

(الباب الثالث في الإعسار بالنفقة)

قال: (الباب الثالث في الإعسار^(١) بالنفقة، وفي ثبوت حق الفسخ به قولان: أحدهما: [نعم]^(٢) كما يثبت بفوات الاستمتاع بالجِبِّ^(٣)، والعُنة^(٤) بل أولى؛ لأن لها طلبُ النفقة دون الوقاع، ولأن الحياة لا تبقى بغير القوت، وتبقى دون الوقاع^(٥)).

والثاني لا؛ لأن النفقة تابعة، ومقصود النكاح الاستمتاع، ولا يتعين الزَّوج للنفقة إذ يحل لها ما لها، ولا وجه للاستمتاع إلا من جهته^(٦).

لما كان النكاح يوجب على الرجل الإنفاق، وعلى المرأة التمكين من الاستمتاع، والحبس في قيد الزَّوجية في مقابلتها، وفرَّع من الكلام فيما يُسقط الوجوب على الرجل، شرع في بيان ما يسقط الوجوب عن المرأة أيضاً، وأدرج فيه الإعسار بالصدِّاق؛ لأن الحَصْم استدللَّ به^(٧).

والمراد بالنفقة التي ترجم الباب بالإعسار بها: الطَّعام، والإدام، ونفقة الخادم، وغير ذلك كما بيَّناه من قبل^(٨).

وقوله: (وفي ثبوت حق الفسخ به) أي: بأصل النفقة، لا كلِّ فرع منها كما سيأتي تفصيله وقد بينا أن مثل ذلك جائز، قال الله تبارك وتعالى: ﴿ وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ

(١) الإعسار: ضد الايسار. لسان العرب: ٤/٥٦٣، مختار الصحاح: ١/١٨١.

(٢) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج) " يثبت " والصواب ما أثبتته من الوسيط ٦/٢٢٢.

(٣) الجِبِّ: القطع، ومنه المجبوب الخصي الذي استؤصل ذكره، وخصيته. انظر: المعرب في ترتيب المعرب ١/٧٤، شرح حدود بن عرفة ص ١٦٨، الصحاح ١/٩٦.

(٤) العُنة: بضم النون، إِسْمٌ مِنْ عَنَّ يَعْنِي، وهو عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع، والعنين: العاجز عن الجماع لمرض، وشرعا: من لا يقدر على جماع فرج زوجته لما نعه منه ككبر سن، أو سحر، أو مرض. انظر: الدرر المختار ٣/٤٩٤، القاموس الفقهي ١/٢٦٣، المعجم الوسيط ٢/٦٣٣، أنيس الفقهاء ١/٥٨.

(٥) الوقاع: بكسر الواو هو: الجماع. انظر: بحار الأنوار ٥/٩٦.

(٦) الوسيط ٦/٢٢٢.

(٧) أي: الذين يقولون أن الفسخ لا يثبت للزوجة بالإعسار، وهم الحنفية، ومن معهم. انظر: الهداية شرح البداية: ٢/٤١، البحر الرائق: ٤/٢٠٠، الدر المختار: ٣/٥٩٠.

(٨) انظر: ص ١٩٤، من هذه الرسالة.

مِنْ طِينٍ ﴿ ١٠ 〉 ثُمَّ جَعَلَتْهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ﴿ ١١ 〉 وليس المجعول نطفة كالمخلوق من السلالة.

والقولان فيه مذكوران في كتب المراوذة^(٢)، والمنصوص منهما في المختصر هاهنا^(٣) وفي الإملاء، والقديم الأول، وكذا نص عليه، كما قال القاضي^(٤)، [وغيره]^(٥) [في عشرة]^(٦) النساء^(٧).

ثم قال فيه : وقد قيل: لا خيار للمرأة في [عُسرة]^(٨) الزَّوْج بالنِّفَقَة، وقد رأيت في الأم في آخر الباب فقال: قال الشَّافِعِيّ: وقد قيل لا خيار للمرأة في [عُسرة]^(٩) الزَّوْج بالنِّفَقَة، وتُحْلَى تطلب على نفسها^(١٠).

وفي النهاية: أن الشَّافِعِيّ قال في تحريم الجمع^(١١) لا يثبت حق رفع النكاح^(١٢)

(١) سورة المؤمنون آية (١٢ - ١٣).

(٢) المراد بالمراوذة : هم الخراسيون لا أهل مرو فقط، كما قاله بن الملقن، وقد علل لذلك بقوله: ((لأن أكثر الخراسانيين من مرو وما والاها)) قال: ((فإن أريد بـ (ما ولاها) باقي مدن خراسان كهرة وبلخ ونيسابور فهو صحيح إن شاء الله، أما إذا أريد بذلك أن أكثر الخراسانيين من مدينة مرو بذاتها، فهذا خلاف الواقع فإن مرو ليست كبرى مدن خراسان)) . انظر: العقد المذهب في طبقات حملة المذهب، لابن الملقن ٢١٦، مقدمة نهاية المطلب ١٢٥.

(٣) انظر: مختصر المزني ٣٣٨/٨.

(٤) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٤٩/١٠.

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج).

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٧) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٤٩/١٠، المذهب ١٥٤/٣، البيان ٢٢٠/١١.

(٨) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج) " عشرة " والصواب ما أثبتته. انظر: الأم ٩٩/٥.

(٩) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج) " عشرة " والصواب ما أثبتته. انظر: الأم ٩٩/٥.

(١٠) انظر: الأم ٩٩/٥.

(١١) في (ج) " الجميع ".

(١٢) انظر: نهاية المطلب ٤٥٩/١٥.

واختلف الأصحاب لأجل ذلك في المسألة: فمنهم من قال: في المسألة قولان له، كما أوردهما المصنّف^(١)، وهو أظهر عند القاضي الحسين، وقال في كتاب الأسرار: أنهما دالان على أن له قولين في الجديد، في أن التّفقّة تجب بإزاء التمكين برأ وصلة، ولا يستند إلى العقد كما قاله أبو حنيفة^(٢)^(٣)، واحتمل [كلّ]^(٤) من الأمرين^(٥).

ونصّه^(٦) على القولين في الفسخ بالإعسار دليل على الأمرين، فجُعلا أصلاً للقولين، والقولان دليل عليهما إذ لا بد لكل فرع من أصل يخرج عليه، فلما نصّ في الفرع على القولين عُلم [عليه]^(٧) ضرورة أن له في الأصل [قولان]^(٨)^(٩).

ومنهم من قال: بل هي على قول واحد، وهو الذي نصّ عليه في عامة كتبه، ومقابله محكي عن مذهب الغير، وهذا هو الذي أورده العراقيون^(١٠)، وابن داوود، والماوردي^(١١)، وصاحب الكافي، وقال ابن كج، والرويانى : أنه أظهر^(١٢).

فإذا تقرر ذلك عدنا إلى توجيه القولين، وقد استدلل الشافعي في المختصر بقوله تعالى:

(١) انظر: ص ٢٦٧، من هذه الرسالة، الوسيط ٦/٢٢٢.

(٢) أبو حنيفة: هو النعمان بن ثابت بن زوطى، الإمام، الفقيه، المجتهد، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، ولد سنة ثمانين ومات ببغداد سنة خمسين ومائة وهو ابن سبعين سنة ١٥٠ هـ. انظر: سير أعلام النبلاء ٦/٣٩٠، الوافي بالوفيات ٢٧/٨٩، وفیات الأعيان ٥/٤٠٥.

(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٤/٦، العناية شرح الهداية ٤/٣٨٩.

(٤) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج).

(٥) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٤٩.

(٦) في (أ) " ونفيه ".

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٨) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج) " قولين " والصواب ما أثبتته، لأنه خبر أن.

(٩) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٤٩، المهذب ٣/١٥٤، البيان ١١/٢٢٠، المجموع ١٨/٢٦٧.

(١٠) أي: من الشافعية. انظر: الشامل ص ٥٣، الحاوي ١١/٤٥٤.

(١١) انظر: الحاوي ١١/٤٥٤.

(١٢) انظر: بحر المذهب ١١/٤٧٣، فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٤٩، روضة الطالبين ٩/٧٢.

﴿ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾^(١) وقوله عليه [الصلاة] ^(٢) السلام: (اِبْدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ)^(٣).
تَعُولُ^(٣).

فقال: لَمَّا دَلَّ الكتاب، والسنة على أن حق المرأة على الزَّوج أن يُعُولَهَا، احتمل أن لا يكون له أن يستمتع بها، ويمنعها حقها، ولا يَحْلِيهَا تتزوج من يغنيها، وأن يَحْيِرَ بين مقامها معه، وفراقه^(٤).

وكتب عمر رضي الله عنه إلى أُمراءِ الأَجْنَادِ^(٥) فِي رِجَالٍ غَابُوا عَنْ نِسَائِهِمْ يَأْمُرُهُمْ أَنْ يَأْخُذُوهُمْ بِأَنْ بَأَنْ يُنْفِقُوا، أَوْ يُطَلِّقُوا، فَإِنْ طَلَّقُوا بَعَثُوا بِنَفَقَةٍ مَا حَبَسُوا^(٦).

وسئل ابن المسيب^(٧) عن الرَّجُل لا يجد ما ينفق / على امرأته، قال: يفرق بينهما، قيل [٣١٤/أ]

(١) سورة النساء آية ٣ . للعلماء في معنى قوله تعالى: ﴿ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ ثلاثة أقاويل: أحدها: أَلَّا يَكْثُرَ مَنْ تَعُولُونَ، وهو قول الشافعي. والثاني: معناه أَلَّا تَضْلُوا، وهو قول ابن إسحاق، ورواه عن مجاهد. والثالث: أَلَّا تَمِيلُوا عن الحق وتجوروا وهو قول ابن عباس، وقتادة، وعكرمة. انظر: النكت والعيون ٤٥٠/١، زاد المسير ٣٦٩/١.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ١١٢/٢، كتاب الزكاة، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى، رقم الحديث ١٤٢٦، ١٤٢٦، وأخرجه مسلم ٦٩٢/٢، كتاب الزكاة، باب الابتداء في النَّفَقَةِ بالنفس ثم أهله ثم القربة، رقم الحديث ٩٩٧. ومعنى، وابدأ بمن تعول: أي: لا تضيّع عيالك، وتفضل على غيرهم. عون المعبود ٦٤/٥، وانظر: الفائق في غريب الحديث ٧٨/٣، والنهاية في غريب الحديث ٣٢١/٣.

(٤) انظر: المختصر ٣٣٨/٨.

(٥) الأجناد: جمع جنديٍّ وجمعه جنود، وهم الأعوان، والأنصار، والعسكر، والمراد المدن، وقيل أها الخمسة: دمشق، وحمص، وقنسرين، والأردن، وفلسطين، وقيل: المراد أهل الديوان. انظر: تاج العروس ٥٢٤/٧، لسان العرب ٣/ ١٣٢، المطلع على ألفاظ المنع ٢٦١/١.

(٦) أخرجه الشَّافِعِيُّ في مسنده ٢٦٧/١، وابن أبي شيبة في مصنفه ٢٣٥/١، والبيهقي في السنن الكبرى ٧٧٢/٧، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، رقم الحديث ١٥٧٠٦، قال بن الملحن رحمه الله في خلاصة البدر المنير ٢٥٧/٢: ((رواه الشَّافِعِيُّ في مسنده بإسناد صحيح على شرطه))، وقال بن حجر في بلوغ المرام ٣٤٩/١: ((أخرجه الشَّافِعِيُّ ثم البيهقي بإسناد حسن)) وقال الألباني رحمه الله: في إرواء الغليل ٢٣٠/٧ ((صحيح)).

(٧) هو: سعيد ابن حزن بن أبي وهب، الإمام، العلم، أبو نُجْدٍ القرشي المخزومي، عالم أهل المدينة، وسيد التابعين التابعين في زمانه، ولد: لسنتين مضتا من خلافة عمر رضي الله عنه-. وقيل: لأربع مضين منها، بالمدينة،

له: سنة، قال: سنة، قال الشّافعي: والذي يشبه قول ابن المسيب سنة أن يكون سنّة رسول الله ﷺ^(١).

وهذا الأثر قد أخرجه الدّراقطني^(٢) من حديث حمّاد بن سلمة^(٣) عن سعيد ابن المسيب^(٤).

ولفظه في الأم أبسط من ذلك إذ قال: دلّ الكتاب ثم السنّة أن على الرّجل أن يعول امرأته، فلما كان من حقّها عليه أن يعولها، ومن حقه أن يستمتع بها^(٥)، ويكون الكل^(٦) على كل ما للزوج على المرأة [وللمرأة]^(٧) على الرّزوج، احتمل أن لا يكون للرجل أن يمسك المرأة

رأى عمر، وسمع عثمان، وعلياً، وزيد بن ثابت، وأبا موسى، وسعداً، وعائشة، وأبا هريرة، وابن عباس، ومُحمّد بن سلمة، وأم سلمة، وخلقا سواهم، واختلف في وفاته، فقيل: توفي سنة ٩٤، وقيل: غير ذلك. انظر: سير أعلام النبلاء ١٢٤/٥، تذكرة الحفاظ ٤٤/١.

((١)) انظر: المختصر ٣٣٨/٨.

(٢) هو: عليّ بن عمّار بن أحمد، أبو الحسن البغدادي الدّارقطنيّ، الإمام الحافظ المجود، علم الجهابذة، المقرئ المحدث، من أهل محلة دار القطن ببغداد، سمع من: أبي القاسم البغوي، وأبي بكر بن داود، وخلقا كثيرا سواهما، توفي ٣٨٥هـ. انظر: سير أعلام النبلاء ٤١٤/١٣، الوافي بالوفيات ٢٣١/٢١، طبقات الشّافعية ٤٦٢/٣.

(٣) هو: حماد بن سلمة بن دينار البصري الإمام، القدوة، أبو سلمة البصري، النحوي، البزاز، الخرقى، البطائني، مولى آل ربيعة بن مالك، وابن أخت حميد الطويل سمع ابن أبي مليكة - وهو أكبر شيخ له - وأنس بن سيرين، ومُحمّد بن زياد القرشي وغيرهم، توفي سنة ١٦٧هـ. انظر: تذكرة الحفاظ ١٥١/١، سير أعلام النبلاء ٤٤٤/٧.

(٤) أخرجه الدارقطني ٤٥٥/٤، كتاب النكاح، باب المهر، رقم الحديث ٣٧٨٣، قال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير ٢٥٥/٢: ((رواه الشافعي، والبيهقي، بإسناد صحيح))، وقال النووي رحمه الله في المجموع ٢٦٨/١٨: ((وهذا مرسل قوي)).

(٥) في (ج) " منها " .

(٦) في الأم ٩٨ / ٥ " لكل " .

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) وأثبتته من (ج) وهذا هو الصواب.

فيستمتع بها، ويمنعها غيره تستعين به، ويمنعها أن تضطرب في الدار^(١)، وهو لا يجد ما يعولها به، فاحتمل إذا لم يجد ما ينفق عليها أن تُخَيَّر المرأة بين المقام معه، وفراقه^(٢).

قال الشّافعيّ : فأحتسب^(٣) عمر - والله تعالى أعلم - لم يكن [بحضرته]^(٤) لهم أموالاً^(٥) [وإلا]^(٦) يأخذ منها نفقة نسائهم، فلذلك كتب إلى أمراء الأجناد يأخذوهم بالنّفقة إن وجدوها، والطلاق إن لم يجدوها^(٧).

وقال البيهقي في أثناء كلامه: أن الشّافعيّ قال: أن أحداً من الصحابة لم يخالفه^(٨).
واستدلّ الأصحاب مع ذلك بما رواه حمّاد بن سلمة عن عاصم بن يزيد^(٩) عن أبي صالح^(١٠) عن أبي هريرة^(١١)، أنه عليه السلام^(١٢) سئل عن الرّجل لا يجد ما ينفق على امرأته،

(١) في الأم ٩٨/٥، " في البلاد " .

(٢) انظر: الأم ٩٨/٥ .

(٣) في الأم ٩٨/٥ " فأحسب " .

(٤) ما بين المعقوفين في (أ) " يختصر " وهذا هو الصواب. كذا في الأم ٩٨/٥ .

(٥) في (ج) أم لا .

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من (أ) .

(٧) انظر: الأم ٩٨/٥ .

(٨) لم أقف على قول البيهقي رحمه الله تعالى، وقال أبو بكر الدميّاطي: ((قال الشّافعيّ رحمه الله: ولا أعلم أحداً من الصحابة خالفهم)). حاشية إعانة الطالبين ١٠٦/٤ .

(٩) هو: عاصم بن يزيد العُمري يزوي عن بن عُيَيْنَةَ وسليم بن مُسلم ومُجد بن غيث مولى لآل عمر قال بن حبان " ربما أغرب " . الثقات لابن حبان ٥٠٦/٨، لسان الميزان ٣٢١/٣ .

(١٠) هو: ذكوان السمان صالح بن أبي صالح، ويكنى أبو عبد الله، مولى التوأمة بنت أمية خلف الجمحي ثقة ثبت، مات سنة ١٠١ هـ. انظر: الطبقات الكبرى ١٤٩/١ .

(١١) هو: عبد الرحمن بن صخر الدوسي رحمه الله، الإمام، الفقيه، المجتهد، الصحابي المشهور بكنيته اختلف في اسمه واسم أبيه، فقيل: كان اسمه في الجاهلية عبد الشمس، فغير، وقيل: غير ذلك، توفي رحمه الله ٥٧ هـ، وقيل: ٥٩ هـ. انظر: الاستيعاب ١٧٦٨/٤، سير أعلام النبلاء ٥٧٨/٢ .

(١٢) في (ج) عليه الصلاة والسلام.

قال: (يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا)، أخرجه الدار قطني، والبيهقي.^(١)

قال الرَّافِعِيُّ: ويروى من أعسر بنفقة امرأته فرق بينهما^(٢)، ومن جهة المعنى بما في الكتاب وجعلوا للأولوية وجهاً آخر وهو: أن الاستمتاع مشترك بينهما، والنَّفَقَة تختصُّ بها، فإذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن المشترك فالخالص أولى^(٣).

وبعضهم^(٤) استدل له: بأن النَّفَقَة أمر مقصود بكل نكاح فثبت الخيار بفقده كالاستمتاع^(٥). وقصد بالقيد المذكور الأحرار عن الزيادة عن نفقة المعسر، وعن نفقة الخادمة^(٦).

(١) أخرجه الدارقطني في السنن الصغير ١٨٧/٣، كتاب النكاح، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، رقم الحديث ٣٧٨٣، والبيهقي في السنن الكبرى ١٧٠/٧، كتاب النكاح، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، رقم الحديث ١٥٧٠٩ عن إسحاق بن منصور أخبرنا حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي ﷺ، قال ابن أبي حاتم في علل الحديث ١١١/٤ - ٢١١: ((سألت أبي عن حديث رواه إسحاق بن منصور، قال أبي: وَهَمَّ إِسْحَاقُ فِي اخْتِصَارِ هَذَا الْحَدِيثِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْحَدِيثَ إِنَّمَا هُوَ: عَاصِمٌ عَنْ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: (اِبْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ، تَقُولُ امْرَأَتُكَ... أَنْفَقْ عَلَيَّ أَوْ طَلِّقْنِي) فتأول هذا الحديث))، وقال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق ٤٥٦/٤: ((هو حديثٌ منكّرٌ، وإِنَّمَا يَعْرِفُ هَذَا مِنْ كَلَامِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، كَذَا رَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ، وَقِيلَ لِابْنِ الْمُسَيَّبِ: سُنَّةٌ، قَالَ: سَنَةٌ))، قال الذهبي رحمه الله في تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق ٢٢٥/٢: ((وَهُوَ مُنْكَرٌ))، وضعفه الألباني رحمه الله في إرواء الغليل ٢٦٩/٧.

(٢) والرواية هي رواية الشافعي عن أبي الزناد عن سعيد ابن المسيب، قال الرافعي: قال الشافعي رحمه الله: الذي يشبه قول ابن المسيب رحمه الله أنه سنة رسول الله ﷺ. انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٤٩/١٠.

(٣) انظر: الحاوي ٤٥٦/١١، البسط ٢٩٦/٢، البيان ٢٢١/١١.

(٤) منهم الماوردي وابن الصباغ والرافعي. انظر: الشامل لابن الصباغ ٥٣، والحاوي ٤٥٦/١١، فتح العزيز شرح الوجيز ٤٩/١٠.

(٥) انظر: الشامل لابن الصباغ ص ٥٣، الحاوي ٤٥٦/١١.

(٦) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٤٩/١٠.

وقال البيهقي: بأن الشّافعي^(١) تمسك فيه أيضا: بأن الخادم الزّمن^(٢) إذا عجز عن نفقته يباع عليه، فعن ملكه بذلك أولى^(٣)، واستدلّ للقول الآخر بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^{(٤)(٥)}.

ومن جهة المعنى [بأنه]^(٦) لما لم يثبت له الخيار بنشوزها وعجزها/^(٧) عن التمكين، فكذلك لا يثبت لها بعجزه عن مقابله، والفرق بينها وبين فوات الاستمتاع، وليس طريق إليه من غير الزّوج، فتعين لها الفسخ طريقاً لتحصيله بطريقه، ولا كذلك النّفقة فإن لها طريقين في تحصيلها من غير الزّوج بالاكتساب^(٨) - والإيهاب^{(٩)(١٠)}.

قال الإمام : والذي يشهد لكون النّفقة تابعة كونها غير معقود عليها^(١١).

ما استدل به الشّافعي من أثر عمر غير شاهد له؛ لأنه ظن أنه مفروض في حال عسرتهم، والأثر [دال]^(١٢) على أن لهم يسار، [ألا ترى]^(١٣) إلى قول عمر: (فَإِنْ طَلَّقُوا بَعَثُوا

(١) في (ج) " أن الشّافعي "

(٢) الزّمن: الفعل منه: زَمَنَ يَزِمُنْ زَمْنًا وَزَمْنَةً والجمع: الزّمنى في الذّكر والأنثى، والزّمانة ضعف لكبر سن أو طول علة، والزّمن هو المقعد الذي لا حرفة له، والرجل الزمن: هو الذي مرض مرضا يدوم طويلاً. انظر: العين ٣٧٥/٧، تهذيب اللغة ١٠٣/٩ معجم الوسيط ٤٠١/١، لسان العرب ١٩٩/١٣.

(٣) انظر: الحاوي ٤٥٦/١١، انظر: التعليقة لأبي الطيب ص ٧٦ .

(٤) سورة البقرة آية ٢٨٠.

(٥) انظر: الحاوي ٤٥٥/١١، النجم الوهاج ٢٦٧/٨.

(٦) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج) " بأن " والصواب ما أثبتته.

(٧) نهاية اللوحة ٢٤٨، من (ج).

(٨) في (أ) " بالاكتياف "

(٩) الإيهاب: من أوهب يوهب إيهاباً، ويقال: أوهب له الشيء أمكنه أن يأخذه ويناله. انظر: المعجم الوسيط ١٠٥٩/٢، لسان العرب ٨٠٤/١.

(١٠) انظر: الحاوي ٤٥٥/١١.

(١١) انظر: نهاية المطلب ٤٥٩/١٥.

(١٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(١٣) ما بين المعقوفتين في (أ) " والأقوى " والصواب ما أثبتته من (ج).

بنفقةٍ ما^(١) حبسوا) وذلك لا يكون إلا مع يسار، ولو قيل: في الكلام تقدير، لاندفع به الاستدلال، وإذا بطل الاستدلال بأثر عمر، بطل بخبر سعيد بن المسيب؛ لأنه مرسل^{(٢)(٣)}.

وفي الجديد إنما يكون حجة [إذ أفضل مأخذ أمور]^(٤): من حملها قول الصحابي، أو موافقة القياس، والقياس يقتضي المنع كما أسلفناه، ولم يبق للأول إلا التمسك بالمفهوم^(٥) من الآية^(٦) والخبر^(٧)، [و] هو ضعيف، وبخبر حماد بن سلمة^(٨)، والصحيح من القول عند الجمهور^(٩) الأول وفيه جزم في الخلاصة^(١٠)، وقال في الوجيز أنه الأظهر^(١١)، وإن سكت هنا، وفي البسيط عن ترجيحه^(١٢)، وعن الروياني أنه حكى عن جده أنه قال: بعدم الفسخ أفتى^(١٣)، والله أعلم .

(١) ما بين المعقوفتين في (أ) " بنفقتها " والصواب ما أثبتته من (ج) .

(٢) المرسل: هو الذي يرويه المحدث بأسانيد متصلة إلى التابعي، فيقول التابعي: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . انظر: معرفة علوم الحديث ٢٥/١، نزهة النظر ١٠٦/١ .

(٣) انظر: الحاوي ٤٥٦/١١ .

(٤) ما بين المعقوفتين هكذا في (أ) و (ج) ولم أفهم مراده .

(٥) المفهوم هو ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق. انظر: بيان المختصر شرح مختصرين الحاجب ٤٣١/٢، مذكرة أصول الفقه ١٠٦/١ .

(٦) أي: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ دُوعُسْرَةٌ فَنُزْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ سورة البقرة آية ٢٨٠ .

(٧) أي: حديث " أبدأ بنفسك ثم بمن تعول " . انظر: ص ٢٧٠، من هذه الرسالة .

(٨) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج) .

(٩) وهو قوله عليه السلام : (يفرق بينهما) . انظر: ص ٢٧٣، من هذه الرسالة .

(١٠) أي: جمهور الشافعية .

(١١) انظر: الخلاصة ص ١٥٢ .

(١٢) انظر: الوجيز ١٢٠/٢ .

(١٣) انظر: البسيط ص ٢٩٥ .

(١٤) انظر: بحر المذهب ٤٧٣/١١، فتح العزيز شرح الوجيز ٤٩/١٠ .

قال : (فإن قضينا بثبوت الفسخ وجبت النظر في أطراف) أي: خمسة كما سنبينها، وإنما وجب النظر فيها؛ لأن كل إعسار^(١) لا يثبت، وكذا كل معجز عنه لا يثبت، وإذا ثبت فحكمه يختلف باختلاف صفته، ويحتاج إلى معرفة وقته، ومعرفة من يتعاطاه، [والله أعلم]^(٢).

قال : (الطَّرْفُ الأوَّل في العجز [و]^(٣) هو أن لا يملك مالا، ولا يقدر على الكسب، فإن ملك ولكن منع، وعجزت المرأة، والقاضي عن أخذ ماله، فطريقان: منهم من طرد القولين؛ لأجل الإضرار^(٤) [حاصل]^(٥)، ومنهم من قال: [لا]^(٦) لأنّ هذا ظلم، ظلم، وليس بعيب، فكأنّ منشأ الخلاف: أن هذا الفسخ لنقص الزّوج وعيبه، أو لتضررها بالنّفقة، وإن لم يملك شيئا ولكن قدر على الكسب، وقلنا: يجب عليه الكسب لأجل الزّوجة على رأيي، فهو كالغني الممتنع^(٧))

ما صدر به الطرف تفسير العجز المنفق على أنه يُثبِتُ الفسخ إذا رأيناه، وفي معناه ما إذا كان ماله غائبا في مسافة القصر، أو عجز عن الكسب بسبب مرض يزيد به على ثلاثة أيام، أما لو نقص السفر، ومدة المرض عن ذلك فلا فسخ؛ لعدم تأكّد الضرر^(٨).

و وراء ذلك صورتان في الكتاب، الأولى: إذا كان قادرا مانعا، وعُجز عن أخذ النّفقة من ماله لإخفائه، وفي معناها إذا سافر فاستصحب ماله كله معه^(٩).

كان الأحسن بالمصنّف أن يقول في حكاية الخلاف: فمنهم من قال [لها]^(١٠) الفسخ، ومنهم من قال لا! كما فعله الفوراني؛ لأن الأطراف الذي ما نحن فيه منها مفرّعة على القول

(١) في (ج) (الإعسار) .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج) .

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج) .

(٤) في (ج) " لأن الإضرار " و في الوسيط ٢٢٢/٦ " لأن الضرر حاصل " .

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) و (ج) وأثبتته من الوسيط ٢٢٢/٦ .

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) و (ج) وأثبتته من الوسيط ٢٢٢/٦ .

(٧) الوسيط ٢٢٢/٦ .

(٨) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٠/١٠، حاشية البجيرمي ١٠١/٤ .

(٩) انظر: الحاوي ٤٥٧/١١، البسيط ٢٩٦/٢، فتح العزيز شرح الوجيز ٢٢٢/١٠ .

(١٠) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج) .

بثبوت حق الفسخ، فلا يحسن مع ذلك أن يقول فمنهم من قال قولان^(١).

وبالجملة قد بين مأخذ الخلاف، ولكل وجه مما أسلفناه من الأدلة، فإن أثر عمر يدل على أن العجز عن الوصول إلى المال مع وجوده لا يثبت الفسخ، ألا تراه أمر الأمراء بأن يأمرهم بعد الطلاق بنفقة ما حبسوا، ولم يفسخ عليهم، وإن كان التعذر عليها في الحال بائنا، ويؤيده أن ظاهر الخبر يُفهم إناطة الفسخ بالإعسار^(٢)، وهو مفقود، ولكن ما أشار إليه الشافعي من المعنى موجود، وحقيقة الخلاف يرجع إلى أن الاعتبار باللفظ، والمعنى.

ولنا في مثل ذلك قولان: فإن أنطناه^(٣) باللفظ فاللفظ ورد في الإعسار، وإن أنطناه بالمعنى فالمعنى حصول الضرر لها، وهو/ موجود، و تحيل أن ذلك عيب في الزّوج بعيد^(٤).

[٣١٥/أ]

و استأنس له بقول بعض الأصحاب، أن المشتري إذا هرب قبل تسليم الثمن كان للبائع الفسخ^(٥).

والأصح عند القاضي الحسين، وأتباعه أنه لا يثبت لها الفسخ^(٦)، وكذا قال ابن داوود، وقال: أن مقابله هو الذي يفهمه كلام المزني^(٧).

وفرق البغوي، و القاضي الحسين بين غيبته، وغيبة المال وحده، فإن الزّوج حال غيبته قادر على الأداء وتعذر الوصول من جهة المرأة، وفي حال غيبة المال فقط العجز عن الإنفاق من جهة الزّوج فلذلك سلطت عليه^(٨).

والذي اختاره القاضي أبو الطيب في التعليق في الغيبة مع اليسار ثبوت الفسخ^(٩)،

(١) وتقريبا مثل الفوراني فعل الرّافعي. انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٠/١٠.

(٢) انظر: ص ١٨٧. من هذه الرسالة.

(٣) أي: علقناه. انظر: العين ٤٥٥/٧، تهذيب اللغة ٢٢/١٤.

(٤) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٠/١٠.

(٥) انظر: نهاية المطلب ١٧٤/٥، فتح العزيز شرح الوجيز ٢٤٦/٨.

(٦) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٠/١٠، روضة الطالبين ٧٢/٩.

(٧) انظر: مختصر المزني ٣٣٨/٨.

(٨) انظر: التهذيب ٣٥٨/٦، روضة الطالبين ٧٢/٩.

(٩) انظر: التعليقة للقاضي أبي الطيب ص ٩٦ باب " الرجل لا يحد نفقة ".

وإليه مَيُّلُ ابن الصباغ^(١)، وكلام المصنّف يشير إلى أنّها لو قدرت على خلاص الحق بدون الفسخ لم تفسخ جزماً، وكلام الرّافعي يدل على خلافه^(٢) فإنه علل وجه المنع: بأنّها قادرة على على خلاص حقها بالطلاق^(٣).

والذي دعا المصنّف إلى ذلك: أن الإمام حكى الطريقتين في حال امتناعه، ثم قال: وعندي أن محلها إذا لم يقدر على خلاص الحق بالطلاق، ولا يأخذها طائفة من ماله، فإن قَدِرَتْ على ذلك لم يثبت لها الفسخ^(٤).

قلت: وللمسألة التفات على الخلاف في مسألة الظفر عند القدرة على الخلاص بالحاكم لوجود التنبيه، وستعرف خلافاً فيه، وكيف قُدِّرَ الخلاف، وقال الرُّويّاني، وصاحب العدة، وهو ابن أخيه^(٥): أن المصلحة الفتوى به، وكان وجهه أن المال إذا كان غائباً بمفرده ثبت لها في السفر^(٦).

لكن ابن الصباغ، وطائفة: منهم الماوردي، على أنه إذا كان الزَّوج حاضراً، وهو موسر ممتنع^(٧)، ولم يقدر الحاكم على أخذ ماله أنّها لا تفسخ، ويحبس كما يحبس من مطلق، وهو يقدر على أدائه^(٨).

وأنه إذا كان غائباً، وليس له مال حاضر ففي استحقاقها الفسخ وجهان: الذي عليه الأكثر كما قال الماوردي: لا! وكان الفرق أنه يغلب على الظن عند حضوره الوفاء بالحق

(١) انظر: الشامل ص ٥٧.

(٢) في (ج) " يشير إلى خلافه ".

(٣) قال الرّافعي رحمه الله: ((ولا تكلف أن تصبر وتحمل الضرر، وهو اختيار القاضي الطبري)) فتح العزيز شرح الوجيز ٥٠/١٠.

(٤) انظر: نهاية المطلب ٤٦٠/١٥.

(٥) في (ج) و هو ابن أخته، وهذا هو الصواب. انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٠/١٠.

(٦) انظر: بحر المذهب ٤٧٣/١١، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٠/١٠.

(٧) في (ج) " يمتنع ".

(٨) وهو الأصح عند الشافعية. انظر: الشامل ص ٥٧، الحاوي ٤٥٧/١١، البيان ٢٢٤/١١، روضة الطالبين ٧٢/٩.

حذرا من تطويل العقوبة عليه فلا يكون المحذور مظلونا، ولا كذلك عند غيبته^(١)، وبذلك يحصل ثلاثة أوجه، ثالثها يثبت لها عند الغيبة دون الحضور^(٢).

وقد سلك المصنّف في فتاويه في حال غيبة الزّوج، وهو [أنه]^(٣) موسرّ طريقاً آخر، فقال: إن قدر الحاكم على الاستقراض عليه فليفعل، وإن لم يثق بإعادة القرض، وكانت المدة تطول في المكاتبه، ورأى الفسخ أصوب كان له ذلك^(٤)، وهذا [حيث] ^(٥) عن الجواب؛ لأن كل كل مسألة يَخْتَلَفُ فيها، إذا رأى الحاكم أحد المسلكين فيها أصوب تعيّن عليه فعله^(٦).

وعلى الخلاف في حال الغيبة يخرج ما لو غاب، وانقَطَعَ خبره، ولم يعرف حاله، فعلى الأول لا يثبت لاحتمال يساره، وهو ما قال المصنّف في كتاب العدد أنه أصح القولين^(٧)، وعلى الثاني يثبت لأن الضرر ثابت، و لا جرم، قال في التهذيب، والكافي: أن الأصح عدم الثبوت بناء على طريقة^(٨).

وقوله: (وإن لم يملك) إلى آخره، هو ما أورده في البسيط أيضاً^(٩)، وأشار إليه في الوجيز بقوله: والقادر على الكسب^(١٠) كالقادر بالمال^(١١)

والذي رأيته في النهاية^(١٢): أن الرجل إذا كان كسوباً، ولم يكن ذا مال فامتنع من

(١) انظر: الحاوي ٤٥٧/١١.

(٢) انظر: البيان ٢٢٤/١١، روضة الطالبين ٧٢/٩.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج).

(٤) انظر: الفتاوى للغزالي ص ٩١.

(٥) ما بين المعقوفتين غير مفهوم في (أ) و (ج) وإنما هو: (ح ي هـ) هكذا " حيه " ولعل الأقرب للصواب ما أثبتته نظراً للسياق، والله أعلم.

(٦) انظر: أسنى المطالب ٤٤١/٣.

(٧) انظر: الوسيط ١٤٨/٦.

(٨) انظر: التهذيب ٣٥٧/٦.

(٩) انظر: البسيط ٢٩١/٢.

(١٠) في (ج) " بالكسب ".

(١١) انظر: الوجيز ١١٩/٢.

(١٢) نهاية اللوحة ٢٤٩ من (ج).

الاكتساب فهذا إعسار بالنّفقة على التحقيق^(١)، وكنت أقول لعل في النسخة سقم، وأن ما في في الكتاب هو الصواب، وإنا إذا أوجبنا عليه الاكتساب قدرنا على تحصيله بالإجبار عليه كما يجبر^(٢) على أداء المال الذي أخفاه، و حينئذ يأتي فيه الوجهان، والأصح أنه لا فسخ، أما إذا قلنا: لا يجب الاكتساب فالإعسار محقق إذا لم يكتسب، ثم رأيت كلام الإمام عند التّحدث في وجوب الاكتساب فعلمت أن النسخة صحيحة، وأن الصواب ما ذكره الإمام^(٣) كما سأبينه ثم إن شاء الله تعالى^(٤).

وقد ذكر الأصحاب هنا فروعاً فلنذكر منها ما تيسر:

فمنها: إذا كان للزوج دين مؤجل على إنسان لا يملك سواه فلها الخيار، إلا أن يكون الأجل قريباً، وحد القريب: ما لا يقطع فيه مسافة القصر^(٥)، وإن كان أحال على معسر فلها الخيار، وإن كان [أحال]^(٦) على مليء^(٧) حاضر فلا، وإن كان على مليء غائب، قال الماوردي: ففيه وجهان كما لو كان الزّوج غائباً، وهو موسر^(٨).

قلت : وهذا يبطل لو صحّ ما حكيناه عن البغوي، والقاضي من الفرق^(٩)؛ لكن في صحته نظراً، فإنه لا يتعارض عما إذا كان مال الزّوج غائباً عنه في مسافة القصر، وهو حاضر، فإن لها الخيار جزمًا، اللهم إلا أن يكون محل الوجهين فيما نحن فيه، وما خرّج عليه فيما إذا كان غائباً في مسافة لا يقصر فيها الصلاة^(١٠).

(١) انظر: نهاية المطلب ١٥/٤٦٠.

(٢) في (ج) " كما يجبره " .

(٣) انظر: نهاية المطلب ١٥/٥٢٢، التهذيب ٦/٣٥٨.

(٤) انظر: ص ١٩٥، من هذه الرسالة.

(٥) انظر: التهذيب ٦/٣٥٨، الحاوي ١١/٤٥٩، المجموع شرح المذهب ١٨/١٧٣.

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) و (ج) و أثبتته من عندي لتستقيم به العبارة.

(٧) مليء : أي الغني. انظر: غريب الحديث والأثر ٤/٣٥٢، المصباح المنير ٢/٥٨٠.

(٨) انظر: الحاوي ١١/٤٥٩.

(٩) انظر: ص ٢٧٨، من هذه الرسالة.

(١٠) انظر: الحاوي ١١/٤٥٩، تحفة المحتاج ٨/٣٣٨.

ومنها: لو كان^(١) يكتسب في يوم ما يكفي ثلاثة أيّام لا يكتسب يومين، أو ثلاثة، ثم يكتسب في يوم ما يكفي الأيام الماضية، فلا خيار؛ لأنه ليس بمعسر، ولا يُشَقُّ الاستدانة لما ينفق في التأخير اليسير^(٢).

وكذلك الحكم في [الفساخ]^(٣) الذي يفسخ في الأسبوع يوماً تفي أجرته بنفقة الأسبوع^(٤) الأسبوع^(٥) كما قاله الماوردي عن أبي إسحاق، وأورد المثال^(٥) لذلك في مسافة القصر أن لها الخيار، وقد يمكن إحضاره فيما دون الأسبوع، والوجه التسوية^(٦).

قلت : والماوردي حيث ذكر المسألة صوّرها بما إذا شرع في الفسخ، ووجّه الحكم: بأنه في حكم الواجد لنفقتها، وإن تأخرت فينفق من الاستدانة لإمكان القضاء^(٧).

ومن هذا يجوز أن نتخيل الجواب، إذا إقراض الحاضر متيسر، ولا كذلك إحضار من يغيب لاحتضار^(٨) المال، أو يوجد من هذا أن محل الفسخ بغية المال في مسافة القصر إذا لم يشرع في إحضاره، أما إذا شرع في احتضاره فلا.

أو يقال حكم القدرة بالكسب مخالفة لحكم القدرة بالمال، ويشهد له أنه لو مرض، وتعطل عليه الكسب في مقدار مسافة القصر، ولم ينته إلى ثلاثة أيام فلا فسخ لها، ولو كان

(١) في (ج) " لو كانت " .

(٢) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥١/١٠، التهذيب ٣٥٧/٦.

(٣) ما بين المعقوفتين في (أ) " الفسخ "، والصواب ما أثبتته، والمراد في الفسخ: هو النساج الذي ينسج ينسج الثياب، من الفسخ وهو القطع، وقيل ذلك للنساج لأنه يقطع الثوب ثم ينسجه. انظر: تهذيب اللغة ٢٣٩، تاج العروس ٣١٩/٧.

(٤) وذكر الرَّافِعِيّ هذه المسألة في فتح العزيز شرح الوجيز ٥١/١٠، فقال: ((وكذلك الحكم في النساج النساج الذي ينسج في الأسبوع ثوبا تفي أجرته بنفقة الأسبوع))، وكذا في الحاوي ٤٥٨/١١، والبيان ٢٢٢/١١.

(٥) في (ج) " الثالث " .

(٦) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥١/١٠، التهذيب ٣٥٧/٦.

(٧) انظر: الحاوي ٤٥٨/١١.

(٨) في (ج) " الإحضار " .

ماله غائباً في مسافة القصر ثبت لها^(١).

بل كلامهم قد اختلف في ضبط / القدرة بالكسب ألا تراهم قالوا في انفساخ ما ذكرناه [٣١٦/أ] عنهم، وفي المريض المكتسب أن مرضه إن زاد على ثلاثة أيام ثبت لها الفسخ^(٢).

فلو كان لا بد من رد بعض الصُّور إلى بعضٍ فيما نحن فيه لكان رد المريض إلى الانفساخ^(٣) أو الانفساخ^(٤) إلى المرض متعين، وبالجمله فكأنهم في ذلك لاحظوا العرف فيما يؤثر الضرر بحسب القرب، والبعد، وإمكان الضبط، وعدمه^(٥).

وقد رأيت في كلام ابن داوود ما يقتضي تقييد قول أبي إسحاق بما إذا طلب الزَّوج الإمهال ليعمل، ويدفع^(٦)، وسأذكره عند الكلام في تعجيل الفسخ، وتأخير^(٧)، والله أعلم .

ومنها: إذا كان يكتسب في بعض الأسبوع ما يكفيه لجميعه، فتعذر عليه العمل في بعض الأسابيع لعارض قال في التتمة: ثبوت الخيار^(٨).

قلت: ويشبه أن يكون كما لو كان الصانع لا يجد من يستعمله، ففي الحاوي^(٩) أن ذلك إن عدَّ نادراً فلا خيار لها، وإن كان غالباً ثبت لها الخيار^(١٠).

وإن لوحظ في الفرق: أن في الصورة التي ذكرها المتولي يتعطل عليها النّفقة أسبوعاً، ولا

(١) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥١/١٠، التهذيب ٣٥٨/٦، المجموع شرح المذهب ٢٧١/١٨.

(٢) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥١/١٠، الحاوي ٤٥٨/١١.

(٣) في (ج) " إلى الفساخ " وهذا هو الصواب ، والله أعلم.

(٤) في (ج) " إلى الفساخ " وهذا هو الصواب. انظر: ص ١٩٤.

(٥) قال الماوردي رحمه الله: ((كالصانع إذا مرض، فلم يقدر على العمل، فينظر في مرضه، فمن كان مرجو الزوال بعد يوم، أو يومين، فلا خيار لها، وإن كان بعيد الزوال، فلها الخيار)).

الحاوي ٤٥٨/١١، وانظر: المجموع شرح المذهب ٢٦٨/١٨، فتح العزيز شرح الوجيز ٥١/١٠.

(٦) انظر: الإقناع للشربيني ٤٨٨/٢، نهاية الزين ٣٣٨.

(٧) انظر: ص ٣٢٧، من هذه الرسالة.

(٨) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥١/١٠.

(٩) في (ج) " وفي الحاوي ".

(١٠) انظر: الحاوي ٤٥٨/١١.

يلزم ذلك فيما ذكره الماوردي، قلنا: تعذر النّفقة أسبوعاً غير مؤثر عندهم ^(١) كما ذكرناه ^(٢).

ومنها لو كان للزوج عليها دين فأذن لها في جعله في نفقتها، أو قلنا: بالتقاضي لو لم يصدر منه ذلك، فإن كانت مليئة فلا خيار لها؛ لبراءة ذمته منها، وكذا لو أذن لها في الإنفاق منه لا خيار لها كما قاله صاحب الكافي والتهذيب ^(٣)، وعليه جرى الرّافعي ^(٤).

وفيه نظر؛ لأنه يوهّم سبب عدم الثبوت إذنه لها في الإنفاق منه، وليس هو كذلك، بدليل أنه لو كان له غيرها، ولم يأذن فيه كان الحكم كذلك، ولو كانت معسرة ثبت لها الخيار كما لو كان الدين على معسر غيرها، أو قدرتها بالنّفقة لا يخرجها عن الإعسار، كما لا يخرج القادر على نفقته ^(٥) بها عنه، ولا فرق بين أن يقول بالتقاضي، أو لا ! لأن هذا المقدار لا يجب يجب صرفه في الدين، وإنما يجري التقاضي فيما يجب صرفه فيه ^(٦).

ومنها: لو تبرع شخص بالنّفقة، فإن كان عليها لم يسقط خيارها لما فيه من المنّة عليها، وإن كان متبرعاً بها عن الزّوج، فإن سلّمها إليه ثم للزوج، فتسلّمها إليها فلا خيار، كما صرح به في الكافي، وإن أعطاه إياها عنه ثبت لها الخيار على الأصح في [كتاب] ^(٧) التهذيب ^(٨).

(١) الإمام الجويني رحمه الله تعالى فصل في هذه المسألة، ثم قال في النتيجة: ((والآن، لا ضبط، ولا موقف موقف ينحصر الفكر فيه، فإن قيل: هل من ضبط فيما يتجدد له من مال؟ قلنا: إن كان بحيث يغلب على الظن التبّلغ به عند فرض تصرف فيه من غير أن يقال: هذا ينقطع لا محالة إلى مدة كذا، فهذا نقيض الإعسار بالنّفقة، وإن كان ذلك القدر ينقطع لا محالة، فهو ملتحق بالفتوح، وقد يكون ما يفتح على الإنسان ليوم، وقد يكون لأسبوع، فهذا منتهاه)) . نهاية المطلب ٤٧٢/١٥.

(٢) انظر: ص ٢٨٣، من هذه الرسالة.

(٣) انظر: التهذيب ٤٥٨/٦.

(٤) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٢/١٠.

(٥) في (أ) " نفقة " .

(٦) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٢/١٠، التهذيب ٤٥٨/٦، المجموع شرح المذهب ٢٦٨/١٨.

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) .

(٨) انظر التهذيب ٣٥٨/٦.

ومقابلته هو الذي ذكره المصنّف في الفتاوى^(١)، وهو الذي يظهر صحته، إذ لا منّة يلحقها فيه^(٢).

وقال الرّافعيّ : إن الأظهر الأول، كما لو كان له دين على شخص فترع عنه شخص بأدائه لا يلزمه قبوله وقال: إن الخلاف يجوز أن يوجّه بأن الفسخ لنقصان الرّوّج، وتعيينه بخراب ذمته، أو لتضررها بتعذر النّفقة كما وجه بالمعنيين الخلاف فيما إذا كان الرّوّج غائباً وهو موسر^(٣).

والوجهان جاريان: فيما لو ضمن أجنبي النّفقة بغير إذن الرّوّج، وصح ضمانه، لكن لها المطالبة به، ولو لم يصح لم يخف أنه إذا أدّى كالمترع، ولو كان الضمان بإذنه لم يفسخ وجهاً واحداً؛ لأن الضامن بالإذن في أداء المال كالمضمون، كذا قاله المتولي^(٤).

وكذلك الحكم كما لو لم يؤدّ أيضاً من النّفقة، وكان مليئاً^(٥) حكاة القاضي، وفي [كتاب]^(٦) التهذيب وجه في ثبوت حق الفسخ لها^(٧).

والخلاف في الحقيقة يرجع إلى أن علة الفسخ تضررها، ولو كان الإعسار^(٨) عيباً فيه، فعلى الأول: لا يثبت، وعلى الثاني: يثبت لأن ضمانه بما هو عاجز عنه لا يزيل عنه الناشئ من ذلك^(٩)، والله تعالى أعلم.

(١) انظر الفتاوى ص ٩٢.

(٢) ولعدم تضررها بفوات النّفقة. انظر: روضة الطالبين ٧٣/٩، التهذيب ٣٦٠/٦.

(٣) وهو الذي صححه النووي. انظر: روضة الطالبين ٧٣/٩، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٢/١٠.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٧٣/٩، التهذيب ٤٥٨/٦.

(٥) اشرح معنى الكلمة.

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٧) وقال: ((والأول أصح)) التهذيب ٣٥٧/٦.

(٨) في (ج) " وإذن الإعسار ".

(٩) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥١/١٠.

قال: (الطَّرْفُ الثَّانِي: في المعجُوز عنه، وهو القوتُ بجملته، أما^(١) الأُدم^(٢) فالعجز عنه لا يسلِّطُ على الفسخ في الظاهر، وفي الكسوة^(٣) والمسكن وجهان؛ لأنَّ النفس تبقى بدوئهما^(٤)، ولكنَّهما مقصودان [لا]^(٥) كالإدام؛ لأنَّه تابع،/^(٦) وكذلك في الإعسار بنفقة بنفقة الخادم الوجهان، والإعسار بالمهر لا يوجب الفسخ، لكن لها منع نفسها إن لم تُمكن مرةً فإن^(٧) مكَّنت سقط حق حبسها، وقيل: بطرد القولين في المهر، وهو بعيد، أما الإعسار بنفقة ما مضي فلا يوجب الفسخ، بل هو دين مستقر في ذمته فرضه القاضي أو لم يفرضه أعني به ما يجب فيه التملك فإن الامتناع لا يمكن تدارك فائته، وقال أبو حنيفة: النّفقة لا تستقرُّ في الذمة إلا بفرض القاضي كنفقة الأقارب)^(٨).

ما صدر به الفصل متفق عليه لوجود علة الفسخ السالفة فيه إذ مراده بالقوت الحب، وما قام مقامه من أقط^(٩)، وغيره وهو المعبر عنه في بعض المواضع بالطعام. واحترز بقوله: (بجملته) عما إذا قَدِرَ على نصف صاع، وسيأتي الكلام فيه^(١٠).

(١) في الوسيط ٢٢٣/٦، " فأما " .

(٢) الأُدم : بالضم جمع إدام وهو: ما يؤكل مع الخبز لتطيبه أي شيء كان. انظر: لسان العرب ٩/١٢، النهاية في غريب الحديث ٣١/١، طلبه الطلبة ٦٩/١.

(٣) الكِسوة: بالضم والكسر: الثوب، وكساه ألبسه، والكساء بالكسر، جمع أكسية، وبالفتح المجد والشرف والرفعة. انظر: لسان العرب: ٢٢٣/١٥، مختار الصحاح: ٢٣٨، القاموس المحيط: ١٧١٢.

(٤) في (ج) " دونهما "، وكذا في الوسيط ٢٢٣/٦.

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) والذي أثبتته من (ج)، والصواب إثباته. انظر: الوسيط ٢٢٣/٦.

(٦) نهاية اللوحة ٢٥٠ من (ج)

(٧) في (ج) " وإن " .

(٨) الوسيط ٢٢٣/٦.

(٩) الأقط: الأقط والإقط والأقط: شيء يتخذ من اللبن المخيض يطبخ ثم يترك حتى يمس،

ويجف والقطعة منه أقط. انظر: العين ١٩٤/٥، لسان العرب ٢٥٧/٧، مختار الصحاح

١٩/١.

(١٠) انظر: ص ٢١٩، من هذه الرسالة.

وقوله : (أما الإِدام^(١)) إلى آخره، المراد بالظاهر الظاهر من المذهب؛ لأنه قال في المختصر والأُم: وإن وَجَد نفقتها، ولم يَجِد نفقة خادمها لم تخير؛ لأنها تُماسِكُ بنفقتها، وكانت نفقة خادمها ديناً عليه، [ومتى أيسر أخذ به^(٢)، ووجه الدلالة منه أنه يملك المنع بكونها مَماسِكُ بنفقتها]^(٣)، وهذا موجود في الأُم^(٤).

ولا جرم قال بعدم الفسخ بسبب، شيخاً الطّريقين^(٥) أبو حامد الاسفرائيني^(٦)، والقفال والقفال المروزي، وأتباعهما، والأصل فيه أنه تابع، والحياة تبقى بدونه، وفارق القوت؛ لأنها لا تَبقى بدونه^(٧). ومقابل الظاهر وجه محكي عن الداركي^(٨)، واختيار الروياني أن لها الخيار؛ لأن لأن الصبر على الخبز البحث دائماً مضرٌّ فيعسر الصبر عليه^(٩).

وتوسط في الحاوي فقال إن كان قوتها [ينساغ]^(١٠) للفقراء أَكَله على الدوام بغير أدم لم يفسخ، وإن كان لا [ينساغ]^(١١) أَكَله على الدوام إلا بإدام فَسَخَتْ^(١٢).

(١) كذا في النسختين، ولكن الذي ذكره هو في المتن، وما ذُكر في الوسيط ٢٢٣/٦، " الأدم".

(٢) انظر: المختصر ٣٣٨/٨.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٤) انظر: الأُم ٩٨/٥.

(٥) المراد بشيخي الطريقين في المذهب الشافعي هما ما ذكرهما المؤلف رحمه الله تعالى، الشيخ أبو حامد الاسفرائيني، والشيخ أبو بكر القفال المروزي. انظر: شرح مشكل الوسيط ٥٠٠/٣.

(٦) هو: أحمد بن أبي طاهر، أبوحامد الاسفرائيني، الفقيه الشّافعيّ ثم البغدادي تفقه على أبي الحسن بن المرزبان ثم على أبي القاسم الداركي، وأخذ عنه الفقهاء، والأئمة ببغداد كالقاضي أبو الطيب الطبري، وغيرهم. توفي ٤٠٦ هـ. انظر: وفيات الأعيان ٧٢/١، طبقات الشّافعيّين ٣٤٥/١.

(٧) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٢/١٠.

(٨) هو: عبد الله بن عبد الله بن مُجَدُّ أبو القاسم الداركي، أحد الأئمة، وشيخ الشّافعيّة بالعراق تفقه على على أبي إسحاق المروزي، وعليه تفقه الشيخ أبوحامد الإسفرائيني، توفي ٣٧٥ هـ رحمه الله. انظر: وفيات الأعيان ١٨٨/٣، سير أعلام النبلاء ٣٨٥/١٢.

(٩) انظر: بحر المذهب ٤٧٤/١١، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٢/١٠.

(١٠) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج) " يتسارع " والصواب ما أثبتته، كما في الحاوي ٤٥٧/١١، والله أعلم.

(١١) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج) " يتسارع " والصواب ما أثبتته كما في الحاوي ٤٥٧/١١، والله أعلم.

(١٢) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٢/١٠، الحاوي ٤٥٧/١١.

وقوله: (وفي الكسوة، والمسكن وجهان) إلى آخره، قد أشار إلى مأخذ الوجهين بأحسن عبارة، وإنهما جاريان مع جزيّنا على ظاهر [المذهب]^(١) في الإدغام؛ لأجل ما ذكره من الفرق^(٢).

لكن ما علل به الشافعيّ المنع^(٣) من / الفسخ بنفقة الخادم موجود في الأمرين، فإن الحياة [٣١٧/أ] الحياة تبقى بدون الكسوة، ولا بد للإنسان من مكان يكون فيه، فإن أرض الله واسعة^(٤).

والأصح عند طائفة منهم القاضي الروياني، والرافعيّ مقابله^(٥)، وهو اختيار الشيخ أبي علي وبه جزم ابن الصباغ فيهما، لأن الكسوة لا صبر عليها لتقيها من الحرّ والبرد، وكذلك المسكن^(٦)، وتوسط صاحب الكافي والتهذيب، فقالا: لها الفسخ بالكسوة^(٧).

وفي المسكن وجهان : الأصح، لا!^(٨) وهو ما يُحكى عن الشيخ أبي حامد سماعاً؛ لأنها لا تعدم [مسجدا]^(٩)، أو موضعاً مباحاً^(١٠)(١١).

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج).

(٢) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٢/١٠.

(٣) انظر: الأم ٩٨/٥.

(٤) قال الرافعيّ رحمه الله : ((وفيه وجه آخر؛ لأنها ليست من ضرورات الخلقة، ويقال: إن من الناس صنفا لا يلبسون الثياب، والظاهر الأول)) فتح العزيز شرح الوجيز ٥٣/١٠.

(٥) انظر: بحر المذهب ١١ / ٤٧٤، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٣/١٠.

(٦) انظر: الشامل لابن الصباغ ص ٥٤.

(٧) انظر: التهذيب ٦/٣٥٧.

(٨) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٣/١٠، المجموع شرح المذهب ٣/١٥٤.

(٩) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ) (ج)، والصواب ما أثبتته من فتح العزيز شرح الوجيز ٥٣/١٠، لأن به تستقيم المعنى.

(١٠) المراد بالمسجد هنا هو: المساجد العامة للمسلمين وساحتها، والمراد بالموضع المباح هو: الأرصفة العامة وأماكن الجلوس والطرقات ونحوها. والله أعلم.

(١١) قال النووي رحمه الله تعالى : ((يثبت الخيار بالإعسار بالكسوة على المذهب، وبالمسكن على الأصح، ولا يثبت بالإعسار بنفقة الخادم على الصحيح المنصوص، لأنه ليس ضروريا)) روضة

الطالبين ٧٥/٩، وانظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٣/١٠، المجموع شرح المذهب ٣/١٥٤.

وسليم في الجرد قال: لا نصّ في المسألة للشافعي، والذي يشبه أن لا يكون لها الخيار، والتأخير بخلافه، قال: الحوالة^(١) على المسجد، كالحوالة في النّفقة على السؤال، وألفاظ السائل، وهذا عندي فيه تساهل لأن المسجد، وغيره لأدّل من جهة أحد فيه، ولا كذلك السؤال، والتقاط السنابل^(٢) لا يكون في كل وقت^(٣).

قال الإمام : ولا فرق في جريان الخلاف في الكسوة بين أن يقول: هي إمتاع أو تمليك^(٤)، وفي البسيط: أن بعض أصحابنا قال: أنه مبني على ذلك^(٥)، وهو غير سديد؛ لأنه لأنه جار في المسكن مع أنه إفتناع قطعاً، نعم! هو مأخوذ منهما من أن الشيخ^(٦) يستند إلى الضرر العظيم، أو إلى فوات مستحق كيف ما كان^(٧)، والله أعلم.

وقوله : **(وكذلك في نفقة الخادم الوجهان)** قد عرفت أن المنصوص منهما أنه لا خيار لها^(٨)، وعليه اقتصر الماوردي، وابن الصباغ، وسليم، والقاضي الحسين، [وطائفة]^(٩) رحمهم

(١) الحوالة: مشتقة من التحوّل، والانتقال وهو: تنقل الحق من ذمة، إلى ذمة، يقال: أحلت فلانا بما له علي، وهو كذا درهماً، على فلانٍ لي عليه كذا درهماً، والمراد: الحوالة اللغوية وهي الإحالة على إمكانية تحول الزوجة عند عدم وجود السكن لها من قبل زوجها إلى المسجد. انظر: لسان العرب ١١/١٩٠، التعريفات للجرجاني ١/٩٣، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ١/٦٠٠.

(٢) السنابل: جمع سنبله، وهو الزرع، وقد سنبل الزرع أي خرج سنبله، ومنه قوله تعالى: (سبع سنابل في كل سنبله مائة حبة). انظر: مختار الصحاح ١/١٤١.

(٣) قال الرافعي رحمه الله تعالى : ((وهو اختيار الشيخ أبي علي)) . فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٥٣، مغني المحتاج ٥/١٩٧.

(٤) انظر: نهاية المطلب ١٥/٤٦٣.

(٥) انظر: البسيط ٢/٢٧٦.

(٦) أي: الشيخ أبو علي رحمه الله. انظر: نهاية المطلب ١٥/٤٦٤.

(٧) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٥٥، الوجيز ٢/١١٦، البيان ١١/٢١٧، روضة الطالبين ٦/٤٦٥.

(٨) انظر: ص ٢٨٩، من هذه الرسالة.

(٩) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

الله^(١)، وأُيد بأن الخدمة مستحقة للدعة، والبروز؛ لإمكان قيام المخدمة بها، فجرت مجرى المد الثاني من المستحق باليسار، فإنه لو عجز عنه لم يثبت لها الفسخ به إجماعاً، ذكره الماوردي^(٢)، وجرى على الجزم به غيره كما سنذكره من بعد^(٣).

ومقابلته حكاها الفوراني موجّهاً له: بأن الخادمة شخص تستحق النّفقة بالنكاح، فصار كنفقتها^(٤).

والإمام قال: أن أئمتنا اختلفوا فيه، وهو قريب المأخذ من الاعتبار بالكسوة، والمسكن، فإن ضرر المخدمة يظهر بانقطاع الخدمة عنها^(٥).

فإن قلت: كيف يمكن إطلاق الخلاف وتشبيهه بالكسوة والمسكن، وهو يشعر بترجيح الثبوت، والأصحاب يغلطون في بعض المواضع، القول بشيء إذ النص بخلافه، ولم نر من تعرض لذلك هنا إلا بعض شارحي التنبيه^(٦).

قلت: لأنهم أولوا النص المذكور، إذ في تعليق القاضي الحسين حيث حكى النص، واقتصر عليه، أن مراد الشافعيّ بذلك ما إذا استأجرت من مالها من يخدمها، وإذا كان هذا هو المراد أمكن أن يقال: إذا كان الخادم ملكاً لها، فهو محل الخلاف لكن في كلام الماوردي ما ينازع فيه كما سنذكره آخر الفصل إن شاء الله^(٧)، والله أعلم.

(١) انظر: الحاوي ٤٦١، الشامل لابن الصباغ، ص ٥٧، البيان للعمراني ٢٢٢/١١، المجموع شرح المذهب المذهب ٣٦٧/١٨.

(٢) انظر: الحاوي ٤٦١/١١.

(٣) قال النووي رحمه الله: ((ولا يثبت الإعسار بنفقة الخادمة على الصحيح المنصوص؛ لأنه ليس ضرورياً)). روضة الطالبين ٧٥/٩.

(٤) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٣/١٠.

(٥) انظر: نهاية المطلب ٤٦٤/١٥.

(٦) انظر: كفاية النبيه شرح التنبيه ٢٣٤/١٥.

(٧) انظر: الحاوي ٤٦١/١١.