دون الإجازة؛ لأنها ليست بعقد حقيقة.

-
- (1) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 105، نقلا عن فتاوى الفضلي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 268، نقلا عن خزانة المفتين؛ وفتاوى الفضلي هي: أحد كتب الفتاوى والواقعات في المذهب الحنفي، والفضلي هو: عثمان بن إبراهيم الأسدي، فقيه حنفي، محدث، عالم من بيت علم وفضل، ولد سنة في رمضان 426 هـ وتوفي سنة 508 هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 2: 334؛ كشف الظنون، 2: 1227.
- (2) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 105، نقلا عن فتاوى أبي الليث، وفتاوى أبي الليث هي: أحد كتب الفتاوى والواقعات في المذهب الحنفي، وأبو الليث سبقت ترجمته، ينظر: كشف الظنون، حاجي خليفة، 2: 1220.
- (3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 268، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وهو الذي عليه الفتوى، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 105، 3: 88؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 192؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 95.
- (4) نصر بن يحيى هو: نصير بن يحيى البلخي، وقيل: نصر، فقيه حنفي، تفقه بأبي سليمان الجوزجاني تلميذ محمد بن الحسن، توفي سنة 268 هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 2: 200؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 2: 670؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 221.
- (5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 268، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 89، نقلا عن البقالي؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 147.
- (6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 268، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 147، نقلا عن الولواجي.

[مسألة] رجل وامرأة أقرأ بالنكاح بين يدي الشهود بأن قال الرجل: هذه امرأتي، وقالت المرأة: هذا زوجي، فإن قالوا بالفارسية: مازن وشوئيم، لا ينعقد النكاح وهو المختار⁽¹⁾؛ لأن النكاح إثبات وهذا إظهار، والإظهار غير الإثبات، ولهذا لو أقر بالمال لإنسان كاذبا لا يصير ملكا له، فإذا قال الشهود: رضيتما أو أجزتما هذا النكاح؟ فقالا نعم، حينئذ يكون نكاحا جديدا⁽²⁾.

[مسألة] رجل بعث أقواما بخطبة امرأة إلى والدها فقال الأب: زوجت، وقبل عن الزوج واحد من القوم لا ينعقد النكاح⁽³⁾؛ لأن هذا نكاح بغير شهود؛ لأن القوم كلهم مخاطبون، من تكلم ومن لم يتكلم، هكذا جرى التعارف أن يتكلم واحد ويسكت الباقون، والمخاطب لا يصلح شاهدا، وقيل: يصح النكاح وهو الصحيح وعليه الفتوى⁽⁴⁾؛ لأنه لا ضرورة إلى جعل الكل خاطبا، فجعلنا المتكلم خاطبا والباقي شاهداً.

باب الوكالة في النكاح

وكله بأن يزوجه امرأة، فزوجه امرأة ليست بكفو للزوج أو أمة، جاز عند أبي حنيفة — رضي الله عنه — وعندهما لا يجوز إلا أن يجيز. ولو زوجه عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو رتقاء، أو مفلوجة⁽⁵⁾، أو مجنونة، أو معتوهة، ذكر في رواية أبي سليمان⁽⁶⁾ أنه على هذا الاختلاف⁽⁷⁾ كما في الوكيل

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 272، نقلا عن المحيط الرضوي.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 272، نقلا عن الخلاصة.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 268، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 205؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 98.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 268، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وقال صاحب الخلاصة المختار عدم

الجواز، ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 205؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 98.

(5) الفالج: مرض يحدث في أحد شقي البدن طولا فيبطل إحساسه وحركته وفالج الشخص إذا أصابه الفالج، ينظر: المصباح المنير، الفيومي، 2: 480، (كتاب الفاء مع اللام وما يتلثهما).

(6) أبو سليمان: موسى بن سليمان الجوزجاني فقيه حنفي، واسع العلم، من أصحاب الإمام أبي يوسف ومحمد، وكان من حفاظ الحديث، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 2: 186؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 2: 665 - 666؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 216.

(7) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 113.

بالشري، فكذاك وكيل المرأة لو زوجها خصياً⁽¹⁾، أو عنيماً⁽²⁾، يجوز عنده، ويؤجل في العنين سنة⁽³⁾، وفي المحبوب خيرت للحال⁽⁴⁾، وعندهما لا يجوز⁽⁵⁾.

لهما أن الوكالة تتقيد بالعرف، والعادة جرت فيها بين الناس أنهم لا يزوجون إلا بالأكفاء، فالمسألة غير العيوب، فانصرفت الوكالة إلى المعروف، إذ المعروف عرفاً كالمشروط نصاً.

له أن الأمر مطلق، فيجب إجراؤه على إطلاقه، ولا يجوز تقييده إلا بدليل التخصيص، ولم يقدّم هنا دليل التخصيص؛ لأن العرف مشترك فيما بين الناس، فإنهم قد يتزوجون بغير الكفو والأمة وأصحاب الأعداء؛ طلباً لتخفيف المؤونة، وتسهيلاً للأمر عليهم، والمنزل لا يصلح دليلاً مخصصاً.

ولو زوجه صبياً لا تجامع جاز؛ لأن اسم المرأة يتناول الصغيرة كما يتناول الكبيرة⁽⁶⁾، قال الله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً﴾⁽⁷⁾ والصغيرة والبالغة في هذا سواء.

[مسألة] وكله أن يزوجه أمة فزوجه حرة لم يجز⁽⁸⁾؛ لأنه أمره بتزويج امرأة مقيدة فيجب مراعاة قيده فيها، وفي مراعاة قيده فائدة، وهو طلب تخفيف المؤونة عليه.

وكله أن يزوجه امرأة بعينها فزوجه على أكثر من مهر مثلها جاز عند أبي حنيفة — رضي الله عنه — وعندهما لا يجوز⁽¹⁾ إذا كان ممّاً يتغابن الناس فيه؛ لأنّ الوكالة تقيد بمهر المثل باعتبار العرف والعادة.

(1) الخصي: مقطوع الخصيتين، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 14: 299، مادة (خ ص ي)

(2) العنين: هو الذي لا يقدر على إتيان النساء ولا يريدهن، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 13: 290، مادة (ع ن ن)، طلبية الطلبة، النسفي، (لبنان، بيروت، دار القلم، 1406 هـ)، 57.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 322؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 10: 708؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 298؛ الاختيار، ابن مودود، 2: 151.

(4) ينظر: التنف، السغدّي، 304؛ المبسوط، السرخسي، 5: 187؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 226؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 354؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 129.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 113؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 22؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 151.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 114؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 22.

(7) سورة النساء، من الآية: 12.

(8) ينظر: المبسوط، السرخسي، 19: 216؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 114؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 22؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 313.

له أن العرف مشترك في النكاح؛ لأن الناس قد يتزوجون بأكثر من مهر المثل طلباً للموافقة والمواصلّة، وتحقيقاً للقربات بالأشرف واكتساب الحرمة، وربما لا يمكنه تحصيل هذه الأغراض إلا بالزيادة، فلا يجوز تقييد المطلق، بخلاف الوكيل بالشري؛ لأن المقصود من الشري اكتساب المالية وتحصيل الربح، فالعرف والعادة أنهم يشتركون بمثل القيمة، فانصرفت الوكالة إليه، وذكر في الجامع أنه لا يجوز عندهم.

ولو زوجه بنت نفسه لم يجز عند أبي حنيفة، إلا أن يرضى، وعندهما يجوز إن كانت كبيرة، وإن كانت صغيرة لا يجوز في قولهم، بناء على أن الوكيل بالبيع إذا باع ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز عنده، وعندهما يجوز⁽²⁾، وكذلك إن زوجه أمته أو مكاتبته، لا يجوز بالإجماع⁽³⁾؛ لأنه متهم في ذلك كما في الوكيل بالشري، ولو زوجه على عبد للزوج جاز، وعلى الزوج قيمة عبده استحساناً؛ لأنه موافق في التسمية؛ لأن أمره بالنكاح مطلقاً، أمر بتسمية ما هو مال مطلقاً، فصحت التسمية، إلا أن الموكل لم يرض باستحقاق عبد بعينه، فيجب عليه قيمته كما لو تزوجها على عبد الغير.

[مسألة] وكله على أن يزوجه على ألف، يتوقف النكاح بألف غير النكاح بألف وخمسائة، فصار أتياً بعقد آخر لم يدخل تحت الوكالة، فيتوقف على إجازة الزوج؛ لأنه لم يوجد منه الرضا صريحاً ولا دليلاً؛ لأنه لم يعلم بما صنعه الوكيل حتى يكون دخوله مع العلم بصنعه دليل الرضا بما صنعه الوكيل، وإن فارقها وقد دخل بها فلها الأقل من مهر المثل والمسمى؛ لأن الدخول حصل في شبهة العقد، فإنه طلقها على حساب أنها امرأته، فصار كما لو زفت إليه غير امرأته، يجب لها الأقل كما في النكاح الفاسد، فكذا هذا، ولو أمره أن يزوجه امرأة بألف نسيئة، فزوجه إياها بألف حالة، يقف على إجازته؛ لأنه زاد على ما سماه الموكل؛ لأن التقدير خير من النسيئة.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 112.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 19: 213؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 151.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 151.

[مسألة] وكله أن يزوجه امرأة، فزوجه اثنتين في عقدة، لم يلزمه واحدة منهما⁽¹⁾؛ لأنه لا وجه إلى إلزام كليهما؛ لانعدام الأمر به، ولا إلى إلزام إحداهما لعدم الأولوية، وفي المجهولة لا يصح، فبطل ضرورة، ولو قال لرجل: زوجني امرأتين في عقدة، فزوجهما في عقدين جاز، ولو قال: لا تزوجني امرأتين إلا في عقدة، فزوجهما في عقدتين لا يجوز، والفرق أن في الأول أثبت الوكالة حالة الجمع، ولم ينف الوكالة حالة التفرد نصاً؛ بل سكت عنه، ولا يقتضي الأمر بالجمع؛ لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه؛ لأن التخصيص مفيد بدون النفي، وهو بيان الأول حتى يتعجل مقصوده فيهما، وفي الوجه الثاني نفي الوكالة حالة التفرد، والنفي مفيد؛ لأن فائدته في الجمع أكثر لما فيه من تعجيل مقصوده، فلا بد من مراعاة النفي، فلم يصح وكيلاً حالة الانفراد.

[مسألة] وكله أن يزوجه امرأتين بأعيانهما، فإذا لهما زوجان فمات الزوجان أو طلقاهما وانقضت عدتهما ثم زوجها الوكيل إياه، جاز؛ لأن التوكيل بما لا يملكه الموكل للحال يعتبر مضافاً إلى حال يملك الموكل ذلك تصحيحاً للوكالة، كالمحجور إذا وكل وكيلاً بالبيع والشري، انصرفت الوكالة إلى حالة يملكه وهو ما بعد البلوغ والعقد، فكذا هذا، وكذلك لو وكل رجلاً أن يزوجه امرأة وتحتة الوكالة إلى حالة يملك الزوج ذلك وهو إن بيّن منه واحدة من نسائه.

[مسألة] النوادر: الوكيل بالنكاح الفاسد إذا زوجه نكاحاً جائزاً، لم يجز⁽²⁾، والوكيل بالبيع الفاسد إذا باع بيعاً جائزاً، جاز، والفرق أن البيع الفاسد بيع حقيقة؛ لأنه يفيد حكمه وهو الملك، فصار وكيلاً بالبيع مطلقاً، فإذا باع جائزاً، فقد خالف إلى خير، فيجوز، فأما النكاح الفاسد ليس بنكاح؛ لأنه لا يفيد الملك والحل، ولهذا لا يصح طلاقها ولاوطئها، فلم يصح الوكيل وكيلاً بالنكاح أصلاً، فلم ينفذ تصرفه عليه⁽³⁾.

(1) ينظر: بداية المبتدي، المرغيناني، 61.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 295، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 124.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 124.

[مسألة] مريض كلَّ لسانه، فقال له رجل: أكون وكيلاً لك في تزويج ابنتك فلانة، فقال المريض: بالفارسية آري آري، ولم يزد على ذلك، فزوجها لم يصح⁽¹⁾؛ لأن هذا القول محتمل يحتمل أن معناه وكيل مني، ويحتمل أن معناه وكيل لمن⁽²⁾.

[مسألة] امرأة وكلت رجلاً بأن يتصرف في أمورها، فزوجها من نفسه، فقالت المرأة: أردت البيوع والأشربة، لايجوز النكاح⁽³⁾؛ لأنه لو وكله بتزويجها لا يملك أن يزوجه من نفسه؛ لما بين، فهاهنا أولى، رجل قال لامرأة أجنبية: إنني أريد أن أزوجك من فلان، فقالت: بالفارسية تويه واني، هذا لا يكون إننا منها بالتزويج، وهو المختار للفقهاء أبي الليث⁽⁴⁾؛ لأن هذا قد يذكر للتوكيل وقد يذكر للرد والاستهزاء، فلا يثبت التوكيل بالشك، وإن قالت: ذلك إليك فهذا توكيل؛ لأن هذا لا يذكر إلا للتوكيل.

[مسألة] رجل تزوج امرأة بغير أمرها، فبلغها الخبر؛ فقالت بالفارسية: باك نسيت، كان هذا إجازة؛ لأن هذا يستعمل في الإجازة ظاهراً.

[مسألة] امرأة وكلت رجلاً بأن يزوجه من رجل بمهر أربعمئة درهم، فزوجها الوكيل، وأقامت المرأة مع الزوج سنة، ثم زعم الزوج أن الوكيل زوجها منه بدينار، وصدقه الوكيل، ينظر إن أقر الزوج أن المرأة لم توكله بدينار، فالمرأة بالخيار، إن شاءت اختارت النكاح وليس لها غير ذلك⁽⁵⁾، وإن شاءت ردت ولها عليه مهر مثلها بالغاً ما بلغ، ولا نفقة لها في العدة⁽⁶⁾؛ لأنها لما ردت تبين أن الدخول حصل في ملك موقوف؛ فيوجب مهر المثل دون النفقة، وإن أنكر الزوج ذلك فكذاك؛ لأن القول قولها مع يمينها، فيجب الاحتياط في مثل هذا الأمر؛ لأنه ربما يقع مثل هذا وحصل

(1) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 298، نقلاً عن الظهيرية.

(2) الفتاوى الولوجية، عبدالرشيد الولوجي، 2: 318

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 295، نقلاً عن التجنيس.

(4) ينظر: فتاوى النوازل، أبو الليث، 178.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 279، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3:

126؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 147، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 279، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3:

126؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 147، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

له منها أولاد، ثم تنكر المرأة قدر ما زوجها الوكيل، فيكون القول قولها، ويرد النكاح، وهكذا في سائر الأولياء إذا كانت المرأة بالغة⁽¹⁾.

[مسألة] الجامع: وإذا وكلت رجلاً بتزويجها فزوجها من نفسه لم يجز⁽²⁾؛ لأنها أمرته بالتزويج من رجل نكرة، وهو معرفة بالخطاب، والإشارة والمعرفة لا تدخل تحت النكرة لمضادة بينهما؛ ولأنه متهم في تزويج نفسه، والوكالات مستثناة عن مواضع التهمة، ألا ترى لو تزوجها من ابنه الصغير لم يجز للتهمة، فكذا هذا، وكذلك رجل وكل امرأة أن تزوجه، فزوجت نفسها منه، لا يجوز، ولو وكلته بتزويجها من نفسه جاز⁽³⁾؛ لأنه قائم مقامها بالوكالة، وقائم مقام نفسه بالأصالة، فقامت عبارته مقام عبارتين؛ لأن النائب في النكاح سفير ومعبّر كالرسول، فيكون العقد واقعاً لشخصين حكماً، وإذا زوج اليتيمة الصغيرة من نفسه جاز، ولو قال ابن العم للكبيرة: أريد أن أزوجك من نفسي فسكتت فتزوجها، جاز⁽⁴⁾؛ لأن سكوت البكر إذن، ولو تزوجها قبل الاستيمار، فبلغها فسكتت؛ لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد⁽⁵⁾ — رحمهما الله — ؛ لأنه ما قام مقامها فبقي كلامه كلام فرد حقيقة وحكما، والنكاح لا ينعقد بالكلام الفرد؛ لأنه معاوضة إيجاب وقبول.

باب ما يملك الوكيل نقضه وما لا يملك

الجامع: أصله أن الوكيل بالعقد لا ينعزل بالعقد الموقوف؛ لأنه لا يفيد المقصود، فلم يصر آتياً بالمأمور به، ويملك فسخه قبل الإجازة؛ لأن الفسخ قبل الإجازة امتناع من إتمام العقد، وليس في الإمتناع عن إتمامه إلزام شيء على من يجيزه وإلحاق ضرر به فملك فسخه، والفضولي لا يملك فسخ النكاح الموقوف، ويملك فسخ بيعه؛ لأنه لا عمدة عليه في النكاح بعد نفاذه وقد تعلق به حق من توقف عليه؛ لأنه ينتفع به، فبالفسخ قصد إبطال حقه من غير أن يدفع عن نفسه ضرراً فلم يصح، وفي البيع العمدة عليه، فصار بالفسخ دافعاً عن نفسه ضرراً فصح، وإن يضمن ضرراً بغيره،

(1) الفتاوى الولوجية، عبدالرشيد الولواجي، 1: 318.

(2) الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 97.

(3) الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 97؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 113، نقلاً عن المنتقى.

(4) الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 97؛ الدر المختار، الحسكي، 1: 388، نقلاً عن الظهيرية.

(5) الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 97.

ثم مسائله على أربعة أقسام: قسم يملك الوكيل فسخه قولاً وفعلاً، وقسم لا يملك فسخه قولاً وفعلاً، وقسم يملك فسخه قولاً لا فعلاً، وقسماً يملك فسخه فعلاً لا قولاً.

أما الأول: رجل وكل رجلاً ليزوجه امرأة، فزوجه بالغة بغير أمرها⁽¹⁾.

زوجها أبوها فلم يبلغها حتى نقض الوكيل النكاح قولاً أو فعلاً، بأن زوجه أختها بغير محضر من الزوج أو الأب صح⁽²⁾؛ لأن الوكيل لم ينعزل بالعقد الموقوف، فبقي وكيلاً من جهة الزوج، فملك فسخه، فكان فسخه بمنزلة فسخ الموكل لما بينا.

والثالث: وكله أن يزوجه امرأة بعينها، فزوجها بغير رضاها، ملك الوكيل نقضه قولاً⁽³⁾؛ لأنه وكيل فيه قائم مقام الموكل، فملك نقضه كالموكل، لا يملك نقضه فعلاً بأن زوجه أختها⁽⁴⁾؛ لأنه فضولي في هذا العقد، وتصرف الفضولي لا يقتصر عليه، فلم يتحقق الجمع بين الأختين، فلا يكون نقضاً للعقد الصادر بالوكالة، فإن أنكحه الأولى بعينها نكاحاً آخر ينقض الأول؛ لأنه وكيل فيه فيصير كنكاح الزوج، والنكاحان لا يجتمعان على امرأة واحدة، فانفسخ الأول ضرورة.

والرابع: لو وكل رجلاً ليزوجه امرأة، فأجاز الوكيل نكاحاً باشره الوكيل قبل ذلك، صح استحساناً لا قياساً⁽⁵⁾؛ لأنه مأمور بالعقد، والإجازة ليست بعقد، ولهذا صحت بغير شهود، وجه الاستحسان أنه يملك الإنشاء فيملك الإجازة؛ لأن حكم الإجازة والإنشاء واحد وهو تنفيذ الحكم، والرضا يعتبر لأجل نفاذ الحكم لا لنفس العقد، إذ لا ضرر للموكل في نفس العقد، فكانت الإجازة والعقد في حق الأب سواء، فيكون الرضا بأحدهما رضا بالآخر، ولا يملك نقضه قولاً؛ لأنه كان فضولياً حين عقده، ولا يوجد في النقص معنى الإنشاء؛ بل ضده، فلا يصير وكيلاً فيه فلا يملك، ويملك نقضه فعلاً بأن زوجه أختها بغير رضاها؛ ينتقض الأول؛ لأنه وكيل في العقد الثاني فصار كما لو باشره الموكل، وكذلك لو كان له وكيل آخر تزوج امرأة، فزوجه

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 148، نقلاً عن الظهيرية.

(2) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 99؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 122 البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 148، نقلاً عن الظهيرية.

(3) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 99؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 149، نقلاً عن الظهيرية.

(4) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 99؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 149، نقلاً عن الظهيرية.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 149، نقلاً عن الظهيرية.

أختها، انتقض نكاحها⁽¹⁾؛ لأنه بمنزلته، ولو نقض هذا الوكيل قولاً لا ينتقض؛ لأنه ليس بوكيله في النقض، وكذلك لو تزوج امرأة بغير إذنهما، ثم وكل رجلاً بأن يزوجه امرأة، فنقض بلسانه ما فعل الزوج؛ لم يصح، فإن زوجه أختها انتقض الأول⁽²⁾.
ولو زوجه الوكيل امرأتين في عقد، إحداهما أخت الأولى، أو أربعاً في عقدة؛ لم ينتقض نكاح الأولى⁽³⁾؛ لأنه فضولي في هذا العقد؛ لأنه لم يوكله بتزويج امرأتين، وتصرف الفضولي عدم في حق المجيز، فلا يتحقق الجمع في حقه، فلا يكون نقضاً للأول.

فضوليان زوجاً رجلاً امرأة، ثم عقداً ثانياً؛ فالزوج بالخيار في إجازة أيهما شاء؛ لأنهما فضوليان في الثاني كالأول فلا يفسخ الأول بالثاني؛ لأن الفضولي لا يملك الفسخ قولاً ولا فعلاً، فتوقفاً على الإجازة؛ لأنه لا تضايق في التوقف، كفضولي باع عبده ثم أعتقه، توقف الأمران على إجازته، ولو كان العقد برضا أحدهما لم يكن للآخر إلا إجازة الآخر؛ لأن الأول انتقض بالثاني في حق من رضي به؛ لأنه لما أقدم على الثاني فقد قصد تصحيحه، ولا يمكن تصحيحه إلا بنقض الأول وهو يملك نقضه قبل إجازة الأخير كيلاً يلزمه حكمه، فصار بالإقدام على الثاني ناقضاً للأول.

باب نكاح الفضولي

[مسألة] النوادر: فضولي زوج رجلاً خمس نسوة في عقدٍ متفرقة؛ فللزوج أن يختار أربعاً منهن ويفارق الأخرى⁽⁴⁾؛ لأن نكاحهن توقف على إجازة؛ لأن نكاح الأربعة الأول لم يفد حكمه، فلم تصر الخامسة خامسة نسائه، فتوقف نكاح الخامسة على إجازته لنكاح الأولى، ولو تزوجهن جملة فسد نكاح الكل⁽⁵⁾؛ لأنه لو جاز نكاح الأربع فإنه إنما يجوز نكاح أربع منهن لا بأعيانهن، فيكون المنكوحات مجهولات،

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 124؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 7: 55.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 302، نقلاً عن المحيط الرضوي.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 302، نقلاً عن المحيط الرضوي.

(4) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 299، نقلاً عن الظهيرية.

(5) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 277، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

كما لو قال لخمس نسوة: تزوجت أربعة منكن، لا يجوز لجهالة المنكوحات؛ فكذا هذا، بخلاف ما لو تزوج الرجل خمس نسوة في عقدٍ متفرقة بغير رضاهن، فأقدمه على نكاح الخامسة يتضمن نكاح الأربع دلالة؛ لأن الخامسة لا يجوز إلا بعد نقض النكاح صريحا، فيملك دلالة إقدامه على نكاح الخامسة.

الجامع: مسائله على فصول، أحدهما: في مباشرة النكاح، والثاني: في الإجازة، والثالث: في نكاح الفضولي امرأتين في عقدة.

فصل في مباشرة النكاح

أصله أنه إذا طرأ عقد نافذ من جانب على غير نافذ من الجانبين يرفعه⁽¹⁾؛ لأن النافذ يفيد حكمه وهو الحل، ولو طرأ موقوف على نافذ من أحد الجانبين، لا يرفعه؛ لأنه يفيد الحل، فيكون بمنزلة الموقوف في حق الحكم، ولو طرأ نافذ من جانب على نافذ من الجانب الآخر، يرفعه⁽²⁾؛ لأن الأول تعرض للفسخ، والنكاحان لا يجتمعان، فيفسخ الأول، وكله أن يزوجه امرأة بألف، فزوجه إياها على خمسين دينارا، بإذنها أو بغير إذنها، ثم زوجها بألف يفسخ الأول⁽³⁾؛ لأنه طرأ نافذ على غير نافذ، ولو زوجه الوكيل بألف بغير إذنها، ثم زوجها بخمسين بغير إذنها؛ يبقى الأول، فإن أجازته جاز⁽⁴⁾؛ لأن الأول نافذ من أحد الجانبين، والثاني لا يتوقف على إجازتهما بل يبطل؛ لأن الأول لو كان نافذا من كل وجه، لا يتوقف الثاني؛ لتعذر الإجازة، فكذا إذا كان نافذا من وجه، ولو كان الثاني بأمرها لا يفسخ الأول لأنه طرأ نافذ من جانب على نافذ من الجانب الآخر.

ولو وكلَّ رجلين كل واحد يعقد على حدة، فزوجه كل واحد امرأة بغير رضاها، وهما أختان من الرضاع، وخاطب عن كل واحدة وليها، وقع العقدان معا فبطلا؛

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 149، نقلا عن الظهيرية.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 149، نقلا عن الظهيرية.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 149، نقلا عن الظهيرية.

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 149، نقلا عن الظهيرية.

لأن قبول الوكيلين كقبول الموكل، فصار كأن الموكل زوجها معا⁽¹⁾، وكذلك لو كان أحد النكاحين برضا المرأة؛ لأنه يحقق الجمع بين الأختين في حق الإيجاب والقبول، فبطل الكلام كما لو تزوجها الموكل بنفسه، برضا أحدهما دون الآخر، وكذلك لو وكل خمسة، فزوجه كل واحد امرأة معا، فنكاحهم باطل⁽²⁾؛ لأنه يحقق الجمع بين خمس نسوة في النكاح، كما لو تزوج الموكل خمسة في عَقْدَةٍ، ولو كان الرجلان فضوليان والنكاح برضا الأختين، وقد خاطب عن كل واحدة مخاطب ووقع العقدان معا، توقفا؛ لأن قبولهما يقتصر عليهما لعدم الأمر من جهة الزوج، فلا يثبت الجمع في حق من توقف العقد على إجازته؛ لأن العقدان وقعا متفرقا، ولو زواجه الأختين في عَقْدَةٍ فهو باطل؛ لأنه وجد الجمع في الخطاب والقبول، فبطل الكلام.

ظ هـ

اللوحة

273

أختان قالت كل واحدة لرجل: زوجتك نفسي وخرج الكلامان معا، فقبل عن إحداهما صح؛ لأن الجمع يتحقق بالقبول؛ لأن كلامهما متفرق، ولم يوجد القبول إلا في إحداهما، ولو كان الرجل قال ابتداء: زوجتكما كل واحدة بألف، فقبلت إحداهما؛ لم يصح؛ لأنه يتحقق الجمع في حقه، فصار كلامه لغوا⁽³⁾.

رجل له أمة وبنت كبيرة فقال لرجل: زوجتكما كل واحدة بألف، بدون رضا البنت، فقبل نكاح الأمة؛ فهو باطل، ولا يكون قبوله ردا لنكاح الحرة، حتى لو قبل بعد ذلك جاز⁽⁴⁾؛ لأن ضمها إلى الحرة في الإيجاب حرام، فلغى الإيجاب والقبول في حقها، ونكاح الأمة لو صح لم يكن منافيا لنكاح الحرة، فإذا لم يصح أولى، فلا يكون قبوله نكاحا، ولا يجوز ردا لنكاح موقوف، كفضولي زوج رجلا امرأة، ثم تزوج الزوج أختها وهي معتدة الغير أو منكوحته، لم يكن ردا لنكاح هذه، وكذا إذا زوج الفضولي رجلا امرأة، فقال الزوج: أجزت نكاح أختها، لم يكن ردا لنكاح هذه.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 19: 218؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 103، نقلا عن الذخيرة.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 19: 218.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 104.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 280.

فصل في الإجازة

أصله أن الإجازة تلحق الموقوف دون المفسوخ؛ لأنها تعمل في القائم دون المرفوع.

فضوليان زوجا رجلا امرأة بألف، ثم جددا الخمسين ديناراً، فهذا على ثلاثة أوجه: إما إن أجاز أحد الزوجين العقدتين، أو أجاز كل واحد منهما أحدهما معاً، أو متعاقباً، أو أجاز أحدهما كلاهما والآخر أحدهما، أما إذا أجاز أحد الزوجين أحدهما بطل الآخر، فلا يجوز أبداً؛ لأن الإجازة لاقت عقداً موقوفاً، فصحت، فنفذ الأول في حق المجيز، فيفسخ الثاني؛ لأنهما لا يجتمعان، والمفسوخ لا تلحقه الإجازة، فلم تصح إجازة الثاني، فلا يتضمن فسخ العقد الأول، وأما إذا أجاز كل واحد منهما أحدهما معاً بطلاً؛ لأن إجازة كل واحد منهما تتضمن فسحاً للآخر، وكل واحد منهما ينفرد بالفسخ ولا ينفرد بالإجازة، فصار الفسخ أولى، فيرتدان العقد، فإن علم أن أحدهما أجاز قبل الآخر، كان هو الجائز، ولهما الاجتماع عليه، فإن قالوا: لا نعلم الأول ونجتمع على واحد، لم يجز؛ لأنه يحتمل أن يجتمعا على إجازة عقد مفسوخ، فبطلت الإجازة، فوقع الشك في سبب الإباحة، فلا يثبت بالشك، فلا يجوز واحد منهما بعينه، حتى لو قال أحدهما: أجزت ما أجاز صاحبي، كان جائزاً لا تقع به الإجازة على الجائز منهما، لكن المهر يبقى مجهولاً، وجهالة المهر لا تمنع صحة النكاح، ولو قال الزوج: أجزت أحدهما، أو قال: هذا أو هذا، وقالت هي مثل ذلك، وخرج الكلامان معاً، فإنهما لم يجيزا شيئاً، ولهما الاجتماع على أحدهما، وعن بعض أصحابنا أنهما إذا أجازا واحداً، فلا يجوز لهما رد النكاحين بعد ذلك، والصحيح هو الأول؛ لأنهما لم يجتمعا على إجازة أحدهما؛ لأن قولها: أجزت أحدهما، قد يتناول ما أجازته الزوج وقد يتناول غيره، فلا يثبت اجتماعهما على إجازة نكاح واحد بالشك، وقد تيقنا بقيام أحدهما وانفساخ الآخر، إلا أنه لا يدري المجاز من المفسوخ، فكان لهما تعيين المجاز من المفسوخ، بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن ثمة المجاز، فكان بعينه، إلا أنهما نسياه، وفي المنسي لا يكون لهما البيان، كمن طلق إحدى امرأتيه مبهما منكراً، يكون له البيان، فكذا هذا. ولو قال: أجزت أحدهما، وقال الآخر بعده: أجزت أحدهما، جاز النكاح عند أبي حنيفة،

وعندهما لا ينصرف، فهاهنا لما قال الأول: أجزت أحدهما انفسخ الآخر، فلما قال الآخر: أجزت أحدهما وليس ثمة إلا عقد واحد انصرف إليه؛ لأن القائم محل للإجازة دون الفسخ، وعندهما ثمة العتق لما لم ينصرف إلى عبده وبطل، فكذا هاهنا تبطل الإجازة حتى لو قالت: أجزت ما أجازة الزوج صح، وعلى الزوج أي المهرين شاء، عندهما كما لو تزوجها على ألف أو ألفين، وأما إذا أجاز أحدهما النكاحين معاً، ثم أجاز الآخر النكاحين أيضاً، صح النكاح؛ لأنهما اجتمعا على إجازة النكاح؛ لأن العقد واجب حقيقة في حق البضع، وإنما اختلف في حق المهر، وذلك لا يمنع جواز النكاح، فصار كأنه يزوجه على ألف أو ألفين على الخلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه، ولو أجازت المرأة النكاحين معاً، فللزوج أن يجيز أيهما شاء، وعليه مهر ما أجاز؛ لأن إجازة النكاحين لغو، فلا يصح، ولا يتضمن فسخ الآخر؛ لأن إجازة أحدهما جعلت فسحاً بطريق الدلالة، وهاهنا وجد الصريح بخلافها، فلا تعتبر الدلالة، فإذا أجاز أحدهما بعينه فقد اجتمعا على إجازة عقد موقوف فصح، ولو قال أحدهما أجزت النكاحين، وقال الآخر: أجزت أحدهما أو هذا أو هذا، فهو جائز؛ لأنهما اجتمعا على إجازة نكاح واحد لامحالة، وبقيت سمة المهر مجهولة، فكان الجواب فيه على الخلاف الذي مر، وكذلك لو قال أحدهما: أجزت هذا أو هذا، وقال الآخر: أجزت الذي أجازة الأول؛ لأنهما اجتمعا على إجازة الواحد وبقيت الجهالة في التسمية.

فصل في نكاح الفضولي امرأتين في عقدة

أصله أن الإجازة بمنزلة العقد في حق المحل؛ لأنها تعمل في حق المحل، فإن كان المحل محال لا يصح اجتماعه في إنشاء العقد، لا يصح اجتماعه في الإمضاء والإجازة، وإن صح اجتماعه في الإنشاء يصح في الإجازة، مسائله على قسمين: أحدهما في طريان الأختية في نكاح الصغيرتين، والثاني في طريان الحرية على نكاح الأمتين.

ج هـ

اللوحة
274

أما القسم الأول: رجل زوج رجلاً بغير إذنه صغيرتين في عقدة بغير إذن أبويهما، وخاطب عنهما مخاطب، فأرضعتها امرأة، ثم بلغ الزوج فأجاز نكاح إحداهما بعينها، وأجاز أبوها، لا يجوز⁽¹⁾؛ لأنه لا يصح اجتماعهما في إنشاء العقد، فلا يصح اجتماعهما في الإجازة، فلا تصح الإجازة، ولو أرضعت إحداهما وماتت، ثم أرضعت الأخرى فأجاز نكاحها، وأجاز أبوها، جاز⁽²⁾؛ لأن نكاح الأولى قد ارتفع بموتها، وبقي نكاح الأخرى موقوفاً؛ لأن [المبطل] ⁽³⁾ الأختية لم توجد بعد ارتفاع نكاحها، ولو كان نكاح الصغيرين من وليين في عقدتين، ثم صارتا أختين وأجاز نكاح إحداهما جاز⁽⁴⁾؛ لأنه لم يوجد العقد، فلا يعتبر مجتمعاً في الإجازة.

[مسألة] صغيرتان بنتا عم، زوجها عمهما من رجل في عقدتين بغير أمره، فأرضعتها امرأة، فأجاز الزوج نكاح أحدهما، لم يجز⁽⁵⁾؛ لأنه لو أنشأ العقد عليهما في هذه الحالة مجتمعاً أو متفرقاً لم يصح، فلا تلحقه الإجازة ولو كان لكل واحدة عم وهو وليها فأجاز، والمسألة بحالها نكاح إحداهما، جاز⁽⁶⁾؛ لأنهما لو أنشأ العقد توقف كل واحد من النكاحين إذا جاز يصح.

وأما [القسم الثاني]⁽⁷⁾: لو تزوج أمتين في عقدة برضاها بغير إذن المولى فأعتق المولى أحدهما بعينها فبلغ المولى النكاح فأجاز نكاح الأمة لا يجوز⁽⁸⁾؛ لأن ضم الأمة إلى الحرية في الإنشاء لا يجوز، فكذا في الإجازة، وكذلك لو زوج رجل رجلاً أمتين في عقدة بإذنهما وإذن مولاها، فأعتق المولى إحداهما، ثم بلغ الزوج فأجاز نكاح الأمة؛ لا يجوز، وإن أجاز نكاح الحرية جاز⁽⁹⁾؛ لأن نكاح الحرية لا يندفع ولا يفسخ بنكاح، الأمة فيبقى موقوفاً، فأما نكاح الأمة يندفع بنكاح الحرية، فلا يبقى موقوفاً، ولو أن المولى أعتقهما معاً، فأجاز نكاح إحداهما أو كلاهما، جاز⁽¹⁰⁾ كما

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 300.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 300.

(3) ساقط من: ع.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 300.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 301.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 301.

(7) ساقط من: ع.

(8) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 301.

(9) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 301.

(10) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 301.

في الإنشاء؛ لأنه يصح اجتماعهما في الإنشاء في هذه الحالة، فكذلك في الإجازة، ولو قال المولى: فلانة حرة وفلانة، أو أعتق إحداهما وسكت، ثم أعتق الأخرى، ثم بلغ الزوج فأجاز نكاحهما معا أو متعاقبا؛ صح نكاح المعتقة الأولى دون الأخرى⁽¹⁾، بخلاف ما لو زوجه فضولي أختين فقال أجزت نكاح هذه وهذه بطلا، والفرق أن أول الكلام يتوقف على وجود ما يغيره، كما في الاستثناء والشرط، ففي مسألة العتق المغير وجد في أوله؛ لأن حرية الأولى لا تتوقف على حرية الثانية، فوجد ضم الأمة إلى الحرة حالة الإجازة فبطل نكاح الثانية، وفي مسألة الأختين وجد المغير في آخره؛ لأن نكاح الأولى إنما يبطل بإجازة نكاح الثانية، فتوقف الأول عليه، فصار كأنه أجاز نكاحهما معا، وقيل: موضوع مسألة العتق فيما لو قال: هذه حرة وهذه حرة، فيكون كل واحد من الكلامين جملة تامة؛ لأنه مبتدأ وخبر، فلم تشارك الثانية الأولى في خبرها، فصار كأنه أعتقها معا، وفي مسألة الأختين؛ الجملة الثانية ناقصة، فشاركت الثانية الأولى في خبرها فصار كأنه أجاز نكاحهما معا فبطلا، ولو كان نكاح الأمتين في عقدتين، فإن كانتا لموليين فأعتق إحداهما، له إجازة نكاح أيهما شاء؛ لأنهما لو أنشأ العقد وإحداهما أمة والأخرى حرة توقفا؛ لأنه لا تضايق في التوقف، وأحدهما لا يملك نقض عقد صاحبه؛ فتوقفا، فكذا هذا، وإن كانتا لرجل واحد يجوز نكاح الحرة دون الأمة⁽²⁾؛ لأن المولى يملك فسخ نكاح الأمة، فيصير بإعتاق هذه فاسخا نكاح الأمة؛ لأنه لا يتصور نفوذه مع نكاح المعتقة.

[مسألة] عبد زوجه فضولي امرأتين في عقد بغير إذنه وإذن مولاه، ثم امرأتين برضا النسوة، فلم يبلغه إلا العتق، فله أن يختار نكاح أي الفريقيين شاء، ومن كل واحد واحدة⁽³⁾؛ لأن كل عقد موقوف؛ فإن أجاز نكاح الثلاث؛ بطل الثلاث، ولا يمكنه أن يجيز واحدة منهن؛ لأن العقد إنما يقف إذا كان له مجيز، ولا مجيز لنكاحه إلا على امرأتين، فصار كما لو تزوج ثلاثا ابتداء، وأجاز بعد العتق، لا يصح؛ فإن أجاز الباقية بعدهن جاز؛ لأنه لم يوجد ما يوجب بطلان عقدها.

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 301.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 301.

(3) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 103؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 196، نقلا عن الجامع.

[مسألة] حر تحته حرة، فزوجه رجل أربع نسوة في عقدة، فأجاز نكاح بعضهن، لم يجز⁽¹⁾؛ لأن هذا العقد إذا صدر بأمره لا يتوقف، فكذا إذا صدر بغير أمره، وإن كان في عقد متفرقة له أن يجيز ثلاثاً⁽²⁾؛ لأن كل عقد موقوف على إجازته، إلا إذا أجاز كلهن يبطلهن؛ لأنه يؤدي إلى الجمع بين الخمس.

باب الدعوى والبينة في النكاح

المبسوط: فيه فصلان؛ فصل دعوى الرجلين نكاح امرأة واحدة، وفصل في إقامة البينة على صحة النكاح وفساده.

[مسألة] جحد الزوج النكاح وأقامت المرأة البينة؛ تقبل ولا يكون جحوده طلاقاً⁽³⁾؛ لأن الطلاق لا يكون إلا في النكاح، فالجحد للنكاح لا يكون محققاً للطلاق، فلا يمكن أن يجعل إنكار أصل النكاح تطليقاً، فيبقى كذباً، وكذلك إذا اجتمعا على المناكرة؛ لأن اجتماعهما على ذلك بمنزلة الإقالة، والنكاح لا يحتمل الإقالة، والبيع يحتمله، فجعل اجتماعهما على المناكرة فسخاً للبيع.

[مسألة] رجلان ادعيا نكاح امرأة وأقاما البينة، فهي امرأة من في بيته أو دخل بها، إلا أن يثبت الآخر السابق⁽⁴⁾؛ لأنهما ادعيا بلغي الملك في بضعها بالنكاح، ولأحدهما يد، ففضي لذي اليد؛ لأن الظاهر شاهد له، كما لو ادعيا بلغي الملك في أمة بالشري، ولأحدهما يد، ووطئ؛ يقضى له، أو لأسبقهما تاريخاً، فكذا هذا، فإن لم يكن فهي لمن تصدقه المرأة؛ لأنه تعذر القضاء بالبنتين؛ لأن النكاح لا يحتمل الشركة، فقد تهاوتتا⁽⁵⁾، فثبت النكاح فيما بينهما بالتصادق، فإن لم تصدقه فرق بينها وبينهما، فإن دخلا بها، فعلى كل واحد منهما الأقل من مهر المثل أو المسمى؛ لأنه

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 196، نقلاً عن الجامع.

(2) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 104.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 62.

(4) المبسوط، محمد بن الحسن، 10: 299.

(5) الهتر السقط من الكلام، ينظر: الصحاح، الجوهري، 3: 415، (باب الرأء فصل الهاء).

دخول في نكاح فاسد؛ لأن نكاح رجلين لامرأة واحدة في حالة واحدة لا يجوز، وإنما يجوز نكاح إحداهما، ولا يدري، فيكون الثابت لكل واحد فاسد، وذكر في المنتقى وإن كان أحدهما قد دخل بها، ولا يعلم الذي دخل بها فلها على كل واحد نصف المهر⁽¹⁾، وإن ماتا فلها نصف المهر ونصف ميراث امرأة من كل واحد منهما، ولو ماتت المرأة قبل الدخول، على كل واحد نصف المسمى؛ لأن بعد الموت الحاجة بعد القضاء بالمال وهو المهر والميراث لا بالنكاح، فأمكن القضاء بالبينتين بالمال؛ لأن المال يقبل الشركة، ويحتمل كل واحد أنه زوجها، فينتصف المسمى، كرجلين أقام كل واحد البينة على شري مال يقضى بينهما نصفان، فكذا هذا، وفي حالة الحياة الحاجة إلى القضاء بالنكاح لا بالمال، وقد تعذر القضاء بينهما بالنكاح؛ لأنه لا يحتمل الشركة، فإن مات أحدهما فقالت المرأة: هو الأول؛ لها الميراث والمهر؛ لأن الرجل إذا أقر بالنكاح فصدقته المرأة بعد موته؛ صح التصديق بالإجماع، فأما المرأة إذا ادعت النكاح وصدقها الرجل بعد موتها، لا يصح تصديقه عند أبي حنيفة – رضي الله عنه – خلافا لهما⁽²⁾ على ما يأتي في كتاب الإقرار.

فصل في إقامة البينة على صحة النكاح وفساده

[مسألة] رجل أقام البينة على نكاح امرأة، وأقامت أختها البينة أنه تزوجها؛ فالقول والبينة للزوج⁽³⁾؛ لأن بينة الزوج مثبتة للنكاح وبينة الأخت؛ لأن في إثبات نكاح الأخت إبطاله لأعراف الزوج أن تحته أختها، فلا فائدة في إثبات ما هو إبطاله، فإن لم يكن هكذا ولكن أقام الزوج البينة أنه تزوج إحداهما، ولا يعرف الشهود بعينها، والزوج يقول هذه، فإن صدقته فهي امرأته، وإن جحدت فلا نكاح بينه وبينها⁽⁴⁾؛ لأنهم شهدوا بمجهول، فلا تقبل الشهادة، فبقيت العبرة للدعوى، فإن

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 10: 631.

(2) الأصل، محمد بن الحسن، 8: 349؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 335.

(3) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن الشيباني، (لبنان، بيروت، دار ابن حزم، 2012م)، ط 1، 10: 298؛

المبسوط، السرخسي، 5: 277؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 10: 100.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 277.

صدقته ثبت النكاح بتصادقهما، وإن جددت لا يستحلف عند أبي حنيفة خلافا لهما لما عرف⁽¹⁾، ولو أقامت كل واحدة من الأختين البينة على أن فلاناً تزوجها أولاً، فالبيان إلى الزوج⁽²⁾؛ لأن الزوج متى صدق أحدهما فكأنه ادعى في الابتداء نكاح هذه، وأقام على ذلك بيينة وصدقته المرأة، وأقامت الأخرى بيينة، فبيينة الزوج أولى؛ فكذا هذا، فثبت النكاح بتصادقهما، وبالبيينة جميعاً، فإن قال: لا أدري، فلا نكاح له؛ لأنه تهاترت البينتان؛ لأنه لا رجحان لأحدهما لانعدام التصديق من الزوج، فتساقطتا، ويجب نصف مهر منهما قبل الدخول؛ لأن الزوج أقر بصحة نكاح إحداهما؛ لأنه أقر بنكاح واحدة منهما، وأحدهما متقدم، إلا أنه قال: لا أدري السبق منهما، ويحتمل أنه إنما تجاهل ليبراً من المهر، فاضطررنا إلى الفرقة لتجاهله، فكانت الفرقة مضافة إليه، فسقط نصف المهر وبقي النصف، وليست إحداهما بذلك بأولى من الأخرى، فتكون بينهما كمن طلق إحدى امرأته قبل الدخول، ومات قبل البيان، فأما إذا أنكر نكاحهما أصلاً، لا يلزمه شيء؛ لأنه لم يقر بصحة نكاح إحداهما، وقد تعذر القضاء بالنكاح بالبينة؛ لأنهما تهاترتا، فلا يثبت نكاح واحدة منهما، فإن دخل بإحداهما فهي امرأته، حملاً لأمره على الصحة والسداد، فيحمل على أنه وطئ زوجته دلالة، فإن قال بعد الدخول الزوجة هي الأخرى يفرق بينهما؛ لأنه أقر بالحرمة صريحاً، ولا قوام للدلالة متى جاء بالصريح بخلافها، والتفريق بيده؛ فيفرق، ولزمه كمال المسمى؛ لأنه مصدق في إبطال حقها، فصار كمن تزوج امرأة ثم ادعى أنه تزوجها بغير شهود؛ يفرق بينهما، ولا ينقص من المسمى؛ لأنه صح إقراره في إيجاب الحرمة عليه، ولم يصح في إبطال حقها؛ فكذا هذا، ولو قال الزوج: تزوجتك بغير شهود، وقالت هي: بل تزوجني بشهود⁽³⁾، أو قال: تزوجتها؛ وهي مجوسية، أو منكوحة الغير، أو معتدة الغير، أو هي أمة الغير، بغير إذن مولاهما، وقالت المرأة: تزوجني بشهود وأنا مسلمة وفارغة ونحو ذلك، فالقول لها⁽⁴⁾؛ لأنهما اختلفا في صحة النكاح وفساده، فالقول قول من يدعي الصحة؛ لأن الظاهر

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 277.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 279.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 63، 64.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 63.

شاهد له؛ لأن الأصل أن من باشر عقداً يبشره على وجه الصحة، ويفرق بينهما؛ لأن الزوج يقول إنها محرمة، وبيده التفريق، فينزل تفرقا مطلقا، ويجب المهر والعدة بعد الدخول؛ لأنه لا يصدق في إبطال حقها، وإن كان مدعي الفساد المرأة لا يفرق ليس إليها، ولو قال: تزوجتك وأنا صبي أو مجنون، وقالت: بل عاقل بالغ، فالقول للزوج⁽¹⁾؛ لأن الزوج أضاف النكاح إلى حال عدم الأهلية، فلم يكن مقرا بالنكاح؛ بل منكرا وجوده، فيقبل قوله، بخلاف الصورة الأولى، فإن كان بعد الدخول أيهما قال ذلك، لا يقبل؛ لأنه يعد دلالة اعترافه بالنكاح من الوطء وغير ذلك، وكذا إذا أقر الوكيل بالتزويج، فأنكر الموكل، لا تقبل إلا بشهود عند أبي حنيفة، خلافا لهما وقد مر فيما تقدم.

المنتقى: وإن أقام البينة على الصحة والفساد، فالبينة بينة المدعي للفساد⁽²⁾؛ ولأن الصحة ثابتة بظاهر الحال، والفساد أمر حادث يحتاج إلى إثباته، فكانت بينة الفساد أكثر إثباتا؛ فكانت أولى، وكذلك لو اختلفا في صحة البيع وفساده⁽³⁾.

[مسألة] أختان اسم أحدهما فاطمة والأخرى خديجة، فقال الرجل: تزوجت فاطمة بعد خديجة، قال أبو يوسف: فاطمة امرأته، وقال محمد: خديجة امرأته⁽⁴⁾، وكذلك قالت امرأة: تزوجت زيدا بعدما تزوجت عمرا، وادّعى الزوجان النكاح، فهي امرأة زيد عند أبي يوسف، وعند محمد هي امرأة عمرو⁽⁵⁾؛ لأنه وصل كلامه وما فصل بينهما، فيصدق في مقالته، والصحيح قول أبي يوسف؛ لأن قولها تزوجت زيدا إقرار منها بالنكاح وصح الإقرار منها فهي تريد بقولها بعدما تزوجت عمرا إبطال إقرارها الأول فلا يملك، رجل أقام على امرأة بينة أنه زوجها منه أبوها قبل بلوغها وأقامت هي بينة أنه زوجها منه بعد بلوغها بغير رضاها فبينتها أولى⁽⁶⁾؛ لأن البلوغ معنى حادث فكانت بينتها مثبتة معنى حادثا فكانت أكثر إثباتا ثم ثبت فساد

(1) المبسوط، السرخسي، 18: 264؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 198، نقلا عن المحيط الرضوي.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 3: 151؛ رد المحتار، ابن عابدين، 7: 187.

(3) ينظر: رد المحتار، ابن عابدين، 7: 187.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 81، نقلا عن المنتقى؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 7: 237، نقلا عن الظهيرية.

(5) وهو الذي عليه الفتوى، ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 7: 237، نقلا عن الخلاصة؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 79، نقلا عن الفصول العمادية.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 333، نقلا عن واقعات الناطفي.

النكاح ضرورة، رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم ادعت بعد الدخول أنها قد ردت النكاح حين زوجها الأب وأقامت على ذلك بينة فالصحيح أنها لا تقبل⁽¹⁾؛ لأن التمكين من الدخول كالإقرار بالنكاح لما بينا، ولو أقرت لم تقبل؛ لأنها مناقضة في الدعوى، قال محمد: رجل أقام بينة على امرأة أنه تزوجها وأقامت المرأة بينة على رجل منكر أنه تزوجها فالبينة بينة الرجل⁽²⁾؛ لأن المرأة قد أكذبت بينتها التي شهدت لها على الزوج حين شهد شهود الرجل عليها بالتزويج، فقد شهدوا على كلامها وعقدها فصارت مكذبةً شرعاً، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: لو أقام رجل البينة على امرأة أنه تزوجها وأقامت أختها بينة أنه تزوجها، فالبينة بينة الرجل⁽³⁾؛ لأنها تقيم بينة على نكاح لا يثبت ويفسد، ولو وقتت بينة المرأة ولم تُوقت بينة الرجل، فدعوى الرجل جائزة ويثبت نكاحه ويبطل نكاح المدعية ولها على الزوج نصف المهر⁽⁴⁾، قال محمد: رجل أقام البينة أنه تزوج هذه المرأة بألف وأقامت بينة أنه تزوجها على ألفين، فالمهر ألف⁽⁵⁾، ولو أقام رجل البينة أنه اشترى هذه الدار بألف وأقام البائع البينة أنه باعها منه بألفين، فهي بألفين⁽⁶⁾، والفرق أن في البيع أمكن العمل بالبينتين؛ لاحتمال أنه اشترى منه أولاً، ثم اشترى منه بألفين ثانياً، فصح؛ لأن البيع يحتمل الفسخ، فينفسخ الأول ويثبت الثاني، وفي النكاح لا يمكن العمل بالبينتين والتوفيق بينهما؛ لأن النكاح لا يحتمل الفسخ، وكل واحد منهما ادعى عقداً غير ما ادعاه الآخر، فتهاوت البينتان، فثبت النكاح بتصادقهما عليه، ووجب لها ألف باعتراف الزوج.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 333، نقلا عن واقعات الصدر الشهيد وفتاوى الفضلي.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 10: 100، نقلا عن المنتقى؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 7: 235، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 81، نقلا عن الذخيرة.

(3) المحيط البرهاني، ابن مازة، 10: 100.

(4) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 305؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 81، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 194؛ وقال ابن مازة: (قبلت البينة وجعلت المهر ألفين)، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 10: 102.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 194.

[مسألة] امرأة في دار رجل يدعي أنها امرأته، وخارج يدعيها وهي تصدقه؛ فالقول قول من هي في داره⁽¹⁾، فقد صرح أن اليد تثبت على الحرة بحفظ الدار كما في المتاع.

[مسألة] رجل وامرأة في أيديهما دار، فأقامت البينة أن الدار لها والرجل عبدها، وأقام الرجل البينة أن الدار له والمرأة زوجته، ولم يقر بينة أنه حر؛ فالبينة بينة المرأة، والدار والعبد لها ولا نكاح بينهما⁽²⁾، ولو أقام الرجل البينة أنه حر الأصل والمسألة بحالها، يقضى بأنه حر والمرأة زوجته والدار للمرأة⁽³⁾؛ لأن الدار والمرأة

في يد الزوج؛ لأن اليد تثبت على الحرة بحفظ الدار، فصار كرجل وامرأة في أيديهما دار، أقام كل واحد منهما بينة أن الدار له، يقضى بالدار للمرأة؛ لأنها خارجة عنها، والرجل صاحب يد فيها، فكانت بينة الخارج أولى، هذا قياس قول **أبي حنيفة** — رضي الله عنه — **وقال محمد في نوادر ابن سماعة⁽⁴⁾**: إذا لم يقر الرجل بينة أنه حر، فالدار للمرأة وهي امرأته⁽⁵⁾؛ لأنها في يده، وبينة الزوجية والعبودية تعارضتا فتساقطتا، فيكون القول له، وفي **نوادر ابن شجاع⁽⁶⁾** : لو أقام الرجل بينة أن الدار داره والمرأة أمته، وأقامت المرأة بينة أن الدار دارها والرجل عبدها، فالدار بينهما نصفان⁽⁷⁾ في أيديهما؛ لاستواء بينتهما، فإن كانت في يد أحدهما تركت في يده، وتعارضت البينتان فيها، ولا تقبل بينة أحدهما على صاحبه بالرق للتضاد والتنافي⁽⁸⁾، **وروى ابن سماعة عن محمد** لو أقام رجل بينة على امرأة أنه تزوجها

(1) وهو قول أبي يوسف، ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 80.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 195، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 329، نقلا عن فتاوى قاضي خان .

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 40؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 195، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 329، نقلا عن فتاوى قاضي خان .

(4) ابن سماعة هو: محمد بن سماعة بن عبدالله التميمي، فقيه حنفي إمام، صحب أبا يوسف ومحمد جميعا، له كتاب الهداية في البيوع، ولد سنة 130 هـ، توفي 233 هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 2: 58؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 2: 591 - 592؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 170 - 171.

(5) المحيط البرهاني، ابن مازة، 10: 101، نقلا عن نوادر ابن سماعة.

(6) ابن شجاع هو: محمد بن شجاع الثلجي، وقيل البلخي والثلجي أشهر، فقيه حنفي، محدث، مقدم في وقته عند أهل العراق في الفقه والحديث وقراءة القرآن، وكان ورعا عابدا، من مؤلفاته كتاب المناسك، توفي فجأة وهو ساجد في صلاة العصر سنة 262 هـ، ينظر: سير أعلام النبلاء، الذهبي، 23: 371؛ الجواهر المضية، القرشي، 2: 60؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 2: 593 - 594؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 171 - 172.

(7) ساقط من: ع.

(8) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 10: 101، نقلا عن نوادر ابن شجاع.

على ألف درهم، وأقامت المرأة بينة أنه تزوجها على مائة دينار، وأقام أبوها وهو عبد الزوج أنه تزوجها على رقبتة، وأقامت [أمها]⁽¹⁾ وهي أمة الزوج بينة أنه تزوجها على رقبتها؛ فالبينة بينة الأب والأم، والنكاح جائز على نصف رقبتها⁽²⁾؛ لأن بينهما [أولى]⁽³⁾، توجب المهر والحرية؛ لأنهما لما دخلا في ملك البنت عتقا، فكانت بينهما أكثر إثباتا، فكانت أولى، وإن كان القاضي قضى للمرأة بمائة دينار أولاً، ثم ادعى الأب والمسألة بحالها، قضى بأن الأب صداقها، ويعتق من مالها، ويبطل القضاء الأول، ولو أقام الزوج البينة أنه تزوجها على أبيها وصدقه الأب بذلك، فقضى القاضي به، ثم أقامت البينة أنه كان تزوجها على مائة دينار، تقبل بينتها، ويقضى لها بمائة دينار وعتق الأب من مال الزوج والولاء له⁽⁴⁾؛ لأنه أقر بحرية الأب لما ادعى كونه صداقا لها، والمرأة جاحدة كون الأب صداقها؛ فيعتق على الزوج بإقراره، ولو أقام الأب البينة أنه تزوجها على رقبتة، والمرأة تدعي مهرها مائة دينار، والزوج يدعي ألف درهم؛ حكم ببينة الأب وعتق من مال ابنته، ثم أقامت أم المرأة البينة أنه تزوجها على رقبتة؛ لا تقبل⁽⁵⁾؛ لأن في قبول بينتها إبطال عتق الأب بخلاف ما قبلها؛ لأنه ليس في القضاء بمائة دينار صداقا لها إبطال عتق الأب؛ لأنه يعتق على الزوج، وذكر في النوازل⁽⁶⁾ : امرأة ادعت على رجل أنه زوجها وأنكر الزوج، اختار بعض مشايخنا أنه يحلف الزوج: ماهي زوجة لي، وإن كانت هي زوجة لي، فهي طالق بائن⁽⁷⁾؛ لأن الاستحلاف يجري في النكاح عندهما وهو المختار للفتوى ويستحلف الله للطلاق أيضا؛ لأنه يجوز أن يكون كاذبا في الحلف بالله فلا يقع عليها الطلاق فتبقى معلقة.

(1) ساقط من: ع.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 195، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 320، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(3) ساقط من: ع.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 320، 4: 81، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 82.

(6) النوازل هي: أحد الكتب الفقهية في المذهب الحنفي، ومؤلفها هو الإمام أبو الليث السمرقندي صاحب الفتاوى وعيون المسائل وقد سبقت ترجمته، ينظر: كشف الظنون، حاجي خليفة، 2: 1980.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 7: 208، نقلا عن فتاوى قاضي خان؛ رد المحتار، ابن عابدين، 7: 441.

[مسألة] رجل زوج ابنته من رجل، ثم زعم أنه تكلم بكفر وأن ابنته حرمت عليه، والزوج منكر؛ فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر الفرقة، ولا يحل للمرأة أن تمنع نفسها منه إذا لم تكن سمعت منه كلمة الكفر؛ لأن الموجب للحل ثابت في حقها، ولا مانع لها، فإن فعلت كانت خاسرة عاصية؛ لأنها فعلت بغير حق.

[مسألة] الجامع: رجل أقام البينة على نكاح امرأة، وأقامت المرأة البينة أنه تزوج أختها أو ابنتها، قبل دعواه النكاح وأنها امرأته، يقضى ببينة الرجل عند أبي حنيفة قياساً، وعندهما توقف الأمران فإن حضرت الغائبة فأقامت البينة على دعوى الحاضرة قضى بنكاحها وإن أنكرت قضى ببينة الرجل⁽¹⁾.

لهما أن الاحتياط هو التوقف في باب الفروج، فإن الحاضرة ادعت تحريم فرجها عليه بسبب فساد نكاحها، فتوقف احتياطاً للحرمة، كما لو أقامت المرأة البينة على الطلاق الثلاث، أو الأمة العتاق على وكيل وكله الزوج، والمولى ينقلها من مصر إلى مصر؛ يحال بينها وبين الوكيل، فكذا هذا.

له أن النكاح حق الغائبة، والحاضرة لا تنتصب خصماً عن الغائبة؛ لأن نفس نكاح الغائبة لا يوجب فساد نكاح الحاضرة، إلا بصفة البقاء والصحة، والبقاء محتمل لجواز أنه طلق أختها قبل نكاحها ونكاح البنت لا يوجب حرمة نكاح الأم إلا إذا كان صحيحاً والصحة مترددة لجواز أن نكاحها كان فاسداً؛ لأن عقد النكاح إذا أضيف إلى الماضي تناول الفاسد كما يتناول الصحيح فلا ينتصب الشاهد خصماً عن الغائبة بالشك والاحتمال بخلاف تلك المسألة؛ لأن نفس الطلاق موجب للحرمة ونفس الإعتاق مبطل للملك فكان سبباً لانعزال الوكيل فوجب فيه الاحتياط فكذلك لو أقامت الحاضرة البينة أنه تزوج أمها قبلها أو أقر بنكاح أمها ولم يقم البينة على الدخول بالأم؛ لأنّ البنت لا تحرم بنفس العقد على الأم فصار كنكاح الأخت، ولو أقامت البينة على إقرار الزوج بنكاح ابنتها أو أنه تزوج أمها ودخل بها أو لمسها بشهوة فرق بينه وبين الحاضرة ولم يقض بنكاح الغائبة⁽²⁾؛ لأن الحرمة تثبت بنفس الدخول وبنفس الإقرار بنكاح البنت من غير إثبات نكاح على الغائبة فقامت البينة على خصم

(1) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 95.

(2) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 95.

حاضر وهو الزوج فصار كما لو أقامت على إقراره أنها محرمة، بخلاف ما لو قامت البينة على نكاح البنت؛ لأن نفس النكاح بدون الصحة لا يوجب الحرمة والظاهر وإن كان هو الصحة ولكنه تحمل الفساد فلا تثبت الشهادة عليه مع الشبهة ولا يبطل الإقرار به بالشبهة ألا ترى أن الشهادة بالمجهول باطلة والإقرار بالمجهول صحيح، ولو أقر الزوج أن أختها كانت امرأته ولكنه طلقها وأخبرته بانقضاء العدة ثم حضرت الغائبة فكذبته في الطلاق وقع الطلاق عليها يوم أقر بالطلاق عند الحاكم ولا يفرق بينه وبين الحاضرة⁽¹⁾؛ لأننا قبلنا زعمها في حقها دون حق الزوج، فإن جاءت الغائبة بولد لسنتين مذ أقر بطلاقها وكان دخل بها لزمه الولد ويفرق بينه وبين الحاضرة⁽²⁾؛ لأن ثبات النسب لا ينفك عن الفراش فكان ضرورة الحكم بقيام الفراش إبطال نكاح الحاضرة لكون نكاحها في عدة الأخت، رجل قال لامرأته كان فلان زوجك فطلقك وانقضت عدتك ثم تزوجتك وأنكرت المرأة الطلاق لم يفرق بينهما⁽³⁾؛ لأن الزوج أخبر بما يحتمل الصحة ومنازعتها باطلة؛ لأن إقدامهما على العقد معه إقرار بصحته فلا يصح دعواها بعده للمناقضة فإن حضر الغائب وأنكر الطلاق قضائها له؛ لأنهم تصادقوا على النكاح الأول وادعى الثاني الطلاق وهو ينكر ولو كانت المرأة أنكرت نكاح الأول لم يصدقا عليها وهي امرأة الثاني⁽⁴⁾؛ لأن نكاح الأول لم يثبت حيث أنكرت وقد توافق الزوج والمرأة على صحة النكاح ولو صدق الأول الثاني في النكاح والطلاق وأنكرت المرأة يقع عليها الطلاق في الحال ويفرق بينها وبين الثاني⁽⁵⁾؛ لأن نكاح الأول ثبت بتصادق الكل والأول أقر بالطلاق وأسنده إلى وقت ماضي فصدق في الطلاق ولم يصدق في الإسناد لما فيه من إبطال حقها وهو النفقة والسكنى وخلصها عن حباله الزوج الثاني فقضينا بالعدة في الحال وعدة الأول تمنع نكاح الثاني بخلاف المعتدة إذا قال أن عدتها قد انقضت وكذبته المرأة فتزوج أختها جاز؛ لأنه لا حق لها في نكاح

(1) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 94.

(2) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 94.

(3) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 95.

(4) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 95.

(5) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 95.

الأخت أما هنا فساد نكاح الثاني حقها حتى تتخلص عن حباله الثاني فلم يصدق في إزام النكاح عليها كما لم يصدق في إبطال حق النفقة والسكنى، ولو قال الزوج كان لك زوجا قبلي فطلقك وانقضت عدتك وأنكرت الطلاق فجاء رجل وادعى أنه ذلك الزوج وأنكره الثاني فالقول للثاني⁽¹⁾؛ لأنه أقر بمجهول فكان القول في البيان إليه ولا يمين عليه عند أبي حنيفة خلافا لهما.

باب معرفة المهور

يحتاج إلى معرفة كون المهر شرطا لجواز النكاح، وإلى مقداره، وما يصلح مهرا وما لا يصلح؛ أما الأول لو تزوج امرأة بلا مهر جاز، ويجب مهر المثل⁽²⁾، وقال الشافعي: لا يجب شيء⁽³⁾، والصحيح قولنا؛ لأن البضع عظيم الخطر، شريف القدر؛ لأنه محل خلق الآدمي المكرم المشرف، ولهذا لا يثبت الملك فيه بدون الشهود والرضا، فتملكه بغير عوض يفضي إلى الإهانة؛ لأن المرأة بغير مهر تهون في عين الرجل، فلا يصح تملكه بغير عوض؛ إيانة لخطره، وإعظاما لقدره، ودفعا للإهانة عنها، ولهذا التصرف الواقع فيه عاريا عن الملك، لا ينفك عن عقوبة أو غرامة، وإنما يصح النكاح [بدون تسمية مال]⁽⁴⁾، بخلاف البيع؛ فإنه لا يصح مع ترك تسمية الثمن؛ لأن الثمن عوض أصلي في البيع؛ لأنه تمليك مال بمال بمقتضى البيع لغة وشرعا، فأما المهر عوض زائد؛ [لأن النكاح]⁽⁵⁾ لا يقتضي وجوب المهر لغة؛ لأنه موضوع للازدواج والانضمام لغة، وإنما وجب شرعا إظهارا لخطر الألبضاع، فلم يك في ترك التسمية تغيير مقتضى العقد فلم يفسد.

(1) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 95.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 113؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 274؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3:

199؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 6: 13.

(3) ينظر: الأم، الشافعي، 7: 154؛ الحاوي، الماوردي، 9: 393.

(4) ساقط من: ع.

(5) ساقط من: ع.

وأما مقداره؛ [فالمهر] (1) نوعان: مسمى، ومهر المثل، أما المسمى، فمقدر بعشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم (2)، وقال مالك: مقدر بربع دينار أو ثلاثة دراهم (3)، وقال الشافعي: غير مقدر (4)، والصحيح قولنا، لقوله — عليه السلام — (لَا مَهْرَ أَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ) (5)؛ فإن سمي لها الأقل من عشرة، تصح التسمية وتبلغ عشرة (6)، وقال زفر: لها مهر المثل (7)؛ لأنه ذكر ما لا يصلح مهرا، فلم تصح التسمية، فصار كما لو تزوجها على خمر.

لنا أن تقدير المهر بعشرة وجب حقا للشرع، فيكون الوجوب حقا للشرع، والواجب حقا للمرأة، وما يجب حقا للشرع مقدرًا لا يجب متجزيا، وإذا لم يكن وجوب العشرة متجزيا، صار ذكر بعضها كذكر كلها؛ لأن ذكر بعض ما يتجزى كذكر الكل، فصار كأنه سمي عشرة، فصحت التسمية، وأما مهر المثل، فهو مثل مهر نساء عشيرتها (8)؛ لأن قيمة الشيء تعرف من مثله وأصله — رضي الله عنه — حين سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا، حتى مات قبل الدخول؛ (أَرَى لَهَا مَهْرَ نِسَائِهَا لَا وَكَسَ فِيهِ وَلَا شَطَطَ) (9)، فقال رجل من أشجع: نشهد أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قضى في امرأة منا بمثل قضائك هذا، فما فرح ابن مسعود بعد إسلامه كفرحه يومئذ؛ لموافقة قضائه قضاء رسول الله — صلى الله عليه وسلم —، ويعتبر فيه قرابتها من جهة أبيها أخواتها لأبيها وأمها أو لأبيها،

ظ هـ

اللوحة
276

(1) ساقط من: ع.

(2) ينظر: مختصر القدوري، أحمد بن محمد القدوري، تح: كامل عويضة، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م)، ط 1، 147.

(3) ينظر: الرسالة، ابن أبي زيد القيرواني، 89.

(4) ينظر: الحاوي، الماوردي، 9: 397؛ ويرى الحنابلة أيضا أن أقل الصداق غير مقدر، ينظر: الإنصاف، المرادوي، 8: 229.

(5) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب ما يجوز أن يكون مهرا، 7: 240، رقم: 14773، وضعفه.

(6) مختصر القدوري، القدوري، 342.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 276؛ بداية المبتدي، المرغيناني، 61؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 320؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 115.

(8) ينظر: مختصر القدوري، 149؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 308؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 158؛ البناية، العيني، 5: 183.

(9) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب الرجل يتزوج امرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها، 382، رقم: 1145، وقال فيه: حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح.

وعماتها وبناتهن، فلا ينظر فيه إلى مهر أمها وخالاتها⁽¹⁾؛ لأنها تعتبر بالأب في إيضاع النسب وارتفاعه، فإن أكثر الخلفاء من الإماء؛ وإنما يتشرفون بالانتساب إلى الآباء، فلذلك لقرابة الأب زيادة استحقاق وفضيلة واختصاص على قرابة الأم في حق الميراث، فكذا في حق تقدير المهر، وإنما يعتبر بقرابتها في بلدها ممن يساويها في جمالها ومالها [ودينها وعقلها]⁽²⁾؛ لأن مهور البلدان مختلفة، ويختلف المهر باختلاف الجمال والمال، وقال بعض مشايخنا: بأنه لا يعتبر الجمال في المرأة إذا كانت من أهل بيت الحسب والشرف؛ لأنه إنما يرغب فيها لحسبها وأهل بيتها لا لجمالها، وإنما يعتبر الجمال إذا كانت من أوساط الناس⁽³⁾؛ لأن الرغبة فيها للجمال، فإن لم يوجد في بلدها من كانت بمثل حالها، يعتبر مهرها بمهر مثلها من الأجانب، فإن فرض القاضي أو الزوج بعد العقد، جاز؛ لأنه يجري في ذلك مجرى التقدير لما وجب بالعقد من مهر المثل زاد أو نقص؛ لأن الزيادة على الواجب صحيحة، والخط عنه جائز، ويلتحق بأصل العقد؛ لئلا يلزمها تحمل جهالة مهر المثل؛ وأما ما يصلح ومالا يصلح، ولو تزوجها على منافع الأعيان كالدور والعقار والحيوان، جاز⁽⁴⁾؛ لأنها مال متقوم عند الناس، ولو تزوج امرأة على أنه يخدمها سنة فلها مهر مثلها، عندهما وعند محمد لها قيمة الخدمة⁽⁵⁾، وعند الشافعي لها خدمته سنة⁽⁶⁾، ولو كان الزوج عبدا فلها خدمته بالإجماع⁽⁷⁾.

- (1) اختلف الفقهاء فيما يعتبر به مهر المثل على ثلاثة آراء:
الأول: وهو قول الحنفية والحنابلة ويرون أن مهر المثل للمرأة يعتبر بنساء قرابتها من العصبية وغيرهم.
الثاني: وهو قول الإمام مالك ويرى أن مهر مثلها يعتبر بمن هي مثلها في جمالها ومنصبها ومالها.
الثالث: وهو قول الإمام الشافعي ويرى أن مهر مثلها يعتبر بنساء عصبيتها فقط.
ينظر: التلقين، عبد الوهاب البغدادي، 294؛ المبسوط، السرخسي، 5: 116؛ الحاوي، الماوردي، 9: 487؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 287؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 199؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 121؛ الجوهرية النير، الحدادي، 4: 51؛ كشاف القناع، البهوتي، 5: 159.
- (2) ساقط من: ع.
- (3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 200؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 122؛ تبیین الحقائق، الزيلعي، 5: 483.
- (4) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 137؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 279.
- (5) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 184؛ المبسوط، السرخسي، 5: 192؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 278؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 201؛
- (6) وكره الإمام مالك أن يتزوج الرجل امرأة ويكون صداقها أن يخدمها مدة معلومة وأجازه الإمام أحمد، ينظر: الأم، الشافعي، 5: 161؛ الإنصاف، المرادوي، 8: 229.
- (7) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 184؛ المبسوط، السرخسي، 5: 192؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 278.

لمحمد أن خدمة الحر مال منقوم، ولهذا يستحق بالعقود، إلا أنه عجز عن التسليم لمانع، وهو لما فيه من الذل والهوان، فأشبهه استحقاق المسمى؛ فتجب قيمته.

لهما أن منافع الحر ليست بمال حقيقة تكريماً له، وإنما صارت مالاً في الإجارة شرعاً للضرورة، والشرع حرم على الزوج خدمة المرأة؛ لأنه مالك وهي مملوكة، وهو قوام عليها، وذلك يحرم عليه خدمتها لشرف الحرية، فبقيت منافعه غير مال، فلا يصلح مهراً، بخلاف خدمة العبد؛ لأنها مملوكة للمولى وليس له شرف الحرية؛ بل هو بمنزلة الأموال، فملك الأمر من جهة المولى، ولو تزوجها على خدمة حر آخر، فالصحيح أنه يصح⁽¹⁾؛ لأنه لم يحرم عليه خدمة غير امرأته، فيجب لها خدمته، ويرجع على الزوج بقيمة الخدمة، ولو تزوجها على أن يرعى غنمها أو يزرع أرضها، في رواية لا يجوز لما بيننا، وفي رواية جاز⁽²⁾؛ لأنه لا بأس أن يقوم الرجل بأمر امرأته سوى خدمتها أن لا مذلة له إلا في خدمتها⁽³⁾، ولو تزوجها على خمر، أو خنزير⁽⁴⁾، أو على طلاق ضررتها، أو على العفو عن القصاص ونحوها، فلها مهر مثلها⁽⁵⁾؛ لأنها ليست بمال، ولو جمع بين ما هو مال وما هو ليس بمال؛ فإن أوفى بذلك، فلها المسمى لا غير⁽⁶⁾؛ لأنها أسقطت حقها عن مهر المثل لغرض وقد حصل، وإن لم يف به، فلها تمام مهر مثلها؛ لأنها ليست بمال، ولو جمع بين ما هو مال وليس بمال فإن وفى بذلك فلها المسمى لا غير؛ لأنها أسقطت حقها عن مهر المثل لغرض، وقد حصل، وإن لم يف به فلها تمام مهر مثلها؛ لأنها لم ترض بإسقاط حقها غير كمال مهر المثل، إلا بعوض مرغوب فيه عند الناس وحلال شرعاً، فإذا لم يحصل لها العوض يحصل حقها في المعوض وهو مهر المثل، ولو تزوجها على مهر صحيح عشرة دراهم وأرطال من خمر، فلها المسمى، ولا يكمل

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 168، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 184؛ الهداية، المرغيناني، 1: 207؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 340؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 119.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 192؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 278؛ الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 1: 335؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 201؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 119.

(3) الفتاوى الولواجية، عبد الرشيد الولواجي، 1: 335.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 78، 163؛ الهداية، المرغيناني، 1: 209؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 358؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 118؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 177.

(5) مختصر القدوري، القدوري، 341.

(6) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 119.

مهر المثل⁽¹⁾؛ لأن الخمر لا منفعة للمسلم فيها، فلا يجب بفواتها عوض، ولو تزوج امرأة على عيب عبد اشتراه منها، جاز⁽²⁾؛ لأنها لما تزوجت على عيبه صارت مقرة بحصة العيب؛ لأن النكاح لا بد له من مهرٍ، فيكون نكاحاً بمال، فإن كانت قيمة العيب عشرة وإلا يكمل عشرة.

[مسألة] النوادر: ولو تزوجها على قطعة فضة تبر⁽³⁾ وزنه عشرة ولا تساوي عشرة مضروبة، جاز، ولا يلزمه فضل⁽⁴⁾، ولو كان في السرقة لا تقطع اليد بسرقتها؛ لأن القطع يدرأ بالشبهات، فيشترط كمال النصاب في الوزن والقيمة جميعاً، فأما المهر يثبت مع الشبهات، فيشترط الكمال في الوزن لا غير، ولو قال: زوجتك ابنتي على مهر ألف، فقال الرجل: قبلت النكاح ولا أقبل المهر، بطل النكاح⁽⁵⁾؛ لأنه لم يجب لذلك العقد وإن قبل النكاح وسكت عن المهر جاز النكاح بالمسمى؛ لأن قبوله لذلك النكاح كان قبول المسمى.

[مسألة] المنتقى: لو تزوجها على دين له على فلان، فإن شاءت أخذته من الزوج، وإن شاءت أخذته ممن عليه الدين⁽⁶⁾؛ لأن الدين مال؛ فصحت التسمية، ولو تزوجها على ما وجب له من الدية على عاقلتها، فلا شيء له على عاقلتها؛ لأنها مؤدية عنهم⁽⁷⁾، ولو تزوجها على نصيبه من هذه الدار، فلها ذلك عند محمد وأبي حنيفة، وهي بالخيار إن شاءت أخذت النصيب، وإن شاءت مهر مثلها، ولا يتجاوز مهر مثلها قيمة الدار⁽⁸⁾، ولو تزوجها على ألفين؛ ألف منها لله تعالى، أو للخاطب، أو لولدي، أو لفلان، فالمهر ألف؛ لأن هذا استثناء في كلام واحد⁽⁹⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 281؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 203؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 119.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 152، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 303؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 119.

(3) التبر: فئات الذهب والفضة قبل أن يصاغ، المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، باب التاء، 81.

(4) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 201، نقلا عن نوادر ابن سماعة.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 385؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 197؛ الدر المختار، الحصكفي، 3: 15.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 152.

(7) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 152، نقلا عن الظهيرية.

(8) ينظر: المحيط البرهاني، 3: 207، نقلا عن المنتقى؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 310، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(9) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 154، نقلا عن الظهيرية.

[مسألة] الجامع: ولو تزوجها على ثوب قيمته عشرة، فصارت ثمانية قبل القبض، فليس غيره⁽¹⁾؛ لأن تكميل المهر عشرة وجب حقا للشرع أشد الإبقاء؛ لأن أصل المهر ليس بشرط لبقاء النكاح، فلذلك قدره، وقد تأدى حق الشرع وقت الوجوب والبقاء حقها وذلك غير مقدر، ولو انتقص لفوات جزء منه قبل القبض فلها الخيار، إن شاءت أخذته، وإن شاءت أخذت عشرة دراهم؛ لأنه يعيب في ضمان الزوج، فتخير كالمبيع يتغيب قبل القبض، ولو تزوجها وقيمته ثمانية فصارت عشرة فلها ذلك ودرهمان⁽²⁾؛ لأن حق الشرع لم يتأد وقت الوجوب، ولو تزوجها وقيمته عشرة؛ فقبضته وقيمته عشرون، فطلقها قبل الدخول والثوب مستهلك، ردت عشرة⁽³⁾؛ لأنه إنما دخل في ضمانها بالقبض فيعتبر يوم القبض.

باب ما يصح مع التسمية وما لا يصح

أصله أن التسمية لا تصح مع جهالة الجنس والنوع والصفة في كل عقد، معاوضة مال بما ليس بمال⁽⁴⁾؛ لأنها جهالة متفاحشة، وهي سبب لوقوعهما في المنازعة، وتصح مع الجهالة المستدركة، وهي جهالة الوصف؛ لأن النكاح يحمل ضرباً من الجهالة، فإنه يجوز بمهر المثل مع جهالته، فكل جهالة نظير جهالة مهر المثل لا تمنع صحة التسمية، وجهالة الوصف نظير ذلك؛ لأن جهالة الوصف لا توقعهما في المنازعة لما نبين.

والمهر أنواع ثلاثة: نوع هو مجهول الجنس والصفة، ونوع هو معلوم الجنس والنوع مجهول الوصف والقدر، ونوع هو معلوم الجنس والوصف⁽⁵⁾؛ أما ما هو مجهول الجنس والنوع والوصف كما لو تزوجها على ثوب أو دابة أو دار، فلها مهر المثل⁽⁶⁾؛ لأنه مجهول الجنس والنوع والصفة، وكذا لا تصح التسمية

(1) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 91.

(2) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 91.

(3) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 91.

(4) الاختيار، ابن مودود، 3: 121؛ وينظر: الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 1: 336.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 282؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 120؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1:

309.

(6) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 120؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 309 نقلا عن الظهيرية.

مع الخطر والغرر، كما لو تزوجها على ما في بطن جاريتها، أو غنمه، أو على ما يثمر نخله العام⁽¹⁾، بخلاف الخلع على ذلك؛ فإنه يجوز⁽²⁾، فإنه يصح مع الخطر والغرر، فإنه لو قال: إن قدم فلان فقد طلقتك على ألف؛ صحَّ، ولا كذلك النكاح؛ فأما ما هو معلوم الجنس مجهول الوصف، كما لو تزوجها على عبد، أو شاة، أو فرس، أو بقر، أو ثوب هروي، يجب الوسط؛ إن شاء أدى عينه، وإن شاء أدى قيمته⁽³⁾، وقال الشافعي: لا تصح التسمية⁽⁴⁾، والصحيح قولنا؛ لأن جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية في النكاح، بخلاف البيع؛ فإنه لا يصح مع جهالة الوصف؛ لأنه لا يحتمل ضرباً من الجهالة؛ لأن المالية مقصودة في البيع، وإنها تختلف باختلاف الوصف، فتوقعهما في المنازعة، فأما المهر غير مقصود بالنكاح؛ فإنه مقابل ما ليس بمال، فلا يكون عوضاً من حيث المالية؛ بل يكون صلة مبتدأة من وجه، فلا تجري فيه المنازعة عادة بل تجري فيه المسامحة والمساهلة، إلا أنا عينا الوسط؛ لأنه هو العدل، ليس فيه بخس حقها، ولا حيف بحقه، والوسط عندنا السندي⁽⁵⁾، يريد به الاسم في بلادهم؛ لأن الخادم في بلادهم أنواع ثلاثة: الرومي⁽⁶⁾ والسندي والحبشي⁽⁷⁾، فيكون الوسط من ذلك عندهم السندي فأما في بلادنا الأنواع الثلاثة: تركي⁽⁸⁾ وصقلي⁽⁹⁾ وهندي⁽¹⁰⁾، فيكون الوسط الصقلي، وأيهما أتى به تجبر المرأة على القبول، وكذلك في الثوب الهروي، وقال زفر: إن أدى قيمته لا تجبر⁽¹¹⁾؛ لأن

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 120؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 309 نقلا عن الظهيرية.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 175، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(3) ينظر: الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 1: 335 الاختيار، ابن مودود، 3: 121؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 175.

(4) لم أقف عليه.

(5) نسبة إلى السند وهي بلاد بين بلاد الهند وكرمان وسجستان، ينظر: معجم البلدان، ياقوت الحموي، 3: 267.

(6) نسبة إلى الروم وهم جيل عظيم معروف في بلاد واسعة تضاف إليهم، ينظر: معجم البلدان، ياقوت الحموي، 3: 97؛ لسان العرب، ابن منظور، 12: 258، مادة (ر و م).

(7) نسبة إلى الحبشة وهم جنس من السودان، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 6: 276، مادة (ح ب ش).

(8) نسبة إلى الترك جيل معروف ويقال لهم الديلم أكبر بلدانهم أنطاكية، ينظر: معجم البلدان، ياقوت الحموي، 1: 266؛ لسان العرب، ابن منظور، 10: 405، مادة (ت ر ك).

(9) نسبة إلى صقلية وهي جزيرة من جزر بحر المغرب مقابلة إفريقية، ينظر: معجم البلدان، ياقوت الحموي، 3: 416.

(10) نسبة إلى بلاد الهند، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 3: 437، مادة (ه ن د).

(11) وهو رواية عن الإمام أبي حنيفة، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 284؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 121.

تسمية الخادم قد صحت ووجب ديناً في الذمة، وجاز أدائه فلم يجز أداء القيمة إلا برضاها، كما في المكيل والموزون.

لنا أن الحيوان يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما ليس بمال، والدين يقضى بالمثل لا بالعين، وقيمة الحيوان أعدل من عين مثله، ولهذا لو استهلك حيواناً، يغرّم قيمته لا مثله، فلما أُجبر على قبول مثله فلأن يجبر على قبول قيمته والمماثلة بينهما أعدل وأكثر أولى، بخلاف المكيل والموزون؛ لأنه مثلي، ولهذا لو أتلفه يغرّم مثله لا قيمته، ثم عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - قيمة العبد الوسط أربعون ديناراً إذا لم يسم الأبيض⁽¹⁾، وإن سمي خادماً أيضاً قيمته خمسون ديناراً⁽²⁾، وعندهما على قدر الغلاء والرخص في كل بلدة، قيل: هذا اختلاف عصر وزمان، لا حجة وبرهان⁽³⁾، فقيمة الوسط في زمانه كان أربعين لا يزداد ولا ينقص، فأفتى على عرف زمانه، وفي زمنهما مختلف قيمته إلى زيادة ونقصان، فبينا الأمر على قدر الغلاء والرخص⁽⁴⁾، وقيل: هذا اختلاف حجة وبرهان، فحجتها أن هذا مال احتيج إلى تقويمه فيعتبر قيمته بالغلاء والرخص كما في سائر المتلفات، وحجته أن النبي - صلى الله عليه وسلم - (أَوْجَبَ عَلَى ضَارِبِ الْجَيْنِ غُرَّةً عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ)⁽⁵⁾، قيمته خمسمائة درهم، وخمسمائة درهم خمسون ديناراً في الشرع، والمهر بمعنى الغرة؛ لأنه وجب بدلاً عما ليس بمال فألحق به، والأسود دون الأبيض، فنقص عشرة، وأما ما هو معلوم الجنس والصفة كما لو تزوج على مكيل أو موزون موصوف في الذمة صحت التسمية، ويلزمه تسليمه؛ لأن هذا يثبت ديناً في الذمة صحيحاً، ولهذا جاز به البيع، ولو تزوج على كُرٍّ⁽⁶⁾ حنطة مطلقة ولم يصفه؛ فإن شاء أعطى كُرّاً وسطاً،

ظ هـ

اللوحة

277

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 284.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 284.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 284.

(4) بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 284.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب جنين المرأة، بلفظ: (عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها فقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فيها بغرة عبد أو أمة)، 974، رقم: 6904.

(6) الكُرُّ: مكيال لأهل العراق، وهو اثنا عشر وُسْقاً، يساوي 2340 كيلو جرام عند الحنفية، 8، 1468 كيلو جراماً عند الجمهور، ينظر: تهذيب اللغة، محمد بن أحمد الأزهرى، 9: 328، مادة: (ك ر ر)؛ المكييل والموازين الشرعية، علي جمعة محمد، (مصر، القاهرة: دار القدس)، 42.

وإن شاء أعطى قيمته⁽¹⁾؛ لأن هذه جهالة الوصف، فكانت قيمته أعدل وأمثل من جنسه في هذه الحالة، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزمه تسليم الكر⁽²⁾، ولو تزوجها على بيت ينظر⁽³⁾ إن كان الرجل بدويا فلها بيت من شعر؛ لأنه أمكن العمل بحقيقة الاسم؛ لأن بيوتهم من الشعر والوبر، وإنه نوع من الثياب، فصحت التسمية، وإن كان الرجل بلديا قال محمد: لها بيت وسط، أراد به ثياب البيت، إلا أنه كنى عن الثياب بالبيت؛ لاتصال بينهما، ألا ترى أنه قال بعد ذلك: ما يجهز به هنالك، والتجهيز لا يكون بالبيت، قالوا: وهذا في عرفهم، فأما في عرفنا؛ فإنه لا ينصرف إلى المتاع؛ لأنه لا يراد بالبيت المتاع في عرفنا وإنما يراد به البيت المبني من المذر وأنه لا يصلح مهرا إذا لم يكن عينا؛ لأنه لا يمكن إيجابه في الذمة ولا يحتمل النقل وغير المنقول يعرف شرعا وجوبه دينا في الذمة ولو تزوجها على ألف أو ألفين أو على أحد هذين العبدین فلها مهر مثلها لا يزداد عليهما ولا ينقص عن مهر مثلها عند أبي حنيفة، وعندهما لها الألف ويعطيها الزوج أي العبدین شاء⁽⁴⁾.

لهما أن كلمة أو كلمة التشكيك أدخلهما على الزيادة على الألف والعبد، فكان تسمية أحدهما ثابتة بيقين، ودفع الشك في الزيادة، فلا تثبت بالشك.

له أن موجب النكاح أصلي فإنه يجب بنفس العقد من غير تسمية، فلا تقع البراءة عنه مالم تصح التسمية يقينا، وقد وقع الشك في صحة التسمية؛ لأن الواجب أحد المالين لا بعينه، فلم تصح التسمية بالشك، كما لو استأجر صباغا ليصبغ له ثوبا بدرهم أو درهمن، لم تصح التسمية، فكذا هذا، فإن طلقها قبل الدخول، فلها خمسمائة بالإجماع⁽⁵⁾؛ لأن الخمسمائة لها بحكم الإجماع عنده، كما في العشرة والعشرين، ولو تزوجها على ألف وكرامتها، فلها مهر مثلها لا ينقص غير الألف⁽⁶⁾؛ لأن الكرامة مجهولة الجنس والقدر، فكانت جهالته متفاحشة، فتوقعها في المنازعة

(1) الفتاوى الولوجية، عبدالرشيد الولوجي، 1: 335؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 30؛ وهو قول زفر، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 206؛ الاختيار، 3: 121.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 121.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 310؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 126.

(4) الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 18؛ النهر الفائق، ابن نجيم، 2: 247.

(5) الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 18.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 173؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 164؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 119.

فصار إلى مهر المثل ولا ينقص من الألف؛ لأنه واجب بيقين ولا جهالة فيه، وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الألف⁽¹⁾؛ لأن تسمية الألف صحيحة، وصحة التسمية تمنع وجوب المتعة، وتسمية الكرامة توجب المتعة، والمتعة لم تكن واجبة قبل الطلاق، فلا تجب بالشك، ولو تزوجها على ألفين إن كانت، أو على ألف إن لم يخرجها من البلدة، وعلى ألفين إن أخرجها؛ فالشرط الأول جائز، والثاني باطل⁽²⁾، فإن وافق فلها المسمى، وإن خالف فلها مهر مثلها لا مجاوز به ألفان ولا ينقص عن ألف؛ لأنها أبرأت زوجها عن الزيادة، والزوج رضي لها بألف مع سلامة المشروط لها، فمن غير سلامة المشروط لها أولى، وقال الشرطان جائزان، وقال زفر: الشرطان فاسدان⁽³⁾، وهذه فرع مالم قال للخياط: إن خيطته اليوم فلك درهم، وإن خيطته غدا فلك نصف درهم⁽⁴⁾، وسيأتيك في الإجازات، ثم فرق أبو حنيفة – رضي الله عنه – بين هذا وبين ما إذا تزوجها على ألف إن كانت قبيحة، وعلى ألفين إن كانت جميلة، فإن كانت جميلة فلها ألفان، وإن كانت قبيحة لها ألف⁽⁵⁾، والفرق بين أن هنا المخاطرة والمجاهلة وجدت في التسمية الثانية؛ لأنه لا يدري أن الزوج هل يفي بالشرط أم لا، وهناك لا مخاطرة في التسمية الثانية؛ لأن المرأة على صفة واحدة قبيحة أو جميلة، لكن الزوج لا يعرفها، وجهالته لا توجب الخطر، ولو تزوج امرأتين على ألف قسمت على مهر مثلهما⁽⁶⁾؛ لأن الألف لا تقابل بهما مقسم على قدر بضعيهما، كما لو اشترى عبيدين بألف تنقسم الألف على قدر قيمتهما؛ فإن طلقهما قبل الدخول، كان لهما نصف الألف على قدر مهريهما⁽⁷⁾؛ لأنه سقط بضعه بالطلاق، فقسم الباقي؛ فإن لم يصح نكاح إحداهما فكل الألف الأخرى عند أبي حنيفة وعندهما النصف⁽⁸⁾؛ لأنه جعل الألف مقابلا بهما، فتقضى الانقسام عليهما؛

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 173، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 164؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 119.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 214.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 186.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 285؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 214.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 214؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 352؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 119.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 311، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 189.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 169.

(8) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 311، نقلا عن المحيط الرضوي.

لأن من شرط صحة انقسام البذل أن يكونا محلين للعقد، وإن لم ينعقد العقد عليهما، كما لو خاطب امرأتين فأجابته إحداهما ولم تجبه الأخرى، جاز نكاح المجيبة بما يخصها، وهما محلان للنكاح؛ لأن محلية النكاح إنما تثبت بكونها أنثى من بنات آدم فقد وجد شرط الانقسام فينقسم.

له أن مطلق اللفظ يقتضي المقابلة لا غير، ثم الانقسام من ضرورات المزاحمة، ولا مزاحمة هنا، فإن من لم يصح نكاحها لا تزاحم الأخرى في العقد ومواجهه، والانقسام حكم عقد فيكون الكل للتي صح نكاحها، كما لو جمع بين امرأة وأبان بخلاف تلك المسألة؛ لأن غير المجيبة محل لنكاحه، وانعقد العقد عليها موقوفا على إجازتها، فثبت الانقسام لقيام العقد عليها ولو دخل لم يصح نكاحها، فلها مهر المثل عند أبي حنيفة وهو الصحيح؛ لأنه إذا لم يثبت الانقسام لم يصير مسميا للأخرى، فكأنه تزوجها ولم يسم لها مهرا، وعندهما لها الأقل من مهر مثلها ومما يخصها؛ صار مسمى لها.

[مسألة] النوادر: ولو تزوجها على هذه الأثواب العشرة فإذا هي أحد عشر؛ قال محمد: يعطيها عشرة منها أيها شاء، وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: إن كان مهر مثلها مثل أجود العشرة وزيادة، فلها أجود العشرة وعليه الفتوى⁽¹⁾؛ لأن هذا بمنزلة ما لو تزوجها على أحد هذين العبدتين، ولو وجد الثياب تسعة، قال محمد: لها تسعة وتمام مهر مثلها إن كان أكثر من قيمة التسعة⁽²⁾، وقال أبو حنيفة: لها التسعة لا غير⁽³⁾، فرق بين هذا وبين ما إذا زوجها على هذه الأثواب العشرة الهروية؛ فإذا هي تسعة، فلها تسعة ولها ثوب آخر هروي وسط بالإجماع⁽⁴⁾، والفرق أن في الصورة الأولى ذكر الثياب مطلقة، والثوب المطلق لا يجب مهرا إذا لم يكن مشارا إليه، والثوب العاشر لم يكن مشارا إليه؛ فلم يجب، وفي الصورة الثانية ذكر الثياب

(1) عيون المسائل، أبي الليث السمرقندي، 1: 82؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181، نقلا عن المحيط الرضوي والظهيرية.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181، نقلا عن الظهيرية.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 312.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 312؛ وينظر: شرح القدير، ابن الهمام، 3: 363.

موصوفة بكونها هروية، والثوب الموصوف يجب مهرا وإن لم يكن عينا، ولو تزوجها على أربعمئة دينار على أن يعطيها بكل مائة خادما بغير عينه فالشرط باطل ولها مهر مثلها لا تزداد على أربعمئة ولا تنقص عن أربعة خدام وسط⁽¹⁾، ولو كان الخدم بأعيانها فالشرط جائز ولها أربعة خدام وسط كأنه تزوجها على ذلك ولو تزوجها على ألف ومهر مثلها ألفان، فلها ألف⁽²⁾؛ لأنها قد رضيت بالألف، ونقصانها ليس من قبيل النقصان، وإن كان مهر مثلها أقل من عشرة، فلها عشرة⁽³⁾، ولو تزوجها على دينار وشيء، فلها دينار ونصف لا شيء؛ فإن كان مهر مثلها أقل من دينار، فلها دينار⁽⁴⁾؛ لأنه قد لفظ به وما زاد فهو مجهول، تزوج على خادم على أن يخدم الخادم الزوج ما عاش، فإن كان مهر مثلها مثل قيمة الخادم أو أكثر، فلها الخادم ولا خدمة عليه للزوج، وإن كان أقل من قيمة الخادم، فلها مهر مثلها، إلا أن يشاء الزوج أن يسلم لها الخادم بغير خدمة، ولو تزوجها على وزن هذا الحجر ذهباً ثم علم وزنه، فالخيار للزوج لا للمرأة⁽⁵⁾؛ لأن تملك المهر يستفاد من جهته كما في الشري.

[مسألة] الجامع: تزوج امرأة على ألف حالة أو إلى سنة، فعلى قياس قول أبي حنيفة – رضي الله عنه – لها ألف حالة، إن كان مهر مثلها ألف أو أكثر، وإن كان أقل من ألف فلها ألف إلى سنة⁽⁶⁾؛ لأن المعجل دون المؤجل في المالية؛ لأن الناس يعدون للنقد فضلا على النسيئة عادة، فصار كأنه تزوجها على ألف أو ألفين، فإن تزوجها على ألف حالة أو ألفين إلى سنة، ففي قياس قول أبي حنيفة إن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر، فلها أي المهرين شاءت⁽⁷⁾؛ لأنها مبرئة زوجها عن زيادة المقدار إن أرادت ألفا حالة، وغير دناءة الصفة وهي النقدية، وإن أرادت ألفا نسيئة وقد تعلق بكل واحد نوع منفعة ومضرة، فوجب التخيير، وإن كان أقل من الألف،

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 309، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 176.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 177، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(3) وهو قول محمد بن الحسن، ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 177، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 310، نقلا عن غاية السروجي.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 157، نقلا عن الذخيرة.

(6) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 104.

(7) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 104.

فلها أي المهرين شاء الزوج؛ لأن الزوج التزم إحدى نوعي الزيادة من مهر المثل، أما الزيادة من حيث المقدار أو الصفة وله في كل مال نوع منفعة؛ فتخير، وإن كان أقل من ألفين أو أكثر من ألف، فلها مهر مثلها **عند أبي حنيفة** – رضي الله عنه – **وعندهما** أي المهرين شاء الزوج لما مر (1).

[مسألة] الزيادات: ولو قال لامرأة: تزوجتك على حصة مهر مثلك من ألف، إذا قسمت على مهر مثلك ومهر فلانة؛ فقبلت، فلها مهر مثلها لا يزداد على ألف؛ لأن التسمية وقعت مجهولة؛ لأن الحصة لا تعرف إلا بالحزر والظن بعد التوزيع، فيجب مهر المثل، لكن لا تزداد على الألف؛ لأنها رضيت بالألف بيقين وبما دونها؛ لأن أصل الألف كان معلوما، فرضاها بالحصة من الألف يكون رضا ضرورة، ولو قال تزوجتك وفلانة على ألف فقبلت إحداهما، لها حصة الألف؛ لأن التسمية في العقد معلومة وهي الألف فصحت، وصحت التسمية تمنع وجوب مهر المثل، إلا أنه يعذر إيجاب البعض بعد صحة التسمية لرد إحداهما، فيجب البعض بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن التسمية لم تصح؛ لأنه ما سمي مالا معلوما نظيره لو اشترى عبدين بألف وهلك أحدهما قبل القبض أو استحق جاز في الآخر بحصته من الألف، ولو اشتراه ابتداء بما يخصه من الألف لم يجز، فكذا هذا.

باب التزويج على العتق والقصاص وطلاق الضرة

ولو جعل القصاص مهرا، وجب مهر المثل (2)؛ لأنه ذكر بدلا، والبدل مما يزول عن ملك الزوج، فكان هذا عفوا للحال؛ فصح، إلا أن القصاص لا يصلح صداقا؛ لأنه ليس بمال فوجب مهر المثل، وكذلك لو تزوجها على عتق ابنها أو طلاق فلانة، عتق وطلقت ولها مهر المثل (3)؛ لأن الطلاق والعتاق لا يصلح مهرا؛ لأنه ليس بمال، فخلا العقد عن تسمية المال، ويقعان بنفس النكاح؛ لأنه جعله بدلا لبضعها، وبدل البضع مما يزول عن ملك الزوج بنفس النكاح، ويصير ملكا للمرأة

(1) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 104.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 192.

(3) منع جمهور الفقهاء أن يكون العتق صداقا وأجازه الإمام أحمد وداود الظاهري، ينظر: الكافي، ابن عبد البر،

250؛ المهذب، الشيرازي، 2: 56؛ الإنصاف، المرادوي، 8: 101؛ النهر الفائق، ابن نجيم، 2: 232.

إذا كان يقبل التملك، بأن كان مالا، فإذا لم يقبل التملك زال عن ملك الزوج؛ لأنه أزاله، وله في هذا الزوال منفعة وفائدة، فإن تزوجها على عتق ابنها، صح مهرا؛ لأن صحة العتق عنها استدعي تقدم ملكها فيه، فصار الأب ملكا لها مهرا، ثم عتق عنها، ولو تزوجها على أن يعتق أباهما أو يطلق فلانة، فهو وعد؛ إن شاء وفى به، وإن شاء لم يف، ولها مهر المثل بكل حال⁽¹⁾؛ لأنه جعل البدل إيقاعا مضافا إليه بعد العقد، ولو وقع الطلاق والعتاق بنفس العقد، لا يكون الإيقاع مضافا إليه بعد العقد، ولا يجبر الزوج على الإيقاع؛ لأنه لا يصلح مهرا، فلم يصر مهرا، فلا يجب الإيقاع.

[مسألة] الزيادات: ولو تزوجها على عتق أخيها أو طلاق فلانة، صح النكاح بمهر المثل وعتق الأخ عن المعتق لا عنها⁽²⁾؛ لأنه لم يصف إليها، فيقع عنه حتى لو تزوجها على عتق أخيها عنها يقع العتق، ولا شيء لها من الصداق لما مر⁽³⁾، وطلقت فلانة رجعيًا؛ لأنه قوبل بالبضع، والبضع ليس بمُتَقَوِّمٍ؛ وإنما صار مُتَقَوِّمًا بالعقد لضرورة التملك، وما ثبت ضرورة لا يعدو موضع الضرورة، فلم يظهر تقوُّمه في حق الطلاق الواقع على الضرة، فبقي طلاقا بغير بدل فيكون رجعيًا.

[مسألة] ومن أعتق أمته على أن تتزوجه؛ فقبلت ثم أبت التزوج، عتقت لوجود قبول البدل، وإن لم يجب، ولا يصلح بدلا، كما لو أعتقها على خمر أو خنزير، وعليها قيمتها⁽⁴⁾؛ لأنها شرطت للمولى منفعة بمقابلة العتق، ولم تصل المنفعة إليه، فيجب عليها رد ما يقابلها، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل الرد؛ فيرد خلفه وهو السعاية، كما لو أعتقه على عبد فاستحقه إنسان، ولو أنها زوجت نفسها منه ولم يسم لها مهرا؛ جاز ولها مهر مثلها عندهما، وعند أبي يوسف عتقها صداقها؛ لأنه تزوجها على رقبتها، وقد سلم لها الرقبة، فصار كما لو جعل مهرها رقبة عبده.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 194.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 157؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 85.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 157؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 85.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 281؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 2: 34، نقلا عن: فتاوى قاضي خان.

لهما أن النكاح لم يشرع إلا بمال يستحق به، والرقبة لم تسلم لها بالنكاح؛ بل بالعتق، والعتق وجد قبل النكاح، فلا بد من مال يستحق بالنكاح، ولو قال لها: تزوجتك على أن أعتقك، لم يصح⁽¹⁾؛ لأن النكاح منجز والعتق موعود، فالنكاح بها وهي مملوكة له؛ فبطل، وكذا لو قال: عتقتك على أن أتزوج نفسك مني، أو أتزوجك على عتقك؛ فقبلت ذلك، لم يصح⁽²⁾؛ لأن النكاح يقارن العتق، والعتق يصادفها وهي أمة، فكذا النكاح، ولا يمكن تقديم العتق على النكاح؛ لأن كلاهما مذكوران على سبيل العوض والمعوض، فلا يمكن أن يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا؛ لأنه إذا سبقه كان ثبوته بغير عوض، وإذا لا يجوز، وكذا إذا قال مولى الأمة المنكوحة للزوج طلقها على أن أزوجك أمتي الأخرى، ففعل طلقت رجعية، ولا شيء له إن لم تزوج⁽³⁾؛ لأن البضع عند خروجه عن ملك الزوج لا قيمة له، فإن تقومه لضرورة تملكه والطلاق إسقاط الملك والساقط مُتلاش، فلا يتقوم في هذه الحالة؛ ألا ترى أن الأب لو خلع ابنته الصغيرة بمالها؛ لم يجز، والمریضة لو اختلعت بمال تعتبر خروجه من الثلث، فإذا لم يكن متقوما لا تجب قيمته عند عدم الوفاء بالشرط، فأما البضع عند دخوله في ملك الزوج متقوم، ورقبة العبد في العتق مال متقوم، ألا ترى لو أعتق عبده على خمر يلزمه قيمة نفسه، ولو تزوج امرأة على خمر، وجب مهر مثلها⁽⁴⁾، فإذا لم يوجد الوفاء بالشرط وجبت التسمية، ولو طلقها على خمر، لم يلزمها شيء⁽⁵⁾.

ج هـ

اللوحة
279

باب عقد يشتمل على النكاح والبيع والطلاق

[مسألة] ولو تزوجها على ألف على أن ترد المرأة عليه عبدا، صح النكاح والبيع⁽⁶⁾، وقال الشافعي: لا يصح البيع، والصحيح قولنا؛ لأن هذا البيع خلا عن الشرط؛ لأن البيع مشروط في النكاح، فأما النكاح غير مشروط في البيع؛ لأن كلمة

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 83.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 83.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 172.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 6: 49.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 347.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 159.

(على) دخلت على النكاح لا على البيع؛ لأنه غير مذكور صريحا، والنكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة، فصح النكاح وصح البيع، وثبت ضمنا للنكاح تبعا له، كالبيع الذي يثبت في ضمن العتق يصح مع فقد إيجاب البيع والقبول، ولو تزوجها على أبيها وقيمته ألف على أن ترد المرأة أمة قيمتها ألفان؛ صح وعتق الأب، قبضت الأب أو لم تقبضه⁽¹⁾؛ لأنها ملكت الأب بعضه صداقاً وبعضه ثمناً؛ لأن الزوج جعل الأب بإزاء بعضها وبإزاء الأمة، فيقسم الأب على قيمة البضع وقيمة الأمة، كما لو تزوج امرأتين على ألف قسمت الألف على مهر مثلها، فكان ذلك عقداً مشتملا على معنى البيع والنكاح، والنكاح صحيح مع اشتراط البيع فيه، كما يصح مع سائر الشروط التي لا تلامه، فإن طلقها قبل الدخول تقسم قيمة الأب على مهر مثلها وقيمة الأمة، فما أصاب الأمة لها خاصة، وما أصاب مهر المثل ترد نصفه؛ لأنه مهر، ولو تزوجها على ألف على أن ترد عليه ألفا فلها مهر مثلها⁽²⁾؛ لأن الدراهم قوبلت بجنسها فاقتضى المماثلة احترازاً عن الربا، فصار الألف بإزاء الألف، فبقي عقد النكاح خالياً عن المهر، فوجب مهر المثل، ولو تزوجها على ألف على أن ترد عليه مائة دينار؛ فإن تقابضا الألف والمائة، جاز⁽³⁾؛ لأن الربا لا يجري بينهما ويقسم الألف على قيمة البضع وعلى المائة دينار؛ لأنه ذكر الألف صداقاً وعضواً عن الدينير، فانقسم عليها، فالدينير كلها وما بقي لها من الدراهم صرف، فيعتبر التقابض في ذلك، وما يقابل البضع فليس بصرف؛ فإن طلقها قبل الدخول، ردت نصف ما قابل البضع؛ لأنه مهر، ولو تزوجها على ألف وأن يطلق ضررتها على أن ترد المرأة عليه عبداً ثم طلقها؛ اعلم بأن هذه عقود ثلاثة: نكاح، وبيع، وطلاق بجعل، فانقسم ما في جانبه وهو الألف وطلاق الضرّة، على ما في جانبها وهو البضع والعبد، فصار نصف الألف بإزاء العبد، فيكون خلعا، ونصفه بإزاء البضع فلا يصير مهرا⁽⁴⁾؛ لأنه ليس بمال، ولكن يعتبر حقا للمرأة؛ لأنها تنتفع بهذا الشرط،

(1) المبسوط، السرخسي، 5: 159.

(2) المبسوط، السرخسي، 5: 160؛ الجوهرة النيرة، 2: 20؛ النهر الفائق، ابن نجيم، 2: 232.

(3) المبسوط، السرخسي، 5: 160؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 202؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 324.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 307، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 161.

فإن الفراش يخلص لها متى طلق فلانة، والشرط يعتبر حقا للمشروط له إذا كان له فيه منفعة وفائدة، وإن لم يصر عوضا عما قالوا، كمن أعتق أمته على [أن]⁽¹⁾ تزوج نفسها منه؛ فأبى التزويج يلزمها رد قيمتها، وكذا المرأة إذا وجب عليها القصاص فعفا من له القصاص عنها على أن تزوج نفسها منه؛ فأبى التزويج، يلزمها الدية، فإذا طلقها؛ فلا يخلو إما أن يطلقها قبل الدخول أو بعده، وكل وجه لا يخلو إما أن يطلق الزوج الضرة أو لم يطلق؛ فإن طلقها قبل الدخول ولم يطلق الضرة فقيمة العبد ومهر المثل سواء، ترد على الزوج مائتين وخمسين وله نصف العبد⁽²⁾؛ لأنه جعل مهرها خمسمائة ونصف الطلاق، والطلاق لا يصلح مهرا؛ فبقي خمسمائة مهرها، فترد نصفها وله نصف العبد؛ لأن نصفه صار بيعا بخمسمائة، وقد سلم للمرأة ثمنه، فسلم للزوج نصفه ولها نصف العبد؛ لأن نصفه كان في مقابلة نصف الطلاق، فيكون بدل الخلع؛ فإذا لم يف به، عاد إليها نصف العبد، فإن طلق الضرة والمسألة بحالها، فللزوج مائتان وخمسون وكل العبد⁽³⁾؛ لأن نصف العبد في مقابلة خمسمائة، ونصفه في مقابلة طلاق الضرة، وقد وفى الزوج به، فيكون العبد كله له، وإن طلقها بعد الدخول وطلق الضرة، فالألف لها والعبد له⁽⁴⁾؛ لأن العبد صار نصفه مقابلا بالطلاق؛ لأن المال يصلح بدلا عن الطلاق، ونصفه بمقابلة خمسمائة بيعا، وقد سلم كلاهما للمرأة، فيسلم الزوج بدلها وإن لم يطلق الضرة، فلها مهر مثلها⁽⁵⁾؛ لأن الزوج شرط لها خمسمائة ومنفعة خلوص الفراش، وهذا يعتبر حقا لها وإن لم يصلح مهرا، فإذا لم تحصل لها تلك المنفعة وليس لها قيمة معلومة، تجب قيمة بضعها وهو مهر المثل، وكل طلاق وجد بمال فهو بائن، وطلاق الضرة بمال فيكون بائنا، فإن استحق العبد وقد طلق الزوج الضرة، يرجع عليها بخمسمائة حصة العبد من الألف وبنصف قيمته⁽⁶⁾؛ لأن نصف العبد بيع بنصف الألف، فإذا استحق، رجع بقيمته كما لو خالع على عبد فاستحق يرجع بقيمته، كما لو خالع على عبد

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 307.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 307.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 307.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 307.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 307.

فاستحق، يرجع بقيمته، وإن استحق الألف ولم يطلق الضررة، رجع بخمسائة التي كانت ثمن العبد، ولا يرجع بنصف قيمة العبد⁽¹⁾؛ لأن الطلاق لم يسلم لفلانة، فلا يكون عليه بدل الخلع.

[مسألة] النوادر: ولو قال لامرأة أتزوجك على أن تعطيني عبدك هذا؛ فقبلت، جاز النكاح بمهر المثل، ولا شيء له من العبد⁽²⁾؛ لأن هذا شرط فاسد، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، وذكر في **أجناس الناطفي**⁽³⁾ : لو تزوجها على أن تدفع المرأة هذا العبد إليه، يقسم مهر مثلها على قيمة العبد وعلى مهر مثلها⁽⁴⁾؛ لأن المرأة بدلت البضع والعبد بإزاء مهر مثلها، والبذل ينقسم على قدر قيمة المبدل؛ فما أصاب قيمة العبد، فالبيع فيه فاسد؛ لأنها باعته بشيء مجهول، والباقي يصير مهرا، ولو قال لمطلقة: لا أتزوجك حتى تهبيني مالك؛ فوهبته مهرها على أن يتزوجها، لم يسقط المهر عنه، تزوجها أو لم يتزوجها⁽⁵⁾؛ لأنها جعلت المال عوضا عن التزوج ولا يصلح أن يكون العوض في النكاح عليها.

وعن أبي يوسف رجل قال لرجل: أعتق أمتك عني و زوجنيها على ألف؛ ففعل، ثم أبت المرأة أن تزوج نفسها منه، قال: يقسم الألف على قيمة الجارية وعلى مهر مثلها، فما أصاب المهر يبطل، وما أصاب القيمة أخذه⁽⁶⁾، وإن زوجت نفسها منه أخذ المال كله، ولو قال: أعتقها وزوجها مني بالفعل؛ فأبت أن تزوجه، فلا شيء عليه؛ لأنه مالم يقل عني وقع العتق عن المعتق، حتى صار الولاء له، فلا يجب عليه بمقابلته شيء، وفي الأول وقع العتق عن الأمر، فصار بمقابلته حصته من المسمى، والله أعلم.

- (1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 307.
(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 88، نقلا عن واقعات الناطفي؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 353؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 157.
(3) كتاب في الفقه الحنفي لأبي العباس الناطفي صاحب الواقعات الذي سبقت ترجمته، ينظر: كشف الظنون، حاجي خليفة، 1: 11.
(4) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 88، نقلا عن فتاوى أبي الليث السمرقندي.
(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 161، نقلا عن الخلاصة؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 398، نقلا عن فتاوى قاضي خان.
(6) ينظر: الهداية، المرغيناني، 2: 66، 67؛ تبیین الحقائق، الزيلعي، 3: 96؛ البناية، العيني، 6: 85؛ العناية، البابر تي، 5: 17.

باب نكاح الشغار

وصورته: رجل زوج ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، على أن يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى؛ جاز النكاح، وبطل الشرط، ووجب مهر المثل⁽¹⁾ ، وقال الشافعي: لا يجوز النكاح⁽²⁾؛ لأنه — عليه السلام — (نهى عن نكاح الشغار)⁽³⁾ .

لنا أنه نكاح بلا مهر؛ لأنه جعل البضع صداقا، والبضع لا يصلح صداقا، فصار كما لو تزوجها على خمر، والنهي عن نكاح الشغار، نهى عن النكاح الخالي عن المهر؛ لأن الشغار عبارة عن الخلو، يقال: بلدة شاغرة أي خالية⁽⁴⁾ ، وبه نقول أن النكاح لا يخلو عن المهر؛ فكان هذا نهيا عن استحلال البضع بغير مهر، كما يفعله العرب في الجاهلية، وعندنا لا يستحل الفرج بدون مهر، ولو لم يقولوا على أن يكون بضع كل واحدة صداقا للأخرى جاز النكاح بالإجماع، فلا يكون شغارا.

[مسألة] ولو زوج بنته من رجل على أن يكون نصفها لفلان فلا رواية فيها، وقيل: بأنه يجوز هذا النكاح؛ لأنه ملك جميع البضع من واحد ثم شرط أن يكون النصف لغيره فصح التملك وبطل الشرط بخلاف ما لو زوجها من رجلين؛ لأن التملك حصل من اثنين وقيل لا يجوز؛ لأن هذا اشتراك صورة ومعنى في الابتداء؛ لأن الكلام واحد ينتظمه والاشتراك حقيقة يوجب فساد النكاح.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 190؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 278؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 338؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 167.

(2) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 77؛ اللباب، المحاملي، 288؛ الحاوي، الماوردي، 9: 324؛ المهذب، الشيرازي، 2: 64؛ الوسيط، الغزالي، 5: 48؛ روضة الطالبين، 7: 41 .

وقد اختلف الفقهاء في حكم الشغار على رأيين:
الأول: وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والأصح عند الحنابلة ويرون أن نكاح الشغار باطل ويفسخ بدون أن تترتب عليه آثاره.
الثاني: وهو قول الحنفية والرواية الأخرى عند الحنابلة ويرون أن الشغار جائز يمضي العقد ولكل واحدة مهر مثلها.

ينظر: الأم، الشافعي، 5: 77؛ الاستذكار، ابن عبد البر، 5: 465؛ المبسوط، السرخسي، 5: 190؛ الإنصاف، المرادوي، 8: 159.

(3) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب نكاح الشغار، 749، رقم: 5112.

(4) لسان العرب، ابن منظور، 4: 2283، مادة (ش غ ر).

[مسألة] ولو زوج ابنته على مهر مسمى، على أن يزوجه الآخر ابنته على مهر مسمى؛ جاز، ولكل واحدة ما سمي لها⁽¹⁾؛ لأن المسمى يصلح مهراً، فلا يكون شغراً؛ فإن لم يزوجه الآخر، فللمزوجة تمام مهر مثلها؛ لأنه شرط لها مع المسمى منفعة مقصودة؛ لأنها تنتفع بإيصال منفعة إلى ذي رحم محرم منها، فما شرط لأبيها من المنفعة يكون كالمشروط لها معنى ولم يحصل لها هذه المنفعة فيلزمها قيمة بضعها كما لو تزوجها على ألف على أن يطلق ضررتها فلم يف بالشرط يكمل لها مهر مثلها وكذلك في تزويج الأختين إذا زوج أحدهما أخته من الآخر ولم يزوج الآخر أخته منه فللمزوجة تمام مهر مثلها ذكره محمد في الزيادات؛ لأنها تنتفع بما لأختها من المنفعة فصار المشروط لأختها مشروطاً لها من وجه، والمنفعة وإن قلت؛ كفى ذلك لاعتبار الشرط، بخلاف الأختين؛ لأنه لا منفعة للأجنبية بوجه ما في مال الأجنبي وحقوقه، فلا يكون المشروط للأجنبي مشروطاً لها، ولو تزوجها على مسمى، وشرط عليه منفعة لأجنبي، لا يجب إلا المسمى؛ لأنها ليست بمنفعة مقصودة لأحد المتعاقدين والله أعلم.

باب المرأة تجد المهر على خلاف المسمى

ولو تزوجها على عبد بعينه فإذا هو حر، وعلى شاة ذكّية⁽²⁾، فإذا هي ميتة؛ فلها مهر مثلها⁽³⁾ عندهما، وعند أبي يوسف لها قيمة عبد مثله، ولو تزوجها على دن خل، فإذا هو خمر؛ فلها مهر المثل عند أبي حنيفة، وعنهما لها مثل ذلك الدن⁽⁴⁾ من الخل، والوسط، ومثل تلك الشاة الذكّية⁽⁵⁾، بناء على أصل مر في البيوع؛ وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا، فإن كان المشار إليه من جنس المسمى، فالعبرة للإشارة، وإن كان من خلاف جنس المسمى، فالعبرة للتسمية، فأبو

ج هـ
اللوحة
280

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 194؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 167.
(2) بمعنى شاة مذكرة أي مذبوحة، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 14: 287، مادة (ذ ك ي).
(3) ينظر: الجامع الصغير وشرحه، محمد بن الحسن، 179؛ المبسوط، السرخسي، 5: 194؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 279؛ الهداية، المرغيناني، 1: 210؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 359.
(4) الدن: وعاء ضخم للخمر ونحوه، المعجم الوسيط، باب الدال، إبراهيم مصطفى وآخرون، 299.
(5) ينظر: الجامع الصغير وشرحه، محمد بن الحسن، 179، 180؛ المبسوط، السرخسي، 5: 194؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 279؛ الهداية، المرغيناني، 1: 210؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 208؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 118.

يوسف يقول: الحر والعبد جنسان مختلفان؛ لأن العبد مال والحر لا⁽¹⁾، والمال خلق لغير ما خلق له الأدمي، وكذا ما يطلب من الحي من المنافع لا يوجد من الميت أصلاً، وكذا الخل والخمر جنسان⁽²⁾؛ لأن وصف المرارة يغير الاسم ومعظم المنافع، والمطلوب من الخمر بأصل التخليق معنى الإطراب، وذلك لا يوجد في الخل؛ فكانت العبرة للتسمية، فصار كما لو سمي عبداً وعجز عن تسليمه، يلزمه قيمته، وأبو حنيفة – رضي الله عنه – يقول: الجنس متحد⁽³⁾؛ لأن الحرية والعبودية والحموضة والمرارة وصفان يتعاقدان على ذات واحدة، فإن الذات والمعاني المطلوبة بأصل التخليق قائمة لم تتعدم بحادث الرق؛ وإنما حدث فيه وصف زائد، فإن الحر يسبى فيصير رقيقاً، والرقيق يعتق فيصير حراً، والذات واحد، فكذا ذات الخمر قائم بعد التخلل؛ وإنما تبدل وصف المرارة بالحموضة، والذات الواحد لا يصلح أن يكون جنسين مختلفين، كالصغر مع الكبر، والسواد مع البياض، صنفان مختلفان، ولم يكن الجنس مختلفاً لاتحاد الذات؛ لأنه لا بد للجنسين من صورتين؛ فكانا نوعين لاجنسين، فكانت العبرة للإشارة، فزوجها على حر وخمر، فيجب مهر المثل.

[مسألة] النوادر: ولو تزوج على هذين العبدين، أو على دنين من خل؛ فإذا أحدهما حر أو خمر، فلها العبد والخل الباقي لا غير عند أبي حنيفة – رضي الله عنه⁽⁴⁾ –؛ لأنه لغة التسمية في حق الحر والخمر، وصحت في حق العبد والخل، ووجوب المسمى وإن قل، يمنع وجوب مهر المثل، إذ هما لا يجتمعان، وقال أبو يوسف: لها العبد وقيمة الحر لو كان عبداً⁽⁵⁾؛ لأنه أطمعها سلامة العبدين، وقد عجز عن تسليم أحدهما فتلزمه قيمته، وقال محمد: وهو رواية عن أبي حنيفة لها العبد والخل، ويكمل مهر مثلها إن كان أكثر⁽⁶⁾؛ لأنه لو كانا حرين وجب مهر المثل، فكذا

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 209.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 209.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 209.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 311، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 180؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 280؛ الهداية، المرغيناني، 1: 210؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 361.

(5) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 180؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 279؛ الهداية، المرغيناني، 1: 210؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 118؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 178.

(6) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 180؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 118؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 180.

إذا كان أحدهما حراً؛ وجب العبد، ويبلغ تمام مهر المثل ولو سمي حراماً وأشار إلى حلال فلها المشار إليه في ظاهر قول أبي حنيفة – رضي الله عنهما – أنه يجب مهر المثل⁽¹⁾؛ لأنه قد هزل بالتسمية فسقط حكمها، ولو تزوجها على هذا الدن من الخمر وقيمة الظرف عشرة دراهم، فعن محمد فيه روايتان: في رواية يجب لها الدن لا غير؛ لأنه صار كما لو جمع بين الخل والخمر، وفي رواية لها مهر المثل⁽²⁾؛ لأن المقصود بالعقد هو المظروف دون الظرف، وقد بلغت التسمية فيه، فتلغوا في الظرف الذي هو تابع له، ولو تزوجها على عصير بعينه فتخمر قبل القبض؛ روي عن أبي يوسف لها عصير مثله إن قدر عليه وإن عجز، فقيمته⁽³⁾.

باب المرأة تمنع نفسها بمهرها

وللمرأة أن تأخذ المهر أولاً، ثم تسلم نفسها إليه⁽⁴⁾؛ لأن النكاح عقد معاوضة، فيقتضي السوية والمعادلة، وحق الزوج قد تعين بنفس المناكحة في منافع بضعها، فوجب عليه تعيين حقها في بدلها، تحقيقاً للمعادلة؛ وإنما يتعين حقها بإحضار المهر، فيؤمر بإحضاره كما في البيع، فإن كان الصداق عنياً، فإنهما يتقابضان كما في بيع المقابضة، ولها أن تمنع نفسها من الزوج، وتساقر، وتخرج في حوائجها، وزيارة أهلها بغير إذن الزوج، حتى يوفىها جميع المهر⁽⁵⁾؛ لأنها غير محبوسة بحق الزوج؛ لأن تسليم النفس بمقابلة تسليم المهر، فإن أوفاهها المهر، فليس لها ذلك إلا بإذنه؛ لأنها صارت محبوسة بحقه، وليس للزوج أن يمنع أبوي المرأة من الدخول عليها

(1) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 209.

(2) المبسوط، السرخسي، 5: 163؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 280؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 203؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 180.

وقد اختلف العلماء في حكم اعتبار المهر الفاسد في عقد النكاح على رأيين:

الأول: وهو ما ذهب إليه الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية في رواية والحنابلة في رواية ويرون أن العقد إذا عقد بمهر فاسد فإن النكاح يجاز وللمرأة مهر المثل.

الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية في رواية أخرى، والحنابلة في الأقوى عندهم ويرون أن النكاح بمهر فاسد باطلٌ يفسخ قبل الدخول وبعده.

ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 5: 477؛ الكافي، ابن عبد البر، 2: 551؛ الحاوي، الماوردي، 9: 979؛ التلقين، عبدالوهاب البغدادي، 1: 289؛ الكافي، ابن قدامة المقدسي، 2: 39.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 312، نقلاً عن المحيط الرضوي.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 288.

(5) ينظر: الهداية، المرغيناني، 1: 211؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 222.

للزيارة في كل جمعة⁽¹⁾؛ لأن الزيارة في كل جمعة هي الزيارة المعتادة، وله أن يمنعها من الكينونة معهما؛ لأنه ربما يتكلم معها على ما هو مرادها وهوها، فيكون أنشأ للفتنة بينهما، وغير الأبوين من المحارم لا يمنع في كل سنة مرة، ولو أرادت هي الخروج إلى زيارة الأبوين أو المحارم فهو على هذا⁽²⁾، ولو دخل برضاها فلها أن تمتنع، ولها النفقة، وليس له أن يسافر بها حتى يوفيه المهر⁽³⁾، وعند أبي حنيفة — رضي الله عنه — ليس لها أن تمتنع⁽⁴⁾؛ لأن المعقود عليه قد صار كله مسلماً برضاها، بدليل أنه يتأكد به المهر، فلا يكون لها حق الاسترجاع، كالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن؛ ليس له حق الاسترجاع، فكذا هذا.

لأبي حنيفة — رضي الله عنه —: أن المهر مقابل الوطىء في جميع العمر؛ لأن كل وطىء تصرف في البضع المحترم، فلا يجوز إخلاؤه عن العوض، فما بقي شيء من المبدل كان لها حق حبس الباقي؛ لاستيفاء البذل، كالبائع إذا سلم بعض المبيع، فله حق حبس الباقي؛ لاستيفاء الثمن إلا في حق تأكد المهر، أقيم وطؤ واحد مقام الكل؛ لتعذر توزيع البذل على ما استوفى وعلى ما بقي، ولا حاجة إلى التوزيع في حق سقوط الحبس؛ لأنه متعلق باستيفاء كل البذل، ولو دخل بها كارهة، أو هي صغيرة، أو مجنونة، فلها ذلك بالإجماع⁽⁵⁾، قال أبو القاسم الصفار البلخي⁽⁶⁾: لا يملك الزوج أن يسافر بها في زماننا هذا وإن أوفى صداقها وهو المختار لشيخنا؛ لأن الناس فسدوا في زماننا، فالمرأة متى كانت فيما بين عشيرتها، فالزوج لا يمكنه أن يظلمها، وفي بلدة أخرى يظلمها، وهي لا تقدر أن تستغيث بأحد، ولا كذلك لو أخرجها من بلدة إلى قرية أو من قرية إلى بلدة؛ لأن ذلك ليس بسفر.

(1) وهو ما عليه الفتوى عند الحنفية ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 222، نقلاً عن فتاوى أبي الليث.
(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 223؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 8.
(3) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 5؛ العناية، البابر، 5: 34؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 189.
(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 223؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 4: 329.
(5) ينظر: وهو قول الإمام أبي حنيفة، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 6: 13؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 177.

(6) أبو القاسم الصفار هو: أبو القاسم الصفار البلخي، فقيه حنفي، من بيت علماء، توفي 363 هـ رحمه الله، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 2: 263.

[مسألة] النوادر: ولو كان المهر مؤجلاً، قال محمد: ليس لها أن تمنع نفسها⁽¹⁾؛ لأنها بالتأجيل رضيت بتأخير حقها في المطالبة بالمهر، فلا يسقط حق الزوج في الاستمتاع بها للحال بدون رضاه، كما في البيع، وقال أبو يوسف: لها أن تمنع نفسها⁽²⁾؛ لأن حق الاستمتاع للزوج بمقابلة تسليم المهر، فمتى طلب تأجيل المهر، فقد رضي بتأخير حقه في الاستمتاع، ففي عرفنا وديارنا البعض معجل ويسمى: دست بيمان⁽³⁾ والبعض مؤجل ويسمى: كابين [برني]⁽⁴⁾، والمعروف كالمشروط، فإذا أدى المعجل فله أن يبني بها؛ لأن الدخول عند أداء المعجل مشروط عرفاً، فصار كما لو كان مشروطاً نصاً، ولا يشترط إحضار المرأة لاستيفاء الأب مهر ابنته⁽⁵⁾، وعند أبي يوسف وزفر يشترط⁽⁶⁾؛ لأن النكاح عقد معاوضة كالبيع، وثمة يشترط إحضار المبيع لقبض الثمن؛ فكذا هذا.

لهما أن العادة جرت أن تسليم المرأة يتأخر عن قبض صداقها زماناً، فإن العادة أن الزوج يوفي الصداق إلى الولي، والولي يجهزها به، ثم يبعث بها إلى بيته، فلما علم الزوج بهذه العادة كان راضياً بتعجيل الصداق وتأخير تسليمها، ولا كذلك في البيع ولو طالب الزوج الأب بتسليم المرأة، فإن كانت في منزله فعليه تسليمها إليه، وإن لم يكن ولا يقدر على تسليمها، فليس له قبض الصداق⁽⁷⁾، وإن كانت في منزله ولكن اتهمه الزوج في تسليمها، فالقاضي يأمر الأب بأن يعطيه كفيلاً بالمهر، ويأمر الزوج بدفع المهر إليه⁽⁸⁾؛ ليعتدل النظر من الجانبين، ولو كانت الخصومة في المهر بالكوفة⁽⁹⁾ والبنت بالبصرة⁽¹⁾، لا يكلف الأب بنقل البنت إلى الكوفة، ولكن

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 288.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 288.

(3) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 222؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 5: 292.

(4) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 222، وما بين المعقوفتين زيادة ذكرها صاحب المحيط البرهاني؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 5: 292.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 189؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 318.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 189، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 318، نقلاً عن المحيط الرضوي.

(7) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 318.

(8) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 318.

(9) تقع مدينة الكوفة على نهر الفرات بالعراق وقد بناها سعد بن أبي وقاص بعد الفتح الإسلامي للعراق عام 16 و قبل 17 هـ، وكانت مقراً لخلافة سيدنا علي - رضي الله عنه - وهي أول عاصمة إسلامية كانت للحكومة خارج المدينة المنورة، وثاني مدينة أنشئت بعد البصرة، وخرج منها علماء أكثر من أشهرهم الإمام أبوحنيفة والكسائي، ينظر: الموسوعة الجغرافية، مصطفى أحمد، 4: 153؛ موسوعة المدن العربية والإسلامية، يحيى

يقال للزوج: ادفع المهر إلى الأب واخرج معه إلى البصرة، وتأخذ المرأة هناك⁽²⁾؛ لأن إحضارها ليس بشرط لتوجه المطالبة على الزوج بتسليم المهر لما بينا، ولو وجدت المرأة المهر المقبوض موفى، أو استوفى، أو اشترت منه بالمهر شيئاً، فاستحق المبيع بعد القبض؛ فليس لها أن تمنع نفسها عند أبي يوسف؛ لأن عنده لو سلمت نفسها من غير قبض لم يكن لها حق المنع، فكذا هذا، وليس هذا كالبيع⁽³⁾.

باب هلاك المهر في يد الزوج واستحقاقه

[مسألة] ولو تزوجها على عين فهلكت في يد الزوج أو استحققت، فعليه قيمتها⁽⁴⁾؛ لأن النكاح لا يفسخ بهلاك الصداق واستحقاقه، فبقي السبب الموجب لتسليم المهر، فبقي التسليم واجبا عليه، وكذلك لو وهبه من الزوج يرجع عليه بقيمته⁽⁵⁾، ولو استحق نصف الدار الممهورة، أخذت الباقي ونصف القيمة، وإن شأنت كل القيمة⁽⁶⁾؛ لأن الشركة في الدار عيب فاحش، فإن طلقها قبل الدخول، فليس لها إلا النصف الباقي⁽⁷⁾؛ لأن تسمية الدار صداقاً مع الاستحقاق صحيحة لما بينا، فكان حقها في النصف المسمى وأنه باق، ولو أخذت بالمهر رهناً فهلك، فلا يخلو؛ إما أن يسمى لها مهراً، أو لم يسم، وكل وجه لا يخلو؛ إما أن يطلقها قبل الدخول أو بعده، ولا يخلو؛ إما أن يهلك الرهن قبل الطلاق أو بعده، أما إذا سمى لها مهراً ودخل بها، ثم هلك الرهن قبل الطلاق أو بعده؛ فلا شيء لأحدهما على الآخر، إن كانت قيمة الرهن مثل المسمى أو أكثر؛ لأنها بهلاك الرهن صارت مستوفية للمسمى بتمامه

= شامي، 80 - 81.

(1) هي ثاني أكبر المدن العراقية بعد العاصمة بغداد، افتتحها المسلمون زمن سيدنا عمر بن الخطاب، ينظر:

موسوعة المدن العربية والإسلامية، يحيى شامي، 70.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 318.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 192.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 316.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 316، نقلاً عن الظهيرية.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 316.

(7) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 316.

حكماً؛ لأن الرهن بقدر الدين صار مضموناً عليها، والزيادة على الدين أمانة عندها، فلا يضمن بهلاك الأمانة، وإن كان قيمة الرهن أقل من المسمى، رجعت على الزوج بتمام المسمى؛ لأنها ما استوفت بعض صداقها؛ لأن الرهن مضمون بقدر قيمته، فتأخذ الفضل عليه، وأما إذا طلقها قبل الدخول بها، فإن هلك الرهن قبل الطلاق وقيمته مثل المسمى أو أكثر؛ رجع الزوج عليها بنصف المسمى؛ لأنها بهلاك الرهن صارت مستوفية كل صداقها، فيلزمها رد نصفه بالطلاق قبل الدخول، وإن كان قيمة الرهن أقل من المسمى، فإن كان بمثل نصف المسمى فلا شيء لواحد على صاحبه؛ لأنها استوفت قدر حقها وزيادة، فترد الزيادة؛ فأما إذا هلك الرهن بعد الطلاق وقيمته مثل المسمى أو أكثر، فلا شيء لواحد على صاحبه، وعند زفر: يرجع الزوج عليها بنصف المسمى، بناء على أن الرهن متى رئي عن الدين من غير أداء يصير الرهن أمانة عند المرتهن **عندنا**، وعنده يبقى مضموناً عليه، وهنا الزوج بريء عن نصف المسمى من غير أداء، فيبرأ المرتهن عن ضمان النصف، فصار كأن الرهن حصل بنصف المسمى، وعنده لما هي مضموناً عليها بجميع المسمى فإذا هلك الرهن صارت مستوفية بجميع المسمى فيرجع الزوج عليها بنصفه وإن كانت قيمة الرهن مثل نصف المسمى أو أكثر فلا شيء لواحد على صاحبه، وعند زفر رجع عليها بما زاد على النصف، **وعندنا** تبرأ، وهذا كله إذا سمي لها مهراً، فأما إذا لم يسم لها مهراً وطلقها بعد الدخول بها فإن هلك الرهن قبل الطلاق ينظر إن كان مهر مثلها مثل قيمة الرهن أو أقل فلا شيء لأحدهما على الآخر لما عرف أن الزيادة أمانة في حقها، وإن كان أكثر من المرهون أخذت الفضل؛ لأنها ما استوفت بعض صداقها، وإن طلقها قبل الدخول بعد الهلاك ترد مهر المثل إلا قدر المتعة؛ لأنها بهلاك الرهن قبل الطلاق صارت مستوفية لجميع مهر المثل فصارت كما لو استوفت حقيقة قدر مهر المثل ثم طلقها الزوج قبل الدخول، ترد إلا قدر المتعة؛ فكذا ذلك هذا، وإن كان قيمة الرهن مثل المتعة، فلا شيء لأحدهما على الآخر؛ لأنها استوفت قدر المتعة من مهر المثل، وإن كان أقل من المتعة، رجعت على الزوج بتمام قدر المتعة، وإن كان أكثر من قدر المتعة، رجع الزوج بالزيادة لما عرف، فإن كان الرهن هلك بعد الطلاق، فلا ضمان عليها ولا متعة لها عند محمد

استحساناً، وعند أبي يوسف أحر لها المتعة قياساً، بناء على أن الرهن بمهر المثل رهن بالمتعة أيضاً عند محمد؛ لأن المتعة تجب خلفاً عن مهر المثل؛ لأن مهر المثل يجب بنفس العقد كالمسمى، وما وجب عوضاً عن البضع لا يجوز أن يسقط كله بالطلاق قبل الدخول؛ فهذه الضرورة أعطى للمتعة حكم مهر المثل، ليكون نصف المهر قائماً بقيام خلفه، وإذا صار الرهن بمهر المثل رهناً بالمتعة صارت مستوفية لها بهلاك الرهن، وعند أبي يوسف الرهن به لا يكون رهناً بالمتعة؛ لأنهما دينان مختلفان؛ لأن مهر المثل دراهم ودنانير، والمتعة ثياب، ولهذا الكفيل بمهر المثل لا يصير كفيلاً بالمتعة، فالرهن بأحدهما لا يكون رهناً بالآخر، فلا تصير مستوفية المتعة، ولو طلقها قبل الدخول والمهر مقبوض، فأعتقه الزوج قبل ما قضى القاضي بنصفه له، لا يصح؛ لأنه حين أعتق لم يكن له فيه ملك ولا انعقد سبب الملك له فيه، ولو أعتقه بعد القضاء قبل الاسترداد يصح؛ لأنه أعاد النصف إلى ملكه، فصار مشتركاً بينهما، ولو أعتقته المرأة، ينفذ؛ وعليها نصف القيمة للزوج، معسرة كانت أو موسرة؛ لأنه ليس بضمان إعتاق؛ بل ضمان عجز عن تسليم ما وجب تسليمه؛ لأنه بالطلاق وجب عليها رد النصف إلى الزوج، فإذا عجزت بالإعتاق، يلزمها قيمته بالسبب الذي وجب به الرد وهو الطلاق، لا بالإعتاق، وهذا لا يختلف باليسار والعسرة وليس لها خيار رؤية في المهر؛ لأنها إن ردت بخيار الرؤية، رجعت بقيمته؛ لأن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد ما نفذ عن ولاية كاملة، وهو أعدل من قيمته فلا يفيد الرد ولا ترد إلا بعيب فاحش، وقال زفر والشافعي: ترد باليسير؛ لأن الرد بالعيب اليسير يفيد؛ لأنه متى رد ثبت له الرجوع بقيمة الخادم صحيحاً، وقيمته صحيحاً سليماً، خير لها من المعيب عيباً يسيراً، فكان الرد مفيداً، فجاز الرد.

لنا أن الرد بالعيب اليسير لا يفيد؛ لأن العيب اليسير مما يدخل تحت تقويم المقومين؛ لأن القيمة إنما تستدرك بالحزر والظن، فربما يقوم مقوم صحيحاً بألف تخميناً، ولا ألف قيمته مع العيب اليسير، فربما يدخل العيب اليسير تحت التقويم؛ فلا يفيد، فوقع الشك في ثبوت حق الرد، فلا يثبت بالشك، والعيب الفاحش لا يدخل، فكانت القيمة أعدل؛ فيفيد الرد، وقيل اليسير: ما يتغابن فيه، والفاحش ما لا يتغابن في مثله؛ لأن ما لا يتغابن الناس في مثله، لا يدخل تحت تقويم المقومين، وما يتغابن فيه

ظ هـ

اللوحة

281

يدخل في التقويم، فكان يسيراً، وقيل: كل عيب يخرج من الجيد إلى الوسط، أو من الوسط إلى الردي، يكون فاحشاً؛ لأن ذلك لا يدخل تحت تقويم المقومين؛ لأن المقوم لا يقوم الجيد بقيمة الوسط، ولا الوسط بقيمة الردي، ولو كان المهر مكيلاً أو موزوناً يرد بالعيب اليسير؛ لأنه يفيد؛ لأنه ثبت له حق الرجوع بمثله سليماً لا بقيمته، ومثله سليماً خيراً له من المعيب يسيراً.

[مسألة] المنتقى: ولو تزوج امرأة على أمة بعينها، فماتت في يدها، ثم علمت أنها كانت عمياء؛ رجعت عليه بنقصان العمي⁽¹⁾، كما في البيع، وإن لم تكن الأمة معيبة، فالمرأة تضمن قيمتها عمياء، ويضمن الزوج قيمة خادم وسط، فينقصان، ويرد عليها فضل ذلك، وإن كانت قيمتها عمياء أكثر من قيمة خادم وسط لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء، وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: رجل تزوج امرأة على ألف درهم من نقد البلد، فكسدت، وصار النقد غيرها، فعلى الزوج قيمتها يوم كسدت⁽²⁾، وهو المختار لمشايخنا، وفي البيع لو كسدت قبل القبض، فسد البيع، والفرق أن الكساد بمنزلة الهلاك، وهلاك الثمن في باب البيع يوجب فساد، وهلاك المهر لا يوجب فساد النكاح، فتجب قيمتها.

[مسألة] الجامع: ولو تزوج امرأة على أبيها، عتق لما مر، فإن استحق الأب ثم ملكه الزوج قبل القضاء بالقيمة لها، لم يكن لها إلا الأب⁽³⁾؛ لأن السبب الموجب للمسمى - وهو النكاح قائم -؛ لأن النكاح لا يفسخ باستحقاق المهر، كما لا يفسخ بهلاكه قبل القبض، فتجبر على تسليم العبد كما قبل الاستحقاق، بخلاف المبيع إذا استحق ثم اشتراه البائع من المستحق، فإنه لا يجبر على تسليمه إلى المشتري؛ لأن البيع قد انفسخ لتعذر الإجازة؛ لأن المستحق لم يجز، والإجازة لا تصح من المالك الجديد؛ لأن طراً ملك بات على ملك موقوف، فبطل الموقوف، ولو ملكه الزوج بعد القضاء بالقيمة لها فلها الامتناع من أخذه؛ لأن حقها قد بطل من العين بالقضاء⁽⁴⁾، وصار في القيمة كالمغصوب إذا أبق من الغاصب، ثم عاد قبل القضاء بقيمته يلزمه

(1) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 228، نقلاً عن المنتقى؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 315.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 154، نقلاً عن الوالوجية.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 180، نقلاً عن الظهيرية.

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181، نقلاً عن الظهيرية.

تسليمه وبعد القضاء لا يلزمه، وإذا ملكه الزوج في الفصل الأول لا تملكه المرأة إلا بالقضاء أو بتسليم الزوج⁽¹⁾ حتى لا يعتق الأب؛ لأنها لم تملكه بنفس العقد؛ لأنه كان مستحقاً للغير وقت العقد، فلا بد من قرينة ينضم إليه لها أثر في إفادة الملك؛ وهو القضاء أو التسليم، كالبيع الفاسد والهبة، والقرض، ولو تصرف الزوج فيه قبل القضاء للمرأة أو التسليم إليها، صح تصرفه⁽²⁾ [ولا ينقض؛ لأن تصرفه صادق ملكه، إلا أن لها فيه حقاً، فلو نقضنا تصرفه]⁽³⁾ مراعاة لحقها، أبطنا حقه من غير خلف وهو القيمة، فالإبطال إلى خلف أقل ضرراً من الإبطال بغير خلف، وصار كتصرف المشتري شراء فاسداً في البيع .

باب المهر يزيد أو ينقص

فيه فصلان؛ فصل: في الزيادة، وفصل: في النقصان.

فصل في الزيادة

ولو ازداد المهر فلا يخلو؛ إما أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة، والمنفصلة لا تخلو؛ إما أن كانت متولدة من العين أو مستفادة سبب العين أو المنفعة، وكل وجه لا يخلو؛ إما أن تكون حدثت الزيادة قبل القبض أو بعده⁽⁴⁾.

أما الزيادة المنفصلة؛ فإن كانت متولدة من المهر كالولد والثمر، أو بدل جزئه كالأرش⁽⁵⁾ والعقر⁽⁶⁾، فإن حدثت قبل القبض فذلك كله مهر للمرأة، ينتصف بالطلاق قبل الدخول⁽⁷⁾؛ لأن الزيادة الحادثة قبل القبض بمنزلة الموجودة لدى العقد؛ لأن

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181، نقلا عن الظهيرية.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181، نقلا عن الظهيرية.

(3) ساقط من: ع.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 5: 285.

(5) الأرش: اسم للواجب على مادون النفس، وهو دية الجراحات، ينظر: لسان العرب، 6: 263،

مادة (أ ر ش)؛ أنيس الفقهاء، القونوي، 295.

(6) العقر: مهر المرأة إذا وطئت عن شبهة، وقيل: هو للمغتصبة من الإماء كمهر المثل للحر، ثم كثر استعماله

حتى استعمل في المهر، ينظر: الصحاح، الجوهري، 2: 755، (باب الرأء فصل العين)؛ لسان العرب، ابن

منظور، 4: 591، مادة (ع ق ر).

(7) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 249.

للقبض شبيهاً بالعقد لما مر، فصارت الزيادة مهراً تبعاً، فأمكننا فسخ العقد في الزيادة تبعاً للأصل، فلا تسلم للمرأة بغير عوض، كالزيادة المتولدة من المبيع، فإن حدثت بعد القبض يمنع التنصف بالطلاق قبل الدخول، وللزوج عليها نصف قيمة الأصل يوم قبضت، وقال زفر: ينتصف الأصل مع الزيادة⁽¹⁾؛ لأنها جزء من الأصل، فيحدث الجزء على وفاقه، وقال الشافعي: ينتصف الأصل دون الزيادة.

لنا أن أثر الطلاق قبل الدخول يظهر في تصنيف المستحق بالعقد، والولد لم يكن مستحقاً بالعقد؛ لأنه لم يكن موجوداً لدى العقد وهو القبض، فلا ينتصف الأصل بدون الزيادة؛ لأنه حينئذ تسلم الزيادة للمرأة مجاناً صداقاً تبعاً، وهذا لا يجوز، كالولد الحادث من المبيع بعد القبض، وكذلك لو ارتدت أو قبّلت ابن زوجها قبل الدخول [بها]⁽²⁾، فعليها رد القيمة يوم قبضت، وروي عن أبي يوسف: في الردة والتقبيل؛ أنه يلزمها رد الأصل والزيادة⁽³⁾.

وإن كانت الزيادة بدل المنافع، كالكسب، والغلة، والموهوب للمهور؛ فهي للمرأة، وليست بمهر عند أبي حنيفة، وعندهما للبائع إذا انتقض⁽⁴⁾.

لهما أن ملكه يستفاد بملك الأصل، وملك الأصل دائر بين أن يستقر على ملك المرأة، وبين أن يعود نصفه إلى ملك الزوج بالطلاق، وملك الكسب مبني عليه، فيتتصف بكونه صداقاً على مثال الأصل.

له أن الملك في المكسوب والموهوب ثبت بالكسب، والهبة لا يملك الأصل، غير أن الكاسب إذا لم يكن أهلاً للملك؛ يقوم من يملك رقبته مقامه في الملك؛ لأنه أخص الناس وأحقهم به، وملك رقبة الأصل ثابت لها قطعاً ويقينا بلا تردد وتوقف، فيملك الكسب كذلك، وإذا لم يملك الكسب بملك الأصل، لم ينتصف بكونه صداقاً، ولهذا لا يكون له عوض يحكم البيع بحال مآء، بخلاف الولد؛ لأن الملك ثبت بملك

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 132؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 300؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 2: 300.

(2) ساقط من: ع.

(3) بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 300؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 314.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 250؛ البحر الرائق، 3: 155، نقلاً عن الظهيرية.

الأصل، فاتصف بكونه ملك صدق على مثال الأصل، ولو كان الزوج أجره، فالأجرة له ويتصدق بها؛ لأنه كالغاصب إذا أجر المغصوب.

وأما الزيادة المتصلة بالحادث قبل القبض، تتصف مع الأصل بالطلاق قبل الدخول⁽¹⁾، والحادث بعد القبض تمنع تنصيب الأصل والزيادة؛ لأن الملك فيها ثبت بملك الأصل، فاتصف بكونها ملك صدق تبعاً، فيتتصف بتنصيب الأصل؛ بخلاف الولد؛ فإنه بالانفصال صار أصلاً بنفسه، فلا يمكن إظهار التنصيب فيه تبعاً للأصل. لهما أن الزيادة بالحادث بعد القبض لم يعط لها حكم الموجود لدى العقد؛ لأنه لم يرد عليها ماله شبهة العقد وهو القبض، فتعذر إسنادها إلى العقد، فلا يمكن تنصيفها، ولا يمكن تنصيب الأصل بدونها، فلا تتنصف كما لو كانت منفصلة؛ ولأن حق الزوج يفوت عن الأصل إلى خلف وهو القيمة، فلا يعد فواتاً معنئاً، وحق المرأة في الزيادة يفوت أصلاً، فكان فيما قالوا مراعاة الحقين بقدر الإمكان، ولو حدثت هذه الزيادة في يدي المرأة بعد الطلاق أو الردة، ثبت حقه في الزيادة⁽²⁾؛ لأن حقه متى ثبت في الأصل بعد الطلاق، كانت الزيادة حادثاً على حقيقتها؛ فتكون بينهما، ولو هلكت هذه الزيادة ثم طلقها، فعليها رد نصف الأصل⁽³⁾؛ لأن المانع من التنصيب قد زال كما في البيع ولو أغلت في يدي المرأة قبل الطلاق، ينتصف الأصل، والغلة كلها للمرأة؛ لأنها ملكت بالاستغلال لا بملك الأصل، فلم ينتصف بكونها ملك صدق.

ولو استولد الزوج الجارية الممهورة قبل التسليم، وادعى نسب الولد، ثم طلقها قبل الدخول؛ ينتصف الجارية والولد⁽⁴⁾، وذكر في الدعوى أنه يثبت النسب منه، وتصير الجارية أم ولد له، ويسعى الولد في نصف قيمته للمرأة⁽⁵⁾؛ لأنه بالطلاق عاد إليه قديم ملكه، وصار كأن النصف لم يزل عن ملكه، وجه هذه الرواية أن العلق حدث في ملك الغير، والدعوة قد استندت إليه؛ فلم يصح، وبالطلاق لم يتبين أن

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 250.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 250.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 250.

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 155.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 155.

العلوق قد حدث في ملكه، فلا تتقلب الدعوى صحيحة، وعتق نصف الولد بإقراره أنه جزء منه ويسعى الولد في نصف قيمته للمرأة على الروايتين⁽¹⁾؛ لأنه نفذت إيجاب الضمان على الزوج؛ لأنه لم يعتقه؛ لأنه وجد منه الطلاق، والطلاق لم يوضع للعتق، وإنما عتق نصيبه من الولد حكماً لا قصداً، والعتق متى ثبت حكماً لا قصداً لا يكون عليه ضمان، كرجلين ورثا عبداً وهو قريب أحدهما حتى عتق؛ عليه ضمان، كرجلين ورثا عبداً وهو قريب أحدهما حتى عتق عليه، لا يضمن نصيب الآخر.

فصل في النقصان

ولو حدث بالمهر عيب فلا يخلو، إن كان المهر مقبوضاً، أو لم يكن مقبوضاً، وكل وجه على أربعة أوجه؛ أما إن حدث به عيب بأفة سماوية، أو بفعل الزوجين، أو بفعل أجنبي، أو بفعل المهر⁽²⁾.

أما إذا لم يكن المهر مقبوضاً وحدث بالمهر عيب سماوي؛ فإن شاءت أخذته ناقصاً بلا غرم النقصان، وإن شاءت أخذت القيمة يوم العقد⁽³⁾؛ لأن الصداق مضمون على الزوج بالعقد، وضمان العقد لا يظهر في حق الأوصاف؛ لأن الأوصاف لا تفرد بالعقد، فلا تفرد بضمان العقد؛ وإنما يظهر في حق الأصل، والأصل قد تغير عما كان؛ فتخيرت، كالمبيع إذا انتقص في يد البائع، يخير المشتري فيه، فكذا هذا.

وإن حدث بفعل الزوج؛ فإن شاءت أخذته وقيمة النقصان، وإن شاءت أخذت قيمته يوم العقد⁽⁴⁾؛ لأن الزوج أتلف ملكها، والإتلاف يرد على الأوصاف، فأمكن

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 155.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 301؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 156.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 135؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 302؛ المحيط البرهاني، ابن مازة 3: 226.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 136؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 301؛ المحيط البرهاني، ابن مازة 3: 226؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 155.

إظهار حكم الإلتلاف فيها دون الأصل، وإن حدث بفعل الزوجة، صارت قابضة بالجناية، ودخل في ضمانها، كالمشتري إذا جنى على المبيع في يد البائع⁽¹⁾.

وإن حدث بفعل أجنبي، فإن شاعت أخذته وقيمة النقصان من الأجنبي، وإن شاعت أخذت قيمته من الزوج ولاحق لها في النقصان⁽²⁾؛ لأن الصداق تغير في ضمان الزوج عما كان؛ فتخيرت، وإذا أخذت القيمة من الزوج، أتبع الزوج بالأرش؛ لأنه بأداء الضمان ملك العين، وقام مقامها فيه، وإن حدث بفعل المهر ففيه روايتان؛ إحداهما: أنه كالأفة السماوية، وفي ظاهر الرواية أنه في حكم جناية الزوج⁽³⁾؛ لأن المحل مضمون في يده، فصار كالمغصوب إذا جنى على نفسه في يد الغاصب، وهذا كله إذا لم يكن المهر مقبوضاً، فأما إذا قبض المهر فتعيب بفعلها، أو بأفة سماوية قبل الطلاق أو بعده قبل الحكم بالرد، فإن شاء الزوج أخذ نصفه ولا يضمنها النقصان، وإن شاء ضمنها نصف قيمته صحيحاً يوم القبض⁽⁴⁾، وقال زفر: له أن يضمنها النقصان؛ لأن الصداق صار مضموناً على المرأة بالقبض لا بالعقد؛ لأن العقد متى تجرد عن القبض لا يصير الصداق مضموناً عليها، والأوصاف تضمن بالقبض كما في الغصب والرهن.

لنا أن قبضها صادف ملك نفسها، فلا يوجب الضمان وجنابتها لاقت ملك نفسها، فتكون هدراً فتعين العقد مناطاً للضمان، فكان الصداق مضموناً عليها بالعقد، لكن عند القبض والأوصاف لا تضمن بالعقد، إلا أنه بالطلاق وجب عليها رد نصفه كما قبضت وقد عجزت عنه، فتخير الزوج في ذلك، وإن كان ذلك بعد الطلاق والحكم بالرد، فللزوج أن يأخذ نصفه ونصف الأرش⁽⁵⁾؛ لأن العقد قد ارتفع بالطلاق، فارتفع ضمان العقد، والقبض ثابت للمرأة، فبقي الملك بسبب فاسد وهو

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 137؛ المحيط البرهاني، ابن مازة 3: 227.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 138؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 301؛ المحيط البرهاني، ابن مازة 3: 226؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 155.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 302؛ المحيط البرهاني، ابن مازة 3: 227؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 155.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 137، 138.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 302.

القبض العري عن العقد، والملك الفاسد لا يضمن إلا بالقبض، والأوصاف تضمن بالقبض.

وإن تعيب بفعل أجنبي يضمنها نفس القيمة؛ لأن الأرش زيادة منفصلة حدثت بعد القبض؛ فمنع التصنيف، وإن تعيب بفعل الزوج، فهو كجناية الأجنبي⁽¹⁾، وإن تعيب بفعل المهر، فهو كالآفة السماوية، ولو ولدت الجارية الممهوره في يد الزوج فهلكا، ثم طلقها قبل الدخول؛ أخذت نصف قيمة الأم لا غير⁽²⁾؛ لأن الزيادة أمانة في يده، فإن قتلها الزوج؛ فإن شاءت ضمننت نصف قيمة الأم يوم العقد، وإن شاءت ضمننت عاقلته نصف قيمتها يوم القتل⁽³⁾؛ لأنه تصدى لهما سببا ضمان العقد والقتل، وأحدهما يوجب ضمانا قليلا عاجلا، والآخر كثيرا آجلا، فتختار أيهما شاءت، وتضمن العاقلة⁽⁴⁾ نصف قيمة الولد يوم القتل؛ لأنه إنما صار مضمونا بالقتل لا غير؛ لأن قبل القتل أمانة في يده ولا تضمن الزوج نقصان الولادة إلا أن يكون فاحشا، وذكر بخلاف هذا أنه يتخير النقصان بالولد، فقال: إذا لم يكن مضمونا كيف يتخير به.

[مسألة] المنتقى: ولو تزوجها على نخيل صغار؛ فطالت وكبرت في يدها، ثم طلقها قبل الدخول، فلا سبيل للزوج على الزرع⁽⁵⁾؛ لأنه قد خرج من الحالة التي تزوجها عليه وتبدل عما كان، ولا كذلك النخيل.

ولو تزوجها على عشرين شاة عجاف، فحملت في يدها، ودر اللبن في ضرعها، ثم طلقها قبل الدخول؛ يأخذ الزوج نصفها لما عرف⁽⁶⁾، ولو تزوجها على قراح⁽⁷⁾

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 302.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 156، نقلا عن المنتقى.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 156، نقلا عن الظهيرية.

(4) قال الكاساني: العاقلة هم الذين يعقلون العقل أي يؤدون الدية وتسمى الدية عقلا ومعقلا؛ لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسك، وقال الجوهري: العاقلة هم قرابة الرجل من قبل الأب الذين يعطون دية قتل الخطأ، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 7: 256؛ الصحاح، الجوهري، 5: 1771، (باب اللام، فصل العين).

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 156، نقلا عن المنتقى.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 250؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 156، نقلا عن المنتقى.

(7) القراح هو: الأرض الطيبة الخالصة من شائبة السبخ الصالحة للزراعة، وقيل: هي المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 2: 557، مادة (ق ر ح)؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 85.

أرض على أنها ثلاثين جريباً⁽¹⁾ فإذا هي عشرين جريباً؛ فإن شاعت أخذت القراح ناقصاً لا غير، وإن شاعت أخذت قيمة ثلاثين جريباً مثل هذه الأرض⁽²⁾.

عن أبي يوسف: لو تزوج امرأة على أمة، وقبضها وزوجها من رجل، فطلق المولية زوجها؛ فعليها نصف قيمة الأمة للزوج؛ لأن مع الأمة زيادة وهو المهر، فممنع تصيف عينها، ولو لم يطلقها ولكنها ارتدت قبل الدخول بها؛ فالأمة ومهرها للزوج، وكذا لو كان معها ولد أو أرش جنائية؛ لأن هذا انتقاض العقد من الأصل بمنزلة انتقاض البيع.

ولو قالت لرجل: قد زوجتك نفسي بألف، فقبل الزوج بألفين، جاز؛ لأنه أجاز بما خاطبته وزيادة، فالألف الأولى مهر، والألف الأخرى زيادة في المهر، إن قبلها في المجلس فهي لها، وإن لم تقبل فلا⁽³⁾، قيل: وهذا يجب أن يكون على قول أبي يوسف ومحمد، بناء على أن في الألفين ألف وزيادة، وكذلك في البيع، ولو قال لامرأة: قد تزوجتك على ألف وقد تزوجتك على ألفين؛ فقبلت، فهو على النكاح الأخير بألفين، ولو قبلت النكاح الأول، فالنكاح بالمهر الأول؛ لأنها حطت من المهر ألفاً، ولو قبلت النكاحين جميعاً بالمهرين، لم يجز؛ لأنها أرادت أن يلزمه ثلاثة آلاف، وليس لها ذلك، ولو قال: هو لك بألف هو لك بألفين؛ فقبل المشتري البيع الأول بألف، لم يجز؛ لأن البائع قد رجع عن الكلام الأول فانتقض الإيجاز الأول وليس كذلك النكاح والطلاق والعتاق؛ لأن هزلهن جد، فلم ينتقض الإيجاب الأول بالثاني، ولو قبل البيعين جميعاً بثلاثة آلاف؛ فالثمن ألفان، والألف الباقية زيادة في الثمن، إن شاء قبلها، وإن شاء ردها⁽⁴⁾، ولو تزوجها على ألف؛ ثم تزوجها على ألفين؛ يكون مهرها ألف عندهما، وعند أبي يوسف يصير مهرها ألفان.

(1) الجريب: هو مكيال تقاس به الأرضين والأوزان، وهو ستون ذراعاً طولاً وعرضاً في الأرضين، وثمانية وأربعين صاعاً في الأوزان، ويساوي بالأوزان الحديثة: 156 كيلو جراماً عند الحنفية، و92،97 كيلو جراماً عند الجمهور، ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 13: 422؛ المكييل والموازن الشرعية، علي جمعة، 41.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 156، نقلاً عن المنتقى.

(3) وقال شداد: لا يثبت النكاح وبه قال زفر، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 219؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 160.

(4) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 6: 252.

له أنهما قصداً شئيين: تجديد النكاح، والزيادة على المهر، ولا يملكان تجديد النكاح؛ لأنه لا يحتمل الانفساخ، ويملكان الزيادة، فجعل كأنهما أخبرا عن العقد الأول، فجعل كأنه قال: تزوجتك بألف وزدتك ألفاً أخرى، حملاً لأمرهما على الصحة.

لهما أن انفساخ النكاح الأول متعذر، وإثبات الزيادة في المهر الأول أيضاً متعذر؛ لأن الزوج ذكر الزيادة في ضمن العقد الثاني دون الأول، ولا يجوز تغيير تصرفهما وتخصيصهما عليه، فإذا لم يثبت العقد الثاني، لم يثبت ما في ضمنه وهو الزيادة، وهكذا ذكر الإمام أبو بكر البخاري⁽¹⁾ المعروف بخواهر زاده في شرح المبسوط، وذكر الحاكم في مختصره في نكاح التلجنة الخلاف على عكس هذا لما يأتي.

باب الاختلاف في المهر

ولو قال الزوج: المهر ألف، وقالت: ألفان؛ يتحالفان، ويبدأ بيمين الزوج، ثم يحكم فيه مهر المثل، فإن كان مهر مثلها ألف أو أقل، فالقول قول الزوج، وإن كان ألفين أو أكثر، فالقول قولها، وإن كان ألفاً وخمسمائة فلها مهر المثل، وهذا عندهما⁽²⁾، وعند أبي يوسف القول قول الزوج، إلا إذا قال شيئاً مستكراً؛ قيل: المنكر ما دون العشرة، وقيل: ما يكون بعيداً عن مهر مثلها، وهو الأصح⁽³⁾؛ لأن المهر في الشرع لا يكون أقل من عشرة.

له أن المسمى بدل أصلي في العقد؛ لأنه عقد معاوضة، فوجب تنزيهه عن المنازعة، وإنما تنفى المنازعة بالتسمية، فلا يصار إلى مهر المثل، إلا إذا تعذر إيجاب المسمى ولا تعذر؛ لأن ما ادعاه الزوج صلح مسمى في العقد، فكانت المرأة

(1) أبو بكر البخاري هو: محمد بن الفضل أبو بكر الفضلي الكماري، فقيه حنفي جليل القدر، محدث، توفي ببخارى في 24 رمضان، سنة 386 هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 2: 108؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 2: 613 - 614؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 184 - 185.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 118؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 305.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 118؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 305.

تدعي زيادة عليه في المهر، وهو ينكر؛ فثبت ما ادعاه الزوج لاتفاقهما عليه، ولم تثبت الزيادة لإنكار الزوج.

لهما أن مهر المثل موجب أصلي في النكاح؛ لأنه يثبت بمطلق العقد من غير ذكر شرط زائد، كثبوت الملك بالبيع فوجب المصير إليه حال اختلافهما في المسمى؛ لأن الأصل لا يترك بغيره، إلا إذا وقع الاتفاق عليه، كالصباغ مع رب الثوب يحكم ما زاد الصبغ فيه، فكذا هذا، وذكر أبو بكر الرازي⁽¹⁾ التحالف في فصل واحد؛ وهو إذا لم يشهد مهر المثل لأحدهما⁽²⁾، وإن كان يشهد مهر المثل لأحدهما، فلا حاجة إلى التحالف؛ لأنه أمكن القضاء بقول أحدهما مع يمينه، وذكر الكرخي⁽³⁾ التحالف في الفصول كلها، وهو الصحيح⁽⁴⁾؛ لأن المثل لا يعتبر عند وجود التسمية، ولا يسقط اعتبار بالتحالف؛ لأن الظاهر لا يكون حجة على الغير، وعلى هذا الخلاف؛ لو قال الزوج: المهر هو هذا العبد، وقالت المرأة: هذه الجارية إلا في فصل واحد، وهو أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر، فلها قيمة الجارية لا عينها⁽⁵⁾؛ لأن تملك الجارية لا يكون إلا بالتراضي، ولم يتفقا عليه، فوجب القضاء بقيمتها، ولو طلقها قبل الدخول بها، فلها نصف الألف بالإجماع⁽⁶⁾؛ لأن مهر المثل لا يجب في الطلاق قبل الدخول، فلا يمكن التحكم به، والمتعة لا تصلح حكماً؛ لأنها تبلغ ذلك، فوجب المتيقن وهو نصف الألف، حتى لو ادعى الزوج المهر عشرة، والمرأة تدعي المائة؛ فإنه بحكم المتعة؛ لأنها قد تبلغ ذلك، وفي مسألة الجارية والعبد؛ لها المتعة، إلا أن يرضيا أن يأخذ نصف الجارية⁽⁷⁾؛ لأنهما لم يتفقا على تسمية أحدهما،

(1) أبو بكر الرازي هو: أحمد بن علي الرازي أبوبكر الشهير بالجصاص، فقيه حنفي، انتهت إليه رئاسة الحنفية في زمانه، كان مشهوراً بالورع والزهد، من كتبه أحكام القرآن، ولد سنة 305 هـ، وتوفي سابع ذي الحجة سنة 370 هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 85؛ الطبقات السنية، الغزي، 1: 412 - 415؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 1: 325 - 327؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 27 - 28.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 120؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 305.

(3) الكرخي هو: عبيد الله بن دلال أبو الحسن الكرخي، فقيه حنفي انتهت إليه رئاسة الحنفية في زمانه، ولد سنة 260 هـ، وتوفي ليلة النصف من شعبان سنة 340 هـ، وهو شيخ الجصاص، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 337؛ الطبقات السنية، الغزي، 4: 420 - 422؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 2: 489 - 490؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 108.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 120؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 305.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 7: 224، نقلاً عن الظهيرية.

(6) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 145؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 297؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 119.

(7) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 145؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 308.

فلم يمكن القضاء بنصف الأقل إلا باختيارهما، بخلاف الألف والألفين، وكذلك لو مات أحدهما واختلفت وراثته مع الباقي في الفصول كلها، وإن ماتا، لا يقضى بالمهر، دخل بها أو لا، إذا قامت البينة على أصل المهر **عند أبي حنيفة**⁽¹⁾، **وعند أبي يوسف** يقضى بما يدعيه ورثة الزوج⁽²⁾؛ لأن الوارث قائم مقامه، **وعند محمد** يقضى بمهر المثل⁽³⁾، **وعند زفر** بعشره.

محمد أن مهر المثل لا يسقط بموتهما؛ بل يتأكد، ألا ترى أنه يتأكد بموت أحدهما، فبموتهما أولى، فأمكن تحكم مهر المثل بعد موتها كما في الحياة، **لأبي حنيفة** — رضي الله عنه — أنه تعذر اعتبار مهر المثل بعد موتها؛ لأنه يحتاج في معرفته إلى معرفة حال المرأة في المال والجمال، وحال نساء عشيرتها في المهر في زمان العقد، وأنها لا يمكن ضبطها، والظاهر بعد موتها موت أقرانها وبدون أقرانها من النساء يتعذر معرفة مهر المثل، فتعذر القضاء به، بخلاف موت أحدهما؛ لأن الظاهر أن نساء عشيرتها لا تنقرض بموت أحدهما، فأمكن معرفة مهر المثل قيل: هذا **عند أبي حنيفة** إذا تقادم موتها، فأما إذا لم يتقادم وجب مهر المثل؛ لأنه أمكن معرفته، **وقال مشايخنا**: هذا كله إذا لم تسلم المرأة نفسها، فإن سلمت نفسها ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الممات، فإنه لا يحكم بمهر المثل⁽⁴⁾؛ لأننا نعلم أن المرأة لا تسلم نفسها من غير أن تستعجل شيئاً من مهرها عادة، فيقال لها: لا بد أن تُقَرِّي بما استعجلت، وإلا قضينا عليك بالمتعارف، ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا⁽⁵⁾.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 122؛ الهداية، المرغيناني، 1: 213؛ المحيط البرهاني، 3: 232؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 197.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 122؛ الهداية، المرغيناني، 1: 213؛ المحيط البرهاني، 3: 232؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 197.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 122؛ الهداية، المرغيناني، 1: 213؛ المحيط البرهاني، 3: 232؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 197.

(4) شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 379.

(5) شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 379.

[مسألة] النوادر: امرأة ادعت على زوجها بعد موته أن لها عليه ألف درهم من مهرها؛ فالقول قولها إلى تمام مهر مثلها عند أبي حنيفة؛ لأن مهر المثل يشهد لها⁽¹⁾.

[مسألة] رجل بعث إلى امرأته شيئاً، أو اشترى لها متعة بعد ما بنى بها، فقال الزوج: هو من المهر، وقالت: هو هدية، ذكر في الجامع الصغير القول قول الزوج، إلا فيما يؤكل فالقول لها فيه⁽²⁾؛ لأن في غير المأكول الظاهر يشهد له؛ لأنه في أداء المهر يسقط الواجب عن ذمته، وفي الإهداء إليها يكون متبرعا، والعاقل يقدم إسقاط الواجب عن نفسه على التبرع، فكان بيان الجهة إليه إلا إذا كذبه الظاهر، وفي المأكول الظاهر يكذبه والعرف الجاري بخلافه، وذكر الفقيه أبو الليث: المختار أن القول قوله في متاع لم يكن واجبا على الزوج، كالخف والملاءة ونحوه⁽³⁾؛ لأنه ليس عليه أن يهيء أمر الخروج لها، وفي متاع البيت كان واجبا عليه كالخمار والدرع ومتاع البيت، فليس له أن يحتسب من المهر؛ لأن الظاهر يكذبه، ولو بعث إلى امرأته متاعا، ثم ادعى أنه كان صداقا، فالقول له مع يمينه⁽⁴⁾؛ لأنه هو المملوك، فإن حلف والمتاع قائم، فللمرأة أن ترد وترجع بما بقي من المهر، وإن كان هالكا لا ترجع بالمهر⁽⁵⁾، ولو بعث أبو المرأة إليه شيئاً؛ فإن كان هالكا لم يكن على الزوج شيء وإن كان قائما بعث من مال نفسه، له أن يرجع⁽⁶⁾؛ لأن الواهب إذا لم يكن ذا رحم، كان له أن يرجع؛ لأن الزوجة إذا وهبت لزوجها، لا ترجع فيها.

[مسألة] الجامع: ولو كان المهر مكيلا أو موزونا بعينه، فاختلفا في قدر الكيل والوزن، فهو مثل الاختلاف في الألف والألفين؛ لأنه اختلاف في الذات؛ ألا ترى أن إزالة البعض منه لا تنقص الباقي، ولو اختلفا في جنس المسمى، أو صفته، أو

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 179؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 322.

(2) ينظر: فتاوى النوازل، السمرقندي، 183؛ الجامع الصغير وشرحه، محمد بن الحسن، 185؛ كنز الدقائق، النسفي، 260؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 234؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 20؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 725.

(3) ينظر: فتاوى النوازل، السمرقندي، 183؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 235.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 235، نقلا عن فتاوى أبي الليث.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 235، نقلا عن فتاوى أبي الليث.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 235؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 322، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

نوعه، أو ذرعه إن كان مذروعا والمسمى عين، أو اختلفا في قيمته وهو هالك؛ فالقول للزوج ولا يتحالفان؛ لأنهما اتفقا على المسمى، فصحت التسمية، فانقطع حكم مهر المثل بيقين، إلا أنها تدعي عليه وصفا أو ضمانا زائدا، وهو ينكر؛ فيكون القول له بخلاف ما لو اختلفا في قدر المسمى؛ لأن التسمية فاسدة عندهما في قدر ما اختلفا فيه، فوجب تحكيم مهر المثل لما شرحناه، ولو تزوجها على ثوب خز، واتفقا أن قيمة كل ذراع عشرة؛ ولكن اختلفا في قدر الذرع؛ فالقول للزوج⁽¹⁾ لما مر في البيوع في باب السلم، ولو اختلفا في الوصف والقدر جميعا، فالقول قول الزوج في الوصف، وقول المرأة في القدر إلى تمام مهر مثلها.

باب ما يلزمه المهر بالوطء عن شبهة

أصله أن الوطء في دار الإسلام لا ينفك عن عقوبة أو غرامة؛ صيانة للأبضاع المحترمة، وإظهارا لخطرها، فإذا سقطت العقوبة للشبهة، وجبت الغرامة حقا لها⁽²⁾؛ لأنها بدل حقا وهو البضع، زفت إليه غير امرأته [فوطئها]⁽³⁾ لزمه مهر مثلها⁽⁴⁾؛ لأنه سقطت العقوبة للشبهة، فنلزمه الغرامة، ولا يرجع على الزاف؛ لأنه سلم له ما يقابله المهر وهو المستوفى بالوطء، فإن كانت أم امرأته، حرمت المرأة، وللمرأة نصف المهر قبل الدخول؛ لأن الفرقة جاءت بمعنى من قبل الزوج وهو وطئه أم امرأته.

[مسألة] زُفَّت امرأة الأب قبل الدخول إلى الابن ودخل بها لم يرجع الأب على الابن بنصف المهر⁽⁵⁾؛ لأنه وجب على الابن مهر المثل، ولو قبلها لشهوة تعمدا للفساد رجع الأب على الابن بنصف المهر؛ لأنه لا مهر على الابن.

(1) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 91.

(2) ينظر: مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 731.

(3) ساقط من: ع.

(4) وهو قضاء سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما، ينظر: مختصر القدوري، القدوري، 197؛ المبسوط،

السرخسي، 4: 368؛ الهداية، المرغيناني، 2: 101؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 96؛ البحر الرائق، ابن

نجيم، 3: 186.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 325 - 326.

[مسألة] المنتقى: أصله أن الوطأ متى حصل عقيب شبهة الملك مرارا؛ لم يجب إلا مهر واحد⁽¹⁾؛ لأن الوطأ الثاني صادف ملكه، ومتى حصل الوطأ عقيب شبهة الاشتباه مرارا يجب بكل وطأ مهر على حدة⁽²⁾؛ لأن كل وطئ صادف ملك الغير ولو وطئ الأب جارية ابنه مرارا، فعليه مهر واحد⁽³⁾؛ لأنه ثبت له شبهة الملك مقتضى الوطء الأول سابقا عليه احتيالا؛ لأن الثابت له شبهة اشتباه فصادف ملك الغير وكذلك لو وطئ جارية امرأته، ولو وطئ مكاتبته مرارا فعليه مهر واحد⁽⁴⁾؛ لأن له شبهة ملك وكذلك لو وطئ امرأة في النكاح الفاسد مرارا فعليه مهر واحد⁽⁵⁾، ولو وطئ منكوحته مرارا ثم ظهر أنه حلف بطلاقها، يلزمه مهر واحد⁽⁶⁾؛ لأن له شبهة ملك، ولو وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارا، فعليه بكل وطئ نصف مهر⁽⁷⁾؛ لأنه ليس له شبهة ملك في النصف الذي لشريكه، ولو وطئ مكاتبته بينه وبين غيره مرارا فعليه في نصفه نصف مهر واحد، وعليه في نصف شريكه لكل وطئ نصف مهر ذلك كله للمكاتبته⁽⁸⁾.

[مسألة] صبي أو مجنون جامع امرأة ثيبا وهي نائمة، فلا مهر عليه⁽⁹⁾، ولو كانت بكرا وافتضها، فعليه مهر مثلها⁽¹⁰⁾، وروى هشام⁽¹¹⁾ عن محمد: صبي جامع امرأة بشبهة نكاح، فلا مهر عليه⁽¹²⁾؛ لأن الولي لا يملك النكاح الفاسد في حقه، ولا

-
- (1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 4: 372؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 335؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 256؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 365؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181، نقلا عن الظهيرية.
- (2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181 - 182، نقلا عن الظهيرية.
- (3) ينظر: عيون المسائل، أبو الليث، 78؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 154؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 324، نقلا عن الظهيرية.
- (4) عيون المسائل، أبو الليث، 78؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 255؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 324، نقلا عن المحيط الرضوي.
- (5) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 154؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 324، نقلا عن الظهيرية.
- (6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 256، نقلا عن واقعات الناطفي؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 182، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 325، نقلا عن الظهيرية.
- (7) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 324، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 255؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181، نقلا عن الظهيرية.
- (8) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 324، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: عيون المسائل، أبو الليث، 78.
- (9) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 255؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 6: 256.
- (10) البحر الرائق، ابن نجيم، 8: 323، نقلا عن الظهيرية.
- (11) هشام هو: هشام بن عبيد الله الرازي، فقيه حنفي، محدث، واسع العلم، تفقه بأبي يوسف، وهو أحد رواة النوادر عن محمد بن الحسن، توفي سنة 211 هـ، ينظر: سير أعلام النبلاء، الذهبي، 19: 441؛ الجواهر المضية، القرشي، 2: 205؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 2: 674؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 223.
- (12) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 182.

الإذن له فيه، فسقط اعتبار قوله، فصار كأنه وطئ حق نفسه من غير شبهة عقد، ويجب عليها العدة؛ لأن فعلها جائز في حق نفسها.

[مسألة] رجل زنا بامرأة فتزوجها وهو على بطنها، فعليه مهران: مهر مثل بالزنا⁽¹⁾؛ لأنه سقط به الحد حين تزوجها قبل تمام الزنا، فيلزمه العقر، ومهر آخر وهو المسمى بالنكاح⁽²⁾؛ لأن هذا أكثر من الخلوة، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: مريض وهب من مريض جاريته، ووطئها الموهوب له وعقرها مائة، وقيمتها ثلاث مائة، ثم وهبها الموهوب له من الواهب، ثم ماتا من مرضهما، فلا عقر على الموهوب له⁽³⁾؛ لأن وطأها صادف ملكه يتعين والعقر يخرج من الثلث، فلا يلزمه وهذه العلة تدل أن المريض يلزمه العقر بوطئه؛ لأنه ملكها مع حق الفسخ، فصار كالجارية المباعة في البيع الفاسد، إذا وطئها المشتري، يلزمه العقر في أظهر الروايتين، إلا أن الموهوب له هاهنا لا يطالب بالعقر؛ لخروجه من الثلث⁽⁴⁾، وروى ابن سماعة عن محمد: أنه لا عقر عليه، سواء رده بقضاء أو بغير قضاء⁽⁵⁾؛ لأنه حين وطئها لا ملك للواهب الأول فيها؛ لأنه تعذر إعادة الملك الأول مع قيام الملك الثاني؛ لتعذر اجتماع ملكين في محل واحد، قال محمد في مريض وهب جاريته من رجل، ثم وطئها عبد الموهوب له، وعليه دين مستغرق، ثم مات المريض: لا عقر عليه⁽⁶⁾ ولو قطع الواهب يدها، فلا شيء عليه؛ لأن فسخ الهبة بمعنى قارن العقد وهو تعلق حق الغرماء به، فانفسخت الهبة من الأصل، فظهر أن الوطاء والقطع حصل في ملكه، بخلاف الصحيح إذا وطئها ثم رجع في هبته، يلزمه العقر؛ لأن الهبة انفسخت بأمر لاحق على الوطاء فاقتصر على الحال، فوقع وطؤه في ملك الغير.

ظ هـ

اللوحة

284

(1) ينظر: تبیین الحقائق، الزيلعي، 2: 142؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 162؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 731.

(2) ينظر: تبیین الحقائق، الزيلعي، 2: 142؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 162؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 731.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 325، نقلا عن المحيط الرضوي.

(4) ينظر: مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 708.

(5) ينظر: مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 708.

(6) ينظر: مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 708.

[مسألة] رجل تزوج امرأة وزوج ابنه بنتها، فزفت امرأة كل واحد إلى الآخر؛ فوطئها فعلى الواطئ الأول جميع مهر الموطوءة ونصف مهر امرأته، ولا يلزم الواطئ أخيرا مهر امرأته⁽¹⁾؛ لأن البينونة جاءت من جهتها قبل الدخول بها وإن وطئاً معا فلا شيء على واحد منهما لامرأته، والله أعلم.

باب نكاح السمعة

مسائله على أقسام؛ أما إن تواضعا في السر على أن يظهر النكاح سمعة ورياء لا حقيقة، أو تواضعا في السر على مهر ثم تعاقد في العلانية، أو تعاقد في السر على مهر ثم أظهر في العلانية بأكثر⁽²⁾.

أما إذا تواضعا في السر على أن يظهر النكاح رياء وسمعة ولا يكون بينهما نكاحا حقيقة، فأظهر النكاح بشرائطه، فإنه يصح النكاح؛ لأنه لا يفسد مع الهزل؛ لقوله — عليه السلام —: (ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: الطَّلَاقُ، وَالْعَتَاقُ، وَالنِّكَاحُ)⁽³⁾، وإن تواضعا أن يقرأ بالنكاح فأقرا به، ولم يكن بينهما نكاح، لم يلزمهما النكاح⁽⁴⁾؛ لأن الإقرار إخبار، فلا يصح مع الهزل، كما لا يصح مع الكره؛ لأنه اقترن به دليل الكذب وهو الهزل والإكراه، فأما الإنشاء لا يحتمل الكذب، فيتحقق معنى الهزل والكره.

وأما إن تواضعا في السر على مهر ثم تعاقد في العلانية، فلا يخلو؛ إما إن تعاقد بجنس ما تواضعا عليه في السر أو بخلاف جنسه، فإن تعاقد بجنس ما تواضعا عليه؛ بأن تواضعا في السر على أن يكون المهر مائة درهم، ثم تعاقد في العلانية بمائتي درهم سمعة ورياء، فعن أبي حنيفة — رضي الله عنه — روايتان، في رواية المهر مائتي درهم⁽⁵⁾؛ لأن المهر تابع للنكاح، وأنه يصح بيع الهزل؛ فكذا

(1) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 325، نقلا عن الظهيرية.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 158.

(3) أخرجه أبوداود في سننه، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، 1: 666، رقم: 2194 عدا قوله العتاق فإنه رواها (الرجعة)، وحسنه الترمذي وصححه الحاكم، إلا لفظ (العتاق) فإنه غريب كما قال الحافظ ابن الملتن في خلاصة البدر المنير، كتاب الطلاق، 2: 220، رقم: 2057.

(4) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 146.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 286؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 329.

المهر، وفي رواية المهر مائة، وهو قولهما، وهو الأصح⁽¹⁾؛ لأنهما اتفقا أنهما هزلا بذكر المائة، والمال لا يجب مع الهزل؛ لأن الهازل لم يقصد ثبوت ما باشره، وإنما أراد به اللهو واللعب، فلم يرض بثبوته وإن تعاقدوا بخلاف جنس ما تواضعا عليه؛ بأن تواضعا في السر على أن يكون المهر ألف درهم، وتعاقدوا في العلانية بمائة دينار سمعة ورياء في رواية لها مائة دينار، وفي رواية لها مهر المثل، وهو الأصح⁽²⁾؛ لأن ما ذكرناه في السر لم يذكرناه في العقد، وما ذكرناه في العقد فقد هزلا، فلم يثبت الهزل، فكان هذا نكاحا بغير تسمية، فيجب مهر المثل.

ولو تواضعا في السر أن يكون المهر مائة دينار، وتزوجها في العلانية بغير مهر، فهو على ثلاثة أوجه؛ في وجه ينعقد النكاح بالمسمى وهو أن يتزوجها في العلانية على أن لا مهر لها فالمهر هو المذكور في السر؛ لأنه لم يوجد ما يوجب الإعراض عما تواضعا عليه وهو الدنانير؛ لأن مهر المثل لم يصير مذكورا بمقتضى النكاح لغة؛ لأنه نفى المهر، فصار ما هو مذكور في السر مذكورا في النكاح دلالة، وفي وجهين ينعقد النكاح بمهر المثل، وهو أن يتزوجها في العلانية، على أن لا يكون الدنانير مهرا، أو سكت عن المهر يجب مهر المثل⁽³⁾؛ لأنه لما بقي المهر، فقد أعرضا عما تواضعا في السر، ولما سكت ولم ينف المهر صار مهر المثل مذكورا بمقتضى النكاح؛ لأنه هو البديل الأصلي فيه، والنكاح لا ينعقد إلا بعوض، فصار كما لو باع ولم يسم الثمن؛ ينعقد البيع بقيمة مقتضى البيع.

وأما إذا تعاقدوا في السر على مهر، فلا يخلو؛ أما إن أظهرها في العلانية بأكثر، فإن أظهرها في العلانية بأكثر ينظر إن تصادقا على تلك المواضعة، فالمهر ما في السر⁽⁴⁾؛ لأنهما تصادقا أن ما أظهرها من الإقرار كان هزلا، والمال لا يجب بالهزل؛ لأنه لم يرض بثبوته، وأما إذا اختلفا فادعى الزوج المواضعة وأنكرت المرأة وقالت: ما أقررت في العلانية كان جدالا هزلا؛ فالقول لها، والمهر ما في العلانية⁽⁵⁾؛ لأن

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 286.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 286؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 329.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 315، نقلا عن الذخيرة.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 315، نقلا عن الذخيرة.

(5) وهو قول أبي حنيفة ومحمد، ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 158؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 316،

نقلا عن الذخيرة.

الجد أصل في كلام العاقل والهزل عارض، فكانت المرأة متمسكة بالأصل، فيكون القول لها فصار كأنهما زادا على المذكور في السر وأنه جائز، إلا أن تقيم البينة على المواضعة وأن المهر ما في السر؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة، وروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : المهر هو العلانية بكل حال؛ لما بينا، ولو تناكحا في السر على مهر ثم تناكحا في العلانية بأكثر، فإن أشهدا على أن ما في العلانية هزل، فالمهر مهر السر، وإن لم يشهدا على ذلك، فالمهر مهر العلانية عندهما، وعند أبي يوسف المهر مهر السر⁽¹⁾ ذكره الحاكم في مختصره في الإكراه على ما مر في باب المهر يزيد أو ينقص، وكذلك في الطلاق والعتاق على مال، والصلح عن دم العمد إن أشهدا على أن ما في العلانية هزل، فالبدل ما في السر، وإن لم يشهدا على ذلك قيل: البدل ما في العلانية، وقيل: البدل ما في السر، وهو الأصح؛ لأن الزيادة هنا في البدل لم تصح؛ لأن الزيادة وجدت حال هلاك المعقود عليه؛ لأن ما للزوج والمولى قد سقط بالطلاق والعتاق فلم تصح الزيادة كما في البيع، ولو تزوجها تزويجا باتا في السر على مهر مسمى ثم أظهرها غير ذلك لم يعتبر الظاهر؛ لأن النكاح قد انعقد في السر حقيقة فلا يتغير.

ج هـ

اللوحة

285

باب نكاح الإماء

فيه فصول؛ أحدها: فيمن يملك تزويج المملوك وفيمن لا يملك، والثاني: في من له المهر، والثالث: في نفاذ النكاح الموقوف وعدمه.

فصل في من يملك تزويج المملوك وفيمن لا يملك

ولا يجوز تزويج العبد والمكاتب⁽²⁾ والمدبر⁽³⁾ بغير إذن المولى⁽¹⁾؛ لقوله - عليه السلام -: (أَيَّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ؛ فَهُوَ عَاهِرٌ)⁽²⁾ والمكاتب والمدبر

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 287؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 219.

(2) المكاتب: هو العبد يكتب على نفسه بثمنه فإذا سعى وأداه عتق، ينظر: الصحاح، الجوهري، 1: 209، (باب الباء، فصل الكاف)، أنيس الفقهاء، القونوي، 170.

(3) المدبر: هو الذي يعتق بعد موت صاحبه بأن يقول له إذا مت فأنت حر، ينظر: الصحاح، الجوهري، 2: 65، (باب الراء، فصل الدال)؛ طلبه الطلبة، النسفي، 131.

عبد فبيننا، وله النص، وكذلك الأمة والمديرة؛ لقوله — عليه السلام —: (أَيُّمَا أُمَّةٍ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِنْ مَوْلَاهَا؛ فَهِيَ عَاهِرَةٌ) وكذلك المكاتب⁽³⁾، وقال زفر: يصح؛ لأن هذا عقد على المنفعة، فيصح من المكاتبه كإجارة نفسها.

لنا أنه ينطلق عليها اسم الأمة فتناولها النص؛ لأن منافع بضعها لم تصر مملوكة لها بالكتابة، لما عرف في كتاب المكاتب، فلم تدخل تحت المكاتبه، وللمولى أن يجبر عبده وأمه على النكاح⁽⁴⁾، خلافاً للشافعي في العبد⁽⁵⁾؛ لأنه ملك رقبته مطلقاً لورود سبب الملك عليها مطلقاً، والحكم يثبت على وفق السبب ونعته، والملك أبلغ أسباب الولايات؛ لأنه يستفاد به فنونا من التصرفات مالا يستفاد بسائر أسباب الولايات، فلما ملك الإنكاح بسائر الأسباب وهو القرابة والولاء، فلأن يستفاد بولاية الملك أولى، ولا يجوز للمولى تزويج المكاتب والمكاتبه بغير رضاهما⁽⁶⁾؛ لأنهما التحقا بالأحرار في حق التصرفات؛ لما نبين في المكاتب.

وللأب والوصي أن يزوج اليتيم ولا يزوج عبده⁽⁷⁾؛ لأن تزويج الأمة نفع محض، لما فيه من تحصيل المهر للصغير مع بقاء ملك الرقبة له، وتزويج العبد ضرر، لما فيه من تعليق النفقة والمهر بماليتها من غير نفع يقابله عاجلاً؛ لأنه يقابله منفعة مالية عاجلة، فلم يكن المهر واجبا بمقابلة مال، فلم يكن نظراً، ويملك المكاتب والمفاوض تزويج أمته ولا يملك تزويج عبده⁽⁸⁾؛ لأن تزويج أمته من باب اكتساب المال كالكتابة، وتزويج عبده لا، والعبد المأذون والمضارب⁽⁹⁾ وشريك العنان⁽¹⁾؛ لا

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 266؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 123؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 202.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن مواليه، 1: 633، رقم: 2078، بخلاف قوله مولاة فإنه رواها (مواليه)، وقال فيه الترمذي: حسن صحيح، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي، ينظر: سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح العبد، 371، المستدرک، الحاكم النيسابوري، كتاب النكاح، 2: 496.

(3) لم أجد فيما بين يدي من المصادر الحديثية، وقد أورده ابن مودود الموصلي في كتابه الاختيار، باب النكاح، 3: 123، وهو كسابقه في المعنى والدلالة.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 205؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 123؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 164.

(5) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 42؛ الحاوي، الماوردي، 9: 138.

(6) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 123؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 203.

(7) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 203.

(8) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 123؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 203.

(9) المضارب اسم فاعل لمن يعمل في المضاربة (العامل)، وقال بعض اللغويين: هو اسم مشترك بين صاحب المال والعامل، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 1: 543، مادة (ض ر ب)؛ القاموس الفقهي، سعدي أبو حبيب، (سورية، دمشق: دار الفكر، 1988)، ط 2، 221.

يملكون تزويج الأمة **عندهما**، **وعند أبي يوسف** يملكون⁽²⁾؛ لأن تزويج الأمة إن لم يكن لكنه أحيا لمال التجارة؛ لأن في تزويجها تحصنا من الزنا، وفي تحصينها عن الزنا صيانتها عن انتقاص المالية وتعيبها بالزنا فإن فعلت الأمة عيبا منقضا لماليتها وللمأذون خيار مال التجارة؛ ولهذا يملك الإنفاق والمداواة أحيا المال فكذا هذا.

لهما أن الإذن مقيد بالتجارة، والنكاح ليس بتجارة؛ لأنه مبادلة مال بما ليس بمال، ولا بإحياء لمال التجارة؛ لأنه يحيي الأمة بدون النكاح، والإحياء ما لا يحيي المملوك بدونه، كما في والمداواة؛ فإنها محصنة عن الزنا غالبا؛ لكونها محبوسة في بيت المولى، فلا يكون داخلا تحت الإذن بالتجارة، بخلاف المكاتب والمقارض؛ لأن تصرفهما غير مختص ومقيد بالتجارة؛ بل لهما التصرف فيما يرجع إلى تحصيل النفع واكتساب المال، ولهذا يملكان الكتابة، ولو زوج الأب جارية ابنه من عبد ابنه، **جاز عند أبي يوسف وعند زفر لا يجوز⁽³⁾**؛ لأن تزويج العبد لا يدخل تحت ولاية الأب.

لأبي يوسف أن الأب إنما يملك تزويج عبد ابنه لما فيه من ضرر من حيث تعلق الملك برقبة العبد وهنا لا يتعلق المهر برقبته فلا يكون ضررا فيملكه الأب.

فصل في من له المهر

وكل مهر وجب للأمة بعقد أو دخول، فهو للمولى⁽⁴⁾؛ لأنه بدل المنافع المستوفاة بالوطء كالأرش، ومهر الكتابة، ومعتق البعض لهما⁽⁵⁾؛ لأنهما صارا أحق باكتسابهما، ألا ترى أن أرش الجناية لهما، وإذا زوج أمته، فله استيفاء مهرها،

(1) العنان مأخوذ من عنّ أي اعترض، وشركة العنان: هي التي يكون الشريكان فيها سواء في الشراكة وسواء في التصرف، ينظر: الصحاح، الجوهري، 6: 2166، (باب النون، فصل العين)؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 14: 191؛ الإنصاف، المرادوي، 3: 7.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 285؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 203.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 333، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 203، نقلا عن الظهيرية.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 237؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 267.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 290.

وليس للزوج قطع يده عنها، ولكن متى وجد فرصة قضى حاجته⁽¹⁾ [منها]⁽²⁾؛ لأن منافع بدنها مملوكة للمولى، ومنافع بضعها مملوكة للزوج؛ لأنه بالنكاح لم يستحق منافع سائر أعضائها سوى البضع، فمتى حبسها الزوج عن المولى، يفوت حق المولى في منافعها أصلاً، والمولى متى حبسها عن الزوج، لا يفوت حقه في منافع بضعها أصلاً؛ بل يستوفيهما متى وجد فرصة، وفراغها عن خدمة المولى ليلاً أو نهاراً يستمتع بها، وإن شرط أن لا يستخدمها، لم يصح الشرط، وإن بوأها المولى بيتاً، فله أن يعيدها إلى خدمته⁽³⁾؛ لأن ملك الرقبة مطلق للاستخدام مناف للشرط؛ لأن الزوج لم يستحق منافع سائر أعضائها، فتبقى حقا للمولى إذا شرط أن لا يستخدمها، فقد أعار سائر منافع أعضائها من زوجها، والإعارة غير لازمة، فلا تتغير بشرط المغير، فكان له أن يستردها متى شاء؛ فإن قبلها المولى قبل الدخول أو باعها على وجه لا يقدر الزوج عليها، سقط المهر عن الزوج عند أبي حنيفة – رضي الله عنه – في القتل، وفي البيع لا يملك المطالبة بالمهر، وعندهما لا يسقط⁽⁴⁾؛ لأن القتل موت حقيقة، فإن الميت مقتول بأجله، ولهذا لو قال لعبد: إن مت فانحر، فقتل، فإنه يعتق؛ لأن الموت ليس إلا إنهاء الحياة، وبالقتل انتهت حياة المقتول نهايتها في حق الله تعالى؛ لأن موته كان بأجله، وإنما يعتبر تفويتنا في حق القاتل إذا تعلق به القصاص أو الدية، ولم يتعلق بهذا القتل ضمان فيبقى موتاً حقيقة، وبالموت يتأكد المهر.

له أن القتل تفويت في حق العباد؛ لأن القتل فيما بين العباد يعد قطعاً للحياة، وتفويتها لها عرفاً وعادة، حتى تعلق به أحكام التفويت من لحوق المأثم، ولزوم المغرم بالكفارة ونحوها، والمولى يلحقه المأثم بالقتل عمداً، والكفارة بالقتل خطأً، ولحوق المأثم ولزوم الكفارة لا يكون إلا بالتفويت، وبتفويت المبدل يسقط البدل، كالمرأة إذا ارتدت قبل الدخول، والحررة إذا قتلت نفسها لا يسقط مهرها خلافاً

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 123.

(2) ساقط من: ع.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 21.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 208؛ تبيين الحقائق، ابن مازة، 2: 165؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3:

لنزفر⁽¹⁾؛ لأنه ما اعتبر تفويتا في حقها؛ لأنه لم يتعلق به حكم في الدنيا وهو الضمان أو الكفارة، وتعلق به حكم الموت وهو الميراث، فاعتبر موتا حقيقة لا تفويتا، ولو قتلت الأمة نفسها، ففيه روايتان عن أبي حنيفة – رضي الله عنه – في رواية لا يسقط؛ لأنه لم يتعلق بقتلها نفسها حكم من أحكام الدنيا، فلم يعتبر تفويتا في حقها كالحررة إذا قتلت نفسها، وفي رواية يسقط⁽²⁾؛ لأن الموت تفويت للحياة حقيقة في حق العباد؛ لأنه قطع للبقاء، وإنما يعتبر موتا في حق القاتل إذا تعلق به حكم من أحكام الموت وهو الميراث، ولم يتعلق به الميراث، فبقي تفويتا للحياة حقيقة.

[مسألة] ولو ارتدت الأمة قبل الدخول وقبّلت ابن زوجها، قيل: لا يسقط المهر⁽³⁾؛ لأن الحق في البذل للمولى لا لها، وهو لم يمنع المبدل، فلا يجازى بمنع البذل، وقيل: يسقط⁽⁴⁾؛ لأن المهر يجب لها، ثم ينتقل إلى المولى إذا فرغ عن حاجتها، حتى لو كان عليها دين، يصرف إلى دينها، فكان ارتدادها قبل الدخول بمنزلة ارتداد الحررة.

[مسألة] ولو زوج أحد الموليين الأمة ودخل بها الزوج، فلآخر النقض؛ لأن العاقد تصرف في ملك شريكه بغير رضاه، فإن نقض، فله نصف مهر المثل؛ لأنه لم يرض بنقصان مهر يصيبه، وللزوج الأقل من نصف مهر المثل ومن نصف المسمى؛ لأنه رضي بسقوط ما وراء نصف المسمى، والتسمية في النكاح الفاسد لا توجب الزيادة على مهر المثل⁽⁵⁾.

فصل في من له المهر

[مسألة] ولو تزوج العبد أو الأمة أو المدبرة بغير إذن المولى، ثم أعتقه أو عتقت المدبرة بغير إذن مولاهما، نفذ النكاح عليه⁽⁶⁾؛ لأن امتناع النفاذ كان لحق

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 210؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 94؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 164؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 13.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 210؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 6: 32؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 165؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 13.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 94؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 94؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 287؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 8: 326، نقلا عن الظهيرية.

(6) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 124؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 4: 83؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3:

المولى، فإذا زال حقه بالعتق نفذ، بخلاف الصبي إذا تزوج بغير إذن وليه ثم بلغ، لا ينفذ ذلك النكاح عليه إلا بالإجازة منه؛ لأنه لا عبرة لرضاه بالتزام حكم العقد قبل البلوغ؛ لكون العقد دائرا بين النفع والضرر، فصار تزويجه كتزويج الأجنبي، فأما العبد من أهل الرضا بالتزام حكم العقد؛ لكونه مخاطبا، ولهذا لو أقر بدين ثم عتق، نفذ عليه.

[مسألة] النوادر: وروى ابن سَمَاعَةَ عن محمد: أمة تزوجت بغير إذن المولى،

ج هـ

اللوحة

286

فدخل بها زوجها، ثم مات السيد، فأجاز الابن؛ جاز، وكذلك لو باعها المولى فأجاز المشتري النكاح، جاز، وذكر في الأصل: أن الإجازة لا تصح بناء على أن العدة تجب بوطئ الزوج قبل الإجازة على رواية ابن سَمَاعَةَ عن محمد، فلم يحل فرجها للابن حتى تنقضي عدتها، فلم يطرأ حل نافذ على حل موقوف، فبطل الموقوف.

وجه رواية ابن سَمَاعَةَ أن هذا وطؤ حصل في نكاح فاسد؛ لأن منفعة النكاح عائدة إلى الأمة من وجه؛ وهي منفعة الوطاء والاستمتاع، فكان حقا لها وكأنه صدر من المالك من وجه، ولكن لما كان للمولى فيه حق فسد؛ لعدم رضاه، كنكاح أحد الشريكين الجارية المشتركة، والعدة تجب في النكاح الفاسد.

وجه ظاهر الرواية أن هذا نكاح موقوف من كل وجه؛ لأنه لا حق للأمة في منافع بضعها، ولهذا كان البذل كله للمولى، ولهذا لو أقر المولى عن أمته بالنكاح، يصدق، وكذا الأمة لو وجدت زوجها محبوبا أو عنيئا، فحق التفريق يكون للمولى عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -، فالنكاح صادق ملك المولى من كل وجه، فكان موقوفا على إجازته، ومنفعة الوطاء تحصل للأمة تبعا لضرورة الاستيفاء، فلا يعتبر حقا لها كمنفعة الفصد والحجامة⁽¹⁾، والعدة لا تجب في النكاح الموقوف، وقيل: رواية ابن سَمَاعَةَ صحيحة على قولهما؛ لأنها جعل الوطاء حقا للأمة فظاهر الرواية مستقيمة على قول أبي حنيفة؛ لأنه جعل الوطاء حقا للمولى لا للأمة، وكذا لو مات السيد وترك ابنين فأجازاه، أو ابنة فأجازت؛ جاز، وكذا لو باعها من امرأة أو من رجل لا يحل له وطئها، فأجاز؛ جاز، وإن لم يجز حتى باعها الثاني

من رجل بحالة وطئها، أو زوجها من غيره؛ بطل النكاح الأول، ولو تزوج المولى على رقبتها أمة، انفسخ النكاح؛ لأنه ملكها غيره، فإن كان للميت جماعة ورثة فأجاز بعضهم وأبى بعض؛ لم يجز النكاح، ولو تزوجت أم الولد بغير إذن مولاهها، ثم أعتقها مولاهها، أو مات عنها ولم يدخل الزوج بها، لم ينفذ النكاح عليها؛ لأنه وجبت عليها العدة من المولى، كما عتقت والعدة مانعة من النكاح، فإن دخل بها قبل العتق، نفذ وهذا إنما يصح على رواية ابن سماعة عن محمد؛ لأنه وجبت العدة عن الزوج، فلا تجب عن المولى، ولا يصح على ظاهر الرواية؛ لأنه لا تجب العدة من الزوج، فوجب العدة من المولى، ووجوب العدة عن المولى قبل الإجازة يوجب انفساخ النكاح، ولو تزوج الصغير بغير إذن المولى ثم مات المولى، أو باعها، أو وهبها، وسلمها، فأجاز من انتقلت إليه؛ لم يجز، إلا أن يكون ممن لا يحل له وطؤها، بأن كانت موطوءة الأب، أو أخته من الرضاعة؛ تنفذ الإجازة، وقال زفر: لا يجوز أيضاً.

لنا أنه متى حل وطؤها للثاني، فقد طراً على هذا الحل الموقوف حل نافذ، فبطل الموقوف؛ لأن النافذ أقوى من الموقوف فيرفعه، ومتى لم يحل له وطؤها فلم يطرأ على الحل الموقوف حل نافذ؛ فلم يبطل الموقوف، وصحت الإجازة؛ لأن ملك الرقبة في غير الحل كاف للإجازة؛ لأنه يكفي لإنشاء النكاح، كما لو اشترى أخته من الرضاعة، ملك إنكاحها، وإن لم يملك حلها، وكذا لو تزوجت بغير إذن المولى ووطئها الزوج، ثم باع المولى، فأجاز المشتري، نفذ⁽¹⁾؛ لأن وطأ الزوج يمنع ثبوت الحل للمشتري؛ لأنه وجبت عليها العدة، فلم يطرأ حل نافذ على موقوف، وهذا على رواية ابن سماعة، وإن لم يطرأ الزوج وأجاز لم يجز؛ لأنه لم تجب العدة، فحل فرجها للمشتري، فطرأ حل نافذ على موقوف فبطل.

[مسألة] ولو تزوجت أمة بغير إذن مولاهها، ثم ملكها اثنان فأجازا، صح؛ لأنه لم يحل لهما وطؤها فلم يطرأ على الحل الموقوف حل نافذ، وكذا عبد تزوج بغير إذن المولى، فباعه قبل الإجازة، فأجاز المشتري نكاحه؛ جاز، ولو تزوج مدبرة، ثم مات

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 198.

المولى إن خرجت من الثلث، جاز النكاح، وإن لم تخرج لم يجز، حتى تؤدي السعاية عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يجوز لما عرف⁽¹⁾.

[مسألة] رجل تزوج أمة فقبلت ابن زوجها قبل الدخول بها، فادعى الزوج أنها قبلته بشهوة، وكذبه سيدها، تبين الأمة منه بإقراره أنها قبلته بشهوة، ويلزمه نصف المهر؛ لتكذيب المولى إياه أنها لم تقبله بشهوة⁽²⁾.

[مسألة] ولو تزوج أم ولد، ثم مات المولى قبل أن يدخل بها، انتقض نكاح أم الولد؛ لأنه لزمته العدة من المولى، وبعدهما دخل عليها لم ينتقض؛ لأنه لا عدة عليها من المولى.

[مسألة] اشترى جارية فزوجها قبل القبض، إن تم البيع، جاز النكاح، وإن انتقض، جاز عند محمد، وبطل عند أبي يوسف، وهو الأصح⁽³⁾؛ لأن البيع متى انتقض قبل القبض ينتقض من الأصل، فصار كأنه لم يكن، فظهر أن النكاح كان باطلا، ومحمد يقول [بأن الانتقاض]⁽⁴⁾ من الأصل لا يظهر في حق بطلان النكاح ويقتصر على الحال.

[مسألة] ولو تزوج أمة بغير إذن مولاهما على مائة، فقال المولى: أجزت على أن يزيد خمسين درهما، أو أجزت على مائة وخمسين، أو قال: لا أجزت حتى يزيد خمسين، فقال الزوج: لا أرضى بذلك فالنكاح موقوف بحاله⁽⁵⁾؛ لأن المولى علق الإجازة بشرط الزيادة، والزوج رد الزيادة؛ لأن قوله: لا أرضى، خرج جوابا عن الزيادة، فارتدت الزيادة، فيبقى أصل العقد موقوفا على إجازة المولى، وكذلك حتى كلمة غاية، فامتد التوقف إلى وقت الزيادة، ولو قال: لا أجزت ولكن زدني خمسين درهما في الصداق، أو قال: لا أجزت وإن زدتي خمسين، يبطل العقد⁽⁶⁾؛ لأنه قوله، ولكن مقطوع ومفصول عن الأول، فلم تتعلق الإجازة بالزيادة، فيبقى قوله: لا أجزت،

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 217، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 335، نقلا عن الظهيرية.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 214، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 174.

(3) وهو الذي عليه الفتوى كما قال الإمام الصدر الشهيد رحمه الله، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 285؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 334، نقلا عن الظهيرية.

(4) ساقط من: ع.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 220؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 332، نقلا عن الكافي.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 220؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 332، نقلا عن الكافي.

ردا للعقد، قال للمعتقة: لك خمسون درهما على أن تختاريني لزم العقد، ولا شيء لها⁽¹⁾؛ لأن خيار العتق ليس بحق مالي، فلا يصلح عوضا، فلا يصح أخذ العوض عنه، ولو قال: اختاريني ولك خمسون زيادة على صداقك، صحت، وتجب الزيادة للمولى⁽²⁾؛ لأنه وجب بدلا عن العوض؛ لأنه زيد على الصداق، والمال يصلح عوضا عن البضع، فيلتحق بأصل العقد.

باب نكاح العبيد

فيه فصلان؛ فصل في نكاح العبد، وفصل في تزويج المكاتب.

فصل في نكاح العبد

ولا يتزوج العبد أكثر من امرأتين⁽³⁾، وقال مالك: يجوز إذا كان بإذن المولى⁽⁴⁾، والصحيح قولنا؛ لما روي موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (لَا يَنْكِحُ الْعَبْدُ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ)⁽⁵⁾، ولا يتزوج العبد الأمة على الحرية⁽⁶⁾ خلافا للشافعي⁽⁷⁾؛ لأنه ليس فيه تعريض جزء منه للرق؛ لأن ماءه رقيق فلا يمنع عنه.

لنا أن حل الأمة ينصف برقها، وإنما يظهر التنصف في حق الأحوال لما بينا.

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 332، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 160.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 333، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 160.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 226؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 236؛ الهداية، المرغيناني، 1: 194؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 266؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 98.

(4) ينظر: الكافي، ابن عبد البر، 245.

(5) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب نكاح العبد وطلاقه، 1: 158، رقم: 14269.... 14272، بألفاظ مغايرة لهذا اللفظ، وصححه ابن الملقن، ينظر: البدر المنير، ابن الملقن، كتاب النكاح، باب ما يحرم من النكاح و أنكحة الكفار، 7: 261.

(6) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 177؛ الحجة، محمد بن الحسن، 3: 255؛ المبسوط، السرخسي، 5: 198؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 266؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 99؛

(7) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 43؛ الحاوي، الماوردي، 9: 240.

ولو تزوج امرأة بغير إذن المولى، ثم طلقها ثلاثاً، ثم أجاز المولى، لا يصح⁽¹⁾؛ لأن الطلاق متاركة، وفسخ النكاح الفاسد لا يكون طلاقاً حقيقة، فإن أذن له المولى في النكاح، كره له أن يتزوجها عند أبي حنيفة ومحمد – رضي الله عنهما – وقال أبو يوسف: لا يكره⁽²⁾؛ لأنه لم يتعلق بالنكاح الأول حكم فيكون عدماً، وإجازة المولى تقع لغواً، فلا تورث الكراهة، ولهذا لو لم يجز النكاح الأول وأذن له فتزوجها ثانياً يجوز.

لهما أن الإجازة صحت من وجه؛ لأنها تستند إلى أصل العقد، فإن لم يفد حقيقة النفوذ لفقد النكاح في الحال، أفادت شبهة النفوذ، فأورثت شبهة وقوع الطلاق، فأوجب الكراهة، ولو باعه المولى قبل الإجازة والطلاق، فأجاز المنتقل إليه جاز؛ لأنه لم يطر حل بات نافذ على حل موقوف، فبقي موقوفاً، وتعمل الإجازة فيه، كالأمة تزوجت بغير إذن المولى، ثم ملكها اثنان فأجازا؛ صح، ولا يتزوج العبد مولاته؛ لأنه مملوك لها، والمملوك لا يملك على مالكة شيئاً⁽³⁾؛ لأنهما في طرفي نقيض وصفتي تضاد، ولا يكون رضاها بالعبد عتاقاً؛ لأن العتق ليس من ضرورات النكاح، ويجوز للعبد والمكاتب أن يتزوج بنت مولاه⁽⁴⁾؛ لأنه لا ملك له في مال أبيها.

[مسألة] أذن لعبدته فتزوج امرأتين في عقدة لم يجز واحد منهما، إلا إذا قال المولى عتقت امرأتين؛ لأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار؛ بل يحتمله فينصرف إلى أدنى ما ينطلق عليه اسم الفعل، ويحتمل الكل كاسم الجنسين، وليس بأحدهما أولى من الأخرى، فلا يصح كلامهما، وصحب اثنتين؛ لأنه نوى ما تحمله لفظه المأذون له في النكاح.

[مسألة] تزوج فاسداً ودخل بها تؤخذ بالمهر في الحال عند أبي حنيفة، وعندهما بعد العتاق، وأصله أن الإذن بالنكاح يتناول الجائز، والفاسد جميعاً عنده، وعندهما

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 267؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 207، نقلاً عن الولواجية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 333، نقلاً عن المحيط الرضوي.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 267.

(3) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 100.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 237.

يتناول الجائز دون الفاسد حتى لو تزوج هذه ثانيا نكاحا جائزا، أو أخرى بنكاح جائز؛ لم تصح عنده؛ لأن الإذن عنده انتهى بالفاسد وعندهما يصح؛ لأن الإذن باق لم ينته بالفاسد.

لهما أن المقصود إنما هو التحصن والإعفاف عن الزنا، وذلك لا يحصل إلا بالنكاح الصحيح، فتقيد الأمر به دلالة، فكان الفاسد واقعا بغير إذنه، ألا ترى أنه لو حلف لا يتزوج امرأة لا يحنث بالفاسد، وصار كالتوكيل بالنكاح، يتناول الجائز دون الفاسد، بخلاف البيع، حيث ينصرف إلى الجائز والفاسد؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك، فتحصل به بعض المقاصد، وهو ملك الإعتاق والتصرفات، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع فاسدا يحنث.

له أن أمر المولى بالنكاح ما صح، لما فيه من تملك البضع؛ لأن تملك البضع من العبد صحيح بغير إذن المولى؛ لأنه بقي في حق تملك البضع على حكم الحرية، وإنما يصح لما فيه من شغل رقبته بالمهر والنفقة؛ لأنه صار مملوكا له في حق المالية، فصار كأنه قال اشغل رقبتك بالمهر والنفقة، والشغل يتحقق بالفاسد والجائز جميعا، فملك الشغل بهما بخلاف الوكيل بالنكاح؛ لأنه أمره بتمليك البضع، واستحلال الوطاء، واستيجاب المهر في الذمة، وذلك لا يحصل إلا بالجائز، بخلاف اليمين لما نبين في الأيمان.

[مسألة] تزوج بغير إذن المولى ودخل بها، ثم أجاز المولى، يجب مهران قياسا⁽¹⁾؛ لأن الدخول حصل في نكاح فاسد؛ فيوجب المهر، وبالإجازة يملك البضع، وملك البضع لا ينفك عن وجوب مهر، ويجب مهر واحد استحسانا؛ لأن الإجازة تستند إلى حالة العقد، فيثبت الملك من وقت العقد، فيظهر أن الوطاء حصل في الملك.

[مسألة] زوّج أمته من عبده بغير مهر؛ جاز، ولا مهر لها عليه⁽²⁾؛ لأنه لو وجب، لوجب للمولى، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً، وقيل: يجب حقا لله تعالى، ثم يسقط لتعذر إثباته على العبد حقا للمولى، وما لزم العبد من المهر بإذن

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 233.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 123.

المولى فإنه يباع فيه⁽¹⁾؛ لأنه دين ظهر الوجوب في حق المولى، فتعلق بالرقبة استيفاءً، والمكاتب والمدبر يسعيان في المهر؛ لأنه تعذر الإستيفاء من الرقبة، فيستوفي من الكسب، وما لزم العبد بغير إذن المولى أتبعوا به بعد العتق؛ لأن الوجوب لم يظهر في حق المولى، فصار بمنزلة الدين الثابت بإقرار العبد.

[مسألة] مسلم أذن لعبد النصراني في التزوج، فأقامت المرأة شهوداً نصراني أنه تزوجها يقبل⁽²⁾؛ لأن المشهود عليه نصراني، ولو كان العبد مسلماً والمولى نصرانياً، لا تقبل لما عرف⁽³⁾.

فصل في تزويج المكاتب

[مسألة] ولو تزوج المكاتب بنت مولاه، ثم مات المولى، لا يفسد النكاح⁽⁴⁾ خلافاً للشافعي، وهذا بناء على أن المكاتب يورث عنده كالقن⁽⁵⁾، وعندنا لا يورث؛ لأن حرية اليد ومالكية التصرف يمنع جريان الإرث؛ صونا لحقه عن البطلان، فلم تملك المرأة رقبة زوجها، وإنما ثبت لها حق الملك، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء؛ لأن المفسد للنكاح حقيقة الملك وحق الملك، وهو الملك من وجه مبطل، من وجه دون وجه، فأما إذا قارن ابتداء النكاح، يقع الشك في الثبوت، فلا يثبت بالشك، فإذا طرأ على النكاح يقع الشك في الزوال، فلا يزول بالشك، ولو تزوج المكاتب بغير إذن مولاه، لم يجز؛ لأن ملك الرقبة قائم للمولى، والتزويج ليس باكتساب المال؛ بل فيه إتلاف المال فلم يكن فيه معنى التجارة، فلا يدخل تحت الكتابة، فإن دخل بها، فلا مهر لها حتى تعتق؛ لأنه لزمه المهر، وهو محجور عليه في النكاح، ودين المحجور عليه يؤخذ به بعد العتق.

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 334، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 392؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 123؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 206.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 336، نقلا عن الظهيرية.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205، نقلا عن المحيط الرضوي.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 204.

(5) القن: هو العبد الذي ملك هو وأبواه، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 204؛ لسان العرب، ابن منظور، 13: 348، مادة (ق ن ن).

[مسألة] الجامع الصغير: ولو تزوج عبد حرة؛ فقالت لمولاه: أعتقه عني بألف، فسد النكاح⁽¹⁾، **خلافًا لزفر؛** لأنه لا يقول بثبوت الملك بطريق الاقتضاء، فلم تملك هي زوجها، فلم يفسد النكاح، ووقع العتق عن المأمور، **وعندنا** لما ثبت الملك سابقا بطريق الاقتضاء، فملك زوجها، ففسد النكاح.

[مسألة] ولو تزوج بغير إذن مولاه؛ فقال المولى: طلقها بائنا، لم يكن إجازة للنكاح⁽²⁾؛ لأن الطلاق البائن يحمل متاركة وفسخا، كما في الطلاق في النكاح الفاسد والموقوف، ويحتمل إجازة أيضا، حملا للأمر بالطلاق على حقيقته، وهو إبطال الملك، فحمل على المتاركة التي هي أدناهما، وإن طلقها رجعيًا، فهو إجازة؛ لأن الرجعي لا يكون إلا في النكاح الصحيح، والإذن في العزل إلى المولى وروي عن **أبي يوسف ومحمد** أنه إلى الأمة؛ لأن الوطأ حقها؛ لأنها هي التي تقضي شهوتها دون مولاها.

له أن الحق في الولد للمولى لا لها، والكرهية في العزل لأجل انقطاع الولد، لا لأجل نقصان قضاء الشهوة؛ لأن حقها ثابت في أصل قضاء الشهوة لا في كماله، ألا ترى أنه لو لم يكن للرجل ماء وهو يُجامع لا يكون للمرأة حق الخصومة، فإذا عزل عنها أولى، والعزل في الحرة لا يجوز إلا برضاها؛ لأن لها حقا في الولد وفي قضاء الشهوة، والعزل جائز **عند عامة العلماء**⁽³⁾ لقوله — صلى الله عليه وسلم —: **(اعزُّوهُنَّ أَوْ لَا تَعزُّوهُنَّ، إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِذَا أَرَادَ خَلْقَ نِسْمَةٍ خَلَقَهَا)**⁽⁴⁾.

[مسألة] المنتقى: عبد تزوج حرة ودخل بها بغير إذن مولاها، ثم تزوج أمة بغير إذن مولاه؛ فأجاز المولى نكاحهما، يجوز نكاح الحرة دون الأمة⁽⁵⁾؛ لأن الحرة تعتد منه، ونكاح الأمة في عدة الحرة لا يجوز، ولو تزوج بغير إذن سيده أمة ثم حرة ثم أمة ثم أجاز السيد نكاحهن، يجوز نكاح الأمة الأخيرة⁽⁶⁾؛ لأن نكاحها يكون

(1) ينظر: الجامع الصغير وشرحه، محمد بن الحسن، 190؛ الهداية، المرغيناني، 1: 218؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 410؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 221.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205.

(3) جائز مع الكراهة، ينظر: المغني، ابن قدامة، 16: 43.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب العزل، 763، رقم: 2507، ولم أجده باللفظ الذي أورده المؤلف.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 280.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 334.

ردا ونقضا لنكاح الأوليين، ولو تزوج حرتين ودخل بإحدهما، ثم تزوج أمة ثم أمة فأجاز المولى كله، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: يجوز نكاح الحرتين⁽¹⁾؛ لأنه ليس له أن يتزوج بأمة وحررة تعتد منه، وقالوا: يجوز نكاح الأمة الأخيرة⁽²⁾؛ لأن عندهما له أن يتزوج أمة في عدة الحررة، فلما تزوج الأمة الأولى كان ردنا لنكاح الحرتين، فلما تزوج الأمة الثانية كان ردنا لنكاح الأمة الأولى؛ لأنه لا يجوز نكاح أمتين وحررة تعتد منه، أو غير حررة، ولو تزوج أمتين في عدة ودخل بإحدهما، ثم أجاز المولى نكاح أحد الفريقيين، لم يجز نكاح شيء منهن⁽³⁾؛ لأن إحدى الأوليين تعتد منه، وأخرى الأخيرتين تعتد منه، وقالوا يجوز نكاح الأمة الأخيرة⁽⁴⁾؛ لأن عندهما له أن يتزوج أمة في عدة الحررة، فلما تزوج الأمة الأولى كان ردنا لنكاح الأمة.

[مسألة] عبد تزوج حررة وأمة، ثم حررة وأمة، فأجاز المولى الكل، جاز نكاح الحرتين⁽⁵⁾؛ لأن نكاح الأمة لا يجوز مع الحررة، فإن دخل بهن فنكاحهن فاسد.

[مسألة] عبد تزوج حررة فقال العبد: لم يأذن لي المولى، وقد نقض النكاح هو، وقالت المرأة: قد أذن؛ يفرق بينهما بإقراره أن النكاح فاسد، ويلزمه كمال المهر إن كان دخل بها، ونصف المهر إن لم يدخل بها، ولها نفقة العدة⁽⁶⁾؛ لأن المهر والنفقة حقها، ولا يصدق العبد في إبطال حقها.

[مسألة] رجل تزوج جاريتة على أنها أمة، فالتزويج جائز وهي حررة؛ لأن الإقرار بالبينة إقرار بحريتها.

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 334، نقلا عن الظهيرية.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205.

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 334، 336، نقلا عن الظهيرية.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205، نقلا عن الظهيرية.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 334، نقلا عن الظهيرية.

(6) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 334، نقلا عن الظهيرية.

[مسألة] رجلان شهدا على رجل أنه أعتق جاريته هذه، وهو يجحد فقضى القاضي بالعتق، ثم رجعا عن شهادتهما، ثم تزوجها أحدهما؛ قال أبو يوسف: إن تزوجها قبل القضاء عليها بالقيمة يفرق بينهما وبعد القضاء جاز نكاحه⁽¹⁾.

[مسألة] عبد تزوج أمة بغير إذن المولى، ثم تزوج حرة فأجاز المولى نكاحهما؛ جاز نكاح الحرة عند أبي حنيفة، وقال محمد: نكاح الأمة جائز وبطل نكاح الحرة، وكذلك عبد تزوج امرأة، ثم امرأة، ثم امرأة، فبلغ المولى فأجاز الكل؛ ينظر إن لم يدخل بهن، جاز نكاح الثالثة⁽²⁾؛ لأن الإقدام على النكاح للثالثة نقض لنكاح الثانية والأولى، وبقي نكاح الثالثة موقوفا، وإن دخل بهن فسد نكاحهن؛ لأن الإقدام على نكاح الثالثة لا يمكن أن يجعل نقضا للنكاح في الأوليين؛ لأن نكاح الثالثة في عدة الأولتين فلا يجوز، وكذلك الحر لو تزوج عشر نسوة بغير إذنهن، فبلغهن فأجزن جميعا، جاز نكاح التاسعة والعاشرة⁽³⁾؛ لأن نكاح الخامسة كان نقضا لنكاح الأربع الأول، ونكاح التاسعة كان نقضا لنكاح الأربع الأخر، بقي نكاح التاسعة والعاشرة موقوفا على إجازتهما.

الجامع: أصله أن التصرف الصادر عن المأمور يصح إذا وافق الأمر، ولا يصح إذا خالف، وتصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن اعتباره لعقله ودينه، ثم مسأله على فصلين: أحدهما: في تزوج العبد على رقبتة، والثاني: في تزويج الحر المكاتب.

فصل في تزوج العبد على رقبتة

[مسألة] رجل أمر عبده أن يتزوج، وقد كان تزوج؛ فأجاز، لا يجوز قياسا؛ لأنه مأمور بالعقد، والإجازة ليست بعقد، ولهذا صحت بغير شهود، ويجوز استحسانا؛ لأن الإجازة تنفيذ الحكم وتقريره، والرضا يعتبر لأجل نفوذ الحكم لا

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205، نقلا عن الظهيرية.

(2) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 197؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 334، نقلا عن الظهيرية.

(3) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 285.

لنفس العقد، إذ لا ضرر للمولى في نفس العقد، فكانت الإجازة والعقد في حق الأمر سواء؛ بل الإجازة أهم وأتم في تحصيل مرامه وتحقيق مقصوده، ولو قال لعبد: تزوج على رقبتك، فتزوج على رقبة أمة، أو مدبرة، أو أم ولد بإذن مولاهما، جاز؛ لأن الملك في رقبة ثبت لمولى الأمة فلا يمنع الجواز⁽¹⁾، كما لو زوج أمته من عبد، ولو تزوج حرة أو مكاتبة فالنكاح فاسد⁽²⁾؛ لأنه لو صح ثبت الملك للمنكوحة في رقبة مقرنا للعقد، وأنه مفسد للعقد إذا طرأ، فإذا قارن، أولى بمنع الجواز، وكذا حق الملك ثبت للمكاتبة، وحق الملك يمنع جواز النكاح ثبوتاً إن كان لا يقطع بقاء، ولو كان العبد مكاتباً أو مدبراً، صح النكاح؛ لأنهما يحتملان النقل من ملك مولاهما⁽³⁾؛ لأن حرية اليد أخرجته عن محلية التملك والتملك، وهذا يدل على أنه لو باع المكاتب نفسه برضا مولاه لا يجوز، وكذا لو حلف لا يبيع مكاتباً لا يحنث، فهذه تدل على أن بيعه غير منعقد أصلاً، وقد قيل: جاز البيع وتنسخ الكتابة⁽⁴⁾، وهنا لا يتضمن انفساخ الكتابة فتصير رقبة مهراً؛ لأن صحة النكاح لا تتوقف على ثبوت الملك في المسمى، بخلاف البيع، فلم تملك المرأة زوجها، والتسمية صحيحة؛ لأن المسمى مال معلوم، ولكنه عجز عن تسليمه، فتجب قيمة رقبة المدبر أو المكاتب، كما لو تزوج على رقبة مستحقة، ولو تزوج العبد على ما ذكرنا ثم أجاز المولى، فهو كذلك؛ لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الإذن السابق، ولو قال المولى تزوج امرأة ولم يسم المرأة، فتزوج حرة على رقبة، جاز النكاح؛ لأنها لا تملكه لعدم رضى المولى بجعل الرقبة مهراً، وتلزمه القيمة في رقبة كما لو تزوج على عبد الغير، فهذا إذا كان قيمة العبد مثل مهر مثلها أو أزيد بما يتغابن في مثله، فإن كانت الزيادة فاحشة؛ فالنكاح باطل، قيل: هذا قولهما فأما عند أبي حنيفة فإنه يصح النكاح بكل حال، بناء على أن المأمور بالبيع محاباة فاحشة جائز عنده خلافاً لهما.

(1) وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 128؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205.

(2) وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 128؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 205.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 745.

فصل في تزويج الحر المكاتبه

[مسألة] ولو تزوج الحر مكاتبه بإذن مولاهما على أمة بعينها ولم تقبضها المكاتبه حتى زوجتها من الزوج على مائة، جاز⁽¹⁾؛ لأنها ملكتها صداقا بنفس العقد، فتملك التصرف فيها قبل القبض، وإدخال الأمة على المكاتبه جائز فصح، فإن لم تقبض المكاتبه الأمة حتى طلقها الزوج قبل الدخول بهما معا، أو الأمة ثم المكاتبه طلقها؛ لأن الزوج إنما يملك نصف الأمة حكما لطلاق المكاتبه، وحكم السبب بعد تمامه، فكان طلاق المكاتبه قبل الملك، فطلاق الأمة مقارن لطلاقها أو قبل طلاقها؛ فوقع، وللمكاتبه نصف الأمة وربع مهر الأمة؛ لأن مهر الأمة ينصف بطلاقها، وبقي النصف زيادة في مهر المكاتبه، حدثت قبل القبض فتتصرف مع الأصل وهو الأمة، وكذلك لو تزوج قبل القبض، والمسألة بحالها، فإن طلق المكاتبه أولا ثم الأمة، لم تطلق الأمة، ولا شيء عليه من مهر الأمة، وقد فسد نكاح الأمة بطلاق المكاتبه، عاد الملك للزوج في نصف الأمة، فيفسد نكاحها، وهذا الفساد وإن جاء من قبل الزوج، فإنه لا صنع للمكاتبه فيه، إلا أن هذا فساد حصل بحكم انفساخ العقد من كل وجه قبل الدخول لا بالطلاق، فأوجب سقوط كل المهر كما لو اشتراها من المكاتبه، فإن قبضها وزوجها منه وباقي المسألة بحالها لم ينتصف بالطلاق، ويجب نصف مهرها للمكاتبه، وعلى المكاتبه نصف قيمة الجارية للزوج؛ لأن مهر الأمة زيادة في مهر المكاتبه حدثت بعد القبض، فتمنع التصنيف، وقد وجب عليها رد النصف وقد عجزت، فغرمت القيمة، وسقط نصف مهر الأمة بطلاقها قبل الدخول، فإن زوجته الأمة قبل قبضها، ودخل بالأمة دون المكاتبه ثم طلقها معا أو متعاقبا، وإن شاء الزوج أخذ نصف الجارية، فبطل عنه نصف مهرها، وإن شاء أخذ نصف قيمتها يوم وطئها، ويكون نصف مهرها للمكاتبه؛ لأن المكاتبه صارت قابضة للأمة بوطئ الزوج؛ لأنه حصل بتسليطها، فأضيف ذلك إليها حكما واعتبارا، كما لو اشترى جارية فزوجها قبل القبض ثم وطئها، صار المشتري قابضا بوطئ الزوج؛ فكذا هذا، والمهر بعيب فاحش يتخير الزوج في ذلك، كما لو قطع يدها برضاها، ويغرم يوم

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 130.

الدخول؛ لأنها صارت قابضة بدخوله، فأما المهر فيتتصف؛ لأن مهر الأمة زيادة في مهر المكاتبة، وحيث بالعقد قبل القبض، فلم يمنع التصيف، ولو تزوجها بعد قبض المكاتبة – والمسألة بحالها – فالجارية ومهرها للمكاتبة، وللزوج نصف قيمة الأمة يوم قبضها؛ لأنه زيادة حدثت بعد القبض، فيمنع التصيف، ولو طلق المكاتبة قبل الدخول والأمة مقبوضة، ثم تزوج الأمة، لم يصح؛ لأن قبل القضاء أو الرضا إن لم يعد ملكه في الأمة حقيقة لكن عاد فيها حق الملك، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح، ولو كان تزوج الأمة في هذه الحالة فطلق المكاتبة، لم يفسد نكاح الأمة حتى يقضى للزوج بنصفها؛ لأن حق الملك لا يمنع بقاء النكاح، ولو لم يطلق الأمة في هذه الحالة حتى قضى له بنصفها، سقط مهرها عنه لما ذكرنا أن العقد انسخ من الدخول من كل وجه، ولو اشترى مكاتب امرأة مولاه، لم يفسد النكاح⁽¹⁾، فإن طلقها بعد ما اشتراها المكاتب ثم تزوجها المكاتب منه لم يجز؛ لأن الثابت للمولى حق الملك، والحق يمنع ابتداء النكاح، لما يبطله لما بينا، واستشهد بمسائل إحداهما، رجل باع أمة بيعاً فاسداً وقبضها المشتري، ثم تزوجها البائع، لم يجز⁽²⁾؛ لأنه له فيها حق الملك وهو حق الاسترداد والاستنقاص ولو تزوجها ابن البائع جاز؛ لأنه ليس له فيها حق، فإن مات البائع حتى ثبت لابنه حق الملك وهو حق الاسترداد والاستنقاص، ولو تزوجها ابن البائع، جاز؛ لأنه ليس له فيها حق، فإن مات البائع حتى ثبت لابنه حق الاسترداد، لم يبطل نكاحه، وكذلك إذا تقابضا عبد الجارية، فقبض بائع العبد الجارية وزوجها من بائعها، ثم هلك العبد قبل القبض؛ لم يفسد النكاح، وإن أراد المولى أن يتزوجها ابتداء بعد هلاك العبد، لم يجز؛ لأن الحق يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع دوامه؛ لأن الحق سببه الحقيقة، فيكون موجوداً من وجه، عدماً من وجه، فوقع الشك في كونه مانعاً، فلم يصح ابتداءه بالشك، ولم ينقطع دوامه بالشك، كشبهة العدة تمنع ابتداء النكاح، ولا تمنع بقاءه، كالمراة إذا وطئت بالشبهة حتى وجبت عليها العدة، لا يرتفع النكاح.

ظ هـ

اللوحة

288

ظ هـ

اللوحة

288

(1) المبسوط، السرخسي، 5: 238.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181، نقلاً عن الظهيرية.

باب النكاح في العقود المتفرقة

[مسألة] وإذا تزوج أربعا بالكوفة في عقدة، ثم طلق إحداهن بمكة وتزوج مكية، ثم طلق إحدى نسائه بالطائف وتزوج طائفية، ثم مات قبل البيان، ولم يدخل بواحدة منهن، فللطائفية مهر كامل⁽¹⁾ وربع ميراث النساء، وللمكية ربع ما بقي من ميراثهن وسبعة أثمان المهر⁽²⁾، وللكوفيات الأربع ما بقي من ميراثهن وثلاثة مهور وثمان مهر بينهن بالسوية⁽³⁾.

أما المهر؛ فلأن هذا الرجل تزوج ستا، فلزمه ستة مهور، وطلق بنتين قبل الدخول فسقط مهر، فبقي خمسة مهور للطائفية مهر كامل؛ لأن نكاحها صحيح، ولم يوجد بعد نكاحها طلاق⁽⁴⁾، وللمكية سبعة أثمان مهر؛ لأنه وجد بعد نكاحها طلاق، فسقط به نصف مهر موزعا على الأربع، فأصابها ربع النصف، وذلك ثمن الكل⁽⁵⁾، بقي ثلاثة مهور وثمان مهر بين الكوفيات؛ لاستواء منازعتهم فيه، وقد وقع الكسر في الثمن، فجعل كل مهر ثمانية، فيصير الكل خمسة وعشرون، وذلك لا يستقيم على أربعة، فتضربه في أربعة، فتصير مائة لكل واحدة اثنين وثلاثين، وجميع المهور خمسة فصار الكل مائة وستين، للطائفية مهر وذلك اثنان وثلاثون، وللمكية سبعة أثمان مهر وذلك ثمانية وعشرون، ويبقى مائة بين الكوفيات لكل واحدة خمسة وعشرون.

وأما الميراث، فللطائفية ربع الميراث⁽⁶⁾؛ لأنه لايزاحمها إلا ثلاثة نسوة وهي رابعة نسائه، وللمكية ربع ما بقي؛ لأنه لايزاحمها إلا ثلاثة نسوة من الكوفيات؛ لأن الرابعة كانت مطلقة يوم تزوجها، وما بقي بين الكوفيات الأربع؛ لاستوائهن فيه؛ لأن المطلقة منهن مجهولة، متساويين في الاستحقاق، ويستقيم الحساب من أربع وستين

(1) المبسوط، السرخسي، 5: 292.

(2) المبسوط، السرخسي، 5: 292.

(3) المبسوط، السرخسي، 5: 292؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 342، نقلا عن شرح المبسوط، المبسوط هو: مؤلف في الفقه الحنفي للإمام أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، وشرح هذا الكتاب ثلاثة من العلماء هم:

محمد بن الحسين البخاري المعروف ببكر خواهر زاده، وعبدالعزیز بن أحمد الحلواني، ومحمد بن أحمد

السرخسي، ينظر: كشف الظنون، 2: 1581؛ الجواهر المضية، القرشي، 1: 318؛ 2: 29، 49.

(4) المبسوط، السرخسي، 5: 292.

(5) المبسوط، السرخسي، 5: 292.

(6) المبسوط، السرخسي، 5: 292.

للطائفية ربعها وهو ستة عشر، وللمكية ربع ما بقي وهو اثنا عشر، وللكوفيات ستة وثلاثين لكل واحدة تسعة، وعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة؛ لأن الطائفية توفي عنها زوجها بيقين، ومن سواها احتمل أن تكون مطلقة وغير مطلقة، فاحتمل وجوب العدة؛ فاحتاط للوجوب، فإن طلق إحدى نسائه بعد نكاح الطائفية — والمسألة بحالها — فلطائفية بقية سبعة أثمان مهر وربع ميراث النساء⁽¹⁾؛ لأنه سقط نصف مهر موزعا عليها وعلى ثلاث معها، فأصابها ربع النصف وهو ثمن الكل، ولها ربع الميراث؛ لأنه لا يزاحمها إلا ثلاثة، وللمكية ستة أثمان مهر وربع ثمن مهر⁽²⁾؛ لأنه بالطلاق الأخير سقط ثلاثة أرباع نصف مهر موزعا عليها وثلاث من الكوفيات، فيسقط من مهر المكية ربع ذلك وهو ثلاثة لما ذكرنا أن كل مهر اثنان وثلاثون، فثلاثة أرباع النصف اثنا عشر وربع ذلك ثلاثة، وقد كان سقط من مهرها بالطلاق الثاني ثمن مهر وذلك أربعة، فيكون لكل خمسة وعشرون من اثنين وثلاثين، وذلك ستة أثمان مهر وربع ثمن مهر، ولها ربع ما بقي من الميراث؛ لأنه لا يزاحمها إلا ثلاثة⁽³⁾، وللكوفيات مهران وسبعة أثمان مهر غير ربع ثمن مهر⁽⁴⁾؛ لأنه سقط من مهورهن بالطلاق الأول نصف مهر وذلك ستة عشر وبالطلاق الثاني ثلاثة أثمان مهر وذلك اثنا عشر، وبالطلاق الثالث ثمان وربع متى سقط ثمن مهر وذلك تسعة، فجملته سبعة وثلاثون وذلك مهر وثمان مهر وربع ثمن ومهورهن أربعة، فمتى سقط هذا القدر بقي مهران وسبعة أثمان مهر غير ربع ثمن مهر، وذلك أحد وتسعون إن كسر ذلك عليهن بالربع، فضرب أربعة في مائة وأربعة وأربعين؛ فصار خمسمائة وستة وسبعين، فمنه تستقيم سهام المهور عليهن ولهن الباقي من الميراث، وتخرج المسألة من أربعة وستين.

[مسألة] ولو تزوج امرأة في عقدة، وثنيتين في عقدة، وثلاثة في عقدة، ولا تعلم الأولى فنكاح الواحدة صحيح⁽⁵⁾ بكل حال ولها المسمى، والبيان إلى الزوج في

(1) المبسوط، السرخسي، 5: 293.

(2) المبسوط، السرخسي، 5: 293.

(3) المبسوط، السرخسي، 5: 293.

(4) المبسوط، السرخسي، 5: 293.

(5) المبسوط، السرخسي، 5: 293.

الفريقين حال موتهما أو حياتهما فعلا أو قولاً، فمن ظهر فساد نكاحها؛ فلا مهر ولا ميراث لها، ويجبر الزوج على البيان، ويمنع عنهن غير الواحدة حتى يبين⁽¹⁾؛ لأن نكاح إحدى الفريقين فاسد، والزوج أعلم سبق نكاح إحداهما، والمهر يجب عليه، فكان البيان إليه، فإن مات ولم يبين، فالواحدة من الميراث سبعة أسهم من أربعة وعشرين⁽²⁾؛ لأنه إن صحَّ نكاحها مع الثلاث فلها ربع الميراث، وإن صح مع الثنتين فتلته، وأقل حساب له ثلث وربع اثنا عشر، فلها في حالة ثلاثة وفي حال أربعة، وثلاثة واجبة بيقين، والسهم الزائد مشكوك فيه؛ فتتصف، فانكسر بالنصف، فتضعفه فصار أربعة وعشرين، ويضعف ما كان لها وهو ثلاثة ونصف؛ فصار سبعة، والباقي بين الفريقين نصفان عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وعندهما من الباقي للثلاثة تسعة أسهم، وللثنتين ثمانية، فمحمد يعتبر الأحوال؛ فيقول: إن صح نكاح الثلاثة والواحدة فلهن ثمانية عشر، ولو لم يصح، لا شيء⁽³⁾؛ فتتصف، وأبو يوسف يعتبر طريقة المنازعة، ويقول: إن ما زاد على ستة عشر وهو سهم لا منازعة للثنتين فيه؛ لأنه إن صح نكاحهما كان لهما الثلثان وهو ستة عشر، وإن لم يصح، فلا شيء؛ فيسلم السهم الزائد للثلاث من غير منازعة، بقيت ستة عشر استوت منازعتهما فيه؛ فتتصف وأبو حنيفة - رضي الله عنه - يعتبر القسمة على طريق المنازعة أيضاً، ويقول: بأن الواحدة لما أخذت حقها وخرجت من الثنتين سقط اعتبارها، فبقي الفريقان كل واحد يقول جميع البقية لي، فتتصف⁽⁴⁾ وهذا؛ لأن سبب استحقاق هذا السهم وجد في حق الثنتين؛ لأن الزوجية سبب لاستحقاق كل ميراث الزوجات، وإنما لا يثبت الاستحقاق في الكل لمنازعة الواحدة، فإذا لم تزاحمها الواحدة في هذا السهم ظهر استحقاقها فيه، وللثلاث مهر ونصف، وللثنتين مهر ما حكي الأئمة.

الأحوال: إن صح نكاح الثلاثة، فلهن ثلاثة مهور، وإن لم يصح، فلا شيء؛ فتتصف، وإن صح نكاح الثنتين فلهما مهرا، وإن لم يصح، فلا شيء؛ فتتصف،

(1) المبسوط، السرخسي، 5: 294.

(2) المبسوط، السرخسي، 5: 294.

(3) المبسوط، السرخسي، 5: 296.

(4) المبسوط، السرخسي، 5: 296.

وأما على طريقة المنازعة أنه إنما يصح نكاح إحدى الفريقين، فأكثر ما يجب للفريقين ثلاثة مهور، وأقله مهرا، فمهرا واجب بيقين، ومهر يجب في حال دون حال؛ فتنصف، فيجب مهرا ونصف، ثم نصف مهر لا يدعيه ثنتان ويدعيه الثلاث؛ فيسلم لهن، بقي مهر إن استوت منازعة الفريقين فيهما فتكون بينهما، ويجب للفريقين الأقل من مهر المثل والمسمى، إن كان المسمى أقل، يجب هو، وإن كان أكثر، يجب المثل ونصف الفضل من المسمى؛ لأن قدر مهر المثل واجب بيقين، والزيادة إلى تمام المسمى تجب في حال إن صح نكاحهما، ولا تجب في حال إن لم يصح؛ فتنصف، وتجب عدة الوفاة احتياطاً، وإن كان بعد الدخول، فعلى الواحدة عدة الوفاة؛ لصحة نكاحهما بكل حال، وعلى الفريقين الاعتداد بأبعد الأجلين وهو أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض؛ لأن كل فريق إن صح نكاحها، فعليها عدة الوفاة، وإن لم يصح فعليها عدة الحيض، فجمعنا بين العديتين احتياطاً، فإن كانت إحدى الثلاث أم إحدى الثنتين، فكذلك الجواب قبل هذا الجواب؛ إنما يصح إذا علم أن نكاح الواحدة كان متقدماً على نكاح الفريقين أو متخللاً بينهما، فأما إذا لم يعلم ذلك لا يصح هذا الجواب؛ لجواز أن يكون نكاح الواحدة متأخراً عن الفريقين، فلا يصح نكاحها؛ لأنها تكون خامسة نسائه؛ لأن نكاح واحدة من الفريقين، أما الأم أو البنت لا يصح، وصح نكاح البواقي، فتكون الواحدة خامسة نسائه، والجواب الصحيح أن يقسم الميراث على ثمانية وأربعين سهماً، للواحدة منها سبعة؛ لأن نكاحها إن كان قبل التبيين أو بعدهما فهي ثلاثة نسائه؛ فلها ثلث الميراث ستة عشر، وإن كان نكاحها قبل الثلاث أو بعدهن فهي رابعة نسائه فلها ربع الميراث اثنا عشر، فإثنى عشر ثابت في الحاليين وقع في الزيادة وهي أربعة فتنصف؛ فلها أربعة عشر، فإن كان نكاحها متأخراً عن نكاح الفريقين فلا شيء لها فإن يجب لها أربعة عشر في حال، ولا تجب في حال فتنصف، فصار سبعة، وللأجنبية التي مع البنت عشرة؛ لأن لها مع الواحدة ثلث الميراث ستة عشر؛ لأنها ثلاثة نسائه، ولها مع الثلاث ربع الميراث اثنا عشر؛ لأنها رابعة نسائه؛ فتنصف الزيادة، فكان لها أربعة عشر، منصف فصار سبعة، وللأجنبية التي مع البنت عشرة؛ لأن لها مع الواحدة ثلث الميراث ستة عشر؛ لأنها ثلاثة نسائه ولها مع الثلاث ربع الميراث اثنا عشر؛ لأنها

رابعة نسائه فتتصف الزيادة فكان لها أربعة عشر فإن كان نكاحها بعد الثلاث فلأجنبية ربع الميراث، وإن كان بعد الثلاث والواحدة فلا شيء لها فتتصف فتكون لها ستة في حالة التأخر وأربعة عشر في حالة التقدم فتتصف الزيادة على الستة وهي ثمانية، فتصير عشرة، وللبنت سبعة؛ لأن لها أربعة عشر في حالة التقدم كالأجنبية، ولا شيء لها في حال تأخر نكاحها عن الثلاث؛ لأنه لا يصح نكاح البنت بعد نكاح الأم؛ فتتصف الأربعة عشر، فصار لها سبعة، وللأختين اللتين مع الأم ثمانية عشر؛ لأنه إن كان نكاح الثلاث بعد الثنتين لا غير، فلها نصف الميراث أربعة وعشرين، وإن كان بعد نكاح الكل، فلا شيء لهما، فتتصف، فكان لهما اثنا عشر في حال التقدم نكاح الثلاث على الكل لهما أربعة وعشرون؛ فتتصف الزيادة وهي اثنا عشر، فصار لهما ثمانية عشر، وللأم ستة؛ لأن لها ربع الميراث، اثنا عشر إن كان نكاح الثلاث مقدما على نكاح الثنتين، وإن كان متأخرا، فلا شيء لهما، فكان لها النصف وهو ستة.

وأما المهور، فللواحدة نصف المهر؛ لأن نكاحها يصح في حالين ولا يصح في حال، وهو ما بعد نكاح الفريقين، وأحوال الإصابة حالة واحدة في رواية الأصل؛ فتتصف، وللتتي مع البنت ثلاثة أرباع المهر؛ لأن نكاحها إن كان بعد الثلاث، فلها مهر، وإن كان بعد الثلاث والواحدة فلا شيء فتتصف، وإن كان نكاحها قبل الكل فلها مهر وفي حال التأخر، نصف مهر؛ فتتصف الزيادة على نصف المهر، فلها ثلاثة أرباع، وللبنت نصف المهر؛ لأن لها مهرا إن كان نكاحها أولا، وإن كان بعد نكاح الثلاث، فلها مهر؛ فتتصف، وللبنتين مع الأم مهر ونصف؛ لأنه إن كان نكاحهن أولا أو بعد الثنتين والواحدة فلا شيء لهما ففي حال التأخر لهما مهرا في حال ولا شيء في حال فتتصف فلها مهر، وفي حال التقدم كان لها مهرا؛ فتتصف الزيادة، فوجب لها مهر ونصف وللأم نصف مهر لما عرف، فإن كانت إحدى الثلاث أمة والثنتان حرتان وقد تزوج الواحدة قبلهن، فللحرة المنفردة مهر وتثلث ميراث النساء، ولكل فريق نصف ما بقي من ميراث النساء، ومهرا بينهما⁽¹⁾؛ لأن

(1) المبسوط، السرخسي، 5: 298.

نكاح الواحدة صحيح بيقين، ولا يصح بعدها إلا نكاح إحدى الطائفتين، أما الثنتين أو الثنتين من الثلاث؛ لأن نكاح الأمة لا يصح ونكاح كل بنتين يصح في حال ولا يصح في حال؛ فتنصف حقهما، وإن كان إحدى الثنتين أمة والثلاث حرائر، فلا شيء للأمة، والميراث بين الحرائر الخمس على أربعة أسهم؛ للثلاث سهم ونصف، وللثنتين سهمان ونصف⁽¹⁾، أما المهر فللثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر ونصف؛ لأن نكاح الأمة فاسد بيقين فكان هذا بمنزلة من تزوج ثلاثا في عقدة، وواحدة في عقدة ولا تدري الأولى فتخرجه على طريقة محمد، يقول: إن الثلاث أولا فلهن ثلاثة مهور، وكذلك إن كان متخللا بين المنفردتين، وإن كان بعدهن فلا شيء لهن، ففي حالين لهن ثلاثة مهور وفي حال لا شيء وأحوال الإصابة حالة واحدة؛ لأن المستحق من وجه لا يستحق من وجه آخر في تلك الحالة فصار كأنه يجب في حال دون حال فيجب مهر ونصف.

وأما الميراث، فللثلاث سهم ونصف من أربعة، وللثنتين سهمان ونصف؛ لأنه إن صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث؛ لأنه لا تزاحمها واحدة، وإن لم يصح، فلا شيء؛ فينصف، فيجب سهم ونصف، وأما المنفردتان، إن صح نكاح إحداهما مع الثلاث، فلها ربع الميراث، فإن صح نكاحهما بأن تقدم على الثلاث، فلهما الكل؛ ففي الربع يقين، وفي الزيادة شك، فنصف الزيادة، فيكون لها سهمان ونصف.

[مسألة] ولو تزوج واحدة في عقدة، وثنتين في عقدة، وثلاثا في عقدة، ثم مات قبل البيان، فميراث النساء بين الثنتين والثلاث والأربع أثلاثا⁽²⁾؛ لأن الواحدة لا تنفرد بجواز نكاحها بحال؛ بل يجوز نكاحها مع الثنتين أو الثلاث، فلم تعتبر منفردة، فتأخذ الواحدة ثلث ما في يدي البنيتين وربع ما في أيدي الثلاث؛ لأن نكاحها يصح مع كل واحدة من الفريقين، فكانت أقوى حالا منهن، وتخرجه على قول أبي يوسف: أن الواحدة لا تدعي جميع الميراث لنفسها بحال؛ وإنما تدعي مع الثنتين أو الثلاث، فلا تعتبر فرقة بحالها، وما عداها كل فرقة تدعي جميع الميراث لنفسها، فيقسم بينهما أثلاثا، تأخذ الواحدة من الثنتين سدس ما في أيديهما، ومن الثلاث ثمن

(1) المبسوط، السرخسي، 5: 299.

(2) المبسوط، السرخسي، 5: 300.

ما في أيديهما؛ لأنها تقول: إن صح نكاحي مع الثنتين، فلي ثلث ما في أيديهما، وإن لم يصح، فلا شيء؛ فيتتصف، فلها نصف مهر الثلاث وهو سدس ما في أيديهما، وإن صح نكاحي مع الثلاث، فلي ربع ما في أيديهن، وإن لم يصح، فلا شيء؛ فتتصف، فكان لهما ثمن ما في أيديهن، وتخرج المسألة من اثنتين وسبعين؛ لحاجتنا إلى حساب له ثلث، وثلثه ثمن سدس، وأقله ذلك، ولا تأخذ الواحدة من الأربعة شيئاً؛ لأنه لم يصح نكاحها مع الأربعة بحال.

وأما المهور؛ ثم عند محمد للأربع مهر وثلث⁽¹⁾؛ لأنه يصح نكاحهن في حال ولا يصح في حالين وأحوال الحرمان أحوال؛ لأن الحرمان يثبت بأسباب وجهات، فيجب لها ثلث أربعة مهور وهو مهر وثلث، وللثلاث مهر⁽²⁾؛ لأنه يصح نكاحهن في حال، ولا يصح في حالين؛ فلهن ثلث المهور الثلاث وهو مهر، وللثنتين ثلثا مهر؛ لأنه يصح نكاحهما في حال، ولا يصح في حالين، فلهما ثلث مهريين، وللواحدة نصف مهر؛ لأنه يصح نكاحها في حالين، ولا يصح في حال، وأحوال الإصابة واحدة؛ فصار كأنه يصح في حال ولا يصح في حال، وتخرجه على طريقة أبي يوسف تقول: أكثر مالهن أربعة مهور، وأقله ثلاثة، فوقع الشك في المهر الزائد؛ فتتصف، فلهن ثلاثة ونصف، ثم للثنتين من ذلك خمسة أسداس مهر، وللثلاث مهر ونصف سدس مهر وثلث مهر، وللأربع مهر ونصف سدس مهر وثلاثة أثمان مهر؛ لأنه لا منازعة للثنتين في نصف المهر؛ لأن أحسن أحوالهما أن يكون نكاح الواحدة معهما، فلهن ثلاثة مهور فقط فسلم ذلك للأربع والثلاث، إلا أن الأربعة يدعين نصف المهر على كل حال، والثلاث يدعيه في حال، إن كان نكاح الواحدة معهن، ولا يدعيه إن لم يكن، ولو كانت لهن منازعة من كل وجه، كان لهن نصف ذلك النصف، فإذا كانت المنازعة في وجه دون وجه كان لهن ربع النصف، وثلاثة أرباعه للأربع، وأما المهور الثلاث، استوت منازعة الثلاث والأربع فيه، فللثنتين منازعة فيه من وجه إن كان نكاح الواحدة معهما، وإن لم يكن فلا منازعة، فلها نصف المهر الثالث وهو السدس يبقى خمسة أسداسه بين الثلاث والأربع نصفان بقي

(1) المبسوط، السرخسي، 5: 302.

(2) المبسوط، السرخسي، 5: 302.

مهران، استوت منازعة الكل فيه؛ فيكون بين الفرق أثلاثا، ثم تأخذ الواحدة من الثنتين سدس ما في أيديهما؛ لأنها تقول للثنتين إن كان نكاحي معكما، فلي ثلث ما في أيديكما، وإن لم يكن، فلا شيء، فتأخذ نصف الثلث، وتأخذ من الثلاث ثمن ما في أيديهن لما بينا، فإن كانت إحدى الأربع أمة فنكاحها فاسد بيقين، لا مهر ولا ميراث لها⁽¹⁾، والميراث بين الحرائر على أربعة وعشرين، للواحدة ستة أسهم وثلاثا سهم؛ لأنه إن كان نكاحها مع الثنتين فلها ثلث الميراث ثمانية، وإن كان مع إحدى الثلاث فلها ربع الميراث ستة فستة لها بيقين وسهمان لها في حال وليس لها في حالين، فثلث، فيكون لها ثلث سهمين وسبعة عشر، للثلاث أثلاثا **عند أبي حنيفة** — رضي الله عنه — ، **وعندهما** ستة عشر بين الفرق الثلاث أثلاثا، وسهم للفرقيين سوى الثنتين، وقد بينا الوجه فيما مضى.

وأما المهور، **فعدد أبي يوسف** لهن ثلاثة مهور ونصف⁽²⁾؛ لأن أكثر مالهن أربعة مهور، وأقله ثلاثة، فثلاثة متيقن، والرابع مشكوك فيه؛ فتنصف، للواحدة مهر لصحة نكاحها بكل حال، وللثنتين ثلثا مهر؛ لأنه لا دعوى لهما في نصف المهر، فهو بين الثلاث؛ لاستواء دعواهما فيه، بقي مهران، إن استوت دعاوى الفرق الثلاث فيهما، فيكون بينهما، فحصل للثنتين ثلثا مهر، ولكل فريق من الثلاث مهر نصف إلا سدس مهر، **وعند محمد** لهن ثلاثة مهور، وثلثا مهر للواحدة مهر، لما بينا وللثنتين ثلثا مهر؛ لأن نكاحهما صحيح في حال، ولا يصح في حالين مثلث، فوجب ثلث مهريين، ولكل ثلث مهر؛ لأنه لا يصح في حالين، فوجب مهر واحد، فإن طلق ثنتين منهن لا يعنيهما ثم مات قبل البيان؛ **عند أبي يوسف** سقط مهر بالطلاقين وبقي مهران، نصف يقسم وجه المنازعة، للواحدة ثلثا مهر وربع سدس مهر؛ لأنه إن كان نكاحها مع الثنتين سقط من مهرها الثلث، وإن كان مع الثلاث، فالربع فيجعل مهرها اثني عشر، فثلاثاه ثمانية ثابت لها بيقين، وقع الشك في سهم إلى تمام ثلاثة أرباع، يجب في حال دون حال؛ فتنصف، فلها ثمانية ونصف، وهو ثلثا مهر وربع سدس مهر ومهر وثلث، بين الفرق الثلاث؛ لاستوائهن في المنازعة يبقى ثلث مهر وثلاثة

(1) المبسوط، السرخسي، 5: 303.

(2) المبسوط، السرخسي، 5: 300.

أربع سدس مهر للثالثة لأنه خارج عن دعوى الواحدة والثنتين؛ لأنه إن صح نكاحهما مع الواحدة فلها مهرا، وبالطلاق سقط ثلثا مهرهما؛ فتكون منازعتهما في مهر وثلث، لا فيما زاد عن ذلك، وعند محمد للواحدة ثلثي مهر وربع سدس مهر كما قال أبو يوسف، وللثنتين ثلث مهر وثلث ثلث مهر؛ لأن نكاحهما يصح في حال، ولا يصح في حالين، ولو صح في حال فلها مهر وثلث، ولو لم يصح، فلا شيء، ولهما نصف ذلك ولكل ثلاث ثلاثة أرباع مهر؛ لأن كل ثلاث يصح في حال دون حال، وكان لهن قبل الطلاق مهرا وربع، فسقط ثلثاه وهو مهر ونصف، بقي ثلاثة أرباع؛ فيكون جملته مهرين ونصف، يبقى ثلاثة أرباع؛ فيكون جملته مهرين ونصف مهر وثلث ثلث مهر وربع سدس مهر.

[مسألة] ولو تزوج امرأة وابنتها في عقد متفرقة ومات قبل البيان، يجب مهر واحد؛ نصفه للأم، ونصفه للبتين بينهما عند أبي حنيفة⁽¹⁾، وعندهما المهر بينهن أثلاثا⁽²⁾، وكذلك الميراث.

لهما أن كل نكاح صحيح إن سبق فاسد أو تأخر؛ فاستوين في الاستحقاق، كما لو تزوج ثلاث أخوات في عقدة.

له أن نكاح الأم لا يفسد لمعنى العدد، فإن الجمع بين ثلاث نسوة جائز؛ وإنما يفسد لمعنى الأمية، والبينة متحدة، فجعلناها كشخص واحد ضرورة اتحاد المفسد من جانبها؛ لأن العبرة بالمعنى، فصار كأنه يصح نكاح الأم في حال، ولا يصح في حال، فتنصف الواحد، وهما استشهدا بما لو تزوج امرأة وأمها وبناتها، فالمهر والميراث بينهن أثلاثا، قيل: ذلك قولهما، فأما عند أبي حنيفة نصف المهر والميراث للجدة، ونصفهما للبت، والباقي له، فإن متن جميعا، فولاية البيان للزوج باقية، فإن مات قبل البيان، فله ثلث ميراث الزوج من كل واحدة، ولكل واحدة ثلث ما سمي من المهر؛ لأن المهر الواجب واحد، فيكون بينهن، والميراث يستحق عليهن أثلاثا قيل: هذا قولهما؛ فأما عند أبي حنيفة فيجب أن يكون ميراث الزوج نصفان نصفه من الأم، ونصفه من الاثنتين؛ لأن ميراثهن من الزوج نصفان، فذلك ميراث

(1) المبسوط، السرخسي، 5: 307.

(2) المبسوط، السرخسي، 5: 307.

الزوج منهن، فإن كان تزوج الاثنتين في عقدة، فنكاحهما باطل، والأم امرأته، فإن كان دخل بهن ثم مات ولا يدري بأيهن دخل أولاً، فلأم مهر استحساناً، وفي القياس مهر ورابع؛ لأننا تيقنا بوجوب مهر واحد لها جامعها أولاً وآخراً وشككنا في نصف مهر يجب إن جامعها آخراً، ولا يجب إن جامعها أولاً فتنصف، وجه الاستحسان إن أمر المسلم يجب حمله على الصلاح، فيحمل على أنه وطئ الأم قبل وطئ البنات ليكون وطئ الأم حلالاً، فلم يجب لها إلا مهر واحد، فإن كان تزوجهن في عقد ولم يدخل وقال: إحداهن طالق، فهذا باطل؛ لأن زوجته واحدة فقد جمع بين زوجته وأختين في الإضافة، ولو قال: إحدى نسائي طالق، وقع على امرأته منهن؛ لأنها هي المضافة إليها نكاحاً، ووجب عليه نصف مهر بينهما، ولا ميراث لهن؛ لأن الزوجية ارتفعت قبل الدخول، فإن تزوجهن في عقدة وفيهن أمة، جاز نكاح الأمة؛ لأن نكاح الحرتين فاسد، وإن كان فيهن أمتان، جاز نكاح الحرة، كما لو جمع بين حرة وأمة إحداهما بنت الأخرى، جاز نكاح الحرة.

باب نكاح أهل الذمة

كل نكاح بين المسلمين فهو جائز بين أهل الذمة⁽¹⁾، وكل نكاح حرم بين المسلمين فهو منقسم: كل نكاح فسد بين المسلمين لفقد شرطه، كالنكاح بغير شهود ونكاح معتدة الكافر؛ يجوز في حقهم إذا دانوا بجوازه عند أبي حنيفة⁽²⁾ ويقران عليه بعد الإسلام وقال زفر: لا يجوز، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز النكاح بغير شهود، ولا يجوز النكاح بالمعتدة، ويفرق بعد الإسلام بينهما⁽³⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 310؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 286؛ الدر المختار، الحصكفي، 3: 184؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 337.

(2) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 10: 215؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 310؛ الهداية، المرغيناني، 1: 212؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 286؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 222.

(3) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 10: 215؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 311؛ الهداية، المرغيناني، 1: 212؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 222.

نزفر أنهم بعقد الذمة التزموا أحكامنا لقوله — عليه السلام —: (فَإِنْ قَبِلُوا الذِّمَّةَ فَلَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ)⁽¹⁾ ، وهذا النكاح حرام في الإسلام فكذا في الذمة، إلا أنهم يتركون وذلك كما تركوا على عبادة الأصنام والنار. لنا أن النكاح بغير شهود كان جائزا في الأمم الماضية مطلقا، وهو محتمل بينهما فترك وما يدينونه؛ لأننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون فلم يثبت الفسخ في حقهم لإنكارهم النسخ فوقع جائزا كما قبل ورود شرعا.

والنكاح في مدة العدة بناء على أن لا عدة على الذمية عنده حتى لا تثبت المراجعة إذا طلقها بعد الدخول، ولا يثبت نسب الولد إلا إذا جاء لأقل من ستة أشهر، وعندهما عليها العدة؛ لأن ماء الكافر محترم؛ بدليل أنها لا تزوج إذا كانت حاملا صيانة لمائه.

له أن ماءه غير محترم في حقنا كنفسه؛ لأن حكم جزئه لا يربو على حكم كله، فلم تجب العدة صيانة لمائه عن الخلط كماء الزنا، وكل نكاح حرم بحرمة المحل كنكاح المحارم، والجمع بين خمس نسوة، والجمع بين الأختين، لا يجوز عندهما⁽²⁾، واختلفوا على قول أبي حنيفة؛ قال مشايخنا: بأنه يقع جائزا، وقال مشايخ العراق: يقع فاسدا⁽³⁾.

وجه قول مشايخ العراق أن ديانتهم لا تصح إذا لم يعتمدوا شرعا مآ، كديانتهم اجتماع رجلين على امرأة واحدة، وديانتهم نكاح المحارم لا يعتمد شرعا ما؛ لأن نكاحهن لم يكن مشروعاً في شريعة آدم إلا لضرورة إقامة النسل حال عدم الأجانب، وهم جوزوه في غير حالة الضرورة حال كثرة الأجانب، وهذا لم يكن مشروعاً فلا يمكن الحكم بالجواز بديانتهم.

وجه قول مشايخنا أن نكاح المحارم كان مشروعاً في شريعة آدم حال عدم الأجانب، ولم يثبت النسخ حال كثرة الأجانب، فكان مشروعاً في غير حالة الضرورة، فقد اعتمد ديانتهم جواز ما كان مشروعاً، وقد أنكروا النسخ؛ فلم يثبت

(1) قال الحافظ الزيلعي: (لم أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف) يقصد صاحب كتاب الهداية، ينظر: نصب الراية، الزيلعي، 4: 55.

(2) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 4: 363؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 311.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 287؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 222.

النسخ في حقهم؛ لأننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون، ولهذا لم تثبت حرمة الخمر في حقهم؛ وإنما لا يتوارثان به؛ لأن نكاح المحارم في شريعة آدم يثبت كونه سببا لاستحقاق الميراث في دينه، فلا يصير سببا للميراث بديانتهم؛ لأنه لا عبرة لديانتهم إذا لم يعتمدوا شرعا ما، فإن أسلما أو أحدهما، يفرق بينهما بالإسلام⁽¹⁾؛ لأن النكاح وقع فاسدا عندهما، وعند مشايخنا وإن وقع جائزا إلا أنه فسد لقيام المحرمية بعد الإسلام؛ لأن [طريان المحرمية]⁽²⁾ نكاح صحيح يوجب الفساد في الإسلام كالمقارن، فأما إذا طلب أحدهما التفريق قبل الإسلام، لم يفرق عند أبي حنيفة⁽³⁾؛ لأن ديانة أحدهما لا تكون حجة لإبطال حق الغير، حتى لو كانت امرأة الذمي مطلقة ثلاثا فطلبت التفريق، يفرق بينهما بالإجماع؛ لأن هذا التفريق لا يتضمن إبطال حق على الزوج؛ لأن الطلقات الثلاث قاطعة لملك النكاح في الأديان كلها، فقد انقطع ملكه عن المرأة بالثلاث، فلا يشترط رضاه لإثبات ولاية التفريق للقاضي، بخلاف مرافعته حال قيام المحرمية؛ لأن التفريق حال قيام النكاح يتضمن إبطال حق على الآخر، فيشترط رضا صاحبه لإبطال حقه، وعندهما يفرق إلا في النكاح بغير شهود؛ لأن النكاح وقع فاسدا عندهما، فيجب على القاضي نقضه ورفع حقا للشرع، وإن طلب التفريق، يفرق بالإجماع؛ لأنهما رضيا بإبطال حقهما، وولاية التفريق للقاضي لا تثبت إلا برضا الخصمين، والتحكيم قبل الإسلام فإن القاضي حكم في حقهما، بدليل أنه لا يفرق إلا بعد وجود الرضا من أحدهما، فإن قبل الإسلام، لا يجب التفريق قبل الفساد؛ لأنه لا يفسد العقد عند أبي حنيفة بطلب أحدهما ولا بطلبهما؛ بدليل أنهما إذا رجعا عن ذلك تركا وذاك، وإنما تثبت ولاية التفريق برضاها وقد وجد، وإن لم يطلب التفريق لا يفرق بينهما خلافا لأبي يوسف وزفر؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾⁽⁴⁾ ، وأنا أمرنا بتركهم وما يدينون إذا أعطوا الجزية، وهذا هو حكم الله تعالى، إلا في مواضع يفرق بينهما من غير مرافعة؛ بأن يخلعها، ثم يقيم معها

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 222.

(2) ساقط من ع.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 311؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 286.

(4) سورة المائدة، من الآية: 49.

من غير عقد أو يطلقها ثلاثا ثم يتزوجها قبل التزويج بآخر؛ لأنه زنا؛ لأن الذي يعتقد كون الطلاق مزيلا للنكاح، وهو حرام في الأديان كلها يجدون به، وكذا لو تزوج كتابية في عدة مسلم صيانة لماء المسلم.

[مسألة] ذمي تزوج ذمية بلا مهر ثم أسلما [فإن دانا وجوب المهر كانا بمنزلة المسلمين، فإن لم يدينا وجوب المهر، فلا مهر لها عند أبي حنيفة، وعندهما لها المهر⁽¹⁾، ولو تزوج حربي حربية]⁽²⁾ فلا مهر لها بالإجماع⁽³⁾.

لهما أنهم التزموا أحكامنا، ومن حكمنا أن لا نكاح إلا بمهر؛ وهذا لأن الوطأ في دار الإسلام لا يخلو عن جد أو مهر، ثم لو تناول البضع بالسفاح، وجب الحد على الذمي، وإن لم يدين وجوبه بخلاف، لا يؤاخذان به، وإن كان حقها فهي تدين بتركه، ورضيت بأن لا يجب فلا معنى للإيجاب، ولو تزوج على خمر، أو خنزير عينا أو ديناً، وجب المسمى؛ لأنه مال في حقهم، كالخل والشاة في حقنا⁽⁴⁾، وإن تزوج على ميتة، فلها مهر مثلها⁽⁵⁾؛ لأنه ليس بمال، قيل: ينبغي أن لا يجب مهر المثل عند أبي حنيفة؛ لأن تسمية ما ليس بمال بمنزلة نفي التسمية، لا بمنزلة السكوت عن التسمية، كما في البيع لو باع بميتة أو دم لا ينعقد، كما لو باع بغير ثمن، ولو تزوجها على أن لا مهر لها، لا يجب مهر المثل عنده⁽⁶⁾، وقيل: هذا محمول على ما إذا كانوا يدينون وجوب مهر المثل حالة النفي، ومتى دانوا وجوب مهر المثل بالإجماع؛ وإنما الخلاف فيما إذا لم يدينا وجوب مهر المثل، ولو تزوج على خمر أو خنزير عينا، ثم أسلما أو أحدهما، فلها قبض ما سمي عند أبي حنيفة⁽⁷⁾، وقال أبو يوسف: لها مهر مثلها إن دخل بها وإن لم يدخل فالمتعة⁽⁸⁾، وقال محمد: القيمة يوم التزوج إن كان دخل بها، وإن لم يدخل فنصف القيمة⁽⁹⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 312.

(2) ساقط من: ع.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 256؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 312.

(4) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 186؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 313.

(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 125.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 72؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 125.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 72.

(8) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 72.

(9) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 72.

لمحمد أن قبض المهر المعين مؤكد للملك؛ لأن ملكها قبل القبض واه؛ وإنما يتأكد بالقبض، ولهذا لو هلك عند الزوج، كان الهلاك عليه، فصار للقبض شبهة ابتداء الملك، فامتنع بالإسلام، ولو تعذر القبض بالهلاك، وجبت القيمة، فكذا بالإسلام.

لأبي يوسف أن للقبض شيها بالعقد؛ لأن الصداق إن كان بعينه، فالقبض إن لم يفد ملك التصرف، ولكنه ينقل الضمان من الزوج، كالعقد بوجوب الضمان، ولو وجد إسلامها حالة العقد، يجب مهر المثل، فكذلك حالة القبض.

لأبي حنيفة أن الملك في المهر المعين تام قبل القبض؛ لأن ملك التصرف لها ثابت قبل القبض؛ وإنما بقي لها صورة اليد، ولا بأس بها بعد الإسلام إذا لم يتضمن ملكا كما، لو كان المغصوب خمرًا، لا يمتنع استرداده بإسلام المغصوب منه، فكذا هذا، وإن لم يكن عينا، وجبت قيمة الخمر، ومهر المثل في الخنزير إذا دخل بها، وإلا فالمتعة عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف مهر المثل فيهما وإن لم يدخل فالمتعة، وعند محمد القيمة فيهما⁽¹⁾.

لأبي يوسف أن الصداق إذا لم يكن عينا، فالقبض يفيد لها ملك التصرف مع غير الزوج، فكان له مشابهة بالعقد، ولو وجد الإسلام لدى العقد، وجب فيهما مهر المثل، فكذا إذا وجد لدى القبض.

لهما أن القبض يثبت الملك في العين، والمسلم ممنوع عنه فقد عجز عن تسليم عين الخمر، فيلزمه قيمتها، وفي الخنزير هكذا قياسا، وهو قول محمد؛ لأنه إن عجز عن تسليم عينها، لم يعجز عن تسليم قيمتها؛ لأن الإسلام لا يمنع تسليم قيمة الخنزير وقبضها، إلا أن أبا حنيفة استحسّن وأوجب مهر المثل، كما عجز عن تسليم عينه عجز عن تسليم قيمته؛ لأن قيمته كانت واجبة قبل الإسلام؛ لما مر أن من تزوج امرأة على حيوان، يجب عليه الوسط منه أو القيمة، فإذا كانت القيمة بالعقد تبعا للعين؛ فإذا سقط اعتبار العين، سقطت القيمة تبعا له، فأرجينا مهر المثل بخلاف الخمر؛ لأن قيمتها لم تكن واجبة قبل الإسلام؛ لأنها من نوات الأمثال، ويجوز نكاح

(1) ينظر: التجريد، القدوري، 9: 4562؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 125.

النصراني المجوسية أو اليهودي النصرانية؛ لأن الكفر كله ملة واحدة؛ لأن اسم الكفر يجمعهم، والولد تبع للكتابي⁽¹⁾، وعند الشافعي يتبعهما⁽²⁾، والصحيح قولنا؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين ديناً⁽³⁾، والكتابي خير من المجوسي، حتى تحل ذبيحته، و مناكحته، ولا تحل ذبيحة المجوسي و مناكحته⁽⁴⁾، فكان ألا يقع، وإلا فطر للولد أن يجعل تابعا للكتابي أقرب إلى المسلمين في حق الأحكام، كالولدين مسلم وكافر، ولا كفاءة فيما بين أهل الكفر؛ لأنه لا عبرة لنقص آخر مع نقيصة الكفر؛ لأنه أصل التناقص فيستر كل شرف لابن آدم، ولو تزوج نمي مسلمة فرق بينهما؛ لأنه وقع فاسداً⁽⁵⁾، ولو أسلم أحد الزوجين وهما كتابيان لا يفرق⁽⁶⁾؛ لأن ابتداء النكاح بينهما جائز، فالبقاء أولى، وإن كانا مجوسيين عرض الإسلام على الآخر، فإن أسلم، وإلا فرق بينهما عندنا⁽⁷⁾، وعند الشافعي إن كان قبل الدخول تبين للحال، وإن كان بعده، تبين بعد انقضاء العدة⁽⁸⁾.

لنا أن الفرقة لا بد لها من سبب، والإسلام لا يصلح فارقاً؛ لأنه عاصم للأموال، مؤكداً للحقوق، فلا يجوز أن يكون مبطلاً للملك ولا الكفر؛ لأنه لا يمنع انعقاد النكاح فأولى أن لا يرفعه، إلا أن أحدهما لما أصر على الكفر، صار ظالماً؛ لأن بإصراره على الكفر حرم الاستمتاع بينهما، ويبقى الآخر معلقاً مظلوماً، والقاضي نصب لدفع الظلم، وطريق دفعه هو الدعاء إلى الإسلام، فإن أسلم الآخر، ترتفع الحرمة، وإن أبى، يفرق بينهما دفعا للظلم، ومع تفريق القاضي تنجز الفرقة كما في الجب والعنة، فإن أسلم الزوج وأبت المرأة، لم تكن الفرقة طلاقاً؛ لأن الفرقة جاءت بمعنى من جهتها، وهو أبى الإسلام، فإن حرمة المتعة مضافة إلى كفرها، ولهذا سقط الصداق كله إذا كان قبل الدخول بها، والمرأة لا تملك فرقة بطلاق،

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 126.

(2) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي، 9: 304؛ المهذب، الشيرازي، 2: 44.

(3) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 308؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 126.

(4) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 126.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 181، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 131.

(6) ينظر: الحجة، محمد بن الحسن، 4: 17؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 336.

(7) ينظر: الحجة، محمد بن الحسن، 4: 17؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 336.

(8) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 45؛ المجموع، النووي، 16: 295؛ روضة الطالبين، زكرياء الأنصاري، 7:

وأحكام النكاح ثابتة مالم يفرق، وإن أسلمت المرأة وأبى الزوج وفرق، تكون الفرقة طلاقاً بائناً عندهما، وعند أبي يوسف تكون فرقة بغير طلاق⁽¹⁾؛ لأن الإباء معنى تقع به الفرقة من الجانبين فلا يكون تطليقاً؛ لأن الطلاق ما يختص بالرجل ولا يتحقق من المرأة، ولا يتحقق إلا بأمنها دل أنه ليس بطلاق كالفرقة بسبب الرضاع والمصاهرة.

لهما أن الزوج لما عجز عن إمساكها بالمعروف شرعاً لحرمة الاستمتاع بإصراره على الكفر صارت مظلومة متضررة بمعنى من جهته فوجب عليه المفارقة، فإذا لم يفارقها ناب القاضي منابه في التفريق فشابه التفريق بسبب الجب والعنة، وتجب العدة والنفقة إن كان دخل بها؛ لأن المرأة إن كانت مسلمة، فقد التزمت أحكام الإسلام، ومن حكمه وجوب العدة، وإن كانت كافرة لا تدين وجوب العدة؛ فلأن الزوج مسلم، والعدة حق الزوج، وحقوقنا لا تبطل بديانته، وطلاقه يقع عليها مادامت في العدة، كما لو وقعت الفرقة بالخلع أو الجب أو العنة، ولها النفقة مادامت في العدة؛ لأنها إن كانت مسلمة فالمنع من الاستمتاع جاء من جهة الزوج، وذلك لا يسقط حقها في النفقة والسكنى، كما لو طلقها بخلاف ما إذا كانت كافرة وأسلم الزوج، فلا نفقة لها؛ لأن المنع جاء من قبلها، ولهذا يسقط كله متى كان قبل الدخول، فيسقط حقها في النفقة، كما إذا نشرت، أو قبلت ابن زوجها بعد الدخول بها، ولو أسلم أحد الزوجين وهما صبيان عاقلان، عرض الإسلام على الآخر⁽²⁾؛ لأن الصبي يخاطب بالإسلام حقا للعباد، وهنا حل المتعة يفوت بكفره وأنه حق الآخر، فيخاطب بالإسلام حقا للآخر ليصل إلى حقه، والصبي يؤاخذ بحقوق العباد فإن أبى أن يسلم يفرق استحساناً؛ لأنه بالإباء فوت على صاحبه حقه، فيفرق بينهما لإيفاء حق صاحبه ودفعاً للضرر عنه، ولو أسلم أحد الزوجين في دار الحرب، لم تبني حتى تحيض ثلاث حيض، فإن أسلم الآخر قبل مضيها، لم تبني⁽³⁾؛ لأنه تعذر التفريق بينهما بطريق القضاء؛ لأن ولاية القاضي قاصرة عنهم، فصرنا إلى طريق

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 338.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 127؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 266؛ الدر المختار، الحصكفي، 3: 189.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 175؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 338؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 143.

آخر؛ لنخلص المظلوم عن حرمة الاستمتاع، بأن أقمنا ثلاثة مقام التفريق؛ لأننا رأيناها علما على الفرقة كما في الطلاق الرجعي.

[مسألة] ولو أسلمت المرأة وخرج الزوج مستأمنا، لا تبين إلا بمضي ثلاث حيض⁽¹⁾؛ لأن الزوج في دار الحرب حكما؛ لأنه يلتزم أحكام دار، فصار كأنه في دار الحرب حقيقة، وأسلمت المرأة وولاية القاضي، وإن كانت ثابتة على الزوج، ولكنها قاصرة عن المرأة؛ لبقائها في دار الحرب، والقضاء لا يصح لغائب، والمرأة غائبة لم يوجد منها الطلب، ولو كانت في دار الإسلام، لا يفرق القاضي بينهما ما لم تطلب المرأة، فهنا أولى، فأقيم ثلاث حيض مقام التفريق لهذه الضرورة، وكذلك لو صار ذميا بعد ما خرج مستأمنا، حتى لو خرجت المرأة؛ يعرض الإسلام عليه، فإن أسلم، لم يفرق بينهما؛ لأن المرأة من أهل دار الإسلام حكما، والرجل حقيقة بالذمة، فلم يوجد التباين حكما، فلا تقع الفرقة، وكذلك لو أسلم الزوج ثم خرجت الزوجة ذمية، لم تبين حتى تحيض ثلاث حيض⁽²⁾، وإذا وقعت الفرقة بمضي ثلاث حيض، ذكر في السير الكبير أنها فرقة بطلاق عندهما؛ لأن انصرام مدة العدة جعل بدلا عن قضاء القاضي والبدل قائم مقام الأصل فكأنه وجد قضاء القاضي بالتفريق، وعند أبي يوسف فرقة بغير طلاق وهو رواية أخرى عنهما؛ لأن هذه فرقة وقعت حكما لا بتفريق القاضي، فكان بمنزلة ردة الزوج وملكه امرأته.

باب نكاح المرتد والمرتدة

[مسألة] ولا يجوز نكاح المرتد ولا المرتدة؛ لإجماع الصحابة – رضوان الله عليهم⁽³⁾ – ؛ ولأن مقاصد النكاح من السكن، والازدواج، وقضاء الوطر، وحصول الولد لا يتحقق هنا؛ لأن المرتد يحبس، فإن أسلم وإلا قتل، والمرتدة تحبس ولا تترك، والاستمتاع لا يقع بالمحبوس دائما، فلا يفيد العقد مقاصده، وإذا ارتد أحد

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 388.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 388.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 87؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 337؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 9:

150 الاختيار، ابن مودود، 3: 126.

الزوجين تعجلت الفرقة⁽¹⁾ وعند الشافعي قبل الدخول كذلك، وبعده يتأجل إلى مضي ثلاث حيض⁽²⁾.

لنا أن الردة سبب الفرقة؛ لأنها محرمة المتعة على التأبيد، فإن للردة أثرا في إزالة الأملاك بالجملة، وقد حصل الزوال عقبيها قبل الدخول بها، فتصح إضافة الزوال إليها، ولهذا لا ينعقد نكاح المرتد ابتداء، وسبب الفرقة متى تحقق، تعتبر الفرقة قبل الدخول وبعده؛ لأن الأصل أن سبب الحكم متى تحقق ثبت الحكم عقبيه، ولا يتأخر إلا لمانع كما في الرضاع والمصاهرة، وإن ارتدا في كلمة واحدة لم تبين؛ لإجماع الصحابة على ذلك؛ لما روي أن قوما ارتدوا في زمن أبي بكر ثم أسلموا، فلم يأمرهم بتجديد العقود⁽³⁾، وإذا لم يعرف سبق أحدهما على الآخر في الردة، جعل في الحكم كأنهما وجدا معا كما في الغرقى والحرقي⁽⁴⁾؛ ولأنه لم يوجد في ردتها تحريم المتعة، لعدم اختلاف الدينين، فإن وجد ما له أثر في إزالة الأملاك فلم يوجد أحد وصفي علة الفرقة، فلا تقع الفرقة، ولو ارتد الزوج بانث بغير طلاق **عندهما**، وعند محمد بطلاق⁽⁵⁾؛ لأن الردة حصلت باختياره ولها تأثير في الفرقة، فشابهت الفرقة بالأباء.

لهما أن هذه الفرقة وقعت حكما لا قصدا؛ لأن الردة ما وضعت للفرقة؛ وإنما وضعت لتبديل الدين، فتكون الفرقة بها حكمية، والفرقة بالطلاق قصدية، فلم تكن هذه الفرقة شبيهة الفرقة بالطلاق؛ بل شبيهة الفرقة بملك الزوج امرأته، فإن ارتدا ثم أسلم أحدهما، بانث لبقاء أحدهما على الردة⁽⁶⁾، وإن أسلما معا لم تبين⁽⁷⁾ لما عرف،

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 88؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 292؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 339، نقلا عن الكافي.

(2) وبينونها عند الشافعي فسخ بلا طلاق، ينظر: الأم، الشافعي، 6: 160.

(3) وعند زفر يفسد النكاح، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 7: 136؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 293؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 232.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 232.

(5) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 309؛ الننف، السغدي، 355؛ المبسوط، السرخسي، 5: 82؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 184؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 292؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 127؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 24.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 7: 136؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 293؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 28؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 339، نقلا عن الكافي.

(7) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 309؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 7: 136؛ الهداية، المرغيناني، 1: 212؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 127؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 232.

فإن أسلم الزوج وتحتة كتابية ثم ارتدت، بانته لارتدادها، ولو أسلم نصراني وامرأته نصرانية فهوّدت، لم تبين⁽¹⁾؛ لأن إنشاء النكاح عليها جائز، فالبقاء أجوز، ولو أسلم الزوج وامرأته نصرانية أو يهودية فتمجست، يفرق بينهما لفساد النكاح⁽²⁾، ولو أسلم الزوج وهي مجوسية، يعرض الإسلام عليها؛ فإن أسلمت، بقيا على النكاح، وإن أبت يفرق⁽³⁾، والفرق أنها إذا تمجست بعد إسلام الزوج، فقد أحدثت زيادة صفة للكفر لها أثر في تحريم المتعة وهو التمجس، فأثر في فساد العقد دون ارتفاعه، فأما إذا أسلم وهي مجوسية، فلم يحدث بعد إسلام الزوج زيادة صفة في الكفر، فبقي العقد كما كان؛ لكن يجب التفريق عند إثباتها لحرمة المتعة.

[مسألة] النوادر: مسلم تزوج نصرانية ثم تمجسا معا، قال أبو يوسف: تقع الفرقة، وقال محمد: لا تقع⁽⁴⁾؛ لأنهما ارتدا معا؛ لأن تمجس المرأة بمنزلة الردة؛ لأنها أحدثت زيادة صفة في الكفر، فكان بمنزلة إحداث أصل الكفر.

لأبي يوسف أنه لم توجد الردة منها؛ لأن الردة ليس إلا تبديل أصل الدين، [ولم يوجد منها تبديل أصل الدين]⁽⁵⁾، فقد وجد ارتداد أحد الزوجين فبانته، وذكر الفقيه أبو الليث في نوازلها: لو ارتدت المرأة قيل: لا تقع الفرقة زجرا لها، حتى لا تتجاسر على الردة لغرض الخلاص عن الزوج، والزجر قد حصل بالجبر على التجديد فلا ضرورة إلى إبقاء النكاح مع الردة⁽⁶⁾.

الجامع: مسائله على قسمين أحدهما: الصبية المنكوحة إذا ارتد أبواها، والثاني: إذا بلغت ولم تصف الإسلام.

أما الأول: لو تزوج صبية لها أبوان مسلمان فارتدا، لم تبين⁽⁷⁾؛ لأنها مسلمة تبعا للدار⁽⁸⁾ باعتبار الاتصال والمجاورة، ولهذا اللقيط في دار الإسلام يحكم بإسلامه

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 90؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 293.
(2) ينظر: النتنف، السغدري، 355؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 338؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 6.
(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 160؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 226؛ الدر المختار، الحصفي، 3: 189.
(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 293؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 339، نقلا عن الظهيرية.
(5) ساقط من: ع.
(6) الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 118؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 127.
(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 233، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 104؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 339، نقلا عن الظهيرية.
(8) زاد في ف: (تبعا للأبوين وتبعا للولد).

تبعاً للدار، ولو أدخلت صغيرة من دار الحرب إلى دار الإسلام وليس معها أبويها فماتت، صلى عليها⁽¹⁾، وتبعية الدار هنا قائمة فبقيت مسلمة؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، فإن لحقا بها بدار الحرب بانته؛ لانقطاع حكم الدار⁽²⁾، ولو مات أحد الأبوين في دارنا مسلماً أو مرتداً، ثم ارتد الآخر ولحق بها بدار الحرب، [لم تبني]⁽³⁾، ويصلى عليها إذا ماتت⁽⁴⁾؛ لأن التبعية حكم تنهى بالموت مسلماً، وكذا بالموت مرتداً⁽⁵⁾؛ لأن أحكام الإسلام قائمة، ألا ترى أن كسبه يكون لورثته المسلمين، والتبعية متى تنهت لا تبطل بكفر الآخر؛ لرجحان ما توجب الإسلام على ما توجب الكفر، وكذلك صببية نصرانية تحت مسلم تمجس أبوها، وقد ماتت الأم نصرانية، لم تبني⁽⁶⁾؛ لأن الولد تبع خير الأبوين ديناً، فبقيت على دين الأم، ولو تمجس أبوها، بانته ولا مهر لها⁽⁷⁾؛ لأن الولد صار مجوسياً تبعاً لهما، ولا يمكن الحكم بالإسلام تبعاً للدار؛ لأن الدار لا تثبت التبعية ابتداء مادامت تبعية الأبوين قائمة؛ لأن تبعيتهما أقوى وأكد من تبعية الدار، فصار حكم الدار كالخلف عن حكم الأبوين، وسقط مهرها؛ لأن الفرقة جاءت بمعنى فيها وهو تمجسها، ألا ترى أنهما لو تمجسا قبل النكاح صارت مجوسية لا يحل للمسلم أن يتزوجها، ومن بلغت عاقلة مسلمة، ثم جنت، ثم ارتد أبوها، لم تبني من زوجها، وإن لحقا بها بدار الحرب⁽⁸⁾؛ لأنها مسلمة أصلاً لا تبعاً، وكذلك الصببية العاقلة أسلمت ثم جنت؛ لأنها صارت أصلاً في الإسلام.

وأما القسم الثاني: لو تزوج صغيرة مسلمة فبلغت ولم تصف الإسلام، بانته⁽⁹⁾؛ لأنها كانت مسلمة تبعاً، وقد انقطعت التبعية بالبلوغ، فإذا لم تصف الإسلام، فقد

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 233.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 233.

(3) ساقط من: ع.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 233؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 339، نقلاً عن الظهيرية.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 233.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 233؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 339؛ وينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 93.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 233، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 339، ؛ وينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 93.

(8) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 233.

(9) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 233؛ الدر المختار، الحصكفي، 3: 201.

جهات بالصانع، وذلك كفر منها بعد الإسلام، فصارت مرتدة أو لا دين لها⁽¹⁾، وكذلك إن تزوج نصرانية فبلغت، ولم تعرف النصرانية ولا ديناً؛ لأنه لا دين لها؛ لأن ما كان لها بتبعية الأبوين قد بطل بالبلوغ، ولم يثبت لها دين آخر، ولا مهر لها؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها، وما لم تبلغ لها حكم المسلمة، فلها المسمى إن دخل بها في الصحة؛ لأنه دخول في إبناء صحيح.

باب نكاح أهل الحرب

[مسألة] مسلم تزوج حربية كتابية في دار الحرب فخرج عنها الزوج وحده بانته **خلفاً للشافعي**⁽²⁾؛ لأن تباين الدارين علة صالحة لوقوع الفرقة؛ لأنه يفوت مقاصد النكاح ظاهراً؛ لأن المقاصد إنما تتحقق عند الاجتماع والاختلاط، وتباين الدارين أمانة ظاهرة على الانقطاع المؤبد؛ لأن الظاهر من كل ذي دين ودار أن لا يترك داره ودينه، فصار بمنزلة الموت في حقنا، فلم يكن في إبقاء النكاح فائدة مع فوات مقاصده عادة، فلا تبقى، ولو خرجت المرأة قبل الزوج، لم تبين؛ لأنها صارت من أهل دار الإسلام؛ لأنها التزمت أحكام المسلمين، فالظاهر أنها لا تعود إلى دار الحرب، ولو أرادت العود لا يمكن منه والزوج من أهل دار الإسلام حكماً فلم يوجد التباين حكماً.

[مسألة] دخل الحربي دارنا بأمان، ثم قبل الذمة بانته امرأته⁽³⁾؛ لأنه صار من أهل دارنا، فوجد تباين الدارين حقيقة وحكماً، وإن كانت المرأة هي الخارجة بانته، ولا عدة عليها **عند أبي حنيفة**، **وعندهما** عليها العدة⁽⁴⁾؛ لما مر في صدر الكتاب،

(1) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 94؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 229؛ الفتاوى الهندية، الشيخ

نظام، 1: 338، نقلاً عن السراج الوهاج.

(2) ينظر: الأم، الشافعي، 4: 272؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 281، 338، نقلاً عن شرح المبسوط والظهيرية؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 193.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 229؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 338، نقلاً عن السراج الوهاج.

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 229.

وإن كان الزوج هو الخارج، حل نكاح أختها؛ لأنه لا عدة عليها في دار الحرب؛ لأن أحكامنا لا تجري عليهم، ولوسبي الزوجان معاً، لم يقع الفرق **خلافاً للشافعي** (1)؛ لأن السبي سبب لملك الرقبة، لا لملك المتعة؛ لأنه يرد على البدن والرقبة لا على منافع البضع؛ لأنه فعل حسي يرد على الأعيان والأجسام لا على المنافع؛ لأنها أعراض، إلا أنه متى ثبت الملك في الرقبة، ثبت في المتعة تبعاً له، والمتعة هنا لم تبق تبعاً للرقبة؛ لأنها مشغولة بحق الزوج، فصارت أصلاً بملك النكاح، والسبي لم يصادفها فلم يملكها السابي، لا أصلاً ولا تبعاً، ولو سبي أحدهما وقعت الفرقة (2) لا بالسبي؛ بل بتباين الدارين لما بينا.

[مسألة] ولو أسلم الحربي وتحتة أختان أو أكثر من أربع، نكحن في عقد متفرقة، صح نكاح الأولى وبطل الباقي (3)، وإن نكحن في عقدة واحدة، بطل نكاح الكل **عندهما** (4)، وإن كان تحتة أم وبنت؛ إن كان دخل بالأم ثم أسلم فسد نكاحهما تزوجهما في عقدة أو عقدتين (5)؛ لأنه حرمت كل واحدة منهما عليه بالمصاهرة، حرمت البنت بالدخول بالأم والأم بالعقد على البنت، وإن لم يدخل بهما أو دخل بالبنت، **فبعدهما** إن تزوجهما في عقدة، فسد نكاحهما (6)، وإن تزوجهما في عقدتين؛ إن كان نكاح البنت أولاً، يبقى نكاحها صحيحاً ويبطل نكاح الأم (7)، وإن كان نكاح الأم أولاً، فسد نكاحهما (8)، وعند **[محمد]** (9) **والشافعي** يختار نكاح البنت، أو واحدة من الأختين، أو أربعاً من النساء ويفارق الباقيات (10).

(1) ينظر: السير الصغير، محمد بن الحسن، 121؛ مختصر القدوري، القدوري، 150؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 128؛ روضة الطالبين، النووي، (لبنان، بيروت: المكتب الإسلامي)، 10: 254؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 24؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 229.

(2) ينظر: السير الصغير، محمد بن الحسن، 121؛ مختصر القدوري، القدوري، 150؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 127؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 24؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 229.

(3) وذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يختار من النساء أربعاً ومن الأختين أي واحدة شاء، ينظر: الكافي، ابن عبد البر، 249؛ الحاوي، الماوردي، 9: 283؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 314؛ الشرح الكبير، ابن قدامة، 7: 607؛ اللباب، المنبجي، 2: 674.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 314؛ اللباب، المنبجي، 2: 674.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 315.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 315.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 315.

(8) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 315.

(9) ساقط من: ع.

(10) ينظر: المهذب، الشيرازي، 2: 53.

وذكر في الجامع: لو تزوج حربي أربع نسوة، ثم سبي الزوج وسبين معه؛ فغدهما يفسد نكاح الكل سواء تزوجهن في عقدة أو عقد متفرقة، وعند محمد يختار ثنتين منهن في الحالين⁽¹⁾.

لنا أن أنكحة الكفار وقعت صحيحة؛ لأن القول بفساد أنكحتهم يتطرق الفساد والإزدراء إلى الأنساب في الصدر الأول، وإنما طرأ تحريم البقاء على الجمع، والبقاء على الجميع يزول بتفريق واحدة منهن، فحرمنا واحدة وجعلنا الخيار إلى الزوج، كمن طلق إحدى امرأته ثلاثاً.

لهما أن المحرم شمل الكل؛ لأن المحرم اجتماع الأختين أو الخمس في ملك مسلم؛ لغرض الصيانة عن قطيعة الرحم، وتخوف الظلم في القسم وعدم التسوية بين الخمس، وليس القول ببطلان نكاح إحداهما بأولى من الأخرى فشاعت الحرمة فيهما كما لو تزوج صغيرتين فشاعت الحرمة فيهما، كما لو تزوج صغيرتين فأرضعتهما امرأة معاً حرمتا، كيف وإن بتفريق إحدى الأختين تزداد القطيعة المفارقة فوجب أن يفرق بينه وبينهما؛ صيانة لهما عن القطيعة، بخلاف ما لو تزوجهما في عقدتين؛ لأن الاجتماع يتحقق بالأخيرة لتأخر نكاحها، فاختص الفساد بها، وحديث غيلان بن سلمة الثقفي (أَنَّهُ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: اخْتَرْ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ)، فذاك محتمل يحتمل قوله: اختر أربعاً منهن بالعقد الأول، ويحتمل بعقد جديد، فإنه لم يقل: اختر أربعاً منهن بالنكاح الأول، والحديث حكاية حال لا عموم له، فلا يصح الاحتجاج به.

باب القَسْمِ⁽²⁾

(1) ينظر: السير الصغير، محمد بن الحسن الشيباني، (باكستان، إسلام آباد: الجامعة الإسلامية)، 18؛

المبسوط، السرخسي، 10: 163؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 315.

(2) القسم بفتح القاف مصدر قَسَمَ، والقسم: العطاء ولايجمع، وينقسم قسمين: بالفتح إذا أريد المصدر، وبالكسر إذا أريد النصيب، والمراد به هنا التسوية بين المنكوحات، وقال الجرجاني والكفوي: القسم بفتح القاف قِسْمَةٌ الرجل بيتوته بالتسوية بين النساء في المأكل والمشرب والملبس لافي المحبة والوطة، ينظر: التعريفات، الجرجاني، 224؛ القاموس المحيط، الفيروزآبادي، 1: 1149، (باب اللام، فصل القاف)؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 235؛ الكليات، الكفوي، 724 .

لا يفضل الحديثة على القديمة⁽¹⁾، وقال الشافعي: يفضل الحديثة إن كانت بكرًا بسبع، وإن كانت ثيبًا بثلاث⁽²⁾.

لنا قوله — عليه السلام —: (مَنْ كَانَ لَهُ امْرَأَتَانِ؛ فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَأَحَدُ شَقِيهِ مَائِلٌ)⁽³⁾؛ ولأنهما يستويان في النكاح، فيستويان في حقوقه، والمسلمة والكتابية جميعًا سواء، وللحرة يومان، وللأمة يوم، هكذا وردت السنة المشهورة المستفيضة⁽⁴⁾؛ ولأن الرق ينصف حقوق النكاح كما في الطلاق والعدة، وإذا سافر فلا قسم عليه؛ لعجزه عن إقامة القسم بعد المسافرة، ولو سافر مع واحدة، لا يقضي حق الباقيات⁽⁵⁾؛ لأنه سقط حقهن بالمسافرة بدليل أنه له الخروج بغير إذنهن، فإذا سافر بواحدة صار متبرعا لا موفيا حقها، وليس عليه التسوية في التبرع، وكذلك لو كان عند واحدة شهرا؛ لأنه ليس بعوض عن شيء ولا هو مال فلا يصير دينا في الذمة، فإن ظلم بعضهم يوعظ، فإن لم ينته، يوجع عقوبة⁽⁶⁾؛ لأنه أصر على معصية ليس فيها حد فيعزر، فإن فضل واحدة برضا الأخرى جاز⁽⁷⁾؛

-
- (1) ينظر: الحجة على أهل المدينة، محمد بن الحسن، 3: 246؛ المبسوط، السرخسي، 5: 393؛ الهداية، المرغيناني، 1: 215؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 130؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 235.
- (2) الأم، الشافعي، 5: 192؛ الحاوي، الماوردي، 9: 586؛ اللباب، المحاملي، 311. وقد اختلف العلماء في مدة المقام عند الزوجة الحديثة على رأيين: الأول: وهو ما ذهب إليه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة ويرون أن الزوج يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ثم يقسم.
- الثاني: وذهب الحنفية إلى أن الزوج لا يفضل زوجة على أخرى حتى ولو كانت حديثة بل يجب عليه القسم ابتداء.
- ينظر: المدونة، سحنون التنوخي، 4: 269؛ الأم، الشافعي، 5: 110؛ الاستذكار ابن عبد البر، 5: 439؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 6: 167؛ المغني، ابن قدامة، 8: 160.
- (3) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، 1: 648، رقم: 2133، وصححه الحاكم وقال: (هذا حديث صحيح على شرط الشيخين) ووافقه الذهبي، ينظر: المستدرک، الحاكم النيسابوري، 2: 486.
- (4) ينظر: الحجة على أهل المدينة، محمد بن الحسن، 3: 255، 260، 261؛ المبسوط، السرخسي، 5: 393؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 332؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 130؛ وعن المؤلف بالسنة المستفيضة ماجاء عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنه قال: (إذا نكحت الحرة على الأمة فهذه الثلثان، ولهذه الثلث)، وما جاء عن سليمان بن يسار أنه قال: (من السنة أن الحرة إذا أقامت على ضرار فلها يومان)، ينظر: سنن البيهقي، كتاب القسم والنشوز، باب الحر ينكح حرة على أمة، رقم: 15147، 15149، 7: 300، وأثر سيدنا علي ضعيف وضعفه الزيلعي، ينظر: نصب الراية، الزيلعي، كتاب النكاح، باب القسم، 3: 216.
- (5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 131.
- (6) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 131..
- (7) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 130.

لقوله — عليه السلام — لسودة⁽¹⁾: (اعتدي، فسألته بوجه الله تعالى أن يراجعها ويجعل يومها لعائشة)⁽²⁾؛ لأن تحشر يوم القيامة مع أزواجه وفعل؛ ولأن القسم حقها، فإذا رضيت بأن يكون لغيرها، فقد جاءت بحقها، فصح وجودها، ولها الرجوع عنه، وتطلب القسم لما عرف⁽³⁾، ومن أقام عند امرأته الأمة ثم أعتقت لم يبق عند الحرة إلا يوماً⁽⁴⁾، وقال زفر: يومان.

لنا أن المنقص قد زال، وقد استويا في النكاح وأحكامه، فيجب التسوية في القسم، ويؤمر الصائم بالنهار والقائم بالليل، أن يبيت معها إذا طلبت⁽⁵⁾، وعن أبي حنيفة يجعل لها يوماً من أربعة أيام⁽⁶⁾؛ لأن له أن يتزوج ثلاثاً سواها، فيفوض إلى اختياره، إلا أن هذا التوقيت ليس بواجب، فيؤدى إلى فوات النوافل على الزوج أصلاً متى كان له أربع نسوة، ولكن يؤمر بإيفاء حقها من نفسه أحياناً، ويصلي ويصوم ما أمكن⁽⁷⁾، والمحبوب والعين والصغير متى دخل بامرأته في القسم سواء⁽⁸⁾؛ لأن المقصود من القسم ليس هو الوطأ؛ وإنما الإستئناس، وحسن العشرة، وإظهار المودة، وإن لم يدخل الصغير بها، فلا فائدة في كونه معها، ولو أعطت زوجها ما لا يزيد في قسمها لم يجز، ورجعت بمالها⁽⁹⁾، وكذلك لو حطت شيئاً من مهرها، أو زاد الزوج في مهرها على أن يجعل يومها لفلانة؛ لأنه اعتاض⁽¹⁰⁾ شيئاً هو حراماً، وعلى ما ليس هو بثابت في حق الاعتياض؛ لأن حق القسم ومملك الوطأ

(1)

(2) أخرجه أبو داود في سننه بمعناه، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، 1: 649، رقم: 2135، ولفظه عن هشام بن عروة عن أبيه قال: قالت عائشة: (ولقد قالت سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : يا رسول الله يومى لعائشة، فقبل ذلك رسول الله - صلى الله عليه وسلم -)، وصححه الحاكم والذهبي، المستدرک، الحاكم، كتاب النكاح، 2: 486، ولم أجده باللفظ الذي أورده المصنف فيما بين يدي من المصادر الحديثية.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 397.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 397؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 236.

(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 130.

(6) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 130.

(7) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 130.

(8) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 399.

(9) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 399؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 237.

(10) الاعتياض: أخذ العوض، الصحاح، الجوهري، 3: 1093، (باب الضاد، فصل العين).

ثابت في حق الاعتياض؛ لأن حق القسم وملك الوطن ثابت لضرورة إقامة النسل، فلا يظهر ثبوته إلا في حق المقام معها للوطن، [والله أعلم]⁽¹⁾.

(1) ساقط من: ع.

كتاب النفقات

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ] (1)

كِتَابُ النِّفَقَاتِ

يحتاج إلى معرفة وجوب النفقة وسبب وجوبها، ومن تجب عليه، ومن تجب له وأنواعها، أما وجوبها للمنكوحه، لقوله تعالى ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ (2)، جاء في التفسير أن المراد به نفقة المرأة (3)، وأما وجوبها للمعتدة فللقوله تعالى ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (4)، فالأمر بالإنفاق على المنكوحه دلالة، وقوله — عليه السلام — (اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوانى استحلتنم فرؤجهن بكلمة الله تعالى، ألا وإن لكم عليهن حقا ولهن عليكم حقا؛ فإن من حاكم أن لا يوطنن فرشكم غيركم؛ فإذا فعلن ذلك فلهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف). (5)

وأما سبب وجوبها احتباسها عند الزوج إذا كانت تهيء للزوج الاستمتاع إما وطءاً أو دواعيه، أو التحصين لمائه بعد زوال النكاح (6)، وعند الشافعي سبب وجوبها الزوجية حتى إن عنده تجب النفقة للصغيرة والمريضة (7)، والصحيح قولنا؛ لأنها صارت محتبسة عند الزوج لحق النكاح؛ فقد عجزت عن الإكتساب والإنفاق على نفسها فلو لم تستحق النفقة على الزوج لماتت جوعاً؛ فاستحقت كفايتها في مال الزوج بالمعروف دفعا للجوع والهالك عنها، وصار القاضي لما احتبس لعمل المسلمين وجبت نفقته في بيت المال، والنكاح أوجب المهر بإزاء البضع فلا يوجب النفقة بإزائها لئلا يجتمع البدلان بمقابلة مبدل واحد، وأما من تجب عليه ومن لا تجب فلما يأت في بابه.

(1) ساقط من: ع.
(2) سورة البقرة، من الآية، 233.
(3) ينظر: أحكام القرآن، أبو بكر الجصاص، (لبنان، بيروت: دار إحياء التراث العربي)، 2: 105.
(4) سورة الطلاق، من الآية 6.
(5) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي - صلى الله عليه وسلم - ، 2: 886، رقم: 1218.
(6) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 424؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 16؛ الهداية، المرغيناني، 1: 285؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 3؛ الدر المختار، الحصكفي، 3: 572.
(7) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 88.

وأما أنواعها فالنفقة الواجبة أنواع ثلاثة نفقة الزوجات، ونفقة العبيد وزوجاتهم ونفقة المحارم من الرحم فبدأنا بنفقة الزوجات والله أعلم.

باب من يستحق النفقة من الزوجات ومن لا يستحق

أصله أن الاحتباس متى فات بمعنى من قبلها فلا نفقة لها⁽¹⁾؛ لأنها مبطلّة متعدية في هذا المنع فتجاري بمنع ما بإزائه كالفرقة إذا وقعت من جهتها قبل الدخول بها جوزيت بمنع البدل، ومتى فات الاحتباس بمعنى من قبل الزوج لم تسقط النفقة⁽²⁾؛ لأنه صار مفوتاً؛ لاحتباسها عنده فلم يسقط عنه بدله كما لو وقعت الفرقة من جهته وتجب النفقة للزوجة قبل الدخول بها وقبل التحول إلى منزل الزوج إذا لم تمتنع عن المقام معه؛ لأنها محل الاستمتاع وقد صارت محبوسة بحقه، وإن امتنعت عن التحول لاستيفاء المهر لم تحبس نفسها عنه فيكون الفوات محالاً على الزوج، وإن امتنعت بعد قبض الصداق فلا نفقة لها؛ لأنه فات الاحتباس بمعنى من قبلها؛ لأنها مبطلّة في هذا المنع، ولو منعت نفسها بعد الدخول لاستيفاء مهرها فلها ذلك⁽³⁾، ولها النفقة عند أبي حنيفة، وعندهما ليس لها المنع ولها النفقة لما مر في باب المهر، وتجب النفقة للمجنونة والمريضة والرتقاء⁽⁴⁾؛ لأن الاستمتاع بها من حيث التقبيل واللمس والجماع فيما دون الفرج، وفي الفرج جملة ثابت فانهقد احتباسها سبباً لاستحقاق النفقة، وعن أبي يوسف إذا كان لا يمكن جماع المريضة ولم يدخل بها فلا نفقة لها؛ لأن الاحتباس وجد قاصراً فلا ينعقد سبباً لاستحقاق النفقة، وقال مشايخنا: إن مرضت مرضاً لا يمكن الاستمتاع بها فلا نفقة وإن أمكن الاستمتاع بها بوجه ما فلها النفقة⁽⁵⁾، كما قالوا في العبد الموصى برقبته لإنسان ويجد منه لآخر إذا مرض لما يأت هذا إذا مرضت في بيت الزوج، أما إذا زفت إليه وهي مريضة لم يذكره في الكتاب قالوا ينبغي أن تستحق النفقة، وعن أبي يوسف أنه قال: لا يستحق

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 5.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 5.

(3) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 5.

(4) ينظر: النفقات، أحمد بن عمرو الخصاف، تح: أبو الوفا الأفغاني، (الهند، بومبائي، الدار السلفية)، 45، 46؛

الاختيار، ابن مودود، 4: 6.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 19.

استحسانا بخلاف ما إذا زُفت صحيحة ثم مرضت، والفرق ثمة أن التسليم قد تم في حق الاستمتاع فاستحقت النفقة، وهنا التسليم لم يتم في حق الاستمتاع فلم يستحق النفقة، ولا نفقة للمكوحة نكاحا فاسدا؛ لأنه لا يتمكن من الاستمتاع بها شرعا حال قيام النكاح ولا بعد الدخول والفرقة؛ لأنه وجبت العدة لاشتغال رحمها بالماء فصارت كالموطوءة بشبهة لا تستحق النفقة وإن وجبت عليها العدة، ولا نفقة للصغيرة التي لا تجامع **خلافًا للشافعي**⁽¹⁾؛ لأن سبب وجوب النفقة احتباس يصل الزوج به إلى الوطء أو الدواعي عليه وهي الاستمتاع ليفيد الاحتباس للزوج منفعة مطلوبة بعقد النكاح؛ وذلك يتحقق عند بلوغها مبلغ الجماع، وإن كانت تجامع فلها النفقة وإن كان الزوج صغيرا⁽²⁾؛ لأن منفعة الاحتباس إنما فاتت من قبل الزوج فلا تبطل حقها كما لو حبست نفسها بالمهر، ولو كانا صغيرين لا يطيقان الجماع أو المحبوب تزوج صغيرة لا تجامع لا نفقة لها⁽³⁾، وإذا صار الزوج ممنوعا عن الاستمتاع بها فلا يخلو أما إن صار بمعنى من جهته أو من جهتها أو من جهة غيرها؛ فإن جاء المنع من جهته كحبسه في الدين أو خروجه للحج أو كان صغيرا لا يطيق الجماع أو كان مجبوبا أو عنيها فلها النفقة⁽⁴⁾؛ لأنه فاتت منفعة الاحتباس وهو الاستمتاع من جهته فلا يبطل حقها في النفقة؛ لأن هذا المنع لو اعتبر مانعا من صحة التسليم يؤدي إلى إبطال حقها؛ لأن المانع متى زال صح التسليم لا يستحق النفقة فيما مضى بخلاف المهر، وإن الصغر منع صحة التسليم في حق المهر حتى لا يتأكد حقها في المهر؛ لأن حقها في التأكد لا يبطل أصلا بل يتأخر؛ لأن المانع على شرف الزوال، وأما

- (1) اختلف العلماء في وجوب النفقة للصغيرة التي لم تبلغ على رأيين:
الأول: وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة ورواية عند الشافعية إلى أن نفقتها غير واجبة على الزوج حتى تبلغ حد الجماع.
الثاني: وهو قول الشافعية في الرواية الأخرى عندهم إلى أنها واجبة.
والعدل أن يقال أنها تجب لها النفقة إذا كانت محتبسة في بيت الزوج رعاية لحقها إذ لو لم تفرض لها النفقة لهلكت نفسها وذهبت مصالحها الضرورية، وإذا لم تكن محتبسة في بيت الزوج لم تجب لها؛ لأنها فوتت على الزوج أحد حقوقه وهو المكوث في بيته رعاية لحقه.
ينظر: المدونة، مالك بن أنس، 4: 254؛ الأم، الشافعي، 5: 88؛ المهذب، الشيرازي، (لبنان، بيروت: دار الفكر)، 2: 159؛ الاختيار: ابن مودود، 4: 5؛ شرح الزركشي على مختصر الخرقي، محمد عبدالله الزركشي، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية)، 2: 566.
(2) ينظر: الاختيار: ابن مودود، 4: 5.
(3) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 219.
(4) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 220.

إذا صار ممنوعاً من الاستمتاع بمعنى من جهتها فلا نفقة لها سواء كانت عاصية مبطلّة فيه بأن كانت ناشزة أو محقة⁽¹⁾ بأن خرجت للحج لما بيّنا، فإن كانت الناشزة مقيمة في ناحية من بيت الزوج ولا تمكنه من نفسها فلها النفقة؛ لأن الظاهر أن الزوج يقدر على الوطء والاستمتاع بها، وهل يحل للزوج أن يطأها على كره منها إن كان الامتناع لا لطلب المهر يحل⁽²⁾؛ لأنها ظالمة، وإن كان لطلب المهر لا يحل عند أبي حنيفة، وعندهما يحل⁽³⁾، وأما إذا صار ممنوعاً من جهة ثالث بأن غصبها غاصب أو هرب بها هارب أو حبست ظلماً أو حبست بحق في الدين نكر في الجامع أنه لا نفقة لها⁽⁴⁾، ورؤي عن أبي يوسف لها النفقة⁽⁵⁾ إلا أن في الحبس بالدين إذا قدرت على الأداء ولم تؤدّ فلا نفقة لها⁽⁶⁾؛ لأنه فات الاحتباس من قبلها؛ لأنها متعديّة في هذا المنع وإن لم تقدر على الأداء فلها النفقة⁽⁷⁾؛ لأنها غير متعديّة في المنع؛ لأنها مضطرة فيه فقد فات منفعة الاستمتاع لا من جهتها فلا يسقط حقها في النفقة.

وجه رواية الجامع أن الاحتباس وإن لم يفت من قبلها ولكن ما فات من قبل الزوج فلا يجعل الفأنت كالقائم كمن أجر داره وسلمها إلى المستأجر فقبضها إنسان لا أجره على المستأجر؛ لأنه فات التمكن من الانتفاع لا من قبله، ولو كان الزوج ساكناً معها في منزلها فمنعته من الدخول عليها فلا نفقة لها مادامت على المنع⁽⁸⁾؛ لأنها حبست نفسها منه فصارت كالناشزة إلا أن تكون سألته أن يحولها إلى منزله ومنعته من الدخول فلها النفقة⁽⁹⁾، فرق بين هذا وبين إذا حبست في السجن ظلماً أو غصبها إنسان وهرب لا نفقة لها، والفرق أن هنا السبب الموجب للنفقة فات من قبل الزوج وهو عدم تحويلها إلى منزله فلا تسقط النفقة وثمت السبب ما فات من قبله

ظ هـ

اللوحة

294

(1) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 219؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 22.

(2) ينظر: النفقات، الخصاص، 37؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 190.

(3) ينظر: النفقات، الخصاص، 37؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 190.

(4) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 220؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 170.

(5) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 221؛ الهداية، المرغيناني، 1: 285.

(6) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 85.

(7) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 85.

(8) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 19.

(9) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 19؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 194.

وإن لم يفت من قبلها فلا يجعل الفائت كالقائم فينعدم سبب استحقاق النفقة، ولو حجت حجة الإسلام فإن كان قبل التسليم إليه فلا نفقة لها؛ لأنه فات التسليم بفعلها، وإن كان بعد ما تحولت إلى منزله وحجت مع محرم فلها النفقة عند أبي يوسف، وعند محمد لا نفقة لها⁽¹⁾.

لمحمد أن المنع جاء من جهتها؛ لأن السبب الموجب للنفقة هو القيام عليها، والقيام عليها إنما يتحقق بكونها محبوسة في بيت الزوج؛ فإذا خرجت من بيته فقد فات قيام الزوج عليها؛ فانعدم السبب فصارت كالناشزة.

لأبي يوسف أن المنع من جهتها إنما كان لأداء الفرض فصار كصوم رمضان، ويفرض لها نفقة الحضر دون السفر عند أبي يوسف، ولو جاورت بمكة أو أقامت بها إقامة لا تحتاج إليها سقطت نفقتها⁽²⁾؛ لأنها غير معذورة فصارت كالناشزة فإن حج الزوج معها فلها النفقة؛ لأنه متمكن من الاستمتاع بها في الطريق فصارت كالمقيمة في منزله، ونفقة السفر لا كنفقة الحضر؛ لأن زيادة نفقة السفر لحقتها بإزاء منفعة تحصل لها فلا تستحقها على الزوج بل تكون كالمریضة لا تستحق المداواة على الزوج، وليس عليه أن يكره لها؛ لأن هذا ليس من نفقة الحضر ويكون في مالها.

[مسألة] امرأة أبت أن تسكن مع ضررتها، أو مع أحماء الزوج، كأمه وغيرها فإن كان في الدار بيوت وفرغ لها بيتا منها وجعل لبيتها غلقا على حدة لم يكن لها أن تطلب من الزوج بيتا آخر، وإن لم يكن فيه إلا بيت واحد كان لها أن تطالبه بيتا آخر⁽³⁾؛ لأنها ربما لاتأمن على أمتعتها؛ ولأنه يكره أن يجامعها ويعاشرها ومعها غيرها.

(1) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 240؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 20؛ الهداية، المرغيناني، 1: 285؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 86.
(2) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 240؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 20؛ الهداية، المرغيناني، 1: 285؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 86..
(3) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 242؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 8؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 397، 398؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 211.

[مسألة] امرأة لها أب زمن ليس له من يقوم عليه غير البنت ومنعها الزوج من تعاوده جاز أن تعصي زوجها وتطيع أبها كان الأب مؤمناً أو كافراً⁽¹⁾؛ لأن القيام عليه فرض في هذه الحالة.

[مسألة] الرجل يسكن أرض الغصب وقد أوفى مهرها فامتعت المرأة منه فلها النفقة⁽²⁾؛ لأنها محقة وليست بناشزة، رجل اتهم بامرأة ظهر بها حبل فزوجها أبوها منه، والزوج ينكر أن يكون الحبل منه جاز النكاح؛ لأن هذا حبل من الزنا ولا نفقة على الزوج⁽³⁾؛ لأنه ممنوع من استمتاعها بمعنى من قبلها.

باب قدر النفقة المفروضة

ويفرض للمرأة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁴⁾ الآية، والنفقة غير مقدرة يعتبر فيها قدر الكفاية من الطعام وما لا بد لها من الإدام والدهن، وكذلك الكسوة⁽⁵⁾، وعند الشافعي على الموسر مدان من الطعام وعلى المعسر مد واحد⁽⁶⁾، والصحيح قولنا لقوله — عليه السلام — لهند امرأة أبي سفيان حين قالت: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي: (خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ)⁽⁷⁾؛ ولأن النفقة تجب للكفاية فتقدر بقدر الكفاية بلا سرف ولا تقتير فلا تتقدر بتقدير وما ذكر في الكتاب فعلى عرف زمانه ويعتبر في النفقة يسار الزوج وإعساره؛ فتقضي عليه بقدر طاقته ووسعه لقوله تعالى ﴿وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفُلُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءَ آتَاهَا﴾⁽⁸⁾، وقياساً على المتعة فإنها معتبرة بيسار الزوج وإعساره، وذكر الخصاف⁽⁹⁾ أنه

(1) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 350؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 342، نقلا عن الكافي.

(2) المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 177؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 545.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 546، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 175.

(4) سورة البقرة، من الآية: 233.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 23.

(6) ينظر: روضة الطالبين، النووي، 9: 40.

(7) أخرجه البخاري في صحيحه بخلاف في بعض ألفاظه، كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب، 1015، رقم: 8180.

(8) سورة الطلاق، من الآية 7.

(9) الخصاف هو: أحمد بن عمر الشيباني، الشهير بأبي بكر الخصاف، فقيه حنفي جليل القدر، محدث، =

يعتبر حالها في اليسار والعسار، حتى لو كانا موسرين فلها نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فلها نفقة العسار⁽¹⁾، ولو كانت موسرة والزوج معسرا فلها دون مالها لو كانت موسرة⁽²⁾، وإن كان الزوج مفرطاً في اليسار فأكل خبز الحواري⁽³⁾ واللحم المشوي والدجاج المربي والحلوى، والمرأة مفرطة في العسار أو كان على العكس يقضى عليه بنفقة الوسط يطعمها خبز البر وباجة أو باجتين⁽⁴⁾، ولا يؤاخذ الزوج أن يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت تأكل في بيت أهلها خبز الشعير قيل: المهر يعتبر بحالها؛ لأنه بدل بضعها والنفقة بحال الزوج والمتعة بحالها⁽⁵⁾؛ لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾⁽⁶⁾ وهو الصحيح، ويفرض لها نفقة خادم واحد إن كان لها خادم، وعند أبي يوسف خادمين أحدهما يقوم بأمر داخل البيت والآخر بأمر خارج البيت⁽⁷⁾، وجه ظاهر الرواية أن الواحدة تقوم بخدمتها وكفايتها بأمر داخل البيت وخارجه وما وراءها من باب الشرف والمروة، وذكر الفقيه أبو الليث في نوازل المرأة إذا كانت من بنات الأشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادم من خدم المرأة، وليس له أن يعطيها من خدمه ليخدمها بغير رضاها⁽⁸⁾؛ لأن المرأة عسى لا يتهيأ لها الخدمة من خدم الزوج، وإن كان الزوج معسرا لم تفرض لها نفقة الخادم في رواية الحسن عن أبي حنيفة⁽⁹⁾؛ لأن المعتبر حال الزوج فيعتبر أدنى الكفايات والمرأة قد تكتفي بخدمة نفسها فيفرض لها النفقة خاصة ويفرض لها الكسوة؛ لأنها كما تحتاج إلى المطعوم تحتاج إلى الملبوس لستر عورتها، ومواراة

ج هـ

اللوحة

295

= فرضي، عالم بالحساب، عالم بالرأي، فاضل زاهد صالح، من كتبه (النفقات، أدب القاضي)، توفي =

سنة 261 هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 88؛ سير أعلام النبلاء، الذهبي، 25: 115؛

الطبقات السنوية، الغزي، 1: 418 - 419؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 29 - 30.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 328.

(2) ينظر: النفقات، الخصاف، 41.

(3) الحواري هو: الدقيق الأبيض وهو لباب الدقيق، وحرّ الخبزة هيأها ودورها ليضعها في الملة، ينظر:

المحكم والمحيط الأعظم، ابن سيده، 3: 504، القاموس المحيط، الفيروزآبادي، 1: 487، مادة (ح و ر).

(4) ينظر: النفقات، الخصاف، 40؛ الباجة: نوع الطعام، ومنه قولهم اجعل البأجات بأجاً واحداً أي ضرباً واحداً

ولونا واحداً، يهمز ولا يهمز وهو معرب، وأصله بالفارسية باها أي ألوان الأطعمة، ينظر: الصحاح،

الجوهري، 1: 298، (باب الجيم فصل الباء).

(5) ينظر: النفقات، الخصاف، 41.

(6) سورة البقرة، من الآية 236.

(7) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 4.

(8) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 4.

(9) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 4.

سوءتها؛ ولدفع أذى الحر والبرد عن نفسها؛ فالكسوة على المعسر في الصيف قميص ومقنعة وملحفة على قدر ما يحتمل مثله⁽¹⁾، وإن كان موسرا فرض لها أجود من ذلك درع سابري⁽²⁾ وخمار ابريسم⁽³⁾ وملحفة كتان، وأما في الشتاء فإنه يفرض لها مع ذلك جبة وسراويل، ولم يذكر محمد - رحمه الله - في المبسوط السراويل أصلا، وذكر الخصاف السراويل في جملة كسوة الصيف⁽⁴⁾ وإن كان موسرا فلها مع ذلك جبة خز ولحاف وإن طلبت فراشا تنام عليه يفرض لها ذلك⁽⁵⁾؛ لأن النوم على الأرض ربما يؤذيها ويمرضها وهو منهي عن إلحاق الأذى والضرر بها، وكل امرأة كانت لها النفقة فلها السكنى؛ لأن الله تعالى أوجب السكنى مقرونا بالنفقة؛ لأنها محتاجة إليه ولخادمها قميص كرباس⁽⁶⁾ وإزار⁽⁷⁾ في الصيف، وفي الشتاء قميص وإزار وجبة وكساء وخفاف⁽⁸⁾؛ لأن كل واحد يكسو سواته على حسب حاله والقول للزوج في إنكار اليسار؛ لأن العسار أصل، واليسار طارئ والقول للمتمسك بالأصل والبينة للمرأة؛ لأنها أكثر إثباتا وليس على القاضي السؤال عن حاله؛ لأن القاضي نصب للقضاء بالحجج لا لإقامة الحجة والتفحص عن حال الخصم كما في سائر الحقوق وإن فعل فحسن؛ لأنه أعانها في إثبات حقها فكانت حسبته منها ولو أخبره عدلان أنه موسر يقبل، وإن لم يلفظا بالشهادة؛ لأنها شبيهة الصلة فكانت جبة من وجه وليست من حقوق العباد المحضة فشرطنا فيه العدد دون لفظ الشهادة كما في أمور الدين المترددة بين حق الله تعالى وحق العبد؛ فإن قالوا سمعنا أنه موسر لا يقبل؛ لأنهما قد يسمعان الكذب كما يسمعان الصدق فلا يحصل لهما العلم بالمشهود به، وهذا مما يطلع عليه الشهود فلا يؤخذ فيه بالاستفاضة والشهرة، للزوج عليها دين

-
- (1) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 258؛ النفقات، الخصاف، 49.
(2) السابري: نوع رقيق من الثياب، ينظر: الصحاح، الجوهري، 2: 675، (باب الرءاء فصل الشين).
(3) الأبريسم: نوع من الخز وقيل نوع من الحرير، وقيل: اللين من الخز والريش والقطن ونحو ذلك، ينظر: المخصص، ابن سيده، 1: 384، (كتاب اللباس، باب المخطط من الثياب).
(4) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 259؛ النفقات، الخصاف، 49.
(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 4؛ النفقات، الخصاف، 52.
(6) الكرباس بكسر الكاف هو: ثوب من القطن الأبيض، ينظر: القاموس المحيط، الفيروزآبادي، 2: 110، (حرف السين، فصل الكاف).
(7) الإزار: ثوب يحيط بالنصف الأسفل من البدن يذكر ويؤنث، ينظر: المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، تح: معجم اللغة العربية، (دار الدعوة)، باب الهمزة، 16.
(8) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 4.

فاحتسب لها بنفقتها منه جاز⁽¹⁾؛ لأن المقاصة مشروعة بين الديون لكن لا تقع المقاصة إلا برضا الزوج وفي سائر الديون تقع المقاصة وإن لم يتقاصاً؛ لأن دين النفقة أنقص من سائر الديون؛ لأنها تسقط بالموت وسائر الديون لا تسقط بالموت؛ فكان دين الزوج أقوى من دينها فصار كما لو كان أحد الدينين جيداً، والآخر ردياً لا تقع المقاصة إلا أن يتقاصاً فكذا هذا وهل تسمع البينة على الإعسار قبل الحبس فيه روايتان لما يأتي في كتاب أدب القاضي أعطاهما الزوج مالا فقال: من المهر وقالت هي: من النفقة فالقول للزوج إلا أن تقيم المرأة البينة⁽²⁾؛ لأن الزوج هو المملك فيكون هو العالم بجهة التمليك؛ فوجب المصير إلى قوله وهذا؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأنه في أداء المهر يسقط الواجب عن ذمته وفي الإهداء إليها يكون متبرعا والعاقل يقدم إسقاط الواجب عن ذمته، على التبرع فكان بيان الجهة إليه إلا أن يكون المؤدي مأكولا؛ لأن الظاهر يكذبه والعرف الجاري يخالفه.

النوادر: وذكر الخصاص في أدب القاضي أنه في المهر والنفقة والكفالة وأرش

الجنانية القول قول المطلوب أنه فقير، وفي ثمن المبيع والغرم لا يصدق أنه فقير. وذكر الجرجاني⁽³⁾ عن أبي بكر الرازي أنه لا يقبل قوله في المهر أنه فقير، وذكر بشر بن الوليد في نوادره⁽⁴⁾ قال أبو يوسف: إذا طلب الأب النفقة من الابن، فقال الابن: أنت غني، وقال الأب: أنا فقير وقد سئل الناس عنه فقالوا: لا ندري حاله، فالقول قول الابن أن الأب غني، ويحتاج الأب إلى إقامة البينة أنه فقير، رجل له عمامة واحدة لا يجبر على بيعها في النفقة؛ لأن الرجل يحتاج إلى عمامة واحدة حاجة ضرورية ألا ترى أنه لا يباع في سائر الديون فكذا في النفقة، ولو امتعت المرأة عن الطبخ والخبز لزوجها أو لنفسها إن كانت معتدة لا تجبر على ذلك، وعلى

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 348.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 348.

(3) محمد بن يحيى هو: محمد بن يحيى بن مهدي الجرجاني، فقيه حنفي، تفقه بأبي بكر الجصاص، وهو أحد شيوخ القدوري، توفي سنة 398 هـ ودفن بجوار قبر الإمام أبي حنيفة، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 2: 143؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 2: 636؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 202.

(4) بشر هو: بشر بن الوليد بن خالد بن الوليد الكندي، فقيه حنفي، قاض، محدث، واسع العلم بالفقه، زاهد عابد، وهو أحد أصحاب أبي يوسف، توفي سنة 238 هـ، ينظر: الثقات، ابن حبان، 8: 143؛ الجواهر المضية، القرشي، 1: 166؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 1: 372 - 373؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 54 - 55.

الزوج أن يأتيها بمن يكفيها عمل الخبز والطبخ⁽¹⁾؛ لأن الواجب لها على الزوج الطعام؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾⁽²⁾ ما يمكن تناوله وأكله والحنطة والدقيق لا يمكن تناولهما؛ فوجب على الزوج أن يجعلهما مهياً للأكل والخبز والطبخ بخلاف ما لو امتنع خادمها عن هذه الأعمال فإنها لا تستحق على زوج مولاتها⁽³⁾؛ لأن نفقة الخادم إنما تجب بإزاء الخدمة فإذا امتنعت فلا نفقة لها فأما نفقة الزوجة بإزاء التمكين؛ وقد مكنت، وقد ذكر الفقيه أبو الليث في نوازله هذا إذا كانت المرأة بها علة لا تقدر على الخبز والطبخ، أو كانت من الأشراف وإن كانت تقدر وهي تخدم بنفسها تجبر⁽⁴⁾؛ لأنها معيبة فإن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - جعل الخدمة التي داخل البيت على المرأة والتي خارج البيت على الزوج هكذا قضى بين علي وفاطمة - رضي الله عنهما⁽⁵⁾ - .

باب فرض القاضي النفقة

ولو طلبت من القاضي أن يفرض لها بالنفقة على الزوج؛ فالقاضي يأمره بالنفقة عليها؛ لأن الله تعالى أمره بالإمساك بالمعروف وليس من المعروف ترك التوسع في النفقة، وللزوج أن يلي النفقة بنفسه إلا أن يظهر للقاضي مطله وظلمه⁽⁶⁾ وأنه لا ينفق عليها فحينئذ فرض لها نفقة عليه في كل شهر وأمره أن يعطيها لتنفق هي على نفسها⁽⁷⁾؛ لأن نفقتها واجبة بعقد النكاح فالقاضي يعينها على الوصول إلى حقها، ويتعذر للقاضي أن يفرض لها النفقة في كل ساعة أو يوم وهي لا تقدر أن تتقدم إلى القاضي في زمان قريب وتقدر في زمان بعيد وأدنى الآجال الشهر فيقدر

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 184؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 5؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 199.

(2) سورة المائدة، من الآية: 289.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 184، نقلاً عن فتاوى أبي الليث.

(4) ينظر: فتاوى النوازل، السمرقندي، 223؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 24؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 388؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 548.

(5) أخرجه أبو نعيم، ينظر: حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، أبو نعيم الأصبهاني، (لبنان، بيروت: دار الكتاب العربي، 1405)، ط 4، 6: 104.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 184.

(7) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 180؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 580.

به⁽¹⁾، وذكر **الفقيه أبو الليث في نوازل**⁽²⁾ امرأة فرضت لها النفقة مشاهرة يدفع إليها في كل شهر؛ فإن لم يدفع فطلبت في كل يوم كان لها أن تطلب عند المساء⁽³⁾؛ لأن حصة كل يوم معلومة فيمكنها المطالبة ولا كذلك ما دون اليوم؛ لأنه مقدر بالساعات فلا تتمكن باعتبارها فإذا لم يعطها وقدمته مرارا، ولم يقبل نصح القاضي، ولم ينجع فيه وعظه حبسه القاضي لظهور مطله وظلمه⁽⁴⁾ فإن ظهر بعد الحبس عسرته بأن نسأل عن حاله شهرين أو ثلاثة نخليه لعدم الفائدة لقوله تعالى ﴿فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾⁽⁵⁾، وإن كان الرجل صاحب مائة لا يفرض عليه النفقة⁽⁶⁾؛ لأنه متى ينفق على من ليس عليه نفقته ويفرض لها النفقة وإن كانت موسرة، وليس لأحد موسر النفقة إلا المرأة الموسرة على زوجها⁽⁷⁾؛ لأنها إنما تستحق النفقة بالعقد حالة الاحتباس والموسرة والمعسرة في ذلك سواء ونفقة من عداها تجب باعتبار الحاجة فلا يجب بدون الحاجة وتقدر النفقة على قدر الغلا والرخص في كل وقت ولا تقدر بالدرهم والدنانير⁽⁸⁾؛ لأنه إذا قدر بهما ولم يعتبر فيه قدر الغلا والرخص في كل وقت [يتضرر به أحدهما، إن غلا السعر تتضرر به المرأة، وإن رخص يتضرر به الزوج؛ فيعتبر قدر الغلا والرخص في كل وقت]⁽⁹⁾ ثم يقضى عليه بالقيمة نظرا لهما حتى لو كان القاضي فرض لها النفقة والسعر رخيص ثم غلا فإنه يريداه في الفرض لما بينا.

[مسألة] امرأة صالحت زوجها على نفقة لا تكفيها يكملها القاضي إن طلبت⁽¹⁰⁾؛ لأن صلحها إسقاط حق لم يجب؛ لأن النفقة تجب حالا فحالا كما لو

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 180.

(2) نوازل أبي الليث هي: أحد كتب الفتاوى جمع فيها مؤلفها فتاوى جماعة من أشياخ عصره، ينظر: كشف الظنون، حاجي خليفة، 2: 282.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 547، نقلا عن الفتاوى الكبرى، وهي: أحد كتب الفتاوى في المذهب الحنفي، مؤلفه حسام الدين بن مازة وهو: عمر بن العزيز بن عمر بن مازة، فقيه حنفي جليل القدر، هو ووالده من العلماء توفي سنة 536 هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 391.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 180.

(5) سورة البقرة، من الآية: 280.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 180؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 4.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 22؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 241.

(8) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 4.

(9) ساقط من: ع.

(10) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 4.

أبرأته عنها، فرض على المعسر ثم أيسر يفرض نفقة الموسر، وكذلك إذا أعسر
تفرض نفقة المعسر⁽¹⁾؛ لأن النفقة إنما تجب شيئاً فشيئاً فيراعى حال الزوج في كل
وقت فيتغير بتغيره.

فصل في هلاك النفقة

أصله أن القاضي تبين له الخطأ في قضائه يرد؛ لأنه يبين أن قضاءه لم يقع نافذاً
وإن لم يتبين بمضيه، إذا هلكت أو سرقت الكسوة أو حرقها قبل الوقت لا تقضى
بكسوة أخرى حتى تمضي تلك المدة⁽²⁾؛ لأنه لم يتبين خطأه فيمضيه، وإن تحرقت
الكسوة قبل المدة إن تحرقت بخرق استعمالها ليس لها أخرى⁽³⁾؛ لأنه لم يتبين الخطأ
في التقدير؛ لأنه لولا خرق استعمالها بقيت الكسوة إلى آخر المدة فبقي التقدير
معتبراً كما أسرفت في نفقة شهر حتى فنيت في نصفه، وإن تحرقت بالاستعمال
المعتادة يفرض ثانياً⁽⁴⁾؛ لأنه ظهر خطأ المقدر فصار وجود التقدير وعدمه بمنزلة
وكذلك في النفقة؛ لأن الواجب على الزوج كفاية الوقت فتدور مع الوقت، فأما إذا
بقيت الكسوة بعد مضي المدة ينظر إن لم تستعمل تلك الكسوة أو استعملت معها
كسوة أخرى فإنه يفرض بكسوة أخرى⁽⁵⁾؛ لأنه لم يظهر خطأ القاضي في التقدير
وثائقها في حفظ حقها لا يبطل حقها، وإن استعملت ولم تلبس معها كسوة أخرى
وقد بقيت لا يفرض لها بأخرى؛ لأنه يبين خطأ القاضي في تقدير المدة؛ لأنه وقت
وقتا فتبقى الكسوة وراء ذلك الوقت فيرده ولا يمضيه بخلاف ما إذا قضى لها
بالطعام فبقي من بعد المدة يقضى لها بأخر لجواز أنه إنما بقي الطعام ليعتبرها في
الإنفاق على نفسها، والواجب على القاضي أن يقضي لها بنفقة لا إسراف ولا تقتير
فيها فلم يظهر خطأ القاضي في التقدير بيقين فبقي التقدير معتبراً، ولو نفذ الطعام

(1) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 10: 329؛ الميسوط، السرخسي، 5: 335؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 6؛
الدر المختار، الحصكفي، 3: 592؛ الجوهرة النيرة، 2: 87 .

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 189، نقلاً عن الخلاصة.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 194؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 84.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 194؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 84؛ الدر المختار، الحصكفي،
3: 588.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 194.

قبل المدة لا يقضى؛ لأن من الجائز الإسراف في الطعام فلم يظهر خطأه في التقدير بيقين فلم يقض بخلاف الكسوة فنيت قبل المدة؛ لأنه لا إسراف ولا تقتير في حق اللبس؛ فإذا تحرقت قبل المدة ظهر خطأ القاضي بيقين فبطل التقدير، ثم فرق بين نفقة المنكوحة ونفقة المحارم من ثلاثة أوجه؛ أحدها: لو ضاعت وسرقت أو كانت كسوة فعجل بتخريقتها يفرض مرة أخرى وفي المنكوحة لا يفرض⁽¹⁾، والثاني: لو بقيت النفقة بعد المدة لا يقضى له بأخرى⁽²⁾، الثالث: المنكوحة أخذت نفقة مدة ثم ماتت تسترد نفقة ما بقي من المدة عند محمد، وفي المحارم لا تسترد إجماعاً، والفرق أن نفقة المحارم تجب بسبب الحاجة والحاجة بعد ضياع النفقة قائمة فيقضى بأخرى؛ وبعد قيام النفقة منعدمة فلا يقضى بأخرى؛ فأما نفقة المنكوحة لا يجب بسبب الحاجة بل فيها معنى العوضية ولهذا تجب وإن كانت موسرة وإنما تجب بمقابلة الاحتباس فمادامت محتبسة كانت مستحقة للنفقة⁽³⁾، ولا تجب إلا بفرض القاضي فتراضيتها على شيء وتسقط بمضي الزمان⁽⁴⁾، وقال الشافعي: لا تسقط وتصير ديناً⁽⁵⁾ والصحيح قولنا؛ لأن النفقة وجبت صلة معنى؛ لأنها وجبت جزاء على احتباسها رزقا وعضوا عما ليس بمال فكانت النفقة في حق وصف المالية صلة؛ ولهذا سمى الله رزقا بقوله ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾⁽⁶⁾، والرزق اسم لما يملك صلة كرزق الفيء في بيت المال صلة معنى، والصلات لا تملك إلا بالتسليم حقيقة

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 25.

(2) ينظر: التجريد، القدوري، 9: 4659؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 25؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 235.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 25.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 25.

(5) ينظر: المهذب في فقه الشافعي، الشيرازي، 2: 164.

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على رأيين:

الأول: وهو رأي المالكية ورواية عند الحنفية، ويرى أن نفقة الزوجة لا تصير ديناً في النمة. الثاني: وهو رأي الشافعية والحنابلة والرواية الأخرى عند الحنفية ويرى أن نفقة الزوجة تصير ديناً في النمة يرجع بها الزوج إذا أيسر، واشترط الحنفية أن يقضى بالنفقة القاضي أو يتصالح الزوجان عليها حتى تصير ديناً.

والراجح هو القول الثاني؛ لأن هذه النفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ولا يزول ماوجب بهذه الأدلة إلا بمثلها.

ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 8: 222؛ الهداية، المرغيناني، 1: 285؛ روضة الطالبين، النووي، 9:

72؛ المغني، ابن قدامة، 9: 250 الشرح الكبير، أحمد الدردير، (لبنان، بيروت: دار الفكر)، 2: 517.

(6) سورة البقرة، من الآية: 233.

أوحكما بانضمام قضاء القاضي إليها، أو بالتزامه؛ فإن ولايته على نفسه أكد من ولاية القاضي، فإن قيل لو كانت صلة كيف يجبر الزوج على التسليم قلنا: يجوز أن يجبر ألا ترى أن من أوصى بأن يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصي يجبر الوارث على تنفيذ الهبة في العبد وإن كانت صلة، ولو مات العبد تبطل الوصية، وكذا الشفيع استحق على المشتري تسليم الدار إليه بالشفعة، والشفعة صلة شرعية، ولو مات الشفيع بطلت الشفعة، وإذا استدان قبل فرض القاضي بالنفقة لا ترجع بذلك على الزوج وبعد القضاء أو الرضا ترجع؛ لأن النفقة قبل الرضا والقضاء لم تصر دينا عليه ولا ولاية لها عليه، فلا تصح الاستدانة عليه؛ وبعد القضاء صارت دينا عليه فترجع عليه بدينه؛ لأن استدانته صحيحة عليه، ولو قضى القاضي بالنفقة لها يأمرها بالاستدانة على الزوج لئلا يبطل حقها في النفقة بموت أحدهما؛ فكانت فائدة الأمر بالاستدانة لتأكد حقها في النفقة؛ لأن القاضي مأمور بإيصال الحق إلى المستحق وهذا طريقه.

وقال الحاكم أبو الفضل في المختصر: يحتمل أن تكون فائدة الأمر بالاستدانة عليه أنه إذا مات زوجها بعدما استدان عليه بأمر القاضي ترجع بذلك الدين في تركته.

وإذا استدان بغير أمر القاضي لا ترجع؛ لأنها لا ولاية لها على الزوج ليلزمه حكم فعلها ولكن لها أن يأخذ تلك النفقة من ذو رحمها مادام حيًا، وكذلك لو أنفقت من عندها والزوج معسر تستدين عليه بأمر القاضي ولا يفرق بينهما⁽¹⁾، وقال الشافعي: يفرق⁽²⁾، والصحيح قولنا؛ لأن التفريق تضمن إبطال حق الزوج في ملك النكاح وفي عدم التفريق تأخير حقها في النفقة إلى وقت الميسرة؛ فإنها تصير دينا بالقضاء وطرحه التأخير هو من ضرر الإبطال والضرران إذا تقابلا واجتمعا ولم يمكن دفعهما جميعا يدفع الأعلى، ويتحمل الأدنى دفعا للضرر بقدر الإمكان، قال الزوج: قضى علي منذ شهر، وهي تقول منذ شهرين القول للزوج مع يمينه؛ لأنها ادّعت الزيادة وهو ينكر.

(1) ينظر: تبیین الحقائق، الزيلعي، 3: 54.

(2) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 91.

[مسألة] النوادر: امرأة خاصمت زوجها في النفقة فتوسط أب الزوج وقال: أعطى النفقة فأعطاها، ثم طلقها الزوج ليس للأب استرداد ما دفع⁽¹⁾؛ لأنه لو أعطاها الزوج له ذلك عند أبي يوسف، وعليه الفتوى فكذا إذا أعطى الأب غير جهة الزوج.

باب سقوط النفقة المفروضة

النفقة المفروضة تسقط بالموت⁽²⁾؛ لأنها صلة وجبت على الاحتباس لما بيّننا والصلّات تسقط بالموت، وعن محمد أنه يؤخذ من ماله، ولو أعطاها نفقة مدة ثم مات أحدهما قبل مضي المدة لا يسترد ما بقي عند أبي يوسف⁽³⁾، وعند محمد يسترد بقدره⁽⁴⁾؛ لأن سبب استحقاق النفقة القيام عليها، وأنه يتجدد ساعة فساعة، وقد بطل السبب وارتفع بموت أحدهما فيمتنع الوجوب فوجب الرد بحساب ما بقي من الوقت كالمستأجر إذا عجل الأجرة ثم مات أحدهما.

لهما أن النفقة صلة، والصلّات لا تصير ديناً ألا ترى أنها لو لم تأخذ من الزوج حتى مضى الزوج لا يصير ديناً على الزوج.

النوادر: أبرأت الزوج عن النفقة أبداً ينظر إن لم يفرض القاضي النفقة فالبراءة باطلة⁽⁵⁾؛ لأنها أبرأت قبل الوجوب، وإن فرض لها كل شهر عشرة دراهم صحّ الإبراء من نفقة الشهر الأول ولم تصح نفقة ما سواه⁽⁶⁾، وكذا لو قالت: أبرأتك من نفقة سنة لم يبرأ إلا من نفقة شهر واحد⁽⁷⁾؛ لأن القاضي إنما فرض لها كل شهر ففرض القاضي تتجدد بتجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لا يتجدد الفرض، ومالم يتجدد الفرض لا يعتبر نفقة الشهر الثاني واجبة، ولو قالت: أبرأتك من نفقة ما مضى وما يستقبل برئ من نفقة ما مضى وما يستقبل بقدر نفقة شهر، ولا يبرأ من

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 553، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 350؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 378؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 396.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 29.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 29.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، 4: 26؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 553، نقلا عن الفتاوى الكبرى.

(6) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 192؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 553، نقلا عن الفتاوى الكبرى.

(7) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 394؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 553.

زيادة على ذلك؛ فصار نظير هذا من أجر عبده من رجل يخدمه كل شهر بعشرة دراهم ثم أبراه من أجر الغلام أبداً لا يبرأ إلا من أجر شهر⁽¹⁾، إذا فرض نفقة الأب على الابن فلم يقبض سنين، ثم أيسر أو مات يبطل⁽²⁾؛ لأن هذه صلة من وجه فلا تصير ديناً من كل وجه وهكذا إذا فرض القاضي الرزق من بيت المال ولم يأخذ سنين، ثم عزل بطل.

باب الرجل يغيب عن امرأته فتطلب النفقة

غاب الزوج ولم يخلفها نفقة، فطلبت المرأة من القاضي أن يفرض لها نفقة فهو على وجهين؛ أما إن لم يكن للرجل مال حاضر أو كان، فإن لم يكن لا يفرض **خلافاً لزفر⁽³⁾**؛ لأنه قضى عن الغائب، وليس عنه خصم حاضر ولو فرض ينفذ قضاؤه؛ لأن هذا فصل مجتهد فيه فكان للقضاء فيه مجال ومساغ، وإن كان له مال حاضر فلا يخلوا أما إن كان المال في بيته أو عند غيره، وكل وجه لا يخلوا إما أن علم القاضي بالنكاح أو لم يعلم؛ فإن كان المال في بيته وعلم القاضي بالنكاح فإنه يقضى لها بالنفقة في ماله⁽⁴⁾، ولا يقضى بالنفقة في مال الغائب ما خلا الوالدين والأولاد والزوجة؛ لأن لهؤلاء أخذ النفقة متى ظفروا بجنس حقهم من غير هذا قضاء ورضاء؛ فكان القضاء إعانة لهم على استيفاء حقهم لا قضاء حقيقة؛ لأن [القضاء]⁽⁵⁾ إيجاب مالم يكن واجبا وإيفاء حق واجب على الغائب من ماله جائز، أما من عدا هؤلاء من الأقارب لا يستحق النفقة إلا بالقضاء أو الرضا حتى أنه لم يكن له أن يأخذ من جنس حقه من غير قضاء ولا رضاء؛ فكان هذا قضاء على الغائب فلا يجوز، ويأخذ منها كفيلاً بعد ما خلفها أنه لم يعط نفقتها نظراً للغائب لجواز أنها استوفت النفقة من الزوج فيستوثق منها بكفيل احتياطاً ويحلفها؛ فإن الإنسان قد يحلف ولا يُعطي الكفيل وقد يُعطي الكفيل ولا يحلف فيجمع بينهما

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 204.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 234، نقلاً عن واقعات الناطفي.

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، 6: 387، نقلاً عن الظهيرية.

(4) ينظر: شرح نفقات الخصاف، ابن مازة، 118.

(5) ساقط من: ع.

احتياطاً للغائب، وهذا كله إذا كان مال الغائب من جنس حقهم بأن كان دراهم أو دنائير أو طعاماً أو كسوة فيأخذ من طعامه وكسوته ونص عليه؛ لأنها ظفرت بجنس حقه كان له أن يأخذه بغير أمر القاضي؛ فكان للقاضي أن يعين على ذلك، وإن كان ماله عروضاً أو عقاراً لم يبيع القاضي عليه في النفقة، ولا في الدين **عند أبي حنيفة**، **وعندهما يبيع**، وأصله أن يبيع مال المدين للدين لا يجوز عنده **خلافاً لهما**(1) لما عرف، وأما إذا كان ماله عند غيره وديعة أو دين على إنسان فلا يخلو أما إن كان المودع والمديون مقرراً بالمال والنكاح أو لم يكن فإن كان مقرراً بهما والنكاح ظاهر عند القاضي يقضى لها بالنفقة(2)؛ لأنه ثبت النكاح والمال بتصادقهم جميعاً فوجب على القاضي إيفاء حقه من ذلك كما لو كان هذا المال في بيت الزوج بعد أن يحلفها يأخذ منها كفيلاً احتياطاً ويفرض في مال الغائب وفي مال الوديعة نفقة أربعة نفقة الأبوين والأولاد الصغار ونفقة الزوجة(3) إذا كان يعترف بالمال وبالزوجية والنسب، وإن أنكر المودع المال أو النسب أو الزوجية ولم يعلم القاضي بالنكاح والنسب؛ فأقيمت البيّنة على ذلك لا يقبل **عند أبي حنيفة** ولا يفرض بالنفقة؛ لأنها قامت على الغائب وليس عن خصم حاضر؛ فإن المودع لا يصلح خصماً عن الغائب فيما يستحق عليه وعند أبي يوسف تقبل البيّنة ولا يفرض ولا يقضى بالنكاح والنسب عليه، واليوم القضاة يقبلون البيّنة على النكاح على الغائب لغرض النفقة؛ لأنه مجتهد، فيه وحاجة الناس ماسّة وداعية إليه ويجوز أن يقبل البيّنة في حق حكم دون حكم كما قاله أبو يوسف فيمن اشترى جارية، ثم قال: وجدتها ذات زوج؛ فأراد أن يردّها بالعيب وأقام البيّنة أنها امرأة رجل غائب تقبل البيّنة حتى يثبت به حق الرد ولا يقضى بالنكاح، ونظيره إذا كفل رجل عن غائب بمال مقدر فإنه يلزم ذلك الكفيل، وإن كان لا يلزم الأصيل، وكذلك إذا شهد رجل وامرأتان بالسرقة يُقبل في حق المال، ولا يُقبل في حق القطع.

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 213.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 213.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 213.

باب نفقة العبد والأمة

نفقة امرأة العبد والمكاتب والمدبر حرة كانت أو أمة عليه لا على المولى⁽¹⁾ لوجود سبب استحقاقها في حقه وهو كونها محبوسة بحقه؛ ولأن النفقة مقابل المنفعة والمنفعة له فتكون النفقة عليه كالمهر، وإذا عجز العبد بعد فرض القاضي يباع فيه كسائر الديون إلا أن يفديه المولى والمكاتب والمدبر يسعيان فيها لتعذر بيعهما⁽²⁾، ولا تجب نفقة ولد العبد عليه⁽³⁾؛ لأنه إن كان من أمة فهو مملوك لمولاه، وإن كان من حرة فالولد حر، ونفقة الأولاد تجب باعتبار الحاجة، والولد الحر إن كان محتاجاً فالعبد أحوج منه؛ ولأنه لا يجوز الإنفاق من ملك المولى على أقارب العبد وتجب نفقة الولد على الأم إن كان لها مال⁽⁴⁾، وإن لم يكن فعلى من يرث الولد من القرابة⁽⁵⁾، وإن كان من مكاتبة فالولد مكاتب بكتابة الأم، فيكون كالرقيق لها فتكون النفقة عليها⁽⁶⁾، وإن كانت أم ولد أو مدبرة فأولادهما بمنزلتهما؛ فتكون نفقتهم على مولاهما⁽⁷⁾، وكذلك الحر إذا تزوج أمة أو مكاتبة، أو مدبرة، أو أم ولد فنفقة ولده على مولاهن⁽⁸⁾، فإن كان مولاهن فقيراً أو الزوج أبو الولد غنياً لا يؤمر الأب بالنفقة على ولده⁽⁹⁾؛ لأن ولده مملوك لمولى الجارية؛ فإما أن يبيعه مولاه أو ينفق عليه⁽¹⁰⁾، وإن كان من مدبرة أو أم ولد ينفق الأب عليه، ثم يرجع على المولى⁽¹¹⁾؛ لأن هاهنا لم يمكن أن يجبر المولى على بيعه؛ فإن كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد؛ فنفقة الولد على الأم⁽¹²⁾؛ لأن الولد تبع للأم في الكتابة حتى يكون كسبه

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 365؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 88.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 365؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 88.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 365؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 88.

(4) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 88.

(5) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 88.

(6) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 88.

(7) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 88.

(8) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 259؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 555، نقلاً عن الذخيرة.

(9) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 555، نقلاً عن فتاوى قاضي خان والمحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط

البرهاني، ابن مازة، 4: 259.

(10) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 555، نقلاً عن فتاوى قاضي خان والمحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط

البرهاني، ابن مازة، 4: 259.

(11) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 555، نقلاً عن فتاوى قاضي خان والمحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط

البرهاني، ابن مازة، 4: 260.

(12) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 369؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 208.

وأرُشُ الجناية عليه للأم فصار كالمملوك للأم فإن كانت امرأة المكاتب حرة أو أمة لإنسان لا يجب عليه نفقة ولده؛ لأنه حر أو مملوك لمولى الأم، حر تزوج أمة فلا نفقة عليه إلا بعد تبوية المولى⁽¹⁾؛ لأن سبب استحقاق النفقة كونها محبوسة في بيت الزوج على وجه يصل إلى استمتاعها؛ وذلك لا يكون إلا بعد التَّبْوِيَةِ والتَّبْوِيَةِ أَنْ يخليها مع زوجها ولا يستخدمها إلا إذا خدمت باختيارها وقتاً فوقتاً حتى لو منعها بعد التبوية لا نفقة لها⁽²⁾.

تزوج مكاتبه تجب النفقة بدون التَّبْوِيَةِ؛ لأن المولى لا يملك منعها عن الزوج.
[مسألة] النوادر: رجل زوج ابنته من عبد يجب لها النفقة على العبد⁽³⁾؛ لأن البنت تستحق الدين على الأب؛ فجاز أن يستحق على عبد الأب، فإن زوج ابنته من عبده فنفتقتهما على المولى؛ لأنهما جميعاً ملك المولى؛ فإن أبي المولى الإنفاق على أحد منهما يجبر عليه، وفي علف البهائم لا يجبر على ظاهر الرواية، ورؤي عن أبي يوسف أنه يجبر فهو سوى بينهما، وفي ظاهر الرواية فرّق، والفرق أن العبد آدمي وأنه من أهل الاستحقاق في الجملة؛ فجاز أن يستحق حقا على مولاه استيفاء لمهجته، ولا كذلك البهائم.

[مسألة] رجل له عبد لا ينفق عليه هل للعبد أن يأكل من مال مولاه؟ ينظر إن كان قادراً على الكسب ليس له ذلك⁽⁴⁾؛ لأنه قادر على أن يأكل من كسبه وإن كان عاجزاً عن الكسب له ذلك، وإن كان قادراً على الكسب ولكن المولى يمنعه من الكسب يقول له العبد إما أن تأذن في الكسب وإما أن تنفق علي فإن لم يأذن فله أن ينفق على نفسه من مال المولى⁽⁵⁾ والله أعلم.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 358؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 6؛ العناية، العيني، 4: 396؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 88.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 358؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 6؛ العناية، العيني، 4: 396؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 88.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 8: 146؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 555، نقلاً عن البدائع.
(4) ينظر: الدر المختار، الحصكفي، 3: 637؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 238؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 569، نقلاً عن التتارخانية.

(5) ينظر: الدر المختار، الحصكفي، 3: 637؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 238؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 569، نقلاً عن التتارخانية.

باب نفقة المطلقة

ظ هـ

اللوحة

297

وللمطلقة الرجعية والمبتوتة النفقة⁽¹⁾ وقال الشافعي: لا نفقة للمبتوتة إلا أن تكون حاملا⁽²⁾ والصحيح قولنا لقوله - عليه السلام - (المَبْتُوتَةُ لَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى)⁽³⁾ وحديث فاطمة بنت قيس⁽⁴⁾ قالت: طلقني زوجي ثلاثا ولم يجعل لي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا نفقة ولا سكنى ، مطعون فيه رده كبار الصحابة فإن عمر - رضي الله عنه - قال لانترك أو لا ندع كتاب ربنا ولا سنة رسولنا بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: (لِلْمُطَلَّقةِ ثَلَاثًا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى)⁽⁵⁾؛ ولأن النفقة تجب جزاء على احتباسها بحق زوجها وقد بقيت في العدة محبوسة بحقه وهو صيانة مائه؛ فإن رحمها مشغول بمائه وهي حافظة له فبقي جزاؤه؛ فإن ادعت أنها حامل أنفق عليها إلى سنتين منذ طلقها؛ لأن عدتها إنما تنقضي بوضع الحمل؛ لأنها صدقت في كونها حاملا والولد يبقى في البطن سنتين⁽⁶⁾، فإن قالت: كنت أتوهم أنني حامل ولم أحض إلى هذه الغاية يعني أنا ممتدة الطهر وطلبت النفقة فإنه بينهما النفقة مالم تدخل في حد الإياس؛ فإذا دخلت تستأنف العدة ثلاثة أشهر⁽⁷⁾؛ لأن الممتدة طهرها لا تنقضي

(1) المبسوط، السرخسي، 5: 361، الباب في الجمع بين السنة والكتاب، علي المنجي، تح: د. محمد فضل، عبدالعزيز المراد (سوريا، دمشق: دار القلم، 1994م)، ط 2، 2: 699.

(2) ينظر: المهذب، الشيرازي، 2: 164؛ الحاوي، الماوردي، 11: 465؛ أجمع العلماء على وجوب النفقة والسكنى للمطلقة الرجعية والمبتوتة إذا كانت حاملا، واختلفوا في وجوبها للمبتوتة إذا كانت غير حامل على ثلاث آراء:

الأول: وهو ما ذهب إليه أحمد بن حنبل ويرى أن المبتوتة لا سكنى لها ولا نفقة.

الثاني: وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة ويرى أن المبتوتة لها السكنى والنفقة.

الثالث: وهو ما ذهب إليه مالك والشافعي ويرى أن المبتوتة لها السكنى وليس لها النفقة.

ينظر: الكافي، ابن عبد البر، 2: 627؛ الحاوي، الماوردي، 11: 465؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 7: 448؛ الإنصاف، المرادوي، 9: 360.

(3) أخرجه مسلم بمعناه، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، 4: 198، رقم: 3783.

(4) فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية أخت الضحاك بن قيس، صحابية، من المهاجرات الأول، كانت ذات جمال وعقل، وهي التي انفردت برواية قصة الجساسة مطولة، وفي بيتها اجتمع أهل الشورى لما قتل عمر - رضي الله عنه - ، ينظر: الإصابا في تمييز الصحابة، أحمد بن حجر العسقلاني، تح: علي محمد الجاوي، (لبنان، بيروت: دار الجيل، 1992م)، 8: 69.

(5) أخرجه مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، 4: 198، 3783.

(6) وهو مخالف لما عليه الأطباء في العصر الحديث لأنهم يرون أن أقصى مدة للحمل هي 47 أسبوعا 329 يوما هذا مع مراعاة الحالات الشاذة والنادرة، ينظر: الموسوعة الطبية الفقهية، أحمد محمد كنعان، (لبنان، بيروت: دار النفائس، 2000م)، ط 1، 376.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 18؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 8.

عدتها مالم تدخل في حد الإيأس، وتمضي [بعد ذلك] (1) ثلاثة أشهر، ولو أنها حاضت في هذه الثلاثة أشهر تستأنف العدة؛ لأنه ظهر أنها لم تكن آيسة ولها النفقة؛ لأنها محبوسة بحقه (2)، خالعا على أن لا نفقة لها عليه ولا سكنى لها عليه السكنى [دون النفقة (3)] (4)؛ لأن النفقة حقها فصح البراءة عنها والسكنى حق الشرع؛ فلم تصح البراءة عنه وإن أسقطت مؤنة السكنى تسقط (5)؛ لأنها حقها و[ذلك] (6) إذا لم تصح البراءة عن السكنى ينظر إن كان المنزل ملك الزوج فينبغي أن يخرج الزوج منه، ويعتزل عنها ويتركها في ذلك المنزل إلى أن تنقضي عدتها، وإن كان يكره فاستكرى لها منزلا آخر جاز لكن الأفضل أن يتركها في ذلك المنزل (7).

فصل [استحقاق النفقة بسبب الفرقة]

أصله أن الفرقة متى وقعت بسبب هي محقة فيه فلها النفقة (8)، وإن وقعت بسبب هي عاصية فيه فلا نفقة لها (9)، وإن كانت الفرقة من جهة الزوج فلها النفقة سواء كانت بمعصية أو غير معصية (10)؛ لأن النفقة صلة لها وبعضيان الزوج لا تحرم الصلة وبعضيانها جاز أن تحرم الصلة مجازاة على فعلها، وصار كالوارث إذا قتل مورثه بغير حق يحرم عن الميراث وبحق لا يحرم (11)، والأمة إذا أعتقت أو أدركت الصغيرة فاختارت نفسها أو فرق بينهما لعدم الكفاءة لها النفقة (12)؛ لأن الفرقة جاءت من جهتها بسبب هي عاصية فيه وإن لم تكن مطاوعة فلها النفقة؛ لأن الفرقة لم تقع بسبب من جهتها فإن أسلمت المرتدة والعدة باقية فلا نفقة لها بخلاف مالمو نشزت

(1) ساقط من: ع.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 224.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 217، نقلا عن المحيط الرضوي.

(4) ساقط من: ع.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 16؛ تبين الحقائق، الزيلعي، 2: 273؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2:

733.

(6) ساقط من: ع.

(7) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 230؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 216، نقلا عن الذخيرة.

(8) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 227؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 9.

(9) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 227؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 9.

(10) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 13، 14؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 9.

(11) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 227.

(12) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 9.

فطلقها الزوج ثم تركت النشوز فلها النفقة⁽¹⁾؛ لأن النفقة إنما تسقط بالفرقة بسبب هي عاصية فيه والفرقة لا ترتفع بإسلامها وفي النشوز إنما تسقط النفقة بالنشوز فإذا ارتفع النشوز فقد زال المسقط والسبب الموجب قائم وهو الزوجية فعاد حقها في النفقة، ارتدت المطلقة في العدة لا نفقة لها⁽²⁾؛ لأنها تحبس لافي بيت الزوج فقد فوتنا الاحتباس على الزوج بما هو معصية فسقط حقها كما لو خرجت المطلقة في العدة، ولو تابت في العدة ورجعت تجب النفقة؛ لأنها متى عادت إلى بيت الزوج عاد الإحتباس فزال المسقط وتحقق الموجب كما لو نشزت، ثم عادت إلى بيت العدة بخلاف ما لو ارتدت المنكوحة، ثم أسلمت لا تعود النفقة⁽³⁾؛ لأن الفرقة هنا وقعت بمعنى مضاف إليها وهي معصية فسقطت النفقة أصلاً، فأما في المعتدة فسبب الوجوب قد بقي لكن امتنع الوجوب في بعض المدة لعارض، وقد زال العارض فيزول الحكم كما في النشوز، ولو لحقت بدار الحرب، ثم عادت وأبت لا نفقة لها⁽⁴⁾؛ لأن بالاتحاق سقطت العدة حكماً لتباين الدارين؛ لأنه بمنزلة الموت فانعدم السبب الموجب، كالمرتدة مادامت في بيت الزوج لم تخرج للحبس فلها النفقة؛ لأنها مالم تحبس لم تفوت بالردة على الزوج شيئاً فلا يسقط حقها في النفقة كما لو قبلت ابن الزوج في العدة عن شهر، ولو طأعت المعتدة ابن زوجها أو قبلها لشهوة فإن كانت مطلقة رجعية فلا نفقة لها⁽⁵⁾؛ لأن الفرقة ما وقعت بالطلاق بل بسبب وجد منها وهي معصيته، وإن كانت مبانة فلها النفقة⁽⁶⁾؛ لأن الفرقة وقعت بالطلاق لا بالوطء والتقبيل بخلاف ما لو ارتدت المعتدة والفرق أن المرتدة تحبس بحق الشرع فلا تبقى محبوسة بحق الزوج فأما المجامعة والتقبيل لا تحبس فلا تفوت حق الزوج بخلاف المنكوحة إذا قبلت ابنه بشهوة سقطت النفقة؛ لأن الفرقة وقعت بسبب مضاف إليها وهو المعصية فجاز أن تسقط بها النفقة ولو وقعت باللعان أو الإيلاء أو بالجلب

ج هـ

اللوحة

298

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 557، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: تبين الحقائق، الزيلعي، 3: 62.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 232.

(3) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 85.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 17.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 14؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 9؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 85.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 17.

والعنة بعد الدخول بها والخلوة فلها النفقة⁽¹⁾؛ لأن الفرقة بهذه الأشياء مضافة إلى الزوج لما عرف.

[مسألة] طلق الأمة المبوأة فلها النفقة فإن أخرجها المولى لخدمته بطلت النفقة⁽²⁾؛ لأن في حال الزوجية لو أخرجها تسقط؛ ففي هذه الحالة أولى وله أن يعيدها ويأخذ نفقتها⁽³⁾، فإن أخرجها من بيت الزوج، ثم طلقها، ثم أعاد لا تستحق النفقة والفرق أن بالإخراج بعد الطلاق فوت على الزوج الاحتباس في حال العدة؛ فإذا أعادها إلى بيت الزوج في العدة فقد أعاد مثل ما فوت؛ لأن المثل يقوم مقام الفأنت؛ فزال المسقط فتعود النفقة كما كانت فأما إذا أخرجها حال قيام النكاح فقد فوت على الزوج الاحتباس الكامل فإذا أعادها في العدة فلم يرتفع الفوات فبقي المسقط، الأمة المنكوحه إذا لم يبوئها المولى، ثم طلقها زوجها رجعيًا فللمولى أن يأخذ الزوج حتى يبوأها بيتًا وينفق عليها حتى تنقضي العدة⁽⁴⁾؛ لأن الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح وإن كان بائنا فليس للمولى ذلك؛ لأن الطلاق البائن يحرم الوطأ، وهل له أن يطلب النفقة؟ **ذكر الخصاف** أن له ذلك مادامت معتدة وقيل: الصحيح أنه ليس لها النفقة؛ لأنها لا تستحق النفقة قبل الطلاق فلا تستحق بعد الطلاق، ولهذا أصّل محمد أن كل امرأة لا نفقة لها يوم الطلاق فليس لها نفقة أبداً⁽⁵⁾؛ لأن الناشزة كالمعتدة عن النكاح الفاسد، والأمة المزوجة إذا لم يبوئها المولى بيتًا؛ لأن في العدة تبقى استحقاق ما كان مستحقًا حال قيام النكاح لا أنها تستحق النفقة ابتداءً، فإن لم تطلب المرأة نفقتها في العدة حتى انقضت عدتها أو ماتت سقطت نفقتها⁽⁶⁾؛ لأنها من باب الكفاية والكفاية تسقط بموت من له الحق كرزق القاضي، وكمن له الرزق والعطايا في بيت المال تسقط بموته. رجل طلق امرأته ثم صالحته من نفقة عدتها؛ فإن كانت عدتها بالشهور جاز الصلح⁽⁷⁾؛ لأن وقت العدة معلوم فكانت النفقة معلومة

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 9.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 17؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 230.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 17.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 231.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 18؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 218؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام،

1: 559.

(6) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 218.

(7) ينظر: التتف في الفتاوى، السغدري، 1: 511.

فالصالح وقع عن معلوم فصح وإن كانت عدتها بالحيض لم يجز؛ لأن عدتها مجهولة؛ فكانت النفقة مجهولة فالصالح وقع عن مجهول فلا يصح.

النوادر: مسائله على قسمين: أحدهما إذا قامت البينة على الزوج أنه طلق امرأته ثلاثاً، والثاني إذا أقامت البينة عليه بالنكاح.

أما الأول: لو قامت بينة على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً وقد كان دخل بها وهي تدعي الطلاق أو تنكره فجواب القاضي بينهما⁽¹⁾؛ لأن هذه بينة قامت على حق الله تعالى وهو تحريم الفرج فلم يشترط لقبولها الدعوى ولها نفقة العدة إلى أن يسأل عن الشهود؛ لأنها كانت مستحقة للنفقة بيقين وقع الشك في السقوط إن كانت مطلقة لا تسقط وإن كانت منكوحة يسقط؛ لأنها صارت محبوسة عن الزوج لا بفعله فلا تسقط بالشك؛ فإن طالقت المسألة عن الشهود حتى انقضت العدة فلا نفقة لها؛ لأنه سقطت نفقتها بيقين أما لانقضاء عدتها إن كانت معتدة أو لكونها ممنوعة عنه إن كانت منكوحة فإن لم يعدل الشهود، ورجع الزوج عليها بما أخذت؛ لأنه تبين أنها أخذت وهي منكوحة ممنوعة عن الزوج هذا إذا أخذت بفرض القاضي وإن أعطاها الزوج على وجه الإباحة لا يرجع بشيء؛ لأنها أخذت برضاه وإن لم يدخل بها حتى شهد الشهود بطلاقها لا نفقة؛ لأنه سقطت نفقتها بيقين إن كانت مطلقة فهي غير معتدة وإن كانت منكوحته فهي غير ممنوعة عنه.

وأما القسم الثاني: لو أقامت امرأة بينة على رجل بالنكاح فلا نفقة لها في مدة المسألة عن الشهود⁽²⁾؛ لأن النفقة لم تكن واجبة لها بيقين فلا تجب بالشك، ولو أراد القاضي أن يفرض لها النفقة إذا رأى من المصلحة ينبغي أن يضجع القضاء فيقول إن كنت امرأته فقد فرضت لك عليه لنفقتك في كل شهر كذا وكذا، ويشهد على ذلك فإذا مضى شهر وقد استدانته وعدلت البينة أخذته بنفقتها منذ يوم فرض لها⁽³⁾؛ لأنه تبين أنها منكوحة ممنوعة لا بفعل الزوج، وأما إذا ادعى الزوج النكاح وهي تجحد فأقام عليها بينة فلا نفقة؛ لأنه تبين أنها منكوحة ممنوعة لا بفعل الزوج.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 219.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 204، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 560، نقلا عن الظهيرية.

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 560، نقلا عن الظهيرية .

[مسألة] أختان ادعت كل واحدة منهما أن هذا الرجل زوجها وهي تجدد ذلك؛ فأقامت كل واحدة بينة على النكاح والدخول؛ فلهما نفقة امرأة واحدة في مدة المسألة عن الشهود⁽¹⁾؛ لأنه ثبت نكاح إحداهما وليست بأولى من الأخرى؛ هكذا ذكر **الخصاف** وعلى قياس المسألة الأولى ينبغي أن لا نفقة لهما؛ لأن الشك وقع في الوجوب ولكن مع هذا نص أنه يفرض؛ لأن إحدى البينتين تعدل غالباً؛ فكان إحدى النكاحين ثابتاً غالباً فلا يقع الشك في الوجوب، ولا كذلك المسألة المتقدمة، فإن عدلت البينتان حكم لكل واحدة منهما بالمال الذي قامت عليه البينة استحساناً⁽²⁾ والقياس أن لا يحكم؛ لأن نكاح إحداهما فاسد، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول يجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل فكان نكاح كل واحد منهما صحيحاً في حال، فاسداً في حال؛ فيجب نصف المسمى والأقل من نصف المسمى، ومن نصف مهر المثل اعتباراً للحالين، وجه الاستحسان أن في زعم كل واحد منهما أن نكاحها صحيح وزعمهما معتبر والفساد نكاحها غير معلومة، وأقامت كل واحدة بينة على الدخول فيجب المسمى، وإن أقامت إحداهما بينة على النكاح وعلى إقراره بالدخول وأقامت الأخرى البينة على النكاح لا غير يقضى للمدخولة بصحة نكاحها وبالمسمى الذي قامت عليه البينة⁽³⁾؛ لأن الدخول بها يدل على سبق نكاحها، ولو لم يقم على كل واحدة بينة على إقراره بالدخول وما ادعت الدخول أصلاً لا يفرق بينه وبينهما، ويكون لهما نصف المال بينهما؛ لأن نكاح إحداهما صحيح، والأخرى فاسد، وقد فرق بينهما قبل الدخول فيجب نصف المهر في النكاح الصحيح، وليست إحداهما بأولى من الأخرى؛ فيكون ذلك النصف من المالين جميعاً من كل واحدة نصفها لهما.

امرأة أخذت نفقتها من زوجها أشهراً، ثم شهد شاهدان أنها أخته من الرضاعة يفرق بينهما، ويرجع الزوج عليها بما أخذت⁽⁴⁾؛ لأنها أخذت بغير حق.

(1) ينظر: النفقات، أحمد بن عمرو الخصاف، تح: أبو الوفا الأفغاني، (الهند، بومباتي، الدار السلفية)، 97؛

البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 194، نقلاً عن الظهيرية.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 79، نقلاً عن المحيط الرضوي.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 79، نقلاً عن المحيط الرضوي.

(4) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 4: 560؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 175؛ البحر الرائق،

ابن نجيم، 4: 194، نقلاً عن الظهيرية؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 722.

أمة في يدي رجل أقامت بينة على حريتها وهو ينكر فنفتها على ذي اليد حتى يسأل القاضي عن الشهود⁽¹⁾؛ لأن الظاهر أنها ملكه، وهي وإن كانت محبوسة عن المولى لكن الموجب للنفقة مجرد الملك؛ لأن الموجب للنفقة قيام الزوج عليها فإن عدلت البينة وأخذت النفقة بفرض القاضي رجع الرجل بما أخذت منه عليها، وإن أخذت بإعطاء الرجل لا بفرض القاضي لم يرجع⁽²⁾؛ لأن القاضي إنما يقضي لحريتها من الوقت الذي شهد به الشهود فيندم الموجب للنفقة من ذلك الوقت وهو الملك فتبين أنها أخذت بغير حق، وإن لم تعدل البينة فإنها ترد على المولى وتبطل ما أنفق؛ لأنه ظهر أنه أنفق على ملكه.

[مسألة] أمة في يد رجل ادعاها رجل أنها أمته، وأقام على ذلك بينة فنفتها على صاحب اليد في مدة المسألة عن الشهود؛ فإن أنفق عليها شهرا، ثم عدلت البينة فقضى به للمدعي لم يكن للذي أنفق شيء على المدعي في قياس قول أبي حنيفة خلافا لهما بناء على أنه ظهر أنها كانت مغصوبة وجناية المغصوب على الغاصب هدر عنده **خلافا لهما**، ولو كان مكان الأمة عبد والمسألة بحالها فإنه لا يؤمر صاحب اليد بالإنفاق عليه ولكن مؤجره في عمل لينفق عليه من غلته؛ لأن في الانتزاع هاهنا فائدة وهي تحصين مال المدعي وإن كان صغيرا كانت النفقة على صاحب اليد لما قلنا.

باب نفقة عبد الوديعة والرهن والعبد الموصى رقبته لإنسان وبخدمته الآخر
ولو طلب المودع من القاضي أن يأمره بالنفقة على عبد الوديعة فالقاضي يأمره بأن يؤجره وينفق عليه، وإن رأى أن يبيعه فعل⁽³⁾؛ لأن القاضي أن يفعل ما هو الأصلح و الأنظر لصاحبه؛ لأنه نصب ناظرا للمسلمين وله ولاية كاملة ورعاية شاملة، وكذلك في العبد المرهون وهو إذا أقام المدعي البينة على الوديعة والرهن والقاضي يسمع وهو مجيز في السَّماع إن شاء سمع وإن شاء لم يسمع؛ لأنه أقامت البينة على الغائب، ونفقة العبد المغصوب على الغاصب⁽⁴⁾؛ لأن رده عليه فإن طلب

(1) ينظر: مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 925.

(2) ينظر: مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 925.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 8: 229.

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 236.

من القاضي أن يأمره بالنفقة أو بالبيع لا بجنبه؛ لأن المالك لا يحتاج إلى هذا الأمر؛ لأن العبد في ضمان الغاصب إلا أن يكون الغاصب مخوفا لا يؤمن أن يبيع العبد فحينئذ يأخذ العبد العبد ويبيعه ويمسك الثمن⁽¹⁾؛ لأن هذا أحوط لصاحبه، وإن كان مأمونا كان الأحوط أن يترك في يده⁽²⁾ حتى لا يلحق المالك مؤنة ولو كان العبد في يد رجلين فيغيب أحدهما وخلفه في يد شريكه وسأل من القاضي [أن يأمره]⁽³⁾ بالنفقة عليه فإنه يأمره بعد إقامة البينة على ذلك⁽⁴⁾، والعبد الموصى برقبتة لإنسان وبخدمته لآخر فالنفقة على صاحب الخدمة⁽⁵⁾؛ لأن المنفعة له فإن كان صغيرا لم يبلغ الخدمة فنفقته على صاحب الرقبة حتى يبلغ الخدمة، ثم على المخدم؛ لأنه ملك منفعة بغير عوض فصار كالمستعير فإن مرض في يد صاحب الخدمة ينظر إن كان مرضا لا يستطيع معه الخدمة من زمانة أو غيرها فنفقته على الموصى له بالرقبة⁽⁶⁾، وإن كان مرضا يستطيع معه الخدمة فنفقته على الموصى⁽⁷⁾ له بالخدمة⁽⁸⁾، فإن تطاول المرض فرأى القاضي أن يأمره ببيعه باعه واشترى بثمنه عبدا يقوم مقامه في الخدمة وتكون رقبتة لصاحب الرقبة⁽⁹⁾، وذلك إنما يكون إذا قطعت يداه وأخذ الأرش تباع الجثة ويضم إلى أرش اليدين فيشتري بها عبدا آخر يخدمه⁽¹⁰⁾، ولو أوصى بالأمة وبما في بطنها لآخر فنفقة الأمة على الموصى له برقبتها⁽¹¹⁾؛ لأن منفعتها تحصل له ولو أوصى بدار لرجل وسكناها لآخر [وهي تخرج من الثلث]⁽¹²⁾ فالنفقة

ج هـ
اللوحة
299

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 5: 441، نقلا عن فتاى أبي الليث؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 236؛

الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 596؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 1: 296.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 5: 441، نقلا عن فتاى أبي الليث؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 1: 296.

(3) ساقط من ع.

(4) ينظر: النفقات، الخصاص، 105.

(5) ينظر: النفقات، الخصاص، 103.

(6) ينظر: النفقات، الخصاص، 103.

(7) وفي ع الموصا.

(8) ينظر: النفقات، الخصاص، 103.

(9) ينظر: النفقات، الخصاص، 105.

(10) ينظر: النفقات، الخصاص، 105.

(11) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 570، نقلا عن المحيط الرضوي النفقات، الخصاص، 106؛ المحيط

البرهاني، ابن مازة، 4: 297؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 236، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(12) ساقط من: ع.

على صاحب السكنى⁽¹⁾؛ لأن المنفعة تحصل له فإن انهدمت الدار قبل أن يقبضها فقال صاحب السكنى: أنا أبنيتها وأسكنها فله ذلك ولا يصير متبرعا⁽²⁾؛ لأنه لا يصل إلى حقه إلا بهذا وهو مضطر فيه، وصار كصاحب العلو والسفل إذا انهدم السفل فامتنع صاحب السفل عن بنائه فبناه صاحب العلو لا يصير متبرعا⁽³⁾، ثم ينظر إن اجتمعا على أن يكون البناء لصاحب الرقبة ويعطيه قيمتها يجوز⁽⁴⁾؛ لأن البناء ملك صاحب السكنى؛ فإذا باعه من صاحب الرقبة يجوز، وإن لم يجتمعا عليه كان له أن ينقض بناءه كما في المشتري إذا بنى ثم جاء الشفيع كان له الجواب على هذا الترتيب⁽⁵⁾ فكذا هذا، ولو أوصى لرجل بنخل ولآخر بتمرها فالنفقة على صاحب الثمرة⁽⁶⁾؛ لأن المنفعة تحصل له، فإن كان النخيل لم يبلغ الثمار بعد فالنفقة على صاحب النخيل⁽⁷⁾؛ لأن ملك الرقبة له نوع منفعة ولا شيء للآخر في الحال، ولو حملت عاما ثم أحالت فنفتها على صاحب الغلة⁽⁸⁾؛ لأن النخيل لا تحمل في كل عام بل تحمل في بعض الأعوام، وتحيل في بعض، فإذا حملت عاما صارت منفعة النخيل حاصلة فوجب النفقة عليه كنفقة المرأة تجب في كل زمان، وإن كانت تمرض في بعض زمان فلا يمكنه الاستمتاع بها وإن لم تثمر سنة فأبى أن ينفق صاحب الثمرة فأنفق صاحب النخيل بأمر القاضي أو بغير أمره، ثم أثمر في سنة أخرى فلصاحب النخيل أن يرجع بما أنفق على صاحب الثمرة؛ لأنه مضطر في الإنفاق لإبقاء ملكه فإنه لو لم ينفق يتو⁽⁹⁾ ماله، ولو أوصى لرجل بتبن هذه الحنطة، ولآخر بالحنطة ينظر إن بقي من التبن شيء فالتخليص في ذلك المال وإن

(1) ينظر: النفقات، الخصاص، 106؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 297؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4:

428؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 236؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 925.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 298؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 7: 395؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 236؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 925.

(3) ينظر: النفقات، الخصاص، 107؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 298؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 7: 395؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 236؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 925.

(4) ينظر: النفقات، الخصاص، 107؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 298.

(5) ينظر: النفقات، الخصاص، 107؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 298.

(6) ينظر: النفقات، الخصاص، 107؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 298؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 3: 66؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 428.

(7) ينظر: النفقات، الخصاص، 107.

(8) ينظر: النفقات، الخصاص، 107؛ المبسوط، السرخسي، 5: 28.

(9) التوى: الهلاك، يقال: توى ماله أي: هلك، ينظر: المخصص، ابن سيده، 4: 466، (كتاب المقصور والممدود).

لم يبق فالتخليص عليهما⁽¹⁾؛ لأن المنفعة تحصل لهما، ولو أوصى لرجل بدهن هذا السمسم⁽²⁾ ولآخر بكسبه فأجر التخليص على صاحب الدهن⁽³⁾ وفرق بين هذا وبين الحنطة والفرق أن الدهن في السمسم خفي مستتر وقعت الحاجة إلى إظهاره فأما الكسب ظاهر لا حاجة إلى إظهاره فكان التخليص عملاً لصاحب الدهن فيكون أجره عليه⁽⁴⁾ فأما الحنطة حاصلة كالتبن حاصل إلا أنهما غير متميزين فيكون التخليص عملاً لهما فيكون الأجر عليهما⁽⁵⁾، وكذلك اللبن والزبد والزيت والزيتون فعلى هذا القياس⁽⁶⁾، قال محمد في رجل ذبح شاة له، ثم أوصى لرجل بلحمها ولآخر بجلدها: فالتخليص عليهما كما في الحنطة والتبن⁽⁷⁾، فإن كانت الشاة حية فالمسألة بحالها فأجر الذبح على صاحب اللحم⁽⁸⁾؛ لأن اللحم لا يحصل إلا بالذبح فأما الجلد حاصل من غير ذبح؛ لأنها وإن كانت ميتة حصل الجلد، ثم أجر السلخ يكون عليهما؛ لأن منفعة السلخ تحصل لهما⁽⁹⁾.

باب نفقة الشيء المشترك

أصله أن كل من أصلح ملك نفسه وقد تعلق به حق غيره ينظر إن كان الملك في يده فأنفق في إصلاحه بأمر القاضي رجع على غيره وبغير أمره لا يرجع عليه وإن كان في يد غيره وهو في ضمانه لا يرجع عليه وإن كان بأمر القاضي وما كان في يد غيره فأنفق عليه لإصلاح ملكه لأجل منفعة الغير حتى يزيل الضرر عن نفسه يرجع على مالكة وإن كان إنفاقه بغير إذن صاحبه ثم المسائل على ستة أوجه: الحائط المشترك، والزرع المشترك، والحمام المشترك، والبيئر المشتركة، والدابة المشتركة، والنهر المشترك.

-
- (1) ينظر: النفقات، الخصاف، 107؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 298.
(2) حب صغير ذا دهن وهو نفسه الجلجلان، المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، 128.
(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 298؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 6: 127.
(4) ينظر: النفقات، الخصاف، 115؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 298.
(5) ينظر: النفقات، الخصاف، 115.
(6) ينظر: النفقات، الخصاف، 115؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 298.
(7) ينظر: النفقات، الخصاف، 115؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 299.
(8) ينظر: النفقات، الخصاف، 115.
(9) ينظر: النفقات، الخصاف، 115؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 299.

أما الأول: الحائط أو البيت من رجلين فهو على أربعة أوجه أحدهما إذا أراد أحدهما أن ينتقض الحائط، وأبى الآخر؛ فإن كان يخاف ضرر سقوطه أجبر الأبى على نقضه وإلا فلا؛ لأن دفع الضرر واجب⁽¹⁾.

والثاني: إذا انهدم وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر هل يجبر على البناء؛ ينظر إن كان موضع الحائط عريضا يمكن لكل واحد منهما أن يبني حائطا في نصيبه بعد القسمة لا يجبر وإن لم يمكن ينظر إن هدم الحائط والبيت فإنه يجبر وإن انهدمت لا يجبر وعليه الفتوى⁽²⁾.

والثالث: إذا بنى أحدهما ينظر إن لم يكن لأحدهما عليه حمولة كحائط الكرم والخص وهو بيت من قصب ونحوه فإنه لا يرجع بشيء ويكون متطوعا، فإن كان لهما [عليه حمولة]⁽³⁾ أو للباني عليه حمولة دون الأبى فإن كان موضع الحائط عريضا يكون متطوعا لا يرجع على شريكه⁽⁴⁾، وإن لم يكن عريضا لا يكون متطوعا ويرجع ويمنع صاحبه عن وضع الحمولة عليه حتى يؤدي حصته⁽⁵⁾، ولو قال شريكه: أنا لا أضع الحمولة عليه ذكر الشيخ الإمام أبوبكر بن الفضل البخاري في فتاويه أن لشريكه أن يرجع عليه، ثم بماذا يرجع؟ ذكر في الصلح في مسألة العلو والسفل أن لصاحب العلو يرجع على صاحب السفل مبنيا إلا بما أنفق⁽⁶⁾، وفي رواية في الحائط المشترك أنه يرجع بنصف ما أنفق، وفي العلو والسفل رجوع على صاحب السفل بما أنفق، وجه هذه الرواية إن إذن القاضي قام مقام إذن الشريك لولايته عليه فصار كالوكيل بالإتفاق، وجه رواية الصلح أن القاضي لا يملك الحجر على البالغ ليقوم إذنه مقام إذنه وإنما ينتقل الحائط إليه في الحالة التي يريد الانتفاع بها فينظر قيمته في تلك الحالة؛ لأن القيمة تعتبر وقت التملك، واستحسن بعض

(1) وهو اختيار أبي بكر بن الفضل البخاري، ينظر: النفقات، الخصاص، 115؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 7: 30؛ رد المحتار، ابن عابدين، 4: 333؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 102، نقلا عن الخلاصة.

(2) وهو اختيار أبي بكر بن الفضل البخاري، ينظر: النفقات، الخصاص، 115؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 7: 323؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 7: 30؛ رد المحتار، ابن عابدين، 4: 65؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 102، نقلا عن الخلاصة.

(3) ساقط من: ع.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 6: 264؛ النفقات، الخصاص، 108.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 6: 264.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 101.

المتأخرين من مشايخنا وقال: إن بنى بأمر القاضي رجع بما أنفق⁽¹⁾، وإن بنى بغير أمره رجع بقيمة البناء وعليه الفتوى⁽²⁾، ثم تعتبر هل قيمته يوم البناء أو وقت الرجوع والصحيح أنه يعتبر وقت البناء⁽³⁾ فهذا بناء على أن النبي مبني على ملك شريكه أو على ملك الباني ثم ينتقل إليه إذا أراد الانتفاع.

والوجه الثاني زرع بين رجلين فأبى أحدهما أن ينفق عليه لا يجبر عليه ولكن يقال للآخر أنفق عليه، وارجع بنصف النفقة في حصة شريكك⁽⁴⁾، فلو أنفق ولم يخرج الزرع مقدار ما أنفق عليه هل يرجع على صاحبه بتمام نصف النفقة أم يرجع بمقدار الزرع ذكرناه على التفصيل في كتاب المزارعة.

والوجه الثالث: حمام بين رجلين عابه القدر وانكسر شيء من الحمام أو طاحونة بينهما ذهب منها شيء فإنه يجبر الشريك على أن يعمر مع شريكه إن كان موسرا، وإن كان معسرا يؤمر الشريك الآخر بالنفقة ويرجع بحصة الأبى من الغلة⁽⁵⁾؛ لأنه مضطر فيه لإحياء حقه فلا يكون متبرعا، وإن انهدم الحمام والطاحونة حتى صاروا صحراء لم يجبر واحد منهما أن يعمر حماما أو طاحونة ولكن تقسم الأرض بينهما⁽⁶⁾؛ لأنه لا يمكنه أن يبني فيه الحمام، ويمكنه أن يبني شيئا آخر.

والرابع: نهر بين قوم شركاء لكنهم احتاجوا إلى كَرِيه فامتنع بعضهم عن كَرِيه لم يجبر عليه ولكن يؤمر الباقي بكريه، ويرجعون على الأبى بقسطه من النفقة⁽⁷⁾؛ لأنه لا يمكنهم الانتفاع إلا بكَرِي جميع النهر فلا يصيرون متبرعين⁽⁸⁾، وليس لهم أن يمنعوه من الشرب ولا شبيهه السفلى؛ لأن في المنع هنا تضييع حقه؛ لأنه إذا منعوه فقد انتفعوا بقدر حصته من الماء واستيفاء حق الغير أو تضييعه لا يجوز ولا كذلك السفلى⁽⁹⁾؛ لأنه ليس له سكنى السفلى ولا تضييع حقه فيه، وإن كان النهر أو البئر

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 101، نقلا عن المحيط الرضوي.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 101، نقلا عن المحيط الرضوي.

(3) كان الإمام أبو عبدالله الدامغاني يفتي بأنه تعتبر القيمة يوم الرجوع، وكان الصدر الشهيد يفتي بأنه تعتبر القيمة يوم البناء، ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 4: 102.

(4) ينظر: النفقات، الخصاص، 111؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 305.

(5) ينظر: النفقات، الخصاص، 111.

(6) ينظر: النفقات، الخصاص، 112.

(7) ينظر: النفقات، الخصاص، 112.

(8) ينظر: النفقات، الخصاص، 111.

(9) ينظر: النفقات، الخصاص، 111.

لواحد لكن للناس فيه حق الشفعة يجبر هذا الواحد على صلاحها إذا امتنع؛ لأن فيها إبطال حق المسلمين⁽¹⁾؛ لأنه تعدد أن يقال للناس أجمعين أصلحوا وارجعوا عليه ولولم يجبر أدى إلى إبطال حق المسلمين.

والوجه الخامس: بئر من رجلين وهي مشرب لماشيتهما فامتنع أحدهما عن إصلاحها وقال أنا لا أسقي ماشيتي منها لا يجبر على ذلك⁽²⁾، وإذا أصلحه صاحبه لا يرجع عليه بشيء⁽³⁾ بخلاف ما تقدم من المسائل، والفرق إن النفقة هنا إنما تجب بإزاء المنفعة فإذا امتنع من الانتفاع لم يكن عليه شيء⁽⁴⁾، فأما فيما ينتفع إن تعدد إيجاب النفقة بإزاء المنفعة أمكن الإيجاب بإزاء ملك الرقبة والرقبة لهم⁽⁵⁾.

والوجه السادس: دابة بين رجلين امتنع أحدهما من الإنفاق عليها فالقاضي يقول للممتنع إما أن تبيع نصيبك أو تنفق عليه⁽⁶⁾؛ فإذا لم يبيع يجبره على الإنفاق بخلاف ما إذا كانت الدابة كلها له لا يجبره على الإنفاق متى امتنع⁽⁷⁾، والفرق أن هناك لبس في ترك الإنفاق إتلاف ملك الغير بل فيه إتلاف ملك نفسه فلو وجب الإنفاق لملكه والدابة ليست من أهل استحقاق النفقة⁽⁸⁾، أما هنا في ترك الإنفاق إتلاف ملك الغير وهو ملك شريكه وصاحبه من أهل الاستحقاق؛ فجاز الجبر⁽⁹⁾، فالحاصل أنه يجبر في أربع مسائل في الدابة المشتركة وفي النهر والبئر إذا كان لواحد وللناس فيه حق المنفعة والحمام والطاحون إذا انكسر شيء منه وفي الحائط إذا هدموا ولا يجبر فيما عداه.

ولو كان داراً أو حانوتاً بين اثنين لا يمكن قسمتهما فامتنع أحدهما عن الانتفاع فإنه يجبر على المهابة⁽¹⁰⁾ ثم يقال للممتنع عن الانتفاع بها في مدته إن بقيت فانتفع

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 305.

(2) ينظر: النفقات، الخصاص، 112؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 306.

(3) ينظر: النفقات، الخصاص، 112؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 306.

(4) ينظر: النفقات، الخصاص، 113.

(5) ينظر: النفقات، الخصاص، 113.

(6) ينظر: النفقات، الخصاص، 113؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 306.

(7) ينظر: النفقات، الخصاص، 113.

(8) ينظر: النفقات، الخصاص، 113.

(9) ينظر: النفقات، الخصاص، 113.

(10) المهابة لغة: التراضي على الشيء، وفي اصطلاح الفقهاء هي: قسمة المنافع على التعاقب والتناوب،

ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 1: 188، مادة (ه ي أ)؛ التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، تح:

إبراهيم الأبياري، (لبنان، بيروت: دار الكتاب العربي، 1405هـ)، ط 1، 303.

بها وإن شئت فأغلق الباب⁽¹⁾؛ لأن في امتناعه من المهياة إلحاق الضرر بصاحبه والله أعلم.

باب نفقة نوي الرحم المحرم

يحتاج إلى معرفة نفقة القرابة وسبب وجوبها وشرطها ومن تجب عليه ومن تجب له.

أما نفقة الوالدين فلقوله — عليه السلام — (أَطِيبُ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ وَإِنَّ وِدَّهُ مِنْ كَسْبِهِ فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ)⁽²⁾، وقال — عليه السلام — (أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ)⁽³⁾، وأدنى درجات الإضافة أن تجب كفايته فيه عند مساس الحاجة، وأما نفقة الأولاد فلقوله تعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ﴾⁽⁴⁾ إلى قوله ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾⁽⁵⁾، والمولود له هو الأب فقد أوجب على الوارث مثل ما أوجب على الأب وسيأتي تفسير ذلك، وأما سبب وجوبها فالقرابة المحرمة للقطع⁽⁶⁾ المقربة للوصل؛ لأن النفقة تجب بطريق الصلة⁽⁷⁾، وللمواصلات أثر في استدعاء الصلات عند مساس الحاجة تحقيقاً للوصلة والمودة.

وأما شرطها هو العجز عن قيام الحاجة أما في الوالدين فإنه يعتبر محرر الحاجة دون العجز عن التكسب حتى إن الصحيح الكسوب لا يستحق النفقة على غيره إلا الأبوين والجد والجدة عند عدمهما⁽⁸⁾؛ لأن الصحيح الكسوب استغنى بكسبه وقوته؛ فصار كما لو استغنى بماله، فأما الأبوان بتعريضها للكسب إلحاق الأذى والمشقة بهما؛ وذلك فوق الأذى إلى التأفيف والتأفيف منهى عنه فهذا أولى.

- (1) ينظر: النفقات، الخصاص، 115.
- (2) أخرجه أبوداود في سننه، كتاب الإجارة، باب الرجل يأكل من مال ولده، 2: 311، رقم: 3530، بخلاف في بع ألفاظه، وصححه الحاكم في المستدرک وقال فيه: (هذا حديث صحيح على شرط الشيخين) ووافقه الذهبي، ينظر: المستدرک، 3: 112.
- (3) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، 395، رقم: 2290، وصححه ابن حبان، ينظر: صحيح ابن حبان، كتاب البر والإحسان، باب حق الوالدين، 2: 142.
- (4) سورة البقرة، من الآية: 233.
- (5) سورة البقرة، من الآية: 233.
- (6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 8: 199.
- (7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 404؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 288.
- (8) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 289.

وأما من تجب عليه فهو الموسر؛ لأن النفقة صلة والصلة لا تجب إلا على أهل اليسار والزِدَّة⁽¹⁾ ولا تجب على المعسر نفقة إلا نفقة الزوجة والوالدين والولد⁽²⁾ لما بينا؛ لأن نفقة الزوجة تجب عوضاً من وجه بإزاء التمكين من الاستماع جزاء على الاحتباس ولهذا صار ديناً بالقضاء والتراضي والعسر لا بناء في الديون والأعواض.

وأما نفقة الأولاد تجب باعتبار الجزئية والبعضية فأما في ما عداها فالنفقة تجب بالقرابة صلة والعسر ينافي وجوب الصلة، وحد اليسار روي عن أبي يوسف أنه قدره بالنصاب فمن انتقص ملكه عن النصاب لا يجبر على نفقة الأقارب⁽³⁾؛ لأن الغنى لما كان شرطاً وأنه متفاوت فيجب الرجوع إلى تحديد الشرع والشرع قدره بالنصاب، وروي عن أصحابنا أنه مقدر بالغنى المحرم للصدقة ووجوب صدقة الفطر وهو أن يملك ما فضل عن حاجته ما تبلغ مائتي درهم؛ لأن النفقة أشبه بصدقة الفطر من الزكاة؛ لأن صدقة الفطر وجبت لإغناء الفقير وكفاية رقبته كالنفقة وجبت لدفع حاجة القريب وكفايته فكان اعتباره بصدقة الفطر أولى، وروي عن محمد إذا فضل عن نفقة شهر له ولعياله يجبر على نفقة أقاربه⁽⁴⁾، فإن لم يكن له شيء ويكتسب كل يوم درهما ويكفيه أربعة دوانق⁽⁵⁾ فإنه يرفع لنفسه ولعياله ما يسعه وينفق الفضل على أقربائه⁽⁶⁾؛ لأن ما زاد على أدنى الكفاية فهو غني عنه واليسير متسع عن الفضل على حاجته.

[مسألة] رجل له ابنان أحدهما موسر مكثراً والآخر متوسط الحال فنفقته عليهما على السواء⁽⁷⁾؛ لأن العبرة لأصل اليسار، وذكر الخصاص في نفقاته أنه يجعل على

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 35.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 404.

(3) وهو الذي عليه الفتوى، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 35؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 12؛ تبين الحقائق، الزيلعي، 3: 63؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 564.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 35؛ الهداية، المرغيناني، 1: 292؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 12.

(5) الدانق بفتح النون وكسرهما هو: سدس الدينار والدرهم، ويساوي بالوزن الحديث 521 جرام عند الحنفية و 496 جرام عند الجمهور، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 10: 105، مادة (د ن ق)؛ المكايل والموازين الشرعية، علي جمعة، 24.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 289؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 422؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 12.

(7) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 262، 263؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 565.

الموسر المكثّر أكثر مما يجعل على المتوسط، وقال مشايخنا: إذا تفاوتت يسيرا فالنفقة عليهما سواء فإذا تفاوتت فاحشا يجوز أن يتفاوتت في قدر النفقة⁽¹⁾.

وأما من تجب له فالقرابة ثلاثة أنواع: قرابة ولاد، وقرابة رحم محرم كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات فنفتهم واجبة عندنا⁽²⁾، خلافا للشافعي⁽³⁾، وقرابة رحم غير محرم كبنى الأعمام وأولاد عماته وأخواله وخالاته فلا نفقة لهم عند عامة العلماء⁽⁴⁾ خلافا لابن أبي ليلى، والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى:

﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾⁽⁵⁾ قرأ ابن مسعود - رضي الله عنه - وعلى الوارث ذي رحم محرم مثل ذلك وهو قرأه قرآنا فإن لم تثبت قرآنا لفقد شرطه وهو التواتر فلا يتقاعد عن الخبر المشهور⁽⁶⁾، فالله تعالى أوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد وقد أوجب على الوالد شيئين ترك المضارة وأداء النفقة فتجب على الوارث مثل ذلك من النفقة وترك المضارة لتحقيق المماثلة، ومن له مسكن وخادم وهو محتاج تحل له الصدقة وتجب له النفقة على أقاربه⁽⁷⁾؛ لأن المسكن والخادم مما لا بد منه ولو باع للزم قريبه أن يسكنه، إلا أن يكون في المسكن فضل نحو أن يكفيه أن يسكن ناحية منه فيؤمر ببيع الفضل وينفق على نفسه، وكذا إذا كانت له دابة نفيسة يؤمر أن يبيع ويشترى الأوكس وينفق الفضل ومن له النفقة من الأولاد والمحارم إذا أكلوا من مسألة الناس تسقط نفقته من القريب⁽⁸⁾؛ لأنهم ما أعطوا مقدار الكفاية صار ذلك ملكا لهم فقد استغنوا عن النفقة وإن أعطوا مقدار نصف الكفاية سقط نصف النفقة بخلاف نفقة الزوجة؛ لأنها لا تسقط باليسار، ثم المسائل على فصلين أحدهما في نفقة الولاد والثاني في نفقة ذي الرحم المحرم.

ظ هـ
اللوحه
300

(1) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 4: 317؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 565، نقلا عن الذخيرة.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 11.

(3) ينظر: الحاوي، الماوردي، 11: 491، ولا تجب نفقة ذوي الرحم عند المالكية والحنابلة أيضا، ينظر: الفواكه الدواني، النفراوي، 2: 173؛ المغني، ابن قدامة، 18: 165.

(4) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 11.

(5) سورة البقرة، من الآية: 233.

(6) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 4: 304.

(7) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 12.

(8) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 12؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 567.

فصل

أصله أن نفقة الوالدين والأمهات وإن علوا تجب عند العسرة والحاجة وإن كان صحيحا كسوبا دفعا للأذى والمشقة والتعب عنه⁽¹⁾، وأما نفقة المولودين ففي الصغار تجب نفقتهم بكل حال، وفي الكبار ففي البنات تجب عند العسرة والحاجة مع الصحة والذكر، ولا تجب إلا عند العسرة والحاجة والعجز عن التكسب حقيقة بسبب المرض والزمانة، والعمي، والفالج، أو معنى بأن كان لا يحسن العمل لخرقه أو لكونه من أهل البيوتات وإن كان صحيح البدن⁽²⁾؛ لأنه يصير كالعاجز عن الكسب حقيقة؛ ولهذا قالوا في طالب العلم إذا كان لا يهتدي إلى الكسب لا تسقط نفقته عن الأب بمنزلة الزمن والأنثى⁽³⁾ وذلك؛ لأن الصحيح استغنى بكسبه وقوته فصار كما لو استغنى بماله، فأما الأبوان فتعريضهما للكسب والتقوت إلحاق التعب والمشقة بهما، وقال الله تعالى ﴿وَصَاحِبَهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾⁽⁴⁾ وليس من المعروف تعريضهما لكسب.

ثم المسائل على وجهين أحدهما: في نفقة الوالد، والثاني: في نفقة المولود، وأما نفقة الوالد الأب إذا كان فقيرا معسرا وله أولاد صغار محاويج، وله ابن كبير موسر يجبر على نفقة أبيه ونفقة أولاده الصغار⁽⁵⁾؛ لأن الأب إذا كان معسرا جعل كالميت وتكون نفقة إخوته عليه إذا كانوا صغارا معسرين، ويجبر الابن على نفقة زوجة أبيه، ذكره هشام عن أبي يوسف ولا يجبر الأب على نفقة زوجة ابنه ذكره في المبسوط⁽⁶⁾؛ لأن زوجة الأب تخدم الأب وخدمته الأب مستحقة على الابن فكذا نفقة من يخدم الأب عليه حتى تصير خدمتهما كخدمته⁽⁷⁾، ولا كذلك زوجة الابن، وأما

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 400.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 254.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 254؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 3: 64؛ النهر، ابن نجيم، 2: 521؛

والزمن هو: الرجل المبتلى بمرض يدوم زمانا طويلا، وأصل الزمانة آفة تصيب الحيوان، ينظر: لسان

العرب، ابن منظور، 13: 199، مادة (ز م ن)؛ المصباح المنير، الفيومي، 1: 256، (كتاب الزاي).

(4) سورة لقمان، من الآية: 15.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 565، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: شرح أدب القاضي، الصدر

الشهيد، 4: 319.

(6) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 4: 320؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 11؛ البحر الرائق، ابن نجيم،

4: 224؛ الدر المختار، الحصكفي، 3: 616.

(7) ينظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، 4: 320.

نفقة خادم الأب ذكر الخصاف في نفقاته أنه لا يجب إلا إذا كان الأب محتاجا إلى خادم فحينئذ نفقة خادمه عليه⁽¹⁾؛ لأن الأب إذا كان لا يستغني عن الخدمة صار ذلك من فروض حاجة الأب فجاز أن يستحق بقرابة الأب، وذكر هشام عن أبي يوسف أنه تجب ولا تجب نفقة خادم الابن على الأب، والفرق أن نفقة الأب تشبه نفقة الزوجة؛ لأنه يستحق مع ضرب غيبة بأن كان قادرا على الكسب فكان كنفقة الزوجة، ثم نفقة خادم الزوجة على الزوج فكذلك نفقة خادم الأب على الابن، فأما نفقة الابن تشبه نفقة سائر الأقارب حتى لم يستحق مع غيبته بالكسب، وفي سائر الأقارب لا تجب نفقة خادم القريب فكذا هذا.

وقال أبو يوسف: إذا كان الابن فقيرا كسوبا، والأب زمنا شارك الابن في القوت بالمعروف⁽²⁾؛ لأنه إذا لم يشاركه يخشى على الأب التلف، وذكر الخصاف في أدب القاضي لو كان الأب فقيرا ولم يكن كسوبا والابن فقير كسوب؛ فقال الأب للقاضي: إن ابني يكتسب ما يقدر أن ينفق علي؛ فالقاضي ينظر في كسب الابن فإن كان فيه فضل عن قوته يجبر الابن على نفقة الأب منه⁽³⁾؛ لأن شرط وجوب النفقة على الولد ليس هو اليسار وإنما الشرط القدرة على الإنفاق، وقد وجد وإن لم يكن فيه فضل عن قوته فلا شيء عليه في الحكم ولكن يؤمر من حيث الديانة أن لا يضيع والده⁽⁴⁾ لقوله — عليه السلام — (ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَّ مَنْ تَعَوَّلُ)⁽⁵⁾ هذا إذا كان الابن وحده، فإن كان له زوجة وأولاد صغار يجبر الابن على أن يدخل الأب في قوته ويجعله كأحد عياله ولا يجبره على أن يعطي له شيئا على حدة⁽⁶⁾؛ لأن الابن إذا كان يكتسب قدر ما يكفيه وعياله فإذا دخل الأب في طعامهم يقل الضرر؛ لأن طعام الأربعة إذا فرق على خمسة يقل الضرر؛ فأما إذا دخل الواحد في طعام الواحد يفاحش الضرر؛ فإن كان الأب كسوبا هل يجبر الابن على الكسب والنفقة؟ اختلفوا

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 11.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 266؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 565.

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 565.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 266.

(5) أخرجه مسلم في صحيحه متفرقا، شطره الأول (ابدأ بنفسك) في كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس

ثم أهله ثم القرابة، 2: 692، رقم: 997؛ وشرطه الثاني (ابدأ بمن تعول) في كتاب الزكاة، باب بيان أن

اليد العليا خير من اليد السفلى وأن اليد العليا هي المنفقة وأن السفلى هي الآخذة، 2: 717، رقم: 1034.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 565.

فيه قيل: يجبر؛ لأنه متى اشتغل بالكسب يلحقه التعب والمشقة فيه وقيل: لا يجبر؛ لأن الكسوب لا يجبر على نفقة الكسوب كما في ذوي الرحم المحرم، ويجبر على نفقة الجد وإن كان صحيحاً⁽¹⁾؛ لأن الجد أب.

وأما نفقة الولد فلا يخلو أما إن كان الولد صغيراً أو كبيراً، فإن كان الولد صغيراً فنفقته على الأب⁽²⁾، وإن كان معسراً فلا يسقط عنه بالإعسار ولكن يكتسب فينفق عليه وإن أبى يجبر على الكسب والإنفاق، ويحبس الأب في نفقة الولد، ولا يجد دين في ديونه⁽³⁾؛ لأن في الامتناع من الإنفاق إتلاف النفس فمنع من الإتلاف يحبس، وفي الحبس في سائر الديون إيذاء الأب وعقوبته من غير أن تتضمن إتلاف النفس، وذلك غير مشروع، فإن لم يقدر على العمل لما به من الزمانة أو كان مقعداً يتكفف الناس فينفق عليهم قيل: إذا كان عاجزاً عن الكسب فنفقته تكون في بيت المال، وكذلك نفقة ولده في بيت المال⁽⁴⁾، وذكر الخصائص: القاضي يفرض ويأمر المرأة بالاستدانة على الزوج فإذا أيسر رجعت عليه بما استدانته⁽⁵⁾، وإن كان الأب معسراً والأم موسرة تؤمر الأم بأن تنفق على الولد، وترجع بذلك على الأب⁽⁶⁾؛ لأن نفقة الصغير تجب على الأب حالة الإعسار فكانت الأم مؤدية حقا واجبا عليه بأمر القاضي؛ فصار كما لو أمرها الأب بالإنفاق والأم أولى بالتحمل عن الأب من سائر الأقارب لكونها أقرب إليه من غيرها، وكذلك إذا كان للأب المعسر أخ موسر يؤمر بالإنفاق على الصغير ثم يرجع على الأب⁽⁷⁾؛ لأن الأخ إذا كان عاجزاً عن الكسب والإنفاق يجعل كالميت، وكذلك المرأة المعسرة إذا كان لها زوج معسر ولها ابن موسر من غيره فنفقة المرأة على زوجها لكن الابن ينفق عليها بأمر القاضي،

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 411.

(2) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 10: 362؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 3: 64؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 89.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 84؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 3: 254؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 561.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 84.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 84.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 401؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 12.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 401؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 12؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 93؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 562.

ويرجع على زوجها إذا أيسر⁽¹⁾؛ لأنه هو أولى بالاستدانة منه؛ لأنه لولا الزوج لكان يجب عليه، قال الحسن بن زياد: رجل معسر وله امرأة معسرة، وللمرأة أخ موسر فنفقتها على زوجها، ويؤمر الأخ أن يقرضها النفقة، ويرجع بذلك على الزوج⁽²⁾؛ لأنه لو لم يكن لها زوج كان هو أولى بوجوب النفقة؛ فإذا كان معسرا كان أولى بوجوب الإقراض عليه، ويحبس الأخ إن امتنع؛ لأن هذا معروف؛ لأن كل نفقة معروف وصلة فيجوز أن يحبس في الأمر بالمعروف هذا إذا كان الولد صغيرا، فإن كان كبيرا وكان أنثى فنفقتها على الوالد الموسر وإن كانت صحيحة⁽³⁾، وقال الشافعي: لا نفقة للبت الصحيحة⁽⁴⁾.

لنا أنها محتاجة عاجزة عن الاكتساب، وإن كان ذكرا صحيحا فلا نفقة له وإن كان زمناً فنفقتة على الأب؛ لأنه متى كان عاجزا عن الكسب صار بمنزلة الصغير، ولم يذكر في الكتاب الأب إذا كان معسرا كسوبا وله ابن زمين، وله أم موسرة هل تؤمر الأم بالإنفاق على أن ترجع بذلك على الأب إذا أيسر اختلف المشايخ فيه قيل: يؤمر؛ لأن الكبير العاجز كالصغير، وقيل: لا ترجع الأم على الأب وهو مروى عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - نصا؛ لأن الأب إذا كان معسرا فإنه يجب عليه نفقة ولده الصغير فإنه ملحق بنفقتة إلا أنه لا يجبر على الكسب؛ فتؤمر الأم بأن تتحمل عنه، فأما نفقة الابن الكبير فليس على الأب المعسر فلم تصر الأم مؤدية حقا واجبا عليه فلا ترجع بما أنفقت على الأب.

أربعة لا يشاركونهم أحد في النفقة الأب والجد في نفقة ولده، والولد في نفقة والده، والزوج في نفقة زوجته⁽⁵⁾؛ لأن نفقة الولد تجب باعتبار الجزئية والبعضية والنسبة، ولا يشاركونهم أحد في ذلك، ونفقة الزوجة تجب كونها مستحقة فكان هو أولى بإيجابها، وإذا كان للفقير أب غني وابن غني؛ فالنفقة على الابن لا الأب⁽⁶⁾؛

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 12؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 925.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 33؛ تبیین الحقائق، الزيلعي، 3: 55؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2:

93؛ الدر المختار، الحسكفي، 3: 630.

(3) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 10: 340.

(4) ينظر: الحاوي، الماوردي، 11: 848.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 32؛ كنز الدقائق، النسفي، 315.

(6) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 12؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 92.

لأن مال الابن يضاف إليه بكسبه وله حق تملكه ولا كذلك مال الأب، الأصل أن في نفقة الآباء ولا يعتبر الولاد وأصل القرابة يعتبر الأقرب فالأقرب ولا يعتبر الإرث؛ لأن الله تعالى أوجب النفقة على المولود؛ وذلك اسم مشتق من الولاد وهو الجزئية والبعضية باعتبار التوكد والتفرع عنه، رجل معسر له ابن وبنت فنفته عليهما نصفان⁽¹⁾؛ لاستوائهما في معنى الولاد وإن كان الإرث بينهما أثلاثا، وكذلك لو كان له بنت وأخ موسران فنفته على بنته خاصة وإن كان الأخ يرث⁽²⁾، وكذلك لو كان له بنت ومولى العتاقة فالنفقة على البنت ولو كان له بنت وابن ابن موسران فنفته على البنت خاصة⁽³⁾؛ لأنها أقرب إليه ولو كان له بنت بنت وابن بنت وأخ موسرين فنفته على أولاد أولاده دون الأخ وولد البنات، وولد الأبناء ذكورا كانوا أو إناثا في علتهم سواء⁽⁴⁾؛ لأن العبرة لقرب القرابة والولاد والحرية لا للإرث؛ فإن الميراث للأخ دون أولاد البنت، ولو باع واحد منهم متاع الغائب في النفقة لا يصح ما خلا الأب فيما سوى العقار استحسانا، ولا يجوز في العقار إلا أن يكون الولد صغيرا، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما انقطعت بالبلوغ إلا فيما يبيعه تحصينا لولده الغائب بأن باع عروضه جاز وهنا يبيعه لنفسه لا تحصنا على الغائب فلا يجوز.

لأبي حنيفة إن للأب ولاية إزالة ملكه لحاجته إلى الاستيلاء وهي ليست بحاجة ضرورية فلا تكون له ولاية إزالة ملكه للنفقة وهي حاجة ضرورية أولى والمنقولات مما يثبت للقاضي ولاية بيعها تحصينا على الغائب؛ فجاز أن تثبت للأب أيضا بحاجته إلى النفقة، وأما العقار فلم يثبت لأحد ولاية بيعها على الغائب؛ لأنها محصنة بنفسها.

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 12؛ رد المحتار، ابن عابدين، 2: 205.
(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 265؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 419؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 12؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 566.
(3) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 12.
(4) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 12.

فصل

ظ هـ

اللوحة

301

أصله أن في نفقة ذي الرحم المحرم يعتبر كونه أهلاً للإرث ويجب بقدر الميراث عند الاجتماع؛ لأن الله تعالى أوجب باسم الوراثة بقوله ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾⁽¹⁾ فكل ذي رحم محرم هو أصل للإرث يستحق عليه النفقة وإلا فلا.

رجل معسر له أخ وأخت لأب وأم فالنفقة عليهما بقدر ميراثهما أثلاثاً⁽²⁾، وكذا إذا كان له أخت وعم فعليهما نصفان⁽³⁾، ولو كان له أم وجد ففي ظاهر الرواية النفقة عليهما أثلاثاً على قدر ميراثهما، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة كلها على الجد⁽⁴⁾ وهذه الرواية التي بمذهبه في الميراث فإنه تلحق الجد بالأب حتى لو قالوا الجد أولى من الإخوة والأخوات.

وجه ظاهر الرواية أن الجد وإن كان يسمى أباً فلا يسمى والداً؛ لأن الحافد غير متولد ومتفرع عنه عن حقيقة، والله تعالى أوجب النفقة على المولود له حقيقة والجد ليس بمولود حقيقة، ولو كان له أم وأخ وجد موسرين فعلى قياس قول أبي حنيفة النفقة على الجد والأم دون الأخ، وعند أبي يوسف ومحمد وهو قول زيد على الأم الثلث والثلثان على الجد والأخ نصفان، فإن كانت الأم معسرة فعليهما نصفان عندهما⁽⁵⁾؛ لأنه تجعل الأم كالميتة في حق الاستحقاق عليهما، وعنده على الجد دون الأخ ولو كان له عم وخال فالنفقة على العم⁽⁶⁾؛ لأنهما استويا في الدرجة والعم هو الوارث وفي الخال وابن العم فالنفقة على الخال⁽⁷⁾؛ لأنه ذو رحم محرم منه والميراث لابن العم؛ لأنه عصبه وفي العمة والخالة وابن العم؛ فعلى الخالة

(1) سورة البقرة، من الآية: 233.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 13؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 33.

(3) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 13.

(4) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 402؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 286؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 13؛ رد المحتار، بن عابدين، 3: 625.

(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 13.

(6) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 13.

(7) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 13.

الثالث وعلى العمة الثلثان⁽¹⁾؛ لأن ابن العم يجعل كالهالك وبعد هلاكه الميراث للعممة والخالة أثلاثا فكذا النفقة.

الأصل: وإذا اجتمعت القرابة الوارثون وبعضهم موسرون، وبعضهم معسرون حتى وجبت النفقة على المعسرين بجعل المعسر كالميت في حق الاستحقاق عليه ولكن لا يجعل كالميت في حق إظهار حصة الباقيين عند الحاجة إلى القسمة على الموسرين فيظهر نصيب المعسر، ثم يسقط نصيبه لعسرتة، وإنما يلحق بالأموات من لا يرث مع الموسرين، فأما من يرث معهم فلا يلحق بالأموات بل يعتبر لإظهار نصيب النفقة ثم يسقط نصيبه لعسرتة ويجب على الآخرين كل النفقة بقدر ميراثهم. رجل له أم وأخت لأب وأم موسرين وأخت لأب وأخت لأم موسرتين فنفقة الصبي على الأم والأخت لأب وأم على أربعة أسهم سهم، على الأم وثلاثة على الأخت اعتبر الأخت لأب والأخت لأم حتى يظهر نصيب الأم والأخت لأم وأم، وإن كانا لا يرثان؛ لأنهما يجعلان نصيب الأم في الميراث من الثلث إلى السدس فيكون نصيبهما سهم من ستة، ونصيب الأخت ثلاثة، فمجموعه أربعة من ستة أسهم، فكذا النفقة أوجبناها عليهما على قدريهما سهما من الميراث أربعة.

[مسألة] رجل معسر زمنٌ وله ابن معسر صغير أو كبير زمنٌ وللرجل ثلاثة إخوة متفرقين موسرين فنفقة الرجل على الأخ لأب وأم والأخ لأم أسداسا⁽²⁾؛ لأننا احتجنا إلى جعل الولد كالهالك في حق إيجاب النفقة على الإخوة؛ لأنه لو لم يجعل كالهالك والإخوة لا يرثون معه فلا يمكن إيجاب النفقة على الإخوة؛ فجعل الابن كالهالك لضرورة إمكان إيجاب النفقة عليهم، ولو كان الابن عديمًا حقيقة ومات الرجل كان الميراث بينهما أسداسا فكذا إذا جعل هالكا حكما ونفقة الابن تجب على العم لأب وأم؛ لأن الابن جعل كالعدم في حق استحقاق النفقة على غيره لعسرتة ولو كان الأب هالكا كان ميراث الابن للعم فكذا النفقة عليه، وأما إذا كان الولد جارية فنفقة الرجل على الأخ لأب وأم؛ لا حاجة إلى جعل البنت كالهالك فإن الأخ يرث معها ولو مات الرجل يكون ميراثه للبنت والأخ لأم وأم نصفان فكذلك النفقة إلا أنه

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 4: 13.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 409.

سقط حصة البنت من النفقة لعسرتها فأوجبنا الكل عليه، وإن كان له أخوات متفرقات والولد ابن فنفقة الرجل عليهن أخماسا على الأخت لأم وأب ثلثه وعلى الآخر منهن سهمان⁽¹⁾؛ لأننا متى جعلنا الابن كالهالك كأن نفقة الأب على الأخوات المتفرقات على خمسة أسهم؛ لأن ميراثه منهن كذلك، فكذلك النفقة ونفقة الابن على العمدة لأب وأم؛ لأن ميراثه للعمدة لأب وأم فكذا النفقة، وكذلك لو كان بنتا؛ لأنه لا حاجة إلى جعل الابن كالهالك؛ لأن الأخوات مع البنات عصبه فترث معها الأخت لأم وأب دون الآخرين.

باب نفقة الأولاد الصغار من تركة الميت

ج هـ

اللوحة

302

رجل مات وترك أولادا صغارا ومالا، نفقة الأولاد من أنصبتهم⁽²⁾؛ لأنهم أغنياء وكذلك كل وارث تكون نفقته من نصيبه وكذلك امرأة الميت⁽³⁾؛ لأن المتوفى عنها زوجها لا نفقة لها ونفقة رقيق الميت على التركة إلى أن يقتسموا أو يباعوا؛ لأن التركة مبقاة على حكم ملك الميت قبل القسمة ألا ترى أن الزوائد مبقاة على حكم ملك الميت، فكان نفقة على ملكه، ونفقة أمهات أولاده لا تكون في تركته؛ لأنهن عتقن بموت السيد إلا أن يكون لهن أولاد فتكون نفقتهن في نصيب أولادهن؛ لأن نفقة الأم على الولد وإن كان صغيرا، وإن كان له أولاد كبار وصغار ولم يوص إلى أحد فالقاضي ينصب وصيا في ماله؛ فإن أنفق عليهم الأولاد الكبار من أنصباء الصغار بغير أمر القاضي يكون متبرعا⁽⁴⁾؛ لأنه لا ولاية لهم على الصغار في مالهم، ولا ضمان عليهم ديانة استحسانا؛ لأنهم أحسنوا فيما فعلوا، ومثاله المودع إذا باع اللبن الوديعة من غير استطلاع رأي القاضي ضمن.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 410؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 34؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 291.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 256؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 564، نقلا عن الذخيرة؛ والذخيرة هي: كتاب فقهي ألفه الإمام ابن مازة وهو مختصر لكتابه المحيط البرهاني، وابن مازة هو: محمود بن أحمد بن عبدالعزيز بن عمر بن مازة البخاري المرغيناني، فقيه حنفي إمام جليل القدر، من بيت علم عظيم في بلاده توفي 616 هـ، ينظر: الفوائد البهية، للكنوي، 205 - 207.

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 564، نقلا عن الذخيرة.

(4) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 564، نقلا عن الذخيرة.

وذكر في النوادر إذا كان في موضع لا يمكن استطلاع رأي القاضي لم يضمن استحسانا وكذلك قال مشايخنا: في الرجلين كانا في السفر فأغمي على أحدهما فوجد صاحبه في مخلاته مالا فأنفق عليه لم يضمن استحسانا⁽¹⁾، وكذا لو مات فأنفق في تجهيزه، وكذا المسجد إذا لم يكن له متولي فأنفق واحد من أهل المحلة من أوقافه فيما يحتاج إليه من الحصير واللّبود⁽²⁾ لا يضمن ديانة وضمن إذا قربه عند القاضي، ونظيره ما خلى عن محمد أنه مات واحد من تلامذته فباع محمد كتبه وأنفق في تجهيزه فقبل له: أنه لم يوص بذلك إلى أحد⁽³⁾ فتلى قوله تعالى ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾⁽⁴⁾ ، فإن أنفق الكبار على الصغار ولم يقرأوا بذلك، وأقرأوا بنفقة نصيبهم، وحلفوا على ذلك رجوت أن لا إثم عليهم كالوصي إذا عرف الدين على الميت وقضاه ولم يقربه ولم يعرفه القاضي والورثة لا يأثم⁽⁵⁾، وكذلك المودع إذا علم أنه مات صاحب الدين وعليه دين مثل ما عليه يسعه أن يقضي دينه بماله عليه ولا يخبر به ورثته، وكذا إذا كان للميت أولاد صغار ولم يوص إلى أحد، فأنفق المودع عليهم من مال الميت لم يضمن ديانة ولا يأثم بالحلف أنه ليس عليه حق؛ لأنه لم يرد إلا الصلاح، ولو كان للصغير مال فنفقته في ماله؛ لأن نفقة الولد إنما تجب لأجل الحاجة وقد انعدمت الحاجة، ولأب أن يبيع عقاره وأثائه وثيابه للنفقة عند الحاجة ونفقة ولد الجارية المشتركة إذا ادعاه المولىان عليهما ونفقتهما على الولد إذا أيسر؛ لأن كل واحد منهما أب كامل في حقه، والله أعلم.

- (1) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 564، نقلا عن الخلاصة.
(2) نوعان من البسط التي تفرش في البيوت، ينظر: لسان العرب، 3: 385، 4: 193، مادة (ح ص ر)، ومادة (ل ب د).
(3) وتام الحادثة ما رواه أبو سليمان الجوزجاني أن رجلا من قزوين كان يختلف إلى محمد بن الحسن فمات فباع محمد كتبه ثم قرأ هذه الآية: والله يعلم المفسد من المصلح. قيل لأبي سليمان أكان محمد بن الحسن ذلك اليوم قاضيا؟ قال: لا؛ ينظر: عيون المسائل، أبو الليث، 347؛ المبسوط، السرخسي، 11: 230؛ المحيط البرهاني، ابن مازة 4: 258؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 425؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 233.
(4) سورة البقرة، من الآية: 220.
(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 257؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 564، نقلا عن الذخيرة؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 925.

باب نفقة أهل الذمة

ولا تجب النفقة عند اختلاف الدينين إلا في الولاد والنكاح⁽¹⁾؛ لأن الله تعالى أوجب النفقة على الوارث والورثة تتعدم باختلاف الدينين، أما الوالدين تجب باعتبار الجزئية والبعضية، وهي متحققة عند اختلاف الدينين، والأجداد آباء والنواقل أولاد، وأما الزوجة فلأنها تجب بمقابلة احتباسها للتمتع بها وهذا ثابت، ولا يجبر المسلم ولا الذمي على نفقة والده وولده من أهل الحرب وإن دخلوا دارنا بأمان⁽²⁾؛ لأن الله تعالى نهى عن المبرة والإحسان إلى أهل الحرب بقوله تعالى ﴿إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُواكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَهَرُوا عَلَيْكُمْ وَأَخْرَجَكُمْ أَنْ تُولَّوهُمْ وَمَنْ يُولَّهُمْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽³⁾ وأهل الذمة فيما بينهم في النفقة كأهل الإسلام وإن اختلفت مللهم؛ لأن اختلاف مللهم لا يمنع التوارث فلا يمنع وجوب الصلة، ولو تزوج ذمي محاربة فطلبت النفقة يفرض عند أبي حنيفة، خلافا لهما؛ لأن عنده هذا النكاح صحيح وعندهما فاسد، وروي عن محمد مثل قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

[مسألة] ولو خرج أحد الحربيين مسلما، ثم خرج الآخر فلا نفقة لهما⁽⁴⁾، أما عند أبي حنيفة فلا عدة عليها فلا نفقة لها، وأما عندهما فإن وجبت العدة إلا أنه فات شبيهه استحقاق النفقة وقت الفرقة والبيونة وهو كون الاحتباس مستحقا عليها في بيت الزوج فإنه بعدما هاجرت إلى دارنا لم يبق الاحتباس في بيت الزوج مستحقا عليها فإنه ليس للزوج أن يعيدها إلى دار الحرب ولو أسلمت الزوجة فرض القاضي لها النفقة؛ لأن الفرقة جاءت من قبله وهو إبقاء الإسلام ففات منفعة الاحتباس من جهة الزوج، وإن أسلم الزوج فلا منفعة لها قبل هذا عندهما، وعند أبي حنيفة لا عدة فلا نفقة.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 292؛ الاختيار، ابن مودود، 4: 11.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 411.

(3) سورة الممتحنة، الآية: 9.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 7: 46.

كتاب الطلاق

كتاب الطلاق

ظ هـ

اللوحة
302

يحتاج إلى معرفة شرعية الطلاق وتفسيره وشرطه وركنه وحكمه وشريعته وصفته، أما شريعته فلقوله تعالى ﴿فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽¹⁾ وقوله تعالى ﴿أَطَّلَقُ مَرَّتَانِ﴾⁽²⁾ الآية، ربما يحتاج إلى تخلص نفسه عنها إما لعجزه عن القيام بمواجب النكاح والتقصي عن عهده ومؤنه، أو لفراره عن التنازع والتشاجر عند تباين الأخلاق وتنافر الطباع ولعدم اصطباره على تحمل بذاءة لسان المرأة وسوء خلقها. وأما تفسيره في اللغة عبارة عن حل القيد ورفع مأخوذ من قولهم: أطلقت البعير عن القيد والمحبوس عن الحبس؛ أي: رفعت العقال والقيد عنه⁽³⁾، والطلاق والإطلاق بمعنى واحد إلا أن الطلاق والتطليق يستعمل في المرأة والإطلاق في غيرها حتى لو قال لامرأته: أطلقتك لا تطلق مالم ينو⁽⁴⁾، ولو قال: طلقتك نوى أو لم ينو؛ لأن التطليق من باب التفعيل والتفعيل إنما يستعمل في الأغلب للتكثير، وفي طلاق المرأة الرفع والإزالة أكثر لما فيه من رفع القيد وإزالة الملك والحل، وفي إطلاق الدابة رفع القيد لا غير؛ فاختير لفظة التطليق في إطلاق المرأة لتدل على زيادة الإزالة والتقطيع إلا أن الطلاق في حقيقة اللغة للإطلاق عن القيد والحبس إلا أنه بتسمية الشرع وكثرة الاستعمال تعينت للإطلاق عن قيد النكاح فصار الاسم كالحقيقة له، وللإطلاق عن الوثاق والقيد والحبس كالمجاز حتى لو عنى به الطلاق عن الوثاق يصدق ديانة لا قضاء له؛ لأنه نوى ما تحمله لفظه لكنه خلاف الظاهر. وأما ركنه فقوله لامرأته: طلقتك، أو أنت طالق، أو مطلقة⁽⁵⁾.

وأما شرط وقوعه على الخصوص شيئان: أحدهما: قيام القيد في المرأة نكاحاً أو عدة؛ لأنه موضوع لإزالة القيد فكان محله المقيد⁽⁶⁾، والثاني: قيام حل محلية النكاح في المطلقة شرط حتى لو حرمت بالمصاهرة بعد الدخول بها حتى وجبت العدة

(1) سورة الطلاق، من الآية: 1.

(2) سورة البقرة، من الآية: 229.

(3) ينظر: الصحاح، الجوهري، 4: 1518، (باب القاف، فصل الطاء).

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 252.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 98.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 348.

فطلقها في العدة لم يقع لزوال الحل، وإذا طلقها ثم راجعها يبقى الطلاق وإن كان لا يزيل القيد والحل للحالة؛ لأنه يزيلهما في المال حتى انضم إليه ثنتان⁽¹⁾.

وأما حكمه فشيئان: زوال الملك عن المحل بأن طلقها واحدة قبل الدخول بها وبعد الدخول بها إذا انقضت عدتها؛ لأن ثمرة قطع النكاح هو الخلاص عنها، وهذا يحصل بإزالة الملك والقيد، والثاني: زوال حل المناكحة متى تم ثلاثاً⁽²⁾؛ لأن ثمرة إزالة الحل هي حسم باب النكاح على نفسه؛ وذلك يحصل بالثلاث.

وأما صفته أنه مباح مبغض عند الله تعالى متى حصل الإيقاع لغير حاجة⁽³⁾ لقله — عليه السلام —: (مَا خَلَقَ اللَّهُ مُبَاحًا أَحَبَّ إِلَيْهِ مِنَ الْعَتَاقِ وَلَا خَلَقَ مُبَاحًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلَاقِ)⁽⁴⁾ فقد وصفه بكونه مباحاً وبكونه مبغضاً، وإنما تجتمع الصفتان فيه إذا وقع بغير حاجة وقفه أن الطلاق محظور في الأصل لكونه قاطعاً للمصلحة؛ لأن النكاح عقد مصلحة لكونه مشتملاً على أنواع من المصالح لما بينا وقطع المصلحة مفسدة ومضرة فيكون محظوراً، وإنما أبيحت الواحدة لحاجة التقصّي والخلاص عنها والمحظور يصير مباحاً للضرورة والحاجة فالمباح ما كان إيقاعه بحاجة فالحرام منه يسمى بدعياً، والمباح يسمى سنياً.

باب طلاق السني والبدعي

الطلاق نوعان: سني وبدعي، وكل واحد نوعان: نوع يرجع إلى العدد ونوع يرجع إلى الوقت⁽⁵⁾.

أما الطلاق السني في العدد والوقت نوعان؛ حسن وأحسن فالأحسن أن يطلق امرأته واحدة رجعية في طهر لم يجامعها فيه ثم يتركها حتى تنتقض عدتها أو كانت حاملاً قد استبان حملها⁽⁶⁾، والحسن أن يطلقها واحدة في طهر لم يجامعها فيه، ثم في

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 348.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 348.

(3) ينظر: شرح فتح القدير، كمال الدين ابن الهمام، (لبنان، بيروت: دار الفكر)، 3: 464.

(4) أخرجه الدار قطني في سننه، كتاب النكاح، كتاب الطلاق والخلع وغيره، 4: 35، رقم: 94، والحديث مختلف فيه، وله شواهد صحيحة أخرجه الحاكم وصححها، ينظر: المستدرک، الحاكم، 2: 498.

(5) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 172.

(6) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 172؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 137.

طهر آخر أخرى، ثم في آخر أخرى⁽¹⁾، وقال الشافعي: كلاهما حسن وليس أحدهما بأحسن⁽²⁾، وقال مالك: الواحدة سنة، والثانية والثالثة في طهرين من رجعة بدعة⁽³⁾، والصحيح قولنا؛ لأن سبب الحاجة يصير الإيقاع حسنا وسنيا فمتى كانت الحاجة إليه أمس وأشد كان إيقاعه أجود وأحسن، والحاجة إلى إيقاع الثانية ثابتة حكما لا حقيقة من حيث أن الحاجة أمر باطن فلا بد من أمارة الحاجة؛ لأنه زمان كمال الرغبة إلا لحاجة فادحة، فأقمنا الطهر الخالي عن الجماع مقام الحاجة فكلما تجدد الطهر تجددت الحاجة فتجددت الإباحة.

وأما البدعي في العدد فهو الجمع بين الثلاث⁽⁴⁾، وهو مكروه خلافا للشافعي⁽⁵⁾ لما بينا أن الطلاق أبيض باعتبار الحاجة والحاجة اندفعت بالواحدة بالثلاث متفرقا فكان إرسال الثلاث مجتمعا من غير حاجة فكان محظورا، ويكره التطبيق البائنة وفي زيادات الزيادات⁽⁶⁾ لا يكره⁽⁷⁾ لما روي أن النبي — صلى الله عليه وسلم — تزوج امرأة وخلا بها فلما رأى بكشحا بياضا قال لها: (الْحَقِي بِأَهْلِكَ، الْحَقِي بِأَهْلِكَ)⁽⁸⁾ وهذا طلاق بائن؛ ولأن البينونة صفة الطلاق فأصل الطلاق مباح له فكذا صفتها؛ لأنها تابعة للأصل كالخلع، والطلاق قبل الدخول بها، وجه هذه الرواية أنه لا حاجة إلى صفة البينونة؛ لأنها تحصل بانقضاء العدة فلا حاجة إلى تعجيلها للحال فأما الخلع فمحتاج إليه؛ لأنه لا يمكنه تحصيل العوض إلا به والطلاق قبل الدخول لا يقع إلا بائنا، فأما البدعي في الوقت كالطلاق في حالة الحيض بعد الدخول أو في طهر جامعها فيه⁽⁹⁾ إذا كانت حائلا لقوله — عليه السلام — لابن عمر حين طلق

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 137.

(2) لم أقف عليه.

(3) لم أقف عليه.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 94؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 401؛ الاختيار، ابن مودود، 3:

138.

(5) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 137؛ الحاوي، الماوردي، 10: 117؛ الوسيط، الغزالي، 5: 363.

(6) زيادات الزيادات، لمحمد بن الحسن الشيباني، ينظر: كشف الظنون، حاجي خليفة، 2: 962.

(7) قال الإمام الكاساني: (البائن لا يكون سنيا في قول أبي عبد الله وأصحاب أبي حنيفة، ويكون سنيا في قول أبي حنيفة بعد أن يكون واحدة)، ينظر: التنقيح، السغدري، 1: 318؛ المبسوط، السرخسي، 6: 31؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 95؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 257، نقلا عن الزيادات.

(8) أخرجه الحاكم في مستدركه، كتاب معرفة الصحابة، ذكر عبدالله بن عباس، 5: 470، رقم: 6808، وضعفه الذهبي؛ والكشاح هو: ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف، الصحاح، الجوهري، 1: 399، مادة (ك ش ح).

(9) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 138.

امراته في حالة الحيض أخطأت السنة ما هكذا أمرك ربك إنما أمرك ربك أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها في كل طهر تطليقة، وفي رواية قال لعمر: (مُرِ ابْنَكَ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ يُطَلِّقْهَا طَاهِرًا مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ أَوْ حَامِلًا قَدْ اسْتَبَانَ حَمْلُهَا)⁽¹⁾؛ لأنه إيقاع بغير حاجة؛ لأن أمانة الحاجة هي الطهر الخالي عن الجماع لما بينا، ولا يكره طلاق الحائض قبل الدخول خلافا لزفر⁽²⁾.

له أنه إيقاع بغير حاجة؛ لأنه إيقاع في حالة النفرة عنها فإن الحيض سبب النفرة عنها.

لنا أنه إيقاع لحاجة؛ لأن حالة الحيض في غير المدخول بها حالة الرغبة فيها؛ لأنه لم يقض وطره منها فيكون راغبا إليها بسبب أنه لم يصب منها على ما قيل: المرء تَوَاقَّ إِلَى مَا لَمْ يَنْلِ؛ فلذلك راغب إليها بسبب النكاح فإن النكاح في غير المدخول بها سبب الرغبة إليها؛ لأنه سبب لحل الوطء والرغبة إليها قبل الدخول بها ثابتة من وجهين والنفرة من وجه؛ فيتزوج جانب الرغبة على جانب النفرة، والإقدام على الطلاق في حالة الرغبة أمانة الحاجة، وهذا كله في حق ذوات الأقران، فأما إذا كانت من ذوات الشهور كالأيسة والصغيرة وهي غير مدخول بها طلقها متى شاء وإن كان عقيب الجماع⁽³⁾، وقال زفر: يفصل بين الطلاق والجماع بشهر⁽⁴⁾؛ لأنه بالوطء قَلَّتْ الرغبة فلا بد من مضي زمان تتجدد به الرغبة وذلك شهر.

لنا أن الرغبة وإن قَلَّتْ بالجماع فقد تكاملت بسبب إلا من غير الولد؛ فإن الأمن غير الولد سبب لزيادة الرغبة إلى إمساكها لما يلحقه من المؤن والمحن والتعب والنصب بسبب حدوث الولد وصارت كالحامل، والحامل تطلق ثلاثا للسنة وفصل كل طلاقها بشهر⁽⁵⁾، وقال زفر ومحمد: لا تطلق الحامل للسنة إلا واحدة⁽⁶⁾؛ لأن الطلاق أبيض باعتبار الحاجة والحاجة أمر باطن؛ فالشرع جعل الإقدام عليه في

(1) أخرجه البخاري بمعناه، كتاب الطلاق، باب مراجعة الحائض، 760، رقم: 5333، ولم أجده بهذا اللفظ.

(2) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 172.

(3) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 172.

(4) وارتضى قول زفر الإمام علاء الدين السمرقندي بقوله: (فأما في حق الأيسة والصغيرة فطلاق السنة أن يفصل بين كل تطليقة بشهر بالإجماع)، ينظر: مختصر القدوري، القدوري، 362؛ تحفة الفقهاء،

السمرقندي، 2: 172؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 89.

(5) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ينظر: البناية، العيني، 5: 291.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 88.

فصل من فصول العدة أمانة الحاجة، وظهر الحامل فصل واحد فلا يباح فيه إلا طلقة واحدة.

لهما أن إيقاع الثانية والثالثة لحاجة؛ لأنه وجد دليل الحاجة وهو الإقدام على الوطء في حال كمال الرغبة إليها وهو الطهر الخالي عن الجماع إن كان الطلاق قبل الإصابة، وإن كان بعدها فالرغبة، وإن انتقصت بالجماع فقد ازدادت الرغبة إلى إمساكها بسبب الأمن عن العُلوق فانجبر ذلك النقصان كما في الأيسة والصغيرة بخلاف الممتد طهرها فإنها لا تطلق للسنة إلا واحدة.

ولو طلق امرأته في حالة الحيض ينبغي أن يراجعها⁽¹⁾ لقوله — عليه السلام — لعمر — رضي الله عنه —: (مُرِ ابْنُكَ فَلْيُرَاجِعْهَا) والأمر للوجوب؛ ولأن الطلاق في حالة الحيض معصية وبالرجعة يفسخ الطلاق في حق إزالة ملك النكاح إن لم يفسخ في حق إزالة الحل فيجب مراجعتها دفعا لهذه المعصية بقدر الإمكان، فإن راجعها، ثم أراد أن يطلقها أخرى للسنة يطلقها في الطهر الذي يلي تلك الحيضة، قال الطحاوي: هذا قول أبي حنيفة وهو رواية النوادر عن أبي حنيفة.

وقال الكرخي: على قولهما يطلقها في الطهر الثاني وهذا بناء على أن الرجعة هل تعتبر فاصلة بين الطلاقين، عنده يعتبر وعندهما لا يعتبر والنكاح يعتبر فاصلا بين الطلاقين بالإجماع.

وجه رواية النوادر أن بالرجعة تجددت الرغبة فإنه لا يراجعها إلا لرغبة حدثت للزوج فيها فدلّت الرجعة على حدوث الرغبة إلى إمساكها، والإقدام على الطلاق في حال الرغبة دليل الحاجة وصار كالنكاح، وجه ظاهر الرواية حديث عمر على ما روينا فالنبي — عليه السلام — لم يعتبر الرجعة فاصلة والقياس ينتزل بالنص والنص الوارد في الرجعة لا يكون واردا في النكاح دلالة؛ لأنه بالنكاح تجدد الحل فيها فكان كالطهر اعتبر فاصلا لتجدد الحل، فأما بالرجعة فلا يتجدد الحل فلم يكن بمعنى الطهر.

(1) ينظر: مختصر القدوري، القدوري، 362؛ البناية، العيني، 5: 293.

[مسألة] النوادر: ذكر في المنتقى لو طلقها بأتنا في طهرٍ لم يجامعها فيه، ثم تزوجها في ذلك الطهر وطلقها أخرى يكون سنياً⁽¹⁾، ولو طلقها واحدة في الطهر، ثم راجعها في ذلك الطهر بالقول أو بالقبلة أو بالملامسة فله أن يطلقها أخرى فيه عند أبي حنيفة وزفر⁽²⁾؛ لأن الرجعة فاصلة بين الطلاقين، وعندهما لا يطلقها؛ لأن الرجعة غير فاصلة، وكذا لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً للسنة متعاقباً⁽³⁾؛ لأن عنده يصير مراجعاً بالمس عن شهوة والرجعة فاصلة عنده، وعندهما تقع واحدة للحال، وتقع ثنتان في طهرين آخرين؛ لأن الرجعة غير فاصلة، ولو طلقها ثم راجعها بالجماع إن لم تحبل يكره إيقاع الثاني بالإجماع⁽⁴⁾؛ لأنه جامعها في هذا الطهر، وعنده لا يكره وإن حبلت منه لا يكره؛ لأن الرجعة فاصلة بينهما، وكذلك عند محمد⁽⁵⁾؛ لأن حدوث الحبل فاصل بينهما عنده؛ لأنه سبب لحدوث الرغبة إليها لكان الولد فتجددت به الحاجة، وعند أبي يوسف لا يطلقها أخرى إلا بعد مضي شهر من وقت الطلاق الأول؛ ولهذا لا يباح الطلاق عقيب الجماع بلا فصل إذا كانت حاملاً فلا يجتمع فيه طلاقان على وجه السنة، ولو طلقها وهي صغيرة، ثم حاضت فطهرت قبل مضي شهر فله أن يطلقها أخرى حين تئس⁽⁶⁾؛ لأنه تبديل حالها، وقال أبو يوسف: لا يطلقها حتى يمضي شهر⁽⁷⁾، وذكر الحسن في المجرد ولا بأس أن يخير امرأته وهي حائض ولها أن تختار نفسها وهي حائض⁽⁸⁾، ولا بأس بالخلع والأمر باليد في الحيض؛ لأنه ليس بطلاق صريحاً والنص ورد بتحريم الطلاق صريحاً.

المنتقى: وروي عن أبي يوسف أنه قال: الأمة المنكوحة إذا اعتقت وهي حائض أو الصبية أدركت بالحيض لا بأس بأن تختار نفسها⁽⁹⁾، وكذا العنن إذا قضى بالحوال

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 29؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 137؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 90.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 349، نقلاً عن الذخيرة.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 258.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 30.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 30.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 90؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 202.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 91.

(8) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 349.

(9) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 349، نقلاً عن شرح الطحاوي.

وامراته حائض⁽¹⁾؛ لأن هذا ليس بطلاق قصداً؛ ولأن فيه ضرورة؛ لأن التأخير متعذر ولو قال لها: إذا طهرت من حيضة فأنت طالق للسنة فطهرت من حيضة، ثم جاءت بولد لستة أشهر ويوم أو يومين منذ طلق لم تطلق؛ لأنه تبين أن ذلك لم يكن حيضاً وإن جاءت به لستة أشهر وثلاثة أيام طلقت⁽²⁾؛ لأن الحيض تم في ثلاثة أيام وهذا الولد رجعه ولو قال أنت طالق للسنة وهي طاهرة من غير جماع الزوج ولكن وطئها غيره فإن كان وطئها زنا وقع الطلاق في هذا الطهر وإن كان شبهة لم يقع في هذا الطهر؛ لأنه تجب العدة من الواطئ فكانت شبهة الزوجية قائمة⁽³⁾.

باب الوقت الذي يقع فيه طلاق السنة

لو قال لامراته: أنت طالق للسنة ولا نية له فلا يخلو أما إن كانت المرأة ممن تحيض أو لا تحيض، فإن كانت ممن تحيض تقع واحدة في الطهر الذي لم يجامعها وإن كانت حائضاً أو جامعها لم تقع للحال؛ لأن طلاق السنة هو الطهر الخالي عن الجماع لما بينا، وإن نوى الثلاث يقع الثلاث في كل طهر تطليقه؛ لأن اللام في قوله للسنة لام الوقت لقوله تعالى ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ﴾⁽⁴⁾ أي لوقت دلوكها، ويقال: أتيتك لصلاة الظهر؛ أي: لوقتها فصار كأنه قال: لوقت السنة والوقت يختص بالأفعال فكان هذا إضافة لفعل الإيقاع إلى وقت السنة، ثم للوقت عموم وهي ثلاثة أطهار؛ فإن نواه ينصرف إليه وإن نوى وقوع الثلاث للحال وقعن؛ لأن السنة هي أنواع ثلاثة سنة أحسن، وسنة هي حسن، وسنة من وجه دون وجه؛ فالأحسن الاقتصار على الواحدة والحسن إيقاع الثلاث في ثلاثة أطهار والسنة من وجه إيقاع الثلاث جملة لما نبين، فإن لم يكن له نية ينصرف إلى الأحسن؛ لأنه أكمل وإن نوى التفريق أو الجمع صح؛ لأنه نوى ما تحمله لفظه، ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً

(1) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 349، نقلا عن شرح الطحاوي.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 275.

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 351، نقلا عن الظهيرية.

(4) سورة الإسراء، من الآية: 76.

للسنة ولا نية له يقع في كل طهر تطليقة، وإن نوى وقوع الثلاث في الحال وقعن، وقال زفر: لا يصح الجمع؛ لأنه نوى البدعة وهي ضد السنة.

لنا أنه نوى ما تحمله لفظه؛ لأن السنة نوعان: سنة إيقاع وهي تفريقها على الإظهار، وسنة وقوع وهو ما عرف وقوعه بالسنة ووقوع الثلاث جملة عرف بالسنة ألا ترى أن من أنكر ذلك نسب إلى البدعة فيكون الجمع بين الثلاث سنة من حيث الوقوع دون الإيقاع فيكون ناقصا في معنى السنة فلا ينصرف إليه مطلق الكلام ولكن إذا نوى صح، وأما إذا كانت ممن لا تحيض كالأيسة والصغيرة فقال لها: أنت طالق ثلاثا للسنة طلقت في الحال واحدة⁽¹⁾؛ لأنها طاهرة ثم إذا قضى شهر تقع أخرى وكذلك الثالثة؛ لأن الشهر في حقها أقيم مقام الحيض، ثم فرق بين التي تحيض، وبين التي لا تحيض في الطلقة الأولى فامتنع على التي لا تحيض الساعة وإن وطئها الساعة، ولا تقع على التي تحيض عقيب الوطء في طهر واحد، والفرق أن الطلاق المسنون طلاق لا تحصل بعده ندامة على ما صنع، والطلاق على التي تحيض في طهر جامعها فيه ربما يكون سبب الندامة بأن كانت حبلت بذلك الوطء فأوجب بطلان السنة، وفي حق التي لا تحيض لم يوجب بطلان السنة؛ لأنه لا يتصور الحبل منها، وإن نوى أن يقع الثلاث الساعة جملة كان كما نوى⁽²⁾، بخلاف قوله لمن لا تحيض: أنت طالق للسنة وهو ينوي ثلاثا أنه إذا نوى وقوع الثلاث جملة لم يصح؛ لأن نية الثلاث هاهنا إن أصبحت لاعتبار عدد الوقت؛ فإذا نوى الجمع بطل العدد فلا تصح نية الثلاث، وذكر في زيادات الزيادات لو أمر رجلا أن يطلق امرأته للسنة وصي مدخوله بها؛ فقال لها الوكيل: أنت طالق للسنة أو قال: إذا حضت وطهرت فأنت طالق فحاضت وطهرت لم يقع شيء؛ لأنه فوض إليه الطلاق في وقت السنة فلا يملك إيقاعه قبل وقت السنة⁽³⁾ كما لو قال له: طلق امرأتي غدا، فقال لها الوكيل: أنت طالق غدا لا يقع إذا جاء غد حتى لو حاضت وطهرت، ثم قال الوكيل: أنت طالق، طلقت⁽⁴⁾، ولو قال له طلق امرأتي ثلاثا للسنة فطلقها ثلاثا للسنة

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 92.

(2) وخالف في هذه المسألة زفر، ينظر: الهداية، المرغيناني، 1: 223.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 263، نقلا عن المحيط الرضوي.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 263.

للحال وقعت واحدة⁽¹⁾؛ لأنه فوض إليه إيقاع الثلاث متفرقا على ثلاثة أطهار فكان ممثلا في إيقاع الواحدة مخالفا في إيقاع الثنتين فينبغي أن يطلقها أخرى في طهر آخر بخلاف الزوج إذا نوى وقوع الثلاث جملة وقعن؛ لأن إيقاع الثلاث جملة ناقص في معنى السنة، ولكن إذا نوى ما يحتمله لفظه وفي تسديد يصح فأما المفوض إلى الوكيل إيقاع الثلاث على نعت السنة الكاملة وهي يفرقها على الأطهار ولم يأت به، ولو قال: أنت طالق للسنة وأراد به واحدة بائة لم تكن بائة⁽²⁾؛ لأنه لم يقترن باللفظ ما يدل على البيونة، ولو أراد بقوله طالق واحدة وبقوله للسنة أخرى لم يقع إلا واحدة⁽³⁾؛ لأنه لو قال لامرأته: أنت للسنة يريد به طلاقا لم يقع، ولو قال: أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان ونوى ثلاثا فهي ثلاث؛ لأن إيقاع الثلاث مجتمعا بدعة من وجه فقد نوى ما يحتمله لفظه، وروي عن محمد أنها واحدة، يملك الرجعة⁽⁴⁾.

المنتقى وروي عن محمد لو قال: أنت طالق غير سنوية أو غير بدعية تقع ثنتان، ولو قال لها - وهي ممن لا تحيض -: أنت طالق للشهور فهي طالق عند رأس كل شهر واحد⁽⁵⁾؛ لأن الشهور التي يضاف إليها الطلاق شهور العدة فصار كأنه قال: أنت طالق للعدة، ولو قال: أنت طالق للحيض وهي ممن تحيض وقعت عند كل حيضة تطليقة وإن كانت ممن لا تحيض لم يقع شيء⁽⁶⁾؛ لأنه أضاف الطلاق إلى ما لا يوجد.

باب ما يقع به طلاق السنة

أصله أنه متى ذكر التطليقة وذكر نعتا عقيبها ينعت به المرأة والتطليقة فإنه يجعل نعتا للتطليقة لا للمرأة وإن كان نعت المرأة به أغلب؛ لأن التطليقة أقرب إلى النعت من المرأة؛ لأن التطليقة مذكورة صريحا والمرأة مذكورة مكنية وصرف النعت إلى المصرح أولى من صرفه إلى المكنى، وإن لم يذكر التطليقة صريحا فإنه

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 263.
(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 91.
(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 91.
(4) ينظر: الهداية، المرغيناني، 1: 232.
(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 93.
(6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 93.

يجعل نعتا للمرأة؛ لأنها مذكورة بالكناية وإن ذكر وصفا ينعت به التظليقة عرفا دون المرأة فإنه يجعل نعتا للتظليقة لا للمرأة.

[مسألة] المبسوط: ولو قال: أنت طالق السنة أو العدة أو العدل أو طلاق الدين أو الإسلام فهذا كله للسنة⁽¹⁾؛ لأن الحق الوصف به فلا يقع إلا موصوفا.

[مسألة] المنتقى: لو قال: أنت طالق حقا طلقت الساعة، ولو قال طالق الحق كان للسنة⁽²⁾؛ لأن بدون الألف واللام يراد به الحق المستحق معناه تظليقة مستحقة والتظليقة للحال مستحقة للزوج، فأما مع الألف واللام يراد به حقيقة المسنونة المستحبة؛ لأن الحق هو الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ﴾⁽³⁾ فقد أضاف الطلاق إلى الله تعالى، والطلاق المضاف إلى الله تعالى هو المسنون، وكذلك لو قال طلاق القرآن أو طلاق الكتاب أو قال: أنت طالق تظليقة في السنة أو بالسنة أو مع السنة أو بعد السنة أو على السنة⁽⁴⁾، ولو قال: أنت طالق تظليقة في القرآن أو في الحق بطلت الساعة؛ لأن طلاقا يقع للحال مذكور في القرآن.

[مسألة] الجامع: ولو قال: أنت طالق أعدل الطلاق أو أجله أو أحسنه طلقت في الحال وروي عن أبي يوسف أنه لا يقع إلا في وقت السنة⁽⁵⁾؛ لأن الطلاق إنما يتصف بكونه سنيا إذا وقع في وقت السنة وجه ظاهر الرواية أن قوله أنت طالق تظليقة إيقاع للحال وقوله سنية أو عدلية وصف للتظليقة، وقد تتصف التظليقة بكونها سنية متى وقعت في الحال؛ لأن وقوعها عرف بالسنة فخلا الإيقاع عن وصف السنة فبقي مطلقا عن الوقت غير مضافة إلى وقت السنة؛ فيقع للحال بخلاف قوله أنت طالق تظليقة للسنة أن اللام في قوله؛ للسنة للوقت، فكان هذا إضافة الإيقاع إلى وقت السنة⁽⁶⁾ ولو قال: أنت طالق تظليقة حسنة في دخولك الدار إن قال حسنة بالرفع طلقت للحال؛ لأن حسنة بالرفع لا تصلح نعتا للتظليقة؛ لأنها منصوبة ونعت

(1) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 175؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 92.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 262، نقلا عن المحيط الرضوي.

(3) سورة النور، من الآية: 25.

(4) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 175؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 92؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3:

262.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 242؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 101.

(6) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 262، نقلا عن مختصر الجامع الكبير.

المنسوب يكون منصوبا ويصلح نعنا للمرأة؛ لأن محلها من الإعراب الرفع، فصارت نعنا لها فصارت فاصلة بين الطلاق والدخول كما لو قال أنت طالق حسنة في دخولك الدار لا يتعلق به فكذا هذا وإن قال حسنة بالنصب لم تطلق حتى تدخل؛ لأنها صلحت نعنا للتطبيق فصارت نعنا لها، والنعن مع المنعوت شيء واحد فلم يصر فاصلا بين الطلاق والشرط كما لو قال: أنت طالق تطبيق رجعية أو بآئنة في دخولك الدار ولو قال: أنت طالق حسنة في دخولك الدار طلقت للحال؛ لأن التطبيق غير مذكورة صريحا ولا كناية والمرأة مذكورة كناية فصارت الحسنة نعنا للتطبيق.

باب ما يقع به الطلاق وما لا يقع

ألفاظ الطلاق على ثلاثة أوجه: صريح، وما هو في حكم الصريح، أما صريح الطلاق كقوله: أنت طالق أو مطلقة، أو طلقتك يقع نوى أو لم ينو⁽¹⁾؛ لأن اللفظة مستعملة لإزالة قيد النكاح عرفا وشرعا فصار كالموضوعة لها وما عداها بمنزلة المجاز كاسم الصلاة في اللغة للدعاء والثناء ثم صار بكثرة الاستعمال للأفعال المعلومة المعهودة كالموضوع لها ولما عداها كالمجاز ولو قال: أنت طالق، وقال: عنيت به الوثاق لا يصدق في القضاء⁽²⁾؛ لأنه نوى حقيقة مهجورة والحقيقة المهجورة بمنزلة المجاز، ومن ادعى المجاز لا يصدق قضاء ويصدق ديانة ولو صرح وقال أنت طالق من وثاق لم يقع شيء في القضاء⁽³⁾؛ لأنه صريح ما يحتمله كلامه، ولو قال أردت أنها طالق من العمل لم يدين فيما بينه وبين الله تعالى⁽⁴⁾؛ لأنه لا يقتضيه لفظه فإن الطلاق عبارة عن حل القيد، وهي غير مقيدة عن العمل، وروي عن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين ربه⁽⁵⁾؛ لأن الطلاق يذكر ويراد به التخليص، ولو قال: أنت طالق من هذا العمل وقع في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 269؛ كنز الدقائق، النسفي، 270.
(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 145؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 106؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 141.
(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 147؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 101؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 141.
(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 101.
(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 101.

ربه لما بينا⁽¹⁾، وذكر الحسن في المجرّد⁽²⁾ عن أبي حنيفة لو قال: أنت طالق من هذا العمل وقع في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين ربه لما بينا، وذكر الحسن في المجرّد عن أبي حنيفة لو قال: أنت طالق من هذا القيد لم تطلق⁽³⁾؛ لأنه لم يرد به رفع قيد النكاح وإنما أراد به رفع قيد مخصوص، ولو قال: أنت طالق ثلاثا من هذا العيد طلقت ثلاثا ولم يصدق في القضاء أنه لم ينو طلاقا⁽⁴⁾؛ لأنه لا يتصور رفع هذا القيد ثلاث مرات وإنما يتصور رفع قيد النكاح ثلاثا فصرفنا لفظه إلى رفع قيد النكاح لكي لا يلغوا ذكر الثلاث.

[مسألة] ولو قال: أنت الطالق يقع⁽⁵⁾؛ لأن ذكر المصدر يذكر ويراد به الاسم كما يقال رجل عدل أي عادل، وإن نوى بقوله: أنت طالق ونحوه ثلاثا أو اثنتين لا يقع إلا واحدة، وقال زفر والشافعي: يقع ما نوى⁽⁶⁾؛ لأنه نوى ما تحمله لفظه؛ لأن قوله: أنت طالق إيقاع للطلاق شرعا والواقع وهو الطلاق وضرورة فصحت بينته. لنا أن قوله: أنت طالق لا يحتمل العدد؛ لأنه نعت فرد وهو وصفها بالطالقية كقوله: أنت قائمة أو جالسة والمنعوت الفرد، وهو ذات المرأة لا يحتمل العدد وكذا نفقتها، والطلاق غير مذكور أصلا والنية في غير الملفوظ باطلة.

[مسألة] ولو قال: أنت طالق طلاقا أو أنت الطالق أو الطالق أنت وقع الثلاث وإن لم ينو شيئا فواحدة، وإن نوى اثنتين فواحدة⁽⁷⁾؛ لأن الطلاق اسم لجنس التصرف، واسم الجنس يتناول الأدمي ويحتمل الكل؛ لأن كل الجنس فرد بمعناه وأدنى الجنس فرد بصورته ومعناه؛ فإذا ينو ثلاثا فهو على الواحدة؛ لأنها متيقتة، وإن نوى ثلاثا فقد نوى كل الجنس فصح وإن نوى ثنتين فقد نوى العدد واللفظ لا

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 101؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 141؛ تبیین الحقائق، الزيلعي، 2: 198؛ الدرالمختار، الحصكفي، 3: 254.

(2) المجرّد للحسن بن زياد وهو أحد كتب النوادر المروية عن أبي حنيفة وصاحبيه، ينظر: كشف الظنون، 2: 1282؛ معجم مصطلحات المذاهب الفقهية، مريم الظفيري، 166.

(3) ينظر: تبیین الحقائق، الزيلعي، 2: 198.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 276، نقلا عن المحيط الرضوي.

(5) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 33.

(6) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 33.

(7) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 194؛ المبسوط، السرخسي، 6: 136؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 107؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 67؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 141؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 279.

يحتمل العدد فتلغو النية وكذلك في قوله طلاقاً؛ لأنه مصدر والمصادر أسماء أجناس ولو نوى بقوله: أنت طالق واحدة وبقوله الطلاق أخرى صدق⁽¹⁾؛ ولأن المصدر يذكر ويراد به الاسم فصار كما لو قال: أنت طالق وطالق، وأما ما هو في حكم الصريح وهو قوله اعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة لا يقع به الطلاق إلا بالنية⁽²⁾، وله حكم الصريح فيما عدا ذلك لما روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لسودة: (اعتدي ثم راجعها)؛ ولأن هذه الألفاظ مكنية في اللفظ مفسحة في المعنى؛ لأن الأمر بالاعتداد والاستبراء يقتضي طلاقاً سابقاً، فيصح الأمر به فلا اعتبار الكناية لفظاً لا يقع إلا بالنية ولا اعتبار الإفصاح في المعنى يقع رجعياً وقوله أنت واحدة صلحت نعتاً للطلاق كما صلحت نعتاً لها؛ لأن حذف المنعوت وإقامة النعت مقامه سائغ في اللغة، يقال: ضربته وجيعاً وأعطيته جزيلاً أي: ضرباً وجيعاً، وعطاءً جزيلاً، فصار كما لو قال: أنت طالق طلقة واحدة عند النية حتى قال بعض أصحابنا: إذا أعربت الواحدة لم يقع شيء وإن نوى؛ لأنها نعت شخصاً وإن أعربت بالنصب يقع من غير نية؛ لأنها نعت مصدر محذوف، وإن سكن ولم يحرك بالإعراب فتحتاج إلى النية، وقال عامة مشايخنا في الكلمة تقع بالنية وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن العوام لا يهتدون إلى هذا، ولا يفرقون بين إعراب وإعراب، وإن نوى في غير هذه الألفاظ الثلاث لا تصح نية؛ لأن هذه الألفاظ تتضمن الإطلاق لا التحريم.

وأما الكنايات فثلاثة أقسام: قسم يصلح جواباً لا غير⁽³⁾: مثل قوله: أمرك بيدك واختاري واعتدي.

وقسم يصلح جواباً ورداً⁽⁴⁾: مثل قوله: اخرجي، واذهبي، واغربي، وقومي، وتقنعي، واستبري، وأنت حرة، وحبلك على غاربك، وهبتك لأهلك خليت سبيلك

(1) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي، المرغيناني، 1: 231؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 13.
(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 112؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 330.
(3) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 205؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 67؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 148؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 326.
(4) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 205؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 67؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 148؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 326.

فارقتك سرحتك لا ملك لي عليك، و لا سبيل لي عليك، والحقي بأهلك، وأفليحي أي اذهبي، تقول العرب أفليح عني؛ أي: اذهب عني(1).

وقسم يصلح جوابا وشتيمة(2): مثل قوله: أنت بائن وحرام وبته وبتلة(3) وخلية وبرية، والأحوال ثلاثة؛ حال الرضا، وحال مذاكرة الطلاق، وحال الغضب(4).

أما في حالة الرضا لا يقع الطلاق بهذه الألفاظ إلا بالنية(5)؛ لأن هذه الألفاظ محتملة لمعنى البينونة وغيرها فلا يتعين معنى البينونة إلا بالنية، وحبك على غاربك هذه اللفظة بمعنى التسريح؛ فإن العرب كانوا إذا سبوا الإبل يجعلون حبله على رأس سنامه، وقوله وهبتك لأهلك يحتمل البينونة؛ لأن الهبة تقتضي زوال الملك وسواء قبلوها أهلها أو قبلوها؛ لأن القبول لا يحتاج إليه لإزالة الملك، فإن نوى واحدة فواحدة بئنة، وإن نوى الثلاث يقع؛ لأن البينونة نوعان: خفيفة تحتمل الوصل وهي التي ترتفع بتحديد العقل، وغليظة لا تحتمل الوصل وهي التي لا ترتفع إلا بزواج آخر؛ فاللفظ يحتملها؛ فأيهما نوى يصح(6)، وإن نوى اثنين يقع واحدة، وقال زفر: يقع ثنتان(7)؛ لأنه نوى البينونة المتوسطة.

لنا أن حكم البينونة المتوسطة وحكم البينونة الحقيقية على السواء فلم تصح النية من حيث أنه تعين أحد نوعي الحرمة، ولم تصح من حيث العدد؛ لأن ولهذا لو قال لزوجته الأمة: أنت بائن ونوى اثنين كانت ثنتين؛ لأنهما للبينونة المغلظة في حقهما(8)، ولو طلق منكوحته الحرة واحدة ثم قال لها: أنت بائن ونوى ثنتين كانت واحدة(9)؛ لأن البينونة المغلظة لا تحصل بما نوى فلا تصح النية حتى لو نوى الثلاث يقع؛ لأن البينونة في حقهما تحصل بالثنتين وبالواحدة السابقة.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 107.

(2) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 205؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 67؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 148؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 326.

(3) بتلة: أي مقطوع بها، ينظر: الصحاح، الجوهري، 1: 242، (باب الألف المهموزة، فصل الباء).

(4) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 206؛ اللباب، الغنيمي، 269.

(5) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 206.

(6) ينظر: الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 14.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 130.

(8) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 108.

(9) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 108.

وأما في حال مذاكرة الطلاق لا يصدق في القضاء أنه لم ينو الطلاق إلا فيما يصلح جواباً ورداً فإنه لا يصدق⁽¹⁾؛ لأن الحالة أدل على الطلاق من النية فإن النية باطنة والحالة ظاهرة، فحمل على الطلاق بدلالة الحال؛ فإذا قال لم أنو به الطلاق لغى، فأما ما يصلح جواباً ورداً وهو القسم الثاني لا يجعل طلاقاً⁽²⁾؛ لأنه محتمل الإجابة والرد فنثبت الأدنى؛ لأنه متيقن ولم تثبت الإجابة بالشك.

فأما في حال الغضب يصدق في الكل⁽³⁾؛ لأن قوله اعتدي وأمرك بيدك واختاري؛ لأن حالة الغضب تدل على الشتيمة والرد وتدل على الطلاق وما عداها يوجد فيه معنى الشتيمة والرد مغايرة أما بآئنة يحتمل معنى البعد عن الخيرات، وخلية تحتمل الخلو عن الخيرات وأنها خلية العذاب وبرية تحتمل البراءة عن المحامد والطاعات وبه تحمل الانقطاع عن الخيرات، وحرام تحمل حرام الصحبة بسوء خلقها، والقسم الثاني يحتمل الرد، وحالة الغضب تدل على الشتم والرد مغايرة كما تدل على الطلاق، فحملت هذه الألفاظ على الشتم والرد؛ لأنه أدناها.

[مسألة] ولو قال: لست لي بامرأة، أو ما أنت لي بامرأة، أو لست لك بزوجة أو قيل له ألك امرأة؟ فقال: لا ونوى الطلاق يقع عند أبي حنيفة وعندهما لا يقع⁽⁴⁾؛ لأنه نفى النكاح من الأصل وجحد النكاح لا يصلح كناية عن الطلاق كما لو قال لم أتزوجك.

له أنه يصلح لنفي النكاح في الحال؛ لأنه يحتمل لست لي بامرأة لأنني طلقتك⁽⁵⁾ كقوله لا نكاح بيننا بخلاف قوله: لم أتزوجك أو لم يكن بيننا نكاح، أو قال بالفارسية: مری حمری نتاشی لا يقع الطلاق وإن نوى⁽⁶⁾؛ لأنه كذب محض، ولو قال: لا نكاح بينهما يقع الطلاق؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه فإنه يحتمل أنه لا نكاح بينهما؛ لأنه

(1) ينظر: الفتاوى الولوجية، عبدالرشيد الولوجي، 2: 20؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 149.
(2) ينظر: الهداية، المرغيناني، 1: 242؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 149؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 326.
(3) وقال ابن مودود: في حال الغضب يصدق، إلا في ما يصلح جواباً لا غير، ينظر: الهداية، المرغيناني، 1: 242؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 149؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 326.
(4) ينظر: فتاوى النوازل، أبو الليث، 207؛ المبسوط، السرخسي، 6: 145؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 107؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 67؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 154.
(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 145؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 154.
(6) والسبب في عدم وقوعه ماجاء عن الإمامين السرخسي والكاساني من قولهم (لا يقع؛ لأنه جحد للنكاح من الأصل والطلاق تصرف في النكاح، وجحد أصل الشيء لا يحتمل التصرف فيه)، ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 145؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 107.

سبق الطلاق والأصل أن نفي النكاح أصلاً لا يكون طلاقاً بل يكون جحوداً، ونفي النكاح في الحال يكون طلاقاً إذا نوى وما عداه، فالصحيح أنه على هذا الخلاف، ولو قالت المرأة: لست لي بزواج فقال الزوج: صدقت ينوي بذلك طلاقاً يقع عنده⁽¹⁾؛ لأن هذا ومالو قال لامرأته: أنا منك طالق لا يقع، وإن نوى⁽²⁾ خلافاً للشافعي⁽³⁾؛ لأنه أضاف الطلاق إلى غير محله؛ لأن محل الطلاق المقيد؛ لأنه موضع لحل القيد ولا قيد على الرجل؛ لأن الحرية منافية للقيد والملك إلا أنه سقط اعتبار هذا المنافي في حقها من ادعى السقوط في حقه؛ فعليه الدليل، ولو قال: أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق يقع⁽⁴⁾؛ لأن محل الإبانة الوصلة، والحل ثبت مشتركاً، ولو قال: أنا بائن أو حرام ولم يقل منك وعليك لا يقع وإن نوى⁽⁵⁾؛ لأن الحل للزوج ثبت تبعاً لثبوت الحل فيها فلم يصح إضافة التحريم إليه من غير ذكر المرأة لتظهر تبعية الزوج في الحل وصححنا الإضافة إلى المرأة من غير ذكر الزوج ليظهر كونها أصلاً في الحل.

ولفظ التسريح والفرق كناية، وقال الشافعي: هو صريح⁽⁶⁾، والصحيح قولنا؛ لأنه تستعمل في غير الطلاق فإنه يقال: سرحت الإبل وفارقت الصديق، والصريح ما يعرف المعنى بنفسه من غير قرينة؛ وذلك إما بالوضع أو بكثرة الاستعمال ولم يوجد هنا فلم يلتحق بالصريح، ولو قال: وهبت لك طلاقك ولا نية له تطلق في القضاء ولا يصدق أنه إذا أراد أن يكون الطلاق في يدها⁽⁷⁾؛ لأن هبة الطلاق لا تتصور إلا بعد وجوده بالوقوع بمقتضى هذا الكلام وقوع الطلاق ولكن تحمل

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 154.

(2) ينظر: فتاوى النوازل، أبو الليث، 206؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 144.

(3) ينظر: المجموع، النووي، 17: 95.

(4) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 200؛ المبسوط، السرخسي، 6: 140؛ بدائع الصنائع، الكاساني،

3: 141؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 144؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 325.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 140؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 302.

(6) ألفاظ التسريح والفرق اختلف العلماء فيها على رأيين:

الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ويرون أن هذه الألفاظ من الألفاظ الصريحة في الطلاق.

الثاني: وهو رأي الحنفية ويرون أن هذه الألفاظ من كنايات الطلاق.

ينظر: الكافي، ابن عبد البر، 264؛ الحاوي الماوردي، 10: 151؛ الإنصاف، المرادوي،

8: 462؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 7: 95.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 252.

معنى التفويض فتصدق ديانة لا قضاء، ولو قالت: هب لي طلاقى؛ أي: أعرض عنه فقال: وهبت لا يقع وإن نوى⁽¹⁾؛ لأنه صدر جوابا لها وهي سألت الإعراض عن طلاقها والهبة مستعملة في هذا، والجواب يبتني على السؤال كان معرضا عن الطلاق لا مقدما عليه.

ولو قال: أعرضت عن طلاقك لم تطلق⁽²⁾؛ لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه؛ لأن الإعراض عن الشيء ضد الإقدام عليه، وكذلك الصفح بمعنى الإعراض، ولو قال: أعرضت عن طلاقك أو خليت سبيل طلاقك ينوي الطلاق يقع⁽³⁾؛ لأنه يحتمل أرسلت وأوقعت ويحتمل أعرضت وصفح فلا يقع إلا بالبينة، ولو قال: احمل إلى امرأتي طلاقها أو أخبرها به يقع في الحال⁽⁴⁾؛ لأن الحمل يقتضي وجود المحمول والإخبار يقتضي سبق المخبر به عليه.

والكنايات كلها بوائن⁽⁵⁾، وقال الشافعي: رواجع⁽⁶⁾، لنا أن صفة الإبانة صدرت ممن هو من أهل الإبانة مضافة إلى محل قابل للبينونة وله ولاية الإبانة فيحكم بوقوع البينونة ودلالة ذلك أنه لو طلقها قبل الدخول أو مقرونا بالثلاث أو بالعوض ثبتت البينونة بالإجماع وثبوت البينونة يستدعي الصيغة الصالحة وقيام المحلية القابلة للبينونة والولاية الشاملة وهذه الأوصاف لا تختلف باختلاف أوصاف المحلية حال المباشرة.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 254؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 108؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 64.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 254؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 182.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 254؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 182.

(4) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 67.

(5) وخالف الإمام الكاساني المؤلف فقال: (وأما الكناية فتلاثة ألفاظ من الكناية رواجع بلا خلاف، وهي قوله اعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة)، وقال الإمام المرغيناني: (وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال وهي على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها إلا واحدة وهي قوله اعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بئنة وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا وإن نوى ثنتين كانت واحدة بئنة)، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 111؛ بداية المبتدي، المرغيناني، 72.

(6) ومبنى خلاف أئمة الحنفية والإمام الشافعي في الكنايات هل هي بوائن أم رواجع هو خلاف الصحابة فيها، فأئمة الحنفية أخذوا برأي من قال إنها بوائن والإمام الشافعي أخذ بقول من قال إنها رواجع، ينظر: الحاوي، الماوردي، 10: 160؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 185.

النوادر: مسائله على فصلين: أحدهما: في الصريح، والثاني: في الكناية.

فصل في الصريح

[مسألة] عن محمد أنه لو قال لامرأته: كوني طالقة أو اطلقي، أو قال لأمته: كوني حرة أو اعتقي يقع الطلاق والعتاق⁽¹⁾؛ لأن كينونتها طالقا يقتضي طلاقا سابقا، ولو قال لامرأته: خذي طلاقك، فقالت: قد أخذت وقع الطلاق⁽²⁾؛ لأن أخذ الطلاق لا يتصور إلا بعد وجوده، ولو قال لامرأته: طلاقك عليّ واجب أو لازم، أو ثابت أو فرض، أو قال: طلاقك عليّ تكلموا فيه⁽³⁾، قيل: يقع واحدة رجعية، وقيل: لا يقع وهو رواية عن أبي حنيفة، وقيل: عند أبي حنيفة يقع وعندهما لا يقع إلا في قوله لازم، وقيل على عكسه، وقيل: في قوله واجب يقع نوى أو لم ينو لتعارف الناس وفيما عداه لا يقع لعدم التعارف، والصحيح أنه يقع في الكل⁽⁴⁾؛ لأن نفس الطلاق لا يكون واجبا لازما وثابتا وفرضا، وإنما يكون حكمه كذلك وحكمه لا يكون واجبا لازما إلا بعد الوقوع فاقتضى هذا اللفظ وقوع الطلاق، بخلاف ما لو قال لعبده: عتقك عليّ واجب أو لازم ونحوه لا يعتق⁽⁵⁾؛ لأن نفس العتق يجب في الجملة فإنه يجب في الذمة بدلا عما ليس بمال كالنكاح ونحوه، فلم يقتض هذا اللفظ وقوع العتق،

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 101؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 300، نقلا عن بدائع الصنائع؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 325، نقلا عن بدائع الصنائع.

(2) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 64؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 35.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 9: 56، 57.

(4) اختلف الحنفية في وقوع الطلاق بهذه الألفاظ:

فقال السرخسي: (وفيه اختلاف أن من قال لامرأته: طلاقك عليّ واجب أو طلاقك لي لازم فكان محمد بن سلمة - رحمه الله تعالى - يقول يقع الطلاق فيهما جميعا، والعراقيون من مشايخنا كانوا يقولون في قوله عليّ واجب لا يقع وفي قوله لي لازم يقع، والأصح ما ذكره محمد بن مقاتل - رضي الله تعالى عنه - عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لا يقع الطلاق فيهما جميعا أي في قوله - طلاقك عليّ واجب، أو لي لازم - وصح الصدر الشهيد عدم وقوعه في الكل عند الإمام - أبي حنيفة - وصح في الوقعات الوقوع في الكل وفرق الفقيه أبو جعفر فأوقعه في قول الرجل: طلاقك عليّ واجب، ونفاه في غيرها من الألفاظ، واعتمد ابن نجيم عدم الوقوع في الكل، وعضده بقوله (وفي البرازية المختار عدم الوقوع) وقال ابن عابدين: (واختار الخاصي في فتاواه وقوعه في قول الرجل: طلاقك عليّ واجب، ثم قال: وبه قال محمد بن مقاتل وعليه الفتوى، ولفظ عليه الفتوى أكد ألفاظ التصحيح)، ينظر: المبسوط، السرخسي، 9: 56، 57؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 271؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 255.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 240، نقلا عن جوامع الفقه؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 2: 4، نقلا عن فتاوى قاضي خان والفتاوى الكبرى.

ولو قال لامرأته: قولي أنا طالق تطلق إذا قالت، ولم تطلق إذا لم تقل⁽¹⁾، بخلاف ما لو قال لآخر: قل لامرأتي أنا طالق تطلق قال أو لم يقل⁽²⁾، والفرق أن في الأول أمر بالإنشاء فما لم يوجد الإنشاء منها لا يقع، وفي الثاني بالأخبار وأن يستدعي سبق الخبر به، وروى هشام عن أبي يوسف ومحمد لو قال: نساء أهل الري طالق وهو من أهل الري، أو قال: نساء أهل الدنيا طالق⁽³⁾، أو قال: عبيد أهل الدنيا أحرار لا تطلق ولا تعتق إلا أن ينوي⁽⁴⁾؛ لأنه لا يريد امرأته وعبد نفسه عادة وبه أخذ عصام بن يوسف⁽⁵⁾ وعليه الفتوى⁽⁶⁾ وروى ابن سماعة عن محمد تطلق وتعتق وبه أخذ الشداد⁽⁷⁾؛ لأنها من نساء العالم وعبيد العالم، ولو قال: ولد آدم كلهم أحرار لا يعتق عبده بالاتفاق⁽⁸⁾، ولو قال: كل عبد في هذه الدار أحرار عتق عبده بالاتفاق⁽⁹⁾، ولو قال: كل من دخل هذه الدار فامرأته طالق ولم ينو نفسه فدخل الدار ذكر في واقعات الناطفي أنه يجب أن يكون على الخلاف.

رجل قال لآخر: هل امرأتك إلا طالق فقال الزوج: لا، لا تطلق، ولو قال: نعم، لا تطلق⁽¹⁰⁾؛ لأن في الأول صار قائلاً ليس امرأتي إلا طالق، وفي الثاني صار قائلاً نعم امرأتي غير طالق.

فصل في الكناية

- (1) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 3: 154؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 154.
- (2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 154.
- (3) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 8.
- (4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 240.
- (5) عصام هو: عصام بن يوسف بن ميمون بن قدامة، أبو عصيمة البلخي، فقيه حنفي، محدث، انتهت إليه مشيخة الحنفية في بلاده هو وأخوه، توفي 210 هـ، ينظر: الجواهر المضية، 1: 374؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 2: 495 - 496؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 116.
- (6) يفيد هذا المصطلح عند الحنفية أصحية القول الذي يفتى به، ينظر: رد المحتار، ابن عابدين، 3: 255؛ مصطلحات المذاهب الفقهية، مريم الظفيري، 112.
- (7) الشداد هو: شداد بن حكيم البلخي، فقيه حنفي، قاض، من أصحاب زفر، مات سنة عشرين ومائتين، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 256؛ الأثمار الجنية، علي قاري، 1: 442 - 443؛ الفوائد البهية، 83.
- (8) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 240؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 294.
- (9) ينظر: رد المحتار، ابن عابدين، 3: 294.
- (10) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 154.

[مسألة] ولو قال لامرأته: أنت مطلقة محققة فذلك على النية؛ لأنه ليس بصريح لإزالة هذا النكاح؛ لأن هذا اللفظ اقتضى الإطلاق غير الحبس فتوقف على النية، وذكر الكرخي في مختصره لو قال لامرأته: أنت طالق⁽¹⁾ من امرأة فلان وهي مطلقة فذلك على نيته⁽²⁾؛ لأنه لم يصرح بالإيقاع كما في قوله أنت أزنى من فلان لم يكن قذفاً؛ لأنه لم يصرح بزناه فكذا هذا إلا أن يكون جواباً لمسألة الطلاق فيقع⁽³⁾؛ لأن الحالة أدل على الطلاق من النية، وذكر في المنتقى والعيون لو قال: أنت طالق [بكسر اللام]⁽⁴⁾ ونوى الطلاق يقع وإن لم ينو الطلاق يقع⁽⁵⁾؛ لأن العرب تنقص حرفاً، (قال الله تعالى ونادوا يا مال ليقض علينا ربك) وهذه قراءة ابن مسعود⁽⁶⁾ إلا أنه يشترط النية؛ لأن هذا اللفظ بمنزلة الكناية وليس بإفصاح، فإذا نوى فقد ترخم القاف فيه، والكلام يحتمله فصحت نيته، وأما إذا قال: طالق وقع الطلاق وإن لم ينو⁽⁷⁾؛ لأن العرب قد تحذف من الكلام الحرف وتبدل مكانه الكسرة، وقد وجدت فصار كأنه أفصح بالقاف، وذكر في فتاوى السمرقندي لو قال لعبدته: أنت إذا ونوى العتق لا يعتق؛ لأنه لا يجيء في الكلام الفارسي إدغام الحرف الأخير، وقد جاء في كلام العرب، وهذا كله إذا ذكر في حالة الرضا، فإن ذكر في حال مذاكرة الطلاق أو الغضب يقع وإن لم يذكر اللام مكسوراً؛ لأنه بمنزلة الكناية، ولو قال لامرأته: أعرتك طلاقك صار الطلاق في يدها بمنزلة قوله أمرك ببديك⁽⁸⁾؛ لأن الإعارة تمليك المنفعة فقد ملكها منفعة الطلاق [ومنفعة الطلاق التطلق]⁽⁹⁾ إن شاءت كما كان للزوج، وروي عن محمد أنه لا يقع الطلاق؛ لأنه لا يمكن إعارة الطلاق؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه وإعارة ما لا يمكن الانتفاع إلا باستهلاكه لا تكون

(1) هكذا في المخطوط، والصواب أطلق لما أثبتته من ذكر المسألة من علماء الحنفية.

(2) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 176؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 101؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 419.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 101.

(4) ساقط من: ع.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 323، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ الدر المختار، الحسكفي، 3: 255.

(6) إعراب القرءات الشواذ، أبوالبقاء العكبري، تح: محمد السيد، (لبنان، بيروت، عالم الكتب، 1996م)، ط 1، 2: 453.

(7) ينظر: الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 17؛ الدر المختار، الحسكفي، 3: 255.

(8) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 270، نقلاً عن الصيرفية.

(9) ساقط من: ع.

إعارة، ولو قال: رهنتك طلاقك قالوا: لا يقع⁽¹⁾؛ لأن الرهن لا يفيد زوال ملك المرهون، ولو قال: أنا بريء من طلاقك أو برئت إليك من طلاقك؛ فالصحيح أنه لا يقع وإن نوى، ولو قال: أنا بريء من نكاحك وقع الطلاق إن نوى⁽²⁾، والفرق أن البراءة عن الشيء ترك له وإعراض عنه والمعرض عن الطلاق لا يكون مطلقاً؛ فأما المعرض عن النكاح يكون مطلقاً⁽³⁾، وروى عن أبي حنيفة لو قال: وهبتك لأهلك أو لأبيك، أو لأمك، أو للأزواج فهو طلاق إذا نوى⁽⁴⁾؛ لأن المرأة ترد على هؤلاء عند الطلاق، ولو قال: وهبتك لأخيك أو أختك أو نحو ذلك فليس بطلاق وإن نوى؛ لأن المرأة لا ترد على هؤلاء⁽⁵⁾، ولو قال لامرأته: لم يبق بيني وبينك عمل لم تطلق إلا أن ينوي أنه لم يبق النكاح ونوى به الطلاق⁽⁶⁾؛ لأنه يصير حينئذ ناويا ما يحتمله لفظه، ولو قال: فسخت النكاح بيني وبينك ينوي الطلاق يقع⁽⁷⁾؛ لأن الفسخ يوجب البيونة، ولو قال: لا حاجة لي فيك أو ما أريدك فليس بطلاق وإن نوى؛ لأن اللفظ لا يحتمله؛ لأن عدم الإرادة والحاجة لا تبني على الحرية والبيونة⁽⁸⁾ ولو قالت امرأته له: طلقني، فقال: نعم لا يقع الطلاق⁽⁹⁾؛ لأن هذا ميعاد له، ولو قال: قد فعلت فهي ثلاث، ولو قالت المرأة: أنا طالق فقال الزوج: نعم كانت طالقا إن نوى به طلاقاً مستقبلاً، وإن نوى الخبر عما مضى وقع⁽¹⁰⁾، ولو قالت: اجعل أمري في يدي من الطلاق فقال: نعم؛ فهذا قد ملكها أمرها؛ لأن في الأول قالت: جعل الأمر في يدي فتوقف على إجازته وقوله نعم إجازة لما فعلت، ولو قال: اشتريت منك بألف

-
- (1) رد المحتار، ابن عابدين، 3: 256؛ وينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 270، نقلا عن الصيرفية .
(2) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 63.
(3) ونقل ابن الهمام عن الخلاصة أنه يقع رجعياً، ثم قال: (والأوجه عندي أنه يقع باننا)، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 465؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 63.
(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 107؛ الهداية، المرغيناني، 1: 241.
(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 107؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 376، نقلا عن السراج الوهاج.
(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 376، نقلا عن العتابية، والعتابية هي: أحد كتب الفتاوى في المذهب الحنفي وتعرف بجامع جوامع الفقه، والعتابي هو: أحمد بن محمد بن عمر أبو نصر العتابي البخاري، فقيه حنفي واسع العلم وأحد الزهاد، اشتهر ذكره بسبب تصانيفه، التي منها كتاب الفتاوى هذا، توفي يوم الأحد وقت صلاة الظهر ببخارى سنة 586هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 114؛ الطبقات السنية، الغزي، 2: 72 - 73؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 36.
(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 107؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 465.
(8) ساقط من: ع.
(9) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 274، نقلا عن البرازية.
(10) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 274، نقلا عن البرازية.

درهم، فقال الآخر: نعم، أو قال: قد فعلت فالبيع لازم والطلاق كالعناق، قال أبو يوسف: لو تهجى لفظ الطلاق تطلق بخلاف التهجي آية السجدة حيث لا يلزمه سجدة⁽¹⁾؛ لأن لزوم السجدة متعلق بالقراءة، وهذا لا يعد قراءة ووقوع الطلاق بلفظ يحتمله قد وجد، رجل قال لرجل: طلقت امرأتك قال: نعم بالهجاء أو قال: بلى بالهجاء ولم يتكلم فهي طالق⁽²⁾، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة لو قال: لك الطلاق أو معك الطلاق لا يقع مالم ينو⁽³⁾؛ لأنه غير مستعمل في الإيقاع، عن محمد لو قال: قد قضى الله طلاقك أو شاء الله طلاقك أو قد قضيت طلاقك أو شئت طلاقك لم يقع مالم ينو⁽⁴⁾؛ لأنه ليس بصريح في الطلاق واللفظ متى يعبر عن سببه يحتاج إلى النية؛ لأن مشيئة الطلاق تحتل الإيقاع وتحتل الإرادة من غير إيقاع ولو قال لامرأته: يعيب نادر أدمت ونوى الطلاق وقع؛ لأنه نوى ما تحمله وإن قال: يعيب باردادم بخلاف التاء من آخر الكلام لا يقع؛ لأنه لم يصف الهاء، والله أعلم.

ظ هـ

اللوحة

306

ظ هـ

اللوحة

306

باب وصف الطلاق بما يوجب البينونة ومالا يوجب

[مسألة] ولو قال: أنت طالق مالا يجوز عليك من الطلاق ومالا يقع يقع واحدة⁽⁵⁾؛ لأنه وصف الطلاق بوصف باطل؛ لأنه ما من طلاق إلا ويجوز أن يقع فلغى وصفه وبقي الإيقاع فيقع، وكذلك لو قال: أنت طالق ثلاثا وأنا بالخيار ثلاثة أيام يقع الطلاق وبطل الشرط⁽⁶⁾؛ لأن هذا شرط يخالف مقتضى الطلاق؛ لأن مقتضى الطلاق الإنطلاق، وهذا الشرط يمنع الإنطلاق، وكل شرط يخالف مقتضى

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 53؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 2: 53؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام،

4: 67؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 175؛ الدر المختار، الحصكفي، 3: 256.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 357، نقلا عن فتاوى قاضي خان؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 355، نقلا عن فتاوى البقالي.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 417، نقلا عن المنتقى.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 419.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 256.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 256؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 372، نقلا عن الظهيرية.

اللفظ فهو باطل، والطلاق لا تبطله الشروط الفاسدة فوق، ولو قال: أنت طالق أفضل الطلاق أو أكمله أو أسنه أو خيره يقع واحدة رجعية⁽¹⁾؛ لأن الكامل والفصل من الحكم ما يوافق السنة، ولو قال: أشد الطلاق أو أخبثه أو أعظمه أو أكثره أو أشره ولم ينو تقع واحدة بئنة، وإن نوى الثلاث يقع الثلاث⁽²⁾؛ لأن كل لفظ ينبي عن زيادة وصف وغلظة للطلاق وتلك تكون بالبينونة، ولو طلق امرأته واحدة رجعية ثم قال: جعلتها بئنا أو ثلاثا قال أبو حنيفة: يكون بئنا وثلاثا⁽³⁾، وقال أبو يوسف: يكون بئنا ولا يكون ثلاثا⁽⁴⁾، وقال محمد وزفر: لا يكون بئنا ولا ثلاثا⁽⁵⁾.

لهما أنه أوقع الطلاق موصوفا بصفة ومقصورا على الواحدة، وقد وقع بهذه الصفة فلا يملك تغييره؛ لأن تغيير الموقع لا يجوز كما لا يملك جعل البائن رجعيا. لأبي يوسف أن البينونة والرجعة صفة والصفة تحتمل التبديل والتغيير شرعا؛ لأن الإبانة إثبات زيادة صفة للموقع فيملك العبد إثباتها لحاجته فأما الموقع واحدا والواحد لا يحتمل العدد.

له أن الإبانة مملوكة له كما أن أصل الإيقاع مملوك له بعد الإيقاع، وكذلك يملك إيقاع العدد كما يملك إيقاع الواحد فجعل الواحدة ثلاثا تفسيره إلحاق الثنتين بالواحدة وضمها إليها فيملك ذلك.

[مسألة] رجل طلق امرأته تطليقة رجعية، ثم راجعها، ثم قال: جعلتها بئنة لا يبطل⁽⁶⁾؛ لأن بالرجعة أبطل عرضة عمل الطلاق فتعذر جعلها بئنة⁽⁷⁾، ولو قال لامرأته: أنت طالق فليل له بعدما سكت، كم؟ قال: ثلاثا، قال أبو يوسف: كانت طالقا ثلاثا⁽⁸⁾؛ لأن قوله ثلاثا يصلح تفسيراً لقوله: أنت طالق؛ فقد فسر بتفسير يليق به فانعقد تفسيره، ويكون إقراراً منه بأن الموقع ثلاث، وهذا يستقيم على قياس ما

(1) ينظر: مختصر القدوري، القدوري، 361؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 145.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 240؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 110؛ الهداية، المرغيناني، 1: 293؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 145.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 104.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 104.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 104.

(6) تكون بئنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولا تكون بئنة عند محمد بن الحسن، ينظر: المبسوط، السرخسي، 24:

160؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 51؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 146.

(7) الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد، 2: 8.

(8) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 359، نقلا عن الخلاصة.

روي عنه أن من قال لامرأته: أنت طالق نوى الثلاث صح، ويحتمل أن هذا قول أبي حنيفة أيضا بناء على أن من طلق امرأته، ثم قال: جعلتها ثلاثا صح عنده وهو الظاهر⁽¹⁾، ولو قال: أنت طالق طلاق الحرام أو الحرج، ونوى الثلاث يقع؛ لأنه ذكر الطلاق وله عموم وخصوص فأيهما نوى صح، ولو قال: أنت طالق طوله وعرضه كذا، فهي واحدة بائنة وإن نوى الثلاث لا يقع⁽²⁾؛ لأن الشيء يوصف بالطول والعرض لزيادة وصف فيه ولشدة حكمه وغلظه ولزيادة وصفه بالبينونة ولا يوصف بالطول لزيادة العدد فالعدد لا يحتمله لفظه فلا تصح نيته، ولو قال: أنت طالق طويلة أو عظيمة أو كبيرة فهي واحدة بائنة⁽³⁾؛ لأن نفس الطلاق لا يتصف بالطول والعظمة، وإنما يتصف حكمه بذلك ومن طول حكمه وعظمه أن تكون بائنة، ولو قال: أنت طالق إلى الصين أو إلى مكة تقع واحدة رجعية⁽⁴⁾، وقال زفر: تقع بائنة؛ لأنه وصفه بالطول.

لنا أنه وصفه بالقصر؛ لأنه متى وقع الطلاق في مكان وقع في الأماكن كلها؛ فإذا أراد قصره على بعض الأماكن فقد وصفه بالقصر وقصره من حيث الحكم هو الرجعي حتى لو أراد به طول الطلاق من هاهنا إلى الصين تقع بائنة؛ لأنه وصفها بالطول والشدة، ولو قال: أنت طالق ألبنة، وعنى بقوله ألبنة طلاقا آخر يقع تطليقتان بائنتان⁽⁵⁾ وإن نوى صفة بأن تكون صفة للكلام أولا تدل ويحتمل أن يكون كلاما على حدة؛ فإذا عنى به طلاقا فقد عنى ما يحتمله لفظه فتقع واحدة بائنة؛ لأن ألبنة تبنى على القطع والبينونة فإذا صار الثاني بائنا يصير الأول بائنا ضرورة.

[مسألة] النوادر: قال أبو يوسف لو قال: أنت طالق للبدعة ينوي بائنة فهي بائنة⁽⁶⁾؛ لأن الرجعي هو السنة فتكون البدعة بائنة، وقد تكون البدعة من حيث إيقاعه في الحيض فإذا نوى البائنة صح، وروي عن محمد لو قال: أنت طالق

(1) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 373، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 372؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 222.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 372.

(4) المبسوط، السرخسي، 6: 223؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 594.

(5) الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 10؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 276.

(6) تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 180 - 181؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 110.

للبدعة أو للشيطان فإنه رجعي⁽¹⁾؛ لأنه يحتمل أن يكون بدعياً، ويقع رجعياً بالوقوع في حالة الحيض فعند الإطلاق يقع رجعياً؛ لأنه أدنى، وذكر ابن سماعة في نواته عن محمد لو قال: أنت طالق أقبح الطلاق إن نوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى واحدة فهي رجعية عند أبي يوسف، وعند محمد بائنة⁽²⁾؛ لأنه جعل القبح صفة للإطلاق وذلك في الطلاق المنهي عنه وهو البائن.

لأبي يوسف أن القبيح يذكر ويراد به الغلط ومعناه وقوعه في الوقت المكروه للمرأة الفرقة؛ فإذا احتل هذا الوجه لم تثبت البينونة بالشك، ولو قال: أنت طالق عدداً يقع ثنتان⁽³⁾، ولو قال: أنت طالق حتى تستكمل ثلاث تطليقات فهي طالق ثنتين⁽⁴⁾، ولو قال: أنت طالق كذا وكذا يقع ثلاثاً⁽⁵⁾؛ لأن في باب الإقرار يقع على أحد عشر فصار كأنه قال: أنت طالق أحد عشر، وروي عن أبي يوسف لو قال: أنت طالق أو بائن فواحدة بائنة⁽⁶⁾، ولو قال: أنت طالق وشيء ولا نية له طلقت ثنتان، وإن نوى بشيء ثلاثاً فهي ثلاث⁽⁷⁾، ولو قال: أنت طالق أكثر الطلاق فهي ثلاث⁽⁸⁾، وإن قال: أنت طالق كثير الطلاق أو قال بالفارسية: برى سيار طلاق يقع ثنتان⁽⁹⁾؛ لأن الشيء متى ضم إلى الشيء كان كثيراً، ومن الكثير أكثره وأكثر الطلاق ثلاثة فالكثير ثنتان، وذكر في واقعات الناطقي والمنتقى لو قال لامرأته: أنت طالق لا قليل ولا كثير تقع ثلاثاً، ولو قال: لا كثير ولا قليل يقع واحدة⁽¹⁰⁾؛ لأن القليل واحدة والكثير ثلاث فإذا قال أولاً لا قليل فقد نفى القليل، وقصد إيقاع الثلاث، ثم لا يعمل قوله ولا كثير بعد ذلك، ولو قال: أولاً ولا كثير، فقد نوى الكثير وقصد إيقاع القليل وهو الواحدة ثم لا يعمل قوله ولا قليل بعد ذلك وعلى قياس ما قاله أبو

-
- (1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 96؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 51.
(2) المبسوط، السرخسي، 6: 256؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 181؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 1
(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 312.
(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 312.
(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 312.
(6) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 312.
(7) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 312.
(8) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 312؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 372، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.
(9) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 442، نقلاً عن فتاوى أهل سمرقند؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 312.
(10) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 312، 313.

الليث إذا قال: أنت طالق كثيرا يقع ثنتان، ينبغي إذا قال: هنا لا قليل ولا كثير يقع ثنتان⁽¹⁾.

باب تكرار ألفاظ الطلاق

ولو قال: أنت طالق طالق⁽²⁾، أو قال: أنت طالق، أنت طالق⁽³⁾، أو أنت طالق قد طلقته⁽⁴⁾، أو قال: قد طلقته قد طلقته لا يصدق قضاء أنه عنى الأول⁽⁵⁾؛ لأن هذه الألفاظ متى جعلت إنشاء وإيقاعا عرفا، فإذا نوى به الإخبار عن الماضي فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء فإن قال له غيره: ما فعلت؟ فقال: قد طلقته أو قال: قد قلت هي طالق يصدق أنه عنى الأول؛ لأنه صدر جوابا للسؤال والسؤال وقع عن الأول فينصرف الجواب إليه⁽⁶⁾، ولو قال: لغير المدخول بها أنت طالق أنت طالق، أو أنت طالق وطاقق، أو فطاقق أو ثم طالق لا يقع إلا واحدة؛ لأن الطلاق إذا لم يعلق بالشرط لا يتوقف الأول على وجود الثاني؛ لأن كل كلام تام مستقل بنفسه لوجود الابتداء والخبر فلا يتوقف الأول على الثاني في الوقوع فسبق الأول في الوقوع فبان أن عدة فصار فيها الثاني وهي أجنبية فلا تقع ولو قال ذلك للمدخول بها وقع الثلاث؛ لأن الثاني والثالث صار فيها وهي معتدة، ولو قال لها: اعتديّ اعتديّ، وقال: نويت واحدة يصدق ديانة لا قضاء وطلقت ثلاثا⁽⁷⁾؛ لأنه لما عنى بهن تطليقة فقد عنى بكل لفظ ثلاث تطليقات والتطليقة مما لا يجري فذكر بعضها كذكر كلها فصار كأنه نوى بكل لفظة تطليقة فصار كما لو قال: أنت طالق، وطاقق، وطاقق فإن قال: عنيت بالثانية العدة تقبل؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، ولو قال: عنيت بالأولى الطلاق ولم أنو بالثانية والثالثة شيئا يقع ثلاثا، وعند زفر يقع واحدة

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 313.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 102.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 102.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 177؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 102.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 102.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 177؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 177.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 142؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 154.

بناء على أن قوله اعتديّ حال ذكر الطلاق يتعين للطلاق من غير نية عندنا وعنده لا يتعين⁽¹⁾.

وفي نوادر هشام عن محمد لو قال: نويت بالوسطى طلاقاً وبالآخرتين أن تعتد يصدق في القضاء، وإن قال: لم أنو بالبائن شيئاً فهو عبث، وإن قال: نويت بالآخر طلاقاً فهي واحدة إذا لم يكن له نية في الأولتين، وذكر الحسن بن زياد إذا نوى بواحدة من الألفاظ طلاقاً طلقت ثلاثاً؛ لأن الآخرتين في حال ذكر الطلاق فيتعين الطلاق، ولو قال: أنت طالق واعتدي أو أنت طالق فاعتديّ، فإن نوى واحدة يقع واحدة⁽²⁾؛ لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن العدة قد وجبت بقوله: أنت طالق فكان هذا أمر باعتداد عدة واجبة فيصح الأمر بخلاف قوله: اعتدي ونوى الطلاق؛ لأن الأمر بالاعتداد هنا لا يصح إلا بعد وقوع الطلاق فاقتضى وقوع الطلاق ضرورة، وإن نوى ثنتين يقع ثنتان⁽³⁾؛ لأنه يحتمله لفظه بمنزلة قوله أنت طالق ألبتة وإن لم يكن نية إن قال: أنت طالق فاعتدي تقع واحدة⁽⁴⁾؛ لأن الفاء للوصل وإنما تصل هذا بالأول متى جعل أمراً بالعدة الواجبة لا يقتضي طلاقاً آخر وإن قال: اعتدي أو اعتدي يقع ثنتان⁽⁵⁾؛ لأنه لم يذكره موصولاً بالأول فيكون أمراً مستأنفاً وكلاماً مبتدأً وهو في حال مذاكرة الطلاق فتحمل على الطلاق وعند زفر يقع واحدة⁽⁶⁾ لما عرف، ولو قال: اعتدي ثلاثاً، أو قال: عنيت تطليقة يعتدها ثلاث حيض تصدق⁽⁷⁾؛ لأنه يحتمل والظاهر لا يكذبه.

[مسألة] المنتقى: ولو قال: أنت طالق أنت، أو قال: وأنت تقع واحدة⁽⁸⁾؛ لأن هذا يحتمل التكرار كما يقال: أنت أنت، وأنت، وأنت فيكون الثاني تأكيداً وتكراراً

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 142؛ بداية المبتدي، المرغيناني، 72.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 142؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 329.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 142؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 329.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 468.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 329.

(6) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 329.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 144.

(8) اختلف أئمة الحنفية في هذه المسألة، فقال أبو يوسف: يقع واحدة سواء قال: أنت، أو قال: وأنت، وقال محمد

بن الحسن: إذا قال أنت طالق أنت يقع واحدة، وإذا قال: وأنت يقع ثنتين، ينظر: عيون المسائل، أبو الليث

السمرقندي، 1: 102؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 95.

لأول، ولو قال: ذلك لامرأة أخرى يقع على كل واحدة طلقة⁽¹⁾؛ لأن هذا لا يحتمل التكرار؛ لأنه كرر الإضافة مقرونا بالطلاق المضاف إليها فيكون الثاني إيقاع طلاق آخر ضرورة، رجل له أربع نسوة فقال: أنت، ثم أنت، ثم أنت، ثم أنت طالق طلقت الرابعة لا غير⁽²⁾؛ لأنه ما أوصل الإيقاع إلا بالرابعة؛ لأن كلمة ثم تقطع الوصل، ولو قال لامرأته: أنت بثلاث⁽³⁾، وإن قال بالفارسية: تراسه ونوى الطلاق يقع⁽⁴⁾، ولو قال: أنت الطل ونوى لا يقع⁽⁵⁾؛ لأنه جعل الثلاث صفة للمرأة لا صفة للطلاق المضمرة؛ فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلم يصح، ولو قال لامرأته: أنت مني بثلاث ونوى الطلاق طلقت؛ لأنه نوى ما يحتمله⁽⁶⁾، وإن قال: لم أنو الطلاق لم يصدق إن كان في حال مذاكرة الطلاق؛ لأنه لا يحتمل الرد⁽⁷⁾، رجل قال لامرأته: توبسه طلاق باشه، قيل: إن نوى كان طلاقا وإلا فلا؛ لأنه احتتمل توبسه طلاق ملك مني فلا يزول الاحتمال إلا بالنية وهكذا الاحتمال قائم في قوله أنت ثلاث تطليقات لكن ثمة تعين بالعرف ولا عرف هنا وإلا ظهر أنه يقع فينظر إلى الحال والقرائن، ولو قال لامرأته – في حال الغضب – : أو توزن مني بسه طلاق لا يقع شيء؛ لأنه حذف الفاء فلم يكن مضيفا إليها فلم يكن موجبا.

[مسألة] رجل قال لامرأته: ترا ميه طلاق يقع الطلاق؛ لأن قوله تراسه طلاق صار عبارة عن قوله: أعطيتك ثلاث تطليقات ألا ترى أنه لو قال: لك هذا الثوب كان هبة وكان بمنزلة قوله أعطيتك هذا الثوب فكذا هذا.

باب الرجعة⁽⁸⁾

- (1) ينظر: عيون المسائل، أبو الليث السمرقندي، 1: 102؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 95.
- (2) ينظر: لسان الحكام، أحمد بن محمد بن الشحنة، (مصر، القاهرة: مطبعة البابي الحلبي، 1973م)، 1: 326؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 273.
- (3) شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 8؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 281.
- (4) الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 6؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 8؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 375.
- (5) رد المحتار، ابن عابدين، 3: 275، نقلا عن الخانية.
- (6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 281.
- (7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 280، 281.
- (8) الرجعة لغة: بفتح الراء وكسرها والفتح أفصح مصدر رجَّعه يرجعه رجعا ورجعة، إذا أعاده وردَّه، يقال:

فيه فصلان **فصل في الرجعة**، و**فصل في انقطاعها**.

فصل في الرجعة

وإذا طلقها واحدة أو اثنتين يملك الرجعة في العدة لقوله تعالى ﴿وَمَوْلَاهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾⁽¹⁾ أي في العدة؛ لأن المذكور قبله العدة، فالله تعالى أثبت للزوج حق الرد من غير رضاها، والإنسان لا يملك إلا رد المنكوحه، وهو أن يردها إلى الحالة التي كانت عليها قبل الطلاق؛ فهذا بيان أن النكاح لا يزول بالطلاق مادامت في العدة⁽²⁾، والرجعة أن يقول: راجعتك، أو أرجعتك، أو رددتك، أو أمسكتك⁽³⁾ أو قال بالفارسية: أوردم أو نكاه دادم من ترا، والإشهاد على الرجعة مستحب **وعند الشافعي** لازم⁽⁴⁾ بناء على أن ملك النكاح زائل من وجه عنده، وعندنا قائم من كل وجه لما نبين فكانت الرجعة للمبلغ من الزوال واستدامة النكاح فلم يكن الإشهاد لازماً، وليس في الرجعة مهر ولا عوض⁽⁵⁾؛ لأن الرجعة استدامة ملك النكاح واستبقائه والعوض يقابل ثبوت الملك لا نفاه، **وعند الشافعي** لا تصح الرجعة إلا بمهر، ولهذا قال: الرجعة في الزوجات كالنكاح في الأجنبية⁽⁶⁾، والطلاق الرجعي

رَجَعْتُ الأَمْرَ إِلَى أَوَائِلِهِ إِذَا رَدَدْتَهُ إِلَى ابْتِدَائِهِ، وَفِي اصطلاح فقهاء الحنفية هو: رد الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التي كانت عليها، أو هو استدامة النكاح القائم على ما كان مادامت في العدة، ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 162؛ المصباح المنير، الفيومي، 220، مادة (ر ج ع)؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 10: 210؛ لسان العرب، ابن منظور، 3: 1592، مادة (ر ج ع)؛ مجمع الأنهر، شيخي زاده، 2: 79.

- (1) سورة البقرة، من الآية: 228.
- (2) ينظر: الفتاوى الولوجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 89؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 162.
- (3) ينظر: بداية المبتدي، المرغيناني، 77.
- (4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 32؛ الحاوي، الماوردي، 10: 311؛ مختصر القدوري، القدوري، 375. وقد اختلف العلماء في حكم الإشهاد في الرجعة على قولين:
الأول: أن الإشهاد على الرجعة مستحب وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة ورواية عن الشافعية.
الثاني: أن الإشهاد على الرجعة واجب وهو الرواية الأخرى عند الشافعية.
- (5) ينظر: الحاوي، الماوردي، 10: 311؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 163؛ المغني، ابن قدامة، 17: 68؛ القوانين الفقهية، ابن جزى، 186.
- (6) ينظر: الفتاوى الولوجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 89؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 16، 54.
- (7) ذكر الإمام المحاملي الشافعي أن الرجعة تخالف النكاح في سبع مسائل ومنها: (ولا توجب مهرا جديدا)، ينظر: اللباب في الفقه الشافعي، أحمد بن محمد المحاملي، تح: عبد الكريم العمري، (السعودية، المدينة المنورة: دار البخاري) ط1، 1416هـ.

لا يحرم الوطء خلافا للشافعي⁽¹⁾؛ لأنه زوجها لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾⁽²⁾ والبعل والزوج سواء وإذا شأنه زوجها فتحل له وطئها لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾⁽³⁾ إلا على أزواجهم، ولو نظر إلى فرجها أو لمسها بشهوة صار مراجعا⁽⁴⁾، وقال الشافعي: ليس بمراجع بناء على أن الرجعة عنده تجديد النكاح فلا تصح بالفعل عند استيفاء الملك⁽⁵⁾؛ لأن الاستمتاع والنظر يختص بالنكاح حتى لو كان بغير شهوة لم يكن رجعة؛ لأنه لا يدل على الاستيفاء، وذكر الكرخي في مختصره: ولو نظر إلى دبرها موضع الجماع بشهوة لم يكن رجعة في قياس قول أبي حنيفة⁽⁶⁾؛ لأن هذا السبيل ليس بمحل للوطئ؛ ولهذا لو وطئ فيه لا يوجب الحد فلا يقام مقام الوطء في حق الرجعة، قال أبو يوسف: ويكره التقبيل واللمس بغير شهوة إذا لم يرد الرجعة ويكره أن يراها متجردة⁽⁷⁾؛ لأنه لا يأمن من أن يشتهي فيصير مراجعا، ثم يحتاج إلى الطلاق فيؤدي إلى تطويل العدة، ولا يصح تعليق الرجعة بالشرط⁽⁸⁾؛ لأنه استبقاء للملك فيعتبر بإثباته، والخلوة بالمعتدة ليست برجعة⁽⁹⁾؛ لأن الخلوة إنما أقيمت مقام الوطء في حق الرجعة، ولو قال للمعتدة: راجعتك أمس لا يسمع تكذيب المرأة⁽¹⁰⁾؛ لأنه يملك إنشاء الرجعة للحال

ج هـ

اللوحة

308

- (1) اختلف الفقهاء في حكم وطئ المطلقة رجعيا على رأيين: الأول: وهو رأي المالكية والشافعية ويرون أن المطلق يحرم عليه وطؤ مطلقة طلاقا رجعيا. الثاني: وهو رأي الحنفية والحنابلة ويرون أن المطلق لا يحرم عليه وطؤ مطلقة رجعيا. ينظر: الوسيط، الغزالي، 5: 465؛ بداية المجتهد، ابن رشد، 2: 85؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 162؛ الإنصاف، المرداوي، 9: 153.
- (2) سورة البقرة، من الآية: 228.
- (3) سورة المؤمنون، من الآية: 5.
- (4) ينظر: مختصر القدوري، القدوري، 375.
- (5) اختلف الفقهاء في كون لمس المطلقة رجعيا رجعة على رأيين: الأول: وهو رأي الشافعية والحنابلة والراجح عند المالكية ويرون أن لمس المطلقة رجعيا لا يكون رجعة. الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية ويرون أن لمس المطلقة رجعيا بشهوة يكون رجعة. ينظر: الكافي، ابن عبد البر، 292؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 348، 350؛ روضة الطالبين، النووي، 8: 217؛ الإنصاف، المرداوي، 9: 156.
- (6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 182؛ الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 89؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 13.
- (7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 182؛ الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 89؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 13.
- (8) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 163.
- (9) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 9؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 16.
- (10) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 38؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 180؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3:

فيملك إخبارها وبعد انقضاء العدة القول للمرأة⁽¹⁾؛ لأنه حكى أمرا لا يملك استثنائه فلا يصدق فيما حكى، ولو كتمها الطلاق والرجعة فقد أساء⁽²⁾ فإنه متى لم يعلمها لا تشعر بوجوب العدة فلا تجتنب عن ارتكاب محظورات العدة؛ فإذا أعلمها بالطلاق ولم يعلمها بالرجعة يصير مسيئا؛ لأنها ربما تتزوج بآخر بعد انقضاء العدة فيدخل بها الثاني في نكاح فاسد⁽³⁾، وإن كان لا يريد رجعتها يسمع خفق نعليه عند دخوله؛ لأنه ربما رآها متجردة فيقع بصره على فرجها فيصير مراجعا فيطلقها ثانيا فتطول عليها العدة⁽⁴⁾، والكتابية والمسلمة والحررة والمملوكة في الرجعة سواء؛ لأنه لا تفصيل في دلائل الرجعة.

فصل [في وقت انقطاع الرجعة]

وتتقطع الرجعة بانقضاء العدة⁽⁵⁾ لما بيّنا، وإن انقطع الدم ولم تغتسل فإن كان حيضها عشرة فقد انقطعت الرجعة⁽⁶⁾؛ لأن العدة تنقضي بانقضاء ثلاث حيض وقد انقضت، وإن كان حيضها أقل من عشرة لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل أو يمضي وقت صلاة الظهر لم يستحكم بعد لجواز أن يغادرها الدم فيكون حيضا⁽⁷⁾، ولو اغتسلت من الحيضة الثالثة وقد بقي منها عضو يملك الرجعة قياسا⁽⁸⁾؛ لأنها تسمى مغتسلة ويملكها استحسانا؛ لأن انقطاع الرجعة معلق بالطهارة من الحيض ولم تصر طاهرة من الحيض بدليل أنه لا يباح لها أداء الصلاة معه، ولو بقيت لمعة يملك الرجعة قياسا على العضو، وهو قول زفر ولا يملك الرجعة استحسانا⁽⁹⁾؛ لأنه يحتمل أن الماء قد أصابها وجفت لغفلتها عنها وليس بنادر؛ فحكمنا بانقطاع الرجعة احتياطا حتى لو تيقنت أنه لم يصبها الماء لم تنقطع الرجعة بخلاف العضو الكامل؛ لأنه مما

185؛ الفتاوى الولوجية، عبدالرشيد الولوجي، 2: 90 .

(1) مختصر القدوري، القدوري، 375؛ الفتاوى الولوجية، عبدالرشيد الولوجي، 2: 90.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 6: 40.

(3) الفتاوى الولوجية، عبدالرشيد الولوجي، 2: 89.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 182؛ الهداية، المرغيناني، 1: 254.

(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 164.

(6) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 164؛ الهداية، المرغيناني، 1: 254؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 183.

(7) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 164؛ الهداية، المرغيناني، 1: 254؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 183.

(8) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 47.

(9) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 47؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 164.

لا يتسارع إليه الجفاف قبل سائر الأعضاء، ولا يحتمل التغافل عنها أصلاً فدل بيبسه قبل سائر الأعضاء أنه لم يصبه الماء بيقين، فأما إذا تركت المضمضة والاستنشاق **قال محمد**: تبين من زوجها ولا تحل للأزواج⁽¹⁾؛ لأن هذا عضو مختلف في وجوب غسله فأخذنا بالاحتياط، وجعلنا غسله فرضاً في حق إباحة الصلاة وحلها للأزواج ولم يجعلها فرضاً في حق الرجعة، وعن **أبي يوسف** روايتان روى عنه مثل قول **محمد**، وروى عن **محمد** أن له الرجعة⁽²⁾؛ لأن الحدث في عضو كامل باق والتيمم لا يقطع الرجعة عندهما **خلافاً لمحمد وزفر**⁽³⁾ و**الشافعي**؛ لأن التيمم طهارة تفيد إباحة أداء الصلاة، وإباحة أداء الصلاة حكم من أحكام الطهارات عن الحيض فتقطع به الرجعة كالاغتسال.

لهما أن التيمم طهارة ضرورية؛ لأنه بحقيقته تلويث وتغيير وإنما جعل طهوراً في حق الصلاة وتوابعها للضرورة حتى لا يتضاعف عليها الواجبات وانقطاع الرجعة ليس من توابعها فلا يفيد الطهارة في حقه فإن تيممت وقرأت القرآن، ومست المصحف، ودخلت المسجد، **قال الكرخي**: تنقطع الرجعة⁽⁴⁾؛ لأن صحة القراءة وجواز المس حكم من أحكام الطهارات لصحة الصلاة، وقال **أبو بكر الرازي**: لا تنقطع الرجعة⁽⁵⁾؛ لأن ذلك ليس من أحكام الصلاة، والتيمم إنما صار طهوراً لضرورة صحة الصلاة فلا تطهر طهوريته في حق غيرها ولهذا لو تيمم لهذه الأشياء لا يجزيه أن يصلي بذلك التيمم، ولو اغتسلت بسؤر⁽⁶⁾ الحمار تنقطع الرجعة ولا تحل للأزواج⁽⁷⁾؛ لأنه مشكوك فيه، فإن كان طاهراً لا رجعة، وإن كان نجساً أو

-
- (1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 47؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 164.
(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 47؛ تبين الحقائق، الزيلعي، 2: 251.
(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 48؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 164؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 2: 63.
(4) ينظر: الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 89؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 404؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 164.
(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 164؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 404؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 471، نقلاً عن غاية السروجي.
(6) السؤر: بقية الشيء، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 4: 339، مادة (س أ ر).
(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 48؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 148؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 163؛ تبين الحقائق، الزيلعي، 2: 251.

لم يكن مطهراً له الرجعة، فإذا احتتم انقطعت احتياطاً، ولو قال للمعتدة: راجعتك فقالت مجيبة: قد انقضت عدتي لم تكن رجعة عند أبي حنيفة، وعندهما رجعة(1).

لهما أن الرجعة صادفت حال قيام العدة؛ لأن انقضاءها يعرف بخبرها وقد عدم خبرها حالة الرجعة فصحت الرجعة فلا يصح إخبارها بعد وصار كالموكل إذا قال للوكيل عزلتك فقال الوكيل مجيباً له: بعث لا يصح فكذا هذا، له أن الرجعة صادفت محل انقضاء العدة أو بعد انقضاء العدة؛ لأن خبرها بانقضاء العدة قد صح؛ لأن لها ولاية الإخبار عما في رحمها شرعاً وإذا صح خبرها ثبت المخبر به سابقاً على خبرها، إما متصلاً فقد صادفت الرجعة انقضاء العدة فلا يصح كما لو قال: راجعتك مع انقضاء عدتك.

ولو قال زوج الأمة: كنت راجعتك في العدة وكذبته الأمة وصدقه المولى لم يكن رجعة عند أبي حنيفة وعندهما رجعة(2)؛ لأن المولى لو صدقه في أصل النكاح ثبت ففي الاستبقاء أولى.

له أن الرجعة تستدعي قيام العدة والقول قولها في قيام العدة وانقضاءها. [مسألة] النواذر: وذكر الحسن في المجرّد لو قال الزوج: راجعتك فقالت بعد سكتة: قد انقضت عدتي لم تصدق؛ لأن السكتة صارت فاصلة بين قول الزوج وإخبارها فصحت مراجعته.

قال محمد: لا تقبل الشهادة على التقبيل واللمس فالنظر أنه لشهوة؛ لأنه لا علم للشاهد بها(3)، ولو نظرت بشهوة لم تكن راجعته، ولو قبلته تكون رجعة(4).

وقال أبو يوسف: إن فعلت ذلك اختلاسا وهو كاره لم يكن رجعة(5) لما بينا في البيوع، وإذا تزوج المطلقة طلاقاً رجعياً يصير مراجعاً وهو المختار(6)؛ لأنه إن

(1) ينظر: مختصر القدوري، القدوري، 376؛ المبسوط، السرخسي، 6: 40؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 180؛ الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 90؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 17؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 164.

(2) ينظر: مختصر القدوري، القدوري، 376؛ المبسوط، السرخسي، 6: 37؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 6: 185؛ الفتاوى الولواجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 90.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 183.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 17.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 37؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 14.

(6) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 163.

تعذر العمل بحقيقة النكاح أمكن العمل بمجازه بجعله مجازا عن الرجعة؛ لأنه يحتملها، ولو طلق امرأته واحدة ثم قال: إن قال: إن راجعتها فهي طالق ثلاثا، ثم انقضت عدتها، ثم تزوجها لا تطلق ولو كان الطلاق بائنا تطلق؛ لأن في الرجعي المحل يقبل الرجعة فانصرفت اليمين إليها ولم توجد الرجعة وفي البائن لا تقبل فانصرفت إلى الرجعة مجازا وهو النكاح، ولو قال لمطلقة: أنت عندي كما كنت أو قال: أنت امرأتي إن نوى الرجعة يصير مراجعا⁽¹⁾؛ لأنه نوى ما يحتمله وإن نوى في حكم الميراث وغيره أو لم ينو شيئا لا؛ لأنها امرأته في حق الميراث وغيره فيكون صادقا، وإذا احتل الرجعة وغيرها وقع الشك في الرجعة فلا يصير مراجعا بالشك⁽²⁾.

هشام عن محمد لو قال: لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق فجامعها ومكث بعد ما جامعها فهي رجعة، وهكذا روي عن زفر⁽³⁾، وقال أبو يوسف: لا تكون رجعة إلا أن ينتحي عنها ثم يعود.

لمحمد أن بابتداء الفعل أوجد شرطا فوقت تطليقة وبالمكث، والدوام عليه يصير مراجعا؛ لأن الدوام عليه كابتدائه كمن حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابس فلم ينزعه عنه يحنث فكذا هذا.

لأبي يوسف أن هذا فعل لا يمتد ولا يتوقت فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه كالدخول والخروج، ولو حلف لا يدخل وهو داخل ولا يخرج وهو خارج لا يحنث بالبقاء عليه فكذا هذا.

[مسألة] رجل طلق امرأته ثم راجعها وقال: زدت في مهرك لا يصح؛ لأن هذه زيادة في المهر وإنما مجهولة فلا تثبت⁽⁴⁾، ولو قال: راجعتك بألف درهم إن قبلت المرأة صح وإلا فلا⁽⁵⁾.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 15، 18، نقلا عن نوادر ابن هشام؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 163؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 251.

(2) الفتاوى الولوجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 88.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 15.

(4) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 219، نقلا عن فتاوى الفضلي.

(5) الفتاوى الولوجية، عبدالرشيد الولواجي، 2: 89؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 219، نقلا عن فتاوى الفضلي.

باب ما يحرم امرأته على نفسه أو غيرها

[مسألة] لو قال لامرأته: أنت علي حرام أو حرمتك أو قال: أنا عليك حرام أو يحرم إن نوى طلاقاً فطلاق، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى واحدة أو اثنتين فواحدة بائنة⁽¹⁾؛ لأن هذه اللفظة من كنايات الطلاق، وإن لم ينو شيئاً فهو يمين⁽²⁾؛ لأن تحريم الحلال يمين، ولو قال: حرمت هذا الخبز على نفسي فتناول شيئاً منه حنث لما يأتي في الأيمان، ثم اليمين في الزوجات إيلاء حتى لو تركها أربعة أشهر من غير قربانها بانث بتطبيق⁽³⁾، وإن نوى الظهار فهو ظهار عندهما وقال محمد: ليس بظهار⁽⁴⁾؛ لأن الظهار لا يتحقق بدون التشبيه بالمحرمة ولم يوجد.

لهما أنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن التحريم تارة يكون بالطلاق، وتارة يكون بالظهار فيصدق وإن نوى الكذب يصدق⁽⁵⁾؛ لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأنه وصف الحلال بضده ووصف الشيء بضده يكون كذباً، وعن بعض مشايخنا أنه لا يصدق في حق الكفاءة، وإن نوى اليمين بغيره من الكنايات يكون يمينا؛ لأنه مما يحتمل إيجاب الحرمة فصارت بمنزلة قوله: أنت علي حرام، وقيل: لا يكون يمينا؛ لأن هذه الألفاظ ليست بصريح في اليمين وإنما تلحق الصريح لغلبة الاستعمال أو بالنية ولم يوجد كلاهما بخلاف قوله: أنت علي حرام؛ لأنه ألحق بالصريح لغلبة الاستعمال لليمين، ولو قال: كل حل عليه حرام أو حلال الله عليه حرام ولانية له حمل على الطعام والشراب، وعند زفر تناول كل حلال وحنث عقيب كلامه وهو القياس⁽⁶⁾؛ لأن اللفظ عام في المباحات، وكما فرغ في اليمين وجد ما هو المباح من تنفس أو حركة فحنث.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 129؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 167؛ الهداية، المرغيناني، 1: 236؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 59.

(2) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 59.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 448.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 448.

(5) ينظر: الهداية، المرغيناني، 2: 13.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 128؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 448؛ الهداية، المرغيناني، 2: 75؛

لنا أن في العرف متى أطلقت هذه اللفظة لا يراد بها تحريم كل مباح؛ لأن الامتناع عن الكل متعدد، وإنما يراد به المأكول والمشروب فحملنا عليه باعتبار العرف والعادة، وقال مشايخ بلخ⁽¹⁾: هذا الجواب على عرفهم فأما في عرفنا تكون طلاقاً؛ لأنهم يريدون به الطلاق⁽²⁾، وذكر الناطفي في واقعاته في نوازله لو قال: حلال الله علي حرام فإن كانت له امرأة واحدة أو أربع طلقت كل واحدة منهن طلاقاً⁽³⁾؛ لأن مطلق هذا ينصرف إلى النساء عرفاً وإن لم تكن له امرأة ثم تزوجها تلزمه الكفارة إذا فعل؛ لأنه تعذر صرفها إلى المرأة فتجعل يمينا؛ لأن تحريم الحلال يمين حتى لو قال من قال بالفارسية: حرامست مرا باتخن كفتن يكون يمينا، وإن نوى امرأته مع المأكول والمشروب دخلت أيضاً وصار مولياً؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ فإن أكل أو شرب أو جامعها في الأربعة أشهر حنث ولزمته الكفارة، وإن نوى المرأة وحدها يصدق؛ لأنه عنى تخصيص ما في لفظه وإنه أمر بينه وبين ربه لا مدخل للقضاء فيه فيصدق، ولو قال: كل حلّ عليه حرام ونوى امرأته انعقدت اليمين عليها وعلى الطعام والشراب؛ لأن حكم الإيلاء واليمين واحد واللفظ ينتظمهما فلا ينتفي أحدهما بالآخر⁽⁴⁾.

[مسألة] المنتقى: وإن نوى في امرأته الطلاق فكانت واحدة بائنة وإذا أكل أو شرب لم تلزمه الكفارة⁽⁵⁾؛ لأن معنى الطلاق غير معنى اليمين واللفظ الواحد لا ينتظم المعنيين المختلفين، وإذا صار طلاقاً خرج من أن يكون يمينا وهكذا روي عن أبي يوسف ومحمد فمن قال لامرأتين: أنتما عليّ حرام ينوي الطلاق في إحداهما، والإيلاء في الأخرى فهما طالقتان⁽⁶⁾؛ لأن اللفظ الواحد لا ينتظم المعنيين المختلفين فحمل على الأغلب بينهما وهو الطلاق، وعن أبي يوسف أنه إذا نوى في إحداهما ثلاثاً، وفي الأخرى واحدة فهما طالقتان ثلاثاً⁽⁷⁾؛ لأن الحرمة نوعان: غليظة وخفيفة،

(1) مدينة مشهورة بخراسان، ينظر: معجم البلدان، ياقوت الحموي، 1: 479.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 448.

(3) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 209.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 170؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 318.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 170.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 129؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 170؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3:

450، نقلاً عن نوادر ابن سماعة.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 129؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 329.

واللفظ الواحد لا ينتظم النوعين فحمل على الأغظ، وفي قول أبي حنيفة فهو كما نوى، ويجب أن يكون هذا قول محمد أيضا بناء على أن هذا اللفظ للثلاث حقيقة وللواحدة كالمجاز⁽¹⁾؛ لأن الثلاث تثبت الحرمة مطلقا، فصار نظير لفظه النذر إذا نوى النذر واليمين تصح عندهما خلافا لأبي يوسف فكذا هذا والفتوى على قولهما⁽²⁾، ولو قال: نويت الطلاق لإحداهما واليمين للأخرى عند أبي يوسف يقع عليهما الطلاق⁽³⁾ كما لو نوى النذر واليمين وعلى قياس قولهما يجب أن يكون إذا نوى⁽⁴⁾، ولو قال لثلاث نسوة أنت علي حرام ونوى لإحداهن طلاقا وللأخرى يمينا وللثالثة الكذب طلقن جميعا عند أبي يوسف وعندهما فهو كما نوى⁽⁵⁾، ولو قال لامرأته: أنت علي حرام قاله مرتين نوى بالأولي الطلاق وبالثانية اليمين فهو كما نوى في قولهم جميعا⁽⁶⁾؛ لأن اللفظ متعدد فيجوز أن يكون المراد بأحدهما الحقيقة وبالآخر المجاز ولو قال: أنت كمتاع فلان لا يحرم وإن نوى⁽⁷⁾؛ لأن متاع فلان ليس بحرام لعينه بل لغيره فيكون الحرام لذلك الغير، ولو قال كالخمر أو الخنزير فهو بمنزلة قوله أنت علي حرام⁽⁸⁾؛ لأنه حرام لعينه لا يحل لوجه ما ذكر في النوازل لو قال لامرأته: أنت معي في الحرام فهو بمنزلة قوله: أنت علي حرام⁽⁹⁾؛ لأنه إذا حرمت عليه فقد حرم هو عليها فتكون معه في الحرام.

باب الطلاق بالفارسية

المنتقى: ألفاظ الطلاق بالفارسية المتعارفة أربعة؛ أحدها لو قال لها: بهستم ترا وبهستم ترا أزرني، روى ابن رستم في نوادره عن أبي حنيفة قال: لا يكون طلاقا إلا بالنية⁽¹⁰⁾؛ لأن هذه اللفظة تفسير لقوله: خلينك عن الزوجية، ولفظة التخلية لا

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 451.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 451؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 329.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 329؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 488.

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 329؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 488.

(5) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 488.

(6) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 330؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 488.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 129؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 456.

(8) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 129؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 456.

(9) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 455، نقلا عن واقعات الناطفي.

(10) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 461.

تصح إلا بالنية وكذا هذا⁽¹⁾، روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يكون طلاقاً رجعيًا⁽²⁾ ولا يصدق في القضاء أنه لم ينو الطلاق؛ لأن الناس تعارفوا إيقاع الطلاق بالفارسية بهذه اللفظة فصار بحكم العرف والاستعمال بمنزلة قوله: طلقتك، وقال أبو يوسف: لو قال: بهشم ترا أزرني فهو صريح في الطلاق⁽³⁾، وإن قال: بهشم ترى ولم يقل أزرني فإن كان في حال مذاكرة الطلاق أو الغضب فواحدة رجعية وفي غيرها لا يقع الطلاق إلا بالنية⁽⁴⁾؛ لأن هذه اللفظة لا تختص بإزالة القيد للنكاح، فلا يحمل عليه إلا بالنية أو بدلالة الحال؛ فإذا وجد أحدهما صار صريحاً، ولو نوى بئنا أو ثلاثاً فهو كما نوى⁽⁵⁾ فرق بين العربية والفارسية؛ فإنه لو قال: طلقتك ونوى بئنا أو ثلاثاً لا يصح، وإن كان هذا تفسيراً لقوله طلقتك، والفرق أن في العربية لكل معنى صريح لفظ يختص به لا يفهم منه غيره كقوله: أكلت لا يفهم منه الشرب، وكقوله: شربت لا يفهم منه الأكل، فكذا قوله طلقتك صريح في إيقاع الطلاق لا غير؛ لأنه لا يفهم منه العدد؛ لأنه لا يحتمله فأما في الفارسية اللفظ محتمل، إذا قال: بخوردم يحتمل الأكل والشرب فكذا قوله بهشم يحتمل الواحدة والثلاث فيتعين له بالنية، واللفظ الثاني والثالث لو قال: يله كردم أو قال: باي كشاده كردم يقع رجعيًا بلا نية بالاتفاق⁽⁶⁾؛ لأنه تفسير قوله طلقك عرفاً، والرابع لو قال: دست بازداشم اختلفوا فيه قيل يكون رجعيًا؛ لأنه تفسير لقوله طلقك؛ لأن الطلاق مأخوذ من إطلاق المحبوس، والمحبوس مأخوذ باليد فيكون إطلاقه رفع اليد وقيل يكون بئنا؛ لأنه تفسير لقوله: خليتك، وذكر الناطفي في واقعاته رجل قال لامرأته: بيك طلاق دست بازداشمت؛ فالأحوط أن يجدد النكاح⁽⁷⁾، ولو قال: بيك طلاق دست بازداشمت يقع رجعيًا⁽⁸⁾؛ لأن دست بازداشمت في الوجه الأول صفة للمرأة وفي الثاني صفة الطلاق فكان هذا فارسية قوله: خليت سبيل تطليقة لك، ولو قال رجل من بين الجماعة: سيرخورديم

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 461.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 461.

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 379.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 379.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 379.

(6) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 379، نقلاً عن الخلاصة.

(7) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 379، نقلاً عن التجنيس.

(8) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 463 الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 381.

ديان ماهسته أزرتي وقال آخر: همخين ينظر إن علم أنه إن علم بذلك نسائهم جميعا طلقت امرأة الآخر أيضا، وإن لم يعلم لم تطلق.

[مسألة] الفتاوى: ولو قال لامرأته: هستي روي عن أبي سليمان أنه لا تقع إلا بالنية، وعن **أبي مطيع البلخي** أنه كقوله: أنت طالق يقع رجعية نوى أو لم ينو وبه أخذ **الفقيه أبو الليث**، ولو قال: جهارده برتو كشاده است لا يقع وإن نوى مالم يقل خذي أيها شئت⁽¹⁾؛ لأنه إخبار عن كون الطلاق مفتوحة⁽²⁾ وليس بأمر الذهاب فإذا قال: خذي أيها شئت ونوى الطلاق يصير بمنزلة قوله: اذهبي ولو قال: لم أنو الطلاق يصدق؛ لأن هذا الكلام صلح جوابا وردا، ولو قال: جهارده برتوا كشادم يقع إن نوى⁽³⁾؛ لأنه يحتمل جهارده برتوا كشادم بدانك سوري دادم وكشادم بدانك نكاح بربرداستم.

[مسألة] امرأة قالت لزوجها مرا طلاق ده فقال الزوج بالفارسية دازه كير فهذه أربعة أوجه أحدها داهه كير وكردكير، والثاني داهه باد وكرده باد ففي هذين إن نوى الطلاق يقع الطلاق وإلا فلا⁽⁴⁾؛ لأنه يحتمل الإيقاع والوعد فأيهما نوى صح، والثالثة لو قال: داهه است وكرده است يقع الطلاق نوى أو لم ينو ولا يصدق في ترك النية أيضا؛ لأنه تحقيق ظاهر والرابعة لو قال: داهه إنكار وكرده إنكار لا يقع وإن نوى⁽⁵⁾؛ لأن هذا فارسية قوله عدي إنك طالق، ولو قال: ذلك ونوى الطلاق لا يقع فكذا هذا.

[مسألة] امرأة قالت: لزوجها مراسته طلاق فقال الزوج: دايم فإن كان هذا لغة بلدة من البلدان لم يكن جواباً، وذكر **الناطفي** في واقعاته امرأة قالت لزوجها

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 460.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 460.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 460.

(4) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 3: 380، نقلا عن الخلاصة.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 460.

بالفارسية: مرّي مدار، فقال: الزوج نادسته كيران إن أراد به الطلاق يقع⁽¹⁾؛ لأنه نوى ما يحتمله.

[مسألة] امرأة قالت لزوجها مراسه طلاق ده فقال كفته لئلاً يقع وإن نوى بخلاف قوله داهه بخلاف قوله داهه كير ونوى حيث يقع؛ لأن الأول لا يحتمل الجواب والثاني يحتمله.

[مسألة] رجل قال لامرأته: دست ازمن باردار فقالت المرأة: بازدا اشم بسه طلاق، فقال الزوج: من بيرنارداستم يُنظر إن نوى الواحدة فواحدة، وإن نوى الثلاث فثلاث؛ لأنه يحتمل ولم ينو شيئاً لا يقع شيء؛ لأنه لو وقع بقوله من بيرنارداستم ولهذا لا يقع إلا بالنية.

[مسألة] رجل قال لامرأته زاستر روي هزار بان طلاق داهه، ثم أنكر الزوج أن يكون أراد طلاقها فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه لم يكن ذلك عند مذاكرة الطلاق ولم يوجد منه الإضافة إليها، رجل قال لامرأته ترا تكي أو قال تراسه **قال أبو القاسم الصفار**: لا يقع الطلاق؛ لأن العربية لها إضمار والفارسية ليس لها إضمارات والمختار أنه يقع إذا نوى؛ لأن هذا ليس من باب الإضمار بل هذا تعيين المحتمل؛ لأن اسم الثلاث يقع على الطلاق وغيره فإذا لم ينو شيئاً لم يتعين للطلاق، وإذا نوى الطلاق تعين له رجل قال لامرأته: مرا بكار نيستي ونوى به الطلاق لا يقع⁽²⁾؛ لأن هذا اللفظ لا يحتمل الطلاق ولا يراد به الطلاق عرفاً، ولو قال لامرأته: هزار طلاق برا وقع الثلاث⁽³⁾؛ لأن هذا فارسية قوله ثلاث تطليقات لك، ولو قال لها ذلك وقع الثلاث؛ لأنه لو قال: لك ثلاث تطليقات يقع فكذا إذا قدم المؤخر، ولو قال لامرأته: يل طلاق وقع الثلاث؛ لأن هذا في الفارسية عطف بمنزلة قوله ولتبن في العربية.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 466.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 380، نقلًا عن الظهيرية.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 416.

[مسألة] رجل قال لامرأته قبل الدخول: بها أكرزمني توسك طلاق ودو طلاق دست بارداستم يقع واحدة؛ لأن في الوجه الأول الكلام إنما يتم عند قوله بارداستم؛ لأن هذا صار تفسيراً للأول فيقع ثلاثاً جملة، وفي الوجه الثاني الكلام تام فبانّت بالأولى لا بالعدة.

باب الطلاق بالكتابة

وإذا كتب طلاق امرأته في كتاب أو لوح أو على حائط أو أرض، وكان مستتبناً ونوى الطلاق يقع⁽¹⁾؛ لأن الكتابة حروف منظومة تدل على معان مفهومة فأشبهه الكلام؛ ولهذا كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مأموراً بالتبليغ وقد بلغ بكلامه ورسوله وكتابه، غير أن الكتابة قد تكون تجربة وامتحاناً للخط لا تحقيقاً، وقد يكون تحقيقاً فتعتبر النية، وإن لم يكن مستتبناً أو كتب في الهواء قال: لا يقع وإن نوى⁽²⁾؛ لأن الجمع بين الحروف المنظومة لم يوجد فصار كالأصوات العارضة عن الحروف لا يقع بها الطلاق وإن نوى فكذا هذا، وإن كتب في الصحيفة على وجه الرسالة والمخاطبة بأن يكتب بسم الله الرحمن الرحيم أما بعد؛ فهذا على وجهين: أما إن علقه بشرط بأن قال: إذا أتاك كتابي هذا يافلانة فأنت طالق، يقع الطلاق إذا أتاه كتابه⁽³⁾ ولا يصدق في خلافه؛ لأن الكتابة بمنزلة التكلم والتلفظ والحالة دلت على الإيقاع ظاهراً فلا يصدق في العدول عن ظاهره، وإن لم يعلقه بشرط وقع عقيب الكتابة⁽⁴⁾؛ لأن الكتابة بمنزلة التكلم على غير الوجه لا تقع إلا إذا قال: نويت بمنزلة الكتابة، ولو أن الأخرس لا يكتب وله إشارة معلومة في التصرفات يصح تصرفه بإشارته استحساناً⁽⁵⁾؛ لأن الإشارة يجوز أن يقوم مقام العبارة عند وقوع الحاجة، قال الله تعالى ﴿أَلَا تَكَلِّمُ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا﴾⁽⁶⁾

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 257؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 68؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 154.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 257؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 68.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 525.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 525.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 257.

(6) من الآية 41، سورة آل عمران.

بخلاف المريض الذي اعتقل لسانه لا تقام إشارته مقام عبارته لأن ثمة لا حاجة إلى ذلك تبرر ولا يطول⁽¹⁾.

[مسألة] المنتقى: رجل كتب إلى امرأته بحوائج وكتب فيه أما بعد، فإذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق فلا يخلو أما إن كتب الطلاق في آخره أو في أوله أو في وسطه، فإن كتب في آخره فبداله فمحي كتابة الطلاق فجاءها الكتاب تطلق⁽²⁾؛ لأنه تحقق الشرط وهو مجيء كتابه هذا إليها، ولو محى ما قبله من الحوائج وترك إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق ثم بعث به إليها لم تطلق⁽³⁾؛ لأنه لم يتحقق الشرط وهو مجيء الكتاب إليها؛ لأن الحوائج متى كتبها في أوله فهو المعهود بالكتاب، فإذا محاها بطل الكتاب فلم يتحقق الشرط، وإن كتب في أول الكتاب أما بعد، فإذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق، ثم كتب الحوائج في آخره حتى ملأ الكتاب، ثم بدا له فمحي الطلاق، وبقي ما بعده لم تطلق، ولو محى ما بعده وترك الطلاق طلقت؛ لأن شرط وقوع الطلاق مجيء بياض مكتوب فيه الطلاق فحسب لا كتاب الحوائج؛ لأنه حين علق الطلاق لم يكتب فيه الحوائج فتعلق الطلاق بمجيء كتاب فيه مكتوب الطلاق لا غير ولم يوجد ذلك في الوجه الأول ووجد في الوجه الثاني، ولو كتب الطلاق في وسطه، وأما بعد فإذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق وكتب قبله وبعده حوائج، ثم بدا له فمحي الطلاق وترك ما قبله طلقت وإن محى ما قبله أو أكثره وترك الطلاق لا يقع⁽⁴⁾؛ لأنه علق وقوع الطلاق بوصول الطلاق وما قبله مقصود بالكتاب والخطاب والطلاق مبني عليه فيعتبر ما بعده فيعتبر وما بعده بناء على الطلاق والطلاق غير مبني عليه فلا تعتبر، ولو كتب إليها أما بعد فأنت طالق ثلاثا إن شاء الله إن كان موصولا بكتابه لا تطلق⁽⁵⁾، وإن كتب الطلاق، ثم فتر فترة، ثم كتب إن شاء الله يقع الطلاق⁽⁶⁾؛ لأن المكتوب كالمفوظ والمنطوق به وفي المنطوق لو وصل لا يقع ولو فصل يقع فكذا في المكتوب.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 257.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 378، نقلا عن الظهيرية.

(3) ينظر: الننف، السعدي، 357؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 525.

(4) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 378، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(5) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 378، نقلا عن الظهيرية.

(6) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 378، نقلا عن الظهيرية.

[مسألة] رجل كتب إلى امرأته إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق فوصل الكتاب إلى أبيها فأخذه ومزقه ولم يدفع إليها ينظر إن كان الأب متصرفاً في عموم أمرها وقع الطلاق⁽¹⁾؛ لأن الوصول إليه كالموصول إليها معنى وإن لم يكن لا يقع.

[مسألة] رجل أكره بالضرب والحبس على أن يكتب طلاق امرأته فكتب فلانة بنت فلان امرأته طالق⁽²⁾؛ لأن الكتابة بمنزلة المخاطبة باعتبار الحاجة إلى الخطاب ولا حاجة هنا، وفي واقعات الناطفي لو قال لآخر: اكتب إلى امرأتي كتاباً إن خرجت من منزلك فأنت طالق فكتب فخرجت المرأة بعدما كتب قبل قراءته عليه [ثم قرأه عليه]⁽³⁾ وبعث به إلى المرأة لم تطلق بالخروج الأول⁽⁴⁾، وكذا لما كتب الكتاب على هذا فلما قرأه على الزوج قال الكاتب قد شرطت إن خرجت إلى شهر أو بعد شهر كان إلحاق هذا الشرط جائزاً⁽⁵⁾ ذكره في الجامع قال: ولو كتب كتاباً وقال: إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق، ثم نسخه في كتاب آخر هو أو غيره فبلغا إليها تطلق تطبيقين⁽⁶⁾ ولا يدين في القضاء، ولو كتب إلى امرأته كل امرأة لي غيرك وغير فلانة فهي طالق، ثم مجيء اسم الأخيرة ثم بعث الكتاب لا تطلق⁽⁷⁾، وهذه حيلة عجيبة.

باب المطلقة تطلق في العدة

الصريح يلتحق الصريح والبائن⁽⁸⁾ حتى إن المطلقة الرجعية لو طلقها أو أبانها تقع بالإجماع لقيام الزوجية والوصلة⁽⁹⁾، والبائن يلحقه الصريح، ولا يلحقه البائن⁽¹⁾

(1) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 378، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 379، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

(3) ساقط من: ع.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 379.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 379.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 379.

(7) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 379، نقلاً عن الظهيرية.

(8) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 180.

(9) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 330.

حتى إن المبتوتة والمختلعة لو أبانها لا يقع⁽²⁾؛ لأن محلها الوصلة والوصلة قد انقطعت بالخلع والإبانة ولو طلقها في العدة يقع⁽³⁾ خلافاً للشافعي⁽⁴⁾؛ لأن محل الطلاق المقيد وبعد الخلع هي مقيدة ممنوعة عن الخروج، والبروز والتزوج بزواج آخر، وهذا القيد ثابت بالنكاح؛ لأنه كان ثابتاً بالنكاح قبل الخلع ولو حكمنا بزواله لزمنا إثبات مثله والجزية منافية لثبوته لكن حكمنا بثبوته باعتبار الحاجة [أو الحاجة]⁽⁵⁾ تندفع بإبقائه فلا حاجة إلى إزالته وإثبات مثله ولو [نوى]⁽⁶⁾ بقوله: أنت بائن أو أنت عليّ حرام في المبانة والبينونة الغليظة والحرمة الغليظة، وهي حرمة المحل وبينونة المحل قيل: يصدق فيما نوى ويقع الثلاث⁽⁷⁾؛ لأنها محل للبينونة والحرمة الغليظة؛ ولأنه لا يمكن تصديقه فيما أخبر إلا بإدراج الإبانة والتحرير في كلامه فيدرج وقيل: لا يصدق⁽⁸⁾؛ لأن التغليظ صفة للبينونة فإذا لغت النية في أصل البينونة والحرمة لكونها حاصلة فكيف يعتبر النية لإثبات وصف التغليظ، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت بائن، ثم أبانها، ثم دخلت الدار يقع الأول، وقال زفر: لا يقع⁽⁹⁾؛ لأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط يجعل كالمنشأ ولو أنشأ هذه اللفظة عند دخول الدار لا يقع فكذا هذا.

لنا أن تعليق الإبانة بالشرط قد صح لقيام محله وهو الوصلة، والمعلق بالشرط بائن، وهو قوله: أنت بائن لإثبات صفة البينونة، والبينونة إنما شرعت بالطلاق فكانت اللفظة مقتضية طلاقاً فصار كأنه قال: إن دخلت الدار فأنت طالق بائن [وأرسل عند وجود الشرط وقال: أنت طالق بائن]⁽¹⁰⁾ يقع الطلاق ويلغوا قوله: أنت بائن فكذا هذا بخلاف ما لو أنشأ للحال؛ لأن اللفظ لم يصح؛ لأنها أضيفت

(1) ينظر: كنز الدقائق، النسفي، 277.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 410.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 134.

(4) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 198.

(5) ساقط من: ع.

(6) ساقط من: ع.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 332.

(8) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 332.

(9) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 148.

(10) ساقط من: ع.

إلى غير محلها، وإذا لم تصح اللفظة لم تصر بمنزلة قوله: أنت طالق بائن، ولا يقع على المبتوتة ظهار ولا لعان، أما الظهار فموجبه الحرمة، والحرمة حاصلة بالبينونة، وأما اللعان فهو حكم مشروع في حق قذف الزوجات والزوجية منقطعة⁽¹⁾، وإن آلى منها ثم انقضت مدة الإيلاء في العدة وقع عليها الطلاق⁽²⁾؛ لأن الإيلاء متى صح صار بمنزلة قوله: إن لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق بائن والله أعلم.

باب تشبيه الطلاق بماله عدد وما لا عدد [له]⁽³⁾

أصله أنه متى شبه الطلاق بشيء عند أبي حنيفة يقع بائنا، أي: شيء كان المشبه به ذكراً العظم أولم يذكر، وعندهما إن ذكر العظم كان بائنا أي شيء كان المشبه به وعند زفرينظر إلى المشبه به فإن كان يوصف بالشدة أو العظمة كان بائنا وإلا فهو رجعي⁽⁴⁾.

له أن صفة البينونة صفة شديدة غليظة؛ لأنها مبتثة للوصلة والعلاقة فإن وصف بما يوصف بالشدة والغظة تصير صفة للبينونة كالمنطوق بها وإلا فلا. لهما أنه متى ذكر العظم فقد تيقنا أنه أراد به البينونة، وإذا لم يذكر العظم لم يتقين بوصف البينونة فتعتبر اللفظة.

لأبي حنيفة أنه متى شبهه بشيء فقد وصف الطلاق يضرب من الزيادة والزيادة تارة تكون من حيث الصفة، وتارة تكون من حيث العدد فوجب إيقاع المتيقن وهي زيادة الصفة، وبيانه لو قال لامرأته: أنت طالق مثل رأس الإبرة أو عظم الحبة أو عظم الخردلة كان بائنا عند أبي حنيفة لمكان التشبيه وكذا عندهما لمكان ذكر العظم فيكون رجعياً عند زفر⁽⁵⁾، ولو قال: أنت طالق مثل الحبل أو مثل

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 333.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 481، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

(3) زيادة يقتضيها السياق.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 222؛ الهداية، المرغيناني، 1: 239؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 146.

(5) ينظر: عيون المسائل، أبو الليث، 97؛ المبسوط، السرخسي، 6: 222؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 146؛ =

= الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 36.

حبة الخردلة فهو بائن عندهما، وقال محمد: هو ثلاث⁽¹⁾؛ لأن الألف اسم للعدد وهو الظاهر فكان التشبيه بالألف تشبيها في العدد.

لهما أن الشيء قد شبه بالعدد والكثرة وقد تشبه بها من حيث العظم والقوة كما يقال في المثل: رب رجل يعدل ألف رجل من حيث القوة والعظمة فعند الإطلاق تقع واحدة؛ لأنها متيقنة والزيادة مشكوك فيها فتوقف على النية، ولو قال: أنت طالق كعدد ألف أو كعدد ثلاث فهي ثلاث⁽²⁾؛ لأنه ذو عدد وقد شبهه به من حيث العدد، ولو قال: أنت طالق مثل البيت فهي واحدة إلا أن ينوي الثلاث⁽³⁾؛ لأن البيت يملأ تارة لعظم الشيء وتارة بالكثرة والزيادة فإن نوى الواحدة فقد قصد العظم فتقع بئنة، وإن نوى الثلاث فقد قصد الكثرة.

[مسألة] النوادر: ولو قال لامرأته: أنت طالق عدد التراب، قال أبو يوسف: هي شيء واحد لا يعد، وقال محمد: يكون ثلاثا؛ لأنه يراد بهذه اللفظة الكثيرة، ولو قال: أنت طالق مثل عدد كذا لشيء لا عدد له كالشمس والقمر وما أشبه ذلك؛ فهي واحدة بئنة في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: رجعية⁽⁴⁾؛ لأن التشبيه في العدد لغو إذ لا عدد له فبقي قوله: أنت طالق.

لأبي حنيفة أن هذا التشبيه يقتضي زيادة صفة، فلئن تعذر إثبات العدد أظهرت الزيادة في الوصف، عن محمد لو قال: أنت طالق كالنجوم فهي واحدة يعني كالنجوم فهي واحدة يعني كالنجوم، ضياء لا عددا إلا أن يقول عنيت بعدد النجوم⁽⁵⁾؛ لأن الشيء إنما يشبه بالنجوم في الضياء، وقال — عليه السلام — (أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ فِي الضِّيَاءِ وَالْإِقْتِدَاءِ بِهِمْ)⁽⁶⁾، ولو قال: أنت طالق كالصخرة أو كالفيل فهي واحدة رجعية عند أبي يوسف وعند محمد بئنة⁽⁷⁾؛ لأنه وجد التشبيه، ولو قال: أنت طالق

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 111؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 36.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 111؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 493.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 442.

(4) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 52.

(5) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 52؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 37؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 311، نقلا عن الظهيرية.

(6) أخرجه عبد بن حميد في مسنده، أحاديث ابن عمر، 250، والحديث ضعيف بل عده بعض العلماء موضوعا، قال البزار: لا يصح هذا الكلام عن رسول الله، وقال ابن حزم: خير مكذوب موضوع باطل لم يصح

قط، ينظر: خلاصة البدر المنير، ابن الملقن، 2: 432.

(7) ينظر: البناية، العيني، 5: 349.

عدد ما في هذا الحوض من السمك وليس في الحوض سمك تقع واحدة⁽¹⁾، وكذلك لو قال: أنت طالق بعدد كل شعر على جسد إبليس تقع واحدة ولا يقع أكثر من ذلك حتى يعلم أن على جسد إبليس شعر أم لا⁽²⁾؛ لأنه إذا لم يكن على جسد إبليس شعر ولا في الحوض سمك يعتبر عدد السمك والشعر بل يصير ذكره لغواً فصار كأنه قال: أنت طالق ولم يزد عليه، ولو قال: أنت طالق بعدد الشعر الذي على بطن كفي تقع واحدة⁽³⁾؛ لأنه لا يكون على بطن الكف شعر قط فصار كأنه قال: أنت طالق ولم يزد عليه، ولو قال: أنت طالق بعدد الشعر الذي على ظهر كفي وقد أطلت ظهر كفه لا يقع عليه شيء⁽⁴⁾؛ لأنه يكون على ظهر الكف شعر فيقع على عدد الشعر النابت فإذا لم يوجد، لم يوجد الشرط فلا يقع⁽⁵⁾، وكذلك لو قال: أنت طالق على عدد الشعر الذي على فرجك وكانت قد أطلت ذلك بالنورة لا يقع⁽⁶⁾، وذكر الكرخي لو قال: عدد شعر رأسي أو عدد شعر ظهر كفي، وقد حلق طلقت ثلاثاً⁽⁷⁾؛ لأن شعر الرأس ذو عدد وإن لم يكن موجوداً.

[مسألة] المبسوط: ولو قال: أنت طالق هكذا وأشار بأصبعين يقع ثنتان، وكذلك الثلاث⁽⁸⁾؛ لأن الإشارة بالأصابع في العرف بمنزلة التلطف بالعدد عند الحاجة، قال — عليه السلام — **(الشهر هكذا وهكذا)**⁽⁹⁾ وأشار بأصابع يديه كلها، وأراد به الثلاثون ولا يصدق أنه عنى الكف؛ لأنه خلاف العادة في موضع الإشارة، ولم يقل بأصابعه هكذا وأشار بأصابعه تقع واحدة⁽¹⁰⁾؛ لأن الدال على العدد إشارته مع الأصابع التي هي آلة الإشارة لم توجد إشارته وكذا لو قالت لزوجها: طلقني فأشار إليها بثلاث

(1) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 37.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 438؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 52؛ البناية، العيني، 5: 351.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 111.

(4) وهو قول محمد بن الحسن، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 111؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 111.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 111.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 311، نقلاً عن ابن سماعة؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 371، نقلاً عن فتاوى قاضي خان والنورة هي: حجر الكلس ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس تستعمل لإزالة الشعر، ينظر: المصباح المنير، الفيومي، 324، مادة (ن و ر).

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 111.

(8) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 217.

(9) أخرجه البخاري، كتاب الصوم، باب قول النبي - صلى الله عليه وسلم - (إذا رأيت الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا)، 267، رقم 1906.

(10) ينظر: تبیین الحقائق، الزيلعي، 2: 211.

أصابع وأراد به ثلاث تطبيقات لا يقع مالم يقل هكذا؛ لأنه لو وقع بالضمير والطلاق لا يقع بالضمير، ولو قال: أنت طالق مثل هذا وأشار، بثلاث أصابع فإن نوى ثلاثاً فثلاث وإن نوى واحدة فواحدة بائنة⁽¹⁾ كما في قوله أنت طالق كألف، وعلى قياس هذا لو قال: أنت طالق مثل سنجة دانق⁽²⁾ يقع واحدة⁽³⁾؛ لأن له سنجة واحدة فقد ثبت الواقع واحدة، ولو قال: مثل سنجة دانق ونصف أو دانقين يقع ثنتان⁽⁴⁾؛ لأن له سنجتان فقد شبه الواقع بالعددين، ولو قال: مثل سنجة دانقين ونصف يقع ثلاثاً⁽⁵⁾؛ لأنه يوزن بثلاث سنجات، ولو قال: مثل سنجة نصف درهم يقع واحدة⁽⁶⁾، ولو قال: مثل سنجة ثلثي درهم تقع ثنتان⁽⁷⁾؛ لأن له سنجتان ولو قال: مثل سنجة ثلاثة أرباع درهم تقع ثلاثاً⁽⁸⁾؛ لأن له ثلاث سنجات، ولو قال: مثل سنجة ألف درهم تقع واحدة⁽⁹⁾.

باب إضافة الطلاق إلى بعضها أو يطلقها بعض التغطية

مسائله على فصول، فصل في إضافة الطلاق إلى بعضها، وفصل في تطبيق بعض التغطية، وفصل في الاشتراك بين النسوة في الطلاق.

فصل في إضافة الطلاق إلى بعضها

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 144؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 371، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.
(2) السنجة ما يوزن به كالرطل، وتنطق بالسین والصاد، والدانق: سدس الدرهم، ينظر: المحكم، ابن سيده، 7: 277؛ الصحاح، الجوهري، 4: 1477، (باب القاف، فصل الدال)؛ لسان العرب، ابن منظور، 3: 302، مادة (س ن ج).

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 440.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 440.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 310.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 310.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 310.

(8) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 310.

(9) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 310.

لو أضاف الطلاق إلى جزء معين يعبر به عن جميع البدن وقع الطلاق، نحو أن يقول فرجك أو روحك أو رأسك أو وجهك أو بدنك أو رقبتك أو عنقك أو ظهرك أو بطنك طالق⁽¹⁾؛ لأن هذه إضافة إلى جميع البدن؛ لأن هذه الأعضاء يعبر بها عن البدن ولو قال: دمك طالق أشار في العتاق أنه لا يقع، فإنه لو قال لعبدته: دمك حر لا يعتق⁽²⁾؛ لأنه لا يعبر به عن البدن وأشار في الكفالة إلى أنه يقع فإنه إذا كفل بدم إنسان يصح؛ لأن به قوام البدن، ولو أضاف إلى جزء شائع نحو أن يقول نصفك أو بعضك طالق يقع⁽³⁾؛ لأن الجزء الشائع له حظ جملة من البدن فيصير بعض البدن المذكورا، ومحل الطلاق مما لا يتجزأ فذكر بعضه كذكر بعض الطلاق، ولو أضاف إلى جزء لا يعبر به عن جميع البدن كما لو قال: يدك أو رجلك أو أصبعك طالق لا يقع⁽⁴⁾ **خلافًا للشافعي**⁽⁵⁾؛ لأن حكم النكاح وهو الملك زوال حل ثابت في اليد تبعًا لثبوته في البدن؛ لأنهما ثنتان ضرورة تحقيق المقاصد والمقاصد لا يمكن تحقيقها من الأجزاء المتعينة؛ ولهذا لم تصح إضافة النكاح إليها؛ فلو وقع الطلاق في البدن بإضافته إلى اليد لا تقلب المتبوع تبعًا وهذا مجال؛ لأنهما ضدان بخلاف الجزء الشائع؛ لأنه بعض وليس بتبع؛ لأنه اسم لجزء لا يبقى الكل كلاً بدونه؛ لأنه إذا ذهب نصفه لا يبقى الكل بدونه ويجوز أن يجعل البعض تبعًا لبعض آخر ولهذا صحت إضافة سائرًا لتصرفات إلى الجزء الشائع ولم يصح الجزء المعين.

(1) ينظر: النتف، السغدي، 342.

(2) ينظر: النتف، السغدي، 342.

(3) ورجح الإمام السرخسي في المبسوط عدم وقوع الطلاق في هذه المسألة، ينظر: النتف، السغدي، 342؛ المبسوط، السرخسي، 6: 162؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 194؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 90.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 161؛ الغرة المنيفة، الغزنوي، 151؛ الجوهرة، الحدادي، 2: 37؛ البناية، العيني، 5: 313.

(5) ينظر: الحاوي، الماوردي، 10: 242.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الأول: فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الرجل إذا قال لزوجته يدك طالق يقع عليها الطلاق.

الثاني: وذهب الحنفية إلى أنه لو قال لها يدك طالق لا تطلق.

ينظر: المدونة، مالك بن أنس، 5: 15؛ الحاوي، الماوردي، 10: 242؛ المبسوط، السرخسي، 6: 161؛

مطالب أولي النهى، مصطفى الرحيباني، (لبنان، بيروت: المكتب الإسلامي)، 5: 369.

فصل في تطبيق بعض التغطية

ولو قال: أنت طالق نصف تغطية تقع واحدة كاملة⁽¹⁾؛ لأن التغطية مما لا يتجزى لقول عمر - رضي الله عنه - في طلاق الأمة (لَوْ اسْتَطَعْتُ لَجَعَلْتُ طَلَّاقَهَا تَطْطِيقَةً وَنِصْفًا)⁽²⁾؛ ولأن حكمها لا يتجزى فكذاك ذاتها، وذكر بعض من لا يتجزى كذكر كله كعفو بعض القصاص ونحوه، ولو قال: أنت طالق نصفي تغطية فهي واحدة كنصفي درهم يكون درهما⁽³⁾، ولو قال: ثلاثة أنصاف تغطية يقع ثنتان⁽⁴⁾؛ لأن ثلاثة أنصاف تغطية تغطية ونصف كثلاث أنصاف درهم يكون درهما ونصف، ولو قال: أنت طالق نصف تطليقتين تقع واحدة⁽⁵⁾؛ لأن نصفهما واحدة، ولو قال: نصفي تطليقتين يقع ثنتان⁽⁶⁾؛ لأن نصفيهما ثنتان كنصفي درهمن، ولو قال: ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي ثلاث⁽⁷⁾؛ لأن الثلاث مرات نصف تطليقتين ثلاث كثلاثة أنصاف درهمن يكون ثلاثة ولو قال: أنت طالق نصف تغطية وثلاث تغطية، وسدس تغطية يقع ثلاث⁽⁸⁾؛ لأنه أضاف كل جزء إلى تغطية منكرة والنكرة إذا كررت كانت الثانية غير الأولى؛ لأنها لو انصرفت إلى الأولى كانت معرفة والنكرة ضد المعرفة فاقتضى كل جزء تغطية على حدة، ولو قال: نصف تغطية وثلاثها وسدسها يقع واحدة⁽⁹⁾؛ لأنه أضاف الأجزاء إلى تغطية واحدة فلا يزيد قدرها وإن كثرت الأجزاء وقيل: يقع ثنتان وهو المختار وهكذا ذكر الحسن في المجرى؛ لأنه زاد على أجزاء تغطية واحدة فلا بد وأن تكون الزيادة من تغطية أخرى فتكامل الزيادة.

(1) النتنف، السغدري، 343؛ المبسوط، السرخسي، 6: 247؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 194؛ المحيط

البرهاني، ابن مازة، 3: 446.

(2) لم أجد فيما بين يدي من المصادر الحديثية.

(3) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 142.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 445.

(5) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 445؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 360، نقلا عن الظهيرية.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 445؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 142؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3:

283، نقلا عن الذخيرة.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 99؛ الهداية، المرغيناني، 1: 232؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3:

445؛ شرح فتح القدير، 4: 16.

(8) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 445؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 142، 283.

(9) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 248؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 445؛ الاختيار، ابن مودود، 3:

142.

فصل في الاشتراك بين النسوة في الطلاق

ولو قال لنسائه وهن أربعة: بينكن طلقة تقع على كل واحدة طلقة⁽¹⁾؛ لأن كلمة بين كلمة تقسيم وتشريك فيقسم عليهن طلقة فيصيب كل واحدة ربعها وإنها مما لا تجزى فنتكامل، و[كذلك]⁽²⁾ لو قال: بينكن ثلاث تطليقات أو ثلاث أو أربع وقال زفر: يقع على كل واحدة ثنتان أو ثلاث، وكذلك لو قال: أشركتكن في تطليقتين أو ثلاث⁽³⁾؛ لأن العدد المتقاربة المتجانسة يجعل نصيب كل واحد في عدد على حدة كما في الكل وهنا يقسم الكل بينهما ولا تقسم كل طلقة على حدة إلا إذا نوى أن تكون واحدة بينهما فصحت نيته للتشديد على نفسه بخلاف ما لو قال: طلقتكن ثنتين أو ثلاث طلقت كل واحدة ثنتين أو ثلاثا؛ لأن هذا إيقاع وقد أفرد كل واحدة بإيقاع الثنتين والثلاث أو الثلاث، ولو قال: خمس تطليقات بينكن يقع على كل واحدة طلقتان؛ لأن الخمس إذا قسم بين أربع أضاف إلى كل واحدة تطليقة وربع فنتكامل الربع فتصير ثنتان، وكذلك ما زاد على الخمس إلى ثمانية⁽⁴⁾، ولو قال: بينكن تسع تطليقات طلقت كل واحدة ثلاثا⁽⁵⁾، ولو قال: فلانة طالق ثلاثا أو فلانة معها، أو قال: أشركت فلانة معها في الطلاق طلقثا ثلاثا ثلاثا⁽⁶⁾؛ لأن الاشتراك يقتضي التساوي، والتساوي إنما يتحقق إما بنقل نصف ما وقع على الأولى إلى الثانية أو بإيقاع مثل ما وقع على الأولى على الثانية، وقد تعذر الأول فتعين الثاني، ولو قال لأربع نسوة: أنتن طالقات ثلاث تقع على كل واحدة ثلاث⁽⁷⁾.

ج هـ

اللوحة

312

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 163؛ المحيط البرهاني، ابن مازه، 3: 445؛ الجوهرة النيرة، القدوري، 2: 38.

(2) ساقط من: ع.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 163؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 142.

(4) ينظر: النتف، السغددي، 343؛ المبسوط، السرخسي، 6: 163؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 99؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 142.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 163؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 99؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 142.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 283، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 18؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 142.

(7) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 361، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 142.

[مسألة] المنتقى: ولو طلق امرأته، ثم قال للأخرى: أشركتك في طلاقها طلقت واحدة، ولو قال للثالثة: قد أشركتك في طلاقها طلقت ثنتان، ولو قال للرابعة: قد أشركتك في طلاقهن طلقت ثلاثا، ولو كان الطلاق على الأولى بمال مسمى، ثم قال للثانية قد أشركتك في طلاقها طلقت ولم يلزمها المال⁽¹⁾؛ لأن الاشتراك وجد في الطلاق لافي المال ولو قال: أشركتك في طلاقها على كذا من المال؛ فإن قبلت لزمها الطلاق والمال وإلا فلا⁽²⁾، ولو أعتقت الأمة المنكوحة فاخترت نفسها فقال زوجها لامرأة له أخرى: قد أشركتك في فرقة هذه طلقت بائنة وإن نوى ثلاثا فثلاث، وحكى أبو سليمان عن محمد أنها لا تطلق⁽³⁾، ولو قال: في فرقة العينين واللعان والخلع والإيلاء قد أشركتك في فرقة هذه طلقت⁽⁴⁾؛ لأن هذه الفرقة فرقة طلاق بخلاف الأولى، ولو قال لامرأته: أنت طالق خمس تطليقات، فقالت: ثلاث تكفيني، فقال: ثلاث لك والباقي على صواحبك وقع الثلاث عليها، ولم يقع على غيرها⁽⁵⁾؛ لأن الباقي بعد الثلاث صار لغوا فقد حرف اللغو إلى صواحبها فلا يقع شيء.

باب الطلاق بالتسمية والإشارة

[مسألة] ولو قال: يا زينب فأجابته عمرة فقال: أنت طالق طلقت المجيبة⁽⁶⁾؛ لأنه أتبع الطلاق بجوابها فكأنه قال: يا زينب عمرة طالق، فإن قال: نويت زينب طلقنا⁽⁷⁾؛ لأن إقراره في حق زينب صحيح، والرجوع عن الواقع لا يصح، ولو قال: يا زينب أنت طالق فلم يجبه أحد طلقت زينب⁽⁸⁾؛ لأن قوله أنت كناية عن زينب،

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 99.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 284؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 361، نقلا عن الظهيرية.

(3) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 530؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 284؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 361.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 284.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 284؛ وينظر: فتاوى النوازل، أبو الليث، 208؛

المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 530.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 216؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 278؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 358، نقلا عن الخلاصة.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 216؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 278؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 358، نقلا عن الخلاصة.

(8) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 216؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 358، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

ولو أشار بيده إلى امرأة وقال: يا زينب أنت طالق فإذا هي عمرة [طلقت عمرة] (1)؛ لأنه أشار وسمى فكانت العبرة للإشارة لا للتسمية لما عرف فصار كأنه قال يا زينب عمرة طالق ألا ترى لو قال لامرأته: يا حجارة أنت طالق وهو يشير إليها طلقت، فلو لم تكن عمرة امرأته لم يطلق أحد؛ لأن العبرة للإشارة، والإشارة حصلت إلى الأجنبية، ولو رأى شخصا ولم يشر وقال: يا زينب أنت طالق وعنى الشخص وظنه زينب فإذا هي أجنبية يقع على امرأته قضاء لا ديانة (2)؛ لأنه وجد تسمية زينب ولم يوجد الإشارة إلى غيرها فكانت العبرة للتسمية حال عدم الإشارة وإن لم يعن امرأته لا يقع الطلاق؛ لأن فلانة وهي زينب اسم نكرة كما تتناول امرأته تتناول الأجنبية على السواء فلا يقع إلا بالنية، ولو قال: فلانة بنت فلان طالق وهو اسم امرأته فنسبها ثم قال: عنيت أجنبية لا يصدق قضاء (3)؛ لأنه نوى خلاف الظاهر، فإن عين امرأة وقال: هذه هي وهي امرأتي وصدفته وقع عليها، ولا يصدق على صرف الطلاق عن المعروفة إلا أن تصدقه المعروفة أو ثبت بالبينة النكاح قبل التلفظ بالطلاق؛ لأن الطلاق واقع على المعروفة ظاهرا بالإيقاع فلا يمكن الصرف عنها ويقع على الأخرى بالاعتراف واعترافه حجة في حقه دون غيره فلا يثبت نكاح المحمولة وقت الإيقاع في حق المعروفة إلا بتصديقها أو بالبينة؛ لأنها حجة في وقت كافة الناس حتى لو كانت له امرأتان معرفتان بهذا الاسم يصدق تعيينه، ولو قال: زينب بنت فلان طالق فسمى امرأته ونسبها إلى غير أبيها لا يقع (4)؛ لأنه أضاف الطلاق إلى امرأة غائبة موصوفة بكونها منسوبة إلى فلان، وعلى تلك الصفة تكون امرأة غائبة موصوفة بكونها منسوبة إلى فلان وعلى تلك الصفة تكون امرأة أجنبية وكذلك لو قال: فاطمة العميا أو البغدادية طالق وامرأته فاطمة بصيرة أو بصرية لا يقع، وإن نوى امرأته طلقت (5)؛ لأنه يراد بالعمياء عمى القلب مجازا

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 216؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 358، نقلا عن فتاوى قاضي خان؛ وما بين معقوفتين ساقط من: ع.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 261 الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 358، نقلا عن التتارخانية .

(3) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 518؛ المبسوط، السرخسي، 6: 261؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 591.

(4) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 520؛ المبسوط، السرخسي، 6: 265.

(5) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 520.

وبالنسبة إلى فلان شبهها في الأفعال والأخلاق فقد عنى المجاز من كلامه وفيه تغليظ وتشديد فيصدق ولو قال: فلانة طالق ولم يسم باسمها إن نوى امرأته يقع وإلا فلا⁽¹⁾؛ لأن فلانة اسم مشترك تناول امرأته والأجنبية.

المنتقى: أصله أنه متى وجد النسبة وغير اسمها لا يقع الطلاق⁽²⁾؛ لأن التعريف لا يحصل بالنسبة متى بدل اسمها؛ لأن بذلك الاسم تكون امرأة أجنبية ولو بدل اسمها وأشار إليها يقع⁽³⁾؛ لأن بالإشارة يحصل التعريف؛ لأنها بالإشارة صارت متعينة متميزة عن غيرها؛ لأنها تقطع الشركة عن أغيارها، ولو قال: طلقت امرأتي فلانة بنت فلان طالق ولم تسم باسمها طلقت⁽⁴⁾؛ لأن التعريف يحصل بالنسبة مع تغيير الاسم لما بينا وكذلك لو لم ينسبها إلى أمها أو إلى والدها ولم يسمها باسمها طلقت⁽⁵⁾؛ لأنه عرف امرأته بالنسبة، ولو قال: امرأتي بنت فلان التي في وجهها [خال]⁽⁶⁾ طالق ولم يكن بها خال وكذا التي هي عمياء أو الزمّنى⁽⁷⁾ وهي بصيرة صحيحة طالق طلقت وذكر العمى والزمن باطل⁽⁸⁾؛ لأنه عرف امرأته بالنسبة ووصفها بصفة فصح التعريف لوجود النسبة ولغت الصفة فصح الإيقاع، ولو قال: امرأتي عمرة أم ولدي هذه الجالسة طالق و لا نية له، والجالسة غيرها وليست بامرأته لم تطلق امرأته التي سماها⁽⁹⁾؛ لأنه سماها وأشار والعبرة للإشارة لا للتسمية والمشار إليها ليست امرأته فبطل الإيقاع، ولو قال: يا عمرة، فقالت زينب: لبيك، فقال: أنت عمرة فقالت: نعم، فقال: إذا أنت طالق لم تطلق ألا ترى لو قال له عبده: فعلت كذا وكذا فقال: أنت إذا حر لم يعتق إن لم يكن فعل ما قال؛ لأن كلمة إذا إنما تستعمل للجواب والجواب بيئني على الكلام الأول فيكون تعليقا للعتق والطلاق

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 274.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 273.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 273.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 273، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 273، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(6) سقط أكمل من نقل الفتاوى الهندية عن هذا الكتاب، 1: 359؛ والخال: شامة سوداء في البدن، ينظر: لسان

العرب، ابن منظور، 11: 226، مادة (خ و ل).

(7) الزمّنى جمع زمين وهو المريض الذي يدوم مرضه زمانا طويلا، ينظر: المصباح المنير، الرازي، 4: 98،

مادة (ز م ن).

(8) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 273.

(9) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 273.

بالفعل أو بالاسم؛ فإذا انعدم ذلك فقد انعدم الشرط فلم يقع ولو قيل له: ألك امرأة غير هذه المرأة فقال: كل امرأة لي فهي طالق لا تطلق هذه⁽¹⁾؛ لأن قوله: غير هذه المرأة لا يحتمل هذه المرأة فلا تدخل هذه تحت قول الزوج كل امرأة لي فهي طالق؛ لأن قوله بناء على القول الأول فلا تدخل تحت قوله أيضاً، ولو قال: كل امرأة لي ببخارى فهي طالق ثلاثاً؛ فتزوج امرأة ببخارى طلقت ثلاثاً، وإن تزوج في غير بخارى، ثم نقلها إلى بخارى قيل: تطلق⁽²⁾؛ لأن العرف يراد بهذا الكلام طلاق البخارية، والصحيح أنه لا تطلق يراد طلاق امرأة يتزوجها ببخارى؛ لأن هذا في العرف عبارة عن التزوج وفي الفتاوى لو قال: هرزن كه مرا باسندتاي سال همة أزرنى من هشية قبل كل امرأة يتزوجها إلى تلك المدة والتي عنده طلقن⁽³⁾، قال الفقيه أبو الليث: وعندي لا يقع على التي عنده؛ لأنه أضاف الطلاق إلى التي تكون في المستأنف فصار كقوله كل امرأة أتزوجها، وعن أبي يوسف امرأة قالت لزوجها: بلغني أنك تزوجت، فقال: كل امرأة لي فهي طالق⁽⁴⁾ ومن بينه سؤال لا تطلق هذه، وهذا جواب كلامها، وذكر أبو الليث في النوازل أنها تطلق⁽⁵⁾؛ لأن قولها: تزوجت على امرأة فاسم المرأة يتناولها كما يتناول غيرها فتدخل هذه تحت كلام الزوج الأول أصح؛ لأن اسم المرأة في كلام الزوجة لا يتناولها؛ لأنها ذكرت [امرأة]⁽⁶⁾ موصوفة بكونها متزوجة، وهذا لا يحتملها فكلام الزوج بناء على كلامها وجواب لها فتقيد الجواب بما في الخطاب دلالة.

باب الإقرار بالطلاق والإخبار عنه

[مسألة] ولو قال: يا مطلقة أو يا طالق وقد طلقها زوج قبله إن لم تكن له نية طلقت⁽⁷⁾؛ لأن هذه اللفظة مستعملة للإنشاء ولا ثبات وصف الطالقية عرفاً وشرعاً،

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 385، نقلا عن الولواجية.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 418، نقلا عن الخلاصة.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 709.

(4) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 275؛ الهداية، المرغيناني، 1: 333؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 751.

(5) ينظر: فتاوى النوازل، أبو الليث، 210.

(6) ساقط من: ع.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 249؛ الفتاوى الهندية، الشيخ الهندية، 1: 355، نقلا عن فتاوى قاضي

خان.

ولو قال: نويت ذلك يصدق في رواية أبي سليمان أنها لا تطلق؛ لأن صفة الطالقية قد تحققت وأنها لا تختص بإيقاع [الماضي] (1) زوج دون زوج، وهذه اللفظة استعملت في من طلقت في الماضي فقال في الماضي: يا مطلقة؛ فإذا نوى أنها مطلقة بطلاق ماضي روى حقيقة كلامه فيصدق، وفي رواية أبي حفص لا يصدق في القضاء؛ لأن هذه اللفظة وإن كانت للإخبار حقيقة فقد صارت لإثبات وصف الطالقية عرفاً وشرعاً؛ لأنه وصفها بالطلاق والطلاق عرفاً وشرعاً موضوع لقطع النكاح فصارت للإثبات كالحقيقة وللإخبار كالمجاز كالطلاق عن الوثاق، ولو قال: أردت تسميتها بهذا الاسم [يقع؛ لأن اللفظ صريح في الطلاق؛ لأن وصفها بالطلالية يحتمل وتسميتها بهذا] (2) ليس إليه لا جرم في البيونة يصدق، ولو قال: طلقك أمس وهو كاذب كانت طالقا في القضاء وفي الديانة امرأته (3)؛ لأنه أقر بما يحتمل الصدق وبنكول الحرمة فلزمه إقراره.

[مسألة] النوادر: ولو طلق امرأته ثم قال: قد طلقك تقع أخرى؛ لأن قد تذكر لتأكيد الحال فتذكر لتأكيد الماضي لاحتمال، ولو قال لها: قد كنت طلقك لا يقع شيء (4)؛ لأن هذا لا يستعمل إلا في الماضي، ولو قال لها: يا مطلقة لا يقع شيء؛ لأنه صادق في هذا الإخبار، صاحب برسام (5) طلق امرأته فلما صح قال: طلقت امرأتي ثم قال: إنما قلت ذلك؛ لأنني توهمت أن الطلاق وقع ينظر إن أقر في حال مذاكرة ذلك الطلاق يصدق (6)؛ لأنه دل مذاكرة ذلك الطلاق على إرادة الإقرار بذلك الطلاق وذلك الطلاق غير واقع فلم يصح إقراره وإن أقر في غير حال مذاكرة ذلك الطلاق يقع؛ لأنه صحيح عاقل أقر بالطلاق مرسلاً مقراً فيه.

[مسألة] رجل قال: امرأتي طالق ولها علي ألف درهم، وله امرأة معروفة فقال: لي امرأة أخرى ولم أعن هذه لا يصدق في الطلاق وفي المال (7)؛ لأنه لما لم

(1) ساقط من: ع.

(2) ساقط من: ع.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 250.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 413.

(5) البرسام: بكسر الباء علة يهذي صاحبها أي يتكلم بما لا يعرف، القاموس المحيط، الفيروز أبادي، 3: 192، (باب اللام فصل الهمزة).

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 96.

(7) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 591.

يصدق في حق الطلاق؛ لأنه أقر بطلاقها ظاهرا فأخذنا بهذا الظاهر احتياطاً لم يصدق في المال؛ لأن الهاء كناية عن تلك المرأة، ولو قال: امرأتي ولامرأتي علي ألف درهم والمسألة بحالها لا يصدق في الطلاق، ويصدق في المال⁽¹⁾؛ لأنه ذكر المرأة في المال على حدة فلم تمس الضرورة إلى عدم التصديق في حق المال.

[مسألة] رجل طلق امرأته ودخل بها ثم قال: كنت حلفت إن تزوجت امرأة ثيباً فهي طالق ولم أعلم بأنها ثيب وقع الطلاق عليها⁽²⁾؛ لأنه أقر بالطلاق وهو يملك الإنشاء، ثم ينظر إن صدقته المرأة فلها نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل بالدخول، وعليها العدة، وليس لها نفقة العدة والسكنى [ولا حداد عليها وإن كذبت المرأة لها مهر واحد ونفقة العدة والسكنى]⁽³⁾ ويجب عليها الحداد.

الجامع: المقر بالطلاق لا يخلوا من أربعة أوجه: إما أن يقر بطلاق ماض في نكاح ماضي، أو يقر بطلاق قائم في نكاح قائم، أو يقر بطلاق قائم في نكاح ماض، أو يقر بطلاق ماضي في نكاح ماضي بأن قال: كنت تزوجت امرأة فطلقتها أو كانت لي امرأة فطلقتها أو كنت طلقتم امرأة كانت لي وله امرأة معروفة؛ فالقول قوله إنها غير هذه ولا تطلق المعروفة⁽⁴⁾؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن هذا إخبار عن طلاق واقع في نكاح ماض قد انقطع حكمه؛ لأن قوله كانت لي امرأة تطلق هذا على امرأة مضى عقدها وانقطع أحكامه لا على من نفى نكاحها فلا يتناول هذه المعروفة فكان الزوج منكراً طلاقاً ظاهراً، وإن أقر بطلاق قائم بأن قال: طلقتم امرأة إلى أو نفر بطلاق قائم في نكاح ماض بأن قال: طلقتم امرأة كانت لي أو كنت تزوجتها أو يقر بطلاق ماضي في نكاح قائم بأن قال: كنت طلقتم امرأتي أو امرأتي أو امرأة لي لم يصدق الزوج في هذه الفصول وطلقت المعروفة⁽⁵⁾؛ لأن قوله: طلقتم إيقاع للحال ولا يصح إلا بقيام منكوحته للحال سوى المعروفة، فصار الزوج في هذه الفصول وطلقت المعروفة؛ لأن قوله طلقتم إيقاع للحال ولا يصح إلا بقيام منكوحته للحال

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 591.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 11: 101؛ نقلاً عن فتاوى قاضي خان؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 526، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

(3) ساقط من: ع.

(4) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 358، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 590.

سوى المعروفة فصار الزوج مقرا بطلاقها ظاهرا، وقوله كنت طلقت امرأتي إن كان إخبارا عن طلاق ماض إلا أضاف الطلاق الواقع إلى امرأة مضافة إليه للحال ولا يعلم امرأة مضافة إليه للحال سوى المعروفة فكان هذا إقرارا بطلاقها ظاهرا فإن أقر بطلاق امرأته قبل يقع للحال ولا يصدق في الإسناد.

باب عطف الطلاق على الطلاق

مسائله مشتملة على فصلين أحدهما: في التنجيز، والثاني: في التعليق.

فصل في التنجيز

أصله أن الواو للعطف والجمع المطلق⁽¹⁾ كما يقال: جاءني زيد وعمرو؛ فهذا يقتضي مجيئهما بأي صفة كان، والفاء للعطف والتعقيب مع التراخي⁽²⁾ وحرف مع للمقارنة⁽³⁾، وقبل للتقدم⁽⁴⁾، وبعد للتأخر⁽⁵⁾، وأصل آخر أنه متى ذكر اسمين وبينهما حرف صلة إن ذكر حرف الصلة مع الهاء فهي صفة لأخراهما وإن ذكر بغيرهما فهي صفة لأولهما، كما يقال جاء زيد قبل عمرو وكانت القبلية صفة لعمرو، وكذا جاء زيد بعد عمرو أو بعده عمرو؛ لأن قبل للتقدم وبعد للتأخر، ولو قال لغير المدخول بها: أنت طالق واحدة قبل واحدة طلقت واحدة⁽⁶⁾؛ لأن القبلية صفة المذكور أولا فسبق الأول في الوقوع وبانت لا إلى عدة ولو قال: واحدة قبلها واحدة وقعت ثنتان⁽⁷⁾؛ لأن القبلية صفة المذكور آخرا فاقتضى أن يكون الثاني أولا ولا يمكنه إيقاع الثاني متقدما على الأول وأمكنه إيقاعهما معا فوقعا معا ليصح الإيقاع، ولو قال: واحدة بعدها واحدة طلقت واحدة ولو قال: واحدة بعد واحدة وقعت ثنتان ويكون

(1) ينظر: الفصول في الأصول، الجصاص، 1: 83؛ أصول السرخسي، محمد السرخسي، 1: 200؛ مغني اللبيب، ابن هشام، 463.

(2) ينظر: مغني اللبيب، ابن هشام، 214.

(3) ينظر: الفصول في الأصول، الجصاص، 1: 93؛ الوجيز، الكرماسي، 86.

(4) ينظر: الوجيز، الكرماسي، 86.

(5) ينظر: الوجيز، الكرماسي، 87.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 238.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 238.

تخريجه عكس ما قبل⁽¹⁾، ولو قال: واحدة مع واحدة أو واحدة معها واحدة [وقعت ثنتان؛ لأن كلمة مع للقران فاقتضى وقوعهما معا، وعن أبي يوسف لو قال: معها واحدة]⁽²⁾ يقع واحدة⁽³⁾؛ لأن الهاء كناية فاقتضى سبق المكنى عنه لامحالة فهذه ستة فصول في أربعة يقع ثنتان وفي اثنتين يقع واحدة.

[مسألة] المنتقى: لو قال لغير المدخول: بها أنت طالق اليوم، وأمس تطلق ثنتين كأنه قال: واحدة قبلها وواحدة، ولو قال لها: أنت طالق واحدة ونصف أو أنت طالق واحدة أخرى يقع ثنتان⁽⁴⁾، ولو قال: أنت طالق إحدى وعشرين وقع ثلاثا، وقال زفر: يقع واحدة في الوجهين⁽⁵⁾؛ لأنه عدد معطوف على عدد فصار كما لو قال: واحدة وواحدة.

لنا أن هذا في الوضع اعتبر كلمة واحدة فإنه لا يمكنه أن يعبر بهذه الجملة بعبارة أوجز من هذه فيقف أوله على آخره، ولو قال: أنت طالق نصفاً وواحد وقعت واحدة عند محمد⁽⁶⁾؛ لأنه غير مستعمل على هذا الوجه فلم يجعل كله كلاماً واحداً، ولو قال: أحد عشر وقع الثلاث⁽⁷⁾؛ لأنه لا عطف فيه وإنما هو اسم لجملة معدودة ولو قال: واحدة وعشرا وقعت واحدة⁽⁸⁾، وكذلك لو قال: واحدة ومائة أو واحدة وألف أو واحدة وعشرين وقعت واحدة⁽⁹⁾؛ لأن هذا غير مستعمل في المعتاد فإنه يقال في المعتاد مائة وواحدة [وألف وواحدة]⁽¹⁰⁾ فلم نجعل هذه الجملة كلاماً واحداً بل اعتبر عطفها، وقال أبو يوسف: يقع الثلاث؛ لأن قوله مائة وواحدة ومائة سواء، لو قال لنسائه: أنتن طالق وهذه، وهذه ثلاثا طلقت الأولى والثانية واحدة والثالثة ثلاثا⁽¹¹⁾؛ لأن الثانية تابعة للسابقة والثالثة مفردة بعدد على حدة ولو قال: أنت طالق

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 238.

(2) ساقط من: ع.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 238.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 552.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 239.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 141.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 239.

(8) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 239.

(9) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 239.

(10) ساقط من: ع.

(11) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 314.

وأنت طالق وهذه ثلاثا طلقت الأولى واحدة والثانية والثالثة ثلاثا ثلاثا⁽¹⁾؛ لأن العدد صار ملحقا بالإيقاع الثاني دون الأول، ولو قال لامرأته: أنت طالق هذه لامرأة أخرى طلقت الأولى دون الثانية؛ لأن لفظ الطلاق غير متصلٍ بالثانية ولم يعطفها على الأولى وكذا لو قال: هذه طالق طلقت الثانية دون الأولى، ولو قال ذلك لامرأة واحدة لا يقع إلا واحدة في الوجهين⁽²⁾.

فصل في التعليق

ولو قال لغير المدخول بها: أنت طالق طالق إن دخلت الدار بانث بالأولى ولم تتعلق الثانية بالدخول⁽³⁾؛ لأنها صارت أجنبية وفي المدخولة يقع واحدة في الحال؛ لأن الأول تنجز وتتعلق الثانية بالدخول؛ لأنها في العدة فصح تعليق الثانية وإن دخلت في العدة وقعت⁽⁴⁾، ولو قال لغير المدخولة: أنت طالق وطالق إن دخلت الدار تعليقا جميعا بالدخول⁽⁵⁾؛ لأن غرض المتكلم التعليق فتوقف الأول على الثاني على ذكر الشرط تصحيحا لقصده وتحصيلا لغرضه فأمكن توقيفهما؛ لأنه جمع بينهما بحرف الجمع فتعلقا بالشرط دفعة واحدة، فأما إذا لم يوجد بينهما حرف العطف فالثاني صار فاصلا بين الأول والشرط فتعذر توقف الأول على ذكر الشرط فبقي منجزا ولو قدم الشرط فقال: إن دخلت الدار فأنت طالق، وطالق، أو فطالق، فطالق فدخلت يقع واحدة عند أبي حنيفة وعندهما ثنتان⁽⁶⁾، وكذلك لو قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق وطالق فتزوجها يقع واحدة عنده وعندهما اثنتان⁽⁷⁾.

لهما أن الكل تعلقن بالشرط جملة فنزلن معا؛ لأنه جمع بين الثلاث بحرف الجمع فصار كما لو جمع بلفظ الجمع تعلقن جملة فكذا هذا.

له أن التعليق إنما يصير إيقاعا عند وجود الشرط فيصير إيقاعا كما تكلم به ولا يجوز فيعتبر كلامه إلا لضرورة فيصير قائلا عند الشرط أنت طالق وطالق ولو

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 314.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 168؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 95.

(3) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 147.

(4) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 374، نقلا عن الظهيرية.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 432.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 433.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 138.

قال: هكذا يقع واحدة فكذا وبه يبين أن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع في حق أصل التعلق لافي حق كفيته ألا ترى لو قال لها: أنت طالق ثلاثا يقع الثلاث فلو قال: أنت طالق وطالق ويقع الواحدة وإن جمع بحرف الجمع ولو قال: أنت طالق، ثم طالق، ثم طالق إن دخلت الدار تقع واحدة للحال عند أبي حنيفة وتبطل ثنتان [عند⁽¹⁾] إلحاق الكل بالشرط وإذا دخلت الدار طلقت ثلاثا⁽²⁾ ولو قدم الشرط فقال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق [طلقت]⁽³⁾ بالدخول ووقعت الثانية ولغت الثالثة⁽⁴⁾ وإن كانت مدخولة تعلق بالأولى ووقعت الثانية والثالثة وعندهما تعلق [الطلاق]⁽⁵⁾ بالدخول وإذا دخلت وقعت واحدة في غير المدخولة وفي المدخولة ثلاثا.

لهما أن كلمة، ثم كلمة عطف كالواو ولكنه عطف على سبيل التراخي عن الأول وقوعا فباعتبار قضية العطف تعلق بالشرط وباعتبار من والترتيب والتراخي يتعلقن رتبا فنزلن مرتبا إلا أن الترتيب قد بطل فما إذا أخر الشرط ضرورة توقف الأولى والثانية على ذكر الشرط فتعلقن جملة فنزلن جملة.

له أن كلمة ثم في اللغة للتراخي⁽⁶⁾ مع الفصل يمنع التعليق كما لو فصل بينهما بالسكوت بأن قال: أنت طالق وسكت ثم قال: وطالق إن دخلت الدار فمتى أخر الشرط بقي الأولى إرسالا فوقع للدار وبانت لا إلى عدة ومتى تقدم الشرط تعلق الأول ونجز الثانية وبانت لا إلى عدة فلا تقع الثالثة.

(1) زيادة يقتضيهما السياق.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 140؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 433.

(3) زيادة يقتضيهما السياق.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 138.

(5) زيادة يقتضيهما السياق.

(6) ينظر: أصول السرخسي، محمد السرخسي، 1: 209؛ مغني اللبيب، ابن هشام، 158؛ الوجيز، الكرماسني،

باب عطف الطلاق على الطلاق بكلمة (لا بل)

فيه فصلان: فصل في عطف الطلاق، وفصل في عطف الشرط.

فصل في عطف الطلاق

أصله أن كلمة لابل لاستدراك الغلط فيما مضى والرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقامه⁽¹⁾ كما يقال: رأيت زيدا لابل عمراً، كان هذا رجوعاً عن رؤية زيد وإقامة لرؤية عمرو مقام رؤية زيد لاستدراك الغلط فيهما لا يصح الرجوع عنه يقوم الثاني مقامه على سبيل استدراك الغلط؛ لأنه إن لم يملك الرجوع عن الأول يملك إقامة الثاني مقامه وإن دخل لابل على النفي كان لابل لتأكد النفي عن الأول وإثبات ذلك المنفي في الثاني أو لشيء آخر مقامه، كما تقول رأيت زيدا لابل عمراً، وكذلك بل بمنزلة لابل، لقوله تعالى ﴿ وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحٰنَهُۥٓ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ ﴾⁽²⁾ كأن بل إبطال لما قالوا وإثبات للثاني مقامه لا على سبيل استدراك الغلط؛ لأن الغلط لا يجوز على الله تعالى كأنه قال لا بل عباد مكرمون وهذا؛ لأن بل في اللغة لإقامة الثاني مقام الأول على سبيل الإبدال عنه ولا يتحقق الإبدال عنه إلا بعد إبطال الأول فتضمن رجوعاً عن الأول وإثباتاً للثاني مقامه، ثم كلمة لابل متى لم يذكر له خبراً لا يكون مستقلاً بنفسه فيجعل الخبر المذكور الأول كالمعاد في الاستدراك لكيلا يلغوا لابل.

[مسألة] المبسوط: ولو قال للمدخولة: أنت طالق واحدة لا بل ثنتين تقع الثلاث⁽³⁾؛ لأنه أخبر أنه غلط في إيقاع الواحدة ورجع عنها وقصد إيقاع الثنتين قائم

(1) ينظر: الفصول في الأصول، الجصاص، 1: 88؛ أصول السرخسي، محمد السرخسي، 1: 210؛ مغني اللبيب، ابن هشام، 153.

(2) سورة الأنبياء، الآية: 26.

(3) وهو قول أبي يوسف ومحمد، البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 317؛ وينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 3: 200.

مقام الواحدة، ولو قال ذلك لغير المدخولة يقع واحدة⁽¹⁾؛ لأن بالأولى صارت مبانة، ولو قال للمدخولة: طلقتك أمس واحدة بل ثنتين يقع ثنتان، وقال زفر: ثلاثا⁽²⁾ قياسا على الفصل الأول.

لنا أن هذا خبر، وليس بإنشاء، والخبر مما يعاد ويتكرر والمخبر عنه واحد فيكون مقرا بالواحدة في أمس وجامعها أخرى في الحال كما يقال: عشت ستين عاما لابل سبعين، وحجبتُ حجةً لابل حجبتين، وبهذا احتج الأصمعيُّ على زفر فأما الإنشاء لا يكرر فإذا ثبت الثاني كان غير الأول فكان لابل فيه للرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقامه.

[مسألة] المنتقى: وروي عن أبي يوسف لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق وطاق وطاق لابل هذه فدخلت الأولى طلقنا ثلاثا⁽³⁾؛ لأن قوله لابل هذه غير مستقل بنفسه فإنه لم يذكر له خبرا وكلمة لابل للرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقامه في إثبات مثل ما للأول كما يقال: رأيت زيدا لا بل عمروا فيجعل الخبر المذكور للأولى خبرا للثانية والجزاء في حق الأولى ثلاث فكذا في حق الثانية ولو قال: أنت طالق وطاق وطاق لابل هذه طلقت الأخيرة واحدة والأولى ثلاثا؛ لأن ذكر الثلاث متفرقا والاستدراك يحصل والكلام يتم بإثبات الواحدة في حق الثانية، فصار كأنه قال لابل هذه طالق بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة اعتبر الثلاث جملة واحدة ضرورة تعلق الكل بالشرط فصارت تلك الجملة مستدركة في حق الثانية، ولو قال لثلاث نسوة: أنت طالق أنت طالق لابل أنت وهو يومئ إلى كل واحدة منهن طلقت الأولى دون الأخرتين؛ لأن قوله: أنت للثانية ابتداء كلام غير معطوف على الأول فلا يشارك في الخبر الأول ولو قال: أنت طالق وأنت لابل أنت طلقن جميعا لمكان واو العطف، وقال أبو يوسف: لو قال أنت طالق لابل غدا طلقت الساعة واحدة، وفي الغد أخرى⁽⁴⁾ لما عرف.

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 317.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 224؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 7: 212؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 317.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 34.

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 288.

فصل [تسمية الطلاق لإحدى امرأتيه]

[مسألة] الجامع: ولو قال لإحدى امرأتيه: أنت طالق إن دخلت هذه الدار لابل هذه لامرأته الأخرى لم تطلقا حتى تدخل الأولة⁽¹⁾ فإذا دخلت طلقنا؛ لأن الثانية صارت معطوفة على الأولى في الطلاق لافي الدخول؛ لأن كلمة لابل للرجوع عن الأول ولإثبات مثل ما للأول للثاني قائما مقامه وإنما يتحقق ذلك إذا كان رجوعا عن الطلاق لا عن الدخول ليصير حالفا بطلاق الثانية مثل ما حلف بطلاق الأولى، والرجوع عن الحلف بالطلاق للأولى لا يصح فبقي، والحلف بطلاق الثانية صحيح فتعلق طلاقها بدخول الأولى أيضا ألا ترى لو قال: أنت طالق إن شاء الله لابل هذه فنشأت الأخرى لم تطلق وإن شاعت الأولى طلاقها طلقنا، وإن شاعت طلاق نفسها طلقت وحدها، وإن شاعت طلاق الثانية طلقت وحدها؛ فهذه والأولى سواء إلا في خصلة وهي أن ثمة بدخول الأولى الدار طلقنا، وهنا بمشيئة الأولى طلاق نفسها لم تطلق الثانية؛ وذلك أن ثمة تعلق طلاقها بدخول مطلق، وقد وجد وهنا تعلق طلاق الثانية بمشيئة موصوفة وهي مشيئة الأولى طلاق الثانية فصار كأنه قال: والثانية طالق إن شاعت الأولى طلاقها، فإذا لم تشأ طلاقها لم تطلق، ولو قال: أنت طالق إن دخل فلان الدار لابل فلان فأيهما دخل طلقت وإن دخلا لم تطلق إلا واحدة⁽²⁾؛ لأن كلمة لابل هنا للرجوع عن الدخول دون الطلاق؛ لأن فلانا يصلح دخوله شرطا، ولا يصلح محلا للطلاق فتعذر أن يجعل لاستدراك الغلط في حق الطلاق، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق لابل فلانة طالق طلقت الثانية للحال؛ لأن قوله: فلانة طالق جملة تامة مستقلة لها خبر على حدة فلا تفنقر إلى جعل الخبر المذكور الأولى خبرا لها فلا تتعلق بالشرط بخلاف ما إذا لم يذكر لها خبرا؛ لأنها جملة ناقصة فجعل الخبر المذكور للأولى خبرا لها فيصير الكلام تاما نظير لو قال لزينا إن دخلت

(1) هكذا في المخطوط والصواب (الأولى).

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 122.

الدار فأنت طالق وعمره تعلق طلاقهما بالدخول، ولو قال: وعمره طالق تطلق عمره للحال.

وعن أبي يوسف لو قال: زينب طالق إن دخلت الدار، وعمره طالق يتعلق طلاقهما⁽¹⁾؛ لأنه يحتمل أن يكون إيقاعا للحال، ويحتمل أن يكون تعليقا فلا يحكم بالوقوع بالشك ولو قال: إن دخلت الدار لابل هذه الدار فأنت طالق لم تطلق حتى تدخل الدار الثانية؛ لأن الغلط وقع في الشرط قبل صيرورة الكلام يمينا فإنه يمكنه الرجوع عن مجرد الشرط كما لو سكت عن الجزاء فلغى ذكر دخول الدار الأولى وتعلق الطلاق بدخول الثانية بخلاف ما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق لابل هذه الدار فأيتها دخلت طلقت؛ لأنه رجع عن الشرط بعد ما تعلق الجزاء به فلم يصح فبقي الطلاق معلقا بدخول الدار الأولى وصار متعلقا أيضا بدخول الثانية، ولو قال: أنت طالق واحدة بل ثلاثا إن دخلت الدار طلقت واحدة للحال، وثلاثا إذا دخلت؛ لأن قوله أنت طالق واحدة للحين، وأراد بقوله لابل ثلاثا إن دخلت الدار تعليق الثلاث والرجوع عن إيقاع الواحدة فلا يتصل الشرط المذكور آخرا بإيقاع الواحدة فصح تعليقه ولم يصح رجوعه عن الواحدة، ولو قدم الشرط فقال: إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة لابل ثلاثا لم تطلق حتى تدخل؛ لأن قوله لابل ثلاثا غير مستقل تام بنفسه فتعذر أن يجعل تنجيذا فصار تعليقا، والله أعلم.

باب التشكيك والتخيير في الطلاق

ولو قال: أنت طالق أو غير طالق أو أنت طالق أو لا يقع شيء⁽²⁾؛ لأنه أدخل الشك في الإيقاع⁽³⁾؛ لأن رده بين الإثبات والنفي فلا يقع بالشك، وكذا لو قال: أنت طالق إلا⁽⁴⁾، أن هذا استثناء والإيقاع إذا لحقه الاستثناء لا يبقى إيقاعا، وكذا لو قال:

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 545.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 303، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 244.

(3) ينظر: الفصول في الأصول، الجصاص، 1: 89؛ أصول السرخسي، محمد السرخسي، 1: 213؛ مغني اللبيب، ابن هشام، 87.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 303.

أنت طالق إن كان أو أنت طالق إن لم يكن⁽¹⁾ أو إن لم تكن وفارسيته أرا أوارا ولولا ذكره في الفتاوى لأبي الليث؛ لأن هذا شرط والإيقاع إذا لحقه شرط لم يبق إيقاعا ولو قال: أنت طالق ثلاثا أو لا شيء يقع واحدة عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يقع شيء؛ لأنه أدخل كلمة الشك في إيقاع الواحدة؛ لأن هذا إيقاع الواحدة لا أن يكون هذا إيقاعا وواحدة؛ لأن اللفظ إذا اقترن به العدد كان إيقاعا للعدد.

لهما أنه أدخل كلمة الشك في الواحدة؛ لأنه ذكر كلمة الشك عقيب ذكر الواحدة؛ فبقيت كلمة الإيقاع بلا شك فصار كأنه قال: أنت طالق واحدة أو غير واحدة تقع واحدة فكذا هذا، ولو قال: أنت طالق فماتت؛ فقال الزوج موصولا: ثلاثا لا يقع شيء؛ لأن العدد إذا اقترن بالإيقاع يكون الموقع هو العدد فصار فيها الموقع وهي مبته فلا يقع، وكذا لو قال: أنت طالق للسنة، أو أنت طالق بائن فمات قبل أن يقول للسنة أو بائن لا يقع شيء⁽²⁾؛ لأن السنة والباين صفة للإيقاع لا للتطبيق؛ فتوقف الإيقاع على ذكر الصفة، وأنه لا يتصور بعد الموت، ولو قال: أنت طالق تطليقة حسنة فمات قبل أن يقول حسنة طلقت؛ لأن هذه صفة للتطبيق دون الإيقاع فلا يتوقف الإيقاع على وجود صفة التطليقة، ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار فماتت قبل قوله: إن دخلت الدار لم تطلق؛ لأن صدر الكلام توقف على آخره لوجود ما يغيره وهو ذكر الشرط في آخره فخرج من أن يكون إيقاعا، ولو قال: أنت طالق ثلاثا يا عمرة فماتت قبل قوله: يا عمرة طلقت؛ لأن هذا لا يغير صدر الكلام ولا يتوقف على وجود ذكره، ولو قال: أنت طالق إن شاء الله فماتت المرأة قبل الاستثناء لم يقع شيء⁽³⁾؛ لأن قوله: إن شاء الله إذا وصل بكلام أبطله، والموت ينافي إيجاب الطلاق، ولا ينافي ما يبطل به الإيجاب بل يلائمه فصح الاستثناء، فلم يبق الكلام إيقاعا.

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 303.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 303.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 316، نقلا عن الذخيرة.

[فصل] (1) [التشكيك في الطلاق بكلمة أو]

[مسألة] ولو قال: أنت طالق واحدة أو اثنتين فالبيان إليه⁽²⁾؛ لأن (أو) كلمة تخبير وتشكيك⁽³⁾ وقد أدخلها في العدد لافي الإيقاع فتبين به أن الموقع أحدهما لا بعينه فكان البيان إليه كما في كفارة اليمين، ولو قال ذلك لغير المدخولة يقع واحدة ولا تخبير للزوج؛ لأنها صارت أجنبية فلا يبقى للزوج ولاية التعيين، ولو قال: أنت طالق وفلانة أو فلانة يقع عليها وعلى إحدى الأخيرتين؛ لأن كلمة التشكيك دخلت بين الثانية والثالثة فيخير فيهما والأولى سلمت عن التشكيك فوقعت، ولو قال: أنت طالق أو فلانة وفلانة يقع على الأخيرة وعلى إحدى الأوليين والبيان إليه؛ لأن كلمة التشكيك دخلت على الأولى والثانية لا على الأخيرة.

[فصل] (4)

[مسألة] له أربع نسوة فقال: أنت طالق أو هذه أو هذه أو هذه فله الخيار في إحدى الأوليين الأخيرتين⁽⁵⁾، ولو قال: أنت طالق أو هذه طلقت الأولى والأخيرة وله الخيار في الثانية والثالثة⁽⁶⁾ لما عرف، ولو قال: عمرة طالق أو زينب إن دخلت الدار فدخلاها خير في إيقاعه على أيتهما شاء⁽⁷⁾؛ لأنه علق بالدخول طلاقا مترددا بينهما، ولو قال: طالق ثلاثا وفلانة علي حرام وعنى به اليمين لم يجبر على البيان حتى تمضي أربعة أشهر، فإذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها يجبر على أن يوقع طلاق الإيلاء أو طلاق الصريح؛ لأن قبل هذه المدة هو مخير بين الطلاق والتزام الكفارة وأحدهما لا يدخل في الحكم فلم يلزمه القاضي، وبعد مضي المدة الواقع أحد الطلاقين وذلك يدخل في الحكم فيلزمه⁽⁸⁾، ولو قال: امرأته طالق أو عبده حر فمات قبل البيان فعند أبي حنيفة عتق العبد ويسعى في نصف قيمته؛ لأنه يعتق في حال

(1) ساقط من: ع.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 363، نقلا عن الظهيرية.

(3) ينظر: مغني اللبيب، ابن هشام، 87 - 88.

(4) ساقط من: ع.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 303.

(6) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 303.

(7) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 303.

(8) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 303.

دون حال يعتق بصفة وبطل الطلاق⁽¹⁾؛ لأن الثابت أحدهما؛ فإذا ثبت العتق بطل الطلاق، وعند محمد وزفر يقع من كل واحد منهما نصفه⁽²⁾؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر، وللمرأة نصف الميراث وثلاثة أرباع الصداق إن كانت غير مدخولة، ولا ميراث لها من السعاية، وعن أبي يوسف لها نصف الميراث من السعاية⁽³⁾ وغيرها.

باب طلاق الغاية والظرف

أصله أن حرف الظرف متى أدخل على الوقت والمكان يكون للظرف حقيقة؛ لأنها يصلحان للظرف؛ لأنه يتصور فيهما حلول المظرف وهو الطلاق، ومتى دخل على الفعل يصير بمعنى الشرط مجازاً؛ لأن الفعل لا يصلح ظرفاً للطلاق من حيث كونه وقوعه فيه، ويصلح ظرفاً من حيث تعلقه به؛ لأن للظرف تعلق بالمظروف من حيث الحصول والوقوع فيه وللشرط تعلق بالمشروط من حيث الوقوع عنده، ولو قال: أنت طالق في دخولك الدار أو في ذهابك أو في مجيئك أو في أكلك أو في شربك لم تطلق حتى تفعل⁽⁴⁾؛ لأنه تعذر أن يجعل الفعل ظرفاً فصار شرطاً؛ ولأنه يستعمل حرف في بمعنى حرف مع، قال الله تعالى ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾⁽⁵⁾ أي مع عبادي⁽⁶⁾ فصار كأنه قال: أنت طالق مع دخولك الدار، ولو صرح بهذا يتعلق بالدخول فكذا هذا ولو قال: أنت طالق في الدار أو في مكة، أو بمكة طلقت للحال⁽⁷⁾؛ لأن المكان يصلح ظرفاً لكونها طالقاً؛ لأن الطلاق متى وقع في مكان وقع

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 304.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 304.

(3) السعاية: ما يستسعى فيه العبد من ثمن رقبته إذا أعتق بعضه وهو أن يكلف من العمل ما يؤدي عن نفسه ما بقي، ينظر: العين، الخليل بن أحمد، 2: 202، (باب العين والسين وبياء معهما).

(4) بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 25؛ الهداية، المرغيناني، 1: 234؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 286، نقلاً عن المحيط الرضوي.

(5) سورة الفجر، الآية: 29.

(6) مغني اللبيب، عبدالله بن يوسف بن هشام الأنصاري، تح: د. مازن المبارك، محمد علي حمد الله، (لبنان، بيروت: دار الفكر، 1985م)، ط 6، 223.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 25؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 286، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

في سائر الأماكن والظرف موجود فيقتضي وجود المظروف لامحالة، ولو نوى حال
الدخول أو اثنتان مكة صدق ديانة لا قضاء؛ لأنه يحتمل احتمال الإضمار، وذكر في
النوادر لو قال: أنت طالق في الليل والنهار تطلق واحدة⁽¹⁾؛ لأن الطالق في
الليل طالق في النهار، ولو قال: لها أنت طالقة مصلية أو مريضة طلقت للحال⁽²⁾؛
لأنه وصفها بصفة ولم يذكر حرف التعليق فصار كما لو قال: أنت طالق، وأنت
آكلة، أو قاعدة، أو راكبة طلقت للحال؛ لأنه وصفها بصفة ولم يذكر حرف التعليق
فصار كما لو قال: أنت طالق، وأنت آكلة أو قاعدة، أو راكبة، وكذلك لو قال: وأنت
مريضة؛ لأن الواو للعطف حقيقة لا لبيان الحال ويصدق في نية حالة الصلاة
والمرض ديانة لا قضاء، ولو قال في صلاتك أو مرضك تتعلق به لما عرف، ولو
قال لامرأته: أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت إحداهما⁽³⁾؛ لأن قوله
أطولكما حياة ينصرف إلى طول الحياة في المستقبل؛ لأن اليمين يقتضي شرطا في
المستقبل، وهذه الصفة تثبت للباقية صوراً على الحال، ولو قال: أنت طالق في غد
ولا نية له طلقت حين يطلع الفجر وإن نوى آخر النهار صدق عند أبي حنيفة قضاء
وعندهما يصدق ديانة لا قضاء⁽⁴⁾، وكذلك على هذا لو قال: أنت طالق في رمضان
ونوى آخره.

لهما أنه جعل الغد كله ظرفاً لكونها طالقا؛ فيقع في أوله لكون الغد كله ظرفاً
كما لو قال: أنت طالق ونوى آخره لا يصدق.

له أن الظرف يقتضي أن يكون المظروف فيه ولا يقتضي أن يكون المظروف
شاغلاً واقعا في جميع أجزائه كما يقال الحنطة في الجوالق⁽⁵⁾، وكنت في الظل أو
في الشمس، وركبت في أمس يراد به كونه في البعض دون الكل ففي أي جزء وقع
الطلاق كان الغد ظرفاً له إلا أنه إذا لم يكن له نية وقع في أول جزء منه؛ لأنه
صالح للوقوع فيه ولا معارض له؛ فإذا نوى الجزء الأخير يتعين ذلك الجزء بتعيينه،

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 209.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 209.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 215.

(4) ينظر: الهداية، المرغيناني، 1: 243.

(5) الجوالق بكسر اللام وفتحها وعاء معروف، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 1: 662، مادة (ج ل ق)

وصار أولى من سائر الأجزاء بخلاف قوله: أنت طالق غدا؛ لأن قوله غدا واسم الغد يقع على كل الغد فلا يملك تبغيضه في الحكم، وقوله في غد يقع على جزء منه فأى جزء نوى كان تعيينا لا تغييرا، مثاله لو قال: إن صمت شهرا فعبدته حر يقع على صوم جميعه، ولو قال: إن صمت في الشهر يقع على صوم ساعة منه.

فصل [الطلاق بضرب الأعداد]

[مسألة] ولو قال: أنت طالق واحدة في ثنتين⁽¹⁾ إن نوى الثلاث وقعن؛ لأن في يذكر ويراد به مع لما بينا فصار كأنه قال: واحدة في ثنتين، وإن نوى الضرب والحساب ولا نية له وقعت واحدة وعند زفر يقع ثنتان⁽²⁾؛ لأن الواحد في اثنتين بطريق الضرب اثنتين.

لنا أن ضرب العدد في العدد فيما ليس بممسوح يستعمل لتكثير الأجزاء دون تكثير العدد؛ لأن الواحد بالضرب في اثنتين لا يزداد في نفسه ولكن تتفرق أجزاءه فصار معنى قوله واحد في عشر؛ أي واحد له عشرة أجزاء والطلقة التي لها أجزاء واحدة، ولو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة⁽³⁾، وإن قال من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان عند أبي حنيفة⁽⁴⁾، وعندهما يقع أكثر ما تكلم به، وعند زفر في الوجه الثاني يقع واحدة وفي الأول لا يقع شيء⁽⁵⁾؛ لأن عنده الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال: بعث من هذا الحائط إلى هذا الحائط فإن بقي بين الغائتين شيء يقع وإلا فلا، وعندهما الغائتان يدخلان تحت المضروب له الغاية؛ لأن من ضرورة صيرورتهما غائتان وجودهما ووقوعهما، وعند أبي حنيفة الغاية الأولى تدخل دون

(1) ينظر: الهداية، المرغيناني، 1: 233؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 593، البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 285.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 143.

(3) ينظر: بداية المبتدي، المرغيناني، 69.

(4) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 195؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 143.

(5) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 195؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 160؛ الهداية، المرغيناني،

1: 233؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 592؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 18.

الثانية بناء للأمر على العادة فإنه يراد بمثل هذا الكلام أكثر من القليل وأقل من الكثير، كما يقال: شيء من ستين إلى سبعين أو ما بين ستين إلى سبعين ويراد به أن سنه أكثر من ستين وأقل من سبعين وقد حَاجَّ الأصمعي⁽¹⁾ زفر بهذا فتحير زفر.

[مسألة] الجامع: لو قال: أنت طالق فيما دخولك الدار طلقت للحال؛ لأنه جعل الطلاق طرفاً للدخول وأنه لا يصلح طرفاً فبقي مرسلاً، ولو قال: أنت طالق في حيضك وهي حائض لم تطلق حتى تحيض أخرى؛ لأنه عبارة عن دُرور الدم ونزوله فكان فعلاً فصار شرطاً كما في الدخول والشرط يعتبر في المستقبل لافي الماضي⁽²⁾، ولو قال أنت طالق في حيضة أو في حيضتك لم تطلق حتى تحيض وتطهر؛ لأن الحيضة اسم للحيضة الكاملة كقوله - صلى الله عليه وسلم - في سبايا أوطاس⁽³⁾ (أَلَّا تُوطَأَ الْحِبَالَى حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَلَا الْحِيَالَى⁽⁴⁾ حَتَّى يَسْتَبْرِينَ بِحَيْضَةٍ⁽⁵⁾) وأراد بها كمالها، ولو قال: أنت طالق في ثلاثة أيام طلقت للحال⁽⁶⁾؛ لأن الوقت يصلح طرفاً لكونها طالقا ومتى طلقت في وقت طلقت في سائر الأوقات، ولو قال: أنت طالق في مجيء ثلاثة أيام لم تطلق حتى يجيء⁽⁷⁾؛ لأن المجيء فعل فلم يصلح طرفاً؛ فصار شرطاً ولا يحتسب باليوم الذي حلف فيه؛ لأن الشروط تعتبر في المستقبل لا في الماضي ومجيء اليوم يكون من أوله وقد مضى جزء أوله، ولو قال: في مضي يوم تطلق في الغد في مثل تلك الساعة، ولو قال: في مجيء يوم تطلق حين يطلع الفجر من الغد⁽⁸⁾؛ لأن المجيء عبارة عن مجيء أول جزئه يقال:

(1) الأصمعي: عبد الملك بن قريب الأصمعي، لغوي، أخباري، إليه المنتهى في فنه، محدث، من كتبه غريب القرآن، خلق الإنسان، توفي سنة 216 هـ، ينظر: الجرح والتعديل، ابن أبي حاتم، 5: 363؛ سير أعلام النبلاء، الذهبي، 10: 175 - 182؛ بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، جلال الدين السيوطي، تح: محمد أبو الفضل إبراهيم، (لبنان، بيروت: المكتبة العصرية)، 2: 113.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 286، نقلا عن المحيط الرضوي.
(3) أوطاس: وادٍ في ديار هوازن فيه كانت وقعة حُنين، ينظر: معجم البلدان، ياقوت الحموي، (لبنان، بيروت: دار الفكر)، 1: 281.

(4) الحِيَالَى: جمع حائل وهي كل أنثى انقطع عنها الحمل سنة أو سنوات، ينظر: لسان العرب، ابن منظور، (5) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في وطء السبايا، بلفظ (لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة)، 2: 213، رقم: 2159، وصححه الحاكم وقال: (صحيح على شرط مسلم)، المستدرک، كتاب النكاح، 2: 496.

(6) بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 26؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 44؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 286، نقلا عن المحيط الرضوي.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 286، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 26؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 585.

(8) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 585؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 368، نقلا عن الجامع.

جاء يوم الجمعة كما طلع الفجر، وجاء شهر رمضان كما هل الهلال، وإن لم يجئ كله فصار كأنه قال: أنت طالق إذا جاء أول جزء منه؛ فأما المضي فعبارة عن ذهاب جميع أجزاء اليوم، وقد وجد من حين خلف مضي بعض يوم لا مضي كله فوجب ضرورة تتميّمه من اليوم الثاني ليتحقق جميع يوم والله أعلم.

باب إضافة الطلاق إلى الملك

فيه فصلان، فصل في إضافة الطلاق إلى الملك مرة، وفصل في إضافة الملك إليه مرارا.

فصل في إضافة الطلاق إلى الملك مرة

[مسألة] ولو قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق فتزوجها طلقت⁽¹⁾ خلافا للشافعي⁽²⁾؛ لأن هذه يمين عقدت لمنع النفس عن التزوج؛ لأن اليمين بغير الله ذكر شرط وجزاء علق به وقد وجد؛ لأن التزوج يصلح شرطا لكونه معدوما على حظر الوجود فيتصور المنع من تحصيله والطلاق يصلح جزءا؛ لأنه ينزل عند التزوج قطعا على تقدير تعليقه به وهو مخوف؛ لأنه يلزمه المهر مع فقدان نعمة النكاح فيكون مانعا من التزوج واليمين صحيحة بدون الملك؛ لأن محل اليمين بذاتها وأثرها وهو منع النفس عن إيجاد الشرط هو الحالف وله ولاية على نفسه، وبهذا تبين أنه ليس بتطليق للحال؛ لأن التطليق ما يفضي إلى وقوع الطلاق وهذا مانع من الوقوع

(1) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 196؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 530؛ الاختيار، ابن مودود، 3:

155؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 3: 138.

(2) ينظر: الحاوي، الماوردي، 10: 29.

بواسطة منعه من وجود الشرط، وإنما يصير تطبيقاً عند وجود الشرط فيشترط الملك عنده وقد وجد ولو قال لأجنبية: أنت طالق يوم أكلمك لا يقع⁽¹⁾؛ لأنه لم يصف إلى الملك والملك عند وجود الشرط شرط لصحة اليمين، ولو قال: إن تزوجتك فأنت طالق طالق فتزوجها طلقت واحدة⁽²⁾؛ لأنه لم يعطف الثاني على الأول فلا تتعلق بالشرط فبقي تنجيزاً فبطل؛ لأنها صارت مبانة بالأولى، ولو قال: إذا تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأتين تطلق إحداها والبيان إليه⁽³⁾؛ لأن شرط حنثه تزوج امرأة مطلقة وقد وجد وزيادة إلا أن المطلقة غير معينة؛ فكان البيان إليه ولو كان قال: وحدها لا يقع شيء؛ لأنه وجد هذه الصفة فيها، ولو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق فوكل رجلاً فتزوجها يقع؛ لأن الوكيل في النكاح سفير ومعبّر فيكون فعله في التزويج بمنزلة فعل الموكل ولا يصدق قضاء أنه أراد المتأخر نفسه؛ لأنه نوى تخصيص العام بضميره وكذلك العتاق.

فصل في إضافة [الطلاق]⁽⁴⁾ للملك مراراً

[مسألة] ولو قال: يوم أتزوجك فأنت طالق قال ذلك ثلاث مرات فتزوجها يقع الثلاث⁽⁵⁾؛ لأن هذه إيمان؛ لأنه ذكر لكل واحدة شرطاً على حدة، والتزويج الواحد يصلح شرطاً للحنث في إيمان كثيرة كما في الدخول فوق كل تطبيقاً مع شرط الحنث بلا واسطة ولو قال: إذا تزوجتك فأنت طالق، وأنت عليّ كظهر أمي، والله لا أقربك ثم تزوجها وقع الطلاق ويلغوا الظهر والإيلاء عند أبي حنيفة خلافاً لهما⁽⁶⁾ لما عرف أن عنده ينزل الطلاق أولاً فتصير مبانة، وعندهما ينزل جملة، ولو قال: إن تزوجتك فوالله لا أقربك وأنت عليّ كظهر أمي، وأنت طالق فتزوجها

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 177.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 177.

(3) المبسوط، السرخسي، 6: 235؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 8.

(4) زيادة يقتضيهما السياق.

(5) المبسوط، السرخسي، 6: 226؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 8.

(6) المبسوط، السرخسي، 6: 412؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 8.

وقع الطلاق وصح الظهار والإيلاء؛ لأنها بنزول الظهار والإيلاء لا تصير مبانة⁽¹⁾، وكذا لو قال: إن تزوجتك فأنت طالق إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي ثم تزوجها صحّاً⁽²⁾؛ لأنهما يمينان ذكر لكل واحدة شرطاً على حدة وهو التزوج فنزلاً معاً.

[مسألة] النوادر: ولو قال: أي امرأة أتزوجها فهي طالق فهذا يقع على امرأة واحدة،⁽³⁾ وفارسيتها هو كدام زن كه تزني كنم، روي عن محمد لو قال لوالديه: كل امرأة أتزوجها ما دمتما حيّين فهي طالق فمات أحدهما بطلت اليمين وهو الصحيح؛ لأن شرط الحنث التزوج في حياتهما ولم يوجد، ولو قال لوالديه: أي امرأة بأمرى لا تطلق؛ لأن التعليق لم يصح؛ لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح؛ لأنه لم يأمرهما بالتزويج عند التعليق وتزويجهما له بغير أمره غير صحيح، فلم يصر مضافاً إلى الملك، ولو قال: أكر فلانة مري بزني دهند فهي طالق فتزوجها لا تطلق؛ لأنه حنث بالتزويج قبل الدخول في نكاحه، وذكر الناطفي في واقعاته أكر دختر مري هند ورا طلاق، [فتزوجها لا تطلق؛ لأنه لم يذكر النكاح، ولو قال: برايزني ويعيد ورا طلاق تطلق]⁽⁴⁾ وقال غيره من مشايخنا مرا هندو مري بزني دهند سوى ولا تطلق فيهما؛ لأنه حنث بالتزويج قبل الدخول في نكاحه فصار كما لو قال: إن جلست في نكاحك فأنت طالق فجلس ثم تزوجها لا تطلق⁽⁵⁾؛ لأنه حنث قبل التزوج ولو قال: إن تزوجت امرأة إلى خمس سنين فهي طالق فتزوج في السنة الخامسة طلقت⁽⁶⁾؛ لأن السنة الخامسة دخلت تحت اليمين ألا ترى لو استأجر داراً إلى خمس سنين دخلت السنة الخامسة في الإجازة.

[مسألة] امرأة قالت لرجل زوجتك نفسي منك فقال لها: فأنت طالق طلقت؛ لأنه ثبت القبول منه مقتضى قوله: أنت طالق تصحيحاً له فصار كما لو قال: تزوجتك فأنت طالق، ولو قال لها: أنت طالق لم تطلق؛ لأنه لما لم يذكر بحرف الفاء لم يصر مجيباً لها بل صار مبتدئاً بالكلام فلم يثبت القبول مقتضاه، نظيره لو قال: بعثك

(1) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 117.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 412؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 138.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 884.

(4) ساقط من: ع.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 707.

(6) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 426، نقلاً عن التجنيس.

عبدي هذا بألف درهم فقال: هو حر عتق ولزمه المال، ولو قال: هو حر لم يعتق، قال محمد: امرأة قالت لرجل تزوجني فقال: أنت طالق فهذا إقرار بالنكاح، وكذلك لو قال لامرأة مر بها: أنت طالق أنت طالق ثلاثاً ثم رأوها عنده فقال: كنت طلقته وهي ليست بامرأة لي يومئذ لا يقبل ذلك منه، وعن أبي يوسف أنها لا تطلق حتى يشهدوا عليه أنه طلقها وهي منكوحته يومئذ وكذلك هذا في العتق.

[مسألة] ولو قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها من أقرانك فهي طالق فهي من ولدت معها في سنة فما دونها فهي من أسنانها، ولو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق إن أمرت فلانا فزوّجنيها فهي طالق وأمره حتى زوّجه طلقته ثنتين إحداهما بالأمر بالتزويج والثامنة بتزوجه بنفسه.

[مسألة] النوادر: رجل قال: هرزني كه وي رابقدا وقال: هرزني كه وبرأ باشد فهي طالق إن لم ينوشيناً يقع الطلاق على التي تزوجها ولا يقع على التي عنده وقت اليمين هكذا اختاره الفقيه أبو الليث؛ لأن قوله: هرزني كي مرابودا وباشد صار عبارة عن قوله هرزني كه بزني كند عرفاً فانصرف المطلق إلى المتعارف، وإن نوى الكائنة والحديثة يقع عليهما؛ لأنه نوى ما يحتمله؛ لأنه يصير عبارة عن الكائنة في هذه أو عند وجود الشرط إن علق الطلاق بالشرط والقديمة كائنة والمتزوجة كذلك، وإن نوى القديمة والحديثة لم يذكر مشايخنا فيه جواباً والظاهر أنه يقع الطلاق عليهما، وكذلك لو قال: هرزني كه ديرا بور باشد؛ لأن قوله باشد تأكيد لقوله: بود وقيل على قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن لا يقع على المتزوجة؛ لأن قوله بود وباشد يرجعان إلى معنى واحد فصار الثاني حشواً لغواً فصار فاصلاً فلا تتعدد اليمين والفتوى على الأول.

[مسألة] رجل قال لكل امرأة أتزوجها في قرية كذا فهي طالق ثلاثاً فتزوجها في غير تلك القرية لم يحنث؛ لأنه لم يتزوجها في تلك القرية⁽¹⁾، ولو قال: كل امرأة أتزوجها من قرية كذا حنث حيث ما تزوجها⁽²⁾؛ لأنه تزوج امرأة من تلك القرية،

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 9.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 9.

رجل قال: كل امرأة اجتمع رأسي مع رأسها على المرفقة⁽¹⁾ فهي طالق أو قال كل جارية أطالها فهي حرة فتزوج امرأة واشترى جارية ووطئها لم تطلق ولم تعتق⁽²⁾؛ لأنه لم يصف الطلاق إلى النكاح والعتاق إلى الملك فلم تصح اليمين، ولو قال: إن تزوجت امرأة ما دمت بالكوفة فهي طالق ففارق الكوفة، ثم عاد إليها فتزوج امرأة لا تطلق؛ لأنه جعل الشرط كونه بالكوفة غاية ليمينه فإذا فارق الكوفة انتهت اليمين⁽³⁾.

[مسألة] رجل قال لامرأته: إن تزوجت عليك فالطلاق واجب عليّ ثم تزوج عليها يقع على كل واحدة منهما تطليقة على القديمة والحديثة وتقع تطليقة أخرى بصرفهما إلى أيهما شاء؛ لأن اليمين الأولى انصرفت إلى الطلاق عرفاً فتصرف إلى طلاق كل واحدة منهما، واليمين الثانية يمين بطلاق واحدة؛ فإذا تزوج امرأة انحلت اليمينان جميعاً⁽⁴⁾ فوق اليمين الأولى على كل واحدة تطليقة، وباليمين الثانية تطليقة مبهمة مترددة بينهما؛ لأنه قال: الطلاق عليّ واجب ولم يقل طلاقك أو طلاق ضرتك فيكون بينهما، ولو قال: إن تزوجت امرأة كان لها زوج فهي طالق فطلق امرأته ثانية، ثم تزوجها لم تطلق⁽⁵⁾؛ لأن اليمين وقعت على غيرها دلالة أن الحامل على هذا اليمين غيظ يلحقه بسبب زوجها وهذا إنما يكون من غيره.

[مسألة] الجامع الصغير: لو قال: إن تزوجت عليك فهي طالق فتزوج عليها في عدة من طلاق بائن لا تطلق⁽⁶⁾؛ لأن التزوج عليها أن يدخل من يئازعها في الفراش ويزاحمها ويساهمها في القسم ولم يوجد.

[مسألة] الجامع الكبير⁽⁷⁾ ولو تزوج امرأة على أنها طالق صح النكاح، ولا يقع الطلاق⁽⁸⁾؛ لأن كلمة على تقتضي المقارنة؛ لأنه كلمة شرط والشرط المذكور

(1) المرفقة: المخدة، وقال الأتقاني: المراد من المرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء، الصحاح، الجوهري، 4: 1482، (باب القاف، فصل الرأء)؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 6: 14.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 9.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 9؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 426، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 9.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 740.

(6) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 193.

(7) ساقط من: ع.

(8) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 343؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 273، نقلاً عن الجامع الكبير.

في العقد يثبت مع العقد كما لو باع على أنه بالخيار فيقرنان فصادفهما النكاح والطلاق وهي أجنبية فصح النكاح دون الطلاق.

باب إضافة الطلاق إلى أول التزوج أو آخره أو بعده أو قبله

أصله أن الأول اسم لمفرد سابق والآخر اسم لفرد لاحق والمرأة متى اتصفت بالأولية جاز أن تتصف بالآخرية؛ لأنه مما يتكرر ويتعدد.

[مسألة] ولو قال: أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأتين ثم امرأة لا يقع؛ لأن الأول اسم فرد سابق ولم يوجد⁽¹⁾، ولو تزوج امرأتين في عقدة إحداها نكاحا فاسدا تطلق التي نكاحها صحيح⁽²⁾؛ لأن اليمين انعقدت على أول امرأة يتزوجها نكاحا صحيحا؛ لأن النكاح متى أضيف إلى المستقبل يتناول الصحيح دون الفاسد ألا ترى لو حلف لا يتزوج فتزوج امرأة نكاحا فاسدا لا يحنث، وكذا لو قال لامرأته: إن لم أتزوج عليك اليوم فأنت طالق فتزوج امرأة نكاحا فاسدا تطلق امرأته⁽³⁾، ولو قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة، ثم امرأة لا يقع على الأخيرة حتى يموت الزوج⁽⁴⁾ لجواز أن يتزوج عليها أخرى فتكون هذه وسطا لا آخر فالأخيرة لا تتحقق إلا بالموت؛ فإذا مات الزوج يقع الطلاق عليها من حين التزوج عند أبي حنيفة حتى لو دخل بها لزمه مهر ونصف بالطلاق قبل الدخول، ومهر بالدخول بناء على عقد فاسد، وتعد بثلاث حيض وعندهما يقع مقصورا على الحال وعليه مهر واحد وعليها عدة الوفاة والطلاق عند محمد وعند أبي يوسف عليها عدة الطلاق لا غير، لهما أن وصف الآخرية للمرأة إنما يثبت في آخر جزء من حياته؛ لأنه ثبت لعدم فعل الزوج عليها فيصير كأنه قال: إن لم أتزوج عليك امرأة فأنت طالق فلم يتزوج حتى مات طلقت للحال فكذا هذا، له أن شرط وقوع الطلاق تزوج امرأة هي آخرة حالة التزوج لكن لم يتيقن بصفة الآخوية للحال لجواز أن التزوج عليها؛ فإذا بلغ آخر جزء من أجزاء حياته وقع اليأس من التزوج

(1) المبسوط، السرخسي، 6: 232؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 452.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 452.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 234.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 82؛ تبیین الحقائق، الزيلعي، 3: 143.

عليها فظهر بيوت هذه الصفة لها من حين التزوج؛ فيقع الطلاق من حينه بخلاف قوله: إن لم أتزوج عليك؛ لأن الطلاق معلق بترك الفعل والترك يتحقق عند اليأس عن التزوج فيقتصر الطلاق على الحال.

[مسألة] المنتقى: ولو قال أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة وابنتها] في عقدتين⁽¹⁾ ثم مات الزوج ولا يعلم أيهما أول فلأم نصف الصداق، ولا ميراث لها، وللبنات الصداق كاملاً والميراث كاملاً؛ لأنه توقع الأمر على تزويج الحلال وهو تزويج البنت فإنه يحل بكل حال قبل الأم وبعدها مالم يدخل بالأم وكذلك رجل مات وتحتة أمة وحررة تزوجهما في عقدتين ولا يعلم أيتهما أول فلكل واحدة منهما المهر كاملاً؛ لأنه تحمل أمره على أنه تزوج الأمة أولاً.

[مسألة] الجامع: ولو قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة ثم امرأة فطلق الأولى [اتصفت بالأولية في النكاح الأول ولا تتصف بالآخيرية]⁽²⁾ ثم تزوجها ثانياً، ثم مات طلقت التي تزوجها مرة⁽³⁾؛ لأنها اتصفت بآخيرية في النكاح الأول، وهذا السبب قائم في النكاح الثاني فبقي فيها صفة الأولية فلا يجوز أن تتصف بالآخيرية، نظيره لو قال: آخر عبد أضربه فهو حر، فضرب عبداً، ثم عبداً، ثم ضرب الأول ثانياً، ثم مات الحالف عتق العبد الثاني دون الأول⁽⁴⁾، ولو قال: آخر تزوج أتزوجه فالتى أتزوج طالق ففعل كما ذكرنا طلقت التي تزوجها مرتين⁽⁵⁾؛ لأنه جعل الآخيرية وصفاً للتزوج وأنه مما يتكرر ويتعدد فجاز أن يتصف الزوج الثاني بالآخيرية؛ فأما ذات المرأة مما لا تتبدل فمتى اتصفت بالأولية لا تتصف بالآخيرية، ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة مرتين، ثم مات لم تطلق⁽⁶⁾؛ لأنها لم تتصف بالآخيرية، ولو قال: آخر تزويج أتزوجها فهي طالق لم تطلق⁽⁷⁾؛ لأنها لم تتصف بالآخيرية؛ لأنه اتصف التزوج الثاني بالآخيرية، ولو قال لعبيده:

(1) ساقط من: ع.

(2) ساقط من: ع.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 82، 83؛ تبیین الحقائق، الزيلعي، 3: 143.

(4) ينظر: تبیین الحقائق، الزيلعي، 3: 143؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 372.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 452.

(6) بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 132؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 453.

(7) ينظر: تبیین الحقائق، الزيلعي، 3: 143؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 372.

آخركم تزوجا حر فتزوج عبد، ثم عبد، ثم الأول ذلك كله بأمر المولى، ثم مات المولى لم يعتق واحد منهما؛ لأنه جعل الآخريّة صفة للعبيد ولم ينتقض بثبوت هذه الصفة للعبد لجواز أن تتزوج غيره بعد موت المولى فلا يكون هو أخيراً إلا إذا مات الباقيون قبل موت السيد فيكون هو آخر عبد تزوج فيعتق، ول قال: آخركم تزوجا اليوم حر، والمسألة بحالها عتق الذي تزوج مرة فصار كمسألة أول الباب.

[مسألة] ولو قال: آخر تزويج يكون من أحدكم فصاحبه حر، ثم تزوج عبد، ثم عبد، ثم الأول، عتق الذي تزوج مرتين إذا غابت الشمس لما مر الأصل أنه متى أقر بشرط الحنث في الطلاق وله امرأة معروفة، ثم ادعى صرفه إلى امرأة أخرى مجهولة لا يصدق؛ لأنه خلاف الظاهر؛ لأنه متى أقر بالشرط فقد أقر بطلاق المعروفة ظاهراً فلا يصدق في خلافه، ولو قال: أول امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثاً فتزوج امرأة ثم زعم أنه كان تزوج قبله أخرى لم يصدقه القاضي لما بيّننا ثم المجهولة إن كذبت في النكاح فلا شيء لها وإن صدقته فيه فعليه نصف المهر بإقراره أنه وقع الطلاق قبل الدخول، ولو قال إنما كنت تزوجتها مع أخرى لا تطلق المعروفة؛ لأنه أنكر شرط وقوع الطلاق؛ لأن الأول اسم لفرد سابق فصار منكراً للوقوع فيكون القول له وكذا لو قال: إن كانت فلانة أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم ادعت أنها أول وقال الزوج تزوجت قبلها أخرى لم تطلق⁽¹⁾؛ لأنه أنكر الشرط أصلاً، ولو نظر إلى امرأة فقال: أول امرأة أتزوج منكما طالق فتزوج إحداها وادعت الطلاق، وادعى الزوج أنه قد تزوج أخرى قبلها أو حجت الأخرى ذلك طلقت المتزوجة؛ لأنه قد أقر بالشرط والوقوع وادعى صرف الطلاق عن المعروفة فلا يصدق.

باب إضافة الطلاق إلى وقت موصوف

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 586؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 426، نقلاً عن الكافي.

الجامع: أصله أن الطلاق المضاف إلى وقت موصوفٍ بصفة لا يقع مالم يوجد الوقت بتلك الصفة كالمعلق بالشرط الموصوف بأن قال: إن دخلت الدار وأنت راكبة أو حافية فأنت طالق لا تقع مالم يوجد الدخول بتلك الصفة فيكون الوصف بمعنى الشرط وليس بشرطٍ حقيقة؛ لأن الزوج لم يجعله شرطاً، بل جعله وصفاً للشرط فتوقف الطلاق عليه ووقع معه لا قبله ولا بعده؛ إذ لو تأخر وقوع الطلاق عنه يكون شرطاً حقيقة.

[مسألة] ولو قال لأجنبية: أنت طالق قبل أن أتزوجك بشهر فتزوجها لا تطلق⁽¹⁾؛ لأن الطلاق مضاف إلى وقت مخصوص بكونه قبل التزوج لا إلى التزوج، والتزوج يوجد بصفة القبليّة للوقت فيكون مؤجداً للشرط لا شرطاً فيوقف الطلاق عليه ووقع معه، والطلاق لا يقع معه النكاح؛ أي مقارنا له، ولو قال: أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوجك، أو أنت طالق إن تزوجتك أو أنت طالق الساعة إذا تزوجتك أو أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن تخلق فتزوجها طلقت⁽²⁾؛ لأن بقوله: أنت طالق إن تزوجتك، ثم الشرط والجزاء فصح التعليق وبقوله إن أتزوجك قصداً بطل التعليق؛ لأنه أثبت وصفاً للجزاء لا يليق به وأنه لا يمكن فلغى قوله قبل إن أتزوجك، وكذا إذا قال في آخره: إذا تزوجتك فقد نسخ ما قبله فانتسخ فتعلق الطلاق بالتزوج كما لو قال: أنت طالق قبل أن تدخلني الدار إن دخلتها فتعلق بالدخول وبلغوا قوله قبل أن تدخلني، ولو قال: إن تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك بشهر فتزوجها لم تطلق عند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة، وعند أبي يوسف تطلق⁽³⁾؛ لأنه لو قدم الجزاء يتأخر عن الشرط وقوعاً فلا فرق بين تقديم الجزاء وتأخيره.

لمحمد أنه متى أخر الجزاء فقد علق بالتزوج طلاقاً قبل التزوج وذلك باطل فقد علق به طلاقاً باطلاً فلم يصح ومتى قدم الجزاء فقد علق به طلاقاً باطلاً فلم

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 211؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 565، نقلاً عن الجامع.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 133؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 34.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 211.

يصحّ ومتى قدّم الجزاء فقد علق به طلاقاً متعرياً عن ذكر الوقت فقد صحّ التعليق لوجود ذكر الشرط والجزاء و لغى ذكر الوقت بعده.

[مسألة] الزيادات: لو قال: إن تزوجت فلانة بعد فلانة فهما طالقتان فتزوجهما كما قال طلقنا؛ لأنه أضاف الطلاق إلى تزوجهما⁽¹⁾؛ لأن قوله بعد فلانة أي بعد تزوج فلانة فصار تزوج فلانة مذكوراً ضرورة وقد تزوجهما كما شرط فوجد الشرط فنزل الطلاق، ولو قال: إن تزوجت فلانة قبل فلانة فهما طالقتان فتزوج الأولى طلقت؛ لأن الشرط في حقهما قد وجد وهو القبليّة؛ لأنّ وصف الشّيء بالقبليّة لا يقتضي وجود ما بعده⁽²⁾، كما لو قال جاءني زيد قبل عمرو فجاء زيد يكون صادقا وإن لم يجيء عمرو وبعده؛ ولهذا لو قال لامرأته: أنت طالق قبل قدوم فلان تطلق للحال قدم فلان أو لم يقدم⁽³⁾، وإن تزوج الثانية طلقت أيضا وقيل ينبغي أن لا تطلق؛ لأن طلاق الثانية غير مذكور صريحا ولا ضرورة أنه من صفات المذكورة؛ لأنه ليس من ضرورة تقدم نكاح الأولى تقدم نكاح الثانية فصار نكاحها مذكورا ضرورة، ولو قال: إن تزوجت حرة على أمة فهما طالقتان فتزوج أمة، ثم حرة عليها طلقت حين تزوج الحرة؛ لأن معنى قوله على أمة؛ أي على نكاح أمة كقوله – عليه السلام – (لَا تُنْكَحُ الْأُمَةُ عَلَى الْحُرَّةِ)⁽⁴⁾؛ أي على نكاح الحرة فكان شرط وقوع طلاقهما إدخال نكاح الحرة على نكاح الأمة، ولو قال: إن تزوجت زينب قبل عمرة بشهر فهما طالقان؛ فتزوج زينب ثم عمرة بعدها بشهر طلقت زينب للحال لوجود الشرط ولا يستند⁽⁵⁾، كما لو قال: أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر على ما يأتي ولا تطلق عمرة؛ لأنه أضاف عمرة إلى شهر قبل تزوجها؛ لأنه أضاف إلى حال تزوج زينب وحال تزوج زينب قبل تزوجها؛ ولأنه ما أضاف طلاقها إلى نكاحها؛ لأن تزوجها لم يصّر مذكورا ضرورة لما بينا، ولو قال: إن تزوجت زينب

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 238.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 238.

(3) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 566.

(4) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب لا تنكح أمة على حرة، موقوفا على جابر ومرفوعا،

7: 175، رقم: 14381، وصححه.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 239، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 426، نقلا

عن الكافي.

قبيل عمرة فتزوج زينب وحدها لا تطلق⁽¹⁾؛ لأن قبيل عبارة عن ساعة لطيفة تتصل به ما ذكر عقبيه وذلك لا يعرف إلا بالتزوج بعمرة كما لو قال: أنت طالق قبيل الليل لا تطلق إلا عند غروب الشمس⁽²⁾، ولو قال: قبل الليل تطلق للحال فإن تزوج عمرة عند ذلك طلقت عمرة لا زينب كما ذكرنا وإن طال ما بين التزويجين لم تطلق إحداهما⁽³⁾ لما عرف.

[مسألة] المنتقى: عن أبي يوسف لو قال: إن تزوجت امرأة بعد امرأة فهي طالق فتزوج امرأة ثم امرأتين في عقدة، ثم امرأة طلقت الآخرة⁽⁴⁾؛ لأنه تزوجها بعد امرأة، ولو قال: إن تزوجت امرأتين في عقدة فهما طالقان فتزوج ثلاثا طلقت [ثنتان]⁽⁵⁾ منهن والبيان إليه⁽⁶⁾؛ لأنه تزوج ثنتين في عقدة وزيادة.

باب إضافة الطلاق إلى وقت مطلق

[مسألة] ولو قال: أنت طالق يوم أدخل دار فلان ولا نيّة له فدخلها ليلا يقع⁽⁷⁾؛ لأنّ اليوم متى أضيف إليه فعل لا يقبل التوقيت يراد به الوقت قال الله تعالى ﴿ وَمَنْ يُؤَلِّمُ يَوْمًا دُبْرَهُ ﴾⁽⁸⁾ أراد به الوقت حتى يلحقه الوعيد سواء ولى دبره ليلا أو نهرا، ويقال: يوم لنا ويوم علينا⁽⁹⁾، ولا أراني الله يومك ويراد به الوقت، والدخول لا يقبل التوقيت فكان المراد من اليوم الوقت؛ فصار كأنه قال: أنت طالق وقت أدخل دار فلان، وإن نوى بياض النهار صدق؛ لأنه نوى حقيقة كلامه وهو متعارف ظاهرا، ولو قال: إن دخلت ليلا لم تطلق إن دخلت نهرا؛ لأن الليل لا

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 239، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 426، نقلا عن الكافي.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 239.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 239.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 85.

(5) سقط أكمل من نقل الفتاوى الهندية عن هذا المخطوط.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 426.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 204.

(8) سورة الأنفال، من الآية: 16.

(9) يضرب هذا القول مثلا في انقلاب الدول والتسلي عنها، ينظر: مجمع الأمثال، الميداني، تح: محمد محي الدين

عبد الحميد، (لبنان، بيروت: دار المعرفة، 2: 426.

يستعمل للوقت عرفاً فبقي اسماً لسواد الليل وضعا و عرفاً، ولو قال: أنت طالق إلى قريب فهو إلى ما نوى⁽¹⁾؛ لأن مدة الدنيا كلها قريب في جنب الآخرة، وإن لم ينو فإلى أن يمضي شهراً لا يوماً؛ لأن القريب والعاجل ضد البعيد والأجل، والشهر في حد الأجل وما دونه في حد العاجل لما عرف في الإيمان، ولو قال: أنت طالق إلى شهر أو إلى سنة يقع إذا مضى شهراً أو سنة، وقال زفر: يقع للحال وهو رواية عن أبي يوسف⁽²⁾؛ لأن قوله إلى شهر تأجيل أو تأقبت وكلاهما صفة موجود فاقتضى هذا وجود الطلاق ليصير هذا تأجيلاً له،

لنا أنّ كلمة إلى لم تذكر للغاية تذكر ويراد بها البعد يقال: أنا قادم عليكم إلى شهر أي بعد شهر؛ فإذا تعذر العمل بحقيقتها للغاية؛ لأنّ الطلاق لا يحتمل التأقبت يُعمل بمجازه تصحيحاً لكلامه فيكون هذا إضافة الإيقاع إلى ما بعد الشهر، وإن نوى الوقوع للحال يقع؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، ولو قال: أنت طالق كل سنة ثلاثاً يقع من ساعته ثلاث⁽³⁾؛ لأن هذه الساعة من البينة.

[مسألة] الجامع: ولو قال: أنت طالق تطليقة تقع عليك غدا تطلق حين يطلع فجره؛ لأنه وصف التطليقة بما تتصف به فإنها مما تتصف بالوقوع غدا بأن كانت مضافة إلى الغد فلا يقع بدون ذلك الوصف⁽⁴⁾، ولو قال: تطليقة لا تقع إلا غدا طلقت للحال⁽⁵⁾؛ لأنه وصفها بما لا يتصف به؛ لأنه ليس من الطلاق ما لا يقع إلا في الغد بل يتصور وقوعه حالاً واستقبالاً؛ فلغى ذكر الوصف فبقي مرسلاً كما لو قال: أنت طالق تطليقة فطير أو بصبح غداً، ولو قال: أنت طالق بعد يوم الأضحى فلم يقع قبله⁽⁶⁾، ولو قال: بعدها يوم الأضحى طلقت للحال⁽⁷⁾؛ لأنّ البعدية صفة اليوم فيتأخر اليوم عن الطلاق فبقي الطلاق مرسلاً غير مضاف، ولو قال: مع يوم الأضحى طلقت حين يطلع فجره؛ لأنّ مع القرآن فقد جعل الوقوع مقارناً ليوم الأضحى فيقع

(1) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 365، نقلاً عن شرح الجامع الصغير لفاضي خان.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 205.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 124.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 221، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 367.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 221.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 221.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 221.

معه⁽¹⁾، ولو قال: معها يوم الأضحى طلقت للحال⁽²⁾؛ لأن حرف مع هنا دخل على الوقت فصار مضيفاً للوقت إلى الطلاق وإضافة الوقت إلى الطلاق باطل؛ لأنه مما لا يحلف بالوقت فبقي الطلاق مرسلًا كما لو قال: أنت طالق قبلها يوم الأضحى طلقت للحال، ولو قال: أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر فقدم فلان قبل مضي الشهر لا يقع⁽³⁾؛ لأن الشرط شهر موصوف بكونه قبل القدوم متصلًا به ولم يوجد وإن قدم بعد الشهر يقع الطلاق عند القدوم، وقال زفر: يقع مستندا إلى ما قبله بشهر⁽⁴⁾.

له أن القدوم شرط من وجه؛ لأنه معدوم على خطر الوجود ومعرف من وجه؛ لأنه علم على الوقت المضاف إليه الطلاق؛ لأنه يعرف به ولم يوجد به فكان علما على وجود الشرط فمن حيث أنه شرط لا يقع الطلاق إلا بعد القدوم ومن حيث أنه علم معروف يستند وقوعه إلى أول الشهر كما لو قال: أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر.

لنا أن القدوم في معنى الشرط وليس بمعرف للشرط؛ لأن الشرط شهر موصوف بكونه قبل القدوم وصفة القبليّة بالشهر تثبت بالقدوم؛ فكان القدوم موجدا للشرط وهو ملفوظ على خطر الوجود فكان في معنى الشرط والجزاء الأسبق الشرط بل يقتصر عليه كما لو قال: أنت طالق قبل قدوم رمضان بشهر، ولو قال: قبل موت فلان بشهر مستندا عند أبي حنيفة وعندهما مقصورا⁽⁵⁾؛ لأن الشرط شهر متصل بالموت اتصاله قبل وجوده لا يتكون؛ لأن صفة القبليّة للوقت المضاف إليه الطلاق لا يثبت إلا بالموت فإنه مالم يمت لا تثبت القبليّة للشهر فصار كالقدوم، لأبي حنيفة أنه لما مضى شهر فقد تيقنا بوجود شهر قبل موته؛ لأن الموت كائن لا محالة فصفة القبليّة للوقت المضاف إليه الطلاق تثبت قبل وجود الموت كما انتهى إلى آخر جزء من أجزاء حياته؛ فقد اتصل الشهر بموته لا محالة فصار الموت معروفاً لذلك الجزء شهراً متصلاً بالموت فتحقق الشرط قبل الموت إلا أنا لم نعرف ذلك الجزء

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 221.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 221.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 210؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 569، نقلا عن الجامع الكبير.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 210.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 210، 213.

إلا بالموت؛ فصار الموت معرفاً لذلك الجزء لا موجداً للشرط والطلاق يستند إلى وقت وجود الشرط ولا يقتصر على المعرف كما لو قال: أنت طالق بعد دخولك الدار بشهر، ولو كان الزوج وطئها قبل الموت يجب العقر **عند أبي حنيفة وعندهما** لا يجب لما عرف، وذكر أن الغرق والقتل موت في حق الطلاق وهذا إذا علق الطلاق بموت الأجنبي؛ فأما إذا قال: أنت طالق قبل موتي بشهر ثم مات الزوج أو المرأة عنده يقع الطلاق قبل الموت في آخر جزء من أجزاء حياته مستندا **وعندهما لا يقع⁽¹⁾**؛ لأنه لو وقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد موت أحدهما، وكذلك لو قال لعبد: أنت حر قبل موتي بشهر عتق عبده **خلافاً لهما**، ولو قال: أنت طالق قبل رمضان بشهر يقع إذا انسلخ رجب⁽²⁾؛ لأن شهراً قبل رمضان كائن لا محالة؛ لأن مجيء رمضان كائن لا محالة فيكون معرفاً للشهر محضاً، ولو قال: أنت طالق قبل أن تحيض حيضة بشهر فمكث شهراً ثم رأته يوماً أو يومين دماً لم تطلق حتى تراه ثلاثاً لاحتمال انقطاع الدم قبل ذلك فلان حيضاً فإذا استمر ثلاثاً قيل: هي طالق قبل ذلك بشهر **عند أبي حنيفة والصحيح أنها تطلق للحال⁽³⁾**؛ لأن الحيضة غير كائنة لا محالة بل هي على خطر الوجود قد توجد وقد لا توجد فتكون شرطاً لا معرفاً كالقدوم بخلاف الموت؛ لأنه كائن لا محالة، ولو قال: أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر فمات أحدهما قبل الشهر لا تطلق أبداً⁽⁴⁾؛ لأن الوقت المضاف إليه الطلاق شهر قبل موتها وإنما يتحقق ذلك إذا ماتا معاً بعد شهر وموتها معاً متصور، ولنا أن موتها معاً لا يتصور في حقنا لعدم إحاطة علمنا به فكان مقصود الحالف من اليمين شهر قبل موت أحدهما ووقت مبهم قبل موت الثاني؛ لأن موت الثاني كائن لا محالة فصار كما لو قال: أنت طالق قبل رمضان وشعبان بشهر تطلق إذا أهل هلال رجب وذلك قبل رمضان بشهرين؛ لأنه قبل أحدهما بشهر فكذا هذا، ولو قال: أنت طالق قبل قدوم فلان و فلان بشهر فقدم أحدهما بعد شهر لم تطلق

(1) وهو قول سفيان الثوري، ينظر: النتف، السغدري، 354؛ المبسوط، السرخسي، 6: 213؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 83.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 213؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 571.

(3) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 573، نقلاً عن الجامع؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 369.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 214.

حتى يقدم الآخر فيقع ساعة يقدم⁽¹⁾؛ لأنه يجوز أن لا يقدم فلان أصلا فلا يكون هذا شهر قبل قدومهما بخلاف الموت؛ لأنه كائن لا محالة فيكون هذا شهرا قبل موت أحدهما ووقتا مبهما قبل موت الآخر لا محالة، ولو قال: أنت طالق ثلاثا قبل موت فلان بشهر ثم خلعها بعد مضي بعض الشهر ثم مات فلان لتمام الشهر وهي في العدة بطل الخلع ويرد الزوج ما أخذ عند أبي حنيفة⁽²⁾؛ لأن الطلاق وقع مستندا فيكون الخلع واقعا بعد وقوع الثلاث فيكون باطلا وعندهما لا يبطل ولا يرد⁽³⁾؛ لأن الطلاق وقع مقتصرا وإن لم يكن في العدة لم يقع من الثلاث شيء والخلع على حاله وتجب العدة في الصورة الأولى عند عامة المشايخ من وقت الموت احتياطا للاستناد شبهان شبه الثبوت، وشبه الظهور فباعتبار الظهور تجب العدة من أول الشهر وباعتبار الثبوت تجب العدة للحال احتياطا، ولو قال لعبد: أنت حر قبل موتي بشهر، ثم كاتبه فأدى الكتابة فعتق ثم مات المولى لتمام الشهر لم تبطل الكتابة بالإجماع⁽⁴⁾؛ لأن المحل قد فات قبل انحلال اليمين ولو أدى البعض استرد ما أدى عند أبي حنيفة خلافا لهما لما عرف، ولو قطع يد العبد في الشهر ثم مات المولى في الشهر يجب على القاطع نصف قيمته؛ لأن الاستناد يظهر في حق القائم دون الفأنت دون الفأنت والمتلاشي فيظهر أن القاطع قطع يد العبد و يكون ذلك للعبد؛ لأنه مكاتب معنى؛ لأن حاله متردد بين أن يعتق فيسلم له نفسه و أولاده الحاصلة بعد الحلف وبين أن لا يسلم ويرق وهذا هو معنى المكاتب و أرش المكاتب له وهذا يشكل بما لو أعتق أحد عبديه، ثم قطعت يد أحدهما، ثم بين المولى العتق في المقطوعة يده، فالأرش للمولى وكل واحد منهما بمعنى المكاتب قبل البيان حتى لا يملك واحد منهما بالبيني، فيجب أن يكون في كلا المسألتين عن أبي حنيفة روايتان، وإلا فلا يقع الفرق بينهما ويجوز للمولى بيعه بعد مضي الشهر؛ لأن العتق مضاف إلى شهر متصل لا أنه متعلق بالموت وذلك لا يمنع صحة البيع كالمضاف إلى الغد،

ج هـ

اللوحة

319

(5) المبسوط، السرخسي، 6: 214؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 84؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 368.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 573، نقلا عن الجامع الكبير؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 268.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 573، نقلا عن الجامع الكبير؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 268.

(4) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 2: 38، نقلا عن الغياثية.

وروي عنهما في النوادر: أنه لا يجوز بيعه؛ لأن عتقه بعد مضي الشهر بمطلق موت المولى كما لو قال لعبده: أنت حر بعد موتي وموت فلان فله أن يبيعه فإن مات فلان لا يجوز بيعه فكذا هذا، ولو كان مكان العبد أمة فولدت فباع المولى الأم ثم مات المولى لتمام الشهر عتق الولد دون الأم خلافا لهما؛ لأنه ثبت العتق في الولد أصلا لا بطريق السراية عن الأم؛ لأننا تيقنا بوجود الولد في البطن يوم الحلف فصار حالفا يعتقهما جميعا؛ لأنه جزء متصل بالأم وهو قابل للعتق ألا ترى لو نجز العتق في الأم يصير متعلقا للولد فكذا إذا حلف، ولو باع الولد عتقت الأم دونه، ولو باع الأم، ثم اشتراها، ثم مات لتمام شهر منذ حلف لم يعتق عند أبي حنيفة؛ لأن العتق عنده لا يقع مستندا ولا يمكن الاستناد عند أبي حنيفة إلا لقيام الملك في هذه المدة وإن مات لتمام شهر منذ اشتراها عتق؛ لأنه أمكن الاستناد إلى ما قبل موته بشهر، والله أعلم.

باب إضافة الطلاق إلى وقتين وتعليقه بلفظين

أصله أن الطلاق متى أضيف إلى وقتين مستقبليين نزل في أولهما ليصير واقعا فيهما؛ لأنه جعلهما طرفا لكونها طاقا ومتى طلقت في أولهما كانت طالقا في آخرهما⁽¹⁾، وإن كان أحد الوقتين كائنا والآخر مستقبلا وبينهما حرف العطف؛ فإن بدا بالكائن وقع طلاق واحد في أولهما وإن بدأ بالمستقبل وقع طلاقا؛ لأنها متى اتصفت بالطالقية في وقت لا يكون متصفا به في وقت قبله إلا بسبب آخر فيفتضي طلاقا آخر ضرورة لتتصف بكونها طالقا في الوقتين جميعا وإن لم يكن بينهما حرف العطف فإنه يتعلق الطلاق بأولهما لفظا ويصير الثاني لغوا؛ فإنه بغير الواو يصير الوقت الثاني صفة للأول وأنه لا يصلح صفة للأول فيلغوا، ومتى أضيف إلى أحد الوقتين أضيف إلى آخرهما؛ لأنه وقع عند أولهما لصار مضافا إليهما؛ لأنه يصير كلاهما طرفا للطلاق مثال الأول؛ لو قال: أنت طالق غدا أو بعد غد يقع

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 576.

واحدة في الغد⁽¹⁾؛ لأنه أضاف الطلاق إلى وقتين مستقبلين فنزل في أحدهما ومثال الثاني؛ لو قال: أنت طالق اليوم وغدا، وبعد غد، ولا نية له يقع واحدة، وقال زفر: يقع ثلاثا⁽²⁾؛ لأنه أضاف العتق إلى الغد وبعد الغد.

لنا أن قوله: أنت طالق إخبار بحقيقته وإنما جعل إيقاعا في اليوم الأول كيلا يصير كذبا هذه الضرورة معدومة في الغد؛ فإنه متى نفى أخبارا لا يكون كذبا فبقي أخبارا كما تقتضيه حقيقته، ولو قال: أنت طالق بعد غد وغدا اليوم تطلق ثنتين خلافا لزفر؛ لأنه أضاف إلى وقتين أحدهما كائن والآخر مستقبل وقد بدا بالمستقبل، ولو قال: وسط النهار أنت طالق أول هذا اليوم وآخره أو اليوم غدا وقع واحدة⁽³⁾؛ لأنه بدا بالوقت الكائن ولو قال: آخر هذا اليوم وأوله أو غدا واليوم يقع ثنتان⁽⁴⁾؛ لأنه بدا بالمستقبل؛ ولأنه نجز واحدة في اليوم وأضاف أخرى إلى الغد، وكذا لو قال: أمس واليوم فهي ثنتان⁽⁵⁾؛ لأن الواقع في اليوم لا يكون واقعا في أمس فاقضى أخرى، ولو قال: اليوم وأمس فهي واحدة مثل قوله اليوم وغدا ولو قال: أنت طالق غدا واليوم، وبعد غد والمرأة مدخول بها يقع ثلاثا، وقال زفر: يقع واحدة⁽⁶⁾؛ لأن قوله أنت طالق غدا إضافة فاصلا يصير للإرسال والتجيز في اليوم؛ لأن الإرسال غير المضاف فلغى ذكر اليوم فصار فاصلا بين الغد وبعد الغد فلم يصح تعليق الثاني كما لو سكت.

(1) جاء في المحيط البرهاني (وأنت طالق غدا أو بعد غد فإنها تطلق بعد غد)، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 576.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 255؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 27؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 367.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 367، نقلا عن فتاوى قاضي خان؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 234.

(4) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 367، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(5) قال الإمام ابن نجيم عند ذكره لهذه المسألة: (وفي الذخيرة طالق أمس واليوم تقع واحدة، ولو قال: اليوم وأمس تقع ثنتان ونقل عن المحيط - الرضوي - خلافه وفيه بحث؛ لأن إيقاعه في أمس إيقاع في اليوم فكأنه كرر اليوم) ويعضد قول الإمام ابن نجيم أن أصحاب الفتاوى الهندية نقلوا ما يوافق رأيه من كتاب المنتقى للحاكم الشهيد وهو مصدر عظيم من مصادر الفقه الحنفي المعتمدة عند الحنفية، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 578؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 234، نقلا عن الذخيرة؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 367، نقلا عن المنتقى.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 231.

لنا أن قوله اليوم وغدا جملة ناقصة عطفت على جملة تامة فيصير كأنه قال: أنت طالق غدا، وأنت طالق اليوم، وأنت طالق بعد غد فيقع ثلاثا فكذا هذا ومثال الثالث، لو قال: أنت طالق اليوم غدا أو الساعة غدا يقع في الحال⁽¹⁾؛ لأنه أوقع الطلاق في اليوم وجعل الغد صفة لليوم وأنه لا يصلح صفة فيلغوا وكذلك لو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غدا يقع في الغد⁽²⁾؛ لأن قوله: أنت طالق اليوم تتجيز وقوله: إذا جاء غد تعليق وقد تعذر الجمع بينهما فكان اعتبارا للتعليق أولى؛ لأنه أخف وأنه متيقن وفي الزيادات شك فلا يثبت، ولو قال: أنت طالق اليوم وإذا جاء غدٍ طلقت واحدة في الحال، وأخرى في الغد⁽³⁾؛ لأن المجيء شرط معطوف على الإيقاع والمعطوف غير المعطوف عليه والموقع للحال لا يكون متعلقا بشرط فلا بد وأن يكون المعلق تطليقة أخرى.

الجامع: مسأله على فصول فصل في الإضافة وقت، وفصل في الإضافة إلى وقت ونفي الطلاق عن وقت، وفصل في إضافة الظهر إلى وقت.

فصل في الإضافة إلى وقت

[مسألة] لو قال: أنت طالق كل يوم أو أبدا أو طالق الأيام أو قال: أنت طالق اليوم وغدا وبعد غد فهي واحدة⁽⁴⁾؛ لأنه جعل الوقت ظرفا لكونها طالقا ومتى اتصفت بالطالقية في يوم تتصف بها في سائر الأيام، وكذلك لو قال: أنت طالق اليوم

(1) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 196؛ الننف، السخدي، 364؛ المبسوط، السرخسي، 6: 207؛
208؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 85؛ الهداية، المرغيناني، 1: 228؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3:
583؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 143.
(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 208؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 583؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 9:
228؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 367، نقلا عن الذخيرة.
(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 230؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 367، نقلا فتاوى قاضي خان.
(4) المبسوط، السرخسي، 6: 255؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 367.

ورأس الشهر وعن أبي يوسف تقع أخرى إذا جاء رأس الشهر استدلالاً بما لو قال: أمرك ببيدك اليوم وبعد غد كانا أمرين حتى لو ردت في اليوم بقي فيما بعد الغد⁽¹⁾.

وجه ظاهر الرواية أنه لم يتخلل بين الوقتين وقت لا يتصف بكونها طالقاً فيه فإنها متى طلقت في اليوم كانت طالقاً في سائر الأيام ورأس الشهر بخلاف الأمر باليد؛ لأنه مما لا يتأقت ولا يتأبد فإذا نص على اليوم توقفت الأمر باليوم فقد تخلل بين الوقتين وقت وليس الأمر في يدها فإذا قال: بعد غد كان هذا أمراً آخر فأما الطلاق يتأبد ولا يتأقت، ولو نوى في اليوم يقع؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه؛ لأنه نوى إضمار تطلقه في كل يوم، ولو قال: أنت طالق رأس الشهر يقع أخرى عند رأس الشهر؛ لأنه بدأ بالوقت المستقبل، ولو قال: أنت طالق في كل يوم تطلقه⁽²⁾؛ لأن التطلاق منكرة وكل يوم منكر، والمنكر إذا قرن بالمنكر يتعدّد بتعدّده كما لو قال: أعط كل رجل درهما يجب تعدد الرجال؛ ولأنه أضاف إلى كل يوم تطلقه منكرة والنكرة إذا كررت كان الثاني غير الأول، ولو قال: أنت طالق في كل يوم أو عند كل يوم أو كلما مضى يوم طلقت ثلاثاً في كل يوم تطلقه⁽³⁾؛ لأنه جعل كل يوم ظرفاً للطلاق على حدة؛ فاقتضى مظلوماً على حدة وهو الإيقاع؛ فصار الإيقاع مكرراً بكلمة في خلاف ما لم يذكر في؛ لأنه جعل الأيام كلها ظرفاً واحداً فلم يقتض إلا مظلوماً واحداً ألا ترى لو قال: والله لا أكلمك في كل يوم من أيام هذه الجمعة لم يحنث حتى يكلمه في كل يوم منها⁽⁴⁾؛ لأنه لما أفرد كل يوم بالذكر على حدة فما لم يتم الشرط لا يحنث، ولو قال: والله لا أكلمك كل يوم من أيام هذه الجمعة فكلم يوماً واحداً حنث⁽⁵⁾؛ لأنه لم يفرد كل يوم بذكره شرطاً فصار شيئاً واحداً وكذلك لو قال: أنت طالق في اليوم وغدٍ وبعد غدٍ؛ لأنه أفرد كل يوم بكونه ظرفاً فتجدد المظروف.

فصل في الإضافة إلى وقت ونفي الطلاق عن وقت

- (1) وقال زفر: هو أمر واحد، ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 401؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 488؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 367.
- (2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 367.
- (3) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 223؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 367.
- (4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 12: 376، نقلاً عن الظهيرية.
- (5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 12: 376، نقلاً عن الظهيرية.

[مسألة] ولو قال: أنت طالق يوما ويوما لا طلقت واحدة للحال⁽¹⁾؛ لأن الطلاق متى وقع لا يمكن رفعه؛ فمتى وقع في الأيام كلها؛ وإن نوى بذلك أن تكون طالقا أبدا يوما ويوما لا طلقت ثلاثا⁽²⁾؛ لأن هذا قد يذكر ويراد به الأبد يقال: أصوم يوما ويوما لا ويراد به الأبد؛ فقد نوى ما يحتمله كلامه وفيه تشديد فيصدق فطلقت ثلاثا آخرهن في اليوم السادس وفي رواية اليوم الخامس وهو الصحيح؛ لأنه يقع في اليوم في اليوم الأول واحدة بدليل أنه إذا لم ينو الأبد تقع واحدة للحال فلو كان هذا الطلاق مضافا إلى آخر اليومين وجب أن لا يقع في اليوم الأول، ثم تقع ثانية في اليوم الثالث، ثم تقع الثالثة في اليوم الخامس.

فصل في إضافة الظهر إلى وقت

[مسألة] ولو قال: أنت عليّ كظهر أمي كل يوم كان ظهرا واحدا فلا يقربها ليلا ولا نهارا حتى يُكفّر⁽³⁾ كما لو قال: أنت طالق كل يوم، ولو قال: في كل يوم كان مظاهرا في كل يوم⁽⁴⁾؛ لأنه أفرد كل يوم بالظهر؛ فإذا جاء الليل بطل الظهر وعلا من الغد؛ لأن الظهر يتوقت فإذا مضى الوقت بطل الظهر، وإن كفر في كل يوم فله أن يقربها في ذلك اليوم؛ لأن الظهر قد ارتفع بالتكفير وعاد من الغد، ولو قال: أنت علي كظهر أمي اليوم، وكل ما جاء يوم كان مظاهرا اليوم؛ فإذا جاء الليل بطل وله أن يقربها ليلا؛ لأنه وقتته باليوم فإذا جاء الغد صار مظاهرا مستقبلا عند طلوع الفجر لا يبطله إلا كفارة على حدة؛ لأنه ذكره بكلمة كلما وهي توجب التكرار فينعقد في كل يوم ظهرا على حدة وهو مرسل غير مؤقت والظهر المرسل يقع مؤبدا.

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 235.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 235.

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 508، نقلا عن الكافي.

(4) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 508، نقلا عن الكافي.

الزيادات: أصله أن الطلاق متى أضيف إلى أحد الوقتين وقع عند آخرهما⁽¹⁾؛ لأنه لو وقع عند آخرهما؛ لأنه لو وقع عند أولهما لصار مضافا إليهما؛ لأنه يصير كلاهما ظرفا للطلاق وإن علق الطلاق بفعلين يقع آخرهما؛ لأنه لو وقع عند أولهما لصار مضافا إليهما؛ لأنه يصير كلاهما ظرفا للطلاق، وإن علق الطلاق بفعلين يقع آخرهما؛ لأنه لو لم يقع لصار معلقا بهما؛ لأنه يصير كلاهما مانعا، وإن علق بالفعل والوقت يقع بكل واحدة تطليقة؛ لأنهما مختلفان وإن علقه بوقت أو بفعل فإن سبق الفعل وقع ولم ينتظر الوقت؛ لأنه يجعل كأنهما فعلا وإن سبق الوقت لم يقع حتى يوجد الفعل ويجعل كأنهما وقتان أضيف الطلاق إلى أحدهما؛ لأن التعليق والإضافة أمران متضادان لم يجتمعان؛ فجعلنا السابق أولى وجعلنا اللاحق كأنه مثله؛ ولأن المعلق أخف من المضاف؛ لأن المضاف كالمنجز؛ لأن الوقت كائن لامحالة والشرط على خطر الوجود والعدم فرجنا الأخف؛ لأنه متيقن وفي الزيادة شك فلا يثبت، ومن قال لامرأته ليلا: أنت طالق في ليلك ونهارك طلقت واحدة⁽²⁾؛ لأنه بدا بالوقت الكائن، ولو قال ليلا: في نهارك وليلك، أو قال نهارا: في ليلك ونهارك طلقت ثنتان⁽³⁾؛ لأنه معلق بالوقت المستقبل لما مر مثال أحد الوقتين لو قال: أنت طالق غدا أو رأس الشهر يقع رأس الشهر⁽⁴⁾، وكذلك لو قال: أنت طالق اليوم أو غدا يقع في الغد؛ لأنه أضاف إلى أحد الوقتين فيقع في آخرهما ومثال الفعلين لو قال: إذا جاء فلان وإذا جاء فلان فأنت طالق لا يقع إلا بمجيئهما جميعا⁽⁵⁾؛ لأنه علق بفعلين فيقع عند آخرهما، ولو قدم الجزاء فقال: أنت طالق إذا جاء فلان وفلان ذاتهما جاء طلقت وكذلك لوسط الجزاء لما بينا⁽⁶⁾، ولو قال: أنت طالق إذا جاء غد وبعد غد يقع في آخره⁽⁷⁾؛ لأنه علقه بالفعلين جميعا فصار كلاهما شرطا واحدا، ولو قال لها وهي

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 232.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 577؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 215؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 367.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 577.

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 232؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 576.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 10: 139.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 232.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 583.

مضطجعة: أنت طالق في قيامك وقعودك لم تطلق حتى بفعلهما⁽¹⁾؛ لأنه صار معلقاً بالفعلين فلا ينزل إلا عند وجودهما فإن كانت قاعدة، ثم قامت، أو كانت قائمة فقامت، ثم قعدت طلقت؛ لأنه فعل ممتد فصار لدوامه حكم الإنشاء، ولو قال لها: أنت طالق في قيامك وفي قعودك طلقت بأيهما وجد، ولو وجدا لم يقع إلا واحدة⁽²⁾؛ لأنه يصير بمنزلة قوله: أنت طالق في قيامك وفي قعودك طلقت بأيهما وجد ولو وجدا لم يقع إلا واحدة؛ لأنه يصير بمنزلة قوله: أنت طالق إن قمت وإن قعدت؛ فقد عطف الشرط الثاني على الأول ولم يذكر له خبراً؛ فصار الخبر المذكور الأول خبراً له، والخبر واحد فلا يزيد على طلاق واحد مثال أحد الفعلين، لو قال: أنت طالق إذا جاء فلان، أو إذا جاء فلان فأيهما جاء طلقت⁽³⁾؛ لأنه علقه بفعل أحدهما؛ لأن كلمة أو للتخيير وكذا لو قال: أنت طالق إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قدم فلان فأيهما وجد وقع⁽⁴⁾؛ لأنه علقه بأحدهما أما مجيء الوقت أو قدوم فلان؛ فأيهما وجد الشرط، ومثال الوقت والفعل لو قال: أنت طالق رأس الشهر، أو إذا قدم فلان إن وجد القدوم أوّلاً يقع وإن جاء رأس الشهر أوّلاً لا يقع، حتى يقدم فلان؛ لأنه إن سبق الفعل وجوداً يجعل كأنهما فعلاً وقد علق الطلاق بأحدهما فيقع عند أولهما وإن سبق الوقت يجعل كأنهما وقتان وقد أضيف الطلاق إلى أحدهما فيقع عند آخرهما لما بينا.

ظه

اللوحة

320

باب الاستثناء للتعطيل

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 369.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 369.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 369.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 369.

الاستثناء للتعطيل نحو قوله: إن شاء الله، أو لم يشأ الله، أو ماشاء الله، أو ما لم يشأ الله، أو فيما شاء الله، أو إلا أن يشاء الله لم يقع شيء⁽¹⁾؛ لأن مشيئة الله تعالى مما لا يوقف عليها وتعليق الشيء بما لا يعلم إعدام له من الأصل كأنه لم يتكلم به كقوله تعالى حكاية عن موسى صلوات الله عليه ﴿قَالَ سَتَجِدُنِي إِن شَاءَ اللَّهُ صَابِرًا﴾⁽²⁾ ولم يصبر ولم يكن ذلك خلفا للوعد وكذلك إن علق بمشيئة من لا تعلم مشيئته من العباد مثل الملائكة والجن والشياطين⁽³⁾، ولو قال: كيف شاء الله طلقت للحال⁽⁴⁾؛ لأنه تحقيق وليس بتعليق ويصح الاستثناء موصولا مفصولا وقال ابن عباس - رضي الله عنهما - في قول: يصح والصحيح قول عامة الصحابة⁽⁵⁾؛ لأن الكلام إذا استقر حكمه بالسكوت يكون الاستيثار رفعا بعد الثبوت بقدر المستثنى لا بيانا وحكم الكلام لا يحتمل الرفع بعد ثبوته كالتعليق بالشرط يصح موصولا ومفصولا؛ ولأنه لو صح مفصولا يؤدي إلى المحال؛ لأنه يؤدي إلى المحال؛ لأنه يؤدي إلى أن من طلق امرأته ثلاثا وتزوجت بآخر وولدت أولادا، ثم استثنى المطلق فيظهر أنها لم تكن مطلقة ثلاثا وأن الثاني تزوج بمنكوحة الغير وكذا لو حلف الرجل بين يدي القاضي ثم يستثنى فلا يكون حالفا فيؤدي إلى إبطال حقوق الناس وإليه أشار أبو حنيفة - رضي الله عنه - حين دعاه أبو جعفر المنصور وقال له: لم خالفت جدي؟ فإن مذهب جدي أن الاستثناء يصح مفصولا، فقال أبو حنيفة: لكيلا ينقض عليك خلافتك فإن من عقد البيعة معك وحلف بالأيمان المغلظة، ثم يخرج من عندك فيستثنى فيخرج عليك فينقض خلافتك، فقال له: أحسنت فاستر عليّ وخليّ سبيله⁽⁶⁾، ولو سكت سكتة قدر ما يتنفس له الإنسان أو عطس أو تجشأ أو كان

(1) قال ابن الهمام في التعليق على هذه المسألة: (لم يقع إذا كان متصلا فلا يفترق إلى النية حتى لو جرى على

لسانه من غير قصد لا يقع، وحكي عندنا فيه خلاف، قال خلف: يقع، وقال أسد: لا يقع، وهو الظاهر من

المذهب، ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 136؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 142.

(2) سورة الكهف، من الآية: 69.

(3) شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 136.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 44؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 454.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 8: 143؛ الاستذكار، ابن عبد البر، 5: 194؛ الجامع لأحكام القرآن، القرطبي،

6: 273؛ المغني، ابن قدامة، 5: 282.

(6) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 242.

بلسانه ثقل فطال في تردده، ثم قال: إن شاء الله صح الاستثناء⁽¹⁾؛ لأنه موصول معنى لمكان العذر فإن كان بنفسه باختياره لا يكون استثناء ولو حرك لسانه بالاستثناء يصح وإن لم يكن مسموعا عند الكرخي، وعند الهندواني لا يصح ما لم يكن مسموعا⁽²⁾ على ما مر في الصلاة، ولو قال لامرأته: أنت طالق فجرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد لا يقع⁽³⁾؛ لأن الاستثناء موجود حقيقة، والكلام مع الاستثناء لا يكون إيقاعا كما لو قال: أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق لا يقع، وذكر أبو الليث في نوازله لو قال: إن دخلت هذه الدار فله علي أن أتصدق بمائة درهم مثلا قال هذا قريب من الاستثناء؛ لأن من الأمثال ما هو حقيقة ومنها ما ليس على الحقيقة، قال وبه نأخذ؛ لأن في المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه إيجاب إلا أن يريد الرجل إيجابا على نفسه فيلزمه، ولو قال: أنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء الله أو ثلاثا وواحدة إن شاء الله أو قال: أنت طالق وطاق وطاق إن شاء الله لم يصح الاستثناء، وطلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وعندهما صح ولم تطلق⁽⁴⁾، وعلى هذا لو قال لعبده: أنت حر وحر إن شاء الله.

لهما أن الكلام الثاني من جنس الأول وأنه معطوف على الأول فلا يعتبر فاصلا كما لو قال: أنت طالق ستا إن شاء الله⁽⁵⁾.

له أنه يخلل بين الجزاء والاستثناء كلام لغو وهو ذكر الثلاث أو واحدة ثانيا فيعتبر فاصلا بينهما كما لو سكت أو تكلم بكلام آخر بخلاف ما لو قال: ستا؛ لأنه ليس بلغو من الكلام؛ لأن الثلاث منه صحيح واللفظ واحد فلا يعتبر فاصلا⁽⁶⁾، ولو قال: أنت طالق واحدة وثلاثا إن شاء الله صح الاستثناء⁽⁷⁾؛ لأن الكلام الثاني يتعلق به حكم وهو وقوع الثانية والثالثة فلم يكن لغو، ولو قال: أنت طالق، وطاق،

(1) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 193؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 142.

(2) تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 193؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 142؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 44.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 538؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 142.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 8: 164؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 158.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 158.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 158.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 158؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 142.

و طالق إن شاء الله صح الاستثناء بالإجماع⁽¹⁾؛ لأن كل لفظ معتبر فلم يتخلل بين الجزاء والاستثناء كلام لغو بخلاف ما لو ذكر لفظ الطلاق أربعاً؛ لأن الرابع كلام لغو.

النوادر: أصله أنه ذكر الكرخي أن كلمة الاستثناء لتعطيل الكلام وإبطاله ورفع حكمه عندهما، وعند أبي يوسف للشرط، وثمرة الخلاف تظهر فيما ذكر في النوادر أن من قال لامرأته: إن شاء الله أنت طالق، أو إن شاء الله وأنت طالق عندهما لا تطلق وعنده تطلق⁽²⁾، وكذا لو قال: كنت طلقتك أمس إن شاء الله عندهما لا يقع خلافاً له⁽³⁾، وكذا لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، وعبدي حر إن كلمت زيدا إن شاء الله، وإن شاء فلان ينصرف الاستثناء إلى اليمين عندهما، وعند أبي يوسف ينصرف إلى اليمين الأخيرة⁽⁴⁾.

لهما أن صيغته للشرط ولكن معناه رفع الحكم وإعدامه على خلاف سائر التعليقات، فإن التعليق بالشرط ظهر حكمه عند الشرط والتعليق بمشيئة الله تعالى لا حكم له أصلاً، وإحدى الجملتين ليست بأولى من الأخرى بإعدام حكمها فانصرف إليها ومن مشايخنا من قال: هذه الكلمة للتعطيل والإبطال بالإجماع وذكر حجتها على سبيل الابتداء.

لأبي يوسف أن الواو دخل بين جملتين تامتين؛ لأنه دخل بين يمينين تامين فيكون للاستئناف لا للعطف كقوله: رأيت زيدا وضربت عمراً؛ فلم تصر اليمين الثانية معطوفة على الأولى؛ فانصرف الاستثناء إلى الأخيرة.

لهما أن الواو دخل بين جملتين الأولى منهما ناقصة باعتبار الإبطال بأن كانت تامة باعتبار التعليق؛ لأن قوله إن شاء الله إن كان تعليقا صورة فهو إبطال معنى والجملة الأولى قابلة للإبطال محتاجة إليه فتعتبر الواو للعطف ليصير للجملة الأولى حذا من الإبطال كما للثانية كما لو قال: أنت طالق وعبدي حر إن شاء الله انصرف الاستثناء إليهما؛ لأن الجملة الأولى وإن كانت تامة باعتبار الإرسال؛ لأنها ابتداء

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 142.

(2) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 193؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 456، نقلا عن غاية السروجي.

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 456، نقلا عن غاية السروجي.

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 43.

وخبر فهي ناقصة باعتبار التعليق محتاجة إليه فاعتبر الواو للعطف فكذا هذا وكذا إذا كان معلقا بمشيئة فلان تفويض وتمليك والجملة الأولى ناقصة باعتبار التفويض والتمليك فيجعل الواو للعطف ليثبت التفويض والتمليك للجملة الأولى ونظيره لو قال بعتك هذا العبد بألف، وبعتك هذه الجارية بخمسائة دينار، وأجرتك هذه الدار بمائة درهم على أي بالخيار انصرف الخيار إلى العقود كلها فكذا هذا ولو قال: إن شاء الله أنت طالق أو إن شاء الله وأنت طالق صح الاستثناء⁽¹⁾، وقال محمد: لم يصح الاستثناء؛ لأن الصيغة صيغة الشرط ومعناها رفع الحكم، فإذا لم يصح الشرط لانعدام حرف الفاء في الجزاء كما في سائر التعليقات لم تصح الصيغة فلا يترتب عليها حكم.

لأبي حنيفة أن معنى الصيغة رفع الحكم وانعدامه والعبرة للمعنى لا للصيغة فلا يفتقر إلى حرف الفاء في الجزاء، وروي عن أبي يوسف قال: إن خرجت من الدار فأنت طالق فاعلمي إن شاء الله صح الاستثناء⁽²⁾؛ لأن الفاء للتعليق فتعلق الكلام الثاني بالأول؛ فلم يصر الثاني فاصلا بين الاستثناء واليمين، وقال: اعلمي أو اذهبي انقطع الاستثناء؛ لأنه لم يأت بحرف التعليق وعلى قياس قول أبي حنيفة في قوله أنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء الله ينبغي أن لا يصح الاستثناء هنا في الفصلين جميعا، ولو قال: أنت طالقة واحدة إن شاء الله وأنت طالق ثنتين إن شاء الله لا يقع شيء؛ لأن الكلام أول لحقه الاستثناء فلم يقع به والثاني باطل؛ لأنه لو وقع الطلاق به لشاء الله تعالى الطلاق؛ لأن الأفعال كلها بمشيئة الله تعالى وإذا شاء الله تعالى فقد انعدم الشرط فلم يقع فكان تصحيحه إبطاله، ولو قال: أنت طالق واحدة اليوم إن شاء الله وإن لم يشأ الله فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان⁽³⁾؛ لأنه لو شاء الله الواحدة في اليوم لطلقها فيه ولو طلقها فيه لم يقع إلا هذه؛ لأن الله تعالى شاء هذا الطلاق دون غيره.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 537؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 43.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 460، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(3) ينظر: تبیین الحقائق، الزيلعي، 2: 243.

الزيادات: لو قال: أنت طالق بمشيئة الله وإرادته أو بمحبته أو برضاه لم تطلق حتى يشاء فلان⁽¹⁾؛ لأن هذا يستعمل للتعليق؛ لأن حرف الباء للإصاق⁽²⁾ كقول الرجل ضربت بالسيف، وكتبت بالقلم؛ فقد جعل لفظ الطلاق ملصقا بمشيئة الله وإنما يتحقق معنى الإصاق إذا تعلق بمشيئته حتى يوجدان، ولو قال: بأمر الله أو بحكمه أو بإرادته أو بعلمه أو بقدرته أو بمعونته أو بعلم فلان أو بحكمه أو بأمره يقع للحال⁽³⁾؛ لأن ذلك يستعمل للتحقيق؛ أي فعلت بأمر الله أو بحكمه كما لو قال: طلقت بإذن فلان فيستعمل حرف الباء هنا للإصاق الحكم بالسبب لا للتعليق، ولو قال: في حكم الله أو في أمره، أو إرادته، أو في قدرته أو في حكم فلان أو في إرادته أو في قدرته لم تطلق؛ لأن حرف (في) للظرف؛ فإذا تعذر جعله ظرفا جعل مجازا عن الشرط لمشابهة بينهما فيكون تعليقا كأنه قال: إن أمر الله أو حكم أو إن علم فلان وهذه الأوصاف لا يعلم وجودها للحال قطعا فصح التعليق بها، ولو قال: في علم الله يقع للحال؛ لأنه علق بموجود قطعا؛ لأننا نعلم قطعا أن علم الله تعالى محيط بالأشياء كلها والتعليق بشرط موجود تحقيق⁽⁴⁾ كما لو قال: أنت طالق في الدار ولو قال: في قدرته لا يقع؛ لأن معنى القدرة هنا التقدير والقدرة قد يراد بها التقدير كما قال الله تعالى ﴿فَقَدَرْنَا فَنِعْمَ الْقَادِرُونَ﴾⁽⁵⁾ ولا نعلم تقديره حتى لو أراد الحالف بمعنى القدرة التي هي ضد العجز يقع للحال؛ لأن قدرة الله تعالى موجودة كالعلم سواء، ولو قال: لمشيئة الله أو لإرادته ونحوها أو لمشيئة فلان ونحوه يقع؛ لأن اللام للتعطيل يقال: فعلت كذا لشفاعة فلان؛ أي لأجل شفاعة فلان فكان معنى كلامه: أنت طالق؛ لأن الله تعالى شاء ولو نص على هذا يقع فكذا هذا، وهذا كمن قال: أنت طالق لدخول الدار يقع للحال.

(1) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 243.

(2) ينظر: مغني اللبيب، ابن هشام، 137.

(3) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 243.

(4) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 243؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 41.

(5) سورة المرسلات، الآية: 23.

باب الاستثناء للتحصيل

فيه فصلان: فصل في الاستثناء، وفصل في الاستثناء من الاستثناء.

فصل في الاستثناء

أصله أن الاستثناءَ للتحصيل ما يتحصل من كلامه بنى بعده ويكون تكلمًا بالباقي بعد الثنيًا ولفظة الاستثناء دالة عليه؛ لأنها مأخوذة من بناء تصرف كأنه تصرف عن الجملة المعهودة إلى جملة أخرى، ثم استثناء البعض عن الكل جائز واستثناء الكل من الكل لا يجوز⁽¹⁾؛ لأن الاستثناء مان أنه أراد بما تكلم ما وراء المستثنى واستثناء الكل عن الكل تعطيل للكلام؛ فلم يصح ويصح استثناء البعض موصولاً لا مفصولاً؛ لأن الكلام إذا استقر حكمه بالسكوت يكون الاستثناء رفعا بعد الثبوت بقدر المستثنى لا بيانا والكلام لا يحتمل الرفع بعد الثبوت فهذا كالتعليق بالشرط يصح موصولاً لا مفصولاً؛ لأنه متى بيَّت حكم الأصل فلو صح التعليق كان رفعا لا بيانا.

المبسوط: ولو قال: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أو اثنتين يصح الاستثناء⁽²⁾؛ لأنه استثناء البعض من الكل، ولو قال: إلا ثلاثا يصح الاستثناء ويقع الثلاث؛ لأنه استثناء الكل عن الكل.

[فصل]⁽³⁾ في الاستثناء من الاستثناء

ولو قال: أنت طالق ثنتين وثنيتين إلا اثنتين إن نوى الاستثناء عن إحدى الثنتين لم يصح⁽⁴⁾؛ لأنه استثناء الكل من الكل، وإن نوى واحدة من الأولى [وواحدة من

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 155؛ الهداية، المرغيناني، 1: 247؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 2:

245؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 44

(2) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 194.

(3) ساقط من: ع.

(4) المبسوط، السرخسي، 7: 368؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 45؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 457،

نقلا عن الظهيرية.

الأخرى] (1) يصح وإن لم يكن له نية يصح الاستثناء ووقع ثنتان **خلافاً** لزفر (2)؛ لأنه يمكن تصحيح الاستثناء بأن يصرف إلى كلا العددين فيصير مستثنى من كل جملة واحدة فيصرف إليهما تصحيحاً لكلامه، وروى هشام عن محمد لو قال: أنت طالق ثنتين وثلثين إلا واحدة وأنت طالق اثنتين وأربعاً إلا خمسا وقع ثلاثاً (3)؛ لأنه تعذر تصحيح الاستثناء؛ لأن استثناء الثلاث من الثلثين لا يصح؛ لأنه يزيد عليه ولا استثناء يصف الثلاث من كل ثنتين؛ لأنه استثناء جميع الثلثين؛ لأن ذكر نصف مالا يتجزأ كذكر كله ولا استثناء واحدة من إحدى الثلثين؛ لأنه يبقى استثناء من الأخرى وأنه لا يصح ولو قال: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً وقع ثلاثاً (4) **عند أبي حنيفة** وعلى قياس قولهما تقع واحدة، وهذا بناء على ما لو قال: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً وقع ثلاثاً **عند أبي حنيفة** وعلى قياس قولهما تقع واحدة وهذا بناء على ما لو قال: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله لا يصح الاستثناء عنده **خلافاً** لهما (5)، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة وواحدة لم يصح الاستثناء، ووقع الثلاث **خلافاً** لزفر (6) وكذلك لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً بطل الاستثناء (7) فكذا هذا، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة أو اثنتين ومات قبل البيان طلقت واحدة (8) في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف واحدة بأكثر الاستثناء؛ لأنه متيقن وفي الأقل شك، وفي رواية أخرى يقع ثنتان ولو قال: أنت طالق عشراً إلا تسعاً يقع واحدة (9)؛ لأن الاستثناء يرد على اللفظ فتكون العبرة للفظ لا للحكم وباعتبار اللفظ هذا استثناء البعض من الكل، ولو قال: إلا ثمانياً يقع ثنتان (10)، ولو قال: سبعا تقع ثلاثاً (11)، ولو

ج هـ

اللوحة

322

(1) ساقط من: ع.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 45.

(3) بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 156؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 550؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 45.

(4) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 550، نقلاً عن المنتقى؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 157؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 457.

(5) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 550، نقلاً عن المنتقى؛ الاختيار، ابن مودود، 2: 144؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 457.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 165؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 155؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 549؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 158.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 146؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 194؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 158.

(8) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 194.

(9) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 156؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 45.

(10) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 156.

(11) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 156.

قال: للمدخولة أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق إلا واحدة يقع الثلاث⁽¹⁾، وكذا لو قال: أنت طالق واحدة وواحدة و واحدة إلا واحدة⁽²⁾؛ لأنه ذكر كلمات متفرقات فيعتبر كل كلام في صحة الاستثناء وكذا لو قال: هذه طالق وهذه، وهذه إلا هذه⁽³⁾، ولو قال: أنتن طوالق إلا هذه صح الاستثناء⁽⁴⁾، ولو قال: نسائي طوالق إلا هؤلاء، وليس له نسوة غير المشار إليهن أو قال: عبيدي أحرار إلا هؤلاء، وليس له عبيد إلا هؤلاء لا يصح الاستثناء⁽⁵⁾؛ لأن الاستثناء في مخرجه صحيح وهو خلاف المسمى فيصح وإن أتى على كله كمن أوصى بثلث ماله إلا ألف درهم وثلثه ألف درهم وثلثه ألف صح الاستثناء ولو أوصى بثلث ماله إلا ثلث ماله لم يصح وأصله أن الاستثناء إذا كان من جنس المستثنى منه لفظاً وأتى على كله لم يصح وإن كان يخالف لفظ المستثنى منه يصح وإن أتى على جميعه؛ لأن الاستثناء يتبع صفة اللفظ دون الحكم، ولو قال: أنت طالق واحدة إلا نصفها وقعت واحدة⁽⁶⁾؛ لأن عند بعضهم صح استثناء [بعض]⁽⁷⁾ النصف فصار كأنه قال: أنت طالق نصف تطليقة وأنها لا تتجزأ، فنتكامل وعند بعضهم لا يصح⁽⁸⁾؛ لأن استثناء الكل؛ لأن ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله فصار كما لو قال: أنت طالق إلا تطليقة وفائدة هذا الخلاف تظهر فيما لو قال: أنت طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة أو قال: ثنتين ونصف إلا نصف فعند الأوليين تقع ثلاثا⁽⁹⁾؛ لأنه يحصل بعده تطليقتان ونصف فتكمل، عند الآخرين يقع ثنتان فكأنه استثنى واحدة.

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 45.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 45.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 45.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 45.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 156.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 166؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 282، نقلا عن الظهيرية.

(7) ساقط من: ع.

(8) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 282، نقلا عن الظهيرية.

(9) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 146.

[فصل] (1)

الزيادات: أصله أن المستثنى إذا لحق به وصف يليق بالمستثنى منه دون المستثنى ألحق بما يليق به أو يلحق بهما تحقيقاً للمجانسة بين المستثنى والمستثنى منه، ومن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة للسنة طلقت ثنتين للسنة في كل طهر واحدة⁽²⁾؛ لأن المستثنى من جنس المستثنى منه فلما وصف المستثنى بالسنة ثبت ذلك الوصف في المستثنى منه تحقيقاً للمجانسة بينهما ألا ترى لو قال لفلان: علي ألف إلا مائة درهم كانت التسعمائة من الدراهم وكذا لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة غداً أو إذا كلمت فلاناً كان الشرط والوقت ثابتاً في المستثنى منه فكذا هذا⁽³⁾، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً ألبتة إلا واحدة طلقت ثنتين للرجعة⁽⁴⁾؛ لأن وصف الثلاث بالبتة للتأكيد؛ لأن قوله ألبتة؛ أي قاطع والثلاث قاطع للنكاح بدون لفظة ألبتة فكان لتأكيد الكلام كقوله تعالى ﴿تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ﴾⁽⁵⁾ وما يكون للتأكيد لا يمنع الاستثناء كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً يا فلانة إلا واحدة كان قوله: يا فلانة لتأكيد تعريف المحل فلم يمنع الاستثناء فكذا هذا⁽⁶⁾، فصار كأنه طالق ثلاثاً إلا واحدة وكذا لو قال: أنت طالق ثلاثاً بائناتاً إلا واحدة يقع ثنتان رجعتان ولو قال: ثلاثاً بوائناً إلا واحدة يقع ثنتان بائناتان⁽⁷⁾؛ لأن البوائن جماعة البائنتين؛ فصار كل واحدة موصوفة بالبائنة؛ لأن كل ثنتين إلا واحدة بائنة يقع واحدة رجعية؛ لأن البائنة لا تصلح نعتاً للثنتين؛ لأنه لا يقال ثنتان بائنة ويقال ثنتان بائناتان فكان هذا خطأ في العبارة فيجعل صفة للمستثنى خاصة للضرورة فتبقى الأخرى رجعية وإن عني بالبائنة الثنتين صحت نيته وطلقت ثانية؛ لأنه قد نوى الخطأ من الكلام والمتكلم يخطئ ويصيب

(1) ساقط من: ع.

(2) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 554، نقلاً عن الزيادات؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 45، نقلاً عن المحيط الرضوي.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 288؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 459.

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 288؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 458، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

(5) سورة البقرة، من الآية: 196.

(6) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 459، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

(7) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 485، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.

وهذا من محتمل كلامه؛ لأن الوصف يستعمل بمعنى المصدر قال الله تعالى: ﴿يَعْلَمُ خَائِنَةَ الْأَعْيُنِ﴾⁽¹⁾ يعني خيانة وفيه تشديد فيصدق ولو قال: أنت طالق ثنتين إلا واحدة ألبتة تقع بائنة⁽²⁾؛ لأن ألبتة مصدر فصلح صفة للثنتين فإنه يقال: ثنتين بته فصار صفة للمستثنى منه؛ لأن الثنتين لا تكون بته بنفسها بخلاف الثلاث، ومن قال: لفلان علي ألف درهم إلا مائة نقد بيت المال؛ فعليه تسعمائة نقد بيت المال الأخرى لو قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم إلا مائة نقد بيت المال أن عليه تسعمائة نقد بيت المال إذا قبله؛ لأن التنصيص على الصفة في المستثنى ينصص عليه في المستثنى منه تحقيقاً للأصل وهو المجانسة بينهما.

فصل

أصله أن الاستثناء من الاستثناء جائز لقوله تعالى ﴿إِلَّا آءَآلَ لُوطٍ إِنَّا لَمَنجُومٌ إِلَّا أُمَّرَاتَهُ﴾⁽³⁾ فقد استثنى آل لوط من جملة الناس واستثنى امرأته من آل لوط؛ ولأن الاستثناء بيان أنه أراد ما وراء المستثنى فيه لاستثناء الثاني بين أنه أراد بالاستثناء الأول ما وراء المستثنى الثاني فيسقط المستثنى الثاني من المستثنى الأول؛ لأنه مما يليه فما بقي هو استثناء من الجملة الأولى لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة وقع ثنتان⁽⁴⁾؛ لأنه استثناء الواحدة من الثنتين فتبقى واحدة وقد استثنى منها الثلاث فتبقى ثنتان كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وطريقة أخرى لمعرفة قوله أنت طالق تأخذها بيمينك وقوله إلا اثنتين تأخذها بيسارك، وقوله إلا واحدة تأخذها بيمينك فتكون مع يمينك أربعة فيسقط منها ما معك بيسارك وهو ثنتان فبقي ثنتان والله أعلم.

(1) سورة غافر، من الآية: 19.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 45، نقلاً عن البزازیة؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 458.

(3) سورة الحجر، من الآيتين: 59، 60.

(4) وقال الكاساني وابن مودود: تقع واحدة وحجتهم (أنك استثنيت الواحدة من اثنتين فيبقى واحدة تستثنى منها من الثلاث فيبقى اثنتان تستثنى منهما من الثلاث فيبقى واحدة) وحجة من قال بوقوع الواحدة أوجه وأولى بالاعتبار، ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 157؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 158.

باب طلاق المكره والسكران ومن في معناهما

طلاق المكره واقع خلافاً للشافعي⁽¹⁾ لقوله - عليه السلام - (كُلُّ طَلَقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَقَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ)⁽²⁾؛ لأن الإكراه لا يسلب أهلية التصرفات ومالكيتها، ولكن يسلب الطواعية والرضا؛ وذلك ليس بشرط لوقوع الطلاق كطلاق الهازل والخاطئ والمكره، وعشرة تصح مع الإكراه الطلاق والعتاق والنكاح والعفو عن القصاص والرجعة والإيلاء والفيء في الإيلاء والظهار واليمين والنذر⁽³⁾؛ لأن هذه تصرفات لا يفنقر وقوعها إلى الرضا بدليل أنها تصح مع الهزل والخطأ.

[مسألة] وطلاق السكران واقع وجميع تصرفاته نافذة إلا الردة والإقرار بالحدود الخالصة لله تعالى إذا سكر من الخمر أو النبيذ؛ لأنه زال عقله بما هو معصية فلا يعتبر نازلاً في تصحيح تصرفاته زجراً وردعاً عن شرب الخمر فإنه أم الخبائث ولهذا بقي مخاطباً بأداء الفرائض بخلاف ما لو ضرب على رأسه حتى جنّ لا تصح تصرفاته وإن زال عقله بما هو معصية؛ لأن بالجنون زال عقله حقيقة وحكما بدليل أنه يسقط خطاب الشرع عنه مع أن في مثل هذا الاحتجاج إلى زاجر شرعي فلا

يعتبر عقله قائماً، وقال الطحاوي والكرخي بأنه لا يقع⁽⁴⁾ وهو أحد قولي الشافعي⁽⁵⁾، وطلاق اللاعب والهازل به والذي تكلم به من غير قصد واقع⁽¹⁾ لقوله - عليه السلام - (ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدُّ النِّكَاحِ، وَالطَّلَاقُ، وَالْعَتَاقُ)⁽²⁾.

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 139؛ الحاوي، الماوردي، 10: 227.

وقد اختلف الفقهاء في حكم طلاق المكره على رأيين:

الأول: وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة ويرون أن طلاق المكره لا يقع.

الثاني: وهو قول الحنفية ويرون أن طلاق المكره يقع.

والراجح عدم وقوعه؛ لورود النص بعدم وقوعه؛ ولأن الإكراه يسلب الإرادة فلا تترتب عليه الأحكام.

ينظر: الاستذكار، ابن عبد البر، 6: 201؛ المبسوط، السرخسي، 24: 73؛ المهذب، الشيرازي، 2: 78؛

الشرح الكبير، الزركشي، 2: 465.

(2) أخرج الترمذي في سننه ما هو قريب من معناه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه، 400، رقم:

1191، ولفظه (كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله)، وهو ضعيف كما قال =

الترمذي، واللفظ الذي أورده المؤلف - رحمه الله - قال عنه الزيلعي: (حديث غريب)، ينظر: نصب

الراية، الزيلعي، 3: 221.

(3) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 38.

(4) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 195؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 211؛ الاختيار، ابن مودود، 3:

140.

(5) ينظر: الحاوي، الماوردي، 10: 231؛ المهذب، الشيرازي، 2: 78؛ الوسيط، الغزالي، 5: 387.

[مسألة] صبي أو نائم طلق امرأته ثم أدرك واستيقظ؛ فقال: أجزت ذلك لا يقع؛ لأنه لم يتوقف، ولو قال: أوقعت ذلك الطلاق يقع؛ لأن لفظه يصلح لابتداء الطلاق، ولو قال: طلقتك وأنا مجنون إن كان الجنون معروفا لا يقع⁽³⁾؛ لأنه أضاف إلى حال عدم الأهلية وتصدقه علامة فصار كما لو قال: طلقتك حال نومي أو الصبي أو قال: طلقتك أمس وإنما تزوجها اليوم وإن لم يكن الجنون معلوما يقع⁽⁴⁾؛ لأنه أقر بالطلاق وادعى ما يبطله والظاهر يكذبه فلا يصدق كما لو قال: أكلت مالك بإذنك.

[مسألة] المنتقى: ولو أكره على شرب الخمر أو شرب الخمر عند الضرورة حتى ذهب عقله فطلق أو عتق وقع⁽⁵⁾؛ لأنه وإن أكره عليه فقد ذهب عقله بما فيه لذة؛ لأن بالإكراه وإن زال الحظر، ولكن سبب الحظر قائم وهو اللذة فأقيم السبب مقام الحظر فلا يعتبر زائلا وقيل لا يقع؛ لأن هذا ليس بمعصية فيعتبر زائلا بدليل أنه لو لم يشرب حتى قيل فإنه يأنم، وهذا حسن لكنه خلاف إجماع الصحابة — رضي الله عنه — فإن بعضهم قالوا: لا يقع معذورا أو غير معذور، ومنهم من قال: يقع في الحال، فمن فرق بينهما كان قوله بخلاف قول الصحابة فيكون باطلا، ولو شرب البنج أو دواء فزال عقله أو شرب النبيذ فصدع فزال عقله بالصداع دون الشرب لم يقع طلاقه⁽⁶⁾؛ لأنه زال عقله بسبب المرض لا بفعل محذور فيعتبر زائلا.

[مسألة] الفتاوى: سكران قال لآخر وهبت داري هذه منك ثم قال: إن لم أقل من قلبي فامرأته طالق، ثم أفاق ولم يذكر من هذا شيئا لا تطلق امرأته؛ لأنه في تلك الساعة في غاية النشاط فالظاهر أنه كان يقول من قلبه⁽⁷⁾.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 412؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 140.
(2) أخرجه أبوداود في سننه، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، 1: 666، رقم: 2194، بخلاف قوله العتاق فإنه رواها الرجعة، وحسنه الترمذي، ينظر: سنن الترمذي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، 399.
(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 199؛ الهداية، المرغيناني، 1: 235.
(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 198.
(5) اختلف الحنفية فيمن شرب الخمر مكرها هل يقع طلاقه أم لا؟ فذهب محمد بن الحسن إلى وقوع طلاقه، وذهب غيره من علماء الحنفية إلى عدم وقوعه، والصحيح أنه لا يقع، ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 38؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 5: 415، نقلا عن فتاوى قاضي خان.
(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 315؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 195؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 33.
(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 267.

باب طلاق الفضولي

الجامع: أصله أن التصرف الصادر من الفضولي إنما يتوقف على إجازة المالك إذا كان تصرفاً يملك المالك إنشاءه؛ لأن ولاية الإجازة منوطة بولاية المباشرة فمتى ملك مباشرته ملك إجازته وإلا فلا، مسأله على فصلين: أحدهما في التجيز، والآخر في التعليق.

فصل

ولو قالت المرأة: قد طلقت نفسي فأجاز الزوج طلقت⁽¹⁾؛ لأنه يملك إنشاءه فيملك إجازته كما في سائر التصرفات، وكذلك لو قالت: حرمت نفسي أو أبنت نفسي فقال الزوج: أجزت وهو مريد الطلاق طلقت بائنة⁽²⁾؛ لأن الزوج يملك إنشاء الطلاق بهذه اللفظة فيملك إجازته، ولو قالت: اخترت نفسي فقال: أجزت لا يقع شيء لا يملك إنشاءه بهذه اللفظة فلا يملك إجازته⁽³⁾، ولو قال: جعلت أمري بيدي واخترت نفسي فأجاز الزوج أو قالت: جعلت أمس أمري بيدي واخترت نفسي فقال الزوج: قد أجزت تلك الساعة ينوي الطلاق لا يقع شيء والأمر بيدها في مجلسها⁽⁴⁾؛ لأن الإجازة قد صحت في جعل الأمر بيدها دون الاختيار لما ذكرنا ولو قالت: كنت قلت أمس أمري بيدي اليوم كله، واخترت نفسي فقال الزوج: قد أجزت تلك الساعة ينوي الطلاق لا يقع شيء والأمر بيدها في مجلسها⁽⁵⁾؛ لأن الإجازة قد صحت في جعل الأمر بيدها دون الاختيار لما ذكرنا ولو قالت: كنت قلت أمس أمري بيدي اليوم كله واخترت نفسي فقال الزوج: قد أجزت تلك الساعة لم يقع ولم يكن الأمر

(1) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 192؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 336.

(2) ينظر: الهداية، المرغيناني، 1: 274؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 531.

(3) ينظر: الهداية، المرغيناني، 1: 274؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 531؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 46.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 531؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 394.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 532.

بيدها⁽¹⁾؛ لأن الإجازة لم تلاق تفويضا قائما موقوفا؛ لأنها وقتت التفويض باليوم، وقد انتهى بمضي اليوم؛ فلغت الإجازة بخلاف الصورة الأولى؛ لأن ثمة التفويض مطلق غير مؤقت؛ لأن قولها جعلت أمري بيدي أمس كان لبيان تاريخ وقت التفويض لا لتوقيت الأمر به كما يقال بعت أمس وأجزت أمس يذكر لبيان وقت وقوع التصرف لا للتوقيت به فالإجازة لاقت تفويضا قائما موقوفا فنفذ ولو قال لامرأة غيره: أمرك بيدك فقالت: اخترت نفسي فأجاز الزوج كله لا يقع شيء ويصير الأمر بيدها في مجلس العلم⁽²⁾؛ لأن الزوج يملك جعل الأمر بيدها فتملك إجازته ولا يملك اختيار المرأة نفسها؛ لأن اختيارها فعلها فلا يتوقف على إجازته واختيارها وجد قبل صيرورة الأمر في يدها؛ لأن الأمر يصير بيدها من وقت الإجازة لا من وقت التفويض بدليل أن لها مجلس الإجازة لا مجلس التفويض فلغى ذلك، ولو قالت المرأة: جعلت أمري بيدي وطلقت نفسي فأجاز الزوج تقع تطليقة رجعية⁽³⁾؛ لأن كلى الأمرين يتوقت على الإجازة وهو التفويض والتطليق والطلاق وقع بالتطليق صريحا لا حكما لثبوت الأمر بيدها؛ لأنه لا أمر في يدها قبل الإجازة فلحقت الإجازة لفظة الطلاق وأنه رجعي.

فصل

[مسألة] ولو قال لامرأة رجُل: إن دخلت الدار فأنت طالق فأجاز الزوج أو قال: نعم ثم دخلت طلقت⁽⁴⁾؛ لأنه يملك إنشاء اليمين فيملك إجازتها، وتكون الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ولو دخلت قبل الإجازة لم تطلق حتى تدخل مستقبلا فتطلق؛ لأن هذا الكلام إنما يصير يمينا عند الإجازة فلا يحنث بمعنى سابق على الإجازة، وذكر في الفتاوى لو دخلت قبل الإجازة فقال الزوج: أجزت هذا الطلاق وقع؛ لأن اليمين كما توقفت على الإجازة توقف الطلاق أيضا؛ فإذا اتصلت به

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازه، 3: 532.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 394، نقلا عن الخلاصة .

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازه، 3: 533؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 365، نقلا عن الخلاصة .

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازه، 3: 533.

الإجازة وقع، وكذلك لو قال: أجزت ذلك أو أجزت اليمين في الطلاق لزمها الطلاق ولغى ذكر اليمين، ولو قال: امرأة زيد طالق، فقال زيد: قد اخترت أو رضيت وقع الطلاق فكذا هذا⁽¹⁾، ولو قال لآخر: إن خرجت من منزلك فأنت طالق فكتب فخرجت المرأة بعد الكتابة قبل القراءة على الزوج والإجازة لا يقع، وإن أجاز الزوج الكتابة بعد الخروج⁽²⁾؛ لأن اليمين إنما انعقدت بعد الإجازة؛ لأن الزوج ما أمر الكاتب باليمين بالطلاق وإنما أمره أن يكتب كتاب اليمين بطلاقها فتوقف على إجازته والخروج وجد منها قبل اليمين فلا يحنث وإن خرجت بعد القراءة على الزوج وإجازته يقع؛ لأنه وجد الشرط بعد اليمين فيحنث.

باب تطليق إحدى امرأته لا بعينها

فيه فصلان، فصل في طلاق إحدى امرأته، وفصل فيمن قال لامرأته وغيرها: إحدكما طالق.

فصل في طلاق إحدى امرأته

[مسألة] ولو قال: إحدى امرأته طالق فالبيان إليه⁽³⁾؛ لأن الطلاق يصح تعليقه بالشروط والإخطار فيصح إضافته إلى مجهولة؛ ولأنه ليس إلا تعليق الطلاق في المعينة بالبيان؛ لأنه غير نازل في المعينة، وإنما يترك بالبيان مقصورا عليه؛ لأن المعلق بالشرط يترك عند وجود الشرط مقصورا عليه فكان للبيان حكم الإنشاء في حق حكم لا يصح تعليقه بالشرط وله حكم الإظهار في حق حكم يصح تعليقه بالشرط والبيان إليه؛ لأنه هو المفضل ويجبر على البيان إذا كان بائنا أو ثلاثا؛ لأن إحداهما محرمة عليه فلا يُمكن من استدامة نكاحها وتجب العدة من وقت البيان؛ لأن العدة من المجهولة لا تتصور وللبيان حكم الإنشاء في المعينة، ولو كن أربعاً ولم

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 533..

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 534.

(3) تبين الحقائق، الزيلعي، 3: 77.

يكن دخل بهن فتزوج أخرى جاز⁽¹⁾؛ لأن إحداهن محرمة عليه غير معتدة منه فلم يتحقق الجمع بين الخمس في حقه وإن كان دخل بهن لم يجز حتى تبين إحداهن، وتتقضي عدتها؛ لأن العدة محرمة للجمع، ولو ماتت إحداهما تعينت الأخرى للطلاق⁽²⁾؛ لأن الميتة لم تبق محلا للطلاق وليبان حكم الإنشاء في حقها فلم يبق محلا له فتعينت الحية للطلاق ولو عينت الميتة صدق ولا يرث منها والطلاق واقع على الباقية⁽³⁾؛ لأنها تعينت للطلاق ظاهرا فلا يصدق في صرف الطلاق عنها؛ لأنه حقها، وكذلك إن ماتا جميعا إحداهما بعد الأخرى ثم قال: عينت التي ماتت أولا لم يرث منهما⁽⁴⁾؛ لأنه سقط ميراثه عن الأولى بالاعتراف وعن الثانية لتعينها للطلاق، ولو ماتتا معا أو إحداهما قبل الأخرى، ولا يعرف ورث من كل واحدة نصف ميراثها⁽⁵⁾؛ لأنه يستحق الميراث من إحداهما وهي مجهولة؛ فيوزع عليهما، ولو مات الزوج قبل البيان ورثتا ميراث امرأة واحدة بينهما؛ لأن الواحدة مستحقة وليست إحداهما بأولى من الأخرى؛ فتنصف بينهما ولو لم تمت، ولكن جامع إحداهما أو قبّلها أو حلف بطلاقها أو ظاهر منها أو آلى منها أو طلقها تعينت الأخرى للطلاق⁽⁶⁾؛ لأن هذه التصرفات مختصة بملك النكاح فكان تعيينا لها في النكاح دلالة، وإذا تعينت هذه للنكاح تعينت الأخرى للنكاح تعينت الأخرى للطلاق⁽⁷⁾، وعن محمد لو كان الطلاق واحدة رجعية فوطئ إحداهما لم تطلق الأخرى، ولو طلق إحداهما بعينها وعنى به البيان يصدق⁽⁸⁾؛ لأن اللفظ صالح له؛ لأن البيان والإنشاء واحد.

[النوادر]⁽⁹⁾ ويملك البيان في حال يملك الإنشاء؛ لأنه بمنزلة الإنشاء في حق الغير؛ لأن قوله: إحداهما طالق يتناول كل واحدة منهما من وجه دون وجه؛ لأنه

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 229.

(2) تبين الحقائق، الزيلعي، 3: 77.

(3) تبين الحقائق، الزيلعي، 3: 77.

(4) تبين الحقائق، الزيلعي، 3: 77.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 608؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 161.

(6) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 365، نقلا عن الخلاصة.

(7) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 161.

(8) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 161..

(9) ساقط من: ع.

اسم مجهول مبهم متردد بينهما فيكون إخبارا عن طلاق واقع سابق من حيث أن اللفظ يتناول صاحبته ويكون إنشاء وإيقاعا من حيث أنه تناولها فكان إنشاء من وجه؛ ولأنه لما تعذر نزول الطلاق في المبهم والمنكر لما بيننا جعل إنشاء في حق العين ضرورة والإنشاء لا يملك إلا بملك المحل وكذلك ولاية الإيجاب تستفاد بولاية الإنشاء حتى لو كان له امرأتان ولم يدخل بهما فقال: إحدكما طالق ثلاثا، والأخرى واحدة بينة لا يملك تعيين إحداهما للثلاث؛ لأنهما بئنتان إلى عدة، ولو تزوج إحداهما صح وتعينت الأخرى للثلاث حكم الصحة نكاح الأخرى ولو دخل بهما ثم قال: إحدكما طالق ثلاثا، والأخرى واحدة بئنة فتعين إحداهما للثلاث ولو انقضت عدة إحداهما قبل البيان تعينت المعتدة للثلاث وكذلك إن ماتت إحداهما وانقضت عدتها معا لا يملك البيان؛ لأنه انقطعت ولاية الإنشاء فتقطع ولاية البيان، ولو تزوج إحداهما صح، وتعينت الأخرى للثلاث، ولو طلق ثم حاضت كل واحدة ثلاث حيض، ثم بين الطلاق في إحداهما تعدت من وقت البيان وتصح الرجعة بعد ذلك عند أبي يوسف؛ لأنها صادفت العدة وعند محمد لا يصح؛ لأن البيان إظهار من وجه في نفسه إنشاء من وجه في حق المحل فاعتبرناه إنشاء في حق العدة إظهارا في حق الرجعة احتياطا للحرمة؛ لأن الرجعة إن صحت من حيث أنه إنشاء لم يصح من حيث أنه إظهار فلم يصح بالشك.

فصل فيمن قال لامرأته وغيرها: إحدكما طالق

[مسألة] ولو قال لزوجته وأجنبية: إحدكما طالق؛ فالقول له أنه لم يرد امرأته مع يمينه؛ لأن قوله: أنت طالق إخبار عن كونها فارغة خالية عن قيد النكاح حقيقة وهو صادق في هذا الإخبار؛ لأن الأجنبية فارغة عن قيده فلا ضرورة إلى جعله إيقاعا شرطا لصحة كلامه، ولو قال: طلقت إحدكما يقع على امرأته⁽¹⁾؛ لأنه إيقاع ظاهرا مستعمل فيه عرفا، ولو قال: إحدكما طالق ثلاثا، والأخرى واحدة طلقت امرأته واحدة؛ لأنها متيقنة فيهما، ولو جمع بين امرأته وبين حمار، أو حائط، أو

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 263.

حجر فقال: إحدكما طالق طلقت امرأته عندهما، وعند محمد لا تطلق؛ لأنه أدخل كلمة الشك في الوقوع على امرأته فصار كما لو قال: أنت طالق أو غير طالق.

لهما أن حكم الطلاق وهو الفراغ عن قيد النكاح وثبوت الحرمة متحقق في المرأة لافي الجدار والحصار فتعينت امرأته محلا للفراغ تصحيحا لكلامه، ولو ضم إلى منكوحته رجلا فقال: إحدكما طالق لا تطلق امرأته عند أبي حنيفة وتطلق عند أبي يوسف؛ لأن الرجل ليس بمحل لإيقاع الطلاق عليه فصار كالبهيمة.

فصل

ج هـ
اللوحة
324

إن إضافة الطلاق إلى الرجل إن لم يصح فحكمه يثبت في حقه وهو الحرمة ولهذا لو أضاف الزوج الحرمة والبيونة إلى نفسه صح فصار كالأجنبية.

[مسألة] الجامع: للرجل امرأتان دخل بهما فقال: أنتما طالقان، ثم قال: في العدة إحدكما طالق ثلاثا، ثم انقضت عدة إحداهما من الطلاق الأول طلقت ثلاثا؛ لأنه إنما يملك البيان في حال يملك الإنشاء، ولا يملك إنشاء الطلاق على منقضية العدة فلا يملك البيان في حقها فتعينت الأخرى للثلاث، ولو انقضت العدتان معا، ثم تزوج كلاهما معا في عقدة لا يصح؛ لأن إحداهما مطلقة ثلاثا ولا نعم المحللة من المحرمة فلم يجز نكاح المحرمة؛ لأن سبب الجواب ثابت بيقين وهو كونها أجنبية من بنات آدم فكان كونها محللة ثابت بيقين، وفي سبب الفساد شك واحتمال واليقين لا يزول بالشك فهذا معنى ما قاله محمد؛ لأننا لم نستيقن بالحرمة، وإذا صح النكاح تعينت الباقية للثلاث حكما لصحة النكاح لا مقصودا، ويجوز أن يثبت الشيء حكما وإن كان لا يثبت قصدا كعزل الوكيل؛ فإذا تزوجت إحداهما رجلا آخر، ودخل بها الزوج، ثم طلقها، ثم تزوجها الأول يصح نكاحها؛ لأننا لم نستيقن بفساد نكاح إحداهما بل شكنا فيه إن كان دخول الزوج الثاني في المطلقة صح نكاحها جميعا، وإن كان في المطلقة واحدة لا يصح نكاحها وقد تيقنا سبب جواز نكاحها وهو كونها أجنبية من بنات آدم فإنها كانت محللة بيقين وشكنا في سبب فساد نكاحها فلا يثبت الفساد

بالشك بخلاف ما لو تزوجهما معا قبل دخول الزوج الثاني؛ لأننا تيقنا بفساد نكاح إحداهما.

باب الرجل يطلق امرأة بعينها ثم نسيها

[مسألة] **المبسوط:** طلق إحدى نسائه الأربع بعينها ثلاثا، ثم اشتبهت وأنكرت كل واحدة أن تكون هذه لا يقرب واحدة منهن لجواز أن تكون كل واحدة مطلقة⁽¹⁾ ثلاثا فكان وطؤ كل واحدة منهن بين الحل والحرمة فتحرم احتياطا والعمل بالتحري في الفروج لا يصح⁽²⁾ لما عرف في كتاب التحري فلا يقرب واحدة وتطلق كل واحدة واحدة حتى لا يبقى كل واحدة حبيسة معلقة لا ذات زوج ولا مطلقة فلا فائدة في النكاح فإن تزوجن بأزواج جاز له التزوج بهن لانتهاء الحرمة بوجود المحلل فإن لم يتزوجن فالأفضل أن لا يتزوج بواحدة، ولو تزوج بالثلاث صح نكاحهن وتعينت الرابعة للطلاق⁽³⁾؛ لأن في كل واحدة الحل ثابت بيقين وقع الشك في الزوال فلا يزول الحل بالشك؛ لأن اليقين لا يزال بالشك وإن كان الاحتياط في الزوال كمن تيقن بالطهارة وشك في الحدث، فإذا صح نكاح الثلاث لبقاء الحل فيهن بيقين فتعينت الرابعة للثلاث ضرورة وهكذا لو قالوا في الوطء لا يقربهن احتياطا كما في النكاح فإن قرب الثلاث تعينت الرابعة للثلاث ضرورة هكذا ذكره الشيخ أبو الحسن القدوري في المختلفات⁽⁴⁾، له امرأتان فطلق إحداهما بعينها ونسيها، ثم وطئ إحداهما تعينت الأخرى للطلاق⁽⁵⁾ عندنا خلافا للشافعي؛ لأنه يجب حمل فعله على ما يصح شرعا؛ لأن الظاهر من حال المسلم العاقل أن لا يقدم على ما لا يحل له

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 260؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 161؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 364.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 161؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 364.

(3) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 161؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 364.

(4) القدوري هو: أحمد بن محمد بن أحمد، أبو الحسين، فقيه حنفي، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، ولد ببغداد سنة 362 هـ، وتوفي بها سنة 428 هـ، من كتبه المختصر المشهور باسمه، و القدوري نسبة إلى بيع

القدور، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 1: 93؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 30 - 31.

(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 161.

شرعا، وليس له أن يتزوج بالكل قبل أن يتزوجن بزواج آخر؛ لأن المطلقة ثلاثا فيهن بيقين كما لا يقربهن فإن تزوج واحدة منهن تزوج ودخل بها، ثم تزوج الكل هل يجوز نكاحهن ذكر في الجامع أنه يجوز نكاح الكل؛ لأن المطلقة ثلاثا محتاجة إلى زوج آخر فالظاهر من حال المتزوجة أنها هي المطلقة ثلاثا حيث أقدمت على النكاح للتحليل فانصرف دخول الزوج الثاني إلى المطلقة لكونها محتاجة إليه فكان بمنزلة صبرة⁽¹⁾ من الحنطة أصاب طائفة منها نجاسة ولا يعلم موضع النجاسة إذا غسل طائفة منها فإنه يحكم بطهارة الكل يصرف الغسل إلى ما ينجس منها؛ لأنها هي المحتاجة إلى الغسل وفي غسل كلها عسر ورجح فيحكم بطهارة الكل للضرورة فكذا هذا ولو أنهم لم يتزوجن وادعت كل واحدة أنها هي المطلقة ثلاثا كان على الزوج اليمين؛ لأنها تدعي الطلاق على الزوج وهو ينكر فإن نكل يقع الثلاث على كل واحدة؛ لأن النكول بدل أو إقرار فصار كأنه أقر بالطلاق أو بذل لها وإن حلف لكل واحدة فالحكم كما ذكرنا قبل البيان من الامتناع عن بيان كل واحدة؛ لأن اليمين لا ترفع حكم الواقع؛ لأنه لم يثبت ما ادعى كل واحدة فبقي الأمر على ما كان وعن محمد فيما إذا كانت امرأتان فحلف لإحدهما طلقت الأخرى؛ لأنه سقط حكومة المحلوف لها فتعينت الباقية للطلاق حكما وإن لم يحلف للأولى طلقت؛ لأنه بالنكول صار باذلا أو مقرا بالطلاق لها، وإن تشاحا على اليمين حلفته لهما لاستوائهما في الدعوى فحلفه بالله ما طلق واحدة منهما، فإن حلف فوجب لهما حتى تبين؛ لأن الطلاق لا يرتفع باليمين وإحدهما محرمة فلا يمكن منهما.

ظ هـ

اللوحه

324

(1) الصبرة واحدة صبر الطعام، تقول: اشتريت الطعام صبرة أي بلا وزن و لا كيل، الصحاح، الجوهري، 2: 707، (باب الرأء، فصل الدال).

القسم الثاني: في بيان أحكام الطلاق وما يتأكد به المهر وما يسقط به باب المطلقة ثلاثا متى تحل له

المطلقة ثلاثا لاتحل لمطلقها حتى يدخل بها الزوج الثاني⁽¹⁾؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽²⁾ والمراد به الطلقة الثالثة بإجماع الأمة وبدلالة أنه سبق ذكر حكم الطلاقين بقوله: الطلاق مرتان الآية ثم أعقبهما ذكر حكم طلقة أخرى نعلم أنها الطلقة الثالثة ثم قيل المراد بالنكاح الوطء دون العقد فإن الرجل لا يكون زوجا قبل العقد وقيل النكاح شرط الحل بالكتاب والدخول شرطه بالخبر المشهور وهو قوله — عليه السلام — لتلك المرأة (لَا حَتَّى تَذُوقِي مِنْ عُسَيْتِهِ وَيَذُوقَ مِنْ عُسَيْتِكَ)⁽³⁾، وجماع الصبي والمجنون يحلها للزوج الأول⁽⁴⁾؛ لأن الحل معلق بوطئ الزوج مطلقا وقد وجد وإن كان صبيا لا يقدر على الجماع وآلته ليست بمسناة اختلف مشايخنا فيه⁽⁵⁾، وإن كان الزوج الثاني مشلولاً يجامع تحل للأول⁽⁶⁾؛ لأن المعتبر هو الإيلاج دون الإنزال وقد وجد، ولو كان محبوبا لاتحل للأول⁽⁷⁾؛ لأنه لم يوجد الإيلاج فإن حبلت وولدت حلت للأول، وصارت محصنة عند أبي يوسف⁽⁸⁾؛ لأنه يثبت بالوطء حكما لثبات النسب منه؛ لأنه معلق بالوطء وقد يكون منه الإنزال عند التقاء الفرجين كما يكون من غير فيكون قادرا على ما يتعلق به الوصول إلى غاية ما يمكن من اللذة المطلوبة بالزوجية فوجب

(1) ينظر: الننف، السغددي، 370؛ المبسوط، السرخسي، 6: 14؛ الهداية، المرغيناني، 2: 10؛ شرح فتح القدير، 8: 439؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 165؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 53.

(2) سورة البقرة، من الآية: 230.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، 770، رقم: 5260، بخلاف في بعض ألفاظه.

(4) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 365؛ وقد اختلف الفقهاء في جماع الصبي والمجنون هل يبيح المطلقة ثلاثا لزوجها الأول أم لا على رأيين:

الأول: وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية ويرون أن وطأ الصبي لامرأة يبيحها لزوجها الأول. الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة ويرون أنه لا يبيحها.

ينظر: الوسيط، أبي حامد الغزالي، 5: 114؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 365؛ الكافي، ابن قدامة، 3: 174؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، النفراوي، 2: 29.

(5) ينظر: الهداية، المرغيناني، 2: 10؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 166؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 61.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 189؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 366.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 189؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 366؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 61.

(8) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 189؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 366.

اعتباره وعند زفر والحسن لاتحل للأول⁽¹⁾؛ لأن الحل معلق بالوطء حقيقة ولم يوجد، ولو وطئها الزوج الثاني في حيض أو نفاس، أو إحرام، أو صوم حلت للأول؛ لأن الوطء وجد في النكاح الصحيح، والحرمة إنما ثبتت بأمر عارض لا بمعنى في الوطء والدخول في النكاح الفاسد لا يحلها للأول خلافًا للشافعي⁽²⁾؛ لأن الله تعالى سمى الثاني زوجا والزوج حقيقة لا يكون إلا في النكاح الصحيح؛ لأن النكاح الفاسد يشبه العقد وليس بعقد حقيقة؛ ولهذا لا يفيد الملك والحل فكان ناقصا فلا ينصرف مطلق الاسم إليه إلا أنه لو قال: والله ما تزوجت وقد تزوج نكاحا فاسدا يحنث؛ لأن النكاح في الماضي عين؛ لأنه صار موجودا والصفة في العين لغو كما لو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ، ولو طلقها ثلاثا فتزوجت بآخر، ثم طلقها ثلاثا قبل الدخول، ثم تزوجت بثالث ودخل بها حلت للأولين؛ لأنه وجد المحلل في حقهما ولو تزوجت وقصدا التحليل ولم يشترطا ذلك في العقد صح النكاح وحلت للأول، ولو تزوجها بشرط أن يحلها للأول تحل للأول ويكرهه، وعند أبي يوسف النكاح فاسد ولا تحل للأول وهو إحدى الروايتين عن محمد⁽³⁾، وروى عنه أنه يصح النكاح ولا تحل للأول لوقوع الشك فيه.

لأبي يوسف أن شرط التحليل في معنى التوقيت والنكاح المؤقت باطل.

لأبي حنيفة أن النكاح وقع مؤبدا لفظا؛ لأن التوقيت غير مذكور فيه نصا وشرط التحليل ليس بتوقيت معنى؛ لأنه تزوجها بشرط أن يدخل بها، ثم يطلقها ولو صرح بهذا لا يصير النكاح مؤقتا فكذا هذا إلا أنه كره لقلوه — عليه السلام — **(لَعَنَ**

ج هـ
اللوحة
325

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 189؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 366.

(2) اختلف الفقهاء في إباحة المطلقة ثلاثا لزوجها الأول بالنكاح الفاسد على رأيين: الأول: وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة ورواية عن الشافعية ويرى عدم إباحتها لزوجها الأول بالنكاح الفاسد.

الثاني: وهو الرواية الثانية عند الشافعية وترى إباحتها لزوجها الأول.

ينظر: البيان والتحصيل، ابن رشد، تح: د. محمد حجي، (لبنان، بيروت: دار الغرب، 1988م)، ط 2، 4: 386؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 7: 370؛ المهذب، الشيرازي، 2: 104؛ الكافي، ابن قدامة، 3: 147.

(3) اختلف الفقهاء في حكم نكاح المحلل على رأيين:

الأول: وهو ما ذهب إليه الجمهور من المالكية والحنابلة ورواية عن الشافعي ويرون أن نكاح المحلل مفسوخ. الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعي في الرواية الأخرى ويرون أن نكاح المحلل صحيح.

ينظر: الأم، الشافعي، 5: 80؛ الكافي، ابن عبد البر، 238؛ المبسوط، السرخسي، 6: 16؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 166.

الله الْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ⁽¹⁾، وإن خلا بها وادعى الأول أنه دخل بها وأنكرت المرأة لاتحل للأول، وإن ادّعت الدخول وأنكر الزوج حلت للأول؛ لأن العلم بذلك يستفاد من جهتها فيكون القول قولها، وذكر في النوازل لو تزوج بمطلقة ثلاثا بعد ما طلقها الزوج الثاني واعتدت منه، ثم ادعت أن زوجها الثاني لم يكن دخل بها فإن كانت المرأة عالمة شرائط الحل؛ فإذا ادعت ما ينعدم به الصحة صارت مناقضة فلا يقبل قولها كما إذا ادعت أنها كانت مجوسية، أو مرتدة، أو كان النكاح بغير شهود وإن كانت جاهلة صدقت⁽²⁾؛ لأن إقدامها على النكاح لا يكون إقرارا بهذه الشرائط، وإذا طلق امرأته واحدة أو اثنتين، ثم عادت إليه بعد زوج يملك عليها ثلاث تطليقات، وعن محمد وزفر⁽³⁾ والشافعي لا يملك إلا ما بقي⁽⁴⁾ لقوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ﴾⁽⁵⁾ الآية، جعل زوال الحل جزاء الطلقة الثالثة ممدودا إلى غاية الزوج الثاني من غير فصل بينهما إذا تخلل بين الطلقات الثلاث الزوج الثاني أو لم يتحلل، لهما قوله - عليه السلام - (لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ)⁽⁶⁾ والحديث ورد في الزوج الثاني مطلقا فالنبي - صلى الله عليه وسلم - سماه محلا، والمحلل من بيت الحل والحل إذا ثبت ابتداء لا يزول إلا بالثلاث والله تعالى جعل زوال الحل جزاء الطلقة الثالثة إذا كانت الطلقات في حل واحد لما بينا، ولو طلق زوج الأمة اثنتين لم تحل له حتى تتكح زوجا غيره؛ لأن طلاق الأمة اثنتان بالنص⁽⁷⁾ فتكون اثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة⁽⁸⁾، ووطئ المالك لا يحلها للزوج؛ لأن

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في التحليل، 2: 188، رقم: 2078، وصححه ابن حجر، ينظر: التلخيص الحبير، 3: 35.

(2) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 343، نقلا عن فتاوى أبي الليث؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 64، نقلا عن النهاية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 474، نقلا عن النهاية.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 7: 376؛ الهداية، المرغيناني، 2: 11؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 166.

(4) ينظر: الأم، الشافعي، 7: 162؛ الحاوي، الماوردي، 10: 286.

(5) سورة البقرة، من الآية: 230.

(6) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ماجاء في المحلل والمحلل له، 374: رقم: 1120، وقال: (هذا حديث حسن صحيح).

(7) وعنى المؤلف بالنص ما أخرجه ابن ماجة عن ابن عمر موقوفا ومرفوعا (طلاق الأمة اثنتان وعدتها

حيضتان)، كتاب الطلاق، باب طلاق الأمة وعدتها، رقم: 2079، وضعف ابن حجر رفعه، وصحح

الدارقطني والبيهقي وفقه، ينظر: سنن الدار قطني، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، 4: 38، رقم:

105؛ السنن الكبرى، البيهقي، كتاب الرجعة، باب ماجاء في عدد طلاق العبد، 7: 369؛ التلخيص

الحبير، ابن حجر، كتاب الطلاق، 3: 429.

(8) ينظر: الهداية، المرغيناني، 2: 10.

الله تعالى علق الحل بوطئ الزوج والمولى ليس بزواج، ولو اشتراها الزوج لم تحل له بملك اليمين؛ لأن الله تعالى نفى الحل من جميع الوجوه مؤقتا إلى غاية الزوج الثاني.

ولو قال لامرأته الأمة: إذا جاء غدا فأنت طالق ثنتين، وقال مولاها: إذا جاء غدا فأنت حرة، فجاء الغد طلقت ثنتين، ولا تحل له حتى تتكح زوجا غيره عندهما وعند محمد تحل من غير زوج⁽¹⁾؛ لأن التطلق يقارن الإعتاق والإعتاق يقارن الطلاق؛ لأن الحكم يثبت مقارنا للعلة كالكسر مع الانكسار، فيكون الطلاق مقارنا للعتق فصادفها التطليقتان وهي حرة فلا يحرم عليه.

لهما أن التطلق والعتق وإن وقعا معا تعلقا بشرط واحد ولكن العتق صادفها وهي أمة؛ لأن الإعتاق يزيل الرق عنها وكذلك الطلاق صادفها وهي أمة فيحترم بالثنتين ولو قال لها: أنت طالق مع عتق مولاك تحل بلا زوج بالإجماع؛ لأنه جعل التطلق مقارنا للعتق ولن يقترنان إلا وأن يتعلق الطلاق بالمعتق حلولا فصار العتق بمعنى الشرط فلا يقع الطلاق إلا بعده فتصير مع بمعنى بعد كما لو قال لها: أنت طالق مع دخولك الدار تتعلق بالدخول؛ لأنه لا يتصور مقارنة الطلاق الدخول إلا إذا تعلق به، وعدتها ثلاث حيض في المسألتين بالاتفاق؛ لأنها تجب عليها وهي حرة، ولو تزوج امرأة مورثة ثم قال لها: إذا مات مولاك فأنت طالق ثنتين، ثم مات المولى والزوج وارثه يقع الطلاق عند أبي يوسف وعند محمد لا تطلق⁽²⁾؛ لأن الطلاق مضاف إلى حال زوال النكاح؛ لأن الوارث يملك الأمة مقارنا لزوالها عن ملك الميت، وزوال النكاح يثبت مقارنا لدخولها في ملكه؛ لأن هذه أشياء متضادة متنافية وملك اليمين يصاد ملك النكاح في حق أحكامه وثمراته وثبوت أحد الضدين يكون مقارنا لذهاب الضد الآخر مرتبا عليه كثبوت السواد يكون مقارنا لذهاب البياض وكقذح مملوء من الماء إذا ألقى فيه حجر وخرج الماء يكون خروج الماء

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 307، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 369، نقلا عن الهداية.

(2) ينظر: المبسوط، محمد بن الحسن، (باكستان، كراتشي: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية)، 3: 399.

مقارنا لدخول الحجر لا مرتبا عليه؛ لاستحالة أن يكون القدر واسعا للحجر، ثم يخرج الماء بعده وإضافة الطلاق إلى حال زوال النكاح لا يصح.

لأبي يوسف أن الطلاق مضاف إلى حال قيام النكاح؛ لأن زوال النكاح يترتب على ملك الوارث وملك الوارث يترتب على انقطاع ملك الميت وهذه متعاقبة مترادفة؛ لأن القول بالمقارنة يؤدي إلى الاستحالة وهو سبق ثبوت الحكم على العلة والحكم لا يثبت إلا بعد تمام العلة كالشراء ما لم يتم لا يزول ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وهكذا نقول في قدح الماء يترتب خروج الماء على دخول الحجر ولا يقترنان؛ لاستحالة إثبات الخروج قبل دخول الحجر الذي هو علة الخروج وعلى هذا لو قال لأمة مورثه: إذا مات مولاك فأنت حرة فمات المولى لا يعتق، وقال زفر وهو رواية عن محمد: يعتق؛ لأن موت المورث سبب لملك الوارث لا محالة فقد أضاف العتق إلى سبب الملك فصح، فصار كما لو قال: إن ورثتك.

لنا أن شرط العتق وهو الموت وجد حال انقطاع ملك الميت لا حال قيام ملك الوارث فيكون ملك الحالف بعد الموت بساعتين فلا يكون العتق مضافا إلى الملك ولا إلى سبب الملك؛ لأن الموت لم يوضع سببا لإفادة ملك الوارث بل سبب ملكه هو القرابة بعد الموت وإذا جمع بين اليمين بالطلاق والعتاق بأن قال: إن مات مولاك فأنت طالق ثنتين فعند محمد لا يقعان جميعا، وقال زفر: يقع العتاق ولا يقع الطلاق، وقال أبو يوسف: يقع الطلاق ولا يقع العتاق لما ذكرنا.

[مسألة] النوادر: حرة طلقها زوجها ثنتين، ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب، فاسترقت فعند أبي يوسف لهذا الزوج أن يتزوجها؛ لأن ذلك لم يحرمها حال وقوعه فلا يحرمها في الثاني؛ لأن البقاء على نهج الثبوت وعند محمد لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره؛ لأن المحرم الطارئ على الطلاق كالمقارن له، رجل ظاهر امرأته ثلاثا أو لاعن امرأته وفرق بينهما، ثم ارتدت وسببت لا يحل للزوج أن يطأها بملك اليمين؛ لأن حكم اللعان والظهار باق فحرم الاستمتاع والجماع معها؛ لأن بالارتداد

لا يبطل حكم اللعان في الظهر لقوله — عليه السلام — (الْمُتْلَعَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا)⁽¹⁾.

[مسألة] النواذر: امرأة سمعت زوجها طلقها ثلاثا ولا تقدر على منع نفسها منه يسعها أن تقتله متى علمت أنه يقربها؛ لأنه لا يمكن دفع شره عن نفسها إلا بقتله لكن ينبغي أن تقتله بالدواء⁽²⁾؛ لأنها متى قتلتها بآلة الحرب يجب عليها القصاص.

[مسألة] امرأة شهد عندها شاهدان بالطلاق فإن كان الزوج غائبا وسعها أن تتزوج، وإن كان حاضرا لا، لكن يسعها أن تمكن من زوجها؛ لأنه متى كان غائبا لا يمكنها السؤال عنه، فيحتمل أن الزوج يكون مقرا ومتى كان حاضرا أمكنها السؤال عنه، فإذا جدد احتيج إلى القضاء بالفرقة والقضاء بالفرقة لا يجوز إلا بحضرة الخصم عند القاضي، رجل طلق امرأته ثلاثا فشهد عنده شاهدان أنك استثنيت موصولا وهو لا يذكر ينظر إن كان بحال إذا غضب جرى على لسانه ما لا يحفظ بعده جاز الاعتماد على قول الشاهدين⁽³⁾؛ لأن الظاهر يقرر قولهما وإن لم يكن بهذه الحالة لا يعتمد على قولهما؛ لأنه مخالف ولو طلق امرأته ثنتين فقال له رجل: أطلقت امرأتك ثلاثا؟ فقال: نعم، ثم تزوجها فإن كانت المرأة سمعت جوابه للسائل لا يحل لها أن ترجع إليه وحل للزوج إمساكها؛ لأن المرأة تبني على ظاهر حاله وهو إقراره بالثلاث والزوج يبني على حقيقة حاله وهو علمه بأنه أراد به الكذب، عن محمد رجل طلق امرأته ثلاثا وهي صغيرة لا يوطأ مثلها فوطئها الزوج الثاني فأفضاها فإنه لا يحلها هذا الوطأ للأول.

باب ما يجب للمطلقة قبل الدخول

(1) أخرجه أبوداود في سننه، كتاب الطلاق، باب في اللعان، 2: 242، رقم: 2252، وصححه ابن الملقن، وقال الحافظ ابن حجر: إسناده لأبأس به، ينظر: البدر المنير، ابن الملقن، 8: 188؛ التلخيص الحبير، ابن حجر، 2: 76.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 369، نقلا عن فتاوى نجم الدين النسفي، وفتاوى محمد بن الوليد السمرقندي.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 548.

المهر لا يخلو إما أن يكون مسمى في العقد أو لا والفرقة لا تخلو إما إن وقعت بالطلاق أو بالموت.

فإن كان المهر مسمى في العقد فطلقها قبل الدخول فلها نصف المهر⁽¹⁾؛ لقوله تعالى ﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾⁽²⁾؛ ولأن الطلاق قبل الدخول قطع لملك النكاح لفظاً ووضعا، ولكنه فسخ معنى؛ لأن المعقود عليه يعود إلى ملك المرأة كما خرجت من ملكها من غير سبب جديد، وهذا هو معنى الفسخ ولو كان فسحا من كل وجه سقط جميع البدل كما في البيع وخيار البلوغ ولو كان قطعاً من كل وجه لا يسقط شيء من البدل كما في إعتاق المشتري المبيع وكالطلاق قبل الدخول؛ فإذا كان قطعاً من وجه فسحا من وجه فوفرنا على الشبهين حظهما بخلاف الطلاق بعد الدخول؛ لأنه فسخ من كل وجه؛ لأنه يعود المعقود عليه إلى ملكها فيما استوفى من منافع بضعها، ثم إن لم يكن المهر مقبوضاً يعود نصفه إلى ملك الزوج من غير قضاء ولا رضاء، وإن كان مقبوضاً لا يعود نصفه إلى ملك الزوج إلا بقضاء أو رضاء بل يبقى مملوكاً للمرأة ملكاً فاسداً حتى لو باعت الكل نفذ بيعها في الكل وعند الشافعي لا ينفذ إلا في النصف، وهذا نبأ على أن بالطلاق قبل الدخول يصير العقد فاسداً في حق الصداق، ولا يفسخ مالم يوجد القضاء أو الرضا بالفسخ؛ لأن بالطلاق انفسخ العقد من وجهه [وبقي من وجهه]⁽³⁾، والعقد متى انفسخ من وجهه وبقي من وجهه يصير فاسداً كمن اشترى عبداً بجارية، وقبض الجارية، وهلك العبد قبل التسليم يفسد البيع؛ لأن كل واحد منهما مبيع من وجهه ثم من وجهه فانفسخ البيع من وجهه من حيث أن الهالك مبيع ولم يفسخ من حيث أنه ثم فكذا هذا، ومتى فسد سبب الملك فالسبب الفاسد مع القبض يفيد الملك عندنا، وسبب الملك باق ببقاء القبض فبقي الملك مالم ينقض قبضه بخلاف ما قبل قبض المهر؛ لأن السبب الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض وعنده السبب الفاسد لا يفيد الملك أصلاً وإن لم يكن مسمى في العقد فطلقها قبل الدخول فلها المتعة.

(1) ينظر: النتف في الفتاوى، السغدري، 1: 296.

(2) سورة البقرة، من الآية: 237.

(3) ساقط من: ع.

واختلفوا في المتعة في ثلاث مواضع: أحدها أن المتعة واجبة عندنا، وقال مالك: مستحبة⁽¹⁾ **والصحيح قولنا** لقوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقَرَّبُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾⁽²⁾ الآية أمر، والأمر للوجوب وذكر بكلمة على وكلمة على للإيجاب فالله تعالى أوجب المتعة حال عدم المسيس والفرض.

والثاني أن المتعة تجب عوضا عن البضع لمهر المثل⁽³⁾، وقال الشافعي: صلة لنفي وحشة الفراق⁽⁴⁾، **والصحيح قولنا**؛ لأن المتعة وجبت خلفا عن مهر المثل؛ لأن مهر المثل وجب بالعقد عوضا عن البضع فينبغي أن تنتصف بالطلاق قبل الدخول ولا يستحق كله كالمسمى إلا أنه تعذر تنصيفه لكونه محمول القدر، و لئلا تقع المساواة بين المسمى ومهر المثل فأوجبنا المتعة بإزاء مهر المثل لئلا يكون أصلا للبضع عن الواجب إظهارا لخطره فكانت المتعة بمنزلة نصف المهر وإنما شرعت باسم المتعة لما فيها من معنى الصلة مع كونها عوضا من حيث أنه لا مالية في المعوض، فائدة هذا الخلاف تظهر في مسألتين:

إحدهما: المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا؛ لأنها استحققت عوض البضع مرة فلا تستحق مرة أخرى، وعنده تجب المتعة لكل مطلقة لا تسمية في نكاحها؛ لأن المتعة شرعت عنده صلة لنفي وحشة الفراق؛ فجاز الجمع بين المهر والمتعة.

والثانية: المتعة لا تزداد على نصف مهر المثل ولا ينقص من خمسة دراهم حتى لو كان مهر مثلها أقل من المتعة فله نصف مهر مثلها مالم ينقص من

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 108؛ المدونة، سحنون التنوخي، 2: 239.

وقد اختلف العلماء في حكم المتعة على ثلاثة آراء:

الأول: وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة ويرون أن المتعة مستحبة لكل مطلقة.

الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية ويرون أن المتعة واجبة للتي طلقت قبل الدخول ومستحبة لكل مطلقة.

الثالث: وهو ما ذهب إليه الشافعية ويرون أن المتعة واجبة لكل مطلقة.

ينظر: المدونة، سحنون التنوخي، 5: 332؛ التنبيه، الشيرازي، 168؛ كشاف القناع، البهوتي، تج: هلال

مصليحي، (لبنان، بيروت، دار الفكر، 1402هـ)؛ الشرح الكبير، الدردير، 2: 425.

(2) سورة البقرة، من الآية: 236.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 111.

(4) ينظر: التنف، السغدي، 1: 296.

خمسة⁽¹⁾؛ لأن المهر لا يكون أقل من عشرة فنصفه لا يكون أقل من خمسة وعنده تجب بالغة ما بلغت؛ لأنها وجبت صلة لنفي وحشة الفراق.

والثالث: المتعة ثلاثة أثواب درع، وخمار، وملحفة وعند الشافعي ثلاثون درهما⁽²⁾.

لنا قول ابن عباس – رضي الله عنه – في تفسير قوله تعالى فمتعوهن ثلاثة أثواب درع، وخمار، وملحفة⁽³⁾، فالدرع يستر البدن والخمار يستر الرأس، والملحفة تلبسها للخروج إن احتاجت إليها وإنما قدرنا بالثلاث دون غيرها؛ لأن المتعة اسم لما يُتَمَتَع به مع قيام العين، ولهذا سمي الوطؤ تمتعا؛ لأنه انتفاع بالمرأة مع قيام العين، والدرهم، والطعام لا يمكن الانتفاع به مع قيام ذاته وإنما قدرنا بالثلاث؛ لأنه ذكر المتاع باسم الجمع، وأقل الجمع ثلاثة وذكر الكرخي أن المتعة معتبرة بحالها، وقيل: هي معتبرة بحاله كما في النفقة وهو الصحيح، لقوله تعالى ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ﴾⁽⁴⁾ وفي مهر المثل يعتبر حالها، وأما إذا مات أحدهما قبل الدخول بها فإنه يجب مهر المثل وقال الشافعي: تجب المتعة⁽⁵⁾ والصحيح قولنا؛ لأن مهر المثل يجب بنفس العقد؛ لأن النكاح ما شرع إلا بالمهر لما مر في النكاح فصار ذكر النكاح ذكرا للمهر شرعا إلا أن ذكر النكاح مهر مجهول فيعتبر بما لو سمي مهرا مجهولا في النكاح ولو سمي مهرا مجهولا في النكاح وجب مهر المثل بنفس العقد فكذا هذا، ولو زاد في المهر ثم طلقها قبل الدخول بطلت الزيادة وتتنصف بالأصل

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 150، الهداية، المرغيناني، 1: 205.

(2) ينظر: الحاوي، الماوردي، 9: 477؛ الوسيط، الغزالي، 5: 270.

(3) ينظر: تفسير الطبري، محمد بن جرير الطبري، تح: أحمد شاکر، (لبنان، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2000م)، ط1، 5: 121، نقلا عن الشعبي، وليس ابن عباس.

(4) سورة البقرة، من الآية: 236.

(5) اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الأول: وهو ما ذهب إليه الجمهور من الحنفية والحنابلة ورواية عن الشافعي ويرون أن المرأة إذا مات زوجها ولم يفرض لها مهرا، فلها مهر المثل.

الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية والرواية الأخرى عند الشافعية ويرون أن المرأة لا مهر لها ولا متعة ولها الميراث.

ينظر: الحاوي، الماوردي، 9: 479؛ الاستنكار، ابن عبد البر، 5: 426؛ المبسوط، السرخسي، 5: 113؛ شرح الزركشي، الزركشي، 8: 297.

وعند أبي يوسف تنتصف الزيادة أيضا؛ لأنها تلتحق بأصل العقد فصارت كالموجودة لدى العقد فكأن العقد ورد على الأصل والزيادة.

لهما أن الواجب بالطلاق قبل الدخول نصف المفروض في العقد والزيادة لم يكن مذكورا في العقد فبطلت الزيادة كمهر المثل وكذا إذا لم يسم في العقد مهرا ثم فرض القاضي أو الزوج بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة، وعند أبي يوسف والشافعي لها نصف المفروض⁽¹⁾؛ لأن الله أوجب نصف المفروض بقوله ﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾⁽²⁾.

لنا أن الفرض تقدير لموجب العقد قبل الطلاق وموجبه قبل الطلاق مهر المثل فكأن الفرض تقدير مهر المثل وتعيينا له، وإليهما التعيين فنزل منزلة المعين والمفروض منزلة مهر المثل وهو يبطل بالطلاق قبل الدخول فلم يجب نصف المفروض وبين أن المراد من قوله تعالى ﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ نصف المهر المفروض لدى العقد ولم يوجد ولو شرط لها مع المسمى ما ليس بمال فطلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى وسقط الشرط؛ لأن مهر المثل لا يجب [بالطلاق]⁽³⁾ قبل الدخول.

[مسألة] تزوج امرأتين وقد سمي لكل واحدة مهرا، ولم يدخل بهما، ثم طلق إحداهما لا بعينها ثم مات قبل البيان، فلكل واحدة ثلاثة أرباع المسمى؛ لأن النصف لكل واحدة متيقن والنصف مشكوك فيه لها إن لم تكن مطلقة، وليس لها إن كانت مطلقة فتتصف بينهما وإن لم يسم لكل واحدة مهرا فمهر بينهما وسقط المتعة استحسانا؛ لأنهما مع المهر لا يجتمعان، وإن سمي لإحداهما دون الأخرى فللمسمى لها ثلاثة أرباع المهر؛ لأنه وقع الطلاق عليها فلها نصف المهر، وإن لم يقع فلها جميعه، والنصف متيقن، والنصف مشكوك فيه فيتتصف، وللأخرى نصف مهر مثلها؛ لأنه إن وقع الطلاق عليها فلها المتعة، وإن لم يقع فلها جميع مهر المثل فينبغي أن يجب نصف المهر ونصف المتعة غير أن المتعة مع المهر لا يجتمعان

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 242؛ الحاوي، الماوردي، 9: 478.

(2) سورة البقرة، من الآية: 237.

(3) ساقط من: ع.

فأوجبنا نصف المهر وإن لم يكن المسمى لها معلوماً، ومهر المثل والمسمى سواء، فمهر وربع بينهما وعليها عدة الوفاة؛ لأنها تجب على كل واحدة في حال دون حال فأوجبناها احتياطاً، وكل فرقة كانت طلاقاً قبل الدخول صفتها نصف المهر إلا الفرقة بالجب والعنة ففيها المهر كاملاً؛ لأن هذه فرقة حصلت بمعنى يختص بالزوج وهو عجزه عن إيفاء حقها في الوطء؛ فصارت مضافة إليه وقد حصلت بعد الخلوة وهي مؤكدة حقها في كل البذل فلها المهر كاملاً بخلاف الفرقة لعدم الكفاءة؛ لأنها حصلت بمعنى يختص بالمرأة وهو إزالة الشئین عنها بوضع نفسها فيمن ليس بكفو لها فصار كالفرقة مختاراً.

[مسألة] النوادر: تزوج صغيرة فدفعها دفعة، وأذهب عذريتها، ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المهر عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن هذا طلاق قبل الدخول وذهاب العذرة حصل بما لا يصير به الزوج متعدياً فيه، وعند محمد وزفر وهو رواية عن أبي يوسف لها مهر كامل؛ لأن إذهاب العذرة في حقها بمعنى الدخول، وإذا دفعها أجنبي فعلى الزوج نصف الصداق المسمى، وعلى الأجنبي نصف صداق مثلها بالإجماع؛ لأن الأجنبي متعد في الدفع فيكون متعدياً في السبب لإذهاب العذرة فيضمن نصف قيمة البضع وهو نصف مهر مثلها؛ لأن النصف قد دخل في النصف، ولو قبلها ابن زوجها وهي كبيرة أو وطئها وهي مطاوعة يسقط مهرها وإن كانت مكرهة لا يسقط ذكرها الحسن بن زياد في المجرد، وذكر محمد - رحمه الله - في الأصل مسألة تدل على هذا.

[مسألة] رجل تزوج صغيرة فأرضعتها أمه حرمت على زوجها، ولا يسقط مهرها بإرضاعها، والفرق بين الكبيرة والصغيرة أن سقوط المهر بالفرقة من قبلها إنما كانت جزاء على مباشرة السيئة وارتكاب المعصية سوى الردة، فلا يجب بدلاً عن المتلف؛ لأن المتلف ملك النكاح والنكاح لا يضمن بالإتلاف وإذا لم يجب بدلاً كان السقوط جزاء على الفعل والكبيرة من أهل المجازاة على فعلها، فإذا وقعت الفرقة بفعلها فقد منع المبدل وهو منافع البضع فيجازى بمنع البذل تحقيقاً للمساواة في المعاوضة الذي يقتضي المساواة بين المتعاقدين حتى لو كانت مكرهة لا يسقط؛ لأن المكرهة لا تجازى على فعله؛ لأنه معذور فيه؛ فأما الصغيرة لا تؤاخذ بجزاء

الفعل الذي هو تمكين من الزنا؛ لأن فعلها لا يقع معصية، ولو ارتدت المرأة يسقط كل المهر كبيرة أو صغيرة؛ لأن ما يجب جزاء على الردة يجوز أن تؤاخذ الصغيرة به ألا ترى أنها تحبس على الردة كما تحبس الكبيرة والحبس جزاء الردة.

[مسألة] الجامع: ولو تزوج الحر مكاتبة بإذن مولاها على أمة بعينها ولم تقبضها المكاتبة حتى زوجتها من الزوج على مائة جاز؛ لأنها ملكتها صداقا بنفس العقد فيملك التصرف فيها قبل القبض وإدخال الأمة على المكاتبة جائزة فصح؛ فإن لم يقبض المكاتبة الأمة حتى طلقها الزوج قبل الدخول بهما معا أو الأمة ثم المكاتبة طلقها؛ لأن الزوج إنما يملك نصف الأمة حكما لطلاق المكاتبة فوق، وللمكاتبة نصف الأمة وربع مهر الأمة؛ لأن مهر الأمة يتتصف بطلاقها وبقي النصف زيادة في مهر المكاتبة حدثت قبل القبض فينصف مع الأصل وهو الأمة، فإن طلق المكاتبة أولا ثم الأمة لم تطلق الأمة، وفسد نكاحها ولا شيء عليه من مهرها؛ لأنه بطلاق المكاتبة عاد الملك للزوج في نصف الأمة ففسد نكاحها يحكم الملك لا بالطلاق فأوجب سقوط كل المهر كما لو اشتراها من المكاتبة، فإن قبضتها ثم زوجتها منه وباقي المسألة بحالها لم تتتصف الأمة بالطلاق، ويجب نصف مهرها للمكاتبة وعلى المكاتبة نصف قيمتها للزوج؛ لأن مهر الأمة زيادة في مهر المكاتبة حدثت بعد القبض فتمنع النصف فقد عجزت عن رد صداقها فغرمت القيمة ويسقط نصف مهر الأمة بطلاقها قبل الدخول فإن زوجته الأمة قبل قبضها ودخل بالأمة دون المكاتبة وطلقها معا أو متعاقبا فإن شاء الزوج أخذ نصف الأمة وبطل عنه نصف مهرها وإن شاء أخذ نصف قيمتها يوم وطئها ويكون نصف مهرها للمكاتبة؛ لأن المكاتبة صارت قابضة للأمة وطئ الزوج؛ لأنه حصل بتسليطها فأضيف ذلك إليها حكما كما لو زوج الأمة المشتراة قبل القبض ثم وطئها الزوج صار قابضا لها والوطء تعيب فاحش والمهر إذا تعيب قبل القبض، بعيب فاحش يتخير الزوج في ذلك، وأما تنصيف مهر الأمة؛ لأن مهرها زيادة في مهر المكاتبة وجبت بالعقد قبل القبض فلم يمنع التنصيف، ولو تزوجها قبل قبض المكاتبة والمسألة بحالها فالأمة ومهرها للمكاتبة وللزوج نصف قيمة الأمة يوم قبضها؛ لأنه زيادة حدثت بعد القبض فتمنع التنصيف، ولو طلق المكاتبة قبل الدخول والأمة مقبوضة ثم تزوج الأمة لم

يصح؛ لأن قبل القضاء أو الرضا إن لم يعد ملكه في الأمة حقيقة ولكن عاد فيها حق الملك وحق الملك يمنع ابتداء النكاح، ولو كان تزوجها ثم طلق المكاتبه لم يفسد النكاح، ولو كان تزوجها ثم طلق المكاتبه لم يفسد النكاح في الأمة حتى يقضى للزوج بنصفها؛ لأن حق الملك لا يمنع بقاء النكاح لما عرف.

باب ما يتأكد به جميع المهر

المهر يستحق بالعقد ويتأكد بالوطء⁽¹⁾؛ لأنه استيفاء المبدل فيتأكد البذل ويموت إحداهما؛ لأن بالموت انتهى العقد فيتقرر ويتأكد حكمه في الماضي كالعقد يتقرر بمضي اليوم ويتأكد بالخلوة الصحيحة **خلافًا للشافعي**⁽²⁾؛ لأنها مكنته من قبض المبدل؛ لأنها مكنته من الوطء و بالوطء يصير قابضا للمبدل فوجب عليه تمكينها من قبض المبدل قالها للتساوي بينهما وحقها معصوم محترم فيصير الزوج محجورا عن إبطاله، فكذاك مهر المثل يتأكد بما يتأكد به المسمى من الموت والدخول والخلوة ومهر المثل يسقط بموتهما **عند أبي حنيفة** خلافا لهما لما مر في النكاح⁽³⁾، والخلوة الصحيحة **عند أبي حنيفة** هي التمكين من الوطء بأقصى ما في وسعها وعندهما هي التمكين الخالي من المانع من الوطء حسا وشرعا حتى لو خلا بها وهو محبوب تصح الخلوة عنده⁽⁴⁾؛ لأن أقصى ما في وسعها هي التمكين من المستحق؛ لأن هذا المانع لا يتصور زواله وإيقاعه حتى يؤمر بالتمكين بعد زواله، **وعندهما** لا تصح الخلوة؛ لأنه لا يتصور الوطء مع الجب، ولو خلا بها وهو عنين تصح الخلوة؛ لأنها مكنته بأقصى ما في وسعها؛ لأن العنة مما لا يعرف زوالها حقيقة حتى تؤمر بالتمكين بعد الزوال عندهما فلأنه يجوز أن يكون قادرا على الوطء لقيام الأدلة فلا يعتبر مانعا، ولو خلا بها حائضا أو صائمة فرضا أو محرمة أو رتقاء أو أحدهما

(1) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 140؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 2: 291.

(2) لم أقف عليه.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 122.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 271.

مريض يمنع الجماع لا تصح الخلوة؛ لأن هذه الموانع على شرف الزوال فلا يكون هذا تسليماً بأقصى ما في وسعها، وفي صوم النفل روايتان فالأصح أنه لا يمنع صحة الخلوة⁽¹⁾؛ لأنه ترك التطوع بعذر الضيافة جائز فكذا تعذر التسليم وكذلك صلاة التطوع إلا الأربع قبل الطهر فإنه يمنع صحة الخلوة؛ لأنها سنة مؤكدة فلا يجوز تركها وإبطالها بمثل هذا العدد، والخلوة في النكاح الفاسد فاسدة لا يتأكد بها المهر؛ لأن الخلوة وجدت حال حرمة الوطء؛ لأن النكاح الفاسد لا يفيد الملك والحل ويتأكد بوطئ بشبهة؛ لأنه يفيد الملك عند الدخول لما بينا.

ظ هـ

اللوحة

327

[مسألة] المنتقى: ولو خلا بها ومعها امرأة أجنبية لا يصح؛ لأن المانع من التسليم طبعاً وشرعاً وكذلك لو كان معها أعمى أو نائم أو صبي يعقل أو مجنون أو مغمى عليه⁽²⁾؛ لأن الأعمى يحس والنائم يعرض أن يستيقظ والمغمى عليه يفيق، ولو كان معها امرأة منكوحة له لا تصح الخلوة ولو كانت أمة له روي عن محمد أنه يصح⁽³⁾؛ لأن للمنكوحة حق في الوطء فلا يحل أن يجامع إحداها بمشهد الأخرى لما فيه من إلحاق وزيادة المغايظة بالأخرى فيكون مانعاً شرعاً فأما لاحق للأمة في الوطء فلا بأس بوطئ المنكوحة بين يديها، وفي رواية يكره وطئ المنكوحة بحضرة الأمة؛ لأنه لا يحل لها النظر إليهما فيمنع صحة الخلوة، ولو كان معها كلب عقور لا تصح الخلوة⁽⁴⁾؛ لأنهما يخافان من عقره، ولو خلى بها على سطح لا حجاب عليه لا تصح الخلوة⁽⁵⁾؛ لأنه لا يؤمن أن يطلع عليهما أحد ولو خلا بها في قبة أو حجلة وأرخى الستر تصح الخلوة⁽⁶⁾، ولو خلا بها في طريق الجادة لا تصح⁽⁷⁾؛ لأنه لا يخلوا عن أحد، وإن كان في جنبات الطريق يصح؛ لأنه قد يخلوا عن ثالث، ولو خلا بها في المسجد والحمام لا يصح⁽⁸⁾، ولو دخلت على الزوج ولم

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 238.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 238.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 240.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 240.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 238.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 239.

(7) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 238.

(8) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 238.

يعرفها لا تكون خلوة وهو الأصح؛ لأن الخلوة لا تقام مقام الوطاء إذا تحقق بالخلوة التسليم والتمكين وذا لا يحصل إلا بالمعرفة.

فصل

[مسألة] ولو طلق امرأته بئنا بعد الدخول أو فرق القاضي بينهما لعدم الكفاءة بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا في عدتها ففرق قبل الدخول يجب كمال المهر وكمال العدة ثانيا عندهما⁽¹⁾، وعند محمد نصف المهر وبقية العدة⁽²⁾ وعند زفر والشافعي نصف المهر ولا عدة وكذلك لو طلق منكوحته الأمة بئنا بعد الدخول بها ثم تزوجها في العدة ثم أعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول بها فعندهما يجب كمال المهر والعدة وعند محمد لا مهر لها؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها وعليها بقية هذه العدة وعند زفر والشافعي لا مهر ولا عدة.

لهم أن هذا طلاق قبل المسيس؛ لأنه فارقها قبل الإصابة في نكاح مبتدأ فلا يوجب كمال المهر وتسقط العدة عند زفر؛ لأنها تسقط بالرجعة قبل النكاح أولى؛ لأن في النكاح ما في الرجعة والزيادة وعند محمد لا تسقط؛ لأن سبب وجوب العدة هو البينونة وكون رحمها مشغولا بما لم يبطل باعتراض النكاح الباقي فلم تسقط العدة وإنما بطل اعتبار المدة لوقوع الاستغناء عنها فإذا طلقها بئنا وقعت الحاجة إلى المدة فعادت كمن اشترى معتدة ثم أعتقها وجبت عليها العدة.

لهما أنه تزوجها وهي مقبوضة؛ لأن الزوجة كانت في يده وتديره ومحبوسة بحقه ورحمها مشغولة بحق العاقل وشغل رحمها بمائه أثر القبض؛ لأن الوطاء قبض واستيفاء للمعقود عليه وأثر الوطاء باق ما بقيت العدة وهو شغل رحمها بمائه فاستدلنا أثر القبض على بقاء القبض وبقاء القبض يكفي لإيجابهما كاملا ويكون هذا طلاقا قبل المسيس حكما واعتبارا وصار كما لو طلقها بعد الخلوة الصحيحة في النكاح الثاني، وأما إذا جاءت الفرقة من جهتها بأن ارتدت أو قبلت ابن زوجها بشهوة فعندهما لها كمال المهر وعليها العدة؛ لأن الفرقة حصلت قبل الدخول، وكذلك

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 161.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 161.

لو قال: كلما تزوجتك فأنت طالق فتزوجها ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة فهي امرأته ولها مهران ونصف وطلقت ثنتان **عندهما**(1)؛ لأنه وجب نصف المهر بالطلاق الأول قبل الدخول ومهر بالدخول بعده عن شبهة ومهر بالطلاق الثاني؛ لأنه طلاق بعد الدخول معنى فإذا دخل بها ثانيا وهي معتدته صار مراجعا لها فلم يجب به شيء ولم يصح نكاح الثاني؛ لأنها في نكاحه **وعند محمد** لها أربعة مهور ونصف وطلقت ثلاثا ثلاث مهور بثلاث دخلات ومهر ونصف بثلاث تطليقات، وإن كان الطلاق بائنا فقد بانته منه بالإجماع ولها خمسة مهور ونصف **عندهما** ثلاث مهور بثلاث دخلات ومهران بالنكاح الثاني والثالث ونصف مهر بالنكاح الأول **وعند محمد** هو مثل الأول(2)؛ لأن الرجعي عنده لا يتصور؛ لأن الطلاق في كل نكاح وقع قبل الدخول وفي النكاح الفاسد يجب لها الأقل من المسمى ومن مهر المثل، وقال زفر: يجب لها المثل بالغا ما بلغ.

لنا أن منافع البضع غير متقومة حقيقة بدليل أنها لا تضمن بالإتلاف وإنما تتقوم بالعقد شرعا وقيمتها مهر المثل فإن كان أكثر من المسمى في العقد وجب للتعويض بقدر المسمى؛ لاصطلاحهما وتراضيهما عليه فإن كان أقل من المسمى وجب قدر مهر المثل؛ لأن ما هو متقوم حقيقة لا يزداد على قيمته في العقد الفاسد فما ليس بمتقوم حقيقة لولي.

باب هبة الصداق

ولو وهبت الصداق من زوجها فلا يخلو إيمان كان الصداق عينا أو دينا فإن كان الصداق عينا فوهبت من زوجها ثم طلقها قبل الدخول فلا شيء له عليها مقبوضا كان أو لم يكن وفي أحد قولي **الشافعي** ترجع بنصف المقبوض(3) **والصحيح قولنا**؛ لأنه وصل إلى الزوج غير ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول عود الملك في نصف المعين إلى الزوج بغير بدل وقد عاد إليه كل المهر قبل الطلاق

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 258.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 258.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 7: 11؛ الحاوي، الماوردي، 6: 439.

بغير بدل فلا يعود ما عاد بخلاف مالو وهبت الصداق من الأجنبي ثم الأجنبي وهبه منه ثم طلقها قبل الدخول فله أن يرجع عليها بنصفه؛ لأنه لم يصل إليه غير ما يستحقه بالطلاق؛ لأنه لم يصل إليه من جهة المرأة وإنما وصل إليه من جهة غيرها ونظيرها خمس مسائل إحداها **مذكورة في الجامع**، اشترى جارية بعبد ثم وهب الجارية من مشتري العبد ثم استحق العبد من يده فإنه لا يرجع على مشتري الجارية بقيمتها استحسانا والباقية **مذكورة في المبسوط، والثانية**: مريض وهب جارية من إنسان لا مال له غيرها وسلم الجارية إليه ثم وهب الموهوب له الجارية من المريض ثم مات من مرضه فإنه لا يضمن الموهوب له قيمة ثلثي الجارية للورثة استحسانا، **والثالثة**: المرتهن إذا أبرأ الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لا يضمن، **والرابعة**: المسلم إليه إذا ذهب رأس المال وهو عوض من رب السلم ثم تقايلا السلم لا يغرم المسلم إليه بشيء استحسانا وتلزمه قيمته قياسا وهو قول زفر، وأما إذا كان الصداق دينا فإنه يرجع بنصف ذلك؛ لأن المستحق عليها بالطلاق رد مثل نصف المقبوض وترد مثله فلم يصل إلى الزوج بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق، وإن قبضت النصف أو أقل ثم وهبت الباقي ثم طلق فلا شيء عليها وإن قبضت أكثر من النصف ردت الفضل على النصف **عند أبي حنيفة** — رحمه الله — **وعندهما** ترجع بنصف المقبوض قل أو أكثر.

لهما أن هبة مالا يتعين حط من الأصل وتلتحق بأصل العقد كما في حط الثمن فصار كأن العقد ورد على الباقي بعد المحطوط فكأن المهر هو المقبوض فيتصرف. له أن الزوج يستحق بالطلاق نصف ما في ذمته لا شيئا من المقبوض بدلالة أنها لو لم تهب منه شيئا حتى طلقها تستحق النصف الذي في ذمته دون المقبوض؛ لأن سبب الشركة وهو الطلاق قارن قبض كل واحد منهما نصفه؛ لأن نصفه في يدها ونصفه في يد الزوج؛ لأنه كان في ذمته فيمنع ثبوت الشركة كما لو طرأ قبض كل واحد نصفه على الشركة فإذا قارن أو أن يمنع، ولو وهبت المهر لغيره ثم طلقها رجع عليها بالنصف؛ لأنه أمكنها تسليمه بالرجوع فيها، ولو باعته أو وهبته بعوض رجع بنصف القيمة؛ لأنه عجز عن تسليم ما وجب تسليمه فصار كما لو أعتقه، ولو طلقها ففضى له بنصفه ولو قبض عندها أخذ نصفه وضمنها نصف النقصان؛ لأنه

عاد نصفه إلى ملك الزوج وبقي في ضمانها؛ لأنها قابضة ملك الغير فيكون النقصان عليها.

[مسألة] النوادر: امرأة وهبت مهرها من زوجها ثم أقر الزوج بالمهر لها يصح إقراره وهو الصحيح⁽¹⁾؛ لأنه يجعل كأن الزوج بعد هبة المهر زاد لها في مهرها نسا يصح فكذا هذا.

[مسألة] رجل مات فوهد امرأته مهرها جاز؛ لأن الدين عليه إلى أن يقضى فصحت الهبة إذا القبول في حال حياة المديون ليس بشرط لصحة هذا الدين فكذا بعد وفاته، ولو قالت: لزوجها كانين بحشيدم جنك أزم من بارزاد إن لم يطلقها لا يبرأ عن المهر؛ لأنها جعلت المهر عوضاً عن الطلاق عادة، ولو قالت: لزوجها وهبت منك حقي حبك أمرم باردار ثم قال الزوج: حبك أريو بارداستم ثلاث مرات قال: لا تطلق إلا واحدة وهو الصحيح؛ لأن هذه اللفظة بمنزلة قوله خليت سبيلك والبائن لا يلحق البائن ولو قال لامرأته: أبرأيني عن مهرك حتى أهب لك كذا فامرأته ثم أبا أن يهبها ما قال: يعود المهر عليه؛ لأنها وهبته بشرط ولم يحصل لها الشرط فلا تكون راضية بالهبة، المطلقة إذا وهبت مهرها للزوج على أن يتزوجها ثم أبا الزوج أن يتزوجها فالمهر باق على الزوج؛ لأنها جعلت المال عوضاً عن التزوج ولا يصلح أن يكون العوض على المرأة في النكاح.

ظ ه
اللوحة
328

باب المهور والميراث التي يجب للنساء في الطلاق المبهم في العقد

ولو تزوج ثلاث نسوة في عقدة وثلثتين في عقدة وواحدة في عقدة ثم طلق إحدى نسائه قبل أن يدخل بهن ثم مات، فلهن ثلاثة مهور، للواحدة سبعة أثمان مهر إلا سدس ثمن مهر، وللثلاث مهر وثمان مهر ونصف ثمن مهر وللثنتين خمسة أسداس مهر⁽²⁾ أما لهن ثلاثة مهور؛ لأن نكاح الواحدة صحيح في جميع الأحوال تقدم أو تأخر عن إحدى الطائفتين أو عنهما ونكاح الثلاث يصح في حالين وهو أن يكون

(1) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 313، نقلا عن الخلاصة.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 121.

متقدما أو بعد الواحدة، ولا يصح في حال وهو أن يكون متأخرا عن الثنتين ونكاح الثنتين كذلك إلا أن أحوال الإصابة حالة واحدة لما تبين فكان نكاح كل فريق يصح في حال دون حال، فإن صح نكاح الثلاث مع الواحدة فلهن أربعة مهور⁽¹⁾، إلا أنه سقط نصف مهر بالطلاق، فبقي ثلاثة مهور ونصف، وإن صح نكاح الثنتين مع الواحدة فلهن ثلاثة مهور⁽²⁾ سقط نصف مهر بالطلاق فبقي ثلاثة مهور ونصف وإن صح نكاح الثنتين مع الواحدة فلهن ثلاثة مهور سقط نصف مهر بالطلاق بقي مهران ونصف فمهران ونصف ثابت بيقين ومهر يجب في حال دون حال فيكون مشكوكا فيه ولا يجوز إسقاطه بالشك فيتتصف فيجب نصفه احتياطا في أمور الأبدان فبقي ثلاث مهور، وأما الواحدة إن صح نكاحها مع الثلاث فلها سبعة أثمان مهر⁽³⁾؛ لأنه انتقص بالطلاق نصف مهر فيكون موزعا عليهن أرباعا فيصيب كل واحدة ربع النصف وذلك ثمن المهر وإن صح نكاحها مع الثنتين فلها خمسة أسداس مهر⁽⁴⁾؛ لأنه يصيبها نقصان ثلث النصف وذلك سدس الجميع، فإذا للواحدة في حال سبعة أثمان مهر وفي حال خمسة أسداسه فيضرب ثمانية في ستة فتكون ثمانية وأربعين فصار كل مهر ثمانية وأربعين والمهور ثلاثة فحملتها مائة وأربعين وأربعين ثم يصبها في حال نقصان ثمن مهر وذلك ستة، وفي حال نقصان سدس مهر وذلك ثمانية فسته أسهم ساقطة بيقين وسهمان تجب في حال دون حال فتتصف، فبقي لها أحد وأربعين وذلك سبعة أثمان مهر غير سدس [ثمن]⁽⁵⁾ مهر، وأما الثلاث إن صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور إلا أنه سقط بالطلاق ثلاثة أرباع نصف مهر وذلك ثلاثة أثمان مهر⁽⁶⁾؛ لأن الواحدة في النقصان معهن فبقي لهن مهران وخمسة أثمان مهر؛ لأن الواحدة في النقصان معهن فبقي لهن مهران وخمسة أثمان مهر وذلك مائة وستة وعشرون إلا أنه لا يصح نكاحهن في حال فتتصف فبقي لهن مهر وثمان مهر؛ لأن الواحدة في النقصان معهن فبقي لهن مهران وخمسة أثمان مهر وذلك مائة وستة

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 300.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 121.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 121.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 121.

(5) ساقط من: ع.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 121.

وعشرون الواحدة معها فيصيب كل واحدة ثلث النصف فبقي لهما مهران وثلثا مهر وذلك ثمانون إلا أنه لا يصح نكاحهما في حال فلهما نصفه، وأما الميراث فللواحدة سبعة أسهم من أربعة وعشرين و للثلاث تسعة مما بقي وللثنتين ثمانية وقد مر تخريجه في النكاح، ولو تزوج ثلاثا في عقدة وثلثتين في عقدة وأربعاً في عقدة ثم طلق إحداهن ثم مات فلهن مهران ونصف مهرين الثلاث والأربع نصفان ومهر ونصف بين الفرق الثلاث ولكل فرقة ثلث الميراث وهذا قول أبي يوسف - رحمه الله - ؛ لأن أكثر مالهن أربعة مهور وهو أن يصح نكاح الأربعة إلا أنه سقط بالطلاق نصف مهر فبقي ثلاثة ونصف وأقل مالهن مهران وهو أن يصح نكاح الثلثتين سقط نصف مهر بالطلاق⁽¹⁾ فبقي مهر ونصف وذلك متيقن وقع الشك في مهرين فتنصف فيصير مهرين ونصف ثم لا منازعة للثنتين فيما زاد على مهر ونصف وذلك مهر فيكون بين الثلاث والأربع نصفان؛ لأنهما يدعيانه بقي مهر ونصف استوت منازعة الطوائف الثلاث فيه فيكون بينهما أثلاثا، وعند محمد يكون لهن مهران وسدس مهر للثنتين نصف مهر وللثلاث مهر وسدس؛ لأنه صح نكاح الثلثتين فلهما مهر ونصف وإن لم يصح فلا شيء لهما ونكاحهما يصح في حال ولا يصح في حالين وأحوال الحرمان أحوال فيكون لهما ثلثا مهر ونصف ذلك نصف مهر والثلاث إن صح نكاحهن فلهن مهران ونصف إلا أن نكاحهن يصح في حال دون حالين فيكون لهن ثلث ونصف وذلك خمسة أسداس مهر والأربع إن صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور ونصف وذلك مهر وسدس مهر، وأما الميراث فميراث امرأة واحدة بينهما أثلاثا؛ لأنه استوت منازعتهم وأحوالهن فيه ولو دخل بامرأتين لا تعرفان بأعيانهما ثم طلق إحدى نسائه واحدة وأخرى منهن ثلاثا ثم تزوج واحدة بعد انقضاء العدة ثم مات فلأخيرة التي تزوجها المهر كاملا؛ لأن نكاحهما صحيح وهو دليل على فساد نكاح الأربعة فلا مهر لهن ولا ميراث ولا عدة عليهن؛ لأن نكاح الأربعة لو كان صحيحا لكان نكاح الأخيرة فاسدا؛ لأنها تكون خامسة نسائه والمسلم لا يقدم على نكاح فاسد ظاهرا فدل إقدامه على نكاح الأخيرة على فساد نكاح الأربعة

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 120.

فإن قيل جواز نكاح الأخيرة لا يدل على فساد نكاح الأربعة لامحالة؛ لأنه لا يتصور أنه طلق ثنتين من الأربع وقد انقضت عدتهما فيجوز نكاح الأخيرة في هذه الحالة؛ لأنها ثلاثة نسائه قلنا لا يجوز نكاح الأخيرة في هذه الحالة فلا تنقضي عدتهما بمضي ثلاثة أقراء فبقي ثنتان منهن منكوحتان وثنان معتدتان والعدة تمنع نكاح الخامسة، ثم قال محمد: وللثنتين مهر ونصف⁽¹⁾ وهذا سهو وقع من الكاتب في الوجهين، والصحيح أن يقال: للثنتين مهر وللثلاث مهر وثلاثة أثمان مهر؛ لأن الثنتان إن صح نكاحهما فلهما مهران؛ لأن الطلاق وقع عليهما بعد الدخول بهما؛ لأن الدخول يصرف إليهما؛ لأنه مصروف إلى التي صح نكاحهما فلهما مهران؛ لأن الطلاق وقع عليهما بعد الدخول بهما؛ لأن الدخول يصرف إليهما؛ لأنه مصروف إلى التي صح نكاحها حملا لأمره على الصلاح وإن لم يصح نكاحهما فلا شيء لهما فلها مهر، وأما الثلاث إن صح نكاحهن فثنتان مدخول بهما وواحدة لا فإن كان وقع الطلاق على فلهن ثلاثة مهور وإن كان أحد الطلاقين على التي لم يدخل بها نقصها الطلاق نصف مهر فبقي لهن مهران ونصف ثابت بيقين ونصف مشكوك فيه فينصف فيكون لهن مهران وثلاثة أرباع مهر حال صحة نكاحهن فإن لم يصح نكاحهن على شيء فتتصف فبقي لهن مهر وثلاثة أثمان مهر⁽²⁾.

وأما التخريج على قول أبي يوسف على طريق المنازعة وهو أن أكثر مالهن مهران وثلاثة أرباع مهر وهو أن يصح نكاح الثلاث وأقل مالهن مهران وهو إن صح يصح نكاح الثنتين فمهران متيقن وثلاثة أرباع مهر مشكوك فيه فيكون لهن مهران وثلاثة أثمان مهر ثم لا منازعة للثنتين فيما زاد على مهريين وثلاثة أثمان مهر فيكون للثلاث بقي مهران استوت منازعة الفريقين فيهما فيكون بينهما نصفان⁽³⁾.

وأما حكم الميراث ذكر أن للواحدة من الميراث خمسة من اثني عشر وللثلاث أربعة أسهم وللثنتين ثلاثة وهذا وقع سهواً والصحيح أن يقال: لا ميراث للثنتين وهو

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 7: 305.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 299.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 123.

رواية ابن سماعه عن محمد؛ لأنه إن صح نكاحهما فالطلاقان وقعا عليهما وقد انقضت عدتهما قبل الموت؛ لأنهما تعينتا للطلاق في هذه الحالة وإن لم يصح نكاحهما فلا شيء لهما فقد تيقنا أنه لا ميراث لهما، وأما الواحدة فعلى قول أبي يوسف لها ثمانية أسهم ونصف؛ لأنه لا منازعة للثلاث فيما زاد على سبعة أسهم؛ لأن لهن ثمانية أسهم في حالين بأن وقع الطلاق على المدخولين بهما ووقع الثلاث على غير المدخول بها والواحدة على إحدى المدخولتين بهما؛ لأن الوارثة منهن ثنتان؛ لأن المطلقة ثلاثا لا ترث ولهن ست أسهم في حال بأن وقع الواحدة على غير المدخول بها؛ لأن الوارثة منهن واحدة في هذه الحالة مع الأخيرة فيكون الميراث بينهما نصفان فسته أسهم ثابتة بيقين وقع الشك في سهمين فتتصف فيكون لهن سبعة أسهم ثم لا منازعة لهن فيما زاد على سبعة أسهم فيكون للواحدة وذلك خمسة أسهم بقي سبعة أسهم ثم لا منازعة لهن فيما زاد على سبعة أسهم فيكون للواحدة وذلك خمسة أسهم بقي سبعة أسهم استوت فيه منازعة الواحد والثلاث فيكون بينهما نصفان وأما على قول محمد فالواحدة خمسة وعشرين سهما من ستة وثلاثين سهما؛ لأن الواحدة إن صح نكاحها مع الثنتين فلها جميع الميراث وإن صح نكاحها مع الثلاث فلها ثلث الميراث في حالين بأن وقع الطلاق على المدخولتين بهما أو وقع الثلاث على غير المدخول بها والواحدة على إحدى المدخولتين بهما؛ لأن الوارث منهن في هذين الحالين ثنتان؛ لأن عدة المدخولة لم تنقض في هذه الحالة؛ لأنها مختلطة بغير المطلقة فيكون الميراث بينهما أثلاثا وفي حال لها نصف الميراث بأن وقع الثلاث على المدخول بها والواحدة على غير المدخول؛ لأن الوارثة منهن واحدة فيكون الميراث بينهما نصفان فالثلث لها ثابت بيقين ووقع الشك في سهم يجب في حال دون حالين وأحوال الحرمان أحوال فيكون لها ثلث ذلك فنضرب ثلاثة في ستة فتصير ثمانية عشر فسته أسهم لها ثابتة بيقين وثلاثة أسهم لها في حال دون حالين فيكون لها ثلث ذلك وهو سهم فصار لها سبعة أسهم بقي أحد عشر سهما فيكون للثلاث إن صح نكاحهن وإن لم يصح فالواحدة فتتصف بينهما فيكون للواحدة خمسة أسهم ونصف فقد انكسر بالنصف فأضعف حتى يزول الكسر فيصير ستة وثلاثين فاثني عشر للواحدة ثابتة بيقين وستة أسهم لها في حال دون حالين فيكون لها ثلثها وذلك

اثنان فيصير لها أربعة عشر سهما بقي اثني وعشرون للثلاث إن صح نكاحهن وإن لم يصح فللواحدة فينصف بينهما، ولو لم يدخل بشيء منهن ولم يتزوج وكانت إحدى الثلاث أما لإحدى الأربع والحال ما ذكرنا فإن الأم والبنت لا ينقصان من مهر ولا ميراث؛ لأنه لم يصح إلا نكاح إحدى الفريقيين الأربع أو الثلاث فلم تجتمع الأم والبنت في النكاح فلا يتغير الحكم، ولو كان إحدى الأربع أمة وقد طلق إحدى نسائه فلهن سوى الأمة مهرا ن ونصف مهر بين الثلاث والأربع سوى الأمة نصفان والباقي وهو مهر ونصف لكل فريق ثلاثة وهو قول أبي يوسف؛ لأن نكاح الأمة فاسد فبقي ثلاثة وثلاثة وثلثان فنقول أكثر مالهن مهرا ن ونصف وهو أن يصح نكاح الثلثين فمهر ونصف ثابت بيقيين ومهر واحد مشكوك فيه فتتصف فيكون لهن مهرا ن ثم لا منازعة للثلثين فيما زاد على مهر ونصف فيكون بين الثلاث نصفان؛ لاستواء منازعتهن فيه بقي مهر ونصف استوت منازعة الفرق فيقسم بينهما أثلاثا أما عند محمد إن صح نكاح الثلاث فلهن مهرا ن ونصف وإن لم يصح فلا شيء ونكاحهن يصح في حال دون حالين فلهن ثلث ذلك وهو خمسة أسداس مهر وكذلك للثلث الأخير فإن صح نكاح الثلثين فلهما مهر ونصف وإن لم يصح فلا شيء ونكاحهما يصح في حال دون حالين فلهما ثلثه وذلك نصف مهر.

الزيادات: مسائله على فصلين، أحدهما: فيما إذا تزوج ثلاث نسوة وطلق إحداهن، والثاني: فيما إذا تزوج أربعا وطلق إحداهن.

فصل فيما إذا تزوج ثلاث نسوة وطلق إحداهن

تزوج ثلاث نسوة ودخل بواحدة ولم يدخل بثلثين وقال: إحدى نسائي طالق واحدة أو ثلاثا ثم مات قبل البيان، وهاهنا حكمان: حكم المهر، وحكم الميراث، أما حكم المهر فللمدخولة مهر كامل⁽¹⁾، وللأخرتين مهر وثلاثة أرباع مهر عند أبي

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 319؛ شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 479 - 480.

يوسف، وعند محمد للثنتين لم يدخل بهما مهر وثلثا مهر⁽¹⁾، وقال عيسى ابن أبان: هذا التخريج غير صحيح؛ لأن اعتبار حال الدخول بحال عدم الدخول فاسد؛ لأن حال عدم الدخول يتيقن بسقوط نصف المهر وحالة الدخول لا تتيقن لاحتمال وقوع الطلاق على المدخولة فكيف يعتبر حاله عدم التيقن بحالة التيقن، قلنا أمكن تصحيح التخريج باعتبار الأحوال، فنقول إن وقع الطلاق على الكبرى من غير المدخولتين فلها نصف مهر، وللصغرى مهر، وإن وقع على الصغرى فلها نصف مهر وللکبرى مهر كامل، وإن وقع على المدخولة فلها مهران، فمهر ونصف ثابت لها بيقين والنصف يجب في حال ولا يجب في حالين، وأحوال الحرمات أحوال، فيجب ثلث النصف وذلك سدس الكل، فيكون لكل واحدة خمسة أسداس مهر وأبو يوسف يقول إن وقع الطلاق على المدخولة فلها مهران وإن وقع على إحدى الثنتين لم يدخل بهما فلها مهر ونصف مهر وثابت بيقين والنصف الآخر يجب في حال دون حال فينصف فيقضى لهما بمهر وثلاثة أرباع مهر، فأبو يوسف اعتبر حالهما ومحمد اعتبر حال كل واحد منهما، وأما الميراث فللمدخولة خمسة أسهم من اثني عشر سهما من الميراث والآخر بين سبعة⁽²⁾؛ لأنه إن وقع الطلاق على المدخولة فلها ثلث الميراث؛ لأن خمسة أسهم من اثني عشر سهما من الميراث والآخر بين سبعة؛ لأنه إن وقع الطلاق على المدخولة فلها ثلث الميراث؛ لأن الطلاق الرجعي لا يخرجها عن الميراث وإن وقع على إحدى الأخرين فلها نصف الميراث؛ لأنه تزامها الواحدة؛ لأن المطلقة صارت مبانة فلا ترث؛ فالثلث ثابت بيقين وهو أربعة وفي الزيادة إلى تمام النصف وهو سهمان شك فتتصف فيجب خمسة أسهم، ولو قال: إحداهن طالق واحدة والأخرى ثلاثا [في صحته]⁽³⁾ والمسألة بحالها أما حكم الميراث فعند أبي يوسف يلغى الثلاث⁽⁴⁾؛ لأنه على أيتهن وقع حرما عن الميراث وليست إحداهن بأولى من الأخرى فتبقى تطليقة واحدة فصار كأنه قال: إحداهن طالق، ولو قال ذلك كان للمدخولة خمسة أسهم من اثني عشر من الميراث والأخرتين سبعة كما

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 319؛ شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 479 - 480.

(2) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 481.

(3) زيادة من شرح الزيادات، 2: 482.

(4) وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، ينظر: شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 482.

في المسألة الأولى فكذا هذا وعند محمد للمدخولة خمسة أثمان الميراث وللتين لم يدخل بهما ثلاثة أثمانه؛ لأن إحدى اللتين لم يدخل بهما محرومة عن الميراث؛ لأنها صارت مبانة إما بالثلاث⁽¹⁾ أو بالواحدة فعزلناها بقيت مدخولة وغيرها فإن كان الواقع على المعزولة الواحدة بقية الثلث بين المدخولة وغيرها فإن وقعت على المدخولة فلا شيء لها، وإن وقع على غيرها فلها الكل فتتصف فصار لها النصف في هذه الحالة، وإن كان الواقع على المعزولة بقية الواحدة بين المدخولة وغيرها فإن وقعت على المدخولة فلها النصف وإن وقعت على غيرها فلها الكل؛ فالنصف ثابت بيقين وفي النصف الآخر شك فيتتصف⁽²⁾، ففي حال لها ثلاثة أرباع وفي حال لها النصف والنصف ثابت بيقين وفي الزيادة إلى تمام ثلاثة أرباع وهو سهمان شك فينصف فصار لها خمسة أثمان.

وأما حكم الصداق فللمدخولة مهر كامل وللتين لم يدخل بهما مهر وربع⁽³⁾ لكل واحدة خمسة أثمان وذكر في النكاح لهما صداق وثلث، قيل: المذكور هنا قول محمد الآخر والمذكور في النكاح قوله الأول، وهو قول أبي يوسف⁽⁴⁾.

وجه رواية النكاح أنه إن وقع الطلاق على اللتين لم يدخل فلهما مهر واحد، وإن وقع إحدى الطلاقين على المدخولة فلها مهر ونصف؛ فالمهر ثابت بيقين والنصف ثابت لهما في حالين بأن يقع الثلاث والواحدة على المدخولة ولا تثبت في حال، وأحوال الإصابة أحوال على هذه الرواية فصار لهما ثلثا النصف وذلك ثلث الكل فصار لهما مهر وثلث مهر.

وجه رواية الزيادات أن إحدى غير المدخولتين مطلقة بيقين فسقط نصف المهر والطلاق الآخر إن وقع على المدخولة فلغيرها مهر كامل وإن وقع على غيرها فلها نصف مهر فالمهر الواحد ثابت بيقين وفي النصف شك فتتصف فصار لها مهر وربع ولو دخل بثنتين منهن فالمسألة بحالها.

(1) في الأصل بالثلث دون ألف.

(2) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 489.

(3) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 485.

(4) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 485.

أما الميراث فعند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة يلغى الطلاقات الثلاث، بقيت الواحدة إن وقعت على غير المدخولة؛ فالميراث كله للمدخولتين، وإن وقعت على إحدى المدخولتين فلهما ثلثا الميراث فالثلثان ثابت بيقين وهو أربعة وفي الزيادة إلى تمام الستة شك فتتصف فصار لها خمسة أسداس الميراث، ولغير المدخولة السدس ضرورة وعند محمد للمدخولتين سبعة أثمان الميراث؛ لأن إحداها وارثة فعزلناها؛ فإن كانت المعروفة مطلقة بالواحدة بقي الثلاث دائرا بين المدخولة وغيرها فإن وقع على المدخولة فلها النصف وإن وقع غيرها فلها الكل ففي النصف يقين وفي الزيادة شك فتتصف فصار لها ثلاثة أرباع وإن لم تكن المعزولة مطلقة فلهما الكل والكل لهما في حال وثلاثة أرباع في حال وقع الشك في الزيادة وهو الربع فتتصف؛ فصار لها سبعة أثمان ولغير المدخولة الثمن⁽¹⁾.

وأما حكم الصداق فللمدخولتين صداقان، ولغير المدخولة ثلاثة أرباع مهر أما على أصل أبي يوسف؛ فلأن الطلاق إن وقعا على المدخولتين فلها جميع المهر وإن وقع إحدى الطالقين عليها فلها نصف المهر؛ فلها جميع المهر في حال، ونصف مهر في حالين: أحدهما أن تقع عليها الواحدة، والآخر أن تقع عليها الثلاث⁽²⁾؛ فالنصف ثابت بيقين والنصف يجب في حال ولا يجب في حالين، فيجب ثلث النصف وذلك سدس الكل فيكون لها ثلثا مهر⁽³⁾.

وأما على أصل محمد فإنه يجعل المدخولة كغير المدخولة، ولو لم يدخل بواحدة فالطلاق يسقطان مهرا واحدا موزعا بين الثلاث فيصيب لكل واحدة نقصان الثلث ولئن لم ينتقص مهر المدخولتين لمكان الدخول يبقى نقصان غير المدخولة وهو الثلاث فيجب لها ثلثا مهر⁽⁴⁾، غير أن محمدا – رحمه الله – سلك طريقا آخر في الكتاب في هذه المسألة وقال إن أحد الطالقين وقع على إحدى المدخولتين قطعا ولا أثر لها في تغيير المهر فيجعل كالعدم بقي الطلاق واترا بين المدخولة وغير المدخولة فإن وقع على المدخولة فلغير المدخولة مهر كامل وإن وقع عليها فلها

(1) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 486.

(2) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 489.

(3) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 489.

(4) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 489.

نصف المهر فالنصف ثابت بيقين وفي الزيادة شك فصار لها ثلاثة أرباع، وإن شئت قلت جعلنا المدخولة كغير المدخولة فسقط نصف مهر بينهما نصيب كل واحد منهما نقصان الربع فلم يظهر النقصان في حق المدخولة لمكان الدخول فيظهر حق غير المدخولة.

فصل فيما إذا تزوج أربعا وطلق إحداهن

[مسألة] تزوج أربع نسوة فدخل بواحدة ولم يدخل بثلاث فقال [في صحته⁽¹⁾]: إحدى نسائي طالق ثلاثا والأخرى واحدة، ومات قبل البيان، أما الميراث فعند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة — رحمهما الله — للمدخولة ثلاثة أسهم ونصف سهم من اثني عشر سهما من الميراث، وعند محمد لها أربعة من اثني عشر. لأبي يوسف أنه يلغى الثلاث بقيت الواحدة إن وقعت على المدخولة فلها الربع وذلك ثلاثة وإن وقعت على غير المدخولة فللمدخولة الثلث والثلث والربع مخرجهما من اثني عشر فلها في حال أربعة وفي حال ثلاثة فثلاثة يقين والسهم الرابع مشكوك فيه فتنصف فيكون لها ثلثه ونصفه فبقي ثمانية ونصف بين البواقي فيضعف اثني عشر ليزول الكسر فيصير أربعة وعشرين للمدخولة سبعة وسبعة عشر للبواقي أثلاثا لا يستقيم فنضرب ثلاثة في أربعة وعشرين فيصير اثني وسبعين فمنه تصح المسألة⁽²⁾.

محمد أن إحدى اللاتي لم يدخل بهن وارثه بيقين؛ لأن الطلاق لم يقع إلا على الشنتين وإحدى الثلاث محرومة بيقين؛ لأنها مطلقة بيقين فعزلنا الوارثة والمحرومة منهن؛ فإن كانت المحرومة المعزولة مطلقة بواحدة بقي الثلاث مترددا بين المدخولة، وغير المدخولة فإن وقع على المدخولة فلا شيء لها، وإن وقع على غير المدخولة فلها النصف⁽³⁾؛ لأن الميراث بين المدخولة والمعزولة الوارثة نصفين؛ فلها النصف في حال ولا شيء في حال فتتصف فصار لها الربع فإن كانت

(1) زيادة من شرح الزيادات، 2: 490.

(2) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 492.

(3) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 488.

المحرومة المعزولة المطلقة بثلاث بقيت الواحدة بين المدخولة وغيرها فإن وقعت على المدخولة لها ثلث الميراث أربعة؛ لأنه تزاحمها ثنتان، وإن وقعت على غيرها فلها النصف؛ لأنه تزاحمها واحدة فالأربعة ثابتة بيقين زاد عليها فتنصف فصار خمسة؛ فلها ثلاثة في حال وخمسة في حال، فالشك وقع في سهمين فتنصف فيكون لها أربعة أسهم وهو ثلث الميراث وثلثاء للبواقي.

وأما المهر عند أبي يوسف للمدخولة مهر كامل، وللواتي لم يدخل بهن مهران وربع لكل واحدة ثلاثة أرباع المهر؛ لأنه إن وقع الطلاق على بينتين منهن فلهن مهران وإن وقع على إحداهن طلقة فلهن مهران ونصف، وقع الشك في نصف مهر فيقضى لهن بمهرين وربع بينهن⁽¹⁾، وعند محمد للواتي لم يدخل بهن مهران؛ لأن إحدى الثلاث المطلقة قطعاً فعزلناها بنصف مهر يبقى ثلاث نسوة فإن وقع الطلاق على المدخولة؛ فلها مهران وإن وقع على إحداها فلها مهر ونصف فمهر ونصف ثابت يقينا ونصف يجب في حال ولا يجب في حالين؛ فوجب ثلثه وهو سدس الكل فيكون مهر وثلثا مهر؛ فإذا ضم هذا إلى النصف الذي عزل به الواحدة صار مهران وسدس مهر، ولو دخل بنتين والمسألة بحالها؛ أما الميراث فعند أبي يوسف للمدخولتين سبعة من اثني عشر؛ لأنه يلغي الثلاث بقيت الواحدة إن وقعت على إحدى المدخولتين فلها نصف الميراث وهو ستة من اثني عشر⁽²⁾، وإن وقعت على إحدى اللتين لم يدخل بهما فللمدخولة ثلثا الميراث وهو ثمانية فالنصف وهو ستة ثابت بيقين وسهمان يجب في حال دون حال فيتنصف فصار لها سبعة من اثني عشر⁽³⁾، وعند محمد للمدخولتين خمسة وستين غير نصف سدس من ستة وسبعين والباقي للتين لم يدخل بهما؛ لأن إحدى المدخولتين وارثة قطعاً فعزلناها بميراثها فإن كانت المعزولة غير مطلقة كانت إحدى اللتين لم يدخل بهما محرومة عن الميراث يقينا؛ لأنها مطلقة قطعاً فإن كانت محرومة بالواحدة بقي الثلاث متردداً بين المدخولة وغير المدخولة على أيهما وقعت صارت محرومة فيكون الميراث بين الباقي

(1) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 492 - 493.

(2) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 502 - 503.

(3) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 503.

والمعزولة الوارثة نصفين فيكون على هذا الاعتبار للمدخولة المعزولة الوارثة ثلث الميراث؛ لأنه تزامها اثنان وإن وقعت على غير المدخولة فلها النصف فلها في حال ستة وفي حال أربعة فينصف السهمان الزائدان فيكون لها خمسة على هذا الاعتبار⁽¹⁾، وعلى الاعتبار الأول ستة فصار أحد عشر فينصف فصار لها خمسة ونصف⁽²⁾، وإن كانت المعزولة مطلقة بالواحدة بقي الثلث على أية الثلث وقع حرما عن الميراث فيكون الميراث بين الباقيتين، وهذه المدخولة المعزولة أثلاثا فيكون لها الثلث أربعة وفي الاعتبار الأول كان لها خمسة ونصف فصار لها أربعة وثلاثة أرباع سهم فهذا نصيب المدخولة المعزولة⁽³⁾.

ج هـ

اللوحة

331

وأما نصيب الباقيات إن كانت المدخولة المعزولة مطلقة بالواحدة فلهن ثلثا المهر⁽⁴⁾؛ لأن ثلثه أخذته المعزولة، بقي الثلثان بين الباقيات أثلاثا فيكون للمدخولة الباقية ثلث الثلثين⁽⁵⁾، وإن لم تكن المعزولة مطلقة كان لها خمسة أسهم ونصف وبقيت ستة ونصف بين الباقيات؛ فصار كرجل له ثلاث نسوة دخل بإحداهن لا غير فقال: إحداكن طالق ثلاثا والأخرى واحدة فيكون للمدخولة خمسة أثمان الميراث عند محمد فصار لها في حال ثلث الثلثين⁽⁶⁾، وفي حال خمسة أثمان ستة ونصف من ستة ونصف لا يخرج ثمن صحيح؛ فانكسر بالأثمان فاضرب ثمانية في أصل المسألة وهو اثني عشر فتكون ستة وتسعين كان للمدخولة المعزولة أربعة وثلاثة أرباع سهم مضروبا في ثمانية فيكون ثمانية وثلثين، وكان للمدخولة الباقية لها في حال خمسة أثمان ستة ونصف فاضرب ستة ونصف في ثمانية فيكون اثنان وخمسين وخمسة أثمانها اثنان وثلثون ونصف؛ لأن ثمنها ستة ونصف وفي حال لها الثلثين والثلثان ثمانية مضروبة في ثمانية فذلك أربعة وستون ثلثها أحد وعشرون وثلث يكون لها ستة وعشرون وخمسة أسداس سهم ونصف سدس سهم فضم إلى نصيب المدخولة

(1) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 494.

(2) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 495.

(3) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 495.

(4) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 495.

(5) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 495.

(6) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 493.

المعزولة وذلك ثمانية وثلاثون يصير أربعة وستين وخمسة أسداس ونصف سدس بينهما نصفان والباقي من ستة وتسعين للتين لم يدخل بهما⁽¹⁾.

وأما حكم المهر فللمدخولتين مهران بالاتفاق وللتين لم يدخل بهما عند أبي يوسف مهر وثلاثة أثمان مهر⁽²⁾؛ لأنه إن وقع الطلاقان على المدخولتين فلغيرهما مهر ونصف، فمهر ونصف ثابت بيقين وقع الشك في نصف مهر فتتصف فصار مهر وثلاثة أرباع مهر، وإن وقع الطلاقان على اللتين لم يدخل بهما فلهما مهر واحد ففي المهر يقين وفي ثلاثة أرباع شك فينصف فصار مهر وثلاثة أثمان مهر، وأما عند محمد فلهما مهر وثلاثة أرباع مهر⁽³⁾، قيل: سهو على قياس تخريجه ينبغي أن يكون لها مهر ونصف؛ لأنه لو لم يكن دخل بواحدة منهن تطلق تنتين لكان ينتقص بالطلاقين مهر بينهما أرباعا إلا أن مهر المدخولتين لم ينتقص لمكان الدخول فلا يزداد نصيب غير المدخولتين إلا أن محمدا سلك طريقا آخر، وقال: إن وقع الطلاقان على المدخولتين فلغيرهما مهران، وإن وقع عليهما فلهما مهر واحد؛ فأسقطناها بين الحالتين لوقوع التعارض⁽⁴⁾؛ لاستوائهما في النفع والضرر بقيت حالة الثالثة، وهو أن يقع أحد الطلاقين على غير المدخولتين فجعلنا الكل كغير المدخولات، فسقط بالطلاق نصف مهر موزعا عليهن لكل واحدة نقصان ثمن إلا أن مهر المدخولتين لم ينتقص فبقي نقصان مهرها وهو ثمان، فبقي لها مهر وثلاثة أرباع مهر.

وإن دخل بثلاث والمسألة بحالها، أما حكم الميراث فعند أبي يوسف للمدخولات سبعة أثمان الميراث ولغيرهن الثمن؛ لأنه يلغى الثلث بقيت الطلقة الواحدة إن وقعت على غير المدخولة فلا شيء لها من الميراث، وإن لم يقع فلها الربع ففي حال لها الربع وفي حال لا شيء فيعطى لها الثمن، وعند محمد للمدخولات خمسة أسداس ونصف سدس لغير المدخولة⁽⁵⁾؛ لأن تنتين من المدخولات وارثات يقينا؛ لأن أسوأ

(1) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 495.

(2) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 498.

(3) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 497.

(4) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 497.

(5) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 499.

الحالين أن يقع الطلاق عليهن فتكون المطلقة بالواحدة وغير المطلقة وارثتين فعزلناهما فإن كانتا معزولتان بغير طلاق فغير المدخولة لا ميراث لها⁽¹⁾؛ لأنها مطلقة وإن كانتا معزولتين بوقوع الواحدة بقي الثلث بين المدخولة وغير المدخولة، وليست إحداها بأولى من الأخرى فيكون لهما الثلث فيكون للمدخولة السدس فيضم سدس المدخولة مع الثلثين فيكون خمسة أسداس، ففي حال للمدخولات خمسة أسداس، وفي حال الكل، فخمسة أسداس ثابتة بيقين وقع الشك في سدس فتتصف فصار لهن خمسة أسداس ونصف سدس.

وأما حكم المهر فللمدخولات ثلاثة مهور، ولغير المدخولة ثلاثة أرباع مهر **عند أبي يوسف**⁽²⁾؛ لأنه إن كانت مطلقة فلها النصف، وإن لم تكن فلها كمال المهر ففي النصف الآخر شك فينصف نصفان ثلاثة أرباع، **وعند محمد** لغير المدخولة خمسة أسداس؛ لأن إحدى المدخولات مطلقة قطعاً بقيت مدخولتان وغير مدخولة، ولو لم يكن دخل بواحدة منهن سقط نصف مهر موزعاً بينهما فيصيب كل واحدة نقصان السدس فينتقص من غير المدخولة سدس وللمدخولات كمال مهورهن⁽³⁾؛ لأنه لا أثر في الطلاق بغير مهورهن.

[مسألة] رجل له أربع نسوة فدخل بثلاث ولم يدخل بواحدة فقال: إحدانك طالق ثلاثاً، والأخرى ثنتين، والأخرى واحدة، ثم مات قبل البيان فلغير المدخولة نصف سدس الميراث⁽⁴⁾ بالاتفاق، والباقي للباقيات كما في المسألة الأولى؛ لأن **عند أبي يوسف** لما لغى الثلاث بقيت تطليقتان أنهما وقع على غير المدخولة فلا ميراث لها وإن لم يقع فلها ربع الميراث وذلك ثلاثة من اثني عشر فلها الربع في حال ولا شيء لها في حالين؛ فيجب ثلث الربع؛ وذلك سهم، وأما **عند محمد**؛ فلأن ثنتين من المدخولات وارثتان قطعاً فعزلناهما بالميراث⁽⁵⁾؛ فصار الجواب كما في المسألة الأولى.

(1) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 499.

(2) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 497.

(3) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 497.

(4) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 500.

(5) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 501.

وأما الصداق فلكل واحدة من المدخولات مهر كامل، ولغير المدخولة ثلاثة أرباع مهر بالاتفاق، أما تخريج أبي يوسف كما في المسألة الأولى، فأما تخريج محمد؛ فلأننا تيقنا بوقوع الطلاقين على المدخولتين ولا أثر لهما في إسقاط مهرهما بقيت الواحدة دائرة بين الثنتين، ولو لم يدخل بواحدة منهما سقط نصف المهر موزعا عليهما فيصيب كل واحدة منهما نقصان الربع لكن مهر المدخولة لم ينتقص لمكان الدخول، فبقي مهر المدخولة ناقصا برقع فيجب ثلاثة أرباع.

[مسألة] تزوج بثلاث نسوة فدخل بواحدة ولم يدخل بثنتين فقال: إحدى نسائي طالق ثلاثا، وواحدة، ثم مات قبل البيان، أما الميراث فعند أبي يوسف للمدخولة خمسة أسهم من اثني عشر سهما من الميراث، وعند محمد ثلاثة أثمان الميراث⁽¹⁾، والآخر بين خمسة أثمان الميراث، أبو يوسف يقول الثلاث لغو بقيت الواحدة إن وقع على المدخولة فلها الثلث، وإن وقع على غير المدخولة فلها النصف، والثلث ثابت لها بيقين وهو أربعة، وفي الزيادة إلى النصف شك فيتتصف فصار خمسة أسهم⁽²⁾، ومحمد يقول بأن الثلث معتبر فعلى اعتبار وقوع الواحدة لها خمسة كما قال أبو يوسف، وعلى اعتبار وقوع الثلاث لها الثلث وهو أربعة إذ ليست إحداهن بأولى من الأخرى فالأربعة ثابتة بيقين وفي السهم الزائد شك فيتتصف فصار أربعة ونصف وهو ثلاثة أثمان اثني عشر كل ثمن سهم ونصف⁽³⁾.

وأما المهر فللمدخولة مهر كامل، والأخرتين مهر وثلاثة أرباع عند أبي يوسف؛ لأنه وقع الطلاق على إحداهما فلها مهران، فمهر ونصف ثابت بيقين، وفي النصف الآخر شك فينصف فصار مهر وثلاثة أرباع مهر، وعند محمد لها مهر وثلاثا مهر؛ لأنه لولا الدخول لسقط بالطلاق نصف مهر فيصيب كل واحدة نقصان السدس، فلما دخل بواحدة تأكد حقها، ولم ينتقص مهرها فبقي لها مهر وثلاثا مهر كما كان، ولو كن أربعا والمسألة بحالها فللمدخولة ثلاثة ونصف من اثني عشر من الميراث والباقي للبواقي بينهن عند أبي يوسف⁽⁴⁾ وتخرجه على نحو ما مر، وعند

(1) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 502.

(2) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 503.

(3) شرح الزيادات، قاضي خان، 2: 502.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 5: 318.

محمد لها مهر وثلثا مهر من اثني عشر؛ لأنه إن كان الواقع هو الثلاث فلها الربع؛ لاستواء حالهن في الثلث، وإن كان الواقع هو الواحدة فإن وقعت عليها فلها الربع، وإن وقعت على غيرها فلها الثلث فتتصف الزائد فصار لها ثلاثة وربع.

وأما المهر فللواتي لم يدخل بهن مهران وثلاثة أرباع مهر بينهن عند أبي يوسف؛ لأنه إن وقع الطلاق على المدخولة فلهن ثلاثة مهور وإن وقع عليهن فلهن مهران ونصف وهو ثابت بيقين وفي النصف شك فتتصف فصار مهران وثلاثة أرباع مهر، وعند محمد لهن مهران وخمسة أثمان مهر؛ لأنه لو لم يدخل بواحدة لسقط بالطلاق نصف مهر موزعا عليهن فيصيب كل واحدة نقصان الثمن فيكون لكل واحدة سبعة أثمان مهر فلما دخل بواحدة تأكد مهرها، ولو دخل بامرتين والمسألة بحالها فللمدخولتين سبعة من اثني عشر من الميراث وخمسة للأخرتين عند أبي يوسف، وعند محمد لها ستة ونصف من اثني عشر، وأما المهر فلغير المدخولتين مهر وثلاثة أرباع مهر عندهم جميعا وتخريجها كما مر في المسألة المتقدمة.

ولو دخل بثلاث والمسألة بحالها فلغير المدخولة ثمن الميراث عند أبي يوسف، وعند محمد لها ثمن ونصف ثمن، وللمدخولات مهورهن كاملة، ولغير المدخولة ثلاثة أرباع مهر عند أبي يوسف، وعند محمد سبعة أثمان مهر كما في المسائل المتقدمة.

باب ما يجب من المهر والعدة في طلاق إحدى امرأته

الزيادات: أصله أن الطلاق أو العتاق متى صادف المنكر نزل حكمه في المبهم والمنكر وتعلق نزوله في المعين بشرط البيان فإن بين نزل في المعين ويكون تعيينه بياناً من وجه، إنشاءً من وجه، وإذا تعذر البيان من جهة المالك يشيع في الكل ضرورة عدم البيان، مسائله على فصلين: أحدهما في طلاق الحرائر، والثاني الجمع بين الحرة والأمة.

فصل في طلاق الحرائر

[مسألة] رجل له ثلاث نسوة لم يدخل بهن؛ فقال لاثنتين: إحدكما طالق فخرجت واحدة، دخلت الثالثة فقال: إحدكما طالق، ثم مات قبل البيان؛ فالمسألة مشتملة على أحكام ثلاثة المهر، والميراث، والعدة، أما المهر فللخارجة ثلاثة أرباع مهر وللمقيمة خمسة أثمان مهر وللداخلة سبعة أثمان مهر⁽¹⁾؛ لأن بالإيجاب الأول سقط نصف المهر مترددا بين الخارجة والمقيمة بيقين فيكون بينهما فيسقط من مهر كل واحدة منهما رבעه وبالإيجاب الثاني سقط ربع المهر؛ لأن الإيجاب الثاني صح بأن أراد بالإيجاب الأول الخارجة؛ لأن الداخلة صارت مرادة به فيسقط نصف مهر، وإن أراد به المقيمة لم يصح الإيجاب الثاني فلم يسقط به شيء فينصف فيسقط ربع المهر مترددا بين المقيمة والداخلة؛ فأصاب كل واحدة نقصان سهم من ثمانية، وقد أصاب المقيمة بالأول نقصان سهمين بقي لها خمسة أسهم والداخلة لم يصبها إلا نقصان سهم بقي لها سبعة أثمان مهر، وأصاب الخارجة نقصان سهمين من ثمانية بقي لها ثلاثة أرباع مهر.

وأما الميراث فنصفه للداخلة ونصفه للأخرتين؛ لأن الداخلة لا تزاحمها الميراث إلا مرة واحدة؛ فإن الطلاق الأول إن وقع على المقيمة لم يصح الإيجاب الثاني والمستحق لهذا النصف الخارجة، وإن وقع على الخارجة صح الإيجاب الثاني والمستحق لهذا النصف المقيمة والداخلة فكان بينهما فعلى كل واحدة عدة الوفاة لتردد حال كل واحدة بين أن تكون منكوحة أو مطلقة والعدة محتاطة لإيجابها.

رجل له ثلاثة أعبد والمسألة بحالها عتق من المقيم ثلاثة أرباعه ومن الخارج نصفه، ومن الداخل نصفه عندهما، وعند محمد من الداخل ربعه⁽²⁾.

له إن عني بالإيجاب الأول المقيم لم يصح الإيجاب الثاني؛ لأنه جمع فيه بين حر وعبد وقال: أحدكما حر وإن عني به الخارج يصح الإيجاب الثاني؛ فأوجب

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 7: 250.

(2) ينظر: النكت، السرخسي، 1: 38؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 9: 10؛ الهداية، المرغيناني، 2: 60؛ البحر

الرائق، ابن نجيم، 4: 264.

حرية فتتردد الإيجاب الثاني بين الصحة وعدمها؛ فتثبت حرية في حالة دون حالة فتتصف فتتثبت نصف حرية بين المقيم والداخل وصار كالطلاق.

لهما وهو الفرق بين العتق والطلاق أن العتق المبهم غير نازل في المعين بل يتعلق بشرط البيان فصادفهما الإيجاب الثاني، وهما عبدان مملوكان فيصح في حق الداخل بكل حال وأوجب حرية بين الداخل والمقيم فأما الطلاق المبهم نازل في المنكر في حق حكم لا يصح تعليقه بالشروط ويكون البيان إظهاراً لا إنشاءً والطلاق في حق البراءة عن ربع المهر لا يحتمل التعليق؛ لأن تعليق البراءة بالشروط لا يصح فجعل البيان في حق هذا الحكم إظهاراً فصادفهما الإيجاب الثاني وإحداهما مطلقة في حال فصح من وجه دون وجه، وهنا فالمقيم أصاب بالإيجاب الأول نصف حرية وبالإيجاب الثاني ربع حرية؛ لأن الإيجاب الثاني أوجب نصف حرية بينه، وبين الداخل فاجتمع له ثلاثة أرباع حرية، فإن لم يمت السيد ولكن مات المقيم عتق الباقيان للعتق فكذلك الحرية الثابتة بالإيجاب الثاني مترددة بين المقيم والداخل، وقد خرج المقيم من أن يكون محلاً فتعين الداخل للعتق.

فصل في الجمع بين الحرة والأمة

[مسألة] رجل تحته حرة وأمة دخل بهما فقال: إحدكما طالق ثنتين فأعتقت الأمة فتعين الطلاق في الأمة [في مرضه] (1) طلقت ثنتين ولا تحل إلا بزواج؛ لأن الطلاق المبهم في حق الموقع نازل (2)؛ لأنه لا يتكرر في حقه؛ لأنه عين وفي حق المحل غير نازل لوجود التنكير وثبوت الحرمة بتطليقتين حكم عليه فجعل البيان إظهاراً في حقه وهي كانت أمة فيحرم ثنتين وللحرة ثلاثة أرباع الميراث وللمعتقة رבעه؛ لأن الميراث في حق المحل والطلاق المبهم غير نازل لوجود التنكير، وثبوت الحرمة بتطليقتين حكم عليه؛ فجعل البيان إظهاراً في حقه وهي كانت أمة فيحرم ثنتين وللحرة ثلاثة أرباع الميراث وللمعتقة رבעه؛ لأن الميراث في حق المحل والطلاق المبهم غير نازل في حق المحل بل معلق بالثنتان فلا يبطل حقهما في

(1) ساقط من: ع.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 308.

الميراث وجعلنا بيانه كالمعدوم لكونه متهما فيه واعتبرنا حكمه في الميراث بعد البيان بحكمه قبل البيان، وقبل البيان كان للأمة الربع؛ لأن الحرية تترث سواء كانت مطلقة أو لا وكانت تستحقه نصف الميراث بيقين والنصف الآخر في حال وهو حال وقوع الطلاق عليها فينصف فيكون لها ثلاثة أرباع الميراث وللأمة الربع وعلى الحرية عدة الوفاة وعلى الأمة أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض، أما الحرية؛ لأن الطلاق وإن كان واقعا عليها فبالموت انقلبت العدة عدة الوفاة، وأما الأمة إن كانت مطلقة فعليها ثلاث حيض؛ لأنها تحرم بالثنتين، وإن لم يكن فأربعة أشهر وعشرا فيجمع بينهما احتياطا، ولو كانتا أمتين والمسألة بحالها فأعتقت، ثم عين الطلاق في مرضه في إحداهما فالميراث بينهما نصفان؛ لأن الزوج متهم في التعيين فيما يرجع إلى حقها فجعل كأنه لم يعين ومات.

[مسألة] رجل تحته أمتان فقال المولى: إحدكما حرة؛ فقال الزوج: المعتقة طالق ثنتين فالخيار للمولى⁽¹⁾؛ لأن الزوج جعل إيقاعه بناء على إيقاع المولى العتق وخيار البيان لمن هو الأصل في الإبهام وهو المولى وملك الزوج الرجعة؛ لأنه طلق في حال الحرية والحرية لا تحرم بالثنتين.

ولو قال الزوج: إحدكما طالق، فقال المولى: المطلقة معتقة فالبيان إلى الزوج؛ لأنه هو المُجْمَلُ ولا يملك الزوج الرجعة؛ لأن الطلاق صادفها وهي أمة فتحرم بالثنتين فإن مات المولى في الصورة الأولى قبل البيان عتق نصف كل واحدة ويخير الزوج في بيان المطلقة⁽²⁾؛ لأن بموت المولى وقع اليأس عن بيانه فشاع العتق فيهما ولا بد من بيان الطلاق المبهم واتهام الطلاق كان من الزوج ولا ميبين له سواه؛ فجعل البيان إليه بخلاف ما لو غاب المولى حيث لا يجبر الزوج على البيان فإذا بين الطلاق في إحداهما ثم حضر المولى وهو مخير فما إيقاع العتق فربما يوقع العتق على الأخرى فتكون المطلقة غير المعتقة وهذا لا يجوز، فأما بعد الموت فلا تتوهم هذه الاستحالة فيجبر الزوج على البيان.

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 308.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 308.

[مسألة] رجل تحته أمتان قال: إحداهما طالق، ثم اشترى إحداهما وقع الطلاق على الأخرى؛ لأن بالشري خرج عن محلية الطلاق؛ لانقطاع النكاح فتعينت الثانية كما لو ماتت إحداهما، فإن اشتراها بطل خيار التعيين لبطان النكاح فإن جامع إحداهما تعين الطلاق في الأخرى⁽¹⁾؛ لأن وطئه محمول على الحلال؛ لأن فعل المسلم يجب تنزيهه عن الحرام مهما أمكن حمله على الحلال، ومن ضرورة كون وطئه حلالا انتفاء الحرمة عنها فتعينت الأخرى للحرمة ضرورة بخلاف الشراء؛ لأن بالشري خرجا عن محلية الإيقاع والتعيين في حق المحل بمنزلة الإيقاع المبتدأ فلا يصح ويجوز أن يملك التعيين دون القول كمن تحته حرتان طلق إحداهما ثلاثا، ثم طلق واحدة مبهما وانقضت عدتها لا تملك تعيين الطلاق المبهم في إحداهما، ولو تزوج إحداهما تعينت الأخرى للثلاث فكذا هذا.

باب الطلاق في المرض

مسائله مشتملة على فصول، فصل في التجيز، وفصل في التعليق، وفصل في الاختلاف في الصحة والمرض.

فصل في التجيز

مسائله على أقسام أحدها: فيما يبطل الإرث وما لا يبطله، والثاني: في تفسير مرض الموت، والثالث: في الردة بعد الطلاق.
أما القسم الأول: لو طلق امرأته رجعيا، ثم مات وهي معتدة ورثت منه لقيام الزوجية ولو كان الطلاق بائنا أو ثلاثا ورثت عندنا⁽²⁾ خلافا للشافعي⁽³⁾؛ لأن

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 307.

(2) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 225؛ المبسوط، السرخسي، 6: 278؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 218؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 763؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 46.

(3) ينظر: الأم، الشافعي، 5: 225؛ الحاوي، الماوردي، 10: 264.

الزوجية قائمة في حق الإرث حقيقة؛ لأن الزوجية في مرض الموت سبب يقصد به الإرث عادة، وأنه يفضي إلى الإرث غالباً وإبطال مثل هذا السبب إضرار بصاحبه ودفع الضرر واجب وقد أمكن دفعه برد عمل الطلاق في إبطال الزوجية في حق الإرث مادامت العدة قائمة كما في الطلاق الرجعي، فرددناه في حقه صيانة لها عن الضرر، ولو طلقها برضاها أو قبل الدخول بها أو انقضت عدتها، ثم مات أو برأ من مرضه ثم مرض ومات لم تترث خلافاً لزفر في البرء⁽¹⁾؛ لأنه تعذر إبقاء الزوجية مع قيام المبطل إنما كان نظراً لها؛ فإذا رضيت بالمبطل لم تبقى مستحقة للنظر فعمل الطلاق عمله في الإبطال وإذا برأ تبين أن ذلك المرض لم يكن مرض الموت فلم ينعقد النكاح فيه سبباً لاستحقاق الإرث، فلم يصادف الطلاق حقها بالإبطال، ولو ماتت لم يرثها الزوج بحال؛ لأن الزوج بالطلاق رضي ببطلان حقه، وفي الفرقة إذا جاءت من قبلها في مرضه لم تترث منه؛ لأنها باشرت ما هو سبب بطلان حقها وأنه فوق الرضا بإبطال حقها فتيقنا النكاح في حق الإرث دفعا للضرر عنه كما في جانب الرجل، وفي الفرقة بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق في مرضه ثم مات لا ميراث لها؛ لأنها اختارت الفرقة فصارت راضية بها وهي وإن كانت مضطرة في هذه الفرقة لتصل إلى حقها في الجماع ولدفع زيادة الملك ولكن هذا الاضطرار ما جاء من قبل الزوج بل جاء بسبب الجب والعنة، وإعتاق المولى ولا صنع للزوج فيه فلا يصير اختيارها الفرقة مضافاً إليه، وذكر في الجامع لو فارقت الزوج بخيار العتق أو البلوغ في مرضها ورث الزوج منها؛ لأن هذه الفرقة جاءت من قبلها ولهذا لم يكن طلاقاً وفي الفرقة بسبب الجب والعنة، واللعان لا يرثها؛ لأنه طلاق فكانت مضافة إلى الزوج، ولو فرق بينهما في مرضه باللعان ومات ورثت كان القذف في الصحة أو في المرض عندهما، وعند محمد إن كان في الصحة لا تترث⁽²⁾؛ لأنها مضطرة في إقامة اللعان ملجأة إليه لدفع العار عن نفسها من قبل الزوج، فصار كما لو علق في الصحة بفعل لا بد لها منه ووقع في المرض فهو على هذا الاختلاف لما نبين، ولو طلق المريض امرأته ثلاثاً ثم جامعها

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 280، 281.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 295.

ابنه أو قبلها بشهوة ورثت⁽¹⁾؛ لأنها بالمحرمية لم تخرج عن كونها أهلا للورثة، فبقيت المناكحة في حق الإرث كما كانت؛ لأن المحرمية تنفي حل المناكحة ولا تنفي الميراث والنكاح بعد الثلاث لا تبقى إلا في حق الميراث فلم تبطله، ولو جامعها قبل الطلاق مطاوعة أو مكرهة ثم طلقها لا ترث⁽²⁾؛ لأن المحرمية أبطلت النكاح من كل وجه فلم يصادف الطلاق محله فلم يعمل عمله.

وأما القسم الثاني: ومرض الموت هو الذي أضناه وأعجزه عن القيام بحوائجه؛ فأما من يجيء فيذهب في حوائجه ويحْم⁽³⁾ فلا؛ لأن المعتبر خوف الهلاك منه غالبا لا كل عارض؛ لأن الإنسان لا ينفك عنه، وقيل: إن أمكنه القيام بحوائجه في البيت ولا يمكنه القيام بحوائجه خارج البيت يكون مريضا⁽⁴⁾؛ لأنه ليس كل مريض يعجز عن القيام داخل البيت كالقيام للبول، والغائط ونحوه، ولو طلق المحصور أو الواقف في صف القتال أو المحبوس للرجم والقصاص أو راكب السفينة أو نازل في سبعة يخاف الهلاك فهو كالصحيح⁽⁵⁾؛ لأن الخلاص والنجاة منه غالب فلم يصير مشرفا على الهلاك وكذلك المرأة إذا ضرب بها الطلاق والمقعد والمفلوج ومن في معناه كالصحيح⁽⁶⁾؛ لأنه لم يصر به مشرفا على الهلاك، ولو طلق المريض امرأته ثم قتل وهي معتدة ترث⁽⁷⁾؛ لأن الموت اتصل بالمرض فيضاف إليه ويجعل القتل في حق الميراث متمما للموت كما لو مرض فمات في مرض واعترض على الأول ولو طلقها في مرضه، ثم قتلته لم ترث؛ لأنه لا ميراث للقاتل.

وأما القسم الثالث: ولو طلق المريض امرأته ثلاثا، ثم ارتدت، ثم أسلمت، ثم مات الزوج وهي معتدة لا ترث⁽⁸⁾؛ لأنها بالردة لم تبقى أهلا للميراث؛ لأن المرتدة لا ترث من أحد؛ فانقطع النكاح في حق الإرث فلا يعود بالإسلام، ولو ارتد

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 462.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 294.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 224.

(4) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 159.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 303؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 159؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 51.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 303؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 159؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 51.

(7) وقال عيسى ابن أبان: (لاميراث لها)، ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 302.

(8) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 294.

الزوجان معا ثم أسلم الزوج ومات لا تراث منه⁽¹⁾؛ لأنها مرتدة وإن أسلمت المرأة ثم مات الزوج مرتدا وراثته⁽²⁾؛ لأن الفرقة ببقاء الزوج على الردة فصار بمنزلة ارتداده ابتداء، ولو ارتد المسلم، فمات أو لحق بدار الحرب وله امرأة مسلمة في العدة ورثت⁽³⁾، ولو ارتدت المرأة فماتت أو لحقت معتدة لم يرث منها⁽⁴⁾؛ لأن رده توجب القتل فصار به مشرفا على الهلاك؛ فصار بمنزلة المريض والفرقة موجب الردة فيقع بعدها فصار كالمريض طلق امرأته وهذا عندهما، وعند أبي يوسف لا يصير فارا؛ لأن المرتد عندهما بمنزلة المريض حتى لا تنفذ تبرعاته من جميع ماله وعنده بمنزلة الصحيح حتى تنفذ تبرعاته، وأما المرتدة لا تقتل فلم تصر بمنزلة المريض فوقعت الفرقة الصحة، وإن كانت مريضة فارتدت ثم ماتت ورث الزوج منها استحسانا؛ لأن الفرقة حصلت بعدما تعلق حقه بمالها.

المنتقى: لو وكل الزوج رجلا في صحته بطلاق امرأته ثلاثا فمرض فلم يستطع عزله حتى طلقها في مرضه لم تراث ولو قدر على عزله وراثته⁽⁵⁾؛ لأنه متى لم يمكنه عزله صار معذورا فلم يقصد إبطال حقها فلم يصر فارا ومتى أمكن عزله ولم يعزله صار مقصرا فصار فارا.

وذكر في النوازل امرأة قالت في مرض الزوج: طلقني فطلقها الزوج ثلاثا ورثت استحسانا؛ لأنها سألت واحدة وهو طلق ثلاثا؛ فقد طلقها بغير رضاها.

فصل في التعليق

ولو علق طلاق امرأته بشرط فلا يخلوا إما إن علقه بفعل نفسه، أو بفعل أجنبي أو بفعلها فإن علقه بفعل نفسه ورثت⁽⁶⁾ سواء كان التعليق في المرض، أو في الصحة والوقوع في المرض لوجود القصد منه إلى إبطال حقها، إما بالتعليق في المرض أو بإيجاد الشرط في المرض؛ لأن وقوع المعلق كما يضاف إلى التعليق

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 296؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 53.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 296.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 303.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 293.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 770، نقلا عن المنتقى.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 282؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 159؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 51.

يضاف إلى الشرط؛ لأن التعليق إنما يصير تطبيقاً بوجود الشرط حتى صحت اليمين بالطلاق قبل الملك فيصير الوقوع مضافاً إليه، حيث وقع باتحاده الشرط والفعل، وإن كان لا بد له منه فقد كان له من التعليق ألف بد فلا يعذر بذلك وإن علقه بفعل أجنبي أو بمجيء الوقت في المرض ورثت⁽¹⁾، وإن كان التعليق في الصحة والوقوع في المرض لم ترث **خلافاً لنزفر**⁽²⁾؛ لأنه ما أوقع الطلاق في المرض باعتبار التعليق؛ لأنه لا صنع له في إيجاد الشرط؛ لأنه لا يتمكن من منع الأجنبي من إيجاد الشرط ومنع الزمان من المجيء، وإن علقه بفعلها ولها منه بد كالصلاة وكلام الأقارب وأكل الطعام واستيفاء الدين ففعلت ترث **عندهما وعند محمد** لا ترث إذا كان التعليق في الصحة⁽³⁾؛ لأنه لا صنع له في إيجاد الشرط فلم يقصد إبطال حقها وكونها مضطرة في إيجاد الشرط يسقط اعتبار فعلها فصارت كعديم الفعل وعدم فعلها لا يجعل الزوج فاعلاً.

لهما أن الزوج اضطررها وألجأها إلى مباشرة هذا الفعل؛ لأنه أوقعها في أحد الضررين، إما أن يلحقها قائماً أو تموت جوعاً، وإما أن يبطل حقها من الميراث؛ فصارت مدفوعة إلى شرين من جهة الزوج كالمكروه فصار فعلها مضافاً إليه من حيث كونه سبباً لبطلان حقها في الميراث؛ لأنها تصلح آلة له في إبطال حقها عن ماله؛ لأن إتلاف المال بيدها ممكن ولا تصلح آلة في حق نفس الطلاق؛ لأن التكلم بلسان الغير متعذر كالمكروه على العتق يجعل آلة للمكروه في حق إتلاف المال ولم يجعل آلة في حق نفاذ العتق، وروى **عن أبي يوسف** أنه إذا علق الطلاق بدخولها الدار وبها حاجة إلى الدخول فلها الميراث⁽⁴⁾، وإن آلى في صحته، ثم بات بالإيلاء في مرضه لم ترث⁽⁵⁾؛ لأن البيئونة مضافة إلى الإيلاء، وقد وجد في الصحة ولم يصنع الزوج في المرض شيئاً من مباشرة العلة أو الشرط، ولو قال: إذا مرضت فأنت طالق فمرض، ومات، وهي معتدة ورثت⁽⁶⁾؛ لأنه علق الطلاق بوقت يثبت

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 282؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 159؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 51.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 283؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 160.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 283؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 770.

(4) وهو قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا ترث، ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 284.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 284.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 285.

حقها فيه فيصير فاراً، ولو قال في مرضه: كنت طلقتك ثلاثاً أو جامعك أمك أو تزوجتك بغير شهود وقع الطلاق ساعة الإقرار وترث إن لم تصدقه⁽¹⁾؛ لأنه أقر بالحرمة للحال، وادعى الإسناد إلى حالة الصحة فحرمت للحال، ولم يصدق في الإسناد لما فيه من إبطال حقها في الميراث، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً قبل أن أقتل بشهر أو أموت بشهر من مرض كذا فمات مما قال أو من غيره قبل مضي شهر، أو بعده لا تطلق⁽²⁾، وذكر في رواية أبي حفص في الموت أنه تطلق والصحيح أنه لا تطلق؛ لأنه ذكر للموت وصفا وعلى ذلك الوصف يكون الموت على خطر الوجود فيكون شرطاً محضاً لا معرفاً، فصار كقدوم فلان فيكون الطلاق مضافاً إلى ما بعد الموت فلا يقع، ولو قال: أنت طالق قبل موتي بأقل من شهرين فمات بعد مضي الوقت المسمى لا يقع عندهما⁽³⁾؛ لأن الموت موجد شرط الطلاق عندهما فيكون شرطاً، ولو وقع الطلاق بعد الموت فلا يقع، وعند أبي حنيفة — رحمه الله — يقع؛ لأنه ذكر الموت مطلقاً لا مقيداً بصفة فيكون معرفاً محضاً لا شرطاً فيقع آخر جزء من حياته ولها الميراث⁽⁴⁾؛ لأنه وقع في وقت يثبت حقها في ماله ولم يظهر الإسناد إلى ما قبله في حق الميراث لما فيه من بطلان حقها فافتصر على الوقوع في حق الميراث، ولو قال: أنت طالق قبل موتي بشهرين أو أكثر فمات بعد مضي شهرين يقع ولا ترث عند أبي حنيفة⁽⁵⁾؛ لأنه يتوهم انقضاء العدة في شهرين؛ لأنه أقل مدة تنقضي فيها العدة فوقع الشك في استحقاق الميراث فلا يستحق بالشك وعندهما لا يقع وترث لما قلنا⁽⁶⁾، ولو قال لامرأته الحرة الكتابية: أنت طالق ثلاثاً غداً، ثم أسلمت قبل الغد أو بعده فلا ميراث لها⁽⁷⁾؛ لأنها ليست من أهل الميراث في الحال ولا أضاف الطلاق إلى حالة يثبت لها الإرث فيها فلا يصير فاراً، ولو قال: إن أسلمت فأنت طالق ثلاثاً ورثت منه⁽⁸⁾؛ لأنه أضاف الطلاق إلى ما بعد الإسلام، وهو

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 286.

(2) ولها الميراث، ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 286.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 286.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 286.

(5) وقال السرخسي: (ترث) ونقل ذلك عن أبي حنيفة، ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 286.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 286.

(7) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 286.

(8) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 290.

حال يتعلق حقها بماله، ولو أسلمت فطلقها ثلاثا وهو لا يعلم بإسلامها تراث⁽¹⁾، ولو أسلمت امرأة الكافر، ثم طلقها ثلاثا في مرضه، ثم أسلم ومات وهي في العدة لا تراث⁽²⁾؛ لأن التطلاق حصل في حال لا تستحق المرأة الإرث فيه، وكذلك العبد طلق امرأته في مرضه ثم أعتق لا تراث⁽³⁾.

فصل

[مسألة] ولو أبان المريض امرأته، ثم أقر لها بدين أو وصية، ثم مات وهي معتدة لا يصح شيء من ذلك؛ لأنها وارثة وإن انقضت عدتها، ثم مات الزوج **عند أبي حنيفة** لها الأقل من الميراث والوصية والدين، **وعندهما** لها تمام ما أقر وأوصى به⁽⁴⁾؛ لأن الطلاق وانقضاء العدة ثبت بتصادقهما فصارت أجنبية.

لأبي حنيفة أنه تمكنت التهمة في هذا الإقرار وتمكنت شبهة الظلم في هذه الوصية؛ لأن الإنسان قد يختار الطلاق ليبطل الميراث حقيقة ففتح باب الإقرار والوصية فيزداد حقها، فأثبتنا الأقل لعدم التهمة فيه، فإن طلقها في مرضه ثلاثا بأمرها، ثم أقر لها بدين أو وصية فلها الأقل من ذلك، ومن الميراث، **وقال زفر:** إقراره ووصيته جائزة؛ لأن المانع من صحتها الميراث، وقد بطل الميراث بسؤالها الطلاق.

لنا أنه تمكنت التهمة في إقرار الزوج لجواز أنها قصدت بذلك السؤال تصحيح الإقرار والوصية فرددنا سؤالها لهذه التهمة إلا أن التهمة باطنة متمكنة فأقمنا السبب الداعي إليها مقامها، وقد وجد هنا السبب الداعي إليها وهو قيام العدة فوجب تحقيق حكم التهمة.

فصل

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 286.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 299.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 290.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 297.

[مسألة] قالت المرأة: طلقني في المرض، وقالت الورثة: في الصحة، فالقول قولها⁽¹⁾، لاهم أفروا بالزوجية التي هي سبب الإرث ولم تقر هي بالمبطل لحقها وهو الطلاق في الصحة وهي تنكره، ولو قالت الأمة: أعتقت قبل موت زوجي، وقالت الورثة: بعده فالقول لهم⁽²⁾؛ لأنها أقرت بالمبطل للإرث وهو كونها أمة، ثم تدعي استحقاق الإرث للحال والورثة ينكرون وكذلك لو كانت كافرة فادعت الإسلام قبل موت الزوج والورثة ينكرونه، فالقول قولهم⁽³⁾، وإن لم يعلم منها كفر فقالت الورثة: كنت كتابية فأسلمت بعد موت الزوج، وهي تقول ما زلت مسلمة فالقول قولها⁽⁴⁾؛ لأن الورثة يدعون بطلان حقها وهي تنكر، ولو مات الزوج كافرا فقالت امرأة مسلمة أسلمت بعد موت زوجي وقالت الورثة لابل كنت مسلمة قبل موته فالقول لهم⁽⁵⁾؛ لأنه ظهر بطلان حقها؛ حيث كانت مسلمة للحال فهي تدعي ثبوت حقها في ماله والورثة ينكرونه، ولو طلق المريض امرأته فالقول قولها في انقضاء العدة⁽⁶⁾؛ [لأنها أمينة، ولو قالت: أيستُ من الحيضة اعتدت بالأشهر ثم تزوجت بالآخر فولدت، لها من الميراث من الأولى إن مات؛ لأنه ظهر غلطها في انقضاء العدة]⁽⁷⁾؛ لأنه ظهر أنها كانت من ذوات الأقراء، وقد اعتدت بالأشهر فكانت عدتها باقية لم تنقص بالشهور، والمستحاضة إذا كانت حيضتها مختلفة يؤخذ بالأقل في حق الإرث في الرجعة والصلاة احتياطاً؛ لأنها إن تركت مالها خير.

ظ هـ

اللوحة

334

القسم الثالث: في الخلع والطلاق على مال

باب معرفة الخلع

المبسوط: يحتاج إلى معرفة الخلع وصفته، وما يقع به الخلع.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 299.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 298.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 299.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 299.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 299.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 300.

(7) ساقط من: ع.

أما تفسيره؛ فالخلع عبارة عن الفصل بين شيئين⁽¹⁾ برفع سبب الوصل، يقال: خلعت الخف عن الرجل والعظم عن اللحم؛ أي: عزلته وفصلته عنه، وكذا المبرأة مفاعلة من البراءة والبراءة تنبي عن الفصل كبراءة الغريم عن الدين تنبي عن الفصل، والخلع والمبرأة طلاق بائن⁽²⁾، وقال الشافعي في القديم: فسوخ⁽³⁾، والصحيح قولنا؛ لقوله - عليه السلام - (المُخْتَلَعَةُ يَلْحَقُهَا صَرِيحُ الطَّلَاقِ)⁽⁴⁾ ولو كان الخلع فسوخا لكان لا يلحقها الطلاق وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسلا أن (الْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ)⁽⁵⁾ وهو قول عمر، وعلي، وابن مسعود⁽⁶⁾ - رضي الله عنهم -؛ ولأن الخلع عبارة عن الفصل والنزع لغة إلا أن النكاح بعد نفاذه وانبرامه عن ولاية تامة لا يحتمل الفسخ بمعنى طارئ عليه؛ ولهذا لا يفسخ بالإقالة فكيف يفسخ بالمخالعة فصار الخلع عبارة عن القطع للحال كالإبانة، ويعتبر الخلع في جانبه تعليقا للطلاق بقبولها حتى لم يصح رجوعه عنه ولم يبطل بقيامه عن المجلس⁽⁷⁾ ويصح إذا كانت غائبة وإذا بلغها فلها خيار القبول في مجلسها، ويصح تعليقه بالشرط والإضافة إلى الوقت⁽⁸⁾ كقوله: إذا جاء غدا، وإذا قدم فلان فقد خالعتك على ألف فالقبول إليها بعد مجيء الغد والقدم⁽⁹⁾، وفي جانبها يعتبر تمليكا بعوض كالبيع حتى يصح رجوعها قبل قبولها، ويبطل بقيامها عن المجلس ولا يتوقف حال

(1) لسان العرب، ابن منظور، 8: 76، مادة (خل ع)

(2) ينظر: التنف، السغد، 1: 366؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 199؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 173؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 61.

(3) وقال في الجديد: هو طلاق، ينظر: الأم، الشافعي، 5: 198؛ اللباب، المحاملي، 314؛ الحاوي، الماوردي، 10: 9؛ المجموع شرح المهذب، النووي، 15: 17.

(4) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الإيلاء، 1: 368، رقم: 1467، من قول أبي الدرداء موقوفا عليه، بلفظ (المختلعة يلحقها الطلاق مادامت في العدة)، وقال فيه عبدالرزاق الصنعاني: (فذكرناه للتوري فقال: سألنا عنه فلم نجد له أصلا)، وقال البيهقي: (فلم يقع لنا إسناده بعد لننظر فيه وقد طلبته في كتب كثيرة صنفت في الحديث فلم أجده)، وقال ابن الجوزي: (هذا حديث موضوع)، وقال الملا علي قاري: (رواه أبو يوسف في أماليه)، ينظر: المصنف، عبد الرزاق الصنعاني، كتاب الطلاق، باب الطلاق بعد الفداء، 6: 489؛ السنن الكبرى، البيهقي، كتاب الخلع = والطلاق، باب المختلعة لا يلحقها الطلاق 7: 317؛ التحقيق في أحاديث الخلاف، 2: 331؛ فتح باب العناية بشرح النقاية، ملا علي قاري، 3: 340.

(5) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الخلع هل هو فسوخ أو طلاق، 7: 316، رقم: 15263، وقال فيه: (ضعيف).

(6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 144؛ اللباب، المنجي، 2: 684.

(7) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 172.

(8) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 5: 138.

(9) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 144؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 627.

غيبية الزوج ولا يجوز التعليق منها بشرط ولا الإضافة إلى وقت⁽¹⁾؛ لأن الخلع معاوضة صريحا؛ لأنها تبدل مالا بإزاء إسقاط ملك النكاح عنها وتعليق ضمناً؛ لأن هذه المعاوضة تضمنت تعليق الطلاق بقبولها المال وأمكن اعتبار التعليق فيه؛ لأن تعليق الطلاق بالشرط جائز فيجب اعتبار كلا المعنيين فيه فاعتبرناه معاوضة في حقها وتعليقاً في حقه توفيراً على المعنيين حظهما، وينبني على هذا لو خالعهما على ألف على أنها بالخيار ثلاثة أيام عند أبي حنيفة — رحمة الله عليه — حتى لو ردت في الثلاث بطل الخلع، وإن أجازت جاز وعندهما الخيار باطل والخلع واقع⁽²⁾؛ لأن الخيار إنما يلائم العقد الذي يحتمل الفسخ والخلع بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فلم يكن الخيار ملائماً له، له أن الخلع في جانبها يختص بإيجاب المال والخيار ملائم لإيجاب المال فصح الشرط بخلاف ما لو تزوج امرأة بشرط الخيار صح النكاح وبطل الشرط؛ لأن إيجاب المال فيه غير مقصود بنفسه فلم أفراده بحكمه والمال في الخلع مقصود فأمكن إفراده بحكمه ولو خالعهما بغير مال يصدق أنه لم ينو به الطلاق⁽³⁾؛ لأن البذل لا يجب إلا بالبينونة عن النكاح؛ لأن الزوج لا يملك العوض إلا بإزاء إسقاط ملكه فدل اشتراط البذل على أنه أراد به البينونة عن النكاح لدلالة الحال.

وأما صفة الخلع فلا يخلوا إما إن كان النشوز من قبل الزوج أو من قبلها فإن كان النشوز من قبله فلا يحل له أن يأخذ منها شيئاً بل يطلقها بلا عوض⁽⁴⁾؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ أَحَدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ﴾⁽⁵⁾ نهى الزوج عن أخذ المهر حال نشوزه وإن كان النشوز من قبلها يحل له أن يأخذ ما أعطاهما ويكره أخذ الزيادة على ما أعطاهما في رواية الأصل ويجب الزيادة إن شرطها⁽⁶⁾؛ لقوله — عليه السلام — لامرأة ثابت ابن قيس حين قالت: لا أنا ولا ثابت [يا رسول الله، فقال: — صلى الله عليه وسلم —] ⁽⁷⁾ أتردين

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 144؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 627.

(2) الهداية، المرغيناني، 2: 263.

(3) الاختيار، ابن مودود، 3: 172؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 629.

(4) المبسوط، السرخسي، 6: 382؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 200؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 172.

(5) سورة النساء، من الآية: 20.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 382؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 150؛ الهداية، المرغيناني، 2: 14.

(7) ساقط من: ع.

عليه حديقته التي أصدقك بها فقالت: نعم وزيادة، فقال — عليه السلام — : (أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا)⁽¹⁾؛ ولأن المملوك بالنكاح منفعة البضع حقيقة و الاعتياض عن المنفعة المملوكة بالمعاوضة إنما يباح بقدر ما يضمن ولا يباح بالزيادة كالمستأجر إذا أجر بأكثر مما استأجر يكره الزيادة فكذا هذا، ولا يكره أخذ الزيادة في رواية الجامع الصغير⁽²⁾ لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽³⁾؛ فقد أباح الإفتداء عن الطلاق مطلقاً؛ ولأن اختيار الخلع مكروه لقوله — عليه السلام — في المختلعات (هُنَّ اللَّعِينَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ)⁽⁴⁾ فأطلقنا له أخذ الزيادة عند نشوزها رجاء أن يصدها ذلك ويزجرها عن الإقدام عليه، وكرهنا الكل عند نشوزه ليصده ذلك عن الإقدام عليه.

وأما ما يقع به الخلع، لو قال: اخلعي نفسك عني فلا يخلو إما أن يذكر مالا ولا يخلو إما إن كان المال مجهولاً أو معلوماً⁽⁵⁾، فإن لم يذكر مالا بأن قال: اخلعي فقالت اختلعت تطلق ويسقط المهر⁽⁶⁾؛ لأن قولها: اخلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بأمر الزوج فصار بمنزلة ماله قال لها: طلقي نفسك طلاقاً بائناً بخلاف قوله: اشتريني نفسك مني فقالت: اشتريت لا تطلق مالم يقل الزوج بعت⁽⁷⁾؛ له أمر بالخلع الذي هو معاوضة؛ لأن الشراء معاوضة فلا يصح الأمر إذا لم يكن البديل منكورا معلوماً، وأما إذا ذكر مالا مجهولاً بأن قال: اخلعي نفسك بمال فقالت: اختلعت بألف درهم لا يتم الخلع، ولا تطلق حتى يقول الزوج خلعت⁽⁸⁾؛ لأنه لم يصح تفويض الخلع إليها؛ لأنه إذا ذكر المال كان خلعا حقيقة والخلع لا يصح إلا

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، 772، رقم: 5273، دون قوله (أما الزيادة فلا)؛ والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، 7:

314، رقم: 15242، بخلاف في بعض ألفاظه.

(2) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 216.

(3) سورة البقرة، من الآية: 229.

(4) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات، 399، رقم: 1186، بلفظ (المختلعات هن المنافقات)، وقال فيه: (هذا حديث غريب من هذا الوجه وليس إسناده بالقوي)، ولم أجده باللفظ الذي أورده المؤلف.

(5) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 629.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 629.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 78؛ وينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 146؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 631.

(8) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79؛ وينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 146.

بتسمية البديل، والبديل هاهنا مجهول فلم تصح، وإن ذكر مالا معلوما بأن قال لها: اخلعي نفسك بألف درهم، فقالت: اختلعت بألف درهم ولم يقل الزوج خلعت، أو قالت المرأة: خالعتني بألف، فقال الزوج: خلعت وإن لم تقل المرأة قبلت تم الخلع في رواية⁽¹⁾؛ لأنه صح التفويض؛ لأن البديل معلوم فيمكنها الامتثال بما أمر به ولا يؤدي إلى التضاد في الحقوق؛ لأن حقوق الملك ترجع إلى الموكل لا إلى الوكيل كما في النكاح، وفي رواية لا يتم الخلع⁽²⁾؛ لأن البديل وإن كان مقدرًا معلوما فالوكيل لا يملك الاستنقاص، ولكن يملك الاستزادة عليه؛ لأن النفع فيه والواحد لا يصلح مستزيدا ومستقصا لما فيه من التضاد والمال مقصود في الخلع بخلاف النكاح وكذلك الكتابة والصلح عن دم العمد؛ فعلى الروايتين، وكذلك لو قال لها: اشتر ثلاث تطبيقات بكذا فقالت: اشترت⁽³⁾.

النوادر: ولو قال لها: اشترت مني ثلاث تطبيقات بكذا؟، فقالت: اشترت لا يتم الخلع مالم يقل الزوج بعت، وهو الصحيح إلا إذا أراد به التحقيق دون المساومة؛ لأنه لم يوجد الأمر بالخلع والخلع معاوضة فلا يتم بركن واحد إذا كان أجنبيا⁽⁴⁾ لما مر في كتاب النكاح، ولو قال لها: اخلعي نفسك بكذا ثم لقتها بالعربية حتى قالت: اختلعت وهي لا تعلم بذلك فالصحيح أنه لا يصح الخلع مالم تعلم المرأة بذلك⁽⁵⁾؛ لأن الخلع معاوضة فصار كالبيع والعوام لو قالوا: بعنا واشترينا ولا يعلمون ذلك فلا يصح فكذا هذا بخلاف الطلاق والعتاق⁽⁶⁾ والتدبير؛ لأنه إسقاط محض ليس فيه معنى المعاوضة والإسقاط يصح مع الحمل وذكر الفقيه أبو الليث في نوازل امرأة قالت لزوجها: ارق على رأسي فإني أشتكى من الصداع وقل: اهيا شرا هيا اعتدي أنت طالق، فقال الزوج ذلك، ولم يعلم ذلك طلقت في القضاء لقوله — عليه السلام —

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79 وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 269.
(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 78، 79، وقال الإمام ابن مازة: (والمختار أنه يقع)، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 269.
(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79.
(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79.
(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 503، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 650.
(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 651.

(ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ ...)⁽¹⁾ ولم تطلق ديانة، ولو قال لها: خلعت نفسك مني بكذا فقالت: فعلت، قيل: يصح، وقيل: لا يصح مطلقا، والمختار أنه لا يصح إلا إذا أراد به التحقيق⁽²⁾؛ لأنه سَوْمٌ لا تحقيق ظاهرًا.

[مسألة] ولو قالت لزوجها: اخلعني على ألف درهم، فقال الزوج مجيبًا لها: أنت طالق صار كقوله خلعتك⁽³⁾؛ لأن هذا يحتمل أن يكون جوابًا فيجعل جوابًا لها ولو قال: بعث منك طلاقك بمهرك، فقالت طلقت: نفسي بانث منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت⁽⁴⁾؛ لأن هذا يصلح جوابًا وتصلح ابتداءً فيجعل جوابًا وقيل: يقع رجعيًا والأول أصح، ولو قال لها: اخلعي نفسك، فقالت قد طلقت نفسي لزم المال إلا أن ينوي بغير مال⁽⁵⁾، ولو قال: بعث منك تطليقة فقالت: اشتريت يقع الطلاق رجعيًا مجانًا؛ لأنه صريح⁽⁶⁾، ولو قال: بعث نفسك منك فقالت: اشتريت يقع الطلاق بائنًا⁽⁷⁾؛ لأن هذا كناية وهي بائنة، ولو قال لها: بعث منك أمرك بألف درهم إن اختارت نفسها في المجلس وقع الطلاق ولزمها المال⁽⁸⁾؛ لأنه ملَّكها الطلاق بالمال؛ فإذا اختارت فقد تملكته ولو قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها فقد بعثت طلاقها منك بدرهم، ثم تزوج امرأة فالقبول إليها بعد التزوج فإن قبلت بعد التزوج طلاقها أو طلقها يقع وإن قبلت قبله لا يقع⁽⁹⁾؛ لأن هذا الكلام من الزوج خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده.

- (1) سبق تخريجه، ص 113.
- (2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 488، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وهو قول الفقيه أبي جعفر الهمداني وهو المختار للفتوى، ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 219؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79.
- (3) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79، نقلا عن فتاوى قاضي خان وهو المختار للفتوى؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 491، نقلا عن فتاوى قاضي خان.
- (4) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 645؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 175.
- (5) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79، نقلا عن المحيط الرضوي.
- (6) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 492، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 650؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 175.
- (7) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79، نقلا عن المحيط الرضوي.
- (8) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 105؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 349، نقلا عن خزنة المفتين.
- (9) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 628.

[مسألة] الفتاوى: ولو قالت المرأة: بعت منك مهري ونفقة عدتي فقال:
اشتريت فالظاهر أنها لا تطلق⁽¹⁾؛ لأن الزوج ما باع نفسها ولا طلقها منها إنما اشترى مهرها، وهذا لا يكون طلاقاً لكن الأحوط أن يجدد النكاح، ولو قالت لزوجها: خويش إن فوبكابين ونفقة وعدة حريم فقال: كست كوتاه كردم قال: لا يصح الخلع⁽²⁾، وهذا لا يصح جواباً لها؛ لأنه ما أتى بلفظ الخلع ولا بما ينبي عنه أما لو نوى الطلاق يقع ولا يكون خلعا بخلاف ما لو قالت: اخلعني على ألف درهم أو طلقني على ألف فقال الزوج: كست كوتاه كردم يكون جواباً لها إن نوى ذلك كما لو قالت له: اخلعني على ألف فقال الزوج: فعلت أو قالت: اختلعت نفسي منك بألف فقال الزوج: أجزت يصح؛ لأن هذا لا يصلح جواباً له، ولو قالت له خويشين از توهمه حقها خريم فقال: دست بارداستم، قال: يصح الخلع؛ لأنه يراد بهذا أو بمثله الجواب.

باب معرفة الخلع ببذل أو بغير بدل

ولو خلعها أو بارأها فلا يخلوا إما إن خالعهما على جميع مهرها، أو على بعض مال آخر سوى المهر، وفي كل ذلك المرأة مدخول بها أو غير مدخول بها، أما إذا خالعهما على جميع مهرها والمرأة مدخول بها والمهر مقبوض لزمها رد ما قبضت أو رد مثله⁽³⁾، وإن كان غير مقبوض سقط عن الزوج جميع المهر⁽⁴⁾؛ لأنه لزمها للزوج مثل المهر، وكان للمرأة على الزوج مثل ذلك فالتقيا قصاصاً، وإن كانت المرأة غير مدخول بها والمهر ألف، فالقياس أنه يجب عليها خمسمائة أخرى، وهو قول زفر وفي الاستحسان لا شيء عليها⁽⁵⁾.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 649؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 492.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 645.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 105.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 673.

(5) قال ابن مازة: (وفي الاستحسان يرجع عليها بألف درهم لا غير)، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 673.

وجه القياس أن الزوج بالخلع استحق عليها ألفا في ذمتها؛ لأنه خالعه على مهرها ومهرها ألف فاستحق بالطلاق قبل الدخول نصف المهر؛ فالمستحق للزوج عليها ألف وخمسائة، وللمرأة عليه ألف فألف بألف يصير قصاصا فيرجع عليها بالباقي.

وجه الاستحسان أنه أضاف الخلع إلى مهرها ومهرها خمسمائة متى طلقها قبل الدخول فصار كأنه خلعها على خمسمائة؛ ولأن العادة جرت بين الناس أنهم يريدون به ما يلزمه لها بالنكاح، فصار كأنه خالعه على خمسمائة، وأما إذا خالعه على بعض مهرها، والمهر مقبوض، فللزوج ما سمي والباقي لها دخل بها أو لم يدخل⁽¹⁾ عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما له المسمى لا غير بعد الدخول وقبله له المسمى ونصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وإن كان المهر غير مقبوض سقط الكل عند أبي حنيفة وعندهما سقط المسمى لا غير⁽²⁾ لما نبين، وأما إذا خالعه على مال آخر سوى الصداق والصداق غير مقبوض لزمها وسقط الصداق كله دخل بها أو لم يدخل عند أبي حنيفة وعند محمد لا يسقط، ولو كان الصداق مقبوضا لم يرجع الزوج بشيء من المهر قبل الدخول وبعده لا يرجع بشيء⁽³⁾، وقال أبو يوسف في المبارأة كما قال أبو حنيفة، وفي الخلع كما قال محمد⁽⁴⁾.

لمحمد أن هذا طلاق بمال؛ لأن العمل بحقيقة لفظة الخلع والمبارأة متعذر؛ لأنه يني عن الفصل والفسخ والنكاح لا يحتمل الفسخ فصار كناية عن الطلاق، وتكون العبرة للمكنى عنه، والطلاق على مال لا يوجب البراءة لكل واحد منهما.

لأبي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضي وقوع البراءة لكل واحد منهما عما وقعت المبارأة لأجله كالمبارأة الجارية بين المتنازعين توجب براءة كل واحد منهما عن جميع ما تنازعا فيه.

لأبي حنيفة أن الخلع عبارة عن الاختلاع والانتزاع والمبارأة مفاعلة من البراءة ونفس النكاح لا يحتمل الانخلاع والبراءة وحقوقه التي تقع المنازعة لأجلها تقبل ذلك

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة ، 3: 368.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة ، 3: 638.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة ، 3: 369.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة ، 3: 369.

فيقتضي براءة كل واحد منهما والانخلاع عن حقوقه، وبحقيقته أن المقصود من الخلع قطع المشاجرة والتبرم بالحاصل بالنكاح بين الزوجين، ومتى بقينا لأحدهما قبل صاحبه حقا لا تنقطع المشاجرة فلا يحصل ما هو المقصود بخلاف الطلاق على مال؛ لأنه موضوع لرفع القيد خاصة لا لرفع عمل آخر فلا يظهر عمله في إسقاط المهر، ولو وقع الخلع بلفظة البيع والشراء فالأصح أنه يوجب البراءة على قول أبي حنيفة⁽¹⁾ — رحمه الله —؛ لأن لفظ الخلع الذي هو معاوضة توجب البراءة فكذا ما هو بمعناه، ولو اختلعا ولم يذكر المهر ولا بدلا آخر هل يسقط المهر؟ اختلفوا فيه والصحيح أنه يسقط المهر ما قبضت المرأة فهو لها، وما كان باقيا في ذمة الزوج يسقط⁽²⁾ وأما نفقة العدة إن كانت مذكورة في الخلع وإن لم تكن مذكورة فيه لا يسقط الخلع إنما يوجب البراءة عن حق وقت الخلع والنفقة ليس بحق قائم وقت الخلع؛ لأنها تجب شيئا فشيئا فلا تقع البراءة عنها، وإن شرطا في الخلع فالخلع انعقد غير موجب للنفقة فسقط باشتراكهما ولا تقع البراءة عن نفقة الولد، وهو مؤنة الرضاع إن لم يشترطا في الخلع؛ لأن ذلك حق الولد لاحقها وإن شرط بأن وقت بأن قال: إلى سنة أو إلى سنتين أو ثلاث جاز وإلا فلا فإن مات الولد قبل تمام المدة فإن الزوج يرجع عليها بما بقي من أجر مثل الرضاع إلى تمام المدة⁽³⁾ والحيلة أن لا يرجع أن تقول خالعتك على أنك بريء من نفقة الولد إلى سنتين، وإن مات في بعض السنة فلا رجوع لي عليك، ولو قبضت [بعض]⁽⁴⁾ المهر وهبت منه بعضا، ثم اختلعت بشيء مجهول أخذ الزوج ما قبضت لا غير⁽⁵⁾؛ لأن المسمى مجهول الجنس والقدر فبطلت التسمية فلم يسلم له بدل الخلع ولم يصر مضمونا عليها إلا قدر المقبوض؛ لأنه وصل إليه بعضه بالهبة فيرجع عليها بالباقي؛ لأنه لا تقع البراءة لها عما قبضت عنده ويصح الخلع بغير مال؛ لأن البضع عند الخروج عن ملكه لا يتقوم إلا بشرط مال أو بالغرر، ولم يوجد واحد منهما فوقه مجانا، وكل لم يثبت الطلاق،

(1) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 236؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 175؛ البناية، العيني، 5: 527؛

النهر الفائق، ابن نجيم، 2: 435.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 369؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 175.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 369؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 175.

(4) ساقط من: ع.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 490.

لم يثبت الجعل فيه فهو رجعي؛ لأنه بطل المال بقي صريح الطلاق وهو رجعي، ولو طلق المختلعة يجعل وقع الطلاق بلا جعل؛ لأن المال يقابل الملك ولا ملك له عليها، ولا يجوز الاعتياض عن الطلاق؛ لأنها لا تستفيد بالطلاق الثاني فائدة لم تكن استفادتها من قبل فعري عن الفائدة فلا يلزمها المال بخلاف القصاص؛ لأن القاتل ينتفع بسقوطه فجاز الاعتياض عنه حتى لو طلقها على ثلث مهرها، ثم طلقها ثانياً، وثالثاً كذلك يقع الثالث ويسقط ثلث المهر ويضمن الزوج ثلثيه⁽¹⁾؛ لأن بالطلاق الأول لم يبق له ملك عليها.

[مسألة] النوادر: ولو قال لها: بعت منك تطليقة بألف، فقالت: اشتريت ثم قاله ثانياً وثالثاً كذلك وقال: أردت به النكران لا يصدق ويقع الثالث ولم يلزمها الألف⁽²⁾؛ لأنها ملكت نفسها بالأولى، وقد صرح بالطلاق في اللفظة الثانية والثالثة والصريح يلحق البائن، ولو قال لها: قد خلعتك على ألف قاله ثلاث مرات فقبلت، طلقت ثلاثاً بثلاثة آلاف⁽³⁾؛ لأنه لم يقع شيء إلا بقبولها؛ لأن الطلاق يتعلق بقبولها في الخلع فوقع الثالث عند قبولها جملة بثلاثة آلاف، ولو خلعها على أن ترد عليه جميع ما قبضت منه وكان وهبت أو باعت من إنسان رجع الزوج عليها بمثله إن كان مثلياً وبقيمتة إن لم يكن مثلياً⁽⁴⁾؛ لأنه استحق بدل الخلع فصار كما لو خالعه على عبد واستحق العبد، ولو تزوج امرأة على مهر، ثم أبانها، ثم تزوجها ثانياً على مهرها تبرأ الزوج عن المهر الثاني دون الأول⁽⁵⁾؛ لأن الخلع وقع في هذا النكاح فينصرف إلى مهر هذا النكاح وكذلك لو قال بالفارسية: خوسين خريدم أربور كانين وتهمه حقها لي مرابرسيت لا يبرأ عن المهر الأول، ولو قال الزوج: خلعتك، فقالت: قبلت لا يسقط من المهر؛ لأن الطلاق وقع بقول الرجل خلعتك لا بقبولها؛ لأن هذا إيقاع الطلاق وليس بخلع حقيقة ألا ترى أنها لو لم تقبل يقع إذا نوى الزوج، أما إذا قال بالفارسية: فروختم لا يقع مالم تقل المرأة خريدم وإن لم يذكر البدل ويسقط المهر

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 490، نقلاً عن الفتاوى الكبرى.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 652؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 80، 81.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 80، نقلاً عن المحيط الرضوي.

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 96، نقلاً عن البزازية؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 737.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 641.

الذي عليه وهو اختيار الفقيه أبو الليث - رحمه الله - وهو الصحيح أنه يسقط المهر في الوجهين لما بينا، ولو قال لها: بعت منك مهرک ونفقة عدتك بطلاقك، فقالت: اشتريت لا يقع الطلاق⁽¹⁾؛ لأنه باع منها ما هو حقها فلا يصح البيع، ولو قال لها: بعت منك هذا الثوب بمهرک ونفقة عدتك فاشترت، ثم طلقها يقع الطلاق رجعياً⁽²⁾؛ لأنه أتى بصريحه وينع الثوب باطل؛ لأن نفقة العدة مجهولة، ولو خلعها على مهرها ورضاع ابنه حولين جاز وتجب المرأة على الرضاع؛ لأن الخلع بهذا الشرط قد صح فلزمها الوفاء بالشرط، فإن لم يفعل أو مات الولد قبل الحولين فعليها قيمة الرضاع⁽³⁾ ذكره الكرخي في الجامع الصغير المنسوب إليه، وكذا لو اختلعت على مهرها وعلى أن تمسك ولدها إلى وقت الإدراك يجبر على إمساك الولد، وإن لم تفعل وهربت فعليها أجر المثل⁽⁴⁾؛ لأنها امتنعت عن إيفاء بدل الخلع فلزمها قيمة البديل كما لو اختلعت على عبد ووأدت العبد وأخفته لزمها قيمته، وكذلك لو خلعها على مهرها ورضاع ابنه التي هي حامل به إذا ولدته سنتين جاز، وإن اشترطت أنها إن ولدته، ثم مات قبل الحولين أنها ترد قيمة الرضاع جاز⁽⁵⁾.

ظ هـ

اللوحة

336

باب ما يصلح بدل الخلع وما لا يصلح

مسائله مشتملة على فصول، فصل في الخلع على ما هو حرام، وفصل في الخلع على ما هو مجهول، وفصل في الخلع على ما هو موهوم، وفصل فيما إذا وجد بدل الخلع على خلاف المشروط والزيادة فيه.

فصل في الخلع على ما هو حرام

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 492، نقلا عن المحيط الرضوي.

(2) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 652.

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 490، نقلا عن المحيط الرضوي؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 737.

(4) ينظر: مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 737.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 490، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 7: 230.

ويجوز الخلع بكل بدل يصلح أن يكون مهرا⁽¹⁾ وكل مالا يصلح أن يكون مهرا لا يجوز أن يكون بدلا في الخلع حتى لو اختلعت على خمر أو خنزير بعينها صح الخلع ولا شيء للزوج، وعند زفر له المهر⁽²⁾.

لنا أن البضع غير متقوم في الأصل وإنما يتقوم في الأصل وإنما يتقوم عند الخروج عن ملك الزوج بتسمية مال متقوم والمسمى ليس بمال متقوم فبقي غير متقوم كما كانت فلا يلزمها شيء، ويقع الطلاق لوجود القبول منها، ولو خلعها على عبد؛ فإذا هو حر رجع بالمهر عندهما، وعند أبي يوسف نفقته لو كان عبدا⁽³⁾ لما عرف في النكاح.

فصل في الخلع على ما هو مجهول

ولو اختلعت على ثوب لم تبين جنسه أو على دار فله المهر⁽⁴⁾؛ لأن الثوب مجهول الجنس، والقدر، والدار مجهولة؛ لأنها غير مشار إليها وأنها لا تثبت دينا في الذمة وفي العبد يلزمها الوسط كما في المهر، ولو اختلعت على ماتكتسب العام أو على ماترت من المال أو على أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه، فالشرط باطل وترد المهر⁽⁵⁾؛ لأن المسمى مال مجهول الجنس والقدر فلا يمكن إيجابه ففسد الشرط وقد أطمعته في مال ولم يُسلم له فترد المهر، ولو اختلعت بحكمه أو بحكمها صح؛ فإن حكمت ولم يرض الزوج رجع بالمهر⁽⁶⁾؛ لأن الحكم منصرف إلى المال؛ لأنهما قصدا أن يكون المحكوم عوضا في الخلع وإنما يصلح عوضا فيه إذا كان مالا متقوما وهو مجهول الجنس والقدر فلم يمكن إيجابه فوجب رد المهر، ولو خلعها

(1) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 201؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 173؛ الجوهرة النيرة، القدوري، 2: 60؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 83.

(2) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 201؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 173؛ الجوهرة النيرة، القدوري، 2: 60؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 83.

(3) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 173؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 85.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 83، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 564.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 83، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 563؛ = المبسوط، السرخسي، 6: 338 - 339.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 83، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 563؛ المبسوط، السرخسي، 6: 337.

على ألف إلى الحصاد ثبت الأجل⁽¹⁾؛ لأن هذه جهالة يسيرة فلم تمنع صحة الأجل في الخلع كجهالة الوصف لا تمنع صحة تسمية بدل الخلع كما في النكاح، ولو قال: إلى قدوم فلان أو موته وجب المال حالا⁽²⁾؛ لأن هذه جهالة متفاحشة لا يمكن استدراكها؛ لأنه قد لا يوجد إلا بمدة مديدة فمنعت صحة الأجل كالجهالة المتفاحشة في البذل منعت صحة التسمية.

فصل في الخلع على ما هو موهوم

أصله أن المرأة متى أطمعته في مال متقوم، فإذا لم يسلم له لفقدانه وانعدامه رجع عليها بالمهر؛ لأنه غرته حيث أطمعته في مال والمغرور يرجع على الغار بالمبدل إذا فات المشروط و المطموع؛ لأنه مارضي بزوال ملكه مجاناً فيلزمها رد المبدل وهو ملك البضع، وقد عجزت عن رده فيلزمها رد قيمة البضع وهو المهر، ولو اختلعت على ما في بيتها أو في يدها من شيء صح وله ما في بيتها أو يدها⁽³⁾؛ لأنه يصح بغير بدل فيبدل موهوم أو لا وإن لم يكن في البيت أو اليد شيء فلا شيء له عليها؛ لأن الشيء اسم يتناول ماله قيمة ومالا قيمة له فلم تطمعه في مال ولم تغره، ولو قالت: علي ما في بيتي من المتاع ولم يكن في البيت متاع رجع عليها بالمهر⁽⁴⁾؛ لأنها غرته في مال؛ لأن المتاع اسم لمال متقوم فإذا فات المشروط لزمها رد المبدل وهو قيمة البضع، وكذا لو خلعتها بما لها عليه من المهر ثم تبين أنه لم يبق عليه شيء من المهر لزمها رد المهر⁽⁵⁾؛ لأنه طلقها بطمع ما نص عليه فلا يقع مجاناً، وإن علم الزوج أن لا مهر لها عليه وأن لا متاع في البيت لا يلزمها شيء؛ لأنه لم يطمعه فلم يصير مغروراً، ولو قالت: اخلعني على ما في يدي من الدراهم فإن كان في يدها ثلاثة دراهم فصاعداً فهي له وإن كان أقل فله تمام ثلاثة وإن لم

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 85، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 567.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 85، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 567.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 494، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 561؛ المبسوط، السرخسي، 6: 334.

(4) الأصل، محمد بن الحسن، 5: 561؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 173.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 85، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 640؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 173.

يكن شيء فله ثلاثة دراهم⁽¹⁾؛ لأنها أشارت وسمت جمعا من الدراهم فإن زاد على ثلاثة استحق الزيادة بحكم الإشارة لا بحكم التسمية، فإن نقص عنها استحق تمامها بحكم التسمية؛ لأن الإشارة لغت لعدم المشار إليه فكأنها قالت: اخلعني على دراهم، ولو اختلعت بما على النخيل من الثمر أو بما في بطون غنمها من ولد، أو ما في ضروعها من لبن فلم يكن فله المهر⁽²⁾؛ لأنها غرته بتسمية المال و أطمعته فيه، ولو اختلعت بما ثمر نخلها العام جاز فإن أنثرت فله ذلك، وإن لم تثمر لا شيء له في قول أبي يوسف أو لا⁽³⁾؛ لأنها لم تغره في شيء؛ لأن الثمر على خطر الوجود قد يكون وقد لا يكون والزوج عالم بذلك فيكون راضيا بوقوع الخلع مجانا إذا لم يوجد البديل وقال أبو يوسف آخرا وهو قول محمد: يلزمها رد المهر أثمر نخلها أو لم يثمر⁽⁴⁾؛ لأن الثمار معدومة للحال فلا يتصور تملكها للحال فلا يخفو استحقاقها في عقد المعاوضة إلا أنها سمت ماله قيمة، والزوج إنما رضي ببطلان ملكه في البضع بشرط سلامة المال؛ فإذا لم يسلم له المال لزمها رد قيمة البضع، وهو المهر صار كأنه خلعه على ثمار ويقع الخلع بالمهر، ولو اختلعت ما في بطن جاريته أو غنمها أو ما في نخلها صح وله ما في بطنها، وإن لم يكن فلا شيء له⁽⁵⁾؛ لأنها لم تسم مالا؛ لأن ما في البطن قد لا يكون مالا؛ لأنه قد يكون ربحا أو ما يحتويه البطن فصار كالخلع على ما في بيتها ولم يكن في البيت شيء، وما حدث بعده في بطونها فللمرأة؛ لأن الخلع انعقد على الموجود دون الحادث؛ لأن قوله ما في بطنها اسم للموجود في البطن للحال، ولو اختلعت على حمل جاريته وليس في بطنها حمل ترد المهر؛ لأنها غرته حين أطمعته فيما له قيمة؛ لأن الحمل مال متقوم ولكن في وجوده احتمال وتوهم، ويصح الخلع بعوض موهوم⁽⁶⁾.

(1) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 562؛ الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 216؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 173؛ المبسوط، السرخسي، 6: 334.

(2) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 562؛ المبسوط، السرخسي، 6: 337؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 643؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 85.

(3) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 562؛ المبسوط، السرخسي، 6: 336؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 86، نقلا عن البزازية.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 336.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 336؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 221.

(6) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 85.

فصل فيما إذا وجد بدل الخلع على خلاف المشروط والزيادة فيه

ولو خلعها على دراهم معينة فوجدها ستوقاً⁽¹⁾ يرجع بالجياد، وكذلك الثوب على أنه هرّوي⁽²⁾ فإذا هو مرّوي⁽³⁾ يرجع بهرويّ وسط⁽⁴⁾؛ لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى ولا يرد بدل الخلع إلا بعيب فاحش كما في المهر، فإن كان حلال الدم واليد فأمضى عنده رجع عليها بقيمته عند أبي حنيفة وعندهما بنقصان قيمته⁽⁵⁾؛ لأن كونه حلال الدم بمنزلة الاستحقاق، وعنده وعندهما بمنزلة النقصان والعيب كما إذا اشترى عبداً فوجده حلال الدم، أو اليد عندهما يرجع بالنقصان، وعنده يرجع بالثمن وهنا يرجع بقيمته لا ببذله وهو المهر؛ لأن البيع يحتمل الانفساخ والخلع لا فإن كان نصرانياً أو متزوجين فلا يرد ولا يرجع بشيء قيل هذا بناء على عرف التجار في زمنهم يعدون هذا عيباً يسيراً، فأما في زماننا هذا فعيب فاحش فيجب أن يرد به، ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يدها، واستحق فعليها قيمته⁽⁶⁾؛ لأنها رجعت عن تسليمه مع بقاء السبب الموجب للتسليم وهو الخلع؛ لأن الخلع مما لا يحتمل الفسخ فلا يفسخ بهلاك البذل، وقد عجزت عن رد عينه فتجب قيمته كما في المهر وإن ظهر أنه كان ميتاً وقت الاختلاع فله مهرها؛ لأنها غرته حيث أطعمه في مال وقد تبين أن المسمى ليس بمال متقوم، ولو خلعها على حيوان ثم صالحته على دراهم أو مكيل جاز يدا بيد⁽⁷⁾؛ لأن بدل الخلع لا يستحق فيصبيه في المجلس فيجوز الصلح يدا بيد، ولو اختلعت على عبد أبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 84، نقلاً عن الرضوي؛ ستوق: درهم ستوق بفتح السين وضمها، أي: زيف، ينظر: مختار الصحاح، الرازي، 326، مادة (س ت ق).

(2) هرّوي نسبة إلى هراة، وهراة مدينة كبيرة من أمهات مدن خراسان، ينظر: معجم البلدان، ياقوت الحموي، 4: 312.

(3) مرّوي نسبة إلى مرو، ومرو إحدى مدن خراسان بل هي أشهرها، ينظر: معجم البلدان، ياقوت الحموي، 4: 95.

(4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 84.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 84.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 84، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 342؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 225.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 84، نقلاً عن المحيط الرضوي.

أن تأتي به أو بقيمته⁽¹⁾؛ لأن الخلع عقد معاوضة فتصير السلامة مستحقة والتسليم واجبا، فإذا فات فعليها القيمة ويكون اشتراط البراءة فاسدا؛ لأنه لا يلائم العقد فيلغوا إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة فيبقى المال واجبا، ولو خلعها على عبد ومهرها ألف على أن زادا ألفا، ثم استحق العبد رجوع عليها بالألف وتتصف قيمة العبد⁽²⁾؛ لأن المرأة بذلت العبد بإزاء البضع وألف درهم فانقسم العبد عليها نصفين نصفه بدل بيعا بالألف والمبيع متى استحق يجب رد ثمنه وثلثه ألف وبدل الخلع متى استحق يجب رد قيمته فيرجع بنصف قيمة العبد، ولو خلع امرأته على عبد قسمت على مسميها في العقد⁽³⁾؛ لأنه قيمة بضعها لا على مهر مثلها؛ لأن الزيادة على المسمى مكروه في الخلع، والزيادة في بدل الخلع باطلة؛ لأنها زادت بعد هلاك المعقود عليه فصار كما لو زاد في بدل الصلح عن دم العمد لا يصح.

باب خلع الوكيل والأجنبي

المبسوط: أصله أن المتعاقدين من يدخلان تحت حكم الإيجابين، فإن كان المخاطب في الخلع المرأة فالمعتبر قبولها سواء كان البديل مبهما أو معينا أضاف البديل إلى نفسه أو لم يضيف؛ لأنها هي العاقدة، وإن كان المخاطب الأجنبي إن أضاف البديل إلى نفسه فالمعتبر قبوله⁽⁴⁾؛ لأنه التزم ذلك من ملكه ولن يكون كذلك إلا إذا وقع العقد معه وإن لم يضيف إلى نفسه، ولا إلى أحد فالمعتبر قبول المرأة؛ لأن الأصل في الخلع هو المرأة؛ لأن المنفعة تحصل لها وهو سقوط الملك عنها، فكان عليها بدله بمطلق العقد لا بمغير والأجنبي يدخل فيه بحكم الإضافة والضمان؛ لأن بدل الخلع يجوز إجابته على الأجنبي؛ لأنه يجب مقابلا بملك النكاح سقوطا فساوى الأجنبي المرأة فيه، ولو اختلعت المرأة نفسها وقع الطلاق بلا مال؛ لأنه علق الطلاق بقبولها المال، وقد وجد الشرط فيقع ولا يجب المال؛ لأنها ليست من أهل

(1) الجامع الصغير وشرحه، محمد بن الحسن، 218؛ كنز الدقائق، النسفي، 294.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 84، نقلا عن المحيط الرضوي.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 84، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الدر المختار، الحسكي، 236.

(4) النهر الفائق، ابن نجيم، 2: 448.

التزام المال لما فيه من ضرر بها وصار كالخلع بالخمير والخنزير، ولو خلع ابنته الصغيرة على صداقها لم يسقط الصداق⁽¹⁾؛ لأن منافع البضع لا قيمة لها عند الخروج عن ملك الزوج والأب لا يملك تمليك مالها مما لا قيمة له؛ لأنه لا نظر له فيه، ثم إن قبلت الصغيرة الخلع يقع الطلاق؛ لأن الأب إذا لم يضمن بدل الخلع فهو كالأجنبي فيه فيكون العقد واقعا معا فيشترط قبولها وهي من أهله، وإن قبل الأب دون الصغيرة فيه روايتان في رواية يقع؛ لأن هذا نفع محض؛ لأن تتخلص عن عهده بغير مال، وكذلك صح من الصغيرة فصح من الأب كقبول الهبة وفي رواية لا يقع؛ لأن العقد وقع لها والأب كالأجنبي فيه فيشترط قبولها لا قبول الأب، ولا يقوم قبوله مقام قبولها؛ لأن الخلع كما يجوز أن يكون منفعة لها يجوز أن يكون مضرة لها، ولو ضمن الأب الصداق رجع الزوج عليه وإلا فلا وكذلك بحكم الأجنبي⁽²⁾؛ لأنه متى ضمن البديل فالخلع يتم بقبوله لا بقبولها فاعتبر الخلع معاوضة فيما بينه وبين الزوج؛ فيجب بدل الخلع عليه بالتزامه فاعتبر طلاقا بغير بدل في حقها؛ لأنها لا تستفيد بالخلع ملكا من جهة الزوج؛ لأن ملك النكاح لا يقبل التمليك إلا أنها استفادت الخلاص عن قيد النكاح فجاز بخلاف العتق بمال الأجنبي لا يصح؛ لأن الساقط بالعتق مال يقبل التمليك من الغير فكان مبادلة بمنزلة البيع في حق الأجنبي وإن كان إسقاطا في حق العبد والبيع بشرط الثمن على الأجنبي، لا يصح، ولو وكل رجلين بالخلع فخلع أحدهما لم يصح⁽³⁾؛ لأن الخلع يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير لما فيه من الاستنقاص والاستزادة وهو رضي برأيها لا برأي أحدهما بخلاف الطلاق لما يأتي.

[مسألة] النوادر: الوكيل بالطلاق لو خالعه على مهرها أو طلقها على مال قال الفقيه أبو جعفر — رحمه الله — يجوز دخل بها أو لم يدخل، والصحيح أنه إن كانت مدخولة لا يجوز؛ لأن الوكيل خالف إلى شر⁽⁴⁾؛ لأنه وكله بطلاق لا يقطع النكاح

(1) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 554.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 174.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 346؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 666؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 7: 175، نقلا عن فتاوى قاضي خان؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 3: 634، نقلا عن الذخيرة.

(4) قال ابن مازة: (لكن هذا الوجه غير مختار؛ لأن هذا يقتضي أن الوكيل بالطلاق إذا طلق مطلقا أنه لا يجوز وهذا بعيد، وقال الفقيه أبو بكر الإسكافي: لا يجوز من غير تفصيل بين المدخول بها وغير المدخول بها؛ لأنه

وقد أتى بطلاق يقطع النكاح، وإن لم تكن مدخولة جاز؛ لأنه خالف إلى خير⁽¹⁾؛ لأن الطلاق قبل الدخول قاطع للنكاح كيف ما كان، وقد أتى به بعوض فكان خلافاً إلى خير فعلى هذا الوكيل بالخلع لو طلق مطلقاً يجوز، وذكر القُدوري الوكيل بالخلع لو خلعها بغير عوض لا يجوز؛ لأن الخلع في متعارف الشرع عند الناس صار عبارة عن الطلاق بعوض، فتصير حقيقة عرفية فيصرف إليه مطلق الكلام والأول أصح؛ لأن الخلع بعوض كما هو متعارف بغير عوض أيضاً متعارف فيصير وكيلاً بهما جميعاً، رجل زعم لرجل أن امرأته وكَلَّته باختلاعها منه فخالعها معه على ألف فأكرت المرأة التوكيل؛ فإن ضمن الفضولي المال للزوج يقع الطلاق وعليه المال⁽²⁾؛ لأنه متى ضمن فالعاقده هو يشترط قبوله وإن لم يضمن المال إن لم يدع الزوج توكيلها لم يقع الطلاق⁽³⁾؛ لأنه تبيّن أن الخلع موقوف على قبولها، وإن ادعى توكيلها وقع الطلاق ولا يجب المال؛ لأنه أقر بالطلاق وإن باع منه طلاقها فالصحيح أن هذا والخلع سواء.

[مسألة] الجامع: أجنبي قال للزوج اخلع امرأتك على هذه الدار أو هذه الألف فالقبول إلى المرأة⁽⁴⁾؛ لأنه لم يصف المال إلى أحد فكانت هي الداخلة تحت العقد، ولو قال: على عبدي هذا أو ألفي هذه ففعل وقع الخلع⁽⁵⁾؛ لأنه هو المعاقده لما أضاف المال إلى نفسه لما بينا، ولو قال لها الزوج: خلعتك على دار فلان فالقبول إليها؛ لأنها هي المخاطبة فكانت هي الداخلة في العقد⁽⁶⁾، ولو قال لصاحب العبد: خلعت امرأتي بعبدك والمرأة حاضرة فالقبول لصاحب العبد⁽⁷⁾؛ لأنه هو المخاطب والبدل قد أضيف إليه، ولو قال رجل للزوج: اخلعها على ألف فلان هذه أو عبد فلان أو

ج هـ

اللوحه

338

= وكله بالتجنيز وقد أتى بالتعليق وهو اختيار الفقيه أبي الليث وحكي عن أبي بكر الإسكاف مرة أخرى إن كانت المرأة مدخولاً بها لايجوز وإن لم يكن مدخولاً بها يجوز وهكذا حكي عن الفقيه أبي القاسم بن الفضل وهو اختيار الصدر الشهيد، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 668.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 668.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 101.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 101.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 101؛ وينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 88.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 101؛ وينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 88.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 101؛ وينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 88.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 101؛ وينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 88؛ المحيط البرهاني، ابن

مازه، 3: 663.

على ألف على أن فلانا ضامن لها فالقبول لفلان⁽¹⁾؛ لأنه هو المخاطب والمتكلم أخرج الكلام فخرج المشورة فلم يكن مخاطبا، ولو قالت المرأة: اخلعني على ألف على أن فلانا ضامن لها ففعل وقع الخلع⁽²⁾؛ لأنها إذا خاطبت فقد أوجبت على نفسها وشرطت ضمانا على الغير فتوقف الضمان على قبوله، فإن ضمن فلان يأخذ الزوج أيهما شاء⁽³⁾؛ لأن الكفالة صحيحة، ولو وكلت رجلا بأن يخلعها من زوجها بألف ففعل وقع الخلع والمال عليها⁽⁴⁾؛ لأن الوكيل بالخلع سفير ومعبر؛ لأن حقوق العقد راجعة إلى الأمر كما في النكاح، فإن خلعها الوكيل على ألف على أنه لها ضامن ففعل فالمال على الوكيل ويرجع به عليها⁽⁵⁾؛ لأنها رضيت بلزوم المال بالتوكيل؛ لأن الخلع كما يصح ببذل يجب على المرأة يصح ببذل يجب على الأجنبي فانصرف مطلق الأمر بالخلع إلى النوعين جميعا فدخل هذا الخلع تحت الأمر فكان له الرجوع عليها كالوكيل بالشري والصلح عن دم العمد بمنزلة الخلع في القبول⁽⁶⁾.

باب الاختلاف في الخلع

المبسوط: ولو اتفقا على الخلع وقالت بغير جعل فالقول لها؛ لأن صحة الخلع لا تستدعي البذل فتكون منكرا للبذل فيكون القول لها⁽⁷⁾، ولو ادعت الخلع والزوج ينكره فشهد أحدهما بألف، والآخر بألف وخمسائة لا يقبل ولا يثبت الخلع؛ لأنها تحتاج إلى إثبات أن الزوج علق الطلاق بقبول المال والطلاق المعلق بقبول الألف غير المعلق بقبول الألفين؛ إذ هما شرطان مختلفان فكان كل واحد يشهد بغير ما شهد به الآخر فلا تقبل⁽⁸⁾، ولو كان الزوج هو المدعي، وقد ادعى ألفا وخمسائة

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 101، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 88، 89.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 101؛ وينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 89؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 663.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 101؛ وينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 89.

(4) ينظر الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 89.

(5) الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 89؛ الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 214.

(6) الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 89.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 80.

(8) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 80، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 333.

والمسألة بحالها تقبل على الألف⁽¹⁾؛ لأن الطلاق وقع بإقرار الزوج بقي دعوى الزوج دينا مجردا، واتفق الشاهدان على ألف وانفرد أحدهما بزيادة خمسمائة فيقضى بما اتفقا عليه وإن كان يدعي ألفا لا تقبل، وقد كذب أحد شهادته لما عرف ويقع الطلاق بإقراره⁽²⁾، وإذا شهد شاهدان أنه طلقها قبل الخلع ثلاثا يسترد المال؛ لأنها بمباشرة الخلع، وإن صارت مقرة بصحة الخلع ظاهرا فإذا ادعت الفساد بعد ذلك صارت مناقضة في الدعوى إلا أن البينة على الطلاق تقبل من غير دعوى فنثبت أنه أخذ المال بعد البينة فلزمه الرد⁽³⁾؛ لأنها بذلت المال للتخلص عن الملك وهي كانت متخلصة.

باب خلع المريضة والأمة والمكاتبة

[مسألة] المبسوط: ولو اختلعت بمهرها في مرضها ثم ماتت فله الأقل من ميراثه منها ومن المهر إن كان يخرج من ثلثها⁽⁴⁾، وإن لم يخرج فله الأقل من ميراثه منها ومن الثلث؛ لأنها بذلت مالا بإزاء ما ليس بمال، وهي منافع البضع فكانت متبرعة ومتهمة أنها التمسست بهذا بطلان حق الورثة فيما زاد على ميراثه فأوجبنا الأقل احتياطاً؛ إذ لا تهمة فيه؛ لأن هذا القدر كان ثابتا للزوج قبل الخلع، وإن ماتت قبل انقضاء العدة أو كانت غير مدخولة فله المهر من الثلث⁽⁵⁾؛ لأنه بطل ميراثه لانقطاع النكاح وعلاقته فهذه أجنبية تبرعت عليه فيعتبر من الثلث⁽⁶⁾، ولو تزوج المريض مريضة على ألف وقبضت ولا مال له غير الألف، ومهر مثلها مائة فاختلعت بالألف قبل الدخول، ثم ماتت ولا مال له غيرها، ثم مات الزوج فلورثة المرأة مائتان وخمسة وسبعين درهما⁽⁷⁾ والباقي لورثة الزوج⁽⁸⁾؛ لأنه لما تزوجها

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 81.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 81.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 81.

(4) المبسوط، السرخسي، 6: 344.

(5) المبسوط، السرخسي، 6: 344.

(6) وعند زفر يعتبر من جميع المال، ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 344.

(7) الأصل، محمد بن الحسن، 5: 573؛ المبسوط، السرخسي، 6: 349.

(8) أي أن حصتهم سبع مائة وخمسة وعشرون درهما، ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 573؛ المبسوط،

على ألف ومهر مثلها مائة فقد تبرع وحابه بتسعمائة؛ لأن قيمة بضعها بقدر مائة فلما خالعتها قبل الدخول على جميع الصداق عاد إليه خمسمائة وبقيت المحاباة أربعمائة وخمسين، وبقي مهرها خمسون⁽¹⁾، فيكون جميع ماله تسعمائة وخمسين ومال المرأة خمسون فلما اختلعت بالألف؛ فقد أوصت له بثلاث ماله ستة عشر وثلثين⁽²⁾ فيضم إلى مال الزوج، فصار له تسعمائة وستة وستون وثلثي والمحاباة منه أربعمائة وخمسون وهي لا تصح من المريض إلا من الثلث فتلتها للمرأة، ثم يجب رد ثلث ما حصل للمرأة إلى الزوج⁽³⁾؛ لأنها أوصت له بثلاث ماله فتحتاج إلى حساب له ثلث وثلثه ثلث، وأقله تسعة فثلثه منها للمرأة وستة للزوج؛ ثم عاد إليه سهم من ثلثها فصار للزوج سبعة وأنه أكثر من ثلثي ماله وليس له إلا ثلثي ماله فيجب رد سهم إليها ومتى رددنا إليها سهمها صار ماله ثلاثة وقد أوصت بثلاث ماله فيجب رده على الزوج ثانيا فلا يزال يدور سهم الدور ساقط⁽⁴⁾؛ لأنه لا يفيد شيئا فسقط سهم من نصيب الزوج؛ لأن الدور يقع من جهة ماله وسهم الدور إنما يطرح من حيث يقع ونقصان حقه عن الثلثين جائز لورود الشرع به والقول بالدور لا يجوز فكان إسقاط سهم من حقه أولى فبقي نصيبه خمسمائة قد عاد إليه سهم من المرأة؛ فصار له ستة فاستقام الثلث والثلثان⁽⁵⁾ فصار جميع مال الزوج على ثمانية أسهم لورثته خمسة ولورثة المرأة ثلاثة وقد أوصت بثلاث ذلك للزوج وذلك سهم فحصل لورثة المرأة ربع مال الزوج وجميع مال الزوج كان تسعمائة وستة وستين وثلثي فربعه مائتان واحد وأربعون وثلثي فضم ذلك إلى ماله من الصداق ثلاثة وثلاثون وثلث فيكون كله مائتان وخمسة وسبعون وما بقي للزوج.

فصل

السرخسي، 6: 349.

(1) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 573؛ المبسوط، السرخسي، 6: 350.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 350.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 350.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 350.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 351.

ولو اختلعت المكاتبه بإذن مولاها أو بغير إذنه لا يلزمها المال إلا بعد العتاق⁽¹⁾؛ لأن بدل الخلع مال يجب بإزاء ما ليس بمال وأشبهه التبرع، والمكاتبه محجوز عن التبرع، وإن أذن له المولى كما لو وهب كسبه بإذن المولى، ولو اختلعت الأمة وأم الولد بإذن المولى يلزمها للحال⁽²⁾؛ لأنها كانت محجورة عن التزام المال بحق المولى، وقد انفك الحجر بإذن المولى فظهر الدين في حقه كما في سائر الديون.

الجامع: وإذا خلع الأمة مولاها على رقبتها وزوجها حر فالخلع، واقع بغير شيء⁽³⁾؛ لأنه متى ملك رقبتها عوضا عن الطلاق يبطل النكاح فيبطل الخلع أيضا فكان في تصحيحه إبطاله فلم يصلح المسمى عوضا عنه، فلم يجب ويبقى طلاقا بائنا بغير عوض كما لو خلعه على خمر أو خنزير، وعن أبي يوسف أنه لا يقع الطلاق؛ لأنه تعذر إيقاع الطلاق بعوض لما بينا وتعذر إيقاعه بغير عوض؛ لأنه ما أوقعه إلا بعوض فوجب القول ببطولهما وقيل على قياس قوله يصح بقيمة رقبتها؛ لأن المسمى يصلح عوضا؛ لأنه مال متقوم لكن تعذر تسليمه لحق الشرع فصار كما لو وجده مستحقا، ولو كان الزوج مكاتبا أو عبدا أو مدبرا جاز الخلع، وصار لسيد العبد والمدبر⁽⁴⁾؛ لأنها تصير مملوكة للمولى لا للزوج فلا يبطل النكاح فصح الخلع، ويثبت للمكاتب فيها حق الملك، وحق الملك لا يمنع بقاء النكاح فلا يفسد نكاحه ألا ترى أن المكاتب لو اشترى منكوحته لم يبطل النكاح، وكذا العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع دوامه، ولو كان تحت الحر أمتان فخلعه المولى على رقبة إحداهما بعينها بطل الخلع فيها، ووقع الخلع على الأخرى⁽⁵⁾؛ لأن المسمى يصلح بدلا في حقها؛ لأنها لا تبطل بملك الزوج ضررتها فصحت التسمية في حقها فملك الزوج من رقبة الأخرى ذلك القدر فيبطل نكاح الأخرى، ويبطل الخلع في حقها فلا يقع الطلاق عليها؛ لأنه فارق وقوع الطلاق وقوع الملك للزوج في شيء من رقبتها

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 176؛ الدر المختار، الحصكفي، 3: 227.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 176؛ مجمع الضمانات، البغدادي، 2: 741.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 81، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 176.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 81، نقلا عن المحيط الرضوي .

(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 176.

فمنع وقوع الطلاق قيل: هذا قولهما بناء على أن تزوج امرأتين بألف وإحداهما لاحتل له تصير الألف كلها بإزاء التي صح نكاحها عند أبي حنيفة وعندهما ينقسم على مهر مثلها والصحيح أن هذا قولهم جميعا؛ لأن هناك إحداهما ليس بمحل للنكاح فلم يدخل تحت الإيجاب فلم يجب التقسيم كما لو تزوج امرأة وحمارا على ألف، وهنا كل واحدة محل للطلاق فدخلتا تحت خطار الخلع، ثم خرجت إحداهما لمانع شرعي فخرجت بحصته كما لو باع عبيدين وأحدهما مديبر خرج المديبر بحصته عن البيع فكذا هذا، ولو خلع كل واحدة على رقبة صاحبها وقع الطلاقان دايان بغير شيء⁽¹⁾؛ لأنه قارن وقوع الطلاق على كل واحدة وقوع الملك في رقبته فتعذر إيجاب الطلاقين بعوض فإن بطلنا البذل وأوقعنا الطلاق كما لو كانت واحدة وخلعها على رقبته ولو طلق كل واحدة على رقبة صاحبها يقع رجعا⁽²⁾؛ لأنه متى بطل البذل بقي قوله طلقك، أمة تحت عبد في يديه ثم استحق العبد المخلوع عليه فلا شيء عليه؛ لأنه لم يضاف المخلوع عليه إلى نفسه ولا ضمنه فكان العقد مضافا إلى الأمة كأنها عقدت بنفسها، وتباع الأمة في قيمة العبد المستحق؛ لأن المولى يملك إيجاب بدل الخلع عليها لما فيها من إحياء حقه بإبطال الشغل عن ملكه كما ملك إنكاح العبد لما فيه من تحصين ماليته فظهر الوجوب في حق المولى فيتعلق برقبته فإن كان عليها دين آخر قبله يبدأ بها؛ لأن الخلع طلاق، وليس من ضرورته وجوب المال فإنما وجب المال بإيجاب المولى واختياره فلم يظهر في حق الغريم كما في الصلح فإن بقي شيء يؤخذ من الأمة بعد العتق، وإن كان المولى ضمن بدل الخلع أخذ به؛ لأنه صار أصلا في حق الضمان فيلزمه بالتزامه.

باب الطلاق على مال

المبسوط: فيه فصلان فصل في الطلاق بغير التماس المرأة، وفصل في الطلاق

بالتماسها.

فصل في الطلاق بغير التماس المرأة

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 176.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 176.

والطلاق على مال بمنزلة الخلع في أحكامه إلا أن بدل الخلع إذا بطل بقي الطلاق بائنا، و عوض الطلاق إذا بطل بقي الطلاق بائنا و عوض الطلاق إذا بطل يقع الطلاق رجعيا، وإذا وجب يقع بائنا⁽¹⁾؛ لأنها بذلت المال للتخلص عن الملك لما بينا، ولو قال لها: أنت طالق بألف، أو على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف⁽²⁾؛ لأنه علق الطلاق بقبولها الألف، ولو قال: أنت طالق وعليك ألف فقبلت أو قالت طلقني، ولك ألف فطلقها طلقت بلا مال عند أبي حنيفة وعندهما بالمال⁽³⁾.

لهما أن هذا الكلام يستعمل في موضع المعاوضة كما لو قال لآخر خط هذا الثوب، ولك درهم أو احمل هذا المتاع إلى بيتي، ولك درهم يكون معاوضة، وقد صدرت عقيب سؤال الطلاق فدللت الحالة على إرادة المعاوضة فصار عوضا عند دلالة المعاوضة فإذا قبلت يلزمها العوض.

له أن اللفظ لا يوجب التعويض؛ لأن قوله ولك ألف جملة تامة مستقلة بنفسها معطوفة على الطلاق فلا تجعل تبعا لغيره ولا مع غيره جملة واحدة إلا بدلالة ولم توجد الدلالة؛ لأن الطلاق يصح بلا عوض بخلاف الأمر بالخياطة؛ لأنه عقد إجارة والإجارة لا تصح إلا بذكر العوض مع أن العرف دل على كونه عوضا ألا ترى أنه لو سكت عن ذكر المال تجب الأجرة متى استعده للخياطة، فمع ذكر المال أولى، ولو قالت: طلقني ولك ألف فقال: طلقتك على الألف التي سميتها إن قبلت يقع الطلاق ويجب المال وإن لم تقبل لم يقع ولم يجب عنده⁽⁴⁾؛ لأنها التمسست طلاقا بغير عوض؛ لأن قولها ولك ألف لم يكن تعويضا عن الطلاق لما بينا فقد أعرض الزوج عما التمسست حيث أوقع طلاقا بعوض فإن قبلت وقع وإلا بطل وعندهما يقع ويجب المال⁽⁵⁾، ولو قال: أنت طالق إذا أعطيتني ألفا أو متى يقع عند الإعطاء، وإن كان في غير المجلس⁽⁶⁾؛ لأن إذا ومتى للوقت فقد علق الطلاق بوقت إعطاء الألف؛ فإذا

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 499، نقلا عن المحيط الرضوي.

(2) الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 215؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 152؛ بداية المبتدي، المرغيناني، 80.

(3) الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 215؛ الهداية، المرغيناني، 2: 16؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 152.

(4) المبسوط، السرخسي، 6: 323؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 152؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 613.

(5) المبسوط، السرخسي، 6: 323؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 152؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 613.

(6) المبسوط، السرخسي، 6: 330.

وجد وقع، ولو قال: احسب من مالي لا يقع الطلاق؛ لأن الشرط هو الإعطاء والمقاصة ليست بإعطاء فلم يعطه، ولو قال: أنت طالق على أن تعطيني ألفا أو على ألفان قبلت في المجلس يقع والألف دين في ذمتها، وإن لم تقبل في المجلس لا يقع⁽¹⁾؛ لأن كلمة على تذكر للإيجاب، و الاستيجاب فاقتضت وجوب الألف كما لو قال: بعتك على أن تعطيني ألفا فقد علق الطلاق بوجوب الألف عليها؛ فصار كأنه قال: أنت طالق بألف فاقتضى القبول في المجلس⁽²⁾؛ لأنه جواب خطاب المعاوضة، ولو قال: إن جئتي أو أعطيتني بألف إن أتت في المجلس يقع وإلا فلا⁽³⁾؛ لأن كلمة إن كلمة شرط لا تعم الأوقات فيكون تمليكا ومعاوضة معني؛ لأن الطلاق لا يقع إلا بمال وهذا هو حد المعاوضة فيقتصر جوابها على المجلس.

فصل

ولو قالت لزوجها: طلقني ثلاثا بألف فهو على ثلاثة أوجه، أما إن قالت: طلقني ثلاثا بألف، أو على ألف، أو على أن لك علي ألف؛ فإن قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة وقعت بثلاث الألف⁽⁴⁾؛ لأن الباء كلمة مقابلة وتقسيم فانقسم أجزاء البذل على أجزاء المبدل تحقيقا للمقابلة والمبادلة والمرأة بذلت الألف استحسانا؛ لأن لساعات مجلس العقد حكم ساعة واحدة فصار كأنه أوقعها جملة وفي القياس وقعت ولزمها ثلثها وهو قول زفر؛ لأنها بانته بالأولى بثلاث الألف، وأما إذا قالت طلقني ثلاثا على ألف أو على أن لك علي ألف فطلقها ثلاثا وقعت بألف، وإن طلقها واحدة وقعت واحدة بلا شيء عند أبي حنيفة وعندهما له ثلاث الألف⁽⁵⁾.

لهما أن كلمة على في المعاوضات بمنزلة الباء في العادة كقوله: بعته منك بألف وبعته منك على ألف سواء وقد تستعمل للشرط كما يقال: أزورك على أن تزورني أي بشرط أن تزورني ولكن تعذر العمل بحقيقة الشرط هنا؛ لأننا متى جعلنا

(1) المبسوط، السرخسي، 6: 331.

(2) المبسوط، السرخسي، 6: 331.

(3) المبسوط، السرخسي، 6: 331.

(4) المبسوط، السرخسي، 6: 312؛ النكت، السرخسي، 24؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 153؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 174.

(5) المبسوط، السرخسي، 6: 312؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 153.

للشرط كان في ذلك تعليق ملك المال بالشرط وذلك باطل فجعلناه للمعاوضة تصحيحاً لها.

لأبي حنيفة أن كلمة على كلمة شرط حقيقية تقول: زرتك على أن تزورني؛ أي؛ أكرمك على أن تكرمني أي بشرط أن تكرمني وتزورني وكذلك لو قال: أنت طالق على أن تدخلني الدار كان الدخول شرطاً، وتعليق وجوب الألف بإيقاع الثالث جائز تبعاً للطلاق؛ لأن البديل تبع للمبدل في المبادلات كالثمن تبع للمثمن؛ ولهذا صح بدل الخلع بالشرط، وكل الجزاء يوجد عند كل الشرط ولا تتوزع أجزاءه على أجزاء الشرط ألا ترى أنه ذكر في السير الكبير لو أمن الإمام ثلاث سنين بألف دينار فبداله أن ينبذ عليهم بعد سنة رد عليهم ثلثي الألف ولو أمن على ألف دينار رد الكل، وإن طلقها ثلاثاً متفرقات في مجلس واحد لزمها الألف⁽¹⁾؛ لأن الأولى والثانية تقع عنده رجعية؛ فأيقاع الثلاثة وجد وهي منكوحته فيستوجب عليها ألف درهم، وإن طلقها ثلاثاً في ثلاث مجالس عندهما يستوجب ثلث الألف كما في كلمة الباء وعنده لا يستوجب شيئاً⁽²⁾؛ لأنهما اعتبرا للمعاوضة فيه لا غير، وأبو حنيفة اعتبر معنى الشرط لما فيه إيجاب المال بإزاء معوض؛ فمن حيث أنه شرط تعلق وجوب الألف بإيقاع الثالث وباعتبار معنى المعاوضة فيه يقتصر جوابه على المجلس، ولو قالت: طلقني وفلانة و فلانة على ألف فطلق واحدة ومهورهن سواء يجب ثلث الألف⁽³⁾؛ لأنها أمرته بعقود؛ لأن طلاق كل واحدة على مال خلع على حدة بدليل أنه يشترط قبول لكل واحدة منهن فانقسم الألف عليهن ضرورة أنه لا بد أن يكون لكل عقد بدل على حدة لتصح المعاوضة ومن له امرأتان سألتاه أن يطلقهما على ألف فطلق إحداهما يجب حصتها؛ لأن كل واحدة سألت طلاقها ببديل، وقد أجاب إحداهما إلى ما طلبت فلزمها حصتها من المسمى.

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 88، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 313.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 88، نقلا عن المحيط الرضوي.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 88، نقلا عن المحيط الرضوي؛ النهر، ابن نجيم، 2: 441، نقلا عن المحيط الرضوي.

فصل

ولو قال لامرأته: طلقتك أمس بألف فلم تقبلي وقالت: قبلت فالقول للزوج مع يمينه⁽¹⁾؛ لأن الطلاق بمال تعليق بقبولها المال في جانب الزوج والتعليق يتم من غير قبول إنما القبول شرط الحنث فلا يكون إقرارا بالقبول بل يكون إنكارا لوجود الشرط فيكون القول للمنكر⁽²⁾، بخلاف ما لو قال: بعتك عبدي أمس بألف فلم تقبل وقال المشتري: قبلت فالقول للمشتري⁽³⁾؛ لأن البيع لا يتم إلا بالقبول؛ فصار الإقرار بالبيع إقرارا بالقبول فإنكار القبول يكون رجوعا عما أقر به فلم يصح ولو قالت: سألتك الثلاث بألف فطلقتي واحدة، فقال الزوج: لأبل سألت واحدة بألف فالقول للمرأة والبينة للزوج⁽⁴⁾؛ لأن الزوج يدعي الألف وهي تفر بثلاث الألف وينكر الزيادة فالقول للمنكر وكذلك لو قالت: سألت ثلاثا فطلقت واحدة في المجلس وثلثين بعدها؛ لأن الزوج يدعي تمام الألف وهي تنكر الزيادة على الثلاث، ولو قال الزوج: سألت ثلاثا فطلقتها، وقالت المرأة: طلقت واحدة إن اختلفا في مجلس السؤال فالقول له؛ لأن المجلس كله محل للجواب؛ فقد أقر بما يملك إنشاءه للحال فإن لم يثبت إسناده إلي ما مضى بقي إنشاء للحال وإن كان في غيره فالقول لها؛ لأنه لم يكن كلامه جوابا فكان ابتداء إيقاع والزوج يدعي الزيادة وهي تنكر.

[مسألة] المنتقى: لو قال: أنت طالق أربعا بألف فقبلت طلقت ثلاثا بألف، وإن قبلت الثلاث بألف لم تطلق⁽⁵⁾؛ لأنه علق الطلاق بقبولها الألف بإزاء الأربع، ولو قال لأجنبية: أنت طالق على ألف إن تزوجتك فقبلت للحال، ثم تزوجها تطلق بالمال عند أبي يوسف، وعند أبي حنيفة لا تطلق ولا يلزمها المال إلا بقبولها بعد التزوج⁽⁶⁾؛

(1) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 556؛ المبسوط، السرخسي، 6: 325؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 624.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 325.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 325، 326؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 74.

(4) وهو قول أبي حنيفة، ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 327؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 232؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 94، نقلا عن الكافي.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 89؛ نقلا عن الرضوي وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 616، نقلا

عن نوادر ابن سماعة؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 226؛ الدر المختار، الحصكفي، 3: 462.

(6) ورجح ابن الهمام في شرح فتح القدير قول أبي حنيفة، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 618، نقلا عن نوادر ابن بشر؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 228؛ النهر الفائق، ابن نجيم، 2: 224.

لأن قبولها يعتبر بعد التزوج لا قبله كما لو قال لعبدته: أنت حر بعد موتي إن شئت فعند أبي حنيفة تعتبر مشيئته بعد الموت لا قبله⁽¹⁾، ولو قالت لزوجها: طلقني ثلاثاً بألف درهم طلقني ثلاثاً بألف دينار فطلقها طلقت بألف دينار⁽²⁾؛ لأنها رجعت عن الأول وليس له أن يطلقها بالمالين، ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً بألف درهم أنت طالق ثلاثاً بمائة دينار فقبلت طلقت بالمالين⁽³⁾؛ لأنه صح الإيجابين منه فينصرف القبول إليهما، رجل قال: امرأتي طالق ولها علي ألف درهم وله امرأة معروفة فقال لي امرأة أخرى ولم أعن هذه لا يصدق في الطلاق والمال⁽⁴⁾؛ لأنه لما لم يصدق في حق الطلاق؛ لأنه إقرار بطلاقها ظاهراً لم يصدق في حق المال ضرورة؛ لأن الهاء كناية عن تلك المرأة، ولو قال: امرأتي طالق ولامرأتي علي ألف درهم والمسألة بحالها لا يصدق في الطلاق ويصدق في المال⁽⁵⁾؛ لأنه ذكر المرأة في المال على حدة فلم تمس الضرورة إلى عدم التصديق في حق المال.

[مسألة] الجامع: ولو قالت طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق ثلاثاً، طلقت بغير شيء عند أبي حنيفة⁽⁶⁾؛ لأنه ما أجاب عما التمست منه لما قدمنا، وعندهما يقع الثلاث بألف⁽⁷⁾؛ لأنه أتى بما طلبت منه وزيادة، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً بألف أو على ألف لا يقع شيء عنده حتى تقبل فوقع ثلاثاً بألف⁽⁸⁾؛ لأنه ما أجابها عما التمست فكان إنشاء طلاق بجعل فيتوقف على قبولها وعندهما إن لم تقبل وقعت واحدة بألف وإن قبلت إحداهن [طلقت ثلاثاً]⁽⁹⁾ بألف⁽¹⁰⁾؛ لأنه أجابها في الواحدة

(1) وقال أبو يوسف في الإملاء: (إذا قدم المشيئة فالمشيئة للعبد الساعة، وإذا أخر فالمشيئة له بعد الموت)، ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 415.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 82، نقلا عن الظهيرية؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 496، نقلا عن الظهيرية.

(3) بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 77؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 618، نقلا عن نوادر ابن بشر.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 274، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 274، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 153؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 617؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 61؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 88.

(7) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 153؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 617؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 61؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 88، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(8) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 184؛ المبسوط، السرخسي، 6: 311؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 153؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 88.

(9) مابين معقوفتين زيادة من الجامع الكبير.

(10) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 184؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 153؛ البحر الرائق، ابن نجيم،

فوقعت بألف من غير قبولها؛ لأنها رضيت بأن يكون الألف بإزاء الواحدة والزوج إنما رضي بزوال ملكه عنها بألف لا بمثلها فلا يجوز أن يزول ملكه عنها بثلاث الألف، ولو جعل بإزاء كل تطليقة ثلاث الألف لا يقع ثنتان إلا بقبولها؛ لأن الزوج علق وقوعهما بقبولها الألف فلا يقع من غير قبولها وإن كانت لو قبلت لا بدل بإزائهما كما لو طلق امرأته الصغيرة على ألف فما لم تقبل لا يقع ولو قبلت يقع مجاناً⁽¹⁾، وعن أبي يوسف يقع واحدة للحال بثلاث الألف وتقف الأخرى على القبول فإن قبلت وقعا بغير شيء؛ لأن الزوج قابل الألف بإزاء الثلث فصار بإزاء كل تطليقة ثلاث الألف فقد حط الزوج عنها بثلاث الألف ومع الحط يصير الزوج مجيباً لما التمس منه كما لو قالت: طلقني واحدة بألف فطلقها واحدة بخمسائة وروي عن محمد أنه رجع إلى قول أبي حنيفة⁽²⁾ - رحمهما الله -، ولو قال لغير المدخولة: أنت طالق ثلاثاً للسنة بألف أو على ألف ولانية له طلقت واحدة للحال بثلاث الألف⁽³⁾؛ لأن جميع الأوقات في حق غير المدخولة وقت لطلاق السنة، وقد قابل الألف بالثلاث فتتوزع عليها، فإن تزوجها ثانياً طلقت بأخرى بثلاث الألف وكذلك ثالثاً⁽⁴⁾؛ لأن الإيقاع كان صحيحاً فلا يرتفع بزوال الملك؛ فإذا وجد الملك وجد الشرط فوقع ولا يحتاج إلى قبول جديد منها؛ لأن القبول يشترط في مجلس الخطاب وقد وجد إلا أن الوقوع تأخر لعدم المحل كما لو قال: أنت طالق غداً بألف فقبلت فجاء غداً طلقت بألف من غير قبول⁽⁵⁾، وإن كانت مدخولة وقعت واحدة في طهر لم يجامعها فيه بثلاث الألف ثم أخرى في الطهر الثاني وأخرى في الثالث بغير شيء؛ لأن البدل يجب مقابلاً عن النكاح وقد زال بالأولى فلا يملك نفسها بالثانية فصح الاعتياض عنها وإن قبلت وهي مجامعة لم يقع شيء حتى تحيض وتطهر فيقع حينئذ كما ذكرنا، ولو قال للمدخولة: طلقني نفسك ثلاثاً للسنة بألف فقالت طلقت نفسي ثلاثاً فإن

4: 88.

(1) ينظر: النكت، السرخسي، 26.

(2) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 184؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 153؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 617.

(3) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 184؛ النكت، السرخسي، 25.

(4) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 185.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 90.

كانت طاهرة من غير جماع طلقت للحال ولا تقع ثانية وثالثة إلا بتجديد الإيقاع في مجلس الطهر⁽¹⁾ فيقعان بغير شيء هكذا ذكر الزعفراني⁽²⁾؛ لأنه فوض إليها إيقاع كل تطليقة في طهر فيكون بمنزلة المضاف إلى وقت كل طهر لم يجامعها فيه فلم يملك إيقاعها حتى ترى الوقت، وقد أمرها بالإيقاع فلا بد من التحديد وإنما يقعان مجاناً؛ لأنها بانة بالأولى فلا تملك نفسها بالثانية والثالثة ألا ترى أنه لو أمرها أن تطلق نفسها ببذل بعدما أبانها ففعلت وقع مجاناً وفي رواية محمد لا يقع بهذا القول أبداً؛ لأنه تعذر إيقاعها بعوض لما بينا وتعذر إيقاعها بغير عوض؛ لأن الزوج لم يرض بوقوعها مجاناً فلم يقعا.

الزيادات: أصله أن البذل متى ذكر عقيب شيئين ينصرف إليهما، وينقسم عليهما؛ لأنه قابل بهما فإن قرن بهما ما ينافي البذل ينصرف إلى الآخر، وإن قرن بهما ما ينافي البذل ينصرف إليهما؛ لأنه لا بد من إلغاء المنافي أو البذل فألغى المنافي؛ لأنه ذكر المنافي أولاً والبذل آخرًا ناسخاً أو ناقصاً للمنافي، ولو قال لامرأته: أنت طالق اليوم واحدة على أنك طالق غداً أخرى بألف أو قال: أنت طالق الساعة واحدة وغداً أخرى فقبلت طلقت واحدة بنصف الألف⁽³⁾؛ لأنه ذكر الطالقين أحدهما منجزاً والآخر مضافاً مؤجلاً ثم أعقبهما بذكر البذل فينصرف إليهما وينقسم عليهما فوقعت واحدة للحال بخمسائة ووقعت أخرى في الغد بغير شيء؛ لأنها بانة بالأولى إلا إذا تزوجها قبل الغد فوقعت بالبذل؛ لأنه وجد شرط وجوب البذل وهو الطلاق المزيل للملك وكذلك لو قال: أنت طالق اليوم وغداً أخرى ملك الرجعة؛ لأنه إن قرن بالثاني ما ينافي البذل وهو ذكر الرجعة فإن الطلاق ببذل لا يكون رجعيًا إلا أنه لما ذكر البذل عقيبًا الثاني لم يجز إخلاؤه عن البذل وصرفه إلى الأول؛ لأنه أقرب إليه فيلغى المنافي فيه وإذا لغى صار الأول والثاني سواء فينصرف البذل إليهما فصار كالمسألة الأولى، وكذلك لو قال: أنت طالق الساعة واحدة ملك الرجعة، وغداً أخرى

(1) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 185.

(2) الزعفراني هو: محمد بن أحمد بن عبدوس، فقيه حنفي، زاهد صالح، محدث، توفي سنة 394 هـ، ينظر: الجواهر المضية، القرشي، 2: 6؛ الفوائد البهية، اللكنوي، 115.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 91.

ملك الرجعة بألف كانت التطليقتان بألف⁽¹⁾؛ لأنه قرن المنافي بهما فلغى المنافي فينصرف البدل إليهما، ولو قال: أنت طالق الساعة واحدة ملك الرجعة أو بغير شيء على أنك طالق غدا أخرى بالألف وقعت الأولى في الحال بغير شيء والأخيرة في الغد بالألف⁽²⁾؛ لأنه قرر بالأولى ما ينافي البدل فانصرف إلى الأخيرة، وكذلك لو قال: أنت طالق الساعة واحدة بئنة وغدا أخرى بألف يقع واحدة بئنة للحال بغير شيء⁽³⁾؛ لأنه جعلها بئنة نصا وصريحا فعرفنا أنه أراد به صرف البدل إلى الثانية، وتقع الثانية في الغد بغير شيء؛ لأنها بانء بالأولى فلم يوجد شرط وجوب البدل وهو زوال الملك عنها، واستشهد لهذا فقال: لو قال أبيعك هذا بكذا على أن أبيعك الآخر بكذا كان فاسدا؛ لأنه جعل أحدهما شرطا في الآخر فإنه لا يلائمه، ولو قال: أبيعك هذا على أن أبيعك هذا بألف جاز البيع وكانت الألف لهما وذكر في المزارعة ما يدل على أنه يفسد كله وهو ما إذا قال لرجل: أدفع إليك نخلي هذه معاملة بالنصف على أن أدفع إليك أرضي هذه والبذر مزارعة بالنصف فالعقد فاسد كله قيل في المسألة روايتان.

وجه رواية المزارعة أنه جعل أحد العقدين شرطا في الآخر فيكون اشتراط صفقة في صفقة وأنه منهي.

وجه رواية الزيادات أن حروف الصلوات قد يقام بعضها مقام البعض فجعلنا حرف على بمعنى حرف الواو تصحيحا للعقد حملا لفعلهما على الصحة والجواز فيصير كأنه قال: أبيعك هذا وهذا بألف وأعطيك النخل معاملة والأرض مزارعة بالنصف وقيل في الفرق بينهما وهو أن مزارعة الأرض حصلت بعد تمام عقد المعاملة في النخل فكانا عقدين أحدهما مشروط في الآخر ففسد، أما هنا قوله: أبيعك هذا ليس بإنجاز تام فإنه لم يذكر له بدلا فمتى قال: علي أن أبيعك هذا بألف الآن تم الإيجاب عند ذكر البدل فكأنه كله عقد واحد فجاز ولو قال: أعطيتك هذا بغير شيء على أن أبيعك هذا بألف فالألف للثاني وفسد البيع بشرط الهبة، والله أعلم.

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 622؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 302، نقلا عن النخيرة.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 302، نقلا عن النخيرة.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 622.

القسم الرابع في التفويض والمشية والخيار والأمر باليد

باب الطلاق بالمشية

ج هـ

اللوحة

341

مسائله مشتملة على فصول، فصل في تعليق الطلاق بمشية الواحد، وفصل في التعليق بمشية الإثنين وفصل في التعليق بالمشية أو ضدها، وفصل في الأمر بالتطبيق.

فصل في تعليق الطلاق بمشية الواحد

مسائله على أقسام أحدها: في المشية المطلقة، والثاني: في المشية المؤقتة، والثالث: في الجمع بين الإضافة والمشية.

أما القسم الأول في المجلس وبعده، ولو قال لها: إن شئت فأنت طالق إن شاعت في المجلس يقع وإلا فلا⁽¹⁾، ولا يملك الرجوع خلافا للشافعي، وعند مالك لها المشية والصحيح قولنا؛ لأن هذا يتضمن معنيين معنى التعليق وهو تعليق الطلاق بتطبيقها والتطبيق لازم لا يقبل الإبطال ويتضمن معنى التمليك؛ لأن تعليق الطلاق بمشيتها تملكه منها؛ لأن الملك هو الذي يتصرف عن مشيته وإرادته وهي عاملة في التطبيق لنفسها والمالك أبدا يعمل لنفسه وجواب التمليك يقتصر على المجلس وإن اشتغلت في مجلسها بأمر آخر خرج الأمر من يدها؛ لأن الاشتغال بعمل آخر دلالة الإعراض عما فوض إليها فيبطل كما يبطل بصريح ردها، وقيام الزوج لا يبطل مشيتها؛ لأن رجوع الزوج صريحا لا يبطل فالإعراض عنه دلالة أولى، وكذلك لو قال: إن أحببت أو هويت أو أردت، أو إن كنت تحبيني ونحوه من المعاني التي لا يطلع عليها غيرها⁽²⁾؛ لأنه بمنزلة قوله إن شئت؛ لأنه بنى عن معنى المشية، ولو قال لها: شيئي الطلاق ونواه، فقالت: قد شئت يقع استحسانا وإن لم يكن له نية لا يقع⁽³⁾، ولو قال لها: أحبي، أو اهوي أو أريدي الطلاق كان باطلا والفرق

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 352؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 510.

(2) ينظر: المنتقى، السغدري، 361؛ المبسوط، السرخسي، 6: 352.

(3) الفتاوى الهندية؛ الشيخ نظام، 1: 404؛ نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6:

أن المشيئة عبارة عن الإيجاد⁽¹⁾؛ لأنها مأخوذة من الشيء والشيء اسم للموجود والكائن، ولهذا يقال ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن؛ أي: ما شاء الله وجد وما لم يشأ لم يوجد؛ ولهذا تستعمل غالبا في الأشياء الموجودة الواقعة لا فيما لا يوجد؛ فالزوج فوض إليها الإيجاد فكأنه قال لها أريدي الطلاق، فإذا قالت: شئت فقد أوجدته فوق إلا أنه شرطت نية الطلاق؛ لأنه لم يصف الطلاق إليها فيحتمل تفويض طلاق غيرها حتى لو قال: شئني طلاقك يقع بلا نية وأما الإرادة عبارة عن الطلب لا عن الإيجاد يقال: أردت أن أفعل كذا، ولم أفعل ويقال: (الحمى رائد الموت)⁽²⁾ وكذا المحبة ليست بعبارة عن الإيجاد يقال: تعال أحببت أن أكرمك ولم أكرمك فلم يكن تفويضا لإيقاع الطلاق إليها؛ ولهذا لو قال لها: شئت طلاقك يقع⁽³⁾ ولو قال: أردت طلاقك لا يقع، ولو قال لها: طلقي نفسك واحدة إن شئت، فقالت: طلقت نفسي واحدة يقع⁽⁴⁾؛ لأنها شاءت حيث طلقت نفسها؛ لأن فعل الطائع يكون عن مشيئة، ولو قال: أنت طالق إن أحببت فقالت: شئت يقع⁽⁵⁾؛ لأن في المشيئة معنى المحبة وزيادة؛ لأن في المشيئة إرادة إيجاد فلم توجد المشيئة بتلك الصفة فلم يوجد الشرط، ولم يذكر في الكتاب لو قال: أنت طالق إن قبلت فقالت: شئت حكي عن أبي بكر البلخي أنه يقع الطلاق⁽⁶⁾؛ لأنه أتى بالقبول وزيادة فكان بمنزلة مالو كان معلقا بالمحبة فقالت: شئت يقع؛ لأنه أتى بالشرط وزيادة فكذا هذا، وذكر هشام في نوادره لو قال: أنت طالق على ألف إن شئت، فقالت: شئت لم يقع حتى تقبل بخلاف قوله قبلت⁽⁷⁾؛ لأن هذه معاوضة والمعاوضة لا تتم إلا بالقبول، ولو قال لأجنبي: طلق

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 361.

(2) أخرجه ابن أبي الدنيا في المرض والكفارات وحسنه المناوي، ينظر: المرض والكفارات، عبدالله بن محمد القرشي، تح: عبدالوكيل الندوي، (الهند، بومباي: الدار السلفية، 1991م)، ط1، 73؛ أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب، محمد بن محمد درويش الشافعي، تح: مصطفى عبدالقادر عطا، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م)، ط1، 130.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 129؛ الهداية، المرغيناني، 1: 249؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 104.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 362؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 331.

(5) ينظر: التنف، السعدي، 361؛ المبسوط، السرخسي، 6: 361؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 152.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 364، نقلا عن الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 404، نقلا عن المحيط الرضوي.

(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 365، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 511.

امراتي إن شئت فقال: شئت لا يقع؛ لأن الزوج أمره بتطبيقها إن شاء ولم يوجد التطبيق بقوله شئت، ولو قال لأجنبي: طلقها إن شئت يقتصر على المجلس، ولا يملك الرجوع عنه خلافاً لـ زفر⁽¹⁾.

له أن الأجنبي في التطبيق عامل لغيره فيكون هذا إنابة وتوكيلاً لا تمليكا. لنا أنه علق إيقاع الطلاق بمشيئته والتصرف الصادر عن مشيئة وإرادة يكون بحكم الملك دون الأمر فالتنصيص على لفظ المشيئة يدل على كونه تمليكا بخلاف ما لو قال لأجنبي: طلقها، له أن يرجع عنه ولا يقتصر على المجلس⁽²⁾؛ لأن هذا إنابة؛ لأنه عامل لغيره وينصرف عن أمر لآخر مشيئة والإنابة استعانة والاستعانة لا تقتصر على المجلس وتقبل الإبطال لما فيها نوع منة على المستعين ولحوق المنة ضرر عليه فلم تقع الأزمة، ولو قال لها: أنت طالق إن شئت فقالت: شئت إن شئت فشاء الزوج أو قالت: قد شئت إن شاء أبي أو قالت: شئت أن أكون غدا طالق، أو قالت: شئت إن كان كذا لأمر مستقبل لا يقع الطلاق وبطل الأمر⁽³⁾؛ لأنه فوض إليها التخيير وهي أنت بالتعليق وهما مختلفان عرفاً وحكماً؛ فقد عرضت عما فوض إليها فبطل وإن قالت: قد شئت إن كان كذا لأمر كان، يقع⁽⁴⁾؛ لأن التعليق الكائن بتخيير، ولو قال: أنت طالق إن شاء فلان فمات فلان لا يقع⁽⁵⁾؛ لأنه تعذر وجود الشرط.

وأما القسم الثاني: لو قال: أنت طالق غدا إن شئت فقالت: شئت الساعة لا يقع فإن شاءت بعد ذلك في الغد يقع⁽⁶⁾؛ لأنه علق بمشيئتها الطلاق في الغد فإذا شاءت في اليوم فقد شاءت قبل التفويض والثبوت فلم يصح، ولو قال: إن شئت فأنت

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 353؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 510.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 353؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 122؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 317.

(3) ينظر: الجامع الصغير وشرحه، محمد بن الحسن، 209؛ المبسوط، السرخسي، 6: 357؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 514؛ الهداية، المرغيناني، 1: 249.

(4) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 211؛ المبسوط، السرخسي، 6: 362؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 122؛ الهداية، المرغيناني، 1: 249.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 358، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: النتف، السخدي، 359؛ المبسوط، السرخسي، 6: 210.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 406، عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 368.

طالق غدا ذكر في الزيادات أن لها المشيئة في الحال⁽¹⁾؛ لأنه علق بالمشيئة انعقاد اليمين؛ لأن ذكر المشيئة قبل اليمين وانعقاد اليمين إنما يكون للحال فصار كأنه قال: إن شئت الساعة فأنت طالق غدا⁽²⁾، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة – رحمهما الله – لها المشيئة في الغد⁽³⁾؛ لأنه متى أحر المشيئة فلها المشيئة في الغد فكذا إذا قدم؛ لأن المعلق بالمشيئة في الحالين طلاق مضاف إلى الغد، ولو قال: إن شئت الساعة فأنت طالق غدا أو نواها ولم يقل الساعة فقال: إن شئت أن أكون غدا طالق يقع في الغد⁽⁴⁾؛ لأنه علق بمشيئتها في الحال طلاقا مضافا إلى الغد، وقد وجد الشرط، وهذه تؤيد رواية أبي يوسف في المسألة المتقدمة؛ لأنه لو ثبت لها المشيئة في الحال بدون ذكر الساعة أو النية لم يكن لذكر هذا التقييد فائدة، ولو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق إن شئت فتزوجها فلها المشيئة في مجلس العلم⁽⁵⁾؛ لأنه علق بالتزويج طلاقا معلقا بمشيئتها والمعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط؛ فكأنه قال لها عند التزويج: أنت طالق إن شئت، ولو قال: أنت طالق أمس إن شئت فلها المشيئة في الحال⁽⁶⁾؛ لأن إضافة الطلاق إلى وقت ماض بمعنى إيقاع في الحال فكان بمنزلة ما لو قال لها: أنت طالق إن شئت.

القسم الثالث: ولو قال لها: أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى ما شئت لا يتوقف على المجلس ولا يبطل بالرد⁽⁷⁾؛ لأنه غير ثابت قبل وقت المشيئة وكلمة إذ وإذا للوقت عندهما، وعند أبي حنيفة – رحمه الله – يستعملان للوقت والشرط فباعتبار الشرط يبطل الأمر بالقيام عن المجلس وباعتبار الوقت لا يبطل فلا يبطل

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 368؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 510؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 113؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 291، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 368.

(3) وقال زفر: (لها المشيئة في الحال في الفصلين) وهو رواية أخرى عن أبي حنيفة، ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 291، نقلا عن المحيط الرضوي.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 406، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 368؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 511؛.

(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 365، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 404، عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 366.

(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 365، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 406، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 373.

(7) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 211؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 121؛ الهداية، المرغيناني، 1: 249.

بالشك، ولو قال: أنت طالق كلما شئت فلها المشيئة أبدا حتى تقع الثلاث⁽¹⁾؛ لأن كلمة كلما للتكرار فيتكرر الطلاق بتكرر المشيئة، ولا يقع عند كل مشيئة إلا طلاق واحد؛ لأنه علق بمشيئتها طلاقا واحدا على وجه يتكرر بالمشيئة، وإذا شاعت الثلاث لم يقع شيء عند أبي حنيفة وعندهما وقعت واحدة⁽²⁾ لما يأتي، ولو قال لها: أنت طالق حيث شئت وأين شئت لم تطلق حتى يشاء أن تكون طلاقا، ويقتصر على المجلس⁽³⁾؛ لأن حيث وأين عبارة عن المكان والطلاق متى ما وقع في مكان وقع في سائر الأماكن فلغى ذكر المكان لعدم الفائدة، ويبقى ذكر المشيئة فكأنه قال: أنت طالق إن شئت، ولو قال: حين شئت فهو بمنزلة قوله: إذا شئت⁽⁴⁾؛ لأن الحين عبارة عن الوقت، ولو قال: كيف شئت فقامت قبل أن تشاء تقع رجعية عند أبي حنيفة، وعندهما لا يقع شيء⁽⁵⁾، فإن شاعت في المجلس واحدة بآئنة أو ثلاثا والزوج نواه صحت لما علق جميع أوصاف الطلاق بالمشيئة، والطلاق لا ينفك عن وصف فيتعلق أصل الطلاق بمشيئتها ضرورة ليوقعها في الوصف الذي شاء.

له أن كيف للاستيصال، واستيصال الشيء لا يصح إلا بعد وجود أصله لا يقال للمعدوم كيف أصبحت وكيف حالك؛ إذ لا كيفية للمعدوم فلا بد من وجود الطلاق ليصح استيصاله ولتخير هي في الكيفية فيبقى الأصل مرسلا فوقع والطلاق لا ينفك عن وصف الرجعية فلم يتعلق بالمشيئة، وينفك عن البيونة والثلاث فبقي معلقا بمشيئتها، وإن نوى الزوج ثلاثا وهي شاعت واحدة بآئنة تقع واحدة رجعية⁽⁶⁾؛ لأن مشيئتها خالفت نية الزوج؛ لأنه لم يفوض إليها إيقاع البيونة بالواحدة فلم يصح قولها بآئنة فصار كأنها قالت: شئت واحدة ولو قال: هكذا تقع رجعية وإن نوى واحدة بآئنة وهي شاعت الثلاث رجعية عنده؛ لأنها تصير مخالفة؛ لأنها زادت على

(1) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 212؛ التنف، السغدي، 360؛ المبسوط، السرخسي، 6: 359؛ بداية المبتدي، 74؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 106.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 359.

(3) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 213؛ المبسوط، السرخسي، 6: 371؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 121؛ الهداية، المرغيناني، 1: 249؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 512.

(4) ينظر: التنف، السغدي، 360؛ المبسوط، السرخسي، 6: 373؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 112؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 368.

(5) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 213؛ المبسوط، السرخسي، 6: 371؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 121؛ الهداية، المرغيناني، 1: 250.

(6) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 153.

ما فوض إليها فلا يقع بمشيئتها شيء نفي الواقع تطليقة رجعية وعندهما لا تصير مخالفة فتقع طلاقه بائنة؛ لأنها أتت بما فوض إليها وزيادة، ولو قال: كم شئت أو ما شئت أي القدر شئت ويتوقف على المجلس، ويرتد بالرد⁽¹⁾؛ لأن التمليك في كل عدد شأن مرسل، ولو قال: طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أو اثنتين دون الثلاث عند أبي حنيفة، وعندهما تطلق ثلاثا إن شاءت⁽²⁾، وعلى هذا لو قال: اختاري من الثلاث ما شئت.

لهما أن كلمة من في هذا للجنس كما يقال كل من طعامي ما شئت ولا يراد به تبويض الطعام فيكون ذكر كلمة من هنا لتمييز الطلاق من غيره لا لتبويض غير المذكور⁽³⁾.

له أن كلمة من للتبويض، وكلمة ما للتعميم فلا بد من اعتبار المعنيين فجعلنا المفوض إليها بعض الثلاث، ولكن بعض له عموم، وذلك ثنتان بخلاف أمر الطعام؛ لأنه بني على المسامحة دون المشاحة خصوصا في حق قدم إليه فسقط التبويض وصار الجنس مرادا بهذه الدلالة لا لقضية اللفظ⁽⁴⁾، ولو قال: إن شئت فأنت طالق إذا شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الأحوال⁽⁵⁾؛ لأنه علق بمشيئتها في الحال طلاقا معلقا بمشيئتها في أي وقت كان، والمعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط فإذا شاءت في المجلس صار كأنه قال: أنت طالق إذا شئت.

فصل في التعليق بمشيئة الإثنتين

ولو قال لامرأته: إن شئتما فأنتما طالقان فشاعت إحداهما، أو شاءتا طلاق إحداهما لا يقع⁽⁶⁾؛ لأنه علق طلاق كل واحدة بمشيئتهما طلاقها؛ لأن معنى قوله:

(1) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 209؛ الهداية، المرغيناني، 1: 240؛ تبيين الحقائق، الزيلعي، 6: 365.

(2) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 209؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 125.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 125.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 125.

(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 154؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 112؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 368.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 360؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 4: 145؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 112.

إذا شئتما فأنتما طالقان إذا شئتما فأنتما طالقان إذا شئتما طالقكما، فما لم يشأ طالقيهما لا يوجد الشرط؛ لأنه لا تتصور المشيئة بدون المشيء؛ لأنه فعل متعدٌ ولم يذكر ما شاء سوى طالقيهما فصار كأنه قال: إن شئتما طالقكما، ولو قال لرجلين: إن شئتما فهي طالق ثلاثا فشاء أحدهما واحدة والآخر ثنتين لا يقع؛ لأنه علق الوقوع بمشيئتهما الثلاث؛ لأن المشيئة لا بد لها من شيءٍ ومشيءٍ مشيئتها الثلاث؛ فصار كأنه قال: إن شئتما ثلاثا فهي طالق ثلاثا، ولم توجد مشيئة الطلاق منهما، ولو قال: طلقاها ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة، والآخر ثنتين وقع الثلاث⁽¹⁾؛ لأن كل واحد منهما لو انفرد بإيقاع الثلاث صح لما نبين؛ فإذا أوقع بعض الثلاث يصح ولو قال لامرأته: إن شئت فأنت طالق ثلاثا، ثم قال لأخرى طالقك مع طلاق هذه يقع عليها بمشيئة الأولى إن أراد به الطلاق⁽²⁾؛ لأنه علق طلاق الثانية بوقوع الطلاق على الأولى لا تتطلق الأولى؛ فإذا وجد يقع وإن لم يرد به الطلاق يصدق؛ لأنه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الملك يعني كلاهما مملوكان لي، فأيهما نوى صدق، ولو قال: أنت طالق إذا شئت وشاء فلان فقالت قد شئت إن شاء فلان، وقال فلان: شئت لا يقع⁽³⁾؛ لأنه علق الطلاق بمشيئة مرسله منجزة منها، وهي أتت بمشيئة معلقة بمشيئتها، وبمشيئة فلان وجد بعض الشرط فلا يقع به الطلاق.

فصل في التعليق بالمشيئة أو ضدها

المنتقى: لو قال: أنت طالق إن شئت، وإن لم تشائي فشاءت في مجلسها طلقت، وإن قامت من غير مشيئة تطلق أيضا⁽⁴⁾؛ لأنه جعل المشيئة وعدم المشيئة كل واحد منهما شرطا على حدة؛ فإذا شاءت في مجلسها وجد أحد الشرطين، وإذا قامت عن مجلسها من غير مشيئة وجد أحد الشرطين، وهو عدم المشيئة في المجلس فصار

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 364؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 496؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 112.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 366.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 365، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 406، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 366.

(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 365، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 515؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 112؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 339.

كقوله: أنت طالق إن دخلت الدار، وإن لم تدخل فأيهما وجد طلقت، وإن أخر الطلاق بأن قال: إن شئت، وإن لم تشائي فأنت طالق لا تطلق بهذا أبداً⁽¹⁾؛ لأنه لما أخر الطلاق توقف الشرطان على ذكر الطلاق؛ فصار كلاهما شرطاً واحداً، ولا يتصور اجتماعهما في حالة واحدة بخلاف ما إذا قدم الطلاق؛ لأن كل واحدة منهما شرط على حدة؛ فأيهما وجد وقع، بخلاف ما لو قال لامرأته: إن أكلت وشربت فأنت طالق لا تطلق حتى يوجد إلا أن اجتماع الأكل والشرب في حالة واحدة متصور فصار شرطاً واحداً فانعقدت اليمين عليها؛ فإذا الأكل تمكن أن يقال: أنه أكل وقت الشرب ولا كذلك بالمشيئة وعدم المشيئة، ولو قال: أنت طالق إن شئت وإن أبيت فإن شاءت يقع وإن أبت يقع، وإن سكنت حتى قامت من المجلس لا يقع⁽²⁾؛ لأنه جعل كل واحد منهما شرطاً على حدة والإباء فعل كالمشيئة فأيهما وجد يقع، وإذا انعدما لا يقع، وكذا لو قال: إن شئت أو أبيت؛ لأنه علق بأحدهما، ولو قال: أنت طالق إن شئت أو أبيت لا يقع مالم توجد المشيئة والإباء إلا أن يعني الإيقاع للحال فيقع⁽³⁾، كما لو قال: أنت طالق إن شئت ولم تشأ، ولو قال: إن شئت فأنت طالق وإن لم تشائي فأنت طالق طلقت للحال⁽⁴⁾، ولو قال: إن كنت تحبين الطلاق فأنت طالق، وإن كنت تبغضين فأنت طالق لا تطلق⁽⁵⁾، والفرق أنه يجوز أن لا تحب ولا تبغض فلم نتيقن بشرط وقوع الطلاق؛ فأما لا يجوز أن تشاء ولا تشاء فيكون أحد الشرطين ثابتاً لامحالة فوقع، ولو قال: أنت طالق إن أبيت أو كرهت طلاقك فقالت: أبيت تطلق⁽⁶⁾، ولو قال: إن لم تشائي طلاقك فأنت طالق، ثم قالت: لا أشاء لا تطلق⁽⁷⁾؛ لأن قوله

(1) المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 515؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 112؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 339؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 405، نقلاً عن فتاوى قاضي خان.
(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 365، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 515؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 112؛

(3) شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 112.
(4) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 365، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 112؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 339.
(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 365، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 405، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: الدر المختار، الحسكفي، 3: 340.
(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 365، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 405، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 12؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 340.
(7) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 365، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 12؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 340.

أبيت صيغة لإيجاد الفعل وهو الإباء فقد علق الإباء منها، وقد وجد فوقه؛ فأما قوله إن لم تشأ صيغة للعدم لا للإيجاد بتحقيق الموت، ولو قال: أنت طالق إن شئت، وشئت، وشئت لا تطلق حتى تشاء ثلاث مرات⁽¹⁾؛ لأنه علق الطلاق بمشيئتها ثلاث مرات، وله في ذلك فائدة فيتعلق بالمشيئة ثلاث مرات، ولو قال: أنت طالق واحدة إن شئت، فقالت: قد شئت نصف واحدة لم تطلق⁽²⁾؛ لأنه علق بمشيئتها واحدة، عن أبي يوسف، لو قال لها: طلقي نفسك إن شئت، وقال لها رجل آخر: أعطني عبدك إن شئت فبدأت يعتق عبده خرج الأمر من يدها⁽³⁾، ولو كان الأمر بالعتق زوجها فبدأت بالعتق لم يبطل خيارها في الطلاق⁽⁴⁾، وعنه لو قال: أنت طالق إن شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر⁽⁵⁾، فإن شاعت الساعة وقعت حين طهرت، وعلى قياس قول أبي حنيفة إن كانت حائضا فلها المشيئة حين طهرت بمنزلة قوله إن شئت فأنت طالق إذا جاء غدا فالمشيئة في الغد⁽⁶⁾.

[مسألة] الفتاوى لو قال لامرأته: أنت طالق، وطالق، وطالق إن شاء زيد فقال زيد: شئت تطليقة واحدة لا يقع شيء⁽⁷⁾؛ لأنه ما شاء الثلاث، وكذا لو قال: شئت أربعاً؛ لأن مشيئة الأربع لا تكون مشيئة الثلاث عند أبي حنيفة — رحمه الله — لما يأتي، ولو قال: أنت طالق إن شئت واحدة وإن شئت اثنتين فشاعت اثنتين فهي واحدة⁽⁸⁾، ولو قال: أنت طالق إن شئت واحدة، وإن شئت اثنتين فقالت: شئت وقع الثلاث⁽⁹⁾، ولو قال: اخرجي إن شئت ينوي به الطلاق فشاعت ولم يخرج وقع⁽¹⁰⁾؛

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 404، نقلا عن المحيط الرضوي؛ وينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 112؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 334.

(2) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 112.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 103، نقلا عن البقالي؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 112.

(4) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 113.

(5) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 113.

(6) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: (المشيئة إليها في الغد في الفصلين)، ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 113؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 103.

(7) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 404؛ وينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 113.

(8) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 404، نقلا؛ وينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 113.

(9) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 404؛ وينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 113.

(10) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 404، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

لأنه لما نوى بالخروج الطلاق صار كناية عن الطلاق فصار كأنه قال لها: أنت طالق إن شئت.

فصل في الأمر بالتطليق

[مسألة] ولو قال لها: طلقي نفسك، ولم يذكر مشيئة فهو بمنزلة المشيئة يقتصر على المجلس⁽¹⁾؛ لأنها في وقع القيد، وتخليص نفسها عن حباله الزوج عاملة لنفسها فيكون تمليكا لا توكيلا إلا في خصلة؛ فإن في قوله طلقي نفسك إذا أراد الزوج الثلاث يقع وفي قوله: أنت طالق إذا أراد الزوج الثلاث يقع وفي قوله: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت، وأراد الزوج الثلاث يقع وفي قوله: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت وأراد الزوج الثلاث لا يقع لما نبين، ولو قال لها: طلقي ضرتك أو قال لأجنبي: طلقها فله أن يرجع عنه، ولا يقتصر على المجلس⁽²⁾؛ لأن هذا توكيل وإنابة لا تمليك لما بينا، وكذلك لو قال لرجلين: طلقاها فطلق أحدهما يقع⁽³⁾؛ لأنه وكيل، ولو قال: طلقاها إن شئتما فطلق أحدهما لا يقع⁽⁴⁾ خلافا لزرر لما مر، ولو قال لها: طلقي نفسك ينوي ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثا فهي ثلاث⁽⁵⁾؛ لأنه أمرها بالتطليق، والتطليق اسم جنس؛ لأنه مصدر والمصادر [أسماء]⁽⁶⁾ أجناس واسم الجنس يقع على الأقل ويحتمل الكل فأيهما نوى صحت بخلاف قوله أنت طالق؛ لأنه نعت فرد والمنعوت الفرد لا يحتمل العدد فكذا نعته بالطالقية، وإن نوى واحدة لم يقع شيء عند أبي حنيفة، وعندهما تقع واحدة وكذا لو وكل أجنبيا بأن يطلق امرأته واحدة فطلقها ثلاثا إن نوى الزوج يصح وإن لم ينو لا يصح عنده خلافا لهما.

لهما أنها أتت بما فوض إليها وزيادة؛ لأن الواحدة بعض الثلاث، وفي الكل بعض وزيادة فيقع قدر المفوض، وتلغوا الزيادة.

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 355، نقلا عن المحيط الرضوي.

(2) الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 210؛ الهداية، المرغيناني، 1: 247؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 98؛ الدر المختار، الحصكفي، 3: 332.

(3) وقال الزيلعي (لا يقع)، ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 364؛ تبيين الحقائق، 4: 276.

(4) ينظر: الجوهرة النيرة، الحدادي، 1: 303؛ البناية، العيني، 9: 284.

(5) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي، 2: 197.

(6) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 210.

له أنه فوض إليها واحدة مقصودة باللفظ؛ لأنه نص على الواحدة وهي أنت بالثلاث مقصودا وبالواحدة بعضا وتبعاً؛ لأن اسم الكل لا يتناول بعضه مقصوداً؛ لأن اسم العدد لا يتناول عدداً آخر والثلاث لم تصح جواباً لأمر الزوج؛ لأنها لم تملكه فلم يصح إيقاع الثلاث فلم تتصف الواحدة بكونها جواباً للأمر أيضاً، وإيقاع الواحدة إنما يثبت في ضمن الثلاث فإذا لم يصح إيقاع الثلاث لم يقع ما في ضمنه وهو الواحدة فلم تكن آتية بما فوض إليها، ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة وقعت⁽¹⁾؛ لأن الواحدة تصلح جواباً لأمر الزوج؛ لأنها ملكت إيقاع الثلاث؛ فملك ما في ضمنها فاتصفت الواحدة بكونها جواباً له أيضاً؛ لأنها لما ملكت الثلاث ملكت إيقاع أبعاضها ضرورة ملك الكل، ولو قال لها: طلقي ثلاثاً إن شئت، فقالت: شئت واحدة لم يقع شيء⁽²⁾؛ لأنه علق تملك الثلاث بمشيئتها الثلاث فصار كل واحدة من الطلقات معلقة بمشيئتها ثلاثاً، ولم يوجد مشيئة الثلاث إنما وجدت مشيئة الواحدة؛ فقد وجد بعض الشرط فلا ينتزل المعلق بالشرط فلم يملك شيئاً، ولو قال: أنت طالق واحدة إن شئت فقالت: شئت ثلاثاً لا يقع عند أبي حنيفة، وعندهما يقع واحدة⁽³⁾؛ لأنها شاءت الواحدة وزيادة، والزيادة على الشرط لا تمنع تحقق الشرط، وعنده هذا تملك لإيقاع الواحدة منها وإن كان تعليقا صورة؛ ولهذا اقتصر على المجلس فصار كأنه قال لها: أوقعي واحدة وأوقعت ثلاثاً لا يقع شيء⁽⁴⁾ عنده فكذا هذا، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إن شئت فقالت: شئت واحدة وواحدة، وواحدة يقع ثلاثاً دخل بها أو لم يدخل⁽⁵⁾؛ لأن الطلاق لا يقع إلا بمشيئة الثلاث، ومشيئة الثلاث لا توجد إلا بعد الفراغ من الكل فوجدت مسببة الثلاث وهي في نكاحه فبانت بالثلاث

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 356؛ الهداية، المرغيناني، 1: 241؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 341؛ النهر الفائق، ابن نجيم، 2: 379.

(2) ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 211؛ المبسوط، السرخسي، 6: 347؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 122؛ الهداية، المرغيناني، 1: 248؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 510؛ الدر المختار، الحصكفي، 3: 334.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 404، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 356؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 122؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 513.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 396.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 357؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 56؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 615.

جملة، ولو قالت: شئت واحدة وسكتت ثم قالت: واحدة لا يقع شيء⁽¹⁾؛ لأنه لم يوجد مشيئة الثلاث؛ لأن السكوت صار فاصلا بين الأولى والثانية فلم تصر المشيئة المذكورة للأولى مشيئة للثانية كما لو قال الزوج: أنت طالق واحدة إن شئت وسكت، ثم قال: واحدة لا تتعلق الثانية فكذا هذا.

[مسألة] النوادر: امرأة قالت لزوجها طلقني، وطلقني، وطلقني فقال الزوج: قد طلقتك فهي ثلاث نوى أو لم ينو⁽²⁾؛ لأنها سألته ثلاث تطليقات والجواب ينبني على السؤال وهذا يصلح جوابا لذلك فيقع، ولو قالت: طلقني طلقني طلقني فقال: طلقتك فإن نوى واحدة فواحدة وإن نوى ثلاثا فثلاثا⁽³⁾؛ لأن هذا يحتمل التكرار للأولى يقال: أنت، أنت، أنت ويحتمل الابتداء فأيهما مانوى الزوج صح، امرأة قالت لزوجها: طلقني ثلاثا، فقال لها: أنت طالق أو قال: فأنت طالق فهي واحدة⁽⁴⁾؛ لأن هذا ليس بجواب وإن قال: قد طلقتك فهي ثلاث⁽⁵⁾؛ لأن هذا جواب وذكر في الخلع مسألة تدل على أن قوله: أنت طالق جواب له، وهي ما إذا قالت المرأة لزوجها: اخلعني على ألف، فقال الزوج مجيبا لها: أنت طالق، فصار كقوله: خلعتك⁽⁶⁾؛ لأن هذا يحتمل أن يكون جوابا فيجعل جوابا، وعلى قياس هذا ينبغي أن تقع الثلاث، وهو ظاهر بدليل أنه إذا أراد به الثلاث يكون ثلاثا؛ لأنه أراد الجواب ولو لم تكن محتملا للجواب لما صحت إليه.

[مسألة] المنتقى: عن أبي حنيفة — رضي الله عنه — فيمن قال لامرأته: طلقا أنفسكما، ثم قال بعده: لا تطلقا أنفسكما فلكل واحدة منهما أن تطلق نفسها مادامت في

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 357؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 615.
(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 365، وينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 113؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 37.
(3) ينظر: عيون المسائل، أبو الليث، 97؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 430؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 315؛ الدر المختار، الحصكفي، 1: 213.
(4) ينظر: عيون المسائل، أبو الليث، 99؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 37؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79، نقلا عن فتاوى قاضي خان.
(5) ينظر: عيون المسائل، أبو الليث، 99.
(6) وهذا القول هو المختار للفتوى نص عليه ابن نجيم، ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 113؛ الاختيار، = ابن مودود، 3: 175؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 79، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

ذلك المجلس ولم يكن لها أن تطلق صاحبها بعد النهي؛ لأن هذا في حق نفسها تمليك وفي حق صاحبها توكيل⁽¹⁾ والتوكيل يبطل بالنهي، والتمليك لا يبطل.

[مسألة] الفتاوى: امرأة قالت لزوجها: تريد أن أطلق نفسي فقال الزوج: نعم، فقالت المرأة: طلقت ينظر إن نوى الزوج التفويض يقع⁽²⁾؛ لأنه صار الطلاق بيدها، وإن نوى الرد يعني طلقتي نفسك إن استطعت لا يقع⁽³⁾، ولو قالت لزوجها على وجه المزاح: وكيل توهسيم، فقال الزوج: هشتي، فقالت: طلقت نفسي ثلاثا فقالت: بالفارسية توتر من حرام كستي مارا خذا بأيدستم يفرقا، ثم أراد أن يراجعها يسأل الزوج عن نيته وإن نوى بالتوكيل بالطلاق ولم ينو العدد طلقت واحدة رجعية، فإن نوى بالتوكيل المفارقة، ولم ينو العدد طلقت واحدة بائنة، وهذا يستقيم على قولهما؛ فأما على قول أبي حنيفة ينبغي أن لا يقع شيء؛ لأن المأمورة بالواحدة إذا وقعت الثلاث لا يقع والفتوى على هذا.

[مسألة] الجامع: لو قال لامرأته: أنت طالق إلا أن يشاء فلان غير ذلك أو إلا أن يرى فلان أو يحب أو يبذوا له غير ذلك كان على مجلس علم فلان ولو قال: إلا أن أشاء أو أرى أو غير ذلك فهو على الأبد إلا أن يموت؛ لأن كلمة إلا أن متى دخلت على ما يقبل التوقيت كان غاية ومتى دخلت على ما لا يتوقت جعل مجازا عن الشرط؛ لأن في الشرط معنى الغاية؛ فإن المعلق بالشرط لا يبقى بعد وجود الشرط كالمضروب له الغاية لا يبقى بعد وجود الغاية، وهنا دخلت على ما لا يتوقت، وهو الطلاق المنجز فجعل مجازا عن الشرط فكأنه قال: أنت طالق إن لم يشأ فلان غير ذلك فيكون هذا تمليكا في حق غيره معنى فيقتصر جوابه على المجلس، وفي حق نفسه لا يكون تمليكا؛ لأن التمليك من نفسه لا يصح؛ لأنه مالك فيعتبر شرطا محضا وهذا كله بلسانه يعتبر دون قلبه؛ لأنه لا يعلم ما في القلب فيتعلق بالخبر عنه.

باب الخيار

- (1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 356؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 403.
(2) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 113؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 402، نقلا عن فتاوى قاضي خان.
(3) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 113؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 402، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

المبسوط: فيه فصول، فصل في شرعية الخيار ووقته، وفصل فيما يبطل الخيار وما لا يبطله، وفصل في كيفية وقوع الطلاق به، وفصل في الخيار المؤقت، وفصل في تكرار لفظة الاختيار.

فصل في شرعية الخيار ووقته

ومن خير امرأته فلها الخيار في مجلسها؛ فإن قامت فلا خيار لها⁽¹⁾ استحسانا لا قياسا؛ لأن قوله: اختاري يتضمن شيئين تعليق طلاق باختيارها، وتمليك التعليق لا يقتصر على المجلس وكذلك هذا التمليك؛ لأن تمليك الطلاق كما يصح في المجلس يصح مضافا إلى ما بعد المجلس بخلاف غيرها من التمليكات لا يصح مضافا إلى ما بعد المجلس إلا أنا تركنا القياس بإجماع الصحابة - رضوان الله عليهم -؛ لأنه أجمعت الصحابة على أن لها الخيار مادامت في المجلس⁽²⁾ لا ما بعده فالتحق هذا التمليك بسائر التمليكات؛ ولأن هذا تمليك الطلاق منها شرعا وليس بإنابة لها؛ لأن النائب من عمل لغيره، وهي في رفع اليد عاملة لنفسها لا لغيرها وجواب التمليك يقتصر على المجلس إلا أن هذا التمليك يتضمن تعليقا فباختبار التعليق تصح إضافته إلى ما بعد المجلس وباعتبار التمليك يقتصر جوابه على المجلس عملا بالمعنيين جميعا، ولو خيرها فلم تسمع أو كانت غائبة فلها الخيار في مجلس علمها؛ لأن التمليك لا يصح قبل العلم المملك له، ولو قال الزوج: علمت في مجلس القول وأنكرت المرأة؛ فالقول لها؛ لأنها منكرة⁽³⁾، ولو اختارت زوجها فهي امرأته وإن اختارت نفسها يقع واحدة بآئنة إن نوى الزوج الطلاق وإن لم ينو صدق مع يمينه إلا في حال ذكر الطلاق أو الغضب⁽⁴⁾؛ لأن هذا اللفظ يحتمل الطلاق

(1) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 587.

(2) قول المؤلف (لأنه أجمعت الصحابة) غير مسلم إذ لم أجد من نقل الإجماع غير المؤلف وقد روى محمد بن الحسن هذه المسألة عن عدد من الصحابة وهم (عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر بن عبد الله وجابر بن زيد) ولم يذكر قول غيرهم فلا يُعلم هل وافق قولهم قول من ذكرهم محمد بن الحسن أم لا، إلا إن كان قصد المؤلف بلفظ الإجماع أن هذا قول أكثر الصحابة، ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 587؛ =

= المبسوط، السرخسي، 6: 378.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 336، نقلا عن المحيط الرضوي؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 388، نقلا عن المحيط الرضوي.

(4) وقال سيدنا علي بن أبي طالب تقع طلاق رجعية، ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 380؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 8: 520.

ويحتمل غيره فإنه يحتمل اختاري زوجك أو نفقتك ونحوه ولا يتعين للطلاق إلا بالنية أو دلالة الحال ولا يقع الثلاث وإن نوى؛ لأنه من جملة الكنايات.

فصل فيما يبطل الخيار وما لا يبطله

أصله أن الخيار إنما يبطل بالإعراض عن الجواب نصاً أو دلالة؛ لأن التنجيز التحق بسائر التمليكات وجواب سائر التمليكات يبطل بتبدل المجلس أو بالإعراض عنه فكذا هذا، ولو قامت غير قعود بطل خيارها وإن قعدت عن قيام لا يبطل؛ لأن القيام يفرق الذهن والرأي، فكان إعراضاً عنه والقعود يفر عنه ويجتمع الرأي؛ لأنه الاستراحة، وهي سبب لاستحضار زيادة الرأي والخيار يحتاج فيه إلى الرأي؛ فلم يكن القعود إعراضاً عنه، ولو كانت قاعدة فاتكأت أو متكية فقعدت، أو سبحت، أو قرأت شيئاً قليلاً أو لبست ثوباً، أو شربت ما أكلت شيئاً يسيراً أو قالت: ادعوا من أسئسئره أو شهوداً أشهدهم لم يبطل خيارها⁽¹⁾؛ لأن ما صدر عنها من الفعل والقول لا يدل على الإعراض؛ لأن الإتكاء دليل استجماع الرأي؛ لأن المستجمع للرأي يتكئ مرة ويقعد أخرى والتسبيح قد يفعل للإستخارة إلا إذا طال وشرب الماء عرفاً وعادة يوجد في مجلس الرأي والتدبير، ولبس الثياب لتستر نفسها عن الزوج يحتاج إليه في الفرقة، والأمر بإحضار الشهود يحتاج إليه في الفرقة للتوثيق، وإن لم تجد أحداً يدعوا بالشهود فقامت لتدعوا بالشهود ولم تتحول عن مكانها لم يبطل خيارها؛ لأنها مضطرة في القيام للاستيثاق وإن تحولت قيل: لا يبطل؛ لأن بطلان الخيار معلق بالإعراض عما فوض إليها نصاً أو دلالة لا يتبدل المجلس، وقيل يبطل؛ لأن الخيار يبطل بتبدل المجلس وإن كانت معذورة فيه ألا ترى أن محمداً قال: لو أخذها الزوج بيده وأقامها عن مجلس الخيار يبطل خيارها، وإن لم يوجد منها دليل الإعراض⁽²⁾ فإنها كانت مكرهة على التحول وهذا؛ لأن التخيير التحق بالتمليك وجواب سائر

ج هـ

اللوحة

344

(1) وما ذكره المؤلف إحدى الروايتين في مذهب الحنفية، وفي الرواية الأخرى يبطل خيارها؛ لأن الاتكاء بمنزلة الاضطجاع، ينظر: الجامع الصغير، 208، المبسوط، السرخسي، 6: 379؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3:

114 الاختيار، ابن مودود، 3: 149.

(2) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 149.

التعليقات يبطل بتبدل المجلس وإن كان بعذر، ولو أكلت طعاما كثيرا أو امتشطت أو اغتسلت، أو جامعها زوجها، وأقامها بيده بطل خيارها⁽¹⁾؛ لأن هذه الأعمال لا تقام في مجلس الرأي والتدبير؛ فالاشتغال بها دلالة الإعراض وأكل لقمة أو لقمتين مما لا يتبدل به المجلس، ولا يدل على الإعراض فلم يبطل به الخيار بخلاف سجدة التلاوة؛ لأن وجوب سجدة أخرى بالتلاوة معلق بتبدل المجلس بدليل الإعراض لا يتبدل المجلس وإن كانت قاعدة فاضجت بطل خيارها⁽²⁾، وروي عن أبي يوسف أنها على خيارها⁽³⁾؛ لأنه عمل يحتاج إليه في الخيار؛ لأنه سبب استحضار زيادة الرأي كالقعود لما فيه زيادة الرأي؛ لأنه سبب الاستراحة وفي الاضجاع زيادة استراحة فيكون دليل الإقبال عليه لا دليل الإعراض عنه، وجه ظاهر الرواية أن الإضجاع عمل لا يحتاج إليه في الخيار؛ لأنه سبب للنوم وبالنوم يزول الرأي فيه يقل، والسفينة كالبيت؛ لأن سير السفينة غير مضاف إلى ركبها بل بالماء والريح فلم يتبدل المجلس، ولو كانت على دابة تسير أو كانا في محمل فوقفت لم يبطل خيارها؛ فإن سارت بطل إلا أن يختار مع سكوته⁽⁴⁾؛ لأن سير الدابة مضاف إلى ركبها تسير بسيرها وتقف بإيقافها، وتعدوا بركضها فصار كمشيئتها بعد التخيير فيتبدل المجلس فيدل على الإعراض عن الجواب إلا أن يجيب مع سكوته؛ لأنه لا يمكنها الجواب بأسرع من هذا؛ فلم يوجد تبدل المجلس حكما؛ لأن إيجاد إنما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب، وقد وجد الاتصال، ولو كانت في مكتوبة أو وتر فأتمت فلها الخيار⁽⁵⁾؛ لأنه لا يحل لها قطعها قبل التمام فكانت مضطرة في إتمامها فلم تكن دلالة الإعراض وكذا في التطوع إذا أتمت ركعتين وإن أتمت أربعا بطل الخيار⁽⁶⁾؛ لأنه يحل لها القطع على الركعتين؛ فالشروع في الشفع الثاني دلالة الإعراض، وعن محمد في الأربع قبل الظهر لو أتمها أربعا لا يبطل خيارها وهو

(1) ينظر: الأصل، محمد بن الحسن، 5: 589.

(2) وماذكره المؤلف هو قول زفر، ينظر: عيون المسائل، أبو الليث، 115؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 149.

(3) ينظر: عيون المسائل، أبو الليث، 115.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، 3: 493؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 140؛ تبين الحقائق، الزليعي، 2: 224؛ النهر الفائق، ابن نجيم، 2: 374.

(5) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 149.

(6) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 149.

الصحيح؛ لأنها شرعت بتحريمه واحدة فقطعها قبل التمام يكون مكروها فالتحق بالفرض.

فصل في كيفية وقوع الطلاق به

أصله أنه لا بد من ذكر النفس أو التظليقة أو الاختيار في أحد الكلامين لوقوع الطلاق⁽¹⁾ بأن قال الزوج: اختاري نفسك أو اختاري تظليقة، أو اختيارة، أو تقول المرأة اخترت نفسي أو تظليقة أو اختيارة⁽²⁾، إذا قال الزوج: اختاري؛ فأما إذا قال لها: اختاري، فقالت: اخترت لا يقع⁽³⁾؛ لأن الاختيار محتمل معاني جملة فلا بد له من تفسير وهو إضافة الاختيار إلى نفسها ونحو ذلك؛ لأن الاختيار ينبي عن الصفة والخلوص يقال: اخترتك من بين الناس؛ أي: اصطفيتك وأخلصتك فاختيارها نفسها يقتضي خلوص نفسها لها وإن تخلص إلا بوقوع طلاقة بائنة و الاختيارة عبارة عن الأفراد والاتحاد وذلك دلالة على الطلاق واختيارها نفسها؛ لأنه هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى فأما اختيارها زوجها فلا فإن كان كلامها مفسرا فالعامل لفظها فيكفي للوقوع، وإن كان كلامه مفسرا فكلامها خرج جوابا والجواب يتضمن ما في الخطاب فصار مفسرا به أيضا، ولو قال: اختاري، فقالت: طلقت نفسي تقع بائنة⁽⁴⁾؛ لأن تخيير الزوج يضمن طلاقا يعني اختاري الطلاق، فكان قولها: طلقت نفسي جوابا لما تضمنه أمر الزوج، ولو قال: طلقي واختارت لا يقع خلافا لزفر⁽⁵⁾؛ لأن الإختيار ليس من ألفاظ الطلاق وضعا؛ لأنه للطلب لغة، والطلب ليس بإيقاع حقيقة ولا حكما فإنه لو قال لامرأته: اخترتك ونوى به الطلاق لم يقع، وإنما جعل اختيارها نفسها طلاقا بإجماع الصحابة إذا كان بناء على تخيير صدر من الزوج؛ فإذا وجد عقيب التخيير كان طلاقا وإلا فلا، ولو قال لها: طلقي نفسك فقالت: قد أبنت نفسي طلقت⁽⁶⁾؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق وضعا وحكما فصارت موافقة للتفويض في

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 150.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 388، نقلا عن غاية السروجي.

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 388، نقلا عن غاية السروجي.

(4) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 192؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 505.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 354؛ الهداية، 1: 240؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 97؛ البحر =

الرائق، ابن نجيم، 3: 349؛ الدر المختار، 3: 332.

(6) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 124.

الأصل مخالفة في الوصف فوقعت واحدة رجعية؛ لأنه أمرها باختيارها نفسها بتطبيقه؛ فكأنه قال لها خلصي نفسك بتطبيقه، والتطبيقه معقبة الرجعة، ولو قال: اختاري تطبيقتين فاخترت واحدة يقع⁽¹⁾؛ لأنه بمنزلة قولك: طلقي نفسك تطبيقتين فطلقت واحدة، ولو قال لها: اختاري نفسك، فقالت: أنا أختار وقعت واحدة استحساناً⁽²⁾؛ لأن لفظه الاستقبال قد تستعمل للحال عرفاً في موضع الحكاية كقوله: أشهد أن لا إله إلا الله، وكقوله: أشهد بين يدي القاضي، ويراد به التحقيق للحال؛ لأنه حكاية عن أمر قائم وهنا موضع الحكاية؛ لأن الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عنه فتعين للحال والجواب ضرورة، ولو قال: اختاري فقالت: اخترت نفسي لابل زوجي يقع⁽³⁾، ولو قالت: اخترت زوجي بل نفسي لم يقع⁽⁴⁾؛ لأنها لما اختارت نفسها أولاً فقد بان أن يصح رجوعها عنه من بعد وإذا اختارت زوجها أولاً خرج الأمر من يدها فلا يصح اختيارها من بعد، ولو قالت: اخترت نفسي، أو زوجي لم يقع وخرج الأمر من يدها⁽⁵⁾؛ لأن أو للتخيير أو التشكيك فتعذر أن يجعل اختيارها نفسها إيقاعاً فبطل خيارها، وإن قالت: اخترت نفسي، وزوجي طلقت؛ لأنه صح اختيارها نفسها فبان أن عطف اختيار الزوج عليه فلم يصح العطف؛ لأن حكمه يصاد الأول، ولو قال اختاري: ثم قال الزوج: لك ألف على أن تختاري فاخترته بطل الخيار ولا يجب المال؛ لأنها تركت حق الملك، ولا يجوز الاعتياض عن ترك حق التملك كما لا يجوز عن ترك حق الشفعة وخيار الشرط، ولو قال: اختاري إن شئت، فقالت: اخترت نفسي يقع⁽⁶⁾؛ لأنه بمنزلة طلقي نفسك إن شئت وقد شاءته لما اختارت طائعة إذ الاختيار مشيئة لامحالة، ولو قال: أنت طالق إن شئت واختاري، فقالت: شئت واخترت يقع طلاقاً أحدهما: بالمشيئة، والآخر:

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 390؛ وينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 392؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 341.

(2) ينظر: الهداية، 1: 336؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 338.

(3) وهذا قول أبي حنيفة، وقال محمد: لا يقع، ينظر: التنف، السخدي، 365؛ المبسوط، السرخسي، 6: 395؛ شرح فتح القدير، ابن الهمام، 4: 80؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 151؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 342.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 395؛ الجوهرة النيرة، الحدادي، 2: 46.

(5) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 397؛ شرح فتح القدير، 4: 80؛ الاختيار، ابن مودود، 3: 151؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 336.

(6) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 388؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 341.

بالخيار⁽¹⁾؛ لأنه فوض إليها طلاقان أحدهما صريح والآخر كناية والكناية حال ذكر الصريح لا يفتقر إلى النية، ولو قال لرجل: خير امرأتي فما لم يكن يخيرها لم يكن الخيار إليها⁽²⁾؛ لأنه لا يملك اختيارها الأزواج ولا ينتقل إلى بيت الأبوين إلا بعد وقوع الفرقة؛ فدل ذلك على التخيير في الفرقة فصار كناية عنها، وقوله وزوجك محمول على أنه كان لها زوج قبله فخيرها فيه، ولو قال: اختاري قومك أو ذا رحم محرم منك لا يقع، وإن اختارت نفسها⁽³⁾؛ لأنها بعد وقوع الفرقة ينتقل إلى بيت الأبوين لا إلى بيت سائر الأقارب فلم يصح اختيارها سائر الأقارب كناية عن الفرقة فقد جعل محمد الأهل اسماً للأبوين والقوم اسماً لسائر الأقارب وقوله حجة في اللغة؛ لأنه من أرباب اللغة.

فصل في الخيار المؤقت

ولو قال: اختاري اليوم فلها الخيار في اليوم كله ويبطل بمضيه وإن لم يعلم⁽⁴⁾؛ لأنه أثبت لها خياراً مؤقتاً فيتوقت باليوم، ولا يتقدر بالمجلس والاختيار مما يمتد فحمل اسم اليوم على بياض النهار دون التوت والحمل لا يكون عذراً في مثل هذا فيبطل، ولو قال لها: اختاري رأس الشهر فلها الخيار في الليلة الأولى، واليوم الأول من الشهر⁽⁵⁾؛ لأن رأس الشهر هو الطرف الأول منه والشهر يشتمل على الأيام والليالي فيتناول اسم الرأس الليلة الأولى، واليوم الأول منه، ولو قال: اختاري إذا قدم فلان أو إذا أهل الهلال فلها الخيار ساعة يقدم أو يهَلَّ في المجلس⁽⁶⁾؛ لأن المعلق بالمعلق لا يترك مالم يوجد الشرط إلا إذا لم يعلم ففي مجلس العلم؛ لأن

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 322؛ وينظر: الدر المختار، الحصكفي، 3: 323.
(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 390، نقلاً عن المحيط الرضوي المبسوط، السرخسي، 6: 389؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 341؛ الدر المختار، 3: 323.
(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 338.
(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 394؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 390، نقلاً عن السراج الوهاج.
(5) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 336.
(6) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 336.

الخيار المطلق لتقيد مجلس العلم، ولو قال: اختاري اليوم واختاري غدا فردت في اليوم لا تبطل في الغد⁽¹⁾؛ لأنه أثبت لها خيارين في وقتين متتاسبين، وقد ردت أحدهما فارتد ولقي الآخر، ولو قال: اختاري في اليوم وغدا فردت في اليوم يبطل أصلاً؛ لأنه أثبت لها خياراً واحداً في وقتين؛ لأن اللفظ واحد فيفيد خياراً واحداً فيبطل أصلاً برده.

فصل في تكرار لفظة الاختيار

ولو قال: اختاري، ثم اختاري، ثم اختاري فاخترت نفسها يقع الثلاث⁽²⁾؛ لأن قوله اختاري يملك نصاً تعليقاً اقتضاء فتكون العبرة للتمليك لا للتعليق والقبول الواحد يكفي لتمليكات جملة أم مرتبة كما لو قال: بعثك هذا، ووهبتك هذا وأجرتك هذا وقال قبلت كان جواباً للكل، ولو اختارت نفسها بالأولى قبل أن يتكلم بالثانية والثالثة بانتهى بالأولى بالواحدة لا غير⁽³⁾؛ لأنه صار جواباً بالأولى وحدها، ولو قال: اختاري اختاري اختاري فاخترت نفسها؛ فقال: نويت بالأولى الطلاق وبالأخرتين التأكيد لا يصدق قضاء⁽⁴⁾؛ لأنه لما أراد بالأولى الطلاق كان ذكر كناية الطلاق حال مذاكرة الطلاق فيكون طلاقاً ظاهراً، ولو قال: اختاري اختاري اختاري، فقالت: اخترت مرة واختياراً وقع ثلاثاً⁽⁵⁾؛ لأن الاختيار مصدر قوله: اخترت، وبه يقع الثلاث أو إن اختارت مرة؛ لأنه يصلح جواباً للكل فكذا هذا، وإن قالت: اخترت الأولى أو الوسطى وقع الثلاث عند أبي حنيفة، وعندهما يقع واحدة⁽⁶⁾؛ لأن كل اختيار يقتضي اختياره ويتضمن طلاقاً فصرنا قوله: الأولى أو الوسطى إلى الطلاق

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 394.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 394؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 503، وقال ابن مازة عقب هذه المسألة (ولو قال لها اختاري ثم اختاري ثم اختاري فاخترت نفسها، ذكر محمد - رحمه الله - أنها تطلق ثلاثاً؛ واختلف المشايخ فيه: منهم من قال إن المسألة مؤولة، تأويلها: أنه قال لها: اختاري وسكت، ثم قال: اختاري وسكت، ثم قال: اختاري وسكت، فقالت: اخترت نفسي، لاتقع إلا الأولى، ويتوقف وقوع الثانية والثالثة على قولها: اخترت ثانياً وثالثاً).

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 385.

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 385.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 120.

(6) ينظر: الجامع الصغير وشرحه، محمد بن الحسن، 204.

لئلا يلغوا ذكرهما؛ لأن الطلاق متعدد والاختيارية متحدة؛ لأنها لا تختار نفسها إلا مرة؛ ولهذا لو قالت: اخترت اختيارية واحدة يقع الثلاث.

له أن الكناية تنصرف إلى المذكور أو إلى ما هو مقتضى المذكور لغة فالاختيارية ثابتة مقتضى قوله اختاري لغة، والطلاق غير مذكور شرعا، ولا ثابت مقتضى المذكور لغة بل هو حكم يثبت بالاختيار شرعا لا لغة فكان صرفُ الأولى أو الوسطى إلى الاختيارية أولى والاختيارية متعددة لفظا متحدة حكما فلغى ذكر الأولى والوسطى شرعا فبقي قولها اخترت وبه يقع الثلاث أو صار كأنها قالت اخترت اختيارية الأولى وبه يقع الثلاث أو صار كأنها قالت: اخترت اختيارية الأولى وبه يقع الثلاث فكذا هذا.

الجامع: مسأله على قسمين: أحدهما: لو كرر لها الاختيار بغير حرف العطف، والثاني: إذا كرره بحرف العطف.

أما الأول: لو قال لامرأته: اختاري اختاري اختاري بألف ينوي الطلاق، فقالت: اخترت نفسي، وقالت: اخترت بواحدة يقع ثلاثا ولزمها الألف⁽¹⁾؛ لأنها أتت بجواب الكل؛ لأن قولها واحدة وصف الاختيارية الثانية مقتضى قولها اخترت فيجوز أن يقوم مقام الاختيارية؛ أي: اخترت اختيارية واحدة كما يقال: ضربته وجيعا أي ضربا وجيعا وكذلك لو قالت: بالأولى أو الوسطى أو الأخيرة عند أبي حنيفة – رحمه الله – وعندهما إن اختارت الأولى أو الوسطى يقع واحدة مجانا وإن اختارت الأخيرة يقع بألف لما مر من قبل⁽²⁾، فإن قالت: اخترت نفسي بتطليقة أو طلقت نفسي بواحدة تطلق واحدة إجماعا⁽³⁾؛ لأنها تصب على التطليقة وهي متعددة فلا يكون جوابا عن الكل، فإن قالت: عنيت الأولى أو الثالثة لا يلزمها المال وإن قالت:

(1) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 184؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 504، نقلا عن الجامع الكبير؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 340، نقلا عن الجامع الكبير.

(2) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 184؛ المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 505.

(3) الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 184؛ الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 203؛ الهداية، المرغيناني، 1: 245، وقال محمد أن الطلقة تقع واحدة لأرجعة فيها ووافقه الكاساني والزليعي وغلط الزليعي من قال أنها

تقع رجعية ينظر: الجامع الصغير، محمد بن الحسن، 203؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 118؛ تبيين الحقائق، الزليعي، 6: 311.

عنيت الأخيرة لزمها المال⁽¹⁾؛ لأنه ذكر التخييرات مقطوعة غير معطوفة فينصرف
البدل إلى الأخيرة كما في الاستثناء.

وأما القسم الثاني: لو قال: اختاري، واختاري، واختاري بألف، فقالت: اخترت
نفسي أو قالت: بوحدة يقع ثلاثا بألف وكذلك إن قالت بالأولى أو الوسطى أو
الأخيرة عند أبي حنيفة⁽²⁾؛ لأن الثلاث يقع به عنده ولغى الأولى أو الوسطى لما بينا
وعندهما لا يقع شيء؛ لأنها مأمورة بإيقاع الثلاث بألف وقد أوقعت واحدة فلا يقع
كما لو قال لها: طلقي نفسك ثلاثا بألف طلقت واحدة، ولو قالت: اخترت تطليقة أو
طلقت نفسي واحدة لم يقع شيء إجماعاً⁽³⁾ لما قالوا.

باب من جعل أمر امرأته بيدها مطلقاً

فيه فصلان: فصل في جعل الأمر بيد امرأته، وفصل في جعل الأمر بيد
غيرها.

فصل في جعل الأمر بيد امرأته

ولو قال لامرأته: أمرك بيدك فحكمه حكم قوله: اختاري إلا في خصلة إذا نوى
بالأمر باليد الثلاث يقعن⁽⁴⁾ بخلاف الخيار؛ لأن الأمر باليد ينبى عن التمليك وضعا
بصفة العموم لقوله تعالى ﴿وَالْأَمْرُ يُؤَمَّرُ لِلَّهِ﴾⁽⁵⁾ معناه الأمر يوم القيامة مملوك لله؛
ولأن الأمر اسم جنس فيحتمل العموم والخصوص؛ فإذا نوى بها الثلاث فقد ملكها
جميع ما يملكه فصحت نية العموم والخصوص؛ فإذا نوى به الثلاث فقد ملكها
الطلاق وضعا ولا حكما وإنما جعلنا تمليكا شرعا لا قياسا، والإجماع انعقد في

(1) ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 184.

(2) ولا يقع عليها شيء في قول أبي يوسف ومحمد، ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 184؛
بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 121؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 390، نقلا عن الكافي.

(3) أي بإجماع أبي حنيفة وصاحبيه، ينظر: الجامع الكبير، محمد بن الحسن، 184.

(4) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 151.

(5) سورة الانفطار، من الآية: 19.

المطلقة الواحدة لا غير⁽¹⁾، وعن أبي يوسف فيمن جعل أمر امرأته بيدها وهي لا تعلم أن الأمر بيدها في مجلس علمها؛ لأن التمليك لا يصح إلا بالقبول ولا قبول منها قبل العلم، عن محمد - رحمه الله - لو قال: ثلاث مرات أمرك بيدك كانت ثلاثا، ولو قال: في يدك [فهي واحدة ولو قال لامرأته: أنت طالق، وأمرك بيدك]⁽²⁾ لم تطلق حتى تختار نفسها في مجلسها فحينئذ يخير الزوج إن شاء أوقع بتطبيقه، وإن شاء أوقع باختيارها، ولو قال: إن دخلت الدار فأمرك بيدك فإن طلقت نفسها كما وضعت القدم فيها طلقت بعدما خرج الأمر من يدها، ولو قال لامرأته: أمري بيدك فاخترت نفسها قيل: لا يقع والأصح أنه يقع⁽³⁾؛ لأن هذا أبلغ ففي التفويض إليها من قوله أمرك بيدك، ولو قال: أمرك بثلاث تطبيقات بيدك إن أبرأنتي عن مهرك؛ فقالت: وكلتني حتى أطلق نفسي فقال: أنت وكلتني لتطلقني نفسك فإن أبرأته عن المهر أولا ثم طلقت في المجلس يقع وإن لم تبرئ لا يقع⁽⁴⁾؛ لأن التوكيل كان بشرط أن تبرئه من المهر، ولو قالت لزوجها تركت مهري عليك على أن جعلت أمري بيدي ففعل ذلك فمهرها قائم ما لم تطلق نفسها⁽⁵⁾؛ لأنه جعل المهر عوضا عن الأمر باليد وهذا لا يصلح عوضا؛ لأن الأمر باليد تمليك للطلاق والمهر يصلح عوضا؛ لأن الأمر باليد تمليك للطلاق والمهر يصلح عوضا عن الطلاق لا عن تمليكه، ولو جعل أمر امرأته بيدها فقالت للزوج: أنت علي حرام وأنا عليك حرام أو بائن أو أنت مني بائن [يقع]⁽⁶⁾، ولو قالت: أنت بائن أو حرام ولم نقل مني لا يقع⁽⁷⁾؛ لأنه قل الاستعمال فلم تثبت الإضافة عرفا وكذا لو قالت: طلقت ولم تقل نفسي لا يقع

(1) ينظر: الاختيار، ابن مودود، 3: 149.

(2) ساقط من: ع.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 471، 472.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 402.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 402؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 4: 121؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 6: 199.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 391؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 473؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 4: 74؛ وما بين معقوفتين ساقط من: ع.

(7) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 473.

كما في الخيار لو اخترت لا يقع⁽¹⁾، ولو قالت: عنيت نفسي إن كانت في المجلس تصدق؛ لأنها تملك الإنشاء وإلا فلا⁽²⁾.

فصل

ولو جعل أمر امرأته بيد صبي، أو مجنون فذلك إليه مادام في المجلس؛ لأن هذا تملك في ضمنه تعليق فإن لم يصح باعتبار التملك يصح باعتبار معنى التعليق فصحناه باعتبار التعليق؛ فكأنه قال: إن قال لك المجنون: أنت طالق، فأنت طالق وباعتبار معنى التملك يقتصر على المجلس عملاً بالشبهين⁽³⁾ حظهما، ولو جعل الأمر بيد رجلين فطلق أحدهما، وأبى الآخر لم يقع خلافاً لزفر⁽⁴⁾.

له أنه فوض الإيقاع إليهما بغير بدل فصار كما لو قال لهما طلقا امرأتي فطلق أحدهما يقع.

لنا أنه ما قصر الأمر على الإيقاع بل طلب الرأي منهما بين الإيقاع والترك، وهذا يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير؛ لأنه لا يدري المصلحة في الإيقاع والترك إلا بالرأي والتدبير وهو إنما رضي برأيهما لا برأي أحدهما فصار كما لو أمرهما بالخلع بخلاف مالهو أمرهما بالطلاق؛ لأنه قصر الأمر على الإيقاع وأنه لا يحتاج فيه إلا إلى الرأي والتدبير فيملكه كل واحد بانفراده.

النوادر: عن أبي حنيفة – رحمه الله – لو كان له امرأتان فقال أمركما بأيديكما لم تطلق واحدة منهما إلا باجتماعهما⁽⁵⁾، ولو قال لامرأته: أمرك بيدك وأمر امرأتي هذه بيدك وأمر امرأتي هذه بيدك فطلقت فلانة، ثم طلقت نفسها وقع⁽⁶⁾؛ لأن الأول لم يتبدل المجلس ولم يوجد منهما الرد، ولو قال لها: أمر نسائي بيدك أو طلقتي

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 342.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 342.

(3) البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 358، نقلاً عن المحيط الرضوي وأردفه بقوله (لكن في الخانية قال: رجل فوض طلاق امرأته إلى صبي قال في الأصل: إن كان ممن يعبر بجوز، ومفهومه أنه إذا كان لا يعبر لايجوز ولا مخالفة بين مافي المحيط وما فيها؛ لأن الصبي الذي لا يعقل يشترط أن يكون ممن يتكلم ليصح أن يوقع الطلاق عليها ولا يلزم من التعبير العقل كما لا يخفى)

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 3: 634، نقلاً عن النهاية ونقل الرأي القائل بجواز هذا النوع من الطلاق موافقاً لزفر.

(5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 394.

(6) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 394.

أي نسائي شئت فليس لها أن تطلق نفسها⁽¹⁾؛ لأنه فوض أمر نسائه المنكر إليها وهي معروفة في هذا التفويض فلا يدخل تحته؛ لأن المعرفة لا تدخل تحت النكرة، ولو قال لها: إن شئت فنسائي طوالق فشاعت طلقت هي أيضا؛ لأنها معرفة في الشرط فجاز أن يدخل تحت الجزاء، عبد قال لمولاه: زوجني أمتك هذه على أن أمرها بيدك فزوجها لم يصر الأمر بيده⁽²⁾؛ لأنه فوض الأمر إليه قبل النكاح وإن بنى المولى فقال: زوجتها منك على أن أمرها بيدي فقبل العبد صار الأمر بيده⁽³⁾؛ لأنه صار كأن العبد قال: قبلت النكاح على أن أمرها بيدك فيكون التفويض بعد النكاح، نظيره لو تزوج امرأة على أنها طالق، أو على أن أمرها بيدها لا يقع الطلاق ولا يصير الأمر بيدها، ولو قالت المرأة: زوجت نفسي منك على أني طالق أو على أن أمري بيدي وقع وصار الأمر بيدها⁽⁴⁾، وهذه حيلة للمطلقة ثلاثا أن تحتاط وقت التحليل إذا خافت أن لا يطلقها المحلل فتقول زوجت نفسي منك على أن أمري حتى ينقطع طمع المحلل.

الجامع: أن حقائق الألفاظ بترك الاستعمال؛ لأنه أحق بالاعتبار من حقيقة الكلام؛ لأن أمور الناس مبنية على تعارفهم، ومن قال لآخر: امرأتي بيد الله ويدك كان الأمر في يده لو طلق يقع⁽⁵⁾؛ لأن يد الله تعالى تذكر في افتتاح الكلام للتبرك باسمه دون التملك منه؛ لأن التملك من الله تعالى لا يتصور، وكذلك الخلع والعتاق والإجارة والبيع إلا أن في البيع والإجارة لا يتقيد بالمجلس وفي الطلاق والعتاق يتقيد بالمجلس؛ لأن في البيع ونحوه لا ينفرد به المفوض ولا يملكه بنفسه إلا بقبول آخر فكيف يملكه من غيره فلغى معنى التملك فيه واعتبر توكيلا والوكالة لا تقتصر على المجلس وفي الطلاق والعتاق ينفرد به بلا قبول أحد فاعتبر تمليكا لا توكيلا، ولو قال: أمر امرأتي بيدي ويدك لم تطلق حتى يطلقها الزوج⁽⁶⁾؛ لأنه قصد بهذا أن لا يستبد بالتصرف ويتوقف التصرف على اختياره ومشيتته فصار معلقا بمشيتته،

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 394؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 473.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 9: 156، نقلا عن الخانية.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 87.

(4) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 87؛ البحر الرائق، 3: 343؛ رد المحتار، ابن عابدين، 3: 242.

(5) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 393، نقلا عن الكافي.

(6) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 481.

ولو قال: امرأتي طالق إن شاء الله وشئت أو بمشيئة الله، ومشيئتك لا يقع؛ لأن هذا تعليق بمشيئة الله تعالى والتعليق بمشيئة الله إعدام لما مر، ولو قال: طلق امرأتي أو بع عبدي بما شاء الله وشئت كان له أن يطلق أو يبيع بما شاء الله؛ لأن المشيئة هنا دخلت على البذل لا على الطلاق والبيع؛ لأن الباء تصحب الإبدال ومشيئة الله في البذل تستعمل عرفاً لتوسعة الأمر على الوكيل أي بعه بما قدر الله ويسر ورزق من المال، ولو قال: أمر امرأتي بيد فلان شهراً فهو على الشهر الذي يليه ويبطل بمضيه وإن لم يعلم فلان⁽¹⁾؛ لأن التفويض تمليك فيتوقت بالوقت المتصل به عرفاً كما في الإجارة ويأتي شرحه في الإيمان، ولو قال: إذا مضى هذا الشهر فأمرها بيد فلان فإذا مضى الشهر فأمرها بيدها في مجلس علمه، وإن علم بعد شهرين؛ لأن التفويض معلق بمضي الشهر والمعلق بالشهر يصير مرسلًا عند وجود الشرط ولو أرسل التفويض بعد مضي الشهر يقتصر على مجلس علمه فكذا هذا، ولو قال: امرأتي بيد فلان وفلان شهراً فمضى شهر خرج الأمر من أيديهما⁽²⁾؛ لأنه مده لما غاية فلم يدخل ما وراء الغاية فيه، ولو قال: أمر امرأتي بيد فلان وفلان إذا مضى إذا مضى شهر فمضى شهر ثم علم أحدهما فقام قبل الطلاق بطل الأمر، وإن طلق فهو موقوف حتى يعلم الآخر؛ فإن طلق في مجلس العلم يقع وإلا بطل؛ لأن التفويض بعد مضي الشهر صار مرسلًا، ولو أرسل كذلك فهو على ما وصفنا فكذا هذا والله أعلم.

باب من يجعل أمر امرأته بيدها مؤقتاً

[مسألة] ولو قال: أمرك بيدك يوماً أو شهراً أو سنة فلها الأمر في جميع الوقت ولا يبطل خيارها بالإعراض عن الجواب في المجلس وغيره ما بقي شيء من الوقت⁽³⁾؛ لأنه فوض الطلاق إليها في جميع ذلك الوقت والأمر مما يحتمل التأقيت

(1) ينظر: المحيط البرهاني، 4: 101؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 392، نقلاً عن الكافي.

(2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 396، نقلاً عن المحيط الرضوي؛ وينظر: المحيط البرهاني، 4: 102.

(3) ينظر: تحفة الفقهاء، 2: 189؛ بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 115؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 392.

فتأقت بخلاف مالو قال لامرأته: أنت طالق إلى سنة حيث يقع بعد السنة⁽¹⁾؛ لأن الطلاق إذا وقع لا يحتمل التأقيت فجعل إضافة إلى ما بعد السنة، ولو لم يعلم بالوقت حتى مضى بطل خيارها؛ لأنه أثبت الخيار في زمان مقدر فينتهي بانتهاء الوقت إذ لو بقي لزيد على مقدار الوقت وفي الأمر باليد مطلقا يتوقف على مجلس العلم ويشترط علمها بذلك؛ لأن ما قدره بالوقت، ولو اختارت زوجها في أول اليوم أو في أول الشهر ذكر في المبسوط أنه يبطل خيارها⁽²⁾ ولم يذكر خلافا في بعض رواياته أنه لا يبطل خيارها عند أبي حنيفة، وعندهما يبطل، وكذلك لو قال: أمرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد فردت في اليوم، فعلى هذا الخلاف، وكذلك على هذا الخلاف لو قال: أمرك بيدك كلما شئت ومتى شئت، وإذا شئت.

لهما أن هذا تمليك واحد وليس بتعليق نصا والتمليك يبطل برد واحد كما لو لم تذكر له الوقت.

له أن هذا تمليك نصا تعليق معنى وضمنا فمتى ذكر له وقتا تعذر اعتباره تمليكا؛ لأن التمليك لا يصح مؤقتا ولا يصح إلا في المجلس فاعتبرناه تعليقا؛ لأن التعليق يصح في المجلس وبعده ومتى كانت العبرة للتعليق متى ذكر له وقتا لا يبطل بردها مابقي الوقت كما في قوله إذا شئت ومتى شئت فأنت طالق؛ فقالت: لا أشاء لا تبطل مشيئتها بخلاف مالو لم يذكر وقتا؛ لأنه أمكن تصحيحه باعتبار التمليك فاعتبرنا تمليكا والتمليك يبطل برد واحد، ولو ردت الأمر في أول الشهر ثم أرادت أن تختار نفسها فلها ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -؛ لأنه جعل إليها الخيار في جميع المدة باختيارها لزوجها في اليوم إبطال الخيار فيه فلا يوجب بطلان الخيار في يوم آخر في ذلك الوقت كما إذا عرضت عن الجواب في يوم أو اشتغلت بأمر كثير يبطل خيارها في ذلك اليوم لافي باقي المدة؛ فكذا هذا، وقال يخرج الأمر من يدها في الشهر كله؛ لأن هذا تمليك واحد في الشهر فيبطل بمرّة كتمليك البيع وكذلك الخلاف في قوله أمرك بيدك كلما شئت وإذا شئت ومتى شئت،

(1) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 471؛ البحر الرائق، 9: 446.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي، 6: 390؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 189.

وقالوا أيضا أن الخلاف على عكس هذا⁽¹⁾، ولو قال: أمرك بيدك اليوم وغدا وبعد غدا فردت في اليوم ارتد كله⁽²⁾؛ لأن الأمر متحد ممتد إلى ثلاثة أيام؛ لأن تخلل الليلة لا تجعلها مدتين؛ لأن القوم يجلسون للمشورة فيجمعهم الليل ولا ينقطع به مشورتهم وذكر في عيون المسائل لها أن تختار في الغد⁽³⁾؛ لأنه جعل الأمر في يدها في وقتين منفصلين فكانا أمرين والصحيح هو الأول، ولو قال: اليوم، وبعد غد فردت اليوم فلها بعد غد خلافا لزفر⁽⁴⁾.

له أن هذا أمر متحد صيغة فيرتد بالردة مرة.

لنا أنهما أمران؛ لأنه أضاف الأمر إلى وقتين متباينين؛ لأنه تخلل بينهما وقت ليس فيه أمر وهو الغد فانقطع الأمر الأول بمجيء الغد، والأمر متى انقطع لا يعود إلا بتجديد الأمر فاقتضى ذكر ما بعد الغد معطوفا على اليوم أمرا جديدا ليصح العطف فصار كأنه قال: أمرك بيدك بعد الغد فردت أحدهما لا يبطل الآخر.

[مسألة] النوادر: عن أبي يوسف لو قال: أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا فهما أمران حتى لو ردت في اليوم فلها في الغد⁽⁵⁾؛ لأنه لما ذكر لكل وقت خبرا فقد عرفنا أنه لم يرد استدراك الوقتين في خبر الواحد، وعن محمد لو قال: أمرك بيدك اليوم فهو على اليوم كله⁽⁶⁾، ولو قال: في هذا اليوم فهو على مجلسها وهو صحيح موافق لقوله أنت طالق غدا وأنت طالق في الغد، ولو قال: أمرك بيدك إلى عشرة أيام فالأمر في يدها من هذا الوقت إلى مضي عشرة أيام⁽⁷⁾؛ لأن الأمر باليد يحتمل التأقيت فإن نوى الزوج أن الأمر بيدها بعد مضي العشرة صدق ديانة لا قضاء؛ لأنه نوى ما يحتمله [لكنه]⁽⁸⁾ خلاف الظاهر والله أعلم.

(1) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي، 2: 190؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 346؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 401، نقلا عن فتاوى قاضي خان.

(2) ينظر: بداية المبتدي، المرغيناني، 73؛ الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 392، نقلا عن الكافي.

(3) ينظر: عيون المسائل، أبو الليث، 1: 114.

(4) ينظر: عيون المسائل، أبو الليث، 114؛ بداية المبتدي، المرغيناني، 73، ولم يذكر في نقليهما قول زفر.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 3: 116؛ الهداية، 1: 228؛ تبیین الحقائق، الزيلعي، 6: 320.

(6) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 289.

(7) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 471.

(8) ساقط من: ع.

باب تكرار الأمر باليد أو يجمع بين الأمر باليد وبين الطلاق والاختيار

الزيادات: مسأله على فصول، فصل في تكرار الأمر باليد، وفصل في الجمع بينه وبين التطليق [والاختيار]⁽¹⁾، وفصل في الجمع بين الكل.

فصل في تكرار الأمر باليد

أصله أن من ذكر كلاما مبهما، فالقول له في بيانه إلا إذا دل الدليل على خلافه؛ لأن الإبهام جاء من جهته فعليه تفسيره وبيانه أما صريحا أو دليلا، ولو قال لها: أمرك بيدك، وأمرك بيدك أو قال: جعلت أمرك بيدك كانا تفويضين⁽²⁾؛ لأن الواو للعطف لا للجزاء والمسبب والمعطوف غير المعطوف عليه فيجعل الثاني تفويضا آخر كما قال: قد طلقتك، وأنت طالق طلقت طلقتين [أصله أن من ذكر كلاما مبهما فالقول له في بيانه إلا إذا دل الدليل على خلافه؛ لأن الإبهام جاء من جهته فعليه تفسيره وبيانه]⁽³⁾ وكذلك لو قال: أمرك بيدك فأمرك بيدك كانا تفويضين؛ لأن الفاء هنا بمعنى معنى الواو؛ لأنه لا يصلح تفسير⁽⁴⁾ إلا أنه مثله في الإيهام ولا يصلح تعليلا؛ لأنه لا يستقيم أن يقال أمرك بيدك؛ لأن أمرك بيدك فيجعل للعطف كما لو قال: أنت طالق فأنت طالق تقع ثنتان، ولو قال: جعلت أمرك بيدك فأمرك بيدك فهو تفويض واحد⁽⁵⁾؛ لأنه ذكره بحرف الفاء والفاء قد تدخل على على الجزاء والمسبب وهنا تصلح للجزاء والمسبب؛ لأن معناه صار الأمر بيدك يجعل الأمر بيدك كما لو قال: قد جعلتك طالقا فأنت طالق، أو قد طلقتك فأنت طالق طلقاً واحدة⁽⁶⁾ معناه أنت طالق بجعلي إياك طالقا.

فصل في الجمع بينه وبين التطليق [والاختيار]

- (1) ساقط من: ع.
- (2) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 394.
- (3) ساقط من: ع.
- (4) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 349.
- (5) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 394؛ وينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 349.
- (6) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 349.

ولو قال لها: أمرك بيدك فطلقى نفسك ثلاثا للسنة، أو فطلقى نفسك إذا جاء غد فاختارت نفسها طلقت ثلاثا للحال⁽¹⁾؛ لأن قوله: أمرك بيدك مبهم، وقوله: فطلقى نفسك ثلاثا يصلح تفسيراً له؛ لأن الأمر باليد يحتمل الثلاث لكن لا يحتمل التوقيت ولا التعليق؛ لأن المبهم مرسل والمعلق والمؤقت ضده ألا ترى أنه لو نوى ذلك فيه لم يصح فصح ما يحتمله وبطل ما لا يحتمله ولو قال: أمرك بيدك ثم قال: في فوره أو بعد السكوت ما يحبسك أن تطلقى نفسك أو قال: لم لا تطلقى نفسك ثلاثا فقالت قد اخترت نفسي وهي طالق ثلاثا؛ لأنه عاتبها على ترك الإيقاع ولا تستقيم المعاتبة إلا بعد تملك الإيقاع منها فكان تفسيراً لمبهم كلامه ظاهراً لكن يحتمل كلامه مبتدأً فصدق ديانة لا قضاء.

ج هـ

اللوحة

348

فصل في الجمع بين الكل

أصله أنه متى ذكر الكلمات بغير الواو يكون كل واحد تفويضا على حدة، وإن ذكر في آخرها تفسيراً يكون تفسيراً لما يليه دون ما قبله فإن ذكر الكلمات بالواو يكون كلام تفويضا على حدة؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه، فلا يكون أحدهما جواباً وتفسيراً للآخر، وإذا ذكر التفسير في آخرها يكون تفسيراً والجواب لا يكون إلا بالفاء؛ لأن الفاء للوصل والجواب ما يصل بالخطاب فهي ذكر الفاء في التفويض الثاني وإن كان من جنس الأول يكون تفويضا مبتدأً، وإن لم يكن من جنسه كان جواباً للأول ولا يكون تفويضا مبتدأً وأصل آخر أن الأمر باليد لا يصلح تفسيراً للاختبار أي طلقى نفسك؛ لأنى جعلت الأمر بيدك فإن تقدم فعل ما بعده تفسيراً وحكما.

له أن وصله بحرف الفاء وإن تأخر جعل علة لما قبله إن وصله بحرف الفاء، ثم المسائل على أقسام:

أما إن جمع بين الأمر باليد وبين غيره بالواو أو بالفاء أو بغيرهما فإن ذكر بغير الواو والفاء بأن قال: أمرك بيدك طلقى نفسك فاختارت نفسها فقال: لم أرد

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 349.

بالأمر الطلاق يصدق قضاء مع يمينه⁽¹⁾؛ لأنه ما وصل قوله فطلق بالكلام المبهم؛ لأنه لم يذكر حرف الوصل فكان كلاماً مبتدأ فلم يصح تفسيراً للمبهم⁽²⁾ فبقي مبهماً فكان القول له أنه لم يرد الطلاق.

وأما القسم الثاني: لو قال: أمرك بيدك، واختاري فطلقى فاختارت لا يقع شيء؛ لأنه عطف قوله: طلقي على التفويضين المبهمين فلا يكون تفسيراً لهما فبقي كلاماً مبتدأً، وقولها: اخترت لا يصلح جواباً له فلا تقع وإن طلقت تقع واحدة رجعية⁽³⁾؛ لأنه يصلح جواباً له وكذلك لو قال: أمرك بيدك واختاري فاختاري أو قال: اختاري فأمرك بيدك؛ لأنها مبهمة كلها؛ لأن الأمر والاختيار كل واحد مبهماً لا يصلح تفسيراً للآخر لما بينا، ولو قال: أمرك بيدك فاختاري فطلقى نفسك فاختارت نفسها طلقت ثنتين مع يمينه أنه لم يرد بالأمر باليد الثلاث⁽⁴⁾؛ لأنه أتى بالتفويضين المبهمين معطوفاً الثاني على الأول والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فصار التفسير وهو قوله فطلقى منصرفاً إليهما كما لو ذكر مكانه شرطاً أو استثناءً فصار كل واحد منهما مفسراً، وقولها اخترت يصلح جواباً لهما، وكذلك لو قال: اختاري واختاري، أو قال: أمرك بيدك فطلقى نفسك فاختارت طلقت ثنتين⁽⁵⁾ الثاني من جنس الأول فيكون معطوفاً على حدة معطوفاً على الأول فينصرف التفسير إليهما أي فطلقى بالتفويضين، ولو قال: أمرك بيدك اختاري اختاري طلقي نفسك، فاختارت نفسها أو قال: لم أرد به الطلاق يقع طلاقة بائنة بالخيار الأخير؛ لأن الكلمات الثلاث مبهمة غير معطوفة فصار قوله فطلقى نفسك تفسيراً للخيار الأخير لا لما قبله؛ لأنه وصل حرف الفاء بالأخير فطلقى نفسك.

وأما القسم الثالث: ولو قال: أمرك بيدك فاختاري أو اختاري فأمرك بيدك فالحكم للأمر حتى إذا نوى الثلاث يصح وإذا أنكر الثلاث وأقر بالواحدة يحلف؛ لأن

(1) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 395؛ وينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة، 3: 507؛ البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 349.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 349.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 349.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 395.

(5) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 395، نقلاً عن الكافي.

الأمر يصلح علة والاختيار يصلح حكما لا علة فصار الحكم للأمر تقدم أو تأخر⁽¹⁾، وكذلك لو قال: أمرك بيدك فطلقى نفسك أو طلقى نفسك فأمرك بيدك؛ لأن الأمر علة وقوله: فطلقى يصلح حكما له لا علة ويصلح تفسيرا مبهما، ولا يصلح المبهم تفسيرا له، ولو قال: أمرك بيدك فاخترى فطلقى فاخترت كانت واحدة بالأمر؛ لأن قوله فاخترى يصلح تفسيرا للأمر باليد⁽²⁾؛ لأنه نوع بيان له معناه أمرك بيدك لتخترى ولكن فيه ضرب إبهام فلا يصلح به تمام البيان والبيان قد يكون قاصرا، وقد يكون تاما، وقوله: طلقى تفسيرا لقوله فاخترى فصار الاختيار المفسر تفسيرا للأمر باليد فوقعت به واحدة، ولو قال: أمرك بيدك فاخترى طلقى نفسك فاخترت لا يقع شيء إذا لم يرد الزوج بالأمر والخيار طلاقا، وإن طلقت نفسها يقع رجعية⁽³⁾؛ لأن قوله: طلقى منقطع عن الكلامين مبتدأ بنفسه لانعدام حروف الوصل فيه فلم يصر تفسيرا للفظين المبهمين فيقبل قوله فيها أنه لم يرد الطلاق، ولو قال: اختارى فأمرك بيدك فطلقى نفسك فاخترت نفسها أو طلقت تطلق واحدة بالأمر باليد⁽⁴⁾؛ لأن الأمر باليد لا يصلح تفسيرا للأول؛ لأنه أشد إبهاما وأعظم إجمالا منه؛ لأن الأمر باليد يكون في الاختيار وغيره قد تكون بثلاث وواحدة بخلاف الخيار، وإذا لم يصلح تفسيرا للخيار يجعل للحال تفسيرا للخيار يجعل للتعليل كأنه قال: اختارى؛ لأن أمرك بيدك كما يقال أخرج من الدار؛ فقد أذنت لك والفاء تذكر للتعليل كما تذكر للعطف فجعلناه للتعليل لا للعطف لئلا يقع طلاق آخر بالشك فيكون قوله: طلقى نفسك تفسيرا للأمر لا غير، ولو قال: أمرك بيدك فاخترى فطلقى نفسك فاخترت نفسها أو طلقت تقع بائنة⁽⁵⁾؛ لأن قوله: فاخترى يصلح تفسيرا للأمر باليد، ثم عطف عليه الخيار الثاني فشاركه في البيان تحقيقا للعطف، ولكن لم يتم البيان بهما ويتم البيان بقوله طلقى نفسك فصار ذلك تفسيرا للاختيارين، وصارا جميعا تفسيرا للأول فصار الحكم للأول، ولو قال: اختارى فأمرك بيدك وطلقى فاخترت نفسها لا يقع مالم ينو، وإن

(1) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 349.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 349، الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 359، نقلا عن الكافي.

(3) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 349.

(4) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 39.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 3: 349.

طلقت نفسها تقع رجعية؛ لأن قوله فأمرك بيدك لا يصلح تفسيراً للاختيار، فبقي كلاماً مبتدأً فصار كأنه قال: أمرك بيدك وطلقي فاخترت نفسها لا يقع مالم ينو⁽¹⁾، وإن طلقت نفسها تقع رجعية⁽²⁾، وإن طلقت تقع ثنتان؛ لأن قوله اختاري مبهم فلا يصلح تفسيراً للطلاق ولا يصلح علة له؛ لأن الاختيار فعل والفعل منها لا يصلح علة للملك الطلاق فتعذر أن يجعل كأنه قال: طلقي؛ لأنني جعلت الخيار إليك فبطل حرف الفاء للتعليل وصار للعطف المطلق فكان تفويضا مبتدأً وجد حال ذكر الطلاق فيكون تفويضين؛ فإن اختارت تقع واحدة؛ لأنه لا يصلح جواباً للطلاق، وإن طلقت ثنتان؛ لأنه يصلح جواباً لهما، ثم إذا وقعت إحداها بائنة تقع الأخرى بائنة ضرورة، ولو قال: اختاري فأمرك بيدك وطلقي نفسك فاخترت لا يقع شيء، وإن طلقت تقع واحدة⁽³⁾؛ لأن الأمر باليد لا يصلح تفسيراً للاختيار فبقي كلاماً مبتدأً وقوله: طلقي لا يصلح تفسيراً للأمر لعدم الفاء فيه، ولو قال: اختاري فطلقي وأمرك بيدك فاخترت أو طلقت تقع ثنتان؛ لأن قوله فطلقي تفسيراً للاختيار وقوله أمرك بيدك لا يصلح تفسيراً فبقي تفويضا مبتدأً وأمرًا جديدًا وقد أتى به بعد ذكر الطلاق فيحمل على الطلاق وقولها اخترت أو طلقت يصلح جواباً لهما فيقع ثنتان، وكذلك قوله اختاري وأمرك بيدك فطلقي؛ لأنهما تفويضان، وقوله فطلقي تفسير لهما، ولو قال: طلقي نفسك واحدة رجعية فقد جعلت أمرك بيدك في ثلاث تطبيقات بوائن فاخترت أو طلقت يقع ثلاثاً؛ لأنه فوض الثلاث إليها صريحاً وقد أتت بما يصلح جواباً لكل وقوله: طلقي رجعية منثورة فكأنه قال فوضت إليك الثلاث فطلقي واحدة رجعية؛ فصح التفويض ولغت المنثورة.

(1) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 395، نقلاً عن غاية السروجي.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 395، نقلاً عن غاية السروجي.

(3) الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، 1: 359، نقلاً عن غاية السروجي.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

ر. م	الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
1	﴿ وَلَا تُبَشِّرُوهُمْ وَأَنْتُمْ عَنْكُمْ فِي الْمَسْجِدِ ﴾	البقرة	127	41
2	﴿ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ﴾	البقرة	196	357
3	﴿ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ ﴾	البقرة	220	254
4	﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِيْنَ ﴾	البقرة	221	54
5	﴿ وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرِدْهِنَّ ﴾	البقرة	228	287 ، 285
6	﴿ أَلْطَلِقْ مَرَّتَانِ ﴾	البقرة	229	257
7	﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾	البقرة	229	416
8	﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾	البقرة	230	369 ، 372
9	﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	البقرة	233	216 ، 211 ، 243
10	﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾	البقرة	233	243 ، 249 ، 251
11	﴿ وَلَا تَعْرِضُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾	البقرة	235	51
14	﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾	البقرة	236	376
15	﴿ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرُهُ ﴾	البقرة	236	367 ، 217 ، 378
16	﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾	البقرة	237	378 ، 375 ، 379
18	﴿ أَنْ تَصِلَ إِحْدَهُمَا فَتُكْرِمَ إِحْدَهُمَا أَلَا أُخْرَى ﴾	البقرة	282	95
	﴿ أَلَا تُكَلِّمُ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا ﴾	آل عمران	41	298
19	﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ ﴾	النساء	3	34
20	﴿ مِثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ﴾	النساء	3	47

100	12	النساء	﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلِئَلَةً ﴾	21
42	22	النساء	﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ ﴾	
39	23	النساء	﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾	
415	20	النساء	﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ ﴾	22
43 ، 42	22	النساء	﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ ﴾	23
46	23	النساء	﴿ وَأُمَّهَاتِكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُم مِّن الرُّضْعَةِ ﴾	24
41	23	النساء	﴿ وَرَبِّبَيْكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ ﴾	25
41	23	النساء	﴿ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾	26
48 ، 51	23	النساء	﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾	27
51	24	النساء	﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ ﴾	28
40	24	النساء	﴿ وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ ﴾	29
55	5	المائدة	﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾	30
189	49	المائدة	﴿ وَإِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ يَمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾	31
220	89	المائدة	﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾	32
338	16	الأنفال	﴿ وَمَنْ يُؤْلِهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرُهُ ﴾	33
358	60 ، 59	الحجر	﴿ إِلَّا آءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ إِلَّا أَمْرَانَهُ ﴾	34
263	78	الإسراء	﴿ أَقْرِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ ﴾	35
349	69	الكهف	﴿ قَالَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ صَابِرًا ﴾	36
318	26	الأنبياء	﴿ وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ ﴾	37
287	5	المؤمنون	﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِغُرُوحِهِمْ حَفِظُونَ ﴾	38
48	6	المؤمنون	﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾	39
266	25	النور	﴿ أَنْ اللَّهُ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ ﴾	40
246	15	لقمان	﴿ وَصَاحِبَهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾	
44	1	فاطر	﴿ جَاعِلِ الْمَلَكِ رُسُلًا أُولَىٰ أَجْنَحَةٍ مِّثْلَىٰ تِلْكَ وَرَبِّعَ ﴾	41

343	19	غافر	﴿ يَعْلَمُ خَائِنَةَ الْأَعْيُنِ ﴾	42
255	9	المتحنة	﴿ إِنَّمَا يَتَّبِعُكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلْتُمْ فِي الدِّينِ ﴾	43
257	1	الطلاق	﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ لِحَدِيثِ ﴾	44
211	6	الطلاق	﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾	45
216	7	الطلاق	﴿ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُفِئِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا ﴾	46
354	23	المرسلات	﴿ فَفَدَّرْنَا فَنِعَمَ الْقَادِرُونَ ﴾	47
466	19	الانفطار	﴿ وَالْأَمْرُ يَوْمَئِذٍ لِلَّهِ ﴾	48
322	29	الفجر	﴿ فَأَدْخِلِي فِي عِبَادِي ﴾	49
42	5	الشمس	﴿ وَالسَّمَاءِ وَمَا بَنَاهَا ﴾	50

فهرس الأحاديث والآثار

الصفحة	نص الحديث
198	(تناكحوا تكاثروا) () فإني بكم الأمم .. القيامة (1)
43	مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ بِشَهْوَةٍ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمَّهَا وَبِنْتُهَا، وَحُرِّمَتْ عَلَى أَبِيهِ وَابْنِهِ
47	يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ
48	أَنْ يُمْسِكَ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ وَيَفَارِقَ الْبَوَاقِي
50	لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَجْمَعَ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ
52	لَا تُتَكَحُّ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا، وَلَا عَلَى خَالَتِهَا، وَلَا عَلَى بِنْتِ أُخِيهَا، وَلَا عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا، فَإِنَّكُمْ إِذَا فَعَلْتُمْ ذَلِكَ قَطَعْتُمْ أَرْحَامَهُنَّ
53	لَا تُتَكَحُّ الْأُمَّةُ عَلَى الْحُرَّةِ وَتُتَكَحُّ الْحُرَّةُ عَلَى الْأُمَّةِ
56	وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ وَلَمْ أُوَلَدْ مِنْ سِفَاحٍ
60	أَحَلَّ الْمُتَعَةَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي غَزْوَةِ غَزَاهَا اشْتَدَّ عَلَى النَّاسِ الْعُزُوبَةُ ثُمَّ نَهَى عَنْهَا
63	النِّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ
67	تَزَوَّجَ عَائِشَةُ - رضي الله عنها - وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ، وَبَنَى بِهَا وَهِيَ بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ، وَكَانَتْ عِنْدَهُ تِسْعًا
76	مَلَكَتِ بَضْعَكَ فَاخْتَارِي
81	تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَبْضَاعِهِنَّ فَقَالَتْ عَائِشَةُ - رضي الله عنها - : إِنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحِي يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَالَ: إِذْنَهَا صُمَاتُهَا

83	الطيب تشاور
88	لَا يُزَوِّجُ النِّسَاءَ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ وَلَا يُزَوِّجَنَّ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ
88	لَأَمْنَعَنَّ النِّسَاءَ فُرُوجَهُنَّ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ
89	أَحْسَابُ أَهْلِ الدُّنْيَا الْمَالُ فَإِذَا كَانَ عَدِيمًا لَمْ يَكُنْ حَسِيبًا
96	الْبَغَايَا الَّتِي يُنْكِحَنَّ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ شُهُودٍ
96	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ
125	لَا مَهْرَ أَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ
142	(نهى عن نكاح الشغار)
164، 360، 420	ثَلَاثُ جِدْهِنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ
170	أَيُّمَا أُمَّةٍ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ ابْنِ مَوْلَاهَا؛ فَهِيَ عَاهِرَةٌ) وكذلك المكاتبه
197	فَإِنْ قَبِلُوا الذِّمَّةَ فَلَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ
210	مَنْ كَانَ لَهُ امْرَأَتَانِ؛ فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَأَحَدُ شَقِيهِ مَائِلٌ
211	اعتدي، فسألته بوجه الله تعالى أن يراجعها ويجعل يومها لعائشة
211	اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُمْ عَوَانِي اسْتَحَلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةٍ اللَّهُ تَعَالَى، أَلَا وَإِنَّ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ حَقًّا وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ حَقًّا؛ فَإِنْ مِنْ حَقِّكُمْ أَنْ لَا يُوطِئَنَّ فُرُوسَكُمْ غَيْرَكُمْ؛ فَإِذَا فَعَلْنَ ذَلِكَ فَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ
216	خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سَفْيَانَ مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ
230	الْمَبْتُوتَةُ لَهَا النِّفَقَةُ وَالسُّكْنَى
230	لِلْمُطَلَّاقَةِ ثَلَاثًا النِّفَقَةُ وَالسُّكْنَى
243	أَطِيبُ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ وَإِنَّ وَدَّهْ مِنْ كَسْبِهِ فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ
243	أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ
248	ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَّ مَنْ تَعُولُ

258	مَا خَلَقَ اللَّهُ مُبَاحًا أَحَبَّ إِلَيْهِ مِنَ الْعَتَاقِ وَلَا خَلَقَ مُبَاحًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلَاقِ
259	الْحَقِّي بِأَهْلِكَ، الْحَقِّي بِأَهْلِكَ
261، 260	مُرِ ابْنُكَ فَلْيُرَاجِعْهَا
303	أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ فِي الضِّيَاءِ وَالْإِقْتِدَاءِ بِهِمْ
304	الشهر هكذا وهكذا
339	لَا تُتَكَّحُ الْأُمَّةُ عَلَى الْحُرَّةِ
362	كُلُّ طَلَّاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَّاقَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ
372	لَا حَتَّى تَذُوقِي مِنْ عُسَيْلَتِهِ وَيَذُوقَ مِنْ عُسَيْلَتِكَ
374	لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ
377	الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا
416	الْمُخْتَلَعَةُ يَلْحَقُهَا صَرِيحُ الطَّلَاقِ
418	أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا
418	هُنَّ اللَّعِينَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ

فهرس الأعلام

رقم الصفحة	اسم العلم
294 ، 58	إبراهيم بن رستم
297 ، 144	أبو القاسم الصفار
289 ، 158	أحمد بن علي الرازي (الجصاص)
218 ، 219 ، 233 ، 235 ، 244 ، 249 ، 247	أحمد بن عمر الشيباني (الخصاف)
362 ، 261 ، 81 ، 43	أحمد بن محمد الطحاوي (أبو جعفر)
54 ، 139 ، 275 ، 281 ، 292 ، 295 ، 296 ، 299 ، 299 ، 330	أحمد بن محمد الناطفي
432 ، 368	أحمد بن محمد القدوري
277	أحمد بن محمد العتابي
41	بشر المريسي
219	بشر بن الوليد
382 ، 283 ، 249	الحسن بن زياد اللؤلؤي
90	الحسن بن مالك
484	الحسن بن منصور المرغيناني (قاضي خان)
38	داود بن علي الأصبهاني
49 ، 48 ، 54 ، 64 ، 74 ، 123 ، 128 ، 151 ، 166 ، 175 ، 194 ، 208 ، 260 ، 262 ، 279 ، 285 ، 300 ، 307 ، 315 ، 324 ، 338 ، 340 ، 387 ، 406 ، 438 ، 467	زفر بن الهذيل
88	سفيان الثوري

245	عبدالرحمن بن أبي ليلى
،288 ،286 ،276 ،261 ،158 ،350 ،303 425 ،378 ،360 ،351	عبيد الله بن دلال (أبو الحسن الكرخي)
328 ،319	عبد الملك بن قريب الأصمعي
100	عثمان بن إبراهيم الأسدي (الفضلي)
275	عصام بن أبي يوسف
44	علي القمي
82	علي بن كاس
221	عمر بن عبدالعزيز بن مازه
209 ،47	غيلان الثقفي
،92 ، 62 ، 52 ، 49 ، 47 ،37 446 ،376 ،259 ، 174 ، 120	مالك بن أنس
،128 ،122 ،91 ،63 ،57 ،50 ،38 ،211 ،205 ،148 ،140 ،136 ،230 ،224 ،285 ،272 ،268 ،259 ،249 485 ،414 ،384 ،372 ،360	محمد بن إدريس الشافعي
،92 ،81 ،78 ،72 ،62 ، 56 ،46 ،159 ،145 ،141 ،124 ،116،104 ،202 ،190 ،180 ،168 ،162 ،251 ،233 ،223 ،218 ،215 ،315 ،302 ،293 ،289 ،288 ،365 ،352 ،330 ،324 473 ،441 ،420 ،400 ،390 ،371	محمد بن الحسن الشيباني

118، 163، 161، 171، 172، 275، 281، 356، 393	محمد بن سماعه
120	محمد بن شجاع
241	محمد البخاري (أبو بكر البخاري)
444	محمد بن عبدوس الزعفراني
353	محمد بن عبدالله الهندواني (أبو جعفر)
157، 166، 224	محمد بن محمد المروزي (الحاكم الشهيد)
219	محمد بن يحيى الجرجاني
254	محمود بن أحمد بن مازه
309	موسى بن سليمان الجوزجاني (أبو سليمان)
65، 85، 149، 160، 202، 217، 220، 281، 295، 311، 331، 350، 418، 425	نصر بن محمد (أبو الليث السمرقندي)
100	نصر بن يحيى
162، 246، 275، 283، 290، 355، 448	هشام بن عبيد الله الرازي
45، 54، 81، 90، 116، 142، 145، 175، 180، 186، 192، 196، 202، 219، 227، 247، 262، 278، 279، 286، 290، 302، 315، 374، 393، 401، 420، 426، 449	يعقوب الأنصاري (أبو يوسف)

فهرس المصادر التي استخدمها المؤلف

رقم الصفحة	المصدر
141	أجناس الناظفي
417 ، 380 ، 252	الأصل
،104 ،101 ،93 ،76 ،66 ،59 ،133 ،127 ،120 ،107 ،105 ،202 ،180 ،180 ،160 ،149 ،313 ،299 ،266 ،214 ،206 ،334 ،332 ،330 ،327 ،320 ، 385 ،380 ،367 ،361 ،345 ،464 ،457 ،441 ،434 ،430 471 ،457	الجامع الكبير
418 ،333 ،160 ،97 ،89 ،51	الجامع الصغير
،259 ،141 ،135 ،134 ،45 ،347 ،345 ،338 ،336 ،264 ،442 ،402 ، 394 ، 392 ،357 470 ،447 ،444	الزيادات
473 ،276	عيون المسائل
276	فتاوى السمرقندي
،266 ،246 ،218 ،157 ،113 ،385 ،368 ،355 ،318 ،303 ،457 ،436 ،432 ،428 ،414	المبسوط

473	
382 ،306 ،289 ،268 ،262	المجرد
224 ،166 ،157	مختصر الحاكم
83	مختصر الطحاوي
287 ،276	مختصر الكرخي
،149 ،126 ،116 ،109 ،84 ،75 ،265 ،262 ،178 ،162 ،155 ،292 ،283 ،281 ،276 ،266 ،333 ،319 ،315 ، 307،298 ،440 ،409 ،383 ،360 ،338 458	المنتقى
، 169 ،168 ،161 ،160 ،118 388 ،354 ،281 ،273	نوادير ابن سماعة
120	نوادير ابن شجاع
283	نوادير هشام
،130 ،123 ،104 ،100 ،95 ،88 ،136 ،200 ،168 ،157 ،142 ،140 ،227 ،227 ،223 ،217 ،287 ،278 ،272 ،261 ،252 ،329 ،327 ،323 ،310 ،299 ،377 ،372 ،363 ،349 ،351 ،453 ،428 ،420 ،415 ،385 474 ،466	النوادير
،295 ،292 ،281 ،275 ،54 330 ،299 ،296	واقعات الناطفي

فهرس القواعد الفقهية

الصفحة	القواعد	ر.ق
181، 363	الإجازة اللّاحقة كالوكالة السابقة	1
109	الإجازة تلحق الموقوف لا الباطل	2
298	الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام	3
109	الباطل لا تلحقه الإجازة	4
81، 80	السكوت دليل الرضا	5
86، 45، 87	الضرر يزال	6
297، 299	الكتاب كالخطاب	7
98	المشقة تجلب التيسير	8
367، 368	اليقين لا يزول بالشك	9

فهرس المصطلحات الخاصة بأعلام بالحنفية

الصفحة	المصطلح	ر. ق
38، 44، 109، 244، 269	أصحابنا	1
47، 94	العامه	2
249، 342	المشايخ	3
57، 119، 124، 149، 159، 194، 212، 241، 245، 254، 269، 291، 330، 331، 352، 370	مشايخنا	4
194	مشايخ العراق	5
292	مشايخ بلخ	6

فهرس المصطلحات الخاصة بالفتوى عند الحنفية

الصفحة	المصطلح	ر. ق
،225 ،132 ،99 275 ،241 ،240	عليه الفتوى	1
،72 ،63 ،58 ،51 ،100 ،95 ،90 ،82 ،179 ،152 ،124 ،326 ،195 ،193 ،290 ،280 ، 272 ،321 ،313 ،296 471 ،347 ،341 475،	له	2
،75 ،65 ،54 ،51 ،128 ،103 ،171 ،150 ،139 ،200 ،196 ،178 ،292 ،300 ،202 ،254 ،320 ،295 ،287 ،286 ،260 ،300 ،290 ،288 ،324 ،329 ،326 ،341 ،340 ،328 ،370 ،365 ،355 ،382 ،376 ،372 474 ،384 ،383	لهما	3

380 ،82 ،68	لعم	4
،93 ،75 ،57 ،49 ،149 ،131 ،129 ،194 ،175 ،151 ،253 ،209 ،200 ،276 ،267 ،271 ،340 ،327 ،287 ،472 ،378 ،345	لنا	5

فهرس البلدان

الصفحة	البلد	ر.ق
309	بغداد	1
146 ، 145	البصرة	2
9	حطب	3
126	الحبشة	4
9	دمشق	5
126	صقلية	6
126	السند	7
126	الروم	8
،184 ، 145 331	الكوفة	9
126	هراة	10

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم، مجمّع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1426هـ.
- 1 – أبجديات البحث في العلوم الشرعية، فريد الأنصاري، منشورات الفرقان، الدار البيضاء، المغرب، 1997، الطبعة 1.
 - 2 – الأثمار الجنية في طبقات الحنفية، علي سلطان قاري، تح: عبد المحسن عبد الله أحمد، ديوان الوقف السني، بغداد، العراق، 2009م، الطبعة 1.
 - 3 – أحكام القرآن، أبوبكر الجصاص، تحقيق: محمد قماوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1405هـ.
 - 4 – الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن مودود الموصللي، تحقيق: عبداللطيف محمد عبدالرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 3، 2005م.
 - 5 – أدب القاضي، أحمد بن عمرو الخصاص، وشرحه لعمر بن مازة، تحقيق: محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد العراق، الطبعة 1، 1977م.
 - 6 – الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، يوسف بن عبد البر، تحقيق: سالم محمد عطا، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م.
 - 7 – أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب، محمد بن محمد درويش الشافعي، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان الطبعة 1، 1997م.
 - 8 – الأشباه والنظائر، زين العابدين ابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
 - 9 – الإشراف على نكت الخلاف، عبدالوهاب البغدادي، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 1999م.
 - 10 – أصول السرخسي، محمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1993م.
 - 11 – الإصابة في تمييز الصحابة، أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1412هـ.

- 12 – إعراب القراءات الشواذ، أبو البقاء العكبري، تح: محمد السيد أحمد عزوز، عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1996م.
- 13 – الأعلام، خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة 5، 2002 م.
- 14 – الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1393هـ.
- 15 – أنيس الفقهاء، قاسم بن عبدالله القونوي، تحقيق: أحمد بن عبدالرزاق الكبيسي، دار الوفاء، جدة، السعودية، الطبعة 1، 1406هـ.
- 16 – الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 17 – البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن نجيم، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- 18 – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبوبكر بن مسعود الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982م.
- 19 – بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغيناني، مطبعة محمد علي صبح، القاهرة، مصر.
- 20 – البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، عمر بن علي بن الملتن، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرون، دار الهجرة، الرياض، السعودية، الطبعة 1، 2004م.
- 21 – بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، جلال الدين السيوطي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان.
- 22 – بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد الدردير، تح: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1995 م.
- 23 – البيان والتحصيل، أبو الوليد ابن رشد، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة 2، 1988م.

- 24 – تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن عبدالرزاق الحسيني، دار الهداية.
- 25 – تاريخ بغداد، الخطيب البغدادي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 26 – تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، علي بن عثمان الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، 1313هـ، الطبعة 2.
- 27 – تحرير ألفاظ التنبيه، يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة 1، 1408هـ.
- 28 – تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1984 م.
- 29 – التسهيل لعلوم التنزيل، ابن جزي الغرناطي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983 م.
- 30 – التّعريفات، علي بن محمد الجرجاني، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1405هـ.
- 31 – تفسير ابن أبي حاتم، عبدالرحمن بن أبي حاتم الرازي، تحقيق: أسعد محمد الطيب، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان.
- 32 – التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: حسن عباس قطب، مؤسسة قرطبة، 1995م.
- 33 – تهذيب اللغة، محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2001م.
- 34 – الثقات، محمد بن حبان البستي، تحقيق: السيد شرف الدين أحمد، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1975م.
- 35 – جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد بن جرير الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2000م.
- 36 – الجامع الصغير، محمد بن الحسن الشيباني، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1406هـ.

- 37 – الجامع لأحكام القرآن، محمد بن عبدالله القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، الطبعة 2، 1964م.
- 38 – الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبدالقادر بن نصر القرشي، مير محمد كتب خانه، كراتشي، باكستان.
- 39 – الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري، علي بن محمد الحدادي، المطبعة الخيرية، الطبعة 1، 1322هـ.
- 40 – جمهرة الأمثال، أبو هلال العسكري، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 41 – الحاوي الكبير، أبو الحسن الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1994 م.
- 42 – الحجة على أهل المدينة، محمد بن الحسن الشيباني، تحقيق: محمد حسن الكيلاني، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403هـ.
- 43 – خلاصة البدر المنير، عمر بن علي بن الملقن، تحقيق: حمدي عبدالمجيد إسماعيل، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة 1، 1410 م.
- 44 – الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- 45 – الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد بن علي الحصكفي، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 46 – الرسالة، عبدالله بن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 47 – روضة الطالبين وعمدة المفتين، يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1405هـ.
- 48 – رد المحتار، علي الدر المختار، محمد ابن عابدين دمشقي، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2000م.
- 49 – سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2006م.
- 50 – سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: محمد بربر، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2006م.

- 51 – سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1966م.
- 52 – سنن سعيد بن منصور، سعيد بن منصور، تحقيق: سعد بن عبدالله آل حميد، دار العصيمي، الرياض، السعودية، الطبعة 1، 1414هـ.
- 53 – السنن الكبرى، أحمد بن الحسين البيهقي، دائرة المعارف النظامية، حيدرآباد، الهند، الطبعة 1، 1344هـ.
- 54 – سير أعلام النبلاء، أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
- 55 – السير الصغير، محمد بن الحسن الشيباني، الجامعة الإسلامية، إسلام آباد، باكستان.
- 56 – شرح رسم عقود المفتي، محمد أمين بن عابدين، مركز توعية الفقه الإسلامي، حيدر آباد، الهند، ط 2، 2000 م
- 57 – شرح الزركشي على مختصر الخرقى، محمد بن عبدالله الزركشي، تحقيق: عبدالمنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002 م.
- 58 – شرح الزيادات، قاضي خان، تح: قاسم أشرف نور الدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2005 م.
- 59 – شرح فتح القدير، محمد بن عبدالواحد السيواسي، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 60 – شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا 1989 م.
- 61 – الشرح الكبير، أحمد الدردير، تحقيق: الشيخ محمد عيش، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 62 – شرح معاني الآثار، أحمد بن سلامة الطحاوي، تحقيق: محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1399هـ.
- 63 – صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، مؤسسة زاد، القاهرة، مصر، الطبعة 1، 2012م.
- 64 – صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، محمد بن حبان البُستي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 2، 1993م.

- 65 – الصحاح، إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبدالغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة 4، 1987.
- 66 – صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 67 – طبقات الفقهاء، أبو إسحاق الشيرازي، تحقيق: خليل الميس، دار القلم، بيروت، لبنان.
- 68 – الطبقات الكبرى، محمد بن سعد، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1968م.
- 69 – العرف الطيب في شرح ديوان أبي الطيب، ناصيف اليازجي، دار بيروت، بيروت، لبنان، 1981م.
- 70 – العناية شرح الهداية، أكمل الدين البابرتي، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 71 – عيون المسائل، أبي الليث السمرقندي، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مطبعة أسعد، بغداد، العراق، 1386هـ.
- 72 – الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وآخرون، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1991م.
- 73 – الفصول في الأصول، أحمد بن علي الجصاص، تحقيق: عجيل جاسم النشمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت الطبعة 1، 1985 م.
- 74 – الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم النَّفْرَاوي، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415هـ.
- 75 – الفوائد البهية في تراجم الحنفية، أبي الحسنات اللكنوي، تح: محمد بدر الدين، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر.
- 76 – القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
- 77 – القوانين الفقهية، ابن جُزي الغرناطي، ضبط وتصحيح: محمد أمين الضناوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1998م.

- 78 – الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، عبدالله بن قدامة المقدسي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 79 – الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، يوسف بن عمر بن عبدالبر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1407هـ.
- 80 – كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام اليزدوي، علاء الدين البخاري، تحقيق: عبدالله محمود، محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1997م.
- 81 – كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، حاجي خليفة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1992م.
- 82 – لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة 1.
- 83 – المبسوط، محمد بن الحسن الشيباني، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان.
- 84 – المبسوط، محمد بن أبي سهل السرخسي، تحقيق: خليل الميس، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2000م.
- 85 – مجمع الضمانات، محمد بن غانم البغدادي، تح: محمد أمين سراج، علي جمعة، دار السلام، القاهرة، مصر، الطبعة 1، 1999م.
- 86 – محاضرات الأدباء، الراغب الأصفهاني، دار الأرقم، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1420هـ.
- 87 – المحكم والمحيط الأعظم، علي بن إسماعيل بن سيده، تحقيق: عبدالحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م.
- 88 – المحلى، علي بن سعيد بن حزم، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994م.
- 89 – المحيط البرهاني في الفقه النعماني، محمود بن عمر بن مازة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 90 – مختصر القدوري، أحمد بن محمد القدوري، تحقيق: كامل عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1997م.

- 91 – مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 1995م.
- 92 – المخصص، علي بن إسماعيل بن سيده، تحقيق: خليل جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1996م.
- 93 – المدونة الكبرى، مالك بن أنس الأصبحي، تحقيق: زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 94 – الكواشف الجلية عن مصطلحات الحنفية، عبد الإله الملا، مطبعة الأحساء الحديثة، الأحساء الحديثة، السعودية، الطبعة 1، 2004 م.
- المذهب الحنفي، أحمد النقيب، مطبعة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة 1، 2001 م.
- 95 – المرض والكفارات، عبدالله بن محمد القرشي، تحقيق: عبدالوكيل الندوي، الدار السلفية، بومباي، الهند، الطبعة 1، 1991م.
- 96 – مسند عبد بن حميد، عبد بن حميد، تحقيق: صبحي البدر السامرائي، محمود محمد خليل الصعيدي، مكتبة السنة، القاهرة، مصر، 1988م.
- 97 – المستدرک، محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1990م.
- 98 – المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان.
- 99 – مصطلحات المذاهب الفقهية، مريم صالح الظفيري، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2002م.
- 100 – مصنف عبد الرزاق، عبدالرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة 2، 1403هـ.
- 101 – المصنف في الأحاديث والآثار، عبدالله بن محمد بن أبي شيبة، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة 1، 1409هـ.

- 102 – مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى السيوطي الرحبياني، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 1961م.
- 103 – معجم البلدان، ياقوت الحموي، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة 2، 1995 م.
- 104 – المعجم الكبير، سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبدالمجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، العراق، الطبعة 2، 1983م.
- 105 – معلمة القواعد الفقهية، مجموعة من الباحثين، مؤسسة زايد بن سلطان للأعمال الخيرية، أبوظبي، الإمارات العربية المتحدة، .
- 106 – المغني، ابن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1405م.
- 107 – مغني اللبيب عن كتب الأعراب، عبدالله بن هشام الأنصاري، تحقيق: مازن المبارك، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة 6، 1985م.
- 108 – المقتضب، محمد بن يزيد المبرد، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان.
- 109 – المكابيل والموازن الشرعية، علي جمعة محمد، دار القدس، القاهرة، مصر، 2001 م.
- موسوعة المدن العربية الإسلامية، يحيى شامي، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1993م.
- 110 – موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2003 م.
- الموسوعة الجغرافية، مصطفى أحمد، حسام الدين إبراهيم عثمان، دارالعلوم، القاهرة، مصر، الطبعة 1، 2004م.
- 111 – الننف في الفتاوى، علي بن الحسين السغدري، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1984م.
- 112 – نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، عبدالله بن يوسف الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة، الطبعة 1، 1997م.
- 113 – النفقات، أحمد بن عمرو الخصاف وشرحه لعمر بن مازة، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، الدار السلفية، بومباي، الهند.

- 114 – النهر الفائق شرح كنز الدقائق، سراج الدين عمر ابن نجيم، حققه وعلق عليه: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2002 م.
- 115 – الهداية شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغيناني، المكتبة الإسلامية، القاهرة، مصر.
- 116 – الوجيز في أصول الفقه، يوسف الكرماستي، تحقيق: السيد عبداللطيف كساب، دار الهدى للطباعة، القاهرة، مصر، 1984هـ.
- 117 – الوجيز الوفي في مصطلحات المذهب الحنفي، فراس محمد موسى الأسطل، رابطة علماء فلسطين، خان يونس، فلسطين، الطبعة 1، 2015 م.
- 118 – الوسيط في المذهب، محمد الغزالي، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، مصر، 1417 م

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
1	المقدمة
2	أهميَّة البحث وأهدافه
2	أسباب البحث
3 - 2	الدراسات السابقة للبحث
3	إشكالات البحث
4	منهج البحث
4	الخطوات المتبعة في البحث
8	القسم الدراسي
9 - 8	أولاً: التعريف بالمؤلف
11	ثانياً: التعريف بالمخطوط وبيان قيمته العلمية وتوثيق نسبه لمؤلفه:
28 - 12	ثالثاً: منهجيته و طريقته في التأليف
33 - 31	موارد المصنّف في كتابه
35	قسم التحقيق
37	كتاب النكاح
39	باب معرفة المحلات والمحرمات من النساء
56	باب ما ينعقد به النكاح
61	باب النكاح بالكتاب والرسالة
62	باب معرفة الأولياء
66	باب النكاح على الصغير والصغيرة
71	باب خيار البلوغ والعنق في النكاح
79	باب نكاح البكر
86	باب معرفة الكفاءة والنكاح من غير كفؤ
92	باب ضمان الرسول والولي والوكيل بالمهر
94	باب معرفة الشهود في النكاح

99	باب الوكالة في النكاح
104	باب ما يملك الوكيل نقضه ومالا يملك
106	باب نكاح الفضولي
113	باب الدعوى والبينة في النكاح
122	باب معرفة المهور
127	باب ما يصح مع التسمية ومالا يصح
134	باب التزويج على العتق والقصاص وطلاق الضرة
136	باب عقد يشتمل على النكاح والبيع والطلاق
140	باب نكاح الشغار
141	باب المرأة تجد المهر على خلاف المسمى
143	باب المرأة تمنع نفسها بمهرها
146	باب هلاك المهر في يد الزوج واستحقاقه
150	باب المهر يزيد أو ينقص
157	باب الاختلاف في المهر
161	باب ما يلزمه المهر بالوطء عن شبهة
166	باب نكاح السمعة
164	باب نكاح الإماء
172	باب نكاح العبيد
184	باب النكاح في العقود المتفرقة
193	باب نكاح أهل الذمة
200	باب نكاح المرتد والمرتدة
204	باب نكاح أهل الحرب
207	باب القسم
210	كتاب النفقات
212	باب من يستحق النفقة من الزوجات ومن لا يستحق
216	باب قدر النفقة المفروضة
220	باب فرض القاضي النفقة
225	باب سقوط النفقة المفروضة

226	باب الرجل يغيب عن امرأته فتطلب النفقة
228	باب نفقة العبد والأمة
230	باب نفقة المطلقة
229	باب نفقة عبد الودیعة والرهن والعبد الموصى برقبته لإنسان وبخدمته لآخر
239	باب نفقة الشيء المشترك
243	باب نفقة ذوي الرحم المحرم
253	باب نفقة الأولاد الصغار من تركة الميت
255	باب نفقة أهل الذمة
257	كتاب الطلاق
258	باب الطلاق السني والبدعي
263	باب الوقت الذي يقع فيه طلاق السنة
265	باب ما يقع به طلاق السنة
267	باب ما يقع به الطلاق وما لا يقع
278	باب وصف الطلاق بما يوجب البينة وما لا يوجب
282	باب تكرار ألفاظ الطلاق
285	باب الرجعة
291	باب ما يحرم امرأته على نفسه أو غيرها
294	باب الطلاق بالفارسية
297	باب الطلاق بالكتابة
300	باب المطلقة تطلق في العدة
301	باب تشبيه الطلاق بماله عدد وما لا عدد له
304	باب إضافة الطلاق إلى بعضها أو يطلقها بعض التظليفة
306	باب الطلاق بالتسمية والإشارة
311	باب الإقرار بالطلاق والإخبار عنه
314	باب عطف الطلاق على الطلاق
318	باب عطف الطلاق على الطلاق بكلمة لا بل
321	باب التشكيك والتخيير في الطلاق
324	باب طلاق الغاية والظرف

326	باب إضافة الطلاق إلى الملك
330	باب إضافة الطلاق إلى أول الزوج أو إلى آخره
335	باب إضافة الطلاق إلى وقت موصوف
338	باب إضافة الطلاق إلى وقت مطلق
343	باب إضافة الطلاق إلى وقتين وتعليقه بلفظين
349	باب الاستثناء للتعطيل
354	باب الاستثناء للتحصيل
359	باب طلاق المكره والسكران ومن في معناهما
361	باب طلاق الفضولي
364	باب تطليق إحدى امرأته لا بعينها
368	باب الرجل يطلق امرأة بعينها ثم نسيها
367	القسم الثاني: في بيان أحكام الطلاق وما يتأكد به الطلاق وما يسقط به
369	باب المطلقة ثلاثا متى تحل له
375	باب ما يجب للمطلقة قبل الدخول
382	باب ما يتأكد به جميع المهر
385	باب هبة الصداق
387	باب المهور والميراث التي تجب للنساء في الطلاق والمبهم في العقد
402	باب ما يجب من المهر والعدة في طلاق إحدى امرأته
406	باب الطلاق في المرض
412	القسم الثالث: في الخلع والطلاق على مال
414	باب معرفة الخلع
419	باب في معرفة الخلع ببديل أو بغير بدل
424	باب ما يصلح بدل الخلع وما لا يصلح
428	باب خلع الوكيل والأجنبي
432	باب الاختلاف في الخلع
432	باب خلع المريضة والأمة والمكاتبة
436	باب الطلاق على مال
444	القسم الرابع: في التفويض والمشية والخيار والأمر باليد
444	باب الطلاق بالمشيئة

457	باب الخيار
466	باب من جعل أمر امرأته بيدها مطلقا
470	باب من يجعل أمر امرأته بيدها مؤقتا
472	باب تكرار الأمر باليد أو يجمع بين الأمر باليد وبين الطلاق والاختيار
481 – 479	فهرس الآيات القرآنية
483 – 482	فهرس الأحاديث الشريفة والآثار
486 – 484	فهرس الأعلام
488 – 487	فهرس المصادر التي استخدمها المؤلف
489	فهرس القواعد الفقهية
490	فهرس المصطلحات الخاصة بأعلام الحنفية
492 – 491	فهرس المصطلحات الخاصة بالفتوى
493	فهرس البلدان
503 – 494	قائمة المصادر والمراجع
508 – 504	فهرس المحتويات