

بَابِ نِكَاحِ الْمُشْرِكِ وَمَنْ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ مِنْ هَذَا وَمِنْ كِتَابِ التَّغْرِيبِ بِالْخِطْبَةِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «أَخْبَرَنَا الثَّقَةُ أَحْسَبُهُ إِسْمَاعِيلَ بْنَ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مَعْمَرٍ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنِ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ قَالَ قَالَ أَسْلَمٌ غَيْلَانُ بْنُ سَلَمَةَ وَعِنْدَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «أَمْسِكْ أَرْبَعًا وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ» وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرَجُلٍ يُقَالُ لَهُ الدَّيْلَمِيُّ أَوْ ابْنُ الدَّيْلَمِيِّ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ أُخْتَانِ «اخْتَرِ أَيُّهُمَا شِئْتَ وَفَارِقِ الْأُخْرَى» وَقَالَ لِنَوْفَلِ بْنِ مُعَاوِيَةَ وَعِنْدَهُ خَمْسٌ «فَارِقْ وَاحِدَةً وَأَمْسِكْ أَرْبَعًا» قَالَ فَعَمِدْتُ إِلَى أَقْدَمِيهِنَّ فَفَارَقْتُهُمَا (قال الشافعي) رَجَمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَبِهَذَا أَقُولُ وَلَا أَبَالِي أَكُنَّ فِي عَقْدَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِي عَقْدٍ مُتَّفِقَةٍ إِذَا كَانَ مَنْ يُمْسِكُ مِنْهُنَّ يَجُوزُ أَنْ يَبْتَدِئَ بِنِكَاحِهَا فِي الْإِسْلَامِ مَا لَمْ تَنْقُضِ الْعِدَّةَ قَبْلَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِمَا لِأَنَّ أَبَا سُفْيَانَ وَحَكِيمَ بْنَ جَزَامٍ أَسْلَمَا قَبْلَ أَنْ أَسْلَمَتِ امْرَأَتَاهُمَا فَاسْتَقَرَّتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عِنْدَ زَوْجِهَا بِالنِّكَاحِ الْأَوَّلِ وَأَسْلَمَتِ امْرَأَةٌ صَفْوَانَ وَامْرَأَةٌ عِكْرَمَةَ ثُمَّ أَسْلَمَا فَاسْتَقَرَّتَا بِالنِّكَاحِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ.

قال الماوردي: وهذا كما قال: الأصل تحريم التناكح بين المسلمين والمشركين قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّى تُؤْمِنَ وَلَا أُمَّةً مُؤْمِنَةً خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ، وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾ [البقرة؛ ٢٢١] وقال تعالى: ﴿وَلَا تَمْسُكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ﴾ [الممتحنة: ١٠] وقال تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَأَنْ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] وقال النبي ﷺ: «أنا بريء من كل مسلم مع مشرك» وإذا كان كذلك فالمسلمة لا تحل لكافر بحال سواء كان الكافر كتابياً أو وثيقاً فأما المسلم فيحل له من الكفار الكتابيات من اليهود والنصارى على ما ذكرنا ويحرم عليه ما عداهن من المشركات.

فأما إذا تناكح المشركون في الشرك فلا اعتراض عليهم فيها، فإن أسلموا عليها فمنصوص الشافعي في أكثر كتبه جواز مناكحهم وإقرارهم عليها بعد إسلامهم لأن النبي ﷺ أقر من أسلم على نكاح زوجته، وروى داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس: قال: رد رسول الله ﷺ بنته زينب على أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول، ولم يحدث شيئاً^(١).

(١) أخرجه الترمذي (١١٤٣) وأبو داود (٢٢٤٠) وابن ماجه (٢٠٠٩).

وقال الترمذي: هذا حديث ليس بإسناده بأس.

وقال الشافعي في بعض كتبه : إن مناكحهم باطلة ، وقال في موضع آخر : إنها معفو عنها فغلط بعض أصحابنا فخرج اختلاف هذه النصوص الثلاثة على ثلاثة أقاويل ، الذي عليه جمهورهم أنه ليس ذلك لاختلاف أقاويله فيها ، ولكنه لاختلاف أحوال مناكحهم وهي على ثلاثة أقسام : صحيحة ، وباطلة ، ومعفو عنها .

فأما الصحيح منها فهو أن يتزوج الكافر الكافرة بولي وشاهدين بلفظ النكاح ، وليس بينهما نسب يوجب التحريم ، فهذا النكاح صحيح ، فإذا أسلموا عليه أقروا وهو الذي أراده الشافعي بالصحة .

فأما الباطل منها فهو أن يتزوج في الشرك بمن تحرم عليه بنسب ، أو رضاع ، أو مصاهرة فهذا النكاح باطل ، فإذا أسلموا عليه لم يقروا ، وكذلك لو نكحها بخيار مؤبد وهذا الذي أراده الشافعي بأنه باطل .

وأما المعفو عنه : فهو أن يتزوج من لا تحرم عليه بنسب ، ولا رضاع ، ولا مصاهرة بما يروونه نكاحاً من غير ولي ولا شهود ولا بلفظ نكاح ولا تزويج فهذا معفو عنه ، فإذا أسلموا قروا عليه ؛ لأن رسول الله ﷺ لم يكشف عن منكح من أسلم من المشركين وهو الذي أراده الشافعي بأنه معفو عنه والله أعلم .

فصل : فإذا تقرر جواز مناكحهم فلهم إذا حدث بينهم إسلام حالتان :

أحدهما : أن يُسَلِّمَ الزَّوْجَانِ مَعاً .

والحال الثانية : أن يسلم أحدهما ، فإن أسلم الزوجان معاً ، فإن لم يكن للزوج أكثر من أربع زوجات بأن كان له أربع فما دون ، وأسلمن كلهن معه في حالة واحدة ثبت نكاحهن كلهن سواء كان إسلامه وإسلامهن قبل الدخول أو بعده ، وإن كان له خمس زوجات فما زاد وقد أسلم جميعهن بإسلامه كان له أن يختار من جملتهن أربعاً سواء نكحهن جميعهن في الشرك في عقد واحد أو في عقود وسواء أمسك الأوائل أو الأواخر وينفسخ نكاح البواقي بغير طلاق ، ويمثل قولنا قال مالك ، ومحمد بن الحسن ، وأبو ثور إلا أن مالكا قال : لا ينفسخ نكاح البواقي بعد الأربع إلا بطلاق وهكذا لو نكح في الشرك أختين ثم أسلمتا معاً أمسك أيتهما شاء وانفسخ نكاح الأخرى بغير طلاق عندنا وبطلاق عند مالك .

وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : لا اعتبار بخياره ، وإنما الاعتبار بعقده ، فإن تزوج في الشرك عشرًا في عقد واحد ثم أسلمن معه بطل نكاح جميعهن ، فإن تزوجهن في عقود ثبت نكاح الأربع الأوائل ، وبطل نكاح من بعدهن من الأواخر اعتباراً بنكاح المسلم ، وهكذا لو أنكح أختين أسلمتا معه نظر فإن كان قد نكحهما في عقد واحد بطل نكاحهما ، وإن كان في عقدين ثبت نكاح الأولى منهما ، وبطل نكاح الثانية .

وقال الأوزاعي : إن نكحهن في عقود ثبت نكاح الأربع الأوائل وأن نكحهن في عقد واحد لم يبطل نكاحهن واختار منهن أربعاً واستدل أبي حنيفة بما روي أن النبي ﷺ بعث

معاداً إلى اليمن فقال له: «أدعهم إلى الشهادة أن لا إله إلا الله فإن أجابوك أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» ثم ثبت أن المسلم لو نكح خمساً في عقد بطل نكاحهن ولو نكحهن في عقود ثبت نكاح الأربع الأوائل، وبطل نكاح من بعدهن من الأواخر كذلك نكاح المشرك إذا أسلم.

قال، ولأنه تحريم جمع فوجب أن لا يثبت فيه خيار قياساً على إسلام المرأة مع زوجين قال: ولأنه تحريم يستوي فيه الابتداء والاستدامة منه فوجب أن يستوي فيه المسلم والكافر قياساً على تحريم ذوات المحارم.

قال: ولأنه عقد اشتمل على أكثر من أربع فوجب أن يكون باطلاً قياساً على عقد المسلم.

ودليلنا ما رواه الشافعي في صدر الباب أن غيلان بن سلمة أسلم وأسلم معه عشر نسوة فقال النبي ﷺ: «أمسك أربعاً وفارق سائرهن» فأطلق له النبي ﷺ إمساك أربع منهن، ولم يسأله عن عقودهن فدل على أنه قدر ذلك إلى اختياره فيهن، بل قدروي أن غيلان بن سلمة قال: فكنت من أريدها أقول لها أقبلي، ومن لا أريدها أقول لها: ادبري، وهي تقول: بالرحم بالرحم، وهذا نص صريح في تمسكه بمن اختار لا بمن تقدم.

وروي عن نَوْفَل بن معاوية أنه قال: أسلمت وعندني خمس نسوة، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال أمسك أربعاً وفارق واحدة، قال: فعمدت إلى أقدمهن صحبة ففارقتهما^(١) فدل على جواز إمساك الأواخر دون الأوائل.

وروي الضحَّاك بن فيروز الدِّيلمي عن أبيه أنه قال: أسلمت وتحتي أختان، فقال النبي ﷺ^(٢): «أمسك أيتهما شئت، وفارق الأخرى»^(٣) وهذا نص في التخيير.

وروي أن رجلاً من بني أسد أسلم وتحتة ثمان نساء، فقال النبي ﷺ: «آختر منهن أربعاً» قال: فأخترت منهن أربعاً وكل هذه الأخبار نصوص في التخيير.

ومن طريق القياس: أن كل امرأة حلَّ له ابتداء العقد عليها في الإسلام حلَّ له المقام عليها في الإسلام بالعقد الناجز في الشرك قياساً على النكاح بعد شهود.

وقولنا بعقد ناجز: أحترازاً من نكاحها في الشرك بخيار مؤبد؛ ولأنه عدد يجوز له ابتداء العقد عليهن فجاز له إمساكهن كالأوائل.

(١) أخرجه الترمذي (٢١١/١) والشافعي (١٦٠٤) وابن ماجه (١٩٥٣) وابن حبان (١٣٧٧ - موارد) والحاكم (١٩٢/٢) والبيهقي (١٤٩/٧) وأحمد (٤٤/٢).

(٢) سقط في ب.

(٣) أخرجه أبو داود (٦٧٨/٢) رقم (٢٢٤٣) والترمذي (١١٣٠) وابن ماجه (١٩٥١) وابن حبان (١٢٧٦ - موارد) والدارقطني (٢٧٣/٣) والبيهقي (١٨٤/٧).

وَمِنَ الاستدلال أنه لو تزوج في الشَّرْكَ أُخْتَيْنِ واحدة بعد الأخرى ثم ماتت الأولى وأسلمت معه الثانية جاز له استبدالها فكذلك إذا كانت الأولى باقية؛ ولأنه لما جاز أن يستديم المقام في الإسلام على عقد نكاح في الشرك لا يجوز أن يبتدىء مثله في الإسلام وهو أن يكون قد نكحها بغير شهود جاز مثله في جمع العدد وفي الأواخر.

فأما الجواب عن استدلالهم بالخبر فمن يقول بموجبه إننا نحرم عليه الزيادة على أربع كالذي لم يزل مسلماً.

فأما قياسهم على المرأة إذا أسلمت مع زوجين تعليلاً بأنه تحريم جمع فالتعليل غير مسلم، لأنه لم يحرم على المرأة الزوج الثاني بعد الأول لأجل الجمع، ولكن لأن الأول قد ملك بضعها فصارت عاقدة مع الثاني على ما قد ملكه الأول عليها، فجرى مجرى من باع ملكاً ثم باعه من آخر بطل البيع الثاني لأجل الجمع. ولكن يعقده على ما قد خرج عن ملكه كذلك نكاح الزوج الثاني. وخالف نكاح الخامسة، لأنها غير مملوكة البضع كالرابعة.

وأما قياسهم على ذوات المحارم فالمعنى فيهن: أنه لما حرم ابتداء العقد عليهن حرم استدامة نكاحهن، وليس كذلك الأواخر.

وأما قياسهم على المسلم فالمعنى فيه أن عقود المسلم أضيق حكماً وأغلظ شرطاً من عقود المشرك، ألا تراه لو نكح في عدة أو بغير شهود بطل، ولو أسلم المشرك عليه أقر كذلك الأواخر.

فصل: فأما الحال الثانية: رهو أن يسلم أحد الزوجين فينظر، فإن أسلم الزوج وزوجته كتابية فالنكاح بحاله، لأنه يجوز أن يبتدىء نكاحها في الإسلام فجاز أن يستديم نكاحها في الشرك، وأن كانت زوجته وثنية أو أسلمت الزوجة، وكان زوجها كتابياً، أو وثنياً، فكل ذلك سواء؛ لأن الجمع بينهما بعد إسلام أحدهما محرم، وإذا كان كذلك نظر في إسلام أحدهما فإن كان قبل الدخول بطل النكاح وإن كان بعده كان موقوفاً على انقضاء العدة، فإن أسلمت المتأخر في الشرك منهما قبل انقضائها كانا على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت بطل النكاح، وسواء تقدم بالإسلام الزوج أو الزوجة وسواء كان الإسلام في دار الحرب أو دار الإسلام.

وقال مالك: إن تقدمت الزوجة بالإسلام كان الحكم على ما ذكرناه إن كان قبل الدخول بطل النكاح، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة، وإن تقدم الزوج بالإسلام كان النكاح باطلاً إلا أن تسلم الزوجة بعده بزمان يسير كيوم أو يومين.

وقال أبو حنيفة: إن أسلم أحدهما، فلهما ثلاثة أحوال:

حال يكونان في دار الحرب، وحال يكونان في دار الإسلام، وحال يكون أحدهما في دار الحرب والآخر في دار الإسلام.

فإن كانا في دار الحرب فأسلم أحدهما فالنكاح موقوف على انقضاء العدة سواء كانت قبل الدخول أو بعده^(١).

وإن كانا في دار الإسلام فأسلم أحدهما كان النكاح موقوفاً على الأبد قبل الدخول وبعده إلا أن يعرض الإسلام على المتأخر في الشرك فيمتنع، فيوقع الحاكم الفرقة بطلقة وإن كان أحدهما في دار الحرب والأخر في دار الإسلام فإسلام من حصل في ذلك الإسلام يوجب لفسخ النكاح في الحال قبل الدخول وبعده من غير وقف، وسواء كان المسلم هو الزوج أو الزوجة.

وقال داود، وأبو ثور: إسلام أحدهما دون الآخر موجب لفسخ النكاح في الحال من غير وقف على أي حال كان إسلامه وفي أي مكان كان.

فأما مالك فاستدل لمذهبه بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠] فوجب أن يحرم على المسلم التمسك بعصمة كافر، ولأن إسلام أحد الزوجين إذا كان مؤثراً في الفرقة كان معتبراً بإسلام الزوج دون الزوجة؛ لأن الفرقة إلى الرجال دون النساء.

والدليل عليه ما روي أن أبا سفيان وحكيم بن حزام أسلما على يد رسول الله ﷺ بمر الظهران وزوجتهما في الشرك بمكة فأنفذ رسول الله ﷺ أبا هريرة إلى هند زوجة أبي سفيان فقرأ عليها القرآن وعرض عليها الإسلام فنأبت ثم أسلمت، وزوجة حكيم على يد رسول الله ﷺ فأقرهما على النكاح مع تقدم إسلام الزوجين، ولأن حظر المسلمة على الكافر أغلظ من حظر الكافرة على المسلم لأن المسلمة لا تحل لكتابي، والمسلم تحل له الكتابية فلما لم يتعجل فسخ نكاح المسلمة مع الكافر فأولى أن لا يتعجل فسخ نكاح الكافر مع المسلمة. فأما الآية فلا دليل له فيها؛ لأنه ممنوع أن يتمسك بعصمتها في الكفر، وإنما تمسك بعصمتها بعد الإسلام.

وأما استدلاله بأن الفرقة إلى الزوج دون الزوجة فذاك في فرقة الاختيار التي يوقعها المالك والطلاق، فأما فرقة الفسوخ فيستوي فيها الزوجان.

فصل: فأما أبو حنيفة فاستدل على وقوع الفرقة باختلاف الدارين من غير توقف بقول الله تعالى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمَ بِأَيْمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَأَهُنَّ جِلُّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] فأقتضى أن تحرم عليه بالإسلام سواء أسلم بعدها أو لم يسلم؛ وبرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن زينب بنت رسول الله ﷺ هاجرت إليه، وتخلف زوجها أبو العاص بن ربيع كافرًا بمكة ثم أسلم فردها عليه بنكاح جديد، فدل على وقوع الفرقة باختلاف الدارين.

قال: ولأن اختلاف الدار بهما حكماً وفعلاً يوجب الفرقة بينهما قياساً على سبي أحدهما وأسترقاقه.

قال: ولأن دار الحرب دار غلبة، وقهر، لأن من غلب فيها على شيء ملكه ألا ترى لو غلب العبد سيده على نفسه صار العبد حراً وصار السيد له عبداً ولو غلبت المرأة زوجها على نفسه بطل نكاحها، وصار الزوج لها عبداً فاقتضى أن تصير الزوجة بإسلامها إذا هاجرت من دار الحرب متغلبة على نفسها فوجب أن يبطل نكاحها.

والدليل على أن اختلاف الدارين لا يوجب وقوع الفرقة بإسلام أحد الزوجين ما روي أن أبا سفيان بن حرب، وحكيم بن جزام أسلما بمر الظهران، وهي بحلول رسول الله ﷺ فيها واستيلائه عليها دار إسلام وزوجتاهما على الشرك بمكة وهي إذا ذاك دار الحرب ثم أسلمتا بعد الفتح فأقرهما رسول الله ﷺ على النكاح.

فإن قيل: مر الظهران من سواد مكة، وتابعة لها في الحكم فلم يكن إسلامها إلا في دار واحدة، ففيه جوابان:

أحدهما: أن مر الظهران دار الخزاعة محاذة عن حكم مكة؛ لأن خزاعة كانت في حلف رسول الله ﷺ وكانت بنو بكر في حلف قريش، ولنصرة النبي ﷺ لخزاعة صار إلى قريش بمكة.

والجواب الثاني: أن مر الظهران لو كان من سواد مكة لجاز أن ينفرد عن حكمها باستيلاء الإسلام عليها، كما لو فتح المسلمون سواد بلد من دار الحرب صار ذلك السواد دار إسلام، وإن كان البلد دار الحرب ويدل على ذلك ما روي أن النبي ﷺ لما دخل مكة عام الفتح، هرب صفوان بن أمية إلى الطائف، وهرب عكرمة بن أبي جهل إلى ساحل البحر مشركين فأسلمت زوجتهما بمكة، وكانت زوجة صفوان برزة بنت مسعود بن عمرو الثقفي، وزوجة عكرمة أم عكيم بنت الحارث بن هشام بن المغيرة، وأخذتا من رسول الله ﷺ أماناً لهما فدخل صفوان من الطائف بالأمان وأقام على شركه حتى شهد مع رسول الله ﷺ حيناً، وأعاره سلاحاً ثم أسلم، وعاد عكرمة من ساحل البحر وقد عزم على ركوبه هرباً فأسلم فأقرهما رسول الله ﷺ مع زوجتيهما مع اختلاف الدارين بهما لأن مكة كانت قد صارت بالفتح دار إسلام، وكانت الطائف والساحل دار الحرب.

فإن قيل: هما من سواد مكة وفي حكمهما.

فالجواب عنه بما مضى.

ومن القياس: أنه إسلام بعد الإصابة فوجب إذا اجتمعا عليه في العدة أن لا تقع به الفرقة قياساً على اجتماع إسلامهما في دار الحرب؛ ولأن ما كانت البيئونة به منتظرة لم يؤثر فيه اختلاف الدارين كالطلاق الرجعي، وما كانت البيئونة معجلة، لم يؤثر فيه اتفاق الدارين كالطلاق الثلاث فوجب أن يكون الفرقة بالإسلام ملحقة بأحدهما.

فأما الجواب عن استدلالهم بالأية فنحن نقول بموجبها لأنها لا ترد المسلمة إلى كافر ولا تحلها له ولا تمسك بعصمة كافرة، وإنما يردها إلى مسلم، ويمسك بعصمة مسلمة وأما الجواب عن حديث زينب فمن وجهين:

أحدهما: ما رواه عن ابن عباس أن النبي ﷺ ردها عليه بالنكاح الأول.

والثاني: أنه يجوز أن يكون استأنف لها نكاحاً، لأنه أسلم بعد انقضاء العدة حين أمره أبو بصير الثقفي بسيف البحر من نحو الجار.

وأما قياسهم على السبي والاسترقاق فليس المعنى فيه افتراق الدارين إنما حدوث الاسترقاق ألا ترى أنه لو استرق أحدهما وهما في دار الحرب، بطل النكاح ولو استرقا معاً بطل النكاح فصار السبي مخالفاً للإسلام، وعلى أن الفرقة بالاسترقاق غير منتظرة بحال، والفرقة بالإسلام منتظرة في حال فافتراقاً.

وأما الاستدلال بأنها متغلبة على بضعتها فلا يصح؛ لأن الأعيان تملك بالتغلب دون الأبضاع، ألا ترى أن مسلماً لو غلب على بضعة مشركة لم تصر زوجة، ولم يصير زوجاً ولو تغلب على رقبتها صارت ملكاً.

فصل: واستدل أبو حنيفة على أن إسلام أحدهما قبل الدخول لا يوجب تعجيل الفرقة بأنه إسلام طراً على نكاح، فوجب أن لا يبطله قياساً على إسلامهما معاً ولأن الإسلام سبب يستباح به النكاح، لأن الكافر لا يستبيح المسلمة إلا أن يسلم وما كان سبباً في إباحة المحظور لم يكن سبباً في حظر المباح.

ودليلنا عليه هو اختلاف الدارين إذا منع من تأييد المقام على النكاح تعجلت به الفرقة إذا كان قبل الدخول كالردة، ولأن كل سبب إذا وجد بعد الدخول لم تقع به الفرقة إلا بانقضاء العدة، ووجب إذا وجد قبل الدخول إن تعجل به الفرقة كالطلاق الرجعي، فأما قياسه على إسلامهما معاً، فلأنه يجوز بإسلامهما تأييد المقام على النكاح فكان على صحته، وإسلام أحدهما يمنع تأييد المقام فتعجل به فسخ العقد على أن القياس منتقض بالردة قبل الدخول، فإنه يقول: لو ارتدا معاً قبل الدخول كانا على النكاح ثم لو أسلم أحدهما بطل النكاح.

وأما استدلاله بأن ما كان سبباً في الإباحة لم يكن سبباً في الحظر ففاسد بالطلاق، وهو سبب لتحريم المطلقة وإباحة أختها وسبب لإباحتها لغير مطلقها، وإن كان سبباً لتحريمها على مطلقها ثم لما لم يمنع أن يكون الإسلام الذي هو سبب الإباحة سبباً للتحريم بعد انقضاء العدة، وكذلك قبلها.

واستدل أبو حنيفة على أن إسلام أحدهما في دار الإسلام فوجب بقاء النكاح على الأبد ما لم يعرض الإسلام على المتأخر منهما في الشرك، فإذا عرض عليه فامتنع أوقع

الحاكم الفرقة بطلقة تعلقاً بأن الفرقة لا تكون إلا بالحادث، وليس يخلو الحادث من ثلاثة أمور.

إما أن يكون لإسلام من أسلم، أو لكفر من تأخر، أو لحكم حاكم فلم يجوز أن يكون للإسلام، لأنه مأمور به فلم يكن سبباً لزوال ملكه، ولم يجوز أن يكون للكفر، لأنه قد كان، والنكاح بحاله فلم يبق إلا أن يكون بحكم الحاكم، فاقتضى أن تتعلق الفرقة به تقدم الحكم أو تأخر، قال: ولأن إسلام أحد الزوجين لا يوقع الفرقة بينهما كما لو أسلم زوج الكتابية.

ودليلنا: هو أن اختلاف الدين إذا منع ابتداء النكاح أوجب وقوع الفرقة من غير حكم قياساً على إسلام أحدهما في دار الحرب، ولأن دار الإسلام أغلظ في أحكام النكاح من دار الشرك، ثم كانت دار الشرك لا تراعي في وقوع الفرقة، بإسلام أحدهما حكم الحاكم فدار الإسلام بذلك أولى.

فأما الاستدلال الأول فالجواب عنه أن الفرقة إنما وقعت باختلاف الدين المانع من ابتداء النكاح، وليس من الأقسام المذكورة فلم يصح الاستدلال بها.

وأما قياسه على إسلام أحد الزوجين فالمعنى فيه: أنه لما لم يمنع ذلك من ابتداء النكاح؛ لأنه يجوز أن يتزوج المسلم كتابية لم تقع الفرقة بإسلام الزوج الكتابي، وليس كذلك في ملتنا لأنه لا يجوز أن يتزوج المسلم وثنية، ولا الوثني مسلمة فجاز أن تقع الفرقة بإسلام أحد الوثنيين.

فصل: فإذا ثبت وتقرر أن النكاح بإسلام أحد الزوجين قبل الدخول باطل وأنه بعد الدخول موقوف على انقضاء العدة وأنه لا فرق بين تقدم إسلام الزوج أو الزوجة بخلاف ما قاله مالك، وأنه لا فرق بين اختلاف الدارين أو اتفاقهما بخلاف ما قاله أبو حنيفة، فإن الزوجة المدخول بها قبل اجتماع إسلامهما جارية في عدة الفرقة فإن لم يسلم المتأخر منهما في الشرك حتى انقضت العدة، بأن الفرقة وقعت بتقدم الإسلام، وحلت بعد انقضاء هذه العدة للأزواج.

وقال أبو حنيفة: ليست تلك العدة عدة فرقة وإنما هي عدة يعتبر بها صحة النكاح باجتماع الإسلاميين فيهما فإذا لم يجتمع إسلامهما وقعت الفرقة بانقضائها، وهذا خطأ؛ لأنه لا يخلو من أن يوجب عليها بعد الفرقة عدة أخرى ولا توفيقاً فإن أوجب عليها عدة أخرى فقد ألزمها عدتين، وليست تجب على المفارقة إلا عدة واحدة، وإن لم يوجب عليها عدة أخرى بطل قوله من وجهين:

أحدهما: أنه أوجب العدة قبل الفرقة، وأسقطها بعد الفرقة.

والثاني: أن العدة تجب إما لاستبراء أو فرقة وقد أوجبهَا لغير استبراء ولا فرقة، وإذا صح ما ذكرنا من وقوع الفرقة تقدم الإسلام فطلقها في حال العدة أو آلى منها أو ظاهر كان ذلك موقوفاً على ما يكون من اجتماع الإسلاميين فإن اجتماعاً عليه في العدة صح الإيلاء

والظهار لصحة النكاح، ووقوعه فيه، وإن لم يجتمعا على إسلام في العدة حتى انقضت لم يصح الطلاق ولا الإيلاء ولا الظهار؛ لتقدم الفرقة عليه بالإسلام المتقدم والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ أَسْلَمَ وَقَدْ نَكَحَ أُمًّا وَأَبْتَهَا مَعًا فَدَخَلَ بِهِمَا لَمْ تَحِلَّ لَهُ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا أَبَدًا وَلَوْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهِمَا قُلْنَا أُمْسِكْ أَبْتَهُمَا شِئْتَ وَفَارِقِ الْأُخْرَى وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ يُمَسِّكُ الْإِبْنَةَ وَيُفَارِقُ الْأُمَّ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) هَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ عِنْدِي وَكَذَا قَالَ فِي كِتَابِ التَّعْرِيزِ بِالْحِطْبَةِ وَقَالَ أَوْلَى كَانَتْ الْأُمُّ أَوْ آخِرًا».**

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في مشرك تزوج في الشرك أمًّا وبتتها ثم أسلم وأسلمتا معه فلا يخلو حاله معهما من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون قد دخل بهما.

والثاني: أن لا يكون قد دخل بهما.

والثالث: أن يكون قد دخل بالأُم دون البنت.

والرابع: أن يكون قد دخل بالبنت دون الأُم.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون قد دخل بهما فقد حرمتا عليه جميعاً، لأن دخوله بالأُم يحرم البنت لو كان بشبهة فكيف بنكاح؟ ودخوله بالبنت يحرم الأُم لو كان بشبهة فكيف بنكاح؟ فإن قيل: فإذا كان نكاح الشرك معفو عنه فهلا كان الوطء في الشرك معفو عنه.

قيل: لأن الوطء يحدث من تحريم المصاهرة وما يجري مجرى تحريم النسب لثبوت التحريم فيهما على الأبد، وليس يعفى عن تحريم النسب، فكذلك لا يعفى عن تحريم المصاهرة، وخالف العقد الذي تتخلف أحواله وينقطع زمانه.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن لا يكون قد دخل بواحدة منهما، فلا يجوز له أن يتمسك بهما وله أن يتمسك بإحدهما سواء كان قد عقد عليها في عقد واحد، أو في عقدين وسواء تقدمت الأُم بالعقد أو تأخرت كمن نكح خمساً في الشرك بخلاف ما قال أبو حنيفة في تقديم الأوائل على الأواخر، وإذا كان كذلك ففي التي يتمسك بها قولان:

أحدهما: أنه يتمسك بنكاح البنت ويقيم عليها ويحرم الأُم نص عليه في كتاب «أحكام القرآن» وفيما نقله المزني عنه؛ لأنه العفو عن مناحح الشرك تمنع من التزام أحكامها وتصير بالإسلام بمثابة المبتدئ لما شاء منهما، وإذا كان مخيراً بين الأوائل والأواخر، فكذلك يكون مخيراً بين الأُم والبنت فعلى هذا إن اختار البنت حرمت عليه الأُم حينئذ تحريم تأييد، وإن اختار الأُم حرمت البنت باختيار الأُم تحريم جمع فإذا دخل بالأُم حرمت البنت تحريم تأييد.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون قد دخل بالأم دون البنت فالبنت قد حرمت عليه بالدخول بالأم، وفي تحريم الأم عليه قولان:

أحدهما: أنها محرمة ونكاحها باطل، وهو اختيار المزمي من قوله إذا لم يدخل بهما أنه يثبت نكاح البنت ويبطل نكاح الأم فيبطلها هنا نكاح البنت بالدخول بالأم، ويبطل نكاح الأم بالعقد على البنت.

والقول الثاني: أن الأم لا تحرم ويكون نكاحها ثابتاً، وهذا على القول الآخر أنه لو لم يدخل بها لكان مخيراً في التمسك بمن شاء فيبطل خياره هنا لتحريم البنت بالدخول بالأم، ويصير ملتزماً لنكاح الأم.

فصل: فأما القسم الرابع: وهو أن يكون قد دخل بالبنت دون الأم فنكاح البنت ثابت ونكاح الأم باطل وبماذا بطل يكون على القولين:

أحدهما: بالعقد على البنت على القول الذي اختاره المزمي.
والثاني: بالدخول بالبنت على القول الآخر.

فصل: فإذا شك بالدخول فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشك هل دخل بواحدة منهما أو لم يدخل فالورع أن يحرمهما احتياطاً فأما في الحكم فالشك مطرح؛ لأن حكم اليقين في عدم الدخول أغلب، وإذا كان كذلك صار في حكم من لم يدخل بواحدة منهما، فيكون على ما مضى من القولين:

أحدهما: وهو اختيار المزمي أن يقيم على نكاح البنت.
والقول الثاني: يكون مخيراً في إمساك أيتها شاء.

والضرب الثاني: أن يتيقن الدخول بواحدة منهما، ويشك في التي دخل بها منهما فلا يعلم أهى الأم أم البنت فيكون نكاحهما باطلاً؛ لأن تحريم أحدهما متيقن وإذا تيقن تحريم واحدة من اثنتين حرمت عليه اثنتان كما لو تيقن أن إحدى امرأتين أخت حرمتا عليه.

فصل: فأما إذا كانت المسلمة بحالها في أن نكح في الشرك أمماً وبتناً، واختلف إسلامهم فحكم النكاح معتبر بما ذكرنا من الأقسام الأربعة في الدخول.

فالقسم الأول: أن يكون قد دخل بهما فلا يوقف نكاح واحدة منهما بالإسلام لتحريم كل واحدة منهما بدخوله بالأخرى، ويكون نكاحهما باطلاً.

والقسم الثاني: أن لا يكون قد دخل بواحدة منهما فلا يخلو حال من تقدم بالإسلام من أربعة أحوال:

أحدها: أن يتقدم الزوج وحده بالإسلام فيبطل نكاحهما في الشرك.

والحال الثانية: أن يتقدم إسلام الأم والبنت على الزوج، فيبطل نكاحهما في

والحال الثالثة: أن يتقدم إسلام الزوج والبنت، ويتأخر إسلام الأم فيثبت نكاح البنت ويبطل نكاح الأم.

والحال الرابعة: أن يتقدم إسلام الزوج والأم ويتأخر إسلام البنت فيبطل نكاح البنت لتأخرها وفي بطلان نكاح الأم قولان فهذا حكم القسم الثاني.

والقسم الثالث: أن يكون قد دخل بالأم دون البنت فنكاح البنت باطل بكل حال، وهل يوقف نكاح الأم على اجتماع إسلامهما على القولين.

والقسم الرابع: أن يكون قد دخل بالبنت دون الأم فنكاح الأم باطل لدخوله بالبنت، ونكاح البنت موقوف على اجتماع إسلامهما.

فصل: وإذا نكح في الشرك أمًا وبنتها وبنت بنتها ثم أسلم وأسلمن معه فله معهن خمسة أقسام:

أحدها: أن يكون قد دخل بجميعهن فيكون نكاحهن باطلاً.

والقسم الثاني: أن لا يكون قد دخل بواحدة منهن ففيه قولان:

أحدهما: يقيم على السفلى وهي بنت البنت، ويبطل نكاح العليا التي هي الجدة ونكاح الوسطى التي هي الأم.

والقول الثاني: أنه بالخيار بالتمسك بأيتهن شاء.

والقسم الثالث: أن يدخل بالعليا دون الوسطى والسفلى، فيكون نكاح الوسطى والسفلى باطلاً وفي بطلان نكاح العليا قولان.

والقسم الرابع: أن يدخل بالوسطى دون العليا والسفلى، فيبطل نكاحهما وفي بطلان نكاح الوسطى لأجل السفلى قولان.

والقول الخامس: أن يدخل بالسفلى دون العليا والوسطى، فيثبت نكاح السفلى ويبطل نكاح العليا والوسطى فإذا اعتبرت ذلك بما قدمناه من التعليل وجدت الجواب فيه صحيحاً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ أَرْبَعُ زَوَاجَاتٍ إِمَاءٍ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْسِراً يَخَافُ الْعَنْتَ أَوْ فِيهِنَّ حُرَّةٌ انْفَسَخَ نِكَاحُ الْإِمَاءِ وَإِنْ كَانَ لَا يَجِدُ مَا يَتَزَوَّجُ بِهِ حُرَّةً وَيَخَافُ الْعَنْتَ وَلَا حُرَّةً فِيهِنَّ اخْتَارَ وَاحِدَةً وَانْفَسَخَ نِكَاحُ الْبَوَاقِي».

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في مشرك تزوج في الشرك بإماء مشركات ثم أسلم وأسلمن معه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون معهن حرة.

والثاني: أن لا يكون فإن لم يكن معهن حرة وكن إماء لا حرة فيهن فلا يخلو حاله عند

إسلامه وإسلامهن من أمرين:

أحدهما: أن يكون ممن يجوز له نكاح الإمام لعقد الحرة وعدم الطول وخوف العنت فيجوز له أن يختار واحدة منهن ويفارق من سواها؛ لأنه في حال يجوز له أن يتبدى فيها نكاح الأمة، فجاز أن يستديم فيهما نكاح الأمة.

والحال الثانية: أن يكون عند إسلامه وإسلامه ممن لا يجوز أن يتبدى نكاح الأمة لوجود الطول أو أمن العنت فنكاح الإمام قد بطل اعتباراً بحال إسلامه معهن، وأنه ممن لا يجوز له أن يتبدى نكاح أمة فلم يكن له أن يستديم بالاختيار نكاح أمة.

وقال أبو ثور: يجوز له أن يستديم نكاح أمة منهن باختياره، وإن كان ممن لا يجوز له أن يتبدى نكاح أمة استدلالاً بأن الشرط في نكاح الأمة معتبر في ابتداء العقد عليها، وليس بمعتبر في استدامة نكاحها ألا تراه لو تزوجها لخوف العنت ثم أمن العنت جاز أن يستديم نكاحها، وإن لم يجز أن يتبدى كذلك المشرك إذا أسلم مستديم لنكاحها، وليس بمبتدىء فجاز أن يقيم على نكاحها مع عدم الشرك، وإن لم يجز أن يتبدى.

قال؛ ولأنه لو وجب أن يعتبر شروط الابتداء في وقت استدامته عند الإسلام لوجب اعتبار الولي والشاهدين فلما لم يعتبر هذا لم يعتبر ما سواه.

ودليلنا: هو أن نكاح الأمة لا يحل إلا باعتبار شروطه فلما لم تعتبر وقت عقده في الشرك، وجب أن تعتبر وقت اختياره في الإسلام؛ لثلا يكون العقد عليها خالياً من شروط الإباحة في الحاليين، وفي هذا انفصال عن استدلاله الأول؛ لأننا قد اعتبرنا شروط الإباحة في الابتداء فلم نعتبرها في الاستدامة، ويكون الفرق بين هذا وبين استدلاله الثاني، بأن الولي والشاهدين، وإن كان شرطاً في العقد فهو غير معتبر في الحاليين؛ لأن الولي والشاهدين من شروط العقد وعقد الشرك معفو عنه فعفى عن شروطه، وليس كذلك شروط نكاح الأمة؛ لأنها من شروط الإباحة وشروط الإباحة معتبرة وقت الاختيار ألا تراه لو نكح في الشرك معتدة ثم أسلمها، وهي في العدة كان النكاح باطلاً؛ لأنها وقت الاختيار غير مباحة كذلك الأمة.

ويتفرع على هذا التفرع ثلاثة فروع:

أحدها: أن تسلم المشركة مع زوجها وهي في عدة من وطء شبهة فقد اختلف أصحابنا في إباحتها على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن سريج أن نكاحها باطل اعتباراً بما قرناه، بأنه لا يستبيح العقد عليها وقت الإسلام كما لو نكحها في العدة ثم أسلمها وهي في العدة.

والوجه الثاني: وهو أظهر أن النكاح جائز؛ لأن حدوث العدة في النكاح بعد صحة عقدها لم يؤثر في نكاح المسلم فأولى أن لا يؤثر في نكاح المشرك.

والفرع الثاني: أن يسلم أحد الزوجين المشركين، ويحرم بالحج ثم يسلم الثاني في العدة فالأول على إحرامه وفي النكاح وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي بشار الأنماطي أن النكاح باطل اعتباراً بما قررناه من أنه لا يستبيح العقد عليها عند اجتماع الإسلاميين فصار كما لو ابتدأ نكاحهما في وقت الإحرام. والوجه الثاني: وهو أظهر، وقد نص عليه الشافعي أن النكاح جائز؛ لأن حدوث الإحرام في النكاح بعد صحة عقده لا يؤثر في فسخه.

والفرع الثالث: أن من تزوج أمة على الشرط المبيح ثم طلقها وقد ارتفع الشرط طلاقاً رجعياً فله أن يراجعها، وإن كان ممن لا يجوز له أن يتدىء نكاحها، وهذا متفق عليه بين جميع أصحابنا؛ لأن الرجعية زوجة؛ ولذلك ورثت ووارثت وإنما يزال بالرجعية تحريم الطلاق فلم يعتبر في هذه الحال شروط الإباحة في ابتداء ألا تراها لو رجع وهو محرم جاز، وإن لم يجز أن يتدىء نكاحها محرماً والله أعلم.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو أن يكون مع الإمام حرة؛ فقد تزوجها المشرك مع الإمام في الشرك ثم أسلم فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تسلم الحرة دون الإمام فنكاح الحرة ثابت، ونكاح الإمام باطل بإسلام الزوج مع الحرة وبآخرها.

والقسم الثاني: أن يسلم الإمام دون الحرة فنكاح الحرة قد بطل بتأخرها ونكاح الإمام معتبر باجتماع إسلامهن مع الزوج، فإن كان موسراً بطل نكاحهن؛ لأنه لما لم يجز في هذه الحال أن يتدىء نكاح أمة لم يجز أن يختار نكاح أمة، وإن كان معسراً يخاف العنت كان له أن يختار نكاح واحدة منهن؛ لأنه يجوز أن يتدىء، فجاز أن يختاره لأنه ما لم تنقض عدة الحرة في الشرك اختار حينئذ من الإمام واحدة، وأنفسخ نكاح من سواها من وقت اختياره فاستأنفن عدد الفسخ، فلو صار وقت اختياره موسراً وقد كان وقت اجتماع إسلامه وإسلامهن معسراً صح اختياره اعتباراً بحاله عند اجتماع الإسلاميين؛ لأنه الوقت الذي استحق فيه الاختيار.

والقسم الثالث: أن تسلم الحرة والإمام جميعاً فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يجتمع إسلام الحرة والإمام في حالة واحدة فيثبت نكاح الحرة، وينفسخ نكاح الإمام من وقت إسلامهن مع الحرة؛ لأنه لا يجوز أن يختار نكاح أمة مع وجود حرة كما لا يجوز أن يتدىء.

والقسم الثاني: أن تسلم الحرة قبل الإمام فنكاح الحرة ثابت، ونكاح الإمام باطل، ثم ينظر في إسلامهن، فإن كان بعد انقضاء عددهن وقع الفسخ بتقدم إسلام الزوج وتأخرهن، وإن أسلمن قبل انقضاء عددهن وقع الفسخ بتقدم إسلام الحرة فعلى هذا لو كانت الزوجة الحرة حين أسلمت ماتت ثم أسلم الإمام في عددهن.

قال أبو حامد الإسفراييني: نكاحهن باطل؛ لأن نكاحهن قد انفسخ بإسلام الحرة [فلم يعد إلى الصحة بموتها، وهذا عندي غير صحيح بل يجب] ^(١) أن يكون موقوفاً يختار واحدة

منهن؛ لأن إسلام الحرة معه قبل إسلام الإمام يجري مجرى يساره في تحريم الإماء فلما لم يعتبر يساره إلا عند إسلام الإمام وجب أن لا يعتبر وجود الحرة إلا عند إسلام الإمام.

والقسم الثالث: أن يسلم الإمام قبل الحرة فيعتبر حال الزوج عند إسلامهن، فإن كان موسراً بطل نكاح الإمام مع إسلامهن واستأنفن عدد الفسخ، وإن كان معسراً يخاف العنت كان نكاح الإمام معتبراً بإسلام الحرة وهو فيهن مخير بين أمرين.

إما أن يتركهن على حالهن ترقباً لإسلام الحرة فإن أسلمت بعد انقضاء عدتها أختار من الإماء واحدة وأنفسخ نكاح البواقي من وقت اختياره، وإن أسلمت الحرة في عدتها انفسخ نكاح الإمام من وقت إسلامها فهذا أحد خياريه.

والخيار الثاني: أن يمسك الزوج من الإماء واحدة يترقب بها إسلام الحرة ويفسخ نكاح من سواها من الإماء؛ ليتعجلن الفسخ إذ ليس له أن يقيم على أكثر من واحدة فإذا فعل ذلك انفسخ نكاح من عدا الواحدة من وقت فسخه، وكان نكاح الواحدة معتبراً بإسلام الحرة، فإن أسلمت في عدتها ثبت نكاحها وانفسخ نكاح الأمة وإن أسلمت بعد انقضاء عدتها بطل نكاحها، وثبت نكاح الأمة، ولا يكون ثبوته بأختيار متقدم ولكن؛ لأنه ليس معه غيرها، فعلى هذا لو طلق الحرة في الشرك قبل إسلامها ثم أسلمت نظر، فإن كان إسلامها بعد العدة لم يقع طلاقها وانفسخ نكاحها بإسلام الزوج وثبت نكاح الأمة، وإن كان إسلامها في العدة وقع الطلاق عليها؛ لأنها زوجة، وانفسخ بإسلامها نكاح الأمة فيصير إسلامها وإن كانت مطلقة موجباً لفسخ نكاح الأمة؛ لأن الطلاق لا يقع إلا على زوجة، والأمة لا يثبت اختيار نكاحها مع حرة هذا جواب أصحابنا على الإطلاق، وعندني أنه يجب أن يكون معتبر بزمان الطلاق، فإن كان قد طلقها قبل إسلام الإمام جاز له أن يقيم على واحدة منهن لأن الحرة، وإن أسلمت في عدتها فقد وقع الطلاق عليها قبل إسلام الإمام فصرن عند إسلامهن لا حرة معهن، وإن كان طلاق الحرة بعد إسلام الإمام فعلى ما قاله أصحابنا من اعتبار إسلام الحرة قبل العدة وبعدها والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَسْلَمَ بَعْضُهُنَّ بَعْدَهُ فَسَوَاءٌ وَتَنْتَظِرُ إِسْلَامَ الْبَوَاقِي فَمِنْ اجْتَمَعَ إِسْلَامُهُ وَإِسْلَامُ الزَّوْجِ قَبْلَ مُضِيِّ الْعِدَّةِ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فِيهِنَّ».

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في حر تزوج في الشرك بأربع زوجات إماء لا حرة فيهن ثم أسلم وأسلمن، وذلك بعد دخوله بهن فهذا على أربعة أقسام:

أحدها: أن يسلمن معه.

والثاني: أن يسلمن قبله.

والثالث: أن يسلمن بعده.

والرابع: أن يسلم بعضهن قبله وبعضهن بعده وقد يجيء فيه قسمان آخران:

أحدهما: أن يسلم بعضهم معه وبعضهم بعده ولكن يدخل جوابهما في جملة الأقسام الأربعة فلم نذكرها اكتفاء بما ذكرنا.

فأما القسم الأول: وهو أن يسلم، ويسلم معه الإمام الأربعة فيعتبر حاله وقت الإسلام فإن كان موسراً بوجود الطول انفسخ نكاحهن بالإسلام واستأنفن عدد الفسخ وإن كان معسراً لا يجد الطول، كان له أن يختار منهن واحدة لا يزيد عليها لأن الحر لما لم يجزله أن ينكح أكثر من أمة واحدة لم يكن له أن يختار أكثر من أمة واحدة، وانفسخ نكاح الثلاث الباقيات من وقت اختياره للواحدة لا من وقت إسلامه.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يسلمن قبله ثم يسلم بعدهن في عددن فيراعي حاله وقت إسلامه لا وقت إسلامهن؛ لأن الاعتبار باجتماع الإسلاميين وذلك إسلامه بعدهن، فإن كان واجداً للطول انفسخ نكاحهن بإسلامه واستأنفن عدد الفسخ، وإن كان عادماً للطول كان له أن يختار منهن واحدة وينفسخ نكاح الثلاث البواقي باختياره فيستأنفن عدد الفسخ.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يسلمن بعده فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الزوج عند إسلام جميعهن موسراً واجداً للطول.

والثاني: أن يكون عند إسلام جميعهن معسراً عادماً للطول.

والثالث: أن يكون عند إسلام بعضهم موسراً وعند إسلام بعضهم معسراً، فإن كان موسراً عند إسلام جميعهن بطل نكاحهن كلهن، وانفسخ نكاح كل واحدة منهن من وقت إسلامها؛ لأنه وقت اجتماع الإسلاميين فتستأنفن منه عدة الفسخ، وإن كان معسراً عند إسلام جميعهن، فله أن يختار منهن واحدة سواء تقدم إسلامها عليهن أو تأخر إسلامها عنهن، فإذا اختار منهن واحدة انفسخ نكاح الثلاث البواقي من وقت اختياره للواحدة فاستأنفن منه عدد الفسخ وإن كان عند إسلام بعضهم موسراً وعند إسلام بعضهم معسراً بطل نكاح التي أسلمت في يساره ولم يبطل نكاح التي أسلمت في إعساره؛ لأن التي أسلمت في يساره لا يجوز أن يستأنفن نكاحها فلم يكن له أن يختارها فبطل نكاحها بإسلامها، والتي أسلمت في إعساره يجوز أن تستأنفن نكاحها فجاز أن يختارها فعلى هذا لو أسلمت الأولى والثانية وهو موسر، وأسلمت الثالثة والرابعة وهو معسر بطل نكاح الأولى والثانية ولم يبطل نكاح الثالثة والرابعة، وكان له أن يختار إحداهما فإذا اختارها انفسخ نكاح الأخرى باختياره، ولو أسلمت الأولى والثانية وهو معسر وأسلمت الثالثة والرابعة وهو موسر بطل نكاح الثالثة والرابعة بإسلامها، وكان نكاح الأولى والثانية موقوفاً على اختياره، فإذا اختار إحداهما انفسخ حينئذ نكاح الأخرى فلو أسلمت الأولى وهو موسر ثم أسلمت الثانية وهو معسر، ثم أسلمت الثالثة وهو موسر ثم أسلمت الرابعة وهو معسر بطل نكاح الأولى والثالثة بإسلامهما، وكان نكاح الثانية والرابعة موقوفاً على اختيار إحداهما، فإذا اختارها انفسخ نكاح الأخرى من وقته.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو أن يسلم بعضهم قبله وبعضهم بعده.

مثاله : أن يسلم قبله اثنتان وبعده اثنتان فهذا على أربعة أقسام :

أحدها : أن يكون موسراً عند إسلام الأوائل والأواخر فنكاح الجميع باطل لكن يفسخ نكاح الأوائل بإسلام الزوج لا بإسلامهن قبله، وينفسخ نكاح الأواخر بإسلامهن لا بإسلام الزوج قبلهن ؛ لأن كل واحد من الناكحين يفسخ بأجتمع الإسلاميين ، واجتماعهما في الأوائل ، فيكون بإسلام الزوج واجتماعهما في الأواخر يكون بإسلام الأواخر .

والقسم الثاني : أن يكون معسراً عند إسلام الأوائل والأواخر فله أن يختار نكاح واحدة إن شاء من الأوائل وإن شاء من الأواخر لأن كل واحدة من الفريقين يجوز عند اجتماع الإسلاميين أن يستأنف نكاحها فجاز أن يختارها فإذا اختار واحدة من أحد الفريقين انفسخ باختياره نكاح الباقيات واستأنفن عدد الفسخ .

والقسم الثالث : أن يكون عند إسلام الأوائل معسراً ، وعند إسلام الأواخر موسراً فيبطل نكاح الأواخر بإسلامهن ، وله أن يختار من الأوائل واحدة وينفسخ باختياره نكاح الأخرى .

والقسم الرابع : أن يكون موسراً عند إسلام الأوائل معسراً عند إسلام الأواخر فنكاح الأوائل باطل بإسلام الزوج ، وله أن يختار من الأواخر واحدة فإن أسلمتا معاً اختار أيتها شاء ، وانفسخ باختياره نكاح الأخرى ، وإن أسلمت إحدهما بعد الأخرى فهو مخير بين تعجيل اختيار الأولى وبين تأخيرها إلى إسلام الثانية ، فإذا كان كذلك فليها أربعة أحوال :

أحدها : أن يمسك عن الاختيار إلى أن تسلم الثانية فله إذا أسلمت أن يختار أيتها شاء فإذا اختار إحدهما ثبت نكاحهما ، وانفسخ به نكاح الأخرى .

والحال الثانية : أن يعجل اختيار الأولى ، فإذا اختارها ثبت نكاحها ، وبطل به نكاح الثانية ، وإن كانت باقية في الشرك ، لأنه لما بطل نكاحها باختيار تلك ، فإن كانت هذه قد أسلمت فأولى أن يبطل به نكاحها ، وإن لم تسلم فإذا أسلمت ثبت على ما مضى من عدتها من وقت الاختيار في الشرك .

والحال الثالثة : أن يطلق الأولى قبل إسلام الثانية فيقع الطلاق عليها ويكون ذلك اختياراً لنكاحها ؛ لأن الطلاق لا يقع إلا على زوجة فيصير الطلاق موجباً للاختيار وموقفاً للفرقة ، ويبطل به نكاح المتأخرة ، لأنه قد صار مختاراً لغيرها .

والحال الرابعة : أن يفسخ نكاح الأولى قبل إسلام الثانية فلا تأثير لفسخه في الحال ، لأنه يفسخ نكاح من لا يجوز له إمساكها ، وقد يجوز أن لا تسلم الثانية فيلزمه إمساك الأولى فلذلك لم يؤثر فسخه في إنكاحها فإن لم تسلم الثانية ثبت نكاح الأولى وبأن فسخ نكاحها كان مردوداً ، وإن أسلمت الثانية فإن اختارها وفسخ نكاح الأولى جاز وثبت نكاح الثانية وانفسخ نكاح الأولى وإن اختار الأولى وفسخ نكاح الثانية ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز ؛ لأن فسخ نكاحها في الأول لما لم يؤثر في الحال فبطل أن يقع

والوجه الثاني: قد لزمه فسخها، ولا يجوز له اختيارها، لأنه لم يؤثر في الحال لعدم غيرها فلما وجد غيرها صار مؤثراً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَسْلَمَ الْإِمَاءُ مَعَهُ وَعُتِقْنَ وَتَخَلَّفَتْ حُرَّةٌ وَقَفَّ نِكَاحُ الْإِمَاءِ فَإِنْ أَسْلَمَتِ الْحُرَّةُ انْفَسَخَ نِكَاحُ الْإِمَاءِ وَلَوْ اخْتَارَ مِنْهُنَّ وَاحِدَةً وَلَمْ تُسَلِّمِ الْحُرَّةُ ثَبَّتَ».

قال الماوردي: وصورتها في حُرِّ تزوج في الشرك أربع زوجات إماء وحررة خامسة ثم أسلم وأسلم معه الإماء، وحاله حال من ينكح الإماء ويقف نكاح الإماء على إسلام الحررة، فإن عتق الإماء قبل إسلام الحررة فحكم نكاحهن نكاح الحرائر، وإن عتقن بعد اجتماع إسلامهن مع الزوج فإن حكمهن حكم نكاح الإماء، وإن صرن حرائر اعتباراً بحالهن عند اجتماع الإسلاميين ولا اعتبار بما حدث بعدها ممن عتقهن، كما يعتبر حال يساره وإعساره عند اجتماع الإسلاميين دون ما حدث بعدها، وإذا كان كذلك، قيل: ليس لك أن تختار من الإماء وإن عتقن أحداً ما كانت الحررة باقية في عدتها، فإن اختار منهن واحدة لم يصح اختيارها في الحال وروعي إسلام الحررة، فإن أسلمت قبل مضي عدتها، وملك نكاح الإماء المعتقدات كلهن المختارة منهن وغيرها، وإن لم تسلم الحررة حتى أنقضت عدتها انفسخ نكاحها بإسلام الزوج، وكان له أن يختار واحدة من المعتقدات ولا يزيد عليها، وهل يثبت نكاح المختارة منهن بأختيار الأول.

قال الشافعي: «فإن اختار منهن واحدة ولم تسلم الحررة ثبت» فاختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: ثبت إن استأنف اختيارها، فأما بالاختيار الأول فلا يثبت؛ لأنه لما لم يثبت الاختيار في الحال لم يصح أن يكون موقوفاً على ثاني حال فبطل فعلى هذا الوجه يكون مخيراً بين اختيار تلك الأولى واختيار غيرها.

والوجه الثاني: أنها تثبت بالاختيار الأول على الظاهر من قول الشافعي، ويكون حكم الاختيار موقوفاً، وإن لم يجز أن يكون أصله موقوفاً؛ لأنه لما جاز أن يكون ملك الخيار موقوفاً على إسلام الحررة، فإن أسلمت علم أنه لم يكن مالكا للخيار، وإن لم تسلم علم أنه كان مالكا له جاز أن يكون حكم الخيار موقوفاً على إسلام الحررة.

فإن أسلمت علم أنه لم يثبت، وإن لم تسلم علم أنه يثبت، فلو قال في الاختيار الأول إن تسلم الحررة فقد اخترتكن لم يصح هذا الاختيار وجهاً واحداً لأن هذا خيار موقوف الأصل لا موقوف الحكم، ونحن إنما نجوز في أحد الوجهين وقف حكمه لا وقف أصله فتصور فرق بينهما.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ عُتِقْنَ قَبْلَ أَنْ يُسَلِّمَنَّ كُنَّ كَمَنْ ابْتَدَىءَ نِكَاحَهُ وَهُنَّ حَرَائِرٌ».

قال الماوردي: وصورتها أن يتزوج الحر في الشرك بأربع إماء وحررة خامسة ثم يسلم الزوج، ويعتق الإماء في الشرك، ثم يسلمن في عددن فتكون نكاحهن نكاح حرائر، وله أن يقيم على الأربع كلهن؛ لأن الاعتبار بحالهن عند إسلامه وإسلامهن وما اجتمعا إلا وهن جرائر فلذلك صار نكاحهن نكاح حرائر، وإذا كان كذلك كان بالخيار عند إسلام المعتقات بين ثلاثة أمور:

أحدها: أن يختار الأربع فيصح اختيارهن، وينفسخ به نكاح الحررة الخامسة إن أسلمت في العدة، وإن لم تسلم انفسخ نكاحها بإسلام الزوج.

والثاني: أن يوقف نكاح الأربع أنتظاراً لإسلام الحررة الخامسة، فإن أسلمت في العدة اختار من الخمس أربعاً، وفسخ نكاح الخامسة من أيتها شاء، وإن لم تسلم الحررة ثبت نكاح الأربع المعتقات.

والثالث: أن يختار من الأربع ثلاثاً ويوقف الرابعة على إسلام الحررة، فإن لم تسلم ثبت نكاح الرابعة، وإن أسلمت كان مخيراً في اختيار أيتها شاء وفارق الأخرى.

فصل: وهكذا لو أسلم الإماء قبل الزوج وأعتقن ثم أسلم الزوج بعد عتقهن، كان نكاحهن نكاح حرائر، ولأنه لما جمع إسلامه وإسلامهن إلا وهن حرائر، وإذا كان كذلك والحررة متأخرة فهو بالخيار بين ما ذكرنا من الأمور الثلاثة، ولكن لو أسلم قبله أمتان وأعتقتا ثم أسلم الزوج، وأعتق الأمتين المشركتين في الشرك ثم أسلمتا فنكاح هاتين المعتقتين في الشرك على قياس قول أبي حامد الإسفراييني يحل لرقهما عند معتق المسلمين فبطل نكاحهما بالرق لعتق المسلمين، فعلى هذا المذهب يكون نكاح المسلمين بائناً، فإن أسلمت الحررة بعدها في العدة ثبت نكاحها، وصرن ثلاثاً وإن لم يسلم بطل نكاحها، وثبت نكاح المعتقتين.

فأما على الوجه الذي أراه صحيحاً، فنكاح المعتقتين في الشرك لا يبطل بعق المسلمين، من قبل فإذا أسلمت المشركتان بعد عتقهما في عدتهما صرن أربعاً وفي الشرك حررة خامسة فيكون حينئذ مخيراً بين الأمور الثلاثة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَانَ عَبْدٌ عِنْدَهُ إِمَاءٌ وَحَرَائِرُ مُسْلِمَاتٌ أَوْ كِتَابِيَاتٌ وَلَمْ يَخْتَرَنْ فِرَاقَهُ أَمْسَكَ اثْنَتَيْنِ».**

قال الماوردي: وصورتها في عبد تزوج في الشرك ست زوجات منهن: أمتان وثنيتان وحررتان وثنيتان وحررتان كتابيتان، ثم أسلم وأسلم معه الأمتان الوثنيتان والحررتان الوثنيتان، وبقي الكتابيتان على دينهما، فله أن يختار من الست اثنتين، لأن العبد لا يستبيح أكثر منهما، وهو في الزيادة عليهما كالحر في الزيادة على الأربع إلا أن الشافعي قال: ولم يختار فراقه أمسك اثنتين، أما الأمتان فإن أعتقهما فلهما الخيار؛ لأن الأمة إذا أعتقت تحت عبد

فلها الخيار مسلماً كان العبد أو كافراً، وإن لم يعتقا فلا خيار لهما؛ لأنهما قد ساوياه في نقضه بالرق، وأما الحرائر ففي ثبوت الخيار لهن بإسلامه وجهان:

أحدهما: أنه لا خيار لهن لعلمهن برقه ورضاهن مع كمالهن بنقصه، فلم يحدث لهن بالإسلام خيار، لأن الإسلام يؤكد النكاح ولا يضعفه، وهذا اختيار أبي حامد المروزي.

والوجه الثاني: لهن الخيار في فسخ نكاحه؛ لأن الرق في الإسلام نقص، وفي الكفر ليس بنقص لإطلاق تصرفه في الكفر وثبوت الحجر عليه في الإسلام، ونقص أحكامه في طلاقه، ونكاحه، وحدوده، وعدم ملكه، وقهر السيد له على نفسه فيكون الرق في الإسلام نقصاً يثبت للحرائر من زوجاته الخيار في إسلامه، وإن لم يثبت لهن في شركه وهذا اختيار أبي القاسم الداركي، فعلى هذا إن قيل: للحرائر الأربعة الخيار فاخترن فسخ نكاحه ثبت نكاح الأمتين، وإن قيل: لا خيار لهن أو قيل لهن الخيار، فاخترن المقام على نكاحه كان له أن يختار منهن، وهن ست، أنتن من أيهن شاء إما أن يختار الحررتين المسلمتين أو الحررتين الكتابيتين أو الأمتين المسلمتين أو واحدة من الأمتين، وواحدة من الحرائر؛ لأنه عبد يجوز أن يجمع بين أمتين وبين أمة وحررة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ عَتِقَ قَبْلَ إِسْلَامِهِ فَاخْتَرَنَ فِرَاقَهُ كَانَ ذَلِكَ لَهُنَّ لِأَنَّهُ لَهُنَّ بَعْدَ إِسْلَامِهِ وَعَدَدُهُنَّ عَدَدُ الْحَرَائِرِ فَيُحْصَيْنَ مِنْ حِينَ اخْتَرَنَ فِرَاقَهُ فَإِنْ اجْتَمَعَ إِسْلَامُهُ وَإِسْلَامُهُنَّ فِي الْعِدَّةِ فَعَدَدُهُنَّ عَدَدُ حَرَائِرٍ مِنْ يَوْمِ اخْتَرَنَ فِرَاقَهُ وَإِلَّا فَعَدَدُهُنَّ عَدَدُ حَرَائِرٍ مِنْ يَوْمِ أُسْلِمَ مُتَقَدِّمِ الْإِسْلَامِ مِنْهُمَا لِأَنَّ الْفَسْخَ مِنْ يَوْمِئِذٍ وَإِنْ لَمْ يَخْتَرَنَ فِرَاقَهُ وَلَا الْمَقَامَ مَعَهُ خُيِّرْنَ إِذَا اجْتَمَعَ إِسْلَامُهُ وَإِسْلَامُهُنَّ مَعًا».

قال الماوردي: وصورتها في عبد تزوج في الشرك بأربع زوجات إماء ودخل بهن ثم أسلمن وعتقن قبل إسلامه فلهن أن يخترن فسخ نكاحه بالعتق، وإن كن جاريات في الفسخ بتقدم الإسلام لأمرين:

أحدهما: أنهن جاريات في فسخ فلم يمتنع أن يستحق معه حدوث فسخ، لأن الفسخ لا ينافي الفسخ لاجتماعهما، وإنما ينافي المقام لتضادهما.

والثاني: أنهن يستفدن بتعجيل الفسخ قصور أحد العدتين، لأنهن لو أنتظرن إسلام الزوج لاستأنف العدة بعد إسلامه، وإذا قدم الفسخ تقدمت العدة قبل إسلامه.

فإن قيل: فهلا أغنى جريانهن في الفسخ بتقدم الإسلام عن أن يحدثن فسحاً بحدوث العتق.

قيل: لا يغني؛ لأن الفسخ بالإسلام متردد بين إفضائه إلى الفرقة إن تأخر إسلام الزوج وبين إفضائه إلى ثبوت النكاح إن تعجل والفسخ بالعتق مفض إلى الفرقة في الحالين، فإذا تقرر هذا فلهن ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يخترن الفسخ فذلك معتبر بإسلام الزوج، فإن لم يسلم حتى انقضت عددهن فقد وقعت الفرقة باختلاف الدين، وبأن أنهن غير زوجاته من يوم أسلمن فلم يقع فسخهن بالعتق، لأنهن قدمن قبله فأول عددهن من وقت إسلامهن، وقد بدأت بالعدة، وهن إماء وأنهنها وهن حرائر، فهل يعتدّن عدد إماء أو عدد حرائر؟ على قولين: أحدهما: وهو قوله في القديم يعتدّن عدد إماء اعتباراً بالابتداء.

والثاني: وهو قوله في الجديد يعتدّن عدد حرائر اعتباراً بالانتهاء وإن أسلم الزوج في عددهن وبأن أن اختلاف الدين لم يؤثر في فسح نكاحهن وإنهن اخترن الفسخ بالعتق وهن زوجات فيفسخ نكاحهن باختيار الفسخ ويعتدّن من وقت الفسخ عدد حرائر قولاً واحداً، لأنهن بدأن وهن حرائر.

فصل: وأما الحال الثانية: وهو أن يخترن المقام على نكاحه فهو معتبر أيضاً بإسلام الزوج فإن لم يسلم حتى انقضت عددهن وقعت الفرقة باختلاف الدين من وقت إسلامهن، ولم يكن لاختيارهن المقام تأثير، وفي عددهن قولان: أحدهما: عدد إماء اعتباراً بالابتداء. والثاني: عدد حرائر اعتباراً بالانتهاء.

وإن أسلم الزوج في عددهن بان أنهن زوجات وأن اختلاف الدين لم يؤثر في نكاحهن، وقد اخترن المقام في وقت لم يؤثر فيه اختيار المقام فهل يؤثر حكمه بعد إسلام الزوج ويسقط به خيار الفسخ أم لا؟ فيه وجهان مبنيان على اختلاف الوجهين في الزوج إذا اختار واحدة من الإماء المسلمات معه وفي الشرك حرة منتظرة فلم تسلم حتى انقضت عدتها، هل يثبت حكم اختياره أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين، كذلك ها هنا هل يثبت حكم اختيارهن المقام أم لا على وجهين: أحدهما: قد يثبت ويبطل به خيار الفسخ.

والوجه الثاني: وهو الأصح أنه لا يثبت لعدم تأثيره في وقته فبطل، ولهن خيار الفسخ بعد إسلام الزوج، فإن اخترن الفسخ استأنف عدد حرائر من وقت الفسخ، وإن لم يخترنه كن زوجات، وهن أربع وليس للعبد إلا اثنتين فيصير له بالخيار في إمساك اثنتين وفسخ نكاح اثنتين يستأنفان من وقت الفسخ عدد حرائر.

فصل: وأما الحال الثالثة: وهو أن يمسكه عن اختيار فسخ أو مقام فهن إذا أسلم الزوج على حقهن من خيار الفسخ، لا يبطل بإمساكهن لأمرين:

أحدهما: أنهن كن يتوقعن الفسخ بغير اختيار فلم يناف وقوع الفسخ باختيار. والثاني: أن خيارهن قبل إسلام الزوج مظنون، وبعد إسلامه متحقق فجاز أن يؤخر به من وقت الظن إلى وقت اليقين، وإذا كان كذلك وجب أن يعتبر إسلام الزوج، فإن لم يسلم

حتى انقضت عددهن بان باختلاف الدين، وبطل خيار الفسخ بالعتق، وفي عددهن من وقت إسلامهن قولان:

أحدهما: عدد إماء اعتباراً بالابتداء.

والثاني: عدد حرائر اعتباراً بالانتهاء وإن أسلم الزوج في عددهن فهن زوجات ولا تأثير لاختلاف الدين في نكاحهن، ولهن الخيار في فسخ النكاح بالعتق، فإن اخترن الفسخ استأنفن في وقت الفسخ عدد حرائر، وإن اخترن المقام كان للزوج أن يختار منهن اثنتين، ويفسخ نكاح اثنتين يستأنفن من وقت الفسخ عدد حرائر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأِنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ إِسْلَامُهُنَّ قَبْلَ إِسْلَامِهِ فَاخْتَرْنَ فِرَاقَهُ أَوْ الْمَقَامَ مَعَهُ ثُمَّ أَسْلَمْنَ خَيْرَ حِينَ يُسَلِّمْنَ لِأَنَّهُنَّ اخْتَرْنَ وَلَا خِيَارَ لَهُنَّ».

قال الماوردي: وصورتها في عبد تزوج في الشرك بأربع زوجات إماء ودخل بهن ثم أسلم قبلهن وأعتقهن في شركهن فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يخترن فسخ النكاح.

والثاني: أن يخترن المقام على النكاح.

والثالث: أن يمسن فلا يخترن فسحاً ولا مقاماً.

فأما القسم الأول: وهو أن يعجلن في الشرك فسخ النكاح فقد نقل المزني عن الشافعي أنه قال: «فاخترن فراقه، أو المقام معه، ثم أسلمن خَيْرَ حِينَ يُسَلِّمْنَ» فجمع بين اختيار الفرقة، واختيار المقام في إبطال حكمهما قبل الإسلام، فدل الظاهر على أن ليس لهن أن يخترن فسخ النكاح قبل إسلامهن فاختلف أصحابنا فيه على وجهين، وهو قول أبي الطيب بن سلمة: أن الجواب على ظاهره، وأنهن إذا أعتقن في الشرك لم يكن لهن اختيار الفسخ حتى يجتمع إسلامهن مع إسلام الزوج، ولو أعتقن بعد تقدم إسلامهن كان لهن اختيار الفسخ قبل أن يجتمع إسلامهن مع إسلام الزوج، وفرق بينهما بأنه إذا تقدم إسلامهن لم يقدرن على تعجيل اجتماع الإسلاميين فكان لهن تعجيل الفسخ ليستفدن قصور إحدى العدتين، وإذا تقدم إسلام الزوج قدرن بتعجيل إسلامهن على اجتماع الإسلاميين، فلم يستفدن بتعجيل الفسخ قبل الإسلام مالا يقدرن عليه بعد الإسلام، فعلى هذا يكون اختيارهن الفسخ قبل إسلامهن باطلاق ولهن إذا أسلمن في عددهن يخترن الفسخ أو المقام.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروري وجمهور أصحابنا أنهم يملكن في

الشرك اختيار الفسخ كما ملكته في الإسلام، لأنهن قد ملكن بالعتق اختيار الفسخ، فكان تقديمه وهن جاريات في الفسخ أولى، وتأخيرها إلى خروجهن من الفسخ؛ لأن الفسخ لا ينافي الفسخ ولمن قال بهذا الوجه فيما نقله المزني تأويلان:

أحدهما: أنه غلط من المزني في روايته أو من الكاتب في نقله، لأن الشافعي قد ذكر

هذه المسألة فيما نقله الربيع في كتاب «الأم» فقال: ولو اعتقن قبل إسلامهن فاخترن المقام معه، ثم أسلمن خيرن حين يسلمن، ولم يذكر إذا اخترن فراقه فيها، وإنما غلط المزني أو الكاتب في النقل فقال فاخترن فراقه، أو المقام معه، وهذا تأويل أبي إسحاق المروزي.

والثاني: أن النقل صحيح، وأن الشافعي ذكر اختيار الفرقة واختيار المقام ثم عطف بالجواب على اختيار المقام دون الفرقة؛ لأنه قد قدم حكم اختيارهن للفرقة وأفرد ها هنا حكم اختيارهن للمقام ومن عادة الشافعي أن يجمع بين المسألتين ويعطف بالجواب المرسل على أحدهما ويجعل جواب الأخرى محمولاً على ما عرف من مذهبه أو تقدم من جوابه، وهذا تأويل أشار إليه أبو علي الطبري في كتاب «الإفصاح» فعلى هذا الوجه يكون اختيارهن الفسخ معتبراً بإسلامهن، فإن أسلمن في عددهن وقعت الفرقة بفسخهن ويستأنفن عدد حرائر من وقت فسخهن، وإن لم يسلمن حتى انقضت عددهن وقعت الفرقة باختلاف الدين، وبطل حكم الفسخ بالعتق لوقوع الفرقة قبله، وفي عددهن قولان:

أحدهما: عدد إماء اعتباراً بالابتداء.

والثاني: عدد حرائر اعتباراً بالانتهاء.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يخترن المقام معه قبل إسلامهن، ففي هذا الاختيار

وجهان ذكرناهما:

أحدهما: أنه لغو لا حكم له، لأنهن جاريات في فسخ ينافي اختيار المقام فبطل حكمه تغليباً لحكم الفسخ، وهذا هو المنصوص عليه ها هنا، فعلى هذا إن أسلمن بعد عددهن وقعت الفرقة باختلاف الدين، وإن أسلمن في عددهن كان لهن الخيار في المقام أو الفسخ.

والوجه الثاني: أن اختيار المقام قد أبطل حقهن في الفسخ بعد الإسلام ويكون موقوف الحكم على إمضائه في زمانه، فعلى هذا إن لم يسلمن حتى انقضت عددهن بان باختلاف الدين، وإن أسلمن في عددهن سقط حقهن من اختيار الفسخ لما تقدم من اختيار المقام.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يُمَسِّكَنَّ في الشرك، فلا يخترن بعد العتق مقاماً ولا فسخاً فمذهب الشافعي أن لهن إذا أسلمن أن يخترن الفسخ، ولا يكون إمساكهن عنه إسقاطاً لحقهن منه؛ لأن اختيارهن قبل الإسلام موقوف وبعد الإسلام نافذ، فجاز تأخيره عن زمان الوقف إلى زمان النفوذ وهم بعض أصحابه فجعل إمساكهن عنه إسقاطاً لحقهن منه قال؛ لأن ما تقدم من الشرك هدر والإسلام يجب ما قبله، وهذا خطأ؛ لأنه لو أوجب أن يكون الخيار هدر لأوجب أن يكون النكاح والطلاق هدر، ولما لزم في الإسلام حكم عقد تقدم في الشرك وفي فساد هذا دليل على فساد ما أفضى إليه، وإذا ثبت أن لهن الخيار بعد الإسلام فالجواب فيه إن اخترن الفسخ أو المقام على ما مضى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَلَوْ اجْتَمَعَ إِسْلَامُهُنَّ وَإِسْلَامُهُ وَهَنَّ إِمَاءٌ ثُمَّ أُعْتِقْنَ مِنْ سَاعَتِهِنَّ ثُمَّ اخْتَرَنَ فِرَاقَهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُنَّ إِذَا أَتَى عَلَيْهِنَّ أَقْلُ أَوْقَاتِ الدُّنْيَا وَإِسْلَامُهُنَّ وَإِسْلَامُهُ مُجْتَمِعٌ».

قال الماوردي: وصورتها في عَبْد تَزُوج في الشرك بأربع زوجات إماء وأسلم وأسلمن معه ثم أعتق الإماء فلهن الخيار بالعتق بين المقام أو الفسخ، وفي مدة خيارهن ثلاثة أقاويل: أحدها: وهو أصح أنه على الفور معتبر بالإمكان فمتى أمكنهن تعجيل الفسخ، فأخرنه بعد المكنة زماناً، وإن قل بطل خيارهن، لأنه خيار استحقته لنقص الزوج بالرق عما حدث من كمالهن بالحرية، فجرى مجرى خيار الرد بالعيوب واستحقاقه على الفور.

والقول الثاني: أنه ممتد الزمان إلى ثلاثة أيام كالخيار في المصراة.

والقول الثالث: أنه باق لهن، وإن تطاول بهن الزمان ما لم تمكن من أنفسهن أو بصرحن بالرضى اعتباراً بأن ما لا يخالف حالهن في الفسخ فهن باقيات على حكمه.

فأما المزني فإنه اعترض على الشافعي فيما ذكره من استحقاق الخيار على الفور بثلاثة فصول:

أحدها: أن حكى عنه بخلاف فقال: قطع في كتابين بأن لها الخيار، وهذا الاعتراض ليس بشيء، لأن قول الشافعي في مدة الخيار مختلف، وإنما ذكر في هذا الموضع أصح أقاويله عنده.

والفصل الثاني: احتج فيه على أن الخيار على التراخي دون الفور، بأن الشافعي قال: وإن أصابها فادعت أنها كانت على حقها وهذا على ضربين:

أحدهما: أن يدعى الجهالة بالعتق.

والثاني: أن يدعى الجهالة بالحكم.

فأما إذا ادعت الجهالة بالعتق أو قالت، مكتته من نفسي ولم أعلم، بعثقي فإن علم صدقها قبل قولها، وإن علم كذبها رد قولها، وإن جوز الأمران فالقول قولها مع يمينها إن كذبت وهي على حقها من الخيار، وأما إذا ادعت الجهالة بالحكم بأن قالت مكتته من نفسي مع العلم بعثقي، ولكن لم أعلم أن لي الخيار إذا اعتقت وأمكن ما قالت ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا خيار لها، وأن لم تعلم؛ لأنه قد كان يمكنها أن تستعلم كما لا خيار في رد العيب إذا أمسكت عنه جهلاً باستحقاق رده.

والقول الثاني: لها الخيار، ولأنه قد يخفى إلا على خواص الناس وليس كالرد بالعيب الذي يعرفه الخاصة والعامة، وفي هذا التفصيل جواب على احتجاج المزني به.

والفصل الثالث: إن عارض الشافعي في عبارته وهي قوله: «لم يكن لها الخيار إذا اتى عليهن أقل أوقات الدنيا» فأفسد هذه العبارة وأحالها من وجهين:

أحدهما: قَوْلُهُ إِنْ عَلَى السُّلْطَانِ أَنْ لَا يُؤْجِلَهَا أَكْثَرَ مِنْ مَقَامِهَا، فَكَمْ يَمُرُّ بِهَا مِنْ أَوْقَاتِ الدُّنْيَا مِنْ حِينَ اعْتَقَتْ إِلَى أَنْ جَاءَتْ إِلَى السُّلْطَانِ، وَقَدْ يَبْعُدُ ذَلِكَ وَيَقْرُبُ.
والثاني: أَنَّهَا لَا تَقْدِرُ عَلَى اخْتِيَارِ الْفَسْخِ إِلَّا بِكَلَامٍ يَجْمَعُ حُرُوفاً كُلَّ حَرْفٍ مِنْهَا فِي وَقْتٍ غَيْرِ وَقْتِ الْآخَرِ، وَفِي هَذَا إِبْطَالُ الْخِيَارِ، وَهَذَا اعْتِرَاضٌ مِنَ الْوَجْهِينِ فَاسِدٌ مِنْ وَجْهِينِ:

أحدهما: أَنَّ لِلْكَلامِ عِرفاً إِذَا تَقَدَّرَ اسْتِعْمَالُ حَقِيقَتِهِ، كَانَ مَحْمُولاً عَلَيْهِ وَصَارَ مَخْرُجاً مَخْرَجَ الْمَبَالِغَةِ، كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ فِي أَبِي جَهْمٍ: «لَا يَضَعُ عِصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ» وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ مَا أَحَدٌ يُمْكِنُهُ إِلَّا أَنْ يَضَعَ عِصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ فِي أَوْقَاتِ نَوْمِهِ وَاسْتِرَاحَتِهِ لَكِنَّهُ قَالَ ذَلِكَ عَلَى طَرِيقِ الْمَبَالِغَةِ؛ لِأَنَّهُ الْأَغْلَبُ مِنْ أَحْوَالِهِ.

والوجه الثاني: أَنَّهُ أَرَادَ أَقْلَ أَوْقَاتِ الدُّنْيَا بِقَدْرِ زَمَانِ الْمَكْنَةِ، وَشُرُوطِ الطَّلَبِ، وَيَكُونُ مَرَادُهُ بِأَقْلِهَا هُوَ الْوَقْتُ الَّذِي يُمْكِنُ فِيهِ الْاِخْتِيَارُ فَيُمْسِكُ فِيهِ عَنِ الْاِخْتِيَارِ.
فَأَمَّا مَرَادُ الْمَرْزِيِّ بِكَلَامِهِ هَذَا فَقَدْ اِخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ إِثْبَاتَ الْخِيَارِ عَلَى التَّرَاحِي، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ مِنْهُ اِخْتِيَارُ الْآخَرِ مِنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ.

والوجه الثاني: أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ أَنَّ اخْتِيَارَ الْفَسْخِ لَا يَكُونُ إِلَّا عَلَى حَكْمٍ فَعَلَى هَذَا^(١) يَكُونُ ذَلِكَ مِنْهُ مَذْهَباً اِخْتَارَهُ لِنَفْسِهِ وَلَيْسَ بِمَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ، وَهَذَا فَاسِدٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَى حَكْمِ الْحَاكِمِ يَكُونُ فِيمَا ثَبِتَ بِاجْتِهَاتِهِ، وَهَذَا ثَابِتٌ فِي النَّصِّ.
والثاني: أَنَّهُ خِيَارٌ نَقَصَ فَجَرَى خِيَارَ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

مَسْأَلَةٌ: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ عِتْقُهُ وَهَنَّ مَعاً (قَالَ الْمَرْزِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ لَيْسَ هَذَا عِنْدِي بِشَيْءٍ قَدْ قَطَعَ فِي كِتَابَيْنِ بَأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ لَوْ أَصَابَهَا فَادَّعَتِ الْجَهَالََةَ وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: إِنْ عَلَى السُّلْطَانِ أَنْ يُؤْجِلَهَا أَكْثَرَ مَقَامِهَا فَكَمْ يَمُرُّ بِهَا مِنْ أَوْقَاتِ الدُّنْيَا مِنْ حِينَ أُعْتِقَتْ إِلَى أَنْ جَاءَتْ إِلَى السُّلْطَانِ وَقَدْ يَبْعُدُ ذَلِكَ وَيَقْرُبُ إِلَى أَنْ يُفْهَمَ عَنْهَا مَا تَقُولُ ثُمَّ إِلَى انْقِضَاءِ أَجْلِ مَقَامِهَا ذَلِكَ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى فَكَيْفَ يَبْطُلُ خِيَارُ إِمَاءٍ يُعْتَقْنَ إِذَا أَتَى عَلَيْهِنَّ أَقْلُ أَوْقَاتِ الدُّنْيَا وَإِسْلَامُهُنَّ وَإِسْلَامُ الزَّوْجِ مُجْتَمِعٌ (قَالَ الْمَرْزِيُّ) وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا قَدَّرْنَا إِذَا أُعْتِقْنَ تَحْتَ عَبْدٍ أَنْ يَخْتَرْنَ بِحَالٍ لِأَنَّهُنَّ لَا يَقْدِرْنَ يَخْتَرْنَ إِلَّا بِحُرُوفٍ وَكُلُّ حَرْفٍ مِنْهَا فِي وَقْتٍ غَيْرِ وَقْتِ الْآخَرِ وَفِي ذَلِكَ إِبْطَالُ الْخِيَارِ».

قال الماوردي: وصورتها في عبد تزوج في الشرك بأربع زوجات إماء وأسلم وأسلمن معه ثم أعتقن والزوج معاً في وقت واحد، وذلك قد يكون من أحد ثلاثة أوجه.

(١) سقط في ب.

إما أن يكون الجميع لسيد واحد فيعتقهم جميعاً بلفظة واحدة، وإما أن يكونوا لجماعة فيؤكلوا جميعاً واحداً فيعتقهم الوكيل بلفظة واحدة، وإما أن يعلق كل واحد من ساداتهم عتق من يملكه بصفة واحدة كأن كل واحد منهم، قال: إذا أهل المحرم فأنت حر فيكون إهلال المحرم موجباً لعتق جميعهم في حالة واحدة، وإذا كان كذا وأعتق الزوج وهُنَّ معاً، فلا خيار لهن لاستوائهن مع الزوج في حال الرق بالنقص وفي حال الكمال بالعتق، فلم يفضلن عليه في حال ثبت لهن فيها خيار، وقول الشافعي: «وكذلك لو كان عتقه وهن معاً» يعني في سقوط الخيار على ما علمك في المسألة الأولى فيمن أمسكت عن الخيار حتى مَضَى أَقْل أوقات الدنيا إلا أن في ذلك سقط بعد أن وجب وفي هذا لم يجب.

فَصْل: فأما إذا أعتق الإماء قبل الزوج، ولم يخترن الفسخ حتى أعتق الزوج، إما لأنهن لم يعلمن بعتقهن حتى أعتق الزوج ثم علمن، وإما لأنهن علمن. وقيل: إن خيارهن على التراخي دون الفور فلم يعجلن الخيار حتى أعتق الزوج وفي خيارهن قولان:

أحدهما: قد سقط السقوط موجه من النقص وحصول التكافؤ بالعتق. والقول الثاني: أنه باق بحاله ولهن الخيار بعد عتقه، لأن ما استقر وجوبه استحق استيفؤه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ اجْتَمَعَ إِسْلَامُهُ وَإِسْلَامُ حُرَّتَيْنِ فِي الْعِدَّةِ ثُمَّ عَتَقَ ثُمَّ أَسْلَمَتِ اثْنَتَانِ فِي الْعِدَّةِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُمْسِكَ إِلَّا اثْنَتَيْنِ مِنْ أَيِّ الْأَرْبَعِ شَاءَ لَا يَثْبُتُ لَهُ بِعَقْدِ الْعُبُودِيَّةِ إِلَّا اثْنَتَانِ وَيَنْكِحُ تَمَامَ أَرْبَعٍ إِنْ شَاءَ».

قال الماوردي: وصورتها في عبد تزوج في الشرك بأربع زوجات حرائر ثم أسلم، وأعتقن فلهن إذا أسلمن بعده في عددن ثلاثة أحوال: إحداهما: أن يسلمن قبل عتقه. والثاني: أن يسلمن بعد عتقه.

[والثالث: أن يسلم بعضهن قبل عتقه، وبعضهن بعد عتقه]^(١). فإن أسلمن قبل عتقه وهو عبد ثم أعتق له أن يمسك منهن إلا اثنتين؛ لأنهن أسلمن وهو عبد لا يستبيح منهن إلا اثنتين فاستقر الحكم باجتماع الإسلامين فلم يغيره ما حدث بعده كمن أجمع إسلامه وإسلام أمة، وهو موسر ثم أعسر أو كان معسراً ثم أيسر، فإن حكمه معتبراً باجتماع الإسلامين في يساره وإعساره، ولا تغيره ما حدث بعده من يسار بعد إعساره أو إعسار بعد يساره، كذلك هذا وإن أعتق الزوج ثم أسلمن بعد عتقه فله إمساك الأربع كلهن؛ لأنه عند اجتماع الإسلامين حر تحل له أربع فجاز له إمساك الأربع، وإن أسلم بعضهن قبل عتقه وأسلم بعضهن بعد عتقه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يستكمل إسلام من يحل له في الرق.
والثاني: أن لا يستكمل فإن استكمل، وذلك بأن يسلم قبل عتقه اثنتان وبعد عتقه اثنتان، فليس له أن يمسك منهن إلا اثنتين، كما لو أسلم جميعهن قبل عتقه؛ لأنه لما أجمع إسلامه وإسلام اثنتين في العبودية فقد استوفى حقه من عدد المنكوحات في العبودية، وصار حراً من الزيادة ممنوعاً فاستقر حكم المنع، وإن لم يستكمل العدد قبل عتقه بل أسلمت واحدة قبل العتق، وثلاث بعده فالذي يقتضيه حكم التعليل أن يجوز له إمساك الأربع؛ لأنه لم يستوف حقه في العبودية، حتى بحدوث الحرية فصار كما لو أسلمن بعدها، وإن كان فيه احتمال ضعيف أنه قد وصل منهن إلى بعض حقه فلم يكن له منهن إلا باقية وهو واحدة فلا يمسك منهن إلا اثنتين ثم هكذا لو تقدم إسلامهن عليه ثم أعتق أعتق اعتبر حال عتقه، فإن أعتق قبل إسلامه أمسك الأربع وإن أعتق بعد إسلامه أمسك اثنتين.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا فإن جوزنا له إمساك الأربع فلا خيار له كما لا خيار للحر إذا أسلم مع أربع. وإن منعناه إلا من اثنتين كان له أن يختارهما من الأربع وسواء اختار من أسلم قبل عتقه أو بعده وينفسخ باختيارها نكاح الباقيين وهكذا لو فسخ نكاح اثنتين ثبت نكاحهما اختيار الباقيين، فإذا اختار اثنتين، وفسخ نكاح اثنتين فله أن يستأنف العقد عليهما، لأنه حر يستبج نكاح أربع، ويجوز له أن يعقد عليهما في العدة، لأنهما منه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** « وَلَوْ أُسْلِمَ وَأُسْلِمَ مَعَهُ أَرْبَعُ فَقَالَ قَدْ فَسَخْتُ نِكَاحَهُنَّ سُئِلَ فَإِنْ أَرَادَ طَلَاقًا فَهُوَ مَا أَرَادَ وَإِنْ أَرَادَ حَلَّهُ بِلَا طَلَاقٍ لَمْ يَكُنْ طَلَاقًا وَأُحْلِفَ » .

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا قال لأربع زوجات أسلمن معه قد فسخت نكاحهن سئل: فإن أراد بالفسخ لا حسماً له، فإن قال: أردت به الطلاق قبل منه؛ لأن الفسخ كتابة فيه، وهن زوجات يقع عليهن الطلاق، ويكون إيقاعه للطلاق عليهن تحقيقاً لثبوت نكاحهن، فإن أكذبه في إرادة الطلاق فلا يمين عليه، لأنه لو رجع عنه لم يقبل منه، وإن قال: أردت بالفسخ حل النكاح ورفع العقد بغير طلاق، كما يفسخ نكاح من زاد على الأربع لم يكن له ذلك وهن على الزوجية؛ لأن الفسخ يقع على من لا يجوز له إمساكها، ويجوز له إمساك الأربع فلم يجز أن يفسخ نكاحهن، فإن أكذبه وقلن: أراد بالفسخ الطلاق أحلف بالله تعالى ما أراد به الطلاق، فإن نكل حلفن وطلقن، وإن قال: أردت بالفسخ طلاق اثنتين وحل نكاح اثنتين وقع الطلاق على من أرادهما بالفسخ ولهما إحلافه ولا يمتنع أن يكون اللفظ واحداً، ويختلف حكمه فيهن باختلاف النية والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** « وَلَوْ كُنَّ خَمْسًا فَأُسْلِمَتْ وَاجِدَةٌ فِي الْعِدَّةِ فَقَالَ قَدْ اخْتَرْتُ حَبْسَهَا حَتَّى قَالَ ذَلِكَ لِأَرْبَعٍ ثَبَّتَ نِكَاحَهُنَّ بِاخْتِيَارِهِ وَأَنْفَسَخَ نِكَاحَ الْبَوَاقِي » .

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا تزوج المشرك بأكثر من أربع كأنه تزوج ثمانى زوجات ثم أسلم، وأسلم معه منهن أربع فهو بالخيار بين ثلاثة أمور ذكرناها:

أحدها: أن الخيار للأربع المسلمات فينفسخ باختياره لهن نكاح الأربع المشركات سواء أسلمن في عددهن أم لا؟ وهذا لو فسح نكاح الأربع المتأخرات كان اختيار النكاح الأربع المسلمات؛ لأن الاختيار والفسح يتقابلا فكان في كل واحد منهما دليل على الآخر.

والثاني: أن يمك عن اختيار الأربع المسلمات انتظاراً لإسلام الأربع المشركات فيكون له ذلك فإن لم يسلمن حتى مضت عددهن ثبت نكاح الأربع المتقدمات، وإن أسلمن في عددهن كان له أن يقيم على أربع من أيتهن شاء إما الأربع المتقدمات وإما الأربع المتأخرات، وإما على بعض المتقدمات، ويستكمل أربعاً من المتأخرات، فلو مات الأربع المتقدمات ثم أسلم الأربع المتأخرات كان خياره باق في الموتى كبقائه في الأحياء، لأن اختياره لهن إبانة عن تقدم نكاحهن فإن أختار الأربع الموتى انفسخ نكاح الإحياء، وكان له الميراث من الموتى ومتن في زوجته، وإن أختار الأربع الأحياء ثبت نكاحهن وبان به فسح نكاح الأربع الموتى، وإنهن متن أجنيبات فلم يرثنهن، وإن أختار بعض الأحياء وبعض الموتى فعلى ما مضى.

والثالث: أن يختار الزوج عند إسلام الأربع معه بعضهن وينتظر إسلام الباقيات كأنه أختار من الأربع اثنتين وتوقف عن الاثنتين الباقيتين انتظاراً لإسلام الأربع المتأخرات فثبت نكاح الاثنتين المختارتين، فإذا أسلم الأربع المتأخرات كان له أن يختار من الجميع وهن ست اثنتين تمام أربع من أيتهن شاء، وينفسخ نكاح الأربع الباقيات.

فإذا تقررت هذه الجملة فمسألة الكتاب أن يقول وقد أسلم معه من الشمالي واحدة قد اخترتها، ثم تسلم ثانية فيقول: قد اخترتها، ثم تسلم ثالثة فيختارها ثم تسلم رابعة فيختارها فقد ثبت نكاح الأربع المسلمات لاختيار كل واحدة بعد إسلامها وانفسخ به نكاح الأربع المتأخرات ثم تراعي أحوالهن، وإن لم يسلمن حتى انقضت عددهن وقعت الفرقة باختلاف الدينين من وقت إسلام الزوج، وإن أسلمن في عددهن وقعت الفرقة بالاختيار واستأنفن العدة من وقت اختياره الرابعة لأن باختيارها ممن سواها، فلا يكون الفسخ طلاقاً سواء وقع باختلاف الدينين أو بالاختيار.

وقال أبو حنيفة: إن وقع الفسخ بإسلام الزوجة، وتأخر الزوج كان طلاقاً، وإن وقع الفسخ بإسلام الزوج وتأخر إسلام الزوجة لم يكن طلاقاً، وكلا المذهبين خطأ؛ لأن ما وقعت الفرقة فيه بغير طلاق لم يكن طلاقاً كسائر الفسوخ والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ كَلَّمَا أُسْلِمْتُ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ فَقَدِ اخْتَرْتُ فَسَخَ نِكَاحَهَا لَمْ يَكُنْ هَذَا شَيْئاً إِلَّا أَنْ يُرِيدَ طَلَاقاً فَإِنْ اخْتَارَ إِمْسَاكَ أَرْبَعٍ فَقَدِ انْفَسَخَ نِكَاحُ مِنْ زَادَ عَلَيْهِنَّ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) رَجِمَهُ اللَّهُ الْقِيَّاسُ عِنْدِي عَلَى قَوْلِهِ أَنَّهُ إِذَا أُسْلِمَ وَعِنْدَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ وَأُسْلِمْنَ مَعَهُ فَقَدَفَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ أَوْ ظَاهَرَ أَوْ أَلَى كَانَ ذَلِكَ مَوْقُوفاً فَإِنْ اخْتَارَهَا كَانَ عَلَيْهِ فِيهَا مَا عَلَيْهِ فِي الزُّوجَاتِ وَإِنْ فَسَخَ نِكَاحَهَا سَقَطَ عَنْهُ الظَّهَارُ وَالْأَيْلَاءُ وَجَلِدَ بِقَدْفِهَا».**

قال الماوردي : وصورتها في مشرك تزوج بثماني زوجات ثم أسلم قبلهن فيتعلق بها
ثلاثة فصول :

أحدها : أن يقول لنسائه كلما أسلمت منكن فقد اخترت إمساكها فهذا لا يصح
لمعنيين :

أحدهما : أنه اختيار معلق بصفة ، والاختيار للنكاح لا يجوز أن يعلق بصفة .
والثاني : أنه اختيار لمبهما غير معينة والاختيار لا يصح إلا لمعينة كالنكاح .
والفصل الثاني : أن يقول لهن : كلما أسلمت واحدة ، فقد فسخت نكاحها ، فهذا لا
يصح لمعنيين :

أحدهما : أنه فسح معلق بصفة لا يجوز تعلق الفسخ بالصفات .
والثاني : أنه فسح قبل وقت الفسخ ؛ لأنه يستحق فسح من زاد على الأربع ، وقد يجوز
أن لا يسلم أكثر من أربع ، فلا يستحق فيه فسح نكاحهن .
والفصل الثالث : أن يقول لهن : كلما أسلمت واحدة فقد طلقته ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يصح لأن الطلاق يجوز تعليقه بصفة ، فإذا أسلم منهن أربع طلقن وكان
ذلك اختياراً لهن ؛ لأن الطلاق لا يقع على زوجة ، وينفسخ نكاح الأربع الباقيات ؛ لأن
الطلاق في المتقدمات قد يتضمن اختيارهن فصار فسحاً لنكاح من سواهن ، وهذا هو الظاهر
من كلام الشافعي ، لأنه قال : «ولو قال : كلما أسلمت واحدة فقد اخترت فسح نكاحها لم
يكن هذا شيئاً إلا أن يريد به طلاقها فدل على أنه لو قال : كلما أسلمت واحدة فقد طلقها
صح طلاقها .

والفرق بين الفسخ في أن لا يجوز تعليقه بصفة ، وبين الطلاق في أن جواز تعليقه
بالصفة أن الفسخ موضوع لتمييز الزوجة عن الزوجة فلم يجز تعليقه بالصفة لعدم التمييز
المقصود فيه ، والطلاق حل لنكاح الزوجة فجاز تعلقه بالصفة لوجود حل النكاح به .

والوجه الثاني : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وطائفة معه : أن قوله للثماني
المشركات كلما أسلمت واحدة فهي طالق ، لا يصح ؛ لأن الطلاق وإن جاز تعلقه بالصفة
فهذا الطلاق ها هنا لا يجوز تعليق بالصفة ؛ لأنه يتضمن اختياراً أو فراقاً ، ولا يجوز تعليق
الاختيار بالصفة ، كذلك لا يجوز تعليق الطلاق الذي قد تضمن اختيار الصفة ويتأول قائل
هذا الوجه كلام الشافعي ها هنا بتأويلين :

أحدهما : أن قول الشافعي : « كلما أسلمت واحدة فقد اخترت فسح نكاحها لم يكن
هذا شيئاً إلا أن يريد طلاقها » فيصح ويقع الطلاق إذا كان زوجاته في الشرك أربعاً لا يزيدن
عليها فيقع طلاق كل واحدة منهن إذا أسلمت ؛ لأنه طلاق محض لا يتضمن اختياراً فجاز
تعليقه بالصفة .

والتأويل الثاني : أن كلام الشافعي حكاية عن حال الزوج ، وليس من لفظ الزوج ،

ويكون معنى قوله : «كلما أسلمت واحدة» أن الزوج قال عند إسلام كل واحدة قد فسخت نكاحها يريد الطلاق طلقت؛ لأنه لو اختارها في هذه الحال صح فصح أن يطلقها فعلى هذا لو أسلم معه الثماني كلهن فقال لهن: أيتكن دخلت الدار فقد فسخت نكاحها؛ لأنه فسخ بصفة، ولو قال: أيتكن دخلت الدار فهي طالق، كان على ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه يتضمن اختياراً بصفة.

والثاني: يصح تغليياً لحكم الطلاق، فإذا دخلها أربع طلقن، وانفسخ نكاح الباقيات، فيصير الطلاق معلقاً به ثلاثة أحكام:

أحدها: اختيار المطلقات.

والثاني: فراقهن.

والثالث: فسخ نكاح من عداهن، فعلى هذا لو دخل الثماني الدار كلهن في حالة واحدة لم يتقدم بعضهن بعضاً، ووقع الطلاق على الزوجات الأربع منهن وجهاً واحداً لأنه طلاق لا يتضمن الاختيار.

وقيل له: اختر أربعاً منهن فإذا اختارهن تعين وقوع الطلاق فيهن، وانفسخ نكاح الباقيات بغير طلاق والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَسْلَمَ مَعَهُ فَقَالَ لَا أُخْتَارُ حَيْسَ حَتَّى يَخْتَارَ وَأَنْفَقَ عَلَيْهِنَّ مِنْ مَالِهِ لِأَنَّهُ مَانِعٌ لَهُنَّ بِعَقْدٍ مُتَقَدِّمٍ وَلَا يُطَلَّقُ عَلَيْهِ السُّلْطَانُ كَمَا يُطَلَّقُ عَلَى الْمَوْلَى فَإِنْ ائْتَمَعَ مَعَ الْحَبْسِ عَزَّرَ وَحَيْسَ حَتَّى يَخْتَارَ وَإِنْ مَاتَ أَمْرَانَهُنَّ أَنْ يَعْتَدِدَنَّ الْآخَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرِ أَوْ مِنْ ثَلَاثِ حَيْضٍ وَيُوقَفُ لَهُنَّ الْمِيرَاثُ حَتَّى يَصْطَلِحْنَ فِيهِ».

قال الماوردي: وصورتها في مشرك أسلم وأسلم معه ثماني زوجات فعليه أن يختار منهن أربعاً لثلاث يصير جامعاً بين ثمان، فإن توقف عن الاختيار سأله الحاكم عن توقفه وأمره بتعجيل اختياره؛ لأن لا يستديم ما حظره الشرع في الجمع، فإن سأل إنظاره ليفكر في اختياره ويرتثي في أحظهن له أنظره ما قل من الزمان الذي يصح فيه فكره وهل يجوز أن يبلغ بإنظاره ثلاثة أيام أم لا؟ على قولين كالإنظار للمولى والمترد فإذا اختار بعد الإنظار، فهو مخير بين أن يختار أربعاً فيكون اختياره لهن فسخاً لمن عداهن وبين أن يفسخ نكاح أربع فيكون فسخه اختياراً لنكاح من عداهن إلا أن يكون الباقيات بعد فسخ نكاح الأربع أكثر من أربع كأنهن عشر فيحتاج بعد فسخ الأربع أن يختار من الست أربعاً، أو يفسخ منهن نكاح اثنتين فيثبت نكاح الأربع، واختياره وفسخه بالقول، فاختياره قولاً أن يقول: قد اخترت نكاحها، أو قد اخترت إمساكها، أو قد اخترت جنسها فإن قال: قد أخرجتها صح، وكذلك لو قال: قد أمسكتها؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقال النبي ﷺ لغيلان: «أمسك أربعاً» وإن قال: قد حبستها لم يصح اختياره لاحتماله، ولأن الشرع لم يأت به، وإن قال: قد ردتها لم يصح اختيارها لاحتمال إن يكون

ردها إلى أهلها أو ردها إلى نفسه، فلو أراد به الاختيار لم يصح، لأن الاختيار يجري مجرى عقد النكاح الذي لا يصح إلا بالتصريح دون الكناية.

وفسخه قولان: أن يقول قد فسخت نكاحها أو قد رفعت نكاحها أو قد أنزلت نكاحها فكل ذلك فسخ صريح، لأنها ألفاظ مشتركة المعاني، ولو قال قد صرفتها أو أبعدها كان كناية يرجع إلى إرادته فيه، فإن أراد به الفسخ صح، لأن الفسخ يجري مجرى الطلاق الذي صح بالتصريح وبالكناية، فلو قال قد حرمتها كان كناية يحتمل الفسخ، ويحتمل الطلاق، فإن أراد به الطلاق كان اختياراً وإن أراد به الفسخ كان فسحاً وإن لم يكن له إرادة لم يكن طلاقاً، وهل يكون فسحاً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون فسحاً، لأن المفسوخ نكاحها محرمة.

والوجه الثاني: لا يكون فسحاً لأمرين:

أحدهما: أن الكناية إذا تجردت عن نية لم يتعلق بها حكم.

والثاني: أنه حكم ثبت بعد الفسخ فاقضى أن يتقدمه ما يقع به الفسخ، فلو قال: قد فارقتها كان فسحاً ولو قال: قد طلقته كان اختياراً.

والفرق بينهما، وإن كانا صريحين في طلاق الزوجات، أن الطلاق لا يقع إلا على زوجة فلذلك جعلته اختياراً، والفراق قد يقع على زوجته فيكون طلاقاً، وعلى غير زوجته: فيكون إبعاداً فلذلك جعل فسحاً، فلو قال: أردت بالفراق الطلاق قبل منه وصار اختياراً، وطلاقاً ولو قال أردت بالطلاق الفسخ لم يقبل منه؛ لأن الطلاق لا يصح إلا على زوجته، والفسخ لا يكون ها هنا إلا بغير زوجته، فأما إذا قال قد سرحتها كان كالفراق فسحاً؛ لأنه أشبه بمعناه فإن أراد به الطلاق صار اختياراً كالفراق، فأما إذا ظاهر منها أو آلى لم تكن اختياراً ولا فسحاً؛ لأن الظهار والإيلاء قد تخاطب به الزوجة وغير الزوجة، وإن لم يستقر حكمها إلا في زوجته، وإذا لم يكن الظهار في الحال اختياراً ولا فسحاً نظر في التي ظاهر منها وآلى فإن اختار فسح نكاحها سقط حكم ظهاره وإيلائه، وإن اختار جنس نكاحها ثبت ظهاره وإيلائه منها؛ لأنها كانت زوجته وقت ظهاره وإيلائه.

فصل: فأما إذا وطئ من الثماني الموقوفات على اختياره وفسخه أربعاً، فهل يكون وطؤه اختياراً لهن كما يكون وطء البائع للجارية المبيعة في خيار الثلاث اختياراً لفسخ البيع؟ فعلى هذا قد ثبت بوطئهن اختيار نكاحهن وانفسخ به نكاح من عداهن.

والوجه الثاني: أن لا يكون اختياراً، لأن الاختيار يجري مجرى عقد النكاح، والنكاح لا يعقد إلا بالقول دون الفعل، كذلك الاختيار وخالف الفسخ في البيع؛ لأنه استفادة ملك والأملك قد تستفاد بالملك كالسبي، وبالقول كالبيع، فجاز أن يستفاد ملكه بالقول والفعل، فعلى هذا يكون على خياره في اختياره من شاء من الموطوءات وغيرهن فإن اختار إمساك الموطوءات ثبت نكاحهن، وكانت إصابته لهن إصابة في زوجية فلا يجب بها لهن مهر، ولا

يجب بها عليهن عدة، وإن اختار إمساك غير الموطوءات ثبت نكاحهن بالاختيار، وانفسخ نكاح الموطوءات، وكانت إصابته لهن إصابة شبهة لأجنبيات فلا حد عليه لأجل الشبهة، وعليه لهن مهور أمثالهن، وعليهن العدة، وتكون عدة الفسخ والإصابة معاً يتربصن بأنفسهن أبعد الأجلين، وهو الفسخ، لأنه بعد الوطء.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه من حكم اختياره وفسخه فأقام على الامتناع منهما، فلم يختر ولو يفسخ حبسه السلطان تأديباً لمقامه على معصية، ولا امتناعه من حق والإضراره بموقوفات على اختياره، فإن أقام على الامتناع بعد حبسه عزَّره ضرباً بعد أن عزَّره حبساً ولم يجز أن يختار السلطان عَلَيْهِ أو يفسخ، وإن جاز في أحد قوليهِ أن يطلق على المولى إذا امتنع من الفيئة أو الطلاق، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الاختيار كالعقد الذي لا يجوز أن يعقد عليه جبراً فلم يجز أن يختار عليه جبراً، والطلاق كالفسخ الذي يجوز أن يفسخ عليه جبراً فجاز أن يطلق عليه جبراً.
والثاني: أن الطلاق في الإيلاء معين لا يقف على الشهود فجاز إيقاعه عليه جبراً، وإذا كان هكذا أطيل حبسه وتعزيره حتى يجيب إلى الاختيار والفسخ بنفسه.

فصل: ثم لهن في زمان حبسه ووقفهن على اختياره وفسخه النفقة، والسكنى، لأنهن موقوفات عليه بنكاح سابق فكان أسوأ أحوالهن أن يجرين مجرى المطلقة الرجعية في زمان عدتها في وجوب النفقة والسكنى لها، فإن مات الزوج سقطت نفقاتهن لزوال ما أوجب النفقة من وقت نكاحهن فلم يجز أن يختار الوارث بعد موته لأن الاختيار لا يصح فيه النيابة ولا يجوز أن يوقعه الحاكم جبراً، وتعلق بموته فصلان:

أحدهما: في العدة.

والثاني: في الميراث.

فأما العدة ففيها أربع زوجات يلزمهن الوفاة وفيهن أربع مفارقات يلزمهن عدة الاستبراء من وطء ليس يتميز الزوجات عن غيرهن، ولا يخلو حالهن فيها من ثلاثة أقسام.

إما أن يكن من ذوات الحمل، أو من ذوات الأقراء، أو من ذوات الشهور فإن كن حوامل اعتددن بوضعه، وقد استوت فيه عدة الوفاة وعدة الاستبراء، وإن كن من ذوات الشهور لصغر أو إياس فعدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، وعدة الآيسة ثلاثة أشهر، فتعتد كل واحدة بأطول العدتين، وهي أربعة أشهر وعشراً، وإن كن من ذوات الأقراء فعدة الوفاة فيهن أربعة أشهر وعشراً، وعدة الاستبراء ثلاثة أقراء، فتعتد كل واحدة منهما بأبعد الأجلين من أربعة أشهر وعشراً، أو ثلاثة أقراء لتكون مستبرئة لنفسها بيقين، فإن مضت ثلاثة أقراء قبل أربعة أشهر وعشراً استكملت تمام أربعة أشهر وعشراً لجواز أن تكون زوجة، أو مضت أربعة أشهر وعشراً، قبل أقراء استكملت ثلاثة أقراء لجواز أن تكون مستبرأة من غير زوجية.

فصل: فأما الميراث فيوقف لهن إن لم يحجبن الربع، وإن حجبن الثمن؛ لأن فيهن

أربع زوجات وارثات، وإن لم يتعين فيكون موقوفاً على صلحهن، فإن اصطلحن عليه متساويات، أو متفاضلات، أو على تعيين، أربع منهن يقتسمنه، وتحرم الباقيات جاز أن لا يكون فيهن محجور عليها لصغر أو جنون، قال الشافعي في كتاب «الأم»؛ فليس لوليها أن يصالح عنها بأقل من نصف ميراث زوجته وهو ثمن الموقوف لهن من ربع أو ثمن؛ لأنهن لما كن ثمانياً متساويات الأحوال كان الظاهر من وقف ذلك عليهن يساوين فيه وأن الموقوف على كل واحدة منهن ثمن الوقف، فلم يجوز أن يصالح الولي على أقل من مقتضى الوقف فلو كان وقف ميراثهن على حاله فجاءت واحدة تطلب من الموقوف شيئاً لم تعط؛ لجواز أن تكون أجنبية، وكذلك لو جاء منهن اثنتان، أو ثلاث، أو أربع؛ لجواز أن يكن الأربع كلهن أجنبيات والباقيات زوجات، فإن جاء منهن خمس تحققنا حينئذ أن منهن زوجته فدفعنا إليهن إذا طلبن بعين المهن، وهو ربع الموقوف من ربع أو ثمن، يدفع ذلك إليهن بشرط الرضى به عن حقهن فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يدفع ذلك إليهن إلا على شرط الرضى به عن حقهن، وإلا مُنعت منه حتى يتراضى جميعهن، فعلى هذا إذا دفع ذلك إليهن على هذا الشرط وجب دفع الباقي من الميراث الموقوف، وهو ثلاثة أرباعه إلا الثلاث الباقيات.

والوجه الثاني: أنه لا يلزمه اشتراط ذلك عليهن في الدفع فعلى هذا يكون الباقي من ثلاثة أرباع ميراثهن موقوفاً على جميعهن، ولا يدفع إلى الثلاث الباقيات والأول من الوجهين أصح؛ لأنه لا يجوز أن ينفرد بعضهن بشيء من الموقوف على جميعهن إلا عن تراض واصطلاح، فلو كان المطالبات منهن ستاً دفع إليهن نصف الموقوف من ميراثهن، لأن فيهن زوجتين، وكان النصف الباقي على الوجهين، ولو كان فيهن سبع دفع إليهن ثلاثة أرباع الموقوف؛ لأن فيهن ثلاث زوجات، وكان الربع الباقي على الوجهين، ولو كان الثمان كلهن يطلبن دفع إليهن جميع ميراثهن لأنه موقوف عليهن، وليس فيه حق لهن.

فصل: وإذا أسلم المشرک عن ثمان زوجات مشركات: أربع منهن وثنيات أسلمن معه وأربع كتابيات بقين على دينهن كان بالخيار بين أن يختار إمساك الأربع الكتابيات فإن مات عنهن لم ترثنه وبين أن يختار بعض المسلمات، وبعض الكتابيات فإن مات ورثه المسلمات دون الكتابيات، فلو مات قبل اختيار أربع منهن، فقد اختلف أصحابنا هل يوقف ميراثهن من تركته أم لا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي القاسم الداركي لا توقف لهن شيئاً، لأننا نوقف ما تحققنا استحقاؤه، وجعلنا مستحقه، وقد يجوز أن يكون الزوجات منهن الذميات، فلا يرثن فلذلك لم نوقف ميراث الزوجات.

والوجه الثاني: يوقف ميراث الزوجات، لأن لباقي الورثة لا يجوز أن ندفع إليهم إلا

ما تحققنا استحقاتهم له، فلا يدفع إليهم مشكوكاً فيه، وقد يجوز أن يكون زوجاته منهن المسلمات فلا يكون لباقي الورثة في ميراثهن حق، فلذلك كان موقوفاً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ وَثِيَّةٌ ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتَهَا أَوْ أَرْبَعًا سِوَاهَا فِي عِدَّتِهَا فَالنِّكَاحُ مَفْسُوحٌ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ أَنَّ النِّكَاحَ مَوْقُوفٌ كَمَا جَعَلَ نِكَاحَ مَنْ لَمْ تُسَلِّمْ مَوْقُوفًا فَإِنْ أَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ عَلِمَ أَنَّهَا لَمْ تَزَلْ أَمْرَأَتَهُ وَإِنْ انْقَضَتْ قَبْلَ أَنْ تُسَلِّمْ عَلِمَ أَنَّهُ لَا أَمْرَأَةَ لَهُ فَيَصِحُّ نِكَاحُ الْأَرْبَعِ لِأَنَّهُ عَقَدَهُنَّ وَلَا أَمْرَأَةَ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا أسلم المشرك عن زوجة وثنية هي جارية في عدتها في الشرك فنكح أختها، أو خالتها، أو عمتها، أو أربعمائة سواها كان نكاحه باطلاً.

وقال المزني: يكون موقوفاً على إسلام الوثنية، فإن أسلمت بطل عقده على أختها وعلى أربع سواها لعلمنا أنها كانت زوجة وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها صح عقد على أختها وعلى أربع سواها لعلمنا أنها لم تكن زوجة.

قال: لأنه لما كان نكاح الوثنية موقوفاً جاز أن يكون نكاح أختها موقوفاً وهذا خطأ؛ لأن عقد النكاح إذا لم يقع ناجزاً لم يقع موقوفاً، وكان باطلاً والعقد على أخت زوجته الوثنية ليس بنكاح فبطل، ولم يكن موقوفاً ألا تراه لو نكح مرتدة ليكون العقد عليها موقوفاً على إسلامها لم يجز، وكان باطلاً لأنه لم ينعقد ناجزاً؛ ولأنه لو نكح أخت زوجته المرتدة كان باطلاً، ولم يكن موقوفاً على إسلامها كذلك إذا نكح أخت زوجته الوثنية، ولأنه نكح من لا يقدر على الاستمتاع بها، فكان نكاحها باطلاً كنكاح المرتدة والوثنية.

فأما استدلاله بوقف نكاح المشرك ففاسد؛ لأن حل النكاح يجوز أن يكون موقوفاً وعقده لا يجوز أن يكون موقوفاً لوقوع الفرق بين ابتداء العقد واستدامته ألا تراه لو نكح محرمة أو معتدة بطل نكاحها لوجود المنع في ابتدائه، ولو طرأت العدة أو الإحرام عليها بعد نكاحها لم يمنع من استدامته.

فصل: فأما إذا أسلمت الزوجة قبل الزوج فنكح الزوج في الشرك أختها أو خالتها صح النكاح وإن كانت الأخت المسلمة في العدة، لأن مناحك الشرك مفسوخة، فإن أسلمت وأسلمت معه المنكوح في الشرك، وأختها باقية في العدة صار كالمشرك، إذا أسلم مع أختين فيكون بالخيار في إمساك المتقدمة أو المتأخرة، وحكي عن أبي حامد الإسفراييني أنه يمسك المتقدمة، ويبطل نكاح المتأخرة، لأن نكاحها ثبت بالإسلام من نكاح المتأخرة، وهذا غير صحيح، لأن نكاح الزوج لهما معاً في الشرك فصار حكم نكاحه للثانية بعد إسلام الأولى كحكم نكاحه لها مع شرك الأولى اعتباراً بالمتعاقدين دون غيرها - والله أعلم -.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَسْلَمَتْ قَبْلَهُ ثُمَّ أَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ لَمْ يُسَلِّمْ حَتَّى انْقَضَتْ فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعاً لِأَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ عَلَيْهِ مَتَى شَاءَ أَنْ يُسَلِّمَ كَأَنَّهَا عَلَى النِّكَاحِ».

قال الماوردي : وصورتها في زوجين مشركين أسلمت الزوجة منهما بعد الدخول فلها النفقة في زمان عدتها أسلم الزوج أو تأخر لمعنيين :

أحدهما : أن الإسلام فرض مضيق الوقت فلم يسقط به نفقتها ، وإن منع من الاستمتاع كالصلاة والصيام المفروضين .

والثاني : أن إسلامها المانع من الاستمتاع بها يقدر الزوج على تلافيه بإسلامه في عدتها ، فلم تسقط به نفقتها كالطلاق الرجعي ، وحكى أبو علي بن خيران قولاً آخر أنه لا نفقة لها ، لأنها منعتة نفسها بسبب من جهتها فاقضى أن تسقط به نفقتها وإن كانت فيه طائعة كالحج ، وهذا القول إن حكاه نقلاً فهو ضعيف ، وإن كان تخريجاً فهو خطأ من وجهين :

أحدهما : أن الحج موسع الوقت ، لأنه على التراخي والإسلام مضيق الوقت ، لأنه على الفور فصارت بالإسلام فاعلة ما لا يجوز تأخيره وبالحج فاعلة ما يجوز تأخيره .

والثاني : أن تحريمها بالحج لا يمكنه تلافيه وتحريمها بالإسلام يمكنه تلافيه .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ : «وَلَوْ كَانَ هُوَ الْمُسْلِمُ لَمْ يَكُنْ لَهَا نَفَقَةٌ فِي أَيَّامِ كُفْرِهَا لِأَنَّهَا الْمَانِعَةُ لِنَفْسِهَا مِنْهُ» .

قال الماوردي : وصورتها أن يسلم الزوج قبلها ، فإن تأخر إسلامها حتى انقضت عدتها فلا نفقة لها ، لأنها بالتأخر عن الإسلام كالمتردة والناشز ، فإن قيل فالمنع من جهته لا من جهتها ، فهلاً كانت لها النفقة كما لورجع .

قيل : قد كان أبو علي بن خيران أن يلتزم لهذا التعليل قولاً آخر إن لها النفقة إما نقلاً وإما تخريجاً ، وليس بصحيح لأن الإسلام فرض مضيق الوقت بخلاف الحج ثم هو منع لا يقدر على تلافيه فلم يمنع كونه من جهته أن يسقط به النفقة كالطلاق الثلاث ، ولو أسلمت الزوجة قبل انقضاء عدتها وجبت نفقتها بعد إسلامها لاستقرار الزوجية ، وعود الإباحة وهل لها نفقة المدة الباقية في شركها أم لا؟ على قولين :

أحدهما : - وهو قوله في القديم - لها النفقة ، لأنها كانت زوجة فيما لم يزل ، وبناء على قوله ، وبناء على قوله القديم أن النفقة تجب بالعقد وتستحق بالتمكين .

والقول الثاني : - وهو قوله في الجديد - لا نفقة لها ، لأن مدة التأخر كالنشوز ، وإن كانت زوجة وبناء على قوله الجديد ، أن النفقة تجب بالعقد والتمكين منه .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ : «وَلَوْ أَخْتَلَفَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ» .

قال الماوردي : وهذا صحيح ، وهو اختلاف في وجوب النفقة ، ولا إطلاقه تفصيل وهو على ضربين :

أحدهما : أن يختلفا بعد وقوع الفرقة في أيهما تقدم بالإسلام فيقول الزوج : أسلمت

قبلك وأسلمت بعدي، وقد انقضت عدتك فلا نفقة لك، وتقول الزوجة: بل أسلمت أنا قبلك وأسلمت بعدي، وقد انقضت عدتي فلي النفقة فالقول قول الزوج مع يمينه، ولا نفقة لها لأمران:

أحدهما: أنها مدعية، وهو منكر.

والثاني: أن العقد ارتفع باختلاف الدينين فاقتضى الظاهر سقوط النفقة بارتفاعه.

والضرب الثاني: أن يختلفا مع بقاء النكاح واجتماعهما في الإسلام فيه قبل انقضاء العدة ففي المراد باختلافهما في هذا الموضوع ثلاث تأويلات:

أحدها: أن تقول الزوجة: أسلمت قبلك، وأسلمت بعدي في العدة فلي النفقة ويقول الزوج: بل أسلمت أنا قبلك وأنت بعدي فلا نفقة لك فالقول قول الزوج مع يمينه، ولا نفقة لها لما ذكرنا من الأمرين.

والتأويل الثاني: أن يختلفا فتقول أسلمت قبلك بشهر فلي عليك نفقة شهر، ويقول الزوج: بل أسلمت قبلي بيوم فلك نفقة يوم، فالقول قول الزوج مع يمينه لما ذكرنا.

والتأويل الثالث: أن يختلفا فتقول الزوجة لي مذ أسلمت بعدك شهر فلي نفقة شهر، ويقول الزوج: لك مذ أسلمت بعدي يوم فلك نفقة يوم، فالقول قول الزوج مع يمينه وليس لها إلا نفقة يوم واحد لما ذكرنا، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أُسْلِمَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ حَلَالًا وَنِصْفِ مَهْرٍ مِثْلِهَا إِنْ كَانَ حَرَامًا وَمُتَعَةً إِنْ لَمْ يَكُنْ فَرَضَ لَهَا لِأَنَّ فَسْخَ النِّكَاحِ مِنْ قَبْلِهِ وَإِنْ كَانَتْ هِيَ أُسْلِمَتْ قَبْلَهُ فَلَا شَيْءَ لَهَا مِنْ صِدَاقٍ وَلَا غَيْرِهِ لِأَنَّ الْفَسْخَ مِنْ قَبْلِهَا (قَالَ) وَلَوْ أُسْلِمَا مَعًا فَهُمَا عَلَى النِّكَاحِ.»**

قال الماوردي: وهذا كما قال، لأنه قدم حكم الإسلام قبل الدخول ثم ذكر هاهنا حكم الإسلام قبل الدخول، وهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتقدم إسلام الزوج.

والثاني: أن يتقدم إسلام الزوجة.

والثالث: أن يسلموا معاً فإن تقدم إسلام الزوج فقد بطل النكاح، لأن ما أفضى إلى الفرقة، أو كان قبل الدخول وقعت به البيئونة كالردة، والطلاق الرجعي، ولا عدة عليه لعدم الدخول بها ولا نفقة لها لسقوط العدة عنها، فأما الصداق فلها نصفه، لأن الفسخ من قبله بسبب لا تقدر الزوجة على تلافيه فأشبهه الطلاق.

فإن قيل: فقد كان يمكنها تلافيه بأن تسلم معه، قيل: هذا يشق فلم يعتبر وربما تقدم إسلامه وهي لا تعلم، وإذا كان لها الصداق لم تخل حاله في العقد من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون قد سمي فيه مهر حلال لها نصفه.

والثاني: أن يكون قد سمي فيه مهر حرام فلها نصف مهر المثل .
والثالث: أن لا يسمى فيه مهر فلها منعه كالطلاق في هذه الأحوال، وإن تقدم إسلام
الزوجة فقد بطل النكاح لما ذكرنا ولا مهر لها، لأن الفسخ جاء من قبلها، ولم يقدر الزوج
على تلافيه فسقط مهرها .

فإن قيل يقدر على تلافيه بإسلامه معها كان الجواب ما مضى وخالف وجوب النفقة لها
إذا تقدم إسلامها بعد دخول لأنه منع يقدر الزوج على تلافيه، وإن أسلما معاً فهما على
النكاح، لأن الفرقة تقع باختلاف الدينين ولم يختلف دينهما إذا اجتمعا على الإسلام معاً،
لأنهما كانا في الشرك على دين واحد فصار في الإسلام على دين واحد، فلذلك كان النكاح
بينهما ثابتاً .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ قَالَ أَسْلَمَ أَحَدُنَا قَبْلَ صَاحِبِهِ فَالنِّكَاحُ مَفْسُوحٌ وَلَا يَنْصَفُ
مَهْرٌ حَتَّى يُعْلَمَ» .

قال الماوردي: وصورتها أن يسلم أحد الزوجين المشركين قبل الدخول ويسلم الآخر
بعده ويشكل عليهما أيهما تقدم بالإسلام، فالنكاح قد بطل لاستواء بطلانه إن تقدم إسلام
الزوج أو تقدم إسلام الزوجة ولم يكن للإشكال تأثير، فأما المهر فله حالتان:
إحداهما: أن تكون الزوجة قد قبضته في الشرك .

والثاني: لم تقبضه، فإن لم تكن قبضته فلا مطالبة لها بشيء منه، لأنها تشك في
استحقاقه، لأنه إن أسلم قبلها استحققت نصفه، وإن أسلمت قبله لم تستحق شيئاً منه، ومن
شك في استحقاق ما لم يكن له المطالبة به كمن كان له دين فشك في قبضه وإن كانت
الزوجة قد قبضت منه جميع المهر فله الرجوع عليها بنصفه، لأنه بوقوع الفرقة قبل الدخول
يستحقه بيقين فأما الآخر فلا رجوع له به، لأنه شك في استحقاقه لجواز أن يكون قد أسلم قبلها
فلا يستحقه أو أسلمت قبله فيستحقه - والله أعلم - .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ تَدَاعَى فَاَلْقَوْلُ قَوْلَهَا مَعَ يَمِينِهَا لِأَنَّ الْعَقْدَ ثَابِتٌ فَلَا يُبْطَلُ
نِصْفُ الْمَهْرِ إِلَّا بِأَنْ تُسَلِّمَ قَبْلَهُ» .

قال الماوردي: وصورتها أن يسلم أحد الزوجين قبل صاحبه، ولا دخول بينهما ثم
يختلفان أيهما تقدم إسلامه فيقول الزوج أنت قد تقدمت بالإسلام فلا مهر لك، وتقول
الزوجة بل أنت تقدمت بالإسلام فلي نصف المهر فالقول قول الزوجة مع يمينها أن الزوج
تقدم بالإسلام عليها ولها نصف المهر، وإنما كان كذلك، لأن الأصل في المهر استحقاقه
بالعقد فلم يقبل دعوى الزوج في إسقاطه كمن عليه دين فادعى دفعه لم يقبل منه اعتباراً
بالأصل في ثبوته وعدولاً عن دعوى إسقاطه .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ قَالَتْ أَسْلَمَ أَحَدُنَا قَبْلَ الْآخَرِ وَقَالَ هُوَ مَعَاً فَاَلْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ

يَمِينِهِ وَلَا تُصَدِّقُ عَلَى فُسْخِ النَّكَاحِ وَفِيهَا قَوْلُ آخِرُ أَنَّ النَّكَاحَ مَفْسُوحٌ حَتَّى يَتَّصِدَا (قَالَ الْمُزْنِيُّ) أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ أَنْ لَا يَنْفَسِخَ النَّكَاحُ بِقَوْلِهَا كَمَا لَمْ يَنْفَسِخْ نِصْفُ الْمَهْرِ بِقَوْلِهِ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) وَقَدْ قَالَ لَوْ كَانَ دَخَلَ بِهَا فَقَالَتْ انْقَضَتْ عِدَّتِي قَبْلَ إِسْلَامِكَ وَقَالَ بَلْ بَعْدَ فَلَا تُصَدِّقُ عَلَى فُسْخِ مَا ثَبَتَ لَهُ مِنَ النَّكَاحِ» .

قال الماوردي : وصورتها : في زوجين أسلما قبل الدخول ثم اختلفا فقال الزوج : أسلما معاً فنحن على النكاح وقالت الزوجة : لا بل أهدنا قبل صاحبه فلا نكاح بيننا ففيه قولان :

أحدهما : - وهو اختيار (المُزْنِيُّ) - أن القول قول الزوج في بقاء النكاح مع يمينه لأمرين :

أحدهما : أن الأصل ثبوته فلم تقبل دعوى إسقاطه .

والثاني : أن الزوجين لو اختلفا بعد الدخول فقال الزوج : اجتمع إسلامنا في العدة فنحن على النكاح وقالت الزوجة : اجتمع إسلامنا بعد العدة لكان القول قول الزوج مع يمينه في بقاء النكاح اعتباراً بثبوت أصله كذلك إذا كان اختلفا قبل الدخول .

والقول الثاني : أن القول قول الزوجة مع يمينها ، لأن الدعوى إذا تعارضت ، وكان الظاهر مع أحدهما غلب دعوى من ساعده الظاهر كالمتداعيين داراً وهي في يد أحدهما لما كان الظاهر مساعداً لصاحب اليد منهما غلبت دعواه كذلك هاهنا تساوي دعواهما ، والظاهر مساعد للزوجة منهما ، ولأن اجتماع إسلامها حتى لا يسبق لفظ أحدهما للآخر بحرف متعذر في الغالب واختلفا فيها هو الأظهر الأغلب فوجب أن يغلب فيه قول من ساعده هذا الظاهر وهي الزوجة ، فكان القول قولها مع يمينها في وقوع الفرقة عدولاً عن الأصل بظاهر هو أخص ، وهذا بخلاف تنازعهما في المهر ، لأنه لم يكن مع اختلفهما فيه ظاهر يعدل به عن الأصل فاعتبر فيه حكم الأصل .

فصل : فأما إذا اختلفا بعد الدخول فقالت الزوجة : أسلمت أيها الزوج بعد انقضاء عدتي فلا نكاح بيننا ، وقال الزوج : بل أسلمت قبل انقضاء عدتك فنحن على النكاح فالذي نص عليه الشافعي : أن القول قول الزوج مع يمينه اعتباراً بالأصل في ثبوت النكاح ، ونص في مسألتين على أن القول قول الزوجة في بطلان النكاح بخلاف هذا :

إحدهما : المطلقة الرجعية إذا قال الزوج : راجعتك قبل انقضاء عدتك فنحن على النكاح ، وقالت الزوجة : بل انقضت عدتي قبل رجعتك فلا نكاح بيننا ، قال الشافعي : القول قول الزوجة مع يمينها ولا رجعة .

والمسألة الثانية : إذا ارتد الزوج المسلم بعد الدخول ثم عاد إلى الإسلام ، واختلفا فقال الزوج : أسلمت قبل انقضاء عدتك فنحن على النكاح ، وقالت الزوجة بل انقضت عدتي قبل إسلامك فلا نكاح بيننا .

قال الشافعي : القول قول الزوجة مع يمينها فجعل في مسألة الرجعة والردة القول قول الزوجة في رفع النكاح وجعل في إسلام المشرِكين القول قول الزوج في بقاء النكاح ، فاختلف أصحابنا في هذه المسائل الثلاث على ثلاثة طرق :

أحدها : أن نقلوا جوابه في الرجعة والردة إلى الإسلام في حق الزوجين ، وجوابه في إسلام الزوجين إلى الرجعة والردة ، وخرجوا المسائل الثلاث على قولين :

أحدهما : أن القول قول الزوج في بقاء النكاح على ما نص عليه في إسلام الزوجين .
والثاني : أن القول قول الزوجة في رفع النكاح على ما نص عليه في الرجعة والردة ، ولعل هذه طريقة أبي حفص بن الوكيل ، وأبي الطيب بن سلمة .

والطريقة الثانية : أنه ليس ذلك على اختلاف قولين ، وإنما هو على اختلاف حالين فالموضع الذي يحصل فيه القول قول الزوجة في رفع النكاح إذا بدأت فأخبرت بانقضاء عدتها قبل رجعة الزوج وإسلامه فادعى الزوج تقدم رجعته وإسلامه فالقول قولها ، والموضع الذي جعل فيه القول قول الزوج في بقاء النكاح إذا بدا فأخبر أنه راجع وأسلم في العدة فادعت الزوجة انقضاء عدتها قبل الإسلام ، والرجعة ، لأن قول من سبق منهما مقبول فلم يبطل بما حدث بعده من دعوى ، وهذه طريقة أبي علي بن خيران .

والطريقة الثالثة : بل هو على اختلاف حالين على غير هذا الوجه أن القول قول من اتفقا على صدقه في زمان ما ادَّعاه لنفسه .

مثاله : أن تقول الزوجة انقضت عدتي في رمضان ، وأسلمت أنت أو راجعت في شوال ، فقال : بل أسلمت وراجعت في شعبان ، فالقول قول الزوجة لاتفاقهما على زمان انقضاء عدتها واختلافهما في رجعة الزوج وإسلامه ، ولو قال الزوج : لعمرى أنني أسلمت وراجعت في شوال لكن انقضت عدتك في ذي القعدة كان القول قول الزوج لاتفاقهما على زمان إسلامه ورجعته في زمان انقضاء عدتها - والله أعلم - .

فصل : فإذا تقرر ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في هذه المسائل ، فإن جعل القول فيهن قول الزوجة في رفع النكاح لم يكن لها احتج به المزني في نصرته قوله وصحة اختياره وجه وإن جعل القول فيهن قول الزوج في بقاء النكاح توجه له الاحتجاج بهن ، وكان الفرق بينهما في أن القول قول الزوج في بقاء النكاح ، وبين مسألتنا في أن القول في أحد القولين قول الزوجة في رفع النكاح وأن الدعوى في المسائل الثلاث متقابلة وليس مع أحدهما ظاهر فاعتبر حكم الأصل ، وفي مسألتنا مع أحدهما ظاهر فاعتبر حكم الظاهر دون الأصل .

فصل : فأما إذا قالت الزوجة أسلمنا معاً فنحن على النكاح ، وقال الزوج : بل أسلم أحدهما قبل صاحبه فلا نكاح بيننا فالقول قول الزوج في رفع النكاح بلا يمين ، لأنه مقر بالفرقة وإقراره بها يلزمه ولو رجع عنها لم يقبل منه ، ولم يقبل قوله في سقوط نصف المهر ، لأنه الأصل بثبوته .

فصل: وإذا أسلم الزوج بعد الدخول ثم أسلمت الزوجة في عدتها، وقد ارتد الزوج عن الإسلام فإنه يجري عليها حكم اجتماع الإسلاميين في العدة، لأنه لا يخرج بالردة من أحكام المسلمين فيكون نكاح الشرك بينهما ثابتاً بإسلامهما في العدة ويستأنف حكم الفرقة بالردة من وقت رده، فإن عاد منها إلى الإسلام قبل أن يمضي بعد الردة زمان العدة كانا على النكاح، وإن لم يعد بطل النكاح برده، فلو أسلم الزوج المشرك وأسلم بعده خمس، وقد ارتد الزوج عن الإسلام لم يكن له أن يختار منهن في حال رده أحداً، لأن الاختيار يجري مجرى ابتداء العقد، وهو لا يجوز أن يعقد فلم يجز أن يختار - والله أعلم - .

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَلَوْ كَانَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ نَكَحَهَا فِي الشَّرْكِ بَمَتْعَةٍ أَوْ عَلَى خِيَارٍ انْفُسَخَ نِكَاحُهَا لِأَنَّهُ لَمْ يَنْكِحْهَا عَلَى الْأَبَدِ» .

قال الماوردي: أما إذا نكح في الشرك نكاح متعة، وهو أن يقول: امتعيني نفسك سنة، فهو نكاح إلى سنة، فإذا أسلما عليه فلا نكاح بينهما، لأنهما إن أسلما بعد انقضاء المدة فلا نكاح، وإن أسلما قبل انقضائها فلم يعتقدا تأبيده والنكاح ما تأبد. وأما إذا نكحها بخيار فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الخيار مؤبداً فالنكاح إذا أسلما عليه باطل، لأنهما لم يعتقدا لزومه والنكاح ما لزم.

والضرب الثاني: أن يكون الخيار مؤقتاً فهو على ضربين:

أحدهما: أن يسلما ومدة بالخيار باقية فالنكاح باطل لما ذكرنا.

والضرب الثاني: أن يسلما بعد انقضاء مدة الخيار فالنكاح جائز، لأن ما انقضى مدة خياره صار معتقدا للزوم، وأما إن نكحها في العدة ثم أسلما، فإن كانت العدة وقت إسلامهما باقية فالنكاح باطل، لأنه لا يجوز أن يتبدى العقد عليها فلم يجز أن يقيم على نكاحها، وإن كانت العدة قد انقضت وقت إسلامهما ففيه وجهان:

أحدهما: أن النكاح باطل، لأن العدة لا تنقضي إذا كانت تحت زوج فصارت مسلمة مع بقاء العدة.

والوجه الثاني: أن النكاح صحيح، لأن مناكح الشرك معفو عنها، وإذا أسلمت بعد انقضاء مدة العدة فقد استهلكتها على الزوج الأول في الشرك فسقط حكمها، وإذا كانت المدة باقية لم تستهلك ما بقي منها فافترقا.

فأما إذا قهر المشرك في دار الحرب مشركة على نفسها فزنى بها ثم أسلما فإن كانوا يعتقدون في دينهم أن القهر على النفس نكاح مستدام صار ذلك من عقود مناكحهم المعفو عنها فيحكم بصحة النكاح بعد الإسلام، وإن كانوا لا يعتقدونه في دينهم نكاحاً فلا نكاح بينهما إذا أسلما.

باب الخِلافِ فِي إمساكِ الأَواخِرِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَاحتججتُ على مَنْ يُبطلُ الأَواخِرَ بقولِ النَّبيِّ ﷺ لابنِ الدَّيْلَمِيِّ وَعِنْدَهُ أُخْتَانِ «اخْتَرْتُ أَيُّهُمَا شِئْتَ وَفَارَقَ الأُخْرَى» وَبِمَا قَالَ لِنُوفَلِ بْنِ مُعَاوِيَةَ وَتَخْيِيرِهِ عَيْلَانَ فَلَوْ كَانَ الأَواخِرُ حَرَاماً مَا خَيْرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقُلْتُ لَهُ أَحْسَنُ حَالِهِ أَنْ يَعْقِدُوهُ بِشَهَادَةِ أَهْلِ الأَوْتَانِ قُلْتُ وَيُرَوَى أَنَّهُمْ كَانُوا يُنكحُونَ فِي العِدَّةِ وَبِغَيْرِ شُهُودٍ قَالَ أَجَلٌ قُلْتُ وَهَذَا كُلُّهُ فَاسِدٌ فِي الإِسْلامِ قَالَ أَجَلٌ قُلْتُ فَلَمَّا لَمْ يَسألِ النَّبيُّ ﷺ عَنِ العَقْدِ كَانَ عَفْواً لِفَوْتِهِ كَمَا حَكَمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ ﷺ؟ يَعْفُو الرَّبَّ إِذَا فَاتَ بِقَبْضِهِ وَرَدَّ مَا بَقِيَ لِأَنَّ الإِسْلامَ أَدْرَكَهُ كَمَا رَدَّ مَا جَاوَزَ أَرَبَعاً لِأَنَّ الإِسْلامَ أَدْرَكَهُنَّ مَعَهُ وَالعَقْدُ كُلُّهَا لَوْ ابْتَدَأَتْ فِي الإِسْلامِ فَاسِدَةً فَكَيْفَ نَظَرْتَ إِلى فَسادِها مَرَّةً وَلَمْ تَنظُرِ أُخْرَى فَرَجَعَ بَعْضُ أَصْحابِهِمْ وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ: مَا عَلِمْتُ أَحَداً احتجَّ بِأَحْسَنٍ مِمَّا احتججتُ بِهِ وَلَقَدْ خالفتُ أَصْحابِي فِيهِ مُنْذُ زَمَانٍ وَمَا يَنْبَغِي أَنْ يَدْخَلَ عَلى حَدِيثِ النَّبيِّ ﷺ القِيَّاسُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: قد مضى وذكرنا أن المشرك إذا أسلم مع أكثر من أربع زوجات فهو مخير بين إمساك الأوائل والأواخر بخلاف ما قاله أبو حنيفة من إمساك الأوائل دون الأواخر احتجاجاً بما مضى، فحكى الشافعي مناظرته لمحمد بن الحسن على ذلك فرجع إلى قول الشافعي، وعدل عن قول صاحبيه، أبي حنيفة، وأبي يوسف، واحتججه في ذلك ما قدمناه فلم يحتج إلى إعادته - وبالله التوفيق -.

بَابُ ارْتِدَادِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ أَوْ هُمَا وَمِنْ شِرْكِ إِلَى شِرْكٍ مِنْ كِتَابِ جَامِعِ الْخُطْبَةِ وَمِنْ كِتَابِ الْمُرْتَدِّ وَمِنْ كِتَابِ مَا يَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَهُ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا ارْتَدَّا أَوْ أَحَدُهُمَا مِنْ عَا الْوَطْءِ فَإِنْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ قَبْلَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِمَا انْفَسَخَ النِّكَاحُ وَلَهَا مَهْرٌ مِثْلِهَا إِنْ أَصَابَهَا فِي الرَّدَّةِ فَإِنْ اجْتَمَعَ إِسْلَامُهُمَا قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَهُمَا عَلَى النِّكَاحِ» .

قال الماوردي : وهذا الفصل يشتمل على مسألتين .
إحدهما : أن يرتد أحد الزوجين المسلمين .
والثانية : أن يرتدا معاً .

فإذا ارتد أحدهما ، فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون قبل الدخول فالنكاح قد بطل برده أحدهما ، وهو إجماع ، لأن ما أثر في الفرقة قبل الدخول أيتها كالطلاق الرجعي ، ولذلك أبطلنا نكاح الزوجين المشركين إذا أسلم أحدهما قبل الدخول ، وإذا بطل النكاح برده أحدهما قبل الدخول نظر في المرتد منهما ، فإن كان هو الزوج فعليه نصف المهر ، لأن الفسخ من قبله . وإن كان المرتد هي الزوجة فلا مهر لها لأن الفسخ من قبلها .

والضرب الثاني : أن يكون ردة أحدهما بعد الدخول فقد اختلف الفقهاء في النكاح فمذهب الشافعي أن يكون موقوفاً على انقضاء العدة ، فإن أسلم المرتد منهما قبل انقضائها كانا على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت بطل النكاح .

وقال مالك : يعرض الإسلام على المرتد منهما ، فإن عاد إليه كانا على النكاح ، وإن لم يعد إليه بطل النكاح .

وقال أبو حنيفة : قد بطل النكاح بنفس الردة من غير وقف استدلالاً بأن ارتداد أحد الزوجين موجب لوقوع الفرقة في الحال قياساً على ما قبل الدخول ، ولأن كل سبب يتعلق به فسخ النكاح يستوي فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع ، واستبراء الزوجة ، ووطء أمها بشبهة .

ودليلنا : هو أن اختلاف الدين بعد الإصابة لا يوجب تعجيل الفرقة قياساً على إسلام أحد الزوجين المشركين ، ولأنها ردة طارئة على نكاح مدخول بها فوجب أن لا تيسين قياساً على ارتدادهما معاً .

فأما الجواب عن قياسه على ما قبل الدخول فهو أن غير المدخول بها لا عدة عليها فلذلك تعجل فراقها والمدخول بها عليها العدة، فلذلك تعلق بانقضائها وقوع فراقها كالطلاق الرجعي يتعجل به في غير المدخول بها ويتأجل بانقضاء العدة في المدخول بها.

وأما الجواب عن قياسه على الرضاع مع فساده بإسلام أحد الزوجين المشركين فهو أن تحريم الرضاع والمصاهرة يتأبد، وتحريم الردة قد يرتفع فلذلك ما افترقا.

فصل: وأما المسألة الثانية: وهو أن يرتد الزوجان معاً فهو كارتداد أحدهما إن كان قبل الدخول بطل، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة.

وقال أبو حنيفة: إذا ارتدا معاً كان على النكاح قبل الدخول وبعده استدلالاً بأن أهل الردة حين أسلموا أقرهم أبو بكر - رضي الله تعالى عنه - على مناكحهم، ولم يعتبر فيهم انقضاء العدة ولا حال الدخول لاجتماع الزوجين منهم على الإسلام والردة.

قال: ولأنه انتقل إلى دين واحد فوجب أن لا يوقع الفرقة بينهما قياساً على إسلام المشركين.

قال: ولأن أكثر ما في ارتدادهما أن لا يقرأ على دينهما وهذا لا يمنع من صحة نكاحهما كالوثنيين.

ودليلنا: هو أنها ردة طارئة على نكاح فوجب أن يتعلق بها وقوع الفرقة قياساً على ردة أحدهما، ولأن كل حكم يتعلق بردة أحدهما لم يزل بردتها قياساً على استباحة المال والدم وإحباط العمل، ولأن كل معنى وقعت به الفرقة إذا وجد من أحدهما وقعت به الفرقة إذا وجد منهما كالموت.

فأما الجواب عن إقرار أبي بكر - رضي الله تعالى عنه - لأهل الردة على مناكحهم فلأنهم أسلموا قبل انقضاء العدة.

فإن قيل: فلم يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها.

قيل: قد يجوز أن يكون جميعهن مدخولاً بهن أو لم يتميزن فأجرى عليهن حكم الأغلب كما أنه لم يفرق بين من اجتمعا في الردة أو لم يجتمعا وإن كان أبو حنيفة يفرق بينهما فيكون جوابه عن هذا السؤال جواباً عن سؤاله.

وأما الجواب عن قياسهم على المشركين إذا أسلما بعله انتقالهما إلى دين واحد فهو انتقاضه بالمسلم إذا تزوج يهودية ثم تنصر قد اجتمعا على دين واحد، والفرقة واقعة بينهما على أن أبا حنيفة قد وافقنا أنه إذا اجتمعا على الردة من الإصابة كما لو ارتد أحدهما حتى يجتمعا على الإسلام.

وأما الجواب عن استدلالهم باجتماع الوثنيين فالفرق بينهما أن الوثنيين لا يمنعان من

الإصابة فجاز إقرارهما على النكاح، والمرتان يمنعان من الإصابة فلم يجز إقرارهما على النكاح.

فصل: فإذا ثبت أن اجتماعهما على الردة في وقوع الفرقة بينهما كارتداد أحدهما لم يخل حالهما إذا ارتدا من أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده، فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة بينهما في الحال، وفي المهر وجهان:

أحدهما: يغلب فيه ردة الزوج، لأنه أقوى المتناكحين حالاً، فعلى هذا يكون عليه نصف المهر كما لو تفرد بالردة.

والوجه الثاني: أنه يغلب فيه ردة الزوجة، لأن المهر حق لها فكان أولى الأمرين أن يغلب فيه ردتها، فعلى هذا لا مهر لها كما لو تفردت بالردة، وخرج بعض أصحابنا فيه وجهاً ثالثاً: أن لها ربع المهر لاشتراكهما في الفسخ فسقط من النصف نصفه، لأنه في مقابلة ردة الزوج، وإن كان ارتداهما بعد الدخول فالمهر قد استقر بالإصابة ولها أربعة أحوال:

أحدها: أن يعودا جميعاً إلى الإسلام قبل انقضاء العدة فيكونا على النكاح.

والثاني: أن لا يعودا معاً حتى تنقضي العدة، فالنكاح باطل.

والثالث: أن يعود الزوج إلى الإسلام دونها فلا نكاح.

والرابع: أن تعود الزوجة دونه فلا نكاح.

فصل: ولا يجوز للزوج الإصابة في الردة سواء كان الزوج المرتد أو الزوجة، فإن أصابها في الردة فلا حد عليه، لأن بقاء أحكام النكاح شبيهة في إدرء الحد، وعليه لها مهر المثل، فإن لم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدتها فاستقر المهر عليها أن تعتد من إصابته للاستبراء، ويكون الباقي من عدة الردة محسوباً من العدتين.

مثاله: أن يكون قد أصابها بعد قرء من ردتها، فعليها أن تعتد من وقت الإصابة ثلاثة أقرء منها قرءان من عدتي الردة والإصابة، وقرء مختص بعد الإصابة وإسلامها الذي يجتمعان به على النكاح أن يكون في عدة الردة دون عدة الإصابة، فإن عاد المرتد منهما إلى الإسلام في الباقي من عدة الردة كانا على النكاح، فأما المهر فالذي وجب بالإصابة فقد قال الشافعي ما يدل على سقوطه بالإسلام، وقال في المعتدة من طلاق رجعي إذا أصابها الزوج في العدة فوجب عليه المهر ثم راجعها بعد الإصابة. أن المهر لا يسقط بالرجعة ورجعة المطلقة كإسلام المرتدة، فاختلف أصحابنا لاختلاف جوابه على طريقتين:

أحدهما: نقل جواب كل واحد من المسألتين إلى الأخرى، وتخريجها على قولين:

أحدهما: سقوط مهرها بعود المرتدة إلى الإسلام، ورجعة المطلقة على ما نص عليه في المرتدة.

والقول الثاني: أن مهرها ثابت لا يسقط بإسلام المرتدة ولا برجعة المطلقة على ما نص عليه في المطلقة.

والطريقة الثانية: حمل الجواب على ظاهره في الموضوعين، فيسقط مهر المرتدة بالإسلام ولا يسقط مهر المطلقة بالرجعة.

والفرق بينهما أن ثلم الردة قد ارتفع بالإسلام حتى لم يبق للردة تأثير بعودها إلى ما كانت عليه من نكاح، وإباحة وثلم المطلقة لم يرتفع جميعه بالرجعة، وإنما ارتفع بها التحريم دون الطلاق فكان تأثيره باقياً فبقي ما وجب فيه من المهر - والله أعلم - .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ هَرَبَ مَرْتَدًا ثُمَّ رَجَعَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ مُسْلِمًا وَادَّعَى أَنَّهُ أَسْلَمَ قَبْلَهَا فَانْكَرَتْ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا» .

قال الماوردي: وهذه المسألة قد مضت في الانفصال عما أورده المزني في اختلاف الزوجين المشركين في إسلامهما، وذكرنا اختلاف أصحابنا في المرتد إذا عاد إلى الإسلام. وقال: أسلمت قبل انقضاء عدتك وقالت: بعدها وفي الرجعية إذا قال الزوج: راجعتك قبل انقضاء عدتك وقالت: بعدها على ثلاثة طرق:

أحدها: أنهما على قولين.

أحد القولين: أن القول قول الزوجة في المسألتين، لأن قولها في عدتها مقبول.

والثاني: أن القول قول الزوج في المسألتين، لأن قوله فيما نقله من إسلام ورجعة مقبول.

والطريقة الثانية: أن القول قول من اتفق على صدقه فيهما في المسألتين على المثال الذي بيناه.

والطريقة الثالثة: أن القول قول من سبق منهما بالدعوى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَارْتَدَّتْ فَلَا مَهْرَ لَهَا لِأَنَّ الْفَسْخَ مِنْ قَبْلِهَا وَإِنْ ارْتَدَّتْ فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ لِأَنَّ الْفَسْخَ مِنْ قَبْلِهِ» .

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة وذكرنا أن ارتداد أحدهما قبل الدخول موجب لفسخ النكاح، وأن المرتد إن كان هو الزوج لها نصف المهر، وإن كانت الزوجة فلا مهر لها فرقا بين أن تكون الفرقة من قبله أو قبلها، وأنهما إن ارتدا معا كان في المهر ثلاثة أوجه:

أحدها: لها نصفه تغليبا لردة الزوج.

والثاني: لا شيء لها تغليبا لردتها.

والثالث: لها ربه لاشتراكهما فيها.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَتْ تَحْتَهُ نَصْرَانِيَّةً فَتَمَجَّسَتْ أَوْ تَزَنَّدَقَتْ فَكَأَلْمُسْلِمَةِ تُرِيدُ (وَقَالَ) فِي كِتَابِ الْمُرْتَدِّ حَتَّى تَرْجَعَ إِلَى الَّذِي حَلَّتْ بِهِ مِنْ يَهُودِيَّةٍ أَوْ نَصْرَانِيَّةٍ» .

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة، وما فيها من الأقسام والأحكام، وأن الزوجة النصرانية إذا تزندقت لم تقر وفيما تؤخذ بالرجوع إليه ثلاثة أقاويل:

أحدها: الإسلام لا غير.

والثاني: الإسلام فإن أبت فدينها الذي كانت عليه من النصرانية.

والثالث: الإسلام فإن أبت فدين يقر عليه أهله من أديان أهل الكتاب، ولو كانت

نصرانية فتهودت كان على قولين:

أحدهما: تقر.

والثاني: لا تقر.

وفيما تؤخذ بالرجوع إليه قولان:

أحدهما: الإسلام لا غير.

والثاني: الإسلام.

فإن أبت فدينها الذي كانت عليه، وذكرنا ما تعلق بذلك من أحكام النكاح قبل

الدخول وبعده.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمَنْ دَانَ دِينَ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى مِنَ الْعَرَبِ أَوْ الْعَجَمِ غَيْرِ بَنِي

إِسْرَائِيلَ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ وَمَا يَحْرُمُ مِنْهُ أَوْ يَحِلُّ كَأَهْلِ الْأَوْثَانِ (وَقَالَ) فِي كِتَابِ مَا يَحْرُمُ

الْجَمْعُ بَيْنَهُ مَنْ ارْتَدَّ مِنْ يَهُودِيَّةٍ إِلَى نَصْرَانِيَّةٍ أَوْ نَصْرَانِيَّةٍ إِلَى يَهُودِيَّةٍ حَلَّ نِكَاحِهَا لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ

مِنْ أَهْلِ الدِّينِ الَّذِي خَرَجَتْ إِلَيْهِ حَلَّ نِكَاحِهَا (وَقَالَ) فِي كِتَابِ الْجَزْيَةِ لَا يُنْكَحُ مَنْ ارْتَدَّ عَنْ

أَصْلِ دِينِ آبَائِهِ لِأَنَّهُمْ بَدَّلُوا بَعْضَهُ الْإِسْلَامَ فَخَالَفُوا حَالَهُمْ عَمَّا أُذِّنَ بِأَخْذِ الْجَزْيَةِ مِنْهُمْ عَلَيْهِ

وَأُبِيحَ مِنْ طَعَامِهِمْ وَنِسَائِهِمْ».

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة، وذكرنا أن بني إسرائيل من اليهود والنصارى

مقرون على دينهم، ويحل نكاح نسائهم، ومن دخل في دينهما من العرب والعجم وسائر

الأمم على ضربين: قبل التبديل، وبعده ممن دخل فيه قبل تبديل أهله كالروم كان على

حكمين فيه، تقبل جزيتهم، وتنكح نساؤهم، وتؤكل ذبائحهم.

ومن دخل فيه بعد تبديل أهله كان في حكم عبدة الأوثان لا تقبل جزيتهم، ولا تنكح

نساؤهم، ولا تؤكل ذبائحهم فإن بدل بعضهم دون بعض ممن دخل في دين من بدل لم تقر،

ومن دخل في دين لم يبدل أقر، وحل أكل ذبائحهم ونكاح نسائهم، وإن دخل في دينهم قوم

أشكلت علينا أحوالهم هل دخلوا فيه قَبْلَ التبديل أو بعده، أو هل دخلوا فيه مع من بدل أو

مع من لم يبدل كانوا في حكم المجوس يقرون بالجزية حقناً لدمائهم، ولا تؤكل

ذبائحهم ولا تنكح نساؤهم.

فصل: وليس للمرتد أن يستأنف عقد نكاح في الردة على مسلمة ولا مرتدة، فإن عقد

فيه نكاحاً كان فاسداً سواء تعجل إسلامه فيه أو تأخر، لأن رده تبطل نكاحاً ثابتاً فلم يجز أن

يثبت نكاحاً مستأنفاً إلا أن الشافعي قال في موضع تطلق عليه وقال في موضع آخر: لا تطلق عليه، وليس ذلك منه على اختلاف قولين فيه ويحتمل وجهين:

أحدهما: أن قوله لا تطلق يعني واجباً، وقوله تطلق استحباباً.
والثاني: أن قوله لا تطلق إن أنكح مسلمة، وتطلق إذا نكح مرتدة - والله أعلم -.

بَابُ طَلَاقِ الشُّرْكِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذْ أُثْبِتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ نِكَاحَ الشُّرْكِ وَأَقْرَأَ أَهْلَهُ عَلَيْهِ فِي الْإِسْلَامِ لَمْ يَجْزُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ إِلَّا أَنْ يُثْبِتَ طَلَاقَ الشُّرْكِ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَثْبُتُ بِثُبُوتِ النِّكَاحِ وَيَسْقُطُ بِسُقُوطِهِ فَإِنْ أَسْلَمَ وَقَدْ طَلَّقَهَا فِي الشُّرْكِ ثَلَاثًا لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ وَلَوْ تَزَوَّجَهَا غَيْرَهُ فِي الشُّرْكِ حَلَّتْ لَهُ وَلِمُسْلِمٍ لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا».

قال الماوردي: وهذا كما قال: نكاح الشرك صحيح، والإقرار عليه جائز، وطلاق الشرك واقع، وحكم الفرقة ثابت.

وقال مالك: منكحهم باطلة، وإن أقروا عليها، وطلاقهم غير واقع واستدل على بطلان منكحهم بقول النبي ﷺ: «اتقوا الله في النساء فإنما ملكتم فروجهن بكلمة الله تعالى»^(١) يعني بكتاب الله ودين الإسلام فلم يجز أن يملكها بغير ذلك، ولأنهم قد كانوا يعتقدون إلقاء الثوب على المرأة نكاحاً وقهرها على نفسها نكاحاً، والمبادلة بالنساء نكاحاً، وكل ذلك مردود بالشرع فلم يجز أن يصح في الإسلام، واستدل على أن طلاقهم لا يقع ولا يلزم يقول الله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَتَّهَمُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]. فافتضى أن يكون الطلاق مغفوراً، قال: ولأنهم كانوا يرون الظهار طلاقاً مؤبداً، وقد أبطله الله تعالى وغير حكمه.

ودليلنا: أن الله تعالى أضاف إليهم منائح نسائهم فقال في امرأة أبي لهب: ﴿وَأَمْرَأَتَهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ﴾ [المسد: ٤]. وفي امرأة فرعون: ﴿وَقَالَتِ امْرَأَةُ فِرْعَوْنَ قُرَّةَ عُيُنٍ لِي وَلَئِكَ﴾ [القصص: ٩]. والإضافة محمولة على الحقيقة مقتضية للتملك وقال النبي ﷺ: «ولدت من نكاح لا من سفاح» وكانت منائح آبائه في الشرك تدل على صحتها، ووقوع الفرق بينها وبين السفاح، ولأن النبي ﷺ رجم يهوديين زنياً ولا يرحم إلا محصناً بنكاح، ولأنها منائح يقر عليها أهلها فوجب أن يحكم بصحتها قياساً على منائح المسلمين.

فأما الجواب عن استدلالهم بالخبر فمعنى قوله: «استحللتهم فروجهن بكلمة الله» أي بإباحة الله، وقد أباح الله تعالى منكحهم بإقرارهم عليها.

(١) أخرجه مسلم (الحج - ١٤٧) والترمذي (١١٦٣) وأبو داود (١٩٠٥) وابن ماجه (٣٠٧٤) وأحمد (٧٣/٥) والبيهقي (٨/٥) والدارمي (٤٨/٢) وعبد الرزاق (٩٧٥٤) وابن خزيمة (٢٨٠٩).

وأما قولهم أنهم يرون من المناكح بينهم ما لا نراه فهو معفو عنه، لأن النبي ﷺ قد كان يعرف اختلاف آبائهم فيه فلم يكشف عنه.

وأما استدلاله بقوله تعالى: ﴿يُفْقَرُ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]. فيعني من الأثام دون الأحكام وأما الظهار فبالفسخ أبطل حكمه، وحكمه بالطلاق مقر.

فصل: فإذا ثبت الحكم بصحة عقودهم، ومناكحهم، والعفو عما اختل من شروطها، وأنهم مأخوذون بما أوقعوه فيها من طلاق، وظهار، وإيلاء اعتبر حال طلاقه، فإن كان صريحاً عندهم أجريت عليه حكم الصريح سواء كان عندنا صريحاً، أو كناية لأننا نعتبر عقودهم في شركهم بمعتقدهم كذلك حكم طلاقهم وإذا كان كذلك نظرت فإن كان رجعيّاً فراجع في العدة صحت رجعته كما صح نكاحه، وكانت معه بعد إسلامه على ما بقي من الطلاق، فإن كان واحدة بقيت معه على اثنتين وإن كانت اثنتين بقيت معه على واحدة، وإن لم يراجعها في العدة حتى أسلما، فإن كانت عدة الطلاق قد انعقدت في الشرك أو بعد الإسلام وقبل الرجعة بانت منه، وجزأ أن يستأنف العقد عليها فيكون على ما بقي من الطلاق، وإن كانت العدة باقية فله أن يراجعها بعد الإسلام وتكون معه على ما بقي من الطلاق، وإن كان طلاقه لها في الشرك ثلاثاً فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، فلو كانت قد نكحت في الشرك زوجاً غيره حلت له إذا أسلم، فلو عاد فنكحها في الشرك قبل زوج وقد طلقها ثلاثاً، كان نكاحها إذا أسلم باطلاً، ولم يجز أن يقر عليه.

فإن قيل: أفليس لو نكحها في العدة ثم أسلما بعدها أقر؟ فهلا إذا نكح المطلقة ثلاثاً قبل زوج أقر؟ قيل: لأن تحريم المعتدة قد زال بمضي الزمان، فجاز أن يستأنف العقد عليها فجاز أن تقر على ما تقدم من نكاحها وتحريم المطلقة ثلاثاً لم يزل، ولا يجوز أن يستأنف العقد عليها فلم يجز أن تقر على ما تقدم من نكاحها وتحريم المطلقة ثلاثاً، وكذلك الكلام فيما يؤخذ به من حكم ظهاره وإيلائه - الله أعلم -.

باب عقد نكاح أهل الذمة ومهورهم من الجامع وغيره

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَعُقْدَةُ نِكَاحِ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَمُهْرُهُمْ كَأَهْلِ الْحَرْبِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال لا اعتراض على أهل الذمة في مناكحهم، وإن كانوا في دار الإسلام وهي عقود إذا أسلموا لِمَا في تتبع مناكحهم بعد الإسلام من التنفير عنه، فلو نكح أحدهم في دار الإسلام خمساً أو جمع بين أختين، أو نكح مجوسي أمه وبنته ولم يعارضوا وهم كأهل الحرب إذا أسلموا فما جاز إن لم يستأنفوه بعد الإسلام أقروا عليه، وما لم يجز أن يستأنفوه بعد الإسلام لم يقروا عليه، ولا فرق بينهم في شيء منه، وإن كانوا لهم ذمة وأحكامنا عليه جارية إلا في شيئين:

أحدهما: القهر والغلبة، فإن الحربي إذا قهر حربية على نفسها ورآه نكاحاً أقر عليه إذا أسلما، ولا يقر ذمي على قهر ذمية إذا أسلما، لأن دار الإسلام تمنع من القهر والغلبة، ودار الحرب تبيحه فافتراقا لافتراق حكم الدارين.

والثاني: أن يعتقدا نكاحاً لا يجوز في دينهم كيهودي نكح أمه أو بنته، فلا يقرؤا عليه لأنهم ممنوعون منه في دين الإسلام ودينهم ولو فعله المجوسي أقر، لأنهم غير ممنوعين منه في دينهم، فأما مهورهم فلا اعتراض عليهم فيها حلالاً كانت أم حراماً فإن تقابضوها وهي حرام برىء منها الأزواج، وإن بقيت في ذمتهم حتى أسلموا ألزمهم بدلاً منها مهر المثل، وإن تقابضوا بعضها قبل الإسلام وبقي بعضها بعده لزم من مهر المثل بقسط ما بقي منها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ نَكَحَ نَصْرَانِيٌّ وَثَنِيَّةً أَوْ مَجُوسِيَّةً أَوْ نَكَحَ وَثْنِيٌّ نَصْرَانِيَّةً أَوْ مَجُوسِيَّةً لَمْ أَفْسِخْ مِنْهُ شَيْئاً إِذَا أَسْلَمُوا».

قال الماوردي: أما إذا نكح كتابي كتابية وتحاكما إلينا أقرأ على النكاح، وكذلك لو أسلما أو أسلم الزوج منهما كانا على النكاح، لأن للمسلم أن يتدىء نكاح كتابية فجاز أن يقيم على نكاح كتابية، ولو أسلمت الزوجة دونه لم يقر على نكاحها، وكان موقوفاً على تقضي العدة.

وأما الوثني إذا نكح وثنية فأيهما أسلم لم يقر على النكاح، وكان موقوفاً على تقضي العدة، وإن تحاكموا إلينا في الأحكام أقررناهم عليها، فأما إذا نكح وثني كتابية فإن أسلما

أقر على النكاح، وإن أسلم الزوج أقر على النكاح، وإن أسلمت الزوجة كان النكاح موقوفاً على انقضاء العدة.

ولو نكح كتابي وثنية فأيهما أسلم كان النكاح موقوفاً على انقضاء العدة، وإن تحاكما إلينا قبل الإسلام، فمذهب الشافعي: أننا نمضي نكاحهما ولا يفسخ عليهما.

وقال أبو سعيد الإصطخري: يفسخ النكاح بينهما، لأن الله تعالى قد أمر أن يحكم في أهل الكتاب بما أنزل الله في أهل الإسلام بقوله: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٩]. والوثنية لا تحل لمسلم فكذلك لا تحل لكتابي، وهذا خطأ، لأن الكفر كله ملة واحدة، وإن تنوع وأختلف، ألا ترى أننا نحكم بالتوارث بين أهل الكتاب وعبدة الأوثان، ولأنه لما جاز إقرارهما على هذا النكاح بعد الإسلام، فأولى أن يقرأ عليه في حال الكفر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا تَحِلُّ ذَبِيحَةٌ مَنْ وَلَدَ مِنْ وَثْنِيٍّ وَنَصْرَانِيَّةٍ وَلَا مِنْ نَصْرَانِيٍّ وَوَثْنِيَّةٍ وَلَا يَحِلُّ نِكَاحُ ابْنَتَيْهِمَا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ كِتَابِيَّةً خَالِصَةً (وَقَالَ) فِي كِتَابٍ آخَرَ إِنْ كَانَ أَبُوهَا نَصْرَانِيًّا حَلَّتْ وَإِنْ كَانَ وَثْنِيًّا لَمْ تَحِلَّ لِأَنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى النَّسَبِ وَلَيْسَتْ كَالصَّغِيرَةِ يُسَلِّمُ أَحَدُ آبُوبِهَا لِأَنَّ الْإِسْلَامَ لَا يَشْرُكُهُ الشَّرْكَ وَالشَّرْكَ يَشْرُكُهُ الشَّرْكَ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن أهل الكتاب من اليهود والنصارى يحل أكل ذبائحهم ونكاح نسائهم، وأن المجوس وعبدة الأوثان لا يحل أكل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم، فأما المولود من بين أهل الكتاب وعبدة الأوثان إذا كان أحد أبويه كتابياً، والآخر وثنياً فضربان:

أحدهما: أن يكون الأب وثنياً، والأم كتابية يهودية أو نصرانية فلا يختلف مذهب الشافعي أنه لا يحل أكل ذبيحة هذا الولد ولا ينكح إن كان امرأة تغليباً لحكم أبيه.

وقال أبو حنيفة: يحل نكاحه، وأكل ذبيحته تغليباً لحق أبويه حكماً، استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه، كما تنتج الإبل من بهيمة جمعاء هل تجس فيها من جدعاء»^(١) فلم ينقله عن الفطرة وتخفيف الحكم إلى أغلظهما إلا باجتماع أبويه على تغليظ الحكم ولأن أحد أبويه مستباح الذبيحة والنكاح فوجب أن يكون فيه على حكمه قياساً على من أحد أبويه مسلم.

ودليلنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]. وهذا الولد ينطلق عليه اسم المشرك، ولأنها كافرة فتنسب إلى كافرة لا تحل ذبيحته ولا نكاحه فوجب أن لا تحل ذبيحتها ولا نكاحها.

(١) أخرجه البخاري (١٢٥/٢) وأبو داود (٤٧١٤) وأحمد (٢٣٣/٢) والحميدي (١١١٣) وأبو نعيم (٢٢٨/٩) وفي تاريخ أصفهان (٢٢٦/٢) والطبراني (٢٦١/١) والبيهقي (٢/٦) أحمد (٢-٢٠٣).

أصلها: إذا كان أبواها وثنيين، ولأنه قد اجتمع في هذا الولد موجب حظر وإباحة فوجب أن يغلب حكم الحظر على حكم الإباحة قياساً على المحولد من بين مأكول وغير مأكول، ولا ينتقض بالولد إذا كان أحد أبويه مسلماً والآخر كافراً لأنه لا يجتمع في الولد حكم الكفر والإسلام لقوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى»^(١). فثبت حكم الإسلام وسقط حكم الشرك، وهذا هو الذي أراده الشافعي بقوله: «لأن الإسلام لا يشركه الشرك والشرك يشركه الشرك» يعني أنه قد يجتمع شركان، ولا يجتمع شرك وإسلام، واختلف أصحابنا في هذا التعليل، هل أراد الشافعي أبا حنيفة من هذه المسألة، وأراد به مالكا في أن إسلام الأم لا يكون إسلاماً للولد على وجهين.

فأما الجواب عن الخبر فهو أن المراد به اجتماع الوالدين على الكفر يقتضي تكفير الولد، وانفراد أحدهما لا يقتضيه فلم يكن دليلاً في هذا الوضع، لأن أبويه قد اجتمعا على الكفر.

وأما قياسه على من أحد أبويه مسلم، فالجواب عنه ما ذكرنا من أن اجتماع الشرك والإسلام يوجب فيه حكم تغليب الإسلام، لأنهما يتنافيان فغلب أقواهما، والشركان لا يتنافيان فغلب أغلظهما.

فصل: والضرب الثاني: أن يكون أب هذا الولد كتابياً يهودياً أو نصرانياً، وأمه وثنية أو مجوسية ففي إباحة نكاحه، وأكل ذبيحته قولان:

أحدهما: يحرم نكاحه وذبيحته لاجتماع الحظر والإباحة، فوجب أن يغلب حكم الحظر على الإباحة كالمولود من بين مأكول وغير مأكول.

والقول الثاني: - وهو أصح - أنه يحل نكاحه وذبيحته لاجتماع الحظر والإباحة فيه، لأن الدينين إذا اختلفا جاز اجتماعهما فأغلبهما ما كان تابعاً للنسب المضاف إلى الأب دون الأم كالحرية كذلك النكاح والذبيحة.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فحكم الولد الحادث من بين أبوين مختلفي الحكم على أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون ملحقاً بحكم أبيه دون أمه، وذلك في أربعة أشياء:

أحدها: النسب يكون ملحقاً بأبيه دون أمه.

والثاني: في الحرية فإن ولد الحر من أمه كأبيه دون أمه.

والثالث: في الولاء فإنه إذا كان على الأبوين ولاء من جهتين، كان الولد داخلاً في ولاء الأب دون الأم.

والرابع: في الحرية فإنه إذا كان الأب من قوم لهم حرية والأم من آخريين لهم حرية أخرى فإن حرية الولد حرية أبيه دون أمه.

(١) أخرجه البخاري (١١٧/٢) والبيهقي (٢٠٥/٦) والطحاوي (١٥٠/٢).

والقسم الثاني: أن يكون ملحقاً بحكم أمه دون أبيه وذلك في شيئين:
أحدهما: ولد المنكوحة تابع لأمه في الحرية والرق دون أبيه فإن كانت أمه حرة كان حراً، وإن كان أبوه عبداً، وإن كانت أمه مملوكة كان عبداً، وإن كان أبوه حراً.
والثاني: في الملك فإن ولد المملوكين تبع لأمه ومملوك لسيدهما.
والقسم الثالث: أن يكون ملحقاً بأفضل أبويه حالاً وأغلظهما حكماً، وذلك في شيء واحد وهو في الإسلام يلحق بالمسلم منهما أباً كان أو أمماً.
والقسم الرابع: ما اختلف قوله فيه، وهو في إباحته الذبيحة والنكاح فأحد قويله أنه ملحق بالأب.
والثاني: ملحق بأغلظهما حكماً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ تَحَاكَمُوا إِلَيْنَا وَجَبَ أَنْ نَحْكُمَ بَيْنَهُمْ كَأَنَّ الزَّوْجَ الْجَائِيَّ أَوْ الزَّوْجَةَ».

قال الماوردي: أما المقيمون في دار الإسلام من الكفار فضريان: أهل الذمة وأهل عهد.

فأما أهل الذمة: فهم باذلو الحرية لهم ذمة مؤبدة يلزمنا في حق الذمة أن نمنع عنهم من أرادهم ممن جرت عليه أحكامنا من المسلمين وممن لم تجر عليه أحكامنا من أهل الحرب.
وأما أهل العهد: فهم المستأمنون الذين لهم أمان إلى مدة يلزمنا أن نمنع من أرادهم ممن جرت عليه أحكامنا من المسلمين، فلا يلزمنا أن نمنع من أرادهم من لم تجر عليه أحكامنا من أهل الحرب، وقد عبر الشافعي في مواضع عن أهل الذمة بالمعاهدين، لأن ذمتهم عهد، وإن كانوا بأسم الذمة أخص، فأما إذا لم يترافع الفريقان في أحكامهم إلينا لم ندعهم إليها، ولم نعترض عليهم فيها، وإن ترافعوا إلينا نظر فيهم فإن كانوا معاهدين لهم أمان إلى مدة لم يلزمنا أن نحكم بينهم، ولم يلزمهم التزام حكمنا، وكان حاكمنا بالخيار بين أن يحكم بينهم وبين أن لا يحكم، وهم إذا حكم عليهم بالخيار بين أن يلتزموا حكمه، وبين أن لا يلتزموه، وإن جاء أحدهم مستعدياً لم يلزم المتعدي عليه أن يحضر، ولا يلزم الحاكم أن يعديه عليه، وإنما كان كذلك لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ﴾ [المائدة: ٤٢]. الآية فخير الله تعالى في الحكم بينهم، ولأن علينا أن نمنع عنهم أنفسنا، وليس علينا أن نمنع عنهم غيرنا، سواء كان التحاكم في حق الله تعالى أو في حق الآدميين، لأن حق الله تعالى في شركهم أعظم، وقد أقرؤا عليه، وسواء كانوا أهل كتاب أو غير أهل كتاب.

فصل: وأما أهل الذمة إذا تحاكموا إلينا فليست الذمة المؤبدة إلا لأهل الكتاب فإن لم يترافعوا إلينا في أحكامهم تركوا وإن ترافعوا فيها إلينا فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكونوا من أهل دين واحد ففي وجوب الحكم عليهم قولان:

أحدهما: - وهو قوله في القديم - أنه لا يجب والحاكم مخير في الحكم بينهم، وهو إذا حكم عليهم مخيرون في التزام حكمه اعتباراً بأهل العهد لعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاؤُكَ فَآحُكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ﴾.

والقول الثاني: - وهو قوله في الجديد، واختاره المزني أن الحكم بينهم واجب فيلزم الحاكم إذا ترفعوا إليه أن يحكم بينهم، وعليهم إذا حكم أن يلتزموا حكمه وإذا استعدي أحدهم على الآخر وجب أن يعديه الحاكم، وأن يخص المستعدي عليه فإن امتنع من الحضور أجبره وعزره، وإنما كان كذلك بقول الله تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]. وهذا أمر ولقوله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

قال أصحابنا: والصغار أن تجري عليهم أحكام الإسلام، ولأن النبي ﷺ رجم يهوديين زنيا فلولم يلزمهم حكمه لامتنعوا من إقامة الحد عليهم، ولأننا نجريهم بالدفع عنهم منا ومن غيرنا مجرى المسلمين فوجب أن ندفع عنهم بالحكم بينهم في استيفاء الحقوق لهم كما نحكم بين المسلمين، وبهذا نفرق بينهم وبين المعادين، لا يلزمنا أن ندفع عنهم غيرنا فلم يلزمنا أن نحكم بينهم ولا أن ندفع بعضهم عن بعض.

فأما أبو حنيفة فلم يعمل بواحد من القولين على إطلاقه وقال: لا يحكم بينهم إلا أن يجتمعوا على الرضى بحكم الإمام، فحينئذ يلزم الحاكم أن يحكم بين المترافعين إليه، ويلزمهم أن يلتزموا حكمه.

والضرب الثاني: أن يكون الحكم بين ذميين من دينين كيهودي نصراني تحاكما إلينا فقد اختلف أصحابنا فيهم، فكان أبو إسحاق المروزي يخرج وجوب الحكم بينهما على قولين كما لو كانا على دين واحد، لأن الكفر كله ملة واحدة. وقال غيره من أصحابنا: أن يحكم بينهما قولاً واحداً.

والفرق بين أن يكون من دين واحد أو دينين أنهما إذا كانا من دين واحد فلم يحكم كان لهم حاكم واحد لا يختلفون فيه فأمكن وصولهم إلى الحق منه، وإذا كانا على دينين اختلفا في الحكم إن لم يحكم بينهما حاكمنا فدعى النصراني إلى حاكم النصراني، ودعى اليهودي إلى حاكم اليهود فتعذر وصول الحق إلا بحاكمنا فلذلك لزمه الحكم بينهما.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من القولين فهي في حقوق الأدميين فأما حقوق الله تعالى فقد اختلف أصحابنا فيها على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أنها على قولين كحقوق الأدميين.

والوجه الثاني: أنها تجب قولاً واحداً، لأنه لا مطالب بها غير الحاكم، وليست كحقوق الأدميين التي لها خصم يطلب.

والوجه الثالث: أنها لا تجب قولاً واحداً، لأن حق الله تعالى في شركهم أعظم، وقد أقروا عليه فكذلك ما سواه من حقوقه، وليس كذلك حقوق الأدميين، لأنهم فيها متشاجرون متظالمون ودار الإسلام تمنع من التظالم - والله أعلم - .

فصل: فأما إذا كان التحاكم بين مسلم وذمي ومعاهد وجب على الحاكم أن يحكم بينهم قولاً واحداً سواء كان المسلم طالباً أو مطلوباً، لأنهما يتجاذبان إلى الإسلام والكفر فوجب أن يكون حكم الإسلام أغلب لرواية عائذ بن عمر المزني أن النبي ﷺ قال: «الإسلام يعلو ولا يعلى» ولو كان التحاكم بين ذمي ومعاهد كان على قولين تغليبا لأوكدهما حرمة كما لو كانت بين مسلم ومعاهد حكم بينهما قولاً واحداً تغليبا لحرمة الإسلام التي هي أوكد.

فصل: ثم إذا حكم حاكمنا بين ذميين أو معاهدين لم يحكم بينهم بالتوراة إن كانا يهوديين ولا بالإنجيل إن كانا نصرانيين، ولم يحكم إلا بكتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتَنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ [المائدة: ٤٩]. أي يفتنونك بتوارثهم وإنجيلهم عما أنزل عليك من القرآن قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤].

فإن قيل: فكيف لا يحكم بينهم بكتابتهم، وقد قال الله: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا﴾ [المائدة: ٤٤]. وقد أحضر رسول الله ﷺ التوراة حين رجم اليهوديين حتى رجمهما^(١) لما فيها من الرجم.

قيل: أما الآية فتضمنت صفة التوراة على ما كانت من الهدى والنور، وأنه كان يحكم بها النبيون وكذا كان حالها ثم غيرت حين بدل أهلها كما قال تعالى: ﴿تَجْعَلُونَهُ قَرَاطِيسَ تُبْدُونَهَا وَتُخْفُونَ كَثِيرًا﴾ [الأنعام: ٩١]. ومع تغييرهم لها وتبديلهم فيها لا يتميز الحق من الباطل فوجب العدول عنها، وأما إحضاره التوراه عند رجم اليهوديين، فلأنه حين حكم عليها بالرجم أخبر اليهود أن في التوراة فأنكروه فأمر بإحضارها لتكذيبهم، فلما حضرت ترك ابن صوريا وهو أحد أحبارهم يده على ذكر الرجم، فأمره رسول الله ﷺ برفع يده فإذا آية الرجم تلوح فكان إحضارها رداً لإنكارهم وإظهاراً لتكذيبهم، لا لأن يحكم بها عليهم لأنه قد حكم بالرجم قبل حضورها - والله أعلم - .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حُكْمٌ مَضَى لَمْ يُزَوَّجْهُمْ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشُهُودٍ مُسْلِمِينَ

(١) أخرجه البخاري (٤٩٥/٤) ومسلم (١٢٢/٥) وأبو داود (٤٤٤٦) والترمذي (٢٧٧/١) وابن ماجه (٢٥٥٦) وابن الجارود (٨٢٢) والدارمي (١٧٨/٢) والبيهقي (٢٤٦/٨).

فَلَوْلَمْ يَكُنْ لَهَا قَرِيبٌ زَوْجَهَا الْحَاكِمُ لَأَنَّ تَرْوِيجَهُ حُكْمٌ عَلَيْهَا فَإِذَا تَحَاكَمُوا إِلَيْنَا بَعْدَ النَّكَاحِ فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَجُوزُ ابْتِدَاؤُهُ فِي الْإِسْلَامِ أَجْزَأُهُ لَأَنَّ عَقْدَهُ قَدْ مَضَى فِي الشَّرِكِ» .

قال الماوردي: قد مضى ما قررناه من وجوب الحكم بين أهل الذمة أو جوازه، فإذا ترفع زوجان في عقد نكاح فهو كترافعهما في غيره من عقود البيع والإيجارات، وإنما خص الشافعي ترافعهما في عقد النكاح، لأنه في كتاب النكاح، ولأن فروعه أكثر فإذا ترفعا فيه فعلى ضربين:

أحدهما: أن يترافعا في استدامة عقد قد مضى فليس للحاكم أن يكشف عن حال العقد ولا يعتبر فيه شروط الإسلام، وينظر فإن كانت الزوجة ممن تجوز له عند التحاكم أن يستأنف العقد عليها جاز أن يقرهما على ما تقدم من عقدها، سواء كان بولي، أو شهود أم لا، إذا رأوا ما عقده نكاحاً في دينهم، وإن كانت ممن لا يجوز أن يستأنف العقد عليها عند الترافع إلينا لكونها في ذوات المحارم والمحرمات أو بقية عدة من زوج آخر حكم بإبطال النكاح، ويكون حالها عند الترافع إلى الحاكم كحالهما لو أسلما فما جاز إقرارها عليه من النكاح بعد إسلامها جاز إقرارها عليه عند ترافعهما إلى حاكمنا، وما لم يجز الإقرار عليه بعد الإسلام لم يجز الإقرار عليه عند الترافع إلى الحاكم.

فصل: والضرب الثاني: أن يترافعا إلى حاكمنا في ابتداء عقد يستأنفه بينهما، فعلى الحاكم أن يعقده بينهما على الشروط المعتبرة في الإسلام بولي وشهود لقول الله تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]. وإنما جاز أن يمضي في مناكحهم في الشرك، وإن لم تكن على شروط الإسلام، ولا يجوز أن يستأنفها في الإسلام إلا على شروطه لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]. ولأن في اعتبار مناكحهم في الشرك على شروط الإسلام وردها إذا خالفته تنفيراً لهم من الدخول في الإسلام، وليس فيما استأنفوه لرضاهم به تنفيراً لهم منه.

فإذا تقرر ما وصفناه فوليتها في النكاح أقرب عصبتها من الكفار، ولأن ولي الكافرة كافر، ويراعى أن يكون عدلاً في دينه فإن كان فاسقاً فيه كان كفسق الولي المسلم بعدل إلى غيره من الأولياء العدول، فإن عدم أوليائها من العصبية والمعتقين زوجها الحاكم ولا يمنعه الإسلام من تزويجها، وإن منع منها إسلام عصبتها، لأن تزويجها حكم فيه عليها.

فأما الشهود في نكاحها فلا يصح إلا أن يكونوا مسلمين، وجوز أبو حنيفة عقد نكاحها بشهود كفار كما جاز بولي كافر، وهذا خطأ، لقول النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» .

والفرق بين الولي والشهود أن الولي يراد لطلب الحظ لها للموالة التي بينها، والكافر المشارك لها في الكفر أقوى موالة من المسلمين فكان الكافر أحق بولاية نكاحها من المسلم، وليس كذلك الشهود، لأنهم يرادون لإثبات الفرائض، وإلحاق النسب ولا يثبت

ذلك إلا بالمسلمين فكانوا أخص بالشهادة فيه من غيرهم، وهذا حكم إزنها إذا كانت ثيباً بالنطق، وإن كانت بكرًا بالصمت، ولا يعقده إلا بصدق حلال، وإن كانوا يرون في دينهم عقده بالمحرمات من الخمر، والخنزير، وهل يجوز أن يعقده كتابي على وثنية، أو وثني على كتابية أو لا؟ على وجهين:

أحدهما: - وهو قول أبي سعيد الإصطخري - لا يجوز لمسلم أن يعقد على وثنية ولا لوثني أن يعقد على مسلمة.

والوجه الثاني: - وهو مذهب الشافعي يجوز، لأن الكفر كله ملة واحدة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ مَا قَبِضَتْ مِنْ مَهْرٍ حَرَامٍ وَلَوْ قَبِضَتْ نِصْفَهُ فِي الشَّرْكَ حَرَامًا ثُمَّ أَسْلَمَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ مَهْرٍ مِثْلِهَا».**

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا ترفع الزوجان في صداق نكاح عقد له في الشرك، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون حلالاً معلوماً فيحكم على الزوج له، وكذلك لو أسلما عليه ولا يلزم الزوج غيره فإن أقبضها في الشرك برىء منه، وإن لم يقبضها أخذته بعد الإسلام أو عند الترفع إلى الحاكم بعد بقائها على الشرك.

والضرب الثاني: أن يكون حراماً لا يجوز أن يكون صداقاً في الإسلام، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتقاضاه في الشرك قبل الترفع إلى الحاكم فقد برىء الزوج منه، لأن ما فعلاه في الشرك عفواً لا يتعقب بنقض كما قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٨]. فجعل ما مضى عفواً وقال النبي ﷺ: «الإسلام يجب ما كان قبله»^(١).

والقسم الثاني: أن يكون الصداق باقياً لم يتقاضاه، فلا يجوز أن يحكم بإقباضه سواء ترفعا وهما على الشرك أو قد أسلما، ويحكم لها بمهر المثل دون القيمة، لأن الخمر لا قيمة له، وكذلك الخنزير وسائر المحرمات.

وقال أبو حنيفة: كان الصداق معيناً حكم لها به سواء أسلما، أم لا، وإن كان في الذمة فإن كانا على الشرك حكم لها بمثل الخمر وإن كانا قد أسلما حكم لها بقيمة الخمر بناء على أصله في غاصب الدار وفيها خمر إذا استهلكها وقد مضى الكلام معه.

والقسم الثالث: أن يتقاضا بعضه في الشرك ويبقى بعضه بعد الإسلام أو بعد الترفع إلى الحاكم فيبرأ الزوج من قدر ما أقبض في الشرك ويحكم لها من مهر المثل بقسط ما بقي

(١) أخرجه أحمد (٤/١٩٩) وابن سعد (٧/١٩١) والبيهقي في «دلائل النبوة» (٤/٣٥١).

منه، وعند أبي حنيفة يحكم لها بقيمة ما بقي منه بناء على ما ذكرنا من أصله وما ذكرناه أولى لما قدمناه، وإذا كان كذلك لم يخل حال الصداق الحرام المقبوض بعضه من أحد أمرين:

إما أن يكون جنساً، أو أجناساً فإن كان جنساً واحداً كأنه أصدقها عشرة أزقاق من خمر ثم ترافعا أو أسلما، وقد أقبضها خمسة أزقاق وبقيت خمسة ففيها وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أنه يراعي عدد الأزقاق دون كيلها فتكون الخمسة من العشرة نصفها، وإن اختلف كيلها فيسقط عنه من المهر نصفه ويبقى عليه نصفه فيلزمه نصف مهر المثل، وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثاني: أنه يراعي كيلها دون عددها فينظر كيل الخمسة المقبوضة من جملة كيل العشرة، فإن كان ثلثها في الكيل ونصفها في العدد برىء من ثلث المهر ولزم ثلثا مهر المثل، وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة، ولو كان قد أصدقها عشرة خنازير وأقبضها من العشرة ستة خنازير، فعلى ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: - وهو قول أبي إسحاق - أنك تراعي العدد فتكون الستة من العشرة ثلاثة أخماسها سواء اختلفت في الصغر أو الكبير أو لم تختلف فيبرأ من ثلاثة أخماس الصداق ويطلب بخمسي مهر المثل.

والوجه الثاني: - وهو قول أبي علي بن خيران أنك تراعيها في الصغر والكبير وكان الكبير منها يعدل صغيرين وقد قبض في السنة كبيرين وأربعة صغيراً فكانت الأربعة تعادل كبيرين فصارت الستة أربعة كباراً، والأربعة من العشرة خمسها فيبرأ من خمسي الصداق وترجع عليه بثلاثة أخماس مهر المثل، وإن كان الصداق أجناساً مختلفة كأنه أصدقها خمسة أزقاق خمرًا وعشرة خنازير وخمسة عشر كلباً ثم ترافعا أو أسلما، وقد أقبضها خمسة أزقاق خمرًا وبقيت الخنازير كلها والكلاب بأسرها، فعنه ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنك تعتبر عدد الجميع فيكون المقبوض خمسة من ثلاثين وهو سدسها فيسقط عند سدس الصداق ويؤخذ بخمسه أسداس مهر المثل.

والوجه الثاني: أنك تعتبر عدد أجناس، وهي ثلاثة، والمقبوض أحدها فتسقط عنه ثلث الصداق، ويؤخذ بثلثي مهر المثل.

والوجه الثالث: - وهو قول أبي العباس بن سريج - أنك تعتبر قيمة الأجناس الثلاثة وتنظر قيمة المقبوض فتسقطه منه فيبرأ بقسطه من الصداق، ويؤخذ بقسط الباقي من مهر المثل.

قال أبو العباس: وقد يجوز في الشرع أن يعتبر قيمة ما لا يحل بيعه ولا قيمة له كما يعتبر في حكومة ما لا يتقدر من جراح الحر قيمته لو كان عبداً وإن لم يكن للحر ثمناً ولا قيمة

كذلك الخمر والخنازير والكلاب، ولو كان المقبوض من الثلاثة جنساً آخر غير الخمر كان على ما ذكرنا من الأوجه الثلاثة فاعتبر به - وبالله التوفيق .

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالنَّصْرَانِيُّ فِي إِنْكَاحِ ابْنَتِهِ وَابْنِهِ الصَّغِيرَيْنِ كَالْمُسْلِمِ» .**

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأننا قد ذكرنا أن ولي الكافرة كافر فله أن يزوج بنته الصغيرة إذا كانت بكراً ولا يزوجها إن كانت ثيباً كالمسلم ويزوج أن يزوج بنته الكبرى بكراً بغير إذن وثيباً بإذن، وله أن يزوج ابنته الصغيرة، وليس له تزويج الكبيرة كما نقوله في الأب المسلم في بنته وابنة المسلمين، فأما ولاية الكافر على أموال الصغار من أولاده فما لم يرفع إلينا أقرأوا عليها، فإذا رفع إلينا لم يجز أن يؤتمن على أموالهم، وترد الولاية عليهم فيها إلى المسلمين بخلاف الولاية في النكاح، لأن المقصود بولاية الأموال الأمانة وهي في المسلمين أقوى والمقصود بولاية النكاح المولاة، وهي في الكافر للكافر أقوى - والله أعلم - .

باب إتيان الحائضِ ووطءِ اثنتَيْنِ قَبْلَ الغُسلِ مِنْ هَذَا وَمِنْ كِتَابِ عَشْرَةِ النِّسَاءِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَمَرَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بِاعْتِرَالِ الْحَيْضِ فَاسْتَدَلَّلْنَا بِالسُّنَّةِ عَلَى مَا أَرَادَ فَقُلْنَا تَشُدُّ إِزَارُهَا عَلَى أَسْفَلِهَا وَيُبَاشِرُهَا فَوْقَ إِزَارِهَا حَتَّى يَطْهُرَنَّ حَتَّى يَنْقُطَعَ الدَّمُ وَتَرَى الطُّهْرَ».

قال الماوردي: أما وطاء الحائض في الفرج فحرام بالنص، والإجماع، قال الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أذى فاعتزلوا النساء في المحيض﴾ [البقرة: ٢٢٢]. وفي هذا المحيض ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه أراد به دم الحيض.

والثاني: زمان الحيض.

والثالث: مكان الحيض.

ثم قال: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢]. أي ينقطع دمه، فإذا تطهرن فيه تأويلان:

أحدهما: فإذا انقطع دمه^(١)، وهذا تأويل أبي حنيفة.

والثاني: فإذا تطهرن بالماء^(٢)، وهذا تأويل الشافعي وأكثر الفقهاء والمفسرين: ﴿فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٢٢]. فيه تأويلان:

أحدهما: في القبل الذي نهى عنه في حال الحيض، وهذا تأويل ابن عباس^(٣).

والثاني: من قبل طهرهن لا من قبل حيضهن، وهذا تأويل عكرمة، وقتادة^(٤) فصار تحريم وطاء الحائض في القبل نصاً وإجماعاً، لأنه لم يعرف فيه خلاف أحد، فلو استحل رجل وطاء حائض مع علمه بالنص والإجماع كان كافراً، ولو فعله مع العلم بتحريمه كان فاسقاً.

(١) انظر تفسير «النكت والعيون» للماوردي (١/٢٨٣).

(٢) انظر المصدر السابق.

(٣) انظر المصدر السابق.

(٤) انظر المصدر السابق.

فصل: فأما الاستمتاع بما دون الفرج مِنْهَا فيحوز أن يستمتع بما فوق السرة ودون الركبة لقول النبي ﷺ: «يَسْتَمْتَعُ مِنَ الْحَائِضِ بِمَا فَوْقَ الْإِزَارِ».

وأما الاستمتاع بما بين السرة والركبة إذا عدل عن الفرجين ففيه وجهان:

أحدهما: أنه حرام وهو قول أبي حنيفة، لأن النبي ﷺ أباح الاستمتاع منها بما فوق الإزار، وما بين السرة والركبة هو مما تحت الإزار وليس مما فوقه فدل على تحريمه.
والوجه الثاني: أنه مباح.

وبه قال مالك، ومن أصحابنا: أبو علي بن خيران وأبو إسحاق المروزي، لأن تحريم وطء الحائض لأجل الأذى، فوجب أن يكون مقصوراً على مكان الأذى وهو الفرج دون غيره.

وروي أن عمر - رضي الله تعالى عنه - سئل عن ذلك فقال إذا توقى الجحرجين فلا بأس، ويكون قوله ﷺ: «يَسْتَمْتَعُ مِنَ الْحَائِضِ بِمَا فَوْقَ الْإِزَارِ»^(١) محمولاً على ما دون الفرج، ويكون الإزار كناية عن الفرج لأنه محل الإزار كما قال الشاعر.

قَوْمٌ إِذَا حَارَبُوا شَدُّوا مَا زَرَهُمْ دُونَ النِّسَاءِ وَلَوْ بَاتَتْ بِأَطْهَارِ^(٢)
أي شدوا فروجهم وخرج أبو الفياض من أصحابنا وجهاً ثالثاً: أنه إن كان قاهراً لِنَفْسِهِ يأمن أن تغلبه الشهوة فيطأ في الفرج جاز أن يستمتع بما دونه، وإن لم يأمن نفسه أن تغلبه الشهوة فيطأ في الفرج حرم عليه أن يستمتع بما دونه إلا من وراء الإزار.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِذَا تَطَهَّرَ نَعْنِي وَاللَّهُ أَعْلَمُ الطَّهَارَةَ الَّتِي تَجِلُّ بِهَا الصَّلَاةُ الْغُسْلُ أَوْ التَّيْمُمُ (قَالَ) وَفِي تَحْرِيمِهَا لِأَذَى الْمَحِيضِ كَالدَّلَالَةِ عَلَى تَحْرِيمِ الدُّبْرِ لِأَنَّ أَذَاهُ لَا يَنْقَطِعُ».

قال الماوردي: أما ما دام الحيض باقياً فوطئها في الفرج على تحريمه، فإذا انقطع دم حيضها فمذهب الشافعي: أن وَطَّأَهَا بعد انقطاع الدم على تحريمه حتى تغتسل أو تتيمم إن كانت عادمة للماء.

وقال طاوس، ومجاهد: ووطئها حرام حتى تتوضأ فتحل.

وقال أبو حنيفة: قد حَلَّ وطئها إن لم تغتسل ولم تتوضأ، وقد دللنا عليه في كتاب الحيض بما أغنى.

(١) انظر الدر المنثور (١/٤٦٤).

(٢) تقدم وهو من البسيط للأحطل في ديوانه (٨٤) وحماسة البحري ص ٣٤ وشرح شواهد المغني (٢/٦٤٦) ونوادير أبي زيد ص (١٥٠) والجنى السداني ص (٢٨٥) ووصف المباني (٢٩١) وشرح الأشموني (٣/٦٠١) شرح عمدة الحفاظ ص (٥٨٣) ومغني اللبيب (١/٢٦٤) المقرب (١/٩٠).

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ وَطِئَ فِي الدَّمِ اسْتَغْفَرَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَا يَعُودُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا وطئ الحائض في قبلها فقد أثم، وعليه أن يستغفر الله تعالى ولا كفارة عليه وهو قول أبي حنيفة وأكثر الفقهاء.

وقال الحسن البصري: عليه ما على المظاهر.

وقال سعيد بن جبير: عليه عتق نسمة وقال الأوزاعي: عليه أن يتصدق بدينار إن وطئ في الدم، ونصف دينار إن وطئ قبل الغسل، وبه قال ابن جرير الطبري استدلالاً برواية ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «إن وطئ في الدم فعليه دينار، وإن وطئ قبل الغسل فنصف دينار»^(١). وروى هذا الحديث للشافعي وكان إسناده ضعيفاً.

قال: إن صح قلت به، فإن لم يصح فلا شيء عليه وإن صح فقد اختلف أصحابنا فيه مع الصحة هل يكون محمولاً على الإيجاب أو على الاستحباب على وجهين:

أحدهما: - وهو قول كثير منهم - أن يكون محمولاً على الإيجاب أو على الاستحباب على وجهين:

أحدهما: اعتباراً بظاهره، وقد حكى الربيع عن الشافعي: أنه قال: ما ورد من سنة الرسول بخلاف مذهبي فأتركوا له مذهبي، فإن ذلك مذهبي وقد فعل أصحابنا مثل ذلك في التصويب في الصلاة الوسطى.

والوجه الثاني: - وهو قول أبي العباس بن سريج - أنه يكون محمولاً على الاستحباب دون الوجوب لأن الزنا والوطء في الدبر أغلظ تحريماً ولا كفارة فيه فلأن لا يكون في وطء الحائض كفارة أولى، ولأن كفارة الوطء إنما تجب بما تعلق به من إفساده عبادة كالحج والصيام، وليس فيه كفارة إذا لم يتعلق به إفساد عبادة، وقد روي أن رجلاً قال لأبي بكر - رضي الله تعالى عنه - رأيت في منامي كأنني أبول الدم فقال لعلك تطأ امرأتك حائضاً قال: نعم، قال: أستغفر الله ولا تعد، ولم يلزمه كفارة فأما المستحاضة فلا يحرم وطئها، لأنها كالطاهرة فيما يحل ويحرم، ولأن دم الاستحاضة رقيق وهو دم عرق قليل الأذى، وليس كدم الحيض في ثخنه وبنته وآذاه، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَ لَهُ إِمَاءٌ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْتِيَهُنَّ مَعًا قَبْلَ أَنْ يَغْتَسِلَ وَلَوْ تَوَضُّأً كَانَ أَحَبَّ إِلَيَّ وَأَجِبَ لَوْ غَسَلَ فَرَجَهُ قَبْلَ إِيْتَانِ الْبُتِي بَعْدَهَا وَلَوْ كُنَّ حَرَائِرَ فَحَلَلْنَهُ فَكَذَلِكَ».

(١) أخرجه ابن عبد البر (١٧٧/٣) وانظر تلخيص الحبير (١٦٤/١) وأخرجه أحمد (٢٣٠/١) وأبو داود (٢٦٤) النسائي (١٥٣/١) وابن ماجه (٦٤٠) والدارمي (١١١٧) والحاكم (١٧١/١) والبيهقي (٣١٤/١) بلفظ: يتصدق بدينار أو نصف دينار.

قال الماوردي: فأما الإماء فلا قسم لهن على السيد، فإذا أراد وطئهن في يوم واحد جاز ويستحب أن يغتسل بعد وطء كل واحدة منهن لما فيه من تعجيل فرض ونكرار وطاعة، ونشاط نفس، فإن لم يغتسل توطأ عند وطء كل واحدة منهن، وأنكر أبو داود ما أمر به الشافعي من الوضوء، لأنه مع بقاء الجنابة غير مؤثر في الطهارة، وما لا تأثير له كان فعله عبثاً، وهذا إنكار مستقبح وقول مسترذل، واعتراض على السنة.

روى أبو سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أتى أحدكم أهله ثم أراد أن يعود فليتوضأ^(١)» وقال لعمر بن الخطاب: «وإذا جامعته ثم أردت المعاودة فتوضأ».

وقال عمر يا رسول الله: أيرقد أحدنا وهو جنب، قال: نعم، إذا توضأ^(٢) فأمر بالوضوء، وإن لم يرفع حدثاً فإن لم يتوضأ عند وطء كل واحدة فيستحب أن يغسل ذكره بعد وطئها، لأنه مأثور ومسنون، ولأن فيه نشاط النفس ونهوضاً للشهوة، فإن لم يغتسل ولا توضأ ولا غسل ذكره ووطئ جميعهن واحدة بعد أخرى حتى أتى جميعهن جاز، واغتسل لهن غسلًا واحداً.

وروى حميد عن أنس أن رسول الله ﷺ طاف على نسائه ذات ليلة بغسل واحد، وروى: «وَكُنَّ يَوْمَئِذٍ تِسْعًا^(٣)»، ولأن الغسل تداخل كالحدث ويكره أن ينتقل من وطء واحدة إلى وطء أخرى ويصبر حتى تسكن نفسه، وتقوى شهوته، فقد روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن الفهر^(٤)، والفهر هو إذا وطئ المرأة انتقل منها إلى أخرى، ويكره أن يطأ بحيث يرى أو يجس به فقد روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن الوجس، وهو: أن يطأ بحيث يسمع حسه.

فصل: فأما الحرائر فالتقسيم بينهن واجب إذا طلبته، فإذا أراد أن يطأهن في يوم واحد لم يجز، لأنه لإحداهن فلم يجز أن يطأ غيرها في يومها إلا أن يحلكنه فإذا أحلكنه سَقَطَ قَسْمهن، وجاز أن يطأهن في يوم واحد بغسل واحد كالإماء والله أعلم.

(١) أخرجه مسلم (كتاب الحيض - ٢٧) وأبو داود (٢٢٠) والترمذي (١٤١) وابن ماجه (٥١٧) والبيهقي (٢٠٣/١) والحاكم (١٥٢/١).

(٢) أخرجه مسلم (٢٤٨) والترمذي (١٢٠) وابن ماجه (٥٨٥) وأحمد (١٧/١) والبيهقي (٢٠٠/١) وأبو عوانة (٢٧٧/١).

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٨).

(٤) أخرجه ابن عدي (٣٥١/٣).

باب إتيان النساء في أدبارهن من أحكام القرآن ومن كتاب عشرة النساء

قال الشافعي رحمه الله: «ذهب بعض أصحابنا في إتيان النساء في أدبارهن إلى إحلاله وآخرون إلى تحريمه وروى عن جابر بن عبد الله من حديث ثابت أن اليهود كانت تقول من أتى امرأته في قبلها من دبرها جاء ولده أحول فأنزل الله تعالى ﴿نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ وروى عن النبي ﷺ أن رجلاً سأله عن ذلك فقال النبي ﷺ: «في أي المخربتين أو في أي الخرزتين أو في أي الخصفتين أم من دبرها في قبلها فنعم أم من دبرها في دبرها فلا إن الله لا يستحي من الحق لا تأتوا النساء في أدبارهن» (قال الشافعي) فلست أرخص فيه بل أنهى عنه».

قال الماوردي: اعلم أن مذهب الشافعي وما عليه الصحابة وجمهور التابعين والفقهاء أن وطء النساء في أدبارهن حرام.

وحكي عن نافع وأبن أبي مليكة وزيد بن أسلم أنه مباح، ووراه نافع عن ابن عمر، وأختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أهل المغرب أنه أباحه في كتاب السيرة.

وقال: أبو مصعب: سألت عنه فأباحه.

وقال ابن القاسم قال مالك: أدركت أحداً أفندي به في ديني يشك في أنه حلال وأنكر أهل العراق ذلك عنه، ورووا عنه تحريمه لما أنتقل ابن عبد الحكم عن مذهب الشافعي إلى مذهب مالك حكي عن الشافعي أنه قال: ليس في إتيان النساء في أدبارهن حديث ثابت، والقياس يقتضي جوازه، يريد ابن عبد الحكم بذلك نصرة مالك فبلغ ذلك الربيع فقال كذب، والله الذي لا إله إلا هو لقد نص الشافعي على تحريمه في ستة كتب.

واستدل من ذهب إلى إباحته بما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر: أن رجلاً أتى امرأة في دبرها فوجد في ذلك وجداً شديداً فأنزل الله تعالى: ﴿نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣] (١). وقال تعالى: ﴿أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَرْوَاجِكُمْ﴾ [الشعراء: ١٦٥، ١٦٦]. فدل على أنه أباح من الأزواج مثل ما حظر من الذكران وقال تعالى: ﴿هُنَّ لِيَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٌ لَهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧]. فدل

(١) أخرجه الدارقطني في «غرائب مالك» كما في «الدر المنثور» (١/٢٢٣).

على أن جميعهن لباس يستمتع به على عمومته، ولأنه لو استثناه من عقد النكاح فسد، ولو أوقع عليه الطلاق سرى إلى الباقي فدل على أنه مقصود بالاستمتاع، ولأنه أحد الفرجين فجاز إتيانه كالقبل، ولأنه ما ساوى قبل في كمال المهر، وتحريم المصاهرة، ووجوب الحد ساواه في الإباحة.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَاعْتَزِلُوا مِنَ النِّسَاءِ فِي الْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢]. فحرم الوطء في الحيض لأجل الأذى فكان الدبر أولى بالتحريم لأنه أعظم أذى، ثم قال: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٢٢]. يعني في قبل فدل على تحريم إتيانها في الدبر.

وروى مسلم بن سلام عن علي بن طلق أن أعرابياً سأل النبي ﷺ فقال: «إنا نكون بالفلاة فنجد الرويحة، والماء قليل، فقال ﷺ: إذا فسا أحدكم فليتوضأ وخطب الناس فقال: لا تأتوا النساء في أعجازهن فإن الله لا يستحي من الحق» (١).

وروى سهل بن أبي صالح عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «استحيوا من الله فإن الله لا يستحي من الحق، لا تأتوا النساء في حشوشهن» (٢).

وروى حجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب عن عبد الله بن هرمي عن خزيمة بن ثابت قال سمعت النبي ﷺ يقول: «إن الله لا يستحي من الحق لا تأتوا النساء في أدبارهن» (٣).

قال: ملعون من أتى امرأة في دبرها (٤).
وروى قتادة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ سئل: عن إتياء النساء في أدبارهن فقال: إنها اللوطية الصغرى (٥).

وروى يوسف بن ماهك عن أم حبيبة زوج النبي ﷺ قالت: أتت امرأة النبي ﷺ فقالت: إن زوجها يأتيها وهي مدبرة فقال ﷺ: لا بأس إذا كان في صمام واحد (٦).

(١) أخرجه الترمذي (١١٦٤) وأبو داود (٢٠٥) والدارقطني (١٥٣/١) وعبد الرزاق (٢٠٩٥٠) وابن حبان (٢٠٣ - موارد).

(٢) أخرجه الطحاوي في «شرح المعاني» (٤٥/٣) وانظر «المطالب العالية» (١٥٦٢) وعزاه لأبي يعلى عن عمر مرفوعاً.

(٣) أخرجه الترمذي (١١٦٤) وابن ماجه (١٩٢٤) وأحمد (٨٦/١) وابن الجارود (٧٢٨) والبيهقي (٤١١/٢) والدارمي (١٤٥/٢) والطبراني (٩٧/٤) وابن حبان (١٢٩٩ - موارد) والبخاري «التاريخ الكبير» (٢٥٦/٨).

(٤) أخرجه أحمد (٢٧٩/٢) وأبو داود (٢١٦٢).

(٥) أخرجه أحمد (١٨٢/٢) وعبد الرزاق (٢٠٩٥٦) والطحاوي في «شرح المعاني» (٤٤/٣) والبخاري والطبراني في «الأوسط» كما في «المجمع» (٣٠١/٤).

وقال الهيثمي: ورجان أحمد والبخاري رجال الصحيح.

(٦) انظر الدر المنثور للسيوطي (٢٦٢/١).

وروى الشافعي عن جابر بن عبد الله أن اليهود كانت تقول: من أتى امرأة في قبلها من دبرها جاء ولده أحول، فأنزل الله تعالى: ﴿نِسَائِكُمْ حَرَّتْ لَكُمْ فَأَتُوا حَرَئِكُمْ أَنِّي شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣] (١). وأن رجلاً سأل رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال النبي ﷺ «في أي الخريتين أو في الخريتين أو في أي الخصفتين أمن دبرها في قبلها فنعم أم من دبرها في دبرها؟ فلا إن الله لا يستحي من الحق لا تأتوا النساء في أدبارهن» ولأنه إجماع الصحابة، روي ذلك عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وابن مسعود، وأبي الدرداء، أما علي سئل عنه فقال: ﴿أَتَاتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ﴾ [الأعراف: ٨٠]. وأما ابن عباس فسأله رجل عنه فقال: هذا يسألني عن الكفر، وأما ابن مسعود وأبو الدرداء فغلطوا فيه وحرماه، وليس لمن ذكرنا من الصحابة وخالف فصار إجماعاً.

فإن قيل: فقد خالفهم ابن عمر قيل: قد روى عنه ابنه سالم خلافه، وأنكر علي نافع ما رواه عنه، وقال الحسن بن عثمان لنافع أنت رجل أعجمي إنما قال ابن عمر من دبرها في قبلها، فصحفت وقلت في دبرها فأهلكت النساء.

ومن طريق القياس أنه إتيان فوجب أن يكون محرماً كاللواط، ولأنه أذى معتاد فوجب أن يحرم الإصابة فيه كالحيض، ولا يدخل عليه وطء المستحاضة، لأنه نادر. فأما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿نِسَائِكُمْ حَرَّتْ لَكُمْ﴾ فقد روى جابر أن سبب نزولها ما ذكرته اليهود: أن من أتى امرأة من دبرها في قبلها جاء ولده أحول.

وقال ابن عباس وهم ابن عمر في ذلك إنما نزلت فيمن وطء في الفرج من خلفها، وحكي عن النبي ﷺ على أن سبب نزولها أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ جلسوا يوماً مع قوم من اليهود، فجعل بعضهم يقول إنني لأتني امرأتي وهي مضطجعة، ويقول الآخر إنني لأتنيها وهي قائمة، ويقول الآخر إنني لأتنيها وهي على جنبها، ويقول الآخر إنني لأتنيها وهي باركة، فقال اليهودي ما أنتم إلا أمثال البهائم، فأنزل الله هذه الآية (٢) على أن قوله: ﴿حَرَّتْ لَكُمْ﴾ والحرث هو من مزرع الأولاد في القبل، دليل على أن الإباحة توجهت إليه دون الدبر الذي ليس بموضع حرث، ولا من مزدرع لذلك. وأما قوله تعالى: ﴿أَتَاتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ وَتَذُرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَرْوَاحِكُمْ﴾ [الشعراء: ١٦٥، ١٦٦] فمعناه أتاتون المحظور من الذكران، وتذرون المباح من فروج النساء وقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٧]. فيه تأويلان:

أحدهما: أن اللباس السكن كقوله: ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ اللَّيْلَ لِبَاساً﴾ [الفرقان: ٤٧]. أي سكتاً.

(١) أخرجه البخاري (١٨٩/٨) ومسلم (١٠٥٨/٢).

(٢) أخرجه ابن جرير من طريق سعيد بن أبي هلال عن عبد الله بن علي كما في «الدر المنثور» (٤٦٨/١).

والثاني: أن بعضهم يستر بعضاً كاللباس وليس في ذلك على التأويلين دليل لهم.
وأما فساد العقد باستثنائه وسرائه الطلاق به فقد يفسد العقد باستثناء كل عضو لا يصح الاستمتاع به من فؤادها، وكبدها، ويسري منه الطلاق إلى جميع بدننها ولا يدل على إباحة الاستمتاع به، فكذلك الدبر.

وأما قياسهم على القبل فالمعنى فيه: أنه لا أذى فيه.

وأما استدلالهم بما يتعلق به من كمال المهر، وتحريم المصاهرة فغير صحيح، لأن ذلك يختص بمباح الوطء دون محظوره ألا تراه يتعلق بالوطء في الحيض، والإحرام والصيام، وإن كان محظوراً فكذلك في هذا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَأَمَّا التَّلَذُّذُ بِغَيْرِ إِبْلَاجٍ بَيْنَ الْإِثْمَانَيْنِ فَلَا بَأْسَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦] الآية، ولقول النبي ﷺ: «أمن دبرها في قبلها فنعم، إن الله لا يستحي من الحق» فدل على إباحة التلذذ بما بين الإثمتين.

فصل: فأما عزل المني عن الفرج عند الوطء فيه، فإن كان في الإماء جاز من غير استئذانهن فيه لرواية أبي سعيد الخدري أنه قال: يا رسول الله إنا نصيب السبايا، ونحب الأثمان أفنعزل عنهن؟ فقال النبي ﷺ: «إن الله تعالى إذا قضى خلق نسمة خلقها فإن شتم فاعزلوا» ولأن في العزل عنها استبقاء لرقها، وامتناع من الإفضاء إلى عتقها فجاز كما يجوز أن يمتنع من تدبيرها، وإن كانت حرة لم يكن له أن يعزل عنها إلا بإذنها.

والفرق بينهما أن الحق في ولد الحرة مشترك بينهما وفي ولد الأمة يختص السيد دونها.

فصل: [القول في حكم الاستنماء باليد]

فأما الاستنماء باليد وهو استدعاء المني باليد فهو محذور، وقد حكى الشافعي عن بعض الفقهاء إباحتها، وأباحه قوم في السفر دون الحظر، وهو خطأ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦] الآية فحظر ما سوء الزوجات وملك اليمين، وجعل مبتغى ما عداه عادياً متعدياً، لقوله: ﴿فَمَنْ أَبْغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٧]. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لعن الله الناكح يده»^(١)، ولأنه ذريعة إلى ترك النكاح، وانقطاع النسل فأقتضى أن يكون محرماً كاللواط.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ أَصَابَهَا فِي الدُّبْرِ لَمْ يُحْصِنَهَا».

(١) انظر تلخيص الحبير (٣/١٨٨).

قال الماوردي : وهذا صحيح .

لأن الإحصان كمال فلم يثبت إلا بوطء كامل وهو القبل ، ولأنه لما لم يتحصن بوطء الإمام ، وإن كان مباحاً اعتباراً بأكمله في الحرائر كان بأن لا يتحصن بالوطء المحرم في الدبر أولى ، وجملة أحكام التي تتعلق بالوطء ثلاثة أضرب :

أحدها : ما يختص بالوطء في القبل (لا يثبت بالوطء في الدبر) .
والثاني : إحلالها^(١) دون الدبر وهي ثلاثة أحكام :

أحدها : الإحصان لا يثبت إلا بالوطء في القبل ، ولا يثبت بالوطء في الدبر .
والثاني : إحلالها للزوج المطلق ثلاثاً لا يكون إلا بالوطء في القبل دون الدبر لقوله ﷺ : « لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها » والعسيلة في القبل .
والثالث : سقوط حكم العنة ، لا يكون إلا بالوطء في القبل دون الدبر ، لأنه من حقوق الموطوءة فأختص بالفرج المباح .

والضرب الثاني : يستوي فيه الوطء في القبل ، والوطء في الدبر ، وهي سبعة أحكام :
أحدها : وجوب الغسل بالإيلاج عليهما .

والثاني : وجوب الحد بالزنا في القبل والدبر جميعاً .
والثالث : كمال المهر ووجوبه بالشبهة كوجوبه بالوطء في القبل .
والرابع : وجوب العدة منه كوجوبها بالوطء في القبل .
والخامس : تحريم المصاهرة ويثبت به كثبوته بالوطء في القبل .
والسادس : فساد العبادات من الحج ، والصيام ، والاعتكاف يتعلق به كتعلقها بالوطء في القبل .

والسابع : وجوب الكفارة بإفساد الحج والصيام يتعلق به كتعلقها بالوطء في القبل .

والضرب الثالث : ما اختلف أصحابنا فيه ، وهي ثلاثة أحكام :

أحدها : الفئحة في الإيلاء فيها وجهان :

أحدهما : أن لا تكون إلا بالوطء في القبل دون الدبر ، لأنها من حقوق الزوجية فتعلقت بالوطء المستباح بالعقد ، وهو القبل .

والوجه الثاني : أنها تكون بالوطء في الدبر ، لأنه قد صار به حائناً ولزمته الكفارة فصار به فائياً .

والثاني : العدة من الوطء في الدبر فإن كان في عقد نكاح وجبت به العدة كوجوبها بالوطء في القبل ، لأن العدة في النكاح قد تجب بغير وطء فكان أولى أن تجب بالوطء في الدبر ، وإن كان بسببه ففي وجوب العدة فيه وجهان :

(١) سقط في ب .

[أحدهما: تجب كوجوبها في النكاح.

والقول الثاني: - وهو (١) [قول أبي علي بن خيران - لا تجب، لأنها في الشبهة تكون استبراءً محضاً حفظاً للنسب، واستبراءً للرحم، وهذا المعنى مختص بالقبل دون الدبر.

والثالث: لَحُوقِ النَّسَبِ مِنَ الْوَطْءِ فِي الدُّبْرِ وَإِنْ كَانَ فِي عَقْدِ نِكَاحٍ لِحَقِّ وَإِنْ كَانَ فِي شَبْهَةٍ فِي لِحُوقِ النَّسَبِ بِهِ وَجِهَانِ وَإِنْ قِيلَ بِوُجُوبِ الْعِدَّةِ مِنْهُ كَانَ النَّسَبُ لِأَحْقَابٍ، وَإِنْ قِيلَ لَا تَجِبُ الْعِدَّةُ مِنْهُ لَمْ يَلْحَقْ بِهِ النَّسَبُ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَبَيْنَهُمَا الْإِمَامُ فَإِنْ عَادَ عَزْرُهُ فَإِنْ كَانَ فِي زِنَا حَدَّهُ وَإِنْ كَانَ غَاصِبًا أَعْرَمَهُ الْمَهْرَ وَأَفْسَدَ حَجَّهُ» .

قال الماوردي: أما فاعل ذلك في زوجته أو أمته فإنه ينهى ويكف لإقدامه على حرام وارتكابه لمحذور ولا يعاجل في أول فعله بأكثر من النهي فينهي الزوج من الفعل وتنتهي الزوجة من التمكين، فإن عاودا ذلك بعد النهي عذرا تأديبياً وزجراً، ولا حد فيه لأجل الزوجية، فأما فاعله زنى فعليه الحد وهو حد اللواط، وفيه قولان:

أحدهما: كحد الزنا جلد مائة وتعريب عام إن كان بكرًا أو الرجم إن كان ثيباً.

والقول الثاني: القتل بكرًا كان أو ثيباً، وأما المفعول بها فإن كانت مطاوعة فعليها حد اللواط على القولين، وإن كانت مكرهة فلا حد عليها ولها مهر مثلها، فإن قيل: فليس في اللواط مهر فكيف وجب لهذه مهر، والفعل معها كاللواط.

قيل: لأن النماء جنس يجب في التلذذ بهن مهر، فوجب لهن المهر والذكران جنس يخالفون النساء فيه فلم يجب لهم مهر - وبالله التوفيق - .

بَابُ الشُّغَارِ وَمَا دَخَلَ فِيهِ مِنْ أَحْكَامِ الْقُرْآنِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا أَنْكَحَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ أَوْ الْمَرْأَةَ تَلِي أَمْرَهَا الرَّجُلَ عَلَى أَنْ يُنْكَحَهُ ابْنَتَهُ أَوْ الْمَرْأَةَ تَلِي أَمْرَهَا عَلَى أَنْ صَدَاقَ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بُضْعُ الْأُخْرَى وَلَمْ يُسَمَّ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا صَدَاقًا فَهَذَا الشُّغَارُ الَّذِي نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ مَفْسُوخٌ».

قال الماوردي: وأما الشُّغَارُ في اللغة فهو الخلو، يقال: بلد شاغر إذا خلا من سلطان، وأمر شاغر إذا خلا من مدبر.

أصله: مأخوذ من شغور الكلب، يقال: قد شغرت الكلب إذا رفع إحدى رجليه للبول لخلو الأرض منها.

وحكى الجاحظ أن شُغُورَ الْكَلْبِ علامة بلوغه، وأنه يبلغ بعد ستة أشهر من عمره، واستشهد بقول الشاعر:

حَتَّى تَوْفَا السِّتَّةَ الشُّهُورَا مِنْ عُمُرِهِ وَيَبْلُغَ الشُّغُورَا
هذا قول أبي عمرو بن العلاء، والأصمعي، وأكثر أهل اللغة.

وقال ابن الأعرابي: سمي الشغار شغاراً لقبحه ومنه شغور الكلب لقبح منظره إذا بال مع رفع رجله.

وقال ثعلب: الشغار الرفع، ومنه شغور الكلب.

والأصل في الشغار ما رواه ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله ﷺ عن الشغار^(١).

وروى حميد عن الحسن بن عمران بن الحصين عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام»^(٢) والشغار ما وصفه الشافعي بقول الرجل^(٣) [قد زوجتك بنتي أو وليتي على أن تزوجني بنتك أو وليتك على أن تضع كل واحد منهما صدق

(١) أخرجه النسائي (١٢/٦) والترمذي (١١٢٣) وأبو داود (٢٠٧٤) وابن ماجه (١٨٨٣) وأحمد (١٧/٢) والبيهقي (٢٠٠/٧) والطبراني (٣٤٦/١٩) وابن أبي شيبة (٣٨٠/٤).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٠٤٤٢).

(٣) سقط في ب.

الأخرى، أو يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى، فهذا هو الشغار المنهي عنه والدليل عليه حديثان:

أحدهما: ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار: أن يزوج الرجل ابنته الرجل على أن يزوجه الرجل الآخر ابنته ليس بينهما صداق.

والحديث الثاني: رواه معمر عن ثابت عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: لا شغار في الإسلام^(١)، والشغار أن يبذل الرجل أخته بأخته «وهذا التفسير من الراوي إما أن يكون سماعاً من رسول الله ﷺ فهو نص، وإما أن يكون عن نفسه فهو لعلمه بمخرج الخطاب ومشاهدة الحال أعرف به من غيره.

فإذا تقرر أن نكاح الشغار ما وصفنا فعقد النكاح فيه باطل.

وبه قال مالك وأحمد وإسحاق، إلا أن مالكا جعل النهي فيه متوجهاً إلى الصداق وعنده أن فساد الصداق موجب لفساد النكاح، وعندنا أن النهي فيه متوجه إلى النكاح دون الصداق، وأن فساد الصداق لا يوجب فساد النكاح فصار مالك موافقاً في الحكم مخالفاً في معنى النهي.

وقال أبو حنيفة: نكاح الشغار جائز والنهي فيه متوجه إلى الصداق دون النكاح، وفساد الصداق لا يوجب فساد النكاح فصار مخالفاً لمالك في الحكم موافقاً له في معنى النهي.

وبه قال الزهري، والثوري، استدلالاً بأن النهي متوجه إلى الصداق، لأنه لو قال كل واحد منهما: قد زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك كان النكاح جائزاً، وإنما أبطله إذا قال: على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى، فدل على أن النهي توجه إلى الصداق وفساده لا يوجب فساد النكاح كما لو تزوجها على صداق من خمر، أو خنزير، ولأنه لو قال: قد زوجتك بنتي على أن صداقها طلاق امرأتك صح النكاح، وإن جعل الصداق بضع زوجته فكذلك في مسألتنا قالوا: ولأنكم جوزتم النكاح إذا سمى لهما أو لأحدهما صداقاً فكذلك وإن لم يسميه، لأن ترك الصداق في العقد الصحيح لا يوجب فساد، كما أن ذكره في العقد الفاسد لا يوجب صحته.

ودليلنا ما قدمناه من نهى النبي ﷺ والنهي عندنا يقتضي فساد المنهي عنه ما لم يصرف عنه دليل.

فإن قالوا: قد فسد بالنهي ما توجه إليه وهو الصداق دون النكاح فعنه جوابان:

أحدهما: أن النهي توجه إلى النكاح لما رواه نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ «نهى عن نكاح الشغار».

(١) أخرجه مسلم (النكاح ب ٧ رقم ٦٠) والترمذي (١١٢٣) وابن ماجه (١٨٨٥) والنسائي (١١١/٦) وأحمد (١٦٢/٣) وابن حبان (٧٣٨ - موارد) وابن أبي شيبة (٣٨١/٤) وعبد الرزاق (٦٦٩٠) والطبراني (٣٥٨/١١) وفي الصغير (١٥٨/١).

والثاني: أنه يجمل على عموم الأمرين .

فإن قالوا: إنما سمي شغاراً لخلوه من صداق، ونحن لانخليه لأننا نوجب فيه صداق المثل فامتنع أن يكون شغاراً.

قيل: هذا فاسد، لأنه ليس يمنع ما أوجبتموه من الصداق بعد العقد من أن يكون نكاح الشغار وقت العقد قد توجه النهي إليه فاقضى فساداً.

ومن طريق القياس ما ذكره الشافعي في القديم أنه عقد فيه مثنوية، ومعناه: أنه ملك الزوج بضع بنته بالنكاح أو ارتجعه منه بأن جعله ملكاً لبنت الزوج بالصداق، وهذا موجب لفساد النكاح، كما لو قال: زوجتك بنتي على أن يكون بضعها ملكاً لفلان، كان النكاح فاسداً بالإجماع، كذلك هذا بالحجاج وتحريره: أنه جعل المقصود لغير المعقود له، فوجب أن يبطل قياساً على ما ذكرنا من قوله: زوجتك بنتي على أن يكون بضعها لفلان، ولأن جعل المعقود عليه معقوداً به فوجب أن يكون باطلاً كما لو زوج بنته بعيد على أن تكون رقبته صداقها، ولأن العين الواحدة إذا جعلت عوضاً ومعوضاً، فإذا بطل أن تكون عوضاً بطل أن تكون معوضاً كالثمن والمثمن في البيع، وهو أن يقول قد بعتك عبدي بألفٍ على أن يكون ثمناً لبيع دارك عليّ.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن الفساد في الصداق، لأنه لو قال: قد زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك كان النكاح جائزاً، فهو أن الفساد إنما كان في الشغار للاشتراك في البضع، وفي هذا الموضوع لا يكون في البضع اشتراك فصح، ألا تراه لو قال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك على أن بضع بنتي صداق لبنتك، بطل نكاح بنته، لأنه حصل في بضعها اشتراكاً، ولم يبطل نكاح الأخرى، لأنه لم يحصل في بضعها اشتراكاً.

وأما استدلاله بأنه لو جعل صداق بنته طلاق زوجته صحَّ فكذلك هاهنا فالجواب عنه أنه فساد اختص بالمهر ولم يحصل في البضع تشريك، فلذلك صح، وليس كذلك في مسألتنا. وأما استدلاله الآخر فسندكر من اختلاف أصحابنا في حكمه ما يكون جواباً - وبالله

التوفيق - .

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ سَمِيَ لهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا صَدَاقًا فَلَيْسَ بِالشَّغَارِ الْمُنْهَى عَنْهُ وَالنِّكَاحُ ثَابِتٌ وَالْمَهْرُ فَاسِدٌ وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرٌ مِثْلُهَا وَنِصْفُ مَهْرٍ إِنْ طَلَّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ فَإِنْ قِيلَ فَقَدْ ثَبَتَ النِّكَاحُ بِلاَ مَهْرٍ قِيلَ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَجَازَهُ فِي كِتَابِهِ فَأَجْزَأُهَا وَالنِّسَاءُ مُحْرَمَاتُ الْفُرُوجِ إِلَّا بِمَا أَحَلَّهُنَّ اللَّهُ بِهِ فَلَمَّا نَهَى عَلَيْهِ الصَّلَاةَ وَالسَّلَامَ عَنِ نِكَاحِ الشَّغَارِ لَمْ أُحِلَّ مُحْرَمًا بِمُحْرَمٍ وَبِهَذَا قُلْنَا فِي نِكَاحِ الْمُتَعَةِ وَالْمُحْرَمِ (قَالَ) وَقُلْتُ لِيَعُضِ النَّاسِ أُجْزَتْ نِكَاحِ الشَّغَارِ وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِيهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَرَدَّدْتُ نِكَاحِ الْمُتَعَةِ وَقَدْ اختلفَ فِيهَا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ»**

وَهَذَا تَحَكُّمٌ أَرَأَيْتَ إِنْ عَوْرَضْتَ فَقِيلَ لَكَ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تُنَكَحَ الْمَرْأَةَ عَلَى خَالَهَا أَوْ عَلَى عَمِّهَا وَهَذَا اخْتِيَارٌ فَاجِزُهُ فَقَالَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ عَقْدَهُ مِنْهِي عَنْهُ قِيلَ وَكَذَلِكَ عَقْدُ الشَّغَارِ مِنْهِي عَنْهُ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ الشَّغَارِ إِنَّمَا نَهَى عَنِ النَّكَاحِ نَفْسِهِ لَا عَنِ الصَّدَاقِ وَلَوْ كَانَ عَنِ الصَّدَاقِ لَكَانَ النَّكَاحُ ثَابِتًا وَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا.

قال الماوردي : وهذا كما قال : اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة على وجهين : أحدهما : صورتها أن تقول : قد زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى ومائة درهم فيصح النكاحان اعتباراً بالاسم ، وأنه لا يسمى مع المهر المذكوراً شغاراً خالياً ، ويكون لكل واحد منهما مهر مثلها لفساد الصداق .

والوجه الثاني : أن هذه المسألة شغار يفسد فيه النكاحان اعتباراً بالمعنى وهو التشريك في البضع وهو أن صورة مسألة الشافعي - رضي الله تعالى عنه - للمتي لم يجعلها شغاراً أن يقول : قد زوجتك بنتي على صداق مائة على أن تزوجني بنتك على صداق مائة ، فالنكاحان جائزان ، لأنه لم يشرك في البضع ، ولا جعل المعقود عليه معقوداً به ، ويبطل الصداقان ، لأن فساد الشرط راجع إليه فأسقط فيه ما قبله وهو مجهول فصار باقيه مجهولاً ، والصداق المجهول يبطل ولا يبطل به النكاح بخلاف البيع الذي يبطل ببطلان الثمن ، فلو قال : قد زوجتك بنتي بصداق ألف على أن تزوجني بنتك بصداق ألف على أن بضع كل واحدة منها بضع الأخرى صح النكاحان على الوجه الأول ، ولم يكن شغاراً لما تضمنه من تسمية الصداق ، وبطل النكاحان على الوجه الثاني ، وكان شغاراً لما فيه من التشريك في البضع ، ولو قال : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك صح النكاحان على الوجهين معاً ، وكان لكل واحدة منهما مهر مثلها لما ذكرنا من أنه شرط يعود فساداً إلى المهر المستحق ، ولو قال : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك على أن بضع بنتي صداق بنتك بطل نكاح بنته ، لأنه جعل بضعها مشتركاً ، وصح نكاحه على بنت صاحبه ، لأنه لم يجعل بضعها مشتركاً ، ولو قال : علي أن صداق بنتي بضع بنتك صح نكاح بنته ، وبطل نكاحه لبنت صاحبه ، لأن الاشتراك في بضعها ، لا في بضع بنته فتأمل تجده مستمر التعليل - وبالله التوفيق - .

فصل : وإذا قال الرجل لرجل إن جئتني بكذا أو كذا إلى أجل يسميه فقد زوجتك بنتي ، فجاءه به في أجله لم يصح النكاح ، وأجازاه مالك مع الكراهة إذا أشهد على نفسه بذلك استدلالاً ، بقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] . وهذا خطأ لقول النبي ﷺ :

«من أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد» ولأنه نكاح مسلم علق بمجيء صفة فوجب أن لا يصح كقوله: قد زوجتكما إذا جاء المطر، ولأن عقود المعاوضات لا تتعلق بمجيء الصفات كالبيوع.

فأما قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] فليس هذا عقد فيلزم الوفاء به - والله أعلم -.

بَابِ نِكَاحِ الْمُتَعَةِ وَالْمُحَلَّلِ مِنَ الْجَامِعِ

مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَمِنْ الإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ وَمِنْ اِخْتِلَافِ

الْحَدِيثِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ أَبِي شَهَابٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ وَالْحَسَنِ ابْنَيْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ أَبِيهِمَا عَنْ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى يَوْمَ خَيْبَرَ عَنْ نِكَاحِ الْمُتَعَةِ وَأَكْلِ لُحُومِ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ (قَالَ) وَإِنْ كَانَ حَدِيثُ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ عُمَرَ عَنِ الرَّبِيعِ بْنِ سَبْرَةَ ثَابِتًا فَهُوَ مُبِينٌ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَحَلَّ نِكَاحَ الْمُتَعَةِ ثُمَّ قَالَ «هِيَ حَرَامٌ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ» (قَالَ) وَفِي الْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ دَلِيلٌ عَلَى تَحْرِيمِ الْمُتَعَةِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾ فَلَمْ يُحَرِّمَهُنَّ اللَّهُ عَلَى الْأَزْوَاجِ إِلَّا بِالطَّلَاقِ وَقَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ﴾ وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ﴾ فَجَعَلَ إِلَى الْأَزْوَاجِ فُرْقَةً مَنْ عَقَدُوا عَلَيْهِ النِّكَاحَ مَعَ أَحْكَامٍ مَا بَيْنَ الْأَزْوَاجِ فَكَانَ بَيِّنًا - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ نِكَاحَ الْمُتَعَةِ مَسْخُوحٌ بِالْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ لِأَنَّهُ إِلَى مُدَّةٍ ثُمَّ نَجَدُهُ يَنْفَسِخُ بِإِلَاحْدَاثِ طَّلَاقٍ فِيهِ وَلَا فِيهِ أَحْكَامُ الْأَزْوَاجِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: نكاح المتعة حرام وهو أن يقول للمرأة: أمتعيني نفسك شهراً، أو موسم الحج، أو ما أقمتم في البلد، أو يذكر ذلك بلفظ النكاح أو التزويج لها، أو لوليها بعد أن يقدره بمدة، إما معلومة أو مجهولة، فهو نكاح المتعة الحرام وهو قول العلماء من الصحابة، والتابعين، والفقهاء، وحكي عن ابن عباس، وابن أبي مليكة، وابن جريج - والإمامية - رأيهم فيه جوازاً استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 3]. فكان علي عمومه في المتعة المقدره والنكاح المؤبد، وقال تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: 24]. وهذا أبلغ في النص.

وروي سلمة بن الأكوع أن منادي رسول الله ﷺ خرج يقول: إن الله قد آذن لكم فاستمتعوا. وهذا نص.

وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال: متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أنا أنهي عنهما وأعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج. فأخبر بإباحتهما على عهد الرسول ﷺ وما ثبت إباحته بالشرع لم يكن له تحريمه بالاجتهاد قالوا: ولأنه عقد منفعة فصح تقديره بمدة كالإجارة، ولأنه قد ثبت إباحتها بالإجماع فلم ينتقل عنه إلى التحريم إلا بالإجماع.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦] وليست هذه زوجته ولا ملك يمين فوجب أن يكون فيها ملوماً ثم قال: ﴿فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٧]. فوجب أن يكون عادياً.

ويدل عليه من السنة مع الحديث الذي رواه الشافعي في صدر الباب، ما رواه أبو ضمرة عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز عن الربيع بن سبرة عن أبيه قال: قدمت مكة مع رسول الله ﷺ في حجة الوداع فقال: «أستمتموا من هؤلاء النساء» والاستمتاع يومئذ عندنا النكاح فكلم النساء من كلمهن فقلن لا ينكح الأنبياء، ونبيكم أجل. فذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «أضربوا بينكم وبينهن أجلاً فخرجت أنا وابن عم لي عليه برد، وعليّ برد، وبرده أجود من بردي، وأنا أشب منه فأتينا امرأة فأعجبها برده وأعجبها شبابي، فقالت: برد كبرد فكان الأجل بيني وبينها عشراً، فبت عندها تلك الليلة ثم غدوت فإذا رسول الله ﷺ بين المقام والركن يخطب الناس فقال: «يا أيها الناس قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من هؤلاء النساء وإن الله قد حرم ذلك وهو حرام إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيلها ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً»^(١).

وروى ابن أبي لهيعة عن موسى بن أيوب عن إياس بن عامر عن عليّ بن أبي طالب قال: نهى رسول الله ﷺ عن المتعة وقال: إنما كانت لمن لم يجد فلما أنزل النكاح والطلاق، والعدة والميراث بين الزوج والمرأة نسخت^(٢).

وروى عمر بن الخطاب أن رسول الله ﷺ أباح المتعة ثلاثاً ثم حرمها. وروى نافع عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، وعن متعة النساء وما كنا مسافحين^(٣).

وروى عكرمة بن عمار عن سعيد عن أبي هريرة قال خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة تبوك فنزلنا عند ثنية الوداع، فرأى رسول الله ﷺ مصابيح ونساء يبكين فقال رسول الله ﷺ: «حرم المتعة، النكاح، والطلاق، والعدة والميراث»^(٤).

(١) أخرجه ابن ماجه (١٣١/١) رقم (١٩٦٢) وأحمد (٤٠٥/٣) والبيهقي (٢٠٣/٧) والطبراني (١٢٦/٧) وابن عبد البر (١٠٦/١٠).

(٢) أخرجه البيهقي (٢٠٧/٧) وأحمد (٤٠٤/٣) والدارقطني (٢٥٩/٣) وابن عبد البر (١٠٤/١٠) والحميدي (٦٠٥) والطبراني (٣٥٣/١٩).

(٣) أخرجه أحمد (٢١/٢) والدارقطني (٣٥٨/٣) وسعيد بن منصور (٢٨١٥) والطبراني (٢٣٤/١٠) والحميدي (٨٥٩) وابن أبي شيبة (٧٣/٨) والطحاوي في «شرح المعاني» (٢٠٥/٤٠).

(٤) أخرجه البيهقي (٢٠٧/٧) وابن حبان (١٢٦٧ - موارد) والدارقطني (٢٥٩/٣) وأبو يعلى في «المجمع» (٢٦٧/٤).

وقال الهيثمي: وفيه مؤمل بن اسماعيل وثقه ابن معين وابن حبان وضعفه البخاري وغيره وبقيه رجاله رجال الصحيح.

وحكي أن يحيى بن أكثم دخل على المأمون فقال: يا أمير المؤمنين أحللت المتعة وقد حرمها رسول الله ﷺ. فقال المأمون: يا يحيى إن تحريم المتعة حديث رواه الربيع بن سبرة أعرابي يبول على عقبيه ولا أقول به، فقال يحيى بن أكثم: يا أمير المؤمنين هاهنا حديث آخر. فقال: هاتِه يا يحيى فقال: حدثنا القعني. فقال المأمون: لا بأس به عن من؟ قال يحيى: عن مالك فقال المأمون: كان أبي يبجله هيا فقال يحيى: عن الزهري، فقال المأمون: كان ثقة في حديثه، ولكن كان يعمل لبني أمية هيا، فقال يحيى: عن عبدالله والحسن ابني محمد بن علي ابن الحنفية قال: ففكر المأمون ساعة ثم قال: كان أحدهما يقول بالوعيد والآخر بالإرجاء (هيا) قال يحيى: عن أبيهما محمد بن علي، قال: هيا. قال يحيى عن علي بن أبي طالب قال: هيا قال يحيى: أن النبي ﷺ نهى عام خبير عن المتعة، وعن أكل لحوم الحمر الأهلية فقال المأمون: يا غلام أركب فناد أن المتعة حرام.

فإن قيل: فهذه الأحاديث مضطربة يخالف بعضها بعضاً، لأنه روي في بعضها أنه حرمها عام خبير، وروي في بعضها أنه حرمها عام الفتح بمكة، وروي في بعضها أنه حرمها في غزوة تبوك، وروي في بعضها أنه حرمها في حجة الوداع وبين كل وقت ووقت زمان ممتد ففيه جوابان:

أحدهما: أنه تحريم كرهه في مواضع ليكون أظهر وأنشر حتى يعلمه من لم يكن قد علمه، لأنه قد يحضر في بعض المواضع من لم يحضر معه في غيره، فكان ذلك أبلغ في التحريم وأوكد.

والجواب الثاني: أنها كانت حلالاً فحرمت عام خبير ثم أباحها بعد ذلك لمصلحة علمها، ثم حرمها في حجة الوداع، ولذلك قال فيها: «وهي حرام إلى يوم القيامة» تنبيهاً على أن ما كان من التحريم المتقدم موقت تعقبته إباحة وهذا تحريم مؤبد لا تتعقبه إباحة ولأنه إجماع الصحابة، روي ذلك عن أبي بكر، وعمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عمر، وابن الزبير، وأبي هريرة.

قال ابن عمر: لا أعلمه إلا السفاح نفسه.

وقال ابن الزبير: المتعة هي الزنا الصريح.

فإن قيل: فقد خالفهم ابن عباس ومع خلافه لا يكون الإجماع، قيل: قد رجح ابن عباس عن إباحتها وأظهر تحريمها وناظره عبدالله بن الزبير عليها مناظرة مشهورة، وقال له عروة بن الزبير: أهلك نفسك، قال: وما هو يا عروة قال: تفتي بإباحة المتعة، وكان أبو بكر وعمر ينهيان عنها، فقال: عجبت منك، أخبرك عن رسول الله ﷺ وتخبرني عن أبي بكر وعمر، فقال له عروة: إنهما أعلم بالسنة منك فسكت.

وروى المنهال بن عمرو عن سعيد بن جبير: أن رجلاً أتى ابن عباس فقال: هل لك فيما صنعت نفسك في المتعة حتى صارت به الركاب^(١)، وقال الشاعر.

أَقُولُ لِلشَّيْخِ لَمَّا طَالَ مَجْلِسُهُ يَا صَاحِبَ هَلْ لَكَ فِي فِتْيَا ابْنِ عَبَّاسٍ
يَا صَاحِبَ هَلْ لَكَ فِي بَيْضَاءَ بَهْكِنَةَ تَكُونُ مَثْوَاكَ حَتَّى يَصُدَّرَ النَّاسُ
فقال ابن عباس ما إلى هذا ذهبت، وقام يوم عرفة فقال: يأبها الناس إنها والله لا تحل لكم إلا ما تحل لكم الميتة والدم، ولحم الخنزير، يعني إذا اضطررتم إليها^(٢)، ثم رجع عنها فصار الإجماع برجوعه منعقداً والخلاف به مرتفعاً وانعقاد الإجماع بعد ظهور الخلاف أوكد، لأنه يدل على حجة قاطعة ودليل قاهر.

ومن القياس: أنه حل عقد جاز مطلقاً فبطل مؤقتاً كالبيع طرداً والإجارة عكساً، ولأن للنكاح أحكاماً تتعلق بصحتها وينتفي عن فاسدها، وهي الطلاق، والظهار، والعدة، والميراث، فلما انتفت عن المتعة هذه الأحكام دل على فساده كسائر المناكح الفاسدة.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] فهو أن المتعة غير داخلية في النكاح، لأن اسم النكاح ينطلق على ما اختص بالدوام لذلك قيل: قد استنكحه المدى لمن دام به، فلم يدخل فيه المتعة المؤقتة، ولو جاز أن يكون عاماً لخص بما ذكرنا.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤] فمن وجهين:

أحدهما: أن علياً وابن مسعود رويا أنها نسخت بالطلاق، والعدة، والميراث، والثاني: أنها محمولة على الاستمتاع بهن في النكاح، وقول ابن مسعود إلى أجل مسمى يعني به المهر دون العقد.

وأما حديث سلمة بن الأكوع بالإباحة فيه منسوخة بما روينا من التحريم الوارد بعده. وأما تفرد عمر بالنهي عنها فما تفرد به، وقد وافقه عليه الصحابة، وإنما كان إماماً فاختص بالإعلان والتأديب ولم يكن بالذي يقدم على تحريم غير دليل، ولكانوا قد أقدموا عليه يمسكون عنه، ألا تراه يقول على المنبر: لا تغالوا في صدقات النساء فلو كانت تكرمه لكان رسول الله ﷺ أولاكم بها، فقالت امرأة: أعطانا الله ويمنعنا ابن الخطاب، فقال عمر: وأين أعطاكم فقالت: بقوله: ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾ [النساء: ٢٠] فقال عمر: كل الناس أفقه من عمر حتى امرأة...^(٣).

(١) أخرجه البيهقي (٢٠٥/٧) وانظر «نصب الراية» (١٧٩/٣).

(٢) أخرجه البيهقي (٢٠٥/٧) وانظر «نصب الراية» (١٧٩/٣).

(٣) أخرجه البيهقي (٢٣٣/٧) وعبد الرزاق (١٢٤٢٠) وقال البيهقي: هذا منقطع.

وروي أن عمر قال يوماً على المنبر: أيها الناس استمعوا فقال سلمان: لا نسمع، فقال عمر: ولم ذلك، فقال سلمان: لأن الثياب لما قدمت من العراق، وفرقتها علينا ثوباً وأخذت ثوبين لنفسك فقال عمر: أما هذا فثوبي وأما الآخر فاستعرته من ابني ثم دعى ابنه عبد الله، وقال: أين ثوبك، فقال: هو عليك. فقال سلمان: قل الآن ما شئت يا أمير المؤمنين فكيف يجوز مع اعتراضهم عليه في مثل هذه الأمور أن يمسكوا عنه في تحريم ما قد أحله رسول الله ﷺ فلا ينكرونه لولا اعترافهم بصحته ووافقهم على تحريمه فإن قيل: فقد روي عن جابر بن عبد الله، وسلمة بن الأكوع أنهما قالوا: سمعنا رسول الله ﷺ يحل المتعة وسمعنا عمر ينهي عنها فتبعنا عمر قيل معناه: تبعنا عمر فيما رواه من التحريم، لأنه روى لهم أن رسول الله ﷺ أباح المتعة ثلاثاً ثم حرمها، فكيف يجوز لولا ما ذكرنا أن يضاف إلى جابر وأبي سلمة أنهما خالفا رسول الله ﷺ وتبعنا عمر، ولو تبعاه لما تبعه غيرهما من الصحابة.

وأما قياسهم على الإجارة فالمعنى فيهما: أنها لا تصح مؤبدة فصحت مؤقتة، والنكاح لما صح مؤبداً لم يصح مؤقتاً.

وأما الجواب عن استدلالهما بأنه قد ثبت إباحتها بالإجماع فلم يعدل إلى تحريمها إلا بالإجماع فمن وجهين:

أحدهما: أنه ما ثبت به إباحتها هو الذي ثبت به تحريمها، فإن كان دليلاً في الإباحة وجب أن يكون دليلاً في التحريم.

والثاني: أن الإباحة الثابتة بالإجماع هي إباحة مؤقتة تعقبها نسخ، وهم يدعون إباحة مؤبدة لم يتعقبها نسخ فلم يكن فيما قالوه إجماع.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من تحريم المتعة فلا حد فيها لمكان الشبهة. ويعزران أدباً إن علما بالتحريم ولها مهر مثلها بالإصابة دون المسمى وعليها العدة، وإن جاءت بولد لحق بالوطء، لأنها صارت بإصابة الشبهة فراشاً، ويفرق بينهما بغير طلاق، لأنه ليس بينهما نكاح يلزم، ويثبت بهذا الإصابة تحريم المصاهرة - وبالله التوفيق -.

مسألة: وَنِكَاحُ الْمُحَلَّلِ بَاطِلٌ.

قال الماوردي: وصورتها في امرأة طلقها زوجها ثلاثاً حرمت بهن عليه إلا بعد زوج فنكحت بعده زوجاً ليحلها للأول فيرجع إلى نكاحها فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترط في عقد النكاح أن يتزوجها على أنه إذا أحلها بإصابة للزوج الأول فلا نكاح بينهما فهذا نكاح باطل.

وقال أبو حنيفة: النكاح صحيح والشرط باطل.

والدليل على بطلانه ما رواه الحارث الأعور عن عليّ ورواه عكرمة عن ابن عباس ورواه أبو هريرة كلهم بروايته عن النبي ﷺ أنه قال: «لعن الله المحلل والمحلل له»^(١).

وروى عقبه بن عامر عن النبي ﷺ أنه قال «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل والمحلل له»^(٢)، ولأنه نكاح على شرط إلى مدة فكان أغلظ فساد من نكاح المتعة من وجهين:

أحدهما: جهالة مدته.

والثاني: أن الإصابة فيه مشروطة لغيره فكان بالفساد أخص، ولأنه نكاح شرط فيه انقطاعه قبل غايته فوجب أن يكون باطلاً.

أصله: إذا تزوجها شهراً، أو حتى يطاءً أو يباشراً.

والقسم الثاني: أن يتزوجها ويشترط في العقد أنه إذا أحلها للزوج الأول طلقها ففي النكاح قولان:

أحدهما: - وهو قوله في القديم، «والإملاء» - أن النكاح صحيح، ولأنه لو تزوجها على أن لا يطلقها كان النكاح جائزاً، وله أن يطلقها كذلك إذا تزوجها على أن يطلقها وجب أن يصح النكاح، ولا يلزمه أن يطلقها.

والقول الثاني: - نصّ عليه في الجديد من «الأم» وهو الأصح - أن النكاح باطل، لأنه باشتراك الطلاق مؤقت والنكاح ما تأبد، ولم يتوقف، وبهذا المعنى فرقنا بين أن يشترط فيه أن لا يطلقها فيصح، لأنه مؤبد، وإذا شرط أن يطلقها لم يصح، لأنه مؤقت.

والقسم الثالث: أنه يشترط ذلك عليه قبل العقد، ويتزوجها مطلقاً من غير شرط لكنه ينوي، ويعتقده، فالنكاح صحيح لخلو عقده من شرط يفسده، وهو مكروه لأنه نوى فيه ما لو أظهره أفسده ولا يفسد بالنية، لأنه قد ينوى ما لا يفعل ويفعل ما لا ينوي، وأبطله مالك وقال: هو نكاح محلل، وحكى أبو إسحاق المروزي عن أبي حنيفة أنه استحبه، لأنه قد تصير الأول بإحلالها له، وكلا المذهبي خطأ بل هو صحيح بخلاف قول مالك ومكروه بخلاف استحباب أبي حنيفة، لما رواه الشافعي عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن ابن سيرين: أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً، وكان يقعد على باب المسجد أعربي مسكين فجائته امرأة فقالت له: هل لك في امرأة تنكحها فتبيت معها الليلة، فإذا أصبحت فارقتها قال نعم ومضى فتزوجها، وبات معها ليلة، فقالت له: سيقولون لك

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٧٦) وابن ماجه (١٩٣٤) والترمذي (١١١٩) وأحمد (٣٢٣/٢) والبيهقي (٢٠٨/٧) والحاكم (١٩٨/٢) والدارقطني (٢٥١/٣) والطبراني (٢٩٩/١٧) وابن أبي شيبه (٢٩٥/٤) وابن الجوزي في «العلل» (١٥٨/٢).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٩٣٦) والحاكم (١٩٨/٢) والدارقطني (٢٥١/٣) والطبراني (٢٩٩/١٧) وابن الجوزي في «العلل» (١٥٨/٢).

إذا أصبحت فارقتها لا تفعل فإني مقيمة لك ما ترى وأذهب إلى عمر فلما أصبح أتوه وأتوها، فقالت لهم: كلموه فأنتم أتيتم به، فقالوا له: فارقتها، فقال: لا أفعل امض إلى عمر فأخبره، فقال له: الزم زوجتك، فإن رابوك بريبة فائتني وبعث عمر إلى المرأة التي مشت لذلك فنكل بها، وكان الأعرابي يغدو ويروح إلى عمر في حله، فيقول له عمر: الحمد لله الذي كساك ياذا الرقعتين حلة تغدو فيها وتروح^(١)، فقد امضى عمر النكاح: فبطل به قول مالك في فساده، ونكل عمر بالمرأة التي مشت فيه فدل على كراهته وفساد ما حكى عن أبي حنيفة من استحبابه.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من أقسام نكاح المحلل، فإن قلنا بصحته تعلق به أحكام النكاح الصحيح من ثبوت الحصانة، ووجوب النفقة، وأن يكون مخيراً فيه بين المقام، أو الطلاق، فإن طلق بعد الإصابة التامة فقد أحلها للزوج الأول، فأما المهر فإن لم يتضمن العقد شرط يؤثر فيه فالمسمى هو المستحق، وإن تضمن شرطاً يؤثر فيه كان المستحق مهر المثل دون المسمى، وإن قلنا بفساد العقد، وإنه باطل فلا حد عليه فيه لأجل الشبهة لكن يعزى لإقدامه على منهى عنه، ولا يثبت بالإصابة فيه حصانة، ولا يستحق فيه نفقة، ويجب فيه بالإصابة مهر المثل، وهل يحلها للزوج الأول إذا ذاق عسيلته وذاق عسيلتها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: - وهو قوله في القديم - أنه يحلها للأول، وأختلف أصحابنا في تعليقه، فقال بعضهم: ذوق العسيلة في شبهة النكاح تجري عليه حكم الصحيح من النكاح.

وقال آخرون: اختصاصه باسم المحلل موجب لاختصاصه بحكم التعليل، فعلى التعليل الأول تحل بالإصابة في كل نكاح فاسد من شغار، ومتعة، وبغير ولي ولا شهود، وعلى التعليل الثاني: لا تحل بغير نكاح المحلل من سائر الأنكحة الفاسدة.

والقول الثاني: - وهو الجديد الصحيح - أنه لا يحلها للزوج الأول لا في نكاح المحلل ولا في غيره من الأنكحة الفاسدة حتى يكون نكاحاً صحيحاً، لقول الله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وهذا ليس بزواج، ولأن كل إصابة لم يتعلق بها إحصان لم يتعلق فيها إحلال الزوج كالإصابة بملك اليمين.

(١) أخرجه البيهقي (٢٠٩/٧).

بَابُ نِكَاحِ الْمُحْرَمِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ نَبِيهِ بْنِ وَهْبٍ عَنْ أَبَانَ بْنِ عُمَانَ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا يَنْكَحُ الْمُحْرَمُ وَلَا يُنْكَحُ» وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ رَوَيْنَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَكَحَ مَيْمُونَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا وَهُوَ مُحْرَمٌ قُلْتُ رَوَايَةُ عُثْمَانَ ثَابِتَةٌ وَيَزِيدُ بْنُ الْأَصَمِّ ابْنَ أُخْتِهَا وَسَلِيمَانَ بْنَ يَسَارٍ عَتِيقُهَا أَوْ ابْنَ عَتِيقِهَا يَقُولَانِ نَكَحَهَا وَهُوَ حَلَالٌ وَثَالِثٌ وَهُوَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ وَيَنْفَرِدُ عَلَيْكَ حَدِيثُ عُثْمَانَ الثَّابِتُ وَقُلْتُ أَلَيْسَ أُعْطِيتَنِي أَنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ نَظَرْتُ فِيْمَا فَعَلَ أَصْحَابُهُ مِنْ بَعْدِهِ فَأَخَذْتُ بِهِ وَتَرَكْتُ الَّذِي يُخَالِفُهُ؟ قَالَ بَلَى قُلْتُ فَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَيَزِيدُ بْنُ ثَابِتٍ يَرُدَّانِ نِكَاحَ الْمُحْرَمِ وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ لَا يَنْكَحُ الْمُحْرَمُ وَلَا يُنْكَحُ وَلَا أَعْلَمُ لَهُمَا مُخَالَفًا فَلِمَ لَا قُلْتُ بِهِ؟ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) فَإِنْ كَانَ الْمُحْرَمُ حَاجًّا فَحَتَّى يَرْمِيَ وَيَحْلِقَ وَيَطُوفَ بِالْبَيْتِ يَوْمَ النَّحْرِ أَوْ بَعْدَهُ وَإِنْ كَانَ مُعْتَمِرًا فَحَتَّى يَطُوفَ بِالْبَيْتِ وَيَسْعَى وَيَحْلِقَ فَإِنْ نَكَحَ قَبْلَ ذَلِكَ فَمَفْسُوحٌ وَالرَّجْعَةُ وَالشَّهَادَةُ عَلَى النِّكَاحِ لَيْسَا بِنِكَاحٍ» .

قال الماوردي: قد مضى في كتاب الحج أن نكاح المحرم لا يجوز، ودلنا عليه وذكرنا من خالفنا فيه، ونحن الآن نشير إليه، متى عقد النكاح والزوج، أو الزوجة، أو الولي محرم فالنكاح باطل .

وقال مالك: صحيح ويفسخ بطلقه .

وقال أبو حنيفة: نكاحه جائز ولا يلزم فسخه استدلالاً برواية عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ نكح ميمونة وهو محرم .

وبرواية ابن أبي مليكة عن عائشة أن النبي ﷺ تزوج وهو محرم، ولأنه عقد يستباح به البضع فلم يمنع الإحرام منه كالرجعة وشراء الإماء .

ودلينا: رواية عثمان أن النبي ﷺ قال: «لا يَنْكَحُ الْمُحْرَمُ وَلَا يُنْكَحُ» وروى أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: «لا يَنْكَحُ الْمُحْرَمُ وَلَا يُنْكَحُ» .

وروى مطر عن الحسن أن علياً - رضي الله تعالى عنه - قال: من تزوج وهو محرم نزعنا منه امرأته، ولم يجز نكاحه .

وروى أبو غطفان عن أبيه أن عمر - رضي الله تعالى عنه - فرق بين محرمين تزوجاً^(١).

وروى قدامة بن موسى عن شوذب مولى زيد بن ثابت أنه تزوج وهو محرم ففرق زيد بن ثابت بينهما^(٢)، فلما روى عنهم التفرقة بين الزوجين، ولا يسوغ ذلك في عقد يسوغ فيه الاجتهاد دل على أن النص فيه ثابت لا يجوز خلافه، ولأنه معنى ثابت به تحريم المصاهرة فوجب أن يمنع منه الإحرام كالوطء.

فأما الجواب عن حديث ميمونة، فقد روى ميمون بن مهران عن يزيد بن الأصم عن ميمونة أن رسول الله ﷺ تزوجها وهما حلالان.

وروى ربيعة عن سليمان بن يسار عن أبي رافع أن النبي ﷺ تزوج ميمونة حلالاً وبنى بها حلالاً، وكنت أنا الرسول بينهما^(٣).

وأما حديث ابن أبي مليكة عن عائشة فضعيف لا أصل له عند أصحاب الحديث، وإن صح فيجوز أن يكون فعل ذلك في أول الإسلام قبل تحريم نكاح المحرم على أن أبا الطيب ابن سلمة جعل النبي ﷺ مخصوصاً بالنكاح في الإحرام.

وأما القياس على شراء الإماء، فليس المقصود منه الاستمتاع، لجواز شراء المعتدة وذات المحرم، وكذلك المحرمة، والمقصود، من عقد النكاح الاستمتاع، إذ لا يجوز أن ينكح معتدة ولا ذات محرم وكذلك المحرمة. فأما الرجعة فتحل للمحرم، لأنها سد ثلم في العقد ورفع تحريم طراً عليه، وليست عقداً مبتدأ فجازت في الإحرام، ألا ترى أن العبد يراجع بغير إذن سيده، وإن لم يجز أن ينكح بغير إذنه اعتباراً بهذا المعنى.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا أن نكاح المحرم باطل، فمتى كان الزوج محرماً فوكل حلالاً في العقد كان النكاح باطلاً، لأنه نكاح لمحرم، ولو كان الزوج حلالاً فوكل محرماً كان النكاح باطلاً، لأنه نكاح عقده محرم، وهكذا لو كان الولي محرماً فوكل حلالاً أو كان حلالاً فوكل محرماً كان النكاح باطلاً.

فأما الحاكم إذا كان محرماً لم يجز له أن يزوج مسلمة وهل يجوز له أن يزوج كافرة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز كالمسلمة.

والثاني: لا يجوز، لأنه لا يزوجها بولاية وإنما يزوجها لحكم فجرى مجرى سائر أحكامه في إحرامه.

(١) أخرجه مالك (٣٤٩/١) والبيهقي (٦٦/٥).

(٢) أخرجه البيهقي (٦٦/٥).

(٣) أخرجه البيهقي (٦٦/٥).

فأما إذا كان الإمام محرماً لم يجز له أن يتزوج ولا يزوج، وهل يجوز لخلفائه من القضاة المحليين أن يزوجوا أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز أن يزوجوا كوكلاء المحرم.

والوجه الثاني: يجوز أن يزوجوا لعموم ولاياتهم، ونفوذ أحكامه فخالفوا الوكلاء فأما إن كان الخطيب في عقد فالنكاح جائز، لأنه قد يجوز أن يعقد بغير خطبة، ولو كان الشهود محرمين ففيه وجهان:

أحدهما: - وهو قول أبي سعيد الإصطخري - أن النكاح باطل، لأن الشهود شرط في العقد كالولي .

والوجه الثاني: - وهو مذهب الشافعي - أن النكاح جائز، لأن الشهود غير معنيين في النكاح فلم يعتبر فيهم شروط من يتعين في النكاح ألا ترى أن نكاح الكافرة إذا عقدناه لم يصح إلا بولي كافر وشهود مسلمين - والله أعلم - .

العيب في المنكوحَة

مِنْ كِتَابِ نِكَاحِ الْجَدِيدِ وَمِنْ النِّكَاحِ الْقَدِيمِ وَمِنْ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ
إِمْلَاءً عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ، وَغَيْرِ ذَلِكَ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ
الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهَا جُنُونٌ أَوْ
جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ فَمَسَّهَا فَلَهَا صَدَاقُهَا وَذَلِكَ لِزَوْجِهَا غَرَمٌ عَلَيَّ وَلِيَّهَا وَقَالَ أَبُو الشَّعْثَاءِ: أَرْبَعٌ لَا
يَجُزْنَ فِي النِّكَاحِ إِلَّا أَنْ تُسَمَّى: الْجُنُونُ، وَالْجُذَامُ، وَالْبَرَصُ، وَالْقَرْنُ.

قال الماوردي: اعلم أن النكاح يفسخ بالعيوب، والعيوب التي يفسخ بها النكاح
تستحق من الجهتين فيستحقها الزوج إذا وجدت بالزوجة، وهي خمسة عيوب: الجنون،
والجذام، والبرص، والقرن، والرتق، وتستحقها الزوجة إذا وجدت بها بالزوج، وهي خمسة
الجنون، والجذام، والبرص، والجب، والعنة، فيشتركان في الجنون، والجذام، والبرص،
وتتخص الزوجة بالقرن، والرتق، ويتخص الزوج بالجب والعنة، ولا يفسخ نكاحهما بغير
هذه العيوب، من عمى أو زمانة، أو قبح أو غيره.

وبه قال من الصحابة عمر، وابن عباس، وعبدالله بن عمر.

ومن التابعين: أبو الشعثاء جابر بن زيد.

ومن الفقهاء: الأوزاعي، ومالك. وقال أبو حنيفة: ليس للزوج أن يفسخ النكاح بشيء
من العيوب، ولا للمرأة أن تفسخ إلا بالجب والعنة دون الجنون والجذام والبرص، وبأن لا
يفسخ النكاح بعيب.

قال علي بن أبي طالب وعبدالله بن مسعود، وقال أبو الحسن البصري، وعطاء بن أبي
رباح: للزوجة أن تفسخ بهذه العيوب في الزوج، وليس للزوج أن يفسخ بها، لأن الطلاق بيده
واستدل من نصر قول أبي حنيفة بأن المعقود عليه في النكاح هو الاستباحة وليس في
الاستباحة عيب، وإنما العيب في المستبيحة فلم يشتهه خيار إسلامه المعقود عليه قال: ولأنه
عيب في المنكوحَة فلم يفسخ نكاحها قياساً على ما سوى العيوب الخمسة قال: ولأن كل
عقد لم يفسخ بنقصان الأجزاء لم يفسخ بتغير الصفات كالهبة طرداً والبيع عكساً.

قال: ولأن عقد النكاح إن جرى مجرى عقود المعاوضات كالبيع وجب أن يفسخ
بكل عيب، وإن جرى غيرها من عقود الهبات والصلوات وجب أن لا يفسخ بعيب،
وفي إجماعهم على أن لا يفسخ بكل العيوب دليل على أنه لا يفسخ بشيء من العيوب.

ودليلنا: ما رواه عبدالله بن عمر أن النبي ﷺ تزوج امرأة من بني بياضة فوجد بكشحها بياضاً فردها، وقال: دَلَسْتُمْ عَلِيَّ (١).

ووجه الدليل منه هو أنه لما نقل العيب والرد وجب أن يكون الرد، لأجل العيب.

فإن قيل: فيحمل على أنه طلقها لأجل العيب كالتي قالت له حين تزوجها: أعوذ بالله منك، فقال: «لقد استعذتني بمعاذ الفحقي بأهلك» فكان ذلك طلاقاً منه لأجل استعاذتها منه قيل لا يصح هذا التأويل من وجهين:

أحدهما: لأنه خالف الظاهر، لأن نقل الحكم مع السبب يقتضي تعلقه به كتعلق الحكم بالعلة، والطلاق لا يتعلق بالعيب كتعلق الحكم بالعلة، وإن كان داعياً إليه فلم يصح حمله عليه، وخالف حال طلاقه للمستعيذة، لأن الاستعاذة ليست عيباً يوجب الرد فعُدل به إلى الطلاق.

والثاني: أن الرد صريح في الفسخ وكناية في الطلاق، وحمل اللفظ على ما هو صريح فيه.

وروي أبو جعفر المنصور عن أبيه عن جده عن عبدالله بن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «أجتنبوا من النكاح أربعة: الجنون، والجذام، والبرص، والقرن، فدل تخصيصه لهذه الأربعة من عيوب النكاح على اختصاصها بالفسخ.

ومن طريق القياس: هو أنه عيب يمنع غالب المقصود بالعقد فجاز أن يثبت به خيار الفسخ كالجب ولا يدخل عليه الصغر، والمرض، لأنهما ليسا بعيب، ولأن العقد الذي يلزم من الجهتين إذا احتمل الفسخ وجب أن يجري الفسخ في جنس العقد ولأنه عيب مقصود بعقد النكاح فوجب أن يستحق الفسخ كالعيب في الصداق، ولأن كل من ملك رد عوض مَلَك عليه رد المعوض كالثمن والمثمن في البيع.

فأما الجواب عن الاستدلال بأن المعقود عليه هو الاستباحة، وليس فيها عيب فهو أن هذا فاسد، لأن المعقود عليه هو الاستمتاع المستباح، وهذه عيوب فيه كما أن زمانة العبد المستأجر عيب في منفعه فاستحق بها الفسخ.

وأما قياسهم على ما سوى الخمسة من العيوب فالمعنى فيه أن تلك العيوب لا تمنع مقصود العقد ولا تنفر النفوس منها، وليس كذلك هذه الخمسة، لأنها إما مانعة من المقصود أو منفرة للنفوس فافترقا.

وأما قياسهم على الهبة بعلة أنها لا تفسخ بنقصان الأجزاء فهذا الوصف غير مسلم، لأنه يستحق بالجب، وهو نقصان جزء. ثم المعنى في الهبة، أنه لا عوض فيها فيلحقه ضرر

(١) أخرجه الإمام أحمد كما في «مجمع الزوائد» (٢٠٣/٤) وقال الهيثمي: رواه أحمد وجميل ضعيف.

بالعيب، والنكاح بخلافه، وعلى أن فسخه بالعنت وهو يعتبر صفة تمنع من اطراد هذا التعليل.

فأما استدلالهم بأنه إما أن يفسخ بكل العيوب كالبيوع أو لا يفسخ بشيء منها كالهبات. فالجواب عنه: أنه بالبيوع أخص، لأنهما عقدا معاوضة غير أن جميع العيوب تؤثر في نقصان الثمن فاستحق بجمعها الفسخ وليس كل العيوب تؤثر في نقصان الاستمتاع فلم يتسحق بجمعها الفسخ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «الْقَرْنُ الْمَانِعُ لِلْجَمَاعِ لِأَنَّهَا فِي غَيْرِ مَعْنَى النِّسَاءِ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في العيوب التي يفسخ بها عقد النكاح وأجناسها سبعة: اثنان يختص بهما الرجل وهما الجب والعنة.

واثنان تختص بهما النساء، وهما: الرتق، والقرن، وثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء وهي: الجنون، والجذام، والبرص.

فأما ما يختص به الرجال من العنة فله باب يأتي.

وأما الجب: فهو قطع الذكر فإن كان جميعه مقطوعاً فلها الخيار، لأنه أدم ضرراً من العنة التي يرجى زوالها، وإن كان بعض الذكر مقطوعاً نظر في باقيه، فإن كان لا يقدر على إيلاجه إما لضعفه أو لصغره فلها الخيار، وإن كان يقدر على إيلاجه ففي خيارها وجهان:

أحدهما: وهو الصحيح أنه لا خيار لها، لأنه يجري مجرى صغر الذكر الذي لا خيار فيه.

والوجه الثاني: لها الخيار، لأنه نقص لا تكمل به الإصابة.

وأما الخصاء وهي قطع الأنثيين مع بقاء الذكر ففي كونه عيباً يوجب خيارها قولان:

أحدهما: ليس بعيب ولا خيار لها فيه لقدرته على الإيلاج، وأنه ربما كان أمتع إصابة.

والقول الثاني: أنه عيب ولها الخيار، لأنه نقص يعدم معه النسل، ولو كان خنثى له فرج زائد أو كانت خنثى لها ذكر زائد ففي كونه عيباً يوجب الخيار قولان:

أحدهما: ليس بعيب، لأنها زيادة عضو فأشبهه الأصبع الزائدة.

والثاني: أنه عيب، لأنه نقص يعاف.

فأما ما تختص به المرأة من القرن، والرتق.

فالقرن: هو عظم يعترض الرحم يمنع من الإصابة، والرتق لحم يسد مدخل الذكر فلا تمكن معه الإصابة وله الخيار فيهما، ولا يمكنها شق القرن، ويمكنها شق الرتق إلا أنها لا

تخير بشقه، لأنه جناية عليها فإن شقته بعد فسخ الزوج لم يؤثر بعد وقوع الفسخ، وإن شقته قبل فسخه ففي خيار الزوج وجهان:

أحدهما: له الخيار اعتباراً بالابتداء.

والثاني: لا خيار له اعتباراً بالانتهاء، فأما الإفضاء وهو أن ينخرق الحاجز الذي بين مدخل الذكر ومخرج البول فتصير مغطاة فلا خيار فيه لإمكان الإصابة التامة معه فلو كانت عاقراً لا تلد، أو كان الزوج عقيماً لا يولد له فلا خيار فيه لواحد منهما لأنه مظنون وربما زال بتنقل الامنان.

فأما العَفَلَاءُ ففي العَفَلَة ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه لحم مستدير ينبت في الرحم بعد ذهاب العذرة، ولا ينبت مع البكارة، وهذا قول أبي عمرو الشيباني.

والتأويل الثاني: أنه ورم يكون في اللحمية التي في قُبُل المرأة يضيّق به - فرجها حتى لا ينفذ فيه الذكر.

والتأويل الثالث: أنه مبادئ الرتق، وهو لحم يزيد في الفرج حتى يصير رتقاً فيسد به الفرج فلا ينفذ فيه الذكر، فإن كان العقل يكمل معه الاستمتاع التام فلا خيار فيه، وإن لم يكمل معه الاستمتاع لضيق الفرج أو انسداده حتى لا يمكن إيلاج الذكر ففيه الخيار.

فصل: وأما العيوب التي يشترك فيها الرجل والمرأة وهي ثلاثة:

أحدها: الجنون، وهو زوال العقل الذي يكون معه تأدية حق سواء خيف منه أم لا وهو ضربان: مطبق لا يتخلله إفاقة، وغير مطبق يتخلله إفاقة فيجن تارة، ويفيق أخرى وكلاهما سواء، وفيهما الخيار سواء قل زمان الجنون أو كثر، لأن قليله يمنع من تأدية الحق في زمانه، ولأن قليله كثيراً وسواء كان ذلك بالزوج أو بالزوجة.

فأما الإغماء فهو زوال العقل بمرض فلا خيار فيه كالمرض، وأنه عارض يرجى زواله، وأنه قد يجوز حدوث مثله بالأنبياء الذي لا يحدث بهم جنون، فإن زال المرض فلم يزل معه الإغماء صار حينئذ جنوناً يثبت فيه الخيار.

وأما البله فهو غلبة السلامة فيكون الأبله سليم الصدر ضعيف العزم، وقد قال النبي ﷺ: «اطلعت في الجنة فرأيت أكثر أهلها بلها»^(١) يعني الذين غلبت السلامة على صدورهم ومنه قول الشاعر.

وَلَقَدْ لَهَوْتُ بِطِفْلَةٍ مَيَّالَةٍ بَلْهَاءَ تُطْلِعُنِي عَلَى أَسْرَارِهَا^(٢)

(١) أخرجه ابن عدي (١١٦٠/٣) وابن الجوزي في العلل (٤٥٢/٢) والبخاري (٨٢/٨) وقال الهيثمي: وفيه سلامة بن روح وثقه ابن حبان وغيره وضعفه أحمد بن صالح وغيره.

(٢) البيت في اللسان م [بله].

فلا خيار في البله، لأن الاستمتاع كامل، وكذلك لا خيار في الحمق وقلة الضبط لكمال الاستمتاع معهما، وإنما يؤثر فيما سواه من تدبير المنزل وتربية الولد، ولذلك قال النبي ﷺ: «لا تسترضعوا الحمقى فإن صحبتها بلاء وولدها ضياع».

فصل: والثاني من عيوبهما: الجذام وهو: عفن يكون في الأطراف والأنف يسري فيهما حتى يسقط فجبطل، وربما سرى إلى النسل وتعدى إلى الخليل، والنفس تعافه وتنفر منه فلا يسمح بالمخالطة ولا تحبب إلى الاستمتاع، وقد روى سعيد عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «فروا من المجذوم فراركم من الأسد»^(١) وجاء رجل إلى النبي ﷺ لميابه فمد يداً جذماء، فلما نظر إليها النبي ﷺ قبض يده ولم يصافحه وقال: اذهب فقد بايعناك^(٢)، ففي الجذام الخيار قليلاً كان أو كثيراً، لأن قليله يصير كثيراً، وسواء كان في الزوج أو الزوجة.

فأما الزعر فهو من مبادئ الجذام، وربما برىء ولم يصير جذاماً ويقع في الحاجبين فينثر به الشعر، وفي الأنف فيتغير به الجلد ولا خيار فيه، لأنه ليس بجذام عادي ولا النفوس منه نافرة، فلو اختلفا فيه فأدعى الزوج أن بها جذاماً، وقالت: بل هو زعر وقف عليه عدلان من علماء الطب فإن قالوا: هو جذام ثبت فيه الخيار، وإن قالوا: زعر فلا خيار فيه، وإن أشكل فالقول قولها مع يمينها أنه زعر ولا خيار فيه، لأن الأصل عدم الخيار إلا أن يثبت ما يوجبه.

فصل: والثالث من عيوبهما: البرص: وهو حدوث بياض في الجلد يذهب معه دم الجلد وما تحته من اللحم وفيه عدوى إلى النسل والمخالطين، وتعافه النفوس، وتنفر منه فلا يكمل معه الاستمتاع ولذلك رد النبي ﷺ نكاح امرأة وجد بكشحها بياضاً، وفي قليله وكثيره الخيار، لأن قليله يصير كثيراً، وسواء كان بالزوج أو الزوجة.

فأما البهق فتغير لون الجلد ولا يذهب بدمه ويزول ولا تنفر منه النفوس فلا خيار فيه، فلو اختلفا فقال الزوج: هذا البياض برص ولي الخيار، وقالت الزوجة: بل هو بهق فلا خيار وقف عليه عدلان من علماء الطب، وعمل على قولها فيه فإن أشكل كان القول قولها مع يمينها أنه بهق ولا خيار فيه.

فإن قيل: فكيف جعل الشافعي في الجذام والبرص عدوى، وهذا قول أصحاب الطبائع، وقد كذبه الشرع ومنع منه، وقال النبي ﷺ: «لا عدوى ولا طيرة» فقيل له: أما ترى النكتة من الجرب في شفر البعير فتعدوا إلى سائره وإلى غيره فقال ﷺ: «فمن أعدى الأول»^(٣) أي إذا كان الأول بغير عدوى كان ما بعده، وفي غيره بغير عدوى.

(١) أخرجه البخاري (١٦٤/٧) وأحمد (٤٤٣/٢) والبيهقي (١٣٥/٧) وابن أبي شيبة (١٣٤/٨).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٣٥٤٤) والنسائي (١٥٠/٧) وأحمد (٣٩٠/٤).

(٣) أخرجه البخاري (٥٧١٧) وأحمد (٣٢٨/١) والبخاري في «شرح السنة» (١٦٨/١٢).

قيل: إنما منع الشرع من أن الطبيعة هي التي تحدث العدوى كما يزعم الطب، ولا يمنع أن الله تعالى قد جعل فيها العدوى كما جعل في النار الإحراق، وفي الطعام الشبع، وفي الماء الري، وقد قال النبي ﷺ: «لا يوردن ممرض ذو عاهة على مصح» وامتنع من مبايعة الأجذام.

وروى عبدالله بن عباس أن عمر بن الخطاب توجه إلى الشام فلما انتهى إلى سرخ تلقاه امراء الأجناد وأخبروه بحدوث الطاعون بالشام، فتوقف عن المسير وشاور المهاجرين في المسير أو الرجوع فاختلفوا، وشاور الأنصار فاختلفوا وكان عبدالرحمن بن عوف غائباً عنهم فحضر فشاورة عمر فقال عبدالرحمن: إن عندي في هذا علماً قال عمر: ما هو، قال عبد الرحمن: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا سمعتم به في واد فلا تقدموا عليه، وإذا وقع وأنتم فيه فلا تخرجوا منه»^(١) فحمد عمر الله تعالى ورجع ورجع الناس معه.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لبن الحمقى يعدي».

فأما قوله ﷺ: «فمن أعدى الأول» فالمقصود منه رد قولهم أنه لم يكن إلا من عدوى الأول، ولولاه ما جربت، وقال: «من أعدى الأول» أي إذا كان الأول من الله تعالى يعني عدوى كان ما بعده منه.

فإن قيل: فلم أضاف الشافعي العدوى إلى الجذام والبرص، ولم يصفه إلى الله تعالى.

قيل: على طريق الاستعارة والتوسع في العبارة كما يقال: طالت المنخلة، وقصر الليل وأثمرت الشجرة وإن كان الله تعالى هو الفاعل لذلك.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من أحكام العيوب فوجد الزوج بالزوجة قليلاً من برص أو جذام عرض به فانتشر وزاد حتى صار كثيراً لم يكن له خيار، لأن الراضي بقليله راض بكثيره، ولأن قليله في الغالب يصير كثيراً، ولو ظهر بها برص في غير المكان الأول فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الثاني أقبح منظرًا من الأول كأنه كان الأول في فخذها وحدث الثاني في وجهها فله الخيار نص عليه في «الإملاء» لأن النفس من الثاني أشد نفوراً من الأول.

والضرب الثاني: أن يكون مثل الأول في القبح، كأنه كان الأول في يدها اليمنى والثاني في يدها اليسرى ففيه وجهان:

(١) أخرجه البخاري (١٦٩/٧) ومسلم (السلام - ٩٨) وأبو داود (٣١/٣) والبيهقي (٣٧٦/٣) وعبد الرزاق (٢٠١٥٩) والطبراني (٩٤/١) وابن عبد البر (٢١٠/٦).

أحدهما: له الخيار، لأنه إذا كان في غير مكان الأول كان عيباً غير الأول.
والوجه الثاني: لا خيار، لأنه من جنس الأول كالمتمصل فلو رضي ببرصها فظهر بها جذام كان له الخيار بالجذام دون البرص، لأنه قد تأنف نفسه الجذام، ولا تعاف البرص ولو كان بها جذام أو برص فلم يختر فسخ نكاحها حتى زال وبرىء، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يزول قبل علمه به فلا خيار بعدم ما يوجبه.
والضرب الثاني: أن يزول بعد علمه وقبل فسخه بعذر آخر عنه ففي خياره وجهان:

أحدهما: له الخيار اعتباراً بالابتداء.

والثاني: لا خيار له اعتباراً بالانتهاء.

فلو وجد الزوج بها عيباً ووجدت بالزوج عيباً، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يختلف العيبان فيكون عيب أحدهما جذاماً وعيب الآخر برصاً، فلكل واحد الخيار بعيب صاحبه، لأن المجذوم قد يعاف الأبرص والأبرص قد يعاف المجذوم.

والضرب الثاني: أن يتساوى العيبان فيكون لكل واحد منهما برص أو جذام ففي ثبوت الخيار وجهان:

أحدهما: أن لا خيار لتكافئتهما وأنه ليس ينقص أحدهما عن حالة صاحبه.

والوجه الثاني: أن لكل واحد منهما الخيار، لأنه قد يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه من بصاق ومخاط وأذى - والله أعلم -.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ اخْتَارَ فِرَاقَهَا قَبْلَ الْمَسِيسِ فَلَا نِصْفَ مَهْرٍ وَلَا مُتْعَةَ وَإِنْ اخْتَارَ فِرَاقَهَا بَعْدَ الْمَسِيسِ فَصَدَقْتُهُ أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ فَلَهُ ذَلِكَ وَلَهَا مَهْرٌ مِثْلَهَا بِالْمَسِيسِ وَلَا نَفَقَةٌ عَلَيْهِ فِي عِدَّتِهَا وَلَا سَكْنَى وَلَا يَرْجِعُ بِالْمَهْرِ عَلَيْهَا وَلَا عَلَى وَلِيِّهَا لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي الَّتِي نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَإِنْ مَسَّهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا وَلَمْ يَرُدَّهُ بِهِ عَلَيْهَا وَهِيَ الَّتِي غَرَّتهُ فَهَوِيَ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ الَّذِي لِلزَّوْجِ فِيهِ الْخِيَارُ أَوْلَى أَنْ يَكُونَ لِلْمَرْأَةِ وَإِذَا كَانَ لَهَا لَمْ يَجُزْ أَنْ يَغْرَمَهُ وَلِيِّهَا وَقَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي الَّتِي نَكَحَتْ فِي عِدَّتِهَا أَنْ لَهَا الْمَهْرُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا فسخ النكاح بأحد العيوب في أحد الزوجين فلا يخلو أن يكون قبل الدخول أو بعده فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ولا متعة سواء

كان الفسخ من قبلها أو من قبله، لأنه إن كان منها سقط به مهرها كما لو ارتدت، وإن كان من الزوج فهو لعيب فيها فصار مضافاً إليها، ويكون هذا فائدة الفسخ التي تخالف حكم الطلاق أن يسقط عنه نصف المهر الذي كان يلزمه بالطلاق، فعلى هذا لو طلقها الزوج قبل الدخول وهو لا يعلم بعيبها ثم علم كان عليه نصف المهر ولم تسقط عنه بظهوره على العيب، لأن النكاح انقطع بالطلاق، ولم يرفع بالفسخ نص عليه الشافعي في «الإملاء» ثم لا عدة عليها، ولا نفقة لها، ولا سكنى، لأنه لما لم يجب ذلك بالطلاق قبل الدخول فأولى أن لا يجب بالفسخ قبله.

فصل: وإن كان الفسخ بعد الدخول وذلك، بأن لا يعلم بعيبها حتى يصيبها فيكون له الفسخ بعد الإصابة كما كان له قبلها، فإن ادعت علمه بالعيب قبل الإصابة وأنكرها وأمكن الأمران فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل فيه عدم علمه وثبوت خياره، فإذا فسخ النكاح بعد الإصابة فلها مهر مثلها بالإصابة وسواء كان الفسخ من جهتها أو من جهته لقوله ﷺ: «فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا» فإن قيل: أفليس لو وطء أمة قد اشتراها ثم ردها بعيب لم يلزمه بالوطء مهر فهلا كانت المنكوحه إذا ردت بعيب لم يلزمه بوطئها مهر.

قيل: الفرق بينهما: أن الوطاء في الملك غَيْرُ مضمون بالمهر وفي النكاح مضمون بالمهر، لأن المعقود عليه في البيع الرقبة، وفي النكاح المنفعة ثم أوجبنا بالإصابة مهر المثل دون المسمى، وإن كان الفسخ بعد الإصابة لأنه بعيب تقدم على النكاح فصارت أفعاله من أصله فسقط ما تضمنه من صداق مسمى.

فصل: فإذا ثبت أن عليه مهر المثل دون المسمى، فهل يرجع بعد غرمة على من غره أو لا؟ على قولين:

أحدهما: - وبه قال في القديم - يرجع به لقول عمر - رضي الله تعالى عنه - وذلك لزوجها غرم على وليها، ولأن الغار قد ألجأه إلى التزام المهر بهذه الإصابة ولولاه لما لزمه المهر إلا بإصابة مستدامة في نكاح ثابت فجرى مجرى الشاهدين إذا أزماء بشهادتهما غرماً ثم رجعا لزمهما غرم ما استهلك بشهادتهما.

والقول الثاني: - قاله في الجديد - لا يرجع على الغار لقول النبي ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتِ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ مَسَّهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا» ولم يجعل للزوج الرجوع به على من غره في إذن الولي أو على من ادعى في نكاحها أنه ولي فدل على أن لا رجوع بالغرور، ولأن غرم المهر بدل من استهلاكه للبضع واستمتاعه به فلم يجز أن يرجع بغرم ما أوجبه استهلاكه، وإن كان مغوراً كالمغرور في مبيع قد استهلكه، ولأن لا يجمع بين تملك البدن والمبدل، وقد يملك الاستمتاع

الذي هو معوض مبدل ولم يجز أن يتملك المهر الذي هو عوض بدل فإذا قلنا: إنه لا رجوع له على من غره فلا مسأله وإذا قلنا بالرجوع فلا يخول من غره من أن يكون الزوجة أو وليها أو أجنبي فإن غره الولي أو أجنبي رجع الزوج عليه بعد غرمه بما غرمه من مهر المثل، فلو كانت الزوجة قد أبرأته منه لم يرجع به على الزوج على الغار، ولو رده عليه بعد قبضه ففي رجوعه وجهان:

أحدهما: لا يرجع كالابن.

والثاني: يرجع، لأن ردها له ابتداء هبة منها، وإن كانت هي التي غرت له لم يغرم لها من المهر ما يرجع به عليها، لأنه غير مقيد وفيه وجهان:

أحدهما: قد سقط جميع مهرها بالغرور كما يرجع بجميعه على غيرها لو غره.

والوجه الثاني: وهو منصوص الشافعي في القديم أنه يسقط مهر المثل إلا أقل ما يجوز أن يكون مهراً فيلتزمه لها لثلاثا يصير مستباحاً لبضعها بغير بدل.

فصل: فأما العدة فواجبة عليها بالإصابة، لأنه فراش يلحق به ولدها، وأما النفقة فلا نفقة لها في العدة إن كانت حائلاً لارتفاع العقد الموجب لها ولا سكنى لها وإن وجبت للمبتوتة، وفي وجوب النفقة لها إن كانت حاملاً، قولان بناء على اختلاف قوله في نفقة الحامل هل وجبت لها أو لحملها؟ على قولين:

أحدهما: أنها وجبت لها بالزوجة، فعلى هذا لا نفقة لهذه لارتفاع عقد الزوجية.

والقول الثاني: أن النفقة وجبت لحملها فعلى هذا لها النفقة، لأن حملها في

للحقوق كحمل الزوجة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمَا جَعَلْتُ لَهُ فِيهِ الْخِيَارَ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ ثُمَّ حَدَّثَ بِهَا فَلَهُ الْخِيَارُ لِأَنَّ ذَلِكَ الْمَعْنَى قَائِمٌ فِيهَا لِحَقِّهِ فِي ذَلِكَ وَحَقُّ الْوَلَدِ (قَالَ الْمُزْنِي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَكَذَلِكَ مَا فُسِّخَ عَقْدُ نِكَاحِ الْأَمَةِ مِنَ الطُّوْلِ إِذَا حَدَّثَ بَعْدَ النِّكَاحِ فَسُخِّهُ لِأَنَّهُ الْمَعْنَى الَّذِي يُفْسَخُ بِهِ النِّكَاحُ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَكَذَلِكَ هِيَ فِيهِ فَإِنْ اخْتَارَتْ فِرَاقَهُ قَبْلَ الْمَسِيْسِ فَلَا مَهْرَ وَلَا مَتْعَةَ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ حَتَّى أَصَابَهَا فَاخْتَارَتْ فِرَاقَهُ فَلَهَا الْمَهْرُ مَعَ الْفِرَاقِ وَالَّذِي يَكُونُ بِهِ مِثْلُ الرَّثِي بِهَا أَنْ يَكُونَ مَجْبُوباً فَأَخْيَرَهَا مَكَانَهَا وَأَيُّهُمَا تَرَكَهُ أَوْ وَطِئَ بَعْدَ الْعِلْمِ فَلَا خِيَارَ لَهُ (وَقَالَ) فِي الْقَدِيمِ إِنْ حَدَّثَ بِهَا فَلَهَا الْفُسْخُ وَلَيْسَ لَهُ (قَالَ الْمُزْنِي) أَوْلَى بِقَوْلِهِ إِنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي الْحَدِيثِ كَمَا كَانَا فِيهِ سَوَاءً قَبْلَ الْحَدِيثِ (قَالَ) وَالْجُدَامُ وَالْبَرَصُ فِيمَا زَعَمَ أَهْلُ الْعِلْمِ بِالطَّبِّ يُعَدِّي وَلَا تَكَادُ نَفْسٌ أَحَدٌ تَطِيبُ أَنْ يُجَامَعَ مَنْ هُوَ بِهِ وَلَا نَفْسٌ امْرَأَةً بِذَلِكَ مِنْهُ وَأَمَّا الْوَلَدُ فَقَلَّمَا يَسْلَمُ فَإِنْ سَلِمَ أَدْرَكَ ذَلِكَ نَسْلُهُ نَسْأَلُ اللَّهَ تَعَالَى

العَافِيَةَ وَالْجُنُونَ وَالْحَبْلُ لَا يَكُونُ مَعَهُمَا تَأْدِيَةٌ لِحَقِّ زَوْجٍ وَلَا زَوْجَةٌ بِعَقْلِ وَلَا امْتِنَاعٍ مِنْ مُحَرَّمٍ وَقَدْ يَكُونُ مِنْ مِثْلِهِ الْقَتْلُ» .

قال الماوردي: قد مضى الكلام في العيب إذا كان بأحد الزوجين قبل العقد، فأما العيب الحادث بعد العقد فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون حادثاً بالزوج فللزوجة الخيار فيما حدث به من العيوب كما ثبت لها الخيار فيما تقدم منها، ولا اعتبار بالنفقة وكما أن لها أن تفسخ برك الزوج إذا حدث عتقها بعد العقد كما كان لها أن تفسخ إذا تقدمت حريتها قبل العقد. والضرب الثاني: أن يكون العيب حادثاً بالزوجة بعد العقد، ففي خيار الزوج قولان:

أحدهما: - قاله في القديم - لا خيار له لأمرين: أحدهما: أنه لم يكن مغروراً به لحدوثه فإنه يقدر على دفع الغرور عن نفسه بطلاقه فخالف ما تقدم، لأنه كان فيه مغروراً، وخالف الزوجة فيما حدث، لأنها لا تقدر على الطلاق.

والثاني: أنه لما كان له الخيار في نكاح الأمة بعته المتقدم دون الحادث وكان لها الخيار في نكاح العبد بعته المتقدم والحادث كذلك العيوب يكون له الخيار بالمتقدم منها دون الحادث، ويكون لها الخيار بالمتقدم منها والحادث.

والقول الثاني: - قاله في الجديد، واختاره المزني - له الخيار بالعيوب الحادثة والمتقدمة لأمرين:

أحدهما: أن ما تستحقه من الخيار في مقابلة ما تستحق عليه من الخيار لقول الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. فلما استحققت الزوجة عليه الخيار بالعيوب الحادثة استحق الخيار عليها بالعيوب الحادثة.

والثاني: أنه لما كان العقد فيه على منفعه استوى فيه ما تقدم من العيوب، وما حدث كالإجارة فلما كان للزوج الخيار بما تقدم كان له الخيار بما حدث.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من ثبوت الخيار بما حدث من العيوب ففسخ به النكاح فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون قبل الدخول فلا مهر فيه لارتفاع العقد، وسواء كان الفسخ من قبل الزوج أو من قبل الزوجة لما ذكرنا، وأن كان بعد الدخول فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون العيب حادثاً بعد الدخول فلها المهر المسمى لاستقراره بالدخول وحدوث ما أوجب الفسخ بعد استقراره.

والضرب الثاني: أن يكون حادثاً بعد العقد، وقبل الدخول ولا يعلم به إلا بعد الدخول فلها مهر المثل دون المسمى، لأنه لما ارتفع العقد بيعت على الدخول صار الدخول في حكم الحادث بعد ارتفاع العقد فسقط به المسمى، واستحق بما بعده مهر المثل.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا فالخيار فيما تقدم من هذه العيوب وحدث على الفور بعد العلم بها، لأنها عيوب قد عرف الحظر في الفسخ بها من غير فكر ولا ارتياء فجرى مجرى العيوب في البيع التي يثبت فيها الخيار على الفور، وخالف خيار الأمة إذا اعتقت تحت عبد في أن خيارها في أحد القولين على التراخي، لأنها تحتاج في معرفة الحظ لها إلى زمان فكر وارتياء، وإذا كان هكذا فلا يجوز أن ينفرد بالفسخ حتى يأتي الحاكم فيحكم له بالفسخ، لأنه مختلف فيه فلم يثبت إلا بحكم، وخالف عتق الأمة تحت عبد في جواز تفردها بالفسخ، لأنه متفق عليه فإن تصادق الزوجان على العيب فسخ الحاكم النكاح بينهما، وإن تناكرا فادعاه الزوج وأنكرته الزوجة كلف المدعي بيينة، فإن أقامها وإلا أحلف المنكر ولا فسخ، لأن الأصل السلامة من العيوب فلو تصادق الزوجان على العيب واتفقا على الفسخ عن تراضي ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأن الحكم عند التنازع.

والوجه الثاني: لا يجوز، لأن ما اشتبه حكمه لم يتعين إلا بالحكم - والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْلِيَّهَا مَنَعَهَا مِنْ نِكَاحِ الْمَجْنُونِ كَمَا يَمْنَعُهَا مِنْ غَيْرِ كُفٍّ فَإِنْ قِيلَ فَهَلْ مِنْ حُكْمٍ بَيْنَهُمَا فِيهِ الْخِيَارُ أَوْ الْفُرْقَةُ؟ قِيلَ نَعَمْ الْمَوْلَى يَمْتَنِعُ مِنَ الْجِمَاعِ بِبَيِّنٍ لَوْ كَانَتْ عَلَى غَيْرِ مَا تَمَّ كَانَتْ طَاعَةُ اللَّهِ أَنْ لَا يَخْنَثَ فَأُرْخِصُ لَهُ فِي الْخَنْثِ بِكَفَّارَةِ الْيَمِينِ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَجَبَ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ وَالْعِلْمُ مُحِيطٌ بِأَنَّ الضَّرَرَ بِمُبَاشَرَةِ الْأَجْذَمِ وَالْأَبْرَصِ وَالْمَجْنُونِ وَالْمَخْبُولِ أَكْثَرَ مِنْهَا بِتَرِكِ مُبَاشَرَةِ الْمَوْلَى مَا لَمْ يَخْنَثَ».

قال الماوردي: أما إذا أوصى الولي أن يزوجه بمن فيه أحد هذه العيوب فامتنعت فالقول قولها، وليس للولي إجبارها عليه، وإن كان أباً، لما فيه من تفويت حقها من الاستمتاع، ولأنه لو زوجها به لكان لها الفسخ فكان أولى أن يكون لها الامتناع قبل العقد، فأما إذا رضيت بمن فيه أحد هذه العيوب، وامتنع الولي فالعيوب على ثلاثة أقسام:

أحدهما: ما للولي أن يمنعها من نكاح من هي فيه، وذلك الجنون والخبل لما فيه من عار على الأولياء فكان لهم دفعه عنهم بالامتناع.

والقسم الثاني: ما ليس للولي منعها من نكاح من هي فيه، وذلك العنت،

والجب، والخصاء لأنه عار فيه على الأولياء، وإنما يختص بعدم الاستمتاع الذي هو حق لها دون الأولياء.

والقسم الثالث: ما اختلف فيه أصحابنا فيه، وهو الجذام، والبرص وفيه وجهان:

أحدهما: ليسَ للولي منعها من مجذوم ولا أبرص لاختصاصها بالاستمتاع، وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثاني: له منعها منهما لنفور النفوس منهما، ولتعدي ذلك إلى نسلها فأما إن حدثت هذه العيوب في الزوج بعد العقد فالخيار لها دون الأولياء فإن رضيت وكره الأولياء كان رضاها أولى ولا اعتراض للأولياء، لأن حقهم مختص بطلب الكفاءة في ابتداء العقد دون استدامته.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَيَّ أَنَّهَا مُسْلِمَةٌ فَإِذَا هِيَ كِتَابِيَّةٌ كَانَ لَهُ فسخُ النِّكَاحِ بِلا نِصْفِ مَهْرٍ وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَيَّ أَنَّهَا كِتَابِيَّةٌ فَإِذَا هِيَ مُسْلِمَةٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ فسخُ النِّكَاحِ لِأَنَّهَا خَيْرٌ مِن كِتَابِيَّةٍ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا يَدُلُّ عَلَيَّ أَنَّ مَنْ اشْتَرَى أُمَّةً عَلَيَّ أَنَّهَا نَصْرَانِيَّةٌ فَأَصَابَهَا مُسْلِمَةٌ فَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّهَا وَإِذَا اشْتَرَاهَا عَلَيَّ أَنَّهَا مُسْلِمَةٌ فَوَجَدَهَا نَصْرَانِيَّةً فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في أن خلاف الصفة المشروطة في عقد النكاح هل تجري مجرى خلاف العين أم لا؟ على قولين فإذا تزوجها على أنها مسلمة فوجدها نصرانية ففي النكاح قولان:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز نص عليه هاهنا، وهل له الخيار في فسخ النكاح أم لا؟ على قولين،

أحدهما: لا خيار له.

والثاني: له الخيار نص عليه هاهنا، وهكذا لو تزوجها على أنها نصرانية فكانت

مسلمة كان على قولين:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز ولا خيار له قولاً واحداً، لأن المسلمة أعلى حالاً من النصرانية،

فأما المزني، فإنه استدلل بذلك على أن من اشترى أمة على أنها مسلمة فكانت نصرانية أن له الخيار، ولو اشتراها على أنها نصرانية، فكانت مسلمة فليس له خيار كالنكاح فرد أصحابنا ذلك عليه، وقالوا له: في البيع الخيار في الموضعين بخلاف النكاح، لأن المقصود بالبيع وفور الثمن، والثمن يتوفر بكثرة الطالب وطالب النصرانية أكثر من

طالب المسلمة، لأن النصرانية يشتريها المسلمون والنصارى والمسلمة لا يشتريها إلا المسلمون دون النصارى فإذا اشتراها على أنها نصرانية فكانت مسلمة كان له الخيار، لأنها أقل طلباً فصارت أقل ثمناً، ولو اشتراها على أنها مسلمة فكانت نصرانية فله الخيار لتقصها بالدين، وأن المسلمة أحسن منها عشرة، وأكثر نظافة وطهارة، وليس كذلك النكاح، لأن المقصود منه العشرة وحسن الصحبة وكمال المتعة، وهذا كله في المسلمة أوجد منه في النصرانية، فافترق حكم البيع والنكاح بما ذكرناه.

فصل: وإذا تزوجت مسلمة رجلاً على أنه مسلم فكان نصرانياً فالنكاح باطل، وكذلك لو تزوجت بغير شرط، لأن المسلمة لا تحل لكافر ولو تزوجت نصرانية رجلاً على أنه مسلم فكان نصرانياً ففي النكاح قولان على ما مضى:
أحدهما: باطل.

والثاني: جائز ولها الخيار قولاً واحداً لنقصان دينه، وأنها لا تملك فراقه إلا بالفسخ ولو تزوجته على أنه نصراني فكان مسلماً، ففي النكاح قولان:
أحدهما: باطل.

والثاني: جائز، ولها الخيار وإن كان المسلم أفضل ديناً، لأنها إلى من وافقها في الدين أرغب وهي ممن خالفها فيه أنفر.

فصل: وإذا تزوج المسلم امرأة بغير شرط يظنها مسلمة فكانت نصرانية، فالنكاح جائز لا خيار له ولو تزوجها يظنها حرة فكانت أمة فالنكاح جائز إذا كان ممن يحل له نكاح الإماء، وفي خياره وجهان:
أحدهما: - وهو قول أبي إسحاق المروزي - لا خيار له كالنصرانية.

والوجه الثاني: - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - له الخيار.
والفرق بينهما: أن ولي النصرانية متميز الهبة عن ولي المسلمة وولي الأمة لا يتميز عن ولي الحرة ولأن ولده من الأمة مرفوق ومن النصرانية مسلم والله أعلم.

بَابُ الْأَمَةِ تَغْرَمُ مِنْ نَفْسِهَا
مِنَ الْجَامِعِ مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ الْجَدِيدِ وَمِنَ التَّغْرِیضِ بِالْخَطْبَةِ
وَمِنَ نِكَاحِ الْقَدِيمِ وَمِنَ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ، إِمْلَاءً عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: « وَإِذَا وُكِّلَ بِتَزْوِیجِ أُمَّتِهِ فَذَكَرَتْ وَالْوَكِيلُ أَوْ أَحَدُهُمَا أَنَّهَا حُرَّةٌ فَتَزَوَّجَهَا ثُمَّ عَلِمَ فَلَهُ الْخِيَارُ فَإِنْ اخْتَارَ فِرَاقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا نَصْفَ مَهْرٍ وَلَا مَتْعَةَ وَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرٌ مِثْلَهَا كَانَ أَكْثَرَ مِمَّا سَمَى أَوْ أَقَلَّ لِأَنَّ فِرَاقَهَا فُسِّخَ وَلَا يُرْجَعُ بِهِ فَإِنْ كَانَتْ وَوَلَدَتْ فَهُمُ أَحْرَاؤُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُمْ يَوْمَ سَقَطُوا وَذَلِكَ أَوَّلُ مَا كَانَ حُكْمُهُمْ حُكْمُ أَنْفُسِهِمْ لِسَيِّدِ الْأَمَةِ ».

قال الماوردي: وهذه المسألة قد مضت وهو أن يتزوج امرأة على أنها حرة فتكون أمة، فإن كان الزوج ممن لا ينكح الأمة فالنكاح باطل، وإن كان ممن ينكح الأمة إلا أنها منكوحة بغير إذن السيد فالنكاح باطل، وإن كانت منكوحة بإذن السيد، فإن كان هو الذي شرط حريتها فقد عتقت والنكاح جائز، وإن كان غيره هو الذي شرط حريتها إما هي أو وكيله أو هما فهي حيثنذ مسألة الكتاب وفي النكاح قولان حراً كان الزوج أو عبداً:

أحدهما: باطل، فإن لم يدخل بها فرق بينهما، ولا شيء عليه، وإن دخل بها فعليه مهر مثلها، فإن أولدها كان ولده حراً، لأنه على شرط الحرية، أو ولده سواء كان الزوج حراً أو عبداً، فإن كان الزوج حراً غرم مهر المثل وقيمة الولد وقت الولادة ورجع بقيمة الولد على من غره، لأنه ألجأه إلى غرمة، وهل يرجع بمهر مثلها عليه أم لا؟ على قولين، وإن كان الزوج عبداً فقي ما قد لزمه من مهر المثل، وقيمة الولد على ثلاثة أقاويل:

أحدها: في كسبه .

والثاني: في ذمته إذا أيسر بعد عتقه .

والثالث: في رقبته يباع فيه إلا أن يفديه سيده، وهذه الأقاويل الثلاثة من أصليين

في كل أصل منهما قولان:

أحدهما: أن العبد إذا نكح بغير إذن سيده، هل يكون المهر إن وطئها في ذمته أو

في رقبته؟ على قولين .

والثاني: أن العبد إذا أذن له سيده في النكاح فنكح نكاحاً فاسداً، هل يدخل في

جملة إذنه، ويكون المهر والنفقة في كسبه أم لا؟ على قولين، ثم لا رجوع للعبد قبل غرْم المهر وقيمة الولد على الغار له، فإذا غرّمها رجع عليه بقيمة الولد وفي رجوعه بمهر المثل قولان، فهذا إذا قيل: إن النكاح باطل.

والقول الثاني: في الأصل أن النكاح جائز فعلى هذا إن كان الزوج حراً، فهل له الخيار في الفسخ أم لا؟ على قولين، وإن كان عبداً فقد اختلف أصحابنا فكان أبو علي بن أبي هريرة، يقول خياره على قولين كالحر لمكان شروطه وكان أبو إسحاق المروزي يقول لا خيار له بخلاف الحر لمساواته لها في الرق، فإذا قيل لهما الخيار فاختارا الفسخ فالحكم في المهر، وقيمة الولد على ما مضى.

وإذا قيل بأن النكاح باطل، وإن اختار المقام أو قيل إن ليس له خيار فالحكم في الحالين واحد، وهو أن يختلف عليه المهر المسمى بالعقد وأولاده منها قبل علمه أحراراً، وبعد علمه مماليك فمن وضعته منهم لأقل من ستة أشهر بعد علمه فهم أحرار، لأنهم علقوا قبل علمه ومن وضعته بعد علمه بستة أشهر فصاعداً فهم مماليك، ولا يرجع بالمهر قولاً واحداً، لأنه المسمى بعقد صحيح، ويرجع بقيمة من عتق عليه من الأولاد، لأنه التزمها بالغرور دون العقد فإن كان الزوج عبداً كان المهر في كسبه قولاً واحداً، لأنه نكاح قد صح بإذن سيده ولا يكون قيمة الولد في كسبه؟ لأن إذن سيده بالنكاح لا يقتضيها وأين تكون؟ على قولين:

أحدهما: في رقبته.

والثاني: في ذمته إذا أعتق، ويكون ما استحق من المهر في صحة النكاح وفساده ملكاً للسيد، لأنه من كسب أمته، ويكون من رق من الأولاد ملكاً للسيد وقيمة من عتق منهم للسيد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَرْجَعُ بِهَا عَلَى الَّذِي غَرَّهَ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يُغَرِّمَهَا فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا فَوَلَدُهُ أَحْرَارٌ لِأَنَّهُ تَزَوَّجَ عَلَى أَنَّهُمْ أَحْرَارٌ وَلَا مَهْرَ لَهَا عَلَيْهِ حَتَّى يَبْعَثَ (قَالَ الْمُزَنِّي) وَقِيمَةَ الْوَلَدِ فِي مَعْنَاهُ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لَا غَرْمَ عَلَى مَنْ شَهِدَ عَلَى رَجُلٍ بِقَتْلِ خَطِئٍ أَوْ بَعَثَ حَتَّى يَغْرَمَ لِلْمَشْهُودِ لَهُ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنْ كَانَتْ هِيَ الْعَارَّةَ رَجَعَ عَلَيْهَا بِهِ إِذَا أُعْتِقَتْ».

قال الماوردي: فذكرنا أن الزوج يرجع بما غرّمه من قيمته الولد قولاً واحداً، وفي رجوعه بما غرّمه من مهر المثل دون المسمى قولان، ورجوعه بذلك إنما يكون على من غره بعد غرّمه فأما قبله فلا رجوع له، لأنه لم يغرم ما يرجع به، وقد يجوز أن يبرأ منه فلا يرجع به.

قال المزني هذا يدل على أن من شهد على رجل بقتل خطأ ثم رجع الشهود لم يلزمهم غرم الدية إلا بعد أن يغرمها العاقلة فيرجع بها حينئذ على الشهود وهذا صحيح، لأنه قبل الغرم قد يجوز أن يبرأ العاقلة فلا يستحق الرجوع، فإذا غرم الزوج ذلك لم يصح أن ينسب الغرور إلى السيد، لأنها تعتق عليه بقوله هي حرة فلا يكون غاراً، وإنما يصح أن يكون الغرور إما منها، أو من وكيله في نكاحها، أو منهما معاً، فإن تفرد الوكيل بغرور الزوج رجع عليه بقيمة الولد ومهر المثل في الحال إن كان موسراً، وانظر إلى ميسرته إن كان معسراً، وإن تفردت الأمة بالغرور يرجع الزوج عليها بقيمة الولد، وبجميع مهر المثل ولا يترك عليها شيئاً منه، لأنه قد غرم جميعه للسيد فلم يصبر بضعها مستهلكاً بغير مهر، وكان ذلك في ذمتها لأنها أمة تؤديه إذا أسرت بعد العتق.

فإن قيل: فهلا كان ذلك في رقبته تباع فيه كالعبد إذا نكح بغير إذن سيده ولزمه المهر بإصابته كان في رقبته على أحد القولين.

قيل: الفرق بينهما إن الرقبة لا يتعلق بها إلا جنابة، ووطء العبد جنابة توجب الغرم فجاز أن يعلو برقبته، وليس غرور الأمة جنابة ولا الغرم بها يتعلق وإنما تعلق بوطء الزوج فلم يجز أن يتعلق برقبته، وإن اشترك الوكيل، والأمة في الغرور كان غرم المهر وقيمة الأولاد بينهما بصفين لاستوائهما في الغرور، لكن ما وجب على الوكيل من نصف الغرم يؤخذ به معجلاً، لأنه حر، وما وجب على الأمة من نصف الغرم تؤخذ به إذا أسرت بعد العتق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَكَاتِبَةً فَيَرْجِعَ عَلَيْهَا فِي كِتَابَتِهَا، لِأَنَّهَا كَالْجِنَايَةِ فَإِنْ عَجَزَتْ فَحَتَّى تُعْتَقَ فَإِنْ ضَرَبَهَا أَحَدٌ فَالْقَتَّ جَنِينًا فَفِيهِ مَا فِي جَنِينِ الْحُرَّةِ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ جَعَلَ الشَّافِعِيُّ جَنِينَ الْمَكَاتِبَةِ كَجَنِينِ الْحُرَّةِ إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا تزوجها على أنها حرة فكانت مكاتبة كان في نكاحها قولان كالأمة:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز.

وهل له الخيار أم لا؟ على قولين كالأمة.

فإذا قيل بصحة النكاح، وأن لا خيار فيه أو فيه الخيار فاختر المقام عليه فالمهر المسمى بالعقد واجب وهو للمكاتبة دون سيدها، لأنه من كسبها واكتساب المكاتبة لها بخلاف الأمة، فأما أولادها الذين علق بهم بعد علم الزوج بكتابتها ففيهم قولان:

أحدهما: ممالك لسيدها.

والثاني: تبع لها يعتقدون بعقتها إن أدت، ويرقون برقتها إن عجزت.

وإذا قيل ببطلان النكاح أو قيل بصحته، وفيه الخيار فاختر الفسخ فالحكم في الحالين سواء وينظر فإن لم يدخل بها الزوج فلا مهر عليه، وإن دخل بها فعليه مهر المثل دون المسمى يكون ذلك للمكاتبة دون سيدها، وعليه قيمة أولادها وفيمن تكون له قيمتهم قولان:

أحدهما: للسيد إذا قيل: إنهم عبيده لو رقوا.

والثاني: للمكاتبة إذا قيل: إنهم تبع لها ثم فيما يأخذ من قيمتهم وجهان:

أحدهما: - وهو قول أبي إسحاق المروزي - تستعين به في كتابتها.

والوجه الثاني: - وهو قول أبي علي بن خيران - أنه يكون موقوفاً كما يوقف الأولاد لو رقوا، فإن عتقت بالأداء ملكت قيمتهم، وإن رقت بالعجز كانت قيمتهم للسيد ويرجع الزوج بقيمة الأولاد على من غره فإن كان الوكيل هو الذي غره رجع عليه بها بعد غرمها سواء غرمها للمكاتبة أو لسيدها، وإن كانت المكاتبة هي التي غرته فإن قيل: يجب للسيد غرمها للسيد ثم رجع بها على المكاتبة في مال كتابتها فإن عجزت ورتت فبعد عقتها.

وإن قيل: تجب قيمة الأولاد لها دون السيد سقطت عنه ولم يغرمها، لأنه لو غرمها لرجع بها، وأما المهر ففي رجوع الزوج به قولان على ما مضى.

فإن قيل: لا يرجع به دفع جميعه إليها.

وإن قيل: يرجع به نظر في الغار به، فإن كان الوكيل غرم لها مهرها ورجع بجميعه على الوكيل وإن كانت هي الغارة سقط عنه المهر، لأنه لها وهل يسقط جميعه أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يسقط جميعه، لأنه يستحق الرجوع على غيرها بجميعه.

والوجه الثاني: لا يسقط إلا أقل ما يجوز، أن يكون مهرأ فيلزمه دفعه إليها ولا يرجع به عليها، لأن لا يصير مستمتعاً ببضعها من غير بذل.

فصل: فلو كانت و المسألة بحالها حاملاً من هذا الزوج المغرور فضرب بطنها، فألقت حملها جنيناً ميتاً فعلى الضارب في جنينها غرة عبد أو أمة، لأنه حر في حقه ويكون ذلك للزوج، لأنه أبوه وواوئته إلا أن يكون هو الضارب فلا يرثه، لأنه صار قاتلاً ولا ترثه الأم، لأنها مكاتبة ويكون على الزوج فيه عشر قيمة أمه كالذي يكون في جنين مملوك، لأنه فيما يستحق على الأب من الغرم في حكم الجنين المملوك وفيما يستحقه

الأب على الضارب من الدية في حكم الجنين الحر وفيمن يستحق ما غرمه الأب من عشر قيمة أمه قولان:

أحدهما: يكون للسيد إذا قيل: إن الولد ملك له لورق.
والثاني: يكون للأم المكاتبه إذا قيل: إنه يكون تبعاً لها لورق، وهل تستعين به في مال كتابتها أو يكون موقوفاً بيدها على ما ذكرنا من الوجهين ثم يكون رجوع الزوج به على من غره مستحق على ما مضى - والله أعلم -.

بَابُ الْأَمَةِ تُعْتَقُ وَزَوْجُهَا عَبْدٌ مِنْ كِتَابٍ قَدِيمٍ وَمِنْ إِمْلَاءٍ وَكِتَابِ نِكَاحٍ وَطَلَاقٍ إِمْلَاءً عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ بُرَيْرَةَ أُعْتِقَتْ فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ (قَالَ) وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنْ لَيْسَ بَيْعُهَا طَلَاقًا إِذْ خَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَعْدَ بَيْعِهَا فِي زَوْجِهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كانت الأمة ذات زوج فبيعت أو أعتقت كان النكاح بحاله، ولم يكن ذلك طلاقاً لها.

وبه قال عمر، وعثمان، وعلي، وعبدالرحمن بن عوف، وسعد بن أبي وقاص وأكثر الصحابة، وجمهور الفقهاء، وذهب ابن عباس وابن مسعود، وأبي بن كعب وأنس بن مالك إلى أن بيعها طلاق لها، وكذلك عتقها، ولا نعرف قائلاً به من التابعين إلا مجاهد استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]. إلى قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]. فحرم من ذوات الأزواج إلا أن يملكن فيحللن للمالك، وهذه قد ملكت بالابتياح فوجب أن تحل لمالكها، ولأنه لما حلت ذات الزوج بالسبي لحدوث ملك السابي وجب أن تحل بالشراء لحدوث ملك المشتري.

والدليل على ثبوت النكاح أن بريرة أعتقت تحت زوج فخيرها رسول الله ﷺ في نكاحه، فلو كان نكاحها قد بطل بعقها لأخبرها به ولم يخيرها فيه، ولأن عقد النكاح أثبت من عقد الإجارة لدوامه فلما لم يبطل عقد الإجارة بالعتق والبيع فأولى أن لا يبطل بهما عقد النكاح، ولأنه لما كان بيع الزوج وعتقه لا يوجب بطلان نكاحه كذلك بيع الزوجة، وعتقها لا يوجب بطلان نكاحها، ولأن المشتري ملك عن البائع على الصفة التي كان البائع مالكها فلما كان النكاح مقراً على ملك البائع كان مقراً على ملك المشتري، فأما الآية فواردة في السبايا.

وأما الاستدلال بالسبايا فالفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن السبي لما أبطل الحرية التي هي أقوى، كان بأن يبطل النكاح أولى وليس كذلك البيع والعتق.

والثاني: أن السبي قد أحدث حجراً فجاز أن يبطل به ما تقدم من نكاحها وليس كذلك البيع والعتق.

فصل: فإذا ثبت أن النكاح بحاله فعلى المشتري إقرار الزوج على نكاحه، وله الخيار في فسخ البيع إن لم يكن عالماً بنكاحه لتفويت بضعها عليه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَرُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا قَالَتْ كَانَ عَبْدًا وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ كَانَ عَبْدًا يُقَالُ لَهُ مُغِيثٌ كَأَنِّي أَنْظَرُ إِلَيْهِ يَطُوفُ خَلْفَهَا يَبْكِي وَدُمُوعُهُ تَسِيلُ عَلَى لِحْيَتِهِ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْعَبَّاسِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَا عَبَّاسُ أَلَا تَتَعَجَّبُ مِنْ حُبِّ مُغِيثِ بُرَيْرَةَ وَمِنْ بُغْضِ بُرَيْرَةَ مُغِيثًا؟ فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ «لَوْ رَاجَعْتَهُ فَإِنَّمَا هُوَ أَبُو وَلَدِكَ» فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ بِأَمْرِكَ؟ قَالَ «إِنَّمَا أَنَا شَفِيعٌ» قَالَتْ فَلَا حَاجَةَ لِي فِيهِ وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ كَانَ عَبْدًا (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَا يُشَبِّهُ الْعَبْدَ الْحُرَّ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ وَلِأَنَّ لِلسَّيِّدِ إِخْرَاجَهُ عَنْهَا وَمَنْعَهُ مِنْهَا وَلَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ لَوْلَدِهَا وَلَا وِلَايَةَ وَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا».

قال الماوردي: أما إذا أعتقت الأمة تحت زوج، وكان عبداً فلها الخيار في فسخ نكاحه لكمالها ونقصه، وأن النبي ﷺ قال لبريرة: «ملكك نفسك فاختاري»^(١).

فأما إذا أعتقت الأمة وزوجها حر، فقد اختلف الفقهاء في خيارها فذهب الشافعي إلى أنه لا خيار لها.

وبه قال من الصحابة: ابن عمر، وابن عباس، وعائشة.

ومن التابعين: سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وسليمان بن يسار.

ومن الفقهاء: ربيعة، ومالك، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، وأحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة، وصاحبه: لها الخيار.

وبه قال النخعي والشعبي والثوري، وطاوس استدلالاً برواية إبراهيم بن الأسود عن عائشة قالت: خير رسول الله ﷺ بريرة، وكان زوجها حراً، وهذا نص قالوا: ولأن النبي ﷺ قال لبريرة: «قد ملكك بضعك فاختاري» فجعل علة اختيارها أنها ملكت بضعها، وهذه العلة موجودة إذا أعتقت تحت حُرٍّ لوجودها إذا أعتقت تحت عبد فوجب أن يكون لها الخيار في الحالين قال: ولأنها أعتقت تحت زوج فوجب أن يكون لها الخيار.

(١) أخرجه ابن عبد البر في «التمهيد» (٥٧/٣).

أصله: إذا كان الزوج عبداً، ولأنه قد ملك عليها بضعها بعد العتق بمهر ملكه غيرها في الرق فوجب أن يكون لها فسخه فيصح أن تملك بالحرية ما كان ممنوعاً عليها في العبودية.

ودليلنا: ما رواه عروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وعمرة بنت عبدالرحمن عن عائشة أن النبي ﷺ خير بريرة، وكان زوجها عبداً.

فوجه الدليل فيه أن الحكم إذا انتقل مع السبب تعلق الحكم بذلك السبب كما إذا نقل الحكم مع علة تعلق الحكم بتلك العلة، وقد نقل التخيير بعقتها تحت عبد فوجب أن يكون متعلقاً به.

فإن قيل: فقد روى الأسود عن عائشة أنه كان حراً فتعارضت الروايتان في النقل، وكانت رواية الحرية أثبت في الحكم، ألا ترى لو شهد شاهدان بحرية رجل وشهد آخرون بعبوديته كان شهادة الحرية أولى من شهادة العبودية كذلك في النقلين المتعارضين.

قيل: روايتنا أنه كان عبداً أولى من روايتهم أنه كان حراً من أربعة أوجه:

أحدها: أن راوي العبودية عن عائشة ثلاثة عروة، والقاسم، وعمرة، وراوي الحرية عنها واحد، وهو الأسود، ورواية الثلاثة أولى من رواية الواحد، لأنهم من السهو أبعد وإلى التواتر والاستفاضة أقرب وقد قال الله تعالى: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «الشیطان مع الواحد، وهو من الاثنين أبعد».

والثاني: أن من ذكرنا أخص بعائشة من الأسود، لأن عروة بن الزبير هو ابن أختها أسماء بنت أبي بكر، والقاسم بن محمد هو ابن أخيها محمد بن أبي بكر، وعمرة بنت عبدالرحمن، هي بنت أخيها عبدالرحمن بن أبي بكر، فهم من أهلها يستمعون كلامها مشاهدة من غير حجاب، والأسود أجنبي لا يسمع كلامها إلا من وراء حجاب، فكانت روايتهم أولى من روايته.

والثالث: أن نقل العبودية يفيد علة الحكم، ونقل الحرية لا يفيدها، لأن أحداً لا يجعل حرية الزوج علة في ثبوت الخيار، والعبودية يجعله علة في ثبوت الخيار فكانت رواية العبودية أولى.

والرابع: أنه قد وافق عائشة في رواية العبودية صحابيان ابن عمر، وابن عباس وما وافقهما في رواية الحرية أحد، أما ابن عمر فروى أنه كان عبداً، وأما ابن عباس فروى عنه خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس، قال: كان زوج بريرة عبداً أسود، يقال له مغيث كأني أراه يطوف خلفها بالمدينة، ودموعه تسيل على لحيته، فقال

رسول الله ﷺ لعمه العباس ألا تعجب من شدة حب مغيث بريرة ومن شدة بغض بريرة مغيث، قال: فقال لها رسول الله ﷺ «لو راجعته فإنما هو أبو ولدك» فقالت: أتأمرني فقال: إنما أنا شافع، قالت فلا حاجة لي فيه^(١).

فأما ترجيحه بأن شهود الحرية أولى من شهود العبودية كذلك راوي الحرية أولى من راوي العبودية.

فالجواب عنه أنه يقال: إن علم شهود الحرية بالعبودية فشهادتهم أولى، لأنهم أزيد علماً ممن علم العبودية، ولم يعلم ما يجدد بعدها من الحرية وإن لم يعلم شهود الحرية بالعبودية، وكان مجهول الحال فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين: أحدهما: أن الشهادتين قد تعارضتا فسقطتا.

والوجه الثاني: أن شهادة العبودية أولى، لأنها تخالف الظاهر من حكم الدار فكانت أزيد ممن شهد بالحرية التي هي الغالب من حكم الدار ألا ترى أن اللقيط يجري عليه حكم الحرية في الظاهر، لأنه الغالب من حكم الدار، ولأن أهلها أحرار فلم يكن في هذا الاستشهاد ترجيح.

فإن قالوا: تستعمل الروايتين فتحمل رواية من نقل العبودية على أنه كان عبداً وقت العقد، ورواية من نقل الحرية على أنه كان حراً وقت العتق، لأن الحرية تطراً على الرق، ولا يطرأ الرق على الحرية فكان ذلك أولى ممن استعمل إحدى الروايتين دون الأخرى.

والجواب عن هذا الاستعمال من وجهين:

أحدهما: أنه تأويل يبطل بخبرين:

أحد الخبرين: أن أسامة روى عن القاسم عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال لبريرة: «إن شئت أن تستقري تحت هذا العبد، وإن شئت فارقتيه» فيقال إنه كان في وقت التخيير عبداً.

والخبر الثاني: ما رواه هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنه كان عبداً فخيرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها، ولو كان حراً لم يخيرها.

والجواب الثاني: أننا نقابل هذا الاستعمال بمثله من وجهين:

أحدهما: أنه كان حراً قبل السبي وعبداً بعد السبي عند العقد والتخيير.

والثاني: أنه كان عبداً وقت العتق وحرراً وقت التخيير فتكون لها الخيار في أحد

(١) أخرجه البخاري (٦٢/٧) والنسائي (٢٤٥/٨) وأبو داود (٢٢٣١) وابن ماجه (٢٠٧٥) والبيهقي (٢٢٢/٧) وسعيد بن منصور (١٢٥٧) والخراطي في «مكارم» الأخلاق (٧٧).

المذهبيين، ويدل على صحة ما ذهبنا إليه أيضاً ما رواه ابن موهب عن القاسم عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية، فأرادت عتقها فقال لها رسول الله ﷺ (ابدأي بالغلام فلم يأمر النبي ﷺ بتقديم عتق الزوج إلا لفائدة ولا فائدة إلا سقوط خيار الزوجة على أنه قد روي أنه قال لها: ابدأي بالغلام، لأن لا يكون للزوجة خيار، فكان هذا نصاً صريحاً.

ويدل عليه من طريق القياس: أنها كافات زوجها في الفضيلة فوجب أن لا يثبت لها بذلك خيار كما لو أسلمت تحت مسلم أو أفاقت من جنون تحت عاقل، ولأن ما لم يثبت به الخيار في ابتداء النكاح لم يثبت به الخيار في أثناء النكاح كالعمى طرداً، وكالجب عكساً، ولأن ما لزم من عقود المعاوضات لم يثبت فيه من غير عيب خيار كالبيع.

فأما الجواب عن استدلالهم بقوله: «قد ملكت بضعك فاختاري» فهو أن هذا اللفظ ما نقله غيرهم ولا وجد إلا في كتبهم ثم يكون معناه قد ملكت نفسك تحت العبد فاختاري فلم يكن لها أن تختار نفسها تحت الحر.

وأما قياسهم على الزوج إذا كان عبداً فالمعنى فيه نقصه بالرق عن كمالها بالحرية فذلك كان عيباً يوجب الخيار، وليس كذلك عتقها مع الحر.

وأما استدلالهم بأنه قد ملك عليها بضعها بمهر ملكه غيرها فلا تأثير لهذا المعنى، واستحقاق الخيار، لأنها لو كانت مكاتبة وقت العقد فملك مهرها ثم أعتقت كان لها الخيار فبطل أن يكون استحقاقه لهذه العلة، وبطل أن يكون العلة، لأنها قد ملكت بالعتق ما ملك عليها في الرق، لأنها لو أوجرت ثم عتقت لم يكن لها في فسخ الإجارة خيار فلم يصح التعليل بواحد من الأمرين فبطل الاستدلال - والله أعلم -.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: « فَلِهَذَا - وَاللَّهِ أَعْلَمُ - كَانَ لَهَا الْخِيَارُ إِذَا أُعْتِقَتْ مَا لَمْ يُصْنَبْهَا زَوْجَهَا بَعْدَ الْعِتْقِ وَلَا أَعْلَمُ فِي تَأْقِيتِ الْخِيَارِ شَيْئًا يُتَّبَعُ إِلَّا قَوْلَ حَفْصَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ مَا لَمْ يَمَسَّهَا ».

قال الماوردي: وإذا ثبت أن لا خيار لها إذا أعتقت إلا أن يكون زوجها عبداً فلها أن تختار الفسخ بحكم حاكم، وغير حكمه بخلاف الفسخ بالعيوب، لأن خيارها بالعتق غير متفق عليه فلم يفتقر إلى حاكم، وخيارها بالعيوب مختلف فيه فأفتقر إلى حاكم وإذا كان كذلك فهل يكون خيارها على الفور أو التراخي فيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه على الفور معتبراً بالمكنة، لأنه خيار عيب ثبت لرفع ضرر فاقضى أن يكون على الفور كالخيار بالعتق في البيوع.

والقول الثاني: أنه ممتد بعد العتق إلى ثلاثة أيام هي آخر حد القليل، وأول حد الكثير، واعتباراً بالخيار في المصرة ثلاثاً، بأنه جعل الخيار خيار ثلاث.

والقول الثالث: أنه على التراخي ما لم تصرح بالرضى أو التمكين من نفسها، لأن النبي ﷺ قال لبريرة: لما رأى مغيثاً باكياً: «لو راجعته فإنه أبو ولدك» ولعل ذلك كان بعد زمان من عتقها، فلولا امتداد خيارها على التراخي لأبطله وقد روى محمد بن خزيمة عن ابن إسحاق بإسناد رفعه أن النبي ﷺ قال لبريرة: «لك الخيار ما لم يصبك» وهذا نص إن صح، ولأنه قول ابن عمر وحفصة وليس يعرف لهما فيه خلاف، ولأن طلب الأخط في هذا الخيار مثبتة يحتاج إلى فكر وارتياح فتراخي زمانه ليُعرف بامتداده أحظ الأمرين لهما، وخالف خيار العيوب التي لا يشته الأخط منها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ أَصَابَهَا فَادَّعَتِ الْجَهَالََةَ فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ لَا خِيَارَ لَهَا وَالْآخَرُ لَهَا الْخِيَارُ وَهَذَا أَحَبُّ إِلَيْنَا (قُلْتُ أَنَا) وَقَدْ قَطَعَ بِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ فِي كِتَابَيْنِ وَلَا مَعْنَى فِيهَا لِقَوْلَيْنِ».

قال الماوردي: وصورتها: في أمة اعتقت تحت عبد فمكنته من نفسها ثم ادعت الجهالة، وأرادت فسخ نكاحه فدعوى الجهالة على ضربين:

أحدهما: أن تدعي الجهالة بالعتق وأنها لم تعلم به حتى مكنت من نفسها فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم صدقها لبعدها عن البلد الذي فيه سيدها، وقرب الزمان عن أن يصل إليها خبر عتقها فقولها مقبول، ولها الخيار، لأن خيار العيوب لا يبطل بالتأخير إذا جهلت.

والقسم الثاني: أن تعلم كذلك بها، لأنها وجهت بالعتق أو بشرت به فعلمت أحكامها فقولها مردود، ولا خيار لها بعد التمكين.

والقسم الثالث: أن يحتمل الأمرين فالقول قولها مع يمينها، لأن الأصل عدم علمها وثبوت الخيار لها فلم يصدق الزوج في إبطاله عليها، ومن أصحابنا من خرج فيه وجهاً آخر أن القول فيه قول الزوج، لأن الأصل فيه ثبوت النكاح فلا يقبل قولها في فسخه مع احتمال تخريجها من أحد القولين في الجهالة بالحكم.

فصل: والضرب الثاني: أن تدعي الجهالة بالحكم مع علمها بالعتق فتقول: لم أعلم بأن لي الخيار إذا أعتقت فمكنته من نفسي، وإن كانت عالمة بالعتق فهو أيضاً على الأقسام الثلاثة:

أحدها: أن يعلم أن مثلها لا يعلم، لأنها جلية أعجمية فقولها مقبول، ولها الخيار.

والثاني: أن يعلم أن مثلها يعلم، لأنها مخالطة للفقهاء مسائل العلماء فقولها غير مقبول، ولا خيار لها بعد التمكين.

والثالث: أن يحتمل الأمران أن يعلم، وأن لا يعلم، فإن صدقها الزوج على أن لم تعلم فلها الخيار، وإن أكذبها فيه قولان:

أحدهما: أن القول قولها مع يمينها اعتباراً بثبوت الخيار لها وأنه حكم قد يخفى على العامة ولا يكاد يعرفه إلا الخاصة فلم يقبل قول الزوج في إبطاله.

والقول الثاني: أن القول قول الزوج مع يمينه ولا خيار لها اعتباراً بلزوم النكاح فلم يقبل قولها في فسخه.

فأما المزني فاختار الأول، وهو أصح لكنه جعل نص الشافعي عليه في موضعين إبطالاً للثاني، وليس بصحيح، لأنه لما لم يبطل الثاني بذكر الأول لم يبطل بإعادة الأول - والله أعلم -.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ اخْتَارَتْ فِرَاقَهُ وَلَمْ يَمَسَّهَا فَلَا صَدَاقَ لَهَا فَإِنْ أَقَامَتْ مَعَهُ فَالْصَّدَاقُ لِلسَّيِّدِ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِالْعَقْدِ».**

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا خيرت المعتقة تحت عبد فلها حالتان:

إحدهما: أن تختار الفسخ فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يفسخ قبل الدخول فيسقط مهرها، لأن الفسخ إذا جاء من قبلها قبل الدخول أسقط مهرها كالردة، وكما لو قال لها، وهي غير مدخول بها أنت طالق إن شئت فشاءت طلقتين لا مهر لها لوقوع الطلاق بمشيئتها.

والضرب الثاني: أن يفسخ بعد الدخول فالمهر مستقر بالدخول ثم ينظر فإن كان الدخول قبل العتق، وجب المهر المسمى، لأن فسخ النكاح كان بحادث بعد الدخول، وإن كان الدخول بعد العتق وهو أن لا تعلم بالعتق حتى يدخل بها فيكون لها مهر المثل دون المسمى، لأنه فسخ بسبب قبل الدخول، وإن كان موجوداً بعده فصار العقد مرفوعاً بسببه المتقدم فلذلك وجب بالعدة في الإصابة مهر المثل كما قلنا في العيب ثم يكون هذا المهر للسيد سواء كانت الإصابة قبل العتق أو بعده.

فصل: والحالة الثانية: أن يختار المقام والنكاح ثابت والصداق على ضربين:

أحدهما: أن يكون مسمى في العقد فهو للسيد دونهما.

وقال مالك: يكون الصداق لها وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن المهر مستحق بالعقد، وإن صار مستقراً بالدخول، والعقد في ملك السيد فوجب أن يكون الصداق له كما لو عقدته في حريتها كان الصداق لها.

والثاني: أنه قد يعقد على منافعها بالإجارة تارة وبالنكاح أخرى فلما كان لو

أجرها ثم أعتقها كانت الأجرة له دونها كذلك إذا زوجها ثم أعتقها كان الصداق له دونها.

والمضرب الثاني: أن تكون مفوضة لم يسم لها في العقد صداقاً حتى أُعْتِقَتْ فيه قولان مبنيان على اختلاف قولي الشافعي فيما فرض من صداق المفوضة هل يكون مستحقاً بالعقد أو بالفرض.

فأحد القولين: أنه مستحق بالعقد، وإن فرض بعده، لأنه بدل من المسمى فيه، فعلى هذا يكون للسيد استحقاقه في ملكه كالمسمى.

والقول الثاني: أنه مستحق بالفرض لخلو العقد منه، فعلى هذا يكون للمتعة لاستحقاقه بعد عتقها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَانَتْ فِي عِدَّةٍ طَلَّقَهَا فَلَهَا الْفَسْخُ».

قال الماوردي: وصورتها في عبد طلق زوجته الأمة واحدة بعد الدخول فله عليها الرجعة وقد بقيت معه على طلقة، وصارت كزوجة الحر بعد الطلقتين، لأن الحر يملك ثلاثاً والعبد طلقتين فإن أعتقت هذه الأمة المطلقة في عِدَّتِهَا فَلَهَا الْفَسْخُ، لأنها في عدة الطلاق الرجعي في حكم الزوجات لوقوع طلاقه عليها، وصحة ظهاره وإيلائه منها فَكَانَ لَهَا الْفَسْخُ، وإن كانت جارية في فسح، لأن الفسخ لا ينافي الفسخ وليستعيد بالفسخ قصور إحدى العديتين، وإذا كان كذلك فلها بعد عتقها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يختار الفسخ.

والثاني: أن يختار المقام.

والثالث: أن تمسك فلا تختار الفسخ ولا المقام فإن اختارت الفسخ، كان ذلك لها وهل للزوج أن يرجع بعد الفسخ أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له الرجعة، لأنه قد ملك الرجعة بطلاقه.

والوجه الثاني: لا رجعة له، لأن الرجعة تراد للاستباحة، والفسخ قد منع منها فلم يكن للرجعة تأثير، فعلى هذا إن قلنا: إنه لا رجعة له كان تأثير الفسخ إسقاط الرجعة لا وقوع الفرقة، لأن الفرقة وقعت بالطلاق دون الفسخ، وأول عدتها من يوم الطلاق في الرق، وقد صارت في تضاعيفها حرة، فتكون عدتها على ما مضى من القولين:

أحدهما: عدة أمة اعتباراً بالابتداء.

والثاني: عدة حرة اعتباراً بالانتهاء.

وإن قيل: له الرجعة، فعلى هذا لا يخلو من أحد أمرين.

إما أن يراجع أو لا يراجع، فإن لم يراجع وقعت الفرقة بالطلاق دون الفسخ، وفي عدتها قولان على ما مضى، وإن راجع وقعت الفرقة بالفسخ دون الطلاق، وأول عدتها من وقت الفسخ، وهي عدة حرة، لأنها بدأت بها، وهي حرة وإن اختارت المقام فلا تأثير لهذا الاختيار، لأن جريانها في الفسخ يمنع من استقرار حكم الرضى.

وقال أبو حنيفة: قد بطل خيارها بالرضى، وليس لها بعد الرجعة أن تفسخ، لأن أحكام الزوجية جارية عليها في حق نفسها إن رضيت، وهذا خطأ، لأن الجارية في عدة الفرقة لا يلزمها حكم الرضى إذا اعتقت كما لو ارتد، وقال أنت بائن فإن أبا حنيفة يوافق فيهما أن الرضى غير مؤثر، فعلى هذا للزوج أن يراجع لا يختلف فإن لم يراجع وقعت الفرقة بالطلاق، وكان في عدتها قولان: وإن راجع عادت بالرجعة إلى الزوجية فتكون حينئذ بالخيار بين الفسخ، والمقام، لأن ذلك الرضى لما كان في غير محله سقط حكمه، فإن اختارت المقام كان على الزوجية وإن اختارت الفسخ استأنفت عدة حرة من وقت الفسخ، وإن لم يكن لها وقت العتق اختيار المقام ولا الفسخ فهو على ما ذكرنا من أن الزوج أن يراجع، فإن لم يفعل حتى مضت العدة وقعت الفرقة بطلاقه وفي عدتها قولان، وإن راجع كانت حينئذ بالخيار فإن فسخت استأنفت من وقت الفسخ عدة حرة.

فصل: فأما إذا كان العبد قد طلقها اثنتين فقد استوفى ما ملكه من طلاقها فإن اعتقت في العدة لم يكن لها الفسخ؛ لأنها مبتوتة بالطلاق فصارت بائناً، وهكذا لو خالعا على طلاق واحدة لم يكن لها الفسخ إذا اعتقت؛ لأنها بالخلع مبتوتة وإن بقي لها من الطلاق واحدة.

فصل: وإذا اعتقت الأمة تحت عبد فبادر الزوج فطلقها قبل الفسخ ففي وقوع طلاقها قولان:

أحدهما: - رواه الربيع - أن الطلاق لا يقع؛ لأن استحقاقها للفسخ يمنع من تصرف الزوج فيها بغير الطلاق فمنعه من التصرف فيها بالطلاق.

والقول الثاني: - نص عليه في الإملاء - أن طلاقه واقع، لأنها قبل الفسخ زوجة، وإن استحققت الفسخ والطلاق، وإن كان تصرفاً فهو موافق للفسخ، وإنما يمنع من تصرف يضاده كالاستمتاع وهذا اختيار ابن سريج.

وقال أبو حامد الإسفراييني: الطلاق موقوف فإن فسخت بان أنه لم يكن واقعاً، وإن لم يفسخ بان أنه كان واقعاً كطلاق المرتدة، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهِيَ عَلَى وَاحِدَةٍ».

قال الماوردي: وصورتها في أمة اعتقت تحت عبد فإن فسخت نكاحه من غير أن

يطلقها جاز بعد الفسخ أن يتزوجها سواء كانت في العدة أو بعدها؛ لأن العدة إذا كانت منه منعت من نكاح غيره، ولم يمنع من نكاحه فإذا نكحها كانت معه على ما يملك من الطلاق الكامل وهو طلقتان؛ لأن العبد لا يملك أكثر منهما، وليس الفسخ طلاقاً، وإن كان الزوج قدطلقها قبل فسخها طلقتين فقد حرمت عليه إلا بعد زوج كما تحرم على الحر بما بعد ثلاث لاستيفائه ما ملك من الطلاق، وإن كان الزوج قدطلقها واحدة فله أن يستأنف نكاحها في العدة وبعدها، سواء فسخت بعد طلاقه أو لم تفسخ وتكون معه على طلقة واحدة وهي الباقية له من الطلقتين، فلو كان العبد قد أعتق قبل أن تستأنف نكاحها ففيما يملكه من طلاقها قولان بناء على اختلاف قوليه إذا عتقت في تضاعيف عدتها:

أحدهما: تكون معه على طلقة واحدة اعتباراً بما هي من نكاحه الأول الذي كان فيه عبداً.

والقول الثاني: تكون معه على اثنتين اعتباراً بما يملكه في نكاحه الثاني الذي قد صار به حراً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَعَلَى السُّلْطَانِ أَنْ لَا يُؤَجِّلَهَا أَكْثَرَ مِنْ مَقَامِهَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن للمعتقة تحت عبد أن تختار الفسخ في نكاحه من غير حكم فإن ترفع الزوجان فيه إلى الحاكم أو السلطان.

قال الشافعي: «فعلى بالسلطان أن لا يؤجلها أكثر من مقامها» فاختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه جواب منه على القول الذي يجعل خيارها فيه على الفور دون التراخي فلا يؤجلها أكثر من مقامها للتحاكم فيه؛ لأنه المعتبر من مكنة الفور.

فأما على القول الذي يجعل خيارها إلى ثلاث أو على التراخي فليس له قطع خيارها ولا إبطال ما استحقته من مدته أو من تراخيه.

والوجه الثاني: أنه جواب منه على الأقاويل كلها؛ لأن الحاكم منصوب للفصل بين الخصوم، فإذا قاضها الزوج إليه، وقال الزوج: إما أن تمكيني أو تفسخي لم يجز للحاكم أن يمهلها ويذرها معه معلقة ليست بزوجة ولا مفارقة فيقول لها: أنت وإن كان خيارك ممتداً على التراخي بالتحاكم ثلاث والقضاء يفصل فاختاري تعجيل الفسخ أو الرضى فإن فسخت في مجلسه وإلا سقط حقها منه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ كَانَتْ صَبِيَّةً فَحَتَّى تَبْلُغَ».

قال الماوردي: وصورتها: في أمة صغيرة أعتقت تحت عبد فقد وجب لها

الخيار مع الصغر، لأن ماوجب في العقود من الحقوق استوى أستحقاقه في الصغير والكبير كالشفعة لكن ليس لها قبل البلوغ أن تختار الفسخ بخلاف التخيير بين الأبوين .
والفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أنه تخيير يستحق في الصغر، فلم يجوز أن يفوت بانتظار البلوغ فخالف خيار العتق .

والثاني : أنه تخيير لا يلزم به حكم فجاز أن يكون ممن ليس لقوله حكم، وإذا كان هكذا فليس لوليها من أب ولا معتق أن يختار عليها بخلاف الشفعة التي يكون للولي أخذها .

والفرق بينهما : أن في هذا الخيار استهلاكاً ليس في الشفعة فجرى مجرى استحقاق القود الذي ليس للولي فيه خيار لما تضمنه من الاستهلاك .

فصل: فإذا تقرر أن لا خيار لها ولا لوليها حتى تبلغ، فإذا بلغت كان البلوغ أول زمان الخيار فيكون فيه حينئذ ثلاثة أقاويل :

أحدها : أنه على الفور في الحال .

والثاني : أنه ممتد إلى ثلاثة أيام .

والثالث : أنه على التراخي ما لم ترض أو تمكن، فلو أراد الزوج أن يطأها ما بين عتقها وبلوغها فالصحيح أنه تمكن منه، ولا يمنع من إصابتها ، لأن استحقاقها للفسخ مغير لحكم ما تقدمه من الإباحة، وهذا الوجه مخرج من القول الذي رواه الربيع أن طلاق الزوج قبل الفسخ وبعد استحقاقه لا يقع .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَا خِيَارَ لَأُمَةٍ حَتَّى تَكْمَلَ فِيهَا الْحُرِّيَّةُ .

قال الماوردي: وهذا صحيح: لأن أحكام الرق جارية عليها قبل استكمال الحرية، فإذا أعتق بعضها ورق باقيها، فإن قل فلا خيار لها، وكذلك لو دبرت أو كوتبت وفي مقابلة ذلك أن يعتق جميعها، وقد أعتق من الزوج بعضه وإن كثر ورق باقيه، وإن قل فلها الخيار في فسخ نكاحه؛ لأن أحكام الرق جارية عليه ما لم تكمل حرية .

فصل: ويتفرع على هذا الأصل إذا زوجها سيدها بعبد على صداق مائة درهم ثم أعتقها في مرضه وقيمتها مائة درهم وخلف معها مائة درهم ولم يدخل الزوج بها فلا خيار لها بالعتق، وإن كان زوجها عبداً؛ لأن اختيارها الفسخ مفض إلى إبطال العتق والفسخ؛ لأنها إذا فسخت قبل الدخول بطل صداقها فصارت التركة مائتا درهم قيمتها نصفها فيعتق ثلثها ويرق ثلثها، وإذا رق ثلثها بطل خيارها؛ لأن ما أدى ثبوته إلى

إبطاله وإبطال غيره أبطل ثبوت غيره فكذلك بطل الخيار ومضى العتق، ولهذا نظائر قد ذكرناها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أُعْتِقَ قَبْلَ الْخِيَارِ فَلَا خِيَارَ لَهَا».

قال الماوردي: وصورتها: في أمة أعتقت تحت عبد فلم تختر فسخ نكاحه حتى أعتق إما بأن لم تعلم بعتقها فيكون خيارها باقياً على الأقاليل كلها، وإما بأن علمت، وقيل خيارها على التراخي دون الفور ففي بقاء خيارها قولان: أحدهما: أن خيارها ثابت اعتباراً بوجوده في الابتداء فلم يسقط مع زوال سببه إلا بالاستبقاء.

والقول الثاني: نص عليه في هذا الموضوع أنه لا خيار لها؛ لأن مقصود خيارها إزالة النقص الداخل عليها برقه وقد زال النقص بعتقه فلم يبق لاستحقاق الخيار معنى يقتضيه، فلو أعتق الزوجان في حالة واحدة فلا خيار لهما لاستوائهما في التكافؤ بالرق والعتق، ولو أعتق الزوج دونها ففي استحقاقه لفسخ نكاحها بعتقه ورقها وجهان:

أحدهما: له الفسخ ليستحق عليها من الخيار مثل ما تستحقه عليه فيستويان فيه. والوجه الثاني: لا خيار له، وإن كان لها الخيار؛ لأن الزوج يقدر على إزالة الضرر بالطلاق وهي لا تقدر عليه إلا بالفسخ فافترقا فيه والله أعلم بالصواب.

بَابُ أَجْلِ الْعَيْنِ وَالْخَصِيِّ غَيْرِ الْمَجْبُوبِ وَالْخُنْثَى مِنَ الْجَامِعِ مِنْ كِتَابِ قَدِيمٍ وَمِنْ كِتَابِ التَّغْرِيبِ بِالْخُطْبَةِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ مَعْمَرٍ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنِ ابْنِ الْمُسَيَّبِ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ أَجَّلَ الْعَيْنَ سَنَةً (قَالَ) وَلَا أُحْفَظُ عَمَّنْ لَقِيْتُهُ خِلَافًا فِي ذَلِكَ فَإِنْ جَامَعَ وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا.

قال الماوردي: وهذا كما قال: أما العنة فهي العجز عن الوطء للين الذكر وعدم انتشاره، فلا يقدر على إيلاجه فسمي من به العنة عينياً، وفي تسميته بذلك تأويلان: أحدهما: أنه سمي عينياً للين ذكره يعني عند إرادة الوطء وانعطافه مأخوذ من عنان الفرس للينه.

والتأويل الثاني: أنه سمي عينياً، لأن ذكره يعنى عند إرادة الوطء أن يعترض عن يمين الفرج ويساره فلا يلج مأخوذ من العنن، وهو الاعتراض، يقال عزلك الرجل إذا اعترضتك عن يمينك أو يسارك.

والعنة عيب يثبت به للزوجة خيار الفسخ، وهو إجماع الصحابة، وقول جميع الفقهاء إلا شاذاً عن الحكم بن عيينة وداود: أنه ليس بعيب ولا خيار فيه استدلالاً بأن امرأة رفاعة لما تزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير أتت النبي ﷺ فقالت: أن زوجي أبت طلاقى، وقد تزوجنى عبد الرحمن بن الزبير، وإنما له مثل هدبة الثوب فقال لها النبي ﷺ: «تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقى عسيلته ويدوق عسيلتك»^(١) فلم يجعل العنة فيه عيباً، ولا جعل لها خياراً.

وروى هانئ بن هانئ أن امرأة شكت إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن زوجها لا ينتشر فقال: ولا عند الحر قالت لا، قال ما عند أمت هذا خير ثم قال: أذهبي فجيئي به، فلما جاءه ربه شيخلاً ضعيفاً فقال: لها أصبري فلو شاء الله أن يبتليك بأكثر من هذا فعل، ولم يجعل لها خياراً^(٢).

(١) أخرجه البخاري (١٤٧/٢) ومسلم (١٥٤/٤) والنسائي (٨٠/٢) والترمذي (٢٠٨/١) والدارمي (١٦١/٢) وابن أبي شيبة (٤٠/٧) وابن ماجه (١٩٣٢) وابن الجارود (٦٨٣) والبيهقي (٣٧٣/٧) والطالسي (١٤٣٧) وأحمد (٣٤/٦).

(٢) أخرجه البيهقي (٢٢٧/٧).

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَّهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فلما كان الوطاء حقاً له عليها وجب أن يكون حقاً لها عليه وقال تعالى: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وهي الفرقة؛ ولأنه إجماع الصحابة حكى ذلك عن عمر، وعلي، وابن مسعود، والمغيرة، وابن عمر وجابر، أنه يؤجل فإن أصاب وإلا فرق بينهما، وليس يعرف لهم في الصحابة مخالف. فإن قيل: فقد تقدمت الرواية عن علي بخلاف هذا.

قيل: تلك الرواية ليست ثابتة؛ لأن هانئ بن هانئ ضعيف عند أصحاب الحديث ولأن تلك لم يكن زوجها عتيماً؛ لأنه عجز بعد القدرة لضعف الكبير.

وقيل: إنها كانت قد عنست عنده والعين هو الذي لم يصبها قط وقد قال الشافعي في إثبات الإجماع: لا أحفظ عن لقيته خلافاً؛ ولأنه لما وجب لها بالجيب خيار الفسخ لفقد الإصابة المقصورة فكذلك العنة؛ ولأن العنين أسوأ حالاً من المولي لأن المولي تارك للإصابة مع القدرة، والعنين تارك لها مع العجز، فلما كان لها الفسخ في الإيلاء فلأن يكون لها في العنة أولى؛ ولأنه لما وجب له الخيار في فسخ نكاحها بالرتق لتعذر الجماع عليه مع قدرته على فراقها بالطلاق كان أولى أن يجب لها بعنة الزوج؛ لأنها لا تقدر على فراقه بالطلاق.

فأما الجواب عن حديث امرأة رفاعة فمن وجهين:

أحدهما: أنها شكت ضعف جماعه، ولم تشك عجزه عنه ألا تراه قال لها: «لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» ولو كان عاجزاً لما ذاق واحد منهما عسيلة صاحبه على أنه قد روى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن النبي ﷺ قال لها: «لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» فقالت يارسول الله قد جاءني هبة وفيه معنيان: أحدهما: أن الهبة مرة واحدة قاله ابن وهب.

والثاني: أنها حقبة من الدهر قاله أبو زيد، وهذا نص في الجواب.

والثالث: أنها أدعت ذلك على زوجها، ولم يكن من الزوج أعراف بدعواها بل أنكر عليها قولها فقال: كذبت يا رسول الله فيني: «أعركها عرك الأديم العكاظي».

فصل: فإذا ثبت أن العنة عيب يثبت به خيار الفسخ فهو معتبر بشرطين:

أحدهما: أن لا يكون قد أصابها قط فإن أصابها مرة زال عنه حكم العنة لما سنذكره.

والثاني: أن لا يقدر على إيلاج حشفة الذكر فإن قدر على إيلاج الحشفة وإن استعان بيده زال عنه حكم العنة، فإذا تكامل الشرطان وتصادق عليهما الزوجان لم يتعجل الفسخ بها، وأجل الزوج لها سنة كاملة بالأهله.

وحكي عن مالك: أنه يؤجل نصف سنة.

وحكي عن الحارث بن أبي ربيعة أنه يؤجل عشرة أشهر وحكي عن سعيد بن المسيب أنها إن كانت حديثه العهد معه أجل لها سنة، وإن كانت قديمة العهد معه أجل لها خمسة أشهر، وكل هذه الأقاويل فاسدة لا يرجع التقدير فيها إلى أصل من جهة، وتقدير أصله بالسنة أولى من وجهين:

أحدهما: أنه مروى عن عمر؛ لأنه أجل العنين سنة^(١)، وعمر لا يفعل هذا إلا عن توقيف يكون نصاً أو عن اجتهاد شاور فيه الصحابة، لأنه كان كثير المشورة في الأحكام فيكون مع عدم الخلاف فيه إجماعاً، وإذا تردد بين حالين نص أو إجماع لم يجز بخلافه.

والثاني: إن التأجيل إنما وضع ليعلم حاله، هل هو من مرض طارىء فيرجى زواله أو من نقص في أصل الخلقة فلا يرجى زواله فكانت السنة الجامعة للفصول الأربعة أولى أن تكون أجلاً معتبراً؛ لأن فصل الشتاء بارد رطب وفصل الصيف حار يابس، وفصل الربيع حار رطب، وفصل الخريف بارد يابس فإذا مر بالمرض ما يقابله من فصول السنة ظهر وكان سبباً لبرئه، فإن كان من برد ففصل الحر يقابله فإن كان من حر ففصل البرد يقابله، وإن كان من رطوبة ففصل اليبوسة يقابله، وإن كان من يبوسة ففصل الرطوبة يقابله، وإن كان مركباً من نوعين فما خالفه في النوعين، هو المقابل له، فإذا مضت عليه الفصول الأربعة وهو بحالة لم يكن مرضاً لما قيل عن علماء الطب إنه لا يسحر الداء في الجسم أكثر من سنة وعلم حينئذ أنه نقص لازم لأصل الخلقة فصار عيباً يوجب الخيار.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من حكم العنة وأجلها فقد اختلف أصحابنا بماذا يثبت العنة إن ادعتها الزوجة على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنها لا تثبت إلا بإقراره أو بينة على إقراره فيكون الإقرار وحده معتبراً في ثبوتها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنها تثبت بإقراره أو بنكوله لعدم إنكاره ولا يراعي فيه يمين الزوجة؛ لأنها لا تعرف باطن حاله فتحلف.

والوجه الثالث: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، وأكثر أصحابنا، وحكاه أبو حامد الإسفراييني ولم يحك ما سواه أنها تثبت بإقراره على الزوجة بعد نكوله، وإنكاره لا يثبت إن لم يحلف بعد النكول ولا يمتنع أن يحلف على مغيب بالإمارات الدالة على حاله كما يحلف على كنايات القذف والطلاق، وأنه أراد به القذف والطلاق إذا أنكر ونكل والله أعلم.

(١) أخرجه البيهقي (٧/٢٢٦).

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ قُطِعَ مِنْ ذَكَرِهِ فَبَقِيَ مِنْهُ مَا يَقَعُ مَوْقِعَ الْجَمَاعِ».

قال الماوردي: أما إن كان مقطوع الذكر بأسره فهو الم محبوب، ولها الخيار في فرقتها من غير تأجيل؛ لأن جماعه ما يؤس منه فلم يكن للتأجيل معنى ينتظره فإن رضيت لوجه ثم سألت أن يؤجل للعنة لم يجز لاستحالة الوطء مع الحب الذي يقع به الرضى وإن كان بعض ذكره مقطوعاً فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون الباقي منه دون قدر الحشفة لا يقدر على إيلاجه فهذا كالمحبوب، ولها الخيار في الحال من غير تأجيل.

والضرب الثاني: أن يبقي منه قدر الحشفة ويقدر على إيلاجه فعنه قولان:

أحدهما: أنه ليس بعيب في الحال؛ لأنه يقدر على إيلاجه فجرى مجرى الذكر إلا أن يقترن به عنة فيؤجل لها أجل العنة.

والقول الثاني: أنه عيب في الحال وإن يكن معه عنة لئلا ينقص الاستمتاع عن حال الذكر السليم، فإن رضيت بقطعه وأرادت تأجيل العنة أجل.

والضرب الثالث: ألا يعلم قدر باقيه هل يكون قدر الحشفة إن انتشر فيقدر على إيلاجه أو يكون أقل فلا يقدر على إيلاجه، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه يجري عليه حكم أكثر الأمرين، فالباقي منه قدر الحشفة، استصحاباً، بالحالة الأولى، ولا يكون لها الخيار في أصح القولين عاجلاً إلا أن يؤجل لها أجل العنة، كالضرب الثاني.

والوجه الثاني: - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - أنه يجري عليه حكم أقل الأمرين، وأن الباقي منه، أقل من قدر الحشفة، فيكون لها الخيار في الحال تغليباً لحكم القطع دون العنة كالضرب الأول.

فصل: وأما الخصي فهو الذي قطعت أنثياه مع الوعاء، وأما المسلول: فهو الذي أسلت أنثياه من الوعاء.

وأما الموجور: فهو الذي رضت أنثياه في الوعاء وحكم جميعهم سواء وهل يكون عيباً يتعجل به فسخ النكاح فيه قولان مضيا، فإن جعل عيباً يعجل به الفسخ من وقته، فإن رضيت به الزوجة، وأرادت تأجيله للعنة أُجِّلَ لها بخلاف الم محبوب لإمكان الوطء منه واستحالاته من الم محبوب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «أَوْ كَانَ خُنْثَى يَبُولُ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ الرَّجَالُ».

قال الماوردي: للخنثى حالتان: مشكل وغير مشكل فأما المشكل فيأتي وأما غير المشكل، فهو أن يبول من ذكره دون فرجه، فيكون رجلاً، يصح أن يتزوج امرأة، وهل

يكون زيادة فرجه عيباً فيه، يوجب الفسخ وفي الخيار فيه قولان مضيا، فإن لم يجعل عيباً أجل للعنة إن ظهرت به .

وإن جعل كان لها أن تتعجل به الفسخ فإن رضيت به، وظهرت عنته، أجل لها؛ لأن نقصه بالعنة غير نقصه بالخنوة والله أعلم .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «أَوْ كَانَ يُصِيبُ غَيْرَهَا وَلَا يُصِيبُهَا» .

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو حال من له أربع زوجات من ثلاثة أقسام .

إمّا أن تُعَدَّ مِنْ جَمِيعِهِنَّ ، وكان يطأهن كُلَّهِنَّ، انتفت عنه العنة عموماً .

وما لم تُعَدَّ مِنْ جَمِيعِهِنَّ وكان يطأهن كُلَّهِنَّ، ولا خيار، وإن عُدَّ مِنْ جَمِيعِهِنَّ فلا يطأ واحدة مِنْهِنَّ فإذا سألوا تأجيله أجل لهم حولاً؛ لأنها مدة يعتبر بها حاله فاستوى حكمها في حقوقهن كلهن فإذا مضت السنة كان لهن الخيار، فإن اجتمعن على الفسخ، كان ذلك لهن، وإن افترقن أجرى على كل واحدة حكم أختيارها، وإن عزم بعضهن دون بعض فوطاً أثنتين، ولم يطأ أثنتين ثبتت عنته، فمن امتنع من وطئها، وإن سقطت عنته في جميعهن، ولا خيار لمن لا يطأها مِنْهِنَّ، لأنه لا يجوز أن يكون عتيباً وغير عتین، وهذا خطأ، لأنه ليس يمنع أن يلحقه العنة من بعضهن لما في طبعه في الميل إليهن، وقوة الشهوة لهن مختص كل واحدة منهن بحكمها معه .

فصل: وإذا أخبرها الزوج قبل النكاح أنه عتین فنكحت على ذلك ثم أرادت بعد العقد تأجيله للعنة، وفسخ النكاح بها، ففيه قولان:

أحدهما: أنه قال في القديم: ليس لها ذلك، ولا خيار لها، كما لو نكحته عالمة بعين ذلك من عيوبه .

والقول الثاني: قاله في الجديد لها الخيار بخلاف سائر العيوب، لأن العنة قد تكون في وقت دون وقت ومن امرأة دون امرأة، وغيرها من العيوب تكون في الأوقات كلها ومن النساء كُلَّهِنَّ .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَسَأَلْتُ فُرْقَتَهُ أَجَلْتُهُ سَنَةً مِنْ يَوْمِ تَرَافَعَا إِلَيْنَا (قَالَ) فَإِنْ أَصَابَهَا مَرَّةً وَاحِدَةً فَهِيَ امْرَأَتُهُ» .

اعلم أن استحقاق الخيار بالعنة، وتأجيل الزوج فيه لا يسار إلا بحكم حاكم لأن الخيار مستحق باجتهاد، وتأجيل السنة عن أجهاد وما أخر ثبوته من طريق الاجتهاد دون النص والإجماع لم يستقر إلا بحكم حاكم، فإن علمت المرأة بعنة الزوج، كان حقها في مرافعته إلى الحاكم على التراخي دون الفور؛ لأنه قبل التأجيل عيب مظنون، وليس بمتحقق، فإن أجزت محاكمته سنة، رافعته إلى الحاكم، استأنف بها الحؤول،

من وقت الترافع إليه ولم يحتسب بما مضى منه، وخالف مدة الإيلاء لأن تلك نص، وهذه عن أجهاد، فلو أقر لها عند الحاكم بالعنة أجّله لها، ولم يعجل الفسخ بإقراره لأمرين:

أحدهما: أن الفسخ يؤجل لسنة فلم يجز أن يعجل قبلها.
والثاني: أنه ربما زالت العتّة، فلم يجز فسخ النكاح بها والله أعلم.
مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إِذَا تَزَوَّجَ رَجُلٌ أُمْرَأَةً وَلَمْ يُصْبَهَا فِي نِكَاحِهِ».

قال الماوردي: فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون عن عتّة.
والثاني: بغير عتّة، فإن كان لعنّة كان على مضى من تأجيله لها سنة إذا حاكمته، فإن أصابها في السنة أو بعدها، أو قبل الفسخ مرّة واحدة سقط حقها من الفسخ لارتفاع عنتها بالإصابة، فلو تركها بعد تلك الإصابة سنين كثيرة لا يمسهها، فلا مطالبة لها.
وحكي عن أبي ثور أنه يؤجل لها ثانية إذا عادت العنة ثانية وهذا خطأ؛ لأنها قد وصلت بإصابة المرأة الواحدة إلى مقصود النكاح من تكميل المهر وثبوت الحصانة، ولا يبقى إلا تلذذ الزوج بها، وتلك شهوة لا يجبر عليها، والله أعلم.
وإذا ترك الزوج إصابتها لغير عتّة، فقد اختلف أصحابنا، هل يجب عليه إصابتها مرة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: أنه قد يجوز أن يتزوج المجنون الذي لا يقدر على الوطء، والقرناء التي لا يمكن وطئها، ولو وجب الوطء لما جاز إلا نكاح من تمكنه الوطء لم يكن وطأها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يجب عليه أن يطأها مرة واحدة في نكاحه لأمرين:

أحدهما: أنه لما كان الخيار لها في العيوب المانعة من الوطء دل على وجوب الوطء.

والثاني: أنه مقصود النكاح من تكميل المهر والحصانة، وطلب الولد لا يحصل إلا بالوطء فاقتضى أن يجب فيه الوطء.

فإذا قيل بالوجه الأول أنه يجب، فلا خيار لها ولا تأجيل.

وإذا قيل بالوجه الثاني أنه يجب، فإن كان معذوراً بمرض أو سفرٍ أنذر بالوطء إلى وقت مكنته كما ينظر بالدين من إعساره إلى وقت يساره وإن كان غير معذورٍ أخذه

الحاكم إذا رافعته الزوجة إليه بالوطء أو الطلاق كما يأخذه المولى بهما، ولم يؤجله؛ لأنه ليس بعنين ولا يطلق عليه الحاكم، بخلاف المولى في أحد القولين بل يجسه حتى يفعل أحد الأمرين من الوطء أو الطلاق، فإذا وطئها مرة سقط لها مطالبتها بالفرقة لقول الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ودليلنا قول الله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ عَلَيْنَهُنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فمن درجة الرجل على المرأة أن يلزمها إجابته إذا دعاها إلى الفراش ولا يلزمه إجابتها، ولأنه لما كان رفع العقد بالطلاق إليه دونها كان الوطء فيه حقاً له دونها؛ ولأنه لما كان الوطء في ملك اليمين حقاً للمالك دون المملوكة، كان الوطء في النكاح حقاً للنكاح دون المنكوحه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا تَكُونُ إِصَابَتُهَا إِلَّا بِأَنْ يُغَيَّبَ الْحَشْفَةَ أَوْ مَا بَقِيَ مِنَ الذَّكْرِ فِي الْفَرْجِ».

قال الماوردي: الإصابة التي تسقط بها حكم العنة هي تغييب الحشفة في القبل حتى يلتقي الختانان فيجب الغسل سواء أنزل أم لم ينزل لأنها الإصابة التي يكمل بها المهر المسمى في النكاح، ويجب لها مهر المثل في الشبهة والحد في الزنا، هذا إذا كان سليم الذكر باقي الحشفة، ولا اعتبار بتغييب ما بعد الحشفة، فأما إذا كان مقطوع الحشفة ففيها يعتبر بتغييبه من بقية الذكر وجهان:

أحدهما: يعتبر أن تغييب باقية قدر الحشفة ليكون بدلاً منها فسقط به حكم العنة كما سقط بها.

والوجه الثاني: أنه يعتبر بتغييب باقيه كله، وهو ظاهر قوله ها هنا؛ لأن الحشفة حد ليس في الباقي، فصار جميع الباقي حداً.

فصل: فأما الوطء في الدبر فلا يسقط به حكم العنة؛ لأنه محل محظور لا يستباح العقد، فلم يسقط به حكم الوطء المستحق بالعقد ولو وطئها في الحيض، والإحرام سقط به حكم العنة، وإن كان محظوراً؛ لأنه في المحل المستباح بالعقد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ لَمْ يُصِبْهَا خَيْرَهَا السُّلْطَانُ فَإِنْ شَاءَتْ فِرَاقَهُ فَسَخَّ نِكَاحَهَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ لِأَنَّهُ إِلَيْهَا دُونَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا مضت للعنين سنة من حين أجل فهي على حقها، ما لم ترافعه إلى الحاكم، وليس يلزم تعجيل محاكمته بعد السنة على الفور بخلاف الفسخ في العيوب لأن تمكثها للزوج من نفسها في العيوب يمنع من الفسخ، فكان الإمساك كذلك فإن حاكمها الزوج في عنته إلى الحاكم، لم يكن له ذلك؛ لأنه حق عليه هو مأخوذ به، وليس بحق له، فيطالب به فإذا رافعته إلى الحاكم بعد السنة،

تغيّر حينئذٍ زمان خيارها فيعرض الحاكم عليها الفسخ، وليس لها أن تنفرد بفسخه عنده لأنه فسخ بحكم ويحكم إليه دونها، لكن يكون الحاكم مخيراً بين أن يتولاه بنفسه وبين أن يترك ذلك إليها لتتولاه بنفسها فيكون هو الحاكم به، وهي المستوفية له فإذا وقعت الفرقة بينهما، كانت فرقة ترفع العقد من أصله ولم تكن طلاقاً، فإن عاد فزوّجها كانت معه على ثلاث.

وقال مالك وأبو حنيفة: تكون الفرقة طلاقاً، ولا تكون فسحاً. وهذا خطأ؛ لأنها فرقة من جهتها والطلاق لا يكون إلا من جهة الزوج، فأشبهت الفرقة بالإسلام، والفسخ بالجنون.

فصل: فإذا تقرر أنه فسخ، وليس بطلاق فلا مهر لها ولا عدة عليها.

وقال أبو حنيفة ومالك: لها المهر وعليها العدة، وهذا عندنا ليس بصحيح، لا يكمل المهر، ويوجب العدة بالإصابة ولم يكن من العنين الإصابة، ولا تستحق نصف المسمى، ولأن المتعة لم تكن مسمى؛ لأنه فسخ من جهتها فأسقط مهرها ومعتتها والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَقَامَتْ مَعَهُ فَهُوَ تَزَكُّ لِحَقِّهَا».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في الفسخ؛ لأنه لا يصح إلا بشرطين:

أحدهما: انقضاء السنة.

والثاني: حكم الحاكم.

فأما الرضى فهو اختيار المقام، فلا يفتقر إلى حكم؛ لأنه يقيم بعقد سابق، ولا يفتقر إلى حكم فلم يكن المقام عليه مفتقراً إلى حكم، وهل يفتقر الرضى في لزومه إلى انقضاء الأجل أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يفتقر الرضى إلى انقضاء الأجل فإن رضيت قبل انقضائه لم يلزم؛ لأن الرضى إنما يكون بعد استحقاق الفسخ وهي قبل انقضاء الأجل لم تستحق الفسخ فلم يلزمها الرضى كالأمة إذا رضيت برق زوجها قبل عتقها لم يلزمها الرضى بوجوده قبل استحقاق الفسخ.

والوجه الثاني: أنه لا يفتقر إلى انقضاء الأجل، ويصح الرضا قبله وبعده؛ لأن الأجل مضروب لظهور العنة، فكان الرضى بها مبطلاً للأجل المضروب لها، وإذا بطل الأجل لزم العقد.

والرضى إن كان في غير مجلس الحاكم لأنه لا يكون إلا بصريح القول، وكان أيضاً، بأن يعرض الحاكم عليها الفسخ ولا تختار فيكون تركها للاختيار للفسخ رضاءً منها بالمقام والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ فَارَقَهَا بَعْدَ ذَلِكَ ثُمَّ رَاجَعَهَا فِي الْعِدَّةِ ثُمَّ سَأَلَتْ أَنْ يُؤَجَّلَ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهَا (قَالَ الْمُزْنِيُّ) وَكَيْفَ يَكُونُ عَلَيْهَا عِدَّةٌ وَلَمْ تَكُنْ إِصَابَةً وَأَصْلُ قَوْلِهِ لَوْ اسْتَمْتَعَ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ وَقَالَتْ لَمْ يُصِنِّي وَطَلَّقَ فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ وَلَا عِدَّةٌ عَلَيْهَا».

قال الماوردي: وصورتها في عنين أجل لزوجته ثم رضيت بعد الأجل بعنته، فطلقها ثم راجعها في العدة فسألت بعد رجعتة أن يؤجل لها ثانية لم يجز؛ لأن المرتجعة زوجة بالنكاح الأول، وقد أُجِّلَ فيه مدة فرضيت فلم يجز أن يؤجل ثانية؛ لأنه عب إذا رضيت به في نكاح لزم كما يلزمها إذا رضيت بوجه وجنونه، وهو بخلاف الإعسار بالنفقة إذا رصيت به في نكاح ثم عادت فيه تطلب الفسخ كان لها؛ لأن الإعسار ليس بلازم، وقد ينتقل منه إلى يسار كما ينتقل من يسار إلى إعسار، وخالف العنة التي ظاهر حالها الدوام.

فأما المزني فإنه اعترض على الشافعي في هذه المسألة اعتراضاً موجهاً، فقال: قد تجتمع الرجعة والعنة في نكاح واحد وهو إن وطئها يثبت الرجعة في نكاح واحد وسقطت العنة، وإن لم يطقأ ثبتت العنة وبطلت الرجعة والعنة، فأختلف أصحابنا في الجواب فيه على ثلاثة طرق:

أحدها: وهو قول أبي حامد المروزي: أن المسألة خطأ من الناقل لها عن الشافعي رحمه الله فنقل ما ليس من قوله، أو سها عن شرط زيادة جل من نقله فأوردها المزني كما وجدها في النقل لها عن الشافعي؛ واعترض عليها هو بما هو صحيح متوجه.

والثاني: أن الشافعي فرع هذه المسألة في الجديد على مذهبه في القديم أن الخلوة يكمل بها المهر، ويجب بها العدة. فصحت معها الرجعة ولم يسقط بها حكم العنة، وهذا الجواب غير سديد من وجهين:

أحدهما: أن تفرعه في كل زمان إنما هو على موجب مذهبه فيه فلا يصح أن يفرع في الجديد على مذهب قد تركه، وإن كان قائلاً به في الجديد.

والثاني: أن أبا حامد المروزي قال: وحَدَّثَ الشافعي في القديم: أن الخلوة يكمل بها المهر ولا يجب بها العدة، فبطل أن يصح معها الرجعة.

والجواب الثالث: وهو جواب الأكثرين من أصحابنا أنه قد يمكن على مذهب الشافعي رضي الله عنه في الجديد، أن تجب العدة، وتصح الرجعة، ولا يسقط حكم العنة، وذلك من وجوه:

أحدها: أن يطقأ في الدبر، فيكمل به المهر، ويجب به العدة، وتصح فيه ولا يسقط حكم العنة.

والثاني: أن يطأ في القبل فيغيب بعض الحشفة ويترك ماءه فيه، فتجب به العدة، ويكمل به المهر ولا يسقط حكم العتة؛ لأنه إنما سقط بتغييب جميع الحشفة.

والثالث: إن استدخل ماءه من غير وطء فيجب به العدة، ويستحق معه الرجعة، ولا يسقط به العتة، وفي هذا عندي نظر. لكن قد قاله أصحابنا وفرعوا عليه، فقالوا: لو أنزل قبل نكاحها، واستدخلته بعد نكاحها لم تعتد منه، لأنها في حال الإنزال لم تكن زوجة وإن صارت وقت الإدخال زوجة، وإن كانت وقت الإنزال زوجة، فإنما أوجبوا فيه العدة، وألحقوا منه الولد إذا كانت في حالتي إنزاله واستدخله زوجة.

فصل: فأما إذا طلقها بعد الأجل والرضا طلاقاً أبانت منه ثم استأنف نكاحها بعقد جديد فسألت: أن تؤجل فيه العتة، ففيه قولان:

أحدهما: قاله في القديم لا يجوز أن يؤجل لها ثانية. وإن كان في عقد ثانٍ كما لا يجوز في نكاح واحد، وهكذا لو أنها فسخت نكاحه الأول بالعنة من غير طلاقٍ ثم تزوجته لم يؤجل لها في النكاح الثاني، لأن علمها بعنته كعلمها بجذامه وبرصه، وهي لا تجوز إذا نكحته بعد العلم به أن تفسخ كذلك في العنة.

والقول الثاني: - قاله في الجديد - أنه يؤجل لها في النكاح الثاني؛ لأن لكل عقد حكم بنفسه، وليست العتة من العيوب اللازمة، وقد يجوز زوالها فجرى مجرى الإعسار بالنفقة التي يرجى زوالها، ويعود استحقاق الفسخ بها، ولكن لو أصابها في النكاح الأول فسقط بإصابته حكم العتة ثم طلقها فتزوجها ثم حدثت به العتة في النكاح أُجِّلَ لها قولاً واحداً لأن حكم عنته الأولى قد أرتفع بإصابته فصارت مستأنفة لنكاح من ليس بعين فإذا ظهرت به العتة أُجِّلَ والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَتْ لَمْ يُصِيبْنِي وَقَالَ قَدْ أَصَبْتُهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّهَا تُرِيدُ فَسَخَ نِكَاحَهَا وَعَلَيْهِ الِيمِينُ فَإِنْ نَكَلَ وَحَلَفَتْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا أُرِيهَا أَرْبَعًا مِنَ النِّسَاءِ عُدُولًا وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى صِدْقِهَا فَإِنْ شَاءَ أَخْلَفَهَا ثُمَّ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَإِنْ نَكَلَتْ وَحَلَفَتْ أَقَامَ مَعَهَا وَذَلِكَ أَنَّ الْعَدْرَةَ قَدْ تَعَوَّدُ فِيمَا يَزْعُمُ أَهْلُ الْخَبْرَةِ بِهَا إِذَا لَمْ يُبَالِغْ فِي الْإِصَابَةِ».

قال الماوردي: وصورتها: أن يختلف الزوجان في الإصابة بعد أجل العتة، فتقول الزوجة: لم يصبني فلي الفسخ، ويقول الزوج: قد أصبتك فلا فسخ لها، فلا يخلو حالها من أحد أمرين:

إما أن تكون بكراً أو ثيباً، فإن كانت ثيباً فالقول قول الزوج في الإصابة مع يمينه ولا خيار لها؛ لأنه ثبوت النكاح يمنع من تصديق قولها في فسخه، فإن حلف سقط

خيارها، وإن نكل ردت اليمين عليها فإن حلفت كان لها الخيار، وفرق بينهما وإن نكلت فلا خيار لها والنكاح بحاله، وهذا قول الفقهاء .

وقال مالك، والأوزاعي: يؤمر الزوج بمعاودة خلوتها ويقربهما وقت الجماع امرأة ثقة .

وقال الأوزاعي: امرأتان فإذا خرج من خلوتهما نظر فرجها، وإن كان ماء الرجل كان القول قوله، وإن لم يكن ماؤه كان القول قولها، وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن اختلافها في إصابة تقدمت فلم يدل عليها ما حدث بعدها .

والثاني: أن وجود الماء وعدمه لا يدل على نود الإصابة وعدمها، لأنه قد ينزل ولا يولج، وقد يولج ولا ينزل، وحققا متعلق بالإيلاج دون الإنزال، وحكي أن امرأة أدعت عتة رجل عند سمرة بن جندب واختلف في الإصابة، فكتب بها إلى معاوية يسأله عنها فكتب إليه معاوية، زوجه امرأة ذات جمال وحسن توصف بدين وستر وسيق إليها مهرها من بيت المال لتختبر حاله، ففعل سمرة ذلك، فقالت المرأة: لا خير عنده، فقال سمرة: ما دنى فقالت: بلى، ولكن إذا دنى شره أي أنزل قبل الإيلاج، وهذا مذهب لمعاوية ليس عليه دليل، ولا له في الأصول نظير وقد يجوز أن يكون الرجل عتينا في وقت وغير عتينا في وقت .

فإن قيل: فإذا بطل هذان المذهبان كان مذهبهما أبطل من وجهين:

أحدهما: أنكم قبلتم به قول المدعي دون المنكر، والشرع وارد بقبول قول المنكر .

والثاني: أنه لو ادعى إصابة المطلقة ليراجعها وأنكرته كان القول قولها دونه فهلا كان في العتة كذلك؛ لأن الأصل الإصابة .

قيل: الجواب عن هذا أن ما ذكرناه من العلة في قبول قوله يدفع هذا الاعتراض وهو أن الأصل ثبوت النكاح، وهي تدعي بإنكار الإصابة استحقاق فسخه، فصارت هي مدعية، وهو منكر فكان مصير هذا الأصل يوجب قبول قوله دونها على أن ما تعذر إقامة البينة فيه جاز أن يقبل فيه قول مدعيه إذا كان معه ظاهر يقتضيه كاللوث في دعوى القتل، فأما دعواه الإصابة في الرجعة فالفرق بينهما وبين دعوى الإصابة في العتة من وجهين:

أحدهما: أن دعوى الإصابة في الرجعة تنفي ما أوجبه الطلاق من التحريم ودعوى الإصابة في العتة تثبت ما أوجبه النكاح في اللزوم فأفترقا .

والثاني: أنه ادعى الإصابة في العتة مع بقاء نكاحه، فصار كالمدعي لما في يده ودعواه الإصابة في الرجعة بعد زوال نكاحه فصار كالمدعي لما في يد غيره فأفترقا .

فصل: وإن كانت بكرة إمّا أن يعترف لها بالبكارة وإمّا أن ينكرها، ويشهد بها أربع نسوة عدول، فيكون القول قولها في إنكار الإصابة لأنّ البكارة ظاهرة تدل على صداقتها فزالت عن حكم الثيب التي لا ظاهر معها.

فإن قيل: أفله إحلافها، قيل: إن لم يدع عود بكارتها، فلا يمين عليها، وإن ادعى عود البكارة بعد زوال العذرة فإذا لم يبالغ بالإصابة فتصير هذه الدعوى محتملة، وإن خالفت الظاهر فيكون القول قولها مع يمينها فإن حلفت حكم لها بالفرقة وإن نكلت ردت اليمين عليه، فإن حلف سقط حقها من الفرقة بالفرقة، وإن نكل عنها ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل قولها إذا نكل وإن لم يحلف ويحكم لها بالفرقة كما لو ادعى وطئها وهي ثيب ونكل عن اليمين ردت اليمين عليها فنكلت حكم بقوله في سقوط العنة وإن لم يحلف.

والوجه الثاني: - وهو أظهر - أنه لا يقبل قولها في الفرقة بغير يمين مع نكول الزوجة.

والفرق بينهما: أن الزوج يستصحب لزوم متقدم جاز أن يقبل قوله فيه والزوجة تستحل حدوث فسخ طارئ فلم يقبل قولها فيه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلِلْمَرْأَةِ الْخِيَارُ فِي الْمَجْبُوبِ وَغَيْرِ الْمَجْبُوبِ مِنْ سَاعَتِهَا لِأَنَّ الْمَجْبُوبَ لَا يُجَامَعُ أَبَدًا وَالْخِصْيَ نَاقِصٌ عَنِ الرَّجَالِ وَإِنْ كَانَ لَهُ ذَكَرٌ إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَلِمَتْ فَلَا خِيَارَ لَهَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا أنه إذا كان الزوج مجبوب فلها الخيار وإن كان خصياً فعلى قولين، فإذا كان كذلك فلها الخيار في المجبوب من ساعته ولا يؤجل لها؛ لأنه مأبوس من جماعه فلم يكن للتأجيل تأثير، وخالف المرجو جماعه والحوثر تأجيله، فلو رضيت بجماعه ثم سألت أن يؤجل للعنة لم يجز لتقدم الرضى بعنته. وأما الخصى، فإن قيل بأن الخصاء يوجب الخيار في أحد القولين فلها أن تتعجله من غير تأجيل كالمجبوب.

وإن قيل: لا خيار لها في القول الثاني، أو قيل: لها الخيار فاخترت المقام ثم سألت تأجيله للعنة أجل بخلاف المجبوب، لأن الإصابة من الخصى ممكنة ومن المجبوب غير ممكنة. فافترقا في تأجيل العنة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ لَمْ يُجَامِعْهَا الصَّبِيُّ أَجَّلَ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) مَعْنَاهُ عِنْدِي صَبِيٌّ قَدْ بَلَغَ أَنْ يُجَامَعَ مِثْلُهُ».

قال الماوردي: وهذه مسألة وهم المزني في نقله فقال ولو لم يجامعها أَجَلَ وهذا وهم منه، لأن الشافعي قال: ولو لم يجامعها الخصي أجل، وقد نقله الربيع في كتاب الأم على هذا الوجه، فعدل بالمسألة عن الخصي إلى الصبي إما لتصحيف أو لسهوه الكاتب، وإما زلة في التأويل، فإنه قال معناه عندي: «صبي قد بلغ أن يجامع مثله» والصبي لا يصح عنته سواء رَاهَقَ فأمكن أن يجامع أو كان غير مراهق لا يمكنه أن يجامع لأمرين:

أحدهما: أن غير البالغ عاجز بالصغر دون العنة فلا يدل عجزه على عنته.

والثاني: أنه لا يعرف عنته إلا بإقراره وإقراره غير مقبول ما لم يبلغ فانتفى عنه

من هذين الوجهين أن يجري عليه حكم العنة، وإذا كان كذلك بان المراد هو الخصي وقد ذكرناه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ كَانَ خُنْثَى يَبُولُ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ الرَّجُلُ فَهُوَ رَجُلٌ يَتَزَوَّجُ امْرَأَةً وَإِنْ كَانَتْ هِيَ تَبُولُ مِنْ حَيْثُ تَبُولُ الْمَرْأَةُ فَهِيَ امْرَأَةٌ تَتَزَوَّجُ رَجُلًا وَإِنْ كَانَ مُشْكِلاً لَمْ يَزَوَّجْ وَقِيلَ لَهُ أَنْتَ أَعْلَمُ بِنَفْسِكَ فَابْتِئَامًا شِئْتَ أَنْكَحْنَاكَ عَلَيْهِ ثُمَّ لَا يَكُونُ لَكَ غَيْرُهُ أَبَدًا (قَالَ الْمُزْنِيُّ) فَبَابَيْهِمَا تَزَوَّجَ وَهُوَ مُشْكِلاً كَانَ لِصَاحِبِهِ الْخِيَارُ لِنَقْصِهِ قِيَاسًا عَلَى قَوْلِهِ فِي الْخَصِيِّ لَهُ الذَّكْرُ إِنْ لَهَا فِيهِ الْخِيَارُ لِنَقْصِهِ».

قال الماوردي: أما الخنثى فهو الذي له ذكر رَجُلٍ وفرج امرأة فالذكر مختص بالرجل، والفرج مختص بالمرأة وليس يخلو مشتهبه الحال من أن يكون رجلاً أو امرأة قال الله تعالى: ﴿وخلقناكم أزواجاً﴾ [النبا؛ ٨] يعني ذكوراً وإناثاً فإذا جمع الخنثى بين آلة الذكر والآنثى وجب أن يعتبر ما هو مختص بالعضوين وهو البول، لأن الذكر مخرج بول الرجل والفرج مخرج بول المرأة، فإن كان يبول من ذكره وحده فهو رجل، والفرج عضو زائد، وإن كان يبول من فرجه فهي امرأة والذكر عضو زائد.

روى الكلبي عن صالح عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال في الذي له ماء الرجل وماء النساء أنه يُورَث من حيث يبول^(١).

وقضى علي بن أبي طالب في العراق بمثل ذلك في خنثى رفع إليه، فإن كان يبول منهما جميعاً فعلى أربعة أقسام:

أحدها: أن يسبق أحدهما وينقطعاً معاً فالحكم للسابق لقوته.

والقسم الثاني: أن يخرجاً معاً وينقطع أحدهما قبل الآخر فالحكم للمتأخر

لقوته.

والقسم الثالث: أن يسبق خروج أحدهما، ويتأخر انقطاع الآخر فالحكم لأسبقهما خروجاً وانقطاعاً، لأن البول يسبق إلى أقوى مخرجه.
والقسم الرابع: أن يخرجاً معاً وينقطعاً معاً، ولا يسبق أحدهما الآخر فهو على أربعة أقسام:

أحدهما: أن يستويا في القدر والصفة.

والثاني: أن يختلفا في القدر ويستويا في الصفة.

والثالث: أن يختلفا في الصفة ويستويا في القدر.

والرابع: أن يختلفا في القدر والصفة.

فأما القسم الأول: وهو أن يستويا في القدر والصفة فلا بيان فيه.

وأما القسم الثاني: وهو أن يختلفا في القدر دون الصفة، فيكون أحدهما أكثر من الآخر ففيه قولان:

أحدهما: أن يكون الحكم لأكثرهما، وهو قول أبي حنيفة تغليبا لقوته بالكثرة، وقد حكاه المزني في جامعه الكبير.

والقول الثاني: أنهما سواء، وهو قول أبي يوسف لأن اعتبار كثرته شاق وقد قال أبو يوسف رداً على أبي حنيفة حيث اعتبر كثرته: أفيكال إذن؟.

وأما القسم الثالث: وهو أن يختلفا في الصفة في التزريق والشرشرة فقد اختلف أصحابنا في اعتباره على وجهين:

أحدهما: أنه يعتبر، فإن تزريق البول للرجال والشرشرة للنساء.

وقد روي عن جابر أنه سئل عن خنثى فقال: أدنوه من الحائط فإن زرق فذكر وإن شرشر فأنتى^(١).

والوجه الثاني: أنه لا اعتبار به، لأن هذا قد يكون من قوة المثانة وضعفها.

وأما القسم الرابع: فهو أن يختلفا في القدر والصفة فينظر فيهما فإن اجتمعا في أحد العضوين فكان التزريق مع الكثرة في الذكر أو كانت الشرشرة مع الكثرة في الفرج، كان ذلك بياناً يزول به الإشكال، وإذا اختلفا فكانت الشرشرة في الفرج، والكثرة في الذكر أو بالعكس فلا بيان فيه لتكافؤ الإماراتين.

فصل: فأما إذا لم يكن في المبال بيان إما عند تساوي أحوالهما، وإما عند إسقاط باختلاف فيه من القدر والصفة فقد اختلف أصحابنا هل يعدل إلى اعتبار عدد الأضلاع أم لا؟ على وجهين:

(١) أخرجه البيهقي (٦/٢٦١).

أحدهما: يعتبر عدد الأضلاع فإن أضلاع المرأة يتساوى من الجانب الأيمن والجانب الأيسر، وأضلاع الرجل ينقص من الجانب الأيسر ضلع لما حكى أن الله تعالى خلق حواء من ضلع آدم الأيسر فلذلك نقص من أضلاع الرجل اليسرى ضلع ومن أجل ذلك قيل للمرأة ضلع أعوج، وقد قال الشاعر.

هِيَ الضَّلْعُ العَوْجَاءُ لَسْتَ تُقِيمُهَا أَلَا إِنَّ تَقْوِيمَ الضُّلُوعِ انكِسَارُهَا
أَيَجْمَعُنَّ ضَعْفًا واقْتِدَارًا عَلَى الهَوَى أَلَيْسَ عَجِيبٌ ضَعْفُهَا واقْتِدَارُهَا^(١)

وتوجيه هذا الوجه في اعتبار الأضلاع الأثر المروي عن علي رضي الله عنه أن أمر قنبرا ببقاء وهما مولياه أن يعدا أضلاع خنثى مشكل فإن استوت أضلاعه من جانبيه فهي امرأة، وإن نقصت اليسرى ضلع فهو رجل.

والوجه الثاني: وهو قول الأكثرين من أصحابنا أنه لا اعتبار بالأضلاع، لأن النبي ﷺ عدل عنها إلى الاعتبار بالمبال وهو ألزم حالاً من المبال وأقوى لو كان بها اعتبار لما جاز العدول عنها إلى المبال الذي هو أضعف منها، وليس الأثر المروي فيه عن علي ثابتاً.

وقد قال أصحاب التشريح من علماء الطب: إن أضلاع الرجل والمرأة متساوية من الجانبين، أي أربعة وعشرون ضلعاً من كل جانب منها اثنا عشر ضلعاً، وقد أضيف إلى هذا الأثر مع ما يدفعه ويرده من المشاهدة خرافة مصنوعة تمنع منها العقول، وهو أن رجلاً تزوج خنثى على صداق أمة، وأنه وطأ الخنثى فأولدها ووطأ الخنثى الأمة فأولدها فصار الخنثى أمّاً وأباً فرفع إلى علي كرم الله وجهه فأمر بعد أضلاعه فوجدت مختلفة ففرق بينهما، وهذا مدفوع ببداهة العقول.

فصل: فأما مماثلة الرجال في طباعهم وكلامهم ومماثلة النساء في طباعهن وكلامهن فلا اعتبار به؛ لأن في الرجال مؤنث وفي النساء مذكر، وكذلك اللحية لا اعتبار بها لأن في الرجال من ليس له لحية وفي النساء من ربما خرج لها لحية على أنه قد قل ما يبقى بعد البلوغ إشكال.

فصل: فأما المنى والحيض فإن اجتمع له إنزال المنى ودم الحيض فهو على أربعة أقسام:

أحدها: أن يخرجها من فرجه فتكون امرأة، ويكون كل واحد منهما إمارة تدل على زوال إشكاله.

والقسم الثاني: أن يخرجها من ذكره فيزول إشكاله بالإنزال وحده، ويكون رجلاً ولا يكون الدم حياً.

والقسم الثالث: أن يكون الدم من ذكره وخروج المني من فرجه فتكون امرأة؛ لأن إنزال المني من الفرج دليل، وخروج الدم من الذكر ليس بدليل:

والقسم الرابع: أن يكون خروج المني من ذكره وخروج الحيض من فرجه ففيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: يغلب حكم الحيض ويحكم بأنه امرأة، لأن الحيض لا يكون إلا من النساء، والمني يكون من الرجال والنساء.

والوجه الثاني: يغلب حكم المني ويحكم بأنه رجل؛ لأن الدم ربما كان من مرض، ولم يكن حيضاً.

والوجه الثالث: أنه على إشكاله وليس في واحد منهما بيان لتقابلهما والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فلا يخلو حال الخنثى من أحد أمرين:

إما أن يزول إشكاله أو لا يزول فإن زال إشكاله بما ذكرناه من أحد الأسباب المعتبرة فيه أجرى عليه حكم ما بان عليه، فإن كان رجلاً أجرى عليه حكم الرجال في جميع أحواله من النكاح، والولاية، والشهادة، والدية، والميراث، وزوج امرأة، وهل لها الخيار لزيادة فرجه أم لا؟ على قولين ذكرناهما.

وقال بعض أصحابنا مذهباً ثالثاً أنه إن زال إشكال؛ لأنه يبول من ذكره دون فرجه فلا خيار لها للقطع بأنه رجل، وإن زال إشكاله لسبق بوله من ذكره ولكثرته منه فلها الخيار؛ لأنه اجتهاد غير مقطوع به، وأنه ربما نقضه بعض الحكام وأعادته إلى حال الإشكال.

وإن بان امرأة أجرى عليه أحكام النساء في النكاح، والشهادة، والولاية، والدية، والميراث، وزوجت رجلاً، وهل له الخيار لزيادة ذكرها أم لا؟ على قولين ذكرناهما:

أحدهما: لا خيار له.

والثاني: له الخيار.

ومن أصحابنا من خرج مذهباً ثالثاً، أنه إن زال إشكالها لبولها من فرجها وحده فلا خيار له، وإن زال لسبقه منه أو كثرته فله الخيار كما ذكرناه في الرجل.

فصل: وإذا كان على إشكاله لم يجز أن يزوج قبل سؤاله واختياره فإن تزوج رجلاً كان النكاح باطلاً لجواز أن يكون رجلاً فإن بان امرأة لم يصح لتقدم فساده، وإن زوج امرأة كان النكاح باطلاً لجواز أن يكون امرأة، فإن بان رجلاً لم يصح لتقدم فساده، وإذا كان كذلك ولم يبق ما يعتبر من أحواله غير سؤاله عن طباعه الجاذبة له إلى

أحد الجنسين سُئِلَ عنها للضرورة الداعية إليها كما تسأل المرأة عن حيضها فيرجع فيه إلى قولها فإن قَالَ: أرى طبعي يحدثنني إلى طَبْعِ النِّسَاءِ وينفر من طبع الرجال عمل على ما أخبر به من طبعه في أصل الخلقة لا على ما يظهر من تأنيث كلامه أو تذكيره؛ لأن في الرجال قد يكون مؤنثاً يتكلم بكلام النساء والمرأة قد تكون مذكرة تتكلم بكلام الرجال.

قال: ولا يعمل على ما يشتهي، فإن الرجل قد يشتهي الرجل والمرأة قد تشتهي المرأة، وإنما الطباع المذكورة في أصل الخلقة والقائمة في نفس الجبلة النافرة مما اعتادتها بغير تصنع هي المعتبرة، ويكون قوله فيها هو المقبول إذ قد عدم الاستدلال بغير قوله كالمرأة التي تقبل قولها في حيضها وطهرها، وإذا كان كذلك قيل له أخبرنا عن طبعك، فإذا قال: يجذبني إلى طباع النساء قبل قوله بغير يمين؛ لأنه ليس فيه حق لغيره فيحلف عليه؛ ولأنه لو رجع لم تقبل منه وحكم بأنه امرأة وزوج رجلاً، فإن عاد بعد ذلك فقال: قد استمال طبعي إلى طباع الرجال لم يقبل منه، وكان على الحكم بما تقدم من كونه امرأة، وعقد النكاح على صحته وإذا علم الزوج بأنه حُشِنَ فَلَهُ الخيار ها هنا قولاً واحداً؛ لأن الإشكال لم يزل إلا بقوله الذي يجوز أن تكون فيه كما ذكرنا، وكان أسوأ حالاً ممن زال إشكاله بأسباب غير كاذبة، ولو كان قد قال هذا الخنثى حين سُئِلَ عما يجذبه طبعه إليه أرى طبعي يجذبني إلى طباع الرجال حكم بأنه رجل، وقبل قوله في نكاحه، وفيما أخبر به من جميع أحكامه، وهل يقبل قوله فيما أتهم فيه من ولايته وميراثه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يقبل منه لتهمته فيه وحكاه الربيع عنه.

والقول الثاني: وهو المشهور في أكثر كتبه أنه يقبل منه؛ لأن أحكامه لا تتبعض فيجري عليه في بعضها أحكام الرجال وفي بعضها أحكام النساء، وإذا جرى عليه حكم النساء في شيء أجرى عليه أحكام النساء في كل شيء وإذا جرى عليه حكم الرجال في شيء أجرى عليه حكم الرجال في كل شيء وإذا حكم بأنه رجل زوج امرأة ولم يقبل منه الرجوع إذا علمت المرأة بحاله فلها الخيار في فسخ نكاحه قولاً واحداً - والله أعلم بالصواب -.

بَابُ الْإِحْصَانِ الَّذِي بِهِ يُرْجَمُ مَنْ زَنَى مِنْ كِتَابِ التَّعْرِيفِ بِالْخُطْبَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : « فَإِذَا أَصَابَ الْحُرُّ الْبَالِغُ أَوْ أُصِيبَتِ الْحُرَّةُ الْبَالِغَةُ فَهُوَ إِحْصَانٌ فِي الشَّرِكِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَجَمَ يَهُودِيَيْنِ زَنِيًّا فَلَوْ كَانَ الْمُشْرِكُ لَا يَكُونُ مُحْصَنًا كَمَا قَالَ بَعْضُ النَّاسِ لَمَا رَجَمَ ﷺ غَيْرَ مُحْصَنٍ » .

قال الماوردي : أما الإحصان في اللغة فهو المنع ، يقال قد أحصنت المرأة فرجها إذا امتنعت من الفجور قال الله تعالى : ﴿ وَالَّتِي أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا ﴾ [الأنبياء : ٩١] أي منعته ويقال : مدينة حصينة أي منيعة ، قال الله تعالى : ﴿ فِي قُرَى مُحْصَنَةٍ ﴾ [الحشر : ١٤] أي ممنوعة ، ويقال امرأة حصان إذا امتنعت من الفجور وفرس حصان إذا امتنع به راكمه ، ودرع حصن إذا امتنع بها لابسها فسميت ذات الزوج محصنة ؛ لأن زوجها قد حصنها ومنعها ، وإذا كان هكذا فالحصانة في النكاح اسم جامع لشرائط مانعة إذا تكاملت كان حد الزنا فيها الرجم دون الجلد لقول النبي ﷺ : « جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم »^(١) .

والشروط المعتبرة في الحصانة أربعة :

أحدها : البلوغ الذي يصير به ممنوعاً مكلفاً .

والثاني : العقل ؛ لأنه مانع من القبائح موجب لتكليف العبادات .

والثالث : الحرية التي تمنع من البغاء والاسترقاق وأن كمال الحد فعل يمنع منه

نقص الرق .

والرابع : الوطاء في عقد نكاح صحيح ؛ لأنه يمنع من السفاح ، وقد قال الله

تعالى : ﴿ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ﴾ [النساء : ٢٤] أي متناكحين غير مسافحين .

فأما الإسلام فليس بشرط في الحصانة .

فإذا تكاملت هذه الشروط الأربعة في مسلم أو كافر رجم إذا زنا .

(١) أخرجه مسلم (١١٥/٥) وأبو داود (٤٤١٥) والدارمي (١٨١/٢) والسطحاوي (٧٩/٢) وابن الجارود (٨١٠) والبيهقي (٢١٠/٨) وابن أبي شيبة (٨٣/١١) والطبراني (٥٨٣) وأحمد (٣١٣/٥) .

وقال مالك وأبو حنيفة: الإسلام شرط معتبر في الحصانة ولا يرمج الكافر إذا زنا استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا حصان في الشرك».

وروي عنه ﷺ أنه قال: «من أشرك بالله فليس بمحصن»^(١).

وروي أن حذيفة بن اليمان تزوج يهودية فقال له النبي ﷺ: «إنها لا تحصنك»^(٢) ولأن الإحصان منزلة كمال وتشريف يعتبر فيها نقص الرق، فكان بأن يعتبر فيها نقص الكفر أولى؛ ولأنه لما كان الإسلام معتبراً في حصانة القذف حتى لم يحد من قذف كافرأ، وجب أن يعتبر في حصانة الحد حتى لا يرمج الكافر إذا زنا ودليلنا ما روى الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ رجم يهوديين زنيا والرجم لا يجب إلا على محصن فدل على أنهما محصنان.

فإن قيل: فإنما رجمهما بالتوراة ولم يرمجهما بشريعته؛ لأنه أحضر التوراة عند رجمهما فلما ظهرت فيها آية الرجم تلوح رجمهما حينئذ.

قيل: لا يجوز أن يحكم بغير ما أنزل الله تعالى عليه وقد قال تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٩] وإنما أحضر التوراة؛ لأنه أخبرهم بأن فيها آية الرجم فأنكروا فأحضرها لإكذابهم.

فإن قيل: فيجوز أن يكون هذا قبل أن صار الإحصان شرطاً في الرحم فعنه جوابان:

أحدهما: أنه ليس يعرف في الشرع وجوب الرجم قبل اعتبار الحصانة فلم يجز حمله عليه.

والثاني: أنه قد روى عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر، أن النبي ﷺ رجم يهوديين أحصنا فأبطلت هذه الرواية هذا التأويل.

ومن طريق القياس: أن كل من وجب عليه بالزنا حد كامل فوجب أن يكون بالوطء في النكاح محصناً كالمسلم، ولأن كل قتل وجب على المسلم بسبب وجب على الكافر إذا لم يقر على ذلك السبب كالقود.

وقولنا: إذا لم يقر على ذلك السبب احترازاً من تارك الصلاة فإنه يقتل إذا كان مسلماً؛ لأنه لا يقر، ولا يقتل إذا كان كافرأ؛ لأنه يقر، ولأن الرجم أحد حدي الزنا

(١) أخرجه البيهقي (٢١٦/٨) والدارقطني (١٤٧/٣) وإسحاق بن راهويه كما في «نصب الرية» (٣٢٧/٣).

(٢) أخرجه البيهقي (٢١٦/٨) والطبراني (١٠٣/١٩) وابن أبي شيبة (٤٢٣/١) والدارقطني (١٤٨/٣) وسعيد بن منصور (٧١٥).

ومسدد وأبو بكر أبي شيبة كما في «المطالب العالية» (١٧٠٣).

فوجب أن يستوي فيه المسلم والكافر كالجلد؛ ولأنه لما استوى في حد الزنا حكم العبد المسلم والكافر وجب أن يستوي فيه حد الحر المسلم والكافر.

فأما الجواب عن الخبرين الأولين فمن وجهين:

أحدهما: حمله على حصانة القذف دون الرجم.

والثاني: لا حصانة تمنع من استباحة قتلهم وأموالهم لقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا - لا إله إلا الله - فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها».

وأما الجواب عن حديث حذيفة فهو أن لا يجوز حمله على حصانة الزنا؛ لأنه لا يصح من رسول الله ﷺ أن يقول لمن وثق بدينه من أصحابه وحذيفة قد كان موثقاً بدينه، أنك متى زנית تحت هذه اليهودية لم ترجم وإنما معنى قوله: «لا تحصنك» أي لا تتعفف بك عما تتعفف المسلمة.

وأما اعتبارهم ذلك بحصانة القذف.

فالفرق بينهما: أن حد الزنا حق لله تعالى فجاز أن يستوي فيه المسلم والكافر وحد القذف من حقوق الآدميين، فجاز أن يفرق فيه المسلم والكافر كالدية.

وأما استدلالهم بأنه لما اعتبر في سقوط الرجم نقص الرق اعتبر فيه نقص الكفر، فالجواب عنه أنه لما كان نقص الرق معتبراً في الحد الأصغر كان معتبراً في الحد الأكبر ولما كان نقص الكفر غير معتبر في الحد الأصغر كان غير معتبر في الحد الأكبر واقتربا والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر أن الإسلام غير مُعْتَبَرٍ فِي شروط الحَصَانَةِ فَالْكَلامُ فِيهَا مُشْتَمَلٌ عَلَى ثلاثة فصول:

أحدها: في نكاح الحصانة.

والثاني: في وطء الحصانة.

والثالث: في زمان الحصانة.

فأما نكاح الحصانة النكاح الصحيح الذي يجوز أن يقيم عليه الزوجان بولي وشاهدين فأما المتعة، والمناكح الفاسدة، فلا توجب الحصانة؛ لأن الحصانة لا اعتبار الحرية فيها أغلظ شروطاً من إحلل المطلق للأول؛ لأن الحرية لا يعتبر فيها ثم ثبت أن المناكح الفاسدة لا تحل فكان أولى أن لا تحصن، ولا وجه لما قاله أبو ثور: من أنها تحصن، وكذلك التسري بملك اليمين، لا تحصن كما لا تحل المطلقة للمطلق، وأما وطء الحصانة فهو تغيب الحشفة في الفرج سواء كان معه إنزال أو لم يكن فإن تلذذ بما

دون الفرج أو وطء في السبيل المكروه لم يتحصنا كما لا يسقط به حكم العنة لأنه وطء مقصود في الشرع فلم يتعلق إلا بالفرج كالإحلال للمطلق .

فصل: وأما زمان الحصانة فهو الوقت الذي يكون فيه الوطء مثبتاً للحصانة ولا يخلو حالهما وقت الوطء من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكونا كاملين .

والثاني: أن يكونا ناقصين .

والثالث: أن يكون الزوج كاملاً والزوجة ناقصة .

والرابع: أن يكون الزوج ناقصاً والزوجة كاملة .

فأما القسم الأول وهو أن يكونا كاملين، فكما لهما يكون بالبلوغ، والعقل، والحرية فإذا كانا وقت الوطء بالغين عاقلين حرين صاروا جميعاً به محصنين سواء عقد النكاح بينهما في حال الكمال أو قبله وسواء بقي العقد بينهما أو ارتفع قد ثبت الحصانة بوطء المرأة الواحدة فأيهما زنا رجم .

وأما القسم الثاني: وهو أن يكونا ناقصين ونقصانهما أن يكونا صغيرين أو مجنونين أو مملوكين فلا يكونا بالوطء محصنين ما كانا على الصغر، والجنون، والرق، فإن بلغ الصغيران، وأفارق المجنونان، وعتق المملوكان فهل يصير بالوطء المتقدم أم لا على وجهين:

أحدهما: أنهما قد صاروا محصنين؛ لأنه قد ثبت به أحكام الوطء في النكاح من كمال المهر، ووجوب العدة، وتحريم المصاهرة، والإحلال للمطلق فكذلك الحصانة، فإذا زنيا رجما لتقدم الشرائط على الزنا .

والوجه الثاني: - وهو مذهب الشافعي - أنهما لا يصيرا به محصنين حتى يستأنفا الوطء بعد كمال البلوغ، والعقل، والحرية؛ لأن هذا الوطء يوجب الكمال فوجب أن يراعي وجوده في أكمل الأحوال؛ ولأنه لما لم يثبت الحصانة في وقت لم يثبتها بعد وقت وبهذا خالف ما سواها من الإحلال، وتحريم المصاهرة، وكمال المهر، ووجوب العدة لثبوتها به في وقته وبعد وقته، ثم هكذا لو كان نقص الزوجين مختلفين، فكان أحدهما صغيراً والآخر مجنوناً أو كان أحدهما مملوكاً والآخر صغيراً أو مجنوناً فوطئتا لم يصيرا به في الحال محصنين، وهل يصيران به بعد الكمال محصنين أم لا على وجهين:

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون الزوج كاملاً والزوجة ناقصة فكمال الزوج أن يكون بالغاً، عاقلاً، حراً، ونقصان الزوجة أن تكون صغيرة، أو مجنونة، أو مملوكة، أو تجمع نقص الصغر، والجنون، والرق فقد صار الزوج بذلك محصناً إذا كانت

الصغيرة التي وطئها ممن يجوز أن توطأ مثلها، فإن كانت ممن لا يجوز أن توطأ مثلها لم يتحصن بوطئها، فأما الزوجة فلا تكون محصنة بهذا الوطء في التَّقْصَانِ بالصغر والجنون والرَّق، فإذا كملت بالبلوغ، والعقل، والحرية فهل تصير به محصنة أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

وقال أبو حنيفة: إذا كان أحدهما: ناقصاً لم يحصننا معاً في الحال ولا في أي حال حتى يكون الكمال موجوداً فيهما حال الوطء، وهذا خطأ لأن موجب الحصانة أن يختلف بها حد الزنا فيجب الرجوع على المحصن والجلد على غير المحصن، ولو اختلف حالهما وقت الزنا فكان أحدهما محصناً والآخر غير محصن رجم المحصن وجلد غير المحصن، ولم يكن لاختلافهما تأثير في حصانة أحدهما دون الآخر كذلك اختلفهما في وقت الوطء في النكاح لا يمنع من أن يصير به أحدهما محصناً دون الآخر.

وأما القسم الرابع: وهو أن يكون ناقصاً والزوجة كاملة، ونقصان الزوج أن يكون صغيراً أو مجنوناً أو مملوكاً أو يجمع نقص الصغر والجنون والرَّق فيطأ زوجة كاملة بالبلوغ، والعقل، والحرية فَقَدْ صَارَتْ بوطئه محصنة إذا كان الصغر ممن يوطء مثله، فإن كان مثله لا يوطأ لم يتحصن بوطئه، فأما الزوج فلا يكون به مُحْصَنًا في حال نقصه، وهل يصير به محصناً بَعْدَ كماله أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين، وعلى قول أبي حنيفة: لا يتحصن به واحد منهما - والله أعلم بالصواب -.

فأما الخنثى إذا جعلناه رجلاً يتحصن بوطء امرأة ولا يتحصن لو وطئه رجل، ولو جعلنا امرأة تحصن بوطء رجل، ولا يتحصن لو وطأ امرأة، ولو كان على حال إشكاله لم يتحصن بوطء رجل ولا يوطء امرأة ولا يوطء رجل وامرأة؛ لأن نكاحه في حال إشكاله باطل والحصانة لا تثبت بالوطء في نكاح باطل والله أعلم بالصواب.