

قال: (ويتفرّع على قول الإمهال مسائل: إحداها: لو جاء بالنّفقة صبيحة اليوم الرابع^(١) فلا فسخ، وما مضى دينٌ في ذمّته^(٢)، وليس لها أن تقول: أقبض هذا عن الماضي، وأفسخ في الحال؛ لأنّ التعويل على قصد المؤدّي، فلو^(٣) عجز اليوم الخامس، فلها الفسخ، ولا تُستأنف المدّة على الظّاهر، إلا أن يكون قد استغنى بمالٍ يدوم في الغالب، ولكن تلف بعارض، فيجعل الإعسار الماضي كأن لم يكن، ولو قدر في اليوم الثالث، وعجز عن الرابع^(٤)، فتكمل الثلاث باليوم الرابع، ولا تُستأنف، وقيل أنها تستأنف؛ لأنّ القدرة الطارئة^(٥) قطعت [المهلة]^(٦) وهو ضعيف؛ لأنّ الزوج يتخذ ذلك عادةً فينفق يوماً، ويتّرك يومين^(٧)).

تقيّد الوجدان بصبيحة اليوم الرابع [ولا تُستأنف، وقيل أنها تستأنف]^(٨) يُشعر بأن حقّ الفسخ على هذا القول إنما يثبت عند كمال الأيّام، والليالي^(٩)، كما قدمناه احتمالاً^(١٠).

وإذا كان كذلك لزم السؤال الذي ألزمناه الأصحاب من قبل^(١١)، أخذاً من اعتراض المزني^(١٢) سواء وجد الزوج النّفقة فيه أو عدمها، أما إذا وجدها فهو في الكتاب^(١٣)، وأما إذا

(١) في الوسيط ٢٢٥/٦، " صبيحة اليوم الرابع لليوم الرابع ".

(٢) في (ج) " الذمة " كذا في الوسيط ٢٢٥/٦.

(٣) في (ج) " ولو ".

(٤) في الوسيط " في الرابع ".

(٥) في (أ) " الجارية " والصواب ما أثبتته من (ج) كما في الوسيط ٢٢٥/٦.

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) و (ج) وأثبتته من الوسيط ٢٢٥/٦.

(٧) الوسيط ٢٢٥/٦.

(٨) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٩) وذلك أن المذهب — كما هو المشهور — يمهّل ثلاثة أيّام فلما حُق لها الفسخ اليوم الرابع، فيعني ذلك

أن الأيّام الثلاث بلياليها داخلّة في الإمهال، والله أعلم. انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٨/١٠.

(١٠) انظر: ص ٣٣٢، من هذه الرسالة.

(١١) انظر: ص ٣٢٧، من هذه الرسالة.

(١٢) انظر: ص ٣٢٧، وانظر: المختصر ١٢٨/٨.

(١٣) أي: أنه ليس لها الفسخ للماضي. انظر: ص ٣٣٥، من هذه الرسالة، الوسيط ٢٢٥/٦.

عدمها فلأنه قد سلّم أن الموجود يصرف في نفقة اليوم الحاضر، وإذا كان كذلك، فعدمه إذاً إن سلّط على الفسخ كان لأجل الوقت الحاضر، والوقت الحاضر لا يفسخ بنفقته في وقت وجوبها، فلزم من ذلك أن لا فسخ أصلاً^(١).

وجواب هذا أن الفسخ عند العدم يقع بالعجز الحاضر الذي كشف عن تحقّقه العجز في الأيام السالفة إذ أضر بها ليس الفسخ بنفقته، ولكن ليتحقق جواز الفسخ بسبب الإعسار بالنّفقة يرشد إليه إذ قال: فأما قولهم: أنها لا تفسخ بالماضي، ولا بالمستقل صحيح، والفسخ إنما هو بحال وقتها دون ما مضى، وما يُستقبل^(٢)، لكن في ذلك منازعة ستعرفها في المسألة الثالثة مما نحن فيه^(٣)، إن شاء الله تعالى.

وقوله: (وليس لها أن تقول) إلى آخره، ظاهر الحكم، والتعليل، نعم! نظير ذلك ما إذا كان للسيد على مكاتبه^(٤) دينٌ مُعاملَةٌ بقدر ما بقي عليه من النّجوم^(٥)، فليس له إلا [أن]^(٦) يفي بأحدٍهما، وقد قال الأصحاب: أن للسيد أخذه عن الدين، وتعجيزه^(٧). وكان نظيره فيما نحن فيه أن يأخذ الحاضر عن الماضي ويُفسخ، إلا أن يقال: كان الأصل أن السّيد هو المتصرّف في المال الذي في يد المكاتب؛ لأنه ملكه أو مالكُ مالكه، فأعمل ذلك في تعيين ما عليه من الدين، ولا كذلك ما نحن فيه. ثم إنّنا نقول: لو سلم الزوج ما قدر عليه عن النّفقة الماضية، فهل نقول بتسلط^(٨) على

(١) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٩/١٠.

(٢) انظر: الحاوي ٤٥٦/١١، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٩/١٠، روضة الطالبين ٧٥/٩.

(٣) انظر: ص ٣٤١، من هذه الرسالة.

(٤) المكاتب لغة: اسم مفعول من كاتب عبده مُكاتبَةً وكتاباً، وشرعاً: العبد الذي يكاتب على نفسه بثمنه، فإن سعى وأداه عُتق. انظر: الصحاح ٢٠٩/١، أنيس الفقهاء ٦١/١، التعريفات ٦١/١.

(٥) من النجوم: أي: من الأقساط، ومنه: تنجيم الدين والمكاتب. انظر: لسان العرب ٥٧٠/١٢، النهاية النهاية في غريب الحديث ١٤٨/٤.

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج).

(٧) انظر: الحاوي ٥٠٦/٨، نهاية المطلب ٤٠٦/١٩، تحفة المحتاج ١٠٩/٥، حواشي الشرواني ٣٣٥/٣.

(٨) في (أ) " بتسليط " والأصح ما أثبتته من (ج).

الفسخ بالعجز عن النّفقة الحاضرة أم لا ؟.

أبدأ الرّافعيّ في ذلك احتمالاً، فقال: يمكن أن يقال: لها الفسخ، ويمكن أن يجعل القدرة عليها مبطلّة للمّهلة^(١)، وهذا هو الرّاجح نظراً لما أسلفناه^(٢) من التعليل / إذ عند قدرته، وصرف [٣٢٦/أ] ذلك عن الماضي لم يكن الإمهال كاشفاً؛ لعسرتة بل ليسرته بنفقة الوقت الحاضر^(٣).
وقوله: (فلو عجز اليوم الخامس) إلى آخره، ما ادّعه من عدم اشتراط الإمهال، هو: ما أورده القاضي موجّهاً بأن ذلك يؤدّي إلى أن يُنفق عليها يوماً، ولا ينفق ثلاثاً، وهي تبقى عنده^(٤).

والرافعيّ حكاه عن الداركي وقال: أن القاضي الروياني ذكر وجهاً أنه يمهل مرة أخرى، إذا لم يتكرر ذلك منه، فإن تكرر، لم يُمهل [إمهالاً بعد إمهال]^(٥).
وإنما التّردّد الذي ذكره الأصحاب في الإمهال فيه، أي: في الأصل إذا كان على وثيقة من مال، أو استغلال وقف، أو الرجوع إلى قدرة على الكسب، [ثم تُعرض آفةٌ تعدّ من جوائح^(٦) الدهر]^(٧) الدهر، مثل هذا يمهل.

(١) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٩/١٠.

(٢) انظر: ص ٢٥٢، من هذه الرسالة.

(٣) قال زكريا الأنصاري: ((فظاهر كلامهم أن لها الفسخ قال الأذري: وهو المتبادر، ورجح بن الرفعة عكسه)) . الغرر البهية ٣٩٦/٤.

(٤) قال الإمام رحمه الله في نهاية الطلب ٤٧٠/١٥: ((وهذا ضعيف مزيف - يعني القول بالاستئناف - وماله يؤول إلى تحلّل غير محتمل، وهو أن ينفق يوماً، ويترك الإنفاق ثلاثة أيام، ويتخذ ذلك عادته، وهذا يجزّ ضراراً عظيماً)) .

(٥) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج) " إنما لا يعد إمهال "، والصواب ما أثبتته كما في فتح العزيز شرح الوجيز ٥٩/١٠، كما يدل عليه السطر الرابع في الفقرة التي تليه، قال الروياني في بحر المذهب ٤٨١/١١: ((وعندي أنه لا تستأنف له المدة)) .

(٦) الجوائح: مأخوذ من الجوّح، وهو الهلاك والاستئصال، وشرعاً، وهي الآفة التي تهلك الثمار والأموال، وتستأصلها، وكل مصيبة عظيمة. انظر: المعجم الوسيط ١٤٥/١، معجم المصطلحات الفقهية ١١٥/١.

(٧) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج) " ثم تعرض انه بعد من حوائج الدهر " والصواب ما أثبتته كما في نهاية المطلب ٤٧٢/١٥.

أما من لم يكن قط راجياً عُدةً ومُنّةً^{(١)(٢)}، فلا معنى لإمهال مثله؛ فإن أصله الإعسار، فإن اتفق شيءٌ، فهو يدرأ الإعسار، وإن لم يتفق فصفت الرجل الإعسار^(٣).

وقوله: (ولو قدر في اليوم الثالث) إلى آخره، ما صدر به الكلام هو ما حكاه القاضي الحسين، وقال الرَّافعي: أنه الأظهر؛ لأن لا تتضرر بطول مدة الاستئناف^(٤)، واحتاج إلى ذلك؛ لأنه في الوجيز لم يَرَّح^(٥)، وهاهنا ضَعَّف الاستئناف بما ذكرناه^(٦).

وإذا قلنا: بمقابله فلو أَعْسَرَ يوماً ثم أيسر يوماً، ثم أَعْسَرَ يوماً، ثم أيسر يوماً، وهكذا، فلينفق أيام العجز، فإذا تمت أيام المهلة كان لها الفسخ.

ونصَّ عليه في الأم إذا قال: وإن كان يجد نفقتها [يوماً]^(٧) ويعوز^(٨) يوماً خيرت إذا مضت ثلاث فلم يقدر على نفقتها بأقل ما وصفت النّفقة على المقتر^{(٩)(١٠)}.

-
- (١) في (ج) " عنده ومنه " والصواب المثبت. انظر: نهاية المطلب ٤٧٢/١٥.
- (٢) العدة: من الاستعداد، وهي الشيء المعدُّ المهيأ ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُ عُدَّةً ﴾ سورة التوبة آية ٤٦. والمُنَّة: القوة يقال رجل ذو مُنَّة أي ذو قوة. انظر: مقاييس اللغة ٢٩/٤، المحكم والمحيط ٨١/١، جمهرة اللغة ٩٩٢/٢.
- (٣) انظر: نهاية المطلب ٤٧٢/١٥.
- (٤) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٩/١٠.
- (٥) انظر: الوجيز ٢٢٠/٢.
- (٦) أي: ما ذكره عن القاضي حسين، ونحوه. انظر: ص ٢٥٤.
- (٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).
- (٨) يعوز: أي: يفتقر، يقال: عوز الرجل بعد غنى، أي: افتقر واختل حاله. انظر: تاج العروس ٢٥١/١٥، كتاب الأفعال ٣٣٠/٢.
- (٩) انظر: الأم ٩٨/٥، والمقتر: هو الذي ضاق عيشه وقل ماله. انظر: المعجم الوسيط ٧١٤/٢.
- (١٠) نهاية اللوحة ٢٥٨، من (ج).

قال: (الثانية: المبادرة صبيحة الرابع جائزة لا يُمهّل إلى بياض النهار، نعم اليوم الخامس يُجعل كالיום الأول على قول [من] ^(١) ترك الإمهال حتّى يمهّل إلى بياض النهار، ثم يفسخ حيث يقول: لا تستأنف المدة) ^(٢).

مراده بما صدر به الفصل: أنا إذا أمهلناه ثلاثة أيام كان لها أن تفسخ صبيحة اليوم الرابع، ولا تُمهّل إلى ما كنّا نمهله إليه، على قول عدم الإمهال إلا بعد مضيّ اليوم واللييلة ^(٣).
ومراده بقوله (نعم اليوم الخامس) إلى آخره، ما إذا كان في اليوم الرابع موسراً، ثم أعسر في الخامس ^(٤).

وقلنا: لا يجب استئناف الإمهال؛ فإنّ هذا اليوم يكون بالنسبة لتسلّطها ^(٥) على الفسخ كالיום الأوّل تفرّيعاً على القول بعدم الإمهال في الأصل، فيأتي في وقت فسخها، يسببه الاحتمالات الماضية، ويتوقف ذلك على طلبه كما أسلفناه ^(٦)، والله أعلم.

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) و (ج) وأثبتته من الوسيط ٢٢٦/٦.

(٢) الوسيط ٢٢٦/٦.

(٣) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٩/١٠.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٧٧/٩.

(٥) في (ج) " لتسليطها ".

(٦) انظر: ص ٣٣٠ - ٣٣٤، من هذه الرسالة.

قال: (الثالثة: إذا رضيت بعد انقضاء المدّة، فلها العود إلى الطلب، قال الصّيدلاني: تستأنف المدّة بخلاف امرأة المولي؛ لأنّ مدة الإيلاء [مضروب] ^(١) شرعاً، وهذه تضرب بطلّيتها فتسقط برضاها، وإنما جاز لها الرجوع بخلاف زوجة العنّين؛ فإن هذا صبر على الضرر ^(٢) يُتوقع زواله، والعنة عيب، وهي في حكم خصلة واحدة، والإعسار في كل يوم متجدد، ولو قالت ^(٣): رضيتُ به أبدا فلها الرجوع إلى الطلب، كما لو نكحته وهي عالمة بإعساره، فلها ذلك؛ لأن هذا وعدٌ بالصبر على ضرر، والضرر متجددٌ، فالحق متجددٌ ^(٤).

جواز عودها إلى الطلب بعد الرضا، واستئناف الإمهال نصّ عليه الشافعيّ إذا قال في الأم: فإذا أعسر بنفقة المرأة فأجل ثلاثاً، ثم خيّرت فاخترت المقام معه، فمتى شاءت أجل أيضاً، وكان لها فراقه؛ لأن اختيارها المقام معه عفو عما مضى، فعفوها فيه جائز، وعفوها عما استقبل فلا يجوز؛ لأنه عفو عما لم يجب لها، وهي كالمرأة تنكح الرجل تراه معسراً؛ لأنّها قد تعفوا [عن] ^(٥) ذلك، ثم يوسر بعد عسرتة فينفق عليها ^(٦).

واختصر ذلك في المختصر فقال: ولو اختارت المقام معه فمتى شأت أُجل أيضاً؛ لأن ذلك عفو عما مضى، ولو علمت عسرتة؛ لأنه يمكن أن يوسر، أو يتطوّع عنه بالغرم ^(٧) انتهى.

وعلى النصّ جرى كلُّ الأصحاب رحمهم الله في جواز طلب الفسخ موجّهين ذلك بما أشار إليه وهو: أن النّفقة تحب يوماً بيوم، فالضرر بالإعسار بها متجدد ^(٨)، وقد تقدّر له

(١) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج) " مضروبة " والصواب ما أثبتته من الوسيط ٢٢٦/٦.

(٢) في (ج) " إضرار ".

(٣) في (ج) " فلو قال ".

(٤) الوسيط ٢٢٦/٦.

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) و (ج) وأثبتته من عندي لتستقيم به المعنى.

(٦) الأم ٩٨/٥.

(٧) المختصر ٣٣٨/٨.

(٨) في (ج) " يتجدد ".

بيسار، أو سعة نظر؛ لأن المال غادٍ ورائح^(١)، وإذا كان كذلك لم يلزم من رضاها به في الزمن الماضي رضاها به الزمن المستقبل^(٢).

قال الإمام: وهذا كما أنّ امرأة المولي إذا رضيت بالمقام معه بعد انقضاء المدة، ثم بدا لها أن تعود إلى الطّلب كان لها ذلك، فإنها [ما]^(٣) رضيت بعيب في زوجها، وإنما رضيت بما لحقها من الضرر، وهو متجدد عليها في الزمان المستقبل^(٤).

قلت: وهذا التشبيه ظاهر على القول بأن الفسخ بالإعسار بالنّفقة؛ لأجل الضرر، أما إذا قلنا: لأجل أنه عيب كما اقتضت [بفار بغريم]^(٥) أنه الصّحيح، ففيه نظر^(٦).

وما اقتضاه النص^(٧) من إيجاب التأجيل عند عودها لطلب الفضل، لم أر من تعرض لذكره من الشارحين إلا الإمام؛ فإنه حكى عن الصيدلاني أنه قال: لا بد من ضرب^(٨) مدة أخرى، وإن كنا نرى أن المهملة لا تتجدد كما سلف، وإنه اعتل بفقه حسن فقال: رضاها

(١) هذا المثل شطر من بيت شعر الحاتم الطائي حيث يقول: أَمَاوِيٌّ إِنْ أَلَمَّ غَادٍ وَرَائِحٌ، ... وَيَبْقَى مَنِ الْمَالِ الْأَحَادِيثُ وَالذِّكْرُ، ومعنى المثل أي: أن المال راجع و ذاهب. انظر: مختار الصحاح ٢٢١/١، ١٣٣، تاج العروس ١٥٥/٣، و ٤٣٥/٦، لسان العرب ٥٨٤/٤، الشعر والشعراء ٢٣٩/١.

(٢) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٩/١٠، الحاوي ٤٦٣/١١، المهذب ١٥٥/٣، روضة الطالبين ٧٨/٩، تحفة المحتاج شرح المنهاج ٣٤٢/٨.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٤) انظر: نهاية المطلب ٤٧٤/١٥.

(٥) ما بين المعقوفتين في (ج) " اقتضت ها ريعهم " ولم أفهم العبارة في (أ) و (ج).

(٦) لأن الإيلاء ليس بعيب في الزوج بل؛ لأن المرأة تتضرر بالإيلاء، ولا أرى بين قول الإمام والمؤلف رحمه الله تعارض، فالإمام شبه تجدد الضرر في الإعسار بالنّفقة بتجدد الضرر على المرأة في الإيلاء، ولذلك قال الغزالي رحمه الله: ((وإذا رضيت بعد انقضاء المدة ، فلها الفسخ بعد ذلك كزوجة المولي لا كزوجة العنين)) . والله أعلم. الوجيز ١٢٠/٢، وانظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠.

(٧) وهو قول الإمام الشافعي في الأم ٩٨/٥ : ((لأن اختيارها المقام معه عفو عما مضى، فعفوها فيه جائز)).

(٨) في (أ) " من صرف " والصواب ما أثبتته من (ج).

يسقط ما تقدم، فإذا عادت فكأنها مطالبة على الابتداء^(١)، وهذا ما أودعه المصنّف في الكتاب^(٢).

لكن لك أن تقول: هذا التعليل يرشد إلى أن ضرب المدة ليس لانكشاف الإعسار، وتحققه، ثم الفسخ يكون بالنَّفَقَة إلى تجديد ضرب؛ لأن ذلك الكشف لا يزول بالرضا، ولا يسقط بالإسقاط، وحينئذٍ اليوم الرابع بالإعسار بنفقة ثلاثة أيام ماضية، واليوم الرابع، وما في معنى/ ذلك، لا نفقة اليوم الحاضر فقط، ويدلّ على ذلك أنها لو قبضت نفقة اليوم الرابع لم [٣٢٧/أ] تتمكن من الفسخ [في]^(٣) الحال، ولو قبضت ما ليس^(٤) به في اليوم الرابع عن يوم قبله بالتراضي لم تفسخ أيضاً في الحال على الأقوى من الاحتمالين كما سلف^(٥).

وما ذاك إلا لأن المجموع لم يحصل، وعند حصوله في اليوم الخامس يثبت، فلما دار الفسخ مع ما ذكرناه وجوداً، وعدمًا، دلّ على أنه المناط^(٦)، وإذا كان [هذا]^(٧) هو العلة، فقد انتفى فيما نحن فيه؛ لأنّ رضاها تجعل جميع المدة الماضية كالساقطة كليّة؛ لأنه وجد في محله، فلذلك أصبحنا إلى الاستئناف^(٨).

لكن هذا البحث إن صحَّ اقتضى أمرين أحدهما: أنه لو قدر في اليوم الرابع على نفقة الأيام الأربعة وأدّاها، أن لا فسخ بعدها إلا بصرف ثلاثة أيام جزمًا؛ لأنه لم يبق من المجموع

(١) انظر: نهاية المطلب ٤٧٤/١٥.

(٢) انظر: ص ٣٤١، من هذه الرسالة، الوسيط ٢٢٦/٦.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج).

(٤) في (أ) " ما ايسر " والصواب ما اثبتته من (ج).

(٥) انظر: ص ٣٢٧، من هذه الرسالة.

(٦) المراد بالمناط هنا العلة، وهذه المسألة تسمى في كتب الأصول — بالطرء والعكس — وهو التلازم وجوداً وعدمًا فليراجع في تفصيلها إلى كتب الأصول. انظر: روضة الناظر وجنة المناظر ١٤٥/٢، شرح

مختصر الروضة ٢٤٣/٣ الإشارات والتنبيهات للحسين الرئيس ٣٦٩/١.

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج).

(٨) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦٠/١٠، التهذيب ٣٥٩/٦.

الذي [كُنّا] ^(١) نيط ^(٢) به الفسخ لو دام الإعسار شيء حتى يُبني عليه ^(٣).

ويُستشهد له بما نحن فيه؛ لأنَّ الإبقاء في إسقاط الخيار أبلغ من الرِّضا بالبقاء، مع بقاء الحق في الذِّمة، ولم أرَ من تعرض لذلك.

الثاني: أن يطرد مثله في المولى، ولم يقلْ به أحد من الأصحاب، نعم الإمام خرَّج من المولى [إلى] ^(٤) ما نحن فيه احتمالاً فقال: وليس يبعد عندي أن يقال: لا يصرف مُهلاً آخر في الإعسار حيث ينتهي التّفريع إليه كالإيلاء، فإن الفرق الذي أبداه الصيدلاني ليس بالواضح ^(٥)؛ فإن امرأة المولى رضيت بما لحقها من الضرر في المدة - أي: لم يؤثر ذلك في استئناف ضرب المدة، فكذلك هاهنا - قال: ثم هاهنا فقه، وهو أنها مع تحقق الإعسار رضيت بأن لا تفسخ، وتحقيق الإعسار لا يزول برضاها ^(٦)، وهذه المادة هي التي استعملها فيما سلف ^(٧).

لكن الإمام قال بعد ذلك: أن الفقه ما ذكره الصيدلاني، فليتأمل الناظر ^(٨)، ولأجله قال في البسيط: أن الفرق دقيق والتسوية أيضاً محتملة، ولكن الفرق أغوص ^(٩) ^(١٠).

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٢) في (أ) " أنيط " وإنما أثبت ما في (ج) ليكون الكلام متسقاً مع ما في (ج) غير مغير للمعنى لما في (أ).

(٣) قال زكريا الأنصاري رحمه الله : ((وأخذها عما مضى لا يبطل مدة الإمهال لأنها مضت مع عجزه وإنما أخذت دينا عليه)) . الغرر البهية ٤/٣٩٥.

(٤) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٥) انظر: ص ٣٤١، من هذه الرسالة.

(٦) نهاية المطلب ١٥/٤٧٥.

(٧) انظر: ص ٣٢٧، من هذه الرسالة.

(٨) انظر: نهاية المطلب ١٥/٤٧٥.

(٩) أغوص: أي: أكثر تعمقاً في البحث، وهو من الغوص: وهو الدُّخول تحت الماء، والهاجمُ على الشئ غائص، والغَوَّاص: الذي يَغُوصُ في البحر على اللؤلؤ. وفعله الغيَّاصة. انظر: العين ٤/٤٣٢،

الصحاح ٣/١٠٤٧، تكملة المعاجم العربية ٧/٢٢٤.

(١٠) انظر: البسيط ٢/٣٠٤.

قلتُ: ومع ذلك فللبحث فيه مجال؛ فإنه مبني على أن التأجيل إنما يكون بعد طلبها؛ لأنها تطلب الفسخ فيمهله^(١) القاضي إما بسؤاله، أو لا بسؤاله كما تقدّم^(٢)، وذلك مختلفٌ فيه^(٣)، ألا ترى أنها لو فسخت عند تحقق عسرته، وأقر بعد ذلك بالإعسار، ومضت^(٤) مدة الإمهال، أو قامت بينة عليه بذلك بعد الفسخ ظاهراً، وباطناً على أحد الوجهين^(٥)، وذلك يدل على أن الإمهال ليس يشترط فيه المناط في الإيلاء.

نعم على الرأي الآخر هو منوط بطلبها، وكذا إذا قلنا: أن هذه الفرقة تكون كالطلاق^(٦) مع وجود فقه فيه، إذا قال: أعسرتُ مدة أربعة أيام، وأنا الآن معسر فإنه يجوز أن يقال: لا يحتاج القاضي في التطليق عليه إذا رأيناه إلى ضرب المدة، ويجوز أن يقال: لا، بل لا [بد]^(٧) ضرب المدة، كما اعترف بمثل ذلك في العنة^(٨).

وبالجملة فقول الشافعي: أُجِّل^(٩)، يشهد لما ذكره^(١٠) الصيدلاني من المأخذ^(١١).

ومنه يؤخذ أن الفسخ في الصورة بالمستشهد بها لا ينفذ باطناً، ولا ظاهراً إذا اعترف بسببه أو قامت البينة به، فإنه لم يفصل في اعتبار التأجيل بين أن يمضي بغير^(١٢) رضاها

(١) في (ج) " فمهلة القاضي " .

(٢) انظر: ص ٣٢٥، من هذه الرسالة.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٧٩/٩.

(٤) في (ج) " ومضى " .

(٥) انظر: روضة الطالبين ٧٩/٩، تحفة المحتاج شرح المنهاج ١٦١/٨.

(٦) في (ج) " بالطلاق " .

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) .

(٨) انظر: الوسيط ١٧٩/٥، نهاية المطلب ٤٧٣/١٥.

(٩) انظر: الأم ٩٨/٥.

(١٠) نهاية اللوحة ٢٥٩ من (ج) .

(١١) انظر: ص ٣٤١، من هذه الرسالة.

(١٢) في (ج) " بعد " .

يعتبر^(١) به، وقبل طلبها الفسخ مدة الإمهال أو لا، ولو كان الفسخ ينفذ إذا^(٢) مضت مدة الإمهال قبل الطلب لوجب الإمضاء^(٣)، والله أعلم .

وقوله: (وَإِنَّمَا جَازَ لَهَا الرُّجُوعُ) إلى آخره، هو جواب عن سؤال مقدّر صرّح به في البسيط حيث قال: فإن قيل: فلم جاز لها الرجوع بعد الرضا، ولو رضيت بالعنة فليس لها الرجوع قلنا: العنة في حكم خصلة واحدة تعدّ عيباً، فإذا رضيت بها كان الرجوع يناقض الرضا، فلم تُمكن منه، ولا كذلك الإعسار بالنفقة^(٤)، وساق الكلام فيه المذكور في الكتاب^(٥).

وقوله: (وَلَوْ قَالَتْ: رَضِيتُ بِهِ أَبَدًا) إلى آخره، هو ما ذكره الإمام: وكذا لها الفسخ لو قالت رضيتُ به سنةً، أو أكثر من ذلك أو أقلّ منه؛ لأنّه رضي بالشّيء قبل وجوبه، فأشبهه الرضا بإسقاط الشفعة قبل الشراء، أو نحو ذلك^(٦).

نعم إذا قلنا: بصحة الإبراء عن نفقة سنةٍ مستقبلةٍ تفرعاً على القديم، وعلى أحد قولي الجديد، فيجوز أن يقال: بسقوط الخيار أيضاً؛ لأن سبب الوجوب قد وجد، والرضا بهذا النوع مؤثّر بعد الوجوب فجاز أن يؤثّر قبله إذا وجد سبب الوجوب كالإبراء، [و]^(٧) يجوز أن يقال: الإبراء أوسع باباً؛ لأنه يبعد في الدين المؤجل، والإعسار إنما يُثبت الفسخ بالدين الحال، فأنقَطَعَ إلحاق^(٨)، والله أعلم .

وقول المصنف: (كَمَا لَوْ [نَكَحْتَهُ]^(٩) وَهِيَ عَالِمَةٌ بِإِعْسَارِهِ) فيه نظر؛ لأن علمها

(١) في (ج) " يعسر " .

(٢) في (ج) " إن " .

(٣) انظر: نهاية المطلب ٤٧٣/١٥، التهذيب: ٣٥٩/٦ .

(٤) انظر: البسيط ٣٠٤/٢، وانظر: الوجيز ١٢٠، نهاية المطلب ٤٧٣/١٥ .

(٥) انظر: ص ٣٤١، من هذه الرسالة .

(٦) انظر: نهاية المطلب ٤٧٣/١٥، البيان للعمري ٣٠٨/٩، الحاوي ٤٦٣/٩ .

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج) .

(٨) انظر: البسيط ص ٣٠٣، الحاوي ٤٦٣/١١، البيان للعمري ٣٠٨/٩ .

(٩) في (أ) و (ج) " نكحه " و الصواب ما أثبتته، كما في ص ٣٤١ من هذه الرسالة، و الوسيط

بإعساره لا يدلُّ على رضاها به^(١).

وكذلك قال الشّافعيّ: لو نكحته وهي عالمة بإعساره بالصدّاق كان حكمه حكم ما لو نكحته موسراً، فعسر^(٢)، في ثبوت الخيار لها^(٣)، فلو كان نكاح المعسر رضاً بحاله لم يكن لها أن تفسخ بسبب الصّدّاق؛ لأنها لو رضيت بإعساره^(٤) مرة لم تتمكن من الفسخ بسببه أبداً على المشهور^(٥)؛ لأنَّ ضرره واحدٌ لا يتجدد^(٦).

نعم ابن الصّبّاغ حكى وجهين، فيما إذا نكحته عالمة بإعساره بالصدّاق هل يثبت لها خيارُ الفسخ بسببه أم لا؟^(٧)، وغيره أثبتهما قولين^(٨).
فإن قلنا: بعدم الثبوت كما هو الأشبه عند بعضهم اندفع الاعتراض لكن الصّحيح خلافه، وعليه اقتصر الماوردي^(٩)، والجمهور رحمهم الله هاهنا^(١٠).

وما قلناه في الصّدّاق: من أنها إذا رضيت بإعساره به لا يتمكن من الفسخ بعده، هو ما نصَّ عليه في الأمِّ إذ قال: وإذا أعسر بالصدّاق، ولم يعسر بالنّفقة فخيّرت فاختارت المقام معه لم يكن لها فراقه؛ لأنه لا ضرر على بدنها ما أنفق عليها في استأجار صداقها، وقد عَقَّتْ

(١) انظر: البيان ٢٢٣/١١.

(٢) في (أ) و (و ج) " فعسر " ، والأصح " فأعسر " .

(٣) انظر: الأم ٩٨/٥.

(٤) في (ج) " بإعسار به " والصواب ما في (أ) .

(٥) المشهور: يدلُّ على أنَّ الخلاف في أقوال الشافعي، وأنَّ هذا القول هو الراجح، ومقابله غريب فيستعمل حينما يكون

القول المقابل ضعيفاً، لضعف مدرّكه. سلم المتعلم ١١٧/١، الفوائد المكية ٢٦٠، الخزائن السنينة ١٧٩.

(٦) قال النووي رحمه الله: ((هكذا أطلقت الجمهور وهو المذهب)) . روضة الطالبين ٧٩/٩.

(٧) انظر: الشامل ص ٥٩.

(٨) انظر: روضة الطالبين ٧٨/٩، أسنى المطالب ٤٤١/٣.

(٩) انظر: الحاوي ٤٦٢/١١.

(١٠) انظر: روضة الطالبين ٧٨/٩.

[فرقته]^(١)، كما يخيّر صاحب المفلس في عين ماله، ودية صاحبه، فلا يكون له/ أن يأخذ بعد [٣٢٨/أ] ما عين ماله، وعلى ذلك جرى الجمهور كما ذكرناه عنه^(٢).

وفي الحاوي: أن هذا فيما إذا كانت [المتحاكمان]^(٣) معاً قبل الدخول، أو بعده، أما^(٤) إذا كانت المحاكمة الأولى قبل الدخول، والأخرى بعده، فوجهان: أحدهما: أن الأمر كذلك، والثاني: يثبت لها الخيار؛ لأن ملكها قبل الدخول كان مستقراً على نصفه، وبعد الدخول على جميعه فصار^(٥) إعساره بعد الدخول لحق^(٦) لم يكن مستقراً قبل الدخول، فجاز أن يستجدّ به خياراً لم يكن^(٧)، والله أعلم.

وفي التّيمّة: أن من أصحابنا من قال: لا يثبت له الفسخ، والصحيح أن الحكم فيه كالمسلم فيه إذا انقطع، وقلنا: لا يفسخ، وقد يظن أن على الخلاف في ثبوت الخيار في الصّدّاق عند العلم به حالة العقد ينبغي أن يتخرج، هل خيار الفسخ به إذا وجد بعد العقد، [واساره]^(٨) على الفور أو على التراخي^(٩).

فإن قلنا: بعدم سقوطه [ثم]^(١٠) ثم استحال أن يكون ههنا على الفور.

وإن قلنا: أنه لا يثبت ثمّ، فيكون ههنا على الفور وليس كذلك؛ لأن الخيار إنما يكون بعد المرافعة إلى القاضي كما في النّفقة، فلا يستدل بعدم بطلان خيارها بعلمها بعسرته حال

(١) ما بين المعقوفتين في (أ)، و (ج) " مرة " والصواب ما أثبتته من الأم.

(٢) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦٠/١٠ روضة الطالبين ٧٨/٩، أسنى المطالب ٤٤١/٣.

(٣) ما بين المعقوفتين في (ج) " المحاکمتان " وهذا هو الصواب ، كما في الحاوي ٤٦٢/١١.

(٤) في (ج) " ما " .

(٥) في (ج) " فسار " .

(٦) في (ج) " بحق " .

(٧) انظر: الحاوي ٤٦٢/١١.

(٨) ما بين المعقوفتين كلمة غير مفهومة.

(٩) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦٠/١٠.

(١٠) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج) .

العقد على عدم ثبوت^(١) [العقد]^(٢) على الفور؛ لأن علمها بتقديم^(٣) وقت ثبوته.

نعم بما ذكره المتولي قد يؤخذ الخلاف إن كان محل كلامه فيما إذا رضيت بإعساره بعد المرافعة، والحق أنه على الفور بعد المرافعة وبثبوت الإعسار، وبه صرح الرّافعيّ، والماوردي، وقال: أنها إن علمت بإعساره أمسكت عن المرافعة والمحكمة، نظر: إن كان ذلك بعد ما طالبته بالصّدق سقط خيارها، وإن كان قبل المطالبة لم يسقط، وقد تؤخر المطالبة على توقع اليسار، وهذا ما حكاه الرّافعيّ عن الروياني^(٤)، [والله أعلم]^(٥).

(١) في (ج) " ثبوته " .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج) .

(٣) في " يتقدم " .

(٤) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦٠/١٠، الحاوي ٤٦٢/١١ .

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج) .

قال: (الطَّرْفُ الحَامِسُ: فيمن لَهُ حقُّ الفسخ، وهي الزوجة خاصّة، فلا يثبت لوليّ المجنونة، والصغيرة الفسخ بالإعسار، وإن كانت ضائعة^(١)؛ لأن الفسخ رفع للنكاح، وهو يتعلّق^(٢) بالطّبع كالطلاق، فلا تجري فيه النّيابة، أما الأُمّة فإن كانت صغيرة، أو مجنونة، فهل للسّيّد فسخ نكاحها بالإعسار؟ فيه وجهان: ووجه الجواز: أنّ [السّيّد]^(٣) ذو حقّ في النّفقة فإنّه الذي يدخل في ملكه، وله إبداله بغيره، وإن كانت مستقلّة، فهي صاحبة الحق، ولها^(٤) الفسخ دون رضا السّيّد، فإن ضمن السّيّد النّفقة لم يسقط حقها، كما لو تبرع أجني بالنّفقة، وفي ضمان السّيّد احتمال.

أمّا إذا رضيت بإعساره فليس للسّيّد الفسخ، ولكن نقول للخادمة^(٥): أفسخي أو اصبري على الجوّع، وليس عليه النّفقة.

وذكر الشيخ أبو علي وجهين [مرتّبين]^(٦) على الصّغيرة، وأولى بأن لا تُفسخ هاهنا لاستقلالها^(٧).

ثم اعلم أنّ الملّك في النّفقة للسّيّد ولكن لها حق التوثيق، [بها حتّى لا يجوز للسّيّد النّفقة إلّا بعد تسليم البذل ولا يجوز له الإبراء عن النّفقة]^(٨) وكأنه مرهون بحقها ككسب عبد التجارة، فإنه كالمرهون بنفقته لاقتضاء العرف ذلك.

(١) ضائعة: وهذه الكلمة في الوسيط ٢/٢٢٧، " صانعة " والصواب ما في (أ) و (ج) من نسختي المطلب، والدليل عليه كتب الشافعية وقول الإمام الآتي، ومعنى ضائعة، أي هالكة، من ضاع الشئ يضيع ضيعاً، وضياًعاً بالفتح، أي: هلك، انظر: الصحاح ٣/١٢٥٢، وقال الإمام: ((وإن تناهى الضرر، وقد يفرض هذا في سنين الجذب)) . نهاية المطلب ١٥/٤٧٥.

(٢) في الوسيط ٢/٢٢٧، " متعلق " .

(٣) ما بين المعقوفتين وفي (أ) و (ج) " للسيد " والصواب ما أثبتته، كما في الوسيط ٢/٢٢٦.

(٤) في (أ) و (ج) " فلها " والصواب ما ثبتته من الوسيط.

(٥) في الوسيط " الجارية " .

(٦) في (أ) و (ج) " وجهين مرتبان " والصواب ما أثبتته كما في الوسيط ٢/٢٢٦.

(٧) الوسيط ٦/٢٢٧، ٢٢٦.

(٨) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) و (ج) وأثبتته من الوسيط ٢/٢٢٦.

وللأمة طلبها من الزوج، فإذا أخذت دخل في ملك السيّد؛ لأنها كالمأذونة عرفاً، وشرعاً بالتزويج^(١).

الطرف مسوق لبيان من يستحق المطالبة برفع النّكاح، أو قطعه، على قولنا: أن هذه الفرقة فرقة فسخ، أو طلاق، سواءً تعاطاه القاضي، أو المرأة، ولكن لما كان ذلك معروفاً له مما سلف^(٢)، وفي التعبير عنه طول عبّر عنه المصنف بمن له حق الفسخ، والمُراد: من له حق طلب الفسخ، فليتبعه فيه^(٣).

ونقول في مقدمته: وبسطُ ثبوت حق الفسخ^(٤) [النكاح]^(٥) بسبب الإعسار بالنّفقة، والمهر إذا كانت حرّة، بالغة، عاقلة، رشيدة غير منكر؛ لأنها صاحبة الحق، وهي مالكة أمر نفسها فاستقلت به بكرةً كانت، أو ثيباً كسائر حقوقها، وليس لوليّها والحالة هذه الاعتراض عليها إذا اختارت المقام^(٦).

وإن قلنا: أن الإعسار بالنّفقة عيب؛ لأنه لا يتغيّر به^(٧) كالجَبِّ، والعُنة، فلو كانت الحرة البالغة العاقلة غير رشيدة، فالخيار إليها أيضاً^(٨)؛ لأنه راجع إلى أثر^(٩) يتعلق بذاتها، فكان إليها، وإن تعلّق به المال، كالخيار في القصاص، أو لأنه خيار في بقاء النكاح ورفعِهِ، فاختص به الزوج ولم يدخل تحت الولاية كالطلاق إذا كانت المصلحة فيه للصبي، والمجنون^(١٠).

(١) الوسيط ٢٢٧/٦.

(٢) انظر: ص ٣١٠-٣١٥، من هذه الرسالة.

(٣) انظر: نهاية المطلب ٤٧٥/١٥.

(٤) في (ج) " فسخ ".

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٦) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦١/١٠، نهاية المطلب ٤٧٥/١٥.

(٧) أي: لا يكون عارا وعيباً وشينة عليه لكونه فقيراً، لأن الرزق بيد الله تعالى وليس له فيه حيلة.

(٨) نهاية اللوحة ٢٦٠، من (ج).

(٩) والأثر كما قال الرافعي رحمه الله ((أن الأمر فيه يتعلق بالطبع والشهوة))، فتح العزيز شرح الوجيز

٦١/١٠.

(١٠) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦١/١٠، نهاية المطلب ٤٧٥/١٥.

وهذا قياس بالنظر^(١)^(٢)، وهو المذكور في الكتاب^(٣)، وما ذكرناه قبله بالترجمة أشبه.

ولو كانت صغيرة، أو مجنونة، فالخيار لا يثبت لها في الحال، ولا يثبت لوليها أيضاً لعدم دخوله تحت الولاية^(٤) كما أسلفناه^(٥).

فيتعين أن يُتَظَرَّ^(٦) به بلوغ الصغيرة وإفاقة الجنون، ولا فرق في ذلك بين أن يكون لها مال يُنْفَقُ عليها منه، أو لا مال لها، ولا في بيت المال، فلو كانت خلية الخُطْبَتِ، وطُلبت، وكُفِيتِ المؤن، كما قاله الإمام^(٧)، وأشار إليه المصنّف بقوله: (وإن كانت ضائعة)^(٨).

فإن قلت: في جواز العفو عن قصاص الصبي، والمجنون على مالٍ عند فقره خلاف، وإن كان لا يدخل تحت الولاية ما ذاك إلا لأجل مصلحته، فهلاً كان هاهنا كذلك؟.

قلت: لعل الفرق: أنا على فقه^(٩) من حصول الغرض، ثم بعد العفو، ولا كذلك هاهنا، وما ذكرناه من الحكم قد نصّ عليه الشافعي في الأم، فقال: والخيار للأمة تحت الحرّ في العسرة بالنفقة، فإن شاء سيدها أن يتطوع على الزوج بالنفقة، فلا خيار للأمة؛ لأنه واجد للنفقة.

وإذا امتنع، فالخيار للأمة لا لسيدها، قال: وكذلك الخيار للحرّة لا لوليّها، وإن كانت الأمة، أو الحرّة مغلوقة على عقلها، أو صبيّة لم تبلغ، لم يكن لولي واحدٍ منهما

(١) في (ج) " بالنظر "، والنظر جمعه نظائر، وهو المثلّ والمساوي من المسائل، وغيرها. انظر: معجم لغة الفقهاء ٤٨٣/١، تحرير ألفاظ التنبيه ١٢٠/١.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٧٩/٩.

(٣) انظر: ص ٣٥١، من هذه الرسالة، الوسيط ٢٢٧/٢.

(٤) قال الرافعي رحمه الله: ((فإنه لا اعتبار بقولها))، فتح العزيز شرح الوجيز ٦٢/١٠.

(٥) انظر: ص ١٤٣، من هذه الرسالة، قال الإمام رحمه الله: ((لا نعلم في ذلك كلّ خلافا))، نهاية المطلب ٤٧٥/١٥.

(٦) في (أ) " ينظر ".

(٧) انظر: نهاية المطلب ٤٧٥/١٥.

(٨) انظر: ص ٣٥١، من هذه الرسالة.

(٩) في (أ) " على وجه " والصواب ما اثبتته من (ج).

أن يفرّق بينها^(١) وبين زوجها بعسرة صدّاق، ولا نفقة، وإذا/ أعسر زوج الأمة بالصدّاق، فهو [٣٢٩/أ] كسببها، والخيار له لا للأمة، فإن اختارت الأمة فراقه، واختار السيّد أن لا يفارق، لم يكن عليه أن يفرق بينهما؛ لأن ذلك للسيّد، ولا ضرر فيه عليها^(٢)، انتهى، وإنما سُقت الفصل برمته^(٣) لأجل الكلام الآتي عليه إن شاء الله تعالى.

وقد دلّ النصّ المذكور على أمرين: أحدهما: أنّ حق الفسخ بالإعسار بالصدّاق إذا ثبت للسيّد دون الأمة، وعليه جرى [الرّافعي] ^(٤) والأصحاب رحمهم الله جزماً^(٥) - إلا المتولي فإن في كلامه إشارة إلى [وجه إضرار السيّد] ^(٦) - لا يفسخ به^(٧). قال الرّافعي: لا وجه له^(٨). والثاني: أنه ليس لوليّ المجنونة فسخ النّكاح بسبب الصدّاق كما ليس له ذلك بسبب النفقة^(٩).

ووجه المتولي: بأنه لا مصلحة لهما فيه؛ لأنه إن فسخ قبل الدّخول سقط نصف المهر، وإن فسخ بعده فالمهر في ذمته، كما كان، ويطل به رفق النفقة^(١٠).

وفيما ذكره من التّشطير إذا وجد قبل الدّخول نظراً، إذا جعلناه فسخاً لا طلاقاً، كيف

(١) في (ج) " بينهما " .

(٢) الأم ٩/٩٩ .

(٣) برمته: أي: كلّ، يقال: أعطاه الشيء برمته، أي كلّ، وتقول أيتك به برمته أي: كلّ، والأصل أن تأتي بالأسير، وقد شدّدته برمته، والرّمة: حبلٌ في عنق الأسير، أو حبل في عنق الدابة. انظر: معجم الوسيط ١/٣٧٤، تهذيب اللغة ١٥/١٣٩ جمهرة اللغة ٢/٨٠٣.

(٤) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج) .

(٥) قال الإمام: ((لم يختلف الأصحاب فيه)) . نهاية المطلب ١٥/٤٧٥، وانظر: روضة الطالبين ٩/٧٩.

(٦) في (ج) " آخر أن للسيّد " .

(٧) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٦٢ .

(٨) فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٦٢. وانظر: البسيط ص ٣٠٤،

(٩) انظر: نهاية المطلب ١٥/٤٧٥، روضة الطالبين ٩/٧٩.

(١٠) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٦٢، روضة الطالبين ٩/٧٩.

إذا جعلنا الفسخ لأجل أنه بالإعسار عيب فيه، وفسخها بعيبه يسقط جميع نفقتها، وإذا جعلنا الفسخ لأجل دفع الضرر بالسقوط^(١) أولى، ولا يُتَحَيَّلُ أن التَّشْطِيرَ جاء من جهة أن المولى فاعله؛ لأنه لو جاز كان لمصلحتها فهو من جهتها.

نعم يجوز أن يكون ذلك قال تفريعاً على أنه طلاق، ولذلك جزم القول: بأنه إذا كان بعد الدخول استقر المسمى، وإنما يكون كذلك جزماً إذا قلنا: أنه طلاق، و إلا فيطرَّقه ما سلف من الخلاف في الفسخ بسبب طراً بعد الوطء.

وإذا لم يفسخ الولي، وكانت موسرة أنفق عليها من ما لها، فإن لم يكن لها مال أنفق عليها من تلمزته نفقتها لو كانت خلية، فإذا أيسر الزوج أخذت منه النَّفَقَةُ، وصرفت إليه، قاله في الإبانة^(٢)، وغيره سكت عن الصرف إلى المنفق، وسيقع الكلام فيه إن شاء الله في نفقة الأقارب^(٣).

وقوله: (أَمَّا الْأُمَّةُ فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً) إلى آخره، الوجهان حكاهما الإمام، عن رواية الشيخ أبي علي^(٤)، والمنصوص عليهما في الأم^(٥)، وهو المشهور المنع؛ لأنَّ الحق لها فيه، ولو كانت بالغة عاقلة^(٦)، كما سنذكره، فشابت الحرية^(٧).

ووجه مقابله في الكتاب^(٨)، ووجه أيضاً بأن الضرر يلحقه، فإنه بين أن ينفقه على أمته فيصير غارماً للنفقة مع قيام الزوجية، وبين أن يضيقها فتهلك، وإذا كان الضرر لاحق به كان

(١) في (ج) " فالسقوط " .

(٢) انظر: البسيط ص ٣٠٤، فتح العزيز شرح الوجيز ٦٢/١٠ .

(٣) انظر: ص ٣٦٧، من هذه الرسالة .

(٤) انظر: نهاية المطلب ٧٦/١٥ .

(٥) انظر: الأم ٩٩/٥ .

(٦) قال النووي رحمه الله ((الأصح ليس له)) . روضة الطالبين ٧٩/٩، وانظر: التهذيب ٣٦٠/٦، البيان ٢٢٦/١١ .

(٧) انظر: البسيط ٣٠٤، فتح العزيز شرح الوجيز ٦٢/١٠ .

(٨) انظر: ص ٣٥١، من هذه الرسالة .

له دفعه بالفسخ^(١).

قلت: والخلاف يلتفت على أن الفسخ بالإعسار بالنّفقة يعتمد بضررها، إذ^(٢) كون الإعسار عيبٍ فيه، فعلى الأول: يثبت له، وعلى الثاني: لا، كما في سائر العيوب، وهو الصحيح^(٣).

ويشهد لذلك: أنا إذا قلنا: للمرأة أن تطالب بوطئة واحدة، فهل للسيد المطالبة بها أم لا؟، فيه وجهان: يبينان على أن المجوز لطلبها غرض التّخصّين، أو استقرار المهر، فعلى الأول لا يكون له، وعلى الثاني يثبت له^(٤).

فإن قلت: لو صحّ ذلك للزم أن يجري الخلاف في فسخ السيد، وإن كانت بالغّة عاقلة، والنّص أنه لا يثبت له، وهو الذي عليه الجمهور^(٥).

قلت: والنص أيضاً، أنه لا يثبت له في حالة صغرها^(٦)، وهو الذي عليه الجمهور^(٧)، فلا اعتراض، كيف، وقد حكى الشيخ أبو على الوجهين في هذه الحالة أيضاً^(٨)؛ لكن بالترتيب كما ذكره المصنّف من بعد^(٩).

ووجه الفرق بناءً على ما ذكرناه من المأخذ انضمام سلب تصرفها، واختيارها^(١٠) لنفسها إلى ما يلحقه من الضرر فإنه يعضده ويؤكدّه ويعين فسخه طريقاً لدفعه، ولا كذلك عند

(١) انظر: نهاية المطلب ٧٦/١٥، البسيط ٣٠٦/٢، الوجيز ١٢٦/٢.

(٢) في (ج) " أو " .

(٣) نهاية المطلب ٧٦/١٥.

(٤) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٦٢/٨،

(٥) انظر: روضة الطالبين ٧٩/٩، التهذيب ٣٦٠/٦، البيان ٢٢٦/١١.

(٦) انظر: الأم ٩٩/٥.

(٧) انظر: روضة الطالبين ٧٩/٩، التهذيب ٣٦٠/٦، البيان ٢٢٦/١١.

(٨) انظر: نهاية المطلب ٧٦/١٥.

(٩) انظر: ص ٣٥١، من هذه الرسالة.

(١٠) في (ج) " واختارها " .

تكليفها؛ لأنه يقدر أن يدفعه عن نفسه بأن لا ينفق عليها، فتحتاج بوضع الحيلة إلى الفسخ فيزول به عنه الضرر، وبعدم تسليط السيّد على الفسخ عند عيبتها^(١).

أجاب ابن الحداد وقال: أن السيّد ينفق عليها وتكون النّفقة في ذمة الزوج إن سلمها إليه^(٢)، كما حكاه ابن الصباغ^(٣).

وقال: أن القاضي ذكر في شرح الفروع: أنه إذا أيسر، وعقلت فطالبته بها، وقبضتها كان للسيد أخذها، وهذا فيه نظر؛ لأن الأمة إذا كانت لا تملك العين، فكذلك الدين، فيجب أن يكون ما ثبت من الدين للسيد، وله المطالبة به^(٤)، وهذا النظر سأذكره في آخر الفصل إن شاء الله، ما لعله يكون جواباً له^(٥).

وقوله: (فإن كانت مستقلة فيه صاحبة الحق، فلها الفسخ دون رضا السيّد)، وهو ما حكيناه عن النص^(٦)، ومراده بالحق: التي هي صاحبة حق طلب الفسخ؛ لأنها [التي]^(٧) تملك المطالبة بالنّفقة كما سنذكره^(٨)، فإذا تعذرت عليها كان لها المطالبة برفع ما يوجب مقابلها كالحرة، ولأنها تتضرر بعدم إنفاقه عليها، فكان لها الفسخ دون مراجعة السيّد، كفسخها [بجبة أو عنة]^(٩)، ولم يفرّق الأصحاب في ذلك بين أن تكون نفقتها وجبت بتمكين السيّد منها ليلاً، ونهاراً، تفريعاً على أنها لا تستحق شيئاً من النّفقة إلا بذلك، أو وجبت نفقتها، أو بعضها بتسليمها ليلاً فقط^(١٠).

(١) وتكون الحيلة أن تقول لها أفسخي أو أصبري . انظر: نهاية المطلب ١٥/٧٦.

(٢) انظر: البيان ١١/٢٢٦.

(٣) انظر: الشامل ص ٦٣.

(٤) انظر: الشامل ص ٦٣، البيان ١١/٢٢٦.

(٥) انظر: ص ٣٥٩، من هذه الرسالة.

(٦) انظر: الأم ٩٩/٥، وانظر: ص ٣٥٦، من هذه الرسالة.

(٧) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج)، "الذي" والصواب ما أثبتته، ودليله ظاهر.

(٨) انظر: ص ٢٧٦، من هذه الرسالة.

(٩) ما بين المعقوفتين في (ج) "بجبة أو عنته" وهذا هو الأقرب للصواب، كما في البيان ١١/٢٢٦.

(١٠) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٦٣، البيان ١١/٢٢٦.

ولو قيل في الحالة الأولى: يشترط رضاه في الفسخ؛ لأن الوجوب بتركه حقه حصل، لم يبعد، وكان الصّارف عن ذلك أنّ الوجوب بمقتضى العقد حصل، وإنما [تول] ^(١) على الفسخ دون رضا السيّد؛ لأنّه تابع في دفع الضرر عن السيّد أيضاً ^(٢).

نعم لك أن تقول: لو صحّ ما/ ^(٣) ذكرته من المأخذ لامتنع فسحها دون إذن السيّد على الوجه الذي يثبت حق الطلبة للسيد، كما قيل ذلك فيما إذا طالب الأمة بالوطئة الأولى، ولاحظنا فيها تقرير المهر، فإن الأمة لا تملك المطالبة بها، وإن كان فيه تحصيل مقصود السيّد من التقرير ^(٤).

وقد رأيت في تعليق البنديجي ما يفهمه إذ قال: أن الخيار إلى سيدها، وليس/ كالعنة، [أ/ ٣٣٠] فإن صحّ هذا اندفع الاعتراض ^(٥)، والله أعلم ^(٦).

ثم رأيت في تعليق القاضي أيضاً عند الكلام في نكاح الغرور: أن زوج الأمة إذا أعسر بالنّفقة كان الخيار للولي، لا للأمة، على الصحيح من المذهب بخلاف خيار الجب والعنة، و الإيلاء، فإنه لها ^(٧).

وقوله: (فإن ضمن السيّد النّفقة لم يسقط حقها كما لو تبرع أجني بالنّفقة)، ولفظه في البسيط: فهو كالأجنبيّ يضمن النّفقة ^(٨)، وعبارة الإمام: ولو قال السيّد قري تحت، وأنا أنفق

(١) في (ج) " تنزل " وهذا هو الصواب.

(٢) قال الإمام : ((إذ هي المتأصلة في الاستحقاق)) . نهاية المطلب ١٥ / ٤٧٦ .

(٣) نهاية اللوحة ٢٦١ ، من (ج) .

(٤) انظر: ص ٢٥٤ ، من هذه الرسالة .

(٥) انظر: كفاية النبيه ١٥ / ٢٣٠ .

(٦) قال ابن الرفعة: ((قال القاضي أبي الطيب: تطالبه بها، وإذا قبضتها كان للسيد أخذها)) ثم قال: ((وما قاله القاضي قريب مما ذكرناه عن الأصحاب عند اختلاف في قبض النّفقة)) . كفاية النبيه ١٥ / ٢٣٠ .

(٧) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٠ / ٦٣ ، روضة الطالبين ٩ / ٧٩ .

(٨) البسيط ٢ / ٣٠٦ .

عليك، فلها الفسخ، فإن المولى فيما قاله بمثابة الأجنبي^(١)، وهذه أخلص في البيان من عبارة المصنّف في الكتابين^(٢)، فإن عبارة الكتاب يلحقه بما إذا أدى عنه أجنبي النّفقة، ولنا في تسلطها الفسخ بعد ذلك خلاف مرّ، وقلنا: أن المصنّف أجاب في الفتاوى بأنه: لا فسخ لها^(٣)، وعبارة البسيط يقتضي إجراء الخلاف فيه أيضاً؛ لأننا قد ذكرناه فيه^(٤)، ومع ذلك لا يبقى للاحتمال معنى.

نعم الاحتمال يطرق الصورة التي فرضها الإمام^(٥) من حيث أنه لا ملك لها، والضرار يندفع عنها بنفقة السيّد [إذا]^(٦) وفي^(٧) بالوعد، فإن لم يعرف به فلها الفسخ حينئذٍ، والاحتمال قال في البسيط أنه للإمام^(٨).

فإن قلت: قد حكيتُم عن الإمام: أن السيّد لو تطوّع عن الزوج بالنّفقة، فلا خيار لها، وهذا غير^(٩) احتمال الإمام.

قلت: لا بل الظاهر أن المراد بالنّص، ما إذا دفع [السيّد]^(١٠) النّفقة للزوج ألا تراه قال: تطوّع على الزوج، ولم يقل عن الزوج^(١١)، وقال في تعليل ذلك؛ لأنه واجد للنّفقة،

(١) نهاية المطلب ٤٧٦/١٩.

(٢) أي: البسيط ٣٠٦/٢، والوسيط ٢٢٦/٦.

(٣) انظر: الفتاوى ٩٢.

(٤) انظر: البسيط ٣٠٦/٢.

(٥) انظر: نهاية المطلب ٤٧٦/١٥.

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج).

(٧) في (ج) " أو في ".

(٨) انظر: البسيط ٣٠٦/٢.

(٩) في (ج) " عين ".

(١٠) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج) " للسيّد " والصواب ما أثبتته، ودليله: قال في نهاية الفقرة: ((فإذا تطوّع عليه السيّد فلم يقبل، كان الخيار للأمة))، ولم يقل للسيّد.

(١١) ما نقله المؤلف رحمه الله من قول الإمام مخالف لما في الأم ٩٩/٥ إذ قال: ((فإن شاء سيدها أن يتطوّع عن الزوج))، وليس فيه " على الزوج " كما يقول المؤلف إلا أن يكون المقصود عكس ما في المخطوط فهذا لا يسعف قول المؤلف رحمه الله، والذي يسعفه هو التعليل الذي بعده، والله أعلم.

وإذا صحَّ ذلك كان الضمير في قوله: وإذا امتنع، فالخيار للأمة، يعود إلى الزوج^(١)، ويكون التقدير: فإذا تطوع عليه السَّيِّد فلم يقبل كان الخيار للأمة؛ لأنه عَادِمٌ^(٢)، والله أعلم.

وإذا كان السَّيِّد قد ضمن لها النّفقة بلفظ الضمان، فهل لها مطالبته، كما لها مطالبة الأجنبي إذا ضمن بغير إذن الزوج، وإن لم يكن ذلك مانع لها من الفسخ، فيه نظر من حيث أن هذا ضمانٌ مجرد عن ملك، إذ الملك له، ويستحيل أن يضمن ملك نفسه لنفسه^(٣).

وقوله: (أما إذا رضيت بإعساره)، قد تقدم الكلام فيه^(٤).

وقوله: (ثم اعلم) إلى آخره هو مللّخص ما أبداه الإمام تفقهاً وبحثاً، ولا حاجة إلى التّطويل بإعادة كلامه، ولكننا نقول سَابِيئَةً بِمَعْنَاهُ، وهو أن النكاح يقتضي ملك النّفقة في مقابلة التّمكين من الاستمتاع، والحبس في قيد الزوجية، وقضية ذلك: أن يملكه الأمة لكن الرقيق عندنا لا يملك، وإذا صرف أسباب الملك حصل الملك للسيد، ولكن يثبت لها فيه حق التفريق^(٥) بالصفقة، كما يثبت للزوجة التعلّق بكسب العبد المأذون، وغيره يوقعه لا ملكاً عملاً بالعرف، ويثبت لها مع التفريق القدرة على المطالبة بها، وإن كانت لا يثبت للمرتحن عملاً بالشرع في استحقاق الزوجة قبض ما يقابل الاستمتاع، والحبس في قيد الزوجية^(٦).

وفائدة التعلّق: أن السَّيِّد لو أراد أن يأخذ ذلك منها قبل أن يعطيها بدله لم يكن له إلا برضاها، وكذلك لو أراد الإبراء منه قبل ذلك لم يكن له، [و]^(٧) إن بَعَدْنَا عَتَقَ المَرْهُونَ عَلَى قول؛ لأن الإبراء ليس في قوة العتق ونفوذه، وساق ذلك أن يكون لها حق التفريق في مقدار ما يجب على السَّيِّد لها من النّفقة لو كانت خَلِيَّةً، لا بمقدار ما يستحق على الزَّوج، وأثر ذلك

(١) وهذا التعليل يوافق مَرْمَى المؤلف رحمه الله.

(٢) انظر: نهاية المطلب ١٥/٤٧٥.

(٣) أجيب عن هذا بأن النّفقة في الأصل لها، ثم يتلقاها السَّيِّد فصَحَّ ضمانه. انظر: مغني المحتاج ١٨٢/٥.

(٤) انظر: ص ٣٦٩، من هذه الرسالة.

(٥) في (ج) " التفرق ".

(٦) انظر: نهاية المطلب ١٥/٤٧٦، فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٦٢، البيان ١١/٢٢٦.

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من في (ج) .

المقدار كما سيأتي بيانه^(١)، وقد يختلف نوعه أيضاً، فلا يستحق غير ما يليق بها دون ما يجب على الزوج^(٢).

وكلام الأصحاب رحمهم الله ينازع في ذلك من وجهين: أحدهما: فيما ادعاه من ملك السيّد، قال^(٣) صاحب التهذيب قال: لو أبرأه الزوج من نفقة يومها جاز، وإن أبرأه من النفقة الماضية لم يُجز؛ لأنها صارت [للمهر كالسيّد]^{(٤)(٥)} وهذا يؤذن بأن الملك يقع لها في جميع المقبوض، ويملك التصرف فيه، ولا ينتقل إلى السيّد إلا بعد انقضاء الزّمن الذي يصرف فيه، ويتأيد ذلك بأننا إذا صحّحنا شراء العبد بغير إذن السيّد، وفيه وجهان: فإن قلنا: أنه يثبت للعبد ابتداءً، وهو ما اقتصر عليه الإمام، فهل يبقى على ملكه إلى أن يختار السيّد انتزاعه، أو ينتقل للسيّد عقيب وقوعه للعبد^(٦).

الذي حكاه الإمام عن العراقيين: أنه يبقى له ينتزعه السيّد منه^(٧)، وإذا كان كذلك جاز أن يكون صاحب التهذيب فرّعه على أن العبد يملك بالشراء بغير إذن السيّد؛ لأن ملكها حينئذ يكون بتزويجه إياها من طريق الأولى، لأجل يعيدان النكاح، فإذا ملكت ذلك، فهو ملك يتعلق به حقها باتفاق، فلم يكن للسيّد انتزاعه، ولا كذلك ما يملكه بالبيع، ونحوه، فإنه لا يتعلق لها به حق، فكذلك مع الانتزاع؛ لأنه من كسب عبده، وإذا صح ذلك انتظم معه ما ذكره الأصحاب: من أنها تملك المطالبة به، وتملك الفسخ من غير مراجعة السيّد، ووجب أن لا يملك السيّد إلا بالتراضي، ولا بعضها عن نفقة الزوج عند اليسار إلا أن يفضل عن كفايتها، هذا أحد الوجهين المنازعين فيما ذكره الإمام^(٨).

(١) انظر: ص ٣٦٣، من هذه الرسالة.

(٢) أنظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٦٢، نهاية المطلب ١٥/٤٧٦.

(٣) في (ج) " فإن " .

(٤) ما بين المعقوفتين في (ج) " كالمهر للسيّد " وهذا هو الصواب ، كما في التهذيب ٦/٣٦٠.

(٥) انظر: التهذيب ٦/٣٦٠.

(٦) انظر: نهاية المطلب ١٥/٤٧٧، فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٦٣، البيان ١١/٢٢٨.

(٧) انظر: نهاية المطلب ١٥/٤٧٨، البيان ١١/٢٢٨.

(٨) انظر: نهاية المطلب ١٥/٤٧٨، البيان ١١/٢٢٨.

والوجه الآخر قاله المتولي وهو: أن حق الاستيفاء للسيد حتى لو صرف الزوج النّفقة إليها بدون إذن السيد لم يبرأ عن العهدة، فإنه لو استوفى النّفقة، وأنفق عليها جاز، وهذا مخالف لما أورده الأصحاب مع مخالفته لكلام الإمام، وكلاهما مخالف قول الأصحاب رحمهم الله فيما حكاه ابن الصباغ، وغيره، أنها لو اختلفت مع الزوج في قبض النّفقة الماضية فادعى أنه سلمها وأنكرت، وصدقه المولى أن القول قولها، زاد ابن الصباغ عنهم، ولا يثبت دعواه بتصدق السيد وإنما يكون شاهداً له بذلك^(١).

ثم قال: وهذا فيه نظر؛ لأن النّفقة الماضية حق للمولى لا حق للأمة فيها، وإنما حقها [٣٣١/أ] في النّفقة في المستقبل وإذا ثبت النّفقة كان للسيد قبضها، فينفي أن ينفذ أمراً له فيها^(٢)^(٣)، وهذا النظر قد قدمنا عنه مثله عند الكلام في عشرة الزواج في حال غيبتها.

وقد حكى الرافعي ذلك وجهاً عن رواية الرّوياني، وقال: إنه الأصح، وإن به أجاب في التّمتة، ولا يليق به أن يجيب بغيره لأجل ما ذكرناه^(٤) لكن فيه نظر؛ لأنه لو صح ذلك لزم فيه أنها لو صدّفته على القبض، وكذّبه^(٥) السيد أن لا يفقه تصديقها؛ لأن الملك في النّفقة بعد مضي الزّمان للسيد، كما حكى ذلك أبو يعقوب الأبيوردي وجهاً، ولكن المذهب المنصوص عليه في عشرة النساء، وذكره المزني في الجامع الكبير: أن القول/^(٦) قولها؛ لأن القبض إليها إما بحكم النكاح أو بتصريحه بالإذن^(٧).

قال الرّافعي: وفيه صور المسألة^(٨)، وإذا كان كذلك بقى الاعتراض على المتولى، والإمام

(١) انظر: الشامل ص ٦٣، نهاية المطلب ١٥/١٧٨، فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٦٣.

(٢) في (ج) " أمراً له فيه ".

(٣) انظر: الشامل ٦٣.

(٤) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٦٣، بحر المذهب ١١/٤٨٠.

(٥) في (ج) " كونه ".

(٦) نهاية اللوحة ٢٦٢، من (ج).

(٧) انظر: مختصر المزني فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٦٣، البيان ١١/٢٢٨.

(٨) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٦٣.

يخالفه، ولو لوحظ فيه ما قررت به كلام صاحب التهذيب^(١) لا ينفي عنه ما أورده ابن الصباغ أولاً وأخيراً^(٢) على الأصحاب، فإن الملك حينئذٍ يكون ثابتاً لها، وإن مضى زمن استحقاقه إلى أن ينتزعه السيد؛ لأن حقها قد فات بمضي زمانه، وإقرار السيد بأنها قبضته ليس باسترجاع للملك بل هو يبقى أن يكون مستحقاً له، فيبقى لها حق الطلب بحكم الملك والقبض.

نعم إذا قبضته في هذه الصورة وانتزعه السيد منها كان للزوج استرجاعه بقوله السالف، وليس لها أن ترجع عليه به.

وإن قيل: هذا كله صحيح تفريع على أن العبد يملك، والمذهب الجديد: أنه لا يملك وهذه الأحكام غير معزية إلى القديم فلا يتم لك التخريج.

قلت: لعل هذا مما رجّحوا فيه القديم، وفرّعوا عليه كما هو دأبهم في مواضع شتى لخروج النكاح عن قبولية الاكتساب به، بخلاف سائر أسباب التمليكات، وبهذا المعنى فارقت الأمة المروجة خادم الزوجة الحرة إذا كان مملوكاً لها حيث قلنا: أن نفقة الخادم تكون مملوكة للمخدومة؛ لأن المخدومة هي التي وجبت نفقة الخادم بسببها، فكانت لها، ولا كذلك أيضاً^(٣) وهذا ما قدمت الوعد به، والله أعلم.

(١) انظر: ص ٣٦٣، من هذه الرسالة.

(٢) في (ج) " آخر " .

(٣) في (ج) " ولا كذلك هاهنا " .

قال: (وهذا كله تفريعٌ على قولنا: أن الإعسار يثبت الفسخ، فإن^(١) قلنا: لا يثبت، فهل يرتفع^(٢) عنها حبس المسكن، فيه خلاف للأصحاب، والقياس أن لا يرتفع إلا إذا عجزت عن نفقة نفسها إلا بالخروج، ولكن الخبر يدل على الجواز، إذ نُقل في الخبر: أنه فرّق بين المرأة وزوجها المعسر، فإن لم يحمل على التفريق في العقد، فلا بد من حمله على التفريق في المنزل، ولها المنع من الوطء إن لم تكن قد مكنته من قبل، وعلى قول ثبوت الفسخ يبطل حق الحبس في مدة الإمهال، وفيه وجه^(٣)).

لما نَجَزَ، حلَّ كلامه في الأطراف المحتاج إلى الكلام فيها تفريعاً على القول بثبوت حق الفسخ، ولم يبق منه إلا شيءٌ له تعلق بتفريع القول الآخر، انعطف على تفريع القول الآخر، وذلك بعد^(٤) ما يتعلق به من تفريع القول الآخر فقال ما قال^(٥).

والخلاف الذي حكاه في المسكن، قد بين أنه غير منصوٍ عليه بقوله للأصحاب، وأشعر إirاده أنه مطرد في حال يسارها، وعسرهما، لكن القياس في حال اليُسرة أنه لا يرتفع دون حال العسرة.

والإمام قال: أن الأصحاب أطلقوا أن للمرأة أن تخرج، وتكتسب، وهذا فيه تفصيلٌ عندنا، فإن كان لا يتأتى منها تحصيلُ القوت إلا بالخروج، فلا شك أنها لا تُمنع منه، وإن كانت موسرةً قادرةً على الإنفاق من مالها، وكانت مكنت ووطئها الزوج، وبطل حق امتناعها بسبب المهر، فهل يلزمها أن [تمكث]^(٦) بمسكن الزوج أم يُحلُّ حق احتباسها في المسكن؟ فيه تردد للأصحاب فقال قائلون حُقَّ عليها أن تلزم مسكن الزوج، وهذا هو الأفقه عندنا، وقال آخرون لها الخروج^(٧).

(١) في (أ) و (ج) " وإن " والصواب ما أثبتته من الوسيط ٢٢٧/٦..

(٢) في (أ) و (ج) " يندفع " والصواب ما أثبتته من الوسيط ٢٢٧/٦..

(٣) الوسيط ٢٢٧/٦..

(٤) في (ج) " وذكر بعده " وهذا هو الصواب.

(٥) انظر: ص ٣٥١، من هذه الرسالة، الوسيط ٢٢٧/٦..

(٦) ما بين المعقوفتين (أ) و (ج) " تمكث " والصواب ما أثبتته مسترشداً بكتب الشافعية.

(٧) انظر: نهاية المطلب ٤٨١/١٥.

وكلام المصنّف يتعيّن تنزيله على ذلك، والخبر الذي استدلّ به لم يُرَ^(١) كذلك كما ذكره أهل الصنّاعة، ولعله أراد به الخبر الذي ذكرناه أول الباب عن رواية حماد بن سلمة^(٢)، ويكون تجوز في الكلام، فعبر بالتفريق عن الأمّ بالتفريق [عن الأم]^(٣) كما يقال: (أنه عليه السّلام رجم ماعزاً)^(٤).

وبالجملة، فالذي دلّ عليه ظاهر النصّ في الأمّ تفريعاً على قول عدم الفسخ، انطلاق الحبس عنها^(٥)، كما حكيناه من قبل^(٦)، فهو إذاً موافق لما حكاه الإمام أولاً عن الأصحاب، وقد حكى الإمام الوجهين في الخروج إذا لم يكن لها مال، وكان يمكنها أن تكسب في منزلها^(٧)، والأشبه ترتيبهما^(٨).

فإن قلنا: عند اليسار تخرج فها هنا أولى، وإلا فوجهان كما في الأمة المزوجة، إذا كانت حرفتها يمكن أن تكون في بيتها فطلب^(٩) أن لا تخرج منه نهاراً، وتحترف فيه هل يجب إجابته أم لا؟، ووجه المانع، ثم إن السّيد قد يعيّن له أن يستخدمها، ويجوز أن يوجّه هنا بأنه لا يلزمه حصر الاكتساب بنوع واحد، فقد يعيّن لها غير ما يمكن أن يكون في مسكنها^(١٠).

(١) كذا في (أ) و (ج) ولعل المراد بالكلمة أنه " لم يُرو " والله أعلم.

(٢) وهو رواية حمّاد بن سلمة عن عاصم بن يزيد عن أبي صالح عن أبي هريرة، أنه عليه السلام سُئِلَ عن الرّجل لا يجد ما ينفق على امرأته، قال: (يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا). انظر: ص ٢٧٣، من هذه الرسالة.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٤) أخرجه البخاري ١٦٧/٨، كتاب الحدود، باب هل يقول الإمام لعلك لمست أو غمزت، رقم الحديث ٢٨٢٤، و مسلم ١٣١٩/٣، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، رقم الحديث ١٦٩٢.

(٥) انظر: الأم ٩٩/٥.

(٦) انظر: ص ٢٧١، من هذه الرسالة.

(٧) انظر: نهاية المطلب ٤٨١/١٥.

(٨) في (ج) " ترتيبها ".

(٩) في (ج) " وطلب ".

(١٠) انظر: نهاية المطلب ٤٨١/١٥، البسيط ٣٠٨/٢.

وتقييد الإمام الخلاف بما إذا كانت قد مُكنت، ووُطئت يشعر بأنه لو لم يوجد وطءٌ بعدُ، فلا يجري، ويجزم بأنه لا يجب إذا لم يكن قد قبضت الصداق^(١).

ولعل مأخذه فيه أنّ الحبس في مسكن الزوج إنما يراد لتمكينه من الوطاء، وتمكينه من الوطاء والحالة هذه لا سبيل إليه جزماً؛ لأنه يفوت عليها منفعة البُضع من غير بدلٍ عاجل، [فلو]^(٢) وجب عليها ملازمة مسكنه لأوشك أن يجامعها فيفوت عليها ما لم يكن له تفويته، وقد نصّ عليه في الأم فقال: وإذا نكحها فأعسر بالصّدّاق فلها أن لا تدخل عليه حتى يعطيها الصّدّاق، ولها النّفقة إذا قالت: إذا جئت بالصداق خليت بينك وبين نفسي^(٣).

وفي المختصر: اقتصر على بعض ذلك فقال: ولها أن لا تدخل عليه إذا أعسر بصداقها حتى تقتضيه^(٤).

[٣٣٢/أ]

وكيف لا يكون كذلك والإمام يقول في المريضة التي يؤذيها الجماع، لا تُسلم إليه إذا طلبها خشيةً من ذلك، مع أن النفس قد ينفر من جماعها المفقود ههنا الذي لأجله خالفه الإمام فيه بعض المصنفين كما تقدم^(٥).

نعم في صورة المرض لا تستحق النّفقة على رأيي، وهاهنا يستحقها كما نصّ عليه الشافعي؛ لأن المنع تم من جهتها وهاهنا من جهته^(٦)، ولأجل هذا المعنى قال المصنّف هنا، وفي الوجيز والبسيط: أن لها المنع من الوطاء إن لم تكن قد مكّنته من قبل^(٧).

واعترض عليه فيه الرافعي فقال: إنما يحسن موقعه حيث نقول: لها الامتناع لقبض الصداق، فإذا مكنت مدة بطل حقها من الامتناع^(٨)، ومع ما ذكرناه لا يبقى هذا الاعتراض.

(١) انظر: نهاية المطلب ٤٨١/١٥.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٣) الأم ٩٨/٥.

(٤) مختصر المزني ٣٣٨/٨.

(٥) انظر: ص ١٥٢، من هذه الرسالة، نهاية المطلب ٤٥١/١٥.

(٦) الأم ٩٨/٥.

(٧) انظر: الوجيز ١٢٠/٢، البسيط ص ٣٠٨.

(٨) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦٤/١٠.

نعم إيراده يفهم أمرين: أحدهما: أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون قد قبضت الصداق أو^(١) هو مؤجل أو لا؟، وفي حالة القبض، والتأجيل لا يؤخذ مما ذكرناه من المعنى، فلا يتّجه الجزم بالامتناع من التمكين من الوطاء مطلقاً لعقد العلة المذكورة^(٢).

والثاني: أن لها الامتناع سواء قلنا: يجب ملازمة المسكن أم لا؟^(٣)، وليس مع جواز الامتناع لها خلاف في وجوب ملازمة المسكن، بل لا يجب جزماً كما قررناه^(٤)، وبالجمله فإذا عُرِف المأخذ أمكن رد الكلام إليه، ولا يدفع ذلك من أن يجري في الحبس في المنزل، والتمكين من الوطاء تفريعاً على عدم الفسخ بما^(٥) سنذكره تفريعاً عليه في مدة الإمهال؛ لأنه لا يظهر فرق بينهما، والله أعلم^(٦).

وقوله: (وعلى قول ثبوت الفسخ) إلى آخره، أراد به أننا إذا قلنا: بثبوت حق الفسخ بالإعسار، ووجوب الإمهال ثلاثة أيام كما هو الأصح، والجديد^(٧)، فهل ينحل عنها حق الحبس أم لا؟^(٨).

وما صدر به كلامه هو ما نصّ عليه في المختصر، فقال: ولا تمنع المرأة في الثلاث من أن تخرج فتعمل، أو تسأل، فإن لم تجد نفقتها خيّرت^(٩)، كما وصفت في هذا القول^(١٠). وعلى ذلك جرى جمهور الأصحاب رحمهم الله^(١١) ورجحه^(١٢).

(١) في (ج) " وهو " .

(٢) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦٤/١٠ .

(٣) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦٤/١٠ .

(٤) انظر: ص ٣٦٦، من هذه الرسالة .

(٥) في (ج) " ما " .

(٦) انظر: ص ٣٧٠، من هذه الرسالة، كفاية النبيه ٢٣٢/١٥ .

(٧) انظر: روضة الطالبين ٧٧/٩ .

(٨) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦٣/١٠، البسيط ٢٠٨/٢ .

(٩) نهاية اللوحة ٢٦٣، من (ج) .

(١٠) مختصر المزني ٣٣٨/٨ .

(١١) انظر: روضة الطالبين ٧٨/٩ .

(١٢) في (ج) " وصحّته " .

إنّا على هذا القول نراعي في النّفقة المقابلة للحبس، والاستمتاع، ومع مراعاة ذلك لا يجوز التسليط على استيفاء أحد المتقابلين^(١) مع العلم بالعجز عن الآخر بدون رضا صاحبه، أصله الصداق، والتمن في المبيع إذا كان المشتري مُعسراً لا يجبر البائع على التسليم، وإذا ظهر أن هذه العلة لزم منها أن لا يفرّق في ذلك بين الموسر^(٢) والمعسر كما في الصّدّاق، وسواء كان قد وطّئها أولاً، ويكون لها الامتناع عن تمكينه من الاستمتاع بها، وبه صرح في التهذيب^(٣)، وخالف هذا ما قلناه تفرّيعاً على القول الآخر^(٤)؛ لأنّ المقابلة فيه غير معتبرة، فلذلك لم يلزم طرد حكمها، ووجب العمل بمقتضى القياس^(٥).

وقد حكى الرّافعيّ وجهاً في منعها من الخروج حالة يسرها، أو اكتسابها كما أسلفناه^(٦) وجهها من قبل تفرّيعاً على القول بعدم الفسخ، ووجهها مطلقاً أن يدام الحبس عليها^(٧).

وقول المصنف هاهنا، وفي البسيط: وفيه وجه^(٨) يحتمل أن يريد به الأول، أو الثاني^(٩)، وكلام الإمام يرشد إلى [أن]^(١٠) الأول إذ قال: أن حق الاحتباس ينحلّ عنها في مدة المُهل على الرّأي الظاهر، وإن كانت موسرة، أو محترفة، وفيه شيء بعيد وإن اضطرت إلى الخروج خرجت^(١١).

(١) في (ج) " للمتقابلين " .

(٢) في (ج) " الموسرة " .

(٣) التهذيب ٣٥٩/٦، وانظر: المهذب ٦١٨/٤، الوجيز ١٢٠/٢، فتح العزيز شرح الوجيز ٦٤/١٠ .

(٤) انظر: ص ٣٦٥، من هذه الرسالة .

(٥) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦٣/١٠، البسيط ٢٠٨/٢ .

(٦) انظر: ص ٣٦٤، من هذه الرسالة، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٩/١٠ .

(٧) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٩/١٠ .

(٨) انظر: المهذب ٦١٨/٤ .

(٩) انظر: البسيط ٣٠٨/٢ .

(١٠) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) .

(١١) انظر: نهاية المطلب ٤٨١/١٥ .

كيف فرض الإمام، والمذكور في الحاوي وعليه جرى في البحر: أن لها أن تخرج لتكتسب لنفقتها بعمل، أو مسألة، ولم يكن للزوج منعها، وإن وجدت من المال كفايتها؛ لأنه لما تعذر عليها اكتساب النّفقة من الزوج جاز لها أن تكتسبها من غيره، وكذا لو قدرت على الاكتساب في منزله بغزل، أو خياطة لم يكن له منعها من أن تخرج لتعمل غيره؛ لأنه لا يستحق الحجر عليها في أنواع الاكتساب هذا في النهار^(١).

وأما الليل فعليها أن ترجع فيه إلى منزل الزوج؛ لأنه زمان الإيواء دون العمل، والاكتساب فإن أراد الاستمتاع بها مُكِّن منه في الليل دون النهار، ولا تكون بامتناعها عنه نهاراً ناشرة، وكانت حقها من استحقاق النّفقة، وتكون بامتناعها عنه ليلاً ناشرة، و فارق هذا الأمة حيث لا يستحق النّفقة إذا سُلمت ليلاً دون النهار على الصحيح من المذهب في المجرد، وغيره؛ لأن الامتناع من جهتها، وهو هاهنا من جهته، قال: والحكم كذلك فيما إذا رضيت بالمقام معه على [اعتباره]^(٢).

و حكي الرّافعي عن صاحب التهذيب، وغيره في هذه الصورة أنه لا يلزمها التّمكن من الاستمتاع، وأن لها الخروج من المنزل، وهو قياس ما أسلفناه عن التّهذيب في صورة الكتاب^(٣). وعقب الرّافعي ذلك بأنها: إذا لم تمنع نفسها منه ثبت في ذمته ما يجب على المعسر من الطعام وغيره، وهو صحيح، ومفهوماً بها إذا امتنعت^(٤) نفسها منه لا تستحق ذلك، وهو صحيح إذا منعه^(٥) ليلاً ونهاراً^(٦).

قال الرّافعي: فلا كلام في أنها لا تستحق النّفقة لمدة الامتناع، ولم يصر ذلك ديناً عليه^(٧).

(١) انظر: الحاوي ٤٦٠/١١، بحر المذهب ٤٧٢/١١.

(٢) ما بين المعقوتين في "إعساره" وهذا هو الصواب، كما في الحاوي ٤٦٠/١١.

(٣) انظر: ص ٣٧٠، من هذه الرسالة، وانظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٩/١٠، الوجيز ١٢٠/٢.

(٤) في (ج) "منعت".

(٥) في (ج) "منعته".

(٦) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦٠/١٠.

(٧) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٦٠/١٠.

قلتُ: بل للكلام فيه مجال يتلقى مما أسلفناه من أن الفسخ بعد انقضاء الثلاث يكون بنفقة اليوم الرابع يضمّمهُ استحقاق النّفقة في الثلاث لوجب أحد أمرين: إما الفسخ بنفقة اليوم الرابع بمفرده^(١) قبل استقرارها، وفيه ما أسلفناه^(٢)، أو عدم تسليطها على الفسخ إلا أن يكون قد مكنت في الأيام الثلاث، ولم يصرح أحد بما^(٣) يظنُّ باشتراط ذلك، وهو يدلُّ على أنه غير معتبر^(٤).

وكيف يعتبر، وقد نصَّ الشّافعيّ على استحقاقها عند امتناعها من تسليم نفسها؛ لأجل الصّدق لكونه امتناع بحق^(٥)، وهذا كما يرد على الرّافعيّ يرد على الماوردي أيضاً، وإن تخيّل في الفرق أن النّفقة في مقابلة التمكين، فإذا منعه قصداً سقط مقابله، ولا كذلك في الصّدق لأن الامتناع منه جاء تبعاً.

قلنا: باب / المقابلات بالأعواض، إذا لوحظ لم يختلف السُّقوط فيه بين أن يحصل التعذر ٣٣٣/أ قصداً، أو ضمّنا لفوات المقابل بالعوض في الحالين^(٦)، والله أعلم.

(١) في (ج) " مفردة " .

(٢) انظر: ص ٣٣٤، من هذه الرسالة.

(٣) في (ج) " مما " .

(٤) انظر: ص ٢٣٨، من هذه الرسالة، وانظر: الوجيز ١٢٠/٢، الوسيط ٢٢٥/٦ .

(٥) انظر: الأم ٩٨/٥ .

(٦) ولكن قال الإمام: ((النفقات الدارة لا تجري مجرى الأعواض على التحقيق، وإنما هي كفاية في مقابلة ارتباط المرأة بحياة الزوجية)) . نهاية المطلب ١٥ / ٤٤٦ .