

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ النِّكَاحِ (١)

وَالنَّظَرُ فِي خَمْسَةِ أَقْسَامٍ:

(القِسْمُ الْأَوَّلُ: فِي الْمُقَدِّمَاتِ)، وَهِيَ خَمْسٌ: (الْأُولَى) خَصَائِصُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ

(١) النِّكَاحُ فِي اللُّغَةِ: الضَّمُّ وَالتَّدَاخُلُ، وَمِنْهُ نَكَحْتُ الْبَرَّ فِي الْأَرْضِ، إِذَا حَرَثْتَهَا وَبَذَرْتَهُ فِيهَا، وَنَكَحَ الْمَطَرُ الْأَرْضَ إِذَا خَالَطَ ثَرَاهَا، وَنَكَحَتِ الْحَصَى أَخْفَاقَ الْإِبِلِ إِذَا دَخَلَتْ فِيهَا، وَيَكُونُ التَّدَاخُلُ حَسِيًّا، كَمَا ذَكَرَ، وَمَعْنَوِيًّا كَنَكَحَ النَّعَّاسَ الْعَيْنَ.

وَيُطْلَقُ فِي اللُّغَةِ عَلَى الْوِطْءِ حَقِيقَةً، وَعَلَى الْعَقْدِ مَجَازًا. قَالَ الْمَطْرُزِيُّ وَالْأَزْهَرِيُّ هُوَ الْوِطْءُ حَقِيقَةً، وَمِنْهُ قَوْلُ الْفَرَزْدَقِ: [بِحَرِّ السَّيْطِ]

ذَا سَقَى اللَّهُ قَوْمًا صَوَّبَ غَادِيَةً فَلَا سَقَى اللَّهُ أَرْضَ الْكُوفَةِ الْمَطَرَا
السَّارِكِينَ عَلَى طَهْرٍ نَسَاءَهُمْ وَأَلْنَاكِحِينَ بِشَطْطِي دَجَلَةَ الْبَقَرَا

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

قال الشاعر: [الطويل]

صَمَّمْتُ إِلَى صَنْدَرِي مُعْطَرًا صَنْدَرَهَا كَمَا نَكَحْتُ أُمَّ الْغُلَامِ حَبِيبَهَا
أي: كما ضمت، أو لأنه سببه، فجازت الاستعارة لذلك.

وقيل: إنه حقيقة في العقد، مجاز في الوطء.

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

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

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

وذهب الشافعية والمالكية، وجمهور الفقهاء إلى القول بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء. وذهب الحنفية إلى العكس

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

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

ثم الظاهر مذهب الجمهور القائل بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطاء، وذلك أولاً: لكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة، حتى قيل: أنه لم يرد في القرآن إلا للعقد، ولا يرد قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا، فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ لأن شرط الوطاء في التحليل إنما ثبت بالسنة وذلك للحديث المتفق عليه في قصة امرأة رفاعة لما بت طلاقها، وتزوجها عبدالرحمن ابن الزبير، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقي عُسَيْلَتَهُ، ويذوق عُسَيْلَتِكَ، فيكون معنى قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ﴾ حتى تتزوج، ويعقد عليها، وقد بينت السنة أنه لا بد مع العقد من ذوق العُسَيْلَةِ.

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

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

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

فالعقد مصدر عقد، أي: تمسك وتوثق، والمراد به هنا ارتباط أحد الكلامين بالآخر، أي ارتباط كلام الزوج بكلام وليّ الزوجة، على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً يستعقب أحكامه. وقوله «عقد» جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود.

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

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

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

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

وعرفة الحنفية بأنه: عقد يفيد ملك المتعة قِصْدًا

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

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

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

والدليل على مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع أمّا الكتابُ: فقول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ ووجه الدلالة فيهما أن الله تعالى أمر فيهما بالنكاح، فدل ذلك على مشروعيتها؛ إذ لو لم يكن مشروعاً لما أمر به الله.

وأما السُّنَّةُ: فقولهُ صلى الله عليه وسلم: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مِنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيُصُمْ فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وَجَاءٌ» وهو سُنَّةٌ من سنن الرسول صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «النِّكَاحُ سُنَّتِي فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي». بل هو سُنَّةٌ من سُنَنِ الأنبياء السابقين قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾ وقد كان الأنبياء عليهم الصلاة والسلام أعظم قدرة للخلق في الزواج، كما في غيره من الأفعال المحمودة، فَكَلَدُوا عَلَى الزَّوْجِ وَأَوْصُوا بِهِ، ولم يذكر المؤرخون أن أحداً من الأنبياء عاش بلا زواج سوى يحيى وعيسى عليهما وعلى نبينا أفضل السلام.

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

حِكْمَةُ مَشْرُوعِيَّتِهِ: شرع الله سبحانه وتعالى النِّكَاحَ لحكم كثيرة، ومصالح جمّة، ومنافع عديدة، من ذلك أن إرادة الله اقتضت أن يكون النوع الإنساني خليفته في الأرض لإصلاحها، وإقامة، الشرائع فيها، وهذه الأغراض التي أحبها الله، وأحب أن تكون لا يمكن أن تتحقق إلا إذا بُنِيَتْ عَلَى أسس متينة، ودعائم قوية ثابتة، ألا وهي النكاح، فإنَّ النسل يمكن أن يوجد بمجرّد اجتماع الرجل بالمرأة بأي طريقة كانت، ولكن مثل هذا النسل لا يمكن أن يكون صالحاً لإصلاح الأرض، وعمارتها، فإنَّ النُّسْلَ الصَّالِحَ لا يوجد إلا بالنكاح.

أضف إلى ذلك أن النكاح يكسب الرجل أولاداً إذا قام بتعليمهم، وتربيتهم كانوا له قرة عين في حياته، وذكراً حسناً بعد وفاته، فالأولاد هم مُتَعَةُ النَّفْسِ وَزِينَةُ الْحَيَاةِ قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ فإذا مات الرجل، فقد خلف من بعده من يحمل اسمه، ويدعو له بخير، ولذلك جاء في الخبر: «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ» وَذَكَرَ مِنْهَا الْوَالِدُ الصَّالِحُ؛ ثُمَّ إِنَّ النِّكَاحَ هُوَ الْوَسِيلَةُ الَّتِي تَجْمَعُ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ، فيكون ذلك سبباً لاستكمال النقص الذي يوجد عند المرأة، إذ من المَعْرُوفِ أَنَّ الْمَرْأَةَ ضَعِيفَةٌ لَا يُمْكِنُ أَنْ تَحْتَمِلَ مَا يَحْتَمِلُهُ الرَّجُلُ مِنَ الْأَعْمَالِ الشَّاقَّةِ، فهي في حاجة إلى رجلٍ يعينها على كسب عيشها، ويعمل على صيانتها من التهنك والابتذال، كما أَنَّ الرَّجُلَ فِي حَاجَةٍ إِلَى امْرَأَةٍ تَعْمَلُ عَلَى صِيَانَةِ مَالِهِ، وتدير أمور منزله، وتفرج عنه متاعب الحياة، ولا يكون ذلك إلا من امرأة

وَقَدْ خُصَّ مِنَ الْوَاجِبَاتِ بِالضُّحَى، وَالْأَضْحَى (و)، وَالْوَتْرِ (ح)، وَالتَّهَجُّدِ (و)، وَالسَّوَاكِ (ح)، وَتَخْيِيرِ نِسَائِهِ (و) بَيْنَ اخْتِيَارِ زِينَةِ الدُّنْيَا أَوْ اخْتِيَارِهِ، وَمِنْ اخْتَارْتُهُ، هَلْ يَخْرُمُ طَلَاقُهَا؟ فِيهِ خِلَافٌ (و).

(وَأَمَّا الْمُحَرَّمَاتُ)، فَقَدْ حُرِّمَ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ، وَالصَّدَقَةُ، وَأَكْلُ الثَّوْمِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَالْأَكْلُ مُتَّكِنًا عَلَى وَجْهِ، وَإِمْسَاكُ مَنْ كَرِهْتَ نِكَاحَهُ، وَنِكَاحُ الْحُرَّةِ الْكِتَابِيَّةِ وَالْأَمَةِ؛ عَلَى وَجْهِ.

(أَمَّا التَّخْفِيفَاتُ)، فَقَدْ أُحِلَّ لَهُ الْوِصَالُ، وَصَفِيَّةُ الْمَعْتَمِ، وَالْإِسْتِنْدَادُ بِالْخُمْسِ، وَدُخُولُ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، وَجَعْلُ مِيرَاثِهِ صَدَقَةً، وَالزِّيَادَةُ عَلَى أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَفِي الزِّيَادَةِ عَلَى التَّسْعِ خِلَافٌ، وَكَذَا فِي أَنْحِصَارِ طَلَاقِهِ فِي الثَّلَاثِ، وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُهُ بِلَفْظِ الْهَبَةِ، وَبِغَيْرِ مَهْرٍ، وَإِذَا وَقَعَ بَصْرُهُ عَلَى أَمْرَأَةٍ، فَرَعِبَ فِيهَا، وَجَبَ عَلَى الزَّوْجِ طَلَاقُهَا لِيَنْكِحَهَا، وَفِي أَنْعِقَادِ نِكَاحِهِ بِغَيْرِ وَلِيِّ وَشُهُودٍ، وَفِي الْإِحْرَامِ خِلَافٌ (و)، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَسْمُ فِي زَوْجَاتِهِ^(١)، وَنِسَاؤُهُ بَعْدَ وفَاتِهِ مُحَرَّمَاتٌ عَلَى غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهَا أُمَّهَاتُ الْمُؤْمِنِينَ، وَمُطَلَّقَتُهُ الْمَدْخُولُ بِهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَى غَيْرِهِ، وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا مُحَلَّلَةٌ.

(الثَّانِيَةُ): يُسْتَحَبُّ التَّكَاخُ لِمَنْ تَأَقَّتْ نَفْسُهُ إِلَيْهَا، وَمَنْ لَأَ، فَالْعِبَادَةُ لَهُ أَوْلَى (ح)، وَأَحَبُّ الْمَنْكُوحَاتِ الْبِكْرُ الْوَلُودُ النَّسِيبَةُ الَّتِي لَيْسَتْ لَهُ قَرَابَةٌ قَرِيبَةً الْمَنْظُورُ (و) إِلَيْهَا قَبْلَ التَّكَاخِ؛ فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَّمَ بَيْنَهُمَا.

(الثَّالِثَةُ) النَّظَرُ إِلَيْهَا، إِذَا تَحَقَّقَتِ الرَّغْبَةُ فِي نِكَاحِهَا، وَنَحْنُ نَتَعَرَّضُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ لِأَحْكَامِ النَّظَرِ جُمْلَةً، وَلَا يَنْظُرُ (ح م و) إِلَّا إِلَى وَجْهِهَا، وَلَا يَخْتَاجُ إِلَى إِذْنِهَا (م)، وَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ النَّظَرُ إِلَى شَيْءٍ مِنْ بَدَنِ الْمَرْأَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ النَّاطِرُ صَبِيًّا، أَوْ مَجْنُونًا، أَوْ مَمْلُوكًا (ح و) لَهَا، أَوْ كَانَتْ صَبِيَّةً (و)، أَوْ رَقِيقَةً (و)، أَوْ مُحَرَّمًا، فَلْيَنْظُرْ إِلَى الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ فَقَطْ، وَالْعَوْرَةَ مِنَ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتَيْهِ وَرُكْبَتَيْهِ فَقَطْ^(٢) (و)، وَبِإِذَا نَظَرَ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ، وَالْمَرْأَةَ إِلَى الْمَرْأَةِ، وَالْمَرْأَةَ إِلَى الرَّجُلِ عِنْدَ الْأَمَنِ

= تربطه بها صلة النكاح القوية التي سماها الله تعالى في كتابه العزيز ميثاقاً غليظاً حيث قال: «وَآخِذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا».

وزيادة على ذلك فَإِنَّ التَّكَاخَ وسيلة إلى ارتباط الأُسْرِ، وَاتِّحَادِهَا، وَإِزَالَةَ مَا بَيْنَهَا مِنْ أَسْبَابِ الْعِدَاوَةِ وَالْبِغْضَاءِ، فَكَمْ مِنْ أَسْرَتَيْنِ كَانَتِ الْعِدَاوَةُ قَائِمَةً بَيْنَهُمَا، ثُمَّ بَفَضْلِ الزَّوْجِ انْقَلَبَتِ تِلْكَ الْعِدَاوَةُ إِلَى مَحَبَّةٍ، فَالتَّكَاخُ لَيْسَ صِلَةً بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَحَسَبَ، بَلْ هُوَ صِلَةٌ مِنَ الزَّوْجَيْنِ إِلَى أَسْرَتَيْهِمَا وَمَعَارِفَهُمَا، فَيَكُونُ ذَلِكَ حَلِيقَةً وَاسِعَةً وَاتِّحَادَ الْأُمَّةِ، وَلِذَلِكَ نَجِدُ اللَّهَ تَعَالَى يَمْتَنُّ عَلَى عِبَادِهِ بِالزَّوْجِ، فَيَقُولُ: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً».

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

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

مِنَ الْفِتْنَةِ إِلَّا مَا بَيْنَ الشَّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ، وَالْعُضُوُّ الْمُبَانُ كَالْمُتَّصِلِ بِهِ، وَالنِّكَاحُ وَالْمِلْكُ يُبَيِّحَانِ النَّظَرَ إِلَى السَّوَاءَتَيْنِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَعَ كَرَاهَةٍ، وَالْمَسُّ كَالنَّظَرِ، وَهُمَا مُبَاحَانِ لِحَاجَةِ الْمُعَالَجَةِ، وَلَكِنَّ النَّظَرَ إِلَى السَّوَاءَةِ لِحَاجَةِ مُوَكَّدَةٍ، وَيُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْمَرْأَةِ؛ لِتَحْمَلِ الشَّهَادَةَ، وَإِلَى الْفَرْجِ لِتَحْمَلِ (و) شَهَادَةَ الزَّانَا^(١).

(الرَّابِعَةُ): الْخُطْبَةُ مُسْتَحَبَّةٌ^(٢)، وَالتَّضْرِيحُ بِخُطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ حَرَامٌ، وَالتَّعْرِضُ جَائِزٌ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَحَرَامٌ فِي عِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ، وَفِي عِدَّةِ الْبَائِنِ وَجِهَانٍ^(٣)، وَيَحْرُمُ الْخُطْبَةُ عَلَى خُطْبَةِ الْغَيْرِ بَعْدَ الْإِجَابَةِ، وَالشُّكُوتُ كَالْإِجَابَةِ؛ عَلَى قَوْلِ، وَيَجُوزُ الصَّدْقُ فِي ذِكْرِ مَسَاوِي الْخَاطِبِ؛ لِيُخَذَرَ. (الْحَامِسَةُ): يُسْتَحَبُّ الْخُطْبَةُ عِنْدَ الْخُطْبَةِ، وَعِنْدَ الْعَقْدِ، وَحَسَنٌ أَنْ يَقُولَ الْوَلِيُّ: الْحَمْدُ لِلَّهِ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ، زَوْجَتْ، وَيَقُولُ الزَّوْجُ مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَقْبَلُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا التَّفْرِيقَ بَيْنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ لَا يَضُرُّ.

(الْقِسْمُ الثَّانِي فِي الْأَرْكَانِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الْأَوَّلُ الصِّيغَةُ)، وَهِيَ الْإِنْكَاحُ وَالتَّزْوِيجُ، وَلَا يَقُومُ (ح م و) غَيْرُهُمَا مَقَامَهُمَا إِلَّا تَرْجَمَتُهُمَا (و)، بِكُلِّ لِسَانٍ فِي حَقِّ الْقَادِرِ وَالْعَاجِزِ جَمِيعًا، وَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِالْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ لَا يَعْلَمُ النِّيَّةَ، وَلَا الْبَيْعُ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّ الْمُخَاطَبَ لَا يَعْلَمُ^(٤)، وَيَصِحُّ الطَّلَاقُ وَالْإِبْرَاءُ وَالْفَسْخُ وَمَا يَسْتَقِلُّ بِهِ، وَهَلْ يَكْفِي أَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ: قَبِلْتُ، أَوْ لَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ: قَبِلْتُ نِكَاحَهَا؟ فِيهِ وَجِهَانٌ^(٥)، وَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِالِاسْتِجَابِ وَالْإِجَابِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنِ دَمِ الْعَمْدِ وَالْكِتَابَةِ أَوْلَى بِالْإِنْعِقَادِ، وَفِي الْبَيْعِ قَوْلَانِ. وَقِيلَ بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ فِي الْجَمِيعِ، وَهُوَ الْقِيَاسُ^(٦).

وَلَا يَقْبَلُ النِّكَاحُ التَّغْلِيْقَ، فَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ وَلَدِي أَنْثَى، فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا، لَمْ يَصِحَّ (و)^(٧)، وَإِنْ كَانَتْ أَنْثَى، وَلَوْ قَالَ زَوَّجْتُكَ أَنْتِي، عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي أَبْنَتَكَ، وَيَضَعُ كُلُّ وَاحِدٍ صَدَاقَ الْأُخْرَى، لَمْ

- = أما في الممسوح ومملوك المرأة فإذا جوزنا النظر كان كالنظر إلى المحارم، وأما [في] الصبية، فمن جوز النظر عممه في جميع أعضائها سوى الفرج، وأما في المحرم فلا خلاف في جواز النظر إلى ما يبدو عند المهنة، والأصح فيما سواه الجواز أيضاً، إلا فيما بين السرة والركبة، وللريقة كالمحرم. [ت]
- (١) قال الرافعي: «ويباح النظر إلى وجه المرأة لتحمل الشهادة، وإلى الفرج لتحمل شهادة الزنا» معاً في الشهادات مع زيادات. [ت]
- (٢) قال الرافعي: «الخطبة مستحبة» لا يكاد يوجد التعرض في كتب الأصحاب. [ت]
- (٣) قال الرافعي: «وفي عِدَّة البائنة وجهان» المشهور قولان. [ت]
- (٤) قال الرافعي: «ولا ينعقد النكاح بالكتابة... إلى قوله: لأن المخاطب لا يعلم» قد سبق هذا في أول البيع. [ت]
- (٥) قال الرافعي: «وهل يكفي أن يقول الزوج: قبلت، أو لا بد أن يقول: قبلت نكاحها؟ فيه وجهان»، المشهور قولان. [ت]
- (٦) قال الرافعي: «والأصح أنه ينعقد النكاح بالاستيجاب والإيجاب... إلى قوله: وهو القياس» قد مرَّ في البيع طرف من الكلام في الإيجاب والاستيجاب في البيع والنكاح معاً. [ت]
- (٧) في أ: (ح)

يَصِحَّ (ح)؛ لِأَنَّهُ الشُّغَارُ الْمَنْهِيُّ عَنْهُ^(١)؛ وَلِأَنَّهُ إِشْرَاكٌ فِي الْبُضْعِ، فَإِنْ تَرَكَ جَعَلَ

(١) قال الرافعي: «لأنه الشُّغَارُ المنهِي عنه»

روى الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «نهى عن الشُّغَارِ». والشُّغَارُ أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، وليس بينهما صداق وأخرجه البخاري عن عبدالله بن يوسف، ومسلم عن يحيى بن يحيى عن مالك. [ت]

النهى عن نكاح الشغار ورد عن ابن عمر وأبي هريرة وأنس وجابر ومعاوية وعمران بن حصين وأبي بن كعب وعبدالله بن عمرو بن العاص وسمرة ووائل بن حجر وابن عباس. أما حديث ابن عمر فأخرجه مالك (٥٣٥/٢) كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من النكاح، الحديث (٢٤). وأحمد (٦٢/٢). والبخاري (١٦٢/٩) كتاب النكاح، باب الشغار الحديث (٥١١٢). ومسلم (١٠٣٤/٢) كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار الحديث (١٤١٥/٥٧). والدارمي (١٣٦/٢) كتاب النكاح باب النهى عن الشغار. وأبو داود (٥٦٠/٢) كتاب النكاح، باب الشغار الحديث (٢٠٧٤) والترمذي (٤٣١/٣، ٤٣٢) كتاب النكاح، باب النهى عن نكاح الشغار الحديث (١١٢٤) والنسائي (١١٠/٦) كتاب النكاح، باب الشغار. وابن ماجه (١٠٦/١) كتاب النكاح، باب النهى عن الشغار، الحديث (١٨٨٣). وعبد الرزاق (١٨٤/٦) رقم (١٠٤٣٣). والشافعي في «الأم» (٧٦/٥) كتاب الشغار. وابن الجارود (٧١٩، ٧٢٠). وأبو يعلى (١٦٩/١٠) رقم (٥٧٩٥). وابن حبان (٤١٦٠ - الإحسان). وأبو نعيم في «الحلية» (٣٥١/٦). والبيهقي (٩٩/٧) كتاب النكاح، باب الشغار كلهم من طريق نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار. قال نافع والشغار ان يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق. وقال الترمذي: حسن صحيح.

حديث أبي هريرة.

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

وحديث أنس

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

حديث جابر

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

حديث معاوية

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

حديث عمران بن حصين

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

وقال الترمذي؛ حسن صحيح

حديث أبي بن كعب

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

وقال الطبراني: لم يروه عن موسى بن عقبة إلا يوسف ولا يروى عن أبي بن كعب إلا بهذا الاسناد. وذكره الهيثمي في «المجمع» (٢٦٩/٤) وقال: رواه الطبراني في الصغير والأوسط وفيه يوسف بن خالد السمطي ضعيف والسند أيضاً منقطع أ.هـ.

ويوسف بن خالد السمطي كذاب

حديث عبدالله بن عمرو بن العاص

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

حديث سمرة

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

حديث وائل بن حجر

أخرجه البزار (١٦٦/٢ - كشف) رقم (١٤٤٠) من طريق سعيد بن عبد الجبار بن وائل بن حجر عن أبيه عن أمه عن وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار. وقال الهيثمي في «المجمع» (٢٦٩/٤): رواه البزار وفيه سعيد بن عبد الجبار ضعفه النسائي.

حديث ابن عباس

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

البُضْعِ صَدَاقًا، فِيهِ الصَّحَّةُ وَجَهَانٍ، وَلَا يَجُوزُ (م) تَأْقِئْتُ النِّكَاحَ، وَهُوَ الْمُتَعَّةُ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: المَحَلُّ)؛ وَهِيَ الْمَرْأَةُ الْخَلِيَّةُ عَنِ الْمَوَانِعِ؛ مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مُنْكَوْحَةً الْغَيْرِ، أَوْ مُزْتَدَّةً، أَوْ مُتَعَّدَةً^(١)، أَوْ مَحْوسِيَّةً، أَوْ زَنْدِيقَةً، أَوْ كِتَابِيَّةً بَعْدَ الْمَبْعَثِ، أَوْ رَقِيقَةً، (ح) وَالنَّاكِحُ قَادِرٌ عَلَى حُرَّةٍ، أَوْ مَمْلُوكَةٍ النَّكِحِ بَعْضُهَا أَوْ كُلُّهَا، أَوْ مِنَ الْمَحَارِمِ، أَوْ بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ، أَوْ تَحْتَهُ مَنْ لَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، أَوْ مُطْلَقَةً ثَلَاثًا، لَمْ يَطَّأَهَا زَوْجٌ آخَرَ، أَوْ مُلَاعِنَةً (ح)، أَوْ مُحْرَمَةً (ح) بِحَجٍّ أَوْ عُمَرَةٍ، أَوْ ثِيْبًا صَغِيرَةً (ح)، أَوْ يَتِيمَةً (ح)، أَوْ زَوْجَةً رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٢).

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ): الشُّهُودُ (م)، فَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ إِلَّا بِحَضْرَةِ عَدْلَيْنِ (م) مُسْلِمَيْنِ (ح) حُرَّيْنِ بِالْعَيْنِ سَمِيعَيْنِ بَصِيرَيْنِ ذَكَرَيْنِ (ح)^(٣) مَقْبُولِي الشَّهَادَةِ لِلزَّوْجَيْنِ وَعَلَيْهِمَا، لَيْسَا بَعْدَوَيْنِ وَلَا أَبْنَيْنِ وَلَا أَبَوَيْنِ لَهُمَا، وَيَكْفِي حُضُورُ مَسْتُورِي الْعَدَالَةِ دُونَ مَسْتُورِي الرَّقِّ فَإِنْ بَانَ كَوْنُهُ فَاسِقًا عِنْدَ الْعَقْدِ، تَبَيَّنَ الطُّغْلَانُ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنَّمَا يَتَّبَعُ بِحُجَّةٍ، أَوْ تَذَكَّرَ أَنَّهُ فَاسِقٌ، لَا بِاعْتِرَافِ الْمَسْتُورِ، فَإِذَا عَرَفَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فَسَقَهُ عِنْدَ الْعَقْدِ، لَمْ يَنْعَقِدْ، فَإِنْ أَقَرَ الزَّوْجُ بِأَنَّهُ عَرَفَ فَسَقَهُ، وَأَنْكَرَتْ، بَانَ مِنْهُ، وَوَجَبَ شَطْرُ الْمَهْرِ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الْمَسِيسِ، وَتَوْبَةُ الْمُعْلِنِ عِنْدَ الْعَقْدِ تُلْحِقُهُ بِالْمَسْتُورِ؛ عَلَى رَأْيٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ عَلَى رِضَا الْمَرْأَةِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْعَاقِدُ)، وَهُوَ الْوَالِيُّ وَالزَّوْجُ؛ إِذَا لَا عِبَارَةَ (ح م) لَهَا فِي شِقِّي عَقْدِ النِّكَاحِ وَكَالَّةً، وَوِلَايَةً، وَأَسْتِقْلَالًا، مِنْ كُفَاءٍ وَغَيْرِ كُفَاءٍ، دَنِيئَةً كَانَتْ أَوْ شَرِيفَةً، وَإِقْرَارُ الْبَالِغَةِ مَقْبُولٌ (و م) فِي الْجَدِيدِ إِنْ أَضَافَتْ التَّرْوِيجَ إِلَى الْوَالِيِّ وَصَدَّقَهَا^(٤)، فَإِنْ لَمْ تُصِفْ إِلَيْهِ وَكَذَّبَهَا، فَبِهِ خِلَافٌ (و)، وَإِنْ كَانَ الْوَالِيُّ غَائِبًا، سَلَّمَتْ فِي الْحَالِ إِلَى الزَّوْجِ لِلزَّرُورَةِ، وَإِقْرَارُ الْوَالِيِّ الْمُجْبِرِ نَافِذٌ إِذَا أَقَرَ فِي حَالِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْإِجْبَارِ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ بِالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ بِلا وَالِيٍّ، وَلَا حَدٌّ لِلشُّبْهَةِ (و)، وَلَا يُنْقَضُ (و) قَضَاءُ الْحَنْفِيِّ بِصِحَّةِ هَذَا النِّكَاحِ.

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

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

تراجم وسيعود إلى التفصيل. [ت]

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

(٣) في أ: (م).

(٤) قال الرافعي: «وإقرار البالغة مقبول إن أضافت الترويح إلى الولي وصدقها» قضية اعتبار التصديق لقبول

الإقرار والمفهوم مما أجراه الأئمة أنه يكفي ألا يكذبها، فإن كذب ففيه الخلاف. [ت]

وَفِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْأَوْلِيَاءِ بَابَانِ: (البَابُ الْأَوَّلُ: فِي الْأَوْلِيَاءِ، وَفِيهِ فُصُولٌ ثَمَانِيَّةٌ):

(الفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي أَسْبَابِ الْوِلَايَةِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

(الْأَوَّلُ) الْأَبُوءُ (و م)، وَفِي مَعْنَاهَا الْجُدُودَةُ، وَتُفِيدُ وِلَايَةَ الْإِجْبَارِ عَلَى الْبِكْرِ، وَإِنْ كَانَتْ بِالْغَا (ح و)، لَا عَلَى النَّيِّبِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً (ح)، سَوَاءً ثَابِتٌ بِالزَّنَا (م ح و)، أَوْ بِوَطْءِ حَلَالٍ، وَلَا أَثَرَ (و) لِزَوَالِ الْجُلْدَةِ بِالسَّقَطَةِ (و)، وَلَوْ أَلْتَمَسَتْ الْبِكْرُ الْبَالِغَةَ التَّزْوِيجَ، وَجَبَتْ (و) الْإِجَابَةُ، وَإِنْ كَانَتْ مُجْبِرَةً، فَإِنْ عَضَلَ، زَوَّجَ السُّلْطَانُ، وَالْكَفُّ الَّذِي عَيَّنَتْ أَوْلَى مِمَّنْ عَيَّنَهُ الْوَلِيُّ؛ عَلَى وَجْهِ.

(الثَّانِي: الْمُصُوبَةُ)؛ كَالْأَخُوَّةِ وَالْعُمُومَةِ، وَلَا يُفِيدُ إِلَّا تَزْوِيجَ الْبَالِغَةِ (ح) الْعَاقِلَةِ بَرْضَاهَا الصَّرِيحِ، إِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا، وَبَسْكَوَتِهَا إِنْ كَانَتْ بَكْرًا، عَلَى رَأْيِ (ح).
(الثَّلَاثُ: الْمُعْتَقُ)، وَهُوَ كَالْعَصَبَاتِ.

(الرَّابِعُ السُّلْطَانُ)، وَإِنَّمَا يُزَوِّجُ الْبَالِغَةَ^(١) عِنْدَ عَدَمِ الْوَلِيِّ، أَوْ عَضْلِهِ، أَوْ غَيْبَتِهِ (ح)، أَوْ أَرَادَ الْوَلِيُّ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِنَفْسِهِ؛ كَأَبْنِ عَمٍّ، أَوْ مُعْتَقٍ، أَوْ قَاضٍ، وَلَيْسَ لِلْسُّلْطَانِ (ح) تَزْوِيجَ الصَّغِيرَةِ، وَلَا لِلْوَصِيِّ (م) وِلَايَةَ، وَإِنْ فُوضَ إِلَيْهِ^(٢) (ح).

الفَصْلُ الثَّانِي: فِي تَزْوِيجِ الْأَوْلِيَاءِ، وَالْأَصْلُ الْقَرَابَةُ، ثُمَّ الْوِلَاءُ، ثُمَّ السُّلْطَنَةُ، وَمِنْ الْأَقَارِبِ الْأَبُّ، ثُمَّ الْجَدُّ (م)، ثُمَّ الْأَخُّ، ثُمَّ ابْنُهُ، ثُمَّ الْعَمُّ، ثُمَّ ابْنَتُهُ؛ عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي عُصْبَةِ الْمِيرَاثِ، وَالْأَخُّ مِنَ الْأَبِّ وَالْأُمُّ لَا يُقَدِّمُ (ز ح م) عَلَى الْأَخِّ مِنَ الْأَبِّ فِي النِّكَاحِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ قَدَّمَ فِي الْمِيرَاثِ وَصَلَاةِ الْجَنَائِزِ وَالْوَصِيَّةِ لِلْأَقْرَبِ^(٣) وَالْأَبْنُ لَا يُزَوِّجُ (ح و) أُمَّهُ بِالْبُتُوَّةِ (ح و)، وَلَا تَمْنَعُهُ الْبُتُوَّةُ عَنِ التَّزْوِيجِ بِالْوِلَاءِ وَعَظِيمِهِ، وَأَمَّا الْمُعْتَقُ إِذَا مَاتَ، فَعَصَبَاتُهُ، ثُمَّ مُعْتَقُهُ، ثُمَّ عَصَبَاتُ مُعْتَقِهِ، وَتَزْوِيجُ عَصَبَاتِ الْمُعْتَقِ كَعَصَبَاتِ الْقَرَابَةِ، إِلَّا أَنَّ أَخَ الْمُعْتَقِ يُقَدِّمُ عَلَى جَدِّهِ؛ عَلَى رَأْيِ^(٤)، وَيُسَاوِيهِ؛ عَلَى رَأْيٍ، وَأَبْنُ الْأَخِّ أَيْضًا يُقَدِّمُ؛ فِي وَجْهِ، وَيُؤَخَّرُ؛ فِي وَجْهِ؛ لِإِعْدِهِ، وَأَبْنُ الْمُعْتَقِ مُقَدِّمٌ عَلَى أَبِيهِ؛ لِأَنَّهُ الْعَصْبَةُ، وَإِذَا أَعْتَقَتِ الْمَرْأَةُ، فَلَهَا الْوِلَاءُ، وَتَزْوِيجُ الْعَيْقَةِ إِلَى وَلِيِّ السَّيِّدَةِ (و)، وَلَا

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

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

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

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

يُتَقَرَّرُ إِلَى رِضَا السَّيِّدَةِ؛ عَلَى الْأَشْهَرِ، وَيَزَوِّجُهَا أَبُو السَّيِّدَةِ فِي حَيَاتِهَا، وَأَبْنُهَا (و) بَعْدَ وَقَاتِهَا،
وَالرِّقِيقَةُ نِصْفُهَا يُزَوِّجُهَا الْمَالِكُ مَعَ الْوَلِيِّ أَوْ مَعَ الْمُعْتَقِ، أَوْ مَعَ الْقَاضِي، فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٍ.

(أَلْفُضْلُ الثَّلَاثِ فِي سَوَالِبِ الْوِلَايَةِ) وَهُوَ أَرْبَعَةٌ:

(الْأَوَّلُ: الرُّقْ)؛ فَلَا وَِلَايَةَ لِرِقِيقٍ، وَلَهُ عِبَارَةٌ فِي الْقَبُولِ، وَفِي التَّزْوِيجِ بِالْوِكَالَةِ^(١) (و)؛ يَأْذِنُ
السَّيِّدُ وَغَيْرُ إِذْنِهِ^(٢) (و).

(الثَّانِي مَا يَسْلُبُ النَّظَرَ)؛ كَالصَّبَا، وَالْجُنُونِ، وَالْعَتَمَةِ، وَالسَّفَفَةِ، وَالسُّكْرِ، وَالْمَرَضِ الشَّدِيدِ
الْمُلْهِمِ يَنْقَلُ الْوِلَايَةُ إِلَى الْأَبْعَدِ، وَالْإِغْمَاءِ يَنْقَلُهَا بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَى السُّلْطَانِ^(٣)، وَالْجُنُونِ الْمُتَقَطِّعِ
يَنْقَلُ (و) إِلَى الْأَبْعَدِ^(٤)، وَالْعَمَى لَا يَفْدَحُ؛ عَلَى وَجْهِ.

(الثَّلَاثُ): الْفِسْقُ (ح) يَسْلُبُ الْوِلَايَةَ؛ عَلَى أَوْجُهٍ الْقَوْلَيْنِ^(٥)، وَالْكَفْرُ لَا يَسْلُبُهَا (و)، بَلْ
وَلِيُّ الْكَافِرَةِ كَافِرٌ، وَإِنَّمَا يَسْلُبُهَا اخْتِلَافُ الدِّينِ لِسُقُوطِ النَّظَرِ.

(الرَّابِعُ): الْإِحْرَامُ يَسْلُبُ (ح م) عِبَارَةَ الْعَقْدِ رَأْسًا، وَهَلْ يَمْنَعُ مِنَ الْإِنْعِقَادِ بِشَهَادَةٍ، وَمِنْ
الرَّجْعَةِ، وَيَعْدُ التَّحْلُلُ الْأَوَّلُ؟ فِيهِ خِلَافٌ^(٦)، وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَسْلُبُ^(٧)، بَلْ يُنْقَلُ إِلَى السُّلْطَانِ؛ كَالْعَيْبَةِ
(ح م) إِلَى مَسَافَةِ الْقَضْرِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ أَوْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى؛ عَلَى وَجْهِ؛ حَتَّى لَا يَنْعَزَلَ وَكَيْلُ الْمُحْرَمِ،
كَمَا لَا يَنْعَزَلَ وَكَيْلُ الْغَائِبِ، وَإِنْ كَانَ الْأَظْهَرُ أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَتَعَاطَى فِي حَالَةِ إِحْرَامِ الْمُوَكَّلِ بَلْ
بَعْدَهُ^(٨).

- (١) قال الرافعي: «وله عبارة في القبول وفي التزويج بالوكالة» وجهان المذكوران في باب الوكالة وبيننا هناك أن الأظهر عند عامة الأصحاب المنع. [ت]
- (٢) قال الرافعي: وفي التزويج بالوكالة ياذن السيد ودون إذنه» قد مر في الوكالة، ذكر وجهين في توكيل العبد عن غيره في قبول النكاح بغير إذن السيد، وقد بينا حال الوجهين في الفصل الخامس. [ت]
- (٣) قال الرافعي: «وللإغماء ينقلها بعد ثلاثة أيام إلى السلطان» هذا شيء اختاره من عنده، وقال الأصحاب: إن كان مما لا يدوم غالباً فينتظر إفاقته، وإن كان يدوم يومين وأكثر فلا تنقل الولاية إلى الأبعد على أظهر الوجهين: قال في التهذيب: ينتظر إفاقته. [ت]
- (٤) قال الرافعي: «والجنون المتقطع ينقل الولاية إلى الأبعد» هذا وجه، والظاهر أنه لا يزيل الولاية بل ينتظر حتى يفيق. [ت]
- (٥) قال الرافعي: «الفسق يسلب الولاية على أضعف القولين» هكذا يذكر أكثر المتأخرين، فظاهر مذهب الشافعي أنه يسلبها. [ت]
- (٦) قال الرافعي: «وهل يمنع من الانعقاد بشهادة ومن الرجعة، وبعد التحلل الأول؟ فيه خلاف» ذكر في الحج قولين في النكاح بين التحليل وفيه كفاية. [ت]
- (٧) قال الرافعي: «الإحرام يسلب عبارة العقد رأساً إلى أن قال: وقيل إنه لا يسلب إلى آخره» النظم يشعر بترجيح الأول، والأرجح عند المعظم الثاني. [ت]
- (٨) قال الرافعي: «وإن كان الأظهر أنه لا يتعاطى في حالة إحرام الموكل، بل بعده» فيه إثبات خلاف في المسألة، ولم أجد حكاية خلاف فيه في غير هذا الكتاب. [ت]

(الفصل الرابع: في تولّي طرفي العقد)، والأب يتولّى (ح) طرفي العقد في مال طفله، ولا يتولّى الجدّ (ح م) طرفي النكاح على حفيديه؛ على أحد الوجهين للتعبّد، والقاضي والمعتق وأبْن العمّ ليس لهم (ح م و) تولّي طرفي النكاح^(١)، ولا يكفّهم التوكيل، بل يزوّج منهم الحاكم والإمام الأعظم يتولّى الطرفين؛ على وجه، والتوكيل من الجانبين لا يتولّى طرفي البيع والنكاح^(٢) (ح).

(الفصل الخامس: في التوكيل)، وللمجبر^(٣) أن يوكل، وعليه تعيين الزوج؛ في قول^(٤)، وإذا أذنت لغير المجبر من غير تعيين زوج، جاز؛ في أقوى القولين^(٥)، وإذا قالت: زوّجني ممّن شئت، لم يزوّج إلا من كُفّ، وإذا منعت غير المجبر من التوكيل، لم يوكل، وإن أطلقت الإذن، كان له التوكيل في أحد الوجهين^(٦) وليقل الولي للوكيل بالقبول: زوّجت من فلان، ولا يقول: زوّجت منك ويقول الوكيل قبلت لفلان، فلن قال قبلت لم يكف في أحد الوجهين، ولو قبل نكاحاً، وتوى موكله، لم يقع للموكل؛ بخلاف البيع.

(الفصل السادس: فيما يجب على الولي)، ويجب (و) على الأخ الإجابة، إذا طلبت النكاح، إن كان متعيّناً، فإن كان له أخ آخر، لم يجب؛ في وجه، وإن عصلوا، زوّج السلطان، وعلى المجبر تزويج المجنونة، إذا تاقّت، ولا يجوز تزويج من الصغير، ولا تزويج الصغيرة قبل البلوغ^(٧)، ويجب حفظ مال الطفل، واستنماؤه قدرأ لا يأكله الثففة، فإن تبرّم الولي به، فله أن يستأجر من يعمل، وله أن يأخذ (و) أجره بقدرها القاضي له^(٨)، ويجب عليه البيع، إذا طلب متاعه بزيادة، وكذلك الشراء إذا بيع رخيصاً، إذا لم يشتّر لنفسه، وإذا قبل النكاح لابنه، لم يصير ضامناً للمهر في الجديد، وإذا تبرّع أجنبي بحفظ مال الطفل، لم يكن للأب (و) أخذ الأجر؛ وللأم أجره

(١) قال الرافعي: «القاضي وابن العم والمعتق ليس لهم تولي طرف النكاح» صورة ابن العم مذكورة في

الوكالة مع حكاية خلاف فيه حيث قال أجازة ابن سريج في تولي ابن العم طرفي النكاح. [ت]

(٢) قال الرافعي: «الوكيل من الجانبين لا يتولى طرفي البيع والنكاح» قد سبق هذا في «النكاح» مع حكاية

الخلاف فيه. [ت]

(٣) في أ: المولى المجبر.

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

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

(٦) قال الرافعي: «فإن أطلقت الإذن كان له التوكيل في أحد الوجهين» قد ذكر في «الوكالة» حيث قال: وفي

توكيل الولي الذي لا يجبر تردد. [ت]

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

[ت]

(٨) قال الرافعي: «وله أن يأخذ أجره بقدرها القاضي له» هذا احتمال ذكره الإمام، والذي يوافق كلام

الأكثرين، وذكر الإمام أنه الأظهر أنه إذا طلب من القاضي أن يثبت له أجره على عمله لا يجيبه إليه، إلا

إذا كان فقيراً ينقطع عن كسبه فله أن يأكل منه بالمعروف. [ت]

الإرضاع، وَإِنْ وَجَدْنَا (و) أَجْنَبِيَّةً مُتَبَوِّعَةً^(١).

(الفصل السابع: في الكفَاءة) وَهِيَ مَزْعِيَّةٌ فِي خَمْسِ خِصَالٍ (ح م و): النَّقَاءُ (ح) مِنَ الْعُيُوبِ الَّتِي تُثَبِّتُ الْخِيَارَ، وَالْحُرِّيَّةُ وَالنَّسَبُ إِلَى شَجَرَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَإِلَى الْعُلَمَاءِ، وَالصَّلْحَاءِ الْمَشْهُورِينَ دُونَ الْخَامِلِينَ^(٢)، وَالصَّلَاحُ فِي نَفْسِ النَّكَاحِ، دُونَ الْأَشْتِهَارِ، وَالنَّقْيِ (ح) مِنَ الْحَرْفِ الدَّيْنِيَّةِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى خِسَّةِ النَّفْسِ، وَالْيَسَارُ (ح) لَا يُعْتَبَرُ فِي أَشْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْجَمَالُ لَا يُعْتَبَرُ أَضْلاً، وَلَا يُجَبَّرُ فَضِيلَةً نَسَبِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِفَضِيلَةِ أُخْرَى، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ فَقَدْ تَقْضَى الْعَادَةُ بِجَبْرِ نَقِيصَةِ بِفَضِيلَةِ^(٣)؛ بِحَيْثُ يَنْتَهِي الْعَارُ، وَالْكَفَاءَةُ حَقُّهَا وَحَقُّ الْأَوْلِيَاءِ، فَإِنْ رَضُوا بِتَزْكَهَا، جَازَ (ح)، فَيَحِلُّ لِغَيْرِ الْعَلَوِيِّ نِكَاحَ الْعَلَوِيَّةِ، وَإِنْ رَضِيَ الْأَوْلِيَاءُ، فَلَمَزَمَةُ الْإِبَاءِ، وَإِنْ رَضِيَتِ الْمَرْأَةُ وَوَلِيِّ وَاحِدٍ، فَلِلْبَاقِينَ فَسُخَ النَّكَاحِ (ح)؛ فِي قَوْلٍ. وَلَا يَنْعَقِدُ النَّكَاحُ أَضْلاً (ح)؛ فِي قَوْلٍ، وَلَا يَصِحُّ تَزْوِيجُ الْأَبِ الصَّغِيرَةَ مِنْ غَيْرِ كُفَاءٍ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يَصِحُّ وَلَهَا الْخِيَارُ، إِذَا بَلَغَتْ [ح و]^(٤)، وَيَجُوزُ أَنْ يُزَوَّجَ مِنَ الصَّغِيرِ غَيْرِ كُفَاءٍ.

(الفصل الثامن: في تَزَاخُمِ الْأَوْلِيَاءِ)، فَإِذَا اجْتَمَعَ إِخْوَةٌ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالتَّزْوِيجِ مِنْ كُفَاءٍ بَرِّهَا، لَكِنَّ الْأَوْلَى التَّقْوِيصُ إِلَى الْأَسْنِ وَالْأَفْضَلُ، وَإِنْ تَرَاخَمُوا، أَفْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَإِنْ بَادَرَ مَنْ لَمْ تَخْرُجْ قُرْعَتُهُ، أَنْعَقَدَ، وَإِنْ بَادَرَ اثْنَانِ، وَعَقَدَا مَعَ شَخْصَيْنِ، فَالصَّحِيحُ السَّابِقُ، وَإِنْ أُمَكَّنَ وَقَوْعُهُمَا مَعًا، أَنْدَفَعَا، فَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ، وَنَسِينَا السَّابِقَ، بَقِيَ النَّكَاحُ (و) مَوْقُوفاً أَبَدًا، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفِ السَّابِقُ مِنْهُمَا أَضْلاً، يُفْسَخُ النَّكَاحُ؛ لِلتَّعَدُّرِ؛ فِي قَوْلٍ، وَيَتَوَقَّفُ فِي قَوْلٍ، وَالْقَاضِي يُنْشِئُ الْفُسْخَ، وَقِيلَ: لِلْمَرْأَةِ ذَلِكَ، وَقِيلَ: لِلزَّوْجَيْنِ أَيْضاً ذَلِكَ، وَعَلَيْهِمَا التَّقْفَةُ (و) قَبْلَ الْفُسْخِ؛ لِلْحَبْسِ، وَلَا

(١) قال الرافعي: «وللام أجره الإرضاع، وإن وجدنا متبرعة أجنبية» المسألة معادة في «النفقات» وفيها خلاف ذكره هناك، والمذكور هناك مغني عما ذكره ها هنا. [ت]

وقال الرافعي أيضاً: «وللام أجره الإرضاع وإن وجدنا أجنبية متبرعة» هذا قول والأظهر خلافه، والمسألة منقولة في النفقات. [ت]

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

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

(٤) سقط من أ.

مَهْرٍ؛ لِعَدَمِ الْيَقِينِ، فَإِنْ أَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ عَلَيْهَا الْعِلْمَ بِالسَّبْقِ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَخْلِفَ، فَإِنْ حَلَفَتْ، بَقِيَ
 التَّدَاعِي بَيْنَهُمَا، فَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ، ثَبَتَ النِّكَاحُ لَهُ، وَإِنْ أَقْرَتَ لِوَاحِدٍ، فَلِلثَّانِي أَنْ
 يُحْلِفَهَا؛ عَلَى أَصْحَ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ أَقْرَتَ لِلثَّانِي، لَعَرِمَتْ لَهُ (و)، وَإِنْ نَكَحَتْ، اسْتَحَقَّ الثَّانِي
 بِالْيَمِينِ الْمَزْدُودَةِ الْعُزْمَ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الرُّوْحِيَّةَ؛ وَكَأَنَّ إِقْرَارَهَا لِلأَوَّلِ أَوْجَبَ الْحَقَّ بِشَرْطِ أَنْ
 تَخْلِفَ لِلثَّانِي، وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ وَاحِدٌ الْعِلْمَ عَلَيْهَا، لَكِنْ أَدْعَى عَلَيْهَا زَوْجِيَّةً مُطْلَقَةً، فَفِي سَمَاعٍ مِثْلِ هَذِهِ
 الدَّعْوَى وَجْهَانِ، وَلَوْ أَدْعَى عَلَى الْوَلِيِّ، فَفِي سَمَاعِ الدَّعْوَى عَلَى الْوَلِيِّ وَتَخْلِيفِهِ وَجْهَانِ؛ عَلَى
 الإِطْلَاقِ.

البَابُ الثَّانِي: فِي الْمَوْلِيِّ عَلَيْهِ

وَلَا يُؤَلَّى فِي النِّكَاحِ إِلاَّ عَلَى نَاقِصٍ بَصِيرٍ أَوْ جُنُونٍ أَوْ سَفَهٍ أَوْ رِقٍّ أَوْ أُنُوثَةٍ، وَقَدْ سَبَقَ حُكْمُ
 الأُنُوثَةِ وَالصَّفَرِ.

(أَمَّا الْمَجْنُونُ الْكَبِيرُ)، فَلِلأَبِ التَّرْوِيجُ مِنْهُ عِنْدَ ظُهُورِ الْحَاجَةِ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى وَاحِدَةٍ، وَإِنْ كَانَ
 لَهُ أَنْ يَزُوجَ مِنَ الصَّغِيرِ الْعَاقِلِ أَوْجَباً (و)، وَلَا يَزُوجُ مِنَ الْمَجْنُونِ الصَّغِيرِ فِي وَجْهِ.

وَأَمَّا الْمَجْنُونَةُ، فَيَزُوجُهَا بِمَجْرَدِ الْمَضْلَحَةِ، صَغِيرَةً كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةً، بِكُرّاً كَانَتْ أَوْ ثِيْباً، وَفِي
 الثَّيِّبِ الصَّغِيرَةِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَزُوجُهَا، وَإِذَا بَلَغَتْ عَاقِلَةً، ثُمَّ جُنَّتْ، عَادَتِ الْوِلَايَةُ لِلأَبِ، فِي
 الأَصْحَ^(١) (و)، وَالثَّيِّمَةُ الْبَالِغَةُ الْمَجْنُونَةُ يَزُوجُهَا (و) السُّلْطَانُ عِنْدَ ظُهُورِ الْحَاجَةِ، وَيُشَاوِرُ أَقَارِبَهَا،
 وَالمُشَاوَرَةَ وَاجِبَةٌ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: يَزُوجُ بِمَجْرَدِ الْمَضْلَحَةِ دُونَ الْحَاجَةِ.

(وَأَمَّا السَّفِيهَ)، فَلَا يُجْبَرُ، لِأَنَّهُ بِالْعِ، وَلَا يَسْتَقِيلُ؛ لِأَنَّهُ سَفِيهٌ، لَكِنْ يَتَزَوَّجُ (و) بِإِذْنِ الْوَلِيِّ بَعْدَ
 تَعْيِينِ الْوَلِيِّ الْمَرْأَةِ، ثُمَّ يَتَّقَدُّ بِمَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ قَدَّرَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ، وَزَادَ السَّفِيهَ سَقَطَتِ الزِّيَادَةُ، وَصَحَّ
 الْعَقْدُ (و) وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنِ الْمَرْأَةَ، صَحَّ الإِذْنُ، فِي وَجْهِ، ثُمَّ عَلَيْهِ أَنْ يَنْكَحَ بِمَهْرِ المِثْلِ بِشَرْطِ (و) أَلَّا
 يَنْكَحَ، عَلَى خِلَافِ الْمَضْلَحَةِ، شَرِيفَةً يَسْتَعْرِقُ مَهْرُ مِثْلِهَا مَالَهُ، وَإِنْ نَكَحَ بِغَيْرِ إِذْنِ، فَسَدَّ، وَلَمْ يَجِبْ
 الْمَهْرُ بَوَاطِنِهِ؛ كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئاً وَأَثْلَفَ.

وَقِيلَ: يَجِبُ تَعْبُدًا.

وَقِيلَ: يَجِبُ أَقْلٌ مَا يُتَمَوَّلُ.

فَإِذَا أَلْتَمَسَ النِّكَاحَ، فَأَبَى الْوَلِيُّ، إِذْنِ السُّلْطَانِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ، صَحَّ اسْتِفْلَالُهُ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَهُ

(١) قال الرافعي: «وإذا بلغت عاقلة، ثم جنت عادت الولاية للأب في الأصح» ذكره مرة في الحجر حيث قال: وكذا في الجنون الطارئ بعد البلوغ. [ت]

أَنْ يُطَلَّقَ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحَجْرِ طَلًا^(١) وَأَمَّا الرُّقُ فَلِلسَّيِّدِ إِجْبَارُ الْأُمَةِ، وَلَيْسَ لَهُ (م ح) إِجْبَارُ الْعَبْدِ؛ فِي قَوْلٍ، وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا، فَإِذَا طَلَبَ الرَّقِيقُ النِّكَاحَ؛ لَمْ يُجِبِ الْإِجَابَةَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(٢) (و)، وَالصَّحِيحُ أَنَّ سَبَبَ هَذَا التَّصَرُّفِ الْمَلِكُ؛ حَتَّى يَزُوجَ الْفَاسِقَ أُمَّتَهُ، وَيَزُوجَ الْمُسْلِمَ أُمَّتَهُ الْكَافِرَةَ، وَلِلوَلِيِّ تَزْوِيجَ رَقِيقِ الطُّفْلِ بِالْمَضْلَحَةِ؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَأُمَّةُ الْمَرْأَةِ يَزُوجُهَا وَلِئِذَا بَرَّضَهَا.
وَقِيلَ: السُّلْطَانُ يَزُوجُهَا.

وَلَا يَكْفِي سُكُوتُ الْبِكْرِ فِي حَقِّ أُمَّتِهَا، وَالْمُعْتَقَةُ فِي الْمَرَضِ يَزُوجُهَا قَرِيبُهَا.
وَقِيلَ: لَا تَزُوجُ لِإِمْكَانِ عَوْدِهَا رَقِيقَةً بِالْمَوْتِ.

(الْقِسْمُ الثَّلَاثُ) مِنَ الْكِتَابِ فِي الْمَوَانِعِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ أَجْنَاسٍ.
(الْأَوَّلُ): الْمَحْرَمِيَّةُ بِقَرَابَةِ أَوْ رِضَاعٍ أَوْ صِهْرِ:
(أَمَّا الْقَرَابَةُ)، فَيَحْرُمُ مِنْهَا سَبْعَةٌ:

الْأُمَّهَاتُ، وَالْبَنَاتُ، وَالْأَخَوَاتُ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ، وَالْأَخَوَاتُ، وَالْعَمَّاتُ، وَالْخَالَاتُ، وَلَا يَحْرُمُ
أَوْلَادُ الْأَعْمَامِ وَالْأَخْوَالِ، وَأُمَّكَ كُلُّ أَنْثَى يَنْتَهِي إِلَيْهَا نَسَبُكَ بِالْوِلَادَةِ، وَلَوْ بَوَسَائِطٍ، وَبَنُوكَ مَنْ يَنْتَهِي
إِلَيْكَ نَسَبُهُمْ، وَلَوْ بَوَسَائِطٍ، وَالضَّائِبُ: أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَصُولُهُ وَفُصُولُهُ، وَفُصُولُ أَوْلَادِ أَصُولِهِ،
وَأَوْلَادُ فَضْلٍ مِنْ كُلِّ أَضْلٍ، وَإِنْ عَلَا (ح و)، وَلَا يَحْرُمُ الْوَالِدُ (ح^(٣)) مِنَ الرَّنَا إِلَّا عَلَى الْأُمِّ، وَفِي
الْمَنْفِيِّ بِاللِّعَانِ وَجْهَانِ، وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ، وَكُلُّ أَمْرَأَةٍ أَرْضَعْتِكَ، أَوْ أَرْضَعْتَ
مَنْ أَرْضَعْتِكَ، أَوْ أَرْضَعْتَ مَنْ يَزِجُ نَسَبُكَ إِلَيْهِ، فَهِيَ أُمَّكَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ أَمْرَأَةٍ يَزِجُ نَسَبُ الْمُرْضِعَةِ
إِلَيْهَا، وَأَخْتُ الْمُرْضِعَةِ خَالَتُكَ، وَأَخُوهَا خَالُكَ، وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ أَحْكَامِ النَّسَبِ، وَلَوْ اخْتَلَطَتْ
أَخْتُ رِضَاعٍ بِأَهْلِ قَرْبَةٍ، جَازَ أَنْ يَنْكِحَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ، وَإِنْ كُنَّ مَخْضُورَاتِ الْعَدَدِ فِي الْعَادَةِ، لَمْ يَجُزْ
نِكَاحُ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ.

(وَأَمَّا الْمُصَاهَرَةُ)، فَيَحْرُمُ مِنْهَا بِمَجْرَدِ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ أُمَّهَاتُ الزَّوْجَةِ مِنَ الرِّضَاعِ وَالنَّسَبِ،
وَزَوْجَةُ الْآبِنِ وَالْحَفْدَةِ، وَزَوْجَةُ الْآبِ وَالْجَدِّ، وَيَحْرُمُ بَنَاتُ الزَّوْجَةِ بِالْوَطْءِ، لَا بِمَجْرَدِ النِّكَاحِ،
وَالْوَطْءُ بِالشَّبَهَةِ يَحْرُمُ الْأَزْوَاجَ دُونَ الرَّنَا (ح)، وَيَكْفِي الْأَشْتِيَاءَ عَلَى الزَّوْجِ؛ فِي وَجْهِ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ
وَالْعِدَّةُ بِالْأَشْتِيَاءِ عَلَيْهِ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ بِالْأَشْتِيَاءِ عَلَيْهَا، وَلَا يَكُونُ اللَّمْسُ كَالْوَطْءِ فِي الْمُصَاهَرَةِ؛ عَلَى
أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.

(الثَّانِي): مَا لَا يُوجِبُ حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً، وَيَتَعَلَّقُ بِعَدَدٍ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ:

- (١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَلَهُ أَنْ يُطَلَّقَ بِكُلِّ حَالٍ، فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحَجْرِ طَلًا» حَجْرُ الْوَلِيِّ كَالطَّلَاقِ مَذْكَورِ فِي
الْحَجِّ حَيْثُ قَالَ: لَا حَجَّ عَلَيْهِ مِمَّا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ. [ت]
- (٢) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَإِذَا طَلَبَ الرَّقِيقُ النِّكَاحَ لَمْ تَجِبِ الْإِجَابَةُ عَلَى الْأَصَحِّ» مِنَ الْقَوْلَيْنِ، وَقِيلَ الْوَجْهَيْنِ. [ت]
- (٣) فِي أ: (و)

(الأول): نِكَاحُ الْأُخْتِ عَلَى الْأُخْتِ لَا يَجُوزُ مَا لَمْ يُطَلَّقِ الْأُولَى طَلَاقًا بَاطِنًا، وَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، وَلَا بَيْنَ أُمَّرَاتَيْنِ بَيْنَهُمَا قَرَابَةً أَوْ رِضَاعًا، لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا حُرَّمِ النِّكَاحِ بَيْنَهُمَا.

وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكَحَ الْمَرْأَةَ، وَأُمُّ زَوْجِهَا، أَوْ بِنْتُ زَوْجِهَا؛ وَإِنْ كَانَ لَا يَصِحُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا؛ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا.

وَلَوْ اشْتَرَى أُخْتَيْنِ، فَوَطِئَ إِحْدَاهُمَا، حُرِّمَتِ الْأُخْرَى؛ حَتَّى يُحْرِمَ الْمُوطِئُ عَلَى نَفْسِهِ؛ يَبِيعُ، أَوْ تَزْوِجَ (ح)، أَوْ عَتَقَ، أَوْ كَتَابَةَ (ح).

وَلَا يَكْفِي طَرِيَانُ تَحْرِيمِ الْحَيْضِ، وَالْعِدَّةِ، وَالْإِحْرَامِ.

وَهَلْ يَكْفِي الرَّهْنُ وَالْبَيْعُ؛ بِشَرْطِ الْخِيَارِ؟ فِيهِ خِلَافٌ.

وَلَوْ وَطِئَ أُمَّةً، وَنَكَحَ أُخْتَهَا، صَحَّ النِّكَاحُ، وَحُرِّمَتِ الْمُوطِئُ، وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الزَّيَادَةُ عَلَى أَرْبَعِ نِسْوَةٍ.

وَتَحِلُّ الْحَامِسَةُ بِطَلَاقِ بَاطِنٍ لِوَاحِدَةٍ مِنَ الْأَرْبَعِ، دُونَ الرُّجْعَى.

وَالْعَبْدُ لَا يَزِيدُ (م) عَلَى اثْنَتَيْنِ.

وَلَوْ نَكَحَ الْحُرُّ حَمْسًا فِي عَقْدَةٍ، وَفِيهِنَّ أُخْتَانِ. بَطَلَ فِيهِمَا، وَفِي الْبَوَاقِي قَوْلًا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

وَالْمُطَلَّقةُ ثَلَاثًا لَا تَحِلُّ، حَتَّى يَطَّأَهَا زَوْجٌ آخَرُ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَلَا يَكْفِي وَطْءُ الشُّبْهَةِ، وَيَكْفِي إِبْلَاجُ الْحَشْفَةِ، أَوْ مِقْدَارِهَا (و) مِنْ مَقْطُوعِ الْحَشْفَةِ، وَيَكْفِي وَطْءُ الصَّبِيِّ وَالْعَيْنِ، وَلَا يُشْتَرَطُ انْتِشَارُ الْآلَةِ^(١)، وَلَوْ زَوَّجَهَا الزَّوْجُ مِنْ عَبْدِهِ الصَّغِيرِ، فَاسْتَدَخَلَتْ أَلْتَهُ، ثُمَّ بَاعَ مِنْهَا؛ لِيَنْفَسَخَ النِّكَاحُ، جَازَ فِي قَوْلِ جَوَازِ إِجْبَارِ الْعَبْدِ عَلَى النِّكَاحِ، وَحَصَلَ بِهِ دَفْعُ الْغَيْبَةِ، وَلَوْ نَكَحَتْ بِشَرْطِ الطَّلَاقِ، فَسَدَّ الْعَقْدُ؛ فِي وَجْهِ^(٢)، وَلَمْ يَحْضَلِ التَّخْلِيلُ (و)، وَهَلْ يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِشَرْطِ عَدَمِ الْوَطْءِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَيَفْسُدُ، إِذَا تَزَوَّجَ بِشَرْطِ أَلَا يَجِلُّ، وَلَيْسَ الشَّرْطُ السَّابِقُ عَلَى الْعَقْدِ كَالْمُقَارِنِ فِي الْإِفْسَادِ.

(الجنس الثالث) مِنَ الْمَوَانِعِ: الْمَلِكُ وَالرَّوْقُ؛ فَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْكَحَ أُمَّتَهُ، وَلَوْ مَلَكَ مِنْكُوحَتَهُ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلَا لِلْحُرَّةِ أَنْ تَنْكَحَ عَبْدَهَا، وَلَوْ تَمَلَّكَتْ زَوْجَهَا، انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلَا يَنْكَحُ الْحُرُّ الْمُسْلِمُ مَمْلُوكَةَ الْغَيْرِ إِلَّا بِأَرْبَعِ شَرَائِطٍ: فَقَدْ حُرَّةٌ تَحْتَهُ، وَقَدْ طَوَّلَ الْحُرَّةُ (ح)، وَخَوْفُ الْعَنْتِ (ح)، وَكَوْنُ الْأُمَّةِ مُسْلِمَةً [ح]^(٣)، فَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ رَثْقَاءُ، أَوْ هَرِمَةٌ، أَوْ حُرَّةٌ كِتَابِيَّةٌ، أَوْ غَائِبَةٌ، لَمْ يَنْكَحِ (و) الْأُمَّةَ مَا لَمْ يُطَلِّقْهَا، وَلَوْ قَدَّرَ عَلَى نِكَاحِ حُرَّةٍ رَثْقَاءَ، أَوْ غَائِبَةٍ غَيْبَةً بَعِيدَةً، نَكَحَ الْأُمَّةَ

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

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

(٣) سقط من أ.

(و)، وَكَذَلِكَ لَوْ قَدَرَ عَلَى حُرَّةٍ كِتَابِيَّةٍ؛ فِي وَجْهِ، فَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً، فَعَالَتُهُ فِي الْمَهْرِ بِمِقْدَارٍ يُعَدُّ قَبُولَهُ إِسْرَافًا، نَكَحَ الْأُمَّةَ (و)، وَلِلْمُفْلِسِ (و) نِكَاحُ الْأُمَّةِ، وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً تَرْضَى بِمَهْرٍ مُؤَجَّلٍ، فَإِنْ قَبِلَتْ بِدُونِ مَهْرِ الْمِثْلِ، لَمْ يَنْكِحِ الْأُمَّةَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ؛ إِذِ الْمِنَّةُ فِيهِ هَيْئَةٌ، وَأَمَّا خَوْفُ الْعَنْتِ، فَإِنَّمَا يَتِمُّ لِغَلَبَةِ الشَّهْوَةِ، وَضَعْفِ التَّقْوَى، فَإِنْ قَوِيَتِ التَّقْوَى وَأَمِنَ عَلَى نَفْسِهِ، لَمْ يَنْكِحِ (و)، وَالْقَادِرُ عَلَى سُرِّيَّةٍ لَا يَخَافُ الْعَنْتَ، فَلَا يَتَرَخَّصُ؛ عَلَى وَجْهِ، فَإِذَا تَرَخَّصَ، فَلَا يَنْكِحُ إِلَّا مُسْلِمَةً (ح)، أَمَّا الْكِتَابِيَّةُ، فَلَا تَحِلُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ أُمَّةً مُسْلِمَةً لِكَافِرٍ؛ عَلَى الْأَصَحِّ وَالْحُرُّ الْكِتَابِيُّ يَنْكِحُ الْأُمَّةَ الْكِتَابِيَّةَ، وَالْعَبْدُ الْمُسْلِمُ لَا يَنْكِحُهَا، فَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ، وَلَوْ نَكَحَ أُمَّةً، ثُمَّ قَدَرَ عَلَى الْحُرَّةِ، وَنَكَحَهَا، لَمْ يَنْفَسِخِ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، بَلْ لَا يَزْعَى الشَّرْطُ، إِلَّا فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَلَوْ جَمَعَ الْقَادِرُ حُرَّةً وَأُمَّةً فِي عَقْدٍ، بَطَلَ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، وَفِي الْحُرَّةِ قَوْلَانِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

(الْجِنْسُ الرَّابِعُ): الْكُفْرُ، وَهُمْ ثَلَاثَةٌ أَصْنَافٍ:

(الْكِتَابِيُّ)، وَتَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ، وَيَقْرُونَ بِالْجِزْيَةِ، وَالْوَتْنِيُّ وَالْمُعْطَلُ وَالزُّنْدِيقُ لَا تَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ، وَلَا يَقْرُونَ بِالْجِزْيَةِ، وَالْمَجُوسُ لَا تَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ (و)، لَكِنْ يَقْرُونَ بِالْجِزْيَةِ، لَكِنْ إِنَّمَا يَجُوزُ نِكَاحُ كِتَابِيَّةٍ هِيَ مِنْ أَوْلَادِ بَنِي إِسْرَائِيلَ، وَأَمِنْ أَوْلَادِهَا قَبْلَ التَّحْرِيفِ، فَإِنْ قَدِمَ النَّسَبُ، فَفِيهَا قَوْلَانِ، وَلَوْ آمَنَ آبَاؤُهَا بَعْدَ التَّحْرِيفِ، أَوْ شُكَّ فِيهِ، فَفِيهَا قَوْلَانِ^(١)، وَإِنْ آمَنَ بَعْدَ الْمَبْعَثِ، أَوْ شُكَّ فِيهِ، لَمْ تُنْكَحْ، وَالتَّهَوُّدُ بَعْدَ بَعْثِ عِيسَى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَهُوَ بَعْدَ مَبْعَثِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ عَلَى وَجْهِ، وَالصَّابِئُونَ وَالسَّامِرَةُ، إِنْ كَانُوا مُلْحَدَةً عِنْدَ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى، لَمْ يَنْكَحُوا، وَإِنْ كَانُوا مُبْتَدِعَةً، حَلَّ نِكَاحُهُمْ.

وقيل قولان مطلقاً.

(فَرَعٌ): لَوْ تَنَصَّرَ يَهُودِيٌّ، يُقْرُ؛ فِي قَوْلٍ.

وَلَا يُرْضَى مِنْهُ إِلَّا بِالسَّيْفِ (ح) أَوْ الْإِسْلَامِ؛ فِي قَوْلٍ.

وَيُرْضَى بِالْإِسْلَامِ أَوْ الْعَوْدِ إِلَى التَّهَوُّدِ؛ فِي قَوْلٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: لَا يُقْرُ، فَهَلْ يُلْحَقُ بِأَمْنِهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٢).

وَكَذَلِكَ لَوْ تَوَتَّنَ يَهُودِيٌّ، تَجْرِي الْأَقْوَالُ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقْرُ عَلَى التَّوَتُّنِ بِحَالٍ، وَيُفْتَعُ مِنْهُ بِالتَّنَصُّرِ؛ عَلَى قَوْلٍ. وَلَوْ تَنَصَّرَ وَتَيْبِيٌّ، فَلَا يُفْتَعُ مِنْهُ إِلَّا بِالْإِسْلَامِ، وَلَوْ أَرْتَدَّ مُسْلِمٌ، فَلَا يُفْتَعُ مِنْهُ إِلَّا بِالْإِسْلَامِ أَوْ السَّيْفِ، وَتَتَنَجَّرُ الْفُرْقَةُ بِهَا قَبْلَ الْمَسِيحِ [ح]^(٣)، وَيَتَوَقَّفُ بَعْدَ الْمَسِيحِ إِلَى أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَهَا، دَامَ النِّكَاحُ، وَإِلَّا فَتَبَيَّنَ الْفُرْقَةُ مِنْ وَقْتِ الرُّدَّةِ، وَلَوْ تَوَلَّدَ بَيْنَ مَجُوسِيٍّ وَيَهُودِيٍّ وَوَلَدٌ، لَمْ

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

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

(٣) سقط من أ.

يَنْكِحَ فِي قَوْلٍ؛ لِعَلَّابَةِ التَّحْرِيمِ، وَتُنْظَرُ إِلَى جَانِبِ الْأَبِ فِي قَوْلٍ.

وَيَتَّصِلُ بِهِذَا:

بَابُ نِكَاحِ الْمُشْرَكَاتِ، وَفِيهِ فُصُولٌ

(الأوّلُ فيما يُقرُّ عليه الكافرُ من الأُنكحةِ)، ومَهْمَا أَسْلَمَ كَافِرٌ عَلَى كِتَابِيَّةٍ، قُرِّرَ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى وَثِيَّةٍ أَوْ مَجُوسِيَّةٍ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ مَعَهُ قَبْلَ الْمَسِيحِ، أَسْتَمَرَ النِّكَاحُ، وَكَذَلِكَ (م ح)، إِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَ الْمَسِيحِ، وَقَبْلَ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ؛ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ لَوْ كَانَتْ هِيَ السَّابِقَةَ إِلَى الْإِسْلَامِ، وَإِذَا أَسْلَمَا، لَمْ يَبْحَثْ عَنْ شَرْطِ نِكَاحِهِمَا، بَلْ نَقَرُهُمَا عَلَى النِّكَاحِ بِلَا وِلْيٍّ وَلَا شُهُودٍ، وَفِي الْعِدَّةِ إِلَّا إِذَا أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا (و) قَبْلَ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ؛ فَإِنَّ الْمُفْسِدَ قَدْ قَارَنَ الْإِسْلَامَ فَيَنْدَفِعُ النِّكَاحُ؛ كَمَا لَوْ أَسْلَمَ، وَتَحْتَهُ أَثْمُهُ أَوْ ابْنَتُهُ، وَنَقَرُّهُمْ عَلَى النِّكَاحِ الْمُؤْتَمَتِ، إِنْ أَعْتَقَدُوهُ مُؤَبَّدًا، وَإِنْ أَعْتَقَدُوهُ مُؤَقَّتًا أَوْ فَاسِدًا، لَمْ نَقَرَّهُمْ، وَلَا نَقَرُّهُمْ عَلَى مَا هُوَ فَاسِدٌ عِنْدَهُمْ إِلَّا إِذَا كَانَ صَاحِبًا عِنْدَنَا، وَلَوْ أَعْتَقَدُوا غَضَبَ الْمَرْأَةِ نِكَاحًا، قَرَّرْنَاهُمْ عَلَيْهِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَكَأَنَّهُمْ إِذَا أَسْلَمُوا لَا يُؤَاخَذُونَ بِشَرْطِ الْإِسْلَامِ رُخْصَةً لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِفَيْرُوزِ الدِّيلَمِيِّ^(١) ^(٢)، وَقَدْ أَسْلَمَ عَلَى أُخْتَيْنِ: اخْتَرَ إِحْدَاهُمَا؛ فَإِنَّهُ

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

(٢) قال الرافعي: «لقوله - صلى الله عليه وسلم - لفَيْرُوزِ الدِّيلَمِيِّ روى الشافعي عن ابن أبي يحيى عن إسحاق بن عبدالله عن أبي وهب الجيشاني عن أبي خراش عن الديلمى، قال: أسلمت وتختي أختان، فأمرني أن أمسك أَيْتَهُمَا شِئْتِ، وَأَفَارِقَ الْأُخْرَى».

وروى أبو عيسى الترمذي عن بNDAR عن وهب بن جرير عن أبيه، عن يحيى بن أيوب، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي وهب الجيشاني عن الضحاك بن فيروز الديلمى عن أبيه أنه قال: قلت: يا رسول الله أسلمت وتختي أختان، قال: «اختر أَيْتَهُمَا شِئْتِ» وروى يحيى بن يحيى عن ابن أبي ربيعة عن أبي وهب الجيشاني عن الضحاك بن فيروز عن أبيه بمثله، وطرحا عن الإسناد أبا خراس. [ت]

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

لَمْ يُعَيِّنِ الْأَوْلَى لِلصَّحَّةِ، وَأَمَّا الْمُفْسِدُ الطَّارِئُ بَعْدَ الْعَقْدِ، لَا يُؤْتَرُ كَمَا لَوْ كَانَتْ عِنْدَ الْإِسْلَامِ مُعْتَدَّةً عَنْ شُبْهَةٍ، أَوْ سَبَقَتْ وَأَحْرَمَتْ قَبْلَ إِسْلَامِهِ، لَكِنْ لَوْ نَكَحَ أُمَّةً، ثُمَّ حُرَّةً وَأَسْلَمَ عَلَيْهِمَا، أُنْدَفَعَتِ الْأُمَّةُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْلَمَ عَلَى أُمَّةٍ، وَهُوَ مُوسِرٌ بِيَسَارٍ طَارِئاً.

وَقِيلَ: يَنْدَفِعُ أَيْضاً بِالْعِدَّةِ الطَّارِئَةِ وَالْإِحْرَامِ، وَيَكُونُ حَالُ الْإِسْلَامِ كَأْتِيَاءِ الْعَقْدِ مُطْلَقاً.

وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَأَزْتَدَّتْ، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، أُنْدَفَعَتْ نِكَاحُهَا، إِنْ لَمْ تَرْجِعْ قَبْلَ الْعِدَّةِ.

ثُمَّ هَذِهِ الْمُفْسِدَاتُ، إِنْ قَارَنْتَ إِسْلَامَ أَحَدِهِمَا، كَفَى (و) إِلَّا فِي الْبِسَارِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَنْدَفِعُ إِلَّا إِذَا وَجِدَ عِنْدَ اجْتِمَاعِهِمَا فِي (ح) الْإِسْلَامِ، وَإِذَا طَلَّقَ الْكَافِرُ زَوْجَتَهُ ثَلَاثاً، ثُمَّ أَسْلَمَ، لَمْ يَنْكَحْهَا إِلَّا بِمُحَلَّلٍ، فِي قَوْلٍ، وَلَا يُخْتَاغُ إِلَى الْمُحَلَّلِ؛ فِي قَوْلٍ، فَإِنَّا نَصَحَحْ أَنْكَحْتَهُمْ مُطْلَقاً؛ فِي قَوْلٍ^(١)، وَنَفْسِدُهَا؛ فِي قَوْلٍ إِلَّا عِنْدَ الْإِسْلَامِ؛ وَتَتَوَقَّفُ؛ فِي قَوْلٍ، فَمَا يُقَرَّرُ عَلَيْهِ فِي الْإِسْلَامِ نَتَبَيَّنُ صِحَّتَهُ، وَمَا يَدْفَعُهُ نَتَبَيَّنُ فَسَادَهُ؛ حَتَّى لَا يَبْتَأَ الْمَهْرُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ لِتَنِي يَدْفَعُ الْإِسْلَامُ نِكَاحَهَا، وَلَا عَلَى قَوْلِ الْإِفْسَادِ، وَيَبْتَأُ عَلَى قَوْلِ الصَّحَّةِ، وَلَوْ نَكَحَ أُخْتَيْنِ، وَطَلَّقَ كُلَّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثاً، فَإِذَا أَسْلَمُوا، فَعَلَى قَوْلِ التَّصْحِيحِ، حُرِّمَتَا عَلَيْهِ إِلَّا بِمُحَلَّلٍ، وَعَلَى قَوْلِ الْإِفْسَادِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً، وَلَا مَهْرَ لِلثَّانِيَةِ، وَعَلَى قَوْلِ التَّتَوَقُّفِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً، فَيُنْفَذُ فِيهَا الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ وَيَخْتَاغُ إِلَى مُحَلَّلٍ، وَيَنْدَفِعُ الثَّانِيَةَ، وَلَا يَخْتَاغُ فِيهَا إِلَى مُحَلَّلٍ.

وَمَهْمَا أَضَدَقَهَا خَمِراً، وَقَبَضَتْ قَبْلَ الْإِسْلَامِ، فَلَا مَهْرَ لَهَا (و)، وَإِنْ لَمْ تَقْبِضْ، رَجَعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنْ قَبَضَتْ الْبَغْضَ، رَجَعَ إِلَى بَعْضِ مَهْرِ الْمِثْلِ؛ بِأَغْيَابِ (و) قِيَمَةِ الْخَمْرِ.

وَمَهْمَا تَرَاغَبَا إِلَيْنَا فِي أَنْكَحْتَهُمْ أَوْ غَيْرَهَا، جَازَ لَنَا الْحُكْمُ بِالْحَقِّ، وَهَلْ يَجِبُ؟ قَوْلَانِ، وَإِنْ تَعَلَّقَ الْخُصُومَةُ بِمُسْلِمٍ، وَجَبَ الْحُكْمُ، وَإِنْ كَانَا مُخْتَلَفِي الْمِلَّةِ، وَجَبَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(٢)، وَلَا يَجِبُ فِي الْمُعَاهِدَيْنِ، وَلَا نَحْكُمُ إِلَّا إِذَا رَضِيَ الْخَصْمَانِ جَمِيعاً بِحُكْمِنَا^(٣).

وَلَوْ طَلَبَتْ نَفَقَةً فِي نِكَاحِ بِلَا وَلِيِّ وَلَا شُهُودٍ، حَكَمْنَا، وَإِنْ طَلَبَتْ فِي نِكَاحِ مُحَرَّمٍ أَوْ مُعْتَدَّةٍ فِي الْحَالِ، لَمْ نَحْكُمُ، وَفِي الْمَجُوسِيَّةِ وَجْهَانِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي زِيَادَةِ الْعَدَدِ الشَّرْعِيِّ)، فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى عَشْرِ نِسْوَةٍ، اخْتَارَ أَرْبَعاً (ح)،

= باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة.

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

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

(٣) قال الرافعي: «ولا نحكم إلا إذا رضي الخصمان جميعاً بحكمننا» يسبق إلى الفهم منه أنا حيث أوجبنا

الحكم فذلك إذا حصل رضا المتداعيين، لكن الأصحاب اعتبروا الرضا على قول عدم الوجوب، ولم

يعتبروا على قول الوجوب، فقالوا على اختلاف الطبقات إن قلنا: بوجوب الحكم فإذا استعدى خصم

على خصم أعداه القاضي ووجب على المعدى الحضور، وإن قلنا: لا يجب لم تجب الإعداء والمعدى

عليه بالخيار في الحضور إذا أعدى. [ت]

وَأَنْدَفَعَ نِكَاحَ الْبَاقِيَاتِ، وَلَا مَهْرَ لَهُنَّ إِلَّا عَلَى قَوْلِ التَّصْحِيحِ^(١)، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى أَمْرَاءَ وَأَبْنَتَهَا، وَكَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَهُمَا مُحَرَّمَتَانِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهِمَا، اخْتَارَ إِحْدَاهُمَا؛ فِي قَوْلٍ، وَتَعَيَّنَتِ الْبِنْتُ، عَلَى الْأَصَحِّ (و)؛ لِأَنَّ نِكَاحَهَا يَدْفَعُ نِكَاحَ الْأُمِّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ الْبِنْتِ، تَعَيَّنَتِ الْبِنْتُ، وَأَنْدَفَعَتِ الْأُمُّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ الْأُمِّ، أَنْدَفَعَتِ الْبِنْتُ، وَبَقِيَ نِكَاحُ الْأُمِّ، إِنْ أَسْلَمْنَا أَنْكَحْتَهُمْ، وَإِلَّا أَنْدَفَعَتْ أَيْضًا، وَإِنْ أَسْلَمَ الْحُرُّ عَلَى إِمَاءَ اخْتَارَ وَاحِدَةً، إِنْ كَانَ عَاجِزًا عِنْدَ الْإِلْتِقَاءِ فِي الْإِسْلَامِ، فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى ثَلَاثٍ، وَأَسْلَمْتَ وَاحِدَةً، وَهُوَ مُعْسِرٌ، وَأَسْلَمْتَ الثَّانِيَةَ، وَهُوَ مُوسِرٌ، وَالثَّالِثَةُ، وَهُوَ مُعْسِرٌ، أَنْدَفَعَتِ الثَّانِيَةُ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَ الْأُولَى وَالثَّالِثَةِ، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى حُرَّةٍ، وَإِمَاءَ، أَنْدَفَعَ نِكَاحَ الْإِمَاءِ، إِلَّا إِذَا تَخَلَّفَتِ الْحُرَّةُ وَأَصْرَتْ، فَإِنْ أَسْلَمْتَ قَبْلَ عِدَّتِهَا، أَنْدَفَعَ نِكَاحَ الْإِمَاءِ، إِلَّا إِذَا عَقَّنَ قَبْلَ إِسْلَامِ الْحُرَّةِ، فَيَلْتَحِقَنَّ بِالْحَرَائِرِ الْأَصْلِيَّاتِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى إِمَاءَ، وَتَخَلَّفَتْ وَاحِدَةً، ثُمَّ عَقَّقَتْ، وَأَسْلَمْتَ قَبْلَ الْعِدَّةِ، تَعَيَّنَتْ كَالْحُرَّةِ، وَأَنْدَفَعَتِ الْإِمَاءَ السَّابِقَاتُ.

وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَمْتَيْنِ، وَتَخَلَّفَتْ أَمْتَانِ، فَعَقَّقَتْ وَاحِدَةً مِنَ الْمُتَقَدِّمَتَيْنِ، ثُمَّ أَسْلَمْتَ الْمُتَخَلَّفَتَيْنِ، أَنْدَفَعَ نِكَاحَهُمَا؛ إِذْ تَحْتَ زَوْجِهِمَا عَيْقُهُ، وَاخْتَارَ وَاحِدَةً مِنَ الْمُتَقَدِّمَتَيْنِ؛ إِذْ كَانَ عِنْفُهَا بَعْدَ إِسْلَامِهِمَا، وَإِسْلَامُ الْأُخْرَى لَا يُؤَثِّرُ فِي حَقِّهَا، وَلَا خِيَارَ لَهَا، إِلَّا إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ عَيْدِ، وَلَهَا تَأْخِيرُ الْفَسْخِ؛ لِعُذْرِ أَنْتِظَارِ إِسْلَامِ الزَّوْجِ، إِنْ أَسْلَمْتَ قَبْلَهُ، فَإِنْ فَسَّخْتَ، نَفَذَ، وَتَظْهَرُ فَايِدُهُ لَوْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، فَتَكُونُ عِدَّتُهَا مِنْ وَقْتِ الْفَسْخِ؛ فَإِنْ أَجَازَتْ، أُبْتِنَى عَلَى وَفْقِ الْعُقُودِ^(٢) وَأَمَّا الْعَبْدُ، إِنْ أَسْلَمَ عَلَى حُرَّةٍ، فَلَا خِيَارَ (و) لَهَا^(٣)، وَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ أُتْنَيْنِ أَبَدًا مِنَ الْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ؛ لِأَنَّ الْأُمَّةَ فِي حَقِّهِ كَالْحُرَّةِ، فَإِنْ عَقَّقَ قَبْلَ إِسْلَامِهَا، أَلْتَحَقَّ بِالْحُرِّ، فَلَا يَخْتَارُ مِنَ الْإِمَاءِ إِلَّا وَاحِدَةً، وَيَخْتَارُ مِنَ الْحَرَائِرِ أَرْبَعًا.

وَإِنْ كَانَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ، أَنْدَفَعَ نِكَاحَ الْإِمَاءِ، وَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ حُرَّتَانِ، ثُمَّ عَقَّقَ، فَأَسْلَمْتَ الْبَاقِيَاتُ مِنَ الْحَرَائِرِ، فَلَا يَزِيدُ عَلَى أُتْنَيْنِ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ كَمَالَ عَدَدِ الْعَبِيدِ قَبْلَ الْحُرِّيَّةِ، وَإِنْ أَسْلَمْتَ وَاحِدَةً، فَعَقَّقَ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْبَقِيَّاتُ، اخْتَارَ أَرْبَعًا (و)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ كَمَالَ الْعَدَدِ قَبْلَ الْحُرِّيَّةِ، وَإِنْ أَسْلَمْتَ وَاحِدَةً فَعَقَّقَ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْبَاقِيَاتُ اخْتَارَ أَرْبَعًا (و)، لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ كَمَالَ الْعَدَدِ قَبْلَ الْحُرِّيَّةِ وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَرْبَعِ إِمَاءَ، فَأَسْلَمْتَ ثِنْتَانِ، ثُمَّ عَقَّقَ، فَأَسْلَمْتَ الْمُتَخَلَّفَتَانِ يَخْتَارُ الْأُولَيَيْنِ، وَلَا يَخْتَارُ الْمُتَخَلَّفَتَيْنِ، وَهَلْ يَخْتَارُ وَاحِدَةً مِنَ الْأُولَيَيْنِ وَوَاحِدَةً مِنَ الْأُخْرَيْنِ؟ فَوْجَهَانِ.

وَقِيلَ: يَخْتَارُ الْأُخْرَيْنِ أَيْضًا، إِنْ شَاءَ.

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

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

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

(الفصل الثالث في الاختيار)، وله طرفان:

(أحدهما: ألفاظه)، ولا يخفى صريحه، ولو طلق واحدة، تَعَيَّنَتْ لِلنِّكَاحِ، ولو ظاهر أو ألى، لَمْ تَتَّعَيْنِ (و)، ولو قال: فَسَخْتُ نِكَاحَهَا، وَفُسِّرَ بِالطَّلَاقِ، تَعَيَّنَ لِلنِّكَاحِ، وَإِنْ أَطْلَقَ، حُمِلَ عَلَى تَعْيِينِهَا لِلْفِرَاقِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَقَدْ اخْتَرْتُكَ لِلنِّكَاحِ، أَوْ لِلْفِرَاقِ (و)، لَمْ يَصِحَّ التَّعْلِيقُ، فَلَوْ قَالَ: فَأَنْتِ طَالِقٌ، صَحَّ، وَحَصَلَ الْاِخْتِيَارُ ضِمْنًا، وَالْوَطْءُ، هَلْ يَكُونُ كَتَّعِينِ النِّكَاحِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ قَالَ: حَضَرْتُ الْمُخْتَارَاتِ فِي سِتَّةٍ مِنَ الْجَمَاعَةِ، أَنْحَصَرَتْ، وَلَوْ أَسْلَمَ مَعَهُ أَرْبَعٌ، وَتَخَلَّفَ أَرْبَعٌ فَعَيَّنَ الْأَوْلِيَّاتِ لِلنِّكَاحِ، صَحَّ، وَلِلْفَسْخِ لَا يَصِحُّ، إِذَا كَانَتْ الْمُتَخَلِّفَاتُ وَثِيَّاتٍ. وَقِيلَ: يَصِحُّ مَوْقُوفًا.

وَلَوْ عَيَّنَ الْمُتَخَلِّفَاتُ لِلْفَسْخِ يَصِحُّ، وَلِلنِّكَاحِ لَا يَصِحُّ؛ إِلَّا عَلَى وَجْهِ الْوَقْفِ. وَلَوْ أَسْلَمَتِ الثَّمَانِيَّةُ عَلَى تَرَادُفٍ، وَهُوَ يُخَاطَبُ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِالْفَسْخِ عِنْدَ إِسْلَامِهَا، تَعَيَّنَ لِلْفَسْخِ الْأَرْبَعُ الْمُتَأَخَّرَاتُ، وَعَلَى وَجْهِ الْوَقْفِ يَتَّعَيْنُ الْأَرْبَعُ الْمُتَقَدِّمَاتُ.

الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي أَوْضَاعِ الْاِخْتِيَارِ، فَإِذَا أَسْلَمَ الرَّجُلُ عَلَى ثَمَانِي نِسْوَةٍ، وَأَسْلَمَ مَعَهُ، فَيَتَّعَيْنُ عَلَيْهِ الْاِخْتِيَارُ؛ فَإِنَّ الْإِسْلَامَ رَفَعَ النِّكَاحَ فِي أَرْبَعَةٍ، وَإِلَيْهِ التَّعْيِينُ^(١).

وَمَهْمَا أَمْتَنَعَ الزَّوْجُ عَنِ التَّعْيِينِ، حُسِبَ (و)، فَإِنْ أَصَرَ، عَزَّرَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ التَّعْيِينِ، اغْتَدَّتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِأَفْصَى الْأَجْلَيْنِ، وَقِفَ رُبُعُ الْمِيرَاثِ، أَوْ الثَّمَنُ لَهُنَّ إِلَى أَنْ يَضْطَلِحْنَ.

وَقِيلَ: يُورَّعُ عَلَيْهِنَّ بِالسُّوِيَّةِ؛ لِاسْتِوَائِهِنَّ وَحُصُولِ الْيَأْسِ؛ بِخِلَافِ مَا إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْ النِّسَاءِ، وَالنَّبَسَ عَلَيْنَا، فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ فِي عِلْمِ اللَّهِ مُتَّعِينَةٌ لِلْفِرَاقِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى ثَمَانِ كِتَابِيَّاتٍ، فَأَسْلَمَ أَرْبَعٌ، وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ لَا يُوقَفُ (و) شَيْءٌ مِنَ الْمِيرَاثِ لَهُنَّ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا كَانَتْ الْمُفَارَقَاتُ الْمُسْلِمَاتِ، فَلَا يَتَّعَيْنُ حَقُّ الزَّوْجِيَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ تَخْتَهُ كِتَابِيَّةٌ وَمُسْلِمَةٌ، فَقَالَ: إِخْدَاكُمْ طَالِقٌ، وَمَاتَ، وَلَمْ يُعَيَّنْ، لَمْ يُوقَفْ لهُمَا مِيرَاثٌ، لِلشُّكِّ فِي الْأَصْلِ.

(الفصل الرابع: فِي التَّفَقُّةِ) وَإِذَا تَخَلَّفَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ، لَمْ تَسْتَحِقَّ التَّفَقُّةَ لِمُدَّةِ التَّخَلْفِ عَلَى الْجَدِيدِ؛ لِأَنَّهَا أَسَاءَتْ، وَلَوْ سَبَقَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَ، اسْتَحَقَّتْ لِمُدَّةِ التَّقَدُّمِ عَلَى الْمَذْهَبِ، (و) لِأَنَّهَا أَحْسَنَتْ، وَلَوْ أَصَرَ الزَّوْجُ، لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهَا بَائِتَةٌ.

وَقِيلَ: تَسْتَحِقُّ كَالرَّجْعِيَّةِ؛ لِأَنَّ لِلزَّوْجِ قُدْرَةَ عَلَى تَقْرِيرِ النِّكَاحِ عَلَيْهَا، وَلَوْ قَالَ: سَبَقَتْ بِالْإِسْلَامِ قَبْلَ الْمَيْسِيسِ، فَأَنْكَرْتُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْمَهْرِ. وَلَوْ قَالَ: أَسْلَمْنَا مَعًا، وَالنِّكَاحُ بَاقٍ^(٢)، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ^(٣)؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ.

(١) سقط من ط.

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

(٣) قال الرافعي: «ولو قال: أسلمنا معاً، والنكاح باقٍ، فالقول قوله إلى آخره» المسألة معادة في «الدعاوى» =

وَقِيلَ: بَلِ الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ التَّسَاوُقَ فِي الْإِسْلَامِ نَادِرٌ.

(الْقِسْمُ الرَّابِعُ مِنَ الْكِتَابِ: فِي مُوجِبَاتِ الْخِيَارِ).

وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الْعَيْبُ، وَالْعُرُورُ، وَالْعِتْقُ، وَالْعُنَّةُ:

(السَّبَبُ الْأَوَّلُ: الْعَيْبُ)، وَيَبْتُ (ح) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ الْخِيَارُ بِالْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَالْجُنُونِ، وَيَبْتُ [ح] ^(١) لَهَا بِجَبِّهِ وَعُنْتِهِ، وَلَهُ بِرِثْقِهَا وَقَرْنِهَا (ح)، وَفِي الرَّدِّ بِالْبَحْرِ أَوْ الضَّنَانِ وَالْعَذُوبِ الَّذِي لَا يَقْبَلُ الْعِلَاجَ خِلَافَ (و)، وَكَذَلِكَ فِي جُمْلَةٍ مِنْ آحَادِ الْعُيُوبِ الَّتِي تُنْفَرُ تَنْفِيرَ الْبَرَصِ، وَتَكْسِرُ سَوْرَةَ التَّوَاقِ، لَكِنَّ الْمَشْهُورَ أَنَّهُ لَا يَرُدُّ إِلَّا بِالْعُيُوبِ السَّبْعَةِ الْمَذْكُورَةِ أَوَّلًا، وَفِي رَدِّ الْخُنْثَى أَيْضًا خِلَافًا، وَهَذَا فِيمَا يُقَارَنُ الْعَقْدَ، وَإِنْ طَرَأَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْمَسِيسِ، ثَبَتَ لَهَا الْخِيَارُ، وَبَعْدَ الْمَسِيسِ وَجْهَانِ، إِلَّا الْعُنَّةَ؛ فَإِنَّهَا لَا تُؤَثِّرُ بَعْدَ الْمَسِيسِ، وَيَبْتُ لِلزَّوْجِ أَيْضًا بِعَيْبِهَا الطَّارِئِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

وَأَمَّا الْأَوْلِيَاءُ، فَلَا خِيَارَ لَهُمْ بِالْعَيْبِ الطَّارِئِ، وَيَبْتُ فِي الْمُقَارِنِ بِالْجُنُونِ، وَلَا يَبْتُ بِالْجَبِّ وَالْعُنَّةِ، وَفِي الْبَرَصِ وَالْجُدَامِ ^(٢) وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: فِي الْجَمِيعِ عَارٌ، فَيَبْتُ لَهُمُ الْخِيَارُ، وَهَذَا الْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ، وَهُوَ مُسْقِطٌ لِلْمَهْرِ قَبْلَ الْمَسِيسِ، وَإِنْ كَانَ الْفَسْخُ مِنْهُ، وَفِيمَا بَعْدَ الْمَسِيسِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنَ الرَّدَّةِ أَنَّ الْمُسْمَى يَتَفَرَّرُ، وَفِي الرَّدَّةِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنْ هُنَا ^(٣) وَمَهْمَا كَانَ الْعَيْبُ طَارِئًا، كَانَ تَقْرِيرُ الْمُسْمَى أَوْلَى، وَلَا رُجُوعَ (م) بِالْمَهْرِ الْمَعْرُومِ عَلَى الْوَالِيِّ عَلَى الْجَدِيدِ، وَلَا نَفَقَةَ وَلَا سُكْنَى (و) لَهَا فِي الْعِدَّةِ؛ كَمَا لَا مَهْرَ ^(٤)، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، فَلَهَا النَّفَقَةُ إِنْ قُلْنَا إِنَّهَا لِلْحَمْلِ.

(السَّبَبُ الثَّانِي: الْعُرُورُ)، وَمَهْمَا شَرِطَ فِي الْعَقْدِ إِسْلَامُهَا، أَوْ نَسَبُهَا، أَوْ حُرِّيَّتُهَا، أَوْ نَسَبُهُ، أَوْ حُرِّيَّتُهُ، فَاخْتَلَفَ الشَّرْطُ، فَفِي صَحَّةِ الْعَقْدِ قَوْلَانِ، وَإِنْ صَحَّحْنَا، فَفِي خِيَارِ الْخُلْفِ قَوْلَانِ، وَلَوْ ظَنَّنَتْهُ كُفُوءًا، فَإِذَا هُوَ غَيْرُ كُفُوءٍ؛ فَلَا خِيَارَ، وَلَوْ ظَنَّنَتْهَا مُسْلِمَةً، فَإِذَا هِيَ كِتَابِيَّةٌ، فَلَهُ الْخِيَارُ، فَلَوْ ظَنَّنَتْهَا حُرَّةً، فَإِذَا هِيَ رَقِيقَةٌ، فَلَا خِيَارَ.

وَقِيلَ: فِيهِمَا قَوْلَانِ بِالثَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ؛ مَأْخُذُهُمَا أَنَّ الْكُفْرَ وَالرِّقَّ، هَلْ يَلْتَحِقُ بِالْعُيُوبِ

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

(١) سقط من أ.

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

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

(٤) قال الرافي: «ولا نفقة ولا سُكْنَى لها في العِدَّة كما لا مهر»، يريد إذا كانت حاملاً وقد أعاد ذلك في باب العِدَّة، وجعل في استحقاقها السُّكْنَى قولين. [ت]

وَقِيلَ: بَلْ مَا أَخَذَهُمَا أَنَّ الْغُرُورَ بِالْفِعْلِ، هَلْ هُوَ كَالْغُرُورِ بِالْقَوْلِ؟

وَقِيلَ: إِنَّ الْكِتَابِيَّةَ لَا تَلْتَبِسُ بِالْمُسْلِمَةِ، إِلَّا بِقَصْدٍ، فَهُوَ تَغْرِيرٌ؛ بِخِلَافِ الْأَمَةِ، وَكُلُّ تَغْرِيرٍ سَابِقٍ عَلَى الْعَقْدِ، فَلَا يُؤْتَرُ (و) فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ، لَكِنْ يُؤْتَرُ فِي الرُّجُوعِ بِالْمَهْرِ، إِذَا قَضَيْنَا بِالرُّجُوعِ عَلَى الْغَارِ؛ فِي قَوْلٍ.

(فَزَعُ) إِذَا غُرَّ بِحُرِّيَّةِ أُمَةٍ، فَوَلَدَتْ، انْعَقَدَ (ح) الْوَلَدُ حُرًّا، وَعَلَى الْمَغْرُورِ (و) قِيمَتُهُ لِلسَّيِّدِ؛ إِذَا فَاتَ رِقَّةً بَطْنِهِ، سِوَاهُ كَانَ الزَّوْجُ حُرًّا أَوْ عَبْدًا، وَيَرْجِعُ بِهِ (و) عَلَى الْغَارِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ إِذَا غَرِمَ (و)، وَإِنْ كَانَ الْمَغْرُورُ عَبْدًا، تَعَلَّقَ الْقِيَمَةُ بِرِقَبَتِهِ؛ فِي قَوْلٍ، وَبِذَمَّتِيهِ فِي قَوْلٍ، وَيَكْسِبُهُ فِي قَوْلٍ، وَالْمُسْمَى مِنَ الْمَهْرِ، إِذَا لَزِمَ، تَعَلَّقَ بِكَسْبِهِ، وَحَيْثُ لَا يَلْزَمُ، فَمَهْرُ الْمِثْلِ تَجْرِي الْأَقْوَالُ الثَّلَاثَةُ فِي مُتَعَلِّقِهِ، وَإِنَّ الْغَارَةَ كَانَتْ هِيَ الْأَمَةُ، تَعَلَّقَ عَهْدَةُ الزَّوْجِ بِذَمَّتِهَا (و)، وَالْمُكَاتَبَةُ كَالْأَمَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا مَهْرَ لَهَا؛ فَإِنَّهَا الْغَارَةُ الْمُسْتَحَقَّةُ، وَالسَّيِّدُ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ التَّغْرِيرُ؛ لِأَنَّهُ إِنْ قَالَ: إِنَّهَا حُرَّةٌ، عَتَقْتَ، وَلَوْ أَنْفَصَلَ الْوَلَدُ مَيْتًا، فَلَا قِيَمَةَ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِجَنَابَةِ جَانٍ، فَيُعْرَمُ عَاقِلَةُ الْجَانِي الْغُرَّةُ لَوَرَثَةِ الْجَيْنِ، وَيُعْرَمُ الْمَغْرُورُ عَشْرَ قِيَمَةِ الْأُمِّ لِلسَّيِّدِ؛ فِي وَجْهِ.

وَفِي وَجْهِ آخَرَ يُعْرَمُ أَقْلَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ عَشْرِ قِيَمَةِ الْأُمِّ، أَوْ مَا سَلَّمَ لَهُ بِالْوَرَاثَةِ مِنْ غُرَّةِ الْجَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَوْلَا الْغُرَّةُ، لَمَا غُرِمَ الْمَيْتُ.

(السَّبَبُ الثَّلَاثُ: الْعِتْقُ)، وَإِذَا عَتَقْتَ تَحْتَ عَبْدٍ، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَإِنْ عَتَقْتَ تَحْتَ حُرٍّ، فَلَا خِيَارَ (ح)، وَإِنْ عَتَقَ نِصْفُهَا، فَلَا خِيَارَ (ز)، وَلَوْ عَتَقْتَ تَحْتَ مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الْفَسْخِ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، فَلَهَا الْفَسْخُ؛ لِيَنْقَطِعَ سُلْطَانُ الزَّوْجِ، وَإِنْ أَجَازَتْ، لَمْ يَنْقُذْ (و)، لِأَنَّهَا مُحْرَمَةٌ.

وَقِيلَ: يُخْرَجُ عَلَى وَقْفِ الْعُقُودِ، فَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَاطِنًا (و)، بَطَلَ خِيَارُهَا، وَلَوْ عَتَقَ الزَّوْجُ، وَتَحْتَهُ أَمَةٌ، فَلَا خِيَارَ لَهُ (و)، وَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ الْمَسِيَسِ، فَلَا مَهْرَ لَهَا، وَإِنْ فَسَخَتْ بَعْدَ الْمَسِيَسِ، فَلِلسَّيِّدِ كَمَا لَ الْمُسْمَى قَوْلًا وَاحِدًا (و)، وَهَذَا الْخِيَارُ أَيْضًا عَلَى الْفَوْرِ (ح).

وَفِي قَوْلٍ: يَتِمَادَى (ح) إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.

وَفِي قَوْلٍ لَا يَسْقُطُ (ح) إِلَّا بِإِسْقَاطِ، أَوْ تَمْكِينِ (ح) مِنَ الْوَطْءِ، فَلَوْ مَكَنَتْ، ثُمَّ أَدْعَتِ الْجَهْلَ بِالْعِتْقِ، لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُهَا، إِذَا حَلَفَتْ، وَلَوْ أَدْعَتِ الْجَهْلَ؛ بِأَنَّ الْخِيَارَ عَلَى الْفَوْرِ، لَمْ تُغْذَرْ، وَلَوْ أَدْعَتِ الْجَهْلَ بِثُبُوتِ أَصْلِ الْخِيَارِ، فَتُغْذَرُ، عَلَى قَوْلٍ.

(السَّبَبُ الرَّابِعُ: الْعُنَّةُ)، وَمَهْمَا وَقَعَ الْيَأْسُ عَنِ الْوَطْءِ؛ بِجَبِّ أَوْ عُنَّةٍ، أَوْ مَرَضٍ مُزْمِنٍ، ثَبَّتَ لَهَا الْخِيَارُ، وَفِي الْحَاقِ الْإِخْصَاءَ بِالْجَبِّ قَوْلَانِ؛ وَالْعُنَّةُ الطَّارِئَةُ بَعْدَ الْوَطْءِ، لَا تُؤْتَرُ، وَلَوْ عَنَّ عَنِ امْرَأَةٍ دُونَ غَيْرِهَا، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَلَوْ عَنَّ عَنِ الْمَاتِي، وَقَدَرَ عَلَى غَيْرِ الْمَاتِي، فَلَهَا الْخِيَارُ، (و)، وَلَوْ

أَمْتَنَعَ مَعَ الْقُدْرَةِ، فَلَا خِيَارَ، وَلَكِنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِوَطْأَةٍ وَاحِدَةٍ؛ عَلَى أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ؛ لِتَقْرِيرِ الْمَهْرِ وَتَخْصِيلِ التَّخْصِينِ، فَإِنْ عَلَلْنَا بِالْمَهْرِ، كَانَتْ الْمُطَالَبَةُ لِلسَّيِّدِ فِي الْأَمَةِ، وَلَمْ يَثْبُثْ لَهَا بَعْدَ الْإِبْرَاءِ، وَيَسْقُطُ الطَّلَبُ بِإِبْلَاجِ الْحَشْفَةِ، وَإِذَا ثَبَّتِ الْعُنَّةُ؛ إِمَّا بِإِقْرَارِهِ، أَوْ بِبَيِّنِهَا (و) بَعْدَ نَكْوَلِهِ، ضَرَبْنَا الْمُدَّةَ سَنَةً (و)؛ لِلْإِمْتِحَانِ، إِنْ طَلَبْتَ ذَلِكَ، وَإِنْ سَكَتَتْ، لَمْ تُضْرَبْ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَنَّهُ غَيْرُ عَيْنٍ، لَمْ يُطَالَبْهُ بِتَحْقِيقِ ذَلِكَ بِالْوَطْءِ، وَمُدَّةُ الْعَبْدِ كَمُدَّةِ الْحُرِّ (م)، وَمَهْمَا تَمَّتِ السَّنَةُ مِنْ غَيْرِ أَعْتَرَا لِمَنْهَا إِثَاءً قَصْدًا، رَفَعْتَ الْأَمْرَ إِلَى الْقَاضِي؛ لِيَفْسَخَ الْقَاضِي النِّكَاحَ؛ عَلَى وَجْهِ، أَوْ يُسَلِّطَهَا عَلَى الْفَسْخِ عَلَى الْقَوْرِ؛ عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي.

وَلَوْ سَافَرَ الرَّوْجُ، فَفِي أَحْسَابِ الْمُدَّةِ وَجْهَانِ، وَهَذَا الْفَسْخُ عَلَى الْقَوْرِ، فَإِنْ رَضِيَتْ، فَلَا أَعْتَرَا لِلْوَلِيِّ^(١)، وَلَا رُجُوعَ لَهَا إِلَى الْفَسْخِ؛ بِخِلَافِ الْإِبْلَاءِ.

وَإِنْ فَسَخَتْ فِي أَنْبَاءِ الْمُدَّةِ، لَمْ يَنْفُذْ، وَإِنْ أَجَازَتْ، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ رَضِيَتْ فَطَلَّقَهَا، ثُمَّ رَاجَعَهَا، لَمْ يَعُدَّ حَقًّا، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ وَطَّئَهَا فِي النِّكَاحِ الْأَوَّلِ، وَعَنَّ عَنْهَا فِي النِّكَاحِ الثَّانِي، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَمَهْمَا تَنَازَعَا فِي الْإِصَابَةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْأَضْلَ عَدَمَ الْإِصَابَةِ، إِلَّا فِي مَوْضِعَيْنِ:

(أَخْذُهُمَا): فِي مُدَّةِ الْعُنَّةِ وَالْإِبْلَاءِ؛ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ؛ إِذْ تَعَسَّرَ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوَطْءِ، فَإِنْ أَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْبَكَارَةِ، رَجَعْنَا إِلَى تَضَدِّيْقِهَا بِالْيَمِينِ (و).

(الثَّانِي) لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي بَعْدَ الْمَسِيَسِ، وَلِي كَمَالُ الْمَهْرِ، فَأَنْكَرَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، إِلَّا إِذَا آتَتْ بِوَلَدٍ لِرِمَانٍ مُحْتَمَلٍ، فَإِنَّا نَثَبُ النَّسَبَ، فَيَتَأَكَّدُ بِهِ جَانِبُهَا، فَتَجْعَلُ الْقَوْلَ قَوْلُهَا، إِلَّا إِذَا لَاعَنَّ فَتَرْجِعُ إِلَى تَضَدِّيْقِهِ؛ إِذِ الْأَضْلُ عَدَمُ الْوَطْءِ.

(الْقِسْمُ الْخَامِسُ مِنَ الْكِتَابِ فِي فُصُولٍ مُتَفَرِّقَةٍ)، وَهِيَ سِتَّةٌ:

(الْفَضْلُ الْأَوَّلُ: فِيمَا يَحِلُّ لِلرَّوْجِ)، وَيَحِلُّ لَهُ كُلُّ اسْتِمْتَاعٍ إِلَّا الْإِثْيَانَ فِي (م) الدُّبْرِ، وَالصَّحِيحُ (و) جَوَازُ الْعَزْلِ.

وَقِيلَ بِتَخْرِيْمِهِ فِي الْحُرَّةِ دُونَ الْأَمَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّمَا يَحِلُّ بِرِضَاهَا.

وَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهِ فِي السُّرِّيَّةِ.

ثُمَّ الْإِثْيَانُ فِي الدُّبْرِ فِي مَعْنَى الْوَطْءِ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ، إِلَّا فِي التَّخْلِيلِ (و) وَالْإِخْصَانِ.

وَأَخْتَلَفُوا فِي تَعَلُّقِ النَّسَبِ وَتَقْرِيرِ الْمُسَمَى وَوُجُوبِ الْحَدِّ، وَفِي اسْتِنْتِظَافِهَا فِي النِّكَاحِ، وَلَمْ يَخْتَلَفُوا فِي وَجُوبِ مَهْرِ الْمَثَلِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ؛ وَكَذَا فِي الْعِدَّةِ (و) وَتَحْرِيمِ (و) الْمُصَاهَرَةِ بِهِ.

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

(الفصل الثاني: في وطء الأب جارية الابن)، وهو حرام، ولكن له شبهة وجوب (و) الإغفاف، فلا يجب عليه الحد، ويجب (و) المهر، ويحرم على الابن بالمصاهرة، ويثبت النسب، ويتعد الولد على الحرية، وتصير مستولدة الأب، على القول المنصوص، ويقدر انتقال الملك إليه مع العلو؛ حتى ينتهي (و) قيمة الولد؛ على أظهر الوجهين، ولا يسقط (ح) المهر أصلاً، فإن كانت الجارية موطوءة الابن، ملكها الأب بالاستيلاء (و)، ولكن يحرم عليه وطؤها؛ لأنها حرمت عليه بوطء الابن.

(الفصل الثالث: في إغفاف الأب)، ويجب على (و) أشهر القولين أن يعف أباه الفاقد للمهر المحتاج إلى النكاح، والجد، وإن علا، فهو في معنى الأب، فإن اجتمع جدان في رتبة واحدة، ولم يقدر إلا على إغفاف أحدهما، أفرع بينهما على وجه، وعين القاضي أحدهما؛ على وجه، ومهما أظهر الرغبة في النكاح، صدق بغير يمين، لكن لا يحل له بينة وبين الله تعالى طلب ذلك إلا إذا صدقت شهوته؛ بحيث يخاف العنت أو يشق المصاهرة عليه، ويحصل الإغفاف بأن يزوج منه مسلمة، أو كيتابة، أو يملكه جارية، أو يسلم ثمنها إليه أو مهر امرأة، وليس للأب تعيين امرأة ربيعة المهر، وإذا تعين المهر، فتعين الزوجة إلى الأب، ولو ماتت، فعليه التجدد، وإن فسخ النكاح بعينها، أو أنفسخ، وجب التجدد (و)، وإن طلقها بغير عذر، لم يجب (و) التجدد، وإن كان بعذر، فوجهان، وليس للأب أن يتزوج جارية الابن، فإن ملك الابن زوجته، لم يفسخ (و) النكاح ما لم يحصل للأب ولد في ملك الابن، ولا يتزوج جارية نفسه، ولو ملك زوجته، أنفسخ النكاح، ولا يتزوج جارية مكاتبه، ولو ملك المكاتب زوجة سيده، ففي الأنفساخ وجهان.

(الفصل الرابع: في تزويج الإماء)، وللسيد أن يستخدمها نهاراً، وعليه أن يسلمها إلى الزوج ليلاً، وهل له أن يبويء لها بيتاً في داره، أم للزوج أن يخرج بها ليلاً؟ فيه قولان، فإن قلنا: ليس له ذلك، وكانت محترفة، وأمكنها ذلك في يد الزوج، فهل يجب تسليمها نهاراً؟ فيه وجهان، ولا خلاف أن للسيد المسافرة بها، لكن لا يمنع الزوج من الخروج، ليضحبها ليلاً، وإذا لم يسلمها إلا بالليل، فالواجب شطر التفقة.

وقيل: لا يجب أصلاً.

وقيل: يجب الجميع.

ومهما سافر بها السيد، سقطت نفقتها، وأما المهر، فإنما يجب للسيد، فلو قتلها السيد قبل المسيس، فالنصر سقوط المهر، ولو قتلها أجنبي، أو قتلت الحرة نفسها، ففي السقوط وجهان، ولا خلاف في أن المهر لا يسقط بموت الحرة والأمة (و) ولا يقتل الأجنبي الحرة، وإذا باع الأمة، لم يفسخ النكاح، ويسلم المهر للبايع؛ لأنه وجب بالعقد في ملكه، ولكن ليس له حبسها؛ لأجل سوق الصداق، ولا للمشتري أيضاً ذلك؛ فإنه لا مهر لها، ولو زوج أمته من عبده، فلا مهر، ولو قال لامته: أعتقتك على أن تنكحيني، لم تحقق إلا بالقبول، ثم لا يلزمها الوفاء (و) وعليها

فِيمَهَا ح م) ، فَإِنْ نَكَحَهَا بِقِيمَتِهَا الَّتِي عَلَيْهَا، وَهِيَ مَجْهُولَةٌ، فَفِي صِحَّةِ الصَّدَاقِ وَجْهَانِ، فَلَوْ أَتَلَفْتَ عَبْدًا عَلَى رَجُلٍ، فَنَكَحَهَا بِالْقِيمَةِ الْمَجْهُولَةِ، لَمْ يَصِحَّ، وَلَوْ قَالَتِ السَّيِّدَةُ لِعَبْدِهَا، أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تَنْكِحَنِي، عَتَقَ بِغَيْرِ قُبُولٍ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ؛ كَمَا لَوْ قَالَ لِلزَّوْجَةِ: طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلَّا تَحْتَجِّي عَنِّي، وَعَلَى أَنْ أُعْطِيكَ شَيْئًا، وَسَبِيلُ السَّيِّدِ الرَّاغِبِ فِي نِكَاحِهَا أَنْ يَقُولَ: إِنْ يَسَّرَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِكَاحًا صَاحِبًا، فَأَنْتِ حُرَّةٌ قَبْلَهُ، ثُمَّ يَنْكِحُهَا، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(الفصل الخامس: في تزويج العبد)، وَالْمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ، لِازْمَانِ، وَمُتَعَلِّقَانِ بِكَسْبِهِ، وَبِالرِّزْقِ مِنَ مَالِ تِجَارَتِهِ، وَفِي تَعْلُقِهِ بِرَأْسِ الْمَالِ وَجْهَانِ، وَالْقَوْلُ الْجَدِيدُ أَنَّ السَّيِّدَ لَا يَكُونُ ضَامِنًا لِلْمَهْرِ بِمُجَرَّدِ الْإِذْنِ، لَكِنْ عَلَيْهِ أَنْ يُمَكِّنَهُ حَتَّى يُودِّيَ الْمَهْرَ مِنَ الْكَسْبِ وَالنَّفَقَةِ، فَإِنْ أَسْتَحْدَمَهُ يَوْمًا، لَزِمَهُ كَمَالُ الْمَهْرِ وَنَفَقَةُ الْعُمُرِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ إِذْ رُبَّمَا كَانَ يَكْتَسِبُ مَا بَقِيَ بِجَمِيعِ ذَلِكَ، وَفِي وَجْهِ يَلْزِمُهُ الْمَهْرُ وَنَفَقَةُ ذَلِكَ^(١) [اليوم، وَفِي وَجْهِ ثَالِثٍ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ؛ لِأَنَّ يَلْزِمُهُ إِلَّا أَجْرَةَ الْمِثْلِ؛ كَمَا فِي الْأَجْنَبِيِّ.

(فَرَعٌ) إِذَا اشْتَرَتْ الْحُرَّةُ زَوْجَهَا، أَوْ أَتَهَيْتَ قَبْلَ الْمَسِيَسِ، سَقَطَ نِصْفُ الْمَهْرِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَجَمِيعُهُ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ اشْتَرَتْهُ بِالصَّدَاقِ الَّذِي ضَمِنَهُ السَّيِّدُ، لَمْ يَصِحَّ (و) الشَّرَاءُ، إِنْ فَوَّعْنَا عَلَى سُقُوطِ جَمِيعِ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ تَصْحِيحَهُ يُودِّيَ إِلَى إِنْطِلَاقِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا سَقَطَ الْعَوْضُ بِحُكْمِ الْفَسْخِ، عَرِيَ الْبَيْعُ عَنِ الْعَوْضِ، وَإِنْ اشْتَرَتْهُ بِالصَّدَاقِ بَعْدَ الْمَسِيَسِ، وَقُلْنَا: إِنَّ طَرِيَانَ الْمَلِكِ عَلَى الرَّيْقِيِّ يُبْرَىءُ ذِمَّتَهُ عَنِ دَيْنِ السَّيِّدِ الْمُتَمَلِّكِ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرَاءُ أَيْضًا^(٢)؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا بَرَىءَ؛ بَرَىءَ السَّيِّدَ الَّذِي هُوَ الْكَفِيلُ (و) فَيَعْرَى^(٣) عَنِ الْعَوْضِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْمَلِكُ الطَّارِءُ لَا يُسْقِطُ الدَّيْنَ، صَحَّ الشَّرَاءُ.

وَلِلدُّورِ الْحُكْمِيِّ نَظَائِرُ: (إِخْدَاهَا): لَوْ كَانَتْ أُمَّتُهُ تُلْتَمِئُ مَالِهِ، فَأَعْتَقَهَا، وَنَكَحَهَا، وَمَاتَ، لَمْ يَكُنْ لَهَا طَلْبُ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُلْحَقُ الدَّيْنَ بِالتَّرَكَةِ، وَيُبْطَلُ الْعِتْقُ وَالتَّكَاحُ.

(الثَّانِيَةُ) إِذَا زَوَّجَ الْمَرِيضُ أُمَّتَهُ عَبْدًا، وَقَبِضَ صَدَاقَهَا، وَأَتَلَفَهُ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا^(٤)، فَلَا خِيَارَ لَهَا؛ إِذْ لَوْ فَسَخَتْ، لَأَزْتَدَّ الْمَهْرُ، وَلَمَا خَرَجَتْ عَنِ الثَّلْثِ، فَيَبْطَلُ الْعِتْقُ وَالْخِيَارُ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ مَاتَ رَجُلٌ، وَخَلَّفَ أَخًا وَعَبْدَيْنِ، فَأَعْتَقَهُمَا، فَشَهِدَا؛ بِأَنَّ لِلْمَيِّتِ أَبْنَاءَ مِنْ زَوْجَتِهِ، فَإِنَّهُ يُبَيِّتُ الزَّوْجِيَّةَ وَالتَّسْبَ، دُونَ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وُورِثَ الْإِبْنُ، أَبْطَلُ الْعِتْقُ وَالتَّشَاهَدَةُ.

(الرَّابِعَةُ) لَوْ أَوْصَى لَهُ بِإِبْنِهِ، فَمَاتَ، وَخَلَّفَ أَخًا^(٥)، فَقَبِلَ الْوَصِيَّةَ، عَتَقَ الْإِبْنَ، وَلَمْ يَرِثْ لِأَنَّهُ

(١) سقط من ب.

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

(٣) من ب: فيعري البيع.

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

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

لَوْ وَرَثَ، لَحَجَبَ الْأَخَ، وَبَطَلَ قَبُولُهُ.

(الْحَامِسَةُ): لَوْ اشْتَرَى الْمَرِيضُ أَبَاهُ عَتَقَ^(١)، وَلَمْ يَرِثْ؛ كَيْلًا يَصِيرَ الْعِتْقُ وَصِيَّةً لِرِثِّهِ،

فَيَبْطُلُ.

(الْفَضْلُ السَّادِسُ: فِي النِّزَاعِ)، وَدَعَاؤُ الرَّجُلِ الزَّوْجِيَّةَ صَحِيحَةٌ، وَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهَا الدَّعْوَى؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهَا مَقْبُولٌ وَدَعْوَاهَا الْمَهْرُ صَحِيحَةٌ، وَأَمَّا دَعْوَاهَا مُجَرَّدَ الزَّوْجِيَّةِ، فَفِيهِ خِلَافٌ^(٢)، لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ حَقٌّ عَلَيْهَا، وَإِنْ كَانَ مُتَعَلِّقٌ حُقُوقِ لَهَا.

ثُمَّ إِنْ سَكَتَ الزَّوْجُ، أَقَامَتِ الْبَيْتَةَ، وَإِنْ أَنْكَرَ، فَإِنكَارُهُ طَلَاقٌ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَلَا مَعْنَى لِلْبَيْتَةِ، وَإِذَا زَوَّجَ إِحْدَى أَبْنَتَيْهِ، وَمَاتَ، وَعَيَّنَ الزَّوْجُ إِحْدَاهُمَا، وَقَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ: أَنَا الْمُتَزَوِّجَةُ، فَالْمُعَيَّنَةُ مَنْكُوحَةٌ، وَالثَّانِيَةُ تَدْعِي لِنَفْسِهَا زَوْجِيَّةً مُجَرَّدَةً، وَإِنْ قَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ: صَاحِبَتِي مُزَوِّجَةٌ، فَالَّتِي لَمْ يُعَيِّنْهَا الزَّوْجُ لَا خُصُومَةَ مَعَهَا، إِنَّمَا الدَّعْوَى عَلَى الْأُخْرَى، وَلَوْ شَهِدَ شُهُودٌ عَلَى النِّكَاحِ، وَآخَرُونَ عَلَى الْإِصَابَةِ، وَآخَرُونَ عَلَى الطَّلَاقِ، وَالزَّوْجُ مُنْكَرٌ لِلنِّكَاحِ، ثُمَّ رَجَعُوا، وَقُلْنَا: يَجِبُ الْغَرْمُ بِالرُّجُوعِ، فَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَى شُهُودِ النِّكَاحِ وَشُهُودِ الْإِصَابَةِ^(٣) فِي النِّكَاحِ، لَا عَلَى شُهُودِ الطَّلَاقِ؛ فَإِنَّهُمْ وَأَقْفُوا الزَّوْجَ فِي إِنْكَارِهِ، لَكِنَّ الْأَصَحَّ أَنَّ شُهُودَ النِّكَاحِ، وَإِنْ رَجَعُوا، لَا يُغْرَمُونَ؛ لِأَنَّهُمْ أَثْبَتُوا حَقًّا فِي مُقَابَلَةِ مَا خَسِرُوا؛ بِخِلَافِ شُهُودِ الْمَالِ، نَعَمْ لَوْ كَانَ مَا خَسِرُوهُ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، كَانَ غَرْمُ الرِّيَادَةِ خَارِجًا؛ عَلَى قَوْلِي الْغَرْمُ بِالْحَيْلُولَةِ فِي شُهُودِ الْمَالِ، إِذَا رَجَعُوا، وَإِذَا أَدَّعَتْ أَمْرًا مَحْرَمِيَّةً أَوْ رِضَاعًا بَعْدَ أَنْ زُوِّجَتْ بِرِضَائِهَا، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهَا إِلَّا إِذَا ذَكَرَتْ عُذْرًا لِنِسْيَانِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُجَبَّرَةً، قَبِلَتْ دَعْوَاهَا، فَيُقْبَلُ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ.

وَلَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ. ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ مَخْجُونًا، أَوْ مَخْجُورًا عِنْدَ الْعَقْدِ، فَإِنْ لَمْ يُعْهَدْ ذَلِكَ لَهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَإِنْ أَدَّعَى الصَّبَا، أَوْ عَهْدَ لَهُ الْجُنُونِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي وَجْهِهِ^(٤)، وَقَوْلُ الزَّوْجِ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ الْوَالِيُّ بِالْعَقْدِ، فَيُحْمَلُ عَلَى الصَّحَّةِ، وَلَوْ أَحْرَمَ الْوَالِيُّ بَعْدَ التَّوَكُّيلِ بِالنِّكَاحِ، ثُمَّ أَدَّعَى أَنَّ الْوَكِيلَ زَوَّجَ بَعْدَ الْإِحْرَامِ، فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ.

[ت] =

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

(٢) قال الرافعي: «وأما دعواها مجرد الزوجية ففيه خلاف» المسألة معادة مع زيادات في الدعاوى والبيانات

وذلك الموضوع أحق بها. [ت]

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

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

كِتَابُ الصَّدَاقِ (١)

وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ:

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

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

قال سيدنا عمر رضي الله عنه «لها عُقْرُ نَسَائِهَا».

ومنه قولهم: «الوطء لا يخلو عن عَقْرٍ أو عُقْرٍ» وعليقة: قال عليه الصلاة والسلام: أَدْوَا الْعَلَاتِقِ.

قالوا: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى به الأهلون.

وَجِبَاءٌ، ونكاح: قال تعالى: ﴿وَلِيَسْتَعْفِفَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا﴾.

وطول: قال تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا﴾

وخرس قال العلامة القليوبي:

أسماء مهر مع ثلاث عشر مهر صدق طول خرس أجر

عطيبة جباء علائق نخلة فريضة نكاح صدقة عقر

وكلها مذكورة في الكتاب والسنة.

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

عَرَفَهُ الْحَنْفِيُّ بِأَنَّهُ: هُوَ الْمَالُ الْوَاجِبُ مِنْ عَقْدِ النِّكَاحِ عَلَى الزَّوْجِ فِي مَقَابِلَةِ مَنَافِعِ الْبُضْعِ إِمَّا بِالتَّسْمِيَةِ

أَوْ بِالْعَقْدِ.

عَرَفَهُ الشَّافِعِيُّ بِأَنَّهُ: مَا وَجِبَ بِنِكَاحٍ، أَوْ وَطْءٍ، أَوْ تَفْوِيْتِ بُضْعٍ قَهْرًا.

عَرَفَهُ الْمَالِكِيُّ بِأَنَّهُ: مَا يُعْطَى لِلزَّوْجَةِ فِي مَقَابِلَةِ الْإِسْتِمْتَاعِ بِهَا.

عَرَفَهُ الْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهُ: الْعَوْضُ فِي النِّكَاحِ، سِوَا سَمِيِّ فِي الْعَقْدِ، أَوْ فَرْضِ بَرَةٍ بِتَرَاضِيهِمَا، أَوْ الْحَاكِمِ

وَنَحْوِهِ كَوَطْءِ شَبَهَةٍ.

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

حاشية ابن عابدين ٢/٣٢٩.

الدليل على مشروعيته: الكتاب، والسنة، والإجماع. قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ أي

عطية من الله مبتدأة، لأن المرأة تستمتع بالزوج كاستمتاعه بها أو أكثر، فكانها تأخذ الصداق من غير

مقابل.

وقيل: نحلة تدبناً، من قولهم فلان يتحل بكذا أي يَدَبُّنُ.

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

والحكمة في مشروعيته حصول الرغبة والألفة والمحبة بين الزوجين، وإشعار المرأة بميزة الرجل

عليها، وقد تستعين به على تجهيز نفسها، كما هو مُشَاهِدُ الْآنَ.

ووجب عليه؛ لأنه أقوى منها، وأكثر كسباً؛ قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ

بِهِ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ، وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ ولأنه رب الأسرة وإليه تنسب.

وهل المهر عوض أو تكريمة وفضيلة للزوج؟

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

أَبْوَابُ الْأَوَّلِ:

فِي الصَّدَاقِ الصَّحِيحِ، وَحُكْمِهِ فِي الصَّمَانِ وَالتَّسْلِيمِ وَالتَّقْرِيرِ (الأوَّلُ: حُكْمُ الصَّمَانِ)، وَهُوَ مَضْمُونٌ فِي يَدِ الزَّوْجِ صَمَانَ الْعَقْدِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، وَحُكْمُهُ فِي الْاِسْتِئْذَانِ حُكْمُ الثَّمَنِ، وَفِي التَّلْفِ وَالتَّعْيِبِ وَفَوَاتِ الْمَنَافِعِ وَتَقْوِيَتِهَا حُكْمُ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ فَلَا مَعْنَى لِكَثِيرِ الْكَلَامِ بِالتَّقْرِيرِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ؛ فَإِنَّ الصَّحِيحَ أَنَّ الصَّدَاقَ عَوْضٌ، وَلِذَلِكَ يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ، وَإِنَّمَا لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ (م ز) بِفَسَادِهِ؛ لِأَنَّ إِخْلَاءَ النِّكَاحِ عَنِ الْمَهْرِ لَا يَفْسِدُهُ، لِأَنَّهُ يُبْنَى شَرْعاً فِي الْمُفَوَّضَةِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (١)

(و)، فَهُوَ مُسْتَعْنٍ عَنِ الذِّكْرِ، وَإِنَّمَا يُؤَثَّرُ ذِكْرُهُ فِي التَّعْيِينِ؛ وَالتَّقْدِيرِ، فَلَا جَرَمَ إِنْ فَسَدَ التَّعْيِينُ بِأَنْ ذَكَرَ حُرّاً أَوْ خَمِراً أَوْ خَنْزِيراً، صَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ، وَيُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَعَلَى قَوْلِ آخَرَ يُلْعَوُ تَعْيِينُهُ، وَلَكِنْ يُرْجَعُ إِلَى قِيَمَتِهِ (ح)، إِذْ يُعْتَبَرُ الذِّكْرُ فِي تَقْدِيرِ مَبْلَغِ الصَّدَاقِ، وَإِنْ لَمْ يُعْتَبَرِ فِي التَّعْيِينِ، فَيَقْدَرُ الْحُرُّ عَبْدًا، وَالْخَمْرُ عَصِيراً (و)، وَالْخَنْزِيرُ (و) شَاءَ.

(الحُكْمُ الثَّانِي: فِي التَّسْلِيمِ)، وَالتُّبْدَاءُ بِتَسْلِيمِ الصَّدَاقِ؛ عَلَى قَوْلِ.

وَفِي قَوْلِ لَا بُدَّاءَ، بَلْ يُجْبِرَانِ مَعَا؛ بِأَنْ يُسَلِّمَ الصَّدَاقُ إِلَى عَدْلٍ؛ حَتَّى إِذَا مَكَّنَتْ، سَلَّمَ إِلَيْهَا. وَعَلَى قَوْلِ ثَالِثٍ لَا يُجْبِرَانِ، بَلْ يَبْدَأُ مَنْ أَرَادَ أَخْذَ الْمُعَوَّضِ.

فَإِنْ قُلْنَا: التُّبْدَاءُ بِالصَّدَاقِ، فَذَلِكَ إِنَّمَا يَجِبُ، إِذَا كَانَتْ مُهَيَّأَةً لِلِاسْتِمْتَاعِ، فَإِنْ كَانَتْ مَحْبُوسَةً أَوْ مَمْنُوعَةً بِعَدْرِ آخَرَ، لَمْ يَلْزَمَ تَسْلِيمُ الصَّدَاقِ، وَإِنْ كَانَتْ صَبِيَّةً، فَبِيهَا وَجُوبَ تَسْلِيمِ الْمَهْرِ قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي التَّفْقِيهِ، ثُمَّ إِذَا بَادَرَتْ وَمَكَّنَتْ، كَانَ لَهَا طَلْبُ الصَّدَاقِ وَإِنْ لَمْ يَطَّأَهَا عَلَى قَوْلِ نَعَمْ لَوْ رَجَعَتْ إِلَى الْاِسْتِمْتَاعِ سَقَطَ طَلْبُهَا إِلَّا إِذَا وَطَّئَهَا؛ فَإِنَّ الْمَهْرَ يَسْتَقِرُّ بِوِطْءِ وَاحِدَةٍ، وَلَيْسَ (و ح) لَهَا بَعْدَ الْوِطْءِ حَبْسٌ نَفْسِهَا؛ لِأَجْلِ الصَّدَاقِ؛ إِذْ بَطَلَ [ح] (٢) حَقُّهَا بِالتَّمْكِينِ مِنْ وَطْءِ وَاحِدٍ (٣)، أَمَا إِذَا بَادَرَ الزَّوْجُ،

= الباطن من كونها تستمتع به كما يستمتع بها.

هذا وقد كان أولياء الأمور في الجاهلية يأخذون مهور النساء، ولا يعطونها شيئاً ظلماً وعدواناً، فجاءت الشريعة الإسلامية، فقضت بسوقه إليها بقوله تعالى: ﴿وَأَتَوِ النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ أي أعطوهن مهورهن إعطاءً حتماً فريضة لهن من الله، ولا تأخذوا من مهورهن شيئاً إلا عن طيب نفس منهن ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾.

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

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

وقال أيضاً: «لأنه ثبت شرعاً في المفوضة على الصحيح» أي بالعقد، والأكثر على أن المرجع

خلافه... [ت]

(٢) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٣) قال الرافعي: «وليس لها بعد الوطء حبس نفسها لأجل الصداق؛ إذ بطل حقها بالتامكين من وطء واحد»

لو طرح هذا التوجيه لجاز؛ لأنه غير مفيد، فإن من يقول لها الحبس بعد الوطء لا يسلم بطلان حق الحبس=

وَسَلَّمَ الصَّدَاقَ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يُجْبَرُ الزَّوْجُ، فَلَهُ الْأَسْتِزْدَادُ، إِذَا امْتَنَعَتْ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُجْبَرُ، فَهُوَ مُتَّبِعٌ بِالمُبَادَرَةِ، فَلَيْسَ لَهُ الْأَسْتِزْدَادُ، وَمَهْمَا سَلَّمَ الصَّدَاقَ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُمْهَلَهَا رَيْثَمَا تَسْتَعِدُّ بِالتَّنْظِفِ وَالْأَسْتِحْدَادِ، وَأَفْصَى المُهَلَّةِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وَلَا يُمْهَلُهَا لِأَجْلِ تَهْيِئَةِ الجِهَازِ وَأَعْرَاضِ آخَرَ سِوَى التَّنْظِفِ، وَلَا يُمْهَلُ لِأَجْلِ الحَيْضِ، فَإِنَّ لَهُ الْأَسْتِمْتَاعَ بِمَا فَوْقَ الإِزَارِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا تُطَبِّقُ الجِمَاعَ أَوْ مَرِيضَةً، وَجَبَ الإِمهَالُ.

(الحَكْمُ الثَّلَاثُ: التَّفْرِيزُ)، وَلَا يَتَفَرَّرُ كَمَا لِمَهْرٍ إِلَّا بِالوَطْءِ أَوْ بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، وَلَا يَتَفَرَّرُ بِالمُخْلُوةِ (ح)؛ عَلَى القَوْلِ الجَدِيدِ.

(أَلْبَابُ الثَّانِي فِي الصَّدَاقِ الفَاسِدِ)

وَلَفْسَادِهِ سِتَّةُ مَدَارِكَ:

(الأوَّلُ): أَلَا يَقْبَلَ المِلْكُ؛ كَالْحُرِّ، وَالحَمْرِ، وَالجَنْزِيرِ، وَالعَضْبِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرٍ (ح) المِثْلِ؛ عَلَى قَوْلِ، وَإِلَى قِيَمَةِ (ح) المَذْكُورِ عَلَى قَوْلِ.

(الثَّانِي: الشَّرْطُ)، وَلَا يَفْسُدُ (و) النِّكَاحُ بِشَرْطِ لَا يُخْلُ بِمَقْصُودِهِ؛ كَشَرْطِ أَلَا يَتَسَرَّى عَلَيْهَا، أَوْ لَا يَمْنَعَهَا مِنَ الخُرُوجِ، أَوْ لَا يَجْمَعُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ضَرَاتِهَا فِي مَسْكَنِ أَوْ لَا يَقْسِمُ [لَهَا]^(١)، أَوْ لَا يُنْفِقَ عَلَيْهَا، وَيَفْسُدُ بِكُلِّ مَا يُخْلُ بِمَقْصُودِهِ؛ كَشَرْطِ الطَّلَاقِ، وَتَرْكِ الوَطْءِ^(٢)، إِلَّا عَلَى وَجْهِ (ز) بَعِيدٍ، وَإِذَا لَمْ يَفْسُدْ بِالشَّرْطِ فَسَدَ الصَّدَاقُ؛ لِأَنَّ المَشْرُوطَ كَالعَوَاضِ المُضَافِ إِلَى الصَّدَاقِ، وَيَتَعَدَّى الرُّجُوعُ إِلَى قِيَمَةِ المَشْرُوطِ، فَيَتَعَيَّنُ الرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ شَرَطَ الحَيَاةَ فِي الصَّدَاقِ، ثَبَتَ عَلَى قَوْلِ، وَفَسَدَ النِّكَاحُ عَلَى قَوْلِ، وَفَسَدَ فِي نَفْسِهِ دُونَ النِّكَاحِ؛ عَلَى قَوْلِ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يَبْهَأَ أَلْفًا، فَسَدَ (م) الصَّدَاقُ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ إِلَى الأَبِ اسْتِحْقَاقَ أَلْفِ سِوَى الصَّدَاقِ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ [عَلَى]^(٣) أَنْ أُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفًا، صَحَّ الصَّدَاقُ، وَمَعْنَاهُ: نَكَحْتُ بِأَلْفَيْنِ، أُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفًا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنْهَا.

وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا أَيْضًا فَاسِدٌ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يُنْبِئُ عَنِ الوِكَالَةِ فِي الأَدَاءِ، بَلْ عَنِ شَرْطِ الإِعْطَاءِ.

وَقِيلَ: فِي المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالتَّقْلِيلِ وَالتَّخْرِيجِ.

(الثَّلَاثُ: تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ)، فَإِنْ أَضَدَّقَهَا عَبْدًا يُسَارِي أَلْفَيْنِ عَلَى أَنْ تَرَدَّ أَلْفًا، فَنِصْفُ العَبْدِ مَبِيعٌ، وَنِصْفُهُ صَدَاقٌ، وَهُمَا عَقْدَانِ مُخْتَلِفَانِ، وَفِي جَمْعِهِمَا فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ قَوْلَانِ، فَإِنْ

= بِالوَطْءِ. [ت]

(١) فِي ب: عَلَيْهَا.

(٢) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَيَفْسُدُ بِكُلِّ مَا يُخْلُ بِمَقْصُودِ كَشَرْطِ الطَّلَاقِ وَتَرْكِ الوَطْءِ» المَسْأَلَتَانِ مَذْكُورَتَانِ فِي فَصْلِ

التَّحْلِيلِ، وَيَسْتَوِي فِيهِ كُلُّ فِرَاقٍ لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ. [ت]

(٣) فِي أ: وَعَلَى

صَحَّخْنَاهُمَا، فَلَوْ أَرَادَ إِفْرَادَ الصَّدَاقِ، أَوْ المَبِيعِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، جَاَزَ؛ عَلَيَّ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ رَدَّ نِصْفَ العَبْدِ المَبِيعِ، وَلَوْ جَمَعَ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ بَيْنَ نِسْوَةٍ عَلَيَّ صَدَاقٍ وَاحِدٍ، فَفِي صَحَّةِ الصَّدَاقِ قَوْلَانِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَجْهَلُ نَصِيبَ نَفْسِهَا، وَكَذَا فِي الخُلْعِ نَصَّ عَلَيَّ أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَيْتُ عَبِيدًا مِنْ جَمَاعَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ وَاحِدٍ بِشَمَنِ وَاحِدٍ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ؛ لِجِهَالَةِ الثَّمَنِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ، وَنَصَّ عَلَيَّ أَنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَبِيدَهُ عَلَيَّ عِوَضٍ وَاحِدٍ، صَحَّتِ الكِتَابَةُ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ شُوبِ العِنَقِ، وَقِيلَ: بِطَرْدِ القَوْلَيْنِ (م) فِي الجَمِيعِ، لِكَيْتَهُ لَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَوْ قَالَ: بِعْتُكَ العَبْدَ بِمَا يَخُضُّهُ مِنَ الأَلْفِ، إِذَا وُزِعَ عَلَيَّ قِيمَتِهِ، وَعَلَيَّ قِيمَةَ عَبْدٍ فَلَانِ، لَمْ يَصِحَّ البَيْعُ.

(التَّفْرِيعُ): إِنْ قَضَيْنَا بِصِحَّةِ الصَّدَاقِ، وَزَعَّ عَلَيَّ مُهُورِ أُمَّنَالِهِنَّ.

وَقِيلَ: عَلَيَّ عَدَدِ رُءُوسِهِنَّ، وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَإِنْ قَضَيْنَا بِالفَسَادِ، رَجَعَ كُلُّ وَاحِدَةٍ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ؛ عَلَيَّ قَوْلِي، وَإِلَى قِيمَةِ مَا يَقْتَضِيهِ التَّوْزِيعُ؛ عَلَيَّ قَوْلِي؛ لِأَنَّ هَذَا مَجْهُولٌ يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ أَصْدَقَهَا مَجْهُولًا، لَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ؛ فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ مَهْرُ المِثْلِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَّصَمَنَ إثْبَاتُ الصَّدَاقِ رَفْعُهُ؛ كَمَا إِذَا قَبِلَ النِّكَاحَ لِعَبْدِهِ، وَجَعَلَ رَقَبَتَهُ صَدَاقَهَا، فَيَفْسُدُ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَبَّتْ، وَمَلَكَتْ زَوْجَهَا، لَانْفَسَخَ، أَمَا إِذَا زَوَّجَ مِنْ أُنْتِيهِ أَمْرًا، وَأَصْدَقَهَا أُمَّ أُنْتِيهِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، فَسَدَّ الصَّدَاقُ؛ لِأَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي مِلْكِهَا، مَا لَمْ تَدْخُلْ فِي مِلْكِهِ، وَلَوْ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ، لَعَتَمَتْ عَلَيْهِ، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ دُونَ الصَّدَاقِ.

(الخَامِسُ): أَنْ يُزَوَّجَ مِنْ أُنْتِيهِ بِأَكْثَرٍ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ، أَوْ أُنْتِيهِ بِأَقَلِّ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ، فَيَفْسُدُ الصَّدَاقُ (ح م)، وَفِي [صِحَّةٍ] ^(١) النِّكَاحِ قَوْلَانِ؛ وَوَجْهُ الفَسَادِ أَنَّ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ دُونَ رِضَاهُمُ، وَمَا قَبِعُوا بِهِ بَعِيدٌ، وَلَوْ [أَصْدَقَ زَوْجَةَ أُنْتِيهِ] ^(٢) أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَكِنْ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، جَاَزَ (و) وَإِنْ كَانَ يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الأَبْنِ ضَمْنًا.

(فَرَعٌ) إِذَا تَوَاطَأَ أَوْلِيَاءُ الزَّوْجَيْنِ عَلَيَّ ذِكْرَ أَلْفَيْنِ فِي العَقْدِ ظَاهِرًا، وَعَلَيَّ الأَكْتِفَاءَ بِأَلْفٍ بَاطِنًا، فَالْوَاجِبُ مَهْرُ السَّرِّ أَوْ العَلَانِيَةِ (ح)؟ فِيهِ قَوْلَانِ ^(٣)، مَأْخُذُهُمَا أَنَّ العِبْرَةَ بِالأَضْطِلَاحِ الخَاصِّ، أَوْ العَامِّ.

(السَّادِسُ): أَنْ يُخَالِفَ الأَمْرَ، فَإِذَا قَالَتْ: زَوَّجْنِي بِأَلْفٍ، فَرَوَّجَهَا الوَلِيُّ (ز)، أَوْ وَكَيْلُ الوَلِيِّ بِخَمْسِمِائَةٍ، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ، وَلَوْ قَالَتْ: زَوَّجْنِي مُطْلَقًا، فَرَوَّجَ بِأَقَلِّ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ، لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا.

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من أ ب والمثبت من ط.

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

وَقِيلَ: يَصِحُّ وَيَرْجِعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَلَوْ زَوَّجَهَا مُطْلَقًا، فَيَحْتَمِلُ التَّصْحِيحَ لِلْمُطَابَقَةِ، وَيَحْتَمِلُ الْإِفْسَادَ؛ لِأَنَّ مَهْرَ الْمُطَلَّقِ ذِكْرُ الْمَهْرِ عَرَفًا، وَلَوْ قَالَتْ: زَوَّجْنِي بِمَا شَاءَ الْخَاطِبُ، فَزَوَّجَ، فَهُوَ مَجْهُولٌ، وَالْوَاجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَلَوْ عَرَفَ مَا شَاءَ الْخَاطِبُ، فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ بِمَا شِئْتُ، صَحَّ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ لَخَلَلِ اللَّفْظِ؛ [إِذْ لَمْ يَتَلَفَّظْ بِهِ] ^(١).

(الْبَابُ الثَّالِثُ فِي الْمَفْرُوضَةِ)

وَنَعْنِي بِالتَّفْوِيزِ إِخْلَاءَ النِّكَاحِ عَنِ الْمَهْرِ بِأَمْرِ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ؛ كَمَا إِذَا قَالَتْ الْبَالِغَةُ: زَوَّجْنِي بِغَيْرِ مَهْرٍ، فَزَوَّجَ، وَنَعَى الْمَهْرَ، أَوْ سَكَتَ عَنْ ذِكْرِهِ، وَكَذَا السَّيِّدُ إِذَا زَوَّجَ أُمَّتَهُ بِغَيْرِ مَهْرٍ، وَأَمَّا تَفْوِيزُ السَّفِيهَةِ، لَا يُعْتَبَرُ فِي إِسْقَاطِ الْمَهْرِ؛ وَكَذَا الصَّبِيَّةُ، ثُمَّ الْمَفْرُوضَةُ تَسْتَحِقُّ عِنْدَ الْوَطْءِ مَهْرَ الْمِثْلِ، وَهَلْ تَسْتَحِقُّ بِالْعَقْدِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهَا لَا تَسْتَحِقُّ الشُّطْرَ (ح) عِنْدَ الطَّلَاقِ، إِلَّا إِذَا جَرَى الْفَرْضُ بَعْدَ الْعَقْدِ، وَلَوْ أَضَدَّقَهَا خَمْرًا، تَشَطَّرَ مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ كَالْمَفْرُوضِ، وَمَعْنَى الْفَرْضِ تَعْيِينُ الصَّدَاقِ، أَوْ تَقْدِيرُهُ، وَكَانَ الْوَاجِبُ بِالْعَقْدِ أَوْ بِالمَسِيسِ الْمُنتَظَرِ مَهْرَ الْمِثْلِ، أَوْ مَا تَرَاضَى بِهِ الزَّوْجَانِ أَحَدُهُمَا لَا بَعِيْنَهُ، وَلِلْمَرَأَةِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ طَلْبُ الْفَرْضِ؛ لِتَقْرِيرِ الشُّطْرِ أَوْ لِتَعْرِيفِ مَا سَيَجِبُ بِالمَسِيسِ، وَلَهَا حَنْسٌ نَفْسَهَا لِلْفَرْضِ، لَا لِتَسْلِيمِ الْمَفْرُوضِ، وَهَلْ يُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ عِنْدَ الْفَرْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِنْبَاتُ الْأَجْلِ فِي الْمَفْرُوضِ؟ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِنْبَاتُ زِيَادَةِ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، إِذَا كَانَ الْفَرْضُ مِنْ جِنْسِهِ؟ وَجْهَانِ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يَجُوزُ تَعْيِينُ عَرْضِ يُسَاوِي أَضْعَافَ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ أَزْرَأَتْ قَبْلَ الْفَرْضِ، جَازَ عَلَى قَوْلِ الْوُجُوبِ بِالْعَقْدِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ بِالْوَطْءِ، خُرُوجَ عَلَى الْإِبْرَاءِ عَمَّا لَمْ يَجِبْ، وَجَرَى سَبَبٌ وَجُوبِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَسْقَطْتُ حَقَّ طَلْبِ الْفَرْضِ، لَمْ يَسْقُطْ، وَلَوْ فَرَضَ لَهَا خَمْرًا، لَعَا الْفَرْضُ، وَلَمْ يُؤْتَرْ فِي التَّشْطِيرِ؛ بِخِلَافِ الْمَقْرُونِ بِالْعَقْدِ، وَلَوْ أَمْتَنَعَ مِنَ الْفَرْضِ، فَرَضَ الْقَاضِي بِنِيَابَةِ قَهْرِيَّةٍ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ فَرَضَ الْأَجْنَبِيُّ، صَحَّ، وَلَزِمَهُ الْمَفْرُوضُ؛ كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِالْأَدَاءِ.

وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ فَرْضُ الْأَجْنَبِيِّ.

وَمَعْنَى مَهْرِ الْمِثْلِ الْقَدْرُ الَّذِي يَرْغَبُ بِهِ فِيهَا، وَالْأَضْلُ فِيهِ النَّسَبُ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ الْأَخْوَاتُ وَالْعَمَّاتُ لِلْأَبِ، دُونَ الْبَنَاتِ وَالْأُمَّهَاتِ، وَيُعْتَبَرُ مَعَ ذَلِكَ الْعَمَّةُ، وَالْجَمَالُ، وَالْخُلُقُ، وَكُلُّ مَا يَتَفَاوَتُ بِهِ الرُّغْبَةُ، وَلَوْ سَمَحَتْ وَاحِدَةٌ مِنَ الْعَشِيرَةِ، لَمْ يَلْزَمْ الْبَاقِيَاتِ، وَلَوْ كُنَّ يُنْكَحْنَ بِأَلْفِ مُوَجَّلٍ، لَمْ يَنْبُتِ الْأَجْلُ، بَلْ يَنْقُصُ بِقَدْرِهِ مِنَ الْأَلْفِ، وَلَوْ كُنَّ يُسَامِحْنَ الْعَشِيرَةَ، دُونَ غَيْرِهِمْ، لَزِمَ ذَلِكَ فِي الْعَشِيرَةِ دُونَ غَيْرِهِمْ، وَالْوَطْءُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ [وَالشُّبْهَةُ] ^(٢) يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ؛ بِإِعْتِبَارِ يَوْمِ

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ط.

الوطء، لَا يَوْمُ الْعَقْدِ، فَإِذَا أُنْحَدَتِ الشُّبْهَةُ، أُنْحَدَ الْمَهْرُ، وَإِنْ وَطِئَ مِرَارًا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ شُبْهَةً، كَوَطَّاتِ الزَّانِي الْمُكْرَه، وَجَبَ بِكُلِّ وَطْءٍ مَهْرٌ، وَالْأَبُ إِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ مِرَارًا، فَيُفِي الْاِكْتِفَاءَ بِمَهْرٍ وَاحِدٍ وَجْهَانِ، وَوَجْهَهُ شُمُولُ شُبْهَةِ الْإِعْفَافِ، وَإِذَا وَجَبَ مَهْرٌ وَاحِدٌ بِوَطْآتٍ، فَيُعْتَبَرُ عَلَى الْأَحْوَالِ.

(البَابُ الرَّابِعُ فِي التَّشْطِيرِ، وَفِيهِ فُصُولٌ)

(الأوَّلُ: فِي مَحَلِّهِ وَحُكْمِهِ)، وَنَقُولُ: أَرْتَفَاعُ النِّكَاحِ قَبْلَ الْمَسِيسِ^(١)، لَا يَسَبُّبُ مِنْ جِهَتِهَا، يُوجِبُ تَشْطِيرَ الصَّدَاقِ الثَّابِتِ بِتَسْمِيَةِ مَقْرُونَةٍ بِالْعَقْدِ صَحِيحَةٍ أَوْ فَاسِدَةٍ (ح)، أَوْ بِفَرْضِي صَحِيحٍ بَعْدَ الْعَقْدِ؛ كَمَا فِي الْمَفْرُوضَةِ (ح)، وَيَسْتَوِي فِيهِ كُلُّ فِرَاقٍ، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ جَمِيعُ الْمَهْرِ قَبْلَ الْمَسِيسِ بِفَسْخِهَا بَعِيهِ أَوْ فَسْخِهِ بِعِيَّتِهَا، وَمَعْنَى التَّشْطِيرِ أَنْ يَرْجَعَ الْمَلِكُ فِي شَطْرِ الصَّدَاقِ إِلَى الزَّوْجِ بِمُجَرَّدِ الطَّلَاقِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُبْتِئُ لَهُ خِيَارُ الرَّجُوعِ فِي النِّصْفِ؛ حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا عَلَى كَمَالِ الْمَهْرِ، سَلَّمَ لَهَا، وَكَأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ حَقِّهِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْقَطْتُ خِيَارِي، فَيَحْتَمَلُ أَلَّا يَسْقُطَ كَخِيَارِ الرَّجُوعِ فِي النِّهْيَةِ.

(فِرْعُ): لَوْ تَلَفَ الصَّدَاقُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الْاِنْقِلَابِ إِلَيْهِ، فَفِي الضَّمَانِ عَلَيْهَا وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَجْهِ كَالْمَبِيعِ، وَمِنْ وَجْهِ كَالْمَوْهُوبِ بَعْدَ الرَّجُوعِ، وَلَوْ تَلَفَ فِي يَدِهَا بَعْدَ رُجُوعِ الْكُلِّ بِالْفَسْخِ، فَهُوَ مَضْمُونٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِحُكْمِ تَرَادُّ الْعَوْضَيْنِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي التَّغْيِيرَاتِ قَبْلَ الطَّلَاقِ)، وَذَلِكَ إِمَّا بِزِيَادَةٍ مَخْصَصَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ مَخْصُصٍ، أَوْ زِيَادَةٍ مِنْ وَجْهِ، وَنُقْصَانٍ مِنْ وَجْهِ:

(أَمَّا النُّقْصَانُ)؛ كَالْتَعْيِبِ فِي يَدِهَا، فَيُبْتِئُ لَهُ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ، رَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ النِّصْفِ السَّلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ، فَيَعُ بِنِصْفِ الْمَعِيبِ مِنْ غَيْرِ أَرْشٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّ لَهُ الْأَرْشَ.

وَإِنْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا نِصْفُ الْمَعِيبِ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ مِنْ ضَمَانِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِجَنَابَةِ جَانٍ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ لَهُ مَعَ ذَلِكَ نِصْفَ الْأَرْشِ، أَمَّا الزِّيَادَةُ إِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً سَلَّمَتْ لَهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً، أَمْتَنَعَ رُجُوعُهُ إِلَّا بِرِضَاهَا، فَإِنْ أَبَتْ، غُرِّمَتْ قِيَمَةَ الشَّطْرِ، وَإِنْ سَمَحَتْ أُخْبِرَ [و]^(٢) عَلَى الْقَبُولِ، أَمَّا إِذَا زَادَ مِنْ وَجْهِ، وَنَقَصَ مِنْ وَجْهِ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ؛ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الصَّدَاقُ عَبْدًا صَغِيرًا، فَكَبِرَ، فَنُقْصَانُهُ زَوَالَ الطَّرَاوَةِ، أَوْ شَجَرَةً، فَأَزْقَلَتْ، وَنَقَصَتْ الثَّمَرَةَ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي الزِّيَادَةِ زِيَادَةُ الْقِيَمَةِ، بَلْ مَا فِيهِ عَرَضٌ مَقْصُودٌ يُبْتِئُ الْخِيَارَ، وَالْحَمْلُ فِي الْجَارِيَةِ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهِ، وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهِ، وَفِي الْبَهِيمَةِ زِيَادَةٌ مَخْصَصَةٌ (و) إِلَّا إِذَا أَثَّرَ فِي إِفْسَادِ اللَّحْمِ، وَالزَّرَاعَةِ نُقْصَانٌ مَخْصُصٌ لِلأَرْضِ؛ إِذِ الزَّرْعُ يَبْقَى لَهَا، وَالغِرَاسُ كَذَلِكَ.

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

(٢) سقط من ب.

(فُرُوعٌ):

(الأوّل): لَوْ أَضَدَّقَهَا نَحْلًا، فَأَثْمَرَتْ، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الْجِدَادِ، فَلَهَا الثَّمَارُ، وَيَعْسُرُ التَّشْطِيرُ إِلَّا بِمُسَامَحَةٍ، أَوْ مُوَافَقَةٍ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهَا قَطْعَ الثَّمَارِ، وَلَا أَنْ يَسْقِيَّ وَيَنْتَفِعَ بِنَيْصِيهِ مِنَ الشَّجَرَةِ، وَلَا أَنْ يَتْرُكَ السَّقْيَ؛ إِذْ يَنْصَرُّ ثَمَرُهَا، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُكَلِّفَهُ تَأْخِيرَ الْمَلِكِ إِلَى الْجِدَادِ، وَلَا السَّقْيَ وَلَا تَرْكَهُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ، وَيَقُولَ: إِلَيْكَ الْخَيْرُ فِي السَّقْيِ وَتَرْكِهِ، وَأَنَا لَا أَسْقِي؛ لِأَنَّهَا تَنْصَرُّ بِتَرْكِ السَّقْيِ، وَلَا يَلْزُمُهَا نَفْعُ شَجَرَةٍ بِالسَّقْيِ، فَإِنْ سَامَحَ أَحَدُهُمَا، وَالتَّرَمَّ السَّقْيَ، لَمْ يَلْزُمَهُ الْإِجَابَةُ أَيْضًا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ وَعَدَّ، فُرُبَمَا لَا يَبْقَى بِهِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الثَّمَارِ، يَلْزُمُهُ الْقَبُولُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مِثَّةٌ؛ لِتَنْدَفِعَ الْعُسْرُ، فَيَشْتَرِكَا فِي الْجَمِيعِ، وَكَذَا الْخِلَافُ (و) فِيمَا لَوْ أَضَدَّقَهَا جَارِيَةً، فَوَلَدَتْ، فَطَلَّقَهَا، وَهُوَ رَضِيْعٌ، فَقَالَ: أَرْجِعْ إِلَى النُّصْفِ، وَأَرْضَى أَنْ تَبْقَى مُرْضِعَةً، فَإِنَّ هَذَا وَعَدُّ مَخْضُ، فَإِنْ تَرَضِيََا عَلَى الرُّجُوعِ بِالنُّصْفِ، ثُمَّ يَسْقِي مِنْ يَشَاءُ، فَهُوَ تَوَاعُدٌ، فَمَنْ وَعَدَ بِالسَّقْيِ، لَمْ يَلْزُمَهُ، وَمَنْ رَضِيَ بِتَرْكِ السَّقْيِ، يَلْزُمُهُ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ حَقٌّ.

(الثَّانِي): لَوْ أَضَدَّقَهَا جَارِيَةً حَامِلًا، فَوَلَدَتْ، فَلَا يَرْجِعُ فِي نِصْفِ الْوَالِدِ، إِنْ قُلْنَا: لَا يُقَابِلُهُ قِنَاطٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ قُلْنَا: يُقَابِلُهُ، يَرْجِعُ بِالنُّصْفِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ ظَهَرَتْ بِالْإِنْفِصَالِ.

(الثَّالِثُ): لَوْ أَضَدَّقَهَا حُلِيًّا، فَكَسَرْتَهُ، وَأَعَادْتَهُ صَنْعَةً أُخْرَى، فَهُوَ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهِ، وَتُقْصَانٌ مِنْ وَجْهِ، فَإِنْ أَعَادَتْ تِلْكَ الصَّنْعَةَ، لَمْ يَرْجِعْ إِلَّا بِرِضَاهَا؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ حَصَلَتْ بِإِخْتِيَارِهَا، وَإِنْ أَبَتْ، فَلَهُ نِصْفُ قِيَمَتِهِ مَصُوغًا (م).

وَقِيلَ: إِنَّ لَهُ مِثْلَ وَزْنِهِ مِنَ التَّبْرِ، وَأَجْرَةَ الصَّنْعَةِ^(١).

(الرَّابِعُ): لَوْ أَضَدَّقَ الدَّمِيَّ خَمْرًا، وَقَبِضَتْ، فَأَسْلَمًا، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الْمَسِيْسِ، وَقَدْ صَارَ خَلًّا يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْخَلِّ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَرْجِعُ، فَلَوْ كَانَ قَدْ تَلَفَ الْخَلُّ قَبْلَ الطَّلَاقِ، رَجَعَ بِمِثْلِهِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ، عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِدَلُّهُ يَوْمَ الْقَبْضِ وَلَمْ يَكُنْ إِذْ ذَلِكَ مُتَقَوِّمًا، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الْحَمْرِ جِلْدٌ مِثَّتُهُ، فَدَبَّعْتُهُ، فَمِثَّةٌ خِلَافٌ (و) مُرْتَبٌ، وَمَنْعَ الرُّجُوعِ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ حَدَّثَتْ بِإِخْتِيَارِهَا.

(الخَامِسُ): إِذَا أَضَدَّقَهَا تَعْلِيمَ الْقُرْآنِ، [وَطَلَّقَ (و) قَبْلَ الْمَسِيْسِ^(٢)]، عَسَرَ تَعْلِيمُ النُّصْفِ، لِأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ، فَلَهَا نِصْفُ مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ نِصْفُ أَجْرَةِ التَّعْلِيمِ؛ عَلَى اخْتِلَافِ الْقَوْلَيْنِ.

(١) قال الرافعي: «له مثل وزنه من التبر وأجرة الصنعة» النظم يشعر بترجيح الأول، وقضية ما سبق فيما إذا

تلف جلياً على إنسان في كتاب «الغصب» بترجيح الثاني. [ت]

(٢) سقط من أ.

(قَاعِدَةٌ): مَهْمَا أَتَيْتُمَا الْخِيَارَ بِسَبَبِ زِيَادَةِ أَوْ نُقْصَانِ، فَلَا مِلْكَ قَبْلَ الْإِخْتِيَارِ، وَهَذَا الْخِيَارُ لَيْسَ عَلَى الْفَوْرِ، بَلْ كَخِيَارِ رُجُوعِ الْوَاهِبِ، فَإِنْ كَانَ لَهَا الْخِيَارُ، فَاْمْتَنَعَتْ، حُسْبَ عِنَّا عَيْنُ الصَّدَاقِ؛ كَالْمَرْهُونِ، وَبَاعَ الْقَاضِي مِنَ الصَّدَاقِ مَا يَبْقَى بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ، فَإِنْ كَانَ لَا يُشْتَرَى النِّصْفُ بِنِصْفِهِ الْقِيَمَةِ الْوَاجِبَةِ، فَيُسَلَّمُ إِلَى الرَّوْجِ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَيُمْلِكُ إِذَا قَضَى لَهُ بِهِ، وَإِذَا وَجِبَتْ الْقِيَمَةُ، فَهِيَ أَقْلُ قِيَمَةٍ مِنْ يَوْمِ الْأُضْدَاقِ إِلَى يَوْمِ الْقَبْضِ، إِلَّا إِذَا وَجَدَ التَّلْفُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ، فَيُعْتَبَرُ يَوْمُ التَّلْفِ.

(الفصل الثالث: في النصرفات المانعة للرجوع)

وَفِيهِ مَسَائِلٌ: [إِحْدَاهَا: (١)] لَوْ زَالَ مِلْكُهَا بِجَهَةِ لَازِمَةٍ؛ كَبَيْعِ وَهَبَةٍ وَعَتَقِ، تَعَيَّنَتِ الْقِيَمَةُ، فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ، فَالْمِلْكُ الْعَائِدُ كَالَّذِي لَمْ يَزَلْ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَوْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لَازِمٌ، كَرَهْنٍ وَإِجَارَةٍ، تَعَيَّنَتِ الْقِيَمَةُ، فَإِنْ صَبَرَ إِلَى الْأَنْفِكَاحِ، فَلَهُ نِصْفُ (و) الْعَيْنِ، وَلَكِنْ لَوْ بَادَرَتْ إِلَى تَسْلِيمِ الْقِيَمَةِ، لَزِمَهُ الْقَبُولُ لِمَا عَلَيْهَا مِنَ الْعَرَرِ بِفَوَاتِ الْعَيْنِ بَاقِيَةً.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ أُضْدَقَهَا عَبْدًا، فَدَبَّرْتَهُ، لَمْ يَقْدِرِ الرَّوْجُ عَلَى إِنْطَالِ التَّدْبِيرِ؛ بِحُكْمِ الرُّجُوعِ؛ لِأَنَّهَا قَرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ؛ فَهِيَ كَرِيَاةٌ مُتَّصِلَةٌ.
وَقِيلَ قَوْلَانِ.

وقيل: يَرْجِعُ قَطْعًا، وَهُوَ الْقِيَاسُ.

وَقَدْ اخْتَلَفُوا عَلَى النَّصِّ فِي أَنَّ تَغْلِيْقَ الْعِتْقِ هُوَ كَالتَّدْبِيرِ، وَوَصِيَّةُ الْعَبْدِ بِالْعِتْقِ، هَلْ هِيَ كَالتَّدْبِيرِ؟ وَأَنَّ التَّدْبِيرَ، هَلْ يَمْنَعُ رُجُوعَ الْوَاهِبِ، وَرُجُوعَ الْبَائِعِ؟

(الثَّالِثَةُ) لَوْ أُضْدَقَهَا صَبْدًا، وَالرَّوْجُ مُحْرِمٌ عِنْدَ الطَّلَاقِ، لَمْ يَمْتَنِعْ رُجُوعُ النِّصْفِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ قَهْرِيٌّ؛ كَالْإِزْثِ، ثُمَّ إِنْ غَلَبْنَا حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى، وَجَبَ الْإِزْسَالُ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةٌ نِصْفُهَا.

(الفصل الرابع: في هبة الصداق من الزوج)

وَذَلِكَ يَنْقُذُ فِي الدَّيْنِ بِلَفْظِ الْعَفْوِ وَالْإِبْرَاءِ، وَلَا حَاجَةَ (و) إِلَى الْقَبُولِ، وَيَنْقُذُ بِلَفْظِ الْهَبَةِ، وَيَخْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَفْظُ الْعَفْوِ وَالْإِبْرَاءِ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ فِي الْعَيْنِ، وَلَيْسَ لِلْوَالِي الْعَفْوُ عَنِ (و) صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ (ح)، وَفِي الْقَدِيمِ لَهُ (م) ذَلِكَ إِنْ كَانَ مُجْبِرًا، وَلَمْ تَكُنْ مُسْتَقِلَّةً، وَجَرَى بَعْدَ الطَّلَاقِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ، ثُمَّ إِذَا وَهَبَتْ مِنَ الرَّوْجِ قَبْلَ الطَّلَاقِ، فَفِي رُجُوعِهِ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ قَوْلَانِ، وَإِنْ رَجَعَ بِالْإِبْرَاءِ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِالْأَيِّ يَرْجِعُ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا، فَوَهَبَتْ مِنْهُ، فَقَوْلَانِ، وَأَوْلَى بِالرُّجُوعِ، فَإِنْ مَنَعْنَا الرُّجُوعَ، جَعَلْنَا الْهَبَةَ كَالْتَعْجِيلِ إِلَيْهِ بِالصَّدَاقِ،

(١) من أ: الأولى.

وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِي الرُّجُوعِ بِحُكْمِ الْفُسُوحِ بَعْدَ انْتِهَابِ الْمَرْجُوعِ فِيهِ .

(فَرَعَانِ أَحَدَهُمَا) لَوْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الصَّدَاقِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَإِنْ قُلْنَا: الْهَبَةُ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَفِي كَيْفِيَّةِ رُجُوعِهِ بِالنِّصْفِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ .

(أَحَدَاهَا): أَنَّ لَهُ النِّصْفَ الْبَاقِيَّ، وَتَنْحَصِرُ هِبَتُهَا فِي نَصِيبِهَا .

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَشِيعُ، فَلَهُ نِصْفُ مَا بَقِيَ، وَرُبُّعُ قِيَمَةِ الْجُمْلَةِ .

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ نِصْفِ قِيَمَةِ الْجُمْلَةِ؛ حِذَارًا مِنَ التَّبَعِضِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْهَبَةُ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَعَلَى قَوْلِ أَنْحَصَرَتِ الْهَبَةُ فِي نَصِيبِهَا، فَلَا رُجُوعَ، وَفِي قَوْلِ فِي نَصِيبِهَا، فَلَهُ بَاقِي الصَّدَاقِ، وَفِي قَوْلِ يَشِيعُ، فَلَهُ نِصْفُ الْبَاقِي .

(الثَّانِي) إِذَا اخْتَلَعَتِ الْمَرْأَةُ قَبْلَ الْمَيْسِ بِنِصْفِ الصَّدَاقِ مُطْلَقًا، فَفِي قَوْلِ يُنْزَلُ عَلَى النِّصْفِ الَّذِي يَبْقَى لَهَا، وَعَلَى قَوْلِ يَشِيعُ، فَيَفْسُدُ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَيُبْنَى الْبَاقِي عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ .

(الفصل الخامس: في المُنْعَةِ)

وَكُلُّ مُطْلَقَةٍ قَبْلَ الْمَيْسِ لَا تَسْتَحِقُّ شَطْرَ الْمَهْرِ، فَتَسْتَحِقُّ (م) الْمُنْعَةَ، وَإِنْ اسْتَحَقَّتْ جَمِيعَ الْمَهْرِ بِالْمَيْسِ، فَتَسْتَحِقُّ الْمُنْعَةَ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، مَهْمَا طَلَّقَتْ، وَفِي مَعْنَى الطَّلَاقِ [كُلُّ فِرَاقٍ^(١)] يُوجِبُ التَّشْطِيرَ، فَإِذَا لَمْ يُشْطَرِ، أَقْتَضَى الْمُنْعَةَ، وَمِقْدَارُهَا كُلُّ مَا جَارَ (ح ز) أَنْ يُجْعَلَ صَدَاقًا .
وَقِيلَ: مَا يَرَاهُ الْقَاضِي لِأَيُّهَا الْقَاضِي لِأَيُّهَا مِنْ تَوْبٍ (وز) أَوْ خَاتَمٍ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُحْطَّ عَنْ شَطْرِ الْمَهْرِ؛ كَمَا يُحْطُّ التَّعْزِيرُ عَنِ الْحَدِّ .

(الباب الخامس في التَّنَازُعِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ)

(إِحْدَاهَا): إِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْمَهْرِ أَوْ صِفَتِهِ، تَحَالَفَا؛ كَمَا فِي الْبَيْعِ (ح م)، وَيَجْرِي ذَلِكَ (ح) بَعْدَ انْقِطَاعِ النَّكَاحِ وَبَعْدَ الْمَوْتِ، لِأَنَّ الصَّدَاقَ كَعَقْدٍ مُسْتَقِلٍّ بِنَفْسِهِ، وَيَخْلِفُ الْوَارِثُ النَّافِي عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَالْمُنْبِثُ عَلَى الْبَيْتِ، وَفَائِدَةُ التَّحَالْفِ أَنْفَسَاخُ (م) الصَّدَاقِ وَالرُّجُوعِ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَهَا ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مَا أَدْعَتْهُ أَقْلٌ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ أَدْعَتِ التَّسْمِيَةَ، وَأَنْكَرَ الزَّوْجُ أَضْلَ التَّسْمِيَةِ، تَحَالَفَا (و) .

وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهُ .

(الثَّانِيَةُ): لَوْ أَنْكَرَ أَضْلَ الْمَهْرِ، أَوْ سَكَتَ، وَأَعْتَرَفَ بِالنَّكَاحِ، لَمْ يَبْثُ بِحَلْفِهَا مَهْرُ الْمِثْلِ عَلَيْهِ؛ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، بَلْ يَتَحَالَفَانِ؛ وَكَذَا مُجَرَّدُ قَوْلِهِ: «هَذَا ابْنِي»^(٢)، لَا يُوجِبُ (و) مَهْرَ الْمِثْلِ،

(١) سقط من ب .

(٢) في ب: ابني منها .

وَإِنْ كَانَ ظَاهِرًا فِي الْإِقْرَارِ بِالْوَطْءِ .

(الثَّالِثَةُ:) إِذَا تَنَازَعَ وَلِيُّ الصَّبِيَّةِ وَالزَّوْجُ فِي مِقْدَارِ الْمَهْرِ، تَحَالَفَا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ مَقْبُولُ الْإِقْرَارِ، فَلَا بُعْدَ فِي أَنْ يَخْلِفَ، وَكَذَا الْوَصِيُّ وَالْوَكِيلُ؛ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، وَلَوْ أَدْعَى عَلَى رَجُلٍ، أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَ الطِّفْلِ، فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَنَكَلَ، لَمْ يُرَدِّ الْيَمِينُ عَلَى الْوَلِيِّ؛ عَلَى أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ، لَكِنْ يَتَوَقَّفُ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ الصَّبِي، وَيَخْلِفَ .

(الرَّابِعَةُ:) لَوْ أَدْعَتْ أَلْفَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ، جَرِيًّا فِي يَوْمَيْنِ، وَأَقَامَتِ الْبَيْتَةَ عَلَيْهِمَا، لَزِمَ، وَقَدَرْنَا تَحْلُلَ طَلَاقٍ بَعْدَ الْمَسِيَسِ، وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يَبَيِّنَ جَرِيَانَ الْمُسْقِطِ بِإِظْهَارِ طَلَاقٍ قَبْلَ الْمَسِيَسِ .

(الْحَامِسَةُ:) إِذَا كَانَ فِي مِلْكِهِ أَبُوهُا وَأُمُّهُا، فَقَالَ: أَصَدَقْتُكَ أَبَاكَ، فَقَالَتْ: بَلْ أُمِّي، تَحَالَفَا عَلَى الْأَصْحَ لِأَنَّ الصَّدَاقَ عَوْضٌ، وَأَصْلُ الْعَقْدِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، ثُمَّ الرَّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَيُعْتَقُ الْأَبُ بِإِقْرَارِهِ، وَلَاؤُهُ مَوْقُوفٌ؛ إِذْ لَا يَدَّعِيهِ أَحَدُهُمَا .

(بَابُ الْوَلِيْمَةِ وَالنَّكَرِ)

وَالْوَلِيْمَةُ هِيَ مَا دُبُّهُ الْعُرْسِ، وَهِيَ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ .

وَقِيلَ: إِنَّهَا وَاجِبَةٌ .

وَفِي وَجُوبِ الْإِجَابَةِ إِلَيْهَا قَوْلَانِ^(١)، ثُمَّ إِنَّمَا يَجِبُ أَوْ يُسْتَحَبُّ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الدَّعْوَةِ، مُنْكَرٌ، وَلَا عَلَى حِيْطَانِ الدَّارِ صُورَةٌ وَلَا فُرْشٌ حَرِيرٌ، وَلَا فِي الْجَمْعِ مَنْ يَتَأَدَّى بِحُضُورِهِ، وَلَا بَأْسَ بِصُورِ الْأَشْجَارِ، وَلَا بِصُورِ الْحَيَوَانِ، إِذَا كَانَ عَلَى الْفُرْشِ، فَأَمَّا عَلَى الشُّوبِ الْمَلْبُوسِ وَالسُّنْبُرِ وَالْوِسَادَةِ الْكَبِيرَةِ الْمَنْصُوبَةِ، فَلَا يَجُوزُ، وَدُخُولُ مِثْلِ هَذَا الْبَيْتِ حَرَامٌ .

وَقِيلَ: مَكْرُوهٌ .

وَصَنَعَةُ التَّصْوِيرِ حَرَامٌ إِلَّا فِي ثِيَابِ الْفُرْشِ، فَفِيهِ خِلَافٌ .

وَلَا يَتْرُكُ إِجَابَةَ الدَّعْوَةِ بِعَذْرِ الصَّوْمِ، بَلْ يَحْضُرُ، وَيُمْسِكُ فِي الْفَرْضِ، وَيُفْطِرُ فِي النَّقْلِ، إِنْ كَانَ يَشُقُّ عَلَى الدَّاعِي إِمْسَاكُهُ وَإِذَا دُعِيَ جَمْعٌ، سَقَطَ الْفَرْضُ بِإِجَابَةِ بَعْضِهِمْ، وَلَا يُفْتَقَرُ بَعْدَ تَقْدِيمِ الطَّعَامِ إِلَى لَفْظِ الْإِبَاحَةِ، بَلْ يَكْفِي قَرِيْنَةُ الْحَالِ، ثُمَّ يَأْكُلُ الضَّيْفُ مِلْكَ الْمُضَيِّفِ [و] ^(٢) بِالْإِبَاحَةِ، وَلَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْأَكْلِ ^(٣)، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْمَطْعُومِ مَا يَعْلَمُ أَنَّ الْمَالِكَ يَرْضَى بِهِ قَطْعًا، وَيَجُوزُ نَتْرُ السُّكَّرِ، وَالْتِفَاطُهُ؛ فَعِلَ ذَلِكَ بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ^(٤)، ثُمَّ هُوَ كَالصَّيْدِ مَنْ يُبَيِّتُ

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

(٢) سقط من ب.

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

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

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

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

وعن ثور بن يزيد عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل، قال: شهد النبي - صلى الله عليه وسلم -
أملاك رجل من أصحابه فجيء بأطباق عليها فاكهة، وسكر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «انتهبوا»،
فقالوا: يا رسول الله، أو لم تنهنا عن التَّهبة؟ قال: «إنما نهيتكم عن نَهبة العساكر».
قال: فجاذبهم النبي - صلى الله عليه وسلم - وجاذبوه. وتكلم الحافظ أبو بكر البيهقي على
الإسنادين، وقال: لا يثبت في هذا الباب شيء، وهذا ينازع في قوله في الكتاب: «فعل ذلك بين يدي
رسول الله صلى الله عليه وسلم». [ت]

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

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

أما الجهالة فقد عرفناها وهي جهالة حازم ولماسة.

أما الانقطاع وهو بين خالد بن معدان ومعاذ بن جبل فقال العلائي في جامع التحصيل. (ص - ١٧١)
قال أبو حاتم: لم يصح سماعه من عبادة بن الصامت ولا من معاذ بن جبل بل هو مرسل. أ.هـ.
والحديث ذكره الشوكاني في «الفوائد المجموعة» (ص - ١٢٥) رقم (١٩) وقال: رواه الطبراني عن
معاذ مرفوعاً وفي اسناده مجهولان. وللحديث طريق آخر عن معاذ وهو الطريق الذي أشار إليه البيهقي.
أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (١/١٤٢). ومن طريقه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢/٢٦٣) من طريق
بشر بن ابراهيم الانصاري عن الأوزاعي عن مكحول عن عروة بن الزبير عن عائشة عن معاذ بن جبل به
وفيه: إنما نهيتكم عن نهبة العساكر ولم أنهكم عن نهبة اللواتم فانتهبوا قال معاذ بن جبل: لقد رأيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يجرنا ونجره في ذلك النهاب.

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

عَلَيْهِ يَدُهُ، لَمْ يُسَلِّبْ مِنْهُ، وَمَنْ وَقَعَ فِي ذَنْبِهِ، وَقَدْ بَسَطَهُ لِذَلِكَ، لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ، فَإِنْ سَقَطَ؛ كَمَا وَقَعَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يَبْسُطْهُ لِذَلِكَ، أُخِذَ مِنْهُ.

وقال الذهبي في «الميزان» (٢١٣/١): هكذا فليكن الكذب والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٢٩٣/٤). وعزاه للطبراني في الأوسط وقال: وفي إسناد الأوسط بشر بن ابراهيم وهو وضاع. وللحديث شاهد من حديث أنس.
أخرجه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢٦٦/٢) - بتحقيقنا. من طريق خالد بن اسماعيل الأنصاري حدثنا مالك بن أنس عن حميد عن أنس بنحو حديث معاذ.
وقال ابن الجوزي: لا يصح، خالد بن اسماعيل يضع الحديث على ثقات المسلمين لا يجوز الاحتجاج به بحال.

وأقره السيوطي في «اللآلئ المصنوعة» (١٦٦/٢) والحديث بشواهد ذكره الحافظ في «التلخيص» (٢٠١، ٢٠٠/٣) وضعف طرقه كلها وقال: وأغرب إمام الحرمين فصحه من حديث جابر، وهو لا يوجد ضعيفاً فضلاً عن صحيح، وفي مصنف ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي: انهما كانا لا يريان بأساً بالنهب في العرسات والولائم وكرهه ابن مسعود وابراهيم وعطاء وعكرمة. أ.هـ.

تنبيه: هذا الحديث ذكره الرافعي في «الشرح» من حديث جابر وتبعه جماعة من الفقهاء كالغزالي والإمام والقاضي حسين كما في «التلخيص» (٢٠١/٣) وقال الحافظ: هذا لا نعرفه من حديث جابر.
وقال ابن الملقن في «الخلاصة» (٢١٢/٢): غريب من حديث جابر معروف من حديث معاذ وأنس واسنادهما ضعيف.

(كِتَابُ الْقَسْمِ وَالنُّشُوزِ (١) وَفِيهِ فُصُولٌ)

(الأول: فِيمَنْ يَسْتَحِقُّ الْقَسْمَ)، وَلَا يَجِبُ عَلَى مَنْ لَهُ زَوْجَةٌ وَاحِدَةٌ أَنْ يَبَيِّنَ عِنْدَهَا، لَكِنْ يَسْتَحِبُّ ذَلِكَ لِتَخْصِيئِهَا، وَلَا يَجِبُ الْقَسْمُ بَيْنَ الْمُسْتَوْلِدَاتِ، وَبَيْنَ الْإِمَاءِ، وَلَا بَيْنَهُنَّ، وَبَيْنَ الْمَنْكُوحَاتِ، لَكِنَّ الْأُولَى الْعَدْلُ وَكَفُّ الْإِيذَاءِ، وَمَنْ لَهُ مَنْكُوحَاتٌ، فَإِنْ أَعْرَضَ عَنْهُنَّ، جَازَ، وَإِنْ

(١) الْقَسْمُ يَفْتَحُ الْقَافَ مَعَ سَكُونِ السِّينِ بِمَعْنَى الْعَدْلِ بَيْنَ الزَّوْجَاتِ فِي الْمَبِيَّتِ، وَهُوَ الْمُرَادُ هُنَا، وَمَعَ فَتْحِ السِّينِ الْيَمِينِ (وَبِكْسْرِ الْقَافِ) وَبِكْسْرِ الْقَافِ مَعَ سَكُونِ السِّينِ بِمَعْنَى الْحِظِّ وَالنَّصِيبِ، وَمَعَ فَتْحِ السِّينِ جَمْعَ قِسْمَةٍ، وَقَدْ تَطَلَّقَ عَلَى النَّصْبِ أَيْضًا

وَالنُّشُوزُ مِنْ نَشَزَ إِذَا ارْتَفَعَ، لِأَنَّ فِيهِ ارْتِفَاعًا عَنْ أَدَاءِ الْحَقِّ الْوَاجِبِ، فَالزَّوْجَةُ إِذَا امْتَنَعَتْ عَنْ أَدَاءِ مَا وَجِبَ عَلَيْهَا تَسْمَى نَاشِزَةً، وَالْقَسْمُ وَاجِبٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ: قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ لَمَّا نَهَى جَلَّ شَأْنُهُ عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَ اثْنَتَيْنِ، أَوْ أَكْثَرَ عِنْدَ خَوْفِ عَدَمِ الْعَدْلِ فِيمَا إِذَا اجْتَمَعْتَا أَوْ اجْتَمَعْنَ، عَلِمَ أَنَّ الْعَدْلَ وَاجِبٌ. وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَاعْشُرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وَمَنْ عَشَرْتَهَا بِالْمَعْرُوفِ تَأْدِيَةٌ حَقُّهَا، وَالْعَدْلُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ غَيْرِهَا فِي الْمَبِيَّتِ، وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ أَي أَنَّ لِلزَّوْجَاتِ حَقًّا عَلَى أَزْوَاجِهِنَّ، كَمَا أَنَّ لِلزَّوْجِ حَقًّا عَلَيْهِنَّ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ تَمَثُّلَهُمَا، وَتَجَانُسَهُمَا، وَإِنَّمَا أَرَادَ وَجُوبَهُمَا، وَلِزُومِهِمَا. وَقَالَ تَعَالَى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ فِي هَذِهِ الْآيَةِ إِشَارَةٌ إِلَى مَا أَوْجِبَهُ لَهَا مِنْ نَفَقَةٍ وَكِسْوَةٍ وَقَسْمٍ وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ كَانَ لَهُ امْرَأَتَانِ يَمِيلُ لِإِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَجْرُ أَحَدُ شَقِيهِ سَاقِطًا أَوْ مَائِلًا» رَوَاهُ الْخَمْسَةُ. وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَمَّا مَرَضَ طَيْفَ بِهِ عَلَى نِسَائِهِ مَحْمُولًا، فَلَمَّا نَقَلَ أَشْفَقْنَ عَلَيْهِ، فَحَلَلْتَهُ مِنَ الْقَسْمِ لِيَقْسِمَ عِنْدَ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لِمَيْلِهِ إِلَيْهَا، فَتَوَفَّى عِنْدَهَا - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَلذَلِكَ قَالَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: تَوَفَّى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ كَرِيٍّ وَنَحْرِي، وَفِي يَوْمِي وَلَمْ أَظَلْمَ فِيهِ أَحَدًا.

حِكْمَةُ وَجُوبِ الْقَسْمِ:

لَمَّا أَبَاحَ اللَّهُ - سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى - لِلزَّوْجِ التَّعَدُّدَ إِلَى أَرْبَعِ تَلْمَسُ الْمُضْلَمُونَ مِنْ ذَلِكَ طَرِيقًا لِلطَّلْعِ عَلَى الدِّينِ الْإِسْلَامِيِّ، زَاعَمِينَ بِحَسَبِ أَهْوَائِهِمُ الْفَاسِدَةِ، وَمَا سَوَّلَتْ لَهُمْ نَفْسُهُمُ الْخَبِيثَةَ أَنْ فِي هَذَا ضِيَاعًا لِحَقِّ الْمَرْأَةِ، وَلِحُوقِ الضَّرْرِ بِهَا، وَسُوءِ الْعِشْرَةِ مَعَهَا، وَدِينِ هَذَا شَأْنُهُ لَيْسَ بِالدِّينِ الْمُسْتَقِيمِ، بَلْ هُوَ دِينُ الظُّلْمِ وَالْإِسْتِعْبَادِ، وَلَيْسَ مَا قَالُوا، فَقَدْ افْتَرَوْا عَلَى الدِّينِ الْإِسْلَامِيِّ بِجَهَالَتِهِمْ، وَضَلَالَتِهِمْ، وَقَلَّةِ تَدْبِيرِهِمْ، وَمَا نَشَأَ هَذَا وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ إِلَّا مِنْ عَمِيٍّ بِصِيرَتِهِمْ «فَإِنَّهَا لَا تَعْمَى الْأَبْصَارَ وَلَكِنْ تَعْمَى الْقُلُوبَ الَّتِي فِي الصُّدُورِ» إِذْ لَوْ تَأَمَّلُوا وَلَوْ قَلِيلًا، لَوَجَدُوا الدِّينَ الْإِسْلَامِيَّ هُوَ دِينُ الشَّفَقَةِ وَالرَّحْمَةِ وَالْعَطْفِ وَالرَّأْفَةِ، فَمَا أَبَاحَ التَّعَدُّدَ إِلَّا لِمَصْلَحَةٍ قَوِيْمَةٍ يَعْرِفُهَا ذَوُو الذُّوقِ السَّلِيمِ، وَلَمْ يَتْرِكْ لِلظُّلْمِ أَثْرًا مِنْ هَذَا السَّبِيلِ، بَلْ أَبَانَ الطَّرِيقَ الَّذِي يَسْلُكُهُ زَوْجُ الزَّوْجَاتِ حَتَّى لَمْ يَبْقَ لِلْمَجُورِ مَجَالٌ.

فَالشَّارِعُ الْحَكِيمُ لَمْ يَبِيحْ تَعَدُّدَ الزَّوْجَاتِ مُطْلَقًا بَلْ قَرَنَهُ بِمَا يَرْفَعُ الْجُورَ وَالظُّلْمَ قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ فَإِنَّكَ تَفْهَمُ مِنْ مَعْنَى الْآيَةِ أَنَّ اللَّهَ - سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى - حَرَّمَ الزِّيَادَةَ عَلَى وَاحِدَةٍ إِذَا خِيفَ عَدَمُ الْعَدْلِ لَوْ جَمَعَ بَيْنَ اثْنَتَيْنِ، أَوْ أَكْثَرَ، وَمَنْ يَعْلَمُ أَنَّ الْعَدْلَ وَاجِبٌ.

بَاتَ لَيْلَةً عِنْدَ وَاحِدَةٍ، لَزِمَهُ مِثْلُهَا لِلْبَقِيَّاتِ، وَتَسْتَحِقُّ الْمَرِيضَةَ، وَالرَّثَقَاءَ، وَالْحَائِضُ، وَالنَّفْسَاءَ، وَالْمُخْرِمَةَ، وَالَّتِي آتَى مِنْهَا زَوْجَهَا، أَوْ ظَاهَرَ، وَكُلُّ مَنْ بِهَا عُذْرٌ شَرْعِيٌّ أَوْ طَبِيعِيٌّ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْأَنْسُ وَالسَّكَنُ دُونَ الْوِقَاعِ، أَمَّا النَّاشِزَةُ، فَلَا تَسْتَحِقُّ، فَلَوْ كَانَ يَدْعُوهُنَّ إِلَى مَنْزِلِهِ، فَلَأَبَتْ وَاحِدَةً، سَقَطَ حَقُّهَا، وَإِنْ كَانَ يُسَاكِنُ وَاحِدَةً، وَيَدْعُو الْبَاقِيَّاتِ، فَفِي جَوَازِ ذَلِكَ تَرُدُّ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّخْصِيسِ، وَالْمَسَافَرَةِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نَاشِزَةً، وَإِنْ سَافَرَتْ بِإِذْنِهِ فِي غَرَضِهِ، فَحَقُّهَا قَائِمٌ، وَتَسْتَحِقُّ الْقَضَاءَ، وَإِنْ كَانَ فِي غَرَضِهَا، لَمْ تَسْتَحِقْ؛ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ، وَيَجِبُ الْقِسْمُ عَلَى كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ، قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَعَلَى الْوَلِيِّ أَنْ يَطُوفَ بِالْمَجْنُونِ عَلَى نِسَائِهِ، وَيَزْعَى الْعَدْلَ فِي الْقِسْمِ، فَلَوْ كَانَ يُجَنُّ، وَيُفِيقُ، فَلَا يُخْصَصُ وَاحِدَةً بِنُوبَةِ الْإِفَاقَةِ، إِنْ كَانَ مَضْبُوطًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَأَفَاقَ فِي نُوبَةِ وَاحِدَةٍ، قَضَى لِلْآخَرَى مَا جَرَى فِي الْجُنُونِ لِنُقْصَانِ حَقِّهَا.

(الفصل الثاني): فِي مَكَانِ الْقِسْمِ وَزَمَانِهِ:

(أَمَّا الْمَكَانُ) : فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ ضَرَّتَيْنِ فِي مَسْكَنِ وَاحِدٍ، إِلَّا إِذَا أَنْفَصَلَتِ الْمَرَافِقُ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَدْعِيَهُنَّ إِلَى بَيْتِهِ عَلَى التَّنَاوُبِ.

(وَأَمَّا الزَّمَانُ) فَعِمَادَةُ اللَّيْلِ، وَالنَّهَارُ تَبَعٌ، إِلَّا فِي حَقِّ الْأَثُونِيِّ، وَالْحَارِسِ؛ فَإِنَّ سُكُونَهُمَا بِالنَّهَارِ، وَلَا يَحِلُّ أَنْ يَدْخُلَ فِي نُوبَتِهَا عَلَى ضَرَّتِهَا، بِاللَّيْلِ، إِلَّا لِمَرِيضٍ مَخُوفٍ، وَأَمَّا بِالنَّهَارِ، يَجُوزُ لِعَرَضٍ مِنْهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَرَضٌ.

وَقِيلَ: النَّهَارُ كَاللَّيْلِ (ح).

وَقِيلَ: لَا حَجَرَ فِي النَّهَارِ.

وَإِنْ خَرَجَ إِلَى ضَرَّتِهَا بِاللَّيْلِ، وَمَكَتْ، قَضَى مِثْلَ ذَلِكَ مِنْ نُوبَةِ الْآخَرَى، وَإِنْ لَمْ يُمْكُثْ زَمَانًا مَخْسُوسًا، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَغْضَى، وَلَا يَقْضِي، وَإِنْ دَخَلَ وَوَطِئَ، فَقَدْ أَفْسَدَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ؛ فِي وَجْهِهِ، فَلَا يُعْتَدُّ بِهَا.

وَفِي وَجْهِهِ يَقْضِي الْجَمَاعَ فَقَطْ.

وَفِي وَجْهِهِ يَقْضِي مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ، وَلَا يُكَلِّفُ الْوِقَاعَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْأَخْتِيَارِ.

(أَمَّا الْمِفْدَارُ): فَأَقْلُ الْقِسْمِ لَيْلَةً، وَلَا يَجُوزُ تَنْصِيفُ اللَّيْلَةِ؛ لِأَنَّهُ يُنْعَصُ الْعَيْشَ، وَأَكْثَرُهُ ثَلَاثُ

لَيَالٍ.

وَقِيلَ: سَبْعٌ.

وَقِيلَ: لَا يُقَدَّرُ، بَلْ هُوَ إِلَى الْأَخْتِيَارِ.

ثُمَّ الْقُرْعَةُ تَحْكُمُ فِيمَنْ بِهِ الْبِدَايَةُ.

وَقِيلَ: هُوَ إِلَى خَيْرَتِهِ؛ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يَبْتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ، لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ لِغَيْرِهَا.

(الفصل الثالث: في التفاضل) وله سببان:

(الأول: الحرّية)، فَلِلْحُرَّةِ ثُلَاثَا الْقِسْمِ، وَلِلْأَمَةِ الثُّلُثُ (م) فَلَهَا لَيْلَتَانِ، وَلِلْأَمَةِ لَيْلَةٌ، فَلَوْ بَدَأَ بِالْحُرَّةِ، فَعَتَقْتَ فِي لَيْلَتِهَا، أَوْ قَبْلَ أَنْقِضَاءِ لَيْلَةِ الْأَمَةِ، التَّحَقَّتْ بِالْحُرَّةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَأَسْتَحَقَّتْ تَمَامَ لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ عَتَقْتَ بَعْدَ تَمَامِ لَيْلَتِهَا، أَقْصَرْتَ عَلَى مَا مَضَى، وَسُوِّيَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَوْ بَدَأَ بِهَا فَعَتَقْتَ قَبْلَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا، صَارَتْ [كَالْحُرَّةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَإِنْ عَتَقْتَ بَعْدَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا، وَجَبَ تَوْفِيَةُ الْحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ، ثُمَّ يُسَوَّى بَعْدَ ذَلِكَ] (١).

(السبب الثاني: تجدد النكاح)، وَإِذَا نَكَحَ بِكْرًا جَدِيدَةً، بَاتَ عِنْدَهَا سَبْعًا، وَعِنْدَ الثَّيْبِ ثَلَاثًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَسْتَوِي فِيهِ الْحُرَّةُ وَالْأَمَةُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِلْأَنْفِ وَالطَّبْعِ، لَا يَتَغَيَّرُ بِالرَّقِّ؛ كَمَدَّةِ الْعُنَّةِ، ثُمَّ لَا يَقْضِي [ح] (٢) لِلْبَاقِيَاتِ هَذِهِ الْمُدَّةَ، بَلْ يَسْتَأْنِفُ الْقِسْمَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَهَذَا حَقُّ الْجَدِيدَةِ، فَإِنْ بَاتَ عِنْدَ الثَّيْبِ ثَلَاثًا، فَالْتَمَسَتْ زِيَادَةً، فَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَقَدِ اتَّلَمَسَتْ أُمَّ سَلَمَةَ (٣) (٤)

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقد التمست أم سلمة» روى الشافعي عن مالك، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عبد الملك بن أبي بكر عن عبد الرحمن أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تزوج أم سلمة، وقد أصبحت عنده، قال: «ليس بك على أهلك هوان، إن شئت سبعتُ عندك، وسبعتُ عندهنَّ، وإن شئت ثلثتُ عندك ودُزْتُ». قالت: ثلثتُ رواه مسلم مرسلًا وموضوعًا عن أبي بكر بن أبي شيبة، عن يحيى القطان عن سفيان الثوري، عن محمد بن أبي شيبة، عن يحيى القطان عن سفيان الثوري، عن محمد بن أبي بكر عن عبد الملك بن أبي بكر عن أبيه، عن أم سلمة.

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

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

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

ذَلِكَ: «إِنْ شِئْتَ، سَبَعْتُ عِنْدَكَ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتَ، ثَلَّثْتُ عِنْدَكَ وَدُرْتُ، وَكَأَنَّ أَقْتِرَاحَهَا الزِّيَادَةَ يُبْطِلُ حَقَّهَا مِنَ الثَّلْثِ، وَلَوْ أَقَامَ الرَّجُلُ عِنْدَهَا دُونَ أَقْتِرَاحِهَا، لَمْ يُبْطَلْ حَقُّهَا.

(الفصل الرابع في الظلم والقضاء) وفيه مسائل:

(الأولى:) أَنْ يَكُونَ تَحْتَهُ ثَلَاثُ نِسْوَةٍ، فَبَاتَ عِنْدَ اثْنَتَيْنِ عَشْرِينَ لَيْلَةً، اسْتَحَقَّتِ الثَّلَاثَةَ عَشَرَ لَيَالٍ، فَيُقْضِيهَا عَلَى الْوَلَاءِ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ فِي ذِمَّتِهِ، فَلَوْ نَكَحَ جَدِيدَةً، فَلَوَبَاتَ عِنْدَهَا عَشْرًا وَلَاءً، ظَلَمَ الْجَدِيدَةَ فَسَبِيلُهُ أَنْ يَقْضِيَ حَقَّ الْجَدِيدَةِ بِثَلَاثٍ أَوْ سِتٍّ، ثُمَّ يَبِيتَ عِنْدَهَا ثَلَاثَ لَيَالٍ، وَعِنْدَ الْجَدِيدَةِ لَيْلَةً؛ لِأَنَّ حَقَّ الْجَدِيدَةِ لَيْلَةٌ مِنْ أَرْبَعٍ، وَلَوْ قَضَاهَا الْعَاشِرَةَ، ثُمَّ اسْتَأْنَفَ الْقِسْمَ، عَادَ إِلَى الْجَدِيدَةِ فِي الْخَامِسَةِ، فَسَبِيلُ الْعَدْلِ أَنْ يَبِيتَ الْعَاشِرَةَ عِنْدَ الْمَظْلُومَةِ، وَيَبِيتُ لِلْجَدِيدَةِ بِذَلِكَ ثَلْثَ لَيْلَةٍ فَيَبِيتُ عِنْدَ الْجَدِيدَةِ ثَلْثَ لَيْلَةٍ، وَيَخْرُجُ إِلَى بَيْتِ صَدِيقٍ أَوْ مَسْجِدٍ بَقِيَّةَ اللَّيْلِ، ثُمَّ يَسْتَأْنَفُ الْقِسْمَ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ نِصْفَ لَيْلَةٍ، وَأَخْرَجَهُ السُّلْطَانُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَ الْأُخْرَى نِصْفَ لَيْلَةٍ، وَيَخْرُجُ الْبَاقِي إِلَى الْمَسْجِدِ.

(الثانية:) لَوْ وَهَبَتْ نَوْبَتَهَا مِنْ ضَرَّتِهَا، فَلَلزَّوْجُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ الْقَبُولِ، فَإِنْ قَبَلَ، فَلَيْسَ لِلْمَوْهُوبَةِ الْأَمْتِنَاعُ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ لَيْلَتَهَا مُتَّصِلَةً بِلَيْلَةِ الْوَاهِبَةِ، بَاتَ عِنْدَهَا لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَّفَصِلَةً، فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يُوَالِيَ بَيْنَ لَيْلَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَصِّصَ وَاحِدَةً، بَلِ الْوَاهِبَةُ كَالْمَعْدُومَةِ، ثُمَّ لَهَا الرُّجُوعُ، مَهْمَا شَاءَتْ، وَمَا فَاتَ قَبْلَ بُلُوغِ خَبَرِ الرُّجُوعِ، فَلَا يُقْضَى، كَمَا فَاتَ مَثَلًا مِنْ ثِمَارِ الْبُسْتَانِ قَبْلَ مَعْرِفَةِ الرُّجُوعِ مِنَ الْمُبِيعِ.

(الثالثة:) إِذَا ظَلَمَهَا بِعَشْرِ لَيَالٍ مَثَلًا، وَأَبَانَهَا فَقَدْ فَاتَ التَّدَاوُكُ، وَبَقِيَتِ الْمَظْلَمَةُ، فَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، قَضَاهَا إِلَّا إِذَا نَكَحَ جَدِيدَاتٍ، أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي نِكَاحِهِ الْمَظْلُومَةَ بِهَا، فَيَتَعَدَّرُ الْقَضَاءُ وَيَبْقَى الْمَظْلَمَةُ.

(الفصل الخامس: في المسافرة بهن)

كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا هَمَّ بِسَفَرٍ، أَقْرَعَ^(١) (ح) بَيْنَهُنَّ فَاسْتَضَحَبَ وَاحِدَةً، ثُمَّ إِذَا

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

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

(١) قال الرافعي: «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا همَّ بسفر أقرع بينهن» روى الشافعي عن عمه محمد بن علي بن شافع عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله عن عائشة أنها قالت: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتها خرج سهمها خرج بها»

= وهو مخرج في «الصحيحين» مدرجا من قصة الإفك. [ت]

عَادَ، دَارَ عَلَيْهِنَّ مِنْ غَيْرِ (ح) قَضَاءً، فَصَارَ سُقُوطُ (ح) الْقَضَاءِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ مِنْ رُخْصِ السَّفَرِ، وَلَكِنْ بِأَزْيَعِ شَرَائِطٍ: أَنْ يُقْرَعَ (ح م) أَوْلاً، وَأَلَّا يَعْزَمَ عَلَى الثَّقَلَةِ، وَأَنْ يَكُونَ السَّفَرُ طَوِيلًا مُرَحَّصًا؛ لِيَكُونَ فَوْزَهَا فِي مُقَابَلَةِ تَعَبِهَا، وَأَلَّا يَعْزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ فِي مَقْصِدِهِ، فَإِنْ خَرَجَ لِلثَّقَلَةِ، أَوْ لِلتَّفَرُّجِ أَوْ عَرَضَ فِي سَفَرٍ قَصِيرٍ، فَضَى لِلْبَاقِيَاتِ^(١)، وَإِنْ عَزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ فِي مَقْصِدِهِ، فَضَى أَيَّامَ الْإِقَامَةِ، وَهَلْ يَفْضِي أَيَّامَ الرُّجُوعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ بِإِقَامَةِ يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ يَمْتَنِعُ بِهِ التَّرْخِصُ، وَإِنْ أَقَامَ أَيَّامًا فِي أَنْتِظَارِ إِنْجَازِ حَاجَتِهِ، أَبْتَنَى الْقَضَاءُ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَرْخِصِهِ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْزَمَ عَلَى الثَّقَلَةِ، وَيُخَلَّفَ نِسَاءَهُ، وَلَوْ عَزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ أَيَّامًا، ثُمَّ أَنْشَأَ سَفَرًا آخَرَ، لَمْ يَكُنْ عَزَمَ عَلَيْهِ أَوْلاً، لِزِمَتِهِ قَضَاءُ تِلْكَ الْأَيَّامِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَزَمَ عَلَيْهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى أَيَّامِ الرُّجُوعِ، وَأَوَّلَى بِوُجُوبِ الْقَضَاءِ، وَلَوْ سَافَرَ بِأَيَّتَيْنِ، عَدَلَ بَيْنَهُمَا بِالسَّفَرِ (ح)، وَإِنْ ظَلَمَ إِحْدَاهُمَا، فَضَى لَهَا؛ إِمَّا فِي السَّفَرِ، أَوْ فِي الْحَضَرِ، وَلَهُ أَنْ يُخَلَّفَ إِحْدَاهُمَا فِي بَعْضِ الْمَنَازِلِ بِالْقِرْعَةِ؛ وَلَوْ نَكَّحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً، خَصَّهَا بِثَلَاثِ لَيَالٍ، أَوْ سَبْعٍ، ثُمَّ عَدَلَ بَعْدَهُ بَيْنَهُنَّ، وَلَوْ خَرَجَ وَحْدَهُ، وَنَكَّحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً، لَمْ يَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ لِلْمُخَلَّفَاتِ، وَلَوْ كَانَ تَخْتَهُ زَوْجَتَانِ، فَتَنَكَّحَ جَدِيدَتَيْنِ، وَسَافَرَ بِإِحْدَاهُمَا بِالْقِرْعَةِ، أُنْذِرَ حَتَّى الْجَدِيدَةِ فِي أَيَّامِ السَّفَرِ، فَإِنْ عَادَ، فَضَى حَقَّ الْجَدِيدَةِ الْمُقِيمَةِ بِسَبْعٍ أَوْ ثَلَاثٍ.

وقيل: بطل أيضاً حقها، لانقضاء الوقت من أول الزفاف.

(الفصل السادس: في الشقاق)، وله ثلاثة أحوال:

(الأولى) أَنْ يَكُونَ التُّشُورُ مِنْهَا، فَلَهُ الْوَعْظُ، أَوْ مُهَاجَرَةُ الْمَضْجَعِ، أَوْ الضَّرْبُ (و) فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الْوَعْظَ لَا يَنْجَعُ، كَانَ لَهُ الْبِدَايَةُ بِالضَّرْبِ، فَإِنْ أَفْضَى الضَّرْبُ إِلَى تَلَفٍ، فَعَلَيْهِ الْعَزْمُ؛ بِخِلَافِ الْوَلِيِّ؛ فَإِنَّهُ يُؤَدِّبُ الطِّفْلَ، لَا لِحِظِّ نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ نَاشِزَةً بِالْمَنْعِ مِنَ الْمُسَاكَنَةِ وَالْإِسْتِمْتَاعِ؛ بِحَيْثُ يَخْتَاجُ إِلَى تَعَبٍ فِي رَدِّهَا إِلَى الطَّاعَةِ، وَحُكْمُ التُّشُورِ سُقُوطُ النَّفَقَةِ، فَلَوْ مَنَعَتْ غَيْرَ الْجِمَاعِ مِنَ الْإِسْتِمْتَاعِ، أَحْتَمَلَ أَنْ يَسْقُطَ مِنَ النَّفَقَةِ بَعْضُهَا؛ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْأَمَّةِ، إِذَا سَلَّمَتْ إِلَى الزَّوْجِ، لَيْلًا وَمُنِعَتْ نَهَارًا.

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

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

[ت].

(الحَالَةُ الثَّانِيَةُ): أَنْ يَكُونَ الْعُدْوَانُ مِنْهُ بِالضَّرْبِ وَالْإِيذَاءِ، فَيَحَالَ بَيْنَهُمَا؛ حَتَّى يَعُودَ إِلَى الْعَدْلِ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يُشْكِلَ الْأَمْرُ، فَيَبْعَثَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا؛ لِيَنْظُرَا [مَنِ الْجَانِي] (١)، ثُمَّ الصَّحِيحُ مِنَ الْقَوْلَيْنِ أَنَّهُمَا وَكَيْلَانِ (م)، وَلَا يَنْفَذُ تَصْرُفُهُمَا فِي التَّفْرِيقِ إِلَّا بِالِإِذْنِ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنَّهُمَا مُوَلِّيَانِ (ح و) مِنْ جِهَةِ الْحَاكِمِ؛ حَتَّى يَنْفَذَ طَلَاقَهُمَا وَخُلْعَهُمَا؛ وَعَلَى هَذَا يُشْتَرَطُ عَدَاةُ التَّهْمَا وَهِدَايَتُهُمَا، وَلَا يُشْتَرَطُ أَجْنِهَاتُهُمَا، وَلَا كَوْنُهُمَا مِنْ أَهْلِ الرَّوْحَيْنِ.

(١) سقط من ط .

كِتَابُ الْخُلْعِ^(١)، وَفِيهِ أَبْوَابٌ:

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي حَقِيقَةِ الْخُلْعِ، وَفِيهِ فَضْلَانِ):

(الفَضْلُ الْأَوَّلُ: فِي آثَرِهِ)، وَفِيهِ قَوْلَانِ:

الصَّحِيحُ: أَنَّهُ طَلَاقٌ، وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَعُثْمَانَ^(٢) وَعَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ^(٣) أَجْمَعِينَ،

(١) الخلع لَفْعٌ: النَّزْعُ، وَهُوَ اسْتِعَارَةٌ مِنْ خَلَعَ اللَّبَاسَ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِبَاسٌ لِآخَرَ، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ نَزَعَ لِبَاسَهُ مِنْهُ، وَخَالَعَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا مُخَالَعَةً إِذَا افْتَدَتْ مِنْهُ، وَطَلَّقَهَا عَلَى الْفِدْيَةِ.

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

- عرفه الأحناف بأنه: عبارة عن أخذ المال بجزاء ملك النكاح، بلفظ الخلع.

وعرفه الشافعية بأنه: فُرْقَةٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ بِعَوْضٍ، بلفظ طَلَاقٍ أَوْ ضَلْعٍ.

وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بعوضٍ.

وعرفه الحنابلة بأنه: فراق الزوج امرأته، بعوضٍ، يأخذه الزوج، بألفاظ مخصوصة.

أنظر: تبين الحقائق: ٢٦٧/٢، شرح فتح القدير: ٢١٠/٤، حاشية ابن عابدين: ٤٢٢/٣، الشرح

الصغير للرددير: ٣١٩/٣، بداية المجتهد: ٩٨/٢، الكافي: ٥٩٧/٢، المغني: ٥٣٦/٧.

(٢) قال الرافعي: «عثمان: هو عثمان بن عفان بن العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن

كلاب أبو عبد الله ويقال: أبو عمرو ثالث الخلفاء الراشدين المشهود لهم بالجنة، استغفر له رسول الله

- صلى الله عليه وسلم - ما تقدم وما تأخر من ذنبه، استُخْلِفَ سنة أربع وعشرين غزاة المحرم، وقيل:

لخمس وثلاثين لثمان عشرة خلت من ذي الحجة. [ت]

تنظر ترجمته من طبقات ابن سعد ٥٣/٣ - ٨٤، تاريخ الدوري ٣٩٤/٢، تاريخ خليفة وطبقاته ١٠،

تاريخ البخاري الكبير: ت (٢١٩١)، تاريخه الصغير ٥٨/١ - ٧١، القضاة لوكيع ١١٠/١. الجرح

والتعديل: ت (٨٨٢). الجمع لابن القيسراني ٣٤٧/١. المنتظم لابن الجوزي ١٣٧/٦، ٢٢١، ٢٢٤،

٣٠٨، الكامل في التاريخ ٤٦١/١؟ ٥٩/٢، أسد الغابة ٣٧٦/٣، تهذيب النووي ٣٢١/١، والكاشف: ت

(٣٧٧٧)، تذكرة الحفاظ ٨/١، العبر ٥/١، ١٠، ٣٠، تجريد أسماء الصحابة: ت (٤٠٠٤)، غاية النهاية

لابن الجوزي ٥٠٧/١، تهذيب التهذيب ١٣٩/٧ - ١٤٢، التقريب ١٢/٢، الإصابة ت (٥٤٤٨) خلاصة

الجزرجي ت (٤٧٧١)، شذرات الذهب ١٠/١، ٢٥، ٣٠، ٣٣.

(٣) قال الرافعي: «وهو مذهب عمر، وعثمان، وعلي رضي الله عنهم» أما أنه مذهب عمر فلم أجد له اسناداً.

وأما أنه مذهب عثمان فقد رواه الشافعي عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن مولى الأسمين عن أم

بكرة الأسلمية - أنها اختلعت من زوجها ثم أتيا عثمان في ذلك، مقال. هي مطلقة قال ابن المنذر: وروي

مثله عن علي، وضعف أحمد بن حنبل حديث عثمان، وحديث علي في إسناده فقال: وعن محمد بن

إسحاق عن ابن خزيمة أنه قال: لا يثبت عن أحد أنه طلاق. [ت]

والحديث أخرجه الشافعي في المسند ٥١/٢ كتاب الطلاق، الباب في الخلع حديث (١٦٥) من

طريق مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن حمران مولى الأسلمين عن أم بكر الأسلمية به.

وَمِنَ الْفُقَهَاءِ أَبُو حَنِيفَةَ وَالْمَزْنِيُّ رَحِمَهُ اللهُ عَلَيْهِمَا.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ فَنَسَخَ.

فَإِنْ جَعَلْتَاهُ فَنَسَخًا، فَلَفِظُ الْخُلْعِ صَرِيحٌ فِيهِ؛ لِتَكَرُّرِهِ عَلَى لِسَانِ حَمَلَةِ الشَّرِيعَةِ، وَلَفِظُ الْفَنَسَاحِ صَرِيحٌ عَلَى الْأَصَحِّ (و).

وَقِيلَ: كِنَايَةٌ، لِأَنَّهُ لَا يُسْتَعْمَلُ فِي النِّكَاحِ، إِلَّا مَقْرُونًا بِعَيْبٍ أَوْ سَبَبٍ.

وَفِي لَفِظِ الْمَفَادَاةِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ ذُكِرَ مَرَّةً فِي الْقُرْآنِ، وَهُوَ كَالْخِلَافِ فِي لَفِظِ الْإِمْسَاكِ لِلْمُرَاجَعَةِ، وَلَفِظِ الْفَكَ لِلْمُعْتَقِ، وَلَوْ نَوَى بِالْخُلْعِ طَلَاقًا عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، لَمْ يَنْفَذْ؛ لِأَنَّهُ وَجِدَ تَفَادَا فِي مَوْضِعِهِ صَرِيحًا؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ؛ فَإِنَّهُ صَرِيحٌ فِي الْإِزَامِ الْكِفَّارَةِ، وَلَوْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ، نَفَذَ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُخْتَصٍّ بِالنِّكَاحِ، وَلَوْ قَدَرَ عَلَى الْفَنَسَاحِ بِعَيْبِهَا، فَقَالَ: فَسَخْتُ وَنَوَى الطَّلَاقَ، نَفَذَ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّ لَفِظَ الْفَنَسَاحِ لَا يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْخُلْعُ طَلَاقٌ، فَلَفِظُ الْفَنَسَاحِ كِنَايَةٌ فِيهِ، وَفِي الْمَفَادَاةِ وَجْهَانِ، وَفِي لَفِظِ الْخُلْعِ قَوْلَانِ، فَإِنْ جَعَلْتَاهُ صَرِيحًا، فَجَرَى دُونَ ذِكْرِ الْمَالِ، كَانَ كِنَايَةً، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ هَلْ يَقْتَضِي مُطْلَقَةً ثُبُوتَ الْمَالِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَقْتَضِي مَهْرَ الْمِثْلِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَقْتَضِيهِ، وَجَعَلْتَاهُ فَنَسَخًا، لَعَا، وَإِنْ جَعَلْتَاهُ طَلَاقًا، صَارَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، وَلَكِنْ يَفْتَقِرُ إِلَى قَبُولِهَا؛ لِأَقْتِضَاءِ لَفِظِ الْمُخَالَعَةِ الْقَبُولِ، إِلَّا إِذَا لَمْ يَنْتَضِمَنَّ الْبَيْتُ جَوَابِهَا، أَوْ قَالَ: خَلَعْتُكَ، وَلَوْ نَوَى الرَّجُلُ الْمَالَ، قِيلَ: إِنَّهُ لَا يَنْفَذُ مَا لَمْ يَنْبُتْ بَيْنِيهَا أَيْضًا.

وَقِيلَ: لَا أَثَرَ لِبَيْتِهِ.

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي نِسْبَةِ الْخُلْعِ إِلَى الْمُعَامَلَاتِ)، وَالتَّفْرِيعُ عَلَى أَنَّهُ طَلَاقٌ، فَتَقُولُ: لَوْ قَالَ: خَالَعْتُكَ، أَوْ طَلَقْتُكَ عَلَى الْأَلْفِ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ مَحْضَةٌ؛ حَتَّى يَجُوزَ رُجُوعُهُ قَبْلَ قَبُولِهَا، وَلَا بُدَّ مِنْ قَبُولِهَا بِاللَّفِظِ فِي الْمَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: طَلَقْتُكَ ثَلَاثًا عَلَى الْأَلْفِ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ وَاحِدَةً عَلَى ثَلَاثِ الْأَلْفِ، لَمْ يَقَعْ، كَمَا لَوْ قَالَ: بِعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِالْأَلْفِ، فَقَالَ: قَبِلْتُ ثَلَاثَةً بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، وَلَوْ قَبِلَتْ الْوَاحِدَةَ بِكَمَالِ الْأَلْفِ، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَأَسْتَحَقُّ الْأَلْفَ.

وَقِيلَ: يَسْتَحَقُّ مَهْرَ الْمِثْلِ.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ أَضْلًا.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً.

أَمَّا إِذَا أَتَى بِصِيغَةِ التَّعْلِيْقِ، فَقَالَ: مَتَى مَا أَعْطَيْتَنِي أَلْفًا، فَأَنْتِ طَالِيٌّ فَهَذَا تَعْلِيْقٌ مَحْضٌ، فَلَا يَخْتَاجُ (و) إِلَى قَبُولِهَا، وَلَا إِلَى إِعْطَائِهَا (و) فِي الْمَجْلِسِ، وَلَا لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْإِعْطَاءِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي، فَهُوَ كَذَلِكَ، إِلَّا أَنَّهُ يَخْتَصُّ (و) بِالْإِعْطَاءِ بِالْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ قَرِيْبَةَ ذِكْرِ الْعَوْضِ يَقْتَضِي التَّعْجِيلَ، وَلَا يَنْدَفِعُ إِلَّا بِصَرِيحِ قَوْلِهِ: «مَتَى مَا»، فَأَمَّا جَانِبُ الْمَرْأَةِ، فَمُعَاوَضَةٌ

مَخْضَةً، حَتَّى يَجُوزَ لَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ الجَوَابِ، وَإِنْ أَتَتْ بِصَرِيحِ صِبْغَةِ التَّغْلِيْقِ، وَقَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ أَلْفٌ، وَيَخْتَصِرُ الجَوَابُ بِالمَجْلِسِ (و) أَيْضاً، نَعَمْ أُخْتَمِلُ مِنْهَا صِبْغَةَ التَّغْلِيْقِ لِشَبْهِهِ بِالجَعَالَةِ؛ فَإِنَّهَا بَدَلَتْ المَالَ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَسْتَقِلُّ بِهِ الرُّوْحُ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُكَ وَاحِدَةً عَلَى ثَلَاثِ الأَلْفِ، اسْتَحَقَّ الثَّلَاثَ، كَمَا فِي نَظِيرِهِ مِنَ الجَعَالَةِ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ الرَّجُلُ أُبْتِدَاءً: طَلَّقْتُكَ ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ، فَقَبِلْتَ وَاحِدَةً، لَمْ يَقَعْ؛ لِأَنَّ مَا أَتَى بِهِ صِبْغَةَ وَاحِدَةً، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُكَمَا عَلَى أَلْفٍ، فَقَبِلْتَ وَاحِدَةً عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، لَمْ يَنْفُذْ؛ لِأَنَّ الجَوَابَ لَمْ يُوَافِقْ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنَا، فَأَجَابَ إِحْدَاهُمَا نَفَذَ، وَإِنْ قَالَ: خَالَعْتُكَ، وَضَرَّتْكَ، فَقَبِلْتَ صَحَّ؛ لِأَنَّ المُتَعَدِّدَ هُوَ المَعْفُودُ عَلَيْهِ فَقَطْ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنَا، وَأَزْتَدَّتَا، فَأَجَابَهُمَا، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الإِسْلَامِ، صَحَّ الخُلْعُ، وَإِنْ تَحَلَّلَ كَلِمَةَ الرَّدَّةِ، وَهَذَا الكَلَامُ اليَسِيرُ لَا يَضُرُّ.

(البَابُ الثَّانِي فِي أَرْكَانِ الخُلْعِ)

وَهِيَ خَمْسَةٌ: العَاقِدَانِ، وَالعَوَاضَانِ، وَالصَّبْغَةُ:

(الأوَّلُ: المَوْجِبُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَقْبِلاً بِالطَّلَاقِ، وَيَصِحُّ خُلْعُ السَّفِيهِ.

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

(الرُّكْنُ الثَّانِي: القَابِلُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ أَهْلًا لِانْتِزَامِ المَالِ، وَانْتِزَامِ المُكَاتَبَةِ المَالَ فِي الخُلْعِ

تَبْرُؤِ، وَانْتِزَامِ الأُمَّةِ فَاسِدٌ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ، إِذَا عَتَقَتْ.

وَقِيلَ: يُثَبَّتُ المُسَمَّى، وَيُطَالَبُ بَعْدَ العِتْقِ.

وَإِخْتِلَاعُهُمَا بِإِذْنِ السَّيِّدِ صَحِيحٌ، وَلَا يَكُونُ السَّيِّدُ ضَامِنًا لِلْمَالِ؛ فِي الجَدِيدِ، وَإِخْتِلَاعُ السَّفِيهِ

فَاسِدٌ لَا يُوجِبُ المَالَ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الوَلِيِّ، وَلَكِنْ إِذَا قَبِلَتْ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَإِذَا أَخْتَلَعَتْ

الصَّبِيَّةَ، لَمْ يَقَعْ (و) الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا^(١)؛ لِأَنَّ لَفْظَهَا فِي القَبُولِ فَاسِدٌ، وَالمَرِيضَةُ إِنْ أَخْتَلَعَتْ بِمَهْرِ

المِثْلِ، صَحَّ، وَالرِّيَاذَةُ تُخْتَسَبُ مِنَ الثَّلَاثِ دُونَ الأَصْلِ [ح م]^(٢).

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: المُعَوَّضُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِلرُّوْحِ، فَلَا [يَصِحُّ خُلْعُ]^(٣) البَائِنَةِ

والمُخْتَلِعَةِ، وَيَصِحُّ خُلْعُ الرَّجْعِيَّةِ؛ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ؛ لِقِيَامِ المُلْكِ، وَيَصِحُّ (و) خُلْعُ المُرْتَدَّةِ إِنْ

عَادَتْ إِلَى الإِسْلَامِ قَبْلَ [انْقِضَاءِ]^(٤) العِدَّةِ، وَإِنْ أَصْرَتْ، تَبَيَّنَ الطَّلَاقُ [مِنَ الرَّدَّةِ]^(٥).

(١) قال الرافعي: «اختلعت الصبية لم يقع الطلاق رجعياً هذا وجه.

والثاني: يقع رجعياً كما في السفيه، ورجحه صاحب التهذيب وغيره. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) من أ: فلا يجوز.

(٤) سقط من ط.

(٥) سقط من ط.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ؛ الْعَوْضُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا مَتَمَّوْلًا، فَإِنْ كَانَ مَجْهُوْلًا، فَسَدَّ الْخُلْعُ، وَنَقَذَتِ الْبَيْتُونَةُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ.

وَإِنْ اخْتَلَعَتْ بِخَمْرٍ أَوْ مَغْضُوبٍ، لَزِمَ مَهْرُ الْمِثْلِ؛ فِي قَوْلِ (ح م)، وَوَقِيمَتُهُ، فِي قَوْلِ (ح و).
وَلَوْ اخْتَلَعَتْ بِالْدَّمِ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا؛ لِأَنَّهُ لَا يُفْضَدُ، وَالْمَيْتَةُ قَدْ وَتَفَضَّدُ، فَهِيَ كَالْخَمْرِ،
وَلَوْ قَالَ: خَالَعَهَا بِمِائَةٍ، فَخَالَفَ الْوَكِيلَ، وَتَقَضَّ، بَطَلَ الْخُلْعُ، وَلَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعَهَا
مُطْلَقًا، فَتَقَضَّ عَنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، فِيهِ [خَمْسَةٌ]^(١) أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): يَبْطُلُ؛ كَمَا لَوْ قُدِّرَ بِالْمِائَةِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يُنْقَذُ، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يُخَيَّرُ الزَّوْجُ بَيْنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرِ الْمِثْلِ.

(وَالرَّابِعُ): يُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَرْضَى بِالْمُسَمَّى، وَبَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ الطَّلَاقَ رَجْعِيًّا.

(وَالخَامِسُ): أَنَّهُ إِنْ رَضِيَ بِالْمُسَمَّى، فَذَلِكَ، وَإِلَّا أَمْتَنَعَ الطَّلَاقُ.

أَمَّا وَكَيْلُهَا بِالْاِخْتِلَاعِ بِمِائَةٍ، إِذَا زَادَ، فَالْنَّصُّ وَقُوعُ (ز) الْبَيْتُونَةِ (و)، وَفِيمَا يَلْزُمُهَا قَوْلَانِ:
(أَحَدُهُمَا): مَهْرُ الْمِثْلِ.

(وَالثَّانِي): يَلْزُمُهَا مَا سَمَّتْ، وَزِيَادَةُ الْوَكِيلِ أَيْضًا يَلْزُمُهَا إِلَّا مَا جَاوَزَ مِنْ زِيَادَتِهِ عَلَى مَهْرِ
الْمِثْلِ.

وَإِنْ أَضَافَ الْوَكِيلُ الْاِخْتِلَاعَ إِلَى نَفْسِهِ، صَحَّ، وَلَزِمَهُ الْمُسَمَّى، وَإِنْ لَمْ يُصْرِّحْ بِالْإِضَافَةِ إِلَيْهَا،
وَلَا إِلَى نَفْسِهِ، حَصَلَتِ الْبَيْتُونَةُ، وَعَلَيْهَا مَا سَمَّتْ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى الْوَكِيلِ.

وَفِي قَوْلِ آخَرَ الزِّيَادَةُ عَلَيْهَا أَيْضًا مَا لَمْ يُجَاوِزْ مَهْرَ الْمِثْلِ، فَإِنْ جَاوَزَ مَهْرَ الْمِثْلِ، فَهِيَ عَلَى
الْوَكِيلِ، وَإِنْ أَدْنَتْ مُطْلَقًا، فَهِيَ كَالْمَقْدَرِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ.

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ؛ الصَّبِيغَةُ)، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكَ بِدَيْنَارٍ؛ عَلَى أَنَّ لِي الرَّجْعَةَ، فَهِيَ طَلَاقٌ (ح و)
رَجْعِيٌّ، وَسَقَطَ الدَّيْنَارُ، عَلَى قَوْلِ (ح م)، وَفِي الْقَوْلِ الثَّانِي^(٢)، فَسَدَّ (م) شَرْطُ الرَّجْعَةِ، وَوَقَعَتِ
الْبَيْتُونَةُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَيَصِحُّ تَوَكِيلُ الْمَرْأَةِ فِي الْخُلْعِ وَالتَّطْلِيقِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ
لَا تَسْتَقِلُّ بِهِمَا، وَلَا يَتَوَلَّى وَكِيلُ الْخُلْعِ الطَّرْفَيْنِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ تُرْضِعَ
وَلَدَهُ حَوْلَيْنِ، وَتَحْضَنَهُ، صَحَّ، فَإِنْ أَضَافَ إِلَيْهِ نَفَقَةَ عَشْرِ سِنِينَ، وَكَانَ مِمَّا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ،

(١) سقط من أ.

(٢) قال الرافعي: «فلو قال: طلقتك بدینار علی أن لی الرجعة فهو طلاق رجعی وسقط الدینار علی قول، وفی القول الثانی... إلى آخره» هذه طريقة والأكثر قطعوا بوقوع الطلاق رجعیاً، وسقوط المال. [ت]

وَوَصَفَهُ، خُرِّجَ (و) عَلَى الْجَمْعِ بَيْنَ صَفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ^(١)، فَإِنْ أَسَدْنَا، وَقَعَتِ الْبَيْتُونَةُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَبِقِيمِ الْمَوْصُوفَاتِ؛ عَلَى قَوْلٍ، فَإِنْ صَحَّحْنَا، فَعَاشَ الْوَلَدُ أَسْتَوْفَاهُ، فَإِنْ كَانَ زَهِيدًا، فَالزِّيَادَةُ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ رَغِيْبًا، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، فَلَوْ مَاتَ، انْفَسَخَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَخُرِّجَ فِي الْمَاضِي؛ عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

(البَابُ الثَّالِثُ فِي مُوجِبِ الْأَلْفَاطِ الْمُعَلَّقَةِ بِالْإِعْطَاءِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:)

(الأولى): إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، فَقَبِلْتُ، لَزِمَ الْأَلْفُ، فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ، فَكَذَلِكَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَلِي عَلَيْكَ أَلْفٌ، طَلَّقْتَ طَلَقًا رَجْعِيًّا، وَلَا يَلْزِمُ الْأَلْفُ؛ لِأَنَّهُ صِبْغَةٌ إِخْبَارٌ، لَا صِبْغَةٌ إِلْزَامٌ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الْإِلْزَامَ، لَمْ يُؤَوِّزُ تَوَافُقُهُمَا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يَحْتَمِلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنَّ لِي عَلَيْكَ أَلْفًا، فَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ^(٢)، لِأَنَّهُ صِبْغَةٌ شَرْطِيَّةٌ، وَالطَّلَاقُ لَا يَقْبَلُهُ، نَعَمْ لَوْ فُسِّرَ بِالْإِلْزَامِ، فَقَبِي قَبُولَهُ خِلَافًا (و)، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ ضَمِنْتَ لِي أَلْفًا، فَإِنْ ضَمِنْتَ فِي الْمَجْلِسِ، طَلَّقْتَ، وَلَزِمَهَا، وَلَوْ قَالَ: أَمْرُكَ بِيَدِي، فَطَلَّقِي نَفْسِكَ، إِنْ ضَمِنْتَ لِي أَلْفًا، فَقَالَتْ: ضَمِنْتُ، وَطَلَّقْتُ، أَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَضَمِنْتُ، نَفَذَ، وَلَزِمَ الْمَالُ.

(الثانية): إِذَا عَلَّقَ بِالْإِقْبَاضِ، أَوْ الْإِعْطَاءِ، أَوْ الْأَدَاءِ، أَخْتَصَرَ بِالْمَجْلِسِ إِلَّا إِذَا قَالَ: «مَتَى مَا»، وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شِئْتَ، لَمْ تُطَلَّقِي (و) إِلَّا بِمَشِيئَتِي فِي الْمَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ، إِنْ شِئْتَ، فَقَالَتْ: شِئْتُ، وَقَبِلْتُ فِي الْمَجْلِسِ، طَلَّقْتُ، وَلَوْ أَقْتَصَرْتَ عَلَى أَحَدِ اللَّفْظَيْنِ، كَفَى؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

(الثالثة): لَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي [أَلْفًا]^(٣) فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِذَا وُضِعَتْ بَيْنَ يَدَيْهِ، طَلَّقْتَ، وَدَخَلَ الْمُعْطَى (و) فِي مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ مِنْهَا، لِضَرُورَةِ وَقُوعِ الطَّلَاقِ بِالْعَوَضِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُعْطَى، لَكِنْ يُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَإِنْ عَلَّقَ عَلَى الْإِقْبَاضِ، لَمْ يَكْفِ الْوَضْعُ بَيْنَ يَدَيْهِ، مَا لَمْ يَأْخُذْهُ بِالْيَدِ، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، لِأَنَّ لَفْظَ الْإِقْبَاضِ لَا يُبْنَى عَنِ الْمَلِكِ؛ بِخِلَافِ الْإِعْطَاءِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْإِقْبَاضَ كَالْإِعْطَاءِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَأَعْطَتْ أَلْفَيْنِ، طَلَّقَتْ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ بِالْفَيْنِ، لَمْ يَصِحَّ.

(١) قال الرافعي: «وإن أضاف إليه نفقة عشر سنين، وكان مما يجوز السلم فيه ووصفه خُرِّجَ على الجمع بين

صفتين مختلفتين» هذه طريقة، والأصح القطع بالصحة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق على أن لي عليك ألفاً، فالطلاق رجعي» والذي أورده الأكثرون أن

قوله: على أن لي عليك ألفاً، كقوله: أنت طالق أو طلقتك على ألف تحصل البيئونة، وتلزم الألف. [ت]

(٣) سقط من ط.

(الرَّابِعَةُ) إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَفِي الْبَلَدِ تُقَوَّدُ مُخْتَلِفَةً، وَالْغَالِبُ وَاحِدٌ، فَأَتَتْ بِغَيْرِ الْغَالِبِ، طُلِّقَتْ لِغُومِ الْأَسْمِ، لَكِنْ عَلَيْهَا الْإِبْدَالُ بِالْغَالِبِ؛ لِاخْتِصَاصِ الْمُعَاوَضَةِ بِهِ، وَلَفْظُ الْإِقْرَارِ أَيْضًا لَا يَخْتَصُّ بِالْغَالِبِ، بَلْ أَثَرُ الْعُرْفِ فِي الْمَعَامَلَةِ قَطُّ، دُونَ التَّغْلِيْقِ وَالْإِقْرَارِ. وَلَوْ أَتَتْ بِالْأَلْفِ مَعِيْبٍ، طُلِّقَتْ؛ لِغُومِ الْأَسْمِ، وَعَلَيْهَا الْإِبْدَالُ بِالسَّلِيمِ؛ لِلْمُعَاوَضَةِ.

(الخَامِسَةُ): إِنْ كَانَ الْغَالِبُ دَرَاهِمَ عَدَدِيَّةً نَاقِصَةً، لَمْ يَنْزِلْ عَلَيْهَا الْإِقْرَارُ وَالتَّغْلِيْقُ، وَهَلْ يَنْزِلُ عَلَيْهَا النَّيْعُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ وَيَقْبَلُ تَفْسِيرُ التَّغْلِيْقِ وَالْإِقْرَارِ بِالْمُعْتَادِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ؛ وَكَذَلِكَ لَا يَنْزِلُ عَلَى الدَّرَاهِمِ الْمَغْشُوشَةِ؛ لِأَنَّهَا نَاقِصَةٌ، وَلَكِنْ يَصِحُّ التَّعَامُلُ عَلَيْهَا، إِنْ كَانَ قَدْرُ الْفُقْرَةِ مَعْلُومًا، وَإِلَّا فَوَجْهَانِ^(١).

(السَّادِسَةُ): إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي عَبْدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَوَصَفَ الْعَبْدَ بِمَا يَجُوزُ فِيهِ السَّلْمُ، فَأَتَتْ بِهِ، طُلِّقَتْ، وَمَلَكَ الزَّوْجُ الْعَبْدَ، وَإِنْ أَقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ الْعَبْدِ، طُلِّقَتْ بِكُلِّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ أَسْمُ الْعَبْدِ مِنْ مَعِيْبٍ وَسَلِيمٍ، لَكِنْ يُرَدُّ عَلَيْهَا وَيُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ، وَلَوْ أَتَتْ بِعَبْدٍ مَغْضُوبٍ، فَفِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي خَمْرًا، فَأَنْتِ بِخَمْرٍ مَغْضُوبٍ، فَوَجْهَانِ، مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِالْوُقُوعِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي هَذَا الْعَبْدَ، فَأَعْطَيْتَ، فَخَرَجَ مُسْتَحَقًّا، فَهَلْ يَبْتَيْنُ أَنَّ الطَّلَاقَ لَمْ يَقَعْ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي هَذَا الْحُرَّ، وَقَعَ الطَّلَاقُ بِإِعْطَائِهِ، رَجْعِيًّا. وَقِيلَ: يُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَيَكُونُ بَاطِنًا^(٢).

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي هَذَا الثَّوْبَ الْمَرْوِيَّ، فَإِذَا هُوَ مَرْوِيٌّ، طُلِّقَتْ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ غَلَطٌ فِي الْوَصْفِ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُ عَلَى هَذَا الثَّوْبِ؛ عَلَى أَنَّهُ مَرْوِيٌّ، فَإِذَا هُوَ مَرْوِيٌّ، نَقَدَتِ الْبَيِّنُوتَةُ، وَلِلزَّوْجِ خِيَارُ الْخُلْفِ فِي الْعِوَضِ دُونَ الطَّلَاقِ^(٣).

(البَابُ الرَّابِعُ فِي سُؤَالِ الطَّلَاقِ، وَفِيهِ فُصُولٌ):

(الأوَّلُ فِي أَلْفَاظِهِ)، وَفِيهِ صُورٌ: (الأوَّلَى): إِذَا قَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ أَلْفٌ، اخْتَصَّ الْجَوَابُ بِالْمَجْلِسِ؛ بِخِلَافِ قَوْلِهِ لَهَا: مَتَى مَا أَعْطَيْتَنِي، وَلَوْ قَالَتْ: إِنْ طَلَّقْتَنِي، فَأَنْتِ بَرِيءٌ مِنْ الصَّدَاقِ، فَطُلِّقَ، فَهُوَ رَجْعِيٌّ، وَلَا يَحْضُلُ الْبَرَاءَةُ؛ لِأَنَّ تَغْلِيْقَ الْبَرَاءَةِ لَا يَصِحُّ (و)، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ، فَطُلِّقَ، لَزِمَهَا (ح) وَ الأَلْفُ، وَصَلَحَتْ هَذِهِ الصِّيْغَةُ مِنْهَا لِلاتِّزَامِ، وَإِنْ لَمْ

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

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: إن أعطيتني هذا الحر وقع الطلاق بإعطائه رجعيًّا وقيل: يرجع إلى مهر المثل، ويكن بائناً، الأشبه الثاني، وسياق الكتاب يشعر بترجيح الأول. [ت]

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

يَصْلُحُ مِنْهُ لِلإِئْتِمَارِ، وَلَوْ قَالَ: بَغْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ فَذَلِكَ لَا يُحْتَمَلُ فِي الْبَيْعِ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ. وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْمَالَ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لَمْ أَقْصِدِ الْجَوَابَ؛ حَتَّى يَكُونَ رَجْعِيًّا، وَلَوْ قِيلَ: لَهُ أَطَلَّقْتَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَهُوَ مُتَعَيِّنٌ لِلْجَوَابِ^(١)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقْبَلٍ، وَلَوْ قَالَتْ: أَبِي، فَقَالَ: أَبْنَتُكَ، فَإِنْ نَوِيَا، نَفَذَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِيَا، أَوْ لَمْ يَنْوِي الرِّوَجُ، لَعَا، وَإِنْ نَوَى، دُونَهَا نَظَرَ؛ فَإِنْ ذَكَرَ الْمَالَ، لَمْ يَنْفُذْ، لِأَنَّهَا لَمْ تَلْتَزِمَ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ، نَفَذَ رَجْعِيًّا، وَإِنْ ذَكَرَ الْمَالَ دُونَهَا، لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، وَإِنْ ذَكَرَتْ فِي التَّمَاسِيهَا، فَقَالَتْ: أَبِي بِالْأَلْفِ، فَقَالَ: أَبْنَتُكَ، فَهُوَ كَمَا إِذَا ذَكَرَا جَمِيعًا إِلَّا أَنْ يَقُولَ: قَصَدْتُ الْإِبْتِدَاءَ، دُونَ الْجَوَابِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَبِي، فَقَالَ: أَبْنَتُ مِنْ غَيْرِ ذَكَرَ مَالٍ، مَعَ بَيْتِهِ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَلَمْ يَثْبُتِ الْمَالُ؛ بِخِلَافِ لَفْظِ الْخُلْعِ؛ فَإِنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ الْمَالِ، فَيَقْتَضِيهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(الفصل الثاني: في التماسها طلاقاً مقيداً بعدد)، وفيه صور، فلو قالت: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً، اسْتَحَقَّ ثَلَاثَ الْأَلْفِ؛ بِخِلَافِ جَانِبِهِ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ إِلَّا طَلَقَةً، وَطَلَّقَ الْآخِرَةَ، اسْتَحَقَّ (ز) تَمَامَ الْأَلْفِ، وَإِنْ بَقِيَ طَلَقَتَانِ، اسْتَحَقَّ بِالْوَاحِدِ ثَلَاثَ الْأَلْفِ، فَإِنْ أَوْقَعَهُمَا، اسْتَحَقَّ الْجَمِيعَ (ز) لِأَنَّهُ أَفَادَ التَّبَيُّنَ الْكُبْرَى، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي عَشْرًا بِأَلْفٍ، اسْتَحَقَّ بِالْوَاحِدَةِ عَشْرَ الْأَلْفِ، وَبِالْثَلَاثِ الْجَمِيعَ (و)، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، وَثَلَاثِينَ مَجَانًا، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ الْأُولَى بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، وَالثَّلَاثُ لَا يَقَعَانِ؛ لِأَنَّهَا بَائِنَةٌ، وَالْقِيَاسُ أَنَّ الْأُولَى لَا تَقَعُ؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهَا إِلَّا بِالْأَلْفِ، وَهِيَ، مَا قَبِلَتْ إِلَّا بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، وَالثَّلَاثُ بَعْدَهَا تَقَعَانِ رَجْعِيَّتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ فِي الْجَوَابِ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَاحِدَةً مَجَانًا، وَاثْنَتَيْنِ بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، وَقَعَتْ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً، وَابْنَتِي الثَّلَاثُ عَلَى مُخَالَعَةِ الرَّجْعِيَّةِ، فَإِنْ جَوَزْنَا، نَفَذْنَا بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، وَإِلَّا وَقَعْنَا بِغَيْرِ مَالٍ؛ كَمُخَالَعَةِ السَّفِيهِةِ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، اسْتَحَقَّ (ح) تَمَامَ الْأَلْفِ؛ لِأَنَّهُ أَجَابَ وَزَادَ، فَلَوْ ذَكَرَ الْمَالَ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَهُوَ كَمَا إِذَا لَمْ يَذْكُرْ.

وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا صَرِيحٌ فِي التَّوْزِيْعِ، وَمُقَابَلَةٌ كُلُّ طَلَقَةٍ بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، فَلَا يَقَعُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ الْإِئْتِمَارَ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْأُولَى يَقَعُ فَقَطْ؛ لِأَنَّهَا أَلْتَمَسَتْ بِأَلْفٍ، وَأَجَابَهَا بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، فَقَدْ أَحْسَنَ، وَيَلْزَمُ مِنْ هَذَا أَنْ يَقُولَ: بَغْنِي بِأَلْفٍ، فَيَقُولَ: بِعَتُكَ بِخَمْسِمِائَةٍ؛ أَنَّهُ يَصِحُّ، وَذَلِكَ بَعِيدٌ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي نِصْفَ طَلَقَةٍ بِأَلْفٍ، أَوْ طَلَّقْ نِصْفِي بِأَلْفٍ، فَطَلَّقْ، بَانَثَ، وَعَلَيْهَا مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لِإِسَادِ صِيغَةِ الْمُعَاوَضَةِ. وَقِيلَ: عَلَيْهَا الْمُسَمَى (ز).

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

(الفصل الثالث: في المَعْلَقِ بِزَمَانٍ)، وَفِيهِ صُورٌ، فَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقَنِي غَدًا، وَلَكَ أَلْفٌ، أَسْتَحَقُّ الأَلْفَ، مَهْمَا طَلَّقَ، إِمَّا فِي العَدِّ، وَإِمَّا قَبْلَهُ، وَإِنْ طَلَّقَ بَعْدَهُ، نَفَذَ رَجْعِيًّا؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ، وَلَوْ قَالَتْ: لَكَ أَلْفٌ إِنْ طَلَّقْتَنِي فِي جَمِيعِ هَذَا الشَّهْرِ، وَلَمْ تُؤَخَّرْ، أَسْتَحَقَّ الأَلْفَ، إِنْ وَافَقَ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ أَلْفٌ، فَإِنَّهُ لَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِطَلَاقٍ فِي المَجْلِسِ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ العِوَضِ عَارِضَ عُمُومٍ «مَتَى مَا»، وَلَا يُعَارِضُ صَرِيحَ التَّخْيِيرِ، وَقَدْ قِيلَ بِنَقْلِ الجَوَابِ مِنْ كُلِّ مَسْأَلَةٍ إِلَى أُخْتِهَا، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَتْ فِي الحَالِ: قَبِلْتُ^(١)، وَقَعَ الطَّلَاقُ غَدًا، وَأَسْتَحَقُّ مَهْرَ المِثْلِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، لِفَسَادِ المَعَاوِضَةِ بِالتَّغْلِيْقِ، وَالمُسْمَى، عَلَى وَجْهِهِ؛ لِاخْتِمَالِ التَّغْلِيْقِ. فِيهِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ أَضْلًا.

(الفصل الرابع في اخْتِلَاعِ الأَجْنَبِيِّ)، وَهُوَ صَحِيحٌ كاخْتِلَاعِهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَاهَا، لِكِنَّ المَالَ يَجِبُ عَلَى الأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ كَانَ وَكَيْلًا عَنْ جِهَتِهَا، تَخَيَّرَ بَيْنَ أَنْ يَخْتَلِعَ مُسْتَقْلًا، أَوْ بِالوَكَاةِ، وَيُعْرَفُ ذَلِكَ مِنْ لَفْظِهِ وَنِيَّتِهِ، فَإِنْ لَمْ يُصْرَحْ بِالسَّفَارَةِ، وَنَوَى النِّيَابَةَ^(٢)، تَعَلَّقَتْ بِهِ المُهْدَةُ؛ كَمَا فِي الشَّرَاءِ (ز)، وَإِنْ اخْتَلَعَ بِوَكَاةِهَا، ثُمَّ بَانَ أَنَّهُ كَاذِبٌ، تَبَيَّنَ أَنَّ الطَّلَاقَ غَيْرُ وَاقِعٍ، وَلَوْ كَانَ المُخْتَلِعُ أَبَاهَا، وَهِيَ طِفْلٌ، فَهُوَ كالأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ اخْتَلَعَ بِنِيَابَتِهَا، لَمْ يَصَحَّ؛ كَالوَكِيلِ الكَاذِبِ، وَإِنْ اخْتَلَعَ أُسْتِقْلَالًا، وَلَكِنْ بَعَيْنَ مَالِهَا، فَهُوَ كخُلْعِ الأَجْنَبِيِّ بِالمَغْضُوبِ، فَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِنِيَابَةٍ وَلَا أُسْتِقْلَالٍ، وَلَكِنْ اخْتَلَعَ بَعْبِدِ، ذَكَرَ أَنَّهُ مِنْ مَالِهَا، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَكَانَ كَالسَّفِيهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كالأَجْنَبِيِّ يَخْتَلِعُ بِالمَغْضُوبِ.

وَقِيلَ أَيْضًا فِي المَغْضُوبِ: يَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا.

وَإِنْ اخْتَلَعَهَا بِالبَرَاءَةِ عَنِ الصَّدَاقِ، صَحَّ (و) إِنْ جَوَزْنَا لِلوَلِيِّ العَفْوَ، وَإِلَّا فَالطَّلَاقُ يَقَعُ رَجْعِيًّا؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَهُوَ كَالوَكِيلِ الكَاذِبِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَوْ قَالَ: اخْتَلَعْتُهَا، وَأَنَا ضَامِنٌ بِرَاءَتِكَ عَنِ الصَّدَاقِ، فَالْقِيَاسُ أَنَّ الطَّلَاقَ رَجْعِيٌّ (و)، وَإِنْ قَالَ: اخْتَلَعْتُ عَلَى أُمَّي ضَامِنٌ، إِنْ طَوَّلْتُ بِالصَّدَاقِ^(٣)، فَالطَّلَاقُ بَائِنٌ، وَعَلَيْهِ مَهْرُ المِثْلِ.

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

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

(٣) في ط: بالطلاق.

(البَابُ الْخَامِسُ فِي النِّزَاعِ)

وَلَهُ صَوْرٌ:

(إِحْدَاهَا): أَنْ يَقَعَ فِي أَصْلِ ذِكْرِ الْعَوْضِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، إِذْ أَنْكَرَتْ الْعَوْضَ، وَالْبَيِّنُونَ تَخْصُلُ مُوَاحِدَةً لَهُ بِقَوْلِهِ.

(الثَّانِيَةُ): النِّزَاعُ فِي جِنْسِ الْعَوْضِ وَقَدْرِهِ يُوجِبُ (ح) التَّحَالَفَ وَالرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ؛ كَمَا فِي الصَّدَاقِ.

(الثَّلَاثَةُ): إِذَا تَوَافَقَا عَلَى جَرِيَانِ الْخُلْعِ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ مُطْلَقٍ، وَفِي الْبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ لَا غَالِبَ فِيهَا، وَلَكِنْ نَوِيًا نَوْعًا وَاحِدًا، فَهَذَا لَا يُحْتَمَلُ فِي الْبَيْعِ؛ لِجَهَالَتِهِ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ، وَيُحْتَمَلُ فِي الْخُلْعِ، وَلَا يُحْتَمَلُ فِي الْخُلْعِ أَنْ يَذْكَرَ مُجْرَدُ الْأَلْفِ وَلَا يَتَعَرَّضُ لِلنُّوعِ^(١)، وَأَشَدُّ أَحْتِمَالًا مِنْهُ أَنْ يَقُولَ: أَلْفٌ وَشَيْءٌ، فَيَفْسُدَ الْخُلْعُ لِلْإِجْمَالِ، وَلَا يُؤَثِّرُ النِّيَّةُ مَعَ التَّوَافُقِ.

وَلَوْ تَنَازَعَا، فَقَالَ: أَرَدْنَا بِالذَّرَاهِمِ الثُّغْرَةَ، فَقَالَتْ: بَلْ أَرَدْنَا الْفُلُوسَ، فَيَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّهُ نِزَاعٌ فِي الْجِنْسِ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى إِرَادَةِ الذَّرَاهِمِ، وَلَكِنْ قَالَتْ: أَرَدْتُ الْفُلُوسَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، فَإِنْ حَلَفَتْ، بَانَتْ، وَلَا عَوْضَ عَلَيْهَا، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى إِرَادَتِهَا الْفُلُوسَ، وَلَكِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الذَّرَاهِمَ، وَلَا فَرْقَةَ، فَالْبَيِّنُونَ حَاصِلَةٌ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِظَاهِرِ التَّوَافُقِ عَلَى الذَّرَاهِمِ لَفْظًا، وَجَرِيَانِ الْخُلْعِ، وَالنِّيَّاتُ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهَا، وَلَا شَيْءٌ لِلرُّوجِ؛ لِإِنْكَارِهِ الْفَرْقَةَ.

وَقِيلَ: لَهُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

(الرَّابِعَةُ) إِذَا تَنَازَعَا فِي الْمُعَوَّضِ، فَقَالَتْ: سَأَلْتُكَ ثَلَاثَ تَطْلِيقاتٍ بِأَلْفٍ، فَأَجَبْتَنِي، فَقَالَ: بَلْ سَأَلْتِ وَاحِدَةً، فَقَدْ أَفَفَا عَلَى الْأَلْفِ، وَتَنَازَعَا فِي مِقْدَارِ الْمُعَوَّضِ، فَيَتَحَالَفَانِ، وَلَهُ مَهْرُ الْمِثْلِ، فَأَمَّا عَدَدُ (و) الطَّلَاقِ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلَّا قَوْلُهُ.

(الْخَامِسَةُ): إِذَا أَدْعَى عَلَيْهَا الْأَخْتِلَاعَ، فَأَنْكَرَتْ، وَقَالَتْ: أَخْتَلَعَنِي أَجْنَبِيٌّ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي نَفْيِ الْعَوْضِ، وَبَانَتْ لِقَوْلِهِ، وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ؛ لِاعْتِرَافِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَخْتَلَعْتُ، وَلَكِنْ بِوَكَالَةِ أَجْنَبِيٍّ، فَيَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَصْلِ الْعَقْدِ، وَأَخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْإِضَافَةِ.

وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِإِنْكَارِهَا أَصْلَ الْأَلْتِزَامِ.

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

(كِتَابُ الطَّلَاقِ) (١)

[وَالنَّظَرُ فِي شَرْطَيْنِ: الْأَوَّلُ: فِي عُمُومِ حُكْمِهِ] (٢)،

وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ:

(أَبْوَابُ الْأَوَّلِ: فِي السُّنَّةِ وَالْبِدْعَةِ، وَفِيهِ فَصْلَانِ):

(الْأَوَّلُ: فِي بَيَانِ الْبِدْعِيِّ)، وَهُوَ الطَّلَاقُ الْمَحْرَمُ إِيقَاعُهُ، وَلِتَخْرِيمِهِ سَبَبَانِ:

(أَحَدُهُمَا): الْحَيْضُ؛ فَيَمَن تَعْتَدُ بِالْحَيْضِ، وَطَّلَاقُ الْحَائِضِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِدْعِيٌّ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ

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

عَطَّارِقَةٌ تَرْوَنُ الْمَجْدَ غُنْمًا إِذَا مَا طَلَّقَ الْبَرِّمُ الْعِيَالًا

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

طَلَيْتُ الْأَلَمَ يَمُنُّنَ عَلَيْهِ أَبُو دَاوُدَ وَإِبْنُ أَبِي كَبِيرٍ

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

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

عرفه الحنفية بأنه: إزالة النكاح الذي هو قيدٌ معنى.

عرفه الشافعية بأنه: حلّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، أو هو: تصرف مملوك للزوج يُخِده بلا سبب، فيقطع النكاح.

عرفه المالكية بأنه: إزالة القيد، وإرسال العصمة؛ لأن الزوجة تزول عن الزوج.

عرفه الحنابلة بأنه: حلّ قيد النكاح أو بعضه.

ينظر: الاختيار لتعليل المختار ص ٦٢، التبيين ٢/١٨٨، الدرر ١/٣٥٨، البدائع ٤/١٧٦٥ الخريشي

على مختصر سيدي خليل ٣/١١، الكافي ٢/٥٧١، كشاف القناع ٥/٢٣٢، والمغني ٧/٣٦٣.

(٢) سقط من أ، ب

تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ؛ إِذْ بَقِيَّةُ الْحَيْضِ لَا تُخْتَسَبُ .

وَلَا بِدْعَةٌ فِي طَلَاقٍ غَيْرِ الْمَمْسُوسَةِ، وَلَا سُتَّةَ، وَيَجُوزُ خُلْعُهَا .

فَقِيلَ: لِأَنَّ ذَلِكَ تَطْوِيلٌ بِرِضَاهَا، فَيَجُوزُ الطَّلَاقُ بِرِضَاهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِوَضٌ، وَلَا يَجُوزُ
أَخْتِلَاعُ الْأَجْنَبِيِّ .

وَقِيلَ: إِنَّهُ مُعَلَّلٌ بِضُرُورَةِ الْإِفْتِدَاءِ .

وَلَا يَجُوزُ الطَّلَاقُ بِسُؤَالِهَا، وَيَجُوزُ خُلْعُ الْأَجْنَبِيِّ، وَكَذَلِكَ يُطَلَّقُ عَلَى الْمَوْلَى، وَإِنْ كَانَ فِي
الْحَيْضِ؛ لِلضَّرُورَةِ .

وَمَنْ طَلَّقَ فِي حَالِ الْحَيْضِ، فَيُسْتَحَبُّ (م) أَنْ يُرَاجِعَهَا حَتَّى تَطْهَرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهَرَ، ثُمَّ
يُطَلِّقُهَا إِنْ شَاءَ لِثَلَاثًا يَكُونُ الرَّجْعَةُ لِلطَّلَاقِ .

وَتَرَدَّدُوا فِي أَنَّهُ، هَلْ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُجَامِعَهَا؟ وَقِيلَ: يُرَاجِعُهَا حَتَّى تَطْهَرَ، فَيُطَلِّقَ فِي الطَّهْرِ
الْأَوَّلِ .

وَلَا بِدْعَةٌ (ح) فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ (ح م)، وَلَكِنَّ الْأَوَّلَى التَّفْرِيقُ؛ حَدْرًا مِنَ التَّدْمِ .

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الْحَيْضِ، فَهُوَ بَدْعِيٌّ فِي وَجْهِ؛ لِأَقْتِرَانِهِ بِالْحَيْضِ، وَسُئِّيٌّ
مِنْ وَجْهِ؛ لِاسْتِعْقَابِهِ الطَّهْرَ الْمَحْسُوبَ؛ وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنَ
الطَّهْرِ . وَلَكِنْ بِالْعَكْسِ .

وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ فِي الْحَيْضِ لَكِنْ لَوْ دَخَلْتَ،
وَهِيَ طَاهِرَةٌ، يُعَدُّ سُئِيًّا، وَإِنْ كَانَتْ حَائِضًا، يُعَدُّ بَدْعِيًّا؛ فَيُسْتَحَبُّ الْمَرَاجَعَةُ .

(السَّبَبُ الثَّانِي: إِمْتِكَانُ الْحَمْلِ)، وَالطَّلَاقُ فِي طَهْرٍ جَامِعًا فِيهِ، أَوْ أُسْتَدْخَلَتْ مَاءَهُ، بِدْعِيٌّ،
فَإِنْ طَهَرَ كَوْنُهَا حَامِلًا، لَمْ يَكُنْ بَدْعِيًّا؛ لِأَنَّهُ طَلَّقَ عَلَى ثِقَةٍ [مِنْ نَفْسِهِ] ^(١) .

وَلَوْ وَطِئَهَا فِي الْحَيْضِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، قِيلَ: لَا يَحْرُمُ؛ لِأَنَّ بَقِيَّةَ الْحَيْضِ تَدُلُّ عَلَى الْبَرَاءَةِ .
وَقِيلَ بِالتَّخْرِيمِ .

وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا بِدْعَةَ فِي خُلْعِهَا .

وَقِيلَ: يَحْرُمُ؛ لِأَنَّ أَمَدَ الْحَمْلِ لَا يَتَعَلَّقُ بِرِضَاهَا، وَالْعِدَّةُ حَقُّهَا؛ فَيَجُوزُ أَنْ تَتَأَثَّرَ بِرِضَاهَا .

وَالْأَيْسَةُ، وَالصَّغِيرَةُ، وَغَيْرُ الْمَمْسُوسَةِ، وَالْحَامِلُ بَيِّنِينَ، لَا بِدْعَةَ فِي طَلَاقِهَا أَضْلًا .

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّغْلِيْقِ بِالسُّنَّةِ وَالْبِدْعَةِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ: (الْأَوَّلَى): إِذَا قَالَ لِلْحَائِضِ: أَنْتِ
طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ، طَلَّقْتَ فِي الْحَالِ، وَلَوْ قَالَ: لِلْسُّنَّةِ، لَمْ تُطَلَّقِ حَتَّى تَطْهَرَ (ح) .

(١) سقط من ب .

وَلَوْ قَالَ لِلطَّاهِرِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ، وَقَعَ فِي الْحَالِ، وَإِنْ قَالَ: لِلبِدْعَةِ، فَإِذَا جَامَعَهَا، أَوْ حَاضَتْ، طَلَّقْتَ، وَاللَّامُ فِيهَا يُنْتَظَرُ لِلتَّائِيَةِ؛ كَقَوْلِهِ؛ أَنْتِ طَالِقٌ لِرِمَاضَانَ؛ بِخِلَافِ قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِرِضَاءِ فُلَانٍ؛ فَإِنَّهُ لِلتَّلْغِيلِ، فَيَقَعُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ سَخَطَ فُلَانٌ فَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ التَّائِيَةَ يُدَيِّنُ بَاطِنًا، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِرًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

فَلَوْ قَالَ لِصَغِيرَةٍ، أَوْ غَيْرِ مَمْسُوسَةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ، أَوْ لِلبِدْعَةِ، وَقَعَ فِي الْحَالِ؛ وَكَأَنَّ اللَّامَ لِلتَّلْغِيلِ، وَسَقَطَ قَوْلُهُ.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ الْمُصَافُ إِلَى البِدْعَةِ؛ حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا، وَتَحِيضَ، وَإِنْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ، يَقَعُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ السُّنَّةَ طَلَاقٌ لَا تَحْرِيمَ فِيهِ.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا قَالَ لِلطَّاهِرَةِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا؛ بَعْضُهُنَّ لِلسُّنَّةِ، وَبَعْضُهُنَّ لِلبِدْعَةِ، يُحْمَلُ عَلَى التَّشْطِيرِ مُطْلَقًا، فَيَقَعُ فِي الْحَالِ طَلَقًا وَيَصِفُ لِتَكْمَلِ فِي الْحَالِ طَلَقَتَيْنِ، وَقَالَ الْمُزَنِّيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - تَقَعُ وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ البَعْضَ مُجْمَلٌ، وَأَقْلَهُ الْوَاحِدُ؛ فَيَنْزِلُ عَلَيْهِ.

وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ فِي الْحَالِ ثَلَاثَةَ أَنْصَافٍ، كَمَلَ الثَّلَاثُ فِي الْحَالِ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ وَاحِدَةً فِي الْحَالِ، وَتَيْنَتَيْنِ فِي الْأَسْتِقْبَالِ؛ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ.

وَقِيلَ: لَا يُقْبَلُ؛ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ التَّائِيَةِ بَعْضًا بَعِيدٌ.
(الثَّالِثَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَجْمَلُ الطَّلَاقِ، وَأَفْضَلُهُ، وَأَحْسَنُهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ؛ فَلَا يَقَعُ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ.

وَلَوْ قَالَ: أَقْبَحُ الطَّلَاقِ، وَأَسْمَجُهُ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ: لِلبِدْعَةِ.
وَلَوْ قَالَ: طَلَقْتُ قَبِيحَةً حَسَنَةً، أَوْ سُئِيَةً بِدْعِيَّةً فَيَلْعُو الْوَصْفُ؛ لِتَنَاقُضِهِ، وَيَقَعُ أَضْلُ الطَّلَاقِ.
(الرَّابِعَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فِي كُلِّ قَرْءٍ طَلَقًا، يُنْظَرُ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَهِيَ حَائِضٌ، لَمْ يَقَعُ، وَإِنْ كَانَتْ طَاهِرَةً، وَقَعَتْ وَاحِدَةً، وَبَانَتْ؛ فَلَا تَلْحَقُ الثَّانِيَةَ.

وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا قَبْلَ الطُّهْرِ الثَّانِي، لِحَقِّ الثَّانِيَةِ، وَالثَّالِثَةِ؛ عَلَى قَوْلِ عَوْدِ الْحَيْضِ.
فَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الطُّهْرِ، لَمْ يَقَعُ، لِأَنَّ الْحَالَ الْيَمِينِ بِالطُّهْرِ قَبْلَ التَّجْدِيدِ.
وَإِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا، لِحَقِّهَا الثَّلَاثُ فِي ثَلَاثَةِ أَقْرَاءَ، وَقَدْ شَرَعَتْ بِالْأُولَى فِي الْعِدَّةِ.
وَهَلْ تَسْتَأْنِفُ الْعِدَّةَ لِلْحُقُوقِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ^(١) (و)، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، وَهِيَ

(١) قال الرافعي: «وهل تستأنف العدة للحقوق الثانية والثالثة، فيه خلاف».

قولان. [ت]

وقال أيضاً «وهل تستأنف العدة للحقوق الثانية والثالثة، فيه خلاف» الصورة، والخلاف فيهما يعودان في العدة. [ت]

تَحِيضٌ، وَقُلْنَا: إِنَّ ذَلِكَ حَيْضٌ، فَيَعُ وَاحِدَةٌ فِي الطَّهْرِ الْأَوَّلِ وَهَلْ يَتَكَوَّرُ فِي الطَّهْرِ الثَّانِي وَالثَّلَاثِ؟ فِيهِ خِلَافٌ لِأَنَّ الْقُرْءَ مَا يَدُلُّ عَلَى الْبِرَاءَةِ، وَلَا دَلَالَهَ مَعَ الْحَمْلِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ أَيْسَةً، فَبِي وَقُوعٍ وَاحِدٍ فِي الْحَالِ خِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْقُرْءَ طَهْرٌ مُخْتَوِّشٌ بِدَمِينٍ، أَمْ الْإِنْتِقَالُ مِنَ الطَّهْرِ إِلَى الْحَيْضِ قُرْءٌ أَيْضًا؟.

(الخَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ التَّفْرِيقَ عَلَى الْأَقْرَاءِ، لَمْ يُقْبَلْ (و)؛ لِأَنَّهُ لَا سُنَّةَ عِنْدَنَا فِي التَّفْرِيقِ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ: لِلسُّنَّةِ، ثُمَّ فُسِّرَ بِالتَّفْرِيقِ، فَهَلْ يَدِينُ فِيهِ وَجْهَانِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ عِنْدَ دُخُولِ الدَّارِ؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَرَدْتُ إِنْ شَاءَ اللهُ^(١) وَكَذَا كُلُّ مَا يُخَوِّجُ إِلَى زِيَادَةِ تَفْسِيرٍ، أَمَا مَا يَرْجِعُ إِلَى التَّخْصِيسِ، فَيَدِينُ، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِرًا؟ فِيهِ خِلَافٌ (و) كَمَا لَوْ قَالَ: نِسَائِي طَوَالِقٌ، ثُمَّ أَسْتَنَى وَاحِدَةً بَيْنْتِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَأَرَادَ الْبَعْضَ، أَمَا إِذَا ظَهَرَتْ قَرِينَةٌ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُقْبَلُ؛ كَمَا لَوْ عَنَى بَيْنْتِهِ عِنْدَ مُعَايِنَةِ الزَّوْجَةِ الْحَاضِرَةِ إِتْيَاهُ بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ^(٢)، ثُمَّ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَزَعَمَ أَنَّهُ مَا أَرَادَ الْحَاضِرَةَ، وَكَذَا إِنْ كَانَ يَحُلُّ وَثَاقًا عَنْهَا، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَى ذَلِكَ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتِ زَيْدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ شَهْرًا يُقْبَلُ؛ لِأَنَّهُ كَتَّخْصِصَ عُمُومًا، وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يَدِينُ فِي كُلِّ أَحْتِمَالٍ، وَإِنْ بَعْدَ، وَإِنَّمَا يُقْبَلُ فِي الظَّاهِرِ، إِذَا ظَهَرَ أَحْتِمَالُ اللَّفْظِ، أَوْ شَهِدَ لَهُ قَرِينَةٌ.

(أَلْبَابُ الثَّانِي: فِي أَرْكَانِ الطَّلَاقِ)

وَهِيَ خَمْسَةٌ (الْأَوَّلُ: الْمُطَلَّقُ)، وَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ، فَلَا يَنْفُذُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: اللَّفْظُ)، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ فُضُولٍ: (الْأَوَّلُ) أَنَّ الصَّرِيحَ لَفْظُ الطَّلَاقِ، وَكَذَا لَفْظُ السَّرَاحِ (ح م و)^(٣)، وَالْفِرَاقِ (ح و)^(٤)، وَقَوْلُهُ: طَلَّقْتُ، وَأَنْتِ مُطَلَّقَةٌ صَرِيحٌ، وَكَذَا كُلُّ مُشْتَقٍّ مِنَ الطَّلَاقِ دُونَ الْمُشْتَقِّ مِنَ الْإِطْلَاقِ (و م)؛ كَقَوْلِهِ: أَطَلَّقْتُ، وَقَوْلُهُ: أَنْتِ الطَّلَاقُ، لَيْسَ بِصَرِيحٍ عَلَى الْأَصَحِّ (ح م) وَقَوْلُهُ: سَرَّخْتُكَ، أَوْ فَارَقْتُكَ، صَرِيحٌ (ح م و) أَمَا الْأَسْمُ [كَالْمُطَلَّاقَةِ]^(٥) وَالْمُسْرَخَةِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَعْنَى الطَّلَاقِ بِالْفَارِسِيَّةِ صَرِيحٌ (ح)، عَلَى الْأَصَحِّ، وَهُوَ قَوْلُهُ (تَوْهَشْتَهُ أَي)، وَفِي قَوْلِهِ (دَشْتِ بَازِدِ اشْتَم) وَجْهَانِ، وَفِي قَوْلِهِ (كَسِيلُ كَرْدَمٍ وَازْتَوَجَدَ اكْشْتَم) وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِالْأَيُّ كُونَ صَرِيحًا، وَكُلُّ لَفْظٍ شَاعَ فِي الْعُرْفِ، كَقَوْلِهِ: حَلَالُ اللَّهِ عَلَيَّ حَرَامٌ، هَلْ يَلْتَحِقُ بِالصَّرِيحِ فِيهِ وَجْهَانِ.

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

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

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) في أ: كالمفارقة.

(أَمَّا الْكِنَايَةُ)، فَهِيَ كُلُّ لَفْظٍ مُخْتَمِلٍ؛ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ خَلِيَّتِي، وَبَرِيَّةٌ، وَبَائِنَةٌ، وَبِنْتَةٌ، وَأَعْتَدِي، وَأَسْتَبْرِئِي رَحِمَكَ، وَالْحَقِي بِأَهْلِكَ، وَحَبْلِكَ عَلَى غَارِبِكَ، وَلَا أُنَدُهُ سَرْبِكَ، وَأَغْرِبِي، وَأَذْهَبِي، وَأَخْرَجِي، وَمَا أَشْبَهَهُ، وَأَخْفَى مِنْهُ قَوْلُهُ: تَجَرَّعِي، أَيْ: كَأَسَ الْفِرَاقِ، وَذُوقِي، وَتَرَوِّدِي، أَمَّا قَوْلُهُ: أَشْرِبِي، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَقَوْلُهُ: كُلِّي، أَبَعَدُ مِنْهُ، وَتَرَدَّدُوا فِي قَوْلِهِ: أَغْنَاكَ اللهُ، أَمَّا الَّذِي لَا يَخْتَمِلُ؛ كَقَوْلِهِ: أَقْعُدِي (و)، وَأَغْرِبِي، وَقَوْلِهِ: أَنْتِ حُرَّةٌ، وَمُعْتَقَةٌ، كِنَايَةٌ (ح) فِي الطَّلَاقِ؛ كَمَا أَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ كِنَايَةٌ فِي الْعِتَاقِ [ح] (١)، أَمَّا لَفْظُ الظَّهَارِ وَالطَّلَاقِ كُلُّ وَاحِدٍ يَخْتَمِلُ الْآخَرَ، وَلَكِنْ لَا يَكُونُ كِنَايَةً فِيهِ؛ لِأَنَّ تَنْفِيذَهُ صَرِيحاً مُمَكِّنٌ فِي مَوْضِعِهِ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْرَةِ الْمَدْخُولِ بِهَا: أَقْعُدِي، وَنَوَى الطَّلَاقَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُتَعَرِّضَةٍ لِلْعِدَّةِ، وَلَوْ قَالَ لِرُزُوجَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، فَإِنَّ نَوَى الظَّهَارِ (م) أَوْ الطَّلَاقِ، كَانَ كَمَا نَوَى (و)، وَلَوْ نَوَى التَّحْرِيمَ، حُرِّمَتْ، وَلَزِمَتْهُ كِفَارَةٌ، وَلَوْ أَطْلَقَ، فَلَا ظَهْرَ أَنَّهُ يُوجِبُ (ح م) الْكِفَارَةَ.

وقيل: إِنَّهُ يَلْعَوُ (ح م)، لِتَعَارُضِ الْأَخْتِمَالِ.

وقيل: هُوَ صَرِيحٌ فِي [التَّحْرِيمِ فِي] (٢) مِلْكِ الْيَمِينِ، وَيَلْعَوُ فِي النَّكَاحِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ.

وَالنِّيَّةُ فِي الْكِنَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعَ اللَّفْظِ لَا قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ، فَلَوْ أَقْتَرَنَ بِأَوَّلِ اللَّفْظِ دُونَ آخِرِهِ، نَفَذَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَوْ أَقْتَرَنَ بِآخِرِهِ دُونَ أَوَّلِهِ، فَوَجْهَانِ، وَالْكِنَايَةُ لَا يَصِيرُ (ح) صَرِيحاً بِقَرِينَةِ الْغَضَبِ وَاللَّجَاجِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي فِي الْفِعْلِ).

أَمَّا الْإِشَارَةُ الْمُفْهَمَةُ مُعْتَبَرَةٌ مِنَ الْأَخْرَسِ فِي الطَّلَاقِ، وَالصَّرِيحُ مِنْهَا يَشْتَرِكُ فِي فَهْمِهَا الْكَافَّةُ، وَالْكِنَايَةُ مِنْهَا مَا يَنْطِقُ لِذَرِيَةِ بَعْضِ النَّاسِ، وَأَمَّا الْقَادِرُ، فَإِشَارَتُهُ لَا يَكُونُ صَرِيحاً أَضْلاً، وَهَلْ يَكُونُ كِنَايَةً فِيهِ خِلَافٌ مُرْتَبِّ عَلَى كُنْهِ الطَّلَاقِ مِنَ الْقَادِرِ عَلَى التُّنْقِ، وَهِيَ لَيْسَ بِصَرِيحِ أَضْلاً، لَكِنَّهَا كِنَايَةٌ؛ عَلَى قَوْلِ، وَلَعَوُ؛ عَلَى قَوْلِ (٣)، وَهُوَ مِنَ الْحَاضِرِ لَعَوُ، وَمِنَ الْغَائِبِ كِنَايَةٌ؛ عَلَى قَوْلِ ثَالِثِ لِلْعَادَةِ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي الْعِتْقِ، وَالْإِبْرَاءِ، وَالْعَفْوِ، وَمَا لَا يَخْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ، أَمَّا الْبَيْعُ وَالْمُعَاوَضَاتُ، فَالْخِلَافُ فِيهِ مُرْتَبِّ، وَأَوْلَى بِالْأَيْغِيَرِ، وَالنَّكَاحُ مُرْتَبِّ عَلَى الْبَيْعِ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّعَبُّدِ وَالْعُسْرِ أَطْلَاعِ الشَّاهِدِ عَلَى النِّيَّةِ؛ فَإِنَّهُ كِنَايَةٌ، ثُمَّ إِنْ جَوَّزْنَا، فَيَكْتُبُ؛ أَمَّا بَعْدُ، فَقَدْ زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْكَ، وَيُشْهَدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ، وَإِذَا بَلَغَهُ، فَيَقُولُ فِي الْحَالِ: قَبِلْتُ، أَوْ يَكْتُبُ عَلَى الْفَوْرِ (و) وَيُشْهَدُ عَلَيْهِ شَاهِدِي الْإِيجَابِ، فَإِنْ أَشْهَدَ آخَرِينَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَتَبَ: زَوَّجْتِي طَالِقٌ، وَقَرَأَ وَنَوَى، وَقَعَ، وَإِنْ قَرَأَ، وَقَالَ: قَصَدْتُ الْفِرَاءَةَ دُونَ الطَّلَاقِ، قِيلَ فِي الظَّاهِرِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ يَدِينُ، وَلَوْ كَتَبَ إِلَيْهَا: أَمَّا بَعْدُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَى، وَقَعَ فِي الْحَالِ، وَإِذَا قَالَ: إِذَا قَرَأْتَ

(١) سقط من ب.

(٢) في أ: الكفارة

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

كِتَابِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ، طَلَّقْتِ، إِذَا قَرَأْتِ، أَوْ قُرِئَ عَلَيْهَا (و)، إِنْ كَانَتْ أُمِّيَّةً، وَإِنْ كَانَتْ قَارِئَةً، فَقَرَأَ عَلَيْهَا غَيْرُهَا، لَمْ تُطَلَّقْ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِذَا بَلَغَكَ الْكِتَابُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَبَلَغَهَا، وَقَدْ أَنْمَحَى جَمِيعُ الْأَسْطُرِ، لَمْ يَقَعْ [و] (١)، وَإِنْ لَمْ يَنْمَحْ إِلَّا أَسْطُرُ الطَّلَاقِ، فَوَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يَنْمَحْ إِلَّا الصَّدْرُ وَالنَّسْمِيَّةَ دُونَ الْمَقَاصِدِ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلِي بَأَنْ يَقَعْ، وَإِنْ أَنْمَحَى الْجَمِيعَ إِلَّا سَطْرَ الطَّلَاقِ، فَأَوَّلِي بَأَنْ يَقَعْ، وَإِنْ سَقَطَ الْحَوَاشِي، دُونَ الْمَكْتُوبِ، وَقَعَ (و).

(الفصل الثالث: في التفويض)، وهو أن يقول: طَلَّقِي نَفْسِكَ، فَإِذَا قَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَقَعَ، وَهُوَ تَمْلِيكَ، أَوْ تَوَكِيلٌ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ تَمْلِيكَ، لَمْ يَجُزْ لَهَا تَأْخِيرَ التَّطْلِيقِ؛ لِأَنَّهُ كَالْقَبُولِ وَإِنْ قُلْنَا: تَوَكِيلٌ، فَفِي جَوَازِ التَّأْخِيرِ وَجْهَانِ، وَلَوْ رَجَعَ قَبْلَ تَطْلِيقِهَا، جَازَ (ح و)؛ عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ؛ عَلَى قَوْلِ التَّمْلِيكِ.

فُرُوعٌ:

أَحَدُهَا: لَوْ قَالَ: أَيْبِنِي نَفْسِكَ، فَقَالَتْ: أَبْنْتُ، وَتَوَيَّا وَقَعَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَقَعْ [ح] (٢).

وَلَوْ قَالَ طَلَّقِي نَفْسِكَ، فَقَالَتْ أَبْنْتُ وَتَوَتَّ، وَقَعَ (ح) وَقِيلَ لَا يَقَعُ لِمُخَالَفَةِ الْكِنَايَةِ الصَّرِيحِ. وَقِيلَ: ذَلِكَ يَجْرِي فِي تَوَكِيلِ الْأَجْنَبِيِّ أَيْضًا.

وَلَوْ قَالَ: اخْتَارِي، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا، طَلَّقَتْ رَجْعِيَّةً (ح م)، وَإِنْ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَالْقَوْلُ فِي نِيَّةِ الْكِنَايَةِ قَوْلُ (و) النَّاوي.

(الثاني): إِذَا قَالَ: طَلَّقِي نَفْسِكَ، وَتَوَيَّ ثَلَاثًا، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَلَمْ تَنْوِ الْعَدَدَ، لَمْ يَقَعْ إِلَّا وَاحِدَةً (ح).

وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلَاثُ، وَإِنَّ نِيَّتَهُ تُغْنِي عَنِ نِيَّتِهَا فِي الْعَدَدِ، وَإِنْ لَمْ تُغْنِ فِي أَصْلِ الطَّلَاقِ، وَهَذَا يَظْهَرُ إِذَا قَالَ: طَلَّقِي نَفْسِكَ ثَلَاثًا، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَلَا يَتَّجِهُ إِذَا لَمْ يَتَلَفَّظْ بِالثَّلَاثِ.

(الثالث): لَوْ قَالَ: طَلَّقِي نَفْسِكَ ثَلَاثًا، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ وَاحِدَةً، طَلَّقَتْ وَاحِدَةً (م)، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقِي وَاحِدَةً، وَطَلَّقْتُ ثَلَاثًا، وَقَعَتْ (ح) وَاحِدَةً.

(الرُّجْنُ [الثالث] (٣) لِلطَّلَاقِ: الْقَصْدُ). وَإِنَّمَا يُتَوَهَّمُ اخْتِلَالُهُ بِخَمْسَةِ أَسْبَابٍ:

(الأول): سَبَقُ اللَّسَانِ، فَمَنْ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَى الطَّلَاقِ، لَمْ يَقَعْ طَلَاقُهُ، وَلَوْ كَانَ أَسْمُ زَوْجَتِهِ طَالِقٌ، وَأَسْمُ عَبْدِهِ «حُرٌّ» فَقَالَ: يَا طَالِقُ، وَيَا حُرُّ، لَمْ يُعْتَقَ، وَلَمْ تُطَلَّقْ، إِنْ قَصَدَ الثَّدَاءَ، فَإِنْ

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) في ط: الثاني.

أَطْلَقَ، فَوَجَّهَانَ، لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ التَّدَاءِ وَالْإِنْشَاءِ، وَإِذَا كَانَ اسْمُ زَوْجَتِهِ «طَارِقَ»، فَقَالَ: يَا طَالِقُ، ثُمَّ قَالَ: أَلْتَفَّتْ لِسَانِي، قَبْلَ ذَلِكَ ظَاهِرًا.

(الثَّانِي): الْهَزْلُ، وَلَا يُؤَثِّرُ ذَلِكَ فِي مَنَعِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، وَفِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ تَرَدُّدٌ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّ التَّكَاحَ لَا يَنْعَقِدُ مَعَ الْهَزْلِ.

(الثَّالِثُ: الْجَهْلُ)، فَإِذَا حَاطَبَ امْرَأَةً بِالطَّلَاقِ؛ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَةٌ غَيْرِي، فَإِذَا هِيَ زَوْجَتُهُ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ، وَيَنْقَدِحُ أَلَّا يَقَعُ، وَالْأَعْجَمِيُّ إِذَا لَقِنَ لَفْظَ الطَّلَاقِ، وَهُوَ لَا يَفْهَمُهُ، لَمْ يَقَعُ، وَإِذَا بَاعَ مَالًا؛ عَلَى ظَنِّ [حَيَاةِ أَبِيهِ^(١)] أَنَّهُ لِأَبِيهِ^(٢)، فَإِذَا هُوَ مَيْتٌ، فَبِي صِحَّتِهِ خِلَافٌ.

(الرَّابِعُ) الْإِكْرَاهُ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ صِحَّةَ سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ إِلَّا إِسْلَامَ الْحَزْبِيِّ وَالْمُرْتَدَّ، وَفِي إِسْلَامِ الذَّمِّيِّ تَرَدُّدٌ [ح]^(٣)، وَلَا يَقَعُ (ح) طَّلَاقُ الْمُكْرَهِ إِلَّا إِذَا ظَهَرَتْ دَلَالَةٌ أُخْتِيَارِهِ [ح]^(٤)؛ بِأَنَّ خَالَفَ الْمُكْرَهَ بِأَنَّ اكْرَهَهُ عَلَى طَلْفَةٍ وَاحِدَةٍ، فَطَلَّقَ ثَلَاثًا، أَوْ عَلَى طَّلَاقِ زَوْجَةٍ، فَطَلَّقَ زَوْجَتَيْنِ، أَوْ عَلَى زَوْجَتَيْنِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً (و)، أَوْ عَلَى ثَلَاثِ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً (و)، أَوْ عَلَى إِحْدَى زَوْجَتَيْنِ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً مَعَيْنَةً، أَوْ تَرَكَ التَّوْرِيَةَ مَعَ (و) الْعِلْمِ بِهَا، وَالْأَعْتِرَافِ بِأَنَّهُ لَمْ يَدْهَشْ بِالْإِكْرَاهِ^(٥)، أَوْ قَالَ الْمُكْرَهَ: قُلْ: طَلَّقْتَهَا، فَقَالَ: فَارْتَفَعْنَا، وَحَدُّ الْإِكْرَاهِ أَنْ يَصِيرَ مُضْطَرًّا إِلَى الْفِعْلِ، شَاءَ أَمْ أَيْ، كَالَّذِي يَفِرُّ مِنَ الْأَسَدِ فَيَتَخَطَّى النَّارَ وَالسُّوْكَ، وَذَلِكَ لَا يَخْضَلُ بِالتَّخْوِيفِ بِالْحَبْسِ وَالْجُوعِ وَأَمْنَالِهِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا يُشْتَرَطُ سُقُوطُ الْخَيْرَةِ وَالرَّوِيَّةِ، بَلِ التَّخْوِيفُ بِالْحَبْسِ وَالْجُوعِ وَالضَّرْبِ وَمَا يَقْتَضِي الْعَقْلُ وَالْحَزْمُ إِجَابَةَ الْمُكْرَهِ، حَدْرًا مِنْهُ، فَهُوَ إِكْرَاهٌ يَدْفَعُ الطَّلَاقَ؛ وَكَذَلِكَ تَخْوِيفُ ذَوِي الْمُرُوءَةِ بِالصَّفْعِ فِي الْمَلَأِ وَالتَّخْوِيفُ بِقَتْلِ الْوَالِدِ، نَعَمَ التَّخْوِيفُ بِإِثْلَافِ الْمَالِ لَا يُعَدُّ إِكْرَاهًا فِي الْقَتْلِ وَالطَّلَاقِ وَيُعَدُّ (و) إِكْرَاهًا فِي إِثْلَافِ الْمَالِ، وَالطَّرِيقَةُ الْأُولَى أَضْمٌ لِلنُّشْرِ، وَهَذِهِ أَوْسَعُ.

(الْخَامِسُ): زَوَالَ الْعَقْلِ بِالْجُنُونِ، وَشُرْبِ الدَّوَاءِ (و) الْمَجْنُنِ يَمْنَعُ نَفُوذَ التَّصَرُّفَاتِ، وَأَمَّا السُّكْرَانُ، فَيَقَعُ (م ز) طَّلَاقُهُ فِي ظَاهِرِ التُّصُوصِ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ؛ حَتَّى فِي أَعْمَالِهِ.

وَقِيلَ: يَنْفُذُ أَعْمَالُهُ، وَالْقَوْلَانِ فِي التَّصَرُّفَاتِ.

وَقِيلَ: يَنْفُذُ مَا عَلَيْهِ دُونَ مَالِهِ وَحَدُّ السُّكْرَانِ أَنْ يُشْبِهَ الْمَجْنُونَ فِي الْاِخْتِلَاطِ، فَإِنْ سَقَطَ

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

(٢) وقال أيضا: «وإذا باع مالا عن ظن أنه لأبيه» المسألة مذكورة في البيع. [ت]

(٣) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٤) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

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

كَالْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ، فَهَوَ كَالثَّائِمِ، فَلَا يَنْفُذُ (ز) مَا تَلَفَّظَ بِهِ^(١).

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْمَحَلُّ) وَهِيَ الْمَرْأَةُ فَلَوْ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى نِصْفِهَا، نَفَذَ، وَلَوْ أَضَافَ إِلَى عُضْوٍ مُعَيَّنٍ (ح)؛ كَالْيَدِ، وَالرَّأْسِ، وَالْكَيْدِ، وَالطَّحَالِ، نَفَذَ، وَإِنْ أَضَافَ إِلَى فَضْلَاتِ بَدَنِهَا؛ كَالرِّقِّ وَاللَّبَنِ وَالْمَنِيِّ، لَمْ يَنْفُذْ (و)، وَكَذَلِكَ إِلَى الْجَنِينِ، وَالِدَمِّ وَالشَّخْمِ كَالْفَضْلَاتِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَضَافَ إِلَى لَوْنِهَا وَحُسْنِهَا وَصِفَاتِهَا، لَمْ يَنْفُذْ (و)، وَالرُّوْحَ وَالْحَيَاةَ كَالْأَجْزَاءِ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَيَمِينِكَ طَالِقٌ، فَقَطَعْتُ، ثُمَّ دَخَلْتُ الدَّارَ، طَلَّقْتُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ لِمَقْطُوعَةِ الْيَمِينِ يَمِينِكَ طَالِقٌ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، كَمَا لَوْ قَالَ: ذَكَرْتُكَ أَوْ لِحْيَتِكَ طَالِقٌ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ لِعَدَمِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ، وَتَوَى، وَقَعَ (ح)، وَلَا يُشْتَرَطُ نِيَّةُ إِضَافَةِ الطَّلَاقِ إِلَيْهَا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، بَلْ يَكْفِي نِيَّةُ أَضْلِ الطَّلَاقِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْتَبْرِيءُ رَجْمِي مِنْكَ، فَلَيْسَ بِكِنَايَةٍ، وَقَوْلُ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ: أَنَا مِنْكَ حُرٌّ لَيْسَ بِكِنَايَةٍ، عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ:) الْوِلَايَةُ عَلَى الْمَحَلِّ، فَإِذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعِ، وَلَمْ يَنْقُصِ الْعَدَدُ، وَلَوْ قَالَ لِلرَّجْعِيَّةِ، وَقَعَ، وَلَوْ قَالَ لِلْمُخْتَلِعَةِ، لَمْ يَقَعِ (ح)، وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: إِنْ نَكَحْتُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعِ (ح)، إِذَا نَكَحَهَا، وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، ثُمَّ عَتَقَ، فَدَخَلْتُ الدَّارَ، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكِ الثَّلَاثَةَ عِنْدَ التَّغْلِيْقِ، لَكِنْ مَلَكَ النِّكَاحَ الْمُبِيحَ لَهُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ: إِذَا وَلَدْتُ، فَوَلَدُكَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْأَصْلَ، وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ أَبَانَهَا، فَدَخَلْتُ، ثُمَّ نَكَحَهَا، فَدَخَلْتُ، لَمْ يَقَعِ (م) وَ^(٢) الطَّلَاقُ؛ لِانْحِلَالِ الْيَمِينِ بِالذَّخُولِ الْأَوَّلِ، وَلَوْ لَمْ تَدْخُلْ؛ حَتَّى نَكَحَهَا، فَفِي وَقْعِ الطَّلَاقِ قَوْلًا عَوْدِ الْحِنْثِ، وَلَوْ أَسْتَوَى الثَّلَاثَ بِالتَّنْجِيْزِ، لَمْ يَعُدِ الْحِنْثُ (و) فِي نِكَاحِ بَعْدِهِ، وَمَنْ طَلَّقَ طَلْقَةً، أَوْ طَلَّقَتَيْنِ، قَبَانَتْ، وَوَطَّئَهَا زَوْجَ آخَرَ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْأَوَّلِ، عَادَتْ بِبَقِيَّةِ الطَّلَاقِ (ح م) وَلَمْ يَنْهَدِمِ (ح) الطَّلَاقُ الْمَاضِي، وَإِنَّمَا يَنْهَدِمُ إِذَا نَكَحَتْ بَعْدَ الثَّلَاثِ زَوْجًا آخَرَ، وَالْحُرُّ يَمْلِكُ ثَلَاثَ تَطْلِيْقَاتٍ عَلَى الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ (ح) وَ^(٣)، وَالْعَبْدُ يَمْلِكُ اثْنَتَيْنِ عَلَى الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ (ح) وَ^(٤)، فَلَوْ طَلَّقَ الذَّمِّيُّ طَلْقَتَيْنِ، ثُمَّ التَّحَقَّقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَأَسْتَرْقَّ كَانَ [ح] وَ^(٥) لَهُ نِكَاحُ الْمُطَلَّعَةِ، وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، ثُمَّ طَرَأَ الرَّقُّ، لَمْ يَمْلِكِ إِلَّا طَلْقَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ طَلَّقَ فِي الرَّقِّ طَلْقَتَيْنِ، ثُمَّ عَتَقَ، لَمْ يَجَلَّ (و) لَهُ نِكَاحُهَا، وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، ثُمَّ عَتَقَ، مَلَكَ طَلْقَتَيْنِ، وَالْقَوْلُ الصَّحِيحُ الْجَدِيدُ أَنَّ طَلَاقَ الْمَرِيضِ قَاطِعٌ (ح)

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

الخلافاً السابق. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) سقط من أ.

(١) لِلْمِيرَاثِ؛ كَطَّلَاقِ الصَّخِيحِ، فَلَا مَعْنَى لِتَطْوِيلِ التَّمْرِيعِ؛ عَلَى الْقَوْلِ الضَّعِيفِ.

(الْبَابُ الثَّلَاثُ: فِي تَعْدِيدِ الطَّلَاقِ، وَفِيهِ فُصُولٌ)

(الأولُ في نيَّةِ العَدَدِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ طَلَّقْتُكَ، وَنَوَى، عَدَدًا، نَفَذَ (ح) مَا نَوَاهُ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً، وَنَوَى الثَّلَاثَ، لَمْ يَقَعِ العَدْدُ؛ عَلَى أَصَحِّ الأَوْجُهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ وَاحِدَةً، وَنَوَى تَوْحِيدَهَا بِالْبَيْنُونَةِ الكُبْرَى، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ عَلَى الأَصَحِّ وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، وَلَكِنْ وَقَعَ قَوْلُهُ: ثَلَاثًا، بَعْدَ مَوَازِينِهَا، وَقَعَ الثَّلَاثُ (ح)، فِي وَجْهِ، لِأَنَّ الثَّلَاثَ كَالْتَفْسِيرِ، وَوَقَعَتْ (ح) وَاحِدَةً فِي وَجْهِ (و)، وَلَمْ يَقَعِ شَيْءٌ فِي وَجْهِ.

(الفصلُ الثَّانِي: فِي التَّكْرَارِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَى التَّأْكِيدَ، لَمْ يَقَعِ إِلَّا وَاحِدَةً، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ، وَقَعَ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَيُحْمَلُ عَلَى التَّأْكِيدِ أَوْ التَّكْرِيرِ. فِيهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الثَّانِيَةِ، وَبِالثَّلَاثَةِ الإيقَاعَ، وَقَعَتْ نِثَانًا، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الأُولَى، لَمْ يَجُزْ (و)، لِتَحَلُّلِ الفَاصِلِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَطَالِقٌ، وَطَالِقٌ، وَقَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الأُولَى، لَمْ يَجُزْ؛ لِتَحَلُّلِ الوَاوِ، وَلَوْ قَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الثَّانِيَةِ، جَازَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَطَالِقٌ، فَطَالِقٌ، لَمْ يَصِحَّ التَّأْكِيدُ أَصْلًا؛ لِلتَّغَايُرِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ، بَلْ طَالِقٌ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَّقَةً فَطَلَّقَةً، نَصَّ عَلَى وَفُوعِ أَثْنَتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ ذِرْهَمٌ، فِذِرْهَمٌ، لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا ذِرْهَمٌ وَاحِدٌ. لِأَنَّ التَّكْرَارَ يَلِيقُ بِالأَخْبَارِ، دُونَ الإِنْشَاءِ.

وقيل: قولان بالتثقل والتشريح.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَّقَةً، بَلْ طَلَّقْتَيْنِ، وَقَعَ الثَّلَاثُ، وَلَوْ قَالَ: ذِرْهَمٌ بَلْ ذِرْهَمَانِ، لَمْ يَلْزَمْ إِلَّا ذِرْهَمَانِ، وَكُلُّ ذَلِكَ فِي المَدْحُولِ بِهَا، فَأَمَّا غَيْرُ المَدْحُولِ بِهَا، فَتَبَيَّنُ بِالأُولَى، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَّقَةً مَعَ طَلَّقَةٍ، أَوْ مَعَهَا طَلَّقَةً، أَوْ تَحْتَ طَلَّقَةٍ، أَوْ فَوْقَ طَلَّقَةٍ، وَقَعَتْ نِثَانًا بَعْدَ الدُّخُولِ؛ وَكَذَلِكَ قَبْلَ الدُّخُولِ؛ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ قَبْلَ الدُّخُولِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ [معاً] (١)، وَقَعَتْ وَاحِدَةً (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ، وَقَعَتْ أَثْنَتَانِ؛ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَّقَةً قَبْلَ طَلَّقَةٍ، أَوْ قَبْلَهَا طَلَّقَةً، وَقَعَتْ أَثْنَتَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ (و)، وَقَبْلَ الدُّخُولِ تَقَعُ (ح) وَاحِدَةً؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَا يَقَعُ شَيْءٌ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِاسْتِحَالَةِ طَّلَاقِ مَوْصُوفٍ بِالقَبْلِيَّةِ.

(الفصلُ الثَّلَاثُ: فِي الطَّلَاقِ بِالحِسَابِ)، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ:

(الأولُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فِي أَثْنَتَيْنِ، وَأَرَادَ الحِسَابَ، كَانَ كَمَا نَوَى، وَإِنْ أَرَادَ الظَّرْفَ، قَبِلَ، وَلَمْ يَقَعِ مَا جَعَلَهُ ظَرْفًا، وَإِنْ أَرَادَ الجَمْعَ، وَقَعَ، وَكَانَ فِي مَعْنَى «مَعَ»، وَإِنْ أَطْلَقَ،

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

وَهُوَ مِمَّنْ لَا يَفْهَمُ الْحِسَابَ، حُمِلَ عَلَى الظَّرْفِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَفْهَمُ الْحِسَابَ، وَلَكِنْ لَمْ يَقْصِدْهُ
الآنَ، فَيُحْمَلُ عَلَى الظَّرْفِ أَوْ الْحِسَابِ، فِيهِ قَوْلَانِ، وَالْجَاهِلُ بِالْحِسَابِ، إِذَا قَالَ: أَرَدْتُ مَا يُرِيدُهُ
الْحِسَابُ، لَمْ يُقْبَلْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُ مِثْلَ مَا طَلَّقَ زَيْدٌ، وَهُوَ لَا يَدْرِي
عَدَدَهُ، لَمْ تُؤْتَرِ نَيْتُهُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِتَعَدُّرِ إِزَادَةِ مَا لَمْ يَعْلَمْ.

(القِسْمُ الثَّانِي: فِي التَّجْزِئَةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلْقَةٍ، أَوْ رُبْعَ طَلْقَةٍ، وَقَعْتَ طَلْقَةً
وَاحِدَةً، وَكَمُلَ، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثَةَ أَنْصَافِ طَلْقَةٍ، أَوْ أَرْبَعَةَ أَثْلَاقِ طَلْقَةٍ، وَقَعْتَ وَاحِدَةً؛ عَلَى وَجْهِ،
وَتَقَعُ ثِنْتَانِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِزِيَادَةِ الْأَجْزَاءِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ، أَوْ نِصْفِي طَلْقَةٍ،
وَقَعْتَ وَاحِدَةً؛ عَلَى وَجْهِ.

وَقِيلَ: يَقَعُ ثِنْتَانِ، وَلَوْ قَالَ: ثَلْتُ وَرُبِعَ وَسُدُسَ طَلْقَةٍ، فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: ثَلْتُ طَلْقَةً
وَرُبْعَ طَلْقَةٍ وَسُدُسَ طَلْقَةٍ، فَهِيَ أَيْضاً طَلْقَةٌ.

وَقِيلَ: هِيَ ثَلَاثٌ^(١) طَلْقَاتٍ.

(القِسْمُ الثَّلَاثُ فِي الْأَشْتِرَاكِ): فَإِذَا قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: أَوْقَعْتُ عَلَيْكُنَّ طَلْقَةً، طَلَّقْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ
طَلْقَةً؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا، فَإِنْ أَوْقَعُ خَمْسَ طَلْقَاتٍ، طَلَّقْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ طَلْقَتَيْنِ،
فَإِنْ أَوْقَعُ تِسْعَ طَلْقَاتٍ، طَلَّقْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثًا، وَإِنْ قَالَ: أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ طَلْقَةً فَطَلْقَةً لِلْأَشْتِرَاكِ، فَإِنْ
خَصَّصَ بِوَاحِدَةٍ، فَبَيْتُهُ لَا تُقْبَلُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ أَرْبَعَ طَلْقَاتٍ، ثُمَّ
خَصَّصَ بِوَاحِدَةٍ؛ حَتَّى يَنْعَطِلَ الرَّابِعَةُ، لَمْ يُقْبَلْ؛ عَلَى وَجْهِ، وَإِنْ قِيلَ التَّخْصِصُ فِي الثَّلَاثِ، وَلَوْ
قَالَ لِثَلَاثٍ: أَوْقَعْتُ عَلَيْكُنَّ طَلْقَةً، وَقَالَ لِلرَّابِعَةِ: أَشْرَكْتُكِ مَعَهُنَّ، وَتَوَى الطَّلَاقَ، وَقَعْتَ عَلَى
الرَّابِعَةِ وَاحِدَةً.

وَقِيلَ: تَقَعُ ثِنْتَانِ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ عَلَى نِصْفِ الثَّلَاثِ، وَهِيَ طَلْقَةٌ وَنِصْفٌ.

(البَابُ الرَّابِعُ: فِي الْأَسْتِثْنَاءِ)

فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً، وَقَعُ ثِنْتَانِ، وَشَرَطُ الْأَسْتِثْنَاءِ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا، وَالظَّاهِرُ:
أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ قَصْدُهُ مُقْتَرِنًا بِاللَّفْظِ، فَلَوْ بَدَأَ لَهُ عَقِيبَ اللَّفْظِ الْأَسْتِثْنَاءَ، لَمْ يَجُزْ، وَشَرَطُهُ أَلَّا
يَكُونَ مُسْتَعْرِقًا، وَفِيهِ فَضْلَانِ:

(الأوَّلُ: فِي الْمُسْتَعْرِقِ): وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأوَّلَى): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا، وَقَعُ الثَّلَاثُ؛ لِإِبْطَالِ الْأَسْتِثْنَاءِ، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثًا
إِلَّا ثِنْتَيْنِ وَوَاحِدَةً، فَفِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ يُجْمَعُ مَا فَرَّقَهُ وَيُجْعَلُ مُسْتَعْرِقًا، وَفِي الثَّانِي يُخَصَّصُ الْإِبْطَالُ

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

بِالْوَاحِدَةِ، إِذْ بِهَا يَقَعُ الْأَسْتِغْرَاقُ؛ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ يُبْتَنَى (و) قَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَّقْتَيْنِ وَوَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً، فَإِنَّهُ إِنْ جُمِعَ الْمُسْتَنْتَى عَنْهُ، لَمْ يَكُنْ مُسْتَعْرِقًا؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

(الثَّانِيَةُ): الْأَسْتِثْنَاءُ مِنَ النَّفْيِ إِثْبَاتٌ، وَمِنَ الْإِثْبَاتِ نَفْيٌ؛ فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ إِلَّا وَاحِدَةً، وَقَعَ ثِنْتَانِ؛ مَعْنَاهُ: إِلَّا ثِنْتَيْنِ لَا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً، مِنَ الثَّنَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً، وَقَعَتْ ثِنْتَانِ؛ [وَقِيلَ تَقَعُ وَاحِدَةً^(١)] لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنِ الْأَسْتِغْرَاقِ؛ بِقَوْلِهِ إِلَّا وَاحِدَةً. وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلَاثُ.

(الثَّلَاثَةُ): لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ خَمْسًا إِلَّا ثَلَاثًا، وَقَعَ ثِنْتَانِ.

وَقِيلَ: الرِّيَادَةُ تَلْعُو؛ فَيَبْقَى الْأَسْتِثْنَاءُ مُسْتَعْرِقًا؛ وَعَلَى هَذَا، لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَرْبَعًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ، وَقَعَتْ وَاحِدَةً (و)، وَعَلَى الْأَوَّلِ، تَقَعُ اثْنَتَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا نِصْفَ طَلْقَةٍ، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ لِأَنَّهُ أَبْقَى النِّصْفَ، فَيَكْمُلُ، وَقِيلَ: اسْتِثْنَاءُ النِّصْفِ كَأَسْتِثْنَاءِ الْوَاحِدِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي التَّغْلِيْقِ بِالْمَشِيئَةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَمْ يَقَعْ (م)^(٢)؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي؛ أَنَّهُ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى أَمْ لَا؛ وَكَذَلِكَ فِي الْعِنْتِ (م)، وَنَصَّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَا يَكُونُ مُظَاهِرًا، وَقَدْ قِيلَ بِطَرْدِ هَذَا الْقَوْلِ فِي سَائِرِ التَّصْرُفَاتِ، وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، يَقَعُ فِي الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ لَا يَخْتَمِلُ الْأَسْتِثْنَاءَ، وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ، أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَقَعَتْ وَاحِدَةً يَقُولُ: «يَا طَالِقُ»، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، يَا طَالِقُ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَيَكُونُ قَوْلُهُ: «يَا طَالِقُ» وَضْفًا بِالثَّلَاثِ، فَيَرْجِعُ الْأَسْتِثْنَاءُ إِلَى الثَّلَاثِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ لَمْ يَشَأْ اللَّهُ، أَوْ إِلَّا أَنْ يَشَأَ اللَّهُ، لَمْ يَقَعْ (و)؛ لِلْجَهْلِ بِالْمَشِيئَةِ؛ وَلِأَنَّهُ يَسْتَحِيلُ الْوُقُوعَ عَلَى خِلَافِ الْمَشِيئَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ وَصَفَهُ بِمَحَالٍ، فَيَلْعَوُ وَيَقَعُ (ح)، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ زَيْدٌ الدَّارَ، لَمْ يَقَعُ إِلَّا إِذَا مَاتَ زَيْدٌ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَيَبْتَيْنُ وَقُوعَهُ أَوَّلًا، فَلَوْ شَكَّ فِي دُخُولِهِ، فَقِيلَ: إِنَّهُ يَقَعُ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِثْنَاءَ صَارَ مَشْكُوكًا فِيهِ.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الدُّخُولِ مُعَلَّقٌ عَلَيْهِ، وَصَارَ مَشْكُوكًا فِيهِ.

(البَابُ الْخَامِسُ: فِي الشُّكِّ فِي الطَّلَاقِ)

فَإِذَا شَكَّ، هَلْ طَلَّقَ أَمْ لَا؟ فَالْأَضْلُ عَدَمُ الطَّلَاقِ، وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: إِنْ كَانَ هَذَا غُرَابًا، فَأَمْرَاتِي طَالِقٌ، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا، فَأَمْرَاتِي طَالِقٌ، وَأَشْكَلُ، لَمْ تَحْرُمْ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَوْجَتَهُ،

(١) سقط من ط.

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

وَلَوْ قَالَ وَاحِدٌ إِنْ كَانَ غُرَابًا، فَزَيْنَبُ طَالِقٌ، وَإِلَّا فَعَمْرَةٌ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْهُمَا، وَلَوْ جَرَى مِنْ شَخْصَيْنِ فِي عِبْدَيْنِ، تَصَرَّفًا فِيهِمَا، فَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا الْعَبْدَ الْآخَرَ، صَارَ مَحْجُورًا فِيهِمَا.

وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ لِلْحَجْرِ الْمُشْتَرَى، وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا، وَنَسِيَ، فَعَلَيْهِ التَّوَقُّفُ إِلَى التَّدْكَرِ، وَلَوْ قَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، وَخَاطَبَ زَوْجَتَهُ وَأَجْنَبِيَّةً، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الْأَجْنَبِيَّةَ، قَبْلَ؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ خَاطَبَ بِهِ زَوْجَتِيهِ، لَرَمَهُ (م) التَّعْيِينَ عَلَى الْفَوْرِ، وَعَصَى، بِالتَّأخِيرِ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُمَا إِلَى الْبَيَانِ، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بِاللَّفْظِ أَوْ بِالتَّعْيِينِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَعَلَيْهِمَا يَنْبِي وَقْتُ اخْتِسَابِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا، وَقُلْنَا: يَقَعُ الطَّلَاقُ بِاللَّفْظِ، كَانَ تَعْيِينًا، وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّعْيِينِ، لَمْ يُؤْتِرِ الْوَطْءُ، وَلَوْ مَاتَتَا (وَح) لَمْ تَنْقُطِ الْمُطَالَبَةُ بِالتَّعْيِينِ لِأَجْلِ الْمِيرَاثِ، وَلَكِنْ إِنْ قُلْنَا: يَقَعُ بِالتَّعْيِينِ، فَيَتَبَيَّنُ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَوْتِ؛ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، أَوْ عِنْدَ الْإِبْهَامِ لِلضَّرُورَةِ، فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ هَذِهِ، بَلْ هَذِهِ، كَانَ إِفْرَارًا بِهِمَا، وَلَوْ قَالَ: عَيَّنْتُ هَذِهِ وَهَذِهِ، تَعَيَّنَتِ الْأُولَى، وَلَوْ قَالَتْ فِي مَسْأَلَةِ الْغُرَابِ: كَانَ غُرَابًا، وَأَنَا طَالِقٌ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى الْبَتِّ؛ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا أَوْ يَنْكُلُ، وَلَا يَكْفِيهِ الْيَمِينُ، لَا عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَلَا عَلَى النَّسْيَانِ، وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجُ، وَمَاتَتَا، فَهَلْ لِلْوَارِثِ التَّعْيِينُ؟ لِأَجْلِ الْمِيرَاثِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّلَاثِ؛ لَهُ أَنْ يَقُولَ «أَرَادَ الزَّوْجُ هَذِهِ»، وَلَيْسَ لَهُ إِنْشَاءُ التَّعْيِينِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ هَذَا غُرَابًا، فَعَبْدِي حُرٌّ، وَإِلَّا فَزَوْجَتِي طَالِقٌ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، فَفِي وَجْهِ؛ يَعْنِي الْوَارِثُ، وَفِي وَجْهِ؛ تُفْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ تَعْمَلُ فِي الْعِتْقِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَى الْعَبْدِ، عَتَقَ، وَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى الْمَرْأَةِ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ إِذْ لَا أَثَرَ لِلْقُرْعَةِ فِي الطَّلَاقِ، وَهَلْ يَرِيقُ الْعَبْدُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

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

(الفصلُ الأوَّلُ: في التَّعْلِيْقِ بِالْأَوْقَاتِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ، طُلِّقْتَ عِنْدَ اسْتِهْلَالِ الْهِلَالِ (ح)، وَلَوْ قَالَ: فِي يَوْمِ السَّبْتِ، فَعِنْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ، وَلَوْ قَالَ: آخِرَ شَهْرِ رَمَضَانَ، فَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنْهُ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ أَوَّلُ النِّصْفِ الْآخِرِ.

وَلَوْ قَالَ: أَوَّلَ آخِرِ الشَّهْرِ، فَهُوَ أَوَّلُ الْيَوْمِ الْآخِرِ.

وَقِيلَ: أَوَّلُ النِّصْفِ الْآخِرِ.

وَلَوْ قَالَ: آخِرَ الْأَوَّلِ، فَهُوَ آخِرُ الْيَوْمِ الْأَوَّلِ.

وَقِيلَ: آخِرَ اللَّيْلَةِ الْأُولَى.

وَقِيلَ: آخِرَ النِّصْفِ الْأَوَّلِ.

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

وَقِيلَ: أَوَّلُ الْيَوْمِ الْآخِرِ.

وَلَوْ قَالَ: بِاللَّيْلِ: إِذَا مَضَى يَوْمٌ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَتَطَلَّقِي آخِرَ الْعَدِّ، وَلَوْ قَالَ: بِالنَّهَارِ، فَإِذَا عَادَ إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ السَّنَةُ، فَعِنْدَ أَوَّلِ هِلَالِ الْمُحَرَّمِ، وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ، فَالْيَوْمِ مِثْلِي عَشْرَ شَهْرًا، وَالشَّهْرُ الْأَوَّلُ الْمِنْكَسِرُ يَكْمُلُ ثَلَاثِينَ يَوْمًا مِنَ الْآخِرِ، وَيُحْتَسَبُ (ح) أَحَدُ عَشْرَ شَهْرًا بِالْأَهْلَةِ بَعْدَهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بِالْأَمْسِ، لَمْ يُسْتَنَّدْ إِلَى الْأَمْسِ، وَيَقَعُ فِي الْحَالِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتِكِ الْآنَ طَلَاقًا يَنْعَكِسُ حُكْمُهُ إِلَى الْمَاضِي، نَفَذَ فِي الْحَالِ، وَلَمْ يَنْعَكِسْ.

وَقِيلَ: يَلْعَوُ؛ لِأَنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: إِنْ طِرْتُ أَوْ صَعِدْتُ إِلَى السَّمَاءِ، أَوْ أَحْيَيْتُ مَيْتًا.

وَقِيلَ فِي التَّعْلِيْقِ بِالصُّعُودِ وَالْإِحْيَاءِ: إِنَّهُ أَيْضًا يَقَعُ (و).

وَقِيلَ فِي الْإِحْيَاءِ: «يَقَعُ» دُونَ الصُّعُودِ؛ فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ مَوْتِ فُلَانٍ بِشَهْرٍ، أَوْ قَبْلَ قُدُومِهِ، ثُمَّ مَاتَ، أَوْ قَدِمَ بَعْدَ أَكْثَرِ مِنْ شَهْرٍ، تَبَيَّنَ (و) وَفُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَمْسِ غَدًا، أَوْ غَدًا أَمْسِ، وَقَعَ الْيَوْمَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي الشَّهْرِ الْمَاضِي، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ طَلَقًا رَجْعِيًّا، أَوْ قَعْتَهَا بِالْأَمْسِ، قَبْلَ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ زَوْجًا آخَرَ طَلَقَهَا، أَوْ طَلَّقْتُهَا، وَأَبْتَنَاهَا، ثُمَّ جَدَّدْتُ النِّكَاحَ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فِي كُلِّ سَنَةٍ طَلَقَةً، طُلِّقْتَ طَلَقَةً وَاحِدَةً فِي الْحَالِ، وَالثَّانِيَةَ أَوَّلَ الْمُحَرَّمِ، إِنْ أَرَادَ السِّنِينَ الْعَرَبِيَّةَ، وَإِلَّا فَالْيَوْمِ أَنْ تَنْقُضِي سَنَةً كَامِلَةً.

وَلَوْ قَالَ: فِي كُلِّ يَوْمٍ طَلَقَةً، طُلِّقْتَ فِي الْحَالِ طَلَقَةً وَاحِدَةً، وَالثَّانِيَةَ صَبِيحَةَ الْعَدِّ، فَإِنْ قَالَ:

أَرَدْتُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ كُلِّ طَلْقَتَيْنِ يَوْمٌ، فَيُدَيِّنُ، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِرًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الفصل الثاني: في التعليق بالتطليق ونفيه)، فَإِذَا قَالَ: إِنْ طَلَّقْتِكِ، أَوْ «إِذَا»، أَوْ «مَهْمَا»، أَوْ مَتَى مَا طَلَّقْتِكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِذَا طَلَّقَهَا طَلَّقْتَ طَلْقَتَيْنِ، بَعْدَ الدُّخُولِ، وَطَلَّقَةً قَبْلَ الدُّخُولِ؛ لِأَنَّ الْمُعْلَقَ يُصَادِفُ حَالَ الْبَيِّنُونَ وَكَذَلِكَ إِذَا خَالَعَهَا وَلَيْسَ ذَلِكَ لِأَنَّ الْجَزَاءَ يَتَأَخَّرُ عَنِ الشَّرْطِ، وَلَكِنَّ ذَلِكَ لِلْمُضَادَّةِ، وَإِنْ عُلِقَ طَلَّاقُهَا عَلَى صِفَةٍ، وَوُجِدَتْ، فَهُوَ تَطْلِيْقٌ، وَمُجَرَّدُ الصَّفَةِ لَيْسَ إِيقَاعًا، وَهُوَ وَقُوعٌ، وَمُجَرَّدُ التَّغْلِيْقِ لَيْسَ بِإِيقَاعٍ وَلَا وَقُوعٍ، وَلَوْ قَالَ، وَلَهُ أَزْبُعٌ نِسْوَةٌ إِذَا طَلَّقْتُ وَاحِدَةً، فَعَبْدٌ مِنْ عِبِيدِي حُرٌّ، وَإِنْ طَلَّقْتُ اثْنَتَيْنِ، فَعَبْدَانِ، وَإِنْ طَلَّقْتُ ثَلَاثًا، فَثَلَاثَةٌ أَعْبِيدَ، وَإِنْ طَلَّقْتُ أَرْبَعًا، فَأَرْبَعَةٌ أَعْبِيدَ، ثُمَّ طَلَّقَ الْأَرْبَعَ، عَتَقَ عَشْرَةَ أَعْبِيدَ؛ لِأَنَّهُ حَنْتَ فِي الْأَيْمَانِ الْأَرْبَعَةَ، وَلَوْ قَالَ: كُلَّمَا بَدَّلَ إِنْ عَتَقَ خَمْسَةَ عَشَرَ عَبْدًا؛ لِأَنَّ فِي الْأَرْبَعَةِ أَرْبَعَةَ أَحَادٍ، وَاثْنَتَيْنِ مَرَّتَيْنِ، وَثَلَاثَةَ مَرَّةً، وَأَرْبَعَةَ مَرَّةً.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِنَّمَا يَبَيِّنُ عَدَمَ الطَّلَاقِ لِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، فَعِنْدَ ذَلِكَ يَبَيِّنُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَوْتِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا لَمْ أُطَلِّقْكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، طَلَّقْتُ، إِنْ لَمْ يُطَلِّقْهَا، عَلَى الْفَوْرِ.

وَقِيلَ فِي لُزُومِ الْفَوْرِ قَوْلَانِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَحَيْثُ لَا يُعْتَبَرُ الْفَوْرُ بِخُصْلِ الْيَأْسِ بِجُنُونٍ مُتَّصِلٍ بِالْمَوْتِ، وَلَكِنَّ تَوَهُّمَ الْإِفَاقَةِ يَمْنَعُ الطَّلَاقَ، فَإِذَا مَاتَ مَجْنُونًا، تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْجُنُونِ، وَلَوْ أَنْفَسَخَ النِّكَاحُ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ تَجْدِيدِ نِكَاحٍ وَطَّلَاقٍ، تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْأَنْفِسَاحِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، فَيُؤَدِّي تَقَدُّمُهُ عَلَى الْأَنْفِسَاحِ إِلَى الدَّوْرِ، وَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الْفَسْخِ، وَطَلَّقَهَا، فَقَدْ حَصَلَ الْبُرْءُ، وَإِنْ لَمْ يُطَلِّقْهَا، وَجَوَّزْنَا عَوْدَ الْحَنْتِ، طَلَّقْتُ فِي النِّكَاحِ الثَّانِي قَبْلَ الْمَوْتِ، وَإِنْ لَمْ تَرَوْا عَوْدَ الْحَنْتِ، وَجَبَ إِسْنَادُ الطَّلَاقِ إِلَى مَا قَبْلَ الْفَسْخِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ، أَوْ إِنْ طَلَّقْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهَذَا لِلتَّغْلِيلِ؛ فَيَقَعُ فِي الْحَالِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَعْرِفِ اللَّغَةَ، فَهُوَ تَغْلِيْقٌ.

(الفصل الثالث: في التعليق بالحمل والولادة)، وَفِيهِ مَسَائِلٌ:

(الأولى): إِذَا قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَامِلًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعِ فِي الْحَالِ؛ لِلشَّكِّ، لَكِنْ إِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ لَأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ، وَإِنْ كَانَ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَلَا، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا، فَقَوْلَانِ.

وَالْأَطْهَرُ أَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحْرُمُ فِي الْحَالِ؛ كَمَسْأَلَةِ الْعُرَابِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَحْرُمُ إِلَى أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا بِقُرْءٍ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَبِثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَبِالْأَشْهُرِ؛ فِي حَقِّ الصَّيِّةِ الْمُرَاهِقَةِ (و).

وَفِي حَقِّ الْإِسِيَّةِ، هَلْ يُكْتَفَى بِالْإِيَّاسِ دَلَالَةً فِيهِ خِلَافٌ.

(الثانية): لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَائِلًا، فَحُكْمُهُ مَا سَبَقَ، وَلَكِنْ عَلَى الْعَكْسِ؛ فَحَيْثُ يَقَعُ فِي

الْحَمْلِ، لَا يَقَعُ هَهُنَا، وَالتَّخْرِيمُ أَوْلَى فِي الْحَيْالِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْحَيْالُ، وَلَوْ أَنْقَضْتَ الْأَقْرَاءَ، وَقَعَ الطَّلَاقُ، لِظُهُورِ الْحَيْالِ، وَيَحْتَمِلُ (و) أَلَّا يَقَعُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْيَقِينَ، وَالصَّفَةُ لَا بُدَّ مِنْ اسْتِيفَائِهَا.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَامِلًا بِذَكَرٍ، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَةً، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا بِأُنْثَى، فَطَلَقْتَيْنِ، فَوَلَدْتَ ذَكَرًا وَأُنْثَى، وَقَعْتَ ثَلَاثًا، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمْلُكَ كَذَا وَكَذَا، لَمْ تُطَلَّقْ لِأَنَّهُ يَخُصُّ الْجِنْسَ، وَإِنْ أَتَى بِذَكَرَيْنِ، قِيلَ: طَلَقْتَ وَاحِدَةً.

وَقِيلَ: لَا؛ لِأَنَّ التَّنْكِيرَ لِلتَّوْحِيدِ.

(الرَّابِعَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتِ وَلَدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَوَلَدْتَ وَلَدَيْنِ، طَلَقْتَ بِالْأَوَّلِ، وَأَنْقَضْتَ (م) عِدَّتَهَا بِالثَّانِي، فَلَوْ قَالَ: «كُلَّمَا وَلَدْتِ وَلَدًا، لَمْ تُطَلَّقِي بِالثَّانِي فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ، لِأَنَّهُ طَلَاقٌ قَارَنَ أَنْقِضَاءَ الْعِدَّةِ؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتِ وَلَدًا، فَطَلَقَةٌ^(١)، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا، فَطَلَقْتَيْنِ، فَوَلَدْتَ غُلَامًا، طَلَقْتَ ثَلَاثًا؛ لِلْحِنْتِ فِي الْيَمِينِ، وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ حَوَامِلَ: كُلَّمَا وَلَدْتِ وَاحِدَةً، فَصَوَّاجِبَاتُهَا طَوَالِقٌ، فَوَلَدْتَ عَلَى تَعَاقُبٍ وَتَقَارُبٍ، طَلَقْتَ الْأَوْلَى وَالرَّابِعَةَ ثَلَاثًا، وَطَلَقْتَ الثَّانِيَةَ وَاحِدَةً، وَطَلَقْتَ الثَّالِثَةَ طَلَقْتَيْنِ، فَيَلْتَمَسُ إِلَى عَدَدِ صَاحِبَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ، وَإِلَى أَنْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِوَلَادَتِهَا.

(الْفَصْلُ الرَّابِعُ فِي التَّغْلِيْقِ بِالْحَيْضِ)، فَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتِ حَيْضَةً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، طَلَقْتَ بِتَمَامِ الْحَيْضَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتِ، طَلَقْتَ إِذَا مَضَى يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ مِنْ أَوَّلِ الْحَيْضِ، لَكِنْ بِطَرِيقِ التَّبْيِينِ.

وَقِيلَ: تُطَلَّقُ بِأَوَّلِ الْحَيْضِ؛ بِنَاءٍ عَلَى الظَّاهِرِ.

وَلَوْ قَالَ لِلْحَائِضِ: إِنْ حِضَّتِ، فَلَا تُطَلَّقُ إِلَّا بِحَيْضَةٍ مُسْتَأْنَفَةٍ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا فِي حَيْضِهَا، وَفِي إِضْمَارِهَا الْبَعْضُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بَاطِنٌ، لَا فِي دُخُولِهَا، وَفِي سَائِرِ أَعْمَالِهَا، وَفِي زَوَّاجِهَا وَوِلَادَتِهَا خِلَافٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتِ، فَضَرَّتْكَ طَالِقٌ، لَمْ يُقْبَلْ يَمِينُهَا فِي حَقِّ الضَّرَّةِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتْمَا جَمِيعًا، فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ، وَصَدَّقَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى، طَلَقْتَ الْمُكْذِبَةَ دُونَ الْمُصَدِّقَةِ؛ لِأَنَّ الْمُكْذِبَةَ تَبَتْ حَيْضُ ضَرَّتِهَا فِي حَقِّهَا بِتَضَدِّقِ الزَّوْجِ وَحَيْضِهَا؛ بِمَجْرَدِ قَوْلِهَا، وَأَمَّا الْمُصَدِّقَةُ، فَلَمْ يَنْبُتْ حَيْضُ ضَرَّتِهَا؛ مَعَ تَكْذِيبِ الزَّوْجِ فِي حَقِّهَا، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لِأَرْبَعِ، ثُمَّ صَدَّقَ اثْنَتَيْنِ فَقَطْ، لَمْ تُطَلَّقْ وَاحِدَةً، وَإِنْ صَدَّقَ ثَلَاثًا، طَلَقْتَ الْمُكْذِبَةَ.

(الْفَصْلُ الْخَامِسُ: فِي التَّغْلِيْقِ بِالْمَسِيَّةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شِئْتَ، فَقَالَتْ فِي الْحَالِ: شِئْتُ، طَلَقْتُ، وَإِنْ قَالَتْ بَعْدَ ذَلِكَ، لَمْ تُطَلَّقِي (و)، وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيٍّ: إِنْ شِئْتَ، فَزَوَّجْتِي طَالِقٌ، فَفِي وُجُوبِ الْفَوْرِ خِلَافٌ (ح م) وَكَذَلِكَ إِذَا عَلَّقَ عَلَى مَسِيَّةِ زَوْجَتِهِ الْعَائِيَةَ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ شِئْتَ، وَشَاءَ أَبُوكَ، فَهَلْ يُعْتَبَرُ الْفَوْرُ فِي مَسِيَّةِ أَبِيهَا؟ وَجِهَانِ، وَلَوْ قَالَتْ: شِئْتُ إِنْ شِئْتَ، لَمْ تُطَلَّقِي (ز) إِذَا الْمَسِيَّةُ لَا تُعْلَقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَبُوكَ وَاحِدَةً، فَشَاءَ أَبُوهَا وَاحِدَةً، لَمْ تُطَلَّقِي

(١) فِي أ: فَطَلَقَتْ وَاحِدَةً.

(و) أَضْلًا.

وَقِيلَ: تُطَلَّقُ وَاحِدَةً، وَلَوْ قَالَتْ: شِئْتُ، وَهِيَ كَارِهَةٌ بَاطِنًا، طُلِّقَتْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَتْ الصَّبِيَّةُ: شِئْتُ، فَوَجْهَانِ، وَلَا نَظَرَ [لِقَبُولِ] ^(١) الْمَجْنُونَةِ.

(الْفَضْلُ السَّادِسُ: فِي مَسَائِلِ الدَّوْرِ)، فَإِذَا قَالَ: إِنْ طَلَّقْتِكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا، أَنْحَسَمَ بَابُ الطَّلَاقِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: إِذَا نَجَزَ وَاحِدَةً، وَقَعَتْ تِلْكَ الْوَاحِدَةُ.

وَقِيلَ: يَفْعُ الثَّلَاثُ، إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ.

وَمِنَ الدَّوْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ الْكَيْتُ أَوْ ظَاهَرْتُ أَوْ رَاجَعْتُ، أَوْ فَسَخْتُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ وَطْئًا مُبَاحًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ، فَوَطِئَ، فَلَا خِلَافَ أَنَّهَا لَا تُطَلَّقُ قَبْلَهُ. وَمِنَ الدَّوْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ طَلَّقْتُ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا.

(الْقِسْمُ الثَّانِي: فِي فُرُوعِ التَّعْلِيقاتِ)، فَتَذَكَّرُهَا أَرْسَالًا.

وَجُمْلَةٌ نَظَرْنَا فِي تَحْقِيقِ الصِّفَاتِ، إِذَا عُلِّقَ عَلَيْهَا، فَلْتَذَكَّرِ الصِّفَاتِ؛ حَتَّى لَا نُطْوِلَ، فَتَقُولُ: تَعْلِيْقُ الطَّلَاقِ بِطُلُوعِ الشَّمْسِ لَيْسَ حَلْفًا، سِوَاكَ كَانَ بِصِيغَةِ «إِنْ» أَوْ «إِذَا»، وَبِالْأَفْعَالِ، حَلْفٌ بِالصِّغَتَيْنِ، وَبِأَكْلِ رُمَانَةٍ، يَخْتُ فِي التَّعْلِيْقِ بِهَا، وَيَنْصِفُ رُمَانَةً، وَالْبِشَارَةُ هِيَ الْخَبْرُ [ح] ^(٢). الْأَوَّلُ، وَالْكَذِبُ خَبْرٌ كَالصِّدْقِ، فَإِذَا قَالَ: يَا عَمْرُو، فَأَجَابَتْ حَفْصَةُ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: حَسِبْتُ عَمْرَةَ، طُلِّقْتُ حَفْصَةَ ظَاهِرًا، وَفِي عَمْرَةَ تَرَدُّدٌ ^(٣) (وَح)؛ إِذْ لَمْ يَجْرِ مَعَهَا إِلَّا مُجْرَدُ النَّدَاءِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَقَعَ عَلَيْهَا أَيْضًا، وَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِرُؤُوسِهِ: إِنْ مَاتَ سَيِّدِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَّقْتَيْنِ، وَقَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: إِنْ مِتُّ، فَأَنْتِ حُرٌّ، لَمْ تُحْرَمِ بِالطَّلَاقَيْنِ؛ لِمُقَارَنَةِ الْعِتَى.

وَقِيلَ: تُحْرَمُ.

وَلَوْ عُلِّقَ طَلَاقُ زَوْجَتِهِ الْمَمْلُوكَةِ لِأَبِيهِ عَلَى مَوْتِ أَبِيهِ، لَمْ يَنْفُذْ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ انْفِسَاحِ النِّكَاحِ بِالْمَلِكِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْفُذُ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ يَوْمَ يَفْتَدِمُ فُلَانٌ، فَقَدِمَ نِصْفَ النَّهَارِ، طُلِّقَتْ فِي الْحَالِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَتَبَيَّنَ الْوُقُوعُ أَوَّلَ النَّهَارِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَوْ قَدِمَ لَيْلًا، لَمْ تُطَلَّقْ أَضْلًا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ

(١) فِي أ: قَوْلُهُ.

(٢) سَقَطَ مِنْ أ.

(٣) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَإِذَا قَالَ: يَا عَمْرَةَ فَأَجَابَتْ حَفْصَةَ فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ قَالَ: حَسِبْتُ، عَمْرَةَ طَلَّقْتَ حَفْصَةَ ظَاهِرًا، وَفِي عَمْرَةَ تَرَدُّدٌ» التَّرْتِيبُ الْمَشْهُورُ أَنَّ عَمْرَةَ لَا تَطْلُقُ، وَفِي حَفْصَةَ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا تَطْلُقُ.

[ت]

طَالِقٌ هَكَذَا، وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاثِ، طُلُقْتُ ثَلَاثًا، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ كَلَّمْتِ زَيْدًا، إِنْ دَخَلَتْ الدَّارَ، فَمَعْنَاهُ تَعْلِيْقُ التَّغْلِيْقِ، فَإِذَا كَلَّمْتِ زَيْدًا أَوَّلًا، تَعَلَّقَ طَلَاقُهَا بِالذُّخُولِ.

وَلَوْ قَالَ: أَرْبَعَتُكَ طَوَالِقُ إِلَّا فُلَانَةً^(١) لَمْ يَصِحَّ (و) هَذَا الِاسْتِثْنَاءُ عِنْدَ الْقَاضِي حُسَيْنِ^(٢) رَحِمَهُ اللهُ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: هُوَ لَاءِ الْأَعْبُدِ الْأَرْبَعَةَ لِفُلَانٍ إِلَّا هَذَا الْوَاحِدِ^(٣)، لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ فِي الْمُعَيَّنِ لَا يُعْتَادُ.

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَطَلَّقْتِ زَوْجَتَكَ؛ أَسِيخَبَارًا؟ فَقَالَ: نَعَمْ كَانَ إِقْرَارًا، وَإِنْ كَانَ لِالْتِمَاسِ الْإِنْشَاءِ، فَهُوَ صَرِيحٌ؛ فِي قَوْلِ.

وَكِنَايَةٍ؛ فِي قَوْلِ.

وَلَوْ قَالَتْ: (مَرَّ طَلَاقُ دَه)، فَقَالَ: (دَازِم)، فَيَصِيرُ الْخِطَابُ مُعْتَادًا فِيهِ، وَيَكُونُ صَرِيحًا؛ عَلَى وَجْهِ.

وَلَوْ قَالَ الدَّلَالُ لِبَائِعِ الْمَتَاعِ: بَعْتُ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، لَمْ يَكُنْ هَذَا خِطَابًا مَعَ الْمُشْتَرِي^(٤).

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَلَيْكَ زَوْجَةٌ؟ فَقَالَ: لَا، فَهُوَ صَرِيحٌ فِي الْإِقْرَارِ.

وَقِيلَ: كِنَايَةٌ.

وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقُهَا بِتَمْيِيزِ التَّوَاةِ الَّتِي أَكَلَتْهَا عَمَّا أَكَلَهُ، فَبَدَّدَتْ، بَرَّتْ، إِذَا لَمْ يَكُنْ نِيَّتُهُ (و) التَّفْرِيقِ. وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقُهَا عَلَى ابْتِلَاعِ تَمْرَةٍ فِي فِيهَا، وَعَلَى الْقَذْفِ وَالْإِمْسَاكِ، بَرَّتْ بِأَكْلِ النَّصْفِ،

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

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

ينظر ترجمته في: طبقات العبادي ١١٢، تهذيب الأسماء واللغات ١٦٤/١، وفيات الأعيان ١٣٤٠/٢ - ١٣٥٠، العبر ٢٤٩/٣، دول الإسلام ٢٧١/١، مرآة الجنان ٨٥/٣، طبقات السبكي ٣٥٦/٤ - ٣٦٥، طبقات الإسفوي ٤٠٧/١ - ٤٠٨، تبصير المتنبه ١٣٥٧/٤، طبقات ابن هداية الله ١٦٣ - ١٦٤، كشف الظنون ٤٢٤/١، ٥١٧، شذرات الذهب ٣١٠/٣، إيضاح المكنون ١٨٨/٢.

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

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

وَلَوْ عَلَّقَ بِالزُّرُولِ مِنَ السَّلْمِ، وَبِالصُّمُودِ، وَالْوُقُوفِ، تَخَلَّصَتْ بِالطَّفَرَةِ وَبِالْحَمْلِ وَالِانْتِقَالَ إِلَى سَلْمٍ
 آخَرَ، وَلَوْ عَلَّقَ بِأَكْلِ رُمَانَةٍ أَوْ رَغِيفٍ، تَخَلَّصَتْ بِتَرْكِ حَبَّةٍ مِنَ الرُّمَانَةِ، وَقَتَاتٍ مِنَ الرَّغِيفِ، وَمَهْمَا
 كَانَ لِلْفِظَةِ مَفْهُومٌ فِي الْعُرْفِ، وَوَضِعٌ فِي اللِّسَانِ، فَعَلَى أَيُّهُمَا يُحْمَلُ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالتَّحْقِيقُ أَنَّ ذَلِكَ
 لَا يُضْبَطُ، بَلْ تَارَةً يَرْجَحُ الْعُرْفُ، وَتَارَةً اللُّغَةُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ دَرَجَاتِ الْعُرْفِ وَظُهُورِ
 اللَّفْظِ، وَلَوْ قَالَتْ: يَا حَسِيسُ، فَقَالَ: إِنْ كُنْتُ كَذَلِكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِنْ قَصَدَ [المُكَافَاةَ] (١)، طَلَّقَتْ
 [بِكُلِّ حَالٍ] (٢)، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ، فَلَا تُطَلَّقُ إِلَّا بِوُجُودِ الْخِسَّةِ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَالْعُرْفُ يَقْضِي بِأَنْ يُحْمَلَ
 اللَّفْظُ عَلَى الْمُكَافَاةِ، فَقَدْ تَرَدَّدَ اللَّفْظُ وَالصَّبِيغَةُ لِلتَّعْلِيقِ، وَهُوَ أَوْلَى هَهُنَا، وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى مُخَالَفَتِهَا
 لِلأَمْرِ، ثُمَّ قَالَ: لَا تُكَلِّمِي زَيْدًا، فَكَلَّمْتَ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ لِأَنَّهُ مُخَالَفَةٌ لِلنَّهْيِ، وَهَذَا يُنَازَعُ فِيهِ الْعُرْفُ.
 وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى النَّهْيِ، فَقَالَ: قَوْمِي، فَقَعَدْتَ، قِيلَ: إِنَّهَا طَلَّقَتْ؛ لِأَنَّ الأَمْرَ بِالشَّيْءِ نَهْيٌ عَنِ ضِدِّهِ،
 وَهُوَ فَاسِدٌ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَى جِبِينِ، أَوْ زَمَانِ، طَلَّقَتْ (ح م) بَعْدَ لَحْظَةٍ وَكَذَلِكَ قَالُوا فِي الْعَصْرِ
 وَالْحُقْبِ، وَهُوَ بَعِيدٌ، وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى الضَّرْبِ، لَمْ يَخْنَثَ بِالضَّرْبِ مِثْنًا، وَالْمَسُّ بَعْدَ الْمَوْتِ مَسٌّ،
 وَلَمَسُّ الشَّعْرِ وَالظُّفْرِ لَا يُخْنَثُ، وَالْقُدُومُ بِالْمَيْتِ لَيْسَ بِقُدُومٍ، وَقَذْفُ الْمَيْتِ قَذْفٌ، وَرُؤْيَةُ الْمَيْتِ
 رُؤْيَةٌ (و)، وَالرُّؤْيَةُ فِي الْمَاءِ الصَّافِي رُؤْيَةٌ (و)، وَفِي الْمِرَاةِ فِيهِ تَرَدُّدٌ (و م)، وَرُؤْيَةُ (و) غَيْرُهَا الْهَلَالَ
 كَرُؤْيَتِهَا، وَالْهَمْسُ بِالْكَلامِ بِحَيْثُ لَا يُسْمَعُ لَيْسَ بِكَلامٍ؛ وَكَذَلِكَ عَلَى مَسَافَةٍ لَا تُسْمَعُ، فَإِنْ حَمَلَ
 الرِّيحُ الصَّوْتِ، فَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنْ مَنَعَ الذُّهُولُ أَوْ اللَّعْطُ السَّمَاعَ، فَهُوَ كَلامٌ (و)، وَكُلُّ فِعْلٍ عَلَّقَ بِهِ،
 فَإِذَا حَصَلَ مِنَ الْمُكْرَهِ أَوْ النَّاسِي، فَفِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قَصَدَ مَنَعَهَا عَنِ الْمُخَالَفَةِ، فَنَسِيَتْ، لَمْ تُطَلَّقْ.

(١) في أ: المكافآت.

(٢) في أ: من الحال.

(كِتَابُ الرَّجْعَةِ^(١)، وَفِيهِ فَصْلَانِ:)

(الأوّل: في أَرْكَانِهَا)، وهي أَرْبَعَةٌ:

المُوجِبُ لَهَا، وَهُوَ كُلُّ طَلَاقٍ يَسْتَعْقِبُ عِدَّةً، وَلَا عَوْضَ فِيهِ، وَلَمْ يَسْتَوْفِ عَدَدَ الطَّلَاقِ.

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

(الثالث: الصِّيغَةُ)، وَصَرِيحُهَا قَوْلُهُ: رَجَعْتُ، وَرَاجَعْتُ، وَأَرْتَجِعُ، وَقَوْلُهُ: رَدَدْتُهَا إِلَى

النِّكَاحِ، فِيهِ خِلَافٌ (و)؛ وَكَذَلِكَ لَفْظُ الإِمْسَاكِ، وَالتَّرْوِيجُ صَرِيحٌ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَكِنَايَةٌ، عَلَى وَجْهِهِ، وَلَغَوٌّ، عَلَى وَجْهِهِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ صَرَاحِيحَهُ مَخْصُورَةٌ، وَقَوْلُهُ: «أَعَدْتُ الحِلَّ، وَرَفَعْتُ التَّخْرِيمَ» لَيْسَ بِصَرِيحٍ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الكِنَايَةَ تَنْطَرِّقُ إِلَيْهَا؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ الجَدِيدَ؛ أَنَّ الإِشْهَادَ لَا يُشْتَرَطُ

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

قال ابن فارس: والرَّجْعَةُ مراجعة الرجل أهله، وقد نكر، وهو تملك الرجعة على زوجته، وطلاق رجعي بالوجهين أيضاً. اهـ.

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

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

قال صاحب «المختار»: رجع الشيء بنفسه من باب «خلس» ورجعة غيره من باب «قطع»، وقوله تعالى: ﴿يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ الْقَوْلَ﴾ أي يَتَلَاوَمُونَ.

والرُّجْعَى الرجوع، وكذا المرجع، ومنه قوله تعالى: ﴿إِلَى رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ﴾ وهو شاذ؛ لأن المصادر من فعل إنما تكون بالفتح.

وَرَجْعَةُ بفتح الراء وكسرهما، والفتح أفصح، والراجع المرأة يموت زوجها، فترجع إلى أهلها وأما المَطْلَقَةُ: فهي المَرْدُودَةُ.

والرُّجْعُ: المطر، قال: تعالى: ﴿وَالسَّمَاءِ ذَاتِ الرَّجْعِ﴾.

وقيل: معناه: النفع.

والمراجعة المعادة، يقال: راجعه الكلام، وراجع امرأته فهي لغة: المرأة من الرجوع.

واصطلاحاً:

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

عَرَفَهَا الشافعية بأنها: رَدُّ المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن من العدة، على وجه مخصوص.

عَرَفَهَا المالكية بأنها: عَوْدُ الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد.

عَرَفَهَا الحنابلة بأنها: إِعَادَةُ المطلقة غير بائن، إلى ما كانت عليه بغير عقد.

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

فِيهَا^(١)، وَالتَّغْلِيْقُ لَا يَتَطَوَّقُ إِلَيْهَا؛ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ، وَلَا تَحْصُلُ الرَّجْعَةُ بِالْوَطْءِ [ح]^(٢) وَسَائِرِ الْأَفْعَالِ.

(الرَّابِعُ: الْمَحَلُّ)، وَهِيَ الْمُعْتَدَّةُ الْقَابِلَةُ لِلحِجْلِ، فَلَوْ أَرْتَدَّتْ، فَرَاجَعَهَا، فَرَجَعَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ، لَزِمَ اسْتِثْنَاؤُ الرَّجْعَةِ، وَإِذَا انْقَضَتِ الْعِدَّةُ، فَلَا رَجْعَةَ، وَإِنْ أَوْجَبْنَا الْعِدَّةَ بِالِإِثْنَانِ فِي غَيْرِ الْمَأْتِي، أَوْ بِالخُلُوعِ، ثَبَّتَ (ح) الرَّجْعَةَ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَإِذَا أَدَعَتْ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ بِوَضْعِ الحَمَلِ، مَيْتًا أَوْ حَيًّا، نَاقِصًا أَوْ كَامِلًا، صُدِّقَتْ بِبَيْمِنِهَا؛ فِي أَظْهَرِ الرَّجْعَتَيْنِ، وَإِذَا ظَهَرَتِ الصُّورَةُ الْأُولَى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ بِوَضْعِهَا، وَفِي الْمُضْغَةِ قَوْلَانِ، وَيُقْبَلُ دَعْوَاهَا مَعَ الْإِمْكَانِ، وَإِمْكَانُ الْوَلَدِ الْكَامِلِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ إِمْكَانِ الْوَطْءِ، وَإِمْكَانُ الصُّورَةِ، إِلَى مِائَةٍ وَعِشْرِينَ يَوْمًا، وَإِمْكَانُ اللَّحْمِ، إِلَى ثَمَانِينَ يَوْمًا، وَإِمْكَانُ انْقِضَاءِ الْأَفْرَاءِ، إِذَا طُلِّقَتْ فِي الطُّهْرِ، أُنْتَانِ وَثَلَاثُونَ يَوْمًا [ح]^(٣) وَلَحْظَتَانِ، وَإِنْ طُلِّقَتْ فِي الْحَيْضِ، سَبْعَةٌ (ح) وَأَرْبَعُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ، وَفِي الْمُبْتَدَأَةِ كَذَلِكَ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْقُرْءَ هُوَ طَهْرٌ مُخْتَوِّشٌ بِحَيْضٍ، فَلَا أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ وَثَلْثِ حَيْضٍ، وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ يَوْمًا [وَلَحْظَتَانِ]^(٤)، وَيُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي مُدَّةِ الْإِمْكَانِ؛ عَلَى خِلَافِ عَادَتِهَا؛ عَلَى الْأَصْحَحِ، وَإِذَا وَطِئَهَا بَعْدَ قُرْءَيْنِ، اسْتَأْنَفَتْ ثَلَاثَةَ أَفْرَاءِ، وَلَا رَجْعَةَ إِلَّا فِي الْأَوَّلِ مِنْهَا، فَإِنْ أَحْبَلَهَا، فَوَضَعَتْ، رَجَعَتْ إِلَى بَقِيَّةِ الْأَفْرَاءِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَفِيهَا الرَّجْعَةُ، وَهَلْ تَثْبُتُ فِي مُدَّةِ الحَمَلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الفصل الثاني: في أحكام الرجعية)، وَهِيَ مُحَرَّمَةٌ (ح) الْوَطْءِ، وَلَكِنْ لَا جَدَّ فِي وَطْئِهَا، وَيَجِبُ الْمَهْرُ، إِنْ لَمْ يُرَاجِعْهَا، وَإِنْ رَاجَعَهَا، فَالنِّصُّ أَنَّهُ يَجِبُ، وَالنِّصُّ فِي الْمُتَدَّةِ، إِذَا وَطِئَهَا، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ؛ أَنْ لَا مَهْرَ.

وَقِيلَ: فِيهِ قَوْلَانِ بِالثَّقَلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَيَصْحُحُ مُخَالَعَتُهَا عَلَى الْجَدِيدِ^(٥)، وَلَا خِلَافَ فِي صِحَّةِ الْإِبْلَاءِ وَالظَّهَارِ^(٦) وَاللَّعَانِ وَالطَّلَاقِ وَجَزَائِنِ التَّوَارِثِ وَلِزُومِ النِّفْقَةِ، وَلَوْ قَالَ: زَوْجَاتِي طَوَالِقُ، أَنْدَرَجَتْ تَحْتَهُ؛ عَلَى الْأَصْحَحِ، وَإِنْ أَشْتَرَاهَا، وَهِيَ رَقِيقَةٌ، فَعَلَيْهِ الْأَسْتِيزَاءُ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ، وَإِنْ أَدْعَى أَنَّهُ رَاجِعٌ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ إِذِ الْأَصْلُ عَدَمُ الرَّجْعَةِ.

وَقِيلَ: هُوَ الْمُصَدِّقُ؛ إِذِ الْأَصْلُ بَقَاءُ النِّكَاحِ، وَلَوْ قَالَ: رَاجَعْتُكَ الْآنَ، فَقَالَتْ: انْقَضَتْ عِدَّتِي

(١) قال الرافعي: «الصحيح الجديد: أن الإسهاد لا يشترط فيها» هذا يشعر بأن القديم الاشتراط، والأكثرون

نقلوا الاشتراط عن «الإملاء»، وقالوا قوله في القديم، والجديد عدم الاشتراط. [ت]

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: لحظة.

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

[ت]

(٦) قال الرافعي: «ولا خلاف في صحة الإبلاء والظهار» إلى قوله: ولزوم النفقة هذه الأحكام معادة في

أبوابها. [ت]

بِالْأَمْسِ، وَأَنْكَرَ، أَوْ قَالَتْ: أَنْقَضْتُ عِدَّتِي، فَقَالَ: رَاجِعْتُكَ بِالْأَمْسِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالْخِلَافُ جَارٍ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا: لِأَنَّ الزَّوْجَ يَقْدِرُ عَلَى الْإِشْهَادِ^(١)، وَلِأَجْلِ هَذَا، يُسْتَحَبُّ لَهُ الْإِشْهَادُ، وَهِيَ مُؤْتَمَنَةٌ عَلَى مَا فِي رَحِمِهَا، وَلَوْ قَالَ قَبْلَ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ: رَاجِعْتُكَ بِالْأَمْسِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ؛ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الْإِنْشَاءِ، فَإِنْ صَدَّقْنَاهَا، فَالصَّحِيحُ أَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يُجْعَلُ إِنْشَاءً، بَلْ عَلَيْهِ الْإِنْشَاءُ، إِنْ أَرَادَ، وَمَهْمَا أَنْكَرَتْ الرَّجْعَةَ، ثُمَّ رَجَعَتْ، صُدِّقَتْ، وَإِنْ كَانَ فِي إِنْكَارِهَا إِقْرَارٌ بِالتَّخْرِيمِ؛ لِأَنَّهَا جَحَدَتْ حَقَّ الزَّوْجِ، ثُمَّ أَقْرَتْ؛ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُهُ، وَلَوْ أَقْرَتْ بِتَّخْرِيمِ رِضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الرُّجُوعُ (ح)، وَإِنْ زَعَمَتْ أَنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِعَقْدِ النِّكَاحِ، ثُمَّ رَجَعَتْ، فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ لِحَقِّ الزَّوْجِ.

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

كِتَابُ الْإِيْلَاءِ (١) وَفِيهِ بَابَانِ:

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَرْكَانِهِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:)

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: الْحَالِفُ)، وَهُوَ كُلُّ زَوْجٍ يُتَّصَرُّ مِنْهُ الْوِقَاعُ، حُرّاً كَانَ أَوْ رَقِيقاً، كَافِراً كَانَ أَوْ مُسْلِماً، كَانَتْ رَجْعِيَّةً أَوْ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ، كَانَ الزَّوْجُ مَرِيضاً أَوْ صَحِيحاً، أَوْ حَصِيّاً أَوْ مَجْبُوبَ بَعْضِ الذَّكْرِ، وَإِنْ جُبَّ جَمِيعُ ذَكَرِهِ، فَالصَّحِيحُ (ح م) أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِيلَاؤُهُ، وَقِيلَ: قَوْلَانِ (٢)، وَإِنْ

(١) الإيلاء لغة: بالمد: الحلف، وهو: مصدر. يقال: آلى بمدة بعد الهمزة، يؤلي إيلاءً، وتألّى وتألّى، والآلية، بوزن فعيلة: اليمين، وجمعها آليات: بوزن خطايا، قال الشاعر:
قليل الآليات حافظ ليمينه وإن سبقت فيه الآلية برت
والآلوة بسكون اللام، وتثليث الهمزة: اليمين أيضاً.
ينظر: الصحاح: ٢٢٧/٦، المغرب: ٢٨، لسان العرب: ١١٧/١، المصباح المنير: ٣٥/١.
واصطلاحاً:

عرّفه الحنفية: هو عبارة عن اليمين على ترك وطء المنكوحه أربعة أشهر أو أكثر.
وعرّفه الشافعية بأنه: هو حلف زوج يصبح طلاقه ليمتنع من وطنها مطلقاً أو فوق أربعة أشهر.
وحكمة التقييد بتلك المدة أن المرأة يعظم ضررها إذا زاد على ذلك، لأنها تصبر عن الزوج أربعة أشهر وبعد ذلك ينفى صبرها أو يقل. روى البيهقي عن عمر أنه خرج مرة في الليل في شوارع المدينة فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل واسودّ جانبه وأزقني أن لا خليل الأعبه
فوالله لولا الله تخشى عواقبه لحرك من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يصدّني وأخشى لبعلي أن تنال مراتبه
فقال عمر لابنته حفصة كم أكثر ما تصبر المرأة عن الزوج؟ وروي أنه سأل النساء فقلن له تصبر شهرين وفي الثالث يقل صبرها وفي آخر الرابع يفقد صبرها، فكتب إلى أمراء الأجناد أن لا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر، وقولها من هذا السرير أرادت نفسها لأنها فراش الرجل فهي كالسرير الذي يجلس عليه.

وعرّفه المالكية بأنه: حلف الزوج المسلم المكلف الموطوء بما يدل على ترك وطء زوجته غير الموضع أكثر من أربعة أشهر أو شهرين للعبد تصريحاً أو احتمالاً قيّد أو أطلق وإن تعليقاً.
وعرّفه الحنابلة بأنه: حلف الزوج - القادر على الوطاء - بالله تعالى أو صفة من صفاته على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر..

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

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

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

آلى، ثُمَّ جُبَّ، اَنْقَطَعَ الْاِيْلَاءُ، وَقِيلَ بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ^(١).

وَلَوْ قَالَ لِأَجْبِيَّةٍ: وَاللَّهِ لَا أَجَامِعُكَ، ثُمَّ نَكَحَهَا، لَمْ يَكُنْ مُؤَلِيًّا.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمَخْلُوفُ بِهِ)، وَهُوَ اللَّهُ تَعَالَى، أَوْ صِفَةٌ مِنْ صِفَاتِهِ، فَإِنْ حَلَفَ بِاللَّهِ، ثُمَّ وَطِئَ، لَزِمَتْهُ الْكِفَارَةُ؛ عَلَى الْجَدِيدِ، وَلَا يَخْتَصُّ الْاِيْلَاءُ بِالْيَمِينِ بِاللَّهِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ، بَلْ كُلُّ مَا فِيهِ اَلْتِزَامٌ؛ مِنْ عِنْتِي، وَطَلَاقٍ، أَوْ لُزُومِ صَوْمٍ وَصَدَقَةٍ، وَعُلُقٍ بِالْوَطْءِ، فَهُوَ اِيْلَاءٌ.

ثُمَّ إِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَدَقَةٌ، فَهُوَ يَمِينٌ لَجَاجٍ، وَفِيمَا يَلْزَمُ فِيهِ [ثَلَاثَةٌ]^(٢) أَقْوَالٍ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ جَامَعْتُكَ، فَعَبْدِي حُرٌّ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ، أَوْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ، اَنْحَلَّ الْاِيْلَاءُ، وَإِنْ قَالَ: فَعَبْدِي حُرٌّ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، صَارَ مُؤَلِيًّا، وَلَكِنْ بَعْدَ انْقِضَاءِ شَهْرٍ مِنَ اللَّفْظِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَعَبْدِي حُرٌّ عَنِ ظَهَارِي، وَكَانَ قَدْ ظَاهَرَ، صَارَ مُؤَلِيًّا؛ لِاَلْتِزَامِهِ تَغْيِينَ الْعَبْدِ وَتَعْجِيلِهِ، فَإِنْ وَطِئَ، اَنْصَرَفَ الْعِنْتُ إِلَى الظَّهَارِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ ظَاهَرَ، فَيَكُونُ مُقَرَّأً عَلَى نَفْسِهِ بِالظَّهَارِ، فَيَعْتَقُ عَبْدُهُ، إِنْ وَطِئَ، وَيَكُونُ مُؤَلِيًّا، وَإِنْ قَالَ: فَهُوَ حُرٌّ عَنِ ظَهَارِي، إِنْ تَظَاهَرْتُ، فَإِنَّمَا يَصِيرُ (و) مُؤَلِيًّا، إِذَا ظَاهَرَ، لِأَنَّهُ عَلَّقَ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَعْتَقُ عَبْدُهُ، إِنْ وَطِئَ بَعْدَ ذَلِكَ، لَا عَنِ الظَّهَارِ؛ لِأَنَّهُ قَدَّمَ تَعْلِيْقَهُ عَلَى الظَّهَارِ، وَيَخْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ: إِذَا لَمْ يَنْصَرَفْ إِلَى الظَّهَارِ، لَمْ يَعْتَقِ، لِأَنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ، فَيَنْدَفِعُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ [ثَلَاثًا]^(٣)، فَهُوَ مُؤَلٍ (و)، فَإِنْ وَطِئَ، فَعَلَيْهِ النَّزْعُ عِنْدَ تَغْيِيبِ الْحَشَفَةِ.

وَقِيلَ: يَحْرُمُ بِهِ الْوَطْءُ: لِأَنَّ النَّزْعَ مِنَ الْجَمَاعِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِ الْمَدْحُولِ بِهَا: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً^(٤)، وَقَعَ بِالْوَطْءِ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً؛ لِاَلْتِزَامِ الْمَسِيْسِ بِالطَّلَاقِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَصَرَّتْكَ طَالِقٌ، فَهُوَ مُؤَلٍ (و)، فَإِنْ مَاتَتْ، الضَّرْوَةُ، اَنْحَلَّ الْاِيْلَاءُ، وَإِنْ أَبَانَهَا، فَكَمِثْلٍ، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، وَقَلْنَا: يَعُودُ الْحِنْثُ، فَيَعُودُ الْاِيْلَاءُ، وَتُبْنَى (و) [الْعِدَّة]^(٥) عَلَى مَا مَضَى؛ فَلَا تُسْتَأْنَفُ^(٦)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ إِحْدَاكُمَا، فَلَا أُخْرَى طَالِقٌ، وَأَبَى الْفَيْئَةَ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُطَلِّقَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْإِنِهَامِ، ثُمَّ عَلَى الرُّوْجِ أَنْ يُبَيِّنَ مَا نَوَى أَوْ يُعَيِّنَ.

طريقة القولين. [ت]

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

(٢) سقط من ط، ب.

(٣) في أ: اثنتان.

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

(٥) في أ: المدة.

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

وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ دَعْوَاهُمَا مَعَ الْإِنهَامِ.

وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: وَالله لَا أَجَامِعُكُمْ، فَإِن جَامَعَ ثَلَاثًا، صَارَ مُوَلِيًا عَنِ الرَّابِعَةِ، وَالْكَفَّارَةُ تَجِبُ بِوَطْءِ الْجَمِيعِ، وَبِوَطْءِ وَاحِدَةٍ يَقْرُبُ مِنَ الْحِنْثِ، وَلَا يَحْنُثُ، وَالْقُرْبُ مِنَ الْحِنْثِ مَخْدُورٌ، وَلَكِنَّهُ لَا يَصِيرُ بِهِ (ح م و) مُوَلِيًا؛ عَلَى الْجَدِيدِ، وَلَوْ قَالَ: وَالله، لَا أَجَامِعُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُمْ، فَهُوَ مُوَلٍ، إِذْ يَلْزِمُهُ الْكَفَّارَةُ بِوَطْءِ أَيِّ وَاحِدَةٍ وَطِئَهَا، وَلَوْ قَالَ: وَالله لَا أَجَامِعُ وَاحِدَةً مِنْكُمْ، وَأَرَادَ لَزُومَ الْكَفَّارَةَ [بِوَطْءِ] ^(١) أَيِّ وَاحِدَةٍ كَانَتْ، فَهُوَ مُوَلٍ، وَإِن أَرَادَ وَاحِدَةً مُبْهَمَةً، فَهُوَ مُوَلٍ، وَلَكِنْ لَهُ أَنْ يُعَيِّنَ وَاحِدَةً، فَيَخْتَصُّ بِالْإِيْلَاءِ بِهَا، وَيَقُولُ: هِيَ الَّتِي أَرَدْتُهَا، وَأَنْشَأَتْ تَعْيِينَهَا عَنِ الْإِنهَامِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَكُونُ مُوَلِيًا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَرْجُو أَلَّا تَكُونَ هِيَ الْمُعَيَّنَةُ، وَلَوْ أَطْلَقَ اللَّفْظَ فَعَلَى أَيِّ الْأَخْتِمَالَيْنِ يُحْمَلُ، فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَجَامِعُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً، فَإِذَا وَطِئَ مَرَّةً، صَارَ مُوَلِيًا، إِن بَقِيَ مِنَ السَّنَةِ زِيَادَةٌ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: لَا أَجَامِعُكَ إِلَّا عَشْرَ مَرَّاتٍ، أَوْ مِائَةً، فَإِذَا اسْتَوْفَى الْعَدَدَ، صَارَ مُوَلِيًا، إِن بَقِيَتِ الْمُدَّةُ، وَلَوْ أَلَى عَنِ امْرَأَةٍ، ثُمَّ قَالَ لِأُخْرَى: أَشْرَكْتُكَ مَعَهَا، وَنَوَى، لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللهِ تَعَالَى، وَلَا صَرَّحَ بِالْتِرَامِ، وَفِي الطَّلَاقِ يُمَكِّنُ الْأَشْرَاكَ، وَفِي الظَّهَارِ خِلَافٌ مُبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ يَغْلِبُ فِيهِ الْيَمِينُ، أَوْ الطَّلَاقُ، وَلَوْ قَالَ: إِن دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ لِغَيْرِهَا: أَشْرَكْتُكَ، وَأَرَادَ تَغْلِيْقَ طَلَاقِهَا بِدُخُولِهَا نَفْسِهَا، فَهَلْ يَصِحُّ هَذِهِ الْكِنَايَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، وَنَوَى الْإِيْلَاءَ، ائْتَمَدَ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ وَرَدَ فِي الْكِتَابِ لِإِجَابِ الْكَفَّارَةِ، وَلَوْ قَالَ: وَالله، لَا أَجَامِعُكَ، إِن شِئْتَ، فَقَالَتْ: شِئْتُ، صَارَ (م) مُوَلِيًا، وَهَلْ يَخْتَصُّ الْمَشِيئَةُ بِالْمَجْلِسِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْإِيْلَاءُ يَنْعَقِدُ فِي غَيْرِ حَالِ الْعَضْبِ، وَلَا يَنْعَقِدُ بِمِثْلِ قَوْلِهِ: إِن وَطِئْتُ، فَأَنَا زَانٍ، أَوْ أَنْتِ زَانِيَةٌ، إِذْ لَا يُتَعَرَّضُ بِسَبَبِهِ لِلزُّومِ.

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: فِي الْمُدَّةِ)، وَالْإِيْلَاءُ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى الْاِمْتِنَاعِ مُطْلَقًا، أَوْ أَكْثَرُ (ح) مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَلَوْ قَالَ: وَالله، لَا أَجَامِعُكَ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، (ح) لَا يَكُونُ مُوَلِيًا، فَلَوْ أَعَادَ الْيَمِينَ فِي آخِرِ الْأَشْهُرِ مَرَّةً أُخْرَى، وَلَمْ يَزَلْ يَفْعَلْ كَذَلِكَ، فَلَيْسَ بِمُوَلٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: وَالله، لَا أَجَامِعُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَإِذَا انْقَضَتْ، فَوَالله، لَا أَجَامِعُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَهَكَذَا مَرَّاتٍ، لَمْ يَكُنْ (و) مُوَلِيًا؛ إِذِ الْمَطَالَبَةُ بَعْدَ الْمُدَّةِ تَفْعُ بَعْدَ انْحِلَالِ الْيَمِينِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَجَامِعُكَ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، وَإِذَا انْقَضَتْ، فَوَالله، لَا أَجَامِعُكَ سَنَةً، فَيُطَالَبُ بِالْفَيْئَةِ فِي الشَّهْرِ الْخَامِسِ، وَإِن تَرَكْتَ حَتَّى انْقَضَى الْخَامِسُ، سَقَطَتِ الْمَطَالَبَةُ إِلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، أُخْرَى، تَنْقِضِي مِنَ الْيَمِينِ الثَّانِيَةَ، وَلَوْ طَلَّقَ، ثُمَّ رَاجَعَ فِي الْخَامِسِ، لَمْ تَعُدَّ الْمَطَالَبَةُ لِأَنَّهُ قَدْ دَفَعَ طَلَبَهُ الْيَمِينَ الْأُولَى لَكِنْ بَعْدَ الْخَامِسِ يُسْتَأْنَفُ عَلَيْهِ مُدَّةُ الْيَمِينِ الثَّانِيَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَطُوكُ؛ حَتَّى يَنْزِلَ عَيْسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ، أَوْ يَخْرُجَ الدَّجَالُ، أَوْ يَقْدَمَ فَلَانٌ، وَهُوَ عَلَى مَسَافَةٍ يَعْلَمُ تَأَخَّرَ قُدُومِهِ عَنِ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَهُوَ مُوَلٍ (و)، وَلَوْ قَالَ: حَتَّى يَدْخُلَ رَبُّدُ

(١) سقط من أ.

الدَّارِ، فَمَضَى أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَلَمْ يَدْخُلْ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ؛ لِأَنَّهُ يُنْتَظَرُ دُخُولُهُ كُلَّ سَاعَةٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُطَالَبُ.

وَلَوْ قَالَ: إِلَى أَنْ أَمُوتَ أَوْ تَمُوتِي، فَهُوَ مُؤَلٍ، وَ لَوْ قَالَ: إِلَى أَنْ يَمُوتَ زَيْدٌ، فَهُوَ كَالْتَّغْلِيْقِ بِدُخُولِ زَيْدٍ وَقُدُومِهِ مِنْ مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالْتَّغْلِيْقِ بِخُرُوجِ الدَّجَالِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: فِي الْمَخْلُوفِ عَلَيْهِ)، وَهُوَ الْجِمَاعُ، وَلَفْظُهُ الصَّرِيحُ الَّذِي لَا يُدَيِّنُ مُتَأَوُّلُهُ: تَغْيِيبُ الْحَشْفَةِ فِي الْفَرْجِ، وَإِيْلَاجُ الذَّكْرِ وَالنَّيْثِ، أَمَّا الْجِمَاعُ وَالْوَطْءُ فَيُدَيِّنُ فِيهِ النَّاوِي، وَلَا يُقْبَلُ (و) ظَاهِرًا وَأَمَّا الْمُبَاضَعَةُ وَالْمَلَامَسَةُ وَالْمُبَاشَرَةُ، فَقَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا كَالْجِمَاعِ.

وَالْآخَرُ: أَنَّهُ كِنَايَةٌ (ح)؛ كَقَوْلِهِ: لَا يَجْمَعُ رَأْسِي وَرَأْسِكَ وَسَادَةً، وَقَوْلِهِ: لَا بُعْدَنَّ عَنكَ، وَالْإِصَابَةُ (و م) قَرِيبَةٌ مِنَ الْمُبَاشَرَةِ، وَالْقُرْبَانُ وَالْعِشْيَانُ وَالْإِثْيَانُ بِالْكَنَايَةِ أَشْبَهُ.

وَقِيلَ: هِيَ كَالْمُبَاشَرَةِ وَالْمُبَاضَعَةِ.

وَلَوْ قَالَ لَا أَجَامِعُكَ فِي الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ وَفِي الدُّبْرِ، فَهُوَ مُحْسِنٌ؛ وَلَيْسَ بِمُؤَلٍ أَصْلًا.

(البَابُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:)

(الأوَّلُ: ضَرْبُ الْمُدَّةِ)، فَإِذَا قَالَ: وَاللهِ لَا أَجَامِعُكَ، أَمَهْلَنَاهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ لَمْ يَطَأْ، رَفَعْتَهُ (ح) إِلَى الْقَاضِي، لِيَأْمُرَهُ بِالْفَيْتَةِ، فَإِنْ أَبَى، طَلَّقَ [ح] ^(١) الْقَاضِي عَلَيْهِ ^(٢)، وَلَا تَحْتَاجُ الْمُدَّةُ إِلَى ضَرْبِ الْقَاضِي ^(٣) بِخِلَافِ الْعُنَّةِ، وَتَرْتِصُ الْأَمَةَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ (ح)؛ كَالْحُرَّةِ، وَالتَّرْتِصُ عَنِ الْعَبْدِ (م) كَهَوِّ عَنِ الْحُرِّ، وَتَنْقَطِعُ الْمُدَّةُ بِالطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَالرُّدَّةِ، فَإِذَا رَاجَعَهَا، أَوْ عَادَتْ، اسْتَوْفِيَتْ الْمُدَّةُ؛ لِيَتَوَالَى الْأَضْرَازُ، وَكَذَلِكَ إِذَا طَلَّقَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا بَعْدَ الْمُدَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَرْتَدَّ، [اسْتَأْنَفَ] ^(٤) الْمُدَّةَ عِنْدَ

(١) فِي أ: (و).

(٢) قَالَ الرَّافِعِي: «ضَرْبُ الْمُدَّةِ إِذَا قَالَ: وَاللهِ لَا أَجَامِعُكَ أَمَهْلَنَاهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ لَمْ يَطَأْهَا رَفَعْتَهُ إِلَى الْقَاضِي لِیَأْمُرَهُ بِالْفَيْتَةِ، فَإِنْ أَبَى طَلَّقَ الْقَاضِي عَلَيْهِ» هَذَا غَيْرُ مَحْتَاجٍ إِلَيْهِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هَهُنَا الْكَلَامَ فِي الْمُدَّةِ فَلَوْ قَالَ ضَرْبُ الْمُدَّةِ فَيَمَهْلُ الْمَوْلَى أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ. [ت]

(٣) قَالَ الرَّافِعِي: «وَلَا تَحْتَاجُ الْمُدَّةُ إِلَى ضَرْبِ الْقَاضِي» كَفَى، لَكِنْ قَوْلُهُ: «فَإِنْ لَمْ يَطَأْ رَفَعْتَهُ» يَشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ وَطِئَ فِي الْمُدَّةِ انْحَلَّتِ الْيَمِينُ، وَلَا رَفْعَ. [ت]

(٤) فِي أ: فَيَسْتَأْنَفُ.

العَوْدِ، وَأَمَّا طَرَبَانُ الصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ عَلَيْهِ لَا يَقْطَعُ الْمُدَّةَ، وَكَذَلِكَ مَرَضُهُ وَحَبْسُهُ وَجُنُونُهُ، فَإِنْ كَانَ الْمَانِعُ فِيهَا مَنَعٌ احْتِسَابِ الْمُدَّةِ؛ كَصَغَرِهَا وَجُنُونِهَا وَحَبْسِهَا وَمَرَضِهَا الْعَظِيمِ، وَلَكِنْ لَوْ طَرَأَتْ، ثُمَّ زَالَتْ، لَمْ تُسْتَأْنَفِ الْمُدَّةُ، بَلْ تَبْنِي عَلَى الْمَاضِي؛ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ^(١)، أَمَّا إِذَا طَرَأَتْ بَعْدَ الْمُدَّةِ، مُنِعَتِ الْمُطَالَبَةَ فِي الْحَالِ، وَلَكِنْ إِذَا زَالَ، لَمْ يُوجِبِ (و)، اسْتِثْنَاءَ الْمُدَّةِ؛ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَالرَّذَّةِ.

أَمَّا صَوْمُهَا، فَلَا يَمْنَعُ مِنْ احْتِسَابِ الْمُدَّةِ، وَلَا حَيْضُهَا، وَإِنْ كَانَ يَمْنَعُ طَلَبَ الْوَطْءِ فِي الْحَالِ.

(الْحُكْمُ الثَّانِي: الْمُطَالَبَةُ)، وَلَهَا ذَلِكَ، إِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ مِنْ غَيْرِ قَاطِعٍ، فَإِنْ رَضِيَتْ، لَمْ يَبْطُلْ حَقُّهَا، وَكَانَ لَهَا الْعَوْدُ، بِخِلَافِ الْعُنَّةِ، بَلْ هَذَا كَرِضَاهَا بِإِعْسَارِ الرَّوْجِ؛ فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الطَّلَبِ، وَلَا مُطَالَبَةَ لِوَلِيِّ الصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ، وَلَا لِسَيِّدِ الْأُمَّةِ، بَلْ يَخْتَصُّ هَذَا بِالْمَرْأَةِ، وَلَا مُطَالَبَةَ لِلْمَرِيضَةِ الَّتِي لَا تَحْتَمِلُ الْوِقَاعَ، وَلَا لِلرَّثْقَاءِ، وَلَا لِلْحَائِضِ حَالَةَ الْحَيْضِ.

وَإِنْ كَانَ فِي الرَّجُلِ مَانِعٌ طَبَعِيٌّ، فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِالْفَيْئَةِ بِاللِّسَانِ وَوَعْدِ الْوِقَاعِ، وَإِنْ كَانَ شَرْعِيًّا؛ كَالطُّهَارَةِ وَالصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ، فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُطَلَّقَ، أَوْ يَقْضِيَ بِالْوِقَاعِ، إِلَّا أَنْ ذَلِكَ يَنْقَدِحُ، إِنْ جَوَزْنَا لَهَا التَّمَكِينَ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلرَّجْعِيَّةِ التَّمَكِينَ؛ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْمَانِعُ فِيهَا كَالصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ وَالْحَيْضِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ، وَعَصَى بِطَلَبِ الْوِقَاعِ، قِيلَ: يَجِبُ عَلَيْهَا التَّمَكِينَ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الرَّوْجِ، فَيُوقَى، وَإِنْ كَانَ عَاصِيًّا بِالِاسْتِيفَاءِ.

وَقِيلَ: لَا يَجِبُ، وَلَا يَجِلُّ، فَعَلَى هَذَا لَا يُمَكِّنُ طَلَبُ الْوَطْءِ، وَلَكِنْ يُقَالُ لَهُ: طَلَّقَ، فَإِنْ وَطِئَ مَعَ التَّحْرِيمِ، أُنْدَفَعَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَكْتَفِي هَهُنَا بِفَيْئَةِ اللِّسَانِ إِلَى زَوَالِ الْمَانِعِ؛ إِذْ لَا وَجْهَ لِلِإِزْهَاقِ إِلَى الطَّلَاقِ.

(الْحُكْمُ الثَّلَاثُ:) فِيمَا يَجِبُ عَلَى الرَّوْجِ، وَهُوَ الْوَطْءُ أَوْ الطَّلَاقُ، فَإِنْ أَبَى، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْقَاضِيَ (زح) يُطَلِّقُ.

وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يُحْبَسُ (ح م)؛ حَتَّى يُطَلَّقَ.

فَإِنْ اسْتَمَهَلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَاصْحُ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ يُمَهَّلُ^(٢)، فَلَعَلَّهُ يُنْتَظَرُ نَشَاطًا وَقُوَّةً، فَإِنْ أَمَهَلَ الْقَاضِيَ، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ تَمَامِ الْمُهْلَةِ، لَمْ يَقَعْ (و)؛ لَا كَقَتْلِ الْمُرْتَدِّ قَبْلَ تَمَامِ الْمُدَّةِ، فَإِنَّهُ هَدْرٌ، وَلَوْ غَابَ الرَّوْجُ إِلَى مَسَافَةٍ لَا تُقْطَعُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَلَوْ كَيْلَهَا أَنْ يَطَالِبَهُ عِنْدَ الْقَاضِي؛ إِمَّا بِالطَّلَاقِ، أَوْ الرَّجُوعِ إِلَيْهَا، فَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ؛ حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْإِمْكَانِ، فَقَالَ: الْآنَ أَرْجِعُ، لَمْ يُمَكِّنْ، وَلِلْقَاضِي

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

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

أَنْ يُطْلَقَ، وَلَوْ أَدْعَى بَعْدَ الْمُدَّةِ عُنْتَهُ، لَمْ يُطْلَقْ، وَضَرَبْنَا مُدَّةَ الْعُنْتِ، فَلَعَلَّهُ يَقْدِرُ؛ فَيَطَأُ.

(الْحُكْمُ الرَّابِعُ: فِيمَا بِهِ الْفَيْئَةُ)، وَهُوَ تَغْيِيبُ الْحَشْفَةِ؛ فَلَا يَخْصُلُ بِنُزُولِهَا عَلَيْهِ^(١)، وَيَخْصُلُ بِوَطْئِهِ مُكْرَهًا، إِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ بِهِ الْكِفَارَةُ، أَوْ قُلْنَا: يَنْحَلُّ بِهِ الْيَمِينُ، وَإِلَّا، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الطَّلَبَ لَا يَنْقَطِعُ^(٢)، وَلَوْ جُنَّ، فَوَطِئَ فَالْنَصُّ أَنَّهُ يَنْحَلُّ يَمِينَهُ، وَلَا كِفَارَةَ^(٣)، فَيَنْقَطِعُ الْإِيْلَاءُ.

وَفِيهِ قَوْلٌ مُخْرَجٌ مِنَ النَّاسِي، فَيَكُونُ تَفْصِيلُهُ كَتَفْصِيلِ الْمُكْرَهِ، وَإِذَا جُنَّ الرَّجُلُ، لَمْ تَنْقَطِعِ الْمُدَّةُ^(٤)، وَلَكِنْ لَا يُطَالَبُ قَبْلَ الْإِفَاقَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَمْتِنَاعُهُ لِأَجْلِ الْيَمِينِ.

وَلَوْ قَالَ الرَّجُلُ: وَطِئْتُ قَبْلَ الْمُدَّةِ، فَأَنْكَرْتُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ^(٥)؛ كَمَا فِي الْعُنْتِ؛ عَلَى خِلَافِ قِيَاسِ الْخُصُومَاتِ، فَلَوْ طَلَّقَهَا وَأَرَادَ الرَّجْعَةَ بِدَعْوَى الْوَطْءِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ، لَمْ يُمْكَنْ، وَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا فِي نَفْيِ الْعِدَّةِ وَالْوَطْءِ؛ عَلَى قِيَاسِ الْخُصُومَاتِ.

-
- (١) قال الرافعي: «ولا يحصل بنزولها عليه» هذا وجه، والأصح حصول العنة بنزولها عليه توجيهاً فإن أخذ صاحب الحق حقه كتسليم من عليه الحق. [ت]
- (٢) قال الرافعي: «ولا فالصحيح أن الطلب لا ينقطع» الذي رجحه غيره الانتقاع لوصولها إلى حقه، واندفاع الضرر. [ت]
- (٣) قال: «ولو جُنَّ فوطئ» فالنص أنه ينحل يمينه، ولا كفارة» سكت الجمهور عن حكاية نصه على الانحلال، نعم نص على أنه يخرج عن الإيلاء، ولا يلزم من الخروج عن الإيلاء الانحلال، كما في نزولها عليه، [ت]
- (٤) قال الرافعي: «وإذا جن الرجل لم تنقطع المدة». مكرر مذكور في الحكم الأول قال: وكذلك مرضه وحبسه وجنونه [ت].
- (٥) قال الرافعي: «ولو قال الرجل: وطئت قبل المدة فأنكرت، فالقول قوله»، الصورة المذكورة في فصل العنة حيث قال هناك: إلا في موضعين. أحدهما في مدة العنة [ت].