باب الشروط في النكاح

الفروع

إذا شَرَطَت في العَقدِ ـ قاله في «المحرر» . وقال حفيدُه: أو اتّفقا قبلَه، في ظاهرِ المذهبِ[م١] وأن على هذا جوابَ الإمامِ أحمدَ، رحمه الله تعالى، في مسائلِ الحِيل؛ لأنَّ الأمرَ بالوفاءِ بالشُّروطِ والعُقودِ والعُهودِ يتناولُ ذلك تناولاً واحداً* ـ أن لا يخرجها من دارِها أو بلدِها، أو لا يتزوجَ عليها، أو لا يتسرَّى، قال شيخُنا: أو إن تزوجَ عليها[1]، فلها تطليقُها، صحَّ، فإن خالفه، فله الفسخُ . نصَّ عليه، كزيادةِ مهرٍ أو نقدٍ معينٍ، وشرطِ تركِ سفرِه بعبدٍ

التصحيح

مسألة ـ١ : قوله: (إذا شَرطت في العقدِ ـ قاله في «المحرر» . وقال حفيدُه: أو اتفقا قبلَه، في ظاهرِ المذهب) انتهى . الذي قاله في «المحرر» قطعَ به في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«النظم»، و«تذكرة ابن عبدوس»، وغيرهم، وقاله القاضي في موضعٍ من كلامِه . والذي قاله الشيخُ تقيُّ الدين، قال عنه الزركشيُّ: هو ظاهرُ إطلاقِ الخرقيِّ، وأبي الخطابِ، وأبي محمدٍ، وغيرهم . قال: وقال الشيخُ تقيُّ الدين: هو ظاهرُ المذهبِ، ومنصوصُ أحمدَ، وقولُ قدماءِ أصحابه، ومحققِي المتأخرين . انتهى . قلت: وهو الصوابُ . قال الشيخُ تقيُّ الدين: وعلى هذا جوابُ أحمدَ في مسائلِ الحِيلِ؛ لأنَّ الأمرَ بالوفاءِ بالشروطِ والعقودِ والعهودِ يتناولُ ذلك تناولاً واحداً . قال الشيخُ تقي الدين: كذا قالَ القاضِي وغيرُه: كما قال الجَدُ: إذا شرطَ لها في العقدِ . قال: ولعلَّ مرادَهم بذلك الاحترازُ عما شرطَ بعد العقدِ، كما دلَّ عليه كلامُ أحمدَ . انتهى .

فنقل الشيخُ تقي الدين في المسألة عن القاضي وغيره، كما قال في «المحرر»، ولم يطَّلع عليه المصنفُ؛ فلذلك عزاه إلى صاحبِ «المحرر» .

الحاشية

* **قوله: (وإذا شرطت في العقدِ ـ قاله في «المحرر» وقال حفيدُه: أو اتفقا قبلَه في ظاهرِ المذهبِ، وأن على هذا جوابَ أحمدَ في مسائلِ الحيلِ؛ لأن الأمرَ بالوفاءِ بالشروطِ والعقودِ والعهودِ يتناولُ ذلك تناولاً واحداً)** .

---

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط) .

الفروع مستأجرٍ . وذكر جماعةٌ طريقةً: لايجوزُ له السفرُ، كهذه الصورةِ . قال شيخُنا: ولو خدعَها فسافرَ بها، ثم كرِهَته، لم يُكرِهها .

ويصحُّ شرطُ طلاقِ ضرَّتِها، في روايةٍ، وذكرَه جماعةٌ، وقيل: باطلٌ(م٢)، والأشهرُ: ومثلُه بيعُ أمتِه . قال في «عيون المسائل» وغيرها: وإن

التصحيح **مسألة ـ ٢**: قوله: (ويصحُّ شرط[1] طلاقِ ضَرَّتِها، في روايةٍ، وذكره جماعةٌ، وقيل: باطلٌ) انتهى .

القولُ الأولُ: عليه أكثرُ الأصحابِ، وبه قطعَ في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«البلغة»، و«المحرر»، و«الوجيز»، و«تذكره ابن عبدوس»، و«المنور»، و«إدراك الغاية»، و«تجريد العناية»، وغيرهم، [2]قاله القاضي في «الجامع»، والفخر ابن تيمية[2]،

الحاشية قال الزركشيُّ ـ عند قولِ الخرقيِّ: وإذا شرطَ لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدِها، أو شرطَ لها أن لا يتزوجَ عليها ـ: لا ريبَ في عدمِ صحة هذين الشرطينِ ونحوهِما بعد العقدِ، وصحةِ ذلك فيه، وأما قبله، فثلاثةُ أوجهٍ:

أحدها: وهو ظاهرُ إطلاقِ الخرقيِّ، وأبي الخطابِ في «الهداية»، وأبي محمدٍ، وغيرهم، وقال أبوالعباسِ في «فتاويه»: إنه ظاهرُ المذهب، ومنصوصُ أحمد، وقولُ قدماءِ أصحابه، ومحققي المتأخرين، أنَّه كالشرطِ فيه .

والثاني: لا أثرَ لما قبلَ العقدِ مطلقاً . وهو قولُ القاضي في مواضعَ، ومقتضى قولِ أبي البركات، وغيرهما .

الثالث: يُفرَّقُ بين شرطٍ يَجعلُ العقدَ غير مقصودٍ، كالتواطئ على أن البيعَ تلجئةً لا حقيقةَ له، فيؤثِّرُ، وبين شرطٍ لا يُخرجُه عن أن يكون مقصوداً، كاشتراطِ الخيارِ، فهذا لا يؤثر . قاله القاضي في «تعليقه» في موضعٍ .

---

(١) ليست في النسخ الخطية و(ط)، والمثبت من «الفروع» .

(٢-٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط) .

الفروع

شَرطَت أن يُسافرَ بها إذا أرادَت انتقالاً، لم يصح؛ لأنَّه اشتراطُ تصرفٍ في الزوجِ بحكمِ عقدِ النكاحِ، وذلك لا يجوزُ، كما لو شَرطت أن تستدعيَه إلى النكاحِ وقتَ حاجتِها وإرادتِها، وهنا شَرَطت التسليمَ على نفسها في مكانٍ مخصوصٍ، واقتصرَت بالشرطِ من تصرفِه فيها على بعضِ ما يستحقُّه من التصرُّفِ بإطلاقِ العقدِ، وذلك غيرُ ممتنعٍ، كما بينا أن الشرعَ قَصَرَ تصرفَه على مكانٍ وعددٍ، فلا يخصُّ الشرعُ الزوجةَ بالتصرفِ في الزوجِ بحالٍ . كذا قال . ويتوجَّه: لا تبعدُ صحةُ ذلك، وأنه يخرجُ من شرطِها طلاق ضَرَّتِها، وأن ظاهرَ ما احتجُوا به من الأمرِ بالوفاءِ بالعقودِ والشروطِ والمعاني يدلُّ عليه .

قال شيخُنا، فيمن شرطَ لها أن يُسكنَها بمنزلِ أبيه، فسكنت، ثم طلبَت سكنَى منفردةً، وهو عاجزٌ: لا يلزمُه ما عجَزَ عنه، بل لو كان قادراً، فليسَ لها عند (م) وأحدِ القولين في مذهبِ أحمدَ وغيرهما، غيرُ ما شَرَطَ لها . كذا قال.

والظاهرُ أن مرادَهم صحةُ الشرطِ في الجملةِ، بمعنى ثُبوتِ الخيار لها بعدَمِه، لا أنَّه يلزمُها؛ لأنَّه شرطٌ لحِقَها لمصلحتِها، لا لحِقَه لمصلحتِه، حتى يلزمَ في حقِّها؛ ولهذا لو سلَّمت نفسَها من شرطَت دارَها فيها أو في دارِه، لزم . وسيأتي إن شاء الله تعالى .

التصحيح

وقدَّمه في «المقنع»[1]، و«شرح ابن رزين». والقولُ ببطلانِه احتمالٌ في «المغني»[2]، و«الشرح»[1]. قال الشيخُ الموفقُ: وهو الصحيحُ . قال: ولم أرَ ما قاله أبوالخطاب لغيرِه. انتهى. وصحَّحه الناظم، وابن رزين في «شرحه»، وقدَّمه في «المغني»[2] قلت: هو الصحيحُ من المذهبِ، على ما اصطلحنَاه، والصوابُ، واللهُ أعلمُ .

الحاشية

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠/ ٣٩٥ .

(٢) ٩/ ٤٨٥ ـ ٤٨٦ .

الفروع وقال في «الهدي»[١]، في قصةِ بني هشامِ بنِ المغيرةِ لما استأذنوا أن يزوجُوا عليَّ بنَ أبي طالبٍ ابنةَ أبي جهلٍ، قال فيه: إنه تَضمَّن هذا مسألةَ الشرطِ؛ لأنه ﷺ: أخبرَ أنه يؤذِي فاطمةَ ـ رضي الله عنها ـ ويريبُها، ويؤذِيه ويريبُه. وأنه معلوم أنَّه إنما زوجَه على عدمِ ذلك، وأنه إنما دخلَ عليه وإن لم يُشرط في العقد، وفي ذكره ﷺ صهرَهُ الآخرَ بأنه حدَّثه فصدقَه، ووعدَه فوفَى له، تعريضٌ لعليٍّ رضي الله عنه، وأنه قد جرى منه وعدٌ له بذلك*، فحثَّه عليه[٢]. قال: فيؤخذُ من هذا أنَّ المشروطَ عُرفاً كالمشروطِ لفظاً، وأن عدمَه يملكُ به الفسخ. فقومٌ لا يُخرجونَ نساءَهم من ديارهم، أو المرأةُ من بيتٍ لا يتزوجُ الرجلُ على نسائِهم ضَرَّةً، ويمنعونَ الأزواجَ منه، أو يعلمُ عادةً أن المرأةَ لا تُمكنُ من إدخالِ الضرَّةِ عليها، كان ذلك كالمشروطِ لفظاً. وهذا مطردٌ على قواعد أهلِ المدينةِ، وأحمدَ أنَّ الشرطَ العُرفيَّ كاللفظيِّ؛ ولهذا أوجبُوا الأُجرة على من دفعَ ثوبَه إلى قصارٍ، المسألةَ المشهورةَ. وقال أيضاً: وقال (م) أدركتُ الناسَ يقولون: إذا لم يُنفقِ الرجلُ على امرأتِه، فُرِّقَ بينهما، فقيل له: قد كانت الصحابةُ رضي الله عنهم يعسرون ويحتاجونَ، فقال: ليس الناس اليومَ كذلك، إنما تزوَّجَته رجاء الدنيا[٣] يعني: أن نساءَ الصحابةِ رضي الله عنهم كنَّ يُردنَ الدارَ الآخرةَ، والنساءُ اليومَ رجاءَ الدنيا،

التصحيح .....

١٨٩ * قوله: (وعدٌ له/ بذلك)

الحاشية هو فاعلُ (جرى)، أي: وقع من عليٍّ، رضي الله عنه، وعدٌ للنبيِّ ﷺ.

(١) «زاد المعاد» ٥/ ١٠٧.

(٢) أخرجه البخاري (٣١١٠)، (٥٢٣٠)، ومسلم (٢٤٤٩)(٩٥).

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

فصارَ هذا العُرفُ كالمشروط[١]، والشرطُ العرفيُّ في أصلِ مذهبِه كاللفظيّ.

ومتى بانت، فلاحقَّ لها في الشرطِ* . نقلَ أبوالحارثِ: وإن أعطته مالاً، واشترَطت عليه أن لا يتزوَّجَ عليها، يردُّ عليها المالَ إذا تزوج[٢]، وأنَّه لو دفعَ إليها مالاً على أن لا تتزوجَ بعد موتِه، فتزوجت، تردُّ المالَ إلى ورثتِه.

وإن زوَّجَ وليَّتَه رجلاً على أن يزوِّجه وليتَه، فأجابَه ولا مهرَ، لم يصحَّ العقدُ، كشرطِه، وعنه: بلى* . وهو شِغارٌ، ويصحُّ مع مهرٍ مستقلٍ غيرِ قليلٍ

التصحيح

.....

الحاشية

* قوله: (ومتى بانت، فلا حقَّ لها في الشرط).

ومعنى ذلك: أنها إذا شرطَت عليه أن لا يتزوَّجَ عليها، ولا يتسرى عليها، ثم بانت منه، سقطَ حقُّها من الشرطِ؛ لزوالِ زوجيتها.

* قوله: (وإن زوَّجَ وليَّتَه رجلاً على أن يزوِّجه وليَّتَه، فأجابه ولا مهرَ، لم يصحَّ العقدُ، كشرطِه، وعنه: بلى).

أمّا قوله: كشرطه، فمعناه: إذا قال: زوجتك[٣] ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ولا مهرَ بيننا. وأما الصورةُ التي قال فيها: ولا مهرَ، فالمرادُ والله أعلم، أن المهر لم يذكر بالكليةِ لا[٣] نفياً ولا إثباتاً. قال الزركشيُّ: إذا زوجَه وليَّته على أن يزوجه الآخرُ وليَّتَه، ولم يسموا مع ذلك صداقاً، فلا خلافَ عن أحمدَ نعلمه، ولا نزاعَ بين الأصحابِ في بطلانِ النكاحِ. وخرَّج أبو الخطابِ في «هدايته» ومن تبعَه روايةً ببطلانِ الشرطِ وصحةِ العقدِ. وقال أيضًا: فإن قال: زوجتُك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ومهرُ كلِّ واحدةٍ منهما مئة، صحَّ. وإن قال: ومهرُ كلِّ واحدةٍ منهما مئةٌ وبُضعُ الأخرَى، لم يصحَّ؛ للتصريحِ بالتشريكِ المقتضي للبطلانِ. وعند الشيخِ، وابن عقيلٍ، والقاضي في «الجامع الكبير»، و«المجرد»: أن هذه الصورة لا تصحُّ بلا خلافٍ.

(١) في الأصل: «كالشرط».

(٢) بعدها في الأصل: «عليها».

(٣) ليست في (د).

الفروع حيلةً به* . نصَّ عليه، وقيل: بمهرِ المثلِ . وفي «الخرقيِّ» و«الانتصار»: لا يصحُّ . وذكره ابنُ عقيلٍ روايةً، وقيل: لا يصحُّ مع قوله: وبُضعُ كلِّ واحدةٍ
٢/ ١١٠ مهرُ الأخرى* فقط . وظاهرُ كلامِ/ ابنِ الجوزيِّ: يصحُّ معه بتسميةٍ . وذكر شيخُنا وجهاً اختارَه: أنَّ بُطلانَه لاشتِراطِ عدمِ المهرِ .

وإن تزوَّجها بشرطِ أنه متى أحلَّها للأول، طلَّقَها، أو فلا نكاحَ بينهما، لم يصحَّ العقدُ، كشرطِهِ، وعنه: بلى* . وكذا نيتُه أو اتفقَا قبلَه، على الأصحِّ. وكذا إن تزوجها إلى مُدةٍ، وهو نكاحُ المُتْعةِ . وقطعَ الشيخُ فيها بصحتِه مع النيَّةِ*، ونصه، والأصحابُ خلافُه . ونقل أبوداودَ فيها: هو شبيهٌ

التصحيح .....

الحاشية * قوله: (غير قليلٍ حيلةً به) .

فالضميرُ في قوله: (به) يعودُ على (قليل) والمعنى: أنه إذا سُمّي مهرٌ قليلٌ لأجلِ الحيلةِ على صحةِ النكاحِ، لم يصحَّ، فيكونُ معناه: ويصحُّ مع مهرٍ إلاّ القليل لأجلِ الحيلةِ به، فإنه لا يصحُّ .

* قوله: (وقيل: لا يصحُّ مع قولِه: وبُضعُ كلِّ واحدةٍ مهرُ الأخرى) .

المعنى على هذا القول: لا يصحُّ في هذه الصورةِ فقط .

* قوله: (وإن تزوجَّها بشرطِ أنه متى أحلَّها للأول، طلَّقها، أو فلا نكاحَ بينهما، لم يصحَّ العقدُ، كشرطِهِ، وعنه: بلى) .

الشرطُ غيرُ صحيحٍ، وهل نقول: لا يصحُّ العقدُ، كما لا يصحُّ الشرط وهو المقدمُ، أو نقولُ: يصحُّ العقدُ مع الحكمِ بعدمِ صحة الشرطِ؟ فيه روايتان .

* قوله: (وقطعَ الشيخُ فيها بصحتِه مع النيةِ) .

أي: إذا تزوَّج امرأةً، ونوى أنه يطلِّقُها بعد مُدَّةٍ، قال في «المغني»[1]: فإن تزوَّجها بغيرِ شرطٍ، إلاّ

(١) ١٠/ ٤٨ ـ ٤٩ .

الفروع

بالمتعةِ، لا، حتى يتزوجَها على أنها امرأتُه ما حييَتْ: وفي «النوادر»: دلالةُ الحالِ فيها الروايتان، وعنه: النهي عنها تنزيهٌ، ويكره تقليدُ مفتٍ بها. قاله في «الرعاية». وذكر القاضي وجماعة: أنها كغيرِها من مسائلِ الخلافِ، ولا تثبتُ أحكامُ الزوجيةِ، ولم أجد فيه خلافاً، بل وطء الشبهةِ. وذكرَ أبوإسحاقَ، وابنُ بطةَ: أنها كالزنا.

وتزويجُها المطلِّقُ ثلاثاً* لعبدِه[1]، بنيةِ هبتِه أو بيعِه منها؛ لينفَسخَ النكاحُ، كنيَّةِ الزوجِ. ومن لا فُرقةَ بيدِه، لا أثرَ لنيتِه.

وفي «الفنون» فيمن طلَّقَ زوجتَه الأمةَ ثلاثاً، ثم اشترَاها؛ لتأسفِه على طلاقِها: حِلُّها بعيدٌ في مذهبِنَا؛ لأنه يقفُ على زوج وإصابة، ومتى زوَّجَها ـ

التصحيح

.....

الحاشية

أن في نيَّتِه طلاقُها بعد شهرٍ، أو إذا انقضت حاجتُه في هذا البلد، فالنكاح صحيحٌ، في قولِ عامةِ أهلِ العلمِ، إلا الأوزاعيَّ، فقال: هو نكاحُ متعةٍ. والصحيحُ أنَّه لا بأسَ به، ولا تَضرُّ نيَّتُه، وليس على الرَّجُلِ أن ينوي حبسَ امرأتِه وحسبُه إن وافقَته وإلا طلَّقَها. انتهى. ووجه النصِّ، وقولُ الأصحابِ: أن النكاحَ المقصودُ به الدوامُ، فإذا نوى خلافَ ذلك، فقد نوَى خلافَ ما قُصِدَ به من الزمن، وهو زمنُ الحياةِ؛ ولهذا قال: (حتى يتزوجَها على أنها امرأتُه ما حييَتْ)، ودليلُ هذا، واللّه أعلم المنعُ من نكاحِ المتعة.

* **قوله: (وتزويجها المطلقُ ثلاثاً).**

تزويجُ، مضافٌ إلى المفعولِ والمطلِّقُ فاعلُ تزويج. والمعنى: أن الذي طلَّقها ثلاثاً زوَّجها بعبدِه، ثم وهبَها العبدَ أو باعَها العبدَ؛ لينفسخ النكاح؛ لكونِها ملكت زوجَها، فيكون كنيَّةِ[2] الزوجِ تحليلَها.

(١) في الأصل: «كعبده».

(٢) في (ق) «كنيته».

الفروع مع ما ظهرَ من تأسفِه عليها ـ لم يكن قصدُه بالنكاحِ إلا التّحليلُ، والقصدُ عندنا يُؤثّرُفي النكاحِ؛ بدليل ما ذكره أصحابُنا: إذا تزوَّجَ الغريبُ بنيةِ طلاقِها، إذا خرجَ من البلدِ، لم يصحَّ* . وفي «الروضة»: نكاح المُحلِّلِ باطلٌ إذا اتَّفقَا، فإن اعتقدَتْ ذلك باطناً ولم تُظهِره، صحَّ في الحكمِ، وبطلَ فيما بينها وبين اللهِ تعالى .

ويصحُّ النكاحُ إلى المماتِ . وفي «الواضح»: نيَّتُها كنيَّتِه . ومن عزمَ على تزويجِه بالمطلقةِ ثلاثاً ووعدَها سرّاً، كان أشدَّ تحريماً من التصريحِ بخطبةٍ معتدة (ع) لاسيَّما وينفقُ عليها ويعطِيها ما تُحلَّلُ به . ذكره شيخنا .

ومتى شرطَ نفيَ الحِلِّ في نكاحٍ، أو علَّقَ ابتداءَه على شرطٍ، فسدَ العقدُ، على الأصحِّ، كالشرطِ* . وقالَ شيخُنا: ذكرَ القاضي وغيرُه روايتين في تعليقِه بشرطٍ، والأنصُّ من كلامِه جوازُه، كالطلاقِ . قال: والفرقُ بأنَّ هذا معاوضةٌ أو إيجابٌ، وذاك إسقاطٌ غيرُ مؤثّرٍ، وبأنَّه ينتقِضُ بنذرِ التبرُّرِ وبالجُعَالةِ .

التصحيح .....

الحاشية * قوله: (بدليلِ ما ذكره أصحابُنا: إذا تزوج الغريبُ بنيةِ طلاقِها، إذا خرجَ من البلدِ، لم يصحَّ) .

هذه المسألةُ يحسنُ تخريجُها على ما تقدم في نكاحِ المتعةِ بالنيةِ[1]، فيجيءُ فيها خلافُ الشيخِ في «المغني»[2].

* قوله: (فسدَ العقدُ، على الأصحِّ، كالشرطِ) .

أي: كما يفسدُ الشرطُ .

---

(١) ص ٢٦٤ .

(٢) ١٠/٤٨ ـ ٤٩ .

الفروع

وإن شرطَ عدمَ[١] مهرٍ، أو نفقةٍ، أو قسمةً لها أقلَّ من ضَرَّتِها أو أكثرَ، أو شرطَ أحدُهما عدمَ وطءٍ ونحوِهِ، فسدَ الشرطُ لا العقدُ . نصَّ عليهما، وقيل: يفسدُ . نقل المرُّوذِيُّ: إذا تزوَّجَ النَّهاريَّاتِ أو اللَّيْلياتِ، ليس من نكاحِ أهلِ الإسلامِ .

ونقل عبدُالله وحنبلٌ: إذا تزوجَ على شرطٍ، ثم بدا له أن يقيمَ، جدَّدَ النكاحَ . وفي «مفردات ابن عقيل»: ذكرَ أبوبكرٍ، فيما إذا شرطَ أن لا يطأ، أو لا ينفقَ، أو إن فارقَ، رجعَ بما أنفق، روايتين . يعني: في صحةِ العقدِ، واختاره[٢] شيخنا* [٣]بنفي مهرٍ[٣] وأنه قولُ أكثرِ السلفِ، كما في مذهبِ (م) وغيره؛ لحديثِ الشغارِ[٤]، وقيل: بعدَمِ وطئِه . ونقل الأثرَمُ توقفه في الشرطِ، قال شيخُنا: فيُخرَّجُ على وجهين . واختارَ صحتَه، كشرطِه تركَ ما يستحقُّه، وفرَّق القاضِي بأنَّ له مَخْلصاً؛ لملكِه طلاقَها .

وأجاب شيخُنا: بأنَّ عليه المَهْرَ، وأنَّ ابن عقيلٍ سوَّى بينهما، فإن صحَّ وطلَبته، فارقَها وأخذَ المهرَ، وهو في معنى الخُلعِ، فإن وجَبتِ الفرقةُ ثَمَّ،

التصحيح .....

الحاشية

* قوله: (واختاره شيخنا) .

أي: اختارَ فسادَ العقدِ .

(١) ليست في (ر) .

(٢) بعدها في (ر): «أي: فساد العقد» .

(٣-٣) ليست في (ط) .

(٤) أخرج البخاري (٥١١٣)، ومسلم (١٤١٥)(٥٧)، عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، ليس بينهما صداق .

الفروع وجَبَتْ هنا، وأن على الأول: للفائتِ غَرضه، الجاهلُ بفسادِه ـ الفسخَ بلا شيءٍ، كالبيع وأولى.

وإن شَرطَا أو أحدُهما فيه خياراً، أو إن جاءَها بالمهرِ وقتَ كذا، وإلا فلا نكاحَ بينهما، ففي صحةِ العقدِ روايتان[٣]، وعنه: صحتُهما. واختار شيخُنا، صحتَهما في شرطِ الخيارِ. قال: وإن بطَلَ الشرطُ، لم يلزم العقدُ بدونه، فإنَّ الأصلَ في الشروطِ الوفاءُ، وشرطُ الخيارِ له مقصودٌ صحيحٌ.

وقال شيخنا: وكذا تعليقُ النكاحِ على شرطٍ، فيه ثلاثُ رواياتٍ. وذكر ابنُ عقيلٍ في الثانيةِ[١] روايةً: يفسدُ المهرُ؛ لأنه يأخذُ قسطاً، فبتأخيرِه عن أجلِه يحصلُ مجهولاً.

التصحيح **مسألة ـ٣**: قوله: (وإن شرطا أو أحدُهما فيه خياراً، أو إن جاء بالمهر وقتَ كذا، وإلا فلا نكاح بينهما[٢]، ففي صحةِ العقدِ روايتان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«الكافي»[٣]، و«المقنع»[٤]، و«المغني»[٥] في الثانية، و«الشرح»[٤]، و«شرح ابن منجا» وغيرهم:

إحداهما: يصحُّ، وهو الصحيحُ، نصَّ عليه في رواية الأثرم، وصححه في «التصحيح»، و«النظم»، وبه قطع في «الوجيز» وغيره، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته» وغيره، وقدمه في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، واختاره الشيخُ تقيُّ الدين، فيما إذا شرطَ الخيارَ.

الحاشية .....

---

(١) ليست في الأصل.

(٢) في النسخ الخطية و(ط). «بيننا». والمثبت من «الفروع».

(٣) ٤/٢٨٨ ـ ٢٨٩.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠/٤٢٤ ـ ٤٢٥.

(٥) ٩/٤٨٨.

الفروع وشرطُ الخيارِ في المهرِ، قيل[١]: كذلك، وقيل: يصحُّ[م٤]. وإن طلَّقَ بشرطِ خيارٍ، وقعَ.

فصل

وإن شرطَها مسلمةً، أو: زَوَّجْتُك هذه المسلمةَ، فبانت كتابيةً، فله الفسخُ.

فإن عكسَ، أو ظنَّها مسلمةً، ولم تُعرَف بتقدُّمِ كفرٍ، وقيل: أو ظنها بكراً، فبانت بخلافِه، فوجهان[م٥، ٦].

التصحيح والرواية الثانية: لا يصحُّ، قدمه في «المغني»[٢] في الأولى.

مسألة ـ ٤: قوله: (وشرط الخيارِ في المهرِ، قيل: كذلك، وقيل: يصحُّ) انتهى. قلت: قطعَ الشيخُ في «المغني»[٢]. والشارح، وابن رزين في «شرحه»، بصحةِ النكاحِ. وأطلقَ في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]، في الصداق ثلاثةَ أوجهٍ؛ صحةَ الصداقِ مع بُطلان الخيارِ، وصحتَه وثُبوتَ الخيارِ فيه، وبطلانَ الصداقِ.[٤] وقدم ابن رزين في بطلان الصداقِ، والصوابُ ما قطع به في «المغني»[٤]. وقدمه ابن رزين أيضاً، والله أعلم.

مسألة ـ ٥ـ ٦: قوله: (فإن عكس) يعني: لو شرطَها كافرةً، فبانت مسلمةً، أو قال: زوَّجتُك هذه الكافرةَ، فبانت مسلمةً، أو ظنها مسلمةً (ولم تُعرف بتقدمِ[٥] كفرٍ، فوجهان) انتهى. ذكرَ مسألتين:

المسألة الأولى ـ ٥: لو شرطَها كتابيةً، فبانت مسلمةً، أو قال: زوجتُك هذه

الحاشية .....

---

(١) ليست في (ط).

(٢) ٩/٤٨٨ ـ ٤٨٩.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠/٤٢٦.

(٤ ـ ٤) ليست في (ط).

(٥) في النسخ الخطية «بتقديم»، والمثبت من (ط).

الفروع وإن شرطَ بِكْرًا، أو جميلةً، أو نسيبةً، أو نفيَ عيبٍ لا يُثبِتُ الفسخَ، فبانت بخلافِه، فعنه: له الفسخُ، اختاره في «الترغيب»، وشيخُنا (وم ق) وعنه: لا[م٧] (و هـ ق). وفي «الإيضاح»، واختاره في «الفصول»، في شرطِ

التصحيح الكافرةَ، فبانت مسلمةً، فهل يثبتُ له الخيارُ أم لا؟ أطلقَ الخلافَ، وأطلقه في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»:

أحدهما: لا خيارَ له، وهو الصحيحُ، صحَّحه الشيخُ الموفقُ، والشارح، والناظم، وغيرهُم، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، وقطع به في «الوجيز»، و«المنور»، و«منتخب الأدمي»، وغيرهم، وقدَّمه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«الكافي»[١]، و«المقنع»[٢]، و«الشرح»[٢]، وغيرهم.

والوجه الثاني: له الخيارُ، اختاره أبوبكرٍ، وقاله في «الترغيب». قال الناظمُ: وهو بعيدٌ.

تنبيه: كان الأولى أن المصنفَ كان يقدمُ أنه لا خيارَ له، لا أنه يطلقُ الخلافَ، كما قاله في البيعِ، فإنَّه قدَّمَ هناك عدمَ الفسخ.

١٨٦ **المسألة الثانية ـ ٦**: لو ظنَّها مسلمةً، ولم تُعرف بتقدُّمِ كفر، فبانت/ كافرةً، فالحكمُ فيها كالتي قبلها، قاله في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاوي»، والمصنف، وغيرهم، وقطع به في «الكافي»[١]، و«المغني»[٣]، و«الشرح»[٤]، وغيرِهم، أنَّ له الخيارَ في هذه الصورةِ، فيكونُ هذا هو الصحيحَ. وهذه المسألةُ ليست كالتي قبلها على هذا.

مسألة ـ ٧: قوله: (وإن شرطَ بكراً، أو جميلةً، أو نسيبةً، أو نفيَ عيبٍ لا يُثبتُ

الحاشية

(١) ٤/ ٣١٠.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠/ ٤٢٧.

(٣) ٩/ ٤٥٢.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠/ ٤٣٠.

الفروع

بِكْرٍ: إن لم يملِكه، رجَعَ بما بين المهرين، ويتوجَّه: مثله بقيةُ الشروطِ. وفي «الفنون»، في شرطِ بكرٍ: يحتمِلُ فسادَ العقدِ؛ لأنَّ لنا قولاً: إذا تزوجَها على صفةٍ، فبانت بخلافِها، بطلَ العقدُ. قال شيخُنا: ويَرجعُ على الغَارِّ. وإن غرَّته وقبضته، وإلا سقطَ، في ظاهرِ المذهبِ، ولا يلزمُه أقلُّ مهرٍ (م).

وإن شرطَ أمةً، فبانت حرةً، أو صفةً، فبانت أعلى، فلا فسخَ في الأصحِّ. وفي «الترغيب»: يفسخُ إن شرطَ مسلمةً، فبانت كتابيةً، أو ثيباً، فبانت بكراً. وإن شرطَها ـ واعتبرَ في «المستوعب» مقارنَتَه ـ أو ظنَّها حرَّةً،

التصحيح

الفسخَ، فبانت بخلافِه، فعنه: له الفسخُ، اختاره في «الترغيب»، وشيخنا . . . وعنه: لا) انتهى. وأطلقهما في «المغني»[1]، و«الكافي»[2]، و«المقنع»[3]، و«المحرر»، و«الشرح»[3]، و«الحاوي الصغير» وغيرهم:

إحداهما: له الخيارُ بين الفسخِ والإمساكِ، اختاره في «الترغيب»، و«البلغة»، والناظمُ، والشيخُ تقيُّ الدين، وابنُ عبدوس في «تذكرته»، وغيرهم، وقدَّمه في «الرعايتين»، وهو الصواب.

والروايةُ الثانية: ليس له ذلك، وهو ظاهرُ كلامِ كثيرٍ من الأصحاب، وبه قطعَ في «الوجيز»، و«المنور»، و«منتخب الأدمي»، وغيرهم، وقدمه ابن رَزين في البكرِ. قال في «المستوعب»: فإن غرَّته بنسبٍ أو صفةٍ، مثل: إن تزوَّجَها على أنها عربيةٌ أو هاشميةٌ، فتبيَّن دون ذلك، أو على أنها بيضاءُ، فتبيَّن سوداءُ، أو أنها طويلةٌ، فتبيَّن قصيرةٌ، وما أشبهَ ذلك، فالنكاحُ صحيحٌ ولا خيارَ له. انتهى.

وقال ابن رزين: وإن شرطَها بكراً، فبانت ثيباً، فلا خيارَ له، وقيل: له الخيارُ. فإن

الحاشية

(١) ٩/ ٤٥١.

(٢) ٤/ ٣١٠.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠/ ٤٢٩.

الفروع فبانت أمةً*، فإن لم تُبح له، فباطلٌ*، كعلمِه . وعند أبي بكر يصحُّ، فله الخيارُ(☆) وبناه في «الواضح» على الكفاءة . ولمن تبُاحُ له الخيارُ، إلا أن

التصحيح شرطها نسيبةً، أو جميلةً، أو طويلةً، أو شرطَ نفيَ عيبٍ لا ينفسخُ به النكاحُ، ونحوه، فوجهان . انتهى .

(☆) [1]تنبيه: قوله: (وإن شرطَها . أو ظنَّها حرَّةً، فبانت أمةً، فإن لم تُبح له، فباطلٌ، كعلمه . وعند أبي بكرٍ يصحُّ، فله الخيارُ) انتهى .

فظاهرُ هذه العبارةِ: أنَّه إذا شرطَها أو ظنَّها حرةً، فبانت أمةً، وهو ممن لا يباحُ له نكاحُ الإماءِ، أن النكاحَ يصحُّ على قولِ أبي بكرٍ، وهو مشكلٌ جدّاً، والمحكيُّ عن أبي بكرٍ إنما هو إذا شَرَطها كتابيةً، فبانت مسلمةً . وقال القاضي: في «الجامع»: قياسُ قولِ أبي بكرٍ إذا شَرَطها أمةً، فبانت حرةً . فهذا قولُ أبي بكرٍ، والمقيسُ على كلامِه . وأمَّا إذا شرَطَها حرّةً، فبانت أمةً، أو ظنَّها حرةً، فبانت أمةً، وهو ممن لا يباحُ له نكاحُ الإماءِ، يقولُ أبوبكرٍ: إن النكاحَ صحيحٌ، وله الخيار . فهذا بعيدٌ جدّاً، بل هو ساقطٌ . والظاهرُ أن في كلام المصنفِ سقطاً، أو حصل سهوٌ أو أنَّا لم نفهم كلامَه . والله أعلم[1] .

الحاشية * قوله: (أو ظنها حُرَّةً، فبانت أمةً) .

التقديرُ والله أعلم: وإن شرَطَها حرةً، أو ظنَّها، فبانت أمةً . وظاهرُه: له الخيارُ وإن كان عبداً . وهو المقدمُ في «المغني»[2]، وذكر احتمالاً بعدمِ الخيارِ، لكن ذكره في المغرورِ، ولم يصرِّح به فيما إذا ظنَّها .

* قوله: (فإن لم تُبح له، فباطل) .

قال في «المغني»[3]: لأننا تبينا أن النكاحَ فاسدٌ من أصله؛ لعدمِ شرطِهِ . وفي «الكافي»[4]: وإن

(١-١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط) .

(٢) ٩/ ٤٥٢ .

(٣) ٩/ ٤٤٦ .

(٤) ٤/ ٣١٠ .

الفروع يظنَّها عتيقةً* . وقدم في «الترغيب»: أو يظنَّها حرةً، وقيل: لا فسخَ لعبد . وينعقدُ الولدُ حرّاً . قال ابن عقيل: كما ينعقدُ ولدُ القرشيِّ قُرشياً باعتقادِه، ويفدِيهِ، وعنه: لا، وعنه: هو بدونه رقيقٌ، وهو كولدِ مغصوبةٍ، ويفدِيهِ العبدُ بعد عتقِه، وقيل: برقبتِه، وهو روايةٌ في «الترغيب» . ويرجعانِ على الغارِّ، كأمرِه بإتلافِ مالِ غيرِه غره[1] بأنَّه له، فلم يكن . ذكره في «الواضح» مع شرطٍ . وقيل: مُقارِنٍ . وفي «المغني»[2]: ومع إيهامِه بقرينةِ حريتِها . وفيه: ولو أجنبيّاً، كوكيلِها . وما ذكره هو إطلاقُ نصوصِه، وقاله أبوالخطاب، وقاله فيما إذا دلَّسَ غيرُ البائعِ، ولمستحقِّه مطالبةُ الغَارِّ ابتداءً . نصَّ عليه، وولدُهما بعدُ عبدٌ .

وفي لزوم المسمى، أو مهرِ المثلِ ورجوعِه به الروايتان(م٨، ٩) .

التصحيح [3]ومما يدلُّ على أن في كلامِه نقصاً، قولُه بعد ذلك: (وبناه في «الواضح» على الكفاءةِ) وهذا لا يُلائمُ المسألة[3]

مسألة ـ ٨ ـ ٩: قوله: (وفي لزومِ المسمى، أو مهرِ المثلِ ورجوعِه به الروايتان)

الحاشية تزوَّج أمةً على أنها حرَّة، أو يظنُّها حُرَّةً، وهو ممن لا يحلُّ له نكاحُ الإماءِ، فالنكاحُ فاسدٌ، وعليه فراقُها متى علم، وحكمُه حكمُ الأنكحةِ الفاسدةِ في المهرِ وغيره .

* **قوله: (ولمن تباحُ له الخيارُ إلا أن يظنَّها عتيقةً)** .

أي: ظنَّها عتيقةً، فبانت أمةً، فلا خيارَ له، وهكذا في «المحرر» . ووجهُه، أنه ظنَّ خلافَ الأصلِ المتيقنِ، ولا عبرةَ بالظنِّ المخالفِ للأصلِ، لوجودِ التقصيرِ منه بعدم الفحصِ عن زوالِ الأصلِ المعلوم . والشيخُ، و«الوجيز» لم يذكرا هذا التفريق .

---

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط) .

(٢) ٩/٤٤٦ .

(٣-٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط) .

الفروع .....

التصحيح انتهى يعني بهما في المسألةِ الأُولى اللتين في النكاحِ الفاسدِ بعدَ الدخولِ . قاله في «المغني[١]»، و«الشرح»[٢] هنا، وهو الظاهرُ . ذكر المصنف مسألتين:

المسألة الأولى ـ ٨: هل يلزمُه المهرُ المسمى أو مهرُ المثل؟ فيه روايتان . والصحيحُ من المذهبِ لزومُ المسمى؛ بناء على الوجوبِ في النكاحِ الفاسدِ . وقدَّمه المصنفُ هناك .

والروايةُ الثانيةُ: يلزمُه مهرُ المثلِ، كالنكاحِ الفاسدِ أيضاً .

المسألة الثانية ـ ٩: هل يرجعُ بالمهرِ على من غَرَّه أم لا؟ فيها روايتان . والصحيحُ من المذهبِ الرجوعُ عليه بالمهرِ. اختاره الخرقيُّ وغيره . وقدَّمه في «المغني»[٣]، و«المستوعب»، و«الشرح»[٤]، و«شرح ابن رزين»، والزركشيُّ، وقال: اختاره القاضي وأبومحمدٍ وغيرُهما .

والرواية الثانية: لا يرجعُ به، اختاره أبوبكرٍ . قال القاضي: والأظهرُ أنه لا يرجعُ؛ لأن أحمدَ قال: كنت أذهب إلى حديثِ عليٍّ، ثم هِبتُه، وكأنِّي أميلُ إلى حديثِ عمرَ . فحديثُ عليٍّ فيه الرجوعُ بالمهرِ، وحديثُ عمرَ بعدَمِه[٥].

الحاشية .....

(١) ٩/ ٥٣٥ .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠/ ٤٣٨ .

(٣) ٩/ ٤٤٥ .

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠/ ٤٣٩ .

(٥) في «المغني» ٩/ ٤٤٥: قال القاضي: والأظهر أنه يرجع، ثم ذكر قول أحمد بعده: وكأني أميل إلى حديث عمر . قال: يعني في الرجوع، بخلاف ما نقل المرداوي هنا . وقد أخرج البيهقي في «السنن الكبرى» ٧/ ٢١٤ حديث عمر في الرجوع، ثم نقل قول مسروق: رجع عمر بن الخطاب رضي الله عن قوله في الصداق وجعله لها بما استحل من فرجها، والله أعلم . ينظر «السنن الكبرى» ٧/ ٢١٩ .
كما أخرج حديث علي في الرجوع . «السنن الكبرى» ٧/ ٢١٩، وحديثه في عدم الرجوع . «السنن الكبرى» ٧/ ٢١٥ . ينظر: «المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف» ٢٠/ ٤٣٩ .

الفروع

وإن كانت الغارَّةَ، ففي تعلُّقِه بذمتِها أو رقبتِها وجهان[١٠م]. ونقل ابنُ الحكمِ: لا يرجعُ عليها؛ لأنه لم يغرَّه أحدٌ.

التصحيح

تنبيهان:

الأول: الروايتانِ اللتانِ في المسألةِ الثانيةِ ليستَا هُما اللتينِ في المسألةِ الأُولى، فحينئذٍ في قوله: (فيه[١] الروايتان) نظرٌ؛ لأنَّ الأولتين هما اللتانِ في النكاحِ الفاسدِ، واللتانِ في المسألةِ الثانيةِ هما مستقلتانِ، وهما كالروايتينِ اللتينِ في العيوبِ في النكاحِ، والمصنفُ قد صحَّحَ الرجوعَ، والله أعلم.

الثاني: قوله: (وإن شرَطَها حُرَّةً، فبانت أمةً، فإن لم تُبح له، فباطلٌ، كعلمِهِ. وعند أبي بكرٍ يصحُ، فله الخيارُ) انتهى. النقلُ هنا عن أبي بكرٍ بالصحةِ فيه نظرٌ واضحٌ، وكيف نصححُ نكاحَ من لا تُباحُ له؟ وإنما المحكيُّ عن أبي بكرٍ فيما إذا شرَطَها كتابيةً، فبانت مسلمةً، فالظاهرُ أن هنا نقصاً أو حصل سهوٌ، والله أعلم.

مسألة ـ ١٠: قوله: (وإن كانت الغَارَّةُ، ففي تعلُّقِه بذمتِها، أو رقبتِها وجهان) انتهى. قال في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]: يخرَّجُ فيها[٤] وجهان؛ بناءً على دَينِ العبدِ بغيرِ إذن سيِّدِه، هل يتعلَّقُ برقبتِهِ، أو بذمتِه؟ وكذا قال ابنُ رزينٍ والزركشيُّ.

إذا علمتَ ذلك، فالصحيحُ من المذهبِ أنه يتعلقُ برقبتِهِ، يفدِيه سيِّدُه أو يسلِّمُه، وقدَّمه المصنفُ وغيرُه في أحكامِ الرقيقِ آخرَ الحَجرِ[٥]. وقال القاضي: قياسُ قولِ الخرقيِّ أنه يتعلَّقُ بذمتِها؛ لأنَّه قال في الأمةِ إذا خالعت زوجَها بغيرِ إذن سيِّدِها: يتبعُها به إذا عَتَقَت. كذا هنا. وقال في «البلغة»: وإن كانت الأمةُ هي الغَارَّة، تعلَّقتِ العهدةُ بذمَّتِها، أو برقبتِها.

الحاشية

.....

(١) ليست في (ط).

(٢) ٩/ ٤٤٥.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠/ ٤٤٠.

(٤) في (ص): «فيهما».

(٥) ٧/ ٢٠.

الفروع ولا مهرَ ـ في الأصحِّ ـ لمكاتبةٍ غارَّةٍ؛ لعدمِ الفائدةِ، وولدُها مكاتبٌ، فيغرمُ أبوه قيمتَه لها على الأصحِّ . والمعتَقُ بعضُها يجبُ لها البعضُ، فيسقطُ، وولدُها يغرمُ أبوه قدرَ رِقِّه . نقل عبدُالله فيمن ادَّعت أن مولاهَا أعتقَها، أيقبلُ قولَها وينكحُها؟ قال: لا، حتى يسألَه أو تقومَ عنده بينةٌ . ولو أوهمَته أنها زوجتُه أو سُرِّيتُه، فظنَّه، فوطؤهُ شبهةٌ، أو أوهمَه سيِّدُها به، فلا مهرَ، وإنْ جهِلَتْ تحريمَه، وتعزَّرُ عالمةٌ. ذكره شيخنا، قال: وإن جهلَ فسادَ نكاحٍ لتغريرِ غارٍّ، وإنْ ظنَّته حرّاً، فلم يكن، خيِّرت . نصَّ عليه .

وإن شرَطَتْ صفةً فبان أقلَّ، فلا فسخَ، إلا شرطَ حريةٍ*، وقيل: ونسب ١١١/٢ (١لم يُخِلَّ بكفاءةٍ١)/ وقيل فيه: ولو مُماثلاً. وفي «الجامع الكبير»: وغيرِهما* . واختاره شيخُنا (وم) كشرطِه، وأولى؛ لملكِه طلاقَها .

ومن عَتَقَتْ ـ وعنه: أو بعضُها ـ تحت عبدٍ، وعنه: أو معتَقٍ بعضه، وعنه: وليس فيه بقدرِ حريتِها، وعنه: أو تحت حُرٍّ، وجزمَ في «الترغيب»:

التصحيح تنبيه: إذا قلنا: إنَّ الخلافَ مبنيٌّ على الخلاف في دَينِ العبدِ بغيرِ إذنِ سيِّدِه، ففي إطلاقِ المصنفِ الخلافَ نظرٌ؛ لأنه قدَّمَ أنه يتعلَّقُ برقبتِه، وهنا أطلقَ، لكن ظاهرُ كلامِ المصنفِ: عدمُ البناءِ .

الحاشية * قوله: (وإن شرَطَتْ صفةً، فبان أقلَّ، فلا فسخَ، إلا بشرطِ حريةٍ) .

إذا شَرطته حرّاً فبان عبداً، ظاهرُه: ولها الخيارُ، وإن كانت أمةً[٢]، ذكره في «المغني»[٣].

* قوله: (وفي «الجامع الكبير»: وغيرهما) .

أي: غيرِ حريةٍ ونسبٍ .

(١ـ١) في (ط): «لمن تحل بكفاءة» .

(٢) بعدها في (ق): «وهو كذلك» .

(٣) ٩/٤٥٢ .

الفروع

أو عَتَقَتْ تحت مُعتَقٍ بعضُه، فلها الفسخُ، ولو ارتدَّ، بلا حاكم، ما لم ترضَاه، أو تعتِق، أو يطأ طوعاً، وليس طلاقاً . قال الإمام أحمدُ: لأنَّ الطلاقَ ما تكلمَ به، فتقول: فسختُه، أو اخترتُ نفسي، وطلقتُها كنايةً عن الفسخِ . واختار شيخُنا وغيرُه: لها الفسخُ تحت حُرٍّ . وإن كان زوجُ بريرَةَ عبداً[1]؛ لأنَّها ملكَت رقبتَها وبُضعَها، فلا يُملَّكُ عليها إلا باختيارِها . وتمليكُ العتيقِ[2] رقبتَه ومنفعتَه أقوَى من البيعِ؛ لأنَّه ينفذُ فيما لم يعتقه ويسري في حصةِ الشريكِ، بخلافِ البيع، وقد استوفى الزوجُ المنفعةَ بالوطءِ، فلم يسقط له حقٌّ، كما لو طرأ رضاعٌ أو حدوثُ عيبٍ مما يزيلُ النكاحَ أو يفسخُه، وأنَّه إنْ شرطَ عليها دوامَ النكاحِ تحت حُرٍّ أو عبدٍ فرضيت، لزمَها، وأنَّه يقتضيه مذهبُ أحمد، فإنه يجوزُ العتقُ بشرطٍ .

وإن ادَّعت جهلاً بعتقِه*، قيل: يجوزُ جهلُه، وقيل: لا يخالفُها

التصحيح

.....

الحاشية

* قوله: (وإن ادَّعت جهلاً[3] بعتقِه) إلى آخره .

المرادُ: إذا وطِئَها، وادَّعت أنَّها إنما مكَّنته من ذلك؛ لأنَّها لم تعلم أنه عتَقَ، أو لم تعلم أنَّها تملكُ الفسخَ إذا عتَقَ، فالذي نقله الجماعةُ أن خيارَها يسقطُ؛ لأنَّه وردَ في حديثِ بريرةَ أنها إذا مكنته، فلا خيارَ لها من غيرِ تفصيلٍ . رواه أبوداود[4] . فيكونُ الحكمُ وهو مِلكُ الفسخِ مشروطاً بعدمِ الوطء . والجهلُ بالحكمِ لا يسقطُ الحكمَ، كمن صلى بغيرِ وضوءٍ، جاهلاً أن الوضوءَ شرطٌ، ونحوِ ذلك من الأحكام؛ ولأنَّ العتقَ وملكَ الفسخِ به أمرٌ ممكن، فعدمُ السؤالِ عن ذلك فيه تقصيرٌ

(١) حديث بريرة أخرجه البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤)، من حديث عائشة .

(٢) في الأصل: «العتق».

(٣) في النسخ الخطية: «الجهل»، والمثبت من «الفروع».

(٤) في سننه (٢٢٣٢)، وتقدم آنفاً أنه في «البخاري»، و«مسلم» .

الفروع ظاهرٌ(م١١) فلا فسخَ، نقله الجماعةُ، وكذا لا فسخَ إن ادَّعت جهل مِلكِ الفسخِ، نقله الجماعة، وعنه فيهما: بلى، اختاره جماعةٌ. وعليهما وطءُ صغيرةٍ ومجنونةٍ، وقيل: لا يسقطُ، ولا خيارَ بعتقِهما معاً، وعنه: بلى، وعنه: ينفسخُ، نقله الجماعةُ كاحتمالٍ في «الواضح» في عتقه وحدَهُ؛ بناء على غِناهُ عن أمةٍ بحُرَّةٍ، وذكره غيرُه وجهاً، إن وجدَ طَولاً. وذكر الشيخ ما ذكره غيرُه: لا خيارَ له؛ لأنَّ الكفاءةَ تعتبرُ فيه لا فيها. قال: فلو نكحَ امرأةً مطلَقاً، فبانت أمةً، فلا خيارَ له، ولو نكَحَت رجلاً مطلقاً، فبان عبداً، فلها الخيارُ، وكذا في الاستدامةِ. كذا قال.

التصحيح **مسألة ـ ١١**: قوله: (وإن ادَّعت جهلاً بعتقِهِ، قيل: يجوزُ جهلُه، وقيل: لا يخالفُها ظاهرٌ) انتهى:

القول الأول: عليه الأكثرُ. وبه قطع في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«المغني»[١]، و«الكافي»[٢]. و«المقنع»[٣]، وغيرهم. قال في «الرعاية»: ومثلها يجهلُه.

والقول الثاني: هو الصوابُ.

فهذه إحدى عشرةَ مسألةً في هذا البابِ.

الحاشية وتفريطٌ منزَّلٌ بمنزلةِ الرضى بالمقامِ. أعني: التمكينَ من الوطءِ. وأظنُّ لفظَ الحديثِ: «إن قربكِ، فلا خيارَ لك»[٤]. والذي يظهرُ أن هذا اللفظَ لا يدلُّ على سقوطِ الخيارِ، سواءٌ علمت أو لا؛ لأنَّ لفظَه يدلُّ على أنَّه إن قربَها فيما يستقبلُ، وذلك بعدَ علمِها بذلك؛ لأنه قد أعلمَها أنَّه إنْ قربَها بعد أن أعلَمها، فلا خيارَ لها، فاللفظُ ليس فيه دليلٌ على أن قربانَها مطلقاً يسقطُ خيارَها.

---

(١) ١٠/٧١.

(٢) ٤/٣٠٣.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠/٤٥٧.

(٤) أخرجه أبوداود (٢٢٣٦)، من حديث عائشة.

الفروع

ومن زوَّجَ مدبَّرةً له، لا يملكُ غيرَها، قيمتُها مئةٌ بعبدٍ على مئتين مهراً، ثم ماتَ، عتَقَت، ولا فسخَ قبل الدخولِ؛ لئلا يسقطَ المهرُ أو يتنصَّفَ، فلا تخرجُ من الثُّلثِ، فيرقُّ بعضُها، فيمتنعُ الفسخُ.

ومن ثبتَ لها الفسخُ، ولو بشرط أو عيبٍ، فلا حكمَ لوليِّها[1].

وتخيرُ صغيرةٌ أو مجنونةٌ بلغت سنًّا يعتبرُ قولُها وعقَلَتْ* . وذكر ابنُ عقيلٍ بنتَ سبعٍ.

ويقعُ طلاقُه البائنُ قبلَ الفسخِ، وقيل: إن لم تَفسخْ. وفي «الترغيب» في وقوعِه وجهان.

وإن عتَقَتْ معتَدةٌ رجعيةٌ، أو عتَقَتْ ثم طلَّقها رجعيّاً، فلها الفسخُ، وقيل: لو رضِيت بالمُقامِ.

ومتى فسخَت المعتَقَةُ بعد دخولِها، فالمسمَّى، ثم مهرُ المثلِ للسيدِ، ولا مهرَ قبله. ونقل مُهنَّا: بلى، نصفُه له، وإلا المتعةُ، حيث تجبُ لوجوبِه له، فلا يسقطُ بفعلِ غيرِه، والله أعلم.

التصحيح .....

الحاشية

* قوله: (وتخيرُ صغيرةٌ أو مجنونةٌ بلغت سناً يعتبرُ قولُها وعقلَت).

أي: إذا بلغتِ الصغيرةُ سناً يعتبرُ فيه قولُها، والمجنونةُ إذا عَقَلَتْ.

(١) بعدها في (ط): «فيه».