

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ: يارب عونك:

كتاب الصداق

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «ذَكَرَ اللَّهُ الصَّدَاقَ وَالْأَجْرَ فِي كِتَابِهِ وَهُوَ الْمَهْرُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرَضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] فَدَلَّ أَنْ عُقْدَةَ النِّكَاحِ بِالْكَلامِ وَأَنَّ تَرَكَ الصَّدَاقِ لَا يُفْسِدُهَا».

الدليل على وجوب الصداق

قال الماوردي: والأصل في وجوب الصداق في النكاح: الكتاب والسنة والإجماع.

فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] وفيمن توجه إليه هذا الخطاب قولان:

أحدهما: أنه متوجه إلى الأزواج وهو قول الأكثرين.

والثاني: أنه متوجه إلى الأولياء؛ لأنهم كانوا يملكون في الجاهلية صداق المرأة، فأمرهم الله تعالى بدفع صداقهن إليهن.

وهذا قول أبي صالح وفي نحلة؛ ثلاث تأويلات:

أحدها: يعني تديناً من قولهم: فلان ينتحل كذا، أي يتدين به.

والثاني: يطيب نفس كما تطيب النفس بالنحل الموهوب.

والثالث: أنه نحل من الله تعالى لهن بعد أن كان ملكاً لأولياتهن، والنحل الهبة

وقال الله تعالى فيما حكاه عن شعيب في تزويج موسى بابنته قال: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ

إِخْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧] ولم يقل على أن

تأجرها فجعل الصداق ملكاً لنفسه دونها ثم قال: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا﴾

يعني الزوجات إن طبن نفساً عن شيء من صداقاتهن لأزواجهن في قول من جعله خطاباً

للأزواج، ولأولياتهن في قول من جعله خطاباً للأولياء، ﴿فَكُلُوا مِنْهُنَّ مَرِيثًا﴾ يعني لذيداً

نافعاً وقال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا

تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠] أي قد ملكن الصداق، وإن استبدلتن بهن غيرهن ﴿فَلَا

تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ وإن كان الصداق قنطاراً وفي القنطار سبعة أفاويل:

- أحدها: أنه ألف ومائتا أوقية، وهو قول معاذ بن جبل، وأبي هريرة.
 والثاني: أنه ألف ومائتا دينار، وهو قول الحسن، والضحاك.
 والثالث: أنه اثنا عشر ألف درهم أو ألف دينار، وهو قول ابن عباس.
 والرابع: أنه ثمانون ألف درهم، أو مائة رطل، وهو قول سعيد بن المسيب وقتادة.
 والخامس: أنه سبعون ألفاً، وهو قول ابن عمر ومجاهد.
 والسادس: أنه ملىء مسك ثور ذهباً، وهو قول أبي نضرة.
 والسابع: أنه المال الكثير، وهو قول الربيع.

فذكر القنطار على طريق المبالغة، لأنه لا يسترجع إذا كان صداقاً وإن كان كثيراً إذا استبدل بها فكان أولى أن لا يسترجعه إذا لم يستبدل.

ثم قال تعالى وعيداً على تحريم الاسترجاع: ﴿أَتَأْخُذُونَ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾ [النساء: ٢٠] ثم قال تعليلاً لتحريم الاسترجاع: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾.

وفي الإفضاء ههنا تأويلان:

أحدهما: أنه الجماع قاله ابن عباس، ومجاهد، والسدي، وبه قال الشافعي.
 والثاني: أنه الخلوة وهو قول أبي حنيفة.

وفي قوله: ﴿وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه عقد النكاح الذي استحل به الفرج، وهو قول مجاهد.
 والثاني: أنه إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وهو قول الحسن، وابن سيرين والضحاك، وقتادة.

والثالث: ما رواه موسى بن عبيدة عن صدقة بن يسار عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ النَّسَاءَ عِنْدَكُمْ عَوَانٌ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمُ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ، فَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ حَقٌّ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ حَقٌّ، وَمِنْ حَقِّكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطَّنَنَّ فُرُوشَكُمْ أَحَدًا وَلَا يَعْصِيَنَّكُمْ فِي مَعْرُوفٍ، فَإِذَا فَعَلْنَ ذَلِكَ فَلَهُنَّ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^(١).

وقال تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤]
 يريد الصداق، فعبّر عنه بالأجر؛ لأنه في مقابلة منفعة.

وفي قوله فريضة تأويلان:

(١) أخرجه الطبري في التفسير (٢١٢/٤) وذكر الهيثمي في المجمع (٢٦٧/٣) وابن حجر في المطالب (١٥٤٨) وانظر كثر العمال (٤٤٩٨٦).

أحدهما: يعني فريضة من الله واجبة وهو قول الأكثرين .
والثاني: أي مقدرة معلومة وهو قول الحسن ومجاهد .

وأما السنة: فما روى عبد الرحمن بن البيلماني عن عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ: «أَدُّوا الْعَلَائِقَ، قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا الْعَلَائِقُ؟ قَالَ: مَا تَرَاضَى بِهِ الْأَهْلُونَ»^(١).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ اسْتَحَلَّ بِدِرْهَمَيْنِ فَقَدْ اسْتَحَلَّ»^(٢).

وروي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ما تزوج أحداً من نسائه، ولا زوجاً واحدةً من بناته على أكثر من اثنتي عشرة أوقية ونشاً.

قالت عائشة رضي الله عنها أتدرون ما النش؟ النش: نصف أوقية عشرون درهماً، يعني خمسمائة درهم؛ لأن الأوقية أربعون درهماً^(٣).

وروى المنذر بن فرقد قال: كنا عند سفيان الثوري فقال كان صداق رسول الله ﷺ اثنتي عشرة أوقية وشين فقال له القاسم بن معين: صحفت يا أبا عبد الله إنما هونش أما سمعت قول الشاعر:

تلك التي جاورها المحتش من نسوة صداقهن النش^(٤)

فأما أم حبيبة فقد كانت أكثر نساء رسول الله ﷺ صداقاً؛ لأن النجاشي أصدقها عنه أربعة ألف درهم من عنده، وبعث بها إليه مع شرحبيل بن حسنة^(٥).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «أَوَّلُ مَا يُسْأَلُ عَنْهُ الْعَبْدُ مِنْ ذُنُوبِهِ صَدَاقُ زَوْجَتِهِ».

وروي عنه ﷺ أنه قال: «مَنْ ظَلَمَ زَوْجَتَهُ صَدَاقَهَا لَيِّيَ اللَّهُ وَهُوَ زَانٍ»^(٦) قاله على

طريقة التغليظ والزرجر.

واجتمعت الأمم على أن صداق الزوجات مستحق.

(١) أخرجه الدارقطني من رواية ابن عباس بإسناد ضعيف (٢٤٤/٣) وضعفه البيهقي السنن الكبرى (٢٣٩/٧) وانظر التلخيص (١٩٠/٣).

(٢) أخرجه البيهقي (٢٣٨/٧) وذكره ابن السكني في سننه الصحاح بصيغة روى وأخرجه ابن أبي شيبة (١٨٣/١٤) وابن حجر في المطالب (١٩٠٧) والسيوطي في الدر المنثور (١٢٠/٢) وانظر

التلخيص (١٩٠/٣) وانظر الكنز (٤٤٧١٨) (٤٤٧٢٣).

(٣) أخرجه مسلم (١٠٤٢/٢) في كتاب النكاح (١٤٢٦/٧٨).

(٤) ذكره عجزه ابن منظور في اللسان م «نشش».

(٥) انظر أسد الغابة (١٥/٧) والاستيعاب (١٨٤٣/٤) الأصابة (٢٦٠/١٢) والدارقطني (٢٤٦/٣) (١٩).

(٦) أخرجه الطبراني في الكبير (٤٠/٨) والنجارة في التاريخ (٢٥٩/١، ٣٧٩/٨) والبيهقي في

الكبرى (٢٤٢/٧) وأورده ابن الجوزي في العلل (١٣٤/٢).

فصل: القول في تعريف الصداق وأسمائه

والصداق : هو العوض المستحق في عقد النكاح .

وله في الشرع ستة أسماء جاء كتاب الله تعالى منها بثلاثة أسماء : وهي الصداق والأجر، والفريضة وجاءت السنة منها باسمين : المهر والعلائق وجاء الأثر عن عمر رضي الله عنه باسم واحد : وهو العقور وقد مضت شواهد ذلك .

فصل: القول في عقد النكاح إذا لم يسم فيه الصداق

فإذا تقرر أن الصداق في عقد النكاح واجب فإن تزوجها على غير صداق سميها في العقد، صح العقد وإن كرهنا ترك التسمية فيه .

وإنما صح العقد لقول الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وفي معنى الآية قولان :

أحدهما: معناها لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ولم تفرضوا لهن فريضة، فتكون أو بمعنى لم .

والقول الثاني : أن في الكلام محذوفاً وتقديره : فرضتم لهن فريضة أو لم تفرضوا لهن فريضة . والمراد بالفريضة هنا الصداق، وسماه فريضة، لأنه قد أوجب لها وأصل الفرض الوجوب كما يقال : فرض السلطان لفلان الفيء أي أوجب ذلك له، وكما قال الشاعر .

كانت فريضة ما أتيت كما كان الزنا فريضة الرجم

فموضع الدليل من هذه الآية : أن الله تعالى قد أثبت النكاح مع ترك الصداق، وجوز فيه الطلاق، وحكم لها بالمتعة إن طلقت قبل الدخول، وبين أن الأولى لمن كره امرأة أن يطلقها قبل الدخول لقوله: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] فكان ذلك أولى طلاقي الكاره .

وروى سعيد عن قتادة عن شهر بن حوشب عن النبي ﷺ أنه قال : إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَا يُحِبُّ الدَّوْاقَاتِ^(١) يعني الفراق بعد الذوق .

ويدل على ذلك أيضاً أن بروع بنت واشق تزوجت بغير مهر فحكّم لها رسول الله ﷺ بِمَهْرٍ نِسَائِهَا وَالْمِيرَاثِ .

(١) أخرجه البزار كما في الكشف (٢/١٩٢) وانظر المجمع (٤/٢٣٥) والسيوطي في الدر المنثور (١/٢٧٨) وكشف: نخفا (١/٢٩٢) .

وروي أنا أبا طلحة الأنصاري تزوج أم سليم على غير مهر فَأَمْضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ نِكَاحَهُ.

ولأن المقصود من عقد النكاح التواصل والألفة، والصداق فيه تبع لمقصوده، فخالف عقود المعاوضات من وجهين:

أحدهما: أن رؤية المنكوحة ليست شرطاً فيه.

والثاني: أن ترك العوض فيه لا يفسده.

فأما كراهتنا لترك الصداق في العقد وإن كان جائزاً فثلاثة أمور:

أحدها: لثلا يتشبه بالموهوبة التي تختص برسول الله ﷺ دون غيره من أمته.

والثاني: لما فيه من قطع المشاجرة والتنازع إلى الحكام.

والثالث: ليكون ملحقاً بسائر العقود التي تستحق فيها المعاوضات والله أعلم.

[القول في النكاح إذا كان بمهر مجهول حرام]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَلَوْ عَقَدَ بِمَجْهُولٍ أَوْ بِحَرَامٍ ثَبَتَ النِّكَاحُ وَلَهَا مَهْرٌ مِثْلَهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا عقد النكاح بمهر مجهول أو حرام، كان النكاح جائزاً ولها مهر مثلها، وهو قول جمهور العلماء.

وقال مالك في أشهر الروايتين عنه: إن النكاح باطل بالمهر الفاسد، وإن صح بغير مهر مسمى.

استدللاً بنهي النبي ﷺ عَنِ نِكَاحِ الشُّغَارِ؛ لفساد المهر فيه. قال: ولأنه عقد نكاح بمهر فاسد فوجب أن يكون باطلاً كالشغار، ولأنه عقد معاوضة يبدل فاسد فوجب أن يكون باطلاً كالبيع.

قال: ولئن صح النكاح بغير مهر، فلا يمتنع أن يبطل بفساد المهر كما يصح البيع بغير أجل وغير خيار، ويبطل بفساد الأجل وفساد الخيار.

ودليلنا رواية ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ» فتضمن هذا الخبر نفي النكاح بعدم الولي والشاهدين، وإثبات النكاح بوجود الولي والشاهدين. وهذا نكاح بولي وشاهدين فوجب أن يكون صحيحاً.

ولأن فساد المهر لا يوجب فساد العقد كالمهر المغصوب، ولأن كل نكاح صح بالمهر الصحيح صح بالمهر الفاسد كما لو أصدقها عبداً فبان حراً.

قال الشافعي: ولأنه ليس في فساد المهر أكثر من سقوطه، وليس فيس سقوطه أكثر من فقد ذكره، ولو فقد ذكره لم يبطل النكاح، فكذلك إذا ذكر فاسداً.

وتحريره قياساً: أن كل ما تعلق بالمهر لم يؤثر في صحة النكاح قياساً على تركه .
فأما الجواب عن نكاح الشغار: فهو أنه لم يبطل بفساد المهر، وإنما بطل
بالتشريك على ما بينا .

وأما قياسه على البيع: فالمعنى فيه أنه يبطل بترك الثمن فبطل بفساده والنكاح لا
يبطل بترك المهر فلم يبطل بفساده .

وأما استدلاله بأن البيع يبطل بفساد الخيار والأجل، ولا يبطل بتركهما .

فالجواب عنه: أن الخيار والأجل قد قابلا جزءاً من الثمن، بدليل أن الثمن في
العرف يزيد بدخول الخيار والأجل، فإذا بطلا أوجب بطلان ما قابلهما من الثمن فصار
الباقي مجهولاً، وجهالة الثمن تبطل البيع، وليس فيما أفضى إلى فساد المهر أكثر من
سقوطه، وسقوطه لا يبطل النكاح .

فصل: [القول في فساد المهر لجهالته]

فإذا ثبت صحة النكاح بجهالة المهر وتحريمه، فالمهر باطل بالجهالة وكل جهالة
منعت من صحة البيع منعت من صحة المهر .

وقال أبو حنيفة: إذا أصدقها عبداً غير معين ولا موصوف؟ جاز، وكان لها عبد
سندي؛ لأن الرومي أعلى والزنجي أدنى والسندي وسط، فيحكم لها به؛ لأنه أوسط
العبيد .

احتجاجاً بأن المهر أحد عوض النكاح، فجاز أن يكون مجهولاً كالبضع قال:
ولأن جهالة مهر المثل أكثر من جهالة العبد؛ لأن مهر المثل مجهول الجنس، مجهول
القدر، مجهول الصفة، والعبد معلوم الجنس معلوم القدر، مجهول الصفة . فإذا جاز
أن يجب فيه عندكم مهر المثل فلأن يجب العبد المسمى أولى .

ودليلنا أنها جهالة تمنع صحة البيع فوجب أن تمنع صحة الصداق، أصله: إذا
أصدقها ثوباً وافقنا أبو حنيفة على فساد الصداق بإطلاقه ولأنه عوض في عقد يبطل
بجهالة الثوب فوجب أن يبطل بجهالة العبد كالبيع .

فأما الجواب عن قياسه على جهالة البضع فهو أن جهالة البضع تمنع من الصحة،
ألا ترى أنه لو كان له ثلاث بنات: كبرى، وصغرى، ووسطى، وقال زوجتك بنتي
وأطلق، كان باطلاً، ولم يجز أن يحمل على الوسطى كما لا يجوز أن يحمل على
الكبرى والصغرى . كذلك إذا أصدقها عبداً وأطلق لم يجز أن يحمل على عبد وسط ،
كما لا يجوز أن يحمل على أعلى وأدنى .

وأما ما استشهد به من جهالة مهر المثل، فيفسد بجهالة الثوب، ومهر المثل إنما
أوجبه؛ لأنه قيمة متلف يجوز مثله في البيع إذا وجبت فيه قيمة متلف وإن جهلت .

فصل: فإذا تقرر أن النكاح صحيح وإن سقط المهر بالفساد، فلها مهر المثل؛ لأن البضع مفوت بالعقد، فلم تقدر على استرجاعه، فوجب أن تعدل إلى قيمته وهي مهر المثل، كمن اشترى عبداً بثوب فمات في يده ورد بائعه الثوب بعيب، رجع بقيمة العبد حين فات الرجوع بعينه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَفِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾ [النساء: ٢٠] دَلِيلٌ عَلَى أَنْ لَا وَقْتٌ لِلصَّدَاقِ يَحْرُمُ بِهِ لِتَرْكِهِ التَّهْيِ عَنِ التَّكْثِيرِ وَتَرْكِهِ حَدَّ الْقَلِيلِ وَقَالَ ﷺ «أَدُوا الْعَلَائِقَ» قِيلَ يَارَسُولَ اللَّهِ وَمَا الْعَلَائِقُ؟ قَالَ: «مَا تَرَاضَى بِهِ الْأَهْلُونَ» قَالَ وَلَا يَقَعُ اسْمُ عَلَقٍ إِلَّا عَلَى مَالِهِ قِيمَةٌ وَإِنْ قُلْتَ مِثْلُ الْفَلَسِ وَمَا أَشْبَهَهُ وَقَالَ ﷺ لِرَجُلٍ «الْتِمَسْ وَلَوْ خَاتِمًا مِنْ حَدِيدٍ» فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا فَقَالَ «هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ الْقُرْآنِ؟» قَالَ نَعَمْ سُورَةٌ كَذَا وَسُورَةٌ كَذَا فَقَالَ «قَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ» وَبَلَّغْنَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ؛ «مَنْ اسْتَحَلَّ بِدَرْهَمٍ فَقَدِ اسْتَحَلَّ» وَأَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ فِي ثَلَاثِ قَبْضَاتٍ زَيْبٍ مَهْرٌ وَقَالَ ابْنُ الْمُسَيَّبِ لَوْ أَصْدَقَهَا سَوْطًا جَارَ وَقَالَ رَبِيعَةُ قَالَ دَرْهَمٌ قُلْتُ وَأَقْلٌ؟ قَالَ وَنِصْفُ دَرْهَمٍ قَالَ قُلْتُ لَهُ فَأَقْلٌ؟ قَالَ نَعَمْ وَحَبَّةٌ حِنْطَةٍ أَوْ قَبْضَةٌ حِنْطَةٍ (قال الشافعي) فَمَا جَارَ أَنْ يَكُونَ ثَمْنَا لِشَيْءٍ أَوْ مَبِيعًا بِشَيْءٍ أَوْ أُجْرَةً لِشَيْءٍ جَارَ إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ مَالِكَةً لِأَمْرِهَا.

قال الماوردي: الكلام في هذه المسألة يشتمل على فصلين:

أحدهما: في أكثر المهر.

والثاني: في أقله.

[القول في أكثر الصداق]

فأما أكثره فلا خلاف بين الفقهاء أنه لا حد له لقوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾ [النساء: ٢٠] وقد ذكرنا في القنطار سبعة أقاويل.

وحكى الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قام خطيباً فقال: لَا تُعَالُوا فِي صَدَقَاتِ النِّسَاءِ، فَمَا بَلَغَنِي أَنْ أَحَدًا سَاقَ أَكْثَرَ مِمَّا سَاقَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَّا جَعَلَتْ الْفُضْلُ فِي بَيْتِ الْمَالِ. فاعترضته امرأة من نساء قريش فقالت: يعطينا الله وتمنعنا كتاب الله أحق أن يتبع، قال الله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠] فرجع عمر وقال: كل أحد يصنع بماله ما شاء، فكل الناس أفاقه من عمر حتى امرأة.

وقد تزوج عمر بن الخطاب أم كلثوم بنت علي رضي الله عنهم وأصدقها أربعين ألف درهم .

وتزوج طلحة بن عبيد الله أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنهم وأصدقها مائة ألف وتزوج مصعب بن الزبير عائشة بنت طلحة، وأصدقها ألف درهم، وتزوجها بعده عمر بن عبيد الله بن معمر التيمي وأصدقها مائة ألف دينار وحكي عن عمر بن شبه عن محمد بن يحيى أن مصعب بن الزبير تزوج بالبصرة سكينه بنت الحسين رضي الله عنهما وأصدقها ألف درهم فقال عبد الله بن همام السلولي : أبلغ أمير المؤمنين رسالة من ناصح لك لا يريد وداعاً :

بضع الفتاة بألف ألف كامل وتبيت سادات الجنود جياعا
لولا أبو حفص أقول مقالتي وأبث ما حدثته لأرتاعا

فصل: [القول في أقل الصداق]

فأما أقل الصداق فقد اختلف فيه الفقهاء، فمذهب الشافعي رحمه الله أنه غير مقدر أن كل ما جاز أن يكون ثمناً، أو مبيعاً، أو أجره، أو مستأجراً جاز أن يكون صداقاً قل أو كثر .

وبه قال من الصحابة: عمر بن الخطاب، وعبد الله بن عباس، حتى قال عمر في ثلاث قبضات زيب مهراً .

وبه قال من التابعين: الحسن البصري، وسعيد بن المسيب، حتى حكي أن سعيداً زوج بنته على صداق درهمين .

وبه قال من الفقهاء: ربيعة، والأوزاعي، والثوري وأحمد، وإسحاق .

وقال مالك: أقل الصداق ما تقطع فيه اليد؛ ربع دينار، أو ثلاثة دراهم، وقال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم، أو نصف دينار .

وقال أبو حنيفة وأصحابه؛ أقله دينار أو عشرة دراهم، فإن عقده بأقل من عشرة صحت التسمية وكملت عشرة، ومنعت من مهر المثل إلا زفر وحده فإنه أبطل التسمية وأوجب مهر المثل .

وقال إبراهيم النخعي: أقله أربعون درهماً .

وقال سعيد بن جبیر: أقله خمسون درهماً .

واستدل أبو حنيفة بقول الله تعالى : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ مِنْ دُونِ مَا بُنِيَ عَلَيْهِ الدِّينُ الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ ﴾ [النساء: ٢٤] ولا يطلق اسم الأموال على ما قل من الدانق والقيراط، فلم يصح أن يكون ذلك ابتغاء بمال .

وروى مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن عطاء عن عمرو بن دينار عن جابر بن

عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا تَنْكِحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ، وَلَا يُزَوِّجُ إِلَّا الْأَوْلِيَاءَ، وَلَا مَهْرَ أَقْلٍ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ»^(١) وهذا نص.

ولأنه مال يستباح به عضو فوجب أن يكون مقدراً كالنصاب في قطع السرقة. ولأنه أحد بدلي النكاح فوجب أن يكون مقدراً كالبضع، ولأن ما كان من حقوق العقد يقدر أقله كالشهود.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

ومن الآية دليلان:

أحدهما عام: وهو قوله: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ فكان على عمومه، من قليل أو كثير. والثاني خاص: وهو أنه إذا فرض لها خمسة دراهم وطلقها قبل الدخول اقتضى أن يجب لها درهمان ونصف، وعند أبي حنيفة يجب لها الخمسة كلها وهذا خلاف النص.

وروى عبد الرحمن بن البيهقي عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «أَدْوَا الْعَلَائِقُ، قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا الْعَلَائِقُ قَالَ: مَا تَرَاخَى بِهِ الْأَهْلُونَ» فكان على عمومه فيما تراضوا به من قليل وكثير.

وروى عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ اسْتَحَلَّ بِدِرْهَمَيْنِ فَقَدْ اسْتَحَلَّ» يعني فقد استحل بالدرهمين.

وروى أبو هارون العبدي، عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «لَا جُنَاحَ عَلَى امْرَأَةٍ أَنْ يَصُدَّقَ امْرَأَةً قَلِيلاً أَوْ كَثِيراً إِذَا اشْهَدَتْ وَتَرَاخَوْا»^(٢).

وروى عاصم بن عبيد الله عن عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه أن امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله ﷺ: «أَرْضَيْتِ مِنْ نَفْسِكَ وَمَالِكِ بَهَاتَيْنِ النَّعْلَيْنِ؟» فقالت نعم فَأَجَازَهُ^(٣).

وروى أبو حازم عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال لرجل خطب منه المرأة التي بذلت نفسها له: «الْتِمِسْ وَلَوْ خَاتِماً مِنْ حَدِيدٍ».

والخاتم من الحديد أقل الجواهر قيمة، فدل على جواز القليل من المهر فإن قيل: فقد يجوز أن يكون من حديد صيني يساوي عشرة دراهم ويكون ثمن النعلين عشرة دراهم.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (١٦٧/٢) والدارقطني (٤٥/٣) والبيهقي في الكبرى (١٣٣/٧) وانظر نصب الرأية (١٩٦/٣).

(٢) أخرجه الدارقطني ٢٤٤/٣ (٩، ٨، ٧) والبيهقي ٢٤٤/٣ وانظر كتر العمال (٤٤٧١٠، ٤٤٧٣٤).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٤٤٥/٣) والترمذي (١١١٣) والبيهقي (١٣٨/٧، ٢٣٩) وأبو داود الطيالسي كما في النعمة (١٥٥٨).

قيل: لو كان ذلك مخالفاً للعرف المعهود لنقل وليس في العرف أن يساوي نعلان في المدينة وخاتم من حديد عشرة دراهم.

على أن قوله: التمس ولو خاتماً من حديد: على طريق التقليل، ولو أراد ما ذكره من الصفة المتقدرة لكان عدوله إلى العشرة المقدرة أسهل وأفهم فبطل هذا التأويل.

وروى يونس بن بكير عن صالح بن مسلم بن رومان عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «لَوْ أَنَّ رَجُلًا أُعْطِيَ امْرَأَةً صَدَاقًا مِثْلَ يَدَيْهِ طَعَامًا كَانَتْ بِهِ حَلَالًا»^(١).

وروى قتادة عن عبد الله بن المؤمل عن جابر قال: إنا كنا لننكح المرأة على الحفنة أو الحفنتين من دقيق.

وروى قتادة عن أنس بن مالك قال: تزوج عبد الرحمن بن عوف امرأة من الأنصار على وزن نواة من ذهب قومت ثلاثة دراهم. وهذه كلها نصوص لا يجوز خلافها.

ويدل عليه من طريق القياس: هو أن كل ما صلح أن يكون ثمناً صلح أن يكون مهراً كالعشرة، ولأنه عقد ثبت فيه العشرة عوضاً فصح أن يثبت دونها عوضاً كالبيع، ولأنه عوض على إحدى منفعتيها فلم يتقدر قياساً على أجره منافعتها ولأن ما يقابل البضع من البديل لا يتقدر في الشرع كالخلع، ولأن كل عوض لا يتقدر أكثره لا يتقدر أقله. قياساً على جميع الأعواض، ولا يدخل عليه الجزية، لأنها ليست عوضاً.

فأما الجواب عن الآية فمن وجهين:

أحدهما: أن ظاهر المتروك بالإجماع؛ لأنه لو نكحها بغير مهر حلت. والثاني: أن ما دون العشرة مال. ألا تراه لو قال: له علي مال ثم بين درهماً أو دانقاً قبل منه، فدللت الآية على جوازه في المهر.

وأما الجواب عن حديث جابر فمن وجهين:

أحدهما: أنه ضعيف؛ لأنه رواية مبشر بن عبيد وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطاة وهو مدلس.

وقد روينا عن جابر من طريق ثابتة قولاً مسنداً، وفعلاً منتشرًا ما ينافيه فدل على بطلانه.

والجواب الثاني: أنه يستعمل إن صح، في امرأة بعينها كان مهر مثلها عشرة فحكم لها فيه بالعشرة.

(١) أخرجه أحمد (٣/٣٥٥) والدارقطني (٣/٢٤٣) وانظر كنز العمال (٤٤٧٣٦) والدر المنثور (٢/١٢٠).

وأما قياسهم على القطع في السرقة فقولهم: مال يستباح به البضع فاسد من أربعة أوجه.

أحدها: أنه لا يستباح القطع في السرقة بالمال، وإنما يستباح بإخراجه.

والثاني: أنه لو استباح بالمال لما لزم رد المال، ورد المال لازم.

والثالث: أنه ليس يستباح به العضو وإنما يقطع به.

والرابع: أن عقد النكاح لا يختص باستباحة عضو بل يستباح به جميع البدن، فبطل التعليل بما قالوه.

ثم المعنى في قطع السرقة أنه عن فعل كالجنائيات، فجاز أن يكون مقدراً كسائر الجنائيات والمهر عوض في عقد مرضاة فلم يتقدر كسائر المعاوضات، وأما قياسهم على ما في مقابلته من البضع المقدر: ففاسد بالبدل في الخلع هو غير مقدر وإن كان في مقابلة بضع مقدر، ثم المعنى في البضع أنه صار مقدراً؛ لأنه لا يتجزأ، فصار مقدراً لا يزيد ولا ينقص، والمهر يتجزأ فصح أن يزيد وصح أن ينقص.

وأما قياسهم على الشهادة فالمعنى فيها أنها من شروط العقد فتقدرت كما تقدرت بالزوج والولي، وليس كالمهر الذي هو من أعواض المرضاة، ولو تقدر لخرج أن يكون عن مرضاة.

فصل: فإذا ثبت أن أقل المهر وأكثره غير مقدر، فهو معتبر بما تراضى عليه الزوجان من قليل وكثير، وسواء كان أكثر من مهر المثل، أو أقل، إذا كانت الزوجة جائزة الأمر.

فإن كانت صغيرة زوجها أبوها، لم يجز أن يزوجه بأقل من مهر مثلها، لأنه معاوض في حق غيره فروعى فيه عوض المثل كما يراعى في بيعه لما لها ثمن المثل، وإن لم يراع ذلك في بيعها لنفسها.

والأولى أن يعدل الزوجان عن التناهي في الزيادة التي يقصر العمر عنها، وعن التناهي في النقصان الذي لا يكون له في النفوس موقع، وخير الأمور أوسطها.

وأن يقتدى برسول الله ﷺ في مهور نسائه طلباً للبركة في موافقته، وهو خمسمائة درهم على ما روته السيدة عائشة، رضي الله عنها.

وقد جعل عبد الملك بن مروان مهور الشريفات من نساء قومه أربعة آلاف درهم اقتداء بصداق أم حبيبة.

وقد روى مجاهد عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «خَيْرُهُنَّ أَيْسَرُهُنَّ صَدَاقًا»^(١).

وروي عنه ﷺ أنه قال: «أَعْظَمُ النِّسَاءِ بَرَكَةً أَحْسَنُهُنَّ وَجْهًا وَأَقْلَهُنَّ مَهْرًا».

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٧٩، ٧٨/١١) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١٢٥٥) وانظر المجمع (٢٨١/١).

وروى ابن جريج عن ابن أبي حسين أن النبي ﷺ قال: «تَيَاسَرُوا فِي الصَّدَاقِ فَإِنَّ الرَّجُلَ لَيُعْطِي الْمَرْأَةَ يَبْقَى ذَلِكَ فِي نَفْسِهِ عَلَيْهَا حَسَكَةٌ»^(٢) وفي الحسيكة وجهان:

أحدهما: العداوة.

والثاني: الحقد.

فصل: ويجوز الصداق عيناً حاضرة، ودينياً في الذمة: حالاً، ومؤجلاً، ومنجماً وأن يشترط فيه رهن، وضامن، كالأثمان، والأجور. والله أعلم.

(٢) انظر كنز العمال (١٠٣٩٨، ٤٤٧٣١).



باب الجُعْلِ وَالْإِجَارَةِ مِنَ الْجَامِعِ مِنْ كِتَابِ الصَّدَاقِ وَكِتَابِ النِّكَاحِ مِنَ أَحْكَامِ الْقُرْآنِ وَمِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ الْقَدِيمِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: « وَإِذَا أَنْكَحَ ﷺ بِالْقُرْآنِ فَلَوْ نَكَحَهَا عَلَى أَنْ يُعَلِّمَهَا قُرْآنًا ».

قال الماوردي: وهذا كما قال يجوز أن يتزوجها على تعليم القرآن. فيكون تعليم القرآن مهراً لها.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجوز.

استدللاً بقول الله تعالى: ﴿ وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ﴾ [النساء: ٢٤] وليس تعليم القرآن مالا فلم يصح ابتغاء النكاح به.

وما روي عن أبي بن كعب أنه قال لقيت رجلاً من أهل الصفة قرآناً فأعطاني قوساً فأخبرت النبي ﷺ بذلك فقال: « أَتَحْتُ أَنْ يُقَوِّسَكَ اللَّهُ بِقَوْسٍ مِنْ نَارٍ؟ قُلْتَ لَا قَالَ: فَارْذُدْهُ »^(١) فلو جاز أخذ العوض عليه لما توعدده عليه، فدل تحريمه أن يأخذ عليه عوضاً على تحريم أن يكون في نفسه عوضاً.

ولأن كل ما لم يكن مالا ولا في مقابلته مال لم يجز أن يكون مهراً، قياساً على طلاق ضررتها، وعق أمته.

قالوا: ولأن تعليم القرآن قرينة فلم يجز أن يكون مهراً كالصلاة والصوم، ولأن تعليم القرآن فرض، فلم يجز أخذ العوض عليه كسائر الفروض.

ودليلنا ما رواه الشافعي عن مالك عن أبي حازم عن سهل بن سعد الساعدي أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ، وَقَامْتُ قِيَامًا طَوِيلًا فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ بِكَ إِلَيْهَا حَاجَةٌ فَزَوِّجْنِيهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَلْ عِنْدَكَ شَيْءٌ تَصَدَّقُهَا؟ فَقَالَ: مَا عِنْدِي إِلَّا إِزَارِي هَذَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنْ أَخَذْتَهُ مِنْكَ عَرِيَّتٌ، وَإِنْ تَشَقَّ عَرِيَّتٌ، فَالْتَمِسْ شَيْئًا وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ، فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَلْ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ شَيْءٌ؟ قَالَ نَعَمْ سُورَةٌ كَذَا، وَسُورَةٌ كَذَا، فَقَالَ رَسُولُ

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٢٦/٦) وروى مثله عن أبي الدرداء.

الله ﷺ، قَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ» وهذا نص^(١).

وروى عطاء عن أبي هريرة أن امرأة جاءت رسول الله ﷺ فعرضت نفسها عليه فقال: اجلسي بآرك الله فيك، ثُمَّ دَعَا رَجُلًا فَقَالَ: إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَزَوِّجَكَهَا إِنْ رَضِيَتْ، فَقَالَ: مَا رَضِيَتْ لِي يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَدْ رَضِيَتْ فَقَالَ: هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ؟ فَقَالَ: لَا وَاللَّهِ فَقَالَ: مَا تَحْفَظُ مِنَ الْقُرْآنِ؟ فَقَالَ: سُورَةُ الْبَقْرَةِ وَالَّتِي تَلِيهَا فَقَالَ: قُمْ فَعَلِّمْنَاهَا عَشْرِينَ آيَةً وَهِيَ امْرَأَتُكَ^(٢).

فإن قيل: وهو تأويل أبي جعفر الطحاوي معنى قوله: «قَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»، أي لأجل فضيلتك بما معك من القرآن. قيل عن هذا جوابان.

أحدهما: أن النبي ﷺ قال: «الْتِمَسْ وَلَوْ خَاتِمًا مِنْ حديدٍ» ليكون صداقاً فلما لم يجد جعل القرآن بدلاً منه فاقتضى أن يكون صداقاً. والثاني: أن هذا التأويل يدفعه حديث أبي هريرة لأنه قال: قُمْ فَعَلِّمْنَاهَا عَشْرِينَ آيَةً وَهِيَ امْرَأَتُكَ.

فإن قالوا: وهو تأويل مكحول أن هذا خاص لرسول الله ﷺ قيل عنه جوابان:

أحدهما: أنه لم يكن رسول الله ﷺ هو المتزوج بها، فيصير مخصوصاً بذلك، وإنما كان مزوجاً لها، فلم يكن مخصوصاً. والثاني: أن ما خص به رسول الله ﷺ يحتاج إلى دليل يدل على تخصيصه وإلا كان فيه مشاركاً لأُمَّته.

فإن قيل: فقوله: «قَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ» مجهول، وكذلك قوله في حديث أبي هريرة: «قُمْ فَعَلِّمْنَاهَا عَشْرِينَ آيَةً» هي مجهولة، ولا يجوز أن يجعل لها رسول الله ﷺ صداقاً مجهولاً قيل عنه جوابان:

أحدهما: أنه كان معلوماً؛ لأنه سأل الرجل عما معه من القرآن فذكر سوراً سماها فقال: زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ، يعني السور المسماة، وقوله في حديث أبي هريرة: «عَشْرِينَ آيَةً» يعني من السورة التي ذكرها، وذلك يقتضي في الظاهر أن يكون من أولها فصار الصداق معلوماً.

والثاني: أن المقصود بهذا النقل جواز أن يكون تعليم القرآن صداقاً فاقترصر من الرواية على ما دل عليه، وأمسك عن نقل ما عرف دليله من غيره.

(١) أخرجه الشافعي في المسند (٧/٢) حديث (٥). وأخرجه البخاري (٩/١٩٠) في كتاب النكاح (٥١٣٥) ومسلم (٢/١٤٠) (٧٦، ٧٧/١٤٢٥).

(٢) أخرجه أبو داود (١/٤٨٧) والنسائي (٦/١٠٠).

ويدل عليه من طريق القياس أن كل منفعة صح أن يبذلها الغير عن الغير تبرعاً جاز أن يبذلها مهراً، قياساً على سائر الأعمال المباحة، ولا يدخل عليه عسيب الفحل لأن المقصود منه الماء، وهو عين وليست بمنفعة.

فأما الاستدلال بالآية: فنحن نقول بنطقها وهم لا يقولون بدليلها. ونحن وإن قلنا بدليل الخطاب، فقد نقلنا عنه نطق دليل آخر وأما الخبر فقد روي عن أبي بن كعب تارة وعن عبادة بن الصامت أخرى. وحديث عبادة أثبت، وأيهما صح فعنه جوابان.

أحدهما: أنه يجوز أن يكون تعليمه للقرآن قد تعين عليه فرضه فلم يجز أن يعتاض عنه. والثاني: أنه أخذه من غير شرط فلم يستحقه.

وأما قياسهم على طلاق امرأته وعتق أمته فالمعنى فيه أنه لا ينتفع بالطلاق والعتق، فلم يجز أن يكون صداقاً، وينتفع بتعليم القرآن فجاز أن يكون صداقاً.

فإن قيل: فهي تنتفع بطلاق زوجته، أو عتق أمته، لأنه يفرد بها.

قيل: ما تستحقه من النفقة والكسوة مع الضرة والأمة مثل ما تستحقه منفردة، فلم يعد عليها منه نفع.

وأما قياسهم على الصلاة والصيام بعله أنه قرينة، فمنتقض بكتب المصاحف وبناء المساجد يجوز أن يكون مهراً، وإن كان قرينة.

ثم المعنى في الصلاة والصيام أن النيابة فيهما لا تصح، وأن نفعهما لا يعود على غير فاعليهما، وليس كتعليم القرآن الذي يصح فيه النيابة، ويعود نفعه على غير فاعله.

وأما قولهم أنه فرض فلم يجز أخذ العوض عنه: فهو أنه إن كان فرضاً فهو من فروض الكفايات ويجوز أن تؤخذ الأجرة فيما كان من فروض الكفايات كغسل الموتى، وحمل الجنائز، وحفر القبور.

فصل: فإذا تقرر أن تعليم القرآن يجوز أن يكون صداقاً فلا بد أن يكون ما أصدقها منه معلوماً تنتفي عنه الجهالة، لأن الصداق المجهول لا يصح.

[أحوال الصداق بتعليم القرآن]

وإذا كان كذلك. فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصدقها تعليم جميع القرآن.

والثاني: تعليم سورة منه.

والثالث: تعليم آيات منه.

الحالة الأولى: أن يصدقها تعليم جميع القرآن فإن أصدقها تعليم جميع القرآن

فجميعه معلوم، وعليه أن يذكر بأي قراءة يلقتها فإن حروف القراء مختلفة في الألفاظ والمعاني، والسهولة، والصعوبة.

فإن ذكر قراءة معينة لم يعدل بها إلى غيرها، وإن أطلق ولم يعين ففي الصداق وجهان:

أحدها: أنه صداق باطل؛ لاختلاف القراءات من الوجوه التي ذكرناها فصار مجهولاً كما لو أصدقها ثوباً، فعلى هذا يكون لها مهر مثلها.

والوجه الثاني: أنه صداق جائز؛ لأن كل قراءة تقوم مقام غيرها.

ولأن النبي ﷺ قال: «نزل القرآن على سبعة أحرف كلها شاف كاف»، وكما لو أصدقها فقيزاً من صبرة جاز وإن لم يعين مكانه من الصبرة لتمامها، فعلى هذا يكون فيما يلقتها به من الحروف وجهان:

أحدهما: وهو قول أصحابنا البصريين: أنه يلقتها بالأغلب من قراءة البلد، كما لو أصدقها دراهم كانت من غالب دراهم البلد.

والوجه الثاني: وهو قول بعض أصحابنا البغداديين: أنه يلقتها بما شاء من القراءات المفردة أو بالجائز؛ وأن كل قراءة تقوم مقام غيرها.

الحالة الثانية: أن يصدقها تعليم سورة من القرآن وإن أصدقها تعليم سورة من القرآن فلا يصح حتى تكون السورة معلومة، لاختلاف السور بالطول والقصر، وأن فيها المشتبه وغير المشتبه، فإذا عين السورة كان الكلام في حروف القراءة على ماضى.

الحالة الثالثة: أن يصدقها تعليم آيات من القرآن.

وإن أصدقها تعليم آيات من القرآن، فصحة ذلك معتبرة بأربعة شروط:

أحدها: أن تكون السورة معلومة، فإن كانت مجهولة لم يجز، وكان الصداق باطلاً.
والثاني: أن تكون الآيات من السورة معلومة مثل أن يقول: عشر آيات من أول سورة البقرة، أو من رأس المائة، أو عشر الطلاق. فإن أطلق عشر آيات من سورة البقرة ففيه وجهان:

أحدهما: باطل للجهل بتعيينها.

والوجه الثاني: جائز ويتوجه ذلك إلى عشر آيات من أولها، اعتباراً بعرف الإطلاق، وأن النبي ﷺ، قال للرجل: «قُمْ فَعَلَّمَهَا عَشْرِينَ آيَةً» ولم يعين.

والشرط الثالث: أن يكون باطلاً أقصر سورة في القرآن وهي الكوثر ثلاث فصاعداً ليكون قدراً يختص بالإعجاز، فإن كان أقل من ذلك لم يجز، لأنه لا يختص بالإعجاز، وتعيين القرآن يقتضي وجود الإعجاز.

والشرط الرابع: وهو حرف القراءة، وذلك يختلف بحسب اختلاف الآيات المشروطة فإن كانت حروف القراءة فيها لا تختلف، أو كان اختلافها يسيراً لا يؤثر في زيادة الحروف ونقصانها لم يلزم شرطه، وإن كان بخلاف ذلك فهو على ما مضى من الوجهين.

فأما إن أصدقها أن يعلمها القرآن شهراً جاز، وإن لم يعين السور والآيات؛ لأن

التعليم قد صار بتقدير المدة معلوماً، وإن كان عينه مجهولاً، فصار بمنزلة قوله على أن أخدمك شهراً فيجوز وإن لم يعين الخدمة، كما يجوز إذا أطلق المدة وعين الخدمة، ثم لها أن تأخذ بتعليم ما شاءت من القرآن لا بما شاء الزوج، كمن استؤجر لخدمة شهر، كان للمستأجر أن يستخدمه فيما شاء دون المؤجر.

فصل: [القول في صفة التعليم]

فأما صفة التعليم، فعليه أن يعلمها السورة آية بعد آية، حتى إذا حفظت الآية عدل بها إلى ما بعدها حتى تختم السورة.

وليس عليه إذا حفظت السورة أن يدرسها إياها؛ لأن التدريس من شروط الحفظ لا من شروط التعليم. فلو شرطت عليه حفظ القرآن لم يجز؛ لأن حفظه إلى الله تعالى لا إليه.

وإذا كان كذلك فلها أربعة أحوال:

أحدها: أن يعلمها فتحفظ ما علمها بأيسر تعليم وأسهله فهو المقصود وقد وفى ما عليه.

والثاني: أن يعلمها فتتعلم في الحال ثم تنسى ما تعلمته، فهذا على ثلاثة أقسام: أحدها: أن تتعلم جميع السورة ثم تنساها، فقد استقر التسليم ووفى ما عليه من التعليم، فلا يلزمه أن يعلمها ثانية.

والقسم الثاني: أن يلقتها منه يسيراً لا يختص بالإعجاز كـ بعض آية، فالتسليم لم يستقر، وعليه أن يعلمها.

والقسم الثالث: أن يعلمها قدر ما يتعلق به الإعجاز، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه تسليم مستقر؛ لجواز أن يكون هذ القدر بانفراده مهراً فعلى هذا لا يلزمه تعليمها ثانية.

والوجه الثاني: أنه تسليم غير مستقر؛ لأنه بعض جملة غير متميزة، فعلى هذا يلزمه تعليمها ثانية.

والحال الثالث: أن يعلمها فتكون بليدة، قليلة الذهن، لا تتعلم إلا بمشقة وعناء، فهذا عيب، يكون الزوج فيه مخيراً بين المقام عليه وبين أن يفسخ فيعدل إلى بدله، وفي بدله قولان:

أحدهما: وهو القديم: أجرة مثل التعليم.

والقول الثاني: وهو الجديد: عليه مهر المثل. وسنذكر توجيه القولين من بعد.

والحالة الرابعة: أن تكون ممن لا تقدر على تعليم القرآن بحال ففي الصداق

وجهان:

أحدهما: باطل لتعذره وإعوازه، وفيما تستحقه قولان على ما مضى .
 والوجه الثاني: جائز وتأتي بغيرها حتى يعلمه؛ لأن من له حق إذا عجز عن استيفائه
 بنفسه استوفاه بغيره، ولا خيار لها، لأن العيب من جهتها .
 وهل للزوج الخيار أم لا على وجهين:
 أحدهما: لا خيار له، لأنه تعليم قد استحقته لنفسها فجاز أن تستوفيه بغيرها، كسائر
 الحقوق .

والوجه الثاني: له الخيار في المقام أو الفسخ، لأنه يستلذ من تعليمها ما لا يجوز أن
 يستلذ من تعليم غيرها فإن فسخ فقيما يلزمه قولان:
 أحدهما: أجرة مثل التعليم .
 والثاني: مهر المثل .

فلو أرادت وهي قادرة على تعليم القرآن أن تأتيه بغيرها ليعلمه بدلاً منها فإن راضاها
 الزوج على ذلك جاز، وإن امتنع ففي إجباره على ذلك وجهان وتعليقهما ما ذكرنا .
 ولو لم يعلمها القرآن حتى تعلمته من غيره، فقد فات أن تستوفيه بنفسها فيكون على ما
 ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: تأتيه بغيرها حتى يعلمه القرآن .
 والوجه الثاني: قد بطل الصداق، وفيما تستحقه عليه قولان:
 أحدهما: أجرة مثل التعليم .
 والثاني: مهر المثل .

فصل: [القول فيما إذا أصدقها تعليم القرآن وهو لا يحفظه]

وإذا أصدقها تعليم القرآن، وهو لا يحفظ القرآن فهذا على ضربين:
 أحدهما: أن يجعل ذلك في ذمته، مثل أن يقول: علي أن أحصل لك تعليم القرآن،
 فهذا صداق جائز وإن كان لا يحسن القرآن وعليه أن يستأجر لها من يعلمها القرآن إما من
 النساء أو من ذوي محارمها من الرجال وعلى هذا لو كان يحفظ القرآن كان مخيراً بين أن
 يعلمها بنفسه، أو يستأجر من يعلمها .
 والضرب الثاني: أن يكون تعليم القرآن معقوداً عليه في عينه، مثل أن يقول: علي أن
 أعلمك القرآن نظراً:
 فإن كان يحسن الكتابة جاز فإنه يقدر على تعليمها من المصحف وإن كان لا يحسن
 الكتابة ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز كما لو أصدقها ألف درهم لا يملكها جاز؛ لأنه قد يجوز أن يملكها
 كذلك القرآن وإن كان لا يحفظه، فقد يجوز أن يحفظه فيعلمها .

والوجه الثاني: لا يجوز، ويكون الصداق باطلاً لأنه منفعة من معين ليست في ملكه فلم يجوز أن يكون صداقاً، كما لو أصدقها خدمة عبد لا يملكه كان باطلاً وإن جاز أن يملك العبد أو يستأجره.

وخالف أن يصدقها ألف درهم لا يملكها، لأن الألف غير معينة والمنفعة ههنا معينة، ألا تره لو باع سلماً ثوباً موصوفاً في ذمته وهو لا يملكه جاز، ولو باع ثوباً معيباً لا يملكه لم يجز.

فإذا تقرر ما ذكرنا من الوجهين.

فإن قيل بالوجه الأول أن الصداق جائز كانت بالخيار بين أن تصبر عليه حتى يتعلم القرآن فيعلمها، وبين أن تتعجل الفسخ وترجع عليه بأجرة مثل التعليم في أحد القولين، وبمهر المثل في القول الثاني، فلو قال لها: أنا أستأجر لك من يعلمك لم يلزمها ذلك؛ لأن المنفعة مستحقة منه في عينه كما لو أجره عبداً فزمن بطلت الإجارة، ولم يكن له أن يقيم عبداً غيره، وخالف أن تريد إبدال نفسها بغيرها، فيكون لها ذلك في أحد الوجهين.

والفرق بينهما: أنه لا حق لها، فجاز أن تكون مخيرة في استيفائه وهو مستحق على الزوج فلم يكن مخيراً في أدائه.

وإن قيل بالوجه الثاني أن الصداق باطل، فلا فرق في بطلانه بين أن يتعلم القرآن من بعد أولاً يتعلمه، وفيما ترجع به عليه قولان على ما مضى:

أحدهما: أجرة المثل.

والثاني: مهر المثل.

فصل: [القول في تزوج المسلم الذمية على تعليم القرآن]

وإذا تزوج مسلم ذمية على تعليمها القرآن، نظر:

فإن كان قصدها الاهتداء به واعتبار إعجازه ودلائله جاز، وعليه تعليمها إياه كالمسلمة.

وإن كان قصدها الاعتراض عليه والقبح فيه لم يجوز وكان صداقاً باطلاً؛ لما يلزم من صيانة القرآن عن القبح والاعتراض.

وإن لم يعرف قصدها فهو جائز في ظاهر الحال؛ لأن القرآن هداية وإرشاد، ثم يسير بحث حالها في وقت التعليم، فإن عرف منها مبادئ الهداية: أقام على تعليمها، وإن عرف منها مبادئ الاعتراض والقبح فسخ الصداق، وعدل إلى بدله من القولين:

أحدهما: أجرة المثل.

والثاني: مهر المثل.

فصل: [القول في تزوج الذمي الذمية على تعليم التوراة والإنجيل]

إذا تزوج الذمي على أن يعلمها التوراة والإنجيل، كان صداقاً فاسداً، لأنهما قد غيرا وبدلا فإن تحاكما إلينا قبل التعليم أبطلناه، وإن تحاكما بعد التعليم أمضيته كما لو أصدقها خمراً أو خنزيراً فتقابضاه.

[القول في تزوج المسلم الذمية على تعليم التوراة أو الإنجيل]

ولو تزوج مسلم ذمية على تعليم التوراة والإنجيل، أبطلناه قبل التعليم وبعده. والفرق بين المسلم والذمي: أن أهل الذمة يرونه جائزاً فأمضى منه ما تقابضاه، ونحن نراه باطلاً فأبطلناه وإن تقابضاه.

فصل: [القول في التزوج على تعليم الشعر]

وإذا تزوجها على تعليم الشعر: فإن كان الشعر غير معين لم يجز وكان صداقاً فاسداً للجهالة به، وإن كان معيناً نظر: فإن كان هجاءً وفحشاً لم يجز وكان لها مهر المثل، وإن كان زهداً وحكماً وأمثالاً وأدباً جاز أن يكون صداقاً.

حكى أن المزني سئل عن تعليم الشعر أيجوز أن يكون صداقاً. فقال إن كان كقول الشاعر.

يود المرء أن يعطى مناه ويأبى الله إلا ما أراد

يقول المرء فائدتي ومالي وتقوى الله أفضل ما استفاداً^(١)
وقال النبي ﷺ: «إِنَّ مِنَ الشَّعْرِ لِحُكْمَةً وَإِنَّ مِنَ الْبَيِّنَاتِ لَسِحْرًا» جاز أن يكون صداقاً، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «أَوْ يَأْتِيهَا بَعْدَهَا الْأَبْقِ فَعَلَّمَهَا أَوْ جَاءَهَا بِالْأَبْقِ».

[القول في التزويج على منافع العبد والحر]

قال الماوردي: يجوز أن تكون منافع العبد والحر صداقاً لزوجته، مثل أن يتزوجها على أن يخدمها شهراً، أو يبني لها داراً، أو يخيظ لها ثوباً، أو يرعى لها غنماً. وقال مالك: لا يجوز أن تكون منافع الحر والعبد صداقاً.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن تكون منافع العبد صداقاً، ولا يجوز أن تكون منافع الحر صداقاً.

استدللاً بقول الله تعالى: ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤] وليس هذا مال فيصح ابتذال النكاح به، ولأن تسليم المنفعة

(١) هما لأبي الدرداء انظرهما في قليوبي وعمير (٢٨٨/٣) وطبقات السنوي (١).

لا يصح إلا بتسليم الرقبة، وليست رقبة الحر مالاً، فلم يجب بتسليم منفعته تسليم مال، فلذلك لم يجز أن يكون صداقاً، ورقبة العبد مال موجب بتسليم منفعته تسليم مال، فجاز أن يكون صداقاً.

ودليلنا: قول الله تعالى في قصة شعيب حين تزوج موسى بابنته ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧] يعني عمل ثمانِي حِجَج فأسقط ذكر العمل، واقتصر على المدة؛ لأنه مفهوم بينهما، والعمل رعي الغنم، فجعل رعي موسى ثمانِي سنين صداقاً لبنته. وهذا نص.

فإن قيل: فهذا في غير شريعتنا فلم يلزمنا.

قيل شرائع من تقدم من الأنبياء لازمة لنا على قول كثير من أصحابنا فلم يرد نسخ.

فإن قيل: فهذا منسوخ؛ لأن شرط صداقها لنفسه وقد نسخ الله تعالى ذلك في شريعتنا بقوله سبحانه: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] قيل عنه جوابان:

أحدهما: أنه أضاف ذلك إلى نفسه مجازاً لقيامه فيه بنفسه وإلا فهو ملك لها دونه.

والجواب الثاني: أنه ليس نسخ حكم من أحكامه دليلاً على نسخ جميع أحكامه، كما لم يكن نسخ استقبال بيت المقدس دليلاً على نسخ الصلاة التي كانت إلى بيت المقدس.

فإن قيل: فشعيب جعل المنفعة مقدرة بمدتين ومثل هذا لا يجوز في شريعتنا.

قيل: المنفعة مقدرة بمدة واحدة وهي ثمان سنين، قال ابن عباس: كانت علي نبي

الله موسى ثمانِي حِجَج واجبة وكانت سنتان عدة منه، ففضى الله عنه عدته فأتمها عشراً.

ومن طريق القياس أنها منفعة تستحق بعقد الإجارة فصح أن تثبت صداقاً كمنافع العبد ولأنه عقد يصح على منفعة العبد فصح على منفعة الحر كالإجارة ولأن كل ما صح أن يثبت في مقابلة منافع العبد صح أن يثبت في مقابلة منافع الحر كالدرهم.

أما الآية فقد تقدم الجواب عنها.

وأما قولهم: إنها منفعة لا تجب بتسليمها تسليم مال، فخطأ؛ لأن الرقبة ليست في مقابلة العوض، فيراعي أن يكون مالاً، وإنما العوض في مقابلة المنفعة فلم يؤثر فيها أن تكون الرقبة مالاً، أو غير مال، فالإجارة على منافع الحر كالإجارة على منافع العبد، وإن لم تكن رقبة الحر مالاً وكانت رقبة العبد مالاً. فكذلك الصداق وعلى أنه لو أصدقها منافع أم ولده أو منافع وقفه جاز وإن لم تكن الرقبة مالاً.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فصورة مسألتنا في رجل تزوج امرأة وجعل صداقها أن يأتيها

بعدها الأبق، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون العبد معروف المكان، تصح الإجارة على المجيء به، فهذا

صداق جائز، لأن ما جازت عليه الإجارة جاز أن يكون صداقاً كسائر الأعمال.

والضرب الثاني: أن يكون غير معروف المكان فهذا لا تصح عليه الإجارة وتصح عليه الجعالة، فلا يصح أن يكون صداقاً لأمرين:

أحدهما: أنه مجهول المكان فيصير الصداق به مجهولاً، والصداق المجهول باطل. والثاني: أن المعاوضة عليه جعالة غير لازمة والصداق لازم، فتناقيا، فبطل.

فصل: فأما المزني فإنه قال: إذا أصدقها أن يجيئها بعندها الأبق ما يدل على أنه صداق جائز؛ لأنه قال: فإن طلقها قبل الدخول فلها نصف أجرة المجيء بالأبق.

فاختلف أصحابنا هل أشار بذلك إلى الضرب الأول إذا كان معروف المكان أو إلى الضرب الثاني إذا كان مجهول المكان؟.

فقال بعضهم: أراد به الضرب الأول مع العلم بمكان الأبق، فعلى هذا يكون موافقاً للشافعي ولسائر أصحابه.

وقال آخرون: بل أراد به الضرب الثاني إذا كان مجهول المكان وكانت المعاوضة عليه جعالة، فعلى هذا يكون مخالفاً للشافعي؛ لأنه قد نص على بطلان الصداق في كتاب الأم، ومخالفاً لسائر أصحابنا لما ذكرنا من المعنيين في تعليل بطلانه، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «تَمَّ طَلْقُهَا قَبْلَ الدُّخُولِ رَجَعَتْ عَلَيْهَا بِنِصْفِ أَجْرِ التَّعْلِيمِ» (قَالَ الْمُزَنِيُّ) وَبِنِصْفِ أَجْرِ الْمَجِيءِ بِالْأَبْقِ فَإِنْ لَمْ يُعَلِّمْهَا أَوْ لَمْ يَأْتِهَا بِالْأَبْقِ رَجَعَتْ عَلَيْهِ بِنِصْفِ مَهْرٍ مِثْلِهَا لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْلُوبَهَا يُعَلِّمَهَا».

قال الماوردي: والكلام في هذه المسألة يشتمل على فصلين:

أحدهما: إذا أصدقها تعليم القرآن ثم طلق.

والثاني: إذا أصدقها أن يجيئها بعندها الأبق ثم طلق.

فأما الفصل الأول وهو أن يصدقها تعليم القرآن ثم طلق فهو على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: [أن يطلقها بعد تعليمها]:

أحدها: أن يطلق بعد أن علمها جميع القرآن، فلا يخلو حال طلاقه من أحد أمرين.

إما أن يكون قبل الدخول، أو بعده.

فإن كان بعد الدخول: فقد استقر لها بالدخول جميع الصداق، وقد وفاها إياه بتعليم

جميع القرآن فلا تراجع بينهما بشيء.

وإن كان طلاقه قبل الدخول: فقد استحق أن يرجع عليها بنصف الصداق لقول الله

تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾

فإن كان عيناً حاضرة رجع بنصفها، وإن كانت تالفة ولها مثـ رجع بنصف مثلها،

وإن لم يكن لها مثل: رجع بقيمة نصفها، وليس تعليم القرآن عيناً حاضرة فيرجع بنصفها،

ولا هو مما له مثل فيرجع بمثل نصفه، فلم يبق إلا أن يرجع بقيمة نصفه وذلك نصف أجره مثل التعليم.

فصل: القسم الثاني: [أن يطلقها قبل تعليمها]

والقسم الثاني: أن يطلقها قبل أن يعلمها شيئاً من القرآن فينظر:

فإن كان التعليم مشروطاً في ذمته استأجر لها من النساء ومن ذوي محارمها من الرجال من يعلمها على ما تستحقه من القرآن على ما سنذكره.

وإن كان التعليم مستحقاً عليه في عينه فقد اختلف أصحابنا هل يجوز له تعليمها بعد الطلاق أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز من وراء حجاب، كما يجوز سماع أحاديث رسول الله ﷺ من النساء الأجانب. وقد كانت نساء رسول الله ﷺ يحدثن من وراء حجاب.

والوجه الثاني: وهو الأصح لا يجوز؛ لأمرين:

أحدهما: ما في مطاولة كلامها من الافتتان بها.

والثاني: أنهما ربما خلوا وهي محرمة عليه وقد قال النبي ﷺ: «لَا يَخْلُونَ أَحَدُكُمْ بِأَمْرَةٍ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ ثَالِثُهُمَا».

فإذا قلنا: إن تعليمها لا يجوز نظر حال الطلاق، فإن كان بعد الدخول، رجعت عليه في قوله القديم بأجرة المثل، وفي قوله الجديد بمهر المثل، وإن كان قبل الدخول: رجعت عليه في قوله القديم بنصف أجره المثل، وفي قوله الجديد بنصف مهر المثل.

وإن قلنا إنها تعلم القرآن: لم يخل الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده فإن كان بعد الدخول فقد استقر لها جميع الصداق، فعلى هذا يعلمها جميع القرآن.

فلو اختلف فقال الزوج قد علمتك القرآن وقالت: لم تعلمني فلا يخلو حالها من أن تكون حافظة للقرآن في الحال، أو غير حافظة، فإن كانت غير حافظة فالقول قولها مع يمينها وعليه تعليمها وإن كانت حافظة وقالت حفظت من غيرك ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قولها أيضاً مع يمينها.

والوجه الثاني: أن القول قوله مع يمينه؛ لأن حفظها شاهد على صدقه وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الصداق فعلى هذا اختلف أصحابنا في القرآن هل يتجزأ أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أن يتجزأ في كلماته وحروفه التي جزأها السلف عليها فعلى هذا يلزمه أن يعلمها نصف القرآن.

والوجه الثاني: أنه وإن تجزأ في كلماته وحروفه فليس يتمثل لما فيه من المتشابه، وأن بعضه أصعب من بعض، وسورة أصعب من سورة، وعشر أصعب من عشر، وقد روي

عن النبي ﷺ أنه قال: «شَيْبَتِي هُوْدٌ وَأَخَوَاتُهَا»^(١) فعلى هذا لا يلزمه إذا استحقت النصف أن يعلمها شيئاً منه؛ لتعذر تماثله، وترجع عليه بنصف أجره التعليم على قوله في القديم، ويمثل نصف مهر المثل على قوله في الجديد.

فصل: القسم الثالث: [أن يطلقها بعد تعليمها البعض]

والقسم الثالث: أن يطلقها بعد أن علمها بعض القرآن وبقي بعضه، فلا يخلو حال طلاقه من أحد أمرين: إما أن يكون قبل الدخول، أو بعده.

فإن كان بعد الدخول: فقد استقر لها جميعه.

فإن قلنا يعلمها بعد الطلاق فعليه تعليمها ما بقي من القرآن حتى تستوفي به جميع الصداق.

وإن قلنا: لا يجوز أن يعلمها بعد الطلاق ترتب ذلك على اختلاف أصحابنا في تجزئة القرآن.

فإن قلنا: إنه متساوي الأجزاء سقط عنه من الصداق بقدر ما علم، كأنه علمها النصف فيسقط عنه نصف المهر وترجع ببدل نصفه الباقي على القولين:

أحدهما وهو القديم: بنصف أجره التعليم.

والثاني وهو الجديد: بنصف مهر المثل.

وإن قلنا إنه غير متساوي الأجزاء.

ترتب ذلك على اختلاف قوله فيما ترجع به عليه من بقية صداقها، فإن قيل بالقديم: أنها ترجع عليه بالباقي من أجره مثل التعليم سقط ههنا عنه من الصداق بقدر أجره ما علم، وبنى لها عليه بقدر أجره مثل ما بقي على ما سنذكره من تقسيط ذلك على الأجرة لا على الأجزاء.

وإن قيل بالجديد: إنها ترجع عليه بالباقي من مهر مثلها سقط عنه من النصف نصفه وهو الربع؛ لأن أجزاء النصف الذي علمها قد لا تماثل أجزاء النصف الباقي لها، فلذلك سقط عنه نصف ما علمها وهو الربع، لأنه مماثل لحقها، ورجع عليها بأجرة نصف ما علمها وهو الربع ورجعت هي عليه بالباقي لها وهو ثلاثة أرباع مهر المثل.

وإن كان الطلاق قبل الدخول فلها نصف الصداق ولا يخلو ما علمها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون قد علمها منه النصف.

والثاني: أكثر من النصف.

والثالث: أقل من النصف.

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (١٨٣/٦، ٢٨٧٢١٧) والبيهقي في الدلائل (٣٥٨/١) والترمذي في الشمائل (٢٧) وعبد الرزاق (٥٩٩٧) وابن سعد (١٣٨/٢/١) والخطيب في التاريخ (١٤٥/٣).

فإن علمها منه النصف: ترتب ذلك على اختلاف أصحابنا في تساوي الأجزاء فإن قيل إنها متساوية فقد استوتف بالنصف حقها، ولا تراجع بينهما.

وإن قيل إنها مختلفة ترتب ذلك على اختلاف قوله فيما ترجع به عند فوات الصداق.

فإن قيل بالقديم: إنها ترجع بأجرة التعليم تقسط ذلك على الأجرة لا على الأجزاء.

مثاله: أن يقول كم تساوي أجرة مثل تعليم القرآن؟ فإذا قيل: عشرة دنانير.

قيل: فكم تساوي أجرة مثل النصف الذي علمها؟ فإن قيل: ستة دنانير، لأنه أصعب النصفين، صارت مستوية لأكثر من حقها فيرجع عليها بالفاضل وهو دينار، وإن قيل أجرة النصف الذي علمها أربعة دنانير؛ لأنه أخف النصفين صارت آخذة أقل من حقها فترجع عليه بالباقي وهو دينار.

فأما إذا قيل بالجديد: إنها ترجع بمهر المثل سقط عنه من النصف الذي علمها نصفه وهو الربع، ورجع عليها بأجرة مثل تعليم الربع، ورجعت عليه بربع مهر مثلها.

وإن كان قد علمها أكثر من النصف كأنه علمها الثلثين من القرآن فإن قلنا: إنه متساوي الأجزاء: فقد استوتف بالنصف منه حقها وكان له أن يرجع عليها بأجرة مثل الباقي وهو السدس، وإن قلنا أنه غير متساوي الأجزاء ترتب على ما ذكرناه من القولين:

فإن قيل بالقديم.

إن الرجوع يكون بأجرة المثل، نظر أجرة مثل التعليم، فإذا قيل عشرة دنانير: نظر أجرة مثل الثلثين الذي علمها. فإن كانت خمسة دنانير فقد استوتف حقها ولا تراجع بينهما، وإن كانت سبعة رجعت عليها بدینارين، وإن كانت أربعة رجعت عليه بدینار وإن قيل بالجديد: إن الرجوع يكون بمهر المثل سقط عنه من الصداق الثلث، وهو نصف ما علم ورجع عليها بأجرة مثل الثلث الباقي، ورجعت عليه بتمام النصف من صداقها وهو سدس مهر المثل.

وإن كان قد علمها أقل من النصف كأنه علمها الثلث.

فإن قلنا: إن القرآن متساوي الأجزاء، وأنه يجوز أن يعلمها بعد الطلاق فعليه أن يعلمها تمام النصف، وقد استوتف.

وإن قلنا: إنه متساوي الأجزاء وأنه لا يجوز أن يعلمها سقط عنه من الصداق بقسط ما علم وهو الثلث، وبقي لها تمام النصف وهو السدس، فترجع عليه في قوله القديم بالسدس من أجرة المثل، وعلى قوله في الجديد بالسدس من مهر المثل.

وإن قلنا: إن القرآن غير متساوي الأجزاء ترتب على ما ذكرنا من القولين.

فإن قيل: إن الرجوع يكون بأجرة المثل، قومت أجرة الجميع على ما وصفنا فإذا

قيل: عشرة نظرت أجرة الثلث، فإن قيل: خمسة فقد استوفت، وإن قيل: ثلاثة رد عليها دينارين، وإن قيل: ستة ردت عليه ديناراً.

وإذا قيل: إن الرجوع يكون بمهر المثل سقط عنه من الصداق نصف الثلث وهو السدس، ورجع عليها بأجرة مثل السدس الباقي، ورجعت عليه ببقية النصف من الصداق وهو ثلث مهر المثل.

وهذا الكلام في أحد فصلي المسألة، وأرجو أن ألا يكون قد خرج بنا الاستيفاء إلى الإغماض.

فصل: وأما الفصل الثاني منهما وهو: أن يصدقها المجيء بعدها الأبق ثم يطلقها فيترتب ذلك على ما ذكرنا من الضربين في صحة الصداق وفساده.

فإن كان على الضرب الذي يكون فيه الصداق صحيحاً بأن يكون مكان العبد معلوماً فلا يخلو حاله من أحد أمرين:

إما أن يكون قد جاءها بالعبد الأبق أو لم يجيئها به.

فإن كان قد جاءها بعدها فلا يخلو حال طلاقه من أحد أمرين:

إما أن يكون قبل الدخول أو بعده.

فإن كان بعد الدخول: فقد استكملته واستوفته، فلا تراجع بينهما.

وإن كان قبل الدخول فلها نصفه، وقد استوفت جميعه فله أن يرجع عليها بنصف أجرة مثل المجيء بالأبق.

وإن لم يكن قد جاءها بالأبق فلا يخلو طلاقه من أن يكون قبل الدخول أو بعده.

فإن كان بعد الدخول فقد استكملته وعليه أن يأتيها بالأبق ليوفيها الصداق.

وإن كان الطلاق قبل الدخول لم يلزمه أن يأتيها بالأبق؛ لأنها لا تستحق جميع الصداق ولا يتبعض فيؤخذ بنصفه، وإذا كان كذلك ففيما ترجع به عليه قولان:

أحدهما: هو القديم بنصف أجرة المثل.

والثاني: وهو الجديد نصف مهر المثل.

وإن كان على الضرب الذي يكون الصداق فيه فاسداً، بأن يكون مكان العبد مجهولاً، فلا يخلو أن يكون قد جاءها بالعبد أو لم يجيئها به.

فإن كان قد جاءها به فلا يخلو طلاقه من أن يكون قبل الدخول أو بعده.

فإن كان بعد الدخول كان لها أن ترجع عليه بمهر المثل قولاً واحداً لفساد الصداق،

ويرجع عليها بأجرة مثل المجيء بالأبق، فإن كانا من جنس واحد تقاضاه على الصحيح من المذهب وترادا الفضل إن كان.

وإن كان الطلاق قبل الدخول رجعت عليه بنصف مهر المثل ورجع بأجرة مثل المجيء بالأبق .

وإن لم يكن قد جاءها بالعبد الأبق حتى طلقها، لم يخل أن يكون طلاقه بعد الدخول فترجع عليه بمهر المثل، ولا يؤخذ بالمجيء بالعبد، لفساد الصداق فيه، أو يكون طلاقه قبل الدخول، فترجع عليه بنصف مهر المثل .

قال المزني ههنا: أو بنصف أجرة المجيء بالأبق . ومن هذا التخريج قيل بتجويزه هذا الصداق وهو خطأ لما ذكرناه والله أعلم .

فصل: [القول في التزويج على خياطة ثوب بعينه]

مسألة: **قَالَ الْمَرْبِيُّ: «وَكَذَا لَوْ قَالَ نَكَحْتُ عَلَى خِيَاطَةِ ثَوْبٍ بَعَيْنِهِ فَهَلْكَ الثَّوْبُ فَلَهَا مَهْرٌ مِثْلَهَا وَهَذَا أَصَحُّ مِنْ قَوْلِهِ لَوْ مَاتَ رَجَعَتْ فِي مَالِهِ بِأَجْرِ مِثْلِهِ فِي تَعْلِيمِهِ» .**

قال الماوردي: وصورتها في رجل تزوج امرأة وأصدقها خياطة ثوب بعينه، فهذا يجوز إذا وصفت الخياطة كما يجوز أن يعقد عليه إجارة فإن تجدد ما يمنع عن خياطته فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بتلف الثوب .

والثاني: أن يكون بعطلة الزوج بزمانة أو عمى .

فإن تلف الثوب ففي بطلان الصداق وجهان:

أحدهما: وهو الذي نص عليه المزني ههنا: أن الصداق باطل؛ لأنه معين في تالف فصار كما لو أصدقها حصاد زرع فهلك .

والوجه الثاني: أن الصداق جائز؛ لأن الثوب مستوفى به الصداق وليس هو الصداق فصار كمن استأجر داراً ليسكنها أو دابة ليركبها فهلك قبل السكنى والركوب، لم تبطل الإجارة؛ لهلاك من تستوفى به المنفعة، كذلك تلف الثوب قبل الخياطة .

وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف قوليه فيمن خالغ زوجته على رضاع ولده فمات، هل يبطل بموته أم لا؟ على قولين لأن الولد يستوفى به الرضاع المستحق .

وإن تعطل الزوج عن الخياطة بعمى أو بزمانة مع بقاء الثوب فإن كان الصداق في ذمته لزمه أن يستأجر من يقوم بخياطته ولا يبطل الصداق بزمانته .

وإن كان الصداق معقوداً عليه في عينه بطل بزمانته وعطلته؛ لأن الصداق مستوفى منه، فبطل بتلفه كموت العبد المستأجر، وانهدام الدار المكراة . فصار استيفاء الصداق متعلقاً بثلاثة أشخاص: مستوفى له، ومستوفى به، ومستوفى منه .

فالمستوفى له: هي الزوجة، وموتها لا يؤثر في فساده .

والمستوفى منه: هو الزوج، وموته مؤثر في فساده.

والمستوفى به: هو الثوب وفي فساد الصداق بتلفه وجهان.

فصل: فإذا تقرر هذه الجملة. فإن قلنا: إن الصداق لا يبطل بتلف الثوب فلها أن

تأتيه بثوب مثله حتى يخيطة.

وإن قلنا: إن الصداق قد يبطل بتلف الثوب ففيما ترجع به عليه قولان:

أحدهما: وهو القديم أجره المثل.

والثاني: وهو الجديد مهر المثل.

فلو كان الزوج على سلامته والثوب باقياً فطلقها كان كما لو طلقها وقد أصدقها تعليم

القرآن فيكون على ثلاثة أقسام.

أحدها: أن يكون قد خاط لها جميع الثوب، فلا يخلو حال الطلاق من أن يكون قبل

الدخول أو بعده.

فإن كان بعد الدخول فقد استكملته واستوفته فلا تراجع بينهما.

وإن كان قبل الدخول فقد ملك الزوج نصف الصداق، وقد استوفت جميعه، فيرجع

عليها بنصف أجره الخياطة.

والقسم الثاني: ألا يكون قد خاطه ولا شيئاً منه.

فإن كان الطلاق بعد الدخول أخذ الزوج بخياطة الثوب.

وإن كان قبل الدخول فإن كانت خياطة الثوب تتجزأ أو تتبعض أخذ الزوج بخياطة

نصفه، وإن كانت لا تتجزأ لم يؤخذ بخياطته، وكان فيما يلزمه لها قولان:

أحدهما: نصف أجره المثل.

والثاني: نصف مهر المثل.

والقسم الثالث: أن يكون قد خاط بعضه وبقي بعضه.

فإن كان الطلاق بعد الدخول أخذ بإتمام خياطته.

وإن كان الطلاق قبل الدخول فلها نصفه، فيراعى قدر ما خاطه، وحال تجزئته

وتبعيضه، ويراعى فيه ما روعي في تعليم القرآن من اعتبار أقسامه الثلاثة في أن خياطة

البعض إما أن يكون النصف، أو أقل من النصف، أو أكثر من النصف، فيحمل على ما تقدم

جوابه. وبالله التوفيق.

**صَدَاقٌ مَا يَزِيدُ بَدَنِهِ وَيَنْقُصُ
مِنَ الْجَامِعِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ كِتَابِ الصَّدَاقِ وَنِكَاحِ الْقَدِيمِ
وَمِنْ اخْتِلَافِ الْحَدِيثِ وَمِنْ مَسَائِلِ شَتَّى**

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَكُلُّ مَا أَصْدَقَهَا فَمَلَكَتُهُ بِالعُقْدَةِ وَضَمَّتَهُ بِالدَّفْعِ فَلَهَا زِيَادَتُهُ وَعَلَيْهَا نَقْصَانُهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: الزوجة مالكة لجميع الصداق بنفس العقد. وهو قول أبي حنيفة.

وقال مالك: قد ملكت بالعقد نصفه وبالدخول باقيه.

استدللاً بأنه لو طلقها قبل الدخول لم يكن لها إلا نصفه، ولو كانت مالكة لجميعه ما زال ملكها عن نصفه إلا بعقد، فدل على أنها لم تملك منه إلا النصف.

أولاً أنه لو كان ملك الصداق مقابلاً لملك البضع لتساويا في التأجيل والتنجيم حتى يجوز تأجيل البضع وتنجيمه كما يجوز في الصداق.

أو لا يجوز في الصداق كما لا يجوز في البضع، فلما اختص الصداق بجواز التأجيل والتنجيم دون البضع اختص بتملك البعض وإن ملك جميع البضع.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] وفي ذلك دليلان:

أحدهما: إضافة جميع الصداق إليهن، فافتضى أن يكون ملك جميعه لهن.

والثاني: أمره بدفع جميعه إليهن، فافتضى أن يكون جميعه حقاً لهن.

ولأن الزوج قد ملك بالعقد جميع البضع فوجب أن تملك عليه بالعقد جميع المهر، كما أن المشتري لما ملك بالعقد جميع المبيع ملك عليه جميع الثمن.

ويتحرر منه قياساً:

أحدهما: أنه عقد تضمن بدلاً ومبدلاً فوجب أن يكون ملك البدل في مقابلة ملك المبدل كالبيع.

والثاني: أنه أحد بدلي العقد فوجب أن يكون مملوكاً بالعقد كالبيع.

ولأنه لما كان لها المطالبة بجميعه قبل الدخول وحبس نفسها به إن امتنع وأن تضرب بجميعه مع غرمائه إن أفلس، دل على أنها مالكة لجميعه؛ لأنه لا يجوز أن يثبت لها حقوق الملك مع عدم الملك.

فأما استرجاع الزوج نصفه بالطلاق قبل الدخول فلا يمنع أن تكون مالكة لما استرجعه كما لو ارتدت قبل الدخول، أو فسخت نكاحه بعيب استرجع جميعه ولم يمنع أن تكون مالكة لما استرجعه، وكما يسترجع المشتري الثمن إذا رد بعيب ولا يمنع أن يكون البائع مالكا له.

وأما اختلاف الصداق والبضع في التأجيل والتنجيم فلا يقتضي اختلافهما في التملك كما أن بيوع الأعيان يجوز التأجيل والتنجيم في أثمانها، ولا يجوز فيها، ولا يمنع من تساويهما في أنهما قد ملكا بنفس العقد.

فصل: [القول في ضمان الزوج للصداق وقت الضمان ونوعه]

فإذا ثبت أنها مالكة لجميع الصداق بنفس العقد فهو مضمون على الزوج حتى تقبضه منه؛ لأنه مملوك عليه بعقد معاوضة، فوجب أن يكون مضموناً عليه كالمبيع. وإذا كان مضموناً على الزوج فهو مضمون الأصل، ومضمون النقص.

فأما ضمان الأصل: فقد اختلف قول الشافعي فيه: هل يضمن بما في مقابلته أو به في نفسه على قولين:

أحدهما: وهو قوله في الجديد: أنه يضمن بما في مقابلته وهو البضع، وليس للبضع مثل فضمن بقيمته، وقيمه مهر المثل، فيكون الصداق على هذا القول مضموناً على الزوج إن تلف بمهر المثل.

والقول الثاني: وهو قوله في القديم أنه يكون مضموناً في نفسه لا بما في مقابلته كسائر الأعيان المضمونة فعلى هذا إن كان الصداق مما له مثل كالدراهم، والدنانير والبر، والشعير، ضمنه بمثله في جنسه، ونوعه، وصفته، وقدره. وإن كان مما لا مثل له كالثياب، والعبيد والمواشي، ضمنه بقيمته. وفي كيفية ضمانه قولان:

أحدهما: ضمان عقد، فعلى هذا يلزمه قيمته يوم أصدق.

والثاني: ضمان غضب، فعلى هذا يلزمه قيمته أكثر ما كانت من حين أصدق إلى أن تلف.

وأما ضمان النقص، فهو معتبر باختلاف حاله في تمييزه واتصاله.

فإن كان النقصان متميزاً كتلف أحد الثوبين، وموت أحد العبيدين، ضمنه ضمان الأصل على ما ذكرنا من القولين.

وإن كان غير متميز: كمرض العبد، وإخلاق الثوب ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يضمنه بأرش النقص، وهذا على القديم الذي جعل تلف الأصل موجباً لضمان قيمته.

والوجه الثاني: أن ضمانه له موجب لخيار الزوجة، بين أن تقيم عليه بنقص أو تفسخ

وترجع إلى مهر المثل . وهذا على القول الجديدي الذي يجعل تلف الأصل موجباً لمهر المثل .

فصل: [القول في بيع الصداق قبل القبض]

فإذا استقر أن الأصل مضمون على الزوج بما ذكرنا فليس للزوجة أن تعاوض عليه قبل قبضه ، كما لا تعاوض على ما ابتاعته قبل القبض .

[القول في النماء الحادث من الصداق في يد الزوج]

وإن حدث من الصداق في يد الزوج نماء كالنتاج والثمرة ، كان جميعه ملكاً للزوجة ؛ لأنها مالكة لجميع الأصل .

وعند مالك : أنها مالكة لنصفه ، لأنها عنده مالكة لنصف الأصل .

[القول في ضمان النماء]

وإذا كانت الزوجة مالكة لجميع النماء الحادث في يد الزوج فهل يكون مضموناً على الزوج أم لا؟ على قولين :

أحدهما : يكون مضموناً عليه تبعاً لأصله .

والقول الثاني : لا يكون مضموناً عليه ، ويكون أمانة في يده ؛ لأن العقد تناول الأصل دون النماء ، فأوجب ضمان الأصل دون النماء .

[القول في ضمان الزوجة لصداقها]

وإذا قبضت الزوجة الصداق صار جميعه من ضمانها ، وكان لها جميع ما حدث فيه من نماء .

وقال مالك : تضمن نصف الذي ملكته والنصف الآخر يكون في يدها أمانة للزوج ، ولا يلزمها ضمانه ، وله نصف النماء .

وبناء ذلك على أصله الذي قدمناه ، وقد مضى الكلام فيه .

فصل: فإذا تقرررت هذه الجملة جئنا إلى شرح كلام الشافعي .

قال «وكل ما أصدقها فملكته بالعقد وضمنته بالدفع فلها زيادته وعليها نقصانه» .

وهذه جملة اختصرها المزني من كلام الشافعي في كتاب الأم ، فإن الشافعي بسطه فأحسن المزني اختصاره .

فقوله وكل ما أصدقها فملكته بالعقد أبان عن مذهبه أن الزوجة مالكة لجميع الصداق بالعقد ، ورد به قول مالك أنها تملك نصفه بالعقد .

وأما قوله : وضمنته بالدفع فصحيح لأنه قبل دفعه إليها مضمون على الزوج دونها . فإذا دفع إليها سقط ضمانه عن الزوج ، وصار مضموناً عليها .

وأما قوله: فلها زيادته وعليها نقصانه: فنقصانه لا يكون عليها إلا إذا دفع إليها، وإلا فهو على الزوج دونها. وأما زيادته فهي لها قبل الدفع وبعده.

فإن قيل: فكيف جمع بين زيادته ونقصانه في أن جعل ضمانها بالدفع موجباً لها، وهذا الشرط يصح في النقصان؛ لأنه لا يكون عليها إلا إذا ضمنتها بالدفع، أما الزيادة فلا يصح هذا الشرط فيها؛ لأنها لها قبل دفعه إليها وبعده.
فمن هذا ثلاثة أجوبة:

أحدها: أن جعل ذلك لها بعد الدفع لا يمنع أن يكون لها قبل الدفع.

والثاني: أن في الكلام تقديماً وتأخيراً، وتقديره: وكل ما أصدقها فملكته بالعقد فلها زيادته، فإذا ضمنتها بالدفع فعليها نقصانه، ومثل هذا يجوز إذا دل عليه وضع الخطاب، أو شواهد الأصول.

والثالث: أن الكلام على نسقه صحيح، والشرط في حكمه معتبر؛ لأن الزيادة الحادثة بعد الدفع تملكها ملكاً مستقراً وقبل الدفع تملكها غير مستقر؛ لأنه قد يجوز أن يتلف الصداق في يد الزوج فيزول ملكها عن الزيادة إن قيل: إنها ترجع بمهر المثل على ما سنذكره فصار الدفع شرطاً في استقرار الملك فصح. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: فَإِنْ أَصَدَّقَهَا أُمَّهُ أَوْ عَبْدًا صَغِيرِينَ فَكَبْرًا أَوْ أَعْمِينَ فَأَبْصَرَ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَعَلَيْهَا نِصْفُ قِيمَتَيْهَا يَوْمَ قَبْضِهِمَا إِلَّا أَنْ تَشَاءَ دَفَعَهُمَا زَائِدِينَ فَلَا يَكُونُ لَهُ إِلَّا ذَلِكَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ غَيْرَتَهُمَا بَأَنْ يَكُونَا كَبْرًا كَبْرًا بَعِيدًا فَالصَّغِيرُ يَصْلُحُ لِمَا لَا يَصْلُحُ لَهُ الْكَبِيرُ فَيَكُونُ لَهُ نِصْفُ قِيمَتَيْهِمَا وَإِنْ كَانَا نَاقِصِينَ فَلَهُ نِصْفُ قِيمَتَيْهِمَا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَنْ يَأْخُذَهُمَا نَاقِصِينَ فَلَيْسَ لَهَا مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَا يَصْلُحَانِ لِمَا لَا يَصْلُحُ لَهُ الصَّغِيرُ فِي نَحْوِ ذَلِكَ.

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا سمى لزوجته صداقاً ثم طلقها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد سلم الصداق إليها.

والثاني: أن لا يكون قد سلمه إليها.

فإن لم يكن قد سلمه إليها حتى طلقها فهو على ضربين:

أحدهما: [بيان الضرب الأول].

أن يكون موصوفاً في الذمة كمسمى من دراهم أو دنائير. أو موصوفاً من بر أو شعير فلا يخلو طلاقه من أن يكون قبل الدخول أو بعده.

فإن كان بعد الدخول فقد استحقت جميعه، واستقر ملكها عليه، وليس له أن يرجع بشيء منه. قال الله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾

وإن كان الطلاق قبل الدخول أبرئ من نصف الصداق، لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ .
وفيه تأويلان :

أحدهما : معناه فنصف ما فرضتم لكم يرجع إليكم بالطلاق، وهذا تأويل من قال : إنها قد ملكت جميع الصداق بالعقد .

والثاني : معناه فنصف ما فرضتم للزوجات لا يملكن أكثر منه ، هذا تأويل من قال إنها لا تملك بالعقد إلا نصفه ، وإذا كان كذلك لم يخل حال الصداق من أن يكون حالاً ، أو مؤجلاً ، أو منجماً .

فإن كان حالاً ساق إليها نصفه ، وقد برئ من جميعه .

وإن كان مؤجلاً : فعليه إذا حل الأجل أن يسوق إليها النصف ، وقد برئ من الكل ، ولا يحل قبل أجله إلا بموته .

وإن كان منجماً : برئ من نصفه على التنجيم ، وكان النصف باقياً لها إلى نجومه .

فلو كان إلى نجمين فحل أحدهما وقت الطلاق لم يكن لها أن تتعجل النصف في الحال فيستضر ، ولا أن يؤخر به إلى النصف المؤجل فتستضر الزوجة ، وبيراً الزوج من نصف الحال ، ونصف المؤجل ، وتأخذ الزوجة نصف الحال وتصبر بنصف المؤجل حتى يحل .

فصل: والضرب الثاني : أن يكون الصداق عيناً معلومة كالإماء ، والعبيد ، والمواشي ، والشجر ، فلا يخلو حاله وقت الطلاق من أحد خمسة أقسام :

أحدها : أن يكون باقياً بحاله .

والثاني : أن يكون قد تلف .

والثالث : أن يكون قد زاد .

والرابع : أن يكون قد نقص .

والخامس : أن يكون قد زاد من وجه ونقص من وجه .

[القسم الأول] .

فأما القسم الأول وهو أن يكون باقياً بحاله لم يزد ولم ينقص ، فلا يخلو حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده .

فإن كان بعد الدخول فقد استقر لها جميعه ، وعليه تسليمه إليها كاملاً .

وإن كان قبل الدخول ملك الزوج نصفه .

وبماذا يصير مالها؟ فيه قولان :

أحدهما: وهو الأظهر أنه ملك بالطلاق نصف الصداق، سواء اختار تملك ذلك أو لم يختره، كما أن المشتري إذا رد بالعيب ملك بالرد جميع الثمن.

والقول الثاني: وإليه ذهب أبو إسحاق المروزي: أنه ملك بالطلاق أن يملك نصف الصداق كالشفيع الذي ملك بالشفعة أن يملك. فإذا اختار الزوج أن يملك نصف الصداق صار بالاختيار لا بالطلاق.

فإذا صار الزوج مالكا للنصف إما بالطلاق على القول الأول أو بالاختيار على القول الثاني صاراً شريكين فيه. فإن كان مما لا يقسم كانا فيه على الخلطة، وإن كان مما يقسم جبراً فأيهما طلبها أوجب إليها. وإن كان مما لا يقسم إلا صلحاً فأيهما امتنع منها أقر عليها.

فصل: [القسم الثاني].

وأما القسم الثاني وهو أن يكون الصداق قد تلف فهذا على ضربين:

أحدهما: [إيضاح الضرب الأول]

أن يتلف قبل أن يحدث منه نماء كعبد مات، أو دابة نفقت، ففيما تستحقه الزوجة قولان:

أحدهما: وهو الجديد: مهر المثل فعلى هذا يكون الصداق تالفاً على ملك الزوج، سواء تلف بحادث سماء، أو جناية آدمي، ثم ينظر في الطلاق، فإن كان قبل الدخول فلها نصف مهر المثل.

وإن كان بعد الدخول فلها جميعه، ويعتبر به مهر مثلها وقت العقد، لا وقت الطلاق، ولا وقت تلف الصداق؛ لأن تلف الصداق يدل على وجوب مهر المثل بالعقد دون الطلاق.

والقول الثاني: وهو القديم: أنها ترجع عليه بقيمة الصداق، فعلى هذا يكون الصداق تالفاً على ملكها.

ولا يخلو حال تلفه من ثلاثة أقسام: إما أن يكون بحادث سماء أو بجناية منه، أو بجناية من أجنبي.

فإن كان بحادث سماء: ففي كيفية ضمانه قولان:

أحدهما: يضمه ضمان عقد، فعلى هذا عليه قيمته يوم أصدق.

والقول الثاني: ضمان غصب، فعلى هذا عليه قيمته أكثر ما كان قيمته من وقت العقد أو وقت التلف.

وإن كان تلفه بجناية منه: فإن قيل إن ضمانه غصب ضمنه بأكثر قيمته في الأحوال كلها.

وإن قيل إن ضمانه ضمان عقد فعليه أكثر القيمتين من وقت العقد أو وقت التلف قولاً

واحداً لأنه إن كانت قيمته وقت العقد أكثر فهي مضمونة عليه بالعقد، وإن كانت وقت التلّف أكثر فهي مضمونة عليه بالجناية، ولا يضمن زيادته فيما بين العقد والجناية. وإن كان تلّفه بجناية أجنبي.

فلا تخلو قيمته وقت العقد ووقت الجناية من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكونا سواء.

والثاني: أن يكون وقت العقد أكثر.

والثالث: أن يكون وقت الجناية أكثر.

فإن استوت قيمته في الحالين كعبد كانت قيمته ألف درهم وقت العقد ووقت الجناية، فالزوج ضامن لها في حق الزوجة بالعقد، والجاني ضامن لها في حق الزوج والزوجة بالجناية، وللزوجة الخيار في مطالبة الزوج بها أو الجاني.

فإن طالبت الزوج بها وكان الطلاق بعد الدخول دفع إليها جميع القيمة، ورجع على الجاني بجميع القيمة.

وإن أرادت الزوجة في الابتداء أن تطالب بها الجاني دون الزوج كان لها ذلك.

فإن كان طلاقها بعد الدخول رجعت عليه بجميع القيمة وبرئاً من حقها وبريء الجاني من حقهما.

وإن كان الطلاق قبل الدخول رجعت عليه بنصف القيمة وبريء الزوج والجاني من حقها، ورجع الزوج على الجاني بباقي القيمة وهو النصف الذي ملكه الزوج بطلاقه.

وإن كانت قيمة الصداق وقت العقد أكثر منها وقت الجناية كأنه عبد قيمته وقت العقد ألف ووقت الجناية خمسمائة. فالجاني ضامن بخمسمائة؛ لأنها قيمته وقت جنائته، والزوج ضامن لجميع الألف؛ لأنها قيمته وقت عقده.

فإن كان طلاقها بعد الدخول كانت بالخيار بين أن ترجع على الزوج فترجع عليه بجميع الألف وقد استحقته ويرجع الزوج على الجاني بخمسمائة، وبين أن ترجع على الجاني بخمسمائة وعلى الزوج بخمسمائة وليس للزوج أن يرجع بها على الجاني بشيء.

وإن كان طلاقها قبل الدخول: كانت بالخيار بين أن ترجع على الزوج بنصف الألف وهي خمسمائة ويرجع الزوج على الجاني بخمسمائة وتكون الخمسمائة التي هي فاضل القيمة المضمونة على الزوج في مقابلة ما استحقه من نصف الصداق، وبين أن ترجع على الجاني بالخمسمائة كلها وقد استحققت بها نصف قيمة صداقها وقت العقد ويكون ما ضمنه من فاضل القيمة في مقابلة ما استحقه بطلاقه.

وإن كانت قيمة الصداق وقت الجناية أكثر كأنه عبد قيمته وقت العقد خمسمائة ووقت

الجناية ألف فالجاني ضامن للألف وفيما يضمنه الزوج قولان:

أحدهما: خمسمائة إذا قيل: إنه يضمه ضمان عقد.

والثاني: ألف إذا قيل: إنه يضمه ضمان غضب.

فإذا قيل: إن الزوج يضمن جميع الألف ضمان الغضب كانت مخيرة إن كان طلاقها بعد الدخول في رجوعها بالألف على من شاءت من الزوج أو الجاني، ثم (الكلام في التراجع) على ما مضى.

وإن كان طلاقها قبل الدخول رجعت بنصف الألف على من شاءت منهما، فإن رجعت بها على الزوج، رجع الزوج على الجاني بالألف كلها، وإن رجعت بها على الجاني، رجع الزوج على الجاني بخمسمائة بقية الألف.

فإن قيل: إن الزوج يضمن خمسمائة ضمان العقد نظر.

فإن كان طلاقها بعد الدخول فإن شاءت الرجوع على الجاني رجعت عليه بجميع الألف وقد برىء، وإن شاءت الرجوع على الزوج لم ترجع عليه إلا بخمسمائة؛ لأنه لم يضمن أكثر منها، ورجعت على الجاني بخمسمائة بقية الألف ورجع الزوج على الجاني بالخمسمائة الباقية من الألف.

وإن كان طلاقها قبل الدخول، فإن شاءت الرجوع على الجاني رجعت عليه بنصف الألف، ورجع الزوج عليه بخمسمائة بقية الألف، وإن شاءت الرجوع على الزوج لم ترجع عليه إلا بنصف الخمسمائة، ورجعت على الجاني بمائتين وخمسين بقية نصف الألف، ورجع الزوج على الجاني بسبعمائة وخمسين بقية الألف.

[إيضاح الضرب الثاني]

والضرب الثاني في الأصل: أن يكون قد حدث من الصداق قبل تلفه نماء، كولد أمة، ونتاج ماشية، فهو معتبر بما ترجع به الزوجة من بدل الصداق.

فإن قيل: إنها ترجع على الزوج بقيمته فالنماء لها لحدوثه عن ملكها.

وإن قيل: إنها ترجع على الزوج بمهر مثلها ففي النماء وجهان:

أحدهما: أنه للزوج؛ لأن الرجوع عند تلفه إلى بدل ما في مقابلته موجب لرفعه من أصله فكأنها لم تملكه فلم تملك نماءه.

والوجه الثاني: أنه للزوجة؛ لأنه حدث عن أصل كان في ملكها إلى وقت التلف، ولا يصح أن يستحدث الزوج ملكه بعد التلف.

فصل: [القسم الثالث].

وأما القسم الثالث وهو أن يكون الصداق قد زاد فهذا على ضربين:

[إيضاح الضرب الأول]

أن تكون الزيادة منفصلة كولد الأمة، ونتاج الماشية، فلها إن طلقت بعد الدخول أن

تأخذ جميع الصداق، وجميع النماء، وإن طلقت قبل الدخول أن تأخذ نصف الصداق وجميع النماء؛ لحدوثه عن أصل كانت مالكة لجميعه.
وعند مالك تأخذ نصف الأصل ونصف النماء.

[إيضاح الضرب الثاني]

والضرب الثاني أن تكون الزيادة متصلة، كسمن المهزول، وبرء المريض، وتعلم القرآن، فإن كان الطلاق بعد الدخول فلها أن تأخذ جميع الصداق زائداً.

وإن كان قبل الدخول؛ فهي بالخيار بين أن تعطي الزوج نصفه زائداً أو تأخذ نصفه وبين أن تعدل به إلى نصف القيمة يوم أصدق ليكون جميع الصداق لها؛ لأن فيه زيادة تختص بملكها دون الزوج لا تتميز عن الأصل.

وقال مالك: للزوج أن يأخذ نصفه بزيادته؛ لأنه الزيادة التي لا تتميز تكون تبعاً للأصل، كالمفلس إذا زاد المبيع في يده غير متميزة، كان للبائع أن يرجع مع زيادته.

قيل: قد اختلف أصحابنا في التسوية بينهما، والجمع بين حكميهما على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس وأبي إسحاق: أنه لا فرق بينهما في الحكم إذا استويا في معناه.

وذلك أن المفلس إنما يرجع البائع معه بعين ماله زائداً؛ لأنه تعذر عليه أن يرجع ببذله وهو الثمن لأجل الفلوس، فجاز أن يرجع بالعين زائدة.

ولو لم يتعذر عليه البذل لما رجع بالعين، وفي الصداق ليس يتعذر على الزوج الرجوع بالبذل، فلم يرجع بالعين زائدة، ولو تعذر عليه الرجوع بالبذل لفلس الزوجة لرجع بالعين زائدة.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: أنهما يفترقان في الحكم فيكون للبائع إذا أفلس المشتري أن يرجع بعين ماله زائداً، ولا يكون للزوج إذا طلق قبل الدخول أن يرجع بنصف الصداق زائداً سواء كانت الزوجة مفلسة أو موسرة.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن البائع في الفلوس يرجع بفسخ قد رفع العقد من أصله فجاز أن يرجع بالزيادة لحدوثها بعد العقد المرفوع. والزوج إنما يرجع بطلاق حدث بعد الزيادة لم يرفع الصداق من أصله، فلم يرجع بالزيادة لتقدمها قبل الطلاق الحادث.

والفرق الثاني: أن الزوج متهم لو جعلت له الزيادة أن يكون قد طلقها رغبة فيما حدث من زيادة صداقها فممنع منها، وليس البائع متهموماً في فليس المشتري فلم يمنع من الزيادة والله أعلم.

فصل: [القسم الرابع]

وأما القسم الرابع وهو أن يكون الصداق قد نقص فهذا على ضربين:

أحدهما: [إيضاح الضرب الأول]

أن يكون النقصان متميزاً كعبدین مات أحدهما، أو صبرة طعام تلف بعضها، فلا يخلو حال الطلاق من أن يكون بعد الدخول أو قبله.

فإن كان بعد الدخول فقد استكملت به جميع الصداق، وقد تلف بعضه فبيني جوابه على ما نقوله في الرجوع ببدل التالف وفيه قولان:

أحدهما وهو القديم: أنها ترجع بقيمة ما تلف، فعلى هذا لا يبطل الصداق في التالف ولا في الباقي، وترجع بعين ما بقي وبقيمة التالف إن لم يكن له مثل، وبمثله إن كان له مثل، ولا خيار لها في مقام ولا فسخ.

والقول الثاني وهو الجديد: أن الرجوع عند التلف يكون بمهر المثل. فعلى هذا قد بطل الصداق فيما تلف، وصح على الصحيح من مذهب الشافعي فيما سلم. فلا وجه لمن خرج فيه من أصحابنا قولاً ثانياً من تفريق الصفقة أنه باطل في السالم لبطلانه في التالف، لأن الصفقة لم تتفرق في حال العقد وإنما تفرقت بعد صحة العقد.

وإذا كان كذلك فالزوجة بالخيار لأجل ما تلف بين أن تقيم على الباقي أو تفسخ، فإن فسخت رجعت على الزوج بمهر المثل، وعاد الباقي من الصداق إلى ملك الزوج.

وإن أقامت فمذهب الشافعي أنها تقيم عليه بحسابه من الصداق، وقسطه، وترجع بقسط ما بقي من مهر المثل.

فإن كان التالف النصف رجعت بنصف مهر المثل وإن كان الثلث رجعت بثلثيه، ولا وجه لمن خرج فيه من أصحابنا قولاً ثانياً أنها تقيم على الباقي بجميع الصداق اعتباراً بتفريق الصفقة في حال العقد؛ لما ذكرنا من الفرق بين ما اقترن بالعقد وبين ما حدث بعد صحة العقد.

وإن كان الطلاق قبل الدخول فلها نصف الصداق، وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون متماثل الأجزاء كالحنطة، فلها أن تأخذ من الباقي نصف الجميع ولا خيار لها.

والضرب الثاني: أن يكون مختلف الأجزاء كعبدین مات أحدهما ففيه قولان:

أحدهما: أنها تأخذ نصف جميع العبد الباقي إذا تساوت قيمتهما، فعلى هذا لا خيار لها.

والقول الثاني: أنها تأخذ نصف الباقي، وفيما ترجع ببدله من نصف التالف قولان:

أحدهما: ترجع بقيمة نصف التالف وهو القديم فعلى هذا لا خيار لها.

والقول الثاني: أنها ترجع بقسط ذلك من مهر المثل فتصير مستوفية للنصف من صداق مهر المثل فعلى هذا يكون لها الخيار بين هذا وبين أن تفسخ وترجع بنصف مهر المثل، وقد ذكرنا هذا في كتاب الزكاة فهذا حكم النقصان إذا كان متميزاً.

[إيضاح بيان الضرب الثاني]

والضرب الثاني أن يكون النقصان غير متميز كالعبد إذا كان سميناً فهزل، أو صحيحاً فمرض، أو بصيراً فعمي، فلها الخيار، سواء قل العيب أو كثر.

وقال أبو حنيفة: لا خيار لها إلا أن يتفاحش العيب.

احتجاجاً: بأنها إذا ردت الصداق بالعيب اليسير رجعت بقيمته سليماً، وقد يخطيء المقومان فيقومانه صحيحاً بقيمته مع يسير العيب، لأن يسير العيب لا يأخذ من القيمة إلا يسيراً، فعفى عن يسير العيب، لأنه لا يتحقق استدراكه، ولم يعف عن كثيره، لأنه يتحقق استدراكه، ولم يعف في البيع عن يسيره ولا كثيره؛ ولأنه قد تحقق استدراكه في الرجوع بالثمن دون القيمة.

ودليلنا هو أن ما جاز رده بكثير العيب، جاز رده بيسيره، كالثمن؛ ولأنه عيب يجوز به الرد في البيع فجاز به الرد في الصداق كالكثير.

فأما الجواب عما ذكره فهو أننا نوجب مع الرد مهر المثل، في أصح القولين، دون القيمة.

ثم لو وجب الرجوع بالقيمة لاقتضى أن يحمل التقويم على الصواب دون الخطأ، وعلى فرق المقوم بين السليم والمعيب.

فإذا تقرر ما ذكرنا، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ذلك بحادث سماء.

والثاني: أن يكون بجناية الزوج.

والثالث: أن يكون بجناية أجنبي.

فإن كان بحادث سماء كهزال السمين، ومرض الصحيح، فإن سمحت بنقصه أخذته ناقصاً إن طلقت بعد الدخول، ونصفه إن طلقت قبله ولا خيار للزوج فيما حصل له من نصفه الناقص، لأنه مضمون عليه.

وإن لم تسمح بنقصه كان خيارها في الفسخ معتبراً بما ترجع به لو فسخت.

فإن قيل: إنها ترجع بقيمته فلا خيار لها في الفسخ، وتأخذه ناقصاً مع أرش نقصه إن طلقت بعد الدخول، ونصفه ونصف أرشه إن طلقت قبله. وإنما سقط خيارها في الفسخ؛ لأن أخذه ناقصاً مع الأرش أحص بحقها من العدول عنه إلى قيمته.

وإن قيل: لو فسخت رجعت بمهر المثل فلها الخيار في الفسخ أو المقام. فإن فسخت

رجعت بمهر المثل إن طلقت بعد الدخول، وبنصفه إن طلقت قبله وإن أقامت أخذته ناقصاً ولا أرش لها، كالبائع إذا رضي أن يتمسك بالمعيب، وإن طلقت قبل الدخول رجعت بنصفه ناقصاً من غير أرش ويكون نصفه معيباً للزوج ولا خيار له فيه؛ لأنه مضمون عليه.

وإن كان النقصان بجناية الزوج: كأنه قطع إحدى يديه، أو قلع إحدى عينيه، فهو عضو يضمنه الجاني بنصف القيمة، ويضمنه غير الجاني بما نقص فيكون الزوج ها هنا ضماناً له بأكثر الأمرين من نقصه أو نصف قيمته. وإن كان نصف القيمة أكثر لزمه ذلك؛ لأنه قد يلتزمه بالجناية من غير يد ضامنة فلأن يلزمه مع اليد الضامنة أولى، وإن كان نقصه أكثر من نصف القيمة لزمه ذلك؛ لأنه قد يلتزمه باليد الضامنة من غير جناية فلأن يلتزمه مع الجناية أولى وإذا لزمه ضمان أكثر الأمرين ترتب جوابه على ما يوجهه في الرجوع مع التلف.

فإن قيل: إن تلف الصداق موجب للرجوع بقيمته على قوله في القديم فلها أن تأخذ العبد ناقصاً، وما أوجبناه من ضمان نقصه، أو ما يقدر بجنانيته إن طلقت بعد الدخول، أو نصف ذلك إن طلقت قبله، ولا خيار بها.

وإن قيل إن تلف الصداق موجب للرجوع بمهر المثل، فهي ها هنا بالخيار بين المقام أو الفسخ، فإن فسخت رجعت بمهر المثل إن طلقت بعد الدخول أو بنصفه إن طلقت قبله. وإن أقامت أخذت العبد ناقصاً، وما أوجه ضمان الجناية وهو نصف القيمة، ولا اعتبار بما زاد عليه من ضمان النقص باليد الضامنة على هذا القول. ألا تراه لو نقصت قيمته من غير جناية لم يضمنها على هذا القول إذا أقامت ولم يفسخ هذا إن كان الطلاق بعد الدخول، فإن كان قبله أخذت نصفه وربيع القيمة بالجناية.

وإن كان النقصان بجناية أجنبي.

كأنه قطع إحدى يديه، أو فقا إحدى عينيه، فعلى الجاني نصف القيمة أرش الجناية، ويضمن الزوج نقصان القيمة قل أو كثر ضمان اليد، ثم يترتب حقها فيما ترجع به على ما مضى من القولين.

إن قلنا: إنها ترجع مع التلف بالقيمة رجعت عليه إن طلقت بعد الدخول بالعبد الناقص، ورجعت معه بأكثر الأمرين من ضمان الجناية وهو نصف القيمة، أو ضمان اليد وهو نقصان القيمة. وهي بالخيار في الرجوع على من شاءت منهما. فإن رجعت على الجاني رجعت عليه بنصف القيمة، فإن كان هو الأكثر فقد استوتفت، ولم يرجع على الزوج بشيء، ولا يرجع الزوج على الجاني بشيء، وإن كان هو الأقل رجعت بالباقي من نقصان القيمة على الزوج ولم يرجع به الزوج على الجاني، وإن رجعت على الزوج رجعت عليه بنقصان القيمة فإن كان هو الأكثر فقد استوتفت ورجع الزوج على الجاني بنصف القيمة، وإن كان هو الأقل رجعت على الجاني بالباقي من نصف القيمة، ورجع الزوج عليه بما غرم من نقصان القيمة.

فإن طلقت قبل الدخول رجعت بنصف ذلك .

وإن قلنا: إنها ترجع مع التلف بمهر المثل على قوله في الجديد فهي بالخيار بين المقام أو الفسخ فإن فسخت رجعت على الزوج بمهر المثل إن طلقت بعد الدخول، وبنصفه إن طلقت قبله، ورجع الزوج على الجاني بنصف القيمة أرش الجناية، وإن أقامت كان لها إن طلقت بعد الدخول أخذ العبد ونصف القيمة التي هي أرش الجناية سواء كانت أقل الأمرين أو أكثرهما، فإن كان هو الأقل كان لها الخيار في الرجوع به على من شاءت منهما، فإن رجعت به على الزوج رجع به الزوج على الجاني، وإن رجعت به على الجاني لم يرجع به الجاني على أحد. وإن كان نصف القيمة هو الأكثر لم يكن لها أن ترجع على الزوج إلا بنقصان القيمة، وترجع بالباقي من النصف على الجاني، ويرجع عليه الزوج بما غرم من نقصان القيمة، وإن رجعت على الجاني رجعت عليه بنصف القيمة وقد استوفت، وإن كان الطلاق قبل الدخول رجعت بالنصف من ذلك ورجع الزوج بالنصف الآخر.

فصل: [القسم الخامس]

وأما القسم الخامس وهو أن يكون الصداق قد زاد من وجه ونقص منه وجه فلا تخلو حال الزيادة والنقصان من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكونا متميزين .

والثاني: أن يكونا غير متميزين .

والثالث: أن تكون الزيادة متميزة والنقصان غير متميز .

والرابع: أن تكون الزيادة غير متميزة والنقصان متميزاً .

[إيضاح القسم الأول]

فأما القسم الأول وهو أن تكون الزيادة متميزة، والنقصان متميزاً:

فمثاله: أن يكون قد أصدقها أمتين فماتت واحدة، وولدت الأخرى، فموت إحدهما نقصان متميز، وولادة الأخرى زيادة متميزة، فيكون الكلام في موت إحدهما كالكلام في النقصان المتميز إذا انفرد عن الزيادة.

فأما الولد فإن قيل: ترجع في التالف بقيمته فالولد لها، وإن قيل ترجع في التالف بمهر المثل نظر، فإن لم تفسخ ولم ترجع بمهر المثل فالولد لها، سواء كان الولد من الباقية أو من الميتة، وإن فسخت ورجعت بمهر المثل نظر في الولد، فإن كان من الباقية دون الميتة فهو لها؛ لأن الباقية خرجت من الصداق بالفسخ الذي هو قطع لا بالموت الذي هو رفع، وإن كان الولد من الميتة ففيه وجهان:

أحدهما: أنه للزوجة أيضاً؛ لحدوثه على ملكها.

والوجه الثاني: أنه يكون للزوج؛ لأن موت أمه قد رفع العقد من أصله.

[بيان القسم الثاني]

وأما القسم الثاني وهو أن تكون الزيادة غير متميزة والنقصان غير متميز فمثاله: أن يصدقها أمتين إحداهما مريضة، والأخرى صحيحة فتبرأ المريضة وتمرض الصحيحة.

فإن كان الطلاق بعد الدخول، وقلنا بقوله في القديم: أنها ترجع مع التلف بالقيمة أخذت الأمتين ورجعت بنقصان قيمة الصحيحة التي مرضت، ولا يجبر ذلك بالزيادة الجائنة في براء المريضة؛ لأنها زيادة لا تملكها.

وإن قلنا بقوله في الجديد: أنها ترجع مع التلف بمهر المثل فهي هنا بالخيار بين أن تأخذ الأمتين بالزيادة والنقصان من غير أرش، وبين أن تفسخ وترجع بمهر المثل.

وإن كان الطلاق قبل الدخول ترتب على القولين إذا تلفت إحداهما وبقيت الأخرى هل لها إذا تساوت قيمتها أن تأخذ الباقية منهما بالنصف أم لا؟ فإن قيل بأحد القولين أنها تأخذ الباقية بالنصف فلا خيار لها هنا، وتأخذ بالنصف الذي لها الأمة التي زادت وترد للزوج الأمة التي نقصت.

وإن قيل بالقول الثاني: أنها تأخذ النصف من كل واحدة من الأمتين: ترتب على اختلاف قوله فيما ترجع إليه مع التلف.

فإن قيل بالقديم أن الرجوع يكون بالقيمة، رجعت بنصف الأمتين وبنصف الأرش من نقصان التي نقصت، ولا يجبر ذلك بزيادة التي زادت.

وإن قيل بالجديد: أن الرجوع مع التلف يكون بمهر المثل كانت بالخيار بين أن ترجع بنصف الأمتين من غير أرش، وبين أن تفسخ وترجع بنصف مهر المثل.

[إيضاح القسم الثالث]

وأما القسم الثالث وهو أن تكون الزيادة متميزة، والنقصان غير متميز.

فمثاله: أن يصدقها أمتين فتلد إحداهما، وتمرض الأخرى، فالكلام في مرض إحداهما كالكلام في النقصان الذي لا يتميز إذا لم يكن معه زيادة متميزة على ما مضى.

فأما الولد فيكون للزوجة بكل حال، سواء أقامت على الصداق أو فسخت ورجعت بمهر المثل، وسواء كان الولد من الناقصة أو من الأخرى؛ لأن بقاء أمه إن فسح الصداق فيها موجب لقطعه لا لرفعه.

[إيضاح القسم الرابع]

وأما القسم الرابع وهو أن تكون الزيادة غير متميزة والنقصان متميزاً فمثاله: أن يصدقها أمتين مريضتين، فتموت إحداهما، وتبرأ الأخرى، فيكون الكلام فيه كالكلام في النقصان

كتاب الصداق / صداق ما يزيد ببدنه وما ينقص _____
 المتميز إذا لم يكن معه زيادة، فيكون على ما مضى، وليس للزيادة هنا تأثير يتغير به الحكم.

فصل: فأما القسم الثاني من أصل المسألة وهو أن يكون الزوج قد ساق الصداق بكماله إليها ثم طلقها، فلا يخلو طلاقه من أن يكون قبل الدخول أو بعده.
 فإن كان بعد الدخول فلا حق له في الصداق، وقد استوفته.
 وإن كان قبل الدخول فله نصفه.

وإذا كان كذلك: لم يخل الصداق من أحد أمرين:
 إما أن يكون موصوفاً في الذمة أو يكون عيناً معلومة.
 فإن كان موصوفاً في الذمة؛ كالدرهم والدنانير فلا يخلو أن يكون ذلك باقياً في يدها، أو مستهلكاً.

فإن كان مستهلكاً رجع عليها بالنصف من مثل ذلك الصداق.
 وإن كان باقياً في يدها ففيه وجهان:
 أحدهما: أنه للزوج أن يرجع بالنصف من الصداق الذي أقبضها؛ لأنه عين ماله، وليس لها أن تعدل به إلى مثله.

والوجه الثاني: أنها بالخيار بين أن تعطيه النصف من ذلك الصداق وبين أن تعدل به إلى نصف مثله؛ لأنه لم يكن متعيناً بالعقد، بل كان مضموناً في الذمة فاستقر فيه حكم الخيار في مثله.

والأول أظهر؛ لأنه قد تعين بالقبض فصار كالمتعين بالعقد.
 فلو كانت قد اشترت بالصداق جهازاً أو غيره، رجع عليها بمثل نصف الصداق، و لم يلزمه أن يأخذ نصف الجهاز.
 وقال مالك: إذا تجهزت بالصداق لزمه أن يأخذ نصف الجهاز وبنى ذلك على أصله في أن على المرأة أن تجهز لزوجها.

وعندنا: لا يجب على المرأة أن تتجهز للزوج؛ لأن المهر في مقابلة البضع دون الجهاز، فلم يلزمها إلا تسليم البضع وحده.
 ولأن ما اشترته من الجهاز كالذي اشترته بغير الصداق. ولأن ما اشترته بالصداق من الجهاز كالذي اشترته من غير الصداق.

وأما إن كان الصداق في الأصل معيناً بالعقد فلا تخلو حاله مما ذكرناه من الأقسام الخمسة:

[إيضاح القسم الأول]

أحدها: أن يكون باقياً بحاله لم يزد ولم ينقص، فله أن يرجع بنصفه فيكون شريكاً فيه. وهل يكون شريكاً فيه بنفس الطلاق، أو باختياره أن يملك بالطلاق نصف الصداق؟ على ما ذكرنا من القولين.

[إيضاح القسم الثاني]

والقسم الثاني أن يكون الصداق قد تلف في يدها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يتلف في يدها قبل طلاق الزوج.

والثاني: أن يتلف بعد طلاقه.

فإن تلف قبل طلاق الزوج فلزوج أن يرجع عليها بنصف قيمته قولاً واحداً أقل ما كان قيمته من وقت العقد إلى وقت التسليم؛ لأن قيمته إن نقصت فهي مضمونة عليه فلا يرجع بها، وإن زادت فالزيادة لغيره، فلم يجز أن يملكها.

وقال مالك: لا يرجع عليها بشيء، لأن عنده الصداق أمانة في يدها وقد مضى الكلام عليه.

وأما إن تلف الصداق في يدها بعد أن ملك الزوج نصفه بطلاقه فلم يتسلمه حتى تلف فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يتلف في يدها قبل بذله له، وتمكينه منه، فله أن يرجع عليها بنصف قيمته على ما مضى.

والضرب الثاني: أن يتلف في يدها بعد بذله له، وتمكينه منه، فلم يتسلمه حتى تلف ففي ضمانه وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا فيما يستحقه الزوج عليها من الصداق.

فأحد الوجهين: أن الذي يستحقه عليها التمكين من الصداق، فعلى هذا لا ضمان عليها، لوجود التمكين.

والوجه الثاني: أن الذي يستحقه عليها تسليم الصداق، فعلى هذا ضمانه لعدم التسليم.

ثم يتفرع على هذين الوجهين إذا تلف في يدها بجناية آدمي، فعلى الوجه الأول أن المستحق هو التمكين، يرجع الزوج إلى الجاني.

وعلى الوجه الثاني: أن المستحق هو التسليم، يكون الزوج بالخيار بين أن يرجع على الزوجة أو على الجاني.

ويتفرع على هذين الوجهين أيضاً إذا حدث بالصداق بعد أن تملك الزوج نصفه نقصان لا يتميز، فلا خيار له في فسخ الصداق به والرجوع إلى قيمته لاستقرار ملكه عليه

وهل يكون نقضه به مضموناً عليها أم لا؟ على وجهين معتبر بحالها في التسليم والتمكين، ولها فيه ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن لا تسلم، ولا تمكن الزوج منه، فالتقصان مضمون عليها، لأنه مقبوض في يدها عن معاوضة فلزمها ضمانه كالمقبوض سوماً.

والحال الثانية: أن تسلمه إليه، فيرده عليها، فهو أمانة كالوديعة لا يلزمها ضمانه.

والحال الثالثة: أن تمكنه منه فلم يتسلمه حتى نقص ففي ضمانها لتقصانه وجهان.

[إيضاح القسم الثالث]

والقسم الثالث: أن يكون الصداق قد زاد فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الزيادة متميزة، كالولد فالزيادة لها، ويرجع الزوج بنصف الأصل من غير زيادة.

وعند مالك: يرجع بنصف الأصل، ونصف الزيادة.

وعند أبي حنيفة: لا يرجع بنصف الأصل، ولا بنصف الزيادة، ويرجع بنصف القيمة وبناء ذلك على أصله في أن زيادة المبيع تمنع من الرد بالعيب.

والضرب الثاني: أن تكون غير متميزة كالبرء، والسمن، فهي بالخيار بين أن تعطيه نصف القيمة، أو نصف العين.

وعند مالك: تجبر على دفع نصف العين زائدة.

وليس كذلك لما بيناه من أن الزيادة ملك لها وهي متصلة بالأصل، فلم تجبر على بذلها، فإن بذلت له نصف القيمة أجبر على قبولها، وإن بذلت له نصف الصداق زائداً ففي إجباره على قبولها وجهان.

أصحهما: يجبر عليه وليس له نصف القيمة، لأن منعه من العين إنما كان لحق الزوجة من الزيادة.

والوجه الثاني: وهو أضعفهما أنه لا يجبر، وله أن يعدل إلى نصف القيمة، لأن حدوث الزيادة قد يقل حقه إلى القيمة.

ولأنه لما لم يجبر على قبول الزيادة إذا انفصلت لم يجبر على قبولها إذا اتصلت فلو حدثت زيادة الصداق بعد الطلاق، وقبل الرجوع الزوج به فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يحدث بعد الطلاق وبعد اختيار التملك، فيكون الزوج شريكاً في الزيادة، فإن كانت متميزة كالولد رجع بنصفه مع نصف الأم. وإن كانت متصلة كالسمن يملك نصفه زائداً، ولم يكن للزوجة بهذه الزيادة المتميزة أن تمنعه من نصف الأصل.

والضرب الثاني: أن تكون الزيادة حادثة بعد الطلاق وقبل اختيار التملك.

ففيها قولان :

أحدهما : أنها للزوجة إذا قيل : إن الزوج لا يملك الصداق إلا باختيار التملك بعد الطلاق، فعلى هذا إن كانت الزيادة متميزة فجميعها للزوجة، وله نصف الأصل لا غير، وإن كانت متصلة كان لها بالزيادة أن تمنع الزوج من نصف الأصل، وتعديل به إلى نصف القيمة .

والقول الثاني : أن الزيادة للزوج إذا قيل إنه قد ملك بنفس الطلاق نصف الصداق، فإن كانت متميزة كالولد فله نصفه ونصف الأصل، وهل تكون حصته من الولد مضمونة على الزوجة أم لا؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قوله في الولد إذا حدث في يد الزوج هل يكون مضموناً عليه في حق الزوجة أم لا؟ على قولين .

وإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن فهل تكون مضمونة على الزوجة أم لا؟ على هذين الوجهين :

أحدهما : أنها مضمونة عليها، فإن تلف الصداق ضمنت نصف قيمته بزيادته وإن تلفت الزيادة بأن ذهب السمن ضمنت قدر نقصه .

والوجه الثاني : أنها غير مضمونة على الزوجة، فإن تلف الصداق ضمنت نصف قيمته قبل الزيادة وإن زال السمن لم تضمن قدر نقصه .

[إيضاح القسم الرابع]

والقسم الرابع : أن يكون الصداق قد نقص فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون النقصان متميزاً فلا يخلو حال الصداق من أحد أمرين .

إما أن يكون متماثل الأجزاء كالحنطة، أو مختلف الأجزاء كالحيوان .

- فإن كان متماثل الأجزاء فله أن يأخذ من الباقي جميع النصف .

- وإن كان مختلف الأجزاء كأمتين ماتت إحداهما، وبقيت الأخرى فهل له أن يأخذ

الباقية إذا كانتا متساويتي القيمة بالنصف الذي له أم لا على قولين :

أحدهما : له ذلك، وقد استوى بها جميع حقه .

والقول الثاني : له أن يأخذ نصفها ويرجع بنصف قيمته التالفة .

ولو كانتا متفاضلتا القيمة : لم يملك من الباقية إلا نصفها، وكان له نصف قيمة

التالفة .

وهل يتعين في نصف الباقية حتى يأخذه بالتقويم أم لا؟ على وجهين :

أحدهما : قد يتعين فيه إذا قيل : إنه لو تساوى أخذ الجميع .

والثاني : وهو الأصح لا يتعين فيه وهو ملكها ولها أن تعطيه قيمة نصف التالفة من أي

أموالها شاءت، إذا قيل لو تساوى لم يأخذ من الباقية إلا النصف .

والضرب الثاني: أن يكون النقصان غير متميز كالعمى، والهزال، فيكون حقه في نصف القيمة، ولا يلزمه، أن يأخذ نصف الصداق ناقصاً كما لم يلزمها أن تعطيه نصفه زائداً.

فإن رضي أن يأخذ نصفه ناقصاً فهل يجبر على ذلك أم لا؟ على وجهين كما مضى في الزيادة المتصلة إذا بذلتها الزوجة.

فإن قيل: فهلا أسقطتم خيار الزوج إذا وجد الصداق ناقصاً وجعلتم له أن يأخذ الصداق بنقصه ويأخذ معه أرش نقصه كما جعلتم للزوجة إذا وجدته ناقصاً في يده أن تأخذه ناقصاً وأرش نقصه.

قلنا: الفرق بينهما هو أن الصداق في يد الزوج ملك للزوجة فضمن نقصانه لها فلذلك غرم أرش نقصه، وليس كذلك الزوجة، لأن الصداق في يدها ملك لنفسها فلم تضمن نقصانه للزوج، فلذلك لم تغرم له أرش نقصه، واستحق به مجرد الخيار بين الرضا بالنقص أو الفسخ.

[إيضاح القسم الخامس]

والقسم الخامس: أن يكون الصداق قد زاد من وجه ونقص من وجه فهذا على أربعة أضرب:

أحدها: أن تكون الزيادة متميزة والنقصان متميزاً، كأمتين ماتت أحدهما وولدت الأخرى فالولد لها لا حق فيه للزوج، ويكون الحكم فيه كما لو نقص نقصاناً متميزاً.

والضرب الثاني: أن تكون الزيادة غير متميزة والنقصان غير متميز، كأمة بصيرة مريضة فبرأت وعميت، فبرؤها زيادة لا تتميز، وعمائها نقصان لا يتميز. فلا يلزم الزوج أن يأخذ نصفها لأجل النقصان، ولا يلزم الزوجة أن تبذل نصفها لأجل الزيادة. وأيهما دعا إلى نصف القيمة كان القول قوله وجهاً واحداً فإن تراضيا على أخذ النصف بالزيادة والنقص جاز.

والضرب الثالث: أن تكون الزيادة متميزة والنقصان غير متميز: كأمة ولدت ومرضت فلا حق له في الولد، ويكون كالكلام في النقصان المنفرد إذا لم يتميز. فيكون حق الزوج في نصف القيمة. فإن رضي بنصفها ناقصة ففي إجبار الزوج عليه وجهان.

والضرب الرابع: أن تكون الزيادة غير متميزة والنقصان متميزاً كأمتين مريضتين برأت إحداها وماتت الأخرى. فحقه في نصف القيمة. فإن بذلت له الباقية بزيادتها لم يجبر على قبول نصفها، لأنه عوض من قيمة التالفة ولا يلزمه المعاوضة إلا عن مرضاة، وهل يجبر على قبول النصف الآخر في حقه منه أم لا على الوجهين.

فهذا جميع ما اشتملت عليه أقسام المسألة.

فصل: [شرح كلام الشافعي في هذه المسألة]

فأما قول الشافعي : ولو أصدقها أمة وعبداً أعميين فأبصرها فهذه زيادة لا تتميز فيكون على ما تقدم من حكمهما .

وأما قوله : ولو كانا صغيرين فكبراً، فإن الكبر معتبر فإن كان مقارناً بحال الصغر، ومنافع الصغر فيه موجودة، فهذه زيادة لا تتميز فيكون على ما مضى . وإن كان كبراً بعيداً يزول عنه منافع الصغير في الحركة والسرعة وقلة الحس، ففيه زيادة ونقص لا يتميزان فيكون على ما مضى .

وجميع المسائل الواردة فليس يخرج عما ذكرناه من الأقسام . والله أعلم .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَهَذَا كُلُّهُ مَا لَمْ يَقْضَ لَهُ الْقَاضِي بِنُصْفِهِ فَتَكُونُ هِيَ حَيْثُ ضَامِنَةٌ لِمَا أَصَابَهُ فِي يَدَيْهَا» .

قال الماوردي : اختلف أصحابنا فيما أراده الشافعي بقوله : «هذا كله ما لم يقض القاضي له بنصفه» على وجهين :

أحدهما : وهو قول أبي العباس بن سريج : أن مراد الشافعي بذلك ما تقدم من نماء الصداق قبل الطلاق أنه للزوجة بأسره، ما لم يترافعا إلى قاض مالكي، فيقضي للزوج بنصف النماء، فيصير الزوج مالكاً لنصفه بقضاء القاضي المالكي، لأنه حكم نفذ باجتهاد سائح .

ويكون معنى قوله «فتكون حيث ضامنة لنصفه» يعني لنصف النماء إذا طلبه منها فمنعته، فتصير بالمنع ضامنة، فأما أصل الصداق فلا يفتقر تملك الزوج لنصفه بالطلاق إلى قضاء قاض، لا عند الشافعي، ولا عندما لك، سواء قيل إنه يملك بنفس الطلاق أو باختيار التملك بعد الطلاق .

والوجه الثاني: قول أبي إسحاق المروزي وجمهور أصحابنا: أن كلام الشافعي راجع إلى أصل الصداق، إذا حدث فيه زيادة، أو نقصان، فاختلفا في نصف القيمة أو في نصف العين، فإن اختلفهما فيه على ما مضى بيانه إلا أن يقضي القاضي له بنصف العين فينقطع الخلاف بينهما بحكمه، ويصير له نصف الصداق، لأن الصداق إذا كان باقياً بحاله لم يزد ولم ينقص فليس بينهما اختلاف مؤثر ولا لحكم الحاكم في تملك الزوج لنصفه تأثير .

فإذا حدث فيه زيادة أو نقصان، صار الخلاف بينهما في نصف العين، أو نصف القيمة مؤثراً، وصار لحكم الحاكم تأثير في تملك الزوج لنصفه، ويكون معنى قول الشافعي «وتكون حيث ضامنة لما أصابه في يدها» يعني : لنقصان الصداق بعد أن قضى له القاضي بنصفه .

لأنه قبل القضاء لم يملكه الزوج فلم تضمن الزوجة نقصه وبعد القضاء قد ملكه

فضمنت نقصه ما لم يكن منها تسليم ولا تمكين، لأنه في يدها عن معاوضة كالمقبوض سوماً، فإن سلمته وعاد إليها أمانة لم تضمنه، وإن لم تسلمه ولكن مكنته منه ففي وجوب ضمانها لنقصه وجهان مضياً.

فلو اختلفا في النقص فقال الزوج: هو حادث في يدك فعليك ضمانه، وقالت الزوجة: بل هو متقدم فليس علي ضمانه، فالقول قولها مع يمينها، لأنها منكرة، والأصل براءة ذمتها مع احتمال الأمرين.

فأما الزيادة فما تقدمت ملك الزوج لنصف الصداق فجميعها للزوجة، وما حدث بعده فهو بينهما. وهل تكون الزوجة ضامنة له أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

فلو اختلفا فيها فقال الزوج: هي حادثة بعد أن ملكت نصف الصداق فنصفها لي، وقالت الزوجة بل هي متقدمة قبل ذلك فجميعها لي، فالقول قول الزوجة مع يمينها، لأن الزيادة في يدها، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: فَإِنْ طَلَّقَهَا وَالنَّخْلُ مُطْلَعَةٌ فَأَرَادَ أَخَذَ نِصْفَهَا بِالطَّلَعِ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ وَكَانَتْ كَالجَّارِيَةِ الْحَبْلَى وَالشَّاةِ الْمَاخِضِ وَمُخَالَفَةً لَهُمَا فِي أَنَّ الإِطْلَاعَ لَا يَكُونُ مُغَيَّرًا لِلنَّخْلِ عَنْ حَالِهَا فَإِنْ شَاءَتْ أَنْ تَدْفَعَ إِلَيْهِ نِصْفَهَا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا ذَلِكَ.

قال الماوردي: وصورتها: في رجل أصدق امرأة نخلاً، وطلقها قبل الدخول، وقد أثمرت، فالثمرة زيادة اختلف أصحابنا فيها، هل تجري في الصداق مجرى الزيادة المتميزة أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها زيادة متميزة كالولد، سواء كانت مؤبرة أو غير مؤبرة لإمكان قطعها عن الأصل، وجواز أفرادها بالعقد.

والوجه الثاني: أنها زيادة غير متميزة في حكم الصداق سواء كانت مؤبرة أو غير مؤبرة، لاتصالها بالأصل فجرت مجرى الحمل.

والوجه الثالث: أنها إن كانت مؤبرة فهي متميزة كالولد، لأنها لا تتبع الأصل في البيع وإن كانت في طلوعها غير مؤبرة فهي غير متميزة كالحمل، لأنها تتبع الأصل في البيع.

فإذا تقررت هذه الوجوه الثلاثة، فالثمرة للزوجة على جميع أحوالها، لحدوثها في ملكها، ولها استيفاء النخل على ملكها، لاستصلاح ثمرتها وتكاملها، ويصير حق الزوج في قيمة النخل، فيدفع إليه نصف قيمتها أقل ما كانت النخل قيمة من حين أصدق إلى أن سلم.

[أحوال بذل المرأة نصف النخل المثمر لزوجها]

فإذا كان كذلك فلها أربعة أحوال: فالحالة الأولى.

[إيضاح الحالة الأولى]

أن تبذل له نصف النخل مع نصف الثمرة.

فإن قبلها جاز ثم ينظر، فإن جعلنا الثمرة زائدة غير متميزة كان بذل الزوجة لها عفواً عنها، فلا يراعى فيه لفظ الهبة، ولا القبض.

وإن جعلناها زيادة متميزة فهل يجري عليها حكم العفو أو حكم الهبة؟ على وجهين: أحدهما: حكم الهبة، ولا تتم إلا بالقبض، لأنها بالتميز كالولد الذي لو بذلت نصفه للزوج مع نصف أمه كانت هبة لا تتم إلا بالقبض.

والوجه الثاني: أنه يجري عليها حكم العفو، وتتم بغير قبض بخلاف الولد، لأن المقصود ببذلها إيصال الزوج إلى حقه من النخل الذي لا يقدر عليه إلا بها، وخالف الولد، لأنه يقدر على الرجوع بالأم دونه.

وإن امتنع الزوج من قبول الثمرة ففي إجباره على القبول ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه يجبر على القبول سواء قيل إن الثمرة متميزة، أو غير متميزة، لأنه منع من النخل في حق الزوجة لدفع الضرر عنها في الثمرة، فإذا صارت إليه فلا ضرر عليها.

والوجه الثاني: أنه لا يجبر على القبول سواء قيل إن الثمرة زائدة متميزة أو غير متميزة، لأن حقه صار في القيمة فلم يكن لها أن تعدل به إلى العين.

والوجه الثالث: وهو أصح: أن إجباره معتبر بحكم الثمرة.

فإن قيل: إنها زيادة متميزة لم يجبر على القبول كالولد، وله أن يعدل إلى نصف قيمة النخل.

وإن قيل: إنها زيادة غير متميزة كالسمن، أجبر على القبول، ولم يكن له أن يعدل إلى نصف القيمة.

فصل: [إيضاح الحالة الثانية]

والحال الثانية: أن تبذل له نصف النخل دون الثمرة.

فإن قيل ذلك منها جاز، وعليه ترك الثمرة على النخل إلى تكامل صلاحها.

وإن امتنع من القبول: لم يجبر عليه تعليلاً لأمرين:

أحدهما: دخول الضرر عليه باستيفاء الثمرة على نخله.

والثاني: أن حقه قد صار في القيمة فلم يعدل به إلى غيره.

وقال المزني: حقه في نصف النخل يرجع بها، وعليه ترك الثمرة إلى أوان جذاذها

كالمشتري.

وهذا الجمع غير صحيح لوضوح الفرق بينهما. وهو أن الشراء عقد مرضاة فلذلك أقر

على ما تراضيا به من استيفاء الثمرة على نخل المشتري لرضاه بدخول الضرر عليه، ومملك

الصداق عن طلاق لا مرضاة فيه، فاقترضى المنع من دخول الضرر على كل واحد منهما،

وجمع بينهما في نفي الضرر عنهما، فلو طلب الزوج أن يرجع بنصف النخل في الحال على أن يترك الثمرة عليها إلى تكامل الصلاح ففي إجبارها على ذلك وجهان:

أحدهما: لا تجبر عليه تعليلاً بأن حقه قد صار في القيمة.

والوجه الثاني: تجبر عليه تعليلاً بزوال الضرر عنها ولحوقه بالزوج الراضي به.

فصل: [إيضاح الحالة الثالثة]

والحال الثالثة: أن تبذل له قطع الثمرة، وتسليم نصف النخل: .

فإن كان تعجيل قطعها مضراً بالنخل: لم يجبر على القبول.

وإن كان غير مضر: فما لم تبادر إلى القطع لم يجبر على القبول وإن بادرت إلى القطع ففي إجباره وجهان:

أحدهما: لا يجبر تعليلاً بأن حقه قد صار في القيمة.

والوجه الثاني: يجبر تعليلاً بزوال الضرر عنه في الأصل.

ولو طلب الزوج منها أن تقطع الثمرة وتعطيه نصف النخل لم تجبر الزوجة عليه وجهاً واحداً، لما فيه من دخول الضرر عليها.

فصل: [إيضاح الحالة الرابعة]

والحال الرابعة: أن تدعوه إلى الصبر عليها إلى أن تتكامل صلاح الثمرة ثم تعطيه بعد جذاذها نصف النخل، فلا يلزمه ذلك ولا يجبر عليه تعليلاً بأمرين:

أحدهما: أن حقه في القيمة، فلم يلزمه العدول عنها.

والثاني: دخول الضرر عليه في تأخير ما استحق تعجيله.

ولو كان هو الداعي لها إلى الإنظار بالنخل إلى أوان الجذاذ ثم الرجوع بها، لم يلزمها ذلك، ولا تجبر عليه تعليلاً بأمرين:

أحدهما: أن حقه قد صار في القيمة فلم يلزمها العدول عنها.

والثاني: دخول الضرر عليها ببقاء الحق في ذمتها، وأيهما دعا إلى القيمة أجيب

إليها.

فصل: فأما ما جعله الشافعي رحمه الله مثلاً للنخل إذا أثمرت من الجارية الحامل والشاة الماخض، وجمعه بينهما من وجه، وتفریق بينهما من آخر، فنوضح من حكمهما ما بين به موضع الجمع، وموضع الفرق.

أما الجارية إذا كانت صداقاً فحملت في يد الزوج فالحمل فيها زيادة من وجه ونقصان من وجه.

أما زيادتها فبالولد، وأما نقصانها فبالخوف عليها عند الولادة، فإن بذلتها الزوجة لم

يلزم الزوج قبولها لأجل النقص، وإن طلبها الزوج لم يلزم الزوجة بذلها لأجل الزيادة، وأيهما دعا إلى القيمة أوجب. فتكون موافقة للثمرة في الزيادة ومخالفة لها في النقصان.

وأما الشاة إذا كانت صداقاً فحملت بالحمل فيها زيادة من وجه، واختلف أصحابنا هل يكون نقصاً فيها، من وجه آخر أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يكون نقصاً في البهائم، ويكون زيادة محضة، وإن كانت في الأدميات نقصاً وزيادة، لأن حال الولادة مخوف في الأدميات وغير مخوف في البهائم.

فذلك كان نقصاً في الأدميات، ولم يكن نقصاً في البهائم.

فعلى هذا: إذا بذلتها الزوجة أجبر الزوج على قبولها في أصح الوجهين فتكون موافقة للثمرة في الزيادة وغير مخالفة لها في النقصان.

والوجه الثاني: أن الحمل في البهائم نقص أيضاً، وإن أمن عليها عند الولادة، لأن الحمل قد أحدث نقصاً في اللحم، فصار نقص اللحم نقصاً فيها وإن لم يخف عليها في ولادتها.

فعلى هذا:

إن بذلتها الزوجة لم يجبر الزوج على قبولها لأجل النقص. فإن طلبها الزوج لم تجبر الزوجة على قبولها لأجل الزيادة وأيهما دعا إلى القيمة أوجب.

فتكون على هذا موافقة للثمرة في الزيادة، ومخالفة لها في النقصان.

[القول في ثمر الشجر في الصداق]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ كُلُّ شَجَرٍ إِلَّا أَنْ يَرَقُلَ الشَّجَرُ فَيَصِيرُ قَحَامًا فَلَا يَلْزَمُهُ وَلَيْسَ لَهَا تَرْكُ الثَّمَرَةِ عَلَى أَنْ تَسْتَجْبِيهَا ثُمَّ تَدْفَعُ إِلَيْهِ نِصْفَ الشَّجَرِ لَا يَكُونُ حَقُّهُ مُعْجَلًا فَتُوَخَّرَهُ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يُؤَخَّرَهَا إِلَى أَنْ تَجِدَ الثَّمَرَةَ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ عَلَيْهَا وَذَلِكَ أَنَّ النَّخْلَ وَالشَّجَرَ يَزِيدَانِ إِلَى الْجِدَادِ وَأَنَّهُ لَمَّا طَلَّقَهَا وَفِيهَا الزِّيَادَةُ كَانَ مُحَوَّلًا دُونَهَا وَكَانَتْ هِيَ الْمَالِكَةَ دُونَهُ وَحَقُّهُ فِي قِيمَتِهِ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) لَيْسَ هَذَا عِنْدِي بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ يُجِيزُ بَيْعَ النَّخْلِ قَدْ أُبْرَتْ فَيَكُونُ ثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ حَتَّى يَسْتَجْبِيَهَا وَالنَّخْلُ لِلْمُسْتَبْرِي مُعْجَلَةٌ وَلَوْ كَانَتْ مُؤَخَّرَةً مَا جَازَ بَيْعَ عَيْنٍ مُؤَخَّرَةً فَلَمَّا جَازَتْ مُعْجَلَةٌ وَالثَّمَرُ فِيهَا جَازَ رَدُّ نِصْفِهَا لِلزَّوْجِ مُعْجَلًا وَالثَّمَرُ فِيهَا وَكَانَ رَدُّ النِّصْفِ فِي ذَلِكَ أَحَقَّ بِالْجَوَازِ مِنَ الشِّرَاءِ فَإِذَا جَازَ ذَلِكَ فِي الشِّرَاءِ جَازَ فِي الرَّدِّ».

قال الماوردي: إذا أصدقها شجراً غير مثمر فطلقها وقد أثمر فالكلام في ثمر الشجر كالكلام في ثمر النخل، في كونه مؤبراً أو غير مؤبر، على ما مضى.

أما الشجر فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون غراساً غير مثمر فيصير شجراً مثمراً، فهذه زيادة محضة، فيكون حكمها حكم الزيادة التي لا تتميز، فلا تجبر الزوجة على بذلها، وإن بذلتها ففي إجباره على قبولها وجهان.

والضرب الثاني: أن يكون شجراً مثمراً متكاملًا فيرقل حتى يصير قحاماً.

والإرقال: التناهي في الطول. والقحام: التناهي في العمر حتى قد يبئس سعفه، ويخر جذعه، فهذا نقصان محض لا يتميز، ولا يجبر الزوج على قبوله، وإن رضي به ففي إجباره الزوجة على بذله وجهان.

والضرب الثالث: أن يكون غراساً غير مثمر فيصير قحاماً غير مثمر، فهذه زيادة من وجه، ونقصان من وجه، فأيهما دعا إلى نصف القيمة أوجب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ الْأَرْضُ تَزْرَعُهَا أَوْ تَغْرِسُهَا أَوْ تَحْرُثُهَا (قَالَ الْمَزْنِيُّ) الزَّرْعُ مُضِرٌّ بِالْأَرْضِ مُنْقِصٌ لَهَا وَإِنْ كَانَ لِحَصَادِهِ غَايَةٌ فَلَهُ الْخِيَارُ فِي قَبُولِ نِصْفِ الْأَرْضِ مُنْتَقِصَةً أَوْ الْقِيَمَةَ وَالزَّرْعُ لَهَا وَلَيْسَ ثَمْرُ النَّخْلِ مُضِرًّا بِهَا فَلَهُ نِصْفُ النَّخْلِ وَالشَّمْرُ لَهَا وَأَمَّا الْغِرَاسُ فَلَيْسَ بِشَبِيهِ لِهَمَّا لِأَنَّ لَهُمَا غَايَةَ يُفَارِقَانِ فِيهَا مَكَانَهُمَا مِنْ جِدَادٍ وَحَصَادٍ وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْغِرَاسُ لِأَنَّهُ تَابَتْ فِي الْأَرْضِ فَلَهُ نِصْفُ قِيَمَتِهَا وَأَمَّا الْحَرْثُ فزِيَادَةٌ لَهَا فَلَيْسَ عَلَيْهَا أَنْ تُعْطِيَهُ نِصْفَ مَا زَادَ فِي مِلْكِهَا إِلَّا أَنْ تَشَاءَ وَهَذَا عِنْدِي أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: عطف الشافعي بزرع الأرض وغرسها وحرثها على ما قدمه من عقد الباب، وبيان أحكام الزيادة والنقصان. فتوهم المزني أنه عطف به على أطلاع النخل. ففرق بين الزرع والغرس، وبين أطلاع النخل فأخطأ في توهمه، وقارب الصحة في فرقه.

وحكم الأرض تختلف في زرعها، وغرسها، وحرثها.

أما حرثها: فهو فيها زيادة محضة غير متميزة، فلا يلزم الزوجة بذلها، فإن بذلتها أوجب الزوج على قبولها في أصح الوجهين.

وأما الغرس في الأرض فهو زيادة من وجه ونقصان من وجه، لأن عين الغرس زيادة، وضرره في الأرض، نقصان.

فأما النقصان: فغير متميز، وأما الزيادة: ففيها وجهان:

أحدهما: أنها متميزة، لأنها مستودعة في الأرض.

والثاني: أنها كالمتمصلة، لأنها صارت تبعاً، فإن بذلتها الزوجة بغرسها لم يجبر الزوج على القبول لأجل النقص، وإن رضي الزوج بها لم تجبر الزوجة على بذلها، لأجل الزيادة، وأيهما دعا إلى نصف القيمة أوجب.

وأما الزرع في الأرض فهو زيادة متميزة، واختلف أصحابنا هل يكون نقصاً في الأرض أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يكون نقصاً فيها كالغراس، ومخالف لأطلاع النخل، لأن أطلاع النخل من ذاته، ولا يمكن أن ينتفع بالنخل قبل وقت أطلاعه. وزرع الأرض من فعل الأدميين وقد كان يمكن أن ينتفع بها في غير الزرع وفي غير ذلك النوع من الزرع فافترقا.

والوجه الثاني: وهو قول المنزني أنه ليس بنقص في الأرض، لأن وقت الزرع إذا انقضى فليس يمكن أن يستأنف زرعها، والأغلب من أرض الزرع أن لا منفعة فيها إلا بزرعها فصارت بأطلاع النخل أشبه.

فإذا تقرر هذان الوجهان.

- فإن جعلنا الزرع زيادة، ولم نجعله نقصاً فحكم الأرض إذا زرعت مثل حكم النخل إذا أطلعت، وقلنا: إن الثمرة زيادة متميزة، لأن الزرع زيادة متميزة فيكون على ما مضى من الأقسام والأحكام.

- وإن جعلنا الزرع زيادة ونقصاً كان في حكم الغرس لا يجبر واحد منهما على الأرض، وأيهما دعا إلى القيمة أجيب.

فإن بادرت الزوجة إلى قلع الزرع ففي إجبار الزوج على قبول الأرض إذا لم يضر بها قلع الزرع وجهان كما لو بادرت إلى قطع الثمرة عن النخل، ولكن لو طلقها بعد حصاد الزرع أجبر على القبول، وأجبرت على الدفع وأيهما دعا إلى نصف الأرض أجيب لتعين الحق فيها وقت الطلاق، وهكذا لو كان الزرع وقت الطلاق وقد استحصد ولم يحصد فليس له إلا نصف الأرض ما لم تنقص الأرض بالزرع، وتجبر الزوجة على الحصاد، وهكذا الثمرة إذا استجدت على رؤوس نخلها أخذت الزوجة بجذاذها ورجع الزوج بنصفها. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ وُلِدَتِ الْأُمُّ فِي يَدَيْهِ أَوْ تَنَجَّتِ الْمَاشِيَةَ فَنَقَصَتْ عَنْ حَالِهَا كَانَ الْوَلَدُ لَهَا دُونَهُ لِأَنَّهُ حَدَثَ فِي مِلْكِهَا فَإِنْ شَاءَتْ أَخَذَتْ أَنْصَافَهَا نَاقِصَةً وَإِنْ شَاءَتْ أَخَذَتْ أَنْصَافَ قِيَمَتِهَا يَوْمَ أَصْدَقَهَا (قَالَ الْمُزْنِيُّ) هَذَا قِيَاسُ قَوْلِهِ فِي أَوَّلِ بَابِ مَا جَاءَ فِي الصَّدَاقِ فِي كِتَابِ الْأُمِّ وَهُوَ قَوْلُهُ وَهَذَا خَطَأٌ عَلَى أَصْلِهِ».**

قال الماوردي: وصورتها في رجل أصدق امرأته جارية أو ماشية فزادت في يده بحمل أو ولد، ثم طلق قبل الدخول، فقد دخل حكمه في أقسام ما قدمناه، ونحن نشير إليه ونذكر ما تعلق به من زيادة، ونقتصر على ذكر الجارية فإن فيها بيان الماشية.

وأحوال الجارية ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون وقت الصداق حابلاً فتحمل في يده بمملوك وتلد ثم تطلق.

والقسم الثاني: أن تكون حاملاً فتجبل ثم تطلق قبل أن تضع.
والقسم الثالث: أن تكون حاملاً ثم تلد ثم تطلق.

فأما القسم الأول وهو أن تكون حاملاً فتجبل وتلد ثم تطلق فلا يخلو حالها وحال ولدها من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكونا باقيين.

والثاني: تالفين.

والثالث: أن تكون الأم باقية والولد تالفاً.

والرابع: أن تكون الأم تالفة والولد باقياً.

فأما القسم الأول: إذا كانا باقيين فالولد للزوجة، لحدوثه في ملكها، وتكون ولادته قبل القبض، كولدته بعد القبض، في أن لا حق فيه للزوج وكذلك الكسب.

وقال مالك: يكون للزوج نصف الولد ونصف الكسب قبل القبض وبعده.

وقال أبو حنيفة: لا حق للزوج فيما حدث بعد القبض من ولد كسب وله فيما حدث

في يده قبل القبض نصف الولد دون الكسب.

استدللاً بأنه قبل القبض مستحق التسليم بالعقد كالأم، فوجب أن يرجع بنصفه

كرجوعه بنصف الأم.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿فَنَصْفُ مَا قَرَضْتُمْ﴾ فلم يسوجب الرجوع إلا بنصف

المفروض، وليس الولد مفروضاً.

ولأنه نماء حدث في ملكها فلم يستحق الزوج بطلاقه شيئاً منه كالحادث بعد القبض،

ولأن ما لم يملكه بالطلاق إذا حدث بعد القبض لم يملكه بالطلاق إذا حدث قبل القبض كالكسب.

وبالكسب ينتقص قياسهم مع أننا لا نقول إنه تسليم يستحق بالعقد ولكن بالملك.

فإذا ثبت أن لا حق له في الولد فللأم ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن تكون بحالها لم تزد ولم تنقص، فيكون للزوج نصفها بالطلاق قبل

الدخول، ولها النصف، ولا خيار لواحد منهما.

والحال الثانية: أن تكون قد زادت فلها منع الزوج منها لحدوث الزيادة على ملكها

وتعدل به إلى نصف القيمة، فإن بذلت له نصفها زائدة أجبر على القبول في أصح الوجهين.

والحال الثالثة: أن تكون ناقصة فلها الخيار بين المقام والفسخ. فإن أقامت أخذت

النصف ناقصاً وأخذ الزوج نصفها ناقصاً، ولم يكن له خيار لحدوث النقصان في يده ودخوله في ضمانه.

وإن فسخت فالولد لها، لأن الفسخ في الأصل مع بقاءه قطع للعقد فيه وليس برفع له من أصله.

وبماذا ترجع عليه على قولين:

أحدهما: بالجارية وأرش النقص، فيكون الفسخ مفيداً استحقاق الأرش وهذا على القول الذي يوجب قيمة الصداق عند تلفه.

والقول الثاني: أنها ترجع بمهر المثل وهذا على القول الذي يوجب مهر المثل، عند تلف الصداق.

وأما القسم الثاني: وهو أن تتلف الأم والولد معاً في يد الزوج.

فالأمر مضمونة عليه، وبماذا يضمنها فيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في الجديد أنه يضمنها بمهر المثل. فعلى هذا يكون جميعه عليه إن طلق بعد الدخول، ونصفه إن طلق قبله.

والقول الثاني: وهو قوله في القديم يضمنها بقيمتها، وفي اعتبار القيمة قولان:

أحدهما: يوم أصدق تغليياً لضمان العقد.

والقول الثاني: يلزمه قيمتها أكثر ما كانت قيمة من وقت الصداق إلى وقت التلف، اعتباراً بضمان الغصب.

فأما الولد: فحكمه بعد التلف معتبر بحكمه لو كان حياً، على ما سنذكره، فإن لم نجعله لها لو كان حياً لم يلزم الزوج له غرم بتلفه.

وإن جعلناه لها لو كان حياً ففي ضمانه على الزوج قولان:

أحدهما: أنه مضمون عليه لأنه ولد أم مضمونة، فصار مضموناً كولد المغصوبة.

والقول الثاني: لا يضمنه، لأن العقد لم يتضمنه، وخالف ولد المغصوبة، لأنه غير متعد فيه.

وأما القسم الثالث: وهو أن تكون الأم باقية والولد تالفاً، فلها جميع الأم إن طلقت بعد الدخول، ونصفها إن طلقت قبله.

والكلام فيما حدث فيها من زيادة أو نقصان على ما مضى.

وأما الولد فجميعه لها: وهل يضمنه الزوج بالتلف أم لا؟ على قولين:

أحدهما: يضمنه فيلزمه قيمته أكثر ما كان قيمة من وقت ولادته إلى وقت تلفه.

والقول الثاني: لا ضمان عليه، لأنه كالأمانة في يده إلا أن تطلبه منه فيمنعها فيضمنه كالودائع.

وأما القسم الرابع: وهو أن تكون الأم تالفة والولد باقياً: ففيما ترجع عليه في بدل الأم قولان:

أحدهما: قيمتها، وفي اعتبار قيمتها قولان:

أحدهما: قيمته وقت العقد.

والثاني: أكثر ما كان قيمة من وقت العقد إلى وقت التلف، فعلى هذا يكون الولد لها.

والقول الثاني: ترجع عليه بمهر مثلها. فعلى هذا في الولد وجهان:

أحدهما: أنه يكون للزوجة أيضاً لحدوثه في ملكها.

والوجه الثاني: يكون للزوج، لأنه رفع للعقد من أصله، فصارت غير مالكة لأمه.

فصل: وأما القسم الثاني من أقسام الأصل وهو أن تكون الجارية حاملاً وقت

الطلاق، فالحمل فيها زيادة من وجه ونقصان من وجه.

فإن كان الطلاق بعد الدخول كانت مخيرة بين أمرين.

إما أن تسمح فتأخذها بزيادتها ونقصها.

وإما أن تفسح وبماذا ترجع؟ على قولين:

أحدهما: بالجارية حاملاً وأرش ما نقصتها الولادة ولا تجبر نقصان الولادة بزيادة

الحمل، وهذا على قوله في القديم.

والقول الثاني: ترجع بمهر المثل.

وإن كان الطلاق قبل الدخول: كانت مخيرة بين ثلاثة أمور.

إما أن تأخذ الكل وتعطيه نصف القيمة أقل ما كانت من وقت العقد إلى وقت القبض

لأن لها زيادة تستحق بملكها.

وإما أن تأخذ نصفها وتعطيه نصفها زائدة ناقصة، فيلزمه قبولها، وإن النقصان مضمون

عليه، والزيادة مبذولة له.

وإما أن تفسح في الكل وبماذا ترجع على قولين:

أحدهما: وهو القديم ترجع بنصفها ونصف أرش النقصان.

والقول الثاني: وهو الجديد بنصف مهر المثل.

فصل: وأما القسم الثالث من أقسام الأصل، وهو أن تكون حاملاً وقت الصداق وقد

وضعت حملها وقت الطلاق. فحكمه مبني على اختلاف قولي الشافعي في الحمل هل له

حكم يتميز به أو يكون تبعاً؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه يكون تبعاً لا يتميز بحكم فعلي هذا إذا طلقها قبل الدخول كان لها جميع الولد وهل يصير مستهلكاً في حق الزوج أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يصير مستهلكاً في حقه وإن كانت الأم زائدة به وقت حملة ويكون كالسمن إذا زال بالهزال ويصير الولد كالنماء الحادث على ملكها ابتداء وانتهاء.

والوجه الثاني: أنه لا يستهلك على الزوج حقه من الزيادة بحملها بخلاف ذهاب السمن بالهزال، لأن السمن هلك في يده فصار مستهلكاً عليه، وليس الولد كذلك، لأن زيادته حملاً قد تمت وتكاملت فلم يجز أن يستهلك على الزوج وقد صارت متكاملة للزوجة.

وإذا كان هكذا وجب أن يعتبر ما بين قيمتها وقت العقد حاملاً وحابلاً فما كان بينهما من فصل رجوع الزوج بنصفه على الزوجة مع نصف الأم، وصار جميع الولد مع نصف الأم للزوجة. فإن بذلت له نصف الولد عما استحقه من نصف ما بين القيمتين فرضي جاز، وصارت الأم بينهما والولد بينهما. وإن لم يرض به لم يجبر عليه وجهاً واحداً، لأنه عدول عن حقه إلى معاوضة لا يلزم إلا عن مرضاة.

وإذا كان كذلك نظر:

فإن أخذ الزوج نصف الولد مع نصف الأم أقر على ملكه لإجماع ملك الولد مع ملك

الأم.

وإن أخذ الزوج نصف الأم ولم يأخذ نصف الولد لم يجز أن يقر على ملك نصف الأم، لأن فيه تفريقاً بين الأم وولدها في الملك.

وهل تجبر الزوجة على إعطائه نصف قيمة الأم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: تجبر على ذلك لما يلزمها من القيام بحضانة الولد.

والثاني: أنها لا تجبر على ذلك، ويقال لها: إن دفعت إلى الزوج نصف قيمة الأم أقر الولد والأم على ملكك. وإن امتنعت: لم تجبري وبيعا جميعاً عليك، ودفعت إلى الزوج من الثمن النصف فما قابل ثمن الأم، وكان الباقي لك، فهذا إذا قيل: إن الحمل تبع لا يتميز بحكم.

والقول الثاني: في الحمل أن له حكماً يتميز، فعلى هذا تكون الأم والحمل صداقاً،

لكن الحمل قد زاد بالولادة على ملك الزوجة، فلم يلزمها بدل الولد لحدوث الزيادة فيه.

فإن بذلت له نصف الولد مع نصف الأم أجبر على القبول في أصح الوجهين، وإن

امتنعت من بذل نصفه، رجعت بنصف الأم، وفي كيفية ما يرجع به من قيمة نصف الحمل وجهان:

أحدهما: يرجع بنصف ما بين قيمة أمه حاملاً وحابلاً، ولا يقوم وقت الولادة، لأنه قد

زاد إلى وقت الولادة زيادة لا يملكها الزوج، فدعت الضرورة إلى اعتبار ما بين القيمتين.

والوجه الثاني: أنه يقوم الولد وقت الولادة ويرجع الزوج بنصف قيمته لأنه في وقت كونه حملاً لا يوصل إلى معرفة قيمته. فدعت الضرورة إلى اعتبار قيمته بعد الولادة، وإن حدثت فيه زيادة لا يملكها. كما يقوم على من تزوج أمة على أنها حرة فأولدها ولداً صار بالعلوق حراً فيقوم بعد الولادة، وإن كان قد صار بالعلوق حراً، وعند الولادة زائداً، لتعذر تقويمه حال العلوق. كذلك هاهنا.

فعلى هذا يمنع من الولد إلى نصف قيمته لأجل زيادته، فإن بذلت له نصف الولد ففي إجباره على قبوله وجهان:

أحدهما: يجبر على قبوله ويقر الزوج على ملكه لاجتماعه مع الأم في الملك.

والوجه الثاني: لا يجبر عليه ويطلب بتنصيف القيمة. فإذا أخذ نصف قيمة الولد فله نصف الأم ما لم تزد ولم تنقص، ولا يجوز التفرقة بين الولد وبين أمه في الملك.

وهل تجبر الزوجة على دفع نصف قيمة الأم، أو يباعان معاً؟ على ما مضى من الوجهين - والله أعلم - .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ أَصْدَقَهَا عَرَضًا بِعَيْنِهِ أَوْ عَبْدًا فَهَلَّكَ قَبْلَ أَنْ يَدْفَعَهُ فَلَهَا قِيمَتُهُ يَوْمَ وَقَعَ النِّكَاحُ فَإِنْ طَلَبْتَهُ فَمَنَعَهَا فَهُوَ غَاصِبٌ وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ مَا كَانَ قِيمَةً (قَالَ الْمُزْنِيُّ) قَدْ قَالَ فِي كِتَابِ الْخُلْعِ لَوْ أَصْدَقَهَا دَارًا فَاحْتَرَقَتْ قَبْلَ أَنْ تَقْبِضَهَا كَانَ لَهَا الْخِيَارُ فِي أَنْ تَرْجِعَ بِمَهْرٍ مِثْلِهَا أَوْ تَكُونَ لَهَا الْعَرَصَةُ بِحَصَّتَيْهَا مِنَ الْمَهْرِ وَقَالَ فِيهِ أَيْضًا لَوْ خَلَعَهَا عَلَى عَدِّ بَعِينِهِ فَمَاتَ قَبْلَ أَنْ تَقْبِضَهُ رَجَعَ عَلَيْهَا بِمَهْرٍ مِثْلِهَا كَمَا يَرْجِعُ لَوْ اشْتَرَاهُ مِنْهَا فَمَاتَ رَجَعَ بِالثَّمَنِ الَّذِي قَبِضَتْ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) هَذَا أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ بَدَلَ النِّكَاحِ وَبَدَلَ الْخُلْعِ فِي مَعْنَى بَدَلِ الْبَيْعِ الْمُسْتَهْلِكِ فَإِذَا بَطَلَ الْبَيْعُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ وَقَدْ قَبِضَ الْبَدَلَ وَاسْتَهْلَكَ رَجَعَ بِقِيمَةِ الْمُسْتَهْلِكِ وَكَذَلِكَ النِّكَاحُ وَالْخُلْعُ إِذَا بَطَلَ بَدَلُهُمَا رَجَعَ بِقِيمَتَيْهِمَا وَهُوَ مَهْرُ الْمَثَلِ كَالْبَيْعِ الْمُسْتَهْلِكِ» .

قال الماوردي: إذا كان الصداق معيناً من عروض أو حبوب، كعبد، أو بغير، أو حنطة أو شعير، فتلف في يد الزوج قبل قبضه ففي بطلان الصداق بتلفه، وفيما يستحق الرجوع به قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وبه قال أبو حنيفة: أن الصداق لا يبطل من العقد بتلفه في يد الزوج وأن لها أن ترجع عليه بقيمته.

ودليله شيان:

أحدهما: أن كل ما وجب تسليمه مع بقائه إذا هلك مضموناً مع بقاء سبب استحقاقه يوجب ضمان قيمته كالمغصوب والعوادي.

والثاني: أنه لما كان الصداق في مقابلة البضع وكان ملك الزوج على البضع مستقراً قبل القبض، ولا يفسد العقد عليه لو تلف وجب أن يكون ملك الزوجة للصداق مستقراً قبل القبض ولا يفسد العقد عليه إن تلف.

والقول الثاني: قاله في الجديد واختاره المزني: أن الصداق قد بطل من العقد بتلفه قبل القبض، ولها مهر المثل دون قيمته.
ودليله شيئان:

أحدهما: أن الصداق عوض تعين في عقد معاوضة فوجب أن يبطل بتلفه قبل القبض، ويستحق الرجوع بالمعوض دون العوض كالبيع، وهو أن يبيع الرجل عبداً بثوب يسلمه ويتلف الثوب قبل أن يتسلمه فيكون له الرجوع بعبدته لا بقيمة الثوب الذي في مقابلته. كذلك تلف الصداق كان يقتضي تلفه الرجوع بالبضع الذي في مقابلته، لكنه لما تعذر الرجوع به للزوم العقد منه وجب الرجوع ببذله، وليس له مثل فوجب الرجوع بقيمة وقيمه مهر المثل.

والثاني: أنه لما كان بطلان الصداق بجالته أو تحريمه يوجب الرجوع بمهر المثل دون القيمة وجب أن يكون بطلانه بالتلف بمثابته في الرجوع بمهر المثل دون قيمته.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين: انتقل الكلام إلى التفريع عليهما.

فإذا قلنا بالقديم: إن الرجوع بالقيمة دون المهر: فله حالان:

أحدهما: أن يمنعها منه بغير عذر حتى يتلف في يده فيكون عليه قيمته أكثر ما كان قيمة من وقت المنع إلى وقت التلف إن لم يكن قيمته قبل ذلك أكثر، لأنه بالمنع قد صار غاصباً فوجب أن يضمه ضمان الغصب.

والحال الثانية: أن لا يكون منه منع ولا منها طلب. ففي كيفية ضمانه قولان:

أحدهما: أنه يضمه ضمان عقد.

والقول الثاني: ضمان غصب.

فإذا قيل ضمان عقد: فعليه قيمته يوم أصدق.

وقال أبو حامد الإسفراييني عليه قيمته يوم تلف.

وهذا خطأ، لأن نقصانه بعد العقد مضمون عليه فوجب أن تلزمه قيمته وقت العقد.

وإذا قيل: يضمه ضمان العيب فعليه قيمته أكثر ما كانت من وقت العقد إلى وقت

التلف في يديه.

وهل يلزمه أكثر ما كانت قيمته في سوقه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يضمها كالمغصوب، فعلى هذا يضمن زيادة البدن، وزيادة السوق.

والوجه الثاني: لا يضمنها، لأنه غير متعد بالإمساك فكانت حالة أخف من الغاصب المتعدي، فعلى هذا يضمن زيادة البدن ولا يضمن زيادة السوق.

وإذا قلنا بقوله في الجديد: أن الرجوع يكون بمهر المثل فلتلغه أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون بحادث سماء، فيبطل فيه الصداق، ويستحق فيه مهر المثل.

والحال الثانية: أن تستهلكه الزوجة في يد الزوج، فيكون ذلك قبضاً منها. ولا مهر لها. كمن اشترى سلعة واستهلكها في يد بائعها كان استهلاكه قبضاً.

والحال الثالثة: أن يستهلكه أجنبي ففي بطلان الصداق فيه قولان مبنيان على اختلاف قولييه فيمن ابتاع عبداً فقتله أجنبي في يد بائعه ففي بطلان البيع قولان:

أحدهما: قد بطل.

والثاني: أنه صحيح ومشرته بالخيار:

كذلك ها هنا، لأنه مضمون على متلفه، فيكون في بطلانه قولان:

أحدهما: قد بطل ولها على الزوج مهر مثلها، ويرجع الزوج على متلفه بالقيمة.

والقول الثاني: أنه لا يبطل، وتكون الزوجة بحوث النقص بتلفه مخيرة بين المقام والفسخ.

فإن أقامت كانت لها قيمة الصداق ترجع به على من شاءت من الزوج أو المستهلك.

وإن فسخت رجعت على الزوج بمهر المثل، ورجع الزوج على المستهلك بالقيمة.

والحال الرابعة: أن يستهلكه الزوج، فقد اختلف أصحابنا في استهلاكه هل يجري مجرى حادث سماء، أو مجرى استهلاك أجنبي على وجهين:

أحدهما: أنه يجري مجرى تلفه بحادث سماء، فعلى هذا يبطل فيه الصداق، ويلزمه مهر المثل.

والوجه الثاني: أنه يجري مجرى استهلاك أجنبي فعلى هذا، يبطل فيه الصداق أم لا؟ على ما ذكرنا من القولين.

فصل: فأما المزني فإنه اختار قوله في الجديد أن تلف الصداق يوجب الرجوع بمهر المثل وهو اختيار أكثر أصحابنا.

غير أنه استدل من مذهب الشافعي بما لا دليل فيه. وهو أنه حكى عن الشافعي في كتاب الخلع أنه لو أصدقها داراً فاحترقت قبل قبضها كان لها الخيار في أن ترجع بمهر مثلها أو تكون لها العرصة بحصتها من المهر.

وهذا لا دليل فيه، لأنه أحد قولييه وهو في القول الثاني ترجع بالقيمة.

قال المزني : وقال فيه لو خالعتها على عبد بعينه فمات قبل قبضه رجع عليها بمهر مثلها كما يرجع لو اشتراه منها فمات بالثمن الذي قبضت .

وهذا أيضاً لا دليل فيه ، لأنه أحد قوليه ، ويرجع في القول الثاني بقيمته وليس تفريره على أحد القولين إبطالاً للآخر .

والشافعي غير جميع كتبه القديمة في الجديد ، وصنفها ثانية إلا الصداق فإنه لم يغيره في الجديد ولا أعاد تصنيفه ، وإنما ضرب على مواضع منه وزاد في مواضع والله أعلم .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ : «وَلَوْ جَعَلَ ثَمْرَ النَّخْلِ فِي قَوَارِيرَ وَجَعَلَ عَلَيْهَا صَقْرًا مِنْ صَقْرِ نَخْلِيهَا كَانَ لَهَا أَخْذُهُ وَنَزْعُهُ مِنَ الْقَوَارِيرِ فَإِذَا كَانَ إِذَا نَزَعَ فَسَدَ وَلَمْ يَبْقَ مِنْهُ شَيْءٌ يُنْتَفَعُ بِهِ كَانَ لَهَا الْخِيَارُ فِي أَنْ تَأْخُذَهُ أَوْ تَأْخُذَ مِنْهُ مِثْلُهُ وَمِثْلَ صَقْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ وَلَوْ رَبَّهُ بِرَبِّ مِنْ عِنْدِهِ كَانَ لَهَا الْخِيَارُ فِي أَنْ تَأْخُذَهُ وَتَنْزِعَ مَا عَلَيْهِ مِنَ الرَّبِّ أَوْ تَأْخُذَ مِثْلَ الثَّمْرِ إِذَا كَانَ إِذَا خَرَجَ مِنَ الرَّبِّ لَا يَبْقَى يَابِسًا بَقَاءَ الثَّمْرِ الَّذِي لَمْ يُصِبْهُ الرَّبُّ أَوْ تَغَيَّرَ طَعْمُهُ» .

قال الماوردي : وصورتها في رجل أصدق امرأة نخلاً فأخذ ثمرة النخل فجدها وجعلها في قوارير وطرح عليها صقراً .

والصقر : وهو ما سال من دبس الرطب ما لم تمسه النار .

والرطب هو : الدبس المطبوخ بالنار .

فلا يخلو حال الثمرة من أحد أمرين .

إما أن تكون حادثة من النخل بعد الصداق ، أو متقدمة .

فإن كانت حادثة بعد الصداق .

فقد ملكتها ، لأنها نماء ملكها لأن عقد الصداق تضمنها فيكون تصرف الزوج فيها

تصرفاً في غير الصداق من أموالها .

وإذا كان كذلك فالصقر على ضربين :

أحدهما : أن يكون من جملة الثمرة .

والثاني : أن يكون للزوج .

فإن كان الصقر من جملة الثمرة فلا يخلو حال الصقر والثمره من أربعة أحوال .

إحدها : أن لا ينقص الصقر ولا الثمرة بالاختلاط .

والحال الثانية : أن ينقصاً معاً بالاختلاط

والحال الثالثة : أن ينقص الصقر دون الثمرة .

والحال الرابعة : أن تنقص الثمرة دون الصقر .

فإن لم ينقص الصقر بطرحه على الثمرة ، ولا نقصت الثمرة بطرحها في الصقر فلا

ضمان على الزوج فيهما، لأنه وإن تعدى فليس لعدوانه أرش يضمن، كما لو كان غاصباً وليس بزواج.

فإن زادت قيمتهما بالعمل فالزيادة للزوجة دون الزوج ولا أجره للزوج في عمله، لأنه تبرع به وتعدى فيه.

وإن نقص الصقر بطرحه على الثمرة، ونقصت الثمرة بطرحها في الصقر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد تناهى نقصهما واستقر، فللزوجة أن تأخذهما وترجع على الزوج بأرش نقصانهما، ولا خيار لها في الصقر والثمره، لأنه نقص في مغصوب قد جبر بالأرش.

والضرب الثاني: أن يكون نقصهما لم يتناه ولم يستقر، وكما مر عليهما وقت بعد وقت حدث فيهما نقص بعد نقص ففيه قولان كالغاصب للطعام إذا بله وكان نقصه لا يتناهى فهو على قولين، كذلك هذا.

أحد القولين: وهو الظاهر من منصوص الشافعي: أنه يصير كالمستهلك فيكون للزوجة أن تطالبه بمثل الثمرة إن كانت ثمراً له مثل، وبمثل الصقر، إن كان سيلاً لم تمسه النار، ولا خالطه الماء، وإن لم يكن لهما مثل، لأن الثمرة كانت رطباً والصقر قد مسته النار، أو خالطه الماء، فلها الرجوع بقيمة الصقر وقيمة الثمر.

وإن كان لأحدهما مثل وليس للآخر مثل رجعت بمثل ذي المثل، وقيمة غير ذي المثل فلو رضيت الزوجة بنقصان ثمرتها وصقرها أقرت عليها، ولم ترجع ببدلها.

والقول الثاني: - وهو تخريج الربيع وهو أصح القولين عندي:

إنهما لا يصيران مع بقاء العين مستهلكين، وما يحدث من النقصان فيما بعد فمظنون مجوز. وربما أرادت الزوجة أكل ذلك واستهلاكه قبل نقصانه.

وإذا كان كذلك رجعت بأرش نقصهما في الحال، ثم كلما حدث فيهما نقص رجعت بأرشه وقتاً بعد وقت.

فإن أخذت منه أرش نقصهما في الحال وأبرأته من أرش نقصهما في ثاني حال ففي صحة براءته منه وجهان: أحدهما: لا يصح، لأنه أبرأ مما لم يجب.

والثاني: يصح، ويكون الإبراء كالإذن.

وهذان الوجهان من اختلاف وجهي أصحابنا فيمن حفر بئراً في أرض لا يملكها فأبرأه المالك من ضمان ما يقع فيها.

فهذا حكم نقص الثمرة والصقر.

فأما إن نقص الصقر دون الثمرة: فلها أخذ الثمرة، ويضمن نقص الصقر على ما

وأما إن نقصت الثمرة دون الصقر، فلا ضمان عليه في الصقر، ويضمن نقص الثمرة على ما مضى .

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو أن يكون الصقر للزوج فيطره على ثمرة الزوجة فلا اعتبار بنقص الصقر، لأنه ماله، وبفعله نقص .

فأما الثمرة فلها أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون تركها في الصقر غير مضر، وإخراجها منه غير مضر: فلا ضمان عليه في الثمرة، وعليه إخراج صقره منها، ومؤونة إخراجها عليه دونها .

والحال الثانية: أن يكون تركها فيه مضرًا وإخراجها منه مضرًا فهو ضامن، ويعتبر حال النقصان: فإن كان قد تناهى واستقر، رد الثمرة وضمن أرش النقص وإن لم يتناه، ولم يستقر، فعلى ما ذكرنا من القولين:

أحدهما: يصير كالمستهلك فيضمنها بالمثل إن كان لها مثل، وبالقيمة إن لم يكن لها مثل .

والقول الثاني: يضمن أرش كل نقص يحدث في وقت بعد وقت .

والحال الثالثة: أن يكون تركها فيه مضرًا وإخراجها منه غير مضر، فيؤخذ جبراً بإخراجها منه ولا أرش عليه .

والحال الرابعة: أن يكون تركها فيه غير مضر، وإخراجها منه مضرًا فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الثمرة إذا أخرجت من الصقر صلحت لما لا تصلح له الثمرة إذا كانت في الصقر. فأيهما دعا إلى إخراجها منه أجيب، فإن أراد الزوج أخذ صقره كان عليه نقص الثمرة على ما ذكرنا من اعتبار حال النقصان في التناهي، وإن أرادت الزوجة إخراج ثمرتها من الصقر أخذ الزوج بإخراجها وضمن نقصانها على ما مضى .

والضرب الثاني: أن تكون الثمرة في الصقر تصلح لما لا تصلح له الثمرة إذا كانت خارجة من الصقر .

فإن أراد الزوج صقره، لم يجبر على تركه وعليه إخراجها وعليه نقص الثمرة على ما مضى وإن ترك صقره عليها ففي إجبار الزوجة على قبوله وجهان:

أحدهما: لا تجبر على القبول، لأنها هبة غير متميزة، ولها أن تأخذ الزوج بإخراج الثمرة وضمن نقصها .

والوجه الثاني: تجبر على القبول؛ لأنه جبران نقص، ودفع ضرر، وليس بهبة محضة . فهذا أحد شطري المسألة .

فصل: وأما الشطر الثاني من المسألة: وهو أن تكون الثمرة موجودة على رؤوس نخلها

وقت الصداق، ويجعلهما جميعاً صداقاً ثم يجذ الثمرة ويجعلها في الصقر على ما ذكرنا. فهذا على ضربين أيضاً:

أحدهما: أن يكون الصقر من الثمرة.

والثاني: أن يكون للزوج.

فإن كان من الثمرة نظر، فإن لم ينقص الصقر ولا الثمرة، فلا غرم على الزوج، ولا خيار للزوجة، وإن نقصا أو أحدهما: ترتب الحكم على اختلاف قوله في تلف الصداق هل يوجب غرم القيمة أو مهر المثل؟.

فإن قيل بالقديم: إنه موجب للقيمة فلا خيار للزوجة لأنه نقص مضمون بجناية، وإنما يجب الخيار لها فيما لا يضمن بالجناية ليكون مضموناً بالفسخ فتأخذ الصقر والثمره وترجع بأرث نقصها إن تنهى، وإن لم يكن قد تنهى فعلى ما مضى من القولين.

وإن قيل بالجديد: إن تلف الصداق موجب لمهر المثل، فهي بالنقص الحادث في الثمرة بالخيار بين المقام والفسخ.

وهل يكون لها الخيار بالنقص الحادث في الصقر أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لها فيه الخيار أيضاً، لأنه نقص فيما هو من جملة الصداق.

والوجه الثاني: لا خيار لها، لأنه وقت الصداق لم يكن صقراً فيفسخ بنقصانه، وإنما كانت ثمرة صارت صقراً زائداً، فإذا نقصت الزيادة التي لم يتضمنها الصداق لم يثبت لها خيار في الصداق اعتباراً بنقصان الولد الحادث، فإذا ثبت لها الخيار بما ذكرنا فهي بالخيار بين أمرين:

إما أن تقيم على الكل، وإما أن تفسخ في الكل.

- فإن أقامت على الكل أخذت النخل والثمره والصقر، ولا أرث لها سواء كان النقص متناهيماً أم لا.

- وإن فسخت في الكل ردت النخل والثمره والصقر، ورجعت بمهر المثل زائداً كان أو ناقصاً.

- فأما إن أرادت الفسخ في الثمرة والصقر لنقصهما والمقام على النخيل.

فإن راضاها الزوج على ذلك جاز، وإن أبى ففيه قولان من تفريق الصفقة:

أحدهما: ليس لها ذلك إذا قيل إن تفريق الصفقة لا يجوز، ويقال لها: إما أن تقيمي

على الكل أو تفسخي في الكل.

والقول الثاني: يجوز لها ذلك إذا قيل إن تفريق الصفقة يجوز فتقيم على النخيل

بحسابه من الصداق وقسطه، وترجع بقسط ما بقي في مقابلة الثمرة من مهر المثل.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو أن يكون الصقر للزوج فإن لم تنقص الثمرة بتركها فيه ولا بإخراجها منه فلا خيار لها ولا غرم عليه.

فإن نقصت كان على القديم ضامناً لأرش نقصها، ولا خيار لها. وعلى الجديد لا أرش لها، وتكون بالخيار بين الفسخ في جميع الصداق والرجوع بمهر المثل، أو المقام عليه من غير أرش.

فإن أرادت الفسخ في الثمرة لنقصها والمقام على النخل فعلى ما ذكرنا من القولين في تفريق الصفقة.

فإن طالبت بمثل الثمرة الناقصة لم يكن لها ذلك سواء قيل إن تلف الصداق موجب لقيمتها، أو قيل إنه موجب لمهر المثل، لأنه إن قيل بوجود مهر المثل فلا وجه للمثل ولا للقيمة وإن قيل بوجود القيمة أو مثل ذي المثل فذاك إنما يكون مع التلف كالمستهلك بالغصب.

فأما في نقصانه مع بقاءه فلا حق في الرجوع بمثله كالمغصوب إذا نقص في يد غاصبه.

فإن قيل: فقد نقل المزني عن الشافعي في سواد هذه المسألة كان لها الخيار في أن تأخذه أو تأخذ مثله أو مثل صقرة.

قيل: قد كان أبو حامد الإسفراييني ينسب المزني إلى السهو في نقله. وأنه خطأ منه في الحكم، لأن أصول الشافعي تدفعه على ما ذكرنا.

والذي أراه: أن نقل المزني صحيح، ولم يكن منه سهو فيه، ولكنه محمول على النقص الذي لا يتناهى على أحد قولي الشافعي إذا كان في الثمرة الحادثة بعد العقد أو في المتقدمة، إذا قيل بالقديم إن تلفه موجب بمثل ذي المثل، وقيمة غير ذي المثل فيكون عدم التناهي في نقصانه موجباً للرجوع بمثله في أحد قولي الشافعي لأنه يجعله بعد تناهي نقصانه كالمستهلك. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكُلُّ مَا أُصِيبَ فِي يَدَيْهِ بِفِعْلِهِ أَوْ غَيْرِهِ فَهُوَ كَالْغَاصِبِ فِيهِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ أُمَّةً فَيَطَّأَهَا فَتَلِدُ مِنْهُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَيَقُولُ كُنْتُ أَرَاهَا لَا تُمْلِكُ إِلَّا نِصْفَهَا حَتَّى أُدْخَلَ فَيَقُومُ الرَّوْدُ عَلَيْهِ يَوْمَ سَقَطَ وَيُلْحَقُ بِهِ وَلَهَا مَهْرُهَا وَإِنْ شَاءَتْ أَنْ تَسْتَرْقَهَا فَهِيَ لَهَا وَإِنْ شَاءَتْ أَخَذَتْ قِيمَتَهَا مِنْهُ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ قِيمَةً وَلَا تَكُونُ أُمٌّ وَوَلِدٌ لَهُ وَإِنَّمَا جَعَلْتُ لَهَا الْخِيَارَ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ تُغَيِّرُهَا عَنِ حَالِهَا يَوْمَ أَصْدَقَهَا (قَالَ الْمُزْنِيُّ) وَقَدْ قَالَ وَلَوْ أَصْدَقَهَا عَبْدًا فَأَصَابَتْ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّتُهُ أَنْ لَهَا مَهْرٌ مِثْلِهَا وَهَذَا بِقَوْلِهِ أَوْلَى (قَالَ الْمُزْنِيُّ) وَإِذَا لَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُ أَنْ لَهَا الرَّدُّ فِي الْبَيْعِ فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ قِيمَةٍ مَا رَدَّتْ فِي الْبَيْعِ وَإِنَّمَا تَرْجَعُ إِلَى مَا دَفَعَتْ فَإِنْ كَانَ فَائِئًا فَقِيمَتُهُ وَكَذَلِكَ

الْبُضْعُ عِنْدَهُ كَالْمَبِيعِ الْفَائِتِ وَمِمَّا يُؤَكِّدُ ذَلِكَ أَيْضاً قَوْلُهُ فِي الْخُلْعِ لَوْ خَلَعَهَا بِعَبْدٍ فَأَصَابَ بِهِ عَيْباً أَنَّهُ يَرُدُّهُ وَيَرْجِعُ بِمَهْرٍ مِثْلِهَا فَسَوَى فِي ذَلِكَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا وَهَذَا بِقَوْلِهِ أَوَّلَى .

قال الماوردي: أما الصداق فقد ذكرنا أنه مضمون على الزوج. فإن طلبته فمنعها فضمانه عليه ضمان غصب أكثر ما كان قيمة. وإن لم تطلبه ففي كيفية ضمانه قولان:

أحدهما: ضمان عقد.

والثاني: ضمان غصب.

وأما النماء فإن منعها منه فهو مضمون عليه، وإن لم يمنعها منه ففي ضمانه عليه قولان إلا أن يكون هو المتلف له فيلزمه ضمانه قولاً واحداً.

فأما إذا أصدقها أمة ولم يدخل بها حتى وطئ الأمة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون عالماً بالتحريم. فالحد عليه واجب، فإن أكرهها فعليه مهر مثلها، وإن طواعته ففي وجوب المهر قولان:

أصحهما: أنه لا مهر عليه، لأنها قد صارت بالمطوعة بغياً، وقد نهى رسول الله ﷺ عَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ .

والقول الثاني: وهو اختيار ابن سريج: أن المهر واجب عليه، لأنه ملك لسيدها فلا يسقط ببذلها لها ومطاعتها كما لو بذلت قطع يدها لم يسقط غرم ديته. فإن أولدها فالولد مملوك لا يلحق به، لأنه ولد زنى.

فإن نقصتها الولادة والأمة في يده فنقصها مضمون عليه، وفي ضمانه قولان:

أحدهما: أنه مضمون عليه بأرشه وليس له الفسخ مع بقاء العين، وهذا على قوله في القديم: إن تلف الصداق موجب لقيمه.

والقول الثاني: أنه مضمون عليه بخيارها في المقام أو الفسخ.

فإن أقامت أخذتها ناقصة ولا أرش لها.

وإن فسخت رجعت بمهر المثل.

وهذا على قوله في الجديد إن تلفه موجب لمهر المثل.

فإن ملك الولد لم يعتق عليه، لأن نسبه غير لاحق به، وإن ملك الأم لم تصر له أم ولد، لأنه لم يلحق به ولدها.

والضرب الثاني: أن يكون جاهلاً بالتحريم لإسلامه حديثاً، أو قدومه من بادية نائية، أو يدعي شبهة أنه مالكي يعتقد أنها لم تملك بالعقد إلا نصفها. وإن نصفها باق على ملكه، فهذا والجهل بالتحريم سواء في كونهما شبه يدرأ بها الحد وتجب بها المهر في المطوعة

والإكراه، ويلحق به الولد، ويكون حراً، لأنه وطىء في شبهة ملك وعليه قيمته يوم وضعته، لأنه أول أحوال تقويمه، وإن كان بالعلوق قد صار حراً.

فأما الأم: فهي على ملك الزوجة، والكلام في خيارها إن حدث بها نقص على ما مضى ولا تصير له أم ولد قبل أن يملكها، فإن ملكها ففي كونها أم ولد بذلك الإيلاد قولان ذكرناهما في مواضع كثيرة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَصْدَقَهَا شِقْصاً مِنْ دَارٍ فِيهِ الشُّفْعَةُ بِمَهْرٍ مِثْلِهَا لَأَنَّ التَّرْوِيجَ فِي عَامَّةِ حُكْمِهِ كَالْبَيْعِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا أصدقها شقصاً من دار ففيه الشفعة للشريك، وكذلك لو خالها على شقص من دار وجبت فيه الشفعة للشريك.

وقال أبو حنيفة: لا شفعة في الصداق، ولا في الخلع، ولا في الإجارة، ولا في الصلح.

وقد مضت هذه المسألة معه في كتاب الشفعة مستوفاة. فأغنى ما تقدم عن الإعادة.

وإذا كانت الشفعة فيه واجبة فهي مستحقة للشريك بمهر المثل.

وقال مالك: بقيمة الشقص، وبه قال ابن أبي ليلى، وحكي نحوه عن أبي يوسف ومحمد.

والدليل على أنه مستحق بمهر المثل: أن الشقص في مقابلة البضع وليس له مثل، وإذا كان الشقص مملوكاً ببدل ليس له مثل كان مأخوذاً بقيمة البدل لا بقيمة الشقص، كما لو اشترى شقصاً بعبد كان مأخوذاً بقيمة العبد لا بقيمة الشقص، وإذا كان كذلك فقيمة البضع هو مهر المثل، فلذلك أخذه الشفيع بمهر المثل زائداً كان أو ناقصاً.

فلو أصدقها شقصاً من دار وديناراً أخذه الشفيع بمهر المثل إلا ديناراً، لأن بضعها في مقابلة شقص ودينار. ولو أصدقها شقصاً وأخذ منها ديناراً، أخذه بمهر المثل ودينار، لأن الشقص في مقابلة بضع ودينار.

فصل: فلو طلقها الزوج قبل الدخول، واستحق أن يرجع بنصف الصداق لم يخل حال الشقص من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون الشفيع قد أخذه بالشفعة، فللزوجة أن يرجع عليها بنصف قيمة الشقص كما لو باعته، فعلى هذا لو كانت الزوجة قد اشترته من الشفيع، أو ورثته عنه، ثم طلقها الزوج كان له الرجوع بنصفه.

فإن قيل: أليس لو وهب الأب لابنه داراً فباعها الابن ثم اشتراها لم يكن للأب أن يرجع بها في أحد الوجهين فهلا كان الزوج هكذا؟.

قلنا: الفرق بينهما أن خروج الهبة عن ملك الابن قد أسقط حق الأب في الرجوع بها لأنه لا يرجع في الهبة، ولا يبدلها، فلم يكن له بعد سقوط حقه من الرجوع أن يرجع بها وليس كذلك الصداق، لأن زوال ملك الزوجة عنه ما أسقط حق الزوج منه، لأنه إن لم يرجع به رجع ببدله فلذلك إذا عاد إلى ملكها رجع بنصفه.

والقسم الثاني: أن يكون الشفيع قد عفا عن الشفعة فللزوج أن يرجع بنصفه، لأنه عين ما أصدق، وهكذا لو كان الشفيع، قد أخذه بالشفعة ثم رده عليها بعيب كان للزوج أن يرجع بنصفه.

والقسم الثالث: أن يكون الشفيع غائباً لم يعلم بالشفعة، ولا عفا عنها حتى طلق الزوج، ففي أحقهما بالتقديم وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن الزوج أحق لحضوره بالمطالبة، وأن استحقيقه بنص الكتاب والإجماع، فعلى هذا ترجع في نصفه، ويكون للشفيع إذا قدم أن يأخذ نصفه بنصف مهر المثل، وليس له أن يأخذ من الزوج نصفه الذي ملكه بالطلاق، لأنه ملكه بغير عوض.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن الشفيع أحق، لأن حقه أسبق فعلى هذا يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الشقص.

فإن قال الزوج: أنا أصبر حتى يحضر الشفيع، فإن عفا أخذت نصف الشقص لم يكن ذلك لأمرين:

أحدهما: لأن حقه قد صار في القيمة.

والثاني: لأن لا تبقى ذمة الزوجة مرتبهة به.

فلو لم يأخذ القيمة حتى حضور الشفيع، فعفا عن الشفعة، ففي استحقيق الزوج لنصفه وجهان:

أحدهما: لا حق له فيه، لأن حقه قد صار في القيمة.

والثاني: له أخذ نصفه تعليلاً بأن ذمتها تبرأ به، ولكن لو أخذ الزوج القيمة ثم عفا الشفيع لم يكن للزوج فيه حق، لاستيفائه لحقه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمُزْنِيُّ: «وَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُهَا بِعَبْدٍ يُسَاوِي أَلْفًا عَلَى أَنْ زَادَتْهُ أَلْفًا وَمَهْرٌ مِثْلُهَا يَبْلُغُ أَلْفًا فَأَبْطَلَهُ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ وَأَجَازَهُ فِي الْآخِرِ وَجَعَلَ مَا أَصَابَ قَدْرَ الْمَهْرِ مِنَ الْعَبْدِ مَهْرًا وَمَا أَصَابَ قَدْرَ الْأَلْفِ مِنَ الْعَبْدِ مَبِيعًا (قَالَ الْمُزْنِيُّ) أَشْبَهَ عِنْدِي بِقَوْلِهِ أَنْ لَا يَجِيزُهُ لِأَنَّهُ لَا يَجِيزُ الْبَيْعَ إِذَا كَانَ فِي عَقْدِهِ كِرَاءً وَلَا الْكِتَابَةَ إِذَا كَانَ فِي عَقْدِهَا بَيْعًا».

قال الماوردي: وأصل هذه المسألة أن العقد الواحد إذا جمع عقدين يختلف حكم

كل واحد منهما على انفراده، كعقد جمع بيعاً وإجارة، أو بيعاً وصرفاً، أو بيعاً وكتابة، أو بيعاً ونكاحاً. ففيه للشافعي قولان ذكرناهما في كتاب البيوع:

أحدهما: أنه صحيح فيهما لأمرين:

أحدهما: أنه لما صح إفرادهما، صح الجمع بينهما كالبيعتين والإجارتين.
والثاني: أن اختلاف حكمهما لا يمنع من الجمع بينهما في عقد واحد، كما لو ابتاع في عقد شقصاً يجب فيه الشفعة وعرضاً لا تجب فيه الشفعة وكما لو ابتاع عبيد أحدهما أبوه يعتق عليه الشراء والآخر أجنبي لا يعتق عليه بالشراء.

والقول الثاني: أن العقد باطل فيهما لأمرين:

أحدهما: أن العقد الواحد له حكم واحد، فإذا جمع ما يختلف حكمه تنافى، فيبطل كما لو قال: بعتك عبدي واشتريته منك.

والثاني: أن مقابلة العوض لهما مفض إلى جهالة العوض فيما يقابل كل واحد منهما. وإذا كان عوض العقد مجهولاً بطل.

فصل: فإذا تقرر هذان القولان جئنا إلى تفصيل ما جمعه العقد الواحد من العقدين

المختلفين فنقول:

أما إذا جمع بيعاً وإجارة فهو أن يقول بعتك عبدي هذا، أو أجرتك داري هذه سنة بألف، فالبيع يثبت فيه خيار المجلس بالعقد، وخيار الثلاث بالشرط، والإجارة لا يثبت فيها خيار الشرط، واختلف أصحابنا في ثبوت خيار العقد.

وإذا كان كذلك فأحد القولين: أنهما باطلان، فعلى هذا يترادان.

والقول الثاني: أنهما جائزان فعلى هذا ينظر قيمة العبد، فإذا قيل: خمسمائة، نظر أجرة مثل الدار سنة، فإذا قيل مائة علم أن أجرة الدار من الألف سدسها، وثمان العبد من الألف خمسة أسداسها.

- وأما إذا جمع العقد بيعاً وصرفاً فهو أن يبيعه ثوباً وديناراً بمائة درهم. فما قابل الثوب بيع، وما قابل الدينار منها صرف والبيع لا يلزم إلا بالتفريق، والصرف يبطل إن لم يتقابضاً قبل التفرق.

فأحد القولين: أنه باطل فيهما وبتراجعان.

والثاني: أنه جائز فيهما ويقسط المائة على قيمتها.

- وأما إذا جمع بيعاً وكتابة فهو أن يقول: بعتك عبدي هذا وكتبتك على نجمين بألف.

فإن قيل بأن اختلاف الحكمين يبطل العقد، فالعقد في البيع والكتابة باطل.

وإذا قيل بأن اختلاف الحكمين لا يبطل العقد، فالعقد في البيع باطل، لأنه باع عبده

على عبده.

فأما المزني فإنه جعل الأولى بقولي الشافعي أن يكون العقد باطلاً فيهما، واستشهد بالبيع والإجارة، وبالبيع والكتابة، ولا شاهد فيهما، لأن كل ذلك على قولين .

وحكي عن المزني أنه ذهب إلى جواز العقد فيهما . وأن جعل الأولى على قول الشافعي أن يكون باطلاً فيهما، ولكلا القولين وجه قد مضى . والله أعلم .

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَصْدَقَهَا عَبْدًا فَدَبَّرْتَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَمْ يَرْجِعْ فِي نِصْفِهِ لِأَنَّ الرَّجُوعَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِإِخْرَاجِهَا إِلَيْهِ مِنْ مِلْكِهَا (قَالَ الْمُزْنِيُّ) قَدْ أَجَازَ الرَّجُوعَ فِي كِتَابِ التَّدْبِيرِ بغيرِ إِخْرَاجٍ لَهُ مِنْ مِلْكِهِ وَهُوَ بِقَوْلِهِ أُولَى (قَالَ الْمُزْنِيُّ) إِذَا كَانَ التَّدْبِيرُ وَصِيَّةً لَهُ بِرَقَبَتِهِ فَهُوَ كَمَا لَوْ أَوْصَى لِغَيْرِهِ بِرَقَبَتِهِ مَعَ أَنَّ رَدَّ نِصْفِهِ إِلَيْهِ إِخْرَاجٌ مِنَ الْمَلِكِ» .**

قال الماوردي: وصورتها أن يصدقها عبداً فتدبره بأن تقول له: إذا مت فأنت حر، وتقول: أنت مدبر، تريد به أنها إذا ماتت فهو حر، فقد صار مدبراً . وللرجوع فيه قولان:

أحدهما: وبه قال في القديم، وأحد قوليه في الجديد: إن التدبير كالوصايا . ولها الرجوع فيه بالقول مع بقاءه على ملكها بأن تقول: قد رجعت في تدبيرك، أو أبطلته فيبطل التدبير مع بقاءه على الملك كما تبطل الوصايا بالرجوع .

والقول الثاني: وهو قوله الثاني في الجديد: إن التدبير يجري مجرى العتق بالصفات وليس لها الرجوع فيه بالقول، ولها إبطاله بالفعل، وهو أن تخرجه عن ملكها ببيع أو هبة فيبطل .

فإذا تقرر هذان القولان وطلقها الزوج بعد تدبيره فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون قد أبطلت تدبيره، إما بالقول على القول الأول، أو بالفعل على القول الثاني، فللزوج أن يرجع بنصفه، وهل له فيه الخيار أم لا؟ على وجهين: أحدهما: لا خيار له، لأنه قد صار بإبطال التدبير عبداً قنأ .

والوجه الثاني: له الخيار، لأن المدبر ربما حاكم مولاته بعد إبطالها لتدبيره إلى حنفي لا يرى إبطال التدبير، فيحكم عليها بالتزامه، فعلى هذا يكون الزوج لأجل ذلك مخيراً بين أخذ نصفه وبين أن تفسخ، ويرجع عليها بنصف قيمته .

والضرب الثاني: أن يكون على تدبيره عند طلاق الزوج، لم تبطله الزوجة بالقول ولا بالفعل، ففي رجوع الزوج بنصفه ثلاثة أقاويل:

أحدها: له الرجوع بنصفه، سواء قيل إن التدبير كالوصايا يجوز الرجوع فيه بالقول، أو قيل إنه كالعتق بالصفات التي لا يجوز الرجوع فيه إلا بالفعل لبقاء المدبر على ملكها، وأن لها إزالة ملكها عنه مختارة بالبيع، فلأن يجوز إزالة ملكها عنه جبراً برجوع الزوج أولى .

والقول الثاني: ليس له الرجوع بنصفه، ويعدل عنه إلى بدله، سواء قيل إن التدبير

كالوصايا يجوز الرجوع فيها بالقول، أو قيل إنه كالعق بالصفات لا يجوز الرجوع فيه إلا بالفعل، لأن الرجوع في التدبير إنما يصح إذا كان من جهة السيد المدبر لا من غيره، ورجوع الزوج فيه يكون إبطالاً للتدبير من غير السيد فلم يجز.

والقول الثالث: أنه يجوز للزوج أن يرجع بنصفه، إذا قيل: إن التدبير وصية يجوز الرجوع فيها بالقول، ولا يجوز له الرجوع بنصفه إذا قيل: إن التدبير عتق بصفة لا يجوز الرجوع فيه إلا بالفعل، فيكون حكم الزوج في إبطاله معتبراً بالزوجة.

إذا تقررت هذه الأقاويل الثلاثة، فإن قلنا: ليس لها الرجوع بنصفه كان له الرجوع عليها بنصف قيمته. وإذا قلنا: له الرجوع بنصفه فله الخيار دونها بين المقام والفسخ لعلتين.

إحدهما: أن بقاء نصفه على التدبير نقص في قيمته.

والثاني: أنه ربما حاكم مولاته إلى حنفي يرى لزوم تدبيره.

فإن أقام فهو حقه، وإن فسخ رجع عليها بنصف قيمته.

فصل: فأما إذا كاتبته فليس للزوج الرجوع بنصفه، وله الرجوع بنصف قيمته لأن الكتابة لازمة للسيد لا يجوز له إبطالها إلا بالعجز.

فعلى هذا لو لم يرجع الزوج بنصف قيمته حتى عجز المكاتب وعاد عبداً فهل يرجع الزوج بنصفه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع به لوجوده في ملكها.

والوجه الثاني: لا يرجع، لأن حقه وقت الطلاق قد كان في قيمته.

ولكن لو لم يطلقها إلا بعد عجزه وعوده إلى الرق، كان له الرجوع بنصفه وجهاً واحداً.

ولو كانت الزوجة قد وهبته أو رهنته ثم طلقها، فإن لم تكن قد أقبضته في الرهن والهبة فالعقد فيه لم يلزم في الرهن ولا في الهبة، فللزوج أن يرجع بنصفه، ولها إقباض النصف الآخر في الرهن والهبة، وإن كانت قد أقبضته في الرهن والهبة فقد خرج بالقبض في الهبة من ملكها، فيرجع الزوج بنصف قيمته وقد صار وثيقة في حق المرتهن فلم يجز إبطال وثيقته فيرجع الزوج بنصف قيمته.

فلو لم يرجع بها حتى أفكته من رهنه ففي رجوعه بنصفه وجهان: وهكذا لو باعته ثم ابتاعته، أو وهبته ثم استوهبته كان في رجوع الزوج بنصفه وجهان.

ولو كان قد أجرته لم تمنع إجارته من رجوع الزوج بنصفه، لأن عقد الإجارة على منفعة، ورقبته باقية على ملكها، فيكون الزوج لنقض الإجارة بالخيار بين الرجوع بنصفه والتزام الإجارة إلى انقضاء مدتها، وبين العدول عنه إلى الرجوع بنصف قيمته.

ولو باعته بخيار ثلاثة أيام لهما أو لها دونه ثم طلقها الزوج ففي رجوعه بنصفه وجهان:
أحدهما: يرجع به، لأن بيعه لم يلزم فصار كالهبة إذا لم تقبض.
والوجه الثاني: لا رجوع له به لأن فسخه في مدة الخيار لا يستحقه غير المالك
المختار. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى عَبْدٍ فَوَجَدَ حُرًّا فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ (قَالَ الْمُزْنِيُّ)**
هَذَا غَلَطٌ وَهُوَ يَقُولُ لَوْ تَزَوَّجَهَا بِشَيْءٍ فَاسْتَحَقَّ رَجَعَتْ إِلَى مَهْرٍ مِثْلِهَا وَلَمْ تُكُنْ لَهَا قِيمَتُهُ لِأَنَّهَا
لَمْ تَمْلِكْهُ فَهِيَ مِنْ مِلْكِ قِيمَةِ الْحُرِّ أَبَعْدُ».

قال الماوردي: وصورتها: أن يصدقها عبداً فيبين العبد حراً أو مستحقاً فهو صداق
باطل لا يتعلق لها بركة الحر ولا بذمته حق.
وحكي عن الشعبي والنخعي، أن الحر رهن في يدها على صداقها حتى يفك نفسه أو
يفكه الزوج.

وهذا خطأ قبيح، لأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه.

وإذا كان كذلك ففيما ترجع به الزوجة قولان:

أحدهما: بقيمته لو كان عبداً مملوكاً.

والقول الثاني: بمهر مثلها، واختاره المزني، واستشهد له بالمستحق ولا دليل فيه،
لأن كلاهما على قولين.

ولكن لو قال لها وقت العقد، قد أصدقتك هذا الحر كان لها مهر مثلها قولاً واحداً،
لأن علمها بحريته يمنع من استحقاقه أو الرجوع إلى قيمته أن لو كان عبداً.

ولو أصدقها خلاً فبان خمراً، قال أصحابنا: ترجع عليه بمهر المثل قولاً واحداً لأن
الخمر ليس له في الخل مثل فيرجع إلى قيمته أن لو كان خلاً وليس كالحر، لأن له في العبيد
مثل، فجاز أن يرجع إلى قيمته أن لو كان عبداً.

ولو أصدقها عبداً موصوفاً في الذمة جاز، كالسلم ولزمه تسليم عبد على تلك الصفة.

ولو أصدقها عبداً غير موصوف، كان صداقاً باطلاً، لجهالته، ورجعت عليه بمهر مثلها
قولاً واحداً لأنه لم يتعين لها عبد ترجع بقيمته.

وحكي في القديم جوازه عن مالك وأن لها عبداً وسطاً فمن أصحابنا من خرجه قولاً
ثانياً وأنكره سائرهم، وقالوا: قد تكلم الشافعي على إبطاله بالجهالة.

ولو تزوجها على صداق مؤجل صح إن ذكر مدة الأجل، وإن لم يذكرها كان باطلاً.

وقال أبو عبيد: يصح ويكون حالاً.

وقال الشعبي: يصح ويكون أجله إلى وقت الطلاق.

وقال الأوزاعي: يصح ويكون أجله إلى سنة، وهذا فاسد، لأن جهالة الأجل كجهالة المقدار فيكون لها مهر مثلها قولاً واحداً، كما يكون لها مهر المثل في جهالة المقدار.

[القول في صداق السر والعلانية]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا شَاهَدَ الزَّوْجُ الْوَلِيَّ وَالْمَرْأَةُ أَنَّ الْمَهْرَ كَذَا وَيُعْلِنُ أَكْثَرُ مِنْهُ فَأَخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ فَقَالَ فِي مَوْضِعِ السَّرِّ وَقَالَ فِي غَيْرِهِ الْعَلَانِيَةَ وَهَذَا أَوْلَى عِنْدِي لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَنْظُرُ إِلَى الْعُقُودِ وَمَا قَبْلَهَا وَعَدٌّ».

قال الماوردي: وصورتها أن ينكح امرأة في السر على صداق قليل، ثم ينكحها في العلانية على صداق كثير.

فقد حكى المزي عن الشافعي أنه قال في موضع: إن الصداق صداق السر وقال في موضع آخر: إن الصداق صداق العلانية، فكان المزي وطائفة من أصحابنا يخرجون اختلاف نصح في الموضوعين على اختلاف قولين:

أحدهما: أن الصداق صداق السر لتقدمه.

والثاني: وهو اختيار المزي، أن الصداق صداق العلانية، لتعلق الحكم بظاهره.

وامتنع سائر أصحابنا من تخريج ذلك على قولين، وجعلوه محمولاً على اختلاف حالين.

فالموضع الذي جعل الصداق فيه صداق السر دون العلانية، إذا عقده سراً بولي وشاهدين ثم أعلنه تجملاً بالزيادة وإشاعة للعقد، لأن النكاح هو الأول المعقود سراً والثاني لا حكم له.

والموضع الذي جعل الصداق فيه صداق العلانية إذا تواعدا سراً وأتمّاه سراً بولي وشاهدين ثم عقده علانية بولي وشاهدين لأن الأول موعود، والثاني هو العقد فلزم ما تضمنه العقد دون الوعد.

وهذا أصح من تخريج ذلك على قولين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ عُقِدَ عَلَيْهِ النِّكَاحُ بِعِشْرِينَ يَوْمَ الْخَمِيسِ ثُمَّ عُقِدَ عَلَيْهِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ بِثَلَاثِينَ وَطَلَبَهُمَا مَعًا فَهُمَا لَهَا لِأَنَّهُمَا نِكَاحَانِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ لِلزَّوْجِ أَنْ يَقُولَ كَانَ الْفِرَاقُ فِي النِّكَاحِ الثَّانِي قَبْلَ الدَّخُولِ فَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا مَهْرٌ وَنِصْفٌ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: إذا ادعت المرأة على زوجها أنه نكحها يوم الخميس على صداق عشرين، وشهد لها شاهدان. وادعت عليه أنه نكحها يوم الجمعة على صداق ثلاثين، وشهد لها شاهدان، فلا فرق بين أن يكون شاهداً الأول هما شاهداً الثاني، أو يكون غيرهما ولا فرق بين أن يختلف الصداقان أو يتساويا، فإننا نحكم بالشهادتين ويثبت بهما النكاحين،

ويلزم بهما الصداقين، لأن لهما في الصحة وجهاً ممكناً، وهو أن يتزوجها في يوم الخميس ثم يخالعهما بعد الدخول، أو يطلقها قبله ثم يتزوجها يوم الجمعة.

فلو طالبت به بالصداقين فادعى الزوج أنهما نكاح واحد أسراه في يوم الخميس بالشاهدين الأولين، وأعلناه في يوم الجمعة بالشاهدين الآخرين فهذا محتمل.

فإن كان عند الشاهدين من ذلك علم شهدا به عمل عليه وجعل ذلك نكاحاً واحداً. وحكم فيه بصداق واحد.

وإن لم يكن عند الشهود من ذلك علم وأنكرته الزوجة فالحق قولها مع يمينها، لأن الظاهر معها ودفعنا ما احتمله قول الزوج بيمينها.

فأما المزني فإنه قال: للزوج أن يقول طلقتها في النكاح الأول قبل الدخول فلا يلزمه إلا مهر ونصف.

وهذا صحيح، غير أنه لا ينبغي للحاكم أن ينبه عليه.

فإن ابتدأ به وقاله قبل قوله مع يمينه، لأن قول الزوج في إنكار الدخول مقبول. وسواء ادعى عدم الدخول في النكاح الأول أو في النكاح الثاني.

وهكذا لو ادعى أنه لم يدخل بها في النكاحين معاً كان قوله مقبولاً مع يمينه ولا يلزمه من كل واحد من المهر إلا نصفه.

ولو ادعى الزوج أنها ارتدت في النكاح الأول قبل الدخول فسقط جميع مهرها وأنكرته، فالحق قولها مع يمينها، ولها المهر، لأن الأصل أنها على دينها لم ترد عنه.

وعلى قياس ما ذكرنا في النكاح من البيوع أن يقول الرجل: بعتك عبدي في يوم الخميس بمائة ويشهد له شاهدان، ثم يقول وبعتك في يوم الجمعة بمائتين، ويشهد له شاهدان، فيحكم له بالثمنين ثلاثمائة درهم، فإن ادعى المشتري أنهما بيع واحد أحلفنا له البائع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَصْدَقَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ أَلْفًا قُسِّمَتْ عَلَيَّ قَدْرَ مُهُورِهِنَّ كَمَا لَوْ اشْتَرَيْتُ أَرْبَعَةَ عَبِيدٍ فِي صَفْقَةٍ فَيَكُونُ الثَّمَنُ مَقْسُومًا عَلَيَّ قَدْرَ قِيَمَتِهِمْ (قَالَ الْمُزَنِّي) رَحِمَهُ اللَّهُ نَظِيرُهُنَّ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ عَبْدًا بِثَمَنٍ وَاحِدٍ فَتَجْهَلُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ ثَمَنَ عَبْدِهَا كَمَا جَهِلَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ مَهْرَ نَفْسِهَا وَفَسَادَ الْمَهْرُ بِقَوْلِهِ أَوْلَى.»

قال الماوردي: وصورتها في رجل تزوج أربع زوجات في عقد وأصدقهن ألفاً، فإن بين منها مهر كل واحدة منهن صح النكاح والمهر، وإن لم يبين فالنكاح صحيح وفي المهر قولان. وهكذا لو خالغ أربع زوجات في عقد بألف صح الخلع، وفي صحة البذل قولان.

ولو كاتب أربعة عبيد له في عقد بألف إلى نجمين ففي أصل الكتابة قولان.

فيكون القولان في بدل النكاح والخلع مع صحة النكاح والخلع، والقولان في الكتابة في أصلها، لأن فساد البديل في الكتابة مبطل لها، وليس فساد البديل في النكاح والخلع مبطلاً لهما:

- أحد القولين في ذلك صحيح ووجهه شيان:

أحدهما: أن تزويجه بأربع في عقد على صداق ألف كإتباعه أربعة أعبد في عقد بألف وذلك يجوز إجماعاً، فكذلك يجوز هذا حججاً.

والثاني: أنه معقود بما يعلم به مهر كل واحدة منهن في ثاني حال بأن يقسط الألف على مهر أمثالهن، وإن كان مجهولاً في الحال فلم يمنع ذلك من الصحة كما لو اشترى صبرة طعام كل قفيز بدرهم صح البيع، وإن جهل الثمن في الحال؛ لأنه معقود بما يصير معلوماً في ثاني حال.

- والقول الثاني: وهو الأصح اختاره المزمي، كل ذلك باطل، ووجهه شيان:

أحدهما: ذكره أصحابنا وهو أن مهر كل واحدة منهن من الألف مجهول في حال العقد فلم يصح وإن أمكن العلم به من بعد العقد، كما لو تزوج كل واحدة منهن على انفرادها بقسط مهر مثلها من الألف لم يجز على الأفراد، فكذلك مع الاجتماع.

والثاني: ذكره المزمي، أن تزوجه لهن بالألف كإتباعه أربعة أعبد منهن بألف، وهو في البيع باطل، فكذلك في الصداق باطل، لأن ما بطل به أحدهما من الجهالة بطل به الآخر. فاختلف أصحابنا فيما ذكره المزمي.

فكان أبو العباس بن سريج يخرج هذا البيع على قولين كالصداق، والخلع، والكتابة، ويسوي بين الجميع، فعلى هذا لا يكون فيه دليل.

وقال أبو إسحاق المرزوي، وأبو سعيد الإصطخري وهو قول الأكثرين من أصحابنا أنه باطل قولاً واحداً، وإن كان الصداق على قولين، وفرقوا بينهما من وجهين:

أحدهما: أنه لما لم يبطل النكاح بفساد الصداق لم يبطل الصداق بالجهالة به وقت العقد.

والثاني: أن المقصود من البيع الثمن فجاز أن يبطل بالجهالة به وقت العقد وليس المقصود من النكاح الصداق، فجاز أن يصح وإن كان مجهولاً وقت العقد إذا انتفت عنه الجهالة من بعد.

فأما توجيه القول الأول بأن تزويجهن على صداق ألف كإتباع أربعة أعبد من رجل بألف فغير صحيح، لأن العقد إذا كان في كل واحد من جهتيه عاقد واحد كان عقداً واحداً، وإذا كان في أحدهما عاقدان كان عقدين. ألا ترى لو اشترى رجل من رجلين عبداً ووجد بالعبد عبياً كان له رد نصف العبد على أحدهما دون الآخر، ولو اشتراه من واحد لم يكن له، لأن شراؤه من اثنين يكون عقدين، ومن الواحد يكون عقداً واحداً. كذلك إذا تزوج أربعاً

بألف كانت أربعة عقود، فبطل البذل للجهاالة ببدل كل عقد، ولو اشترى أربعة أعبد من رجل بألف كان عقداً واحداً، فلم يبطل، لأن الثمن فيه واحد معلوم.

وأما اعتبار ذلك بالصبرة من الطعام، فالفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن ثمن أجزاء الصبرة معلوم، فصار جميع الثمن به معلوماً، وليس كذلك مهور الأربع.

والثاني: أن ما ينتهي إليه العلم بثمن الصبرة تحقق فصار الثمن به معلوماً، وما ينتهي إليه العلم بمهر مثل كل واحدة منهن تقريب، لأنه عن اجتهاد، يختلف فيه المجتهدون فصار المهر مجهولاً.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من توجيه القولين:

- فإذا قلنا ببطلان الصداق، كان لكل واحدة منهن مهر مثلها.

- وإذا قلنا بصحته قسمت الألف على مهور أمثالهن، وكان لك واحدة منهن قسطاً من

الألف.

مثاله: أن يكون مهر مثل واحدة ألفاً، ومهر الثانية ألفين، ومهر الثالثة ثلاثة آلاف،

ومهر الرابعة أربعة آلاف: فنجعل الألف المسماة مقسطة على عشرة آلاف، لأنها في مقابلتها فتكون التي مهر مثلها ألف عشر الألف، وذلك مائة درهم، ولتلي مهر مثلها ألفان، خمس الألف، وذلك مائتا درهم، ولتلي مهر مثلها ثلاثة آلاف، ثلاثة أعشار الألف وذلك ثلثمائة درهم، ولتلي مهر مثلها أربعة آلاف خمسا الألف وذلك أربعمائة درهم.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَصْدَقَ عَنِ ابْنِهِ وَدَفَعَ الصَّدَاقَ مِنْ مَالِهِ ثُمَّ طَلَّقَ فَلِلْأَبْنِ النِّصْفَ كَمَا لَوْ وَهَبَهُ لَهُ فَقَبَضَهُ».

قال الماوردي: وأصل هذه المسألة أن الأب إذا زوج ابنه الصغير لم يخل ما أصدق زوجته عنه من أن يكون معيناً، أو في الذمة.

فإن كان معيناً كعبد جعله صداقاً لزوجته فهو صداق جائز، سواء كان العبد للابن، أو للأب، إلا أنه إن كان للأب كان ذلك منه هبة للابن.

وإن كان في الذمة: فلا يخلو الابن من أن يكون موسراً، أو معسراً، فإن كان موسراً: وجب الصداق في ذمته، ولا يتعلق بذمة الأب إلا أن يصرح بضمانه وإن كان الأب معسراً، ففي الصداق قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم: أنه لازم للأب، لأن قبوله لنكاح ولده مع علمه بإعساره التزام منه لموجه.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: أنه لازم للابن دون الأب، لأن الابن هو المالك للبضع، فوجب أن يكون هو الملتزم بما في مقابلته من الصداق.

فعلى هذا، إذا قلنا بقوله في الجديد: أن الصداق لازم للابن فهو المأخوذ به في الصغر والكبر دون الأب.

وإذا قلنا بقوله في القديم: أنه لازم للأب فقد اختلف أصحابنا هل يلتزمه الأب التزام تحمل، أو التزام ضمان؟ على وجهين:

أحدهما: التزام تحمل، فعلى هذا يكون الابن بريئاً منه، ولو أبرء الابن منه لم يبرأ الأب.

والوجه الثاني: التزام ضمان، فعلى هذا يكون ثابتاً في ذمة الابن وإن أبرء منه برىء الأب.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا، وطلق الابن زوجته قبل الدخول، فقد ملك بالطلاق نصف الصداق، وإذا كان كذلك فلا يخلو الصداق من أحد أمرين: إما أن يكون من مال الابن، أو من مال الأب.

فإذا كان من مال الابن فحكمه فيه كحكمه لو تزوج بالغاً ثم طلق قبل الدخول على ما مضى.

وإن كان من مال الأب: فلا يخلو ماله من أحد أمرين: إما أن يكون قد سلمه إلى الزوجة قبل طلاقها، أو لم يسلمه إليها، فإن كان قد سلمه إليها: فقد ملك الابن نصفه دون الأب، لأنه مملوك بالطلاق فاقتضى أن يكون ملك المطلق دون غيره.

فعلى هذا: إذا استرجع الابن نصف الصداق، فلا يخلو حاله من أحد أمرين، إما أن يسترجعه بعينه، أو يسترجع بدله.

فإن استرجع بدله لتلفه في يدها، فليس للأب أن يرجع به على الابن، لأنه غير العين التي وهبها.

وإن استرجع الابن ما دفعه الأب بعينه فهذا على ضريين:

أحدهما: أن يكون الصداق معيناً وقت العقد كعبد، أو ثوب، جعله صداقاً عن الابن، ففي رجوع الأب به على الابن وجهان، مبنيان على اختلاف وجهي أصحابنا في الأب إذا وهب لابنه مالاً فخرج عن ملكه ثم عاد إليه، هل للأب أن يرجع به أم لا؟ على وجهين: كذلك هاهنا، لأنها هبة للأب صارت إلى الزوجة ثم عادت إلى الابن.

والضرب الثاني: أن يكون الصداق في الذمة فدفعه الأب إلى الزوجة فرجع الأب به على الابن إذا عاد إليه بطلاقه مبني على اختلاف قوله هل كان لازماً للأب أم لا؟.

فإن قلنا: كان لازماً للأب لم يكن له الرجوع به، سواء قيل: إنه يلزمه تحملاً أو ضامناً، لأنه دفع واجباً عليه فخرج عن حكم الهبات.

وإن قلنا: إنه كان لازماً للابن صار كالصداق المعين فيكون للأب به وجهان:
وإن كان الأب ما سلم الصداق إلى الزوجة حتى طلقت فعلى ضربين:
أحدهما: أن يكون الصداق معيناً، فللزوجة نصفه، والنصف الآخر يعود إلى الأب
دون الابن؛ لأنها هبة من الأب لم يقبضها فلذلك لم يملكها الابن عليه.

والضرب الثاني: أن يكون في الذمة، فإن قيل: إنه لازم للأب لزوم ضمان فقد برىء
الأب من نصفه، لأن الابن قد برىء منه بطلاقه، وبرائة المضمون عنه توجب براءة
الضامن.

وإن قيل: إنه لازم للأب لزوم تحمل ففي براءته منه وجهان من اختلاف الوجهين في
المعين هل للأب أن يرجع به على الابن أم لا؟.

فإن قيل: إنه لو كان معيناً رجع به على الابن برىء الأب منه إذا كان في الذمة.
وإن قيل: لو كان معيناً لم يرجع به، لم يبرأ منه إذا كان في الذمة وكان للأب مطالبته
به.

فصل: وإذا تزوج الابن بعد كبره، وقضى الأب عنه صداق زوجته، وطلق الابن قبل
الدخول، رجع بنصف الصداق الذي قضاه الأب عنه من ماله، ثم ينظر في قضاء الأب
للصداق.

فإن كان بإذن ابنه فهو في حكم الهبة، وهل للأب أن يرجع به على الابن إذا وجده
بعينه أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

وإن كان الأب دفع ذلك بغير إذن الابن، فهو خارج عن حكم الهبة إلى حكم الإبراء،
والإسقاط؛ لأن الابن بالغ، لا يصح أن ينوب الأب عنه في قبول هبة، ولا قبضها.
فعلى هذا ليس للأب أن يرجع بها إذا وجدها بعينها وجهاً واحداً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا تَزَوَّجَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ بغيرِ أَمْرٍ وَلِيهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُجِيزَ
النِّكَاحَ وَإِنْ أَصَابَهَا فَلَا صَدَاقَ لَهَا وَلَا شَيْءٌ تَسْتَحِلُّ بِهِ إِذَا كُنْتُ لَا أَجْعَلُ عَلَيْهِ فِي سِلْعَةٍ
يَشْتَرِيهَا فَيَتَلَفُهَا شَيْئاً لَمْ أَجْعَلْ عَلَيْهِ بِالْإِصَابَةِ شَيْئاً».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن المولى بالسفه لا يجوز أن يتزوج بغير إذن وليه، لأن وقوع
الحجر عليه قد منعه من التصرف في العقود، فإن تزوج فالنكاح باطل، فإن لم يدخل بها
فرق بينهما، ولا أُرث عليه، وإن دخل بها فلا حد عليه لمكان الشبهة فإن جاءت بولد لحق
به.

فأما المهر: فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون قد أكرهها على نفسها فعليه مهر مثلها، لأن إكراهه لها كالجنابة منه
يضمن بها.

والضرب الثاني: أن تطاوعه من غير إكراه، ففي وجوب المهر عليه قولان:

أحدهما: وهو المنصوص عليه في هذا الموضوع، أنه لا مهر عليه، لأن الحجر قد أبطل ذمته في الحقوق كما لو اشترى سلعة واستهلكها لم يضمن قيمتها.

والقول الثاني: قاله في القديم: أن عليه مهر مثلها، لأن البضع لا ينتهك إلا بمهر في الشبهة أو حد في الزنا، فلما سقط الحد وجب المهر وخالف السلع في البيوع، لأنها تملك بالإباحة، ولا يملك البضع بالإباحة.

فإذا تقرر هذان القولان:

فقد اختلف أصحابنا في موضع القولين.

فذهب البصريون منهم إلى أنهما مع جهلهما بسفهه، وثبوت حجره، فإن وجوب مهرها عليه يكون على قولين، فأما إذا كانت عالمة بسفهه وحجره فلا مهر لها عليه قولاً واحداً، لأن في تمكينها مع العلم بحاله إبراء له.

وقال البغداديون منهم بل القولان مع العلم بحاله مع الجهل بها في أن مهرها على قولين، لأنه غرم يعتبر بفعله، فعلى هذا إن أوجبنا عليه المهر أخذ من ماله في الحال. ولم ينظر به فكاك الحجر إلا أن يكون معسراً فينظر به إلى وقت يساره، وإن أسقطنا عليه المهر فلا شيء عليه في الحال، ولا بعد فكاك حجره في الحكم.

وهل عليه فيما بينه وبين الله تعالى بعد فكاك حجره أن يدفع إليها ما يصير البضع مستباحاً به أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا شيء عليه، لأنه فعل ظاهر، فإذا لم يلزمه به حق في الظاهر، لم يلزمه في الباطن.

والوجه الثاني: عليه فيما بينه وبين الله تعالى ما يستحل به البضع، لأن لا يكون مستباحاً لبضعها بغير بذل فعلى هذا فيما يلزمه وجهان:

أحدهما: مهر مثلها، لأنه قيمة مستهلك عليها.

والوجه الثاني: أن يستطيع نفسها بما يصير البضع مستباحاً به من غير تقدير مهر المثل ما لم يزد على مهر المثل، لقوله ﷺ: «فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا». ولأن لا يشارك رسول الله ﷺ، فيما خص به من استباحة الموهوبة بغير مهر. والله أعلم.

باب التفويض

مِنَ الْجَامِعِ مِنْ كِتَابِ الصَّدَاقِ وَمِنَ النِّكَاحِ الْقَدِيمِ ، وَمِنَ الْإِمْلَاءِ عَلَى
مَسَائِلِ مَالِكٍ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «التَّفْوِيضُ الَّذِي مَنْ تَزَوَّجَ بِهِ عُرِفَ أَنَّهُ تَفْوِيضٌ أَنْ
يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ الثَّيِّبَ الْمَالِكَةَ لِأَمْرِهَا بِرِضَاهَا وَيَقُولَ لَهَا أَتَزَوَّجُكَ بِغَيْرِ مَهْرٍ فَالنِّكَاحُ فِي
هَذَا ثَابِتٌ» .

[القول في حد التفويض في النكاح]

قال الماوردي : أما التفويض في اللغة : فهو التسليم ، يقال : فوضت أمري إلى فلان ،
أي سلمت أمري إليه ، ووكلته إلى تدبيره ، ومنه قوله تعالى : ﴿وَأَفْوُضْ أَمْرِي إِلَى اللَّهِ﴾ أي
استسلم إليه .

وقال الشاعر :

لَا يَصْلُحُ النَّاسُ فَوْضَى لَا سَرَاةَ لَهُمْ وَلَا سَرَاةَ إِذَا جُهِئَ لَهُمْ سَادُوا^(١)
أي : لا يصلحون إذا كان أمرهم مفوضاً ، لا مدبر لهم .

والتفويض في النكاح : أن تنكح المرأة نفسها بغير مهر . فمن منع النكاح بغير ولي
قال : امرأة مَفُوضَةٌ ، بفتح الواو . ومن أجاز به بغير ولي ، قال : مَفُوضَةٌ بكسر الواو .

[القول في أقسام التفويض]

والتفويض ضربان :

أحدهما : تفويض البضع .

والثاني : تفويض المهر .

[القسم الأول]

فأما تفويض البضع : فهو أن يتزوج الرجل المرأة الثيب من وليها بإذنها ، ورضاها ، على
أن لا مهر لها ، فهذا نكاح التفويض ، لأنها سلمت نفسها بغير مهر ، وهو نكاح صحيح ثابت ،
لما دللنا عليه من قوله الله تعالى : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ

(١) البيت للأفوه الأورد انظر لسان العرب م [فوض] وروية للسان القوم ، والشعر والشعراء (٢٢٣/١)
وقليوبي وعميرة (٢٨٢/٣) .

تَفَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ ﴿٤٧٣﴾. ومعناه ولم تفرضوا لهن فريضة، فأقام «أو» مقام «لم» على وجه البديل مجازاً.

وقال بعض أهل العربية: في هذا الكلام حذف، وتقديره: فرضتم أو لم تفرضوا لهن فريضة.

والفريضة: المهر المسمى، سمي فريضة، لأن فرضه لها، بمعنى أوجبه لها، كما يقال: فرض الحاكم النفقة إذا أوجبها، فلما رفع عنه الجناح وأثبت فيه الطلاق دل على صحته.

ولأن المقصود من النكاح التواصل بين المتناكحين، والمهر تبع، بخلاف البيع الذي مقصوده ملك الثمن والمثمن، فبطل النكاح بالجهل بالمتناكحين، لأنه مقصود، ولم يبطل بالجهل بالمهر، لأنه غير مقصود، كما أن البيع يبطل بالجهل بالثمن أو المثمن، لأنه مقصود، ولا يبطل بالجهل بالمتابعين، لأنه غير مقصود. وإذا صح نكاح التفويض بما ذكرنا لم يجب للمفوضة بالعقد مهراً لاشترط سقوطه، ولا لها أن تطالب بمهر، لأنه لم يجب لها بالعقد مهر، ولكن لها أن تطالب بأن يفرض لها مهراً إما بمرأسة الزوجين أو بحكم الحاكم، فيصير المهر بعد الفرض كالمسمى في العقد، أو أن يدخل الزوج بها، فيجب لها بالدخول مهر.

فإن مات عنها قبل الدخول ففي وجوب المهر قولان على ما سنذكره، فيصير المهر مستحقاً بأحد أربعة أمور:

إما بأن يفرضه عن مرأسة، وإما بأن يفرضه الحاكم بينهما، وإما بالدخول بها، وإما بالموت على أحد القولين:

فإن قيل: فلم فرضتم لها مهراً، وقد شرط أن ليس لها مهر؟.

قيل: لتخرج عن حكم الموهوبة بغير مهر التي خص بها رسول الله ﷺ، ويكون الشرط محمولاً على أن لا مهر لها بالعقد.

فإن قيل: فلو نكحها على أن لا مهر لها بحال؟.

قيل: في النكاح حينئذ وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن النكاح باطل، لأن التزام هذا الشرط يجعلها كالموهوبة التي جعل النبي ﷺ بها مخصوصاً.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن النكاح صحيح، والشرط باطل، لأن شروط المهر لا تؤثر في عقود المناكح.

فصل: فأما إذا فوض مهرها، فتزوجها ولم يسم لها في العقد مهراً، ولا شرط فيه أن ليس لها مهر، فقد اختلف أصحابنا هل يكون نكاح تفويض أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنه ليس بنكاح تفويض، لعدم الشرط في سقوط المهر، ويكون مهر المثل مستحقاً بالعقد.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه نكاح تفويض لأن إسقاط ذكره في العقد، كاشتراط سقوطه في العقد، فعلى هذا، لا مهر لها بالعقد، إلا أن تتعقبه أحد ما ذكرنا من الأمور الأربعة.

فهذا حكم التفويض إذا كان عن إذنها.

فصل: فأما إذا فوض الولي نكاحها بغير إذنها فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون الولي ممن لا ينكح إلا بإذن، كسائر الأولياء مع الثيب، وغير الأب مع البكر، فإن لم يستأذنها في النكاح، ولا في التفويض، كان النكاح باطلاً، فإن استأذنها في النكاح، ولم يستأذنها في التفويض صح النكاح وبطل التفويض، وكان لها بالعقد مهر المثل.

والضرب الثاني: أن يكون الولي ممن يصح أن ينكح بغير إذن، كالأب مع البكر، فالنكاح صحيح بغير إذنها. فأما صحة التفويض بغير إذنها فمعتبر باختلاف قوله في الذي بيده عقدة النكاح.

فإن قيل: إنه الزوج دون الأب، بطل تفويض الأب.

وإن قيل: إنه الأب ففي صحة تفويضه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنه باطل، ولها بالعقد مهر المثل.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنه صحيح كالعقود وليس لها بالعقد مهر.

فصل: فأما السيد إذا فوض نكاح أمته صح، وإن لم يأذن في التفويض، لأن المهر له دونها، فلو فرض لها المهر قبل الدخول وبعد أن باعها أو أعتقها ففي مستحق المهر وجهان:

أحدهما: هي إن أعتقت، ومشتريها إن بيعت، لأن مهرها لم يجب بالعقد، وإنما وجب بالفرض بعد زوال الملك.

والوجه الثاني: أنه للسيد المنكح، لأن سبب استحقاقه كان في ملكه.

فأما تفويض المهر فسيأتي والله أعلم.

[القول في مهر المفوضة بعد الدخول]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرٌ مِثْلَهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، المفوضة لنكاحها إذا وطئها الزوج فلها مهر المثل،

لقول النبي ﷺ: «فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا» ولتخرج بالتزام المهر مما خص به

نبي الله من نكاح الموهوبة بغير مهر، ومن حكم الزنا الذي لا يستحق فيه مهر، فإن قيل: فهلا كان التفويض إبراء من المهر، فلا يجب لها بالدخول مهر؟.

قيل: الإبراء إنما يصح مما وجب، وهذا مهر وجب بالدخول، فلم يصح الإبراء منه بالعقد.

فإن قيل: أفليس لو بذلت له يدها فقطعها لم يلزمه ديتهما، وهو إبراء قبل الوجوب، فهلا إذا بذلت له بضعها صح أن يكون إبراء قبل الوجوب؟.

قيل: الفرق بينهما أن إذنها بقطع اليد نيابة عنها، لأنه يصح منها أن تتولى قطع يدها بنفسها، فصارت كالقاطعة ليدها بنفسها، فلذلك سقط عنه الغرم، وليس البضع كذلك، لأنه لا يصح منها الاستمتاع ببضع نفسها فصار الزوج مستمتعاً به في حق نفسه لا في حقها، فلذلك لم يبرأ بالإذن من مهرها.

فإن قيل: فهلا وجب بهذا التعليل مهر الزانية على الزاني؟.

قيل: لأن الزنا مغلظ بالحد ليكون زاجراً عنه فغلظ بسقوط المهر، ولو وجب لها المهر بالزنا لدعاها ذلك لفعل الزنا، فحسنت هذه الذريعة بسقوط المهر، كما حسنت بوجوب الحد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ لَمْ يُصِبْهَا حَتَّى طَلَّقَهَا فَلَهَا الْمُتَعَةُ وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ بَدَلًا مِنَ الْعُقْدَةِ».**

قال الماوردي: وهذا كما قال: المفوضة لبضعها إذا طلقها الزوج قبل الدخول، فلا مهر لها، لسقوطه بالعقد وهو اتفاق، ولها المتعة عندنا.

وبه قال الأوزاعي، وحماد بن أبي سليمان، وأبو حنيفة، وصاحبه.

وقال مالك: لا متعة لها، وبه قال شريح، والليث بن سعد، وابن أبي ليلى، والحكم استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١]. فلما جعله بالمعروف على المتقين، وقال في موضع آخر: ﴿عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. دل على استحبابه دون وجوبه.

ولأن ما وقعت به الفرقة لم يجب به المتعة كالموت، ولأن الطلاق مؤثر في سقوط المال دون إزماءه، كالمسمى لها إذا طلقت قبل الدخول بها.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

إحداهن: قوله: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ وهذا أمر يقتضي الوجوب.

والثانية: قوله: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ﴾ وذلك في الواجبات دون

التطوع.

والثالثة: قوله «حقاً» والحقوق ما وجبت .

والرابعة: قوله «عَلَى الْمُحْسِنِينَ»، وعلى من حروف الإلزام . وقال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ : فجعل ذلك لهن بلام التملك فدل على استحقاقهن له . ثم قال: «بِالْمَعْرُوفِ» فقدره . وما لا يجب فليس بمقدر، ثم جعله «حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» فدل على أن من منع فليس بمتق .

فإن قيل: فلم خص المتقين بالذكر وهو على المتقين، وعلى غيرهم .

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه خصهم بالذكر تشريفاً، وإن كان عام الوجوب، كما قال: ﴿هُدًى لِلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢] .

والثاني: ما حكاه ابن زيد، أن لنزول هذه الآية سبباً وهو أنه لما قال «حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ» قال رجل فإن أحسنت فعلت، وإن لم أرد أن أحسن لم أفعل، فأنزل الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ولأن بوجوب المتعة قال عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما، وليس يعرف لهما في الصحابة مخالف، فصار إجماعاً .

ولأن وقوع الفرقة بالطلاق يمنع من خلو النكاح من بدل كذات المهر .

فأما قياسهم على الموت: فالمعنى في الميتة أنه لم يخل نكاحها من بدل، فلذلك خلا من متعة، وليس كذلك المطلقة .

وأما قولهم إن تأثير الطلاق سقوط المال فذاك في ذات المهر، فأما في غيرها فتأثيره ثبوت المال .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا وَقَّتَ فِيهَا وَاسْتَحْسَنَ بِقَدْرِ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا أَوْ مَا رَأَى الْوَالِي بِقَدْرِ الزَّوْجَيْنِ» .

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا ثبت وجوب المتعة للمفوضة، فالكلام فيها يشتمل على فصلين:

أحدهما: في مفوضة لم يفرض لها مهر .

والثاني: في مفوضة قد فرض لها مهر .

فأما التي لم يفرض لها مهر، فهي مستحقة المتعة، والكلام في استحقاقها يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدهما: فيما تجب به المتعة .

والثاني: في قدر المتعة .

والثالث: فيمن تعتبر به المتعة .

فأما الفصل الأول: وهو ما تجب به المتعة ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم: أنها تجب بالعقد، لأن متعة المفوضة بدل من مهر غير المفوضة، والمهر يجب بالعقد، فكذلك المتعة.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: أنها تجب بالطلاق لا بالعقد، وهذا أصح، لأن حالها قبل الطلاق مترددة بين وجوب المهر أو المتعة، فدل على أن بالطلاق وجبت المتعة. ولأن الله تعالى قرن المتعة بالطلاق، فدل على وجوبها بالطلاق، قال الله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمْتَعُنَّ وَأَسْرَحُنَّ سَرَّاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨]. ويكون على هذا القول في الكلام تقديم وتأخير، وتقديره: فتعالين أسرحنن وأمتعكن.

وعلى القول الأول الكلام على نسقه، ليس فيه تقديم ولا تأخير.

فصل: وما قدر المتعة، فهي إلى رأي الحاكم واجتهاده، غير أن الشافعي استحسنت في موضع من القديم أن يكون بقدر خادم، وحكاه عن ابن عباس، واستحسن فيما نقله المزني في هذا الموضع أن يكون بقدر ثلاثين درهماً، وحكاه عن ابن عمر، وليس فيما ذكره تقدير لا تجوز الزيادة عليه، ولا النقصان منه، لاختلافه باختلاف العادات في أجناس الناس وبلدانهم، كالمهر الذي لا ينحصر بقدر، وما وجب ولم ينحصر بمقدار شرعي كان تقديره معتبراً باجتهاد الحاكم.

وقال أبو حنيفة: هي مقدرة بنصف مهر المثل، ولا يجوز أن يكون أقل من خمسة دراهم، لأنه نصف أقل ما يكون مهراً عنده.

وهذا فاسد، لأن التحديد بنصف المهر إن لم يوجد شرعاً، فليس في الاجتهاد ما يقتضيه، ولا نجعله بالنصف أخص منه بالثلث أو الربع، فإن قيل: لأن غير المدخول بها تستحق نصف الصداق.

قلنا: فقد أوجبت الصداق وأسقطت المتعة.

وفي إجماعنا على إيجاب المتعة وإسقاط الصداق دليل على الفرق بين المتعة والصداق.

وليس ما استحسنته الشافعي من قدر ثلاثين درهماً قولاً بالاستحسان الذي ذهب إليه أبو حنيفة، ومنع منه الشافعي، لأنه قرنه بدليل، وهو يمنع من استحسان غير دليل.

فصل: وأما من تعتبر به المتعة، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: تعتبر بحال الزوج وحده، في يساره، وإعساره، كالفقعة، لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. كما قال في النفقة: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧].

فعلى هذا يكون تأويل قول الشافعي، «وما رأى الولي بقدر الزوجين».

يعني: الزوج الموسر، والزوج المعسر.

والوجه الثاني: تعتبر بها حال الزوجين على ظاهر كلامه، فتعتبر حال الزوج في يساره وإعساره، وتعتبر بها حال الزوجة، واختلف أصحابنا فيما نعتبه من حال الزوجة على وجهين:

أحدهما: أنه يعتبر سنهما، ونسبها، وجمالها، كما يعتبر في مهر المثل.
والثاني: أنه يعتبرها حال قماشها، وجهازها، في قلته وكثرته، لأنها عوض من أخلاقه ومؤنة نقلة.

وهذا وجه مردود، لأنه ليس الجهاز مقصوداً فيعتبر، ولو اعتبر في المتعة لكان اعتباره في المهر أحق، ولوجب أن لا يكون متعة لمن لا جهاز لها.

فصل: وأما المفوضة التي فرض لها مهر، وذلك قد يكون بأحد وجهين:
إما بأن يتراضى الزوجان بفرضه وتقديره، على ما سنذكره.
وإما بأن يفرضه الحاكم، فيصير بالفرض بعد التفويض كالمسمى في العقد، فإن طلقها قبل الدخول فلها نصف المفروض دون المتعة.

وقال أبو حنيفة: يبطل المفروض بالطلاق قبل الدخول، ويثبت حكم التفويض في وجوب المتعة كالتى لم يفرض لها مهر، بناء على أصله في أن المفوضة وجب لها بالعقد مهر وسقط بالطلاق، واستدللاً: بأنه نكاح خلا عن ذكر مهر فوجب أن يستحق فيه بالطلاق قبل الدخول المتعة قياساً على غير المفروض لها مهر.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. فكان قوله: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ على عموم الحالين فيما فرض في العقد أو بعد العقد، وإن كان بالمفروض بعد العقد أشبه، فجعل الله تعالى له استرجاع نصفه.

وأبو حنيفة يوجب استرجاع جميعه، فكان قوله مدفوعاً بالنص.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «أَدُّوا الْعَلَائِقَ»، قيل: وَمَا الْعَلَائِقُ؟ قَالَ: «مَا تَرَاضَى بِهِ الْأَهْلُونَ» فكان على عموم التراضي في حال العقد وبعده.

ومن طريق القياس: أنه فرض يستقر بالدخول فوجب أن لا يسقط بالطلاق قبل الدخول كالمسمى في العقد، ولأن هذا المفروض بمنزلة المسمى في استقراره بالموت، فوجب أن يكون بمنزلته في الطلاق قبل الدخول.

فأما بناء أبي حنيفة ذلك على أصله فمخالف فيه.

وأما قياسه: فالمعنى في المفوضة أنه لا يجب بالموت مفروض، وتستحق المطالبة

بفرض المهر، وهذه يجب لها المفروض بالموت، ولا تستحق المطالبة بالفرض، فصار كالمسمى، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُسَمَّى مَهْرًا أَوْ مَاتَتْ فَسَوَاءٌ وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ «بِأَبِي هُوَ وَأُمِّي» أَنَّهُ قَضَى فِي بُرُوعِ بِنْتِ وَاشِقِ وَنَكَحَتْ بِغَيْرِ مَهْرٍ فَمَاتَ زَوْجُهَا فَقَضَى لَهَا بِمَهْرِ نِسَائِهَا وَبِالْمِيرَاثِ فَإِنْ كَانَ يَثْبُتُ فَلَا حُجَّةَ فِي قَوْلِ أَحَدٍ دُونَ النَّبِيِّ ﷺ يُقَالُ مَرَّةً عَنْ مِعْقَلِ بْنِ يَسَارٍ وَمَرَّةً عَنْ مِعْقَلِ بْنِ سِنَانَ وَمَرَّةً عَنْ بَعْضِ بَنِي أَشْجَعٍ وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ فَلَا مَهْرَ وَلَهَا الْمِيرَاثُ وَهُوَ قَوْلُ عَلِيِّ وَزَيْدٍ وَابْنِ عُمَرَ».

قال الماوردي: أما المفروضة إذا مات عنها زوجها قبل الدخول، أو ماتت، فإنهما يتوارثان بالإجماع لقول الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢]. وهما زوجان لصحة النكاح بينهما.

فأما مهر مثلها: فقد اختلف قول الشافعي في استحقاقه بالموت قبل الدخول على قولين:

أحدهما: وهو مذهب أبي حنيفة: أن لها مهر المثل وهو في الصحابة قول عبدالله بن مسعود، وفي التابعين: قول علقمة، والشعبي، وفي الفقهاء: قول ابن أبي ليلى، وسفيان الثوري، وابن شبرمة، وأحمد، وإسحاق.

والقول الثاني: وهو مذهب مالك، لا مهر لها.

وهو في الصحابة قول علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم.

وفي التابعين: قول جابر بن زيد، والزهرى، وعطاء.

وفي الفقهاء: قول ربيعة، والأوزاعي.

ودليل القول الأول: وهو مذهب أبي حنيفة: حديث بروع بنت واشق: روى قتادة عن خلاس، وأبي حسان، عن عبدالله بن عتبة بن مسعود، أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَمْ يُسَمِّ لَهَا صَدَاقًا، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا حَتَّى مَاتَ، فَآتَى عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ، وَكَانَ قَاضِيًا فَاخْتَلَفُوا إِلَيْهِ مِرَارًا، وَقَالَ: شَهْرًا، فَقَالَ: إِنْ كَانَ وَلَا بُدَّ فَإِنِّي أَفْرَضُ لَهَا مَهْرَ نِسَائِهَا، لَا وَكَسْ، وَلَا شَطَطَ، وَلَهَا الْمِيرَاثُ، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، إِنْ يَكُنْ صَوَابًا فَمِنَ اللَّهِ، وَإِنْ يَكُنْ خَطَأً فَمِنِّي وَمِنَ الشَّيْطَانِ، وَاللَّهُ وَرَسُولُهُ بَرِيئَانِ مِنْهُ. فقال ناس من أشجع: فيهم الجراح أبو سنان، نَشَهُدُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَضَاهَا فِينَا، فِي بُرُوعِ بِنْتِ وَاشِقِ، وَكَانَ زَوْجُهَا هَلَالُ بْنُ مَرَّةٍ الْأَشْجَعِيِّ بِمَا قَضَيْتَ.

وهذا حديث إن صح في بروع، لم يجز خلافه.

ومن طريق القياس: أن ما استقر به كمال المسمى استحق به مهر المثل في المفوضة كالدخول، ولأن ما أوجبه عقد النكاح بالدخول أوجبه بالوفاة كالمسمى، ولأنه أحد موجبي الدخول فوجب أن يستحق بالوفاة كالعدة.

ودليل القول الثاني: وهو الأصح.

إن لم يثبت حديث بروع، ما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «أَدُّوا الْعَلَائِقَ». قِيلَ: وَمَا الْعَلَائِقُ؟ قَالَ: «مَا تَرَأَى بِهِ الْأَهْلُونَ». فدل على أن المستحق بالعقد ما تراضى به الأهلون دون غيره.

ومن طريق القياس: أنه فراق مفوضة قبل فرض وإصابة، فلم يستحق به مهر كالطلاق، ولأن الموت سبب يقع به الفرقة، فلم يجب به المهر، كالرضاع والردة، ولأن من لم ينتصف صداقها بالطلاق لم يستفد بالموت جميع الصداق كالميرثة لزوجها من صداقها، ولأن كل ما لم ينتصف بالطلاق لم يتكمل بالموت، كالزيادة على مهر المثل.

فأما حديث بروع فقد اختلف في ثبوته. فذهب قول إلى ضعفه، وأنه مضطرب غير ثابت من ثلاثة أوجه:

أحدهما: اضطراب طرقه، لأنه روي تارة عن ناس من أشجع، وهم مجاهيل، وتارة عن معقل بن يسار، وتارة عن معقل بن سنان، وتارة عن الجراح بن سنان. فدل اضطراب طرقه على وهائه.

والثاني: أن علياً بن أبي طالب رضي الله عنه أنكره، وقال: حديث أعرابي يبول على عقيبه، ولا أقبل شهادة الأعراب على رسول الله ﷺ.

والثالث: أن الواقدي، طعن فيه وقال هذا الحديث ورد إلى المدينة من أهل الكوفة، فما عرفه أحد من علماء المدينة.

وذهب آخرون إلى صحة الحديث لاشتهاره، وقبول ابن مسعود له، ووروده عن ثلاثة طرق صحيحة:

أحدها: منصور بن إبراهيم، عن علقمة، عن ابن مسعود.

والثاني: داود بن أبي هند عن الشعبي، عن علقمة.

والثالث: عن خلاص، وأبي حسان، عن عبدالله بن عتبة.

وليس اختلاف أسماء الراوي قدحاً، لأن معقل بن يسار بن سنان مشهور في الصحابة، وهو المنسوب إليه نهر معقل بالبصرة تبركاً باسمه حين اختفزه زياد لأنه كان من بقايا الصحابة.

ومن كان بهذه المنزلة في بقايا الصحابة وجمهور التابعين لم يدفع حديثه.

وأما الجراح أبو سنان، فقد شهد بذلك مع قومه عند عبدالله بن مسعود في قصة مشهورة. فما رد ولا ردوا.

وأما إنكار علي رضوان الله عليه فقد كان له في قبول الحديث رأي أن يستحلف المحدث، ولا يقبل حديثه إلا بعد يمينه وقال: ما حدثني أحد عن رسول الله ﷺ إلا استحلفته إلا أبو بكر، وصدق أبو بكر. وهذا مذهب لا يقول به الفقهاء.

وأما الواقدي فلم يقدح فيه إلا بأنه ورد من الكوفة فلم يعرفه علماء المدينة، وهذا ليس بقدح، لأنها من قضايا رسول الله ﷺ في القبائل التي انتشر أهلها فصاروا إلى الكوفة فرووه بها ثم نقل إلى المدينة، ومثل هذا كثير في الحديث، فإن كان هذا الحديث غير صحيح، فالمهر على قولين.

وإن صح فقد اختلف أصحابنا.

فذهب أبو حامد المروزي وجمهور البصريين إلى وجوب المهر قولاً واحداً، وهو الظاهر من كلام الشافعي.

وذهب أبو علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين إلى أن وجوب المهر مع صحته على قولين، لأنه قضية في عين يجوز أن يكون وليها فوض نكاحها فلم يصح التفويض، أو تكون مفوضة المهر دون البضع، فإن فرض لها مهر مجهول فلاحتماله مع الصحة كان على قولين. وأما اعتبار الموت بالدخول: ففي الدخول إتلاف يجب به الغرم بخلاف الموت.

وأما اعتبار التفويض بالمسمى: فالمسمى يجب بالطلاق نصفه فكمثل بالموت. والمفوضة لم يجب لها بالطلاق نصفه، فلم يكمل لها بالموت جميعه.

وأما اعتبار المهر بالعدة: فقد تجب العدة بإصابة السفية، وإن لم يجب عليه مهر، فكذلك الموت في المفوضة.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فلا فرق بين أن تكون الزوجة مسلمة، أو ذمية، في أن المهر إن وجب للمسلمة، وجب للذمية. وإن سقط للمسلمة سقط للذمية.

وقال أبو حنيفة: أوجب المهر للمسلمة، وأسقطه للذمية. وجعل ذلك مبنياً على أصله في أن ثبوت المهر في النكاح حق لله تعالى، وأهل الذمة لا يؤاخذون بحقوق الله، ويؤاخذ بها المسلمون. فلذلك سقط مهر الذمية، لسقوطه من العقد، ووجب مهر المسلمة لوجوبه في العقد.

وهذا فاسد، بل المهر من حقوق الأدميين المحضة كالثمن في البيع، والأجرة في الإجارة لاستحقاقه بالطلب، وسقوطه بالعمو.

ولأنه لما كان استدامة ثبوته من حقوق الأدميين وجب أن يكون ابتداء ثبوته من حقوق الأدميين كسائر حقوق الأدميين طرداً، وكسائر حقوق الله عكساً، ولأنه لو كان المهر من حقوق الله تعالى في النكاح كالولي والشاهدين لبطل النكاح بترك المهر، كما يبطل بترك الولي، والشاهدين، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمَتَى طَلَبْتَ الْمَهْرَ فَلَا يَلْزِمُهُ إِلَّا أَنْ يَفْرِضَهُ السُّلْطَانُ لَهَا أَوْ يَفْرِضَهُ هُوَ لَهَا بَعْدَ عِلْمِهَا بِصَدَاقٍ مِثْلِهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال المفوضة لبضعها لا تملك المهر بعقد النكاح.

وقال أبو حنيفة: تملكه بالعقد، استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن الزوج قد ملك بضعها بالعقد، فوجب أن تملك بدله من المهر بالعقد، كالثمن والمثمن لا يملك عليها مبدلاً لم تملك في مقابلته بدلاً.

والثاني: أن للمفوضة المطالبة بالمهر والامتناع من تسليم نفسها إلا بعد قبضه، ولا يجوز أن تطالب بما لم يجب، ولا أن تمتنع من تسليم ما وجب على تسليم ما لم يجب. والدليل على أن المهر لم يجب بالعقد، أن ما وجب بالعقد تنصف بالطلاق كالمسمى، وما لم ينصف بالطلاق لم يجب بالعقد، كالزيادة على مهر المثل، وكالمهر الفاسد.

فأما ملك البضع بالعقد، فلأنه مقصود لا يجوز الإخلال بذكره في العقد فلذلك ملك بالعقد، والمهر ليس بمقصود، لأنه يجوز الإخلال به في العقد فلم يملك بالعقد مع ترك ذكره فيه فافترق حكم البضع والمهر، وأوجب ذلك افتراض حكم المسمى والتفويض.

وأما المطالبة فليس لها المطالبة عندنا بالمهر، وإنما لها المطالبة بأن يفرض لها المهر فتكون قد ملكت بالتفويض أن تملك بالفرض مهراً كالشفيع ملك بالبيع أن يملك بالشفعة.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا، ففي قدر ما ملكت أن تملك من المهر قولان:

أحدهما: وهو قوله في الجديد، أنه مهر المثل، لأنه في مقابلة مستهلك بالعقد، فتقدر بمهر المثل، كالمستهلك بالوطء.

والقول الثاني: وهو قوله في القديم، أنه مهر مطلق، لا يتقدر بمهر المثل، لأنه بدل من المسمى في العقد، وذلك غير مقدر بمهر المثل، فكذلك ما استحق بالفرض.

وإذا كان كذلك فالمفوضة تملك المهر بأحد أربعة أشياء، ذكرناها مجتمعة، ونحن

نشرحها:

أحدها: أن يترافعا إلى الحاكم، فيفرض لها الحاكم مهر المثل، فلا يصح حكمه به إلا بعد علمه بقدره، كما لا يصح أن يحكم بقيمة متلف إلا بعد علمه بقدر القيمة، ولا يجوز له أن يزيد على مهر المثل، فيظلم الزوج، إلا أن يبذل الزوج الزيادة، ولا أن ينتقص من مهر المثل فيظلم الزوجة، إلا أن ترضى الزوجة بالنقصان، وهل يعتبر مهر المثل وقت العقد، أو وقت الفرض؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريح، أنه يعتبر مهر مثلها وقت العقد، لأن البضع مستهلك بالعقد.

والثاني: وهو قول أبي علي بن خيران، أنه يعتبر مهر مثلها وقت الفرض، لأنها ملكته بالفرض دون العقد.

فإذا فرضه الحاكم، صار كالمسمى بالعقد، إن طلقت قبل الدخول وجب لها نصفه، وهذا مما وافق عليه أبو حنيفة، لأن الحكم إذا نفذ بجائز لم ينقض.

فصل: وأما الثاني: يجب به مهر المفوضة، فهو أن يجتمع الزوجان بعد العقد على فرض مهر عن تراض، فيصير ما فرضاه لازماً كالمسمى، إن طلقها قبل الدخول وجب لها نصفه.

وقال أبو حنيفة: لا يلزم المهر إلا بعقد، أو حكم، ولا يصير لازماً باجتماعهما على فرضه، فإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة احتجاجاً بعموم قول الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٣١].

ولأنهما ملكا التسمية في العقد، لأنها تصير واجبة بوجوب العقد، ولم يملكها بعد العقد، لأنه لا يصير لها موجباً إلا الحاكم.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فِئْصَفَ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. ولم يفرق بين ما فرض لها في العقد، وبعده، فوجب حملها على الأمرين، وإن كان بما بعد العقد أشبه، ولأن المهر من أعواض العقود، فكان ثبوته بالمرضاة أولى من ثبوته بالحكم، كالأثمان، والأجور، ولأن كل مهر كامل بالدخول ينصف بالطلاق قبل الدخول كالمسمى في العقد.

فأما الآية، فمحمولة على التي لم يفرض لها مهر، بدليل قوله: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وأما الاستدلال بالحكم فاجتماعهما على الفرض أبلغ في الالتزام من الحكم، كما لو اجتمعا على قيمة متلف أو أرش معيب.

فإذا تقرر أن المهر يلزم بفرضهما كما يلزم بفرض الحاكم، فإن فرضاه مع علمهما بقدر المثل صح، وجاز أن يفرضاً مهر المثل، وأكثر منه، وأقل، وأن يعدل إلى عوض من ثوب، أو عبد، بخلاف الحاكم الذي لا يجوز أن يعدل عن جنس المهر ومقداره، لأن فرض الزوجين كالتسمية في العقد، وإن فرضاه مع جهلها بمهر المثل ففي جوازه قولان: أحدهما: وهو قوله في الجديد: أنه لا يجوز الفرض، ويكون باطلاً كالتي لم يفرض لها، كما لو فرضه الحاكم، وهو غير عالم، ولأنه يتضمن معنى الإبراء من مجهول. والقول الثاني: وهو قوله في القديم، أنه يجوز، ويصح الفرض، لأنه معتبر بالمسمى في العقد، وإن جهلاً مهر المثل، كذلك ما فرضاه بعد العقد. وهذان القولان يترتان على اختلاف قوليه في الذي يجب لها، هل هو مهر المثل، أو مهر مطلق؟.

فإن قيل: مهر المثل، لم يصح فرضهما، إلا بعد علمهما به. وإن كان مهر مطلق صح فرضهما مع الجهل به.

فصل: وأما الثالث: مما يجب به مهر المفوضة، فهو الدخول، لأن المهر لما وجب بوطء الشبهة فأولى أن يجب بالوطء، في نكاح صحيح، والواجب بهذا الدخول هو مهر المثل قولاً واحداً، سواء تعقبه موت أو طلاق. وإذا وجب بالدخول، فتقديره يكون لحكم الحاكم، وإن تقدم وجوبه على حكمه، فيكون حكمه مقصوراً على تقديره دون إيجابه، وحكمه فيما تقدم مشتمل على التقدير والإيجاب.

فإن قدره الزوجان لم يصح تقديرهما إلا مع علمهما به، قولاً واحداً، لأن المهر هاهنا قيمة مستهلك، فإن جهلاه أو أحدهما لم يصح تقديره، وكان على إرساله بعد وجوبه. قال الشافعي: واستحب أن لا يدخل بها، إلا بعد فرض المهر، ليكون مستمتعاً بمهر معلوم، وليخالف حال الموهوبة التي خص بها رسول الله ﷺ.

فصل: وأما الرابع: فهو الموت، وفي وجوب مهر المفوضة به قولان مضياً، ثم إن أوجبناه فهو مهر المثل، ولا يقدره إلا الحاكم وحده، فإن قدره مع الباقي من الزوجين أجنبي علم قدره، فإن فعل ذلك ليؤديه من ماله جاز، كما لو قضى ديناً عن ميت، أو قضاه عن حي، لورثة ميت، وإن فعل ذلك ليؤخذ من مال الزوج ففي جوازه إذا تراضى به الباقي وورثة الميت قولان من اختلاف قوليه في حكم غير الحاكم، هو يلزم بالتراضي أم لا؟ على قولين. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ فَرَضَهُ فَلَمْ تَرْضَهُ حَتَّى فَارَقَهَا لَمْ يَكُنْ إِلَّا مَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ فَيَكُونُ كَمَا لَوْ كَانَ فِي الْعُقْدَةِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا شرع الزوجان في فرض المهر، في نكاح التفويض، فلم يتفقا على قدره، حتى يطلقها، كأنه بذل لها ألفاً، فلم ترض إلا بألفين، فحكم التفويض باق وبذل الألف من الزوج كعدمها، ولها المتعة إذا طلقها قبل الدخول، لأن الفرض لا يتم من الزوجين إلا بالرضا.

فإن قيل: فهلا كان هذا كالصداق المختلف في تسميته وقت العقد، فلا يلزم، ويجب لها بالطلاق قبل الدخول نصف مهر المثل.

قلنا: ما اختلف في تسميته وقت العقد قد زال عنه حكم التفويض فلذلك وجب لها نصف مهر المثل، وهذا لم يزل عنه حكم التفويض، فلذلك وجبت لها المتعة.

وقول الشافعي: لم يكن لها إلا ما اجتمعا عليه، يعني أنه لم يكن لها مهر مفروض إلا ما اجتمعا على فرضه، ولم يرد به الألف الذي بذله الزوج، لاجتماعهما عليه، حتى طلبت الزوجة زيادة عليها، لأن هذا افتراق، وليس باجتماع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَقَدْ يَدْخُلُ فِي التَّفْوِيضِ وَلاَ يَسَّ بِالتَّفْوِيضِ المَعْرُوفِ وَهُوَ مُخَالِفٌ لِمَا قَبْلَهُ وَهُوَ أَنْ تَقُولَ لَهُ أَتَزَوَّجُكَ عَلَيَّ أَنْ تَفْرُضَ لِي مَا شِئْتَ أَنْتَ أَوْ شِئْتُ أَنَا فَهَذَا كَالصَّدَاقِ الفَاسِدِ فَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا (قَالَ المَزْنِيُّ) رَحِمَهُ اللهُ هَذَا بِالتَّفْوِيضِ أَشْبَهُهُ.»**

قال الماوردي: قد ذكرنا أن التفويض في النكاح ضربان: تفويض البضع، وتفويض المهر.

فأما تفويض البضع، فهو أن يتزوجها على غير مهر لها، وقد مضى الكلام فيه.

وأما تفويض المهر فضربان:

أحدهما: ترك ذكره في العقد، وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا فيه.

والضرب الثاني: أن يتزوجها على مهر لا يصح، إما لجهالته، وإما لتحريمه.

فالمجهول كقوله: قد تزوجتك على ما شئنا، أو شاء أحدنا، أو شاء فلان.

والحرام أن يتزوجها على خمر، أو خنزير، فيكون هذا تفويضاً للمهر، لبطلانه، وليس بتفويض للبضع، لذكره، فيخرج عن حكم نكاح التفويض، وإن كان مشابهاً له في سقوط المهر، فيجب لها بالعقد مهر المثل، وإن طلقت قبل الدخول وجب نصفه دون المتعة. وإن مات عنها زوجها وجب لها المهر قولاً واحداً، فيكون مخالفاً لنكاح التفويض من أربعة أوجه:

أحدها: أن مهر هذه وجب بالعقد، ومهر المفوضة وجب بالفرض بعد العقد.

والثاني: أنه موجب المهر المثل قولاً واحداً، وفيما وجب للمفوضة قولان:

أحدهما: مهر المثل.

والثاني: مهر مطلق.

والثالث: أنها إن طلقت قبل الدخول وجب لها نصف مهر المثل، وللمفوضة متعة.

والرابع: أنه يجب لها المهر بالموت، قبل الدخول، وفي المفوضة قولان.

وقال أبو حنيفة: تفويض المهر، كتفويض البضع، وليس لها إذا طلقت قبل الدخول إلا المتعة احتجاجاً بأن العقد، خلا عن مهر لازم، فكان تفويضاً، كما لو خلا من ذكر مهر.

ودليلنا: هو أنه عقد تضمن مهراً فخرج عن حكم التفويض، كالمهر الصحيح، ولأن التفويض تسليم بضع بغير بدل، وهذا تسليمه ببدل، وإن فسد.

وفرق في الأصول بين التسليم بغير بدل، وبين التسليم ببدل فاسد في وجوب الغرم، ألا ترى أنه لو قال ملكتك عبدي هذا، ولم يذكر بدلاً، جعلنا ذلك هبة لا توجب البذل.

ولو قال: قد ملكتك عبدي بثمان فاسد، صار بيعاً فاسداً، يوجب البذل، فدل على افتراض الأمرين.

فإذا ثبت ما ذكرنا: فأحوال من لا يستقر لها بعقد النكاح مهر ينقسم ثلاثة أقسام.

قسم تكون مفوضة: وقسم لا تكون مفوضة، وقسم اختلف أصحابنا في كونها مفوضة.

فأما التي تكون مفوضة فهي التي يشترط في عقد نكاحها، مع إذنها، وجواز أمرها، أن لا مهر لها.

وأما التي لا تكون مفوضة: فهي المنكوحة على مهر مجهول، أو حرام، أو فوضها وليها بغير إذنها.

وأما التي اختلف أصحابنا في كونها مفوضة: فهي التي ترك ذكر الصداق في نكاحها من غير شرط.

فعلى قول أبي إسحاق المروزي: ليست مفوضة.

وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة: أنها مفوضة. والله أعلم.

تَفْسِيرُ مَهْرٍ مِثْلِهَا مِنَ الْجَامِعِ مِنْ كِتَابِ الصَّدَاقِ وَكِتَابِ الْإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَمَتَى قُلْتُ لَهَا مَهْرٌ نِسَائِهَا فَإِنَّمَا أَغْنِي نِسَاءَ عَصَبَتِهَا
وَلَيْسَ أُمَّهَا مِنْ نِسَائِهَا وَأَغْنِي نِسَاءَ بَلَدِهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا استحققت المرأة مهر مثلها في الموضع الذي
يجب لها مهر المثل، وقد مضى في مواضعه وجب أن يعتبر مهر مثلها في حالتين:

إحدهما: في منصبها.

والثانية: في صفات ذاتها.

فأما المنصب فمعتبر بنظيرها في النسب.

وقال مالك: معتبر بنظيرها في البلد، فغلب اعتبار البلد على اعتبار النسب، وهذا
فساد، لأن النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمهر نساءها، والميراث.

ولأن الأنساب معقودة في المناكح دون البلدان، ولأنها من صفات الذات اللازمة،
ولأن أهل البلد قد يختلف مهورهم باختلاف الأنساب، وإذا وجب اعتبار النظر في
النسب، وجب اعتبار نظيرها من نساء العصابات من قبل الأب، ولا اعتبار بنساء الأم ولا
بنساء ذوي الأرحام.

وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى، هما سواء، فيعتبر بنساء أهلها من قبل الأب والأم
من العصابات وذوي الأرحام.

وهذا فاسد، لأن النسب معتبر بالأب دون الأم، وكذلك كان ولد العربي من النبطية
عربياً، وولد النبطي من العربية نبطياً، فاقضى إذا كان منصب النسب معتبراً أن يكون من
قبل الأب الذي ثبت به النسب دون الأم التي لا يلحق بها نسب.

فصل: فإذا ثبت اعتبارها بنساء عصبته، فأقربهن الأخوات، فيعتبر الأخوات من
الأب والأم، والأخوات من الأب، ولا اعتبار بالأخوات من الأم، لأنهن مشاركات في
الرحم دون النسب.

فلو اجتمع أخوات لأب وأم، وأخوات لأب ففيهن وجهان:

أحدهما: أنهن سواء.

والثاني: أن اعتبار الأخوات من الأب والأم لاجتماع السبيين، فهن مقدمات على الأخوات من الأب.

ولا اعتبار بينات الأخوات، ثم بنات الإخوة، وبنيتهم، ثم العمات دون بناتهن، ثم بنات الأعمام، وبنيتهم، ثم عمات الأب دون بناتهن، ثم بنات أعمام الأب وبنيتهم، ثم كذلك أبدأ في نساء العصابات.

فإذا عدم العصابات ففي اعتبار نساء المولى المعتق وجهان:

أحدهما: يعتبرون، لأن المولى عصبه.

والثاني: لا يعتبرون، لأنه لا يلحق بالمولى نسب، وإن جرى في التعصيب مجرى النسب.

فصل: فإذا ثبت أن الاعتبار بالعصابات، دون الأمهات، فقد قال الشافعي: أعني نساء بلدها، فيكون الاعتبار بمن كان من عصابات في بلدها دون من كان في غيره، لأن للبلدان في المهور عادات مختلفة، فتكون عادات بعض البلدان تخفيف المهور وعادات بعضها تثقيل المهور فاقضى أن يكون ذلك معتبراً، كما تعتبر قيمة المتلف في موضع إتلافه، لأن القيم تختلف باختلاف الأمكنة، فلذلك وجب اعتبار البلد، مع نساء العصابات.

فهذا حكم المنصب.

[القول في الصفات المعتبرة في المهور]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمَهْرٌ مَنْ هُوَ فِي مِثْلِ سِنَّهَا وَعَقْلِيهَا وَحَمَقِيهَا وَجَمَالِيهَا وَقُبْحِيهَا وَيُسْرِيهَا وَعَسْرِيهَا وَأَدْبِيهَا وَصَرَاحِيهَا وَبِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَبِيًّا لِأَنَّ الْمَهْرَ بِذَلِكَ تَخْتَلَفُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

وصفات الذات المعتبرة في المهور شرط في الحكم بمهر المثل، كما تعتبر صفات ما يقوم، والصفات المعتبرة في مهر المثل عشرة:

أحدها: السن، لاختلاف المهر باختلافه، لأن الصغيرة أرجى للولد، وألذ في الاستمتاع من الكبيرة.

والثاني: عقلها، وحمقها، فإن للعاقلة مهراً، وللرعناء، والحمقاء دونه، لكثرة الرغبة في العاقلة، وقلة الرغبة في الحمقاء. وحكي عن قتادة، في قول الله تعالى:

﴿لَيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾ أي أيكم أتم عقلاً .

زروى كليب بن وائل عن عبدالله بن عمر: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَلَا: «أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا» ثُمَّ قَالَ: «أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَقْلًا». وَأَزْدَعُ عَنْ مَحَارِمِ اللَّهِ وَأَسْرَعُ فِي طَاعَةِ اللَّهِ تَعَالَى» .

والثالث: جمالها، وقبحها. فإن مهر الجميلة أكثر من مهر القبيحة. وقد روى سعيد بن أبي سعيد عن أبيه عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قَالَ: «يُنْكِحُ النِّسَاءَ لِأَرْبَعٍ، لِمَالِهَا، وَلِحَسَبِهَا، وَلِجَمَالِهَا، وَلِدِينِهَا، فَعَلَيْكَ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ» .

والرابع: يسارها، وإعسارها، لأن ذا المالك مطلوب ومخطوب، فيكثر مهر الموسرة بكثرة طالبها، ويقل مهر المعسرة، لقلّة خاطبها.

وقد قال ابن عباس، وقتادة، في قول الله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات: ٨]. يعني المال.

وروى مجالد عن الشعبي عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ تَزَوَّجَ ذَاتَ جَمَالٍ وَمَالٍ فَقَدْ أَصَابَ سِدَادًا مِنْ عَوَزٍ» .

والخامس: إسلامها، وكفرها، لقوله تعالى: ﴿وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢١].

والسادس: عفتها، وفجورها، لأن الرغبة في العفية أكثر، ومهرها لكثرة الراغب فيها أكثر.

وقد قال الله تعالى: ﴿الرَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ [النور: ٣] . .

والسابع: حريتها، ورقها، لنقصان الأمة عن أحكام الحرية. وإن كان نكاحها لا يحل لكل حر.

والثامن: بكارتها، وثيوبتها، لأن الرغبة في البكر أكثر منها في الثيب، وقد روى عن النبي ﷺ، أنه قال: «عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ فَإِنَّهُنَّ أَغْذَبُ أَفْوَاهًا، وَأَنْتَقُ أَرْحَامًا، وَأَغْرُ غُرَّةً، وَأَرْضَى بِالْيَسِيرِ»^(١).

ومعنى قوله: «أَنْتَقُ أَرْحَامًا» أي: أكثر أولاداً، وفي قوله: «وَأَغْرُ غُرَّةً» روايتان:

أحدهما: غرة بكسر الغين، يريد أنهن أبعد من معرفة الشر، وأقل فطنة له.

والرواية الثانية: وأغر غرة. بضم الغين وفيه تأويلان: أحدهما: أنه أراد غرة البياض، لأن الأغير وطول التعبّيس يجيلان اللون، وييليان الجسد.

والثاني: أنه أراد حسن الخلق وحسن العشرة.

(١) أخرجه ابن ماجه (٥٩٨/١) (١٨٦١) والبيهقي (٨١/٧).

وقال معاذ بن جبل: «عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ فَإِنَّهُنَّ أَكْثَرُ حُبًّا وَأَقْلُ حَبًّا».

والناسخ: أدبها، وبداؤها: لأن الأديبة مرغوب فيها، والبذيئة مهروب منها وقد روي عن النبي ﷺ، أنه قال: «الْبَدَاءُ لَوْمٌ وَصُحْبَةُ الْأَحْمَقِ سُؤْمٌ»^(٢).

والعاشر: قول الشافعي: وصراحتها، فاختلف أصحابنا في معناه فقال بعضهم: يريد فصاحتها، لأن لفصاحة المنطق حظاً من الاستمتاع.

وقال الأثرون: بل أراد به صراحة النسب المقصود في المناكح. والصريح النسب الذي أبواه عريبان.

والهجين: الذي أبوه عربي، وأمه أمة.

والمذرع: فيه تأويلان:

أحدهما: الذي أمه عربية وأبوه عبد.

والثاني: أنه الذي أمه أشرف نسباً من أبيه.

قال الشاعر.

إن المذرع لا تغني خوؤلته كالبغل يعجز عن شوط المحاضير^(٣)

والفلنقس فيه تأويلان:

أحدهما: أنه الذي أبوه مولى، وأمه عربية.

والثاني: أنه الذي أبواه عريبان، وجدته من قبل أبويه أمتان.

فهذه عشرة أوصاف تعتبر في مهر مثلها، لاختلاف المهر بها، وقد ذكر الشافعي منها سبعة وأقل ثلاثة وهي: الدين، والعفة، والحرية، اكتفاء بما ذكره منها في اعتبار الكفاءة.

وقد نص النبي ﷺ على بعضها، ونبه على باقيها بقوله عليه السلام: «تُنكحُ المَرْأَةُ لِدِينِهَا، وَجَمَالِهَا، وَمَالِهَا، وَمَيْسِمِهَا».

وروي وَوَسَامَتِهَا، فَعَلَيْكَ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَدَاكَ.

وفيها ثلاثة تأويلات:

أحدها: معناه، افتقرت يدك، إن لم تظفر بذات الدين، يقال: ترب الرجل إذا

افتقر، وأترب إذا استغنى.

(٢) بنحوه أخرجه الطبراني انظر المجمع (٧٢/٨) وابن حجر في المطالب (٢٥٤٣) وجمع الجوامع للسيوطي (١٠٢٨٤).

(٣) البيت ذكره ابن منظور في اللسان (٤٩٦/٣) أوعزه لابن قيس العدوي.

والثاني: أن معناه استغنت يداك إن ظفرت بذات الدين ويكون تربت من أسماء الأضداد بمعنى الغنى والفقر رأيه في قدر تلك الصفة، وقسطها من تلك المهور، فزادها إن كانت الصفة زائدة، أو نقصها إن كانت الصفة ناقصة، لأنه قل ما يتساوى صفاتها، وصفات جميع نساء عصبتها فلم يجد بدأً من اعتبار ما اختلفن فيه بما ذكرنا، والله أعلم.

والثالث: أنها كلمة تقال على السنة العرب لا يراد بها حمد ولا ذم كما يقال ما أشجعه قاتله الله وكالذي حكاه الله تعالى عن سارة زوجة إبراهيم حين بشرت بالولد

﴿قالت: يا ويلتي أألد وأنا عجوز وهذا بعلي شيخاً﴾ [هود: ٧٢] وهي لا تدعو بالويل عند البشرى ولكن كلمة مألوفة للنساء عند سماع ما يعجل من فرح أو حزن، فإذا وجدت أوصافها التي يختلف بها المهر من يسار عصبتها وكانت مهورهن مقدره صار مهر مثلها ذلك القدر فإن خالفتهن في إحدى الصفات اشهد الحاكم.

[القول في شرائط اعتبار مهر المثل]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأَجْعَلُهُ نَقْدًا كُلَّهُ لِأَنَّ الْحُكْمَ بِالْقِيَمَةِ لَا يَكُونُ بِدَيْنٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

في الحكم بمهر المثل مع اعتبار تلك الأوصاف شرطان:

أحدهما: أن يكون من نقود الأثمان، والقيم وهي الدراهم والدنانير، لأن قيم المتلفات لا تكون إلا منها، ومهر المثل قيمة متلف، فعلى هذا لو كان مهر نساء عصبتها إبلاً، أو عبيداً، أو ثياباً قومها بالدراهم أو الدنانير، وحكم لها بقيمة الإبل، أو العبيد، أو الثياب من أغلب التقدين من الدراهم أو الدنانير في أثمان الإبل، والعبيد دون المهور.

والشرط الثاني: أن لا يحكم به إلا حالاً، وإن كان نساء عصبتها ينكحن بمهور مؤجلة، لأن قيمة المتلف لا يتأجل.

فإن قيل: أفليس دية الخطأ مؤجلة، وهي قيمة متلف؟.

قيل: ليست الدية قيمة لكونها مقدره. والقيمة لا تتقدر، ولو كانت قيمة لجاز أن تخالف أحكام القيم في التأجيل، كما خالفتها في وجوبها على غير المتلف من العاقلة،

وإن كانت قيم المتلفات لا تجب إلا على المتلف.

وإذا وجب أن يحكم بها نقداً حالاً وكانت مهورهن مؤجلة نظر:

فإن كان وقت حكمه بمهر المثل هو وقت المؤجل ساوى بين القدرين، ولم ينقص منه بالتعجيل شيئاً.

وإن كان وقت حكمه بمهر المثل قبل حلول آجال تلك المهور نقص من مهر المثل بالتعجيل بقدر ما يكون بين الحال والمؤجل في العرف والعادة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا نَسَبٌ فَمَهْرُ أَقْرَبِ النَّاسِ مِنْهَا شَبْهًا فِيمَا وَصَفْتُ».**

قال الماوردي: قد ذكرنا أن مهر مثلها معتبر بنساء عصبته، فإذا وجدن ولم يجز العدول عنهن إلى نساء الأم.

فإن عدم نساء العصباء اعتبر بعدهن للضرورة نساء الأم، لأنهن أقرب إليها بعد العصباء من الأجنبيات.

فنبداً باعتبار الأم، ثم بناتها، وهن الأخوات من الأم، ثم بأمها، وهي الجدة من الأم.

فإن اجتمع جدتان أم أب، وأم أم، ففيها ثلاثة أوجه:

أحدها: أن اعتبارها بأم الأب أولى به لأنها من جهة التعصيب.

والثاني: أن أم الأم أولى، لأن التعصبة فيها محققة.

والثالث: أنهما سواء.

ثم بعد الجدات الخالات، ثم بنات الأخوات، ثم بنات الأخوال، ثم على هذا فإذا عدم جميع القرابات، فنساء بلدها، لاشتراكهن في العادة، فإذا عدمن فأقرب البلاد ببلدها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَ نِسَاؤُهَا إِذَا نَكَحْنَ فِي عَشَائِرِهِنَّ خُفِّنَ خُفِّنَتْ فِي**

عَشِيرَتِهَا».

قال الماوردي: اعلم أن العادات في مهر المثل معتبرة فربما جرت عادة قبيلتها إذا

نكحن في عشائرن خفن المهور، وإذا نكحن في غير عشائرن ثقلن المهور، وهذا يكون من عادات القبيلة التي تشرف على غيرها.

فإن كانت من هؤلاء وكان الزوج من عشيرتها خفف مهر مثلها. وإن كان من غير عشيرتها ثقل مهر مثلها.

وربما كانت عادة قبيلتها، إذا نكحن في عشائرن، ثقلن المهور وإذا أنكحن في

غير عشائرن خفن المهور، وهذا يكون من عادات القبيلة الدنيئة، التي غيرها أشرف

منها فإن كانت من هؤلاء، وكان الزوج من عشيرتها، ثقل مهرها.
وإن كان من غير عشيرتها خفف مهرها.

فإن قيل: فإذا كنتم تعتبرون مهر المثل بقيم المتلفات، فالمعتبر في القيم حال التالف، لا حال المتلف، فكيف اعتبرتم هاهنا حال المتلف وحال التالف؟.

قيل: لأن كل واحد من الزوجين مقصود بالعقد في النكاح، فجاز أن يعتبر بالتالف والمتلف، وليس كسائر المتلفات التي لا يعتبر فيها إلا أثمانها بالعقود وقيمتها بالاستهلاك.

وعلى هذا: إذا كان عادة قبيلتها أن يخففن المهور في نكاح الشباب ويثقلن المهور في نكاح الشيوخ، روعي ذلك، والله أعلم.

باب الاختلاف في المهر من كتاب الصداق

[اختلاف الزوجين في قدر، أو جنس، أو صفة المهر المسمى]

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا اِخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي الْمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ تَحَالَفًا وَلَهَا مَهْرٌ مِثْلَهَا وَبَدَأَتْ بِالرَّجُلِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا اختلف الزوجان في قدر المهر، أو جنسه، أو في صفته، فعال الزوج: تزوجتك على صداق ألف، وقالت الزوجة: بل على صداق ألفين، أو قال: تزوجتك على دراهم، وقالت: بل على دنانير، أو قال: على صداق مؤجل، فقالت: بل حال، فكل ذلك سواء، ويتحالف الزوجان عليه عند عدم البينة، وقال النخعي، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبو يوسف: القول فيه قول الزوج.

وقال أبو حنيفة ومحمد: إن كان الاختلاف بعد الطلاق، فالقول قول الزوج، وإن كان قبل الطلاق فالقول قول الزوجة، إلا أن تدعي أكثر من مهر المثل، فيكون القول في الزيادة على مهر المثل قول الزوج.

وقال مالك: إن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج، لأنه غارم، وإن كان قبل الدخول تحالفاً.

وأصل هذه المسألة: اختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المثمن، فيبني كل واحد من الفقهاء اختلاف الزوجين في الصداق على مذهبه في اختلاف المتبايعين في البيع. وقد مضى الكلام معه في كتاب البيوع.

ثم من الدليل على صحة ما ذهبنا إليه من تحالفهما، قول النبي ﷺ: «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ».

وكل واحد من الزوجين مدع ومدعى عليه.

فإن الزوج يقول: تزوجتك بألف، وما تزوجتك بألفين.

والزوجة تقول: تزوجتني بألفين، وما تزوجتني بألف.

فلم يترجح أحدهما على صاحبه، وتساويا في الدعوى والإنكار فتحالفوا، ولأنهما لو تداعيا داراً هي في أيديهما، وتساويا فيها ولم يترجح أحدهما على صاحبه بشيء تحالفاً، كذلك اختلاف الزوجين عند تساويهما يوجب تحالفهما.

فصل: فإذا ثبت تحالف الزوجين فإنهما يتحالفان عند الحاكم، لأن الأيمان في الحقوق لا يستوفى إلا الحاكم، فإذا حضراه قال الشافعي هاهنا: بدأ بإحلاف الزوج.

وقال في اختلاف المتبايعين: إنه يبدأ بإحلاف البائع، وهو يتنزل منزلة الزوجة في النكاح، والزوج يتنزل منزلة المشتري في البيع.

وقال في كتاب «الدعوى والبيّنات» في اختلاف المتبايعين ما يدل على أن الحاكم بالخيار في البداية بإحلاف أيهما شاء.

فاختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة طرق:

أحدها: أن المسألتين في اختلاف الزوجين والمتبايعين على ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه يبدأ بإحلاف البائع، والزوجة على ما يقتضيه نصه في البيوع.

والقول الثاني: أنه يبدأ بإحلاف الزوج والمشتري على ما يقتضيه نصه في الصداق.

والقول الثالث: أن الحاكم بالخيار في البداية بإحلاف أي الزوجين شاء على ما

يقتضيه كلامه في الدعوى والبيّنات.

والطريقة الثانية: وهي طريقة أبي حامد المرزوي: أن المسألتين على قول واحد،

وأن الحاكم فيهما بالخيار في البداية بإحلاف أي الزوجين شاء، وأي المتبايعين شاء.

والطريقة الثالثة: وهي طريقة أبي إسحاق المرزوي: أن حكم المسألتين مختلف

وأنه يبدأ في اختلاف الزوجين بإحلاف الزوج قبل الزوجة وفي اختلاف المتبايعين

بإحلاف البائع قبل المشتري.

والفرق بينهما: أن جنبه البائع أقوى، لعود السلعة إليه بعد التحالف، فبدأ

بإحلافه، وجنبه الزوج أقوى، لأنه قد ملك البضع، ولا يزول ملكه عنه بعد التحالف فبدأ

بإحلافه، والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت تحالفهما، ومن بدأ الحاكم بإحلافه منهما، فقد اختلف أصحابنا:

هل يحلف كل واحد منهما يميناً واحدة، أو يمينين؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول كثير من أصحابنا: أنه يحلف كل واحد منهما يميناً واحدة

تجمع النفي والإثبات، لأنه أسرع إلى فصل القضاء.

فعلى هذا في كيفية يمينه وجهان :

أحدهما : يصرح فيها بالابتداء بالنفي . ثم بالإثبات ، فيقول الزوج : والله ما تزوجتك على صداق ألفين ، ولقد تزوجتك على صداق ألف .

ثم تحلف الزوجة فتقول : والله ما تزوجتني على صداق ألف ، ولقد تزوجتني على صداق ألفين .

والوجه الثاني : أنه لا يصرح بالنفي ويصرح بالإثبات الدال على النفي ، فيقول : والله ما تزوجتك إلا على صداق ألف .

وتقول الزوجة : والله ما تزوجتني إلا على صداق ألفين ، لأن اليمين على هذا الوجه أوجز واللفظ فيه أخص .

فهذا إذا قيل يحلفهما يمينا واحدة .

والوجه الثاني : أنه يحلف كل واحد منهما يمينين ، يمينا للنفي ، ثم يمينا للإثبات .

وهذا قول أبي العباس بن سريج ، فيبدأ بيمين النفي ، فيقول الزوج : والله ما تزوجتك على صداق ألفين . وتقول الزوجة : والله ما تزوجتني على صداق ألف .

ثم يحلفهما بعد ذلك يمين الإثبات ، فيقول الزوج : والله لقد تزوجتك على صداق ألف . وتقول الزوجة : والله لقد تزوجتني على صداق ألفين .

فصل : [الأثر المترتب على تحالف الزوجين]

فإذا تحالف الزوجان على ما وصفنا بطل الصداق ، لأنه تردد بين أن يكون ألفاً بيمين الزوج ، وبين أن يكون ألفين بيمين الزوجة ، فصار كما لو تزوجها على صداق ألف أو ألفين ، فيكون باطلاً ، للجهل به ، كذلك إذا تحالفا .

وهل يبطل الصداق بنفس التحالف أو بفسخ الحاكم ؟ على وجهين مضيا في البيوع ، ثم إذا بطل الصداق لم يبطل النكاح .

وقال مالك : إذا تحالفا بطل النكاح ، بناء على أصله في أن فساد الصداق موجب لبطلان النكاح ، وقد مضى الكلام معه .

فإن فساد الصداق إذا سقط من النكاح صار نكاحاً بغير صداق ، ولو نكحها على غير صداق صح النكاح . فكذلك إذا نكحها على صداق فاسد ، وكان هذا بخلاف تحالف

المتبايعين في بطلان البيع بعد التحالف ، لأن البيع لا يصح إلا بثمن فيبطل ببطلان الثمن ، والنكاح يصح بغير صداق فلم يبطل ببطلان الصداق .

فصل: [أثر بطلان الصداق]

فإذا ثبت أن النكاح لا يبطل بتحالفهما حكم لها بمهر المثل، لأنه قد صار بالعقد مستهلكاً لبضعها فلزمه غرم قيمته، وهو مهر المثل، كما يلزم البائع بعد التحالف إذا تلفت السلعة غرم قيمتها، ويحكم لها بمهر المثل، سواء كان أقل مما ادعته أو أكثر.

وقال أبو علي بن خيران: يحكم لها بمهر المثل إن كان مثل ما ادعته أو أقل، ولا يحكم لها إذا كان أكثر مما ادعت إلا بقدر ما ادعت لأنها غير مدعية للزيادة فلم يحكم لها بما لا تدعيه وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن دعواها كانت لمسمى في عقد وقد بطل بالتحالف، وهذا قيمة متلف فلم يؤثر فيه حكم الدعوى في غيره.

والثاني: أنه لما كان لو نقص مهر المثل عما أقر به الزوج لم يلزمه إلا مهر المثل وإن كان مقراً بالزيادة، وجب إذا كان مهر المثل أكثر مما ادعت أن يحكم لها به وإن كانت غير مدعية للزيادة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَهَكَذَا الرَّوْجُ وَأَبُو الصَّبِيَّةِ الْبِكْرِ وَوَرَثَةُ الرَّوْجَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا».

قال الماوردي: ذكر الشافعي هاهنا مسألتين: إحداهما: في اختلاف الزوج والولي. والثانية: في اختلاف ورثة الزوجين أو أحدهما وورثة الآخر.

فأما المسألة الأولى: وهي اختلاف الزوج والولي، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الزوجة وقت العقد جائرة الأمر بالبلوغ والعقل، فلا اعتبار بقول الولي في تصديق أو تكذيب، سواء كان الولي أباً أو عصباً، وسواء كانت الزوجة بكرأ أو ثيباً.

فإن كانت الزوجة مصدقة لزوجها على قدر الصداق لم يؤثر فيه مخالفة الولي، وإن كانت الزوجة مخالفة لزوجها في قدر الصداق لم يؤثر فيه تصديق الولي، وكان للزوجين أن يتحالفا على ما مضى، ولم يجز أن يكون الولي شاهداً للزوج فيما ادعاه من الصداق، لأنه يشهد على فعل نفسه.

والضرب الثاني: أن تكون الزوجة وقت العقد صغيرة، فليس يصح أن يزوجهما إلا أبوها أو جدتها.

فإذا اختلف الأب والزوج في قدر صداقها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ما ادعاه الأب هو قدر مهر المثل، وما يقر به الزوج أقل، فلا تحالف بينهما، والقول فيه قول الأب بغير يمين، لأنه لا يجوز للأب أن يزوج الصغيرة بأقل من مهر المثل، ولو زوجها به لكان لها مهر المثل.

والضرب الثاني: أن يكون ما ادعاه الأب أكثر من مهر المثل، وما أقر به الزوج قدر مهر المثل فهانها يكون التحالف، وإذا وجب التحالف فلا يخلو حال الزوجة وقت الاختلاف والتحالف من أحد أمرين:

إما أن تكون على حال الصغر، أو قد بلغت..

فإن كانت صغيرة حلف الزوج، وهل يحالفه الأب أو تكون اليمين موقوفة على بلوغ الزوجة؟ على وجهين:

أحدهما: أن الزوج إذا حلف لم يجز للأب أن يحلف معه، ووقفت اليمين على بلوغ الزوجة لأمرين:

أحدهما: أن النيابة في الأيمان لا تصح.

والثاني: أن اليمين إنما وضعت لإثبات حق الحالف، أو دفع مطالبة عنه، وليس الأب بهذه المنزلة فلم يجز أن يحلف، وتأول قائل هذا الوجه قول الشافعي «وكذلك الزوج وأبو الصبية» يعني في أنهما إذا اختلفا قدم الحاكم الزوج في إحلافه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي إسحاق المروزي والظاهر من نص الشافعي: أنه يجوز للأب أن يحلف مع الزوج، لأمرين:

أحدهما: أنه مباشر للعقد، فجاز أن يحلف على فعل نفسه، وإن كان في حق غيره كالوكيل.

والثاني: وأشار إليه ابن سريج: أنه لما قبل إقراره فيه وإن كان في حق غيره جاز إحلافه فيه عند إنكاره.

فعلى هذا إن حالف الأب الزوج حكم للزوجة بمهر المثل، وإن نكل الأب عن اليمين ففيه وجهان:

أحدهما: يحكم بنكوله ويقضي بالمهر الذي اعترف به الزوج إذا كان بقدر مهر المثل، لأن من حكم بيمينه إذا حلف حكم بنكوله إذا نكل.

والوجه الثاني: أنه لا يحكم بنكوله لهما فيه من إسقاط حق الزوجة وتوقف اليمين على بلوغها لجواز أن يثبت بيمينها ما لا يثبت الولي فيحكم لها به.

وإن كانت الزوجة وقت التحالف بالغة؟

فإن قيل: إن الأب لا يجوز أن يحالف الزوج في حال صغرها فأولى أن لا يحالفها في حال كبرها.

وإذا قيل: له مخالفة الزوج في حال صغرها فأيهما أحق بمخالفة الزوج؟ فيه وجهان: من اختلاف المعنيين في تعليل هذا الوجه:

أحدهما: أن الأب المباشر للعقد هو المحالف للزوج لفضل مباشرته وتعليلاً بقبول اعترافه.

والوجه الثاني: أن الزوجة المالكة هي المحالفة للزوج دون الأب، لاختصاصها بالملك وتعليلاً بأن الأب نائب.

وعلى الوجهين معاً: لو امتنع الأب من اليمين جاز لها مخالفة الزوج وإنما الوجهان: هل يجوز مع بلوغها أن يحلف الأب؟.

فصل: [المسألة الثانية: اختلاف ورثة الزوجين أو أحدهما وورثة الآخر] وأما المسألة الثانية: وهي اختلاف ورثة الزوجين أو أحدهما وورثة الآخر فقد حكى عن أبي حنيفة أنه إذا طالت صحبة الزوجين وحسنت عشرتهما وذهبت عشيرتهما ثم ماتت الزوجة لم يكن لوارثها مطالبة الزوج بصداقها، وحكاه عنه أبو الحسن الكرخي من أصحابه.

وعلى مذهب الشافعي وجمهور الفقهاء لوارثها مطالبة الزوج بصداقها وإن طالت صحبتها لأمرين:

أحدهما: أنه لما جازت مطالبته مع قرب المدة، جازت مع بعدها كالدين.
والثاني: أنه لما جاز للزوجة مطالبته، جاز لوارثها مطالبته، كالمدة القصيرة.

فلذا ثبت أن الصداق باق، وأن للوارث مطالبة الزوج به، فاختلفا في قدره جاز أن يتحالفا عليه، لأن الوارث يقوم مقام موروثه في الاستحقاق فقام مقامه في التحالف فعلى هذا إن تحالف وارثا الزوجين حلفا كتتحالف الزوجين إلا في شيء واحد، وهو أن يمين الزوجين على البت والقطع في النفي والإثبات جميعاً، ويمين الوارثين على نفي العلم في النفي، وعلى القطع في الإثبات، لأن من حلف على فعل نفسه كانت يمينه على القطع في نفيه وإثباته، ومن حلف على فعل غيره كانت يمينه على العلم في نفيه وعلى القطع في إثباته.

فعلى هذا يحلف وارث الزوج فيقول: والله ما أعلمه تزوجها على صداق ألفين، ولقد تزوجها على صداق ألف.

ويقول وارث الزوجة: والله ما أعلمه تزوجها على صداق ألف، ولقد تزوجها على صداق ألفين.

فإن كان الورثة جماعة حلف كل واحد منهم يمينا على ما وصفنا ولم ينب أحدهم عن غيره فيها، فإن حلف بعضهم ونكل بعضهم أجرى على الحالف حكمه وعلى الناكل حكمه.

ولو مات أحد الزوجين وكان الآخر باقياً تحالف الباقي منهما ووارث الميت، وكانت يمين الباقي على القطع في نفيه وإثباته، ويمين الوارث على العلم في نفيه، وعلى القطع في إثباته.

فصل: فأما إذا كان الاختلاف في المهر بين أبوي الزوجين الصغيرين فإن حكم بالصداق في مال الزوج إما ليساره وإما على أحد القولين في إعساره فلا تحالف بينهما، لأن الأب لا يجوز أن يزوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل، ولا يجوز لأب الزوجة الصغيرة أن يزوجها بأقل من مهر المثل، فبطل التحالف ووجب مهر المثل، لأن أبا الزوج لا يجوز أن يزيد عليه، وأبا الزوجة لا يجوز أن ينقص منه.

وإن حكم بالصداق على أبي الزوج جاز التحالف، لأنه يجوز أن يبذل الأب من ماله عن ابنه أكثر من مهر المثل.

فعلى هذا لأبي الزوج أن يحلف مع صغر ابنه ومع كبره، وهل يجوز لأبي الزوجة أن يحلف مع صغرها أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

فصل: وإذا اختلف زوج الأمة وسيدها في قدر صداقها تحالف عليه الزوج والسيد دون الزوجة، لأنه حق للسيد دونها، وكذلك لو كانت الزوجة مدبرة أو أم ولد، ولو كانت مكاتبه كانت هي المحالفة دون السيد، لأن مهر المكاتبه لها، ومهر المدبرة وأم الولد لسيدها.

[القول في اختلاف الزوجين في قبض المهر]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ مَا قَبِضَتْ مَهْرَهَا لِأَنَّ حَقَّ مِنَ الْحُقُوقِ فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِإِقْرَارِ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ وَمَنْ إِلَيْهِ الْحَقُّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا اختلف الزوجان في قبض المهر مع اتفاقهما على قدره، فقال الزوج: قد أقبضتك مهرك، وقالت الزوجة لم أقبضه: فالقول قول الزوجة مع يمينها أنها لم تقبضه، وسواء كان قبل الدخول أو بعده، أو قبل الزفاف أو بعده.

وحكي عن بعض الفقهاء السبعة بالمدينة أنه إن كان قبل الزفاف فالقول قولها، وإن كان بعد الزفاف فالقول قوله .

وقال مالك : إن كان قبل الدخول فالقول قولها ، وإن كان بعد الدخول فالقول قوله استدلالاً بالعرف أنها لا تسلم نفسها غالباً إلا بعد قبض المهر ، فكان الظاهر بعد الدخول والزفاف مع الزوج فقبل قوله ، وقبل الدخول والزفاف مع الزوجة فلم يقبل قوله .

وهذا فاسد لقول النبي ﷺ : **الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ** والزوج مدع فكلف البينة ، والزوجة منكرة فكلفت اليمين ، ولأن من ثبت في ذمته حق لغيره لم يقبل قوله في دفعه كالديون .

فأما الاعتبار بالعادة فغير صحيح ، لأن عادات الناس فيه مختلفة ، ثم لو اتفقت لما تعلق بها حكم ، ألا ترى أن مشتري السلعة إذا ادعى دفع ثمنها بعد قبضها لم يقبل قوله ، وإن جرت العادة بأن السلعة لا تسلم إليه إلا بعد قبض الثمن منه .

ولو ادعى الراهن قضاء الدين بعد رد الرهن عليه ، لم يقبل قوله ، وإن جرت العادة أن الرهن لا يرد إلا بعد قبض الدين ، كذلك الزوجة .

[إذا اختلف الزوجان في نوع المدفوع مهر أو هدية؟]

مسألة : **قَالَ الشَّافِعِيُّ : «فَإِنْ قَالَتِ الْمَرْأَةُ الَّذِي قَبَضْتُ هَدِيَّةً وَقَالَ بَلْ هُوَ مَهْرٌ فَقَدْ أَقْرَبَتْ بِمَالٍ وَادَّعَتْ مِلْكَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا»** .

قال الماوردي : وهذا كما قال .

إذا دفع الزوج إليها مالا ثم اختلفا فيه فقالت الزوجة : أخذته هبة وصدائي باق ، وقال الزوج : بل دفعته صداقاً .

فالقول قول الزوج ، سواء كان من جنس الصداق أو من غيره ، وسواء كان مما جرت العادة بمهاداة الزوج بمثله أم لا .

وقال مالك : إن كان مما جرت العادة أن يهديه الزوج للزوجة كالثوب والمقنعة والطيب والحلى ، فالقول قولها مع يمينها اعتباراً بالعرف ولها المطالبة بمهرها .

وهذا خطأ ، لأن الأموال لا تملك على أربابها بالدعوى ، ولأنها لو ادعت هبة ذلك وقد قبضت مهرها لم يقبل قولها فكذلك قبل قبضه .

وقد مضى الجواب عما استدل به من العرف .

فصل: فإذا ثبت أن القول قول الزوج دونها ، فإن ادعت أنه صرح لها بالهبة كان لها

إحلافه فيكون القول قوله مع يمينه، فإن نكل عن اليمين ردت عليها، وحكم لها إن حلفت.

وإن لم تدع أنه صرح لها بالهبة، بل قالت: نواها وأرادها ولم يتلفظ بها، فلا يمين عليه، لأن الهبة لا تصح بالنية، فلم يلزمه يمين في دعوى هبة فاسدة.

فإذا جعلنا القول قوله: لم يخل حال ما أقبضها من حالين: إما أن يكون من جنس صداقها، لأنه دراهم وقد دفع إليها دراهم، فيكون ذلك بضامن صداقها، وإما أن يكون من غير جنس صداقها، لأنه دراهم وقد دفع إليها دنانير فتكون الدنانير له والصداق عليه، ولا يقبل قوله في أنها أخذت الدنانير بدلاً من صداقها، فإن ادعى ذلك عليها أحلفها.

[القول من أبرأ للزوج من المهر إذا دفعه لولي الزوجة؟]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَبْرَأُ بِدَفْعِ الْمَهْرِ إِلَى أَبِي الْبِكْرِ صَغِيرَةً كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةً الَّتِي يَلِي أَبُوهَا بُضْعَهَا وَمَالَهَا».

قال الماوردي:

اعلم أن الأب إذا قبض مهر ابنته، لم يخل حالها من أحد أمرين:

إما أن يكون مولى عليها أو رشيدة.

فإن كان مولى عليها لصغر أو جنون أو سفه: جاز له قبض مهرها، لاستحقاقه الولاية على مالها، ولو قبضته من زوجها لم يصح، ولم يبرأ الزوج منه إلا أن يبادر الأب إلى أخذه منها، فيبرأ الزوج حينئذ منه.

وإن كانت بالغة عاقلة رشيدة فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون ثيباً لا تجبر على النكاح فليس للأب قبض مهرها إلا بإذنها، فإن قبضه بغير إذنها لم يبرأ الزوج منه، كما لو قبض لها ديناً أو ثمناً.

والضرب الثاني: أن تكون بكرأ يجبرها أبوها على النكاح، فالصحيح أنه لا يملك قبض مهرها إلا بإذنها، فإن قبضه بغير إذن لم يبرأ الزوج منه، وجعل له بعض أصحابنا قبض مهرها لأنه يملك إجبارها على النكاح كالصغيرة.

وقال أبو حنيفة: له قبض مهرها بكرأ كانت أو ثيباً ما لم تنه عنه، وكلا المذهبين عندنا غير صحيح، لأن صداقها دين، فلم يجز أن ينفرد الأب بقبضه مع رشدها كسائر الديون، ولأن ما لم يملك قبض دينها لم يكن له قبض مهرها كغير الأب من الأولياء، ولأنه لو ملك القبض بغير إذن لما أثر فيه النهي كحاله مع الصغيرة، وإذا أثر فيه النهي لم يملكه بغير إذن كالوكيل، والله أعلم.

الشَّرْطُ فِي الْمَهْرِ

مِنْ كِتَابِ الصَّدَاقِ وَمِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ، وَمِنْ الْإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ
[إذا أصدقها ألفاً على أن لا يبها ألفاً]

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا عُقِدَ النِّكَاحُ بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّ لِأَبِيهَا أَلْفًا فَلَمَهْرٌ فَاسِدٌ
لِأَنَّ الْأَلْفَ لَيْسَ بِمَهْرٍ لَهَا وَلَا بِحَقٍّ لَهُ بِاشْتِرَاطِهِ إِبَاءً».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا تزوجها على صدق ألف على أن لأبيها ألفاً، لم يصح الشرط، ولم يلزمه دفع
الألف إلى الأب، ويبطل به الصداق.

وقال قتادة: الصداق صحيح على ألف، والشرط لازم للأب، وعلى الزوج له ألف
بالشرط.

وقال مالك: الشرط باطل في حق الأب، ويصير الألفان معاً صداقاً للزوجة.

والدليل على مالك في بطلان الشرط أن شروط العقود ما كانت في حق المعقود أو
المعقود عليه، وليس الأب واحداً منهما، فلم يصح الشرط له كما لو شرطه أجنبي.

والدليل على قتادة في أن ما شرطه الأب لا يصير صداقاً للزوجة: هو أن ما لم
يجعل صداقاً مسمى لم يجز أن يصير صداقاً مسمى كالمشروط لغير الأب، ولأنه لو جاز
أن يكون ما شرطه للأب، زيادة في الصداق لكان ما شرط على الأب نقصاناً من
الصداق، وهذا باطل في الشرط عليه، فبطل في الشرط له.

فصل: [هل يبطل النكاح ببطلان الصداق؟]

فإذا ثبت أن الشرط باطل في حق الأب بخلاف ما قاله «قتادة»، وباطل في حق
الزوجة بخلاف ما قاله «مالك»، كان الصداق باطلاً، لأن للشرط تأثيراً في النقصان منه،
وقدره مجهول، فأفضى إلى جهالة جميع الصداق، وإذا صار الصداق مجهولاً بطل، ولم
يبطل النكاح، وكان لها مهر المثل.

فإن طلقت قبل الدخول كان لها نصف مهر المثل، لأنه قد سمي لها صداقاً فاسداً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ نَكَحَ امْرَأَةً عَلَى أَلْفٍ وَعَلَى أَنْ يُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفًا كَانَ
جَائِزًا وَلَهَا مَنَعُهُ وَأَخَذَهَا مِنْهُ لِأَنَّهَا هِبَةٌ لَمْ تُقْبَضْ أَوْ وَكَأَلَةٌ».

قال الماوردي: ذكر المزمي هذه المسألة على صورة التي قبلها وخالف بينهما في
الجواب فقال: ولو نكحها على ألف وعلى أن يعطي أباه ألفاً كان جائزاً.

وقال في الأولى: ولو عقد نكاحها بألف على أن لأبيها ألفاً فالمهر فاسد. وهما في الصورة سواء، وفي الجواب مختلفان.

فذهب أكثر أصحابنا إلى أن المزني أخطأ في نقل هذه المسألة، وأن هذا الجواب مسطور للشافعي في الأم في غير هذه المسألة، وهو أن يتزوجها على ألفين على أن يعطي أباه ألفاً منها، أو يعطي أباه ألفاً منها، فإن كانت هي المعطية للألف فهي هبة للأب، وإن كان هو المعطي للألف احتمال أن تكون هبة للأب، واحتمل أن تكون وكالة يتولى قبضها الأب فيكون الصداق جائزاً، لأن جميع الألفين صداق، ولم يؤثر فيه هذا الشرط، لأنه لم يشترط لنفسه عليها، ولا اشترط لها على نفسه.

وإذا لم يكن الشرط على أحد هذين الوجهين لم يؤثر في زيادة الصداق ولا نقصانه، فسلم من الجهالة، فلذلك صح.

فأما ما نقله المزني فخطأ، وجوابه كجواب المسألة الأولى، لتماثلهما في الصورة. والذي عندي أن نقل المزني صحيح، وأنه تناول على ما ذكره، ومحمول الجواب على ما صوروه، لأن في لفظ المسألة دليل على هذا التأويل وهو المفرق بينها وبين المسألة الأولى؛ لأنه قال في هذه ولو تزوجها على ألف وعلى أن يعطي أباه ألفاً، وقال في الأولى: ولو عقد نكاحها بألف على أن لأبيها ألفاً. فجعل لأبيها في هذه المسألة قبض الألف، وجعل لأبيها في المسألة الأولى ملك الألف، فدل على أن الألفين في هذه المسألة صداق للزوجة فلذلك صح، وفي الأولى إحداهما صداق لها والأخرى للأب، فلذلك بطل.

ثم يوضح أن نقل المزني صحيح وأنه محمول على هذا التأويل، ما ذكره في الحكم وبينه من التعليل، لأنه قال: ولها منعه وأخذها منه، وليس لها أن تمنع الزوج من دفع ماله، ولا لها أن تأخذ غير صداقها، فدل على أن الألفين كانت صداقاً لها، ثم بين في التعليل فقال: لأنها هبة لم تقبض، أو وكالة لم تتم، فدل على أن الشرط كان معقوداً على أن تهب هي من الألفين ألفاً لأبيها، أو توكله في قبضها فكانت على خيارها في أن تتم الهبة بالقبض أو ترجع فيها، أو تتم الوكالة أو تبطلها.

وقد ذكر الشافعي مثل هذه المسألة في كتاب الأم يريد بها ما ذكرنا من التأويل فقال: ولو أصدقها ألفين على أن يعطي أباه ألفاً وأمه ألفاً كان الكل للزوجة وإنما يكون الكل لها إذا كان الكل صداقاً تكون لها بالتسمية لا بالشرط بخلاف ما قال مالك. [فصل: في الشروط التي تدخل النكاح]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَصْدَقَهَا أَلْفًا عَلَى أَنَّ لَهَا أَنْ تَخْرُجَ أَوْ عَلَى أَنْ لَا يَخْرُجَهَا مِنْ بَلَدِهَا أَوْ عَلَى أَنْ لَا يَنْكِحَ عَلَيْهَا أَوْ لَا يَتَسَرَّى أَوْ شَرَطَتْ عَلَيْهِ مَنَعَ مَالِهِ أَنْ يَفْعَلَهُ فَلَهَا مَهْرٌ

مِثْلَهَا فِي ذَلِكَ كُلِّهِ فَإِنْ كَانَ قَدْ زَادَهَا عَلَى مَهْرٍ مِثْلِهَا وَزَادَهَا الشَّرْطُ أَبْطَلْتُ الشَّرْطَ وَلَمْ أَجْعَلْ لَهَا الزِّيَادَةَ لِفَسَادِ عَقْدِ الْمَهْرِ بِالشَّرْطِ أَلَّا تَرَى لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا بِمِائَةِ دِينَارٍ وَزِقَ خَمْرٍ فَمَاتَ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَرَضِيَ الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْمِائَةَ وَيُنْطَلَّ الزَّقُّ الْخَمْرَ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ التَّمَنَّ أَنْعَقَدَ بِمَا لَا يَجُوزُ فَبَطُلَ وَكَانَتْ لَهُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ» .

قال الماوردي: اعلم أن الشرط في النكاح ضربان: جائز، ومحظور.

فأما الجائز: فما وافق حكم الشرع في مطلق العقد، مثل أن يشترط عليها أن له أن يتسرى عليها، أو يتزوج عليها، أو يسافر بها، أو أن يطلقها إذا شاء، أو أن تشتري هي عليه، أو يوفيه صداقها، أو أن ينفق عليها نفقة مثلها، أو يقسم لها مع نسائه بالسوية .

فكل هذه الشروط جائزة، والنكاح معها صحيح، والمسمى فيه من الصداق لازم، لأن ما شرطه الزوج منها لنفسه يجوز له فعله بغير شرط فكان أولى بأن يجوز مع الشرط .

وما شرطته الزوجة عليه يلزمه بغير شرط فكان أولى أن يلزمه الشرط، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ أَحَقَّ مَا وَفَيْتُمْ بِهِ مِنَ الشُّرُوطِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»^(١).

وأما المحظور منها: فمردود، لقول النبي ﷺ: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَلَوْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ، شَرْطُ اللَّهِ أَحَقُّ وَعَقْدُهُ أَوْثَقُ»^(٢).

وروي عنه ﷺ أنه قال: «الْمُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا»^(٣).

والشروط المحظورة تنقسم أربعة أقسام:

أحدها: ما يبطل به النكاح .

والثاني: ما يبطل به الصداق .

والثالث: ما يختلف حكمه لاختلاف مشروطه .

والرابع: ما اختلف أصحابنا فيه .

-
- (١) وأخرجه مسلم في كتاب النكاح (٦٣) والنسائي (٩٣/٦) وأبو داود (٢١٣٩) .
 وأخرجه الطبراني في الكبير (٢٧٤/١٧) وسعيد بن منصور في السنن (٦٥٨) والترمذي (١١٢٧) وابن ماجه (١٩٥٤) والبيهقي (٢٤٨/٧) وأحمد (١٤٤/٤) والدارمي (١٤٣/٢) .
 (٢) أخرجه النسائي (كتاب الطلاق باب الإيلاء) (١٣٢/١) وابن ماجه (٢٥٢١) وأحمد (٢١٣/٦) والبيهقي والطبراني في الكبير (١١/١١) وابن عبد البر (١١٧/٧) .
 (٣) أخرجه أبو داود (كتاب الأقضية باب ١٢) والترمذي (١٣٥٣) والبيهقي (٧٩/٦) والحاكم (٤٩/٢) والدارقطني (٢٧/٣) وابن عبد البر في التمهيد (١١٥/٧) .

فصل: [القول في الشروط التي تبطل النكاح]

فأما القسم الأول: وهو ما يبطل النكاح فهو كل شرط رفع مقصود العقد، مثل أن يتزوجها على أنها طالق رأس الشهر، أو إذا قدم زيد، أو على أن الطلاق بيدها تطلق نفسها متى شاءت.

فالنكاح بهذه الشروط باطل، سواء كانت هذه الشروط من جهته أو من جهتها، لأنها رافعة لمقصود العقد من البقاء والاستدامة فصار النكاح بها مقدر المدة، فجرى مجرى نكاح المتعة، فكان باطلاً.

فصل: [القول في الشروط التي تبطل الصداق دون النكاح]

وأما القسم الثاني: وهو ما يبطل الصداق دون النكاح: فهو كل شرط خالف حكم العقد، وهو على ضربين:

أحدهما: ما كان من جهة الزوج.

والثاني: ما كان من جهة الزوجة.

فأما ما كان من جهة الزوج: فمثل أن يتزوجها على أن لا يقسم لها مع نسائه، أو على أن تخفف عنه نفقتها وكسوتها، أو تنظره بهما.

وفي حكم ذلك: أن يشترط عليها أن لا تكلم أباه ولا أخاها، فهذه كلها شروط باطلة، لأنها من الشروط التي تحلل حراماً أو تحرم حلالاً، واختصت بالصداق دون النكاح، لأن مقصود النكاح موجود معها، فوجب أن يبطل الصداق بها، لأنها قابلت منه جزءاً إذ كأنه زادها فيه لأجلها.

وإذا أوجب بطلانها بطل ما قابلها منه وهو مجهول، صار الباقي بها مجهولاً، فبطل، وكان لها مهر المثل، سواء كان أكثر مما سمي أو أقل.

وقال أبو حنيفة: إن كان مهر المثل أكثر من المسمى لم أوجب لها إلا المسمى وهو قول أبي علي بن خيران من أصحابنا، لأنها رضيت به مع اشتراطه عليها فلأن ترضى به مع عدم الشروط أولى.

وهذا فاسد، لأن سقوط المسمى بالفساد إذا أوجب الرجوع إلى القيمة استحقت وإن كانت أكثر من المسمى كمن قبض عبداً اشتراه بألف على شروط فاسدة شرطها على بائعه ثم تلف العبد في يده وقيمته أكثر من ثمنه استحقت عليه القيمة دون المسمى وإن كانت القيمة أكثر، كذلك هاهنا.

وأما ما كان من جهة الزوجة.

فمثل أن تشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو أن لا يتسرى بالإماء وأن لا يسافر بها.

فهذه شروط فاسدة لأنها منعت مما له فعله، وتوجهت إلى الصداق دون وجود مقصود النكاح معها.

وإذا كان كذلك فللصداق المسمى حالان:

أحدهما: أن يكون أقل من مهر المثل، فيبطل المسمى لبطلان الشروط التي قابلها جزء منه فصار به مجهولاً، ويجب لها مهر المثل.
والحال الثانية: أن يكون المسمى من الصداق أكثر من مهر المثل ففيما تستحقه وجهان:

أحدهما: وهو الأصح أنها تستحق مهر المثل تعليلاً بما ذكرنا من بطلان المسمى بما قابله من الشروط التي صار بها مجهولاً.

والوجه الثاني: وهو قول المزني أنها تستحق المسمى لأن لا يجتمع عليها بخسان: بخس بإسقاط الشروط، وبخس بنقصان المهر.

ولأنها لم ترض مع ما شرطت إلا بزيادة ما سمت فإذا منعت الشروط لم تمنع المسمى.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو ما يختلف حكمه باختلاف مشروطه، فهو ما منع مقصود العقد في إحدى الجهتين دون الأخرى، فمثل أن يتزوجها على أن لا يطأها فإن كان الشرط من جهتها، فتزوجته على أن لا يطأها فالنكاح باطل، لأنها قد منعت ما استحقه عليها، من مقصود العقد.

وإن كان الشرط من جهته، فتزوجها على أن لا يطأها فالنكاح على مذهب الشافعي صحيح، لأن له الامتناع من وطئها بغير شرط، فلم يكن في الشرط منع من موجب العقد.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: على الزوج أن يطأها في النكاح مرة واحدة، على قوله إذا شرط عليها أن لا يطأها يبطل النكاح كما لو شرطت عليه أن لا يطأها.

وليس هذا بصحيح لما ذكره في باب العنين.

فأما إذا كان الشرط أن يطأها ليلاً دون النهار، فقد حكى أبو الطيب بن سلمة عن أبي القاسم الأنماطي أنه إن شرط الزوج عليها ذلك صح الشرط، لأنه له أن يفعل ذلك من غير شرط، وإن شرطت الزوجة ذلك بطل النكاح، لأنه يمنع مقصود العقد، وهذا صحيح. ولا يخالف فيه أبو علي بن أبي هريرة.

فأما إن كان الشرط أن لا يقسم لها:

فإن كان من جهتها صح النكاح، لأن لها العفو عن القسم.

وإن كان من جهته بطل النكاح إن كان معها غيرها، وصح إن انفرد بنفسها، لأنها تستحق القسم مع غيرها ولا تستحقه بانفرادها.

وأما إن كان الشرط أن لا يدخل عليها سنة:

فقد قال الربيع: إن كان الشرط من جهته صح النكاح، لأن له أن يمنع من الدخول بغير شرط، وإن كان من جهتها بطل النكاح، لأنه ليس لها أن تمنعه من غير شرط، فصار الشرط مانعاً من مقصود العقد.

وعلى هذا التقدير لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر فإن كان الشرط من جهة الزوج صح العقد، لأن له أن يطلقها من غير شرط، وإن كان من جهة الزوجة بطل العقد، لأنه منع من استدامة العقد. ولو تزوجها على أن يخالعا بعد شهر.

فإن كان الشرط من جهتها بطل العقد، وإن كان من جهته ففي بطلانه وجهان:

أحدهما: أن العقد باطل، لأنه قد أوجب عليها بالخلع بذل ما لا يلزمها.

والوجه الثاني: أن العقد صحيح، لأنه شرط لم يمنع من مقصود العقد، فصار عائداً إلى الصداق، قبطل به الصداق، وكان لها مهر المثل.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو ما اختلف أصحابنا فيه فهو ما رفع بدل المقصود بالعقد وذلك شأن الصداق والنفقة.

فإذا تزوجها على أن لا نفقة لها أبد.

فإن كان الشرط من جهتها توجه إلى الصداق دون النكاح، لأنه حق لها إن تركته جاز، فلذلك توجه إلى الصداق دون النكاح فيبطل الصداق ببطلان الشرط في النفقة، وهو باطل باشتراط سقوطه، والنكاح جائز ولها مهر المثل والنفقة.

وإن كان الشرط من جهة الزوج فهل يقدر في صحة النكاح أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه قاذح في صحة النكاح فيكون باطلاً، لأن ذلك مقصود العقد من جهة الزوجة فصار كالولي الذي هو مقصود العقد من جهة الزوج.

والوجه الثاني: أنه غير قاذح في صحة النكاح، لجواز خلو النكاح من صداق ونفقة، فعلى هذا يختص هذا الشرط بفساد الصداق دون النكاح، ويحكم لها بمهر المثل. والله أعلم.

[القول في شروط الخيار في النكاح]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَصْدَقَهَا دَارًا وَاشْتَرَطَ لَهَا أَوْ لَهَا خِيَارَ فِيهَا كَانَ الْمَهْرُ

فَأَسِيدًا».

قال الماوردي: اعلم أن عقد النكاح لا يدخله خيار المجلس، ولا خيار الثلاث لأنه ينعقد ناجزاً لا تقصد فيه المغابنة والخيار موضوع لاستدراك المغابنة.

فإن شرط فيه أحد الخيارين فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشترطه أو أحدهما في عقد النكاح، فالنكاح باطل باشرطه فيه لمنافاته له في اللزوم.

والضرب الثاني: أن يكون مشروطاً في الصداق دون النكاح، فقد قال الشافعي في الأم، ونقله المزني هاهنا: أن الصداق باطل والنكاح جائز.

وقال في الإملاء: النكاح باطل.

فاختلف أصحابنا في اختلاف نصه في هذين الموضوعين:

فخرجه أبو علي بن أبي هريرة على قولين:

أحدهما: أن الصداق باطل والنكاح جائز، لأن بطلان الصداق لا يقدر في صحة النكاح.

والقول الثاني: أن النكاح باطل لبطلان الصداق، ولم يحك عن الشافعي أنه أبطل النكاح لبطلان الصداق إلا في هذا الموضوع؛ لأن دخول الخيار في البطل كدخوله في المبدل.

وقال سائر أصحابنا: ليس ذلك على اختلاف قولين وإنما هو على اختلاف حالين.

فالموضع الذي أبطل فيه النكاح إذا كان الخيار مشروطاً في النكاح.

والموضع الذي أبطل فيه الصداق وأجاز النكاح، إذا كان الخيار مشروطاً في الصداق دون النكاح لأن الصداق عقد يصح إفراده عن النكاح كما يصح إفراد النكاح عنه فلم يوجب بطلان الصداق بطلان النكاح.

فإذا قيل ببطلان النكاح، فلا مهر، فإن أصابها فعليه مهر مثلها. وإذا قيل بصحة النكاح: فقد حكى أبو حامد الإسفراييني في الصداق والخيار لأصحابنا ثلاثة أوجه: ولم أر غيره يحكيه، لأن نص الشافعي لا يقتضيه:

أحدها: هو أن الخيار باطل والصداق باطل، ولها مهر مثلها، لأنه لما امتنع دخول الخيار في النكاح امتنع دخوله في بدله، والخيار إذا دخل فيما ينافيه أبطله.

والوجه الثاني: وهو خلاف نصه: أن الصداق جائز، والخيار ثابت، لأن الصداق عقد معاوضة يصح إفراده فجري حكمه حكم الخيار فيه مجراه في عقود المعاوضات.

والوجه الثالث: أن الخيار باطل والصداق جائز، لأن الصداق تبع للنكاح فيثبت ثبوته، ولم يقدح فيه بطلان الشرط.

فصل: فأما إذا تزوجها على صداق ألف على أنه إن جاءها بالألف في يوم كذا وإلا فلا نكاح بينهما، فهذا نكاح باطل، وصداق باطل، وشرط باطل.

وحكي عن طاوس وسفيان الثوري: أن الشرط باطل والنكاح جائز.

وحكي عن ابن عباس والأوزاعي: أن النكاح جائز والشرط ثابت. وهذا قول فاسد بما قدمناه في كتاب البيوع.

[ضمان نفقة الزوجة من الزوج الملط]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ ضَمِنَ نَفَقَتَهَا أَبُو الزَّوْجِ عَشْرَ سِنِينَ فِي كُلِّ سَنَةٍ كَذَا لَمْ يَجْزُ ضَمَانُ مَا لَمْ يَجِبْ وَأَنَّهُ مَرَّةٌ أَقَلُّ وَمَرَّةٌ أَكْثَرُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا كان الزوج ملطاً بنفقة زوجته وضمنها عنه أبوه أو غير أبيه من جميع الناس فسواء.

وهو على ضربين:

أحدهما: أن يضمن نفقة ما مضى من الزمان، فهذا ضمان مال قد وجب واستقر، فيصح ضمانه إذا كان معلوم القدر، ومن جنس يستقر ثبوته في الذمة.

والضرب الثاني: أن يضمن نفقة المستقبل، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون مجهول المدة، مثل أن يضمن لها نفقتها أبداً، فهذا ضمان باطل، لأن ضمان المجهول باطل.

والضرب الثاني: أن يكون معلوم المدة مثل أن يضمن لها نفقتها عشر سنين ففي الضمان قولان، بناء على اختلاف قولني الشافعي في نفقة الزوجة بماذا وجبت.

فأحد قولي وهو في القديم وهو قول مالك: أنها وجبت بالعقد وحده وتستحق قبضها بالتمكين الحادث بعده كالصداق الواجب بالعقد والمستحق بالتمكين.

والقول الثاني وهو قوله في الجديد: أنها تجب بالتمكين الحادث بعد العقد، وبه قال أبو حنيفة بخلاف الصداق، لأن الصداق في مقابلة العقد فصار واجباً بالعقد، والنفقة في مقابلة الاستمتاع فصارت واجبة بالاستمتاع.

فإذا تقرر هذان القولان في وجوب النفقة كان ضمانها مبنياً عليهما.

فإن قلنا: إنها لا تجب إلا بالتمكين يوماً بيوم، فضمانها باطل، لأنه ضمان ما لم يجب وقد يجب بالتمكين، وقد لا يجب بعده.

وإذا قلنا: إنها وقد وجبت بالعقد جملة وتستحق قبضها بالتمكين يوماً بيوم، صح ضمانها بشرطين:

أحدهما: أن يكون ضمانه للقوت الذي هو الحب من الحنطة أو الشعير بحسب قوت بلدهم دون الأدم والكسوة، لأنهما لا يضبطان بصفة ولا يتقدران بقيمة فإن قدرهما الحاكم بقيمة جعلهما دراهم معلومة لم يصح ضمانها أيضاً، لأنه وإن قومها فهي مقومة لوقتها دون المستقبل، وقد تزيد القيمة في المستقبل فيكون للزوجة المطالبة بفضل القيمة، وقد ينقص فيكون للزوج أن ينقصها من القيمة.

والشرط الثاني: أن يكون ضمانه لنفقة المعسر التي لا تسقط عن الزوج باختلاف أحواله وهي مد واحد في كل يوم، فإن ضمن لها نفقة موسر وهي مدان، أو نفقة متوسط وهي مد ونصف فالزيادة على نفقة المعسر قد تجب إن أيسر، وقد لا تجب إن أعسر، فصار ضمانها ضمان ما لم يجب، فعلى هذا يكون الضمان فيما زاد على المد في نفقة المعسر باطلاً، وهل يبطل في المد الذي هو نفقة المعسر أم لا؟ على قولين من تفريق الصفة، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ ضَمِنْتُ لِكَ مَا دَايَنْتُ بِهِ فَلَنَا أَوْ مَا وَجِبَ لِكَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ ضَمِنَ مَا لَمْ يَكُنْ وَمَا يَجْهَلُ».**

قال الماوردي: وهذه مسألة من الضمان أوردها المزني هاهنا، لأنه أصل يبني عليه ضمان النفقة.

وضمان الأموال على ضربين:

أحدهما: ضمان ما وجب.

والثاني: ضمان ما لم يجب.

فأما ضمان ما وجب فضربان: معلوم ومجهول.

فإن كان معلوماً صح. وإن كان مجهولاً بطل.

وأما ضمان ما لم يجب كقوله: من عامل فلاناً وداينه فعلي ضمان دينه.

فمذهب الشافعي: أنه ضمان باطل، سواء عين المداين أو لم يعينه، وسواء ذكر للدين قدرأ أو لم يذكره، لأن الضمان لازم إن صح، وما لم يجب فليس بلازم فلم يصح ضمانه.

فإن قيل : أفليس ضمان الدرك صحيح وهو ضمان ما لم يجب ؟ .

قيل : الدرك إذا استحق فوجوبه قبل الضمان وهو معلوم القدر، فصار ضمانه ضماناً واجباً معلوماً .

فهذا مذهب الشافعي في ضمان ما لم يجب وليس بواجب في الحال أنه باطل .

وقال أبو إسحاق المروزي : يصح ضمان ما لم يجب بشرطين :

أحدهما : أن يكون لإنسان معين ، فإن كان لغير معين لم يصح .

والثاني : أن يكون في معلوم مقدر ، فإن كان في غير مقدر لم يصح اعتباراً بضمنان الدرك .

وليس لهذا الجمع وجه ، والفرق بينهما : أن استحقاق الدرك يقتضي وجوبه قبل

الضمان فصح ، وما تعامل به مستحق بعد الضمان فلم يصح ، والله أعلم .

باب عَفْوِ الْمَهْرِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْجَامِعِ وَمِنْ كِتَابِ الصَّدَاقِ، وَمِنْ الْإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ
يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ (قَالَ) وَالَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ الزَّوْجُ وَذَلِكَ أَنَّهُ إِنَّمَا يَعْفُو
مَنْ مَلَكَ فَجَعَلَ لَهَا مِمَّا وَجِبَ لَهَا مِنْ نِصْفِ الْمَهْرِ أَنْ تَعْفُوَ وَجَعَلَ لَهُ أَنْ يَعْفُوَ بِأَنْ يُتِمَّ لَهَا
الصَّدَاقَ وَبَلَّغْنَا عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ الزَّوْجُ وَهُوَ
قَوْلُ شُرَيْحٍ وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ وَرُؤْيٍ عَنْ ابْنِ الْمُسَيَّبِ وَهُوَ قَوْلُ مُجَاهِدٍ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ
اللَّهُ فَأَمَّا أَبُو الْبَكْرِ وَأَبُو الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ فَلَا يَجُوزُ عَفْوُهُمَا كَمَا لَا تَجُوزُ لَهُمَا هِبَةٌ أَمْوَالِهِمَا» .

قال الماوردي: وأصل هذا قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ
وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٧]. وهذا خطاب للأزواج في طلاق النساء قبل
الدخول، وهو أولى الطلاقين لمن كان قبل الدخول كارهاً.

ثم قال: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ يعني: سميتم لهن صداقاً: ﴿فَنِصْفُ مَا
فَرَضْتُمْ﴾ فيه تأويلان:

أحدهما: فنصف ما فرضتم لكم تسترجعونه منهن .

والثاني: فنصف ما فرضتم لهن ليس عليكم غيره لهن .

ثم قال: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا﴾ وهذا خطاب للزوجات عدل به بعد ذكر الأزواج
إليهن وندبهن فيه إلى العفو عن حقهن من نصف الصداق، ليكون عفو الزوجة ادعى إلى
خطبتها، وترغيب الأزواج فيها .

ثم قال: ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ وفيه قولان للشافعي:

أحدهما: وهو قوله في القديم: أن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي أبو البكر

الصغيرة أو جدها، لأنه لما ندب الكبيرة إلى العفو ندب ولي الصغيرة إلى مثله، ليتساويا
في ترغيب الأزواج فيهما .

وهو في الصحابة قول ابن عباس، وفي التابعين قول الحسن، ومجاهد، وعكرمة، وطاوس.

وفي الفقهاء قول ربيعة، ومالك، وأحمد بن حنبل.

والقول الثاني وهو قوله في الجديد: أن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج، ندبه الله تعالى إلى العفو كما ندبها، ليكون عفوّه ترغيباً للنساء فيه، كما كان عفوها ترغيباً للرجال فيها.

وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب وجبير بن مطعم.

ومن التابعين: شريح، وسعيد بن جبير، وسعيد بن المسيب، والشعبي.

ومن الفقهاء: قول سفيان الثوري، وابن أبي ليلى، وأبي حنيفة.

ثم قال: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة: ٢٣٧]. وفي المقصود بهذا الخطاب قولان لأهل التأويل:

أحدهما: أنه خطاب للزوج والزوجة، وهو قول ابن عباس.

فيكون العفو الأول خطاباً للزوجة، والعفو الثاني خطاباً للزوج، والعفو الثالث خطاباً لهما.

والقول الثاني: أنه خطاب للزوج وحده، وهذا قول الشعبي فيكون العفو الأول خطاباً للكبيرة، والعفو الثاني خطاباً لولي الصغيرة، والعفو الثالث خطاباً للزوج وحده.

وفي قوله: ﴿أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ تأويلان:

أحدهما: أقرب لانتقاء كل واحد منهما ظلم صاحبه.

والثاني: أقرب إلى اتقاء أوامر الله تعالى في ندبه.

ثم قال: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ أي تفضل كل واحد من الزوجين على صاحبه

بما ندب إليه من العفو ونبه على استعمال مثله في كل حق بين متخاصمين.

فهذا تأويل الآية.

فصل: فأما توجيه القولين في الذي بيده عقدة النكاح: فاستدل من نصر قوله في

القديم أنه ولي الصغيرة، وهو مذهب مالك من الآية بأربعة دلائل:

أحدها: أنه افتتحها بخطاب الأزواج مواجهة، ثم عدل بقول: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ إلى

خطاب الزوجات كناية، ثم أرسل قوله: ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ خطاباً لمكني

عنه غير مواجه، والخطاب إذا عدل به عن المواجهة إلى الكناية اقتضى ظاهره أن يتوجه إلى غير المواجه، والزوج موجه فلم تعد إليه الكناية، والزوجة قد تقدم حكمها، ولفظ الكناية مذكر فلم يجوز أن يعود إليها فلم يبق من يتوجه الخطاب إليه غير الولي.

والدليل الثاني من الآية قوله: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ وليس أحد بعد الطلاق بيده عقدة النكاح، إلا الولي، لأنه يملك أن يزوجه، فاقضى أن يتوجه الخطاب إليه ولا يتوجه إلى الزوج الذي ليس العقد إليه، ليكون الخطاب محمولاً على الحقيقة من غير إضمار، ولا يحمل على مجاز وإضمار.

والدليل الثالث من الآية: أن الذي يختص به الولي من النكاح أن يملك عقده، والذي يختص به الزوج أن يملك الاستمتاع بعده، فكان حمل الذي بيده عقدة النكاح على الولي الذي يملك عقده أولى من حمله على الزوج الذي يملك الاستمتاع بعده.

والدليل الرابع من الآية: أن الزوج غارم للباقي من نصف الصداق في حق الزوجة تقبضه الكبيرة وولي الصغيرة فكان توجه العفو إلى مستحق انغرم أولى من توجهه إلى ملتزم انغرم، ولأن الله تعالى إنما ندب الزوجة إلى العفو لما تحظى به من رغبة الأزواج فيها، فاقضى أن يكون ولي الصغيرة مندوباً إلى مثل ما ندبت إليه الكبيرة ليتساويا في عود الحظ إليهما بترغيب الأزواج فيهما.

فصل: والدليل على صحة قوله في الجديد: أن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج دون الولي الآية ومنها خمسة أدلة:

أحدها: قوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ والعقدة عبارة عن الأمر المنعقد، ومنه حبل معقود، وعهد معقود، لما قد استقر عقده ونجز، والنكاح بعد العقد يكون بيد الزوج دون الولي.

والثاني: أنه أمر بالعفو، قال الشافعي: وإنما يعفو من ملك والزوج هو المالك دون الولي، فاقضى أن يتوجه الخطاب بالعفو إليه لا إلى الولي.

والثالث: أن حقيقة العفو هو الترك، وذلك لا يصح إلا من الزوج، لأنه ملك بالطلاق أن يملك نصف الصداق، فإذا ترك أن يملك لم يملك، فأما الولي فعفوه إما أن يكون هبة إن كان عيناً، أو إبراء إن كان في الدمة فصار حقيقة العفو أخص بالزوج من حمله على المجاز في الولي.

والرابع: أنه إذا توجه بالعفو إلى الزوج كان محمولاً على عمومته في كل زوج مطلق، وإذا توجه إلى الولي كان محمولاً على بعض الأولياء في بعض الزوجات وهو الأب والجد من بين سائر الأولياء مع الصغيرة البكر التي لم يدخل بها دون سائر

الزوجات، فكان حمل الخطاب على ما يوجب العموم أولى من حمله على ما يوجب الخصوص.

والخامس قوله: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ وهذا الخطاب غير متوجه إلى الولي، لأن قربه من التقوى أن يحفظ مال من يلي عليه لا أن يعفو عنه ويبرأ منه، فدل على أنه الزوج دون الولي وهو راجع على ما تقدمه فاقضى أن يكون المتقدم قبله الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج.

ويدل عليه من طريق السنة: ما رواه ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «وَلِيَّ عَقْدِ النِّكَاحِ الزَّوْجُ» وهذا نص.

ولأنه إجماع الصحابة، روى شريح عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن الذي بيده عقدة النكاح الزوج.

وروى أبو سلمة عن جبير بن معطم أنه تزوج امرأة من بني فهر فطلقها قبل الدخول بها، وأرسل إليها صداقها كاملاً، وقال: أنا أحق بالعفو منها، لأن الله تعالى يقول: ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾.

وهذا قول صحابييين، فإن قيل: خالفهما ابن عباس.

قيل: قد اختلفت عنه الرواية فتعارضتا وثبت خلافه فصار الإجماع بغيره منعقداً.

ومن طريق الاستدلال أن الزوجين متكافئان فيما أمرا به وندبا إليه، فلما نذبت الزوجة إلى العفو ترغيباً للرجال فيها اقتضى أن يكون الزوج مندوباً إلى مثله ترغيباً للنساء فيه، ولأنه لو ملك الأب العفو لملكه غيره من الأولياء، ولو ملكه في البكر لملكه في الثيب، ولو ملكه قبل الدخول لملكه بعده، ولو ملكه بعد الطلاق لملكه قبله، ولو ملكه في المهر لملكه في الدين.

وتحريره قياساً: أن من لم يملك العفو عن مهرها إذا كانت ثيباً لم يملكه إذا كانت بكرًا كالإخوة والأعمام طرداً، وكالسيد في أمته عكساً.

فإن قيل: فإنما اختص به الأب في البكر لاختصاصه بإجبارها على النكاح.

قيل: قد يملك إجبار المجنونة والبكر ولا يملك العفو عن صداقها، ولأن من لم يملك العفو عن المهر بعد الدخول لم يملكه قبله، كالصغيرة طرداً والكبيرة عكساً.

فإن قيل: إنما لم يملكه بعد الدخول لاستهلاك بضعها بالدخول.

قيل: لا فرق في رد عفوّه بين ما كان في مقابلة رد بدل كالثمن، وبين ما كان بغير بدل كالميراث.

ولأنه مال للمولى عليه فلم يكن لوليه العفو عنه كالثمن .
فإن قيل : إنما عفا عن المهر ، لأنه أفادها إياه .

قيل : لو اتجر لها بمال لم يكن له أن يعفو عن ربحه وإن أفادها إياه .
فصل : فإذا تقرر توجيه القولين .

فإن قلنا بالقديم : إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي صح عفوهُ باجتماع خمسة شرائط :

أحدها : أن يكون الولي أباً أو جدّاً ممن يلي على بضعها ومالها ، فإن عفا غيرهما من العصابات لم يصح .

والثاني : أن تكون المرأة بكرّاً يصح إجبار الأب لها على النكاح ، فإن كانت ثيباً لم يصح .

والثالث : أن تكون صغيرة ثبتت الولاية على مالها ، فإن كانت كبيرة تملك النظر في مالها لم يصح .

والرابع : أن يكون عفوهُ بعد الطلاق الذي تملك به نفسها ، فإن عفا قبله لم يصح .
والخامس : أن يكون الطلاق قبل الدخول ، لأن لا يستهلك عليها بضعها ، فإن كان بعد الدخول لم يصح .

فإذا اجتمعت هذه الشروط الخمسة صح حينئذ عفوهُ .

وإذا قلنا : إنه الزوج صح عفوهُ ، لجواز أمره بالبلوغ ، والعقل ، والحرية والرشد .
فأما الصغير : فلا تبين زوجته منه بالطلاق ، ولأن طلاقه لا يقع ، وتبين منه بالردة أو بالرضاع ، فإن كان ذلك قبل الدخول عاد جميع صداقها إليه لوقوع الفرقة من جهتها قبل الدخول .

وإن كان مجنوناً وقعت الفرقة بردتها لا غير ، فإن كان ذلك قبل الدخول فلا صداق لها .

وإن كان عبداً وقعت الفرقة بطلاقه ، فيكون في وقوعه كالحر ، وتقع الفرقة بردتها .
وإن كان محجوراً عليه بسفه وقعت الفرقة بطلاقه وبردتها فلا يصح عفو واحد من هؤلاء .

ويصح عفو سيد العبد فأما عفو ولي الصغير والمجنون والسفيه فلا يصح قولاً واحداً ، وإن كان عفو ولي الزوجة على قولين .

والفرق بينهما من وجهين :

أحدهما: أن ولي الزوجة هو الذي أكسبها الصداق بعقده، فصح منه إسقاطه بعقده، وولي الزوج ما أكسبه ما عاد من الصداق إليه فلم يصح عفو عنه.

والثاني: أن ما عاد من الزوج قد كان ماله فلم يجوز أن يعفو عنه بعد عوده، وصداق الزوجة ملك مستفاد فصح عفو بعد استحقاقه، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأَيُّ الزَّوْجَيْنِ عَفَا عَمَّا فِي يَدَيْهِ فَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الدَّفْعِ أَوْ الرَّدِّ وَالتَّمَامُ أَفْضَلُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا طلق الرجل الرشيد زوجته الرشيدة قبل الدخول تنصف الصداق بينهما، فكان لها نصفه بالعقد، وصار للزوج نصفه، وفيما يصير به مالاً لنصفه قولان مضيأ:

أحدهما: أنه يصير مالاً لنصفه بنفس الطلاق.

والقول الثاني: أنه ملك بالطلاق أن يتملك نصف الصداق.

فإن لم يعف واحد منهما عن حقه تقاسماه عيناً كان أو في الذمة، وإن عفا واحد منهما فلا يخلو حال الصداق من أن يكون عيناً أو في الذمة.

فإن كان الصداق في الذمة فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون في ذمة الزوج، وذلك من أحد وجهين.

- إما أن يكون قد أصدقها مالاً في الذمة.

- أو أصدقها عيناً تلفت في يده فصار غرمها في الذمة.

فلا يخلو حال العافي من أن يكون هو الزوج أو الزوجة.

- فإن كان العافي هي الزوجة، فعفوها يكون إبراءً محضاً، ويصح بأحد ستة

ألفاظ: .

إما أن تقول: قد عفوت، أو قد أبرأت، أو قد تركت، أو قد أسقطت، أو قد

ملكته، أو قد وهبت.

فبأي هذه الألفاظ الستة أبرأته صح ولم تفتقر إلى قبوله على مذهب الشافعي وأكثر

أصحابنا.

وقال بعض أصحابه منهم أبو العباس بن رجاء البصري: الإبراء لا يتم إلا بالقبول

كالهبة وهذا قول أبي حنيفة.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه إسقاط ملك فأشبه العتق.

والثاني: أنه عفو فأشبه العفو عن القصاص والشفعة.

وإن كان العافي هو الزوج: فعفوه هبة محضة لا يصح من الألفاظ الستة إلا بإحدى لفظين: إما الهبة وإما التمليك، ولا يتم إلا بثلاثة أشياء:
ببذل الزوج، وقبول الزوجة، وقبض من الزوج أو وكيله فيه إلى الزوجة أو وكيلها فيه.

فإن لم تقبض فله الرجوع، وهو معنى قول الشافعي: فله الرجوع قبل الدفع.

فصل: والضرب الثاني: أن يكون الصداق في ذمة الزوجة، وذلك بأن تستهلكه بعد قبضه فيصير نصفه المستحق: بالطلاق في أحد الوجهين، أو باختيار تملكه بعد الطلاق في الوجه الثاني، ملكاً للزوج، فلا يخلو أن يكون العافي منهما هو الزوج أو الزوجة:

- فإن كان العافي هو الزوج، ترتب عفوه على اختلاف القولين فيما ملك بالطلاق، فإن قيل: إنه ملك بالطلاق نصف الصداق كان عفوه إبراء محضاً يصح بأحد الألفاظ الستة: إما بالعفو، أو بالإبراء، أو بالترك، أو بالإسقاط، أو التمليك، أو الهبة، وفي اعتبار قبولها وجهان على ما مضى.

وإن قيل: إنه ملك بالطلاق أن يملك نصف الصداق، كان عفوه إبطالاً لتملك الصداق، فيصح بالألفاظ الستة التي يصح بها الإبراء، أو يصح بزيادة لفظتين وهما: الإحلال، والإباحة، فيصير عفوه بأحد ثمانية ألفاظ، ولا يفترق إلى القبول وجهاً واحداً لا يختلف أصحابنا فيه، كما لا يفترق العفو عن الشفعة والقصاص إلى قبول.

- وإن كان العافي منهما هي الزوجة، فعفوها هبة محضة تصح بإحدى لفظين: إما الهبة أو التمليك، ولا تتم إلا بثلاثة أشياء: بالبذل، والقبول، والقبض. فإن عفا الزوجان جميعاً نظر.

- فإن كان في ذمة الزوج غلب عفو الزوجة على عفو الزوج، لأن عفو الزوجة إبراء وعفو الزوج هبة.

- وإن كان في ذمة الزوجة غلب عفو الزوج على عفو الزوجة، لأن عفو الزوج إبراء، وعفو الزوجة هبة.

فصل: وإن كان الصداق عيناً قائمة فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون في يد الزوج، فلا يخلو العافي من أن يكون هو الزوج أو الزوجة.

- فإن كان العافي هي الزوجة فعفوها هبة محضة لنصف عين مشتركة في يد الموهوب له، فلا تصح إلا بإحدى لفظتين: الهبة أو التملك، ولا تتم إلا بثلاثة أشياء ورابع مختلف فيه: وهو البذل، والقبول، والقبض، وأن يمضي عليهما بعده زمان القبض، وهل يفتقر إلى إذن الزوجة له بالقبض أم لا؟ عى قولين:

أحدهما: لا يفتقر إلى إذن بالقبض، لأنه في قبضه.

والقول الثاني: لا بد من إذن بالقبض، لأنه كان في يده ملكاً لها فلم يزل حكم يده إلا بإذنها.

- وإن كان العافي هو الزوج: ترتب عفوه على اختلاف قوليه فيما ملكه بطلاقه فإن قلنا: إنه ملك به نصف الصداق كان عفوه هبة محضة لمشاع في يده، فيصح بإحدى لفظتين إما بالهبة، أو بالتمليك، ولا يتم إلا بثلاثة أشياء: بالبذل والقبول، والقبض.

وإن قلنا: إنه ملك بالطلاق أن يملك نصف الصداق، كان عفوه إسقاطاً لحقه فيه، فيصح بإحدى ثمانية ألفاظ مضت، ولا يفتقر إلى القبول وجهاً واحداً.

فصل: والضرب الثاني: أن يكون الصداق في يد الزوجة، فلا يخلو حال العافي من أن يكون هو الزوج أو الزوجة.

فإن كان العافي هي الزوجة: فعفوها هبة محضة لمشاع في يدها فلا يتم إلا بالبذل، والقبول، والقبض، ولها قبل القبض الرجوع.

وإن كان العافي هو الزوج ترتب عفوه على اختلاف قوليه فيما ملكه بطلاقه على ما ذكرنا.

فإن قلنا: إنه ملك نصف الصداق، كان عفوه هبة محضة لمشاع في يد الموهوب له، فلا تتم إلا بالبذل، والقبول، وأن يمضي زمان القبض. وهل يفتقر إلى إذن بالقبض أم لا؟ على ما ذكرنا من القولين، وله الرجوع قبل أن يمضي زمان القبض، وهل يرجع بعده وقبل الإذن؟ على القولين.

وإن قلنا: إنه ملك بالطلاق أن يملك نصف الصداق كان عفوه إسقاطاً يصح بأحد الألفاظ الثمانية ولا يفتقر إلى القبول وجهاً واحداً.

- فإن عفا الزوجان معاً لم يصح عفو الزوجة بحال، لأن عفوها هبة لا تتم إلا بالقبول ولا يصح عفو الزوج إن جعلناه واهباً لافتقاره إلى القبول، ويصح عفوه إن جعلناه مسقطاً، لأن عفوه لا يفتقر إلى قبول.

[لو وهبت الزوجة صداقها لزوجها ثم طلقها قبل الدخول - تقسيم]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «(قَالَ) وَلَوْ وَهَبَتْ لَهُ صَدَاقَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِهِ وَالْآخَرُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ مَلَكَهُ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَالَ فِي كِتَابِ الْقَدِيمِ لَا يَرْجِعُ إِذَا قَبِضَتْهُ فَوَهَبَتْهُ لَهُ أَوْ لَمْ تَقْبِضْهُ لِأَنَّ هِبَتَهَا لَهُ إِبْرَاءً لَيْسَ كَاسْتِهْلَاكِهَا إِثَاءً لَوْ وَهَبَتْهُ لِغَيْرِهِ فَبِأَيِّ شَيْءٍ يَرْجِعُ عَلَيْهَا فِيمَا صَارَ إِلَيْهِ؟».

قال الماوردي: اعلم أن المرأة إذا وهبت لزوجها صداقها ثم طلقها قبل الدخول طلاقاً يملك به نصف الصداق، لم يخل الصداق الموهوب من أحد أمرين.

إما أن يكون عيناً، أو ديناً.

فإن كان عيناً: فسواء وهبته قبل قبضه أو بعد قبضه هل له الرجوع عليها بنصف بدله؟.

فيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وأحد قوليه في الجديد، واختاره المزني أنه لا يرجع عليها بشيء.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد أنه يرجع عليها بنصفه وقال أبو حنيفة: إن وهبته قبل قبضه لم يرجع عليها، وإن وهبته بعده رجع، وكلا الأمرين في الأعيان سواء، لأن التصرف فيهما قبض.

- فإذا قلنا بالقول الأول: أنه لا يرجع عليها بشيء فوجهه شيثان:

أحدهما: أنه قد تعجل الصداق قبل استحقاقه فلم يكن له الرجوع بعد استحقاقه، كما لو تعجل ديناً مؤجلاً.

والثاني: أن هبتها للصداق يجعلها كالمنكوحة بغير صداق فلم يستحق عليها رجوعاً بالطلاق.

- وإذا قلنا بالقول الثاني: أنه يرجع عليها بنصفه فوجهه شيثان:

أحدهما: أنه عاد الصداق إليه بغير السبب الذي استحق الرجوع به فلم يمنعه ذلك من الرجوع بنصفه كما لو ابتاعه.

والثاني: أنها لو وهبت له غير الصداق لم يمنعه ذلك من الرجوع بنصفه كذلك إذا وهبت له الصداق، لأن جميع ذلك مال لها.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين، فإن قيل: له الرجوع فسواء كافأها على الهبة أم لا فإنه يرجع عليها بنصف قيمة الصداق إن لم يكن له مثل، وبنصف مثله إن كان له مثل.

وإن قيل: لا رجوع، وكان قد كافأها على هبته ففي رجوعه وجهان مخرجان من اختلاف قوله في وجوب المكافأة:

أحدهما: لا يرجع، إذا قيل: إن المكافأة لا تجب.

والثاني: يرجع، إذا قيل: إن المكافأة تجب.

فصل: وإن كان الصداق ديناً فعلى ضربين:

أحدهما: أن تهبه للزوج بعد قبضه منه، فيكون في حكم الصداق إذا كان عيناً فوهبتها له في أن رجوعه يكون على قولين.

والضرب الثاني: أن تبرئه منه قبل قبضه، فإذا قيل: لا يرجع مع الهبة فأولى أن لا يرجع مع الإبراء، وإذا قيل: يرجع مع الهبة ففي رجوعه مع الإبراء قولان.

ومن أصحابنا من خرج في رجوعه عليها مع الهبة والإبراء ثلاثة أقاويل:

أحدها: يرجع عليها، سواء وهبت أو أبرأت.

والقول الثاني: لا يرجع عليها، سواء وهبت أو أبرأت.

والقول الثالث: يرجع عليها، إن وهبت، ولا يرجع عليها إن أبرأت.

والفرق بين الهبة والإبراء: أن الهبة تصرف والإبراء إسقاط، وهذه الطريقة أولى.

فعلى هذا لو كان بعض صداقها عيناً وبعضه ديناً فوهبت له العين وأبرأته من الدين، أجرى على العين حكم الهبة في جواز الرجوع، وعلى الدين حكم الإبراء في عدم الرجوع.

وعلى هذا: لو وهبت له الصداق إن كان عيناً أو أبرأته منه إن كان ديناً ثم ارتدت قبل الدخول فملك الرجوع عليها بجميع صداقها.

كان في رجوعه عليها بجميعه ثلاثة أقاويل، كما يرجع عليها في الطلاق بنصفه:

أحدها: لا يرجع بشيء في الهبة والإبراء.

والثاني: يرجع عليها بجميعه في الهبة والإبراء.

والثالث: يرجع عليها بجميعه في الهبة، ولا يرجع بشيء في الإبراء.

فصل: ويتفرع على ما ذكرنا: أن يبتاع الرجلان سلعة ويهب البائع للمشتري ثمنها

ثم تستحق السلعة من مشتريها ففي رجوعه على البائع بثمنها وجهان مخرجان من القولين

في رجوع الزوج.

وهكذا لو وجد المشتري بالسلعة عيباً ففي رجوعه بأرشه وجهان:
أحدهما: لا رد ولا أورش.

والثاني: له الرد والرجوع بالثمن، فإن تعذر الرد رجع بالأرش.

ولكن لو أن مشتري السلعة وهبها لبائعها ثم فلس هذا المشتري فللبائع أن يضرب بالثمن مع غرماء المشتري قولاً واحداً بخلاف ما تقدم لأنه استحق غير ما وهب له.

ويتفرع على ما ذكرنا: أن يكاتب السيد عبده على مال ثم يبرئه فقد عتق بالإبراء كما يعتق بالأداء، فهل يلزم السيد أن يؤتیه بعد الإبراء ما كان يلزمه أن يرده عليه بعد الأداء؟
فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه، لأنه ما استأدى منه شيئاً.

والثاني: يلزمه، لأن الإبراء يقوم مقام الأداء. والله أعلم.

[لو وهبت الزوجة لزوجها نصف الصداق ثم طلقها قبل الدخول]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْطَاهَا نِصْفَهُ ثُمَّ وَهَبَتْ لَهُ النُّصْفَ الْآخَرَ ثُمَّ طَلَّقَهَا لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ وَلَا أَعْلَمُ قَوْلًا غَيْرَ هَذَا إِلَّا أَنْ يَقُولَ قَائِلٌ هَبْتُهَا لَهُ كَهَبْتِهَا لِغَيْرِهِ وَالْأَوَّلُ عِنْدَنَا أَحْسَنُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَلِكُلِّ وَجْهٍ (قَالَ الْمُزَنِّي) وَالْأَحْسَنُ أَوْلَى بِهِ مِنَ الَّذِي لَيْسَ بِأَحْسَنَ وَالْقِيَاسُ عِنْدِي عَلَى قَوْلِهِ مَا قَالَ فِي كِتَابِ الْإِمْلَاءِ إِذَا وَهَبْتَ لَهُ النُّصْفَ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ مَا بَقِيَ».

قال الماوردي: وصورتها: أن تهب له نصف صداقها ثم يطلقها قبل الدخول، ففي رجوعه عليها أربعة أقاويل:

أحدها: لا يرجع عليها بشيء، ويكون ما وهبته من نصفه هو المستحق بطلاقه.

والقول الثاني: أنه يرجع عليها بجميع النصف الباقي ويكون النصف المملوك بالهبة كالمملوك بالابتیاع.

والقول الثالث: أنه يرجع عليها بنصف الموجود وهو الربع، وبنصف قيمة الموهوب وهو الربع.

والقول الرابع: أنه يرجع عليها بنصف الباقي وهو الربع، ولا شيء له سواه، وكان الموهوب لم يكن صداقاً بعوده إليه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ خَالَعَتْهُ بِشَيْءٍ مِمَّا عَلَيْهِ مِنَ الْمَهْرِ فَمَا بَقِيَ فَعَلَيْهِ نِصْفُهُ (قَالَ الْمُزَنِّي) هَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ النُّصْفَ مُشَاعٌ فِيمَا قَبِضَتْ وَبَقِيَ».

قال الماوردي: وهذه المسألة من الخلع أوردها المزني في هذا الموضع من الصداق لأمرين:

أحدهما: أنه خلع على الصداق فأوردها فيه.

والثاني: ليفرق بها بين ما عاد من الصداق إلى الزوج بالهبة وبين ما عاد إليه بالخلع.

والخلع: عقد تملك به الزوجة نفسها، ويملك به الزوج مال خلعتها، كالنكاح الذي يملك به الزوج بضعها، وتملك الزوجة به صداقها، إلا أن الزوجة في الخلع تقوم مقام الزوج في النكاح، لأنها تملك بالخلع بضع نفسها كما ملك الزوج بالنكاح بضعها، والزوج في الخلع يقوم مقام الزوجة في النكاح، لأنه يملك بالخلع البدل كما ملكت الزوجة بالنكاح المهر.

فإذا خالع الرجل زوجته على صداقها فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون بعد الدخول، فالخلع به جائز، سواء خالعاها بجميع الصداق أو ببعضه، لأنه قد استقر لها جميعه بالدخول فخالعته على ما قد استقر ملكها عليه.

والضرب الثاني: أن يخالعاها قبل الدخول، فإن الزوج يملك من الصداق بطلاقه في غير الخلع نصفه، ويبقى عليه نصفه، لأن الفرقة إذا وقعت قبل الدخول من جهة الزوج سقط عنه نصف الصداق، ولو وقعت من جهة الزوجة سقط عنه جميع الصداق.

والفرقة في الخلع وإن تمت بهما فالمغلب فيها الزوج دونها، لأنه قد يجوز أن يخالعاها مع غيرها، ولا يجوز أن تخالعه مع غيره، وإذا كان كذلك فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يخالعاها على جميع الصداق، وهذا يأتي في كتاب الخلع.

والضرب الثاني: أن يخالعاها على بعضه، وهو المسطور هاهنا، فإذا أصدقها ألفاً وخالعاها قبل الدخول على نصفها وهو خمسمائة.

قال الشافعي: فما بقي فعليه نصفه، فجعل الشافعي الخمسمائة التي خالعاها عليها يكون الخلع منها على نصفها وهو مئتان وخمسون، ونصفها يملكه بطلاقه، والنصف الباقي من الصداق وهو خمسمائة يملك نصفه بطلاقه وهو مئتان وخمسون ويبقى عليه نصفه وهو مئتان وخمسون يسوقه إليها.

وقد كان الظاهر يقتضي أن يملك جميع النصف بالخلع، ويملك النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول فلا يبقى عليه من الصداق شيء.

فاختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي علي بن خيران، أن المسألة مصورة أنه خالعهما على نصف الألف وهو خمسمائة وهما يعلمان أنه يسقط بالطلاق نصفها ويبقى في الخلع نصفها، فصار كأنه خالعهما من الخمسمائة على ما يملكه منها بعد الطلاق وهو مئتان وخمسون، فملك تلك الخمسمائة بخلعه وطلاقه ويبقى لها عليه خمسمائة، ملك الزوج نصفها بطلاقه وذلك مئتان وخمسون، وهو معنى قول الشافعي: وما بقي فعليه نصفه، فصار ثلاثة أرباع الصداق وهو سبعمائة وخمسون ساقطاً عن الزوج. النصف: بالطلاق، والرابع: بالخلع، وبقي عليه: الربع للزوجة وهو مئتان وخمسون.

فقيل لابن خيران: فعلى هذا ما تقول فيمن باع عبده وعبد غيره بألف وهما يعلمان أن أحد العبدین مغضوب؟.

قال: يصح البيع في العبد المملوك بجميع الألف، ويكون ذكر المغضوب في العقد لغواً كما قال في الخلع.

والوجه الثاني: أن المسألة مصورة على أنها خالعهما على ما يسلم لها بعد الطلاق من خمسمائة، وصرحت به لفظاً في العقد، ولو لم تصرح به لم يكن عليهما به مقتنع فيسقط عنه جميع الخمسمائة بالخلع والطلاق، ويسقط عنه نصف الخمسمائة الأخرى بالطلاق، ويبقى عليه نصفها وهو مئتان وخمسون وهو معنى قول الشافعي: وما بقي فعليه نصفه فيكون الجواب موافقاً لجواب ابن خيران إذا صرحا بما علماه ومخالفاً له إن لم يصرحا به وإن علماه.

والوجه الثالث: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي حامد المروزي:

أن المسألة مصورة على إطلاقهما لذلك في أنه خالعهما على خمسمائة هي نصف الألف، وقد كانت وقت العقد مالكة لجميع الألف، فصح الخلع في نصفها ثم سقط نصف الخمسمائة التي خالعهما بها بالطلاق، فصار كمن خالعهما على مال تلف نصفه بعد العقد وقبل القبض، فيأخذ النصف الباقي.

وفيما يرجع به بدل النصف التالف قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم يرجع بمثل التالف إن كان ذا مثل، أو بقيمته إن لم يكن له مثل.

وعلى قوله في الجديد: يرجع عليها بنصف مهر المثل فعلى هذا يكون الخلع قد صح على نصف الخمسمائة وهو مئتان وخمسون وبطل في نصفها وهو مئتان وخمسون، واستحق بدله على قوله في القديم مثله وهو مئتان وخمسون وعلى قوله في الجديد نصف مهر المثل.

ثم بقي عليه نصف الصداق وهو خمسمائة قد سقط عنه نصفه بالطلاق وهو مئتان وخمسون وبقي عليه نصفه مئتان وخمسون وهو معنى قول الشافعي: وما بقي فعليه نصفه، فيصير الباقي عليه مئتان وخمسون، وفي الباقي قولان:

أحدهما: وهو القديم مئتان وخمسون.

والثاني: وهو الجديد: نصف مهر المثل.

فيكون الشافعي قد ذكر الباقي عليه ولم يذكر الباقي له.

وهل يكون الباقي عليه قصاصاً من الباقي له أم لا؟ على اختلاف أقاويله فيمن له مال وعليه مثله، فإن جعل ذلك قصاصاً: برئاً، وإن لم يجعله قصاصاً؛ تقابضاً.

فإن قيل: هلا قلت إذا خالعتها على نصف الألف أنه يصح الخلع في جميع النصف؛ لأنه يسلم لها بعد الطلاق النصف كما لو خالعتها على نصف ألف بينها وبين شريك لها أنه يصح في جميع النصف؛ لأنه قد سلم لها من جميع الألف.

قيل: الفرق بينهما: أنها في الصداق قد خالعت على نصفه وهي مالكة لجميعه، فإذا سقط بعد الخلع نصفه بالطلاق لم يتعين حقها من النصف في الذي خالعت به دون الباقي، فلذلك صار مشتركاً فيها وليس كذلك حالها في الألف المشتركة؛ لأنها لم تملك منها وقت الخلع إلا النصف، فانصرف العقد إلى النصف الذي لها، ولم يتوجه إلى النصف الذي يشاركها فافترقا.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فقد ذكر أصحابنا في صحة الخلع على نصف الصداق وسقوط باقيه بالطلاق ثلاثة طرق يصح بكل واحد منها:

أحدها: أن يخالعتها بمثل نصفه في ذمتها فإذا كان صداقها ألفاً في ذمتها خالعتها على خمسمائة في ذمتها، فإذا طلقها في خلعها بجزء من نصف صداقها بطلاقه، وبقي عليه نصفه وهو خمسمائة، ووجب له عليها ما خالعتها به وهو خمسمائة فصار له عليها مثل ما بقي لها فيتقاضان أو يتقابضان أو يتباريان.

والطريقة الثانية: أن يخالعتها على ما يسلم لها من صداقها والذي يسلم لها بالطلاق قبل الدخول نصف الصداق، ويكون هو المعقود عليه الخلع فيبرأ من جميع نصفه بما ملكه من الطلاق، ونصفه بما ملكه من الخلع.

والطريقة الثالثة: ذكرها أبو العباس بن سريج: أن يخالعتها على أن لا تبعة لها عليه في مهرها فيبرأ من جميعه بما ملكه بطلاقه وبخلعه، ويصير كأنه قد خالعتها على ما يسلم لها من صداقها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَأَمَّا فِي الصَّدَاقِ غَيْرِ الْمُسَمَّى أَوْ الْفَاسِدِ فَالْبِرَاءَةُ فِي ذَلِكَ بَاطِلَةٌ لِأَنَّهَا أُبْرَأَتْهُ مِمَّا لَا تَعْلَمُ (قَالَ) وَلَوْ قَبِضَتِ الْفَاسِدَ ثُمَّ رَدَّتْهُ عَلَيْهِ كَانَتْ الْبِرَاءَةُ بَاطِلَةً وَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ مَعْرِفَةِ الْمَهْرِ أَوْ يُعْطِيهَا مَا تَسْتَيْقِنُ أَنَّهُ أَقْلٌ وَتَحْلُلُهُ مِمَّا بَيْنَ كَذَا إِلَى كَذَا أَوْ يُعْطِيهَا أَكْثَرَ وَيَحْلُلُهَا مِمَّا بَيْنَ كَذَا إِلَى كَذَا».

قال الماوردي: اعلم أن إبراء المرأة لزوجها من الصداق معتبر بشرطي الإبراء:

أحدهما: أن يكون بعد وجوب الحق، فإن كان قبل وجوبه لم يصح، كمن عفى عن الشفعة قبل الشراء لم يصح العفو.

والثاني: أن يكون من معلوم القدر، فإن كان الإبراء من مجهول لم يصح. وكذلك الضمان لا يصح إلا بهذين الشرطين:

أن يكون بعد وجوب الحق، وأن يكون معلوم القدر.

وأسقط أبو حنيفة اعتبار هذين الشرطين في الضمان، وجوز الإبراء من المجهول.

وللكلام عليه موضع غير هذا. وإذا كان كذلك فالنكاح ضربان:

أحدهما: نكاح تفويض، .

والثاني: نكاح غير تفويض.

فأما نكاح التفويض الذي لم يسم لها فيه مهراً إذا أبرأت زوجها من صداقها فيه فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بعد أن فرض لها فيه مهر، فالإبراء صحيح؛ لأنها أبرأتها من واجب معلوم.

والضرب الثاني: أن يكون قبل أن فرض لها فيه مهر، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تبرئه قبل الدخول بها، فالإبراء باطل، لأنها أبرأتها مما لم يجب؛ لأن مهر المفوضة لا يجب بالعقد وإنما يجب بالفرض أو بالدخول، .

والضرب الثاني: أن يكون بعد الدخول بها فقد وجب لها مهر المثل، فإن علمت قدره صح الإبراء ولم تفتقر إلى القبول على مذهب الشافعي وجمهور أصحابه.

وقال بعضهم: لا يتم إلا بقبول الزوج، وهو مذهب أبي حنيفة، وإن لم تعلم قدره فالإبراء باطل، لأن البراءة من المجهول باطلة.

فصل: وأما نكاح غير التفويض: وهو أن يسمي فيه مهر فهو على ضربين: صحيح،

وفاسد.

- فأما الصحيح: فالإبراء منه صحيح، لأنه إبراء من واجب معلوم.

- وأما الفاسد: فالإبراء منه فاسد؛ لأنه الفاسد لا يجب، فصار إبراء من غير واجب، والواجب لها في الفاسد مهر المثل، فلو سلم الصداق الفاسد إليها فردته عليه هبة له لم تصح الهبة؛ لأنه ماله رده عليه وهي على حقها من مهر المثل، فلو أبرأته من مهر المثل روعي علمها بقدره، فإن جهلت قدره فالإبراء باطل، سواء علم الزوج قدره أو لم يعلم، وإن علمت قدره صح الإبراء، سواء علم الزوج قدره أو لم يعلم؛ لأن قبوله غير معتبر فكان علمه بقدره غير معتبر.

وعلى قول من زعم من أصحابنا أن قبول الزوج معتبر فعلمه بقدره معتبر.

فصل: فلو علمت أن مهر مثلها لا ينقص عن عشرة دنانير، وجهلت الزيادة عليها فأبرأته من جميعه لم يبرأ من الزيادة على العشرة؛ لأنها مجهولة، وفي براءته من العشرة المعلومة وجهان:

أحدهما: أنه يبرأ منها لكونها معلومة القدر.

والوجه الثاني: لا يبرأ منها؛ لأنها بعض جملة مجهولة فجرى على جميعها حكم الجهالة كما لو ضمن ما يعلم بعضه ويجهل جميعه كان ضمان الجميع باطلاً.

فإن كان مهر مثلها مجهول القدر معلوم الطرفين، مثل أن تعلم أنه لا ينقص عن عشرة دنانير ولا يزيد على عشرين ديناراً فللبراءة منه حالان.

حال بالإبراء، وحال بالأداء.

فأما الإبراء: فالطريق إلى صحته أن تقول: قد أبرأتك من دينار إلى عشرين ديناراً، فيبرأ، لأن العلم بالطرفين يجعل الوسط ملحقاً بهما فلو أبرأته من الزيادة على العشرة إلى العشرين صح وصار ما تستحقه عليه من المهر عشرة دنانير.

فلو قالت: قد أبرأتك من عشرة إلى عشرين برىء من الجميع، لأن الحدين يدخلان في المحدود إذا جانسناه، فالحد الأول: هو المبتدأ منه، والحد الثاني: هو المنتهي إليه.

وقال أبو حنيفة: يدخل فيه الحد الأول المبتدأ منه ولا يدخل فيه الحد الثاني المنتهي إليه، فيبرأ من تسعة عشر ديناراً.

وقال زفر بن الهذيل: لا يدخل فيه واحد من الحدين، لا المبتدأ منه ولا المنتهي إليه فيبرأ من تسعة دنانير.

والدليل على دخول الحدين فيه وهو قول أبي يوسف: أن «من» حرف لابتداء غاية الشيء، و«إلى» حرف لانتهاء غاية الشيء، وابتداء الشيء وانتهاءه طرفاه، وطرفا الشيء من جملة، فلذلك وجب دخول الحد في المحدود.

وأما الإبراء بالأداء فضربان:

أحدهما: أن يدفع إليها عشرين ديناراً فقد دخل فيها جميع مهرها فبريء منه، عشرة منها متحققة والعشرة الأخرى مشكوكة، فتحتاج أن يبرئها من دينار إلى عشرة فيبرئان جميعاً.

والضرب الثاني: أن يدفع إليها عشرة فيحتاج أن تكون هي المبرئة له من دينار إلى عشرة فيبرأ حينئذ من جميع مهرها بالأداء والإبراء.

وإذا كان مهرها معلوماً في الذمة فقالت: قد أبرأتك منه إن شئت فقال: قد شئت، لم يصح الإبراء.

ولو كانت عيناً قائمة فقالت: قد وهبته لك إن شئت فقال: قد قبلت وشئت، صحت الهبة.

والفرق بينهما: أن الإبراء إسقاط لا يراعى فيه المشيئة كما لا يراعى فيه القبول، والهبة تملك يراعى فيه المشيئة كما يراعى فيه القبول فافترقا.

فصل: وإذا اعتقدت قبض مهرها منه فقالت: قد أبرأتك من مهري، ثم بان أن مهرها كان باقياً عليه ففي براءته منه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي سعد الإصطخري يبرأ منه لأنها براءة صادفت حقاً معلوماً.

والوجه الثاني: وهو قول الأكثرين: أنه لا يبرأ؛ لأنها لم تقصد تصحيح الإبراء بل أوردته لغواً.

وأصل هذين الوجهين: من باع عبد أبيه ثم بان أنه كان وارثاً له وقت بيعه ففي صحة بيعه وجهان.

بَابُ الْحَكْمِ فِي الدُّخُولِ وَإِغْلَاقِ الْبَابِ وَإِرْخَاءِ السُّتْرِ مِنَ الْجَامِعِ وَمِنْ كِتَابِ عِشْرَةِ النِّسَاءِ وَمِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ الْقَدِيمِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَيْسَ لَهُ الدُّخُولُ بِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا الْمَالَ فَإِنْ كَانَ كُلُّهُ دَيْنًا
فَلَهُ الدُّخُولُ بِهَا» .

قال الماوردي : وهذا كما قال إذا امتنعت المرأة من تسليم نفسها لقبض صداقها لم
يخل حاله من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون جميعه حالاً .

والثاني : أن يكون جميعه مؤجلاً .

والثالث : أن يكون بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً .

فأما القسم الأول : وهو أن يكون جميعه حالاً ، إما بإطلاق العقد أو بالشرط فيكون
حالاً بالعقد ، والشرط تأكيد ، فلها أن تمتنع من تسليم نفسها على قبض صداقها ، كما كان
لبائع السلعة أن يمتنع من تسليمها على قبض ثمنها .

فإن تطوعت بتسليم نفسها قبل قبض الصداق ثم أرادت بعد التسليم أن تمتنع عليه
لقبض الصداق فهذا على ضربين :

الضرب الأول : أنه لا يكون قد وطئها ، فلها أن تمتنع عليه وإن سلمت نفسها إليه
إذا لم يكن قد وطئها ، لأن القبض في النكاح يكون بالوطء الذي يستقر به كمال المهر
دون التسليم ، وهذا متفق عليه .

والضرب الثاني : أن يكون قد وطئها بعد التسليم فليس لها عندنا أن تمتنع عليه .

وقال أبو حنيفة : لها الامتناع بعد الوطء ، كما كان لها الامتناع قبله احتجاجاً بأن
الصداق في مقابلة كل وطء في النكاح لأمرين :

أحدهما : أنه لو كان في مقابلة الأول لوجب للثاني مهر آخر .

والثاني : أنه لو كان في مقابلة الأول لجاز لها أن تمنعه نفسها بعد الأول لاستيفاء

حقه به .

وإذا ثبت بهدوين أنه في مقابلة كل وطء لم يكن تسليمها لبعض الحق مسقطاً لحقها في منع ما بقي، كمن باع عشرة أثواب فسلم أحدها قبل قبض الثمن كان له حبس باقيها كذلك ها هنا.

قال: ولأنها لم تستوف مهرها مع استحقاق المطالبة فجاز لها أن تمتنع من تسليم نفسها قياساً على ما قبل الوطء.

ودليلنا هو أنه تسليم رضا استقر به العوض فوجب أن يسقط به حق الإمساك قياساً على تسليم المبيع، ولأن أحكام العقد إذا تعلقت بالوطء اختصت بالوطء الأول وكان ما بعده تبعاً، وقد رفع الوطء الأول حكم الإمساك في حقه، فوجب أن يرفعه في حق تبعه كالإحلال.

فأما استدلالهم بأن المهر في مقابلة كل وطء: فنقول: قد استبيح به كل وطء لكنه قد استقر بالوطء الأول فقام فيه مقام كل وطء، ألا تراها لو ارتدت بعد الوطء الأول لم يؤثر في سقوط المهر وإن لم يستوف كل وطء في النكاح، ولو عادت إلى الإسلام حل له وطؤها بالمهر المتقدم.

وأما قياسهم على ما قبل الوطء الأول: فالمعنى في الأصل أنها لم تسلم ما استقر به المهر فجرى مجرى البيع قبل التسليم، وليس كذلك بعد الوطء؛ لأنها قد سلمت ما استقر به المهر فجرى مجرى المبيع بعد التسليم.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يكون صداقها مؤجلاً، فيجوز إذا كان الأجل معلوماً؛ لأن كل عقد صح بعين وبدين صح أن يكون معجلاً ومؤجلاً كالبيع، وإذا كان الصداق مؤجلاً فعليها تسليم نفسها، وليس لها الامتناع لقبض الصداق بعد حلول الأجل؛ لأنها قد رضيت بتأخير حقها وتعجيل حقه، فصار كالبيع بالثمن المؤجل يجب على البائع تسليم المبيع قبل قبض الثمن، فعلى هذا لو تأخر تسليمها لنفسها حتى حل الأجل فأرادت الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض الصداق لم يكن ذلك لها وإن حل؛ لأنها لم تستحق الامتناع عليه بالعقد.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون بعض صداقها حالاً وبعضه مؤجلاً فيصح إذا كان قدر الحال منه معلوماً وأجل المؤجل معلوماً، ولها أن تمتنع من تسليم نفسها لقبض الحال وليس لها أن تمتنع من تسليم نفسها لقبض المؤجل، فيكون حكم الحال منه كحكمه لو كان جميعه حالاً، وحكم المؤجل منه كحكمه لو كان جميعه مؤجلاً، فلو تراخى التسليم حتى حل المؤجل كان لها منع نفسها على قبض المعجل دون ما حل من المؤجل.

[هل يلزم تسليم المرأة لزوجها إذا طلبها بعد دفعه للصداق؟ تقسيم].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَتَوَخَّرَ يَوْمًا وَنَحْوَهُ لَتُصْلِحَ أَمْرَهَا وَلَا يَجَاوِزُ بِهَا ثَلَاثًا إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَغِيرَةً لَا تَحْتَمِلُ الْجِمَاعَ فَيَمْنَعُهُ أَهْلُهَا حَتَّى تَحْتَمِلَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا دفع الزوج صداق زوجته وسألها تسليم نفسها لم يخل حالها من أحد أمرين:

إما أن تكون صغيرة، أو كبيرة.

فإن كانت كبيرة لزمها تسليم نفسها كما يلزم البائع تسليم المبيع بعد قبض ثمنه، والمؤجر تسليم ما أجر بعد قبض أجرته.

فإن استنظرته لبناء دار أو استكمال جهاز لم يلزمه إنظارها وإن استنظرته لمراعاة نفسها وتعاهد جسدها لزمه انتظارها يوماً ويومين وأكثر ثلاثة أيام، لأن المرأة لا تستغني مع بعد عهدها بالزوج عن التأهب له بمراعاة جسدها وتفقد بدننها لو أنها ربما كانت على صفة تنفر نفس الزوج منها.

وقد روى الشعبي عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ نَهَى إِذَا أَطَالَ الرَّجُلُ الْغَيْبَةَ أَنْ يَطْرُقَ أَهْلَهُ لَيْلًا.

فلما نهى الزوج الذي قد ألفها وألفته عن أن يطرقها ليلاً ولم تتأهب له لأن لا يصادفها على حال تنفر منها نفسه فالزوج الذي لم يألفها ولم تألفه، ولم يعرفها ولم تعرفه أولى بالنهي.

وأكثر مدة إنظارها ثلاثة أيام؛ لأن لها في الشرع أصلاً وأنها أكثر القليل وأقل الكثير، وهذا منصوص الشافعي ها هنا وفي كتاب «الأم» وقال في «الإملاء»:

لا تمهل، وليس هذا مخالفاً لما قاله ها هنا وفي الأم، وإنما أراد أنها لا تمهل أكثر من ثلاثة أيام رداً على مالك في جواز إمهالها السنة.

فصل: وإن كانت صغيرة فعلى ضربين:

أحدهما: أن يمكن الاستمتاع بمثلها؛ لأنها ابنة تسع أو عشر قد قاربت البلوغ وأمكن استمتاع الأزواج بها، فهي كالكبيرة، لها أن يطالبه وليها بمهرها وعليها تسليم نفسها.

والضرب الثاني: أن لا يمكن الاستمتاع بمثلها؛ لأنها ابنة ست أو سبع بحسب حالها، فرب صغيرة السن يمكن الاستمتاع بها ورب كبيرة السن لا يمكن الاستمتاع بها

فلذلك لم يحده سن مقدرة، وإذا كان الاستمتاع بها غير ممكن لم يلزم تسليمها إليه، ولم يلزمه تسليم الصداق إليها.

فإن طلب تسليمها إليه ليقوم بحضانتها وتربيتها لم يلزم تسليمها إليه أيضاً، لأنه لا حق له في حضانتها، وإنما حقه في الاستمتاع الذي لم يخلق فيها، فيستحقه الزوج منها، ولأنه لا يؤمن أن تغلبه الشهوة على موافقتها، فربما أفضى إلى تلفها ونكايتها.

فلو سأله وليها وهي صغيرة أن يتسلمها لم يلزمه؛ لأن ما استحقه من الاستمتاع بها لم يخلق فيها، ولأنها تحتاج إلى تربية وحضانة لا يلزمه القيام بها، ولأنه يلتزم لها نفقة لا يقابلها الاستمتاع، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالصَّدَاقُ كَالَّذِينَ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأنه مال ثبت في الذمة بعقد فكان ديناً كالأثمان، ومراد الشافعي بأنه كالدين في لزومه في الذمة كلزوم الدين، وأنه قد يكون حالاً تارة، ومؤجلاً تارة، ومنجماً أخرى، وأنه قد يجوز أن يستوثق فيه بالرهن والضمان، والشهادة، وأن الحوالة به جائزة، وأن أخذ العوض عنه سائغ، وأنه قد يجوز أن يبتاع فيه العقار، وأن الزوج يحبس به إذا امتنع من أدائه، وأن الزوجة تضرب به مع الغرماء عند فلسه، وتتقدم به على الورثة بعد موته إلى غير ذلك من أحكام الديون المستحقة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَيْسَ عَلَيْهِ دَفْعُ صَدَاقِهَا وَلَا نَفَقَتِهَا حَتَّى تَكُونَ فِي الْحَالِ الَّتِي يُجَامَعُ مِثْلَهَا وَيُخَلَّى بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ».

قال الماوردي: وهذه مسألة من النفقات ذكرها لاتصالها بالصداق، وليس يخلو حال الزوجين في استحقاق النفقة والصداق من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكونا كبيرين.

والثاني: أن يكونا صغيرين.

والثالث: أن يكون الزوج كبيراً والزوجة صغيرة.

والرابع: أن يكون الزوج صغيراً والزوجة كبيرة.

فأما القسم الأول وهو: أن يكونا كبيرين: فلها أن تمتنع من تسليم نفسها على قبض الصداق، وله أن يمتنع من تسليم الصداق لتسليم نفسها، فأيهما سلم ما في ذمته أوجب الآخر على تسليم ما في مقابلته، وإن أقاما على التمانع فسنذكر حكمه من بعد.

وأما النفقة فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تمكنه من نفسها فلا يستمتع بها فلها النفقة.

والثاني: أن يدعواها إلى نفسه فتمتنع بغير حق، فلا نفقة لها؛ لأنها ناشز.
والثالث: أن لا يكون منها تسليم ولا منه طلب، ففي وجوب النفقة قولان:
أحدهما: لها النفقة، والثاني: لا نفقة لها.

بناء على اختلاف قوله في نفقة الزوجة بم تجب؟.

قال في القديم: تجب بالعقد وتستحق قبضها بالتمكين، فعل هذا تجب لها النفقة ما لم يكن منها نشوز.

وقال في الجديد: تجب بالعقد والتمكين معاً، فعلى هذا لا نفقة لها لعدم التمكين.

فصل: وأما القسم الثاني وهو أن يكونا صغيرين: فالتسليم لا يجب على وليها ولو سلمت لم يجب على ولي الزوج أن يقبلها.

وإذا كان التسليم لا يجب فالصحيح أن دفع الصداق لا يجب، ومن أصحابنا من أجراه مجرى النفقة في الاستحقاق وفي استحقاق النفقة بين هذين الصغيرين قولان:
أحدهما: وهو القديم: تجب لوجوبها بالعقد.

والثاني: وهو الجديد: لا تجب لوجوبها بالعقد والتمكين، فكذلك وجوب تسليم الصداق يكون على هذين القولين.

وهذا الجمع غير صحيح، والفرق بينهما أن وجوب الصداق لا يقتضي وجوب دفعه، ووجوب النفقة يقتضي وجوب دفعها؛ لأن الصداق في مقابلة عين باقية، والنفقة في مقابلة زمان ماض، فكان له حبس الصداق لبقاء موجهه حتى يصل إليه، ولم يكن له حبس النفقة لذهاب موجهها.

فصل: وأما القسم الثالث وهو أن يكون الزوج كبيراً وهي صغيرة فليس عليه تسليم صداقها؛ لما ذكرنا من أن تسليمها لا يجب ولو طلبها، ولا يستحق عليه لو بذلت له.

فأما النفقة فعلى قوله في الجديد: لا نفقة لها؛ لأنها تجب في الجديد بالعقد والتمكين، وأما على قوله في القديم: ففيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أنها تجب عليه؛ لوجوبها على القديم بالعقد وحده.

والوجه الثاني: لا تجب عليه، وإن وجبت بالعقد؛ لأن الاستمتاع متعذر منها بصغرهما فجرى مجرى نشوزها.

فصل: وأما القسم الرابع وهو أن يكون الزوج صغيراً وهي كبيرة، فها هنا إن سلمت نفسها وجب على ولي الزوج أن يتسلمها له لتكون معه وإن كان صغيراً، بخلاف الصغيرة

التي لا يجب على وليها أن يسلمها إلى الزوج إذا كان كبيراً لأمر:

أحدهما: أن الاستمتاع المعقود عليه موجود في الكبيرة مفقود في الصغيرة.

والثاني: أن الصغيرة لا يؤمن عليها الزوج إذا كان كبيراً، والكبيرة تؤمن على الزوج إذا كان صغيراً.

والثالث: أن الكبيرة إذا سلمت إلى الصغير أقامت بتربيته فكان عوناً، والصغيرة إذا سلمت إلى الكبير احتاج إلى تربيتها فكانت كلا، فصار الفرق بينهما من هذه الأوجه الثلاثة.

وإذا لزم بها تسليم الكبيرة إلى الصغير وإن لم يلزم تسليم الصغيرة إلى الكبير فلها المطالبة بصداقها كالكبيرة مع الكبير.

فأما النفقة فعلى قوله في القديم، وأنها تجب بالعقد وحده، فلها النفقة لوجود العقد وارتفاع النشوز.

وعلى قوله في الجديد: أن النفقة تجب بالعقد والتمكين ففي وجوب النفقة لها وجهان:

أحدهما: لا نفقة لها لعدم التمكين.

والوجه الثاني: لها النفقة؛ لأن التمكين منها موجود ومن الزوج مفقود فصار المنع من جهته لا من جهتها.

[إذا اختلف الزوج مع الزوجة أو وليها أيهما يسلم أولاً ما عليه].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَتْ بِالْغَةِ فَقَالَ لَا أَدْفَعُ حَتَّى تَدْخُلُوهَا وَقَالُوا لَا نَدْخُلُهَا حَتَّى تَدْفَعَ فَأَيُّهُمَا تَطَوَّعَ أَجْبَزْتُ الْآخَرَ فَإِنْ امْتَنَعُوا مَعًا أَجْبَزْتُ أَهْلَهَا عَلَى وَفِّتٍ يُدْخِلُونَهَا فِيهِ وَأَخَذْتُ الصَّدَاقَ مِنْ زَوْجِهَا فَإِذَا دَخَلَتْ دَفَعْتُ إِلَيْهَا وَجَعَلْتُ لَهَا النَّفْقَةَ إِذَا قَالُوا نَدْفَعُهَا إِلَيْهِ إِذَا دَفَعَ الصَّدَاقَ إِلَيْنَا».

قال الماوردي: اعلم أن للزوجين ثلاثة أحوال:

إحداهن: أن تبدأ المرأة بتسليم نفسها وتمكين الزوج منها، فيجوز للزوج إصابتها قبل قبض شيء من صداقها، وعلى الزوج تسليم صداقها إليها.

وقال مالك: لا يجوز له إصابتها إلا أن يدفع إليها صداقها أو شيئاً منه.

وبه قال ابن عباس، وقتادة.

قال مالك: وأقل ما يدفعه إليها ليستريح به إصابتها أقل ما يجوز أن يكون صداقاً وهو ربع دينار.

وهذا فاسد؛ لقول النبي ﷺ: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ»، وكما لو كان صداقاً مؤجلاً.

والحال الثانية: أن يبدأ الزوج بتسليم الصداق إليها فعليها تسليم نفسها إليه، فإن امتنعت صارت ناشزاً ولا نفقة لها.

والحال الثالثة: أن يتمانعا فتقول الزوجة: لا أسلم نفسي حتى أقبض صداقي، ويقول الزوج: لا أدفع الصداق حتى تسلمي نفسك فيه قولان:

أحدهما: أنه لا يجبر واحد منهما على التسليم، بل تقطع الخصومة بينهما ويتركان، فأيهما تطوع بتسليم ما عليه أجزر الآخر على تسليم ما في مقابلته، وإنما لم يبدأ بإجبار واحد منهما؛ لأن لكل واحد منهما حقاً وعليه حق، فلم يكن الحق الذي عليه في البداية باستيفائه منه بأولى من المحق الذي له في البداية باستيفائه له فتساوى الأمران، فوجب تركهما وقطع التخاصم بينهما.

والقول الثاني: أن الحاكم ينصب لهما أميناً، ويأمر الزوج بتسليم الصداق إليه، فإذا تسلمه أمر الزوجة بتسليم نفسها إلى الزوج، فإذا سلمت نفسها سلم الأمين الصداق إليها، لأن الحاكم موضوع لقطع التنازع وفعل الأحوط في استيفاء الحقوق، وهذا أحوط الأمور فيها وأقطع للتنازع بينهما.

وهذان القولان في تنازع المتبايعين في التسليم، وفي البيع قول ثالث: أنه يجبر البائع على تسليم السلعة، ويجبر المشتري على تسليم الثمن.

ولا يجيء تخريج هذا القول الثالث في تنازع الزوجين؛ لأن المشتري يمكن أن يجبر عليه في السلعة حتى يسترجع منه إن امتنع من تسليم الثمن، ولا يمكن إذا سلمت الزوجة نفسها أن يمنع منها، وربما استهلك بضعها بالدخول قبل تسليم صداقها.

فصل: فإذا تقرر القولان في تنازع الزوجين، فإذا قيل بالقول الأول أنه لا يجبر واحد منهما فلا نفقة للزوجة في مدة امتناعها من تمكين الزوج؛ لأن الزوج على هذا القول لا يلزمه تعجيل الصداق، فصارت ممتنعة بما لا يستحق تعجيله فجرى عليها حكم النشوز في سقوط النفقة.

وإذا قيل بالقول الثاني: أن الحاكم يجبر الزوج على تسليم الصداق إلى أمين ينصبه لهما فلها النفقة في مدة امتناعها من تمكينه إلى أن يدفع الصداق إلى الأمين؛ لأنها ممتنعة

بحق يجب لها تعجيله، فإذا صار الصداق مع الأمين كان امتناعها بعد ذلك مسقطاً لنفقتها؛ لأنها ممتنعة بغير حق.

[القول في إجبار المرأة الضعيفة على الدخول]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: « وَإِنْ كَانَتْ نِضْوًا أُجْبِرَتْ عَلَى الدُّخُولِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ مَرَضٍ لَا يَجَامَعُ فِيهِ مِثْلُهَا فَتَمَهَّلُ ».

قال الماوردي: أما النضوة الخلق فهي الدقيقة العظم، القليلة اللحم، فإذا كانت المرأة نضوة الخلق فلها حالتان.

إحدهما: أن يكون ذلك خلقة لا يرجى زواله، فعليها تسليم نفسها كغيرها من النساء، وللزوج أن يستمتع بها بحسب طاقتها ولا ينكأها في نفسها ويؤذيها في بدنها.

وقد كانت عائشة رضي الله عنها، خفيفة اللحم، ولخفة لحمها رفع هودجها في غزوة المريسيع، وقد خرجت منه للحاجة فلم يعلم خروجها منه حتى أدركها صفوان بن المعطل فحملها.

وكان من شأن الإفك أن أنزل الله تعالى فيه من القرآن ما أنزل فلم تمنع ضؤولتها، وخفة لحمها من دخول رسول الله ﷺ بها، فلو كانت النضوة على حد إن وطئها الزوج أتلّفها منع من وطئها، ولا خيار له في فسخ نكاحها، بخلاف الرتقاء التي يستحق الزوج فيها خيار الفسخ لتعذر وطئها.

والفرق بينهما: أن الرتقاء لا يقدر كل زوج على وطئها فصار المنع مختصاً بها، فكان له الخيار، والنضوة الخلق يمكن غير هذا الزوج إذا كان مثلها نضواً أن يطأها فصار المنع منهما، فلم يكن له الخيار.

والحال الثانية: أن يكون ذلك بحادث من مرض يرجى زواله، فلا يلزمها تسليم نفسها، وتمهل حتى تصح من مرضها.

والفرق بين أن يكون بحادث مرض وبين أن يكون خلقة من وجهين:

أحدهما: أن ما يرجى زواله فالاستمتاع مستحق فيه بعد الصحة، فلم يلزمها تسليم نفسها قبل الصحة، وما لا يرجى زواله فالاستمتاع فيه مستحق في الحال؛ لأنها حال الصحة، فلزمها تسليم نفسها.

والثاني: أن العادة جارية بتأخير زفاف المريضة إلى حال الصحة فلم يلزمها التسليم قبل الصحة، والعادة جارية بتسليم النضوة الخلق عاجلاً فلزمها التسليم في الحال اعتباراً بالعادة فيهما.

فعلى هذا إذا منعه من نفسها بالمرض فلا نفقة لها لفوات الاستمتاع بها، ولو سلمت نفسها لزمته النفقة كما لو مرضت بعد التسليم، وكان لها النفقة؛ لأن المرض الحادث بعد التسليم، لا يسقط النفقة وإن منع من الوطء كالحيض.

[القول في إفضاء الزوجة]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ أَفْضَاهَا فَلَمْ تَلْتَمِمْ فَعَلَيْهِ دَيْتُهَا وَلَهَا الْمَهْرُ كَامِلًا وَلَهَا مَنَعُهُ أَنْ يُصِيبَهَا حَتَّى تَبْرَأَ الْبُرْءَ الَّذِي إِنْ عَادَ لَمْ يَنْكَأْهَا وَلَمْ يَزِدْ فِي جُرْحِهَا وَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهَا.

قال الماوردي: وصورتها: في رجل وطأ زوجته فأفضاها بشدة المبالغة في الإيلاج والإفضاء: هو أن يتخرق الحاجز الذي بين مدخل الذكر ومخرج البول؛ لأن مدخل الذكر في مخرج الحيض والمني، فأما البول فمخرجه من غيره وبينهما حاجز، فإذا بالغ الواطء في إيلاجه خرق الحاجز بين المخرجين فهذا هو الإفضاء.

ووهم بعض أصحابنا فجعل الإفضاء خرق الحاجز بين السيلين القبل والدبر حتى يصير السيلان واحداً، وهذا وهم من قائله.

فإذا أفضى زوجته بوطئه فعليه المهر بالوطء والدية بالإفضاء، سواء كان البول مستمسكاً أو مسترسلاً، وكذلك لو وطأ أجنبية بشبهة أو استكرهها على نفسها فأفضاها كان عليه الدية ومهر المثل ولو طأ وعته على الزنا كان عليه دية الإفضاء دون المهر.

وقال أبو حنيفة: إن أفضى زوجته فلا شيء عليه في الإفضاء، وعليه المهر بالعقد، وإن أفضى أجنبية بوطء شبهة فإن كان البول مسترسلاً فعليه الدية في الإفضاء ولا مهر في الوطء، وإن كان البول مستمسكاً فعليه المهر بالوطء وثلاث الدية بالإفضاء كالجائفة وإن أفضى أجنبية بوطء إكراه فعليه الدية دون المهر.

وقال مالك: في الإفضاء حكومة.

والكلام مع أبي حنيفة ها هنا في إفضاء الزوجة، وإفضاء من سواها له موضوع من كتاب الديات.

واستدل أبو حنيفة على أن إفضاء الزوجة هدر لا يضمن بأن السراية عن مستحق غير مضمونة، كالقطع في السرقة إذا سرى إلى النفس لم يضمن؛ لحدوثه عن مستحق، كذلك الإفضاء سرى عن وطء مستحق فوجب أن لا يضمن.

ودليلنا هو أنها جنائية تنفك عن الوطء فوجب أن لا يسقط أرشها باستحقاق الوطء، كما لو وطئها وقطع يدها، وذلك أن المهر يجب بغير ما تجب به الدية، لأن المهر عندهم

بالخلوة، وعندنا بتغيب الحشفة، والإفضاء يكون بما زاد على ذلك من المبالغة في الإيلاج، فصار الوطاء الذي تجب به دية الإفضاء زائداً على الوطاء الذي يجب به المهر، فوجب أن يكون لكل واحد منهما حكمه.

وأما استدلالهم: بأنه حادث عن وطء مستحق فوطء الإفضاء غير مستحق، لأن الوطاء المستحق ما لم يفض إلى الإفضاء كضرب الزوجة أبيح به ما لم يفض إلى التلف، فإذا أفضى إلى التلف صار غير مباح فضمن، كذلك وطء الإفضاء غير مباح فضمن.

فصل: وأما مالك فاستدل على أن في الإفضاء حكومة بأن الحاجز بين المخرجين كالحاجز في الأنف بين المنخرين وقد ثبت في الحاجز بين المنخرين إذا قطع حكومة، كذلك في خرق الحاجز بين المخرجين حكومة.

ودليلنا: هو أن الحاجز بين المخرجين أعظم منفعة من الشفرين؛ لأن خرق الحاجز يفضي إلى استرسال البول، وقطع الشفرين لا يقتضيه، ثم ثبت أن في الشفرين الدية فكان في خرق الحاجز أولى أن تجب فيه الدية.

وأما الحاجز بين المنخرين فمخالف للحاجز بين المخرجين؛ لأن هذا عضو بكماله فجاز أن تكمل فيه الدية وذاك بعض عضو فلم تكمل فيه الدية.

فصل: فإذا تقرر أن في الإفضاء الدية مع المهر، فإنما يجب فيه الدية إذا لم يلتحم الحاجز على حاله منخرقاً، فأما إن التحم وعاد إلى حاله حاجزاً بين المخرجين فلا دية فيه وفيه حكومة؛ لأنه جان عليه وليس بمستهلك له، ولهذا قال الشافعي: ولو أفضاها فلم تلتئم فعليه ديتها، فدل على أن التئامه يمنع من وجوب ديتها وإذا كان كذلك فالدية إذا وجبت فيه فهي إن عمد ففي ماله وإن أخطأ فعلى عاقلته، ثم هو ممنوع من وطئها حتى يندمل جرحها ويبرأ الفرج الذي لا يضرها جماعه فيمكن حينئذ من جماعها.

فلو ادعى برأها واندمالها ليطأها وقالت: بل أنا على مرضي لم أبرأ منه ولم يندمل وأنكر ما قالت فالقول قولها مع يمينها ويمنع من وطئها لأمرين:

أحدهما: أن مرضها متيقن وبرءها مظنون.

والثاني: أنه مغيب يمكن صدقها فيه فجرى مجرى الحيض، ثم لها النفقة وإن كان ممنوعاً منها كالمريضة، والله أعلم.

[القول في الخلوة في إيجابها المهر]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ دَخَلَتْ عَلَيْهِ فَلَمْ يَمَسَّهَا حَتَّى طَلَّقَهَا فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ

لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا

فَرَضْتُمْ ﴿ فَإِنْ اِخْتَجَّ مُحْتَجٌّ بِالْأَثَرِ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي إِغْلَاقِ النَّبَابِ وَإِرْحَاءِ السِّتْرِ أَنَّهُ يُوجِبُ الْمَهْرَ فَمِنْ قَوْلِ عُمَرَ مَا ذَبَّهِنَّ لَوْ جَاءَ بِالْعَجْزِ مِنْ قَبْلِكُمْ؟ فَأَخْبِرَ أَنَّهُ يَجِبُ إِذَا خَلَّتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ نَفْسِهَا كَوْجُوبِ التَّمَنِ بِالْقَبْضِ وَإِنْ لَمْ يُغْلَقْ أَبَا وَلَمْ يُرَخَّ سِتْرًا. »

قال الماوردي: وصورتها؛ أن يطلق الرجل زوجته المسمى لها صداقاً معلوماً، فلا يخلو حال طلاقه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون قبل الدخول بها وقبل الخلوة، وليس لها من المهر إلا نصفه، وملك الزوج نصفه لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

والقسم الثاني: أن يطلقها بعد الدخول بوطء تام تغيب به الحشفة، فقد استقر لها جميع المهر الذي كانت مالكة له بالعقد؛ لقول الله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١].

وهذان القسمان متفق عليهما.

والقسم الثالث: أن يطلقها بعد الخلوة بها وقبل الإصابة لها، فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول الشافعي في الجديد والمعمول عليه من مذهبه: أنه ليس لها من المهر إلا نصفه، ولا تأثير للخلوة في كمال مهر ولا إيجاب عدة.

وبه قال من الصحابة: ابن عباس، وابن مسعود.

ومن التابعين: الشعبي، وابن سيرين، ومن الفقهاء: أبو ثور.

والمذهب الثاني: أن الخلوة كالدخول في كمال المهر ووجوب العدة، وبه قال من

الصحابة: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم.

ومن التابعين: الزهري ومن الفقهاء؛ الثوري وأبو حنيفة وبه قال الشافعي في

القديم.

إلا أن أبا حنيفة يعتبر الخلوة التامة في كمال المهر ووجوب العدة بأن لا يكونا

محرمين ولا صائمين.

والمذهب الثالث: أن الخلوة يد لمدعي الإصابة منهما في كمال المهر أو وجوب

العدة، فإن لم يدعيها لم يكمل بالخلوة مهر، ولا يجب بها عدة وهذا مذهب مالك، وبه

قال الشافعي في الإملاء.

واستدل من نصر قول أبي حنيفة في أن الخلوة تقتضي كمال المهر ووجوب العدة بقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ ولهم من الآية دليلان:

أحدهما: عموم قوله ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ إلا ما خصه دليل.

والثاني: قوله ﴿وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ قال الفراء: معناه وقد خلا بعضكم ببعض؛ لأن الفضاء هو الموضع الواسع الخالي، وقول الفراء فيما تعلق باللغة حجة. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ كَشَفَ قِنَاعَ امْرَأَةٍ فَقَدْ وَجَبَ لَهَا الْمَهْرُ كَامِلًا». وهذا نص.

وروي عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، أنه قال «مَا ذَنْبُهُنَّ إِنْ جَاءَ الْعَجْزُ مِنْ قِبَلِكُمْ».

وروي عن زرارة بن أوفى أنه قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً وأرخصى سترأ فقد وجب عليه المهر، دخل بها أو لم يدخل، وقد قال النبي «عَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ مِنْ بَعْدِي عَضُّوا عَلَيْهَا بِالنَّوَاجِدِ».

ومن القياس: أن النكاح عقد على منفعة فوجب أن يكون التمكين من المنفعة بمنزلة استيفائها في استقرار بدلها كالأجارة، ولأن التسليم المستحق بالعقد قد وجد من جهتها فوجب أن يستقر العوض لها، أصله: إذا وطئها.

ولأن المهر في مقابلة الإصابة كما أن النفقة في مقابلة الاستمتاع، ثم ثبت أن التمكين من الاستمتاع شرط بمنزلة الاستمتاع في استقرار النفقة فوجب أن يكون التمكين من الإصابة بمنزلة الإصابة في استقرار المهر.

والدليل على أن الخلوة لا تتعلق بها حكم في كمال مهر، ولا وجوب عدة ولا بدء في دعوى قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ والمسيس عبارة عن الوطاء لثلاثة معان:

أحدها: أنه مروى في التفسير عن ابن عباس، وابن مسعود.

والثاني: أن المسيس كناية لما يستقبح صريحه، وليست الخلوة مستقبحة التصريح فيكنى عنها، والوطء مستقبح فكُنِيَ بالمسيس عنه.

والثالث: أن المسيس لا يتعلق به على المذهبين كمال المهر؛ لأنه لو خلا بها من غير مسيس كمل عندهم المهر، ولو وطئها من غير خلوة كمل عليه المهر، ولو مسها من غير خلوة ولا وطاء لم يكمل المهر، فكان حمل المسيس على الوطاء الذي يتعلق به

الحكم أولى من حمله على غيره، وإذا كان كذلك فقد جعل الطلاق قبل المسيس الذي هو الوطاء موجباً لاستحقاق نصف المهر.

ومن طريق القياس: أنه طلاق قبل الإصابة فوجب أن لا يكمل به المهر كالطلاق قبل الخلوة، ولأنها خلوة خلت عن الإصابة فوجب أن لا يكمل بها المهر كالخلوة إذا كان أحدهما محرماً أو صائماً فرضاً؛ ولأن ما لا يوجب الغسل لا يوجب كمال المهر كالقبلة من غير خلوة، ولأن الخلوة لما لم يتم في حقها مقام الإصابة لم يتم في حقه مقام الإصابة كالنظر، وبيان ذلك أنه لو خلا بها لم يسقط بها حق الإيلاء، والعنة، ولأن ما لا يثبت به حق التسليم في أحد جنبي العقد لم يثبت به حق التسليم في الجنب الأخرى قياساً على تسليم المبيع والمؤاجر إذا كان دون قبضهما حائل، ولأن للوطء أحكاماً تختص به من وجوب الحد والغسل، وثبوت الإحصان والإحلال للزوج الأول وسقوط العنة وحكم الإيلاء، وإفساد العبادة ووجوب الكفارة، واستحقاق المهر في النكاح الفاسد، وكماله في الصحيح، ووجوب العدة فيهما.

فلما انتفى عن الخلوة جميع هذه الأحكام سوى تكميل المهر والعدة انتفى عنها هذان اعتباراً بسائر الأحكام.

وتحريره قياساً: أنه حكم من أحكام الوطاء فوجب أن ينتفي عن الخلوة قياساً على ما ذكرنا.

فأما الجواب عن الآية فمن وجهين:

أحدهما: أن الفراء قد خولف في تفسير الإفضاء، فقال الزجاج في «معانيه»: أنه الغشيان وقال ابن قتيبة في «غريب القرآن» هو الجماع.

فكان قول الفراء محجوجاً بغيره.

والثاني: أن الآية التي استدللنا بها مفسرة تقضي على هذا المجمل.

وأما الجواب عن الخبر: فهو أن كشف القناع لا يتعلق به كمال المهر عندنا ولا عندهم، فإن جعلوه كناية في الخلوة كان جعله كناية في الوطاء أولى.

وأما الجواب عن الأثر عن عمر رضي الله عنه في قوله: «ما ذنبهن إن جاء العجز من قبلكم» فهو أنه يقتضي أن يكون لها المهر مع العجز، سواء كانت خلوة أو لم تكن فيكون معناه استحقاق دفعه قبل الطلاق، وكذلك الجواب عن حديث زرارة بن أوفى.

وأما الجواب عن قياسهم على الإجارة فمنتقض ممن سلمت نفسها في صوم، أو إحرام، أو حيض.

فإن قيل: الصوم والإحرام مانع فلم يتم التسليم.

قيل: الجب والعنة أبلغ في المنع، ولا يمنع من التسليم الموجب لكمال المهر عندهم بالخلوة، على أنه لو وطئ في الصيام والإحرام لكمل المهر واستقر، فجاز أن تكون الخلوة لو أوجبت كمال المهر في غير الإحرام موجبة لكماله في الإحرام كالوطء. على أن صوم التطوع يصير عندهم واجباً بالدخول فيه، ولا يمنع الخلوة فيه من كمال المهر عندهم، فكذلك غيره من صوم الفرض.

على أن الإجارة مقدرة بالزمان، فجاز أن تستقر الأجرة بالتمكين فيه لتقصيه، وليس النكاح مقدراً بالزمان فلم يستقر المهر فيه بالتمكين إلا بانقضاء زمانه بالموت أو بالوطء في حال الحياة؛ لأنه مقصود بالعقد.

وأما قياسهم على الوطاء: فالمعنى في الأصل استيفاء حقه بالوطء وليس كذلك الخلوة.

وأما استدلالهم بالنفقة: فالجواب عنه أن النفقة مقابلة بالتمكين دون الوطاء ولذلك وجب لها النفقة مع التمكين في الصيام والإحرام وليس كذلك المهر؛ لأنه في مقابلة الوطاء لأنهم لا يكملون المهر بالخلوة في حال الإحرام والصيام.

فصل: واستدل من نصر قول مالك: أن الخلوة يد لمدعي الإصابة من الزوجين بأن الخلوة في دعوى الإصابة تجري مجرى اللوث في القسامة، وذلك موجب لتصديق المدعي فكذلك الخلوة، ولأن الإصابة مما يستسر الناس ولا يعلنونه فتعذرت إقامة البينة عليها، فجاز أن يعمل فيها على ظاهر الخلوة الدالة عليها في قبول قول مدعيها، كما يقبل قول المولى في دعوى الإصابة، والدليل عليه: قول النبي ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» فكان على عمومه.

ولأن اختلاف الزوجين في الإصابة لا يوجب ترجيح من يدعيها بالخلوة، كما لو خلا بها ليلة في بيتها.

فأما استدلاله في ذلك باللوث فغير معتبر في ترجيح الدعوى في الأموال، وإن كان معتبراً في ترجيح الدعوى في الدماء.

وأما قبول قول المولى في دعوى الإصابة؛ فلأن الأصل فيه ثبوت النكاح فلم تصدق الزوجة في استحقاق فسخه، والأصل ها هنا براءة الذمة وعدم العدة فلم يصدق مدعي استحقاقهما.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَسَوَاءٌ طَالَ مُقَامُهُ مَعَهَا أَوْ قَصُرَ لَا يَجِبُ الْمَهْرُ وَالْعِدَّةُ إِلَّا بِالْمَيْسِرِ نَفْسِهِ (قَالَ الْمَزْنِي) رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ جَاءَ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ مَعْنَى مَا قَالَ الشَّافِعِيُّ وَهُوَ ظَاهِرُ الْقُرْآنِ».

قال الماوردي: وهذا إنما قاله الشافعي رداً على مالك، فإنه زعم أن الخلوة إن كانت في بيت الزوج فالقول معها قول مدعي الإصابة. وإن كانت في بيت الزوجة فإن طالت حتى زالت الحشمة بينهما فالقول قول مدعي الإصابة منهما.

وإن قصرت ولم تزل الحشمة بينهما، فالقول قول منكرها، استدلالاً بأنه عرف الحكام بالمدينة.

وهذا فاسد؛ لأن الخلوة إن أوجبت كمال المهر استوى حكم طولها وقصيرها، وأن تكون في بيته أو بيتها كالإصابة.

وإن لم توجب كمال المهر كانت في جميع أحوالها كذلك، وقد تكون الإصابة في قليل الخلوة ولا تكون في كبيرها، وقد تكون الإصابة في خلوة بيتها ولا تكون في خلوة بيته.

فلم يكن لهذا التفصيل معنى يوجهه، ولا تعليل يقتضيه، ولا أصل يرجع إليه. وفعل حكام المدينة ليس بحجة إذا لم يقترن بدليل.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فلا يخلو حال الزوجين إذا خلوا من أربعة أحوال. إحداهن: أن يتفقا على الإصابة فيكمل المهر وتجب العدة وتستحق الرجعة إجماعاً على الأقاويل كلها.

والحال الثانية: أن يتفقا على عدم الإصابة.

فعلى قول الشافعي في الجديد والإملاء لا يكمل المهر، ولا تجب العدة، ولا تستحق الرجعة.

فعلى هذا: لو جاءت بولد لسته أشهر فصاعداً من وقت العقد وقد اتفقا على أن الإصابة بينهما لحق به الولد؛ لأنها فراش.

وفي استكمال المهر على الجديد والإملاء وجهان:

أحدهما: يستكمل المهر؛ لأن حدوث الولد دليل على تقدم الإصابة.

والوجه الثاني: أنه لا يستكمل المهر، ولا يكون لها إلا نصفه، لجواز أن يكون قد

استدخلت منيه فعلمت منه من غير إصابة.

فأما على قوله في القديم ففيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أن المهر كامل، والعدة واجبة، والرجعة مستحقة اعتباراً بحكم الخلوة. والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنه لا يكمل المهر ولا تجب العدة ولا تستحق الرجعة اعتباراً بعدم الإصابة.

والحال الثالثة: أن تدعي الزوجة الإصابة وينكرها الزوج، فقد وجبت عليها العدة بإقرارها على الأفاويل كلها إلا على أحد وجهي قوله في القديم.

فأما استكمال المهر فعلى قوله في القديم قد استكملته بلا يمين.

وعلى قوله في الإملاء لا تستكمله إلا بيمين؛ لأنه يجعل الخلوة يداً.

وعلى قوله في الجديد: القول قول الزوج مع يمينه، وليس لها من المهر إلا نصفه، فإن أقامت الزوجة البينة على إقرار الزوج بالإصابة سمعت البينة بشاهد وامرأتين، وشاهد ويمين؛ لأنها بينة لإثبات مال.

والحال الرابعة: أن يدعي الزوج الإصابة وتنكرها الزوجة فهذه الدعوى منه إنما هي لوجوب العدة واستحقاق الرجعة.

فعلى قوله في القديم: القول قول الزوج بلا يمين.

وعلى قوله في الإملاء: القول قوله مع يمينه، ويحكم بوجوب العدة عليها، وباستحقاق الرجعة له.

وعلى قوله في الجديد: القول قول الزوجة مع يمينها، ولا عدة عليها، ولا رجعة له. فأما المهر، فقد استكملته على قوله في القديم.

فأما في الجديد والإملاء فليس لها إلا نصفه، لكن إن كان المهر في يدها فليس للزوج استرجاع نصفه؛ لأنه لا يدعيه وإن كان في يد الزوج فليس لها أن تطالبه إلا بنصفه؛ لأنها تنكر استحقاق جميعه.

فلو أقام الزوج البينة على إقرارها بالإصابة لتثبت له الرجعة والعدة سمعت بشاهدين عدلين، ولم تسمع بشاهد وامرأتين لأنها على غير مال.

فصل: وإذا خالغ الرجل زوجته المدخول بها على طلقة واحدة بعوض ثم تزوجها في عدتها وطلقها في النكاح الثاني قبل دخوله بها كان لها نصف المهر المسمى في النكاح الثاني.

وقال أبو حنيفة: لها فيه جميع المهر وإن لم يدخل بها؛ استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه نكاح قد وجب عليها فيه العدة، فوجب أن يكمل لها فيه جميع المهر كالمدخول بها.

والثاني: أن حكم الوطاء موجود فيه للحقوق ولدها فوجب أن يثبت حكمه في كمال المهر.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وهذا نكاح لم يمسه فيها فوجب أن لا يستحق من المفروض لها إلا نصفه، ولأنها مطلقة من نكاح لم يصبها فيه فوجب أن يتنصف صداقها، كما لو طلقها بعد انقضاء عدتها.

فأما استدلاله بأنها تعتد منه فليس بصحيح؛ لأنها تعتد من الأول دون الثاني؛ لأنها تأتي بباقي العدة دون جميعها.

وأما استدلاله بأن حكم الوطاء يلحق ولدها به موجود فيه ففاسد؛ لأن لحوقه بالنكاح الأول دون الثاني لأمرين:

أحدهما: أنها لو وضعته لأقل من ستة أشهر من النكاح الثاني لحق به.
والثاني: أنه إن لم يتزوجها بالعقد الثاني وجاءت بولد لأقل من أربع سنين من فراق النكاح الأول لحق به. والله أعلم.

بَابُ الْمُتَعَةِ مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ قَدِيمٍ وَجَدِيدٍ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «جَعَلَ اللَّهُ الْمُتَعَةَ لِلْمُطَلَّقاتِ وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ لِكُلِّ مُطَلَّقةٍ مُتَعَةٌ إِلَّا الَّتِي فُرِضَ لَهَا وَلَمْ يُدْخَلْ بِهَا فَحَسْبُهَا نِصْفُ الْمَهْرِ»

قال الماوردي: أما النفقة فما قدمناه من المال المُستحق بالفرقة في النكاح مأخوذ من المتاع، وهو كل ما استمتع به من المنافع ومنه قول الشاعر:

وَكُلُّ عِمَارَةٍ مِنْ حَبِيبٍ لَهَا بِكَ لَوْ لَهَوْتَ بِهِ مَتَاعٌ

والكلام في هذه المسألة يشتمل على الطلاق الذي يستحق به المتعة، والطلاق ينقسم ثلاثة أقسام.

قسم يوجب المتعة.

وقسم لا يوجبها.

وقسم مختلف فيه.

[القسم الذي يوجب المتعة]

فأما القسم الذي يوجب المتعة فهو طلاق المفوضة التي لم يسم لها صداق ولا فُرِضَ لها بعد العقد صداق إذا طُلِّقَتْ قبل الدخول فلا ينصف لها صداق، وليس لها إلا متعة على ما قدمنا بيانها لقول الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] فجعل لها المتعة إذا لم يكن لها مهر ولم يدخل بها، وهذه المتعة واجبة، واستحبها مالك ولم يوجبها لقول الله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وَقَدْ مَضَى عَلَيْهِ مِنَ الْكَلَامِ مَا أَقْنَعَ مَعَ ظَاهِرِ مَا تَضَمَّنَتْهُ الْآيَةُ مِنَ الْأَمْرِ، ولأنه قد ملك بضعها، وهي لا تستحق شيئاً من المهر إذا لم يسم قبل الدخول، فلو لم يجب لها المتعة لخلا بضعها من بدل فصارت كالموهوبة التي خُصَّ بها رسول الله ﷺ دون غيره من أمته؛ ولأنها قد ابتدلت بالعقد الذي لم تملك له بدلاً، فاقضى أن تكون المتعة فيه بدلاً؛ لأن لا تصير مبتدلة بغير بدل.

فصل: [القسم الذي لا يوجب المتعة]

وأما القِسْمُ الذي لا يوجب المتعة فهو الطلاق قبل الدخول لمن سمي لها مهر بالعقد أو فرض لها مهر قبل الطلاق وبعد العقد، فلها نصف المهر المسمى أو المفروض ولا متعة لها لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فلم يجعل لها إلا نصف المهر، ولأنها قد ملكت نصف المهر بما ابتذلت به من العقد فلم يجعل لها غيره؛ لثلا يجمع بين بدلين؛ ولأن طلاقها قبل الدخول قد أسقط شرط مهرها، فلا معنى لأن تستحق به متعة فوق مهرها.

فصل: [القسم المختلف فيه]

وأما القسم المختلف فيه فهو الطلاق بعد الدخول لمن سمي لها مهرًا أو لم يسم، فلها المهر المسمى، أو مهر المثل إن لم يكن مسمى، وفي وجوب المتعة لها قولان: أحدهما: وهو قوله في القديم، وبه قال أبو حنيفة: لا متعة لها؛ لأن الله تعالى أوجب المتعة بشرطين هما: عدم المهر، وعدم الدخول، فلم يجز أن يجب بفقدتهما ولأنه نكاح لم يخل من عوض فلم يجب فيه متعة كالمطلقة قبل الدخول إذا كان لها مهر مسمى؛ ولأنه لما لم يجب لها متعة إذا استحققت نصف المهر فأولى أن لا يجب لها متعة، إذا استحققت جميع المهر؛ ولأن استحقاق المتعة؛ لأن لا تصير مبتذلة بغير عوض، وقد صارت إلى عوض فلم يجمع لها بين عوضين. والقول الثاني: وهو قوله في الجديد لها المتعة لقول الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣١] فكان على عمومها إلا ما خصه الدليل في المطلقة قبل الدخول، وليس لها مهر مسمى.

فإن قيل: فهذه الآية مجملة فسرها قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦].

قيل: حمل الآيتين على عموم وخصوص، أولى من حملها على مجمل ومفسر؛ لأن العموم يمكن استعماله بنفسه والمجمل لا يمكن استعماله بنفسه، ولقوله تعالى في أزواج النبي ﷺ: ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمْتَعُنَّ وَأَسْرَحُنَّ سَرَّاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨] وفيه تقديم وتأخير وتقديره: فتعالين أسرحكن وأمتعكن، وقد كن كلهن مدخولات بهن، فدلَّ على وجوب المتعة للمدخول بها، ولأنه إجماع الصحابة أن المتعة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول ولم يفرض لها مهر.

وروي ذلك عن عمر وابن عمر وليس يعرف لهما في الصحابة مخالف؛ ولأنه طلاق لم يسقط به شيء من المهر فجاز أن تجب لها المتعة كالمطلقة قبل الفرض، وقبل الدخول.

ولأن استكمال المهر في مقابلة الدخول بدليل استحقاقه بوطن الشبهة فاقتضى أن يُستحق في مقابلة العقد الذي ابتذلت به بدل وهو المتعة.

ولأن النكاح الصحيح أغلظ من النكاح الفاسد في استحقاق العوض بدليل أنها في النكاح الصحيح تستحق بالطلاق فيه قبل الدخول من العوض ما لا تستحقه في النكاح الفاسد فوجب أن تستحق بالطلاق فيه بعد الدخول من المتعة مع مهر ما لا تستحقه في النكاح الفاسد.

ولو سقطت المتعة وقد استويا في المهر لم يتغلظ في العوض فإذا تقرر توجيه القولين فعلى القديم منهما لا متعة إلا لمطلقة واحدة وهي المطلقة قبل الدخول، وليس لها مهر مسمى.

وعلى الجديد المتعة واجبة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة، وهي المطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَالْمُتَعَةُ عَلَى كُلِّ زَوْجٍ طَلَّقَ وَلِكُلِّ زَوْجَةٍ إِذَا كَانَ الْفِرَاقُ مِنْ قَبْلِهِ أَوْ يَتِمُّ بِهِ مِثْلُ أَنْ يُطَلَّقَ أَوْ يُخَالَعَ أَوْ يَمْلِكَ أَوْ يُفَارِقَ وَإِذَا كَانَ الْفِرَاقُ مِنْ قَبْلِهِ فَلَا مُتَعَةَ لَهَا وَلَا مَهْرٌ أَيْضاً لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُطَلَّغَةٍ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ أُمَةً فَبَاعَهَا سَيِّدُهَا مِنْ زَوْجِهَا فَهِيَ أَفْسَدُ النِّكَاحِ بِبَيْعِهِ إِيَّاهَا مِنْهُ فَأَمَّا الْمُلَاعَنَةُ فَإِنَّ ذَلِكَ مِنْهُ وَمِنْهَا وَلِأَنَّهُ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا فِيهِ كَالْمُطَلَّغَةِ وَأَمَّا امْرَأَةُ الْعَيْنِ فَلَوْ شَاءَتْ أَقَامَتْ مَعَهُ وَلَهَا عِنْدِي مُتَعَةٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ عِنْدِي غَلَطٌ عَلَيْهِ وَقِيَاسُ قَوْلِهِ لَا حَقَّ لَهَا لِأَنَّ الْفِرَاقَ مِنْ قَبْلِهَا ذُوْنُهُ».**

قال الماوردي: اعلم أن المتعة لا يختلف وجوبها باختلاف الأزواج والزوجات فهي على كل زوج من حر وعبد مسلم وكافر، ولكل زوجة من حرة أو أمة مسلمة أو كافرة.

وقال الأوزاعي: إذا كان الزوجان مملوكين أو أحدهما فلا متعة بينهما.

وهذا فاسد؛ لعموم قوله تعالى: **﴿وَلِلْمُطَلَّغَاتِ مَتَاعٌ﴾** [البقرة: ٢٤١] ولأن المتعة وجبت لتكون المطلقة مفارقة للموهوبة فاقتضى أن يستوي فيها الأحرار والعبيد كما

يستوي في حظر الموهوبة حال الأحرار والعيبد فإذا ثبت أنه يستوي فيها كل زوج مع كل زوجة انتقل الكلام إلى تفصيل الفرقة التي تستحق به المتعة، والفرقة الواقعة بين الزوجين تنقسم خمسة أقسام:

- أحدها: أن تكون بالموت.
- والثاني: أن تكون من الزوج.
- والثالث: أن تكون من الزوجة.
- والرابع: أن تكون منهما.
- والخامس: أن تكون من أجنبي غيرهما.

فصل: القسم الأول

فأما القسم الأول: وهو أن تكون الفرقة بالموت فلا متعة فيها سواء كانت بموت الزوج أو بموت الزوجة سواء توارثا أم لا؛ لأن الله تعالى أوجبها للمطلقة؛ لأنه قطع عصمتها وهذا المعنى معدوم في الوفاة، وهكذا لو وقعت الفرقة بميراث عن وفاة بأن تكون الزوجة أمة فيرثها الزوج أو يكون الزوج عبداً فترثه الزوجة فقد وقعت الفرقة بينهما؛ لأن أحد الزوجين لا يصح أن يملك صاحبه، وإذا وقعت الفرقة بينهما بالتوارث فلا متعة؛ لأنها عن الموت حدثت؛ ولأنه إن كان الزوج هو الوارث لها فهي أمتة والأمة لا تملك في ذمة سيدها مالا فلم يجب لها عليه متعة، وإن كانت الزوجة هي الوارثة له فقد صار عبداً لها، والسيد لا يثبت له في ذمة عبده مال فلم يجب لها عليه متعة.

فصل: القسم الثاني

وأما القسم الثاني: وهو أن تكون الفرقة من الزوج دونها، فخمسة فرق:

- أحدها: الطلاق، وهو موجب للمتعة على ما مضى.
- والثاني: باللعان، لأنه وإن تم بهما فالفرقة واقعة بلعان الزوج وحده فهو كالطلاق في استحقاق المتعة به؛ ولأن الفرقة به أغلظ من الفرقة بالطلاق لتأبيدها فكانت بوجوب المتعة أحق.
- والثالث: الردة، وهو أن يرتد عن الإسلام فتقع الفرقة برده فتكون كالفرقة بالطلاق في استحقاق المتعة؛ لأنها لما وجبت بالطلاق المباح كان وجوبها بالردة المحرمة أولى.
- والرابع: الإسلام وهو أن يسلم الزوج دونها فتبين بإسلامه فلها المتعة كالطلاق؛ لأنها لما وجبت عليه بفرقة كفره كان وجوبها بفرقة إسلامه أولى.

والخامس: الفسخ بالعيوب فإن كان ذلك رفعا للعقد لتقدمه عليه فلا متعة فيه؛ لأنه لما أسقط المهر كان بإسقاطه المتعة أولى، وإن كان ذلك قطعاً للعقد بحدوثه بعده فهو وجوب المتعة كالطلاق؛ لأنه لما لم يسقط به المهر لم تسقط به المتعة.

فصل: القسم الثالث

وأما القسم الثالث: أن تكون الفرقة من جهتها دونه فلا متعة فيها، وإن تنوعت لأنه لما كان فسخها مسقطاً لصداقها فأولى أن يسقط متعتها، وهذه الفرقة قد تكون من ستة أوجه:

أحدها: بردها.

والثاني: بإسلامها.

والثالث: بأن تجد فيه عيباً يفسخ نكاحه.

والرابع: أن تعتق وزوجها عبد فتختار فسخ نكاحه.

والخامس: بأن يعسر الزوج بنفقتها فتختار فسخ نكاحه.

والسادس: بأن تظهر فيه عنة فيؤجل لها ثم تختار فسخ نكاحه بها إلا أن المزني حكى عن الشافعي في هذا الموضع أنه قال: وأما امرأة العنين فلو شاءت أقامت معه ولها عندي متعة قال المزني: وهذا عندي غلط عليه، وقياس قوله لا حق لها؛ لأن الفرقة من قبلها دونه.

وهذا وهم من المزني في النقل واستدراك منه في الحكم؛ لأن الشافعي قد قال في كتاب «الأم»: وأما امرأة العنين فلو شاءت أقامت معه فليس لها عندي متعة فسها الكاتب في نقله فأسقط قوله: «فليس» ونقل ما بعده فقال: فلها عندي متعة وتعليل الشافعي يدل على السهو في النقل؛ لأنه قال: فلو شاءت أقامت معه فقد بين أن الفرقة من جهتها، والفرقة إذا كانت منها أسقطت متعتها.

فصل: القسم الرابع.

وأما القسم الرابع: وهو أن تكون الفرقة من جهتها فهو على ضربين:

أحدهما: أن يغلب فيه جهة الزوج.

والثاني: أن يغلب فيه جهة الزوجة.

فأما ما يغلب فيه جهة الزوج فشيئان:

أحدهما: الخلع، لأنه تم بهما إلا أن المغلّب فيه الزوج؛ لأن الفرقة من جهته وقعت؛ ولأنه قد يصل إلى الخلع عنها مع غيرها.

والثاني: أن يملكها طلاق نفسها أو يجعل ذلك إلى مشيئتها فتطلق نفسها وتشاء طلاق نفسها فتقع الفرقة بهما إلا أن جهة الزوج أغلب للأمرين المتقدمين وهو أن الفرقة من جهته وقعت، ولأنه قد كان يقدر أن يجعل طلاقها إلى غيرها أو أن تعلقه بمشيئة غيرها فيكون في حكم الطلاق إذا انفرد الزوج بإيقاعه في وجوب المتعة به على ما فصلنا.

وأما ما يغلب فيه جهة الزوجة فهو أن تكون أمة فيبتاعها الزوج من سيدها فقد وقعت الفرقة من جهتها؛ لأنها تمت ببيع السيد، وابتاع الزوج والسيد من جهتها فظاهر نص هذا الموضع أنه لا متعة لها وقد نص عليه في القديم، وقال في الإملاء: لها المتعة فاختلف أصحابنا فذهب أكثرهم إلى تخريج ذلك على قولين:

أحدهما: وهو المنصوص عليه في القديم والمشار إليه في هذا الموضع أنه لا متعة لها؛ لأن السيد في هذا الموضع بمنزلة الزوج في الخلع فافتضى أن يغلب جهة السيد ها هنا في سقوط المتعة كما يغلب في الخلع جهة الزوج في وجوب المتعة، ولأن السيد قد كان يصل إلى بيعها من غيره فصار اختياره للزوج اختياراً للفرقة.

والقول الثاني: وهو المنصوص عليه في الإملاء لها المتعة؛ لأن البائع والمشتري يتساويان في وقوع العقد بهما وقد اختص الزوج بمباشرة العقد دونها فافتضى أن يترجح حاله في وجوب المتعة عليها، وقال أبو إسحاق المروزي: ليس ذلك على اختلاف قولين، وإنما هو على اختلاف حالين فنصه في القديم، وفي هذا الموضع على أن لا متعة لها محمول على أن المستدعي للبيع هو السيد فغلبت جهته في سقوط المتعة، ونصه في الإملاء أن لها المتعة محمول على أن المستدعي للبيع هو الزوج فغلبت جهته في وجوب المتعة.

فصل: القسم الخامس.

وأما القسم الخامس: وهو أن تكون الفرقة من غيرهما وهو أن تكون زوجته صغيرة فترضعها أمه أو بنته فتحرم عليه، فتكون هذه الفرقة كالطلاق؛ لأنها تملك بها نصف المسمى فوجب أن تستحق المتعة عند عدم المسمى، وترجع بالمُتعة على التي حرمتها كما ترجع عليها بصدقها والله أعلم.

فرع: وإذا تزوج امرأة وأصدقها أن تعتق عبده سالماً عنها صح الصداق وعليه عتقه عنها؛ لأن المعارضة على هذا العتق جائزة فلو أعتقه ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمته، ولو طلقها قبل الدخول وقبل عتقه عنها فقد اختلف أصحابنا في ذلك على وجهين:

أحدهما: أنه يعتق عنها نصفه، ويقوم عليها نصفه الباقي إن كانت موسرة؛ لأن عتق نصفه كان باختيارها فلذلك وجب تقديم باقيه عليها.

والوجه الثاني: أنه لا يعتق عنها شيء منه لما فيه من إدخال الضرر عليها في التقويم وإدخاله على العبد، وعلى السيد في التبويض وترجع الزوجة عليه ببدله، وفيه قولان:

أحدهما: قيمة نصف العبد.

والثاني: نصف مهر مثلها ليرفع ذلك الضرر عن الجميع.

فرع: وإذا أصدق الذمي زوجته الذمية خمراً فصار الخمر في يد الزوج خلاً بغير علاج، وأسلم الزوجان فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصير الخمر خلاً قبل إسلامهما، فعليه أن يدفعه إليها بعد مصيره خلاً.

والضرب الثاني: أن يصير خلاً بعد إسلامها فلا يلزمه دفعه خلاً إليها، ويدفع إليها مهر مثلها.

والفرق بينهما أنه قبل الإسلام يجوز دفعه خمراً، فلذلك وجب دفعه بعد مصيره خلاً لبقاء حكم الصداق عليه، وبعد الإسلام لا يجوز دفعه خمراً فلم يجب دفعه بعد مصيره خلاً لانتفاء حكم الصداق عنه، فلئذ دفع الخمر إليها في الشرك ثم أسلما، وطلقها الزوج قبل الدخول لم يرجع عليها بنصف الخمر لأن الخمر لا يستحقه مسلم ولا بقيمته لأننا لا نحكم له بقيمته ولا ببدله؛ لأن ما لا قيمة له لا بدل له، فلو كان الخمر قد صار خلاً قبل طلاقه ففي رجوع الزوج بنصفه وجهان:

أحدهما: يرجع بنصف الخل؛ لأن عين الصداق موجودة على صفة يجوز أن يملك معها.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز أن يرجع بنصفه لزيادته عن حال ما أصدق، ولا يرجع بقيمة الخمر؛ لأنها لا تجوز فلا يرجع بشيء في هذا الطلاق، ولا فرق هنا بين أن يصير خلاً قبل إسلامها أو بعده لاستقرار ملكها عليه بالقبض، ولكن لو صار خلاً بعد الطلاق لم يرجع عليها بنصفه وجهاً واحداً لكونه وقت طلاقها غير مستحق، ولو صار قبل طلاقها فاستهلكه ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بنصف قيمة الخل وجهاً واحداً، ولا يكون له عليها شيء؛ لأن ما يرجع الزوج به من قيمة الصداق معتبر بأقل أحواله من وقت العقد إلى وقت القبض، وقد كان في هذه الأحوال مما لا قيمة له.

فرع: وإذا زوج الرجل عبده بامرأة وجعل رقبته صدأقها، فإن كانت الزوجة حرة فالنكاح باطل؛ لأن تصحيح النكاح يجعلها مالكة لزوجها، وإذا ملكت المرأة زوجها بطل النكاح.

فإن قيل: فهلا صحَّ النكاح، وبطل الصداق.

قيل: لأن هذا العقد قد أوجب أن يكون الزوج مالكاً لبضعها بالنكاح، وأن تكون الزوجة مالكة لرقبته بالصداق، وليس إثبات أحدهما بأولى من النكاح الآخر فبطلا جميعاً، وإن كانت الزوجة أمة صحَّ النكاح والصداق، جميعاً؛ لأنه يصير بهذا العقد ملكاً لسيد زوجته وليس يمتنع أن يكون الزوجان في ملك سيد واحد، فلو أن العبد والمسألة بحالها طلق زوجته الأمة قبل الدخول ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع سيده المزوَّج له بنصفه.

والوجه الثاني: لا يرجع بشيء، وهذان الوجهان بناء على اختلاف أصحابنا فيمن أصدق عن عبده مالا ثم طلق العبد قبل الدخول وقد باعه سيده فهل يكون نصف الصداق ملكاً لسيدة الأول الذي بذله عنه أو لسيدة الثاني الذي طلق، وهو في ملكه على وجهين ذكرناهما في كتاب النكاح، وبالله التوفيق.

باب الْوَلِيمَةِ وَالنَّثْرِ مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ إِمْلَاءً عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «الْوَلِيمَةُ الَّتِي تُعْرَفُ وَلِيمَةُ الْعُرْسِ وَكُلُّ دَعْوَةٍ عَلَى إِمْلَاكِ أَوْ تِفَاسٍ أَوْ خِتَانٍ أَوْ حَادِثِ سُرُورٍ فِدْعِي إِلَيْهَا رَجُلٌ فَاسْمُ الْوَلِيمَةِ يَقَعُ عَلَيْهَا وَلَا أُرْحِصُ فِي تَرْكِهَا وَمَنْ تَرَكَهَا لَمْ يَبِينْ لِي أَنَّهُ عَاصٍ كَمَا يَبِينُ لِي فِي وَلِيمَةِ الْعُرْسِ لِأَنِّي لَا أَعْلَمُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَرَكَ الْوَلِيمَةَ عَلَى عُرْسٍ وَلَا أَعْلَمُهُ أَوْلَمَ عَلَى غَيْرِهِ وَأَوْلَمَ عَلَى صَفِيَّةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فِي سَفَرٍ بِسُوقِ وَتَمْرٍ وَقَالَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ «أَوْلَمَ وَلَوْ بِشَاةٍ».

قال الماوردي: وأما الوليمة فهي إصلاح الطعام واستدعاء النَّاسِ لأجله، والولائم

ست .

وليمة العرس: وهي الوليمة على اجتماع الزوجين .

وليمة الخرس: وهي الوليمة على ولادة الولد .

وليمة الإغذار: وهي الوليمة على الختان .

وليمة الوكيرة: وهي الوليمة على بناء الدَّارِ قَالَ الشَّاعِرُ:

كُلُّ الطَّعَامِ تَشْتَهِي رَبِيعَهُ الخُرْسُ وَالْإِغْدَارُ وَالْوَكِيرَةُ^(١)

وليمة النقيعة: وهي وليمة القادم من سفره، وربما سماوا الناقة التي تنحر للقادم

نقيعة قال الشاعر:

إِنَّا لَنَضْرِبُ بِالسِّيَوفِ رُؤُوسَهُمْ ضَرْبَ الْقُدَارِ نَقِيعَةَ الْقُدَامِ^(٢)

(١) البيت من انشاد ابن بري كما في اللسان (٤٥٢٧) [نقع].

(٢) البيت لمهلل انظر اللسان المصدر السابق ويروي الصدر:

إِنَّا لَنَضْرِبُ بِالصُّوَارِمِ هَامَهُمْ

وليمة المأدبة: هي الوليمة لغير سبب.

فإن خص بالوليمة جميع الناس سميت جفلى، وإن خص بها بعض الناس سميت نقرى قال الشاعر:

نحنُ في المَشْتاةِ ندعوا الجَفَلَى لا تَرَى الأدبَ فِينَا يَنْتَقِرُ^(١)

فهذه الستة ينطلق اسم الولايم عليها، وإطلاق اسم الوليمة يختص بوليمة العرس ويتناول غيرها من الولايم بقرينه؛ لأن اسم الوليمة مشتق من الولم، وهو الاجتماع؛ ولذلك سمي القيد الولم؛ لأنه يجمع الرجلين، فتناولت وليمة العرس لاجتماع الزوجين فيها ثم أطلقت على غيرها من الولايم تشبيهاً بها، فإذا أطلقت الوليمة تناولت وليمة العرس، فإن أريد غيرها قيل: وليمة الخرس، أو وليمة الإعدار، وقد أفصح الشافعي بهذا، ثم لا اختلاف بين الفقهاء أن وليمة غير العرس لا تجب.

فأما وليمة العرس فقد علق الشافعي الكلام في وجوبها؛ لأنه قال: «ومن تركها لم يبن لي أنه عاص كما يبين لي في وليمة العرس».

فاختلف أصحابنا في وجوبها على وجهين، ومنهم من خرّجه على قولين:

أحدهما: أنها واجبة، لما روي أن النبي ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر الخلق، فقال له مهيم - أي ما الخبر - قال: أعرست فقال له: أولمت قال: لا قال: أولم ولويشاة. وهذا أمر يدل على الوجوب، ولأن النبي ﷺ ما أنكح قط إلا أولم في ضيق أو سعة، وأولم على صفة في سفره بسويق وتمر ولأن في الوليمة إعلان للنكاح فرقاً بينه وبين السفاح، وقد قال النبي ﷺ: «أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف»، ولأنه لما كانت إجابة الداعي إليها واجبة دلّ على أن فعل الوليمة واجب؛ لأن وجوب المسبب دليل على وجوب السبب ألا ترى أن وجوب قبول الإنذار دليل على وجوب الإنذار.

والثاني: وهو الأصح أنها غير واجبة لقول النبي ﷺ «ليس في المال حق سوى الزكاة»؛ ولأنه طعام لحادث سرور فأشبهه سائر الولايم.

ولأن سبب هذه الوليمة عقد النكاح وهو غير واجب، ففرعه أولى أن يكون غير واجب.

ولأنها لو وجبت لتقدرت كالزكاة والكفارات؛ وكان لها بدل عند الإعسار كما يعدل المكفر في إعساره إلى الصيام فدّل على عدم تقديرها وبدلها على سقوط وجوبها.

(١) البيت لطرفة بن العبد [الديوان ٥٥] انظر فتح الباري (١٥٠/٩) واللسان م جفل.

ولأنها لو وجبت لكان مأخوذاً بفعلها حياً، ومأخوذة من تركته ميتاً كسائر الحقوق وكان بعض أصحابنا يتوسط في وجوبها مذهباً معلولاً، ويقول هي من فروض الكفايات إذا أظهرها الواجد في عشيرته أو قبيلته ظهوراً منتشرأً سقط فرضها عن سواه وإلا خرجوا بتركها أجمعين، وهذا فاسد من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن ما وجب من حقوق النكاح تعين كالولي والشاهدين.

والثاني: أن ما تعلق بحقوق الأموال الخاصة عم وجوبه كالزكوات أو عم استحبابه كالصدقات.

والثالث: أن فروض الكفاية مختص بما عم سنته كالجهاد أو ما تساوى فيه الناس كغسل الموتى وهذا خاص معين فلم يكن له في فروض الكفاية مدخل.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من وجوبها أو استحبابها انتقل الكلام إلى ما يلزم المدعو إليها من الإجابة فالظاهر من مذهب الشافعي أن الإجابة إليها واجبة، وقال بعض أصحابنا: أن الإجابة إليها مستحبة وليست بواجبة؛ لأنها تقتضي أكل الطعام وتملك مال ولا يلزم أحد أن يملك مالاً بغير اختياره، ولأن الزكوات مع وجوبها على الأعيان لا يلزم المدفوعة إليه أن يملكها فكان غيرها أولى.

والدليل على ما ذهب إليه الشافعي من وجوب الإجابة ما رَوَى نَافِعٌ عَنْ ابْنِ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: «مَنْ دَعِيَ إِلَى وَلِيمَةٍ فَلَمْ يَجِبْ فَلَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَمَنْ جَاءَهَا بِغَيْرِ دَعْوَةٍ دَخَلَ سَارِقًا وَخَرَجَ مُغَيَّرًا».

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: أجبوا الداع فإنه ملهوف».

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لو أهدي إلي ذراع لقبلت ولو دعيت إلى كراع لأجبت».

وروي أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «شَرُّ الطَّعَامِ الْوَلَائِمِ يَدْعِي إِلَيْهِ الْأَغْنِيَاءُ وَيَحْرِمُهُ الْفُقَرَاءُ وَالْمَسَاكِينُ».

ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله.

ولأن في الإجابة تآلفاً وفي تركها ضرراً وَتَقَاطَعًا.

فصل: فإذا ثبت أنها واجبة فسواء قيل إن فعلها واجب أو مستحب في وجوب الإجابة إليها؛ لأن رد السلام واجب وإن كان ابتداء السلام غير واجب، وهل يكون وجوبها من فروض الأعيان أو من فروض الكفاية على وجهين:

أحدهما: أنها فرض على كل من دعي إليها أن يجيب ما لم يكن معذوراً بالتأخير لما قدمناه من الدليل .

والوجه الثاني: أنها من فروض الكفاية^(١) فإذا أجاب من دعي من تقع به الكفاية سقط وجوبها عن الباقيين، وإلا خرجوا أجمعين؛ لأن المقصود من الوليمة ظهورها وانتشارها ليقع الفرق فيها بين النكاح والسفاح، فإذا وجد مقصودها بمن خص سقط وجوبها عن تأخر .

فصل: [شروط الداعي]

وإذا كانت الإجابة واجبة على ما وصفنا فلوجوبها شروط تعتبر في الداعي والمدعو فأما الشروط المعتبرة في الداعي فستة شروط:

أحدها: أن يكون بالغاً يصح منه الإذن والتصرف في ماله، فإن كان غير بالغ لم تلزم إجابته، ولم يجز أيضاً لبطلان إذنه ورد تصرفه .

والشَّرْط الثاني: أن يكون عاقلاً لأن المَجْنُون لفقده تمييزه أسوأ حالاً من الصغير في فساد إذنه ورد تصرفه .

والشَّرْط الثالث: أن يكون رشيداً يجوز تصرفه في ماله، فإن كان محجوراً عليه لم تَلْزَمْ إجابته، فلو أذن له وليه لم تلزم إجابته أيضاً، لأن وليه مندوب لحفظ ماله لا لإتلافه .

والشَّرْط الرابع: أن يكون حراً؛ لأن العبد لا يجوز تصرفه فلم تلزم إجابته لفساد إذنه فلو أذن له سيده صار كالحُرِّ في لزوم إجابته .

والشَّرْط الخامس: أن يكون مسلماً تلزم موالاته في الدين، فإن كان الداعي ذمياً لمسلم ففي لزوم إجابته وجهان:

أحدهما: يجب لعموم قول النبي ﷺ «أجيبوا الداعي، فإنه ملهوف» .

والوجه الثاني: لا تلزم إجابته؛ لأنه ربما كان مستخبث الطعام محرماً .

ولأن نفس المسلم تعاف كل طعامه، ولأن مقصود الطعام التواصل به، واختلاف الدين يمنع من تواصلهما، فإن دعا مسلم ذمياً لم تلزمه الإجابة وجهاً واحداً، لأنه لا يلتزم أحكام شرعنا إلا عن تراخٍ .

(١) سقط في ب .

والشرط السادس: أن يصرح بالدعاء، إما بقول أو مكاتبة أو مراسلة؛ لأن العرف بجميع ذلك جارٍ وصريح الدعاء أن يقول: أسألك الحضور، أو يقول: أحب أن تحضر، أو إن رأيت أن تجملني بالحضور فتلزمه إجابته بهذا القول كله.

فأما إن قال إن شئت أن تحضر فافعل لم تلزمه إجابته.

قال الشافعي: «وما أحب أن يجيب».

فإن كاتبه رقة يسأله الحضور بأحد ما ذكرنا من الألفاظ لزمه الإجابة، فإن نقصه في الخطاب لم يكن ذلك عذراً في التأخير وكذلك لو كان بينهما عداوة أو كان في الوليمة عدو لم يكن معذوراً في التأخير، وإن راسله برسول وقع في نفسه وصدقه، لزمته الإجابة سواء كان حراً أو عبداً، فإن كان غير بالغ نظر فيه، فإن كان مميزاً لزمته الإجابة بوروده في الرسالة، وإن كان غير مميز لم يلزم؛ لأنه لا يحصل ما يقول ولا العادة جارية أن يكون مثله رسولاً، فإن قال الداعي لرسوله: ادع من رأيت من غير أن يعين له على أحد لم يلزم من دعاه الرسول أن يجيب؛ لأنه قد يرى أن يدعو من غيره أحب إلى صاحب الطعام.

فصل: [شروط المدعو]

وأما الشروط التي في المدعو فخمسة شروط:

أحدها: البلوغ.

والثاني: العقل ليكون بالبلوغ والعقل ممن يتوجه عليه حكم الالتزام.

والثالث: الحرية لأن العبد ممنوع من التصرف بحق السيد، فإن أذن له سيده لزمته الإجابة حينئذ، وإن كان مكاتباً نظر، فإن لم يكن حضوره مضراً بكسبه لزمته الإجابة، وإن كان مضراً لم تلزمه الإجابة إن لم يأذن له السيد، وفي لزومها بإذنه وجهان فأما المحجور عليه بالسفه فتلزمه الإجابة كالرشيد.

والرابع: أن يكون مسلماً فإن كان ذمياً والداعي مسلم فقد ذكرنا أن الإجابة لا تلزمه

وإن كانا ذميين ورضيا بحكمنا أخبرناهما بلزوم الإجابة في ديننا، وهل يجبر عليه المدعو أم لا؟ على قولين.

والخامس: أن لا يكون له عذر مانع من مرض أو تشاغل بمرض أو إقامة على حفظ

مال أو خوف من عدو على نفس أو مال، فإن كل هذه وما شاكلها أعمار تسقط لزوم الإجابة فإن اعتذر بشدة حر أو برد نظر، فإن كان ذلك مانعاً من تصرف غيره كان عذراً في التأخر، وإن لم يمتنع من تصرف غيره لم يكن عذراً.

وإن اعتذر بمطر يبيل الثوب كان عذراً؛ لأنه عذر في التأخر عن فرض الجمعة، وإن اعتذر بزحام الناس في الوليمة لم يكن ذلك عذراً في التأخر عن الإجابة وقيل احضر، فإن وجدت سعة وإلا عذرت في الرجوع.

فصل: فإن كانت الوليمة ثلاثة أيام فدعى في الأيام الثلاثة لزمت الإجابة في اليوم الأول واستحبت في اليوم الثاني، ولم تجب، وكرهت في اليوم الثالث لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الوليمة في اليوم الأول حق وفي الثاني معروف وفي الثالث رياء وسمعة».

فصل: وإذا دعاه اثنان في يوم فإن قدر على الحضور إليهما لزمته إجابتهما وإن لم يقدر على الجمع بينهما لزمته إجابة أسبقهما، فإن استويا أجاب أقربهما جواراً فإن استويا في الجوار أجاب أقربهما رحماً، فإن استويا في القرابة أقرع بينهما، وأجاب من قرع منهما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا دعاك اثنان فأجب أقربهما باباً، فإن أقربهما باباً أقربهما جواراً، فإن جاء معاً فأجب أسبقهما» والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَ الْمَدْعُوُّ صَائِماً أَجَابَ الدَّعْوَةَ وَبَرَكَ وَأَنْصَرَفَ وَلَيْسَ بِحَتْمٍ أَنْ يَأْكُلَ وَأَحَبُّ لَوْ فَعَلَ وَقَدْ دُعِيَ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَجَلَسَ وَوَضَعَ الطَّعَامَ فَمَدَّ يَدَهُ وَقَالَ خُذُوا بِسْمِ اللَّهِ ثُمَّ قَبَضَ يَدَهُ وَقَالَ إِنِّي صَائِمٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كان المدعو صائماً لزمه الحضور، ولم يكن صومه عذراً في التأخير لرواية عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا دعي أحدكم إلى وليمة فليجب، فإن كان مفطراً فليأكل، وإن كان صائماً فليدع، وليقل: إني صائم».

ولأن المقصود بحضوره التجمل أو التكثر أو التواصل والصوم لا يمنع من ذلك فإذا حضر الصائم لم يخل صومه من أن يكون فرضاً أو تطوعاً، وإن كان صومه فرضاً لم يفطر ودعا للقوم بالبركة، وقال: إني صائم، وكان بالخيار بين المقام أو الانصراف لما قدمناه من رواية ابن عمر وفعله، وإن كان صومه تطوعاً فالمستحب له أن يأكل، ويفطر لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا دعي أحدكم إلى طعام وهو صائم، فإن كان تطوعاً فليفطر وإلا فليصل» أي فليدع ولا يجب عليه الفطر؛ لأنه في عبادة فلم تلزمه مفارقتها؛ ولأن من الفقهاء من يحظر عليه الخروج من صوم التطوع ويوجب عليه القضاء.

فصل: [حكم وجوب الأكل على المفطر]

فأما المفطر إذا حضر ففي وجوب الأكل عليه ثلاثة أوجه :

أحدها: يجب عليه الأكل؛ لأنه مقصود الحضور ولرواية ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا دعي أحدكم إلى وليمة فليجب، فإن كان مفطراً فليأكل وإن كان صائماً فليدع وليقل: إني صائم».

والوجه الثاني: أنه لا يجب عليه الأكل وهو فيه مخير لرواية سفيان عن أبي الزبير عن جابر أن النبي ﷺ قال: «إذا دعي أحدكم إلى طعام فإن شاء طعم، وإن شاء ترك»، ولأن في الأكل تملك، قال: فلم يلزمه كالهبة.

والوجه الثالث: أن الأكل في الوليمة من فروض الكفايات، فإن أكل غيره سقط عنه فرض الأكل وإلا خرج جميع الحاضرين لما في امتناع جميعهم من عدم مقصود، وانكسار نفسه وإفساد طعامه.

فصل: وينبغي لمن حضر الطعام أن يأكل إلى حد شبعه وله أن يقصر عن الشبع ويحرم عليه الزيادة على الشبع لما فيه من المضرة ومخالفة العادة، فإن أكل أكثر من شبعه لم يضمن الزيادة وليس له أن يأخذ ما يأكله ليحمله إلى منزله، ولا أن يعطيه لغيره ولا أن يبيعه لأن الأكل هو المأذون فيه دون غيره، وليس كل من أبيع له الأكل جاز له البيع كالمضحى ولا يجوز إذا جلس على الطعام أن يطعم غيره منه، فإن فعل وكان الذي أطعمه من المدعوين لم يضمن، وإن كان غير مدعو ضمن.

وهكذا ليس له أن يستصحب إلى الطعام من لم يدعه صاحب الوليمة، فإن حضر معه أحداً فقد أساء، والضمان على الآكل دون المحضر والعرب تسمي المدعو ضيفاً والتابع ضيفن قال الشاعر.

إِذَا جَاءَ ضَيْفٌ جَاءَ لِلضَّيْفِ ضَيْفُنُ فَأَوْدَى بِمَا نُقِرَى الضُّيُوفُ الضَّيَافُنُ^(١)

فصل: ويختار له إذا أكل أن يستعمل آداب أكله المسنونة.

فمنها غسل يديه قبْل الطعام وبعده ولو توضع في الحالين كان أفضل.

روى أبو هاشم عن زاذان عن سلمان قال: قرأت في التوراة الوضوء قبل الطعام بركة الطعام فذكرته للنبي ﷺ فقال: «الوضوء قبل الطعام وبعد الطعام بركة الطعام».

(١) البيت في اللسان م [ضيف].

ومنها التسمية على الطعام قبل مد يده، والحمد لله بعد رفعها فقد فعل النبي ﷺ ذلك وأمر به .

ومنها: أن يأكل مما يليه ولا يمد يده إلى ما بعد عنه ولا يأكل من ذروة الطعام، فقد روى سعيد بن جبير عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «البركة في ذروة الطعام فكلوا من حواليتها» وإذا وضع استباح الحاضرون أكله، وإن لم يؤذن لهم قولاً اعتباراً بالعرف وأن ما تقدم من الدعاء إذن فيما تأخر من الطعام، واختلف أصحابنا متى يستحق الحاضر ما يأكله حتى يصير أملك به من ربه على ثلاثة أوجه:

أحدها: إذا أخذ اللقمة من الطعام بيده صار بها أحق وأملك لها؛ لأن حصولها في اليد قبض فلا يجوز أن تسترجع منه .

والوجه الثاني: أنه لا يصير أحق بها وأملك لها إلا إذا وضعها في فمه، فأما وهي بيده فمالك الطعام أحق بها؛ لأن الإذن في الأكل ولا يكون ذلك إلا بعد الحصول في الفم .

والوجه الثالث: أن لا يصير أحق بها وأملك إلا بعد مضغها، وبلعها، لأن الإذن يضمن استهلاكه بالأكل ولا يجلس بعد فراغه من الأكل إلا عن إذن لقول الله تعالى: ﴿فَإِذَا طَعِمْتُمْ فَانْتَشِرُوا﴾ [الأحزاب: ٥٣].

وروى واصل بن السائب عن أبي سورة وعن عطاء بن أبي رباح قال قال رسول الله ﷺ: ألا حبذا المتخللون من أمتي، قالوا: وما المتخللون، قال: المتخللون من الطعام، والمتخللون بالماء في الوضوء .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ كَانَ فِيهَا الْمَغْصِيَّةُ مِنَ الْمُسْكِرِ أَوْ الْخَمْرِ أَوْ مَا أَشْبَهَهُ مِنَ الْمَعَاصِي الظَّاهِرَةِ نَهَاهُمْ فَإِنْ نَحَوْا ذَلِكَ عَنْهُ وَإِلَّا لَمْ أَحِبَّ لَهُ أَنْ يَجْلِسَ فَإِنْ عَلِمَ ذَلِكَ عِنْدَهُمْ لَمْ أَحِبَّ لَهُ أَنْ يُجِيبَ» .

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا دعيت إلى وليمة وفيها خمر أو ملاهي أو ما أشبه ذلك من المعاصي فلا يخلو أن يكون عالماً به قبل حضوره أو غير عالم، فإن علم به قبل حضوره فله حالتان:

أحدها: أن يقدر على إنكاره وإزالته فواجب عليه أن يحضر لأمرين:

أحدهما: لإجابة الداعي .

والثاني: لإزالة المنكر .

والحال الثانية: أن لا يقدر على إزالته ففرض الإجابة قد سقط، وأولى أن لا يحضر وفي جواز حضوره وجهان:

أحدهما: وهو الأظهر أنه لا يجوز لما في حضوره من مشاهدة المنكر والريبة الداخلة عليه، وقد قال النبي ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك». والوجه الثاني: يجب له الحضور وإن كره له؛ لأنه ربما أحشمهم حضوره فكفوا وأقصروا وقد حكى أن الحسن البصري، ومحمد بن كعب القرظي دعيا إلى وليمة فسمعا منكراً فقام محمد لينصرف فجذبه الحسن، وقال: اجلس ولا يمنعك معصيتهم من طاعتك.

وإن لم يعلم بما في الوليمة من المعاصي فعليه الإجابة، ولا يكون خوفه منها عذراً في التأخير عنها لجواز أن لا يكون، فإن حضر وكانت بحيث لا يشاهدها ولا يسمعها أقام على حضوره، ولم ينصرف وإن سمعها ولم يشاهدها لم يتعمد السماع وأقام على الحضور؛ لأن الإنسان لو سمع في منزله معاصٍ من دار غيره لم يلزمه الانتقال عن منزله كذلك هذا، وإن شاهدها جاز له الانصراف ولم يلزمه الحضور إن لم ترفع وفي جواز إقامته مع حضورها إذا صرف طرفه عنها ما ذكرنا من الوجهين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ رَأَى صُوراً ذَاتَ أَزْوَاجٍ لَمْ يَدْخُلْ إِنْ كَانَتْ مَنْصُوبَةً وَإِنْ كَانَتْ تُوطَأُ فَلَا بَأْسَ فَإِنْ كَانَ صُورُ الشَّجَرِ فَلَا بَأْسَ وَأَحَبُّ أَنْ يُجِيبَ أَخَاهُ وَبَلَّغْنَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: لَوْ أَهْدَيْتُ إِلَى ذِرَاعٍ لَقَبِلْتُ وَلَوْ دُعِيتُ إِلَى كُرَاعٍ لَأَجَبْتُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وإذا كان في الوليمة صور فهي ضربان:

أحدهما: أن يكون صور شجر ونبات، وما ليس بذي روح فلا تحرم، لأنها كالنقوش التي تراد للزينة، وسواء كانت على مسدل من بسط ووسائد أو كانت على مصان من ستر أو جدار ولا يعتذر بها المدعو في التأخر.

والضرب الثاني: أن تكون صور ذات أرواح من آدمي أو بهيمة فهي محرمة وصانعها عاصٍ لما روي عن النبي ﷺ لعن المصور، وقال: «يؤتي به يوم القيامة فيقال له انفخ فيه الروح، وليس بنافع فيه أبداً».

وقد حكى عن عكرمة في تأويل قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ﴾ [الأحزاب: ٥٧] أنهم أصحاب التصاوير وإذا عملها محرم على صانعها فالكلام في تحريم استعمالها وإباحته معتبر بحال الاستعمال، فإن كانت

مستعملة في منصوب مصان عن الاستبدال كالحيطان فهي محرمة يسقط معها فرض الإجابة، لما روي عن علي بن أبي طالب رضوان الله تعالى عليه أنه قال: صنعت طعاماً، ودعوت رسول الله ﷺ فلَمَّا دخل البيت رجعت فقلت: يا رسول الله ما رجعتك؟ قال: رأيت صورة وإن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صورة أو كلب.

وروي جابر أن النبي ﷺ لما دخل مكة عام الفتح أمر عمر أن يمحو كل صورة في الكعبة فلما محيت دخلها، ولأن الصور كانت السبب في عبادات الأصنام، حكى أن آدم لما مات افترق أولاده فريقين فريق تمسكوا بالدين والصلاح، وفريق مالوا إلى المعاصي والفساد ثم اعتزل أهل الصلاح فصعدوا جبلاً وأخذوا معهم تابوت آدم ومكث أهل المعاصي والفساد في الأرض فكانوا يستغون من نزل إليهم من أهل الجبل، واستولوا على تابوت آدم فصور لهم إبليس صورة آدم ليتخذوها بدلاً من التابوت فعظموها ثم حدث بعدهم من رأى تعظيمها فعبدها فصارت أصناماً معبودة، فلذلك حرم استعمال الصور فيما كان مصاناً معظماً وقال أبو سعيد الإصطخري: إنما كان التحريم على عهد النبي ﷺ لقرب عهدهم بالأصنام ومشاهدتهم بعبادتها ليستقر في نفوسهم بطلان عبادتها وزوال تعظيمها، وهذا المعنى قد زال في وقتنا لما قد استقر في النفوس من العدول عن تعظيمها فزال حكم تحريمها، وحظر استعمالها، وقد كان في الجاهلية من يعبد كل ما استحسنت من حجر أو شجر فلو كان حكم الحظر باقياً لكان استعمال كل ما استحسنت حراماً، وهذا الذي قاله خطأ؛ لأن النص يدفعه، وإن ما جانس المحرمات تعلق به حكمها ولو ساغ هذا في صور غير مجسمة لساغ في الصور المجسمة، وما أحد يقول هذا ففسد به التعليل.

فصل: فأما إن استعملت الصور في مكان مهان مستبدل كالبسطة والمخال جاز، ولم يسقط به فرض الإجابة.

روي أن عائشة عطلت ستراً عليه صورة فلما دخل النبي ﷺ فرآه رجعت وقال: يا عائشة اقطعيه وسادتين فقطعته مخدتين.

ولأنها إذا كانت في مستبدل مهان زال تعظيمها من النفوس فلم تحرم قد أمر رسول الله ﷺ بإلقاء صنمين كانا على الصفا والمروة، فكانت تداس على باب المسجد، وهو يقرأ ولا يمنع من استبقائها؛ لأنه عدل بتعظيمها إلى الاستهانة بها والإذلال بها.

فصل: فأما الستور المعلقة على الأبواب والجدران فضريران:

أحدهما: أن تكون صور ذات أرواح فاستعمالها محرم سواء استعملت لزينة أو

منفعة وقال أبو حامد الإسفراييني: إن كانت مستعلمة للزينة حرمت، وإن كانت مستعلمة للمنفعة لتستر باباً أو تقي من حر أو برد جاز، ولم يحرم؛ لأن العدول بها عن الزينة إلى المنفعة يخرجها عن حكم الصيانة إلى البذلة، وهذا ليس بصحيح؛ لأن الانتفاع بالشيء لا يخرجها من أن يكون مصاناً عظيماً فحرم استعمالها في الحالين، وسقط بها فرض الإجابة إلى الوليمة.

والضرب الثاني: أن تكون الستور بغير صور ذات أرواح فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يستعمل لحاجة أو منفعة، لأنها تستر باباً أو تقي من حر أو برد فلا بأس باستعمالها.

والضرب الثاني: أن تكون زينة للجدران من غير حاجة إليها ولا منفعة بها فهي سرف مكروه. روت عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَأْمُرْنَا فِيمَا رَزَقْنَا أَنْ نَكْسُوا الْجِدْرَانَ وَاللِّينَ» لكن لا يسقط بهذه الستور فرض الإجابة للوليمة؛ لأن حظرها للمسرف في الاستعمال لا للمعصية في المشاهدة.

فصل: ولا فرق في تحريم صور ذوات الأرواح من صور الأدميين والبهائم، ولا فرق بين ما كان مستحسناً منها أو مستقبحاً أو ما كان منها عظيماً أو مستصغراً، إذا كانت صور حيوان مشاهد.

فأما صورة حيوان لم يشاهد مثله مثل صورة طائر له وجه إنسان أو صورة إنسان له جناح طير ففي تحريمه وجهان:

أحدهما: يحرم بل يكون أشد تحريماً؛ لأنه قد أبدع في خلق الله تعالى، ولقول النبي ﷺ: «يؤمر بالنفخ فيه وليس بنافخ فيه أبداً».

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد المروزي لا تحرم؛ لأنه يكون بالتزاويق الكاذبة أشبه منه بالصور الحيوانية، فعلى الوجه الأول يحرم عليه أن يصور وجه إنسان بلا بدن وعلى الوجه الثاني لا يحرم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فِي نَثْرِ الْجَوْزِ وَاللُّوزِ وَالشُّكْرِ فِي الْعُرْسِ لَوْ تُرِكَ كَانَ أَحَبَّ إِلَيَّ لِأَنَّهُ يُؤْخَذُ بِخِلْسَةٍ وَنَهْبَةٍ وَلَا يَبِينُ أَنَّهُ حَرَامٌ إِلَّا أَنَّهُ قَدْ يَعْلَبُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا فَيَأْخُذُ مَنْ غَيْرُهُ أَحَبَّ إِلَيَّ صَاحِبِهِ».

قال الماوردي: أما نثر السكر واللوز في العرس أو غير ذلك من طيب أو دراهم فمباح إجماعاً اعتباراً بالعرف الجاري فيه لما روي أن النبي ﷺ حين زوج علياً بفاطمة رضي الله عنها نثر عليهما لكن اختلف الفقهاء في استحبابه وكرهيته فمذهب أبو حنيفة

إلى أنه مستحب، وفعله أولى من تركه لما روي أن النبي ﷺ سئل عن النثر فقال: هبة مباركة.

وقال بعض أصحابنا، هو مباح ليس بمستحب ولا مكروه وفعله وتركه سواء، وقال سائر أصحابنا وهو الظاهر من مذهب الشافعي أنه مكروه وتركه أفضل من فعله لأمر: أحدها: أنه قد يوقع بين الناس تناهياً وتنافراً وما أدى إلى ذلك فهو مكروه. والثاني: أنه قد لا يتساوى الناس فيه وربما حاز بعضهم أكثره ولم يصل إلى آخرين شيء منه فتنافساوا.

والثالث: أنه قد يلجأ الناس فيه إلى إسقاط المروآت إن أخذوا أو يتسلط عليهم السفاء إن أمسكوا، وقد كانت الصحابة، ومن عاصر الرسول ﷺ أحفظ للمروآت وأبعد للتنازع والتنافس، فلذلك كره النثر بعدهم وإن لم يكره في زمانهم وعادة أهل المروآت في وقتنا أن يقتسموا ذلك بين من أرادوا أو يحملوا إلى منازلهم فيخرج عن حكم النثر إلى الهدايا.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا في النثر فمن أخذ منه شيئاً وقع على الأرض فقد ملكه وكان مخيراً بين أكله أو حملة إلى منزله أو بيعه بخلاف طعام الوليمة الذي لا يملك إلا أكله في موضعه اعتباراً بالعرف في الحالين، والقصد المفرق بين الأمرين، فأما ما وقع من النثر في حجر بعض الحاضرين، فإنه لا يملكه حتى يأخذه بيده لكنه يكون أولى به من غيره فإن أخذه غيره ملكه الآخذ، وإن أساء كما يقول في الصيد، إذا دخل دار رجل كان أولى به من غيره، فإن أخذه غيره ملكه آخذه، فأما زوال ملك ربه عنه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يكون نثره بين الناس ويصير ذلك ملكاً لجماعتهم، ولا يتعين ملكه لواحد منهم إلا بالآخذ. والوجه الثاني: أنه باق على ملك صاحبه حتى يلتقطه الناس فيملك كل واحد منهم ما التقطه فيزول عنه ملك صاحبه.

فصل: فأما التقاط النثر فقد اختلف أصحابنا في كراهيته مع إجماعهم على جوازه فلهم فيه وجهان:

أحدهما: أنه مكروه قال الشافعي: لأنه قد يأخذ من غيره أحب إلى صاحبه، فعلى هذا لا يلزمهم التقاط؛ لأن فعل المكروه لا يلزم.

والوجه الثاني: أنه ليس بمكروه إذا كان الملتقط مدعواً كما لا يكره أكل طعام الوليمة للمدعو، وإن جاز أن يأكله من غيره أحب إلى صاحبه، فعلى هذا لا يجب

الالتقاط على أعيان الحاضرين؛ لأنه تملك محض فجرى مجرى الهبة في وجوبه على الكافة وجهان:

أحدهما: لا يجب تعليلاً بالهبة، فإن تركوه جميعاً جاز.

والوجه الثاني: أنه من فروض الكفاية لما في ترك جميعهم له من ظهور المقاطعة وانكسار نفس المالك، فعلى هذا إذا التقطه بعضهم سقط فرضه عن الباقيين وكذلك، ولو التقط بعض الحاضرين بعض المنثور، وبقي بعض الحاضرين وبعض المنثور سقط عنهم فرض التقاطه، وإن كان جميعه باقياً خرجوا بتركه أجمعين ثم النثر مختص في العرف بالنكاح، وإن كان مستعملاً في غيره كالوليمة في اختصاصها بعرس النكاح، وإن استعملت في غيره كما أن الأغلب فيه نثر اللوز والسكر وإن نثر قوم غير ذلك.

حكى أن أعرابياً تزوج فنثر على نفسه الزبيب لإعواز السكر وأنشأ يقول:

وَلَمَّا رَأَيْتَ السُّكَّرَ الْعَامَ قَدْ غَلَا وَأَيُّقِنْتَ أَنِّي لَامِحَالَةٌ نَاكِحٌ
صَبِيتَ عَلَى رَأْسِي الزَّبِيبَ لَصَحْبَتِي وَقَلْتَ كُلُّوْا أَكُلِ الْحَلَاوَةَ صَالِحٌ