بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

فائدتان

إحداهما : « النكاح » له معنيان . معنى فى اللغة ، ومعنى فى الشرع .

فمعناه فى اللغة : الوطء . قاله الأزهرى . وقيل للتزويج : نكاح ، لأنه سبب الوطء .

قال أبو عمرو ـ غلام ثعلب ـ : الذى حصلناه عن ثعلب عن الكوفيين ، والمبرد عن البصريين : أن « النكاح » فى أصل اللغة : هو اسم للجمع بين الشيئين قال الشاعر :

أيها المنكح الثريا سهيلا عَمْرَكَ اللهُ ، كيف يجتمعان ؟

وقال الجوهرى : النكاح الوطء . وقد يكون العقد . و« نكحتها» و« نكحت هى » أى تزوجت .

وعن الزجاج : النكاح فى كلام العرب بمعنى الوطء والعقد جميعاً . وموضع « نكح » فى كلامهم لزوم الشىء الشىء راكباً عليه .

قال ابن جنى : سألت أبا على الفارسى عن قولهم « نكحها ؟ » .

فقال : فرقت العربُ فرقاً لطيفاً ، يعرف به موضع العقد من الوطء . فإذا قالوا « نكح فلانة » أو « بنت فلان » أرادوا تزويجها ، والعقد عليها .

وإذا قالوا « نكح امرأته » لم يريدوا إلا المجامعة . لأن بذكر امرأته وزوجته تستغنى عن العقد .

قال الزركشى : فظاهره الاشتراك ، كالذى قبله ، وأن القرينة تعين .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : معناه فى اللغة : الجمع والضم على أتم الوجوه

فإن كان اجتماعاً بالأبدان : فهو الإيلاج الذى ليس بعده غاية فى اجتماع البدنين . وإن كان اجتماعا بالعقود : فهو الجمع بينهما على الدوام واللزوم . ولهـذا يقال : استنكحه المذى ، إذا لازمه وداومه . انتهى .

ومعناه فى الشرع : عقد التزويج . فهو حقيقة فى العقد ، مجاز فى الوطء . على الصحيح . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن عقيل ، وابن البنا .

والقاضى فى التعليق ـ فى كون المحرم لاينكح ، لما قيل له ، إن النكاح حقيقة فى الوطء ـ قال : إن كان فى اللغة حقيقة فى الوطء ، فهو فى عرف الشرع للعقد .

قاله الزركشى . وجزم به الحلوانى ، وأبو يعلى الصغير . قاله فى الفروع .

قال الحلوانى : هو فى الشريعة عبارة عن العقد بأوصافه ، وفى اللغة : عبارة عن الجمع . وهو الوطء .

قال ابن عقيل : الصحيح أنه موضوع للجمع . وهو فى الشريعة فى العقد أظهر استكمالا . ولا نقول : إنه منقول . نقله ابن خطيب السلامية فى تعليقه على المحرر . وقدمه ابن منجا فى شرحه ، وصاحب الرعاية الكبرى ، والفروع .

وذلك لأنه أشهر فى الكتاب والسنة .

وليس فى الكتاب لفظ « النكاح » بمعنى الوطء ، إلا قوله تعالى (٢ : ٢٣٠ حتى تنكح زوجاً غيره) على المشهور .

ولصحة نفيه عن الوطء ، فيقال : هذا سفاح ، وليس بنكاح . وصحة النفى : دليل المجاز .

وقيل : هو حقيقة فى الوطء ، مجاز فى العقد .

اختاره القاضى فى أحكام القرآن ، وشرح الخرقى ، والعمدة . وأبو الخطاب فى الانتصار ، وصاحب عيون المسائل ، وأبو يعلى الصغير .

قاله الزركشى ، وابن خطيب السلامية . لما تقدم عن الأزهرى ، وغلام ثعلب . والأصل عدم النقل .

قال أبو الخطاب : وتحريم من عقد عليها الأب استفدناه من الإجماع والسنة . وهو بالإجماع القطعى فى الجملة .

وقيل : هو مشترك ، يعنى : أنه حقيقة فى كل واحد منهما بانفراده . وعليه الأكثر .

قال فى الفروع : والأشهر أنه مشترك .

قال القاضى فى المحرر : قاله الزركشى ، والجامع الكبير .

قال ابن خطيب السلامية : الأشبه بأصولنا ومذهبنا : أنه حقيقة فى العقد والوطء جميعاً فى الشريعة . لقولنا بتحريم موطأة الأب من غير تزويج ، لدخولها فى قوله تعالى (٤ : ٢٣ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وذلك لوردوها فى الكتاب العزيز . والأصل فى الإطلاق : الحقيقة .

قال ابن خطيب السلامية ، قال أبو الحسين : النكاح عند الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ حقيقة فى الوطء والعقد جميعا . وقاله أبو حكيم .

وجزم به ناظم المفردات . وهو منها .

وقيل : هو حقيقة فيهما معاً . فلا يقال : هو حقيقة على أحدهما بانفراده . بل على مجموعهما . فهو من الألفاظ المتواطئة .

قال ابن رزين : والأشبه أنه حقيقة فى كل واحد باعتبار مطلق الضم . لأن التواطؤ خير من الاشتراك والمجاز . لأنهما على خلاف الأصل . انتهى .

وقال ابن هبيرة : وقال مالك وأحمد رحمهما الله : هو حقيقة فى العقد والوطء جميعاً . وليس أحدهما أخص منه بالآخر . انتهى .

مع أن هذا اللفظ محتمل أن يريد به الاشتراك .

وقال فى الوسيلة : كما قال ابن هبيرة ، وذكر : أنه عند الإمام أحمد رحمه الله كذلك . انتهى .

والفرق بين الاشتراك والتواطؤ : أن الاشتراك يقال على كل واحد منهما

بانفراده حقيقة ، بخلاف المتواطىء . فإنه لا يقال حقيقة إلا عليهما مجتمعين لاغير . والله أعلم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هو فى الإثبات لهما ، وفى النهى لكل منهما . بناء على أنه إذا نهى عن شىء نهى عن بعضه . والأمر به أمر بكله ، فى الكتاب والسنة والكلام . فإذا قيل ـ مثلا ـ « انكح ابنة عمك » كان المراد العقد والوطء .

و إذا قيل « لا تنكحها » تناول كل واحد منهما .

الثانية : قال القاضى : المعقود عليه فى النكاح : المنفعة ، أى الانتفاع بها ، لاملكها . وجزم به فى الفروع .

قال القاضى أبو الحسين فى فروعه : والذى يقتضيه مذهبنا : أن المعقود عليه فى النكاح منفعة الاستمتاع ، وأنه فى حكم منفعة الاستخدام .

قال صاحب الوسيلة : المعقود عليه منفعة الاستمتاع .

وقال القاضى فى أحكام القرآن : المعقود عليه الحل ، لاملك المنفعة .

قال فى القاعدة السادسة والثمانين : ترددت عبارات الأصحاب فى مورد عقد النكاح : هل هو الملك ، أو الاستباحة ؟ فمن قائل : هو الملك .

ثم ترددوا : هل هو ملك منفعة البضع ، أو ملك الانتفاع بها ؟

وقيل : بل هو الحل لاالملك . ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة ، مع أنه لاملك لها .

وقيل : بل المعقود عليه : الازدواج ، كالمشاركة . ولهذا فرق الله سبحانه وتعالى بين الازدواج وملك اليمين .

و إليه ميل الشيخ تقى الدين رحمه الله .

فيكون من باب المشاركات ، لا المعاوضات .

قوله ﴿ النِّكَاحُ سُنَّةٌ ﴾ .

اعلم أن للأصحاب فى ضبط أقسام النكاح طرقا .

أشهرها وأصحها : أن الناس فى النكاح على ثلاثة أقسام .

القسم الأول : من له شهوة ، ولا يخاف الزنا . فهذا النكاحُ فى حقه مستحب على الصحيح من المذهب . نص عنيه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : هذا المشهور من الروايتين .

قال الشارح وغيره : هذا المشهور فى المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : أنه واجب على الإطلاق .

اختاره أبو بكر ، وأبو حفص البرمكى ، وابن أبى موسى .

وقدمه ناظم المفردات . وهو منها .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وحمل القاضى الرواية الثانية على من يخشى على نفسه مواقعة المحظور بترك النكاح .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : أنه لا فرق فى ذلك بين الغنى والفقير . وهو صحيح . وهو المذهب . نص عليه .

نقل صالح : يقترض ويتزوج .

وجزم به ابن رزين فى شرحه . وقدمه فى الفروع ، والفائق .

قال الآمدى : يستحب فى حق الغنى والفقير ، والعاجز والواجد ، والراغب والزاهد . فإن الإمام أحمد رحمه الله تزوج وهو لا يجد القوت .

وقيل : لا يتزوج فقير إلا عند الضرورة .

وقيده ابن رزين فى مختصره بموسر . وجزم به فى النظم .

قلت : وهو الصواب فى هذه الأزمنة . واختاره صاحب المبهج .

ويأتى كلامه فى تعداد الطرق .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : فيه نزاع فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله وغيره .

القسم الثانى : من ليس له شهوة : كالعنين ، ومن ذهبت شهوته ، لمرض أو كبر ، أو غيره .

فعموم كلام المصنف هنا : أنه سنة فى حقه أيضاً .

وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وهو إحدى الروايتين ، والوجهين .

واختاره القاضى فى المجرد ، فى باب الطلاق والخصال ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى البلغة ، وغيره .

والقول الثانى : هو فى حقهم مباح . وهو الصحيح من المذهب .

اختاره القاضى فى المجرد فى باب النكاح . وابن عقيل فى التذكرة ، وابن البنا ، وابن بطة .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين ، وتجريد العناية . وجزم به فى المنور .

قال فى منتخبه : يسن للتائق . وأطلقهما فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والنظم ، والمستوعب ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق .

وقيل : يكره . وما هو ببعيد فى هذه الأزمنة .

وحكى عنه : يجب . وهو وجه فى الترغيب .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : كلام صاحب المحرر يدل على أن رواية وجوب النكاح منتفية فى حق من لا شهوة له .

وكذلك قال القاضى ، وابن عقيل ، والأكثرون .

ومن الأصحاب من طرد فيه رواية الوجوب أيضاً .

نقله صاحب الترغيب . وهو مقتضى إطلاق الأكثرين .

ويأتى التنبيه على ذلك فى تعداد الطرق .

القسم الثالث : من خاف العنت .

فالنكاح فى حق هذا : واجب . قولاً واحداً ، إلا أن ابن عقيل ذكر رواية : أنه غير واجب .

ويأتى كلامه فى تعداد الطرق .

قال الزركشى : ولعله أراد بخوف العنت : خوف المرض والمشقة ، لا خوف الزنا . فإن العنت يفسر بكل واحد من هذه .

تنبيهات

أحدها : « العنت » هنا : هو الزنا . على الصحيح .

وقيل : هو الهلاك بالزنا . ذكره فى المستوعب .

الثانى : مراده بقوله « إلا أن يخاف على نفسه مواقعة المحظور » إذا علم وقوع ذلك أو ظنه . قاله الأصحاب .

وقال فى الفروع : ويتوجه إذا علم وقوعه فقط .

الثالث : هـذه الأقسام الثلاثة : هى أصح الطرق . وهى طريقة المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قال الزركشى : هى الطريقة المشهورة .

وقال ابن شيخ السلامية فى نكته على المحرر : ذكر غير واحد من أصحابنا فى وجوب النكاح : روايتين . واختلفوا فى محل الوجوب .

فمنهم : من أطلقه ولم يقيده بحال . وهذه طريقة أبى بكر ، وأبى حفص ، وابن الزاغونى .

قال فى مفرداته : النكاح واجب فى إحدى الروايتين .

وكذلك أطلقه القاضى أبو يعلى الصغير فى مفرداته ، وأبو الحسين ، وصاحب الوسيلة .

وقد وقع ذلك فى كلام الإمام أحمد رحمه الله لما سئل عن التزويج ؟ فقال : أراه واجباً .

وأشار إلى هذا أبو البركات ، حيث قال : وعنه الوجوب مطلقا .

قلت : وهوظاهر كلام المصنف هنا ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

قلت : وهو ضعيف جداً فيمن لا شهوة له .

قال : ومنهم من خص الوجوب بمن يجد الطول ، و يخاف العنت .

قال فى المستوعب : فهذا يجب عليه النكاح رواية واحدة .

وكذا قال فى الترغيب ، وابن الجوزى ، وأبو البركات .

وعليها حمل القاضى إطلاق الإمام أحمد رحمه الله وأبى بكر .

قلت : وقيده ابن عقيل بذلك أيضاً . وأن الشيخ تقى الدين رحمه الله قال : وظاهر كلام أحمد والأكثرين : أن ذلك غير معتبر .

واختار ابن حامد : عدم الوجوب حتى فى هذه الحالة .

قلت : الذى يظهر أن هذا خطأ من الناقل عنه .

ومن أصحابنا : من أجرى الخلاف فيه .

فحكى ابن عقيل فى التذكرة ـ فى وجوب النكاح على من يخاف العنت و يجد الطول ـ روايتين .

ومنهم : من جعل محل الوجوب فى الصورة الأولى ، وهذه الصورة .

ومنهم : من جعل الخلاف فى الصورة الثانية ، وهو من يجد الطول ، ولايخاف العنت وله شهوة .

فههنا جعل محل الخلاف غير واحد . وحكوا فيه روايتين . وهذه طريقة القاضى ، وأبى البركات .

وقطع الشيخ موفق الدين رحمه الله : بعدم الوجوب من غير خلاف . وكذلك القاضى فى الجامع الكبير ، وابن عقيل فى التذكرة .

واختاره ابن حامد ، والشريف أبو جعفر .

قالوا : ويدل على رجحانها فى المذهب : أن الإمام أحمد رحمه الله لم يتزوج حتى صار له أربعون سنة ، مع أنه كان له شهوة .

ومنهم : من جعل محل الوجوب فى الصورتين المتقدمتين وفى صورة ثالثة ، وهو من يجد الطول ولا شهوة له . حكاه فى الترغيب .

قال أبو العباس : وكلام القاضى وتعليله يقتضى أن الخلاف فى الوجوب ثابت ، وإن لم يكن له شهوة .

ومنهم : من جعل محل الوجوب : القدرة على النفقة والصداق .

قال فى المبهج : النكاح مستحب . وهل هو واجب أم لا ؟ ينظر فيه .

فإن كان فقيراً لايقدر على الصداق ، ولا على ما يقوم بأودا لزوجة : لم يجب ، رواية واحدة .

وإن كان قادراً مستطيعاً : ففيه روايتان ، لا يجب . وهى المنصورة . والوجوب قال ، قلت : ونازعه فى ذلك كثير من الأصحاب .

ومنهم : من أضاف قيداً آخر ، فجعل الوجوب مختصاً بالقدرة على نكاح الحرة

قال أبو العباس : إذا خشى العنت جاز له التزوج بالأمة ، مع أن تركه أفضل ، أو مع الكراهة وهو يخاف العنت . فيكون الوجوب مشروطاً بالقدرة على نكاح الحرة .

قلت : قدم فى الفروع : أنه لا يجب عليه نكاح الحرة .

قال القاضى ، وابن الجوزى ، والمصنف ، وغيرهم : يباح ذلك . والصبر عنه أولى .

وقال فى الفصول : فى وجو به خلاف .

واختار أبو يعلى الصغير الوجوب .

قلت : الصواب أنه يجب إذا لم يجد حرة .

ومنهم : من جعل الوجوب من باب وجوب الكفاية لا العين .

قال أبو العباس : ذكر أبو يعلى الصغير ـ فى ضمن مسألة التخلى لنوافل العبادة ـ إنا إذا لم نوجبه على كل واحد فهو فرض على الكفاية .

قلت : وذكر أبو الفتح ابن المنى أيضاً : أن النكاح فرض كفاية . فكان الاشتغال به أولى . كالجهاد .

قال : وكان القياس يقتضى وجوبه على الأعيان . تركناه للحرج والمشقة . انتهى .

وانتهى كلام ابن خطيب السلامية ، مع مازدنا عليه فيه .

فوائد

الأولى : حيث قلنا بالوجوب ، فإن المرأة كالرجل فى ذلك . أشار إليه أبو الحسين ، وأبو حكيم النهروانى ، وصاحب الوسيلة . قاله ابن خطيب السلامية .

الثانية : على القول بالوجوب : لا يكتفى بمرة واحدة فى العمر . على الصحيح من المذهب .

قال ابن خطيب السلامية فى النكت : جمهور الأصحاب أنه لا يكتفى بمرة واحدة . بل يكون النكاح فى مجموع العمر . لقول الإمام أحمد رحمه الله : ليست العزوبة فى شىء من أمر الإسلام .

وقدم فى الفروع : أنه لايكتفى بمرة واحدة .

وقال أبو الحسين ، فى فروعه : إذا قلنا بالوجوب ، فهل يسقط الأمر به فى حق الرجل والمرأة بمرة واحدة ، أم لا ؟

ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه لايسقط . لقول الإمام أحمد فى رواية المروذى : ليست العزوبة من الإسلام . وهذا الاسم لا يزول بمرة . وكذا قاله صاحب الوسيلة ، وأبو حكيم النهروانى .

وفى المذهب لابن الجوزى ، وغيره : يكتفى بالمرة الواحدة لرجل وامرأة . وجزم به فى عيون المسائل ، وقال : هذا على رواية وجوبه .

ونقل ابن الحكم : أن الإمام أحمد رحمه الله قال : المتبتل هو الذى لم يتزوج قط

قلت : وينبغى أن يتمشى هذا الخلاف على القول بالاستحباب أيضاً .

وهو ظاهر كلامه فى الفروع ، بخلاف صاحب النكت .

الثالثة : وعلى القول بوجوبه : إذا زاحمه الحج الواجب .

فقد تقدم لو خاف العنت من وجب عليه الحج ، فى كتاب الحج .

وذكرنا هناك الحكم والتفصيل . فليراجع .

الرابعة : فى الاكتفاء بالعقد استغناءً بالباعث الطبعى عن الشرعى وجهان .

ذكرهما فى الواضح . وأطلقهما فى الفروع ، والفائق .

قال ابن عقيل فى المفردات : قياس المذهب عندى : يقتضى إيجابه شرعاً ، كما يجب على المضطر تملك الطعام والشراب ، وتناولهما .

قال ابن خطيب السلامية ، فى نكته على المحرر : وحيث قلنا بالوجوب ، فالواجب هو العقد . وأما نفس الاستمتاع ، فقال القاضى : لا يجب . بل يكتفى فيه بداعية الوطء ،وحيث أوجبنا الوطء . فإنما هو لإيفاء حق الزوجة لاغير . انتهى.

الخامسة : ماقاله أبو الحسين : هل يكتفى عنه بالتسرى ؟ فيه وجهان .

وتابعه فى الفروع . وأطلقهما فى الفائق . والزركشى .

قال ابن أبى المجد فى مصنفه : ويجزىء عنه التسرى فى الأصح .

قال فى القواعد الأصولية : والذى يظهر الاكتفاء .

قال ابن نصر الله فى حواشى الزركشى : أصحهما لا يندفع . فليتزوج . فأمر بالتزوج .

قال ابن خطيب السلامية : فيه احتمالان . ذكرهما ابن عقيل فى المفردات ، وابن الزاغونى .

ثم قال : و يشهد لسقوط النكاح قوله تعالى (٤ : ٣ فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة ، أو ماملكت أيمانكم) انتهى .

قلت : وهو الصواب .

وقال بعض الأصحاب : الأظهر أن الوجوب يسقط به مع خوف العنت . و إن لم يسقط مع غيره .

السادسة : على القول باستحبابه : هل يجب بأمر الأبوين ، أو بأمر أحدهما به ؟

قال الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية صالح ، وأبى داود : إن كان له أبوان يأمرانه بالتزويج : أمرته أن يتزوج ، أو كان شاباً يخاف على نفسه العنت : أمرته أن يتزوج .

فجعل أمر الأبوين له بذلك بمنزلة خوفه على نفسه العنت .

قال الإمام أحمد رحمه الله : والذى يحلف بالطلاق لا يتزوج أبداً ، إن أمره أبوه تزوج .

السابعة : وعلى القول أيضاً بعدم وجوبه : هل يجب بالنذر ؟

صرح أبو يعلى الصغير فى مفرداته : أنه يلزمه بالنذر .

قلت : وهو داخل فى عمومات كلامهم فى نذر التبرر .

الثامنة : يجوز له النكاح بدار الحرب للضرورة . على الصحيح من المذهب

ونقل ابن هانىء : لا يتزوج ، و إن خاف .

و إن لم تكن به ضرورة للنكاح ، فليس له ذلك . على الصحيح .

قال ابن خطيب السلامية فى نكته : ليس له النكاح . سواء كان به ضرورة ، أو لا ؟

قال الزركشى : فعلى تعليل الإمام أحمد رحمه الله : لا يتزوج ولا مسلمة . ونص عليه فى رواية حنبل . ولا يطأ زوجته إن كانت معه . ونص عليه فى رواية الأثرم وغيره .

وعلى مقتضى تعليله : له أن يتزوج آيسة ، أو صغيرة . فإنه علل ، وقال : من أجل الولد ، لئلا يستعبد .

وقال فى المغنى فى آخر الجهاد : وأما الأسير ، فظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : لايحل له التزوج مادام أسيراً .

وأما الذى يدخل إليهم بأمان ـ كالتاجر ونحوه ـ : فلا ينبغى له التزوج .

فإن غلبت عليه الشهوة : أبيح له نكاح المسلمة ، وليعزل عنها ولايتزج منهم . انتهى .

وقيل : يباح له النكاح مع عدم الضرورة .

وأطلقهما فى الفروع ، فقال : وله النكاح بدار حرب ضرورة ، و بدونها وجهان . وكرهه الإمام أحمد رحمه الله . وقال : لايتزوج ولا يتسرى إلا أن يخاف عليه .

وقال أيضاً : ولا يطلب الولد .

و يأتى : هل يباح نكاح الحربيات أم لا ؟ فى باب المحرمات فى النكاح .

تنبيه : حيث حرم نكاحه بلا ضرورة ، وفَعَلَ : وجب عزله ، و إلا استحب عزله . ذكره فى الفصول .

قلت : فيعايى بها .

قوله ﴿ وَالاشْتِغَالُ بِهِ أَفْضَلُ مِنَ التَّخَلِّى لِنَوَافِلِ العِبَادَةِ ﴾ .

يعنى : حيث قلنا يستحب ، وكان له شهوة . وهذا المذهب مطلقاً . نص عليه وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال أبو يعلى الصغير : لايكون أفضل من التخلى إلا إذا قصد به المصالح المعلومة . أما إذا لم يقصدها : فلا يكون أفضل .

وعنه : التخلى لنوافل العبادة أفضل ، كما لو كان معدوم الشهوة . حكاها

أبو الحسين فى التمام ، وابن الزاغونى . واختارها ابن عقيل فى المفردات . وهى احتمال فى الهداية ، ومن تابعه .

وذكر أبو الفتح بن المنى : أن النكاح فرض كفاية . فكان الاشتغال به أولى ، كالجهاد . كما تقدم .

قوله ﴿ وَيُسْتَحَبُّ تَخَيُّرِ ذَاتِ الدِّين الوَلُودِ البِكْرِ الحَسِيبَةِ الأَجْنَبِيَّةِ ﴾ بلا نزاع .

و يستحب أيضاً : أن لا يزيد على واحدة ، إن حصل بها الإعفاف . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى الهداية ، والمستوعب ، و إدراك الغاية ، والفائق : والأولى أن لا يزيد على نكاح واحدة .

قال الناظم : وواحدة أقرب إلى العدل .

قال فى تجريد العناية : هذا الأشهر .

قال ابن خطيب السلامية : جمهور الأصحاب استحبوا أن لا يزيد على واحدة

قال ابن الجوزى : إلا أن لا تعفه واحدة . انتهى .

وقيل: المستحب اثنتان . كما لو لم تعفه . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . فإنه قال : يقترض و يتزوج . ليته إذا تزوج اثنتين يفلت .

وهو ظاهر كلام ابن عقيل فى مفرداته .

قال ابن رزين فى النهاية : يستحب أن يزيد على واحدة . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ لِمَنْ أَرَادَ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ : النَّظَرُ ﴾ .

هذا المذهب . أعنى أنه يباح .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة، والكافى ، والرعايتين والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وتجريد العناية .

وقيل : يستحب له النظر .

جزم به أبو الفتح الحلوانى ، وابن عقيل ، وصاحب الترغيب ، وغيرهم .

قلت : وهو الصواب .

قال الزركشى : وجعله ابن عقيل وابن الجوزى مستحباً . وهو ظاهر الحديث[1]

فزاد : ابنَ الجوزى .

قال ابن رزين فى شرحه : يسن إجماعاً . كذا قال .

وأطلق الوجهين ابن خطيب السلامية .

وقال ، قلت : ويتعين تقييد ذلك بمن إذا خطبها غلب على ظنه إجابته إلى نكاحها .

وقاله ابن رجب فى تعليقه على المحرر . ذكره عنه فى القواعد الأصولية .

قلت : وهو كما قال . وهو مراد الإمام والأصحاب قطعاً .

قوله ﴿ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِهَا ﴾ .

يعنى فقط من غير خلوة بها . هذا إحدى الروايات عن الإمام أحمد رحمه الله جزم به فى البلغة ، والوجيز ، ونظم المفردات .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : هذا أصح الروايتين .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وإدراك الغاية ، وشرح ابن رزين ، وتجريد العناية .

قال الزركشى : صححها القاضى فى المجرد ، وابن عقيل .

---

(١) روى أحمد والترمذى والنسائى وابن ماجه عن المغيرة بن شعبة « أنه خطب امرأة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : انظر إليها . فإنه أحرى أن يؤدم بينكما »

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : له النظر إلى مايظهر غالباً ، كالرقبة ، واليدين ، والقدمين . وهو المذهب قال فى تجريد العناية : هذا الأصح . ونصره الناظم .

و إليه ميل المصنف ، والشارح .

وحمل كلام الخرقى وأبى بكر الآتى على ذلك . وجزم به فى العمدة .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق . وأطلقهما فى الكافى .

وقيل : له النظر إلى الرقبة ، والقدم ، والرأس ، والساق .

وعنه : له النظر إلى الوجه والكفين فقط . حكاها ابن عقيل . وحكاه بعضهم قولاً ، بناء على أن اليدين ليستا من العورة .

قال الزركشى : وهى اختيار من زعم ذلك .

قال القاضى فى التعليق : المذهب المعول عليه إلى المنع من النظر : ما هو عورة ونحوه .

قال الشريف ، وأبو الخطاب ـ فى خلافيهما ـ : وجوز أبو بكر النظر إليها فى حال كونها حاسرة .

وحكى ابن عقيل رواية : بأن له النظر إلى ماعدا العورة المغلظة . ذكرها فى المفردات .

والعورة المغلظة : هى الفرجان . وهذا مشهور عن داود الظاهرى .

تنبيه : حيث أبحنا له النظر إلى شىء من بدنها ، فله تكرار النظر إليه ، وتأمل المحاسن . كل ذلك إذا أمن الشهوة . قيده بذلك الأصحاب .

تنبيه آخر : مقتضى قوله « ويجوز لمن أراد خطبة امرأة » أن محل النظر قبل الخطبة . وهو صحيح .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وينبغى أن يكون النظر بعد العزم على نكاحها وقبل الخطبة .

فائدتان

إحداهما : قال الإمام أحمد رحمه الله : إذا خطب رجل امرأة سأل عن جمالها أولاً . فإن حُمِد : سأل عن دينها . فإن حُمد : تزوج ، و إن لم يحمد : يكون رده لأجل الدين . ولا يسأل أولاً عن الدين ، فإن حمد سأل عن الجمال . فإن لم يحمد ردها . فيكون رده للجمال لا للدين .

الثانية : قال ابن الجوزى : ومن ابتلى بالهوى ، فأراد التزوج : فليجتهد فى نكاح التى ابتلى بها ، إن صح ذلك وجاز ، و إلا فليتخير مايظنه مثلها .

قوله ﴿ وَلَهُ النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ ، وَإِلَى الرَّأْسِ ، وَالسَّاقَيْنِ مِنَ الأَمَةِ المُسْتَامَةِ ﴾ .

يعنى : له النظر إلى مايظهر غالباً ، و إلى الرأس والساقين منها . وهو المذهب جزم به فى الوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والمستوعب .

وعنه : ينظر سوى عورة الصلاة . جزم به فى الكافى ، فقال : ويجوز لمن أراد شراء جارية النظر منها إلى ماعدا عورتها .

وقيل : ينظر غير مابين السرة والركبة .

قال الناظم : هذا المقدم .

وقيل : حكمها فى النظر كالمخطوبة .

ونقل حنبل : لا بأس أن يقلبها إذا أراد شراءها من فوق ثيابها . لأنها لاحرمة لها .

قال القاضى : أجاز تقليب الظهر والصدر . بمعنى لمسه من فوق الثياب .

قوله ﴿ وَمِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ ﴾ .

يعنى : يجوز له النظر من ذوات محارمه إلى مالا يظهر غالباً ، و إلى الرأس والساقين . وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

واعلم أن حكم ذوات محارمه حكم الأمة المستامة فى النظر ، خلافاً ومذهباً . على الصحيح من المذهب . وقطع به الأكثر .

وعنه : لاينظر من ذوات محارمه إلى غير الوجه . ذكرها فى الرعاية وغيرها .

وعنه : لاينظر منهن إلا إلى الوجه والكفين .

فائدتان

إحداهما : حكم المرأة فى النظر إلى محارمها : حكمهم فى النظر إليها . قاله فى الفروع ، وغيره .

الثانية : ذوات محارمه من يحرم نكاحها عليه على التأبيد بنسب أو سبب مباح . فلا ينظر إلى أم المزنى بها ، ولا إلى ابنتها ، ولا إلى بنت الموطوأة بشبهة . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَلِلعَبْدِ النَّظَرُ إِلَيْهِمَا مِنْ مَوْلاَتِهِ ﴾ .

يعنى : إلى الوجه والكفين . وهذا أحد القولين .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وصححه فى النظم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقدمه فى المحرر ، والشرح ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

والصحيح من المذهب : أن للعبد النظر من مولاته إلى ماينظر إليه الرجل من ذوات محارمه ، على ماتقدم خلافاً ومذهباً . قدمه فى الفروع . وجزم به فى الكافى

وعنه : المنع من النظر للعبد مطلقاً . نقله ابن هانىء . وهو قول فى الرعاية الكبرى .

قال الشارح : وهو قول بعض أصحابنا . وما هو ببعيد .

فائدة : قال فى الفروع : وظاهر كلامهم لاينظر عبد مشترك ، ولا ينظر الرجل أمة مشتركة . لعموم منع النظر ، إلا من عبدها وأمته . انتهى .

وقال بعض الأصحاب : للعبد المشترك بين النساء النظر إلى جميعهن . لوجود الحاجة بالنسبة إلى الجميع .

وجزم به فى تجريد العناية ، فقال : ولعبد ـ ولو مبعضاً ـ نظر وجه سيدته وكفيها .

وذكر المصنف فى فتاويه : أنه يجوز لهن جميعهن النظر إليه . لحاجتهن إلى ذلك . بخلاف الأمة المشتركة بين رجال ليس لأحد منهم النظر إلى عورتها .

قوله ﴿ وَلِغَيْرِ أُولِى الإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ ـ كالكَبِيرِ والعِنِّينِ ونَحْوِهِما ـ النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ ﴾ .

يعنى : إلى الوجه والكفين . وهذا أحد الوجهين . صححه فى النظم .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وقيل : حكمهم حكم العبد مع سيدته فى النظر . وهو المذهب . قدمه فى الفروع قال فى الكافى ، والمغنى : حكمهم حكم ذى المحارم فى النظر . وقطع به .

وقيل : لايباح لهم النظر مطلقاً .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وكثير من الأصحاب : أن الخصى والمجبوب لايجوز لهما النظر إلى الأجنبية . وهو صحيح . وهو المذهب .

قال الأثرم : استعظم الإمام أحمد رحمه الله إدخال الخصيان على النساء .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

قال ابن عقيل : لاتباح خلوة النساء بالخصيان ولا بالمجبوبين . لأن العضو ـ وإن تعطل ، أوعدم ـ فشهوة الرجال لاتزول من قلوبهم . ولايؤمن التمتع بالقبل وغيرها . وكذلك لايباح خلوة الفحل بالرتقاء من النساء لهذه العلة . انتهى .

وقيل : هما كذى محرم . وهو احتمال فى الهداية .

قال فى الفروع : ونصه لا .

وقال فى الانتصار : الخصى يكسر النشاط . ولهذا يؤمن على الحرم .

قوله ﴿ وَلِلشَّاهِدِ وَالْمُبْتَاعِ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهَا وَمَنْ تُعَامِلُهُ ﴾ .

هـذا أحد الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم .

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه ينظر إلى وجهها وكفيها إذا كانت تعامله .

وذكر ابن رزين : أن الشاهد والمبتاع ينظران إلى ما يظهر غالباً .

فائدة : ألحق فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : المستأجر بالشاهد والمبتاع .

زاد فى الرعاية الكبرى : والمؤجر والبائع .

ونقل حرب ومحمد بن أبى حرب ـ فى البائع ـ ينظر كفها ووجهها ؟ إن كانت عجوزاً رجوت ، وإن كانت شابة تُشْتَهى : أكره ذلك .

تنبيه : إباحة نظر هؤلاء مقيد بحاجتهما .

فائدة : من ابتلى بخدمة مريض أو مريضة فى وضوء أو استنجاء أو غيرهما فحكمه حكم الطبيب فى النظر والمس . نص عليه .

وكذا لو حلق عانة من لا يحسن حلق عانته . نص عليه . وقاله أبو الوفاء ، وأبو يعلى الصغير .

قوله ﴿ وَلِلصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ ، غَيْرِ ذِى الشَّهْوَةِ : النَّظَرُ إِلَى مَا فَوْقَ السُّرَّةِ وَتَحْتَ الرُّكْبَةِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : هو كالمحرم . وأطلق فى الكافى فى المميز روايتين .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ ذَا شَهْوَةٍ فَهُوَ كَذِى المحْرَمِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : أنه كالأجنبى . وأطلقهما فى الكافى ، والفائق ، والقواعد الأصولية .

وقيل : كالطفل . ذكره فى الرعاية الكبرى .

قلت : وهو ضعيف جداً .

وقال فى الرعاية الصغرى : فهو كذى محرم .

وعنه : كأجنبى بالغ .

فائدتان

إحداهما : حكم بنت تسع حكم المميز ذى الشهوة . على الصحيح من المذهب .

وذكر أبو بكر قول الإمام أحمد فى رواية عبد الله : رواية عن النبى صلى الله عليه وسلم « إذا بلغت المحيض فلا تكشف إلا وجهها ويديها » .

ونقل جعفر ـ فى الرجل عنده الأرملة واليتيمة ـ : لاينظر ، وأنه لا بأس بنظر الوجه بلا شهوة .

الثانية : لا يحرم النظر إلى عورة الطفل والطفلة قبل السبع ، ولا لمسها . نص عليه .

ونقل الأثرم ـ فى الرجل يضع الصغيرة فى حجره و يقبلها ـ إن لم يجد شهوة . فلا بأس .

ولا يجب سترها مع أمن الشهوة . جزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال فى الفائق : ولا بأس بالنظر إلى طفلة غير صالحة للنكاح بغير شهوة .

وهل هو محدود بدون السبع ، أو بدون ما تشتهى غالباً ؟ على وجهين .

قوله ﴿ وَلِلْمَرْأَةِ مَعَ الْمَرْأَةِ ، وَالرَّجُلِ مَعَ الرَّجُلِ : النَّظَرُ إِلَى مَا عَدَا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ ﴾ .

يجوز للمرأة المسلمة النظر من المرأة المسلمة إلى ما عدا ما بين السرة والركبة .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمصنف هنا ، وصاحب الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والصحيح من المذهب : أنها لا تنظر منها إلا إلى غير العورة .

وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، والمنور .

ولعل من قطع أولاً : أراد هذا .

لكن صاحب الرعاية غاير بين القولين . وهو الظاهر .

[ومرادهم بعورة المرأة هنا كعورة الرجل على الخلاف صرح به الزركشى فى شرح الوجيز] (١)

وأما الكافرة مع المسلمة ، فالصحيح من المذهب : أن حكمها حكم المسلمة مع المسلمة . جزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المغنى والشرح ، ونصراه . وصححه فى الكافى . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : لا تنظر الكافرة من المسلمة مالا يظهر غالباً .

---

(١) زيادة من نسخة طلعت .

وعنه : هى معها كالأجنبى . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . وقالوا : نص عليه .

وقطع به الحلوانى فى التبصرة .

واستثنى القاضى أبو يعلى ـ على هذه الرواية ـ الكافرة المملوكة لمسلمة . فإنه يجوز أن تظهر على مولاتها كالمسلمة . وأطلقهما فى المذهب .

فائدة : يجوز أن تكون الكافرة قابلة للمسلمة للضرورة ، وإلا فلا . نص عليه .

وأما الرجل مع الرجل ـ ولو كان أمرد ـ فالمذهب : أنه لا ينظر منه إلا مابين السرة والركبة . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الفروع ، وغيره .

وقدمه فى الرعاية الكبرى[1] . وقال ، وقيل : ينظر غير العورة .

فيحتمل أنه كالأول . لكن عند صاحب الرعاية : أنه أعم من الأول .

قوله ﴿ وَيُبَاحُ لِلْمَرْأَةِ النَّظَرُ مِنَ الرِّجُلِ إِلَى غَيْرِ العَوْرَةِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والمحرر .

وقال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

وعنه : يباح لها النظر منه إلى مايظهر غالباً .

وعنه : لايباح النظر إليه . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقطع به ابن البنا . واختاره أبو بكر . قاله القاضى . نقله الشيخ تقى الدين رحمه الله فى شرح المحرر .

---

(١) فى نسخة مكتبة طلعت : وأما الرجل مع الرجل ـ ولو كان أمرد ـ فالمذهب : أنه ينظر منه إلى غير العورة . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الفروع وغيره . وقال فى الرعاية الكبرى : ينظر مابين السرة والركبة .

وقال ابن عقيل أيضاً : يحرم النظر .

ونقل القاضى أيضاً عن أبى بكر : الكراهة .

وقال الشيخ تقى الدين فى شرح المحرر : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والقاضى : كراهة نظرها إلى وجهه ، و بدنه ، وقدميه . واختار الكراهة .

وقيل : لايحرم النظر إلى مايظهر غالباً وقت مهنة وغفلة .

تنبيه : قال فى الفروع : أطلق الأصحاب إباحة النظر للمرأة إلى غير العورة من الرجل .

ونقل الأثرم : يحرم النظر على أزواج النبى صلى الله عليه وسلم .

قال ابن عقيل فى الفنون : قال أبو بكر : لا تختلف الرواية أنه لايجوز لهن .

قال فى الفروع : ويؤيد الأول ، أن الإمام أحمد رحمه الله : لم يُجِب بالتخصيص فى الأخبار التى فى المسألة .

وقال القاضى فى الروايتين : يجوز لهن . رواية واحدة . لأنهن فى حكم الأمهات فى الحرمة والتحريم . فجاز مفارقتهن فى هذا القدر بقية النساء .

قلت : وهذا أولى .

فوائد

منها : يجوز النظر من الأمة ، وممن لاتشتهى ـ كالعجوز ، والبَرْزة ، والقبيحة ونحوهم ـ إلى غير عورة الصلاة ، على الصحيح من المذهب .

واختار المصنف ، والشارح : جواز النظر من ذلك إلى ما لايظهر غالباً .

وقال فى الرعاية الكبرى : ويباح نظر وجه كل عجوز برزة هَمَةً ، ومن لايشتهى مثلها غالباً ، وما ليس بعورة منها ولمسه ومصافحتها ، والسلام عليها ، إن أمن على نفسه . ومعناه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى .

ونقل حنبل : إن لم تختمر الأمة فلا بأس .

وقيل : الأمة والقبيحة كالحرة والجميلة .

ونقل المروذى : لاينظر إلى المملوكة . كم من نظرة ألقت فى قلب صاحبها البلابل ؟

ونقل ابن منصور : لاتنتقب الأمة . ونقل أيضاً : تنتقب الجميلة .

وكذا نقل أبو حامد الخفاف .

قال القاضى : لكن يمكن حمل ما أطلقه على ماقيده .

قلت : الصواب أن الجميلة تنتقب ، وأنه يحرم النظر إليها كما يحرم النظر إلى الحرة الأجنبية .

تنبيه : حيث قلنا : يباح ، ففى تحريم تكرار نظر وجه مستحسن : وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب التحريم .

ومنها : الخنثى المشكل فى النظر إليه كالمرأة ، تغليباً لجانب الحظر . ذكره ابن عقيل .

قال فى الفروع : ويخرج وجه من ستر العورة فى الصلاة : أنه كالرجل .

وقال فى الرعاية : وإن تشبه خنثى مشكل بذكر أو أنثى ، أو مال إلى أحدهما : فله حكمه فى ذلك .

وقال ، قلت : لايروج بحال . فإن خاف الزنا : صام أو استمنى ، وإلا فهو مع امرأة كالرجل . ومع رجل كامرأة .

ومنها : ظاهر كلام المصنف ، وأكثر الأصحاب : أنه لايجوز للرجل النظر إلى غير من تقدم ذكره . فلا يجوز له النظر إلى الأجنبية قصداً . وهو صحيح . وهو المذهب .

وجوز جماعة من الأصحاب : نظر الرجل من الحرة الأجنبية إلى ما ليس بعورة صلاة .

وجزم به فى المستوعب فى آدابه ، وذكره الشيخ تقى الدين رواية .

قال القاضى : المحرم ماعدا الوجه والكفين .

وصرح القاضى فى الجامع : أنه لايجوز النظر إلى المرأة الأجنبية لغير حاجة .

ثم قال : النظر إلى العورة محرم ، و إلى غير العورة : مكروه .

وهكذا ذكر ابن عقيل ، وأبو الحسين .

وقال أبو الخطاب : لايجوز النظر لغير من ذكرنا ، إلا أن القاضى أطلق هذه العبارة . وحكى الكراهة فى غير العورة .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هل يحرم النظر إلى وجه الأجنبية لغير حاجة ؟ رواية عن الإمام أحمد : يكره ، ولا يحرم .

وقال ابن عقيل : لا يحرم النظر إلى وجه الأجنبية إذا أمن الفتنة . انتهى .

قلت : وهذا الذى لا يسع الناس غيره ، خصوصاً للجيران والأقارب غير المحارم الذين نشأ بينهم . وهو مذهب الشافعى .

ويأتى فى آخر العدد : هل يجوز أن يخلو بمطلقته ، أو أجنبية ، أم لا ؟

قوله ﴿وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الغُلاَمِ لِغَيْرِ شَهْوَةٍ﴾ .

النظر إلى الأمرد لغير شهوة على قسمين .

أحدهما : أن يأمن ثوران الشهوة .

فهذا يجوز له النظر من غير كراهة . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وغيرهم . وقاله أبو حكيم ، وغيره . ولكن تركه أولى . صرح به ابن عقيل .

قل : وأما تكرار النظر : فمكروه .

وقال أيضاً ، فى كتاب القضاء : تكرار النظر إلى الأمرد محرم ، لأنه لايمكن بغير شهوة .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ومن كرر النظر إلى الأمرد أو داومه ، وقال : إنى لا أنظر بشهوة ، فقد كذب فى ذلك .

وقال القاضى : نظر الرجل إلى وجه الأمرد مكروه .

وقال ابن البنا : النظر إلى الغلام الأمرد الجميل مكروه . نص عليه . وكذا قال أبو الحسين .

القسم الثانى : أن يخاف من النظر ثوران الشهوة .

فقال الحلوانى : يكره . وهل يحرم ؟ على وجهين .

وحكى صاحب الترغيب ثلاثة أوجه : التحريم ، وهو مفهوم كلام صاحب المحرر . فإنه قال : يجوز لغير شهوة إذا أمن ثورانها .

واختاره الشيخ تقى الدين ، فقال : أصح الوجهين لايجوز . كما أن الراجح فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله : أن النظر إلى وجه الأجنبية من غير حاجة : لايجوز . وإن كانت الشهوة منتفية ، لكن يخاف ثورانها .

وقال المصنف فى المغنى : إذا كان الأمرد جميلاً يخاف الفتنة بالنظر إليه : لم يجز تعمد النظر إليه .

قال فى الفروع ، ونصه : يحرم النظر خوف الشهوة .

والوجه الثانى : الكراهة ، وهو الذى ذكره القاضى فى الجامع . وجزم به الناظم .

والوجه الثالث : الإباحة . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وكثير من الأصحاب والمنقول عن الإمام أحمد رحمه الله : كراهة مجالسة الغلام الحسن الوجه .

وقال فى الرعاية الكبرى : ويحرم النظر إلى الأمرد لشهوة . ويجوز بدونها مع منها .

وقيل : وخوفها .

وقال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : و إن خاف ثورانها فوجهان .

فائدة : قال ابن عقيل : يحرم النظر مع شهوة تخنيث وسحاق ، و إلى دابة يشتهيها ولا يعف عنه . وكذا الخلوة بها .

قال فى الفروع : وهو ظاهر كلام غيره .

فوائد

منها : قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى أَحَدٍ مِمَّنْ ذَكَرْنَا لِشَهْوَةٍ ﴾ .

وهذا بلا نزاع .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ومن استحله كفر إجماعاً .

وكذا لا يجوز النظر إلى أحد ممن تقدم ذكره إذا خاف ثوران الشهوة . نص عليه . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره .

ومنها : معنى الشهوة : التلذذ بالنظر .

ومنها : لمس من تقدم ذكره ، كالنظر إليه على قول .

وعلى قول آخر : هو أولى بالمنع من النظر . واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله . وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وهو الصواب . وأطلقهما فى الفروع .

ومنها : صوت الأجنبية ليس بعورة . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ليس بعورة على الأصح .

قال ابن خطيب السلامية ، قال القاضى الزريرانى الحنبلى فى حواشيه على المغنى : هل صوت الأجنبية عورة ؟ فيه روايتان منصوصتان عن الإمام أحمد رحمه الله . ظاهر المذهب : ليس بعورة . انتهى .

وعنه : أنه عورة . اختاره ابن عقيل . فقال : يجب تجنب الأجانب الاستماع من صوت النساء زيادة على ماتدعو الحاجة إليه . لأن صوتها عورة . انتهى .

قال الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية صالح : يسلم على المرأة الكبيرة . فأما الشابة : فلا تنطق .

قال القاضى : إنما قال ذلك من خوف الافتتان بصوتها . وأطلقهما فى المذهب .

وعلى كلا الروايتين : يحرم التلذذ بسماعه ، ولو بقراءة . جزم به فى المستوعب . والرعاية ، والفروع ، وغيرهم .

قال القاضى : يمنع من سماع صوتها .

وقال ابن عقيل فى الفصول : يكره سماع صوتها بلا حاجة .

قال ابن الجوزى ، فى كتاب النساء له : سماع صوت المرأة مكروه .

وقال الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية مهنا : ينبغى للمرأة أن تخفض من صوتها إذا كانت فى قراءتها إذا قرأت بالليل .

ومنها : إذا منعنا المرأة من النظر إلى الرجل ، فهل تمنع من سماع صوته . ويكون حكمه حكم سماع صوتها ؟ .

قال القاضى فى الجامع الكبير : قال الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية مهنا : لا يعجبنى أن يؤم الرجل النساء إلا أن يكون فى بيته يؤم أهله . أكره أن تسمع المرأة صوت الرجل .

قال ابن خطيب السلامية ، فى نكته : وهذا صحيح . لأن الصوت يتبع الصورة . ألا ترى أنه لما منع من النظر إلى الأجنبية منع من سماع صوتها .

كذلك المرأة لما منعت من النظر إلى الرجل منعت من سماع صوته .

[قال ابن خطيب السلامية فى نكتة : لم تزل النساء تسمع أصوات الرجال . والفرق بين النساء والرجال ظاهر][1] .

ومنها : تحرم الخلوة لغير محرم للكل مطلقاً . ولو بحيوان يشتهى المرأة وتشتهيه هى ، كالقرد ونحوه .

---

(١) زيادة من نسخة طلعت .

ذكره ابن عقيل ، وابن الجوزى ، والشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال : الخلوة بأمرد حسن ومضاجعته : كامرأة . ولو كان لمصلحة تعليم وتأديب ومن يُقِرِّ مُوَلِّيه عند من يعاشره كذلك ملعون ديوث . ومن عرف بمحبتهم أو معاشرة بينهم : منع من تعليمهم .

وقال ابن الجوزى : كان السلف يقولون : الأمرد أشد فتنة من العذارى .

قال ابن عقيل : الأمرد يَنْفُق على الرجال والنساء . فهو شبكة الشيطان فى حق النوعين .

ومنها : كره الإمام أحمد رحمه الله مصافحة النساء . وشدد أيضا ، حتى لمحرم . وجوزه لوالد .

قال فى الفروع : ويتوجه ولمحرم .

وجوز الإمام أحمد رحمه الله أخذ يد عجوز . وفى الرعاية : وشوهاء .

وسأله ابن منصور : يقبل ذات المحارم منه ؟ قال : إذا قدم من سفر ، ولم يخف على نفسه ، لـكن لا يفعله على الفم أبداً . الجبهة والرأس .

ونقل حرب ـ فيمن تضع يدها على بطن رجل لا تحل له ـ قال : لا ينبغى إلا لضرورة .

ونقل المروذى : أتضع يدها على صدره ؟ قال : ضرورة .

قوله ﴿ وَلِـكُلّ وَاحِدٍ مِنَ الزّوْجَيْنِ النَّظَرُ إِلَي جَمِيعِ بَدَنِ الآخَرِ . وَلَمسُهُ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ ﴾ .

هذا المذهب مطلقا ، حتى الفرج . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : يكره لهما نظر الفرج . جزم به فى الكافى . وقدمه فى الرعايتين .

وقال الآمدى فى فصوله : وليس للزوج النظر إلى فرج امرأته فى إحدى الروايتين . نقله ابن خطيب السلامية .

وقيل : يكره لهما عند الجماع خاصة .

وجزم فى المستوعب بأنه يكره النظر إلى فرجها حال الطمث فقط . وجزم به فى الرعايتين . وزاد فى الكبرى : وحال الوطء .

فائدتان

إحداهما : قال القاضى فى الجامع : يجوز تقبيل فرج المرأة قبل الجماع ، ويكره بعده . وذكره عن عطاء .

الثانية : ليس لها استدخال ذكر زوجها وهو نائم بلا إذنه . ولها لمسه وتقبيله بشهوة . وجزم به فى الرعاية . وتبعه فى الفروع . وصرح به ابن عقيل .

وقال : لأن الزوج يملك العقد وحبسها . ذكراه فى عشرة النساء .

ومر بى فى بعض التعاليق قول : إن لهـا ذلك . ولم أستحضر الآن فى أى كتاب هو .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ السَّيِّدُ مَعَ أَمَتِهِ ﴾ .

حكم السيد مع أمته المباحة له : حكم الرجل مع زوجته فى النظر واللمس ، خلافاً ومذهباً .

تنبيه : فى قول المصنف « مع أمته » نظر . لأنه يدخل فى عمومه أمته المزوجة والمجوسية والوثنية ونحوهن . وليس له النظر إلى واحدة منهن ولا لمسهـا لما سيذكر فى موضعه .

وجعل كثير من الأصحاب مكان « أمته » « سريته » .

قال ابن منجا : وفيه نظر أيضاً . لأنه يحرم عليه أمته التى ليست سرية ، والحال أن له النظر إليها ولمسها . فلذلك قال بعض الأصحاب ـ منهم : المصنف

فى الكافى ، والناظم ، وصاحب المنور ، وغيرهم ـ « أمته المباحة » وهو أجود مما تقدم . انتهى

قلت : وهو مراد المصنف وغيره .

فائدتان

إحداهما : لو زوج أمته جاز له النظر منها إلى غير العورة ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى الفائق . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . والفروع .

وقال فى الترغيب : هو كمحرم . ونقل حنبل : كأمة غيره .

الثانية : يكره النظر إلى عورة نفسه . قاله فى الترغيب وغيره .

وقال فى المستوعب ، وغيره . يستحب أن لايديمه .

وقال الأزجى فى نهايته : يعرض ببصره عنها . لأنه يدل على الدناءة . انتهى .

وتقدم فى باب الاستنجاء : هل يكره مس فرجه مطلقاً ، أو فى حال التخلى ؟

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ التَّصْرِيحُ ﴾.

وهو مالا يحتمل غير النكاح .

﴿ بِخِطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ ، وَلاَ التَّعْرِيضُ ﴾ .

وهو ما يفهم منه النكاح مع احتمال غيره .

﴿ بِخِطْبَةِ الرَّجْعِيَّةِ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ فِى عِدَّةِ الْوَفَاةِ ﴾ يعنى : التعريض .

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال فى الانتصار ، والمفردات : إن دلت على اقترانهما ـ كمتحابين قبل موت الزوج ـ منعنا من تعريضه فى العدة .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ فِي عِدَّةِ الْبَائِنِ بِطَلَاقٍ ثَلَاثٍ ﴾ بلا نزاع .

﴿ وَهَلْ يَجُوزُ فِي عِدَّةِ الْبَائِنِ بِغَيْرِ الثَّلَاثِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والهادى ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

أحدهما : لا يجوز . جزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى . وقدمه فى المحرر .

الثانى : يجوز . وهو المذهب . جزم به فى العمدة .

وصححه فى التصحيح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

تنبيه : محل الخلاف : إذا كان المعرِّض أجنبياً .

فأما من كانت فى عصمته : فإنه يباح له التعريض والتصريح . بلا نزاع .

قوله ﴿ وَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِنْ أُجِيبَ ﴾ .

هذا المذهب . يعنى يحرم . وعليه جماهير الأصحاب .

قال ابن خطيب السلامية : قاله أصحابنا .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والشرح والنظم ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وقيل : يكره . اختاره أبو حفص .

قال ابن خطيب السلامية فى نكته ، والشريف أبو جعفر : قاله فى الفائق ، والزركشى .

فعلى المذهب : يصح العقد . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وعنه : لا يصح . اختاره أبو بكر . قاله ابن خطيب السلامية .

وقال الزركشى ، قال أبو بكر : البيع على بيع أخيه باطل . نص عليه .

فخرج ابن عقيل وغيره بطلان النكاح للنهى .

قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِنْ أُجِيبَ ﴾ .

واعلم أنه إذا أجيب تصريحاً فلا كلام .

وإن أجيب تعريضاً ، فظاهر كلام المصنف هنا : أنه لا يحل له أيضاً كالتصريح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والخرقى . وصححه الناظم .

واختاره المصنف فى المغنى ، والشارح . وجزم به فى الوجيز .

وعنه : يجوز .

قال القاضى : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله إباحة خطبتها .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أن له أن يخطب على خطبة الذمى مطلقاً . لأنه ليس بأخيه . وهو صحيح . نص عليه الإمام أحمد رحمه الله تعالى فى رواية على بن سعيد .

فائدة : قوله ﴿ وَإِن رُدَّ : حَلَّ ﴾ بلا نزاع .

وكذا إن ترك الخطبة ، أو أذن له .

وكذا إن سكت عنه عند القاضى فى المجرد ، وابن عقيل . وقدمه الزركشى وعن القاضى : سكوت البكر رضًى .

قوله ﴿ وَإِن لَمْ يَعْلَمْ بِالْحَالِ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والبلغة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية ، والزركشى .

إحداهما : يجوز . وهو الصحيح . وهو ظاهر ما نقله الميمونى .

وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

والثانى : لا يجوز . وهو ظاهر كلامه فى العمدة .

فائدة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ولو خطبت المرأة ـ أو وليها ـ لرجل ابتداء . فأجابها : فينبغى أن لا يحل لرجل آخر خطبتها ، إلا أنه أضعف من أن يكون هو الخاطب .

ونظير الأولى : أن تخطبه امرأة ، أو وليها ، بعد أن يخطب هو امرأة . فإن هذا إيذاء للمخطوب فى الموضعين . كما أن ذاك إيذاء للخاطب . وهذا بمنزلة البائع على بيع أخيه قبل انعقاد العقد . وذلك كله ينبغى أن يكون حراماً .

فائدة أخرى : لو أذنت لوليها أن يزوجها من رجل بعينه : احتمل أن يحرم على غيره خطبتها ، كما لو خطب فأجابت . ويحتمل أن لا يحرم . لأنه لم يخطبها أحد . قال ذلك القاضى أبو يعلى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهذا دليل من القاضى على أن سكوت المرأة عند الخطبة ليس بإجابة بحال .

قوله ﴿ وَالتَّعْوِيلُ فِي الرَّدِّ وَالإِجَابَةِ عَلَيْهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مُجْبَرَةً ﴾ .

بلا نزاع ﴿ وإِنْ كَانَتْ مُجْبَرَة : فَعَلَى الوَلِيِّ ﴾ .

هذا المذهب ، سواء رضيت ، أو كرهت . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، والزركشى .

صرح به القاضى . وابن عقيل .

وقال المصنف ، والشارح : لو أجاب ولى المرأة ، فكرهت المجاب . واختارت

غيره : سقط حكم إجابة وليها . وإن كرهته ولم تختر سواه : فينبغى أن يسقط حكم الإجابة . وإن أجابت ثم رجعت : زال حكم الإجابة .

قوله ﴿ وَيُسْتَحَبّ عَقْدُ النِّكَاحِ مَسَاءَ يَوْمِ الْجُمُعَةِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ عبد القادر فى الغنية : يستحب عقده يوم الجمعة أو الخميس ، والمساء أولى .

قوله ﴿ وَأَنْ يَخْطُبَ قَبْلَ العَقْدِ بِخُطْبَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ ﴾ .

وهذا المذهب أيضاً . وعليه الأصحاب . والعمل عليه قديماً وحديثاً .

وقال الشيخ عبد القادر : إن أخر الخطبة عن العقد جاز . انتهى .

قلت : ينبغى أن يقال : مع النسيان بعد العقد .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لايزيد على خطبة ابن مسعود رضى الله عنه . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وقاله فى العمدة . ويقرأ ثلاث آيات ـ وذكرها .

وقال فى عيون المسائل : يأتى بخطبة ابن مسعود رضى الله عنه بالآيات الثلاث ، وإن الله أمر بالنكاح . ونهى عن السفاح . فقال مخبراً وآمراً (٢٤ : ٣٢ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم . إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله . والله واسع عليم) .

وقال الشيخ عبد القادر : ويستحب أن يزيد هذه الآية أيضاً .

فائدتان

إحداهما : كان الإمام أحمد رحمه الله تعالى إذا حضر العقد ولم يسمع الخطبة انصرف .

والمجزىء منها : أن يتشهد ، ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم .

الثانية : قال ابن خطيب السلامية ، فى نكته على المحرر : وقع فى كلام القاضى فى الجامع مايقتضى : أنه يستحب أن يتزوج فى شوال .

فائدة : فى خصائصه صلى الله عليه وسلم

كان له صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بأى عدد شاء . فيكون قوله تعالى (٣٣ : ٥٠ ياأيها النبي إنا أحللنا لك) ناسخا لقوله (٣٣ : ٥٢ لا يحل لك النساء من بعد) قاله فى الفروع .

وقال فى الرعاية : كان له أن يتزوج بأى عدد شاء ، إلى أن نزل قوله تعالى (٣٣ : ٥٢ لا يحل لك النساء من بعد) فتكون هذه الآية ناسخة للآية الأولى .

وقال القاضى : الآية الأولى تدل على أن من لم تهاجر معه من النساء : لم تحل له .

قال فى الفروع : فيتوجه احتمال : أنه شرطٌ فى قراباته فى الآية ، لاالأجنبيات انتهى .

وكان له صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بلا ولى ولا شهود . وفى زمن الإحرام أيضاً . قدمه فى الفروع .

قال القاضى فى الجامع الكبير : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية الميمونى : جواز النكاح له بلا ولي ولا شهود ، وفى زمن الإحرام .

وأطلق أبو الحسين ، ووالده ، وغيرهما وجهين .

وقال ابن حامد : لم يكن له النكاح بلا ولي ولا شهود ولا زمن الإحرام ، مباحاً .

وكان له صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بلفظ الهبة . جزم به فى الفصول ، والمستوعب ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى الفروع .

وقد جزم ابن الجوزى بجوازه عن الإمام أحمد رحمه الله . وعنه : الوقف .

وكان له صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بلا مهر . جزم به الأصحاب . وجزم به ابن الجوزى عن العلماء .

وكان صلى الله عليه وسلم واجب عليه السواك والأضحية والوتر . على الصحيح

من المذهب . جزم به فى المستوعب ، والرعاية الكبرى ، وخصال ابن البنا ، والعدة للشيخ عبد الله كتيلة . وقدمه فى الفصول .

قال الزركشى : وجوب السواك اختيار القاضى وابن عقيل .

وقيل : ليس بواجب عليه ذلك . اختاره ابن حامد . ذكره عنه فى الفصول وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى فى السواك فى بابه .

وقال فى الفصول : وكان واجبا عليه صلى الله عليه وسلم ركعتا الفجر .

وقال فى الرعاية : وكان واجبا عليه الضحى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هذا غلط . ولم يكن صلى الله عليه وسلم يواظب على الضحى باتفاق العلماء بسنته .

وكان صلى الله عليه وسلم واجبا عليه قيام الليل ، ولم ينسخ . على الصحيح من المذهب . ذكره أبو بكر وغيره .

وقال القاضى : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

وقيل : نسخ . جزم به فى الفصول ، والمستوعب .

ومن خصائصه صلى الله عليه وسلم : أنه لو ادُّعِى عليه كان القول قوله من غير يمين ، وإن ادعى هو بحق ، كان القول قوله من غير يمين . قاله أبو البقاء العكبرى . نقله عنه ابن خطيب السلامية فى نكته على المحرر .

وأوجب عليه صلى الله عليه وسلم أن يخير نساءه بين فراقه والإقامة معه .

قال فى الفروع ، وظاهر كلامهم : أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى وجوب التسوية فى القسم كغيره . وذكره فى المجرد ، والفنون ، والفصول .

وظاهر كلام ابن الجوزى : أنه غير واجب .

وفى المنتقى احتمالان .

قال أصحابنا ـ القاضى وغيره ـ وفرض عليه ـ صلى الله عليه وسلم ـ إنكار المنكر إذا رآه على كل حال .

قال فى الرعاية : فرض عليه إنكار المنكر إذا رآه على كل حال . وغيره فى حال دون حال .

قلت : حكى ذلك قولاً ابن البناء فى خصاله ، واقتصر عليه .

قال فى المستوعب ، وقيل : فرض عليه إنكار المنكر . واقتصر عليه .

ومُنع ـ صلى الله عليه وسلم ـ من الرمز بالعين ، والإشارة بها . و إذا لبس لأمة الحرب : أن لا ينزعها حتى يلقى العدو .

ومنع ـ صلى الله عليه وسلم ـ أيضاً من الشعر والخط وتعلمهما .

واختار ابن عقيل : أنه صرف عن الشعر ، كما أعجز عن الكتابة . قال : ويحتمل أن يجتمع الصرف والمنع .

ومنع ـ صلى الله عليه وسلم ـ من نكاح الكتابية ، كالأمة مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وقاله ابن شاقلا ، وابن حامد ، والقاضى ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع . وجزم به فى المستوعب ، والرعاية الكبرى ، والفصول .

وعنه : لم يمنع . واختاره الشريف .

وقال فى عيون المسائل : يباح له ـ صلى الله عليه وسلم ـ ملك اليمين ، مسلمة كانت أو مشركة .

وتقدم فى أواخر « باب ذكر أهل الزكاة » حكم الصدقة .

وأبيح له ـ صلى الله عليه وسلم ـ الوصال ، وخمس خمس الغنيمة .

قال المصنف : و إن لم يحضر .

وأبيح له ـ صلى الله عليه وسلم ـ الصَّفِىُّ من المغنم ، ودخول مكة مُحِلاً ساعة وجعلت تركته ـ صلى الله عليه وسلم ـ صدقة .

قال فى الفروع : وظاهر كلامهم لا يمنع من الإرث .

وقال فى عيون المسائل : لا يرث . ولا يَعْقِلُ[1] بالإجماع .

---

(١) العقل هنا الدية .

وله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أخذ الماء من العطشان .

ويلزم كل واحد أن يقيه بنفسه وماله . فله طلب ذلك .

وحرم على غيره نكاح زوجاته فقط .

وجوز ابن حامد وغيره نكاح من فارقها فى حياته .

وهن أزواجه فى الدنيا والآخرة .

وهن أمهات المؤمنين ، يعنى فى تحريم النكاح .

والنجس منا طاهر منه . ذكره فى الفنون وغيره . وقدمه فى الفروع .

وفى النهاية لأبى المعالى ، وغيرها : ليس بطاهر[1] .

وهو ـ صلى الله عليه وسلم ـ طاهر بعد موته بلا نزاع بين العلماء ، بخلاف غيره . فإن فيه خلافاً ، على ماتقدم فى باب إزالة النجاسة .

ولم يذكر الأصحاب هذه المسألة هنا .

---

(١) لقد قال الله تعالى (١٨ : ١١٠ و ٤١ : ٦ قل إنما أنا بشر مثلكم ، يوحى إلى أنما إلهكم إله واحد) والبشر هم أبناء آدم ، خلقهم الله من تراب ثم من نطفة ، ومن زعم غير ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو لأحد من إخوانه المرسلين ، أو غيرهم : فقد أعظم الفرية على الله ، ومن قال إنه النور الأول فقد زعم : أنه ولد الله وسبحان الله وتعالى عن ذلك علواً كبيرا . ولقد كان ـ صلى الله عليه وسلم ـ كإخوانه المرسلين ، يأكل الطعام ويمشى فى الأسواق ، ويهضم الطعام والشراب كل بشر ، وللطعام فضلات لابد من خروجها للصحة والعافية . سنة الله التى لا تتبدل فى البشرية جميعها . فكان صلى الله عليه وسلم يستنجى . وكان يغتسل من الجنابة وكانت عائشة تقول « كنت أفرك المنى من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم . ثم يذهب فيصلى فيه » رواه الجماعة إلا البخارى . وفى لفظ متفق عليه « كنت أغسله من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يخرج إلى الصلاة ، وأثر الغسل فى ثوبه بقع الماء » وللدارقطنى « كنت أفرك المنى من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كان يابساً ، وأغسله إذا كان رطباً »

وذكر ابن عقيل : أنه لم يكن له فيءٌ فى شمس ولا قمر . لأنه نورانى[1] . والظل نوع ظلمة .

وكانت تجتذب الأرض أثفاله . انتهى .

وساوى الأنبياء فى معجزاتهم . وانفرد بالقرآن ، والغنائم . وجعلت له الأرض مسجداً ، وترابها طهوراً ، والنصر بالرعب مسيرة شهر .

و بعث إلى الناس كافة . وكل نبى إلى قومه .

ومعجزاته ـ صلى الله عليه وسلم ـ باقية إلى يوم القيامة . وانقطعت معجزات الأنبياء بموتهم .

وتنام عينه ولا ينام قلبه . فلا نقض بنومه مضطجعاً .

وتقدم ذلك فى نواقض الوضوء .

ويرى من خلفه كما يرى من أمامه .

قال الإمام أحمد رحمه الله ، وجمهور العلماء : هذه الرؤية رؤية العين حقيقة ولم يكن لغيره أن يقتل إلا بإحدى ثلاث . وكان له ذلك صلوات الله وسلامه عليه . نص عليه فى رواية أبى داود . والدفن بالبنيان مختص به . قالت عائشة « لئلا يُتخذ قبره مسجداً » .

وقال جماعة : لوجهين .

أحدهما : قوله « و يدفن الأنبياء حيث يموتون » رواه الإمام أحمد رحمه الله .

والثانى : لئلا تمسه أيدى العصاة والمنافقين .

وقال أبو المعالى : وزيارة قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم مستحبة للرجال والنساء . قال فى الفروع : وهو ظاهر كلام غيره .

---

(١) هذا من الغلو الذى نهى الله ورسوله عنه . فضلا عن المعروف فى السنة الصحيحة غير ذلك .

قلت : فيعايى بها[1] .

وقال ابن الجوزى ـ على قول أكثر المفسرين فى قوله ـ (٧٤ : ٦ ولا تمنن تستكثر) لا تُهْدِ لتُعطَى أكثر : هذا الأدب للنبى صلى الله عليه وسلم خاصة ، وأنه لا إثم على أمته فى ذلك .

قال الإمام أحمد رحمه الله : خص النبى صلى الله عليه وسلم بواجبات ، ومحظورات ، ومباحات ، وكرامات .

وذكر جماعة من الأصحاب : أنه خص بصلاة ركعتين بعد العصر . واختاره ابن عقيل .

قال ابن بطة : كان خاصاً به . وكذا أجاب القاضى .

قال فى الفروع : ويتوجه أن صلاته قاعداً بلا عذر كصلاته قائماً خاص به .

قال : وظاهر كلامهم : أنه لو كان لنبى مال ، أنه تلزمه الزكاة .

وقيل للقاضى : الزكاة طُهرة ، والصبى مطهر ؟ قال : باطل بزكاة الفطر ، ثم بالأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم بأنهم مطهرون . ولو كان لهم مال لزمتهم الزكاة

---

(١) بل هى مخالفة لصريح السنة . فإنه صلى الله عليه وسلم لم يستثن قبره عند مالعن زوارات القبور . والرحال إنما تشد للمسجد ، والصلاة فيه . لا لزيارة القبر . وصح عن الإمام مالك رضى الله عنه « أكره أن أقول : زرت قبر النبى صلى الله عليه وسلم » وإنما كره مالك هذا لأن فى هذا القول إشعاراً بأنه مثل عامة الناس من المقبورين . وإذا نزل صلى الله عليه وسلم فى قلوب الناس إلى ، هذا لم يسعدوا بهداه وطاعته على الوجه الذى أحبه لهم ربهم . ولأجله قال (٢٤ : ٦٣ لاتجعلوا دعاء الرسول بينكم كدعاء بعضكم بعضا) وقال (٤٩ : ٢ لاترفعوا أصواتكم فوق صوت النبى ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لاتشعرون) وهذه المعانى واضحة لمالك رضى الله عنه ولكل من أراد به خيرا وفقهه فى الدين جعلنا الله منهم .

باب أركان النكاح وشروطه

قوله ﴿ وَلاَ يَنْعَقِدُ الإِيجَابُ إِلاَّ بِلَفْظِ «النِّكَاحِ» وَ« التَّزْوِيجِ » ﴾ .

﴿ وَالْقَبُولُ ، أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ ﴾ أو هذا التزويج .

ومن ألفاظ صيغ القبول « تزوجتها » .

قال فى الفروع « أو رضيت هذا النكاح » .

اعلم أن الصحيح من المذهب : أن النكاح لاينعقد إلا بالإيجاب والقبول بهذه الألفاظ ، لاغير . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم ، منهم : صاحب الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : يصح ، و ينعقد بالكناية أيضاً .

وخرجه ابن عقيل فى عمد الأدلة من جعله عتق الأمة صداقها .

وخرجه بعضهم من قول الخاطب والولى « نعم » فإنه لم يقع من المتخاطبين لفظ صريح .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ينعقد بما عده الناس نكاحاً ، بأى لغة ولفظ وفعل كان . قال : ومثله كل عقد .

وقال : الشرط بين الناس ماعدوه شرطاً . فالأسماء : تعرف حدودها تارة بالشرع ، وتارة باللغة ، وتارة بالعرف . وكذلك العقود . انتهى . نقله صاحب الفروع .

وقال ابن خطيب السلامية ، فى نكته على المحرر : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ ومن خطه نقلت ـ الذى عليه أكثر العلماء : أن النكاح ينعقد بغير لفظ « الإنكاح » و « التزويج » . قال : وهو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، وقياس مذهبه . وعليه قدماء أصحابه . فإن الإمام أحمد رحمه الله نص فى غير موضع على أنه ينعقد بقوله « جعلت عتقك صداقك » وليس فى هذا اللفظ

« إنكاح » و « لا تزويج » ولم ينقل عن الإمام أحمد رحمه الله أنه خصه بهذين اللفظين . وأول من قال من أصحاب الإمام أحمد رحمه الله ـ فيما علمت ـ أنه يختص بلفظ « الإنكاح » و « التزويج » ابن حامد . وتبعه على ذلك القاضى ومن جاء بعده ، لسبب انتشار كتبه ، وكثرة أصحابه وأتباعه . انتهى .

وقال فى الفائق ، وقال شيخنا : قياس المذهب صحته بما تعارفاه نكاحاً ، من هبة وتمليك ونحوهما ، أخذا من قول الإمام أحمد رحمه الله « أعتقتك وجعلت عتقك صداقك » .

قال فى الفائق : وهو المختار .

ثم قال : قلت ليس فى كلام الإمام أحمد تخصيص ما ذكره الأصحاب إلا قوله « إذا وهبت نفسها فليس بنكاح » .

ثم قال : والأظهر أن فى صحته بلفظ « الهبة » ونحوها روايتين ، أخذا من قول ابن عقيل ـ فى الفصول فى الخصائص ، من كتاب النكاح ـ واختلفت الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله : هل النكاح بلفظ الهبة من خصائصه ـ صلى الله عليه وسلم ـ أم لا ؟ . انتهى كلام صاحب الفائق .

وسئل الشيخ تقى الدين رحمه الله عن رجل لم يقدر أن يقول إلا « قبلت تجويزها » بتقديم الجيم ؟ فأجاب بالصحة . بدليل قوله « جوزتى طالق » فإنها تطلق . انتهى .

قلت : يكتفى منه بقوله « قبلت » على مايأتى . ويكون هذا قول الأصحاب . وهو المذهب .

فائدة : لو قال الولى للزوج « زوجتَك فلانة » بفتح التاء : هل ينعقد النكاح ؟

توقف فيها ناصح الإسلام ابن أبى الفهم .

و بعض الأصحاب ، فرق بين العارف باللغة والجاهل ، كقوله « أنت طالق

إن دخلت الدار » بفتح الهمزة وكسرها . منهم الشيخ محيي الدين يوسف بن الجوزى . وأفتى المصنف بصحته مطلقاً .

وقال فى الرعاية : يصح جهلاً أو عجزاً . و إلا احتمل وجهين .

وقال فى الفروع ، فى أوائل « باب صريح الطلاق وكنايته » يتوجه أن هذه المسألة كمثل مالو قال لامرأته « كلما قلت لى شيئاً ولم أقل لك مثله فأنت طالق ثلاثا » على مايأتى فى أوائل باب صريح الطلاق وكنايته .

و يأتى هناك لو قال لها « أنت طالق » بفتح التاء .

وهذه حادثة وقعت بحران زمن ابن الصيرفى ، فسأل عنها العلماء . ذكرها فى النوادر .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : أن النكاح ينعقد إذا وجد الإيجاب والقبول ، سواء وقع من هازل أو مُلْجَأ أو غيرهما . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

فائدة : لايصح تعليق النكاح على شرط مستقبل . قاله الأصحاب ، على مايأتى فى كلام المصنف فى باب الشروط فى النكاح ، فيما إذا علق ابتداء النكاح على شرط .

قال ابن رجب : إنما قال الأصحاب ذلك ليخرجوا الشروط الحاضرة والماضية . مثل قوله « زوجتك هذا المولود إن كان أنثى » أو « زوجتك ابنتى إن كانت عدتها قد انقضت » أو « إن كنتُ وليها » وهما يعلمان ذلك . فإنه يصح . وكذلك تعليقه بمشيئة الله تعالى . فإنه يصح .

قال ابن شاقلا : لانعلم فيه خلافاً . لأنه شرط موجود إذا الله شاءه ، حيث استجمعت أركانه وشروطه .

وكذلك لو قال « زوجتك ابنتى إن شئت » فقال « قد شئت وقبلت »

فإنه يصح . لأنه شرط موجب العقد ومقتضاه . لأن الإيجاب إذا صدر كان القبول إلى مشيئة القابل مقارنة للقبول . ولايتم العقد بدونه . انتهى .

قوله ﴿ بِالْعَرَبِيَّةِ لِمَنْ يُحْسِنُهَا ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه لا ينعقد إلا بالعربية لمن يحسنها . جزم به فى الوجيز ، والفائق ، والمنور ، ومنتخب الأزجى . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

واختار المصنف انعقاده بغيرها .

واختاره الشارح أيضاً ، وقال : هو أقيس .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق ، وغيرهم .

وجزم به فى التبصرة .

قوله ﴿ فَإِنْ قَدَرَ عَلَى تَعَلُّمِهِمَا بِالْعَرَبِيَّةِ : لَمْ يَلْزَمْهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾

يعنى إذا قلنا لا ينعقد النكاح إلا بالعربية لمن يحسنها . وأطلقهما فى المذهب . ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم .

أحدهما : لايلزمه تعلمهما . وينعقد بلسانه بمعناها الخاص لهما . وهو المذهب . اختاره القاضى ، وابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الفصول . والوجيز . والمنور ، وغيرهم .

ونصره المصنف ، والشارح وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يلزمه .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : وإن قدر أن يتعلم ذلك بالعربية : لزمه فى أصح الوجهين .

وقدمه فى الهداية . والمستوعب .

قوله ﴿ فَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِ « قَبِلْتُ » أَوْ قَالَ الْخَاطِبُ لِلْوَلِيِّ

« أَزَوَّجْتَ ؟ » قَالَ « نَعَمْ » وَلِلْمُتَزَوِّجِ « أَقْبَلْتَ ؟ » قَالَ « نَعَمْ » صَحَّ. ذَكَرَهُ الْخِرَقِي ﴾

نص عليه . وهو المذهب .

قال الزركشى : هذا منصوص الإمام أحمد رحمه الله . قطع به الجمهور . ونصره الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى النظم ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

ويحتمل أن لا يصح فيهما .

قال ابن عقيل : وهو الأشبه بالمذهب . لعدم لفظ «الإنكاح» و«التزويج» .

واختار الصحة فى اقتصاره على قول « قبلت » دون اقتصاره على قوله « نعم » فى الإيجاب أو القبول .

فائدتان

إحداهما : لو أوجب النكاح ، ثم جُنَّ قبل القبول : بطل العقد كموته . نص عليه

ولو أوجبه ، ثم أغمى عليه قبل القبول : فهل يبطل العقد ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : يبطل . وهو الصحيح . جزم به فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والرعاية ، والفائق ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : لا يبطل . قال القاضى فى الجامع : هذا قياس المذهب .

قلت : ويتوجه الصحة إذا قال فى المجلس .

الثانية : ينعقد نكاح الأخرس بإشارة مفهومة . نص عليه . وكذا بكتابة . ذكره الأصحاب .

وكلام المصنف وغيره ـ ممن لم يذكر المسألة وأطلق فى قولهم : لاينعقد الإيجاب إلا بلفظ « الإنكاح » ـ مرادهم : القادر على النطق . فأما مع العجز المطلق : فيصح ، وأما الكتابة فى حق القادر على النطق : فلا ينعقد بها النكاح مطلقاً . على الصحيح من المذهب .

وقيل : ينعقد . ذكرهما فى المحرر وغيره . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال فى الرعاية الكبرى : الأظهر المنع مع حضوره ، والصحة مع غيبته .

قوله ﴿ وَإِنْ تَقَدَّمَ القَبُولُ الإِيجَابَ : لَمْ يَصِحّ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وجزم به فى الوجيز ، والبلغة ، والمنور ، والمحرر ، وقال : رواية واحدة .

وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب .

وذكر ابن عقيل ، وجماعة : رواية بالصحة ـ منهم صاحب الفائق ـ إذا تقدم بلفظ الماضى ، أو الأمر . قال الناظم :

وإن يتقدم لم نصححه بَتَّةً ولو صححوا تقديمه لم أبعد

وقال فى الرعاية ـ من عنده ـ لو قال « زوجنى » فقال « زوجتك » أو قال له الولى « تزوجتَ » فقال « تزوجتُ » صح .

وقال المصنف : ويحتمل أن يصح إذا تقدم بلفظ الطلب .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنْ تَرَاخَى عَنْهُ : صَحّ ، مَادَامَا فِى المَجْلِسِ ، وَلَمْ يَتَشَاغَلاَ بِمَا يَقْطَعُهُ ﴾ يعنى : فى العرف .

قوله ﴿ فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَهُ : بَطَلَ الإِيجَابُ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لا يبطل .وعنه : لا يبطل مع غيبة الزوج .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : أخذت هذه الرواية من قوله ـ فى رواية أبى طالب ـ فى رجل مشى إليه قوم ، فقالوا « زوج فلاناً » فقال « قد زوجته على ألف » فرجعوا إلى الزوج ، فأخبروه . فقال « قد قبلت » هل يكون هذا نكاحاً ؟ قال : نعم . فأشكل هذا النص على الأصحاب .

فقال القاضى : هذا حكم بصحته بعد التفرق عن مجلس العقد .

قال : وهو محمول على أنه قد كان وَكَّل من قبل العقد عنه ، ثم أُخبر بذلك فأمضاه .

ورده ابن عقيل ، وقال : رواية أبى طالب تعطى أن النكاح الموقوف صحيح .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قد أحسن ابن عقيل . وهو طريقة أبى بكر . فإن هذا ليس تراخياً للقبول . وإنما هو تراخ للإجازة .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَشُرُوطُهُ خَمْسَةٌ . أَحَدُهَا : تَعْيِينُ الزَّوْجَيْنِ ﴾ .

لو خطب امرأة فأوجب له النكاح فى غيرها ، فقبل يظنها مخطوبته : أنه لايصح . وهو صحيح نص عليه .

فائدة : قوله ﴿ فَإِذَا قَالَ : زَوَّجْتُكَ بِنْتِي ، وَلَهُ بَنَاتٌ : لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يُشِيرَ إِلَيْهَا ، أَوْ يُسَمِّيهَا ، أَوْ يَصِفَهَا بِمَا تَتَمَيَّزُ بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلاَّ ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ : صَحَّ ﴾ .

بلا نزاع فى ذلك فى الجملة . لكن لو عينا فى الباطن واحدة ، وعقدا عليها العقد باسم غير متميز ، نحو أن يقول « بنتى » وله بنات ، أو يسميها باسم وينويها فى الباطن غير مسماة . ففى الصحة وجهان . اختار القاضى فى موضع : الصحة .

واختار أبو الخطاب ، والقاضى أيضاً ـ فى موضع آخر ـ البطلان .

ومأخذه : أن النكاح يشترط له الشهادة . و يتعذر الإشهاد على النية .

وعن أبى حفص العكبرى : إن كانت المسماة غلطاً : لم يحل نكاحها لكونها مزوجة ، أو غير ذلك : صح النكاح ، و إلا فلا .

ذكر ذلك فى القاعدة الخامسة بعد المائة .

قوله ﴿ الثَّانى : رِضَا الزَّوْجَيْنِ . فَإِنْ لَمْ يَرْضَيَا ـ أَوْ أَحَدُهُما ـ لَمْ يَصِحَّ إِلاَّ الأَبُ ، لَهُ تَزْوِيجُ أَوْلاَدِهِ الصِّغَارِ وَالْمَجَانِينِ ، وَبَنَاتِهُ الأَبْكَارِ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ﴾ .

اعلم أن فى تزويج الأب أولاده الصغار عشر مسائل .

إحداها : أولاده الذكور العقلاء الذين هم دون البلوغ ، والكبار المجانين : فله تزويجهم ، سواء أذنوا أو لا ، وسواء رضوا أم لا ، بمهر المثل أو بزيادة عليه . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه فى كل واحد منهما . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وذكر القاضى فى إجبار مراهق عاقل نظر .

قلت : الصواب عدم إجباره .

وقيل : له تزويج الصغير إن احتاج إليه . قاله القاضى فى المجرد .

وحمله ابن عقيل على المراهق. والأكثر على الحاجة مطلقاً، على مايأتى قريباً .

وقال فى الانتصار : يحتمل فى ابن تسع يزوج بإذنه ، سواء كان أبوه أو ولى غيره

وقال صاحب الفروع : يتوجه أنه كأنثى أو كعبد .

وقال أبو يعلى الصغير : يحتمل أنه كثيِّب . و إن سلمناه فلا مصلحة له ، و إذنه ضيق ، لا يكفى صمته .

وقيل : لا يزوج لهما بأكثر من مهر المثل . اختاره القاضى .

و يأتى ذلك فى كلام المصنف فى كتاب الصداق .

وقيل : لايجبر المجنون البالغ بحال . اختاره أبو بكر .

وقيل : يجبره مع الشهوة ، و إلا فلا . اختاره القاضى .

وقيل : لايزوجه إلا الحاكم . ذكره فى الرعاية .

قلت : تقديم الحاكم على الأب قول ساقط .

و يأتى هل لوصى الصغير الاجبار ؟ عند قوله « ووصيه فى النكاح بمنزلته » .

فوائد

منها : ماقاله القاضى فى الجامع الكبير : إن تزويج الطفل والمعتوه ليس بإجبار . إنما الإجبار فى حق من له إذن واختيار . انتهى .

ومنها : لو كان يُخْنق فى الأحيان لم يجز تزويجه إلا بإذنه .

ومنها : ليس للابن الصغير إذا زوجه الأب خيار إذا بلغ . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية وغيرها . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال الزركشى : هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله والأصحاب .

وظاهر كلام ابن الجوزى : أن له الخيار .

ومنها : للأب قبول النكاح للمجنون والصغير . وله أن يفوضه إلى الصغير .

قال فى الفروع : إن صح بيعه وطلاقه .

وقال فى الرعاية : و يصح قبول المميز بإذن وليه . نص عليه .

قال فى المغنى ، والشرح : فإن كان الغلام ابن عشر — وهو مميز — فقياس المذهب : جواز تفويض القبول إليه .

ومنها : حيث قلنا : يزوج الصغير ، والمجنون ، فيكون بواحدة . وفى أربع وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

وظاهر المغنى ، والشرح : الإطلاق .

قال القاضى فى المجرد : قياس المذهب : أنه لا يزوجه أكثر من واحدة .

قلت : وهو الصواب . وجزم به فى المذهب .

وقال القاضى فى الجامع الكبير : له تزويج ابنه الصغير بأربع .

قال ابن نصر الله فى حواشيه : وهو أظهر .

وجزم به ابن رزين فى شرحه . وقال : إذا رأى فيه مصلحة .

وهو مراد من أطلق . ويأتى حكم سائر الأولياء فى تزويجهم لهما .

المسألة الثانية : أولاده الذكور العاقلين البالغين : ليس له تزويجهم .

يعنى بغير إذنهم بلا نزاع ، إلا أن يكون سفيها . ففى إجباره وجهان .

وأطلقهما فى الرعايتين . والفروع ، والبلغة . والحاوى الصغير فى هذا الباب .

قلت : الأولى الإجبار ، إن كان أصلح له .

وتقدم ذلك أيضاً فى « باب الحجر » بأتم من هذا . فليراجع .

المسألة الثالثة : ابنته البكر التى لها دون تسع سنين ، فله تزويجها بغير إذنها . ورضاها بلا نزاع . وحكاه ابن المنذر إجماعا .

المسألة الرابعة : البكر التى لها تسع سنين فأزيد ، إلى ما قبل البلوغ : له تزويجها بغير إذنها . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به الخرقى . والمصنف فى العمدة ، صاحب الوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وقالا : هذا المشهور .

وقدمه أيضا فى النظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين إلا بإذنها .

قال الشريف أبو جعفر : هو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال الزركشى : وهى أظهر .

وأطلقهما فى الهداية . والمذهب . والمستوعب . والخلاصة ، والمحرر ، والقواعد الأصولية . وغيرهم .

واختار أبو بكر ، والشيخ تقى الدين رحمهما الله : عدم إجبار بنت تسع سنين بكراً كانت أو ثيباً .

قال فى رواية عبد الله : إذا بلغت الجارية تسع سنين فلا يزوجها أبوها ولا غيره إلا بإذنها .

قال بعض المتأخرين من الأصحاب : وهو الأقوى .

المسألة الخامسة : البكر البالغة ، له إجبارها أيضاً . على الصحيح من المذهب مطلقا . وهو ظاهر ما قدمه المصنف هنا ، حيث قال « و بناته الأبكار » .

وعليه جماهير الأصحاب . منهم الخرقى ، والقاضى ، وابنه أبو الحسين ، وأبو الخطاب فى خلافه . والشريف ، وابن البنا ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وصححه فى المذهب ، والخلاصة . وجزم به فى العمدة ، والوجيز .

قال فى الإفصاح : هذا أظهر الروايتين .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والبلغة ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والفروع .

وقال : وتجبر عند الأكثر بكر بالغة .

وعنه : لا يجبرها . اختاره أبو بكر . والشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى الفائق : وهو الأصح .

قال الزركشى : هى أظهر .

وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى المحرر ، والشرح .

فعلى المذهب : يستحب إذنها . وكذا إذن أمها . قاله فى النظم ، غيره .

السادسة : البكر المجنونة : له إجبارها مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقيل : له إجبارها إن كان يملك إجبارها وهى عاقلة ، و إلا فلا . وهو ظاهر الخلاف لأبى بكر .

فائدة : لو كان وليها الحاكم فله تزويجها فى وجه إذا اشتهته .

قاله فى الرعاية . وقال : و إن كان وليها غير الحاكم والأب : زوجها الحاكم .

وقيل : بل يزوجها وليها .

قلت : وهو الصواب .

وقد قال المصنف رحمه الله هنا « لسائر الأولياء تزويج المجنونة إذا ظهر منها الميل إلى الرجال » .

السابعة : الثيب المجنونة الكبيرة ، له إجبارها . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : له إجبارها فى الأصح .

وهو ظاهر كلام الخرقى . واختاره القاضى وغيره .

وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والمغنى : والشرح . وصححاه .

وقيل : لاتجبر ألبتة . اختاره أبو بكر .

الثامنة : الثيب العاقلة التى لها دون تسع سنين ، له إجبارها . على الصحيح من المذهب . وقطع به كثير من الأصحاب . منهم صاحب الانتصار ، والمحرر ، والرعاية . وقدمه فى الفروع .

وقيل : ليس له إجبارها .

قلت : فعلى هذا : لاتزوج ألبتة حتى تبلغ تسع سنين . فيثبت لها إذن معتبرة .

التاسعة : الثيب العاقلة التى لها تسع سنين فأكثر ، ولم تبلغ . فأطلق المصنف فى جواز إجبارها وجهين . وهما كذلك عند الأكثرين .

وعند أبى الخطاب فى الانتصار ، والمجد ، ومن تابعهما : روايتان .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والقواعد الأصولية .

أحدهما : ليس له إجبارها . وهو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب .

منهم : ابن بطة ، وصاحبه أبو جعفر ابن المسلم ، وابن حامد ، والقاضى ، والشريف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشيرازى ، والمصنف ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلام الخرقى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : له إجبارها . اختاره أبو بكر .

وقدمه فى النظم ، والرعاية الصغرى ، والفائق .

العاشرة : الثيب البالغة العاقلة ، ليس له إجبارها بلا نزاع .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ـ بل هو كالصريح ، فى قوله ﴿ فإنْ لَمْ يَرْضَيَا أو أحَدُهما : لم يَصِحَّ ، إلاّ الأَبُ لَهُ تَزْوِيجُ أوْلادِهِ الصِّغارِ ، والمجانِينِ ، و بَناتِهِ الأبْكارِ بِغَيْرِ إذْنِهِمْ ﴾ ـ أن الجد ليس له الإجبار . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وذكر فى الواضح رواية : أن الجد يجبر كالأب .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

فائدتان

إحداهما : للصغيرة ، بعد تسع سنين : إذن صحيحة معتبرة . حيث قلنا : لاتجبر ، أو تجبر لأجل استحباب إذنها . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

ونقله عبد الله ، وابن منصور ، وأبو طالب ، وأبو الحارث ، وابن هانىء ، والميمونى ، والأثرم . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به القاضى فى تعليقه ، وجامعه ، ومجرده ، وابن عقيل فى فصوله ، وتذكرته ، وأبو الخطاب فى خلافه ، والشريف أبو جعفر ، وابن البنا . ونصبهما الشيرازى للخلاف .

وهو ظاهر كلام أبى بكر . وجزم به ناظم المفردات .

وقال فى القواعد الأصولية : وهو الذى ذكره أبو بكر ، وابن حامد ، وابن أبى موسى ، والقاضى . ولم يذكروا فيه خلافا .

وكذا أكثر أصحاب القاضى . انتهى .

واختاره ابن شهاب فى عيون المسائل ، وابن بكروس ، وابن الجوزى ، فى التحقيق .

نقله فى تصحيح المحرر عن جده . وقدمه فى الفروع ، وقال : نقله ، واختاره الأكثر .

قال الزركشى : هى أنصهما ، وأشهرهما عن الإمام أحمد .

قال فى التسهيل : و إذنُ بنت تسع سنين معتبر فى الأظهر .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وهو من مفردات المذهب .

وذكر أبو الخطاب ، وغيره رواية : لا إذن لها . وصححه فى النظم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لاأعلم أحداً ذكرها قبله ، مع أنه لم يذكرها فى رءوس المسائل .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

الثانية : حيث قلنا : بإجبار المرأة ولها إذن ، أُخِذ بتعينها كفؤاً ، على الصحيح من المذهب .

قال الشيخ تقى الدين : هذا ظاهر المذهب .

قلت : وهو الصواب الذى لايعدل عنه .

نقل أبو طالب : إن أرادت الجارية رجلا ، وأراد الولى غيره : اتُّبِع هواها وجزم به فى المغنى ، والبلغة ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، وغيرهم .

وقدمه فى الفائق ، زاد فى الرعاية الكبرى : إن كانت رشيدة غير مجبرة .

وقيل : يؤخذ بتعيين الولى . وأطلقهما فى الفروع .

وتقدم مايشابه ذلك فى أواخر الباب الذى قبله ، عند قوله « والتعويل فى الرد والإجابة عليها إن لم تكن مجبرة » .

قوله ﴿ وَالسَّيِّدُ لَهُ تَزْوِيجُ إِمَائِهِ الأَبْكَارِ وَالثُّيَّبِ ﴾ .

وهذا بلا نزاع بين الأصحاب .

وروى عن الإمام أحمد رحمه الله : مايدل على أنه لاتجبر الأمة الكبيرة .

قال الشيخ تقى الدين : ظاهر هذا : أنه لاتجبر الأمة الكبيرة ، بناء على أن منفعة البضع ليس بمال .

لكن مراد المصنف وغيره ـ ممن أطلق هنا ـ : غير المكاتبة . فإنه ليس له إجبارها . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وفى مختصر ابن رزين وجه : له إجبارها .

فائدتان

إحداهما : لو كان نصف الأمة حراً ، ونصفها رقيقا : لم يملك مالك الرق إجبارها . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وذكر القاضى فى موضع من كلامه : أن للسيد إجبارها . وتبعه ابن عقيل ، والحلوانى ، وابنه .

وهو ضعيف جداً . قال بعضهم : وهو وَهَم .

الثانية : لو كان بعضها معتقاً : اعتبر إذنها و إذن مالك البقية ، كما لو كانت لاثنين . و يقول كل واحد منهما « زوجتكها » ولا يقول « زوجتك بعضها » .

قاله ابن عقيل فى الفصول ، وابن الجوزى فى المذهب ، والفخر فى الترغيب . واقتصر عليه فى الفروع . لأن النكاح لايقبل التبعيض والتجزىء ، بخلاف البيع والإجارة .

قوله ﴿ وَعَبِيدُهُ الصِّغَارُ ﴾ يعنى : له تزويجهم ﴿ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

ويحتمل أن لايملك إجبارهم . وهو لأبى الخطاب .

وحكاه فى عيون المسائل رواية . وهو فى الانتصار وجه .

والحكم فى العبد المجنون الكبير كذلك .

قوله ﴿ وَلاَ يَمْلِكُ إِجْبَارَ عَبْدِهِ الكَبِيرِ ﴾ .

يعنى العاقل . هذا هو الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يملكه .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ لِسَائِرِ الأَوْلِيَاءِ تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ إِلاَّ بِإِذْنِهَا إِلاَّ المَجْنُونَةَ لَهُمْ تَزْوِيجُهَا إِذَا ظَهَرَ مِنْهَا المَيْلُ إِلَي الرِّجَالِ ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى المحرر ، والنظم . واختاره أبو الخطاب ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : ليس لهم ذلك مطلقاً . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وقال القاضى : لايزوجها إلا الحاكم . قاله المصنف ، والشارح .

وقال فى الفروع : وذكر القاضى ، وغيره وجهاً : يجبرها الحاكم .

وأطلقهن الزركشى . وأطلق الأول والأخير فى الرعاية .

فوائد

إحداها : لو لم يكن لها ولى إلا الحاكم : زوجها . على الصحيح من المذهب .

واختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب .

قال فى الفروع : يجبر حاكم فى الأصح .

وقيل : ليس له ذلك . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وقال فى المغنى ، وتبعه فى الشرح : وكذلك ينبغى أن يملك تزويجها ، إن قال أهل الطب : إن علتها تزول بتزويجها . لأن ذلك من أعظم مصالحها .

الثانية : تعرف شهوتها من كلامها ، ومن قرائن أحوالها ، كتتبعها الرجال وميلها إليهم ، وأشباه ذلك .

الثالثة : إن احتاج الصغير العاقل ، والمجنون المطبق ، البالغ إلى النكاح : زوجهما الحاكم بعد الأب والوصى . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الفروع فيهما . وجزم به فى الرعاية فى المجنون .

وظاهر الإيضاح : لا يزوجهما أيضاً ، وإن لم يحتاجا إليه . فليس له تزويجهما على الصحيح من الوجهين .

قدمه فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، وشرح ابن رزين .

قال فى الرعاية عن المجنون : وهو الأظهر .

وقيل : يزوجهما الحاكم .

وقال القاضى فى المجرد : تزويج الصغير العاقل لأنه يلى ماله .

وأطلقهما فى الفروع فيهما . وأطلقهما فى الرعاية فى المجنون .

تنبيهان

أحدهما : ألحق فى الترغيب والرعاية جميع الأولياء ـ غير الأب والوصى ـ بالحاكم فى جواز تزويجهما عند الحاجة ، والخلاف مع عدمها .

والصحيح من المذهب : أن هذه الأحكام مخصوصة بالحاكم . قدمه فى الفروع وجزم به فى المغنى والشرح ، إلا أنهما قالا : ينبغى أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب : إن فى ذلك ذهاب علته . لأنه من أعظم مصالحه .

الثانى : المراد هنا مطلق الحاجة ، سواء كانت الحاجة للنكاح أو غيره .

وكذلك أطلق الحاجة كثير من الأصحاب . وصرح به فى المغنى وغيره .

قال فى الفروع : وهو أظهر .

وقال ابن عقيل فى الفصول ، وغيره : الحاجة هنا هى الحاجة إلى النكاح لاغير .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُمْ تَزْوِيجُ صَغِيرَةٍ بِحَالٍ ﴾ .

هذا إحدى الروايات . جزم به فى العمدة . وصححه فى المذهب . ومسبوك الذهب . والنظم .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

قال الزركشى : ولا عبرة بما قاله ابن منجا فى شرحه .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : لهم ذلك . ولها الخيار إذا بلغت ، ولو كان قبل تسع سنين .

فعليها : يفيد الحل والإرث و بقية أحكام النكاح . على الصحيح . جزم به فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الفصول : لايفيد الإرث .

وقال الزركشى : ظاهر كلام ابن أبى موسى : لايفيدها . لأنه جعله موقوفاً . ومال إليه الزركشى .

وعنه رواية ثالثة : لهم تزويج ابنة تسع سنين بإذنها .

اعلم أن هذه الرواية مفرعة على ماتقدم من كون ابنة تسع : هل لها إذن معتبرة أم لا ؟

وتقدم : أن الصحيح من المذهب ، المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، الذى عليه أكثر الأصحاب : أن لها إذن معتبرة . فتكون هذه الرواية هى المذهب . وهو كذلك .

قال الزركشى : هذا المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، وناظم المفردات .

قال فى تجريد العناية : ولغيرهما تزويج بنت تسع سنين . على الأصح .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقدمه فى الفروع ، وشرح ابن رزين .

قال الزركشى ـ فى شرح المحرر ، والوجيز ـ : هذا هو المذهب .

وجزم به القاضى أبو الحسين فى فروعه .

وأطلقهن فى الكافى ، والمحرر ، والبلغة .

وقد بنى ـ فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والزركشى وغيرهم ـ هذا الخلاف هنا على الخلاف فى ابنة تسع : هل لها إذن معتبرة أم لا ؟ كما تقدم .

وظاهر كلامه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : عدم البناء ، حيث أطلقوا الخلاف هناك . وقدموا هنا عدم تزويجهم مطلقاً .

تنبيه : قال فى الفروع : وعنه لهم تزويجها . كالحاكم .

فظاهر هذا : أن للحاكم تزويج الصغيرة ، وإن منعنا غيره من الأولياء بلا خلاف .

ولا أعلم له على ذلك موافقاً . بل صرح فى المستوعب ، والرعاية وغيرهما بغير ذلك . ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله .

ومع ذلك له وجه . لأنه أعلم بالمصالح من غيره من الأولياء . لكن يحتاج إلى موافق . ولعله « كالأب » فسبق القلم .

وكذا قال شيخنا نصر الله فى حواشيهما .

وذكر شيخنا : أنه ظاهر كلام القاضى فى المجرد .

تنبيه آخر : المراد بقوله فى الرواية الثانية « ولها الخيار إذا بلغت » البلوغ المعتاد . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلامه .

وقيل : إنه بلوغ تسع سنين . قطع به ابن أبى موسى ، والشيرازى .

قوله ﴿ وَإِذْنُ الثَّيِّبِ : الكَلَامُ ﴾ بلا نزاع فى الجملة .

﴿ وَإِذْنُ البِكْرِ الصِّمَاتُ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ولكن نطقها أبلغ .

وقيل : يعتبر النطق فى غير الأب .

واختاره القاضى فى التعليق فى مسألة إجبار البالغة . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

فائدتان

إحداهما : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يعتبر فى الاستئذان تسمية الزوج على وجه تقع المعرفة به . ولا يشترط تسمية المهر ، على الصحيح . نقله الزركشى .

الثانية : قال فى الترغيب ، وغيره : لا يشترط الإشهاد على إذنها .

وكذا قال ابن المنى فى تعليقه : لا تعتبر الشهادة على رضى المرأة .

وقدمه فى الفروع .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وفى المذهب خلاف شاذ : يشترط الإشهاد على إذنها . انتهى .

وإن ادعت الإذن ، فأنكر ورثته : صدقت .

وقال فى الفروع : ولا تشترط الشهادة بخلوها عن الموانع الشرعية ، واقتصر عليه .

قوله ﴿ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الثُّيُوبَةِ بِوَطْءٍ مُبَاحٍ أَوْ مُحَرَّمٍ ﴾ .

أما الوطء المباح : فلا خلاف فى أنها ثيب به .

وأما الوطء بالزنا وذهاب البكارة به : فالصحيح من المذهب : أنه كالوطء المباح فى اعتبار الكلام فى إذنها . وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : صرح به الأصحاب .

قلت : بل أولى ، إن كانت مطاوعة .

قال فى الفروع : والأصح ، ولو بزنا .

وقيل : حكمها حكم الأبكار .

قلت : لعل صاحب هذا القول أراد : إذا كانت مكرهة . و إلا فلاوجه له .

قوله ﴿ فَأَمَّا زَوَالُ البَكَارَةِ بِإِصْبَعٍ ، أَوْ وَثْبَةٍ . فَلَا تُغَيِّرُ صِفَةَ الإِذْنِ ﴾

وكذا الوطء فى الدبر . على الصحيح من المذهب فى ذلك كله . وعليه الأصحاب .

وعنه : تغير صفة الإذن . فيعتبر النطق فى الكل .

قلت : لو قيل بالفرق بين من ذهبت بكارتها بإصبع أو وثبة ، و بين من وُطئت فى دبرها مطاوعة فيكفى الصمت فى الأولى دون الثانية: لكان له وجه قوى .

فائدتان

إحداهما : حيث حكمنا بالثيوبة ، لو عادت البكارة : لم يزل حكم الثيوبة . ذكره القاضى فى الحاكم . وذكره غيره أيضاً . لأن المقصود من الثيوبة حاصل لها . وذكره أبو الخطاب محل وفاق .

الثانية : لو ضحكت البكر ، أو بكت : كان كسكوتها . قاله الأصحاب .

وقال فى الرعاية ، قلت : فإن بكت كارهة فلا . إلا أن تكون مجبرة . انتهى

قلت : وهو الصواب . فإن البكاء تارة يكون من شدة الفرح ، وتارة يكون لشدة الغضب ، وعدم الرضى بالواقع .

فإن اشتبه فى ذلك نظرنا إلى دمعها . فإن كان من السرور كان بارداً . و إن كان من الحزن كان حاراً . ذكره البغوى عن بعض أهل العلم فى تفسير قوله تعالى فى مريم (١٩ : ٢٦ وَقَرِّى عَيْناً) .

فإن قيل : كان يمكنها النطق إذا كرهت .

قلنا : وكان يمكنها النطق بالإذن إذا رضيت . ولكنها لما كانت مطبوعة على الحياء فى النطق : عم الرضى والكراهة .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : الْوَلِيُّ . فَلاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ ﴾

هذا المذهب . أعنى : الولى شرط فى صحة النكاح . وعليه الأصحاب . ونص عليه . قال الزركشى : لا يختلف الأصحاب فى ذلك .

وعنه : ليس الولى بشرط مطلقاً .

وخصها المصنف ، وجماعة بالعذر . لعدم الولى والسلطان .

فعلى المذهب ﴿ لَوْ زَوَّجَتْ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا ، أَوْ غَيْرَهَا : لَمْ يَصِحّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يجوزُ لَهَا تَزْوِيجُ نَفْسِهَا . ذكرها جماعة من الأصحاب .

وعنه : أن لها أن تأمر رجلاً يزوجها .

وعنه : لها تزويج أمتها وَمُعْتَقَتِهَا .

وهذه الرواية : لم يثبتها القاضى ، ومنعها .

وذكر الزركشى لفظ الإمام أحمد رحمه الله فى ذلك ، ثم قال : وفى أخذ رواية من هذا نظر ، لكن عامة المتأخرين على إثباتها .

قوله ﴿ فَيَخْرُجُ مِنْهُ : صِحَّةُ تَزْوِيجِ نَفْسِهَا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا . وَتَزْوِيجُ غَيْرِهَا بِالْوَكَالَةِ ﴾ .

يعنى : على رواية « أن لها تزويج أمتها ومعتقتها » .

وخرجه أبو الخطاب فى الهداية ، والمجد ، والمحرر ، وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هذا التخريج غلط .

قال الزركشى ، وصاحب تجريد العناية ـ عن هذا التخريج ـ : ليس بشىء .

وفرق القاضى وعامة الأصحاب ـ على رواية تزويج أمتها ومعتقتها ـ بين تزويج

أمتها وتزويج نفسها وغيرها ، بأن التزويج على الملك لا يحتاج إلى أهلية الولاية . بدليل تزويج الفاسق مملوكته .

تنبيه : فعلى المذهب : يزوج أمتها بإذنها مَنْ يزوجهـا . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يزوجها أيُّ رجل أذنت له ، هذا إذا كانت رشيدة .

فأما المحجور عليها : فيزوج أمتَهَا وليُّها فى مالهـا خاصة . قاله فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم . وقطعوا به .

وعلى المذهب : إذا زوجها وليها بإذنها ، فلابد من نطقها بالإذن ، ثيباً كانت أو بكراً .

وعلى المذهب أيضاً : لو زوجت بغير إذن وليها ، فهو نـكاح الفضولى . وفيه طريقان :

أحدهما : فيه الخلاف الذى فى تصرف الفضولى ، على ماتقدم فى كتاب البيع .

وتقدم : أن الصحيح من المذهب : البطلان . وهذه طريقة القـاضى ، والأكثرين . وهى الصحيحة من المذهب .

والطريق الثانى : القطع ببطلانه .

وهى طريقة أبى بكر ، وابن أبى موسى .

ونص الإمام أحمد رحمه الله على التفريق بين البيع والنـكاح فى رواية ابن القاسم .

فعلى القول بفساد النـكاح ـ وهو المذهب ـ لا يحل الوطء فيه . وعليه فراقها . فإن أبى ، فسخه الحـاكم . فإن وطىء فلا حد عليه . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

وقدمه فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه .

وعنه : عليه الحد . وحكى عن ابن حامد . وأطلقهما فى الفائق .

فائدة : لو حكم بصحته حاكم : لم ينقض . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين . وصححه المجد فى شرحه .

وقيل : ينقض . خرجه القاضى .

وهو قول الاصطخرى من الشافعية .

وأطلقهما فى الفائق ، والفروع ، فقال : وهل يثبت بنص فينتقض حكم من حكم بصحته ؟ فيه وجهان . وفى الوسيلة روايتان .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف فى قوله ﴿ وعنه : لَهَا تَزْوِيجُ أَمَتِهَا وَمُعْتَقَتِهَا ﴾ .

أن المعتقة كالأمة . وهو صحيح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقى .

قال المصنف ، والشارح : وهو أصح . واختاره ابن أبى الحجر من أصحابنا . والشيخ تقى الدين رحمه الله .

وعنه : لا تلى نكاح المعتقة . وأطلقهما فى الفروع .

فعلى الأولى : إن طلبت وأذنت زَوَّجَتْها . فلو عَضَلت زوج وليها .

لكن فى إذن السلطان وجهان فى الترغيب . واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : قاعدة المذهب تقتضى عدم إذنه .

وعلى الثانية : يزوجها بدون إذنها أقربُ عصبتها ، ثم السلطان . ويجبرها من يجبر سيدتها .

قلت : الأولى ـ على هذه الرواية ـ أن لاتجبر المعتقة الكبيرة .

وقال فى الترغيب : المعتقة فى المرض ، هل يزوجها قريبها ؟ فيه وجهان .

قال الزركشى وقيل : يملك إجبارها من يملك إجبار سيدتها التى أعتقتها .

قال : وهو بعيد وهو كما قال فى الكبيرة .

وظاهر كلامه فى المغنى ، والشرح : أنه ليس له ولاية إجبار فى تزويج المعتقة مطلقاً .

قوله ﴿ وَأَحَقُّ النَّاسِ بِنِكَاحِ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ : أَبُوهَا . ثُمَّ أَبُوهُ وَإِنْ عَلاَ . ثُمَّ ابْنُهَا . ثُمَّ ابْنُهُ ، وَإِنْ سَفُلَ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يقدم الابن وابنه على الأب والجد .

ذكره ابن المنى فى تعليقه . وأخذه أبو الخطاب فى انتصاره من قول الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حنبل « العصبة فيه : مَنْ أحرزَ المال » .

وخرجه الشيخ تقى الدين رحمه الله من رواية تقديم الأخ على الجد . لاشتراكهما فى المعنى .

وعنه : يقدم الابن على الجد . اختاره ابن أبى موسى ، والشيرازى .

قال فى الفروع : وعنه ـ عليها ـ تقديم الأخ على الجد .

وعنه سواء . وذكر الزركشى رواية ثالثة بتقديم الجد على الأخ ، على هذه الرواية . وأطلقهن .

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله وجهاً بتساوى الابن والأب والجد وابن الابن وخرجه بعضهم من رواية استواء الأخ والجد .

قوله ﴿ ثُمَّ أَخُوهَا لِأَبَوَيْهَا . ثُمَّ لِأَبِيهَا ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . وهو المذهب عند المتأخرين . اختاره جماعة ، منهم أبو بكر ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وجزم به فى العمدة . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : هما سواء . وهو المذهب عند المتقدمين . جزم به الخرقى ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر .

قال الزركشى : وهو المذهب عند الجمهور ، والخرقى ، وابن أبى موسى ، والقاضى ، والشريف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وابن البنا ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، وشرح ابن رزين ، وناظم المفردات . وهو منها .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم فى أولاد الإخوة من الأبوين والأب ، والأعمام من الأبوين والأب ، وأولادهم . وهلم جرا .

الثانية : لو كانا ابنى عم ، أحدهما أخ لأم : فحكمهما حكم الأخ من الأبوين والأخ من الأب ، على ما تقدم عند القاضى ، وجماعة من الأصحاب . وقدمه فى الرعاية .

وقال المصنف ، والشارح : هما سواء . ولا مزية للأخوة من الأم . لانفرادها بالإرث .

وزاد قول القاضى . وهو كما قالا .

قوله ﴿ ثُمَّ المَوْلَى المُنْعِمُ . ثُمَّ عَصَبَاتُهُ ، الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يقدم أبو المعتقة على ابنها فى تزويج أمتها وعتيقتها . وهو ظاهر كلام الخرقى .

قوله ﴿ ثُمَّ السُّلْطَانُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : من أسلمت على يد إنسان ، فهو أحق بتزويجها من السلطان .

فوائد

منها : السلطان هنا : هو الإمام أو الحاكم ، أو من فوض إليه . ذكره المصنف والشارح ، والزركشى ، وغيرهم .

وإذا استولى أهل البغى على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم فى ذلك مجرى الإمام وقاضيه . قاله المصنف ، والشارح وغيرهم .

ومنها : قال الزركشى : المشهور أنه لا يزوج والى البلد . وهو إحدى الروايتين . واختاره القاضى ، وغيره .

وعنه : يزوج عند عدم القاضى .

لكن القاضى أبو يعلى حمل هذه الرواية على أنه إذا أذن له فى التزويج . والشيخ تقي الدين رحمه الله حملها على ظاهرها .

ومنها : قال الزركشى أيضاً : إذا لم يكن للمرأة ولى . فعنه ـ وهو ظاهر كلام الأصحاب ـ لا بد من الولى مطلقاً .

حتى قال القاضى أبو يعلى الصغير ـ فى رجل وامرأة فى سفر ليس معهما ولى ولا شهود ـ لا يجوز أن يتزوج بها ، وإن خاف الزنا بها .

قلت : وليس بظاهر مع خوف الزنا .

وعنه : والى البلد أو كبيره يزوج . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وقدمه فى النظم .

قال فى الفروع : والصحيح ما نقل عن الإمام أحمد رحمه الله وغيره : يزوجها ذو السلطان فى ذلك المكان ، كالعَضْل . فإن تعذر ، وَكَّلت .

وعنه : ثم عَدْل . قدمه فى الرعاية .

تنبيه : قوله ﴿ فَأَمَّا الأَمَةُ : فَوَلِيُّهَا سَيِّدُهَا ﴾ .

هذا بلا نزاع . ولو كان فاسقاً ، أو مكاتباً .

وتقدم : أن لسيدها أن يجبرها إلا أن تكون مكاتبة . على الصحيح من المذهب .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَتْ لِامْرَأَةٍ : فَوَلِيُّهَا وَلِيُّ سَيِّدَتِهَا ﴾ .

هذا مبنى على الصحيح من المذهب : أن المرأة لاعبارة لها فى النكاح .

وتقدم الخلاف فى ذلك قريباً .

قوله ﴿ وَيُشْتَرَطُ فِي الوَلِيِّ : الْحُرِّيَّةُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى رواية عبد الله ، وصالح ، و إسحاق بن هانىء . وعليه الأصحاب .

وقال فى الانتصار : و يحتمل أن يلى على ابنته . ثم جوزه بإذن سيده .

وذكر فى عيون المسائل احتمالاً بالصحة .

وقال فى الروضة : هل للعبد ولاية على قرابته ؟ فيه روايتان .

قال فى القواعد الأصولية : والأظهر أنه يكون ولياً .

قوله ﴿ وَالذَّكُورِيَّةُ ﴾ .

وهو أيضاً مبنى على الصحيح من المذهب .

وتقدم فى أول الفصل : هل لها تزويج نفسها أم لا ؟

قوله ﴿ وَاتِّفَاقُ الدِّيْنِ ﴾ .

يأتى بيان ذلك فى كلام المصنف قريباً عند قوله « ولا يلى كافر نكاح مسلمة . بحال وعكسه »

قوله ﴿ وَهَلْ يُشْتَرَطُ بُلُوغُهُ وَعَدَالَتُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

أما اشتراط البلوغ : فأطلق المصنف فيه الخلاف . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى .

إحداهما : يشترط بلوغه . نص عليه فى رواية ابن منصور ، والأثرم ، وعلى ابن سعيد ، وحرب . وهو المذهب .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال فى المذهب : يشترط بلوغه فى أصح الروايتين .

قال الزركشى : هـذه الرواية هى المشهورة ، نقلا واختياراً . ويحتمله كلام الخرقى .

قال فى القواعد الأصولية : هذا المذهب . نص عليه . واختاره أبو بكروغيره وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الكافى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى الكافى : وهو أولى .

والرواية الثانية : لا يشترط بلوغه .

فعليها : يصح تزويج ابن عشر .

قال الإمام أحمد رحمه الله : إذا بلغ عشرا : زَوّج وتزوج . قدمه فى القواعد الأصولية . وعنه : اثنى عشر .

وأما اشتراط العدالة : فأطلق المصنف فيها روايتين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

إحداهما : يشترط عدالته . وهو المذهب .

قال فى المذهب : يشترط فى أصح الروايتين . وصححه ابن أبى موسى ، والأزجى ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المحرر ، وشرح ابن رزين ، والفروع .

والرواية الثانية : لا تشترط العدالة . فيصح تزويج الفاسق . وهو ظاهر كلام الخرقي . لأنه ذكر الطفل ، والعبد ، والكافر . ولم يذكر الفاسق .

فعلى المذهب : يكفى مستور الحال . على الصحيح من المذهب .

وحمل صاحب التصحيح كلام المصنف عليه .

وجزم به فى الكافى ، والمحرر ، والمنور ، وغيرهم .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : تشترط العدالة ظاهراً وباطناً . وهو ظاهر كلامه فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وأطلقهما فى الفروع .

تنبيه : محل الخلاف فى اشتراط العدالة : فى غير السلطان .

أما السلطان : فلا يشترط فى تزويجه العدالة . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقدمه فى الفروع . وأجرى أبو الخطاب الخلاف فيه أيضاً .

فائدتان

إحداهما : اشترط فى المحرر ، والوجيز ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . وغيرهم : الرشد فى الولى .

واشترط فى الواضح : كونه عارفاً بالمصالح ، لا شيخا كبيراً جاهلاً بالمصلحة .

وقاله القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله « الرشد » هنا : هو المعرفة بالكُفء ومصالح النكاح . ليس هو حفظ المال . فإن رُشْدَ كل مقامٍ بحسبه .

واشترط فى الرعاية أن لايكون مفرطا فيها ، ولا مقصراً . ومعناه فى الفصول فإنه جعل العَضْل مانعاً ، وإن لم يفسق لعدم الشفقة . وشرط الولى الإشفاق.

الثانية : لاتزول الولاية بالإغماء والعمى . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الكافى ، والمغنى ، والشرح فى العمى . وقدمه فى الرعاية .

قلت : وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

وقيل : تزول بذلك .

ولا تزول بالسفه ، بلا خلاف أعلمه .

وإن جن أحيانا ، أو أغمى عليه ، أو نقص عقله بنحو مرض ، أو أحرم : انتظر زوال ذلك . نقله ابن الحكم فى المجنون .

ولا ينعزل وكيلهم بطَرَيان ذلك .

وكذا إن أحرم وكيل ، ثم حل . قاله فى الفروع .

وقال فى الرعاية : فإن أغمى عليه ثلاثة أيام ، أو جن متفرقا ، أو نقص عقله بمرض أو غيره ، أو أحرم : فهل الأبعد أولى ، أو الحاكم ، أو هو فينتظر . فيبقى وكيله ؟ يحتمل أوجها . وكذا يخرج لو توكل المحِلُّ ثم أحرم . ثم حل . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ عَضَلَ الأَقْرَبُ زَوَّجَ الأَبْعَدُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : يزوج الحاكم . اختاره أبو بكر .

فائدة : « العضل » منع المرأة التزوج بكفؤها إذا طلبت ذلك ، ورغب كل منهما فى صاحبه ، سواء طلبت ذلك بمهر مثلها أو دونه . قاله الأصحاب .

وتقدم « إذا اختارت كفؤاً واختار الولى غيره : أنه يقدم الذى اختارته . فإن امتنع من تزويجه : كان عاضلا » عند قوله « وللسيد تزويج إمائه » .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : من صُور العضل : إذا امتنع الخُطَّاب من خطبتها ، لشدة الولى .

قوله ﴿ وَإِنْ غَابَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً : زَوَّجَ الأَبْعَدُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يزوج الحاكم . ذكرها فى الرعايتين . والحاوى .

وخرجها أبو الخطاب من عَضْل الولى . وتابعه فى المحرر .

تنبيه : محل الخلاف : إذا كانت المرأة حرة .

فأما إن كانت أمة : فإن الحاكم هو الذى يزوجها .

قاله القاضى فى التعليق ، مدعياً أنه قياس المذهب .

وهو ظاهر كلام الخرقى ، حيث قال : زوجها من هو أبعد منه من عصبتها .

قوله ﴿ وَهِىَ مَالاَ يُقْطَعُ إلاّ بِكُلْفَةٍ وَمَشَقَّةٍ ، فِى ظَاهِرِ كَلاَمِهِ ﴾ .

وهذا المذهب . نص عليه فى رواية عبد الله .

واختاره المصنف ، والمجد ، والشارح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقال الخرقى : ما لا يصل إليه الكتاب ، أو يصل فلا يجيب عنه ، كمن هو فى أقصى الهند بالنسبة إلى الشام ومصر ونحوها .

قال الزركشى : وهذا يحتمل لبعده . وهو الظاهر .

ويحتمل : وإن كان قريباً . فيكون فى معنى العاضل .

وبالجملة فقد أومأ الإمام أحمد رحمه الله إلى هذا فى رواية الأثرم . انتهى .

وقال القاضى : ما لا تقطعه القافلة فى السنة إلا مرة واحدة ، كسفر الحجاز .

وتبعه أبو الخطاب فى خلافه . وجزم به ابن هبيرة فى الإفصاح .

وعن الإمام أحمد رحمه الله : إذا كان الأب بعيد السفر : زَوَّج الأبعد .

قال المصنف هنا : فيحتمل أنه أراد ما تقصر فيه الصلاة . وكذا قال أبو الخطاب .

قال فى المستوعب : وحَدَّها أبو الخطاب بما جعله الشرع بعيداً .

وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب : إذا كان الأب بعيد السفر زوج الأخ .

قال الزركشى، وقيل : يكتفى بمسافة القصر . لأن الإمام أحمد رحمه الله اعتبر البعد فى رواية أبى الحرث ، وأطلق . انتهى .

وقيل : ماتستضر به الزوجة . اختاره ابن عقيل . قاله فى المستوعب .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : مايفوت به كفء راغب .

قلت : وهو قوى أيضاً .

فائدة : من تعذرت مراجعته ـ كالمأسور ، والمحبوس ـ أو لم يعلم مكانه : فحكمه حكم البعيد . قاله فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال فى الكافى : إن لم يعلم وجودالأقرب بالكلية ـ حتى زوج الأبعد ـ يخرج على وجهين ، من انعزال الوكيل قبل علمه .

قال بعض الأصحاب : وفيه نظر . لأن الوكيل تثبت له ولاية التصرف قبل العزل ظاهراً و باطناً ، بخلاف هذا .

وقال الزركشى : ظاهر كلام الخرقي : أن شرط تزويج الأبعد:الغيبة المذكورة فلو لم يعلم : أقريب هو ، أم بعيد ؟ لم يزوج الأبعد . وهو ظاهر إطلاق غيره .

وقال أبو محمد فى المغنى : يزوج الأبعد والحال هذه .

وكذلك إذا علم أنه قريب ، ولكن لايعلم مكانه . وهو حسن . مع أن كلام الخرقى لايأباه . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وكذلك لوكان الولى مجهولا لا يعلم أنه عصبة ، ثم عرف بعد العقد .

وكذا قال ابن رجب : لو زُوجت بنت الملاعنة ، ثم استلحقها الأب .

قال فى القواعد الأصولية : لو لم يعلم وجود الأقرب ، حتى زوج الأبعد : خرجها فى الكافى على روايتى انعزال الوكيل قبل علمه بالعزل .

ورجح أبو العباس ، وشيخنا ـ يعنى به ابن رجب ـ الصحة هنا .

وقد يقال : كلام صاحب الكافى ليس فى هذه الصورة . لأنه لم يذكر الخلاف إلا فيما إذا كان الأقرب فاسقاً ، أو مجنوناً . وعادت ولايته بزوال المانع . فزوج الأبعد من غير علم بعود ولاية الأقرب .

وإذا لم يعلم الولى بالأقرب بالكلية لم يتعرض لها .

وقد يفرق بينهما بأن النسيب الأقرب ـ إذا لم يعلم ـ لم ينسب الأبعد إلى تفريط . فهو غير مقدور على استئذانه . فسقط الاستئذان بعدم العلم .

فالأبعد حينئذ غير منسوب إلى تفريط ، بخلاف ما إذا كان الأقرب فيه مانع وزال . فإن الأبعد ينسب إلى تفريط ، إذا كان يمكنه حال العقد معرفة حال الأقرب . انتهى .

قوله ﴿ وَلاَ يَلِى كَافِرٌ نِكَاحَ مُسْلِمَةٍ بِحَالٍ ﴾ .

يعنى : لا يكون ولياً لها ﴿ إِلاَّ إِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِهِ فِى وَجْهٍ ﴾

وهذا الوجه هو المذهب . جزم به فى الإيضاح ، والوجيز ، والنظم ، وغيرهم .

واختاره أبو الخطاب فى الانتصار[1] ، وابن البنا فى خصاله . وهو ظاهر ماجزم به فى الفروع ، فإنه قال : وَلاَ يَلِى كَافِرٌ نِكَاحَ مُسْلِمَةٍ ، غير نحو أم ولد.

وقيل : لا يليه . اختاره الخرقى ، والمصنف ، والشارح ، وابن نصر الله فى حواشيه ، وغيرهم .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

---

(١) فى نسخة طلعت « فى خلافه »

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ـ بل هو كالصريح فى ذلك ـ أن الذمى لا يلى نكاح مكاتبته ومدبرته . وهو أحد الوجهين .

والخلاف هنا كالخلاف فى أم الولد ذكره فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلامه فى الفروع . وقد تقدم لفظه .

وظاهر كلام المصنف : الفرق بين أم الولد و بين المكاتبة والمدبرة .

وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة . وغيرهم . لكن لم أر قولا صريحاً بالفرق .

وظاهر كلام المصنف أيضاً ـ أو صريحه ـ : أنه لا يلى نكاح ابنته المسلمة . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وذكره ابن عقيل فى ولاية فاسق يليه عليها . وذكره ابن رزين . وأطلقهما فى الرعاية الصغرى .

فعلى القول بأنه يليه : فهل يباشره و يعقده بنفسه ؟ أو يباشره مسلم بإذنه . أو يباشره حاكم بإذنه ؟ فيه ثلاثة أوجه .

وأطلقهن فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع .

إحداهن : يباشره بنفسه . وهو الصحيح . صححه فى المغنى ، والشرح ، والنظم . وقاله الأزجى . وهو كالصريح فى كلام المصنف هنا . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين . وهو ظاهر كلام ابن رزين فى شرحه .

الثانى : يعقده مسلم بإذنه .

والثالث : يعقده الحاكم بإذنه .

قال فى الرعاية الكبرى : وهو أولى .

نقل حنبل : لا يعقد يهودى ولا نصرانى عقد نكاح مسلمة .

وقيل : يعقده الحاكم بغير إذنه . ذكره فى الرعاية الصغرى .

قوله ﴿ وَيَلِي الذِّمِّيّ نِكَاحَ مُولِّيَتِهِ الذِّمِّيَّةِ مِنَ الذِّمِّيِّ ﴾ .

هذا المذهب المقطوع به عند الأصحاب . ولم يفرقوا بين اتحاد دينهم أو تباينه .

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فى جواز كون النصرانى يلى نكاح اليهودية وعكسه ـ وجهين ، من توارثهما وقبول شهادة بعضهم على بعض . بناء على أن الكفر : هل هو ملة واحدة ، أو ملل مختلفة ؟ فيه الخلاف المتقدم فى باب ميراث أهل الملل .

قوله ﴿ وَهَلْ يَلِيهِ مِنْ مُسْلِمٍ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب .

أحدهما : يليه . أعنى : يكون ولياً . وهو المذهب . اختاره أبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وصححه فى النظم ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفروع ، والرعاية الصغرى .

والوجه الثانى : لا يليه . نص عليه فى رواية حنبل .

واختاره ابن أبى موسى ، والقاضى فى التعليق ، والجامع ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى . بل اختاره القاضى وأصحابه .

قاله ناظم المفردات .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، وناظم المفردات . وهو منها .

قلت : ينبغى أن يكون هذا المذهب ، للنص عن الإمام .

فعلى المذهب : له أن يباشر التزويج ، ويعقد النكاح بنفسه . على الصحيح كما تقدم . صححه فى المغنى ، والنظم ، والشرح .

وهو كالصريح فى كلام المصنف هنا .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين .

وقيل : يباشره ، ويعقده مسلم بإذنه .

وقيل : يباشره الحاكم بإذنه .

وأطلقهن فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقيل : يعقده الحاكم بغير إذنه كما تقدم فى التى قبلها . فإنهما فى الحكم سواء .

وعلى الوجه الثانى : لايلى مالها ، على قياسه . قاله القاضى .

وقال فى الانتصار فى شهادتهم : يلى مالها ، على قياسه .

وفى تعليق ابن المنى فى ولاية الفاسق : لايلى على مالها كافر ، إلا عدل فى دينه . ولو سلمناه ، فلئلا يؤدى إلى القدح فى نسب نبى ، أو ولى . ويدل عليه ولاية المال .

فائدة : يشترط فى الذمى ، إذا كان ولياً : الشروط المعتبرة فى المسلم .

قوله ﴿ وَإِذَا زَوَّجَ الأَبْعَدُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ لِلأَقْرَبِ ، أَوْ زَوَّجَ أَجْنَبِيٌّ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى النظم ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وعنه : يَصِحّ ويقِفُ عَلَى إجازَةِ الْوَلِيّ . ولا نظر للحاكم ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : إن كان الزوج كفؤاً أمر الحاكم الولى بالإجازة . فإن أجازه ، وإلا صار عاضلا ، فيجيزه الحاكم .

أجاب به المصنف . قال الزركشى : وفيه نظر .

واعلم أن هاتين المسألتين وأشباههما : حكمهما حكم بيع الفضولى ، على ماتقدم فى باب البيع . ذكره الأصحاب .

فائدتان

إحداهما : لو تزوج الأجنبى لغيره بغير إذنه . فقيل : هو كفضولى . فيه الخلاف المتقدم .

وقيل: لايصح هنا . قولا واحداً ، كذمته .

قلت : وهى بمسألة الفضولى أقرب . فتلحق بها .

وأطلقهما فى المستوعب ، والفروع .

وعلى كلا الطريقين : لايصح النكاح ، على الصحيح .

الثانية : لو زوج الولى موليته ـ التى يعتبر إذنها ـ بغير إذنها . فهو كزواج الأجنبى بغير إذن الولى . قاله فى المستوعب ، وغيره .

قوله ﴿ وَوَكِيلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هٰؤُلَاءِ يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا ﴾ .

الصحيح من المذهب : جواز الوكالة فى النكاح ، وجواز توكيل الولى ، سواء كان مجبراً أو غير مجبر ، أباً كان أو غيره ، بإذن الزوجة و بغير إذنها . وهو ظاهر المصنف هنا .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والكافى ، ونصراه .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، فى هذا الباب .

وقدمه فى المحرر ، فى باب الوكالة ، والنظم ، والفائق .

قال الزركشى : هذا اختيار الشيخين ، وغيرهما .

وقيل : لا يوكل غير مجبر بلاإذنها ، إلا الحاكم . وقدمه فى الفروع ، فى باب الوكالة ، فتناقَضَ .

وخرَّج القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول : هذه على الروايتين فى توكيل الوكيل من غير إذن الموكل ، وقالا : من لا يجوز له الإجبار يكون كالوكيل فى التوكيل . ورده المصنف ، والشارح .

وقال فى الترغيب : لو منعت الولى من التوكيل : امتنع . ورده المصنف أيضاً وغيره .

وقيل : لايوكل مجبر أيضاً بلا إذنها ، إن كان لها إذن معتبرة ذكره فى الرعايتين .

فوائد

الأولى : يجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً .

فالمطلق : مثل أن يوكله فى تزويج من يرضاه ، أو من يشاء ونحوهما .

والمقيد : مثل أن يوكله فى تزويج رجل بعينه ونحوه.

وهذا المذهب . نص عليه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والكافى ، وغيرهم وقدمه فى الرعاية الكبرى . والفروع .

وقيل : يعتبر التعيين لغير المجبر .

وقيل : يعتبر التعيين للمجبر وغيره .

الثانية : ما قاله المصنف والشارح ، وابن حمدان ، وغيرهم : أنه يثبت للوكيل مثل مايثبت للموكل . فإن كان له الإجبار : ثبت لوكيله . و إن كانت ولايته ولاية مراجعة : احتاج الوكيل إلى إذنها ومراجعتها فى زواجها . لأنه نائب عنه . فيثبت له مثل مايثبت لمن ينوب عنه .

وكذا الحكم فى السلطان والحاكم يأذن لغيره فى التزويج . فيكون المأذون له قائماً مقامه .

وقال المصنف ، والشارح فى باب الوكالة : والذى يعتبر إذنها فيه للوكيل : هو غير مايوكل فيه الموكل . بدليل أن الوكيل لايستغنى عن إذنها فى التزويج . فهو كالموكل فى ذلك .

وتقدم التنبيه على ذلك فى باب الوكالة .

الثالثة : يشترط فى وكيل الولى مايشترط فى الولى نفسه . على الصحيح من المذهب . فلا يصح أن يكون الوكيل فاسقاً ونحوه . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : يصح توكيل فاسق وعبد وصبي مميز .

ولا يشترط فى وكيل الزوج عدالته . على الصحيح من المذهب .

اختاره أبو الخطاب ، وابن عقيل ، وابن عبدوس فى تذكرته وغيرهم .

وقدمه فى المغنى والشرح ، وقالا : هو أولى . وهو القياس . وهو ظاهر كلام طائفة من الأصحاب . وقدمه فى الكافى .

وقيل : تشترط عدالته . اختاره القاضى . وقدمه ابن رزين فى شرحه ، والرعاية الكبرى .

قال فى التلخيص : اختاره أصحابنا ، إلا ابن عقيل .

وأطلقهما فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفروع ، والفائق .

وقد تقدم ذلك فى أوائل باب الوكالة .

الرابعة : يتقيد الولى ووكيله المطلق بالكفء إن اشترطت الكفاءة .

ذكره فى الترغيب .

الخامسة : ليس للوكيل المطلق أن يتزوجها لنفسه . فإن فعل فهو كتزويج الفضولى على ماتقدم .

قال فى القاعدة السبعين : ليس له ذلك على المعروف من المذهب .

وحكى ابن أبى موسى : أنه إن أذن له الولى فى التوكيل ، فوكل غيره فزوجه : صح . وكذا إن لم يأذن له ، وقلنا للوكيل أن يوكل مطلقاً .

وأما من ولايته بالشرع ـ كالولى والحاكم وأمينه ـ فله أن يزوج نفسه . ولو قلنا : ليس لهم أن يشتروا من المال .

ذكره القاضى فى خلافه . وألحق الوصى بذلك .

قال فى القواعد الأصولية والفقهية : وفيه نظر . فإن الوصى يشبه الوكيل لتصرفه بالإذن .

قال : وسـواء فى ذلك اليتيمة وغيرها . صرح به القاضى فى ذلك . وذلك حيث يكون لها إذن معتبر . انتهى .

ويجوز تزويج الوكيل لولده .

السادسة : يعتبر أن يقول الولى ، أو وكيله ، لوكيل الزوج « زوجت فلانة لفلان » أو « زوجت موكلك فلاناً فلانة » ولا يقول « زوجتها منك » ويقول الولى « قبلت تزويجها ، أو نـكاحها لفلان » فإن لم يقل « لفلان » فوجهان فى الترغيب . وتابعه فى الفروع .

وقال فى الرعاية : إن قال « قبلت هذا النكاح » ونوى أنه قبله لموكله ، ولم يذكره : صح .

قلت : يحتمل ضده . بخلاف البيع . انتهى .

وتقدم ذلك أيضاً فى أوائل باب الوكالة .

قوله ﴿ وَوَصِيُّهُ فِى النِّـكَاحِ بِمَنْزِلَتِهِ ﴾ .

فتستفاد ولاية النكاح بالوصية إذا نص على التزويج ، كالأب . صرح به فى الكافى وغيره .

ويجبر من يجبره الموصى . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم الخرقى ، والقاضى ، وابنه أبو الحسين ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وابن البنا ، والمصنف ، والشارح . وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الرعايتين ، والحـاوى ، والفروع ، والزركشى ، والنظم . وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب فيهما .

وقيل : ليس له أن يجبر . فلا يزوج من لا إذن لها . اختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى . قاله فى الفروع .

وعنه : لا تستفاد ولاية النكاح بالوصية . اختاره أبو بكر . قاله الزركشى ، كالحضانة . قاله فى المغنى ، والكافى .

ومال ابن نصرالله ـ فى حواشى الفروع ـ إلى صحة الوصية بالحضانة .

وأخذ من تعليل المصنف أيضاً .

وعنه : لاتستفاد بالوصية ، إذا كان للموصى عصبة . حكاها القاضى فى الجامع الكبير . واختاره ابن حامد .

وتقدم التنبيه على ذلك فى أثناء باب الموصى إليه .

فائدتان

إحداهما : هل يسوغ للموصى الوصية به ، أو يوكل فيه ؟

قال فى الترغيب : فيه الروايتان المتقدمتان .

وقال فى النوادر : ظاهر المذهب جوازه .

وتقدم فى باب الموصى إليه « هل للوصى أن يوصى أم لا ؟ » وفى باب الوكالة « هل له أن يوكل أم لا ؟ » .

الثانية : حكم تزويج صبى صغير بالوصية حكم تزويج الأنثى بها . على الصحيح من المذهب . جزم به فى النوادر . وقاله فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

أعنى : إذا أوصى إليه أن يزوجه : هل له أن يجبره ؟

قال الحرقى : ومن زوج غلاماً غير بالغ ، أو معتوها : لم يجز ، إلا أن يزوجه والده ، أو وصى ناظر له فى التزويج . وجزم به الزركشى .

قال فى الفروع : وظاهر كلام القاضى ، وصاحب المحرر : للوصى مطلقاً تزويجه .

يعنى : سواء كان وصيا فى التزويج ، أو فى غيره .

وجزم به الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وأنه قولهما : أن وصى المال يزوج الصغير

قال فى الفروع : والأول أظهر ، كما لا يزوج الصغيرة .

وقال فى الرعاية الكبرى : يزوجه ويجبره ـ بعد أبيه ـ وصيُّه .

وقيل : ثم الحاكم .

قلت : بل بعد الأب . وهو أظهر . انتهى .

وتقدم « هل لسائر الأولياء ، غير الأب والوصى ، تزويجه أم لا ؟ » بعد قوله « ولا يجوز لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها »

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : أنه لاخيار للصبى إذا بلغ . وهو كذلك .

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله والأصحاب .

وقال القاضى : وجدت فى رقعة بخط أبى عبد الله جواب مسألة « إذا زوج الصغير وصيه : ثبت نكاحه ، وتوارثا . فإن بلغ فله الخيار » انتهى .

قوله ﴿ وَإِذَا اسْتَوَى الأَوْلِيَاءُ فِي الدَّرَجَةِ : صَحَّ التَّزْوِيجُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ﴾ بلا نزاع .

﴿ وَالأَوْلَى تَقْدِيمُ أَفْضَلِهِمْ ، ثُمَّ أَسَنِّهِمْ ﴾ ثم يقرع .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز . وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى الرعاية : قُدم الأفضل فى العلم والدين والورع ، والخبرة بذلك ، ثم الأسن . ثم من قَرع . انتهى .

وقال ابن رزين فى مختصره : يقدم الأعلم ، ثم الأسن ، ثم الأفضل ، ثم القرعة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : يقتضى أنه لاأثر للسن هنا . وأصحابنا قد اعتبروه .

قوله ﴿ فَإِنْ تَشَاحُّوا أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ . فَإِنْ سَبَقَ غَيْرُ مَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فَزَوَّجَ : صَحَّ فِي أَقْوَى الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمستوعب ، والحاوى . وهو المذهب .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : صح فى أصح الوجهين .

قال فى الخلاصة ، والرعايتين ، والفروع : صح فى الأصح .

قال الناظم : هذا أظهر الوجهين .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، وغيرهم .

والوجه الثانى : لايصح . ذكره أبو الخطاب ومن بعده .

تنبيه : محل الخلاف : إذا أذنت لهم .

فأما إن أذنت لواحد منهم : تعين . ولم يصح نكاح غيره .

جزم به فى الفروع ، وغيره من الأصحاب .

وقال فى الرعاية الكبرى : وعنه إن أجازه من عينته : صح . و إلا فلا .

فائدة : قال الأزجى فى النهاية : و إذا استوت درجة الأولياء ، فالولاية ثابتة لكل واحد منهم على الكمال والاستقلال .

فعلى هذا : لو عضل الكل أثموا . ولو عضل واحد منهم : دُعى إلى النكاح. فإن لم يُجب ، فهل يعصى ؟ ينبنى هذا على الشاهد الذى لم يتعين : هل يعصى بالامتناع ؟ والأصح : أنه لا يحكم بالعصيان . لأن امتناعه لا تأثير له فى توقف النكاح بحال . إذ غيره يقوم مقامه .

قوله ﴿ وَإِنْ زَوَّجَ اثْنَانِ ، وَلَمْ يُعْلَمِ السَّابِقُ : فُسِخَ النِّكَاحَانِ ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . وهو المذهب . جزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الخلاصة ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

واختاره أبو بكر فى خلافه ، والمصنف فى المغنى .

فعلى هذا : يفسخه الحاكم . على الصحيح من المذهب .

وقاله القاضى فى المجرد ، والتعليق ، والجامع الصغير ، وابن الزاغونى ، وأبوالخطاب والمصنف ، والمجد ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

قال ابن خطيب السلامية فى نكته : هذا المشهور .

وقال القاضى أيضاً فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول : يفسخه كل واحد من الزوجين ، أو من جهة الحاكم .

وهو صريح فى أن للزوجين الفسخ بأنفسهما .

وقاله فى المستوعب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

ويحتمله كلام المصنف هنا .

قال الزركشى : ولعلهم أرادوا بإذن الحاكم .

وعن أبى بكر يطلقانها . حكاه عنه ابن شاقلا .

قلت : هذا أحوط .

قال ابن خطيب السلامية فى نكته : فعلى هذا : هل ينقص هذا الطلاق العدد ، لو تزوجها بعد ذلك ؟ ينبغى أن لايكون كذلك . لأنه لايتيقن وقوع الطلاق به .

وعنه : النكاح مفسوخ بنفسه . فلا يحتاج إلى فاسخ . ذكره فى النوادر .

قال الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية ابن منصور : ماأرى لواحد منهما نكاحاً . وقدمه فى التبصرة .

وقال ابن أبى موسى : يبطل النكاحان . وهو أظهر ، وأصح .

والرواية الثانية من أصل المسألة : يقرع بينهما . اختارها النجاد . والقاضى فى التعليق ، والشريف ، وأبو الخطاب ، والشيرازى .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والزركشى .

فعلى هذه الرواية : من قَرَع منهما جدد نكاحه بإذنها . كما قاله المصنف هنا . وهو الصحيح .

جزم به فى الكافى ، والمحرر ، والنظم ، وغيرهم .

قال الزركشى : قال أبو بكر أحمد بن سليمان النجاد : من خرجت له القرعة جدد نكاحه .

وعنه : هى للقارع من غير تجديد عقد . اختاره أبو بكر النجاد . ونقله ابن منصور . قاله فى الفروع .

قال الزركشى : هذا ظاهر كلام الجمهور : ابن أبى موسى ، والقاضى ، وأصحابه .

وصرح به القاضى فى الروايتين ، وابن عقيل .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والقواعد .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . ومال إليه فى القواعد الفقهية .

لكن اختلف نقل الزركشى وصاحب الفروع عن أبى بكر النجاد . كما ترى .

وأطلق الروايتين فى الفروع ، والمذهب .

فعلى القول بأنه يجدد نكاحه ، قال المصنف : ينبغى أن لا تجبر المرأة على نكاح من خرجت له القرعة ، بل لها أن تتزوج من شاءت منهما ومن غيرهما .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وليس هذا بالجيد . فإنا ـ على هذا القول ـ إذا أمرنا المقروع بالفرقة ـ وقلنا : لها أن لا تزوج القارع ـ خلت منهما . فلا يبقى بين الروايتين فرق . ولا يبقى للقرعة أثر أصلا . بل تكون لغواً . وهذا تخليط .

وإنما ـ على هذا القول ـ يجب أن يقال : هى زوجة القارع ، بحيث يجب عليه نفقتها وسكناها ، ولو مات ورثته . لكن لا يطؤها حتى يجدد العقد . فيكون تجديد العقد لحل الوطء فقط . هذا قياس المذهب .

أو يقال : إنه لا يحكم بالزوجية إلا بالتجديد . ويكون التجديد واجباً عليه وعليها ، كما كان الطلاق واجباً على الآخر . وليس فى كلام الإمام أحمد رحمه الله

تعرض للطلاق . ولا لتجديد الآخر النكاح . فإن القرعة جعلها الشارع حجة و بينة تفيد الحل ظاهراً ، كالشهادة والنكول ، ونحوها . انتهى .

وعلى رواية : أنه يقرع بينهما أيضاً : يعتبر طلاق صاحبه . على الصحيح ، كما قاله المصنف . فإن أبى طلق الحاكم عليه .

قال فى الفروع : وعلى الأصح . و يعتبر طلاق صاحبه . فإن أبى فحاكم .

واختاره النجاد ، والقاضى ـ فى الروايتين ، والجامع ، والخلاف ـ وأبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، وغيرهم .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، وغيرهم .

قال ابن خطيب السلامية فى نكته : وهذا أقرب .

قال فى القواعد : وفى هذا ضعف .

فإن طلق قبل الدخول ، فهل يجب لها نصف المهر على أحدهما ، و يعين بالقرعة ، أم لا يجب لها شىء ؟ على وجهين .

وحكى عن أبى بكر أنه اختار : أنه لاشىء لها . و به أفتى أبو علي النجاد . ذكره فى آخر القاعدة السادسة والخمسين بعد المائة .

وعنه : لا يؤمر بالطلاق . ولا يحتاج إليه . حكاها ابن البناء وغيره .

وقدمه فى القواعد ، وقال : هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله تعالى فى رواية حنبل ، وابن منصور . انتهى .

وقاله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل .

وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى .

وقدمه الزركشى . وأطلقهما فى المستوعب .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وعنه : من قرع فهو الزوج ، وفى اعتبار طلاق الآخر وجهان .

وقيل : روايتان .

وقيل : من قرع جدد عقداً بإذنها . وطلق الآخر مجاناً . فإن أبى طلق عليه الحاكم . قال فى الكبرى : فى الأصح .

قال فى القواعد : قال طائفة من الأصحاب : يجدد الذى خرجت له القرعة النكاح ، لتحل له بيقين .

وحكاه القاضى فى كتاب الروايتين عن أبى بكر أحمد بن سليمان النجاد . ثم رده بأنه لايبقى حينئذ معنى للقرعة .

فوائد

الأولى : إذا جهل أسبق العقدين . ففيه مسائل .

منها : إذا علم عين السابق ثم جهل . فهذه محل الخلاف السابق .

ومنها : لو علم السبق ونسى السابق ، فالصحيح من المذهب : إجراء الخلاف فيها كالتى قبلها . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشى : لاإشكال فى جريان الروايتين فى هذه الصورة .

وكذلك قال فى المستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقيل : يقف الأمر حتى يتبين . اختاره أبو بكر ، وابن حمدان فى الرعاية الكبرى .

فرع : لو أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع ، والنظم : لم يقبل على الأصح .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم . وعنه : يقبل .

ومنها : لو جهل كيف وقعا ؟ .

فقيل : هى على الروايتين . وهو الصحيح . واختاره أبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، وصاحب المستوعب ، وغيرهم .

قال الزركشى : واختاره القاضى فيما أظن .

وعند القاضى فى التعليق الكبير : يبطلان على كل حال .

وكذا قال ابن حمدان فى الرعايتين ، إلا أنه حكى فى الكبرى قولا بالبطلان ظاهراً و باطناً .

ومنها : لو جهل وقوعهما معاً ، فهى على الروايتين . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يبطلان .

ومنها : لو علم وقوعهما معاً : بطل . على الصحيح من المذهب .

وقطع به أبو الخطاب ، وابن البناء ، والمصنف ، والمجد ، وابن حمدان ، وصاحب الفروع ، وغيرهم من الأصحاب .

وذكر القاضى ، فى كتاب الروايتين : أنه يقرع بينهما على رواية الإقراع . وذكره فى خلافه احتمالا .

قال المجد فى شرح الهداية : ولا أظن هذا الاحتمال إلا خلاف الإجماع . انتهى

قال ابن بردس ـ شيخ شيخنا ـ قال شيخنا أبو الفرج ـ فيمن تزوج أختين فى عقد ـ : يختار إحداهما . وهذا يعضد ماقاله القاضى . انتهى .

الثانية : إذا أمر غير القارع بالطلاق فطلق ، فلا صداق عليه . جزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

الثالثة : لو فسخ النكاح أو طلقها ، فقال أبو بكر : لامهر لها عليهما . حكاها عنه ابن شاقلا ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وقاله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل .

وأفتى به النجاد . حكاه عنه أبو الحسن الخرزى .

وحكاه رواية فى الفروع وغيره .

ونقل مهنا : لها نصف الصداق يقترعان عليه . وهو المذهب . نص عليه .

وقدمه فى الفروع ، فقال : ونصه لها نصف المهر يقترعان عليه .

وعنه : لا . انتهى .

وظاهر المغنى ، والشرح : إطلاق الروايتين .

وحكى فى القواعد فى وجوب نصف المهر على من خرجت له القرعة وجهين .

الرابعة : لو ماتت المرأة قبل الفسخ والطلاق ، فلأحدهما نصف ميراثها . فيوقف الأمر حتى يصطلحا . قدمه فى الشرح .

وقيل : يقرع بينهما . فمن قرع : حلف وورث .

قلت : هذا أقرب . وهما احتمالان فى المغنى .

لكن ذكر على الثانى : أنه يحلف .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وكلا الوجهين لا يخرج على المذهب .

أما الأول : فلأنا لا نقف الخصومات قط .

وأما الثانى : فكيف يحلف من قال « لا أعرف الحال » ؟

و إنما المذهب ـ على رواية القرعة ـ أيهما قرع : فله الميراث بلا يمين .

وأما على قولنا « لا يقرع » فإذا قلنا : إنها تأخذ من أحدهما نصف المهر بالقرعة ، فكذلك يرثها أحدهما بالقرعة . بطريق الأولى .

وأما إن قلنا « لا مهر لها » فهنا قد يقال بالقرعة أيضاً . انتهى .

الخامسة : لو مات الزوجان : كان لها ربع ميراث أحدهما . فإن كانت قد أقرت بسبق أحدهما : فلا ميراث لها من الآخر . وهى تدعى ربع ميراث من أقرت له .

فإن كان قد ادعى ذلك أيضاً : دفع إليها ربع ميراثها .

و إن لم يكن ادعى ذلك ، وأنكر الورثةُ : فالقول قولهم مع أيمانهم . فإن نكلوا ، قضى عليهم .

و إن لم تكن أقرت بسبق أحدهما : احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما

وتبرأ . واحتمل أن يقرع بينهما . فمن خرجت قرعته : فلها ربع ميراثه .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

ونقل حنبل : فى رجل له ثلاث بنات . زوج إحداهن من رجل . ثم مات الأب ، ولم يَعلم أيتهن زَوَّج ؟ يقرع بينهن . فأيتهن أصابتها القرعة فهى زوجته . وإن مات الزوج : كانت هى الوارثة .

قال فى القواعد ـ عن الوجه بالقرعة ـ : يتعين القول به ، فيما إذا أنكر الورثة العلم بالحال . ويشهد له نص الإمام أحمد ـ فى رواية حنبل ، وغيره ـ وذكره .

السادسة : لو ادعى كل واحد منهما : أنه السابق . فأقرت لأحدهما ، ثم فرق بينهما ـ وقلنا بوجوب المهر ـ وجب على المقر له دون صاحبه . لإقراره لهما به . وإقرارها ببراءة صاحبه .

وإن ماتا : ورثت المقر له دون صاحبه لذلك .

وإن ماتت هى قبلهما : احتمل أن يرثها المقر له ، كما ترثه . واحتمل أن لايقبل إقرارها له ، كما لم تقبله فى نفسها . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته : فهو كما لو أقرت له فى حياته . وليس لورثة واحد منهما الإنكار لاستحقاقها .

وإن لم تقر لواحد منهما : أقرع بينهما . وكان لها ميراث من تقع القرعة عليه .

وإن كان أحدهما قد أصابها ، وكان هو المقر له ، أو كانت لم تقر لواحد منهما : فلها المسمى . لأنه مقر لها به . وهى لاتدعى سواه .

وإن كانت مقرة لآخر : فهى تدعى مهر المثل ، وهو يقر لها بالمسمى . فإن استويا ، أو اصطلحا : فلا كلام .

وإن كان مهر المثل أكثر : حلف على الزائد وسقط .

وإن كان المسمى لها أكثر : فهو مقر لها بالزيادة ، وهى تنكرها . فلا تستحقها .

فائدة : قوله ﴿ وَإِذَا زَوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ مِنْ أَمَتِهِ : جَازَ لَهُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفَيِ العَقْدِ ﴾ بلا نزاع .

وكذا أيضاً : لو زوج بنته المجبرة بعبده الصغير ، وقلنا : يصح . وهو الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يصح تزويج عبده بابنته .

وكذا لو زوج وصى فى نكاح صغير بصغيرة تحت حجره .

وقيل : يختص الجواز بما إذا زوج عبده بأمته .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ وَلِيُّ المَرْأَةِ ـ مِثْلُ ابْنِ العَمِّ وَالمَوْلَى وَالحَاكِمِ ـ إِذَا أَذِنَتْ لَهُ فِي نِكَاحِهَا ﴾ .

يعنى : أنه يجوز له أن يتولى طرفى العقد . وهذا المذهب .

اختاره القاضى فى المجرد ، والجامع الصغير ، والمصنف ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى العمدة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى النظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : لا يجوز حتى يوكل غيره فى أحد الطرفين بإذنها . قاله فى المنور .

اختاره الخرقى ، وأبو حفص البرمكى ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى تعليقه ، والشريف ، وأبو الخطاب ـ فى خلافيهما ـ وقدمه ابن عقيل فى الفصول .

قال فى المذهب : لم يصح فى أصح الروايتين .

قال الزركشى : هذه الرواية أشهرها وأنصهما . نص عليه فى رواية ثمانية من أصحابه . وجزم به فى المنور .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة .

وقيل : يجوز تولى طرفيه لغير زوج .

وقيل : لايجوز إلا إذا كان الولى هو الإمام . ذكره أبو حفص البرمكى .

قال ابن عقيل : متى قلنا لايصح من الولى تولى طرفى العقد : لم يصح عقد وكيله له ، إلا الإمام، إذا أراد أن يتزوج امرأة ليس لها ولى . فإنه يتزوجها بولاية أحد نوابه . لأنهم نواب عن المسلمين ، لا عنه . انتهى .

وأطلق فى الترغيب روايتين فى تولى طرفيه . ثم قال ، وقيل : تولى طرفيه يختص بالمجبر .

فوائد ثلاثة

إحداهما : من صور تولى الطرفين : لو وكل الزوج الولى ، أو الولى الزوج . أو وكلا واحداً .

فعلى المذهب ـ وهو جواز تولى الطرفين ـ يكفى قوله « زوجت فلانا فلانة » أو « تزوجتها » إن كان هو الزوج . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع ، والزركشى ، وقال : هو المشهور من الوجهين .

وقيل : يعتبر إيجاب وقبول . جزم به فى البلغة ، فيقول « زوجت نفسى فلانة » و « قبلت هذا النكاح » ونحوه . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

الثانية : لايجوز لولى المجبرة ـ كبنت عمه المجنونة ، وعتيقته المجنونة ـ نكاحها بلا ولى غيره ، أو حاكم . ذكره فى المحرر ، وغيره .

قال الزركشى : لايجوز بلا نزاع .

وقال فى الرعاية : كبنت عمه المجنونة .

وقيل : وعتيقته المجنونة .

قوله ﴿ وَإِذَا قَالَ السَّيِّدُ لِأَمَتِهِ : أَعْتَقْتُكِ وَجَعَلْتُ عِتْقَكِ صَدَاقَكِ : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه .

قال الزركشى : هذا المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله . والمشهور عنه . رواه عنه اثنى عشر رجلاً من أصحابه . منهم ابناه : عبد الله ، وصالح . ومنهم الميمونى ، والمروذى ، وابن القاسم ، وحرب .

وهو المختار لجمهور الأصحاب : الخرقى ، وأبو بكر ، والشريف أبو جعفر ، والقاضى فى موضع .

قال فى التعليق : هو المشهور من قول الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

وجزم به فى الإرشاد ، والوجيز ، والعمدة ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والمحرر ، والفروع ، والقواعد الفقهية ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . وصححه فى النظم وغيره .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لايصح حتى يستأنف نكاحها بإذنها . فإن أبت ذلك فعليها قيمتها .

اختاره ابن حامد ، والقاضى فى خلافه ، وروايتيه ، وأبو الخطاب فى كتبه الثلاثة ، وابن عقيل فى الفصول ، وقال : إنه الأشبه بالمذهب .

وصححه فى المذهب ، والخلاصة .

قال ابن رجب فى قواعده : فمنهم من مأخذُه انتفاء لفظ النكاح الصريح . وهو ابن حامد . ومنهم من مأخذُه انتفاء تقدم الشرط .

فعلى الرواية الثانية : يكون مهرها العتق .

وقيل : بل مهر المثل . ذكره فى الرعاية .

فعلى المذهب : يصح عقد النكاح منه وحده .

وقال ابن أبى موسى : إحدى الروايتين أنه يستأنف العقد عليها بإذنه دون

إذنها ورضاها . لأن العقد وقع على هذا الشرط . فيوكل من يعقد له النكاح بأمره .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهو حسن .

وكلام الإمام أحمد رحمه الله . فى رواية المروذى يدل عليه لمن تأمله .

فوائد

الأولى : لهذه المسألة صور .

منها : ماذكره المصنف هنا . ونقله صالح وغيره .

ومنها : لو قال « جعلت عتق أمتى صداقها » أو « جعلت صداق أمتى عتقها » أو « قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها » أو « أعتقتها على أن عتقها صداقها » أو « أعتقتك على أن أتزوجك وعتقك صداقك » نص عليهما . وهذا المذهب فى ذلك كله . لكن يشترط أن يكون متصلاً بذلك . نص عليه ، وأن يكون بحضرة شاهدين ، إن اشترطناها .

وقال ابن حامد : لايصح ذلك إلا مع قوله أيضاً « وتزوجتها » .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يتوجه أن لايصح العتق ، إذا قال « جعلت عتقك صداقك » فلم تقبل . لأن العتق لم يصر صداقاً . وهو لم يوقع غير ذلك .

ويتوجه أن لايصح ، وإن قبلت . لأن هذا القبول لايصير به العتق صداقاً . فلم يتحقق ماقال .

ويتوجه فى قوله « قد أعتقتها ، وجعلت عتقها صداقها » أنها إن قبلت : صارت زوجة ، وإلا عتقت مجاناً ، أو لم تعتق بحال . انتهى .

الثانية : قوله ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا : رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ قِيمَتِهَا ﴾ بلا نزاع .

ونقله الجماعة . لكن إذا لم تكن قادرة . فهل ينتظر القدرة ، أو يستسعى ؟ فيه روايتان منصوصتان .

وأطلقهما فى الفروع ، وشرح ابن رزين .

قال القاضى ، والمصنف فى المغنى ، والشارح : أصلهما المفلس إذا كان له حرفة : هل يجبر على الاكتساب ؟ على الروايتين فيه .

وتقدم فى باب الحجر : أن الصحيح من المذهب : أنه يجبر . فيكون الصحيح هنا أنها تستسعى .

الثالثة : لو أعتقت المرأة عبدها على أن يتزوجها بسؤاله أوّلاً : عتق مجاناً .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى الفصل الأول من كتاب الصداق .

وإن قال « أعتق عبدك عني على أن أزوجك ابنتى ، أو أمتى » ففعل : عتق . ولزمه قيمته . لأن الأموال لايستحق العقد عليها بالشرط .

قال القاضى ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح وغيرهم : لأنه سلف فى نكاح .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يتوجه صحة السلف فى العقود ، كما يصح فى غيره . ويصير العقد مستحقاً على المستسلف إن فعل ، وإلا قام الحاكم مقامه . ولأن هذا بمنزلة الهبة المشروط فيها الثواب .

الرابعة : المكاتبة والمدبرة ، والمعلق عتقها بصفة : كالقِنِّ فى جعل عتقهن صداقهن .

ذكره القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما من الأصحاب . لأن أحكام الرق ثابتة فيهن كالقن .

وذكر أبو الحسين احتمالا فى المكاتبة : أنه لايصح بدون إذنها .

قال العلامة ابن رجب : وهو الصحيح . لأن الإمام أحمد رحمه الله نص فى رواية المروذى : أنها لا تجبر على النكاح .

وأما المعتق بعضها : فصرح القاضى فى المجرد بأنها كالقن فى ذلك . وتبعه ابن عقيل ، والحلوانى .

وأما أم الولد : فقطع القاضى فى المجرد ، والجامع ، وابن عقيل والأكثرون أنها كالقن . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله تعالى فى رواية الأثرم . فإنه قال ـ فى رجل : يعتقها و يتزوجها ؟ ـ فقال : نعم يعتقها و يتزوجها . لأن أحكامها أحكام الإماء .

وهذا العتق المعجل ليس هو المستحق بالموت .

ولهذا يصح كتابتها على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يصح جعل عتقها صداقها .

وصرح به القاضى على ظهر خلافه ، معللا بأن عتقها مستحق عليه . فيكون الصداق هو تعجيله . وذلك لا يكون صداقا .

قال الخلال : قال هارون المستملى لأحمد : أم ولد أعتقهـا مولاها ، وأشهد على تزويجها ولم يعلمها ؟ قال : لا ، حتى يعلمها . قلت : فإن كان قد فعل ؟ قال : يستأنف التزويج الآن . و إلا فإنه لا تحل له حتى يعلمها . فلعلها لا تريد أن تتزوج وهى أملك بنفسها . فيحتمل ذلك ، و يحتمل أنه أعتقها منجزاً . ثم عقد عليها النكاح . وهو ظاهر لفظه .

الخامسة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو أعتقها وزوجهـا لغيره ، وجعل عتقها صداقها . فقياس المذهب : صحته . و يحتمل أن يكون ذلك مخصوصاً بالسيد.

السادسة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو قال « أعتقت أمتى وزوجتكها على ألف » فقياس المذهب : جوازه . فإنه مثل قوله « أعتقتها وأكريتها منك سنة بألف » وهذا بمنزلة استثناء الخدمة .

السابعة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إذا قال « أعتقتك وتزوجتك على ألف » فينبغى أن يصح النـكاح هنا ، إذا قيل به فى إصداق العتق بطريق أولى . وعلله .

السادسة : قال الأزجى فى النهاية : إذا قال السيد لأمته « أعتقتك على أن تتزوجى بى » فقالت « رضيت بذلك » نفذ العتق . ولم يلزمها الشرط ، بل هى بالخيار فى الزواج وعدمه .

وقال ابن عقيل : يحتمل عندى أن يلزمها . والأول أصح .

السابعة : قال القاضى : لو قال الأب ابتداء « زوجتك ابنتى على عتق أمتك » فقال « قبلت » لم يمتنع أن يصح .

قوله ﴿ الرَّابِعُ : الشَّهَادَةُ . فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ﴾ .

احتياطاً للنسب ، خوف الإنكار . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : أن الشهادة ليست من شروط النكاح . ذكرها أبو بكر فى المقنع وجماعة . وأطلقهما أكثرهم .

وقيد المجد وجماعة من الأصحاب بما إذا لم يكتموه . فمع الكتم تشترط الشهادة . رواية واحدة . وذكره بعضهم إجماعاً .

وقال الزركشى : وهو — والله أعلم — من تصرف المجد . ولذلك جعله ابن حمدان قولا . انتهى .

قوله ﴿ عَدْلَيْنِ ذَكَرَيْنِ بَالِغَيْنِ عَاقِلَيْنِ ، وَإِنْ كَانَا ضَرِيرَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وعنه : ينعقد بحضور فاسقين ، ورجل وامرأتين ، ومراهقين عاقلين .

قال فى الفروع : وأسقط رواية الفسق أكثرهم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هى ظاهر كلام الخرقى .

وأخذها فى الانتصار من رواية مثنى .

وقد سئل الإمام أحمد رحمه الله : إذا تزوج بولى وشهود غير عدول : يفسد من النكاح شيء ؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء .

وقيل : ينعقد بحضور كافرين ، مع كفر الزوجة ، وقبول شهادة بعضهم على بعض . ويأتى نحوه قريباً .

وأطلق الروايتين فى الشرح .

تنبيه : يحتمل أن يريد المصنف بقوله « عدلين » ظاهراً وباطناً . وهو أحد الوجهين ، واحتمال فى التعليق للقاضى . وقدمه فى الرعايتين .

ويحتمل أن يريد عدلين ظاهراً لا باطناً . فيصح بحضور مستورى الحال . وإن لم نقبلهما فى الأموال . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشى : وهو المشهور من الوجهين .

قال ابن رزين : ويصح من مستورى الحال . رواية واحدة . لأن الأصل العدالة . وصححه فى البلغة .

وجزم به القاضى فى المجرد ، والتعليق فى الرجعة منه ، والشيرازى ، وابن البنا ، وابن عقيل ـ حاكياً له عن الأصحاب ـ والمصنف فى الكافى ، والمغنى ، والشارح ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، والفروع .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير .

وقيل : يكفى مستورى الحال إن ثبت النكاح بهما .

وقال فى المنتخب : يثبت بهما مع اعتراف متقدم .

وقال فى الترغيب : لو تاب فى مجلس العقد ، فكمستور الحال .

فعلى المذهب : لو عقد بمستورى الحال . ثم تبين بعد العقد أنهما كانا فاسقين حالة العقد ، فقال القاضى ، وابن عقيل : تبين أن النكاح لم ينعقد .

وقال المصنف ، والشارح : ينعقد : لوجود شرط النكاح ظاهراً .

قال ابن البنا : ولا يكفى فى إثبات العقد عند الحاكم إلا من عرفت عدالته ظاهراً و باطناً . انتهى .

وهو صحيح . بناء على اشتراط ذلك فى الشهادة .

قوله ﴿ وَلاَ يَنْعَقِدُ نِكَاحُ مُسْلِمٍ بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ ﴾ .

هذا المذهب المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، المشهور عند الأصحاب. واختاره جماهيرهم .

ويتخرج أن ينعقد إذا كانت المرأة ذمية . وهو لأبى الخطاب .

قال فى الرعاية : وفيه بعد .

وهو مخرج من رواية قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، على مايأتى .

قال ابن رزين : وإن قلنا : تقبل شهادة بعضهم على بعض ، صح النكاح بشهادة ذميين إذا كانت المرأة ذمية .

قوله ﴿ وَهَلْ يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ عَدُوَّيْنِ ، أَوْ ابْنَيِ الزَّوْجَيْنِ ، أَوْ أَحَدِهِمَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والكافى ، والمغنى ، والهادى ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، وشرح ابن رزين ، وابن منجا ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، والفروع ، وغيرهم .

أحدهما : ينعقد بحضور عدوين . وهو المذهب . اختاره ابن بطة ، وابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الوجيز ، ومنتخب الأدمى .

قال فى تجريد العناية : لا ينعقد فى رواية .

والوجه الثانى : لاينعقد بحضور عدوين .

وأما عدم انعقاده بحضور ابنى الزوجين ، أو أحدهما . فهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم ، فى كتاب الشهادات .

وصححه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وغيرهم هناك .

والوجه الثانى : ينعقد بهما و بأحدهما . اختاره ابن بطة ، وابن عبدوس فى تذكرته . والأدمى فى منتخبه .

قال فى تجريد العناية : لا ينعقد فى رواية .

قال فى الفروع : وفى شهادة عدوى الزوجين ، أو أحدهما ، أو الولى : وجهان . وفى مُتَّهم لرحم : روايتان .

وقال فى الرعاية : وفى عدوى الزوج ، أو الزوجة ، أو عدوهما ، أو عدوى الولى ، أو بابنى الزوجين ، أو ابنى أحدهما ، أو أبويهما ، أو أبوى أحدهما ، أو عدوهما وأجنبى ، وكل ذى رحم محرم من أحد الزوجين ، أو من الولى .

وقيل : فى العدوين ، وابنى الزوجين ، أو أحدهما : روايتان . انتهى .

قوله ﴿ الْخَامِسُ : كَوْنُ الرَّجُلِ كُفْؤًا لَهَا فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والبلغة ، والشرح .

إحداهما : هى شرط لصحة النكاح . وهى المذهب عند أكثر المتقدمين .

قال الزركشى : هذا المنصوص المشهور ، والمختار لعامة الأصحاب من الروايتين وصححه فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وقطع به الخرقى .

وقدمه فى الهادى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : ليست بشرط ـ يعنى للصحة ـ بل شرط فى اللزوم .

قال المصنف هنا : وهى أصح . وهو المذهب عند أكثر المتأخرين .

واختاره أبو الخطاب ـ فى خلافه ـ والمصنف ، وابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى النظم .

وجزم به فى العمدة ، والوجيز ، والمنور .

قال فى الرعايتين : وهى أولى . الآثار . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

قلت : وهو الصواب الذى لا يعدل عنه .

فعلى الأولى : الكفاءة حق لله تعالى . وللمرأة والأولياء ، حتى من يحدث .

وعلى الثانية : حق للمرأة والأولياء فقط .

قوله ﴿ لَكِنْ إِنْ لَمْ تَرْضَ الْمَرْأَةُ وَالأَوْلِيَاءُ جَمِيعُهُمْ ، فَلِمَنْ لَمْ يَرْضَ الْفَسْخُ . فَلَوْ زَوَّجَ الأَبُ بِغَيْرِ كُفْءٍ بِرِضَاهَا . فَلِلإِخْوَةِ الْفَسْخُ ﴾ .

هذا كله مفرع على الرواية الثانية . وهو الصحيح . نص عليه .

جزم به القاضى فى الجامع الكبير ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وناظم المفردات .

وصححه فى النظم ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

قال الزركشى : هذا الأشهر .

وهو من مفردات المذهب.

وعنه : لايملك إلا بعد الفسخ ، مع رضى المرأة والأقرب .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

فعلى الأول : له الفسخ فى الحال ومتراخياً . ذكره القاضى وغيره .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ينبغى أن يكون على التراخى . فى ظاهر المذهب . لأنه خيار لنقص فى المعقود عليه .

فعلى هذا : يسقط خيارها بما يدل على الرضى من قول أو فعل . وأما الأولياء : فلا يثبت إلا بالقول .

فائدة : قال الزركشى : لو عقده بعضهم ، ولم يرض الباقون : فهل يقع العقد باطلا من أصله ، أو صحيحاً ؟ على روايتين . حكاهما القاضى فى الجامع الكبير . شهرها الصحة .

قلت : وهو ظاهر كلام المصنف هنا من قوله « فلمن لم يرض الفسخ » ولا يكون الفسخ إلا بعد الانعقاد . وهو ظاهر كلام غيره أيضاً .

وقال الزركشى ، فى موضع آخر : إذا زوجها الأب بغير كفء ـ وقلنا : الكفء ليس بشرط ـ ففى بطلان النكاح روايتان : البطلان ـ كنكاح المحرمة والمعتدة ـ والصحة ، كتلقى الركبان .

وقيل : إن علم بفقد الكفاءة : لم يصح ، و إلا صح .

وقيل : يصح إن كانت الزوجة كبيرة ، لاستدراك الضرر .

قال الشيخ تقى الدين حمه الله : طريقة المجد فى المحرر : أن الصفات الخمس معتبرة فى الكفاءة . قولا واحداً . ثم هل يُبطل النكاحَ فقدُها أو لا يبطله ، لكن يثبت الفسخ ، أو يبطله فقد الدين والمنصب ، و يثبت الفسخ فقد الثلاثة ؟ على ثلاث روايات . وهى طريقته . انتهى .

قوله ﴿ وَالْكَفَاءَةُ : الدِّيْنَ وَالمَنْصِبُ ﴾ .

يعنى : لاغير . وهذا إحدى الروايتين . جزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

واختاره ابن أبى موسى ، وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وعنه : أن الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاء أيضاً . وهو المذهب اختاره القاضى فى تعليقه ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب فى خلافيهما .

وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والفروع .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والبلغة ، والشرح ، والنظم .

وذكر القاضى فى المجرد : أن فقد الثلاثة لايبطل النكاح . قولا واحداً .

وأما فقد الدين ، والمنصب ، فقيل : يبطل . روايه واحدة .

وقيل : فيه روايتان . وقيل : المبطل فقد المنصب . ذكره ابن خطيب السلامية فى نكته .

قال ابن عقيل : الذى يقوى عندى ـ وهو الصحيح ـ أن فقد شرط واحد مبطل . وهو النسب . وما عدا ذلك لايبطل النكاح .

واختار المصنف ، والشارح : أن « الحرية » من شروط الكفاءة .

واختار الشيرازى : أن « اليسار » من شروط الكفاءة .

وقال الشيخ تقى الدين : لم أجد نصا عن الإمام أحمد رحمه الله ببطلان النكاح لفقر أو رِقّ . ولم أجد أيضاً عنه نصاً بإقرار النكاح مع عدم الدين والمنصب ، خلافاً . واختار أن النسب لااعتبار به فى الكفاءة .

وذكر ابن أبى موسى عن الإمام أحمد رحمه الله مايدل عليه .

واستدل الشيخ تقى الدين رحمه الله ، بقوله تعالى (٤٩ : ١٣ ياأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى . وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا . إن أكرمكم عندالله أتقاكم . إن الله عليم خبير) .

وقيل : الكفاءة النسب فقط . وهو توجيه للقاضى فى المجرد .

وقال بعض المتأخرين من الأصحاب : إذا قلنا الكفاءة حق لله تعالى : اعتبر « الدين » فقط ، قال : وكلام الأصحاب فيه تساهل ، وعدم تحقيق .

قال فى الفروع : كذا قال .

قلت : هذا كلام ساقط . ولم يفهم معنى كلام الأصحاب .

فائدتان

إحداهما : « المنصب » هو النسب . وأما « اليسار » فهو بحسب مايجب للمرأة

وقيل : تساويهما فيه .

قال الزركشي : معنى الكفاءة فى المال : أن يكون بقدر المهر والنفقة .

قال القاضى ، وأبو محمد فى المغنى : لأنه الذى يحتاج إليه فى النكاح .

ولم يعتبر فى الكافى إلا « النفقة » فقط .

واعتبر ابن عقيل : أن يكون بحيث لا يغير عليها عادتها عند أبيها فى بيته .

الثانية : لاتعتبر هذه الصفات فى المرأة وليست الكفاءة شرط فى حقها

للرجل .

وفى الانتصار احتمال : يخير مُعْتَق تحته أمة .

وفى الواضح احتمال : يبطل النكاح بعتق الزوج الذى تحته أمة . بناء على الرواية فيما إذا استغنى عن نكاح الأمة بحرة . فإنه يبطل .

ويأتى ذلك فى أوائل الفصل الثالث من باب الشروط فى النكاح .

قوله ﴿ والعَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ﴾ .

هذا المذهب . صححه المصنف ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم .

وجزم به فى العمدة ، والوجيز ،وغيرهما . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

وعنه ﴿ لاَ تُزَوَّجُ قُرَشِيَّةٌ بِغَيْرِ قُرَشِيٍّ ، وَلاَ هَاشِمِيَّةٌ بِغَيْرِ هَاشِمِيٍّ ﴾ .

قدمه فى الهداية . والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال فى الفروع : هذه الرواية مذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه .

ورد الشيخ تقى الدين رحمه الله هذه الرواية ، وقال : ليس فى كلام الإمام

أحمد رضى الله عنه مايدل عليها . و إنما المنصوص عنه فى رواية الجماعة : أن قريشاً بعضُهم لبعض أكفاء ، قال : وذكر ذلك ابن أبى موسى ، والقاضى ـ فى خلافه وروايتيه ـ وصححها فيه .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً : ومن قال « إن الهاشمية لاتزوج بغير هاشمى » بمعنى أنه لا يجوز ذلك ، فهذا مارق من دين الإسلام . إذ قصة تزويج الهاشميات ـ من بنات النبى صلى الله عليه وسلم ـ وغيرهن بغير الهاشميين : ثابت فى السنة ثبوتاً لا يخفى . فلا يجوز أن يحكى هذا خلافاً فى مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه . وليس فى لفظه ما يدل عليه . انتهى .

وعنه : ليس ولد الزنا كفؤاً لذات نسب ، كعربية . واقتصر عليه الزركشى . وأضافه إلى المصنف .

فائدة : ليس مولى القوم كفؤاً لهم . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى فى الروايتين ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وعنه : أنه كفء لهم . وأطلقهما الزركشى .

تنبيه : قوله ـ على رواية أَنَّ الْحُرِّيَةَ مِنْ شُرُوطِ الْكَفَاءَةِ ـ ﴿ لَا تُزَوَّجُ حُرَّةٌ بِعَبْدٍ ﴾ .

قال الزركشى ، قلت : ولا لمن بعضه رقيق . انتهى .

فلو وجدت الكفاءة فى النكاح حال العقد ـ بأن يقول سيد العبد بعد إيجاب النكاح له « قبلت له هذا النكاح وأعتقته » ـ فقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المذهب صحته .

قال : و يتخرج فيه وجه آخر بمنعها .

و يأتى مايتعلق بذلك عند قوله « إذا عتقت الأمة وزوجها حر » .

أما إن كان قد مسه رق ، أو أباه ، فالصحيح من المذهب : جواز تزويجه بحرة الأصل . اختاره ابن أبى موسى ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلام أبي الخطاب في الانتصار . وقدمه في الفروع .

وقال في الرعاية : فلا تزوج به في رواية . انتهى .

وعنه : لا تزوج به . اختاره ابن عقيل .

فائدة : ﴿ التَّانِئ ﴾ في قوله ﴿ وَلاَ بِنْتُ تانِئٍ[1] ﴾ .

هو صاحب العقار .

وقيل : الكثير المال . قاله الزركشي وَ « الْبَزَّاز » بياع البَزِّ .

تنبيه : ظاهر قوله ـ على رواية أَنَّ الْحُرِّيَّةَ ، وَالصِّنَاعَةَ ، وَاليَسَارِ مِنْ شُرُوطِ الكَفَاءَةِ ـ ﴿ فلاَ تُزَوَّجُ حُرَّةٌ بِعَبْدٍ ، وَلاَ بِنْتُ بَزَّازٍ بِحَجَّامٍ ، وَلاَ بِنْتُ تَانِئٍ بِحَائِكٍ ، وَلاَ مُوسِرَةٌ بِمُعْسِرٍ ﴾ .

أنه يشمل كل صناعة رديئة . وهو قول القاضي في الجامع ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وجزم به في الرعاية . ومال إليه الزركشي .

واقتصر بعضهم على هذه الثلاثة .

وقيل : نساج كحائك .

فائدة : لو زالت البكارة المذكورة بعد العقد : فلها الفسخ . على الصحيح من المذهب .

قدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وصححه في النظم ، وغيره . كعتقها تحت عبد .

---

(١) تنا بالبلد يتنأ ـ مهموزاً بفتحهما ـ تنوءاً : أقام به واستوطنه وتأتنوءاً أيضا : استغنى وكثر ماله . فهو تانئ . والجمع تناء . مثل كافر وكفار . والاسم « التناءة » بالكسر والمد .

وقيل : ليس لها الفسخ ، كطَوْل حرة من نكاح أمة ، وكوليها .

وفيه خلاف فى الانتصار .

قال الزركشى : يعزى لأبى الخطاب : أن للولى الفسخ أيضاً .

و يحتمله كلام شيخه فى التعليق .

وقدم فى الانتصار : أن مثل الولى مَنْ ولد من الأوليـاء فى ذلك . وأنه إن طرأ نسب فاستلحق شريف مجهولة ، أو طرأ صلاح : فاحتمالان .

وتقدم عند قوله « و إذن الثيب الـكلام » : « لايشترط الإشهاد على إذنها ولا الشهادة بخلوها من الموانع » .

باب المحرمات فى النكاح

فائدة : قوله ﴿ وَالْبَنَاتُ مِنْ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ ﴾ .

وكذا ابنته المنفية بلعان ، ومن شُبهةٍ .

ويكفى فى التحريم : أن يعلم أنهـا بنته ظاهراً ، وإن كان النسب لغيره . قاله القاضى فى التعليق .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى استدلاله : أن الشبه كافٍ فى ذلك . قاله الزركشى .

تنبيهات

الأول : شمل قوله ﴿ وَالعَمَّاتُ ﴾ .

عمةَ أبيه وأمِّه . لدخولها فى عماته ، وعمةَ العم لأب . لأنها عمة أبيه . لا عمةُ العم لأم . لأنها أجنبية منه .

وتحرم خالة العمة لأم . ولا تحرم خالة العمة لأب . لأنها أجنبية .

وتحرم عمة الخالة لأب . لأنها عمة الأم . ولا تحرم عمة الخالة لأم . لأنها أجنبية .

الثانى : قوله ﴿ القِسْمُ الثَّانِى : المُحَرَّمَاتُ بالرَّضَاعِ . وَيَحْرُمُ بِهِ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ سَوَاءٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال ابن البنا ـ فى خصاله ـ والوجيز ، وغيرهما : إلا أم أخيه ، وأخت ابنه . فإنهما يحرمان من النسب ، ولا يحرمان بالرضاع . وقاله الأصحاب .

لـكن أم أخيه إنما حرمت من غير الرضاع ، من جهة أخرى . لـكونها زوجة أبيه . وذلك من جهة تحريم المصاهرة ، لا من جهة تحريم النسب .

وكذلك أخت ابنه : إنما حرمت لكونها ربيبة . فلا حاجة إلى استثنائهما .

وقد قال الزركشي ، وغيره من الأصحاب : والصواب عند الجمهور : عدم استثنائهما .

وقال فى القاعدة الثانية والخمسين بعد المائة : يحرم من الرضاع مايحرم من النسب .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه لايثبت به تحريم المصاهرة . فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع . ولا على المرأة نكاح أبى زوجها وابنه من الرضاع .

وقال الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن بَدِينا ـ فى حليلة الابن من الرضاع ـ لا يعجبنى أن يتزوجها . يحرم من الرضاع مايحرم من النسب .

وليس على هذا الضابط إيراد صحيح ، سوى المرتضعة بلبن الزنا .

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية ابنه عبد الله : أنها محرمة ، كالبنت من الزنا . فلا إيراد إذن . انتهى .

الثالث : قوله ﴿ القِسْمُ الثَّالِثُ : الْمُحَرَّمَاتُ بِالمصَاهَرَةِ . وَهُنَّ أَرْبَعٌ : أُمَّهَاتُ نِسَائِهِ . فَيَحْرُمْنَ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ على البنت ﴾ .

على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب قاطبة .

وعنه : أمهات النساء كالربائب ، لا يحرمن إلا بالدخول ببناتهن . ذكرها الزركشي .

الرابع : دخل فى قوله ﴿ وَحَلاَئِلُ آبَائِهِ ﴾ .

كل من تزوجها أبوه ، أو جده لأبيه أو لأمه ، من نسب أو رضاع ، وإن علا ، سواء دخل بها أو لم يدخل . طلقها أو مات عنها ، أو افترقا بغير ذلك .

ودخل فى قوله ﴿ وأبنائه ﴾ يعنى وحلائل أبنائه : كل من تزوجها أحد من

أولاده ، أو أولاد أولاده و إن نزلوا ، سـواء كانوا من أولاد البنين أو البنات ، من نسب أو رضاع .

الخامس : ظاهر قوله ﴿ وَالرَّبَائِبُ . وَهُنَّ بَنَاتُ نِسَائِهِ اللَّاتِي دَخَلَ بِهِنَّ ﴾ .

أنه سواء كانت « الربيبة » فى حجره أو لا . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : لا تحرم إلا إذا كانت فى حجره .

اختاره ابن عقيل . وهو ظاهر القرآن .

فائدة : يحرم عليه بنت ابن زوجته . نقله صالح وغيره .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه لا يعلم فيه نزاعاً .

ذكره فى القاعدة الثانية والخمسين بعد المائة .

ولا تحرم زوجة ربيبه . ذكره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفنون . ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن مشيش .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا أعلم فيه نزاعاً .

ويباح للمرأة ابنُ زوجة ابنها ، وابن زوج ابنتها ، وابن زوج أمها ، وزوج زوجة أبيها ، وزوج زوجة ابنها . ذكره فى الرعايتين ، والوجيز .

قوله ﴿ فَإِنْ مُتْنَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَهَلْ تَحْرُمُ بَنَاتُهُنَّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

يعنى : إذا ماتت المعقود عليها قبل الدخول ، ولهـا بنت . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة .

إحداهما : لا يحرمن . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

واختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وحكاه ابن المنذر إجماعاً .

والرواية الثانية : يحرمن . اختاره أبو بكر فى المقنع .

فائدتان

إحداهما : مثل ذلك فى الحكم : لو أبانها بعد الخلوة وقبل الدخول ، خلافاً ومذهباً . قاله فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والوجيز ، وغيرهم .

قال الزركشى : إذا طلق بعد الخلوة وقبل الوطء : فروايتان . أنصهما — وهو الذى قطع به القاضى فى الجامع الكبير ، وفى موضع فى الخصال ، وابن البنا ، والشيرازى — : ثبوت حكم الربيبة .

والثانية — وهى اختيار أبى محمد ، وابن عقيل ، والقاضى فى المجرد ، وفى الجامع فى موضع — : لا يثبت .

وقدم فى المغنى : أنها لا تحرم . وصححه فى موضع آخر .

قلت : وصححه فى المستوعب ، والشرح ، فى كتاب الصداق . وهو المذهب .

الثانية : قطع المصنف ، وغيره من الأصحاب — فى المباشرة ونظر الفرج — بعدم التحريم .

قال الزركشى : وقد يقال : بعدم التحريم ، بناء على تقرر الصداق .

ويأتى أيضاً : التنبيه على الخلوة فيما يقرر الصداق فى بابه .

ولا يثبت التحريم باستدخال ماء الرجل . نص عليه فى التعليق فى اللعان .

قوله ﴿ وَيَثْبُتُ تَحْرِيمُ المصَاهَرَةِ بِالْوَطْءِ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ ﴾ .

أما ثبوت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال : فإجماع .

ويثبت بوطء الشبهة . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وحكاه ابن المنذر إجماعا . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لايثبت . وأطلقهما فى المذهب .

وحكاية هـذا الوجه منه عجيب . فإنه جزم بأن الوطء فى الزنا : كالنكاح الصحيح . وأطلق وجهين فى الوطء بشبهة .

فائدة : ظاهر كلام الخرقى : أن وطء الشبهة ليس بحـلال ولا حرام . فقال : وطء الحرام محرِّم ، كما يُحرم وطء الحلال والشبهة .

وصرح القاضى فى تعليقه : أنه حرام .

وأما ثبوته بالوطء الحرام : فهو المذهب . نص عليه فى رواية جماعة .

وذكر القاضى فى الخـلاف ، وأبو الخطاب فى الانتصار : أنه يثبت تحريم المصاهرة بوطء الدبر بالاتفاق .

جزم به فى الهداية ، والخلاصة ، والمستوعب ، والمغنى ، والترغيب ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى المذهب : إذا وطىء امرأة بزنا : كان كالوطء فى النكاح .

وقيل : لايثبت تحريم المصاهرة بوطء الدبر .

ونقل بشر بن محمد : لايعجبنى .

ونقل الميمونى : إنما حرم الله بالحلال ، على ظاهر الآية . والحرام مباين للحلال

وقال الشيخ تقى الدين : الوطء الحرام لا ينشر تحريم المصاهرة .

واعتبر فى موضع آخر : التوبة ، حتى فى اللواط . وحرم بنته من الزنا . وقال : إنَّ وطْء بنته غلطا : لاينشر ، لـكونه لم يتخذها زوجة ، ولم يعلن نكاحا .

تنبيه : شمل قوله ﴿ الْحَرَامِ ﴾ .

الوطء فى قبلها ودبرها . وهو كذلك . قاله الأصحاب ، كما تقدم .

فلو زنا بامرأة : حرمت على أبيه وابنه ، وحرمت عليه أمها وابنتها ، كوطء الحلال والشبهة

ولو وطىء أم امرأته ، أو بنتها : حرمت عليه امرأته . نص عليه . ولكن لاتثبت محرمية ، ولا إباحة النظر .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَتْ الْمَوْطُوأَةُ مَيِّتَةً ، أَوْ صَغِيرَةً ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وتجريد العناية.

أحدهما : لايثبت التحريم بذلك . وهو المذهب .

اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وقاله القاضى فى خلافه ، فى وطء الصغيرة ، وقال : هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . وصححه الزركشى : فى الصغيرة .

والوجه الثانى : يثبت به التحريم . وقاله القاضى فى الجامع فى الصغيرة .

وهو ظاهر ماجزم به فى المنور فيها .

تنبيه : مراده بالصغيرة : الصغيرة التى لايوطأ مثلها . قاله الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاشَرَ امْرَأَةً ، أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا ، أَوْ خَلَا بِهَا بِشَهْوَةٍ ﴾ يعنى : فى الحرام ، أو لمسها بشهوة ﴿ فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير والفروع .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، فيما إذا باشر الأمة بشهوة ، أو نظر إلى فرجها بشهوة .

وأطلقهما فى الكافى فى القبلة ، واللمس بشهوة ، والنظر إلى الفرج .

وقطع فى المغنى ، والشرح ، بعدم التحريم فيما إذا باشر حرة .

وقالا : وذكر أصحابنا فى جميع الصور : الروايتين من غير تفصيل .

والتفصيل أقرب إلى الصواب ، إن شاء الله تعالى .

إحداهما : لاينشر الحرمة . وهو المذهب .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : لم ينشر فى أصح الروايتين .

وصححه فى التصحيح ، والزركشى . وجزم به فى الوجيز .

وقال المصنف ، والشارح : والصحيح أن الخلوة بالمرأة لاتنشر الحرمة .

والرواية الثانية : تنتشر الحرمة بذلك .

تنبيه : مفهوم قوله « أو نظر إلى فرجها » أنه لو نظر إلى غيره من بدنها لشهوة لاينشر الحرمة . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وعنه : ينشر . ذكره أبو الحسين . ونقله الميمونى ، وابن هانىء .

قال المصنف ، والشارح : وقال بعض أصحابنا : لافرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة .

والصحيح : خلاف ذلك . ثم قالا : لا خلاف نعلمه فى أن النظر إلى الوجه لايثبت الحرمة .

فائدة : حكم مباشرة المرأة للرجل ، أو نظرها إلى فرجه ، أو خلوتها به لشهوة : حكم الرجل على ماتقدم ، خلافاً ومذهباً .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلَوَّطَ بِغُلَامٍ حَرُمَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُمُّ الْآخَرِ وَبِنْتُهُ ﴾ .

يعنى : أنه يحرم باللواط مايحرم بوطء المرأة . وهذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الهداية ، والمستوعب : هذا قول أصحابنا .

وجزم به فى الوجيز . وغيره .

وقدمه فى المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . والفروع ، وشرح ابن رزين .

وهو من مفردات المذهب .

وعند أبى الخطاب : هو كالوطء دون الفرج ـ يعنى : كالمباشرة دون الفرج ـ على ما تقدم من الخلاف .

قال المصنف ، والشارح : وهو الصحيح .

قال فى الفروع : اختاره جماعة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله فى مسألة التلوط : أن الفاعل لا يتزوج بنت المفعول فيه ولا أمه .

قال : وهو قياس جيد .

قال : فأما تزوج المفعول فيه بأم الفاعل : ففيه نظر . ولم ينص عليه .

قال ابن رزين فى شرحه ، وقيل : لاينشر الحرمة ألبتة . وهو أشبه . انتهى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن دواعى اللواط ليست كاللواط . وهو صحيح وهو المذهب . قدمه فى الفروع .

وذكر ابن عقيل ، وابن البنا : أنه كاللواط . وأطلقهما فى الرعاية .

فائدة : السحاق بين النساء لا ينشر الحرمة . ذكره ابن عقيل فى مفرداته محل وفاق .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المنصوص فى اللواط : أنه يخرج على الروايتين فى مباشرة الرجل الرجل بشهوة .

قوله ﴿ القِسْمُ الرَّابِعُ : المُلاَعِنَةُ تَحْرُمُ عَلَى المُلاَعِنِ عَلَى التَّأْبِيدِ ، إِلاَّ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ . فَهَلْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب .

إحداهما : لا تحل . بل تحرم على التأبيد . وهو المذهب .

نقلها الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وعليه جماهير الأصحاب .

وصححه فى التصحيح ، والخلاصة .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه المصنف ـ فى هذا الكتاب ـ فى باب اللعان .

قال الشارح : المشهور فى المذهب : أنها باقية على التحريم المؤبد . والعمل عليه

وقدمه فى المحرر ، والنظم والرعايتين ، والحاوى الصغير فى باب اللعان .

وقدمه فى الفروع أيضاً .

والرواية الثانية : تباح له . قاله ابن رزين . وهو أظهر .

قال الشارح ـ وهنا ـ فى باب اللعان : وهذه الرواية شذ بها حنبل عن أصحابه

قال أبو بكر : لا نعلم أحداً رواها غيره .

قال المصنف : ينبغى أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق الحاكم بينهما .

فأما إن فرق بينهما : فلا وجه لبقاء النكاح بحاله . انتهى .

وعنه : تباح بنكاح جديد ، أو ملك يمين ، إن كانت أمة .

ويأتى هذا فى اللعان أيضاً مستوفى . فليراجع .

فعلى المذهب : لو وقع اللعان بعد البينونة ، أو فى نكاح فاسد ، فهل يفيد التحريم المؤبد أم لا ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . ذكروه فى اللعان .

أحدهما : تحرم أيضاً على التأبيد . وهو الصحيح . قدمه فى الكافى .

والوجه الثانى : لايتأبد التحريم فى المسألتين . قدمه ابن رزين فى شرحه .

فائدة : ذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فى كتاب التحليل ـ : أن الرجل إذا قتل رجلاً ليتزوج امرأته : أنها لا تحل له أبداً .

وسئل عن رجل خَبَّث امرأة على زوجها حتى طلقت ، ثم تزوجها ؟

أجاب : يعاقب مثل هذا عقوبة بليغة . والنكاح باطل فى أحد قولى العلماء فى مذهب الإمام مالك والإمام أحمد وغيرهما رحمهم الله . ويجب التفريق فيه .

فوائد

إحداها : إذا فسخ الحاكم نكاحه لِعُنَّةٍ ، أو عيب فيه يوجب الفسخ : لم تحرم على التأبيد . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الأصحاب .

وقدمه فى الفروع . ذكره فى باب العيوب .

وعنه : تحرم على التأبيد ، كاللعان .

الثانية : قوله ﴿ فَيَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا ، أَوْ خَالَتِهَا ﴾ .

بلا نزاع . وسواء كانت العمة والخالة حقيقة أو مجازا . كعمات آبائها . وخالاتهم ، وعمات أمهاتها وخالاتهن . وإن علت درجتهن ، ولو رضيتا ، من نسب أو رضاع .

وخالف الشيخ تقى الدين رحمه الله فى الرضاع . فلم يحرم الجمع مع الرضاع .

فعلى المذهب : كل شخصين لايجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر ـ لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ، لأجل القرابة ـ : لايجوز الجمع بينهما . قاله الأصحاب .

قال الإمام أحمد رحمه الله : خالُ ابنها بمنزلة خالها .

وكذا يحرم عليه الجمع بين عمة وخالة ، بأن ينكح امرأة وينكح ابنة أمها فيولد لكل واحد منهما بنت .

ويحرم أيضاً الجمع بين خالتين ، بأن ينكح كل واحد منهما أم الآخر . فتولد لكل واحد منهما بنت .

ويحرم أيضاً الجمع بين عمتين ، بأن ينكح كل واحد منهما أم الآخر . فيولد لكل واحد منهما بنت .

الثالثة : لا يكره الجمع بين بنتى عميه أو عمتيه ، أو ابنتى خاليه أو خالتيه . أو بنت عمه و بنت عمته . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى المستوعب ، والوجيز . وغيرهما .

وقدمه فى الرعاية وغيرها .

كما لا يكره جمعه بين من كانت زوجة رجل و بنته من غيرها .

وعنه : يكره . جزم به فى الكافى . فيكون هذا المذهب .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والزركشى .

وحرمه فى الروضة . قال : لأنه لا نص فيه ، ولكن يكره قياساً .

يعنى : على الأختين . قاله فى الفروع .

الرابعة : لو تزوج أخت زيد من أبيه وأخته من أمه فى عقد واحد : صح . ذكره فى الرعاية وغيره .

الخامسة : لو كان لكل رجل بنت ، ووطئا أمة ، فألحق ولدها بهما ، فتزوج رجل بالأمة و بالبنتين : فقد تزوج أم رجل وأختيه . ذكره ابن عقيل . واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : فيعايى بها ، وقد نظمها بعضهم لغزاً .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِى عَقْدٍ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

وكذا لو تزوج خمساً فى عقد واحد . وهذا المذهب فيهما . وعليه الأصحاب . ونص عليه فى رواية صالح ، وأبى الحارث .

ولـكن نقل ابن منصور : إذا تزوج أختين فى عقد : يختار إحداهما .

وتأوله القاضى على أنه يختارها بعقد مستأنف .

وقال فى آخر القواعد : وهو بعيد. وخرج قولاً بالاقتراع .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَهُما فِي عَقْدَيْنِ ، أَوْ تَزَوَّجَ إِحْدَاهُما فِي عِدَّةِ الأُخْرَى سَوَاءٌ كَانَتْ بَائِناً أَوْ رَجْعِيَّةً : فَنِكَاحُ الثَّانِيَةِ بَاطِلٌ ﴾ .

يعنى : إذا كان يحرم الجمع بينهما . وهذا بلا نزاع .

لـكن لو جُهلت الأولى فسخا على الصحيح من المذهب .

وجزم به فى المغنى والشرح ، وتذكرة ابن عبدوس . وقالا : بطلا .

قال ابن أبى موسى : الصحيح بطلان النكاحين .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : يقرع بينهما . فمن خرجت لها القرعة فهى الأولى .

قال فى الرعاية ــ من عنده ــ قلت : فمن قرعت جدد عقدها بإذنها .

فعلى المذهب : يلزم أحدهما نصف المهر ، يقترعان عليه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع وغيرهم .

وذكر ابن عقيل رواية : لايلزمه . لأنه مكره .

واختاره أبو بكر . فقال : اختيـارى أن يسقط المهر ، إذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول .

قلت : فعلى الأول : يعايي بها ، إذا أجبر على الطلاق .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَاهُنَّ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ : صَحَّ ﴾ .

يعنى : لو اشترى أختين ، أو امرأة وعمتها أو خالتها فى عقد واحد : صح .

قوله ﴿ فَإِنْ وَطِىءَ إِحْدَاهُما : لَمْ تَحِلَّ لَهُ الأُخْرَى حَتَّى يُحَرِّمَ عَلَى نَفْسِهِ الأُولَى ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : ليس بحرام ، ولـكن ينهى عنه .

أثبتها القاضى ، وجماعة من أصحابه ، والمصنف ، والمجد ، وابن حمدان ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

ومنع الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ أن يكون فى المسألة رواية بالـكراهة ، وقال : من قال ـ عن أحمد رحمه الله ـ إنه قال « لايحرم . بل يكره » فقد غلط عليه . ومأخذه الغفلة عن دلالات الألفاظ ومراتب الـكلام . وأحمد رحمه الله إنما قال « لا أقول إنه حرام . ولـكن ينهى عنه » وكان يهـاب قول الحرام إلا فيما فيه نص . وقد بين ذلك القاضى فى العدة .

فائدة : قال فى القاعدة السادسة والثلاثين بعد المائة : الجمع بين المملوكتين فى الاستمتاع بمقدمات الوطء ، قال ابن عقيل : يكره ولايحرم . ويتوجه أن يحرم .

أما إذا قلنـا : إن المباشرة بشهوة كالوطء فى تحريم الأختين ، حتى تحرم الأولى : فلا إشكال . انتهى .

تنبيه : فى قوله « فإن وطىء إحداهما لم تحل له الأخرى » إشعار بجواز وطء إحداهما ابتداء قبل تحريم الأخرى . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم : القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، والمجد ، وغيرهم ، وهو ظاهر كلام الخرقى .

قال فى البلغة ، والمحرر ، والفروع : والأصح جوازه .

قال فى القاعدة التاسعة بعد المائة : هذا المشهور . وهو أصح .

ومنع أبو الخطاب فى الهداية من وطء واحدة منهما قبل تحريم الأخرى .

وقطع به فى المذهب ، والخلاصة .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال فى القواعد : ونقل ابن هانىء عن الإمام أحمد رحمه الله مايدل عليه . وهو راجع إلى تحريم إحداهما مبهمة .

وقيل : يكره ذلك .

فائدة : حكم المباشرة من الإماء فيما دون الفرج ، والنظر إلى الفرج بشهوة — فيما يرجع إلى تحريم أختها — كحكمه فى تحريم الربيبة على ما تقدم . قدمه فى المغنى ، والشرح .

وقال : والصحيح أنها لا تحرم بذلك . لأن الحل ثابت . فلا يحرم إلا الوطء فقط .

تنبيهان

الأول : قوله « فإن وطىء إحداهما لم تحل له الأخرى » فلو خالف ووطىء الأخرى ، لزمه أن يمسك عنهما حتى يحرم إحداهما . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع .

قال فى القواعد الفقهية : هذا الأظهر . فيكون الممنوع منهما واحدة مبهمة .

وأباح القاضى فى المجرد وطء الأولى بعد استبراء الثانية ، والثانية هى المحرمة عليه .

الثانى : قوله « لم تحل له حتى يحرم على نفسه الأولى » بإخراج عن ملكه أو تزويج ، ويعلم أنها ليست بحامل . وهذا بلا نزاع فى الجملة .

وقال ابن عقيل : لايكفى فى إباحة الثانية مجرد إزالة ملكه عنها . بل لابد أن تحيض حيضة وتنقضى ، فتكون الحيضة كالعدة .

وتبعه على ذلك صاحب الترغيب ، والمحرر ، وغيرهما .

وجزم به الزركشى ، وغيره .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ليس هذا القيد فى كلام الإمام أحمد رحمه الله ، وعامة الأصحاب . انتهى .

ولا يـكفى استبراؤها بدون زوال الملك . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

وقال ابن عقيل : ينبغى أن يكتفى بذلك . إذ به يزول الفراش المحرم للجمع . ثم فى الاكتفاء بتحريمها بكتابة أو رهن ، أو بيع بشرط الخيار : وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والقواعد الأصولية .

وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى فى الـكتابة .

قطع فى الـكافى ، والمغنى ، والشرح : أن الأخت لا تباح إذا رهنهـا أو كاتبها . وهو ظاهر كلام الخرقى ، والمصنف هنا .

قال الزركشى : هذا الأشهر فى الرهن .

وقال : ظاهر إطلاق الإمام أحمد رحمه الله وكثير من الأصحاب : الاكتفاء بزوال الملك . ولو أمـكنه الاسترجاع ، كهبتها لولده ، أو بيعها بشرط الخيار .

وجزم ابن رزين فى شرحه : أنه إذا رهنها ، أو كاتبها ، أو دبرها : لا تباح أختها .

وقدم فى الرعايتين : أنه يكفى كتابتها . واختاره القاضى ، وغيره .

وهو ظاهر كلامه فى الوجيز ، وابن عقيل فى الجميع ، حيث قال : فإن وطىء إحداهما لم تحل الأخرى حتى يحرم الموطوأة بما لا يمكن أن يرفعه وحده . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

ولو أزال ملـكه عن بعضها . فقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : كفاه ذلك . وهو قياس قول أصحابنا .

الثالثة : شمل قوله ﴿ بِإِخْرَاجٍ عَنْ مِلْـكِهِ ﴾ .

الإخراجَ بالبيع وغيره . وقد صرح به الأصحاب .

فيحتمل أن يقال : هذا منهم مبنى على القول بجواز التفريق ، على مامر فى كتاب الجهاد .

لـكن يعكر على ذلك ماقبل البلوغ . فإنه ليس فيه نزاع .

ويحتمل أن يقال : يجوز البيع هنا للحاجة والمصلحة ، وإن منعناه فى غيره .

قال العلامة ابن رجب : أطلق الإمام أحمد رحمه الله والأصحاب : تحريم الثانية حتى يخرج الأولى عن ملـكه ببيع أو غيره .

فإن بنيت هذه المسألة على ماذكره الأصحاب فى التفريق : لزم أن لا يجوز التفريق بغير العتق ، فيما دون البلوغ . وبعده : على روايتين .

ولم يتعرضوا هنا لشىء من ذلك .

ولعله مستثنى من التفريق المحرم للحاجة ، وإلا لزم تحريم هذه الأمة بلا موجب . انتهى .

وسبقه إلى ذلك الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى .

قلت : فيعايى بها .

قوله ﴿ فَإِنْ عَادَتْ إِلَى مِلْـكِهِ : لَمْ يُصِبْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا حَتَّى يُحَرِّمَ الأُخْرَى ﴾ .

سواء كان وطىء الثانية أو لا . وهذا المذهب .

قال فى الفروع : هذا ظاهر نصوصه . واختاره الخرقى .

قال فى القاعدة الأربعين : هذا الأشهر . وهو المنصوص .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، ونظم المفردات .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

قال الزركشى : فإن عادت بعد وطء الأخرى : فالمنصوص فى رواية جماعة ـ وعليه عامة الأصحاب ـ اجتنابهما حتى يحرم إحداهما .

وإن عادت قبل وطء الأخرى : فظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والخرقى وكثير من الأصحاب : أن الحـكم كذلك .

واختار المصنف ، والشارح ، والناظم : أنها إن عادت ـ قبل وطء أختها ـ فهى المباحة دون أختها .

واختار المجد فى المحرر : أنهـا إذا رجعت إليه ، بعد أن وطىء الباقية : أنه يقيم على وطئها ، ويجتنب الراجعة . و إن رجعت قبل وطء الباقية وطىء أيتهما شاء

قال ابن نصر الله : هذا إذا عادت إليه على وجه لا يجب الاستبراء عليه . أما إن وجب الاستبراء : لم يلزمه ترك أختها حتى يستبرئها .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِىءَ أَمَتَهُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتَهَا : لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَبِى بَكْرٍ ﴾ وهو المذهب .

قال القاضى : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

وحكاه فى الفروع وغيره رواية .

اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقدمه فى الخلاصة ، والمستوعب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وجزم به فى المنور ، وناظم المفردات . وهو منها .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه يصح . ذكره أبو الخطاب فى الهداية وحكاهما فى الفروع ، وغيره رواية . ونقلهـا حنبل . وجزم به فى الوجيز . وصححه فى النظم . وأطلقهما فى المذهب ، والفروع .

فائدة : مثل ذلك فى الحـكم : لو أعتق سريته ، ثم تزوج أختهـا فى مدة استبرائها .

قوله ﴿ وَلاَ يَطَأُ حَتَّى يُحَرِّمُ الْمَوْطُوأَةَ ﴾ .

يعنى : على القول بالصحة . والموطوأة هى أمته . وهذا الصحيح من المذهب وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحـاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . وجزم به فى المستوعب ، وغيره .

وعنه : يحرمان معاً ، حتى يحرم إحداهما .

فوائد

إحداها : مثل هذا الحكم : لو تزوج أخت أمته بعد تحريمها ، ثم رجعت الأمة إليه ، لكن النكاح بحاله . قاله فى المحرر ، والفروع .

وقدم فى المغنى ، والشرح : أن حل وطء الزوجة باق .

و إن أعتق أمته ، ثم تزوج أختها فى مدة استبرائها : ففى صحة العقد الروايتان المتقدمتان . وله نكاح أربع سواها فى أصح الوجهين .

قاله فى الفروع . وجزم به فى المحرر ، وغيره .

وقاله القاضى فى الجامع ، والخلاف ، وابن المنى .

ونصره أبو الخطاب فى خلافه الصغير ، كما قبل العتق .

وقيل : لايجوز . التزمه القاضى فى التعليق فى موضع ، قياسا على المنع من تزوج أختها .

قلت : وهو ضعيف جداً .

الثانية : لو ملك أختين ـ مسلمة ، ومجوسيه ـ فله وطء المسلمة .

ذكره فى التبصرة . واقتصر عليه فى الفروع .

الثالثة : لو اشترى أخت زوجته : صح . ولا يطؤها فى عدة الزوجية . فإن فعل فالوجهان المتقدمان .

وهل دواعى الوطء كالوطء ؟ فيه الوجهان . وأطلقهما فى الفروع .

والصحيح من المذهب : أن دواعى الوطء كالوطء .

وقدم ابن رزين فى شرحه إباحة المباشرة ، والنظر إلى الفرج بشهوة .

تنبيهان

أحدهما : تقدم فى آخر كتاب الطهارة « إذا اشتبهت أخته بأجنبية » .

الثاني : قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ لِلْحُرِّ : أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ ، وَلاَ لِلْعَبْدِ : أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ ﴾ بلا نزاع .

ومفهوم قوله ﴿ وَإِنْ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْرَى حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ﴾ .

أنها لو ماتت جاز تزوج غيرها فى الحال . وهو صحيح . نص عليه .

فلو قال : أخبرتنى بانقضاء عدتها . فكذبته . فله نكاح أختها ، وبدلها . فى أصح الوجهين .

قاله فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

وقيل : ليس له ذلك .

فعلى الأول : لا تسقط السكنى والنفقة ونسب الولد ، بل الرجعة. قاله الأصحاب .

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ ﴾ بلا نزاع . ونص عليه فى رواية الجماعة . منهم : صالح ، وابن منصور ، ويعقوب بن بختان .

لكن لو كان نصفه فأكثر حراً : جاز له أن يتزوج ثلاثاً . على الصحيح من المذهب : نص عليه . وجزم به فى البلغة ، والمستوعب .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والزركشى وقيل : هو كالعبد .

ويأتي فى آخر نفقة الأقارب والمماليك « هل للعبد أن يتسرى بإذن سيده أم لا ؟ » .

الثانية : اختلف عن الإمام أحمد رحمه الله فى جواز تسرى العبد بأكثر من اثنتين . فنقل عنه الميمونى : الجواز .

قلت : وهو الصواب . وهو ظاهر كلام الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، وغيرهم ، فى آخر باب نفقة الأقارب والمماليك .

ونقل أبو الحارث : المنع كالنكاح .

قال فى القواعد الأصولية : ولم يختلف عنه فى أن عتق العبد وسريته يوجب تحريمها عليه .

واختلف عنه فى عتق العبد وزوجته . هل ينفسخ به النكاح ؟ على مايأتى محرراً فى آخر الباب الآتى بعده .

قوله ﴿ وَتَحْرُمُ الزَّانِيَةُ ، حَتَّى تَتُوبَ ، وَتَنْقَضِىَ عِدَّتُهَا ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وهو من مفردات المذهب .

وقال فى الانتصار : ظاهر نقل حنبل فى التوبة : لايحرم تزوجها قبل التوبة

قال ابن رجب : وأما بعد التوبة : فلم أر من صرح بالبطلان فيه . وكلام ابن عقيل يدل على الصحة ، حيث خص البطلان بعد انقضاء العدة . انتهى .

وقال بعض الأصحاب : لايحرم تزوجها قبل التوبة إن نكحها غير الزاني. ذكره أبو يعلى الصغير .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أنه لا يشترط توبة الزاني بها إذا نكحها . وهو صحيح . وهو المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : يشترط توبته . ذكره ابن الجوزى عن أصحابنا .

فوائد

الأولى : توبة الزانية : أن تراود على الزنا ، فتمتنع . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وروى عن عمر وابن عباس رضى الله عنهم . ونصره ابن رجب . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : توبتها كتوبة غيرها ، من الندم والاستغفار ، والعزم على أن لاتعود . واختاره المصنف وغيره . وقدمه فى الفروع .

الثانية : لو وطىء بشبهة أو زنا ، لم يجز فى العدة نكاح أختها ، ولا يطؤها إن كانت زوجته . نص عليه . على الصحيح من المذهب .

وفى جواز وطء أربع غيرها والعقد عليهن وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى ، والرعاية الكبرى فى موضع .

إحداهما : لا يجوز . وهو صحيح . اختاره أبو بكر فى الخلاف ، وأبو الخطاب فى الانتصار ، وابن عقيل .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والزركشى . واختاره .

والوجه الثانى : يجوز . جزم به فى المستوعب .

وقدمه فى الرعاية فى مكان آخر .

وهو احتمال فى المغنى ، والشرح فى المسألتين .

وقال القاضى فى التعليق : يمنع من وطء الأربع حتى يستظهر بالزانية حمل . واستبعده المجد .

قال فى القاعدة التاسعة بعد المائة : وهو كما قال المجد . لأن التحريم هنا لأجل الجمع بين خمس . فيكفى فيه أن يمسك عن واحدة منهن حتى يستبرىء . وصرح به صاحب الترغيب .

ويأتى فى نكاح الكفار : لو أسلم على أكثر من أربع نسوة ، فاختار أربعاً : هل يعتزل المختارات حتى تنقضى عدة المفارقات أم لا ؟ .

الثالثة : يجوز فى مدة استبراء العتيقة نكاح أربع سواها . قاله القاضى فى الجامع ، والخلاف ، وابن المنى .

ونصره أبو الخطاب فى خلافه الصغير ، كما قبل العتق . وجزم به فى المستوعب . وزاد : الأمة .

وقيل : لا يجوز . التزمه القاضى فى التعليق فى موضع ، قياساً على المنع من تزوج أختها .

الرابعة : لو وطئت امرأة بشبهة، حرم نكاحها فى العدة لغير الواطىء . بلانزاع فلو خالف وفعل : لم يصح . ويباح له بعد انقضاء العدة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : إن نكح معتدة من زوج بنكاح فاسد ووطء حرمت عليه أبداً .

وأما للواطىء : فعنه تحرم عليه إن كانت قد لزمتها عدة من غيره ، وإلا أبيحت .

قال فى المحرر ، والحاوى الصغير : وهو أصح .

قال فى الفروع : وهى أشهر . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المنور .

قال الزركشى فى العدد : وعلى هذا الأصحاب كافة ، ما عدا أبا محمد .

وعنه : تباح له مطلقاً . ذكرها الشيخ تقى الدين رحمه الله . واختاره هو والمصنف . وصححه فى النظم .

فيكون هذا المذهب ، على ما اصطلحناه فى الخطبة . لكن الأصحاب على خلافه .

وعنه : لا تباح له مطلقاً حتى تفرغ عدتها . ذكرها فى المحرر ، وقدمه فى الرعاية .

قال فى الكافى : ظاهر كلام الخرقى : تحريمها على الواطىء .

قال المصنف : وهو قياس المذهب .

قال فى الفروع : وفى هذا القياس نظر . وأطلقهن فى الفروع .

و يأتى بعض ذلك فى العدة ، عند قوله « و إن أصابها بشبهة » .

قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ نِكَاحُ كَافِرَةٍ ، إِلاَّ حَرَائِرَ أَهْلِ الكِتَابِ ﴾

يشمل مسألتين :

إحداهما : حرائر أهل الكتاب . وهما قسمان : ذميات ، وحربيات .

فالذميات : يبحن بلا نزاع فى الجملة .

وأما الحربيات : فالصحيح من المذهب : حل نكاحهن مطلقاً . جزم به فى فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والفروع . واختاره القاضى فى المجرد ، وغيره .

وقيل : يحرم نكاح الحربية مطلقاً . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وأطلقهما فى البلغة ، والمحرر ، والحاوى الصغير .

وقيل : يجوز فى دار الإسلام لا فى دار الحرب ، و إن اضطر . وهو منصوص الإمام أحمد رحمه الله فى غير رواية . واختيار ابن عقيل .

وقيل : بالجواز فى دار الحرب مع الضرورة .

قال الزركشى : وهو اختيار طائفة من الأصحاب . ونص عليه الإمام أحمد أيضاً

وقال المصنف : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى الأسير : المنع .

وتقدم فى أوائل كتاب النكاح « هل يتزوج بدار الحرب للضرورة أم لا ؟ »

وقال ناظم المفردات : إذا كانت الكافرة أمها حربية لم يبح نكاحها .

فعلى المذهب : الأولى تركه ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يكره . واختاره القاضى ، والشيخ تقى الدين . وقال : هو قول أكثر العلماء ، كذبائحهم بلا حاجة .

والمسألة الثانية : حرائر غير أهل الكتاب ، فلا يحل نكاحهن مطلقا . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . جزم به فى الكافى ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، وغيره .

وذكر القاضى وجهاً : أن من دان بصحف شيث ، وإبراهيم ، والزبور : تحل نساؤهم . ويقرون بالجزية ، كأهل الكتابين .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهَا غَيْرَ كِتَابِيٍّ ، فَهَلْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المحرر ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : لا تحل . وهى المذهب . اختاره الخرقى ، وأبو بكر فى الشافى . والمقنع ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، والجامع ، والخلاف ، وابن عقيل فى الفصول ، وأبو جعفر ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى ، وابن البنا ، والمصنف فى الكافى ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وغيرهم .

قال فى الفروع : والأشهر تحريم مناكحته . وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

والرواية الثانية : تحل . ذكرها كثير من الأصحاب . وحكاها فى المغنى احتمالا

قال الزركشى : ولم أر عن الإمام أحمد بذلك نصاً .

قلت : لايلزم من عدم رؤيته أن لا يكون فيها نصاً . فقد أثبتها الثقات .

وحكى ابن رزين رواية ثالثة : إن كان أبوها كتابياً أبيحت . وإلا فلا .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهو خطأ .

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف فيما إن كان أحد أبويها غير كتابى ، إذا اختارت هى دين أهل الكتاب .

أما إن اختارت غيره : فلا تباح قولا واحداً .

الثانى : فعلى كلا الروايتين فى أصل المسألة : لو كان أبويها غير كتابيين ، واختارت هى دين أهل الكتاب ، فظاهر كلام المصنف هنا : التحريم ، رواية واحدة . وهو المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل عنه : لاتحرم . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، على الرواية الثانية .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، اعتباراً بنفسه ، وقال : هو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، فى عامة أجوبته .

قلت : وهو الصواب .

فائدتان

إحداهما : لا ينكح مجوسى كتابية . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقيل : بلى .

وينكح كتابى مجوسية . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا ينكحها . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

الثانية : لو ملك كتابى مجوسية . فله وطؤها على الصحيح .

قدمه فى الرعايتين . وقيل : لا يجوز له ذلك .

قوله ﴿ أَوْ كَانَتْ مِنْ نِسَاءِ بَنِى تَغلِب . فَهَلْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والخرقى .

ذكره أكثرهم فى باب عقد الذمة .

إحداهما : تحل . وهو المذهب بلا ريب . صححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح .

قال المصنف ـ تبعاً لإبراهيم الحربى ـ : هذه الرواية آخر قوليه .

وهو ظاهر ماقطع به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الفروع .

والرواية الثانية : لا تحل .

قال الزركشى : هذه الرواية أشهر عند الأصحاب .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن نساء العرب ـ من اليهود والنصارى ، غير بنى تغلب ـ يحل نكاحهن . وهو صحيح . وهو المذهب .

جزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : حكمهن حكم نساء بنى تغلب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وتقدم قريباً من ذلك فى باب عقد الذمة .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْمُسْلِمِ ـ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا ـ نِكَاحُ أَمَةٍ كِتَابِيَّةٍ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه فى رواية أكثر من عشرين نفساً . قاله أبو بكر . وعنه : يجوز .

وردها الخلال . وقال : إنما توقف الإمام أحمد رحمه الله فيها ، ولم ينفذ له قول.

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعايتين .

قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ لِحُرٍّ مُسْلِمٍ نِكَاحُ أَمَةٍ مُسْلِمَةٍ إِلاَّ أَنْ يَخَافَ العَنَتَ وَلاَ يَجِدُ طَوْلاً لِنِكَاحِ حُرَّةٍ . وَلاَ ثَمَنَ أَمَةٍ ﴾ .

لا يباح للحر المسلم نكاح الأمة المسلمة إلا بوجود الشرطين . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال فى التبصرة : لا يحرم على المسلم نكاح الإماء المسلمات . ولو عدم الشرطان أو أحدهما .

ولم يذكر الإمام أحمد رحمه الله غير خوف العنت .

وحمل أبو يعلى الصغير رواية مهنا على أن خوف العنت ليس بشرط فى صحة نكاح الأمة . وإنما هو على سبيل الاختيار والاستحباب .

ويأتي فى الباب الذى يلى هذا ـ بعد قوله « وإن تزوج أمة يظنها حرة » « هل يكون أولاد الحر من الأمة أرقاء أم لا ؟ » .

تنبيه : ذكر المصنف ـ رحمه الله ـ من الشرطين : أن لايجد ثمن أمة .

وقاله كثير من الأصحاب . منهم القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب فى الهداية والمجد فى المحرر ، وصاحب المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، والشرح ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال فى الرعاية : وهو أظهر .

وظاهر كلام الخرقى : عدم اشتراطه .

وهو ظاهر إطلاق القاضى فى تعليقه ، وطائفة من الأصحاب .

وقدمه فى الرعايتين ، والفروع . وجزم به فى المنور .

وقال فى البلغة ، والترغيب : لو كان قادراً على شراء أمة ، ففى جواز نكاح الأمة وجهان .

فائدة : قال الزركشى : فسر « العنت القاضى » أبو يعلى وأبو الحسين ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وأبو محمد : بالزنا .

وكذا صاحب المستوعب .

وفسره بذلك فى الترغيب ، والبلغة ، وقال : فلو كان يقدر على الصبر ، لـكن يؤدى صبره إلى مرض : جاز له نـكاح الأمة .

وفسره المجد ـ فى محرره ـ وصاحب الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم : بعنت العزوبة ، إما لحاجة المتعة ، وإما للحاجة إلى خدمة المرأة ، لـكبر أو سقم أو غيرهما . وقالوا : نص عليه .

وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع . وقال : ولم يذكر جماعة الخدمة .

وأدخل القاضى وأبو الخطاب فى خلافيهما الخصى والمجبوب ، إذا كان له شهوة يخاف معها من التلذذ بالمباشرة حراماً ، وهو عادم للطول . وهو ظاهر كلام المصنف ، والخرقى ، وغيرهما .

وقال فى الرعاية : ولا يصح نـكاح حر مسلم غير مجبوب أمة مسلمة إلا بشرطين .

تنبيه :عموم قوله ﴿ وَلاَ يَجِدُ طَوْلاً لِنِكَاحِ حُرَّةٍ ﴾ ،

يشمل الحرة المسلمة ، والـكتابية . وهو كذلك . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وأطلق الإمام أحمد رحمه الله الحرة .

وصرح به القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وفى الانتصار : احتمال حرة مؤمنة لظاهر الآية .

وتوقف الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب .

وقال فى الترغيب : فى حرة كتابية وجهان .

و يشمل قوله ﴿ ولا ثمن أمة ﴾ المسلمة والـكتابية .

وهو صحيح . وهو المذهب .

وقد أطلق الأمة أبو الخطاب ، وصاحب المذهب ، ومسبوك الذهب ،

والمستوعب ، والخلاصة ، والمصنف ، والمجد فى محرره ، والشارح ، وابن حمدان ، وغيرهم .

وقيد القاضى ، وابن عقيل : الأمة بالإسلام .

فوائد

الأولى « وجود الطول » هو أن لا يملك ما لا حاضراً . على الصحيح من المذهب .

وفسر الإمام أحمد رحمه الله : الطول بالسعة .

قال القاضى فى المجرد : عدم الطول : أن لا يجد صداق حرة .

زاد ابن عقيل : ولا نفقتها ، وهو أولى . إذا علم ذلك ولم يملك ما لا حاضراً ، ووجد من يقرضه ، أو رضيت الحرة بتأخير صداقها ، أو بدون مهرها : لم يلزمه . وجاز له نكاح الأمة . جزم به فى المغنى ، والشرح . واختاره القاضى ، والأزجى . وقدمه فى الفروع .

وقيل : إن رضيت بتأخير صداقها ، أو بدون مهرها : لزمه .

وقيل : إن رضيت بدون مهر مثلها : لزمه . و إلا فلا .

ولو وهب له الصداق : لم يلزمه قبوله .

الثانية : قال المصنف ـ وتبعه الشارح ـ وذلك بشرط أن لا يجحف بماله . فإن أجحف بماله : جاز له نكاح الأمة . ولو كان قادراً على نكاح الحرة بهذه الصفة .

وقال فى الترغيب : مالا يعد سرفاً .

الثالثة : لو وجد حرة لا توطأ لصغرها ، أو كانت زوجته غائبة : جاز له نكاح الأمة . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع . وجزم به فى الرعاية فى الزوجة . واختاره القاضى .

وقيل : لا يجوز . وهو احتمال فى الرعاية الصغرى .

قال ابن أبى موسى : ليس لحر تحته حرة أن يتزوج عليها أمة . لا أعلم فيه خلافاً ، وللعبد الذى تحته حرة : أن يتزوج عليها أمة . قولا واحداً .

ولو كانت زوجته مريضة جاز له أيضاً نكاح الأمة . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع . وذكر فى الترغيب وجهين .

الرابعة : قال فى الترغيب : نكاح مَنْ بَعْضُهَا حر أولى من نكاح الأمة . لأن إرقاق بعض الولد أولى من إرقاق جميعه .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَفِيهِ الشَّرْطَانِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ . أَوْ نَكَحَ حُرَّةً ، فَهَلْ يَبْطُلُ نِكَاحُ الأَمَةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فيهما ، فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، فى الأخيرة .

إذا تزوج الأمة وفيه الشرطان ثم أيسر : لم يبطل نكاح الأمة . على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : هذا هو المذهب المنصوص ، المجزوم به عند عامة الأصحاب . انتهى .

وصححه فى التصحيح ، والنظم ، والمصنف ، والشارح ، وقالا : هذا ظاهر المذهب .

وقطع به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

والرواية الثانية : يبطل .

وخرجها القاضى وغيره من رواية صحة نكاح الحرة على الأمة . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الرعايتين .

و إذا نكح حرة على الأمة : لم يبطل نكاح الأمة أيضاً . على الصحيح من

المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ، وابن رجب فى القاعدة التاسعة بعد المائة . وجزم به فى الوجيز . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

والرواية الثانية :يبطل .

قدمهما فى الرعايتين . وجزم به ناظم المفردات . وهو منها .

وقال فى المنتخب : يكون ذلك طلاقاً فيهما ، لا فسخاً .

ونقله ابن منصور فيما إذا تزوج حرة على أمة يكون طلاقاً للأمة . لقول ابن عباس رضى الله عنهما .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وغيره من الأصحاب : أنه لو زال خوف العنت لا يبطل نكاح الأمة . وجزم به فى الرعاية .

وقال فى الترغيب ، والبلغة : حكمه حكم ماإذا أيسر ، ونكح حرة . على ماتقدم . قاله فى القاعدة السابعة .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرَّةً ، أَوْ أَمَةً . فَلَمْ تُعِفَّهُ ، وَلَمْ يَجِدْ طَوْلاً لِحُرَّةٍ أُخْرَى ، فَهَلْ لَهُ نِكَاحُ أَمَةٍ أُخْرَى ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

إذا تزوج حرة فلم تعفه ، فأطلق المصنف فى جواز نكاح أمة عليها الروايتين . وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب .

إحداهما : يجوز له ذلك . إذا كان فيه الشرطان قائمين . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم وغيرهما . واختاره ابن عبدوس ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، والمنتخب ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لايجوز . قطع به ابن أبى موسى ، وغيره .

فعلى المذهب : لو جمع بينهما فى عقد واحد : صح .

وعلى الثانية : لايصح .

ونقل ابن منصور : يصح نكاح الحرة عليها .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تحرر لأصحابنا فى تزويج الأمة على الحرة : ثلاث طرق .

أصرها : المنع . رواية واحدة . ذكرها ابن أبى موسى ، والقاضى ، وابن عقيل وغيرهم .

قال القاضى : هذا إذا كان يمكنه وطء الحرة . فإن لم يمكنه : جاز .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهذه الطريق هى عندى مذهب الإمام أحمد رحمه الله . وعليها يدل كلامه .

الطريق الثانى : إذا لم تعفه . فيه روايتان . وهى طريقة أبى الخطاب ، ومن حذا حذوه .

الطريق الثالث : فى الجمع روايتان . كما ذكر المجد . انتهى .

وقال فى الفائدة الأخيرة من القواعد : لو تزوج حر خائف العنت غير واجد للطول ـ حرة تعفه بانفرادها ، وأمة فى عقد واحد : صح نكاح الحرة وحدها . وهو ظاهر كلام القاضى فى المجرد . وهو أصح .

وقيل : يصح جمعهما . قاله القاضى ، وأبو الخطاب فى خلافيهما . انتهى .

و إذا تزوج أمة فلم تعفه . فالصحيح من المذهب : جواز نكاح ثانية بشرطه ثم ثالثة كذلك ، ثم رابعة كذلك . وعليه أكثر الأصحاب .

اختاره ابن عقيل فى التذكرة ، والمصنف ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وغيرهم .

قال الزركشى : هذا أنص الروايتين عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقطع به الخرقى ، وصاحب العمدة ، والوجيز ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى والفروع ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لايجوز له ذلك .

اختاره أبو بكر ، والقاضى فى المجرد .

فائدتان

إحداهما : إذا قلنا : له نكاح أربع : جاز له أن ينكحهن دفعة واحدة . إذا علم أنه لايُعِفُّه إلا ذلك . صرح به القاضى .

قال الزركشى ، وقد يقال : إن كلام الخرقى يقتضيه .

وقال فى الفروع ، والمحرر ، وغيرهما : فإن لم تُعِفَّه واحدة ، فثانية . ثم ثالثة ثم رابعة .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تلخص لأصحابنا فى تزوج الإماء ثلاث طرق

أحدها : طريقة القاضى فى الجامع والخلاف ، وهى : أنه لا يتزوج أكثر من واحدة إلا إذا خشى العنت ، بأن لا يمكنه وطء التى تحته . ومتى أمكنه وطؤها لم يجز .

قال ابن خطيب السلامية : فهل يجعل وجود زوجة يمكن وطؤها أمناً من العنت ؟ والمسألة عنده رواية واحدة .

وكذلك عنده إذا كان تحته حرة سواء .

الطريق الثانى : إذا كان فيه الشرطان : فله أن يتزوج أربعاً ، وإن كان متمكناً من وطء الأولى . وهذا معنى خوف العنت . وهى طريقة أبى محمد . ولم يذكر الخرقى إلا ذلك .

وكلام الإمام أحمد رحمه الله يقتضى الحل ، وإن كان قادراً على الوطء .

الطريق الثالث : المسألة فى مثل هذا على روايتين . وهى طريقة ابن أبى موسى . انتهى .

الثانية : قوله ﴿ وَلِلْعَبْدِ نِكَاحُ الأَمَةِ ﴾ .

ومثله المكاتب ، والمعتق بعضه . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية ، والفروع ، وغيرهما .

قال فى الفروع : مع أن الشيخ وغيره علل مسألة العبد بالمساواة . فيقتضى المنع فيهما ، وفى المعتق بعضه .

قوله ﴿ وَهَلْ لَهُ ﴾ يعنى : العبد ﴿ أَنْ يَنكِحَهَا عَلَى حُرَّةٍ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : يجوز . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المجرد ، والفروع ، والحاوى الصغير .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

والرواية الثانية : لايجوز . صححه فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى الرعاية الصغرى .

قوله ﴿ فَإِنْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِى العَقْدِ : جَازَ ﴾ .

يعنى : على الرواية الأولى . قاله فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

وحمل ابن منجا كلام المصنف عليه .

وعلى الرواية الثانية : لايجوز ، ويفسد النكاحان . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يفسد نكاح الأمة وحده . وقدمه فى الرعايتين .

وأطلق الوجهين فى المحرر ، والحاوى الصغير .

ونقل ابن منصور : يصح فى الحرة .

وفى الموجز ، فى العبد رواية : يصح فى الأمة ، وكذا فى التبصرة ، لفقد الكفاءة .

وقال : إن لم تعتبر الكفاءة صح فيهما . وهو رواية فى المذهب .

قوله ﴿ وَيتَخَرَّجُ أَنْ لاَ يَجُوزَ ﴾ .

قال الشارح : بناء على قوله لايجوز نكاح الأمة على حرة .

تنبيه : تقدم قول المصنف « لو تزوج الحر أمة على حرة بشرطه . هل يجوز أم لا ؟ » .

ولكن لو طلق الحرة طلاقاً بائنا جاز له نكاح الأمة فى عدتها ، مع وجود الشرطين .

ذكره القاضى فى خلافه . ونص عليه فى رواية مهنا .

وخرج المجد فى شرح الهداية وجها بالمنع ، إذا منعنا من الجمع فى صلب النكاح مع الغيبة ونحوها .

فائدة : الحر الكتابى كالمسلم فى نكاح الأمة . جزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

لكن قال فى الترغيب ، والبلغة ، وغيرهما : إن اعتبرنا إسلام الأمة فى حق المسلم اعتبرنا كونها كتابية فى حق الكتابى .

وقال فى الوسيلة : المجوسى كالكتابى فى نكاح الأمة .

وقال فى المجموع : وكل كافر كمسلم فى نكاح الأمة .

وتقدم قريبا « إذا ملك كتابى مجوسية . هل له وطؤها أم لا ؟ » .

قوله ﴿ وَلاَ لِلحُرِّ أَنْ يَتزَوَّجَ أَمَتَهُ ، وَلاَ أَمَةَ ابْنِهِ ﴾ .

لايجوز للحر نكاح أمته بلا خلاف . وكذا لو كان له بعضها . صرح به فى الرعاية . وليس له نكاح أمة ابنه . على الصحيح من المذهب .

ذكره القاضى ومن بعده . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم. وقدمه فى الفروع ، وغيره . وقيل : يجوز .

تنبيه : قال ابن رجب : لايجوز للأب الحر نكاح أمة ولده .

ذكره القاضى ومن بعده . وذكروا أصله فى المذهب . وهو وجوب إعفاف الابن أباه عند حاجته إلى النكاح .

وإذا وجب عليه إعفافه كان واجداً للطول .

قال : وعلى هذا المأخذ ، لافرق بين أن يزوجه بأمته أو أمة غيره . وصرح به القاضى فى الجامع . ولا فرق حينئذ بين الأب والجد من الطرفين .

وكذلك يلزم فى سائر من يلزم إعفافه من الأقارب ، على الخلاف فيه . وصرح به ابن عقيل فى الفصول .

ولو كان الابن معسراً لايقدر على إعفاف أبيه ، فهل للأب حينئذ أن يتزوج بأمته ؟ .

ذكر أبو الخطاب فى انتصاره احتمالين : الجواز . لانتفاء وجوب الإعفاف . والمنع لشبهة الملك .

وخرج أيضاً : رواية بجواز نكاح الأب أمة ولده مطلقا من رواية عدم وجوب إعفافه .

وللأصحاب فى المنع مأخذ آخر . ذكره القاضى أيضاً والأصحاب .

وهو أن الأب له شبهة الملك فى مال ولده . وشبهة الملك تمنع من النكاح . كالأمة المشتركة ، وأمة المكاتب .

وعلى هذا المأخذ : يختص المنع بأمة الابن . وهل يدخل فيه الجد وإن علا من الطرفين ؟ فيه نظر .

قال : وللمنع مأخذ ثالث . وهو أن الأب إذا تزوج أمة ولده فأولدها . فهل تصير بذلك مستولدة ، وينعقد ولده حراً أم لا تصير مستولدة ، وينعقد رقيقاً ؟

ذكر القاضى : أن الولد ينعقد رقيقاً . لأن وطأه بعقد النكاح ليس تصرفاً فى مال ولده بحكم الأبوة ، بل هو تصرف بعقد يشاركه فيه الأجانب . فينعقد الولد رقيقاً ، ولا تصير مستولدة .

قال : وهذا مع القول بصحة النكاح ظاهر . وأما مع ظن صحته : ففيه نظر . وأما مع العلم ببطلانه : فبعيد جداً .

وتردد ابن عقيل فى فنونه فى ثبوت حرية الولد واستيلاده ، كتردده فى حكم النكاح . واستشكل القول ببطلانه مع رق الولد وعدم الاستيلاد . وكان أولا أفتى بالرق وعدم ثبوت الاستيلاد ، مستنداً إلى صحة النكاح .

قال ابن رجب : وهذا يقتضى أنه إذا حكم بفساد النكاح لزم حرية الولد واستيلاد أمه .

قال : وهو أظهر ، كما لو نكح أحد الشريكين الأمة المشتركة ثم استولدها . وحينئذ يصير مأخذ المنع من النكاح معرضاً للانفساخ بحصول الولد الذى هو مقصود العقد . فلا يصح . انتهى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : جواز تزويج الابن بأمة والده . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الجمهور .

وجزم به الوجيز ، وغيره . وصححه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لايجوز .

فعلى المذهب : لو تزوجها ، ثم قال لها : إذا مات أبى فأنت طالق . ثم مات الأب : فهل يقع الطلاق ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يقع . اختاره القاضى فى الجامع ، والخلاف ، وابن عقيل فى عمد الأدله ، وأبو الخطاب . لأن الموت يترتب عليه وقوع الطلاق . والملك سبق انفساخ النكاح . فقد سبق نفوذ الطلاق الفسخ ، فنفذ .

والوجه الثانى : لايقع . اختاره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول . لأن الطلاق قارن المانع ، وهو الملك . فلم ينفذ .

وقدمه المصنف فى باب الطلاق فى الماضى والمستقبل . و يأتى هناك إن شاء الله محررا .

ومثل هذه المسألة : لو تزوج أمة ، وقال « إن اشتريتك فأنت طالق » فيه الوجهان . إن قلنا : ينتقل الملك مع الخيار ـ وهو الصحيح ـ لم يقع الطلاق .

و إن قلنا : لاينتقل : وقع الطلاق ، وجها واحداً . ذكره أبو الخطاب .

فائدة : لايجوز للمرأة نكاح عبد ولدها . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يجوز .

تنبيه : مفهوم قوله « ولا للحر أن يتزوج أمة ابنه » .

جواز تزوج الأب بأمة ولده إن كان رقيقاً . وهو صحيح بلا نزاع فيه .

وكذا يجوز للمرأة نكاح عبد ولدها إذا كانت رقيقة .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى الْحُرُّ زَوْجَتَهُ ﴾ وكذا بعضها ﴿ انْفَسَخَ نِكَاحُهَا وَإِنِ اشْتَرَاهَا ابْنُهُ ﴾ وكذا بعضها ﴿ فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة والمغنى ، والشرح .

أحدهما : ينفسخ . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

قال فى الفروع : ينفسخ على الأصح .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

والوجه الثانى : لاينفسخ .

فائدتان

إحداهما : كذا الحكم لو اشتراها ـ أو بعضها ـ مكاتبة . خلافا ومذهبا . قاله فى الرعاية ، والوجيز ، والفروع ، وغيرهم . إلا أن الخلاف هنا وجهان .

الثانية : حكم شراء الزوجة ـ أو ولدها ، أو مكاتبها ـ للزوج : حكم شراء الزوج ـ أو ولده ، أو مكاتبه ـ للزوجة .

فلو بعثت إلى زوجها تخبره « أنى قد حرمت عليك ، ونكحت غيرك . وعليك نفقتى ونفقة زوجى » فهذه امرأة ملكت زوجها وتزوجت ابن عمها . فيعايى بها .

وتقدم جواز تزويج بنته بعبده . عند « تولى طرفى العقد » .

ويأتى ذلك فى أواخر « باب التأويل فى الحلف » بأتم من هذا .

قوله ﴿ وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ مُحَرَّمَةٍ وَمُحَلَّلَةٍ فِى عَقْدٍ وَاحِدٍ . فَهَلْ يَصِحُّ فِيمَنْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر .

إحداهما : يصح فيمن تحل . وهو المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، والمنصوص : صحة نكاح الأجنبية . وصححه فى التصحيح ، وتجريد العناية .

وجزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم . واختاره القاضى فى تعليقه ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب فى خلافيهما والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين .

والرواية الثانية : لايصح . اختاره أبو بكر .

فائدة : لو تزوج أماً و بنتاً فى عقد واحد . ففيه وجهان .

أحدهما : يبطل النكاحان معاً . وهو المذهب .

اختاره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى المغنى ، والشارح ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يبطل نكاح الأم وحدها . ذكره فى الكافى .

وقدمه فى الفروع ، والمحرر ، والرعايتين .

وصححه فى الفائدة الأخيرة من القواعد .

وأطلقهما فى الكافى ، والقواعد الفقهية ، فى التاسعة بعد المائة .

قوله ﴿ وَمَنْ حَرُمَ نِكَاحُهَا حَرُمَ وَطْؤُهَا بِمِلْكِ اليَمِينِ ، إِلاَّ إِمَاءَ أَهْلِ الكِتَابِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : جواز وطء إماء غير أهل الكتاب .

وذكره ابن أبى شيبة فى كتابه عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، وعمرو بن دينار . فلا يصح ادعاء الإجماع مع مخالفة هؤلاء .

قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ نِكَاحُ خُنْثَى مُشْكِلٍ ، حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

فى رواية الميمونى . وهو المذهب . اختاره أبو بكر ، وابن عقيل .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقيل : يحل نكاحه . ذكره فى الرعاية .

وقال الخرقى : إذا قال « أنا رجل » لم يمنع من نكاح النساء ، ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد . وان قال « أنا امرأة » لم تنكح إلا رجلا .

واختاره القاضى فى الروايتين .

فعلى هذا : لو قال « أنا رجل » وقبلنا قوله فى ذلك فى النكاح . فهل يثبت

فى حقه سائر أحكام الرجال ، تبعاً للنكاح ، و يزول بذلك إشكاله . أم يقبل قوله فى حقوق الله تعـالى ، وفيما عليه من حقوق الآدميين ، دون ماله منها ، لئلا يلزم قبول قوله فى استحقاقه بميراث ذكر وديته ؟ فيه وجهان .

ذكره فى القاعدة الثالثة والثلاثين بعد المائة .

قوله ﴿ فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، ثُمَّ قَالَ « أَنَا امْرَأَةٌ » انْفَسَخَ نِكَاحُهُ ﴾

هذا تفريع على قول الخرقى . والصحيح : أنه يقبل قوله فى ذلك .

واختاره المصنف ، والمجد ، وغيرهما . وقدمه الزركشى .

وقال القاضى : لايقبل قوله « أنا امرأة » بعد قوله « أنا رجل » وعلله بأنه يريد أن يسقط عنه مهر المرأة . وهـذا ظاهر كلام أبى الخطاب ، وابن عقيل . قاله الزركشى .

وفى نـكاحه لما يستقبل الوجهان الآتيان بعد .

فوائد

الأولى : على قول الخرقى : لو لم يكن متزوجاً ، ورجع عن قوله الأول ، بأن قال « أنا رجل » ثم قال « أنا امرأة » أو عكسه . فظاهر كلام الخرقى والأصحاب : أن له نـكاح ماعاد إليه . قاله فى المحرر . وهو الصحيح .

قال فى الفروع : فلو عاد عن قوله الأول : فله نـكاح ماعاد إليه ، فى الأصح .

وقال فى المحرر : يمنع من نـكاح الصنفين عندى .

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام أبى محمد فى الـكافى .

الثانية : قال ابن عقيل فى الفنون : لايجوز الوطء فى الفرج الزائد .

قلت : إذا زوجناه على أنه أنثى : لم يستبعد جواز وطئه فيه . كما يجوز مباشرته فى سائر بدنه ، غير دبره .

الثالثة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لايحرم فى الجنة زيادة العدد ، ولا الجمع بين المحارم ، وغيره والله أعلم .

باب الشروط فى النكاح

فائدتان

إحداهما : الشروط المعتبرة فى النكاح فى هذا الباب محل ذكرها : صلب العقد . قاله فى المحرر ، وغيره .

وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتذكرة ابن عبدوس ، والنظم .

وقاله القاضى فى موضع من كلامه .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وكذا لو اتفقا عليه قبل العقد ، فى ظاهر المذهب .

وقال على هذا جواب الإمام أحمد رحمه الله ، فى مسائل الحيل . لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولا واحداً .

قال الزركشى : وهذا ظاهر إطلاق الخرقى ، وأبى الخطاب ، وأبى محمد ، وغيرهم

قال : وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، فى فتاويه : إنه ظاهر المذهب . ومنصوص الإمام أحمد رحمه الله ، وقول قدماء أصحابه ، ومحققى المتأخرين . انتهى .

قلت : وهو الصواب الذى لا شك فيه .

الثانية : لو وقع الشرط بعد العقد ولزومه ، فالمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه لا يلزمه .

قال ابن رجب : ويتوجه صحة الشرط فيه . بناء على صحة الاستثناء منفصلا بنية بعد اليمين ، لاسيما والنكاح تصح الزيادة فيه فى المهر بعد عقده ، بخلاف البيع ، ونحوه .

قوله ﴿ وَهِىَ قِسْمَانِ . صَحِيح : مِثْلُ اشْتِرَاطِ زِيَادَةٍ فِى الْمَهْرِ أَوْ نَقْدِ

مُعَيَّنٍ ، أَوْ لاَ يُخْرِجُهَا مِنْ دَارِهَا ، أَوْ بَلَدِهَا ، أَوْ أَنْ لاَ يَتَزَوَّجَ وَلاَ يَتَسَرَّى عَلَيْهَا ﴾ .

فهذا صحيح لازم ، إن وفى به ، وإلا فلها الفسخ . هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ظاهر الأثر والقياس : يقتضى منعه من فعل ذلك الشرط الصحيح .

وحكى القاضى أبو الحسين عن شيخه أبى جعفر رواية : أنه لايصح شرط أن لايسافر بها ، ولا يتزوج ، ولا يتسرّى عليها .

ويأتى فى الصداق ـ بعد قوله « وإذا تزوجها على صداقين سر وعلانية » ـ لحوق الزيادة فى الصداق بعد العقد . على الصحيح من المذهب .

فوائد

إحداها : اختار الشيخ تقى الدين رحمه الله صحة شرط : أن لايتزوج عليها ، أو إن تزوج عليها فلها أن تطلق نفسها .

الثانية : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية أبى الحارث ـ صحة دفع كل واحد من الزوجين إلى الآخر مالا على أن لا يتزوج . أما الزوج : فمطلقا . وأما الزوجة : فبعد موت زوجها . ومن لم يف بالشرط لم يستحق العوض . لأنها هبة مشروطة بشرط . فتنتفى بانتفائه .

وقال المجد فى شرحه : لو شرط أحد الزوجين على الآخر أن لايتزوج بعده . فالشرط باطل فى قياس المذهب .

ووجهه : أنه ليس فى ذلك غرض صحيح ، بخلاف حال الحياة . واقتصر فى الفروع على ذكر رواية أبى الحارث .

وتقدم فى باب الموصى له « لو أوصى لأم ولده على أن لا تتزوج » .

الثالثة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو خدعها فسافر بها ، ثم كرهته : لم يكن له أن يكرهها بعد ذلك .

قال ابن نصر الله فى حواشيه على الفروع : هذا إذا لم تسقط حقها : واضح . أما لو أسقطت حقها من الشرط : احتمل أن يكون لها الرجوع فيه ، كهبة حقها من القَسْم . واحتمل أن لا يكون لها العودة فيه ، كما لو أسقطت حقها من بعض مهرها المسمى . والفرق واضح . فذكره . انتهى .

قلت : الصواب أنها إذا أسقطت حقها يسقط مطلقاً .

وقال أيضاً : لو شرط أن لايخرجها من منزل أبويها فمات الأب . فالظاهر : أن الشرط يبطل .

ويحتمل أن لا يخرجها من منزل أمها إلا أن تتزوج الأم .

ولو تعذر سكنى المنزل ، لخراب أو غيره . فهل يسقط حقها من الفسخ بنقلها عنه ؟ أفتيت بأنه إن نقلها إلى منزل ترتضيه هى ، فلا فسخ . وإن نقلها إلى منزل لا ترتضيه ، فلها الفسخ . ولم أقف فيه على نقل . انتهى .

قلت : الصواب أن له أن يسكن بها حيث أراد ، سواء رضيت أو لا . لأنه الأصل ، والشرط عارض ، وقد زال . فرجعنا إلى الأصل . وهو محض حقه .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن شرط لها أن يسكنها بمنزل أبيه ، فسكنت . ثم طلبت سكنى منفردة ، وهو عاجز ـ : لايلزمه ماعجز عنه ، بل لو كان قادراً ليس لها ـ على قول فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله ـ غير ماشرطت لها .

قال فى الفروع : كذا قال .

قال : والظاهر أن مرادهم صحة الشرط فى الجملة بمعنى ثبوت الخيار لها بعدمه ، لا أنه يلزمها . لأنه شرط لحقها لمصلحتها ، لا لحقه لمصلحته ، حتى يلزم فى حقها . ولهذا لو سلمت نفسها من شرطت دارها فيها أو فى داره : لزم . انتهى .

وقال ابن القيم رحمه الله فى الهدى : الشرط العرفى كالمشروط لفظاً . وأطال فى ذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ لَهَا طَلَاقَ ضُرَّتِهَا . فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : هُوَ صَحِيحٌ ﴾ .

جزم به فى المذهب . ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمحرر ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، وإدراك الغاية ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : إذا شرط لها طلاق ضرتها — وقلنا : يصح فى رواية . ويحتمل أنه باطل . لما ذكر المصنف من الحديث[1] .

قال المصنف : وهو الصحيح .

وقال : لم أر ما قاله أبو الخطاب لغيره .

قلت : قد حكاه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفروع رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وقال : ذكره جماعة .

وصحح ماصححه المصنف فى النظم ، وشرح ابن رزين .

وظاهر الفروع : إطلاق الخلاف . فإنه قال : ويصح شرط طلاق ضرتها فى رواية . وذكره جماعة . وقيل : باطل .

فوائد

الأولى : حكم شرط بيع أمته : حكم شرط طلاق ضرتها ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح .

قال فى الفروع : وهو الأشهر ، ومثله بيع أمته .

الثانية : حيث قلنا بصحة شرط سكنى الدار أو البلد ، ونحو ذلك : لم يجب

---

(١) قول النبى صلى الله عليه وسلم « لاتسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ مافى صفحتها ولتنكح ، فإن لها ماقدر لها »

الوفاء به على الزوج . صرح به الأصحاب . لـكن يستحب الوفاء به . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية عبد الله .

ومال الشيخ تقى الدين رحمه الله إلى وجوب الوفاء بهذه الشروط . ويجبره الحاكم على ذلك . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وصرح أبو بكر فى التنبيه : أنه لايجوز للزوج مخالفة ما شُرط عليه .

ونص عليه فى رواية حرب ـ فيمن تزوج امرأة ، وشرط لها أن لايخرجها من قريتها . ثم بدا له أن يخرجها ـ قال : ليس له أن يخرجها .

وقد ذكر الزركشى فى شرح المحرر ـ فيما إذا شرطت دارها أو بلدها ـ وجها بأنه يجبر على المقام معها .

وذكر أيضاً : أنه لايتزوج ولا يتسرى إلا بإذنها فى وجه ، إذا شرطته .

إذا علمت ذلك : فلها الفسخ بالنقلة ، والتزويج ، والتسرى . كما قال المصنف

فأما إن أراد نقلها وطلب منها ذلك ، فقال القاضى فى الجامع : لها الفسخ بالعزم على الإخراج . وضعفه الشيخ تقى الدين .

وقال : العزم المجرد لايوجب الفسخ . إذ لاضرر فيه . وهو صحيح ، مالم يقترن بالهمِّ طلبُ نقلةٍ .

الثالثة : لو شرطت أن لا تسلم نفسها إلا بعد مدة معينة : لم يصح . ذكره ابن عقيل فى المفردات ، وأبو الخطاب فى الانتصار .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المذهب : صحته ، كاشتراط تأخير التسليم فى البيع والإجارة ، وكما لو اشترطت : أن لا يخرجها من دارها .

الرابعة : ذكر أبو بكر فى التنبيه من الشروط اللازمة : إذا شرط أن لايفرق بينها و بين أبويها ، وأولادها ، أو ابنها الصغير ، وأن ترضعه .

وكذا ذكر ابن أبى موسى : أنها إذا شرطت أن لها ولداً ترضعه ، فلها شرطها .

وقطع به فى المستوعب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

قال فى القاعدة الثانية والسبعين : ولو شرطت عليه نفقة ولدها وكسوته : صح وكان من المهر .

قال ابن نصر الله فى حواشيه : وظاهره لا يشترط مع ذلك تعيين مدة ، كنفقة الزوجة وكسوتها . فإنه ذكرها بعدها . انتهى .

قلت : ليس كذلك . والفرق بين المسألتين واضح .

الخامسة : هذه الشروط الصحيحة : إنما تلزم فى النكاح الذى شرطت فيه .

فأما إن بانت منه ، ثم تزوجها ثانياً : لم تعد هذه الشروط فى هذا العقد الثانى بل يبطل حكمها إذا لم يذكرها فيه . ذكره المجد فى شرحه . وجزم به فى الفروع .

قال ابن رجب : ويتخرج عودها فى النكاح الثانى ، إذا لم يكن استوفى عدد الطلاق : لزم فيه كل ما كان ملتزماً بالعقد الأول .

السادسة : خيار الشرط على التراخى . لا يسقط إلا بما يدل على الرضى ، من قول أو تمكين منها مع العلم . قطع به الأصحاب ، منهم : صاحب المحرر . والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . ذكروه فى باب العيوب فى النكاح .

قوله ﴿ القِسْمُ الثَّانى : فَاسِدٌ . وَهُوَ ثَلاَثَةُ أَنْوَاعٍ . أَحَدُهَا : مَا يُبْطِلُ النِّكَاحَ . وَهُوَ ثَلاَثَةُ أَشْيَاء . أَحَدُهَا : نِكَاحُ الشِّغَارِ . وَهُوَ أَنْ يُزَوِّجَهُ وَلِيَّتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الآخَرُ وَلِيَّتَهُ . وَلاَ مَهْرَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب . سواء قالا « وبُضْع كل واحدة مهر الأخرى » أولا . وعليه الأصحاب .

وعنه : يصح العقد ، ويفسد الشرط . وهو تخريج فى الهداية .

فعليه : لها مهر المثل .

قوله ﴿ فَإِنْ سَمَّوْا مَهْرًا : صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : عليه عامة الأصحاب . صححه الناظم ، وغيره .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال الخرقى : لاَ يَصحّ .

وقاله أبو بكر فى الخلاف ، وأبو الخطاب فى الانتصار .

وذكره القاضى فى الجامع ، وابن عقيل رواية .

وقيل : لايصح إن قال مع ذلك « و بُضع كل واحدة مهر الأخرى » و إن لم يقل ذلك صح .

واختاره فى المحرر . وابن عبدوس فى تذكرته .

قال فى الرعاية : وهو أولى .

قال فى الفروع : وظاهر كلام ابن الجوزى يصح معه بتسمية .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله : وجهاً ـ واختاره ـ أن بطلانه لاشتراط عدم المهر .

قال : وهو الذى عليه قول الإمام أحمد رحمه الله ، وقدماء أصحابه ، كالخلال وصاحبه .

تنبيه : مراده بقوله «فإن سموا مهراً صح » أن يكون المهر مستقلاً ، غير قليل ولا حيلة . نص عليه .

وقيل : يصح إن كان مهر المثل ، و إلا فلا .

فعلى المذهب : لو سمى لإحداهما مهر ، ولم يسم للأخرى شيء . فسد نكاح من لم يسم لها صداق لاغير .

قال المصنف ، والشارح : وهذا أولى .

وقال أبو بكر : يفسد النكاح فيهما .

وجزم به فى الرعاية الصغرى . وقدمه فى الكبرى .

فائدة : لو جعلا بُضْع كل واحدة ودراهم معلومة صداق الأخرى : لم يصح على الصحيح .

وقيل : يبطل الشرط وحده .

قوله ﴿ الثَّاني: نِكَاحُ الْمُحَلِّلِ . وَهُوَ أَنْ يَتزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَحَلَّهَا طَلَّقَهَا ﴾ .

الصحيح من المذهب : أن نكاح المحلل باطل مع شرطه . نص عليه . وعليه الأصحاب . وعنه يصح العقد و يبطل الشرط . ذكرها جماعة .

قال الزركشى : وخرج القاضى أبو الخطاب رواية ببطلان الشرط وصحة العقد من اشتراط الخيار .

وخرجها ابن عقيل من الشروط الفاسدة .

قوله ﴿ فَإِنْ نَوَى ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ : لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ﴾ .

قال الزركشى : نص عليه . وعليه الأصحاب . وهو كما قال .

وقيل : يكره ، و يصح . وذكره القاضى .

وحكاه الشريف ، وأبو الخطاب ـ ومن تبعهما ـ رواية .

ومنع ذلك الشيخ تقى الدين رحمه الله

و يؤخذ من الصحيح من المذهب : أنه لايعتبر أن يكون الشرط فى العقد .

فلو نوى قبل العقد، ولم يرجع عنها : فهو نكاح محلل . و إن رجع عنها ، ونوى عند العقد أنه نكاح رغبة : صح .

قاله المصنف وغيره .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وكلام غيره : أن المرأة إذا نوت ذلك لايؤثر فى العقد . وهو الصحيح .

وقال فى الواضح : نيتها كنيته .

وقال فى الروضة : نكاح المحلل باطل إذا اتفقا .

فإن اعتقدت ذلك باطنا ، ولم تظهره : صح فى الحكم . و بطل بينها و بين الله تعالى . انتهى .

و يصح النكاح إلى الممات . قاله الأصحاب .

فائدة : لو اشترى عبداً وزوجه بمطلقته ثلاثاً ، ثم وهبها العبد أو بعضه ، ليفسخ نكاحها : لم يصح .

قال الإمام أحمد رحمه الله : إذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها ، فاشترى عبداً وزوجه بها : فهذا الذى نهى عنه عمر رضى الله عنه . يؤدبان جميعاً . وهذا فاسد . ليس بكفء . وهو شبه المحلل .

قال فى الفروع : وتزويجه المطلقة ثلاثاً لعبده بنية هبته ، أو بيعه منها ، ليفسخ النكاح : كنية الزوج . ومن لافرقة بيده . ولا أثر لنيته .

وقال ابن عقيل فى الفنون ـ فيمن طلق زوجته الأمة ثلاثاً ، ثم إشتراها لتأسفه على طلاقها : ـ حِلُّها بعيد فى مذهبنا . لأنه يقف على زوج و إصابة . ومتى زوجها ـ مع ماظهر من تأسفه عليها ـ لم يكن قصده بالنكاح إلا التحليل . والقصد عندنا يؤثر فى النكاح . بدليل ماذكره أصحابنا : إذا تزوج الغريب بنية طلاقها إذا خرج من البلد : لم يصح . ذكره فى الفروع .

قال المصنف ، والشارح : و يحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل

وقال العلامة ابن القيم فى أعلام الموقعين : لو أخرجت من مالها ثمن مملوك ، فوهبته لبعض من تثق به . فاشترى به مملوكا ، ثم خطبها على مملوكه ، فزوجها منه . فدخل بها المملوك ، ثم وهبها إياه : انفسخ النكاح . ولم يكن هناك تحليل مشروط ولا منوى ممن تؤثر نيته وشرطه . وهو الزوج . فإنه لا أثر لنية الزوجة ، ولا الولى ،

قال : وقد صرح أصحابنا بأن ذلك يحلها .

فقال فى المغنى : فإن تزوجها مملوك ووطئها أحلها . انتهى .

وهذه الصورة غير التى منع منها الإمام أحمد رحمه الله . فإنه منع من حلها إذا كان المطلق الزوج واشترى العبدوزوجه بإذن وليها ليحلها . انتهى .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : نِكَاحُ الْمُتْعَةِ . وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا إِلَى مُدَّةٍ ﴾ .

الصحيح من المذهب : أن نكاح المتعة لا يصح . وعليه الإمام أحمد رحمه الله ، والأصحاب .

وعنه : يكره ويصح . ذكرها أبو بكر فى الخلاف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، وقال : رجع عنها الإمام أحمد رحمه الله .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : توقف الإمام أحمد رحمه الله عن لفظ « الحرام » ولم ينفه .

قال المصنف ، والشارح : وغير أبى بكر يمنع هذا ، ويقول: المسألة رواية واحدة

وقال فى المحرر : ويتخرج أن يصح ، ويلغو التوقيت .

فائدة : لو نوى بقلبه ، فهو كما لو شرطه . على الصحيح من المذهب . نص عليه وعليه الأصحاب .

قال فى الفروع : وقطع الشيخ فيها بصحته مع النية . ونصه ، والأصحاب على خلافه . انتهى .

وقيل : يصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وقالا : هذا قول عامة أهل العلم ، إلا الأوزاعى ، كما لو نوى : إن وافقته وإلا طلقها .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لم أر أحداً من الأصحاب قال : لا بأس به وماقاس عليه لاريب أنه موجب العقد ، بخلاف ماتقدم . فإنه ينافيه . لقصده التوقيت .

قوله ﴿ وَنِكَاحٌ شَرَطَ فِيهِ طَلَاقَهَا فِى وَقْتٍ ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه إذا شرط فى النكاح طلاقها فى وقت : حكمه حكم نكاح المتعة . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

ويتخرج أن يصح النكاح ، ويبطل الشرط . قاله المصنف ، والشارح .

قوله ﴿ أَوْ عَلَّقَ ابْتِدَاءَهُ عَلَى شَرْطٍ . كَقَوْلِهِ : زَوَّجْتُكَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ ، أَوْ إِنْ رَضِيَتْ أُمُّهَا ﴾ .

الصحيح من المذهب : بطلان العقد فى ذلك وشبهه .

قال فى الفروع : إذا علق ابتداءه على شرط : فسد العقد ، على الأصح ، كالشرط . وصححه المصنف ، والشارح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال فى المحرر ، وغيره : ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : العقد صحيح . وبَعَّدَها القاضى ، وأبو الخطاب .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ذكر القاضى وغيره روايتين . والأنص من كلامه : جوازه .

قال ابن رجب : ورواية الصحة أقوى .

قال فى الفائق : ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل .

وعنه : يصح . نصره شيخنا . وهو المختار . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قوله فى المحرر « ولا يصح تعليقه بشرط مستقبل » أظن قصد بذلك الاحتراز عن تعليقه بمشيئة الله تعالى . ودخل فى

ذلك قوله : إذا قال « زوجتك هذا المولود إن كان أنثى » أو « زوجتك بنتي إن كانت انقضت عدتها » أو « إن لم تكن زوجت » ونحو ذلك من الشروط الحاضرة والماضية .

وكذلك ذكر الجد الأعلى[1] : أنه لايجوز تعليقه على شرط مستقبل . ولم أرها لغيرهما . انتهى .

وتقدم كلام ابن رجب فى قواعده فى أول « باب أركان النكاح » فليراجع .

قوله ﴿ النَّوْعُ الثَّانى: أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ لاَ مَهْرَ لَهَا وَلاَ نَفَقَةَ ، أَوْ أَنْ يَقْسِمَ لَهَا أَكْثَرَ مِن امْرَأَتِهِ الأُخْرَى أَوْ أَقَلَّ . فَالشَّرْطَ بَاطِلٌ . وَيَصِحُّ النِّكَاحُ ﴾ .

وكذا لو شرط أحدهما عدم الوطء . وهذا المذهب . نص عليهما .

وصححه فى التصحيح ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وقيل : يبطل النكاح أيضاً .

وقيل : يبطل إذا شرطت عليه أن لايطأها .

قال ابن عقيل فى مفرداته: ذكر أبو بكر ـ فيما إذا شرط : أن لايطأ ، أو أن لا ينفق ، أو إن فارق رجع بما أنفق ـ : روايتين . يعنى فى صحة العقد .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ويحتمل صحة شرط عدم النفقة .

قال : لاسيما إذا قلنا : إنه إذا أعسر الزوج ورضيت به : أنها لاتملك المطالبة بالنفقة بعد .

واختار ـ فيما إذا شرط أن لامهر ـ فساد العقد ، وأنه قول أكثر السلف .

---

(١) هو جد شيخ الإسلام ابن تيمية . ولعله يقصد المجد عبد السلام .

واختار أيضاً الصحة فيما إذا شرط عدم الوطء ، كشرط ترك ما تستحقه .

وقال أيضاً : لو شرطت مقام ولدها عندها ، ونفقته على الزوج : كان مثل اشتراط الزيادة فى الصداق . ويُرْجَع فى ذلك إلى العرف ، كالأجير بطعامه وكسوته .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : أَنْ يَشْتَرِطَ الخِيَارَ ، أَوْ إِنْ جَاءَهَا بِالْمَهْرِ فِي وَقْتِ كَذَا وَإِلاَّ فَلاَ نِكَاحَ بَيْنَهُمَا . فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . واختاره ابن عبدوس ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : صحة الشرط . نقلها ابن منصور . وبَعَّدَها القاضى .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : صحة العقد والشرط ، فيما إذا شرط الخيار .

قوله ﴿ وَفِي صِحَّةِ النِّكَاحِ رِوَايَتَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والكافى ، والمغنى فى الثانية ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع .

إحداهما : يصح . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله فيما إذا شرط الخيار . كما تقدم عنه .

والرواية الثانية : لا يصح . وقدمه فى المغنى فى الأولى .

فائدة : لو شرط الخيار فى الصداق ، فقيل : هو كشرط الخيار فى النكاح على ماتقدم .

وقيل : يصح هنا . وأطلقهما فى الفروع .

وقطع المصنف ، والشارح ، بصحة النكاح ، على ما تقدم . وهو الصواب .

وأطلقا فى الصداق ثلاثة أوجه :

صحة الصداق ، مع بطلان الخيار . وصحة الصداق ، وثبوت الخيار فيه . و بطلان الصداق .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَهَا كِتَابِيَّةً : فَبَانَتْ مُسْلِمَةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ﴾ .

هذا المذهب . صححه المصنف ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس وغيره .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والكافى .

وقال أبو بكر : له الخيار . وقاله فى الترغيب .

قال الناظم : وهو بعيد .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

فائدة : وكذا الحكم لو تزوجها يظنها مسلمة ، ولم تُعرف بتقدم كفر . فبانت كافرة . قاله فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

وأطلقوا الخلاف هنا ، كما أطلقوه فى التى قبلها : فى الشرح ، والرعاية ، والفروع ، وغيرهم .

وجزم هنا فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم : أن له الخيار .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَهَا أَمَةً ، فَبَانَتْ حُرَّةً . فَلَا خِيَارَ لَهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الجمهور .

قال فى الفروع : فلا فسخ فى الأصح .

وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعاية ، والوجيز ، وغيرهم

وقيل : له الخيار .

فائدة : وكذلك الحكم فى كل صفة شرطها ،فبانت أعلا منها . عند الجمهور .

وقال فى المستوعب : إن شرطها ثيباً ، فبانت بكراً : فله الفسخ .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَهَا بِكْرًا ، أَوْ جَمِيلَةً ، أَوْ نَسِيبَةً ، أَوْ شَرَطَ نَفْيَ الْعُيُوبِ الَّتِي لاَ يَنْفَسِخُ بِهَا النِّكَاحُ ، فَبَانَتْ بِخِلاَفِهِ . فَهَلْ لَهُ الْخِيَارُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان . وأطلقهما فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع والحاوى الصغير ، وابن رزين فى غير البكر .

إحداهما : له الخيار . واختاره صاحب الترغيب ، والبلغة ، والناظم ، وابن عبدوس فى تذكرته ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وقدمه فى الرعايتين . وهو الصواب .

والثانى : ليس له الخيار . جزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وقدمه ابن رزين فى البكر . وجزم به فى المستوعب فى النسيبة .

وقيل : له الخيار فى شرط النسب خاصة إذا فقد .

وقال فى الفنون ـ فيما إذا شرطها بكراً ، فبانت بخلافه ـ يحتمل فساد العقد لأن لنا قولا ـ إذا تزوجها على صفة . فبانت بخلافها ـ ببطلان العقد .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ويرجع على الغارّ .

فائدة : إذا شرطها بكراً ـ وقلنا : ليس له خيار ـ فاختار ابن عقيل فى الفصول ، وقاله فى الإيضاح : إنه يرجع بما بين المهرين .

قال فى الفروع : ويتوجه مثله بقية الشروط .

قلت : وهو الصواب فى الجميع .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَ أَمَةً يَظُنُّهَا حُرَّةً ﴾

وكذا لو شرطها حرة فبانت أمة .

﴿فَأَصَابَهَا وَوَلَدَتْ مِنْهُ . فَالْوَلَدُ حُرٌّ . وَيَفْدِيهِمْ بِمِثْلِهِمْ يَوْمَ وِلَادَتِهِمْ ، وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ . وَيُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا إِنْ لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الإِمَاءِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ : فَلَهُ الْخِيَارُ . فَإِنْ رَضِيَ بِالْمُقَامِ مَعَهَا ، فَمَا وَلَدَتْ بَعْدَ ذَلِكَ : فَهُوَ رَقِيقٌ﴾ .

اعلم أنه إذا تزوج أمة يظنها حرة ، أو شرطها حرة ـ واعتبر فى المستوعب مقارنة الشرط للعقد . واختاره قبله القاضى ـ فبانت أمة ، فلا يخلو : إما أن يكون ممن يجوز له نكاح الإماء أولا .

فإن كان ممن لايجوز له نكاح الإماء . فالمذهب : أن النكاح باطل ، كما لو علم بذلك . وعليه الأصحاب . وقطعوا به . وقدمه فى الفروع ، وقال : وعند أبى بكر يصح . فلا خيار .

واعلم أن قول أبى بكر : إنما حكى عنه فيما إذا شرطها أمة فبانت حرة . كما تقدم .

وذكر القاضى فى الجامع : أنه قياس قوله « فيما إذا شرطها كتابية فبانت مسلمة » ثم فرق بينهما .

فالذى نقطع به : أن نقل صاحب الفروع هنا عن أبى بكر : إما سهو ، أو يكون هنا نقص . وهو أولى .

ويدل على ذلك : أنه قال بعده : وبناه فى الواضح على الخلاف فى الكفاءة . فهذا لا يلائم المسألة . والله أعلم .

وإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء : فله الخيار . كما قال المصنف .

وظاهره وظاهر كلام جماعة : إطلاق الظن . فيدخل فيه : ظنه أنها حرة الأصل أو عتيقة .

وقطع فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى ، والمنور ، والفروع وغيرهم : أنه لاخيار له إذا ظنها عتيقة . وهذا المذهب . ولعله مراد من أطلق .

وظاهر كلام الزركشى : التنافى بين العبارتين .

وقدم فى الترغيب : أنه لو ظنها حرة لاخيار له .

وقيل : لاخيار لعبد . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقيل : لا فسخ مطلقاً . حكاه فى الرعاية الصغرى .

فإذا اختار المقام تقرر عليه المهر المسمى كاملا . على الصحيح من المذهب .

وقيل : ينسب قدر مهر المثل إلى مهر المثل كاملا . فيكون له بقدر نسبته من المسمى ، يرجع به على من غره .

فائدة : لو أبيح للحر نكاح أمة ، فنكحها ، ولم يشترط حرية أولاده : فهم أرقاء لسيدها . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : أن ولد العربى يكون حراً . وعلى أبيه فداؤه . ذكره الزركشى فى آخر كتاب النفقات على الأقارب .

وإن شرط حرية الولد ، فقال فى الروضة ـ فى إرث غُرَّة الجنين ـ : إن شرط زوج الأمة حرية الولد : كان حراً . وإن لم يشرط : فهو عبد . انتهى .

ذكره فى الفروع فى أواخر « باب مقادير ديات النفس » .

قال ابن القيم رحمه الله فى أعلام الموقعين ـ فى الجزء الثالث فى الحيل ـ المثال الثالث والسبعون : إذا شرط الزوج على السيد حرية أولاده : صح . وما ولدته فهم أحرار .

قوله ﴿ وَالْوَلَدُ حُرٌّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، وقال : ينعقد حراً باعتقاده .

قال ابن عقيل : ينعقد حراً ، كما ينعقد ولد القرشى قرشياً .

وعنه : الولد بدون الفداء رقيق .

قوله ﴿ وَيَفْدِيهِمْ ﴾ .

هذا المذهب . قاله فى المغنى ، وغيره .

قال الشارح : وهو الصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : لايلزمه فداؤهم .

قال الزركشى : نقل ابن منصور : لا فداء عليه ، لانعقاد الولد حراً .

وعنه : أنه يقال له « افتد أولادك ، وإلا فهم يتبعون الأم » .

قال المصنف ، والشارح : فظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم و بين تركهم رقيقاً .

فعلى المذهب : يفديهم بقيمتهم . على الصحيح . اختاره المصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، وابن منجا .

وقدمه فى الفروع فى « باب الغصب » لأنه أحاله عليه . وجزم به فى الوجيز .

وعنه : يفديهم بمثلهم فى القيمة . قدمه فى الفائق . واختاره أبو بكر .

قاله المصنف ، والشارح . ويحتمله كلام المصنف هنا .

وعنه : يضمنهم بأيهما شاء . اختاره أبو بكر فى المقنع .

وعنه : يفديهم بمثلهم فى صفاتهم تقريباً . اختاره الخرقى ، والقاضى ، وأصحابه .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

والخلاف هنا كالخلاف المذكور فى باب الغصب ، فيما إذا اشترى الجارية من الغاصب ، أو وهبها له ، ووطئها وهو غير عالم . فإن الأصحاب أحالوه عليه .

قوله ﴿ يَوْمَ وِلَادَتِهِمْ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : وقت الخصومة .

فائدتان

إحداهما : لايضمن منهم إلا من ولد حياً فى وقت يعيش لمثله ، سواء عاش أو مات بعد ذلك .

الثانية : ولد المكاتبة مكاتب . ويغرم أبوه قيمته ، على الصحيح من الروايتين .

والمعتق بعضها : يجب لها البعض فيسقط . وولدها يغرم أبوه قدر رقه .

تنبيه : قوله ﴿ فَبَانَتْ أَمَةً ﴾ .

يعنى : بالبينة لاغير . على الصحيح من المذهب .

وقيل : و بإقرارها أيضاً .

قوله ﴿ وَإِنْ كانَ عَبْدًا ، فَوَلَدُهُ أَحْرَارٌ . وَيَفْدِيهِمْ إِذَا عَتَقَ ﴾ .

فيكون الفداء متعلقاً بذمته . وهو المذهب .

جزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح ابن منجا .

وقيل : يتعلق برقبته . وهو رواية فى الترغيب .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهذا هو المتوجه قولاً واحداً . لأنه ضمان جناية محضة .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يتعلق بكسبه . فيرجع به سيده فى الحال .

قوله ﴿ وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ﴾ .

بلا نزاع ، كأمره بإتلاف مال غيره بأنه له . فلم يكن له . ذكره فى الواضح .

لكن من شرط رجوعه على من غره : أن يكون قد شرط له أنها حرة مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : إن كان الشرط مقارنا للعقد : رجع ، و إلا فلا .

اختاره القاضي . وقطع به في المستوعب ، فقال « الشرط الثالث : أن يشترط حريتها في نفس العقد . فأما إن تقدم ذلك على العقد : فهو كما لو تزوجها مطلقاً من غير اشتراط الحرية . فلا يثبت له خيار الفسخ » انتهى .

وقال في المغني ، والشرح : و يرجع أيضا بذلك على من غره ، مع إيهامه بقرينة حريتها .

وفي المغني أيضاً : ولو كان الغار أجنبياً كوكيلها .

قال في الفروع : وما ذكره في المغني : هو إطلاق نصوصه . وقاله أبو الخطاب . وقاله أيضاً فيما إذا دلس غير البائع .

قال الزركشي : وظاهر كلام أحمد رحمه الله ـ في رواية حرب ـ يقتضي الرجوع مع الظن . وهو اختيار أبي محمد ، وأبي العباس . إذ الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يستفصلوا .

و يحقق ذلك : أن الأصحاب لم يشترطوا ذلك في الرجوع في العيب . انتهى .

فائدة : لمستحق الفداء مطالبة الغار ابتداء . نص عليه . وجزم به في المحرر ، والرعايتين ، والفروع ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

قال في الرعاية ، قلت : كما لومات عبداً أو عتيقاً أو مفلساً .

وجعل الشيخ تقي الدين رحمه الله : في المسألة روايتين .

قال ابن رجب : وكذلك أشار إليه جده في تعليقه على الهداية .

قال ابن رجب رحمه الله : وهو الأظهر .

و يرجع هذا إلى أن المغرور : هل يطالب ابتداء بما يستقر ضمانه على الغار ، أم لا يطالب به سوى الغار ؟ كما نص عليه في رواية جماعة هنا .

ومتى قلنا : يخير بين مطالبة الزوج والغار ، فلا فرق بين أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً ، أو يكونا موسرين .

وإن قلنا : لا يجوز سوى مطالبة الغـار ابتداء ، وكان الغار معسراً والآخر موسراً : فهل يطالب هنا ؟ فيه تردد .

وقد تشبه المسألة بمـا إذا كانت عاقلة القاتل خطأ ممن لا تحمل العقل . فهل يحمل القاتل الدية ، أم لا ؟ انتهى .

تنبيهان

الأول : سكوت المصنف عن ذكر المهر يدل على أنه لا يرجع به . وهو إحدى الروايتين . اختاره أبو بكر .

قال القاضى : الأظهر أنه لا يرجع . لأن الإمام أحمد رحمه الله قال : كنت أذهب إلى حديث على رضى الله عنه ثم هِبْتُه . وكأنى أميل إلى حديث عمر رضي الله عنه ، فحديث على رضى الله عنه بالرجوع بالمهر . وحديث عمر رضى الله عنه بعدمه .

والرواية الثانية : يرجع به أيضاً . اختاره الخرقى .

قال الزركشى : اختاره القاضى ، وأبو محمد ـ يعنى به المصنف ـ وغيرهما .

وقدمه فى المستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والزركشى ، وغيرهم .

قلت : وهو المذهب .

فعلى هذه الرواية : يجب المهر المسمى . على الصحيح من المذهب .

وعنه : مهر المثل . اختاره المصنف .

ويأتى ذلك فى آخر كتاب الصداق فى النكاح الفاسد .

الثانى قوله ﴿ وَيَرْجِـعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ﴾

إن كان الغار السيد : عتقت إذا أتى بلفظ الحرية ، وزالت المسألة .

وإن كان بغير لفظ الحرية : لم تعتق ، ولم يجب له شىء . إذ لا فائدة فى وجوب شىء له ، ويرجع به عليه .

لـكن إن قلنا : إن الزوج لايرجع بالمهر ، وجب للسيد . وإن كان الغار للأمة رجع عليها . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب . واختاره القاضى ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

وقيل : لايرجع عليها . وأطلقهما الزركشى .

نقل ابن الحـكم لايرجع عليها .

قال المصنف : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : لايرجع عليها .

قال الزركشى : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية جماعة : لايرجع عليها .

فعلى الأول : هل يتعلق بذمتها ، أو برقبتها ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع

قال المصنف ، والشارح ، وابن رزين فى شرحه ، والزركشى : هل يتعلق برقبتها أو بذمتها ؟ على وجهين استدانة العبد بدون إذن سيده .

وتقدم ذلك فى أواخر « باب الحجر » وأن الصحيح : أنه يتعلق برقبته .

وقال القاضى : قياس قول الخرقى : أنه يتعلق بذمتها . لأنه قال فى الأمة ـ إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها ـ يتبعها به إذا عتقت . فـكذا هنا .

وإن كانت الغارة مكاتبة : فلا مهر لها فى أصح الوجهين .

قاله فى الفروع . وجزم به فى المغنى ، والشرح .

وإن كان الغار أجنبياً ، فالصحيح من المذهب : أنه يرجع عليه .

ونص عليه فى رواية عبد الله ، وصالح .

وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به .

وظاهر كلام القاضى : عدم الرجوع عليه . فإنه قال : الغار وكيلها ، أو هى نفسها . قاله الزركشى

وإن كان الغار الوكيل : رجع عليه فى الحال .

و إن كان الغرر منها ومن وكيلها : فالضمان بينهما نصفان . قاله فى المستوعب وغيره .

و يأتى نظيرها فى الغرر بالعيب .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ تزوّجَتْ رَجُلاً عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ، أَوْ تَظُنُّهُ حُرًّا فَبَانَ عَبْدًا ، فَلَهَا الخِيَارُ ﴾ .

بلا نزاع . ونص عليه .

ولكن لو شرطت صفة غير ذلك ، فبان أقل منها : فلا خيار لها . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لو شرطته نسيباً ، لم يُخِلَّ بكفاءة ، فلم تكن : فلا فسخ لها .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : فى النسب ، ولو كان مماثلا لها .

وفى الجامع الكبير : وغرَّه شرط حرية ونسب .

واختاره الشيخ تقى الدين ، كشروطه وأولى . لملكه طلاقها .

قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَتِ الأَمَةُ وَزَوْجُهَا حُرٌّ : فَلاَ خِيَارَ لَهَا فِى ظَاهِرِ المَذْهَبِ ﴾

وهوا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : وهو المذهب المنصوص ، والمختار بلا ريب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وصححه المجد ، والناظم ، وغيرهما .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والهداية ، وغيرهم .

وعنه : لها الخيار . وقدمه فى المحرر .

وهو ظاهر ما جزم به فى المنور . وهما وجهان مطلقان فى الخلاصة .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره : أن لها الخيار فى الفسخ تحت حر . وإن كان زوج بَرِيرة عبداً . لأنها ملكت رقبتها . فلا يملك عليها إلا باختيارها.

ويأتى قريباً « إذا عتق بعضها أو بعضه : هل يثبت لها الخيار أم لا ؟ » .

فائدة : لو عتق العبد وتحته أمة : فلا خيار له ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وفى الانتصار : احتمال بأن له الخيار . وحكاه عن الإمام الشافعى رحمه الله .

وفى الواضح : احتمال ينفسخ ، بناء على غناه عن أمة بحرة .

وذكر غيره وجهان إن وجد طولا .

وفى الواضح أيضاً : احتمال يبطل . بناء على الرواية فيما إذا استغنى عن نكاح الأمة بحرة . فإنه يبطل .

وتقدم ذلك فى الكفاءة قبل قوله « والعرب بعضهم لبعض أكفاء » .

فعلى المذهب : قال المصنف ، والشارح : لاخيار له . لأن الكفاءة تعتبر فيه لا فيها . فلو تزوج امرأة مطلقاً . فبانت أمة : فلا خيار له . ولو تزوجت رجلاً مطلقاً . فبان عبداً : فلها الخيار . فكذلك فى الاستدامة .

قال فى الفروع : كذا قال .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَلَهَا الخِيَارُ ﴾ .

بلا نزاع فى المذهب .

وحكاه ابن المنذر ، وابن عبد البر ، وغيرهما : إجماعاً .

﴿ فَلَهَا الْفَسْخُ بِغَيْرِ حُكْمِ حَاكِمٍ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ فَسْخِهَا ، أَوْ مَكَّنَتْهُ مِنْ وَطْئِهَا : بَطَلَ

خِيَارُهَا . فَإِنِ ادَّعَتِ الْجَهْلَ بِالعِتْقِ ـ وَهُوَ مِمَّا يَجُوزُ جَهْلُهُ ـ أَوِ الْجَهْلَ بِمِلْكِ الفَسْخِ : فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ﴾ .

إذا عتق قبل فسخها : سقط خيارها . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الزركشى ، وقيل : إنه وقع للقاضى وابن عقيل مايقتضى : أنه لايسقط .

و يأتى قريباً فى كلام المصنف ﴿ إذا عتقا معاً ﴾ .

وأما إذا مكنته من وطئها مختارة ، وادعت الجهل بالعتق ـ وهى ممن يجوز خفاء ذلك عليها ، مثل أن يعتقها وهو فى بلد آخر ونحوه ، أو ادعت الجهل بملك الفسخ ـ فقدم المصنف هنا قبول قولها ، ولكن مع يمينها . ولها الخيار . وهو إحدى الروايتين .

وحكاه المصنف فى المغنى عن القاضى وأصحابه .

وحكاه فى الكافى عن القاضى ، وأبى الخطاب .

وحكاه فى الشرح عن القاضى . وهو قول فى الرعاية . واختاره جماعة .

وجزم به فى مسبوك الذهب ، والمنور .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والحاوى الصغير .

قال فى الرعاية الصغرى : فلها الفسخ فى الأصح .

وقال الخرقى : يَبْطُلُ خِيَارُهَا ، عَلِمَتْ أَوْ لَمْ تَعْلَمْ . وهو المذهب . نص عليه فى رواية الجماعة فيهما .

قال الزركشى : هذا نص الروايتين ، واختيار الخرقى ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، والجامع . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

و ينبنى عليهما وطء الصغيرة المجنونة . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يسقط خيارها . على الروايتين .

وقيل : إن ادعت جهلا بعتقه : فلها الفسخ .

فإن ادعت جهلا بملك الفسخ : فليس لهـا الفسخ . وجزم به فى الوجيز . وجزم به فى المحرر ، فى الأولى . وأطلق فى الثانية الروايتين .

وقال الزركشى : تقبل دعواها الجهل بالعتق فيما إذا وطئها ، والخيار بحاله . هذا المذهب المشهور لعامة الأصحاب .

وعن القاضى فى الجامع الـكبير : يبطل خيارها .

وقال فى الرعاية الـكبرى : فإن لم تختر ، حتى عتق ، أو وطىء طوعاً ، مع علمها بالخيار : فلا خيار لها . وكذا مع جهلها به .

وقيل : لا يبطل . فإن لم تعلم هى عتقها حتى وطئها : فوجهان .

فإن ادعت جهلاً بعتقه ، أو بعتقها ، أو بطلب الفسخ ، ومثلها يجهله : فلهـا الفسخ إن حلفت .

وعنه : لا فسخ . انتهى .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنِ ادَّعَتِ الْجَهْلَ بِالعِتْقِ ، وَهُوَ مِمَّا يَجُوزُ جَهْلُهُ ﴾ .

هذا الصحيح .

وقيل : ما لم يخالفها ظاهر .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى الفروع .

فوائد

إحداها : حكم مباشرته لها حكم وطئها ، وكذا تقبيلها . إذ مناطها مايدل على الرضى . قاله الزركشى . وهو صحيح .

الثانية : يجوز للزوج الإقدام على الوطء ، إذا كانت غير عالمة .

قال المجد فى شرحه : قياس مذهبنا جوازه .

قال فى القاعدة الرابعة والخمسين : وفيما قاله نظر . والأظهر : تخريجه على الخلاف .

يعنى الذى ذكره فى أصل القاعدة . فإنه لا يجوز الإقدام عليه .

الثالثة : لو بذل الزوج لها عوضاً على أنها تختاره : جاز . نص عليه فى رواية مهنا . ذكره أبو بكر فى الشافى .

قال ابن رجب رحمه الله : وهو راجع إلى صحة إسقاط الخيار بعوض .

وصرح الأصحاب بجوازه فى خيار البيع .

الرابعة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو شرط المعتق عليها دوام النكاح تحت حر أوعبد ، إذا أعتقها ، فرضيت : لزمها ذلك .

قال : ويقتضيه مذهب الإمام أحمد رحمه الله ، فإنه يجوز العتق بشرط .

قال فى القاعدة الرابعة والثلاثين : إذا عتقت الأمة المزوجة : لم تملك منفعة البضع ، إنما يثبت لها الخيار تحت العبد .

قال : ومن قال بسراية العتق ، قال : قد ملكت بُضْعها . فلم يبق لأحد عليها ملك . فصار الخيار لها فى المقام وعدمه ، حراً كان أو عبداً .

قال : وعلى هذا لو استثنى منفعة بضعها للزوج : صح . ولم تملك الخيار ، حراً كان أو عبداً . ذكره الشيخ .

قال : وهو مقتضى المذهب . انتهى .

والظاهر : أنه أراد بالشيخ : الشيخ تقى الدين ، أو سقط ذكره فى الكتابة .

قوله ﴿ وَخِيَارُ الْمُعْتَقَةِ عَلَى التَّرَاخِي ، مَالَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَى ﴾ .

بلا خلاف فى ذلك .

ويأتى خيار العيب : هل هو على التراخى أو على الفور ؟ فى أواخر الباب الآتى بعد هذا .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً ، أَوْ مَجْنُونَةً ، فَلَهَا الخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ وَعَقَلَتْ ﴾ .

أنه ليس لها خيار قبل البلوغ . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والحاوى ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين .

وقيل : لها الخيار إذا بلغت تسعاً . وهو المذهب .

قال فى الفروع : إذا بلغت سنا يعتبر قولها فيه : خيرت .

وذكره القاضى فى المجرد . وجزم به فى المستوعب . وصرح بأنها بنت تسع .

وكذا صرح به ابن البنا فى العقود ، فقال : إذا كانت صغيرة فعتقت ، فهى على الزوجية إلى أن تبلغ حداً يصح إذنها . وهى التسع سنين فصاعداً . انتهى .

وقال ابن عقيل : إذا بلغت سبعاً ، بتقديم السين .

وقال الشيخ تقى الدين : اعتبار صحة إذنها بالتسع أو السبع : ضعيف . لأن هذا ولاية استقلال . وولاية الاستقلال لا تثبت إلا بالبلوغ ، كالعفو عن القصاص ، والشفعة ، وكالبيع . بخلاف ابتداء العقد . فإنه يتولاه الولى بإذنها . فتجتمع الولايتان . و بينهما فرق . انتهى .

قوله ﴿ فَإِنْ طُلِّقَتْ قَبْلَ اخْتِيَارِهَا : وَقَعَ الطَّلَاقُ . وَ بَطَلَ خِيَارُهَا ﴾

يعنى إذا كان طلاقا بائنا .

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قال القاضى : طلاقه موقوف . فإن اختارت الفسخ : لم يقع ، و إلا وقع .

وقيل : هذا إن جهلت عتقها .

وأطلق فى الترغيب فى وقوعه وجهين .

قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَتِ الْمُعْتَدَّةُ الرَّجْعِيَّةُ فَلَهَا الْخِيَارُ ﴾ .

بلا نزاع ، سواء عتقت ثم طلقت ، أو طلقت ثم عتقت فى عدتها . فإن رضيت بالمقام ، فهل يبطل خيارها ؟ على وجهين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح .

أحدهما : يبطل . وهو المذهب . اختاره المصنف وغيره .

وصححه فى التصحيح ، والمذهب ، فقال : سقط خيارها فى أصح الوجهين .

قال الناظم : هذا أشهر الوجهين . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

والوجه الثانى : لا يبطل خيارها .

قوله ﴿ وَمَتَى اخْتَارَتِ الْمُعْتَقَةُ الْفُرْقَةَ بَعْدَ الدُّخُولِ : فَالْمَهْرُ لِلسَّيِّدِ ﴾

بلا نزاع ، سواء كان مسمى المهر ، أو مهر المثل إن لم يكن مسمى .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَلَا مَهْرَ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والحاوى الصغير .

وقال أبو بكر : لسيدها نصف المهر .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . نقلها مهنا .

وجزم به فى الرعايتين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة .

فعليها إن لم يكن فرض : وجبت المتعة ، حيث يجب ، لوجوبه له . فلا يسقط بفعل غيره .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه . اختاره ابن أبى موسى ، والقاضى ، والمصنف ، وغيرهم .

قال فى مسبوك الذهب : لم يثبت لها خيار فى ظاهر المذهب .

قال الزركشى : هذه الرواية هى المختارة من الروايتين .

وجزم به الخرقى ، وصاحب الخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : حكمها حكم عتقها كلها . واختاره أبو بكر فى الخلاف .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والبلغة .

فعلى المذهب : لو زوج مدبرة له لا يملك غيرها ـ قيمتهـا مائة ـ بعبد على مائتين مهراً ، ثم مات السيد : عتقت ، ولا فسخ لهـا قبل الدخول ، لئلا يسقط المهر ، أو يتنصف . فلا تخرج من الثلث ، فيرق بعضها . فيمتنع الفسخ .

ذكره فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قلت : فيعايى بها .

وهى مستثناة من كلام المصنف وغيره ممن أطلق .

فائدة : لو عتقت الأمة وزوجها بعضه حر معتق : فلا خيار لها . قدمه فى الفروع .

وقيل : لها الخيار . جزم به فى الترغيب ، والرعاية الـكبرى .

فلو عتق بعضها ، والزوج بعضه معتق ، فلا خيار لها . على الصحيح . قدمه فى الفروع .

وعنه : لها الخيار .

وعنه : لها الخيار إن كانت حريتها أكثر .

وصحح فى البلغة ، والرعاية الـكبرى : عدم الخيار إذا كانا متساويين فى الحرية .

وقدمه فى الرعاية الصغرى .

وأطلق فيما إذا تساويا فى العتق ـ فى الحاوى الصغير ـ وجهين .

قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَ الزَّوْجَانِ مَعًا . فَلَا خِيَارَ لَهَا ﴾ .

يعنى إذا قلنا : لاخيار للمعتقة تحت حر . وهذا المذهب .

قال القاضى ، فى بعض كتبه : هذا قياس المذهب .

واختاره أبو بكر ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم .

وصححه فى التصحيح ، والحاوى .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : هذا أصح الروايتين .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : لها الخيار .

وقال الزركشى : هى أنصهما .

وصححها القاضى فى كتاب الروايتين . وهى قول فى الرعاية . وقدمه فى المحرر .

قال فى القاعدة السابعة والخمسين : فيه روايتان منصوصتان .

وعنه : ينفسخ نكاحها . نقلها الجماعة .

قال المصنف فى المغنى : ومعناه ـ والله أعلم ـ أنه إذا وهب لعبده سرية ، وأذن له فى التسرى بها . ثم أعتقهما جميعاً : صارا حرين . وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له إصابتها إلا بنكاح جديد .

هكذا روى جماعة من أصحابه ، فيمن وهب لعبده سرية ، أو اشترى له سرية ، ثم أعتقها : لايقر بها إلا بنكاح جديد .

وأما إذا كانت امرأته ، فعتقا : لم ينفسخ نكاحه بذلك . لأنه إذا لم ينفسخ باعتاقها وحدها فلئلاً ينفسخ باعتاقهما معاً أولى .

ويحتمل أن الإمام أحمد رحمه الله إنما أراد بقوله « انفسخ نكاحهما » أن لهما فسخ النكاح .

وهذا يخرج على الرواية التي تقول : بأن لها الفسخ إذا كان زوجها حراً قبل العتق . انتهى .

قال العلامة ابن القيم رحمه الله : وهذا تأويل بعيد جداً من لفظ الإمام أحمد رحمه الله . فإن كلام الإمام أحمد ـ في رواية ابن هانىء ، وحرب ، ويعقوب بن بختان ـ « إذا زوج عبده من أمته ، ثم أعتقهما : لا يجوز أن يجتمعا حتى يجددا النكاح » .

فرواه الثلاثة بلفظ الواحد . وهو « أنه زوج عبده من أمته » ثم قوله « حتى يجدد النكاح » مع قوله « زوج » صريح في أنه نكاح لا تَسَرٍّ .

قال : وللبطلان وجه دقيق ، وهو : أنه إنما زوجها بحكم الملك لهما . وقد زال ملكه عنهما . بخلاف تزويجها لعبد غيره .

ولهذا كان في وجوب المهر في هذه المسألة نزاع .

فقيل : لا يجب المهر بحال .

وقيل : يجب ويسقط .

والمنصوص : أنه يجب . ويتبع به بعد العتق . بخلاف تزويجها لعبد غيره . انتهى .

باب حكم العيوب فى النكاح

قوله ﴿ فإنِ اخْتَلَفَا فِى إمْكَانِ الجِمَاعِ بِالْبَاقِى ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الخلاصة ، والكافى ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى الفروع : قُبل قولها فى الأصح .

ويحتمل أن القول قوله . وهو لأبى الخطاب . واختاره بعض الأصحاب .

ومحله : ما لم تكن بكراً . صرح به فى المحرر ، وغيره . وهو واضح . وأطلقهما فى البلغة .

قوله ﴿ الثَّانى : أَنْ يَكُونَ عِنِّينًا لاَ يُمْكِنُهُ الْوَطْءُ ﴾ .

العنين : هو الذى لا يمكنه الوطء . على الصحيح من المذهب .

وقيل : هو الذى له ذكر ولكنه لا ينتشر .

قوله ﴿ فَإنِ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ : أُجِّلَ سَنَةً مُنْذُ تَرَافُعِهِ . فإنْ وَطِىءَ فِيهَا ، وَإلاَّ فَلَهَا الفَسْخُ ﴾ .

إذا اعترف بالعُنَّة ، أو أقامت هى بينة بها : أجل سنة . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم : صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والبلغة ، والشرح ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى الفروع : هذا المذهب .

قال الزركشى : هذا المذهب المنصوص ، والمختار لعامة الأصحاب . انتهى .

واختار جماعة من الأصحاب : أن لها الفسخ فى الحال . منهم : أبو بكر فى التنبيه ، والمجد فى المحرر .

تنبيه : مفهوم قوله « و إن اعترف بذلك أجل » أنه لو أنكر لا يؤجل مالم تقم بينة . وهو صحيح . وهو المذهب . اختاره القاضى فى التعليق .

قال فى الفروع : والأصح لا يؤجل .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقيل : يؤجل . وقدمه فى النظم .

وهو ظاهر كلام الخرقى . وقاله القاضى فى التعليق أيضاً فى موضع آخر .

وعنه : يؤجل للبكر .

فعلى المذهب : يحلف . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ويحلف فى الأصح .

قال الزركشى : يحلف . على الصحيح من الوجهين . وجزم به فى المنور .

وقدمه فى المستوعب ، والمحرر ، والنظم .

وقيل : لا يحلف .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والرعايتين والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال القاضى : الوجهان مبنيان على دعوى الطلاق .

فعلى المذهب : لو نكل أجل . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المنور والزركشى .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقيل : ترد اليمين . فيحلف و يؤجل .

فائدتان

إحداهما : المراد بالسَّنة هنا : السنة الهلالية اثنى عشر شهراً هلالياً .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : هذا هو المفهوم من كلام العلماء . فإنهم حيث أطلقوا « السنة » أرادوا بها الهلالية .

قال : ولكن تعليلهم بالفصول يوهم خلاف ذلك .

قال ابن رجب : وقرأت بخط ولد أبي المعالي ابن منجا ـ يحكي عن والده ـ أن المراد بالسنة هنا : هي الشمسية الرومية ، وأنها هي الجامعة للفصول الأربعة التي تختلف الطباع باختلافها ، بخلاف الهلالية .

قال : وما أظنه أخذ ذلك إلا من تعليل الأصحاب ، لا من تصريحهم به . انتهى .

قلت : الخطب في ذلك يسير ، والمدة متقاربة . فإن زيادة السنة الشمسية على السنة الهلالية أحد عشر يوماً وربع يوم ، أو خمس يوم .

الثانية : لو اعتزلت المرأة الرجل : لم تحتسب عليه من المدة . ولو عزل نفسه أو سافر : احتسب عليه ذلك . ذكره في البلغة .

وذكر في عمد الأدلة احتمالين . هل يحتسب عليه في مدة نشوزها ، أم لا ؟ ووقع للقاضي في خلافه تردد .

وذكر فيه أيضاً : أنه لا يحتسب عليه بمدة الرجعة .

تنبيه : شمل قوله ﴿ فَإِنِ اعْتَرَفَتْ أَنَّهُ وَطِئَهَا مَرَّةً : بَطَلَ كَوْنُهُ عِنِّينًا ﴾ الوطء في الحيض ، والإحرام ، وغيرهما . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : لا يبطل كونه عنيناً بوطئه في الحيض والإحرام .

قال القاضى : هذا قياس المذهب .

قلت : هذا ضعيف جداً .

فائدتان

إحداهما : يكفى فى زوال «العُنَّة» تغييب الحشفة . على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : يشترط إيلاجه جميعه . قطع به القاضى فى الجامع . ونقله عنه ابن عقيل .

فعلى الأول : يكفى تغييب قدر الحشفة من الذكر المقطوع . قدمه فى الرعاية الكبرى ، والزركشى .

وقيل : يشترط إيلاج بقيته . قاله القاضى فى الجامع . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وذكر الوجهين فى المجرد .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

الثانية : لو وطئها فى الردة : لم تزل به العنة .

ذكره القاضى محل وفاق مع الشافعية .

قلت : ظاهر كلام كثير من الأصحاب : زوالها بذلك . وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِئَهَا فِى الدُّبُرِ ، أَوْ وَطِىءَ غَيْرَهَا : لَمْ تَزُلْ الْعُنَّةُ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره القاضى ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والشرح ، والرعايتين ، وغيرهم .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَزُولَ ﴾ وهو وجه .

قال فى الهداية : ويخرج على قول الخرقى : أنها تزول .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب : لم تزل العنة على قول الخرقى وجزم به فى المنور .

وهو مقتضى قول أبى بكر . واختاره ابن عقيل .

وهو ظاهر ماجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . فإنه قال : وتزول بإيلاج الحشفة فى فرج .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، والفروع .

وقال : لاختلاف أصحابنا فى إمكان طريان العنة ، على مافى الترغيب ، وغيره . وعلى مافى المغنى ، وغيره : ولو أمكن ، لأنه بمعناه . ولهذا جزم بأنه لو عجز لِكِبَرٍ ، أو مرض لايرجى برؤه : ضُربت المدة . انتهى .

قلت : وهو الصواب .

قال فى البلغة : اختلف أصحابنا : هل يمكن طريانها ؟ على وجهين .

وينبنى عليها : لو تعذر الوطء فى إحدى الزوجتين ، أو كان يمكن فى الدبر دون غيره .

قال فى الرعايتين : وإن وطىء غيرها ، أو وطئها فى الدبر ، أو فى نكاح آخر : لم تزل عنته . لأنها قد تطرأ فى الأصح .

وقيل : تزول ، كمن أقرت أنه وطئها فى هذا النكاح .

قال الزركشى : ولعل هذين الوجهين مبنيان على تصور طريان العنة .

وقد وقع للقاضى ، وابن عقيل : أنها لاتطرأ . وكلامهما هنا يدل على طريانهما قوله ﴿ وَإِنِ ادَّعَى أَنَّهُ وَطِئَهَا . وَقَالَتْ : إِنَّهَا عَذْرَاءُ . وَشَهِدَتْ بِذَلِكَ امْرَأَةٌ ثِقَةٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه يكفى شهادة امرأة ثقة . كالرضاع . وعليه الأصحاب

قال الزركشى : هى المشهورة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المستوعب ، والرعاية ، والزركشى ، وغيرهم .

وعنه : لايقبل إلا اثنتان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

فلو قال « أزلت بكارتها ، ثم عادت » وأنكرت هى : كان القول قولها . بلا نزاع . ويحلف . على الصحيح من المذهب .

قطع به القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن الجوزى فى المذهب ، ومسبوك الذهب والسامرى فى المستوعب ، وأبو المعالى فى الخلاصة ، والمجد ، وغيرهم .

وقيل : لايمين عليها . ويحتمله كلام الخرقى ، وابن أبى موسى . قاله الزركشى .

فائدة : لو تزوج بكراً ، فادعت أنه عنين ، فكذبها ، وادعى أنه أصابها ، وظهرت ثيباً ، فادعت أن ثيوبتها بسبب آخر : فالقول قول الزوج . ذكره الأصحاب .

قال فى القاعدة الثالثة عشر : ويتخرج فيه وجه آخر .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّباً . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ﴾ .

هذا إحدى الروايات . جزم به فى العمدة ، والوجيز ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

واختاره القاضى فى كتاب الروايتين ، والمصنف ، والشارح ، وابن عبدوس ، فى تذكرته .

وعنه : القول قولها . وهو المذهب .

قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال الخرقى : يُخلَّى معها فى بيت ، ويقال له : أخرج ماءك على شىء . فإن ادعت أنه ليس بمنىٍّ : جعل على النار . فإن ذاب : فهو مَنِىٌّ ، وبطل قولها .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . نقلها مهنا ، وأبو داود ، وأبو الحارث وغيرهم .

واختارها القاضى ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى . وجزم به ناظم المفردات . وهو منها .

فعلى هذا : لو ادعت أنه مَنِيُّ غيره . فقال فى المبهج : القول قولها .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية أبي داود ـ : أن القول قوله .

قلت : وهو الصواب .

وقال أبو بكر فى التنبيه : يزوج امرأة من بيت المال .

قال القاضى : لها دين .

وقال المصنف : لها حظ من الجمال .

فإن ذكرت أنه قربها : كذبت الأولى . وخيرت الثانية فى الإقامة والفراق . ويكون الصداق من بيت المال . وإن كذبته فرق بينه وبين الأولى ، وكان الصداق عليه من ماله .

واعتمد فى ذلك على أثر رواه عن سمرة . وضعفه الأصحاب وردوه . منهم المصنف .

تنبيه : اعلم أن المجد ، ومن تابعه : خص الرواية الثانية بما إذا ادعى الوطء بعد ماثبتت عنته وأجل . لأنه انضم إلى عدم الوطء : وجود مايقتضى الفسخ .

وجعلوا ـ على هذه الرواية ـ إذا ادعى الوطء ابتداء ، وأنكر العنة : أن القول قوله مع يمينه . وهى طريقة صاحب الفروع .

قال الزركشى : وأطلق هذه الرواية جمهور الأصحاب . ولفظها يشهد لهم . فإنه قال : إذا ادعت المرأة أن زوجها لايصل إليها : استحلفت . انتهى .

فائدة : لو ادعت زوجة مجنون عنته : ضربت له مدة . عند ابن عقيل .

قلت : وهو الصواب .

وعند القاضى : لاتضرب . وأطلقهما فى الفروع .

وهل تبطل بحدوثه ، فلا يفسخ الولى ؟ فيه الوجهان . قاله فى الفروع .

قوله ﴿ الْقِسْمُ الثَّانِي : يَخْتَصّ النِّسَاءَ . وَهُوَ شَيْئَانِ . الرَّتَقُ . وَهُوْ

كَوْنُ الفَرْجِ مَسْدُودًا مُلْتَصِقًا ، لاَ مَسْلَكَ لِلذَّكَرِ فِيهِ . وكَذَلِكَ القَرَنُ وَالعَفَلُ وَهُوَ لَحْمٌ يَحْدُثُ فِيهِ يَسُدُّهُ ﴾ .

فجعل «الرتق» السد ، وجعل « القرن ، والعفل » لحماً يحدث فى الفرج . فهما فى معنى « الرتق » إلا أنهما نوع آخر .

وهو قول القاضى فى المجرد . وتبعه أبو الخطاب ، وابن عقيل ، وصاحب الخلاصة . وقدمه فى الرعايتين .

وجعل القاضى فى الخلاف الثلاثة : لحماً ينبت فى الفرج .

ويحتمله كلام المصنف هنا . وهو ظاهر كلامه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقال أبو حفص : « العفل » رغوة تمنع لذة الوطء . وهو بعض القول الذى حكاه المصنف .

قال فى الرعاية ـ بعد هذا القول ـ : فإذن لا فسخ له فى وجه .

وقال الزركشى : و إذن فى ثبوت الخيار به وجهان . وأطلقهما فى الفروع أيضاً .

قلت : الصواب ثبوته بذلك ، وهو ظاهر كلام المصنف وغيره .

وقيل : « القرن » عظم وهو من تتمة القول الذى ذكره المصنف .

وجزم به فى المذهب ، ومسبوك الذهب . وقدمه فى المستوعب .

قال صاحب المطلع ، والزركشى : هو عظم أو غدة تمنع من ولوج الذكر .

وقالا « العفل » شىء يخرج من فرج المرأة ، وحَيَا الناقة ، شبيه بالأُدْرَة التى للرجال فى الخِصْية . وعلى كلا الأقوال : يثبت به الخيار على الصحيح .

وقال فى الرعاية الكبرى : فإذن لا فسخ له فى وجه . كما قال فى « العفل» .

قوله ﴿ والثَّانِي : الفَتْقُ . وَهُوَ انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ السَّبِيلَيْنِ . وقِيلَ : انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ مَخْرَجِ الْبَوْلِ وَالمَنِيِّ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والبلغة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، وغيرهم .

وقال فى الخلاصة : هو انخراق ما بين القبل والدبر ، أو ما بين مخرج البول والمنى .

وجزم فى المحرر ، والوجيز ، والفروع : أن « الفتق » انخراق مابين السبيلين .

وقدم فى الكافى : أن « الفتق » انخراق مابين مخرج البول والمنى .

وثبوت الخيار فى « الفتق » من مفردات المذهب .

إذا علمت ذلك : فانخراق مابين السبيلين يثبت للزوج الخيار . بلا خلاف أعلمه .

قال فى الروضة : أو وجد اختلاطهما لعلة . لأن النفس تعافه أكثر .

وأما انخراق مابين البول والمنى : فالصحيح أيضاً من المذهب : أنه يثبت به للزوج الخيار .

قال فى الهداية ، والمستوعب : يثبت به الخيار عند أصحابنا .

وجزم به فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمنور . وهو ظاهر ماقدمه فى الكافى .

وقيل : لايثبت به خيار . وهو ظاهر ماقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير وشرح ابن منجا ، والمصنف .

وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والزركشى .

قوله ﴿ القِسْمُ الثَّالِثُ : مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا . وَهُوَ : الجُذَامُ ، وَالبَرَصُ ، وَالجُنُونُ ، سَوَاءٌ كَانَ مُطبِقًا ، أَوْ يُخْنَقُ فِي الأَحْيَانِ ﴾ .

وقال فى الواضح : جنون غالب .

وقال فى المغنى : أو إغماء ، لا إغماء مريض لم يدم .

قال الزركشى : فإن زال العقل بمرض فهو إغماء لا يثبت خياراً .

فإن دام بعد المرض فهو جنون .

قوله ﴿ وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي الْبَخَرِ ، وَاسْتِطْلَاقِ الْبَوْلِ ، وَالنَّجْوِ ، وَالقُرُوحِ السَّيَّالَةِ فِي الفَرْجِ ، وَالنَّاسُورِ ، والْبَاسُورِ[1] ، وَالْخِصْيِ . وهُوَ قَطْعُ الْخُصْيَتَيْنِ ، والسَّلِّ ، وهُوَ سَلُّ البَيْضَتَيْنِ ، وَالْوَجْءِ وَهُوَ رَضُّهُمَا : وَفِي كَوْنِهِ خُنْثَى ، وَفِيمَا إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْبًا بِهِ مِثْلُهُ ، أَوْ حَدَثَ بِهِ العَيْبُ بَعْدَ العَقْدِ . هَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، وتجريد العناية ، والحاوى الصغير ، والزركشى .

وأطلقهما فى الرعايتين ، فيما سوى الخصى والسل والوجء .

وأطلقهما فى البلغة فى الجميع ، إلا فيما إذا حدث به عيب بعد العقد .

وأطلق فى المستوعب ، وشرح ابن رزين : الخلاف فيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله .

وأطلق فى المذهب الخلاف فى الخَصْي ، والسَّلِّ ، والوَجْء .

و إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله .

أحدهما : يثبت الخيار فى ذلك كله . جزم به فى الوجيز . وصححه فى التصحيح ، واختاره ابن القيم .

وصححه فى النظم فيما إذا حدث العيب بعد العقد .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته فى غير ما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله ، أو حدث العيب بعد العقد .

واختاره أبو البقاء فى الجميع . وزاد : وكل عيب يرد به المبيع .

قال الزركشى : وهو غريب .

(١) قال الأزهرى : الناسور ، والباسور : بالسين والصاد .

وقال أبو بكر ، وأبو حفص : يثبت الخيار فيما إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا نحوه .

قال أبو الخطاب : فيخرج على ذلك من به باسور ، وناسور ، وقروح سيالة فى الفرج .

قال أبو حفص : والخصاء عيب يرد به .

وقال أيضاً أبو بكر ، وابن حامد : يثبت الخيار بالبخَر .

وقال فى المستوعب : إذا وجد أحد الزوجين خنثى فله الخيار فى أظهر الوجهين .

واختار القاضى فى تعليقه الجديد ـ قاله الزركشى ، وصاحب المجرد . قاله الناظم والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى ، والمصنف ، والشارح ـ ثبوت الخيار فيما إذا حدث العيب بعد العقد . وهو ظاهر كلام الخرقى فيه .

وقدم فى الرعايتين : ثبوت الخيار بالخصى والسل والوجء .

وصحح فى المذهب ثبوت الخيار فى البخر ، واستطلاق البول والنجو ، والبخر ، والناسور ، والباسور ، والقروح السيالة فى الفرج ، والخنثى المشكل . وحدوث هذه العيوب بعد العقد .

والوجه الثانى : لا يثبت الخيار بذلك كله . وهو مفهوم كلام الخرقى . لأنه ذكر العيوب التى يثبت بها الخيار فى فسخ النكاح . ولم يذكر شيئاً من هذه .

وقدم ابن رزين فى شرحه غير ماتقدم إطلاق الخلاف فيه .

و إليه ميل المصنف ، والشارح ، فى غير حدوث العيب بعد العقد .

وظاهر كلام أبى حفص : أنه لا يثبت الخيار بالبخر مع كونه عيباً .

وذكر القاضى فى المجرد : لو حدث به عَيب بعد العقد لا يملك به الفسخ . قاله الزركشى . وهو مناقض لما تقدم عنه فيه .

واختاره أيضاً فى التعليق القديم .

اختاره أبو بكر فى الخلاف ، وابن حامد ، وابن البنا . وصححه فى البلغة .

وقدمه فى النظم .

تنبيهات

أحدها : قوله ـ فى البخر ـ « وهو نتن الفم » هو الصحيح .

قال ابن منجا : هذا المذهب . واختاره أبو بكر . وقدمه فى المغنى ، والبلغة ، والشرح ، والرعايتين .

وقال ابن حامد : نتن فى الفرج يثور عند الوطء .

قال المصنف ، والشارح : إن أراد أنه يسمى بخراً و يثبت به الخيـار ، و إلا فلا معنى له . لأن نتن الفم يمنع مقاربة صاحبه إلا على كره .

وقال فى الفروع : البخر يشملهما .

وقال فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم : فى كل منهما وجهان فى ثبوت الخيار به .

وجزم ابن عبدوس فى تذكرته بثبوت الخيار بهما .

وقال فى المستوعب ـ بعد أن ذكر الخلاف بين أبى بكر وابن حامد ـ : وعلى قول أبى بكر ، وابن حامد : يثبت الخيار .

وظاهر كلام الخرقى ، وأبى حفص : أنه عيب لايثبت به خيار .

الثانى : ظاهر قوله ﴿ وَفِى كَوْنِهِ خُنْثَى ﴾ أنه سواء كان مشكلا ـ وقلنا يجوز نكاحه ـ أو غير مشكل . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع . وقال : قاله جماعة .

وجزم به فى المستوعب ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقال فى الفروع : وخصه فى المغنى بالمشكل . وفى الرعاية عكسه .

قلت : ظاهر كلامه فى المغنى : يخالف ماقال . فإنه قال : وفى البخر ، وكون أحد الزوجين خنثى : وجهان . وأطلق الخنثى .

وقال فى الرعايتين : و بكون أحدهما خنثى غير مشكل أو مشكلا . وصح نكاحه فى وجه . انتهى .

فما نقله المصنف عنهما مخالف لما هو موجود فى كتابيهما . والله أعلم .

وقال فى المحرر ، والوجيز ، والحاوى الصغير « وكون أحدهما خنثى غير مشكل » فخصوا « الخنثى » بكونه غير مشكل ، وخصه فى المذهب بكونه مشكلا .

الثالث : كثير من الأصحاب حكوا الخلاف فى ذلك كله وجهين .

وحكى ابن عقيل فى البخر روايتين .

وحكى فى الترغيب ، والبلغة ـ فيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله ـ روايتين .

الرابع : ظاهر كلام المصنف : أن ماعدا ماذكره لا يثبت به خيار .

وكذا قال الشارح ، والزركشى .

وأطلق فى الفروع فى ثبوت الخيار بالاستحاضة ، والقَرَع فى الرأس ـ إذا كان له ريح منكرة ـ الوجهين .

وأطلقهما فى الاستحاضة فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يثبت بالاستحاضة الفسخ فى أظهر الوجهين .

قلت : الصواب ثبوت الخيار بذلك .

وألحق ابن رجب بالقرع روائح الإبط المنكرة التى تثور عند الجماع .

وأجرى فى الموجز الخلاف فى بول الكبير فى الفراش .

واختار ابن عقيل فى الفصول : ثبوت الخيار بنضو الخلق ، كالرتق .

واختار ابن حمدان ثبوت الخيار فيما إذا كان الذكر كبيراً والفرج صغيراً .

وعن أبى البقاء العكبرى : ثبوت الخيار بكل عيب يرد به المبيع ، كما تقدم قريباً .

وقال أبو البقاء أيضاً : لو ذهب ذاهب إلى أن الشيخوخة فى أحدهما يفسخ بها : لم يبعد .

وقال ابن القيم رحمه الله فى الهدى ـ فيمن به عيب ، كقطع يد أو رجل ، أو عمى ، أو خرس ، أو طرش ، وكل عيب ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة ـ : يوجب الخيار ، وأنه أولى من البيع . و إنما ينصرف الإطلاق إلى السلامة . فهو كالمشروط عرفاً . انتهى .

قلت : وما هو ببعيد . وما فى معناه إن لم يكن دخل فى كلامه مَنْ عُرِف بالسرقة .

ونقل ابن منصور : إذا كان عقيما : أعجب إلىَّ أن يبين لها .

ونقل حنبل : إذا كان به جنون أو وسواس ، أو تغير فى عقل ، وكان يعبث و يؤذى : رأيت أن أفرق بينهما . ولا يقيم على هذا .

الخامس : مفهوم قوله « و إن وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله » أنه إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به من غير جنسه : ثبت به الخيار . وهو صحيح . وهو المذهب .

قال فى البلغة ، والفروع : والأصح ثبوته إن تغايرت . ولم يستثن شيئاً .

و يستثنى من ذلك : إذا وجد المجبوب المرأة رتقاء .

قال المصنف ، والشارح : فينبغى أن لا يثبت لها الخيار .

وقيل : حكمه كالمماثل . وقدمه فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ وَقْتَ العَقْدِ ، أَوْ قَالَ : قَدْ رَضِيتُ بِهِ مَعِيبًا أَوْ وُجِدَ مِنْهُ دِلَالَةً عَلَى الرِّضَى : مِنْ وَطْءٍ ، أَوْ تَمْكِينٍ . مَعَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ : فَلَا خِيَارَ لَهُ ﴾ .

بلا خلاف فى العلم بالعيب ، أو الرضى به . وأما التمكين : فيأتى .

فائدة : خيار العيوب على التراخى . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح ، والمجد ، وابن عبدوس ، وغيرهم .

قال فى البلغة : هذا أظهر الوجهين .

قال الناظم : هذا أقوى الوجهين . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : هو على الفور .

وقاله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وابن البنا فى الخصال .

قال ابن عقيل ، ومعناه : أن المطالبة بحق الفسخ تكون على الفور . فمتى أخر ما لم تجر العادة به : بطل ، لأن الفسخ على الفور .

فعلى المذهب : لايبطل الخيار إلا بمايدل على الرضى : من الوطء ، والتمكين مع العلم بالعيب ، أو يأتى بصريح الرضى .

قال الزركشى : وجزم به المصنف هنا وغيره .

قال المجد : لايسقط خيار العُنة إلا بالقول ، فلا يسقط بالتمكين من الاستمتاع ونحوه . وجزم به فى الوجيز ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لم نجد هذه التفرقة لغير المجد .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ الفَسْخُ إلاَّ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ﴾ .

فينفسخ بنفسه ، أو يرده إلى من له الخيار . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية ، وغيرها . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الموجز : يتولاه الحاكم .

وقال الشيخ تقى الدين : ليس هو الفاسخ ، وإنما يأذن ويحكم به . فمتى أذن أو حكم لأحد باستحقاق عقد أو فسخ ، فعقد أو فسخ : لم يحتج بعد ذلك إلى حكم

بصحته بلا نزاع . لكن لو عقد هو أو فسخ فهو كفعله ، فيه الخلاف . و إن عقد المستحق أو فسخ بلا حكم ، فأمر مختلف فيه ، فيحكم بصحته .

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله : جواز الفسخ بلا حكم فى الرضى بعاجز عن الوطء ، كعاجز عن النفقة .

قال فى القاعدة الثالثة والستين : ورجح الشيخ تقى الدين أن جميع الفسوخ لاتتوقف على حكم حاكم .

فائدة : لو فسخ ـ مع غيبته ـ فى الانتصار : الصحة وعدمها .

وقال فى الترغيب : لايُطَلِّق على عنين كمولٍ فى أصح الروايتين .

قوله ﴿ فَإِنْ فَسَخَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلاَ مَهْرَ ، وَإِنْ فَسَخَ بَعْدَهُ : فَلَهَا الْمَهْرُ الْمُسَمَّى ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره . ونصره المصنف ، والشارح . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والخلاصة ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : عنه مهر المثل . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

و بنى القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول : هاتين الروايتين على الروايتين فى النكاح الفاسد : هل الواجب فيه المسمى ، أو مهر المثل ؟ على مايأتى فى آخر الصداق .

وقيل : يجب مهر المثل فى فسخ النكاح بشرط أو عيب قديم . لا بما إذا حدث العيب بعد العقد .

قلت : وهو قوى . وقيد المجد الرواية بهذا .

وقيل : فى فسخ الزوج بعيب قديم ، أو بشرط : ينسب قدر نقص مهر المثل ، لأجل ذلك إلى مهر المثل كاملا . فيسقط من المسمى بنسبته ، فسخ أو أمضى .

وقاسه القاضى ـ فى الخلاف ـ على المبيع المعيب .

وحكاه ابن شاقلا فى بعض تعاليقه عن أبى بكر .

واختاره ابن عقيل . ويحتمله كلام الشيرازى . ورجحه الشيخ تقى الدين .

قلت : وفيه قوة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً : وكذلك إن ظهر الزوج معيباً . فللزوجة الرجوع عليه بنقص مهر المثل . وكذا فى فوات شرطها .

قال ابن رجب : وقد ذكر الأصحاب مثله فى الغبن فى البيع فى باب الشفعة .

فائدة : الخلوة هنا كالخلوة فى النكاح الذى لا خيار فيه .

قوله ﴿ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، مِنَ الْمَرْأَةِ وَالْوَلِيِّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الخلاصة ، والرعايتين ، والفروع : ويرجع على الغار ، على الأصح .

قال المصنف فى المغنى : والصحيح أن المذهب رواية واحدة .

قال الشارح : هذا المذهب .

قال الزركشى : هذا المشهور ، والمختار من الروايتين .

وجزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وعنه : لا يرجع . اختاره أبو بكر فى الخلاف . وهو قول على رضى الله عنه .

وقد روى عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه رجع عن هذه الرواية .

قال فى رواية ابن الحكم : كنت أذهب إلى قول على بن أبى طالب رضى الله عنه ، ثم هبته . فملت إلى قول عمر رضى الله عنه .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

فائدة : قوله ﴿ وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ مِنَ الْمَرْأَةِ وَالْوَلِيِّ ﴾ .

وكذلك الوكيل . وهذا المذهب .

فعلى هذا : أيُّهم انفرد بالتغرير ، ضمن .

فلو أنكر الولى عدم علمه بذلك ولا بينة : قبل قوله مع يمينه . وهو المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وغيرهم .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : فإن أنكر الغارُّ علمه به ـ ومثله يجهله وحلف ـ : برىء .

واستثنى من ذلك إذا كان العيب جنونا .

وقيل : القول قول الزوج إلا فى عيوب الفرج .

وقيل : إن كان الولى مما يخفى عليه أمرها ، كأباعد العصبات : فالقول قوله . وإلا فالقول قول الزوج .

اختاره القاضى ، وابن عقيل . إلا أنه فصل بين عيوب الفرج وغيرها . فسوى بين الأولياء كلهم فى عيوب الفرج ، بخلاف غيرها . وأطلقهن الزركشى .

وقال فى الفروع : ويقبل قول الولى فى عدم علمه بالعيب . فإن كان ممن له رؤيتها : فوجهان .

وأما الوكيل ـ إذا أنكر العلم بذلك ـ : فينبغى أن يكون القول قوله مع يمينه . بلا خلاف .

وأما المرأة : فإنها تضمن إذا غرته . لكن يشترط لتضمينها : أن تكون عاقلة . قاله ابن عقيل . وشرط مع ذلك أبو عبد الله ابن تيمية بلوغها .

فعلى هذا : حكمها ـ إذا ادعت عدم العلم بعيب نفسها ، واحتمل ذلك ـ حكم الولى على ماتقدم . قاله الزركشى .

فائدتان

إحداهما : لو وجد التغرير من المرأة والولى . فالضمان على الولى ، على قول القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم . لأنه المباشر .

وقال المصنف ـ فيما إذا كان الغرر من المرأة والوكيل ـ: الضمان بينهما نصفان . فيكون فى كل من الولى والوكيل قولان .

وتقدم نظيرها فى الغرر بالأمة على أنها حرة .

الثانية: مثلها فى الرجوع على الغار : لو زوج امرأة فأدخلوا عليه غيرها . ويلحقه الولد ، ويجهز زوجته بالمهر الأول . نص على ذلك .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِوَلِيِّ صَغِيرَةٍ ، أَوْ مَجْنُونَةٍ ، أَوْ سَيِّدِ أَمَةٍ تَزْوِيجُهَا مَعِيبًا ، وَلَا لِوَلِيِّ كَبِيرَةٍ تَزْوِيجُهَا بِهِ بِغَيْرِ رِضَاهَا ﴾ .

بلا نزاع . من حيث الجملة ، لكن لو خالف وفعل فثلاثة أوجه .

أحدها : الصحة مع جهله به . وهو المذهب .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح ابن رزين .

وهو ظاهر الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

والثانى : لا يصح مطلقاً . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح . وصححه فى النظم .

والثالث : يصح مطلقاً .

فعلى المذهب : هل له الفسخ إذن ، أو ينتظرها ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : له الفسخ إذا علم . قدمه فى المغنى ، والشرح .

والوجه الثانى : ينتظرها .

وذكر فى الرعاية : الخلاف إن أجبرها بغير كفء . وصححه فى الإيضاح ، مع جهله ، وتُخيَّر .

وذكر فى الترغيب ـ فى تزويج مجنون أو مجنونة بمثله ، وملك الولى الفسخ ـ وجهين .

قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَارَتِ الْكَبِيرَةُ نِكَاحَ مَجْبُوبٍ ، أَوْ عِنِّينٍ : لَمْ يَمْلِكْ مَنْعَهَا ﴾ .

هذا المذهب . اختاره القاضى ، وغيره . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه فى النظم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : له منعها . قال المصنف : هذا أولى .

قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَارَتْ نِكَاحَ مَجْنُونٍ ، أَوْ مَجْذُومٍ ، أَوْ أَبْرَصَ : فَلَهُ مَنْعُهَا فِى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ﴾ وهو المذهب .

قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفروع : فله منعها فى الأصح .

قال فى المغنى ، والشرح : هذا أولى الوجهين .

وقدمه ابن رزين فى شرحه ، وقال : هذا أظهر . وصححه فى النظم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقيل : لا يملك منعها .

فائدتان

إحداهما : الذى يملك منعها : وليها العاقد للنكاح . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

وقيل : لبقية الأولياء المنع . كما قلنا فى الكفاءة .

قلت : وهو أولى . وجزم به ابن رزين فى شرحه .

الثانية : قوله ﴿ وَإِنْ عَلِمَتْ الْعَيْبَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ حَدَثَ بِهِ : لَمْ يَمْلِكْ إِجْبَارَهَا عَلَى الْفَسْخِ ﴾ .

بلا نزاع . لأن حق الولى فى ابتدائه ، لا فى دوامه . قاله الأصحاب .

باب نكاح الكفار

قوله ﴿ وَحُكْمُهُ حُكْمُ نِكَاحِ الْمُسْلِمِينَ ، فِيمَا يَجِبُ بِهِ ، وَتَحْرِيمِ الْمُحَرَّمَاتِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، وقطع به أكثرهم .

وقال فى الترغيب : حكمه حكم نكاح المسلمين فى ظاهر المذهب .

قوله ﴿ وَيُقَرُّونَ عَلَى الأَنْكِحَةِ الْمُحَرَّمَةِ ، مَا اعْتَقَدُوا حِلَّهَا ، وَلَمْ يَرْتَفِعُوا إِلَيْنَا ﴾ .

هذا المذهب بهذين الشرطين . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه : فى مجوسى تزوج كتابية ، أو اشترى نصرانية : يحول الإمام بينهما .

فيخرج من هذا : أنهم لا يقرون على نكاح محرم .

وهو لأبى الخطاب فى الهداية ، قال فى المحرر ، وغيره : لا يقرون على مالا مساغ له فى الإسلام . كنكاح ذات المحارم ، ونكاح المجوسى الكتابية ونحوه .

وتقدم فى باب المحرمات فى النكاح « هل يجوز للمجوسى نكاح الكتابية ؟ » .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : والصواب : أن أنكحتهم المحرمة فى دين الإسلام حرام مطلقاً . فإذا لم يسلموا عوقبوا عليها . وإن أسلموا عفى لهم عنها لعدم اعتقادهم تحريمها .

وأما الصحة ، والفساد ، فالصواب : أنها صحيحة من وجه ، فاسدة من وجه . فإن أريد بالصحة : إباحة التصرف . فإنما يباح لهم بشرط الإسلام . وإن أريد نفوذه ، وترتب أحكام الزوجية عليه ـ من حصول الحل به للمطلق ثلاثاً . ووقوع الطلاق فيه ، وثبوت الإحصان به ـ فصحيح .

وهذا مما يقوى طريقة من فرق بين أن يكون التحريم لعين المرأة ، أو لوصف لأن ترتب هذه الأحكام على نكاح المحارم بعيد جداً .

وقد أطلق أبو بكر ، وابن أبى موسى وغيرهما : صحة أنكحتهم ، مع تصريحهم بأنه لا يحصل الإحصان بنكاح ذوات المحارم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى أيضاً : رأيت لأصحابنا فى أنكحتهم أربعة أقوال :

أحدها : هى صحيحة . وقد يقال : هى فى حكم الصحة .

والثانى : ما أقروا عليه فهو صحيح ، ومالم يقروا عليه فهو فاسد . وهو قول القاضى فى الجامع ، وابن عقيل ، وأبى محمد .

والثالث : ماأمكن إقرارهم عليه فهو صحيح ، ومالا فلا .

والرابع : أن كل مافسد من مناكح المسلمين : فسد من نكاحهم . وهو قول القاضى فى المجرد . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فِى أَثْنَائِهِ ـ يعنى : إذا أسلموا وترافعوا إلينا فى أثناء العقد ـ لَمْ نَتَعَرَّضْ لِكَيْفِيَّةِ عَقْدِهِمْ ، بَلْ إِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مِمَّنْ لاَ يَجُوزُ ابْتِدَاءُ نِكَاحُهَا ، كَذَاتِ مَحْرَمِهِ ، وَمَنْ هِىَ فِى عِدَّتِهَا ، أَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِى نِكَاحِهَا مَتَى شَاءَ ، أَوْ مُدَّةً هُمَا فِيهَا ، أَوْ مُطْلَقَتِهِ ثَلاَثًا : فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَإِلاَّ أُقِرَّا عَلَى النِّكَاحِ ﴾ .

إذا أسلموا أو ترافعوا إلينا فى أثناء العقد ، والمرأة ممن لايجوز ابتداء نكاحها : فرق بينهما مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لايفسخ إلا مع مفسد ، مؤبد أو مجمع عليه .

فلو تزوجها ، وهى فى عدتها . وأسلما أو ترافعا إلينا . فإن كان تزوجها فى عدة مسلم : فرق بينهما . بلا نزاع .

و إن كان فى عدة كافر. فجزم المصنف هنا : أنه يفرق بينهما . وهو المذهب . نص عليه . وجزم به فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، وغيرهم .

وعنه: لايفرق بينهما . نص عليه . صححه فى النظم . وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وأطلقهما فى المذهب ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفروع .

تنبيه : شمل كلامه : ولو كانت حبلى من زنا قبل العقد . وهو أحد الوجهين أو الروايتين .

أحدهما : يفرق بينهما . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

جزم به فى المنور . وهو الصواب .

والثانى : لايفرق بينهما . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وأما إذا شرط الخيار فى نكاحها متى شاء ، أو مدة هما فيها . فجزم المصنف بأن يفرق بينهما . وهو المذهب .

جزم به فى الخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والبلغة ، والشرح ، والوجيز وغيرهم . وجزم به فى المذهب فى الأولى .

وقيل : لايفرق بينهما . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وأما إذا استدام مطلقته ثلاثة ، وهو معتقد حله : فجزم المصنف أنه يفرق بينهما . وهو المذهب .

قال فى الفروع : لم يقر على الأصح .

وجزم به فى الخلاصة ، والمنور ، والوجيز وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : لا يفرق بينهما . واختاره فى المحرر فيما إذا أسلما .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وَإِنْ قَهَرَ حَرْبِيٌّ حَرْبِيَّةً فَوَطِئَهَا ، أَوْ طَاوَعَتْهُ وَاعْتَقَدَاهُ نِكَاحًا : أُقِرَّا ، وَإِلَّا فَلَا ﴾ .

أنه لو فعل ذلك أهل الذمة : أنهم لا يقرون عليه . وهو ظاهر كلام غيره . وصرح به فى الترغيب . وجزم به البلغة .

ظاهر كلام المصنف فى المغنى ، والشارح : أنهم كأهل الحرب .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ مُسَمًّى صَحِيحًا ، أَوْ فَاسِدًا قَبَضَتْهُ : اسْتَقَرَّ ﴾

وهذا بلا نزاع . لكن لو أسلما ، فانقلبت خمر خلا ، وطلق : فهل يرجع بنصفه أم لا ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب رجوعه بنصفه .

ولو تلف الخل ، ثم طلق . ففى رجوعه بنصف مثله : احتمالان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب رجوعه بنصف مثله . لأنه مثلى .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا لَمْ تَقْبِضْهُ : فُرِضَ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لاشىء لها فى خمر وخنزير معين . وهو رواية مخرجة . خرجها القاضى .

فائدة : لو كانت قبضت بعض المسمى الفاسد : وجب لها حصة مابقى من مهر المثل . ويعتبر قدر الحصة فيما يدخله الكيل والوزن ، وفيما يدخله العدُّ بعَدِّه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : بقيمته عند أهله . وأطلقهما فى الفروع .

قال المصنف ، الشارح : لو أصدقها عشر زقاق خمر متساوية ، فقبضت نصفها وجب لها نصف مهر المثل .

و إن كانت مختلفة ، اعتبر ذلك بالكيل فى أحد الوجهين .

والثانى : يقسم على عددها .

و إن أصدقها عشر خنازير : ففيه الوجهان .

أحدهما : يقسم على عددها .

والثانى : يعتبر قيمتها .

و إن أصدقها كلباً وخنزيرين ، وثلاث زقاق خمر . فثلاثة أوجه .

أحدها : يقسم على قدر قيمتها عندهم .

والثانى : يقسم على عدد الأجناس . فيجعل لكل جزء ثلث المهر .

والثالث : يقسم على المعدود كله . فيجعل لكل واحد سدس المهر .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَإِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ مَعًا ، فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ﴾ أن يتلفظا بالإسلام دفعة واحدة . وهو صحيح . وهو المذهب من حيث الجملة وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يدخل فى المعية : لو شرع الثانى قبل أن يفرغ الأول .

وقيل : هما على نكاحهما إن أسلما فى المجلس . وهو احتمال فى المغنى .

قلت : وهو الصواب . لأن تلفظهما بالإسلام دفعة واحدة فيه عسر . واختاره الناظم .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَتِ الكِتَابِيَّةُ ، أَوْ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ غَيْرُ الكِتَابِيَّيْنِ قَبْلَ الدُّخُولِ : انْفَسَخَ النِّكَاحُ ﴾ بلا نزاع .

﴿ فإنْ كَانَتْ هِيَ المُسْلِمَةُ : فَلَا مَهْرَ لَهَا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم الخرقي ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب . والخلاصة والوجيز ، وغيرهم .

قال الزركشي : قطع بهذا جمهور الأصحاب . ونص عليه .

وقدمه في المغني ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وعنه : لها نصف المهر . اختاره أبو بكر .

قلت : وهو أولى . وأطلقهما في تجريد العناية .

قال الزركشي : وحكى أبو محمد رواية : بأن لها نصف المهر . وأنها اختيار أبي بكر ، نظراً إلى أن الفرقة جاءت من قبل الزوج بتأخره عن الإسلام .

والمنقول في رواية الأثرم التوقف . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَهَا ، فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ ﴾

هذا المذهب ، وعليه جمهور الأصحاب أيضاً .

قال في الفروع : اختاره الأكثر .

قال في الهداية : وهي اختيار عامة أصحابنا .

قال الزركشي : هذا المشهور من الروايتين . والمختار للأصحاب : الخرقي ، وأبي بكر ، والقاضي ، وغيرهم .

وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المغني ، والشرح .

وهذا من غير الأكثر الذي ذكرناه عن الفروع في الخطبة .

وعنه : لا شيء لها . جزم به في المنور ، وغيره . وصححه في النظم ، وغيره .

وقدمه في الخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير . والفروع .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، وتجريد العناية .

ويأتى ذلك أيضاً فى كلام المصنف فى كتاب الصداق فيما ينصف المهر .

فعلى الأول : إن أسلما ـ وقالت : سبقتنى ، وقال : أنت سبقتينى ـ فالقول قولها . ولها نصف المهر . قاله الأصحاب .

وإن قالا : سبق أحدنا ، ولا نعلم عينه : فلها أيضاً نصف المهر ، على الصحيح من المذهب .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وصححه فى المغنى ، والشرح ، والنظم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضى : إن لم تكن قبضته . لم تطالبه بشىء . وإن كانت قبضته . لم يرجع عليها بما فوق النصف .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَسْلَمْنَا مَعًا ، فَنَحْنُ عَلَى النِّكَاحِ . وَأَنْكَرَتْهُ : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الكافى ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، والقواعد الفقهية .

وظاهر المغنى ، والشرح : إطلاق الخلاف .

أحدهما : القول قولها . وهو المذهب . لأن الظاهر معها . اختاره القاضى .

قال فى الخلاصة : فالقول قولها على الأصح . وقدمه فى الهداية ، والمذهب والمستوعب ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين .

قلت : وهو الصواب .

والثانى : القول قوله . لأن الأصل بقاء النكاح . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . جزم به فى الوجيز .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ : وَقَفَ الأَمْرُ عَلَى انْقِضَاءِ العِدَّةِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : هذا المشهور من الروايات .

قال أبو بكر : رواه عنه نحو من خمسين رجلا . والمختار لعامة الأصحاب : الخرقى ، والقاضى ، وأصحابه ، والشيخان وغير واحد .

قال فى الرعاية الكبرى : هذا أظهر وأولى . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والحاوى ، وغيرهم .

وعنه : أن الفرقة تتعجل بإسلام أحدهما ، كما قبل الدخول . اختاره الخلال ، وصاحبه أبو بكر . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وعنه : رواية ثالثة : الوقف بإسلام الكتابية ، والانفساخ بغيرها .

قال الزركشى : وعنه رواية رابعة بالوقف ، وقال : أحب إلىَّ الوقف عندها .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيما إذا أسلمت قبله ـ بقاء نكاحه قبل الدخول و بعده ، ما لم تنكح غيره . والأمر إليها . ولا حكم له عليها . ولا حق لها عليه . وكذا لو أسلم قبلها . وليس له حبسها . وأنها متى أسلمت ـ ولو قبل الدخول و بعد العدة ـ فهى امرأته إن اختار . انتهى .

قوله ـ مفرعاً على المذهب ـ ﴿ فَإِنْ أَسْلَمَ الثَّانِى قَبْلَ انْقِضَائِهَا : فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ، وَإِلاَّ تَبَيَّنَّا أَنَّ الفُرْقَةَ وَقَعَتْ حِينَ أَسْلَمَ الأَوَّلُ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وتقدم اختيار الشيخ تقى الدين رحمه الله .

تنبيه : مفهوم قوله « وقف الأمر على انقضاء العدة » أنه ليس له عليها سبيل بعد انقضائها . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وتقدم اختيار الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال الزركشى ، وقيل : عنه ما يدل على رواية . وهى الأخذ بظاهر حديث زينب بنت النبى صلى الله عليه وسلم ، وأنها ترد له ، ولو بعد العدة .

قوله ﴿ فَعَلَى هَذا ﴾ يعنى : على القول بأن الأمر يقف على انقضاء العدة .

﴿ لَوْ وَطِئَهَا فِي عِدَّتِهَا وَلَمْ يُسْلِمِ الثَّانِي : فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ وَإِنْ أَسْلَمَ فَلاَ شَيْءَ لَهَا ﴾ .

بلا نزاع على هذا البناء .

وقوله ﴿ وَإِذَا أَسْلَمَتْ قَبْلَهُ ، فَلَهَا نَفَقَةُ العِدَّةِ . وَإِنْ كَانَ هُوَ المُسْلِمُ فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والعمدة ، والوجيز ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لها النفقة إن أسلمت بعده فى العدة .

وأطلقهما فى الرعاية الصغرى .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن أسلمت بعده فى العدة ، وهى غير كتابية : فهل لها النفقة فيما بين إسلامهما ؟ على وجهين .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي السَّابِقِ مِنْهُمَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

والوجه الثانى : القول قوله . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

فوائد

إحداهما : لو اتفقا على أنها أسلمت بعده ـ وقالت : أسلمت فى العدة . وقال : بل بعدها ـ كان القول قولها .

الثانية : لو لاعن ثم أسلم : صح لعانه . وإلا فسد . ففى الحد إذن وجهان فى الترغيب . واقتصر عليه فى الفروع ، وقال : هما فيمن ظن صحة نكاحه فلاعن ، ثم بان فساده .

الثالثة : قوله ﴿ وَإِنْ ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ الدُّخُولِ : انْفَسَخَ النِّكَاحُ . وَلاَ مَهْرَ لَهَا إِنْ كَانَتِ هى المُرْتَدَّةَ ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُرْتَدُّ : فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ ﴾ بلا نزاع .

لكن لو ارتدا معاً ، فهل يتنصف المهر ، أو يسقط ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والحاوى الصغير ، والزركشى .

وظاهر كلامه فى المنور : أنه يسقط .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن كفرا ـ أو أحدهما ـ قبل الدخول : بطل العقد . وإن سبقها وحده ، أو كفر وحده : فلها نصف المهر ، وإلا يسقط .

وقيل : إن كفرا معاً وجب .

وقيل : فيه وجهان .

فقدم السقوط . وكذا قدم فى الرعاية الصغرى .

وجزم به فى الوجيز . وصححه فى تصحيح المحرر .

قال الزركشى فى شرح الوجيز : والأظهر التنصيف .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتِ الرِّدَّةُ بَعْدَ الدُّخُولِ : فَهَلْ تَتَعَجَّلُ الْفُرْقَةُ ، أَوْ تَقِفُ عَلَى انْقِضَاءِ العِدَّةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والهادى ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، والحاوى الصغير ، والبلغة ، وتجريد العناية .

إحداهما : تقف على انقضاء العدة . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر .

وجزم به فى الوجيز ، ومنتخب الأدمى . واختاره الخرقى .

وقال الزركشى فى شرح الوجيز : وهو المذهب . ونصره المصنف .

قال ابن منجا : هذا المذهب ، ومال إليه الشارح . وهو الصحيح .

والثانى : تتعجل الفرقة . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والزبدة ، وإدراك الغاية .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله هنا مثل اختياره فيما إذا أسلم أحدهما بعد الدخول . كما تقدم قريباً .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُرْتَدُّ : فَلَهَا نَفَقَةُ العِدَّةِ ﴾ .

هذا مبنى على القول بأن النكاح يقف على انقضاء العدة . قاله فى المحرر ، وغيره .

فائدة : لو وطئها ، أو طلقها ـ وقلنا : لا تتعجل الفرقة ـ ففى وجوب المهر ووقوع الطلاق خلاف . ذكره فى الانتصار .

قلت : جزم المصنف والشارح بوجوب المهر ، إذا لم يسلما حتى انقضت العدة .

قوله ﴿ وَإِنِ انْتَقَلَ أَحَدُ الكِتَابِيَّيْنِ إِلَى دِينٍ لاَ يُقَرُّ عَلَيْهِ : فَهُوَ كَرِدَّتِهِ ﴾ .

إن انتقل الزوجان . أو أحدهما إلى دين لا يقر عليه ، أو تمجس كتابى تحته كتابية : فكالردة . بلا نزاع .

و إن تمجست المرأة تحت كتابى ، فظاهر كلام المصنف : أنه كالردة أيضاً . وهو أحد الوجهين . جزم به فى المستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والمنور .

وهو الصواب . لأنها لاتقر عليه ، و إن كانت تباح للكتابى . على الصحيح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : النكاح بحاله .

جزم به فى الوجيز . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

قلت : قد تقدم فى باب المحرمات فى النكاح : أن الكتابى يجوز له نكاح المجوسية . على الصحيح من المذهب . وهذا فى معناه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ كَافِرٌ ، وَتَحْتَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ ، فَأَسْلَمْنَ مَعَهُ : اخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعاً . وَفَارَقَ سَائِرَهُنَّ ﴾ .

إن كان مكلفا اختار . و إن كان صغيراً : لم يصح اختياره . والصحيح من المذهب : لا يختار له الولى . و يقف الأمر حتى يبلغ . قاله الأصحاب . لأنه راجع إلى الشهوة والإرادة .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أن وليه يقوم مقامه فى التعيين ، وضَعَّف الوقف .

وخرج بعض الأصحاب صحة اختيار الأب منهن وفسخه ، على صحة طلاقه عليه .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : فإن قلنا : يصح طلاق والده عليه . صح اختياره له ، و إلا فلا .

فعلى المذهب : يوقف الأمر حتى يبلغ فيختار . على الصحيح . قاله القاضى فى الجامع . وجزم به فى المغنى ، والشرح .

وقال القاضى فى المجرد : يوقف الأمر حتى يبلغ عشر سنين ، فيختار .

وأطلقهما فى المستوعب ، والرعاية الكبرى .

وقال ، قلت : إن صح إسلامه بنفسه ، صح اختياره و إلا فلا .

وقال ابن عقيل : يوقف الأمرحتى يراهق ، و يبلغ أربع عشر سنة . فيختار .

فائدة : لو أسلم على أكثر من أربع ، أو على أختين ، فاختار أربعاً ، أو إحدى الأختين ، فقال المصنف ، والشارح : يعتزل المختارات ، ولا يطأ الرابعة حتى تنقضى عدة المفارقة .

فلو كن خمساً ففارق إحداهن ، فله وطء ثلاثاً من المختارات ، ولايطأ الرابعة حتى تنقضى عدة المفارقة . وعلى ذلك فقس ، وكذلك الأخت .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، فى شرح المحرر : وفى هذا نظر . فإن ظاهر السنة يخالف ذلك .

قال : وقد تأملت كلام عامة أصحابنا ، فوجدتهم قد ذكروا : أنه يمسك أربعاً . ولم يشترطوا فى جواز وطئه انقضاء العدة . لا فى جمع العدد ، ولا فى جمع الرحم .

ولو كان لهذا أصل عندهم : لم يغفلوه . فإنهم دائما ينبهون فى مثل هذا على اعتزال الزوجة . كما ذكره الإمام أحمد رحمه الله ، فيما إذا وطىء أخت امرأته بنكاح فاسد ، أو زنا بها ، وقال : هذا هو الصواب . فإن هذه العدة تابعة لنكاحها وقد عفا الله عن جميع نكاحها . فكذلك يعفو عن توابع ذلك النكاح . وهذا بعد الإسلام لم يجمع عقداً ولا وطئاً . انتهى .

وتقدم فى المحرمات فى النكاح « إذا زنا بامرأة ، وله أربع نسوة . هل يعتزل الأربع حتى يستبرىء الرابعة ، أو واحدة ؟ » .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وغيره : جواز الاختيار فى حال إحرامه . وهو صحيح . وهو المذهب .

قدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه .

وقدمه ابن رزين فى شرحه ، لأنه استدامة .

وقال القاضى : لايختار ، والحالة هذه . وأطلقهما فى الفروع .

فوائد

إحداها : موت الزوجات لايمنع اختيارهن . فلو أسلم وتحته ثمان نسوة ، أسلم معه أربع منهن ثم متن ، ثم أسلم البواقى فى العدة : فله أن يختار الأحياء . ويتبين أن الفرقة وقعت بينه وبين الموتى باختلاف الدين . فلا يرثهن .

وله أن يختار الموتى فيرثهن . ويتبين أن الأحياء بِنَّ لاختلاف الدين ، وعدتهن من ذلك الوقت .

ذكره القاضى فى الجامع . لأن الاختيار ليس بإنشاء عقد فى الحال . وإنما تبين به من كانت زوجته . والتبين يصح فى الموتى ، كما يصح فى الأحياء .

وقاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

الثانية : لو أسلم وتحته أكثر من أربع ، أو من لا يجوز جمعه فى الإسلام . فاختار ، وانفسخ نكاح العدد الزائد قبل الدخول : فلا مهر لهن .

ذكره القاضى فى الجامع ، والخلاف . وجزم به صاحب المغنى ، والمحرر .

قال فى القواعد : ويتخرج وجه بوجوب نصف المهر .

الثالثة : صفة الاختيار : أن يقول « اخترت نكاح هؤلاء » أو « أمسكتهن » أو « اخترت حبسهن » أو « إمساكهن » أو « نكاحهن » ونحوه . أو يقول « تركت هؤلاء » أو « فسخت نكاحهن » أو « اخترت مفارقتهن » ونحوه . فيثبت نكاح الأخر . وإن لم يختر : أجبر عليه بحبس وتعزير .

وعدة ذوات الفسخ : منذ اختار . على الصحيح .

قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمحرر ، والنظم ، وغيرهم .

قال فى القواعد الفقهية : هذا المشهور .

وقيل : منذ أسلم . وأطلقهما فى الفروع .

ويأتى : إذا اختار أربعاً قد أسلمن : أن عدة البواقى ، إن لم يسلمن : من وقت إسلامه . وكذا إن أسلمن ، على الصحيح .

قوله ﴿ فَإِنْ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ ، أَوْ وَطِئَهَا : كَانَ اخْتِيَارًا لَهَا ﴾.

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وجزم به الزركشى فى الطلاق . وقدمه فى الوطء .

وقال المصنف ، والشارح : وإن وطىء كان اختياراً ، فى قياس المذهب . وقدمه فيهما فى الفروع .

وقيل : ليس اختياراً فيهما .

وفى الواضح وجه : أن الوطء هنا كالوطء فى الرجعة .

وذكر القاضى فى التعليق ، فى باب الرجعة : أن الوطء لا يكون اختياراً .

قال فى القاعدة التاسعة بعد المائة : لو أسلم الكافر ، وعنده أكثر من أربع نسوة ، فأسلمن ، أو كن كتابيات ـ فالأظهر : أن له وطء أربع منهن . ويكون اختياراً منه . لأن التحريم إنما يتعلق بالزيادة على الأربع .

وكلام القاضى قد يدل على هذا .

وقد يدل على تحريم الجميع قبل الاختيار . انتهى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف فى الطلاق : أنه سواء كان بلفظ الطلاق ، أو السراح ، أو الفراق . وهو صحيح . لكن يشترط أن ينوى بلفظ « السراح » أو

« الفراق » الطلاق . وهذا المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

وقال القاضى : فى « الفراق » عند الإطلاق وجهان .

أحدهما : أنه يكون اختياراً للمفارقات . لأن لفظ « الفراق » صريح فى الطلاق .

قال المصنف ، والشارح : والأول أولى .

وقال فى الكافى ، والبلغة ، والرعاية الكبرى : وفى لفظ «الفراق» و«السراح» وجهان ، يعنون : هل يكون فسخاً للنكاح ، أو اختياراً له ؟

واختار فى الترغيب : أن لفظ «الفراق» هنا : ليس طلاقا ولا اختياراً ، للخبر .

قوله ﴿ وَإِنْ طَلَّقَ الْجَمِيعَ ثَلَاثًا : أَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ . فَأَخْرَجَ بِالْقُرْعَةِ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ . وَلَهُ نِكَاحُ الْبَوَاقِي ﴾ .

يعنى بعد انقضاء عدتهن . صرح به الأصحاب .

وهذا المذهب . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : لا قرعة . ويحرمن عليه . ولا يُبَحْن إلا بعد زوج و إصابة .

قال القاضى ـ فى خلافه ـ فى كتاب البيع : يطلق الجميع ثلاثا .

قال فى القواعد : وهذا يرجع إلى أن الطلاق فسخ ، وليس باختيار .

ولكن يلزم منه أن يكون للرجل فى الإسلام أكثر من أربع زوجات يتصرف فيهن بخصائص ملك النكاح ، من الطلاق وغيره . وهو بعيد .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أن الطلاق هنا فسخ . ولا يحتسب به من الطلاق الثلاث . وليس باختيار .

فائدة : لو وطىء الكل : تعين له الأول[1] .

قوله ﴿ وَإِنْ ظَاهَرَ ، أَوْ آلَى مِنْ إِحْدَاهُنَّ . فَهَلْ يَكُونُ اخْتِيَارًا لَهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : لا يكون اختياراً . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر .

قال فى البلغة : لم يكن اختياراً على الأصح .

قال الزركشى : هذا أشهر الوجهين . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الوجيز ، ونهاية ابن رزين .

وهو ظاهر ماجزم به الأزجى فى منتخبه . وقدمه فى الكافى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهو الذى ذكره القاضى فى الجامع ، والمجرد وابن عقيل .

والوجه الثانى : يكون اختياراً . وهو احتمال فى الكافى .

قال فى المنور : لو ظاهر منها فمختارة .

وقال فى إدراك الغاية ، وتجريد العناية : وطلاقه ووطؤه اختيار . لاظهاره وإيلاؤه فى وجه .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ ، فَعَلَى الْجَمِيعِ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ﴾ .

هذا أحد الوجهين . اختاره القاضى فى الجامع . وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

(١) كذا فى الأصول . ولعلها : تعينت الأولى .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، و إدراك الغاية ، وغيرهم .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

و يحتمل أن يلزمهن أطول الأمرين : من ذلك ، أو ثلاثة قروء . إن كن ممن يحضن ، أو إن كانت حاملاً فبوضعه . والآيسة والصغيرة عدة الوفاة . وهو المذهب .

قال الشارح : هذا الصحيح والأولى . والقول الأول لايصح .

وجزم به فى الفصول ، والكافى ، والمغنى . وقدمه فى تجريد العناية .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى البلغة ، والفروع .

وقيل : يلزمهن الأطول من عدة الوفاة ، أو عدة الطلاق . وقطع به القاضى فى المجرد .

قال فى الرعايتين : لزمهن عدة الوفاة

وقيل : يلزم المدخول بها الأطول من عدة الوفاة أو عدة طلاق من حين الإسلام .

وقيل : هذا إن كن ذوات أقراء ، و إلا فعدة وفاة . كمن لم يدخل بها . انتهى

فوائد

إحداها : لو أسلم معه البعض دون البعض ، ولسن بكتابيات : لم يخير فى غير مسلمة . وله إمساك من شاء عاجلا ، وتأخيره حتى يسلم من بقى ، أو تفرغ عدتهن . هذا المذهب .

قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وغيرهم .

وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته ، والفروع ، وغيرهما .

وقيل : متى نقص الكوافر عن أربع : لزمه تعجيله بقدر النقص .

و إذا عجل اختيار أربع قد أسلمن ، فعدة البواقى إن لم يسلمن : من وقت إسلامه . وكذا إن أسلمن على الصحيح .

قدمه فى الرعايتين ، والزبدة . وصححه فى تصحيح المحرر ، والنظم ، وغيرهما وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وقيل : تعتد من وقت اختياره .

قال فى الرعايتين : وهو أولى .

وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع .

و إذا انقضت عدة البواقى ، ولم يسلم إلا أربع أو أقل : فقد لزم نكاحهن .

ولو اختار أولا فسخ نكاح مسلمة : صح إن تقدمه إسلام أربع سواها . و إلا لم يصح بحال . وهذا الصحيح من المذهب .

قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وقيل : يوقف . فإن نكل بعد إسلام أربع سواها ثبت الفسخ فيها و إلا بطل .

الثانية : لو أسلمت المرأة ، ولها زوجان أو أكثر ، تزوجاها فى عقد واحد : لم يكن لها أن تختار أحدهما . ذكره القاضى محل وفاق .

الثالثة : قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِالأُمِّ : فَسَدَ نِكَاحُهُمَا ﴾ .

بلا نزاع . لكن المهر يكون للأم .

قاله فى الترغيب وغيره . وجزم به فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ إِمَاءٌ ، فَأَسْلَمْنَ مَعَهُ ـ وَكَانَ فِى حَالِ اجْتِمَاعِهِمْ عَلَى الإِسْلَامِ ـ مِمَّنْ يَحِلُّ لَهُ الإِمَاءُ : فَلَهُ الاخْتِيَارُ مِنْهُنَّ ، وَإِلَّا فَسَدَ نِكَاحُهُنَّ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الفروع ، وغيره .

وقال أبو بكر : إن كان قد دخل بهن ثم أسلم ، ثم أسلمن فى عدتهن : لايجوز له الاختيار هنا ، بل بَينَ بمجرد إسلامه . ورده المصنف وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَلَمْ يُسْلِمْنَ حَتَّى أَعْسَرَ : فَلَهُ الاخْتِيَارُ مِنْهُنَّ ﴾ .

قطع به الأصحاب .

وقال فى الفروع : اختار إن جاز له نكاحهن وقت اجتماع إسلامه بإسلامهن ، و إلا فسد .

و إن تنجزت الفرقة : اعتبر عدم الطول ، وخوف العنت وقت إسلامه . قاله فى الترغيب .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَتْ ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ ، ثُمَّ أَسْلَمْنَ : لَمْ يَكُنْ لَهُ الاخْتِيَارُ مِنَ الْبَوَاقِي ﴾ .

أنها لو عتقت ثم أسلمت بعد إسلامهن : كان له الاختيار . وهو أحد الوجهين .

والوجه الثاني : ليس له الاختيار ، بل تتعين الأولى إن كانت تُعِفُّه . وهو المذهب . قدمه فى الفروع . وجزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى ، وغيرهم .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ . فَأَسْلَمَتِ الْحُرَّةُ فِي عِدَّتِهَا قَبْلَهُنَّ ، أَوْ بَعْدَهُنَّ : انْفَسَخَ نِكَاحُهُنَّ ﴾ .

وتعينت الحرة إن كانت تعفه .

هذا مقيد بما إذا لم تعتق الإماء ، ثم يسلمن فى العدة . فأما إن عتقن ، ثم أسلمن فى العدة : فإن حكمهن كالحرائر .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ عَبْدٌ وَتَحْتَهُ إِمَاءٌ ، فَأَسْلَمْنَ مَعَهُ . ثُمَّ عَتَقَ : فَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ ﴾ .

هذا صحيح . لكن لو أسلم وتحته أربع إماء ، فأسلمت ثنتان . ثم عتقن ، فأسلمت الثنتان الباقيتان : كان له أن يختار من الجميع أيضاً . على أحد الوجهين .

وجزم به فى الرعاية .

والوجه الثانى : يتعين الأوّلتان . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ وَعَتَقَ ، ثُمَّ أَسْلَمْنَ : فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْحُرِّ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ إِلَّا بِوُجُودِ الشَّرْطَيْنِ فِيهِ ﴾ .

بلا نزاع أعلمه .

فائدة : لو كان تحته أحرار ، فأسلم وأسلمن معه : لم يكن للحرة خيار الفسخ . على الصحيح من المذهب . اختاره المصنف وغيره .

قال القاضى ، وابن عقيل : هذا قياس المذهب .

وقال القاضى فى الجامع : هو كالعيب الحادث .