كتاب النكاح [1]

مذهب الشافعي رضي الله عنه: أن الأمر بالشيء ليس نهياً عن ضده، والنهي عن الشيء ليس أمراً بضده.

بدليل أن الذي يأمر بالشيء قد لا يخطر بباله التعرض لأضداد المأمور به، إما لذهول، أو إضراب؛ فكيف يكون آمراً بالشيء أو ناهياً عنه، مع غفلته وذهوله عنه.

وذهب الأصوليون من أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه [إلى][2] أن الأمر بالشيء يقتضي النهي عن أضداده إن كان له أضداد، وان لم يكن له إلا ضد واحد: فالأمر به يقتضي النهي عن ذلك الضد، وكذلك النهي عن الشيء يقتضي الأمر بضده على التفصيل الذي بيناه [3].

واحتجوا في ذلك، بأن من أمر غيره بالخروج من الدار، فقدكره منه سائر أضداده من القيام والقعود والاضطجاع، لأنه [لا] [4] يأمر بالخروج مع إرادته لما ينافيه، لاستحالة الجمع بينهما في الأمر الواحد.

(١) من «ز».

(٢) ساقطة من «د».

(٣) قلت: هذا هو رأي المؤلف فيما ذهب إليه الشافعية والحنفية. وفي كتب الأصول ما قد يخالف هذا الإطلاق عن المذهبين، انظر: على سبيل المثال: «أصول السرخسي»: (١/ ٩٤, ٢٧١)، «الإسنوي على المنهاج»: (٢/ ٦٥)، «جمع الجوامع مع شرح المحلي وحاشية البناني»: (١/ ٣٧٨) فما بعدها.

(٤) ساقطة من «د».

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منهـا (١) أن التـخلي لنوافل العبـادات: أولى من الاشـتـغـال بالنكاح عندنا[١].

لأن النكاح إما مباح أو [مندوب][٢] مشوب بحظ النفس واتباع الهوى، والنوافل مندوب إليها حقاً لله تعالى على الخلوص.

وعندهم: الاشتغال بالنكاح أولى[٣].

لأن الزنى منهي عنه نهي تحريم، والنكاح يتضمن ترك الزنا، لما فيه من الاستغناء بالمباح عن السفاح، فكان مأموراً به أمر إيجاب.

فلئن قلنا[٤]: لو كان واجباً لأثم بتركه، ومن ترك النكاح لا يأثم.

قالوا: يمنع.

ونقول: من ترك النكاح جميع عمره، فمات من غير نكاح يعاقب في الدار الآخرة.

ومنها (٢) أن إرسال الطلقات الثلاث مباح عندنا[٥]، لأن موجبها قطعُ نكاح مباح.

وعندهم: حرام وبدعة[٦]، لأنه تضمن قطع مصلحة وجبت إقامتها بالكلية، واحترزوا بقولهم «بالكلية» عن التفريق.

(١) ساقطة من «ز».

(٢) ساقطة من «ز».

(٣) انظر: كلام ابن الهمام في «فتح القدير»: (٢/ ٣٤٠).

(٤) من «ز» (قالوا) وهو خطأ.

(٥) انظر: «المنهاج ومغني المحتاج»: (٣/ ٣١١) فما بعدها.

(٦) انظر: «الهداية وفتح القدير»: (٣/ ٢٤) فما بعدها.

فلئن قلنا: النكاح عند تنافي الأخلاق يصير مفسدة فلم يتضمن قطع مصلحة.

قالوا: النكاح لا يصير مفسدة [لا][1] باعتبار ذاته، ولا باعتبار ما يختص به من الأحكام؛ إذ لو كان كذلك لامتنعت شرعية النكاح ولم يحتج إلى قاطع.

(١) غير موجودة في «ز».

مسألة -١-

رواي الأصل إذا أنكر رواية الفرع إنكار جاحد، قاطعاً مكذباً للراوي لم يعمل به، ولم يصر الراوي مجروحاً، لأنه مكذب شيخه، كما أن شيخه مكذب له، وكلاهما عدلان، كالبيتين إذا تكاذبتا؛ فإنه لا يوجب جرح إحداهما.

أما إذا أنكر إنكار متوقف، بأن قال: «لست أذكر» أو «لا أعرفه» فيعمل بالخبر عند الشافعي رضي الله عنه.

واحتج في ذلك: بأنه عدل روى، وقد أمكن تصديقه في روايته فوجب أن يعمل بروايته، كما لو صدقه راوي الأصل، ولأن عدالة الفرع ثابتة على القطع واليقين، وتوقف الأصل لا يدل على التكذيب؛ إذ لم ينكر إنكار جاحد، فمن الجائز أنه حدثه ثم نسيه، لأن الإنسان عرضة للنسيان، واليقين لايرفع بالشك[1].

وذهبت الحنفية: إلى أنه لايجوز العمل به[2].

واحتجوا في ذلك بأمرين:

احدهما: أنهم قالوا: لو كان الحديث حجة في حق غير الشيخ، لكان حجة في حق الشيخ.

ووجه ذلك: أن الشيخ هو الأصل المروي عنه، وإذا بطل الحديث في حقه: بطل في حق غيره بطريق الأولى.

---

(١) انظر: «المحلي على جمع الجوامع وحاشية البناني»: (٢/ ١٢٧) فما بعدها.

(٢) ما ذكره المؤلف عن الحنفية هو قول الشيخين: أبي حنيفة وأبي يوسف، وكان محمد بن الحسن مع الشافعي في العمل بحديث «أيما امرأة..» من رواية سليمان بن موسى عن الزهري الذي يأتي. وانظر اختلاف علماء الحنفية حول هذه المسألة في «أصول السرخسي»: (٢/ ٣-٥).

الثاني: أنهم قالوا لاخلاف أن شهود الأصل لو [وقفوا][1] وقالوا: مانذكر ذلك ولانحفظه، لم يجز للحاكم العمل بشهادة شهود الفرع، فكذلك في رواية الخبر.

ويتفرع عن هذا الأصل:

بطلان النكاح بلا ولي عند الشافعي رضي الله عنه[2]، لما روى سليمان ابن موسى عن الزهري بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «أيما امرأة نكحت[3] نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل؛ فإن مسّها[4] فلها المهر بما استحلَّ من فرجها؛ فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا وليَّ له[5]، ولا مبالاة بإنكار الزهري رواية سليمان عنه لما ذكرناه.

وأبو حنيفة رضي الله عنه طرد القياس، ولم ير الاحتجاج بالحديث؛ لقول الزهري عن سليمان بن موسى: لا أعرفه[6].

---

(١) في «ز» (توافقوا).

(٢) انظر: «المنهاج مع مغني المحتاج»: (٣/ ١٤٧) فما بعدها.

(٣) في «ز» (انكحت) والصواب ما أثبتناه.

(٤) في «ز» (مسحها) وهو تصحيف.

(٥) الحديث أخرجه البيهقي من رواية سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها بلفظ «فإن أحبلها».
وبدون لفظ «نفسها» وبلفظ «دخل بها» رواه الإمام أحمد في مسنده وأبو داود والترمذي وابن ماجه.
انظر: «معالم السنن» (٣/ ١٩٦) «السنن الكبرى» للبيهقي: (٧/ ١٠٥) «الجوهر النقي»: (٧/ ١٠٥) «نيل الأوطار»: (٦/ ١٢٦) «الدارمي»: (٢/ ١٣٧).

(٦) أشرت من قريب إلى أن محمد الحسن خالف أبا حنيفة وأبا يوسف وكان مع الشافعي في الأخذ بهذا الحديث وانظر «أصول السرخسي»: (٢/ ٣-٥) «الجوهر النقي» لابن التركماني: (٧/ ١٠٥) مع «السنن الكبرى» للبيهقي.

مسألة - ٢ -

ذهب الشافعي رضي الله عنه [إلى][1] أن ولاية الإجبار في حق البنات معلَّلة بالبكارة، لا بالصغر[2].

واحتج في ذلك: بأن النكاح في حق البنات من جملة المضار، من حيث إنه إرقاق وإذلال من غير حاجة تدعو إليه، والولاية تثبت للولي على الصغير نظراً له، وإقامة لما تدعو حاجته إليه، دون ما يضر به، ولهذا لا يملك هبة مال الصغير، ويملك قبول الهبة له، و لايملك البيع بغبن فاحش، ولا يملك الطلاق والعتاق عليه، لأنه لا يتعلق بهما دفع حاجة الصغير، والنكاح مما لا يتعلق به دفع حاجة الصغير، فلا يصلح الصغر علة للإجبار.

وهذا بخلاف إنكاح الصغار، فإن ذلك من جملة المصالح في حقهم من حيث إنه يحصل لهم ملك النفوس، ولا يلزم على هذا ثبوت ولاية الإنكاح [بعد البلوغ لأنها تحتاج إلى النكاح][3]، ولا تصبر في الأعم الأغلب عنه، ولا يتيسر أمر معيشتها بدونه.

وذهب أبو حنيفة رضي الله عنه إلى أن ولاية الإنكاح في حق الصغار [والإجبار][4] معلَّلة بالصغر[5].

واحتج في ذلك: بأن النكاح متعلَّق المصالح من الجانبين جميعاً من حيث

---

(١) ساقطة من [ز].

(٢) انظر: «نهاية المحتاج» للرملي: (٦/ ٢٢٣) فما بعدها.

(٣) ما بين القوسين ساقط من «ز».

(٤) في «د» (والصغاير).

(٥) انظر: «شرح القدوري»: (ص٢٤٨).

إن مصلحة المعاش في العادات الجارية: إنما يقوم بازدواج الرجال والنساء، ولأن شهوة الفرج شهوة أصلية في الذكر والأنثى، ولا طريق إلى القضاء إلا بطريق الازدواج، وكذلك مصلحة بقاء النسل.

ويتفرع عن هذا الأصل مسألتان:

إحداهما: أن الثيب الصغيرة لا تزوج عندنا، لزوال علة الإجبار[1] (وهي البكارة[2]).

[وعندهم: تجبر، لقيام علّة الإجبار[3]، وهي الصغر][4].

الثانية: أن البكر البالغ تزوج إجباراً عندنا[5].

وعندهم: لا تزوج إلا برضاها[6]، وقد تقدم ذكره مستقصى في قاعدة المفهوم في مسائل البيع[7].

---

(١) انظر: «نهاية المحتاج»: (٦/ ٢٢٤) فما بعدها.

(٢) في «ز» (وهي الصغر) وهو خطأ.

(٣) انظر: «شرح القدوري»: (ص ٢٤٩).

(٤) ما بين القوسين ساقط من «ز».

(٥) انظر: «المنهاج مع نهاية المحتاج»: (٦/ ٢٢٢-٢٢٣).

(٦) انظر: «شرح القدوري»: (ص٢٤٨).

(٧) انظر: ما سبق (ص١٤١) فما بعدها.

مسألة -٣-

ذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أن قرب القرابة معتبر في الاستقلال بالنكاح.

واحتج في ذلك بتقديم الأب على الجد عند الاجتماع.

وذهب أبو حنيفة رضي الله عنه إلى الاكتفاء بأصل القرابة.

واحتج في ذلك باستقلال الجد عند عدم الأب، فإنه لم يستقل لعدم الأقرب، بل لمكان أهليته.

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها (١) أن غير الأب والجد: لا يملك تزويج الصغير والصغيرة عندنا[١].

وعنده يملك [٢].

ومنها (٢) أن الولي الأقرب إذا غاب غيبة [مُنْقَطِعَةً] [٣] لا تبطل ولايته ولا تنتقل إلى القريب، بل الحاكم يزوجها نيابة عن الأقرب[٤].

وعنده: يزوجها الأبعد [٥].

---

(١) انظر: «المنهاج مع مغني المحتاج»: (٣/ ١٥٠-١٥١).

(٢) انظر: «الهداية مع العناية وفتح القدير»: (٢/ ٤٠٥).

(٣) ساقطة من «د».

(٤) راجع في ذلك «المنهاج مع نهاية المحتاج»: (٦/ ٢٣٦).

(٥) انظر: «الهداية مع العناية وفتح القدير»: (٢/ ٤١٥).

ومنها (٣) أن المعتق وابن العم لا يستقل بتولي [طرفي العقد] [١] ولا يزوج من نفسه عندنا [٢] ، والجد يستقل بتولي طرفي النكاح على حفيدته . وعندهم : يستقل كالجد [٣] ، ولا خلاف أن الأب يختص بتولي الطرفين في مال الطفل .

(١) في «ز» (النكاح).

(٢) انظر : «المنهاج مع مغني المحتاج» : (٣/ ١٥٠ , ١٦٣).

(٣) انظر : «الهداية مع العناية وفتح القدير» : (٢/ ٢٤٧) فما بعدها .

مسألة -٤-

ذهب أبو حنيفة ومن تابعه من الأصوليين: إلى أن المطلق والمقيَّد إذا وردا في حادثة واحدة لا يحمل المطلق على المقيَّد لأن كلام الحكيم محمول على مقتضاه، ومقتضى المطلق الإطلاق، والمقيد التقييد.

وقال الشافعي رضي الله عنه: يحمل المطلق على المقيد، لأن الحكيم إنما يزيد في الكلام لزيادة في البيان، فلم يحسن إلغاء تلك الزيادة، بل يجعل كأنه قالهما معاً، ولأن موجب المقيد متيقن، وموجب المطلق محتمل[1].

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها (١) أن النكاح لا ينعقد بحضور الفاسقين عند الشافعي رضي الله عنه لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل[2]» فإنه

---

(١) انظر: التفصيل في مسائل حمل المطلق على المقيد عند العلماء ومصادر البحث فيها «تفسير النصوص في الفقه الإسلامي»: (٢/ ٢٠٠) فما بعدها.

(٢) الحديث أخرجه عن عمران بن حصين عن النبي ﷺ الإمام أحمد بن حنبل في رواية ابنه عبدالله، وباللفظ نفسه أخرجه البيهقي من رواية عائشة رضي الله عنها، كما أخرجه عنها أيضاً بزيادة «فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له». وعند ابن حبان قبل «فإن تشاجروا . .» «وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل». «المسند»: (٤/ ٣٩٤، ٤١٣) (١/ ٢٥٠) «السنن الكبرى»: (٧/ ١٢٥) «الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان» رقم ٤٠٧٥.
وقال الشافعي رضي الله عنه: روي عن الحسن بن أبي الحسن أن رسول الله ﷺ قال: لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل. ذكره البيهقي.
كما رواه البيهقي بهذا اللفظ موقوفاً على عمر رضي الله عنه «السنن الكبرى»: (٧/ ١٢٥-١٢٦) وانظر كلام ابن حزم عن حديث «شاهدي عدل» في «المحلي»: (٩/ ٤٦٥).

تقييد للشهادة بالعدالة[1] .

وعندهم: ينعقد [2] ، لمطلق قوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بولي وشهود [3] » .

والشافعي رضي الله عنه نزَّل هذا المطلق على المقيد [لاتحاد الواقعة، وأبو حنيفة قدم المطلق على المقيد][4] .

ومنها (٢) أن الفاسق لا يلي التزويج بالقرابة عندنا [5]: لقوله عليه الصلاة والسلام: «لانكاح إلا بولي مرشد وشاهدي [6] عدل» .

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يليه [7]: لمطلق قوله عليه الصلاة والسلام «لانكاح إلا بولي وشهود» .

ومنها (٣) أن إعتاق الرقبة الكافرة، لا يجزي في كفارة الظهار عندنا[8]، حملا لمطلق قوله تعالى فيه: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[9] على قوله تعالى في كفارة القتل:

(١) انظر: «المنهاج» للنووي وراجع ما ذكره الخطيب الشربيني في «مغني المحتاج»: (٣/ ١٤٤) فما بعدها.

(٢) انظر: «الهداية والعناية وفتح القدير»: (٢/ ٣٥١) فما بعدها.

(٣) أخرجه البيهقي عن الحارث عن علي رضي الله عنه: «لا نكاح إلا بولي ولا نكاح إلا بشهود». وهو بهذا اللفظ عند الدارقطني أيضاً. «السنن الكبرى»: (٧/ ١٢٥) «سنن الدارقطني» مع «التعليق المغني»: لشمس الحق العظيم أبادي (٣/ ٢١٩).

(٤) زيادة من «ز».

(٥) انظر: عبارة الإمام النووي في «المنهاج»: (٣/ ١٥٥) فما بعدها مع «مغني المحتاج».

(٦) انظر: ما سلف (ص ١٢٠) التعليق.

(٧) انظر: «الهداية وشروحها»: (٢/ ٣٥١) فما بعدها.

(٨) انظر: «نهاية المحتاج» للرملي: (٧/ ٨٦) مع حاشية الشبراملسي. ولم يذكر المؤلف الحكم عند الحنفية وهوأنها تجزئ. انظر: «الهداية مع العناية وفتح القدير»: (٣/ ٢٣٤).

(٩) [سورة المجادلة: ٣].

﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾[1] وقد مضى ذكر هذه المسألة في صدر الكتاب[2].

ومنها (٤) أن السيد إذا كان له عبد كافر لا تجب عليه صدقة الفطر عنه عندنا[3] لأنه روى نافع عن مالك عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «أدوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد نصف صاع من بر[4]»، وروي عنه «أدوا عن كل حر، وعبد من المسلمين نصف صاع من الحنطة[5]».

فالشافعي رضي الله عنه يحمل المطلق على المقيد ويشترط الإيمان وأبو حنيفة رضي الله عنه لا يحمل[6] ولا يشترط الإيمان[7].

---

(١) [سورة النساء: ٩٢]. (٢) انظر: ما سلف (ص١٠٧) فما بعدها.

(٣) انظر: «إحكام الأحكام» لابن دقيق العبد: (١/ ٤١٥) «تفسير النصوص»: (٢/ ٢٠٤) فما بعد «المهذب»: (١/ ١٦٣).

(٤) في سنن أبي داود والدارقطني ومصنف عبدالرزاق روى الزهري عن عبدالله بن ثعلبة أن رسول الله ﷺ قال: «أدوا عن كل حر، وعبد صغير أو كبير نصف صاع من بر، أو صاعاً من شعير» وقد أطال صاحب نصب الراية (٢/ ٤٠٦) في بيان وجوهه والحكم عليه. وانظر «تفسير النصوص»: (٢/ ٢٠٤).

(٥) روى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ «فرض زكاة الفطر صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير، على كل حر، أو عبد، ذكر أو أنثى من المسلمين» أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والإمام أحمد.
هذا وقد ذكر الحافظ في «الفتح» عن ابن المنذر أنه قال: «لا نعلم في القمح خبراً ثابتاً عن النبي ﷺ يعتمد عليه. ولم يكن البرّ بالمدينة في ذلك الوقت، إلا الشيء اليسير منه، فلما كثر في زمن الصحابة رأوا أن نصف صاع منه يقوم مقام صاع من شعير، وهم الأئمة، فغير جائز أن يعدل عن قولهم إلا إلى قول مثلهم، ثم أسند عن عثمان وعلي وأبي هريرة وجابر وابن الزبير وأمه أسماء بنت أبي بكر بأسانيد صحيحة أنهم رأوا أن في زكاة الفطر نصف صاع من قمح» اهـ «فتح الباري» (٣/ ٢٤٠).

(٦) انظر: «الهداية مع فتح القدير»: (٢/ ٣٥).

(٧) انظر: «شرح معاني الآثار»: (١/ ٣٢١) و «فتح الباري»: (٣/ ٢٣٨) في الكلام على الحديث من حيث وجود كلمة «من المسلمين» في بعض رواياته وعدم وجودها في البعض الآخر.

مسألة -٥-

مذهب الشافعي رضي الله عنه أن شهادة النساء شهادة ضرورية غير أصلية واحتج في ذلك بأمرين:

أحدهما: أن الشهادة ولاية دينية، وأمانة شرعية، لا تنال إلا بكمال الحال، لما فيها من تنفيذ قول الغير على الغير، وتنزيل قول المعصوم في إفادة الصدق في الخبر: «النساء ناقصات عقل ودين»[1]، ولهذا لم تقبل شهادتهن في كثير من القضايا، لما خصصن به من الغفلة والذهول ونقصان العقل[2]. وحيث قبلت أقيمت شهادة اثنتين مقام رجل واحد.

الثاني: أن الشهادة تقام في منصب القضاء على رؤوس الأشهاد، ويتصل الأمر فيها بالتزكية والتعديل والبحث عن البواطن، وذلك نهاية في التبرج والتكشف المنافي لحالهن [فأصل قبول الشهادة من النساء مشكل، فإن النقص الذي يمنع قبول الشهادة في موضع يجب في حكم القيام أن يمنع في

(١) جاء في الحديث «ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للبِّ الرجل الحازم من إحداكن». وهو جزء من حديث طويل رواه البخاري ومسلم. وانظر «الجامع الصحيح» مع «فتح الباري»: (١/ ٢٧٩) «تفسير النصوص»: (١/ ٥٠٧).

(٢) لابد أن نذكر أنه كان من حكمته تعالى - والله أعلم - أن أعطى المرأة من العقل ما يتسق مع تكوينها الذي يؤهلها لحمل رسالتها كما أراد هو سبحانه، بحيث تتكامل البنية ويكون كل جزء قد أخذ بمقداره ومكانه الطبيعي، وقل مثل ذلك في الرجل إذ أعطي ما يتسق مع الذي أعده الله له، وبهذا يحصل التكامل بين المرأة والرجل وبين الحقوق والواجبات بالنسبة لكل منهما، الأمر الذي يسعف في أداء الرسالة المنوطة بهما في الأسرة والمجتمع. وهذا ما توحي به مجموعة النصوص في الكتاب والسنة إذا نظر فيها جملة دون أخذها تفاريق. وسبحان الحكيم الخبير!!

كل موضع كالرق][1] [فكان أصل قبول الشهادة من النساء خارجاً عن القياس][2] .

وما هذا شأنه، يجب الاقتصار فيه على مورد النص، والنص لم يرد إلا في المال، وما يقصد به المال من بيع أو رهن، وما في معناهما[3] .

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: شهادة النساء شهادة أصلية[4] ، بدليل وجوب العمل بها مع القدرة على شهادة الرجال [ولو كانت ضرورية لما سمعت مع القدرة على شهادة الرجال][5] . وقصورها عن كمال الحال وما جبلن عليه من الغفلة والنسيان، فقد جبر بالعدد، وقد نبه الشرع عليه بقوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَىٰ﴾[6] .

ويتفرع عن هذا مسألتان:

إحداهما: أن النكاح لا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين لما ذكرناه[7] .

وعندهم: ينعقد[8] .

و[9] لذلك لايثبت الطلاق والعتاق والوصية والوكالة وكل حق ليس بمال

---

(١) ما بين القوسين ساقط من «د».

(٢) ما بين القوسين ساقط من «ز» قلت: واستقام الكلام بجمع العبارتين.

(٣) انظر: «المهذب»: (٢/ ٣٣٣).

(٤) انظر: «فتح القدير على الهداية»: (٦/ ٦-٩).

(٥) ما بين القوسين ساقط من «ز».

(٦) سورة البقرة: ٢٨٢ .

(٧) راجع «المهذب»: (٢/ ٣٣٣).

(٨) انظر: «الهداية مع العناية وفتح القدير»: (٢/ ٣٥٢).

(٩) من هنا يبدأ خرم في نسخة [ز] ويستمر حتى ص ١٥١ من [د] عند قوله (وذهبت القدرية والحنفية) حيث بدأ الكلام بقوله (والحنفية . .).

ولا يقصد منه المال[1] .

الثانية : أن شهادة القابلة وحدها لا تقبل [2] .

وعنده : تقبل حتى يثبت به النسب والميراث والطلاق المعلق بالولادة[3] .

(١) انظر : «المهذب» : (٢/ ٣٣٣).

(٢) انظر : المصدر نفسه (٢/ ٣٣٤).

(٣) انظر : «شرح القدوري» : (ص ٤٠٠).

مسألة -٦-

ذهب أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه: إلى أن حكم الشيء يدور مع أثره وجوداً وعدماً، فينزل وجود أثر الشيء منزلة وجوده، وعدمُه منزلةَ عدمه، استدلالاً بوجود الأثر على وجود المؤثر، وبانتفائه على انتفائه.

والشافعي رضي الله عنه، منع ذلك محتجاً فيه بحقيقة الأصل، فإن الأحكام والآثار تابعة للحقائق حساً، وحقيقة. وفي تنزيل أثر الشيء منزلة ذلك الشيء في وجوده، وعدمه: جعلُ المتبوع تابعاً، وذلك قلبُ الحقائق.

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها (١) أن المصابة بالفجور، إذا زالت بكارتها بالزنا المحض، فإنها تستنطق عندنا لوجود حقيقة الثيابة [١].

وعندهم: تزوج كما تزوج الأبكار، ويكتفي بسكوتها، لأنه وطء [غير][٢] متعلق به حكم من أحكام الملك، ولا خاصيةٌ من خصائصه، فأشبه الوثبة والطفرة، ولا يزول حكم البكارة[٣].

ومنها (٢) أن نكاح الأخت في عدة الأخت البائنة، جائز عندنا لأن المحرم هو الجمع في السبب المثمر للوطء، أو في الوطء المقصود بهذا السبب، وقد انعدم ذلك حقيقة [٤].

(١) انظر: «المهذب» للشيرازي: (٢/ ٣٧).

(٢) زيادة لابد منها.

(٣) ما ذكره المؤلف عن الحنفية هو قول أبي حنيفة. أما أبو يوسف ومحمد: فهما مع الشافعي في هذه المسألة. انظر: «الهداية مع العناية وفتح القدير»: (٢/ ٤٠٢) فما بعدها.

(٤) انظر: كلام الشيرازي رحمه الله في «المهذب»: (٢/ ٤٣).

وعندهم: لا يجوز، لأن العدة من خصائص أحكام النكاح، فجعل بقاؤه، بمنزلة بقاء أصلها، في تحريم الجمع[1].

ومنها (٣) إذا طلق الحرة ثلاثاً، ثم تزوج أمة في عدتها جاز عندنا.

وعنده: لايجوز[2].

ومنها (٤) أن المختلعة، لا يلحقها صريح الطلاق، لزوال حقيقة النكاح.

وعندهم: يلحقها ما دامت في العدة، كما ذكرناه.

ومنها (٥) أن المبتوتة في مرض الموت لا ترث عندنا[3].

وعندهم: ترث، ما دامت العدة قائمة[4].

---

(١) انظر: «شرح القدوري»: (٢٩٢٢) «الهداية وفتح القدير»: (٣/ ٢٩٦).

(٢) في «د» (وعندهم: يمتنع).

(٣) انظر: «المهذب»: (٢/ ٢٥).

(٤) «كنز الدقائق مع كشف الحقائق»: (٢/ ١٢٦).

مسألة -٧-

إذا دار اللفظ بين معناه الشرعي ومعناه اللغوي: ترجح حمله على المعنى الشرعي دون الوضع [١] اللغوي عندنا [٢]، لما ذكرناه في تبييت النية.

وذهب أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه إلى أنه يترجح حمله على الموضوع اللغوي مجاز[٣] فيما عداه، والكلام بحقيقته إلى أن يدل الدليل على المجاز[٤].

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها (١) أن الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة عندنا[٥].

وعندهم: يوجبها [٦].

ومدار نظر الفريقين، على تفسير اسم النكاح في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[٧].

أبو حنيفة رضي الله عنه يقول: معناه الوطء، لأنه مأخوذ من الضم، والجمع، قال تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾[٨] يعني الوطء، وحيث ورد النكاح في الشرع، بمعنى العقد، فلأجل أنه سبب للوطء، فعبر بالسبب عن

(١) في كل من «د» و«ز» (وضع) بالتنكير.

(٢) انظر: «جمع الجوامع مع الشرح للمحلي وحاشية البناني»: (١/ ٣٠١) فما بعدها.

(٣) لعل العبارة تستقيم بقولنا: ويكون مجازاً فيما عداه.

(٤) انظر: «التلويح على التوضيح»: (١/ ٦٩) فما بعدها.

(٥) انظر: الشيرازي في «المهذب»: (٢/ ٤٣).

(٦) انظر: «فتح القدير والعناية مع الهداية»: (٢/ ٣٦٥) فما بعدها.

(٧) «سورة النساء: ٢٢».

(٨) «سورة النساء: ٦».

المسبب[1] .

وقال الشافعي رضي الله عنه : معناه العقد، لأنه لم يرد في الشرع مطلقاً إلا وأريد به العقد قال ﷺ : «لانكاح إلا بولي وشهود[2] » ويقال : حضرنا نكاح فلان وإنما يراد به العقد، فيصرف عند الإطلاق إليه، كما في لفظ «الصلاة، والصوم»فإنهما عند الإطلاق يحملان على الصلاة الشرعية، والصوم الشرعي، دون اللغوي، وأما قوله تعالى : ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ وقوله عليه السلام : «ناكح اليد ملعون»[3] . فإنما حمل على الوطء، لأنه لا يحتمل العقد .

ومنها (٢) أن المحرم لا يجوز له [أن][4] يتزوج، وأن يزوج عندنا[5] لقوله عليه السلام : لا يَنكح المحرِم ولا يُنكح[6] » .

وعندهم : يجوز له ذلك[7] ، وحملوا لفظ النكاح على الوطء دون العقد[8] .

(١) وهذا من المجاز المرسل .

(٢) انظر : : ص ١٣٤ الحاشية رقم ٢

(٣) حديث ضعيف وفي سنده ابن لهيعة . وقال الرهاوي في حاشيته على شرح «المنار» للنسفي في أصول الفقه : (لا أصل له) وانظر «الأسرار المرفوعة» لملا علي القاري : (ص٥٦٩) تحقيق الدكتور محمد الصباغ «كشف الخفا» للعجلوني : (٢/ ٣٢٥) .

(٤) زيادة لا بد منها .

(٥) انظر : «المنهاج مع مغني المحتاج» : (٣/ ١٨٦) .

(٦) عن ابان بن عثمان قال : سمعت أبي عثمان بن عفان يقول : قال رسول الله ﷺ : «لا ينكح المحرم ولا ينكح» رواه الجماعة إلا البخاري، قال الخطابي : الرواية الصحيحة لا ينكح المحرم بكسر الحاء على معنى النهي لا على حكاية الحال . زاد مسلم وأبو داود في رواية والنسائي «ولا يخطب» .
وانظر «معالم السنن» : (٢/ ١٨٢) «نيل الأوطار» : (٥/ ١٥) .

(٧) انظر : «الهداية مع العناية وفتح القدير» : (٢/ ٣٧٤) فما بعدها حيث الاستدلال على الجواز بما ورد في الصحيح من حديث ابن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم» .

(٨) انظر : «المغني» لابن قدامة : (٣/ ٣٣٢) طبعة المنار بمصر ١٣٦٨هـ .

وعليه حمل أبو حنيفة رضي الله عنه لفظ النكاح في قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[1] حتى جوز للحر نكاح الأمة بدون خوف العنت..

(١) «سورة النساء: ٢٥».

مسائل الصداق

مسألة -١-

الصداق عند الشافعي رضي الله عنه تمحض حقاً للمرأة: ثبوتاً، واستيفاء.

واحتج في ذلك باستقلالها بإسقاطه، وبأن فوائده عائدة إليها.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: الصداق حق لله تعالى ابتداء، وربما قال: الوجوب لله تعالى، والواجب لها، واحتج في ذلك: بأن المهر يجب لا بإيجابها، بل بإيجاب الشرع، حتى لو اتفق الزوجان على إسقاطه وجب.

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها (١) أن مفوِّضة البضع لا تستحق المهر عندنا بنفس العقد [١].

وعندهم: تستحق ذلك وإن رضيت بأن لا يجب لها [٢].

ومنها (٢) أن الصداق لا يتقدر عندنا، بل يجوز قليله وكثيره [٣].

وعندهم: يقدَّر أقله بعشرة دراهم، حتى لو ذكر خمسة وجب عشرة.

وعللوا ذلك: بأنه أقل مال له خطر في الشرع، حتى يقطع به السارق، فلا يستباح البضع بدونه [٤].

ومنها (٣) أن المرأة إذا خطبها كفؤ بدون مهر المثل، ورضيت به يجب

---

(١) انظر: «النووي في المنهاج»: (٣/ ٢٢٩) فما بعدها مع «مغني المحتاج».

(٢) انظر: «فتح القدير مع الهداية والعناية»: (٢/ ٤٤٠) فما بعدها.

(٣) انظر: «المنهاج مع مغني المحتاج»: (٣/ ٢٣١) فما بعدها.

(٤) انظر: «الهداية مع العناية وفتح القدير»: (٢/ ٤٣٥) فما بعدها.

على الأولياء تزويجها عندنا، فإن أبوا زوَّجها القاضي [1].

وعندهم: لا تلزمهم الإجابة كما لو دعت إلى غير كفؤ [2].

(١) انظر: في هذه «نهاية المحتاج» للرملي مع حاشيتي الشبراملي والرشيدي: (٦/ ٢٤٩) فما بعدها.

(٢) انظر: «شرح القدوري»: (ص٢٥٢).