@ 151 @ والأقارير وشرطنا أن يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين لأن الجنس يشتمل على الجيد والرديء والوسط ذو حظ من الجانبين لأنه دون الأرفع وفوق الأدنى كان أعدل من إيجاب مهر المثل لأن جهالة مهر المثل أفحش لأنه جهالة في الجنس وما نحن فيه جهالة في النوع وليس من الحكمة أن ينقض شيء لأجل الجهالة ثم يصار إلى ما هو أكبر جهالة منه ولا يمكن القياس على البيع لأن الجهالة فيه تفضي إلى المنازعة لكونه مبنيا على المماكسة والمضايقة بخلاف النكاح لأنه مبني على المسامحة والمساهلة لأن المقصود منه غير المال بخلاف البيع وهذا لأن المعقود عليه ليس بمال فيكون بمنزلة التزام المال ابتداء كالمنذور وغيره على ما تقدم ويدل عليه عموم قوله صلى ا عليه وسلم العلائق ما تراضى عليه الأهلون + (رواه أبو بكر البخاري وغيره) + فيعمل به ما أمكن ثم الأصل فيه أن كل جهالة دون جهالة مهر المثل لا تمنع صحة التسمية وكل جهالة مثل جهالة مهر المثل أو فوقها تمنع الصحة 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 وإنما يتخير الزوج بين دفع المسمى وبين دفع قيمته وأيهما أدى تجبر المرأة على قبوله لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا إيفاء والعين أصلا تسمية فيميل إلى أيهما شاء قال رحمه ا (وعلى ثوب أو خمر أو خنزير أو على هذا الخل فإذا هو خمر أو على هذا العبد فإذا هو حر يجب مهر المثل) لأن هذه الأشياء لا تصلح عوضا للجهالة أو لحرمتها شرعا وجملة ما ذكره هنا ثلاثة أنواع نوع يبطل لجهالة المسمى كالثوب ونوع لحرمته شرعا ونوع لكونه على خلاف المشار إليه أما الأول فمعناه أنه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه أن هذه جهالة الجنس إذ الثياب أجناس شتى كالحيوان ولو سمى جنسا بأن قال هروي أو مروي تصح التسمية ويجب الوسط ويخير الزوج لما بينا في الحيوان وكذا إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لأنها ليست من ذوات الأمثال وفي شرح المختار يجب تسليم الثوب لأن موصوفه يجب في الذمة بخلاف الحيوان وقال أبو يوسف إن ذكر له أجلا يجبر على تسليمه لأن مؤجله يثبت في الذمة متحتما كما في السلم وإن لم يذكر له أجلا يخير وعن أبي حنيفة مثله ولو تزوجها على مكيل أو موزون غير الدراهم والدنانير فإن ذكر جنسه وصفته يجبر على تسليمه لأن موصوفه يجب في الذمة ثبوتا صحيحا وإن ذكر جنسه دون وصفه يخير بين تسليمه وتسليم قيمته وأما الثاني وهو ما إذا تزوجها على خمر أو خنزير فإن المسمى ليس بمال متقوم في حق المسلم فكان شرط قبوله شرطا فاسدا غير أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فيصح النكاح ويلغو الشرط ويجب مهر المثل بخلاف البيع

فإنه يفسد بالشرط الفاسد وقال مالك يفسد النكاح لأن الخمر والخنزير لا يمكن إيجابه على المسلم وتسميته تمنع وجوب غيره بالعقد فتعين الفساد كالبيع ونحن نقول تفسد التسمية فصار كأن لم يسم شيئا فيجب مهر المثل بخلاف البيع لأنه لا يجوز بلا تسمية ثمن وأما الثالث وهو ما إذا تزوجها على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر أو على هذا العبد فإذا هو حر فالمذكور هنا أنه يجب مهر المثل مذهب أبي حنيفة وقال أبو يوسف لها مثل وزن الخمر من الخل وقيمة الحر لو كان عبدا ومحمد مع أبي حنيفة في العبد ومع أبي يوسف في الخل لأبي يوسف أنه أطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمثال كما إذا تزوجها على عبد واستحق أو هلك قبل القبض ولأبي حنيفة أن الإشارة قد اجتمعت مع التسمية فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود وهو التعريف فكأنه تزوج على خمر أو حر ولمحمد رحمه ا أن الأصل متى كان المسمى من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه لأن المسمى موجود فيه ذاتا والوصف يتبعه وإن كان من خلافه يتعلق بالمسمى لأنه مثل المشار إليه وليس