باب الخيار في النكاح .

وأسبابه أربعة : .

أحدها : أن يجد أحدهما بصاحبه عيبا يمنع الوطء وهو سبعة أشياء : ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء وهي : الجنون مطبقا كان أو غير مطبق والجذام والبرص واثنان في الرجل : الجب والعنة واثنان في المرأة : الرتق وهو انسداد الفرج والفتق وهو انخراق ما بين مخرج البول والمني وقيل : انخراق ما بين القبل والدبر فمن وجد بصاحبه عيبا منها فله الخيار في فسخ النكاح لما روي أن النبي A تزوج امرأة من بني غفار فرأى بكشحها بياضا فقال لها النبي A : [البسي ثيابك والحقي بأهلك] فثبت الرد بالبرص بالخبر وقسنا عليه سائر العيوب لأنها في معناه في منه الاستمتاع وإن كان قد بقي من ذكر المجبوب ما يمكن الجماع به ويغيب منه في الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها لأنه لا يمنع الاستمتاع وإن اختلفا في ذلك فالقول قول المرأة لأنه يضعف بالقطع والأصل عدم الوطء .

فصل : .

وإن وجد أحدهما الآخر خنثى أو وجت زوجها خصيا ففيه وجهان : .

أحدهما : لها الخيار لأنه يثير نفرة وفيه نقص وعار فأشبه البرص .

والثاني : لا خيار لها لأنه لا يمنع الاستمتاع واختلف أصحابنا في البخر وهو نتن الفم وفي الذي لا يستمسك بوله أو خلاه فقال أبو بكر : يثبت به الخيار لأنه ينفر عن الاستمتاع ويتعدى ضرره ونجاسته وقال غيره : لا خيار فيه لأنه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه ويتخرج عليه الناصور و الباسور والقروح السيالة في الفرج لأنها في معناه واختلفوا في العفل وقيل : هي رغوة في الفرج يمنع لذة الوطء فعده الخرقي : مانعا كذلك ولم يعده القاضي في الموانع لأنه لا يمنع الاستمتاع وكذلك يخرج في الرائحة الكريهة التي في الفرج تثور عند الوطء وما عدا هذه العيوب كالقرع والعمى والعرج لا يثبت به خيار لأنه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه .

فصل : .

ومن علم العيب وقت العقد فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة بالعيب فأشبه من اشترى ما يعلم عيبه وإن وجد بصاحبه عيبا به مثله ففيه وجهان : .

أحدهما : لكل واحد منهما الخيار لوجود سببه فأشبه العبد المغرور بأمة ولأنه قد يعاف عيب غيره وإن كان به مثله .

والثاني : لا خيار له لأنهما متساويان في النقص فأشبها القفيزين وإن حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان : .

أحدهما : لا خيار له وهو قول أبي بكر : لأنه عيب حدث بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالمبيع .

والثاني : يثبت به الخيار وهو ظاهر قول الخرقي لأنه عيب لو قارن أثبت الخيار فإذا حدث أثبته كالإعسار .

فصل : .

وإذا علم العيب فأخر المطالبة بالفسخ لم يبطل خياره وقال القاضي : يبطل وأصلهما ما ذكرنا في خيار الرد بالعيب في المبيع وإن قال : رضيت به معيبا أو وجد منه دلالة على الرضى كالاستمتاع أو التمكين منه بطل خياره .

فصل : .

وإن فسخ قبل المسيس فلا مهر لها لأنه إن كان الفسخ منها فالفرقة من جهتها فأسقطت مهرها كردتها وإن كان من الزوج فهو لمعنى من جهتها لحصوله بتدليسها فأشبه ما لو باشرتها وإن كان بعد الدخول استقر المهر ولم يسقط لاستقرار النكاح بالدخول فيه ويجب المسمى لأنه نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى فيه كما لو ارتدت وذكر القاضي : أن فيه رواية أخرى أنه يجب مهر المثل بناء على العقد الفاسد وليس هذا بفاسد إذ لو كان فاسدا لما ثبت الخيار فيه ويرجع بالمهر على من غره لما روي عن عمر أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها غرم على وليها ولأنه غره في النكاح بما يجب به المهر فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة وعنه : لا يرجع على أحد لأن ذلك يروى عن علي Bه فإن لم يعلم الولي فالغرور من المرأة وإن طلق الزوج ثم علم بها عيبا فعليه المهر لا يرجع به على أحد لأنه رضي بالتزامه .

فصل : .

ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لأنه مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كالفسخ للإعسار فإن رده الحاكم إلى مستحقه جاز والفرقة الواقعة بينهما فسخ لا طلاق لأنه رد لعيب فكان فسخا كرد المشتري وإن اتفقا على الرجعة لم يجز إلا بنكاح جديد ويرجع على ثلاث طلقات وقال أبو بكر : فيها قول آخر : أنها تحرم على التأبيد لأنه فرقة حاكم فأشبهت فرقة اللعان ولنا أنها فرقة لعيب أشبهت فرقة المعتقة تحت عبد .

فصل : .

وليس لولي صغير ولا صغيرة ولا سيد أمة تزويجهم بمعيب لأن فيه ضررا بهم وعليه النظر في الحظ لهم ولا لولي كبير تزويجها بمعيب بغير رضاها لأنه فيه ضررا بها فإن طلبت التزويج

بمجبوب أو عنين لم يملك منعها لأن الضرر يختص بها وإن أرادت التزويج بمعيب غيرهما فله منعها لأن عليه ضررا أو عارا ويخشى تعديه إليها وإلى ولدها ويحتمل أنه ليس منعها قياسا علة الجب والعنة فإن رضيا به جاز ويكره قال أحمد ما يعجبني أن يزوجها بعنين وإن رضيت الساعة فتكره إذا دخلت وإن حدث العيب بالرجل أو وجدته معيبا فرضيت به المرأة لم يكن لوليها إجبارها على الفسخ لأنه حقه في ابتداء العقد لا في دوامه ولهذا يملك منعها من نكاح العبد ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ .

فصل : .

وإذا اختلفا في عيب المرأة أريت النساء الثقات فرجع إلى قولهن فإن ادعت المرأة أن زوجها عنينا فأنكر فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل السلامة وإن اعترف أجله الحاكم عاما منذ رافعته لما روى سعيد بن المسيب : إن عمر أجل العنين سنة وعن علي والمغيرة مثله ولأن العجز قد يكون لعارض من حرارة أو برودة أو يبوسة أو رطوبة فإذا مضت السنة واختلف عليه الأهوية ولم يزل علم أنه خلقة ولا تثبت المدة إلا بالحكم لأنها مدة مختلف فيها بخلاف مدة الإيلاء فإذا مضت السنة منذ ضربت له المدة ولم يطأها خيرت في المقام معه أو فراقه لأن الحق لها فإن رضيته عنينا أو قالت في وقت : قد رضيته عنينا لم يكن لها خيار بعد ذلك لأنها رضيت العيب فأشبه ما لو رضيت المبيع المعيب وإن اختارت فراقه فرق الحاكم بينهما وإن اعترفت أنه وطئها مرة بطل كونه عنينا وإن ادعى أنه وطئها فادعت أنها عذراء أريت النساء الثقات فإن شهدن بما قالت فالقول قولها وإلا فالقول قوله وإن اختلفا في ثيب فالقول قوله لأن الأصل السلامة وعنه : القول قولها لأن الأصل عدم الإصابة وعنه : يخلى معها في بيت ويقال : أخرج ماءك على شيء فإن عجز عن ذلك فالقول قولها وإن فعل فالقول قوله فإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فإن ذاب فهو مني وبطل قولها لأنه شبيه ببياض البيض وذاك إذا وضع على النار تجمع ويبس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به لأن هذا قول عطاء وإن اعترفت أنه وطئ غيرها أو وطئها في الدبر أو في نكاح آخر لم تزل عنته لأنه قد يعن عن امرأة دون أخرى وفي نكاح دون نكاح والدبر ليس بمحل للوطء فأشبه ما دون الفرج ويقتضي قول أبي بكر أنها متى اعترفت بوطئه لغيرها أو لها في أي نكاح كان زالت عنته وهذا اختيار ابن عقيل لأن العنة جبلة وخلقة فلا تبقى مع ما ينافيها وأدنى الوطء الذي يخرج به من العنة إيلاج الحشفة في الفرج لأن الوطء الذي تتعلق به الأحكام دون غيره وهل يحلف من القول قوله ؟ يحتمل وجهين بناء على الاستحلاف في غير دعوى المال .

فصل : .

السبب الثاني : إذا عتقت المرأة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح لما روت عائشة قالت : كاتبت بريرة فخيرها رسول ا A في زوجها وكان عبدا فاختارت نفسها قال عروة : ولو

كان حرا ما خيرها رسول ا A رواه مالك في موطئه و أبو داود في سننه وإن عتقت وزوجها حر فلا خيار لها للخبر ولأنها كملت تحت كامل فلم يثبت لها خيار كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم بخلاف زوجة العبد ولها الفسخ بنفسها لأنه خيار ثبت بالنص والإجماع ولما روى الحسن عن عمر بن أمية قال : سمعت رجالا يتحدثون عن النبي A أنه قال : [إذا أعتقت الأمة فيه بالخيار ما لم يطأها إن شاءت فارقته فإن وطئها فلا خيار لها] رواه الإمام أحمد في المسند وخيارها على التراخي للخبر ما لم يطأها فإن أمكنته من وطئها عالمة بالحال بطل خيارها للخبر ولأنه دليل على رضاها به فبطل خيارها كما لو نطقت به وإن لم تعلم بطل خيارها أيضا نص عليه أحمد للخبر وقال القاضي و أبو الخطاب لا يبطل لأن تمكينها مع جهلها لا يدل على رضاها به وإن لم تعلم بالعتق حتى وطئها ففيه وجهان كالتي قبلها فعلى هذا إن ادعت الجهل بالعتق وهي ممن يجوز خفاؤه عليها لبعدها عن المعتق فالقول قولها مع يمينها وإن كانت ممن لا يخفى عليها ذلك لقربه واشتهاره لم يقبل قولها فإن ادعت الجهل بثبوت الخيار فالقول قولها لأنه لا يعلمه إلا خواص الناس وإن أعتق العبد قبل اختيارها بطل خيارها لأن الخيار لدفع الضرر الحاصل بالرق وقد زال بعتقه فزال كرد المعيب إذا زال عيبه ولو أعتقا معا فلا خيار لها وعنه : لها الخيار والأول أولى لأنها لو عتقت تحت حر لم يثبت لها خيار لعدم الضرر فكذا هاهنا ويستحب لمن أراد عتق عبد وجاريته المتزوجين البداءة بعتق الرجل لئلا يكون للمرأة عليه خيار وقد روى أبو داود عن عائشة Bها : أنه كان غلام وجارية فقالت للنبي A : إني أريد أن أعتقهما فقال لها : [فابدئي بالرجل] .

فصل : .

فإن أعتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لهما لأنهما لا عقل لهما ولا قول معتبر ولا يملكه وليهما لأن هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالقصاص فإذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلها الخيار حينئذ لكونهما صارا على صفة يعتبر كلامهما والحكم في وطئهما كالحكم في وطء الجاهلة بالعتق .

فصل : .

إذا عتق بعض الأمة فلا خيار لها في إحدى الروايتين اختارها الخرقي لأنه لا نص فيها ولا يصح قياسها على من عتق جميعها لأنها أكمل منها .

والثانية : لها الخيار اختارها أبو بكر لأنها أكمل من زوجها فأشبهت الكاملة بالعتق .

فصل : .

إذا فسخت قبل الدخول سقط مهرها لأن الفسخ من جهتها وعنه : يجب نصف المهر للسيد لأنه المستحق له فلا يسقط نصفه من جهة غيره وإن رضيته فالمهر للسيد لأنه استحقه بالعقد وروي وإن فسخت بعد الدخول استقر المسمى للسيد لأنه وجب له بالعقد واستقر بالدخول فأشبه ما لو

ارتدت وإن طلقها قبل اختيارها وقع طلاقه ولسيدها نصف المهر وإن كان قبل الدخول وجميعه إن كان بعده وقال القاضي : طلاقه موقوف إن فسخت تبينا أنه لم يقع وإن لم تفسخ وقع ولنا أنه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فوقع كما لو لم يعتق .

فصل : .

وإن طلقها الزوج طلاقا بائنا ثم أعتقت فلا خيار لها لأنه لا نكاح بينهما يفسخ وإن كان رجعيا فلها الفسخ في العدة لأن نكاحها باق ويمكن فسخه فإذا فسخت انقطعت الرجعة وبنت على ما مضى من العدة كما لو طلقها بائنة وإن اختارت المقام معه بطل خيارها لأنها حالة صح منها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصلب النكاح .

فصل : .

السبب الثالث : الغرر فلو تزوجت المرأة رجلا مطلقا أو على أنه حر فبان عبدا فلها الخيار في فسخ النكاح لأنها إذا ملكت الفسخ بالحرية الطارئة فللسابقة أولى ولها الفسخ من غير حاكم كما لو عتقت تحت عبد ومن جعل الحرية من شروط الكفاءة والكفاءة من شروط النكاح أبطله لفوات شرطه .

فصل : .

وإن تزوج أمة على أنها حرة أو يظنها حرة وهو ممن لا يحل نكاح الإماء فالنكاح فاسد وعليه فراقها متى علم وحكمه حكم الأنكحة الفاسدة في المهر وغيره وإن كان ممن تحل له الإماء فالنكاح صحيح لأن فوات صفة في المعقود عليه لا تفسد العقد كما لو تزوجها على أنها بيضاء فبانت سوداء وفي الموضعين متى أصابها فولدت منه فالولد حر حرا كان الزوج أو عبدا لأنه اعتقد حريتها وعليه فداء أولاده لأن عمر وعليا وابن عباس قضوا بذلك وعنه : ليس عليه فداؤهم لأن الولد ينعقد حرا فلم يضمنه لسيدها لأنه لم يملكه وعنه : يقال للزوج افتد ولدك وإلا فهم يتبعون الأم والمذهب الأول وله فسخ نكاحها إن أحب لأنه غرور بالحرية أشبه غرور المرأة فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر عليه لأن الفسخ لسبب من جهتها وإن فارقها بعد الدخول فعليه المهر ما أصاب منها ويرجع بما غرمه من المهر وفداء الأولاد في الموضعين على من غره نص عليه أحمد وذكره الخرقي لأن الصحابة الذين ذكرناهم قضوا به وعن أحمد : لا يرجع بالمهر وهو اختيار أبي بكر لأنه يروى عن علي Bه ولأنه وجب في مقابلة نفع وصل إليه وظاهر المذهب الأول لأن العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد فوجب أن يرجع به كقيمة الولد .

فصل : .

ويفدي الأولاد بقيمتهم يوم الولادة لأنه يروى عن عمر Bه ولأنه محكوم بحريتهم يوم وضعهم فاعتبر فداؤهم يومئذ وتجب القيمة لأنه ضمان وجب لفوات حرية فأشبه ضمان حصة شريكه إذا

سرى العتق إليه وعنه : يفديهم بعبد مثلهم لأنه يروى عن عمر أنه قضى بفداء ولده بغرة غرة مكان كل غلام غلام ومكان كل جارية جارية ولأن الولد حر فلا يضمن بقيمته كسائر الأحرار وعنه : أنه مخير بين فدائهم بمثلهم و قيمتهم لأن الأمرين يرويان جميعا عن عمر فإن فداهم بمثلهم وجب مثلهم في القيمة اختاره أبو بكر لأن الحق ينجبر بذلك ويحتمل أن ينظر إلى صفاتها تقريبا لأن الآدمي ليس من ذوات الأمثال ولا يفدى منهم إلا من ولد حيا في وقت يعيش مثله سواء عاش أو مات بعد ذلك لأن غير ذلك لا قيمة له .

فصل : .

وإن كان المغرور عبدا فولده أحرار لأنه وطئها يعتقد حريتها فكان ولده حرا كولد الحر وعليه فداؤهم لأنه فوت رقهم وهل يتعلق فداؤهم برقبته أو بذمته ؟ على وجهين : .

أحدهما : برقبته كأرش جنايته .

والثاني : بذمته كعوض الخلع من الأمة ويرجع به على من غره فإن قلنا برقبته رجع به في الحال لأنه يؤخذ من سيده في الحال وإن قلنا : يتعلق بذمته لم يلزمه أداؤه حتى يعتق ولا يرجع به حتى يغرمه لأنه لا يرجع بشيء لم يفت عليه وتتعجل حريتهم في الحال وللعبد الخيار إذا علم ويحتمل أن لا يثبت لأنه فقد صفة لم ينقص بها عن رتبته فأشبه ما لو شرط نسب امرأة فبان خلافه والأول ظاهر المذهب لأنه مغرور بحرية فملك الفسخ كالحر الذي يباح له نكاح الإماء وإن غرت الأمة بعبد فتزوجته على أنه حر فلها الخيار أيضا لأنها مغرورة بحرية من ليس بحر أشبهت المرأة الحرة والعبد المغرور ويحتمل ألا يثبت لها خيار لأنه يكافئها ولا يؤثر رقه في إرقاق ولدها فأشبه ما لو شرطته أشرف نسبا منها فتبين أنه مثلها .

فصل : .

فإن غرها بنسبة وكان مخلا بالكفاءة فقد مضى القول فيه وإن لم يخل بها ففيه وجهان : .

أحدها : لا خيار لها لأن زيادة نسبه عليها لا يضرها فواته فأشبه ما لو شرطته جميلا أو فقيها فبان بخلافه .

والثاني : لها الخيار لأنها شرطت ما يقصد فأشبه شرط الصفة المقصودة في المبيع .

فصل : .

وإن شرطها بكرا فبانت ثيبا أو نسيبة أو جميلة أو بيضاء فبانت بخلافه ففيه وجهان : .

أحدهما : لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بعيب سوى العيوب السبعة فلا يرد بمخالفة الشرط كما لو شرطت ذلك في الرجل .

والثاني : له الخيار لأنها صفات مقصودة فصح شرطها كالحرية وإن شرطها مسلمة فبانت كافرة أو تزوجها في دار الإسلام يظنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار لأنه نقص وضرر يتعدى إلى الولد فملك الخيار به إذا شرط عدمه كالرق وإن تزوجها على أنها كتابية فبانت مسلمة فلا

خيار له لأنها زيادة وقال أبو بكر : له الخيار لأنه قد يكون له غرض في إسقاط العبادات عنها فيضره فواته وإن تزوجها على أنها أمة فبانت حرة فلا خيار له لأنها زيادة وكذلك لو شرطها على صفة فبانت خيرا منها لأنه نفع فلم يثبت به الخيار كما لو شرطه في المبيع .

فصل : .

والسبب الرابع : الإعسار بالنفقة ونحوها على ما نذكره في موضعه ومخالفته شرطها اللازم كاشتراطها دارها ونحوها على ما مضى وا أعلم