بالاجماع وكذا اذا كان الخيار له يعطي ايهما شاء لانقطاع المنازعة ولو كانت القيمة العبد بين شرا تصح التسمية ذكره في الغاية ولو
تزوجها على الف حالة او مؤجلة الى سنة ومهر مثلها الف او اكثر فلها الحالة والا فالمؤجلة وعند هما المؤجلة لانها اقل وان
تزوجها على الف حالة او الفين الى سنة ومهر مثلها الاكثر فالخيار لها وان كان كالاقل فالخيار له فيما بينهما يجب مهر المثل عندهما
الخيار له لوجوب الاقل عندهما قال او على فرس او حمار يجب الوسط او قيمته يعني تزوجها على فرس او حمار يعني
معناه تزوجها على فرس فقط فانه يخير بين ان يسلم اليها فرسا وسطا وبين ان يسلم اليها قيمته وكذا اذا تزوجها على حمار فقط وهكذا
الحكم في كل حيوان ذكر جنسه دون نوعه واما اذا تزوجها على فرس او حمار يعني التردد بينهما فالجواب فيها كالجواب في
المسئلة الاولى من تحكيم مهر المثل عنده ووجوب الاقل عندهما ولو تزوجها على حيوان ولم يبين جنسه بان تزوجها على دابة بطل
التسمية ووجب مهر المثل لتفاحش الجهالة وقال الشافعي يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح
مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما عقد معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه بمنزلة التزام المال ابتداء حتى لا يفسد
بمطلق الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين لان الجنس يشتمل على الجيد والرديء
والوسط ذو حظ من الجانبين لانه دون الارفع فوق الادنى فكان اعدل من ايجاب مهر المثل لان جهالة مهر المثل اكثر لانه جهالة في
الجنس وما نحن فيه جهالة في النوع وليس من الحكمة ان ينقض شيء لاجل الجهالة ثم يصار الى ما هو اكثر جهالة منه ولا يمكن القياس
على البيع لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة لكونه مبنيا على المماكسة والمضايقة بخلاف النكاح لانه مبني على المسامحة والمساهلة
لان المقصود منه غير المال بخلاف البيع وهذا لان المعقود عليه ليس بمال فيكون بمنزلة التزام المال ابتداء كالنذور وغيرهما على
ما تقدم يدل عليه عموم قوله عليه السلام العلائق ما تراضى عليه الاهلون رواه ابو بكر النجاد وغيره فيعمل به ما امكن ثم الاصل
فيه ان كل جهالة دون جهالة مهر المثل لا تمنع صحة التسمية وكل جهالة مثل جهالة مهر المثل او فوقها تمنع التسمية وجهالة مهر
المثل جهالة جنس هكذا ذكره في الغاية وقال في النهاية كل جهالة هي نظير جهالة مهر المثل لا تمنع صحة التسمية وجهالة الوصف
نظير ذلك وانما يتخير الزوج بين دفع المسمى وبين دفع قيمته وايهما ادى تجبر المراة على قبوله لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت
اصلا ايفاء والعين اصل تسمية فيميل الى ايهما شاء قال رحمه الله وعلى ثوب او خمر او خنزير او على هذا الخل فاذا هو خمر او على
هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل لان هذه الاشياء لا تصلح عوضا للجهالة او لحرمتها شرعا وجملة ما ذكره هنا ثلثة انواع
نوع مبطل لجهالة المسمى كالثوب ونوع لحرمته شرعا ونوع لكونه على خلاف المشار اليه اما الاول فمعناه انه ذكر الثوب ولم يزد عليه
ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس شتى كالحيوان ولو سمى جنسا بان قال هروي او مروي تصح التسمية ويجب الوسط
ويخير الزوج لما بينا في الحيوان وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وفي شرح المختار يجب
تسليم الثوب لان موصوفه يجب في الذمة بخلاف الحيوان وقال ابو يوسف ان ذكر له اجلا يجبر على تسليمه لان مؤجله يثبت في الذمة
محتما كما في السلم وان لم يذكر له اجلا يخير وعن ابي حنيفة مثله ولو تزوجها على مكيل او موزون غير الدراهم والدنانير فان ذكر جنسه
وصفته يجبر على تسليمه لان موصوفه يجب في الذمة ثبوتا صحيحا وان ذكر جنسه دون وصفه يخير بين تسليمه وتسليم قيمته واما
الثاني وهو ما اذا تزوجها على خمر او خنزير فلان المسمى ليس بمال متقوم في حق المسلم فكان شرط قبوله شرطا فاسدا غير ان النكاح
لا يبطل بالشروط الفاسدة فيصح النكاح الشرط ويجب مهر المثل بخلاف البيع لانه يفسد بالشرط الفاسد وقال مالك يفسد
النكاح لان الخمر والخنزير لا يمكن ايجابه على المسلم وتسمية تمنع وجوب غيره بالعقد فتعين الفساد كالبيع ونحن نقول تفسد
التسمية فصار كانه لم يسم شيئا فيجب مهر المثل بخلاف البيع لانه لا يجوز بلا تسمية ثمن واما الثالث وهو ما اذا تزوجها على هذا الدن
من الخل فاذا هو خمر او على هذا العبد فاذا هو حر فالمذكور هنا من انه يجب مهر المثل مذهب ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مثل وزن
الخمر من الخل وقيمة الحر لو كان عبدا ومحمد مع ابي حنيفة في العبد ومع ابي يوسف في الخل لان ابا يوسف انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه
فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا تزوجها على عبد واستحق او هلك قبل القبض ولابي حنيفة ان الاشارة والتسمية اجتمعت
مع التسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ولمحمد ان الاصل انه متى كان المسمى
من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود فيه ذاتا والوصف يتبعه فان كان من خلافه يتعلق بالمسمى

لانه مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى
ان من اشترى ياقوتا احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس ولو ... في مسئلتنا الحر
مع العبد جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخل مع الخمر جنسان لتفاحش التفاوت في المقاصد وقال في النهاية فحاصل الخلاف
بينهم هو ان محمدا مع ابي يوسف في ذوات الامثال في ان العقد يتعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع ابي حنيفة في ذوات القيم في
ايجاب مهر المثل دون التسمية وهذا الكلام لا يكاد يصح ابدا لان محمدا رحمه الله لم يعلق الحكم بكونه من ذوات الامثال او من ذوات
القيم ولم يعتبر هذه الجهة اصلا وانما اعتبر كون المسمى من جنس المشار اليه لانه ان كان من جنسه يتعلق بالمشار اليه وان كان من خلافه
يتعلق بالمسمى سواء كان من ذوات الامثال او من ذوات القيم وقال ايضا ثم الاصل عندهم هو ان المعتبر هو الاشارة عند ابي حنيفة في
الفصول كلها حتى اذا لم يكن المشار اليه مالا كان لها مهر المثل وعند محمد في الجنس الواحد تعتبر الاشارة وفي الجنسين تعتبر التسمية
وعند ابي يوسف تعتبر التسمية في الفصول كلها وهذا ايضا ليس بجيد لما ثبت ان المعتبر عند اختلاف الجنس المسمى وعند اتحاد الجنس
المشار اليه في النكاح والبيوع والاجارات وساير العقود والاجود ما ذكره صاحب الايضاح وهو انه لا خلاف بينهم ان المعتبر المشار
اليه اذا كان المسمى من جنسه وان كان من خلاف جنسه فالمعتبر المسمى كما ذكر لمحمد هنا وانما الخلاف في التخريج وهو ان الحر والعبد
جنس واحد عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا الخل والخمر فيعتبر الاشارة فيهما وعند ابي يوسف الحر والعبد جنسان مختلفان وكذا الخمر والخل
لان المسمى يصلح مهرا والمشار اليه لا يصلح مهرا فتعلق العقد بالمسمى وعند محمد العبد مع الحر جنس واحد والخل مع الخمر جنسان
كما مر من اصله وهذا الاصل متفق عليه في العقود كلها ثم اذا تعلق العقد بالمسمى عند اختلاف الجنس ينظر فان كان المسمى مما يمكن ان يجعل
مهرا ويثبت في الذمة ثبوتا صحيحا لزمه تسليمه من غير خيار والا فينظر ايضا فان ذكر جنسه دون صفته فلها الوسط منه ويخير
الزوج والا فمهر المثل على ما تقدم ولهذا اوجب ابو يوسف في الخل مثله وفي العبد القيمة وانما لم يجب قيمة عبد وسط لاعتبار الاشارة
من وجه قال رحمه الله وان امهرها عبدين واحدهما حر فمهرها العبد يعني اذا كان يساوي عشرة دراهم وان لم يساو العشرة
يكمل لها العشرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا وقال محمد لها العبد الباقي وتمام مهر
مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد وهو رواية عن ابي حنيفة لابي يوسف انها لو ظهرا حرين يجب قيمتهما عنده فكذا اذا
ظهر احدهما حرا اعتبارا للبعض بالكل ولمحمد انهما لو كانا حرين تجب مهر المثل عنده فكذا اذا كان احدهما حرا يجب العبد وتمام مهر المثل
لعدم رضاها بدون مهر المثل الا بسلامة العبدين لها فصار كما لو تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلد او على ان لا يتزوج عليها او على
ان يعدي الهاشمية ولابي حنيفة ان الباقي يصلح مهرا لكونه مالا فيجب ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وذكر في الغاية
في الفرق بين هذه وبين ما استشهد به لمحمد ان ترك التزوج عليها وترك اخراجها يمكن الوفاء به فلم تكن راضية بالمسمى بدونه
واذا كان احدهما حرا لا يمكن الوفاء بالحر لانه ليس بمال فكانت راضية بالعبد الباقي ووجه اخر انه لا يمكن الوقوف على المشروط
هناك في الحال ويمكن معرفة الحر قبل العقد فيلزمها الضرر بتقصير منها فيكون غارا لها في الاول دون الثاني ولا يرد علينا ما اذا
تزوجها على الف او الفين حيث يصير فيه الى مهر المثل مع امكان وجوب المسمى وهو الاقل لانا نقول ان الثابت هناك احدى
التسميتين وليس احديهما اولى من الاخرى فلم يثبت واحد منهما واما هنا فتسمية العبد الباقي ثابتة قطعا فيمتنع المصير
الى مهر المثل قال رحمه الله وفي النكاح الفاسد انما يجب مهر المثل بالوطء لان المهر انما يجب فيه باستيفاء منافع البضع
لا بمجرد العقد لفساده ولا بالخلوة لوجود المانع من صحة الخلوة وهو الحرمة ولهذا لا يجب بها حرمة المصاهرة ولا العدة
ولا تكون مع الحرمة المصاهرة ولكل واحد منهما فسخه بغير محضر من صاحبه وقال بعضهم ليس له ذلك
بعد الدخول الا بحضرة من صاحبه كما في البيع الفاسد بعد القبض قال رحمه الله ولم يزد على المسمى اي لا يزاد مهر مثلها على المسمى
لا يزاد عليه وقال زفر رحمه الله يجب مهر المثل بالغا ما بلغ اعتبارا بالبيع الفاسد ولنا انها اسقطت حقها في الزيادة لرضاها
فلا يجب ولان المنافع ليست بمال وانما تتقوم بالعقد او شبهة العقد للضرورة وفيما لم يوجد فيه العقد او شبهته لا يتقوم
وكذا لو كان مهر المثل اقل من المسمى يجب مهر المثل لعدم صحة التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فينعقد بدله
بقيمته ولو لم يكن المهر مسمى او كان مجهولا يجب بالغا ما بلغ بالاتفاق قال ويثبت النسب اي نسب الولد المولود في النكاح

Copyright King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)