

المذهب في فقه الإمام الشافعي

باب الخيار في النكاح والرد بالعيب .

إذا وجد الرجل امرأته مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو رتقاء وهي التي انسدت فرجها أو قرناء وهي التي في فرجها لحم يمنع الجماع ثبت له الخيار وإن وجدت المرأة زوجها مجنونا أو مجذوما أو أبرص أو مجبوبا أو عنيئا ثبت لها الخيار لما روى زيد بن كعب بن عجرة قال : تزوج رسول الله (ص) امرأة من بني غفار فرأى بكشها بياضا فقال لها النبي (ص) : [البسي ثيابك والحقي بأهلك] فثبت الرد بالبرص بالخبر وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص لأنها في معناه منع الاستمتاع إن وجد أحدهما الآخر وله فرج الرجال وفرج النساء ففيه قولان : أحدهما يثبت له الخيار لأن النفس تعاف عن مباشرته فهو كالأبرص والثاني لا خيار له لأنه يمكنه الاستمتاع به وإن وجدت المرأة زوجها خصيا ففيه قولان : أحدهما لها الخيار لأن النفس تعاف والثاني لا خيار لها لأنها تقدر على الاستمتاع به وإن وجد أحدهما بالآخر عيبا وبه مثله بأن وجده أبرص وهو أبرص ففيه وجهان : أحدهما له الخيار لأن النفس تعاف من عيب غيرها وإن كان بها مثله والثاني لا خيار له لأنهما متساويان في النقص فلم يثبت لهما الخيار كما لو تزوج عبد بأمة وإن حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار فإن كان بالزوج ثبت لها الخيار لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجودا حال العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد كالإعسار بالمهر والنفقة وإن كان بالزوجة ففيه قولان : أحدهما يثبت به الخيار وهو قوله في الجديد وهو الصحيح لأن ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعده كالعيب في الزوج والثاني وهو قوله في القديم إنه لا خيار له لأنه يملك أن يطلقها .

فصل : والخيار في هذه العيوب على الفور لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور كخيار العيب في البيع ولا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم لأنه مختلف فيه .

فصل : وإن فسخ قبل الدخول سقط المهر لأنه إن كانت المرأة فسخت كانت الفرقة من جهتها فسقط مهرها وإن كان الرجل هو الذي فسخ إلا أنه فسخ لمعنى من جهة المرأة وهو التدنيس بالعيب فصار كأنها اختارت الفسخ وإن كان الفسخ بعد الدخول سقط المسمى ووجب مهر المثل لأنه يستند الفسخ إلى سبب قبل العقد فيصير الوطاء كالحاصل في نكاح فاسد فوجب مهر المثل وهل يرجع به على من غره فيه قولان : قال في القديم يرجع لأنه غره حتى دخل في العقد وقال في الجديد : لا يرجع لأنه حصل له في مقابلته الوطاء فإن قلنا يرجع فإن كان الرجوع على الولي رجع بجميعه وإن كان على المرأة ففيه وجهان : أحدهما يرجع بجميعه كالولي والثاني

يبقى منه شيئاً حتى لا يعري الوطاء عن بدل وإن طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب لم يرجع بالنصف لأنه رضي بإزالة الملك والتزام نصف المهر فلم يرجع به .

فصل : ولا يجوز لولي المرأة الحرة ولا لسيد الأمة ولا لولي الطفل تزويج المولى عليه ممن به هذه العيوب لأن في ذلك إضراراً بالمولى عليه فإن خالف وزوج فعلى ما ذكرناه فيمن زوج المرأة من غير كفاءة وإن دعت المرأة الولي أن يزوجها بمجنون لم يلزمه تزويجها لأن عليه في ذلك عارا وإن دعت إلى نكاح محبوب أو عنين لم يكن له أن يمتنع لأنه لا ضرر عليه في ذلك وإن دعت إلى نكاح مجذوم أو أبرص ففيه وجهان : أحدهما له أن يمتنع لأن عليه في ذلك عارا والثاني ليس له أن يمتنع لأن الضرر عليها دونه .

فصل : وإن حدث العيب بالزوج ورضيت به المرأة لم يجبرها الولي على الفسخ لأن حق الولي في ابتداء العقد دون الاستدامة ولهذا لو دعت المرأة إلى نكاح عبد كان للولي أن يمتنع ولو أعتقت تحت عبد فاختارت المقام معه لم يكن للولي إجبارها على الفسخ .

فصل : إذا ادعت المرأة على الزوج أنه عنين وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه فإن نكل ردت اليمين على المرأة وقال أبو سعيد الاصطخري : يقضي عليه بنكوله ولا تحلف المرأة لأنه أمر لا تعلمه والمذهب الأول لأنه حق نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فردت على المدعي كسائر الحقوق وقوله إنها لا تعلمه يبطل باليمين في كتابة الطلاق وكناية القذف فإذا حلفت المرأة أو اعترفت الزوج أجله الحاكم سنة لما روى سعيد بن المسيب أن عمر B قضى في العنين أن يؤجل سنة وعن علي عليه السلام وعبد الله والمغيرة بن شعبة B هم نحوه ولأن العجز عن الوطاء قد يكون بالتعنين وقد يكون لعارض من حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة فإذا مضت عليه الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية ولم يزل دل على أنه خلقه ولا تثبت المدة إلا بالحاكم لأنه يختلف فيها بخلاف مدة الإيلاء فإن جامعها في الفرج سقطت المدة وأدناه أن يغيب الحشفة في الفرج لأن أحكام الوطاء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه فإن كان بعض الذكر مقطوعاً لم يخرج من التعنين إلا بتغيير جميع ما بقي من أصحابنا من قال : إذا غيب من الباقي بقدر الحشفة خرج من حكم التعنين لأن الباقي قائم مقام الذكر والمذهب الأول لأنه إذا كان الذكر سليماً فهناك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة وإن كان مقطوعاً فليس هناك حد يمكن اعتباره فاعتبر الجميع وإن وطئها في الدبر لم يخرج من حكم التعنين لأنه ليس بمحل للوطاء ولهذا لا يحصل به الإحلال للزوج الأول وإن وطئ في الفرج وهي حائض سقطت المدة لأنه محل للوطاء وإن ادعى أنه وطئها فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه لأنه لا يمكن إثباته بالبينه وإن كانت بكرًا فالقول قولها لأن الظاهر أنه لم يطأها فإن قال الزوج وطئت ولكن عادت البكارة حلفت لجواز أن يكون قد ذهب البكارة ثم عادت .

فصل : وإن اختارت المقام معه قبل انقضاء الأجل ففيه وجهان : أحدهما يسقط خيارها لأنها

رضيت بالعيب مع العلم والثاني لا يسقط خيارها لأنه إسقاط حق قبل ثبوته فلم يصح كالعفو عن الشفعة قبل البيع وإن اختارت المقام بعد انقضاء الأجل سقط حقها لأنه إسقاط حق بعد ثبوته وإن أرادت بعد ذلك أن ترجع وتطالب بالفسخ لم يكن لها لأنه خيار ثبت بعيب وقد أسقطته فلم يجز أن ترجع فيه فإن لم يجامعها حتى انقضى الأجل وطالبت بالفرقة فرق الحاكم بينهما لأنه مختلف فيه وتكون الفرقة فسخا لأنه فرقة لا تقف على إيقاع الزوج ولا من ينوب عنه فكانت فسخا كفرقة الرضاع وإن تزوج امرأة ووطئها ثم عن منها لم تضرب المدة لأن القدرة يقين فلا تترك بالاجتهاد .

فصل : وإن وجدت المرأة زوجها مجبوا ثبت لها الخيار في الحال لأنه عجزه متحقق فإن كان بعضه مجبوا وبقي ما يمكن الجماع به فقالت المرأة لا يتمكن من الجماع به وقال الزوج أتمكن ففيه وجهان : أحدهما أن القول قوله لأن له ما يمكن الجماع بمثله فقبل قوله كما لو اختلفا وله ذكر قصير والثاني وهو قول أبي إسحاق أن القول قول المرأة لأن الظاهر معها فإن الذكر إذا قطع بعضه ضعف وإن اختلفا في القدر الباقي هل يمكن الجماع به فالقول قول المرأة لأن الأصل عدم الإمكان .

فصل : إذا تزوجت المرأة رجلا على أنه على صفة فخرج بخلافها أو على نسب فخرج بخلافه ففيه وجهان : أحدهما أن العقد باطل لأن الصفة المقصودة كالعين ثم اختلاف العين يبطل العقد وكذلك اختلاف الصفة ولأنها لم ترض بنكاح هذا الزوج فلم يصح كما لو أذنت في نكاح رجل على صفة فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة والقول الثاني أنه يصح العقد وهو الصحيح لأنه ما لا يفتقر العقد إلى ذكره إذا ذكره وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر فعلى هذا إن خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار لأن الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة فإن خرج دونها فإن كان عليها في ذلك نقص بأن شرط أنه حر فخرج عبدا أو أنه جميل فخرج قبيحا أو أنه عربي فخرج عجميا ثبت لها الخيار لأنه نقص لم ترض به وإن لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربي فخرج عجميا وهي عجمية ففيه وجهان : أحدهما لها الخيار لأنها ما رضيت أن يكون مثلها والثاني لا خيار لها لأنها لا نقص عليها في حق ولا كفاءة .

فصل : وإن كان الغرر من جهة المرأة نظرت فإن تزوجها على أنها حرة فكانت أمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة ففي صحة النكاح قولان : فإن قلنا إنه باطل فوطئها لزمه مهر المثل وهل يرجع به على الغار فيه قولان : أحدهما لا يرجع لأنه حصل له في مقابلته الوطاء والثاني يرجع لأن الغار ألجأه إليه فإن كان الذي غره غير الزوجة رجع عليه وإن كانت هي الزوجة رجع عليها إذا عتقت وإن كان وكيل السيد رجع عليه في الحال وإن أحبلها ضمن قيمة الولد رجع بها على من غره وإن قلنا إنه صحيح فهل يثبت له الخيار فيه قولان : أحدهما لا خيار له لأنه يمكنه أن يطلق والثاني له الخيار وهو الصحيح لأن ما ثبت به الخيار للمرأة ثبت به الخيار

للرجل كالجنون وقال أبو إسحاق : إن كان الزوج عبدا فلا خيار له قولا واحدا لأنه مثلها والصحيح لا فرق بين أن يكون حرا أو عبدا لأن عليه ضررا لم يرض به وهو استرقاق ولده منها وعدم الاستمتاع بها في النهار فإن فسخ فالحكم فيها كالحكم فيه إذا قلنا إنه باطل وإن قلنا لا خيار له أو له الخيار ولم يفسخ فهو كالنكاح الصحيح فإن وطئها قبل العلم بالرق فالولد حر لأنه لم يرض برقه وإن وطئها بعد العلم بالرق فالولد مملوك لأنه رضي برقه وإن غرته بصفة غير الرق أو بنسب ففي صحة النكاح قولان : فإن قلنا إنه باطل ودخل بها وجب مهر المثل وهل يرجع به على من غره على القولين : فإن قلنا يرجع فإن كان الغرور من غيرها رجع بالجميع وإن كان منها ففيه وجهان : أحدهما يرجع بالجميع كما يرجع على غيرها والثاني يبقى منه شيئا حتى لا يعرى الوطاء عن بدل وإن قلنا إنه صحيح فإن كان الغرور بنسب فخرجت أعلى منه لم يثبت الخيار وإن خرجت دونه ولكن مثل نسبه أو أعلى منه لم يثبت الخيار وإن كانت دون نسبه ففيه وجهان : أحدهما له الخيار لأنه لم يرض أن تكون دونه والثاني لا خيار له لأنه لا نقص على الزوج بأن تكون المرأة دونه في الكفاءة فإن قلنا إن له الخيار فاختار الفسخ فالحكم فيه كالحكم فيه إذا قلنا إنه باطل وإن اختار المقام فهو كما قلنا إنه صحيح وقد بيناه .

فصل : وإن تزوج امرأة من غير شرط يطنها حرة فوجدها أمة فالنكاح صحيح والمنصوص أنه لا خيار له وقال فيمن تزوج حرة يطنها مسلمة فخرجت كتابية أن له الخيار فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين : أحدهما له الخيار لأن الحرية الكتابية أحسن حالا من الأمة لأن الولد منها حر والاستمتاع بها تام فإذا جعل له الخيار فيها كان في الأمة والولد منها رقيق والاستمتاع بها ناقص وأولى والقول الثاني لا خيار له لأن العقد وقع مطلقا فهو كما لو ابتاع شيئا يطنه على صفة فخرج بخلافها فإنه لا يثبت له الخيار فكذلك ههنا وإذا لم يجعل له الخيار في الأمة ففي الكتابية أولى ومنهم من حملها على ظاهر النص فقال له الخيار في الكتابية ولا خيار له في الأمة لأن في الكتابية ليس من جهة الزوج تفريط لأن الظاهر ممن لا غيار عليه أنه ولي مسلمة وإنما التفريط من جهة الولي في ترك الغيار وفي الأمة التفريط من جهة الزوج في ترك السؤال .

فصل : إذا أعتقت الأمة وزوجها حر لم يثبت لها الخيار لما روت عائشة B قالت : أعتقت بريرة فخيرها رسول الله (ص) في زوجها وكان عبدا فاختارت نفسها ولو كان حرا ما خيرها رسول الله (ص) ولأنها لا ضرر عليها في كونها حرة تحت حر ولهذا لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته وإن أعتقت تحت عبد ثبت لها الخيار لحديث عائشة B ولأن عليها عارا وضررا في كونها تحت عبد ولهذا لو كان ذلك في ابتداء النكاح ثبت لها الخيار فثبت به الخيار في استدامته ولها أن تفسخ بنفسها لأنه خيار ثابت بالنص

فلم يفتقر إلى الحاكم وفي وقت الخيار قولان : أحدهما أنه على الفور لأنه خيار لنقص فكان على الفور كخيار العيب في البيع والثاني أنه على التراخي لأنه لو جعلناها على الفور لم نأمن أن تختار المقام أو الفسخ ثم تندم فعلى هذا في وقته قولان : أحدهما يتقدر بثلاثة أيام لأنه جعل حدا لمعرفة الحظ في الخيار في البيع والثاني أن لها الخيار إلى أن تمكنه من وطنها لأنه روي ذلك عن ابن عمر وحفصة بنت عمر Bهما وقول الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وخارجة بن يزيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار Bهم فإن أعتقت ولم تختَر الفسخ حتى وطنها ثم ادعت الجهل بالعتق فإن كان في موضع يجوز أن يخفي عليها العتق فالقول قولها مع يمينها لأن الظاهر أنها لم تعلم وإن كان في موضع لا يجوز أن يخفي عليها لم يقبل قولها لأن ما تدعيه خلاف الظاهر وإن علمت بالعتق ولكن ادعت أنها لم تعلم بأن لها الخيار ففيه قولان : أحدهما لا خيار لها كما لو اشترى سلعة فيها عيب وادعى أنه لم يعلم أن له الخيار والثاني أن لها الخيار لأن الخيار بالعتق لا يعرفه غير أهل العلم وإن أعتقت وهي صغيرة ثبت لها الخيار إذ بلغت وإن كانت مجنونة ثبت لها الخيار إذا عقلت وليس للولي أن يختار لأن هذه طريقة الشهوة فلا ينوب عنها الولي كالطلاق وإن أعتقت فلم تختَر حتى عتق الزوج ففيه قولان : أحدهما لا يسقط خيارها لأنه حق ثبت في حال الرق فلم يتغير بالعتق كما لو وجب عليه حد ثم أعتق والثاني يسقط لأن الخيار ثبت للنقص وقد زال فإن أعتقت وهي في العدة من طلاق رجعي فلها أن تترك الفسخ لانتظار البينونة بانقضاء العدة ولها أن تفسخ لأنها إذا لم تفسخ ربما راجعها إذا قارب انقضاء العدة فإذا فسخت احتاجت أن تستأنف العدة وإن اختارت المقام في العدة لم يسقط خيارها لأنها جارية إلى بينونة فلا يصح منها اختيار المقام مع ما ينافيه وإن أعتقت تحت عبد فطلقها قبل أن تختار الفسخ ففيه قولان : أحدهما أن الطلاق ينفذ لأنه صادف الملك والثاني لا ينفذ لأنه يسقط حقها من الفسخ فعلى هذا إن فسخت لم يقع الطلاق وإن لم تفسخ حكمنا بوقوع الطلاق من حين طلق .

فصل : وإن أعتقت وفسخت النكاح فكان قبل الدخول سقط المهر لأن الفرقه من جهتها وإن كان بعد الدخول نظرت فإن كان العتق بعد الدخول استقر المسمى وإن كان قبله ودخل بها ولم تعلم بالعتق سقط المسمى ووجب مهر المثل لأن العتق وجد قبل الدخول فصار كما لو وجد الفسخ قبل الدخول ويجب المهر للمولى لأنه وجب بالعقد في ملكه وإن كانت مفوضة فأعتقت فاختارت الزوج وفرض لها المهر بعد العتق ففي المهر قولان : إن قلنا يجب بالعقد كان للمولى لأنه وجب قبل العتق وإن قلنا يجب بالفرض كان لها لأنه وجب بعد العتق .

فصل : وإن تزوج عبد مشرك حرة مشركة ثم أسلما ففيه وجهان : أحدهما لا خيار لها لأنها دخلت في العقد مع علمها برقه والثاني وهو ظاهر النص أن لها أن تفسخ النكاح لأن الرق ليس

بنقص في الكفر وإنما هو نقص في الإسلام فيصير كنقص حدث بالزوج فيثبت لها الخيار وإن تزوج العبد المشرك أمة فدخل بها ثم أسلمت وتخلف العبد فأعتقت الأمة وثبت لها الخيار لأنها عتقت تحت عبد وإن أسلم العبد وتخلفت المرأة ففيه وجهان : أحدهما وهو قول أبي الطيب بن سلمة أنه لا يثبت لها الخيار وهو ظاهر ما نقله المزني والفرق بينها وبين ما قبلها أن هناك الأمر موقوف على إسلام الزوج فإذا لم تفسخ لم تأمن أن لا يسلم حتى يقارب انقضاء العدة ثم يسلم فتفسخ النكاح فتطول العدة وههنا الأمر موقوف على إسلامها فأى وقت شاءت أسلمت وثبت النكاح فلم يثبت لها الفسخ والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه يثبت لها الخيار كالمسألة قبلها وأنكر ما نقله المزني .

فصل : إذا ملك مائة دينار وأمة قيمتها مائة دينار وزوجها من عبد بمائة ووصى بعقدها فأعتقت قبل الدخول لم يثبت لها الخيار لأنها إذا فسخت سقط مهرها وإذا سقط المهر عجز الثلث عن عتقها فسقط خيارها فيؤدي إثبات الخيار إلى إسقاطه فسقط .

فصل : وإن أعتق عبد وتحتة أمة ففيه وجهان : أحدهما يثبت لها الخيار كما يثبت للأمة إذا كان زوجها عبدا والثاني لا يثبت لأن رفقها لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته