بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ النِّكَاحِ(١)

وَالنَّظَرُ في خَمْسَةِ أَقْسَامٍ:

(القِسْمُ الأَوَّلُ: في المُقَدِّمَاتِ)، وَهِيَ خَمْسٌ: (الأُولَىٰ) خَصَائِصُ رَسُولِ الله ﷺ

---

(١) النكاح في اللغة: الضم والتداخل، ومنه نكحت البرّ في الأرض، إذا حرثتها وبذرته فيها، ونكح المَطَرُ الأرض إذا خالط ثَرَاها، ونكحت الحَصَى أخفاق الإبل إذا دخلت فيها، ويكون التداخل حسيّاً، كما ذكر، ومعنويّاً كنكح النُّعَاس العين.

ويطلق في اللغة على الوَطْء حقيقة، وعلى العقد مجازاً. قال المطرزي والأزهري هو الوَطْءُ حقيقة، ومنه قول الفرزدق: [بحر البسيط]

ذَا سَقَىٰ اللَّهُ قَوْماً صَوْبَ غَادِيَةٍ ... فَلاَ سَقَى اللَّهُ أَرْضَ الكُوفَةِ المَطَرَا

التَّارِكِينَ عَلَى طُهْرٍ نِسَاءَهُمُو ... وَالنَّاكِحِينَ بِشَطِّيْ دِجْلَةَ البَقَرَا

وهو مجاز في العقد؛ لأن العقد فيه ضم، والنكاح هو الضم حقيقة.

قال الشاعر: [الطويل]

ضَمَمْتُ إِلَى صَدْرِي مُعَطَّرَ صَدْرِهَا ... كَمَا نَكَحَتْ أُمُّ الغُلاَمِ حِبِيبَهَا

أي: كما ضمت، أو لأنه سببه، فجازت الاستعارة لذلك.

وقيل: إنه حقيقة في العقد، مجاز في الوطء.

وقيل: هو مشترك بين العقد والوطء اشتراكاً لفظياً، ويتعين المقصود بالقرائن، فإذا قالوا: نكح فلان بنت فلان أو أخته، أرادوا تزوجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الوطء؛ لأن بذكر المرأة أو الزوجة يستغنى عن العقد ومن هنا نشأ الاختلاف بين الفقهاء، هل النكاح حقيقة في الوطء والعقد أو هو حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر؟ فذهب جماعة إلى القول بأن لفظ النكاح مشترك بين الوطء والعقد، فيكون حقيقة فيهما.

ودليلهم على هذا أنه شاعَ الاستعمال في الوَطْءِ تارة، وفي العقد تارة أخرى بدون قرينة، والأصل في كل ما استعمل في شيء أن يكون حقيقة فيه، إمّا بالوضع الأصلي، أو بعرف الاستعمال، فالقول بالمجازية فيهما، أو في أحدهما خلاف الأصل.

وقد قال بعض الحنابلة: الأشبه بأصلنا أن النكاح حقيقة في الوطء والعقد جميعاً، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج، لدخولها في قوله تعالى: «ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النِّسَاء».

وذهب الشّافعية والمالكية، وجمهور الفقهاء إلى القول بأن النِّكَاحَ حقيقة في العَقْدِ، مجاز في الوطء.

وذهب الحنفية إلى العكس

والقول بأن النكاح حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر أَوْلَى من الذَّهَاب إلى الاشتراك اللفظي، وذلك لما هو متقرر في كتب الأصول، من أنه إذا دار لفظ بين الإشتراك والمجاز، فالمجاز أَوْلَى، لأنه أبلغ وأغلب.

والمشترك يخل بالأفهام عند خفاء القرينة عند من لا يجيز حَمْلَهُ على معانيه، بخلاف المجاز، فإنه عند خفاء القرينة يحمل على الحقيقة، فكونه حقيقة في أحدهما، مجازاً في الآخر أَوْلَىٰ. =

= ثم الظاهر مذهب الجمهور القائل بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء، وذلك أولاً: لكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسُّنة، حتى قيل: أنه لم يرد في القرآن إلاَّ للعقد، ولا يرد قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقها، فلا تحلُّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ لأن شرط الوَطْءِ في التحليل إنما ثبت بالسُّنة وذلك للحديث المتفق عليه في قصة امرأة رفاعة لما بتّ طلاقها، وتزَّوجها عبدالرحمن ابن الزبير، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقي عُسَيْلَتَهُ، ويذوق عُسَيْلتك، فيكون معنى قوله تعالى: ﴿حتى تنكح﴾ حتى تتزوّج، ويعقد عليها، وقد بينت السُّنة أنه لا بد مع العَقْدِ من ذوق العُسَيْلة.

وثانياً: أنه يصح نفي النكاح عن الوطء، فيقال: هذا الوطء ليس نكاحاً، ولو كان النكاح حقيقة في الوطء، لما صح نفيه عنه.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في حرمة موطوءة الأب من الزنا، فلما كان النكاح عند الحنفية حقيقة في الوطء الشامل للوطء الحلال والحرام، قالوا بِحُرْمَةِ موطوءة الأب من الزنا، ولما كان عند الجمهور حقيقة في العقد قالوا: لا تحرم موطوءة الأب من الزنا. وعّرفه الشافعية بقولهم: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشتق منهما ـ فقولهم: «عقد» جنس في التعريف، وقولهم: «يتضمن إباحة وطء» خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطء كالإجارة وغيرها. وقولهم: «بلفظ الإنكاح والتزويج» خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك.

وعرفه العلامة الدردير رحمه الله في «أقرب المسالك» حيث قال: هو عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة.

فالعقد مصدر عقد، أي: تمسك وتوثق، والمراد به هنا ارتباط أحد الكلامين بالآخر، أي ارتباط كلام الزوج بكلام وَلِيّ الزوجة، على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً يستعقب أحكامه.

وقوله «عقد» جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود.

وقوله «لحل تمتع» الخ.. علة باعثة على العقد، وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك، ومنه شراء الأمة للتلذُّذ بها؛ إذ ليس الأصل فيه حل التمتع بخصوصه، بل الانتفاع العام وملك الرقبة.

وخرج بقوله «غير محرم ومجوسية وأمة كتابية» المحرم بنسب أو رضاع أو صهر، والمجوسيات والإيماء الكتابيات، فلا يصح العقد على واحدة منهن، ولا يقال: إن هذا التعريف غير مَانِع؛ لأنه يدخل فيه المُلاَعنة والمَبتوتة والمعتدة من الغير المحرمة بحج أو عمرة؛ لأنه قصد بما ذكره إخراج من قام به مانع أصلي، وأما الملاعنة، وما عطف عليها فمانعهن عرضي طارىء بعد الحل بخلاف المحرم والمجوسية والأمة الكتابية، فإن مانعهن ذاتي لا عرضي وقوله: «بصيغة» متعلق بعقد، وهو من تمام التعريف؛ لأن الصيغة أحد أركان النكاح وقد عرفه الكمال بن الهمام من الحنفية بقوله: عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً فقوله: «عقد» جنس في التعريف يشمل سائر العقود.

وقوله: «ومنع لتملك المتعة بالأنثى» يخرج به العقد على المنافع كالإجارة، وعلى الذوات كالبيع والهبة، والمراد: وضع الشارع لا وضع المتعاقدين.

وقوله: «قصدا» يحترز به عن عقد تملك به المتعة ضمنا كما في البيع والهبة، لأن المقصود فيهما ملك الرقبة، ويدخل ملك المتعة فيهما ضمناً إذا لم يوجد ما يمنعه.

= وعرفة الحنفية بأنه: عقد يفيد ملك المتعة قَصْداً

وعرفه الحنابلة بأنه: عَقْدُ التزويج، فهو حقيقة من العقد، مجاز في الوَطْءِ على الصحيح.

ينظر الصحاح ١/ ٤١٣، لسان العرب ٢/ ٦٢٥، المصباح المنير ٢/ ٩٦٥، القاموس المحيط ١/ ٢٦٣، معجم مقاييس اللغة ٥/ ٤٧٥، المطلع ٣١٨.

وينظر تبيين الحقائق ٢/ ٩٤، بدائع الصنائع ٣/ ١٣٢٤ منح الجليل ٢/ ٢٣، الفواكه الدواني ٢/ ٢١، الكافي ٢/ ٥١٩، الانصاف ٨/ ٢٤، المغنى ٧/ ٣.

والدليل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع أمَّا الكتابُ: فقول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنْكُمْ والصَّالحينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وإِمَائِكُمْ﴾ ووجه الدلالة فيهما أن الله تعالى أمر فيهما بالنكاح، فَدلَّ ذلك على مشروعيته؛ إذ لو لم يكن مشروعاً لما أمر به اللَّهُ.

وأما السُّنَّةُ: فقوله صلى الله عليه وسلم: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابُ من اسْتَطَاعَ منكُم الْبَاءَة فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أغض للبصر واحْصَنُ للْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتطِعْ فَلْيَصُمْ فإنَّ الصَّوْمَ لَهُ وجَاءٌ» وهو سُنَّةٌ من سنن الرسول صلى الله عليه وسلم قال رسولَ الله صلى الله عليه وسلم: «النِّكَاحُ سُنَّتِى فَمَنْ رغبَ عن سُنتي فَلَيْسَ مِنِّي».

بل هو سُنَّةٌ من سُنَنِ الأنبياء السابقين قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْواجاً وَذُرِّيَّةً﴾ وقد كان الأنبياء عليهم الصلاة والسلام أعظم قدرة للخلق في الزواج، كما في غيره من الأفعال المحمودة، فَأَكَّدُوا على الزَوَاج وأوْصَوْا بِهِ، ولم يذكر المؤرخون أن أحداً من الأنبياء عاش بلا زَوَاجٍ سوى يحيى وعيسى عليهما وعلى نبينا أفضل السلام.

وَقَدْ قِيلَ إن السبب في عدم زواج عيسى عليه السلام فساد نساء بنى إسرائيل في زمنه، فلم يجد فيهن امرأةً صالحةً تَليقُ لِعِشْرَتِهِ لأنه بعث في زمن انحطاط بني إسرائيل.

حِكْمَةُ مَشْرُوعِيَتِهِ: شَرع الله سبحانه وتعالى النِّكَاحَ لحكم كثيرة، ومصالح جمة، ومنافع عديدة، من ذلك أن إرادة الله اقتضت أن يكون النوع الإنساني خليفته في الأرض لإصلاحها، ولإقامة، الشرائع فيها، وهذه الأغراض التي أحبَّها الله، وأحب أن تكون لا يمكن أن تتحقق إلاَّ إذَا بُنِيَتْ عَلَى أسسٍ متينةٍ، ودعائم قوية ثابتة، ألا وهي النكاح، فإنَّ النسل يمكن أنْ يوجد بمجرَّد اجتماع الرجل بالمرأة بأيِ طريقةٍ كانت، ولكن مثل هذا النسل لا يمكن أن يكون صالحاً لإصلاح الأرض، وعمارتها، فَإنَّ النَّسْلَ الصالح لا يوجد إلاَّ بالنكاح.

أضف إلى ذلك أن النكاح يكسبُ الرجل أولاداً إذا قام بتعليمهم، وتربيتهم كانوا له قرة عين في حياته، وذكراً حَسَناً بعد وفاته، فالأولاد هم مُتْعَةُ النَّفْسُ وَزِينةُ الحياة قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿الْمَالُ وَالْبَنونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ فَإذا مات الرجل، فقد خلف من بعده من يحمل اسمه، ويدعو له بخير، ولذلك جاء في الخبر: «إذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إلاَّ منْ ثَلاَثٍ» وَذَكَرَ مِنْها الولد الصالح؛ ثُمَّ إن النِّكاحَ هو الوسيلة التي تجمع بين الرجل والمرأة، فيكون ذلك سبباً لاستكمال النقصِ الذي يوجد عند المرأة، إذ مِنَ الْمَعْرُوفِ أنَّ المرأةَ ضعيفةٌ لا يمكن أنْ تتحمل ما يتحمله الرجل من الأعمال الشاقة، فهي في حاجةٍ إلى رجلٍ يعينها على كسب عيشها، ويعمل على صيانتها من التهتك والابتذال، كما أنَّ الرَّجُلَ في حاجة إلى امرأة تعمل على صيانة ماله، وتدبير أمور منزله، وتفرج عنه متاعب الحياة، ولا يكون ذلك إلاَّ من امرأة

وَقَدْ خُصَّ مِنَ الْوَاجِبَاتِ بِالضُّحىٰ، والأَضحَىٰ(و)، وَالوَتْرِ (ح)، وَالتَّهَجُّدِ (و)، والسِّوَاكِ (ح)، وَتَخْيِيرِ نِسَائِهِ (و) بَيْنَ ٱخْتِيَارِ زِينَةِ الدُّنْيا أَوِ ٱخْتِيَارِهِ، وَمَنِ ٱخْتَارَتْهُ، هَلْ يَحْرُمُ طَلاَقُهَا؟ فيه خِلاَفٌ (و).

(وأَمَّا المُحَرَّمَاتُ)، فَقَدْ حُرِّمَ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ، وَالصَّدَقَةُ، وَأَكْلُ الثُّوم؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالأَكْلُ مُتَّكِئًا عَلَى وَجْهٍ، وَإِمْسَاكُ مَنْ كَرِهَتْ نِكَاحَهُ، وَنِكَاحُ الحُرَّةِ الْكِتَابِيَّةِ وَالأَمَةِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

(أَمَّا التَّخْفِيفَاتُ)، فَقَدْ أُحِلَّ لَهُ الوِصَالُ، وَصَفِيَّةُ المَغْنَمِ، وٱلاسْتِبْدَادُ بِالخُمُسِ، وَدُخُولُ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، وَجَعْلُ مِيرَاثِهِ صَدَقَةً، وَالزِّيَادَةُ عَلَىٰ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَفِي الزِّيَادَةِ عَلَى التِّسْعِ خِلاَفٌ، وَكَذَا فِي ٱنْحِصَارِ طَلاَقِهِ فِي الثَّلاَثِ، وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُهُ بِلَفْظِ الْهِبَةِ، وَبِغَيْرِ مَهْرٍ، وإذا وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَى ٱمْرَأَةٍ، فَرَغِبَ فِيهَا، وَجَبَ عَلَى الزَّوْجِ طَلاَقُهَا لِيَنْكِحَهَا، وَفِي ٱنْعِقَادِ نِكَاحِهِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ وَشُهُودٍ، وَفِي الإِحْرَامِ خِلاَفٌ (و)، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ القَسْمُ فِي زَوْجَاتِهِ[1]، ونِسَاؤُهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ مُحَرَّمَاتٌ عَلَىٰ غَيْرِهِ؛ لأَنَّهُنَّ أُمَّهَاتُ المُؤْمِنِينَ، ومُطَلَّقَتُهُ المَدْخُولُ بِهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَىٰ غَيْرِهِ، وَغَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا مُحَلَّلَةٌ.

(الثَّانِيَةُ): يُسْتَحَبُّ النِّكَاحُ لِمَنْ تَاقَتْ نَفْسُهُ إِلَيْهَا، وَمَنْ لاَ، فَالعِبَادَةُ لَهُ أَوْلَىٰ (ح)، وَأَحَبُّ المَنْكُوحَاتِ الْبِكْرُ الوَلُودُ النَّسِيبَةُ الَّتِي لَيْسَتْ لَهُ قَرَابَةً قَرِيبَةً المَنْظُورُ (و) إِلَيْهَا قَبْلَ النِّكَاحِ؛ فإِنَّهُ أَحْرَىٰ أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَهُما.

(الثَّالِثَةُ) النَّظَرُ إِلَيْهَا، إذا تَحقَّقَتِ الرَّغْبَةُ فِي نِكَاحِهَا، وَنَحْنُ نَتَعَرَّضُ فِي هَذَا المَوْضِعِ لأَحْكَامِ النَّظَرِ جُمْلَةً، وَلاَ يَنْظُرُ (ح م و) إِلاَّ إِلَىٰ وَجْهِهَا، وَلاَ يَحْتَاجُ إِلَىٰ إِذْنِهَا (م)، وَلاَ يَحِلُّ لِلرَّجُلِ النَّظَرُ إِلَىٰ شَيْءٍ مِنْ بَدَنِ المَرْأَةِ إِلاَّ إِذَا كَانَ النَّاظِرُ صَبِيّاً، أَوْ مَجْنُوناً، أَوْ مَمْلُوكاً (ح و) لَهَا، أَوْ كَانَتْ صَبِيَّةً (و)، أَوْ رَقِيقَةً (و)، أَوْ محرَماً، فَلْيَنْظُرْ إِلَى الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ فَقَطْ، والعَوْرَةُ مِنَ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ فَقَطْ[2](و)، وَيُبَاحُ نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ، والمَرْأَةِ إِلى المَرْأَةِ، وَالمَرأَةِ إِلَى الرَّجُلِ عِنْدَ الأَمْنِ

= تربطه بها صلة النكاح القوية التي سمَّاهَا اللهُ تَعَالى في كتابه العزيز ميثاقاً غليظاً حيث قال: «وَأَخَذْنَ مِنكُمْ مِيثاقاً غَلِيظاً».

وزيادة على ذلك فَإِنَّ النكاحَ وسيلة إلى ارتباط الأُسَر، واتِّحادِها، وإزالة ما بينها من أسباب العداوة والبغضاء، فكم من أسرتين كانت العداوة قائمة بينهما، ثُمَّ بفضل الزواج انقلبت تلك العداوة إلى محبة، فالنكاحُ ليس صلة بين الزوجين فحسب، بل هو صلة من الزوجين إلى أسرتيهما ومعارفهما، فيكون ذلك حلقة واسعة واتحاد الأمة، ولذلك نجد الله تعالى يمتن على عباده بالزواج، فيقول: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾.

(١) قال الرافعي: «ولم يجب عليه القسم في زوجاته» بهذا وجه، والأظهر عند اكثرهم أنه كان واجباً. [ت]

(٢) قال الرافعي: « إلاَّ إذا كان الناظر صبياً أو مجنوناً أو مملوكاً لها، أو كانت رقيقة أو صبية أو مَحْرَماً فينظر إلى الوجه واليدين فقط» الحكم بأنه لا ينظر في هذه الصورة إلاَّ إلى الوجه واليدين خلاف ظاهر المذهب=

مِنَ الفِتْنَةِ إلاَّ مَا بَيْنَ السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ، والعُضْوُ المُبَانُ كَالمُتَّصِلِ بِهِ، وَالنِّكَاحُ وَالْمِلْكُ يُبِيحَانِ النَّظَرَ إلى السَّوْأَتَينِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَعَ كَرَاهَةٍ، وَالمَسُّ كَالنَّظَرِ، وَهُمَا مُبَاحَانِ لِحَاجَةِ المُعَالَجَةِ، وَلَكِنَّ النَّظَرَ إلى السَّوْءَةِ لِحَاجَةٍ مُؤَكَّدَةٍ، وَيُبَاحُ النَّظَرُ إِلَىٰ وَجْهِ المَرْأَةِ؛ لِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ، وَإِلَى الفَرْجِ لِتَحَمُّلِ (و) شَهَادَةِ الزِّنَا[1].

(الرَّابِعَةُ): الْخِطْبَةُ مُسْتَحَبَّةٌ[2]، وَالتَّصْرِيحُ بِخِطْبَةِ المُعْتَدَّةِ حَرَامٌ، وَالتَّعْرِيضُ جَائِزٌ في عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَحَرَامٌ فِي عِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ، وَفِي عِدَّةِ البَائِنِ وَجْهَانِ[3]، وَيَحْرُمُ الْخِطْبَةُ عَلَىٰ خِطْبَةِ الغَيْرِ بَعْدَ الإِجَابَةِ، وَالسُّكُوتُ كَالإِجَابَةِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَيَجُوزُ الصِّدْقُ فِي ذِكْرِ مَسَاوِي الخَاطِبِ؛ لِيُحْذَرَ.

(الخَامِسَةُ): يُسْتَحَبُّ الخُطْبَةُ عِنْدَ الْخِطْبَةِ، وَعِنْدَ العَقْدِ، وَحَسَنٌ أَنْ يَقُولَ الوَلِيُّ: الْحَمدُ للهِ، وَالصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ عَلَىٰ رَسُولِ اللهِ، زَوَّجْتُ، وَيَقُولَ الزَّوْجُ مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَقْبَلُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا التَّفْرِيقَ بَيْنَ الإِيجَابِ وَالقَبُولِ لاَ يَضُرُّ.

(القِسْمُ الثَّانِي في الأَرْكَانِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الأَوَّلُ الصِّيغَةُ)، وَهِيَ الإِنْكَاحُ وَالتَّزْوِيجُ، وَلاَ يَقُومُ (ح م و) غَيْرُهُما مَقَامَهُمَا إلاَّ تَرْجَمَتَهُمَا (و)، بِكُلِّ لِسَانٍ في حَقِّ القَادِرِ وَالعَاجِزِ جَمِيعاً، وَلاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بالكِنَايَةِ؛ لأَنَّ الشَّاهِدَ لاَ يَعْلَمُ النِّيَّةَ، وَلاَ البَيْعُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لأَنَّ المُخَاطَبَ لاَ يَعْلَمُ[4]، وَيَصِحُّ الطَّلاَقُ وَالإِبْرَاءُ وَالفَسْخُ وَمَا يَسْتَقِلُّ بِهِ، وَهَلْ يَكْفِي أَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ: قَبِلْتُ، أَوْ لاَ بُدَّ أَنْ يَقُولَ: قَبِلْتُ نِكَاحَهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ[5]، وَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِالاستِيجَابِ والإِيجَابِ وَالْخُلعُ وَالصُّلْحُ عَنِ دَمِ العَمْدِ وَالكِتَابَةُ أَوْلَى بِالانْعِقَادِ، وَفِي البَيْعِ قَوْلاَنِ.

وَقِيلَ بِطَرْدِ القَوْلَيْنِ في الجَمِيعِ، وَهُوَ القِيَاسُ[6].

وَلاَ يَقْبَلُ النِّكَاحُ التَّعْلِيقَ، فَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ وَلَدِي أُنْثَىٰ، فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا، لَمْ يَصِحَّ (و)[7]، وإِنْ كَانَتْ أُنْثَىٰ، وَلَوْ قَالَ زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي، عَلَىٰ أَنْ تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ، وَيَضَعَ كُلُّ وَاحِدٍ صَدَاقَ الأُخْرَىٰ، لَمْ

= أما في الممسوح ومملوك المرأة فإذا جوزنا النظر كان كالنظر إلى المحارم، وأما [في] الصبية، فمن جَوّز النظر عممه في جميع أعضائها سوى الفرج، وأما في المحرم فلا خلاف في جواز النظر إلى ما يبدو عند المهنة، والأصح فيما سواه الجواز أيضاً، إلا فيما بين السرة والركبة، وللرقيقة كالمحرم. [ت]

(١) قال الرافعي: «ويباح النظر إلى وجه المرأة لتحمل الشهادة، وإلى الفرج لتحمل شهادة الزنا» معادٌ في الشهادات مع زيادات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «الخطبة مستحبة» لا يكاد يوجد التعرض في كتب الأصحاب. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وفي عِدَّة البائنة وجهان» المشهور قولان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «ولا ينعقد النكاح بالكناية. . . . إلى قوله: لأن المخاطب لا يعلم» قد سبق هذا في أول البيع. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وهل يكفي أن يقول الزوج: قبلت، أو لا بد أن يقول: قبلت نكاحها؟ فيه وجهان»، المشهور قولان. [ت]

(٦) قال الرافعي: «والأصح أنه ينعقد النكاح بالاستيجاب والإيجاب. . . إلى قوله: وهو القياس» قد مَرَّ في البيع طرف من الكلام في الإستيجاب والإيجاب في البيع والنكاح معاً. [ت]

(٧) في أ: (ح)

يَصِحَّ (ح)؛ لأَنَّهُ الشِّغَارُ المَنْهِيُّ عَنْهُ[1]؛ وَلأَنَّهُ إِشْرَاكٌ فِي الْبُضْعِ، فَإِنْ تَرَكَ جَعْلَ

---

(١) قال الرافعي: «لأنه الشِّغار المنهي عنه»

روى الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «نهى عن الشِّغار». والشِّغَارُ أن يزوج الرجل ابْنَتَهُ على أنْ يزوجه الآخرُ ابْنَتَهُ، وليس بَيْنَهُمَا صَداقٌ وأخرجه البخاري عن عبدالله بن يوسف، ومسلم عن يحيى بن يحيى عن مالك. [ت]

النهي عن نكاح الشغار ورد عن ابن عمر وأبي هريرة وأنس وجابر ومعاوية وعمران بن حصين وأبي بن كعب وعبدالله بن عمرو بن العاص وسمرة ووائل بن حجر وابن عباس.

أما حديث ابن عمر فأخرجه مالك (٢/ ٥٣٥) كتاب النكاح، بابَ ما لا يجوز من النكاح، الحديث (٢٤). وأحمد (٢/ ٦٢). والبخاري (٩/ ١٦٢) كتاب النكاح، باب الشغار الحديث (٥١١٢). ومسلم (٢/ ١٠٣٤) كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار الحديث (٥٧/ ١٤١٥). والدارمي (٢/ ١٣٦) كتاب النكاح باب النهى عن الشغار. وأبو داود (٢/ ٥٦٠) كتاب النكاح، باب الشغار الحديث (٢٠٧٤) والترمذي (٣/ ٤٣١، ٤٣٢) كتاب النكاح، باب النهي عن نكاح الشغار الحديث (١١٢٤) والنسائي (٦/ ١١٠) ككتاب النكاح، باب الشغار. وابن ماجه (١/ ١٠٦) كتاب النكاح، باب النهي عن الشغار، الحديث (١٨٨٣). وعبد الرزاق (٦/ ١٨٤) رقم (١٠٤٣٣). والشافعي في «الأم» (٥/ ٧٦) كتاب الشغار. وابن الجارود (٧١٩، ٧٢٠). وأبو يعلى (١٠/ ١٦٩) رقم (٥٧٩٥). وابن حبان (٤١٦٠ ـ الإحسان). وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٣٥١). والبيهقي (٧/ ٩٩) كتاب النكاح، باب الشغار كلهم من طريق نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار. قال نافع والشغار ان يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

حديث أبي هريرة.

أخرجه أحمد (٢/ ٤٣٩). ومسلم (٢/ ١٠٣٥) كتاب النكاح باب تحريم نكاح الشغار، الحديث (٦١/ ١٤١٦). والنسائي (٦/ ١١٢) كتاب النكاح ـ باب تفسير الشغار. وابن ماجه (١/ ٦٠٦) كتاب النكاح ـ باب النهى عن الشغار الحديث (١٨٨٤). والبيهقي (٧/ ٢٠٠) كتاب النكاح ـ باب الشغار عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار والشغار أن يقول الرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني اختك وأزوجك اختي ولفظ النسائي نهى عن الشغار قال عبيدالله: والشغار كان الرجل يزوج ابنته على أن يزوجه اخته.

وحديث أنس

أخرجه عبد الرزاق (٦/ ١٨٤) الحديث (١٠٤٣٤) وأحمد (٣/ ١٦٥) والنسائي (٦/ ١١١) كتاب النكاح ـ باب الشغار. وابن ماجه (١/ ٦٠٦) كتاب النكاح، باب النهي عن الشغار الحديث (١٨٨٥). والبيهقي (٧/ ٢٠٠) كتاب النكاح ـ باب الشغار. وابن حبان (١٢٦٩ ـ موارد) بلفظ «لا شغار في الإسلام».

حديث جابر

أخرجه مسلم (٢/ ١٠٣٥) كتاب النكاح ـ باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ـ الحديث (٦٢/ ١٤١٧). والبيهقي (٧/ ٢٠٠) كتاب النكاح ـ باب الشغار ـ. وأحمد (٣/ ٣٢١، ٣٣٩) قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار.

حديث معاوية =

= أحمد (٤/ ٩٤). وأبو داود (٢/ ٥٦١) كتاب النكاح باب في الشغار ـ الحديث (٢٠٧٥). والبيهقي (٧/ ٢٠٠) كتاب النكاح ـ باب الشغار ـ من طريق محمد بن اسحاق ثنا عبدالرحمن بن هرمز الاعرج أن العباس بن عبدالله بن عباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وانكحه عبدالرحمن ابنته وقد كان جعلاه صداقاً فكتب معاوية إلى مروان بن الحكم يأمره بالتفريق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم.

حديث عمران بن حصين

أحمد (٤/ ٤٤٣)، والترمذي (٣/ ٤٣١) كتاب النكاح ـ باب النهى عن نكاح الشغار ـ الحديث (١١٢٣). والنسائي (٦/ ١١١) كتاب النكاح ـ باب في الشغار ـ. وابن حبان (١٢٧٠ ـ موارد) بلفظ لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام ومن انتهب نهبه فليس منا.

وقال الترمذي؛ حسن صحيح

حديث أبي بن كعب

أخرجه الطبراني في «الصغير» (١/ ١٥٨) من طريق يوسف بن خالد السمتي عن موسى بن عقبة عن اسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت عن أبي بن كعب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لاشغار في الإسلام قالوا: يا رسول الله وما الشغار قال: نكاح المرأة بالمرأة لا صداق بينهما.

وقال الطبراني: لم يروه عن موسى بن عقبة إلا يوسف ولا يروى عن أبي بن كعب إلا بهذا الاسناد.

وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩) وقال: رواه الطبراني في الصغير والأوسط وفيه يوسف بن خالد السمتي ضعيف والسند أيضاً منقطع أ.هـ

ويوسف بن خالد السمتي كذاب

حديث عبدالله بن عمرو بن العاص

أخرجه أحمد (٢/ ٢١٥). من طريق ابن اسحاق حدثني عبد الرحمن بن الحارث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شغار في الإسلام قال الهيثمي في المجمع: (٤/ ٢٦٩): رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح خلا ابن اسحاق وقد صرح بالحديث.

حديث سمرة

أخرجه البزار (٢/ ١٦٦ ـ كشف) رقم (١٤٣٩) ثنا خالد بن يوسف ثنا أبى يوسف؛ يوسف بن خالد ثنا جعفر بن سعد بن سمرة ثنا خبيب بن سليمان عن أبيه سليمان بن سمرة عن سمرة بن جندب فذكر أحاديث بهذا ثم قال وباسناده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن الشغار بين النساء. وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩): رواه البزار والطبراني واسنادهما ضعيف.

حديث وائل بن حجر

أخرجه البزار (٢/ ١٦٦ ـ كشف) رقم (١٤٤٠) من طريق سعيد بن عبد الجبار بن وائل بن حجر عن أبيه عن أمه عن وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩): رواه البزار وفيه سعيد بن عبد الجبار ضعفه النسائي.

حديث ابن عباس

أخرجه الطبراني كما في «المجمع» (٤/ ٢٧٠) عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «ليس منا من ينتهب ولا شغار في الإسلام» والشغار: أن تنكح المرأتان إحداهما بالأخرى بغير صداق

البُضْعِ صَدَاقاً، فَفِي الصِّحَّةِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَجُوزُ (م) تَأْقِيتُ النِّكَاحِ، وَهُوَ المُتْعَةُ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: المَحَلُّ)؛ وهِيَ المَرْأَةُ الخَلِيَّةُ عَنِ المَوَانِعِ؛ مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مُنْكُوحَةَ الغَيْرِ، أَوْ مُرْتَدَّةً، أَوْ مُعْتَدَّةً[1]، أَوْ مَجُوسِيَّةً، أَوْ زِنْدِيقَةً، أَوْ كِتَابِيَّةً بَعْدَ المَبْعَثِ، أَوْ رَقِيقَةً، (ح) وَالنَّاكِحُ قَادِرٌ عَلَىٰ حُرَّةٍ، أَوْ مَمْلُوكَةَ النَّاكِحِ بَعْضُهَا أَوْ كُلُّهَا، أَوْ مِنَ المَحَارِمِ، أَوْ بَعْدَ الأَرْبَعَةِ، أَوْ تَحْتَهُ مَنْ لاَ يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، أَوْ مُطَلَّقَةً ثَلاَثاً، لَمْ يَطَأْهَا زَوْجٌ آخَرُ، أَوْ مُلاَعَنَةً (ح)، أَوْ مُحْرِمَةً (ح) بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، أَوْ ثَيِّباً صَغِيرَةً (ح)، أَوْ يَتِيمَةً (ح)، أَوْزَوْجَةَ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[2].

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ): الشُّهُودُ (م)، فَلاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ إِلاَّ بِحَضْرَةِ عَدْلَيْنِ (م) مُسْلِمَيْنِ (ح) حُرَّيْنِ بَالِغَيْنِ سَمِيعَيْنِ بَصِيرَيْنِ ذَكَرَيْنِ (ح)[3] مَقْبُولَيِ الشَّهَادَةِ لِلزَّوْجَيْنِ وَعَلَيْهِما، لَيْسَا بَعِدُوَّيْنِ وَلاَ ٱبْنَيْنِ وَلاَ أَبَوَيْنِ لَهُمَا، وَيَكْفِي حُضُورُ مَسْتُورَيِ الْعَدَالَةِ دُونَ مَسْتُورَيِ الرِّقِّ فَإِنْ بَانَ كَوْنُهُ فَاسِقاً عِنْدَ العَقْدِ، تَبَيَّنَ البُطْلاَنُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَإِنَّمَا يُتَبَيَّنُ بِحُجَّةٍ، أَوْ تَذَكَّرَ أَنَّهُ فَاسِقٌ، لاَ بِٱعْتِرَافِ المَسْتُورِ، فَإِذَا عَرَفَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فِسْقَهُ عِنْدَ العَقْدِ، لَمْ يَنْعَقِدْ، فَإِنْ أَقَرَّ الزَّوْجُ بِأَنَّهُ عَرَفَ فِسْقَهُ، وَأَنْكَرَتْ، بَانَتْ مِنْهُ، وَوَجَبَ شَطْرُ المَهْرِ، إِنْ كَانَ قَبْلَ المَسِيسِ، وَتَوْبَةُ المُعْلِنِ عِنْدَ العَقْدِ تُلْحِقُهُ بِالمَسْتُورِ؛ عَلَىٰ رَأْيٍ، وَلاَ يُشْتَرَطُ الإِشْهَادُ عَلَىٰ رِضَا المَرْأَةِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: العَاقِدُ)، وَهُوَ الوَلِيُّ وَالزَّوْجُ؛ إِذْ لاَ عِبَارَةَ (ح م) لَهَا فِي شِقَّيْ عَقْدِ النِّكَاحِ وَكَالَةً، وَوِلاَيَةً، وَٱسْتِقْلاَلاً، مِنْ كُفْءٍ وَغَيْرِ كُفْءٍ، دَنِيئَةً كَانَتْ أَوْ شَرِيفَةً، وَإِقْرَارُ البَالِغَةِ مَقْبُولٌ (و م) فِي الجَدِيدِ إِنْ أَضَافَتِ التَّزْوِيجَ إِلَى الوَلِيِّ وَصَدَّقَهَا[4]، فَإِنْ لَمْ تُضِفْ إِلَيْهِ وَكَذَّبَهَا، فَفِيهِ خِلاَفٌ (و)، وَإِنْ كَانَ الوَلِيُّ غَائِباً، سُلِّمَتْ فِي الحَالِ إِلَى الزَّوْجِ لِلضَّرُورَةِ، وَإِقْرَارُ الوَلِيِّ المُجْبِرِ نَافِذٌ إِذَا أَقَرَّ فِي حَالِ القُدْرَةِ عَلَى الإِجْبَارِ، وَيَجِبُ المَهْرُ بِالوَطْءِ فِي النِّكَاحِ بِلاَ وَلِيٍّ، وَلاَ حَدَّ لِلشُّبْهَةِ (و)، وَلاَ يُنْقَضُ (و) قَضَاءُ الحَنَفِيِّ بِصِحَّةِ هَذَا النِّكَاحِ.

= وقال الهيثمي: رواه الطبراني، وفيه أبو الصباح عبد الغفور وهو متروك.

(١) قال الرافعي: «المرأة الخلية عن الموانع مثل أن تكون منكوحة الغير أو معتدة إلى آخر الفصل...» هي تراجم وسيعود إلى التفصيل. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أو زوجة رسول الله صلى الله عليه وسلم» هذا قد مرّ القول في تحريمها. [ت]

(٣) في أ: (م).

(٤) قال الرافعي: «وإقرار البالغة مقبول إن أضافت التزويج إلى الولي وصدقها» قضية اعتبار التصديق لقبول الإقرار والمفهوم مما أجراه الأئمة أنه يكفي ألا يكذبها، فإن كذب ففيه الخلاف. [ت]

وفِي بَيَانِ أَحْكَامِ الأَوْلِيَاءِ بَابَانِ:
(البَابُ الأَوَّلُ: في الأَوْلِيَاءِ، وَفِيهِ فُصُولٌ ثَمَانِيَةٌ):

(الفَصْلُ الأَوَّلُ: في أَسْبَابِ الوِلاَيَةِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

(الأَوَّلُ) الأُبُوَّةُ (و م)، وَفِي مَعْنَاهَا الجُدُودَةُ، وَتُفِيدُ وِلاَيَةَ الإِجْبَارِ عَلَى الْبِكْرِ، وإِنْ كَانَتْ بَالِغاً (ح و)، لاَ عَلَى الثَّيِّبِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً (ح)، سَوَاءٌ ثَابَتْ بِالزِّنَا (م ح و)، أَوْ بِوَطْءِ حَلاَلٍ، وَلاَ أَثَرَ (و) لِزَوَالِ الْجِلْدَةِ بِالسَّقْطَةِ (و)، وَلَوِ الْتَمَسَتِ الْبِكْرُ البَالِغَةُ التَّزْوِيجَ، وَجَبَتِ (و) الإِجَابَةُ، وإِنْ كَانَتْ مُجْبَرَةً، فَإِنْ عَضَلَ، زَوَّجَ السُّلْطَانُ، والكُفْءُ الَّذِي عَيَّنَتْ أَوْلَىٰ ممَّنْ عَيَّنَهُ الوَلِيُّ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

(الثَّانِي: العُصُوبَةُ)؛ كَالأُخُوَّةِ وَالعُمُومَةِ، وَلاَ يُفِيدُ إِلاَّ تَزْوِيجَ البَالِغَةِ (ح) العَاقِلَةِ برضَاهَا الصَّرِيحِ، إِنْ كَانَتْ ثَيِّباً، وَبسُكُوتِهَا إِنْ كَانَتْ بِكْراً، عَلَىٰ رَأْيٍ (ح).

(الثَّالِثُ: المُعْتِقُ)، وَهُوَ كَالعَصَبَاتِ.

(الرَّابِعُ السُّلْطَانُ)، وإِنَّمَا يُزَوِّجُ البَالِغَةَ[1] عِنْدَ عَدَمِ الوَلِيِّ، أَوْ عَضْلِهِ، أَوْ غَيْبَتِهِ (ح)، أَوْ أَرَاد الوَلِيُّ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِنَفْسِهِ؛ كَابْنِ عَمٍّ، أَوْ مُعْتِقٍ، أَوْ قَاضٍ، وَلَيْسَ لِلسُّلْطَانِ (ح) تَزْوِيجُ الصَّغِيرَةِ، ولا لِلوَصِيِّ (م) وِلاَيَةٌ، وَإِنْ فُوِّضَ إِلَيْهِ[2](ح).

الفَصْلُ الثَّانِي: في تَرْتِيبِ الأَوْلِيَاءِ، وَالأَصْلُ القَرَابَةُ، ثُمَّ الوَلاَءُ، ثُمّ السَّلْطَنَةُ، وَمِنَ الأَقَارِبِ الأَبُ، ثُمَّ الجَدُّ (م)، ثُمَّ الأَخُ، ثُمَّ ابْنُهُ، ثُمَّ العَمُّ، ثُمَّ ابْنُهُ؛ عَلَىٰ تَرْتِيبِهِمْ في عُصُوبَةِ المِيرَاثِ، وَالأَخُ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ لاَ يُقَدَّمُ (ز ح م) عَلَى الأَخِ مِنَ الأَبِ في النِّكَاحِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَإِنْ قُدِّمَ في الْمِيرَاثِ وَصَلاَةِ الجَنَائِزِ وَالوَصِيَّةِ لِلأَقْرَبِ[3] وَالابْنُ لاَ يُزَوِّجُ (ح و) أُمَّهُ بِالبُنُوَّةِ (ح و)، وَلاَ تَمْنَعُهُ البُنُوَّةُ عَنِ التَّزْوِيجِ بِالوَلاَءِ وَغَيْرِهِ، وَأَمَّا المُعْتَقُ إِذَا مَاتَ، فَعَصَبَاتُهُ، ثُمَّ مُعْتِقُهُ ثُمَّ عَصَبَاتُ مُعْتِقِهِ، وتَرْتِيبُ عَصَبَاتِ المُعْتِقِ كَعَصَبَاتِ القَرَابَةِ، إِلاَّ أَنَّ أَخَ المُعْتِقِ يُقَدَّمُ عَلَىٰ جَدِّهِ؛ عَلَىٰ رَأْيٍ[4]، وَيُسَاوِيهِ؛ عَلَىٰ رَأْيٍ، وَابْنُ الأَخِ أَيْضاً يُقَدَّمُ؛ في وَجْهٍ، وَيُؤَخَّرُ؛ فِي وَجْهٍ؛ لِبُعْدِهِ، وَابْنُ المُعْتِقِ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ أَبِيهِ؛ لأَنَّهُ العَصَبَةُ، وَإِذَا أَعْتَقَتِ المَرْأَةُ، فَلَهَا الوَلاَءُ، وَتَزْوِيجُ العَتِيقَةِ إِلَىٰ وَلِيِّ السَّيِّدَةِ(و)، ولاَ

---

(١) قال الرافعي: «وإنما يزوج البالغة» هذا فيه غنية عن قوله من بعد، «وليس للسلطان تزويج الصغيرة عند عدم الولي أو عضله أو غيبته أو أراد الولي أن يتزوج» بيان موانع تزويج السلطان في هذا الموضع غير محتاج إليه بل هو معلوم مما ذكر في غير هذا الميوضع أما قوله عند عدم الولي: فهو معلوم من ترتيب الأولياء، وأما عند العضل فلقوله في السبب الأول فإن عَضَلَ زَوَّج السلطان وأما عند الغيبة ورغبة الولي في نكاحها فهما مذكوران في فصلين من الباب. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا للوصي ولاية وإن فوض إليه» قد مَرّ في الوصايا. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن قدم في الميراث وصلاة الجنازة والوصية للأقرب» والمقصود الإشارة إلى الفرق قد سبقت هذه الصورة على اختلاف في صلاة الجنازة والوصية للأقرب [ت].

(٤) قال الرافعي: «إلاّ أن أخ المعتق يقدّم على جده على رأي» أي: قول [ت].

يُفْتَقَرُ إِلَىٰ رِضَا السَّيِّدَةِ؛ عَلَى الأَشْهَرِ، وَيُزَوِّجُهَا أَبُو السَّيِّدَةِ في حَيَاتِها، وَٱبْنُهَا (و) بَعْدَ وَفَاتِهَا، وَالرَّقِيقَةُ نِصْفُهَا يُزَوِّجُهَا المَالِكُ مَعَ الوَلِيِّ أَوْ مَعَ المُعْتِقِ، أَوْ مَعَ القَاضِي، فَفِيه ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ.

(ٱلْفَصْلُ الثَّالِثُ في سَوَالِبِ الوِلَايَةِ) وَهُوَ أَرْبَعَةٌ:

(الأَوَّلُ: الرِّقُّ)؛ فَلَا وِلَايَةَ لِرَقِيقٍ، وَلَهُ عِبَارَةٌ في القَبُولِ، وَفي التَّزْوِيجِ بالوِكَالَةِ[1] (و)؛ بِإِذْنِ السَّيِّدِ وَغَيْرِ إِذْنِهِ[2] (و).

(الثَّاني مَا يَسْلُبُ النَّظَرَ)؛ كَالصِّبَا، وَالجُنُونِ، وَالعَتَهِ، وَالسَّفَهِ، وَالسُّكْرِ، وَالمَرَضُ الشَّدِيدُ المُلْهِي يَنْقُلُ الوِلَايَةَ إِلَى الأَبْعَدِ، وَالإِغْمَاءُ يَنْقُلُهَا بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلى السُّلْطَانِ[3]، وَالجُنُونُ المُتَقَطِّعُ يَنْقُلُ (و) إِلَى الأَبْعَدِ[4]، والعَمَىٰ لَا يَقْدَحُ؛ عَلَى وَجْهٍ.

(الثَّالِثُ): الْفِسْقُ (ح) يَسْلُبُ الوِلَايَةَ؛ عَلَىٰ أَضْعَفِ القَوْلَيْنِ[5]، وَالكُفْرُ لَا يَسْلُبُهَا (و)، بَلْ وَلِيُّ الكَافِرَةِ كَافِرٌ، وَإِنَّما يَسْلُبُهَا ٱخْتِلَافُ الدِّينِ لِسُقُوطِ النَّظَرِ.

(الرَّابِعُ): الإِحْرَامُ يَسْلُبُ (ح م) عِبَارَةَ العَقْدِ رَأْساً، وَهَلْ يَمْنَعُ مِنَ ٱلانْعِقَادِ بِشَهَادَةٍ، وَمِنَ الرَّجْعَةِ، وَبَعْدَ التَّحَلُّلِ الأَولِ؟ فيه خِلَافٌ[6]، وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَسْلُبُ[7]، بَلْ يُنْقَلُ إِلَى السُّلْطَانِ؛ كَالغَيْبَةِ (ح م) إِلى مَسَافَةِ القَصْرِ؛ عَلَى وَجْهٍ؛ أَوْ مَسَافَةِ العَدْوَىٰ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ حَتَّىٰ لَا يَنْعَزِلَ وَكِيلُ المُحْرِمِ، كَمَا لَا يَنْعَزِلُ وَكِيلُ الغَائِبِ، وَإِنْ كَانَ الأَظْهَرُ أَنَّ الوَكِيلَ لَا يَتَعَاطَىٰ في حَالَةِ إِحْرَامِ المُوَكِّلِ بَلْ بَعْدَهُ[8].

---

(١) قال الرافعي: «وله عبارة في القبول وفي التزويج بالوكالة» وجهان مذكوران في باب الوكالة وبيّنا هناك أن الأظهر عند عامة الأصحاب المنع. [ت]

(٢) قال الرافعي: وفي التزويج بالوكالة بإذن السيد ودون إذنه» قد مَرّ في الوكالة، ذكر وجهين في توكيل العبد عن غيره في قبول النكاح بغير إذن السَّيد، وقد بينا حال الوجهين في الفَصْل الخامس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وللإغماء ينقلها بعد ثلاثة أيام إلى السلطان» هذا شيء اختاره من عنده، وقال الأصحاب: إن كان مما لا يدوم غالباً فينتظر إفاقته، وإن كان يدوم يومين وأكثر فلا تنقل الولاية إلى الأبعد على أظهر الوجهين: قال في التهذيب: ينتظر إفاقته. [ت]

(٤) قال الرافعي: «والجنون المتقطع ينقل الولاية إلى الأبعد» هذا وجه، والظاهر أنه لا يزيل الولاية بل ينتظر حتى يفيق. [ت]

(٥) قال الرافعي: «الفسق يسلب الولاية على أضعف القولين» هكذا يذكر أكثر المتأخرين، فظاهر مذهب الشافعي أنه يسلبها. [ت]

(٦) قال الرافعي: «وهل يمنع من الانعقاد بشهادة ومن الرجعة، وبعد التحلل الأول؟ فيه خلاف» ذكر في الحج قولين في النكاح بين التحللين وفيه كفاية. [ت]

(٧) قال الرافعي: «الإحرام يسلب عبارة العقد رأساً إلى أن قال: وقيل إنه لا يسلب إلى آخره» النظم يشعر بترجيح الأول، والأرجح عند المعظم الثاني. [ت]

(٨) قال الرافعي: «وإن كان الأظهر أنه لا يتعاطى في حالة إحرام الموكل، بل بعده» فيه إثبات خلاف في المسألة، ولم أجد حكاية خلاف فيه في غير هذا الكتاب. [ت]

(الفَصْلُ الرَّابِعُ: في تَوَلِّي طَرَفَي العَقْدِ)، وَالأَبُ يَتَوَلَّىٰ (ح) طَرَفَي العَقْدِ في مَالِ طِفْلِهِ، وَلاَ يَتَوَلَّى الجَدُّ (ح م) طَرَفَي النِّكَاحِ عَلَىٰ حَفِيدَتِهِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ للتَّعبُّدِ، وَالقَاضِي وَالمُعْتِقُ وَٱبْنُ العَمِّ لَيْسَ لَهُمْ (ح م و) تَوَلِّي طَرَفَي النِّكَاحَ[1]، وَلاَ يَكْفِيهِمُ التَّوكِيلُ، بَلْ يُزَوِّجُ مِنْهُمُ الحَاكِمُ والإِمَامُ الأَعْظَمُ يَتَولَّى الطَّرَفَيْنِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالوَكِيلُ مِنَ الجَانِبَيْنِ لاَ يَتَولَّىٰ طَرَفَي البَيْعِ وَالنِّكَاحِ[2](ح).

(الْفَصْلُ الخَامِسُ: في التَّوْكِيلِ)، وَلِلْمُجْبِرِ[3] أَنْ يُوَكِّلَ، وَعَلَيْهِ تَعْيِينُ الزَّوْجِ؛ في قَوْلٍ[4]، وَإِذَا أَذِنَتْ لِغَيْرِ المُجْبِرِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ زَوْجٍ، جَازَ؛ في أَقْوَى القَوْلَيْنِ[5]، وَإِذَا قَالَتْ: زَوِّجْني مِمَّنْ شِئْتَ، لَمْ يُزَوِّجْ إِلاَّ مِنْ كُفْءٍ، وإِذا مَنَعَتْ غَيْرَ المُجْبِرِ مِنَ التَّوْكِيلِ، لَمْ يُوَكَّلْ، وَإِنْ أَطْلَقَتِ الإِذْنَ، كَانَ لَهُ التَّوْكِيلُ في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ[6] وَلْيَقُلِ الوَلِيُّ لِلوَكِيلِ بالقَبُولِ: زَوَّجْتُ مِنْ فُلاَنٍ، وَلاَ يَقُولُ: زَوَّجْتُ مِنكَ ويَقُولُ الوَكِيلُ قَبِلْتُ لِفُلاَنٍ، فَلَوْ قَالَ قَبِلْتُ لم يَكْفِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلو قَبِلَ نِكَاحاً، وَنَوَىٰ مُوَكِّلَهُ، لَمْ يَقَعْ لِلمُوكِّلِ؛ بِخلاَفِ البَيْعِ.

(الفَصْلُ السَّادِسُ: فيمَا يَجِبُ عَلَى الوَلِيِّ)، وَيَجِبُ (و) عَلَى الأَخِ الإِجَابَةُ، إِذَا طَلَبَت النِّكَاحَ، إِنْ كَانَ مُتَعَيِّناً، فَإِنْ كَانَ له أَخٌ آخَرُ، لَمْ يَجِبْ؛ في وَجْهٍ، وَإِنْ عَضَلُوا، زَوَّجَ السُّلْطَانُ، وَعَلَى المُجْبِرِ تَزْوِيجُ الْمجنونَةِ، إِذَا تَاقَتْ، وَلاَ يَجُوزُ تَزْوِيجٌ مِنَ الصَّغِيرِ، وَلاَ تَزْوِيجُ الصَّغِيرةِ قَبْلَ البُلُوغِ[7]، وَيَجِبُ حِفْظُ مَالِ الطِّفْلِ، وَٱسْتِنْمَاؤُهُ قَدْراً لا يأْكُلُهُ النَّفَقَةَ، فَإِنْ تَبَرَّم الوَلِيُّ به، فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ (و) أُجْرَةَ يُقَدِّرُهَا القَاضِي لَهُ[8]، وَيَجِبُ عَلَيْهِ البَيْعُ، إِذَا طَلَبَ مَتَاعَهُ بِزِيَادَةٍ، وَكَذَلِكَ الشِّرَاءُ إِذَا بيعَ رَخِيصاً، إِذَا لَمْ يَشْتَرِ لِنَفْسِهِ، وإِذَا قَبِلَ النِّكَاحَ لابْنِهِ، لَمْ يَصِرْ ضَامِناً لِلْمَهْرِ في الجَدِيدِ، وإِذَا تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِحِفْظِ مَالِ الطِّفْلِ، لَمْ يَكُنْ لِلأَبِ (و) أَخْذُ الأُجْرَةِ؛ وَلِلأُمِّ أُجْرَةُ

---

(١) قال الرافعي: «والقاضي وابن العم والمعتق ليس لهم تولي طرف النكاح» صورة ابن العم مذكورة في الوكالة مع حكاية خلاف فيه حيث قال أجازه ابن سريج في تولّي ابن العم طرفي النّكاح. [ت]

(٢) قال الرافعي: «والوكيل من الجانبين لا يتولى طرفي البيع والنكاح» قد سبق هذا في «النكاح» مع حكاية الخلاف فيه. [ت]

(٣) في أ: المولى المجبر.

(٤) قال الرافعي: «وعليه تعيين الزوج في قول» قيل: هو وجه. [ت]

(٥) قال الرافعي: وإذا أذنت لغير المجبر من غير تعيين زوج جاز في أقوى القولين» قيل: هما وجهان. [ت]

(٦) قال الرافعي: «فإن أطلقت الإذن كان له التوكيل في أحد الوجهين» قد ذكر في «الوكالة» حيث قال: وفي توكيل الولي الذي لا يجبر تردد. [ت]

(٧) قال الرافعي: «ولا يجوز تزويج الصغيرة، ولا تزويج الصغير قبل البلوغ» لا حاجة إلى قوله «قبل البلوغ». [ت]

(٨) قال الرافعي: «وله أن يأخذ أجرة يقدرها القاضي له» هذا احتمال ذكره الإمام، والذي يوافق كلام الأكثرين، وذكر الإمام أنه الأظهر أنه إذا طلب من القاضي أن يثبت له أجرة على عمله لا يجيبه إليه، إلا إذا كان فقيراً ينقطع عن كسبه فله أن يأكل منه بالمعروف. [ت]

الإرْضَاعِ، وَإِنْ وَجَدْنَا (و) أَجْنَبِيَّةً مُتَبَرِّعَةً[1].

(الفَصْلُ السَّابِعُ: في الْكَفَاءَةِ) وَهِيَ مَرْعِيَّةٌ في خَمْسِ خِصَالٍ (ح م و): النَّقَاءُ (ح) مِنَ العُيُوبِ الَّتِي تُثْبِتُ الخِيَارَ، وَالحُرِّيَّةُ وَالنَّسَبُ إِلَىٰ شَجَرَةِ رَسُولِ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَإِلَى العُلَمَاءِ، وَالصُّلَحَاءِ المَشْهُورِينَ دُونَ الخَامِلِينَ[2]، وَالصَّلاَحُ في نَفْسِ النَّاكِحِ، دُونَ الاشْتِهَارِ، وَالتَّنَقِّي (ح) مِنَ الْحِرَفِ الدَّنِيئَةِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَىٰ خِسَّةِ النَّفْسِ، وَالْيَسَارُ (ح) لاَ يُعْتَبَرُ في أَشْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَالجَمَالُ لاَ يُعْتَبَرُ أَصْلاً، وَلاَ يُجْبَرُ فَضِيلَةُ نَسَبِ رَسُولِ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِفَضِيلَةٍ أُخْرَىٰ، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ فَقَدْ تَقْضِي العَادَةُ بِجَبْرِ نَقِيصَةٍ بِفَضِيلَةٍ[3]؛ بِحَيْثُ يَنْتَفِي العَارُ، وَالكَفَاءَةُ حَقُّهَا وَحَقُّ الأَوْلِيَاءِ، فَإِنْ رَضُوا بِتَرْكِهَا، جَازَ (ح)، فَيَحِلُّ لِغَيْرِ العَلَوِيِّ نِكَاحُ العَلَوِيَّةِ، وَإِنْ رَضِيَ الأَوْلِيَاءُ، فَلِلْمَرْأَةِ الإِبَاءُ، وَإِنْ رَضِيَتِ المَرْأَةُ وَوَلِيٌّ وَاحِدٌ، فَللباقِينَ فَسْخُ النِّكَاحِ (ح)؛ في قَوْلٍ. وَلاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ أَصْلاً (ح)؛ في قَوْلٍ، وَلاَ يَصِحُّ تَزْوِيجُ الأَبِ الصَّغِيرَةَ مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يَصِحُّ وَلَهَا الخِيَارُ، إِذَا بَلَغَتْ [ح و][4]، وَيَجُوزُ أَنْ يُزَوِّج مِنَ الصَّغِيرِ غَيْرَ كُفْءٍ.

(الفَصْلُ الثَّامِنُ: في تَزَاحُمِ الأَوْلِيَاءِ)، فَإِذَا اجْتَمَعَ إِخْوَةٌ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالتَّزْوِيجِ مِنْ كُفْءٍ برضَاهَا، لَكِنَّ الأَوْلَى التَّفْوِيضُ إِلَى الأَسَنِّ والأَفْضلِ، وإِنْ تَزَاحَمُوا، أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ، فَإِنْ بَادَرَ مَنْ لَمْ تَخْرُجْ قُرْعَتُهُ، انْعقَدَ، وَإِنْ بَادَرَ اثْنَانِ، وَعَقَدَا مَعَ شَخْصَيْنِ، فَالصَّحِيحُ السَّابِقُ، وَإِنْ أَمْكَنَ وُقُوعُهُمَا مَعاً، انْدَفَعا، فَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ، وَنَسِينَا السَّابِقَ، بَقِي النِّكَاحُ (و) مَوْقُوفاً أَبَداً، وَإِنْ لَمْ يُعْرَف السَّابِقُ منْهُمَا أَصْلاً، يُفْسَخِ النِّكَاحُ؛ لِلتعذُّرِ؛ في قَوْلٍ، وَيَتَوَقَّفْ في قَوْلٍ، والقَاضِي يُنْشِيءُ الفَسْخَ، وَقِيلَ: لِلمَرْأَةِ ذَلِكَ، وَقِيلَ: لِلزَّوْجَيْنِ أَيْضاً ذَلِكَ، وَعَلَيْهِمَا النَّفَقَةُ (و) قَبْلَ الفَسْخِ؛ لِلحَبْسِ، وَلاَ

---

(١) قال الرافعي: «وللأم أجرة الإرضاع، وإن وجدنا متبرعة أجنبية» المسألة معادةٌ في «النفقات» وفيها خلاف ذكره هناك، والمذكور هناك مغنٍ عما ذكره ها هنا. [ت]

وقال الرافعي ايضاً: «وللأم أجرة الإرضاع وإن وجدنا أجنبيَّة متبرعة» هذا قول والأظهر خلافه، والمسألة منقولة في النفقات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «والنسب إلى شجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وإلى العلماء والصلحاء المشهورين دون الخاملين». اتبع فيه الإمام حيث قال: النسب المؤثر الإنتماء إلى شجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم، والانتماء إلى العلماء الحكماء والانتماء إلى أهل الصلاح والتقوى بشرط الشهرة، ولا عبرة بالانتماء إلى عظماء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب وكلام أكثر الأصحاب يشعر باعتباره أيضاً، فإن عرف العجم في الكفاءة مرعى كعرف العرب. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وما وراء ذلك، فقد تقضي العادة بجبر نقيصة بفضيلة» هذا يخالف ما أطلقه الأكثرون قالوا: لا تزوج مسلمة دينة من معيب بنسب، ولا حُرّة فاسقةً من عبد عفيف، ولا عربية فاسقة من عجمي عفيف، ولا عفيفة رقيقة من فاسق حر، وتكفي صفة النقص مانعة من الكفاءة، وما فضّله الإمام، فقال: السلامة من العيوب والحرية والنسب لا يقابل بسائر فضائل الزوج، وعفة الزوج هل تجبر دناءة نسبه؟ فيه وجهان والنقص من الحرف الدنيئة يعارضه الصلاح، وكذا اليسار إن اعتبرناه يقابل سائر الفضائل. [ت]

(٤) سقط من أ.

مَهْرَ؛ لِعَدَمِ اليَقِينِ، فإنِ ٱدَّعَىٰ كُلُّ واحِدٍ عَلَيْهَا العِلْمَ بالسَّبْقِ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَحْلِفَ، فإنْ حَلَفت، بَقِيَ التَّدَاعِي بَيْنَهُمَا، فإنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخَرِ، ثَبَتَ النِّكَاحُ لَهُ، وإنْ أقرّتْ لِوَاحِدٍ، فَلِلثَّانِي أَنْ يُحَلِّفَهَا؛ عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ؛ لأَنَّهَا لَوْ أَقَرَّتْ لِلثَّانِي، لَغَرِمَتْ لَهُ (و)، وإنْ نَكَلَتِ، ٱسْتَحَقَّ الثَّانِي باليمِينِ المَرْدُودَةِ الغُرْمَ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الزَّوْجِيَّة؛ وَكَأَنَّ إقْرَارَهَا لِلأَوَّل أَوْجَبَ الحَقَّ بِشَرْطِ أَنْ تَحْلِفَ لِلثَّانِي، وإنْ لَمْ يَدَّعِ وَاحِدٌ العِلْمَ عَلَيْهَا، لَكِن ٱدَّعَىٰ عَلَيْهَا زَوْجِيَّةً مُطْلَقَةً، فَفِي سَمَاعِ مِثْلِ هَذِهِ الدَّعْوَى وَجْهَانِ، وَلَوِ ٱدَّعَيَا عَلَى الوَلِيِّ، فَفِي سَمَاعِ الدَّعْوَىٰ عَلَى الوَلِيِّ وَتَحْلِيفِهِ وَجْهَانِ؛ عَلَى الإطْلَاقِ.

البَابُ الثَّاني: في المَوْلِيِّ عَلَيْهِ

وَلاَ يُوَلَّى في النِّكَاح إلاَّ علَىٰ ناقصٍ بِصِغَر أَوْ جُنُونٍ أوْ سَفَهٍ أَوْ رِقٍّ أَوْ أُنُوثَةٍ، وَقَدْ سَبَقَ حُكْمُ الأُنُوثَةِ والصِّغَر.

(أَمَّا المَجْنُونُ الكَبِيرُ)، فَلِلأَبِ التَّزْوِيجُ مِنْهُ عِنْدَ ظُهُورِ الحَاجَةِ، وَلاَ يَزِيدُ عَلىٰ وَاحِدَةٍ، وإنْ كَانَ لَهُ أَنْ يُزَوِّج مِنَ الصَّغِيرِ العَاقِلِ أَرْبَعاً (و)، وَلاَ يُزَوِّجُ مِنَ المَجْنُونِ الصَّغِيرِ في وَجْهٍ.

وَأما المجْنُونَةُ، فَيُزَوِّجُهَا بِمُجَرَّدِ المَصْلَحَةِ، صَغِيرَةً كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةً، بِكْراً كَانَتْ أَو ثَيِّباً، وفي الثَّيِّبِ الصَّغِيرة وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يُزَوِّجُهَا، وَإِذَا بَلَغَتْ عاقلة، ثُمَّ جُنَّتْ، عَادَتِ الْوِلاَيَةُ للأَبِ، في الأَصَحِّ[1](و)، واليَتِيمَةُ البَالِغَةُ المَجْنُونَةُ يُزَوِّجُهَا (و) السُّلْطَانُ عِنْدَ ظُهُورِ الحَاجَةِ، وَيُشَاوِرُ أَقَارِبَهَا، وَالْمُشَاوَرَةُ واجِبَةٌ في أحد الوجْهَيْنِ.

وَقيلَ: يُزَوِّجُ بمُجَرَّدِ المَصْلَحَة دُونَ الحَاجَة.

(وَأَمَّا السَّفِيهُ)، فَلاَ يُجْبَرُ، لأَنَّهُ بالِغٌ، ولاَ يَسْتَقِلُّ؛ لأَنَّهُ سَفِيهٌ، لَكِنْ يَتَزَوَّجُ (و) بِإِذْنِ الوَلِيِّ بَعْدَ تَعْيِينِ الوَلِيِّ المَرْأَةَ، ثُمَّ يَتَقَيَّدُ بمَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ قَدَّرَ الوَلِيُّ المَهْرَ، وَزَادَ السَّفِيهُ سَقَطَتِ الزِّيَادَةُ، وَصَحَّ العَقْدُ (و) وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنِ المَرْأَةَ، صَحَّ الإِذْنُ، في وَجْهٍ، ثُمَّ عَلَيهِ أَنْ يَنْكِحَ بِمَهْرِ المِثْلِ بِشَرْطِ (و) أَلاَّ يَنْكِح، عَلَىٰ خِلاَفِ المَصْلَحَةِ، شَرِيفَةً يَسْتَغْرِقُ مَهْرُ مِثْلِهَا مَالَهُ، وإنْ نَكَحَ بِغَيْرِ إِذْنٍ، فَسَدَ، ولَمْ يَجب المَهْرُ بوَطْئِهِ؛ كَمَا لَوِ ٱشْتَرَىٰ شَيْئاً وَأُتْلِفَ.

وَقِيلَ: يَجِبُ تَعبُّداً.

وَقِيلَ: يَجِبُ أَقَلُّ مَا يُتَمَوَّلُ.

فَإِذَا ٱلْتَمَسَ النِّكَاحَ، فَأَبَى الوَلِيُّ، أَذِنَ السُّلْطَانُ، فَإِنْ لَمْ يجِدْ، صَحَّ ٱسْتِقْلالُهُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلَهُ

---

(١) قال الرافعي: «وإذا بلغت عَاقِلة، ثم جُنّت عادت الولاية للأب في الأصح» ذكره مَرّة في الحجر حيث قال: وكذا في الجنون الطارىء بعد البلوغ. [ت]

أَنْ يُطَلِّقَ بِكُلِّ حَالٍ، وَلاَ يَدْخُلُ تَحْتَ الحَجْرِ طَلاَقٌ[1] وأَمَّا الرِّقُّ فَلِلسَّيِّد إِجْبَارُ الأَمَةِ، وَلَيْسَ لَهُ (م ح) إِجْبَارُ العَبْدِ؛ فِي قَوْلٍ، وَإِنْ كَانَ صَغِيراً، فَإِذَا طَلَبَ الرَّقِيقُ النِّكَاحَ؛ لَمْ يُجَبِ الإِجَابَةَ؛ عَلَى الأَصَحِّ[2] (و)، وَالصَّحِيحُ أَنَّ سَبَبَ هَذَا التَّصَرُّفِ المِلْكُ؛ حَتَّىٰ يُزَوِّجَ الفَاسِقُ أَمَتَهُ، وَيُزَوِّجَ المُسْلِمُ أَمَتَهُ الكَافِرَة، وَلِلوَلِيِّ تَزْوِيجُ رَقِيقِ الطِّفْلِ بِالمَصْلَحَةِ؛ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَأَمَةُ المَرْأَةِ يَزَوِّجُهَا وَلِيُّهَا بِرِضَاهَا.

وَقِيلَ: السُّلطَانُ يُزَوِّجُهَا.

وَلاَ يَكْفِي سُكوتُ البِكْرِ فِي حَقِّ أَمَتِها، وَالمُعْتَقَةُ فِي المَرَض يُزَوِّجُها قَرِيبُها.

وقيل: لاَ تُزَوَّجُ لإِمْكَانِ عَوْدِهَا رَقِيقَةً بِالمَوْتِ.

(القِسْمُ الثَّالِثُ) مِنَ الكِتَابِ فِي المَوَانِعِ، وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَجْنَاسٍ.

(الأَوَّلُ): المَحْرَمِيَّةُ بِقَرَابَةٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوْ صِهْرٍ:

(أَمَّا القَرَابَةُ)، فَيَحْرُمُ مِنْهَا سَبْعَةٌ:

الأُمَّهَاتُ، وَالبَنَاتُ، وَالأَخَوَاتُ، وَبَنَاتُ الإِخْوَةِ، وَالأَخَوَاتِ، وَالعَمَّاتُ، وَالخَالاَتُ، وَلاَ يَحْرُمُ أَولاَدُ الأَعْمَامِ وَالأَخْوَالِ، وَأُمُّكَ كُلُّ أُنْثَىٰ يَنْتَهِي إِلَيْهَا نَسَبُكَ بِالْولاَدَةِ، وَلَوْ بوَسَائِطَ، وَبَنوكَ مَنْ يَنْتَهِي إِلَيْكَ نَسَبُهُمْ، وَلَوْ بِوَسَائِطَ، وَالضَّابِطُ: أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أُصُولُهُ وَفُصُولُهُ، وَفُصُولُ أَوَّلِ أُصُولِهِ، وَأَوَّلُ فَصْلٍ مِنْ كُلِّ أَصْلٍ، وإِنْ عَلاَ (ح و)، وَلاَ يَحْرُمُ الوَلَدُ (ح)[3] مِنَ الزِّنَا إِلاَّ عَلَى الأُمِّ، وَفِي المَنْفِيِّ بِاللِّعَانِ وَجْهَانِ، وَيحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ، وَكُلُّ امْرَأَةٍ أَرْضَعَتْكَ، أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ أَرْضَعَتْكَ، أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ يَرْجِعُ نَسَبُكَ إِلَيْهِ، فَهِيَ أُمُّك، وَكَذَلِكَ كُلُّ امْرَأَةٍ يَرْجِعُ نَسَبُ المُرْضِعَةِ إِلَيْهَا، وَأُخْتُ المُرْضِعَةِ خَالَتُكَ، وَأَخُوهَا خَالُكَ، وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ أَحْكَامِ النَّسَبِ، وَلَوِ اخْتَلَطَتْ أُخْتُ رَضَاعٍ بِأَهْلِ قَرْيَةٍ، جَازَ أَنْ يَنْكِحَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ، وإِنْ كُنَّ مَحْصُورَاتِ العَدَدِ فِي العَادَةِ، لَمْ يَجُزْ نِكَاحُ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ.

(وَأَمَّا المُصَاهَرَةُ)، فَيَحْرُمُ مِنْهَا بِمُجَرَّدِ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ أُمَّهَاتُ الزَّوْجَةِ مِنَ الرِضَاعِ وَالنَّسَبِ، وَزَوْجَةُ الابْنِ وَالحَفَدَةِ، وَزَوْجَةُ الأَب وَالجَدِّ، وَيَحْرُمُ بَنَاتُ الزَّوْجَةِ بِالوَطْءِ، لاَ بِمُجَرَّدِ النِّكَاحِ، وَالوَطْءُ بِالشُّبْهَةِ يُحَرِّمُ الأَرْبَعَ دُونَ الزِّنَا (ح)، وَيَكْفِي الاشْتِبَاهُ عَلَى الزَّوْجِ؛ فِي وَجْهٍ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ وَالعِدَّةُ بِالاشْتِبَاهِ عَلَيْهِ، وَيَجِبُ المَهْرُ بِالاشْتِبَاهِ عَلَيْهَا، وَلاَ يَكُونُ اللَّمْسُ كَالوَطْءِ فِي المُصَاهَرَةِ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ.

(الثَّانِي): مَالاَ يُوجِبُ حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً، وَيَتَعَلَّقُ بِعَدَدٍ، وَهِيَ ثَلاَثَةٌ:

---

(١) قال الرافعي: «وله أن يطلق بكل حال، فلا يدخل تحت الحجر طلاق» حجر الولي كالطلاق مذكور في الحج حيث قال: لا حج عليه مما لا يدخل تحت. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإذا طلب الرقيق النكاح لم تجب الإجابة على الأصح» من القولين، وقيل الوجهين. [ت]

(٣) في أ: (و)

(الأَوَّلُ): نِكَاحُ الأُخْتِ عَلَى الأُخْتِ لاَ يَجُوزُ مَا لَمْ يُطَلِّقِ الأُولَىٰ طَلاَقاً بَائِناً، وَلاَ يجُوزُ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا، وَلاَ بَيْنَ ٱمْرَأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ أَوْ رَضَاعٌ، لَوْكَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَراً حُرِّمَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا.

وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ المَرْأَةَ، وَأُمَّ زَوْجِهَا، أَوْ بِنْتَ زَوْجِهَا؛ وَإِنْ كَانَ لا يَصِحُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا؛ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذكَراً.

وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ أُخْتَيْنِ، فَوَطِيء إِحْدَاهُمَا، حُرِّمَتِ الأُخْرَىٰ؛ حَتَّى يُحرِّمَ المَوْطُوءَةَ عَلَىٰ نَفْسِهِ؛ بِبَيْعٍ، أَوْ تَزْوِيجٍ (ح)، أَوْ عِتْقٍ، أو كِتَابَةٍ (ح).

وَلاَ يَكْفِي طَرَيَانُ تَحْرِيمِ الحَيْضِ، وَالعِدَّةِ، والإِحْرَامِ.

وَهَلْ يَكْفِي الرَّهْنُ وَالبَيْعُ؛ بِشَرْطِ الخِيَارِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ.

وَلَوْ وَطِيءَ أَمَةً، وَنَكَحَ أُخْتَهَا، صَحَّ النِّكَاحُ، وَحُرِّمَتِ المَوْطُوءَةُ، وَكذَلِكَ لاَ يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَىٰ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ.

وَتَحِلُّ الخَامِسَةُ بِطَلاَقٍ بَائِنٍ لِوَاحِدَةٍ مِنَ الأَرْبَعِ، دُونَ الرَّجْعَىٰ.

وَالْعَبْدُ لاَ يَزِيدُ (م) عَلَى ٱثْنَتَيْنِ.

وَلَوْ نَكَحَ الحُرُّ خَمْساً في عَقْدَةٍ، وَفِيهِنَّ أُخْتَانِ. بَطَل فِيهِمَا، وَفي البَوَاقِي قَوْلاَ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

وَالمُطَلَّقَةُ ثَلاَثاً لاَ تَحِلُّ، حَتَّىٰ يَطَأَهَا زَوْجٌ آخَرُ في نِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَلاَ يَكْفِي وَطْءُ الشُّبْهَةِ، وَيَكْفِي إِيلاَجُ الحَشَفَةِ، أَوْ مِقْدَارِهَا (و) مِنْ مَقْطُوعِ الحَشَفَةِ، وَيَكْفِي وَطْءُ الصَّبِيِّ والعِنِّينِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ ٱنْتِشَارُ الآلَةِ[1]، وَلَوْ زَوَّجَهَا الزَّوْجُ مِنْ عَبْدِهِ الصَّغيرِ، فَٱسْتَدْخَلَتْ آلَتَهُ، ثُمَّ بَاعَ مِنْهَا؛ لِيَنْفَسِخَ النِّكَاحُ، جَازَ في قَوْلِ جَوَازِ إِجْبَارِ العَبْدِ عَلَى النِّكَاحِ، وَحَصَلَ بِهِ دَفْعُ الغَيْرَةِ، وَلَو نُكِحَتْ بِشَرْطِ الطَّلاَقِ، فَسَدَ العَقْدُ؛ في وَجْهٍ[2]، ولَمْ يَحْصُلِ التَّحْلِيلُ (و)، وَهَلْ يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِشَرْطِ عَدَمِ الوَطْءِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَيَفْسُدُ، إِذَا تَزَوَّجَ بِشَرْطِ أَلا يحِلَّ، وَلَيْسَ الشَّرْطُ السَّابِقُ عَلَى العَقْدِ كَالمُقَارِنِ في الإِفْسَادِ.

(الجِنْسُ الثَّالِثُ) مِنَ المَوَانِعِ: المِلْكُ والرِّقُّ؛ فَلاَ يَجُوزُ للرَّجُلِ أَنْ يَنْكِحَ أَمَتَهُ، وَلَوْ مَلَكَ مَنْكُوحَتَهُ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلاَ لِلْحُرَّةِ أَنْ تَنْكِحَ عَبْدَهَا، وَلَوْ تَمَلَّكَتْ زَوْجَهَا، ٱنْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلاَ يَنْكِحُ الحُرُّ المُسْلِمُ مَمْلُوكَةَ الغَيْرِ إِلاَّ بِأَرْبَعِ شَرَائِطَ: فَقْدُ الحُرَّةِ تَحْتَهُ، وَفَقْدُ طَوْلِ الحُرَّةِ (ح)، وَخَوْفُ العَنَتِ (ح)، وَكَوْنُ الأَمَةِ مُسْلِمَةً [ح][3]، فَلَو كَانَ تَحْتَهُ رَتْقَاءُ، أَوْ هَرِمَةٌ، أَوْ حُرَّةٌ كِتَابِيَّةٌ، أَوْ غَائِبَةٌ، لَمْ يَنْكِحِ (و) الأَمَةَ مَا لَمْ يُطَلِّقْهَا، وَلَو قَدَر عَلَىٰ نِكَاحِ حُرَّةٍ رَتْقَاءَ، أَوْ غَائِبَةٍ غَيبَةً بَعِيدَةً، نَكَحَ الأَمَةَ

---

(١) قال الرافعي: «ويكفي وطء الصبي والعنين، ولا يشترط انتشار الآلة» هذا وجه، والظاهر خلافه فيهما. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن نكحت بشرط الطلاق فسد العقد في وجه» هذا قول في رواية الجمهور. [ت]

(٣) سقط من أ.

(و)، وَكَذَلِكَ لَوْ قَدَرَ عَلَىٰ حُرَّةٍ كَتَابِيَّةٍ؛ في وَجْهٍ، فَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً، فَغَالَتْهُ في المَهْرِ بِمِقْدَارٍ يُعَدُّ قَبُولُهُ إِسْرَافاً، نَكَحَ الأَمَةَ (و)، وَلِلْمُفْلِسِ (و) نِكَاحُ الأَمَةِ، وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً تَرْضَىٰ بِمَهْرٍ مُؤَجَّلٍ، فَإِنْ قَنِعَتْ بِدُونِ مَهْرِ المِثْلِ، لَمْ يَنْكِحِ الأَمَةَ؛ عَلَى الأَصَحِّ؛ إِذِ المِنَّةُ فِيهِ هَيِّنَةٌ، وَأَمَّا خَوْفُ العَنَتِ، فإِنَّمَا يَتِمُّ لِغَلَبَةِ الشَّهْوَةِ، وَضَعْفِ التَّقْوَىٰ، فَإِنْ قَوِيَتِ التَّقْوَىٰ وَأَمِنَ عَلَى نَفْسِهِ، لَمْ يَنْكِحْ (و)، وَالقَادِرُ عَلَىٰ سُرِّيَّةٍ لاَ يَخَافُ العَنَتَ، فَلاَ يَتَرَخَّصُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، فإذا تَرَخَّصَ، فَلاَ يَنْكِحُ إِلاَّ مُسْلِمَةً(ح)، أَمَّا الكِتَابِيَّةُ، فَلاَ تَحِلُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ أَمَةً مُسْلِمَةً لِكَافِرٍ؛ عَلَى الأَصَحِّ وَالحُرُّ الكِتَابِيُّ يَنْكِحُ الأَمَةَ الكِتَابِيَّةَ، والعَبْدُ المُسْلِمُ لاَ يَنْكِحُهَا، فَقِيلَ في المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ نَكَحَ أَمَةً، ثُمَّ قَدَرَ عَلَى الحُرَّةِ، وَنَكَحَهَا، لَمْ يَنْفَسِخْ نِكَاحُ الأَمَةِ، بَلْ لاَ يَرْعَى الشَّرْطَ، إِلا في ٱلابْتِدَاء، وَلَوْ جَمَعَ القَادِرُ حُرَّةً وَأَمَةً في عَقْدٍ، بَطَلَ نِكَاحُ الأَمَةِ، وَفي الحُرَّةِ قَوْلاَ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

(الجِنْسُ الرَّابِعُ): الكُفْرُ، وَهُمْ ثَلاَثَةُ أَصْنَافٍ:

(الكِتَابِيُّ)، وَتَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ، وَيُقَرُّونَ بِالْجِزْيَةِ، وَالوَثَنِيُّ وَالمُعَطِّلُ وَالزِّنْدِيقُ لاَ تَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ، وَلاَ يُقَرُّون بِالجِزْيَةِ، وَالمَجُوسُ لاَ تَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ(و)، لَكِنْ يُقَرُّونَ بِالْجِزْيَةِ، لَكِنْ إِنَّمَا يَجُوزُ نِكَاحُ كِتَابِيَّةٍ هِيَ مِنْ أَوْلادِ بني إِسْرائِيلَ، وَآمَنَ أَوَّلُ آبائِهَا قَبْلَ التَّحْرِيفِ، فَإِنْ فُقِدَ النَّسَبُ، فَفِيهَا قَوْلاَنِ، وَلَو آمَنَ آبَاؤهَا بَعْدَالتَّحْرِيف، أَوْ شُكَّ فِيهِ، فَفِيهَا قَوْلاَنِ[1]، وَإِنْ آمَنَ بَعْدَ المَبْعَثِ، أَوْ شُكَّ فِيهِ، لَمْ تُنْكَحْ، وَالتَّهَوُّدُ بَعْدَ بَعْثِ عيسَى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَهُوَ بَعْدَ مَبْعَثِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالصَّابِئُونَ وَالسَّامِرَةُ، إِنْ كَانُوا مُلْحِدَةً عِنْدَ اليَهُودِ وَالنَّصَارَىٰ، لَمْ يُنَاكَحُوا، وإِنْ كَانُوا مُبْتَدِعَةً، حَلَّ نِكَاحُهُمْ.

وَقِيلَ قَوْلاَنِ مُطْلَقاً.

(فَرْعٌ): لَوْ تنصَّرَ يَهُودِيٌّ، يُقَرُّ؛ في قَوْلٍ.

وَلاَ يُرْضَىٰ مِنْهُ إِلاَّ بِالسَّيْفِ (ح) أو الإِسْلاَمِ؛ في قَوْلٍ.

وَيُرْضَىٰ بِالإِسْلاَمِ أَوِ العَوْدِ إِلى التَّهَوُّدِ؛ في قَوْلٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُقَرُّ، فَهَلْ يُلْحَقُ بِمَأْمَنِهِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[2].

وَكَذَلِكَ لَوْ تَوَثَّنَ يَهُودِيٌّ، تَجْرِي الأَقْوَالُ إِلاَّ أَنَّهُ لاَ يُقَرُّ عَلَى التَوَثُّنِ بِحَالٍ، وَيُقْنَعُ مِنْهُ بِالتَّنَصُّرِ؛ عَلَى قَوْلٍ. وَلَوْ تَنَصَّرَ وَثَنِيٌّ، فَلاَ يُقْنَعُ مِنْهُ إِلاَّ بِالإِسْلاَمِ، وَلَوِ ٱرْتَدَّ مُسْلِمٌ، فَلاَ يُقْنَعُ مِنْهُ إِلاَّ بِالإِسْلاَمِ أَو السَّيْفِ، وَتَتَنَجَّزُ ٱلفُرْقَةُ بِهَا قَبْلَ المَسِيس [ح][3]، وَيَتَوَقَّفُ بَعْدَ المَسِيسِ إِلَى ٱنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَهَا، دَامَ النِّكَاحُ، وَإِلاَّ فَتَتَبَيَّنُ الفُرْقَةُ مِنْ وَقْتِ الرِّدَّةِ، وَلَوْ تَوَلَّدَ بَيْنَ مَجُوسِيٍّ وَيَهُودِيَّةٍ وَلَدٌ، لَمْ

---

(١) قال الرافعي: «وإن آمن آباؤها بعد التحريف أو شك فيه ففيها قولان» قيل: وجهان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن قلنا: لا يقر فهل يلحق بمأمنه؟ فيه قولان» قيل: وجهان. [ت]

(٣) سقط من أ.

يَنْكِحْ في قَوْلٍ؛ لِغَلَبَةِ التَّحْرِيمِ، وَنُظِرَ إِلَىٰ جَانِبِ الأَبِ في قَوْلٍ.

وَيَتَّصِلُ بِهَذَا:

بَابُ نِكَاحِ المُشْرِكَاتِ، وَفِيهِ فُصُولٌ

(الأَوَّلُ فِيمَا يُقَرُّ عَلَيْهِ الكَافِرُ مَنَ الأَنْكِحَةِ)، وَمَهْمَا أَسْلَمَ كَافِرٌ عَلَىٰ كِتَابِيَّةٍ، قُرِّرَ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَىٰ وَثَنِيَّةٍ أَوْ مَجُوسِيَّةٍ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ مَعَهُ قَبْلَ المَسِيسِ، اسْتَمَرَّ النِّكَاحُ، وَكَذَلِكَ (م ح)، إِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَ المَسِيسِ، وَقَبْلَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ؛ وَكَذَلِكَ الحُكْمُ لَوْ كَانَتْ هِيَ السَابِقَةَ إلى الإِسْلاَمِ، وَإِذَا أَسْلَما، لَمْ نَبْحَثْ عَنْ شَرْطِ نِكَاحِهِمَا، بَلْ نُقِرُّهُمَا عَلَى النِّكَاحِ بِلاَ وَلِيٍّ وَلاَ شُهُودٍ، وفي العِدَّةِ إِلاَّ إِذَا أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا (و) قَبْلَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ؛ فَإِنَّ المُفْسِدَ قَدْ قَارَنَ الإِسْلاَمَ فَيَنْدَفِعُ النِّكَاحُ؛ كَمَا لَوْ أَسْلَمَ، وَتَحْتَهُ أُمُّهُ أو ابْنَتُهُ، وَنُقَرِّرُهُمْ عَلى النِّكَاحِ المُؤَقَّتِ، إِن اعْتَقَدُوهُ مُؤَبَّداً، وَإِن اعْتَقَدُوهُ مُؤَقَّتاً أَوْ فَاسِداً، لَمْ نُقِرَّهُمْ، وَلاَ نُقِرُّهُمْ عَلَىٰ مَا هُوَ فَاسِدٌ عِنْدَهُمْ إِلاَّ إِذَا كَانَ صَحِيحاً عِنْدَنَا، وَلَوِ اعْتَقَدُوا غَصْبَ المَرْأَةِ نِكَاحاً، قَرَّرْنَاهُمْ عَلَيْهِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَكَأَنَّهُمْ إِذَا أَسْلَمُوا لاَ يُؤَاخَذُونَ بِشَرْطِ الإِسْلاَمِ رُخْصَةً لِقَوْلِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم لِفَيْرُوزَ الديلَمِي[1] [2]، وَقَدْ أَسْلَمَ عَلَىٰ أُخْتَيْنِ: اخْتَرْ إِحْدَاهُمَا؛ فَإِنَّهُ

---

(١) قال الرافعي: «فيروز الدَّيْلمي» على قضية بعض الروَايات من الصحابة وجعل بعضهم مكانة ديلم بن فيروز الحميري الرعيني، وقال: هو ممن وفد على النبي صلى الله عليه وسلم، وروى عنه بنوه الضحاك وعبدالله، وأبو الخير مرثد بن عبدالله. [ت] ينظر ترجمته في طبقات ابن سعد ٥/ ٥٣٣، تاريخ خليفة ١١٧، طبقات خليفة ٢٨٧، المعرفة ليعقوب ٣/ ٢٦٢، ثقات ابن حبان ٣/ ٣٣٢، الكنى للدولابي ١/ ٧٥، الجرح التعديل ٧/ت (٥٢١)، الاستيعاب ٣/ ١٢٦٤، أنساب السمعاني ٥/ ٤٠٠، الكامل في التاريخ ٣/ ٤٩٦، الكاشف ٢/ت (٤٥٨٤)، العبر ١/ ٥٩، تجريد أسماء الصحابة ٢/ ٩٠، تهذيب التهذيب ٨/ ٣٠٥، التقريب ٢/ ١١٤، الإصابة ت (٧٠١٠)، الخلاصة ٢/ت (٥٧٦١)، تهذيب الكمال ٢٣/ ٣٢٢.

(٢) قال الرافعي: «لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لفيروز الديلمي روى الشافعي عن ابن أبي يحيى عن إسحاق بن عبدالله عن أبي وهب الجيشاني عن أبي خَراشٍ عن الديلمي، قال: أسلمت وَتَحْتِي أختان، فأمرني أن أمسك أَيَّتَهُمَا شِئْتَ، وَأُفَارِقَ الأُخْرَى».

وروى أبو عيسى الترمذي عن بندار عن وهب بن جرير عن أبيه، عن يحيى بن أيوب، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي وَهْبٍ الجَيْشَانِيّ عن الضحاك بن فيروز الديلمي عن أبيه أنه قال: قلت: يا رسول الله أسلمت وتحتي أختان، قال: «أختر أَيَّتُهُما شئت» وروى يحيى بن يحيى عن ابن أبي ربيعة عن أبي وهب الجيشاني عن الضحاك بن فيروز عن أبيه بمثله، وطرحا عن الإسناد أبا خراس. [ت]

الذي أسلم على الاختين هو فيروز الديلمي قال: أسلمت وعندي اختان فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «طلق أيتهما شئت» وفي لفظ بعضهم: «اختر أيتهما شئت» أخرجه أحمد (٤/ ٢٣٢). وأبو داود (٢/ ٦٧٨) كتاب الطلاق، باب في من اسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو اختان الحديث (٢٢٤٣). والترمذي (٣/ ٤٣٦) كتاب النكاح ـ باب ما جاء من الرجل يسلم وعنده أختان ـ الحديث (١١٢٩) و (١١٣٠). وابن ماجه (١/ ٦٢٧) كتاب النكاح ـ باب الرجل يسلم وعنده أختان الحديث (١٩٥١). والدارقطني (٣/ ٢٧٣) كتاب النكاح ـ باب المهر ـ الحديث (١٠٥). والبيهقي (٧/ ١٨٤) كتاب النكاح =

لَمْ يُعَيِّنِ الأُولَىٰ للصِّحَّةِ، وأَمَّا المُفْسِدُ الطَّارِىءُ بَعْدَ العَقْدِ، لاَ يُؤَثِّرُ كَمَا لَوْ كَانَتْ عِنْدَ الإِسْلاَمِ مُعْتَدَّةً عَنْ شُبْهَةٍ، أَوْ سَبَقَتْ وأَحْرَمَتْ قَبْلَ إِسْلاَمِهِ، لكِنْ لَوْ نَكَحَ أَمَةً، ثُمَّ حُرَّةً وَأَسْلَمَ عَلَيْهِما، ٱنْدَفَعَتِ الأَمَةُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ أَمَةٍ، وهُوَ مُوسِرٌ بِيَسَارٍ طَارِىءٍ.

وَقِيلَ: يَنْدَفِعُ أَيْضاً بِالعِدَّةِ الطَّارِئَةِ وَالإِحْرَامِ، وَيَكُونُ حَالُ الإِسْلاَمِ كَٱبْتِدَاءِ العَقْدِ مُطْلَقاً.

وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَٱرْتَدَّتْ، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، ٱنْدَفَعَ نِكَاحُهَا، إِنْ لَمْ تَرْجِعْ قَبْلَ العِدَّةِ.

ثُمَّ هَذِهِ المُفْسِدَاتُ، إِنْ قَارَنَتْ إِسْلاَمَ أَحَدِهِما، كَفَىٰ (و) إِلاَّ فِي اليَسَارِ؛ فَإِنَّهُ لاَ يَنْدَفِعُ إِلاَّ إِذَا وُجِدَ عِنْدَ ٱجْتِمَاعِهِمَا فِي (ح) الإِسْلاَمِ، وَإِذَا طَلَّقَ الكَافِرُ زَوْجَتَهُ ثَلاَثاً، ثُمَّ أَسْلَمَ، لَمْ يَنْكِحْهَا إِلاَّ بِمُحَلِّلٍ، فِي قَوْلٍ، وَلاَ يُحْتَاجُ إِلَى المُحَلِّلِ؛ فِي قَوْلٍ، فَإِنَّا نُصَحِّحُ أَنْكِحَتَهُمْ مُطْلَقاً؛ فِي قَوْلٍ[1]، وَنُفْسِدُهَا؛ فِي قَوْلٍ إِلاَّ عِنْدَ الإِسْلاَمِ؛ وَنَتَوَقَّفُ؛ فِي قَوْلٍ، فَمَا يُقَرَّرُ عَلَيْهِ فِي الإِسْلاَمِ نَتَبَيَّنُ صِحَّتَهُ، وَمَا يَدْفَعُهُ نَتَبَيَّنُ فَسَادَهُ؛ حَتَّىٰ لاَ يَثْبُتَ المَهْرُ عَلَىٰ هَذَا القَوْلِ لِلَّتِي يَدْفَعُ الإِسْلاَمُ نِكَاحَهَا، وَلاَ عَلَىٰ قَوْلِ الإِفْسَادِ، وَيَثْبُتُ عَلَىٰ قَوْلِ الصِّحَّةِ، وَلَوْ نَكَحَ أُخْتَيْنِ، وَطَلَّقَ كُلَّ وَاحِدَةٍ ثَلاَثاً، فَإِذَا أَسْلَمُوا، فَعَلَىٰ قَوْلِ التَّصْحِيحِ، حُرِّمَتَا عَلَيْهِ إِلاَّ بِمُحَلِّلٍ، وَعَلَى قَوْلِ الإِفْسَادِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً، وَلاَ مَهْرَ لِلثَّانِيَةِ، وَعَلَىٰ قَوْلِ التَّوَقُّفِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً، فَيُنَفِّذُ فِيهَا الطَّلاَقَ الثَّلاَثَ وَيَحْتَاجُ إِلَىٰ مُحَلِّلٍ، وَيَنْدَفِعُ الثَّانِيَةَ، وَلاَ يَحْتَاجُ فِيهَا إِلَىٰ مُحَلِّلٍ.

وَمَهْمَا أَصْدَقَهَا خَمْراً، وَقَبَضَتْ قَبْلَ الإِسْلاَمِ، فَلاَ مَهْرَ لَهَا (و)، وإِنْ لَمْ تَقْبِضْ، رَجَعَ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، وَإِنْ قَبَضَتِ البَعْضَ، رَجَعَ إِلَىٰ بَعْضِ مَهْرِ المِثْلِ؛ بِٱعْتِبَارِ(و) قيمة الخَمْرِ.

وَمَهْمَا تَرَافَعُوا إِلَيْنَا فِي أَنْكِحَتِهِمْ أَوْ غَيْرِهَا، جَازَ لَنَا الحُكْمُ بِالحَقِّ، وَهَلْ يَجِبُ؟ قَوْلاَنِ، وَإِنْ تَعَلَّقَ الخُصُومَةُ بِمُسْلِمٍ، وَجَبَ الحُكْمُ، وَإِنْ كَانَا مُخْتَلِفَيِ الْمِلَّةِ، وَجَبَ؛ عَلَى الأَصَحِّ[2]، وَلاَ يَجِبُ فِي المُعَاهِدَيْنِ، وَلاَ نَحْكُمُ إِلاَّ إِذَا رَضِيَ الخَصْمَانِ جَمِيعاً بِحُكْمِنَا[3].

وَلَوْ طَلَبَتْ نَفَقَةً فِي نِكَاحٍ بِلاَ وَلِيٍّ وَلاَ شُهُودٍ، حَكَمْنَا، وَإِنْ طَلَبَتْ فِي نِكَاحٍ مُحَرَّمٍ أَوْ مُعْتَدَّةً فِي الحَالِ، لَمْ نَحْكُمْ، وَفِي المَجُوسِيَّةِ وَجْهَانِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي زِيَادَةِ العَدَدِ الشَّرْعِيِّ)، فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَىٰ عَشْرِ نِسْوَةٍ، ٱخْتَارَ أَرْبَعاً (ح)،

= ـ باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة.

(١) قال الرافعي: «فإنا نصحح أنكحتهم مطلقاً في قول إلى آخر الأقوال» الأكثرون نقلوها نقل الوجوه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن كانا مختلفي الملّة وجب على الأصح» من الطريقين والثاني: طرد القولين. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولا نحكم إلا إذا رضي الخصمان جميعاً بحكمنا» يَسبق إلى الفهم منه أنا حيث أوجبنا الحكم فذلك إذا حصل رضا المتداعيين، لكن الأصحاب اعتبروا الرضا على قول عدم الوجوب، ولم يعتبروا على قول الوجوب، فقالوا على اختلاف الطبقات إن قلنا: بوجوب الحكم فإذا استعدى خصم على خصم أعداه القاضي ووجب على المعدى الحضور، وإن قلنا: لا يجب لم تجب الإعداء والمعدى عليه بالخيار في الحضور إذا أعدى. [ت]

وَٱنْدَفَعَ نِكَاحُ البَاقِيَاتِ، وَلاَ مَهْرَ لَهُنَّ إِلاَّ عَلَىٰ قَوْلِ التَّصْحِيحِ[1]، وإِنْ أَسْلَمَ عَلَى ٱمْرَأَةٍ وَٱبْنَتَهَا، وَكَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَهُمَا مُحَرَّمَتَانِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهِما، ٱخْتَارَ إِحْدَاهُمَا؛ في قَوْلٍ، وَتَعَيَّنَت البِنْتُ، عَلَى الأَصَحِّ(و)؛ لأَنَّ نِكَاحَهَا يَدْفَعُ نِكَاحَ الأُمِّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ البِنْتِ، تَعَيَّنَت البِنْتُ، وَٱنْدَفَعَتِ الأُمُّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ الأُمِّ، ٱنْدَفَعَتِ البِنْتُ، وَبَقِيَ نِكَاحُ الأُمِّ، إِنْ أَفْسَدْنَا أَنْكِحَتَهُمْ، وَإِلاَّ ٱنْدَفَعَتْ أَيْضاً، وَإِنْ أَسْلَمَ الْحُرُّ عَلَى إِمَاءٍ ٱخْتَارَ وَاحِدَةً، إِنْ كَانَ عَاجِزاً عِنْدَ الإِلتِقَاءِ فِي الإِسْلاَمِ، فإن أَسْلَمَ عَلَىٰ ثَلاَثٍ، وَأَسْلَمَتْ وَاحِدَةٌ، وَهُوَ مُعْسِرٌ، وَأَسْلَمَتِ الثَّانِيَةُ، وَهُوَ مُوسِرٌ، وَالثَّالِثَةُ، وَهُوَ مُعْسِرٌ، ٱنْدَفَعَتِ الثَّانِيَةُ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَ الأُولَىٰ وَالثَّالِثَةِ، وإِنْ أَسْلَمَ عَلَىٰ حُرَّةٍ، وَإِمَاءٍ، ٱنْدَفَعَ نِكَاحُ الإِمَاءِ، إِلاَّ إِذَا تَخَلَّفَتِ الحُرَّةُ وَأَصَرَّتْ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ قَبْلَ عِدَّتِهَا، ٱنْدَفَعَ نِكَاحُ الإِمَاءِ، إِلاَّ إِذَا عَتَقْنَ قَبْلَ إِسْلاَمِ الحُرَّةِ، فَيَلْتَحِقْنَ بِالحَرَائِرِ الأَصْلِيَّاتِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ إِمَاءٍ، وَتَخَلَّفَتْ وَاحِدَةٌ، ثُمَّ عَتَقَتْ، وَأَسْلَمَتْ قَبْلَ الْعِدَّةِ، تَعَيَّنَتْ كَالحُرَّةِ، وَٱنْدَفَعَتِ الإِمَاءُ السَّابِقَاتُ.

وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ أَمَتَيْنِ، وَتَخَلَّفَتْ أَمَتَانِ، فَعَتَقَتْ وَاحِدَةٌ مِنَ المُتَقَدِّمَتَيْنِ، ثُمَّ أَسْلَمَتِ المُتَخَلِّفَتَانِ، ٱنْدَفَعَ نِكَاحُهُمَا؛ إِذْ تَحْتَ زَوْجِهِمَا عَتِيقَةٌ، وَٱخْتَارَ وَاحِدَةً مِنَ المُتَقَدِّمَتَيْنِ؛ إِذْ كَانَ عِتْقُهَا بَعْدَ إِسْلاَمِهِمَا، وَإِسْلاَمُ الأُخْرَىٰ لاَ يُؤَثِّرُ في حَقِّهَا، وَلاَ خِيَارَ لَهَا، إِلاَّ إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ، وَلَهَا تَأْخِيرُ الفَسْخِ؛ لِعُذْرِ ٱنْتِظَارِ إِسْلاَمِ الزَّوْجِ، إِنْ أَسْلَمَتْ قَبْلَهُ، فَإِنْ فَسَخَتْ، نَفَذَ، وَتَظْهَرُ فَائِدَتُهُ لَوْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، فتكُونُ عِدَّتُهَا مِنْ وَقْتِ الفَسْخِ؛ فَإِنْ أَجَازَتِ، ٱبْتَنَىٰ عَلَىٰ وِفْقِ العُقُودِ[2] وَأَمَّا العَبْدُ، إِنْ أَسْلَمَ عَلَىٰ حُرَّةٍ، فَلاَ خِيَارَ (و) لَهَا[3]، وَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ ٱثْنَتَيْنِ أَبَداً مِنَ الحَرَائِرِ وَالإِمَاءِ؛ لأَنَّ الأَمَةَ في حَقِّهِ كَالحُرَّةِ، فَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ إِسْلاَمِهِنَّ، ٱلْتَحَقَ بِالحُرِّ، فَلاَ يَخْتَارُ مِنَ الإِمَاءِ إِلاَّ وَاحِدَةً، وَيَخْتَارُ مِنَ الحَرَائِرِ أَرْبَعاً.

وَإِنْ كَانَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ، ٱنْدَفَعَ نِكَاحُ الإِمَاءِ، وَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ حُرَّتَانِ، ثُمَّ عَتَقَ، فَأَسْلَمَتِ البَاقِيَاتُ مِنَ الحَرَائِرِ، فَلاَ يَزِيدُ عَلَى ٱثْنَتَيْنِ؛ لأَنَّهُ وَجَدَ كَمَالَ عَدَدِ العَبِيدِ قَبْلَ الحُرِّيَّةِ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ وَاحِدَةٌ، فَعَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمَ البَقِيَاتُ، ٱخْتَارَ أَرْبَعاً (و)؛ لأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ كَمَالُ العَدَدِ قَبْلَ الحُرِّيَّةِ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ وَاحِدَةٌ فَعَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمَ البَاقِيَاتُ ٱخْتَارَ أَرْبَعاً (و)، لأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ كَمَالُ العَدَدِ قَبْلَ الْحُرِّيَّةِ وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ أَرْبَعِ إِمَاءٍ، فَأَسْلَمَتْ ثِنْتَان، ثُمَّ عَتَقَ، فَأَسْلَمَتِ المُتَخَلِّفَتَانِ يَخْتَارُ الأُولَيَيْنِ، وَلاَ يَخْتَارُ المُتَخَلِّفَتَيْنِ، وَهَلْ يَخْتَارُ وَاحِدَةً مِنَ الأُولَيَيْنِ وَوَاحِدَةً مِنَ الأُخْرَيَيْنِ؟ فَوَجْهَانِ.

وَقِيلَ: يَخْتَارُ الأُخْرَيَيْنِ أَيْضاً، إِنْ شَاءَ.

---

(١) قال الرافعي: «فلا مهر لهن إلاّ على قول التّصحيح» مكرر مذكور عند ذكر الخلاف في أنكحة الكفار. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن أجازت التبني على وفق العقود» لا ذكر للتخريج على وفق العقود في كلام الأصحاب، وإنما الذي أطلقوه البطلان. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وأما العبد إن أسلم على حُرّة فلا خيار لها» قوله: «على حُرَّة» لا حاجة إليه، فإن الحكم لو كانت أَمَةً كما لو كانت حُرة فلا خيار لزوجته على الظاهر وفيه وجه. [ت]

(الفَصْلُ الثَّالِثُ في ٱلاخْتِيَارِ)، وَلَهُ طَرَفَانِ:

(أَحَدُهُمَا: أَلْفَاظُهُ)، وَلاَ يَخْفَىٰ صَرِيحُهُ، وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، تَعَيَّنَتْ لِلنِّكَاحِ، وَلَوْ ظَاهَرَ أَوْ آلَىٰ، لَمْ تَتَعَيَّنْ (و)، وَلَوْ قَالَ: فَسَخْتُ نِكَاحَهَا، وَفُسِّرَ بِالطَّلاَقِ، تَعَيَّنَ لِلنِّكَاحِ، وَإِنْ أَطْلَقَ، حُمِلَ عَلَىٰ تَعْيِينِهَا لِلْفِرَاقِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَقَدِ اخْتَرْتُكِ لِلنِّكَاحِ، أَوْ لِلْفِرَاقِ (و)، لَمْ يَصِحَّ التَّعْلِيقُ، فَلَوْ قَالَ: فَأَنْتِ طَالِقٌ، صَحَّ، وَحَصَلَ ٱلاخْتِيَارُ ضِمْناً، وَالوَطْءُ، هَلْ يَكُونُ كَتَعْيِينِ النِّكَاحِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ قَالَ: حَصَرْتُ المُخْتَارَاتِ في سِتَّةٍ مِنَ الجَمَاعَةِ، ٱنْحَصَرَتْ، وَلَوْ أَسْلَمَ مَعَهُ أَرْبَعٌ، وَتَخَلَّفَ أَرْبَعٌ فَعَيَّنَ الأُولَيَاتِ لِلنِّكَاحِ، صَحَّ، وَلِلْفَسْخِ لاَ يَصِحُّ، إِذا كَانَتِ المُتَخَلِّفَاتُ وَثَنِيَّاتٍ.

وَقِيلَ: يَصِحُّ مَوْقُوفاً.

وَلَوْ عَيَّنَ المُتَخَلِّفَاتِ لِلفَسْخِ يَصِحُّ، وَلِلنِّكَاحِ لاَ يَصِحُّ؛ إِلاَّ عَلَىٰ وَجْهِ الوَقْفِ.

وَلَوْ أَسْلَمَتِ الثَّمَانِيَةُ عَلَىٰ تَرَادُفٍ، وَهُوَ يُخَاطِبُ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِالفَسْخِ عِنْدَ إِسْلاَمِهَا، تَعَيَّنَ لِلفَسْخِ الأَرْبَعُ المُتَأَخِّرَاتُ، وَعَلَىٰ وَجْهِ الْوَقْفِ يَتَعَيَّنُ الأَرْبَعُ المُتَقَدِّمَاتُ.

ٱلطَّرَفُ الثَّانِي: في أَوْضَاعِ ٱلاخْتِيَارِ، فَإِذَا أَسْلَمَ الرَّجُلُ عَلَىٰ ثَمَانِي نِسْوَةٍ، وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ، فَيَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ ٱلاخْتِيَارُ؛ فَإِنَّ الإِسْلاَمَ رَفَعَ النِّكَاحَ في أَرْبَعَةٍ، وَإِلَيْهِ التَّعْيِينُ[1].

وَمَهْمَا ٱمْتَنَعَ الزَّوْجُ عَنِ التَّعْيِينِ، حُبِسَ (و)، فَإِنْ أَصَرَّ، عُزِّرَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ التَّعْيِينِ، اعْتَدَّتْ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِأَقْصَى الأَجَلَيْنِ، وُقِفَ رُبُعُ المِيرَاثِ، أَوِ الثُّمُنُ لَهُنَّ إِلَىٰ أَنْ يَصْطَلِحْنَ.

وَقِيلَ: يُوزَّعُ عَلَيْهِنَّ بِالسَّوِيَّةِ؛ لاسْتِوَائِهِنَّ وَحُصُولِ اليَأْسِ؛ بِخِلاَفِ مَا إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنَ النِّسَاءِ، وَٱلْتَبَسَ عَلَيْنَا، فَإِنَّ الوَاحِدَةَ في عِلْمِ اللهِ مُتَعَيِّنَةٌ لِلْفِرَاقِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ ثَمَانِ كِتَابِيَّاتٍ، فَأَسْلَمَ أَرْبَعٌ، وَمَاتَ قَبْلَ البَيَانِ لاَ يُوقَفُ(و) شَيْءٌ مِنَ المِيرَاثِ لَهُنَّ، لأَنَّهُ رُبَّمَا كَانَتِ المُفَارَقَاتُ المُسْلِمَاتِ، فَلاَ يَتَعَيَّنُ حَقُّ الزَّوْجِيَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ تَحْتَهُ كِتَابِيَّةٌ وَمُسْلِمَةٌ، فَقَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، وَمَاتَ، وَلَمْ يُعَيِّنْ، لَمْ يُوقَفْ لَهُما مِيرَاثٌ، لِلشَّكِّ في الأَصْلِ.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ: في النَّفَقَةِ) وَإِذَا تَخَلَّفَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ، لَمْ تَسْتَحِقَّ النَّفَقَةَ لِمُدَّةِ التَّخَلُّفِ عَلَى الجَدِيدِ؛ لأَنَّهَا أَسَاءَتْ، وَلَوْ سَبَقَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَ، ٱسْتَحَقَّتْ لِمُدَّةِ التَّقَدُّمِ عَلَى المَذْهَبِ، (و) لأَنَّهَا أَحْسَنَتْ، وَلَوْ أصرَّ الزَّوْجُ، لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ العِدَّةِ؛ لأَنَّهَا بائِنَةٌ.

وقِيلَ: تَسْتَحِقُّ كَالرَّجْعِيَّةِ؛ لأَنَّ لِلزَّوْجِ قُدْرَةً عَلَىٰ تَقْرِيرِ النِّكَاحِ عَلَيْهَا، وَلَوْ قَالَ: سَبَقْتِ بِالإِسْلاَمِ قَبْلَ المَسِيسِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لأَنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ المَهْرِ.

وَلَوْ قَالَ: أَسْلَمْنَا مَعاً، وَالنِّكَاحُ بَاقٍ[2]، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ[3]؛ لأَنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ.

---

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «وإن قال أسلمنا معاً، والنكاح باقٍ إلى آخره» في المسألة قولان. [ت]

(٣) قال الرافعي: « ولو قال: أسلمنا معاً، والنكاحُ بَاقٍ، فالقول قوله إلى آخره» المسألة معادةٌ في «الدعاوى =

وَقِيلَ: بَلِ القَوْلُ قَوْلُهَا؛ لأَنَّ التَّسَاوُقَ في الإِسْلاَمِ نَادِرٌ.

(القِسْمُ الرَّابِعُ مِنَ الكِتَابِ: في مُوجِبَاتِ الخِيَارِ).

وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: العَيْبُ، وَالغُرُورُ، وَالْعِتْقُ، وَالْعُنَّةُ:

(السَّبَبُ الأَوَّلُ: العَيْبُ)، وَيَثْبُتُ (ح) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ الْخِيَارُ بِالْبَرَصِ وَالجُذَامِ وَالجُنُونِ، وَيَثْبُتُ [ح][1] لَهَا بِجَبِّهِ وَعُنَّتِهِ، وَلَهُ بِرَتْقِهَا وَقَرَنِهَا(ح)، وَفِي الرَّدِ بِالبَخر أَو الضُّنَانِ والعَذْيُوطِ الذِي لاَ يَقْبَلُ الْعِلاجَ خِلافٌ (و)، وَكَذلِكَ فِي جُمْلَةٍ مِنْ آحَادِ العُيُوبِ الَّتِي تُنَفِّر تَنْفِيرَ البَرَصِ، وَتَكْسِرُ سَوْرَةَ التَّوَّاقِ، لَكِنَّ المَشْهُورَ أَنَّهُ لاَ يُرَدُّ إِلاَّ بالعُيُوب السَّبْعَةِ المَذْكُورَةِ أَوَّلاً، وَفي رَدِّ الخُنْثَىٰ أَيْضاً خِلاَفٌ، وَهَذَا فِيمَا يُقَارِنُ العَقْدَ، وَإِنْ طَرَأَ عَلَيْهِ قَبْلَ المَسِيسِ، ثَبَتَ لَهَا الخَيَارُ، وَبَعْدَ المَسِيسِ وَجْهَانِ، إِلاَّ العُنَّةَ؛ فإِنَّها لاَ تُؤَثِّرُ بَعْدَ المَسِيسِ، وَيَثْبُتُ لِلزَّوْجِ أَيْضاً بِعَيْبِها الطَّارِىءِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ.

وَأَمَّا الأَوْلِيَاءُ، فَلاَ خِيَارَ لَهُمْ بِالعَيْبِ الطَّارِىءِ، وَيَثْبُتُ في المُقَارِنِ بِالجُنُونِ، وَلاَ يَثْبُتُ بِالجَبِّ وَالعُنَّة، وَفِي البَرَصِ وَالجُذَامِ[2] وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: في الجَمِيعِ عَار، فَيَثْبُتُ لَهُمُ الخِيَارُ، وَهَذَا الخِيَارُ عَلَى الفَوْرِ، وَهْوَ مُسْقِطٌ لِلمَهْرِ قَبْلَ المَسِيسِ، وَإِنْ كَانَ الفَسْخُ مِنْهُ، وَفِيمَا بَعْدَ المَسِيسِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنَ الرِّدَّةِ أَنَّ المُسَمَّىٰ يَتَقَرَّرُ، وَفي الرِّدَّةِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنْ هٰهُنَا[3] وَمَهْمَا كَانَ العَيْبُ طَارِئاً، كَانَ تَقْرِيرُ المُسَمَّىٰ أَوْلَىٰ، وَلاَ رُجُوعَ (م) بِالمَهْرِ المَغْرُومِ عَلَى الوَلِيِّ عَلَى الجَدِيدِ، وَلاَ نَفَقَةَ وَلاَ سُكْنَىٰ (و) لَهَا في العِدَّةِ؛ كَمَا لاَ مَهْر[4]، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً، فَلَهَا النَّفَقَةُ إِنْ قُلْنَا إِنَّهَا لِلحَمْلِ.

(السَّبَبُ الثَّانِي: الغُرُورُ)، وَمَهْمَا شُرِطَ في العَقْدِ إِسْلاَمُهَا، أَوْ نَسَبُهَا، أَوْ حُرِّيَّتُهَا، أَوْ نَسَبُهُ، أَوْ حُرِّيَّتُهُ، فَاخْتَلَفَ الشَّرْطُ، فَفِي صِحَّةِ العَقْدِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ صَحَّحْنَا، فَفِي خِيَارِ الخُلْفِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ ظَنَّتْهُ كُفْؤاً، فَإِذَا هُوَ غَيْرُ كُفْءٍ؛ فَلاَ خِيَارَ، وَلَوْ ظَنَّهَا مُسْلِمَةً، فَإِذَا هِيَ كِتَابِيَّةٌ، فَلَهُ الخِيَارُ، فَلَوْ ظَنَّهَا حُرَّةً، فَإِذَا هِيَ رَقِيقَةٌ، فَلاَ خِيَارَ.

وَقِيلَ: فِيهِمَا قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ؛ مَأْخَذُهُمَا أَنَّ الكُفْرَ والرِّقَّ، هَلْ يَلْتَحِقُ بالعُيُوبِ

= والبينات» مع زيادات، وفيما ذكر هناك كفاية. [ت]

(١) سقط من أ.

(٢) قال الرافعي: «ويثبت في المقارن بالجنون إلى قوله ويثبت لهم الخيار في الجنون والجذام والبرص» لا يكاد يوجب نقله إلا لصاحب الكتاب، ولكن أطلقوا الجواب بثبوت الخيار. [ت]

(٣) قال الرافعي: « وفي الردة قول مخرج من هٰهنا» لم يتعرض الأكثرون للتخريج من هذا الطرف، بل أشاروا إلى نفيه وقالوا: الردة لا تستند إلى ما تقدم بحال، فلا تؤثر فيما سبق وجوبه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «ولا نفقة ولا سُكْنى لها في العِدّة كما لا مهر»، يريد إذا كانت حاملاً وقد أعاد ذلك في باب العِدّة، وجعل في استحقاقها السُّكنى قولين. [ت]

الخَمْسَةِ؟.

وَقِيلَ: بل مَأْخَذُهُمَا أَنَّ الغُرُورَ بالفِعْلِ، هَلْ هُوَ كالغُرُورِ بِالقَوْلِ؟.

وَقِيلَ: إنَّ الكِتَابِيَّة لاَ تَلْتَبِسُ بِالمُسْلِمَة،إلاَّ بِقَصْدٍ، فَهُوَ تَغْرِيرٌ؛ بِخِلاَفِ الأَمَةِ، وَكُلُّ تَغْرِيرٍ سَابِقٍ عَلى العَقْدِ، فَلاَ يُؤَثِّرُ (و) في صِحَّةِ العَقْدِ، لَكِنْ يُؤَثِّرُ في الرُّجُوعِ بِالمَهْرِ، إذَا قَضَيْنَا بِالرُّجُوعِ عَلَى الغَارِّ؛ في قَوْلٍ.

(فَرْعٌ) إذَا غُرَّ بِحُرِّيَّةِ أَمَةٍ، فَوَلَدَت، انعَقَدَ (ح) الوَلَدُ حُرّاً، وَعَلَى المَغْرُورِ(و) قِيمَتُهُ لِلسَّيِّدِ؛ إذْ فَاتَ رِقُّهُ بِظَنِّهِ، سَوَاءٌ كَانَ الزَّوْجُ حُرّاً أَوْ عبداً، وَيَرْجِعُ به (و) عَلَى الغَارِّ قَوْلاً وَاحِداً، وإنَّمَا يَرْجِعُ إذَا غَرِمَ(و)، وَإِنْ كَانَ المَغْرُورُ عَبْداً، تَعَلَّقَ القِيمَةُ بِرَقَبَتِهِ؛ في قَوْلٍ، وَبِذِمَّتِهِ فِي قَوْلٍ، وَبِكَسْبِهِ في قَوْلٍ، وَالمُسَمَّىٰ مِنَ المَهْرِ، إذَا لَزِمَ، تَعلَّقَ بِكَسْبِهِ، وَحَيْثُ لاَيَلْزَمُ، فَمهرُ المِثْلِ تَجْرِي الأَقْوَالُ الثَّلاَثَةُ فِي مُتَعَلَّقِهِ، وَإِنْ الغَارَّةُ كانت هِيَ الأَمَةَ، تَعَلَّقَ عُهْدَةُ الزَّوْجِ بِذِمَّتِهَا (و)، وَالمُكَاتَبَةُ كالأَمَةِ، إلاَّ أَنَّهُ لاَ مَهْرَ لَهَا؛ فَإِنَّهَا الغَارَّةُ المُسْتَحِقَّةُ، وَالسَّيِّدُ لاَ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ التَّغْرِيرُ؛ لأَنَّهُ إنْ قَالَ: إنَّهَا حُرَّةٌ، عَتَقَتْ، وَلَو انْفَصَلَ الوَلَدُ مَيِّتاً، فَلاَ قِيمَةَ لَهُ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ بِجنَايَةِ جَانٍ، فَيُغَرَّمُ عَاقِلَةُ الجَانِي الْغُرَّةَ لِوَرَثَةِ الجَنِينِ، وَيُغَرَّمُ المَغْرُورُ عُشْرَ قِيمَةِ الأُمِّ لِلسَّيِّدِ؛ في وَجْهٍ.

وَفي وَجْهٍ آخَرَ يُغَرَّمُ أَقَلَّ الأَمْرَيْنِ مِنْ عُشْرِ قِيمَةِ الأُمِّ، أَوْ مَا سُلِّمَ لَهُ بِالوِرَاثَةِ مِنْ غُرَّةِ الجَنِينِ؛ لأَنَّهُ لَوْلاَ الغُرَّةُ، لَمَا غُرِّمَ المَيْتُ.

(السَّبَبُ الثَّالِثُ: الْعِتْقُ)، وَإِذَا عَتَقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ، فَلَهَا الخِيَارُ، وإنْ عَتَقَتْ تَحْتَ حُرٍّ، فَلاَ خِيَار (ح)، وَإِنْ عَتَقَ نِصْفُهَا، فَلاَ خَيَارَ (ز)، وَلَوْ عَتَقَتْ تَحْتَ مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ، فَلَهَا الخِيَارُ، وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الفَسْخِ طَلاَقاً رَجْعِيّاً، فَلَهَا الفَسْخُ؛ لِيَنْقَطِعَ سُلْطَانُ الزَّوْجِ، وَإِنْ أَجَازَتْ، لَمْ يَنْفُذْ (و)، لأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ.

وَقِيلَ: يُخَرَّجُ عَلَىٰ وَقْفِ العُقُودِ، فَإِنْ كَانَ الطَّلاَقُ بَائناً (و)، بَطَلَ خِيَارُهَا، وَلَوْ عَتَقَ الزَّوْجُ، وَتَحْتَهُ أَمَةٌ، فَلاَ خِيَار لَهُ (و)، وَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ المَسِيسِ، فَلاَ مَهْرَ لَهَا، وَإِنْ فَسَخَتْ بَعْدَ المَسِيسِ، فَلِلسَّيِّدِ كَمَالُ المُسَمَّىٰ قَوْلاً وَاحِداً (و)، وَهَذَا الخِيَارُ أَيْضاً عَلَى الفَوْرِ (ح).

وَفي قَوْلٍ: يَتَمَادَىٰ (ح) إِلَىٰ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ.

وَفي قَوْلٍ لاَ يَسْقُطُ (ح) إلاَّ بِإِسْقَاطٍ، أَوْ تَمْكِينٍ (ح) مِنَ الوَطْءِ، فَلَوْ مَكَّنَتْ، ثُمَّ ادَّعَتِ الجَهْلَ بِالْعِتْقِ، لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُهَا، إذَا حَلَفَتْ، وَلَوِ ادَّعَتِ الجَهْلَ؛ بِأَنَّ الخِيَارَ عَلَى الفَوْرِ، لَمْ تُعْذَرْ، وَلَوِ ادَّعَتِ الجَهْلَ بِثُبُوتِ أَصْلِ الخِيَارِ، فَتُعْذَرُ، عَلَىٰ قَوْلٍ.

(السَّبَبُ الرَّابِعُ: العُنَّةُ)، وَمَهْمَا وَقَعَ اليَأْسُ عَنِ الوَطْءِ؛ بِجَبٍّ أَوْ عُنَّةٍ، أَوْ مَرَضٍ مُزْمِنٍ، ثَبَتَ لَهَا الخِيَارُ، وَفِي إلْحَاقِ الإِخْصَاءِ بالجَبِّ قَوْلاَنِ؛ وَالعُنَّةُ الطَّارِئَةُ بَعْدَ الوَطْءِ، لاَ تُؤَثِّرُ، وَلَوْ عُنَّ عَنِ امْرَأَةٍ دُونَ غَيْرِهَا، فَلَهَا الخِيَارُ، وَلَوْ عُنَّ عَنِ المَأتَىٰ، وَقَدَرَ عَلَىٰ غَيْرِ المَأْتَىٰ، فَلَهَا الخِيَارُ، (و)، وَلَوِ

ٱمْتَنَعَ مَعَ القُدْرَةِ، فَلاَ خِيَارَ، وَلٰكِنْ لَهَا المُطَالَبَةُ بِوَطْأَةٍ وَاحِدَةٍ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لِتَقْرِيرِ المَهْرِ وَتَحْصِيلِ التَّحْصِينِ، فَإِنْ عَلَّلْنَا بالمَهْرِ، كَانَتِ المُطَالَبَةُ لِلسَّيِّدِ في الأَمَةِ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا بَعْدَ الإِبْرَاءِ، وَيَسْقُطُ الطَّلَبُ بِإِيلاَجِ الحَشَفَةِ، وَإِذَا ثَبَتَتِ الْعُنَّةُ؛ إِمَّا بِإِقْرَارِهِ، أَوْ بِيمِينِهَا (و) بَعْدَ نُكُولِهِ، ضَرَبْنَا المُدَّةَ سَنَةً (و)؛ لِلامْتِحَانِ، إِنْ طَلَبَتْ ذٰلِكَ، وَإِنْ سَكَتَتْ، لَمْ تُضْرَبْ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَىٰ أَنَّهُ غَيْرُ عِنِّينٍ، لَمْ نُطَالِبْهُ بِتَحْقِيقِ ذٰلِكَ بِالوَطْءِ، وَمُدَّةُ العَبْدِ كَمُدَّةِ الحُرِّ (م)، وَمَهْمَا تَمَّتِ السَّنَةُ مِنْ غَيْرِ ٱعْتِزَالٍ مِنْهَا إِيَّاهُ قَصْداً، رَفَعَتِ الأَمْرَ إِلَى القَاضِي؛ لِيَفْسَخَ القَاضِي النِّكَاحَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، أَوْ يُسَلِّطَهَا عَلَى الفَسْخِ عَلَى الفَوْرِ؛ عَلَى الوَجْهِ الثَّانِي.

وَلَوْ سَافَرَ الزَّوْجُ، فَفِي ٱحْتِسَابِ المُدَّةِ وَجْهَانِ، وَهٰذَا الفَسْخُ عَلَى الفَوْرِ، فَإِنْ رَضِيَتْ، فَلاَ ٱعْتِرَاضَ لِلْوَلِيِّ[1]، وَلاَ رُجُوعَ لَهَا إِلَى الفَسْخِ؛ بِخِلاَفِ الإِيلاَءِ.

وَإِنْ فَسَخَتْ في أَثْنَاءِ المُدَّةِ، لَمْ يَنْفُذْ، وَإِنْ أَجَازَتْ، فَقَوْلاَنِ، وَلَوْ رَضِيَتْ فَطَلَّقَهَا، ثُمَّ رَاجَعَهَا، لَمْ يَعُدْ حَقُّهَا، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، فَقَوْلاَنِ، وَلَوْ وَطِئَهَا في النِّكَاحِ الأَوَّلِ، وَعُنَّ عَنْهَا في النِّكَاحِ الثَّانِي، فَلَهَا الخِيَارُ، وَمَهْمَا تَنَازَعَا في الإِصَابَةِ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الإِصَابَةِ، إِلاَّ في مَوْضِعَيْنِ:

(أَحَدُهُمَا): في مُدَّةِ العُنَّةِ وَالإِيلاَءِ؛ فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ؛ إِذْ تَعَسَّرَ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ عَلَى الوَطْءِ، فَإِنْ أَقَامَتِ البَيِّنَةَ عَلى البَكَارَةِ، رَجَعْنَا إِلَىٰ تَصْدِيقِهَا بِاليَمِينِ (و).

(الثَّاني) لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي بَعْدَ المَسِيسِ، وَلِي كَمَالُ المَهْرِ، فَأَنْكَرَ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، إِلاَّ إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ لِزَمَانٍ مُحْتَمَلٍ، فَإِنَّا نُثْبِتُ النَّسَبَ، فَيَتَأَكَّدُ بِهِ جَانِبُهَا، فَنَجْعَلُ القَوْلَ قَوْلَهَا، إِلاَّ إِذَا لاَعَنَ فَنَرْجِعُ إِلَىٰ تَصْدِيقِهِ؛ إِذِ الأَصْلُ عَدَمُ الوَطْءِ.

(القِسْمُ الخَامِسُ مِنَ الكِتَابِ فِي فُصُولٍ مُتَفَرِّقَةٍ)، وَهِيَ سِتَّةٌ:

(الفَصْلُ الأَوَّلُ: فِيمَا يَحِلُّ لِلزَّوْجِ)، وَيَحِلُّ لَهُ كُلُّ ٱسْتِمْتَاعٍ إِلاَّ الإِتْيَانَ في (م) الدُّبُرَ، وَالصَّحِيحُ (و) جَوَازُ العَزْلِ.

وَقِيلَ بِتَحْرِيمِهِ في الحُرَّةِ دُونَ الأَمَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّمَا يَحِلُّ بِرِضَاهَا.

وَلاَ خِلاَفَ في جَوَازِهِ في السُّرِّيَّةِ.

ثُمَّ الإِتْيَانُ في الدُّبُرِ في مَعْنَى الوَطْءِ في جَمِيعِ الأَحْكَامِ، إِلاَّ في التَّحْلِيلِ (و) وَالإِحْصَانِ.

وَٱخْتَلَفُوا في تَعَلُّقِ النَّسَبِ وَتَقْرِيرِ المُسَمَّىٰ وَوُجُوبِ الحَدِّ، وفي ٱسْتِنْطَاقِهَا في النِّكَاحِ، وَلَمْ يَخْتَلِفُوا في وُجُوبِ مَهْرِ المِثْلِ في النِّكَاحِ الفَاسِدِ؛ وَكَذَا في الْعِدَّةِ (و) وَتَحْرِيمِ (و) المُصَاهَرَةِ بِهِ.

---

(١) قال الرافعي: «وإن رضيت فلا اعتراض للولي» مذكور مرة في فصل العيوب مع ما فيه من الخلاف. [ت]

(الفَصْلُ الثَّاني: في وَطْءِ الأبِ جَارِيَةَ الابْنِ)، وهُوَ حَرَامٌ، ولَكِنْ لَهُ شُبْهَةُ وُجُوبٍ. (و) الإعْفَافِ، فَلاَ يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ، وَيَجِبُ (و) المَهْرُ، وَيَحْرُمُ عَلَى الابْنِ بالمُصَاهَرَةِ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ، وَيَنْعَقِدُ الوَلَدُ عَلَى الحُرِّيَّةِ، وَتَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةَ الأبِ، عَلَى القَوْلِ المَنْصُوصِ، وَيُقَدَّرُ انْتِقَالُ المِلْكِ إِلَيْهِ مَعَ العُلُوقِ؛ حَتَّىٰ يَنْتَفِي (و) قِيمَةَ الوَلَدِ؛ عَلَىٰ أظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَلاَ يَسْقُطُ (ح) المَهْرُ أَصْلاً، فَإِنْ كَانَتِ الجَارِيَةُ مَوْطُوءَةَ الابْنِ، مَلَكَهَا الأبُ بالاسْتِيلاَءِ (و)، وَلَكِنْ يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا؛ لأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ بِوَطْءِ الابْنِ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في إعْفَافِ الأَبِ)، وَيَجِبُ عَلَى (وح) أَشْهَرِ القَوْلَيْنِ أَنْ يُعِفَّ أَبَاهُ الفَاقِدَ لِلْمَهْرِ المُحْتَاجَ إِلى النِّكَاحِ، والجَدّ، وَإِنْ عَلاَ، فَهُوَ في مَعْنَى الأَبِ، فَإِنِ اجْتَمَعَ جَدَّانِ في رُتْبَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَمْ يَقْدِرْ إِلاَّ عَلَىٰ إِعْفَافِ أَحَدِهِمَا، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ وَجْهٍ، وَعَيَّنَ القَاضِي أَحَدَهُمَا؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَمَهْمَا أَظْهَرَ الرَّغْبَةَ في النِّكَاحِ، صُدِّقَ بِغَيْرِ يَمِينٍ، لَكِنْ لاَ يَحِلُّ لَهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَىٰ طَلَبُ ذَلِكَ إِلاَّ إِذَا صَدَقَتْ شَهْوَتَهُ؛ بِحَيْثُ يَخَافُ العَنَتَ أَوْ يَشُقُّ المُصَابَرَةُ عَلَيْهِ، وَيَحْصُلُ الإعْفَافُ بِأَنْ يُزَوِّجَ مِنْهُ مُسْلِمَةً، أَوْ كِتَابِيَّةً، أَوْ يُمَلِّكَهُ جَارِيَةً، أَوْ يسلِّمَ ثَمَنَهَا إِلَيْهِ أَوْ مَهْرَ امْرَأَةٍ، وَلَيْسَ لِلأَبِ تَعْيِينُ امْرَأَةٍ رَفِيعَةِ المَهْرِ، وَإِذَا تَعَيَّنَ المَهْرُ، فَتَعْيِينُ الزَّوْجَةِ إِلَى الأَبِ، وَلَوْ مَاتَتْ، فَعَلَيْهِ التَّجْدِيدُ، وَإِنْ فَسَخَ النِّكَاحَ بِعَيْبِهَا، أَوِ انْفَسَخَ، وَجَبَ التَّجْدِيدُ (و)، وَإِنْ طَلَّقَهَا بِغَيْرِ عُذْرٍ، لَمْ يجبِ (و) التَّجْدِيدُ، وَإِنْ كَانَ بِعُذْرٍ، فَوَجْهَانِ، وَلَيْسَ لِلأَب أَنْ يَتَزَوَّجَ جَارِيَةَ الابْنِ، فَإِنْ مَلَكَ الابْنُ زَوْجَتَهُ، لَمْ يَنْفَسِخِ (و) النِّكَاحُ مَا لَمْ يَحْصُلْ للأب وَلَدٌ في مِلْكِ الابْنِ، وَلاَ يَتَزَوَّجُ جَارِيَةَ نَفْسِهِ، وَلَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلاَ يَتَزَوَّجُ جَارِيَةَ مُكَاتَبَتِهِ، وَلَوْ مَلَكَ المُكَاتَبُ زَوْجَةَ سَيِّدِهِ، فَفي الانْفِسَاخِ وَجْهَانِ.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ: في تَزْوِيجِ الإِمَاءِ)، وَللسَّيِّد أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا نَهَاراً، وَعَلَيْهِ أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَى الزَّوْجِ لَيْلاً، وَهَلْ لَهُ أَنْ يُبَوِّءَ لَهَا بَيْتاً في دَارِهِ، أَمْ للزَّوْجِ أَنْ يَخْرُجَ بِهَا لَيْلاً؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَكَانَتْ مُحْتَرِفَةً، وَأَمْكَنَهَا ذَلِكَ في يَدِ الزَّوْجِ، فَهَلْ يَجِبُ تَسْلِيمُهَا نَهَارَاً؟ فِيهِ وَجْهَان، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّ لِلسَّيِّد المُسَافَرَةَ بِهَا، لَكِنْ لاَ يُمْنَعُ الزَّوْجُ مِنَ الخُرُوجِ، لِيَصْحَبَهَا لَيْلاً، وَإِذَا لَمْ يُسَلِّمْهَا إِلاَّ بِاللَّيْلِ، فَالوَاجِبُ شَطْرُ النَّفَقَةِ.

وَقِيلَ: لاَ يَجِبُ أَصْلاً.

وَقِيلَ: يَجِبُ الجَمِيعُ.

وَمَهْمَا سَافَرَ بِهَا السَّيِّد، سَقُطَتْ نَفَقَتُهَا، وَأَمَّا المَهْرُ، فَإِنَّما يَجِبُ لِلسَّيِّد، فَلَوْ قَتَلَهَا السَّيِّدُ قَبْلَ المَسِيس، فَالنَّصُّ سُقُوطُ المَهْرِ، وَلَوْ قَتَلَهَا أَجْنَبِيٌّ، أَوْ قَتَلَتِ الحُرَّةُ نَفْسَهَا، فَفِي السُّقُوطِ وَجْهَانِ، وَلاَ خِلاَفَ في أَنَّ المَهْرَ لاَ يَسْقُطُ بِمَوْتِ الحُرَّةِ وَالأَمَةِ (و) وَلاَ بِقَتْلِ الأَجْنَبِيِّ الحُرَّةَ، وَإِذَا بَاعَ الأَمَةَ، لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ، وَيُسَلَّمُ المَهرُ للبَائِعِ؛ لأَنَّهُ وَجَبَ بِالعَقْدِ في مِلْكِهِ، وَلَكِنْ لَيْسَ لَهُ حَبْسُهَا؛ لأَجْلِ سَوْقِ الصَّدَاقِ، وَلاَ لِلمُشْتَرِي أَيْضاً ذَلِكَ؛ فَإِنَّهُ لاَ مَهْرَ لَهَا، وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ مِنْ عَبْدِهِ، فَلاَ مَهْرَ، وَلَوْ قَالَ لأَمَتِهِ: أَعْتَقْتُكِ عَلَى أن تَنْكِحيني، لَمْ تَعْتِقْ إِلاَّ بِالقَبُولِ، ثُمَّ لاَ يلْزَمُهَا الوَفَاءُ (و) وَعَلَيْهَا

قِيمتُهَا(ح م) ، فَإِنْ نَكَحَهَا بِقِيمَتِهَا الَّتي عَلَيْهَا، وَهِيَ مَجْهُولَةٌ، فَفِي صِحَّةِ الصَّدَاقِ وَجْهَانِ، فَلَوْ أَتْلَفَتْ عَبْداً عَلَى رَجُلٍ، فَنَكَحَهَا بِالقِيمَةِ المَجْهُولَةِ، لَمْ يَصِحَّ، وَلَوْ قَالَتِ السَّيِّدَةُ لِعَبْدِهَا، أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تَنْكِحَني، عَتَقَ بِغَيْرِ قَبُولٍ؛ عَلى الأظْهَر؛ كَمَا لَوْ قَالَ لِلزَّوْجَةِ: طَلَّقْتُكِ عَلَىٰ أَلاَّ تَحْتَجِبِي عَنِّي، وَعَلَىٰ أَنْ أُعْطِيَكِ شَيْئاً، وَسَبِيلُ السَّيِّدِ الرَّاغِبِ في نِكَاحِهَا أَنْ يَقُولَ: إِنْ يَسَّرَ اللهُ بَيْنَنَا نِكَاحاً صَحِيحاً، فَأَنْتِ حُرَّةٌ قَبْلَهُ، ثُمَّ يَنْكِحُهَا، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

(الفَصْلُ الخَامِسُ: في تَزْوِيجِ العَبِيدِ)، وَالمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ، لازِمَان، ومُتَعَلِّقَانِ بِكَسْبِهِ، وَبالرِّبْحِ مِنْ مَالِ تِجَارَتِهِ، وَفي تَعَلُّقِهِ بِرَأْسِ المَالِ وَجْهَانِ، وَالقَوْلُ الجَدِيدُ أَنَّ السَّيِّد لاَ يَكُونُ ضَامِناً لِلمَهْرِ بِمُجَرَّدِ الإِذْنِ، لِكَنْ عَلَيْهِ أَنْ يُمكِّنَهُ حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ المَهْرَ مِنَ الكَسْبِ وَالنَّفَقَةِ، فَإِنِ ٱسْتَخْدَمَهُ يَوْماً، لَزِمَهُ كَمَالُ المَهْرِ وَنَفَقَةُ العُمُرِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ إِذْ رُبَّمَا كَانَ يَكْتَسِبُ مَا بَقِيَ بِجَمِيعِ ذَلِكَ، وَفي وَجْهٍ يَلْزَمُهُ المَهْرُ و[نَفَقَةُ ذَلِكَ[1]] اليَوْمِ، وَفي وَجْهٍ ثَالِثٍ، وهُوَ الأَصَحُّ؛ لاَ يَلْزَمُهُ إِلاَّ أُجْرَةُ المِثْلِ؛ كَمَا في الأَجْنبي.

(فَرْعٌ) إِذَا ٱشْتَرَتِ الحُرَّةُ زَوْجَهَا، أَوْ ٱتَّهَبَتْ قَبْلَ المَسِيس، سَقَطَ نِصْفُ المَهْرِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَجَمِيعُهُ عَلَىٰ قَوْلٍ، وإِنِ ٱشْتَرَتْهُ بالصَّدَاقِ الَّذِي ضَمِنَهُ السَّيِّدُ، لَمْ يَصِحَّ (و) الشِّرَاءُ، إِنْ فَرَّعْنَا عَلَىٰ سُقُوطِ جَمِيعِ المَهْرِ؛ لأَنَّ تَصْحِيحَهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ إِبْطَالِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا سَقَطَ العوضُ بِحُكْمِ الفَسْخِ، عَرِيَ البَيْعُ عن العِوضِ، وَإِنِ ٱشْتَرَتْهُ بِالصَّدَاقِ بَعْدَ المَسِيس، وَقُلْنَا: إِنَّ طَرَيَانَ المِلْكِ عَلَى الرَّقِيقِ يُبْرِىء ذِمَّتَهُ عَنْ دَيْنِ السَّيِّد المُتَمَلَّك، لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ أَيضاً[2]؛ لأَنَّ العَبْدَ إِذَا بَرِىءَ؛ بَرِىءَ السَّيِّدُ الَّذِي هُوَ الكَفِيلُ (و) فَيُعَرَّىٰ[3] عَنِ العِوَضِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ الطَّارِىءُ لاَ يُسْقِطُ الدَّيْنَ، صَحَّ الشِّرَاءُ.

وَلِلدُّوْرِ الحُكْمِيِّ نَظَائِرُ: (إِحْدَاهَا): لَوْ كَانَتْ أَمَتُهُ ثُلُثَ مَالِهِ، فَأَعْتَقَهَا، وَنَكَحَهَا، وَمَاتَ، لَمْ يَكُنْ لَهَا طَلَبُ المَهْرِ؛ لأَنَّ ذَلِكَ يُلْحِقُ الدَّيْنَ بالتَّرِكَةِ، وَيُبْطِلُ العِتْقَ والنِّكَاحَ.

(الثَّانِيَةُ) إِذَا زَوَّجَ المَرِيضُ أَمَتَهُ عَبْداً، وَقَبَضَ صَدَاقَهَا، وَأَتْلَفَهُ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا[4] فَلاَ خِيَارَ لَهَا؛ إِذْ لَوْ فَسَخَتْ، لارْتَدَّ المَهْرُ، وَلَمَا خَرَجَتْ عَنِ الثُّلُثُ، فَيَبْطُلُ العِتْقُ وَالخِيَارُ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ مَاتَ رَجُلٌ، وَخَلَّفَ أَخاً وَعَبْدَيْنِ، فَأَعْتَقَهُمَا، فَشَهِدا؛ بِأَنَّ لِلمَيِّت ٱبْناً مِنْ زَوْجَتِهِ، فَإِنَّهُ يُثْبِتُ الزَّوْجِيَّةَ وَالنَّسَبَ، دُونَ المِيرَاثِ؛ لأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ الابْن، أَبْطَلَ العِتْقَ وَالشَّهَادَةَ.

(الرَّابِعَةُ) لَوْ أَوْصَىٰ لَهُ بِابْنِه، فَمَاتَ، وَخَلَّفَ أَخاً[5]، فَقَبِلَ الوَصِيَّةَ، عَتَقَ ٱلابْنُ، وَلَمْ يَرِثْ لأَنَّهُ

---

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي «وإن اشتراه بالصداق بعد المسيس وقلنا. إن طريان الملك على الرقيق يبرىء ذمته عن دَيْن السيد المتملك لم يصح الشراء أيضاً»، هذا وجه والأظهر الصحة. [ت]

(٣) من ب: فيعرى البيع.

(٤) قال الرافعي: «إذا زوج المريض أمته عبداً، وقبض صداقها، وأتلفه، ثم أعتقها» لا يشترط في صورة المسألة وقوع التزويج: والإتلاف في المرض، وإنما المعتبر وقوع الإعتاق في المرض. [ت]

(٥) قال الرافعي: «لو أوصى له بابنه فمات وخلف أخاً» المسألة مذكورة مَرَّة في «الوصايا» آخر الباب الأول. =

لَوْ ورَثَ، لَحجَبَ الأَخَ، وَبَطَلَ قَبُولُهُ.

(الخَامِسَةُ): لَوِ ٱشْتَرَى المَرِيضُ أَبَاهُ عَتَقَ[1]، وَلَمْ يَرِثْ؛ كَيْلاَ يَصِيرَ الْعِتْقُ وَصِيَّةً لِوَارِثٍ، فَيَبْطُل.

(الفَصْلُ السَّادِسُ: في النِّزَاعِ)، وَدَعْوىٰ الرَّجُلِ الزَّوْجِيَّةَ صَحِيحَةٌ، وَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهَا الدَّعْوَىٰ؛ لأَنَّ إِقْرَارَهَا مَقْبُولٌ وَدَعْوَاهَا المَهْرَ صَحِيحَةٌ، وَأَمَّا دَعْوَاهَا مُجَرَّدَ الزَّوْجِيَّةِ، فَفِيه خِلاَفٌ[2]، لأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ حَقٌّ عَلَيْهَا، وَإِنْ كَانَ مُتَعَلَّقَ حُقُوقٍ لَهَا.

ثُمَّ إِنْ سَكَتَ الزَّوْجُ، أَقَامَتِ البَيِّنَةَ، وَإِنْ أَنْكَرَ، فَإِنْكَارُهُ طَلاَقٌ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَلاَ مَعْنَىٰ لِلبَيِّنَةِ، وَإِذَا زَوَّجَ إِحْدَى ٱبْنَتَيْهِ، وَمَاتَ، وَعَيَّنَ الزَّوْجُ إِحْدَاهُمَا، وَقَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ: أَنَا المُتَزَوِّجَةُ، فَالمُعَيَّنَةُ مَنْكُوحَةٌ، وَالثَّانِيَةُ تدَّعِي لِنَفْسِهَا زَوْجِيَّةً مُجرَّدَةً، وَإِنْ قَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ: صَاحِبَتِي مُزَوَّجَةٌ، فَالَّتِي لَمْ يُعَيِّنْهَا الزَّوْجُ لاَ خُصُومَةَ مَعَهَا، إِنَّمَا الدَّعْوَىٰ عَلَى الأُخْرَىٰ، وَلَوْ شَهِدَ شُهُودٌ عَلَى النِّكَاحِ، وَآخَرُونَ عَلَى الإِصَابَةِ، وَآخَرُونَ عَلَى الطَّلاَقِ، والزَّوْجُ مُنْكِرٌ لِلنكَاحِ، ثُمَّ رَجَعُوا، وَقُلْنَا: يجبُ الغُرْمُ بِالرُّجُوعِ، فَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَىٰ شُهُودِ النِّكَاحِ وَشُهُودِ الإِصَابَةِ[3] في النِّكَاحِ، لاَ عَلَىٰ شُهُودِ الطَّلاَقِ؛ فَإِنَّهُمْ وَافَقُوا الزَّوْجَ في إِنْكَارِهِ، لَكِنَّ الأَصَحَّ أَنَّ شُهُودَ النِّكَاحِ، وَإِنْ رَجَعُوا، لاَ يُغَرَّمُونَ؛ لأَنَّهُمْ أَثْبَتُوا حَقّاً في مُقَابَلَةِ مَا خَسِرُوا؛ بِخلاَفِ شُهُودِ المَالِ، نَعَمْ لَوْ كَانَ ما خَسِرُوهُ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ، كَانَ غُرْمُ الزِّيَادَةِ خَارِجاً؛ عَلَىٰ قَوْلِي الغُرْمِ بِالحَيْلُولَةِ في شُهُودِ المَالِ، إِذَا رَجَعُوا، وَإِذَا ٱدَّعَتِ ٱمْرَأَةٌ مَحْرَمِيَّةً أَوْ رِضَاعاً بَعْدَ أَنْ زُوِّجَتْ بِرِضَاهَا، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهَا إِلاَّ إِذَا ذَكَرَتْ عُذْراً لِنِسْيَانِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُجْبَرَةً، قُبِلَتْ دَعْوَاهَا، فَقِيلَ: القَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِها، وَالأَصَحُّ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ.

وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ، . ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ مَجْنُوناً، أَوْ مَحْجُوراً عِنْدَ العَقْدِ، فَإِنْ لَمْ يُعْهَدْ ذَلِكَ لَهُ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَإِنِ ٱدَّعَى الصِّبَا، أَوْ عُهِدَ لَهُ الجُنُونُ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ في وَجْهٍ[4]، وَقَوْلُ الزَّوْجِ، في الوَجْهِ الثَّاني؛ لأَنَّهُ ٱعْتَرَفَ الوَلِيُّ بِالعَقْدِ، فَيُحْمَلُ عَلَى الصِّحَّةِ، وَلَوْ أَحْرَمَ الوَلِيُّ بَعْدَ التَّوْكِيلِ بِالنِّكَاحِ، ثُمَّ ٱدَّعَىٰ أَنَّ الوَكِيلَ زَوَّجَ بَعْدَ الإِحْرَامِ، فَالنَّصُّ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ.

= [ت]

(١) قال الرافعي: «ولو اشترى المريض أباه عتق» هذا القدر قد مر في «الوصية» ويأتي في «العتق» أيضاً. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما دعواها مجرد الزوجية ففيه خلاف» المسألة معادة مع زيادات في الدعاوى والبينات وذلك الموضع أحق بها. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فإنما يجب على شهود النكاح وشهود الإصابة إلى آخره» قد يشعر بتخصيص الغرم بشهود الإصابة، لكن أحداً لم يخصص الغرم على شهود الإصابة، بل من لم يوجب على شهود النكاح لم يوجب على شهود الإصابة، فليحمل على أنه لو كان غرم لكان على هذين الصنفين، لكن الأصح أنه لا غرم على شهود النكاح، وشهود الإصابة يلتحقون بهم، فيخرج منه ترجيح الوجه الصائر إلى أنه لا غرم على واحد منهم، والذين أوردوا المسألة أكثرهم يرجح وجوب الغرم على شهود النكاح والإصابة. [ت]

(٤) قال الرافعي: «فإن ادعى الصبا، أو عهد له جنون، فالقول قوله في وجه قيل: هما قولان مخرجان. [ت]

كِتَابُ الصَّدَاقِ(١)

وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ:

---

(١) الصَّدَاقُ بفتح الصاد وكسرها: ما وجب بنكاح، أو وطء، أو تفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود، سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأَصْلُ في إيجاب المهر.

ويقال له أيضاً مهر؛ ونحلة، وفريضة، وأجر، وعُقر.

قال سيدنا عمر رضي الله عنه «لها عُقْرِ نسَائها».

ومنه قولهم: «الوطء لا يخلو عن عَقْر أو عَقر» وعليقة: قال عليه الصلاة والسلام: أَدُّوا العَلاَئق. قالوا: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى به الأَهْلُونَ.

وَجِباء، ونكاح: قال تعالى: ﴿**وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً**﴾.

وطول: قال تعالى: ﴿**ومن لم يستطع منكم طَوْلاً**﴾

وخرس قال العلامة القليوبي:

أسماء مهر مع ثلاث عشر ... مهر صَدَاق طوْل خُرْس أجر

عَطِيَّة جِبَاء عَلاَئق نَحْلَةٌ ... فريضة نكَاح صَدُقة عُقْر

وكلها مذكورة في الكتاب والسُّنة.

وقيل: الصداق ما وجب بتسمية في العقد، والمهر: ما وجب بغير ذلك. واصطلاحاً:

عَرَّفه الحنفيَّة بأنه: هو المَالُ الواجب من عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد.

عَرَّفه الشافعية بأنه: ما وجب بنكاح، أو وطء، أو تفويت بُضْعٍ قهراً.

عرَّفه المالكية بأنه: ما يعطى للزَّوْجَة في مقابلة الاستمتاع بها.

عَرَّفَهُ الحنابلة بأنه: العوض في النكاح، سواء سمي في العقد، أو فرض برة بتراضيهما، أو الحاكم ونحوه كوطء شبهة.

ينظر: شرح المحلى: ٣/ ٢٧٥، حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٩٣، كشاف القناع: ٥/ ١٢٨.

حاشية ابن عابدين ٢/ ٣٢٩.

الدليل على مشروعيته: الكتاب، والسُّنة، والإجماع. قال تعالى: ﴿**وآتوا النِّسَاء صَدُقَاتهن نحلة**﴾ أي عطية من الله مبتدأة، لأن المرأة تستمتع بالزوج كاستمتاعه بها أو أكثر، فكأنها تأخذ الصَّدَاق من غير مقابل.

وقيل: نحلة تديناً، من قولهم فلان ينتحل بكذا أي يَتَدَيَّنُ.

وأخبار كقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لمريد التزويج «التمس ولو خَاتماً من حديد» رواه الشيخان.

والحكمة في مشروعيته حصول الرغبة والأُلْفَة والمحبة بين الزوجين، وإشعار المرأة بميزة الرجل عليها، وقد تستعين به على تجهيز نفسها، كما هو مُشَاهد الآن».

ووجب عليه؛ لأنه أقوى منها، وأكثر كَسْباً؛ قال تعالى: ﴿**الرجال قوامون على النساء بما فَضّل الله به بعضهم على بعض، وبما أنفقوا من أموالهم**﴾ ولأنه رب الأسرة وإليه تنسب.

وهل المهر عوض أو تكرمة وفضيلة للزوج؟.

قولان حكاهما المرعشي: الأول نظر إلى الظاهر من كونه في مقابلة منفعة البضع، والثاني: نظر إلى=

ٱلْبَابُ الأَوَّلُ:

في الصَّدَاقِ الصَّحِيحِ، وَحُكْمِهِ في الضَّمَانِ والتَّسْلِيمِ والتَّقْرِيرِ (الأَوَّلُ: حُكْمُ الضَّمَانِ)، وَهُوَ مَضْمُونٌ في يَدِ الزَّوْجِ ضَمَانَ العَقْدِ، ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، وَحُكْمُهُ في ٱلاسْتِبْدَالِ حُكْمُ الثَّمَنِ، وَفي التَّلَفِ وَالتَّعَيُّبِ وَفَوَاتِ المَنَافِعِ وَتَفْوِيتِهَا حُكْمُ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ؛ فَلاَ مَعْنَىٰ لتكْثِير الكَلاَمِ بالتَّفْرِيعِ عَلَى القَوْلَيْنِ؛ فَإِنَّ الصَحِيحَ أَنَّ الصَّدَاقَ عِوَضٌ، وَلِذَلِكَ يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ، وَإِنَّمَا لاَ يَفْسُدُ النِّكَاحُ (م ز) بِفَسَادِهِ؛ لأَنَّ إِخْلاَءَ النِّكَاحِ عَنِ المَهْرِ لا يُفْسِدُهُ، لأَنَّهُ يُثْبِتُ شَرْعاً في المُفَوِّضَةِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ[1] (و)، فَهُوَ مُسْتَغْنٍ عَنِ الذِّكْرِ، وَإِنَّمَا يُؤَثِّرُ ذِكْرُهُ في التَّعْيين؛ وَالتَّقْدِيرِ، فَلا جَرَمَ إِنْ فَسَدَ التَّعْيِينُ بِأَنْ ذَكَرَ حُرًّا أَوْ خَمْراً أَوْ خنْزِيراً، صَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ، وَيُرْجَعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ.

وَعَلى قَوْلٍ آخَرَ يَلْغُو تَعْيِينُهُ، وَلَكِنْ يُرْجَعُ إِلَى قِيمَتِهِ (ح)، إِذْ يُعْتَبَرُ الذِّكْرُ في تَقْدِيرِ مَبْلَغِ الصَّدَاقِ، وَإِنْ لَمْ يُعْتَبَرْ في التَّعْيين، فَيُقَدَّرُ الحُرُّ عَبْداً، وَالخَمْرُ عَصِيراً (و)، وَالخِنزِيرُ (و) شَاةً.

(الحُكْمُ الثَّانِي: في التَّسْلِيم)، والبُدَاءَةُ بتَسْلِيمِ الصَّدَاقِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَفِي قَوْلٍ لاَ بُدَاءَةَ، بَلْ يُجْبَرَانِ مَعاً؛ بِأَنْ يُسَلَّمَ الصَّدَاقُ إِلَىٰ عَدْلٍ؛ حَتَّىٰ إِذَا مَكَّنَت، سُلِّمَ إِلَيْهَا. وَعَلَىٰ قَوْلٍ ثَالِثٍ لاَ يُجْبَرَانِ، بَلْ يَبْدَأُ مَنْ أَرَادَ أَخْذَ المُعَوَّض.

فَإِنْ قُلْنَا: البُدَاءَةُ بالصَّدَاقِ، فَذَلِكَ إِنَّمَا يَجبُ، إِذَا كَانَتْ مُهَيَّأَةً لِلاسْتِمْتَاعِ، فَإِنْ كَانَتْ مَحْبُوسَةً أَوْ مَمْنُوعَةً بِعُذْرٍ آخَرَ، لَمْ يَلْزَمْ تَسْلِيمُ الصَّدَاقِ، وَإِنْ كَانَتْ صَبِيَّةً، فَفِي وُجُوبِ تَسْلِيمِ المَهْرِ قَوْلاَنِ؛ كَمَا في النَّفَقَةِ، ثُمَّ إِذَا بَادَرَتْ وَمَكَّنَتْ، كَانَ لَهَا طَلَبُ الصَّدَاقِ وَإِنْ لَمْ يَطَأْهَا عَلَى قَوْلٍ نَعَمْ لَوْ رَجَعَتْ إِلَى الامْتِنَاعِ سَقَطَ طَلَبُهَا إِلاَّ إِذَا وَطِئَهَا؛ فَإِنَّ المَهْرَ يَسْتَقِرُّ بِوَطْأَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَيْسَ (و ح) لَهَا بَعْدَ الوَطْءِ حَبْسُ نَفْسِهَا؛ لأَجْلِ الصَّدَاقِ؛ إِذْ بَطَلَ [ح][2] حَقُّهَا بِالتَّمْكِينِ مِنْ وَطْءٍ وَاحِدٍ[3]، أَمَّا إِذَا بَادَرَ الزَّوْجُ،

= الباطن من كونها تستمتع به كما يستمتع بها.

هذا وقد كان أولياء الأمور في الجاهلية يأخذون مهور النساء، ولا يعطونها شيئاً ظلماً وعدواناً، فجاءت الشريعة الإسلامية، فقضت بسوقه إليها بقوله تعالى: ﴿وآتوا النِّسَاء صَدُقاتهن نحلة﴾ أي أعطوهن مُهُورهن إعْطَاءً حتماً فريضة لهن من الله، ولا تأخذوا من مهورهن شيئاً إلا عن طيب نفس منهن ﴿فإن طِبْنَ لكم عن شيء منه نَفْساً فكلوه هَنِيئاً مريئاً﴾.

والمخاطب بإيتاء المهور إلى النساء الأَزْوَاجُ عند الأكثرين، وهو الظاهر وقيل: الأولياء.

(١) قال الرافعي: «في المفوضة» على الصَّحيح أي من القولين. [ت]

وقال أيضاً: «لأنه ثبت شرعاً في المفوضة على الصحيح» أي بالعقد، والأكثرون على أن المرجع خلافه. . . [ت]

(٢) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٣) قال الرافعي: «وليس لها بعد الوطء حبس نفسها لأجل الصداق؛ إذ بطل حقها بالتمكين من وطء واحد» لو طرح هذا التوجيه لجاز؛ لأنه غير مفيد، فإن من يقول لها الحبس بعد الوطء لا يسلم بطلان حق الحبس=

وَسَلَّمَ الصَّدَاقَ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يُجْبَرُ الزَّوْجُ، فَلَهُ ٱلاسْتِرْدَادُ، إِذَا ٱمْتَنَعَتْ، وإِنْ قُلنَا: لاَ يُجْبَرُ، فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ بِالمُبَادَرَةِ، فَلَيْسَ لَهُ ٱلاسْتِرْدَادُ، وَمَهْمَا سَلَّمَ الصَّدَاقَ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُمْهِلَهَا رَيْثَمَا تَسْتَعِدُّ بِالتَّنَظُّفِ وَٱلاسْتِحْدَادِ، وَأَقْصَى المُهْلَةِ ثَلاَثَةُ أَيَّامٍ، وَلاَ يُمْهِلُهَا لأَجْلِ تَهْيِئَةِ الْجِهَازِ وَأَغْرَاضٍ أُخَرَ سِوَى التَّنَظُّفِ، وَلاَ يُمْهِلُ لأَجْلِ الحَيْضِ، فَإِنَّ لَهُ ٱلاسْتِمْتَاعَ بِمَا فَوْقَ الإِزَارِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لاَ تُطِيقُ الجِمَاعَ أَوْ مَرِيضَةً، وَجَبَ الإِمْهَالُ.

(الحُكْمُ الثَّالِثُ: التَّقْرِيرُ)، وَلاَ يَتَقَرَّرُ كَمَالُ المَهْرِ إِلاَّ بِالوَطْءِ أَوْ بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، وَلاَ يَتَقَرَّرُ بالخَلْوَةِ(ح)؛ عَلَى القَوْلِ الجَدِيدِ.

(ٱلبَابُ الثَّانِي في الصَّدَاقِ الفَاسِدِ)

وَلِفَسَادِهِ سِتَّةُ مَدَارِك:

(الأَوَّلُ): أَلا يَقْبَلَ المِلْكَ؛ كَالحُرِّ، وَالخَمْرِ، وَالْخِنْزِيرِ، وَالغَصْبِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَىٰ مَهْرِ (ح) المِثْلِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَإِلَىٰ قِيمَةِ (ح) المَذْكُورِ عَلَىٰ قَوْلٍ.

(الثَّانِي: الشَّرْطُ)، وَلاَ يَفْسُدُ (و) النِّكَاحُ بِشَرْطٍ لاَ يُخِلُّ بِمَقْصُودِهِ؛ كَشَرْطِ أَلا يَتَسَرَّىٰ عَلَيْهَا، أَوْ لاَ يَمْنَعَهَا مِنَ الخُرُوجِ، أَوْ لاَ يَجْمَعَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ضَرَّاتِهَا فِي مَسْكَنٍ أَوْ لاَ يَقْسِمَ [لَهَا][1]، أَوْ لاَ يُنْفِقَ عَلَيْهَا، وَيَفْسُدُ بِكُلِّ ما يُخِلُّ بِمَقْصُودِهِ؛ كَشَرْطِ الطَّلاَقِ، وَتَرْكِ الوَطْءِ[2]، إِلاَّ عَلَىٰ وَجْهٍ (ز) بَعِيدٍ، وَإِذَا لَمْ يَفْسُدْ بِالشُّرُوطِ فَسَدَ الصَّدَاقُ؛ لأَنَّ المَشْرُوطَ كَالعِوَضِ المُضَافِ إِلَى الصَّدَاقِ، وَيَتَعَذَّرُ الرُّجُوعُ إِلىٰ قِيمَةِ المَشْرُوطِ، فَيَتَعَيَّنُ الرُّجُوعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ شُرِطَ الخِيَارُ فِي الصَّدَاقِ، ثَبَتَ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَفَسَدَ النِّكَاحُ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَفَسَدَ فِي نَفْسِهِ دُونَ النِّكَاحِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ عَلَىٰ أَنَّ لأَبِيهَا أَلْفاً، فَسَدَ (م) الصَّدَاقُ؛ لأَنَّهُ أَضَافَ إِلَى الأَبِ ٱسْتِحْقَاقَ أَلْفٍ سِوَى الصَّدَاقِ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ [عَلَىٰ][3] أَنْ أُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفاً، صَحَّ الصَّدَاقُ، وَمَعْنَاهُ: نَكَحْتُ بِأَلْفَيْنِ، أُعْطِي أَبَاهَا أَلْفاً بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنْهَا.

وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا أَيْضاً فَاسِدٌ لأَنَّ اللَّفْظَ لا يُنْبِىءُ عَنِ الْوِكَالَةِ فِي الأَدَاءِ، بَلْ عَنْ شَرْطِ الإِعْطَاءِ.

وَقِيلَ: فِي المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

(الثَّالِثُ: تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ)، فَإِنْ أَصْدَقَهَا عَبْداً يُسَاوِي أَلْفَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَرُدَّ أَلْفاً، فَنِصْفُ العَبْدِ مَبِيعٌ، ونِصْفُهُ صَدَاقٌ، وَهُمَا عَقْدَانِ مُخْتَلِفَانِ، وَفِي جَمْعِهِمَا فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ قَوْلاَنِ، فَإِنْ

= بالوطء. [ت]

(١) في ب: عليها.

(٢) قال الرافعي: «ويفسد بكل ما يخل بمقصود كشرط الطلاق وترك الوطء» المسألتان مذكورتان «في فصل التحليل»، ويستوي فيه كل فراق لا حاجة إليه. [ت]

(٣) في أ: وعلى

صَحَّحْنَاهُمَا، فَلَوْ أَرَادَ إِفْرَادَ الصَّدَاقِ، أَوِ الْمَبِيعِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، جَازَ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ رَدَّ نِصْفَ الْعَبْدِ الْمَبِيعِ، وَلَوْ جَمَعَ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ بَيْنَ نِسْوَةٍ عَلَىٰ صَدَاقٍ وَاحِدٍ، فَفِي صِحَّةِ الصَّدَاقِ قَوْلاَنِ، لأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَجْهَلُ نَصِيبَ نَفْسِهَا، وَكَذَا فِي الْخُلْعِ نَصَّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَوِ اشْتَرَىٰ عَبِيداً مِنْ جَمَاعَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ وَاحِدٌ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ؛ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ، وَنَصَّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَبِيدَهُ عَلَىٰ عِوَضٍ وَاحِدٍ، صَحَّتِ الْكِتَابَةُ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ شَوْبِ الْعِتْقِ، وَقِيلَ: بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ (م) فِي الْجَمِيعِ، لَكِنَّهُ لاَ خِلاَفَ فِي أَنَّهُ لَوْ قَالَ: بِعْتُكَ الْعَبْدَ بِمَا يَخُصُّهُ مِنَ الأَلْفِ، إِذَا وُزِّعَ عَلَىٰ قِيمَتِهِ، وَعَلَىٰ قِيمَةِ عَبْدِ فُلاَنٍ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ.

(التَّفْرِيعُ): إِنْ قَضَيْنَا بِصِحَّةِ الصَّدَاقِ، وُزِّعَ عَلَىٰ مُهُورِ أَمْثَالِهِنَّ.

وَقِيلَ: عَلَىٰ عَدَدِ رُءُوسِهِنَّ، وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَإِنْ قَضَيْنَا بِالْفَسَادِ، رَجَعَ كُلُّ وَاحِدَةٍ إِلَىٰ مَهْرِ الْمِثْلِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَإِلَىٰ قِيمَةِ مَا يَقْتَضِيهِ التَّوْزِيعُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ؛ لأَنَّ هَذَا مَجْهُولٌ يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ؛ بِخِلاَفِ مَا لَوْ أَصْدَقَهَا مَجْهُولاً، لاَ يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ؛ فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَضَمَّنَ إِثْبَاتُ الصَّدَاقِ رَفْعَهُ؛ كَمَا إِذَا قَبِلَ النِّكَاحَ لِعَبْدِهِ، وَجَعَلَ رَقَبَتَهُ صَدَاقَهَا، فَيَفْسُدُ النِّكَاحُ؛ لأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ، وَمَلَكَتْ زَوْجَهَا، لانْفَسَخَ، أَمَّا إِذَا زَوَّجَ مِنِ ابْنِهِ امْرَأَةً، وَأَصْدَقَهَا أُمَّ ابْنِهِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، فَسَدَ الصَّدَاقُ؛ لأَنَّهَا لاَ تَدْخُلُ فِي مِلْكِهَا، مَا لَمْ تَدْخُلْ فِي مِلْكِهِ، وَلَوْ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ، لَعَتَقَتْ عَلَيْهِ، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ دُونَ الصَّدَاقِ.

(الخَامِسُ): أَنْ يُزَوِّجَ مِنِ ابْنِهِ بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوِ ابْنَتِهِ بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، فَيَفْسُدَ الصَّدَاقُ (ح م)، وَفِي [صِحَّةِ][1] النِّكَاحِ قَوْلاَنِ؛ وَوَجْهُ الْفَسَادِ أَنَّ الرُّجُوعَ إِلَىٰ مَهْرِ الْمِثْلِ دُونَ رِضَاهُمْ، وَمَا قَنِعُوا بِهِ بَعِيدٌ، وَلَوْ [أَصْدَقَ زَوْجَةَ ابْنِهِ][2] أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَكِنْ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، جَازَ (و) وَإِنْ كَانَ يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الابْنِ ضِمْناً.

(فَرْعٌ) إِذَا تَوَاطَأَ أَوْلِيَاءُ الزَّوْجَيْنِ عَلَى ذِكْرِ الْفَيْنِ فِي الْعَقْدِ ظَاهِراً، وَعَلَىٰ الاكْتِفَاءِ بِأَلْفٍ بَاطِناً، فَالْوَاجِبُ مَهْرُ السِّرِّ أَوِ الْعَلاَنِيَةِ (ح)؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[3]، مَأْخَذُهُمَا أَنَّ الْعِبْرَةَ بِالاصْطِلاَحِ الْخَاصِّ، أَوِ الْعَامِّ.

(السَّادِسُ): أَنْ يُخَالِفَ الأَمْرَ، فَإِذَا قَالَتْ: زَوِّجْنِي بِأَلْفٍ، فَزَوَّجَهَا الْوَلِيُّ (ز)، أَوْ وَكِيلُ الْوَلِيِّ بِخَمْسِمِائَةٍ، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ، وَلَوْ قَالَتْ: زَوِّجْنِي مُطْلَقاً، فَزَوَّجَ بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، لَمْ يَصِحَّ أَيْضاً.

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من أ ب والمثبت من ط.

(٣) قال الرافعي: «فالواجب مهر السّر، أو مهر العلانية فيه قولان إلى آخره» هذا طريق تنزيل النصين المختلفين من المسألة على حالين. [ت]

وَقيلَ: يَصِحُّ وَيرجِعُ إِلىٰ مَهْرِ المِثْلِ.

وَلَوْ زَوَّجَهَا مُطْلَقاً، فَيَحْتَمِلُ التَّصْحِيحَ لِلْمُطَابَقَةِ، وَيَحْتَمِلُ الإِفْسَادَ؛ لأَنَّ مَفْهُومَ المُطْلَقِ ذِكْرُ المَهْرِ عُرْفاً، وَلَوْ قَالَتْ: زَوِّجْنِي بِمَا شَاءَ الخَاطِبُ، فَزَوَّجَ، فَهُوَ مَجْهُولٌ، وَالوَاجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، وَلَوْ عَرفَ مَا شَاءَ الخَاطِبُ، فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ بِمَا شِئْتَ، صَحَّ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ لَخِلَلِ اللَّفْظِ؛ [إِذْ لَمْ يَتَلَفَّظْ بِهِ][1].

(اَلْبَابُ الثَّالِثُ في المُفَوِّضَةِ)

وَنَعْنِي بِالتَّفْوِيضِ إِخْلاَءِ النِّكَاحِ عَنِ المَهْرِ بِأَمْرِ مَنْ يَسْتَحِقُّ المَهْرَ؛ كَمَا إِذَا قَالَت البَالِغَةُ: زَوِّجْنِي بِغَيْرِ مَهْرٍ، فَزَوَّجَ، وَنَفى المَهْرَ، أَوْ سَكَتَ عَنْ ذِكْرِهِ، وَكَذَا السَّيِّدُ إِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ بِغَيْرِ مَهْرٍ، وَأَمَّا تَفْوِيضُ السَّفِيهَةِ، لاَ يُعْتَبَرُ في إِسْقَاطِ المَهْرِ؛ وَكَذَا الصَّبِيَّةُ، ثُمَّ المُفَوَّضَةُ تَسْتَحِقُّ عِنْدَ الوَطْءِ مَهْرَ المِثْلِ، وَهَلْ تَسْتَحِقُّ بالعَقْدِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهَا لاَ تَسْتَحِقُّ الشَّطْرَ (ح) عِنْدَ الطَّلاَقِ، إلاَّ إِذَا جَرَى الفَرْضُ بَعْدَ العَقْدِ، وَلَوْ أَصْدَقَهَا خَمْراً، تَشَطَّرَ مَهْرُ المِثْلِ؛ لأَنَّهُ كَالمَفْرُوضِ، وَمَعْنَى الفَرْض تَعْيِينُ الصَّدَاقِ، أَوْ تَقْدِيرُهُ، وَكَانَ الوَاجِبُ بِالعَقْدِ أَوْ بِالمَسِيسِ المُنْتَظَرِ مَهْرَ المِثْلِ، أَوْ مَا تَرَاضَىٰ بِهِ الزَّوْجَانِ أَحَدُهُمَا لاَ بِعَيْنِهِ، وَلِلمَرْأَةِ عَلَى القَوْلَيْنِ طَلَبُ الفَرْضِ؛ لتَقْرِير الشَّطْرِ أَوْ لِتَعْرِيفِ مَا سَيَجِبُ بالمَسِيسِ، وَلَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لِلفَرْضِ، لا لِتَسْلِيم المَفْرُوضِ، وَهَلْ يُعْتَبَرُ العِلْمُ بِمَهْرِ المِثْلِ عِنْدَ الفَرْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِثْبَاتُ الأجلِ في المَفْرُوضِ؟ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِثْبَاتُ زِيَادَةٍ عَلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، إِذَا كَانَ الفَرْضُ مِنْ جِنْسِهِ؟ وَجْهَانِ، وَلاَ خِلاَفَ في أَنَّهُ يَجُوزُ تَعْيِينُ عَرْضٍ يُسَاوِي أَضْعَافَ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ أَبْرَأَتْ قَبْلَ الفَرْضِ، جَازَ عَلَىٰ قَوْلِ الوُجُوبِ بِالعَقْدِ، وَإِنْ قُلْنا: يَجِبُ بِالوَطْءِ، خُرِّجَ عَلَى الإِبْرَاءِ عَمَّا لَمْ يَجِبْ، وَجَرَىٰ سَبَبُ وُجُوبِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَسْقَطْتُ حَقَّ طَلَبِ الفَرْضِ، لَمْ يَسْقُطْ، وَلَوْ فَرَضَ لَهَا خَمْراً، لَغَا الفَرْضُ، وَلَمْ يُؤَثِّرْ في التَّشْطِيرِ؛ بِخلاَفِ المَقْرُونِ بِالعَقْدِ، وَلَوِ امْتَنَعَ مِنَ الفَرْضِ، فَرَضَ القَاضِي بنيَابَةٍ قَهْرِيَّةٍ، وَلاَ يَزِيدُ عَلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ فَرَضَ الأَجْنَبِيُّ، صَحَّ، وَلَزِمَهُ المَفْرُوضُ؛ كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِالأَدَاءِ.

وَقِيلَ: لاَ يَصِحُّ فَرْضُ الأَجْنَبِيِّ.

وَمَعْنَىٰ مَهْرِ المِثْل القَدْرُ الَّذِي يرْغَبُ بِهِ فِيهَا، وَالأَصْلُ فِيهِ النَّسَبُ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ الأَخَوَاتُ وَالعَمَّاتُ لِلأَبِ، دُونَ البَنَاتِ وَالأُمَّهَاتِ، وَيُعْتَبَرُ مَعَ ذَلِكَ الْعِفَّةُ، وَالجَمَالُ، وَالخُلُقُ، وَكُلُّ مَا يَتَفَاوَتُ بِهِ الرَّغْبَةُ، وَلَوْ سَمَحَتْ وَاحِدَةٌ مِنَ العَشِيرَةِ، لَمْ يَلْزَم البَاقِيَاتِ، وَلَوْ كُنَّ يُنْكَحْنَ بِأَلْفٍ مُؤَجَّلٍ، لَمْ يَثْبُتِ الأَجَلُ، بَلْ يَنْقُصُ بِقَدْرِهِ مِنَ الأَلْفِ، وَلَوْ كُنَّ يُسَامِحْنَ العَشِيرَةَ، دُونَ غَيْرِهِمْ، لَزِمَ ذَلِكَ في العَشِيرَةِ دُونَ غَيْرِهِمْ، وَالوَطْءُ في النِّكَاحِ الفَاسِدِ [وَالشُّبْهَةِ][2] يُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ؛ بِاعْتِبَارِ يَوْمِ

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ط.

الوَطْءِ، لاَ يَوْمِ العَقْدِ، فَإِذَا ٱتَّحَدَتِ الشُّبْهَةُ، ٱتَّحَدَ المَهْرُ، وَإِنْ وَطِىءَ مِرَاراً، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ شُبْهَةٌ، كَوَطَآتِ الزَّانِي المُكْرِهِ، وَجَبَ بِكُلِّ وَطْأَةٍ مَهْرٌ، وَالأَبُ إِذَا وَطِىءَ جَارِيَةَ ٱبْنِهِ مِرَاراً، فَفِي ٱلاكْتِفَاءِ بِمَهْرٍ وَاحِدٍ وَجْهَانِ، وَوَجْهُهُ شُمُولُ شُبْهَةِ الإِعْفَافِ، وَإِذَا وَجَبَ مَهْرٌ وَاحِدٌ بِوَطَآتٍ، فَيُعْتَبَرُ عَلَى الأَحْوَالِ.

(البَابُ الرَّابِعُ فِي التَّشْطِيرِ، وَفِيهِ فُصُولٌ:)

(الأَوَّلُ: فِي مَحَلِّهِ وَحُكْمِهِ)، وَنَقُولُ: ٱرْتِفَاعُ النِّكَاحِ قَبْلَ المَسِيسِ[1]، لاَ بِسَبَب مِنْ جِهتِهَا، يُوجِبُ تَشْطِيرَ الصَّدَاقِ الثَّابِتِ بِتَسْمِيَةٍ مَقْرُونَةٍ بِالعَقْدِ صَحِيحَةٍ أَوْ فَاسِدَةٍ (ح)، أَوْ بفرضِ صَحِيحٍ بَعْدَ العَقْدِ؛ كَمَا فِي المُفَوَّضَةِ (ح)، وَيَسْتَوِي فيه كُلُّ فِرَاقٍ، وإِنَّمَا يَسْقُطُ جَمِيعُ المَهْرِ قَبْلَ المَسِيسِ بِفَسْخِهَا بِعَيْبِهِ أَوْ فَسْخِهِ بِعَيْبِهَا، وَمَعْنَى التَّشْطِيرِ أَنْ يَرْجِعَ المِلْكُ فِي شَطْرِ الصَّدَاقِ إِلَى الزَّوْجِ بِمُجَرَّدِ الطَّلاَقِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ خِيَارُ الرُّجُوعِ فِي النِّصْفِ؛ حَتَّىٰ لَوْ طَلَّقَهَا عَلَىٰ كَمَالِ المَهْرِ، سُلِّمَ لَهَا، وَكَأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ حَقِّهِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْقَطْتُ خَيَارِي، فَيَحْتَمِلُ أَلاَّ يَسْقُط كَخِيَارِ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ.

(فَرْعٌ): لَوْ تَلِفَ الصَّدَاقُ فِي يَدِهَا بَعْدَ ٱلانْقِلاَبِ إِلَيْهِ، فَفِي الضَّمَانِ عَلَيْهَا وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ مِنْ وَجْهٍ كالمَبِيعِ، وَمِنْ وَجْهٍ كَالمَوْهُوبِ بَعْدَ الرُّجُوعِ، وَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِهَا بَعْدَ رُجُوعِ الكُلِّ بِالفَسْخِ، فَهُوَ مَضْمُونٌ؛ لأَنَّ ذَلِكَ بِحُكْمِ تَرَادِّ الْعِوَضَيْنِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّغْيِيرَاتِ قَبْلَ الطَّلاَقِ)، وَذَلِكَ إِمَّا بِزِيَادَةٍ مَحْضَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ مَحْضٍ، أَوْ زِيَادَةٍ مِنْ وَجْهٍ، ونُقْصَانٍ مِنْ وَجْهٍ:

(أَمَّا النُّقْصَانُ)؛ كَالتَّعَيُّبِ فِي يَدِهَا، فَيَثْبُتُ لَهُ الخِيَارُ إِنْ شَاءَ، رَجَعَ إِلَىٰ قِيمَةِ النِّصْفِ السَّلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ، قَنِعَ بِنِصْفِ المَعِيبِ مِنْ غَيْرِ أَرْشٍ، وفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّ لَهُ الأَرْشَ.

وإِنْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ، فَلَيْسَ لَهُ إِلاَّ نِصْفُ المَعِيبِ؛ لأَنَّهُ نَقْصٌ مِنْ ضَمَانِهِ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ بِجِنَايَةِ جَانٍ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ لَهُ مَعَ ذَلِكَ نِصْفَ الأَرْشِ، أَمَّا الزِّيَادَةُ إِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً سُلِّمَتْ لَهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً، ٱمْتَنَعَ رُجُوعُهُ إِلاَّ بِرِضَاهَا، فَإِنْ أَبَتْ، غُرِّمَتْ قِيمَةَ الشَّطْرِ، وَإِنْ سَمَحَتْ أُجْبِرَ [و][2] عَلَى القَبُولِ، أَمَّا إِذَا زَادَ مِنْ وَجْهٍ، وَنَقَصَ مِنْ وَجْهٍ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الخِيَارُ؛ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الصَّدَاقُ عَبْداً صَغِيراً، فَكَبِرَ، فَنُقْصَانُهُ زَوَالُ الطَّرَاوَةِ، أَوْ شَجَرَةً، فَأَرْقَلَتْ، وَنَقَصَتِ الثَّمَرَةُ، وَلاَ يُشْتَرَطُ فِي الزِّيَادَةِ زِيَادَةُ القِيمَةِ، بَلْ مَا فِيهِ غَرَضٌ مَقْصُودٌ يُثْبِتُ الخِيَارَ، وَالحَمْلُ فِي الجَارِيَةِ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهٍ، وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهٍ، وَفِي البَهِيمَةِ زِيَادَةٌ مَحْضَةٌ (و) إِلاَّ إِذَا أَثَّرَ فِي إِفْسَادِ اللَّحْمِ، وَالزِّرَاعَةُ نُقْصَانٌ مَحْضٌ لِلأَرْضِ؛ إِذِ الزَّرْعُ يَبْقَىٰ لَهَا، وَالغِرَاسُ كَذَلِكَ.

---

(١) قال الرافعي: «قوله ارتفاع النكاح قبل المسيس... إلى آخره» ما يفيد المقصود. [ت]

(٢) سقط من ب.

(فُرُوعٌ):

(الأَوَّلُ): لَوْ أَصْدَقَهَا نَخْلاً، فَأَثْمَرَتْ، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الْجِدَادِ، فَلَهَا الثِّمَارُ، وَيَعْسُرُ التَّشْطِيرُ إِلا بِمُسَامَحَةٍ، أَوْ مُوَافَقَةٍ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهَا قَطْعَ الثِّمَارِ، وَلاَ أَنْ يَسْقِيَ وَيَنْتَفِعَ بِنَصِيبِهِ مِنَ الشَّجَرَةِ، وَلاَ أَن يَتْرُكَ السَّقْيَ؛ إِذْ يَتَضَرَّرُ ثَمَرُهَا، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُكَلِّفَهُ تَأْخِيرَ المِلْكِ إِلى الْجِدَادِ، وَلاَ السَّقْيَ وَلاَ تَرْكَهُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ، وَيَقُولَ: إِلَيْكِ الْخِيرَةُ في السَّقْيِ وَتَرْكِهِ، وَأَنَا لاَ أَسْقِي؛ لأَنَّهَا تَتَضَرَّرُ بِتَرْكِ السَّقْيِ، وَلاَ يَلْزَمُهَا نَفْعُ شَجَرَةٍ بالسَّقْيِ، فَإِنْ سَامَحَ أَحَدُهُمَا، وَٱلْتَزَمَ السَّقْيَ، لَمْ يَلْزَمْهُ الإِجَابَةُ أَيْضاً؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّهُ وَعْدٌ، فَرُبَّمَا لا يَفِي بِهِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الثِّمَارِ، يَلْزَمُهُ القَبُولُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مِنَّةٌ؛ لِيَنْدَفِعَ العُسْرُ، فَيَشْتَرِكَانِ في الجَمِيعِ، وَكَذَا الْخِلاَفُ (و) فِيمَا لَوْ أَصْدَقَهَا جَارِيَةً، فَوَلَدَت، فَطَلَّقَهَا، وَهُوَ رَضِيعٌ، فَقَالَ: أَرْجِعُ إِلَى النِّصْفِ، وَأَرْضَىٰ أَنْ تَبْقَى مُرْضِعَةً، فَإِنَّ هَذَا وَعْدٌ مَحْضٌ، فَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَى الرُّجُوعِ بالنِّصْفِ، ثُمَّ يَسْقِي مَنْ يَشَاءُ، فَهُوَ تَوَاعُدٌ، فَمَنْ وَعَدَ بِالسَّقْيِ، لَمْ يَلْزَمْهُ، وَمَنْ رَضِيَ بِتَرْكِ السَّقْيِ، يَلْزَمُهُ لأَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقٍّ.

(الثَّانِي): لَوْ أَصْدَقَهَا جَارِيَةً حَامِلاً، فَوَلَدَتْ، فَلاَ يَرْجِعُ في نِصْفِ الوَلَدِ، إِنْ قُلْنَا: لاَ يُقَابِلُهُ قِسْطٌ مِنَ الثَّمنِ، وَإِنْ قُلْنَا: يُقَابِلُهُ، يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ، أَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ؛ لأَنَّهَا زِيَادَةٌ ظَهَرَتْ بِالانْفِصَالِ.

(الثَّالِثُ): لَوْ أَصْدَقَهَا حُلِيًّا، فَكَسَرَتْهُ، وَأَعَادَتْهُ صَنعَةً أُخْرَىٰ، فَهُوَ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهٍ، وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهٍ، فَإِنْ أَعَادَتْ تِلْكَ الصَّنْعَةَ، لَمْ يَرْجِعْ إِلاَّ بِرِضَاهَا؛ في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّهَا زِيَادَةٌ حَصَلَتْ بِاخْتِيَارِهَا، وَإِنْ أَبَتْ، فَلَهُ نِصْفُ قِيمَتِهِ مَصُوغاً (م).

وَقِيلَ: إِنَّ لَهُ مِثْلَ وَزْنِهِ مِنَ التِّبْرِ، وَأُجْرَةَ الصَّنْعَةِ[1].

(الرَّابِعُ): لَوْ أَصْدَقَ الذِّمِّيُّ خَمْراً، وَقَبَضَتْ، فَأَسْلَمَا، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ المَسِيسِ، وَقَدْ صَارَ خَلاًّ يَرْجِعُ بِنِصْفِ الخَلِّ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلاَ يَرْجِعُ بِشَيءٍ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَرْجِعُ، فَلَوْ كَانَ قَدْ تَلِفَ الخَلُّ قَبْلَ الطَّلاَقِ، رَجَعَ بِمِثْلِهِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلاَ يَرْجِعُ بِشَيْءٍ، عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لأَنَّهُ يُعْتَبَرُ بَدَلُهُ يَوْمَ القَبْضِ وَلَمْ يَكُنْ إِذْ ذَاكَ مُتَقَوَّماً، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الخَمْرِ جِلْدُ مَيْتَةٍ، فَدَبَغَتْهُ، فَفِيهِ خِلاَفٌ (و) مُرَتَّبٌ، وَمَنْعُ الرُّجُوعِ أَظْهَرُ؛ لأَنَّ مَالِيَّتَهُ حَدَثَتْ بِاخْتِيَارِهَا.

(الخَامِسُ): إِذَا أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ القُرْآنِ، [وَطَلَّقَ (و) قَبْلَ المَسِيسِ[2]]، عَسُرَ تَعْلِيمُ النِّصْفِ، لأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ، فَلَهَا نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ، أَوْ نِصْفُ أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ؛ عَلَى ٱخْتِلاَفِ القَوْلَيْنِ.

---

(١) قال الرافعي: «له مثل وزنه من التبر وأجرة الصنعة» النظم يشعر بترجيح الأول، وقضية ما سبق فيما إذا تلف جلياً على إنسان في كتاب «الغصب» بترجيح الثاني. [ت]

(٢) سقط من أ.

(قَاعِدَةٌ): مَهْمَا أَثْبَتْنَا الخِيَارَ بِسَبَبِ زِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ، فَلاَ مِلْكَ قَبْلَ ٱلاخْتِيَارِ، وَهَذَا الخِيَارُ لَيْسَ عَلَى الفَوْرِ، بَلْ كَخِيَارِ رُجُوعِ الوَاهِبِ، فَإِنْ كَانَ لَهَا الخِيَارُ، فَٱمْتَنَعَتْ، حُبِسَ عَنْهَا عَيْنُ الصَّدَاقِ؛ كَالمَرْهُونِ، وَبَاعَ القَاضِي مِنَ الصَّدَاقِ مَا يَفِي بِنِصْفِ القِيمَةِ، فَإِنْ كَانَ لاَ يُشْتَرى النِّصْفُ بِنِصْفه القِيمَةِ الوَاجِبَة، فَيُسَلَّمُ إِلى الزَّوْجِ نِصْفُ الصَّدَاقِ، ويُمَلَّكُ إِذَا قَضَىٰ لَهُ بِه، وَإِذَا وَجَبَتْ الْقِيمَةُ، فَهِيَ أَقَلُّ قِيمَةٍ مِنْ يَوْمِ الإِصْدَاقِ إِلَىٰ يَوْمِ القَبْضِ، إِلاَّ إِذَا وجد التَّلَفُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الطَّلاَقِ، فَيُعْتَبرُ يَوْمُ التَّلَفِ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: فِي التَّصَرُّفَاتِ المَانِعَةِ لِلرُّجُوعِ)

وَفِيهِ مَسَائِلُ: [إِحْدَاهَا:][1] لَوْ زَالَ مِلْكُهَا بِجِهَةٍ لاَزِمَةٍ؛ كَبَيْعٍ وَهِبَةٍ وَعِتْقٍ، تَعَيَّنَت القِيمَةُ، فَإِنْ عَادَ المِلْكُ، فالمِلْكُ العَائِدُ كالَّذِي لَمْ يَزُلْ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَلَوْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لاَزِمٌ، كَرَهْنٍ وَإِجَارَةٍ، تَعَيَّنَتِ القِيمَةُ، فَإِنْ صَبَرَ إِلَىٰ ٱلانفِكَاكِ، فَلَهُ نُصْفُ (و) العَيْنِ، وَلَكِنْ لَوْ بَادَرَتْ إِلَىٰ تَسْلِيمِ القِيمة، لَزِمَهُ القَبُولُ لِمَا عَلَيْهَا مِنَ الغَرَرِ بِفَواتِ العَيْنِ بآفَةٍ.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ أَصْدَقَهَا عَبْداً، فَدَبَّرَتْهُ، لَمْ يَقْدِرِ الزَّوْجُ عَلَىٰ إِبْطَالِ التَّدْبِيرِ؛ بِحُكْمِ الرُّجُوعِ؛ لأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ؛ فهِيَ كَزِيَادَةٍ مُتَّصِلَة.

وَقِيلَ قَوْلاَنِ.

وقيل: يَرْجِعُ قَطْعاً، وَهُوَ القِيَاسُ.

وَقَدْ ٱخْتَلَفُوا عَلَى النَّصِّ في أَنَّ تَعْلِيقَ العِتْقِ هُوَ كالتَّدْبِيرِ، وَوَصِيَّةُ العَبْدِ بالعِتْقِ، هَلْ هِيَ كَالتَّدْبِيرِ؟ وَأَنَّ التَّدْبِير، هَلْ يَمْنَعُ رُجُوعَ الوَاهِب، وَرُجُوعَ البَائِعِ؟

(الثَّالِثَةُ) لَوْ أَصْدَقَهَا صَيْداً، وَالزَّوْجُ مُحْرِمٌ عِنْدَ الطَّلاَقِ، لَمْ يَمْتَنِعْ رُجُوعُ النِّصْفِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لأَنَّه مِلْكٌ قَهْرِيٌّ؛ كَالإِرْثِ، ثُمَّ إِنْ غَلَّبْنَا حَقَّ الله تَعَالَىٰ، وَجَبَ الإِرْسَالُ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نِصْفِهَا.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ: فِي هِبَةِ الصَّدَاقِ مِنَ الزَّوْجِ)

وَذَلِكَ يَنْفُذُ فِي الدَّيْنِ بِلَفْظِ العَفْوِ وَالإِبْرَاءِ، وَلاَ حَاجَةَ (و) إِلَى القَبُولِ، وَيَنْفُذُ بِلَفْظِ الهِبَةِ، وَيَحْتَاجُ إِلَى القَبُولِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَفْظُ العَفْوِ وَالإِبْرَاءِ لاَ يُزِيلُ المِلْكَ فِي العَيْنِ، وَلَيْسَ لِلوَلِيِّ العَفْوُ عَنْ (و) صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ؛ عَلَى الجَدِيدِ (ح)، وَفِي القَدِيمِ لَهُ (م) ذَلِكَ إِنْ كَانَ مُجْبِراً، وَلَمْ تَكُنْ مُسْتَقِلَّةً، وَجَرَىٰ بَعْدَ الطَّلاَقِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ، ثُمَّ إِذَا وَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ قَبْلَ الطَّلاَقِ، فَفِي رُجُوعِهِ بِنِصْفِ القِيمَةِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ رَجَعَ بِالإِبْرَاءِ، فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَرْجِعَ، وَإِنْ كَانَ دَيْناً، فَوَهَبَتْ مِنْهُ، فَقَوْلاَنِ، وَأَوْلَىٰ بالرُّجُوعِ، فَإِنْ مَنَعْنَا الرُّجُوعَ، جَعَلْنَا الهِبَةَ كَالتَّعْجِيلِ إِلَيْهِ بِالصَّدَاقِ،

---

(١) من أ: الأولى.

وَيَجْرِي القَوْلاَنِ في الرُّجُوعِ بِحُكْمِ الفُسُوخِ بَعْدَ ٱنْقِهَابِ المَرْجُوعِ فِيه.

(فَرْعَانِ أَحَدُهُمَا) لَوْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الصَّدَاقِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَإِنْ قُلْنَا: الْهِبَةُ لاَ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَفِي كَيْفِيَّةِ رُجُوعِهِ بِالنِّصْفِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ.

(أَحَدُهَا): أَنَّ لَهُ النِّصْفَ البَاقِيَ، وَتَنْحَصِرُ هِبَتُهَا في نَصِيبِهَا.

(والثَّانِي): أَنَّهُ يَشِيعُ، فَلَهُ نِصْفُ مَا بَقِي، وَرُبُعُ قِيمَةِ الجُمْلَةِ.

(والثَّالِثُ): أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ نِصْفِ قِيمَةِ الجُمْلَةِ؛ حِذَاراً مِنَ التَّبْعِيضِ، وإِنْ قُلْنا: الهِبَةُ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَعَلَىٰ قَوْلِ ٱنْحَصَرَتِ الهِبَةُ في نَصِيبِه، فَلاَ رُجُوعَ، وَفِي قَولٍ في نَصِيبِها، فَلَهُ بَاقي الصَّدَاقِ، وَفِي قَوْلٍ يَشِيعُ، فَلَهُ نِصْفُ البَاقِي.

(الثَّانِي) إِذَا ٱخْتَلَعَتِ المَرْأَةُ قَبلَ المَسِيسِ بِنِصْفِ الصَّدَاقِ مُطْلَقاً، فَفِي قَوْلٍ يُنَزَّلُ عَلَى النِّصْفِ الَّذِي يَبْقىٰ لَهَا، وَعَلَىٰ قَوْلٍ يَشِيعُ، فَيَفْسُدُ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَيُبْنى البَاقِي عَلَىٰ تَفْرِيقِ الصَّفقَةِ.

(الفَصْلُ الخَامِسُ: في المُتْعَةِ)

وَكُلُّ مُطَلَّقَةٍ قَبْلَ المَسِيسِ لاَ تَسْتَحِقُّ شَطْرَ المَهْرِ، فَتَسْتَحِقُّ (م) المُتْعَةَ، وَإِنِ ٱسْتَحَقَّتْ جَمِيعَ المَهْرِ بِالمَسِيسِ، فَتَسْتَحِقُّ المُتْعَةَ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، مَهْمَا طُلِّقَتْ، وَفِي مَعْنَى الطَّلاَقِ [كُلُّ فِرَاقٍ[1]] يُوجِبُ التَّشْطِيرَ، فَإِذَا لَمْ يُشَطِّرِ، ٱقْتَضَى المُتْعَةَ، وَمِقْدَارُهَا كُلُّ مَا جَازَ (ح ز) أَنْ يُجْعَلَ صَدَاقاً.

وَقِيلَ: مَا يَرَاهُ القَاضِي لاَئِقاً بِحَالِهِمَا مِنْ ثَوْبٍ (و ز) أَو خَاتَمٍ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُحَطَّ عَنْ شَطْرِ المَهْرِ؛ كَمَا يُحَطُّ التَّعْزِيرُ عَنْ الْحَدِّ.

(ٱلبَابُ الخَامِسُ فِي التَّنَازُعِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ)

(إِحْدَاهَا): إِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ المَهْرِ أَوْ صِفَتِهِ، تَحَالَفَا؛ كَمَا فِي البَيْعِ (ح م)، وَيَجْرِي ذَلِكَ (ح) بَعْدَ ٱنْقِطَاعِ النِّكَاحِ وَبَعْدَ المَوْتِ، لأَنَّ الصَّدَاقَ كَعَقْدٍ مُسْتَقِلٍّ بِنَفسِهِ، وَيَحْلِفُ الوَارِثُ النَّافِي عَلَىٰ نَفْيِ العِلْمِ، وَالمُثْبِتُ عَلَى البَتِّ، وَفَائِدَةُ التَّحَالُفِ ٱنْفِسَاخُ (م) الصَّدَاقِ والرُّجُوعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَهَا ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مَا ٱدَّعَتْهُ أَقَلَّ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَو ٱدَّعَتِ التَّسْمِيَةَ، وَأَنْكَرَ الزَّوْجُ أَصْلَ التَّسْمِيَةِ، تَحَالَفَا (و).

وَقِيلَ: القَوْلُ قَوْلُهُ.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ المَهْرِ، أَوْ سَكَتَ، وَٱعْتَرَفَ بالنِّكَاحِ، لَمْ يَثْبُتْ بِحَلِفِهَا مَهْرُ المِثْلِ عَلَيْهِ؛ في أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، بَلْ يَتَحَالَفَانِ؛ وَكَذَا مُجَرَّدُ قَوْلِهِ: «هَذا ٱبْني[2]»، لاَ يُوجِبُ (و) مَهْرَ المِثْلِ،

---

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: أبني منها.

وَإِنْ كَانَ ظَاهِراً في الإِقْرَارِ بالوَطْءِ.

(الثَّالِثَةُ:) إِذَا تَنَازَعَ وليُّ الصَّبِيَّةِ وَالزَّوْجُ في مِقْدَارِ المَهْرِ، تَحَالَفَا؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّ الوَلِيَّ مَقْبُولُ الإِقْرَارِ، فَلاَ بُعْدَ في أَنْ يَحْلِفَ، وَكَذَا الوَصِيُّ وَالقَيِّمُ والوَكِيلُ؛ عَلَىٰ هَذَا الوَجْهِ، وَلَوِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ رَجُلٍ، أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَ الطِّفْلِ، فَأَنْكَرَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَنَكَلَ، لَمْ يُرَدَّ اليَمِينُ عَلَى الوَلِيِّ؛ عَلَىٰ أَقْيَسِ الوَجْهين، لَكِنْ يَتَوَقَّفُ إِلَىٰ أَنْ يَبْلُغَ الصَّبِي، وَيَحْلِفَ.

(الرَّابِعَةُ): لَو ادَّعَتْ أَلْفَيْنِ في عَقْدَيْنِ، جَرَيَا في يَوْمَيْنَ، وَأَقَامَتِ البَيِّنَةَ عَلَيْهِمَا، لَزِمَ، وَقَدَّرْنَا تَخَلُّلَ طَلاَقٍ بَعْدَ المَسِيسِ، وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُبَيِّنَ جَرَيَانَ المُسْقِطِ بإِظْهَارِ طَلاَقٍ قَبْلَ المَسِيس.

(الخَامِسَةُ): إِذَا كَانَ في مِلْكِهِ أَبُوهَا وَأُمُّهَا، فَقَالَ: أَصْدَقْتُك أَبَاك، فَقَالَتْ: بَلْ أُمِّي، تَحَالَفَا عَلَى الأَصَحِّ لأَنَّ الصَّدَاقَ عِوَضٌ، وَأَصْلُ العَقْدِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، ثُمَّ الرُّجُوعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، وَيُعْتَقُ الأَبُ بإِقْرَارِهِ، وَوَلاَؤُهُ مَوْقُوفٌ؛ إِذْ لاَ يَدَّعِيهِ أَحَدُهُمَا.

(بَابُ الوَلِيمَةِ وَالنَّثْرِ)

والوَلِيمَةُ هِيَ مَأْدُبَةُ العُرْسِ، وَهِيَ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ.

وَقِيلَ: إِنَّهَا وَاجِبَةٌ.

وفي وُجُوبِ الإِجَابَةِ إِلَيْهَا قَوْلاَنِ[1]، ثُمَّ إِنَّمَا يَجِبُ أَوْ يُسْتَحَبُّ، إِذَا لَمْ يَكُنْ في الدَّعْوَةِ، مُنْكَرٌ، وَلاَ عَلى حِيطَانِ الدَّارِ صُورَةٌ وَلاَ فُرُشُ حَرِيرٍ، وَلاَ فِي الجَمْعِ مَنْ يُتَأَذَّىٰ بِحُضُورِهِ، وَلاَ بَأْسَ بِصُوَرِ الأَشْجَارِ، وَلاَ بِصُوَرِ الحَيَوانِ، إِذَا كَانَ عَلَى الفُرُشِ، فَأَمَّا عَلَى الثَّوْبِ المَلْبُوسِ وَالسِّتْرِ وَالْوِسَادَةِ الْكَبِيرَةِ المَنْصُوبَةِ، فَلاَ يَجُوزُ، وَدُخُولُ مِثْلِ هَذَا البَيْتِ حَرَامٌ.

وَقِيلَ: مَكْرُوهٌ.

وصَنْعَةُ التَّصْوِيرِ حَرَامٌ إِلاَّ في ثِيَابِ الفُرُشِ، فَفِيهِ خِلاَفٌ.

وَلاَ يَتْرُكُ إِجَابَةَ الدَّعْوَةِ بِعُذْرِ الصَّوْمِ، بَلْ يَحْضُرُ، وَيُمْسِكُ في الفَرْضِ، وَيُفْطِرُ في النَّفْلِ، إِنْ كَانَ يَشُقُّ عَلَى الدَّاعِي إِمْسَاكُهُ وَإِذَا دُعِيَ جَمْعٌ، سَقَطَ الفَرْضُ بِإِجَابَةِ بَعْضِهِمْ، وَلاَ يُقْتَرَعُ بَعْدَ تَقْدِيمِ الطَّعَامِ إِلَىٰ لَفْظِ الإِبَاحَةِ، بَلْ يَكْفِي قَرِينَةُ الحَالِ، ثُمَّ يَأْكُلُ الضَّيْفُ مِلْكَ المُضِيفِ [و][2] بِالإِبَاحَةِ، وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الأَكْلِ[3]، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ المَطْعُومِ مَا يَعْلَمُ أَنَّ المَالِكَ يَرْضَىٰ بِهِ قَطْعاً، وَيَجُوزُ نَثْرُ السُّكَّرِ، وَالْتِقَاطُهُ؛ فُعِلَ ذَلِكَ بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّم[4]، ثُمَّ هُوَ كَالصَّيْدِ مَنْ يُثْبِتْ

---

(١) قال الرافعي: «وفي وجوب الإجابة إليها قولان» قيل: هما وجهان. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «ثم يأكل الضيف ملك المضيف بالإباحة وله الرجوع قبل الأكل» هذا وجه، وعند الأكثرين يملكه الضيف، والذي رجح من الخلاف في وقت الملك أنه الوضع بين يديه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «فعل بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم» عن عاصم بن سليمان، عن هشام بن عروة، =

= عن أبيه عن عائشة قالت: كان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ إذا زوّج أو تزوّج نثر تمراً. [ت]

والحديث أخرجه البيهقي (٧/ ٢٨٨) كتاب الصداق: باب ما جاء في النثار في الفرح، من طريق عاصم بن سليمان عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: كان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ إذا زوج أو تزوج نثر تمراً.

قال البيهقي: عاصم بن سليمان بصري رماه عمرو بن علي بالكذب ونسبه إلى وضع الحديث.

وقال ايضاً.

وعن ثور بن يزيد عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل، قال: شهد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أملاك رجل من أصحابه فجيء بأطباق عليها فاكهة، وسكر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «انتهبوا»، فقالوا: يا رسول الله، أو لم تنهنا عن النُّهْبة؟ قال: «إنما نهيتكم عن نَهْبة العساكر».

قال: فجاذبهم النبي ـ صلّى الله عليه وسلّم ـ وجاذبوه. وتكلم الحافظ أبو بكر البيهقي على الإسنادين، وقال: لا يثبت في هذا الباب شيء، وهذا ينازع في قوله في الكتاب: «فعل ذلك بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم». [ت]

والحديث أخرجه البيهقي (٧/ ٢٨٨) كتاب الصداق: باب ما جاء في النثار في الفرح. وابن الجوزي في الموضوعات (٢/ ٢٦٥ ـ ٢٦٦) من طريق حازم مولى بني هاشم عن لمازة عن ثور بن يزيد عن خالد بن معدان عن معاذ ابن جبل قال: شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أملاك رجل من أصحابه فقال: على الخير والألفة والطائر الميمُون والسعة في الرزق بارك الله لكم دفوا على رأسه فجيء بدف فضرب به وأقبلت الأطباق عليها فاكهة وسكر فنثر عليه فكف الناس أيديهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما لكم لا تنتهبون؟ قالوا: يا رسول الله أو لم تنه عن النهبة؟ قال: إنما نهيتكم عن نهبة العساكر فأما العرسات فلا، فجاذبهم وجاذبوه.

قال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح فإن حازماً ولمازة مجهولان وقال البيهقي: في اسناده مجاهيل وانقطاع وقد روي باسناد آخر مجهول عن عروة عن عائشة رضى الله عنها عن معاذ بن جبل ولا يثبت في هذا الباب شيء أ.هـ

أما الجهالة فقد عرفناها وهي جهالة حازم ولمازة.

أما الانقطاع وهو بين خالد بن معدان ومعاذ بن جبل فقال العلائي في جامع التحصيل. (ص ـ ١٧١) قال أبو حاتم: لم يصح سماعه من عبادة بن الصامت ولا من معاذ بن جبل بل هو مرسل. أ.هـ

والحديث ذكره الشوكاني في «الفوائد المجموعة» (ص ـ ١٢٥) رقم (١٩) وقال: رواه الطبراني عن معاذ مرفوعاً وفي اسناده مجهولان. وللحديث طريق آخر عن معاذ وهو الطريق الذي أشار إليه البيهقي. أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (١/ ١٤٢). ومن طريقه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢/ ٢٦٣) من طريق بشر بن ابراهيم الانصاري عن الأوزاعي عن مكحول عن عروة بن الزبير عن عائشة عن معاذ بن جبل به وفيه: إنما نهيتكم عن نهبة العساكر ولم أنهكم عن نهبة الولائم فانتهبوا قال معاذ بن جبل: لقد رأيت رسول الله صلى لله عليه وسلم يجررنا ونجرره في ذلك النهاب.

قال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح بشر بن ابراهيم هو المتهم به. قال العقيلي: لا يتابع على هذا الحديث وقد روي عن الأوزاعي أحاديث موضوعة لا يتابع عليها، وقال ابن عدي: هو عندي ممن يضع الحديث على الثقات ولذلك قال ابن حبان: كان يضع الحديث على الثقات أ.هـ.

عَلَيْه يَدَهُ، لَمْ يُسْلَبْ مِنْهُ، وَمَنْ وَقَعَ في ذَيْلِهِ، وَقَدْ بَسَطَهُ لِذَلِكَ، لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ، فَإِنْ سَقَطَ؛ كَمَا وَقَعَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يَبْسُطْهُ لِذَلِكَ، أُخِذَ مِنْهُ.

= وقال الذهبي في «الميزان» (١/ ٢١٣): هكذا فليكن الكذب والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٩٣). وعزاه للطبراني في الأوسط وقال: وفي إسناد الأوسط بشر بن ابراهيم وهو وضاع.

وللحديث شاهد من حديث أنس.

أخرجه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢/ ٢٦٦) ـ بتحقيقنا. من طريق خالد بن اسماعيل الأنصاري حدثنا مالك بن أنس عن حميد عن أنس بنحو حديث معاذ.

وقال ابن الجوزي: لا يصح، خالد بن اسماعيل يضع الحديث على ثقات المسلمين لا يجوز الاحتجاج به بحال.

وأقره السيوطي في «اللآلىء المصنوعة» (٢/ ١٦٦)

والحديث بشواهد ذكره الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٢٠٠، ٢٠١) وضعف طرقه كلها وقال: وأغرب إمام الحرمين فصححه من حديث جابر، وهو لا يوجد ضعيفاً فضلاً عن صحيح، وفي مصنف ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي: انهما كَانَا لا يريان بأساً بالنهاب في العرسات والولائم وكرهه ابن مسعود وابراهيم وعطاء وعكرمة. أ.هـ

تنبيه: هذا الحديث ذكره الرافعي في «الشرح» من حديث جابر وتبعه جماعة من الفقهاء كالغزالي والإمام والقاضي حسين كما في «التلخيص» (٣/ ٢٠١) وقال الحافظ: هذا لا نعرفه من حديث جابر.

وقال ابن الملقن في «الخلاصة» (٢/ ٢١٢): غريب من حديث جابر معروف من حديث معاذ وأنس واسنادهما ضعيف.

(كِتَابُ القَسْمِ وَالنُّشُوزِ[1]، وَفِيهِ فُصُولٌ:)

(الأَوَّلُ: فِيمَنْ يَسْتَحِقُّ ٱلْقَسْمَ)، وَلاَ يَجِبُ عَلَىٰ مَنْ لَهُ زَوْجَةٌ وَاحِدَةٌ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَهَا، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ لِتَحْصِينِهَا، وَلاَ يَجِبُ القَسْمُ بَيْنَ المُسْتَوْلَدَاتِ، وَبَيْنَ الإِمَاءِ، وَلاَ بَيْنَهُنَّ، وَبَيْنَ المَنْكُوحَاتِ، لَكِنَّ الأَوْلَى العَدْلُ وَكَفُّ الإِيذَاءِ، وَمَنْ لَهُ مَنْكُوحَاتٌ، فَإِنْ أَعْرَضَ عَنْهُنَّ، جَازَ، وَإِنْ

---

(١) القَسْمُ بفتح القاف مع سكون السين بمعنى العَدْل بين الزوجات في المبيت، وهو المراد هنا، ومع فتح السين اليمين (وبكسر القاف) وبكسر القاف مع سكون السين بمعنى الحظّ والنصيب، ومع فتح السين جمع قِسْمَة، وقد تطلق على النصب أيضاً

والنشوز من نَشَزَ إذا ارتفع، لأن فيه ارتفاعاً عن أداء الحق الواجب، فالزوجة إذا امتنعت عن أداء ما وجب عليها تسمَّى ناشزة، والقسم واجب بالكتاب والسُّنة وإجماع الأئمة: قال تعالى: ﴿**فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم**﴾ لما نهى جل شأنه عن الجمع بين اثنتين، أو أكثر عند خوف عدم العدل فيما إذا اجتمعتا أو اجتمعن، علم أن العدل واجب. وقال تعالى: ﴿**وعاشروهن بالمعروف**﴾ ومن عشرتها بالمعروف تأدية حقها، والعدل بينها وبين غيرها في المبيت، وقال تعالى: ﴿**ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف**﴾ أي أن للزوجات حَقًّا على أزواجهن، كما أن للأزواج حقّاً عليهن، وليس المراد تماثلهما، وتجانسهما، وإنما أراد وجوبهما، ولزومهما. وقال تعالى: ﴿**قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم**﴾ ففي هذه الآية إشارة إلى ما أوجبه لها من نفقة وكسوة وقَسْمٍ وقال صلى الله عليه وسلم: «من كان له امرأتان يميل لإحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً» رواه الخمسة.

وروي أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لما مرض طيف به على نسائه محمولاً، فلما ثقل أشفقن عليه، فحللته من القَسْم ليقسم عند عائشة رضي الله عنها لميله إليها، فتوفي عندها ـ صلى الله عليه وسلم ـ فلذلك قالت عائشة رضي الله عنها: توفّي رسول الله صلى الله عليه وسلم بين كري ونحري، وفي يومي ولم أظلم فيه أحداً.

حكمة وجوب القَسْمِ:

لما أباح الله ـ سبحانه وتعالى ـ للزوج التعدُّد إلى أربع تلمس المضللون من ذلك طريقاً للطعن على الدين الإسلامي، زاعمين بحسب أهوائهم الفاسدة، وما سوّلت لهم نفوسهم الخبيثة أن في هذا ضياعاً لحقّ المرأة، ولحوق الضرر بها، وسوء العشرة معها، ودين هذا شأنه ليس بالدين المستقيم، بل هو دين الظلم والاستعباد، ولبئس ما قالوا، فقد افتروا على الدين الإسلامي بجهالتهم، وضلالتهم، وقلة تدبرهم، وما نشأ هذا والعياذ بالله إلا من عمى بصيرتهم «فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التي في الصدور» إذ لو تأملوا ولو قليلاً، لوجدوا الدين الإسلامي هو دين الشفقة والرحمة والعطف والرأفة، فما أباح التعدد إلا لمصلحة قويمة يعرفها ذوو الذَّوق السليم، ولم يترك للظلم أثراً من هذا السبيل، بل أبان الطريق الذي يسلكه زوج الزوجات حتى لم يبقى للجور مجال.

فالشَّارع الحكيم لم يبح تعدُّد الزوجات مطلقاً بل قَرَنَه بما يرفع الجور والظلم قال تعالى: ﴿**فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم**﴾ فإنك تفهم من معنى الآية أن الله ــ سبحانه وتعالى ـ حرم الزيادة على واحدة إذا خيف عدم العدل لو جمع بين اثنتين، أو أكثر، ومنه يعلم أن العدل واجب.

بَاتَ لَيْلَةً عِنْدَ وَاحِدَةٍ، لَزِمَهُ مِثْلُهَا لِلبَقِيَاتِ، وَتَسْتَحِقُّ المَرِيضَةُ، وَالرَّتْقَاءُ، وَالحَائِضُ، وَالنُّفَسَاءُ، وَالمُحْرِمَةُ، وَالَّتِي آلَىٰ مِنْهَا زَوْجُهَا، أَوْ ظَاهَرَ، وَكُلُّ مَنْ بِهَا عُذْرٌ شَرْعِيٌّ أَوْ طَبَعِيٌّ، لأَنَّ المَقْصُودَ الأُنْسُ وَالسَّكَنُ دُونَ الوِقَاعِ، أَمَّا النَّاشِزَةُ، فَلاَ تَسْتَحِقُّ، فَلَوْ كَانَ يَدْعُوهُنَّ إِلَىٰ مَنْزِلِهِ، فَأَبَتْ وَاحِدَةٌ، سَقَطَ حَقُّهَا، وَإِنْ كَانَ يُسَاكِنُ وَاحِدَةً، وَيَدْعُو البَاقِيَاتِ، فَفِي جَوَازِ ذَلِكَ تَرَدُّدٌ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّخْصِيصِ، وَالمُسَافَرَةُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نَاشِزَةٌ، وَإِنْ سَافَرَتْ بِإِذْنِهِ في غَرَضِهِ، فحَقُّهَا قَائِمٌ، وَتَسْتَحِقُّ القَضَاءَ، وَإِنْ كَانَ في غَرَضِهَا، لَمْ تَسْتَحِقَّ؛ في القَوْلِ الجَدِيدِ، وَيَجِبُ القَسْمُ عَلَىٰ كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ، قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وَعَلَى الوَلِيِّ أَنْ يَطُوفَ بِالمَجْنُونِ عَلَىٰ نِسَائِهِ، وَيَرْعَى العَدْلَ في القَسْمِ، فَلَوْ كَانَ يُجَنُّ، وَيُفِيقُ، فَلاَ يُخَصِّصْ وَاحِدَةً بِنَوْبَةِ الإِفَاقَةِ، إِنْ كَانَ مَضْبُوطاً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَأَفَاقَ في نُوْبَةِ وَاحِدَةٍ، قَضَىٰ لِلأُخْرَىٰ مَا جَرَىٰ في الجُنُونِ لِنُقْصَانِ حَقِّهَا.

(الفَصْلُ الثَّانِي): فِي مَكَانِ الْقَسْمِ وَزَمَانِه:

(أَمَّا المَكَانُ) : فَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ ضَرَّتَيْنِ في مَسْكنٍ وَاحِدٍ، إِلاَّ إِذَا ٱنْفَصَلَتِ المَرَافِقُ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَدْعِيهُنَّ إِلَىٰ بَيْتِهِ عَلَى التَّنَاوُبِ.

(وَأَمَّا الزَّمَانُ) فَعِمَادُهُ اللَّيْلُ، وَالنَّهَارُ تَبَعٌ، إِلاَّ في حَقِّ الأَتُونِيِّ، وَالحَارِسِ؛ فَإِنَّ سُكُونَهُمَا بِالنَّهَارِ، وَلاَ يَحِلُّ أَنْ يَدْخُلَ في نَوْبَتِهَا عَلَىٰ ضَرَّتِهَا، باللَّيْلِ، إِلاَّ لِمَرِضٍ مَخُوفٍ، وَأَمَّا بِالنَّهَارِ، يَجُوزُ لِغَرَضٍ مُهِمٍّ، وإِنْ لَمْ يَكُنْ مَرَضٌ.

وَقِيلَ: النَّهَارُ كَاللَّيْلِ (ح).

وَقِيلَ: لاَ حَجْرَ في النَّهَارِ.

وَإِنْ خَرَجَ إِلَىٰ ضَرَّتِهَا بِاللَّيْلِ، وَمَكَثَ، قَضَىٰ مِثْلَ ذَلِكَ مِنْ نَوْبَةِ الأُخْرَىٰ، وَإِنْ لَمْ يمْكُثْ زَمَناً مَحْسُوساً، فالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَعْصي، وَلاَ يَقْضِي، وَإِنْ دَخَلَ وَوطِىءَ، فَقَدْ أَفْسَدَ تَلْكَ اللَّيْلَةَ؛ في وَجْهٍ، فَلاَ يُعْتَدُّ بِهَا.

وَفِي وَجْهٍ يَقْضِي الجِمَاعَ فَقَطْ.

وَفي وَجْهٍ يَقْضِي مِثْلَ تِلْكَ المُدَّةِ، وَلاَ يُكَلَّفُ الوِقَاعَ؛ لأَنَّهُ لاَ يَدْخُلُ تَحْتَ ٱلاخْتِيَارِ.

(أَمَّا المِقْدَارُ): فَأَقَلُّ القَسْمِ لَيْلَةٌ، وَلاَ يَجُوزُ تَنْصِيفُ اللَّيْلَةِ؛ لأَنَّهُ يُنَغِّصُ العَيْشَ، وَأَكْثَرُهُ ثَلاَثُ لَيَالٍ.

وَقِيلَ: سَبْعٌ.

وَقِيلَ: لاَ يُقَدَّرُ، بَلْ هُوَ إِلَىٰ ٱلاخْتِيَارِ.

ثُمَّ القُرْعَةُ تَحْكُمُ فِيمَنْ به البِدَايَةُ.

وَقِيلَ: هُوَ إِلىٰ خِيرَتِه؛ لأَنَّهُ مَا لَمْ يَبِتْ عِنْدَ وَاحِدَةٍ، لاَ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لِغَيْرِهَا.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في التَّفَاضُل) وَلَهُ سَبَبَانِ:

(الأَوَّلُ: الحُرِّيَّةُ)، فَلِلْحُرَّةِ ثُلُثَا القَسْمِ، وَلِلأَمَةِ الثُّلُثُ (م) فَلَهَا لَيْلَتَانِ، وَلِلأَمَة لَيْلَةٌ، فَلَوْ بَدَأَ بِالحُرَّة، فَعَتَقَتْ فِي لَيْلَتِهَا، أَوْ قَبْلَ انْقِضَاءِ لَيْلَةِ الأَمَةِ، الْتَحَقَتْ بِالحُرَّةِ الأَصْلِيَّةِ، وَاسْتَحَقَّتْ تَمَامَ لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَامِ لَيْلَتِهَا، اقْتَصَرَتْ عَلَىٰ مَا مَضَىٰ، وَسُوِّيَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَوْ بَدَأَ بِهَا فَعَتَقَتْ قَبْلَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا، صَارَتْ [كَالحُرَّةِ الأَصْلِيَّة، وَإِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا، وَجَبَ تَوْفِيَةُ الحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ، ثُمَّ يُسَوَّىٰ بَعْدَ ذَلِكَ][1].

(السَّبَبُ الثَّانِي: تَجَدُّدُ النِّكَاحِ)، وَإِذَا نَكَحَ بِكْراً جَدِيدَةً، بَاتَ عِنْدَهَا سَبْعاً، وَعِنْدَ الثَّيِّبِ ثَلَاثاً، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَسْتَوِي فِيهِ الحُرَّةُ وَالأَمَةُ؛ لأَنَّ ذَلِكَ لِلإِلْفِ وَالطَّبْعِ، لاَ يَتَغَيَّرُ بِالرِّقِّ؛ كَمُدَّةِ العُنَّةِ، ثُمَّ لاَ يَقْضِي [ح][2] لِلبَاقِيَاتِ هَذِهِ المُدَّةَ، بَلْ يَسْتَأْنِفُ القَسْمَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَهَذَا حَقُّ الجَدِيدَةِ، فَإِنْ بَاتَ عِنْدَ الثَّيِّبِ ثَلَاثاً، فَالْتَمَسَتْ زِيَادَةً، فَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَقَدِ الْتَمَسَتْ أُمُّ سَلَمَةَ[3] [4]

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وقد التمست أم سلمة» روى الشافعي عن مالك، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عبد الملك بن أبي بكر عن عبدالرحمن أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ تزوج أم سلمة، وقد أصبحت عنده، قال: «ليس بك على أَهْلك هَوَان، إن شئت سبَّعتُ عندك، وسبَّعْت عندهنَّ، وإن شئت ثَلَّثْتُ عندك وَدُرْتُ». قالت: ثَلِّث رواه مسلم مرسلاً وموصولاً عن أبي بكر بن أبي شيبة، عن يحيى القَطّان عن سفيان الثورى، عن محمد بن أبي شيبة، عن يحيى القَطّان عن سفيان الثوري، عن محمد بن أبي بكر عن عبدالملك بن أبي بكر عن أبيه، عن أم سلمة.

وقوله: «وقد التمست أم سلمة ذلك» ليس في الروايات تصريح به، لكن روى بعضهم أنه لمّا أراد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أن يخرج أخذت بثوبه، فقال صلى الله عليه وسلم: إن شئت زدتك وحاسبتك به. [ت]

والحديث أخرجه مالك (٢/ ٥٢٩) كتاب النكاح، باب المقام عند البكر والأيم، الحديث (١٤). ومسلم (٢/ ١٠٨٣) كتاب الرضاع، باب قدر ما تستحق البكر والثيب من إقامة الزوج عندها ـ الحديث (٤٢/ ١٤٦٠). أحمد (٦/ ٢٩٢). والدارمى (٢/ ١٤٤) كتاب النكاح، باب الإقامة عند البكر والثيب إذا بنى بها. وأبو داود (٢/ ٥٩٤) كتاب النكاح، باب المقام عند البكر ـ الحديث (٢١٢٢). وابن ماجه (١/ ٦١٧) كتاب النكاح، باب الإقامة على البكر والثيب، الحديث (١٩١٧). والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٨) كتاب النكاح، باب مقدار ما يقيم الرجل عند الثيب أو البكر إذا تزوجها. وأبو يعلى (١٢/ ٤٢٩) رقم (٦٩٩٦). وابن حبان (٤٠٧٣ ـ الاحسان). والدارقطني (٣/ ٢٨٤) كتاب النكاح، باب المهر، الحديث (١٤٣). وأبو نعيم في «الحلية» (٧/ ٩٥). والبيهقي (٧/ ٣٠٠ ٢/ ٣٠). كتاب القسم والنشوز باب الحال التي يختلف فيها حال النساء من حديث أم سلمة.

(٤) قال الرافعي: «أم سلمة» هي هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشية، إحدى أُمَّهَات المؤمنين وكانت تحت أبي سلمة عبدالله بن عبد الأسد، وتزوجها رسول الله ـ صلّى الله عليه =

ذَلِكَ: «إِنْ شِئْتِ، سَبَّعْتُ عَنْدَكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتِ، ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ وَدُرْتُ»، وَكَأَنَّ ٱقْتِرَاحَهَا الزِّيَادَةَ يُبْطِلُ حَقَّهَا مِنَ الثُّلُثِ، وَلَوْ أَقَامَ الرَّجُلُ عِنْدَهَا دُونَ ٱقْتِرَاحِهَا، لَمْ يَبْطُلْ حَقُّهَا.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ في الظُّلْمِ وَالقَضَاءِ)وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ:) أَنْ يَكُونَ تَحْتَهُ ثَلَاثُ نِسْوَةٍ، فَبَاتَ عِنْدَ ٱثْنَتَيْنِ عِشْرِينَ لَيْلَةً، ٱسْتَحَقَّتِ الثَّالِثَةُ عَشْرَ لَيَالٍ، فَيَقْضِيهَا عَلَى الوَلَاءِ؛ لأَنَّهُ ٱجْتَمَعَ في ذِمَّتِهِ، فَلَوْ نَكَحَ جَدِيدَةً، فَلَوْبَاتَ عِنْدَهَا عَشْراً ولاءً، ظَلَمَ الجَدِيدَةَ فَسَبِيلُهُ أَنْ يَقْضِيَ حَقَّ الجَدِيدَةِ بِثلاثٍ أَوْ سَبْعٍ، ثُمَّ يَبِيتَ عِنْدَهَا ثَلاثَ لَيَالٍ، وَعِنْدَالجَدِيدَةِ لَيْلَةً؛ لأَنَّ حَقَّ الجَدِيدَةِ لَيْلَةٌ مِنْ أَرْبَعٍ، وَلَوْ قَضَاهَا العَاشِرَةَ، ثُمَّ ٱسْتَأْنَفَ القَسْمَ، عَادَ إلى الجَدِيدَةِ في الخَامِسَة، فَسَبِيلُ العَدْلِ أَنْ يَبِيتَ العَاشِرَةَ عِنْدَ المَظْلُومَةِ، وَيَثْبُتُ لِلجَدِيدَةِ بِذَلِكَ ثُلُثُ لَيْلَةٍ فَيَبِيتُ عِنْدَ الجَدِيدَةِ ثُلُثَ لَيْلَةٍ، وَيَخْرُجُ إِلَىٰ بَيْتِ صَدِيقٍ أَوْ مَسْجِدٍ بَقِيَّةَ اللَّيْلِ، ثُمَّ يَسْتَأْنِفُ القَسْمَ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ نِصْفَ لَيْلَةٍ، وأَخْرَجَهُ السُّلْطَانُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَ الأُخْرَىٰ نِصْفَ لَيْلَةٍ، وَيَخْرُجُ البَاقِي إلى المَسْجِد.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ وَهَبَتْ نَوْبَتَهَا مِنْ ضَرَّتِهَا، فَلِلزَّوْجِ أَنْ يَمْتَنِع مِنَ القَبُولِ، فَإِنْ قَبِلَ، فَلَيْسَ لِلمَوْهُوبَةِ ٱلامْتِنَاعُ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ لَيْلَتُهَا مُتَّصِلَةً بِلَيْلَةِ الوَاهِبَةِ، بَاتَ عِنْدَهَا لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً، فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يُوَالِيَ بَيْنَ لَيْلَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَصِّصَ وَاحِدَةً، بَلِ الوَاهِبَةُ كَالمَعْدُومَةِ، ثُمَّ لَهَا الرُّجُوعُ، مَهْمَا شَاءَتْ، وَمَا فَاتَ قَبْلَ بُلُوغِ خَبَرِ الرُّجُوعِ، فلا يُقْضَىٰ، كَمَا فَاتَ مَثَلاً مِنْ ثِمَارِ البُسْتَانِ قَبْلَ مَعْرِفَةِ الرُّجُوعِ مِنَ المُبِيحِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا ظَلَمَهَا بِعَشْرِ لَيَالٍ مَثَلاً، وَأَبَانَهَا فَقَدْ فَاتَ التَّدَارُكُ، وَبَقِيَتِ المَظْلَمَةُ، فَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، قَضَاهَا إِلاَّ إِذَا نَكَحَ جَدِيدَاتٍ، أَوْ لَمْ يَكُنْ في نِكَاحِهِ المَظْلُومَةَ بِهَا، فَيَتَعَذَّرُ القَضَاءُ وَيَبْقَى المَظْلَمَةُ.

(الفَصْلُ الخَامِسُ: في المُسَافرة بِهِنَّ)

كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا هَمَّ بِسَفَرٍ، أَقْرَعَ[1] (ح) بَيْنَهُنَّ فَٱسْتَصْحَبَ وَاحِدَةً، ثُمَّ إِذَا

= وسلم ـ بعد وقعة «بدر»، روى عنها عبدالله بن عبدالرحمن بن أبي بكرة، وابنتها زينب بنت أبي سلمة وتوفيت في ولاية يزيد بن معاوية. [ت]

تنظر ترجمتها في طبقات ابن سعد ٨/٨٦ ـ ٩٦، طبقات خليفة ٣٣٤، المعارف ١٢٨، ١٣٦. الجرح والتعديل ٩/ ٤٦٤. تهذيب التهذيب ١٢/ ٤٥٥. شذرات الذهب ١/ ٦٩.

(١) قال الرافعي: «كان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ إذا هَمَّ بسفر أقرع بينهنَّ» روى الشافعي عن عمه محمد بن علي بن شافع عن ابن شهاب عن عُبَيْدِ الله بن عبد الله عن عائشة أنها قالت: «كان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهنَّ خرج سهمها خرج بها»

وهو مخرج في «الصحيحين» مدرجاً من قصّة الإفك. [ت] =

عَادَ، دَارَ عَلَيْهِنَّ مِنْ غير (ح) قَضَاءٍ، فَصَارَ سُقُوطُ (ح) القَضَاءِ عَلَىٰ خِلاَفِ القِيَاسِ مِنْ رُخَصِ السَّفَرِ، وَلكنْ بِأَرْبَعِ شَرَائِطَ: أَنْ يُقْرِعَ (ح م) أَوَّلاً، وَأَلاَّ يَعْزِمَ عَلَى النُّقْلَةِ، وَأَنْ يَكُونَ السَّفَرُ طَوِيلاً مُرَخَّصاً؛ لِيَكُونَ فَوْزُهَا فِي مُقَابَلَةِ تَعَبِهَا، وَأَلاَّ يَعْزِمَ عَلَى الإِقَامَةِ فِي مَقْصِدِهِ، فَإِنْ خَرَجَ لِلنُّقْلَةِ، أَوْ لِلتَّفَرُّجِ أَوْ عَرَضَ فِي سَفَرٍ قَصِيرٍ، قَضَىٰ لِلبَاقِيَاتِ[1]، وَإِنْ عَزَمَ عَلَى الإِقَامَةِ فِي مَقْصِدِهِ، قَضَىٰ أَيَّامَ الإِقَامَةِ، وَهَلْ يَقْضِي أَيَّامَ الرُّجُوعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَلْزَمُهُ القَضَاءُ بِإِقَامَةِ يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ يَمْتَنِعُ بِهِ التَّرَخُّصُ، وَإِنْ أَقَامَ أَيَّاماً فِي ٱنْتِظَارِ إِنْجَازِ حَاجَتِهِ، ٱبْتَنَى القَضَاءَ عَلَىٰ الخِلاَفِ فِي تَرَخُّصِهِ، وَلاَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْزِمَ عَلَى النُّقْلَةِ، وَيُخَلِّفَ نِسَاءَهُ، وَلَوْ عَزَمَ عَلَىٰ الإِقَامَةِ أَيَّاماً، ثُمَّ أَنْشَأَ سَفَراً آخَرَ، لَمْ يَكُنْ عَزَمَ عَلَيْهِ أَوَّلاً، لَزِمَهُ قَضَاءُ تِلْكَ الأَيَّامِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَزَمَ عَلَيْهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ عَلَىٰ أَيَّامِ الرُّجُوعِ، وَأَوْلَىٰ بِوُجُوبِ القَضَاءِ، وَلَوْ سَافَرَ بِٱثْنَتَيْنِ، عَدَلَ بَيْنَهُمَا بِالسَّفَرِ (ح)، وَإِنْ ظَلَمَ إِحْدَاهُمَا، قَضَىٰ لَهَا؛ إِمَّا فِي السَّفَرِ، أَوْ فِي الحَضَرِ، وَلَهُ أَنْ يُخَلِّفَ إِحْدَاهُمَا فِي بَعْضِ المَنَازِلِ بِالقُرْعَةِ؛ وَلَوْ نَكَحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً، خَصَّهَا بِثَلاَثِ لَيَالٍ، أَوْ سَبْعٍ، ثُمَّ عَدَلَ بَعْدَهُ بَيْنَهُنَّ، وَلَوْ خَرَجَ وَحْدَهُ، وَنَكَحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً، لَمْ يَلْزَمْهُ القَضَاءُ لِلمُخَلَّفَاتِ، وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ زَوْجَتَانِ، فَنَكَحَ جَدِيدَتَيْنِ، وَسَافَرَ بِإِحْدَاهُمَا بِالقُرْعَةِ، ٱنْدَرَجَ حَقُّ الجَدِيدَةِ فِي أَيَّامِ السَّفَرِ، فَإِنْ عَادَ، قَضَىٰ حَقَّ الجَدِيدَةِ المُقِيمَةِ بِسَبْعٍ أَوْ ثَلاَثٍ.

وقِيلَ: بَطَلَ أَيْضاً حَقُّهَا، لانْقِضَاءِ الوَقْتِ مِنْ أَوَّلِ الزِّفَافِ.

(الفَصْلُ السَّادِسُ: فِي الشِّقَاقِ)، وَلَهُ ثَلاَثَةُ أَحْوَالٍ:

(الأُولَىٰ) أَنْ يَكُونَ النُّشُوزُ مِنْهَا، فَلَهُ الوَعْظُ، أَوْ مُهَاجَرَةُ المَضْجَعِ، أَوِ الضَّرْبُ (و) فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الوَعْظَ لاَ يَنْجَعُ، كَانَ لَهُ البِدَايَةُ بِالضَّرْبِ، فَإِنْ أَفْضَى الضَّرْبُ إِلَىٰ تَلَفٍ، فَعَلَيْهِ الغُرْمُ؛ بِخِلاَفِ الوَلِيِّ؛ فَإِنَّهُ يُؤَدِّبُ الطِّفْلَ، لاَ لَحِظِّ نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ نَاشِزَةً بِالمَنْعِ مِنَ المُسَاكَنَةِ وَٱلاسْتِمْتَاعِ؛ بِحَيْثُ يَحْتَاجُ إِلَىٰ تَعَبٍ فِي رَدِّهَا إِلَى الطَّاعَةِ، وَحُكْمُ النُّشُوزِ سُقُوطُ النَّفَقَةِ، فَلَوْ مَنَعَتْ غَيْرَ الجِمَاعِ مِنَ ٱلاسْتِمْتَاعِ، ٱحْتَمَلَ أَنْ يَسْقُطَ مِنَ النَّفَقَةِ بَعْضُهَا؛ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الأَمَةِ، إِذَا سُلِّمَتْ إِلَى الزَّوْجِ، لَيْلاً وَمُنِعَتْ نَهَاراً.

= والحديث أخرجه البخاري (٥/ ٢١٨) كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها، الحديث (٢٥٩٣) ومسلم (٤/ ٢١٣٠). كتاب التوبة، باب في حديث الإفك الحديث (٥٦/ ٢٧٧٠). والنسائي في الكبرى (٥/ ٢٩٥ ـ ٢٩٦) كتاب عشرة النساء، باب قرعة الرجل بين نسائه إذا أراد السفر حديث (٨٨٣١) وابن الجارود (٧٢٣) من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعلقمة ابن وقاص وعبيد الله بن عبد الله عن عائشة قالت: كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يخرج في سفر أقرع بين أزواجه فأيتهنَّ خرج سهمها خرج بها معه.

(١) قال الرافعي: «أو للتفرج أو عَرَضَ في سفر قصير قضى للباقيات» هذا وجه في السفر القصير، والأرجح عند صاحب «التهذيب» وجماعة أنه كالسفر الطويل في جواز استصحاب بعضهنَّ بالقرعة، وعدم القضاء. [ت].

(الحَالَةُ الثَّانِيَةُ): أَنْ يَكُونَ العُدْوَانُ مِنْهُ بِالضَّرْبِ وَالإِيذَاءِ، فَيُحَالُ بَيْنَهُمَا؛ حَتَّىٰ يَعُودَ إِلَى العَدْلِ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يُشْكِلَ الأَمْرُ، فَيَبْعَثَ حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا؛ لِيَنْظُرَا [مَنِ الجَانِي][1]، ثُمَّ الصَّحِيحُ مِنَ القَوْلَيْنِ أَنَّهُمَا وَكِيلاَنِ (م)، وَلاَ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُمَا فِي التَّفْرِيقِ إِلاَّ بِالإِذْنِ، وَالقَوْلُ الثَّانِي أَنَّهُمَا مُوَلَّيَانِ (ح و) مِنْ جِهَةِ الحَاكِمِ؛ حَتَّىٰ يَنْفُذَ طَلاَقُهُمَا وَخُلْعُهُمَا؛ وَعَلَىٰ هَذَا يُشْتَرَطُ عَدَالَتُهُمَا وَهِدَايَتُهُمَا، وَلاَ يُشْتَرَطُ اجْتِهَادُهُمَا، وَلاَ كَوْنُهُمَا مِنْ أَهْلِ الزَّوْجَيْنِ.

(١) سقط من ط.

(كِتَابُ الخُلْعِ[1]، وَفِيهِ أَبْوَابٌ:)

(البَابُ الأَوَّلُ: فِي حَقِيقَةِ الخُلْعِ، وَفِيهِ فَصْلاَنِ:)

(الفَصْلُ الأَوَّلُ: في أَثَرِهِ)، وفيه قَوْلاَنِ:

الصَّحِيحُ: أَنَّهُ طَلاَقٌ، وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَعُثْمَانَ[2] وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُمْ[3] أَجْمَعِينَ،

---

(١) الخلع لُغَةً: النَّزْعُ، وهو استعارةٌ من خَلْعِ اللِّبَاسِ؛ لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فكأن كل واحد نزع لباسَهُ منه، وخالعت المرأة زوجها مُخَالَعَةً إذا افتدت منه، وطلَّقَهَا على الفدية.

ينظر: لسان العرب: ٢/١٢٣٢، المصباح المنير: ١/٢٤٣، المطلع: ٣٣١.

واصطلاحاً:

ـ عرفه الأَحْنَافُ بأنه: عبارة عن أَخْذِ المال بإزاء مِلْكِ النكاح، بلفظ الخلع.

وعرفه الشَّافِعِيَّةُ بأنه: فُرْقَةٌ بين الزَّوْجَينِ بِعِوَضٍ، بلفظ طَلاَقٍ أو خُلْعٍ.

وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بِعِوَضٍ.

وعرفه الحَنَابِلَةُ بأنه: فراق الزوج امْرَأَتَهُ، بِعِوَضٍ، يأخذه الزوج، بألفاظ مخصوصة.

أنظر: تبيين الحقائق: ٢/٢٦٧، شرح فتح القدير: ٤/٢١٠، حاشية ابن عابدين: ٣/٤٢٢، الشرح الصغير للدردير: ٣/٣١٩، بداية المجتهد: ٢/٩٨، الكافي: ٢/٥٩٧، المغني: ٧/٥٣٦.

(٢) قال الرافعي: «عثمان: هو عثمان بن عفان بن العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب أبو عبد الله ويقال: أبو عمرو ثالث الخُلَفَاء الرَّاشدين المشهود لهم بالجَنَّة، استغفر له رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ما تقدم وما تأخّر من ذنبه، اسْتُخْلِفَ سنة أربع وعشرين غرّة المحرم، وقيل: لخمس وثلاثين لثمان عشرة خلت من ذي الحجة. [ت]

تنظر ترجمته من طبقات ابن سعد ٣/٥٣ ـ ٨٤، تاريخ الدوري ٢/٣٩٤، تاريخ خليفة وطبقاته ١٠، تاريخ البخاري الكبير: ت (٢١٩١)، تاريخه الصغير ١/٥٨ ـ ٧١، القضاة لوكيع ١/١١٠. الجرح والتعديل: ت(٨٨٢). الجمع لابن القيسراني ١/٣٤٧. المنتظم لابن الجوزي ٦/١٣٧، ٢٢١، ٢٢٤، ٣٠٨، الكامل في التاريخ ١/٤٦؟ ٢/٥٩، أسد الغابة ٣/٣٧٦، تهذيب النووي ١/٣٢١، والكاشف: ت (٣٧٧٧)، تذكرة الحفاظ ١/٨، العبر ١/٥، ١٠، ٣٠، تجريد أسماء الصحابة: ت (٤٠٠٤)، غاية النهاية لابن الجزري ١/٥٠٧، تهذيب التهذيب ٧/١٣٩ ـ ١٤٢، التقريب ٢/١٢، الإصابة ت (٥٤٤٨) خلاصة الخزرجي ت (٤٧٧١)، شذرات الذهب ١/١٠، ٢٥، ٣٠، ٣٣.

(٣) قال الرافعي: «وهو مذهب عمر، وعثمان، وعلي رضي الله عنهم» أما أنه مذهب عمر فلم أجد له اسناداً. وأما أنه مذهب عثمان فقد رواه الشافعي عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن مولى الأسمين عن أم بكرة الأَسْلَمِيَّةِ ـ أنها اختلعت من زوجها ثم أتيا عثمان في ذلك، مقال. هي مطلقة قال ابن المنذر: وروي مثله عن علي، وضعف أحمد بن حنبل حديث عثمان، وحديث علي في إسناده فقال: وعن محمد بن إسحاق عن ابن خزيمة أنه قال: لا يثبت عن أحد أنه طلاق. [ت]

والحديث أخرجه الشافعي في المسند ٢/٥١ كتاب الطلاق، الباب في الخلع حديث (١٦٥) من طريق مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن حمران مولى الأسلمين عن أم بكر الاسلمية به.

وَمِنَ الفُقَهَاءِ أَبُو حَنِيفَةَ وَالمُزَنِيُّ رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِما.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ فَسْخٌ.

فَإِنْ جَعَلْنَاهُ فَسْخاً، فَلَفْظُ الخُلْعِ صَرِيحٌ فيهِ؛ لِتَكْرِيرِهِ عَلَىٰ لِسَانِ حَمَلَةِ الشَّرِيعَةِ، وَلَفْظُ الفَسْخِ صَرِيحٌ عَلَى الأَصَحِّ (و).

وَقِيلَ: كِنَايَةٌ، لأَنَّهُ لاَ يُسْتَعْمَلُ في النِّكَاحِ، إلاَّ مَقْرُوناً بِعَيْبٍ أَوْ سَبَبٍ.

وفي لَفْظِ المُفَادَاةِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ ذُكِرَ مَرَّةً في القُرْآنِ، وَهُوَ كَالخِلافِ فِي لَفْظِ الإِمْسَاكِ للمُرَاجَعَةِ، وَلَفْظِ الفَكِّ لِلمُعْتَقِ، وَلَوْ نَوَىٰ بِالخُلْعِ طَلاَقاً عَلَىٰ هَذَا القَوْلِ، لَمْ يَنْفُذْ؛ لأَنَّهُ وُجِدَ نَفاذاً في مَوْضُوعِهِ صَرِيحاً؛ بِخِلاَفِ مَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ؛ فَإِنَّهُ صَرِيحٌ في إِلْزَامِ الكَفَّارَةِ، وَلَوْ نَوَىٰ بِهِ الطَّلاَقَ، نَفَذَ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مُخْتَصٍّ بِالنِّكَاحِ، وَلَوْ قَدَرَ عَلَى الفَسْخِ بِعَيْبِهَا، فَقَالَ: فَسَخْتُ وَنَوَى الطَّلاَقَ، نَفَذَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لأَنَّ لَفْظَ الفَسْخِ لاَ يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ، وَإِنْ قُلْنَا: الخُلْعُ طَلاَقٌ، فَلفظُ الفَسْخِ كِنَايَةٌ فِيهِ، وَفي المُفَادَاةِ وَجْهَانِ، وَفي لَفْظِ الخُلْعِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ جَعَلْنَاهُ صَرِيحاً، فَجَرَىٰ دُونَ ذِكْرِ المَالِ، كَانَ كِنَايَةً، عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، ثُمَّ هَلْ يَقْتَضِي مُطْلَقُهُ ثُبُوتَ المَالِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَقْتَضِي مَهْرَ المِثْلِ، فَإِنْ قُلْنَا: لا يَقْتَضِيهِ، وَجَعَلْنَاهُ فَسْخاً، لَغَا، وإِنْ جَعَلْنَاهُ طَلاَقاً، صَارَ طَلاَقاً رَجْعِيّاً، وَلَكِنْ يَفْتَقِرُ إِلىٰ قَبُولِهَا؛ لاقْتِضَاءِ لَفْظِ المُخَالَعَةِ القَبُولَ، إلاَّ إِذَا لَمْ يَتَضَمَّنِ ٱلْتِمَاسَ جَوَابِهَا، أَوْ قَالَ: خَلَعْتُكِ، وَلَوْ نَوَى الرَّجُلُ المَالَ، قِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَنْفُذُ مَا لَمْ يَثْبُتْ بِنِيَّتِهَا أَيْضاً.

وَقِيلَ: لاَ أَثَرَ لِنِيَّتِهِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: في نِسْبَةِ الخُلْعِ إِلَى المُعَامَلاَتِ)، وَالتَّفْرِيعُ عَلَىٰ أَنَّهُ طَلاَقٌ، فَنَقُولُ: لَوْ قَالَ: خَالَعْتُكِ، أَوْ طَلَّقْتُكِ عَلَىٰ أَلْفٍ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ مَحْضَةٌ؛ حَتَّىٰ يَجُوزَ رُجُوعُهُ قَبْلَ قَبُولِهَا، وَلاَ بُدَّ مِنْ قَبُولِهَا بِاللَّفْظِ في المَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ ثَلاَثاً عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ وَاحِدَةً عَلَى ثُلُثِ الأَلْفِ، لَمْ يَقَعْ، كَمَا لَوْ قالَ: بِعْتُكَ هَذَا العَبْدَ بِأَلْفٍ، فَقَالَ: قَبِلْتُ ثُلُثَهُ بِثُلُثِ الأَلْفِ، وَلَوْ قَبِلَتِ الوَاحِدَةَ بِكَمَالِ الأَلْفِ، وَقَعَ الثَّلاَثُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ، وَٱسْتَحَقَّ الأَلْفَ.

وَقِيلَ: يَسْتَحِقُّ مَهْرَ المِثْلِ.

وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ أَصْلاً.

وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ إِلاَّ وَاحِدَةٌ.

أَمَّا إِذَا أَتَىٰ بِصِيغَةِ التَّعْلِيقِ، فَقَالَ: مَتَىٰ مَا أَعْطَيْتِنِي أَلْفاً، فَأَنْتِ طَالِقٌ فَهَذَا تَعْلِيقٌ مَحْضٌ، فَلاَ يَحْتَاجُ (و) إِلَىٰ قَبُولِهَا، وَلاَ إِلَىٰ إِعْطَائِهَا (و) في المَجْلِسِ، وَلاَ لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الإِعْطَاءِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي، فَهُوَ كَذَلِكَ، إلاَّ أَنَّهُ يَخْتَصُّ (و) بِالإِعْطَاءِ بِالمَجْلِسِ؛ لأَنَّ قَرِينَةَ ذِكْرِ الْعِوَضِ يَقْتَضِي التَّعْجِيلَ، وَلاَ يَنْدَفِعُ إلاَّ بِصَرِيحِ قَوْلِهِ: «مَتَىٰ مَا»، فَأَمَّا جَانِبُ المَرْأَةِ، فَمُعَاوَضَةٌ

مَحْضَةٌ، حَتَّىٰ يَجُوزَ لَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ الجَوَابِ، وَإِنْ أَتَتْ بِصَرِيحِ صِيغَةِ التَّعْلِيقِ، وَقَالَتْ: مَتَىٰ مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ أَلْفٌ، وَيَخْتَصُّ الجوابُ بِالْمَجلِسِ (و) أيضاً، نَعَمِ ٱحْتُمِلَ مِنْهَا صِيغَةُ التَّعْلِيقِ لِشَبَهِهِ بِالجِعَالَةِ؛ فَإِنَّهَا بَذَلَتِ المَالَ في مُقَابَلَةِ مَا يَسْتَقِلُّ بِهِ الزَّوْجُ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلاثاً عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُكِ وَاحِدَةً عَلَىٰ ثُلُثِ الأَلْفِ، ٱسْتَحَقَّ الثُّلُثَ، كَمَا في نَظِيرِهِ مِنَ الجِعَالَةِ؛ بِخِلاَفِ مَا لَوْ قَالَ الرَّجُلُ ٱبْتِدَاءً: طَلَّقْتُكِ ثَلاَثاً عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً، لَمْ يَقَعْ؛ لأَنَّ مَا أَتَىٰ بِهِ صِيغَة وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُكُمَا عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَبِلَتْ وَاحِدَةٌ عَلَىٰ خَمْسِمَائَةٍ، لَمْ يَنْفُذْ؛ لأَنَّ الجَوَابَ لَمْ يُوَافِقْ؛ بِخِلاَفِ مَا لَوْ قَالَتَا: طَلِّقْنَا، فَأَجَابَ إِحْدَاهُمَا نَفَذَ، وَإِنْ قَالَ: خَالَعْتُكِ، وَضَرَّتكِ، فَقَبِلَتْ صَحَّ؛ لأَنَّ المُتَعَدِّدَ هُوَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ فَقَطْ، وَلَوْ قَالَتَا: طَلِّقْنَا، وَٱرْتَدَّتَا، فَأَجَابَهُمَا، ثُمَّ عَادَتَا إِلَى الإِسْلاَمِ، صَحَّ الخُلْعُ، وَإِنْ تَخَلَّلَ كَلِمَةَ الرِّدَّةِ، وَهَذَا الكَلاَمُ اليَسِيرُ لاَ يَضُرُّ.

(البَابُ الثَّانِي في أَرْكَانِ الخُلْعِ)

وَهِيَ خَمْسَةٌ: العَاقِدَانِ، وَالعِوَضَانِ، وَالصِّيغَةُ:

(الأَوَّلُ: المُوجِبُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُستَقِلاً بالطَّلاقِ، وَيَصِحُّ خُلعُ السَّفِيهِ.

وَلَكِنْ لاَ يَبْرَأُ المُخْتَلِعُ بِتَسْلِيمِ المَالِ إِلَيْهِ، بَلْ إِلَى الوَلِيِّ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: القَابِلُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ أَهْلاً لالْتِزَامِ المَالِ، وَٱلْتِزَامُ المُكَاتَبَةِ المَالَ في الخُلْعِ تَبَرُّعٌ، وَٱلْتِزَامُ الأَمَةِ فَاسِدٌ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، إِذَا عَتَقَتْ.

وَقِيلَ: يُثْبَتُ المُسَمَّىٰ، وَيُطَالَبُ بَعْدَ الْعِتْقِ.

وَٱخْتِلاَعُهُمَا بِإِذْنِ السَّيِّدِ صَحِيحٌ، وَلاَ يَكُونُ السَّيِّدُ ضَامِناً لِلمَالِ؛ في الجَدِيدِ، وَٱخْتِلاَعُ السَّفِيهَةِ فَاسِدٌ لاَ يُوجِبُ المَالَ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الوَلِيِّ، وَلَكِنْ إِذَا قَبِلَتْ، وَقَعَ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً، وَإِذَا ٱخْتَلَعَتِ الصَّبِيَّةُ، لَمْ يَقَعِ (و) الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً[1]؛ لأَنَّ لَفْظَهَا في القَبُولِ فَاسِدٌ، وَالمَرِيضَةُ إِنْ ٱخْتَلَعَتْ بِمَهْرِ المِثْلِ، صَحَّ، وَالزِّيَادَةُ تُحْتَسَبُ مِنَ الثُّلُثِ دُونَ الأَصْلِ [ح م][2].

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: المُعَوَّضُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكاً لِلزَّوْجِ، فَلاَ [يَصِحُّ خُلْعُ][3] البَائِنَةِ والمُخْتَلِعَةِ، وَيَصِحُّ خُلْعُ الرَّجْعِيَّةِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ؛ لِقِيَامِ الْملكِ، وَيَصِحُّ (و) خُلْعُ المُرتَدَّةِ إِنْ عَادَتْ إِلَى الإِسْلاَمِ قَبْلَ [انْقِضَاءِ][4] العِدَّةِ، وَإِنْ أَصَرَّتْ، تَبَيَّنَ الطَّلاَقُ [مِنَ الرِّدَةِ][5].

---

(١) قال الرافعي: «اختلعت الصبية لم يقع الطلاق رجعياً» هذا وجه.
والثاني: يقع رجعياً كما في السفيه، ورجحه صاحب التهذيب وغيره. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) من أ: فلا يجوز.

(٤) سقط من ط.

(٥) سقط من ط.

(الرُّكنُ الرَّابعُ؛ العِوَضُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يكُونَ مَعْلُوماً مُتَمَوَّلاً، فَإِنْ كَانَ مَجْهُولاً، فَسَدَ الخُلْعُ، وَنَفَذَتِ البَيْنُونَةُ بِمَهْرِ المِثْلِ.

وَإِنِ ٱخْتَلَعَتْ بِخَمْرٍ أَوْ مَغْصُوبٍ، لَزِمَ مَهْرُ المِثْلِ؛ في قَوْلٍ (ح م)، وَقِيمَتُهُ، في قَوْلٍ (ح و).

وَلَو ٱخْتَلَعَتْ بِالدَّمِ، وَقَعَ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً؛ لأَنَّهُ لاَ يُقْصَدُ، وَالمَيْتَةُ قَدْ وتقْصَدُ، فَهِيَ كالخَمْرِ، وَلَوْ قَالَ: خَالِعْهَا بِمِائَةٍ، فَخَالَفَ الوَكِيلِ، وَنَقَصَ، بَطَلَ الخُلْعُ، وَلَمْ يَقَعِ الطَّلاَقُ، وَلَوْ قَالَ: خَالِعْهَا مُطْلَقاً، فَنَقَص عَنْ مَهْرِ المِثْلِ، فَفِيهِ [خَمْسَةُ][1] أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا:) يَبْطُلُ؛ كَمَا لَوْ قُدِّرَ بِالمِائَةِ.

(وَالثَّانِي:) أَنَّهُ يَنْفُذُ، وَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ.

(والثَّالِثُ:) أَنَّهُ يُخَيَّرُ الزَّوْجُ بَيْنَ المُسَمَّىٰ وَمَهْرِ الْمِثْلِ.

(والرَّابِعُ:) يُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَرْضَىٰ بِالْمُسَمَّىٰ، وبَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ الطَّلاَقَ رَجْعِيّاً.

(والخَامِسُ:) أَنَّهُ إِنْ رَضِيَ بِالمُسَمَّىٰ، فَذَاكَ، وَإِلاَّ ٱمْتَنَعَ الطَّلاَقُ.

أَمَّا وَكِيلُهَا بِٱلاخْتِلاعِ بِمِائَةٍ، إِذَا زَادَ، فَالنَّصُّ وُقُوعُ(ز) البَيْنُونَةِ (و)، وَفِيمَا يَلْزَمُهَا قَوْلاَنِ:

(أَحَدُهُمَا:) مَهْرُ المِثْلِ.

(وَالثَّانِي:) يَلْزَمُهَا مَا سَمَّتْ، وَزِيَادَةُ الوَكِيلِ أَيْضاً يَلْزَمُها إِلاَّ مَا جَاوَزَ مَنْ زِيَادَتِهِ عَلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ.

وَإِنْ أَضَافَ الوَكِيلُ ٱلاخْتِلاَعَ إِلَىٰ نَفْسِهِ، صَحَّ، وَلَزِمَهُ المُسَمَّىٰ، وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهَا، وَلاَ إِلَىٰ نَفْسِهِ، حَصَلَتِ البَيْنُونَةُ، وَعَلَيْهَا مَا سَمَّتْ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى الوَكِيلِ.

وَفِي قَوْلٍ آخَرَ الزِّيَادَةُ عَلَيْهَا أَيْضاً مَا لَمْ يُجَاوِزْ مَهْرَ المِثْلِ، فَإِنْ جَاوَزَ مَهْرَ المِثْلِ، فَهِيَ عَلَى الوَكِيلِ، وَإِنْ أَذِنَتْ مُطْلَقاً، فَهُوَ كَالمُقَدَّرِ بِمَهْرِ المِثْلِ.

(الرُّكْنُ الخَامِسُ: الصِّيغَةُ)، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ بِدينَار؛ عَلَىٰ أَنَّ لي الرَّجْعَةَ، فَهُوَ طَلاَقٌ (ح و) رَجْعِيٌّ، وَسَقَطَ الدِّينَارُ، عَلَىٰ قَوْلٍ (ح م)، وفي القَوْلِ الثَّانِي[2]، فسدَ (م) شَرْطُ الرَّجْعَةِ، وَوَقَعَتِ البَيْنُونَةُ عَلَىٰ مهْرِ المِثْلِ، وَيصِحُّ تَوْكِيلُ المَرْأَةِ في الخُلْعِ وَالتَّطْلِيقِ؛ عَلَى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ لاَ تَسْتَقِلُّ بِهِمَا، وَلاَ يَتَوَلَّىٰ وَكِيلُ الخُلعِ الطَّرَفَيْنِ؛ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَىٰ أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهُ حَوْلَيْنِ، وَتَحْضُنَهُ، صَحَّ، فَإِنْ أَضَافَ إِلَيْهِ نَفَقَةَ عَشْرِ سِنِينَ، وَكَانَ مِمَّا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ،

---

(١) سقط من أ.

(٢) قال الرافعي: «فلو قال: طلقتك بدينار على أن لي الرجعة فهو طلاق رجعي وسقط الدينار على قول، وفي القول الثاني... إلى آخره» هذه طريقة والأكثرون قطعوا بوقوع الطلاق رجعياً، وسقوط المال. [ت]

وَوَصَفَهُ، خُرِّجَ(و) عَلَى الجَمْعِ بَيْنَ صَفْقَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ[1]، فَإِنْ أَفْسَدْنَا، وَقَعَتِ البَيْنُونَةُ بِمَهْرِ المِثْلِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَبِقِيَمِ المَوْصُوفَاتِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، فَإِنْ صَحَّحْنَا، فَعَاشَ الوَلَدُ ٱسْتَوْفَاهُ، فَإِنْ كَانَ زَهِيداً، فَالزِّيَادَةُ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ رَغِيباً، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، فَلَوْ مَاتَ، ٱنْفَسَخَ في المُسْتَقْبَلِ، وَخُرِّجَ في المَاضِي؛ عَلَىٰ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

(البَابُ الثَّالِثُ في مُوجِبِ الأَلْفَاظِ المُعَلَّقَةِ بِالإِعْطَاءِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:)

(الأُولَىٰ): إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُكِ عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَبِلَتْ، لَزِمَ الأَلْفُ، فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَلْفٍ، فَكَذَلِكَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَلي عَلَيْكِ أَلْفٌ، طُلِّقَتْ طَلَاقاً رَجْعِيّاً، وَلاَ يَلْزَمُ الأَلْفُ؛ لأَنَّهُ صِيغَةُ إِخْبَارٍ، لاَ صِيغَةُ إِلْزَامٍ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَىٰ أَنَّهُ أَرَادَ الإِلْزَامَ، لَمْ يُؤَثِّرْ تَوَافُقُهُمَا؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّ اللَّفْظَ لا يَحْتَمِلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَنَّ لي عَلَيْكِ أَلْفاً، فَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ[2]، لأَنَّهُ صِيغَةُ شَرْطٍ، وَالطَّلَاقُ لاَ يَقْبَلُهُ، نَعَمْ لَوْ فُسِّرَ بِالإِلْزَامِ، فَفي قَبُولِهِ خِلَافٌ (و)، ولَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ ضَمِنْتِ لي أَلْفاً، فَإِنْ ضَمِنَتْ في المَجْلِسِ، طُلِّقَتْ، وَلَزِمَهَا، وَلَوْ قَالَ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ، فَطَلِّقِي نَفْسَكِ، إِنْ ضَمِنْتِ لي أَلْفاً، فَقَالَتْ: ضَمِنْتُ، وَطَلَّقْتُ، أَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَضَمِنْتُ، نَفَذَ، وَلَزِمَ المَالُ.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا عَلَّقَ بِالإِقْبَاضِ، أَوِ الإِعْطَاءِ، أَوِ الأَدَاءِ، ٱخْتَصَّ بِالمَجْلِسِ إِلاَّ إِذَا قَالَ: «مَتَىٰ مَا»، وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شِئْتِ، لَمْ تُطَلَّقْ (و) إِلاَّ بِمَشِيئَةٍ في المَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَلْفٍ، إِنْ شِئْتِ، فَقَالَتْ: شِئْتُ، وَقَبِلْتُ في المَجْلِسِ، طُلِّقَتْ، وَلَوِ ٱقْتَصَرَتْ عَلَىٰ أَحَدِ اللَّفْظَيْنِ، كَفَىٰ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي [أَلْفاً] [3] فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِذَا وُضِعَتْ بَيْنَ يَدَيْهِ، طُلِّقَتْ، وَدَخَلَ المُعْطَىٰ (و) في مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ مِنْهَا، لِضَرُورَةِ وقُوعِ الطَّلَاقِ بِالعِوَضِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ المُعْطَىٰ، لَكِنْ يُرْجَعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ.

وَإِنْ عَلَّقَ عَلَى الإِقْبَاضِ، لَمْ يَكْفِ الوَضْعُ بَيْنَ يَدَيْهِ، مَا لَمْ يَأْخُذْهُ بِاليَدِ، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيّاً، لأَنَّ لَفْظَ الإِقْبَاضِ لاَ يُنْبِىءُ عَنِ المِلْكِ؛ بِخِلَافِ الإِعْطَاءِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الإِقْبَاضَ كَالإِعْطَاءِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي أَلْفاً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَأَعْطَتْ أَلْفَيْنِ، طُلِّقَتْ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُكِ عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ بِأَلْفَيْنِ، لَمْ يَصِحَّ.

---

(١) قال الرافعي: «وإن أضاف إليه نفقة عشر سنين، وكان مما يجوز السّلم فيه ووصفه خرّج على الجمع بين صفقتين مختلفتين» هذه طريقة، والأصح القطع بالصحة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق على أن لي عليك ألفاً، فالطلاق رجعي» والذي أورده الأكثرون أن قوله: على أن لي عليك ألفاً، كقوله: أنت طالق أو طلقتك على ألف تحصل البينونة، وتلزم الألف. [ت]

(٣) سقط من ط.

(الرَّابِعَةُ) إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَفِي البَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ، وَالغَالِبُ وَاحِدٌ، فَأَتَتْ بِغَيْرِ الغَالِبِ، طُلِّقَتْ لِعُمُومِ ٱلاسْمِ، لَكِنْ عَلَيْهَا الإِبْدَالُ بِالغَالِبِ؛ لاخْتِصَاصِ المُعَاوَضَةِ بِهِ، وَلَفْظُ الإِقْرَارِ أَيْضاً لا يَخْتَصُّ بِالغَالِبِ، بَلْ أَثَرُ العُرْفِ في المَعَامَلَةِ فَقَطْ، دُونَ التَّعْلِيقِ وَالإِقْرَارِ.

وَلَوْ أَتَتْ بِأَلْفٍ مَعِيبٍ، طُلِّقَتْ؛ لِعُمُومِ ٱلاسْمِ، وَعَلَيْهَا الإِبْدَالُ بِالسَّلِيمِ؛ لِلمُعَاوَضَةِ.

(الخَامِسَةُ): إِنْ كَانَ الغَالِبُ دَرَاهِمَ عَدَدِيَّةً نَاقِصَةً، لَمْ يَنْزِلْ عَلَيْهَا الإِقْرَارُ وَالتَّعْلِيقُ، وَهَل يَنْزِلُ عَلَيهَا البَيْعُ؟ فِيهِ وَجهانِ ويقبَلُ تَفسِيرُ التَّعلِيقِ والإِقْرَارِ بِالمُعْتَادِ؛ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ؛ وَكَذَلِكَ لاَ يَنْزِلُ عَلَى الدَرَاهِمِ المَغْشُوشَةِ؛ لأَنَّهَا نَاقِصَةٌ، وَلَكِنْ يَصِحُّ التَّعَامُلُ عَلَيْهَا، إِنْ كَانَ قَدْرُ النَّقْرَةِ مَعْلُوماً، وَإِلاَّ فَوَجْهَانِ[1].

(السَّادِسَةُ): إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي عَبْداً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَوَصَفَ العَبْدَ بِمَا يَجُوزُ فِيهِ السَّلَمُ، فَأَتَتْ بِهِ، طُلِّقَتْ، وَمَلَكَ الزَّوْجُ العَبْدَ، وَإِنِ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ ذِكْرِ العَبْدِ، طُلِّقَتْ بِكُلِّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ ٱسْمُ العَبْدِ مِنْ مَعِيبٍ وَسَلِيمٍ، لَكِنْ يُرَدُّ عَلَيْهَا وَيُرْجَعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ؛ لأَنَّهُ مَجْهُولٌ، وَلَوْ أَتَتْ بِعَبْدٍ مَغْصُوبٍ، فَفِي وُقُوعِ الطَّلاَقِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي خَمْراً، فَأَتَتْ بِخَمْرٍ مَغْصُوبٍ، فَوَجْهَانِ، مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالوُقُوعِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي هَذَا العَبْدَ، فَأَعْطَتْ، فَخَرَجَ مُسْتَحَقّاً، فَهَلْ يَتَبَيَّنُ أَنَّ الطَّلاَقَ لَمْ يَقَعْ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي هَذَا الحُرَّ، وَقَعَ الطَّلاقُ بِإِعْطَائِهِ، رَجْعِيّاً.

وَقِيلَ: يُرْجَعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، وَيَكُونُ بَائِناً[2].

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي هَذَا الثَّوْبَ المَرْوِيَّ، فَإِذَا هُوَ هَرَوِيٌّ، طُلِّقَتْ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَإِنَّمَا هُوَ غَلَطٌ فِي الوَصْفِ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُ عَلَىٰ هَذَا الثَّوْبِ؛ عَلَىٰ أَنَّهُ هَرَوِيٌّ، فَإِذَا هُوَ مَرْوِيٌّ، نَفَذَتِ البَيْنُونَةُ، وَلِلزَّوْجِ خِيَارُ الخُلْفِ فِي العِوَضِ دُونَ الطَّلاَقِ[3].

(البَابُ الرَّابِعُ فِي سُؤَالِ الطَّلاَقِ، وَفِيهِ فُصُولٌ):

(الأَوَّلُ فِي أَلْفَاظِهِ)، وَفِيهِ صُوَرٌ: (الأُولَىٰ): إِذَا قَالَتْ: مَتَىٰ مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ أَلْفٌ، ٱخْتَصَّ الجَوَابُ بِالمَجْلِسِ؛ بِخِلاَفِ قَوْلِهِ لَهَا: مَتَىٰ مَا أَعْطَيْتِنِي، وَلَوْ قَالَتْ: إِنْ طَلَّقْتَنِي، فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الصَّدَاقِ، فَطَلَّقَ، فَهُوَ رَجْعِيٌّ، وَلاَ يَحْصُلُ البَرَاءَةُ؛ لأَنَّ تَعْلِيقَ البَرَاءَةِ لاَ يَصِحُّ (و)، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ، فَطَلَّقَ، لَزِمَهَا (ح و) الأَلْفُ، وَصَلُحَتْ هَذِهِ الصِّيغَةُ مِنْهَا للالْتِزَامِ، وَإِنْ لَمْ

---

(١) قال الرافعي: «ولكن يصح التعامل عليها إن كان قدر الفقرة معلوماً وإلاَّ فوجهان، صورة الوجهين قد ذكرها مرة في الزكاة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: إن أعطتني هذا الحُرّ وقع الطلاق بإعطائه رجعياً وقيل: يرجع إلى مهر المثل، ويكن باتناً، الأشبه الثاني، وسياق الكتاب يشعر بترجيح الأول. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وللزوج خيار الخلف في العوض دون الطلاق» قد سبق في الخلع والطلاق ما نفي عنه. [ت]

يَصْلُحُ مِنْهُ لِلالْتِزَامِ، وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ فَذٰلِكَ لاَ يُحْتَمَلُ فِي البَيْعِ، عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُ، وَلَمْ يَذْكُرِ المَالَ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لَمْ أَقْصِدِ الجَوَابَ؛ حَتَّىٰ يَكُونَ رَجْعِيّاً، وَلَوْ قِيلَ: لَهُ أَطَلَّقْتَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَهُوَ مُتَعَيِّنٌ لِلْجَوابِ[1]؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقِلٍّ، وَلَوْ قَالَتْ: أَبِنِّي، فَقَالَ: أَبَنْتُكِ، فَإِنْ نَوَىٰ، نَفَذَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ، أَوْ لَمْ يَنْوِ الزَّوْجُ، لَغَا، وَإِنْ نَوَىٰ، دُونَهَا نُظِرَ؛ فَإِنْ ذَكَرَ المَالَ، لَمْ يَنْفُذْ، لأَنَّهَا لَمْ تَلْتَزِمْ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا، نَفَذَ رَجْعِيّاً، وَإِنْ ذَكَرَ المَالَ دُونَهَا، لَمْ يَقَعِ الطَّلاَقُ، وَإِنْ ذَكَرَتْ فِي ٱلْتِمَاسِهَا، فَقَالَتْ: أَبِنِّي بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَبَنْتُكِ، فَهُوَ كَمَا إِذَا ذَكَرَا جَمِيعاً إِلاَّ أَنْ يَقُولَ: قَصَدْتُ ٱلابْتِدَاءَ، دُونَ الجَوَابِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَبِنِّي، فَقَالَ: أَبَنْتُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مَالٍ، مَعَ نِيَّتِهِ، وَقَعَ الطَلاَقُ رَجْعِيّاً، وَلَمْ يَثْبُتِ المَالُ؛ بِخِلاَفِ لَفْظِ الخُلْعِ؛ فَإِنَّهُ يُنْبِىءُ عَنِ المَالِ، فَيَقْتَضِيهِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي ٱلْتِمَاسِهَا طَلاَقاً مُقَيَّداً بِعَدَدٍ)، وَفِيهِ صُوَرٌ، فَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلاَثاً بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً، ٱسْتَحَقَّ ثُلُثَ الأَلْفِ؛ بِخِلاَفِ جَانِبِهِ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ إِلاَّ طَلْقَةٌ، وَطَلَّقَ الآخِرَةَ، ٱسْتَحَقَّ (ز) تَمَامَ الأَلْفِ، وَإِنْ بَقِيَتْ طَلْقَتَانِ، اسْتَحَقَّ بِالوَاحِدِ ثُلُثَ الأَلْفِ، فَإِنْ أَوْقَعَهُمَا، ٱسْتَحَقَّ الجَمِيعَ (ز) لأَنَّهُ أَفَادَ البَيْنُونَةَ الكُبْرىٰ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي عَشْراً بِأَلْفٍ، ٱسْتَحَقَّ بِالوَاحِدَةِ عُشْرَ الأَلْفِ، وَبِالثِّنْتَيْنِ خُمُسَهُ، وبِالثَّلاَثِ الجَمِيعَ (و)، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلاَثاً بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، وَثِنْتَيْنِ مَجَّاناً، فَالمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ الأُولَىٰ بِثُلُثِ الأَلْفِ، والثِّنْتَانِ لا يَقَعَانِ؛ لأَنَّهَا بَائِنَةٌ، وَالقِيَاسُ أَنَّ الأُولَىٰ لاَ تَقَعُ؛ لأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهَا إِلاَّ بِالأَلْفِ، وَهِيَ، مَا قَبِلَتْ إِلاَّ بِثُلُثِ الأَلْفِ، وَالثِّنْتَانِ بَعْدَهَا تَقَعَانِ رَجْعِيَّتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ فِي الجَوَابِ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَاحِدَةً مَجَّاناً، واثْنَتَيْنِ بِثُلُثَيِ الأَلْفِ، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَٱبْتَنَى الثِّنْتَانِ عَلَىٰ مُخَالَعَةِ الرَّجْعِيَّةِ، فَإِنْ جَوَّزْنَا، نَفَّذْنَا بِثُلُثَيِ الأَلْفِ، وَإِلاَّ وَقَعَتَا بِغَيْرِ مَالٍ؛ كَمُخَالَعَةِ السَّفِيهَةِ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً، ٱسْتَحَقَّ (ح) تَمَامَ الأَلْفِ؛ لأَنَّهُ أَجَابَ وَزَادَ، فَلَوْ ذَكَرَ المَالَ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً بِأَلْفٍ، فَهُوَ كَمَا إِذَا لَمْ يَذْكُرْ.

وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا صَرِيحٌ فِي التَّوْزِيعِ، وَمُقَابَلَةِ كُلِّ طَلْقَةٍ بِثُلُثِ الأَلْفِ، فَلاَ يَقَعُ شَيْءٌ؛ لأَنَّهُ خَالَفَ ٱلالْتِمَاسَ.

وَقِيلَ: إِنَّ الأُولَىٰ يَقَعُ فَقَطْ؛ لأَنَّهَا ٱلْتَمَسَتْ بِأَلْفٍ، وَأَجَابَهَا بِثُلُثِ الأَلْفِ، فَقَدْ أَحْسَنَ، وَيَلْزَمُ مِنْ هَذَا أَنْ يَقُولَ: بِعْنِي بِأَلْفٍ، فَيَقُولَ: بِعْتُكَ بِخَمْسِمِائَةٍ؛ أَنَّهُ يَصِحُّ، وَذٰلِكَ بَعِيدٌ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي نِصْفَ طَلْقَةٍ بِأَلْفٍ، أَوْ طَلِّقْ نِصْفِي بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ، بَانَتْ، وَعَلَيْهَا مَهْرُ المِثْلِ؛ لِفَسَادِ صِيغَةِ المُعَاوَضَةِ.

وَقِيلَ: عَلَيْهَا المُسَمَّىٰ (ز).

---

(١) قال الرافعي: «ولو قيل له: أطلقت زوجتك؟ فقال: نعم فهو متعين للجواب» هذه الصورة مذكورة في أواخر «كتاب الطلاق» بأكثر مما ذكرها والمقصود ههنا إظهار الفرق بين أن يقول: لم أقصد الجواب بقولي: نعم وبين قوله: طلقتك. [ت]

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في المُعَلَّقِ بِزَمَانٍ)، وَفِيهِ صُوَرٌ، فَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي غَداً، وَلَكَ أَلْفٌ، ٱسْتَحَقَّ الأَلْفَ، مَهْمَا طَلَّقَ، إِمَّا في الغَدِ، وَإِمَّا قَبْلَهُ، وَإِنْ طَلَّقَ بَعْدَهُ، نَفَذَ رَجْعِيّاً؛ لأَنَّهُ خَالَفَ، وَلَوْ قَالَتْ: لَكَ أَلْفٌ إِنْ طَلَّقْتَنِي في جَمِيعِ هَذَا الشَّهْرِ، وَلَمْ تُؤَخِّرِ، ٱسْتَحَقَّ الأَلْفَ، إِنْ وَافَقَ؛ بِخِلاَفِ مَالَوْ قَالَتْ: مَتَىٰ مَا طَلَّقْتني، فَلَكَ أَلْفٌ، فَإِنَّهُ لاَ يُسْتَحَقُّ إِلاَّ بِطَلاَقٍ في المَجْلِسِ؛ لأَنَّ قَرِينَةَ العِوَضِ عَارَضَ عُمُومَ «مَتَىٰ مَا»، وَلاَ يُعَارِضُ صَرِيحَ التَّخْيِيرِ، وَقَدْ قِيلَ بِنَقْلِ الجَوَابِ مِنْ كُلِّ مَسْأَلَةٍ إِلىٰ أُخْتِهَا، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ غَداً عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَالَتْ في الحَالِ: قَبِلْتُ[1]، وَقَعَ الطَّلاَقُ غَداً، وٱسْتَحَقَّ مَهْرَ المِثْلِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، لِفَسَادِ المُعَاوَضَةِ بِالتَّعْلِيقِ، وَالمُسَمَّىٰ، عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لاحْتِمَالِ التَّعْلِيقِ فِيهِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يَقَعُ الطَّلاَقُ أَصْلاً.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ في ٱخْتِلاَعِ الأَجْنَبِيِّ)، وَهُوَ صَحِيحٌ كَٱخْتِلاَعِهَا، وَلاَ يُشْتَرَطُ رِضَاهَا، لَكِنَّ المَالَ يَجِبُ عَلَى الأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ كَانَ وَكِيلاً عَنْ جِهَتِهَا، تَخَيَّرَ بَيْنَ أَنْ يَخْتَلِعَ مُسْتَقِلاًّ، أَوْ بِالوِكَالَةِ، وَيُعْرَفُ ذَلِكَ مِنْ لَفْظِهِ وَنِيَّتِهِ، فَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالسِّفَارَةِ، وَنَوَى النِّيَابَةَ[2]، تَعَلَّقَتْ بِهِ العُهْدَةُ؛ كَمَا في الشِّرَاءِ (ز)، وَإِنِ ٱخْتَلَعَ بِوَكَالَتِهَا، ثُمَّ بَانَ أَنَّهُ كَاذِبٌ، تَبَيَّنَ أَنَّ الطَّلاَقَ غَيْرُ وَاقِعٍ، وَلَوْ كَانَ المُخْتَلِعُ أَبَاهَا، وَهِيَ طِفْلٌ، فَهُوَ كَالأَجْنَبِيِّ، وَإِن ٱخْتَلَعَ بِنِيَابَتِهَا، لَمْ يَصِحَّ؛ كَالوَكِيلِ الكَاذِبِ، وَإِنِ ٱخْتَلَعَ ٱسْتِقْلاَلاً، وَلَكِنْ بِعَيْنِ مَالِهَا، فَهُوَ كَخُلْعِ الأَجْنَبِيِّ بِالمَغْصُوبِ، فَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِنِيَابَةٍ وَلاَ ٱسْتِقْلاَلٍ، وَلَكِنِ ٱخْتَلَعَ بِعَبْدٍ، ذَكَرَ أَنَّهُ مِنْ مَالِهَا، وَقَعَ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً، وَكَانَ كَالسَّفِيهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالأَجْنَبِيِّ يَخْتَلِعُ بِالمَغْصُوبِ.

وَقِيلَ أَيْضاً في المَغْصُوبِ: يَقَعُ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً.

وَإِنِ ٱخْتَلَعَهَا بِالبَرَاءَةِ عَنِ الصَّدَاقِ، صَحَّ (و) إِنْ جَوَّزْنَا لِلوَلِيِّ العَفْوَ، وَإِلاَّ فَالطَّلاَقُ يَقَعُ رَجْعِيّاً؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَهُوَ كَالوَكِيلِ الكَاذِبِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلَوْ قَالَ: ٱخْتَلِعْهَا، وَأَنَا ضَامِنٌ بَرَاءَتَكَ عَنِ الصَّدَاقِ، فَالقِيَاسُ أَنَّ الطَّلاَقَ رَجْعِيٌّ (و)، وَإِنْ قَالَ: ٱخْتَلَعْتُ عَلَىٰ أَنِّي ضَامِن، إِنْ طُولِبْتُ بالصَّداقِ[3]، فَالطَّلاَقُ بَائِنٌ، وَعَلَيْهِ مَهْرُ المِثْلِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق غداً على ألف فقالت في الحال: قبلت... إلى آخره» الخلاف في أنه يجب مهر المثل أهو المسمى؟ فيه أوجه لابن سُرَيج. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن لم يصرح بالسفارة، ونوى النيابة» كان الأحسن أن يطرح لفظ النيابة ويقول: ونواها. [ت]

(٣) في ط: بالطلاق.

(البَابُ الخَامِسُ في النِّزَاعِ)

وَلَهُ صُوَرٌ:

(إِحْدَاهَا): أَنْ يَقَعَ في أَصْلِ ذِكْرِ الْعِوَضِ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، إِذْ أَنْكَرَتِ العِوَضَ، وَالبَيِّنُونَةُ تَحْصُلُ مُؤَاخَذَةً لَهُ بِقَوْلِه.

(الثَّانِيَةُ): النِّزَاعُ في جِنْسِ العِوضِ وَقَدْرِهِ يُوجِبُ (ح) التَّحَالُفَ وَالرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ؛ كَمَا في الصَّدَاقِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا تَوَافَقَا عَلَىٰ جَرَيَانِ الخُلْعِ بِأَلْفِ دِرْهمٍ مُطْلَقٍ، وَفي البَلَد نُقُودٌ مُخْتلفَةٌ لاَ غَالِبَ فِيهَا، وَلَكِنْ نَوَيا نَوْعاً واحداً، فَهَذَا لا يُحْتَمَلُ في البَيْعِ؛ لجَهَالَتِهِ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ، وَيُحْتَمَلُ في الْخُلعِ، وَلاَ يُحْتَمَلُ في الخُلْعِ أَنْ يَذْكُرَ مُجَرَّدُ الأَلْفِ وَلاَ يَتَعرَّضَ لِلنَّوْعِ[1]، وَأَشَدُّ ٱحْتِمَالاً مِنْهُ أَنْ يَقُولَ: أَلْفٌ وَشَيءٌ، فَيَفْسُدَ الخُلْعُ لِلإِجْمَالِ، وَلاَ يُؤَثِّرُ النِّيَّةُ مَعَ التَّوَافُقِ.

وَلَوْ تَنَازَعَا، فَقَالَ: أَرَدْنا بِالدَّرَاهِمِ النُّقْرَةَ، فَقَالَتْ: بَلْ أَرَدْنَا الفُلُوسَ، فَيَتَحَالَفَانِ؛ لأَنَّهُ نِزَاعٌ في ٱلْجِنْسِ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَىٰ إِرَادَةِ الدَّرَاهِمِ، وَلَكِنْ قَالَتْ: أَرَدْتُ الفُلُوسَ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، فَإِنْ حَلَفَتْ، بَانَتْ، وَلاَ عِوَضَ عَلَيْها، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَىٰ إِرَادَتِهَا الفُلُوسَ، وَلَكِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الدَّرَاهِمَ، وَلاَ فُرْقَةَ، فَالبَيْنُونَةُ حَاصِلَةٌ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِظَاهِرِ التَّوَافُقِ عَلَى الدَّرَاهِمِ لَفْظاً، وَجَرَيَانِ الخُلْعِ، وَالنِّيَّاتُ لاَ يُطَّلَعُ عَلَيْهَا، وَلاَ شَيْءَ لِلزَّوْجِ؛ لإِنْكَارِهِ الفُرْقَةَ.

وَقِيلَ: لَهُ مَهْرُ المِثْلِ.

(الرَّابِعَةُ) إِذَا تَنَازَعَا في المُعَوَّضِ، فَقَالَتْ: سَأَلْتُكَ ثَلاَثَ تَطْلِيقَاتٍ بِأَلْفٍ، فَأَجَبْتَني، فَقَالَ: بَلْ سَأَلْتِ وَاحِدَةً، فَقَدِ ٱتَّفَقَا عَلَى الأَلْفِ، وَتَنَازَعَا في مِقْدَارِ المُعَوَّضِ، فَيَتَحَالَفَانِ، وَلَهُ مَهْرُ المِثْلِ، فَأَمَّا عَدَدُ (و) الطَّلاَقِ، فَلاَ يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلاَّ قَوْلُهُ.

(الخَامِسَةُ:) إِذَا ٱدَّعَىٰ عَلَيْهَا ٱلاخْتِلاَعَ، فَأَنْكَرَتْ، وَقَالَتِ: ٱخْتَلَعَنِي أَجْنَبِيٌّ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا في نَفْيِ العِوَضِ، وَبَانَتْ لِقَوْلِهِ، وَلاَ شَيْءَ لَهُ عَلَى الأَجْنَبِيِّ؛ لاعْتِرَافِهِ، وَلَوْ قَالَتِ: ٱخْتَلَعْتُ، وَلَكِنْ بِوَكَالَةِ أَجْنَبِيٍّ، فَيَتَحَالَفَانِ؛ لأَنَّهُمَا ٱتَّفَقَا عَلَىٰ أَصْلِ العَقْدِ، وَٱخْتَلَفَا في صِفَةِ الإِضَافَةِ.

وَقِيلَ: القَوْلُ قَوْلُهَا؛ لإِنْكَارِهَا أَصْلَ ٱلالْتِزَامِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولا يحتمل في الخلع أن يذكر مجرد الألف، ولا يتعرض للنوع»، والذي يوجد للأصحاب العراقيين وغيرهم أنه يحتمل. [ت]

(كِتَابُ الطَّلَاقِ)[1]

([وَالنَّظَرُ فِي شَرْطَيْنِ: الأَوَّلُ: فِي عُمُومِ حُكْمِهِ][2]، وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ):

(اَلْبَابُ اَلأَوَّلُ: فِي السُّنَّةِ وَالْبِدْعَةِ، وَفِيهِ فَصْلاَنِ:)

(اَلأَوَّلُ: فِي بَيَانِ الْبِدْعِيِّ)، وَهُوَ الطَّلَاقُ المُحَرَّمُ إِيقَاعُهُ، وَلِتَحْرِيمِهِ سَبَبَانِ:

(أَحَدُهُمَا): الحَيْضُ؛ فِيمَنْ تَعْتَدُّ بِالحَيْضِ، وَطَلَاقُ الحَائِضِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِدْعِيٌّ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ

---

(١) الطلاق: اسم مصدر لـ «طلق» بالتشديد ومصدره التطليق، ومصدر «طلق» بالتخفيف يقال: أطلقت المرأة طلاقاً، فهي طالق. وكثيراً ما تفرق العرب بين اللفظية عند اختلاف المعنيين، تقول: طلقت إبلي وأسيري، وطلقت امرأتي. فاستعملوا في النكاح التفصيل، ولهذا لو قال لزوجته: أنت مطلقة بالتشديد كان صريحاً، وبالتخفيف كان كناية وله معان كثيرة: ومنها الفراق، والترك؛ يقال: طلقت القوم تركتهم، وطلقت «فارقتها». ومنه قول الشاعر: [الوافر]

غَطَارِفَةٌ تَرَوْنَ المَجْدَ غُنْماً إِذَا مَا طَلَّقَ البَرِمُ العِيَالاَ

تركهم كما يترك الرجل المرأة، ومنها التخلية والإرسال، أخذ من قولهم: طالق إذا خليت مهملة بغير راع. وفي حديث ابن عمر: «والرجل الذي قال لزوجته أنت طالق» وطلقت الأسير، أي خليته. وأنشد سيبويه. [الوافر]

طَلِيقُ الأَ لَمْ يَمْنُنْ عَلَيْهِ أَبُو داوُدَ وَابْنُ أَبِي كَبِيرِ

حنين «خرج ومعه الطلقاء» هم الذين خلى عنهم يَومَ فتح «مكة» وأطلقهم فيهم، وأحدهم طليق وهو الأسير، إذا أطلق سبيله. ومنها حل القيد حسيًا كقيد الفرس، أو معنويا كالعصمة فإنها تحل بالطلاق. ومن هذا حبسوه في السجن طلقاً أي: بغير قيد، ويقال للإنسان إذا عتق: طليق، أي صار حراً. وقال الجوهري «بعير طَلْق، وناقة طَلْق، أي غير مقيدة، وأطلقت الناقة من العقال فطلقت».

ينظر: الصحاح ٤/١٥١٨، المغرب ٢٩٢، لسان العرب ١٠/٢٢٥، والمصباح المنير ٢/٥٧٣.

اصطلاحاً:

عرفه الحنفيةُ بأنه: إزالة النِّكَاحِ الذي هو قَيْدٌ معنى.

عرفه الشافعية بأنه: حَلّ عقد النكاح بلفظ الطَّلَاقِ ونحوه، أو هو: تصرُّف مملوك للزوج يُحْدِثه بلا سبب، فيقطع النكاح.

عرفه المالكيةُ بأنه: إزالة القَيْدِ، وإرسال العِصْمَةِ؛ لأن الزوجة تزول عن الزوج.

عرفه الحنابلةُ بأنه: حلّ قَيْدِ النكاح أو بعضه.

ينظر: الاختيار لتعليل المختار ص ٦٢، التبيين ٢/١٨٨، الدرر ١/٣٥٨، البدائع ٤/ ١٧٦٥ الخرشي على مختصر سيدي خليل ٣/١١، الكافي ٢/ ٥٧١، كشاف القناع ٥/ ٢٣٢، والمغني ٧/ ٣٦٣.

(٢) سقط من أ ، ب

تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ؛ إِذْ بَقِيَّةُ الحَيْضِ لاَ تُحْتَسَبُ.

وَلاَ بِدْعَةَ في طَلاَقِ غَيْرِ المَمْسُوسَةِ، وَلاَ سُنَّةَ، وَيَجُوزُ خُلْعُهَا.

فَقِيلَ: لأَنَّ ذَلِكَ تَطْوِيلٌ بِرِضَاهَا، فَيَجُوزُ الطَّلاَقُ بِرِضَاهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِوَضٌ، وَلاَ يَجُوزُ ٱخْتِلاَعُ الأَجْنَبِيِّ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ مُعَلَّلٌ بِضَرُورَةِ ٱلافْتِدَاءِ.

وَلاَ يَجُوزُ الطَّلاَقُ بِسُؤَالِهَا، ويَجُوزُ خُلْعُ الأَجْنَبِيِّ، وَكَذَلِكَ يُطَلَّقُ عَلَى المَوْلَىٰ، وَإِنْ كَانَ في الحَيْضِ؛ لِلضَّرُورَةِ.

وَمَنْ طَلَّقَ في حَالِ الحَيْضِ، فَيُسْتَحَبُّ (م) أَنْ يُرَاجِعَهَا حَتَّىٰ تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا إِنْ شَاءَ لِئَلاَّ يَكُونَ الرَّجْعَةُ لِلطَّلاَقِ.

وَتَرَدَّدُوا في أَنَّهُ، هَلْ يُسْتَحَبُّ له أَنْ يُجَامِعَهَا؟ وَقِيلَ: يُرَاجِعُهَا حَتَّىٰ تَطْهُرَ، فَيُطَلِّقَ في الطُّهْرِ الأَوَّلِ.

وَلاَ بِدْعَةَ (ح) في الجَمْعِ بَيْنَ الثَّلاَثِ (ح م)، وَلَكِنَّ الأَوْلَى التَّفْرِيقُ؛ حَذَراً مِنَ النَّدَمِ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الحَيْضِ، فَهُوَ بِدْعِيٌّ في وَجْهٍ؛ لاقْتِرَانِهِ بِالحَيْضِ، وَسُنِّيٌّ مِنْ وَجْهٍ؛ لاسْتِعْقَابِهِ الطُّهْرَ المَحْسُوبَ؛ وَكَذَلِكَ الْخِلاَفُ في قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ في آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الطُّهْرِ. وَلَكِنْ بِالعَكْسِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ في الحَيْضِ لَكِنْ لَوْ دَخَلَتْ، وَهِيَ طَاهِرَةٌ، يُعَدُّ سُنِّيّاً، وَإِنْ كَانَتْ حَائِضاً، يُعَدُّ بِدْعِيّاً؛ فَيُسْتَحَبُّ المَرَاجَعَةُ.

(السَّبَبُ الثَّانِي: إِمْكَانُ الحَمْلِ)، وَالطَّلاَقُ في طُهْرٍ جَامَعَهَا فِيهِ، أَوِ ٱسْتَدْخَلَتْ مَاءَهُ، بِدْعِيٌّ، فَإِنْ ظَهَرَ كَوْنُهَا حَامِلاً، لَمْ يَكُنْ بِدْعِيّاً؛ لأَنَّهُ طَلَّقَ عَلَىٰ ثِقَةٍ [مِنْ نَفْسِهِ][1].

وَلَوْ وَطِئَهَا في الحَيْضِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، قِيلَ: لاَ يَحْرُمُ؛ لأَنَّ بَقِيَّةَ الحَيْضِ تَدُلُّ عَلَى البَرَاءَةِ.

وَقِيلَ بِالتَّحْرِيمِ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لاَ بِدْعَةَ في خُلْعِهَا.

وَقِيلَ: يَحْرُمُ؛ لأَنَّ أَمَدَ الحَمْلِ لاَ يَتَعَلَّقُ بِرِضَاهَا، وَالعِدَّةُ حَقُّهَا؛ فَيَجُوزُ أَنْ تَتَأَثَّرَ بِرِضَاهَا.

وَالآيِسَةُ، والصَّغِيرَةُ، وَغَيْرُ المَمْسُوسَةِ، وَالحَامِلُ بِيَقِينٍ، لاَ بِدْعَةَ في طَلاَقِهِنَّ أَصْلاً.

(الفَصْلُ الثَّانِي: في التَّعْلِيقِ بِالسُّنَّةِ وَالبِدْعَةِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ: (الأُولَىٰ): إِذا قَالَ للحَائِضِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ، طُلِّقَتْ في الحَالِ، وَلَوْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ، لَمْ تُطَلَّقْ حَتَّىٰ تَطْهُرَ (ح).

---

(١) سقط من ب.

وَلَوْ قَالَ لِلطَّاهِرِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ، وَقَعَ في الحَالِ، وَإِنْ قَالَ: لِلبِدْعَةِ، فَإِذَا جَامَعَهَا، أَوْ حَاضَتْ، طُلِّقَتْ، وَاللاَّمُ فِيمَا يُنْتَظَرُ لِلتَّأْقِيتِ؛ كَقَوْلِهِ؛ أَنْتِ طَالِقٌ لِرَمَضَانَ؛ بِخِلاَفِ قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِرِضَاءِ فُلاَنٍ؛ فَإِنَّهُ لِلتَّعْلِيلِ، فَيَقَعُ في الحَالِ، وَإِنْ سَخِطَ فُلاَنٌ فَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ التَّأْقِيتَ يُدَيَّنُ بَاطِناً، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِراً؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

فَلَوْ قَالَ لِصَغِيرَةٍ، أَوْ غَيْرِ مَمْسُوسَةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ، أَوْ لِلْبِدْعَةِ، وَقَعَ في الحَالِ؛ وَكَأَنَّ اللاَّمَ لِلتَّعْلِيلِ، وَسَقَطَ قَوْلُهُ.

وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ المُضَافُ إِلَى الْبِدْعَةِ؛ حَتَّىٰ يَدْخُلَ بِهَا، وَتَحِيضَ، وَإِنْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ، يَقَعُ في الحَالِ؛ لأَنَّ السُّنَّةَ طَلاَقٌ لاَ تَحْرِيمَ فِيهِ.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا قَالَ للطَّاهِرَةِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً؛ بَعْضُهُنَّ لِلسُّنَّةِ، وَبَعْضُهُنَّ لِلبِدْعَةِ، يُحْمَلُ عَلَى التَّشْطِيرِ مُطْلَقُهُ، فَيَقَعُ في الحَالِ طَلْقَةٌ وَنِصْفٌ لِتَكْمُلَ فِي الحَالِ طَلْقَتَيْنِ، وَقَالَ المُزَنِيُّ ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ تَقَعُ وَاحِدَةٌ؛ لأَنَّ البَعْضَ مُجْمَلٌ، وَأَقَلُّهُ الوَاحِدُ؛ فَيُنَزَّلُ عَلَيْهِ.

وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ في الحَالِ ثَلاَثَةَ أَنْصَافٍ، كَمُلَ الثَّلاَثُ في الحَالِ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ وَاحِدَةً في الحَالِ، وَثِنْتَيْنِ في ٱلاسْتِقْبَالِ؛ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ.

وَقِيلَ: لاَ يُقْبَلُ؛ لأَنَّ تَسْمِيَةَ الثِّنْتَيْنِ بَعْضاً بَعِيدٌ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَجْمَلَ الطَّلاَقِ، وَأَفْضَلَهُ، وَأَحْسَنَهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ؛ فَلاَ يَقَعُ في حَالَةِ الحَيْضِ.

وَلَوْ قَالَ: أَقْبَحَ الطَّلاَقِ، وَأَسْمَجَهُ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ: لِلْبِدْعَةِ.

وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً قَبِيحَةً حَسَنَةً، أَوْ سُنِّيَّةً بِدْعِيَّةً فَيَلْغُو الوَصْفُ؛ لِتَنَاقُضِهِ، وَيَقَعُ أَصْلُ الطَّلاَقِ.

(الرَّابِعَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً في كُلِّ قُرْءٍ طَلْقَةٌ، نُظِرَ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَهِيَ حَائِضٌ، لَمْ يَقَعْ، وَإِنْ كَانَتْ طَاهِرَةً، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ، وَبَانَتْ؛ فَلاَ تَلْحَقُ الثَّانِيَةَ.

وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا قَبْلَ الطُّهْرِ الثَّانِي، لَحِقَ الثَّانِيَةَ، وَالثَّالِثَةَ؛ عَلَىٰ قَوْلِ عَوْدِ الحِنْثِ.

فَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الطُّهْرَيْنِ، لَمْ يَقَعْ، لانْحِلاَلِ اليَمِينِ بالطُّهْرَيْنِ قَبْلَ التَّجْدِيدِ.

وَإِنْ كَانَتْ مَدْخُولاً بِهَا، لَحِقَهَا الثَّلاَثُ في ثَلاَثَةِ أَقْرَاءٍ، وَقَدْ شَرَعَتْ بِالأُولَىٰ فِي العِدَّةِ.

وَهَلْ تَسْتَأْنِفُ العِدَّةَ لِلُحُوقِ الثَّانِيَةِ والثَّالِثَةِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ[1] (و)، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً، وَهِيَ

---

(١) قال الرافعي: «وهل تستأنف العدة للحوق الثانية والثالثة، فيه خلاف».
قولان. [ت]
وقال ايضاً «وهل تستأنف العدة للحوق الثانية والثالثة، فيه خلاف» الصورة، والخلاف فيهما يعودان في العدة. [ت]

تَحِيضُ، وَقُلْنَا: إِنَّ ذَلِكَ حَيْضٌ، فَيَقَعُ وَاحِدَةٌ فِي الطُّهْرِ الأَوَّلِ وَهَلْ يَتَكَرَّرُ فِي الطُّهْرِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ لأَنَّ القُرْءَ مَا يَدُلُّ عَلَى البَرَاءَةِ، وَلاَ دَلاَلَةَ مَعَ الحَمْلِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ آيِسَةً، فَفِي وُقُوعِ وَاحِدٍ فِي الحَالِ خِلاَفٌ مَبْنِيٌّ عَلَىٰ أَنَّ القُرْءَ طُهْرٌ مُحْتَوَشٌ بِدَمَيْنِ، أَم ٱلانْتِقَالُ مِنَ الطُّهْرِ إِلَى الحَيْضِ قُرْءٌ أَيْضاً؟.

(الخَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً لِلسُّنَّةِ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ التَّفْرِيقَ عَلَى الأَقْرَاءِ، لَمْ يُقْبَلْ (و)؛ لأَنَّهُ لاَ سُنَّةَ عِنْدَنَا فِي التَّفْرِيقِ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ: لِلسُّنَّةِ، ثُمَّ فُسِّرَ بِالتَّفْرِيقِ، فَهَلْ يُدَيَّنُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ عِنْدَ دُخُولِ الدَّارِ؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَرَدْتُ إِنْ شَاءَ اللهُ[1] وَكَذَا كلُّ مَا يُخْرِجُ إِلَىٰ زِيَادَةِ تَفْسِيرٍ، أَمَّا مَا يَرْجِعُ إِلَى التَّخْصِيصِ، فَيُدَيَّنُ، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِراً؟ فِيهِ خِلاَفٌ (و) كَمَا لَوْ قَالَ: نِسَائِي طَوَالِقُ، ثُمَّ ٱسْتَثْنَىٰ وَاحِدَةً بِنِيَّتِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: كُلُّ امرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَأَرَادَ البَعْضَ، أَمَّا إِذَا ظَهَرَتْ قَرِينَةٌ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُقْبَلُ؛ كَمَا لَوْ عَنَىٰ بِنِيَّتِهِ عِنْدَ مُعَايَنَةِ الزَّوْجَةِ الحَاضِرَةِ إِيَّاهُ بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ[2]، ثُمَّ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَزَعَمَ أَنَّهُ مَا أَرَادَ الحَاضِرَةَ، وَكَذَا إِنْ كَانَ يَحُلُّ وَثَاقاً عَنْهَا، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَىٰ ذَلِكَ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتِ زَيْداً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ شَهْراً يُقْبَلُ؛ لأَنَّهُ كَتَخْصِيصِ عُمُومٍ، وَالحَاصِلُ أَنَّهُ يُدَيَّنُ فِي كُلِّ ٱحتِمَالٍ، وَإِنْ بَعُدَ، وَإِنَّمَا يُقْبَلُ فِي الظَّاهِرِ، إِذَا ظَهَرَ ٱحْتِمَالُ اللَّفْظِ، أَوْ شُهِدَ لَهُ قَرِينَةٌ.

(ٱلبَابُ الثَّانِي: فِي أَرْكَانِ الطَّلاَقِ)

وَهِيَ خَمْسَةٌ (الأَوَّلُ: المُطَلِّقُ)، وَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ، فَلاَ يَنْفُذُ طَلاَقُ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: اللَّفْظُ)، وَفِيهِ ثَلاَثَةُ فُصُولٍ: (الأَوَّلُ) أَنَّ الصَّرِيحَ لَفْظُ الطَّلاَقِ، وَكَذَا لَفْظُ السَّرَاحِ (ح م و)[3]، وَالفِرَاقِ (ح و)[4]، وَقَوْلُهُ: طَلَّقْتُ، وَأَنْتِ مُطَلَّقَةٌ صَرِيحٌ، وَكَذَا كُلُّ مُشْتَقٍّ مِنَ الطَّلاَقِ دُونَ المُشْتَقِّ مِنَ الإِطْلاَقِ (و م)؛ كَقَوْلِهِ: أَطْلَقْتُ، وَقَوْلُهُ: أَنْتِ الطَّلاَقُ، لَيْسَ بِصَرِيحٍ عَلَى الأَصَحِّ (ح م) وَقَوْلُهُ: سَرَّحْتُكِ، أَوْ فَارَقْتُكِ، صَرِيحٌ(ح م و) أَمَّا ٱلاسْمُ [كَالمُطَلَّقَةِ][5] وَالمُسَرَّحَةِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَعْنَى الطَّلاَقِ بِالفَارِسِيَّةِ صَرِيحٌ (ح)، عَلَى الأَصَحِّ، وَهُوَ قَوْلُهُ (تُوهشته أي)، وَفِي قَوْلِهِ (دشت بازد اشتم) وَجْهَانِ، وَفِي قَوْلِهِ (كسيل كردم وازتوجذ اكشتم) وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَكُونَ صَرِيحاً، وَكُلُّ لَفْظٍ شَاعَ فِي العُرْفِ، كَقَوْلِهِ: حَلاَلُ اللهِ عَلَيَّ حَرَامٌ، هَلْ يَلْتَحِقُ بِالصَّرِيحِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

---

(١) قال الرافعي: «وكذا لو قال: أردت إن شاء الله» الظاهر عند الأئمة أنه لا يدين في قوله: أردت إن شاء الله، بخلاف الصورة السابقة. [ت]

(٢) في ط: كما لو عنى بنيته نكاح جديدة.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) في أ: كالمفارقة.

(أَمَّا الكِنَايَةُ)، فَهِيَ كُلُّ لَفْظٍ مُحْتَمِلٍ؛ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ خَلِيَّةٌ، وَبَرِيَّةٌ، وَبَائِنَةٌ، وبَتْلَةٌ، وَٱعْتَدِّي، وَٱسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ، وَٱلْحَقِي بِأَهْلِكِ، وَحَبْلُكِ عَلَىٰ غَارِبِكِ، وَلاَ أَنْدَهُ سَرْبَكِ، وَٱغْزُبِي، وَٱذْهَبِي، وَٱخْرُجِي، وَمَا أَشْبَهَهُ، وَأَخْفَىٰ مِنْهُ قَوْلُهُ: تَجَرَّعِي، أَيْ: كَأْسَ الفِرَاقِ، وَذُوقِي، وَتَزَوَّدِي، أَمَّا قَوْلُهُ: ٱشْرَبِي، فَفِيهِ خِلاَفٌ، وَقَوْلُهُ: كُلِي، أَبْعَدُ مِنْهُ، وَتَرَدَّدُوا في قَوْلِهِ: أَغْنَاكِ الله، أَمَّا الَّذِي لاَ يَحْتَمِلُ؛ كَقَوْلِهِ: ٱقْعُدِي (و)، وَٱغْرُبِي، وَقَوْلِهِ: أَنْتِ حُرَّةٌ، وَمُعْتَقَةٌ، كِنَايَةٌ (ح) في الطَّلاَقِ؛ كَمَا أَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ كِنَايَةٌ في الْعَتَاق [ح][1]، أَمَّا لَفْظُ الظِّهَارِ وَالطَّلاَقِ كُلُّ وَاحِدٍ يَحْتَمِلُ الآخَرَ، وَلَكِنْ لاَ يَكُونُ كِنَايَةً فِيهِ؛ لأَنَّ تَنْفِيذَهُ صَرِيحاً مُمْكِنٌ في مَوْضُوعِهِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا: ٱعْتَدِّي، وَنَوَى الطَّلاَقَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهَا غَيْرُ مُتَعَرِّضَةٍ لِلْعِدَّةِ، وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، فَإِنْ نَوَى الظِّهَارَ (م) أَوِ الطَّلاَقَ، كَانَ كَمَا نَوَىٰ (و)، وَلَوْ نَوَى التَّحْرِيمَ، حُرِّمَتْ، وَلَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ، وَلَوْ أَطْلَقَ، فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُوجِبُ (ح م) الكَفَّارَةَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَلْغُو (ح م)، لِتَعَارُضِ ٱلاحْتِمَالِ.

وَقِيلَ: هُوَ صَرِيحٌ في [التَّحْرِيمِ في][2] مِلْكِ اليمينِ، وَيَلْغُو في النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ.

وَالنِّيَّةُ في الْكِنَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعَ اللفْظِ لاَ قَبْلَهُ وَلاَ بَعْدَهُ، فَلَو ٱقْتَرَنَ بِأَوَّلِ اللَّفْظِ دُونَ آخِرِهِ، نَفَذَ؛ عَلَى الأَصَحِّ، وَلَوِ ٱقْتَرَنَ بِآخِرِهِ دُونَ أَوَّلِهِ، فَوَجْهَانِ، وَالْكِنَايَةُ لاَ يَصِيرُ (ح) صَرِيحاً بِقَرِينَةِ الغَضَبِ وَاللَّجَاجِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي في الفِعْلِ).

أَمَّا الإِشَارَةُ المُفْهِمَةُ مُعْتَبَرَةٌ مِنَ الأَخْرَسِ في الطَّلاَقِ، وَالصَّرِيحُ مِنْهَا يَشْتَرِكُ في فَهْمِها الكَافَّةُ، وَالْكِنَايَةُ مِنْها مَا يَفْطُنُ لِدَرْكِهِ بَعْضُ النَّاسِ، وَأَمَّا القَادِرُ، فَإِشَارَتُهُ لاَ يَكُونُ صَرِيحاً أَصْلاً، وَهَلْ يَكُونُ كِنَايَةً فِيهِ خِلاَفٌ مُرَتَّبٌ عَلَىٰ كَتْبِهِ الطَّلاَقَ مِن القَادِرِ عَلَى النُّطْقِ، وَهِيَ لَيْسَ بِصَرِيحٍ أَصْلاً، لَكِنَّهَا كِنَايَةٌ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَلَغْوٌ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ[3]، وَهُوَ مِنَ الحَاضِرِ لَغْوٌ، وَمِنَ الغَائِبِ كِنَايَةٌ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ ثَالِثٍ لِلْعَادَةِ، وَيَجْرِي الْخِلاَفُ في الْعِتْقِ، وَالإِبْرَاءِ، وَالعَفْوِ، وَمَا لاَ يَحْتَاجُ إِلَى القَبُولِ، أَمَّا البَيْعُ وَالمُعَاوَضَاتُ، فَالخِلاَفُ فِيهِ مُرَتَّبٌ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يُعْتَبَرُ، وَالنِّكَاحُ مُرَتَّبٌ عَلَى البَيْعِ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّعَبُّدِ وَلِعُسْرِ ٱطِّلاَعِ الشَّاهِدِ عَلَى النِّيَّةِ؛ فَإِنَّهُ كِنَايَةٌ، ثُمَّ إِنْ جَوَّزْنَا، فَيَكْتُبُ؛ أَمَّا بَعْدُ، فَقَدْ زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْكَ، وَيُشْهِدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ، وَإِذَا بَلَغَهُ، فَيَقُولُ في الحَالِ: قَبِلْتُ، أَوْ يَكْتُبُ عَلَى الفَوْرِ (و) وَيُشْهِدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيِ الإِيجَابِ، فَإِنْ أَشْهَدَ آخَرِينِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَتَب: زَوْجَتِي طَالِقٌ، وَقَرَأَ وَنَوَىٰ، وَقَع، وَإِنْ قَرَأَ، وَقَالَ: قَصَدْتُ الْقِرَاءَةَ دُونَ الطَّلاَقِ، قُبِلَ في الظَّاهِرِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلاَ شَكَّ في أَنَّهُ يُدَيَّنُ، وَلَوْ كَتَبَ إِلَيهَا: أَمَّا بَعْدُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَىٰ، وَقَع في الحَالِ، وَإِذَا قال: إذا قَرَأْتِ

---

(١) سقط من ب.

(٢) في أ: الكفارة

(٣) قال الرافعي: «لكنها كناية على قول، ولغو على قول» قيل: هما وجهان. [ت]

كِتَابي، فأَنْتِ طَالِقٌ، طُلِّقَتْ، إِذَا قَرَأَتْ، أَوْ قُرِىءَ عَلَيْهَا (و)، إِنْ كَانَتْ أُمِّيَّةً، وَإِنْ كَانَتْ قَارِئَةً، فَقَرَأَ عَلَيْهَا غَيْرُهَا، لَمْ تُطَلَّقْ؛ عَلَى الأَصَحِّ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِذَا بَلَغَكِ الكِتَابُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَبَلَغَهَا، وَقَدِ ٱنْمَحَىٰ جَمِيعُ الأَسْطُرِ، لَمْ يَقَعْ [و][1]، وَإِنْ لَمْ يَنْمَحِ إِلاَّ أَسْطُرُ الطَّلاَقِ، فَوَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يَنْمَحِ إِلاَّ الصَّدْرُ وَالتَّسْمِيَةُ دُونَ المَقَاصِدِ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَنْ يَقَعَ، وَإِنْ ٱنْمَحَى الجَمِيعُ إِلاَّ سَطْرَ الطَّلاَقِ، فَأَوْلَىٰ بِأَنْ يَقَعَ، وَإِنْ سَقَطَ الحَوَاشِي، دُونَ المَكْتُوبِ، وَقَعَ (و).

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في التَّفْوِيضِ)، وهُوَ أَنْ يَقُولَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ، فَإِذَا قَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَقَعَ، وَهُوَ تَمْلِيكٌ، أَوْ تَوْكِيلٌ؟ فيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ تَمْلِيكٌ، لَمْ يَجُزْ لَهَا تَأْخِيرَ التَّطْلِيقِ؛ لأَنَّهُ كَالقَبُولِ وَإِنْ قُلْنَا: تَوْكِيلٌ، فَفِي جَوَازِ التَّأْخِيرِ وَجْهَانِ، وَلَوْ رَجَعَ قَبْلَ تَطْلِيقِهَا، جَازَ(ح و)؛ عَلَى القَوْلَيْنِ.

وَقِيلَ: لاَ يَجُوزُ؛ عَلَىٰ قَوْلِ التَّمْلِيكِ.

فُرُوعٌ:

أَحَدُهَا: لَوْ قَالَ: أَبِيني نَفْسَكِ، فَقَالَتْ: أَبَنْتُ، وَنَوَيَا وَقَعَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَقَعْ [ح][2].

وَلَوْ قَالَ طَلِّقِي نَفْسَكِ، فَقَالَتْ أَبَنْتُ وَنَوَتْ، وَقَعَ (ح) وَقِيلَ لاَ يَقَعُ لِمُخَالَفَةِ الكِنايةِ الصَّرِيحَ.

وَقِيلَ: ذَلِكَ يَجْرِي في تَوْكِيلِ الأَجْنَبِيِّ أَيْضاً.

وَلَوْ قَالَ: اخْتَارِي، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا، طُلِّقَتْ رَجْعِيَّةً (ح م)، وَإِنِ ٱخْتَارَتْ زَوْجَهَا، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَالقَوْلُ في نِيَّةِ الْكِنَايَةِ قَوْلُ (و) النَّاوِي.

(الثَّاني): إِذَا قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ، وَنَوى ثَلاثاً، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَلَمْ تَنْوِ العَدَدَ، لَمْ يَقَعْ إِلاَّ وَاحِدَةٌ (ح).

وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلاثُ، وَإِنَّ نِيَّتَهُ تُغْنِي عَنْ نِيَّتِها في العَدَدِ، وَإِنْ لَمْ تُغْنِ في أَصْلِ الطَّلاَقِ، وَهَذَا يَظْهَرُ إِذَا قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاَثاً، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَلاَ يَتَّجِهُ إِذَا لَمْ يَتَلَفَّظْ بِالثَّلاَثِ.

(الثَّالِثُ): لَوْ قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاثاً، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ وَاحِدَةً، طُلِّقَتْ وَاحِدَةً (م)، وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي وَاحِدَةً، وَطَلَّقَتْ ثَلاَثاً، وَقَعَتْ (ح) وَاحِدَةٌ.

(الرُّكْنُ [الثَّالِثُ][3] للطَّلاَقِ: القَصْدُ). وَإِنَّمَا يُتَوَهَّمُ ٱخْتِلاَلُهُ بِخَمْسَةِ أَسْبَابٍ:

(الأَوَّلُ): سَبْقُ اللِّسَانِ، فَمَنْ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَى الطَّلاَقِ، لَمْ يَقَعْ طَلاَقُهُ، وَلَوْ كَانَ ٱسْمُ زَوْجَتِهِ «طَالِقَ» وَٱسْمُ عَبْدِهِ «حُرٌّ» فَقَالَ: يَا طَالِقُ، وَيَا حُرُّ، لَمْ يُعْتَقْ، وَلَمْ تُطَلَّقْ، إِنْ قَصَدَ النِّدَاءَ، فَإِنْ

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) في ط: الثاني.

أَطْلَقَ، فَوْجْهَانِ، لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ النِّدَاءِ وَالإِنْشَاءِ، وَإِذَا كَانَ ٱسْمُ زَوْجَتِهِ «طَارِقَ»، فَقَالَ: يَا طَالِقُ، ثُمَّ قَالَ: ٱلْتَفَتَ لِسَانِي، قُبِلَ ذَلِكَ ظَاهِراً.

(الثَّانِي): الهَزْلُ، وَلاَ يُؤَثِّرُ ذَلِكَ في مَنْعِ الطَّلاَقِ وَالعَتَاقِ، وَفي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ تَرَدُّدٌ، وَالمَشْهُورُ أَنَّ النِّكَاحَ لاَ يَنْعَقِدُ مَعَ الهَزْلِ.

(الثَّالِثُ: الجَهْلُ)، فَإِذَا خَاطَبَ ٱمْرَأَةً بِالطَّلاَقِ؛ عَلَىٰ ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَةُ الغَيْرِ، فَإِذَا هِيَ زَوْجَتُهُ، فَالمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ، وَيَنْقَدِحُ أَلاَّ يَقَعَ، وَالأَعْجَمِيُّ إِذَا لُقِّنَ لَفْظَ الطَّلاَقِ، وَهُوَ لاَ يَفْهَمُهُ، لَمْ يَقَعْ، وَإِذَا بَاعَ مَالاً؛ عَلَىٰ ظَنِّ [حَيَاةِ أَبِيهِ][1] أَنَّهُ لأَبِيهِ[2]، فَإِذَا هُوَ مَيِّتٌ، فَفِي صِحَّتِهِ خِلاَفٌ.

(الرَّابِعُ) الإِكْرَاهُ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ صِحَّةَ سَائِرِ التصَرُّفَاتِ إِلاَّ إِسْلاَمَ الحَرْبِيِّ وَالمُرْتَدِّ، وَفي إِسْلاَمِ الذِّمِّيِّ تَرَدُّدٌ [ح][3]، وَلاَ يَقَعُ (ح) طَلاَقُ المُكْرَهِ إِلاَّ إِذَا ظَهَرَتْ دَلاَلَةُ ٱخْتِيَارِهِ [ح][4]؛ بِأَنْ خَالَفَ المُكْرِهَ بِأَنْ أَكْرَهَهُ عَلَىٰ طَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ، فَطَلَّقَ ثَلاَثاً، أَوْ عَلَىٰ طَلاَقِ زَوْجَةٍ، فَطَلَّقَ زَوْجَتَيْنِ، أَوْ عَلَىٰ زَوْجَتَيْنِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً (و)، أَوْ عَلَىٰ ثَلاَثٍ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً (و)، أَوْ عَلَىٰ إِحْدَىٰ زَوْجَتَيْنِ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً، أَوْ تَرَكَ التوْرِيةَ مَعَ (و) العِلْمِ بِهَا، وَٱلاعْتِرَافِ بِأَنَّهُ لَمْ يُدْهَشْ بِالإِكْرَاهِ[5]، أَو قَالَ المُكْرِهُ: قُلْ: طَلَّقْتُهَا، فَقَالَ: فَارَقْتُهَا، وَحَدُّ الإِكْرَاهِ أَنْ يَصِيرَ مُضْطَرّاً إِلَى الفِعْلِ، شَاءَ أَمْ أَبَىٰ، كَالَّذِي يَفِرُّ مِنَ الأَسَدِ فَيَتَخَطَّى النَّارَ وَالشَّوْكَ، وَذَلِكَ لاَ يَحْصُلُ بِالتَّخْوِيفِ بِالحَبْسِ وَالجُوعِ وَأَمْثَالِهِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لاَ يُشْتَرَطُ سُقُوطُ الْخِيرَةِ وَالرَّوِيَّةِ، بَلِ التَّخْوِيفُ بِالحَبْسِ وَالجُوعِ وَالضَّرْبِ وَمَا يَقْتَضِي العَقْلُ وَالحَزْمُ إِجَابَةَ المُكْرِهِ، حَذَراً مِنْهُ، فَهُوَ إِكْرَاهٌ يَدْفَعُ الطَّلاَقَ؛ وَكَذَلِكَ تَخْوِيفُ ذَوِي الْمُرُوءَةِ بِالصَّفْعِ في المَلأِ وَالتَّخْوِيفُ بِقَتْلِ الوَلَدِ، نَعَمِ التَّخْوِيفُ بِإِتْلاَفِ المَالِ لاَ يُعَدُّ إِكْرَاهاً في القَتْلِ وَالطَّلاَقِ وَيُعَدُّ (و) إِكْرَاهاً في إِتْلاَفِ المَالِ، وَالطَّرِيقَةُ الأُولَىٰ أَضَمُّ لِلنَّشْرِ، وَهَذِهِ أَوْسَعُ.

(الخَامِسُ): زَوَالُ العَقْلِ بِالجُنُونِ، وَشُرْبِ الدَّوَاءِ (و) المُجَنِّنِ يَمْنَعُ نُفُوذَ التَّصَرُّفَاتِ، وَأَمَّا السَّكْرَانُ، فَيَقَعُ (م ز) طَلاَقُهُ في ظَاهِرِ النُّصُوصِ.

وقِيلَ: قَوْلاَنِ في تَصَرُّفَاتِهِ؛ حَتَّىٰ في أَفْعَالِهِ.

وَقِيلَ: يَنْفُذُ أَفْعَالُهُ، وَالقَوْلاَنِ في التَّصَرُّفَاتِ.

وَقِيلَ: يَنْفُذُ مَا عَلَيْهِ دُونَ مَالِهِ وَحَدُّ السَّكْرَانِ أَنْ يُشْبِهَ المَجْنُونَ في الاخْتِلاَطِ، فَإِنْ سَقَطَ

---

(١) قال الرافعي: «وإذا باع مال أبيه على ظَنِّ أنه حَيّ إلى آخره» الخلاف قولان. [ت]

(٢) وقال أيضاً: «وإذا باع مالاً عن ظَن أنه لأبيه» المسألة مذكورة في البيع. [ت]

(٣) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٤) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٥) قال الرافعي: «أو ترك التورية مع العلم بها، والاعتراف بأنه لم يدهش بالإكراه» هذا وجه، والأصح أنه لا يقع الطلاق بترك التورية، وإن لم يدهش بالإكراه. [ت]

كَالمَغْشِيِّ عَلَيْهِ، فَهُوَ كالنَّائِمِ، فَلاَ يَنْفُذُ (ز) مَا تَلَفَّظَ بِهِ[1].

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: المَحَلُّ) وَهِيَ المَرْأَةُ فَلَوْ أَضَافَ الطَّلاَقَ إِلَىٰ نِصْفِهَا، نَفَذَ، وَلَوْ أَضَافَ إِلَى عُضْوٍ مُعَيَّنٍ (ح)؛ كَاليَدِ، وَالرَّأْسِ، وَالكَبِدِ، وَالطِّحَالِ، نَفَذَ، وَإِنْ أَضَافَ إِلَى فَضَلاَتِ بَدَنِهَا؛ كَالرِّيقِ وَاللَّبَنِ وَالمَنِيِّ، لَمْ يَنْفُذْ (و)، وَكَذَلِكَ إِلَى الجَنِينِ، وَالدَّمُ وَالشَّحْمُ كَالفَضَلاَتِ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَضَافَ إِلَىٰ لَوْنِهَا وَحُسْنِهَا وَصِفَاتِهَا، لَمْ يَنْفُذْ (و)، وَالرُّوحُ وَالحَيَاةُ كَالأَجْزَاءِ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَيَمِينُكِ طَالِقٌ، فَقُطِعَتْ، ثُمَّ دَخَلَتِ الدَّارَ، طُلِّقَتْ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ لِمَقْطُوعَةِ اليَمِينِ يَمِينُكِ طَالِقٌ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، كَمَا لَوْ قَالَ: ذَكَرُكِ أَوْ لِحْيَتُكِ طَالِقٌ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ لِعَدَمِ المُضَافِ إِلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْكِ طَالِقٌ، وَنَوَىٰ، وَقَعَ (ح)، وَلاَ يُشْتَرَطُ نِيَّةُ إِضَافَةِ الطَّلاَقِ إِلَيْهَا؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، بَلْ يَكْفِي نِيَّةُ أَصْلِ الطَّلاَقِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْتَبْرِئُ رَحِمِي مِنْكِ، فَلَيْسَ بِكِنَايَةٍ، وَقَوْلُ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ: أَنَا مِنْكِ حُرٌّ لَيْسَ بِكِنَايَةٍ، عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ.

(الرُّكْنُ الخَامِسُ:) الوِلاَيَةُ عَلَى المَحَلِّ، فَإِذَا قَالَ لأَجْنَبِيَّةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعْ، وَلَمْ يَنْقُصِ العَدَدُ، وَلَوْ قَالَ لِلرَّجْعِيَّةِ، وَقَعَ، وَلَوْ قَالَ لِلْمُخْتَلِعَةِ، لَمْ يَقَعْ (ح)، وَلَوْ قَالَ لأَجْنَبِيَّةٍ: إِنْ نَكَحْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعْ (ح)، إِذَا نَكَحَهَا، وَلَوْ قَالَ العَبْدُ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً، ثُمَّ عَتَقَ، فَدَخَلَتِ الدَّارَ، وَقَعَ الثَّلاَثُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكِ الثَّالِثَةَ عِنْدَ التَّعْلِيقِ، لَكِنْ مَلَكَ النِّكَاحَ المُبِيحَ لَهُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لأَمَتِهِ: إِذَا وَلَدْتِ، فَوَلَدُكِ حُرٌّ؛ لأَنَّهُ مَلَكَ الأَصْلَ، وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ أَبَانَهَا، فَدَخَلَتْ، ثُمَّ نَكَحَهَا، فَدَخَلَتْ، لَمْ يَقَعِ (م و)[2] الطَّلاَقُ؛ لانْحِلاَلِ اليَمِينِ بِالدُّخُولِ الأَوَّلِ، وَلَوْ لَمْ تَدْخُلْ؛ حَتَّىٰ نَكَحَهَا، فَفِي وُقُوعِ الطَّلاَقِ قَوْلاَ عَوْدِ الحِنْثِ، وَلَوِ اسْتَوْفَى الثَّلاَثَ بِالتَّنْجِيزِ، لَمْ يَعُدِ الْحِنْثُ (و) في نِكَاحٍ بَعْدَهُ، وَمَنْ طَلَّقَ طَلْقَةً، أَوْ طَلْقَتَيْنِ، فَبَانَتْ، وَوَطِئَهَا زَوْجٌ آخَرُ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الأَوَّلِ، عَادَتْ بِبَقِيَّةِ الطَّلاَقِ (ح م) وَلَمْ يَنْهَدِمِ (ح) الطَّلاَقُ المَاضِي، وَإِنَّمَا يَنْهَدِمُ إِذَا نَكَحَتْ بَعْدَ الثَّلاَثِ زَوْجاً آخَرَ، وَالحُرُّ يَمْلِكُ ثَلاَثَ تَطْلِيقَاتٍ عَلَى الحُرَّةِ وَالأَمَةِ (ح و)[3]، وَالعَبْدُ يَمْلِكُ ثِنْتَيْنِ عَلَى الحُرَّةِ وَالأَمَةِ (ح و)[4]، فَلَوْ طَلَّقَ الذِّمِّيُّ طَلْقَتَيْنِ، ثُمَّ الْتَحَقَ بِدَارِ الحَرْبِ، وَاسْتُرِقَّ كَانَ [ح و][5] لَهُ نِكَاحُ المُطَلَّقَةِ، وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، ثُمَّ طَرَأَ الرِّقُّ، لَمْ يَمْلِكْ إِلاَّ طَلْقَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ طَلَّقَ في الرِّقِّ طَلْقَتَيْنِ، ثُمَّ عَتَقَ، لَمْ يَحِلَّ (و) لَهُ نِكَاحُهَا، وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، ثُمَّ عَتَقَ، مَلَكَ طَلْقَتَيْنِ، وَالقَوْلُ الصَّحِيحُ الجَدِيدُ أَنَّ طَلاَقَ المَرِيضِ قَاطِعٌ (ح

---

(١) قال الرافعي: «فإن سقط كالمغشي عليه فهو كالنائم فلا ينفذ ما تلفظ به» الأوفق لإطلاق الأكثرين أنه على الخلاف السابق. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) سقط من أ.

و)[1] لِلمِيرَاثِ؛ كَطَلاَقِ الصَّحِيحِ، فَلاَ مَعْنَىٰ لِتَطْوِيلِ التَّفْرِيعِ؛ عَلَى القَوْلِ الضَّعِيفِ.

(البَابُ الثَّالِثُ: في تَعْدِيدِ الطَّلاَقِ، وَفِيهِ فُصُولٌ:)

(الأَوَّلُ في نِيَّةِ العَدَدِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ طَلَّقْتُك، وَنَوَىٰ، عَدَداً، نَفَذَ (ح) مَا نَوَاهُ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً، وَنَوَى الثَّلاَثَ، لَمْ يَقَعِ العَدَدُ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الأَوْجُهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ وَاحِدَةً، وَنَوَىٰ تَوحُّدَهَا بِالبَيْنُونَةِ الكُبْرَىٰ، وَقَعَ الثَّلاَثُ؛ عَلَى الأَصَحِّ وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً، وَلَكِنْ وَقَعَ قَوْلُهُ: ثَلاَثاً، بَعْدَ مَوْتِهَا، وَقَعَ الثَّلاَثُ (ح)، في وَجْهٍ، لأَنَّ الثَّلاَثَ كَالتَّفْسِيرِ، وَوَقَعَتْ (ح) وَاحِدَةٌ في وَجْهٍ (و)، وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ في وَجْهٍ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: في التَّكْرَارِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْت طَالِقٌ، وَنَوَى التَّأْكِيدَ، لَمْ يَقَعْ إِلاَّ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ نَوى الثَّلاَثَ، وَقَعَ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَيُحْمَلُ عَلَى التَّأْكِيدِ أَو التكْرِير. فيه قَوْلاَنِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّالِثَةِ تَأْكِيدَ الثَّانِيَة، وبالثَّانِيَةِ الإِيقَاع، وَقَعَتْ ثِنْتَانِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّالِثَةِ تَأْكِيدَ الأُولَى، لَمْ يَجُزْ (و)، لِتَخَلُّلِ الفَاصِلِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَطَالِقٌ، وَطَالِقٌ، وَقَصَدَ بِالثَّانِي تَأْكِيدَ الأَوَّلِ، لَمْ يَجُزْ؛ لِتَخلُّلِ الوَاوِ، وَلَوْ قَصَدَ بِالثَّالِثَةِ تَأْكِيدَ الثَّانِيَةِ، جَازَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَطَالِقٌ، فَطَالِقٌ، لَمْ يَصِحَّ التَّأْكِيدُ أَصْلاً؛ لِلتَّغَايُرِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ، بَلْ طَالِقٌ، وَلَوْ قَال: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً فَطَلْقَةً، نَصَّ عَلَىٰ وُقُوعِ اثْنَتَيْنِ، وَلَو قَالَ: عَلَيَّ دِرْهَمٌ، فَدِرْهَمٌ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلاَّ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ. لأَنَّ التَّكْرَارَ يَلِيقُ بِالأَخْبارِ، دُونَ الإِنْشاءِ.

وَقِيلَ: قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً، بَلْ طَلْقَتَيْنِ، وَقَعَ الثَّلاَثُ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ بَلْ دِرْهَمَانِ، لَمْ يَلْزَمْ إِلاَّ دِرْهَمَانِ، وَكُلُّ ذَلِكَ في المَدْخُولِ بِهَا، فَأَمَّا غَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا، فَتَبِينُ بالأُولَىٰ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً مَعَ طَلْقَةٍ، أَوْ مَعَهَا طَلْقَةٌ، أَوْ تَحْتَ طَلْقَةٍ، أَوْ فَوْقَ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ ثِنْتَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ؛ وَكَذَلِكَ قَبْلَ الدُّخُولِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ قَبْلَ الدُّخُولِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ [معا][2]، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ، وَقَعَتِ اثْنَتَانِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً قَبْلَ طَلْقَةٍ، أَوْ قَبْلَهَا طَلْقَةٌ، وَقَعَتِ اثْنَتَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ (و)، وَقَبْلَ الدُّخُولِ تَقَعُ(ح) وَاحِدَةٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلاَ يَقَعُ شَيْءٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لاسْتِحَالَةِ طَلاَقٍ مَوْصُوفٍ بِالقَبْلِيَّةِ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في الطَّلاَقِ بِالحِسَابِ)، وَهُوَ ثَلاَثَةُ أَقْسَامٍ:

(الأَوَّلُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً في اثْنَتَيْنِ، وَأَرَادَ الحِسَاب، كَانَ كَمَا نَوىٰ، وَإِنْ أَرَادَ الظَّرْفَ، قُبِلَ، وَلَمْ يَقَعْ مَا جَعَلَهُ ظَرْفاً، وَإِنْ أَرَادَ الجَمْعَ، وَقَعَ، وَكَانَ في مَعْنَىٰ «مَعَ»، وَإِنْ أَطْلَقَ،

---

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

وَهُوَ مِمَّنْ لاَ يَفْهَمُ الحِسَابَ، حُمِلَ عَلَى الظَّرْفِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَفْهَمُ الحِسَابَ، وَلَكِنْ لَمْ يَقْصِدْهُ الآنَ، فَيُحْمَلُ عَلَى الظَّرْفِ أَوِ الحِسَابِ، فِيهِ قَوْلاَنِ، وَالجَاهِلُ بِالحِسَابِ، إِذَا قَالَ: أَرَدْتُ مَا يُرِيدُهُ الحُسَّابُ، لَمْ يُقْبَلْ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُ مِثْلَ مَا طَلَّقَ زَيْدٌ، وَهُوَ لاَ يَدْرِي عَدَدَهُ، لَمْ تُؤَثِّرْ نِيَّتُهُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لِتَعَذُّرِ إِرَادَةِ مَا لَمْ يَعْلَمْ.

(القِسْمُ الثَّانِي: فِي التَّجْزِئَةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلْقَةٍ، أَوْ رُبُعَ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ، وَكَمُلَ، وَلَوْ قَالَ: ثَلاَثَةَ أَنْصَافِ طَلْقَةٍ، أَوْ أَرْبَعَةَ أَثْلاَثِ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَتَقَعُ ثِنْتَانِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لِزِيَادَةِ الأَجْزَاءِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ، أَوْ نِصْفَيْ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَقِيلَ: يَقَعُ ثِنتَانِ، وَلَوْ قَالَ: ثُلُثَ وَرُبُعَ وَسُدُسَ طَلْقَةٍ، فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: ثُلُثَ طَلْقَةٍ وَرُبُعَ طَلْقَةٍ وَسُدُسَ طَلْقَةٍ، فَهِيَ أَيضاً طَلْقَة.

وَقِيلَ: هِيَ ثَلاَثُ[1] طَلَقَاتٍ.

(القِسْمُ الثَّالِثُ فِي الاشْتِرَاكِ): فَإِذَا قَالَ لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: أَوْقَعْتُ عَلَيْكُنَّ طَلْقَةً، طُلِّقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ طَلْقَةً؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلاَثاً أَوْ أَرْبَعاً، فَإِنْ أَوْقَعَ خَمْسَ طَلَقَاتٍ، طُلِّقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ طَلْقَتَيْنِ، فَإِنْ أَوْقَعَ تِسْعَ طَلَقَاتٍ، طُلِّقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ ثَلاَثاً، وَإِنْ قَالَ: أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ طَلْقَةً فَطَلْقَةٌ لِلاشْتِرَاكِ، فَإِنْ خَصَّصَ بِوَاحِدَةٍ، فَنِيَّتُهُ لاَ تُقْبَلُ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ أَرْبَعَ طَلَقَاتٍ، ثُمَّ خَصَّصَ بِوَاحِدَةٍ؛ حَتَّىٰ يَتَعَطَّلَ الرَّابِعَةُ، لَمْ يُقْبَلْ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَإِنْ قُبِلَ التَّخْصِيصُ فِي الثَّلاَثِ، وَلَوْ قَالَ لِثَلاَثٍ: أَوْقَعْتُ عَلَيْكُنَّ طَلْقَةً، وَقَالَ لِلرَّابِعَةِ: أَشْرَكْتُكِ مَعَهُنَّ، وَنَوَى الطَّلاَقَ، وَقَعَتْ عَلَى الرَّابِعَةِ وَاحِدَةٌ.

وَقِيلَ: تَقَعُ ثِنْتَانِ؛ لأَنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ عَلَىٰ نِصْفِ الثَّلاَثِ، وَهِيَ طَلْقَةٌ وَنِصْفٌ.

(البَابُ الرَّابِعُ: فِي الاسْتِثْنَاءِ)

فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ وَاحِدَةً، وَقَعَ ثِنْتَانِ، وَشَرْطُ الاسْتِثْنَاءِ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلاً، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ قَصْدُهُ مُقْتَرِناً بِاللَّفْظِ، فَلَوْ بَدَا لَهُ عَقِيبَ اللَّفْظِ الاسْتِثْنَاءُ، لَمْ يَجُزْ، وَشَرْطُهُ أَلاَّ يَكُونَ مُسْتَغْرِقاً، وَفِيهِ فَصْلاَنِ:

(الأَوَّلُ: فِي المُسْتَغْرِقِ): وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ ثَلاَثاً، وَقَعَ الثَّلاَثُ؛ لِبُطْلاَنِ الاسْتِثْنَاءِ، وَلَوْ قَالَ: ثَلاَثاً إِلاَّ ثِنْتَيْنِ وَوَاحِدَةً، فَفِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ يُجْمَعُ مَا فَرَّقَهُ وَيُجْعَلُ مُسْتَغْرِقاً، وَفِي الثَّانِي يُخَصَّصُ البُطْلاَنُ

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال: ثلث طلقة وربع طلقة وسدس طلقة فهي أيضاً طلقة، وقيل هي ثلاث» النظم يرجح الأول، والأصح الثاني. [ت]

بِالوَاحِدَةِ، إِذْ بِهَا يَقَعُ ٱلاسْتِغْرَاقُ؛ وَعَلىٰ هَذَا الخِلاَفِ يُبْتَنَىٰ (و) قَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ وَوَاحِدَةً إِلاَّ وَاحِدَةً، فَإِنَّهُ إِنْ جُمِعَ المُسْتَثْنَى عَنْهُ، لَمْ يَكُنْ مُسْتَغْرِقاً؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إِلاَّ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً، وَقَعَ الثَّلاَثُ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ.

(الثَّانِيَةُ): ٱلاسْتِثْنَاءُ مِنَ النَّفْيِ إِثْبَاتٌ، وَمِنَ الإِثْبَاتِ نَفْيٌ؛ فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ ثِنْتَيْنِ إِلاَّ وَاحِدَةً، وَقَعَ ثِنْتَانِ؛ مَعْنَاهُ: إِلاَّ ثِنْتَيْنِ لاَ تَقَعُ إِلاَّ وَاحِدَةً، مِنَ الثِّنْتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ ثَلاَثاً إِلاَّ وَاحِدَةً، وَقَعَتْ ثِنْتَانِ؛ [وَقِيلَ تَقَعُ وَاحِدَةٌ][1] لأَنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنِ ٱلاسْتِغْرَاقِ؛ بِقَوْلِهِ إِلاَّ وَاحِدَةً.

وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلاَثُ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ خَمْساً إِلاَّ ثَلاَثاً، وَقَعَ ثِنْتَانِ.

وَقِيلَ: الزِّيَادَةُ تَلْغُو؛ فَيَبْقَىٰ ٱلاسْتِثْنَاءُ مُسْتَغْرِقاً؛ وَعَلَىٰ هَذَا، لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَرْبَعاً إِلاَّ ٱثْنَتَيْنِ، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ (و)، وَعَلَى الأَوَّلِ، تَقَعُ ٱثْنَتَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ نِصْفَ طَلْقَةٍ، وَقَعَ الثَّلاَثُ؛ لأَنَّهُ أَبْقَى النِّصْفَ، فَيَكْمُلُ، وَقِيلَ: ٱسْتِثْنَاءُ النِّصْفِ كَٱسْتِثْنَاءِ الوَاحِدِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّعْلِيقِ بِالمَشِيئَةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شَاءَ الله، لَمْ يَقَعْ (م)[2]؛ لأَنَّهُ لاَ يَدْرِي؛ أَنَّهُ شَاءَ الله تَعَالَىٰ أَمْ لاَ؛ وَكَذَلِكَ فِي الْعِتْقِ (م)، وَنَصَّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، إِنْ شَاءَ الله، لاَ يَكُونُ مُظَاهِراً، وَقَدْ قِيلَ بِطَرْدِ هَذَا القَوْلِ فِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ، وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ، إِنْ شَاءَ اللهُ، يَقَعُ فِي الظَّاهِرِ؛ لأَنَّ الاسْمَ لاَ يَحْتَمِلُ ٱلاسْتِثْنَاءَ، وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ، أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً، إِنْ شَاءَ الله، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ بِقَوْلِ: «يا طَالِقُ»، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً، يا طَالِقُ، إِنْ شَاءَ الله، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَيَكُونُ قَوْلُهُ: «يَا طَالِقُ» وَصْفاً بِالثَّلاَثِ، فَيَرْجِعُ ٱلاسْتِثْنَاءُ إِلَى الثَّلاَثِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ لَمْ يَشَأ الله، أَوْ إلا أن يَشَاءَ الله، لَمْ يَقَعْ (و)؛ لِلجَهْلِ بالمَشِيئَةِ؛ وَلأَنَّهُ يَسْتَحِيلُ الوُقُوعُ عَلَىٰ خِلاَفِ المَشِيئَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ، فَيَلْغُو وَيَقَعُ (ح)، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِلاَّ أَنْ يَدْخُلَ زَيْدٌ الدَّارَ، لَمْ يَقَعْ إِلاَّ إِذَا مَاتَ زَيْدٌ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَيَتَبَيَّنُ وُقُوعُهُ أَوَّلاً، فَلَوْ شَكَّ فِي دُخُولِهِ، فَقِيلَ: إِنَّهُ يَقَعُ؛ لأَنَّ ٱلاسْتِثْنَاءَ صَارَ مَشْكُوكاً فِيهِ.

وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ؛ لأَنَّ عَدَمَ الدُّخُولِ مُعَلَّقٌ عَلَيْهِ، وَصَارَ مَشْكُوكاً فِيهِ.

(البَابُ الخَامِسُ: فِي الشَّكِّ فِي الطَّلاَقِ)

فَإِذَا شَكَّ، هَلْ طَلَّقَ أَمْ لاَ؟ فَالأَصْلُ عَدَمُ الطَّلاَقِ، وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: إِنْ كَانَ هَذَا غُرَاباً، فَٱمْرَأَتِي طَالِقٌ، وَقَالَ الآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَاباً، فَٱمْرَأَتِي طَالِقٌ، وَأَشْكَلَ، لَمْ تَحْرُمْ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَوْجَتُهُ،

---

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله لم يقع شيء» هذا وجه، والأشبه بالترجيح وقوع طلقة لقوله: يا طالق. [ت] هكذا بالأصول المعتمد عليها من التذنيب.

وَلَوْ قَالَ وَاحِدٌ إِنْ كَانَ غُرَاباً، فَزَيْنَبُ طَالِقٌ، وَإِلاَّ فَعَمْرَةُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْهُما، وَلَوْ جَرَىٰ مِنْ شَخْصَيْنِ في عَبْدَيْنِ، تَصَرَّفَا فِيهِما، فَلَوِ ٱشْتَرَىٰ أَحَدُهُمَا العَبْدَ الآخرَ، صَارَ مَحْجُوراً فِيهِمَا.

وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ لِلحَجْرِ المُشْتَرَىٰ، وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا، وَنَسِيَ، فَعَلَيْهِ التَّوَقُّفُ إِلى التَّذَكُّرِ، وَلَوْ قَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، وَخَاطَبَ زَوْجَتَهُ وَأَجْنَبِيَّةً، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الأَجْنَبِيَّةَ، قُبِلَ؛ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ خَاطَبَ بِهِ زَوْجَتَيْهِ، لَزِمَهُ (م) التَّعْيينُ عَلَىٰ الفَوْرِ، وَعَصَىٰ، بِالتَّأْخِيرِ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُمَا إِلَى البَيَانِ، وَيَقَعُ الطَّلاَقُ باللَّفْظِ أَوْ بِالتَّعْيِين؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَعَلَيْهِمَا يَنْبَنِي وَقْتُ احْتِسَابِ العِدَّةِ، وَلَوْ وَطِىءَ إِحْدَاهُمَا، وَقُلْنَا: يَقَعُ الطَّلاَقُ بِاللَّفْظِ، كَانَ تَعْييناً، وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّعْيينِ، لَمْ يُؤَثِّرِ الوَطْءُ، وَلَوْ مَاتَتَا (و ح) لَمْ تَسْقُطِ المُطَالَبَةُ بِالتَّعْيينِ لأَجْلِ المِيرَاثِ، وَلَكِنْ إِنْ قُلْنَا: يَقَعُ بالتَّعْيينِ، فَيَتَبَيَّنُ وُقُوعُ الطَّلاَقِ قَبْلَ المَوْتِ؛ عَلَىٰ هَذَا الوَجْهِ، أَو عِنْدَ الإِبْهَامِ للضَّرُورَةِ، فِيهِ خلاَفٌ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ هَذِهِ، بَلْ هَذِهِ، كَانَ إِقْرَاراً بِهِمَا، وَلَوْ قَالَ: عَيَّنْتُ هَذِهِ وَهَذِهِ، تَعَيَّنَتِ الأُولَىٰ، وَلَوْ قَالَتْ في مَسْأَلَةِ الغُرَابِ: كَانَ غُرَاباً، وَأَنَا طَالِقٌ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى البَتِّ؛ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ غُرَاباً أَو يَنْكُلَ، وَلاَ يَكْفِيهِ اليَمِينُ، لاَ عَلَىٰ نَفْيِ العِلْمِ، وَلاَ عَلَى النِّسْيَانِ، وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجُ، وَمَاتتا، فَهَلْ لِلوَارِثِ التَّعْيِينُ؛ لأَجْلِ المِيرَاثِ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ، وَفي الثَّالِثِ؛ لَهُ أَنْ يَقُولَ «أَرَادَ الزَّوْجُ هَذِهِ»، وَلَيْسَ لَهُ إِنْشَاءُ التَّعْيِينِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ هَذَا غُرَاباً، فَعبدِي حُرٌّ، وَإِلاَّ فَزَوْجَتِي طَالِقٌ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ البَيَانِ، فَفِي وَجْهٍ؛ يُعَيِّنُ الوَارِثُ، وَفي وَجْهٍ؛ نُقْرِعُ بَيْنَهُمَا؛ لأَنَّ القُرْعَةَ تَعْمَلُ في الْعِتْقِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَى العَبْدِ، عَتَقَ، وَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى المَرْأَةِ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ إِذْ لاَ أَثَرَ لِلقُرْعَةِ في الطَّلاَقِ، وَهَلْ يَرِقُّ العَبْدُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الشَّطْرُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ: في التَّعْلِيقاتِ، وَفِيهِ فُصُولٌ وَفُرُوعٌ:)

(الفَصْلُ الأَوَّلُ: في التَّعْلِيقِ بِالأَوْقَاتِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ في شَهْرِ رَمَضَانَ، طُلِّقَتْ عِنْدَ ٱسْتِهْلَالِ الهِلاَلِ (ح)، وَلَوْ قَالَ: في يَوْمِ السَّبْتِ، فَعِنْدَ طُلُوعِ الفَجْرِ، وَلَوْ قَالَ: آخِرَ شَهْرِ رَمَضَانَ، فَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنْهُ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ أَوَّلُ النِّصْفِ الأَخِيرِ.

وَلَوْ قَالَ: أَوَّلَ آخِرِ الشَّهْرِ، فَهُوَ أَوَّلُ اليَوْمِ الأَخِيرِ.

وَقِيلَ: أَوَّلَ النِّصْفِ الآخِرِ.

وَلَوْ قَالَ: آخِرَ الأَوَّلِ، فَهُوَ آخِرُ اليَوْمِ الأَوَّلِ.

وَقِيلَ: آخِرَ اللَّيْلَةِ الأُولَىٰ.

وَقِيلَ: آخِرَ النِّصْفِ الأَوَّلِ.

وَلَوْ قَالَ: في سَلْخِ الشَّهْرِ، فَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنَ الشَّهْرِ.

وَقِيلَ: أَوَّلَ اليَوْمِ الأَخِيرِ.

وَلَوْ قَالَ: بِاللَّيْلِ: إِذَا مَضَىٰ يَوْمٌ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَتُطَلَّقُ آخِرَ الغَدِ، وَلَوْ قَالَ: بِالنَّهَارِ، فَإِذَا عَادَ إِلَىٰ مِثْلِ ذَلِكَ الوَقْتِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتِ السَّنَةُ، فَعِنْدَ أَوَّلِ هِلاَلِ المُحرَّمِ، وَإِنْ كَانَ قَرِيباً، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ، فَإِلَىٰ مُضِيِّ ٱثْنَىٰ عَشَرَ شَهْراً، والشَّهْرُ الأَوَّلُ المِنْكَسِرُ يُكَمَّلُ ثَلاَثِينَ يَوْماً مِنَ الآخِرِ، وَيُحْتَسَبُ (ح) أَحَدَ عَشَرَ شَهْراً بالأَهِلَّةِ بَعْدَهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بِالأَمْسِ، لَمِ يُسْتَنَدْ إِلَى الأَمْسِ، وَيَقَعُ فِي الحَالِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ الآنَ طَلاَقاً يَنْعَكِسُ حُكْمُهُ إِلَى المَاضِي، نَفَذَ في الحَالِ، وَلَمْ يَنْعَكِسْ.

وَقِيلَ: يَلْغُو؛ لأَنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: إِنْ طِرْتُ أَوْ صَعِدْتُ إلى السَّمَاءِ، أَوْ أَحْيِيتُ مَيْتاً.

وَقِيلَ في التَّعْلِيقِ بِالصُّعُودِ وَالإِحْيَاءِ: إِنَّهُ أَيْضاً يَقَعُ (و).

وَقِيلَ في الإِحْيَاءِ: «يَقَعُ» دُونَ الصُّعُودِ؛ فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ مَوْتِ فُلاَنٍ بِشَهْرٍ، أَوْ قَبْلَ قُدُومِهِ، ثُمَّ مَاتَ، أَوْ قَدِمَ بَعْدَ أَكْثَرَ مِنْ شَهْرٍ، تَبَيَّنَ (و) وُقُوعُ الطَّلاَقِ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَمْسِ غَداً، أَوْ غَداً أَمْسِ، وَقَعَ اليَوْمَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ في الشَّهْرِ المَاضِي، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً، أَوْقَعْتُهَا بِالأَمْسِ، قُبِلَ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ زَوْجاً آخَرَ طَلَّقَهَا، أَوْ طَلَّقْتُهَا، وَأَبَنْتُهَا، ثُمَّ جَدَّدْتُ النِّكَاحَ، لَمْ يُقْبَلْ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً في كُلِّ سَنَةٍ طَلْقَةً، طُلِّقَتْ طَلْقَةً وَاحِدَةً في الحَالِ، وَالثَّانِيَةَ أَوَّلَ المُحَرَّمِ، إِنْ أَرَادَ السِّنِينَ العَرَبِيَّةَ، وَإِلاَّ فَإِلَىٰ أَنْ تَنْقَضِيَ سَنَةٌ كَامِلَةٌ.

وَلَوْ قَالَ: في كُلِّ يَوْمٍ طَلْقَةً، طُلِّقَتْ في الحَالِ طَلْقَةً وَاحِدَةً، وَالثَّانِيَةَ صَبِيحَةَ الغَدِ، فَإِنْ قَالَ:

أَرَدْتُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ كُلِّ طَلْقَتَيْنِ يَوْمٌ، فَيُدَيَّنُ، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِراً؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّعْلِيقِ بِالتَّطْلِيقِ وَنَفْيِهِ)، فَإِذَا قَالَ: إِنْ طَلَّقْتُكِ، أَوْ «إِذَا»، أو «مَهْمَا»، أَوْ مَتَىٰ مَا طَلَّقْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِذَا طَلَّقَهَا طُلِّقَتْ طَلْقَتَيْنِ، بَعْدَ الدُّخُولِ، وَطَلْقَةً قَبْلَ الدُّخُولِ؛ لأَنَّ المُعَلَّقَ يُصَادِفُ حَالَ البَيْنُونَةِ وَكذلِكَ إِذَا خَالَعَهَا وَلَيْسَ ذلِكَ لأَنَّ الجَزَاءَ يَتَأَخَّرُ عَنِ الشَّرْطِ، وَلَكِنَّ ذَلِكَ لِلمُضَادَّةِ، وَإِنْ عَلَّقَ طَلاَقَهَا عَلَىٰ صِفَةٍ، وَوُجِدَتْ، فَهُوَ تَطْلِيقٌ، وَمُجَرَّدُ الصِّفَةِ لَيْسَ إِيقَاعاً، وَهُوَ وُقُوعٌ، وَمُجَرَّدُ ٱلتَّعْلِيقِ لَيْسَ بِإِيقَاعٍ وَلاَ وُقُوعٍ، وَلَوْ قَالَ، وَلَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ إِذَا طَلَّقْتُ وَاحِدَةً، فَعَبْدٌ مِنْ عَبِيدِي حُرٌ، وَإِنْ طَلَّقْتُ ٱثْنَتَيْنِ، فَعَبْدَانِ، وَإِنْ طَلَّقْتُ ثَلاَثاً، فَثَلاَثَةُ أَعْبُدٍ، وَإِنْ طَلَّقْتُ أَرْبَعاً، فَأَرْبَعَةُ أَعْبُدٍ، ثُمَّ طَلَّقَ الأَرْبَعَ، عَتَقَ عَشَرَةُ أَعبُدٍ؛ لأَنَّهُ حَنِثَ فِي الأَيْمَانِ الأَرْبعَةِ، وَلَوْ قَالَ: كُلَّمَا بَدَّلَ إِنْ عَتَقَ خَمْسَةَ عَشَرَ عَبْداً؛ لأَنَّ فِي الأَرْبَعَةِ أَرْبَعَةَ آحَادٍ، وَٱثْنَيْنِ مَرَّتَيْنِ، وَثَلاَثَةً مَرَّةً، وَأَرْبَعَةً مَرَّةً.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإنما يَتَبَيَّنُ عَدَمُ الطَّلاَقِ لِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، فَعِنْدَ ذَلِكَ يَتَبَيَّنُ وُقُوعُ الطَّلاَقِ قُبَيْلَ المَوْتِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا لَمْ أُطَلِّقْكِ، فَأَنْتَ طَالِقٌ، طُلِّقَتْ، إِنْ لَمْ يُطَلِّقْهَا، عَلَى الفَوْرِ.

وَقِيلَ فِي لُزُومِ الفَوْرِ قَوْلاَنِ فِي المَسْأَلَتَيْنِ، وَحَيْثُ لاَ يُعْتَبَرُ الفَوْرُ يَحْصُلُ اليَأْسُ بِجُنُونٍ مُتَّصِلٍ بِالمَوْتِ، وَلَكِنَّ تَوَهُّمَ الإِفَاقَةِ يَمْنَعُ الطَّلاَقَ، فَإِذَا مَاتَ مَجْنُوناً، تَبَيَّنَ وُقُوعُ الطَّلاَقِ قُبَيْلَ الجُنُونِ، وَلَوِ ٱنْفَسَخَ النِّكَاحُ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ تَجْدِيدِ نِكَاحٍ وَطَلاَقٍ، تَبَيَّنَ وُقُوعُ الطَّلاَقِ قَبْلَ ٱلانْفِسَاخِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً، فَيُؤَدِّي تَقَدُّمُهُ عَلَىٰ ٱلانْفِسَاخِ إِلَى الدَّوْرِ، وَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الفَسْخِ، وَطَلَّقَهَا، فَقَدْ حَصَلَ البِرُّ، وَإِنْ لَمْ يُطَلِّقْهَا، وَجَوَّزْنَا عَوْدَ ٱلْحِنْثِ، طُلِّقَتْ فِي النِّكَاحِ الثَّانِي قَبْلَ المَوْتِ، وَإِنْ لَمْ نَرَ عَوْدَ الحِنْثِ، وَجَبَ إِسْنَادُ الطَّلاَقِ إِلَىٰ مَا قَبْلَ الفَسْخِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ، أَوْ إِنْ طَلَّقْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهَذَا لِلتَّعْلِيلِ؛ فَيَقَعُ فِي الحَالِ إِلاَّ إِذَا لَمْ يَعْرِفِ اللُّغَةَ، فَهُوَ تَعْلِيقٌ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: فِي التَّعْلِيقِ بِالحَمْلِ وَالوِلاَدَةِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولىٰ): إِذَا قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَامِلاً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعْ فِي الحَالِ؛ لِلشَّكِّ، لَكِنْ إِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، تَبَيَّنَ وُقُوعُ الطَّلاَقِ، وَإِنْ كَانَ لأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَلاَ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا، فَقَوْلاَنِ.

وَالأَظْهَرُ أَنَّ الوَطْءَ لاَ يَحْرُمُ فِي الحَالِ؛ كَمَسْأَلَةِ الغُرَابِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَحْرُمُ إِلَىٰ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا بِقُرْءٍ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَبِثَلاَثَةِ أَقْراءٍ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَبِالأَشْهُرِ؛ فِي حَقِّ الصَّبِيَّةِ المُرَاهِقَةِ (و).

وَفِي حَقِّ الآيِسَةِ، هَلْ يُكْتَفَىٰ بِالإِيَاسِ دَلاَلَةً فِيهِ خِلاَفٌ.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَائِلاً، فَحُكْمُهُ مَا سَبَقَ، وَلَكِنْ عَلَى العَكْسِ؛ فَحَيْثُ يَقَعُ فِي

الحَمْلِ، لاَ يَقَعُ هَهُنَا، وَالتَّحْرِيمُ أَوْلَىٰ فِي الحِيَالِ؛ لأَنَّ الأَصْلَ الحِيَالُ، وَلَوْ ٱنْقَضَتِ الأَقْرَاءُ، وَقَعَ الطَّلاَقُ، لِظُهُورِ الحِيَالِ، وَيَحْتَمِلُ (و) أَلاَّ يَقَعَ؛ لأَنَّهُ لاَ يُوجِبُ اليَقِينَ، وَالصِّفَةُ لاَ بُدَّ مِنَ ٱسْتِيفَائِهَا.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَامِلاً بِذَكَرٍ، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً بِأُنْثَىٰ، فَطَلْقَتَيْنِ، فَوَلَدَتْ ذَكَراً وأُنْثَىٰ، وَقَعَتْ ثَلاَثاً، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمْلُكِ كَذَا وَكَذَا، لَمْ تُطَلَّقْ لأَنَّهُ يَخُصُّ الجِنْسَ، وَإِنْ أتت بِذَكَرَيْنِ، قِيلَ: طُلِّقَتْ وَاحِدَةً.

وَقِيلَ: لاَ؛ لأَنَّ التَّنْكِيرَ لِلتَّوْحِيدِ.

(الرَّابِعَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتِ وَلَداً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَوَلَدَتْ وَلَدَيْنِ، طُلِّقَتْ بِالأَوَّلِ، وَٱنْقَضَتْ (م) عِدَّتُهَا بِالثَّانِي، فَلَوْ قَالَ: «كُلَّمَا وَلَدْتِ وَلَداً، لَمْ تُطَلَّقْ بِالثَّانِي فِي القَوْلِ الجَدِيدِ، لأَنَّهُ طَلاَقٌ قَارَنَ ٱنْقِضَاءَ العِدَّةِ؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ ٱنْقِضَاءِ العِدَّةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتِ وَلَداً، فَطَلْقَةً[1]، وَإِنْ كَانَ ذَكَراً، فَطَلْقَتَيْنِ، فَوَلَدَتْ غُلاَماً، طُلِّقَتْ ثَلاَثاً؛ لِلْحِنْثِ فِي اليَمِينِ، وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ حَوَامِلَ: كُلَّمَا وَلَدَتْ وَاحِدَةٌ، فَصَوَاحِبَاتُهَا طَوَالِقُ، فَوَلَدْنَ عَلَىٰ تَعَاقُبٍ وتَقَارُبٍ، طُلِّقَتِ الأُولَىٰ والرَّابِعَةُ ثَلاَثاً، وَطُلِّقَتِ الثَّانِيَةُ وَاحِدَةً، وَطُلِّقَتِ الثَّالِثَةُ طَلْقَتَيْنِ، فَيُلْتَفَتُ إِلَىٰ عَدَدِ صَاحِبَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ، وَإِلَى ٱنْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِوِلاَدَتِهَا.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ فِي التَّعْلِيقِ بِالحَيْضِ)، فَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضْتِ حَيْضَةً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، طُلِّقَتْ بِتَمَامِ الحَيْضَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضْتِ، طُلِّقَتْ إِذَا مَضَىٰ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ مِنْ أَوَّلِ الحَيْضِ، لَكِنْ بِطَرِيقِ التَّبَيُّنِ.

وَقِيلَ: تُطَلَّقُ بِأَوَّلِ الحَيْضِ؛ بِنَاءً عَلَى الظَّاهِرِ.

وَلَوْ قَالَ لِلحَائِضِ: إِنْ حِضْتِ، فَلاَ تُطَلَّقُ إِلاَّ بِحَيْضَةٍ مُسْتَأْنَفَةٍ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا فِي حَيْضِهَا، وَفِي إِضْمَارِهَا البَعْضَ؛ لأَنَّ ذَلِكَ بَاطِنٌ، لاَ فِي دُخُولِهَا، وَفِي سَائِرِ أَفْعَالِهَا، وَفِي زِنَاهَا وَوِلاَدَتِهَا خِلاَفٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضْتِ، فَضَرَّتُكِ طَالِقٌ، لَمْ يُقْبَلْ يَمِينُهَا فِي حَقِّ الضَّرَّةِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: إِنْ حِضْتُمَا جَمِيعاً، فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ، وَصَدَّقَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الأُخْرَىٰ، طُلِّقَتِ المُكَذَّبَةُ دُونَ المُصَدَّقَةِ؛ لأَنَّ المُكَذَّبَةَ ثَبَتَ حَيْضُ ضَرَّتِهَا فِي حَقِّهَا بِتَصْدِيقِ الزَّوْجِ وَحَيْضِهَا؛ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهَا، وَأَمَّا المُصَدَّقَةُ، فَلَمْ يَثْبُتْ حَيْضُ ضَرَّتِهَا؛ مَعَ تَكْذِيبِ الزَّوْجِ فِي حَقِّهَا، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لأَرْبَعٍ، ثُمَّ صَدَّقَ ٱثْنَتَيْنِ فَقَطْ، لَمْ تُطَلَّقْ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ صَدَّقَ ثَلاَثاً، طُلِّقَتِ المُكَذَّبَةُ.

(الفَصْلُ الخَامِسُ: فِي التَّعْلِيقِ بِالمَشِيئَةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شِئْتِ، فَقَالَتْ فِي الحَالِ: شِئْتُ، طُلِّقَتْ، وَإِنْ قَالَتْ بَعْدَ ذَلِكَ، لَمْ تُطَلَّقْ(و)، وَلَوْ قَالَ لأَجْنَبِيٍّ: إِنْ شِئْتَ، فَزَوْجَتِي طَالِقٌ، فَفِي وُجُوبِ الفَوْرِ خِلاَفٌ (ح م) وَكَذَلِكَ إِذَا عَلَّقَ عَلَىٰ مَشِيئَةِ زَوْجَتِهِ الغَائِبَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ شِئْتِ، وَشَاءَ أَبُوكِ، فَهَلْ يُعْتَبَرُ الفَوْرُ فِي مَشِيئَةِ أَبِيهَا؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَتْ: شِئْتُ إِنْ شِئْتَ، لَمْ تُطَلَّقْ (ز) إِذِ المَشِيئَةُ لاَ تُعَلَّقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ أَبُوكِ وَاحِدَةً، فَشَاءَ أَبُوهَا وَاحِدَةً، لَمْ تُطَلَّقْ

---

(١) في أ: فطلقة واحدة.

(و) أَصْلاً.

وَقِيلَ: تُطَلَّقُ وَاحِدَةً، وَلَوْ قَالَتْ: شِئْتُ، وَهِيَ كَارِهَةٌ بَاطِناً، طُلِّقَتْ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَتِ الصَّبِيَّةُ: شِئْتُ، فَوَجْهَانِ، وَلاَ نَظَرَ [لِقَبُولِ][1] المَجْنُونَةِ.

(الفَصْلُ السَّادِسُ: في مَسَائِلِ الدَّوْرِ)، فَإِذَا قَالَ: إِنْ طَلَّقْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلاَثاً، انْحَسَمَ بَابُ الطَّلاَقِ؛ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: إِذَا نَجَّزَ وَاحِدَةً، وَقَعَتْ تِلْكَ الوَاحِدَةُ.

وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلاَثُ، إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ.

وَمِنَ الدَّوْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ آلَيْتُ أَوْ ظَاهَرْتُ أَوْ رَاجَعْتُ، أَوْ فَسَخْتُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ وَطْئاً مُبَاحاً، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ، فَوَطِيءَ، فَلاَ خِلاَفَ أَنَّهَا لا تُطَلَّقُ قَبْلَهُ. وَمِنَ الدَوْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ طَلَّقْتُ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلاَثاً.

(الْقِسْمِ الثَّانِي: في فُرُوعِ التَّعْلِيقَاتِ)، فَنَذْكُرُهَا أَرْسَالاً.

وَجُمْلَةُ نَظَرِنَا فِي تَحْقِيقِ الصِّفَاتِ، إِذَا عُلِّقَ عَلَيْهَا، فَلْنَذْكُرِ الصِّفَاتِ؛ حَتَّى لا نُطَوِّلَ، فَنَقُولُ: تَعْلِيقُ الطَّلاَقِ بِطُلُوعِ الشَّمْسِ لَيْسَ حَلِفاً، سَوَاءٌ كَانَ بِصِيغَةِ «إِنْ» أَوْ «إِذَا»، وَبِالأَفْعَالِ، حَلِفٌ بِالصِّيغَتَيْنِ، وَبِأَكْلِ رُمَّانَةٍ، يَحْنَثُ فِي التَّعْلِيقِ بِهَا، وَبِنِصْفِ رُمَّانَةٍ، وَالْبِشَارَةُ هِيَ الخَبَرُ [ح][2]. الأَوَّلُ، وَالكَذِبُ خَبَرٌ كَالصِّدْقِ، فَإِذَا قَالَ: يَا عَمْرَةُ، فَأَجَابَتْ حَفْصَةُ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: حَسِبْتُ عَمْرَةَ، طُلِّقَت حَفْصَةُ ظَاهِراً، وفي عَمْرَةَ تَرَدُّدٌ[3] (و ح)؛ إِذْ لَمْ يَجْرِ مَعَهَا إِلاَّ مُجَرَّدُ النِّدَاءِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَقَعَ عَلَيْهَا أَيضاً، وَإِذَا قَالَ العَبْدُ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ مَاتَ سَيِّدِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ، وَقَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: إِنْ مُتُّ، فَأَنْتَ حُرٌّ، لَمْ تُحَرَّمْ بِالطَّلْقَتَيْنِ؛ لِمُقَارَنَةِ العِتْقِ.

وَقِيلَ: تُحَرَّمَ.

وَلَوْ عَلَّقَ طَلاَقَ زَوْجَتِهِ المَمْلُوكَةِ لأَبِيهِ عَلَىٰ مَوْتِ أَبِيهِ، لَمْ يَنْفُذْ؛ لأَنَّهُ وَقْتُ انْفِسَاخِ النِّكَاحِ بِالْمِلْكِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْفُذُ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ يَوْمَ يَقْدَمُ فُلاَنٌ، فَقَدِمَ نِصْفَ النَّهَارِ، طُلِّقَتْ في الحَالِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَتَبَيَّنَ الوُقُوعُ أَوَّلَ النَّهَارِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلَوْ قَدِمَ لَيْلاً، لَمْ تُطَلَّقْ أَصْلاً؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ

---

(١) في أ: قوله.

(٢) سقط من أ.

(٣) قال الرافعي: «وإذا قال: يا عمرة فأجابت حفصة فقال: أنت طالق ثم قال: حسبت، عمرة طلقت حفصة ظاهراً، وفي عمرة تردد» الترتيب المشهور أن عمرة لا تطلق، وفي حفصة وجهان أحدهما: أنها تطلق. [ت]

طَالِقٌ هَكَذَا، وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلاَثِ، طُلِّقَتْ ثَلاَثاً، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ كَلَّمْتِ زَيْداً، إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَمَعْنَاهُ تَعْلِيقُ التَّعْلِيقِ، فَإِذَا كَلَّمَتْ زَيْداً أَوَّلاً، تَعَلَّقَ طَلاَقُهَا بِالدُّخُولِ.

وَلَوْ قَالَ: أَرْبَعَتُكُنَّ طَوَالِقُ إِلاَّ فُلاَنَةَ[1] لَمْ يَصِحَّ (و) هَذَا ٱلاسْتِثْنَاءُ عِنْدَ القَاضِي حُسَيْنٍ[2] رَحِمَهُ اللهُ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: هَؤُلاَءِ الأَعْبُدُ الأَرْبَعَةُ لِفُلاَنٍ إِلاَّ هَذَا الوَاحِدَ[3]، لأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ في المُعَيَّنِ لاَ يُعْتَادُ.

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَطَلَّقْتَ زَوْجَتَكَ؛ أَسْتِخْبَاراً؟ فَقَالَ: نَعَمْ كَانَ إِقْرَاراً، وَإِنْ كَانَ لالْتِمَاسِ الإِنْشَاءِ، فَهُوَ صَرِيحٌ؛ فِي قَوْلٍ.

وَكِنَايَةٌ؛ في قَوْلٍ.

وَلَوْ قَالَتْ: (مَرا طلاق ده)، فَقَالَ: (دازم)، فَيَصِيرُ الْخِطَابُ مُعْتَاداً فِيهِ، وَيَكُونُ صَرِيحاً؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَلَوْ قَالَ الدَّلاَّلُ لِبَائِعِ المَتَاعِ: بِعْتَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، لَمْ يَكُنْ هَذَا خِطَاباً مَعَ المُشْتَرِي[4].

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَلَكَ زَوْجَةٌ؟ فَقَالَ: لا، فَهُوَ صَرِيحٌ في الإِقْرَارِ.

وَقِيلَ: كِنَايَةٌ.

وَلَوْ عَلَّقَ طَلاَقَهَا بِتَمْيِيزِ النَّوَاةِ الَّتِي أَكَلَتْهَا عَمَّا أَكَلَهُ، فَبَدَّدَتْ، بَرَّتْ، إِذَا لَمْ يَكُنْ نِيَّتُهُ (و) التَّفْرِيق. وَلَو عَلَّقَ طَلاَقَهَا عَلَى ابْتِلاَعِ تَمْرَةٍ في فِيهَا، وَعَلَى القَذْفِ وَالإِمْسَاكِ، بَرَّتْ بِأَكْلِ النِّصْفِ،

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أربعتكن طوالق إلا فلانة» قد سبق في الإقرار أن الظاهر صحة الاستثناء عن المعينات كصحته عن المطلقات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «القاضي حسين»: هو أبو علي الحسين بن محمد المروزي إنه كان كبيراً غوّاص في الدقائق، من أصحاب أبي بكر القَفّال، وله «التعليق الكبير والأصحاب الغر الميامين، وسمعت سبطه الشيخ الحسن بن محمد بن الحسين بن محمد بن القاضي الحسين بـ «الري» يقول أتى القاضي رجل فقال: حلفتُ بالطّلاق أنه ليس أحد في الفقه والعلم مثلك، فأطرق رأسَه ساعةً وبكى، ثم قال: هكذا يَفْعَل مَوْتُ الرجال لا يقعُ طلاقُك يا هذا، سمع الحديث من أبي طاهر الزّيادي وأبي بكر الحيري وعبد الله بن يوسف، وروى عنه صاحبه الشيخ الحسين الفَرّاء وغيره، وكان يقال له: صبر الأمة. [ت]

ينظر ترجمته في: طبقات العبادي ١١٢، تهذيب الأسماء واللغات ١/ ١٦٤، وفيات الأعيان ٢/ ١٣٤ ـ ١٣٥، العبر ٣/ ٢٤٩، دول الإسلام ١/ ٢٧١، مرآة الجنان ٣/ ٨٥، طبقات السبكي ٤/ ٣٥٦ ـ ٣٦٥، طبقات الإسفوي ١/ ٤٠٧ ـ ٤٠٨، تبصير المنتبه ٤/ ١٣٥٧، طبقات ابن هداية الله ١٦٣ ـ ١٦٤، كشف الظنون ١/ ٤٢٤، ٥١٧، شذرات الذهب ٣/ ٣١٠، إيضاح المكنون ٢/ ١٨٨.

(٣) قال الرافعي: «كما لو قال: هؤلاء الأعْبد الأربعة لفلان إلا هذا الواحد» جعله كالأصل المفروع عنه والظاهر صحة الاستثناء، وبه أجاب في «الإقرار» حيث قال: الاستثناء عن الغير صحيح كقوله: هذه الدّار لفلان إلاّ ذلك البيت، والخاتم إلا الفص، وهؤلاء العبيد إلا واحداً. [ت]

(٤) قال الرافعي: «ولو قال الدّلال البائع المتاع بعت فقال: نعم لم يكن هذا خطاباً مع المشتري» يريد أنه جواب الدّلال، ولا يصح البيع بذلك، والذي رجح أنه إذا قبل المشتري العقد البيع. [ت]

وَلَوْ عَلَّقَ بِالنُّزُولِ مِنَ السُّلَّمِ، وَبِالصُّعُودِ، وَالوُقُوفِ، تَخَلَّصَتْ بِالطَّفْرَةِ وبِالحَمْلِ وَالانْتِقَالِ إِلَىٰ سُلَّمٍ آخَرَ، وَلَوْ عَلَّقَ بِأَكْلِ رُمَّانَةٍ أَوْ رَغِيفٍ، تَخَلَّصَتْ بِتَرْكِ حَبَّةٍ مِنَ الرُّمَّانَةِ، وَفُتَاتٍ مِنَ الرَّغِيفِ، وَمَهْمَا كَانَ لِلَفْظِهِ مَفْهُومٌ في العُرْفِ، وَوَضْعٌ في اللِّسَانِ، فَعَلَىٰ أَيِّهُمَا يُحْمَلُ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالتَّحْقِيقُ أَنَّ ذَلِكَ لاَ يُضْبَطُ، بَلْ تَارَةً يُرَجَّحُ العُرْفُ، وَتَارَةً اللُّغَةُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلاَفِ دَرَجَاتِ العُرْفِ وَظُهُورِ اللَّفْظِ، وَلَوْ قَالَتْ: يَا خَسِيسُ، فَقَالَ: إِنْ كُنْتُ كَذلِك، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِنْ قَصَدَ [المُكَافَأَةَ][1]، طُلِّقَتْ [بِكُلِّ حَالٍ][2]، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ، فَلاَ تُطَلَّقُ إِلاَّ بِوُجُودِ الْخسَّةِ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَالعُرْفُ يَقْضِي بِأَنْ يُحْمَلَ اللَّفْظُ عَلَى المُكَافَأَةِ، فَقَدْ تَرَدَّدَ اللَّفْظُ وَالصِّيغَةُ لِلتَّعْلِيقِ، وَهُوَ أَوْلَىٰ هَهُنَا، وَلَوْ عَلَّقَ عَلَىٰ مُخَالَفَتِهَا لِلأَمْرِ، ثُمَّ قَالَ: لاَ تُكَلِّمِي زَيْداً، فَكَلَّمَتْ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ لأَنَّهُ مُخَالَفَةٌ لِلنَّهْيِ، وَهَذَا يُنَازِعُ فِيهِ العُرْفُ. وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى النَّهْيِ، فَقَالَ: قُومي، فَقَعَدَتْ، قِيلَ: إِنَّهَا طُلِّقَتْ؛ لأَنَّ الأَمْرَ بِالشَّيءِ نَهْيٌ عَنْ ضِدِّهِ، وَهُوَ فَاسِدٌ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَىٰ حِينٍ، أَوْ زَمَانٍ، طُلِّقَتْ (ح م) بَعْدَ لَحْظَةٍ وَكَذَلِكَ قَالُوا في العَصْرِ وَالحُقُبِ، وَهُوَ بَعِيدٌ، وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى الضَّرْبِ، لَمْ يَحْنَثْ بِالضَّرْبِ مَيْتاً، وَالمَسُّ بَعْدَ المَوْتِ مَسٌّ، وَلَمْسُ الشَّعَرِ وَالظُّفُرِ لاَ يُحْنِثُ، وَالقُدُومُ بِالمَيِّتِ لَيْسَ بِقُدُومٍ، وَقَذْفُ المَيِّتِ قَذْفٌ، وَرُؤْيَةُ المَيِّتِ رُؤْيَةٌ (و)، وَالرُّؤْيَةُ في المَاءِ الصَّافِي رُؤْيَةٌ(و)، وَفي المِرْآةِ فِيهِ تَرَدُّدُ (و م)، وَرُؤْيَةُ(و) غَيْرِهَا الْهِلاَلَ كَرُؤْيَتِها، وَالهَمْسُ بِالْكَلاَمِ بِحَيْثُ لاَ يُسْمَعُ لَيْسَ بِكَلاَمٍ؛ وَكَذَلِكَ عَلَىٰ مَسَافَةٍ لاَ تُسْمِعُ، فَإِنْ حَمَلَ الرِّيحُ الصَّوْتَ، فَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنْ مَنَعَ الذُّهُولُ أَوِ اللَّغَطُ السَّمَاعَ، فَهُوَ كَلاَمٌ (و)، وَكُلُّ فِعْلٍ عُلِّقَ بِهِ، فَإِذَا حَصَلَ مِنَ المُكْرَهِ أَوِ النَّاسِي، فَفِيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ قَصَدَ مَنْعَهَا عَنِ المُخَالِفَةِ، فَنَسِيَتْ، لَمْ تُطَلَّقْ.

---

(١) في أ: المكافأت.

(٢) في أ: من الحال.

(كِتَابُ الرَّجْعَةِ[1]، وَفِيهِ فَصْلاَنِ:)

(الأَوَّلُ: في أَرْكَانِهَا)، وهي أَرْبَعَةٌ:

الْمُوجِبُ لَهَا، وَهُوَ كُلُّ طَلاَقٍ يَسْتَعْقِبُ عِدَّةً، وَلاَ عِوَضَ فِيهِ، وَلَمْ يَسْتَوْفِ عَدَدَ الطَّلاَقِ.

(الثَّانِي): المُرْتَجِعُ، وَهُوَ كُلُّ مَنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ النِّكَاحِ.

(الثَّالِثُ: الصِّيغَةُ)، وَصَرِيحُهَا قَوْلُهُ: رَجَعْتُ، وَرَاجَعْتُ، وَٱرْتَجَعْتُ، وَقَوْلُهُ: رَدَدْتُهَا إِلَىٰ النِّكَاحِ، فِيهِ خِلاَفٌ (و)؛ وَكَذَلِكَ لَفْظُ الإِمْسَاكِ، وَالتَّزْوِيجُ صَرِيحٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَكِنَايَةٌ، عَلَى وَجْهٍ، وَلَغْوٌ، عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالأَظْهَرُ أَنَّ صَرَائِحَهُ مَحْصُورَةٌ، وَقَوْلُهُ: «أَعَدْتُ الْحِلَّ، وَرَفعْتُ التَّحْرِيمَ» لَيْسَ بِصَرِيحٍ، وَالأَصَحُّ أَنَّ الكِنَايَةَ تَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا؛ لأَنَّ الصَّحِيحَ الجَدِيدَ؛ أَنَّ الإِشْهَادَ لاَ يُشْتَرَطُ

---

(١) الرّجعة: قال في «المصباح»: بالفتح بمعنى الرجوع، وفلان يؤمن بالرّجعة، أي بالعود إلى الدنيا. وأما الرجعة بعد الطّلاق، ورجعة الكتاب فبالفتح والكسر، وبعضهم يقتصر في رجعة الطلاق على الفتح، وهو أفصح.

قال ابن فَارس: والرّجعة مراجعة الرجل أهله، وقد نكر، وهو تمليك الرجعة على زوجته، وطلاق رجعي بالوجهين أيضاً. ا هـ.

وفيه رجعت المرأة إلى أهلها، بموت زوجها أو طلاق، فهي راجع.

ومنهم من يفرق فيقول: المطلّقة مردودة، والمتوفى عنها راجع.

قال صاحب «المختار»: رجع الشّيء بنفسه من باب «خلس» ورجعة غيره من باب «قطع»، وقوله تعالى: ﴿يَرْجِعُ بَعضُهُمْ إلى بَعضٍ القَوْلَ﴾ أي يَتَلاَوَمُونَ.

والرُّجْعَىٰ الرجوع، وكذا المرجع، ومنه قوله تعالى: ﴿إِلَى رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ﴾ وهو شاذٌ؛ لأن المصادر من فعَل إنما تكون بالفتح.

وَرَجعة بفتح الراء وكسرها، والفتح أفصح، والراجع المرأة يموت زوجها، فترجع إلى أهلها وأما المُطَلَّقَةُ: فهي المَرْدُودَةُ.

والرَّجْعُ: المطر، قال: تعالى: ﴿وَالسَّمَاءِ ذاتِ الرَّجْعِ﴾.

وقيل: معناه: النفع.

والمراجعة المعادة، يقال: راجعه الكلام، وراجع امرأته فهي لغة: المرَّةُ من الرُّجوع.

واصطلاحاً:

عَرفها الحنفيةُ بأنها: استدامة المِلْكِ القائم في العدة، بِرَدِّ الزوجة إلى زوجها، وإعادتها إلى حالتها الأولى.

عرَّفها الشَّافعية بأنها: رَدُّ المرأة إلى النكاح من طلاق غير بَائِنٍ من العدة، على وجه مخصوص.

عرَّفها المالكيةُ بأنها: عَوْدُ الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد.

عرَّفها الحنابلةُ بأنها: إِعَادَةُ المطلقة غير بائن، إلى ما كانت عليه بغير عقد.

ينظر: الاختيار ٢/ ١٠٠، حاشية الدسوقي ٢/ ٤١٥، كشاف القناع ٥/ ٣٤١.

فِيهَا[1]، وَالتَّعْلِيقُ لاَ يَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا؛ بِخِلاَفِ الطَّلاَقِ، وَلاَ تَحْصُلُ الرَّجْعَةُ بِالوَطْءِ [ح][2] وَسَائِرِ الأَفْعَالِ.

(الرَّابِعُ: المَحِلُّ)، وَهِيَ المُعْتَدَّةُ القَابِلَةُ للْحِلِّ، فَلَوِ ٱرْتَدَّتْ، فَرَاجَعَهَا، فَرَجَعَتْ إِلَى الإِسْلاَمِ، لَزِمَ ٱسْتِئْنَافُ الرَّجْعَةِ، وَإِذَا ٱنْقَضَتِ العِدَّةُ، فَلاَ رَجْعَةَ، وَإِنْ أَوْجَبْنَا العِدَّةَ بِالإِتْيَانِ في غَيْرِ المَأْتَىٰ، أَوْ بِالخَلْوةِ، ثَبَتَتِ (ح) الرَّجْعَةُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ، وَإِذَا ٱدَّعَتِ ٱنْقِضَاءَ العِدَّةِ بِوَضْعِ الحَمْلِ، مَيْتاً أَوْ حَيّاً، نَاقِصاً أَوْ كَامِلاً، صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا؛ في أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَإِذَا ظَهَرَتِ الصُّورَةُ الأُولى ٱنْقَضَتِ العِدَّةُ بِوَضْعِهَا، وَفي المُضْغَةِ قَوْلاَنِ، وَيُقْبَلُ دَعْوَاهَا مَعَ الإِمْكَانِ، وَإِمْكَانُ الوَلَدِ الكَامِلِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهرٍ مِنْ وَقْتِ إِمْكَانِ الوَطْءِ، وَإِمْكَانُ الصُّورَةِ، إِلَىٰ مائةٍ وَعِشْرِينَ يَوْماً، وإِمْكَانُ اللَّحْمِ، إِلَىٰ ثَمَانِينَ يَوْماً، وَإِمْكَانُ ٱنْقِضَاءِ الأَقْرَاءِ، إِذَا طُلِّقَتْ في الطُّهْرِ، ٱثْنَانِ وَثَلاَثُونَ يَوْماً [ح][3] وَلَحْظَتَانِ، وَإِنْ طُلِّقَتْ في الحَيْضِ، سَبْعَةٌ (ح) وَأَرْبَعُونَ يَوْماً وَلَحْظَتَانِ، وَفي المُبْتَدَأَةِ كَذَلِكَ إِلاَّ إِذَا قُلْنَا: إِنَّ القُرْءَ هُوَ طُهْرٌ مُحْتَوَشٌ بحَيْضٍ، فَلاَ أَقَلَّ منْ ثَلاَثَةِ أَطْهَارٍ وَثُلُثِ حَيْضٍ، وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ يَوْماً [وَلَحْظَتَانِ][4]، وَيُقْبَلُ قَوْلُهَا في مُدَّةِ الإِمْكَانِ؛ عَلَىٰ خِلاَفِ عَادَتِهَا؛ عَلَى الأَصَحِّ، وَإِذَا وَطِئَهَا بَعْدَ قُرْءَيْنِ، ٱسْتَأْنَفَتْ ثَلاَثَةَ أَقْرَاءٍ، وَلاَ رَجْعَةَ إِلاَّ في الأَوَّلِ مِنْهَا، فَإِنْ أَحْبَلَهَا، فَوَضَعَتْ، رَجَعَتْ إِلَى بَقِيَّةِ الأَقْرَاءِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَفِيهَا الرَّجْعَةُ، وَهَلْ تَثْبُتُ في مُدَّةِ الحَمْلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: في أَحْكَامِ الرَّجْعِيَّةِ)، وَهِيَ مُحَرَّمَةُ (ح) الوَطْءِ، وَلَكِنْ لاَ حَدَّ في وَطْئِهَا، وَيَجِبُ المَهْرُ، إِنْ لَمْ يُرَاجِعْهَا، وَإِنْ رَاجَعَهَا، فَالنَّصُّ أَنَّهُ يَجِبُ، وَالنَّصُّ في المُرْتَدَّةِ، إِذَا وَطئَهَا، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الإِسْلاَمِ؛ أَنْ لاَ مَهْرَ.

وَقِيلَ: فِيهِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَيَصِحُّ مُخَالَعَتُهَا عَلَى الجَدِيدِ[5]، وَلاَ خِلاَفَ في صِحَّةِ الإِيلاَءِ وَالظِّهَارِ[6] وَاللِّعَانِ وَالطَّلاَقِ وَجَرَيَانِ التَّوَارُثِ وَلُزُومِ النَّفَقَةِ، وَلَوْ قَالَ: زَوْجَاتِي طَوَالِقُ، اندَرَجَتْ تَحْتَهُ؛ عَلى الأَصَحِّ، وَإِنِ ٱشْتَرَاهَا، وَهِيَ رَقِيقَةٌ، فَعَلَيْهِ ٱلاسْتِبْرَاءُ؛ لأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ، وَإِن ادَّعَىٰ أَنَّهُ رَاجَعَ قَبْلَ ٱنْقِضَاءِ العِدَّةِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا؛ إِذِ الأَصْلُ عَدَمُ الرَّجْعَةِ.

وَقِيلَ: هُوَ المُصَدَّقُ؛ إِذِ الأَصْلُ بَقَاءُ النِّكَاحِ، وَلَوْ قَالَ: رَاجَعْتُكِ الآن، فَقَالَتِ: ٱنْقَضَتْ عِدَّتِي

---

(١) قال الرافعي: «الصحيح الجديد: أن الإشهاد لا يشترط فيها» هذا يشعر بأن القديم الاشتراط، والأكثرون نقلوا الاشتراط عن «الإملاء»، وقالوا قوله في القديم، والجديد عدم الاشتراط. [ت]

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: لحظة.

(٥) قال الرافعي: «ويصح مخالفتها على الجديد» قد سبقت المسألة في الخلع، لكنه أرسل القولين هناك. [ت]

(٦) قال الرافعي: «ولا خلاف في صحة الإيلاء والظهار» إلى قوله: ولزوم النفقة هذه الأحكام معادةٌ في أبوابها. [ت]

بِالأمْسِ، وَأَنْكَرَ، أَوْ قَالَتِ: ٱنْقَضَتْ عِدَّتِي، فَقَالَ: رَاجَعْتُكِ بِالأَمْسِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالخِلَافُ جَارٍ، وَالأَظْهَرُ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُهَا: لأَنَّ الزَّوْجَ يَقْدِرُ عَلَى الإِشْهَادِ[1]، وَلأَجْلِ هَذَا، يُسْتَحَبُّ لَهُ الإِشْهَادُ، وَهِيَ مُؤْتَمَنَةٌ عَلَىٰ مَا فِي رَحِمِهَا، وَلَوْ قَالَ قَبْلَ ٱنْقِضَاءِ العِدَّةِ: رَاجَعْتُكِ بِالأَمْسِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ؛ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الإِنْشَاءِ، فَإِنْ صَدَّقْنَاهَا، فَالصَّحِيحُ أَنَّ إِقْرَارَهُ لاَ يُجْعَلُ إِنْشَاءً، بَلْ عَلَيْهِ الإِنْشَاءُ، إِنْ أَرَادَ، وَمَهْمَا أَنْكَرَتِ الرَّجْعَةَ، ثُمَّ رَجَعَتْ، صُدِّقَتْ، وَإِنْ كَانَ فِي إِنْكَارِهَا إِقْرَارٌ بِالتَّحْرِيمِ؛ لأَنَّهَا جَحَدَتْ حَقَّ الزَّوْجِ، ثُمَّ أَقَرَّتْ؛ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُهُ، وَلَوْ أَقَرَّتْ بِتَحْرِيمِ رَضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الرُّجُوعُ (ح)، وَإِنْ زَعَمَتْ أَنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِعَقْدِ النِّكَاحِ، ثُمَّ رَجَعَتْ، فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ لِحَقِّ الزَّوْجِ.

---

(١) قال الرافعي: «فالخلاف جارٍ والأظهر أن القول قولها، لأن الزوج يقدر على الإشهاد» هذا يشعر بترجيح هذا الوجه في الصور كلها، وهو غير مساعد عليه فيها إذا اتفقا على وقت الرجعة واختلفا في وقت انقضاء العدة، بل الظاهر أنه المصدق، ولا فيما إذا لم يتفقا على وقت واحد منهما، بل الظاهر تصديق من سبق إلى الدعوى. [ت]

(كِتَابُ الإِيلاَءِ[1]) وَفِيهِ بَابَانِ):

(البَابُ الأَوَّلُ: فِي أَرْكَانِهِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:)

(الرُّكْنُ الأَوَّلُ: الحَالِفُ)، وَهُوَ كُلُّ زَوْجٍ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْوِقَاعُ، حُرّاً كَانَ أَوْ رَقِيقاً، كَافِراً كَانَ أَوْ مُسْلِماً، كَانَتْ رَجْعِيَّةً أَوْ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ، كَانَ الزَّوْجُ مَرِيضاً أَوْ صَحِيحاً، أَوْ خَصِيّاً أَوْ مَجْبُوبَ بَعْضِ الذَّكَرِ، وَإِنْ جُبَّ جَمِيعُ ذَكَرِهِ، فَالصَّحِيحُ (ح م) أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ إِيلاَؤُهُ، وَقِيلَ: قَوْلاَنِ[2]، وَإِنْ

---

(١) الإيلاء لغة: بالمد: الحلف، وهو: مصدر. يقال: آلى بمدة بعد الهمزة، يؤلي إيلاءً، وتألىَّ وأتلى، والأليّة، بوزن فعيلة: اليمين، وجمعها ألايا: بوزن خطايا، قال الشاعر:

قليل الألايا حافظ ليمينه ... وإن سبقت فيه الأليَّة برَّت

والألوة بسكون اللام، وتثليث الهمزة: اليمين أيضاً.

ينظر: الصحاح: ٦/٢٢٧، المغرب: ٢٨، لسان العرب: ١/١١٧، المصباح المنير: ١/٣٥.

واصطلاحاً:

عرَّفه الحنفية: هو عبارة عن اليمين على ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر أو أكثر.

وعرَّفه الشافعية بأنه: هو حلف زوج يصبح طلاقه ليمتنع من وطئها مطلقاً أو فوق أربعة أشهر.

وحِكمة التقييد بتلك المدة أن المرأة يعظم ضررها إذا زاد على ذلك، لأنها تصبر عن الزوج أربعة أشهر وبعد ذلك يفنى صبرها أو يقلّ. روى البيهقي عن عمر أنه خرج مرة في الليل في شوارع المدينة فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل واسودّ جانبه ... وأرّقني أن لا خليل ألاعبه

فوالله لولا الله تخشى عواقبه ... لحرّك من هذا السرير جوانبه

مخافة ربي والحياء يصدّني ... وأخشى لبعلي أن تنال مراتبه

فقال عمر لابنته حفصة كم أكثر ما تصبر المرأة عن الزوج؟ وروي أنه سأل النساء فقلن له تصبر شهرين وفي الثالث يقل صبرها وفي آخر الرابع يفقد صبرها، فكتب إلى أمراء الأجناد أن لا تحبسُوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر، وقولها من هذا السرير أرادت نفسها لأنها فراش الرجل فهي كالسرير الذي يجلس عليه.

وعرَّفه المالكية بأنه: حلف الزوج المسلم المكلف الممكن وطؤه بما يدل على ترك وطء زوجته غير الموضع أكثر من أربعة أشهر أو شهرين للعبد تصريحاً أو احتمالاً قُيِّدَ أو أطلق وإن تعليقاً.

وعرَّفه الحنابلة بأنه: حلف الزوج ـ القادر على الوطء ـ بالله تعالى أو صفة من صفاته على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر..

ينظر: تبيين الحقائق / شرح كنز الدقائق: ٢/٢٦١، الشرح الصغير: ٢/٢٧٨، ٢٧٩، المطلع: ٣٤٣، تحفة المحتاج: ٨/١٨٨، شرح المحلى على المنهاج: ٢٤.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية وإنما عدي فيها بمن وهو إنما يعدى بعلى، لأنه ضمن معنى البعد كأنه قال للذين يؤلون مبعدين أنفسهم من نسائهم وهو حرام للإيذاء.

(٢) قال الرافعي: «وإن جب جميع ذكره فالصحيح أنه لا يصح إيلاؤه وقيل: قولان» الظاهر عند الأكثرين =

آلَىٰ، ثُمَّ جُبَّ، ٱنْقَطَعَ الإيلاَءُ، وَقِيلَ بِطَرْدِ القَوْلَيْنِ[1].

وَلَوْ قَالَ لأَجْنَبِيَّةٍ: واللهِ لاَ أُجَامِعُكِ، ثُمَّ نَكَحَهَا، لم يَكُنْ مُوْلِياً.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: المَحْلُوفُ به)، وَهُوَ اللهُ تَعَالَىٰ، أَوْ صِفَةٌ مِنْ صِفَاتِهِ، فَإِنْ حَلَفَ بِاللهِ، ثُمَّ وَطِىءَ، لَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ؛ عَلَى الجَدِيدِ، وَلاَ يَخْتَصُّ الإِيلاَءُ بِاليَمِينِ بِاللهِ؛ عَلَى الجَدِيدِ، بَلْ كُلُّ مَا فِيهِ ٱلْتِزَامٌ؛ مِنْ عِتْقٍ، وَطَلاَقٍ، أَوْ لُزُومِ صَوْمٍ وَصَدَقَةٍ، وَعُلِّقَ بِالوَطْءِ، فَهُوَ إِيلاَءٌ.

ثُمَّ إِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ فللَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَدَقَةٌ، فَهُوَ يَمِينُ لَجَاجٍ، وَفِيمَا يَلْزَمُ فِيهِ [ثَلاَثَةُ][2] أَقْوَالٍ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ جَامَعْتُكِ، فَعَبْدِي حُرٌّ، ثُمَّ مَاتَ العَبْدُ، أَوْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ، ٱنْحَلَّ الإِيلاَءُ، وَإِنْ قَالَ: فَعَبْدِي حُرٌّ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، صَارَ مُولِياً، وَلَكِنْ بَعْدَ ٱنْقِضَاءِ شَهْرٍ مِنَ اللَّفْظِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكِ، فَعَبْدِي حُرٌّ عَنْ ظِهَارِي، وَكَانَ قَدْ ظَاهَرَ، صَارَ مُوْلِياً؛ لالْتِزَامِهِ تَعْيِينَ العَبْدِ وَتَعْجِيلِهِ، فَإِنْ وَطِىءَ، ٱنْصَرَفَ العِتْقُ إِلَى الظِّهَارِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ ظَاهَرَ، فَيَكُونُ مُقِرّاً عَلَىٰ نَفْسِهِ بِالظِّهَارِ، فَيَعْتِقُ عَبْدُهُ، إِنْ وَطِىءَ، وَيَكُونُ مُولِياً، وَإِنْ قَالَ: فَهُوَ حُرٌّ عَنْ ظِهَارِي، إِنِ تَظَاهَرْتُ، فَإِنَّمَا يَصِيرُ (و) مُولِياً، إِذَا ظَاهَرَ، لأَنَّهُ عَلَّقَ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَعتِقُ عَبْدُهُ، إِنْ وَطِىءَ بَعْدَ ذَلِكَ، لاَ عَنِ الظِّهَارِ؛ لأَنَّهُ قَدَّمَ تَعْلِيقَهُ عَلَى الظِّهَارِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَال: إِذَا لَمْ يَنْصَرِفْ إِلَى الظِّهَارِ، لَمْ يَعْتِقْ، لأَنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ، فَيَنْدَفِعُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ [ثَلاَثاً][3]، فَهُوَ مُوْلٍ (و)، فَإِنْ وَطِىءَ، فَعَلَيْهِ النَّزْعُ عِنْدَ تَغْيِيبِ الحَشَفَةِ.

وَقِيلَ: يَحْرُمُ بِهِ الوَطْءُ: لأَنَّ النَّزْعَ مِنَ الجِمَاعِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا: إِنْ وَطِئْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً[4]، وَقَعَ بِالوَطْءِ طَلْقَةٌ رَجْعِيَّةٌ؛ لاقْتِرَانِ الْمَسِيسِ بِالطَّلاَقِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكِ، فَضَرَّتُكِ طَالِقٌ، فَهُوَ مُولٍ (و)، فَإِنْ مَاتَتِ، الضَّرَّةُ، ٱنْحَلَّ الإِيلاَءُ، وَإِنْ أَبَانَهَا، فَكَمِثْلٍ، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، وَقُلْنَا: يَعُودُ الْحِنْثُ، فَيَعُودُ الإِيلاَءُ، وَتُبْنَى (و) [العِدَّةُ][5] عَلَىٰ مَا مَضَىٰ؛ فَلاَ تُسْتَأْنَفُ[6]، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ إِحْدَاكُمَا، فَالأُخْرَىٰ طَالِقٌ، وَأَبَى الفَيْئَةَ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُطَلِّقَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الإِبْهَامِ، ثُمَّ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُبَيِّنَ مَا نَوَىٰ أَوْ يُعَيِّنَ.

= طريقة القولين. [ت]

(١) قال الرافعي: «وإن آلى ثم جب انقطع الإيلاء، وقيل بطرد القولين» الظاهر طرد القولين، والنظم يشعر بترجيح الطريق الأول. [ت]

(٢) سقط من ط، ب.

(٣) في أ: اثنتان.

(٤) قال الرافعي: «ولو قال لغير المدخول بها: إن وطئتك فأنت طالق واحدة» لفظ «الواحدة» لا حاجة إليه. [ت]

(٥) في أ: المدة.

(٦) قال الرافعي: «وإن جَدَّدَ نكاحها وقلنا يعود الحنث فيعود الإيلاء، وتبنى العدة على ما معنى، ولا تستأنف» من وجه، وفي وجه يستأنف، ويشبه أن يكون هو الأظهر، وهو المذكور في «التهذيب». [ت]

وَقِيلَ: لاَ يَصِحُّ دَعْوَاهُمَا مَعَ الإِبْهَامِ.

وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: والله لاَ أُجَامِعُكُنَّ، فَإِنْ جَامَعَ ثَلاَثاً، صَارَ مُولِياً عَنِ الرَّابِعَةِ، وَالكَفَّارَةُ تَجِبُ بِوَطْءِ الجَمِيعِ، وَبِوَطْءٍ وَاحِدَةٍ يَقْرُبُ مِنَ الْحِنْثِ، وَلاَ يَحْنَثُ، وَالْقُرْبُ مِنَ الحِنْثِ مَحْذُورٌ، وَلَكِنَّهُ لاَ يَصِيرُ به (ح م و) مُولِياً؛ عَلَى الجَدِيدِ، وَلَوْ قَالَ: وَالله، لاَ أُجَامِعُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُنَّ، فَهُوَ مُولٍ، إِذْ يَلْزَمُهُ الكَفَّارَةُ بِوَطْءِ أَيِّ وَاحِدَةٍ وَطِئَهَا، وَلَوْ قَالَ؛ وَالله لاَ أُجَامِعُ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ، وَأَرَادَ لُزُومَ الكَفَّارَةِ [بِوَطْءٍ][1] أَيِّ وَاحِدَةٍ كَانَتْ، فَهُوَ مُولٍ، وَإِنْ أَرَادَ وَاحِدَةً مُبْهَمَةً، فَهُوَ مُولٍ، وَلَكِنْ لَهُ أَنْ يُعَيِّنَ وَاحِدَةً، فَيَخْتَصُّ الإِيلاَءُ بِهَا، وَيَقُولُ: هِيَ الَّتِي أَرَدْتُهَا، وَأَنْشَأْتُ تَعْيِينَهَا عَنِ الإِبْهَامِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَكُونُ مُولِياً؛ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَرْجُو أَلاَّ تَكُونَ هِيَ المُعَيَّنَةَ، وَلَوْ أَطْلَقَ اللَّفْظَ فَعَلَىٰ أَيِّ الاحْتِمَالَيْنِ يُحْمَلُ، فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أُجَامِعُكِ فِي السَّنَةِ إِلاَّ مَرَّةً وَاحِدَةً، فَإِذَا وَطِىءَ مَرَّةً، صَارَ مُولِياً، إِنْ بَقِيَ مِنَ السَّنَةِ زِيَادَةٌ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: لاَ أُجَامِعُكِ إِلاَّ عَشْرَ مَرَّاتٍ، أَوْ مِائَةً، فَإِذَا اسْتَوْفَى العَدَدَ، صَارَ مُولِياً، إِنْ بَقِيَتِ المُدَّةُ، وَلَوْ آلَىٰ عَنِ امْرَأَةٍ، ثُمَّ قَالَ لأُخْرَىٰ: أَشْرَكْتُكِ مَعَهَا، وَنَوَىٰ، لَمْ يَكُنْ مُولِياً؛ لأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ اسْمَ الله تَعَالَىٰ، وَلاَ صَرَّحَ بِالْتِزَامٍ، وَفِي الطَّلاَقِ يُمْكِنُ الاشْتِرَاكُ، وفي الظِّهَارِ خِلاَفٌ مَبْنِيٌّ عَلَىٰ أَنَّهُ يَغْلِبُ فِيهِ اليَمِينُ، أَو الطَّلاَقُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ لِغَيْرِهَا: أَشْرَكْتُكِ، وَأَرَادَ تَعْلِيقَ طَلاَقِهَا بِدُخُولِهَا نَفْسِهَا، فَهَلْ يَصِحُّ هَذِهِ الْكِنَايَةُ؟ فيه وَجْهَانِ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، وَنَوَى الإِيلاَء، انْعَقَدَ، عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ وَرَدَ في الكِتَابِ لإِيجَابِ الكَفَّارَةِ، وَلَوْ قَالَ: والله، لاَ أُجَامِعُكِ، إِنْ شِئْتِ، فَقَالَتْ: شِئْتُ، صَارَ(م) مُولِياً، وَهَلْ يَخْتَصُّ المَشِيئَةِ بِالمَجْلِسِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالإِيلاَءُ يَنْعَقِدُ في غَيْرِ حَالِ الغَضَبِ، وَلاَ يَنْعَقِدُ بِمِثْلِ قَوْلِه: إِنْ وَطِئْتُ، فَأَنَا زَانٍ، أَوْ أَنْتِ زَانِيَةٌ، إِذْ لاَ يُتَعَرَّضُ بِسَبَبِهِ لِلُّزُومِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: في المُدَّةِ)، وَالإِيلاَءُ أَنْ يَحْلِفَ عَلَىٰ الامْتِنَاعِ مُطْلَقاً، أَوْ أَكْثَرَ(ح) مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَلَوْ قَالَ: وَالله، لاَ أُجَامِعُكِ ثَلاَثَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، (ح) لاَ يَكُونُ مُولِياً، فَلَوْ أَعَادَ اليَمِينَ في آخِرِ الأَشْهُرِ مَرَّةً أُخْرَىٰ، وَلَمْ يَزَلْ يَفْعَلُ كَذَلِك، فَلَيْسَ بِمُولٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: وَالله، لاَ أُجَامِعُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَإِذَا انْقَضَتْ، فَوَالله، لاَ أُجَامِعُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَهَكَذَا مَرَّاتٍ، لَمْ يَكُنْ (و) مُولِياً؛ إِذ المُطَالَبَةُ بَعْدَ المُدَّةِ تَقَعُ بَعْدَ انْحِلاَلِ اليَمِينِ، وَلَوْ قَال: لاَ أُجَامِعُكِ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، وَإِذَا انْقَضَتْ، فَوَالله، لاَأُجَامِعُكِ سَنَةً، فَيُطَالَبُ بِالفَيْئَةِ في الشَّهْرِ الخَامِسِ، وَإِنْ تُرِكَتْ حَتَّىٰ انْقَضَى الخَامِسُ، سَقَطَتِ المُطَالَبَةُ إِلَىٰ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، أُخْرَىٰ، تَنْقَضِي مِنَ اليَمِينِ الثَّانِيةِ، وَلَوْ طَلَّقَ، ثُمَّ رَاجَعَ في الخَامِسِ، لَمْ تُعَدَّ المُطَالَبَةُ لأَنَّهُ قَدْ دَفَعَ طَلَبَهُ اليمينَ الأُوْلَى لَكِنْ بَعْدَ الخَامِسِ يُسْتَأْنَفُ عَلَيْهِ مُدَّةُ اليَمِينِ الثَّانِيَةِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَطَؤُكِ؛ حَتَّىٰ يَنْزِلَ عِيسَىٰ عَلَيْه السَّلاَمُ، أَوْ يَخْرُجَ الدَّجَالُ، أَوْ يَقْدُمَ فُلاَنٌ، وَهُوَ عَلَىٰ مَسَافَةٍ يَعْلَمُ تَأَخُّرَ قُدُومِهِ عَنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَهُوَ مُولٍ (و)، وَلَوْ قَالَ: حَتَّىٰ يَدْخُلَ زَيْدٌ

---

(١) سقط من أ.

الدَّارَ، فَمَضَىٰ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ، وَلَمْ يَدْخُلْ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ؛ لأَنَّهُ يُنْتَظَرُ دُخُولُهُ كُلَّ سَاعَةٍ، وَفيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُطَالَبُ.

وَلَوْ قَالَ: إِلَىٰ أَنْ أَمُوتَ أَوْ تَمُوتِي، فَهُوَ مُولٍ، و لَوْ قَالَ: إِلىٰ أَنْ يَمُوتَ زَيْدٌ، فَهُوَ كَالتَّعْلِيقِ بِدُخُولِ زَيْدٍ وَقُدُومِهِ مِنْ مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالتَّعْلِيقِ بِخُرُوجِ الدَّجَّالِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: فِي الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ)، وَهُوَ الجِمَاعُ، وَلَفْظُهُ الصَّرِيحُ الَّذِي لاَ يُدَيَّنُ مُتَأَوِّلُهُ: تَغْيِيبُ الحَشَفَةِ فِي الفَرْجِ، وَإِيلاَجُ الذَّكرِ وَالنَّيْكُ، أَمَّا الجِمَاعُ وَالوَطْءُ فَيُدَيَّنُ فِيه النَّاوي، وَلا يُقْبَلُ (و) ظَاهِراً وَأَمَّا المُبَاضَعَةُ وَالمُلاَمَسَةُ وَالمُبَاشَرَةُ، فَقَوْلاَن:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا كَالجِمَاعِ.

وَالآخَرُ: أَنَّهُ كِنَايَةٌ (ح)؛ كَقَوْلِهِ: لا يَجْمَعُ رَأْسِي وَرَأْسَكِ وِسَادَةٌ، وقَوْلِهِ: لأَبْعُدَنَّ عَنْكِ، وَالإِصَابَةُ (و م) قَرِيبَةٌ مِنَ المُبَاشَرَةِ، وَالقُرْبَانُ وَالْغِشْيَانُ وَالإِتْيَانُ بِالْكِنَايَةِ أَشْبَهُ.

وَقِيلَ: هِيَ كَالمُبَاشَرَةِ وَالمُبَاضَعَةِ.

وَلَوْ قَالَ لاَ أُجَامِعُكِ فِي الحَيْضِ وَالنِّفَاسِ وَفِي الدُّبُرِ، فَهُوَ مُحْسِنٌ؛ وَلَيْسَ بِمُولٍ أَصْلاً.

(البَابُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهِ، وَهِي أَرْبَعَةٌ:)

(الأَوَّلُ: ضَرْبُ المُدَّةِ)، فَإِذَا قَالَ: وَاللهِ، لاَ أُجَامِعُكِ، أَمْهَلْنَاهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ لَمْ يَطَأْ، رَفَعَتْهُ (ح) إِلى القَاضِي، لِيَأْمُرَهُ بِالفَيْئَةِ، فَإِنْ أَبَىٰ، طَلَّقَ [ح][1] القَاضِي عَلَيْهِ[2]، وَلاَ تَحْتَاجُ المُدَّةُ إِلَىٰ ضَرْبِ القَاضِي[3] بِخِلاَفِ الْعُنَّةِ، وَتَرَبُّصُ الأَمَةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ (ح)؛ كَالحُرَّةِ، وَالتَّرَبُّصُ عَنِ العَبْدِ (م) كَهُوَ عَنِ الحُرِّ، وَتَنْقَطِعُ المُدَّةُ بِالطَّلاَقِ الرَّجْعِيِّ وَالرِّدَّةِ، فَإِذَا رَاجَعَهَا، أَوْ عَادَتِ، اسْتُؤْنِفَتِ المُدَّةُ؛ لِيَتَوَالَى الإِضْرَارُ، وَكَذَلِكَ إِذَا طَلَّقَ طَلاَقاً رَجْعِيّاً بَعْدَ المُدَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ ارْتَدَّ، [اسْتَأْنَفَ][4] المُدَّةَ عِنْدَ

---

(١) في أ: (و).

(٢) قال الرافعي: «ضرب المدة فإذا قال: والله لا أجامعك أمهلناه أربعة أشهر، فإن لم يطأها رفعته إلى القاضي ليأمره بالفيئة، فإن أبى طلق القاضي عليه» هذا غير محتاج إليه في هذا الموضع، لأن المقصود ههنا الكلام في المُدّة فلو قال ضرب المدة فيمهل المولى أربعة أشهر. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولا تحتاج المدة إلى ضَرْبِ القاضي» كفى، لكن قوله: «فإن لم يطأ رفعته» يشير إلى أنه لو وطىء في المدة انحلت اليمين، ولا رفع. [ت]

(٤) في أ: فيستأنف.

العَوْدِ، وَأَمَّا طَرَيَانُ الصَّوْمِ وَالإِحْرَامِ عَلَيْهِ لاَ يَقْطَعُ المُدَّةَ، وَكَذَلِكَ مَرَضُهُ وَحَبْسُهُ وَجُنُونُهُ، فَإِنْ كَانَ المَانِعُ فِيهَا مَنْعَ احتِسَابَ المُدَّةِ؛ كَصِغَرِهَاوجُنُونِهَاوحَبْسِها ومَرَضِهَا العَظِيمِ، ولكن لو طرأت، ثم زالت، لم تُستأنَفِ المُدَّة، بَلْ تَبْنِي عَلَى المَاضِي؛ في أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ[1]، أَمَّا إِذَا طَرَأَتْ بَعْدَ المُدَّةِ، مُنِعَتِ المُطَالَبَة في الحَالِ، وَلَكِنْ إِذَا زَالَ، لَمْ يُوجِبِ (و)،اسْتِئْنَافَ المُدَّةِ؛ بِخِلاَفِ الطَّلاَقِ الرَّجْعِيِّ وَالرِّدَّةِ.

أَمَّا صَوْمُهَا، فَلاَ يَمْنَعُ مِنَ احْتِسَابِ المُدَّةِ، وَلاَ حَيْضُهَا، وَإِنْ كَانَ يَمْنَعُ طَلَبَ الوَطْءِ في الحَالِ.

(الحُكْمُ الثَّاني: المُطَالَبَةُ)، وَلَهَا ذَلِكَ، إِذَا مَضَتِ المُدَّةُ مِنْ غَيْرِ قَاطِعٍ، فَإِنْ رَضِيَتْ، لَمْ يَبْطُلْ حَقُّهَا، وَكَانَ لَهَا العَوْدُ، بِخِلاَفِ العُنَّةِ، بَلْ هَذَا كَرِضَاهَا بِإِعْسَارِ الزَّوْجِ؛ فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الطَّلَبِ، وَلاَ مُطَالَبَةَ لِوَلِيِّ الصَّغِيرَةِ وَالمَجْنُونَةِ، وَلاَ لِسَيِّدِ الأَمَةِ، بَلْ يَخْتَصُّ هَذَا بِالمَرْأَةِ، وَلاَ مُطَالَبَةَ لِلْمَرِيضَةِ الَّتِي لاَ تَحْتَمِلُ الْوِقَاعَ، وَلاَ لِلرَّتْقَاءِ، وَلاَ لِلحَائِضِ حَالَةَ الحَيْضِ.

وَإِنْ كَانَ في الرَّجُلِ مَانِعٌ طَبَعِيٌّ، فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِالفَيْئَةِ بِاللِّسَانِ وَوَعْدِ الْوِقَاعِ، وَإِنْ كَانَ شَرْعِيّاً؛ كَالطَّهَارَةِ وَالصَّوْمِ وَالإِحْرَامِ، فَلَهَا المُطَالَبَةُ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُطَلِّقَ، أَوْ يَقْضِي بِالوِقَاعِ، إِلاَّ أَنَّ ذَلِكَ يَنْقَدِحُ، إِنْ جَوَّزْنَا لَهَا التَّمْكِين، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ لِلرَّجْعِيَّةِ التَّمْكِينُ؛ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ المَانِعُ فِيهَا كَالصَّوْمِ وَالإِحْرَامِ وَالحَيْضِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ، وَعَصَىٰ بِطَلَبِ الْوِقَاعِ، قِيلَ: يَجِبُ عَلَيْهَا التَّمْكِينُ؛ لأَنَّهُ حَقُّ الزَّوْجِ، فَيُوَفَّىٰ، وَإِنْ كَانَ عَاصِياً بِالاسْتِيفَاءِ.

وَقِيلَ: لاَ يَجِبُ، وَلاَ يَحِلُّ، فَعَلَىٰ هَذَا لاَ يُمْكِنُ طَلَبُ الوَطْءِ، وَلَكِنْ يُقَالُ لَهُ: طَلِّقْ، فَإِنْ وَطِىءَ مَعَ التَّحْرِيمِ، انْدَفَعَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَكْتَفِي هٰهُنَا بِفَيْئَةِ اللِّسَانِ إِلَىٰ زَوَالِ المَانِعِ؛ إِذْ لاَ وَجْه لِلإِرْهَاقِ إِلى الطَّلاَقِ.

(الحُكْمُ الثَّالِثُ:) فِيمَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ، وَهُوَ الوَطْءُ أَوْ الطَّلاَقُ، فَإِنْ أَبَىٰ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ القَاضِي (ز ح) يُطَلِّقُ.

وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يُحْبَسُ (ح م)؛ حَتَّىٰ يُطَلِّقَ.

فَإِنِ اسْتَمْهَلَهُ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ، فَأَصَحُّ الوَجْهَيْنِ أَنَّهُ يُمْهَلُ[2]، فَلَعَلَّهُ يُنْتَظَرُ نَشَاطاً وَقُوَّةً، فَإِنْ أَمْهَلَ القَاضِي، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ تَمَامِ المُهْلَةِ، لَمْ يَقَعْ (و)؛ لاَ كَقَتْلِ المُرْتَدِّ قَبْلَ تَمَامِ المُدَّةِ، فَإِنَّهُ هَدَرٌ، وَلَوْ غَابَ الزَّوْجُ إِلىٰ مَسَافَةٍ لاَ تُقْطَعُ في أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَلِوَكِيلِهَا أَنْ يَطَالِبَهُ عِنْدَ القَاضِي؛ إِمَّا بِالطَّلاَقِ، أَوالرُّجُوعِ إِلَيْهَا، فَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ؛ حَتَّىٰ مَضَتْ مُدَّةُ الإِمْكَانِ، فَقَالَ: الآنَ أَرْجِعُ، لَمْ يُمَكَّنْ، وَللقَاضِي

---

(١) قال الرافعي: «لكن لو طرأت ثم زالت لم تستأنف المدة، بل تبني على الماضي في أظهر الوجهين» الأصح عند الجمهور الاستئناف. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن استمهله ثلاثة أيام فأصح الوجهين أنه يمهل» قيل: هما قولان. [ت]

أَنْ يُطَلِّقَ، وَلَوِ ٱدَّعَىٰ بَعْدَ المُدَّةِ عُنَّةً، لَمْ يُطَلَّقْ، وَضَرَبْنَا مُدَّةَ العُنَّةِ، فَلَعَلَّهُ يَقْدِرُ؛ فَيَطَأَ.

(الحُكْمُ الرَّابِعُ: فِيمَا بِهِ الفَيْئَةُ)، وَهُوَ تَغْيِيبُ الحَشَفَةِ؛ فَلاَ يَحْصُلُ بِنُزُولِهَا عَلَيْهِ[1]، وَيَحْصُلُ بِوَطْئِهِ مُكْرَهاً، إِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ بِهِ الكَفَّارَةُ، أَوْ قُلْنَا: يَنْحَلُّ بِهِ اليَمِينُ، وَإِلاَّ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الطَّلَبَ لاَ يَنْقَطِعُ[2]، وَلَوْ جُنَّ، فَوَطِىء فَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْحَلُّ يَمِينُهُ، وَلاَ كَفَارَةَ[3]، فَيَنقَطِعُ الإِيلاَءُ.

وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنَ النَاسِي، فَيَكُونُ تَفْصِيلُهُ كَتَفْصِيلِ المُكْرَهِ، وَإِذَا جُنَّ الرَّجُلُ، لَمْ تَنْقَطِعِ المُدَّةُ[4] وَلَكِنْ لا يُطَالَبُ قَبْلَ الإِفَاقَةِ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ ٱمْتِنَاعُهُ لأَجْلِ اليَمِينِ.

وَلَوْ قَالَ الرَّجُلُ: وَطِئْتُ قَبْلَ المُدَّةِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ[5]؛ كَمَا فِي العُنَّةِ؛ عَلَىٰ خِلاَفِ قِيَاسِ الخُصُومَاتِ، فَلَوْ طَلَّقَهَا وَأَرَادَ الرَّجْعَةَ بِدَعْوَى الوَطْءِ الَّذِي حلفَ عَلَيْهِ، لَمْ يُمكَّن، وَكَانَ القَوْلُ قَوْلَهَا فِي نَفْيِ العِدَّةِ وَالوَطْءِ؛ عَلَى قِيَاسِ الخُصُومَاتِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولا يحصل بنزولها عليه» هذا وجه، والأصح حصول العنة بنزولها عليه توجيهاً فإن أخذ صاحب الحق حَقّه كتسليم من عليه الحق. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإلا فالصحيح أن الطلب لا ينقطع» الذي رجحه غيره الانقطاع لوصولها إلى حقّها، واندفاع الضرر. [ت]

(٣) قال: «ولو جُنّ فوطىء فالنص أنه ينحل يمينه، ولا كفارة» سكت الجمهور عن حكاية نصه على الانحلال، نعم نص على أنه يخرج عن الإيلاء، ولا يلزم من الخروج عن الإيلاء الانحلال، كما في نزولها عليه، [ت].

(٤) قال الرافعي: «وإذا جن الرجل لم تنقطع المدة». مكرر مذكور في الحكم الأول قال: وكذلك مرضه وحبسه وجنونه [ت].

(٥) قال الرافعي: «ولو قال الرجل: وطئت قبل المدة فأنكرت، فالقول قوله»، الصورة مذكورة في فصل العُنَّة حيث قال هناك: إلا في موضعين. أحدهما في مدة العُنَّة [ت].