

كتاب الصّدّاق

هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطاء ، وله أسماء : الصّدّاق ، والصدقة ، والمهر ، والأجر ، والعقر ، والعليقة . ويقال : أصدقها ، ومهرها . ويقال في لغة قليلة : أمهرها . قال الأصحاب : ليس المهر ركناً في النكاح ، بخلاف المبيع والتمن في البيع ، لأن المقصود الأعظم منه الاستمتاع وتوابعه ، وهو قائم بالزوجين ، فيها الركن ، فيجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر ، لكن المستحب تسميته ، لأنه أقطع ^(١) للنزاع ، ثم ليس للصدّاق حد مقدّر ^(٢) ، بل كل ما جاز أن يكون ثمتاً أو مشتملاً أو أجرة ، جاز جعله صدّاقاً . فإن انتهى في القلة إلى حد لا يتمول ، فسدت التسمية . ويستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم ، للخروج من خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه ، وأن لا يغالي في الصّدّاق ، والمستحب أن لا يزداد على صدّاق أزواج رسول الله ﷺ وهو خمسمائة درهم .

فصل

يشتمل كتاب الصّدّاق على ستة أبواب

[الباب [الأول : في أحكام الصّدّاق الصحيح وهي ثلاثة .

(١) في الأصل : لا أقطع ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : مقدور ، وهو خطأ .

[الحكم الأول : في أن الصداق في يد الزوج ، كيف يضمن ؟ فإذا أصدقها عينا ، فهي مضمونة عليه إلى (١) أن يسلمها . وفي كيفية ضمانه قولان .
أظهرهما وهو الجديد : ضمان العقد كالمبيع في يد البائع .

والقديم : ضمان اليد كالمستعار والمستام ، ويتفرع على القولين مسائل .

[المسألة الأولى : إذا باعت الصداق قبل قبضه ، إن قلنا : ضمان يد ، جاز وإلا ، فلا . ولو كان الصداق ديناً فاعتاضت عنه ، جاز إن قلنا : ضمان يد ، وإلا فقولان كالثمن . أظهرهما : الجواز ، كذا ذكره الامام وغيره . وفي « التتمة » :
لو أصدقها تعليم القرآن أو صنعة ، لم يميز الاعتياض على قول ضمان العقد كالمسلم فيه .

[المسألة الثانية : تلف الصداق المعين في يده ، فعلى ضمان العقد ينفسخ عقد الصداق ، ويقدر عود الملك إليه قبيل التلف ، حتى لو كان عبداً كان عليه مؤنة تجهيزه كالعبد المبيع يتلف قبل القبض ولها عليه مهر المثل . وإن قلنا : ضمان اليد ، تلف على ملكها حتى لو كان عبداً ، فعليها تجهيزه . ولا ينفسخ الصداق على هذا القول ، بل بدل ما وجب على الزوج تسليمه يقوم مقامه ، فيجب لها عليه مثل الصداق إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان متقوماً . ورجح الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجوب البدل ، والجمهور رجحوا القول الأول وهو وجوب مهر المثل . فإذا أوجبنا القيمة ، فهل يجب أقصى القيمة من يوم الصداق إلى يوم التلف لأن التسليم كان مستحقاً في كل وقت ، أم يوم التلف فقط لأنه لم يكن متعدياً ؟ أم يوم الصداق ؟ أم الأقل من يوم الصداق إلى يوم التلف ؟ فيه أربعة أوجه . أصحها : الأول . ولو طالبته بالتسليم فامتنع ، تعين الوجه الأول على المذهب . وقيل : يجب أقصى القيم من وقت المطالبة إلى التلف ، لأنه يصير متعدياً . ولو طالبها

الزوج بالقبض فامتعت ، ففي بقاء الصداق مضموناً عليه وجهان ، نقلها أبو الفرج السرخسي ، الصحيح الضمان ، كما أن البائع لا يخرج عن عهده المبيع بهذا القدر . هذا كله إذا تلف الصداق بنفسه . أما لو أُتلف ، فينظر ، إن أُتلفته الزوجة ، صارت قابضة ويرى الزوج ، وقد ذكرنا في البيع وجهاً أن المشتري إذا أُتلف المبيع في يد البائع ، لم يصر قابضاً بل يغرم القيمة للبائع ، ويسترد الثمن . فعلى قياسه ، تغرم له الصداق وتأخذ مهر المثل . وإن أُتلفه أجنبي ، فإن قلنا : إتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض كآفة سماوية ، فالحكم ماسبق ، وإن قلنا : يوجب الخيار للمشتري وهو المذهب ، فالمرأة الخيار ، إن شاءت فسخت الصداق ، وحينئذ تأخذ من الزوج مهر المثل إن قلنا بضمان العقد ، ومثل الصداق أو قيمته إن قلنا بضمان اليد ، ويأخذ الزوج الغرم من المتلف . وإن أجازت تأخذ من المتلف المثل أو القيمة ، ولها أن تطالب الزوج بالغرم ، فيرجع هو على المتلف إن قلنا بضمان اليد . وإن قلنا بضمان العقد ، فليس لها مطالبة الزوج ، هكذا رتب الإمام والبغوي وغيرهما ، فأثبتوا لها الخيار على قولي ضمان العقد واليد ، ثم فرعوا عليها . وكان يجوز أن يقال : إنما يثبت لها الخيار على قول ضمان العقد . فأما على ضمان اليد ، فلا خيار ، وليس لها إلا طلب المثل أو القيمة ، كما إذا أُتلف أجنبي المستعار في يد المستعير . وإن أُتلفه الزوج ، فعلى الخلاف في أن إتلاف البائع المبيع قبل القبض كآفة السماوية ، أو كإتلاف الأجنبي ؟ والمذهب الاول . وقد بينا حكم الصداق على التقديرين .

[المسألة] الثالثة : حدث في الصداق نقص في يد الزوج ، فهو نقص جزء أو صفة ، فنقص الجزء مثل أن أصدقها عبدین ، قتلف أحدهما في يده ، فيفسخ عقد الصداق فيه ، ولا يفسخ في الباقي على المذهب ، لكن لها الخيار . فإن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل على قول ضمان العقد ، وعلى

ضمان اليد تأخذ قيمة العبدین . وإن أجازت في الباقي ، رجعت للتالف إلى حصة قيمته من مهر المثل على قول ضمان العقد ، وإلى قيمة التالف على ضمان اليد . وإن تلف ^(١) أحد العبدین یا تلاف ، نظر ، إن أتلفته المرأة ، جعلت قابضة لقسطه من الصداق . وإن أتلفه أجنبي ، فلها ^(٢) الخيار . فإن فسخت أخذت الباقي ، وقسط قيمة التالف من مهر المثل إن قلنا بضمن العقد ، وقيمه إن قلنا بضمن اليد . وإن أجازت ، أخذت من الأجنبي الضمان . وإن أتلفه الزوج ، فهو كاللنف بأفة على المذهب . وأما نقص الصفة ، فهو العيب ، كعمى العبد أو نسيانه الحرفة ونحوهما ، وللرأة الخيار . وفي « الوسيط » أن أبا حفص بن الوكيل قال : لا خيار على قول ضمان العقد ، والمذهب الأول . فإن فسخت الصداق ، أخذت من الزوج مهر المثل على الاظهر ، وبذل الصداق في القول الآخر . وإن أجازت ، فعلى الاظهر : لاشيء لها كما لو رضي المشتري بعيب المبيع ، وعلى ضمان اليد لها عليه أرش النقص . وإن اطلعت على عيب قديم ، فلها الخيار ، [فان] ^(٣) فسخت رجعت إلى مهر المثل أو إلى قيمة العين سالمة . وإن أجازت وقلنا بضمن اليد ، فلها الارش على المذهب ، وفيه تردد للقاضي حسين ، لأنها رضية بالعين . وإن حصل التعيب ^(٤) بجناية ، نظر ، إن حصل بفعل الزوجة ، جعلت قابضة لقدر النقص ، وتأخذ الباقي ولا خيار . وإن هلك بعد التعيب في يد الزوج ، فلها من مهر المثل حصة قيمة الباقي على الاظهر ، وقيمة الباقي على القول الثاني . وإن

(١) في الأصل : أتلف .

(٢) في الأصل : فلها .

(٣) زيادة من غطوطة الظاهرية .

(٤) في الأصل : التعيين ، وهو خطأ .

حصل التعيب بفعل أجنبي ، فلها الخيار ، فان فسخت ، أخذت مهر المثل على الاظهر وقيمه سليماً في الثاني ، ويأخذ الزوج الغرم من الجاني . وإن أجازت ، غرمت للجاني . وليس لها مطالبة الزوج إن قلنا بضمان العقد . وإن قلنا بضمان اليد ، فلها مطالبته ، فينظر إن لم يكن للجناية ^(١) أرش مقدر ، أو كان أرش النقص أكثر ، رجعت على من شاءت منها ، والقرار على الجاني . وإن كان المقدّر أقل ، طالبت بالمقدر من شاءت منها ، والقرار على الجاني ، وأخذت قيمة الارش من الزوج . وإن حصل التعيب بجناية الزوج ، فعلى الخلاف في أن جناية البائع كافة أو كجناية أجنبي ؟ إن قلنا بالاول ، وقلنا بضمان اليد ، فعليه ضمان ما نقص . فان كان للجناية أرش مقدر ، كقطع اليد ، فعليه أكثر الامرين من نصف القيمة وأرش النقص .

فرعان

الأول : أصدقها داراً فانهدمت في يده ولم يتلف من النقص شيء ، فالحاصل نقصان صفة . وإن تلف بعضه أو كله باحتراق أو غيره ، فالحاصل هل هو نقصان نصفه كطرف العبد أم [نقصان] ^(٢) جزء كأحد العبدین ؟ وجهان . أصحها : الثاني . وقد سبقا في البيع .

الثاني : أصدقها نخلاً ثم جعل ثمره في قارورة ، وصب عليه صقراً من ذلك النخل وهو بعد في يده ، والصقر : هو السائل من الرطب من غير أن يعرض

(١) في الأصل : لجناية ، وهو خطأ .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

على النار . فإما أن تكون الثمرة صداقاً مع النخل ، بأن أصدقها نخلة مطلة .
وإما أن لا تكون .

الحالة الأولى : إذا كانت صداقاً ، ينظر إن لم يدخل الثمرة والصقر نقص
لابتقدير النزع من القارورة ، ولا بتقدير الترك فيها ، فتأخذها المرأة ولا خيار لها ،
بل الزوج كفأها مؤنة الجداد . وإن حدث فيها أو في أحدهما نقص ، فهو إما
نقص عين ، وإما نقص صفة . أما نقص العين ، فمثل أن صب عليها مكيلتين من
من الصقر فشرب الرطب مكيلة ، فلا يجبر نقص عين الصقر بزيادة قيمة الرطب ،
ثم إن جعلنا الصداق مضموناً ضمان عقد ، انفسخ الصداق في قدر ما ذهب
من الصقر إن قلنا : جناية كالآفة وهو المذهب ، ولا يفسخ في الباقي ، ولها الخيار .
إن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل ، وإن أجازت في الباقي أخذت بقدر ما ذهب
من الصقر من مهر المثل . وإن قلنا : جناية كجناية الأجنبي ، لم يفسخ الصداق
في شيء ، ولها الخيار ، إن فسخت ، فلها مهر المثل ، وإن أجازت ، أخذت النخل
والرطب ، ومثل ما ذهب من الصقر . وإن قلنا بضمان اليد ، تخيرت أيضاً فإن
فسخت ، فلها قيمة النخل مثل الصقر وقيمة الرطب أو مثله على الخلاف المذكور
في « كتاب الغصب » أنه مثلي أو متقوم . وإن أرادت أخذ النخل ورد الثمرة ،
فعلى الخلاف في تفريق الصفقة . وإن أجازت ، فلها ما بقي ومثل الذاهب من
الصقر . وأما نقصان الصفة ، فإذا نقصت قيمة الصقر والمكيلتان مجالهما ، أو قيمة
الرطب ، فإن كان النقصان حاصلًا ، سواء ترك الرطب في القارورة أو نزع ،
فلها الخيار . فإن فسخت ، فعلى قول ضمان العقد لها مهر المثل ، وعلى ضمان
اليدها بدل النخل والرطب والصقر . وإن أجازت ، فإن قلنا بضمان العقد وجعلنا
جنايته كالآفة ، أخذتها بلا أرش . وإن جعلناها كجناية الأجنبي ، أو قلنا بضمان
اليدها ، فعليه أرش النقصان وإن كان الرطب يتعيب لو نزع من القارورة . ولو

ترك لا يتعيب ، فلا يجبر الزوج على التبرع بالقارورة ، لكن إن تبرع بها أُجبرت المرأة على القبول إمضاء للعقد ، ويسقط خيارها . وقيل : لا تجبر على القبول ، والصحيح الأول . وهل يملك القارورة حتى لا يتمكن الزوج من الرجوع ؟ وإذا نزع ما فيها لم يجب ^(١) رد القارورة ، أم لا تملك وإنما الغرض قطع الخصومة فيتمكن من الرجوع وإذا رجع يعود خيارها فيجب رد القارورة إذا نزع ما فيها ؟ فيه وجهان كما ذكرنا في البيع في مسألة النعل والأحجار المدفونة . وإن كان الرطب لا يتعيب بالنزع ، ويتعيب بالتترك ، فلها مطالبة بالنزع ، ولا خيار . ولو تبرع هو بالقارورة ، لم تجبر هي على القبول ، لأنه لا ضرورة إليه .

الحالة الثانية : أن لا تكون الثمار صداقاً بأن حدث بعد الإصداق في يد الزوج . فإن لم يحدث نقص أو زادت القيمة ، فالكل لها . وإن حدث نقص فيها أو في أحدهما ، فلا خيار لها ، لأن ^(٢) ما حدث فيه النقص ليس بصداق ، ولها الأرش . وحكى ابن كج وجهاً أن لها الخيار وهو غلط . وإن كان النقص بحيث لا يقف ويزداد إلى الفساد ، فهل تأخذ الحاصل وأرش النقص ، أم تتخير بينه وبين أن تطالبه بغرم الجميع ؟ فيه خلاف سبق في « الغصب » ، فيما إذا بل الحنطة فعفت . وفي « العدة » أنها على القول الأول ، تأخذ أرش النقص في الحال ، وكلما ازداد النقص ، طالبت بالأرش . ولو كان الرطب يتعيب بالنزع من القارورة ، ولا يتعيب بالتترك فتبرع الزوج بالقارورة لم تجبر على القبول ، لأنه لا حاجة إليه في إمضاء العقد هنا ، هذا كله إذا كان الصقر من ثمرة النخلة ، أما إذا كان الصقر للزوج والثمرة من الصداق ، فالنظر هناك إلى نقصان الرطب وحده ، إن نقص ، فلها

(١) في الأصل : لا يجب .

(٢) في الأصل : لأنها ، وهو خطأ .

الحيار . وإن لم ينقص بالنزع ، فلا خيار ، فتأخذ المرأة الرطب والزوج الصقر ، ولا شيء لما تشربه الرطب . وإن كان ينقص بالنزع ، فلها الحيار . فان تبرع الزوج بالصقر والقارورة ، سقط الحيار ولزم القبول على الصحيح ، ويجيء فيه ما سبق في التبرع بالقارورة .

فرع

إذا زاد الصداق في يد الزوج ، إن كان زيادة متصلة ، كالسمن والكبر ، وتعلم الصنعة ، فهي تابعة للأصل . وإن كانت منفصلة ، كالثمرة والولد وكسب الرقيق ، قال المتولي : إن قلنا بضمان اليد ، فهي للمرأة ، وإلا ، فوجهان كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض . والصحيح أنها للمشتري في البيع ^(١) وللمرأة هنا . فان قلنا : للمرأة فهلكت في يده ، أو زالت المتصلة بعد حصولها ، ولا ضمان على الزوج إلا إذا قلنا بضمان اليد وقلنا : يضمن ضمان المغصوب ، وإلا إذا طالبته بالتسليم فامتنع . وفي « التهذيب » وغيره ما يشعر بتخصيص الوجهين ، في أن الزوائد لمن هي بما إذا هلك الأصل في يد الزوج وبقيت الزوائد أوردت الأصل بعيد ، أما إذا استمر العقد وقبضت الأصل ، فالزوائد لها قطعاً .

المسألة الرابعة : المنافع الفائتة في يد الزوج غير مضمونة عليه إن قلنا بضمان العقد ، وإن طالبته بالتسليم فامتنع . أما إذا قلنا بضمان اليد ، فعليه أجرة المثل من وقت الامتناع . وأما المنافع التي استوفاهها بركوب أو لبس ، أو

(١) في الأصل : لا شيء له ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : المبيع .

استخدام ونحوها ، فلا يضمنها على قول ضمان العقد ، إن قلنا : جنابة البائع كافة .
وإن قلنا : هي كجنابة أجنبي ، أو قلنا بضمان اليد ، ضمنها بأجرة المثل .

فرع

قال الاصحاب : القولان في ضمان العقد واليد ، مبنيان على أن الصداق نحلة وعطية ، أم عوض كالعوض في البيع ؟ وربما ردوا القولين إلى أن الغالب عليه شبه النحلة أم العوض ؟ ودليل النحلة قول الله تعالى : (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) [النساء : ٢] ، ولأن النكاح لا يفسد بفساده ، ولا يفسخ برده . ودليل العوض ، أن قوله : زوجتك بكذا ، كقوله : بعثك بكذا ، أو لأنها تتمكن من الرد بالعيب ، ولأنها تحبس نفسها لاستيفائه [و] ^(١) لانه تثبت الشفعة فيه ، وهذا أصح . وأجابوا عن الآية بجوابين . أحدهما : أنه يجوز أن يكون المراد بالنحلة : الدين ، يقال : فلان ينتحل كذا ، فالمعنى : آتوهن صدقاتهن تديناً . والثاني : يجوز أن يكون المعنى : عطية من عند الله تعالى لهن . وإنما لا يفسد النكاح بفساده ، لانه ليس ركناً في النكاح ، مع أنه حكى قول قديم أنه يفسد النكاح بفساد الصداق .

فصل

إذا فسد الصداق بأن ^(٢) أصدقها حراً ، فقولان . أظهرهما : يجب مهر

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

(٢) في الأصل : أو بأن ، وهو خطأ .

المثل . والثاني : قيمته بتقدير الرق ، وينسب هذا إلى القديم . قال الشيخ أبو حامد والصيدلاني والقاضي حسين والبغوي وغيرهم : قولان فيما إذا قال : أصدقتك هذا العبد وهو عالم بحريته ، أو جاهل . أما لو قال : أصدقتك هذا الحر ، فالعبارة فاسدة ، فيجب مهر المثل قطعاً . وحكى المتولي طريقة أخرى ، أنه لافرق بين اللفظين في جريان القولين . ولو قال : أصدقتك هذا واقتصر عليه ، فلا خلل في العبارة ، ففيه القولان . ولو ذكر خمرأ أو خنزيراً أو ميتة ، فقل : يجب مهر المثل قطعاً . وقيل : على القولين . فعلى هذا يعود النظر في عبارته ، إن قال : أصدقتك هذا الخمر أو الخنزير ، فالعبارة فاسدة . وإن قال : هذا العصير أو النعجة ، فهو موضع القولين ، وعلى هذا على قول الرجوع ^(١) إلى بدل الصداق ، يقدر الخمر عصيراً ويجب مثله ، وقد حكينا في نكاح المشرك ، فيما إذا جرى قبضهم في خمر وجهاً أنها تقدر خلاً ، ولم يذكرها هناك تقدير العصير ، والوجه التسوية بينها . وحكينا وجهاً أنه تعتبر قيمة الخمر عند من يرى لها قيمة ، فلا يبعد مجيئه هنا ، بل ينبغي أن يرجع كما سبق في نكاح المشرك تقريق الصفقة ، والخنزير يقدر بقرة ، كذا قاله الامام والبغوي . وقد سبق مثله في « كتاب نكاح المشرك » ^(٢) وقال الغزالي : يقدر شاة ، والميتة تقدر مذكاة ، ثم الواجب فيها وفي الخنزير القيمة . هذا الاضطراب للأصحاب يزيد القول الاظهر القوة ، وهو وجوب مهر المثل .

(١) في الأصل : والرجوع ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : في كتاب المشرك .

الحكم الثاني : تسليم الصداق . فلو أخر تسليمه بعذر أو بغيره ، وطلب تسليم نفسها ، فلها الامتناع [حتى يسلم جميع الصداق إن كان عيناً أو ديناً حالاً ، وإن كان مؤجلاً ، فليس لها الامتناع ، فان حل الأجل قبل تسليمها فليس لها الامتناع]^(١) أيضاً على الأصح ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه ، والبغوي ، والمتولي ، وأكثر الأصحاب . وقيل : لها ، وبه قال القاضي أبو الطيب ، واختاره الحناطي والرويانى ، لأنها تستحق الآن المطالبة . ولو كانت المرأة صغيرة أو مجنونة ، فلها حبسها حتى تقبض الصداق الحال . فلو رأى المصلحة في التسليم ، فله ذلك . ولو اختلف الزوجان ، فقال : لا أسلم الصداق حتى تسلمى نفسك ، وقالت : لا أسلمها حتى تسلمه ، فتلاثة أقوال . أظهرها : يجبران ، بأن يؤمر بوضع الصداق عند عدل ، وتؤمر بالتمكين . فإذا مكنت ، سلم العدل الصداق إليها . والثاني : لا يجبر واحد منها ، بل إن بادر أحدهما فسلم ، أجبر الآخر . والثالث : يجبر الزوج أولاً ، فإذا سلم ، سلمت . وذهبت طائفة كبيرة إلى إنكار هذا القول الثالث . ومن أثبتته قال : موضعه ما إذا كانت متهيئة للاستمتاع . أما إذا كانت ممنوعة بحبس أو مرض ، فلا يلزم تسليم الصداق . وإن كانت صغيرة لا تصلح للجماع ، فهل يلزمه التسليم ؟ قولان . ولو سلمت مثل هذه الصغيرة إلى زوجها ، هل عليه تسليم المهر ؟ قولان كالنفقة . أظهرهما : المنع . وقيل بالمنع قطعاً ، لأن النفقة للحبس عليه وهو موجود ، والمهر للاستمتاع وهو متعذر . وقيل بالإيجاب قطعاً ، لأن المهر في مقابلة بضع وهو مملوك في الحال ، والنفقة للتمكين وهو مفقود . ويجري الخلاف في مطالبة الولي لو كان الزوج صغيراً ، وإن كان الزوج صغيراً وهي كبيرة ، فالأظهر أن لها طلب المهر كالنفقة . وإذا قلنا : يبدأ بالزوج أو

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

يجبران ، فقالت : سلم المهر لأسلم نفسي ، لزمه النفقة من حينئذ . وإن قلنا : لا يجبر واحد منها ، فلانفقة لها حتى تمكن .

فرع

إذا بادرت فمكنت ، فلها طلب الصداق على الأقوال كلها ، ثم إن لم يجبر وطء ، فلها العود إلى الامتناع ، ويكون الحكم كما قبل التمكين . وإن وطئ ، فليس لها بعده الامتناع على الصحيح ، كما لو تبرع البائع فسلم المبيع قبل قبض الثمن ، فليس له أخذه وجبسه . ولو وطئها مكرهة ، فلها الامتناع بعده على الأصح . ويجري الوجهان ، فيما لو سلم الولي صغيرة أو مجنونة قبل قبض صداقها إذا بلغت أو أفاقت بعد الدخول ، فلو بلغت أو أفاقت قبله ، فلها الامتناع قطعاً . ولو بادر الزوج فسلم الصداق ، لزمها التمكين إذا طلبها . وكذا لو كان الصداق مؤجلاً ، فإن امتنعت بلا عذر ، فله الاسترداد وإن قلنا : يجبر أولاً ، لأن الاجبار بشرط التمكين . وإن قلنا : لا يجبر ، فليس له الاسترداد على الأصح ، لأنه تبرع بالمبادرة كمعجل الدين المؤجل . وقيل : له ذلك لعدم حصول الغرض . وقال القاضي حسين : إن كانت معذورة حين سلم ، فزال العذر وامتنعت ، استرد ، لأنه سلم راجياً التمكين ، فيشبه هذا الخلاف وجهين ذكرنا فيما لو سلم مهر صغيرة لاتصلح للجماع عالماً بجاهلها أو جاهلاً وقلنا بالأظهر : إنه لا يجب تسليم مهرها ، هل له الاسترداد ؟

فرع

إذا استمهلت بعد تسليم الصداق ، أمهلت لنتهاً بالتنظيف والاستحداد ، وإزالة

الأوساخ على ما يراه القاضي من يوم ويومين ، وغاية المهلة ثلاثة . وظاهر كلام الغزالي في « الوسيط » ، إثبات خلاف في أن المهلة بقدر ما تنهأ ، أم تقدر بثلاثة أيام ؟ والمذهب خلافه . ثم المفهوم من كلام الأكثرين ، أنه يجب الإمهال إذا استتمت في العدة ، أنه ليس بواجب . وعن نصه في « الاملاء » ، قول : إنه لإمهال أصلاً . والمذهب الاول ، ولا تمهل لتهيئة الجهاز ، ولا لانتظار السمن ونحوهما ، ولا بسبب الحيض والنفاس ، بل تسلم لسائر الاستمتاع كالترتقاء والقرناء . وإن كانت صغيرة لا تحتمل الجماع ، أو كان بها مرض أو هزال تتضرر بالوطء معه ، أمهلت إلى زوال المانع . ويكره للولي تسليم هذه الصغيرة ، ولا يجوز للزوج وطؤها إلى أن تصير محتملة . ولو قال الزوج : سلموا إلي الصغيرة أو المريضة ولا أقربها إلى أن يزول ما بها ، قال البغوي : يجب في المريضة دون الصغيرة ، لأن الأقارب أحق بالحضانة وفي « الوسيط » أنه لا يجب في الصورتين ، لانه ربما وطئ فتضررت ، بخلاف الحائض ، فإنها لا تتضرر لو وطئ .

وله أن يمتنع من تسلم الصغيرة ، لانه نكح للاستمتاع لا للحضانة . وفي المريضة وجهان . قال في « الشامل » : الأقيس أنه ليس له الامتناع ، كما ليس له أن يخرجها من داره إذا مرضت .

وإذا تسلم المريضة ، فعليه النفقة لا كالصغيرة ، لان المرض عارض متوقع الزوال . ولو كانت المرأة نحيفة بالجلبة ، فليس لها الامتناع بهذا العذر ، لانه غير متوقع الزوال كالترتقاء . ثم إن خافت الافضاء لو وطئت لعبالة الزوج ، فليس عليها التمكين من الوطء . قال الائمة : وليس له الفسخ ، بخلاف الرق ، لانه يمنع الوطء مطلقاً ، والنحافة لا تمنع وطء نحيف مثلاً ، وليس ذلك بعيب أيضاً . ولو وطئ زوجته فأفضاها ، فليس له العود إلى وطئها حتى تبرأ البرء الذي لو عاد

لم يحدسها ، هذا نص الشافعي رضي الله عنه . فإن اختلفا في حصول البرء ، فأنكرته ، قال الشافعي رحمه الله : القول قولها . قال المتولي : المراد بالنص إذا ادعت بقاء ألم بعد الاندمال ، لانه لا يعرف إلا منها . أما إذا ادعت بقاء الجرح ، وأنكرت أصل الاندمال ، فتعرض على أربع نسوة ثقات ، ويعمل بقولهن . ومنهم من حمل النص على ما إذا لم يمس من الزمان ما يغلب فيه البرء ، فإن مضى راجعاً النسوة . ومنهم من أطلق القول بمراجعة ثقتين عند الاختلاف . وعلى هذا ، فالنص على ما إذا لم يكن نسوة ثقات .

فرع

مسائل عن مجرد الحناطي

اختلف الزوج وأبو الزوجة فقال أحدهما : هي صغيرة لا تحتل الجماع ، وقال الآخر . تحتله . فهل القول قول منكر الاحتمال ، أم تعرض على أربع نسوة ، أو رجلين من المحارم ؟ وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . والله أعلم

ولو قال الزوج : زوجتي حية فسلمها وقال : لا بل ماتت ، فالقول قول الزوج . ولو تزوج رجل ببغداد امرأة بالكوفة ، وجري العقد ببغداد ، فلا اعتبار بموضع العقد ، فتسلم نفسها ببغداد ، ولا نفقة لها قبل أن يحصل ببغداد . ولو خرج الزوج إلى الموصل وبعث إليها من يحملها من الكوفة إلى الموصل ، فنفقتها من بغداد إلى الموصل على الزوج .

الحكم الثالث : التقرير ، فالمهر الواجب بالنكاح أو بالفرض ، يستقر بطريقتين .
أحدهما : الوطء وإن كان حراماً لوقوعه في الحيض أو الاحرام ، لان وطء
الشبهة يوجب المهر ابتداءً ، فذا أولى بالتقرير ، ويستقر بوطأة واحدة .
الطريق الثاني : موت أحد الزوجين ، والموت وإن أطلقوا أنه مقرر ،
فيستثنى منه إذا قتل السيد أمته المزوجة ، فإنه يسقط مهرها على المذهب . ومنهم
من ألقى بهذه الصورة غيرها كما ذكرناه في أول الباب الحادي عشر .

فصل

الحلوة لاتقرر المهر ، ولا تؤثر فيه على الجديد وهو الاظهر . وعلى هذا ،
لو اتفقا على الحلوة وادعت الاصابة ، لم يترجح جانبها ، بل القول قوله بيمينه .
وفي القديم ، الحلوة مؤثرة ، وفي أثرها قولان . أحدهما : أثرها تصديق المرأة إذا
ادعت الاصابة ، ولا يتقرر المهر بمجردھا ، سواء طال زمنھا أم قصر . وأظهرهما :
أنھا كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة . وعلى هذا ، تثبت الرجعة على الاصح .
وهل يشترط على القديم في تقرير المهر بالحلوة أن لا يكون مانع شرعي كحيض
واحرام وصوم ؟ فيه وجهان . ويشترط أن لا يكون مانع حسي ، كرتق أو قرن
فيھا ، أو جب أو غنة فيه قطعاً . وإذا قلنا : مجرد الحلوة لاتقرر ، ففي الوطء
فيھا ^(١) دون الفرج وجهان ، كشبوت المصاهرة .

(١) في الأصل : وفيھا ، وهو خطأ .

الباب الثاني

في الصداق الفاسد

لفساده ستة أسباب .

[السبب الأول : أن لا يكون المذكور مالاً ، بأن سمي خمرأ ، وقد اندرج هذا في الحكم الاول من الباب الاول . ولو أصدقها شيئاً فخرج مغضوباً ، فهل يجب مهر المثل ، أم قيمة المغضوب ؟ قولان . أظهرهما الاول . ولو أصدقها عبدان ، فخرج أحدهما حراً أو مغضوباً ، بطل الصداق فيه . وفي آخر ، قولاً تقرق الصفقة . فإن أبطلنا فيه أيضاً ، فهل لها مهر المثل أم قيمتها ؟ فيه القولان وإن صحنا ، فلها الخيار . فإن فسخت ، فعلى القولين ، وإن أجازت ، فقولان . أحدهما : تأخذ الباقي ولا شيء لها غيره ، وأظهرهما : تأخذ معه حصة المغضوب من مهر المثل إذا وزعناه على القيمتين على الاظهر ، وعلى الثاني : تأخذ قيمته .

فرع

أصدقها عبداً أو ثوباً غير موصوف ، فالتسمية فاسدة ، ويجب مهر المثل قطعاً . وإن وصف العبد والثوب ، وجب المسمى ، وحيث جرت تسمية فاسدة ، وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ .

السبب الثاني : الشرط في النكاح ، إن لم يتعلق به غرض ، فهو لغو كما سبق في البيع ، وإن تعلق به لكن لا يخالف مقتضى النكاح بأن شرط أن ينفق عليها أو يقسم لها ، أو يتسرى ، أو يتزوج عليها إن شاء ، أو يسافر بها ، أو لا تخرج إلا بإذنه ، فهذا لا يؤثر في النكاح ولا في الصداق .

وإن شرط ما يخالف مقتضاه ، فهو ضربان .

أحدهما : ما لا يخل بالمقصود الاصيل من النكاح ، فيفسد الشرط ، سواء كان لها ، بأن شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى ، أو لا يطلقها ، أو لا يسافر بها ، أو أن^(١) تخرج متى شاءت ، أو يطلق ضررتها .

أو كان عليها ، بأن شرط أن لا يقسم لها ، أو يجمع بين ضررتها وبينها في مسكن ، أو لا ينفق عليها . ثم فساد الشرط لا يفسد النكاح على المشهور . وفي وجه أو قول حكاة الخناطي : يبطل النكاح . وأما الصداق ، فيفسد ، ويجب مهر المثل سواء زاد على المسمى أم نقص أم ساواه ، هذا هو المذهب . وعن ابن خيران : إن زاد والشرط لها ، فالواجب المسمى ، وكذا إن نقص والشرط عليها ، ومنهم من جعل هذا قولاً مخرجاً . وحكى الخناطي وجهاً : أن الواجب في الشروط الفاسدة أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل . ووجهاً : أن الشرط لا يؤثر في الصداق ، كما لا يؤثر في النكاح .

الضرب الثاني : ما يخل بمقصود النكاح كشرطه أن يطلقها ، أو لا يطأها ، وقد سبق الكلام في صورتين في فصل التحليل . فإن صححنا النكاح ، أثر الشرط في الصداق كسائر الشروط الفاسدة .

فرع

نكحها على ألف إن لم يخرجها من البلد ، وعلى ألفين إن أخرجها ، وجب مهر المثل ، وذكر الخناطي أنه لو نكحها على أن لا يرثها أو لا ترثه ، أو لا يتوارثا ،

(١) في الأصل : وأن .

أو على أن النفقة على غير الزوج ، بطل النكاح . وفي قول : يصح ويبطل الشرط ، وأنه لو زوج أمته بعد غيره بشرط أن لأولاد^(١) بين السيدين ، صح النكاح وبطل الشرط ، نص عليه في « الاملاء » . وفي قول : يبطل النكاح .

فصل

شرط الخيار في النكاح يبطل النكاح . ولو شرط الخيار في الصداق ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح ويجب المسمى ، أم يصح النكاح ويفسد المسمى ويجب مهر المثل ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث . وإذا صححنا الصداق ، ثبت الخيار على الأصح كما حكى عن نسه ، أنه لو أصدقها عينا غائبة ، صح ولها خيار الرؤية . فعلى هذا ، إن أجازت فذاك ، وإن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل . وإذا أثبتنا خيار الشرط ، ففي خيار المجلس وجهان نقلهما الشيخ أبو الفرج .

فصل

نقل المزني في « المختصر » ، أنه لو نكحها بألف على أن لابنها ألفاً ، فسد الصداق ، وأنه لو نكحها بألف على أن يعطي أباه ألفاً ، كان الصداق جائزاً . وللأصحاب طرق . المذهب منها فساد الصداق في صورتين ، ووجوب مهر المثل فيها . وعلى هذا ، منهم من غلط المزني في نقله في الصورة الثانية ، ومنهم من تأوله . والطريق الثاني : فساد الصداق في الأولى دون الثانية عملاً بالنصين .
والثالث : طرد قولين فيها . ونسب العراقيون الصحة إلى القديم . وقيل :

(١) في الأصل : بشرط أن الأولاد .

إن شرط الزوج ، فسد ، وإن شرطت ، فلا ، حكاها البغوي ، وإذا صححنا ،
فالمهر في صورتين ألفان .

السبب الثالث : تفريق الصفقة . فإذا أصدقها عبداً على أن ترد إليه مائة أو
ألفان ، وصورته أن يقول للولي : زوجني بنتك وملكني كذا من مالها بولاية
أو وكالة بهذا العبد ، فيجيبه [إليه] ^(١) أو يقول الولي : زوجتك بنتي وملكتك
كذا من مالها بهذا العبد ، فيقبل الزوج ، فهذا جمع بين عقدتين مختلفي الحكم في
صفقة ، فإن بعض العبد صداق وبعضه مبيع . وفي صحة البيع والصداق
قولان . أظهرهما : الصحة . ويصح النكاح قطعاً إلا على القول ^(٢) الشاذ السابق
أن النكاح يفسد بفساد الصداق . فإذا أبطلنا البيع والصداق ، فلها مهر المثل . وإذا
صححناها ، وزعنا العبد على مهر مثلها وعلى الثمن . فإذا كان مهر مثلها ألفاً
والثمن ألفاً ، والعبد يساوي ألفين ، فنصفه مبيع ونصفه صداق . فإن طلقها
قبل الدخول ، رجع إليه نصف الصداق وهو ربع العبد . وإن فسخ النكاح
بعيب ونحوه ، رجع إليه جميع الصداق وهو نصف العبد . ولو تلف العبد قبل
القبض ، استردت الألف ، ولها بدل الصداق وهو مهر المثل على الاظهر ، ونصف
قيمة العبد على الثاني .

ولو وجد الزوج بالثمن الذي أخذه عيياً ورده ، استرد المبيع وهو نصف العبد ،
ويبقى لها النصف الآخر . ولو وجدت العبد مبيعاً فردته ، استردت الثمن ، وترجع
في الصداق إلى مهر المثل على الاظهر ، ونصف القيمة على الثاني . ولو أرادت أن

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : قول .

ترد أحد النصفين وحده ، جاز على الاصح لتعدد العقد . والثاني : المنع لتضرر التبعض . ولو قال : زوجتك بنتي أو جاريتي ، وبعثك عبداً أو عبدي بكذا ، ففي صحة البيع والصداق قولان ذكرناهما في تفريق الصفقة . فإن صححناها ، وزع العوض المذكور على مهر المثل وقيمة العبد ، فما خص مهر المثل فهو صدق . وإذا وجد الزوج بالعبد عيباً ، استرد الثمن وليس للمرأة رد الباقي والرجوع إلى مهر المثل ، لان المسمى صحيح . وإن رد العبد بعيب ، أو فسخ^(١) النكاح قبل الدخول بعيب ، رجع إليه جميع العوض المذكور .

وإن خرج العوض المعين مستحقاً ، رد العبد ورجعت للصداق إلى مهر المثل على الاظهر . وعلى الثاني : إلى حصة الصداق منه .

فرع

لبنته مائة درهم ، فقال لرجل^(٢) : زوجتك بنتي وملكتك هذه الدراهم بهاتين المائتين لك ، فالبيع والصداق باطلان ، نص عليه في « الام » لانه ربا ، فانه مسألة مد عجوة . فلو كان من أحد الطرفين دنانير ، كان جمعاً بين صداق وصرف ، وفيه القولان .

فصل

جمع نسوة في عقد بصدق واحد ، وهذا يتصور عند اتحاد الولي ، بأن يكون

(١) في الأصل : وفسخ .

(٢) في الأصل : فقال الرجل .

له بنات بنين ، أو إخوة ، أو أعمام ، أو معتقات . ويتصور مع تعدد الولي ، بأن وكل أولياء نسوة رجلاً ، فالنكاح صحيح . وفي الصداق طريقان . أحدهما : القطع بفساده . وأصحها : على قولين . أظهرهما : فساده . ويجري الطريقان فيما لو خالغ نسوة على عوض واحد ، هل يفسد العوض ؟ وأما البينة ، فتحصل قطعاً .

ونص الشافعي رضي الله عنه ، أنه لو اشترى عبيداً لملك صفقة من المالكين ، أو وكيلهم ، بطل البيع . ولو كانت عبيداً بعوض واحد ، صحت الكتابة . واختلفوا في البيع والكتابة ، الذين قالوا في النكاح والخلع قولان ، على أربع طرق . أحدها : طرد القولين فيها . والثاني : يفسد البيع . وفي الكتابة قولان . والثالث : تصح الكتابة . وفي البيع قولان . والرابع : تصح الكتابة ويفسد البيع وإن أفردت .

قلت : في البيع طريقان . أصحها : طرد القولين ، والثاني : القطع بالفساد ، وبه قال الاصطخري . وفي الكتابة ، طريقان . أصحها : قولان . والثاني : القطع بالصحة . وإذا قلنا بصحة الصداق المسمى ، وزع المسمى على نسبة مهر أمثالهن على المذهب . وفي وجه أو قول ضعيف : يوزع المسمى على عدد رؤوسهن . وإذا قلنا بفساد الصداق ، فقيم يجب لهن قولان كما لو أصدقها خمراً . أظهرهما : يجب لكل واحدة منهن مهر مثلاً . والثاني : يوزع المسمى على مهر أمثالهن ، ولكل واحدة ما يقتضيه التوزيع ، ويكون الحاصل لهن على هذا القول كالمسمى إذا قلنا بصحته . ولو زوج أمته بعبد على صداق واحد ، صح الصداق ، لأن المستحق واحد كيبيع عبدین بثمان . ولو كان له أربع بنات ، ولآخر أربع بنين ، فزوجهن بهم صفقة بمهر واحد بأن قال : زوجت بنتي فلانة ابنك فلانا ،

وفلانة فلاناً بألف ، ففيه طريقان حكاهما المتولي . أحدهما : في صحة الصداق القولان . والثاني : القطع بطلانه لتعدد المعقود له من الجانبين .

السبب الرابع : أن يتضمن إثبات الصداق رفعه .

نقدم عليه أن الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون ، فإما أن يصدق من مال الابن ، وإما من مال نفسه . فان أصدق من مال الابن ، فالكلام في أنه [هل] ^(١) يصير ضامناً للصداق إذا كان ديناً ؟ وهل يرجع إذا غرم على ماسبق في الطرف السادس من باب بيان الأولياء ؟ فان تطوع وأداه من مال نفسه ثم بلغ الابن وطلقها قبل الدخول ، فهل يرجع النصف إلى الأب أم إلى الابن ؟ فيه طريقان . أحدهما وبه قال الداركي : إنه على الوجهين فيما لو تبرع أجنبي على الزوج بأداء الصداق ثم طلق قبل الدخول ، هل يعود النصف إلى الزوج لأن الطلاق منه ، أم إلى الأجنبي المتبرع ؟ والطريق الثاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور : أنه يعود إلى الابن ، وفرقوا بينه وبين الأجنبي ، بأن الأب يتمكن من تملك الابن فيكون موجباً قابلاً قابضاً مقبضاً ، فاذا حصل الملك ، ثم صار للمرأة عاد إليه بالطلاق ، والأجنبي بخلافه . فان كان الابن بالغاً ، وأدى الأب عنه ، فكالأجنبي .

والاصح في صورة الأجنبي ، عود النصف إلى الأجنبي ، قاله الإمام . فإذا قلنا : يعود إلى الابن الذي طلق ، فان كان ما أخذه بالطلاق بدل ما أخذته ، فلا رجوع للأب ، وإن كان عين المأخوذ ، فقليل : لا رجوع قطعاً . وقيل : على الوجهين فيمن وهب لابنه عيناً فزال ملكه عنها ثم عاد ، والمذهب المنع . فان كان الابن بالغاً ، فقليل : كالصغير . وقيل بالمنع قطعاً ، لأنه [ليس] ^(٢) للأب تملكه ،

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

فالأداء عنه محض إسقاط . أما إذا أصدقها الاب من مال نفسه ، فيجوز ويكون تبرعاً منه على الابن . قال البغوي : سواء كان عيناً أو ديناً . ثم لو بلغ الصبي وطلقها قبل الدخول ، عاد الخلاف فيمن يرجع إليه النصف . فان قلنا بالمذهب وهو العود إلى الابن ، فان كان أصدقها عيناً وبقيت بحالها فرجع النصف إليه ، فهل للأب الرجوع ؟ فيه الخلاف المذكور فيها إذا زال ملك الابن عن الموهوب ثم عاد . وإن أصدقها ديناً ، قال البغوي : فلا رجوع فيها حصل ، كما لو اشترى لابنه الصغير شيئاً في الذمة ثم آذاه من ماله ثم وجد الابن بالمبيع عيناً فرده ، يسترد الثمن ولا يرجع الاب فيه ، بخلاف ما لو خرج المبيع مستحقاً يعود الثمن إلى الاب ، لانه بان أنه لم يصح الاداء . ولو ارتدت المرأة قبل الدخول ، فالقول فيمن يعود إليه كل الصداق وفي رجوع الاب فيه إذا عاد إلى الابن ، كالقول في النصف عند الطلاق .

إذا عرفت هذه المقدمة ، فمن مفسدات الصداق أن يلزم من إثباته رفعه ، وذلك إما أن يكون بتوسط تأثيره في رفع النكاح ، وإما بغير هذا التوسط . مثال القسم الاول ، أذن لعبد أن ينكح حرة ويجعل رقبته صداقاً لها ففعل ، لا يصح الصداق ، لانه لو صح للملكت زوجها وانفسخ النكاح ، وارتفع الصداق ، ولا يصح أيضاً النكاح لانه قارنه ما يضاذه ، وفي صحته احتمال لبعض الائمة .

قلت : هذا الاحتمال ، ذكره الإمام والغزالي قالا : ولكن لاصائر إليه من الاصحاب ، وقد جزم به صاحب « الشامل » ، ذكره في آخر « باب الشغار » ، ولكن الذي عليه الجمهور ، الجزم ببطلان النكاح . والله أعلم

ولو أذن له في نكاح أمة ، ويجعل رقبته صداقها ، ففعل ، صح النكاح والصداق ، لان المهر للسيد لا لها . فلو طلقها قبل الدخول ، بني على ما إذا باع السيد عبده

بعد ما نكح باذنه ثم طلق العبد المنكوحة بعد أداء المهر وقبل الدخول ، إلى من يعود النصف ؟ وفيه أوجه . أصحابها : إلى المشتري ، سواء أداها البائع من مال نفسه أو من كسب العبد ، قبل البيع أو بعده ، لأن الملك في النصف إنما حصل بالطلاق ، والطلاق في ملك المشتري ، فأشبهه سائر^(١) الاكساب . والثاني : يعود إلى البائع بكل حال . والثالث : إن أداها البائع من عنده أو أدى من كسب العبد قبل البيع ، عاد إلى البائع ، وإن أدى من كسبه بعد البيع ، عاد إلى المشتري ، ولو فسخ أحدهما النكاح بغيب ، أو ارتدت ، أو عتقت وفسخت ، جرت الأوجه في أن كل الصداق إلى من يعود ؟ ولو أعتق العبد ثم طلق قبل الدخول ، أو حدث شيء من الأسباب المذكورة ، فحيث نقول بالعود إلى البائع ، يعود هنا إلى المعتق ، وحيث جعلناه للمشتري ، يكون هنا للمعتق . فان قلنا بالأصح وهو العود إلى المشتري ، ففي المسألة التي كنا فيها تبقى رقبة العبد كلها للمالك الأمة . وإن قلنا بالعود إلى البائع ، فكذا هنا يعود النصف إلى السيد المصدق في صورة الطلاق ولو ارتدت أو فسخت بغيب ، عاد الكل إليه . ولو أعتق مالك الأمة العبد ثم طلقها قبل الدخول ، أو فسخت أو ارتدت ، فعلى المعتق نصف قيمة العبد في صورة الطلاق ، وجميعها في الفسخ [و]^(٢) الردة ، ويكون ذلك للزوج العتيق على الأصح ، ولسيده الاول على الوجه الآخر . ولو قبل نكاح أمة لعبده الرضيع على قولنا : يجوز إجبار العبد الصغير على النكاح وجعله صداقها ، فأرضعت الأمة زوجها وانفسخ النكاح ، فالعبد يبقى للمالك الأمة على الأصح . وعلى الوجه الآخر : يعود إلى سيده الاول . ولو ارتضع الصغير بنفسه ، فهو كالطلاق قبل

(١) في الأصل : كسائر .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

الدخول . ولو باع مالك الأمة العبد ثم طلق العبد قبل الدخول ، أو حصلت ردة ، أو فسخت ، فعلى الوجه المقابل للأصح : يجب عليه لسيد العبد الاول نصف قيمة العبد في صورة الطلاق ، وجميع قيمته في سائر الصور . وأما على الوجه الاصح ، فقد أطلق في « التهذيب » أنه لاشيء عليه . وقال الشيخ أبو علي : يرجع مشتري العبد عليه بنصف القيمة أو بجمعها ، لأن الصداق على هذا الوجه يكون أبداً لمن له العبد يوم الطلاق أو الفسخ ، وهذا هو الصواب ، وليتأول ما في « التهذيب » على أنه لاشيء عليه للسيد الاول . ولو باع الأمة ثم طلق ، أو فسخت ، فعلى الأصح يبقى العبد له ولا شيء عليه ، وعلى الآخر يعود نصفه أو كله إلى السيد الاول .

مثال القسم الثاني : كانت أم ابنه الصغير في ملكه ، بأن استولد أمة غيره بنكاح ، ثم ملكها هي وولدها ، فبعث عليه الولد دونها . فلو قبل لابنه نكاح امرأة وأصدقها أمة ، لم يصح الصداق ، لأن ما يجعله صداقاً يدخل في ملك الابن أولاً ، ثم ينتقل إلى المرأة ، ولو دخلت في ملكه ، لعقت عليه وامتنع انتقالها إلى الزوجة ، فيصح النكاح ويفسد الصداق ، ويجيء الخلاف في أن الواجب مهر المثل أم قيمتها ؟ هذا ما ذكره الأصحاب . وقد ذكرنا خلافاً فيما إذا أصدق الأب من ماله عن الصغير ، ثم بلغ وطلق قبل الدخول ، لأن النصف يرجع إلى الأب أو إلى الابن . فمن قال : إلى الأب ، فقد ينازع في قولهم : لا يدخل في ملكها حتى يدخل في ملك الابن .

السبب الخامس : تقريظ الولي في قدر المهر . فإذا قبل لابنه الصغير أو

المجنون نكاحاً^(١) بهر المثل أو دونه ، أو بعين من أمواله بقدر مهر المثل أو دونه ، صح . وإن قبله بأكثر من مهر المثل ، فالصداق فاسد . وكذا لو زوج بنته المجنونة أو البكر ، أو الصغيرة^(٢) أو الكبيرة بغير إذنها بأقل من مهر المثل ، فسد الصداق . وفي النكاح في المسألتين قولان . أظهرهما : صحته كسائر الأسباب المفسدة ، ويجب مهر المثل . وفيما إذا أصدقها عيناً وجه أنه تصح التسمية في قدر مهر المثل . والقول الثاني : لا يصح النكاح ، لأنه ترك مصلحة المولى عليه ، فصار كترك الكفاءة . ولو أصدق عن ابنه أكثر من مهر المثل من مال نفسه ، ففيه احتمالات للإمام . أحدهما : يفسد المسمى ، لأنه يتضمن دخوله في ملك الابن ، ثم يكون متبرعاً بالزيادة . والثاني : يصح وتستحق المرأة المسمى ، لأنه لا ضرر على الابن ، بل إذا لم نصحه أضرونا به ، فإنه يلزم مهر المثل في ماله ، وبهذا الثاني قطع الغزالي والبغوي ، ورجح المتولي والسرخسي في « الأمالي » الاحتمال الأول ، ويتأيد بأنه لو لزم الصبي كفارة قتل فأعتق الولي عنه عبداً لنفسه ، لم يجز لأنه يتضمن دخوله في ملكه وإعتاقه عنه ، وإعتاق عبد الطفل لا يجوز .

فصل

إذا اتفقوا على مهر في السر وأعلنوا بأكثر من ذلك ، فعن الشافعي رضي الله عنه أنه قال في موضع : المهر مهر السر ، وفي موضع : العلانية . والأصحاب طريقتان . أحدهما : إثبات قولين . وفي موضعها وجهان . أحدهما : موضعها إذا اتفقوا على ألف ، واصطلحوا على أن يعبروا عن الألف في العلانية بألفين . أظهر القولين وجوب ألفين بجريان

(١) في الأصل : نكاحها .

(٢) في الأصل : والصغيرة

اللفظ الصريح بها . والثاني : الواجب ألف عملاً باصطلاحها . والوجه الثاني : إثبات قولين مهما اتفقوا على ألف وجرى العقد بألفين وإن لم يتعرضوا للتعبير عن ألف بألفين اكتفاءً بقصدهم . قال الإمام : وعلى هذه القاعدة تجري الأحكام المتلقاة من الألفاظ . فلو قال الزوج لزوجته : إذا قلتُ : أنت طالق ثلاثاً ، لم أرد به الطلاق ، وإنما غرضي أن تقومى وتتعتدي ، وأريد بالثلاث واحدة ، فالمذهب أنه لا عبرة بذلك . وفي وجه : الاعتبار بما تواضعا عليه .

ثم ما المعنى بما أطلقناه في الوجهين من الاتفاق في السر ، أهو مجرد التراضي والتواعد؟ أم المراد ما إذا جرى العقد بألف في السر ثم عقدوا بألفين في العلانية؟ منهم من يشعر كلامه بالأول ، ومقتضى كلام البغوي وغيره إثبات القولين وإن جرى العقدان . قال البغوي : وخرج بعضهم من ^(١) هذا ، أن المصطلح عليه قبل العقد كالمشروط في العقد ، وقد سبق بيان هذا التخريج . والطريق الثاني وهو المذهب : تنزيل النصين على حالين ، فحيث قال : المهر مهر السر ، أراد إذا عقد في السر بألف ، ثم أتوا بلفظ العقد في العلانية بألفين تحملاً وهم متفقون على بقاء العقد الأول . وحيث قال : المهر مهر العلانية ، أراد إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفاً ، ولم يعقد في السر ثم عقدوا في العلانية ، فالمهر مهر العلانية لأنه العقد .

ونقل ^(٢) الحناطي وغيره في المسألة نصاً ثالثاً ، وهو أنه يجب مهر المثل ويفسد المسمى ، وحلوه على ما إذا جرى العقد بألفين على أن يكتفى بألف ، أو على أن لا يلزمه إلا أداء ألف . والمعتبر في المسألة توافق الولي والزوج ، وقد يحتاج إلى مساعدة المرأة .

(١) في الأصل : عن .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : وحكى .

السبب السادس : مخالفة الأمر لا يشترط في إذن المرأة حيث يعتبر إذهابها تقدير المهر ، ولا ذكره . لكن لو قدرت فقالت : زوجني بألف مثلاً ، فزوجها الولي أو وكيله بخمسمائة ، لم يصح النكاح ، وألحق البغوي بهذه الصورة ما إذا زوجها الولي بلا مهر أو مطلقاً . وقيل : في صحة النكاح في صورة الولي قولان . ولو قالت لو وكيل الولي : زوجني ولم تتعرض للمهر ، فزوجها بدون مهر المثل ، فسد النكاح على المذهب . وقيل : قولان . أحدهما : يفسد . والثاني : يصح بمهر المثل . وذكر البغوي هذين الطريقين فيما لو وكل الولي بالتزويج مطلقاً ، فزوج الوكيل ونقص عن مهر المثل . وإذا قلنا : لا يصح نكاح الوكيل إذا نقص عن مهر المثل فلو أطلق التزويج ولم يتعرض للمهر ، ففيه احتمالان للإمام . أحدهما : لا يصح النكاح أيضاً ، لأن الإطلاق يقتضي ذكر المهر عرفاً . وأصحها : يصح مهر المثل لأن فعله مطابق للإذن . ولو أذنت للولي في التزويج مطلقاً ، فزوج بدون مهر المثل أو بلامهر ، فهل يبطل النكاح أم يصح بمهر المثل ؟ فيه القولان السابقان في السبب الخامس . أظهرهما : الصحة . وقيل : يفسد قطعاً كالوكيل . ولو قالت للولي أو للوكيل : زوجني بما شاء الخاطب ، فقال المأذون له للخطاب : زوجتكها بما شئت ، فإن لم يعرف ما شاء الخاطب ، فقد زوجها بجهول ، فيصح النكاح بمهر المثل . وإن عرف ، فوجهان . أصحها : صحة المسمى لعلمها به . والثاني : يصح النكاح بمهر المثل ، وبه قال القاضي حسين لابهام اللفظ .

قلت : هذا المذكور في هذا السبب ، هو طريقة الخراسانيين . وأما العراقيون فقطعوا بصحة النكاح في كل هذه المسائل . قال صاحب « البيان » : إذا أذنت

في التزويج ، فزوجها وليها بلا مهر ، أو بدون مهر المثل ، أو بدون ما أذنت فيه ، أو بغير جنسه ، أو زوج الأب البكر الصغيرة أو الكبيرة بلا مهر أو بأقل من مهر مثلها ، أو وكل بعلاً فزوجها بلا مهر ، أو بأقل من مهر مثلها ، فقال أصحابنا البغداديون : يصح النكاح في كل الصور بمهر المثل ، وحكى الخواسانيون قولين في صحة النكاح في جميع ذلك . والله أعلم

فرع

قال الولي للوكيل : زوجها من شاءت ^(١) بكم شاءت ، فزوجها برضاها بغير كفء بدون مهر المثل ، صح . ولو قال : زوجها بألف فزوجها بخمسمائة برضاها ، قال المتولي : الصحيح صحة النكاح ، لأن المهر حقها . وقيل : لا يصح لانه باشر غير ما وكل فيه .

فرع

جاء رجل وقال : أنا وكيل فلان في قبول نكاح فلانة بكذا ، فصدقه الولي والمرأة ، وجرى النكاح ، وضمن الوكيل الصداق ، ثم إن فلاناً أنكره وصدقه باليمين ، فهل يطالب الوكيل بشيء من الصداق ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن مطالبة الأصل سقطت والضامن فرعه . وأصحها وهو محكي عن نصح في « الإملاء » :

(١) في الأصل : شاء .

أنه يطالب بنصف الصداق ، لان المال ثابت عليها بزعمه ، فصار كما لو قال : لزيد على عمرو ألف وأنا ضامنه ، فأنكر عمرو ، يجوز لزيد مطالبة الضامن .

فرع

في « فتاوى البغوي » ، أنه إذا قال الولي للوكيل : لاتزوجها إلا بشرط أن ترهن بالصداق فلاناً ، أو يتكفله فلان ، صح وعلى الوكيل الاشتراط . فإن أهمله ، لم يصح النكاح . ولو قال : زوجها بكذا وخذ به كفيلاً ، فزوجها بلا شرط ، صح النكاح لانه أمره بأمرين امتثل أحدهما . وإن قال : لاتزوجها إذا لم يتكفل فلان ، ينبغي أن لا يصح التوكيل ، لان الكفالة تتأخر عن النكاح ، وقد منع العقد إلا بها ، وأنه إذا قال للوكيل : زوجها بألف وجارية ولم يصف الجارية ، فزوجها الوكيل بألف ، لم يصح . ولو قال : زوجها بنحمر^(١) أو خنزير أو مجهول ، فزوجها بألف درهم ، فإن كان ذلك نقد البلد وقدر مهر المثل ، أو أكثر ، صح النكاح والمسمى ، وإلا ، فلا .

الباب الثالث

في التفويض وحكم المفوضة

التفويض : أن تجعل الامر إلى غيره . ويقال : إنه الإهمال . ومنه قوله^(٢) :

(١) في الأصل : نحمر .

(٢) في الأصل : قولهم .

لا يصلح الناس فوزى ... (١) وسميت المرأة مفوضة لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر ، أو لأنها أمهلت المهر . ومفوضة ، بفتح الواو ، لان الولي فوز أمرها إلى الزوج ، وفي الباب طرفان .

أحدهما : في صورة التفويض ،

والثاني : في حكمه .

أما الأول : فالتفويض ضربان . تفويض مهر ، وتفويض بضع . فتفويض المهر أن تقول لوليا : زوجني على أن المهر ماسئت أو ماسئت أنا ، أو ماشاء الخاطب ، أو فلان ، فإن زوجها على ما ذكرت من الابهام ، فحكمه ماسبق في آخر الباب السابق . وإن زوجها بما عين المذكور مشيئة ، صح المسمى وإن كان دون مهر المثل . وإن زوجها بلا مهر ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح بمهر المثل ؟ فيه الخلاف السابق في آخر الباب السابق فيما إذا أطلقت الإذن وزوج الولي بدون مهر المثل ، وليس النكاح في هذه الصور خالياً عن المهر ، وليس هذا التفويض بالتفويض الذي عقدنا له الباب .

وأما تفويض البضع ، فالمراد به : إخلاء النكاح عن المهر ، وإنما يعتبر إذا صدر من مستحق المهر بأن تقول البالغة الرشيدة ، ثيباً كانت أو بكراً : زوجني بلا مهر أو على أن لامهر ، فيزوجها الولي وينفي المهر ، أو يسكت عنه . ولو قالت : زوجني وسكتت عن المهر ، فالذي ذكره الإمام وغيره ، أن هذا ليس بتفويض ،

(١) هو قطعة من بيت للأفوه الأودي ، وهو بتمامه :

لا يصلح الناس فوزى لاسراة لهم ولا سراة إذا جهالم سادوا

لأن النكاح يعقد غالباً بمهر ، فيحمل الإذن على العادة ، فكأنها قالت : زوجني بمهر ، ويوافق هذا ما سبق . وفي بعض كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضاً . ومن التفويض الصحيح أن يقول سيد الأمة : زوجتها بلامهر ، أو زوجها ساكتاً عن المهر .

ولو أذنت الحرة لولها في التزويج ، على أن لا مهر لها في الحال ولا عند الدخول ولا غيره ، وزوجها الولي كذلك ، فوجهان . أحدهما : بطلان النكاح . وأصحها : صحته . وعلى هذا ، هل هو تفويض فاسد فيجب مهر المثل ، أم يلغى النفي في المستقبل ويكون تفويضاً صحيحاً ؟ وجهان ، وبالأول قال أبو إسحاق ، لأنه شرط فاسد ، والشرط الفاسد في النكاح يوجب مهر المثل . ولو زوجها الولي ونفى المهر من غير أن ترضى هي بمهر المثل ، فهو كما لو نقص عن مهر المثل . فإن كان مجبراً ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح بمهر المثل ؟ قولان . وإن كان غير مجبر ، فهل يبطل قطعاً أم على القولين ؟ فيه طريقتان ، وقد سبق جميع هذا .

فرع

لا يصح تفويض المحجور عليها لسفه ، ولا الصبية المميزة . وإذا قالت السفية : زوجني بلامهر ، استفاد به الولي الإذن في النكاح ولغا التفويض .

فرع

نكحها على أن لا مهر لها ولا نفقة ، أو على أن لا مهر لها وتعطي زوجها ألفاً ، فهذا أبلغ في التفويض . ولو قالت للولي : زوجني بلامهر ، فزوجها بمهر المثل

من نقد البلد ، صح المسمى . وإن زوجها بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد ، لم يلزم المسمى ، وكان كما لو نكحها تقويضاً .

الطرف الثاني : في حكم التفويض ، وفيه مسائل .

إحداها : هل تستحق المفوضة مهر المثل بنفس العقد ، أم لا يجب بنفس العقد ؟ فيه قولان . أظهرهما : الثاني . فعلى هذا ، إذا وطئها ، وجب مهر المثل على الصحيح . وعن القاضي حسين تخريج وجه : أنه لا يجب ، خروجه من وطء المرتنن المرهونة بإذن الراهن ، ظاناً بالإباحة ، والجامع حصول الإذن من مالك البضع ، وموضع هذا الوجه على ما ذكره أكثر من نقله ^(١) ما إذا جددت إذناً في الوطء وصرحت بنفي المهر . قال الإمام : والقياس أن لا يشترط تجديد الإذن ، قال : وقد رأيت في بعض المجموعات ما يدل عليه ، وإذا قلنا بالصحيح وأوجبنا مهر المثل ، فهل تعتبر حالة الوطء ، أم يجب أكثر مهر من يوم العقد إلى الوطء ؟ فيه وجهان ، أو قولان . أظهرهما : الثاني .

الثانية : مات أحد الزوجين قبل الفرض والميسر ، فهل يجب مهر المثل أم لا يجب شيء ؟ فيه خلاف مبني على حديث يروى بنت واشق ، أنها نكحت بلامهر ، فمات زوجها قبل أن يفرض لها ، ف قضى لها رسول الله ﷺ بمهر نساءها والميراث ، فقليل : إن ثبت الحديث ، وجب المهر ، وإلا فقولان . وقيل : إن لم يثبت ، فلا مهر ، وإلا فقولان . وقيل : إن ثبت ، وجب ، وإلا ، فلا ، وهو ظاهر لفظ « المختصر » . وقيل : قولان وهو الأصح ، وبه قال العراقيون والحلي ،

(١) في مخطوطة الظاهرية : نفاء .

واختلفوا في الأظهر منهما ، فرجح صاحب « التقريب » والمتولي ، الوجوب .
ورجح العراقيون والإمام والبقوي والروائي ، أنه لا يجب .

قلت : الراجح ترجيح الوجوب ، والحديث صحيح رواه أبو داود والقومذني والنسائي وغيرهم . قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، ولا اعتبار بما قيل في إسناده ، وقياساً على الدخول ، فإن الموت مقرر كالدخول ، ولا وجه للقول الآخر مع صحة الحديث . والله أعلم

فإن أوجبنا ، فيجب مهر المثل باعتبار يوم العقد ، أم يوم الموت ، أم أكثرهما ؟
فيه ثلاثة أوجه حكاهما الخناطي .

الثالثة : طلقها قبل الدخول ، إن كان فرض لها ، تشطر المفروض كالسمى في العقد ، وإن لم يكن فرض لها ، فلا يشطر^(١) على المذهب ، وبه قطع الأصحاب .
وعن الشيخ أبي محمد والمتولي ، خلاف مبني على أن المهر يجب بالعقد أم لا ؟
قال الإمام : لا يعتد بهذا ، ولا يلتحق بالوجوه الضعيفة .

الرابعة : إذا قلنا : لا يجب المهر للمفوضة بالعقد ، فلها مطالبة الزوج بفرض مهر قبل المسيس . وإن أوجبناه بالعقد ، فمن قال : يشطر بالطلاق قبل المسيس ، قال : ليس لها طلب الفرض ، لكن لها طلب المهر نفسه ، كما لو وطئها ووجب مهر المثل ، تطالب به لا بالفرض . ومن قال : لا يشطر . قال : لها طلب الفرض ليتقرر الشطر فلا يسقط بالطلاق ، وهذا هو المذهب . ولها حبس نفسها للفرض ،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : إن كان فرض لها يشطر المفروض كالسمى في العقد

وإلا فلا شطر .

وهل لها حبس نفسها لتسليم المفروض ^(١) ؟ قال البغوي والرويانى : نعم كالسمى .
وحكى الإمام عن الأصحاب المنع ، وبه قطع الغزالي لأنها ساحت بالمهر ، فكيف
تضائق في تقديمه ^(٢) .

فرع

الفرض يوجد من الزوج ، أو القاضي ، أو أجنبي .

الضرب الأول : إذا فرض الزوج ، نظر ، إن لم ترض به المرأة ، فكأنه
لم يفرض وفيما علق عن الإمام ، أنه لا يشترط القبول منها ، بل يكفي طلبها
وإسعافه ، وليكن هذا فيما إذا طلبت عينا أو مقدراً فأجابها ، أما إذا أطلقت الطلب ،
فلا يلزم أن تكون راضية بما يعينه أو يقدره . أما إذا تراضيا على مهر ، فينظر ،
إن جهلا قدر مهر المثل ، أو جهله أحدهما ، ففي صحة الفرض قولان . أظهرهما
عند الجمهور : صحته وهونسه في « الإملاء » والقديم . وإن كانا عالمين به ، صح
ما فرضاه . ويجوز إثبات الأجل في المفروض على الأصح ، ويجوز أن يكون
زائداً على مهر المثل إن كان من غير جنسه ، وكذا إن كان منه على المذهب .

الضرب الثاني : فرض القاضي ، وذلك إذا امتنع الزوج من الفرض ، أو تنازعا
في قدر المفروض ، فيفرضه ، ولا يفرض إلا من نقد البلد حالا . ولورضيت بالأجل ،
لم يؤجل ، بل تؤخر هي إن شئت ، ولا يزيد على مهر المثل ولا ينقص ، كما في
قيم المتلفات . ولكن الزيادة والنقص اليسير الذي يقع في محل الاجتهاد ، لا اعتبار

(١) في نسخة : وهل لها حبس نفسها لتقبض .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية زيادة نصها : قلت : الأول أصح ، وصححه في

المحرر ، والله أعلم .

به ، ويشترط علمه بقدر مهر المثل . قال الشيخ أبو الفرج : وإذا فرض ، لم يتوقف لزومه على رضاها ، لأنه حكم منه ، وحكم القاضي لا يفتقر لزومه الى رضى الخصمين .

الضرب الثالث : فرض الأجنبي . فإذا فرض أجنبي للمفوضة مهرأ يعطيه من مال نفسه برضاها ، لم يصح على الأصح . فإن صححنا ، طالبت الأجنبي بالمفروض ، وسقطت المطالبة عن الزوج . وعلى هذا ، لو طلقت قبل الدخول ، فنصف المفروض يعود إلى الزوج أم الى الأجنبي ؟ فيه الوجهان السابقان فيما اذا تبرع أجنبي بأداء المسمى ثم طلقت قبل المسيس ذكرناهما فيما لو أصدق عن ابنه .

فرع

أبرأت المفوضة عن المهر قبل الفرض والميس ، فإن قلنا : يجب المهر بالعقد ، صح الإبراء إن كانت تعلم مهر المثل ، فإن جهلته ، ففي صحة الإبراء عن المجهول قولان سبقا في « الضمان » . أظهرهما : المنع . فإن منعنا ، فذلك فيما زاد على المتيقن . وفيما استيقنته وجهان من تفريق الصفقة .

وإن قلنا : لا يجب المهر بالعقد ، فهو إبراء عما لم يجب ، وجرى سبب وجوبه . وفي صحته قولان كالقولين في ضمانه . أظهرهما : فساده ، فحصل أن المذهب فساد إبراهيم .

ولو أسقطت حق الفرض ، لم يسقط كإسقاط زوجة المولي ، ولو أبرأت عن المتعة قبل الطلاق ، فهو إبراء عما لم يجب . وإن أبرأت بعدئ ، فإبراء عن مجهول . ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير ، فأبرأته عن المسمى ، فهو لغو ، لأن الواجب غيره . وإن أبرأته عن مهر المثل وهي عالمة به ، صح .

فرع

لزوجته عليه مهر تيقن أنه لا ينقص عن ألف ، واحتمل أن يزيد عليه إلى ألفين ، ورغباً في البراءة ، فينبغي أن تبرئه عن ألفين ، ذكره البغوي . ولو قبضت ألفاً ، وأبرأته من ألف إلى ألفين ، فإن بان أن مهرها ألف أو فوق الألف إلى ألفين ، فالبراءة حاصلة ، وإن بان فوق الألفين ، فعليه الزيادة ، وحصلت البراءة من ألفين ، والقول بحصول البراءة إذا بان فوق ألف إلى ألفين ، تفريع على أنه إذا قال : ضمنت من واحد إلى عشرة ، أو أبرأت ، صح الضمان والإبراء ، وهو الأصح . ولو دفع الزوج إليها ألفين ، وحلل لها مائين ألف وألفين ، حل لها ذلك إن بان فوق ألف إلى ألفين . وإن بان دون ألف ، فعليها رد قدر التفاوت بين مهرها وبين الألف ، لأنه لم يدخل في التحليل ، ويحصل الفرض من جهة الزوجة بلفظ التحليل والإبراء ، أو الإسقاط والعفو . وأما من جهة الزوج ، فيشترط لفظ صالح لتمليك الأعيان . فإن تصرف في المدفوع وصار ديناً ، جرت فيه الألفاظ .

فرع

قال لمن عليه ألف درهم : أبرأتك عن ألف درهم ، ثم قال : لم أعلم وقت الإبراء أنه كان لي عليه شيء ، لا يقبل قوله في الظاهر . وفي الباطن وجهان . قال الاصطخري : لا يقبل أيضاً لأنه ورد على محل حقه . وقال غيره : يقبل ، والخلاف مأخوذ مما إذا باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً .

فصل

ذكرنا أن المفروض فرضاً صحيحاً ، كالمسمى في العقد ، حتى يتشطر^(١) بالطلاق قبل الدخول . فلو فرض فاسداً كخمر ، لغا ، ولم يؤثر في تشطر مهر المثل ، بخلاف التسمية الفاسدة في العقد ، فإنها تشطره .

فرع

نكح ذمي ذمية على أن لامهر ، وترافعا إلينا ، حكمنا بحكمنا في المسلمين .

فصل

في بيان مهر المثل

ويحتاج إليه في مواضع . منها : المفوضة ، وفي التفويض الفاسد ، وفي التسمية الفاسدة ، وفيما إذا نكح نسوة بمهر واحد وقلنا : يوزع على مهور أمثالهن ، وفي وطء الشبهة والإكراه على الزنا ، وفيه مسائل .

إحداها : مهر المثل هو القدر الذي يرغب به في أمثالها ، والركن الأعظم في الباب النسب ، وينظر إلى نساء عصاباتهما ، وهن المنتسبات إلى من تنسب هذه إليه كالأخت وبنت الأخت ، والعمة وبنت العم ، ولا ينظر إلى ذوات الأرحام ، ويراعى في نساء العصة قرب الدرجة ، وأقربهن الأخوات من الأبوين ، ثم من

(١) في الأصل : يشترط ، وهو خطأ .

الأب ، ثم بنات الاخوة من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم العمت كذلك ، ثم بنات الأعمام . فإن تعذر اعتبار نساء العصة ، اعتبر بذوات الأرحام كالجدات والحالات ، وتقدم القربى فالقربى من الجهات ، وكذا تقدم القربى فالقربى من الجهة الواحدة كالجدات . ولا يتعذر اعتبار نساء العصة بموتهن ، بل يعتبر بعد موتهن ، وإنما يتعذر بفقدن من الأصل ، وقد يكون للجهل بمقدار مهورهن ، أو لأنهن لم ينكحن . فإن تعذرت ذوات الأرحام ، اعتبرت بمثلها من الأجنيات ، وكذا إن لم يكن نسبها معلوماً ، وتعتبر العربية بعربية مثلها ، والأمة بأمة مثلها ، وينظر إلى شرف سيدها وخيسته ، ومهر المعتقة بمعققة مثلها . وفي وجه : تعتبر المعتقة بنساء الموالى .

الثانية : يعتبر مع ما ذكرناه البلد . فإذا كان نساء عصبانها ببلدين هي في إحداها ، اعتبر بعصبات بلدها . فإن كن كلهن ببلدة أخرى ، فالاعتبار بهن لا بأجنيات بلدها ، وتعتبر المشاركة في الصفات المرغبة ، كالعفة ، والجمال ، والسن ، والعقل ، واليسار ، والبكارة ، والعلم ، والفصاحة ، والصراحة ، وهي أن تكون شريفة الأبوين ، وسائر الصفات التي تختلف بها الأغراض . وفي وجه : لا اعتبار باليسار وهو بعيد ، ومتى اختصت بصفة مرغوبة ، زيد في مهرها . وإن كان فيها نقص ليس في النسوة المعتبرات مثله ، نقص من المهر بقدر ما يليق به .

الثالثة : المعتبر غالب عادة النساء المعتبرات . فلو ساحت واحدة منهن ، لم يلزم الباقيات المسامحة ، إلا أن يكون لنقص دخل النسب وفترات الرغبات .

الرابعة : مهر المثل يجب حالاً من نقد البلد ، كقيمة المتلفات . وإن رضيت بالتأجيل ، لا يوجب الحاكم مؤجلاً ، لكن لها أن تسامح بالإنظار . فإن كانت النسوة المعتبرات ينكحن بمؤجل أو بصداق بعضه مؤجل ، لم يؤجل الحاكم أيضاً

لكن ينقص مايلقى بالأجل . وان جرت عادتهن بمساحة العشيرة دون غيرهم ، خففنا مهر هذه في حق العشيرة دون غيرها . وكذا لو كن يخففن ، اذا كان الزوج شريفاً ، خفف في حق الشريف دون غيره . وعن الشيخ أبي محمد : أنه لايلزم التخفيف في حق العشيرة والشريف . وقيل : مهر المثل الواجب بالعقد يجوز أن يختلف دون الواجب بالاتلاف ، والصحيح الاول .

فرع

تقادم العهد لايسقط مهر المثل عندنا .

فرع

الوطء في النكاح الفاسد ، يوجب مهر المثل باعتبار يوم الوطء كالوطء بالشبهة ، ولا يعتبر يوم العقد ، إذ لاحرمة للعقد الفاسد .

فرع

إذا وطئ مراراً بشبهة واحدة ، أو في نكاح فاسد ، لم يجب إلا مهر واحد . ولو وطئ بشبهة ، فزالت تلك الشبهة ، ثم وطئ بشبهة أخرى ، وجب مهران . ولو أكرها على الزنا ، وجب بكل وطأة مهر ، لأن الوجوب هنا بالاتلاف ، وقد تعدد . ولو وطئ الأب جارية الابن مراراً من غير إحبال ، فقليل : يجب بكل وطء مهر . والأصح أنه لايجب إلا مهر واحد ، لأن شبهة الاعفاف تعم الوطآت ، وخصص البغوي الوجهين بما إذا اتحد المجلس ، وجزم بالتكرار عند اختلاف المجلس . ووطء الشريك المشتركة ، والسيد المكتبة مراراً ، كوطآت جارية الابن . وإذا وجب مهر واحد بوطآت ، اعتبر أكمل الأحوال .

الباب الرابع

في تشطر الصداق

بالطلاق قبل الدخول يشطر الصداق بين الزوجين ، وفي الباب أطراف .

[الطرف] الأول : في موضع التشطر وكيفيته .

أما موضعه ، فيتشطر الصداق قبل الدخول بالطلاق والخلع . وفيها إذا طلقت نفسها بتقويضه إليها ، أو علّق طلاقها بدخول الدار فدخلت ، أو طلقها بعد مدة الإيلاء بطلبها ، وبكل فرقة تحصل لا بسبب من المرأة ، بأن أسلم أو ارتد أو أرضعت أم الزوجة الزوج وهو صغير ، أو أم الزوج أو ابنة الزوجة الصغيرة ، أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة وهي تظنه زوجها ، أو قذفها ولاعن . فأما إذا كان الفراق منها أو بسبب فيها ، بأن أسلمت أو ارتدت ، أو فسخت النكاح بعق أو عيب ، أو أرضعت زوجة أخرى له صغيرة ، أو فسخ النكاح بعيها ، فيسقط جميع المهر ، وشراؤها زوجها يسقط الجميع على الأصح ، وشراؤه زوجته يشطر على الأصح .

فرع

إذا طلق المفوضة قبل الفرض والدخول ، فالقول في التشطر سبق . وأما غير المفوضة ، فكل صداق واجب ورد عليه الطلاق قبل الدخول شطره ، سواء فيه

الروضة ج ٧ / ٢ - ١٩

المسمى الصحيح في العقد ، والمفروض بعده ، ومهر المثل إذا جرت تسمية فاسدة في العقد .

فصل

وأما كيفية التشطر ، ففيها أوجه . الصحيح أنه يعود إليه نصف الصداق بنفس الفراق . والثاني : أن الفراق يثبت له خيار الرجوع في النصف ، فإن شاء يملكه وإلا فيتركه كالشفعة . والثالث : لا يرجع إليه إلا بقضاء القاضي . وحكى العبادي ، أن أبا الفضل القاساني الزاهد ، حكى الثالث قولاً قديماً . وأنكر جمهور الأصحاب كونه قولاً أو وجهاً ، فاذا قلنا : يثبت الملك بالاختيار ، فطلقها على أن يسلم لها كل الصداق ، وهذا إعراض منه ورضى بسقوط حقه ، فيسلم لها جميعه . وعلى الصحيح يلغو قوله ، ويتشطر المهر كما لو أعتق ونفى الولاء . ولو طلق ثم قال : أسقطت خياري ، وقلنا : الطلاق يثبت الخيار ، فقد أشار الغزالي إلى احتمالين . أحدهما : يسقط كخيار البيع . وأرجحها : لا ، كما لو أسقط الواهب خيار الرجوع ، ولم يجز هذا التردد فيما لو طلق على أن يسلم لها كل الصداق . ويجوز أن يسوي بين الصورتين . ولو حدثت زيادة في الصداق بعد الطلاق ، فعلى الوجه الأول : الصحيح نصفها للزوج ، وعلى الثاني : إن حدثت قبل اختيار التملك ، فالجميع للزوجة كالحادث قبل الطلاق ، هذا إذا كانت الزيادة منفصلة ، فإن كانت متصلة وقلنا بالأول ، فالنصف بزيادته للزوج . وإن قلنا بالثاني ، فوجهان . أحدهما : كذلك . والثاني : يمنع الرجوع إلا برضاها . وإن حدث نقص ، فإن قلنا : يملك بالاختيار ، فإن شاء أخذه ناقصاً بلا أرش ، وإن شاء تركه وأخذ نصف قيمته صحيحاً . وإن قلنا : يملك بنفس الطلاق ، فإن

وجد منها تعدّي ، بأن طالبا برد النصف ، فامتعت ، فله النصف مع أرش النقص وإن تلف الكل والحالة هذه ، فعليها الضمان . وإن لم يوجد تعدّي ، فوجهات . أحدهما وهو ظاهر النص وبه قال العراقيون والرويانى : أنها تغرم أرش النقص . وإن تلف ، غرمت البديل لأنه مقبوض عن معاوضة كالبيع في يد المشتري بعد الإقالة . وفي « الأم » نص يشعر بأنه لاضمان ، وبه قال المرازمة ، لأنه في يدها بلا تعدّي ، فأشبهه الوديعة . فعلى الأول ، لو قال الزوج : حدث النقص بعد الطلاق فعليك الضمان ، وقالت : قبله ولا ضمان ، فأيهما المصدق ؟ وجهان . أصحها : المرأة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . ولو رجع كل الصداق إليه بردها ، أو فسخ وتلف في يدها ، فمضمون عليها كالبيع يفسخ بإقاله أو ردّه بعيب . قال الإمام : وحكم النصف عند رده كالطلاق .

فرع

إذا قلنا : يملك بالاختيار ، فهل تملك الزوجة التصرف بعد الطلاق قبل الاختيار ؟ وجهان حكاهما الامام . قال : القياس أنها تملك كما قبل الطلاق ، وكما يملك المتهب قبل رجوع الواهب .

فرع

إذا كان الصداق ديناً ، سقط نصفه بمجرد الطلاق على الصحيح ، وعند الاختيار : على الثاني ، ولو أدى الدين والمؤدى باقٍ ، فهل لها أن تدفع قدر النصف من موضع آخر لأن العقد لم يتعلق بعينه ؟ أم يتعين حقه فيه لتعيينه بالدفع ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

الطرف الثاني في تغير الصداق قبل الطلاق . إذا أصدقها عيناً ، ثم طلقها قبل الدخول ، فإن كانت تالفة ، رجع بنصف مثلها إن كانت مثلية ، أو نصف قيمتها إن كانت متقومة . وإن كانت باقية ، فإن لم يحدث فيها تغير ، رجع في نصفها كما سبق . وإن حدث تغير وهو مقصود الفصل ، فهو نقص أو زيادة أو كلاهما ، فهي ثلاثة أقسام . الأول : نقص محض وهو نوعان ، نقص صفة ونقص جزء .

النوع الأول : نقص الصفة كالعمى والعمور ، ونسيان الصنعة ، وهو ضربان . حادث في يدها ، وحادث في يده .

الضرب الأول : أن يحدث في يدها ، فالزوج بالخيار ، إن شاء رجع إلى نصف قيمة الصداق سليماً ، وإن شاء قنع بنصف الناقص بلا أرش . هذا قول الأصحاب . قال الإمام : ويحتمل أن يقال : يجب الأرش ، وجعل الغزالي هذا الاحتمال وجهان .

الضرب الثاني : أن يحدث في يده قبل قبضها وأجازت ، فله عند الطلاق نصفها ناقصاً ، ولا خيار له ولا أرش ، لأنه نقص وهو من ضمانه ، لكن لو حدث النقص بجنابة وأخذت الارش ، فهل له نصف الارش ، لأنه بدل الفائت أم لاشيء [له] ^(١) من الارش كزيادة منفصلة ؟ فيه وجهان . أصحاب : الأول .

النوع الثاني : نقص جزء ، بأن أصدقها عيدين وقبضها ، فتلغ أحدهما في يدها ثم طلقها ، فتلاثة أقوال . أظهرها : يرجع إلى نصف الباقي ونصف قيمة التالف . والثاني : أنه يأخذ الباقي بحقه إن استوت قيمتها . والثالث : يتخير بين أن يأخذ نصف الباقي ونصف قيمة التالف ، وبين أن يأخذ نصف قيمة العيدين .

(١) زيادة من إحدى نسخ الظاهرية .

القسم الثاني : زيادة محضة وهي صنفان ، منفصلة ومتصلة . أما المنفصلة ، كاللبن ، والولد ، والكسب ، فيسلم للمرأة - سواء حصلت في يدها أو في يد الزوج ، ويختص الرجوع بنصف الاصل . ثم في « الشامل » و « التتمة » : إن قولنا : يرجع بنصف الاصل ويبقى الولد لها ، مفروض في غير الجواري ، وليس له الرجوع في نصف الجارية ، لأنه يتضمن التفريق بين الام والولد ، بل يرجع إلى القيمة . فان وافقته الزوجة ورضيت برجوعه إلى نصف الام ، فهو كالتفريق بين الام والولد بالبيع .

الصنف الثاني : الزيادة المتصلة ، كالسمن ، وتعلم صنعة ، فلا يستقل الزوج بالرجوع إلى عين النصف ، بل يخير الزوجة . فان أبت ، رجع إلى نصف القيمة بغير تلك الزيادة . وإن سمحت ، أجبر على القبول ولم يكن له طلب القيمة . وحكى الحناطي وجهاً ، أنه لا يجبر للمنة ، والصحيح الاول . قال الأصحاب : لا تمنع الزيادة المتصلة الاستقلال بالرجوع إلا في هذا الموضع . فأما في سائر الاصول ، كالمبيع في يد المفلس ، والموهوب في يد الولد ، والمردود بالعيب في البيع ، فلا تمنع الزيادة المتصلة الرجوع ، بل يستقلون بالرجوع معها ، وفرقوا بأن الرجوع في هذه الصور بالفسخ ، وهو رفع العقد من أصله أو حينه . فان رفع من أصله ، فكأنه لا عقد . وإن رفع من حينه ، فالفسخ مشبه^(١) بالعقد ، والزيادة تتبع الاصل في العقد ، فكذا في الفسخ ، وعود الشرط بالطلاق ليس فسخاً ، ولهذا لو سلم العبد الصداق من كسبه ثم عتق وطلق ، عاد النصف إليه لا إلى السيد ، وإنما هو ابتداء ملك يثبت فيما فرض صداقاً . وفرق أبو إسحاق

(١) في الأصل : شبه .

بين الصداق وصورة الافلاس ، بأن^(١) غريم المفلس لو منعناه الرجوع إلى العين ، لم يتم له الثمن لمزاحمة الغرماء ، وهنا إذا لم تسلم العين ، سلمت القيمة بتمامها ، فلا ضرر ، حتى لو كانت محجوراً عليها بفلس عند الطلاق ولو ترك العين لاحتاج إلى المضاربة ، قال : يرجع إلى العين بزيادتها بغير رضاها . وعول الأكتروث على الفرق الاول ، ومنعوا استقلاله بالرجوع وإن كانت محجوراً عليها ، واعتبروا في الرجوع حينئذ رضاها ورضى الغرماء . وحكى الإمام وجهاً أن كونها محجوراً عليها ، يمنع الرجوع وإن^(٢) لم تكن زيادة ، لتعلق حق الغرماء قبل ثبوت الرجوع ، والزوائد المنفصلة والمتصلة فيما سوى الطلاق من الأسباب المشطرة كهي في الطلاق .

وأما ما يوجب عود جميع الصداق إلى الزوج ، فينظر فيه ، إن كان سببه عارضاً كالرضاع وردتها ، فكذلك الحكم . وفي ردتها وجه أن الزوج يستقل بالرجوع في الزوائد المتصلة . وإن كان السبب مقارناً كالفسخ بعيه أو عيها ، فالذي قطع به الجمهور ، أنه يعود بزيادته إلى الزوج ، ولا حاجة إلى رضاها كفسخ البيع بالعيب . وقال المتولي : إن قلنا في الفسخ بعد الدخول : يبقى المسمى لها ، فهو كما لو كان السبب عارضاً . وإن قلنا : يوجب مهر المثل ، فهل يستند الفسخ إلى أصل العقد ويرفع^(٣) أصله ، أم لا ؟ فيه خلاف . إن قلنا : لا ، فالحكم كما سبق ، وإن قلنا : نعم ، عاد الصداق إليه بزوائده المتصلة والمنفصلة .

(١) في الأصل : فإن .

(٢) في الأصل : فإن .

(٣) في نسخته : ويدفع .

فرع

إذا امتنع الرجوع إلى نصف عين الصداق ، رجع بنصف قيمة الجملة بغير زيادة ولا نقص ، ولا يقال : يرجع بقيمة النصف . ووقع في كلام الغزالي بقيمة النصف ، وهو تساهل في العبادة ، والصواب ما ذكرنا ، لأن التشقيص عيب .

القسم الثالث : إذا تغير الصداق بالزيادة والنقص معاً ، إما بسبب واحد ، بأن أصدقها عبداً صغيراً فكبر ، فإنه ^(١) نقص بسبب نقص القيمة ، ولأن الصغير يدخل على النساء ، ولا يعرف الغوائل ، ويقبل التأديب والريضة ، وفيه زيادة بقوته على الشدائد والأسفار ، وحفظ ما يستحفظه . وكما إذا أصدقها شجرة فكبرت فقل ثمرها وزاد حطبها .

وإما بسببين ، بأن أصدقها عبداً فتعلم القرآن واعور ، فثبت لكل منها الخيار ، وللزوج أن لا يقبل العين لنقصها ، ويعدل إلى نصف القيمة ، ولها أن لا تبذلها لزيادتها وتدفع نصف القيمة . فإن اتفقا على رد العين ، جاز ، ولا شيء لأحدهما على الآخر . وليس الاعتبار بزيادة القيمة ، بل كل ما حدث وفيه فائدة مقصودة ، فهو زيادة من ذلك الوجه وإن نقصت القيمة كما ذكرنا في كبر العبد .

فرع

أصدقها جارية حائلاً ، فجلت في يدها وطلقها قبل الدخول ، فهو زيادة من وجه ونقص من وجه ، للضعف في الحال ، ولخطر الولادة . فان لم يتفقا على نصف الجارية ،

(١) في الأصل : فكأنه .

فالمعدول إليه نصف قيمة الجارية ، وليس لأحدهما إجبار الآخر . وحكى الحناطي وجهاً ، أن الزوج يجبر إذا رضيت برجوعه إلى نصف الجارية حاملاً بناءً على أن الحمل لا يعرف ، ومقتضى هذا أن تجبر هي أيضاً إذا رغب الزوج في نصفها حاملاً ، والصحيح الأول . وأما الحمل في البهيمة ، فكالجارية . وقيل : زيادة محضة ، إذ لا خطر فيه ، والأول أصح ، لأنه لا يحمل عليها حاملاً ما يحمل حائلاً ، ولأن لحم الحامل أردأ .

فرع

أصدقها أرضاً فحرثتها ، فإن كانت الأرض معدة للزراعة ، فزيادة محضة . وإن كانت معدة للبناء ، فنقص محض ، فحينئذ إن أراد الرجوع إلى نصف عينها ، مكن ، وإن أبى ، رجع إلى نصف القيمة بلا حراثة . وإن زرعها ، فنقص محض ، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصف العين وترك الزرع إلى الحصاد ، فذاك . قال الإمام : وعليه إبقاؤه بلا أجرة ، لأنها زرعت ملكها الخالص . وإن رغب فيها الزوج وامتنعت ، أجبرت . وإن رغبته هي ، فله الامتناع ، ويأخذ نصف قيمة الأرض . فإن قالت : خذ نصف الأرض مع نصف الزرع ، ففي إجباره طريقتان . أحدهما : وجهاً كما سنذكره إن شاء الله تعالى في الثمار . والثاني : القطع بالمنع ، لأن الزرع ليس من عين الصداق ، بخلاف الثمرة ، والمذهب المنع كيف كان . وإن طلقها بعد الحصاد ، وبقي في الأرض أثر العمارة ، وكانت تصلح لما لا تصلح له قبل الزراعة ، فهي زيادة محضة ولو غرستها ، فكما لو زرعتها . لكن لو أراد أن يرجع في نصف الأرض ويترك الغراس ، ففيه وجه أنها لا تجبر ، لأن الغراس للتأييد . وفي إبقائه في ملك الغير ضرر . ولو طلقها والأرض مزروعة أو مغروسة ،

فبادرت بالقلع ، نظر ، إن بقي في الارض نقص لضعفها بها وهو الغالب ، فهو على خيرته ، وإلا انحصر حقه في الارض .

فصل

أصدقها نخيلاً حوائل ، ثم طلقها وهي مطلعة ، فليس له أخذ نصف الطلع قهراً ، ولا نصف العين قهراً ، لأن الطلع كزيادة متصلة فيمنع الرجوع قهراً . فان رضيت بأخذه نصف النخل والطلع ، أجبر على المذهب . وقيل : وجهان كالثمرة المؤبرة ، أما إذا طلقها وعليها ثمار مؤبرة ، ففيها مسائل .

إحداها : ليس له تكليفها قطع الثمرة ليرجع إلى نصف العين . فلو بادرت بقطعها ، أو قالت : اقطعها ليرجع ، فليس للزوج إلا الرجوع إلى نصف الشجر إذا لم يمتد زمن القطع ولم يحدث به نقص في الشجر بانكسار سعف وأغصان .

الثانية : أراد الرجوع في نصف النخل وترك الثمار إلى الجداد فأبت ^(١) ، أجبرت على الأصح عند الجمهور ، منهم العراقيون ، وبه قطع البغوي ، لأن الأشجار في يدها كسائر الاموال ^(٢) المشتركة . ورجح المتولي منع الاجبار ، وأشار إلى ترجيحه الإمام والغزالي ، لأنها قد [لا] ^(٣) ترضى بيده ودخوله البستان . قال الإمام : ولأنه لا بد من تنمية الثمار بالسقي ، ولا يمكن تكليفها ^(٤) السقي ، لأن نفعه غير مختص بالثمر ، بل ينفع به الشجر أيضاً ، ولا يمكن تكليفها ^(٤) ترك السقي لتضرر الثمر

(١) في الأصل : فبانت .

(٢) في نسخ الظاهرية : الأملاك بدل الأموال .

(٣) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٤) في إحدى نسخ الظاهرية : تكليفها .

والشجر . ولمن قال بالاول أن يقول : حكم السقي هنا حكمه فيما إذا اشترك اثنان في الشجر وانفرد أحدهما بالثمر في غير الصداق .

الثالثة : أرادت رجوعه^(١) في نصف الشجر وترك ثمرها إلى الجداد ، فله الامتناع وطلب القيمة ، لأن حقه في الشجر خالية ، وليس لها تكليفه تأخير الرجوع إلى الجداد ، لأن حقه ناجز في العين أو القيمة . ولو قال : أؤخر الرجوع إلى الجداد ، فلها الامتناع لان نصيبه يكون مضموناً عليها ، كذا وجهه ، وهو تقريع على أن النصف الراجع اليه يكون مضموناً عليها ، وفيه خلاف سبق . ولو قال : أرجع ويكون نصبي وديعة عندك وقد أبرأتك عن ضمانه ، فوجهان لها التفات إلى ابراء الغاصب مع بقاء المغضوب في يده . وزاد من نظر إلى السقي ، فقال : ليس لها أن تقول : أرجع واسق ، لان فائدة السقي تعود إلى نصيبها من الشجر وإلى الثمار وهي خالصة لها ، ولا أن تقول : أرجع ولا تسق ، لانه يتضرر . ولو قالت : أرجع وأنا لا أسقي وإليك الحيرة في السقي وتركه ، أو قال : أرجع ولا أسقي ولك الخيار في السقي وتركه ، لم يلزم الآخر الاجابة ، لأنه إن ترك السقي تضرر ، وإن سقى اختص بالمؤنة دون الفائدة . ولو قال الزوج : أرجع إلى النصف واسق والتزم المؤنة ، أو قالت : أرجع وأنا أسقي ، فهل يلزم الآخر الاجابة ؟ وجهان . أصحابها : المنع ، لأنه وعد وقد لا يفي به . فإن قلنا بالاجابة ، فبدا للملتزم وامتنع ، تبينا أن الملك لم يرجع إلى الزوج ، وكأنه موقوف على الوفاء بالوعد ، وألحقوا بهذه الصورة ما إذا أصدقها جارية فولدت في يدها ولداً مملوكاً ثم طلقها قبل الدخول ، فقال : أرجع إلى نصف الجارية وأرضى

(١) في الأصل : برجوعه .

أن ترضع الولد ، ففيه ^(١) الوجهان . قال الإمام : ونص الشافعي رحمه الله يدل على أنه لا يجاب . ولو قال : أرجع وأمنعها الارضاع ، لم تُجَبْ بلا خلاف . وفي هذه المسألة وراء الارضاع ومضي زمانه شيء آخر ، وهو التفريق بين الأم والولد . وقد ذكرنا ما ذكره صاحباً « الشامل » و « التتمة » فيه .

الرابعة : وهبت له نصف الثمار ليشتركا في الثمر والشجر ، فهل يجب القبول لأن الثمر متصل كالسمن ، أم لا ، لأن الثمرة المؤبرة كالمفصلة ولا يجبر على قبول ملك الغير ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

الخامسة : تراضيا على الرجوع في نصف الشجر في الحال ، أو على تأخير الرجوع إلى الجداد ، مكنّا منه . وإذا بدا لأحدهما في التأخير ، مكن من الرجوع عنه . وقال المعلون بالسقي : إن رضا بالرجوع في الحال على أن يسقي من شاء منها متبرعاً ، أو على أن يتركا أو أحدهما السقي ، فمن التزم السقي ^(٢) ، فهو وعد لا يلزم ^(٣) الوفاء به ، لكن إذا لم يف ، تبينا أن الملك لم يعد إلى الزوج . ومن ترك السقي ، لم يمكن ^(٤) من العود إليه . هذا حاصل المسألة ، ولم أر تعرضاً للسقي إلا للإمام ومن نحا نحوه .

فرع

ظهور النور في سائر الأشجار كبدو الطلع في النخل ، وانعقاد الثمار مع تناثر النور ، كالتأبير في النخل .

(١) في الأصل : فيه .

(٢) في الأصل : في القسي .

(٣) في الأصل : لأن يلزم .

(٤) في الأصل : لم يكن .

فرع

أصدقها نخلة عليها ثمرة مؤبرة ، وطلقها قبل الدخول ، فله نصف الثمرة مع نصف النخلة ، سواء جدت الثمرة أم لا . وإن أصدقها والثمره مطلعة ، وطلقها وهي بعد مطلعة ، أخذ نصفها مع الطلع . ونقل المتولي وجهاً أنه إذا امتد الزمان بحيث يزداد في مثله الطلع ، لا يجوز له الرجوع فيه ، هذا لفظه . ولو قال : لم يجوز له الرجوع بغير رضاها ، لكان أحسن . فلو كانت مؤبرة عند الطلاق ، فهل له في الثمرة حق ؟ فيه طريقتان . أحدهما : على قولين كما إذا أصدقها جارية حاملاً فولدت قبل الطلاق ، والمذهب القطع بثبوت حقه في الثمرة لأنها مشاهدة متيقنة ، ويجوز لإفرادها بالعقد بخلاف الحمل . فإن أثبتنا له حقاً في الثمرة ، لم يأخذ إلا برضاها لأنها زادت . فإن لم ترض ، أخذ نصف الشجر مع نصف قيمة الطلع .

فرع

أصدقها جارية حاملاً فطلقها قبل الدخول ، نظر ، إن طلقها وهي بعد حامل ، فله نصفها حاملاً ، ويجيء عند امتداد الزمان الوجه الذي حكاه المتولي في الفرع قبل هذا . وإن طلقها وقد ولدت ، فالكلام في الأم ثم الولد ، أما الأم ، فلا يأخذ نصفها إن كان الولد رضيعاً لثلاث يتضرر ، لكن يرجع إلى نصف القيمة وإن كان فطياً ، فإن كان في زمن التفريق المحرم ، فعلى ما تقدم ، وإلا فله نصفها . وإن نقصت قيمتها بالولادة ، نظر ، إن ولدت في يد الزوج ، فعلى ما سبق من حكم النقص في يد الزوج . وإن ولدت في يد الزوجة ، فله الخيار ، إن شاء أخذ نصفها ولا شيء له معه ، وإن شاء رجع إلى نصف القيمة . وأما الولد ، فهل

للزوج حق في نصفه ؟ يبنى على أن له قسطاً من الثمن في المبيع ، وفيه قولان سبقا في مواضع . أظهرهما : نعم . فإن قلنا : لا ، فلا حق له فيه ، لأنه حادث في ملكها ، وإن قلنا : نعم ، فوجهان . أحدهما : له فيه حق كما لو أصدقها عينين ، لكن الولد زاد بالولادة ، فلها الحيار . فإن رضيت برجوع الزوج في نصفه ونصف الام ، أجبر على قبوله . وإن أبت ، قال المتولي : لا يرجع في نصف الجارية للتفريق ، لكن يرجع في نصف قيمتها ونصف قيمة الولد يوم انفصاله . والثاني : لاحق له فيه لانه لاقيمة له قبل الانفصال .

قلت : الاول أصح . والله أعلم

ولو كانت الجارية المصدقة حائلاً ، وطلقها حاملاً ، فقد سبق حكمه . فإن ولدت ، ثم طلقها ، فالولد لها ، والقول في الام كما سبق فيما إذا كانت حاملاً يوم الإصداق وولدت وطلقها ، وإن جلت في يد الزوج وولدت في يدها ، فهل النقص من ضمانه ولها الحيار ، لان السبب وجد في يده ، أم من ضمانها وله الحيار لان النقص حصل عندها ؟ وجهان .

فرع

أصدقها حلياً فكسرتة ، أو انكسر في يدها وبطلت صنعتة ، ثم أعادت المنكسر حلياً ، ثم طلقها قبل الدخول ، نظر ، إن صاغته على هيئة أخرى ، فالحاصل زيادة من وجهه ، ونقص من وجهه ، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصفه ، جاز . وإن أبى أحدهما ، تعين نصف القيمة . وإن عادت الصنعة بجالها ، فهل يرجع في نصف العين بغير رضاها ، أم يعتبر رضاها ؟ وجهان . أصحها : الثاني ، وبه قال

ابن الحداد ، ويجري الوجهان فيما لو أصدقها جارية فهزلت ثم سمت ، وفيما لو نسي العبد الصنعة ثم تعلمها . ولو طرأت على عين العبد غشاوة وكان لا يبصر شيئاً ، ثم زالت ثم طلقها ، ففيما علق عن الإمام ، أن الزوج يرجع في نصف العبد بلا خلاف ، كما لو حدث في يدها عيب فزال ثم طلقها . وإذا قلنا في الحلي : يعتبر رضاها ، ففيما يرجع به وجهان . أصحها : نصف قيمة الحلي بهيأته التي كانت . والثاني : مثل نصفه بالوزن تبرأ ، وإلا نصف أجرته مثل الصنعة وهي قيمتها ، فعلى الاول ، فيما يقوم به وجهان . أحدهما وبه قال ابن الحداد : بغير جنسه ، فالمدَّهب بفضة ، وكذا العكس . والثاني : يقوم بنقد البلد وإن كان من جنسه ، وبه قال محمد بن نصر المروزي . ويجري الوجهان في قيمة الصنعة ، ففي وجه : يقوم بغير جنس الحلي ، وفي وجه : بنقد البلد ، وهو الأصح كما سبق في الغصب . ولو كانت المسألة في إناء من ذهب أو فضة ، بني على جواز اتخاذه . وهل لصنعة قيمة ؟ إن قلنا : لا ، فللزوج الرجوع في نصف العين ، سواء عادت الصنعة الاولى أم غيرها ، إذ لازيادة . وإن قلنا : نعم ، فسكالحي . ولو غصب جارية مغنية فنسيت عنده اللعان ، هل يردّ معها ما نقص من قيمتها بنسيان اللعان ، أم لا ، لانه محرم فلا عبدة بفواته ؟ وجهان .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم

ولو اشترى مغنيةً بالفين ، وهي تساوي ألفاً بلا غناء ، ففي صحة البيع ثلاثة أوجه حكاه الشيخ أبو علي . أحدها : البطلان ، لأنه بذل في مقابلة حرام ، وبه

أفتى المحمودي . والثاني قاله أبو زيد : إن قصد بالشراء الغناء ، بطل ، وإلا ، فلا . والثالث : صحة البيع ، قاله الأودني ، قال : وما سوى ذلك استحسان . قلت : واختار إمام الحرمين الصحة مطلقاً ، وهو الأصح . ولو بيعت بألف ، فالبيع صحيح بلا خلاف . والله أعلم

فصل

أصدق ذمي خمرأ ، ثم أسلما وترافعا إلينا ، فقد سبق أنه إن كان ذلك بعد القبض ، لم نحكم لها بشيء . وإن كانت غير مقبوضة ، حكمنا بوجوب مهر المثل . ولو صارت الخمرة المصدقة في يده خلا ، ثم أسلما أو أحدهما ، فوجهان . قال ابن الحداد : لا شيء لها إلا الحل . وأصحها وبه قال القفال : لها مهر المثل ، لأن الخمر لا تصلح صداقاً ، ولا عبرة بذكرها إذا لم يتصل بها قبض قبل الإسلام . ولو أصدقها عصيراً ، فتخمر في يده ، ثم عاد خلا ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، لزمه قيمة العصير . ولو قبضت الذمية الخمر ، ثم طلقها قبل الدخول ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، فلا رجوع للزوج لعدم المالية ومنع إمساك الخمر . ولو صارت خلا عندها ، ثم طلقها قبل الدخول ، فهل للزوج الرجوع إلى نصفه لكون العين باقية وإنما تغيرت صفتها ، أم لا ترجع بشيء لأن حق الرجوع إنما يثبت إذا كان المقبوض مالاً وهنا حدثت المالية في يدها فهو كزيادة منفصلة ؟ فيه وجهان . أصحها : الأول ، وبه قال ابن الحداد . فعلى هذا لو تلف الحل أو أتلفته ، ثم طلقها ، فوجهان أصحها وهو قول الحَضْرِي : يرجع بمثل نصف الحل . والثاني وبه قال ابن الحداد : لا يرجع بشيء ، لأن الرجوع فيه تعتبر قيمته يوم الإصداق والقبض ،

ولا قيمة لهذا يوم الإصداق والقبض . ولو أصدقها جلد ميتة ، فقبضته ودبغته ، ثم طلقها قبل الدخول ، ففي رجوعه في نصفه وجهان مرتبان على تخلل الحمر ، وأولى بعدم الرجوع ، لأن ماليته حدثت بفعلها ومع الترتيب ، فالأصح الرجوع ، وبه قال ابن الحداد . فعلى هذا : إن هلك الجلد عندها بعد الدباغ ، قال ابن الحداد : لا يرجع . قال الشيخ أبو علي : ينبغي أن لا يرجع هنا بلا خلاف ، بخلاف الحل لأنه مثلي والجلد متقوم ، والنظر في المتقوم إلى وقت الإصداق والإقباض ، ولم يكن له قيمة حينئذ . ولو ارتدت وانفسخ النكاح قبل الدخول ، فالقول في كل الحل وكل الجلد ، كالقول في النصف عند الطلاق .

فصل

كل عمل جاز الاستئجار عليه ، جاز جعله صداقاً ، وذلك كتعليم القرآن والصنائع ، وكالحياطة والخدمة والبناء وغيرها ، وفيه مسائل .

إحداها : يشترط في تعليم القرآن ليصح صداقاً شرطان .

أحدهما : العلم بالمشروط تعليمه بأحد طريقين .

الأول : بيان القدر الذي يعلمه بأن يقول : كل القرآن أو السبع الأول أو الأخير . وحكي وجه ساذ : أنه لا يشترط تعيين السبع فإن عين بالسور والآيات ، فعلى ما ذكرناه في الإجارة ، وذكرنا هناك الخلاف في اشتراط قراءة نافع وأبي عمرو وغيرهما . وقطع ابن كج هنا بعدم الاشتراط قال : فلو شرط حرف أبي عمرو ، علمها بحرفه ، فإن علمها بحرف الكسائي ، فهل يستحق أجره المثل ، أم لا شيء له ؟ وجهان . وحكى قولين في أنها ترجع على الزوج بهر المثل ، أم بقدر التفاوت بين أجره التعليم بالحرف المشروط والآخر ؟ فإن لم يكن تفاوت ،

لم يرجع بشيء ثم قال : ولا معنى لهذا الاختلاف ، بل الواجب أن يقال : يعلمها بحرف أبي عمرو وهو متطوع^(١) بما علم . ثم العلم بهذا يشترط في حق الزوج ، فإن لم يعرف أحدهما أو كلاهما قدر السور والاجزاء والآيات ، قال أبو الفرج الزاز : الطريق التوكيل ، وإلا فيرى المصحف ، ويقال : تعلم من هذا الموضع إلى هذا ، ولك أن تقول : لا يكفي هذا ، إذ لا يعرف به صعوبته وسهولته .

قلت : الصواب أنه لا تكفي الإشارة إذا لم يعلمها فيتعين التوكيل .
والله أعلم

الطريق الثاني : تقديرها بالزمان ، بأن يصدقها تعليم القرآن شهراً ، ويعلمها فيه ما شاءت ، كما يخطط الاجير للخياطة ماشاء المستأجر . فلو جمع الطريقين فقال : تعلمها في شهر سورة البقرة ، فهو كقوله : استأجرتك لتخطط هذا الثوب اليوم ، وفيه خلاف سبق في الاجارة .

الشرط الثاني : أن يكون المعقود على تعليمه قدرأ في تعليمه كلفة ، فإن لم يكن ، بأن شرط تعليم لحظة لطيفة ، أو قدر يسير وإن كان آية ، كقوله تعالى : (ثم نظر) [المدثر : ٢١] لم يصح الإصداق وهو كبيع حبة خنطة .
الثانية . أصدقها تعليم الفاتحة وهو متعين للتعليم ، ففي صحة الإصداق وجهان ، كنظيره في الإجارة . أصحها : الصحة . ولو نكحها على أداء شهادة لها عنده ، أو نكح كتابية على أن يلقنها^(٢) كلمة الشهادة ، لم يصح الصداق ، قاله البغوي .

(١) في الأصل : مقطوع ، وهو خطأ .

(٢) وعلى هامش الأصل نسخة : أن يعلمها .

الثالثة : إذا كان الزوج لا يحسن ما شرط تعليمه ، فإن التزم التعليم في الذمة ، جاز ثم يأمر بتعليمها أو يتعلم ويعلمها . وإن كان الشرط أن يعلمها بنفسه ، فهل يصح ثم يتعلم ويعلمها ، أم لا يصح لعجزه ؟ وجهان . أصحها : الثاني . ولو شرط أن يتعلم ثم يعلمها ، لم يصح أيضاً ، لأن العمل متعلق بعينه ، والأعيان لا تقبل التأجيل . قال المتولي : فإن صححنا فأملهته ليتعلم ، فذاك ، وإلا فهو معسر بالصداق . ولو أراد الزوج أن يقيم غيره يعلمها ، جاز إن كان التزم في الذمة ، وإلا فلا . ولو أرادت أن تقيم غيرها متعلما ، فهل يجبر الزوج كالمستأجر للركوب يركب غيره ، أم لا لاختلاف الناس في الفهم والحفظ ؟ وجهان . أصحها عند الجمهور : الثاني ، وخالفهم الإمام ، ومنهم من جعل الخلاف في جواز الإبدال مع التراضي . ولو فرض عقد مجدد ، فأبدلت منفعة بمنفعة ، جاز قطعاً .

الرابعة : أصدقها تعليم ولدها ، لم يصح الصداق كما لو شرط الصداق لولدها . وإن أصدقها تعليم غلامها ، قال البغوي : لا يصح كالولد . وقال المتولي : يصح ، وهذا أصح . ولو وجب عليها تعليم الولد أو ختان^(١) العبد ، فشرطته صداقاً ، جاز .

الخامسة : لو تعذر التعليم ، بأن تعلمت من غيره ، أو كانت بليدة لا تتعلم ، أو لا تتعلم إلا بكلفة عظيمة ويذهب الوقت في تعليمها فوق العادة ، أو ماتت أو مات الزوج والشرط أن يعلم بنفسه ، ففي الواجب القولان السابقان فيما لو تلف الصداق قبل القبض . فعلى الظاهر : يجب مهر المثل ، وعلى الآخر : أجره التعليم .

السادسة : قال : علمتك وأنكرت ، فإذا لم تحسنه ، صدقت ، وإن أحسنته

(١) في الأصل : واختارت ، وهو خطأ .

وادعت التعلم من غيره ، فأيهما يصدق ؟ وجهان لتعارض الأصل والظاهر ، أصحابها : هي .

السابعة : أصدقها تعلم سورة ، فعلها ثم طلقها ، إن كان بعد الدخول ، فذاك ، وإلا ، فيرجع عليها بنصف أجرة التعليم ، وإن طلقها قبل التعليم ، فقد استحقت جميع التعليم إن دخل ، وإلا ، فتعليم النصف ، وفيه وجهان . أحدهما : يعلمها وراء حجاب بغير خلوة . وأصحابها وهو المنصوص في « المختصر » : أنه قد تعذر التعليم ، لأنها قد صارت أجنبية ، ولا تؤمن مفسدة . فعلى هذا : ترجع بهر المثل على الأظهر إن دخل ، وإلا فنصفه ، وعلى الآخر : ترجع بأجرة التعليم أو نصفها .

الثامنة : نكح كتابية على تعليم القرآن ، فإن توقع إسلامها ، صح الصداق ، وإلا فسد ، ومال جماعة إلى الجواز مطلقاً . ولو نكح مسلمة أو كتابية على تعليم التوراة والإنجيل ، لم يصح ، لأنه لا يجوز الاستغفال به لتبديله ، والواجب في هذه الحالة مهر المثل قطعاً ، إذ لا قيمة للمسمى . ولو نكح ذمي على تعليم التوراة والإنجيل ، ثم أسلم أو ترفع بعد التعليم ، لم نوجب شيئاً آخر ، وإن كان قبل التعليم ، أوجبنا مهر المثل كما في الحر .

التاسعة : أصدقها تعليم فقه ، أو أدب أو طب أو شعر ونحوها بما ^(١) ليس بحرم ، صح الصداق . وإن كان محرماً كالهجو والفحش ، لم يصح .

العاشرة : نكحها على أن يرد عبدها الآتي ، أو جملها التائه ^(٢) وكان الموضع معلوماً ، صح . وإن كان مجهولاً ، فقولان . أحدهما : يصح كالجعالة . والمشهور : المنع ، ويجب مهر المثل ، بخلاف الجعالة ، فإنها عقد جائز احتملت الجهالة فيها للحاجة .

(١) في الأصل : ما .

(٢) في نسخة : الناد .

فإن رده ، فله أجرة مثل الرد ، ولها مهر المثل . وإذا صح الصداق ، فطلقها بعد رد العبد وقبل الدخول ، استرد منها نصف أجرة المثل . وإن طلقها قبل الرد ، فإن كان بعد الدخول ، فعليه الرد . وإن كان قبله ، فعليه الرد إلى نصف الطريق ، ثم يسلمه إلى الحاكم . فإن لم يكن حاكم ، أو لم يكن موضعاً يمكن تركه فيه ، ولم يتبرع بالرد إليها ، قال المتولي : يؤمر برده إليها ، وله عليها نصف أجرة المثل . ولو تعذر رده برد غيره ، أو رجوعه بنفسه أو بموته ، فقد فات الصداق قبل القبض ، فترجع إلى مهر المثل على الأظهر ، وعلى الآخر : إلى أجرة الرد .

الحادية عشرة : نكحها على خياطة ثوب معلوم ، جاز ، وله أن يأمر بالخياطة إن التزم في الذمة ، وإن نكح على أن يخط بنفسه ، فعجز بأن سقطت يده أو مات ، ففيها عليه ؟ قولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : أجرة الخياطة . ولو تلف ذلك الثوب ، فوجهان . أصحهما : تلف الصداق فيعود القولان في مهر المثل والأجرة . والثاني : تأتي بثوب مثله ليخطه . وإن طلقها بعد الخياطة قبل الدخول ، فله عليها نصف أجرة المثل . وإن طلقها قبل الخياطة ، فإن دخل بها ، فعليه الخياطة ، وإلا خا ط نصفه . فإن تعذر الضبط ، عاد القولان في أنه يجب مهر المثل أم الأجرة ؟

الثانية عشرة : قال المتولي : لو كان له عليها قصاص فنكحها ، وجعل النزول عن القصاص صداقاً ، جاز . ولو جعل النزول عن الشفعة ، أو حدّ القذف صداقاً ، لم يجوز ، لأنه لا يقابل بمال ، ولا يجوز جعل طلاق امرأة صداقاً لأخرى ، ولا بضع أمته صداق المنكوحة .

فصل

إذا أثبتنا الخيار للمرأة بسبب زيادة الصداق ، أوله بنقصه ، أو لهما بهما ، لم يملك الزوج النصف قبل أن يختار من له الخيار الرجوع إن كان الخيار لأحدهما ، وقبل أن يتوافقا إن كان الخيار لهما وإن قلنا : الطلاق يشطر الصداق بنفسه ، وليس لها الخيار على الفور ، بل هو كخيار الرجوع على الهبة ، لكن إذا توجهت مطالبة الزوج ، لا يمكن هي من التأخير ، بل تكلف اختيار أحدهما . وإذا طلب الزوج ، فلا يعين في طلبه العين ولا القيمة ، لأن التعيين يناقض تفويض الأمر إليها ، لكن يطالبها^(١) بحقه عندها ، فإن امتنعت ، قال الإمام : لا يقضي القاضي مجبسا لبذل العين أو القيمة ، بل يجبس العين عنها إن كانت حاضرة ، ويمنعها من التصرف فيها ، لأن تعلق حق الزوج بالصداق فوق تعلق حق الموهن بالمرهون والغرماء بالتركة . فإن أصرت على الامتناع ، فإن كان نصف القيمة الواجبة دون نصف العين للزيادة^(٢) الحادثة ، باع مايفي بالواجب من القيمة . فإن لم يرغب في شراء البعض ، باع الكل وصرف الفاضل عن القيمة الواجبة إليها . وإن كان نصف العين مثل نصف القيمة الواجبة ، ولم تؤثر الزيادة في القيمة ، ففيه احتمالان للإمام . أحدهما وبه قطع الغزالي : تسلم نصف العين إليه ، إذ لا فائدة في البيع ، فإذا سلم إليه ، أفاد قضاؤه ثبوت الملك له . والثاني : لا تسلم إليه العين ، بل يبيعه ، فلعله يجد من يشتريه بزيادة .

(١) في لأصل : يطالبها .

(٢) في الأصل : الزيادة .

فرع

إذا وجب الرجوع إلى القيمة بهلاك الصداق ، أو خروجه عن ملكها ، أو زيادة فيه أو نقص ، فالمعتبر الأقل من قيمة يوم الإصداق ويوم القبض . لكن لو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق ، وقلنا : إنه مضمون عليها ، اعتبرت قيمة يوم التلف ، لأنه تلف ملكه تحت يد مُضمَّنة .

الطرف الثالث : في بيان حكم التشطر بعد تصرفها في الصداق ، وفيه مسائل .

إحداها : إذا زال ملكها عنه ببيع أو هبة مقبوضة ، أو إعتاق ، فليس للزوج نقص تصرفها لطلاقه قبل الدخول ، بل زوال ملكها كالهلاك ، ويرجع الزوج إلى نصف بدله وهو المثل إن كان مثلياً ، وإلا فالقيمة . وإن لم يزل الملك ، بل تعلق به حق ، فإن كان غير لازم ، بأن أوصت به ، أو وهبته ، أو رهنته ولم يقبض ، فللزوج الرجوع في نصفه . وفي « الشامل » وغيره ، نقل قول أنه لا يرجع في نصف الموهوب وإن لم يقبض ، لثلا يبطل تصرفها في ملكها ، وحق هذا أن يطرد في الرهن والوصية . وإن باعت بشرط الخيار وطلقها في مدته ، فإن جعلنا الملك للبائع ، فهو كالهبة قبل القبض ، وإن جعلناه للمشتري ، فلا رجوع في العين . وإن كان الحق لازماً ، بأن رهنته ^(١) وأقبضته ، فليس له الرجوع إلى نصفه . وإن أجرته ، فقد نقص الصداق باستحقاق المستأجر منفعته ، فإن شاء الزوج رجع إلى نصف القيمة في الحال ، وإن شاء رجع إلى نصف العين مسلوقة

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : وهبته ، وهو خطأ .

المنفعة مدة الإجارة . فلو قال : أنا أصبر إلى انفكك الرهن وانقضاء مدة الإجارة ،
نظر ، إن قال : أتسلمه ثم أسلمه إلى المرتهن أو المستأجر ، فليس لها الامتناع .
وإن قال : لا أتسلمه وأصبر ، فلها الامتناع ، وتدفع إليه نصف القيمة لما عليها من
خطر الضمان ، هذا إن قلنا : الصداق في يدها مضمون بعد الطلاق وهو الأصح .
وإن قلنا : لاضمان أو أبرأها عن الضمان وصحنا الأبراء ، فهل عليها الإجابة ، أم لا
لأنه قد يبدو له فيطالبها بالقيمة وتخلو يدها عنها ؟ وجهان ، فإن لم نوجب الإجابة
ولم نطالبها حتى انفك الرهن ، وانقضت مدة الإجارة ، فهل يتعلق حقه بالعين لزوال
المانع ، أم تتعين القيمة ، لأن المانع نقل حقه إليها ؟ وجهان . وتزويج جارية
الصداق كالأجارة . ولو زال ملكها وعاد ثم طلقها ، فهل يتعلق حقه بالعين
أم بالقيمة ؟ وجهان سبقت نظائرهما في الفلس والهبة . أصحابها هنا عند الجمهور :
التعلق بالعين ، لأن حقه لا يختص بالعين ، بل يتعلق بالبدل ، فالعين العائدة أولى
من البدل ، هذا إذا زال الملك بجهة لازمة ، فإن زال بغير لازم ، بأن باع
بالخيار ، وقلنا : يزول الملك وفسخ البيع ، ثم طلقها ، فالخلاف مرتب في التعلق
بالعين ، وأولى بالثبوت . ولو كانت عند الصداق وعجز نفسه ثم طلقها ، فعن
القاضي حسين إجراؤه مجرى الزوال اللازم . وقال الامام : هذا أولى بالثبوت ، لأن
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، ولا شك أن عروض الرهن وزواله قبل الطلاق
لا يؤثر .

المسألة الثانية : أصدقها عبداً فدبرته ، ثم طلق قبل الدخول ، فالمنذهب أنه
لا يرجع فيه وهو المنصوص في « المختصر » ، وهو ظاهر نصه في « الأم » أيضاً
سوى جعل التدبير وصية الأم تعليقاً بصفة ، لأن التدبير قرينة تتعلق بها غرض
لا يتقاعد عن الزيادة المتصلة التي لا تؤثر في القيمة . وقيل : في الرجوع قولان ، إن قلنا :

التدبير وصية ، رجع ، وإلا ، فلا . وقيل : يرجع قطعاً ، وهو ضعيف . ثم قال أبو إسحاق المروزي وغيره : الخلاف فيها إذا كانت موصرة تتمكن من أداء القيمة . فإن لم تكن ، رجع إلى نصف العبد قطعاً . ويتعلق بهذا الخلاف فروع .

[الفرع الأول : ^(١) إن قلنا بالرجوع ، فالمفهوم من كلام الجمهور أن الزوج يستقل به ، ولا حاجة إلى تقدم رجوع المرأة . وقال الحناطي : يحتمل أن يقال : تجبر المرأة على الرجوع وإعطاء الزوج النصف . فإن امتنعت ، قام الحاكم مقامها ففسخه .

الثاني : لو رجعت عن التدبير بالقول وجوزناه ثم طلقها ، وقلنا : التدبير يمنع الرجوع ، فطريقان . أحدهما : القطع بتمكنه من الرجوع إلى نصفه ، لأن الملك لم يزل عنه . والثاني : أنه كما لو دبرته ثم باعته ثم ملكته ثم طلقها ، فيعود الوجهان السابقان في عود الملك بعد زواله . أصحها : التمكن ، ومع هذا التمكن لو تركه وطلب نصف القيمة ، أوجب إليها خوفاً من أن يقضي قاضٍ ببطالان الرجوع والبيع . ولو طلقها وهو مدبر ، وقلنا : حق الزوج في القيمة ، فرجعت عن التدبير باللفظ وجوزناه ، أو بإزالة الملك عنه ، ثم عاد إليها قبل أخذ القيمة ، ففي الرجوع إلى نصف العبد وجهان يجريان فيما لو طلقها والصداق ناقص ، ثم زال نقصه قبل أخذ القيمة ، وفيما إذا طلقها وملكها زائل عن الصداق ثم عاد قبل أخذ القيمة .

الثالث : لو علقت عتق العبد على صفة ، فهل يمنع الرجوع ؟ قيل : إن قلنا : التدبير يمنع ، فالتعليق أولى ، وإلا ، فوجهان لقوة التعليق . وقيل : إن لم يمنع

(١) كلمة الأول زيادة من نسخ الظاهرية .

التدبير ، فالتعليق أولى ، وإلا فوجهان ، لأن التدبير قرينة محضة ، والتعليق يراد به منع أو حث ، وبهذا قال الشيخ أبو محمد ، وبالأول قطع البغوي وقال : المذهب منع الرجوع . ولو أوصت للعبد بعتقه ، فهل هو كالتدبير في منع الرجوع ؟ وجهان . أصحها : لا .

الرابع : إذا جوزنا للزوج الرجوع في النصف ، فرجع ، بقي النصف الآخر مديراً على الصحيح . وحكى الحنطي وجهاً ، أنه ينتقض التدبير في جميعه .

الخامس : إذا قلنا : التدبير يمنع التشطر ، فهل يمنع رجوع البائع فيما لو باع عبداً بثوب وتقابض ، ثم دبره المشتري ، ثم وجد البائع بالثوب عيباً ؟ وكذا هل يمنع رجوع الواهب ؟ فيه وجهان . أحدهما : نعم ، وأصحها : لا بل يرجع وينقض التدبير لقوة الفسخ ، ولهذا الزيادة المتصلة تمنع التشطر دون الفسخ .

المسألة الثالثة : سبق في « كتاب الحج » خلاف في أن المحرم هل يملك الصيد بالشراء والهبة ؟ وهل يزول ملكه إذا أحرم عن صيده ؟ وهل يملكه بالإرث ؟ فلو أصدقها صيداً ثم أحرم ، ثم ارتدت ، عاد الصيد إلى ملكه على الصحيح ، وفيه الوجه الضعيف المذكور في الارث ، لأنه لا اختيار له فيه . وإن طلقها قبل الدخول ، بني على أن النصف يعود إليه بنفس الطلاق أم باختياره ؟ إن قلنا : باختياره فليس له الاختيار مادام محرماً ، فإن فعل ، كان كشرائه . وإن قلنا : بنفس الطلاق ، ففي عود النصف إليه في الإحرام وجهان . أحدهما : لا . وينتقل إلى القيمة ، لأن المحرم لا يملك الصيد باختياره ، والطلاق باختياره . وأصحها : العود ، لأن الطلاق لا ينشأ لاجتلاب الملك ، فأشبه الارث ، ثم إذا عاد إليه الكل بالردة ، لزمه إرساله ، لأن المحرم ممنوع من إمساك الصيد ، كذا ذكر الشيخ أبو علي وغيره في هذه المسألة ، وهو وجه ذكرناه في « الحج » ، تقریباً على أن المحرم يرث الصيد ،

وحكينا عن بعضهم ، أنه يزول ملكه بمجرد الإرث ، ولا فرق بين البابين . وإذا عاد النصف بالطلاق ، وقلنا : يجب الإرسال ولا يزول الملك ، فلا يمكن إرسال النصف إلا بإرسال الكل ، فخرج محرجون وجوب الإرسال على الأقوال في ازدحام حق الله تعالى وحق الآدمي . إن قدمنا حق الله تعالى ، لزمه الإرسال وغرم لها نصف القيمة ، وإن قدمنا حق الآدمي ، لم يجب الإرسال . فإن تلف في يده أو يدها ، فعليه نصف الجزاء . وإن سوينا ، فالحيرة إليهما . فإن اختار الإرسال ، غرم لها النصف ، وإلا بقي مشتركا بينهما وهو ضامن لنصف الجزاء ، وهذا التخريج ضعيف ، لأن الخلاف في الازدحام على شيء واحد ، كالتركة إذا ازدحم فيها دين وزكاة ، ونصيب المرأة لا ازدحام فيه . وإذا تضمن إرسال المحرم فوات ملك غيره ، وجب أن يمنع ، وبهذا قطع الشيخ أبو علي ، وعلى التخريج ينبغي أن يخص وجوب الإرسال بالمومر كسراية العتق .

الطرف الرابع : فيما إذا وهبته الصداق ثم طلقها قبل الدخول ، ونصدّره بقاعدتين مستمدتين من قول الله تعالى : (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهنّ فريضةً ، فنصف ماقرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) [البقرة: ٢٣٧] . ومعنى الآية ، أن الطلاق قبل الدخول ينصف الصداق ، إلا أن تعفو الزوجة وتبرّع بحقها ، فيعود جميع الصداق إلى الزوج . وفيمن بيده عقدة النكاح ، قولان . القديم : أنه الولي ، والمعنى : إلا أن تعفو المرأة أو وليها إن لم تكن هي أهلاً للعفو . والجديد : أنه الزوج ، والمعنى : أن يعفو الزوج عن حقه فيخلص لها جميع الصداق .

القاعدة الأولى : في ألفاظ التبرع . فالواجب عند الطلاق قبل الدخول ، دين أو عين ، والدين قد يكون في ذمته ، وقد يكون في ذمتها بأن قبضته وتلف

عندها ، فينظر ، إن تبرع مستحق الدين باسقاطه ، نفذ بلفظ العفو والإبراء والإسقاط والتوك . وحكى الحناطي وجهين في أن لفظ الترك ، صريح أو كناية ؟ ولا حاجة في هذه الألفاظ إلى قبول من عليه على الصحيح ، وينفذ أيضاً بلفظ الهبة والتملك ، وفيها وجه حكاه ابن كج . والصحيح الأول . وهل يفتقر اللفظان إلى القبول ؟ وجهان . أصحها : لا ، وبه قطع البغوي اعتماداً على حقيقة التصرف وهو الإسقاط . أما إذا تبرع من في ذمته بالنصف الآخر ، فالطريق أن ينقل ^(١) ويملكه ويقبله صاحبه ويقبضه ، فانه ابتداء هبة ، ولا ينتظم لفظ العفو والإبراء من جهته . لكن لو كان الصداق في ذمة الزوج ، وقلنا : لا يشترط إلا باختياره ، فقال : عفوت ، سقط اختياره كعفوه عن الشفعة ، ويبقى جميع الصداق لها في ذمته . أما إذا كان الصداق عيناً ، فالتبرع فيها هبة . فان كانت في يد المتبرع ، اشترط الإيجاب والقبول والقبض . وإن كانت في يد الآخر ، فهو هبة لمن المال في يده ، فتعتبر مدة إمكان القبض . وفي افتقاره إلى إذن جديد ، في القبض بهذه الجهة خلاف سبق في « كتاب الرهن » . وإن كانت العين عند الطلاق في يد الزوج ، فذلك قد يكون بعد قبضها ، وقد يكون باستمرار يده السابقة قبل الإصداق . وعلى التقدير الثاني ، يزيد النظر في أن تبرعها كهبة المبيع للبائع قبل القبض إذا قلنا : الصداق في يده مضمون ضمان العقود ، ثم التبرع في العين ينفذ بلفظ الهبة والتملك ، ولا ينفذ بلفظ الإبراء والإسقاط على المذهب . وحكى الحناطي فيها ^(٢) وجهين . وينفذ بلفظ العفو على الأصح لظاهر القرآن ، هذا في تبرعها وتبرعه

(١) في الأصل : « أن ينفذه » وفي نسخة أخرى : أن ينقده ، والصواب ما أثبتنا .

(٢) في الأصل : « فيها » وهو خطأ .

إذا ملكناه بنصف الطلاق ، فأما اذا قلنا : له خيار التملك ، فيعتبر لفظ العفو في اسقاط الخيار ويبقى الجميع لها .

القاعدة الثانية : هل للولي العفو عن صداقها ؟ قولان بناءً ^(١) على أن من هو الذي بيده عقدة النكاح ؟ الجديد : المنع ، والقديم : الجواز بخمسة شروط . أن يكون أباً أو جداً ، وأن تكون بكرأ عاقلة صغيرة ، وأن يكون بعد الطلاق ، وأن يكون قبل الدخول ، وأن يكون الصداق ديناً ، هذا هو المذهب تفرعاً على القديم . وفي وجه : له العفو في الثيب والمجنونة والبالغة والمحجور عليها والرشيده ، وقبل الطلاق اذا رآه مصلحة ، وعن العين أيضاً . والصحيح الأول . ولو زوجها الأب ومات ، ففي صحة عفو الجد وجهان ، لان الصداق لم يثبت به لكنه ولي . ولو خلعها الولي على نصف الصداق وجوزنا العفو ، صحت الخالعة ، قاله المتولي وغيره . وفي « الوسيط » في صحة الخلع مع صحة العفو وجهان . والأول أشبه .

فصل

وهبت لزوجها الصداق المعين ، فطلقها قبل الدخول ، فقولان . أحدهما وهو القديم وأحد قولي الجديد والراجح [عند البغوي] ^(٢) أنه لا يرجع عليها بشيء . والثاني : وهو الأظهر عند الجمهور ، منهم العراقيون ، والإمام ، والرويانى : يرجع بنصف بدله المثل [أ] ^(٣) والقيمة . وقيل : إن وهبت قبل القبض ، لم

(١) في الأصل : بنى .

(٢) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

(٣) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

يرجع قطعاً . والمذهب طرد القولين ، سواء قبضته أم لا . ولو كانت الصداق ديناً فأبرأته منه ، لم يرجع على المذهب . ولو وهبت له الدين ، فالمذهب أنه كالإبراء . وقيل : كهبه العين . ولو قبضت منه الدين ثم وهبت له ، ثم طلقها ، فكهبه العين . وقيل : له الرجوع قطعاً بناء على أنه لا يتعين فيما دفع عن الدين لو طلقها وهو باقٍ عندها . ولو وهبت له الصداق ، ثم ارتدت قبل الدخول ، أو فسخ أحدهما بعيب ، ففي الرجوع بالجميع مثل الخلاف في النصف إذا طلق . ولو باع عبداً بـجارية ، وهب الجارية لبائعها ، ثم وجد بائعها بالعبد [عيباً] ^(١) فأراد رده بالعيب ، ففي تمكنه منه ومن المطالبة بقيمة الجارية وجهان مأخوذان من هبة الصداق ، ويجريان في تمكنه [من] ^(٢) طلب الأرض لو رأى عيباً بعد هلاك العبد ، أو حدث به عيب يمنع الرد . وفيما لو أبرأ المكاتب عن النجوم ^(٣) وعتق ، هل [له] ^(٤) مطالبة السيد بالابتاء ؟ ولو وهب المشتري المبيع للبائع ، ثم أفلس بالثمن ، فللبائع المضاربة مع الغرماء بخلاف ، لأن الموهوب غير المستحق وهو الثمن . وفي الصورة السابقة ، الموهوب هو المستحق ، فالهبة تعجيل على قول . وطرد الحناطي الخلاف في مسألة الفلاس . ولو ادعى عينا وأخذها بيينة ثم وهبها للمدعى عليه ، ثم رجع الشهود وقلنا بتغريم شهود المال ، فهل للمدعى عليه تغريم الشهود ؟ فيه طريقان . أحدهما : على وجهين أخذاً من هبة الصداق . والثاني :

(١) في الأصل : ردأ .

(٢) في الأصل : في .

(٣) النجوم : الحق المقسط على المكاتب .

(٤) زيادة من نسخ الظاهرية .

القطع بالمنع ، لأن المدعى عليه لا يقول بحصول الملك بالهبة ، بل يزعم دوام الملك السابق ، وفي الصداق زال الملك حقيقة وعاد بالهبة .

قلت : هذا الثاني هو الصحيح . والله أعلم

فرع

وهبت الصداق للزوج ، على أنه إن طلقها كان ذلك عن مستحقه بالطلاق ، فوجهان . أحدهما : فساد الهبة ويبقى الصداق ملكاً لها . فإن طلق ، تشطر . والثاني : يصح ولا رجوع بالطلاق ، كما لو عجل الزكاة ، وليكن الوجهان مبنيين على أن الهبة المطلقة هل تمتع الرجوع ؟ إن قلنا : تمتع ، فهذا تصريح بمقتضاها^(١) ، فيصح ولا رجوع ، وإلا فتنفسد بالشرط الفاسد .

فرع

وهبته نصف الصداق ، فطلق قبل الدخول . فإن قلنا : هبة الكل لا تمتع الرجوع ، فهنا أولى ، وإلى ماذا يرجع ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها^(٢) : إلى نصف الباقي وربيع بدل الجملة . والثاني : إلى نصف الباقي . والثالث : يتخير ، إن شاء أخذ بدل نصف الجملة ، وإن شاء أخذ نصف الباقي وربيع بدل الجملة . وإن قلنا :

(١) في الأصل : بمقتضاها .

(٢) في الأصل : أظهرهما .

هبة الكل تمنع الرجوع ، فهل يرجع بالنصف الباقي ، أم بنصف الباقي ، أم لا يرجع بشيء ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث وهو نصه في « المختصر » ، فحصل في المسألة خمسة أقوال . [ولو كان الصداق ديناً وأبرأته من نصفه ثم طلقها ، قال المتولي : إن قلنا : لو أبرأت عن الجميع يرجع ، فهذا يسقط عنه النصف الباقي . و [أيضاً] ^(١) إن قلنا : لا يرجع بشيء ، فهذا وجهان . أحدهما : يحسب عليه . والثاني : يسقط عنه النصف الباقي . ولو أبرأ المشتري عن نصف الثمن ، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً وأراد رده ، فحكمه كما ذكرنا في الإبراء عن نصف الصداق . ولو أبرأه عن عشر الثمن ، واطلع على عيب قديم ، وحدث عنده عيب ، وأرش العيب القديم العشر ، فالمذهب أنه يطالب بالأرش .

فصل

خالعها قبل الدخول على غير الصداق ، فله المسمى ولها نصف الصداق . وإن خالعها على جميع الصداق ، فقد خالع على ماله ومالها ، لعود ^(٢) النصف إليه بالخلع ، فتقع البينونة وتبطل التسمية في نصيبه ، وفي نصيبها قولاً تفريق الصفقة . إن لم نصحح ، بقي لها عليه نصف الصداق . وفيها له عليها قولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : مثل الصداق أو قيمته . وإن صححنا التسمية في نصيبها ، قال الإمام وغيره : يثبت للزوج الخيار إن كان جاهلاً بالتشطير والتفريق . فإن فسخ ، عاد القولان في أن الرجوع بمهر المثل أم بدل المسمى . وإن جاز ، فعلى القولين

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : ثم يعود .

المذكورين في البيع ، أن يجبر ماصح العقد فيه بكل الثمن ، أم بالقسط إن قلنا : بالكل ، فلا شيء له سوى النصف الذي صح الخلع فيه . وإن قلنا : بالقسط ، رجع عليها بنصف مهر المثل على الأظهر ، وعلى الآخر : بمثل نصف الصداق أو قيمته . وإن خالعا على نصف الصداق ، نظر ، إن قال : بالنصف الباقي لك بعد الفراق ، صح وبريء عن جميع الصداق إن كان ديناً ، ويعود إليه الملك في جميعه إن كان عيناً . وإن أطلق ، فقولان بناء على أن تصرف أحد الشريكين في النصف المطلق من العين المشتركة نصفين ، هل ينزل على النصف الذي له ، أم يشيع أحدهما ينزل على نصيبها ويكون كما لو قيد بنصفها ؟ وأظهرهما عند الأكثرين : يشيع لإطلاق^(١) اللفظ ، وكأنه خالع على نصف نصيبها ونصف نصيبه ، فيبطل في نصف نصيبه ، وفي نصيبها القولان . إن لم يصح ، بقي لها عليه نصف الصداق ، وله عليها مهر المثل على الأظهر ، ومثل نصف الصداق أو قيمته في الآخر . وإن صح في نصف نصيبها ، فلها عليه ربع الصداق ويسقط الباقي بحكم التشطر^(٢) وعوض الخلع ، ثم أحد القولين أنه لا يستحق لعوض الخلع إلا الربع الذي صح الخلع فيه . وأظهرهما : أن له مع ذلك نصف مهر المثل على الأظهر ، وربع مثل الصداق أو قيمته على قول . ومن الأصحاب من يقول : كل الصداق لها حتى يتفرقا ، فيصح أن نجعله^(٣) أو بعضه عوضاً ، ثم إذا تفرقا بالخلع ، سقط النصف ، فهو كما لو خالعا على عين وتلف نصفها قبل القبض ، فيرجع بمهر المثل في قول ، وبذل التالف في قول .

(١) في الأصل : الاطراق .

(٢) في الأصل : التشطر .

(٣) في الأصل : جعله .

فرع

عن ابن سريج ، قالت : خالعتني على أن لاتبعة لك علي في المهر ، صح .
ومعناه : على ما سلم [لي] ^(١) من المهر .

الباب الخامس في المتعة

هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها إياها ، والفرقة ضربان .
فرقة تحصل بالموت ، فلا توجب متعة بالإجماع ، وفرقة تحصل في الحياة كالطلاق .
فإن كان قبل الدخول ، نظر ، إن لم يشطر ^(٢) المهر ، فلها المتعة ، وإلا ، فلا على
المشهور . وإن كان بعد الدخول ، فلها المتعة على الجديد الأظهر . وكل فرقة
من الزوج لا بسبب فيها ، أو من أجنبي ، فكالطلاق ، مثل أن ارتد أو أسلم أو
لاعن ، أو أسلم على أكثر من أربع نسوة وفارق بعضهن ، أو وطئ أبوه أو
ابنه زوجته بشبهة ، أو أرضعت أمه أو بنته زوجته الصغيرة ، والخلع كالطلاق
على الصحيح . ولو فوض الطلاق إليها فطلقت ، فكتطليقه . ولو علق الطلاق
بفعلها ، ففعلت ، أو آلى منها ، ثم طلق بعد المدة بطلها ، فكالطلاق على الصحيح .
قلت : ويجيء هذا الوجه في تطليقها . والله أعلم

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : يشطر ، وهو خطأ .

ولو ارتدا معاً ، فلا متعة على الأصح . وكل فرقة منها أو لسبب فيها ، لامتعة فيها ، كردنها وإسلامها ، وفسخها بإعساره ، أو عتقها ، أو تغديره ^(١) ، أو عيبه ، أو فسخه بعيها . ونقل المزي إنبات المتعة إذا فسخت بالتعين ، فجعله بعضهم قولاً آخر ، وأنكره الجمهور . ولو كانت ذمية صغيرة تحت ذمي ، فأسلم أحد أبويها وانفسخ النكاح ، فلا متعة كما لو أسلمت بنفسها . ولو اشترى زوجته ، فلا متعة على الأظهر . وقال أبو إسحاق : إن استدعاه الزوج ، وجب ، وإن استدعاه السيد ، فلا .

فرع

يسوى في المتعة ، المسلم ، والذمي ، والحر ، والعبد ، والحررة ، والذمية ، وهي في كسب العبد ، ولسيد الامة كالمر .

فصل

المستحب أن يمتعها ثلاثين درهماً ، نص عليه في « المختصر » . وفي القديم : ثوباً قيمته ثلاثون درهماً . وفي نص آخر : يمتعها خادماً ، وإلا فبقنعة ، وإلا فبقدر ثلاثين درهماً ، وليس هو اختلافاً ، بل نزلها لأصحاب على درجات الاستحباب وقالوا : أقل المستحب ثلاثون درهماً . وفي نص آخر : يمتعها بخادم إن كان موسراً ، وبقنعة إن كان معسراً . وإن كان متوسطاً ، فبقدر ثلاثين درهماً . وأما الواجب ، فإن تراخيا بشيء ، فذاك . وحكى الحناطي وجهاً : أنه ينبغي أن يحلل كل منها

(١) في الأصل : بغيره ، وهو خطأ .

صاحبه . فإن لم يفعلا ، لم يبرأ الزوج ، ولها رفع الأمر إلى القاضي ليقدرها .
والصحيح الاول . وإن تنازعا ، فهل يكفي أقل ما يتمول ، أم يقدره الحاكم
باجتهاده ؟ وجهان . الصحيح الثاني . وهل يعتبر بحاله ، أم بحالها ، أم بحالها ؟
فيه أوجه . أصحها : الثالث ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وهل يجوز أن
تزداد المتعة على نصف مهرها ، أم يشترط أن لا تزيد ، أم يشترط أن لا تبلغ نصفه ؟
فيه أوجه . أصحها : الأول ، لإطلاق الآية ، وبهذا قطع البغوي وغيره .

الباب السادس في النزاع في الصداق

وفيه مسائل .

الأولى : إذا اختلف^(١) الزوجان في قدر الصداق أو صفته ، كالصحة والتكسر ،
والأجل وقدره ، تحالفا كالبيع ، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده ، أو بعد
انقضاء الزوجية ، أو اختلف وارثاها أو أحدهما ووارث الآخر ، ويحلف الزوجان
على البت في النفي والإثبات ، ويحلف الوارث في الإثبات على البت ، وفي النفي
على نفي العلم على الصحيح الذي عليه الجمهور . وقيل : يحلف فيه على البت ، لأن
من قطع بأن النكاح جرى بمخمسائة ، فهو قاطع بأنه ما جرى بألف . فإذا ثبت
جربانه بمخمسائة ، فلا معنى لقوله : لا أعلمه نكح بألف . وكيفية اليمين ومن يبدأ
به ، كما سبق في البيع . فإذا تحالفا ، فسخ الصداق ورجعت إلى مهر المثل ، وقد
سبق في البيع وجه : أنه يفسخ بنفس التحالف ، فليجىء هنا مثله ، وليكن

(١) في الأصل : اختلفا .

القول فيمن يتولى الفسخ وفي الانفساخ باطناً على ما سبق في البيع . وقد صرح بجميع هذا الخناطي ، وسواء في الرجوع إلى مهر المثل ، زاد على ماتدعيه المرأة أم لا . وقال ابن خيران وابن الوكيل : إن كان مهر المثل زائداً فليس لها إلا مادعته ، والصحيح الاول . هذا في الظاهر ، أما في الباطن ، فإن قلنا : لا ينفسخ ، لم يخف ما يحل لها .

الثانية : ادعت مسمى ، فأنكر الزوج أصل التسمية ، فوجهان . أحدهما : القول قوله بيمينه . وأصحها : يتحالفان لأنه يقول : الواجب مهر المثل ، وهي تدعي المسمى ، فحاصله الاختلاف في قدر المهر ، فيتحالفان . وإنما يحسن وضع المسألة إذا كان ماتدعيه أكثر من مهر المثل . ولو أنكرت تسمية مهر وادعاهما الزوج ، فهل القول قولها ، أم يتحالفان ؟ القياس بجيء الوجهين . ولو ادعى أحدهما التفويض ، والآخر التسمية ، فإن أوجبنا المهر في التفويض بالعقد ، فهو كما لو ادعى أحدهما السكوت ، والآخر التسمية ، وإلا فالأصل عدم التسمية من جانب ، وعدم التفويض من جانب . ولو ادعى أحدهما التفويض ، والآخر أنه لم يجز للمهر ذكر ، فيشبه أن يكون القول قول الثاني .

الثالثة : إذا حكمنا بالتحالف ، فحلف أحدهما ونكل الآخر ، حكمنا للتحالف . ومن أقام بينة ، حكمنا بها . ولو أقاما بينتين مختلفتين في قدر المهر ، فوجهان . أحدهما : يحكم ببينة المرأة لاشتغالها على الزيادة . والثاني : يتعارضان إذا قلنا بالتساقط ، فكان لا بينة ، فيتحالفان . وإن قلنا بالقرعة ، فهل يحتاج من خرجت قرعته إلى اليمين ؟ وجهان .

الرابعة : ادعت النكاح ومهر المثل ، واعترف الزوج بالنكاح وأنكر المهر ، أو سكت عنه ولم يدع التفويض ولا إخلاء النكاح عن ذكر المهر ، حكمي

الغزالي فيه وجين . أحدهما وينسب إلى القاضي حسين : يثبت لها المهر إذا حلفت ، لأن الظاهر معها ، فإن النكاح يوجب مهر المثل إذا لم تكن تسمية صحيحة . وأصحها عند الغزالي : أنه لا يثبت مهر مثلها يمينها ، بل يتحالفان ، لأنه قد ينكحها بأقل ما يتبول ، وهذا الذي فرضه لا يكاد يتصور ، فإن التحالف أن يحلف كل واحد على إثبات ما يزعمه ، ونفي ما زعمه صاحبه . والمفروض (١) من جهة الزوج ، إنكار مطلق ، فلا معنى للتحالف . ولم يذكر الروياني الخلاف هكذا ، بل قال : قال مشايخ طبرستان : القول قول الزوج وعليها البينة ، والحق أنه لا يسمع إنكاره لاعترافه بما يقتضي المهر ، ولكن يكلف البيان : فإن ذكر قدرأ وادعت زيادة ، تحالفا . وإن أصر على الإنكار ، ردت اليمين عليها وقضي لها بها . قال الروياني : ورأيت جماعة من المحققين بخراسان والعراق يفتون بهذا ، وهو القديم . ولو ادعت زوجية ومهراً مسمى يساوي مهر المثل ، وقال الزوج : لا أدري ، أو سكت ، قال الإمام : ظاهر ما ذكره القاضي ، أن القول قولها لما سبق أن النكاح اقتضى مهر المثل . قال : والذي يقتضيه قياس المذهب ، أن دعواها متوجهة بذلك القدر ، ولا يسمع منه التردد ، بل يحلف على نفي ما تدعيه . فإن نكل ، ردت اليمين عليها وقضي يمينها . ثم حكى عن القاضي على قياس الوجه المنسوب إليه ، أنه لو قال : هذا ابني من فلانة ، استحققت عليه مهر المثل إذا حلفت ، لأنه إقرار بالوطء ظاهراً ، لأن استدخال الماء بعيد والوطء المحرم [هو] الذي يحصل منه الولد النسب ظاهراً ، وهو يقتضي المهر . وقياس ظاهر المذهب ، أنه يؤمر بالبيان إذا أنكر ما ادعته . فإن أصر على الإنكار ، ردت اليمين عليها .

(١) في الأصل : والمفروض .

فرع

قال المتولي : لو مات الزوج وادعت على الوارث أن الزوج سمى لها ألفاً ، فقال الوارث : لا أعلم كم سمى ، لم يتحالفاً ، بل يحلف الوارث على نفي العلم . فإذا حلف ، قضى لها بمهر المثل .

قلت : هذا الذي ذكره المتولي ، حكاه الإمام عن القاضي حسين ، ثم قال : هو مشكل على قياس المذهب ، قال : والقياس أن يحكم بانقطاع الخصومة ، يحلف الوارث ، والقدر الثابت على قطع هو أقل ما يتمول ، والمختار بل الصواب قول المتولي والقاضي ، وقد نص عليه قبلها القفال شيخ طريقة خراسان ، وقد حكاه عنه الرافعي في الباب الثاني من « الدعوى والبيئات » ، ولم يذكر فيه خلافاً ، ولم أر لأحد من الأصحاب خلافاً ، ودليله أن تعذر معرفة المسمى ، كعدمه من أصله ، ولهذا نوجب مهر المثل في التحالف وإن كان هناك مسمى زائد أو ناقص . والله أعلم

الخامسة : اختلف الزوج وولي الصغيرة أو المجنونة ، فقال الولي : زوجتكها بألفين ، فقال : بل بألف ، فوجهان . أصحابها عند الأصحاب : يتحالفان . والثاني : لا ، فعلى هذا توقف إلى بلوغها فيتحالفان ، ويجوز أن يحلف الزوج ، ويوقف ميمها إلى بلوغها . وإذا قلنا : يحلف الولي ، فذلك إذا ادعى زيادة على مهر المثل والزوج معترف بمهر المثل . وأما إذا ادعى الزوج نكاحها بدون مهر المثل ، فلا تحالف ، لأنه يثبت مهر المثل وإن نقص الولي . ولو ذكر الزوج قدراً يزيد على مهر المثل ، وادعى الولي زيادة عليه ، لم يتحالفوا كيلا يرجع الواجب إلى مهر المثل ، بل يأخذ الولي ما يقوله الزوج . ولو ادعى الولي مهر المثل أو

أكثر ، وذكر الزوج أكثر من ذلك ، فهل يتحالفان ، أم يؤخذ بما قاله الزوج ؟
وجهان حكاهما الخناطي ، وهذا الخلاف المذكور في اختلاف الزوج وولي الصغيرة ،
يجري في اختلاف المرأة وولي الزوج الصغير ، وفيما إذا اختلف وليا الزوجين
الصغيرين . ولو بلغت الصغيرة قبل التحالف ، حلفت هي ولا يحلف الولي .
وادعى البغوي الاتفاق عليه . ولو اختلف ولي البكر البالغة وزوجها ، فالصحيح
أنها هي التي تحلف . وقيل : يحلف الولي لأنه العاقد ، قاله القاضي أبو الطيب
وغيره . ومن قال بهذا ، لا يسلم في الصغيرة إذا بلغت أن اليمين عليها . والخلاف
في حلف الولي يجري في الوكيل في النكاح ، وفي وكيل البائع مع المشتري ،
وكيل المشتري مع البائع ، وفي وكيلها ، ومنهم من رتب وقال : إن لم يحلف
الولي ، فالوكيل أولى ، وإلا فوجهان لقوة الولاية .

فرع

إذا قلنا : يحلف الولي فنكل ، فهل يقضى يمين صاحبه ، أم يوقف حتى تبلغ
الصبية وتفتق المجنونة فلعلها تحلف ؟ فيه وجهان نقلها الخناطي .

فرع

جميع ما ذكرنا في هذه المسألة ، هو فيما يتعلق بإنشاء الولي ، أما ما لا يتعلق
به ، بأن ادعى على رجل أنه أتلف مال الطفل ، فأنكر المدعى عليه ونكل ،
فهل يحلف اليمين المردودة إتماماً للخصومة واستخلاصاً لحق الصبي ، أم لا لأنه لا يتعلق
بإنشائه ؟ وجهان . أصحابها : الثاني . وعلى هذا لا يقضى بالنكول ، بل يتوقف
حتى يبلغ الصبي . وفي وجه : لا تعرض اليمين على المدعى عليه ، ويتوقف في أصل

الخصومة . وأفنى القفال فيما إذا ادعى الولي على رجل ديناً ورثه الصبي وأقام بينة به ، فقال الخصم : كنت قضيتُهُ ، أو أبرأني مورثه ، أنه لا يحلف الولي ، بل يحلف الصبي إذا بلغ على نفي العلم بذلك . ولو أقر القيم بما قاله الخصم ، انعزل وأقام القاضي غيره . ولو ادعى أن هذا القيم قبضه وأنكر ، حلف .

السادسة : ادعت على رجل أنه نكحها يوم الخميس بألف ، ونكحها يوم السبت بألف ، وطلبت الألفين ، سمعت دعواها لإمكان ثبوت الألفين بأن يطأها يوم الجمعة ، ويخلعها^(١) ثم ينكحها يوم السبت ، وإذا ثبت العقدان بالينة ، أو باقاراره ، أو يمينها بعد نكوله ، لزمه الألفان ، ولا يحتاج إلى التعرض لتخلل الفارقة ، ولا لحصول الأصل ، لأن كل عقد منها ثبت مساهم والأصل بقاؤه . فان ادعى أن العقد الثاني كان إظهاراً للأول لا إنشاءً ، لم يقبل . وهل له تحليف المرأة على نفي ذلك ؟ وجهان حكاهما في « العدة » أصحها : له . فان ادعى على أنه لم يصحبها في النكاح الأول ، صدق يمينه ، ولا يطالب من المهر الأول إلا بالنصف ، وتكون معه بطلقتين . ولو ادعى في النكاح الثاني الطلاق قبل الإصابة ، صدق يمينه ، وقنع منه بنصف المهر الثاني أيضاً . ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه كذا يوم الخميس بألف ، ثم يوم الجمعة بألف ، وطالبه بالثمنين ، لزمه الثمنان^(٢) إذا ثبت العقدان كما في المهرين .

السابعة : رجل يملك أبوي حرة ، فنكحها على أحدهما معيناً^(٣) ، ثم اختلفا ، فقال :

(١) في نسخ الظاهرية : بأن يطأها يوم الجمعة ثم يخلعها .

(٢) في الأصل : الثمنان .

(٣) في الأصل : معيناً ، وهو تصحيف .

أصدقك أباك فقالت : بل أمي ، فوجهان . أصحابها : يتحالفان . والثاني : يصدق الزوج يمينه في أنه لم يصدقها أمها ، وتحلف هي أنه لم يصدقها الأب ، ولها مهر مثلها ، ويعتق الأب باقرار الزوج أنه أصدقها الأب لتضمنه الإقرار ، لأنه عتق عليها ولا غرم على المرأة ، لأنها لم تقوت عليه شيئاً ، فصار كما لو قال لرجل : بعثك أباك فأنكر ، عتق عليه باقراره . إن قلنا بالتحالف فحلفا ، عتق الاب باقرار الزوج ، ولها مهر مثلها ، وليس عليها قيمة الاب ، وولاؤه موقوف ، لأن الزوج يقول : هو لها ، وهي تنكره . وإن حلفت دونه ، عتق الأبوان . أما الاب ، فباقراره ، وأما الأم ، فلأننا حكمنا بكونها صداقاً ، وليس عليها قيمة واحدة منها . وإن حلف دونها ، رقت الأم ، وعتق الأب ، وولاؤه موقوف . وإن لم يحلف واحد منها ، عتق الاب ، ولا تتمكن هي من طلب المهر ، لأن من ادعى شيئاً ونكل عن اليمين بعد الرد ، كان كمن لم يدع شيئاً . ولو قال الزوج : أصدقك أباك ونصف أمك وقالت : بل أصدقني كليهما ، تحالفاً بلا خلاف ، لأن الاختلاف هنا في قدر الصداق . فاذا حلفا ، فلها مهر المثل وتعتق ، وعليها قيمته لاتفاقها أنه عتق عليها بحكم الصداق ، فلما تحالفا بطل الصداق ، ولا سبيل إلى رد العتق فوجب القيمة ، كما لو اشترى عبداً فأعتقه ، ثم اختلفا في الثمن وتحالفا . وأما الام ، فيعتق عليها نصفها . فان كانت موسرة ، عتق الباقي بالسراية وعليها قيمة مايعتق منها ، ويجيء التقاص .

ولو حلف الزوج دونها ، عتق الاب ونصف الام ، ولا سراية إن كانت معسرة ، ولا شيء لها ولا عليها ، لانا حكمنا بيمينه أن الصداق هو الاب ونصف الام . ولو حلفت دونه ، حكم بكونها صداقاً وعتقاً ، ولا شيء عليها . ولو قالت . أصدقني الام ونصف الاب ، فقال : لا بل الاب ونصف الام ، تحالفا . فاذا حلفا ،

فلها مهر المثل ، ويعتق من الاب نصفه لاتفاقها ، ونصفه باقرار الزوج وعليها قيمة ما اتفقا عليه . وأما الام ، فيعتق نصفها باتفاقها ، ويسري إلى الباقي إن كانت موسرة ، وعليها قيمة ماعتق منها .

الثامنة : اختلفا في أداء المهر ، فالقول قولها يمينها ، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده . فلو اتفقا على قبض مال ، فقال : دفعته صداقاً وقالت : بل هدية . فان اتفقا على أنه تلفظ واختلفا ، هل قال : خذي هذا صداقاً أم قال : هدية ؟ فالقول قوله يمينه . وإن اتفقا أنه لم يجز لفظ ، واختلفا فيما نوى ، فالقول قوله يمينه أيضاً . وقيل : بلا يمين ، وسواء كان المقبوض من جنس الصداق أم غيره ، طعاماً أم غيره . فاذا حلف الزوج ، فان كان المقبوض من جنس الصداق ، وقع عنه ، وإلا فان رضيا ببيعه بالصداق ، فذاك ، وإلا استرده وأدى الصداق . فان كان تالفاً ، فله البذل ^(١) عليها وقد يقع في التقاص .

[ولو] بعث إلى بيت من لادين له عليه شيئاً ثم قال : بعثته بعوض ، وأنكر المبعوث إليه ، فالقول قول المبعوث إليه .

التاسعة : ادعى دفع الصداق إلى ولي الصغيرة والمجنونة ، أو السفية ، سمعت دعواه . وإن ادعى دفعه إلى ولي البالغة الراشدة ، لم يسمع الدعوى عليها ، إلا أن يدعي إذنها ، وسواء البكر والثيب . وفي البكر وجه ، [و] ^(٢) الخلاف مبني على أن الولي ، هل يملك قبض مهر البكر الرشيدة ؟ والمذهب منعه . وفيه قول أو وجه . ومنهم من لم يثبت وقطع بالاول . وإذا قلنا بالمذهب ، فاستأذنها

(١) في الأصل : البذل ، وهو تصحيف .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

فسكتت^(١) ، لم يستفد بسكوته الاذن في القبض ، وقياس القول أو الوجه الضعيف ، أن يستفده وإن نهت عنه كتزويجها .

العاشرة : وقع الاختلاف في غير المنكوحة ، فهو اختلاف في عقدين ، القول في كل منها قول النافي . وإن قال : نكحت هاتين بألف ، فقالت إحداها أو وليها : بل نكحت هذه فقط بألف ، فهذا اختلاف في قدر مهر المتفق على نكاحها . وأما الأخرى ، فالقول قول المنكر .

فصل

يتعلق بكتاب الصداق

أصدقها جارية ، ثم وطئ الجارية علماً بالحال ، فإن كان بعد الدخول ، فعليه الحد ، ولا يقبل قوله : لم أعلم أنها ملكتها بالدخول ، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام . وإن كان قبل الدخول ، فلاحد . وعلوه بشيئين . أحدهما : لايبعد أن يخفى مثل هذه الأحكام عن العوام . والثاني : اختلاف العلماء ، فإن مالكاً رحمه الله تعالى قال : لا تملك قبل الدخول إلا نصف الصداق . فإن كان علماً بأنها تملك جميع الصداق بالعقد ، فعلى التعليل الأول يجد . وعلى الثاني ، لا وحيث قلنا : يجد ، فأولدها ، فالولد رقيق ، وعليه المهر إن كانت مكرهة . وحيث قلنا : لا يجد ، فالولد نسيب حر ، وعليه قيمته يوم سقوطه .

(١) في الأصل : فسكت وهو خطأ .

فصل

خالع زوجته المدخول بها ، ثم نكحها في العدة ، وطلقها قبل الدخول في النكاح الثاني ، يتشطر المهر عندنا . وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : يجب جميعه ، وبالله التوفيق .

باب الوليمة

هي عامة على ما قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى ، تقع على كل دعوة تتخذ بسرور حادث ، من نكاح أو ختان أو غيرها . لكن الأشهر استعمالها عند ^(١) الإطلاق في النكاح ، وتقيد في غيره ، فيقال : وليمة الختان وغيره ، ويقال لدعوة الختان : إعدار ، ولدعوة الولادة : عقيقة ، ولسلامة المرأة من الطلق : نخرس . وقيل : الحرس لطعام الولادة ، ولقدوم المسافر : نقيعة ، ولإحداث البناء : وكيرة ، ولما يتخذ للمصيبة : وضيمة ، ولما يتخذ بلا سبب : مأذبة .

قلت : الإعدار بالعين المهمة ، وبإبدال المعجمة . والحرس ، بضم الحاء المعجمة ، وبالسین المهمة ، ويقال : بالصاد . المأذبة ، بضم الدال وفتحها . والوضيمة ، بكسر الضاد المعجمة . وقول الأصحاب : النقيعة لقدم المسافر ، ليس فيه بيان من يتخذها أمه القادم أو المقدم عليهم ؟ وفيه خلاف لاهل اللغة . فنقل الأزهرى عن الفراء ، أنه القادم . وقال صاحب « المحكم » : هو طعام يُصنع للقادم وهو الأظهر . والله أعلم

وفي وليمة العرس قولان ، أو وجهان . أحدهما : أنها واجبة ، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح : « أولم ولو بشاة » . وأصحها : أنها مستحبة كالأضحية وسائر الولائم ، والحديث على الاستحباب ، وقطع القفال بالاستحباب ، وأما سائر الولائم ، فمستحبة ، ليس بواجبة على المذهب وبه قطع الجمهور ، ولا يتأكد تأكد وليمة النكاح . قال المتولي : وخروج بعضهم في وجوب سائر الولائم قولاً ، لأن الشافعي ^(١) رحمه الله قال بعد ذكرها : ولا أرخص في تركها .

فرع

أقل الوليمة على ما ذكره ابن الصباغ وغيره ، للمتمكن شاة وإن لم يتمكن ، اقتصر على ما يقدر عليه .

فرع

وأما الإجابة إلى الدعوة ، ففي وليمة العرس تجب الإجابة إن أوجبنا الوليمة ، وكذا إن لم نوجبها على الاظهر . وقيل : على الاصح ، صحه العراقيون والرويان وغيرهم ، للأحاديث الصحيحة « من دعي إلى وليمة فليأتها » . والثاني : أنها مستحبة . وأما غير وليمة العرس ، فالمذهب أن الإجابة فيها مستحبة . وقيل : بطرد الخلاف في الوجوب . وإذا أوجبنا الإجابة ، فهي فرض عين على الاصح . وقيل : فرض كفاية . ثم إنما تجب الإجابة أو تستحب بشروط . منها : أن يعم عشيرته أو جيرانه ، أو أهل حرفته ، أغنياءهم وفقراءهم ، دون ما إذا خص الأغنياء . ومنها : أن يخص بالدعوة بنفسه ، أو يبعث إليه شخصاً . فأما إذا فتح باب داره وقال : ليحضر من أراد ، أو بعث شخصاً : ليحضر من شاء ، أو قال لشخص : احضر وأحضر

(١) في الأصل : قولان للشافعي .

معك من شئت ، فقال لغيره : احضر ، فلا تجب الإجابة ولا تستحب . ومنها : أن لا يكون إحضاره لحوف منه ، أو طمع في جاهه ، أو ليعاونه على باطل ، بل تكون للتقرب ، أو التودد ؟ طريقان . أصحهما : الثاني . ولا يكون الاستجاب هو كالمسلم أم لا تجب قطعاً ؟ طريقان . أصحهما : الثاني . ولا يكون الاستجاب في إجابته كالاستجاب في دعوة المسلم ، لانه قد يرغب عن طعامه لنجاسته وتصرفه الفاسد ، وتكره مخالطة الذمي وموادته . ومنها : أن يدعو في اليوم الاول . فلو أولم ثلاثة أيام ، فالإجابة في اليوم الثالث مكروهة ، وفي الثاني لا تجب قطعاً ، ولا يكون استجابه كالأستجاب في اليوم الاول .

فرع

إذا اعتذر المدعو إلى صاحب الدعوة ، فرضي بتخلفه ، زال الوجوب وارتفعت كراهة التخلف .

فرع

دعاه جماعة ، أجاب الاسبق ، فإن جاء معاً ، أجاب الاقرب رحماً ، ثم الاقرب داراً كالصدقة . ومنها : أن لا يكون هناك من يتأذى بحضوره ، ولا يليق به مجالسته . فان كان ، فهو معذور في التخلف . وأشار في « الوسيط » إلى وجه فيه . ومنها : أن لا يكون هناك منكر كشرب الخمر والملاهي . فان كان ، نظر ، إن كان الشخص ممن إذا حضر رفع المنكر ، فليحضر إجابة للدعوة وإزالة للمنكر ، وإلا فوجهان . أحدهما : الاولى أن لا يحضر ، ويجوز أن يحضر ولا يستمع وينكر بقلبه ، كما لو كان يضرب المنكر في جواره ، فلا يلزمه التحول وإن

بلغه الصوت ، وعلى هذا جرى العراقيون . والثاني وهو الصحيح : يحرم الحضور لانه كالرضى بالمنكر وإقراره .

قلت : الوجه الاول غلط ، ولا يثبت عن كل العراقيين ، وإنما قاله بعضهم وهو خطأ ، ولا يغتر بجلالة صاحب « التنبيه » ونحوه ممن ذكره . والله أعلم

فاذا قلنا بالثاني ، فلم يعلم حتى حضر ، نهام ، فان لم ينتهوا ، فليخرج . وفي جواز القعود وجهان .

قلت : أصحابها : التحريم . والله أعلم

فان لم يمكنه الخروج ، بأن كان في الليل ويخاف من الخروج ، قعد كارهاً ولا يستمع . ولو كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته ، لم ينكره ، لانه يجتهد فيه . فان كان حاضره ممن يعتقد تحريمه ، فكالمنكر المجمع على تحريمه . وقيل : لا .

فرع

ومن المنكرات ، فرش الحرير وصور الحيوانات على السقوف والجدران ، والنياب الملبوسة ، والستور المعلقة ، والوسائد الكبار المنصوبة ، ولا بأس بما على الارض ، والبساط الذي يداس ، والحداد التي يتكأ عليها ، وليكن في معناها الطبق والخوان ، والقصة . ولا بأس بصور الاشجار ، والشمس ، والقمر . وفي وجه : يكره صورة الشجر . ولو كانت صور الحيوانات مقطوعة الرؤوس ، فلا بأس به على الصحيح ، ومنعه المتولي . وهل دخول البيت الذي فيه الصور الممنوعة حرام

أم مكروه^(١) ؟ وجهان . وبالتحريم قال الشيخ أبو محمد ، وبالكراهة قال صاحب « التقريب » والصيدلاني ، ورجحه الإمام والغزالي في « الوسيط » . ولو كانت الصورة في الممر دون موضع الجلوس ، فلا بأس بالدخول والجلوس ، ولا يترك إجابة الدعوة بهذا السبب . وكذا لا بأس بدخول الحمام الذي على بابه صور ، كذا قاله الاصحاب .

فرع

يحرم على المصور التصوير على الحيطان والسقوف ، ولا يستحق أجره . وفي نسج الثياب المصورة وجهان ، جوزه أبو محمد لأنها قد لا تلبس ، ورجح المنع الإمام والغزالي تمسكاً بالحديث « لعن الله المصورين » .

قلت : الصحيح التحريم ، والحديث صحيح . والله أعلم

وطرد المتولي الوجهين في التصوير على الارض ونحوها ، وكأن من قال بالمنع . قال : ليس له أن يصور ، لكن إن اتفق يسمع به ولا يجب طمسه .

قلت : الصحيح تحريم التصوير على الارض وغيرها . والله أعلم

فصل

الصوم ليس عذراً في ترك إجابة الدعوة . فإذا حضر الصائم ، ان كان صوم

(١) في الأصل : مكروهة .

فرض مضيق الوقت ، حرم الفطر . وان كان موسعاً كالنذر المطلق وقضاء رمضان ، فان لم تجوز الخروج منه ، حرم الفطر ، والا [فقل] ^(١) هو كصوم النفل . وعن القاضي حسين كراهة الخروج منه ، لان ذمته مشغولة . وان كان صوم نفل ، فان لم يشق على صاحب الدعوة إمساكه ، استحب اتمام صومه ، وان شق عليه ، استحب الفطر . أما المفطر ، ففي أكله وجهان . أحدهما : يجب وأقله لقمه ، وأصحها : أنه مستحب .

فصل

دعاه من أكثر ماله حرام ، كرهت إجابته كما تكره معاملته . فان علم أن عين الطعام حرام ، حرمت إجابته .

فصل

المرأة إذا دعت النساء ، كما ذكرنا في الرجال . فإن دعت رجلاً أو رجلاً ، وجبت الإجابة إذا لم يكن خلوة محرمة .

قلت : قال إبراهيم المروزي : لو دعت أجنبية وليس هناك محرم له ولا لها ، ولم يخل به ، بل جلست في بيت ، وبعثت الطعام مع خادم إليه إلى بيت آخر من دارها ، لم يجبه مخافة الفتنة . والله أعلم

(١) زيادة من إحدى نسخ الظاهرية .

فصل

في مسائل تتعلق بالضيافة

إحداها : للضيف أن يأكل إذا مُدِّم إليه الطعام من غير أن يأذن صاحب الطعام لفظاً ، إلا إذا كان ينتظر حضور غيره ، فلا يأكل حتى يحضر أو يأذن المضيف لفظاً . وفي « الوسيط » أنه لا بد من لفظ وهو شاذ ضعيف ، والصحيح الاكتفاء بقرينة التقديم ، وللقرينة أثر ظاهر في مثل هذا الباب ، وكذلك يجوز الشرب من الحباب الموضوعة على الطرق ، وكان السلف يأكلون من بيوت إخوانهم للانبساط وهم غيب . وقال المتولي : تقديم الطعام ، إنما يكفي إذا دعاه إلى بيته . فإن لم يسبق دعوة ، فلا بد من الإذن لفظاً ، إلا إذا جعلنا المعاطاة بيعاً ، وقرينة التقديم لا تختلف لسبق الدعوة وعدمه .

قلت : الصحيح بتقديم الطعام أنه يجوز الأكل بلا لفظ ، سواء دعاه أم لا ، بشرط أن لا يكون منتظراً غيره كما سبق . وأما الأكل من بيت الصديق وبستانه ونحوهما في حال غيبته ، فجائز بشرط أن يعلم من حاله أنه لا يكره ذلك منه .
والله أعلم

الثانية : هل يملك الضيف ما يأكله ؟ وجهان . قال القفال : لا بل هو إتلاف يأذن المالك ، وللمالك أن يرجع ما لم يأكل . وقال الجمهور : نعم . وبم يملك ؟ فيه أوجه . قيل : بالوضع بين يديه ، وقيل : بالأخذ ، وقيل : بوضعه

في الفم ، وقيل : بالازدراء^(١) يتبين حصول الملك قبيله . وضعف المتولي ماسوى الوجه الأخير . وعلى الأوجه ينبغي التمكن من الرجوع .

قلت : قال صاحب « البيان » : إذا قلنا : يملكه بالأخذ أو بالوضع في الفم ، فهل للأخذ إباحته لغيره والتصرف فيه بغير ذلك ؟ وجهان . الصحيح [وقول الجمهور]^(٢) لا يجوز كما لا يعير المستعار . وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب : يجوز أن يفعل ما يشاء من البيع والهبة وغيرهما ، لأنه ملكه . قال ابن الصباغ : هذا لا يجيء على أصلها . والله أعلم

الثالثة : ليس للمضيف التصرف في الطعام بما سوى الأكل ، فلا يجوز أن يحمل معه منه شيئاً ، إلا إذا أخذ ما يعلم رضى المالك به ، ويختلف ذلك بقدر المأخوذ وجنسه ، وبجمال المضيف والدعوة . فإن شك في وقوعه في محل المساحة ، فالصحيح التحريم ، وليس للمضيف إطعام السائل والهرة ، ويجوز أن يلقم الأضياف^(٣) بعضهم بعضاً ، إلا إذا فارت بينهم في الطعام ، فليس لمن خصّ بنوع أن يطعموا منه غيرهم ، ويكره للمضيف أن يفعل ذلك .

الرابعة : يحرم التطفل ، واستثنى المتولي وغيره فقالوا : إذا كان في الدار ضيافة ، جاز لمن بينه وبين صاحب الطعام انبساط أن يدخل ويأكل إذا علم أنه لا يشق عليه .

(١) في الأصل : بالازدراء إذ .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٣) في الأصل : الأصناف .

فصل

في آداب الأكل

منها : أن يقول أولاً : باسم الله ، فإن نسي قال إذا تذكر : بسم الله أوله وآخره ، وأن يغسل يديه قبل الأكل وبعده ، وأن يأكل بأصابعه الثلاث ، وأن يدعو لصاحب الطعام إن كان ضيفاً ، ويقول : « أكل طعامكم الأبرار ، وأفطر عندكم الصائمون . وصلت عليكم الملائكة » . ويكره أن يأكل متكئاً ، وأن يأكل مما يلي آكله ، وأن يأكل من وسط القصة وأعلى الثريد ونحوه ، ولا بأس بذلك في الفواكه ، ويكره أن يعيب الطعام ، وأن يقرن بين تمرتين ونحوهما ، وأن يأكل بشماله ، وأن يتنفس في الإناء ، وأن ينفخ فيه . ولا يكره الشرب قائماً ، وحملوا النهي الوارد على حالة السير .

قلت : هذا الذي قاله من تأويل النهي على حالة السير ، قد قاله ابن قتيبة والمتولي ، وقد تأوله آخرون بخلاف هذا . واختار أن الشرب قائماً بلا عذر خلاف الأولى ، للأحاديث الصريحة بالنهي عنه في « صحيح مسلم » .

وأما الحديثان الصحيحان عن علي وابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ شرب قائماً ، فمحمولان على بيان الجواز جمعاً بين الأحاديث . وقد اعترض على أحاديث النهي بأشياء باطلة ، أوضحت جوابها في شرح « صحيح مسلم » . ويكره الشرب من فم القربة . ومن آداب الأكل : حمد الله تعالى في آخره . وكذلك في آخر الشرب فيقول : « الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه غير مكفي ولا مكفور ولا مودع ، ولا مستغنى عنه ربنا » . ثبت ذلك في « صحيح البخاري » عن النبي ﷺ أنه كان يقوله ، وقد جاءت في هذا أذكر كثيرة في الصحيح وغيره ، وقد جمعت

مقاصدها في كتاب « أذكار الطعام » من كتاب « الأذكار » ، وشرحت فيه هذه الألفاظ أحسن شرح وأجزه ، مع جل مما يتعلق بالأطعمة . وقوله : ربنا ، يجوز بالرفع على الابتداء ، وبالنصب على الاختصاص أو النداء ، وبالجزم على البدل من قوله : الحمد لله . وإذا أكل جماعة ، فمن الأدب أن يتحدثوا على طعامهم بما لا إثم فيه ، ويكره أن يتمخط ويبصق في حال أكلهم إلا لضرورة ، ويكره أن يقرب منه من القصة بحيث يرجع من فيه إليها شيء . ويستحب أن يلحق القصة ، وأن يلحق أصابعه ، وأن يأكل اللقمة الساقطة ما لم تتنجس ويتعذر تطهيرها ، للأحاديث الصحيحة في ذلك . والأولى أن لا يأكل الشخص وحده ، وأن لا يرتفع عن مؤاكلة الغلام والصبيان والزوجة ، وأن لا يتميز على جلسائه بنوع إلا حاجة ، كدواء ، ونحوه ، وأن يد الأكل مع رفقته مادام يظن لهم حاجة إلى الأكل ، وأن يؤثرهم بفاخر الطعام ، كقطعة لحم وخبز لين ، أو طيب ونحو ذلك ، وقد سبق استحباب التسمية في أول الطعام ، وهي مستحبة لكل آكل ، حتى الحائض والنفساء . وينبغي أن يجهر بها جهراً يسمعه رفقته سماعاً محققاً ، ليقدر به فيها ، وليتنبه غيره لها ^(١) ويستحب لكل واحد من الجماعة ، أن يسمي . فإن سمي واحد من الجمع ، أجزأ عن الباقي ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، وقد ذكرته في « كتاب الأذكار » وفي « طبقات الفقهاء » في ترجمة الشافعي ، وهو شبه برد السلام ، وتشميت العاطس ، فإنه يكفي قول أحد الجماعة . ومن ترك التسمية عامداً أو مكرهاً ، أو لعارض آخر ، ثم تمكن في أثناء أكله ، سمي ، كما لو نسيها ، وسبق مثله في الوضوء ، والتسمية في المشروب كلاً كول . ولا بأس

(١) في الأصل : فيها .

بقوله : لا أَسْتَهِي هذا الطعام ، أو ما اعتدت أكله ، لحديث الضب . ويستحب لمن حضر وهو صائم ولم يأكل ، أن يدعو لأهل الطعام ، ويستحب الترحيب بالضيف وحمد الله تعالى على حصوله ضيفاً عنده ، وسروره به ، وثناؤه عليه لجعله أهلاً لتضييفه . ففي « الصحيحين » ، أن رسول الله ﷺ قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فليكرم ضيفه » . والله أعلم

فصل

يجوز نثر الجوز واللوز والتمر والسكر ونحوها في الإملاكات . وهل يكره أم يستحب ، أم لا يستحب ولا يكره ، بل تركه أولى ؟ فيه أوجه . أحدها الثالث . والتقاط النثار جائز ، لكن الأولى تركه ، إلا إذا عرف أن النثر لا يؤثر بعضهم على بعض ، ولم يقدح الالتقاط في مروءته ، ثم من التقط لم يؤخذ منه . وهل يملكه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنه لم يوجد لفظ تمليك لمعين ^(١) والثاني : يملك اعتباراً بالعادة ، والأئمة إلى هذا الوجه أميل ، وهو مقتضى إطلاق أكثرهم . فعلى الأول ، للنثر الاسترجاع . قال ابن كعب : له الاسترجاع ما لم يخرج الملتقط من الدار ، وعليه الغرم إن أتلفه . وإن قلنا : يملك فهل يخرج عن ملك النثر بالنثر ، أم بأخذ الملتقط ، أم بإتلافه ؟ فيه أوجه .

: الأصح أنه يملك بالأخذ كسائر المباحات . والله أعلم

(١) في الأصل : المعين .

ومن وقع في حجره شيء من النار ، فإن بسطه لذلك ، لم يؤخذ منه . فان سقط منه بنفس الوقوع ، لم يبطل حقه على الأصح ، فيمنع غيره من أخذه . وإن لم يبسطه له ، لم يملكه ، لعدم القصد والفعل . فان نقضه ، فهو كما لو وقع على الأرض أولاً ، وإلا فهو أولى به من غيره ، وليس لغيره أن يأخذه . فلو أخذه غيره ، ففي ملكه وجهان جاريان ، فيما لو عشى طائر في ملكه فأخذ فرخه غيره . وفيما إذا دخل السمك مع الماء حوضه ، وفيما إذا وقع الثلج في ملكه فأخذه غيره ، وفيما إذا أحيا ما يحجره غيره . لكن الأصح أن المحيي يملك . وفي هذه الصور ميلهم إلى المنع أكثر ، لان المتحجر غير مالك فليس الإحياء تصرفاً في ملك غيره ، بخلاف هذه الصورة ^(١) ولو سقط من حجره قبل أن يقصد أخذه ، أو قام فسقط ، بطل اختصاصه ، كما لو طار الفرخ ، فانه يجوز لغير صاحب الأرض أخذه بخلاف . ثم اختصاص من وقع في حجره مخصوص بمن هو ممن يأخذه . أما من يعلم أنه لا يأخذه ولا يرغب فيه ، فلا اختصاص له به ، ويجوز لغيره أخذه من حجره ، ذكره البغوي وغيره . ويكره أخذ النار من الهواء بالملاءة والازر المربوطة برؤوس الخشب . فان أخذ كذلك ، استحقه ونثر الدرام والدنانير ، كثر السكر ذكره المسعودي .

قلت : ولو التقط النار صبي ملكه ، ولو التقطه عبد ملكه سيده ، ذكره إبراهيم المروزي ، والختان في هذا كمالك . والله أعلم

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : الصور .