

كتاب النكاح

(النكاح ينمقد بالإيجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي) لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعاً فقد جعلت الإنشاء شريعاً لدفعاً للحاجة (وينمقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالأخر عن المستقبل، مثل أن يقول زوجني

كتاب النكاح

هو أقرب إلى العبادات حتى إن الاشتغال به أفضل من التخلي عنه لمحض العبادة على ما نبين إن شاء الله تعالى فلذا أولاه العبادات. والجهاد وإن كان عبادة إلا أن النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فإنه سبب لوجود المسلم والإسلام، والجهاد سبب لوجود الإسلام فقط، كذا قيل. والحق أن الجهاد أيضاً سبب لهما إذ نقل الموصوف من صفة إلى صفة: أعني من الكفر إلى الإسلام يصحح قولنا إنه سبب لوجود المسلم والإسلام، فالحق اشتراكهما في ذلك لكن لا نسبة بينهما في تحصيل ذلك، فإن ما يحصل بأنكحة أفراد المسلمين منه أضعاف ما يحصل بالقتال، إذ الغالب حصول القتل به أو الذمة دون إسلام أهل الدار فقدّم للأكثرية في ذلك. وأما من أولى العبادات البيوع فنظر إلى بساطته بالنسبة إلى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح وليس أحد يعجز في إبداء وجه تقديم معنى على معنى، فإن كل معنى له خصوصية ليست في الآخر، فالمقدم يعتبر ما لما قدمه ويسكت عما لما أخره، والعاكس يعكس ذلك النظر، وإنما إبداء وجه أولوية تقديم هذا على ذلك هو التحقيق، وهو يستدعي النظر بين الخصوصيتين أيهما يقتضي أو أكثر اقتضاءاً للتقديم، وقد يفضي إلى تكثير جهات كل واحد وخصوصياته ويستدعي تطويلاً مع قلة الجدوى، فالاعتصار في ذلك أدخل في طريقة أهل العلم والتحصيل، ولا بد في تحصيل زيادة البصيرة فيما نشرع فيه من تقديم تحصيل أمور: الأمر الأول مفهومه لغة، قيل هو مشترك بين الوطاء والعقد اشتراكاً لفظياً، وقيل: حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، وقيل: بقلبه وعليه مشايخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بأنه حقيقة في الضم، ولا منافاة بين كلاميهم لأن الوطاء من أفراد الضم، والموضوع للأعم حقيقة في كل من أفرادها كإنسان في زيد لا يعرف القدماء غير هذا إلى أن حدث التفصيل بين أن يراد به خصوص الشخص بعينه، يعني يجعل خصوص عوارضه المشخصة مراداً مع المعنى الأعم بلفظ الأعم فيكون مجازاً وإلا فحقيقة، وكان هذه الإرادة قلما تخطر عند الإطلاق حتى ترك الأقدمون تقدير ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد: يا إنسان يا من يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ أكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوي حقيقة فيهما.

واعلم أن المتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني ففي الوطاء قوله ﷺ «ولدت من نكاح لا من سفاح»^(١) أي

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح لأن فيه مصالح الدين والدنيا، وقد اشتهرت في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار، وما اتفق في حكم من أحكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع. فأما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والإجماع فظاهرة.

كتاب النكاح

(١) حسن. أخرجه أبو نعيم في أعلام النبوة ١١/١ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٨/٢١٤ كلاهما من حديث ابن عباس قال الهيثمي: فيه محمد ابن جعفر العلوي صح له الحاكم في المستدرک وقد تكلم فيه، وبقي رجاله ثقات وأخرجه الطبري في تفسيره ٥٦/١١ والبيهقي ١٩٠/٧ وابن سعد ٣١/١ كلهم عن محمد الباقر مرسلًا وهو مرسل جيد.

من وطء حلال لا من وطء حرام. وقوله «يحل للرجل من امرأته الحائض كل شيء إلا النكاح»^(١)، وقول الشاعر:

ومن أيم قد أنكحتها زماحنا وأخرى على خال وعم تلهف

وقوله:

* ومنكوحة غير ممهورة *

وقوله الآخر:

التاركين على طهر نساءهم والناكحين بشطي دجلة البقرا

وفي العقد قول الأعشى:

ولا تقربن جارة إن سرها عليك حرام فانكحن أو تأبدا

وفي المعنى الأعم قول القائل:

ضمنت إلى صدري معطر صدرها كما نكحت أم الغلام صبيها

أي ضمته، وقول أبي الطيب:

أنكحت صم حصاها خف يعملة تنشرمت بي إليك السهل والجبال

فمدعي الاشتراك اللفظي يقول تحقق الاستعمال والأصل الحقيقة والثاني يقول كونه مجازاً في أحدهما حقيقة في الآخر حيث أمكن أولى من الاشتراك ثم يدعي تبادل العقد عند إطلاق لفظ النكاح دون الوطء ويحيل فهم الوطء منه حيث فهم على القرينة، ففي الحديث الأول هي عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد وإن كان الولادة بالذات من الوطء، وفي الحديث الثاني إضافة المرأة إلى ضمير الرجل، فإن امرأته هي المعقود عليها فيلزم إرادة الوطء من النكاح المستثنى وإلا فسد المعنى إذ يصير يحل من المعقود عليها كل شيء إلا العقد، وفي الآيات الإضافة إلى البقر ونقي المهر والإسناد إلى الرماح، إذ يستفاد أن المراد وطء البقر والمسبيات. والجواب منع تبادل العقد عند إطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك في المفهوم الشرعي الفقهي. ولا نسلم أن فهم الوطء فيما ذكر مستند إلى القرينة وإن كانت موجودة، إذ وجود قرينة تؤيد إرادة المعنى الحقيقي مما ثبت مع إرادة الحقيقي فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازياً بل

وأما دواعي العقل فإن كل عاقل يجب أن يبقى اسمه ولا ينمحي رسمه، وما ذاك غالباً إلا ببقاء النسل. وأما الطبع فإن الطبع البهيمي من الذكر والأنثى يدعو إلى تحقيق ما أعد من المباحضات الشهوانية والمضاجعات النفسانية، ولا مزجرة فيها إذا كانت بأمر الشرع وإن كانت بدواعي الطبع بل يؤجر عليه، بخلاف سائر المشروعات. والنكاح في اللغة عبارة عن الوطء، ثم قيل للزواج نكاح مجازاً لأنه سبب له، وقيل هو مشترك بينهما.

(قوله إلا بقاء النسل) أقول: والنكاح طريقة (قوله ولا مزجرة فيها الخ) أقول: يتنقض بالأكمل والشرب.

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٣٠٢ وأبو داود ٢٥٨ والترمذي ٢٩٧٧ والنسائي ١٥٢/١ وابن ماجه ٦٤٤ والدارمي ١٠٤٣ وابن حبان ١٣٦٢ والطبراني ٢٠٥٢ والبيهقي ٣١٣/١ وأحمد ٢٤٦/٣ كلهم من حديث أنس: «أن اليهود كانوا إذا حاضت المرأة فيهم لم يؤاكلوها ولم يجامعوهن في البيوت، فسأل أصحاب النبي ﷺ النبي ﷺ فأنزل الله تعالى ﴿يسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض﴾ إلى آخر الآية فقال رسول الله ﷺ: اصنعوا كل شيء إلا النكاح» وله تمتة.

هذا سياق مسلم وغيره وعند النسائي وابن ماجه. «إلا الجماع».

وأخرجه البيهقي ١٩٠/٧ والطبراني في الكبير كما في المجموع ٢١٤/٨ كلاهما من حديث ابن عباس وقال الهيثمي: فيه المدني لا أعرفه وكذا شيخه. وأخرجه ابن سعد في الطبقات ٣٢/١ من حديث عائشة.

وفيه الواقدي ضعيف هو شيخ ابن سعد.

وللحديث طرق أخرى كلها واهية انظر تلخيص الجبير ١٧٦/٣ لكن معناه صحيح وبمجموع طرقه يتقوى فهو حسن إن شاء الله.

المعتبر تجريد النظر إلى القرينة إن عرف أنه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز وإلا فلا، ونحن في هذه المواد المذكورة نفهم الوطء قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وإن كان مقروناً بما إذا نظر فيه استدعى إرادة ذلك المعنى. ألا يرى أن ما ادعوا فيه الشهادة على أنه حقيقة في العقد من بيت الأعشى فيه قرينة تفيد العقد أيضاً، فإن قوله فلا تقرّب جارة نهى عن الزنا بدليل إن سرها عليك حرام فيلزم أن قوله فأنكحن أمر بالعقد: أي فتزوّج إن كان الزنا عليك حراماً أو تأبد، أي توحش: أي كن منها كالوحش بالنسبة إلى الآدميات فلا يكن منك قربان لهن كما لا يقربهن وحشي، ولم يمنع ذلك أن يكون اللفظ في العقد حقيقة عندهم في هذا البيت إذ هم لا يقولون بأنه مجاز في هذا البيت، وأما ادعاء أنه في الحديث للعقد فيستلزم التجوّز في نسبة الولادة إليه لأن العقد إنما هو سبب السبب، ففيه دعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجوح لو كانا سواء، فكيف والأنسب كونه في الوطء ليتحقق التقابل بينه وبين السفاح، إذ يصير المعنى من وطء حلال لا من وطء حرام فيكون على خاص من الوطء، والدال على الخصوصية لفظ السفاح أيضاً فثبت إلى هنا أنا لم نزد على ثبوت مجرد الاستعمال شيئاً يجب اعتباره، وقد علم ثبوت الاستعمال أيضاً في الضم، فباعتباره حقيقة فيه يكون مشتركاً معنوياً من أفراد الوطء والعقد إن اعتبرنا الضم أعم من ضم الجسم إلى الجسم والقول إلى القول أو الوطء فقط فيكون مجازاً في العقد لأنه إذا دار بين المجاز والاشتراك اللفظي كان المجاز أولى ما لم يثبت صريحاً خلافه، ولم يثبت نقل ذلك بل قالوا: نقل المبرد عن البصريين وغلّام ثعلب الشيخ أبو عمر الزاهد عن الكوفيين أنه الجمع والضم، ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالأجسام لا الأقوال لأنها أعراض يتلاشى الأول منها قبل وجود الثاني، فلا يصادف الثاني ما ينضم إليه فوجب كونه مجازاً في العقد، ثم أفراد الضم تختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكك. الأمر الثاني مفهومه اصطلاحاً وهو عقد وضع لتملك المتعة بالأشئ قصداً، والقيد الأخير لإخراج شراء الأمة للتسري، والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له وإلا ورد عليه أن المقصود من الشراء قد لا يكون إلا المتعة. واعلم أن من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعاً. ويجب أن يراد عرف أهل الشرع وهو معنى الاصطلاح الذي عبرنا به لا أن الشارع نقله فإنه لم يثبت، وإنما تكلم به الشارع على وفق اللغة فلذا حيث ورد في الكتاب أو السنة مجرداً عن القرائن نحمله على الوطء كما في قوله - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم - حتى أثبتوا بها حرمة من زنا بها الأب على الابن. وقول قاضيخان: إنه في اللغة والشرع حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وقول صاحب المجتبى: هو في عرف الفقهاء العقد يوافق ما بينا. والمراد بالعقد مطلقاً سواء كان نكاحاً أو غيره، مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، سواء كانا باللفظين المشهورين من زوجت أو تزوجت أو غيرهما مما سنذكر أو كلام الواحد القائم مقامهما: أعني المتولي الطرفين. وقول الورشكي: إنه معنى يحل المحل فيتغير به وزوجت وتزوجت آلة انعقاده إطلاق له على حكمه فإن المعنى الذي يتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد، وقد صرح بإخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور الأمر الثالث سبب شرعيته تعلق البقاء المقدر في العلم الأزلي على الوجه الأكمل، وإلا فيمكن بقاء النوع بالوطء على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظامم والسفك وضياح الأنساب، بخلافه على الوجه المشروع. الأمر الرابع شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر، وأما المحلية فمن الشروط العامة وتختلف بحسب الأشياء والأحكام كمحلية المبيع للبيع والأشئ للنكاح. الأمر الخامس: شرطه الذي لا يخصه الأهلية بالعقل والبلوغ، وينبغي أن يراد في الولي لا في الزوج والزوجة

وفي الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع البضع. وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه. وشرطه الخاص بحضور شاهدين لا ينقذ إلا به، بخلاف بقية الأحكام فإن الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا الانعقاد. وشرطه العام الأهلية بالعقل والبلوغ والمحل، وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي. وركنه الإيجاب والقبول كما في سائر العقود، والإيجاب هو المتلفظ به أولاً من أي جانب

ولا في متولي العقد، فإن تزويج الصغير والصغيرة جائز، وتوكيل الصبي الذي يعقل العقد ويقصده جائز عندنا في البيع، فصحته هنا أولى لأنه محض سفير، وأما الحرية فشرط النفاذ بلا إذن أحد. الأمر السادس ركنه. وهو الجنس المقيد في التعريف. الأمر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعاً، فخرج الوطء في الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل منهما على الآخر بعض الأشياء مما سيرد في أثناء الكتاب. الأمر الثامن صفته، أما في حال التوقان قال بعضهم: هو واجب بالإجماع لأنه يغلب على الظن أو يخاف الوقوع في الحرام، وفي النهاية: إن كان له خوف الوقوع في الزنا بحيث لا يتمكن من التحرز إلا به كان فرضاً أه. ويمكن الحمل على اختلاف المراد فإنه قيد الخوف الواقع سبباً للافتراض بكونه بحيث لا يتمكن من التحرز إلا به ولم يقيد به في العبارة الأولى، وليس الخوف مطلقاً يستلزم بلوغه إلى عدم التمكن فليكن عند ذلك المبلغ فرضاً وإلا فواجب. هذا ما لم يعارضه خوف الجور، فإن عارضه كره. قيل: لأن النكاح إنما شرع لتحسين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذي يعبد الله تعالى. والذي يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتعتمد المصالح لرجحان هذه المفاسد، وقضيته الحرمة إلا أن النصوص لا تفصل فقلنا بالشبهين أه. وينبغي تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا، فإن بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح حرم وإلا كره كراهة تحریم، والله أعلم. وفي البدائع: قيد الافتراض في التوقان بملك المهر والنفقة، فإن من تأقت نفسه بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم، وصرح قبله بالافتراض في حالة التوقان. وأما في حالة الاعتدال فداود وأتباعه من أهل الظاهر على أنه فرض عين على القادر على الوطء والإنفاق تمسكاً بقوله تعالى ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] الآية، وقوله ﷺ لعكاف بن وداعة الهلالي: «ألك زوجة يا عكاف؟ قال لا، قال: ولا جارية؟ قال لا، قال: وأنت صحيح موسر؟ قال: نعم والحمد لله، قال: فأنت إذا من إخوان الشياطين، إما أن تكون من رهبان النصارى فأنت منهم، وإما أن تكون منا فاصنع كما نصنع، وإن من سنتنا النكاح، شراركم عزابكم، وأراذل موتاكم عزابكم، ويحك يا عكاف تزوج، قال: فقال عكاف: يا رسول الله إني لا أتزوج حتى تزوجني من شئت، قال: فقال ﷺ: فقد زوجتك على اسم الله والبركة كريمة بنت كلثوم الحميري^(١) رواه أبو يعلى في مسنده من طريق بقية، وقوله ﷺ «تناكحوا تناسلوا تكثروا فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة^(٢)» واختلف مشايخنا،

كان والقبول جوابه. وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الأختين، وهو في حالة التوقان واجب لأن التحرز عن الزنا واجب وهو لا يتم إلا بالنكاح، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وفي حالة الاعتدال مستحب، وفي حالة خوف الجور مكروه قال (النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول) قد ذكرت معنى الانعقاد في كتاب البيوع على ما سيأتي.

(١) ضعيف. أخرجه أبو يعلى في مسنده كما في المجموع ٢٥٠/٤ - ٢٥١ والطبراني كلاهما من حديث عطية بن بشر المازني قال: جاء عكاف بن وداعة الهلالي... فذكره وكذا رواه ابن الجوزي ٩٩٩ في الروايات قال الهيثمي: فيه أبو معاوية بن يحيى الصدفي وهو ضعيف. وأخرجه أحمد من حديث أبي ذر أن عكاف بن بشر التميمي... الحديث.

وفيه راو لم يسم بيقية رجاله ثقات أه وقال ابن الجوزي: لا يصح.

قلت: رواية أحمد هي في المسند ١٦٣/٥ من طريق محمد بن راشد عن مكحول عن رجل عن أبي ذر به.

وهذا إسناد ضعيف لجهالة الراوي عن أبي ذر.

وأما إسناد أبي يعلى فهو ضعيف جداً بسبب معاوية الصدفي قال عنه يحيى: ليس بشيء، وقال أبو زرعة: أحاديثه كلها مقلوبة.

(٢) حسن لشواهده. أخرجه البيهقي ٧٨/٧ من حديث أبي أمامة بلفظ: تزوجوا فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة، ولا تكونوا كرهبانية النصارى. وإسناده ضعيف لضعف محمد بن ثابت البصري.

وأخرجه الديلمي ٢٤٨٥ من حديث ابن عمر: حجوا تستغنوا وسافروا تصحوا فإنني مباه بكم الأمم.

كذا وقع في مسند ألفردوس. وقد ذكره ابن حجر في تلخيص الحبير ١١٦/٣ فقال: أخرجه الديلمي في الفردوس من حديث ابن عمر وفيه: تناكحوا تكثروا فإنني أباهي بكم الأمم.

قال ابن حجر: والمحمدان ضعيفان أه.

أي محمد بن الحارث ومحمد البيهقي.

ف قيل : فرض كفاية للدليل الأول والأخير ، وتعليق الحكم بالعام لا ينفي كونه على الكفاية لأن الوجوب في الكفاية على الكل والمعرف لكونه يسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعيته ، فإن كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية ، وقد عقلنا أن المقصود من الإيجاب تكثير المسلمين بالطريق الشرعي وعدم انقطاعهم ، ولذا صرح بالعلة حيث قال ﷺ «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم»^(١)، رواه أبو داود وهذا يحصل بفعل البعض . وأما حديث عكاف في إيجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق في حقه . وقيل : واجب على الكفاية لما أن الثابت بخبر الواحد الظن والآية لم تسق إلا لبيان العدد المحلل على ما عرف في الأصول . وقيل : مستحب . وقيل : إنه سنة مؤكدة وهو الأصح ، وهو محمل قول من أطلق الاستحباب ، وكثيراً ما يتساهل في إطلاق المستحب على السنة . ونقل عن الشافعي رحمه الله : أنه مباح ، وأن التجرد للعبادة أفضل منه ، وحقيقة أفضل ينفي كونه مباحاً إذ لا فضل في المباح . والحق أنه إن اقترن بنية كان ذا فضل ، والتجرد أفضل لقوله تعالى «وسيدا وحصوراً ونبياً من الصالحين» [آل عمران : ٣٩] مدح يحى عليه السلام بعدم إتيان النساء مع القدرة عليه لأن هذا معنى الحصور . وحيث إذ استدل عليه بمثل قوله ﷺ «من أراد أن يلقى الله طاهراً مطهراً فليتزوج الحرائر»^(٢)، رواه ابن ماجه ، وبقوله ﷺ «أربع من سنن المرسلين : الحنأ ، والتعطر ، والسواك ، والنكاح»^(٣)، رواه الترمذي وقال : حسن غريب ، وبقوله ﷺ «أربع من أعطيهن فقد أعطي خير الدنيا

وقوله (يعبر بهما) أي بلفظ ويبين لأن التعبير البيان ، قال الله تعالى «إن كنتم للرؤيا تعبرون» أي تبيينون ، وإنما اختير لفظ الماضي للإنشاء وهو الكلام الذي ليس نسبته خارج تطابقه أو لا تطابقه ليدل على التحقق والثبوت فكان أدل على قضاء الحاجة .

(١) صحيح . أخرجه أبو داود ٢٠٥٠ وابن حبان ٤٠٥٧ والنسائي ٦٥/٦ - ٦٦ والحاكم ١٦٢/٢ والبيهقي في ٨١/٧ كلهم من حديث معاوية بن قره عن معقل بن يسار : أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال : إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال وإنها لا تلد أفأتزوجها؟ قال : لا ثم أتاه الثانية فتهاه ثم أتاه الثالثة فقال : تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم .

قال الحاكم : صحيح الإسناد وأقره الذهبي وهو كما قال . رجاله ثقات وأخرج سعيد بن منصور في سننه ٤٩٠ وأحمد ١٥٨/٣ - ٢٤٥ وابن حبان ٤٠٢٨ والبيهقي ٨١/٧ - ٨٢ كلهم من حديث أنس .

وفيه : (تزوجوا الودود) . وإسناده حسن فيه خلق بن خليفة صدوق وهو من رجال مسلم لكن اختلط بآخره وباقى رجاله ثقات . وللحديث شواهد تقدمت فهو صحيح .

(٢) منكر . أخرجه ابن ماجه ١٨٦٢ وابن عدي ٣/٣١١ وابن الجوزي في الموضوعات ٢/٢٦١ كلهم من حديث أنس قال البوصيري في الزوائد : إسناده ضعيف لضعف كثير بن سليم وفيه سلام بن سليمان بن سوار قال ابن عدي : عنده منكر . وقال العقيلي : في حديثه مناكير .

وقال ابن الجوزي ما ملخصه : رواه ابن عدي من حديث علي وفيه جوير قال يحيى : ليس بشيء . وفيه عمرو بن جميع قال عنه يحيى : كذاب خبيث . وأما ما رواه ابن عدي من حديث ابن عباس . ففيه نهشل بن سعيد قال إسحاق بن راهوية : كان كذاباً . وفيه أيضاً محمد بن معاوية رماه أحمد ويحيى والدارقطني بالكذب .

وأما حديث أنس ففيه كثير بن سليم قال النسائي عنه : متروك وجرحه ابن حبان وفيه سلام . قال ابن عدي منكر الحديث . (٣) حسن غريب . أخرجه الترمذي ١٠٨٠ وأحمد ٤٢١/٥ كلاهما من رواية الحجاج بن أرطاة عن مكحول عن أبي الشمال عن أبي أيوب هذا إسناد الترمذي .

أما أحمد فرواه من طريقين عن حجاج عن مكحول قال : قال أبو أيوب قال رسول الله . فذكره وهذا منقطع بين مكحول وأبي أيوب . قال الترمذي عقب حديثه : حسن غريب . ثم أسنده الترمذي عن عباد بن عوام عن مكحول عن أبي الشمال عن أبي أيوب مرقوعاً بنحوه . قلت : والحجاج ضعيف إلا أنه توبع في الإسناد الثاني الذي ساقه الترمذي .

وله طريق ثالث أخرجه الطبراني كما في المجمع ٤/٢٥٣ من حديث ابن عباس وقال فيه : خمسة من سنن المرسلين . . . الحديث . زاد فيه : الحلم والحجامة . وحذف منه السواك .

وقال الهيثمي : فيه إسماعيل بن شيبه قال عنه الذهبي : واه وذكر له هذا الحديث اهـ وذكر له ابن حجر في التلخيص ٦٦/١ طريقاً رابعاً وإسناده ضعيف .

قلت : فالحديث وود من عدة طرق وهو يرقى إلى درجة الحسن تنبيه : وقع في رواية الترمذي وأحمد : الحياء . بدل الحنأ . وكذا وقع في المجمع في حديث ابن عباس : الحياء وهو الصواب .

والآخرة: قلباً شاكراً، ولساناً ذاكراً، وبدناً على البلاء صابراً، وزوجة لا تبغيه حباً في نفسها ولا ماله^(١) رواه الطبراني في الكبير والأوسط، وإسناد أحدهما جيد. له أن يقول في الجواب: لا أنكر الفضيلة مع حسن النية وإنما أقول: التخلي للعبادة أفضل. فالأولى في جوابه التمسك بحاله ﷺ في نفسه وردّه على من أراد من أمته التخلي للعبادة، فإنه صريح في عين المتنازع فيه وهو ما في الصحيحين «أن نقرأ من أصحاب النبي ﷺ قد سألوا أزواجه عن عمله في السر فقال بعضهم: لا أتزوج النساء، وقال بعضهم: لا أكل اللحم، وقال بعضهم: لا أنام على فراش فبلغ ذلك النبي ﷺ فحمد الله وأثنى عليه وقال: ما بال أقوام قالوا: كذا وكذا، لكنني أصلي وأنام وأصوم وأفطر وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني^(٢)» فرد هذا الحال رداً مؤكداً حتى تبرأ منه. وبالجمله فالأفضلية في الاتباع لا فيما يخيل للنفس أنه أفضل نظراً إلى ظاهر عبادة وتوجهه، ولم يكن الله عز وجل يرضى لأشرف أنبيائه إلا بأشرف الأحوال، وكان حاله إلى الوفاة النكاح فيستحيل أن يقرره على ترك الأفضل مدة حياته، وحال يحيى بن زكريا عليهما السلام كان أفضل في تلك الشريعة، وقد نسخت الرهبانية في ملتنا، ولو تعارضاً قدم التمسك بحال النبي ﷺ وعن ابن عباس رضي الله عنهما: «تزوجوا فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء^(٣)» ومن تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الأخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل في معاشره أبناء النوع وتربية الولد والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والتفقه على الأقارب والمستضعفين وإعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقدير عنهن بحسبهن لكفائتهن مثونة سبب الخروج ثم الاشتغال بتأديب نفسه وتأهيله للعبودية ولتكون هي أيضاً سبباً لتأهيل غيرها وأمرها بالصلاة، فإن هذه الفرائض كثيرة لم يكد يقف عن الجزم بأنه أفضل من التخلي، بخلاف ما إذا عارضه خوف الجور إذ الكلام ليس فيه بل في الاعتدال مع أداء الفرائض والسنن. وذكرنا أنه إذا لم يقترن به نية كان مباحاً عنده لأن المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه. وأقول: بل فيه فضل من جهة أنه كان متمكناً من قضائها بغير الطريق المشروع، فالعدول إليه مع ما يعلمه من أنه قد يستلزم أثقالاً فيه قصد ترك المعصية وعليه يثاب ووعد العون من الله تعالى لاستحسان حاله، قال ﷺ «ثلاثة حق على الله عونهم: المجاهد في سبيل الله، والمكاتب الذي يريد الأداء، والناكح الذي يريد العفاف^(٤)» صححه

وقوله (على ما نبينه) يعني في أول فصل الوكالة في النكاح وقوله (وينعقد بلفظ النكاح) بيان ألفاظ ينعقد بها النكاح (وقال الشافعي لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج) لأنه إن انعقد بغيره مثل التملك مثلاً، فإما أن ينعقد به من حيث إنه حقيقة أو من حيث إنه مجاز لا سبيل إلى الأول لأنه لو كان حقيقة كان التملك والتزويج مترادفين، وليس كذلك إذ التملك يوجد بغير نكاح ولا إلى الثاني لعدم المناسبة بينهما (لأن التزويج للتلفيق) يقال: لفقت بين ثوبين ولفقت أحدهما بالآخر، إذا لاءمت بينهما بالخياطة

(١) حسن. أخرجه الطبراني في الأوسط والكبير كما في المجمع ٢٧٣/٤ من حديث ابن عباس وقال الهيثمي: ورجال الأوسط رجال الصحيح. وورد من حديث أبي أمامة نحوه رواه الطبراني وفيه ضعف.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٠٦٣ ومسلم ١٤٠١ والنسائي ٦٠/٦ وأحمد ٢٤١/٣ - ٢٥٩ - ٢٨٥ والبيهقي ٧/٧ كلهم من حديث أنس قال: جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي ﷺ يسألون عن عباد النبي ﷺ فلما أخبروا كأنهم تملأوا فقالوا: وأين نحن من النبي ﷺ وقد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر. قال أحدهم: أما أنا فأصلي الليل أبداً وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر.

وقال آخر: أنا أعزل النساء فلا أتزوج أبداً، فجاء النبي ﷺ فقال: أنتم الذين قلتم: كذا وكذا؟ أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له لكني أصوم، وأفطر، وأصلي، وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني اهـ لفظ المصنف الكمال لمسلم. وهذا لفظ البخاري. وأخرجه ابن ماجه ١٨٤٦ من حديث عائشة باختصار.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه الحاكم ١٦٠/٢ عن سعيد بن جبير عن ابن عباس موقوفاً وصححه الحاكم وأقره الذهبي. ثم كرره الحاكم من وجه آخر عن سعيد عن ابن عباس موقوفاً أيضاً وسكت عليه الحاكم وصححه الذهبي. فالحديث موقوف كما ترى والله أعلم.

(٤) حسن. أخرجه الترمذي ١٦٥٥ والنسائي ٦١/٦ وابن ماجه ٢٥١٨ وابن حبان ٤٠٣٠ والحاكم ١٦٠/٢ والبيهقي ٧/٧ والبخاري ٢٢٣٩ من عدة طرق كلهم عن ابن عجلان عن سعيد المقبري عن أبي هريرة مرفوعاً قال الترمذي: حديث حسن. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي والطواب أن حسن كما قال الترمذي. لأن محمد بن عجلان صدوق وحديث حسن.

الترمذي والحاكم. أما إذا لم يتزوج المرأة إلا لعزها أو مالها أو حبسها فهو ممنوع شرعاً، قال رحمته الله «من تزوج امرأة لعزها لم يزد الله إلا ذلاً، ومن تزوجها لمالها لم يزد الله إلا فقراً، ومن تزوجها لحبسها لم يزد الله إلا دناءة، ومن تزوج امرأة لم يرد بها إلا أن يغض بصره ويحصن فرجه أو يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه»^(١) رواه الطبراني في الأوسط وقال رحمته الله «لا تتزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن، ولا تتزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن، ولكن تزوجوهن على الدين، فلأمة خرقاء سوداء ذات دين أفضل»^(٢) رواه ابن ماجه من طريق عبد الرحمن ابن زياد بن أنعم، وعن معقل بن يسار قال «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إني أصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال إلا أنها لا تلد أفأتزوجها؟ فنهاه، ثم أتاه الثانية فقال له مثل ذلك، ثم أتاه الثالثة، فقال: تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم»^(٣) رواه أبو داود والنسائي والحاكم وصححه. هذا ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لأنه عبادة، وكونه في يوم الجمعة، واختلفوا في كراهة الزفاف، والمختار أنه لا يكره إذا لم يشتمل على مفسدة دينية. وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف»^(٤) وفي البخاري عنها قالت «زفنا امرأة إلى رجل من الأنصار، فقال

(١) باطل. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢٥٤/٤ ومن طريقه ابن الجوزي في الموضوعات ٢٥٨/٢ وابن حبان في المجروحين ١٥١/٢ كلهم من طريق عبد السلام بن عبد القدوس عن إبراهيم بن أبي عيلة عن أنس مرفوعاً بهذا اللفظ قال الهيثمي: عبد السلام هذا ضعيف. وقال ابن حبان: يروي عن أبي عيلة الأشياء الموضوعة.

وقال ابن الجوزي: هذا حديث موضوع على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ضد ما في الصحيحين: تنكح المرأة لما لها ولحسنها ولجمالها ولدينها. وقال ابن حبان: عبد السلام يروي الموضوعات قال ابن الجوزي: وفي الإسناد أيضاً عمرو بن عثمان متروك الحديث قاله النسائي إياه ولذا حث رسول الله صلى الله عليه وسلم المغيرة في النظر لمخطوبته.

وصدق ابن الجوزي فالحديث باطل ولا مانع أن يتزوج المسلم المرأة لحسنها ولذا أباح الشرع نكاح الكتابيات مع أنهن مشركات فالذي يتزوج كتابية إنما يتزوجها لحسنها لا لدينها. وعلى كل حال الحديث لم يصح له علقان عمرو بن عثمان متروك، وعبد السلام متهم بالوضع وقد اتهمه ابن حبان بوضعه.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٨٥٩ والبيهقي ٨٠/٧ كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. ونقل عبد الباقي عن البوصيري قال البوصيري في الزوائد: في إسناده الإفريقي عبد الله بن زياد بن أنعم. ضعيف إياه.

قلت: والصواب عبد الرحمن بن زياد بن أنعم. وهو ضعيف على كل.

(٣) تقدم قبل قليل وإسناده صحيح.

(٤) منكر. أخرجه الترمذي ١٠٨٩ والبيهقي ٢٩٠/٧ وابن الجوزي في الواهيات ١٠٣٤ وكذا ابن عدي في الكامل ٢٤٠/٥ كلهم من حديث عيسى بن ميمون المدني عن القاسم بن محمد عن عائشة مرفوعاً بهذا اللفظ.

وإسناده ضعيف لضعف عيسى المدني. ضعفه البيهقي به.

وقال الترمذي: غريب حسن، وعيسى يُضعف في الحديث.

ونقل ابن عدي عن البخاري قوله: عيسى صاحب منكرات. وقال الفلامس: متروك. وقال ابن عدي: وعامة ما يرويه لا يتابعه أحد عليه.

وقال ابن حبان: يروي عن الثقات أشياء كأنها موضوعات وروينا عن ابن مهدي قال: استعديت على عيسى فقلت: هذه الأحاديث التي تحدث بها عن القاسم عن عائشة؟ فقال: لا أعرف.

قلت: فالحديث بهذا اللفظ مع ذكر المساجد تفرد به عيسى ولم يتابعه عليه أحد، ولم ينقل عن الأئمة، أو الصحابة، أو غيرهم من أصحاب القرون الثلاثة إعلان النكاح في المساجد، الضرب عليه بالدف، فحديث عيسى هذا منكر لم يعمل به العلماء فهو منكر بهذا اللفظ.

وورد بلفظ: أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالغريال.

أخرجه ابن ماجه ١٨٩٥ والبيهقي ٢٩٠/٧ كلاهما من حديث عائشة وكذا ابن الجوزي في الواهيات ١٠٣٣ وفي الإسناد خالد بن إياس. ضعيف. والغريال: الدف.

قال البوصيري في الزوائد: اتفقوا على ضعفه بل نسبة ابن حبان، والحاكم، والنقاش للوضع.

وقال البيهقي عقبه: ضعيف.

قال ابن الجوزي عقبه: قال أحمد: خالد هذا متروك، وقال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الثقات.

قلت: فهذا الحديث وإياه أيضاً وسيأتي ما هو أحسن منه.

النبي ﷺ: يا عائشة أما يكون معهم لهو فإن الأنصار يعجبهم اللهو^(١) وروى الترمذي والنسائي عنه ﷺ أنه قال «فضل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت^(٢)» وقال الفقهاء: المراد بالدف ما لا جلاجل له، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول) قدمنا أن النكاح في عرف الفقهاء هو العقد، وهذا بيان لأن هذا العقد لم يثبت انعقاده حتى يتم عقداً مستقبلاً لأحكامه، فلفظ النكاح في قوله النكاح ينعقد بمعنى العقد: أي ذلك العقد الخاص ينعقد حتى تتم حقيقته في الوجود بالإيجاب والقبول، والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً ويستعقب الأحكام وذلك بوقوع الثاني جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام السابق، ويسمع كل من العاقلين كلام صاحبه، والكلامان هما الإيجاب والقبول. فما قيل في تعريف الإيجاب إنه إصدار الصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد مع أنه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور، بل إن الإيجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الإفادة بقيد كونها أولاً والقبول هي بقيد وقوعها ثانياً من أي جانب كان كل منهما، فما ذكر في الدراية وغيرها من قوله: لو قدم القبول على الإيجاب، بأن قال: تزوجت بتك فقال: زوجتكها ينعقد به صحيح في الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول، بل لا يتصور تقديمه لأن ما يقدم هو الإيجاب كما صرح به في النهاية هنا وصرح الكل به في البيع، وكان الحامل على جعله الإصدار وصل قوله بلفظين بقوله بالإيجاب والقبول فأفاد أليتهما لهما فكانا خلافيهما. والحق ما أعلمتك ووصلهما إبدال أو بيان يدفع به ما قد يتوهمه من لا يعرف معنى الإيجاب والقبول في العرف فيعمم المقيد فأبدل منه لتخرج الكتابة، فلو كتبنا الإيجاب والقبول لا ينعقد، والمراد باللفظين ما هو أعم من الحقيقة والحكم فيدخل متولي الطرفين أو ما يخص الحقيقة، وليس هذا بحد بل إخبارات منسوق بعضها على بعض لإفادة ما يتم به العقد فقال: وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وينعقد بلفظين أحدهما مستقبل لأنه توكيل، والواحد يتولى طرفي النكاح فينعقد بكلام الواحد كما ينعقد بكلام الاثنين، ولا إشكال في شيء من هذا، وعرف من تعريف الإيجاب والقبول بأنهما

(والنكاح للضم، ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلاً) فلا مناسبة بينهما. وقلنا المناسبة بينهما موجودة لأن (التملك سبب لملك المتعة في محلها) يعني أن تملك الرقة سبب لملك المتعة إذا صادفت محل المتعة لإفضائه إليه (و) ملك المتعة (هو

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٦٢ من حديث عائشة بهذا اللفظ.

وأخرج البخاري ٥١٤٧ باب ضرب الدف في النكاح والوليمة وأبو داود ٤٩٢٢ والترمذي ١٠٩٠ وابن ماجه ١٨٩٧ كلهم من حديث الرضيع بنت مَعْرُود ابن عفراء قالت: جاء النبي ﷺ يدخل حين بُني عليّ - ورواية: بُني بي - ورواية: صبيحة عرسى - فجلس على فراشي فجعلت جوهرات لنا يضررن بالدف، ويندبن من قتل من أبائي يوم بدر إذ قالت إحداهن: وفيما نبي يعلم ما في غد، فقال: دعي هذه، وقولي بالذي كنت تقولين. قلت: فهذا شاهد صحيح لا مغزى فيه البتة.

(٢) جيد. أخرجه الترمذي ١٠٨٨ والنسائي ١٢٧/٦ وابن ماجه ١٨٩٦ والحاكم ١٨٤/٢ والبيهقي ٢٨٩/٧ وأحمد ٤١٨/٣ و٢٥٩/٤ كلهم من حديث محمد بن حاطب بهذا اللفظ زاد النسائي: في النكاح.

قال الترمذي: حديث حسن ومحمد بن حاطب قد رأى النبي ﷺ وهو غلام صغير. وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي والراجح قول الترمذي: أنه حسن. فيه يحيى به سليم فيه كلام لا يضر وللحديث شواهد فهو جيد، تنبيه: ولم يروه أبو داود.

فاثلة: قال ابن حجر في الفتح ٢٢٦/٩: الأحاديث القوية فيها الإذن في ذلك للنساء فلا يلتحق بهن الرجال لعموم النهي عن التشبه بهن أه. الخلاصة: يتبين من الأحاديث المتقدمة أن النبي ﷺ أقر النساء اللاتي يفتن في يوم الفرج فالفهر، والفرج بالنسبة للنساء جازر بالاتفاق طالما كن بعيداً عن أعين الرجال وأسماعهم. وأما بالنسبة للرجال قالوا رد في حقهم حضور الوليمة فقط. وأما ما يجري في أيامنا بما يسمى المولد. فهذا جازر إن لم يكن فيه منكر. فهناك من المنشدين من يمدح النبي ﷺ مدائح قد نهى عنها كما أنه نهى المغنية في بيت الرضيع في حديث البخاري، بقولها: وفيما نبي يعلم ما في غد. وللأسف يقع أكثر المنشدين في مثل هذا في أيامنا والائم يقع عليهم وعلى العلماء الذين يسمعون هذا ولا ينكرون فهو سكوت عن الحق.

وأما الاجتماع عليه في المسجد والضرب بالدف. فالحديث لم يصح ولا هو حسن بل هو منكر لم يعمل به أحد من سلف الأمة. والله تعالى أعلم.

اللفظان الصالحان لإفادة ذلك العقد عدم الاختصاص بالعربية، وعدم لزوم ذكر المفعولين أو أحدهما بعد دلالة المقام والمقدمات على الغرض لأن الحذف للدليل جائز في كل لسان، وعدم لزوم لفظ النكاح والتزويج، فعن هذا قلنا: إذا قالت زوّجتك نفسي فقال: قبلت، أو قال تزوّجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان القابل سفيراً ولا مفعول ولم يضفه إلى الموكل نفذ عليه. في التجنيس: رجل خطب لابنه الصغير امرأة، فلما اجتمعا للعقد قال أبو المرأة لأبي الزوج: دادم بزني ابن دخترابهزا ردوم^(١)، فقال أبو الزوج: بزيرفتم يجوز النكاح على الأب وإن جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لأن الأب أضافه إلى نفسه، وهذا أمر يجب أن يحتاط فيه، بخلاف ما لو قال أبو الصغيرة: زوّجت بنتي من ابنك، فقال أبو الابن قبلت ولم يقل لابني يجوز النكاح للابن لإضافة المزوّج النكاح إلى الابن بيقين، وقول القابل: قبلت جواب له، والجواب يتقيد بالأوّل فصار كما لو قال: قبلت لابني، ونظير الأوّل في البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع: بعث هذا بألف ولم يقل منك، فقال الآخر: اشتريت صح ولزم، وكذا لو قالت المرأة بالفارسية: خويشتن خريدم بعده وكآيين، فقال الزوج: فروختم صح ولزم وإن لم يقل منك (قوله يعبر بهما عن الماضي) مثل أنكحتك وزوّجتك فيقول قبلت أو فعلت أو رضيت. وفي الانعقاد بصرت لي وصرت لك خلاف، وظاهر الخلاصة اختياره إذا اتصل به القبول، ولو قالت عرّستك نفسي فقبل ينعقد، ثم بين أن الانعقاد به باعتبار أنه جعل إنشاء شرعاً فصار هو علة لمعناه فثبت المعنى عقيبه، والمراد (بقوله جعلت للإ إنشاء شرعاً) تقرير الشرع ما كان في اللغة، وذلك لأن العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرره الشرع وإنما اختيرت للإ إنشاء لأنها أدل على الوجود والتحقيق حيث أفادت دخول المعنى في الوجود قبل الإخبار فأفيد بها ما يلزم وجوده وجود اللفظ، ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا كما نص عليه في قوله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [النساء: ٢٩] عدّينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد إلى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر فقلنا: لو قال بالمضارع ذي الهمزة أتزوّجك فقالت زوّجت نفسي انعقد، وفي المبدوء بالتاء نحو تزوّجني بنتك؟ فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال، بخلاف الأوّل لأنه لا يستخير نفسه عن الوعد. وإذا كان كذلك والنكاح مما لا تجري فيه المساومة كان للتحقيق في الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للإ إنشاء بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا: لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال. في شرح الطحاوي: لو قال: هل أعطيتنيها فقال أعطيت، إن كان المجلس للوعد فوعد وإن كان للعقد فنكاح، فيحمل قول السرخسي بالفارسية ميدهي ليس بشيء على ما إذا لم يكن قصد التحقيق ظاهراً، ولو قال باسم الفاعل فكذلك. عن أبي حنيفة: إذا قال جئتكم خاطباً بنتك أو لتزوّجني ابنتك فقال الأب زوّجتك فالنكاح لازم، وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه كما قلنا، والانعقاد بقوله أنا متزوّجك ينبغي أن يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة سواء، وقلنا ينعقد بلفظين وضع أحدهما للمستقبل: يعني الأمر، فلو قال زوّجني بنتك فقال زوّجتك انعقد، ومنه كوني امرأتني ينعقد إذا قبلت. وفي النوازل: قال زوّجني نفسك مني فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح، غير أن المصنف جعل الصحة باعتبار أنه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائماً بالموجب، وصرح غيره بأنها نفسها إيجاب فيكون قائماً بهما. في فتاوى قاضيخان قال: ولقطة الأمر في النكاح إيجاب، وكذا في الطلاق إذا قالت طلقني

الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وقيد بقوله في محلها احترازاً عن تملك الغلمان والبهايم والأخت الرضاعية والأمة المجوسية فإنها ليست بمحمل لملك المتعة. واعترض بأن ملك الرقبة إذا ورد على ملك النكاح أفسده فكيف يثبت النكاح به.

على ألف فطلق كان تاماً، وكذا في الخلع، وكذا لو قال لغيره اكفل لي بنفس فلان هذا أو بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة، وكذا لو قال هب لي هذا العبد فقال وهبت في مسائل آخر ذكرها، وهذا أحسن لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولاً وهو صادق على لفظة الأمر فليكن إيجاباً. ويستغنى عما أورد على تقرير الكتاب من أنه لو كان توكيلاً لما اقتصر على المجلس. وجوابه بأنه في ضمن الأمر بالفعل فيكون قبوله تحصيل الفعل في المجلس، والظاهر أنه لا بد من اعتباره توكيلاً وإلا بقي طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه بكذا فيقول بعث بلا جواب، إذ جوابه ما ذكره المصنف في البيع بأنه توكيل والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح فصح دون البيع، وحيث قد تمام العقد قائم بالمجيب فلا يصح قوله ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل، فلذا قيل: المثال الصحيح أن تزوجك بألف فتقول قبلت على إرادة الحال، وعرف من هذا أن شرط القبول في النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافاً للشافعي رحمه الله. وقد يوهم ما ذكر في المنية قال: زوجتك بنتي بألف فسكت الخاطب فقال الصهر ادفع المهر فقال نعم فهو قبول، وقيل لا أن فيه خلافاً وإن كان المختار الصحة، وقد يكون منشؤه من جهة أنه كان متصفاً بكونه خاطباً، فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهراً في رجوعه فيحكم به أولاً، فقوله نعم بعده لا يفيد بمفرده لأن الفور شرط مطلقاً، والله سبحانه أعلم. وصورة اختلاف المجلس أن يوجب أحدهما فيقوم الآخر قبل القبول أو يكون قد اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قيل لا ينعقد لأن الاعتقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس يتفرقان حقيقة وحكماً، فلو عقدا وهما يمشيان أو يسيران على الدابة لا يجوز، وإن كانا في سفينة سائرة جاز، واستعرف الفرق في البيع إن شاء الله تعالى.

[فروع] تزوج باسمها الذي تعرف به، حتى لو كان لها اسمان اسم في صغرها وآخر في كبرها تزوج بالآخر لأنها صارت معروفة به، ولو كانت له بنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتي فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة، ولو قال زوجتك بنتي فاطمة الكبرى قالوا يجب أن لا ينعقد على إحدهما ولو قال: زوجت بنتي فلانة^(١) من ابنك فقبل وليس لهما إلا ابن واحد وبنت صح، وإن كان لهما ابنتان أو ابنان لا، إلا أن يسميا البنت والابن. ولو زوج غائبة وكيل فإن كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز، وإن لم يعرفوها فلا بد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها، أما لو كانت حاضرة متتعبة فقال تزوجت هذه وقبلت جاز لأنها صارت معروفة بالإشارة، وأما الغائبة فلا تعرف إلا بالاسم والنسب. وقيل: يشترط في الحاضرة كشف النقاب، وسنذكر وجه عدمه في الوكالة بالنكاح إن شاء الله تعالى. وكذا الحال في تسمية الزوج الغائب. وفي التجنيس: له ابنة اسمها فاطمة فقال وقت العقد: زوجتك بنتي عائشة ولم تقع الإشارة إلى شخصها لا يصح، فإنه إذا لم يشر إليها يقع العقد على المسمى وليس له ابنة بذلك الاسم. وفي النوازل: قال أبو بكر: خشي مشكل زوج من خشي مشكل برضا الولي فلما كبرا إذا الزوج امرأة والزوجة رجل جاز نكاحهما عندي لأن قوله زوجتك يستوي من الجانبين. وفي صغيرين قال أبو أحدهما: زوجت بنتي هذه من ابنك هذا وقبل الآخر ثم ظهر أن الجارية غلام والغلام جازية جاز لذلك أيضاً. وقال العتابي: لا يجوز. وفي المنية: زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين. وفي التجنيس: رجل قال لامرأة بحضرة الشهود: راجعتك فقالت المرأة: رضيت يكون نكاحاً. فإنه نص في الجامع الكبير أنه لو قال للمطلقة طلاقاً بائناً أو ثلاثاً إن راجعتك فعبدي حرّ

وأجيب بأن إفساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطء لا محالة، بل من حيث إبطال ضرب مالكية لها في مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل، وحيث لا منافاة بين ما يشته وينفيه فجازت الاستعارة. وقوله (وينعقد بلفظ البيع) يعني بأن تقول المرأة بعثك نفسي أو قال أبوها بعثك بنتي بكذا وكذا بلفظ الشراء بأن قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا

(١) الأولى حذف فلانة. لأنه إن ذكر فلانة وسماها. فقد صحح ولو كان عنده أكثر منه واحدة. وهذا ما أراده المصنف.

تنصرف الرجعة إلى النكاح لأن الرجعة قد يراد بها النكاح فينظر إلى المحل والمحل هنا لا يقبل الرجعة المعروفة فانصرفت إلى النكاح، وسيأتي الكلام في الرجعة بلفظ النكاح في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى. ثم قال: وذكر في الأجناس لو طلق امرأة بائناً ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود فإن هذا نكاح جائز. وإن لم يذكر ما لا فليس بنكاح إلا أن يجتمعا أنه أراد بذلك نكاحاً فكان نكاحاً، فتبين بهذا أن ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا ذكر المال أو أقر أن الزوج أراد به النكاح اهـ. وذكر في فتاوى قاضيهان عن بعضهم تفصيلاً بين المبانة والأجنبية. ففي المبانة يكون نكاحاً وفي الأجنبية لا وسكت عليه وهو الأحسن. فإن التزوج بلفظ الرجعة في نكاح المطلقة لا يستلزم صحته في غيرها. رجل وامرأة أقرّا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هي امرأتي وأنا زوجها، وقالت: هو زوجي وأنا امرأته وقال الآخر: نعم لا يتعقد النكاح بينهما، لأن الإقرار إظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت، ولهذا لو أقر لإنسان بمال كذباً لا يصير ملكاً له، وكذا لو قال: أجزأه أو رضيناه بحضرة الشهود لا يتعقد بخلاف جعلناه. ولو قال الشهود: جعلتما هذا نكاحاً فقالا نعم انعقد لأنه يتعقد الجعل، حتى لو قالت: جعلت نفسي زوجة لك فقبل ثم قال أعطيتك ألفاً على أن تكوني امرأتي فقبلت ثم قال زوج بنتك فلانة مني بكذا فقال ادفعها واذهب بها حيث شئت لا يتعقد. في التجنيس كأنه لأنه كالمضاف إلى ما بعد الدفع ولا يتعقد بالمضاف. لو قال: زوجتكها غدا فقبل لا يصح، فعدم صحة المعلق أولى. وفي فتاوى قاضيهان قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل: يكون ذلك نكاحاً ولم يذكر خلاف قوله، ويجوز النكاح المعلق إذا كان على أمر مضي لأنه معلوم للحال. وعليه فرع ما لو قال: خطبت بنتك فلانة لابني فلان فقال: زوجتها من فلان قبل هذا فلم يصدقه الخاطب فقال: إن لم أكن زوجتها من فلان قبل فقد زوجتها من ابنك وقبل أبو الابن بحضرة الشهود ولم يكن زوجها من أحد صح النكاح، لأن التعليق بكائن للحال تحقيق وتنجز، وإذا أضاف النكاح إلى نصفها مثلاً فيه روايتان، والأصح عدم الصحة، كذا في فتاوى قاضيهان. وذكر في المبسوط في موضع جوازه كالطلاق (قوله ويتعقد الخ) حاصل الألفاظ المذكورة هنا أربعة أقسام: قسم لا خلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف فيه من خارج المذهب. وقسم فيه خلاف في المذهب والصحيح الانعقاد. وقسم فيه خلاف والصحيح عدم الانعقاد. وقسم لا خلاف في عدم الانعقاد به. والأوجه أن ترتب على هذا الترتيب ليلي كل قسم ما هو أقرب إليه، وهكذا فعل المصنف إلا في لفظ الوصية.

[القسم الأول] ما سوى لفظي النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتملك والجعل نحو جعلت بنتي لك بألف خلافاً للشافعي، وجوازه عندنا بطريق المجاز، فإن المجاز كما يجري في الألفاظ اللغوية يجري في الألفاظ الشرعية بلا خلاف، وإنما الكلام في تحقق طريقه هنا فنفاه الشافعي بناء على انتفاء ما يجوز التجوز. أما إجمالاً فإنه لو وجد لصح أن يتجوز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال أنكحتك هذا الثوب مراداً به ملكتك، كما يقال ملكتك نفسي أو بنتي مراداً به أنكحتك، وليس فليس. وأما تفصيلاً فلأن التزويج هو التلقيق وضعاً والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك أحد الزوجين على الآخر ولو كان لم ينافه تأكد به، وإن صح هذا الوجه عنه كان معترفاً بأنه لغة على خلاف ما تقدم نقله عنه من أنه العقد إلا أن يعني فيما تقدم أنه في لسان الشرع بناء على النقل (ولنا أن التملك) أي معناه الحقيقي (سبب لملك المتعة في محلها بواسطة) كونه سبب (ملك الرقبة و) ملك في محلها (هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وأما عدم جواز استعارة النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرغ منه في الأصول من أنه لا يجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا إلا إذا كان المقصود من شرعية السبب

فيقول زوجتك) لأن هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه إن شاء الله تعالى (ويعتقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتملك والصدقة) وقال الشافعي رحمه الله: لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج لأن التملك ليس حقيقة فيه ولا مجازاً عنه لأن التزويج للتفليق والنكاح للضم، ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلاً. ولنا أن

شرعيته كالبيع لملك الرقبة، وليس ملك المتعة الذي هو موجب النكاح هو المقصود من التملك بل ملك الرقبة. والجواب عن الثاني منع أنه لا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة. وقوله ولذا يفسد النكاح الخ. قلنا: فساده للزوم المنافاة بين كون أحدهما مالاً لكل الآخر، وكون ذلك الآخر مالاً بحكم الزوجية لبعض ما يملكه عليه ذلك الآخر بحكم ملك الرقبة على ما نبين إن شاء الله تعالى في فصل المحرمات لا لعدم الضم والازدواج، وللشافعي أيضاً أنه كما خص النكاح باشتراط الشهادة إظهاراً لخطره خص باللفظين النكاح والتزويج ولذا لم يرد غيرهما شرعاً، والجواب منعها، بل قد ورد بلفظ الهبة فلم يختص، قال الله تعالى ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٠] عطفاً على المحلات في قوله تعالى ﴿إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أَجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ﴾ [الأحزاب: ٥١] والأصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها، وقوله تعالى ﴿خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] يرجع إلى عدم المهر بقرينة إعتاقه بالتعليل بنفي الحرج، فإن الحرج ليس في ترك لفظ إلى غيره خصوصاً بالنسبة إلى أفصح العرب بل في لزوم المال وبقريته وقوعه في مقابلة المؤتى أجورهن فصار الحاصل أحللتنا لك الأزواج المؤتى مهورهن والتي وهبت نفسها لك فلم تأخذ مهراً خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين. أما هم فقد علمنا ما فرضناه عليهم في أزواجهم من المهر وغيره، وأبدى صدر الشريعة جواز كونه متعلقاً بأحللتنا قيداً في إحلال أزواجه له لإفادة عدم حلهم لغيره ﷺ، وله أيضاً أن الشهادة شرط في النكاح، والكناية لا بد فيها من النية ولا اطلاع للشهود عليها. قال في شرح الكنز: قلنا ليست شرطاً مع ذكر المهر، وذكر السرخسي أنها ليست بشرط مطلقاً لعدم اللبس كقولهم للشجاع: أسد، وكما إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة فإنه ينصرف إلى المجاز من غير نية ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال اهـ. ويشكل بأن الحكم بالمجاز يستدعي أمرين: أحدهما انتفاء قرينة تدل على إرادة غير ذلك المعنى المجازي، ولذا لو طلب الزنا من امرأة فقالت وهبت نفسي منك أو أجرت نفسي منك وقبل لا ينعقد. والآخر وجود قرينة تفيد إرادة المعنى المجازي، ولذا لو قال أبو البنت: وهبت بنتي منك لتخدمك وقبل لا ينعقد هذا في الحكم به، أما في جواز التجوز فقط فالشرط مع الأول الإرادة لا قرينتها، وذلك لأن اعتبار ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ لأن نسبته إليه كنسبته إلى غيره، فالمخصص لمعنى معين دون غيره ليس إلا علاقة وضعه له أو إرادة ما بينه وبين ما وضع له معنى مشترك ثبت اعتبار نوعه عن الواضع في الاستعمال فيه فالإرادة لازمة في المحلين، غير أن الحكم من السامع بإرادة المتكلم المعنى الحقيقي لا يفترق إلى نصب قرينة تفيد إرادته بل يكفي عدم قرينة تصرف عنه، وهذا ما يقال الكلام لحقيقته ما لم يقم الدليل على مجازه، بخلاف حكمه بإرادة ما لم يوضع له حيث يفترق إلى دليل إرادته، فإن لم يكن فلا بد من علم الشهود بمراده بأن أعلمهم به، ولذا قال في الدراية في تصوير الانعقاد بلفظ الإجارة عند من يجيزه أو لا يجيزه: أن يقول أجرت بنتي ونوى به النكاح وأعلم به الشهود اهـ. بخلاف ما إذا قال

فأجاب بنعم، أشار إليه محمد في كتاب الحدود. وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول أبي بكر الأعمش إنه لا ينعقد بلفظ البيع لأنه خاص لتمليك مال والمملوك بالنكاح ليس بمال، ووجه الصحيح وجود طريق المجاز. وقوله (ولا ينعقد بلفظ الإجارة في الصحيح) احتراز عن قول الكرخي إنه ينعقد بها لأن المستوفي بالنكاح منفعة في الحقيقة وإن جعل في حكم العين، وقد سمي الله تعالى العوض أجراً في قوله تعالى فآتوهن وذلك دليل على أنه بمنزلة الإجارة. ووجه الصحيح أن الإجارة لا تنعقد شرعاً إلا مؤقتة، والنكاح لا ينعقد إلا مؤبداً فكان بين موجبيهما تناف فلا تجوز الاستعارة، فقال المصنف (لأنه ليس بسبب لملك المتعة) لعدم إفنائها إليه (ولا بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة لما قلنا) يعني قوله ليس بسبب لملك المتعة، وذلك لأن لفظ الإباحة

التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز. وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز (ولا ينعقد بلفظ الإجارة) في الصحيح لأنه ليس بسبب لملك المتعة (و) لا بلفظ (الإباحة والإحلال والإعارة) لما قلنا (و) لا بلفظ (الوصية) لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت.

بعثك بنتي بحضرة الشهود فإن عدم قبول المحل للمعنى الحقيقي وهو البيع للحرية يوجب الحمل على المجازي فهو القرينة فيكتفي بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها أمة احتيج إلى قرينة زائدة. في البدائع: لو قال لرجل: وهبت أمتي منك، فإن كان الحال يدل على النكاح من إحضار الشهود وتسمية المهر مؤجلاً أو معجلاً ينصرف إلى النكاح، وإن لم يكن الحال يدل على النكاح، فإن نوى وصدقه الموهوب له فكذلك، وإن لم ينو ينصرف إلى ملك الرقبة أهـ. والظاهر أنه إذا لم يدل الحال فلا بد مع النية من إعلام الشهود كما قدمناه لأنه لا بد من فهمهما المراد على المختار على ما سنذكره. وقد رجع شمس الأئمة إلى التحقيق حيث قال: ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال ولا يخفي عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم اشتراط النية، إذ عدم اللبس إنما يصلح لتعليل دعوى ظهورها وفهمها. وأما الحالف لا يأكل من هذه النخلة فمحكوم عليه بإرادة المجازي نظراً إلى تعذر الحقيقي وكونه متكلماً واعياً، وأما الهازل فمريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصد عدم الحكم. نعم قد يقال في عقد الملجأ يتعين لفظ الحقيقة بناء على كون الإلجاء قرينة تصرف عن إرادة المعنى المجازي إذ غرضه ليس إلا التخلص وذلك بإجراء اللفظ فقط، أو مريداً حقيقته للتخلص وهي متعذرة إذ لا تصح هبة الحرة وبيعها. والذي أقيم مقام المعنى في قوله ﷺ «ثلاث جذهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة»^(١) هو الحقيقة دون المجاز، والله أعلم، وأورد كيف ينعقد بالهبة وبه تقع الفرقة إذا نوى به الطلاق وهو سؤال ساقط أما أولاً فهو مشترك الإلزام إذ يلزم مثله في الزوج فإنه يقع به الفرقة إذا نوى بقوله تزوجتي، والحق أن الهبة فيها علاقة السببية لملك فيتجاوز بها، غير أنه إذا أضاف

والإحلال لا يوجب ملكاً أصلاً، فإن من أحل لغيره طعاماً أو أباحه له لا يملكه فإنما يتلفه على ملك المبيع (ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت) ولو صرح بلفظ النكاح إلى ما بعد الموت لم يصح لأن ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته.

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٩٤ والترمذي ١١٨٤ وابن ماجه ٢٠٣٩ والطحاوي ٥٨/٢ وابن الجارود ٧١٢ والحاكم ١٩٨/٢ والدارقطني ٢٥٦/٣ - ٢٥٧ كلهم من طريق عطاء بن أبي رباح عن يوسف بن ماله عن أبي هريرة مرفوعاً.

قال الترمذي: حسن غريب.

وقال الحاكم: صحيح وعبد الرحمن بن حبيب بن أردك من ثقات المدنيين.

وقال الذهبي عقبه: قلت: فيه لين يعني ابن أردك.

قلت: وكذا قال الحافظ ابن حجر في التقریب عن ابن أردك: لين الحديث.

قال الزيلعي في نصب الرأية ٢٩٤/٣: ورواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من طريق ابن لهيعة عن عبادة بن الصامت مرفوعاً بلفظ: لا يجوز اللعاب في ثلاث. الطلاق والنكاح والعناق فمن قالهن: وجب أهـ.

وإسناده ضعيف لضعف ابن لهيعة وفيه انقطاع.

وأخرج عبد الرزاق من حديث أبي ذر نحوه وإسناده واهـ.

كما في نصب الرأية ٢٩٤/٣.

وأخرج ابن أبي شيبة ٢/١٠٤/٧ وابن أبي حاتم في تفسيره ٤٧/١ والطبري ١٣/٥ من طرق عن الحسن قال: كان الرجل في الجاهلية يراجع ويطلق ويقول: كنت لأعاً. ويعتق ثم يراجع ويقول: كنت لأعاً فأنزل الله تعالى ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾ فقال رسول الله ﷺ: من طلق أو حرر أو أنكح أو نكح فقال: إني كنت لأعاً فهو جائز أهـ. وقوله جائز: أي وجب واستحق ولزم. وللحديث شواهد عن عمر وعلي ذكرهما الزيلعي في نصب الرأية. فالحديث بمجموع طرقه مع مرسل الحسن تنقوي ويرقى الحديث إلى درجة الحسن. لذا قال ابن حجر في التلخيص ٢١٠/٣: فهو حسن.

تنبيه: قال الزيلعي: من الفقهاء من يجعل بدل الرجعة اليمين وهو غريب، ومنهم من يجعل: العناق وهو غريب أهـ أي ضعيف والصواب كما وقع عند الجماعة: الرجعة.

الملك المتجوز عنه بالهبة إليها نفسها بقوله وهبت نفسك لك صح طلاقاً، وإن أضافه إلى الرجل صح نكاحاً، فظهر أن اختلاف الموجب في هذا اللفظ الواحد ليس إلا لاختلاف الإضافة بل بنفس توجيه السؤال يظهر صحة استعارتها للملك المغاير لملك الرقة إذ لم يجبي الطلاق إلا باعتبار استعارتها له.

[القسم الثاني] ما اختلفوا في الانعقاد به، والصحيح الصحة نحو: بعث نفسي منك بكذا أو ابنتي أو اشتريتك بكذا فقالت: نعم ينعقد (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول أبي بكر الأعمش، وقوله (لوجود طريق المجاز) تحليل للصحيح، وجهه ما قدمنا في تقرير التملك. واختلف في الانعقاد بلفظ السلم فقيل: لا لأن السلم في الحيوان لا يصح. وقيل ينعقد لأنه ثبت به ملك الرقة. والمنقول عن أبي حنيفة أن كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم في الحيوان ينعقد، حتى لو اتصل به القبض ينعقد الملك فاسداً لكن ليس كل ما يفسد المعنى الحقيقي للفظ يفسد مجازيه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيهما، وفي لفظ الصرف في شرح الكنز فيه روايتان. وفي البدائع: قيل لا ينعقد لأنه وضع لإثبات ملك الدراهم والدنانير التي لا تتعين، والمعقود عليه هنا يتعين. وقيل ينعقد لأنه يثبت به ملك العين في الجملة. وظاهر هذا أنهما قولان، وكأن منشأهما الروايتان، وأما الفرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به، وقيل لا لأنه في معنى الإعارة. قيل الأول قياس قولهما، والثاني قياس قول أبي يوسف بناء على ثبوت الملك به في العين وعنده لا. وأما لفظ الصلح فذكر صاحب الأجناس أنه لا ينعقد به، وذكر شمس الأئمة السرخسي في كتاب الصلح: ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز.

[القسم الثالث] لا ينعقد بالإجارة في الصحيح احترازاً عن قول الكرخي، وجهه أن الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك. وجه الصحيح على ما ذكروا أنها لا تنعقد إلا مؤقتة، والنكاح يشترط فيه نفية فتضاداً، فلا يستعار أحدهما للآخر. وقد يقال: إن كان المتضادان هما العرضان اللذان لا يجتمعان في محل واحد لزمكم مثله في البيع لأنه لا يجامع النكاح مع جواز العقد به. والتحقيق أن التوقيت ليس جزء مفهوم لفظ الإجارة بل شرط لاعتباره شرعاً خارج عنه فهو مجرد تملك المنافع بعوض، غير أنه إذا وقع مجرداً لا يعتبر شرعاً على مثال الصلاة هي القيام الخ، ولو وجدت بلا طهارة لا تعتبر، ولا يقال: إن الطهارة جزء مفهوم الصلاة، ولذا عدل المصنف عن التوجيه بهذا إلى نفي السببية التي هي العلاقة، فإن الإجارة ليست سبباً لملك المتعة حتى يتجوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالإعارة، وهذا إذا جعلت المرأة مستأجرة. أما إذا جعلت بدل الإجارة أو رأس مال السلم كأن يقال استأجرت دارك بابنتي هذه أو أسلمتها إليك في كر حنطة ينبغي أن لا يختلف في جوازه، فإنه أضاف إليها بلفظ تملك به الرقاب. قال المصنف رحمه الله (ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت) وعن الطحاوي ينعقد لأنه يثبت به ملك الرقة في الجملة. وعن الكرخي إن قيد الوصية بالحال بأن قال: أوصيت لك ببنتي هذه الآن ينعقد للحال لأنه به صار مجازاً عن التملك اهـ. وينبغي أن لا يختلف في صحته حينئذ. والحاصل أنه إذا قيدت بالحال يصح، أو بما بعد الموت بأن قال: أوصيت لك بابنتي بعد موتي لم يكن نكاحاً، ولو قال: أوصيت لك بها ولم يزد فقيل لا يكون نكاحاً، وعن الطحاوي ينعقد، ثم كون الإضافة إلى ما بعد الموت بيان للواقع فيما نحن فيه، وإلا فمجرد الإضافة يستقل بعدم الصحة لو قال زوّجتكها غداً لم يصح وحاصل الوجه أن الإضافة مأخوذة في مفهوم الوصية وعدهما في النكاح فتضاداً، ولا يتجوز بلفظ أحد الضدين عن الآخر، بخلاف الهبة ليس جزء مفهوم اللفظ الإضافة إلى ما بعد القبض، بل هي تملك العين بلا بدل، ثم هو يتأخر فيما إذا كان الموهوب ليس في يد الموهوب له لضعف سببيتها بسبب عدم العوض، ولذا لو كان في يد الموهوب له تم الملك بنفس اللفظ.

[القسم الرابع] لا ينعقد بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع لعدم تملك المتعة في كل منها فانتفى الجامع وهو المشار إليه بقوله لما قلنا، ولا ينعقد بلفظ الإقالة والخلع لأنهما لفسخ عقد ثابت.

[فروع: الأول] كل لفظ لا ينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد، ويجب له الأقل من المسمى ومن مهر المثل إن دخل بها، الثاني: لو لقت المرأة زوجت نفسي بالعربية ولا تعلم معناها وقبل الزوج والشهود يعلمون ذلك أولاً يعلمون صح كالطلاق، وقيل: لا كالبيع كذا في الخلاصة. ومثل هذا في جانب الرجل إذا لقنه ولا يعلم معناه، وهذه في جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع، فالثلاثة الأولى واقعة في الحكم، ذكره في عتاق الأصل في باب التدبير، وإذا عرف الجواب فيها قال قاضيان: ينبغي أن يكون النكاح كذلك لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل، بخلاف البيع ونحوه. وأما في الخلع إذا لقت اختلعت نفسي منك بمهري ونفقة عدتي فقلته ولا تعلم معناه ولا أنه لفظ الخلع اختلفوا فيه، قيل لا يصح وهو الصحيح. قال القاضي: وينبغي أن يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة، وكذا لو لقت أن تبرئه، وكذا المديون إذا لقن رب الدين لفظ الإبراء لا يبرأ. الثالث: إذا سمى المهر مع الإيجاب بأن قال: تزوجتك بكذا فقالت: قبلت النكاح ولا أقبل المهر قالوا: لا يصح، ولا يشكل بأنه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية أو وجودها، لأنه ما أوجب النكاح إلا بذلك القدر المسمى. فلو صححناه إذا قبلت في النكاح دون المهر للزمه مهر المثل وهو لم يرض بالنكاح به بل بما سمى فيلزمه ما لم يلتزمه، بخلاف ما إذا لم يسم من الأصل لأن غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه مع أنه لا زم فيلزمه ما التزمه، ولو قالت: قبلت النكاح ولم ترد على ذلك صح النكاح بما سمى. وقد يخالفه ما في المتن: عبد تزوج على رقبته بغير إذن المولى فبلغه فقال: أجزى النكاح ولا أجزى على رقبته يجوز النكاح ولها الأقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه بخلاف ما في الجامع: أمة تزوجت بغير إذن المولى على مائة درهم فبلغه الخبر فقال: أجزت النكاح على خمسين ديناراً ورضي به الزوج جاز لأن هذه مقرونة برضا الزوج فهي ملحقة بإجازته. والحق ما أعلمتك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وإن خالف ما عن محمد. الرابع: ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب، وصورته أن يكتب إليها يخطبها، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسي منه، أو تقول: إن فلاناً قد كتب إلي يخطبني فاشهدوا أنني زوجت نفسي منه، أما لو تقل بحضرتهم سوى: زوجت نفسي من فلان لا ينعقد لأن سماع الشطرين شرط صحة النكاح. وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما إذا انتفيا، ومعنى الكتاب بالخطبة أن يكتب زوجيني نفسك فإني رغبت فيك ونحوه، ولو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختوماً فقال هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول أبي يوسف، ثم رجع وجوزّه من غير شرط إعلام الشهود بما فيه وأصل الخلاف كتاب القاضي إلى القاضي على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. قال في المصنف: هذا يعني الخلاف إذا كان الكتاب بلفظ الزوج، أما إذا كان بلفظ الأمر كقوله زوجي نفسك مني لا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب لأنها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل. قال: وفائدة الخلاف إنما تظهر فيما إذا جحد الزوج الكتاب بعد ما أشهدهم عليه من غير قراءته عليهم ولا إعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب إليه الكتاب عليهم وقبل العقد بحضرتهم فشهدوا أن هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضي بالنكاح، وعنده تقبل ويقضي به، أما الكتاب فصحيح بلا إشهاد، وهذا الإشهاد لهذا وهو أن تتمكن المرأة من إثبات الكتاب عند جحد الزوج الكتاب، كذا في مبسوط شيخ الإسلام والكامل. وأجمعوا في الصك أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب. واعلم أن ما نقله من نفي الخلاف في صورة الأمر لا شبهة فيه على

قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حريين عاقلين بالغين مسلمين رجلين أو رجل وامرأتين عدولاً

قول المصنف والمحققين، أما على قول من جعل لفظ الأمر إيجاباً كقاضيه خان على ما نقلناه عنه فيجب اعتبار أعلامها إياهم بما في الكتاب وأنه إن لم يعلمهم الكاتب بما في الكتاب تكون من صور الخلاف، وعلى هذا ما صدرنا به المسئلة. الخامس: ينعقد بالإشارة من الآخرس إذا كانت له إشارة معلومة. السادس: ينعقد بنقل الرسول عبارة المرسل إذا أجابت وسمع الشهود كلاهما، وسنفسله إن شاء الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح. السابع: لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة، فلو قال أتزوجك على أن تعطيني عبدك فأجابته بالنكاح انعقد موجباً لمهر مثلها عليه ولا شيء له من العبد. الثامن: لا يجوز تعليق النكاح بالخطر، لو قال إذا جاء فلان فقد زوّجتك بنتي فلانة فقبل فجاء فلان لا ينعقد، وكذا تعليق الرجعة إذ كل منهما إزام. والذي يجوز تعليقه بالشرط ما هو إسقاط كالطلاق والعتاق أو التزام كالنذر، إلا التعليق بالمشيئة إذا أبطل من له المشيئة في المجلس على ما في التجنيس. في رمز الفتاوى الصغرى وغيرها: إذا قال تزوّجتك إن شئت أو إن شاء زيد فأبطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح جائز، لأن المشيئة إذا بطلت في المجلس صار نكاحاً بغير مشيئة، كما لو قال في السلم إذا بطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال: لكن إذا بدأت المرأة، أما إذا بدأ الزوج فقال تزوّجتك إن شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح، ولا يحتاج إلى إبطال المشيئة بعد ذلك لأن القبول مشيئة اهـ. وهذا ناظر إلى أن ما من جانب المرأة هو القبول سواء تقدم أو تأخر، وما من جانب الرجل إيجاب تقدم أو تأخر، وقد قدمنا قريباً أن الحق أن الأول إيجاب من أي جهة كان، والثاني قبول كذلك ولعدم جواز تعليقه بالخطر امتنع خيار الشرط فيه فيبطل، كما لو قال تزوّجتك على أي خيار فقبلت صح ولا خيار له، بخلاف ما لو قال إن رضي أبي لا يجوز، بخلاف من خطبت إليه ابنته فقال زوّجتها فلم يصدقه الخاطب فقال إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك فقبل بحضرة الشهود، ثم ظهر أنه لم يكن زوجها حيث ينعقد النكاح بينهما، لأن هذا تعليق بما هو موجود للحال ومثله تحقيق، كذا أجاب بعض المشايخ، وسنفسل الكلام في خيار الشرط والرؤية والعيب في باب المهر إن شاء الله تعالى. التاسع: إذا وصل الإيجاب بتسمية المهر كان من تمامه، حتى لو قبل الآخر قبله لا يصح، كأمراة قالت لرجل زوجت نفسي منك بمائة دينار فقبل أن تقول بمائة دينار قبل الزوج لا ينعقد، لأن أول الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يغير أوله، وهنا كذلك فإن مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى معه يغير ذلك إلى تعيين المذكور فلا يعمل قول الزوج قبله. العاشر: ينعقد النكاح من الهازل وتلزمه مواجهه لقوله ﷺ «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق، والرجعة»^(١)، رواه الترمذي من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ، ورواه أبو داود وجعل العتق بدل الرجعة وكذا ينعقد من المكروه (قوله ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور الخ) احتراز عن غير المسلمين إذ سيأتي أن أنكحة الكفار بغير الشهود صحيحة إذا كانوا يدينون بذلك. وقوله بحضور لا يوجب السماع وهو قول جماعة منهم القاضي علي السغدني، ونقل عن أبواب الأمان من السير الكبير أنه يجوز وإن لم يسمعا، وعلى هذا جوزوه بالأصمين والنائمين، والصحيح اشتراط السماع لأنه المقصود من الحضور وسيأتي تمامه. أما اشتراط الشهادة فلقوله ﷺ «لا نكاح إلا بشهود»^(٢) قال المصنف (وهو حجة على مالك في اشتراط الإعلان دون الإشهاد) وظاهر أنه حجة عليه في الأمرين: اشتراط الإعلان وعدم اشتراط الإشهاد، لكن المقصود أنه

(١) تقدم في الذي قبله وهو حسن. وقول المصنف: في رواية أبي داود بدل الرجعة العتق. غير سديد. فإن رواية العتق ليست في السنن كلها كما تقدم.

(٢) غريب. قال الزيلعي في نصب الراية ١٦٧/٣: غريب بهذا اللفظ. ووافقه ابن حجر في الدرر ٥٥/٢.

وتعقبهما القاسم بن قطلبيغا في تعليقاته فقال: أخرجه محمد بن الحسن في الأصل بلاغاً، ووصله الخطيب.

قلت: وهذا ليس بشيء حيث لم يوجد في كتب المحدثين وقد ذكر الدارقطني عشرات الروايات دون أن يذكره بهذا اللفظ. ووصل الخطيب إياه لا

يشبه فإن كتبه مشحونة بالأحاديث الضعيفة والموضوعة وأحياناً ينسب على ذلك هو نفسه.

كانوا أو غير عدول أو محدودين في القذف) اعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح لقوله ﷺ «لا نكاح إلا بشهود» وهو

حجة في أصل المسئلة وهو اشتراط الإشهاد، وإنما زاد ذكر الإعلان تميماً لنقل مذهبه. ونفي اشتراط الشهادة قول ابن أبي ليلى وعثمان البتي وأبي ثور وأصحاب الظواهر. قيل وزوج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن وهم محجوجون بقوله ﷺ «لا نكاح إلا بشهود»^(١) رواه الدارقطني. وروى الترمذي من حديث ابن عباس «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير شهود»^(٢) ولم يرفعه غير عبد الأعلى في التفسير، ووقفه في الطلاق، لكن ابن حبان روى من حديث عائشة أنه ﷺ قال «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»^(٣) قال ابن حبان: لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا، وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الإسلام: إن حديث

قال (ولا ينمقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حزين عاقلين بالغين مسلمين أو رجل وامرأتين عدولاً كانوا أو غير عدول) أما اشتراط الشهادة فلقوله عليه الصلاة والسلام «لا نكاح إلا بشهود» واعترض بأنه خبر واحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغيره من الآيات به. وأجاب الإمام فخر الإسلام بأن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فتجاوز الزيادة به على كتاب الله (وهو حجة على مالك في اشتراط الإعلان دون الشهادة) حتى لو أعلنا بحضور الصبيان والمجانين صح، ولو أمر الشاهدين أن لا يظهروا العقد لم يصح لقوله عليه الصلاة والسلام «أعلنا النكاح ولو بالدف» والجواب أن الإعلان

(قوله وأجاب الإمام فخر الإسلام بأن هذا حديث مشهور الخ) أقول: فيه بحث (قوله ولو أمر الشاهدين أن لا يظهر العقد لم يصح) أقول: يعني عنده.

- (١) لم يروه الدارقطني بهذا اللفظ مع كثرة الروايات في هذا الباب وإنما أخرجه من عدة طرق عن جماعة من الصحابة مرفوعاً بلفظ: لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل. راجع سنن الدارقطني ٣/ ٢٢٥ - ٢٢٦ - ٢٢٧ - وسيأتي الكلام عليه.
- (٢) الصواب وقفه. أخرجه الترمذي ١١٠٣ و ١١٠٤ من حديث ابن عباس.
- وقال الترمذي: رفع عبد الأعلى هذا الحديث في التفسير وأوقفه في كتاب الطلاق. ثم أسنده الترمذي من وجه آخر موقوفاً وقال: هذا أصح. والمرفوع غير محفوظ كما رواه أصحاب قتادة موقوفاً. وأخرجه البيهقي ١١٠/٧ من حديث أبي هريرة مرفوعاً وموقوفاً. ورجح الوقف. حيث جعل لفظ أبي هريرة: وكنا نعد التي تزوج نفسها زانية.
- وقال الهيثمي في المجمع ٤/ ٢٨٦: رواه الطبراني في الأوسط من حديث ابن عباس وفيه الريب بن بدر: متروك.
- قلت: فالرفوع وهم وإنما ورد عن ابن عباس وأبي هريرة موقوفاً. وهو الصحيح.
- (٣) حسن. أخرجه ابن حبان ٤٠٧٥ من حديث عائشة بهذا اللفظ وقال ابن حبان: ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر. ومن هذا الوجه أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٢٦ والبيهقي ٧/ ١٢٥ قال الشيخ شعيب الأرناؤوط في تخريجه لابن حبان: إسناده حسن.
- قلت: وهو كما قال: رجاله ثقات فيه سليمان بن موسى روى له مسلم وأصحاب السنن، وقال ابن حجر في التقریب: صدوق في حديثه بعض لين اهـ.
- وله شواهد منها ما أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٢٧ والبيهقي ٧/ ١٢٥ كلاهما من حديث هشام عن عروة عن عائشة مرفوعاً ولا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل. وأخرجه الدارقطني من حديث ابن مسعود في ٣/ ٢٢٥ وهو ضعيف وورد من حديث عمران بن حصين.
- أخرجه البيهقي ٧/ ١٢٥ والطبراني كما في المجمع ٤/ ٢٨٧ قال الهيثمي: فيه عبد الله بن محرز متروك.
- ومن حديث ابن عمر. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٢٥. وفيه ثابت بن زهير منكر الحديث قاله البخاري ومن حديث أبي هريرة أخرجه البيهقي ٧/ ١٢٥ وكذا الطبراني كما في المجمع ٤/ ٢٨٦ وفي إسناده البيهقي المغيرة بن موسى وإياه وفي الطبراني سليمان بن أرقم قال الهيثمي: متروك.
- ورود من حديث أبي موسى. أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط وقال الهيثمي: فيه أبو بلال الأشعري ضعيف.
- ومن حديث جابر أخرجه الطبراني كما في المجمع ٤/ ٢٧٦ وقال الهيثمي: فيه محمد بن عبد الملك الواسطي إن كان الكبير فهو ثقة وإلا لا أعرفه.
- ومن حديث ابن عباس. أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٤/ ٢٨٦ وقال الهيثمي: فيه الريب بن بدر متروك.
- قلت: وأخرجه البيهقي ٧/ ١٢٦ عن ابن عباس موقوفاً.
- فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق وإن كانت واهية بل أكثرها شديد الضعف إلا أنه يستأنس بها فالحديث حسن.
- لذا نقل ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٥٦ عن الشافعي قوله: هذا وإن كان منقطعاً، فإن أكثر أهل العلم يقولون به اهـ.
- ذكر ذلك الشافعي عقب روايته عن الحسن البصري مرسلاً.
- ومن طريقه الشافعي أخرجه البيهقي ٧/ ١٢٥ فالحديث حسن إن شاء الله والعمل عليه عن عامة الفقهاء، وأهل الحديث.

حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الإعلان دون الشهادة، ولا بد من اعتبار الحرية فيها لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية، ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ، لأنه لا ولاية بدونهما، ولا بد من اعتبار الإسلام في أنكحة المسلمين لأنه لا

الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به: أعني قوله تعالى ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] الآية، فيندفع به الإيراد المعروف، وهو لزوم الزيادة على الكتاب أو تخصيصه بخبر الواحد. وجواب آخر، وهو أنه خص منه المحرمات فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثانياً، ولو عدل إلى النص في قوله تعالى ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وراءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: ٢٤] فالجواب بأن الآخر مخصوص بالمشاركة ونحوها.

واعلم أن المشايخ رحمهم الله نصبوا الخلاف في موضعين: في الشهادة على ما ذكرنا، وفي الإعلان. واستدلوا لمالك في إثباته بالمنقول من قوله ﷺ في الحديث عن عائشة رضي الله عنها عنه ﷺ «أعلنوا بالنكاح»^(١) رواه الترمذي وقال: حسن غريب. وبالمعقول وهو أن حرام هذا الفعل يكون سراً فضده يكون جهراً لتنتفي التهمة. والذي يظهر أن هذا نصب في غير محل النزاع، يظهر ذلك من أجوبتهم عن هذا الاستدلال وغيره، وذلك أن كلمتهم قاطبة فيه على القول بموجب دلائل الإعلان وادعاء العمل بها باشتراط الإشهاد إذ به يحصل الإعلان، وكلام المبسوط حيث قال: ولأن الشرط لما كان الإظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعاً وذلك بشهادة الشاهدين فإنه مع شهادتهما لا يبقى سراً. وقول الكرخي: نكاح السر ما لم يحضره شهود، فإذا حضروا فقد أعلن قال:

وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي

صريح فيما ذكرناه: فالتحقيق أنه لا خلاف في اشتراط الإعلان، وإنما الخلاف بعد ذلك في أن الإعلان المشترط هل يحصل بالإشهاد حتى لا يضر بعده توصيته للشهود بالكتمان إذ لا يضر بعد الإعلان التوصية بالكتمان أو لا يحصل بمجرد الإشهاد حتى يضر، فقلنا نعم وقالوا لا. ولو أعلن بدون الإشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الإشهاد وعنده يصح. فالحاصل أن شرط الإشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر، فكل إشهاد إعلان ولا ينعكس، كما لو أعلنوا بحضرة صبيان أو عبيد (قوله لعدم الولاية) يعني القاصرة وهي ولايته على نفسه لا التامة وهي نفاذ القول على الغير لأن تلك يحتاج إليها الأداء، وهذا تعليل لعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح وإن لم يكن من شرط هذه الشهادة الأداء، فإذا لم يكن له ولاية على نفسه والشهادة فرعها لم تكن شهادة ولذا جازت شهادة المحدود في القذف لولايته على نفسه. والمدير والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم. ولو حضر العبد والصبي للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج إلى الأداء لجحد النكاح فشهدا به دون من كان معهما ممن كان العقد بحضوره جازت شهادتهما وإن لم تكن صحة العقد كانت بحضورهما. هذا ومذهب أحمد جواز شهادة العبد مطلقاً، واستبعد نفيها لأنه لا كتاب ولا سنة ولا إجماع في نفيها. وحكي عن أنس أنه قال: ما علمت أحداً ردّ شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الأمم يوم القيامة، فكيف لا تقبل هنا، وتقبل شهادته على النبي ﷺ في رواية الأخبار. والذي ذكر من

يحصل بحضور الشاهدين حقيقة، وأما اشتراط الحرية فلأن العبد لا شهادة له (لعدم الولاية) والشهادة من باب الولاية. واعتراض بأن الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء أو أبي، وذلك إنما يحتاج إليه عند الأداء، وكلامنا في حالة الانعقاد، فكما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبد إذ الولاية لا مدخل لها في هذه الحال. وأجيب بأن الأداء يحتاج إلى ولاية متعدية وليست بمرادة ههنا، وإنما المراد بها الولاية القاصرة تعظيماً لخطر أمر النكاح كاشتراط أصل الشهادة، وكذلك اعتبار العقل والبلوغ (لأنه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الإسلام) قال المصنف (لأنه لا شهادة للكافر على المسلم) يعني أنه من باب الولاية، ولا ولاية له على المسلم، وفيه النظر الذي مر أنه ليس المراد به الأداء حتى تكون الولاية شرطاً. والجواب أنا قد ذكرنا

شهادة للكافر على المسلم، ولا يشترط وصف الذكورة حتى يتعقد بحضور رجل وامرأتين» وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى، وستعرف في الشهادات إن شاء الله تعالى. ولا تشترط العدالة حتى يتعقد بحضوره الفاسقين عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله. له أن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الإهانة. ولنا أنه من أهل الولاية فيكون من أهل

المعنى وهو أن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له مما يمنع فإنه لا تلازم عقلاً بين تصديق مخبر في إخباره بما شاهده بعد كونه عدلاً تقياً وبين كونه غير مملوك المنافع ولا شرعاً لم لا يجوز أن يبتلي عبد من عباد الله بالرق ويقبل إخباره؟ كيف وليس الشرط هنا كون الشاهد ممن يقبل أداؤه، ولذا جاز يعدوى الزوجين ولا أداء لهما، وغاية ما يلحق فيه أنه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعاً ولم يصحح له التصرف بالجمادات في حق العقود ونحوها فكان حضوره كلا حضور. وأما ما ذكره في المبسوط حيث قال: ولأن النكاح يعقد في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون في محافل الرجال عادة فكان حضورهما كلا حضور. فحاصله أن اشتراط الشهادة إنما هو لإظهار الخطر ولا خطر في إحضار مجرد العبيد والصبيان، وكذا أهل الذمة في أنكحة المسلمين، وكذا النساء منفردات عن الرجال، فشمّل هذا الوجه نفي شهادة الكل. وعلى اعتباره الأولى أن ينفي شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم وإن كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو، وهذا الذي أدين الله به (قوله ولا تشترط العدالة حتى يتعقد بحضوره الفاسقين عندنا خلافاً للشافعي). له أن الشهادة من باب الكرامة (حقيقته الرجوع إلى الوجه الأول القائل بأنها شرطت إظهاراً للخطر وهو معنى التكرمة (والفاسق من أهل الإهانة) فلا تكرمة ولا تعظيم للعقد بإحضاره. عارضة المصنف بقوله (ولنا أنه) أي الفاسق (من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة) تحليله من شرطية وضع فيها المقدم أسهل من تحليله من اقتراني كما سلكه بعض الشارحين فأطال: أي لما كان من أهل الولاية كان من أهل الشهادة، فهذه دعوى ملازمة شرعية. وقوله وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه النكح ملازمة أخرى لبيان الملازمة الأولى في حيز المنع كالأولى فعلها بقوله لأنه من جنسه: أي لأن الغير من جنس الفاسق ويجوز قلبه. وفيه تقرير آخر لبعضهم بعيد من اللفظ. وحاصل هذا أن أحكام أفراد الجنس المتحد متحدة بحسب الأصل، فكل مسلم يتعلق به من خطابات الأحكام ما يتعلق بمثله فلما لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية على نفسه علم أنه لم يعتبر شرعاً فسقه سالباً لأهلية الولاية مطلقاً فجاز ثبوتها على غيره لأنه كنفسه، إلا أن ثبوتها على غيره لا يتحقق إلا برضاه وذلك بتوليته عليه، وإذا استشهده فقد استولاه ورضي به فثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما يصح منه سماعه لأحد شطري ما يعقده من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد السماع هو الشرط فتجوز شهادته فيه: أي سماعه. أما الأداء فمتوقف على فعل غيره وهو إجازة القاضي. وأنت إذا تأملت هذا الوجه ظهر لك أنه لم يزد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهداً فثبت شهادته لعدم النافي. والوجه السابق من اشتراط الشهادة لإظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد هو عليه ينفيه لأن مجرد إحضار الفاسق ليس بتكرمة. والحق أن هذا الوجه إنما ينفي ما ذكرناه من إحضار الفاسق حال سكرهم على ما فرعوا من أنه إذا عقد بحضوره سكارى يفهمون كلام العاقلين جاز وإن كانوا بحيث ينسونه إذا صحوا وهو الذي قدمناه آنفاً. أما من كان في نفسه فاسقاً وله مروءة وحشمة فإن

أن الشهادة وصفة الشاهدين إنما كانت تعظيماً ولا تعظيماً لشيء بسبب حضوره للكفار (ولا يشترط وصف الذكورة حتى يتعقد بحضور رجل وامرأتين خلافاً للشافعي) ووعد المصنف ببيان ذلك في الشهادات ونحن تابعنا في ذلك، ويتعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافاً للشافعي، هو يقول (الشهادة من الكرامة) لأن في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير إكراماً له لا محالة (والفاسق من أهل الإهانة) لجريمته، ودليله يتم بأن يقول: والفاسق ليس من أهل الكرامة، ولكن عدل عنه إلى ما ذكر لأنه يستلزم ذلك، وفيه تصريح بأنه يستحق ما هو أعظم من ترك الإكرام وهو الإهانة (ولنا أن الفاسق من أهل الولاية) على نفسه لأن له أن يزوّج نفسه

(قوله والجواب، إلى قوله: إنما كانت تعظيماً) أقول: فيه بحث (قوله ولنا أن الفاسق، إلى قوله: ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره) أقول فيه بحث.

الشهادة، وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لا يحرم على غيره لأنه من جنسه، ولأنه صلح مقلداً فيصلح مقلداً وكذا شاهداً. والمحدود في القذف من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملاً، وإنما الفاتت ثمره الأداء

إحضاره للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور، فالحق صحة العقد بحضرة فاسق لا في حال فسقهم، والله أعلم (قوله ولأنه صلح مقلداً) بكسر اللام المشددة. وجه ثان ذكره المصنف في صحة شهادة الفاسق في النكاح وهو أنه صلح مقلداً: أي سلطاناً وخليفة (فيصلح مقلداً) بفتح اللام: أي قاضياً (وكذا شاهداً) بالواو في نسخ وبالفاء في نسخ، فعلى الأول هي ملازمة واحدة. حاصلها أنه لما صلح للولاية الكبرى التي هي أعم ضرراً ونفعاً صلح للصغرى التي هي الأقل وهي القضاء والشهادة بطريق الأولى. بيان الاستثنائية المقدرة المستغنى عن إظهارها بلفظة لما فإنها دالة على وضع المقدم أن الخلفاء غير الأربعة السابقين ومن تبعهم بإحسان كعمر بن عبد العزيز قلما خلوا من فسق مع عدم إنكار السلف ولا يتهم وتصحيح تقليدهم القضاء وغيره. وعلى الثاني ملازمان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وبين صلاحية القضاء وصلاحية الشهادة، والأول سبب للثاني في كل منهما. فاعترض بأنه ذكر في أدب القاضي أن الأمر بالعكس حيث قال لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة. وأجيب بأن قوله فكذا شاهداً عطف على مقلداً بكسر اللام وإن تخلل معطوف غيره كعمرو من قولك جاء زيد وبكر وعمرو عطف على زيد لا بكر، ومسببته عنه ظاهرة ولا مناقضة حيثئذ، وفيه نظر إذ العطف بالفاء يقتضي ترتب كل على ما قبله كما في جاء زيد وعمرو فبكر.

[فرع] في فتاوى النسفي: للقاضي أن يبعث إلى شفيعي ليبتل العقد إذا كان بشهادة الفاسق، وللحنفي أن يفعل ذلك على ما نبين في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى، وكذا لو كان بغير ولي فطلقها ثلاثاً فبعث إلى شافعي يزوجه منه بغير محلل ثم يقضي بالصحة، وبطلان النكاح الأول يجوز إذا لم يأخذ القاضي الكاتب ولا المكتوب إليه شيئاً ولا يظهر بهذا حرمة الوطاء السابق ولا شبهة ولا خبث في الولد، كذا في الخلاصة، ثم قال: قال الإمام ظهير الدين المرغيناني: لا يجوز الرجوع إلى شافعي المذهب إلا في اليمين المضافة، أما لو فعلوا فقضى ينفذ (قوله لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم) ينتج لا سماع للكافر على المسلم لكنه عدل في النتيجة إلى التشبيه فقال: فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم لأن مراده من النتيجة نفي السماع المعتبر لا نفي حقيقته، وإذا انتفى الاعتبار صار وجوده كعدمه، فصح تشبيه السماع بعدمه على ما هو معنى قوله فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم، وتتمام هذا الدليل موقوف على أن صغرى القياس متعكسة كنفسها في خصوص هذه المادة لأن المطلوب نفي الشهادة لنفي السماع المعتبر، فلو أن الشهادة مجرد الحضور كما يعطيه ظاهر القدوري، وقدمنا أن ممن قال به السغدني والإسبيجاني لم يتم. ونص القدوري وغيره على اشتراط السماع ولأنه المقصود بالحضور فلا يجوز بالأصميين على ما هو الأصح، وعن اشتراط السماع ما قدمناه في التزوج بالكتابة من أنه لا بد من سماع الشهود ما في الكتاب المشتمل على الخطبة بأن تقرأ المرأة

وعنده وأتمه ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره، وكل من هو من أهل الولاية فهو من أهل الشهادة لأن الشهادة من باب الولاية. فإن قيل: الولاية على نفسه ولاية قاصرة، ولا نسلم أن كل من كان من أهل الولاية على نفسه كان من أهل الشهادة لأنها متعدية

(قال المصنف: وقال محمد وزفر رحمهما الله: لا يجوز، لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم) أقول: وكان الظاهر أن يستدل على مطلوبهما، بأن يقال: لو جازت هذه الشهادة لجازت شهادة الكافر على المسلم والتالي باطل، إلا أنهما عدلا عنه (قال المصنف: والشهادة شرطت على العقد) أقول: يعني على اعتبار إثبات الملك عليها بسبب هذا العقد فلا يخالف هذا الكلام لقوله إن الشهادة شرطت في النكاح الخ فليتأمل (قوله وتركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح شرطت الخ) أقول: ينبغي أن يصور تركيب الحجة هكذا: الشهادة في النكاح شهادة شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها، وكل شهادة شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها شهادة عليها (قوله وأما المقدمة الثانية الخ) أقول: فيه بحث، فإن حصر شرط إثبات ملك المتعة عليها في الشهادة مما لا تمس الحاجة إليه أصلاً، وليس ذلك مدلول المقدمة الثانية لا صريحاً ولا التزاماً، ويكفي في إثبات المطلوب كون الشهادة من شرائطه كما لا يخفى على من يعرف تفصيل تركيب الحجة.

بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقلين . قال (وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد وزفر : لا يجوز) لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم

عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول : إن فلاناً كتب إلي يخطبني ثم تشهدهم أنها زوجته نفسها ، أم لو لم ترد على الثاني لا يصح على ما قدمناه في الفروع . ولقد أبعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من زاد النائمين ونص في فتاوى قاضيان عليه إذا لم يسمعا كلامهما ثم الشرط أن يسمعا معاً كلامهما مع الفهم . أما الأول فذكر في روضة العلماء أنه الأصح ، قال وبه أخذ عامة العلماء اهـ . إذ لو سمع أحد الشهود ثم أعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن الثابت على كل عقد سوى شاهد واحد ، وعن أبي يوسف : إن اتحد المجلس جاز استحساناً وإلا فلا ، وعنه : لا بد من سماعهما معاً ، وأما الثاني فعن محمد : لو تزوجها بحضرة هنديين لم يفهما لم يجز . وعنه : إن أمكنهما أن يعبرا ما سمعا جاز وإلا فلا ، وحكى في فتاوى قاضيان خلافاً فيه وجعل الظاهر عدم الجواز (قوله ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك) أي ملكه عليها (لوروده على حمل ذي خطر) وهو بضع أنثى ليست مملوكة له محللة من بنات آدم على وجه يقصرها على نفسه لاستيفاء حاجاته منها وهذه من جلائل النعم ، وهو معنى مناسب لاشتراط إحضار السامعين العقلاء إظهاراً لتعظيم هذا العقد ليقع في محفل من المحافل ، وقد ظهر أثر ذلك بإيجاب المال عليه دونها مع أن ملك المتعة مشترك . فعلم أن اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس لملك كل منهما التمتع بكل وإلا لم يختص بلزومه ولا على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه ، إذ لا شهادة تشتترط في لزوم المال فيما عهد من تقريرات الشرع في موضع ، ولا على اعتبار ملكهما الأزواج المشترك لأنه ثبت تبعاً لملك البضع ولا تشتترط للتوابع وإلا وجب الإشهاد على شراء الأمة للوطء فإن ملكه من توابع ملك رقبته . وإذا كانت الشهادة لثبوت ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهي ذمية فيجوز بزميين فإنه إظهار خطر بالنسبة إليها شرعاً ، ولهذا لو كانا ذميين حكم الشرع بصحته ، حتى لو أسلما بقي على الصحة (بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج) لأن الشهادة اشتترطت في العقد لذلك المعنى والعقد يقوم بهما فلا بد من سماعهما . هذا وتقبل شهادتهما عليها إذا أنكرت لا عليه إذا أنكر . وعند محمد لا تقبل إلا أن يقولوا كان معنا مسلمان . وعنه لا تقبل مطلقاً لإثباتها فعل المسلم ولا يثبت بشهادتهما . ولو أسلما ثم أديا تقبل على كل حال عندهما لأن سماعها كلام المسلم معتبر وامتناع الأداء للكفر . وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد إلا إذا قالوا كانا معنا مسلمان عند العقد . ولو كان الشاهدان ابنها قبلها عليها فقط ، أو ابنه فعلية فقط أو ابنيهما فلا يقبلان على واحد منهما ، كما لو كانا أعميين أو أخرسين سميعين حيث يصح العقد بهما ولا أداء لهما لعدم البصر والتكلم ، والعدوان على التفصيل ، فعدواها يقبلان عليها لا عليه ، وعدواها يقبلان عليه لا عليها ، وعدواهما لا يقبلان مطلقاً أما الانعقاد فيثبت بشهادة الأولاد والأعداء كيف كانوا ، وأما الأخوان بأن يزوج الأب ابنته بشهادة ابنه فأنكر الزوج وادعاء الأب والبنت كبيرة أو المرأة فشهد لا تقبل . ولو كان الزوج هو المدعي والمرأة منكراً أو الأب قبلت ، هذا قول أبي يوسف . وعند محمد تقبل وإن كان المدعي الأب أو المرأة أيضاً . والأصل أن كل شيء يدعيه الأب فشهادتهما فيه باطلة وإن لم يكن فيه منفعة له لشبهة الأبوة عند أبي يوسف لثبوت منفعة نفاذ كلامه . وقال محمد : كل شيء للأب فيه منفعة جحداً وادعاء ، فشهادة ابنه فيه باطلة ، وكذا كل شيء وليه مما يكون خصماً فيه كالبيع ونظائره ، ولم يعتبر منفعة نفاذ القول منفعة ، ولو كانت البنت صغيرة لا تقبل اتفاقاً لأنها للأب . قال الحاكم أبو الفضل في تفسيره : يريد أن الشهادة تبطل في حال ادعائه من طريق التهمة ، وكذا في حال جحوده لوقوعها لغير خصم يدعى اهـ . وفسر في المبسوط جحوده بأن المراد عند جحوده إن كان الآخر جاحداً أيضاً لا تقبل لعدم الدعوى ، فأما إذا كان الآخر مدعياً فمقبولة ، وإن كان للأب

إلى غيره أجاب بقوله (وهذا) إشارة إلى أنه من أهل الشهادة لكونه من أهل الولاية : يعني (لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لم يحرم على غيره لأنه من جنسه) كما أن أهل الذمة لهم ولاية على أنفسهم فلم الولاية على غيرهم من أهل الذمة لأن

فكانهما لم يسمعا كلام المسلم. ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر إذ لا شهادة تشتت في لزوم المال وهما شاهدان عليها، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج لأن العقد يتعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد، قال (ومن أمر رجلاً بأن يزوّج ابنته الصغيرة فزوّجها

منفعة فيها كما إذا شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة ألف والمشتري يدّعيه، وهذا لأن هذه منفعة غير مطلوبة للأب فلا تمنع من قبول شهادتهما، وكذلك إذا قال لعبدته إن كلمك فلان فأنت حر فشهد ابناً فلان أن أباهما كلمه جازت عند محمد سواء كان الأب جاحداً أو مدعياً. وعند أبي يوسف لا تجوز إلا أن يكون جاحداً. ولو زوّج الرجل بنته ثم شهد مع أخيها عليها بالرضا وهي تنكر لا تقبل لأن الشهادة على فعل نفسه مطلقاً لا تقبل سواء كان مما هو فيه خصم أو لا.

[فرعان] لو أقر بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود اختلفوا فيه، والأصح أنها إن سميا المهر يتعقد نكاحاً مبتدأ كذا في الدراية. وقدما أنهما إذا أقرّا به ولم يكن بينهما نكاح لا يتعقد إلا إن قال الشهود جعلتما هذا نكاحاً فقالا نعم فيتعقد لأن النكاح يتعقد بالجعل. قال قاضيان: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن أقرّا بعقد ماض ولم يكن بينهم عقد لا يكون نكاحاً، وإن أقرّت أنه زوجها وهو أنها امرأته يكون نكاحاً ويتضمن إقرارهما الإنشاء، بخلاف إقرارها بماض لأنه كذب كما قال أبو حنيفة: إذا قال لامرأته لست لي امرأة ونوى به الطلاق يقع كأنه قال لأنني طلقتك. ولو قال لم أكن تزوجتها ونوى الطلاق لا يقع لأنه كذب محض اهـ. يعني إذا لم يقل الشهود جعلتما هذا نكاحاً والحق هذا التفصيل. وفي الفتاوى: بعث أقواماً للخطبة فزوّجها الأب بحضرتهم قيل: لا يصح وإن قبل عن الزوج إنسان واحد لأنه نكاح بغير شهود لأن القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا، لأن المتعارف هكذا أن يتكلم واحد ويسكت الباقي والخاطب لا يصير شاهداً. وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لأنه لا ضرورة في جعل الكل خاطباً فيجعل المتكلم خاطباً فقط والباقي شهود (قوله ومن أمر رجلاً أن يزوّج ابنته الصغيرة فزوّجها والأب حاضر بحضرة رجل واحد جاز النكاح) وكذا إذا زوّج الأب ابنته البالغة بحضورها مع واحد أو امرأتين أو وكيل المرأة بحضورها مع امرأتين جاز النكاح. ثم إنما تقبل شهادة المزوج إذا لم يقل أنا زوّجتها بل يقول هذه زوجة هذا، وإنما صح بحضور

من جنسه وهذا بناء على أن الفسق لا يخرج المرء من أهلية الشهادة على الأداء، وفيه الإلزام، فلأن لا يخرج عنها على الانعقاد ولا إلزام فيه أولى (ولأنه صلح مقلداً) كالحجاج وغيره، فإن الأئمة بعد الخلفاء الراشدين قلما يخلو واحد منهم عن فسق (فيصلح مقلداً) أي قاضياً (فكذا شاهداً) لأن الشهادة والقضاء من باب واحد. وفي عبارته تسامح لأنه يفهم منه أن تكون أهلية الشهادة مرتبة على أهلية القضاء، وقد ذكر في كتاب أدب القاضي أن أهلية القضاء مستفادة من أهلية الشهادة، ولو قال بالواو كان أحسن. لا يقال: يجوز أن يكون مرتباً على مقلداً بكسر اللام لأن أهلية السلطنة ليست مستفادة من أهلية الشهادة لأن عكسه كذلك. والجواب أن معنى كلامه إذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هي أعم ضرراً فلان لا يمنع عن ولاية عام الضرر أو خاصة أولى، والترتيب على هذا الوجه غير خافي الصحة. ولو قال الفاسق من أهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهداً على الانعقاد لأنه لا إلزام فيه وكانت الولاية قاصرة لكان أسهل تأتياً، ويتعقد بحضور المحدود في القذف لأنه (من أهل الولاية) على ما مر (فيكون من أهل الشهادة تحملاً) لا أداء. فإن قلت: النكته المذكورة في الفاسق أولاً تقتضي أن يكون للمحدود في القذف شهادة متعديّة ولم تكن فكانت منقوضة قلت: كان كذلك لولا النص القاطع. وقوله (وإنما الفائت ثمرة الأداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان) معذرة عن عدم قبول شهادة المحدود في قذف بعد ما كان من أهل الولاية كالفاقد، ويجوز أن يكون جواباً عن السؤال الذي ذكرته آنفاً، والطريق الذي ذكرته في الفاسق أسهل مأخذاً قال (وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد وزفر لا يجوز لأن السماع) أي سماع كلام العاقد من الإيجاب والقبول (في النكاح شهادة) وهذا ظاهر لأننا لا نريد من الشهادة على النكاح إلا ذلك (ولا شهادة للكافر على المسلم) وهذا بالاتفاق (فكانهما لم يسمعا كلام الزوج، ولهما أن الشهادة، شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك) وتركيب الحجة، هكذا الشهادة في النكاح، شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها، وكل ما شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها فالشهادة في النكاح شهادة عليها. وبين المصنف

والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح) لأن الأب يجعل مباشراً للعقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيراً ومعبراً فيبقى المزوج شاهداً (وإن كان الأب غائباً لم يجز) لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب

الواحد لأن الوكيل في النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل، فإذا كان من يعبر عنه حاضراً والفرض أن العبارة تنتقل إليه كان مباشراً لأن العبارة تنتقل إليه وهو في المجلس وليس المباشرة سوى هذا، بخلاف ما إذا كان غائباً لأن انتقال العبارة إليه حال عدم الحضور لا يصير به مباشراً لأنه مأخوذ في مفهومه الحضور ضرورة فيقتصر أثره على عدم رجوع الحقوق إلى الوكيل، ولهذا لو زوج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر لا يصح لأن العبارة إنما تنتقل إلى مقيد الولاية وهو السيد وهو غائب. فظهر من هذا التوجيه أن إنزاله مباشراً مع حضوره جبري لا يتوقف على ثبوت الحاجة إلى اعتباره. فاندفع ما أورد من أنه تكلف غير محتاج إليه فإن الأب يصلح شاهداً فلا حاجة إلى اعتباره مباشراً إلا في المسئلة الأخيرة في الكتاب، وهي ما إذا زوج الأب بنته البالغة بحضرة واحد لا تصلح شاهدة على نفسها فأنزلت مباشرة ضرورة التصحيح، ولو أذن السيد لعبد أو أمته في التزوج فعقدًا بحضرة واحد مع السيد قيل لا يجوز للانتقال إلى السيد لأنهما وكيلان عنه، والأصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لأن الإذن فك الحجر عنهما فيتصرفان بعده بأهليتهما لا بطريق النيابة. ومما ذكر في مسئلة وكيل السيد يظهر أن ثبوت الصحة فيما إذا زوج السيد عبده أو أمته بحضورهما مع شاهد محل نظر، لأن مباشرة السيد ليس فكاً للحجر عنهما في التزوج مطلقاً وإلا لصح في مسئلة وكيله ولذا خالف في صحتها المرغيناني، قال: وقال أستاذي: فيها روايتان: أي في وكيل السيد والسيدة.

[فروع] إذا جحد أحد الزوجين النكاح فإما أصله أو شرطه، ففي أصله لو جحد الزوج فأقامت بينة به أو على إقراره قبلت ولا يكون جحدده طلاقاً، ألا ترى أن الطلاق ينقص العدد وبارتفاع أصل النكاح لا نقص وأما إنكار الشرط

المقدمة الأولى بقوله (لوروده على محل ذي خطر) وتقريره أن الشهادة في النكاح حال الانعقاد، إما أن تكون لإثبات ملك المتعة عليها بإثباته لخطر المحل، أو لإثبات ملك المهر عليه. والثاني منتف لأن المهر مال ولا يجب الإشهاد على لزوم المال أصلاً، وأما المقدمة الثانية فلأننا قد علمنا بالاستقراء أنه لا شيء يشترط في إثبات ملك المتعة عليها إلا الشهادة، فإن الولي ليس بشرط عندنا، وإذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الزماني شاهدين عليها، وشهادة أهل الزمة على الزمة جائزة. وقوله (بخلاف ما إذا لم يسمعا) جواب عن قياس محمد وزفر. وتقريره أن الشهادة في النكاح شرط على العقد والعقد ينقذ بكلاهما، فإذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد (ومن أمر رجلاً أن يزوجه ابنته الصغيرة فزوجها) بحضرة رجل واحد فلا يخلو إما أن يكون الأب حاضراً أو غائباً، فإن كان حاضراً (جاز النكاح لأن الأب يجعل مباشراً للعقد ويكون الوكيل) شاهداً لأن المجلس متحد، فجاز أن يكون العقد الواقع من المأمور حقيقة كالواقع من الأمر حكماً لكون الوكيل في باب النكاح (سفيراً ومعبراً، وإن كان غائباً لم يجز لأن المجلس مختلف، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشراً) مع عدم حضوره في مجلس المباشرة قال في النهاية: هذا تكلف غير محتاج إليه في المسئلة الأولى لأن الأب يصلح أن يكون شاهداً في باب النكاح فلا حاجة إلى نقل المباشرة من المأمور إلى الأمر حكماً، وإنما يحتاج إليه في المسئلة الأخيرة، وهي ما (إذا زوج ابنته البالغة بمحضّر شاهد واحد، فإن كانت حاضرة جاز) بنقل مباشرة الأب إليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها (وإن كانت غائبة لم يجز) لأن الشيء إنما يقدر أن لو تصور تحقيقاً. وأقول: أرى أنه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج إلى ذلك التكلف، وذلك لأن الأب إذا كان حاضراً لا يصلح أن يكون شاهداً في نكاح أمره به، لأن الوكيل سفير ومعبر فكان الأب هو المزوج، ولا يجوز أن يكون المزوج شاهداً، وإذا انتقل إليه

(قال المصنف: لأن الأب يجعل مباشراً لاتحاد المجلس، إلى قوله، لأن المجلس مختلف) أقول: فيه بحث إذ أظهر أن يقول بدل قوله لاتحاد المجلس لحضوره في المجلس وبديل قوله لأن المجلس مختلف لعدم حضوره في المجلس (قوله لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مباشراً الخ) أقول: فيه بحث (قوله وأقول أرى أنه لا فرق، إلى قوله: لأن الأب إذا كان حاضر الخ) أقول: يؤيد كلام صاحب النهاية ما سيجيء في الهداية في باب المهر من أن الولي في تزويج الصغيرة سفير ومعبر لا عاقد مباشر مراجعة (قوله لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته إليه لأن العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل الخ) أقول: هذا الكلام جارٍ في المسئلة السابقة أيضاً.

مباشراً، وعلى هذا إذا تزوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد إن كانت حاضرة جاز، وإن كانت غائبة لم يجز، والله أعلم.

كإنكار الشهادة، فإن كانت هي المنكرة بأن قالت: تزوجني بلا شهود وقال الزوج: بشهود فالنكاح صحيح، وإن كان هو القائل ذلك فَرَّقَ بينهما لإقراره بالحرمة على نفسه فيكون كالفرية من قبله فلها نصف المهر إن كان قبل الدخول وإلا فكله ونفقة العدة، وهذا بخلاف إنكاره أصل النكاح لأن القاضي كذبه بالحجة في زعمه فلا يبقى زعمه معتبراً، وهنا ما كذبه في زعمه بحجة ولكن رجح قولها لمعنى هو أن الشرط تبع وقد اتفقا على الأصل والاتفاق على الأصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد موافقته على الأصل كالراجع عنه فيبقى زعمه معتبراً في حق نفسه ولذا فرق بينهما، وكذا لو قال تزوجها وهي معتدة أو مجوسية ثم أسلمت أو وأختها عندي أو ولها زوج أو أمة بلا إذن لأن هذه المواقع كلها في محل العقد والمحال في حكم الشروط، بخلاف ما لو ادعى أحدهما أن النكاح كان في صغره بمباشرة لأنه منكر لأصل النكاح معنى، وإذا كان القول للمنكر منهما هنا فلا مهر لها عليه إن لم يكن دخل بها قبل البلوغ، فإن دخل بها فلها الأقل من المسمى ومهر المثل للدخول في نكاح موقوف، وإن كان الدخول بعد البلوغ فهو رضا بذلك النكاح، وبعد البلوغ لو أجاز العقد الذي عقد له قبله جاز، والتمكين من الدخول إجازة، ولو كانت هي القائلة تزوجني وأنا معتدة وما بعدها إلى آخر الصورة التي ذكرناها وهو ينكر فهي امرأته لما قلنا في الشهادة، والله سبحانه أعلم. شهد شاهد أنه تزوجها أمس وآخر اليوم فهي باطلة، فإن النكاح وإن كان قولاً فمن شرائطه ما هو فعل وهو الحضور، فكان كالأفعال في الاختلاف، واختلاف الشهود في المكان والزمان في الأفعال يمنع القبول، ولأن كلا شهد بعقد حضره واحد، والله أعلم.

المباشرة أيضاً صار هو المزوج من كل وجه فجاز أن يكون الوكيل شاهداً، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا وكل رجلاً أن يزوجه عبده فزوجه بشهادة رجل واحد والعبد حاضر فإنه لا يجوز مع إمكان جعل العبد مباشراً للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين، كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فإنه يجوز. وأجيب بأن العبد لم يكن موكلاً حتى تنتقل مباشرة الوكيل إليه ويبقى شاهداً فبقي الوكيل على حاله مزوجاً، بخلاف ما إذا باشره المولى بحضرة العبد، فإن العبد هناك يجعل مباشراً للنكاح بنفسه والمولى شاهداً فيكون النكاح بحضرة شاهدين. لا يقال: المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته إليه لأن العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل، بخلاف ما إذا كان العبد غائباً لعدم إمكانه مباشراً لما قلنا إن الشيء إنما يقدر أن لو تصور تحقيقاً.

فصل في بيان المحرمات

قال (لا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ولا بجده من قبل الرجال والنساء) لقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَالْجَدَّاتُ أُمَّهَاتُكُمْ، إِذِ الْأُمُّ هِيَ الْأَصْلُ لِقَاءِ أَوْ ثَبُتَ حُرْمَتُهُنَّ بِالْإِجْمَاعِ. قَالَ (وَلَا بَيْتُهُ) لِمَا تَلَوْنَا (وَلَا بَيْتٌ وَلَهُ وَإِنْ سَفَلَتْ) لِلْإِجْمَاعِ (وَلَا بَاخْتَهُ وَلَا بَنَاتُ أَخْتِهِ وَلَا بَنَاتُ أَخِيهِ وَلَا بَعْمَتَهُ وَلَا بِخَالَتِهِ) لِأَنَّ حُرْمَتَهُنَّ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا فِي

فصل في بيان المحرمات

المحلية الشرعية من شرائط النكاح

وإنما أفرد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء محلية المرأة للنكاح شرعاً بأسباب: الأول النسب، فيحرم على الإنسان فروعه وهم بناته وبنات أولاده وإن سفلن وأصوله وهم أمهاته وأمهات أمهاته وآبائه وإن علون، وفروع أبويه وإن نزلن، فتحرم بنات الإخوة والأخوات وبنات أولاد الإخوة والأخوات وإن نزلن، وفروع أجداده وجداته لبطن واحد، فلهذا تحرم العمات والخالات، وتحل بنات العمات والأعمام والخالات والأخوال. الثاني المصاهرة، يحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وإن نزلن، وأمهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وإن علون وإن لم يدخلن بالزوجات، وتحرم موطوءات آبائه وأجداده وإن علوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح، وتحرم موطوءات أبنائه وأبناء أولاده وإن سفلوا ولو بزنا، والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح. الثالث الرضاع، يحرم كالنسب، وسيأتي تفصيله في كتاب الرضاع إن شاء الله تعالى. الرابع الجمع بين الحارم والأجنبيات كالأمة مع الحرة السابقة عليها. الخامس حق الغير، كالمنكوحة والمعتدة والحامل بثابت النسب. السادس عدم الدين السماوي كالمجوسية والمشرقة.

فصل في بيان المحرمات

لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله عن محلية النكاح بالنسبة إلى بعض بني آدم احتاج إلى ذكرها في فصل على حدة. وأسباب حرمتهم تتنوع إلى تسعة أنواع: القرابة، والمصاهرة، والرضاع، والجمع، وتقديم الحرة على الأمة، وقيام حق الغير من نكاح أو عدة، والشرك، وملك اليمين، والطلاق الثلاث، وكل ذلك مذكور في الكتاب (لا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ولا بجده من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾) ودلالته على حرمة الأم ظاهرة، أما على حرمة الجدة فباعتبار أن الأم في اللغة هي الأصل كما يقال لمكة أم القرى، فتكون دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز (أو ثبتت حرمتهم بالإجماع) وهذان المسلكان يسلك بهما في كل ما فيه معنى الفرعية أيضاً كالبنيات وبناتها وبنات الابن بنات كذلك، والأخت وبناتها وبنات الأخ والعمات والخالات متفرقة كن أو غيرها تناولها النص بجهة عموم الاسم، هذا ما يتعلق

فصل في بيان المحرمات

(قال المصنف: لقوله تعالى حرمت عليكم) أقول: قال الله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْتُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعِ وَأُمَّهَاتُكُمْ نِسَائِكُمْ وَرِبَائِيكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونَا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً. وَالْمَحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرِ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً حَكِيماً﴾ الآية. قال القاضي في تفسير قوله تعالى ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ ما سوى المحرمات الثمان المذكورة، وخص عنه بالسنة ما في معنى المذكورات كسائر محرمات الرضاع والجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها اه (قوله وأسباب حرمتهم تتنوع إلى تسعة أنواع، إلى قوله: والجمع الخ) أقول: فيه أن الجمع حرام كما يدل عليه نظم القرآن لا أنه سبب للحرمة (قوله وملك اليمين) أقول: فيه بحث.

هذه الآية، وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الإخوة المتفرقين لأن جهة الاسم عامة. قال (ولا بأم امرأته التي دخل بها أو لم يدخل) لقوله تعالى ﴿وَأَمْهَاتِ نَسَائِكُمْ﴾ من غير قيد الدخول (ولا بينت امرأته التي دخل بها) لثبوت قيد الدخول بالنص (سواء كانت في حجره أو في حجر غيره) لأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا

السابع: التنافي كنكاح السيد أمته والسيدة عبدها (قوله إذ الأم هي الأصل لغة) قال الله تعالى ﴿وعنده أم الكتاب﴾ [الرعد: ٣٩] وسميت مكة أم القرى لأن الأرض دحيت من تحتها والخمر أم الخبائث، فعلى هذا ثبتت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لأن الأم على هذا من قبيل المشكك (قوله أو ثبتت حرمتهم بالإجماع) أي إن لم يكن إطلاق الأم على الأصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات. والتحقيق أن الأم مراد بها الأصل على كل حال، لأنه إن استعمل فيه حقيقة فظاهر، وإلا فيجب أن يحكم بإرادته مجازاً فتدخل الجدات في عموم المجاز والمعرف لإرادة ذلك في النص الإجماع على حرمتهم، ولم يثبت عند المصنف إطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر في حرمة بنات الأولاد على الإجماع، وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال: وكذا الاستدلال في البنات، فإن بنت البنت تسمى بنتاً حقيقة باعتبار أن البنت يراد به الفرع فيتناولها النص حقيقة أو مجازاً عند البعض. وقوله عند البعض يريد إذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فإنهم يجوزونه إذا كان في محلين. وعلى ما أسمعناك من التقرير يتناولهن مجازاً عند الكل. ومن الطرق في تحريم الجدات وبنات الأولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الأخ والأخت، ففي الأول لأن الأشقاء منهن أولاد الجدات، فتحريم الجدات وهن أقرب أولى، وفي الثاني لأن بنات الأولاد أقرب من بنات الإخوة.

[فرعان: الأول] لبنت الملاعة حكم البنت، فلو لاعتن فنفى القاضي نسبها من الرجل وألحقها بالأم لا يجوز للرجل أن يتزوجها لأنه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه. الثاني يحرم على الرجل بنته من الزنا بصريح النص المذكور لأنها بنته لغة، والخطاب إنما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه فيصير منقولاً شرعياً (قوله لأن جهة الاسم عامة) أي الجهة التي وضع الاسم مع اعتبارها، فاسم الأخ مثلاً وضع لذات باعتبار نسبتها إلى أخرى بالمجاورة في صلب أو رحم، والأحسن أن يقال باعتبار حلولها ما حلته من صلب أو رحم كي لا يقتصر على التوهم وبهذه الجهة تعم المتفرقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ، ويدخل في العمات والخالات بنات الأجداد وإن علوا لأنهن أخوات آباء أعلنون^(١) وبنات الجدات وإن علون لأنهن أخوات أمهات علييات وفي بنات الأخ والأخت بناتهن وإن سفلن (قوله ولا بأم امرأته دخل بها أو لم يدخل) إذا كان نكاح البنت صحيحاً أما بالفاسد فلا تحرم الأم إلا إذا وطئ بنتها، ويدخل في أم امرأته جداتها (قوله من غير قيد الدخول) عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور^(٢)، وإليه رجع ابن مسعود بناء على أن تقييد المعطوف بصفة أو حال كما في الآية، فإن قوله ﴿من

بالقربة. وتحرم أم امرأته إن كانت مدخولاً بها أو لم تكن لقوله تعالى ﴿وَأَمْهَاتِ نَسَائِكُمْ﴾ من غير قيد بالدخول. وتحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى ﴿من نسايتكم اللاتي دخلتم بهن﴾ وليس كونها في الحجر شرطاً. (قال المصنف لأن ذكر الحجر) يعني في قوله تعالى ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾ (خرج مخرج العادة) فإن العادة أن تكون البنات في

(قوله في كل ما فيه معنى القرية) أقول: فيه بحث، فإن إطلاق البنت على الفرع مطلقاً ممنوع (قوله كالبنات) أقول: حرمة البنات ثبت بالنص.

(١) (قوله أعلنون) هكذا في النسخ، والمناسب أعلنين بالياء بالواو لأنه صفة آباء المجرور كما لا يخفى كتبه مصححه.

(٢) هذه الآثار في سنن البيهقي ١٥٩/٧ - ١٦٠ وقد صحت الرواية في ذلك عن عمر، وكذا رجوع ابن مسعود وموافقة لعمر حين النقا. واضطرب زيد ابن ثابت فتارة وافق الجماعة تارة أباح ذلك. وأما أثر علي فلم يذكره البيهقي.

مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنفي الدخول (قال ولا بأمرأة أبيه وأجداده) لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما

نسألكم﴾ [النساء: ٢٣] حال من الربائب لا يوجب تقييد المعطوف عليه به لكنه يجوز ولا يمتنع، ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وناهيك بهما علماً فجعلوا الدخول قيداً في حرمة أمهات النساء وتبعهم على ذلك بشر المريسي ومحمد بن شجاع. ووجه البناء على أن الشرط والاستثناء إذا تعقب كلمات منسوقة انصرف إلى الكل. وردّ بأن المذكور في الآية ليس شرطاً بل صفة، ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف، ثم يبطل جوازه في هذا الموضع باستلزامه كون الشيء الواحد معمول عاملين، وذلك أن النساء المضاف إليه أمهات مخفوض بالإضافة والمجورور بمن بها، فلو كان الموصول وهو قوله ﴿اللاتي دخلتم بهن﴾ [النساء: ٢٣] صفة لهما لزم ذلك، وهذا بناء على اعتبار الصفة هنا بمعنى الشرط، وأبطله في الكشف بلزوم كون من مستعملاً في معنيين متخالفين في إطلاق واحد وهو البيان بالنسبة إلى النساء المضاف إليهن أمهات والابتداء بالنسبة إلى الربائب لأنه المناسب فيهما. قال الشيخ سعد الدين في حواشيه: وما يقال إن الابتداء معنى كلى صادق على جميع معاني من فُضرب من التأويل والتشبيه، ثم قال: نعم قد يستعمل في إيصال شيء فيتناول إيصال الأمهات بالنساء لأنهن والدات وبالربائب لأنهن مولودات، فحينئذ يصح جعل ﴿من نسألكم﴾ [النساء: ٢٣] متعلقاً بالأمهات والربائب جميعاً حالاً منهما. وفائدة إيصال الأمهات بالنساء بعد إضافتها إليها في زيادة قيد الدخول، لكن الاتفاق على حرمة أمهات النساء مدخولات كن أو غير مدخولات يأبى هذا المعنى، فمن هنا جعل متعلقاً بربائبكم فقط اهـ. ويمكن أن يجعل حالاً من النساء المضاف إليهن أمهات ومن الربائب إلا أنه يستلزم جعل الحال من المضاف إليه، وإنما جوزه من جوزه بمسوخ من كون المضاف صالحاً للعمل في الحال أو جزءاً للمضاف إليه، وزاد بعضهم شبه الجزء في صحة حذفه والاستغناء عنه بالمضاف إليه نحو ﴿ملة إبراهيم حنيفاً﴾ [البقرة: ١٣٥] (قوله سواء كانت في حجره أو في حجر غيره) وهو مذهب الجمهور وشرطه عليّ، ورجع ابن مسعود إلى قول الجمهور لأن قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب، إذ الغالب كون البنت مع الأم عند زوج الأم وهو المراد بالحجر هنا، ولولا هذا لثبت الإباحة عند انتفائه بدلالة اللفظ في غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم المخالفة، وبالرجوع إلى الأصل وهو الإباحة عند من لا يعتبر المفهوم، لأن الخروج عنه إلى التحريم مقيد بقيد فإذا انتفى القيد رجع إلى الأصل لا بدلالة اللفظ (قوله ولهذا) أي ولكونه لم يعتبر قيداً في الحرمة اكتفى في وضع نفي الحرمة بنفي الدخول بقوله تعالى ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء: ٢٣] فحيث خصه في موضع النفي بالذكر علمنا أنه المعتبر في إضافة الحرمة، وإلا لقل فإن لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم، أو فإن لم تكونوا دخلتم بهن أو لسن في حجوركم جرياً على العادة في إضافة نفي الحكم إلى نفي تمام العلة المركبة أو أحد جزءيها الدائر وإن صح إضافته إلى نفي جزئها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال. هذا ويدخل في الحرمة بنات المربية والريب وإن سفل لأن الاسم يشملهن، بخلاف حلائل الأبناء والآباء لأنه اسم خاص فلذا جاز التزويج بأم زوجة الابن وبنتها، وجاز للابن التزويج بأم زوجة الأب وبنتها (قوله ولا بأمرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من

حجر زوج أمها غالباً: أي في تربيتها لا على وجه الشرط، واستوضح ذلك بقوله (ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنفي الدخول) ولم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل: فإن لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم، فإن الإباحة تتعلق بضد ما تتعلق به الحرمة. واعترض بأنه يجوز أن تكون الحرمة متعلقة بعلّة ذات وصفين، وهما الدخول، والحجر.

(قال المصنف: لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم﴾) أقول: قال الزيلعي: يتناول منكوحة الأب وطاً وعقداً صحيحاً، وكذلك لفظ الآباء يتناول الآباء والأجداد وإن كان فيه جمع بين الحقيقة والمجاز لأنه نفي، وفي النفي يجوز الجمع بينهما كما يجوز في المشترك أن يعم جميع معانيه في النفي اهـ. وسيجيء في وصايا الهداية جواز الجمع بين معاني المشترك في النفي (قوله وأما بالإجماع) أقول: فيه أن كون دلالة قوله تعالى على الجد بالإجماع لا معنى له (قوله وأما المراد بالنكاح) أقول: يعني في قوله تعالى ما نكح.

نكح أبأؤكم من النساء ﴿ولا بامرأة ابنة وبني أولاده﴾ لقوله تعالى ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ وذكر الأصلاب

النساء ﴿[النساء: ٢٢] اعلم أن امرأة الأب والأجداد تحرم بمجرد العقد عليها، والآية المذكورة استدلت بها المشايخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على إرادة الوطء بالنكاح، فإن أريد من حرمة امرأة الأب والجد ما يطابقها من إرادة الوطء قصر عن إفادة تمام الحكم المطلوب حيث قال: ولا بامرأة أبيه، وتصديق امرأة الأب بعقد عليها وإلا لم يفد الحكم في ذلك المحل، فإنما يصح على اعتبار لفظ النكاح في نكاح الآباء في معنى مجازي يعم العقد والوطء، ولك النظر في تعيينه، ويحتاج إلى دليل يوجب اعتبارها في المجازي، وليس لك أن تقول ثبتت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطء بالإجماع، لأنه إذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان مراداً منه بلا شبهة، فإن الإجماع تابع للنص أو القياس عن أحدهما يكون، ولو كان عن علم ضروري يخلق لهم يثبت بذلك أن ذلك الحكم مراد من كلام الشارع إذا احتمله (قوله لقوله تعالى ﴿وحلائل أبنائكم﴾) [النساء: ٢٣] إن اعتبر الحليلة من حلول الفراش أو حل الإزار تناولت الموطوءة بملك اليمين أو شبهة أو زنا فيحرم الكل على الآباء وهو الحكم الثابت عندنا، كما تحرم المزني بها ومن ذكرنا للآباء على الأبناء، ولا تتناول المعقود عليها للابن أو بنيه وإن سفلوا قبل الوطء، والفرض أنها بمجرد العقد تحرم على الآباء وذلك باعتباره من الحل بكسر الحاء، وقد قام الدليل على حرمة المزني بها للابن على الأب، وهو ما سنذكره في موضعه فيجب اعتباره في أعم من الحل والحل، ثم يراد من الأبناء الفروع فتحرم حليلة الابن السافل على الجد الأعلى من النسب، وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع. وذكر الأصلاب في الآية لإسقاط حليلة المتبني. وذكر بعضهم فيه خلافاً للشافعي، والمنقول عنهم أن ذكر الأصلاب لإحلال حليلة المتبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاع كمدھينا فلا خلاف (قوله ولا بأمة من الرضاعة) تنبيه وكل من ذكرنا أنه يحرم من أول الفصل إلى هنا يحرم من الرضاع، حتى لو أرضعت امرأة صبياً حرم عليه زوجة زوج الظئر^(١) الذي نزل لبنها منه لأنها امرأة أبيه من الرضاعة، ويحرم على زوج الظئر امرأة هذا الصبي لأنها امرأة ابنه من الرضاعة، وسنستوفي ذلك إن شاء الله تعالى في كتاب الرضاع (قوله ولا يجمع بين أختين نكاحاً) أي عقداً (ولا

ثم تنتفي الحرمة بانتفاء أحدهما لأن الشيء ينتفي بانتفاء الجزء، فلم يكن ثبوت الإباحة عند انتفاء الدخول دليلاً على أن الحرمة غير متعلقة بالحجر. وأجيب بأن العادة في مثله نفى الوصفين جميعاً أو نفى العلة مطلقاً، لا نفى أحدهما والسكوت عن الآخر. لا يقال: لا يجري حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسبة بين هذين البدلين لأنه لم يوجد فيه الجنسية أو لم يوجد القدر، بل يقال: لم يوجد القدر مع الجنس، أو يقال: لم توجد علة الربا وليس بقوي، وتحرم امرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح أبأؤكم من النساء﴾ فإن دلالة على الأب ظاهرة وعلى الجد بأحد الطريقتين: إما أن يكون المراد بالأب الأصل فيتناول الآباء الأجداد كما تتناول الأم الجدات، وإما بالإجماع. وأما المراد بالنكاح إن كان هو الوطء فيكون العقد ثابتاً بالإجماع، وإن كان المراد به العقد فالوطء ثابت بطريق الأولى. وتحرم امرأة الابن نسباً ورضاعاً وبني أولاده لقوله تعالى ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ فحليلة الابن وهي زوجته حرام على الأب سواء دخل بها الابن أو لم يدخل لإطلاق النص على الدخول، وأما حليلة ابن الابن فباعتبار أن المراد بالابن هو الفرع فكانه قال: وحلائل فروعكم، وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت بعمومه أو بالإجماع. فإن قيل: قوله تعالى ﴿من أصلابكم﴾ يأبى ذلك أجاب بأن (ذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من

(قال المصنف: وذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبني) أقول: ويجوز أن يكون للتأكيد كقوله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه (قوله فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله ﴿يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب﴾) أقول: فيه أن الحديث إن لم يكن مشهوراً لا يزداد به على الكتاب على ما تقرر في الأصول، وإن كان مشهوراً يجوز نسخ الكتاب به فما الحاجة إلى جعل من أصلابكم احترازاً عن التبني (قال المصنف: ولا بملك يمين وطأ) أقول: متعلق بوطأ المقدر بقربة المذكور.

لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة (ولا بأمة من الرضاعة ولا بأخته من الرضاعة) لقوله تعالى ﴿وَأَمْهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمُ مِنَ الرضاعة﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (ولا يجمع بين أختين نكاحاً ولا بملك يمين وطأ) لقوله تعالى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين» (فإن تزوج أخت أمه له قد وطئها صح

بملك يمين وطأ) وهذان تمييزان لنسبة إضافية، والأصل بين نكاح أختين ووطئهما مملوكتين، ولا فرق بين كونهما أختين من النسب أو الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان أرضعتهما أجنبية فسد نكاحهما. وعند الشافعي يفسد نكاح الثانية فقط، واستدل بقوله تعالى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] بناء على أن التحريم المذكور أول الآية أضيف بواسطة العطف إلى الجمع وهو أعم من كونه عقداً أو وطأ. وعن عثمان رضي الله عنه إباحة وطء المملوكتين قال: لأنهما أحلتها آية وحرمتها آية أخرى وهما هذه وقوله تعالى ﴿وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ فرجع الحل^(١) قيل: الظاهر أن عثمان رضي الله عنه رجع إلى قول الجمهور، وإن لم يرجع للإجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وإنما يتم إذا لم يعتد بخلاف أهل الظاهر. ويتقدير عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة. والحديث الذي ذكره وهو قوله ﷺ «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر^(٢)» الخ غريب. وفي الباب أحاديث كثيرة: منها ما في الصحيحين عن أم حبيبة قالت: «يا رسول الله انكح أختي» الحديث، إلى أن قال «إنها لا تحل لي»^(٣) وحديث أبي داود عن الترمذي عن أبي وهب الجيثاني أنه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن أبيه فيروز

الرضاعة) والدليل على ذلك أن التبني انتسخ بقوله تعالى ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ وقصته أن رسول الله ﷺ بنى زيد بن حارثة ثم تزوج زيد بعد ما طلقها زيد، فطمعن المشركون وقالوا: إنه تزوج حليلة ابنه، فنسخ الله التبني بقوله ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ ودفع طعن

(١) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٥٣٨/٢ ومن طريقه الشافعي ١٦٠/٢-١٧٠/٢ والبيهقي ١٦٣/٧-١٦٤ عن الزهري عن قبيصة بن ذؤيب أن رجلاً سأل عثمان عن الأختين من ملك اليمين هل يجمع بينهما؟ فقال: أحلتها آية، وحرمتها آية. فأما أنا، فلا أحب أن أصنع ذلك. قال: فخرج من عنده فلقى رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ فسأله عن ذلك فقال: لو كان لي من الأمر شيء ثم وجدت أحداً فعل ذلك لجعلته نكالا. قال مالك: قال الزهري: أراه علي بن أبي طالب.

قلت: هذا إسناد صحيح. لكن يستبعد كون الرجل المنكر علي لأن البيهقي روى عن علي من عدة طرق مثل قول عثمان وقال: ولكن لا أفعله أنا ولا أهل بيتي.

لكن الصواب قول الجمهور كما قال الكمال وهو الراجح والله أعلم.

(٢) لا أصل له. ذكره الكمال باختصار وتماه في الهداية في الأعلى قال الزيلعي ١٦٨/٣: غريب اهـ وقال ابن حجر في التلخيص ١٦٦/٣: لا أصل له وقال ابن حجر في الدراية ٥٥/٢: لم أجده. ووافقهما الكمال.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٠٦ و٥١٢٣ ومسلم ١٤٤٩ والحميدي ٣٠٧ والشافعي ٢٠/٢ وأبو داود ٢٠٥٦ والنسائي ٩٦/٦-٩٤-٩٥ وابن ماجه ١٩٣٩ وابن الجارود ٦٨٠ والبيهقي ١٦٢/٧-١٦٣-٤٥٣ والبخاري ٢٢٨٢ وأحمد ٢٩١/٦-٤٢٨ كلهم من حديث أم حبيبة وكره البخاري ٥١٠١ و٥١٠٧ وكلذا ابن حبان ٤١١٠ و٤١١١ والحديث بشماه: قالت أم حبيبة: قلت: يا رسول الله انكح أختي بنت أبي سفيان قال: وتحيين؟ قلت: نعم لست لك بمخلية، وأحب من يشاركني فيك أختي فقال رسول الله ﷺ: إن ذلك لا يحل لي.

قلت: يا رسول الله فوالله إنا لتحدث أنك تريد أن تنكح دُرَّة بنت أبي سلمة. قال: بنت أم سلمة؟ فقلت: نعم قال: فوالله لو لم تكن في حجرني ما حلت لي. إنها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وأبا سلمة ثوبية، فلا تعرضن بناتكن، ولا أخواتكن. روى كلهم مع تغير يسير في ألفاظه زاد البخاري في الرواية رقم ٥١٠١ قال عروة وثوبية مولاة لأبي لهب وكان أبو لهب أعفها فأرضعت النبي ﷺ، فلما مات أبو لهب أراه بعض أهله بشر حبيبة. قال له: ماذا لقيت؟ قال أبو لهب: لم ألق بعدكم غير أنني سقيت في هذه بعناتي ثوبية.

قال ابن حجر في الفتح ١٤٥/٩: بشر حبيبة بكسر الحاء وسكون الياء أي: سوء حال.

وفي رواية الإسماعيلي: لم ألق بعدكم راحة. قال ابن بطال: سقط !! فعول من رواية البخاري ولا يستقيم الكلام إلا به وقوله سقيت في هذه وقع في رواية عبد الرزاق: وأشار إلى النقرة التي تحت إبهامه.

قال ابن حجر: وفي ذلك حقارة ما سقي من الماء.

وذكر السهيلي أن العباس قال لما مات أبو لهب رأيته في منامي بعد حوّل في شر حال فقال: ما لقيت بعدكم راحة غير أنني يخفف عني العذاب كل يوم اثنين قال: وذلك أن النبي ﷺ ولد يوم الإثنين، وكانت ثوبية بشرت أبا لهب بمولده فأعفتها. اهـ ابن حجر.

النكاح) لصدوره من أهله مضافاً إلى محله (و) إذا جاز (لا يظاً الأمة وإن كان لم يظاً المنكوحة) لأن المنكوحة موطوءة

الدليمي قال «قلت: يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان، قال: طلق أيهما شئت»^(١) قال الترمذي: حسن غريب، وصححه البيهقي وابن حبان، ولفظ أبي داود «اختر أيهما شئت» (قوله فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) خلافاً لبعض المالكية. وجه قولهم إن المنكوحة موطوءة حكماً باعتباركم فيصير بالنكاح جامعاً وطاً حكماً وهو باطل باعتباركم لأنكم عللتم عدم جواز وطء الأمة وإن لم يكن وطئ المنكوحة بلزوم الجمع وطاً حكماً، وقد قلتم إن حكم وطء الأمة السابق قائم حتى استحب له لو أراد بيعها أن يستبرئها، وما قيل حالة صدور العقد لا يكون جامعاً وطاً بل بعد تمامه، فإن ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع، فإن صدوره من أهله مضافاً إلى محله وإن كان ليس جمعاً في نفسه لكنه يستلزمه حيث كان هو حكمه، وهو لازم باطل شرعاً ولمزوم الباطل باطل فالعقد باطل، وقد يوجد في صفحات كلامهم مواضع عللوا المنع فيها بمثله. وقد يجاب بأن هذا اللازم بيده إزالته فليس لازماً على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة ويمنع من الوطء بعدها لقيامه إذا ذاك (قوله ولا يظاً الأمة) الحاصل أنه لا يظاً واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الأمة على نفسه بسبب كبيع الكل أو البعض والهبه مع التسليم والإعتاق أو بالكتابة والتزويج. وعن أبي يوسف: لا تحل المنكوحة بالكتابة. وعنه: لو ملك فرجها غيره لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعد وطئها لاحتمال كونها حاملاً منه، فعلى هذا لو حاضت بعد الوطء قبل التملك حلت المنكوحة بمجرد التملك. وجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود، ومن هنا قال الشافعي ومالك وأحمد: تحل المنكوحة قبل تحريم المرقوفة بسبب لأن حرمة وطئها قد ثبتت بمجرد العقد فلا حاجة إلى اشتراط التحريم بسبب آخر. وأجيبوا بأن حكم وطء المرقوفة قائم، حتى لو أراد بيعها استحب له استبرأؤها، فبالوطء يكون جامعاً وطاً حكماً وإطلاق الآية يمنعه، هذا كلامهم وهو مصرح بما وعدناه آنفاً، وهذا إذا كان النكاح صحيحاً، بخلاف الفاسد إلا إذا دخل بالمنكوحة فيه فحينئذ تحرم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لأنه وطء معتبر تترتب الأحكام عليه (قوله لأن المرقوفة ليست موطوءة حكماً) لأن ملك اليمين لم يوضع للوطء بخلاف النكاح، ولهذا لا يثبت نسب ولدها إلا بدعوة.

المشركين بهذا التقيد بفتيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة، وتحرم أم الرجل من الرضاعة وأخته منها لقوله تعالى «وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة» ولقوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» هذا ما يتعلق بالرضاع. ويحرم أن يجمع الرجل بين الأختين بنكاح أو بملك يمين وطاً لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين على الإطلاق، وسرى حكمهما إلى كل امرأتين لو فرضت إحداهما ذكراً حرمت الأخرى عليه بعلقة قطيعة الرحم سواء كان في النسب أو الرضاع. ومن له أمة فتزوج أختها جاز، سواء كان وطئ

(قال المصنف: فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) أقول: وأنت خبير أن الظاهر كان أن يجب عليه تحريم الأمة الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب عقيب نكاح أختها كي لا يلزم الجمع بينهما فليتأمل فإنه يجاب عنه بأنهما وطئان حكمان لا معتبر بهما (قوله من باب الاستخدام) أقول: لا الاستفراش (قوله كما قال به مالك رحمه الله) أقول: فيه أن ذلك مذهب بعض المالكية.

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٤٣ والترمذي ١١٢٩ وابن ماجه ١٩٥١ وابن أبي شيبه ٣١٧/٤ وعبد الرزاق ١٢٦٢٧ والدارقطني ٢٧٣/٣ - ٢٧٤ والبيهقي ١٨٤/٧ - ١٨٥ وابن حبان ٤١٥٥ من طرق عدة كلهم من حديث أبي وهب الجشاني عن الضحاك بن فيروز عن أبيه فيروز الدليمي به. وكذا رواه أحمد ٢٣٢/٤ من هذا الوجه.

قال الترمذي: حديث حسن. وصححه البيهقي إسناده أيضاً. والراجح أنه حسن. ونقل الدارقطني عن الأوزاعي إثباته للحديث وعمله به. قال ابن حجر في التلخيص ١٧٦/٣: صححه البيهقي، وأعله العقيلي وغيره اهـ.

قلت: مداره على الجشاني واسمه عبيد بن شرجيل قاله ابن يونس وقيل: ذئلم بن هوشع وهو مقبول. قاله ابن حجر في التقریب. وذكره ابن حبان في الثقات ٢٩١/٦ وشيخه الضحاك بن فيروز قال في التقریب: مقبول.

وذكره ابن حبان في الثقات ٣٨٧/٤ وبقي رجال الاسناد البخاري ومسلم. فالحديث كما قال الترمذي: حسن إن شاء الله.

حكماً، ولا يطاء المنكوحة للجمع إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه لسبب من الأسباب فحينئذ يطاء المنكوحة لعدم الجمع، ويطاء المنكوحة إن لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطأ إذ الموقوفة ليست موطوءة حكماً (فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين، ولا وجه إلى التعيين لعدم

[فرع] لو اشترى أختين ليس له وطؤهما، فإن وطئ أحدهما أو لمسها بشهوة لم يحل له وطء الأخرى حتى يحرم الموطوءة بسبب، ولو وطئها أثم ثم لا يحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم الأخرى بسبب، ولو باع إحداهما أو وهبها أو زوجها ثم ردت إليه المبيعة أو رجع في الهبة أو طلق المنكوحة وانقضت عدتها لم يحل وطء واحدة منهما حتى يحرم الأخرى بسبب كما كان أولاً (قوله فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما الأولى فرق بينه وبينهما) هذا تفريع على حرمة الجمع، وقيد بعقدتين إذ لو كانا في عقدة واحدة بطلاً يقيناً وبعدم علم الأولية، إذ لو علم صح النكاح الأول وبطل الثاني، وله وطء الأولى إلا أن يطاء الثانية فنحرم الأولى إلى انقضاء عدة الثانية، كما لو وطئ أخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة. وفي الدراية عن الكامل: لو زنى بإحدى الأختين لا يقرب الأخرى حتى تحيض الأخرى حيضة وهذا مشكل، والله سبحانه أعلم.

(قوله ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية) طوّل بالفرق بين هذا وبين ما إذا طلق إحدى نسائه بعينها ونسبها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل. وأجيب بإمكانه هناك لا هنا لأن نكاحهن كان متيقن الثبوت، فله أن يدعي نكاح من شاء معينة منهن تمسكاً بما كان متيقناً ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها، فدعواه حينئذ تمسك بما لم يتحقق ثبوته (قوله ولا إلى التنفيذ مع التجهيل) أي تنفيذ نكاحها مع جهل المحللة منهما لأنه تنفيذ الجمع بين الأختين أو تنفيذ نكاح إحداهما مع تجهيله بأن ينفذ الأحد الدائر بينهما (لعدم الفائدة) وهو حل الاستمتاع إذا لا يقع إلا في معينة ولا حل في المعينة (أو للضرر) عليه بالزامه النفقة وسائر المواجه مع عدم حصول المقصود وعليها بصيرورتها معلقة لا ذات بعل في حق الوطء ولا مطلقة ولتضرر الأولى لو وقع تعيينه لغيرها وهي الصحيحة والثانية لوقوعها في الوطء الحرام، وفي هذا نظر إذ لا ضرر عليها في الدنيا وهو ظاهر، ولا في الآخرة لعدم قصد التجانف لإثم، ولو قال وللضرر بالواو كان

الأمة أو لم يطاها لأنه صدر من أهله وهو واضح (مضافاً إلى محله) لأن الأخت المملوكة وطؤها من باب الاستخدام، وهو لا يمنع نكاح الأخت، ثم إن كان وطئ الأمة لا يطؤها بعد ذلك وإن لم يطاء المنكوحة بعد لأن المنكوحة موطوءة حكماً فوطء الأمة يكون جمعاً بين الأختين بوطء أحدهما حقيقة والأخرى حكماً، واعترض عليه بأن النكاح لو كان قائماً مقام الوطء حتى تصير المنكوحة موطوءة حكماً وجب أن لا يجوز هذا النكاح كي لا يصير جامعاً بين الأختين وطأ كما قال به مالك. وأجيب بأن نفس النكاح ليس بوطء حتى يصير به جامعاً بينهما، وإنما يصير وطأ بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطء فلا يكون وطء الأمة مانعاً عن النكاح (ولا يطاء المنكوحة) أيضاً (للجمع) بينهما (إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب) كالبيع والتزويج، لأن ذلك الوطء قائم حكماً، حتى لو أراد أن يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعاً بينهما وطأ حقيقة، وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكماً، ألا ترى أنه يحل لزوجه أن يغشاها فيحل له أن يطاء المنكوحة حينئذ لعدم الجمع، وإن لم يكن وطئ المملوكة جاز له أن يطاء المنكوحة لعدم الجمع وطأ إذ الموقوفة ليست موطوءة حكماً. قوله (فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) قيد بعقدتين، لأنه لو تزوجهما بعقد واحد كان النكاح باطلاً للجمع بين الأختين فلا يستحقان شيئاً من المهر، وقيد بقوله ولا يدري أيتهما أولى لأنه لو علم بذلك يبطل نكاح الثانية. وقوله (لأن نكاح إحداهما باطل بيقين) يعني من كانت أخرى في الواقع (ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ) يعني إلى تصحيحه في

(قوله فيصير جامعاً بينهما وطأ حقيقة) أقول: فيه شيء (قوله وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء) أقول: فيه بحث، فإنه كان ينبغي أن يجب تحريم الموطوءة على نفسه عقيب النكاح بسبب من الأسباب كي لا يلزم الجمع فليتأمل فإنهما وطان حكمان في الحقيقة ولا يمنع الجمع فيهما (قوله لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكماً) أقول: فإن قيل: لو صح ما ذكرتم لم يجب الاستبراء على البائع. قلنا ذلك ليس للاشتغال بل للحديث على ما فصله صدر الشريعة في آخر باب الكراهية.

الأولوية ولا إلى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر فتعين التفريق (ولهما نصف المهر) لأنه وجب للأولى منهما، وانعدمت الأولوية للجهل بالأولية فيصرف إليهما، وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما أنها الأولى أو الاصطلاح لجهالة المستحقة (ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) لقوله عليه الصلاة

أولى لأن كلا منهما لازم للتنفيذ مع التجهيل (فتعين التفريق) والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلاقة لو تزوجها بعد ذلك، فإن وقع قبل الدخول فله أن يتزوج أيتهما شاء للحال أو بعده بهما فليس له بأي واحدة منهما شاء حتى تنقضي عدتهما. وإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى فله تزوج التي لم تنقض عدتها دون الأخرى كي لا يصير جامعاً، وإن بعده بإحداهما فله أن يتزوجها في الحال دون الأخرى فإن عدتها تمنع من تزوج أختها (قوله ولهما نصف المهر) المسمى لهما بناء على أن التفريق قبل الدخول مع تساوي مهريهما جنساً وقدرًا سواء برهنت كل واحدة منهما على أنها سابقة أو ادعته فقط، أما لو قالت لا ندرى السابقة منا لم يقض بشيء فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهرها كاملاً. وفي النكاح الفاسد يقضي بمهر كامل وعقر كامل، ويجب حمله على ما إذا اتحد المسمى لهما قدرًا وجنسًا، أما إذا اختلفا فيه فيتعذر إيجاب عقر إذ ليست إحداهما أولى بجعلها ذات العقر من الأخرى لأنه فرع الحكم بأنها الموطوءة في النكاح الفاسد، هذا مع أن الفاسد ليس حكم الوطء فيه إذا سمي فيه العقر بل الأقل من المسمى ومهر المثل، ولو اختلفا جنساً أو قدرًا قضى لكل واحدة برقع مهرها، وإن لم يكن في العقد تسمية تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر. وكل هذه الأحكام المذكورة بين الأختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم، والتقيد المذكور بقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما: أي دعواها أنها الأولى أو بصطلحان بأن يقولوا نصف المهر لنا عليه لا يعدونا فنصطلح على أخذه، وما ذكره المشايخ يندفع به قول أبي يوسف إنه لا شيء لهما لجهالة المقضي لها، فهو كما لو قال لأحد هذين عندي ألف لا يقضي بشيء لجهالة المقضى له. وعن محمد أن عليه مهرًا كاملاً بينهما نصفان، لأن الزوج أقر بجواز نكاح إحداهما فيجب مهر كامل. وجوابه إنه يستلزم إيجاب القضاء بما تحقق عدم لزومه، فإن إيجاب كماله حكم الموت أو الدخول (قوله ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) تكرار لغير داع إلا أن يكون للمبالغة في نفي الجمع، بخلاف ما في الحديث من قوله ﷺ «لا تنكح المرأة

إحداهما بغير عينا (لعدم الفائدة) وهي حل القربان للزوج لأنه لا يثبت مع الجهالة (أو للضرر) يعني في حقهما لأن كلا منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة (فتعين التفريق) وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا كان لرجل أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فإنه يؤمر بالبيان ولا يفرق. وأجيب بأن الفارق تمكن الزوج ثمة من دعوى ثلاث منهن بأعيانها، لأن نكاح كل واحدة منهن كان ثابتاً بيقين، وليس فيما نحن فيه شيء من نكاحهما كذلك فلا يتمكن من دعوى النكاح في إحداهما تمسكاً باليقين فيفريق بينهما. وقوله (ولهما نصف المهر) يعني بينهما نصفان (لأنه وجب للأولى منهما) أما أنه وجب فلان الفقرة وقعت بسبب مضاف إلى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر البتة، وأما أنه للأولى فلان نكاحها صحيح دون الأخرى، وتقرير كلامه المهر للأولى منهما لما قلنا وليست إحداهما لكونها أولى أولى (للجهل بالأولوية) وفي بعض النسخ بالأولوية (فيصرف إليهما) وقوله (وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما) قال الفقيه أبو جعفر: لا بد أن تدعي كل واحدة منهما أنها هي الأولى، وأما إذا قالت لا ندرى أي النكاحين كان أو لا لا يقضي لهما شيء حتى يصطلحاً، لأن الحق للمجهولة فلا بد من الدعوى أو الاصطلاح ليقضي لهما: وصورة هذا الاصطلاح أن يقولوا عند القاضي: لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على أخذ نصف المهر فيقضي القاضي. قال (ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها») رواه ابن عباس وجابر، كذا في النهاية. وذكر الترمذي في جامعته أنه رواه عليّ وأبو هريرة وابن عمر وأبو سعيد وعبد الله بن عمرو وأبو أمامة وجابر وعائشة وأبو موسى الأشعري وسمرة بن جندب (وهو مشهور) تلقته الأمة بالقبول والعمل. فإن قيل: فما فائدة التكرار لحكم واحد بصفتين مختلفتين في موضعين، فإن المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها هو أن لا يجمع بينهما في النكاح، ثم الجمع بين المرأة وعمتها هو عين جمع المرأة بينها وبين بنت

والسلام «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها» وهذا مشهور، يجوز الزيادة

على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها^(١) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي، فإنه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الأخ والأخت عليهما دون إدخالهما على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة، قال رحمه الله «الخالة بمنزلة الأم^(٢)» في الصحيحين. ويؤنس حرمة نكاح الأمة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك، بخلاف المذكور في الكتاب فإنه لم يذكره إلا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك التوهم وهذا ظاهر، وغير هذا الحديث الذي ورد بلفظ الجمع لم يزد فيه على قول: «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وحالتها^(٣)» انتهى في الصحيحين (قوله وهذا مشهور) أعني الحديث المذكور^(٤) ثابت في صحيحي مسلم وابن حبان، ورواه أبو داود والترمذي والنسائي، وتلقاه الصدر الأول بالقبول من

أخيها، وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة أختها. أجيب بأن شمس الأئمة السرخسي قال: ذكر هذا النفي من الجانبين، إما للمبالغة في بيان التحريم، أو لإزالة الإشكال لأنه ربما يظن ظان أن نكاح ابنة الأخ على العمة لا يجوز، ونكاح العمة على ابنة الأخ يجوز لتفضيل العمة، كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ويجوز نكاح الحرة ويجوز نكاح الحرة على

(قال المصنف: ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) أقول: تكرار لغير داع، إلا أن يكون للمبالغة في نفي الجمع، بخلاف ما في الحديث فإنه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الأخ والأخت عليهما دون إدخالهما على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة. قال رحمه الله: «الخالة بمنزلة الأم»، ويؤنس حرمة نكاح الأمة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك، بخلاف المذكور في الكتاب فإنه لم يذكره إلا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك التوهم، وهذا ظاهر (قوله سلمنا جواز الاصطلاح الخ) أقول: فيه بحث، فإن الإيراد الثاني لا يرد على المصنف بل على المورد نفسه حيث سلم أنه تخصيص (قوله لثلاث يكرر النسخ) أقول: حتى لا يلزم حل الشركات المعلوم الانتفاء.

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٠٨ وأبو داود ٢٠٦٥ والترمذي ١١٢٦ والنسائي ٩٨/٦ وابن الجارود ٦٨٥ والبيهقي ١٦٦/٧ وابن حبان ٤١١٧ وعبد الرزاق ١٠٧٥٨ وابن أبي شيبة ٤٢٦/٤ وأحمد ٤٢٦/٢ كلهم من حديث الشعبي عن أبي هريرة مرفوعاً: لا تنكح المرأة على عمتها، ولا العمة على بنت أخيها، ولا المرأة على خالتها، ولا الخالة على بنت أختها، ولا تنكح الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى. وكرره ابن حبان ٤١١٨: وهذا لفظ أصحاب السنن أما مسلم فرواه منجماً.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٤٤ و٢٦٩٩ و٤٢٥١ والترمذي ١٩٠٤ وابن حبان ٤٨٧٣ والبيهقي ٥/٨-٦ كلهم من حديث البراء بن عازب في خبر صلح الحديبية وآخره: فلما دخلها ومضى الأجل أنوا عليها فقالوا: قل لصاحبك: أخرج عنا، فقد مضى الأجل، فخرج النبي ﷺ فتبعته ابنة حمزة يا عم يا عم - فتناولها علي، فأخذ يدها، وقال لفاطمة: دونك ابنة عمك أحملها، فاختصم فيها علي، وزيد، وجعفر فقال علي: أنا أحق بها، وهي ابنة عمي، وخالتها تحتي. قال زيد: ابنة أخي قضي بها النبي ﷺ لخالتها وقال: الخالة بمنزلة الأم. وقال لعلي: أنت مني، وأنا منك وقال الجعفر: أشبهت خلقي وخلقي وقال زيد: أنت أخونا، ومولانا هذا اللفظ للبخاري في روايته برقم ٢٦٩٩ عقب الكلام على عمرته ﷺ وصلح الحديبية. قلت: ورواية البخاري هذه فيها تحريف وتغيير لأن فاطمة ليست خالة ابنة حمزة والعجب من الشيخ ابن باز ومن الشيخ محب الدين الخطيب حيث عملا في تصحيح صحيح البخاري ولم ينبا على ذلك.

والصواب ما في الرواية برقم ٤٢٥١ من حديث البراء أيضاً وفيه: فاختصم علي، وزيد، وجعفر. قال علي: أنا أخذتها، وهي بنت عمي. وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي قضي بها النبي ﷺ وقال: الخالة بمنزلة الأم... بمثل الحديث المتقدم. قال ابن حجر في الفتح ٥٠٦/٧: أما مطالبة زيد بها فلاخوة بينه وبين حمزة أبيها، وأما علي فلأنه ابن عمها وحملها مع زوجته وأما جعفر فلكونه ابن عمها، وخالتها عنده فيترجح جانب جعفر باجتماع قرابة الرجل والمرأة دون الآخرين اهـ. وورد حديث: الخالة بمنزلة الأم. من حديث علي أخرجه أحمد ٩٨/١-٩٩ وهو مختصر عن حديثه البراء المطول في عمره القضاء وكذا أبو داود ٢٢٨٠ والحاكم ١٢٠/٣.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٠٩ ومسلم ١٤٠٨ وأبو داود ٢٠٦٦ والنسائي ٩٦/٦-٩٧ وسعيد بن منصور ٦٥٤ والبيهقي ١٦٦/٧ والبخاري ٢٢٧٧ ومالك ٥٣٢/٢ والشافعي ١٨/٢ وأحمد ٤٦٢/٢ وابن حبان ٤١١٣ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة. وورد من حديث جابر. أخرجه البخاري ٥١٠٨ وابن أبي شيبة ٢٤٥/٤-٢٤٦ والنسائي ٩٨/٦ وابن حبان ٤١١٤ وكذا عبد الرزاق ١٠٧٥٩ والطائسي ١٧٨٧ والبيهقي ١٦٦/٧ وأحمد ٣٣٨/٣-٣٨٢ كلهم عن جابر بلفظ: نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها. وورد من حديث ابن عباس أخرجه الترمذي ١١٢٥ وغيره فهذا حديث بلغ حد الشهرة وله روايات أخرى ستأتي.

(٤) يعود الضمير على ما ذكره صاحب الهداية، أولاً.

على الكتاب بمثله (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً لم يجز له أن يتزوج بالأخرى) لأن الجمع بينهما

الصحابه والتابعين، ورواه الجهم الغفير منهم أبو هريرة^(١) وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو سعيد الخدري رضي الله عنهم (فتجوز الزيادة به على الكتاب) يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: ٢٤] لا الزيادة المصطلحة من تقييد المطلق مع أن العموم المذكور مخصوص بالشركة والمجوسية وبناته من الرضاة، فلو كان من أخبار الأحاد جاز التخصيص به أيضاً غير متوقف على كونه مشهوراً، والظاهر أنه لا بد من ادعاء الشهرة لأن الحديث موقعه النسخ لا التخصيص، لأن قوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرَكَاتِ﴾ [البقرة: ٢٢١] ناسخ لعموم قوله تعالى ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: ٢٤] إذا لو تقدم لزم نسخه بالآية فلزم حل المشركات وهو منتف أو تكرار النسخ وحاصله خلاف الأصل. بيان الملازمة أن يكون السابق حرمة المشركات ثم ينسخ بالعام وهو ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ ثم يجب تقدير ناسخ آخر لأن الثابت الآن الحرمة (قوله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكراً لم يجز له أن يتزوج بالأخرى) ثنى بعد ذكر ذلك الفرع بأصل كلي يتخرج عليه هو وغيره كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين، وذلك أن يتزوج كل من رجلين أم الآخر فيولد لكل منهما بنت فيكون كل من البنتين عمّة للأخرى، أو يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة للأخرى فيمتنع الجمع بينهما. والدليل على اعتبار الأصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله «فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم^(٢)» وروى أبو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال «نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على قريبتها مخافة القطيعة^(٣)» فأوجب تعدي الحكم المذكور وهو حرمة الجمع إلى كل قرابة يفرض وصلها وهو ما تضمنه الأصل

الأمة، فبين النبي ﷺ ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لإزالة الإشكال. ولقائل أن يقول: في عبارة المصنف تسامح لأنه قال: وهذا مشهور (تجوز الزيادة على الكتاب بمثله) وهذه العبارة إنما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين، وما نحن فيه ليس كذلك لأن قوله تعالى ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ عام، وهذا الحديث يخصه. سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة، لكن شرط التخصيص المقارنة عدنا أولاً وليس بمعلومة. ويمكن أن يجاب عنه بأن الزيادة على الكتاب نسخ أخص فيجوز ذكره وإرادة مطلق النسخ لأن ذكر الأخص وإرادة الأعم مجاز شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به، ولا نزاع في ذلك لا سيما أنه تطرق إليها الاحتمال بالنسخ مرة فإن قوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرَكَاتِ﴾ نسخ عموم قوله تعالى ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ بتقديره متأخراً لثلاثي تكرار النسخ، فجاز أن ينسخ بخبر مشهور ما تناوله مما ذكرناه، ولا بأس بمطالعة ما في النهاية في هذا الموضوع من كلام المهرة الحذاق المتقنين إن كانت القواعد الأصولية على ذكر منك. وقوله (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً لم يجز له أن يتزوج بالأخرى) ظاهر، وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذي كان بحثنا فيه لأن الجمع بين المرأة

(١) حديث أبي هريرة، وجابر، وابن عباس الثلاثة قد تقدمت. وأما حديث ابن عمر. فأخرجه الطبراني واليزار كما في المجمع ٢٦٣/٤ وقال الهيثمي: رجالهما رجال الصحيح.

وأما حديث ابن مسعود فقد أخرجه اليزار كما في المجمع ٢٦٣/٤ وقال الهيثمي: فيه انقطاع.

وأما حديث أبي سعيد فقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط وفيه عطية العوفي ضعيف.

وذكره الهيثمي من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ومن حديث سمرة ومن حديث عتاب بن أسيد ومن حديث أبي الدرداء وذكر عللها وأنها واهية اهـ.

لكن المعتمد ما صح عنه أبي هريرة وجابر، وابن عباس وقد تقدمت، وهذه شواهد.

(٢) حسن. أخرجه ابن حبان ٤١١٦ والطبراني ١١/١١٩٣١ و١١/١١٩٣٠ كلاهما من حديث ابن عباس. إلا أن رواية ابن حبان فيها نون النسوة بدل ميم الجماعة.

ومداره على عبد الله بن حسين أبو حريز قال في التفریب: صدوق يخطيء.

قلت: يعضده مرسل أبي داود الآتي فيصير حسناً.

وقد قال الشيخ شعيب الأرنؤوط في تخريج ابن حبان: حسن لشواهد وقدر توبع أبو حريز اهـ. ولذا أشار ابن حجر في التلخيص ١٦٨/٣ لحسنه. لم ذكر طرقه لكن ليس فيها زيادة: فإنكم...

(٣) تقدم في الذي قبله.

يفضي إلى القطعية والقربة المحرمة للنكاح محرمة للقطع، ولو كانت المحرمة بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل (ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل) لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع.

وقال زفر: لا يجوز لأن ابنة الزوج لو قدرتها ذكراً لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه. قلنا: امرأة الأب لو صورتها ذكراً جاز له التزوج بهذه والشرط أن يصور ذلك من كل جانب.

المذكور، وبه ثبتت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البتي على ما نقل عنه وداود الظاهري في إباحة الجمع بين غير الأختين، وقد روي في خصوص العميتين والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه كره أن يجمع بين العمة^(١) والخالة وبين العميتين والخالتين وإن تكلم في خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مؤيد (قوله والقربة المحرمة للنكاح) أي بمقتضى آية المحرمات (محرمة للقطع) على اسم الفاعل فيهما وفي الجمع للقطع فلا يحل. وفي بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول في الثاني أي إنما حرمت للقطع فإنه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفضي إلى القطعية فلذلك حرمت تلك القربات المنصوص عليهن في الآية أعني «حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم» [النساء: ٢٣] إلى آخرها على الرجل، وإن كان في بعضها غير ذلك أيضاً كمنافاة الاحترام الواجب للأمهات والعمات والخالات بالافتراض فيمكن إدراجه في القطعية، ولا شك أن الجمع أفضى إليه لأكثرية المضاربة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع أولى من حرمة الأقارب (قوله ولو كانت المحرمة بينهما) أي بين المرأتين (بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما روينا من قبل) وهو قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٢) فلا يجوز أن يجمع بين أختين من الرضاع، أو امرأة وابنة أخ لها من الرضاع لأنها عمتها، أو امرأة وابنة أختها من الرضاع لأنها خالتها من الرضاع (قوله لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع) يعني أن الموجب لاعتبار ذلك الأصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها أو الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه، حتى لا يجوز أن يجمع بين أختين من الرضاع أو عمة أو خالة وابنة أخ أخت من الرضاع، وكذا كل

وعمتها محرمة لإفضائه إلى قطعية الرحم المحرم القطع وهو موجود فيما نحن فيه، ولا عليك أن تجعله ثابتاً بدلالة قوله تعالى «وأن تجمعوا بين الأختين» كما قدمته وهو أولى. وقوله (ولو كانت المحرمة بينهما بسبب الرضاع) ظاهر. وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع» الحديث. وقوله (ولا بأس بأن يجمع بين امرأة) ظاهر، ونسب في المبسوط قول زفر هذا إلى ابن أبي ليلى. وقوله (والشرط أن يصور ذلك من كل جانب) يعني كما كان في الأختين كذلك لأن ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب أن يكون الفرع على وفاق الأصل. وقد صرح أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علي وبنته،

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٠٦٧ من طريق خطاب بن القاسم عن عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً بهذا اللفظ وله علان. الأولى خطاب هذا قال عنه في التريب: ثقة اختلط قبل موته.

والثانية خصيف مصغراً قال في التريب: صدوق سيء الحفظ خلط بآخره اهـ. ولم يتابع على هذا اللفظ.

قلت: فهذا الحديث جاء بسبب سوء حفظه واختلاطه. والصواب في الألفاظ ما رواه الجماعة فيما تقدم.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٠٥٥ والدارمي ٢١٦٧ وابن ماجه ١٩٣٧ وأحمد ٤٤/٦ - ٥١ كلهم من حديث عائشة هكذا باختصار. وأخرجه البخاري ٢٦٤٦ ومسلم ١٤٤٥ من وجوه والنسائي ٩٩/٦ كلهم من حديث عائشة وله قصة وفي آخره: يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة.

وكذا رواه مالك ٦٠٢/٢ وابن حبان ٤١٠٩ من هذا الوجه وفيه قصة عائشة: جاء عمي من الرضاعة فاستأذن علي فأيبت حتى أسأل النبي ﷺ ... فذكره.

وأخرجه البخاري ٢٦٤٥ ومسلم ١٤٤٧ ح ١٢ والنسائي ٩٩/٦ وابن ماجه ١٩٣٨ وأحمد ٢٧٥/١ - ٢٩٠ كلهم من حديث ابن عباس: أن النبي ﷺ أريد على ابنة حمزة فقال: إنها لا تحل لي إنها ابنة أخي من الرضاعة، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب. أي: لأن النبي ﷺ أخو حمزة من الرضاعة.

والحديث ذكره صاحب الهداية قبل قليل لذا قال: لما روينا.

قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبناتها) وقال الشافعي: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة فلا تنال

محرمية بسبب الرضاع، وكلاهما منتف في الريبة وزوجة الأب فكان تحريم الجمع بينهما قولاً لا بدليل. وهذه أعني مسألة الجمع بين الريبة وزوجة أبيها مما اتفق عليه الأئمة الأربعة، وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه أحد من أهل زمانه وهم الصحابة والتابعون، وهو دليل ظاهر على الجواز، أخرجه الدارقطني عن قثم مولى عباس قال: تزوج عبد الله بن جعفر بنت علي وامراً علي، وذكره البخاري تعليقاً. قال: وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامراً علي وتعليقاته صحيحة^(١). قال ابن سيرين: وكرهه الحسن مرة. ثم قال: لا بأس به وقدما قريباً أنه لا بأس أن يتزوج الرجل امرأة ويتزوج ابنه أمها أو بنتها لأنه لا مانع. وقد تزوج محمد ابن الحنفية امرأة وزوج ابنه بنتها (قوله ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها) أي وإن علت، فتدخل الجدات بناء على ما قدمه من أن الأم هي الأصل لغة (وابنتها) وإن سفلت، وكذا تحرم المزني بها على آباء الزاني وأجداده وإن علوا وأبنائه وإن سفلوا هذا إذا لم يفرضها الزاني، فإن أفضاها لا تثبت هذه الحرمات لعدم تيقن كونه في الفرج إلا إذا حبلت وعلم كونه منه. وعن أبي يوسف قال: أكره له الأم والبنات. وقال محمد: التنزه أحب إلي ولكن لا أفترق بينه وبين أمها. وقد يقال: إذا كان المس بشهوة تنتشر بها الآلة محرماً يجب القول بالتحريم إذا أفضاها إن لم ينزل، وإن أنزل فعلى الخلاف الآتي، وإن انتشر معه أو زاد انتشاره كما في غيره. والجواب أن العلة هو الوطء سبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس إلا لكونه سبباً لهذا الوطء، ولم يتحقق في صورة الإفضاء ذلك إذا لم يتحقق كونه في القبل، ولا بد من كونها مشتهة حالاً أو ماضياً وعن أبي يوسف: إذا وطئ صغيرة لا تشتهي تثبت الحرمة قياساً على العجوز الشوهاء. ولهما أن العلة وطء سبب للولد وهو منتف في الصغيرة التي لا تشتهي، بخلاف الكبيرة لجواز وقوعه^(٢) كإبراهيم وزكريا عليهما السلام. وله أن يقول الإمكان العقلي ثابت فيهما والعادي منتف عنهما فتساويا، والقصتان على خلاف العادة لا توجبان الثبوت العادي ولا تخرجان العادة عن النفي. ولا يتعلق بالوطء في الدبر حرمة خلافاً لما عن الأوزاعي وأحمد. وجهه ما تضمنه الجواب المذكور. وبقولنا قال مالك في رواية وأحمد خلافاً للشافعي ومالك في أخرى، وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الأصح وعمران بن الحصين وجابر وأبي وعائشة وجمهور التابعين كالبرصري والشعبي والنخعي والأوزاعي وطاوس وعطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وحماد والثوري وإسحاق بن راهويه. ولو ولدت منه بنتاً بأن زنى ببيكر وأمسكها حتى ولدت بنتاً حرمت عليه هذه البنت لأنها بنته حقيقة وإن لم ترثه ولم تجب نفقتها عليه ولم

وهذا ما يتعلق بالتحريم بسبب الجمع. قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبناتها) لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة أولاً وذكر الخلاف (وقال الشافعي: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة) فإنها تلحق الأجنيات بالمحارم، وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور لانتهاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه (ولنا أن الوطء سبب الجزئية) وتقريره: الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام: أما أن الولد جزء من هو منه فلأن سبب الجزئية موجود وهو الوطء فإنه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة، وكذا بين الوالدين بسبب الولد (حتى يضاف إلى كل واحد منهما كمالاً) يقال ابن

(قوله أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة) أقول: فكان الأنسب تقديمه على مسائل الجمع ولعل تأخيرها لكونه مكان الاختلاف.

(١) موقوف صحيح أخرجه الدارقطني ٣/٣١٩ - ٣٢٠ عن قثم مولى عباس قال... فذكره وذكره البخاري عند حديث ٥١٠٥ بصيغة الجزم معلقاً.
وقال ابن حجر في الفتح ٩/١٥٥: وصله البهقي في الجعديات عن عبد الرحمن بن مهران قال: جمع عبد الله بن جعفر بين زينب بنت علي وامراً علي ليلي بنت مسعود.

وكذا أخرجه سعيد بن منصور من وجه آخر فقال: بنت علي أم كلثوم، وليلى التهشلية بنت مسعود.

(٢) يعود الضمير في وقوعه على الولد.

بالمحذور. ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف إلى كل واحد منهما كملاً فتصير أصولها وفروعها

تصر أمهاتها أمهات أولاد لقوله ﷺ «الولد للفراش»^(١) فإن المراد به الولد الذي يترتب عليه أحكام الشرع إلا أن حكم الحرمة عارضه فيه قوله تعالى «حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم» [النساء: ٢٣] والمخلوقة من مائه بنته حقيقة لغة، ولم يثبت نقل في اسم البنت والولد شرعاً، والاتفاق على حرمة الابن من الزنا على أمه، فعلمنا أن حكم الحرمة مما اعتبر فيه جهة الحقيقة، ثم هو الجاري على المعهود من الاحتياط في أمر الخروج، وبحرمة البنت من الزنا قال مالك في المشهور وأحمد خلافاً للشافعي، وعلى هذا الخلاف أخته من الزنا وبنت أخيه وبنت أخته أو ابنه منه بأن زنى أبوه أو أخوه أو أخته أو ابنه فأولداً بنتاً فإنها تحرم على الأخ والعم والخال والجدة. ووجه قوله ظاهر من الكتاب (قوله) ولنا أن الوطء سبب الجزئية) اعلم أن الدليل يتم بأن يقال هو وطء سبب للولد فيتعلم به التحريم قياساً على الوطء الحلال بناء على إلغاء وصف الحل في المناط وهو يعتبره فهذا منشأ الافتراق. ونحن نبين إلغاءه شرعاً بأن وطء الأمة المشتركة وجارية الابن والمكاتب والمظاهر منها وأمه المجوسية والحائض والنفساء ووطء المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة، فعلم أن المعتبر في الأصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالاً أو حراماً. وما رواه من قوله ﷺ «لا يحرم الحرام»^(٢) غير مجرى على ظاهره، رأيت لو بال أو صبّ خمرأ في ملة قليل مملوك له لم يكن حراماً مع أنه

فلان وابن فلانة (فتصير أصولها وفروعها) وتصير أصوله وفروعه كأصولها وفروعها. فإن قيل: لو كان كذلك

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٥٠ و٦٨١٨ ومسلم ١٤٥٨ والترمذي ١١٥٧ والنسائي ١٨٠/٦ وابن ماجه ٢٠٠٦ والدارمي ٢١٥٤ والطبراني ٢٤٨٨ وأحمد ٢٨٠/٢ - ٤٧٥ - ٢٣٩ - ٣٨٦ كلهم من حديث أبي هريرة. بزيادة: وللعاهر الحجر.

وأخرجه البخاري ٢٠٥٣ و٢٧٤٥ و٤٣٠٣ و٦٧٤٩ و٧١٨٢ ومسلم ١٤٥٧ وأبو داود ٢٢٧٣ والنسائي ١٨٠/٦ وابن ماجه ٢٠٠٤ ومالك ٧٣٩/٢ والحميدي ٢٣٨ والطبراني ١٤٤٤ والشافعي ٣٠/٢ وأحمد ٣٧/٦ - ١٢٩ - ٢٣٧ والدارقطني ٢٤١/٤ والبيهقي ٨٦/٦ و٤١٢/٧ و١٥٠/١٠ - ٢٦٦ من عدة طرق كلهم من حديث عائشة وله قصة. وكذا رواه ابن حبان ٤١٠٥.

قال في النهاية: الولد للفراش - أي لمالك الفراه وهو الزوج والمولى. وقوله للعاهر الحجر: أي الزاني لاحظ له في الولد، وإنما هو لصاحب الفراش الزوج، أو المولى، وللزاني الخيبة والحرمان اهـ. وأخرجه أبو داود ٢٢٧٤ وأحمد ٢٠٧/٢ من حديث أبي داود وأخرجه ابن ماجه ٢٠٠٧ من حديث أبي أمامة: وأخرجه أحمد ١٨٧/٤ - ٢٣٨ - ٢٣٩ من حديث عمرو بن خارجة.

وأخرجه أحمد ٦٥/١ من حديث عثمان. وأخرجه أحمد ١٠٤/١ من حديث علي.

وأخرجه أحمد ٢٥/٢ من حديث ابن عمر وكذا ابن ماجه ٢٠٠٥ وأخرجه النسائي ١٨١/٦ وابن حبان ٤١٠٤ من حديث ابن مسعود وله طرق وروايات لو جمعت في جزء لبلغت حد التواتر. وهو حديث مستفيض على كل حال عند علماء المصطلح حيث زادت عن ثمانية.

(٢) ضعيف بطرقه. أخرجه ابن ماجه ٢٠١٥ والدارقطني ٢٦٨/٣ والبيهقي ١٦٨/٧ كلهم من حديث ابن عمر بلفظ: لا يحرم الحرام والحلال. قال البوصيري في الزوائد: فيه عبد الله بن عمر - العمري - ضعيف.

قلت: وفيه إسحاق بن محمد الفروي قال الذهبي في الميزان: هو صدوق في الجملة صاحب حديث قال أبو حاتم: ذهب بضربه فربما لُقن. وأخرجه الدارقطني ٢٦٧/٣ - ٢٦٨ والبيهقي ١٦٩/٧ كلاهما من حديث عائشة. وقال البيهقي: تفرد به عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي وهو ضعيف.

قاله ابن معين. والصحيح عن ابن شهاب عن الزهري عن علي مرسلاً موقوفاً. وأسند البيهقي عن الزهري قال وقد سئل عن رجل وطئ أم امرأته فقال: قال علي: لا يحرم الحرام والحلال.

وأخرجه البيهقي ١٦٨/٧ عن ابن عباس قوله. وقال البخاري في ١٥٣/٩: وعن عكرمة عن ابن عباس: إذا زنى بها لا تحرم عليه امرأته أي زنى بالأم - وقال عكرمة عن ابن عباس: إذا زنى بأخت امرأته لا تحرم عليه امرأته قال ابن حجر: أما الأخت فهو قول الجمهور، وقد أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس من طريق عطاء اهـ ١٥٦/٩ الفتح.

وقال ابن حجر عن أثر ابن عباس عن عكرمة عنه إذا زنى بأماها لا تحرم عليه امرأته. وصله البيهقي وإسناده صحيح عنه. ونقل ابن حجر عن ابن عبد البر قوله: أجمع أهل الفتوى من الأمصار على أنه لا يحرم على الزاني تزوج من زنى بها فتكاح أمها وابنتها أجوز.

قال ابن حجر: قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا زنى بالمرأة حرمت عليه أمها وابنتها. وبه قال من أهل العراق الثوري، ومن غير أهل العراق: عطاء، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق وهي رواية عن مالك. وأين ذلك الجمهور اهـ الفتح ١٥٧/٩.

قلت: رحم الله ابن حجر وهل بقي من جمهور الفقهاء غير الشافعي فالصواب أن قول أبي حنيفة هو الذي عليه الجمهور والله أعلم.

كأصوله وفروعه وكذلك على العكس، والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة، والوطء محرم

يحرم استعماله فيجب كون المراد أن الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراماً، وحيث نقول بموجبه إذا لم نقل بإثبات الزنا حرمة المصاهرة باعتبار كونه زناً بل باعتبار كونه وطاً، هذا لو صح الحديث، لكن حديث ابن عباس مضعف بعثمان بن عبد الرحمن الوقاصي على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب، وقال البخاري والنسائي وأبو داود: ليس بشيء، وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال: في إسناده إسحاق بن أبي فروة وهو متروك، وحديث عائشة^(١) ضعف بأنه من كلام بعض قضاة أهل العراق قاله الإمام أحمد، وقيل من كلام ابن عباس وخالفه كبار الصحابة، وقد استدلل بقوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢] بناء على أن المراد بالنكاح الوطء، إما لأنه الحقيقة اللغوية أو مجاز يجب الحمل عليه بقراءة قوله تعالى ﴿إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتاً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ٢٢] وإنما الفاحشة الوطء لا نفس العقد. ويمكن منع هذا بل نفس لفظه الذي وضعه الشارع لاستباحة الفروج إذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء: أي المعقود عليهم لهم بعد ما جعله الله قبيحاً قبيح، وقدما للمصنف اعتبار الآية دليلاً على تحريم المعقود عليها للأب. وقد روى أصحابنا أحاديث كثيرة منها «قال رجل: يا رسول الله إني زنت بامرأة في الجاهلية أفأنكح ابنتها؟ قال: لا أرى ذلك، ولا يصلح أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها^(٢)» وهو مرسل ومنقطع، وفيه أبو بكر بن عبد الرحمن ابن أم حكيم. ومن طريق ابن وهب عن أبي أيوب عن ابن جريج «أن النبي ﷺ قال في الذي يتزوج المرأة فيغزم ولا يزيد على ذلك لا يتزوج ابنتها» وهو مرسل ومنقطع، إلا أن هذا لا يقدح عندنا إذا كانت الرجال ثقات. فالحاصل أن المنقولات تكافات، وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور مغلطة، فإن النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لأنه تضيق، ولذا اتسع الحل لرسول الله ﷺ من الله سبحانه، بل من حيث هو يترتب على المصاهرة، فحقيقة النعمة هي المصاهرة لأنها هي التي تصير الأجنبية قريباً وعصداً وساعداً يهيمه ما أهمل ولا مصاهرة بالزنا، فالصهر زوج البنت مثلاً لا من زنى بنت الإنسان فانتهى الصهرية. وفائدتها أيضاً إذا الإنسان ينفر عن الزاني بينته فلا يتعرف به بل يعاديه فأتى يتفجع به؟ فالمرجع القياس، وقد بينا فيه إلغاء وصف زائد على كونه وطاً، وظهر أن حديث الجزئية وإضافة الولد إلى كل منهما كلاً لا يحتاج إليه في تمام الدليل، إلا أن الشيخ ذكره بياناً لحكمة العلة: يعني أن الحكمة في ثبوت الحرمة بهذا الوطء كونه سبباً للجزئية بواسطة الولد المضاف إلى كل منهما كلاً، وهو إن انفصل فلا بد من اختلاط ماء، ولا يخفى أن الاختلاط لا يحتاج تحققه إلى الولد وإلا لم تثبت الحرمة بوطء غير معلق والواقع خلافه فتضمنت جزءه (والاستمتاع بالجزء حرام) لقوله ﷺ «ناكح اليد ملعون^(٣)» (إلا في موضع الضرورة وهي

لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة لأنها حيثن جزء الواطء أجاب بقوله (والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع

(قوله وتقريره الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام) أقول: النتيجة اللازمة من هذا القياس حرمة الاستمتاع بالولد وفروعه ليس إلا والمطلوب يتضمن حرمة أصول كل منهما للآخر أيضاً، والصواب تركيب القياس الاستثنائي بحيث يعم الكل (قال المصنف: ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد) أقول: فإن الولد جزء من الأب وهو جزء من الأم أيضاً متصل بها مختلط حتى يفصل منها بالمقاريض (قوله وكذا بين الوالدين بسبب الولد) أقول: فيه بحث (قوله فإن قيل لو كان الخ) أقول: محل هذا السؤال كان عقيب بيان الكبرى كما لا يخفى (قوله بعد ما ولدت) أقول: بل بعد الوطء، وهذا أولى في إثبات المطلوب والعود على موضوعه بالنقض (قوله فهو الأصل في حرمة الجزء) أقول: أي حديث آدم عليه السلام.

- (١) تقدم تخريج الأحاديث الثلاثة ولا يتقوى بمجموعها لشدة ضعف رجالها.
- (٢) ضعيف. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١٢٧٦١ عن ابن جريج قال: أخبرني عن أبي بكر بن عبد الرحمن قال: فذكره وهو منقطع كما ذكر ابن الهمام وابن جريج مدلس فالذي أخبره لا بد أنه ضعيف لذا لم يذكره وفيه إرسال أبي بكر هذا تابعي. وأثر ابن جريج الثاني لم أره حتى عند عبد الرزاق مع كثرة ما أورده من الآثار.
- (٣) لا أصل له. ذكره علي القاري في الكبرى ١٠٢٢ وقال: لا أصل له كما صرح به الرهاوي في حاشيته على المنار. وكذا ذكر المعجلوني في الكشف ٢٨٣٨ مثل كلام القاري في موضوعاته.

من حيث إنه سبب الولد لا من حيث إنه زنا (ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وإبنتها) وقال الشافعي رحمه الله: لا تحرم، وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره إلى فرجها ونظرها إلى ذكره عن شهوة. له أن المس والنظر ليسا

المنكوحة) وإلا لاستلزم البقاء متزوجاً حرجاً عظيماً تضيق عنه الأموال والنساء، وإذا تضمنت جزءه صارت أمهاتها كأمهات وبناتها كبناته فيحرم من عليه كما تحرم أمهاته وبناته حقيقة. أو نقول وهو الأوجه: إن بالانفصال لا تنقطع نسبة الجزئية وهي المدار، وعند عدم العلوق غاية ما يلزم كون المظنة خالية عن الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالملك المرفه (قوله ومن مسته امرأة بشهوة) أي بدون حائل أو بحائل رقيق تصل معه حرارة البدن إلى اليد. وقيل المدار وجود الحجم، وفي مس الشعر روايتان، ونقل فيه اختلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك، ويشترط كونها مشتبهة حالاً أو ماضياً، فلو مس عجوزاً بشهوة أو جامعها تثبت الحرمة، وكذا إذا كانت صغيرة تشتهي، قال ابن الفضل: بنت تسع سنين مشتبهة من غير تفصيل، وبنت خمس سنين فما دونها لا بلا تفصيل، وبنت ثمان أو سبع أو ست إن كانت عيلة كانت مشتبهة إلا فلا. وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت به حرمة المصاهرة، وهذا ما وعدناه من قريب. ولا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامداً أو ناسياً أو مكرهاً أو مخطئاً، حتى لو أبقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده إلى بنته ففرصها بشهوة وهي ممن تشتهي يظن أنها أمها حرمت عليه الأم حرمة مؤبدة، ولك أن تصوّرهما من جانبها بأن أبقظته هي كذلك فقرصت ابنه من غيرها^(١) وقوله بشهوة في موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس، فلو مس بغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه. وما ذكر في حد الشهوة من أن الصحيح أن تنتشر الآلة أو تزاد انتشاراً أه قول السرخسي وشيخ الإسلام. وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى أن يميل قلبه إليها ويشتهي جماعها، وفرّع عليه ما لو انتشر فطلب امرأته فأولج بين فخذي بنتها خطأ لا تحرم عليه الأم ما لم يزد الانتشار. ثم هذا الحد في حق الشاب أما الشيخ والعين فحدّها تحرك قلبه أو زيادة تحركه إن كان متحركاً لا مجرد ميلان النفس فإنه يوجد فيمن لا شهوة له أصلاً كالشيخ الفاني والمراهق كالبالغ، حتى لو مس وأقرّ أنه بشهوة تثبت الحرمة عليه. وكان ابن مقاتل لا يفتي بالحرمة على هذين لأنه لا يعتبر إلا تحرك الآلة. ثم وجود الشهوة من أحدهما كاف ولم يحدّ الحد المحرّم منها في حق الحرمة وأقله تحرك القلب على وجه يشوّش الخاطر. هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بأن يصدّقها أو يقع في أكبر رأيه صدّقها. وعلى هذا ينبغي أن يقال في مسه إياها: لا تحرم على أبيه وابنه إلا أن يصدّقه أو يغلب على ظنهما صدقه. ثم رأيت عن أبي يوسف أنه ذكر في الأمالي ما يفيد ذلك، قال: امرأة قبلت ابن زوجها وقالت كان عن شهوة، إن كذبها الزوج لا يفرّق بينهما، ولو صدّقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر إن كان قبل الدخول ويرجع به الأب على الابن إن تعمد الفساد. ولو وطئها الابن حتى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لا يرجع على الابن لأنه وجب عليه الحد بهذا الوطء فلا يجب المهر، وتقبل الشهادة على الإقرار بالمس والتقبيل بشهوة. ولو أقر بالتقبيل وأنكر الشهوة ولم يكن انتشار في بيع الأصل والمتنقي يصدّق. وفي مجموع النوازل: لا يصدّق لو قبلها على الفم. قال صاحب الخلاصة: وبه كان يفتي الإمام خالي. وقال القاضي الإمام: يصدّق في جميع

الضرورة وهي الموطوءة) لأنها لو قيل بحرمتها لم تحل امرأة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لأنه ما شرع إلا للتوالد، فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة ينتفي بها فيهما وذلك خلف باطل، وأما أن الاستمتاع بالجزء حرام فلأن أول الإنسان آدم عليه السلام وقد حرمت عليه بناته فهو الأصل في حرمة الجزء، واستثنى موضع الضرورة وهي امرأته. وقوله (والوطء محرم من حيث إنه سبب الولد) جواب عن قوله حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بمحظور. ويانه أن الوطء ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية، ولا من حيث أنه زنا وإنما هو سبب لها من حيث أنه سبب للولد أقيم مقامه كالسفر مع المشقة، ولا عدوان ولا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك. لا يقال: ولد عصيان أو عدوان والشئ إذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة أصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم. وقوله (ومن مسته امرأة بشهوة) بيان أن الأسباب الداعية إلى الوطء في إثبات الحرمة كالوطء في إثباتها. قال الفقيه أبو الليث: تأويل المسئلة إذا صدق الرجل المرأة أنها

(١) (قوله من هيروها) قيد بذلك ليعلم ما إذا كان منها بالأولى أه نهر، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي حفظه الله كتبه مصححه.

في معنى الدخول، ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به. ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط، ثم المس بشهوة أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشاراً هو الصحيح،

المواضع، حتى رأيت أفتى في المرأة إذا أخذت ذكر الختن في الخصومة فقالت كان عن غير شهوة أنها تصدق اهـ. ولا إشكال في هذا، فإن وقوعه في حالة الخصومة ظاهر في عدم الشهوة، بخلاف ما إذا قبلها منتشراً فإنه لا يصدق في دعوى عدم الشهوة. والحاصل أنه إذا أقر بالنظر وأنكر الشهوة صدق بلا خلاف، وفي المباشرة إذا قال بلا شهوة لا يصدق بلا خلاف فيما أعلم، وفي التقبيل إذا أنكر الشهوة اختلف فيه، قيل لا يصدق لأنه لا يكون إلا عن شهوة غالباً فلا يقبل إلا أن يظهر^(١) أخلافه بالانتشار ونحوه، وقيل يقبل، وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجهة والخذ، فيصدق أو على الفم فلا، والأرجح هذا إلا أن الخد يترأى إلحاقه بالفم، ويحمل ما في الجامع في باب قبول ما تقام عليه البينة أن هذا المدعي تزوج أمها أو قبلها أو لمسها بشهوة على أن قوله بشهوة قيد في اللمس والقبلة بناء على إرادة القبلة على الفم ونحوه أو في اللمس فقط إن أريد غير الفم ونحوه. والحاصل أن الدعوى إذا وافقت الظاهر قبلت وإلا ردت فيراعى الظهور. وفي المحيط: لو كان لرجل جارية فقال وطئتها لا تحل لابنه، وإن كانت في غير ملكه تحل لابنه إن كذبه لأن الظاهر يشهد له (قوله وقال الشافعي: لا تحرم) قيل عليه أن ثبوت خلافه مستفاد من المسئلة السابقة بطريق أولى فلا حاجة إلى نقله مرة أخرى. أجيب بأن المس المتكلم فيه هنا مفروض في الحلال وإن كان لا تفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت خلافه في المس الحلال لا يوقف عليه بالسابقة. وحيث لا بد من فرض كون المسوس أمته على ما في شرح المجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظور إليها: يعني التي فيها خلاف الشافعي الأمة: يعني أمته، لأنه إما أن يراد المنكوحة أو الأجنبية أو الأمة، لا سبيل إلى الأول لأن أم المنكوحة حرمت بالمعقد وبنتها بالنظر والمس، لا أن حرمتها جميعاً بالنظر والمس فلا يستقيم في المنكوحة إلا فائدة التحريم في الربية دون الأم، ولا سبيل إلى الأجنبية لأن الدخول بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعي (قوله والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل) وعن أبي يوسف: النظر إلى منابت الشعر محرم، وقال محمد: أن ينظر إلى الشق. وجه ظاهر الرواية أن هذا حكم تعلق بالفرج، والداخل فرج من كل وجه، والخارج فرج من وجه، وأن الاحتراز عن النظر إلى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره اهـ. ولقائل أن يمنع الثاني ويقول في الأول: قد تقدم للمصنف في فصل الغسل من أول الكتاب ما إذا نقل نظيره إلى هنا كان هذا التعليل موجباً للحرمة بالنظر إلى الخارج وهو قوله: ولنا أنه متى وجب الغسل من وجهه فلا احتياط في الإيجاب والموضع الذي نحن فيه موضع الاحتياط. وقد يجاب بأن نفس هذا الحكم وهو التحريم باللمس ثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط في الاحتياط.

مسته عن شهوة ولو كذبها ولم يقع في أكبر رايه أنها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي أن لا تحرم عليه أمها وبنتها. فإن قيل: ذكر مسألة الدواعي تكرار لأن نفس الوطء الحرام إذا لم يوجب الحرمة عند الشافعي فلأن لا يوجبها دواعيه أولى. أجيب بأنه إنما كانت تكراراً أن لو كانت مصورة في الحرام فقط، وليس كذلك بل هي في الحلال مثل أن مست أمة مولاها كذلك، غير أنا لم نميز بين الحلال والحرام في شمول وجوب الحرمة والشافعي في شمول العدم (له) في الحلال ما ذكر في الكتاب (أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال) وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق بالدخول، لأن الملحق لا بد وأن يكون في معنى الملحق (ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء) والسبب الداعي إلى الشيء يقام مقامه في موضع الاحتياط، وهذا لأننا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء في حرمة الأبضاع، ألا ترى أنه أقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام من التوارث ومنع وضع الزكاة ومنع قبول الشهادة فأقمنا السبب الداعي

(قوله فإن قيل: ذكر مسألة الدواعي) أقول: أي ذكر خلاف الشافعي فيها، فإن الأولوية في جانبها كما لا يخفى، ففي عبارته قصور.

(١) (قوله إلا أن يظهر الخ) حق هذا الاستثناء أن يذكر بعد قوله وقيل يقبل كما لا يخفى اهـ، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي كتبه مصححه.

والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك إلا عند اتكائها، ولو مس فأُنزل فقد قيل إنه يوجب الحرمة، والصحيح أنه لا يوجبها لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء، وعلى هذا إتيان المرأة في الدبر (وإذا طلق امرأة

[فروع] النظر من وراء الزجاجة إلى الفرج محرّم، بخلاف النظر في المرأة، ولو كانت في الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه ثبتت الحرمة، ولو كانت على الشط فنظر في الماء فرأى فرجها لا يحرم، كأن العلة والله أعلم أن المرئي في المرأة مثاله لا هو، وبهذا عللوا الحث فيما إذا حلف لا ينظر إلى وجه فلان فنظره في المرأة أو الماء. وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاجة بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئي، بخلاف المرأة والماء، وهذا ينفي كون الإبصار من المرأة ومن الماء بواسطة انعكاس الأشعة وإلا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما، بخلاف المرئي في الماء لأن البصر ينفذ فيه إذا كان صافياً فيرى نفس ما فيه، وإن كان لا يراه على الوجه الذي هو عليه، ولهذا كان له الخيار إذا اشترى سمكة رآها في ماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئي فيه في فن آخر. ثم شرط الحرمة بالنظر أو المس أن لا ينزل، فإن أنزل قال الأزوجندي وغيره: ثبت لأن بمجرد المس بشهوة ثبتت الحرمة، والإنزال لا يوجب رفعها بعد الثبوت، والمختار لا تثبت كقول المصنف وشمس الأئمة واليزدي بناء على أن الأمر موقوف خال المس إلى ظهور عاقبته إن ظهر أنه لم ينزل حرمت وإلا لا، والاستدلال واضح في الكتاب إلا أن إقامة السبب إذا نيط الحكم بالسبب إنما تكون لخفض المسبب، وإلا فهو تعليق بغير المناط لغير حاجة، والأولى ادعاء كون المناط شرعاً نفس الاستمتاع بمحل الولد بالنظر واللمس نظراً إلى أن الآثار جاءت بالحرمة في المس ونحوه. وقد روى في الغاية السمعانية حديث أم هانئ عنه ﷺ أنه قال «من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها^(١)» وفي الحديث «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها^(٢)» وعن عمر: أنه جرد جارية ونظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال: أما إنها لا تحل لك. وهذا إن تم كان دليل أبي يوسف في كون النظر إلى منابت الشعر كافياً. وعن ابن عمر قال: إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنته وحرمت عليه أمها

مقام المدعو احتياطاً، وفساد الصوم والإحرام وجوب الغتسال ليس من باب حرمة الأضباع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطء. ونوقض بأن ما ذكرتم إن كان صحيحاً قام النظر إلى جمال المرأة مقام الوطء في ثبوت الحرمة لكونه سبباً داعياً إليه، والجواب أن النظر إلى الفرج المحرم هو ما يكون نظراً إلى داخل الفرج بأن كانت متكئة وهو لا يحل إلا في الملك، والظاهر من ذلك أنها لا تكون على هذه الحالة إلا في خلوة عن الأجانب، فانظر بعد هذا في أن النظر إلى الجمال في الحال في الملك وغيره خلاف وملا هل يكون داعياً إلى الوطء دعوة النظر إليه أولاً؟ لا أراك قائلًا بذلك إلا مكذباً. وعرف المس بشهوة بأن تنتشر الآلة: يعني إذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس (أو تزداد انتشاراً) إذا كانت منتشرة قبل ذلك. وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول كثير من المشايخ قال في الذخيرة: وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار، وجعلوا حدّ الشهوة أن يميل قلبه إليها ويشتهي جماعها، واختار المصنف قول شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام. قال في النهاية: هذا إذا كان شاباً قادراً على الجماع، فإن كان شيخاً أو عنيماً فحد الشهوة أن يتحرك قلبه بالاشتئاء إن لم يكن متحركاً قبل ذلك أو يزداد الاشتئاء إن كان متحركاً وهذا إفراط. وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا يعتبر تحرك القلب وإنما يعتبر تحرك الآلة، وكان. لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين

(١) وإه بكرة. أورده البيهقي في سننه ١٧٠/٧ فقال: رواه الحجاج بن أرطاة عن أبي هانئ أو أم هانئ عن النبي ﷺ.

قال البيهقي: هذا منقطع، ومجهول، وضعيف، والحجاج لا يحتج بما يسنده فكيف بما يرسله. عن لا يعرف اهـ.

قلت: الانقطاع فيه أن الحجاج لم يدرك أم هانئ. والجهالة هو أنه شك بقوله: أم هانئ أو أبي هانئ. والحجاج ضعيف وهو منلس فالحديث ضعيف جداً.

(٢) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/٢٦٨ - ٢٦٩ والبيهقي ١٧٠/٧ كلاهما عن ابن مسعود موقوفاً وصدره: لا ينظر الله إلى رجل... بدل ملعون قال الدارقطني: هو موقوف. وحمام وليث ضعيفان. ونقله البيهقي عنه.

وكذا ذكره السيوطي في الدر المنثور ٢/١٣٧ وقال: رواه ابن أبي شيبة عن ابن مسعود موقوفاً. قال: وروى عبد الرزاق، وابن أبي شيبة، وابن الفريسي عن وهب بن منبه قال: في التوراة ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها اهـ.

طلاقاً بائناً أو رجعيّاً لم يجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها) وقال الشافعي رحمه الله: إن كانت العدة عن طلاق بائن أو ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية إعمالاً للقاطع، ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد. ولنا أن نكاح الأولى قائم ببقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد، والحد لا يجب على

وابنتها. وعن مسروق أنه قال: يبعوا جاريتي هذه، أما إني لم أصب منها إلا ما يحرمها على ولدي من المس والقبلة (قوله لم يجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها) وفي المبسوط: لا تتزوج المرأة في عدة أختها من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن (وقال الشافعي: إن كانت العدة عن طلاق بائن جاز) وعلى هذا الخلاف تزوج أربع سوى المعتدة عن بائن، ويقولون قال مالك، ويقولنا قال أحمد وهو قول عليّ وابن مسعود وابن عباس، ذكره سليمان بن يسار عنهم، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والثوري والنخعي، وروى مذهبه عن زيد بن ثابت إلا أن أبا يوسف ذكر في الأمالي رجوع زيد عن هذا القول، وكذا ذكره الطحاوي. حكى أن مروان شاور الصحابة في هذا فاتفقوا على التفريق بينهما، وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم. وقال عبيدة: ما اجتمع أصحاب رسول الله ﷺ على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت والمحافظة على أربع قبل الظهر. ثم إن محل النزاع يتجاذبه أصلاً: الطلاق الرجعي، وما بعد انقضاء العدة، فقام البائن على الثاني بجامع انقطاع النكاح إعمالاً للقاطع وهو الطلاق البائن. ويدل على انقطاعه أنه لو وطئها عالمّاً بالحرمة حدّ. وقسنا على الأول بجامع قيام النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية، وهذا لأنه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجية فضلاً عن حالة وقوع الطلاق الرجعي إلا قيام أحكامه، لأن لفظ تزوجت وزوجت تلاشى بمجرد انقضائه، فقيامه بعده ليس إلا قيام حكمه الراجع إلى الاختصاص استماعاً وإمساكاً، وقد بقي الإمساك والفراش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فيبقى النكاح من وجه، وإذا كان قائماً من وجه حرم تزوج أختها وأربع سواها من وجه فتحرم مطلقاً إلحاقاً بالرجعي أو بما لا يحصى من الأصول التي اجتمع فيها جهتا تحريم وإباحة مع وجوب الاحتياط في أمر الفروج. ويخص تزوج الأخت في عدة الأخت دلالة النص المانع من الجمع بين الأختين، فإنه علل فيه بالقطعية وهي هنا أظهر والأزم، فإن مواصلة أختها في حال حبسها بلا استمتاع أغيط لها من مواصلتها مع مشاركتها في المتعة. والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع، فإن الحد لا يجب على إشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه: معتدة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لأكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج إذا أنكره. ففيه دليل على أنه لو ادعى نسبه ثبت، ويستلزم أن الوطء في عدة الثلاث ليس زناً مستعقلاً لوجوب الحد وإلا لم يثبت نسبه، فكان ذلك رواية في عدم الحد، وإن سلم كما في عبارة كتاب الحدود فغاية ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما ستسمعه. وإنما قلنا: إن أثر النكاح قائم من وجه وبه يقوم هو من وجه^(١) وبه تحرم الأخت من وجه وبه تحرم مطلقاً. وفي المجتبى جواز نكاح الأخت في عدة الأخت يؤدي إلى جمع مائه في رحم

الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة وهو أقرب إلى الفقه. وقوله (والمعتبر النظر) ظاهر (ولو مس فأنزل فقد قيل يوجب الحرمة) وبه كان يفتي شيخ الإسلام الأوزجندى ووجهه أن مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة، فبهذه الزيادة إن كانت لا توجب زيادة الحرمة لا توجب خلافها. والذي اختاره المصنف في الكتاب هو اختيار شمس الأئمة السرخسي والإمام فخر الإسلام. وقد نص محمد في باب إتيان المرأة في غير مآثاها من الزيادات أن الجماع في الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة، وكذا النظر إلى موضع الجماع من الدبر بشهوة (وهذا أصح لما تبين أنه) أي المس (بالإنزال غير مفض إلى الوطء) والمس المفضي إليه هو المحرم ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالإنزال: هو أن الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفاً إلى أن تبين بالإنزال، فإن أنزل لم تثبت وإلا ثبتت، لا أن يكون معناه أن حرمة المصاهرة تثبت بالمس، ثم بالإنزال سقط ما ثبت من الحرمة لأن موجب المصاهرة إذا ثبت لا يسقط أبداً. قال (وإذا طلق امرأته طلاقاً بائناً أو رجعيّاً لم يجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها. وقال الشافعي: إن كانت العدة عن طلاق بائن) كالطلاق على مال (أو ثلاث جاز لانقطاع النكاح بالكلية) لأن القاطع وهو طلاق موجود على الكمال إذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا بد من إعماله، وإعمال

(١) (قوله وبه يقوم هو من وجه) سقطت هذه الجملة من بعض النسخ ولتحرق كنهه مصححه.

إشارة كتاب الطلاق، وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لأن الملك قد زال في حق الملك فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق

أختين لجواز العلوق بعد النكاح، ويثبت في المعتدة النسب إلى ستين وهو ممتنع بالحديث اهـ. يعني قوله ﷺ «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين»^(١) ومثله لو علقت المطلقة قبل الطلاق ثم دخل بأختها بعده يلزم ما ذكر أيضاً.

[فروع: الأول] إذا أخبر المطلق عن المطلقة أنها أخبرته أن عدتها انقضت فإما تحتمله المدة أو لا، لا يصح نكاحه أختها في الثاني لأنه لا يقبل قولها ولا قوله إلا أن يفسره بما هو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق. وفي الأول يصح نكاحه أختها سواء سكنت المخبر عنها أو صدقته أو كذبت أو كانت غائبة. وقال زفر: إذا كذبت لا يصح نكاحه أختها لأنها أمينة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولدها إذا أتت به. ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة القول بقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح، ولنا أنه أخبر عن أمر ديني بينه وبين الله تعالى وهو محتمل فيجب قبوله في الحال وتكذيبها لا ينفع إلا في حقها فقلنا ببقاء النفقة، بخلاف نكاح الأخت لا حق لها فيه فلا تقبل فيه، ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم شرعاً بقيام العدة والفراش كالأختين المملوكتين، بخلاف ما إذا ولدت فإن من ضرورة القضاء بنسبه الحكم بإسناد العلوق فيتبين بكذبه، ثم قال في الأصل هنا إن مات لم ترثه وكان الميراث للآخرى. وذكر في كتاب الطلاق أن الميراث للأولى دون الآخرى، ولكن وضع المسألة فيما إذا كان مريضاً حين قال أخبرتني أن عدتها انقضت وكذبت، وإنما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث إذا كان الطلاق رجعياً، فأما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للأولى وإن لم يخبر الزوج بها. وفي كتاب الطلاق لما وضع المسألة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في إبطال حقها كما في نفقتها وهنا وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله فكان قوله مقبولاً في إبطال إرثها. توضيحه أن بقوله ذلك أخبر أن الواقع يعني الطلاق صار بائناً، فكأنه أبانها في صحته فلا ميراث لها، ولو أبانها في مرضه كان لها الميراث. وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن عندهما يجوز جعل الرجعي بائناً خلافاً لمحمد، ومتى كان الميراث للأولى فلا ميراث للثانية. الثاني: لو أعتق أم ولده لم يحل له تزوج أختها حتى تنقضي عدتها ويحل أربع سواها عنده، وعندهما تحل الأخت أيضاً قياساً على تزوج الأربع، ولأن حقيقة الملك لم تمنع فكيف بالعدة وإنما هي أثره، وأبو حنيفة يفرق بضعف الفراش قبل العتق وقوته بعده، ألا ترى أنه كان يتمكن من تزوجها قبله لا بعده حتى تنقضي، فلو تزوج أختها بعد العتق كان مستلحقاً نسب ولدي أختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الأربع سواها، إذ غايته أنه جمع بين فرش الخمس ولا بأس به. الثالث: لزوج المرتدة إذا لحقت بدار الحرب تزوج أختها قبل انقضاء عدتها كما إذا ماتت لأنه لا عدة عليها من المسلم للتباين، فإن عادت مسلمة فإما بعد تزوج الأخت أو قبله، ففي الأول لا يفسد نكاح الأخت لعدم عود العدة، وعند أبي يوسف تعود العدة، وفي إبطال نكاح أختها عنه روايتان، وفي الثاني كذلك عند أبي حنيفة لأن العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد، وعندهما ليس له تزوج الأخت وعودها مسلمة يصير شرعاً لحاقها كالغيبية، ألا ترى أنه يعاد إليها مالها

القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله (ولهذا لو وطنها مع العلم بالحرمة وجب الحد. ولنا) أنا لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية، فإن (النكاح الأول قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع) عن الخروج (والفراش) وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد ثبت نسبه منه فإن هذه كذلك ما دامت في العدة لا نزاع في بقاء هذه الأحكام سوى النفقة ولا في كونها مرتبة على النكاح، فلو لم يكن النكاح قائماً حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل، وإذا كان النكاح قائماً كان عمل القاطع متأخراً كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد، فلو جاز نكاح الأخت في العدة لزم الجمع بين الأختين وهو حرام.

(قوله كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد) أقول: حتى لا يجوز لها أن تتزوج بغيره.

(١) لا أصل له. تقدم في ١١٣/١ وقد قال الزيلعي: غريب ووافقه الكمال هناك وقال ابن حجر في الدراية: لم أجده وفي الحبير قال: لا أصل له اهـ فلعله سبق قلم من الكمال.

ما ذكرنا فيصير جامعاً (ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) لأن النكاح ما شرع إلا مشمراً ثمرات مشتركة بين

فتعود معتدة (قوله ولا يتزوج المولى أمته) ولو ملك بعضها (ولا المرأة عبدها) وإن لم تملك سوى سهم واحد منه . وقد حكى في شرح الكنز الإجماع على بطلانه، وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية (قوله لأن النكاح ما شرع إلا مشمراً ثمرات مشتركة بين المتناكحين) أي في الملك منها ما تختص هي بملكه كالنفقة والسكنى والنفقة والمنع من العزل إلا بإذنها، ومنها ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصن عن غيره، ومنها ما يكون الملك في كل منهما مشتركاً كالاستمتاع مجامعة ومباشرة والولد في حق الإضافة (والمملوكية تنافي المالكية) فقد نافت لازم عقد النكاح ومنافي اللازم مناف للملزوم . ولا وجه إذا تأملت بعد هذا التقرير للسؤال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لأن الفرض أن لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من تلك الأمور على الخلوص والرق يمنعه من غير النفقة فنافاه . ولو اشترت زوجها أو شيئاً منه فسد النكاح ويسقط المهر، كما لو دابن عبداً ثم اشتراه سقط الدين لأنه لا يثبت للمولى على عبده دين (قوله ويجوز تزويج الكتابيات) والأولى أن لا يفعل ولا يأكل ذبيحتهم إلا للضرورة . وتكره الكتابية الحرية إجماعاً لانفتاح باب الفتنة من إمكان التعلق المستدعي

وقوله (والحد لا يجب) جواب عن قوله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد . ووجهه أنا لا نسلم وجوبه على إشارة كتاب الطلاق . قال: معتدة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لأكثر من ستين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج إذا إنكره، ففي قوله لا يثبت نسبه منه إذا أنكره دليل على أنه لو ادعى ثبت نسبه منه ففيه إشارة إلى أن الوطء في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زناً، إذ لو كان زناً لما ثبت به النسب وإن ادعى . ولئن سلمنا ذلك بناء على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال: إن من طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد إذا لم يدع الشبهة فذاك باعتبار أن الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطء في غير الملك، ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لأننا قد اتفقتنا على بقاء المنع من الخروج والفراش، ولم يكن ذلك إلا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا بقيامه في حق التزويج بالأخت احتياطاً في التفادي عن الجمع بين الأختين . قال (ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) خلافاً لنفاة القياس، استدلووا بقوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ وقوله تعالى ﴿فمما ملكت أيما نكم من فتياتكم المؤمنات﴾ (ولنا أن النكاح ما شرع إلا مشمراً ثمرات مشتركة بين المتناكحين) يعني أنه كما يجب للزوج على الزوجة حق يقتضي مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها

(قال المصنف: ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) أقول: قال السروجي في شرحه: لأن مقتضى الزوجية قيام الرجل على المرأة بالحفظ والصون والتأديب لإصلاح الأخلاق، قال الله تعالى ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ والاسترقاق يقتضي قهر السادات للعبد بالاستيلاء والاستهانة فيتعذر أن تكون زوجة لعبد لها سيادة تنافي البابين اهـ . ونحن نقول: ما ذكره بالحقيقة تفصيل ما أجمله المصنف (قوله استدلووا بقوله تعالى إلى قوله وقوله تعالى) أقول: الآية الأولى والثانية في سورة النساء (قوله لإيجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما، إلى قوله: وبينهما منافاة) أقول: لا يخفى عليك ما في تقريره من الخلل حيث يلزم منه أن لا يثمر النكاح ثمرات مشتركة بينهما لاستلزامه الجمع بين المتنافين، والأولى أن يقول: فلو صح نكاح السيد أمته والسيدة عبدها لكان المملوك المحض لشخص مالكاً له، وبينها منافاة فليتأمل . فإن قلت: به يتخلص في النكاح عن هذا؟ قلنا: باختلاف الجهتين، فإنه ظاهر فيه، ولا يمكن أن يرتكب ذلك في العبد وسيدته لأن العبد مهوور محض لها للرق فلا يمكن أن يكون قاهرها فليتأمل (قوله واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين) أقول: لأن كونها مالكة بجهة ملك اليمين وكونها مملوكة بجهة ملك المتعة (قوله والجواب أنا لا نسلم أنها لا تملك منافع بضمه الخ) أقول: فيه بحث، فإنها لو كانت مالكة منافع بضمه لجاز لها أن تمكن نفسها من عبدها حتى يطأها، والمتلف فيما ذكره هو الجزء نفسه لا المنافع، وكمن شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت استقلالاً وأصالة، على أن ذلك ليس بصحيح أيضاً، فإنه تقرر في الأصول أن الرقيق ليس بمملوك في حكم الحياة والدم بل بمنزلة المبقى على أصل الحرية ولهذا يصح منه الإقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة . قال في التلويح: لأن الحياة والدم حقه لاحتياجه إليهما في البقاء ولهذا لا يملك المولى إتلافهما اهـ (قوله فيأنها يعارضها قوله تعالى وأنكحوا الخ) أقول: هذه الآية في سورة النور (قوله فإن قيل: الآية ساكتة عن بيان نكاحهن الخ) أقول: غير المنطوق لا يعارض المنطوق على ما فصل في موضعه وهذا بعد تسليم ما ذكره، وذلك أيضاً فيه ما فيه (قال المصنف: ويجوز تزويج الكتابيات) أقول: أي تزويجها، أو المراد تزويجها من نفسه (قال المصنف: لقوله تعالى والمحصنات الآية) أقول: هذه الآية في سورة المائدة .

المتناكحين، والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة (ويجوز تزويج الكتابيات) لقوله تعالى -

للمقام معها في دار الحرب، وتعريض الولد على التخلق بأخلاق أهل الكفر وعلى الرق بأن تسمى وهي حبلى فيولد رقيقاً وإن كان مسلماً. والكتابي من يؤمن بنبي ويقرّ بكتاب. والسامرية من اليهود. أما من آمن بزبور داود وصحف إبراهيم وشيث فهم أهل كتاب تحل مناعتهم عندنا. ثم قال في المستصفي: قالوا هذا يعني الحل إذا لم يعتقدوا المسيح إلهاً، أما إذا اعتقدوه فلا. وفي مبسوط شيخ الإسلام: ويجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيزاً إله. ولا يتزوجوا نساءهم. وقيل عليه الفتوى، ولكن بالنظر إلى الدلائل ينبغي أن يجوز الأكل والتزوج اهـ وهو موافق لما في رضاع مبسوط شمس الأئمة في الذبيحة قال: ذبيحة النصراني حلال مطلقاً سواء قال بثالث ثلاثة أولاً وموافق لإطلاق الكتاب هنا. والدليل وهو قوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ [المائدة: ٥] فسرّه بالعفاف احترازاً عن تفسير ابن عمر بالمسلمات، ولذلك امتنع ابن عمر رضي الله عنه من تزوج الكتابية مطلقاً لأندرجها في المشركة، قال تعالى ﴿وقالت اليهود عزيز ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله﴾ إلى أن قال ﴿سبحانه عما يشركون﴾ [التوبة: ٣٠] قلنا: وقد قيل إن القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقضوا كلهم ويهود ديارنا يصّرحون بالتنزيه عن ذلك والتوحيد. وأما النصارى فلم أر إلا من يصرح بالابنية فحبهم الله، لكن هذا يوجب نصرة المذهب المفصل في أهل الكتاب، فأما من أطلق حلهم فيقول مطلق لفظ المشرك إذا ذكر في لسان الشارع فلا ينصرف إلى أهل الكتاب وإن صح لغة في طائفة بل وطوائف، وأطلق لفظ الفعل: أعني يشركون على فعلهم، كما أن من رأى يعمل من المسلمين فلم يعمل إلا لأجل زيد يصح في حقه أنه مشرك لغة، ولا يتبادر عند إطلاق الشارع لفظ المشرك إرادته لما عهد من إرادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي ولا كتاب ولذلك عطفهم عليه في قوله تعالى ﴿لم يكن الذي كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين﴾ [البينة: ١] ونصص على حلهم بقوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ [المائدة: ٥] أي العفاف منهن. وتفسير المحصنات بالمسلمات يفيد أن المعنى، أحل لكم المسلمات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم، فإن كن قد انقضضن فلا فائدة، إذ لا يتصور الخطاب بحل الأموات للمخاطبين الأحياء، وإن كن أحياء ودخلن في دين سيدنا ونبينا محمد رسول الله ﷺ فالحل حيثنذ معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين، بل ويدخل في المحصنات المعطوف عليه وهو قوله تعالى ﴿والمحصنات من المؤمنات﴾ [المائدة: ٥] ثم يصير المعنى فيه والمسلمات من المؤمنات وهو بعيد في عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفاف. ثم المراد من ذكره حث الإنسان على التخير لنطقه، ألا ترى أن العفة ليست شرطاً في المؤمنات اتفاقاً وإن لم يدخلن فهو عين الدليل حيث أبيح نكاح الكتابيات الباقيات على ملتتهن، ولو سلم فهي منسوخة، أعني ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ [البقرة: ٢٢١] نسخت في حق أهل الكتاب المثليين وغيرهم بآية المائدة

من وطئها ودواعيه شرعاً والمنع عن الخروج والبروز والتحصيل، فكذاك يجب لها عليه حق يقتضي مالكيته عليه كطلب النفقة والكسوة جبراً والسكنى والقسم والمنع عن العزل والقيام بمصالحها الراجعة إلى الزوجية، فكان النكاح مشروعاً لإيجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما، فكان كل واحد منهما مالكاً ومملوكاً، وبينهما منافاة لأن المالكية تقتضي القاهرة والمملوكية تقتضي المقهورة ولا خفاء في التنافي بينهما. واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين، ولا تنافي حيثنذ. وأجيب بمنع اختلاف الجهة بأن كون المرأة مالكة لجميع أجزائها إنما هو بالنسبة إلى العبد، وكونها مملوكة أيضاً إنما هو بالنسبة إلى العبد فلم تختلف الجهة. ولقائل أن يقول: المرأة بجميع أجزائها مالكة للعبد بجميع أجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعة، فجاز أن يملك العبد بالنكاح على سيده منافع بضعها لأن النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعة مملوكاً، ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث أجزائها فاختلقت الجهة وانتفى التنافي. والجواب أنا لا نسلم أنها لا تملك منافع بضعة فإنها تقدر على إتلافه بالإخصاء والجب من غير ضمان يلحقها، فكان العبد مملوكاً من حيث فرضته مالكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافي. وأما الجواب عما استدل به نفاة القياس من الآية فبأنها يعارضها قوله تعالى ﴿وأنكحوا

﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ أي العفاف، ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على ما نبين من بعد إن شاء الله

ويبقى من سواهم تحت المنع، ذكره جماعة من أهل التفسير لأن سورة المائدة كلها لم ينسخ منها شيء قط، على أن تفسير المحصنات بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير إرادة لا لغة. ويدل على الحل تزوج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم، فمن المتزوجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر فقالوا نطلق يا أمير المؤمنين، وإنما كان غضبه لخلطة الكافرة بالمؤمن وخوف الفتنة على الولد لأنه في صغره ألزم لأمه، ومثله قول مالك تصير تشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع لا لعدم الحل، ألا ترى إلى قولهم نطلق يا أمير المؤمنين ولم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره، ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا وقف إلى زمنه. وخطب المغيرة بن شعبة هنداً بنت النعمان بن المنذر وكانت تنصرت وديرها باق إلى اليوم بظاهر الكوفة وكانت قد عمت فأبت وقالت: أتي رغبة لشيخ أعور في عجوز عمياء؟ ولكن أردت أن تفتخر بنكاحي فتقول تزوجت بنت النعمان بن المنذر، فقال: صدقت، وأنشأ يقول:

أدركت ما منيت نفسي خالياً لله درك يا ابننة النعمان
فلقد رددت على المغيرة ذهنه إن الملوكة ذكينة الأذهان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه فيكرمها ويسألها عن حالها، فقالت في أبيات:

فينا نسوس الناس والأمر أمرنا إذا نحن فيهم سوقة نتصف
فأف لدينا لا يدوم نعيمها تقلب تارات بنا وتصرف

قولها نتصف: أي نستخدم، والمنصف الخادم، فإذا كان الأمر على ما قررناه فلا جرم أن ذهب عامة المفسرين إلى تفسير المحصنات بالعفاف، ثم ليست العفة شرطاً بل هو للعادة أو لندب أن لا يتزوجوا غيرهن كما أشرنا إليه آنفاً. والأئمة الأربعة على حل الكتابية الحرة، وأما الأمة الكتابية فذلك عندنا وسيأتي الخلاف فيها (قوله ولا يجوز تزويج المجوسيات) عليه الأربعة، ونقل الجواز عن داود وأبي ثور، ونقله إسحاق في تفسيره عن علي رضي الله عنه بناء على أنهم من أهل الكتاب فواقع ملكهم أخته ولم ينكروا عليه فأسرى بكتابهم فسوه، وليس هذا الكلام بشيء، لأننا نعني بالمجوس عبدة النار، فكونهم كان لهم كتاب أولاً لا أثر له. فإن الحاصل أنهم الآن داخلون في المشركين وبهذا يستغنى عن منع كونهم من أهل الكتاب بأنه يخالف قوله تعالى ﴿إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا﴾ [الأنعام: ١٥٦] من غير تعقيب بإنكار، وعدهم المجوس يقتضي أنهم ثلاث طوائف، وبتقدير التسليم فبالرفع والنسيان أخرجوا عن كونهم أهل كتاب يدل على إخراجهم الحديث المذكور وهو ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي «أن النبي ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام، فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم» قال ابن القطان: هو مرسل، ومع إرساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء. ورواه ابن سعد في الطبقات من طريق ليس فيها قيس عن عبد الله بن عمرو بن العاص «أن رسول الله ﷺ كتب إلى مجوس هجر» الحديث، إلى أن قال «بأن لا تنكح نسائهم ولا تؤكل ذبائحهم. وفي سنده الواقدي. وروى مالك في موطنه عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر بن

الأيامي منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾ خاطب الله تعالى الموالي بإنكاح الإماء لا بنكاحهن. فإن قيل: الآية ساكنة عن بيان نكاحهن والساكنة ليس بحجة. فالجواب أن الموضع موضع بيان ما يحتج إليه من أمر النكاح، والساكنة عن بيان في موضع الحاجة إلى البيان بيان (ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾) قال المصنف (أي العفاف) فسر بذلك احترازاً عن قول ابن عمر فإنه فسرها بالمسلمات، وليست العفة شرطاً الجواز النكاح وإنما ذكرها بناء على العادة بدلالة الغرض. ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال «اليوم أحل لكم الطيبات»، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم أي وأحل المحصنات، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب فلا خفاء في دلالة على الحل (ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على ما

تعالى (ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله ﷺ «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسايتهم ولا آكلي ذبائحهم» قال (ولا الوثنيات) لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ (ويجوز تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبي

الخطاب رضي الله عنه ذكر المجوس فقال: ما أدري ما أصنع في أمرهم، فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»^(١) اهـ. وسيأتي باقي ما فيه من الكلام في باب الجزية إن شاء الله تعالى (قوله ولا الوثنيات) وهو بالإجماع والنص، ويدخل في عبدة الأوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والإباحية. وفي شرح الوجيز: وكل مذهب يكفر به معتقده لأن اسم المشرك يتناولهم جميعاً. وقال الرستغني: لا تجوز المناكحة بين أهل السنة والاعتزال والفضلي^(٢) ولا من قال أنا مؤمن إن شاء الله لأنه كافر، ومقتضاه منع مناكحة الشافعية، واختلف فيها هكذا، قيل يجوز، وقيل يتزوج بنتهم ولا يزوجه بنته. ولا يخفى أن من قال أنا مؤمن إن شاء الله تعالى فإنما يريد إيمان الموافاة صرحوا به: يعنون الذي يقبض عليه العبد لأنه إخبار عن نفسه بفعل في المستقبل أو استصحابه إليه فيتعلق به قوله تعالى ﴿ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله﴾ [الكهف: ٢٣] وعلى هذا فيكون قوله إن شاء الله شرطاً لا كما يقال إنه لمجرد التبرك، وكيف كان لا يقتضي ذلك كفره غير أنه عندنا خلاف الأولى، لأن تعويد النفس بالحزم في مثله ليصير ملكة خير من إدخال أداة التردد في أنه هل يكون مؤمناً عند الموافاة أو لا. وأما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم لأن الحق عدم تكفير أهل القبلة وإن وقع إلزاماً في المباحث، بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفي العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون، وأقول: وكذا القول بالإيجاب بالذات ونفي الاختيار.

نبيين من بعد) يعني بعد أسطر حيث قال: ويجوز تزويج الأمة. (ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه الصلاة والسلام «سنوا بهم سنة أهل الكتاب») أي اسلكوا بهم طريقتهن: يعني عاملوهن معاملة هؤلاء في إعطاء الأمان بأخذ الجزية منهم، رواه عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه (ولا يجوز تزويج الوثنيات لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾) وهو بعمومه يتناول الوثنية وهي من تعبد الصنم وغيرها. واعترض بأن أهل الكتاب مشركون، قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله، ﴿وقالت النصارى المسيح ابن الله﴾ إلى قوله ﴿سبحانه عما يشركون﴾ وقد ذكر في التيسير والكشاف أن اسم أهل الشرك يقع على أهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكتابيات، وقد بين المصنف جوازه مستدلاً بقوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب في قوله تعالى ﴿ولتسمنن من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذي أشركوا أذى كثيراً﴾ وفي قوله ﴿لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب﴾ والمشركين والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة. وقوله عما يشركون استعارة تصريحية تبعية،

(قال المصنف: لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ الآية) أقول: هذه الآية في سورة البقرة في الحزب الثالث من الجزء الثاني (قوله واعترض بأن أهل الكتاب مشركون، إلى قوله: والجواب) أقول: وأجاب في الكشاف بأن آية البقرة منسوخة بقوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ وسورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شيء قط (قوله قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله. الآية) أقول: هذه الآية في سورة التوبة. (قوله والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب إلخ) أقول: إنما يصار إلى ارتكاب المجاز في الآية لو كانت العطف على المغايرة أقوى من دلالتها على الاتحاد، مع أن قوله تعالى: إن الله لا يفرق أن يشرك به ويفرق ما دون ذلك.

(١) صحيح. أخرجه مالك في الموطأ ٢٧٨/١ عن محمد الباقر وهو مرسل لأنه لم يدرك عمر ولا عبد الرحمن بن عوف.

ورواه ابن سعد وفيه شيخه الواقدي من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص والواقدي ضعيف.

لكن أخرجه البخاري ٣١٥٧ وأبو داود ٣٠٤٣ والترمذي ١٥٨٧ والدارمي ٢٤٠٦ وابن الجارود ١١٠٥ والبيهقي ١٨٩/٩ وأحمد ١٩٠/١، ٩٤ كلهم عن بجالة بن عبدة قال: «لم يكن عمر يأخذ الجزية من المجوس حتى حدثه ابن عوف أن رسول الله ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر» فهذا إسناد صحيح متصل.

(٢) (قوله والفضلي) معطوف على الرستغني كما هو ظاهر، كذا بخط العلامة البحراوي.

ويقروّن بكتاب) لأنهم من أهل الكتاب (وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناعتهم) لأنهم مشركون، والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم، فكل أجاب على ما وقع عنده، وعلى هذا حل ذبيحتهم. قال (ويجوز للمحرم والمحرم أن يتزوجا في حالة الإحرام) وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز، وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف.

[فرع] تجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس بمعنى تزوج اليهودي نصرانية أو مجوسية والمجوسي يهودية أو نصرانية لأنهم أهل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلهم، فتجوز مناكحة بعضهم بعضاً كأهل المذاهب من المسلمين. وأجاز سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار وطه المشرقة والمجوسية بملك اليمين لورود الإطلاق في سبائ العرب كأوطاس^(١) وغيرها وهن مشركات، والمذهب عندنا وعند عامة أهل العلم منع ذلك لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ [البقرة: ٢٢١] فإما أن يراد الوطء أو كل منه ومن العقد بناء على أنه مشترك في سياق النفي أو خاص في الضم وهو ظاهر في الأمرين، ويمكن كون سبائ أوطاس أسلمن (قوله ويجوز

وذلك لأنه شبه اتخاذهم الأحرار والرهبان أرباباً بإشراك المشركين، وسرى ذلك إلى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان. فإن قيل: اتخاذهم ذلك أرباباً عين الشرك لا مشبه به. قلت: فيه الاستعارة التصريحية، فإنهم لم يجعلوهم أرباباً حقيقة وإنما كانوا يعظمونها تعظيم الأرباب. فإن قلت: فما تقول في تأويل ابن عمر لقوله تعالى ﴿والمحصنات من المؤمنات﴾ باللاتي أسلمن من أهل الكتاب؟ قلت: لسنا نأخذ به لعرائه إذ ذاك عن الفائدة، فإن غير الكتابية أيضاً إذا أسلمت حل نكاحها، وقد جاء عن حذيفة أنه تزوج يهودية، وكذا عن كعب بن مالك. قال (ويجوز تزويج الصابنات إن كانوا يؤمنون بدين نبي) الصابنات، من صبا: إذا خرج من الدين، وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح أنهم جنس من أهل الكتاب، والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين. وقوله (والخلاف المنقول فيه) يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه أن أنكحتهم صحيحة عنده خلافاً لهما (محمول على اشتباه مذهبهم، فكل أجاب بما وقع عنده) وقع عند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب يقرءون الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلية في الاستقبال إليها. ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الأوثان، فإذا لا خلاف بينهم في الحقيقة، لأنهم إن كانوا كما قال به أبو حنيفة جازت مناعتهم عندهما أيضاً، وإن كانوا كما قال فلا تجوز مناعتهم عنده أيضاً. وحكم ذبيحتهم على هذا. قال (ويجوز تزويج المحرم والمحرم في حالة الإحرام، وقال الشافعي لا يجوز، وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف) له ما روى عن عثمان بن عفان قال: قال رسول الله ﷺ «لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب (ولنا ما روى ابن عباس «أنه ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم») قال أبو عيسى الترمذي: حديث ابن

(قوله فإن قلت: النكاح مما ثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياساً على الوطء الخ) أقول: إذا نزل منزلة الوطء نفسه يكون أثره في إفساد الحج لا في بطلان العقد (قوله قلت ما رواه محمول على الوطء، إلى قوله: وهو فاسد) أقول: مع أن القياس غير صحيح والقياس الصحيح معنا لأنه عقد كسائر العقود التي تلتفط بها من شراء الأمة للتسري وغيره ولا يمتنع شيء من العقود بسبب الإحرام. قال الإقناني: قوله ما رواه محمول على الوطء: أي لا يطأ المحرم ولا تمكنه المحرم من نفسها لتوطأ، ولا يخطب: أي لا يلتبس الوطء اهـ. ولا يلزم أن يكون ولا تنكح بالتاء لأن المحرم يتناول المحرمه أيضاً لكونه في تأويل من يحرم أو الشخص فتأمل.

(١) حسن. يُشير المصنف لما أخرجه أبو داود ٢١٥٥ من حديث أبي سعيد قال: «بعث رسول الله ﷺ يوم حنين بعثاً إلى أوطاس فلقوا عدوهم فقاتلوهم، فظهرو عليهم، وأصابوا لهم سبائاً، فكان أناساً من أصحاب رسول الله ﷺ تخرجوا من غشيانهم من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكح﴾ أي فهن لهم حلال إذا انقضت عدتهن».

ورد غير أوطاس بسياق مختصر رواه أبو داود ٢١٥٧ والدارمي ٢٢١٠ والحاكم ١٩٥/٢ والبيهقي ٣٢٩/٥ كلهم من حديث أبي سعيد مرفوعاً: «قال في مبابي أوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حق تحيض حيفة».

وصححه الحاكم على شرط مسلم ووافقه الذهبي وإسناده حسن. وله طرق وشواهد فالحديث حسن في أقل درجاته وأوطاس وحنين مكانان في الطريق إلى هوازن.

له قوله ﷺ «لا ينكح المحرم ولا ينكح» ولنا ما روي «أنه ﷺ تزوج بميمونة وهو محرم» وما رواه محمود على

تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبيّ ويقروّن بكتاب) وإن عظموا الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة، بهذا فسرهم أبو حنيفة فبنى عليه الحل، وفسراهم بعبدة الكواكب فبنوا عليه الحرمة، وقيل فيهم الطائفتان، وقيل فيهم غير ذلك، فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم (قوله للمحرم والمحرمة أن يتزوجا حالة الإحرام) وفيه خلاف الثلاثة (وتزويج الولي المحرم مولاته على هذا الخلاف) تمسكوا بقوله ﷺ «لا ينكح المحرم ولا ينكح» رواه الجماعة إلا البخاري عن أبان بن عثمان بن عفان قال: سمعت أبي عثمان بن عفان يقول: قال رسول الله ﷺ «لا ينكح المحرم ولا ينكح» زاد مسلم وأبو داود في رواية «ولا يخطب» وزاد ابن حبان في صحيحه «ولا يخطب عليه»^(١) وفي موطن مالك عن داود بن الحصين: أن أبا غطفان المري أخبره أن أباه طريفاً تزوج امرأة وهو محرم، فرد عمر بن الخطاب نكاحه^(٢). ولنا ما رواه الأئمة الستة في كتبهم عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو محرم»^(٣) زاد البخاري في جامعه في باب عمرة القضاء في كتاب المغازي: «وبني بها وهو حلال وماتت بسرف»^(٤) وله أيضاً عنه ولم يصل سنده به قال: «تزوج النبي ﷺ ميمونة رضي الله عنها في عمرة القضاء»^(٥) وما عن يزيد بن الأصم أنه تزوجها وهو حلال^(٦) لم يقو قوة هذا فإنه مما اتفق عليه الستة. وحديث يزيد لم يخرج البخاري ولا النسائي، وأيضاً لا يقاوم بابن عباس حفظاً وإتقاناً، ولذا قال عمرو بن دينار للزهري: وما يدري ابن الأصم أعرابي كذا وكذا شيء قاله أتجعله مثل

عباس حسن صحيح. فإن قلت: النكاح مما ثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياساً على الوطء إذا كان الحديثان متعارضين. قلت: ما رواه محمود على الوطء: أي لا يأتى ولا تمكنه المرأة أن يأتها كما هو فعل البعض،

لمن يشاء وقوله تعالى لقد كفر الذين قالوا إن الله ثالث ثلاثة وما من إله إلا إله واحد يدل على أنهم مشركون، وتقرير النهاية أوضح منه

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٠٩ ومالك ٣٤٨/١ وأبو داود ١٨٤١ والترمذي ٨٤٠ والنسائي ١٩٢/٥ وابن ماجه ١٩٦٦ والدارمي ١٧٦٧ والطبراني ٧٤ وابن حبان ١٢٣ وابن الجارود ٤٤٤ والبغوي ١٩٨٠ والبيهقي ٦٥/٥ وأحمد ٥٧/١ - ٦٤ - ٦٨ من عدة طرق كلهم من حديث عثمان بن عفان وعنه أبان بن عثمان.

زاد ابن حبان في رواية برقم ٤١٢٤: «ولا يخطب ولا يخطب عليه». موقوف. أخرجه مالك ٣٤٩ ح ٧١ عن داود بن حصين فذكره. وداود ثقة إلا أنه لم يدرك عمر فهو منقطع.

(٣) صحيح. أخرجه ٥١١٤ و١٨٣٧ و٢٥٨٨ ومسلم. ١٤١٠ ح ٤٦ - ٤٧ وأبو داود ١٨٤٤ والترمذي ٨٤٢ و٨٤٣ و٨٤٤ والنسائي ١٩١/٥ وابن ماجه ١٩٦٥ والدارمي ١٧٦٦ والبيهقي ٢١٠/٧ والطحاوي في شرح الآثار ٢٦٩/٢ وابن سعد في الطبقات ١٣٥/٨ - ١٣٦ وأحمد ٢٥٢/١ - ٢٢١ - ٢٢٨ وابن حبان ٤١٢٩ و٤١٣١ من عدة طرق عن أبي الشعثاء، وعكرمة عن ابن عباس.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٤٢٥٨ من طريق عكرمة عن ابن عباس بهذا اللفظ.

(٥) جيد. أخرجه البخاري ٤٢٥٩ بقوله: زاد ابن إسحاق حدثني ابن أبي نجيع، وأبان بن صالح عن عطاء، ومجاهد عن ابن عباس بهذا اللفظ. وهذا معلق لأن البخاري لم يذكر الوساطة بينه وبين ابن إسحاق. ثم ابن إسحاق ليس من شرط البخاري حيث لا يروي عنه حديثاً مستنداً. وإنما ذكره شاهداً.

وهذا المعلق وصله ابن حبان ٤١٣٣ والنسائي ١٩٢/٥ والبيهقي ٢١٢/٧ والبغوي ١٩٨١. وقد توبع ابن إسحاق مع أنه صرح بالحديث. فقد أخرجه ابن سعد ١٣٥/٨ والطحاوي ٣٦٩/٢ من وجه آخر عن عطاء عن ابن عباس. فالحديث قوي.

وعمرة القضاء هي في السنة الثانية من صلح الحديبية حيث صده المشركون عن البيت فاعتمر في السنة الثانية وسميت عمرة القضاء. (٦) صحيح. أخرجه مسلم ١٤١١ وأبو داود ١٨٤٣ والترمذي ٨٤٥ والدارمي ١٧٦٨ والدارقطني ٢٦٢/٣ وابن ماجه ١٩٦٤ وابن سعد ١٣٣/٨ والطحاوي ٢٧٠/٢ والبيهقي ٢١٠/٧ - ٦٦ وابن حبان ٤١٣٤ و٤١٣٦ و٤١٣٧ و٤١٣٨ وأحمد ٣٣٣/٦ من عدة طرق عن يزيد بن الأصم عن ميمونة: أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال.

ورواية: وبني بها حلالاً. وماتت بسرف فدفناها في الظلة التي بني بها فيها فنزلت في قبرها أنا وابن عباس... الحديث وفيه قصة الدفن. ورجاله ثقات أثبات إلى يزيد الأصم وهو ثقة قال في التقريب: هو ابن أخت ميمونة أم المؤمنين وهو ثقة روى له مسلم وأصحاب السنن اهـ. قلت: فالحديث صحيح. وهو مفسر، وموضح لحديث ابن عباس. وسياقي ما يقويه.

ابن عباس^(١)، وما روي عن أبي رافع^(٢) أنه ﷺ تزوجها وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما^(٣)، لم يخرج في واحد من الصحيحين وإن روى في صحيح ابن حبان فلم يبلغ درجة الصحة، ولذا لم يقل الترمذي فيه سوى حديث حسن. قال: ولا نعلم أحداً أسنده غير حماد عن مطر. وما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه ﷺ تزوج ميمونة وهو حلال^(٤)، فمنكر عنه لا يجوز النظر إليه بعدما اشتهر إلى أن كان أن يبلغ اليقين عنه في خلافه. ولذا بعد أن أخرج الطبراني ذلك عارضه بأن أخرجه عن ابن عباس رضي الله عنه من خمسة عشر طريقاً^(٥) أنه تزوجها وهو محرم، وفي لفظ «وهما محرمان»^(٦) وقال: هذا هو الصحيح. وما أول به حديث ابن عباس بأن المعنى وهو في الحرم، فإنه يقال أنجد إذا دخل أرض نجد، وأحرم إذا دخل أرض الحرم^(٧)، بعيد. ومما يبعده حديث البخاري «تزوجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال»^(٨) والحاصل أنه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديثي يزيد بن الأصم وأبان بن عثمان بن عفان، وحديث ابن عباس أقوى منهما سنداً^(٩)، فإن رجحنا باعتباره كان الترجيح معنا، ويعضده ما قال الطحاوي روى أبو عوانة عن مغيرة عن أبي الضحى عن مسروق عن عائشة رضي الله عنها قالت: «تزوج رسول الله ﷺ بعض نسائه وهو محرم» قال: ونقله هذا الحديث كلهم ثقات يحتج بروايتهم اهـ^(١٠). وهذا الحديث أخرجه أيضاً البزار، قال السهيلي: إنما أرادت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمها، وبقوة ضبط الرواة وفقهم فإن الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس ذلك فقهاً وضبطاً كسعید بن جبیر وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد، وإن تركناها تتساقط للتعارض وصرنا إلى القياس فهو معنا لأنه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الأمة

حيث قال: علم من العطف أن معنى الإشراك صار مغلوباً فيهم ولم يلتفت لوجوده. وفي فتح القدير: المعهود من إرادة الشارع بالمشرك من عبد مع الله غيره ممن لا يدعى اتباع نبي ولا كتاب ولذلك عطفهم عليهم في قوله تعالى لم يكن الذي كفروا من أهل الكتاب الآية (قوله فإن قلت: فما تقول في تأويل ابن عمر رضي الله عنهما) أقول: فيه بحث، فإن تأويل ابن عمر رضي الله عنهما ليس في قوله تعالى والمحصنات من المؤمنات بل في قوله عز وجل والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب.

- (١) هذا الأثر. أخرجه الطحاوي ٤٤٢/١ وعبارته قال عمر بن دينار وما يدري ابن الأصم؟ أعرابي بوال على عقبه أتبعه مثل ابن عباس!؟. قلت: يزيد بن الأصم هو ابن أخت ميمونة كما ذكر ابن حجر في التقريب وهو إمام ثقة. وقد حكى في إحدى روايته قصة دفن ميمونة وكان هو وابن عباس فهذا يدل على إيقانه وفهمه، وتثبت في هذا الأمر. وقد قال في إحدى رواياته: حدثني ميمونة. والإنسان أدري بنفسه من غيره يعني ميمونة. بل أخرج أبو داود ١٨٤٥ عن ابن المسيب قال: وهم ابن عباس في تزويج ميمونة وهم محرم. وإسناده إلى ابن المسيب غير قوي. فيه رجل مجهول. لكن أثبت أحمد كما سيأتي آخر الكلام على هذه المسألة.
- (٢) حسن. أخرجه ابن حبان ٤١٣٠ و٤١٣٥ بسنده عن سليمان بن يسار عن أبي رافع فذكره. ومن هذا الوجه أخرجه الترمذي ٨٤١ والبيهقي ٦٦/٥. وقال الترمذي: حديث حسن. ورواه مالك مرسلاً.
- (٣) قلت: أخرجه مالك ٣٤٨/٢ عن ابن يسار مرسلاً وهذا مرسل قوي قال في التقريب: سليمان بن يسار مولى ميمونة وقيل أم سلمة ثقة فاضل اهـ.
- (٤) ضعيف. أخرجه الطبراني في معجمه كما في المجمع ٢٦٨/٤ من حديث ابن عباس وقال: فيه عثمان بن مخلد الواسطي ذكره بن أبي حاتم ولم يجرجه ببقية رجاله ثقات. اهـ.
- (٥) صحيح. ذكر الهيثمي في المجمع بعض هذه الطرق وصحح أسانيدھا. راجع مجمع الزوائد ٢٦٧/٤.
- (٦) لفظ: ما أول به حديث ابن عباس. إلى لفظ: الحرم. هذا ذكره ابن حبان في صحيحه بآتم منه لكن استبعده الكمال.
- (٧) تقدم تخريجه مع باقي الطرق عن ابن عباس قبل أحاديث.
- (٨) الثلاثة صحاح وحديث ابن عباس مهما اشدت قوته يبقى فرداً وكما تقدم أن يزيد الأصم لم يقل الكلام من تلقاء نفسه بل قال في بعض رواياته: حدثني ميمونة. والراء أعرف بخصوصياته.
- (٩) حسن. أخرجه ابن حبان ٤١٣٢ والطحاوي في شرح الآثار ٢٦٩/٢ والبيهقي ٢١٢/٧ كلهم عن عائشة وأعله البيهقي بالارسال وردّه ابن الترمكاني بأن أبا عوانة رواه موصولاً.
- (١٠) قلت: لكن نقل البيهقي عن الترمذي عن إمام هذه الصنعة البخاري أنه قال: يروونه مرسلاً. ومع ذلك مال ابن حجر في الفتح ١٦٦/٩ إلى وصله.

الوطء (ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية) وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإمام ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق، وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول

للتسري وغيره، ولا يمتنع شيء من العقود بسبب الإحرام، ولو حرم لكان غايته أن ينزل منزلة نفس الوطء وأثره في إفساد الحج لا في بطلان العقد نفسه. وأيضاً لو لم يصح لبطل عقد المنكحة سابقاً لطرو الإحرام لأن المنافي للعقد يستوي في الابتداء والبقاء كالطاريء على العقد، وإن رجحنا من حيث المتن كان معنا لأن رواية ابن عباس رضي الله عنهما نافية ورواية يزيد مثبتة، لما عرف أن الميث هو الذي يثبت أمراً عارضاً على الحالة الأصلية والحل الطاريء على الإحرام كذلك، والنافي هو المبقية لأنه ينفي طرؤ طاريء، ولا شك أن الإحرام أصل بالنسبة إلى الحل الطاريء عليه، ثم إن له كفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان نفياً من جنس ما يعرف بدليله فيعارض الإثبات فيرجع بخارج وهو زيادة قوة السند وفقه الراوي على ما تقدم. هذا بالنسبة إلى الحل اللاحق، وأما على إرادة الحل السابق على الإحرام كما في بعض الروايات «أنه ﷺ بعث أبا رافع موله ورجلاً من الأنصار فزوجه ميمونة بنت الحرث ورسول الله ﷺ بالمدينة قبل أن يحرم» كذا في معرفة الصحابة للمستغفري، فابن عباس مثبت وي زيد ناف، فيرجح حديث ابن عباس بذات المتن لترجح الميث على النافي، ولو عارضه بأن كان نفي يزيد مما يعرف بدليله لأن حالة الحل تعرف أيضاً بالدليل وهي هيئة الحلال فالترجيح بما قلنا من قوة السند وفقه الراوي لا بذات المتن. وإن وفقنا لدفع التعارض فيحمل لفظ التزويج في حديث ابن الأصم على البناء بها مجازاً بعلاقة السببية العادية، ويحمل قوله ﷺ «لا ينكح المحرم» إما على نهى التحريم والنكاح للوطء. والمراد بالجملة الثانية التمكن من الوطء والتذكير باعتبار الشخص: أي لا تمكن المحرمة من الوطء زوجها. والعجب ممن يضعف هذا الوجه بأن التمكن من الوطء لا يسمى نكاحاً مع أن اللازم الإنكاح لا النكاح. وأما استبعاده باختلاله عربية فليس بواقع لأن غاية ما فيه دخول لا الناهية على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وإن كان غيره أكثر، وعلى النفي فيه التذكير وفيه ذلك التأويل، أو على نهى الكراهية جمعاً بين الدلائل وذلك لأن المحرم في شغل عن مباشرة عقود الأنكحة لأن ذلك يوجب شغل قلبه عن الإحسان في العبادة لما فيه من خطبة ومرادوات ودعوة واجتماعات ويتضمن تنبيه النفس لطلب الجماع وهذا محمل قوله «ولا يخطب» ولا يلزم كونه ﷺ باشر المكروه لأن المعنى المنوط به الكراهية، وهو عليه الصلاة والسلام منزّه عنه. ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فيها وفيه، كالوصال نهانا عنه وفعله^(١) (قوله ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية الخ) قيد الحر غير مفيد لأن الشافعي لا يجيز للعبد المسلم الأمة الكتابية فكان الصواب

وكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد (ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية. وقال الشافعي: لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإمام ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق) إذ الولد يتبع الأم في الرق وما

(١) هذه أدلة السادة الحنفية ولتمام الفائدة أذكر أدلة المخالفين قال النووي في شرح مسلم ١٩٤/٩ ما ملخصه: اختلف العلماء في نكاح المحرم فقال: مالك، والشافعي، وأحمد، والجمهور من العلماء، والصحابة، فمن بعدهم لا يصح نكاح المحرم واعتمدوا أحاديث الباب أي حديث عثمان كونه عاماً وحديث يزيد عن ميمونة وقال أبو حنيفة وأصحابه: يصح نكاحه لقصة ميمونة.

وأجاب الجمهور بأجوبة أصحابها.

أولاً: أن النبي ﷺ تزوجها حلالاً هكذا رواه أكثر الصحابة. قال عياض وغيره: انفرد ابن عباس بقوله: تزوجها محرماً، وروت ميمونة، وأبو رافع وغيرهما أنه تزوجها حلالاً وهم أعرف بالقضية بخلاف ابن عباس ولأنهم أضبط وأكثر.

الثاني: تأويل حديث ابن عباس على أنه تزوجها في الحرم وهو حلال. يقال لمن هو في الحرم محرّم وإن كان حلالاً وهي لغة شائعة معروفة ومنه البيت المشهور: قتلوا ابن عفان الخليفة محرماً. أي في حرم المدينة.

الثالث: أنه تعارض القول والفعل والراجع عند الأصوليين القول لأنه يتعدى إلى الغير والفعل قد يكون مقصوراً عليه.

الرابع: وهو جواب أصحابنا أنه خصوصية له ﷺ اهـ كلامه.

الحرّة مانعاً منه . وعندنا الجواز مطلق لإطلاق المقتضى ، وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا إرقاقه وله أن لا يحصل

إيداله بالمسلم . وعن مالك وأحمد كقوله ، وعنهما كقولنا له قوله تعالى ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات﴾ [النساء : ٢٥] الآية استفيد منها عدة أحكام : عدم جواز نكاح الأمة مطلقاً عند طول الحرّة بمفهوم الشرط وعدم جواز النكاح الأمة مطلقاً حين لا ضرورة من خشية العنت لقوله تعالى ﴿ذلك لمن خشى العنت منكم﴾ [النساء : ٢٥] فاستنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسباً وهو ما في نكاح الأمة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكماً . وعدم جواز الأمة الكتابية مطلقاً بمفهوم الصفة في قوله ﴿من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء : ٢٥] وأيضاً إذا لم تجز الأمة إلا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة . وعندنا الجواز مطلق في حالة الضرورة وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرّة وعدمه لإطلاق المقتضى من قوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء : ٣] ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء : ٢٤] فلا يخرج منه شيء إلا بما يوجب التخصيص ، ولم ينتهض ما ذكروا حجة مخرجة . أما أولاً فالمفهومان : أعني مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الأصول ، وأما ثانياً فبتقدير الحجية مقتضى المفهومين عدم الإباحة الثابتة عند وجود القيد المبيح . وعدم الإباحة أعم من ثبوت الحرمة أو الكراهة ، ولا دلالة للأعم على أخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرّة ، كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة أقل فتعينت فقلنا بها ، وبالكراهة صرح في البدائع . وأما تعليل عدم الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على أصول شتى أو لتعيين أحد فردي الأعم الذي هو عدم الإباحة وهو التحريم مراداً بالأعم ، فإن عنوا أن فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه للحرمة ، ولكن وجود الوصف ممنوع ، إذ ليس هنا متصف بحرّة عرض للرق بل الوصفان من الحرية والرق يقارنان وجود الولد باعتبار أمه ، إن كانت حرة فحر أو رقيقه فرقيق ، وإن أرادوا به تعريض الولد الذي سيوجد لأن يقارنه الرق في الوجود لا إرقاقه

يثبت لضرورة يتقدّر بقدرها ، والضرورة تندفع بالمسلمة فلا حاجة إلى الكتابية (ولهذا) أي ولكونه ضرورياً عنده (جعل طول الحرّة مانعاً منه) أي تزوّج الأمة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرّة (وعندنا جواز نكاح الأمة مطلق) مسلمة كانت أو كتابية (لإطلاق المقتضى) وهو قوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ وقوله ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ وانتفاء المانع الذي هو أبداً وهو تعريض الجزء على الرق (لأن فيه) أي في الإقدام على نكاح الأمة (امتناعاً عن تحصيل الجزء الحر لا إرقاقه) لأنه لم يوجد بعد ، وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية إلا بطريق التبعية ، والامتناع عنه ليس

(قال المصنف : ولهذا جعل طول الحرّة مانعاً منه) أقول : وفيه بحث ، لأن ذلك لمفهوم الشرط عنده .

وجاء في فتح الباري ١٦٥/٩ ما ملخصه : قال الأثرم : قلت لأحمد : إن أبا ثور يقول : بأي شيء يدفع حديث ابن عباس أي مع صحته .

قال : فقال : الله المستعان . ابن المسيب يقول : وهم ابن عباس وميمونة تقول : تزوجني وهو حلال اهـ .

ويجمع بين حديث عثمان ، وحديث ابن عباس بحمل حديث ابن عباس على الخصوصية . وقال ابن عبد البر : جاء من طرق شتى أنه ﷺ تزوجها وهو حلال . وحديث ابن عباس صحيح لكن الزعم إلى الواحد أقرب اهـ .

وأما من حمل حديث عثمان على الوطأ فجوابه أنه جاء في رواية : ولا يخطب . ورواية : ولا يخطب عليه . ويترجح حديث عثمان بأنه تقعيد قاعدة . وحديث ابن عباس واقعة تحتل الخصوصية وتحتل : أي داخل الحرم ، أو الشهر الحرام . قال الأعمش : قتلوا كسرى بلبيل محرماً أي في الشهر الحرام . وعارض حديث ابن عباس حديث يزيد . الأصم ، وميمونة خالته كما هي حالة ابن عباس .

والحديث رواه مسلم عن الزهري عن الأصم .

وقال الطبري : الصواب من القول عندنا أن نكاح المحرم فاسد لصحة حديث عثمان ، وأما قصة ميمونة ، فتعارضت الأخبار .

وساق عن أيوب قوله : قد ثبت أن عمر وعلياً وغيرهما من الصحابة فروا بين محرم ونكح وبين امرأته ولا يكون ذلك إلا عن ثبت . اهـ كلام ابن حجر .

وأثر عمر وعلي عند البيهقي ٦٦/٥ - وأسانيدهما صحيحة عنهما . وهذا اللغة في النكاح أو الزواج تقع أحياناً على مجرد العقد .

الخلاصة : فهذه أدلة الجائين وكلها قوية إلا أن الأحسن أن يحتاط المرء لدينه والاحتياط في ذلك ترك النكاح في حالة الإحرام والله تعالى هو المستعان

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الأصل فيكون له أن لا يحصل الوصف (ولا يتزوج أمة على حرة) لقوله ﷺ «لا تنكح الأمة على الحرة» وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في تجويزه ذلك للعبد، وعلى مالك في تجويزه ذلك برضا الحرة، ولأن للرق أثراً في

سلمنا وجوده ومنعنا تأثيره في الحرمة بل في الكراهة. وهذا لأنه كان له أن لا يحصل الولد أصلاً بنكاح الآيسة ونحوها، فلأن يكون له أن يحصله رقيقاً بعد كونه مسلماً أولى، إذ المقصود بالذات من التناسل إنما هو تكثير المقرين لله تعالى بالوحدانية والألوهية وما يجب أن يعترف له به، وهذا ثابت بالولد المسلم، والحرية مع ذلك كمال يرجع أكثره إلى أمر ديني، وقد جاز للعبد أن يتزوج أمتين بالاتفاق مع أن فيه تعريض الولد على الرق في موضع الاستغناء عن ذلك وعدم الضرورة، وكون العبد أباً لا أثر له في ثبوت رق الولد، فإنه لو تزوج حرة كان ولده حراً، والمانع إنما يعقل كونه ذات الرق لأنه هو الموجب للنقص الذي جعله محرماً لا مع قيد حرية الأب فوجب استواء العبد والحر في هذا الحكم، لو صح ذلك التعليل: أعني تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوج الأمة عند الشافعي من عدم وجود طول الحرية شرط أن لا تكون جارية ابنة: أي ملك الابن، قال في خلاصتهم: لو أنه استولدها قبل النكاح صارت أم ولده فنزل ملك ولده منزلة ملكه، وعندنا لا ملك للأب من وجه أصلاً وإلا لحرمت على الابن (قوله ولا يتزوج أمة على حرة لقوله ﷺ «لا تنكح الأمة على الحرة») أخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنه قالت: قال رسول الله ﷺ «طلاق العبد اثنتان» الحديث، إلى أن قال «وتتزوج الحرة على الأمة، ولا تتزوج الأمة على الحرة»^(١) وفيه مظاهر بن أسلم ضعيف. وأخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده إلى الحسن «أن رسول الله ﷺ نهى أن تنكح الأمة على الحرة. قال: وتنكح الحرة على الأمة» قال: وهذا مرسل الحسن. ورواه عبد الرزاق عن الحسن أيضاً مرسل^(٢)، وكذا رواه ابن أبي شيبه عنه. وأخرج عبد الرزاق، أخبرنا ابن جريج، أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول: «لا تنكح الأمة على الحرة، وتنكح الحرة على الأمة»^(٣) وأخرج عن الحسن وابن المسيب نحوه. وأخرج ابن أبي شيبه عن علي رضي الله عنه: لا تنكح الأمة على الحرة»^(٤). «وأخرج عن ابن مسعود نحوه، وأخرج ابن أبي شيبه: حدثنا عدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال: «تتزوج الحرة على الأمة، ولا تتزوج الأمة على الحرة»^(٥) وعن مكحول نحوه. فهذه

بمنايع شرعاً لأن له أن لا يحصل الأصل بالعزل برضا المرأة وتزوج العجوز والعقيم فلأن يكون له أن لا يحصل وصف الحرية بتزوج الأمة أولى (ولا يتزوج أمة على حرة) سواء كان حراً أو عبداً، وقال الشافعي: يجوز ذلك للعبد. وقال مالك: يجوز برضا الحرة. وجه قول الشافعي أن تزوج الأمة ممنوع لمعنى في المتزوج إذا كان حراً وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد في حق العبد لأنه رقيق بجميع أجزائه، ووجه قول مالك أن المنع لحق الحرية فإذا رضيت فقد أسقطت حقها. ولنا ما ذكره محمد بن الحسن في مبسوطه: بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال «لا تنكح الأمة على الحرة» وهو بإطلاقه حجة عليهما لأن الرأي في مقابلة النص غير معتبر. فإن قلت: جوزتم نكاح الأمة مسلمة كانت أو كاتبة بإطلاق

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣٩/٤ من حديث عائشة وكذا رواه البيهقي ٣٧٠/٧ ولفظ الدارقطني: طلاق العبد تطليقتان، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً، وقرء الأمة حيزتان، وتتزوج الحرة على الأمة، ولا تتزوج الأمة على الحرة.. وفي إسناده مظاهر بن أسلم.

لم أسند الدارقطني عن أبي عاصم قوله: ليس بالبصرة حديث أنكر من حديث مظاهر هذا.

(٢) مرسل. أخرجه البيهقي ١٧٥/٧ عن الحسن مرسلًا وإسناده إلى الحسن قوي وأسندته من وجه آخر عنه أيضاً.

(٣) موقوف. أخرجه البيهقي ١٧٥/٧ عن جابر موقوفاً وصحح إسناده. والصواب أنه حسن فيه أبو الزبير مدلس وقد عنعنه وعنه ليث بن أبي سليم وهو غير قوي. وكذا الحجاج بن أرطاة.

لكن صحيح الزيلعي في ٧٥/٣ رواية عبد الرزاق.

(٤) موقوف أخرجه البيهقي ١٧٥/٧ عن علي موقوفاً وفيه ضعف لضعف الحجاج بن أرطاة وأسندته البيهقي من طريق الشافعي عن مالك بلاغاً عن ابن عمر، وابن عباس: مثلاً عن رجل نكح حرة وأراد أن ينكح عليها أمة فكرها له أن يجمع بينهما.

(٥) ذكر هذه الآثار كلها الزيلعي في نصب الرأية ١٧٥/٣.

تنصيف النعمة على ما نقرره في كتاب الطلاق إن شاء الله فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام

أثار ثابتة عن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم تقوي الحديث المرسل لو لم يقل بحجته فوجب قبوله، ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وإن اختلفت طرق إضافتهم، فإن الثلاثة أضافوه إلى مفهوم قوله تعالى ﴿ومن لم يستطع منكم طَوْلاً﴾ [النساء: ٢٥] الآية، وذلك أن تزوج الأمة على الحرية يكون عند وجود طول الحرية فلا يجوز اتفاقاً. وقوله (وهو حجة على الشافعي في إجازة ذلك للعبد) يعني حجة جبراً لأننا أقمنا الدليل على جوازه بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله، ولأنه يرى حجته إذا اقترن بأقوال الصحابة، وهنا كذلك فإنه قد ثبت ذلك عن علي وجابر على الإطلاق كما بينا، وكذا يرى حجته إذا أفتى به جماعة من أهل العلم وهنا كذلك، وهذا كله نصي الشافعي في الرسالة فإنه قال: وإن لم يوجد ذلك: يعني تعدد المخرج نظر إلى بعض ما يروى عن أصحاب رسول الله ﷺ قولاً له، فإن وجد ما يوافق ما روي عن رسول الله ﷺ كانت هذه دلالة على أنه لم يرسل إلا عن أصل يصح إن شاء الله، وكذلك إن وجد عوام من أهل العلم يفتون بمثل معنى ما روي عن رسول الله ﷺ اهـ. وبه يخص قوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] إذ قد أخرج منه ما قدماً. وفيه نظر، فإن إخراج المشركات والمجوسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنياً فلا يخص بعده بخير واحد أو قياس. وما قيل إنه مخصوص منه الجمع بين الأختين فغلط، لأن قوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] لم يتناول الجمع ليتحقق إخراجها لأنه مما قدم ذكره مع المحرمات ثم قال ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] أي ما وراء المذكورات فلم يتناوله أصلاً، وإذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد فأخراجه يستدعي ثبنا ولم يثبت إذ إضافة إخراجها إلى تخصيص العلة التي ادعوا أنها مؤثرة لحرمة نكاح الأمة عند طول الحرية بغير العبد لم يثبت له وجه نما علمت أنه بتقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها، لأن المعقول تأثير ذات الرق في المنع عند عدم الضرورة ووجود الطول (قوله وعلى مالك في تجويزه ذلك برضا الحرية) مالك رحمه الله يقول بحجة المرسل إذا صح طريقه إلى التابعي، لكنه علله بإغاطة الحرية بإدخال ناقصة الحال عليها، فإذا رضى انتفى ما لأجله المنع فيجوز وهذا استنباط معنى يخصص النص، فإن لم يكن منصوباً ولا مومى إليه كان تقديماً للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه، ثم بتقدير جواز ذلك فتعليله بما ظهر أثره وهو تنصيف النعمة بالرق الذي ظهر أثره في الطلاق والعدة والقسم أولى، فيكون المنع باعتبار التعليل به للتنصيف في أحوال نكاح الأمة. بيانه أن الحل الثابت في النكاح نعمة، وتبين أن الرق منصف ما ذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تنصيف نفس الحل، على أنه لو قيل بل نصف الحل أيضاً وهو تنصيف القسم إذ يحرم عليه الاستمتاع بها في غير ليلتها لأمكن، فيظهر أن حكم هذا الحديث لإرادة تنصيف الأحوال جبراً على ما استقر منوطاً بالرق، وذلك أن لنكاحها حالتي انضمام إلى نكاح

المقتضي على ما تلوثم فهلا جوزتم نكاحها على الحرية بذلك؟ قلت: جوزنا هناك لوجود المقتضي وانتفاء المانع وهنا وإن كان المقتضي موجوداً لكن المانع غير متنفذ، وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله (ولأن للرق أثراً في تنصيف النعمة على ما نقرر في الطلاق فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام) ولا علينا أن نقرره هنا. وتقريره أن الحل الذي يبنى عليه عقد النكاح نعمة جديدة في جانب الرجال والنساء جميعاً، وكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد نثنين والحر أربعاً فكذلك يتنصف برق المرأة لأن الرق هو المنصف وهو يشملهما، ولا يمكن إظهار هذا التنصيف في جانبها بتقصان العدد لأن المرأة الواحدة لا تحل إلا لواحد، فظهر التنصيف باعتبار الحالة، فبعد ذلك نقول: الأحوال ثلاث: حال ما قبل نكاح الحرية، وحال ما بعده، وحال المقارنة، ولكن الحال الواحدة لا تحتل التجزي فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرية ومحرمة مقترنة بالحرية أو متأخرة عنها، وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل

(قوله وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله ولأن للرق أثر في تنصيف النعمة الخ) أقول: فعلى هذا يكون مجموع الحديث وكون الرق منصفاً دليلاً واحداً على المطلوب، وظاهر كلام المصنف خلافه (قوله وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف، إلى قوله: فتأمل فإنه غريب) أقول: فيه بحث.

(ويجوز تزويج الحرة عليها) لقوله ﷺ «وتنكح الحرة على الأمة» ولأنها من المحلات في جميع الحالات إذ لا منصف في حقها (فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله، ويجوز عندهما) لأن هذا ليس بتزويج عليها وهو المحرم، ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحث بهذا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام فيبقى المنع احتياطاً، بخلاف اليمين لأن المقصود أن لا يدخل غيرها في قسمها

حرة سابقة وانفراد عنه، فالتنصيف إذا كان إمكان الحاليتين قائماً بتصحيح نكاحها في حالة دون حالة، وتصحيح نكاح الحرة في الحاليتين حالة الانفراد والانضمام إلى أمة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام إلى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الأحكام من مناسبة ذلك. ولا يبعد أن لزيادة غيظ الحرة زيادة معتبرة دخلاً أيضاً، أما أصل غيظها فلا أثر له فإنه يحصل بإدخال الحرة أيضاً على الأمة. وعلى هذا التقرير يتدفع من الأصل ما يورد من أن الانضمام يصدق على ما إذا أدخل الحرة أيضاً على الأمة فيلزم أن يفسد نكاح الأمة بإدخال الحرة عليها. ويجاب بأن الانضمام يقوم بالمتأخر لأنه المنضم إلى غيره ثم يتعلق بالمتقدم. ومنهم من جعل منع إدخال الأمة بالنص على خلاف القياس. وتعليل الكرخي أن بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية، وحق الحرية لا يجوز إبطاله بعد ثبوته، فأما بمجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت للنسل ذلك. هذا وأما حالة المقارنة وهو أن يتزوج حرة وأمة في عدة فيجتمع في الأمة محرم ومبيح فتحرّم، واعلم أن التعليل في الأصل إنما هو للقياس، ويستدعي أصلاً يلحق به منصوفاً أو مجمعاً عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة (قوله فإن تزوج أمة على حرة النخ) وكذا المدبرة وأم الولد قيد بالباين لأن في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الأمة اتفاقاً، وقولهما قول ابن أبي ليلى لأن المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالأخت في عدة الأخت وإلا حرم إدخال الحرة عليها بل تزوج الأمة على الحرة وهو متنف. لا يقال: تزوج عليها إذا تزوج وهي مبانة معتدة، ولذا لو حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج وهي معتدة عن بائن لم يحث، وكذا جاز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة. ولأبي حنيفة أن العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبارها يعد قائماً من وجه كان بالتزويج فيها متزوجاً عليها من وجه فكان حراماً لأن الشبهة في الحرمات كالحقيقة احتياطاً. وأما جواز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل إنما هو قولها لا قوله، ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتاً بقيام النكاح الفاسد ليبقى بقاء العدة بخلاف ما نحن فيه. وأما مسئلة اليمين فإنما لا يحث فيها للعلم بأن المقصود من حلفه أن لا يتزوج عليها هو أن لا يدخل عليها شريكة في القسم، ولأن العرف أن لا يسمى متزوجاً عليها بعد الإبانة إلا إذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة (قوله من الحرائر والإماء) أي جمعا وتفريقاً، إلا أن في الجمع إنما يجوز إذا أحر الحرائر (قوله وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك) اتفق عليه الأئمة الأربعة وجمهور المسلمين، وأما الجوّاري فله ما شاء منهن. وفي الفتاوى: رجل له أربع نسوة وألف جارية أراد أن يشتري جارية أخرى فلامه رجل آخر يخاف عليه الكفر. وقالوا: إذا ترك أن يتزوج كي لا يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده كان مأجوراً. وأجاز الروافض تسعاً من الحرائر. ونقل عن

القطعي مانع عن العمل بإطلاق المقتضي فتأمل فإنه غريب (ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه الصلاة والسلام «وتنكح الحرة على الأمة» ولأنها من المحلات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها) فجاز العمل بإطلاق المقتضي عند انتفاء المانع (فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما) ووجه الجانبين على ما ذكره في الكتاب ظاهر، ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا تزوج امرأة في عدة أختها من طلاق بائن فإنهما لم يجوزاه كأبي حنيفة وقالوا في الفرق لهما: إن المحرم هناك الجمع فإذا تزوجها في عدة أختها صار جامعاً بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز، وأما هذه المنع فليس لأجل الجمع، فإنه لو تزوج الأمة ثم الحرة صح نكاحهما، ولكنه باعتبار إدخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة. ولقائل أن يقول: نكاح الأولى قائم ما دامت في العدة أولاً، فإن كان الأول ورد عليهما هذه المسئلة، وإن كان الثاني فتلك المسئلة. وقد نقل في النهاية عن المبسوط والأسرار فرق آخر

(وللحر أن يتزوج أربعاً من الحرائر والإماء، وليس له أن يتزوج أكبر من ذلك) لقوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه.

النخعي وابن أبي ليلى، وأجاز الخوارج ثمانى عشرة. وحكي عن بعض الناس إباحة أي عدد شاء بلا حصر. وجه الأول أنه بين العدد المحلل بمثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك تسع. وجه الثاني ذلك، إلا أن مثنى وثلاث ورباع معدول عن عدد مكرر على ما عرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر. وكان وجه الثالث العمومات من نحو ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء: ٣] ولفظ مثنى إلى آخره تعداد عرفي له لا قيد، كما يقال خذ من البحر ما شئت قربة وقربتين وثلاثاً. ويخص الأولين تزوجه ﷺ تسعاً، والأصل عدم الخصوصية إلا بدليل. والحجة عليهم أن آية الإحلال ههنا وهي قوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء: ٣] لم تسق إلا لبيان العدد المحلل لا لبيان نفس الحل، لأنه عرف من غيرها قبل نزولها كتاباً وسنة فكان ذكره هنا معقّباً بالعدد ليس إلا لبيان قصر الحل عليه، أو هي لبيان الحل المقيد بالعدد لا مطلقاً، كيف وهو حال مما طاب فيكون قيداً في العامل وهو الإحلال المفهوم من فانكحوا، ثم إن مثنى معدول عن عدد مكرر لا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا إلى ما لا يقف، وكذا ثلاث في ثلاثة، ثم إن مثنى معدول عن عدد مكرر لا يقف عند حد هو اثنان اثنان ثنتين ثنتين جمعاً في العقد أو على التفريق ثلاثاً، ومثله رباع في أربعة أربعة، فمؤدى التركيب على هذا ما طاب لكم ثنتين ثنتين جمعاً في العقد أو على التفريق ثلاثاً ثلاثاً جمعاً أو تفريقاً وأربعاً أربعاً كذلك، ثم هو قيد في الحل على ما ذكرنا فانتهى الحل إلى أربع مخبر فيهن بين الجمع والتفريق. وأما حل الواحدة فقد كان ثابتاً قبل هذه الآية بحل النكاح لأن أقل ما يتصور بالواحدة. فحاصل الحال أن حل الواحدة كان معلوماً، وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها إلى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك، وبه يتم جواب الفريقيين. أو نقول: عرف حل الواحدة بقوله تعالى ﴿فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة﴾ [النساء: ٣] فكان العدد على الوجه الذي ذكرنا محلاً عند عدم خوف الجور، ثم أفاد أن عند خوفه بقصر الحل على واحدة وإنما لم يعطف بأو فيقال أو ثلاث أو رباع، لأنه لو ذكر بأو لكان الإحلال مقتصرأ على أحد هذه الأعداد وليس بمراد، بل المراد أن لهم أن يحصلوا هذه الأعداد إن شاءوا بطريق الثنية وإن شاءوا بطريق التثنية وإن شاءوا بطريق التربيع، فانتفى بذلك صحة التسع والثمانى عشرة، ويدل على الخصوصية ما روى الترمذي عن عبد الله بن عمر «أن غيلان بن

أضعف من هذا فلا حاجة إلى ذكره. قال (وللحر أن يتزوج أربعاً من الحرائر والإماء) أو منهما إذا قدم الأمة على الحرة (ولا يجوز أكثر من ذلك، قال الله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾) نص على العدد (والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه) وفيه بحث لأن هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر، وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فثبتت الزيادة بقوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ سلمنا أنه عدد ولكن لا نسلم أن التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لأنه عليه الصلاة والسلام قال «إنما يغسل الثوب من خمس: من بول، وغائط، وقي، ومني، ودم» وبالاتفاق يغسل من الخمر أيضاً مع أنه عليه الصلاة والسلام نص على العدد مع كلمة الحصر. والجواب عن الأول أنه بحسب الأصل من الأعداد وإن استعمل وصفاً، وعن الثاني بأن معناه إنما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن آدمي، لأن هذا الحديث خرج جواباً لسؤال من سأل عن النجاسة وهو منحصر على هذا العدد. فإن قيل: سلمناه لكن مقتضاه التسع أو ثمانية عشر لما أن الواو للجمع. أجيب بأن هذا الوهم هو الذي أوقع الرافضة لعنهم الله في التسوية بينهم وبين أفضل الموجودات مع اختصاصه بذلك بفضيلة النبوة أو ازديادهم عليه، فإن منهم من ذهب إلى جواز التسع، ومنهم من ذهب إلى جواز ثمانية عشر نظراً إلى معنى العدول وحرف الجمع، ولكن ليس الأمر على ما توهموا لأن المراد بمثل هذا الكلام أحد هذه الأعداد. قال الفراء: لا وجه لحمل هذا على الجمع لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام والكلام المجيد منزّه عن ذلك، وقد صح «أن رسول الله ﷺ فرق بين غيلان الثقفي وبين ما زاد على الأربع من النسوة حين أسلم وتحتة عشر نسوة» ولم ينقل عن أحد في حياة النبي ﷺ ولا بعده إلى يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحاً (وقال الشافعي: لا يتزوج إلا أمة واحدة لأنه) أي نكاح الإمة (ضروري) في حق الحر (عنده) كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة (والحجة عليه ما تلونا) يعني

وقال الشافعي رحمه الله: لا يتزوج إلا أمة واحدة لأنه ضروري عنده. والحجة عليه ما تلونا إذ الأمة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار (ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين) وقال مالك: يجوز لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير إذن المولى.

سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعاً^(١) ومثله وقع لفيروز الديلمي^(٢) وقيس بن حارثة^(٣) والمراد من قوله والتنصيب على العدد يمنع الزيادة العدد المذكور: يعني التنصيب على هذا العدد، فكان اللام للعهد الذكري أو الحضوري، وإنما كان هذا العدد يمنع الزيادة وإن كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما في قوله ﷺ ثلاث جدهن جدّ وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، والرجعة^(٤) حيث ألحق بها اليمين والنذر والعق لوقوعه حالاً قيداً في الإحلال على ما قررنا، وبه يندفع الإيراد بأنه من حيث هو عدد لا يمنع كما ذكرنا. والحاصل أنه قد تمتنع معه الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلاة وقد لا ولا نحو سبعين مرة في قوله تعالى ﴿استغفر لهم﴾ [التوبة: ٨٠] الآية، وقد تمتنع الزيادة كما ذكرنا أو النقص فقط كما في أقل الحيض وشيء من ذلك ليس لذات

قوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ فإن اسم النساء ينتظم الأمة المنكوحة، كما في الظهار فإن آيته مذكورة بلفظ النساء ويتناول الأمة المنكوحة (ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين). وقال مالك: يجوز لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده) لأنه

(١) حسن. أخرجه الترمذي ١١٢٨ والشافعي ١٦٠٤ وابن ماجه ١٩٥٣ والحاكم ١٩٢/٢ والدارقطني ٢٧٠/٣ والبيهقي ٤٩/٧ - ١٨١ والبخاري ٢٢٨٨ كلهم من حديث الزهري عن سالم عن ابن عمر. وكذا ابن حبان ٤١٥٦ وإسناده صحيح ورجاله ثقات إلا أن غير واحد من الأئمة حكموا بوهم معمر في هذا الحديث لأن مالكاً وغيره روه عن الزهري مراسلاً وقد أخرجه مالك ٥٨٢ ح ٨٦ عن الزهري قال: بلغني فذكره، وكذا رواه عبد الرزاق في المصنف ١٢٦٢١ وهكذا وكرره ابن حبان ٤١٥٨ لكن من طريق معمر أيضاً. وتوبع معمر فقد أخرجه الدارقطني ٢٦٩/٣ عن مروان بن معاوية الفزاري عن الزهري عن سالم عن ابن عمر.

ورواه الطبراني ١٣٢٢١ من طريق النعمان بن المنذر عن سالم عن أبيه. قال الترمذي: سمعت البخاري يقول: هذا حديث غير محفوظ والصحيح عن الزهري مراسلاً وعن محمد بن سويد الثقفي: أن غيلان. فذكره اهـ. لكن رواه البيهقي ١٨٢/٧ - ١٨٣ من طرق عن غير معمر.

وجابر في تلخيص الجبير ١٦٨/٣ ما ملخصه: وقال الزبارة: جوده معمر في البصرة - بوصله - وأقصده في اليمن فأرسله اهـ. وقال مسلم، وأبو زرعة، وأبو حاتم: المرسل أصح.

ونقل الأثر من أحمد قوله: هذا الحديث ليس بصحيح والعمل عليه وقال ابن عبد البر طرقها كلها معلولة. ثم قال ابن حجر فائدة: ورواه النسائي أيضاً ومن طريق الدارقطني عن أيوب عن نافع وسالم عن ابن عمر ورجاله ثقات واستدل ابن القطان بهذا على صحة حديث معمر. اهـ ابن حجر.

وقال الترمذي: والعمل على هذا الحديث عند أصحابنا منهم الشافعي وأحمد وإسحاق اهـ. قلت: وهو قول الحنفية أيضاً فالعمل عليه عند عامة أهل العلم من أهل السنة والجماعة ولا عبرة بمن شذ. الخلاصة: روي مراسلاً من أكثر من وجه، وكذا موصلاً. فالحديث لا ينحط عن رتبة الحسن والله تعالى أعلم.

(٢) تقدم في ٢١٣/٣ وإسناده حسن. لكن سبب التضييق في حديث فيروز كونهما اثنتين.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٤١ وابن ماجه ١٩٥٢ والدارقطني ٢٧١/٣ والبيهقي ١٨٣/٧ كلهم من حديث قيس بن الحارث. وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو ضعيف. وتابعه الكلبي في رواية الدارقطني والكلبي واه. وأخرجه الدارقطني ٢٧١/٣ من طريق هشيم عن مغيرة عن رجل من ولد الحارث عن الحارث بن قيس فذكره وهذا إسناد مجهول. ومن هذا الطريق كرهه البيهقي ١٨٣/٧.

وكرره الدارقطني والبيهقي عن الربيع بن قيس عن جده قيس. وفرق هذه الحديث غير قوية لكن تنقوى بمجموعها فيرقى إلى درجة الحسن لا سيما وله شاهد وهو حديث غيلان المتقدم قبل قليل.

تنبيه: رجح أبو داود أن الصحابي اسمه قيس بن الحارث وخالفه البيهقي فرجح كونه الحارث بن قيس وتعبه ابن الترمكاني فنقل عن المزني وغيره تصويب ما ذهب إليه أبو داود، وهو الذي جنح إليه ابن حجر في التقريب فقال: قيس بن الحارث.

ويقال: الحارث بن قيس صحابي له حديث واحد اهـ.

وهو هذا وخبر قيس أنه كان عنده ثمانية من النساء فأمره صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً.

(٤) تقدم تخريجه مستوفياً في ١٩٥/١ فضل النكاح.

ولنا أن الرق منصف فيتزوّج العبد اثنتين والحر أربعاً إظهاراً لشرف الحرية. قال (فإن طلق الحر إحدى الأربع طلاقاً بئنأ لم يجز له أن يتزوّج رابعة حتى تنقضي عدتها) وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهو نظير نكاح الأخت في عدة الأخت. قال (فإن تزوّج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو

العدد بل لخوارج كمنع الزيادة هنا لتقييد الحل وفي كل موضع يطلب السبب (قوله والحجة عليه ما تلوناه) وهو عموم ﴿ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء: ٣] مقتصرًا على العدد المذكور، وقوله إذ الأمة والمنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة، وإلا فالمنكوحة لا تنافي الأمة مع أن المراد هنا بالأمة ليس إلا الأمة المنكوحة، وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة. واعتراض بأن المراد الاستدلال بجواز تزوّج الإماء أكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك. وعلى ما قال من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح، فكان ينبغي أن لا يذكر المنكوحة أصلاً، والعناية به أن يراد المنكوحة بالقوة: أي التي يريد أن ينكحها ينتظمها الخ (قوله لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده) لأن السبي لا يوقع الفرق بين المسبي وزوجته فعلم أنه لا يملك إلا من حيث هو مال وبدليل أنه يملك أصل النكاح بالإذن^(١) فلو كان مملوكاً في حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه. وجواب الأول أن السبي أحد أسباب ملك الرقبة فمحلله المال لا النكاح فلذا لم تقع الفرق. وجواب الثاني أن ملك أصل الشيء لا يمنع التنصيف إذا تحقق ما يوجبه كالأمة تملك طلب أصل الوطء من زوجها وتنصف قسمها (قوله ولنا أن الرق منصف) توضيح مراده أن الحل الثابت بالنكاح مشترك بين الزوجين حتى إن المرأة المطالبة بالاستمتاع، وقد نصف الرق للمرأة مالها من ذلك الحل حتى إذا كانت تحت الرجل حرة، وأمة يكون للحرّة ليلتان وللأمة ليلة، فلما نصف رقها مالها وجب أن ينصف رقه ماله وللحرّ تزوج أربع وللعبد اثنتان. بقي أن يستدل له بقوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء: ٣] نظراً إلى عموم المخاطبين في الأحرار والعبيد كما استدل به المصنف على الشافعي في إطلاق الزائد على الأمة نظراً إلى العموم في الحرائر والإماء، لكن قد يقال: إن المخاطبين هم الأحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى ﴿فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٣] فإن المخاطب بهداهم المخاطبون الأولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الأحرار (قوله فإن تزوّج حبلى من زنا) من غيره (جاز النكاح) خلافاً لأبي يوسف، وقول الشافعي رحمه الله كقولنا وقول الآخرين وزفر كقول أبي يوسف. أما لو كان الحبلى من زنا منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالاً إلى النوازل. قال: رجل تزوج حاملاً من زنا منه فالنكاح صحيح عند الكل، ويحل وطؤها عند الكل. وإذا جاز في الخلافة عندهما ولا يطؤها هل تستحق النفقة؟ ذكر التمرتاشي لا نفقة لها، وقيل لها النفقة، والأول أوجه لأن النفقة وإن وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن إذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها، بخلاف الحائض فإن عذرها سماوى وهذا يضاف إلى فعلها الزنا، وعن محمد كقول أبي يوسف، وكما لا يباح وطؤها لا يباح دواعيه، وقيل لا بأس بوطئها، ونقل عن الشافعي كأنه يقيسه على التي زنت حيث جاز تزوّجها وحل وطؤها في الحال مع احتمال العلوق، فعلم أن العلوق من الزنا لا يمنع الوطء وإلا لمنع مع تجويزه في مقام الاحتياط وليس بشيء لأن الفرق بين المحقق والموهوم في الشغل الحرام ثابت شرعاً لورود عموم النهي في المحقق، وهو ما روى رويغ ابن ثابت الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ

يملك أصل النكاح بالإجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما ملكه، كما أنه لا يملك المال ولهذا قال جاز له أن يتزوّج بغير إذن مولاه كما أن له أن يطلق بغير إذنه (ولنا أن الرق منصف) على ما سيجيء في الطلاق كما وعده المصنف (فيتزوّج العبد اثنتين والحر أربعاً إظهاراً لشرف الحرية) وتملكه أصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالأمة المنكوحة فإنها تملك طلب القسم وتنصف قسمها. وقوله (فإن طلق الحر) ظاهر قال (فإن تزوّج حبلى من الزنا) الحامل إذا تزوجت فيما أن يكون الحمل ثابت

(١) (قوله بالإذن) الموافق لما في المصنف بغير إذن، ولعله تحريف تأمل. فالحاصل أن الصواب بلا إذن بدليل ما بعده اهـ، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي حفظه الله كنهه مصححه.

يوسف رحمه الله: النكاح فاسد (وإن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالإجماع) لآبي يوسف رحمه الله أن الامتناع في الأصل لحرمة الحمل، وهذا الحمل محترم لأنه لا جناية منه، ولهذا لم يجز إسقاطه. ولهما أنها من المحللات بالنص وحرمة الوطء كي لا يسقي ماءه زرع غيره، والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة

«لا يحل لامرء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره» يعني إتيان الحبالى^(١). رواه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن (قوله أن الامتناع في الأصل) يعني ثابت النسب. حاصله قياس الحمل من الزنا على الحمل بثابت النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليهما فعين علة الأصل كون حملها محترماً فيمنع ورود الملك على محله، وهذا كذلك بدليل أنه لا يجوز إسقاطه وأنه لا جناية منه فيمنع الملك. واستدل المصنف رحمه الله بعموم «وأحل لكم ما وراء ذلكم» [النساء: ٢٤] وحين علم أنه يرد من قبل أبي يوسف أن هذا مخصوص على ما قيل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج إلى منع علة فقال: لا نسلم أن علة المنع في الأصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي منتفية في الفرع إذ لا حرمة للزاني. ومنهم من يزيد في تعيين العلة فيقول الامتناع في الأصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام، وقد يزداد أيضاً فيقال: فيصان عن سقيه، ولما لم يجز الوطء لحرمة السقي لم يصح العقد لأن كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح، وهي زيادة توجب النقص إنما يحتاج إليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطء ولم نقل به فيقال: إن قلت لا يترتب مطلقاً منعناه أو في الحال فقط منعنا اقتضاءه البطلان وإلا لم يصح نكاح الحائض والنفساء، إلا أن أبا يوسف رحمه الله يدفع التعليل بحرمة صاحب الماء بأنه لو كان لحقه لجاز بأمره، فالأولى تعليل المنع في الأصل بلزوم الجمع بين الفرائش وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المؤمنات وهو منتف في الحبالى من الزنا. وقد يقال: إن هذا الدفع مغالطة خيل أن حرمة وحقه واحد وهو معنى الحق، وليس كذلك فإن معنى حرمة أن الشارع أثبت له من الحرمة منع العقد على محل مائه ما دام قائماً، وحرمة لا تسقط بإذنه في العقد، إلا أن هذا يقتضي صحة العقد على المسبية الحمل والمهجرة، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، وأما على ظاهر المذهب فلا، فالمطرود ما ذكرنا على ما هو رواية الحسن^(٢) أنسب بالتعليل بحرمة صاحب الماء. وأعلم أن في سنن أبي داود عن رجل من الأنصار يقال له نضرة بن أكتم من أصحاب رسول الله ﷺ قال «تزوجت امرأة على أنها بكر في سترها، فدخلت عليها فإذا هي حبلى، فقال لي رسول

النسب أو لا، فإن كان الأول فالنكاح باطل في قولهم جميعاً، وإن كان الثاني قال أبو حنيفة ومحمد: جاز النكاح، ولا يطؤها حتى تضع حملها (وقال أبو يوسف: النكاح فاسد لأن الامتناع في الأصل) أي في الحمل الثابت بالنسب إنما كان (لحرمة الحمل)، وهذا الحمل محترم لأنه لا جناية منه، ولهذا لم يجز إسقاطه) والحاصل أنه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت بالنسب بعله حرمة الحمل (ولهما أنها من المحللات بالنص) وهو قوله تعالى «وأحل لكم ما وراء ذلكم» وكل من كانت كذلك جاز نكاحها. فإن قلت: ما بال الحمل الثابت النسب لم يدخل تحت هذا النص؟ قلت: لمكان قوله تعالى «ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله» فإن قيل: لو كانت من المحللات لحل وطؤها بعد ورود العقد عليها. أجاب بقوله (وحرمة الوطء كي لا يسقي ماءه زرع غيره) وحرمة الوطء لعارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفساء. وقوله (والامتناع في ثابت النسب)

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢١٥٨ وأحمد ١٠٨/٤ والترمذي ١١٣١ وابن حبان ٤٨٥٠ والطحاوي ٢٥١/٣ والبيهقي ٦٢/٩ كلهم من حديث ربيعة بن ثابت الأنصاري وأخرجه ٢١٥٩ و٢٧٠٨ وسعيد بن منصور ٢٧٢٢ وابن أبي شيبة ٢٢٢/١٢ و٤٦٥/١٤ وابن سعد في الطبقات ١١٤/٢ - ١١٥ وأحمد ١٠٨/٤ - ١٠٩ والطبراني في الكبير ٤٤٨٢ و٤٤٨٣ و٤٤٨٤ و٤٤٨٥ و٤٤٨٦ من طرق كلهم من حديث ربيعة بن ثابت روه مطولاً، ومختصراً بالفاظ متقاربة، ورجال إسناده به ثقات. وسياق المصنف لآبي داود وأتم منه وأما لفظ الترمذي فهو: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه ولد غيره.

قال الترمذي: حديث حسن والعمل على هذا عند أهل العلم، وقد روي من غير وجه اهـ.

قلت: رواية أبي داود وغيره من غير وجه ذكرتها والحمد لله. وفي الباب حديث سبأيا أوطاس وقد تقدم تخريجه وإسناده حسن.

(٢) (قوله على ما هو رواية الحسن، إلى قوله وأعلم) هذه زيادة ثبتت في بعض النسخ فحررها كتبه مصححه.

للزاني (فإن تزوج حاملاً من السبي فالنكاح فاسد) لأنه ثابت النسب (وإن تزوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل) لأنها فراش لمولاه حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة، فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين، إلا أنه غير متأكد حتى يتنفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل.

الله ﷻ: لها الصداق بما استحللت من فرجها، والولد عبد لك، وفرق بيننا. وقال: إذا وضعت فحدوها^(١)، وهو ظاهر في عدم صحة نكاح الحامل من زنا لقوله «وفرق بيننا» إلا أن يحمل على تفريق الأبدان فقط بأن منعه من الخلوة بها إلى أن تلد، مع أن فيه من المنسوخات جعل الولد عبداً، إلا أن يحمل على إرادة أنه يصير يخدمك، وهو يوافق حمل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو أولى لاستبعاد إزادة جعل الولد عبداً يبيعه الزوج بالنسبة إلى مقابله لقلّة نظيره في الشرع فيجعل هذا قرينة إرادة التفريق عن المخالطة لا في العقد. وهذا لأن الظاهر أنه إنما يكون بحيث يخدمه من غير ملك فيه إذا كان مع أمه عنده، وهذا كله إذا ثبت هذا الحديث (قوله فالنكاح باطل) وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع (قوله لأنها فراش لمولاه) لثبوت حدّ الفراش وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل إذا أتت به، فلو صح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء (قوله إلا أنه غير متأكد الخ) جواب عما قد يقال: لو كانت فراشاً لم يجز تزويجها وهي حائِل كما لا يجوز وهي حامل. فأجاب بأن فراشها غير متأكد، ويتأكد باتصال الحمل بها منه، فإن الحمل مانع في الجملة، وكذا الفراش فيقع التأكد باجتماعهما فيتنهض سبباً للمنع، بخلاف حالة عدمه. واستدل على عدم تأكده بانتفاء نسب ولدها بالنفي من غير لعان، فظهر أن المانع ليس مطلقاً بل المتأكد منه إما بنفسه وهو فراش المنكوحه أو بالحبل. قالوا: الفرش ثلاثة: قوئى وهي المنكوحه فلا يتنفي ولدها إلا باللعان. ومتوسط وهو فراش أم الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة ويتنفي بمجرد النفي. وضعيف لا يثبت نسب الولد منه إلا بدعوة وهو فراش الأمة التي لم يثبت لها أمومية الولد. والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية بصريحه أن الأمة ليست بفراش أصلاً على ما ذكره في المسئلة التي تلي هذه، وعلمه بعدم صدق حدّ الفراش عليها بقوله (فإنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة) فيلزم إما انحصاره في الفراش القوي والضعيف، وإما اعتبار الفرش الثلاثة في أم الولد والمنكوحه، فأم

جواب عن قياس أبي يوسف. وتقريره: لا نسلم أن فساد النكاح لحرمة الحمل بل إنما هو (لحق صاحب الماء ولا حرمة لماء الزاني) وقوله (فإن تزوج حاملاً من السبي) صورته أن تسيى الحرية حاملاً فبريد السابي أن يتزوجها لا يجوز ما لم تضع الحمل، لأن النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترماً واجب الصيانة وكذلك حكم المهاجرة. وقوله (وإن تزوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاه) لوجود حدّه وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه، وكل من كانت فراشاً لشخص لا يجوز نكاحها لثلا يحصل الجمع بين الفراشين فإنه سبب الحرمة في المحصنات من النساء. فإن قيل: لو كانت فراشاً لبطل نكاحها حائلاً أيضاً. أجب بقوله (إلا أنه غير متأكد حتى يتنفي الولد بالنفي من غير لعان) وكان فراشاً ضعيفاً (فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل) لأن الحمل مانع في الجملة، وكذلك الفراش، فعند اجتماعهما يحصل التأكد. فإن قيل: إذا كان غير متأكد ويتنفي الولد بالنفي من غير لعان وجب أن يكون الإقدام على النكاح نفيّاً للنسب فإنه يقبل النفي دالة، كما إذا قال لجارية له ولدت ثلاثة

(قوله لأن النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترماً) أقول: فيه أنه لما لم يكن لصاحب الماء فينفي أن يجوز النكاح (قوله لأنها فراش لوجود حده وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه) أقول: فينفي التأويل في قوله لأنها فراش.

(١) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٢١٣١ والدارقطني ٢٥٠/٣ وابن أبي حاتم في علله ١٢٥٩ كلهم من حديث ابن المسيب عن رجل من الأنصار يقال له: نضرة وفيه ابن جريج مدلس وقد عنّنه وأشار أبو حاتم إلى أن ابن جريج أسقط إبراهيم بن أبي يحيى وإبراهيم وإله لكن ورد من طرق عدة عن ابن المسيب مرسلًا وكذا صوّب إرساله أبو حاتم وقال: هو ليس بمتصل وكذا أشار أبو داود إلى أنه روي مرسلًا وأشار ابن قديم في تعليقه على أبي داود إلى أن فيه اضطراباً أه لكن مرسلات سعيد قوية.

قال (ومن وطئ جاريته ثم زوّجها جاز النكاح) لأنها ليست بفراش لمولاها فإنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه أن يستبرئها صيانة لمائه، وإذا جاز النكاح (فللزواج أن يطأها قبل الاستبراء) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمال الشغل بماء المولى فوجب

الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها، والحامل متوسط لنوع من التأكد فيمتنع، وحكمه انتفاء الولد بمجرد النفي، والمنكوحه هي الفراش القوي وهو الأوجه. وأورد إذا كان ولدها ينتفي بمجرد النفي ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيًا دلالة، فإن النسب كما ينتفي بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسألة الأمة جاءت بأولاد ثلاثة فادعى المولى أكبرهم حيث يثبت نسبه وينتفي نسب غيره بدلالة اقتضاره في الدعوة على بعضهم. أوجب بأن النفي دلالة إنما يعمل إذا لم يكن صريح بخلافه، وهنا كذلك. إذ صورة المسئلة أن الحمل منه حيث قال: رجل زوّج أم ولده وهي حامل منه كذا في الظهيرية. وعلى هذا لو زوّج أم ولده وهي حامل قبل أن يعترف بالحمل بعد العلم به ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيًا (قوله ومن وطئ جاريته ثم زوّجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاها) هذا تعليل للجواز بنفي جنس علة المنع من التزويج فضلًا عن نفيها بعينها فلذا لا يقتضي أن وجود الفراش مطلقًا يمنع وإلا لمنع في أم الولد الحائل لأن علة المنع فراش مخصوص وهو القوي بنفسه أو بالتأكد لا مطلق الفراش، ثم بين نفي الفراش بنفي حده بقوله لأنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة (قوله إلا أن عليه أن يستبرئها) أي بطريق الاستحباب لا الحتم، وليس استبراء المولى المذكوراً في الجامع الصغير بل في كلام المصنف، وصرح الولوالجي بالاستحباب (قوله وإذا جاز) يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى، فإن خلاف محمد في استبراء الزوج إنما هو فيه، ولذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله في قول محمد: لا أحب له: أي للزوج أن يطأها حتى يستبرئها، لأنه احتمال الشغل بماء المولى. هذا الخلاف فيما إذا زوّجها المولى قبل أن يستبرئها، فلو استبرأها قبل أن يتزوّجها جاز وطء الزوج بلا استبراء اتفاقاً. وقد وفق بعض المشايخ بأن محمداً رحمه الله نفى الاستحباب وهما أثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهما على الاستحباب فلا نزاع، فإن لفظه في الجامع: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وطئ جاريته ثم زوّجها قال للزوج أن يطأها قبل أن يستبرئها. وقال محمد: أحب له أن لا يطأها حتى يستبرئها اهـ. وليس فيه استبراء المولى أصلاً، وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج. قيل قوله تفسير لقول أبي حنيفة، وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق. وصریح قول المصنف لا يؤمر بالاستبراء لا استحباباً ولا وجوباً يخالفه. ثم القياس المذكور لمحمد إنما مقتضاه وجوب الاستبراء فإن أصل قياسه الشراء، وإنما يتعدى بالقياس حكم الأصل وحكمه وجوب الاستبراء، فإن كان المصنف أخذ من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب. وغاية الأمر أن قوله أحب إليّ ظاهر في الاستحباب، ودليله يوجب أن مراده الوجوب، فاعتباره أولى لأن الاستدلال بما لا يطابق الدعوى أبعد من

أولاد في بطون مختلفة هذا الأكبر مني، فإنه ينتفي نسب الباقيين، وإذا انتفى نسبه كان حملاً غير ثابت النسب، وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم. أوجب بأن هذه دلالة، والدلالة إنما تعمل إذا لم يخالفها صريح، والصريح ههنا موجود لأن المسئلة فيما إذا كان الحمل منه فإنه قال رجل زوّج أم ولده وهي حامل منه وإنما يكون الحمل منه إذا قرّبه، وإنما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وإن كان المراد بالفاسد هناك الباطل أيضاً على ما ذكره فخر الإسلام وقال: لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي إنما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل، فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لأن الحرمة في المتقدمتين أهون، أما في الحمل من الزنا فلأن الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر،

(قوله معنى عليه الاستحباب الخ) أقول: أي معنى لفظ عليه الاستحباب دون الوجوب، إلا أنه سيجيء في باب نكاح أهل الشرك التصريح من الشراح بوجوب الاستبراء وجوباً ضعيفاً (قوله إلا على رحم فارغ عن شاغل محترم الخ) أقول: فيه نوع مخالفة لما سبق آنفاً حيث أجابا عن أبي يوسف رحمه الله في مسألة نكاح الحامل من الزنا، ويجوز أن يقال: المراد احترامه لصاحب الماء (قوله لأن نفيه يستلزم نفي الوجوب) أقول: ممنوع كما لا يخفى.

التنزه كما في الشراء. ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمانة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحباباً ولا وجوباً. بخلاف

إطلاق أحب أن يفعل كذا في واجب، وكثيراً ما يطلق المتقدمون: أكره كذا في التحريم أو كراهة التحريم وأحب مقابله، فجاز أن يطلق في مقابله وهو الوجوب. ثم لو أورد على محمد رحمه الله أن التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب النوم لتوهم النجاسة كان له أن يجيب بأن ذلك في غير الفروج، أما فيها فالمعهود شرعاً جعله متعلق الوجوب، ومنه نفس أصل هذا القياس، فإن علة وجوب الاستبراء في التحقيق على المشتري ليس إلا توهم الشغل بالماء الحلال. واعتبار استحداث الملك علة إنما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف، وإن كان الاستدلال من عند المصنف فهو المؤاخذ بعدم المطابقة (قوله ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمانة الفراغ) أورد عليه أنه ممنوع، فإن الحكم بجواز النكاح ثابت في الحامل من الزنا، ومجموع ما ذكر فيه ثلاثة أجوبة: جواب صاحب النهاية بأنه طرد لا نقض، فإن جواز النكاح ثابت في الصورتين بالمقتضى وهو قوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] إلا أن الوطء هناك حرم لوجود الشغل حقيقة كي لا يسقي ماءه زرع غيره فلم يدل جواز النكاح هناك على حل الوطء للحمل، أما هنا لا حمل حقيقة، فلو كان إنما كان حكماً وشرعاً فكان جواز النكاح شرعاً أمانة الفراغ دليل فراغ الرحم حكماً. وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى، فإن مرادنا أنه أمانة الفراغ عن حمل ثابت النسب. أو نقول: هو دليل الفراغ في المحتمل لا فيما تحقق وجوده، وإليه يرجع جواب صاحب النهاية إذا تأملت وهو الأولى: أعني كونه دليل الفراغ في المحتمل ومحل النزاع محتمل، ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعاً فلا موجب لاستحباب الاستبراء، لكن صحته موقوفة على دليل اعتبارها أمانة الفراغ عنه لأن حاصله ادعاء وضع شرعي، والإجماع إنما عفا على مجرد الصحة، أما على اعتبارها دليل الفراغ في المحتمل دون المتحقق فلا. واختار الفقيه أبو الليث قول محمد رحمه الله لأنه أحوط. هذا وعند زفر لا يجوز للرجل أن يتزوجها حتى تحيض ثلاث حيض بناء على أصله وهو وجوب العدة للتزوج بعد كل وطء ولو زنا (قوله وكذا إذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له وطؤها قبل أن يستبرئها عندهما. وقال محمد: لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها) وعند زفر: لا يصح العقد عليها ما لم تحض ثلاث حيض لما قلناه عنه، وقيل يكفي حيضة (قوله والمعنى) أي في حل وطء الزانية إذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد بعده (ما ذكرنا) لهما من أن الصحة أمانة الفراغ في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب، وعند محمد الوطء يوجب توهم الشغل فنستبرأ كالمشترة (قوله ونكاح المتعة باطل وهو أن يقول لامرأة خالية من الموانع (أتمتع بك كذا مدة) عشرة أيام مثلاً أو يقول أياماً أو متعيني نفسك أياماً أو عشرة أيام أو لم يذكر أياماً (بكذا من المال) قال شيخ الإسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت أن يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفي المتعة أتمتع أو أستمتع اهـ. يعني ما اشتمل على مادة متعة. والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط

وأما في المسبية فكذلك على ما روى الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها (ومن وطئ جاريته ثم تزوجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاه) لعدم حدِّ الفراش الذي ذكرناه (فإنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه) أي على المولى أن (يستبرئها) قال الشارحون: معنى عليه الاستحباب دون الوجوب، وذلك لأن اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير، وإنما ذكره المصنف فيقال: إنه أراد به الاستحباب صيانة لمائة، وقد صرح في فتاوى الولواحي بالاستحباب (وإذا جاز النكاح جاز للزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمال الشغل بماء الولي) ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطء حراماً، فإذا احتمل ذلك ثبت التنزه (كما في الشراء) فإن الموجب فيه احتمال الشغل، لكن جواز الإقدام على النكاح أوردت ضعفاً في السبب فيكون مستحباً، ولهما أناقد اتفقنا على جواز النكاح من غير حبل زان، والحكم بجواز النكاح في مثله أمانة فراغ الرحم لأن النكاح لم يشرع إلا على رحم فارغ عن شاغل محترم، وإن كان الرحم فارغاً لا يؤمر بالاستبراء لا استحباباً ولا وجوباً إذ الحكم لا يثبت بلا سبب، وإنما قدم الاستحباب وكان حقه التأخير لأن نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب، إما لأن

الشراء لأنه يجوز مع الشغل (وكذا إذا رأى امرأة تزني فتزوّجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما، وقال محمد: لا أحبّ له أن يطأها ما لم يستبرئها) والمعنى ما ذكرنا. قال (ونكاح المتعة باطل) وهو أن يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك رحمه الله: هو جائز لأنه كان مباحاً فيبقى إلى أن يظهر ناسخه. قلنا: ثبت النسخ بإجماع

الشهود في المتعة وتعيين المدة، وفي الموقت الشهود وتعيينها، ولا شك أنه لا دليل لهؤلاء على تعيين كون نكاح المتعة الذي أباحه ﷺ ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة م ت ع للقطع من الآثار بأن المتحقق ليس إلا أنه أذن لهم في المتعة، وليس معنى هذا أن من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه أن يخاطبها بلفظ أتمتع ونحوه لما عرف من أن اللفظ إنما يطلق ويراد معناه، فإذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا أتمتع بك بل أوجدوا معنى هذا اللفظ، ومعناه المشهور أن يوجد عقداً على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل إلى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دمت معك إلى أن أنصرف عنك فلا عقد. والحاصل أن معنى المتعة عقد موقت ينتهي بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت أيضاً فيكون النكاح الموقت من أفراد المتعة وإن عقد بلفظ التزويج وأحضر الشهود وما يفيد ذلك من الألفاظ التي تفيد التواضع مع المرأة على هذا المعنى. ولم يعرف في شيء من الآثار لفظ واحد ممن باشرها من الصحابة رضي الله عنهم بلفظ تمتعت بك ونحوه والله أعلم (قوله وقال مالك هو جائز) نسبته إلى مالك غلط. وقوله (لأنه كان مباحاً فيبقى إلى أن يظهر النسخ) هذا متمسك من يقول بها كابن عباس رضي الله عنهما^(١) (قلنا قد ثبت النسخ بإجماع الصحابة رضي الله عنهم) هذه عبارة المصنف، وليست الباء سببية فيها فإن المختار أن الإجماع لا يكون ناسخاً، اللهم إلا أن يقدر محذوف: أي بسبب العلم بإجماعهم: أي لما عرف إجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أو هي للمصاحبة: أي لما ثبت إجماعهم على المنع علم معه النسخ.

الخصم يقول به فكان نفيه أهم، وإما ليتصل بقوله بخلاف الشراء فإن الاستبراء فيه واجب. ومن تذكر ما سلف من المسائل يظن لما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المصنف استغناء عنها بما تضمن كلامه فيما سلف، وقوله (بخلاف الشراء) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الشراء بالفارق وهو أن الشراء مع الشغل جائز دون النكاح، فالحكم بجواز النكاح أمانة الفراغ وإلا لكان حكماً بما لا يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء وقوله (وكذا إذا رأى امرأة تزني) ظاهر. وقيل ينبغي أن لا تحل لأن احتمال الشغل قائم، ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح. وأجيب بأنه تعارض الاحتمال لأن احتمال وجود الحل وعدمه، فعند ذلك رجحنا جانب عدم لأصالة ولتقوي الأصالة هنا بعدم حرمة صاحب الماء. قال (ونكاح المتعة باطل) صورة المتعة ما ذكره في الكتاب (أن يقول الرجل لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال) أو يقول خذي مني هذه العشرة لأستمتع بك أياماً، أو متعيني نفسك أياماً أو عشرة أيام أو لم يقل أياماً، وهذا عندنا باطل (وقال مالك هو جائز) وهو الظاهر من قول ابن عباس (لأنه كان مباحاً) بالاتفاق (فيبقى إلى أن يظهر ناسخه. قلنا: قد ظهرنا ناسخه بإجماع الصحابة) وبيان ذلك أنه وردت الأحاديث

(قوله وأجيب بأنه تعارض الاحتمالان) أقول: ويجوز أن يجاب أيضاً بأننا قد اتفقنا على جواز النكاح الخ على ما مر، ويدل على ذلك قول المصنف والمعنى ما ذكرنا (قال المصنف: قلنا ثبت النسخ بالإجماع) أقول: قال ابن الهمام: ليست الباء سببية، فإن المختار أن الإجماع لا يكون ناسخاً إلا أن يقدر محذوف أي بسبب العلم بإجماعهم: أي لما عرف إجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أو هي للمصاحبة أي لما ثبت إجماعهم على المنع علم معه النسخ اهـ. ويجوز أن يريد بثبوت النسخ ثبوته العلمي (قوله فإن قيل: أين الإجماع وقد كان ابن عباس مخالفاً للخ) أقول: هذا نقل النسخ فلا تضر مخالفة ابن عباس. قلنا: نعم، لكن مراد المصنف أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعوا على نقله، ولا يتم ذلك بمخالفته فليتأمل.

(١) موقوف ضعيف. أخرجه الترمذي ١١٢٢ والبيهقي ٢٠٥/٧ كلاهما عن محمد بن كعب عن ابن عباس قال: إنما كانت المتعة في أول الإسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شَيْئُهُ حتى إذا نزلت الآية ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ قال ابن عباس فكل فرج سوى هذين حرام. هذا لفظ الترمذي. وزاد البيهقي: فحرمت المتعة. ومداره على موسى بن عبيدة وهو ضعيف.

وقال ابن حجر في الفتح ١٧٢/٩: خير الترمذي هذا ضعيف وهو شاذ مخالف لما تقدم من علة إباحتها اهـ. قلت: فلم يصح هذا عن ابن عباس والمشهور عنه إصراره على ذلك لذا هاجمه وانتقده جماعة من الصحابة ولكل جواد كبره.

الصحابة رضي الله تعالى عنهم، وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه إلى قولهم فتقرر الإجماع، (والنكاح المؤقت باطل) مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام.

وأما دليل النسخ بعينه فما في صحيح مسلم «أنه ﷺ حرمها يوم الفتح^(١)» وفي الصحيحين «أنه ﷺ حرمها يوم خيبر^(٢)» والتوفيق أنها نسخت مرتين. قيل ثلاثة أشياء نسخت مرتين: المتعة، ولحوم الحمر الأهلية، والتوجه إلى بيت المقدس في الصلاة. وقيل لا يحتاج إلى النسخ لأنه ﷺ إنما كان أباحها ثلاثة أيام فبانقضائها تنتهي الإباحة، وذلك لما قال محمد بن الحسن في الأصل: «بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها^(٣)» وهذا لا يفيد أن الإباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلاثة أيام ولذا قال ثم نهى عنها. وهو يشبه ما أخرجه مسلم عن سبرة بن معبد الجهني قال: «أذن لنا رسول الله ﷺ بالمتعة، فانطلقت أنا ورجل إلى امرأة من بني عامر كأنها بكرة عطاء فعرضنا عليها أنفسنا فقالت: ما تعطيني؟ فقلت ردائي وقال صاحبي ردائي، وكان رداء صاحبي أجود من ردائي وكنت أنا أشب منه، فإذا نظرت إلى رداء صاحبي أعجبها، وإذا نظرت إلي أعجبها، ثم قالت: أنت ورداؤك تكفيني، فمكثت معها ثلاثاً، ثم إن رسول الله ﷺ قال: من كان عنده شيء من هذه النساء التي يتمتع بهن فليخلّ سبيلها^(٤)» فهذا مثله من حيث أنه إنما يدل على أن الإباحة أقامت ثلاثاً لا أنها تعلقت مقيدة بالثلاث فلا بد من النسخ. وفي صحيح مسلم عنه ﷺ «كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة^(٥)»

الدالة على نسخها: منها ما روى محمد ابن الحنفية عن علي بن أبي طالب «أن منادى رسول الله ﷺ نادى يوم خير: ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة» ومنها حديث الربيع بن سبرة قال: «أحل رسول الله ﷺ المتعة عام الفتح ثلاثة أيام، فجئت مع ابن عم لي إلى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة، وكانت بردة ابن عمي أحسن من بردتي، فخرجت امرأة كأنها دمية عطاء فجعلت تنظر إلى شبابي وإلى بردته، فقالت: هلا بردة كبيرة هذا أو شباباً كشباب هذا؟ ثم أثرت شبابي على بردته، فبت عندها، فلما أصبحت إذا منادي رسول الله ﷺ ينادي: ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة، فانتهى الناس عنها» ثم أجمع الصحابة على أن المتعة قد انتسخت في حياة النبي ﷺ فكانت الأحاديث ناسخة والإجماع مظهراً لأن نسخ الكتاب والسنة بالإجماع ليس بصحيح

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٠٦ ح ٢٥ مختصراً وكرره مطولاً وأبو داود ٢٠٧٣ دون قوله: عام الفتح والدارمي ٢١١٦ بمثل لفظ مسلم كلهم من حديث الربيع بن سبرة الجهني عن أبيه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٢١٦ و٥٥٢٣ و٥١١٥ و٦٩٦١ ومسلم ١٤٠٧ وسعيد بن منصور ٤٤٨ وابن أبي شيبة ٢٩٢/٤ والترمذي ١٧٩٤ و١١٢١ والسائي ١٢٦/٦ و٢٠٢/٧ وابن ماجه ١٩٦١ والدارمي ٢١١٧ وأبو يعلى ٥٧٦ وابن حبان ٤١٤٣ ومالك ٥٤٢/٢ والبيهقي ٢٠١/٧ وأحمد ١٤٢/١ - ١٠٣ كلهم من حديث علي بن أبي طالب.

فائدة: قال النووي في شرح مسلم ١٧٩/٩ ما ملخصه: قال المازري: ثبت أن نكاح المتعة كان جائزاً في أول الإسلام، ثم ثبت بالأحاديث الصحيحة، وانعقد الإجماع على تحريمه، ولم يخالف في ذلك إلا طائفة من المعتدلة.

وقال عياض: اتفق العلماء أن المتعة كانت نكاحاً إلى أجل لا ميراث فيها، وفراقها يحصل بانقضاء الأجل من غير طلاق، ووقع الإجماع بعد ذلك على تحريمها من جميع العلماء إلا الروافض وقال أصحاب مالك: لا يحد في نكاح المتعة لشبه العقد اهـ.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٠٥ ح ١٨ عن إياس بن سلمة عن أبيه قال: رخص رسول الله ﷺ عام أوطاس في المتعة ثلاثاً ثم نهى عنها. وأخرج مسلم ١٤٠٤ عن ابن مسعود نحوه.

وصدوره عنده: كنا قفلنا ألا نستخصي اهـ.

وأوطاس: واد في الطائف.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٠٦ وأبو داود ٢٠٧٢ و٢٠٧٣ وابن أبي شيبة ٢٩٢/٤ وسعيد بن منصور ٨٤٧ وابن الجارود ٦٩٨ والدارمي ٢١١٥ وابن حبان ٤١٤٦ وأبو يعلى ٩٣٨ وعبد الرزاق ١٤٠٣٤ والحميدي ٨٥٦ والبيهقي ٢٠٤/٧ والطبراني ٥٢٧ و٦٥٢٩ و٦٥٣٠ من طرق عدة كلهم عن الزهري عن الربيع بن سبرة عن أبيه.

وأخرجه مسلم ١٤٠٦ ح ٢١ وأحمد ٤٠٤/٣ - ٤٠٥ والحميدي ٨٤٧ وابن ماجه ١٩٦٢ وأبو يعلى ٩٣٩ وابن الجارود ٦٩٩ والطحاوي ٢٥/٣ والبيهقي ٢٠٣/٧ من طرق عن عمر بن عبد العزيز عن الربيع بن سبرة عن أبيه مع تغير يسير فيه وقوله: عَطَاء: بسكون الياء هي الطويلة العنق في اعتدال وحسن قوام والعيط: طول العنق. وقوله: بكرة: أي فتية شابة اهـ أفاده النووي في مسلم.

(٥) صحيح أخرجه مسلم ١٤٠٦ ح ٢١ وتقدم في الذي قبله.

والأحاديث في ذلك كثيرة شهيرة. وأما ظاهر الألفاظ التي تعطي الإجماع فما أخرجه الحازمي بسنده إلى جابر «خرجنا مع رسول الله ﷺ إلى غزوة تبوك، حتى إذا كنا عند العقبة مما يلي الشام جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا منهن وهن يظعن في رحالنا، فجاء رسول الله ﷺ فنظر إليهن وقال: من هؤلاء النسوة؟ فقلنا: يا رسول الله نسوة تمتعنا منهن، فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجنتاه وتمعر وجهه، وقام فينا خطيباً فحمد الله وأثنى عليه ثم نهى عن المتعة، فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود إليها أبداً^(١)، وابن عباس صح رجوعه بعدما اشتهر عنه من إباحتها^(٢)، فمما ذكر من رجوعه أن علياً قال له: إنك رجل تائه «إن النبي ﷺ نهى عن متعة النساء»^(٣) وفي صحيح مسلم «أن علياً رضي الله عنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال: مهلاً يا ابن عباس، فإني سمعت رسول الله ﷺ نهى عنها يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الإنسية^(٤)» وهذا ليس صريحاً في رجوعه بل في قوله عليّ له ذلك، ويدل على أنه لم يرجع حين قال له عليّ ذلك ما في صحيح مسلم عن عروة بن الزبير «أن عبد الله بن الزبير قام بمكة فقال: إن ناساً أعمى الله قلوبهم كما أعمى أبصارهم يفتون بالمتعة يعرض برجل فناده فقال: إنك لجلف جاف، فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد إمام المتقين، يريد رسول الله ﷺ، فقال له ابن الزبير: فجرب نفسك، فوالله لئن فعلتها لأرجمنك بأحجارك»^(٥) الحديث، ورواه النسائي أيضاً، ولا تردد في أن ابن عباس هو الرجل المعروض به وكان رضي الله عنه قد كف بصره، فلذا قال ابن الزبير: كما أعمى أبصارهم، وهذا إنما كان في خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة عليّ، فقد ثبت أنه مستمر القول على جوازه ولم يرجع إلى قول علي، فالأولى أن يحكم بأنه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذي عنه أنه قال: إنما كانت المتعة في أول الإسلام، كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه مقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه، حتى إذا نزلت الآية، «إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم» قال ابن عباس:

على مذهب الصحيح. فإن قيل: أين الإجماع وقد كان ابن عباس مخالفاً؟ أجاب بقوله (وابن عباس صح رجوعه إلى قولهم) روى جابر بن زيد أن ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة (فتقرر الإجماع) وقيل في نسبة جواز المتعة إلى مالك نظر لأنه روى الحديث في الموطأ عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن بن محمد بن عليّ عن أبيهما عن عليّ بن أبي طالب «أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية» وقال في المدونة: ولا يجوز النكاح إلى أجل قريب أو بعيد وإن سمي صداقاً وهذه المتعة. وأقول: يجوز أن يكون شمس الأئمة الذي أخذ منه المصنف قد اطلع على قوله له على خلاف ما في المدونة، وليس كل من يروي حديثاً يكون واجب العمل لجواز أن يكون عنده ما يعارضه أو يرجح عليه (والنكاح المؤقت باطل مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام) والذي يفهم من عبارة المصنف في الفرق بينهما شيان: أحدهما وجود لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا آنفاً في نكاح المتعة. والثاني شهود الشاهدين في النكاح المؤقت مع ذكر لفظ التزويج أو النكاح وأن تكون المدة معينة (وقال زفر هو صحيح لازم) لأن التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفاً

(١) ضعيف. أخرجه الحازمي في الناسخ والمنسوخ ص ١٧٩ وفيه عباد بن كثير ضعيف وشيخه عبد الله بن محمد بن عقيل غير قوي أيضاً.

(٢) تقدم قبل قليل رجوع ابن عباس رواه أبو داود وضعفه ابن حجر.

(٣) هذا الأثر. أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/ ٢٤ بإسنادين أحدهما صحيح وفيه: إنك رجل تائه اهـ.

أي مبتكر أو متحيز وهو عند مسلم عن محمد ابن الحنفية أنه سمع علياً يقول لفلان: إنك رجل تائه اهـ.

ولم يسمه مسلم وهو عنده برقم ١٤٠٧ ومثله النسائي ١٢٦/٦.

(٤) صحيح. هو بعض حديث مسلم ١٤٠٧ عن ابن الحنفية عن علي وتقدم تخريجه مستوفياً.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٠٦ ح ٢٧ والبيهقي ٢٠٥/٧ كلاهما عن عروة بن الزبير أن عبد الله بن الزبير قام بمكة. فذكره وزاد البيهقي: يعرض بابن عباس.

تنبيه: ولم يروه النسائي كما وقع للمصنف.

وقال زفر رحمه الله: هو صحيح لازم لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة. ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في

فكل فرج سواهما فهو حرام^(١) اهـ. فهذا يحمل على أنه اطلع على أن الأمر إنما كان على هذا الوجه فرجع إليه أو حكاه، وقد حكى عنه أنه إنما أباحها حالة الاضطراب والعنت في الأسفار. أسند الحازمي^(٢) من طريق الخطابي إلى المنهال عن سعيد بن جبير قال: قلت لابن عباس: لقد سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء قال: وما قالوا؟ قلت قالوا:

قد قلت للشيخ لما طال محبسه يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس
هل لك في رخصة الأطراف آنسة تكون مثواك حتى يصدر الناس

فقال: سبحان الله ما بهذا أفيت وما هي إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للمضطر اهـ. ولهذا قال الحازمي: إنه ﷺ لم يكن أباحها لهم وهم في بيوتهم وأوطانهم، وإنما أباحها لهم في أوقات بحسب الضرورات حتى حرّمها عليهم في آخر سنيّه في حجة الوداع، وكان تحريم تأييد لا خلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة^(٣) (قوله وقال زفر هو جائز) يعني النكاح الموقت هو أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هي ويصح النكاح، فصار كما إذا تزوجها على أن يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط. أما لو تزوج وفي نيته أن يطلقها بعد مدة نواها صح، ولا بأس بتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهاراً دون الليل (قوله ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني) ولذا لو قال: جعلتك وكيلاً بعد موتي انعقد وصية، أو جعلتك وصياً في حياتي انعقد وكالة، ولو أعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرصاً أو لرب المال كان بضاعة: ولا يخفى أن على ما حققناه يكون الموقت من نفس نكاح المتعة فلا يحتاج إلى غير إبداء الناسخ في دفع قول زفر. هذا ومقتضى النظر أن يترجح قوله لأن غاية الأمر أن يكون الموقت متعة وهو منسوخ، لكن نقول: المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه وهو ما ينتهي العقد فيه بانتهاء المدة ويتلاشى، وأنا لا أقول به كذلك، وإنما أقول بنعقد مؤبداً ويلغو شرط التوقيت، فحقيقة إلغاء شرط التوقيت هو أثر النسخ. وأقرب نظير إلى هذا نكاح الشغار وهو أن يتزوج الرجلان كل مولية الآخر على أن يكون بضع كل مهرأ لمولية الآخر صح النهي عنه، وقلنا: إذا عقد كذلك صح موجباً لمهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهي لأننا لم نقل به كذلك موجباً للبضعين مهرين بل على إلغاء الشرط المذكور فلم يلزمنا النهي، فقول زفر مثل هذا سواء. وأما قياسه على ما لو تزوجها على أن يطلقها

لمقتضى عقد النكاح، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (ولنا أنه أتى بمعنى المتعة) بلفظ النكاح لأن معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لأنها لا تحصل في مدة قليلة (والعبرة في العقود للمعاني) دون الألفاظ،

(١) ضعيف تقدم تخريجه قبل قليل انفرد به موسى بن عبيدة وهو واه وقد خالف فيه المشهور عن ابن عباس.
(٢) موقوف حسن. أخرجه الحازمي في الناسخ والمنسوخ ص ١٨٠ وكذا البيهقي ٢٠٥/٧ كلاهما عن سعيد بن جبير عن ابن عباس به.
وفي إسناده الحسن بن عماره متروك كما في التقريب. لكن توبع قالخير حسن.

الخلاصة: ورد عن ابن عباس في هذه المسألة ثلاثة أقوال.

الأول: الإباحة مطلقاً.

الثاني: الإباحة حالة الاضطراب.

الثالث: المنع مطلقاً.

أما الأولان فثابتان عنه وأما الأخير فضعيف وهو شبه لا شيء.

(٣) إلى هنا كلام الحازمي ص ١٧٧.

العقود للمعاني، ولا فرق بين ما إذا طال مدة التأقيت أو قصرت لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد (ومن

بعد شهر فأصل منضم إلى أصول شتى مما اشترط فيه من النكاح شرط مخالف لمقتضى العقد. وكونه غير صحيح من حيث إنه إنما عقد مؤبداً ولذا إذا انقضت المدة لا ينتهي النكاح بل هو مستمر إلى أن يطلقها يندفع بما ذكرنا مما يوجب أن أثر التوقيت في إبطاله مؤقتاً لا في إبطاله مطلقاً. فإن قلت: فلو عقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد هل ينعقد أو لا؟ وإذا لم ينعقد هل يكون من أفراد المتعة؟ فالجواب لا ينعقد به النكاح وإن قصد به النكاح وحضره الشهود، وليس من نكاح المتعة لأنه لم يذكر فيه توقيت بل التأبيد، وإنما كان كذلك لأنه لا يصلح مجازاً عن معنى النكاح لما في المبسوط من أنه لا يفيد ملك المتعة كالإحلال. قال: فإن من أحل لغيره طعاماً أو أذن له أن يتمتع به لا يملكه وإنما يتلفه على ملك المبيع، فكذلك إذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك اهـ. يعني انتفى طريق المجاز الذي بيّناه في أول كتاب النكاح، والله سبحانه أعلم (قوله ولا فرق بين ما إذا طال المدة أو قصرت) نفى لرواية الحسن عن أبي حنيفة أنهما إذا سميا مدة لا يعيشان إليها صح لتأبيده معنى. قلنا: ليس هذا تأبيداً معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت، وقوله لأنه المعين لجهة المتعة يؤيد ما قدمناه من أن النكاح الموقت من أفراد المتعة. هذا وإذا انساق الكلام إلى أن الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس بمقتضى العقد لا يبطل النكاح بل يبطل هو ناسب أن يقرن به الكلام في اشتراط الخيار في النكاح، فإذا تزوج على أنه بالخيار أو هي صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على أن شرط الخيار كالهزل لأن الهزل ثبوت حكمه للحديث «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة»^(١) وقد أسلفنا تخريجه، فشرط الخيار أولى أن لا يمنعه، وإذا لم يمنع ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطاً فاسداً فيبطل. وأما خيار الرؤية فحقيقته لا تتوقف على اشتراطه في موضع يثبت كالبيع، بل إذا اشترى ما لم يره ثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية إجماعاً فلا يتصور ثبوته فيه، ولو فرض اشتراط خيار الفسخ إذا رآها كان شرطاً فاسداً فيبطل، وأما خيار العيب فلا يثبت لأحدهما في الآخر إذا وجد معيباً ببرص أو جذام أو رتق أو قرن أو عفل أو جنون أو مرض فالج أو غيره أياً كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف سوى عيب الجب والعنة فيه على ما يأتي في بابه خلافاً للشافعي في العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص. ولمحمد في الثلاثة الأخيرة إذا كانت بحيث لا تطيق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ. لنا ما روي عنه ﷺ «أنه قال للتي تزوجها فوجد بكسحها يياضاً الحقى بأهلك»^(٢) وهذا من كنايات الطلاق، بل لا يبعد عدّه من صرائحه في عرف العرب بالاستقراء فعرف أنه لا فسخ عن عيب وحجتها أيضاً قول ابن مسعود: لا ترد الحرة عن عيب. وعن عليّ قال: إذا وجد

ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة. وقوله (ولا فرق بين ما إذا طال مدة التأقيت أو قصرت) احتراز عن قول الحسن بن زياد إنهما إن ذكرا من الوقت ما يعلم أنهما لا يعيشان إليه كمائة سنة أو أكثر كان النكاح صحيحاً لأنه في معنى التأبيد، وهو رواية عن أبي حنيفة. وجه الظاهر أن التأقيت معين لجهة المتعة، فإن قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التأبيد لأنه لم يوضع شرعاً إلا لذلك ولكنه يحتمل المتعة، فإذا قال إلى عشرة أيام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى، وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء، واستشكل هذه المسئلة بما إذا شرط وقت العقد أن يطلقها بعد شهر فإن النكاح صحيح والشرط باطل، ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه. وأجيب بأن الفرق بينهما ظاهر لأن الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد

(١) تقدم تخريجه في وإسناده قوي.

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ٢٥٦/٧ - ٢٥٧ وتقدم في ٢١٤ في سنن البيهقي باب جماع العيب في المنكحة رواه من حديث ابن عمر، وقال البيهقي هناك: تفرد به جميل بن زيد. واضطراب الرواة عنه لهذا الحديث. وقال البخاري: لم يصح حديثه. وقال ابن الترمذاني ٢١٤/٧: جميل بن زيد قال عنه ابن معين: ليس بثقة. وقال ابن الجوزي: كان يقول: ما سمعت من ابن عمر شيئاً وكذا قال ابن حبان.

تزوج امرأتين في عقدة واحدة وإحدهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الأخرى) لأن المبطل في إحدهما، بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وعبد في البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط

بأمراته شيئاً من هذه العيوب فالنكاح لازم له إن شاء طلق وإن شاء أمسك. والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم^(١)، فعن عمر أنه أثبت الخيار، وحمله على خيار الطلاق بعيد فإن ذلك ثابت لا يحتاج إلى نقل إثبات عمر إياه، وقول محمد أرجح فيما يظهر، فإن ذكرنا من طريق التخلّص بالطلاق وما أفادته هذه الدلائل إنما هو في تخلّص الرجل، فأما المرأة فلا تقدر عليه وهي محتاجة إلى التخلّص وأمورة بالفرار قال ﷺ «فر من المجذوم فرارك من الأسد»^(٢) والكلام في المسئلة طويل الذيل في المبسوط وغيره يحتمل أنظاراً لسنا بصدها إذ ليست من مسائل الكتاب بل المقصود تميم الفائدة بالفروع المناسبة، وكذا لو شرط أحد الزوجين على الآخر السلامة من تلك العيوب أو من العمى والشلل والزمانة أو شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار له في الفسخ. ومن هذا وكثيراً ما يقع لو تزوّجها بشرط أنها بكر فإذا هي ثيب فلا خيار له، بل إن شاء طلق، وثبت أحكام الطلاق قبل الدخول أو بعده (قوله) ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة وإحدهما لا تحل له) لرضاع أو قرابة محرّمة (صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة، بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وعبد في البيع) حيث لا يصح في العبد لأن قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيبطله، وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (قوله ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند أبي حنيفة. وعندهما يقسم على مهر مثليهما) كأن يكون المسمى ألفاً ومهر مثل المحرّمة ألفان والمحللة ألف فيلزم ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلاث درهم للتي صح نكاحها ويسقط الباقي، ولو كان دخل بالتي لا تحل فالمذكور في الأصل أن لها مهر مثلاً بالغاً ما بلغ والألف كلها للمحللة، قال في المبسوط: وهو الأصح على قول أبي حنيفة. وما ذكر في الزيادات فهو قولهما أن لها مهر مثلاً ولا يجاوز حصتها من الألف، ولو كان صح نكاحهما انقسمت الألف على مهر مثليهما اتفاقاً (قوله وهي مسئلة الأصل) مثل هذا اللفظ يقصده الإحالة على ذلك الكتاب لتتيمم متعلقات المسئلة منه. وحاصل المذكور لهما فيه أن المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلم، وكل ما قوبل بشيئين ولم يسلم فاللازم حصة السالم. بيان تقرر الكبرى شرعاً ما لو اشترى عبيدين بألف. فإذا أحدهما مدبر أو خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت إحدهما دون الأخرى بل ما نحن فيه أولى فإن المحرّمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يحذّ بوطئها مع العلم بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البذل. وله منع كلية الكبرى بل المضموم إلى المحللة إما محل أو لا،

شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبداً، ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحاً والشرط باطلاً. وأما صورة النزاع فالشرط إنما هو في النكاح لا في قاطعه، ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الإجارة. قال (ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة) هذه المسئلة من الأصل أي من المبسوط وصورتها ظاهرة، ومسئلة البيع تأتي في البيوع. وقوله (وعندهما يقسم على مهر مثليهما) يعني إذا كان المسمى ألفاً مثلاً ينظر إلى مهر مثلهما ويقسم المسمى عليهما، فما أصاب حصة التي لا تحل يسقط عن الزوج، وما أصاب حصة الأخرى يثبت عليه. لهما أنه قابل المسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلاً بشيئين فإنما يلزم إذا سلما لمن قابل ولم يسلم ههنا إلا أحدهما فلا يلزمه إلا حصته، كما لو خاطب امرأتين بالنكاح على ألف فأجابت إحدهما دون الأخرى. ولأبي حنيفة أن ضم ما لا يحل إلى ما يحل في النكاح كضم الجدار إلى المرأة فيه في أن كل واحد منهما ليس بمحل للنكاح، ولو فعل ذلك وسمى كان المسمى كله للمرأة، فكذلك ههنا لمن تحل، بخلاف ما إذا خاطبتهما بالنكاح لأنهما قد استويا في الإيجاب، حتى لو أجابنا صح نكاحهما جميعاً فيثبت انقسام البذل بالمساواة في الإيجاب. فإن قيل: إذا لم

(١) راجع هذه الآثار في سنن البيهقي ٢١٤/٧ - ٢١٥ ذكرها مفصلة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٧٠٧ وأحمد ٤٤٣/٢ كلاهما من حديث أبي هريرة.

وهو عجز حديث وصدره: لا عدوى، ولا طيرة، ولا هامة، ولا صُفرُ وفَر من المجذوم كما تقر من الأسد. هذا لفظ البخاري. وروى مسلم ٢٢٣١ عن عمرو بن الشريد عن أبيه قال: كان في وفد ثقيف رجل مجذوم فأرسل إليه النبي ﷺ إنا قد بايعناك فارجع فهذا شاهد للحديث.

فيه، ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسألة الأصل (ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وأن تدعه بجامعها) وهذا عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف أولاً، وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا يسعه أن يطأها وهو قول الشافعي لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة

ففي الأول ينقسم وفي الثاني لا، كما لو ضم جداراً أو حماراً فإن الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمة كذلك، فإن حكم النكاح الحل، فالمحرمة ليست بمحل فلم تدخل والمدير مال فهو محل، ولذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية، وسقوط الحد عنده في وطء المحرمة المعقود عليها من حكم صورة العقد، وسنين وجهه إن شاء الله تعالى في كتاب الحدود لا من حكم انعقاده والانقسام من حكم الانعقاد. والانقسام في المخاطبتين للاستواء في الإيجاب للمحلية، فإنهما لو أجابتا صح نكاحهما معاً وانقسم عليهما. هذا وقد ادعى أن ما في الزيادات من أنه لو دخل بالتي لا تحل كان لها مهر مثلها لا يجاوز حصتها من الألف قول أبي حنيفة، فاستشكل بأنه فرع دخولها في العقد، ودفع بأنه قولهما لا قوله في الأصح، وقوله يجب مهر مثلها بالغاً ما بلغ، وبتقدير التسليم فالمنع من المجاوزة لمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بدخولها في العقد. فأما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد، فالتى تحل هي المختصة بذلك فالحل لها. وقد يورد أيضاً على قوله إن لها مهر مثلها بالغاً ما بلغ أن عدم الدخول في العقد يقتضي أجنيبتها عنه، فبأي وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول في عقد فاسد؟ ويجب بأن وجوبه بالعذر الذي وجب به درء الحد وهو صورة العقد. ويورد على قولهما أيضاً كيف وجب لها حصتها من الألف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد، ولا يجتمع الحد والمهر، ولا مخلص إلا بتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد (قوله ومن ادعت عليه امرأة) لقب المسئلة أن القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند أبي حنيفة ظاهراً وباطناً إذا كان مما يمكن القاضي إنشاء العقد فيه، فلو ادعى نكاح امرأة أو هي ادعت النكاح أو الطلاق الثلاث كذباً وبرهنها زوراً فقضى بالنكاح أو الطلاق نفذ ظاهراً، فتطالب المرأة في الحكم بالقسم والوطء والنفقة، وباطناً فيحل له وطؤها وإن علم حقيقة الحال، ولها أن تمكنه. وقولنا إذا كان مما يمكن القاضي إنشاؤه يخرج ما إذا كانت معتدة الغير أو مطلقته ثلاثاً فادعى أنه تزوجها بعد زوج آخر ونحو ذلك مما لا يقدر القاضي على إنشاء العقد فيه. أما الهبة والصدقة ففي نفاذ القضاء بهما باطناً روايتان إذا ادعى كذباً. وجه المانعة أن القاضي لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض، وقول أبي حنيفة هو قول أبي يوسف الأول وفي قوله الآخر

تكن محلاً للنكاح أصلاً ولم تدخل تحت العقد وجب أن يحد إن دخل بها ولا يحد عنده. أوجب بأن عدم الحد باعتبار ظاهر صورة العقد. وقوله (ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها) هذه المسئلة من الجامع الصغير، وهي ملقبة بين الفقهاء بأن قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ عند أبي حنيفة ينفذ ظاهراً وباطناً. ومعنى نفوذه ظاهراً نفوذه فيما بيننا بثبوت التمكن والنفقة والقسم وغير ذلك، ومعنى نفوذه باطناً ثبوت الحل عند الله تعالى. وأما في الأملاك المرسلة والميراث فإنه ينفذ ظاهراً لا باطناً بالإجماع. وأما في الهبة والصدقة، فعن أبي يوسف فيه روايتان: في رواية ألحقها بالأشربة والأنكحة من حيث أنه يحتاج فيه إلى الإيجاب والقبول وفي أخرى ألحقها بالأملاك المرسلة، وما ذكره في الكتاب من تحرير المذاهب واضح. قالوا (القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة) والخطأ في الحجة يمنع من النفوذ باطناً كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار (ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة عند القاضي) لأن الفرض أنه لم يطلع على شيء مما يجرحهم ومثل هذه الشهود هو الحجة المعتبرة في الشرع (لنعذر الوقوف على الصديق حقيقة) لأن ذلك أمر باطني لا يعلمه إلا الله، فلو اشترط ذلك للقضاء لما أمكن القضاء أصلاً، وإذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهراً وباطناً (بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر) بالأمارات فإن قيل: القضاء إظهار ما كان ثابتاً لا إثبات ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتاً فكيف ينفذ القضاء باطناً؟ أشار إلى الجواب بقوله (بتقديم النكاح) يعني تقديم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء كأنه قال أنكحتك إياه وحكمت بينكما بذلك (قطعاً للمنازعة) فيحل له أن يطأها لثلاث تنازعه طلب الوطء ثانياً.

عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق، بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر، وإذا ابتنى القضاء

وهو قول محمد لا ينفذ باطناً فلا يسعه أن يطأها إذا ادعى كذباً، وإذا كان مدّعي عليه يطلقها وهو قول الشافعي وكما لا تحل للثاني لا تحل للأول فيما إذا ادعت الطلاق الثلاث كذباً فقتضى به وتزوجت آخر عند محمد وعند أبي حنيفة تحل للثاني لا للأول لأن القاضي يملك التطلق على الغير أحياناً، بخلاف المعتدّة وأختها، وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بأن ادّعى أحد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذباً وبرهن زوراً فبفسخ القاضي يفسخ البيع ويحل للبائع وطؤها لو كانت أمة، وكذا لو ادعى بيع الأمة منه ولم يكن باعها فقتضى بها القاضي لمدعي الشراء حلت له، وكذا في دعوى العتق والنسب. وجه تمسكهما في الكتاب ظاهر. وأيضاً القضاء إما إمضاء لعقد سابق أو إنشاء لا يصح الأول لعدم سابق، ولا الثاني لأنه لا إيجاب ولا قبول ولا شهود. ولأبي حنيفة أن القاضي مأمور بما في وسعه، وإنما في وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد أن القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ، ولما لم يستلزم ما ذكر النفاذ باطناً إذ القدر الذي توجبه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطناً إذا كان مخالفاً للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله (وإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح ينفذ) فأفاد اختيار أحد شقي ترددهما وهو أنه إنشاء والمعنى أنه يثبت الإنشاء اقتضاءاً للقضاء بتقديمه عليه، وأفاد بذلك جوابهما عما أبطل به هذا الشق من عدم الإيجاب والقبول والشهود، فإن ثبوته على هذا الوجه يكون ضمناً، ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها إذا كانت قصديات، على أن كثيراً من المشايخ شرطوا حضور الشهود للقضاء للنفاذ باطناً ولم يشترطه بعضهم وهو أوجه، ولو أنهما أبطلوا هذا الشق بعدم التراضي من الجانبين لم يندفع بذلك، ولما كان المقترض ما ثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء إلى تقديم الإنشاء إلا إذا افترقت صحته إلى نفاذه باطناً وليس مفتقراً إليه لثبوته مع انتفائه في الأملاك المرسلة حيث يصح ظاهراً لا باطناً زاد قوله (قطعاً للمنازعة) يعني أن المقصود من القضاء قطع المنازعة، ولا تقطع فيما نحن فيه إلا بتنفيذه باطناً، إذ لو بقيت الحرمة تكررت المنازعة في طلبها الوطء أو طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الإنشاء فكان القاضي قال زوجتكها وقضيت بذلك كقولك هو حر في جواب أعتق عبدك عني بألف حيث يتضمن البيع منه. وذكر الشيخ أكمل الدين أن بعض من حضر عنده من المغاربة منع الحصر وقال يمكن قطع المنازعة بأن يطلقها، قال فأوجبه ما تريد بالطلاق، الطلاق المشروع أو غيره لا عبرة بغيره، والمشروع يستلزم المطلوب إذ لا يتحقق إلا في نكاح صحيح. قال شيخنا سراج الدين: ليس بجواب صحيح، إذ له أن يريد به الطلاق غير المشروع، وكونه لا عبرة به في كونه طلاقاً صحيحاً لا يضر، إذ قد ثبت بذلك أن قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ باطناً ليجب التنفيذ باطناً بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو أن يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ باطناً حينئذ لأنه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر أنه لم ينحصر. والحق أن قطع المنازعة ينتهض سبباً للتنفيذ باطناً فيما إذا كان هو المدعي لأنها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق لا فيما إذا كانت هي المدعية لما ذكر، ففيه

وسألني بعض أذكاء المغاربة حين قدم مصر حاجاً سنة سبع وأربعين وسبعمائة عن هذه المسئلة طاعناً في المذهب. فأجبت بقولهم هذا قطعاً للمنازعة، فقال قطع المنازعة لم ينحصر في الوطء فيطلقها فإنه مخلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة وطء لم يسبقه محلل، فقلت: تعني بالطلاق طلاقاً مشروعاً أو غير مشروع، لا سبيل إلى الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الأول وهو يقتضي النكاح لا محالة، وإمامنا في هذه المسئلة علي. فإنه روى أن رجلاً ادعى على امرأة نكاحاً بين يدي علي وأقام شاهدين فقتضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة: إن لم يكن بدا يا أمير المؤمنين فزوجني منه، فقال علي: شاهداك زوجاك. ولو لم يتنقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها، وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور. فإن قيل: هذا إنما يتم إذا جعل قضاؤه بمنزلة إنشاء العقد وذلك يقتضي أن يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملاً بقوله عليه الصلاة والسلام «لا نكاح إلا بشهود» أوجب بأن بعض مشايخنا ذهبوا إلى ذلك وإليه مال شمس الأئمة السرخسي. وآخرين منهم قالوا: إنشاء النكاح لا يثبت مقصوداً وإنما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن والمقتضى لا تراعى شرائطه التي

على الحجة وأمكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح نفذ قطعاً للمنازعة، بخلاف الأملاك المرسلة لأن في الأسباب تزاحماً فلا إمكان.

قصور عن صور المدعي وهو النفاذ باطناً في العقود والفسوخ. والذي روي عن علي رضي الله عنه وهو أن رجلاً أقام بينة على امرأة أنها زوجته بين يدي علي فقضى علي بذلك. فقالت المرأة: إن لم يكن لي منه بد يا أمير المؤمنين فزوجني منه، فقال: شاهدك زوجاك، يخص ما إذا انحصر قطع المنازعة في التنفيذ باطناً فإنه لو لم ينعقد باطناً لأجابه فيما طلبت للحقيقة التي عندها. والأوجه أن يراد بالمنازعة في قوله قطعاً للمنازعة اللجاج المؤدي إلى الضرر أعم من كونه عند القاضي أولاً فتناول ما إذا ولج الأول في طلبها باطناً بأن يأتيها لقصد جماعها كرها أو باسترضائها وذلك لعلمه بحقيقة الحال والحل الباطن. وفي هذا بعد كونه منشأ مفسدة التقاتل والسفك لكونه عرضة له باطلاع الزوج عليه قبح اجتماع زوجين على امرأة أحدهما سر والآخر جهراً، وكل من الأمرين ينبو عن قواعد الشريعة فلا تنقطع المنازعة على المعنى الذي ذكرناه من الأعمية إلا بالحكم بالنفاذ باطناً وثبوت الحرمة في نفس الأمر بفسخ القاضي فعم الصور ثم على المبتدئ بالدعوى الباطلة وإثباتها بالطريق الباطل إثم يا له من إثم غير أن الوطء بعد ذلك في حل، وقول أبي حنيفة أوجه، وقد استدل على أصل المسئلة بدلالة الإجماع على أن من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذباً وبرهن فقضى به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشتري مع أنه يمكنه التخلص بالعتق وإن كان فيه إتلاف ماله لأنه ابتلى بأميرين فعليه أن يختار أهونهما وذلك ما يسلم له فيه دينه (قوله بخلاف الأملاك المرسلة) أي المطلقة عن تعيين سبب الملك بأن ادعى الملك في هذا الشيء ولم يعين سبباً فإن القضاء به قضاء باليد ليس غير لتزاحم الأسباب: أي تعددها فلا يمكن القاضي تعيين بعضها دون بعض إذ لم تقم حجة بخصوصه، بخلاف ما عين السبب فيه ووقعت الشهادة على تعيينه، والله سبحانه أعلم.

يثبت بها لو كان مقصوداً كما في قوله أعتق عبدك عني بألف درهم وهو الجواب عن سقوط الإيجاب والقبول. وقوله (بخلاف الأملاك المرسلة) أي المطلقة عن إثبات سبب الملك بأن ادعى ملكاً مطلقاً في الجارية أو الطعام من غير تعيين بشراء أو إرث حيث لا ينفذ القضاء إلا ظاهراً بالاتفاق حتى لا يحل للمقضى له وطؤها (لأن في الأسباب تزاحماً) فلا يمكن تنفيذه. بيانه أن في الأسباب كثرة ولا يمكن القاضي تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن مخاطباً بالقضاء بالملك وإنما هو مخاطب بقصر يد المدعى عليه عن المدعي وذلك نافذ منه ظاهراً، فأما أن ينفذ باطناً بمنزلة إنشاء جديد فليس بقادر عليه بلا سبب شرعي، بخلاف النكاح فإن طريقه متعين في الوجه الذي قلنا فيمكنه إثباته وتنفيذه.

باب الأولياء والأكفاء

(وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) وإن لم يعقد عليها ولي يكرأ كانت أو ثيباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف) رحمه الله (أنه لا ينعقد إلا بولي . وعند محمد ينعقد وقوفاً) وقال مالك والشافعي رحمهما الله . لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن مخل بها، إلا أن محمداً رحمه الله يقول: يرتفع الخلل بإجازة الولي .

باب الأولياء والأكفاء

أولى الشرائط المتفق عليها غالباً الشرط المختلف فيه وهو عقد الولي . والولي العاقل البالغ الوارث، فخرج الصبي والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة . الولاية في النكاح نوعان ولاية نذب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرأ كانت أو ثيباً، وولاية إجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرأ كانت أو ثيباً، وكذا الكبيرة المعتوهة والمروقة^(١) . وثبتت الولاية بأسباب أربعة: بالقرابة، والملك، والولاء، والإمامة . وافتتح الباب بالولاية المندوبة نفياً لوجوبها لأنه أمر مهم لاشتتار الوجوب في بعض الديار وكثرة الروايات عن الأصحاب فيه واختلافها .

وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات: روايتان: عن أبي حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقاً إلا أنه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب، ورواية الحسن عنه إن عقدت مع كفاء جاز ومع غيره لا يصح، واختيرت للفتوى لما ذكر أن كم من واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل، ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستثقلاً لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعاً له . وينبغي أن يقيد عدم الصحة المفتي به بما إذا كان لها أولياء أحياء لأن عدم الصحة إنما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعاً لضررهم فإنه قد يتقرر لما ذكرنا، أما ما يرجع إلى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفاء على ما سيأتي إن شاء الله تعالى في فصل الكفاءة وعن أبي يوسف ثلاث روايات: لا يجوز مطلقاً إذا كان لها ولي ثم رجع إلى الجواز من الكفاء لا من غيره، ثم رجع إلى الجواز مطلقاً من الكفاء وغيره . وروايتان عن محمد: اعتقاده موقوفاً على إجازة الولي إن أجازته نفذ وإلا بطل، إلا أنه إذا كان كفاً وامتنع الولي يجدد القاضي العقد ولا يلتفت إليه، ورواية رجوعه إلى ظاهر الرواية . فتحصل أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقاً من

باب الأولياء والأكفاء

آخر بيان الأولياء والأكفاء عن بيان المحرمات وإن كانا شرطي النكاح لأن حل محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق، بخلاف الأولياء والأكفاء والمتفق عليه أولى بالتقديم، وتحرير المذاهب على ما ذكره في الكتاب واضح وأما وجه من لم يجوز بهدون الولي كأبي يوسف في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي فما قال (لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن مخل بها) لأنهن سرعات الاغترار سينتات الاختيار لا سيما عند التوقان . وهو مردود بما إذا أذن لها الولي كما اختاره محمد فإن الخلل ينجبر به فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به . وأيضاً المدعي أن النكاح لا ينعقد بعبارة النساء، فالدليل المطابق بيان الخلل في العبارة والاعتذار بأن هذا التعليل تعليل أن لا يفوض إليهن أمر النكاح مطلقاً من غير نظر إلى أن يأذن الولي أو لا غير دافع لانتفاء

باب الأولياء والأكفاء

(قوله لأن حل محل النكاح) أقول: دليل لقوله آخر بيان الأولياء والأكفاء عن بيان المحرمات (قوله بخلاف الأولياء والأكفاء والمتفق عليه أولى بالتقديم) أقول: ويجوز أن يقال بيان المحرمات مأك إلى رفع الموانع والعدم له تقدم .

ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال

الكفاء وغيره، هذا على الوجه الذي ذكرناه عن أبي يوسف من ترتيب الروايات عنه وهو ما ذكره السرخسي، وأما على ما ذكره الطحاوي من أن قوله المرجوع إليه عدم الجواز إلا بولي، وكذا الكرخي في مختصره حيث قال: وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بولي وهو قوله الأخير فلا، ورجح قول الشيخين لأنهما أقدم وأعرف بمذاهب أصحابنا، لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي والتعليل عليه حيث قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف الخ. وعلى المختار للفتوى لو زوّجت المطلقة ثلاثاً نفسها بغير كفاء ودخل بها لا تحل للأول. قالوا: ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة فإن المحلل في الغالب يكون غير كفاء، وأما لو باشر الولي عقد المحلل فإنها تحل للأول، وإذا جاز من غير الكفاء على ظاهر المذهب فللولي أن يفرق بينهما على ما تذكره في فصل الكفاءة إن شاء الله تعالى. وقال الشافعي رحمه الله: لا يتعقد بعبارة النساء أصلاً أصيلة كانت أو وكيلة (قوله لأن النكاح) شروع في الاستدلال لقول الشافعي ومالك، وهو أن النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج، والتفويض إليهن محل بهذه المقاصد لأنهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار فيخترن من لا يصلح خصوصاً عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهن، فصارت الأنوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبيعتهن مما ذكرنا، فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الأنوثة، ولا شك أنه قاصر عن عموم الدعوى فإنها لو عقدت بإذن الولي لها في رجل معين كقول محمد لا يصح عندهم، والوجه المذكور لا يشملها، ونحن نمنع على الأنوثة ونهيها عن المباشرة ندب كي لا تنسب إلى الوقاحة، بل العلة ليست إلا الصغر على ما سنيين، والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبية، ولا يناط الحكم بالأنوثة إذ ليست ملزمة دائماً ولا غالباً كما هو شأن المظنة، ومجرد الوقوع أحياناً لا يوجب المظنة، وإذا وجد للولي رفعه، وكون ولي يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة إلى من يقوم في دفع العار المستمر عن نفسه، فوقع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها قليل في قليل فانتفت المظنة، وبقي أنها تصرفت في

المطابقة. وأما وجه من جوزه فهو (أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة، ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج) بالاتفاق، وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف. فإن قلت: لا نسلم أنها تصرفت خالص حقها بل في حق تعلق به حق الأولياء ولهذا لا يجوز إذا لم يكن بكفاء. في رواية. قلت: لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه، وأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة فالجواب أن المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الأصلية التي تترتب على النكاح من تملك منافع بضعها واستيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها، وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالعارض من لحوق العار للأولياء. فإن قيل: هذا استدلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ نهى الولي عن العضل وهو المنع، وإنما يتحقق منه المنع إذا كان الممنوع في يده. وأما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» فالجواب أن الآية مشتركة الإلزام لأنه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على أنهن يملكنه، وأن قوله تعالى

(قال المصنف: وينتقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) أقول: أي بعقدها الدال على رضاها (قال المصنف: وإن لم يعقد عليها ولي) أقول: ولم يأذن ولا يبعد أن يراد لم يعقد عليها تسيباً ومباشرة تأمل (قوله وهو مردود بما إذا أذن لها الولي كما اختاره محمد رحمه الله) أقول: قال ابن حجر في شرح البخاري: وتعمد بأن إذن الولي لا يصح إلا لمن ينوب عنه، والمرأة لا تنوب عنه في ذلك لأن الحق لها، ولو أذن لها في إنكاح نفسها صارت كمن أذن لها في البيع من نفسها ولا يصح له ولا يخفى عليك ومن هذا الكلام، فإن النكاح عقد على منافع البضع فتصير هي بالأذن كالمأذون له بأن يؤجر نفسه فتأمل. قال الجلال المحلي الشافعي في شرح المنهاج «لا تزوج المرأة نفسها» بإذن من وليها ولا دون إذنه «ولا غيرها بوكالة» عن الولي ولا بولاية «ولا تقبل نكاحاً لأحد» بولاية ولا بوكالة فطما لها عن هذا الباب، إذ لا يليق بمحاسن العادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره أصلاً، وقد قال الله تعالى ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ وتقدم حديث «لا نكاح إلا بولي» وروى ابن ماجه حديث «لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها» وأخرجه الدارقطني بإسناد على شرط الشيخين اهـ أقول: في قوله فطما لها الخ بحث (قوله وأيضاً المدعي أن النكاح لا يتعقد الخ) أقول: إذا تأملت أدنى تأمل ظهر لك أن هذا الوجه لا يغير الأول في المال هكذا قيل.

ولها اختيار الأزواج، وإنما يطالب الولي بالتزويج كي لا تنسب إلى الوقاحة، ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفاء

خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة، ولهذا كان لها اختيار الأزواج فلا تزوج ممن لا ترضاه. ثم استشعر أن يورد عليه منع أنه خالص حقها وإلا لم يطالب الولي به. فأجاب بأنه إنما يطالب الولي به كي لا تنسب إلى الوقاحة. وهذا كلام على السند وهو غير مفيد إلا لو ساوى وهو منتف، فإن له أدلة أخرى سمعية هي المعول عليها وهي قوله تعالى ﴿فلا تمضواهم أن ينكحن أزواجهن﴾ [البقرة: ٢٣٢] نهى الأولياء عن منعهم من نكاح من يخترنه، وإنما يتحقق

فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن وقوله حتى تنكح زوجاً غيره وقوله أن ينكحن أزواجهن يعارضها. وأما الحديث فساقط الاعتبار لأن ابن جريج سأل الزهري عنه فلم يعرفه، وفي رواية فأنكره، ولأن عائشة عملت بخلافه زوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وذلك يدل على نسخه، ولأنه معارض بقوله عليه الصلاة والسلام «الأيمن أحق بنفسها من وليها» والأيمن اسم لامرأة لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً، هذا هو الصحيح عند أهل اللغة، وإذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف الاستدلال بهما للجانبين وصار إلى المعقول، وهو مروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود. وقوله (وإنما يطالب الولي بالتزويج) جواب عما يقال إذا تصرف في خالص حقها فلم أمر الولي بالتزويج إذا طالبته، وأي حاجة لها إلى طلب التصرف من الولي في خالص حقها. ووجهه أنها بمباشرة هذا التصرف تنسب إلى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجباً عليه صيانة لها عن النسبة إليها. وقوله (ولكن للولي الاعتراض في غير الكفاءة) يعني إذا لم تلد من الزوج. وأما إذا ولدت فليس للأولياء حق الفسخ كي لا يضيع الولد عن يريبه. قال في النهاية: ولكن في مبسوط شيخ الإسلام: وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفاءة فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت أولاداً ثم بدا له أن يخاصم في ذلك فله أن يفرق بينهما، لأن السكوت إنما جعل رضا في حق النكاح في حق البكر نصاً بخلاف القياس، قال: كذا كان مكتوباً بخط شيخه. وقوله (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز في غير الكفاءة) يعني لدفع ضرر العار عن الأولياء. قال شمس الأئمة: وهذا أقرب إلى الاحتياط، فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي، ولا كل قاض يعدل، وهو معنى قوله (لأن كم من واقع لا يرفع ويروي رجوع محمد إلى قولهما) يعني ينعقد نكاحها عنده أيضاً بلا ولي ولا يوقف على الإجازة قال (ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح) إجبار البكر

ولكن لا يخفى عليك أن نفي الجواز بدون الولي أمر ونفيه بعبارتهم أمر آخر، فالرد الأول يرد على أبي يوسف رحمه الله أيضاً بخلاف الثاني (قوله لانتفاء المطابقة) أقول: فيه بحث، فإنه إن أراد انتفاء المطابقة على تقرير المصنف فلا خير، وإن أراد انتفاءها على ما وضعه المعلن فغير مسلم (قوله وأما وجه من جوزه فهو أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله الخ) أقول: أنت خير بأن الخصم يمنع وينازع في أهليتها لهذا التصرف ويقول لم يجعلها الشارع أهلاً له، وقوله لكونها عاقلة الخ لا يدل عليه، فإن العبد العاقل البالغ كذلك وهو محجور عن كثير من التصرفات، وبين المال والبضع فرق (قوله قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه) أقول: أنت خير بأن المنع متوجه إلى الروايتين ظاهراً وغير ظاهراً، ولا يقدح في ذلك قوله ولهذا لا يجوز الخ فإنه تنوير للسند والمنع يتم بدونه، ألا يرى أن للولي حق الفسخ في ظاهر الرواية، فلو لم يتعلق به حق لما كان كذلك (قوله فإن قيل هذا استدلال، إلى قوله: وأما الكتاب فقوله تعالى ﴿فلا تمضواهم أن ينكحن أزواجهن﴾ نهى الولي عن المضل وهو المنع الخ) أقول: وهذا الاستدلال منهم إنما يصح إذا كان الخطاب في لا تمضواهم للأولياء وهو ممنوع، بل الخطاب للأزواج كي لا يبقى الشرط بلا جزء، والتفصيل المشيع في التفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازي (قوله وإنما يتحقق منه المنع إذا كان الممنوع في يده) أقول: إن أراد إذا كان الممنوع في يده شرعاً فليس كذلك عند الخصم، فإن النهي عندهما يقتضي المشروعية على ما يجيء تفصيله في البيع الفاسد، إلا أن يكون مرادهم الإلزام وهو بعيد، وإن أراد غير ذلك فلا يفيد ولا يضرننا (قوله فالجواب أن الآية مشتركة للإلزام) أقول: ويرد أيضاً أن واحداً من هذين الاستدلاليين لا يدل على مطلوب الخصم من عدم الانعقاد بعبارتهم (قوله وإن قوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن) أقول: أي فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف، وتزويجها نفسها من الكفاءة فعل بالمعروف فوجب أن يصح (قوله وقوله أن ينكحن أزواجهن يعارضها) أقول: فإن الله تعالى أضاف النكاح إليهن إضافة الفعل إلى فاعله والتصرف إلى مباشره (قوله ولأن عائشة عملت بخلافه) أقول: قال الشيخ الإمام علاء الدين التركماني في كتابه المسمى بالجوهر النقي في الرد على البيهقي: ثم إن عائشة الراوية للحديث خالفت على ما سيذكره البيهقي في هذا الباب وكذلك الزهري أيضاً روى الحديث ثم خالفه قال صاحب الاستذكار: كان الزهري يقول: إذا تزوجت المرأة بغير إذن وليها جاز، وهو قول الشعبي وأبي حنيفة وزفر اهـ (قوله وذلك يدل على نسخه) أقول: بل يدل على ضعفه ووهته.

وغيره الكفء ولكن للولي الاعتراض في غير الكفء.

المنع ممن في يده الممنوع وهو الإنكاح، وما في السنن عن عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ قال «أيما امرأة أتتكم نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل»^(١) حسنه الترمذي. وقوله ﷺ «لا نكاح إلا بولي»^(٢) رواه

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٠٨٣ والترمذي ١١٠٢.

وابن ماجه ١٨٧٩ والدارمي ٢١٠٦ وابن الجارود ٧٠٠ وعبد الرزاق ١٠٤٧٢ وابن أبي شيبة ١٢٨/٤ والطالبي ١٤٦٣ والشافعي ١١/٢ وأحمد ٤٧/٦ - ٦٥ - ١٦٦ والدارقطني ٢٢١/٣ - ٢٢٥ - ٢٢٦ والطحاوي ٨ - ٧/٣ وابن حبان ٤٠٧٤ والحاكم ١٦٨/٢ والبيهقي ١٠٥/٧ - ١١٣ - ١٢٤ - ١٢٥ والبخاري ٢٢٦٢ من طرق كثيرة كلهم عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عائشة مرفوعاً وتامه: فإنه دخل بها، فلها المهر بما استحل من فرجها، فإنه اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له.

قال الترمذي: حديث حسن. وقد روى الثوري، ويحيى بن سعيد الأنصاري، ويحيى بن أيوب، وغير واحد عن ابن جريج نحو هذا وقد تكلم في هذا الحديث وهو أن إسماعيل بن علقمة روى عن ابن جريج قال: لقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه. وقد ضعف ابن معين رواية ابن علقمة عن ابن جريج وقال: لم يذكر هذا غيره أهـ أي حكاية نسيان الزهري لهذا الحديث. وجاء في تلخيص الجبير ١٥٧/٣ ما ملخصه: وذكر ابن منده أن عشرين من الرواة روه عن ابن جريج وأن ابن جريج لم ينفرد به تابعه معمر وعبيد الله بن زحر.

ولم ينفرد به سليمان بن موسى، بل تابعه موسى بن عتبة، وابن إسحاق، وأيوب بن موسى، وهشام بن سعد، وقره كلهم تابعوا سليمان على الزهري.

ورواه جعفر بن برقان، ومندل، ونوح بن دراج، وأبو مالك الجني عن هشام بن عروة. وعلى هذا فقد توبع الزهري أيضاً على عروة.

وقد أثنى ابن معين على سليمان بن موسى وهو الراوي عن الزهري. وقد ضعف ابن عبد البر، وابن حبان، وابن عدي، والحاكم وغيرهم حكاية ابن علقمة عن ابن جريج في نسيان الزهري لهذا الحديث. وقالوا: وعلى تقدير صحته لا يلزم من نسيان الزهري له وهم سليمان بن موسى لذا ذكر الدارقطني في جزء من حدث ونسي هذا الحديث، وكذا الخطيب، وأطال البيهقي الكلام عليه في السنن، والخلافات، واستنبط الماوردي في الحواشي أدلة، وأحكاماً من هذا الحديث فأفاد اهـ كلام ابن حجر.

وانظر البيهقي في السنن ١٠٧/٧ والكمال لابن عدي ١١٥/٣ وسليمان لم ينفرد به كما ذكر ابن منده فقد تابعه على الزهري جعفر بن ربيعة. أخرجه أحمد ٦٦/٦ وأبو داود ٢٠٨٤ والطحاوي ٧/٣ وحجاج بن أرطاة عند ابن ماجه ١٨٨٠ وأحمد ٢٥٠/١ - ٢٦٠/٦ وابن أبي شيبة ١٣٠/٤

وتابعه أيضاً عبيد الله بن جعفر عند الطحاوي ٧/٣ وحجاج بن أرطاة عند ابن ماجه ١٨٨٠ وأحمد ٢٥٠/١ - ٢٦٠/٦ وابن أبي شيبة ١٣٠/٤ والطحاوي ٧/٣ والبيهقي ١٠٦/٧ - ١٠٧.

وتابعه يزيد بن سنان عند الدارقطني ٢٢٧/٣ وتابعه زمعة بن صالح في علل الترمذي الكبير ٤٣٠/١ كلهم تابعوا سليمان بن موسى على الزهري. فالحديث بمجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الحسن الصحيح.

وانظر كلام ابن حبان في ٣٨٥/٩ والحاكم في ١٦٩/٢ ونصب الرأية ١٨٥/٣ حول هذا الحديث.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٢٠٨٥ والترمذي ١١٠١ والدارمي ٢١٠٤ وابن الجارود ٧٠٤ والدارقطني ٢١٩/٣ - ٢٢٠ والحاكم ١٧٠/٢ والبيهقي ١٠٧/٧ وابن حبان ٤٠٧٧ والطالبي ٥٢٣ والطحاوي ٩/٣ وعبد الرزاق ١٠٤٧٥ وأحمد ٤١٣/٤ - ٤١٨ - ٣٩٤ من عدة طرق كلهم عن أبي إسحاق السبيعي عن أبي بردة عن أبي موسى مرفوعاً.

وأخرجه ابن ماجه ١٨٨٠ والبيهقي ١٠٩/٧ - ١١٠ وأحمد ٢٥٠/١ والدارقطني ٢٢١/٣ - ٢٢٢ والطبراني ١١٢٩٨ - ١١٣٤٣ و١١٩٤٤ كلهم من حديث ابن عباس وفيه ضعف وأخرجه ابن حبان ٤٠٧٦ من حديث أبي هريرة. وفيه صالح بن رستم غير قوي.

وأخرجه الدارقطني ٢٢٥/٣ من حديث ابن مسعود وفيه عبد الله بن محرز متروك.

وأخرجه البيهقي ١١١/٧ من حديث علي وفيه الحارث الأعور غير قوي.

وأخرجه الدارقطني من حديث ابن عمر في ٢٢٥/٣ وفيه ثابت بن زهير وأهـ.

وقد جاء في خير عائشة الذي تقدم تخريجه قبل هذا الحديث وذلك في بعض رواياته عند ابن حبان ٤٠٧٥ وأحمد ٢٦٠/٦ وإسناده حسن. وصدره: لا نكاح إلا بولي.

أقوى هذه الروايات رواية أبي بردة عن أبي موسى وهو المعتمد في هذا الأحاديث، وقد صححه ابن حبان وقال الترمذي عقب حديث أبي موسى: ورواه شعبة، والثوري عن أبي بردة مرسل دون ذكر أبي موسى. ورواية الجماعة عن السبيعي عندي أصح لأن سماعهم من السبيعي كان في أوقات مختلفة وإن كان شعبة، والثوري أحفظ من هؤلاء ثم قال الترمذي: وهو قول ابن المسيب، والحسن، وشريح، والنخعي، وعمر بن عبد العزيز وغيرهم. وبه يقول: الثوري، والأوزاعي وابن المبارك، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق اهـ.

وقال الحاكم بعد أن ذكر كلاماً طويلاً حوله: وهذه الأسانيد كلها صحيحة، ثم نقل عن علي المديني قوله: حديث إسرائيل عن أبي بردة في: لا نكاح إلا بولي صحيح. وكذا صححه محمد بن يحيى الذهلي، والطالبي، وابن مهدي، ووافقه الحاكم عقب حكايته عنهم وكذا الذهبي وكذا البخاري وكذا صححه أحمد فيما حكاه البهائم المقدسي في كتاب العدة شرح العدة ص ٣٩١ وانظر نصب الرأية ١٨٣/٣ - ١٨٤ وشاهده حديث عائشة المتقدم قبله فهذا حديث صحيح.

أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحاديث آخر في ذلك. والجواب، أما الآية فمعناها الحقيقي النهي عن منعهم عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقة لا تمنعهم أن ينكحوا أزواجهن إذا أريد بالنكاح العقد. هذا بعد تسليم كون الخطاب للأولياء وإلا فقد قيل للأزواج فإن الخطاب معهم في أول الآية «وإذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن» [البقرة: ٢٣٢] أي لا تمنعوهن حبساً بعد انقضاء العدة أن يتزوجن، ويوافقها قوله تعالى «حتى تنكح زوجاً غيره» [البقرة: ٢٣٠] لأنه حقيقة إسناد الفعل إلى الفاعل. وأما الحديث المذكور وما بمعناه من الأحاديث فمعارضة بقوله «الأم أحق بنفسها من وليها»^(١) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ. والأيم: من لا زوج لها بكرة كانت أو ثيباً. في كتاب الأمثال لأبي عبيدة في أمثال أكثم بن صيفي: كل ذات بعل ستيم. يضرب لتحول الزمن بأهله، وأنشد قول الأول:

أفاطم إنسي هالك فتبتي ولا تجزعي كل النساء تميم

وجه الاستدلال أنه أثبت لكل منها ومن الولي حقاً في ضمن قوله أحق، ومعلوم أنه ليس للولي سوى مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به، فبعد هذا إما أن يجري هذا الحديث، وما رويوا حكم المعارضة والترجيح^(٢) أو طريقة الجمع، فعلى الأول يترجح هذا بقوة السند وعدم الاختلاف في صحته، بخلاف الحديثين فإنهما إما ضعيفان فحديث «لا نكاح إلا بولي» مضطرب في إسناده في وصله وانقطاعه وإرساله^(٣) قال الترمذي: هذا حديث فيه اختلاف، وسمى جماعة منهم إسرائيل وشريك، ورواه عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى الأشعري عن النبي ﷺ. ورواه أسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى. ورواه أبو عبيدة الحداد عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة ولم يذكر فيه عن أبي إسحاق فقد اضطرب في وصله وانقطاعه. وقد روى شعبة وسفيان الثوري عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة عن النبي ﷺ، وهذا اضطراب في إرساله لأن أبا بردة لم يَرِ النبي ﷺ وشعبة وسفيان أصبغ من كل من تقدم. قال: وأسنده بعض أصحاب سفيان عن سفيان ولا يصح ثم أسند إلى شعبة قال: سمعت سفيان الثوري يسأل أبا إسحاق أسمع أبا بردة يقول: قال رسول الله ﷺ «لا نكاح إلا بولي» قال نعم ولا يخفى أن هذا الكلام إلزامي، أما على رأينا فلا يضر الإرسال، وحديث عائشة^(٤) رضي الله عنها عن ابن جريج

البالغة على النكاح لا يجوز عندنا (خلافاً للشافعي) وهو مذهب ابن أبي ليلى. له أن الصغيرة إذا كانت بكرة تزوج كرها فكذلك البالغة، والجامع بينهما الجهالة بأمر النكاح لعدم التجربة (ولهذا) أي ولكونها جاهلة بأمر النكاح (يقبض الأب صداقها بغير

(قوله لأن السكوت إنما جعل رضا في حق النكاح) أقول: سقوط حق الفسخ لم يكن لجعل السكوت رضا بل لئلا يضيع الولد عن يرى كما لا يخفى.

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٢١ ح ٦٦ وأبو داود ٢٠٩٨ والترمذي ١١٠٨ والنسائي ٨٤/٦ والدارمي ٢١٠٩ وابن ماجه ١٨٧٠ وابن الجارود ٧٠٩ ومالك ٥٢٤/٢ والشافعي ١٢/٢ وسعيد بن منصور ٥٥٦ وأحمد ٢١٩/١ - ٢٤١ - ٢٤٢ والدارقطني ٢٣٩/٣ - ٢٤١ وابن حبان ٤٠٨٤ والطبراني ١٠٧٤٣ و١٠٤٤ و١٠٧٤٥ والبيهقي ٢٢٥٤ كلهم من حديث ابن عباس.

(٢) والجواب: أنه لا معارضة فحديث: لا نكاح إلا بولي. صحيح صححه أئمة هذا الشأن ومعناه والله أعلم: لا نكاح إلا بحضور الولي. وأما حديث ابن عباس فهو يعطيه زمام الأمر لكن بحضور وليها. وهكذا يجمع بين الحديثين. فلا حاجة لتوهين الأحاديث الصحيحة.

(٣) أجاب العلماء عن هذا فيما تقدم وقال ابن حبان أيضاً عقب حديث أبي موسى: سمع هذا الخبر أبو بردة عن أبي موسى مرفوعاً. فمرة كان يحدث به عن أبيه مسنداً، ومرة يرسله، وسمعه أبو إسحاق عن أبي بردة مرسلاً ومسنداً معاً فحدث به مسنداً ومرسلاً، فالخبر صحيح مرسلاً ومسنداً معاً لا شك فيه، ولا ارتياب في صحته اهـ ابن حبان حديثه ٤٠٨٣ وتقدم فيما أورده تصحيح الذهلي له وكذا ابن المديني والبخاري والترمذي والذهبي.

(٤) حديث عائشة تقدم تخريجه مستوفياً قبل حديث أبي موسى المتقدم، وإسناده جيد وتقدم الجواب عن رواية ابن جريج عن الزهري وأنه لم يعرف الحديث، فراجع إن شئت.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يجوز في غير الكفء لأن كم من واقع لا يرفع. ويروى رجوع محمد إلى قولهما (ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح) خلافاً للشافعي رحمه الله. له الاعتبار بالصغيرة

عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها وقد أنكره الزهري. قال الطحاوي: وذكر ابن جريج أنه سأل عنه ابن شهاب فلم يعرفه، حدثنا بذلك ابن أبي عمران: حدثنا يحيى بن معين عن ابن علي عن ابن جريج بذلك. وإما حسن بن علي أن الأصح في الأول وصله لأن الوصل والرفع مقدمان على الوقف والإرسال عند التعارض على الأصح وإن كان شعبة وسفيان أحفظ من غيرهما، لكن حكاية شعبة تفيد أنهم سمعوا من أبي إسحاق في مجلس واحد ظاهراً وغيرهما سمعوه منه في مجالس. وفي الثاني أن الثقة قد ينسى الحديث ولا يعد قادحاً في صحته بعد عدالة من روى عنه وثقته. ولذلك نظائر أشهرها ما روي أن ربيعة ذكر لسهيل بن أبي صالح حديثاً فأنكره، فقال له ربيعة: أنت حدثني به عن أبيك فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثني ربيعة عني، اللهم إلا أن يقال هذا في عدم التكذيب، أما إذا كذبه بأن يقول ما رويت ذلك فنصوا في الأصول على رده. وفي حكاية ابن جريج إيماء إلى ذلك في رواية ابن عدي في الكامل إياها في ترجمة سليمان بن موسى حيث قال: قال ابن جريج: فلقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه، فقلت له: إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك، قال: فأنتى على سليمان خيراً وقال: أخشى أن يكون وهم عليّ اهـ. فهذا اللفظ في عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى نفيه بلفظ النفي. وأما ما ضعفه به من أن عائشة رضي الله عنها راويته عملت بخلافه على ما في الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أنها زوّجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشأم فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلي يفتات عليه في بناته، فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير فقال: إن ذلك بيد عبد الرحمن، وقال عبد الرحمن: ما كنت لأردّ أمراً قضيته، فاستمرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقاً^(١) فأول على معنى أنها أذنت في التزويج ومهدت أسبابه، فلما لم يبق إلا العقد أشارت إلى من يلي أمرها عند غيبة أبيها أن يعقد، يدل على ذلك ما روى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال: كانت عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد، فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها: زوّج فإن المرأة لا تلي عقد النكاح. وفي لفظ: فإن النساء لا ينكحن^(٢). أسنده البيهقي عنه. وعلى كلا التقديرين فالتقدمة للصحيح، وهو ما رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ وهو ما استدللنا به^(٣). وعلى الثاني وهو إعمال طريقة الجمع فإن يحمل عمومها على الخصوص وذلك سائغ، وهذا يخص حديث أبي موسى بعد جواز كون النفي للكمال والسنة، وهو محتمل قوله فإن النساء لا تلي ولا ينكحن في رواية البيهقي. وبأن يراد بالولي من يتوقف على إذنه، أي لا نكاح إلا بمن له ولاية لينفي نكاح الكافر المسلمة والمعتوهة والأمة والعبد أيضاً، لأن النكاح في الحديث عام غير مقيد. وعلى هذا التأويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي وهو ما قدمناه من رواية ابن حبان في فصل الشهادة، ويخص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفء، والمراد بالباطل حقيقته

أمرها، ولنا أنها حرة مخاطبة) لأن الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك (لا يكون للغير عليها ولاية) وقوله (والولاية على الصغيرة) جواب عن قياسه على الصغيرة بالمعارقة، وذلك لأن الولاية على الصغيرة إنما كانت (لقصور عقلها) وفيما نحن فيه ليس بموجود لأنه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الإجبار عليها كالإجبار على الغلام، فإن كان صغيراً جاز لقصور العقل،

(١) موقوف حسن. أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٨/٣ والبيهقي ١١٢/٧ كلاهما من القاسم عن عائشة به وإسناده حسن رجاله ثقات.

(٢) موقوف حسن. أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ١٠/٣ وكذا البيهقي ١١٢/٧ كلاهما عن القاسم عن عائشة به.

ورواية البيهقي من طريق الشافعي: حدثنا الثقة عن ابن جريج به. فتعقبه ابن الترمذي بقوله: قوله الثقة: ليس بحجة. وأيضاً أسنده الطحاوي في اختلاف العلماء فرواه عن ابن القاسم مرسلًا ليس فيه القاسم اهـ.

قلت: هو في شرح معاني الآثار وفيه ذكر القاسم فهو متصل بوجاله ثقات والخبر قوي عن عائشة.

(٣) وهو حديث ابن عباس: الأيم أحق بنفسها. وقد تقدم تخريجه قبل قليل.

وهذا لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها. ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية، والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في

على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفاء أو حكمه على قول من يصححه، ويثبت للولي حق الخصومة في فسحة، كل ذلك سائغ في إطلاقات النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة بينها، على أنه يخالف مذهبهم، فإن مفهومه إذا أنكحت نفسها بإذن وليها كان صحيحاً وهو خلاف مذهبهم، والله سبحانه أعلم. فثبت مع المنقول الوجه المعنوي وهو أنها تصرفت في خالص حقها وهو نفسها وهي من أهله كالمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الأولى (قوله ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح) معنى الإجبار أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أو أبت، ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الإجبار أمو الصغير أو البكارة؟ فعندنا الصغير، وعند الشافعي البكارة، فابنى على هذه ما إذا زوج الأب الصغيرة فدخل بها وطلقت قبل البلوغ لم يجز للأب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة. وعندنا له تزويجها لوجود الصغير. وحاصل وجه قوله أنه ألحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة في ثبوت ولاية إجبارها في النكاح بجامع الجهل بأمر النكاح وعاقبته ونحن نمنع أن الجهل بأمر النكاح هو العلة في الأصل بل هو معلوم الإلغاء للقطع بجوازه عند البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة، مع أن الجهل منتف لأن قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا يسقط ما يمكن أن يقال ليكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم، لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة إن وجدت على المختار، بل تعليق الحكم في الأصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن أهلية أن يرجع إليه في رأي أو يلتفت إليه في أمر ونهي، وهذا الذي ظهر أثره في التصرفات من البيع والشراء والإجازة والافتضاء وغيرها من سائر التصرفات اتفاقاً، على أن الخلاف في الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة، وظاهر كلام الفريقين هناك أن ذلك لم يتحقق في الشرع بعد. ثم لا يخفى أن الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الأشخاص فلا يعتبر أصلاً، بل المظنة والكلام فيها أمي البكارة أو الصغر فقلنا الصغير. أما البكارة فمعلوم إلغاؤها من الصريح والدلالة ونوع من الافتضاء ومقصود الشرع. أما الصريح ففي سنن أبي داود والنسائي وابن ماجه ومسنند الإمام أحمد من حديث ابن عباس رضي الله عنهما «أن جارية بكراً أنت رسول الله ﷺ فذكرت أن أباهما تزوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ»^(١) وهذا حديث صحيح، فإنه عن حسين: حدثنا جرير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس، وحسين هو ابن محمد المروزي أحد المخرج لهم في الصحيحين. وقول البيهقي إنه مرسل لرواية أبي داود إياه من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة مرسلًا، ونقل ابن أبي حاتم عن أبيه تخطئة الوصل لرواية حماد هذه، وابن علية عن أيوب عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلًا، ونسبة الوهم في الوصل إلى حسين لأنه لم يروه عن جرير غيره مردود. أما أولاً فبحجية المرسل الصحيح. وأما ثانياً فقد تابع حسيناً على الوصل عن جرير سليمان بن حرب،

وإن كان بالغاً لا يجوز وصار كالتصرف في المال: أي في مال البكر البالغة فإنه لا يجوز للأب التصرف فيه. وقوله (وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة) جواب عن قوله ولهذا يقبض الأب صداقها. ووجه ذلك أن الظاهر أن البكر تستحي عن قبض

(١) حسن أخرجه أبو داود ٢٠٩٦ وابن ماجه ١٨٧٥ والدارقطني ٢٣٥/٣ والبيهقي ١١٧/٧ كلهم من حديث جرير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس. قال أبو داود بعد أن أسنده في ٢٠٩٧ عن حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة مرسلًا. وكذلك رواه الناس مرسلًا معروفًا به وقال الدارقطني: والصحيح أنه مرسل. وكذا البيهقي حيث قال: روي من أوجه عن عكرمة موصولاً وهو خطأ ثم ساق أسانيداً وبين عللها ونقل عن الأثر قوله: ذكرت هذا الحديث لأحمد وأكرهه أي كونه موصولاً به وتعقبه ابن التركماني فذكر له طرقاً ستأتي وذكره الزيلعي في نصب الراية ١٩١/٣ - ١٩٠ ونقل عن ابن أبي حاتم في علله: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: هو خطأ والصحيح أنه مرسل.

ونقل الزيلعي عن ابن القطان قوله: حديث ابن عباس صحيح. ونقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي قوله: قال الخطيب البغدادي: قد رواه سليمان بن حرب عن جرير عن أيوب به، ورواه أيوب بن سويد عن الثوري عن أيوب موصولاً، وكذا معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن أيوب وأبو هذا فقد توبع جرير. فالحديث أقل درجاته أنه حسن ورجح ابن حجر وصله في التلخيص ١٦١/٣.

كما نقله صاحب التقيح عن الخطيب البغدادي قال: فبرئت عهده، يعني حسيناً وزالت تبعته ثم أسنده عنه قال: ورواه أيوب عن سويد هكذا عن الثوري عن أيوب موصولاً، وكذلك رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن أيوب فزال الريب وصار الحاصل أن عكرمة قال مرة: إن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فأرسل، وذكر مرة أو مراراً الواسطة بينه وبين النبي ﷺ ولا بدع في ذلك. قال ابن القطان: حديث ابن عباس هذا صحيح، وليست هذه خنساء بنت خدام التي زوجها أبوها وهي ثيب فكرهته فرد النبي ﷺ نكاحه، فإن هذه بكر وتلك ثيب اهـ. على أنه روي أن خنساء أيضاً كانت بكراً، أخرج النسائي في سننه حديثها وفيه أنها كانت بكراً^(١) ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت: أنكحني أبي وأنا كارهة وأنا بكر، فشكوت ذلك إلى النبي ﷺ. الحديث، لكن رواية البخاري ترجح^(٢). قال ابن القطان: والدليل على أنهما ثنتان ما أخرجه الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رد نكاح ثيب وبكر أنكحهما أبوهما وهما كارهتان^(٣). قال ابن القطان: وتزوجت خنساء بمن هوته وهو أبو لبابة بن عبد المنذر، صرح به في سنن ابن ماجه فولدت له السائب بن أبي لبابة اهـ^(٤). وهذا الحديث^(٥) وإن كان فيه إسحاق بن إبراهيم بن جرير الطبري وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الذماري فقد رواه عنه أيضاً أبو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصنعاني. وَوَهَّم الدارقطني الذماري نفسه عن الثوري وصوب إرساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلًا، وعلى كل حال يتم به المقصود الذي سقناه له. وأخرج الدارقطني عن شعيب بن إسحاق عن الأوزاعي عن عطاء عن جابر «أن رجلاً زوج ابنته وهي بكر من غير أمرها، فأنت النبي ﷺ ففرق بينهما^(٦)» فهذا عن جابر، ووهم شعبياً في رفعه قال: والصحيح أنه مرسل، وبه يتم

(١) يأتي في الذي بعده.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٣٨ ٥١٣٩ ٦٩٤٥ ٦٩٦٩ وأبو داود ٢١٠١ والنسائي ٨٦/٦ والداودي ٢١١٣ كلهم من حديث خنساء بنت خدام الأنصارية: أن أباهما زوجها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأنت رسول الله ﷺ، فرد نكاحها. روه كلهم بهذا اللفظ، وذكروا أنها كانت ثيباً وكذا رواية النسائي مثل رواية الجماعة.

تنبيه: وأما ما نسب للنسائي من كونها بكراً. فلعله في السنن الكبرى. وهي رواية شاذة كما صرح به الكمال وغيره والمعتمد عند النسائي ما يرويه في الصغرى ولذا أعله ابن حجر في الفتح ١٩٦/٩.

(٣) يشبه الحسن. أخرجه الدارقطني ٢٣٤/٣ والطبراني في المعجم ٢٧٩/٤ كلاهما من حديث ابن عباس.

وقال الهيثمي: في إسناده إسحاق بن إبراهيم بن جوني لم أعرفه وبقيته رجاله ثقات.

وقال الزيلعي في نصب الرأية ١٩٢/٣: قال صاحب التقيح ابن عبد الهادي - إسحاق هو الجوتي - بالثناء - ضعيف لكن لم يتفرد به عن الذماري فقد تابعه مسلم بن محمد الصنعاني عن الذماري وقال الدارقطني: وهم فيه الذماري عن الثوري والصواب عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلًا. وقال البيهقي: هو في عن الثوري والصواب عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلًا. وقال البيهقي: هو في جامع الثوري مرسلًا اهـ راجع كلام البيهقي ١١٧/٧.

(٤) جيد. أخرجه ابن ماجه ١٨٧٣ والدارمي ٢١١٢ والبيهقي ١١٩/٧ كلهم من حديث عبد الرحمن بن يزيد، ومجمع بن يزيد الأنصاريين: أن رجلاً منهم يدعي خداماً أنكح ابنة له، فكرهت نكاح أبيها، فأنت رسول الله ﷺ، فذكرت له، فرد نكاحها، فنكحت أبا لبابة بن عبد المنذر وذكر يحيى أنها كانت ثيباً.

وإسناده قوي رجاله رجال البخاري ومسلم.

وأما قوله: فولدت له السائب بن أبي لبابة.

فقد أخرجه الدارقطني ٢٣١/٣ من حديث أبي سلمة وإسناده حسن.

(٥) الضمير يعود على رواية الدارقطني عن ابن عباس لا على رواية ابن ماجه.

(٦) مرسل. أخرجه الدارقطني ٢٣٣/٣ والبيهقي ١١٧/٧ كلاهما من رواية عطاء عن جابر.

وقال الدارقطني وكذا البيهقي: هذا وهم وقد رواه الأوزاعي عن عطاء مرسلًا كذلك رواه ابن المبارك وعيسى بن يونس عن الأوزاعي عن عطاء مرسلًا. وقال البيهقي: وإن صحح فهو محمول على أنه وضعه في غير كفه.

مقصودنا إما لأنه حجة وإما لأننا ذكرناه للاستشهاد والتقوية، وأحاديث أخر رويت عن ابن عمر^(١) وعائشة^(٢) وإن تكلم فيها. وأما ما استدلوا به من قوله ﷺ «الثيب أحق بنفسها من وليها»، والبكر يستأمرها أبوها في نفسها^(٣)، باعتبار أنه خص الثيب بأنها أحق، فأفاد أن البكر ليست أحق بنفسها منه فاستفادة ذلك بالمفهوم وهو ليس حجة عندنا، ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذي ذكرناه من رده، ولو سلم فنفس نظم باقي الحديث يخالف المفهوم وهو قوله ﷺ «والبكر يستأمرها» الخ، إذ وجوب الاستثمار على ما يفيد لفظ الخبر مناف للإجبار لأنه طلب الأمر أو الإذن، وفائدته الظاهرة ليست إلا ليستعلم رضاها أو عدمه فيعمل على وفقه، هذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم لو عارضه. والحاصل من لفظ إثبات الأحقية للثيب بنفسها مطلقاً، ثم أثبت مثله للبكر حيث أثبت لها حق أن تستأمر، وغاية الأمر أنه نص على أحقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كأنه قال: الثيب أحق بنفسها والبكر أحق بنفسها أيضاً، غير أنه أفاد أحقية البكر بإخراجها في ضمن إثبات حق الاستثمار لها. وسببه أن البكر لا تخطب إلى نفسها عادة بل إلى وليها، بخلاف الثيب، فلما كان الحال أنها أحق بنفسها وخطبتها تقع للولي صرح بإيجاب استثماره إياها فلا يفتات عليها بتزوجها قبل أن يظهر رضاها بالخطاب، ويعضد هذا المعنى الرواية الأخرى الثابتة في صحيح مسلم وأبي داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ «الأيمن أحق بنفسها من وليها»، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها^(٤)، والأيمن من لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً على ما ذكرناه قريباً فإنها صريحة في إثبات الأحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستئذان وذلك لما قلناه من السبب وبه تتفق الروايتان، بخلاف ما مشوا عليه فإنه إثبات المعارضة بينهما وتخصيص المنطوق وهو الأيمن لإعمال المفهوم، مع أن باقي نفس رواية الثيب ظاهرة في خلاف المفهوم على ما قررناه وصريح الرد الذي صح عنه ﷺ كما مر، فلا يجوز العدول عما ذهبنا إليه في تقرير الحديث خصوصاً وهو جمع ظاهر لا بطريق الحمل والتخصيص ولا يدفعه قاعدة لغوية ولا أصلية وفي سنن النسائي عن عائشة رضي الله عنها «أنها أخبرت أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع خسيسته وأنا كارهة، فقالت اجلسي حتى يأتي رسول الله ﷺ، فجاء رسول الله ﷺ فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فجعل الأمر إليها، فقالت:

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢٣٦/٣ من حديث ابن عمر وقال: لا يثبت هذا. والصواب حديث ابن أبي ذئب، وهو أن المزوج للفتاة كان عمها قدامة ابن مطلق لا أبيها. لذا رد رسول الله ﷺ النكاح وقال: البتة أحق بنفسها أه وأما كون المزوج عمها فصحيح.
(٢) حسن. أخرجه النسائي ٨٦/٦ - ٨٧ وابن ماجه ١٨٧٤ والدارقطني ٢٣٢/٣ - ٢٣٣ والبيهقي ١١٨/٧ من طرق عن ابن بريدة عن عائشة قالت: إن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، وأنا كارهة قالت: اجلسي حتى يأتي النبي ﷺ فجاء رسول الله ﷺ، فأخبرته، فأرسل إلى أبيها، فدعاه، فجعل الأمر إليها فقالت: يا رسول الله قد أجرت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم للنساء من الأمر شيء؟
تنبيه: وقع في ابن ماجه: ابن بريدة عن أبيه. والباقون ابن بريدة عن عائشة. وكونه عن بريدة غريب.
قال الزيلعي في نصب الراية ١٩٢/٣ - ١٩٣: قال البيهقي عقبه: هذا مرسل ابن بريدة لم يدرك عائشة وإن صح فهو محمول على أنه زوجها من غير كفاء.

وقال ابن الجوزي: حملة الجمهور على أنه زوجها من غير كفاء. أه.
قلت: وذكر الدارقطني له طرقاً عن ابن بريدة عن عائشة وقال: هذه كلها مراسيل ابن بريدة لم يسمع من عائشة شيئاً أه.
والحاصل أن ابن بريدة ثقة فلعلمه سمعه بواسطة وهو غير بعيد. فالحديث حسن. وهو مرسل صحيح بكل حال. كيف وهو عند ابن ماجه عن ابن بريدة عن أبيه.

وقال البوصيري: إسناده صحيح وقد رواه غير المصنف - أي ابن ماجه - من حديث عائشة وغيرها أه.
فهذه الأحاديث تقوى ببعضها ويعلم أن له أصلاً.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٢١ ح ٦٧ - ٦٨ والحميدي ٥١٧ وأبو داود ٢٠٩٩ والنسائي ٨٥/٦ والدارقطني ٢٤٠/٣ - ٢٤١ والطبراني ١٠٧٤٥ وابن حبان ٤٠٤٨ وأحمد ٢١٩/١ كلهم من حديث ابن عباس وتماه: وإذنها صماتها.

(٤) تقدم قبل قليل تخريجه في ٢٥٩/١.

يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، وإنما أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء^(١)، وهذا يفيد بعمومه أن ليس له المباشرة حقاً ثابتاً بل استحباب. وفيه دليل من جهة تقريره ﷺ قولها ذلك أيضاً، وهو حديث حجة، وما قيل هو مرسل ابن أبي بردة فالمرسل حجة وبعد التسليم^(٢) فليس بصحيح فإن سند النسائي قال: حدثنا زياد بن أيوب عن علي بن غراب عن كهمس بن الحسن بن عبد الله بن بريدة، ورواه ابن ماجه: حدثنا هناد بن السري حدثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن أبيه قال: جاءت فتاة، وحمله على أن ذلك لعدم الكفاءة خلاف الأصل مع أن العرب إنما يعتبرون في الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها. وأما الدلالة فلا ولاية له أن يتصرف في أقل شيء من مال البكر البالغة إلا بإذنها، وكل المال دون النفس فكيف يملك أن يخرجها قسراً إلى من هو أبغض الخلق إليها ويملكه رقبها، ومعلوم أن ذهاب جميع مالها أهون عليها من ذلك فهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع. وأما الاقتضاء فجميع ما في السنة من الصالح والحسان المصرحة باستئذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا إذنها كما في حديث أبي هريرة «لا تنكح البكر حتى تستأذن»^(٣) الحديث، وسيأتي لا يعقل له فائدة إلا العمل على وفقه لاستحالة أن يكون الغرض من استئذناها أن تخالف، فلو كان الإيجاب ثابتاً لزم ذلك وعزى الأمر بالاستئذان عن الفائدة بل لزم الإحالة، ولما لم يكن الاقتضاء المصطلح قلنا فيما تقدم إنه نوع منه فظهر ظهوراً لا مرد له أن إيجاب استئذناها صريح في نفي إجبارها والولاية عليها في ذلك. وأما تحقيق مقصود شرعية العقد فلأن المقصود من شرعيته انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى بينهما ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة. فإذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب أن لا يجوز لأنه حيث عقد لا يترتب عليه فائدته ظاهراً، بخلاف ما إذا لم يكن ذلك ظاهراً ثم يطراً بعد العقد والله. سبحانه أعلم (قوله وإنما يملك الخ) يعني أن العادة جرت بقبض الآباء أصدقة الأبكار ليجهزوهن بها مع أموال أنفسهم من غير معارضة البنات في ذلك لآبائهن، ولا استحياء البنات من المطالبة والاقتضاء فكان الإذن منهن ثابتاً دلالة نظراً إلى ما ذكرنا فمن ذلك يبرأ الزوج بالدفع إليه إلا أن يوجد نهيها صريحاً لأن الدلالة لا تعتبر مع الصريح بخلاف متعلقها. ومن فروع قبض الأب صداقها أنه لا يملك إلا قبض المسمى حتى لو كانت بيضا لا يلي قبض السود وبالعكس لأنه استبدال ولا يملكه. قال الحلواني: هذا مذهب علمائنا. وعن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك وهو أرفق بالناس. وفي الفتاوى الصغرى: وإن قبض الضياع: يعني بدل المسمى لا يجوز إلا في مكان جرت العادة فيه بذلك كما في رسائقتنا يأخذون ببعض المهر ضياعاً، هذا إذا كانت كبيرة بكراً، فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لأنه بيع والأب يملك بيع مال بنته الصغيرة. وفي التوازل: وإن كان في بلد يتعارفون قبض الضياع بأضعاف قيمتها جاز لأنه قبض المهر بحكم العرف وليس شراء في الحقيقة، وللأب أن يطالب بالمهر وإن كانت الزوجة صغيرة لا يستمتع بها، بخلاف النفقة لأنها جزء الاحتباس، ووجوب المهر حكم نفس العقد. والجد عند عدم الأب كالأب، ولا يملك غيرها قبض المهر ولا الأم إلا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة، حتى لو قبضت الأم بلا وصاية فكبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الأم، كذا ذكر. وفي جوامع الفقه زاد: للقاضي قبض صداق البكر صغيرة كانت أو كبيرة إلا إذا زفت. ولو طلب الأب

صداقها وأن الأب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها بذلك مع مال نفسه ليعت بها إلى زوجها فكان ذلك إذناً دلالة (ولهذا لا يملك مع نهيها) لأن الدلالة تبطل بصريح يخالفها. وقوله (وإذا استأذنها الولي) ظاهر.

(١) تقدم قبل حديث مسلم المتقدم.

(٢) أي وبعد التسليم أن المرسل حجة عندنا. فلم يثبت كونه مرسل بل جاء مرفوعاً من وجه آخر وهذا يؤكد كونه مستنداً متصلاً اهـ هذا منها كلام المصنف وتقدم في تخريجي للحديث ما يدل على ذلك والله أعلم.

(٣) صحيح. سيأتي بعد حديث واحد أو حديثين.

المال، وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها. قال (وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت

مهرها، أعني البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها: يعني فلا تملك قبضه، لأنها خرجت عن حكم الأبكار وقال الأب بل هي بكر في منزلي فالقول قول الأب لأن الزوج يدعي حادثاً بلا بينة، فإن قال الزوج حلقه أنه لم يعلم أنني دخلت بها قال الصدر الشهيد يحتمل أن يحلف وهو صواب لأن الأب لو أقر بذلك صح إقراره في حق نفسه حتى لم يكن له أن يطالب بالمهر وكانت المطالبة للبنت فكان التحليف مفيداً. قال: ورأيت في أدب الخصاص بأنه لا يحلف، ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للأب ولا بينة غير أن الأب أقر أنه قبضه إن كانت البنت بكراً وقت الإقرار صدق أو ثيباً فلا، لأن إقراره حالة البكارة في حال ولاية قبضه بخلاف حال الثبوبة، ولا يشكل عدم تصديقه حال الثبوبة إذا كانت كبيرة، فلو كانت صغيرة صدق، ولو تزوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعته إلى أبيك وأنت صغيرة وصدقه الأب لا يصح إقراره عليها اليوم، ولها أن تأخذ المهر من الزوج، وليس للزوج أن يرجع على الأب لأنه أقر باستحقاقه القبض إلا إن قال عند القبض المهر أخذته منك على أن أبرأتك من صداق بنتي، فحينئذ لا يرجع عليه إذا أنكرت (قوله وإذا استأذنها فسكتت الخ^(١)) ظاهر حكماً ودليلاً، والمراد بالسكوت الاختياري، فلو أخذها سعال أو عطاس أو أخذ فمها فخلصت فردت ارتد، ولا فرق بين العلم والجهل. في التجنيس: حتى لو تزوجها أبوها فسكتت وهي لا تعلم أن السكوت رضا جاز، ولو تسمت يكون إذناً في الصحيح، وما حكاه بقوله وقيل إذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا، وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره، وإذا بكت بلا صوت لا يكون رداً اختير للفتوى. وعن أبي يوسف في البكاء أنه رضا لأنه لشدة الحياء. وعن محمد رد لأن وضعه لأظهار الكراهة. والمعول عليه اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك، فإن تعارضت أو أشكل احتيط، وعن هذا ما اعتبر بعضهم من أن دموعها إن كانت حارة فهو رد أو باردة فهو رضا، لكنه اعتبار قليل الجدوى أو عديمه، إذ الإحساس بكيفيتي الدمع لا يتهياً إلا لخد الباكي، ولو ذهب إنسان يحسه لا يدرك حقيقة المقصود وليس بمعناد ولا يطمئن به القلب، إلا أنه كذا ذكر. وذكر شيخ الإسلام وغيره مسائل اعتبرت السكوت فيها رضا منها هذه، وضممت إليها ما تيسر وقد جمعتهما في هذه الآيات سهيلاً لحفظها:

قبض الأيمن صداقها إذن
في فاسد وإذا اشترى قن
كان الخيار له كذا سنوا
وأبو الوليد إذا انقضى الزمن
ينفى به الإسكان إذا ضنوا
أو وضع مال ذا له يرنو
غير الأيمن بذلك قد منوا
نسب شراه من به ضغن
هذا متاعى بعه يا معن
وتصرفوا زمناً فلم يدنو

سكوت بكر في النكاح وفي
قبض المملك والمبيع ولو
وكذا الصبي وذو الشراء إذا
مولى الأسير يباع وهو يرى
وعقيب شق الزق أو حلف
وعقيب قول مواضع نمضي
وبلوغ جارئة وزوجهما
وكذا الشفيع وذو الجهالة في
وإذا يقول لغيره فسكتت
وإذا رأى ملكاً يباع له

(١) ذكر صاحب الهداية ههنا حديثاً غريباً لا وجود له في كتب الحديث لذا قال الزيلعي في ٣/ ١٩٤ غريب بهذا اللفظ. ووافقه الكمال فأعرض عنه حيث لم يذكره أصلاً والحديث: البكر تستأمر في نفسها فإن سكنت فقد رضيت. لكن معناه الحديث الذي سيأتي بعد قليل وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٦٢: لم أره بهذا اللفظ.

فهو إذن) لقوله ﷺ «البكر تستأمر في نفسها، فإن سكنت فقد رضيت» ولأن جنبه الرضا فيه راجحة، لأنها تستحي عن إظهار الرغبة لا عن الرد والضحك أدل على الرضا من السكوت، بخلاف ما إذا بكت لأنه دليل السخط والكرهية. وقيل

قولي سكوت بكر يشتمل ما قبل النكاح وما بعده: أعني إذا زوّجها فبلغها فسكنت، وقبض المملك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به إذا قبض بمرأى من المملك فسكت كان قبضاً معتبراً يثبت به الملك، وكذا المبيع ولو في بيع فاسد إذا قبضه المشتري بمرأى من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع إياه إلى استيفاء الثمن فليس له أن يسترده بل يطالب بالثمن. وفي كتاب الإكراه لا يكون إنذاراً صحيحاً في الفاسد. وإذا اشترى قن: يعني إذا اشترى العبد شيئاً بحضرة سيده فسكت كان إنذاراً. قال الحلواني: لكن نفس ما وقعت الرؤية فيه لا يجوز بل ما بعده، والصبي إذا اشترى أو باع بمرأى من وليه فسكت كالعبد، وذو الشراء: أي المشتري عبداً إذا كان له الخيار فرأى العبد يبيع أو يشتري فسكت سقط خياره لأن الإذن فرع نفاذ البيع. ومولى الأسير: أي العبد الذي أسر إذا ظهر على دار الحرب فوقع في سهم مسلم كان مولاه أحق به بالقيمة، فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له أن يأخذه. وأبو الوليد إذا سكت ولم ينهه حتى مضت أيام التهنتة على الخلاف في مقدار زمنه أهو الأسبوع أو مدة النفاس لزمه فلا ينتفي بعد، والسكوت عقيب شق رجل زفه حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال وعقيب الحلف على أن لا أسكن فلانا وفلان ساكن فيحنت، فإن قال عقبه اخرج فأبى لم يحنت. وعقيب قول مواضع أي رجل واضع غيره على أن يظهر بيع تلجئة ثم قال بدا لي أن أجعله بيعاً نافذاً بمسمع من الآخر فسكت ثم عقد كان نافذاً. وعقيب وضع رجل متاعه بحضرته وهو ينظر إليه يكون قبولاً للوديعة فيلزمه حفظها ويضمن بتركه. والشفيع إذا بلغه بيع ما يشفع فيه فسكت كان تسليمياً، وذو الجهالة: أي مجهول النسب إذا بيع فسكت فهو إقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية إلا ببينة، زاد الطحاوي في اعتبار سكوته رضا. وقيل له قُم مع سيدك فقام. وإذا يقول رجل لغيره بَعْ متاعي فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولاً للوكالة فلا يكون بيع فضولي، وليس في فروع هذه ما في الجوامع: لو استأمر بنت عمه لنفسه وهي بكر بالغة فسكت فزوّجها من نفسه جاز، لأنه صار وكيلاً بسكوتها. وإذا رأى ملكاً له منقولاً أو عقاراً يباع فسكت حتى قبضه المشتري وتصرف فيه زماناً سقط دعواه إياه ذكره في منية الفقهاء وغيرها، بخلاف ما لو كان سكوته عند مجرد البيع فإنه لا يكون رضا اعترافاً بأن لا حق فيه عندنا خلافاً لابن أبي ليلى. والتي زدتها مسألة الوديعة، والاستقراء يفيد عدم الحصر وهذه المشهورة المحصورة (قوله وإن فعل هذا) أي الاستئذان (غير ولي) بأن كان الأب كافراً أو عبداً أو مكاتباً (أو ولي غيره أولى منه) كالأخ مع الأب (لم يكن) سكوتها ولا ضحكها (رضا) بل نطقها به وهذا يشمل رسول الولي فأخرجه آخر بقوله، بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي لأنه قائم مقامه فيكون سكوتها عند استئذانه رضا. وعن الكرخي: يكفي سكوتها وإن كان المستأمر أجنبياً لأن استحياءها منه أكثر منه مع الولي قلنا: السكوت فيه له ظاهر آخر وهو قلة الالتفات إلى كلامه فصار محتملاً على السواء فلم يقع دلالة علي الرضا إلا للحاجة وهي تندفع باعتباره مع الأولياء لأنهم هم المزوجون غالباً فكان اعتباره في محل الحاجة، بخلاف غيرهم إذ لا يعتبر المحتمل في غير محل الحاجة، وإنما كان حاجة لأنها لا تنطق، فلو لم يكنف بالمحتمل تعطلت مصالحها، وهذا يقتضي أنه مع الأولياء أيضاً محتمل على السواء، وينافيه قوله لأن جنبه الرضا فيه غالبية فكان الأولى الاقتصاد على قوله فلم يقع دلالة على الرضا. وقول

وقوله (وإن فعل هذا) يعني الاستئذان والاستئذان (غير ولي) وهو الأجانب أوقرب ليس بولي بأن كان كافراً أو عبداً أو مكاتباً (أو ولي غيره أولى منه) كاستئذان الأخ مع وجود الأب (لا يكون رضا حتى تتكلم به لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا) وقوله (ولو وقع) أي السكوت دليلاً (فهو) دليل (محتمل) يحتمل الإذن والرد (والاكتماء بمثله) في الدلالة (للحاجة ولا حاجة في حق غير الأولياء) لأنه فضولي، أو في حق ولي غيره أحق لعدم الالتفات إلى كلامه (بخلاف ما إذا المستأمر رسول الولي لأنه قائم مقامه) وقوله (ويعتبر في الاستئذان تسمية الزوج) يعني إذا استأمر فلا بد أن يسمى الزوج على وجه

إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا، وإذا بكت بلا صوت لم يكن رداً. قال (وإن فعل هذا غير ولي) يعني استأمر غير الولي (أو ولي غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به) لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا، ولو وقع فهو محتمل، والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الأولياء، بخلاف ما إذا كان

المصنف: ولو وقع كان محتملاً، ظاهر العبارة: ولو وقع دلالة كان محتملاً إن أراد احتمالاً مساوياً لم يصح جعله دلالة، وإن أراد مرجوحاً كان الرضا مظنوناً فهو دلالة فيكون كافياً مطلقاً لا يتقيد بحالة كون المستأمر ولياً. فإن قيل: يشكل على هذا الحكم المذكور إطلاق قوله ﷺ «إذنها أن تسكت»^(١) ونحوه من غير تقيد بكون المستأمر ولياً. يتقيد بالعرف والعادة وهي أن المستأذن للبكر ليس إلا الولي بل لا يخلص إليها غيره (قوله ويعتبر في الاستثمار) أي يعتبر في كون السكوت رضا في الاستثمار (تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لها) إما باسمه كأزواجك من فلان أو فلان أو في ضمن العام لا كل عام نحو من جيراني أو بني عمي وهم محصورون معروفون لها لأن عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا معارض، بخلاف من بني تميم أو من رجل لأنه لعدم تسميته يضعف الظن. ولزوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه، والأصح الصحة، وينبغي تقيد به إذا كان الزوج حاضراً أو عرفته قبل ذلك ولو زوجها^(٢) بحضرتها بغير كفاء فسكتت لم يكن رضا في قول محمد بن سلمة، وهو قول أبي يوسف ومحمد. قال الفقيه أبو الليث: وهو يوافق قولهما في الصغيرة (قوله ولا يشترط تسمية المهر) أي في كون السكوت رضا، وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة، والصحيح الأول لأن النكاح صحة بدونه. وصحح في شرح الوافي أن المزوج إن كان الأب أو الجد لا يشترط وإلا اشترط، لأن الأب لو نزل عن مهر المثل لا يكون إلا لمصلحة تربو عليه، فإن سمي المهر أقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا اهـ. والأوجه الإطلاق، وما ذكر من التفصيل ليس بشيء لأن ذلك في تزويجه الصغيرة بحكم الجبر، والكلام في الكبيرة التي وجبت مشاورته لها والأب في ذلك كالأجنبي لا يصدر عن شيء من أمرها إلا برضاها، غير أن رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا. ومقتضى النظر أن لا يصح بلا تسمية المهر لها لجواز كونها لا ترضى إلا بالزائد على مهر المثل بكمية خاصة، فما لم تعلم ثبوتها لا ترضى، وصحة العقد بلا تسمية هو فيما إذا رضيت بالتفويض وقنعت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت، وكون الظاهر من الأب أن لا يتركه إلا لما يربو عليه لا يقتضي رضاها بتركه لتلك المصلحة فقد لا تختار ذلك، والكلام في البكر الكبيرة، والمسئلة المعروفة فيه من قول أبي حنيفة إنما هو في الصغيرة، أما الكبيرة فنفاذ تزويج الأب موقوف على رضاها كالوكيل، غير أن سكوتها

تعرفه، أما إذا أبهم وقال إني أزواجك رجلاً فسكتت لا يكون السكوت رضا (ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح) وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتأخرين لا بد من تسمية المهر في الاستثمار لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة. وجه الصحيح ما ذكره أن للنكاح صحة بدونه فلا يحتاج إلى ذكره (ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا) من كونه رضا. وكان محمد بن مقاتل يقول: إذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص، فأما إذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد لأن الحاجة ههنا إلى الإجازة، والسكوت لا يكون إجازة لأن هذا ليس في معنى المنصوص عليه فإن السكوت عند الاستثمار لا يكون ملزماً لتمكنها أن ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزماً فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت، لكننا نقول هذا معنى المنصوص لأن لها عند الاستثمار جوابين: لا، ونعم. فيكون سكوتها دليلاً على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من إظهار الرغبة في الرجال وهو موجود فيما إذا بلغها العقد، وهو معنى قوله لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف.

(١) صحيح هو الآتي.

(٢) (قوله ولو زوجها) إلى آخر العبارة: هذه زيادة ثبتت في نسخة وسقطت من أخرى فحررها كنه مصححه.

المستأمر رسول الولي لأنه قائم مقامه، ويعتبر في الاستمرار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه (ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح) لأن النكاح صحيح بدونه، ولو زوجها قبلها الخبر فسكتت فهو على

جعل دلالة شرعاً، فإذا عارضه ترك التسمية أو تسمية الناقص صار محتملاً على السواء لكونه للرضا أو لخوف الرد عليه مع عدمه فلا يثبت الرضا به، وفي غيره ليس الاحتمال متساوياً بل الراجح جنبه الرضا، فما اكتفى إلا بالمظنون على ما ذكرناه آنفاً. وقد يقال: سكوتها إذا لم يسم لها الولي مهرأ مع علمها بأنه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها تفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر، لكن يدفع بأن علمها بأن سكوتها رضا مع عدم التسمية بكل مهر هو محل النزاع فلا يلزم علمها. وفي التجنيس في باب ما يكون رضا وإجازة: إذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت، إن وهبها يعني إن فوضها ينفذ النكاح، وإن زوجها بمهر مسمى لا ينفذ، لأنه إذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به، وإذا سمى مهرأ فتمامه به أيضاً. وهو فرع اشتراط التسمية في كون السكوت رضا، ويجب كون الجواب في المسئلة الأولى مقيداً بما إذا علمت بالتفويض تفريعاً على القول الآخر (قوله ولو زوجها قبلها الخبر فهو على ما ذكرنا) من أنها إن سكنت أو ضحكت بلا استهزاء أو بكت بغير صوت فهو رضا وإلا فلا اهـ. وقال ابن مقاتل: لا يكون السكوت بعد العقد رضا لأن كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص، وأما بعده فالحاجة إلى الإجازة والسكوت لا يكون إجازة لأنه ليس في معنى المنصوص، فإن السكوت عند الاستمرار ليس ملزماً وبعده إذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت. وعن أبي يوسف: السكوت بعد العقد رد ذكره في البدائع، قال: وهو قول محمد، والأصح الأول لأن وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده، فكما كان إذا قبله لدلالته على الرضا وجب أن يكون إجازة بعده لدلالته عليه، ولا أثر للفرق بكونه ملزماً وعدمه على أن الحق أنه ملزم في كل منهما، غير أنه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستأذن. فإن قيل. يوجه قول ابن مقاتل ورواية أبي يوسف بالنص وهو رواية الأئمة الستة عن أبي هريرة عنه عليه السلام قال «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذن؟ قال: أن تسكت^(١)» فهذا صريح في منع النكاح قبل الاستئذان فالجواب أن الاتفاق على أنها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقاً جاز النكاح مع أنه متناول ظاهر النهي، فعلم أن الاتفاق على أن المراد بالنهي المنع عن تنفيذ العقد عليها وإبرامه قبل إذنهما، وإنما الخلاف في أن الإجازة بعد العقد بماذا تكون، فقلنا: دل النص على كونها بما كان الإذن به قبله، ولا يعارضه النهي المذكور بعد الاتفاق، على أن المراد منه ما ذكرنا، وعلى هذا فرعوا أنه لو استأذنها في معين

وقوله (ثم المخبر إن كان فضولياً) اعلم أن محل الخبر إذا كان في حقوق العباد فهو على ثلاثة أقسام: ما فيه إلزام محض كالبيع والأشربة والأملاك المرسلة ونحوها، وما ليس فيه إلزام أصلاً كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والإذن في التجارات ما أشبه ذلك، وما فيه إلزام من وجه دون وجه كالتنكح فيها وأخواتها كعزل الوكيل وحجر المأذون وإخبار المولى بجناية عبده ونحوها. فالأول يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والإسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة. والثاني يشترط فيه التمييز دون العدالة. والثالث إن كان المبلغ رسولاً أو وكيلاً لم يشترط فيه العدالة لأنه قائم مقام غيره، فلو أخبر الغير بنفسه لم يشترط فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق، وإن كان فضولياً يشترط فيه أحد شطري الشهادة: إما العدد أو العدالة عند أبي حنيفة، وعندهما هو نظير القسم الثاني في اشتراط أن يكون المخبر معيماً سواء كان عدلاً أو لم يكن، وموضع ذلك أصول الفقه (ولو

(قوله وإخبار المولى بجناية عبده) أقول: الأظهر أن يقول: وجناية العبد.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٣٦ و٦٩٦٨ و٦٩٧٠ ومسلم ١٤١٩ وأبو داود ٢٠٩٣ و٢٠٩٢ والترمذي ١١٠٧ والنسائي ٨٥/٦ وابن ماجه ١٨٧١ والدارمي ٢١٠٨ وابن الجارود ٧٠٧ والدارقطني ٢٣٨/٣ والبيهقي ١١٩/٧ وعبد الرزاق ١٠٢٨٦ وأحمد ٢٥٠/٢ و٢٧٩-٢٨٥-٢٨٤ ٤٣٤ كلهم من حديث أبي هريرة.

ما ذكرنا لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف، ثم المخبر إن كان فضولياً يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، ولو كان رسولاً لا يشترط إجماعاً وله نظائر (ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول) لقوله ﷺ «الثيب تشاور» ولأن النطق لا يعد عيباً منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها (وإذا زالت

فردت ثم زوجهها منه فسكتت جاز على الأصح، بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت حيث لا يجوز لأن العقد بطل بالرد فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ، ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما إذا زوج قبل الاستئذان، إذ غالب حالهن إظهار النفرة عند فجأة السماع. هذا والأوجه عدم الصحة لأن الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا، ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريده ولم ترد على هذا لا يجوز النكاح للإخبار بأنها على امتناعها.

[فروع] ولو زوجهها وليان مستويان كل من واحد فسكتت، فعن محمد بطلا كما لو أجازتهما معاً وهو القياس لأن سكوتها رضا. وظاهر الجواب أنهما يتوقفان حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل، ونقله في البدائع عن محمد فعنه حيثنذ روايتان. ولو زوجهها من رجل فبلغها فردت ثم قالت في مجلس آخر بعد ما قال لها إن أقواماً يخطبونك: أنا راضية بما تفعل فزوجهها من الأول لا ينفذ عليها إلا بإجازة مستقبله لأن تقدير كلامه إذا رغبت عن فلان فإن أقواماً آخرين يخطبونك فلا ينصرف رضاها الآن إلى ما يعم الأول، وهذا كمن طلق امرأته ثم قال لرجل إني كرهت فلانة فطلقتها فزوجني بامرأة ترضاها فزوجه المطلقة لا يصح. وكذا إذا باع عبداً ثم وكل رجلاً بشراء عبد فاشتري له الأول لا يصح، ولو زوجهها فبلغها فقالت لا أريد النكاح فهو رد على الأصح، وقولها غيره أحب إليّ قبل العقد رد، وبعده إذن لأنه محتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك، كذا في الوقعات. وقولها ذلك إليك إذن، وقولها أنت أعلم ليس بإذن لأنه تعريب قولها أو يقاربه بالفارسية «توبه دان» ولو استأذنها فقالت لا يكون إذن لأنه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه. وحقيقة توبه دان أنت بالمصلحة أخبر أو بالأحسن أعلم، وهذا اختيار الفقيه أبي الليث، بخلاف قولها ذلك إليك فإنه إذن لأنه إنما يذكر للتوكيل، ولا يخفى أن مسئلة: غيره أحب إليّ مشكلة، ولا يخفى ضعف قوله لا يبطل بعده بالشك لأن ذلك إنما يتم بعد الصحة وهي بعد الإذن (قوله وله نظائر) كإخبار الوكيل بال عزل والمأذون بالحجر والمولى بجناية عبده ليكون بيعه وإعتاقه اختيار للفداء والشفيع يبيع ما يشفع فيه وبفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الأحكام على المسلم الذي لم يهاجر في دار الحرب إن كان المخبر رسولاً لا يشترط اتفاقاً ولو فاسقاً أو عبداً لأنه قائم مقام المرسل فإخباره، كإخباره وإن كان فضولياً فعلى الخلاف عنده يشترط في لزوم الحكم العدد أو عدالة الواحد، فلو أخبر غير المهاجر بحكم شرعي لا يثبت في حقه إلا بائنين أو عدالة الواحد (قوله وإذا استأذن الثيب) أي

استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه الصلاة والسلام «الثيب تشاور» وجه الاستدلال أن المشاورة من باب المفاعلة وهي تقتضي الفعل من الجانبين، وقد وجد النطق من الولي بالسؤال فلا بد من النطق منها في الجواب. وقيل المشاورة عبارة عن طلب الرأي بالإشارة إلى الصواب وذلك لا يكون إلا بالنطق (ولأن النطق) في النكاح من الثيب (لا يعد عيباً) وإذا لم يعد عيباً لم يكن بمعنى النطق في البكر لأنه يعد منها عيباً، وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به، ولأن السكوت صار رضا لتوفر الحياء، فإن عائشة لما أخبرت أن البكر تستحي قال عليه الصلاة والسلام «سكوتها رضاها» والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة (فلا مانع من النطق في حقها. وإذا زالت البكارة بوثة) وهو النوب من فوق (أو حيضة أو جراحه أو تعنيس) عنست الجارية وعنست عنوساً: إذا جاوزت وقت التزويج فلم تتزوج (فهو في حكم الأبكار) في كونه إنزها سكوتها (لأنها بكر) إذ البكر هي التي يكون

(قوله وذلك لا يكون إلا بالنطق) أقول: في الحصر كلام لجواز أن يكون بالإشارة والكتابة (قوله وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به) أقول: في عدم لزومه وقيام السكوت مقامه (قوله ولأن السكوت صار رضا لتوفر الحياء) أقول: الظاهر أنه لا فرق بين ذينك التعليلين إلا في العبارة ألا يرى إلى قوله فيما يجيء فيميونها بالنطق فتستحي فليتأمل.

بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار) لأنها بكر حقيقة لأن مصيبتها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولأنها تستحي لعدم الممارسة (ولو زالت) بكارتها (بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا يكتفي بسكوته لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبتها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة والثوب، وأبي حنيفة أن الناس عرفوها بكرة فيعيونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفي بسكوته كي لا تتعطل عليها مصالحها، بخلاف ما إذا

الكبيرة، أما الصغيرة فلا استئذان في حقها أصلاً كالبكر الصغيرة (فلا بد من رضاها بالقول لقوله ﷺ «الثيب تشاور»^(١)) ولا تكون المشاورة إلا بالقول لأنها طلب الرأي، ثم هي مفاعلة فتقتضي وجوده من الجانبين، وفي كل من الحكم والدليل نظر. أما الدليل فلعدم دلالة على لزوم القول سلمنا أن المشاورة طلب الرأي لكن لا نسلم أنه يشترط في إفادة الرأي فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول في حق الطالب ضروري لا مفهوم اللغة، وحينئذ فكون المشاورة تستدعي جواباً باللفظ ممنوع، واستدل بقوله ﷺ في حديث أبي هريرة السابق «لا تنكح الأيم حتى تستأمر»^(٢) والأمر يكون بالقول لا بغيره، ومنع بما في السنن من حديث ابن عباس رضي الله عنهما «والبكر تستأمر في نفسها وإذنها»^(٣) صماتها». وأجيب بأنه خرج عن حقيقته هنا بقرينة قوله «وإذنها صماتها» ويوجد مثلها في الثيب فتجب حقيقته. وأصرح من هذا قوله في حديث آخر «والثيب يعرب عنها لسانه» لكن يشكل عليه أن الحكم في المذهب خلافه وهو النظر الثاني، بل إما به كنعم أو رضى أو بارك الله لنا أو أحسنت، وبالدلالة كطلب المهر أو النفقة أو تمكينها من الوطء وقبول التهنة والضحك سروراً لا استهزاء، وحينئذ فلا فرق سوى أن سكوت البكر رضا، بخلاف الثيب لا بد في حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت. والحق أن الكل من قبيل القول، إلا التمكين فيثبت بدلالة نص إلزام القول لأنه فوق القول (قوله وإذا زالت بكارتها الخ) أي إذا زالت بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس وهو أن تصير عانساً: أي نصفاً لم تزوج، أو خرق استنجاء أو عود أو حمل ثقيل تزوج كالأبكار اتفاقاً، وكذا إذا فارقتها الزوج لجب أو عنة طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوة، وهذا مما تخالف حكم الخلوة والدخول، وكذا إذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لأنها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لأنها لم يصيبها مصيب، ولهذا لو أوصى بأبكار بني فلان دخلت هذه ومنع بالجارية تباع على

مصيبتها أول مصيب، وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهي أول الثمار ومن البكرة وهي أول النهار. ورد بأنه لو كان كذلك لما تمكن من الرد من اشترى جارية على أنها بكر فوجدها زائلة البكارة بالوثبة لأنها بكر حقيقة على ما قلتم لكن له أن يردّها. وأجيب بأن الرد باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر، ولأن النطق سقط للحياء وهو موجود ههنا (لأنها تستحي لعدم الممارسة، ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا يكتفي بسكوته لأنها

(قوله وهذه كذلك مشتق من الباكورة) أقول: بالاشتقاق الكبير، ثم إن الملائم لكلام المصنف أن يقول مشتق منه الباكورة، ولعله أراد التنبيه على جواز القول في الاشتقاق الكبير باشتقاق كل منهما من الآخر فتدبر (قوله مشتق من المثوبة) أقول: اشتقاقاً كبيراً (قوله على ما روينا من حديث عائشة رضي الله عنها) أقول: روى ذلك قبل عشرة أسطر تخميناً، وهو قوله «فإن عائشة رضي الله عنها لما أخبرت أن البكر تستحي قال ﷺ: سكوته رضاها» (قوله لأن هذا عمل بعلة منصوب عليها لا تعليل في مقابلته) أقول: لا يخرج بكون العلة منصوباً عليها عن كونه تعليلاً في مقابلة النص كما لا يخفى على من نظر في كتب الأصول، ثم إذا خالف الدلالة العبارة فالتقدم للعبارة كما بين في الأصول (قوله لأن المنصوص عليها حيّاه يكون من كرم، إلى قوله: فليس من إفراده الخ) أقول: فيه تأمل، فإن الظاهر أن ذلك أيضاً من كرم الطبيعة، ولولاه لما امتنعت عن الإظهار والإعلان، ولا يجب عليها الحد بهذا المقدار (قوله فإن قيل يجب أن يكتفي بسكوته في هاتين الصورتين أيضاً) أقول: يعني في صورة إقامة الحد وصورة صيرورته عادة.

(١) لا أصل له بهذا اللفظ، وقد تقدم معناه لذا قال الزيلعي في لقب الراية ٣/١٩٥. غريب بهذا اللفظ ووافقه ابن حجر فقال في الدراية ٢/٦٢: لم أجده بهذا اللفظ وتقدم معناه.

(٢) هو حديث أبي هريرة تقدم قبل قليل رواه الجماعة.

(٣) غريب بهذا اللفظ. وقد أخرجه البيهقي ٧/١٢٣ من حديث العرس بن عميرة مرفوعاً وفيه: الثيب تُعْرَبُ عن نفسها. وإسناده لا بأس به. وكذا أورده الهيثمي في المجمع ٤/٢٧٩ وقال: روى الطبراني عن عدي بن عدي الكندي فلم يذكر العرس بن عميرة وقال الطبراني: زاد سفيان ذكر العرس بن عميرة أما الليث بن سعد فلم يجاوز في روايته عدي بن عدي ورجاله ثقات.

وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاماً، أما الزنا فقد ندب إلى ستره، حتى لو اشتهر حالها لا يكتفي بسكوتها (وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها) وقال زفر رحمه الله: القول قوله

أنها بكر حيث تردّ إذا وجدت زائلة البكارة بوثة ونحوها، فلو كانت بكراً لم ترد. والجواب أن البكر يقال على من لم يصيبها مصيب، ومنه الباكورة لأول الثمار والبكرة لأول النهار، وعلى العذراء وهي أخص أو هي من لم يصيبها مصيب ومن أفرادها قائمة العذرة فهو متواطىء، وحمل على هذا الفرد في البيع المبني على المشاححة فترد لفوات العذرة وهي تلك الجلدة وعلى الأعم الأوسع في النكاح المبني على التوسعة وشدة التثبت حتى لزم من الهازل والمكره وبصيغة الأمر، بخلاف البيع. على أنه قد قيل إذا اعترف المشتري بأن زوالها بوثة لا ترد، ولأن العادة إرادة العذرة في اشتراط البكارة في البيع فيتقيد بها. أيضاً لو أوصى لأبكار بني فلان دخلت هذه، وأيضاً الاستحياء قائم وإنها علة منصوبة فيثبت الحكم في مواضع وجودها بالنص، وفيه نظر إذ الاستحياء حكمة نص عليها لا يناط الحكم عليها لعدم انضباطها، ولذا لو فرض أن استحياء من زالت بكارتها بزنا أشد من العذراء لا تزوج كالبكر، وهذا لأن الحكمة وإن كانت هي المقصودة من شرع الحكم لا يناط بها إذا كان فيها مراتب متفاوتة أو خفاء في تحققها في بعض المحال، ولا يناط إلا بظاهر ضابط لكل مرتبة وهو المسمى بالمظنة فيثبت الحكم عند ثبوته من غير التفات إلى الحكمة وجدت أو عدمت، ولو اعتبر هنا حياء البكر لأنه هو المنضبط اتحد الحاصل إذ يستلزم قيام البكارة في ثبوت الحكم، وإن زالت بزنا مشهور أو وطء بشبهة أو نكاح فاسد زوّجت كالثيبات اتفاقاً، وإن زالت بزنا غير مشهور فهو محل الخلاف، فعندهما والشافعي تزوّج كالثيب وعنده كالبكر. وجه قولهما أنها ثيب حقيقة فإن مصيبتها عائد إليها، ومنه المثوبة لأنها جزاء عمله يعود إليه، ولمثابة الموضع الذي يرجع إليه حتى تدخل في الوصية للثيبات من بنات فلان. وله أنها عرفت بكراً فتمتنع عن النطق مخافة أن يعلم زناها حياء من ظهوره، وذلك أشد من حيائها بكراً من إظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر، وهذا يفيد لو كان الحياء مطلقاً هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه. وبه يندفع جواب ما أورد من قوله ﷺ «لا تنكح الأيم حتى تستأمر»، والثيب يعرب عنها لسانها^(١) من أنه عام خص منه الثيب المجنونة والأمة فيخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود في المزنّة، ونفس المجيب صرح بعده في مسئلة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بأن الأيم من لا زوج لها وإن كانت بكراً بعد ما نقل قول محمد لو أوصى لأيامي بني فلان لا تدخل الأبكار وصحح دخولهن كقول الكرخي اهـ. والأولى أن الفرض أن الزنا غير

ثيب حقيقة إذ الثيب من يكون مصيبتها عائداً إليها مشتق من المثوبة وهي الثواب، وإنما سمي بها لأنها مرجوع إليها في العاقبة، ومن المثابة وهو الموضع الذي يثاب: أي يرجع إليه مرة بعد أخرى، ومن التشويب: وهو الدعاء مرة بعد أخرى، وإذا كانت ثيباً فلا يكتفي بسكوتها (ولأبي حنيفة أن الناس عرفوها بكراً) وتقريره أن الشرع جعل السكوت رضا بعلّة الحياء على ما روينا من حديث عائشة. وإذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها، وههنا قد وجدت لما بينه بقوله إن الناس عرفوها بكراً (فيغيرونها) وفي بعض النسخ فيغيرونها (بالنطق) فتستحي (فتمتنع) من النطق وكانت العلة موجودة (فيكتفي بسكوتها كي لا تتعطل عليها مصالحها) وإذا ظهر هذا سقط ما قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «الثيب تشارر» وهو باطل لأن هذا عمل بعلّة منصوص عليها لا تعليل في مقابلته. فإن قيل: لا نسلم أن هدم عمل بعلّة منصوص عليها لأن المنصوص عليها حياء يكون من كرم الطبيعة وذلك أمر محمود، وهذا الحياء حياء معصية فليس من أفرادها حتى يدخل تحت النص. أجيب بأن هذا الحياء أشد لأن في الاستئطاق باعتبار أنها ثيب ظهور فاحشتها فكان كالضرب من التأنيب فيلحق به. قوله (بخلاف ما إذا وطئت بشبهة) متصل بقوله فيكتفي بسكوتها: يعني أن من وطئت بشبهة (أو بنكاح فاسد) لا يكون إذنها سكوتها لعدم الحياء ثمة (لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاماً) من لزوم العدة والمهر وإثبات النسب (أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها) بإقامة الحد عليها أو لصيرورته عادة (لا يكتفي بسكوتها) فإن قيل: يجب أن يكتفي بسكوتها في هاتين الصورتين أيضاً لأنها داخلة تحت اسم البكر في

لأن السكوت أصل والرد عارض، فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة، ونحن نقول إنه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكراً، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة، بخلاف مسألة الخيار لأن اللزوم

مشهور، ففي إلزامها النطق دليل المنع من إشاعة الفاحشة في هذه الصورة، والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه، وأيضاً الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضا البكر ظاهراً كما هو في أمثاله لا في نفس الأمر ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استئذنها، أهي بكر الآن ليكتفي بسكوتها أم لا؟ اكتفى بالبناء على الأصل الذي لم يظهر خلافه، والكلام هنا في ثبوت بزنا لم يظهر فيجب كونها بكراً شرعاً، ولذا قلنا لو ظهر لا يكفي سكوتها (قوله وإذا قال الزوج بلغك الخ) صورتها: ادعى على بكر بالغة أن وليها زوجها منه قبل استئذنها فلما بلغها سكنت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا. وقال زفر: له لتمسكه بالأصل وهو عدم الكلام. ونظير هذا الخلاف

فيما إذا قال سيد العبد إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وكذب المولى فالقول قول المولى عندنا، وعنده قول العبد، وهذه العبارة أولى من قوله في الميسوط: إن الخلاف في مسألة النكاح بناء على الخلاف في مسألة العبد إذا ليس كون أحدهما بعينه مبنى الخلاف في الآخر بأولى من القلب بل الخلاف فيهما معاً ابتداء. ووجه قوله فيهما التمسك بالأصل المتبادر. وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياساً على المتفق عليه من أن المشتري بالخيار إذا ادعى بعد مدة الخيار رد البيع قبل مضيتها وقال البائع بل سكنت حتى انقضت فإن القول للبائع اتفاقاً لتمسكه بالأصل، والشفيع إذا قال علمت بالبيع أمس وطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكنت القول قول المشتري، أما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له، والمزوجة صغيرة من الولي غير الأب والجد إذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر بعد البلوغ أو حين بلغت وكذبها الزوج فإن القول له. وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر، سواء كان ذلك الظاهر هو الأصل بحسب ما يتبادر أو بحسب المعنى، ولا يخفى ترجيح هذا الاعتبار، وإذا كان كذلك فقد ادعى بدعواه سكوتها تملك بضعها من غير ظاهر معه وهي تنكر، والظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها الذي هو الأصل فكانت هي متمسكة بأصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالمودع يدعي رد الوديعة والمودع ينكر فإن القول لمدعي الرد وإن كان مدعياً صورة لتمسكه بالأصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه ظاهراً لا لكونه

لسان الشرع وهو قوله عليه الصلاة والسلام «البكر بالبكر جلد مائة» أوجب بأن هذا قول بعض المشايخ وهو ضعيف بعيد فإن في الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود أيضاً، ولا يكفي بسكوتها بالإجماع فعرنا أن المعتبر بقاء صفة الحياة. وقوله (لأن السكوت أصل والرد عارض) بناء على أن السكوت عدم الكلام، ولا شك في تقدمه على عروض الكلام (فصار كالشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة) فإنه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعي لزوم العقد بالسكوت بالإجماع، لأن السكوت أصل والرد عارض فكان القول قول من يدعي السكوت. وقوله (ونحن نقول) ظاهر. وحاصله أنه يعتبر الإنكار المعنوي وزفر يعتبر الإنكار الصوري. وقوله (بخلاف) جواب عن قياس زفر، ووجه أن يجعل القول لمن يشهد له الظاهر واللزوم قد ظهر بمضي المدة فلماذا كان القول للسكوت (وإن أقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح) فإن قيل: هذه شهادة قامت على النفي لما ذكرتم أن السكوت عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة.

أجيب بأنها مقبولة إذا كان علم الشاهد محيطاً به كما إذا ادعت المرأة على زوجها أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وقال الرجل بل قلته فأقامت بينة أنه لم يقله وقبل ويفرق بينهما، لأن هذا مما يحيط به علم الشاهد لما أنه لو قاله لسمعه الشهود وإن أقاما البينة. قال الإمام الترمذاني: بيئتها أولى لأنها ثبتت الرد وهو يثبت عدماً وهو السكوت، حتى لو أقامها على أنها أجازت أو رضيت حين علمت حتى استوتا في الإثبات ترجحت بيئته لإثباته اللزوم (وإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي

(قوله أجيب بأنها مقبولة إذا كان علم الشاهد محيطاً به الخ) أقول: مخالف لما سيقوله المصنف في باب اليمين في الحج والصلاة من أن الشهادة على النفي غير مقبولة مطلقاً أحاط به علم الشاهد أو لا. والأولى أن يجاب بمنع كون السكوت عدماً على ما يجيء من الشارح نقلاً عن قاضيهان (قوله فإن أقاما البينة قال الإمام الترمذاني الخ) أقول: وهكذا في شرح الجامع الصغير لقاضيهان.

قد ظهر بمضي المدة، وإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه نَوَّرَ دعواه بالحجة، وإن لم تكن له بيّة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة، وستأتيك في الدعوى إن شاء الله تعالى (ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوّجهما الولي بكرّاً كانت الصغيرة أو ثيباً والولي هو العصبه) ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الأب، والشافعي رحمه الله في غير الأب والجد، وفي الثيب الصغيرة أيضاً. وجه قول مالك أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا لانعدام الشهوة، إلا أن ولاية الأب ثبتت نصّاً بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به.

أصلاً، بخلاف مسألة الخيار لأن العقد ثبت صحيحاً في الأصل وقد لزم بمضي المدة ظاهراً فالتمسك بعدمه تمسك بالظاهر، وكذا المزوجة صغيرة تدعي زوال ملكه بعد ما نفذ عليها حال صغرهما يقيناً والزوج ينكر ومثله الشفيع. ثم إن أقام الزوج البينة على سكوتها عمل بها لأنها لم تقم على النفي بل على حالة وجودية في مجلس خاص يحاط بطرفيه، أو هو نفي يحيط به الشاهد فيقبل، كما لو ادعت أن زوجها تكلم بما هو ردّة في مجلس فأقامها على عدم التكلم فيه يقبل، وكذا إذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك، كذا في الجوامع. وإن أقامها فيبنتها أولى لإثبات الزيادة: أعني الردّ فإنه زائد على السكوت، ولو كان أقامها على أنها رضيت أو أجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما في الإثبات وزيادة بينته بإثبات اللزوم. كذا في الشروح. وعزاه في النهاية للتراشي، وكذا هو في غير نسخة من الفقه، لكن في الخلاصة نقلاً عن أدب القاضي للخصاف في هذه المسئلة: لو أقام الأب أو الزوج البينة على الإجازة والمرأة على الردّ فيبنتها أولى، فتحصل في هذه الصورة اختلاف المشايخ، ولعل وجهه أن السكوت لما كان مما تتحقق الإجازة به لم يلزم من الشهادة بالإجازة كونها بأمر زائد على السكوت ما لم يصرحوا بذلك فلم يجزم باستواء البينتين في الإثبات. وهذا كله إذا كان قبل الدخول، فلو قالت لم أجزه بعد الدخول لم تصدق على ذلك إلا إن كانت مكرهه فحينئذ القول لها لظهور دليل السخط دون الرضا، ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لأنه يقرّ عليها بثبوت الملك، وإقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لأنه لا يملك إلزام العقد عليها فلا يعتبر إقراره في لزومه أيضاً كذا في المبسوط. ولو لم يكن للزوج بينة تذهب من عصمته من غير يمين تلزم به عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما عليها، فإن نكلت بقي النكاح عندهما وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة، وزيد عليها دعوى الأمة أنها أسقطت مستبين الخلق فصارت أم ولد، وجمعتها في هذين البيتين:

نكاح وفيّة إيلائه ورق ورجوع ولاء نسب
ودعوى الإماء أمومية فليس بها من يمين وجب

حنيفة رحمه الله، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة، وستأتيك في الدعوى إن شاء الله تعالى) قال (ويجوز نكاح الصغير والصغيرة) يجوز نكاح الصغير والصغيرة (إذا زوّجهما الولي بكرّاً كانت الصغيرة أو ثيباً والولي هو العصبه) على ترتيب العصبات في الإرث، وقال مالك: وليهما الأب ليس إلا، حتى لو زوّجهما الجد عند عدم الأب لا يجوز. وقال الشافعي: وليهما الأب والجد لا غير إذا كانت الصغيرة بكرّاً، وإن كانت ثيباً فلا ولاية عليها، حتى لو زوّجها الأخ أو العم، أو زوّج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرها لا ينفذ النكاح (وجه قول مالك أن الولاية على الحرة) مع قيام المنافي (باعتبار الحاجة ولا حاجة) في الصغير والصغيرة فلا ولاية عليهما (غير أن ولاية الأب ثبتت نصّاً على خلاف القياس) فإن أبا بكر زوّج عائشة من النبي ﷺ وهي بنت ست سنين، وصحح النبي ﷺ ذلك فلا يقاس غيره عليه وهو الجد ولا يلحق به دلالة لأنه ليس في معناه لأن الولد جزء الأب فكانت

(قال المصنف: والولي هو العصبه) أقول: هذا جواب القياس، أو المراد هو العصبه وما يلحق بهم لثلاث يخالف لما سيحيي (قوله أو زوج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرهاً) أقول: قوله كرهاً مستدرك، فإنه لو زوجها طوعاً لا يجوز أيضاً عنده، فإن إذنهما قبل البلوغ غير معتبر (قوله لا ينفذ النكاح) أقول: الظاهر لا ينعقد (قوله ولا يقاس عليه غيره) أقول: لأنه على خلاف القياس.

قلنا: لا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان، فأثبتنا الولاية في حالة الصغر إحرازاً للكفء. وجه قول الشافعي أن النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقتة وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة، فلأن لا يملك التصرف في النفس وإنه أعلى وأولى. ولنا أن القرابة داعية إلى النظر كما في الأب والجد، وما فيه من القصور أظهرناه في سلب ولاية

وسياتي في الدعوى صورها، والفتوى على قولهما فيها. وقيل يتأمل القاضي في حال المدعي، فإن ظهر له منه التعتق قضى بقوله وإلا بقولهما. وفي الغاية معزياً إلى فتاوى الخاصي أنه لو ادعى رجل على آخر أنه زوجه بنته الصغيرة فأنكر يحلف عند أبي حنيفة، وفي الكبيرة لا اعتبار بالإقرار فيهما. واستشكل على قوله لأن امتناع اليمين عنده لا امتناع البذل لا لامتناع الإقرار، ألا ترى أن امرأة لو أقرت لرجل بنكاح نفذ إقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فأنكرت فلا شبهة أن يكون هذا قولهما (قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي) لقوله تعالى ﴿واللاتي لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤] فأثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصور نكاحها شرعاً فبطل به منع ابن شبرمة وأبي بكر بن الأصم منه، وتزويج أبي بكر عائشة رضي الله عنهما وهي بنت ست^(١) نص قريب من المتواتر، وتزوج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضي الله عنهم^(٢) نص في فهم الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة (قوله والولي هو العصب، ومالك يخالفنا في غير الأب والشافعي في غير الأب والجد وفي الشب الصغيرة) فعنده لا يلي عليها أحد حتى تبلغ فتزوج بإذنهما وقد ذكرناها. وجه قول مالك أن الولاية على الحرة إنما تثبت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة، إلا أن ولاية الأب تثبت نصاً بخلاف القياس لأن أثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج أبي بكر عائشة رضي الله عنهما وهي بنت ست، والجد ليس في معنى الأب ليلحق به دلالة لقصور شفقتة بالنسبة إليه ولذا يقدم وصي الأب عليه فيقتصر على مورد النص. قلنا: بل هو موافق للقياس لأن النكاح يراد لمقاصده ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة، ولا يتفق الكفء في كل زمان، فأثبت ولاية الأب بالنص بعله إحراز الكفء إذا ظفر به للحاجة إليه، إذ قد لا يظفر بمثله إذا فات بعد حصوله فيتعدى إلى الجد. وجه قول الشافعي أن التفويض إلى غيرهما مخل بها لقصور شفقتة وبعد قرابته ودلالة الإجماع على اعتبار ما فيه من القصور سالباً للولاية وهو الإجماع على عدم ولايته في المال إلا بوصية وهو

الولاية للأب عليه كالولاية على نفسه، والجزئية قد ضعفت بالجد وشفقتة قد نقصت فلا يكون في معناه (قلنا لا) نسلم أن الولاية على الحر على خلاف القياس (بل هو موافق له لأن النكاح يتضمن المصالح) من التنازل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة (ولا تتوفر إلا بين متكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل وقت فأثبتنا الولاية في حال الصغر إحرازاً للكفء) لكل من يتأتى منه الإحراز أبا كان أو غيره. ووجه قول الشافعي أن الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقتة وبعد قرابته (ولهذا) أي ولقصور شفقتة (لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة) لكونه وقاية للنفس (فلأنه لا يملك التصرف في النفس وإنه أعلى وأولى. ولنا أن) الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب، لأن (القرابة داعية إليه كما في الأب والجد) فإن النظر فيهما لم يثبت إلا من القرابة، وغاية ما في الباب أنه متفاوت كمالاً وقصوراً بقرب القرابة وبعدها، لكن ما في البعيدة من القصور ممكن التدارك فأظهرناه في سلب ولاية الإلزام فجعلنا لهما خيار البلوغ، فإذا بلغا وجدا الأمر على ما ينبغي مضياً على النكاح، وإن

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٣٣ ٥١٣٤ ٥١٥٨ ومسلم ١٤٢٢ وأبو داود ٢٢٢١ والنسائي ٨٢/٦ وابن ماجه ١٨٧٦ وأحمد ٤٢/٦ - ١١٨ - ٢١١ - ٢٨٠ والطبراني ١٤٥٤ كلهم من حديث عائشة: أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعاً. وأخرج البخاري ٥٠٨١ عن عروة أن النبي ﷺ خطب عائشة إلى أبي بكر فقال أبو بكر: إنما أنا أخوك فقال له: أنت أخي في دين الله وكتابه وهي لي حلال.

وهذه الرواية تفي بما أراده المصنف.

(٢) هذا الأثر ذكره بهاء الدين المقدسي في كتاب العدة شرح العمدة ص ٣٦٤ وقال: رواه الأثرم اهـ. قلت: ولم أقف على إسناده حيث إن كتاب الأثرم لم يطبع بعد.

الإلزام، بخلاف التصرف في المال فإنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية إلا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الإلزام. وجه قوله في المسألة الثانية أن الثبابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فأدرنا الحكم عليها تيسيراً.

أدنى من النفس فسلبها في النفس أولى. ولما روي عنه عليه السلام أنه قال «لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر^(١)» واليتيمة الصغيرة التي لا أب لها لقوله عليه السلام «لا يتم بعد الحلم^(٢)» وفي الحديث «أن قدامة بن مظعون زوّج بنت أخيه عثمان بن مظعون من ابن عمر، فردّها عليه السلام وقال: إنها يتيمة، وإنها لا تنكح حتى تستأمر^(٣)» وتأثير هذا الوصف أن مزوّجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية في المال ففي النفس أولى أن لا تثبت. ولنا قوله تعالى «وإن خفتن أن لا تقسطوا في البتامي فأنكحوا ما طاب لكم من النساء» [النساء: ٣] الآية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن، وهذا فرع جواز نكاحها عند عدم الخوف. ولا يقال ذلك بمفهوم الشرط لأن الأصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقاً، فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فيهن، فعند عدمه يثبت الجواز بالأصل الممهد لا مضافاً إلى الشرط، ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة: «إنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنّتهن^(٤)» في الصداق، وقالت في قوله تعالى «ففي يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كُتِبَ لهن» [النساء: ١٢٧] الآية، نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها لدمايتها ولا يزوّجها من غيره كي لا يشاركه في مالها، فأنزل الله تعالى هذه الآية^(٥)، فهذه الآية أمر بتزويجهن من غيرهم أو تزويجهن مع الإقساط. وزوّج عليه السلام بنت عمه حمزة رضي الله عنه من عمر بن أبي سلمة وهي صغيرة^(٦)، وإنما زوّجها بالعصوبة لا بولاية ثبتت بالنبوة لأنه عليه السلام لم يزوّج بها قط، ولو فعل لم يتزوّج أحد إلا عنه^(٧)، لكن كانوا يتزوّجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر «أنه عليه السلام سأله

وجدا قد أوقعا خللاً بقصور الشفقة والنظر فسحاً النكاح، بخلاف التصرف في المال لأن الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لأنه يتكرر بتداول الأيدي بأن يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم وثم، وقد يغيب بعضهم، ولا يمكن توقف ذلك كله إلى وقت البلوغ (فلا تفيد الولاية إلا ملزمة) ولا إلزام مع القصور، بخلاف المتناكحين فإنهما ثابتان من غير تكرار غالباً، فكان التدارك بالتوقف ممكناً. وقوله (وجه قوله) أي الشافعي (في المسألة الثانية أن الثبابة سبب لحدوث الرأي) وتقديره أن الرأي أمر

(١) هو بعض حديث قدامة بن مظعون يأتي بعد حديث واحد.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٢٨٧٣ والطحاوي في مشكل الآثار ٢٨٠/١ والطبراني في الصغير ٢٦٦ كلهم من حديث علي.

ولفظ أبي داود: لا يتم بعد احتلام ولا ضمات يوم إلى الليل. وقال الهيثمي: رجاله ثقات اهـ.

والصواب أنه غير قوي تفرد به عبد الله بن خالد بن سعيد عن أبيه وهما مجهولان.

لذا قال ابن حجر في الحبير ١٠١/٣: أعله العقيلي، وعبد الحق، وابن القطان، والمندري وغيرهم. وحسنه النووي تمسكاً بسكوت أبي داود عليه اهـ وأخرجه الطيالسي ١٦٦٧ من حديث جابر وإسناده واه وأخرج أحمد ٢٢٤/١ عن ابن عباس موقوفاً بسند صحيح: وينقطع اليتم عن الصبي إذا احتلم فالحديث بمجموع هذه الروايات يرقى إلى درجة الحسن.

(٣) حسن. أخرجه أحمد ١٣٠/٢ والدارقطني ٢٢٩/٣ - ٢٣٠ والبيهقي ١٢٠/٧ كلهم من حديث ابن عمر بآتم منه.

والسياق للدارقطني والبيهقي ففيهما لفظ: لا تنكحوا البتامي حتى تستأمروهن. أما أحمد فذكر: تستأذن بدل تستأمر.

وإسناده حسن رجاله كلهم ثقات فيه ابن إسحاق مدلس وقد صرح بالتحديث.

وكذا قال الهيثمي في المجمع ٢٨٠/٤: رجاله ثقات.

تنبيه: قول المصنف الكمال وفي الحديث يؤهم أن خير قدامة بن مظعون معطوف على الحديث الذي قبله وهو: لا يتم بعد حلم. وليس كذلك بل هو معطوف على ما قبله.

(٤) سنّتهن: أي طريقتهن والمراد أن يبلغ الصداق مثيلتهن.

(٥) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٧٦ عروة عن عائشة بهذا الخبر.

(٦) ضعيف. أخرجه البيهقي ١٢١/٧ - ١٢٢ عن ابن عباس وله قصة. وقال البيهقي: هذا إسناده ضعيف، وليس فيه: أنها كانت صغيرة. وللنبي ما ليس لغيره، فهو أولى بالمؤمنين من أنفسهم، ولذا تولى تزويجها دون عمها العباس إن كان صحح عنه ذلك.

قلت: ضعفه البيهقي لأنه فيه الواقدي صاحب المغازي وهو واه.

(٧) تقدم جواب البيهقي وأن لو كان الأمر في العصوبة فقط لكان العباس أولى في ذلك والله تعالى أعلم. هذا ما قصده البيهقي في رده على الحنفية.

ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة، ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر، ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله ﷺ «النكاح إلى العصباء» من غير فصل والترتيب في العصباء في ولاية النكاح

عن تزوجه فذكر أنها ثيب، فقال: هلا بكرا^(١) الحديث. ورأى على عبد الرحمن عوف الصفرة فقال مهميم؟ قال تزوجت، وسأله كم ساق لها^(٢) والآثار في ذلك وجوازه شهيرة عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة. والمعنى أن الحاجة إلى الكفء ثابتة لأن مقاصد النكاح إنما تتم معه، وإنما يظفر به في وقت دون وقت، والولاية لعل الحاجة فيجب إثباتها إحرازاً لهذه المصلحة مع أن أصل القرابة داعية إلى الشفقة، غير أن في هذه القرابة قصوراً أظهرناه في إثبات الخيار لها إذا بلغت، وإذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة في الحديث اليتيمة البالغة مجازاً باعتبار ما كان، ألا ترى أنه ﷺ غيا المنع بالاستثمار «وإنما تستأمر البالغة»^(٣) وحديث قدامة تأويله أنه خيرها ﷺ فاخترت الفسخ، ألا ترى إلى ما روي عن ابن عمر أنه قال: والله لقد انتزعت مني بعد أن ملكتها^(٤). وأما المال فإنه يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع حباً يفضي إلى القطيعة عند المعارضة في قرابة العصباء بالخيانة فيه لنفسه أو لغيره بالمحابة ويخفى لتعذر إحضاره بالتداول الأيدي عليه أو لحمولته أو نسيانه أو التوى في العوض في المقايضة فلا تفيد الولاية غير الملزمة فائدة عدم اللزوم وهو التدارك فانتفت والملزومة منتفية لقصور الشفقة فتعذر إثبات الولاية. وحاصله أن القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير ملزمة وقد تعذر مقتضاها في المال فانتفت فيه وأمكن في النفس فثبتت فيها، وهذا لما أثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد من القاضي عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر أو عدم كفاءة وجه قوله في الثيب الصغيرة أنها للحاجة ولا حاجة لحدوث الرأي في أمر النكاح لممارسته، ويدل عليه قوله ﷺ «الثيب تشاور»^(٥) أفاد منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب. ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة إلى إحراز الكفء، والولاية عليها في النكاح مع عدم الشهوة ليس إلا لتحصيله، ولا رأي حالة الصغر باعترافه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم أهلية المشاورة حتى آخر جواز نكاحها إلى البلوغ، فكان حاصل هذا الكلام تناقضاً، فإن سلب الولاية بعلّة حدوث الرأي تصريح بحدوث الرأي، وتأخير نكاحها لعدم أهلية المشاورة يناقضه، فلزم كون المراد بالثيب في الحديث البالغة حيث علق بالثبوة ما لا يعتبر إلا بعد البلوغ،

باطن والثبابة سبب لحدوثه (لوجود الممارسة) فتقام مقامه وبدار الحكم عليه تيسيراً (ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة) يعني أن المقتضي للولاية النظرية هو الحاجة وقد تحققت للصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لأن الشفقة في الأب والجد متوافرة، وإذا وجد المقتضي وانتفى المانع يجب تحقق الحكم، ولا نسلم حصول الرأي للصغيرة بسبب الممارسة لأن الرأي والعلم بلذة

(قوله بخلاف المتناكحين فإنهما ثابتان من غير تكرار غالباً الخ) أقول: أنت خير بأنه لو تكرر النكاح يمكن التدارك بالتوقيف أيضاً بالنسبة إلى زوجها الذي بلغت تحت نكاحه، بخلاف المال إذ لا يمكن فيه أصلاً لتغيب من في يده المال (قال المصنف: ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة) أقول: إنما يثبت هذا الدليل ولاية إنكاح الأب والجد وكان الأولى هو التعميم.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٩٧ ومسلم ١٠٨٩ ح ٥٧ وأحمد ٣/٣٧٥ وابن حبان ٧١٤٣ كلهم من حديث جابر معطوياً وأخرجه البخاري ٥٠٧٩ و٥٠٨٠ والترمذي ١١٠٠ والدارمي ٢١٣٦ كلهم من حديث جابر: تزوجت امرأة فأنبت النبي ﷺ فقال: أتزوجت يا جابر؟ فقلت: نعم فقال: بكرة أم ثيباً؟ فقلت: لا. بل ثيباً. فقال: هلا جارية تلاعبها وتلاعبك فقلت يا رسول الله: إن عبد الله - أي والد جابر - مات وترك سبع بنات أو تسعاً فبحث بمن يقوم عليهن. هذا لفظ الترمذي.

وأخرجه أبو داود ٢٠٤٨ وأحمد ٣/٣١٤ من حديث جابر باختصار شديد.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٥٥ و٦٣٨٦ ومسلم ١٤٢٧ ح ٧٩ وأبو داود ٢١٠٩ والترمذي ١٠٩٤ وابن ماجه ١٩٠٧ وابن حبان ٤٠٩٦ وأبو يعلى ٣٣٤٨ كلهم من حديث أشبه وسيأتي في المهر.

قوله: مهميم - يفتح الميم وسكون الهاء أي: ما هذا أو ما شأنك.

(٣) تقدم: لا تنكح الأيم حتى تستأمر. وهو صحيح رواه الجماعة، والأيم من لا زوج لها صغيرة كانت أم كبيرة. وأما سياق المصنف فقريب.

(٤) حديث قدامة بن مظعون هو نفسه حديث ابن عمر إسناده حسن وقد تقدم قبل قليل.

(٥) غريب: تقدم قبل قليل.

وليس فيه لفظ: وقال لها الخيار إذا بلغت بل ليس فيه أنها كانت صغيرة.

ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: لا خيار لهما اعتبار بالأب والجد. ولهما أن قرابة الأخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل إلى المقاصد عسى^(١) والتدارك ممكن بخيار الإدراك، وإطلاق الجواب في غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي هو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في أحدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير. قال (ويشترط فيه القضاء) بخلاف خيار العتق لأن الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل

البلوغ، وقولهما^(٢) قول ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم لأن قرابة الأخ ناقصة فتشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل في المقاصد، وقد أظهر الشرع أثر هذا النقصان حيث منع ولايته في المال فيجب إظهاره في النفس إذا علم أنه ناظر إلى إظهار أثره فيجب التدارك بإثبات خيار الإدراك ولما قدمنا من تزويجه ﷺ بنت عمه حمزة وهي صغيرة وقال لها الخيار (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار إذا كان المزوج القاضي للتيمة لأن ولايته أتم من ولاية العم لأنها في النفس والمال جميعاً، وعماً روي عن أبي حنيفة أنه لا خيار فيما إذا زوجت الأم لأن شفقتها فوق شفقة الأب. ووجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفاً ونشراً مرتباً (قوله ويشترط فيه) أي في الفسخ. ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع: هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ، والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق، وبإباء زوج الذمية التي أسلمت وهي طلاق خلافاً لأبي يوسف. وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها إلى القضاء في قوله:

في خيار البلوغ والإعتاق فرقه حكمها بغير طلاق
فقد كفاء كذا ونقصان مهر ونكاح فساد به باتفاق

به حكم سائر الأولياء بالطريق الأولى لأنه أقرب الأولياء بعد الجد. وقوله (فيتطرق الخلل إلى المقاصد عسى) يعني أن وراء الكفاءات والمهر مقاصد أخرى في النكاح من سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصبغة ولؤمها وتوسيع النفقة وتفتيرها، وهذه المقاصد أهم من الكفاءة، ولا يوقف عليها إلا بجذ بلوغ ونظر صائب، فلنقصان قرابته وقصور شفقتة ربما لا

(قال المصنف: ويشترط فيه القضاء) أقول: قال ابن الهمام: أي في الفسخ، ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع هذه، والفرقة بعدم.

الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ، والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق، وبإباء زوج الذمية التي أسلمت وهي طلاق خلافاً لأبي يوسف، وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها إلى القضاء في قوله:

في خيار البلوغ والأعتاق فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفاء كذا ونقصان مهر ونكاح فساد به باتفاق
ملك إحدى الزوجين أو بعض زوج وارتداد كذا على الإطلاق
ثم جب وعنه ولعان وإباء الزوج فرقة بطلان
وقضاء للقاضي في الكل شرط غير ملك وردة وعتاق

قوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة محمد، فاسد عند أبي يوسف. فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده لفساده. وقوله على الإطلاق احتراز عن قول محمد فإنه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ، وكل فرقة بطلاق إذا أوقع عليها في العدة طلقة وقعت إلا في اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة، وكل حرمة توجب فرقة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها. قوله فقد كفاء كذا: يعني في تزويج المرأة نفسها. قوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد، فاسد عند أبي يوسف، فالفرقة منه طلاق عندهما الخ. أقول: لك أن تقول إذا كان جائزاً عندهما فالفرقة لماذا فتأمل. قوله وفسخ عنده، يعني أن هذا النكاح فاسد عنده فيكون فسخاً عنده (قال المصنف: وهو تمكن الخلل) أقول: مخالف لما سيقول بعد أسطر.

(١) يعود الضمير على أبي حنيفة، ومحمد حيث قال: للضمير الخيار إذا بلغ، وذلك إذا زوجه غير الأب، والجد، وكذا الصغيرة.

(٢) عسى: كلمة وقعت هنا مجردة عن الاسم والخبر، والتقدير: عسى الخلل إلى المقاصد يتطرق، وأهل العربية يابون ذلك. كذا قال العيني في كتاب الإجازات اه من هامش بعض النسخ كبه مصححه.

الذكر والأنثى فجعل إلزاماً في حق الآخر فيفتقر إلى القضاء. وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالأنثى فاعتبر دفعاً والدفع لا يفتقر إلى القضاء، ثم عندهما إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكنت فهو

ملك إحدى الزوجين أو بعض زوج
ثم جبت وعنسة ولعان
وقضاء للقاضي في الكل شرط
وارتداد كذا على الإطلاق
وإيا الزوج ففرقة بطلاق
غير ملك وردة وعتاق

وقوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فاسد عند أبي يوسف، فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده. وقوله على الإطلاق احتراز عن قول محمد رحمه الله فإنه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ، وكل فرقة بطلاق إذا أوقع عليها في العدة طلقة وقعت إلا في اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة، كل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها. ووجه الاحتياج إلى القضاء بقوله لأن الفسخ لدفع ضرر خفي. وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه وليس بثابت. فالأولى أن يقال لدفع ضرر غير محقق بل نظر إلى سببه وهو قصور القرابة المشعر بقصور الشفقة، وقد يظهر خلافه مما هو أثر النظر من كون الزوج كفأ والمهر تاماً والخيار ثابت لها في هذه الحالة كغيرها، فقد ينكر الزوج عدم النظر فيرى أن فسخها لا يصادف محلاً فاحتج إلى القضاء لإلزامه بناء على تعليق حكم الخيار بمظنة ترك النظر لا بحقيقته، ولا بدع في خلو المظنة المعلن بها عن الحكمة في بعض الصور كما في سفر الملك المرفه في عمله ببلاد متقاربة كل يوم نصف فرسخ على المراكب الهيئة تنزها يجوز له القصر، ولأن في سببه ضعفاً وخلافاً بين العلماء، بخلاف خيار العتق فإنه لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا يختص بالأنثى لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها، بخلاف العبد إذا أعتق فاعتبر خيارها دفعاً لضرر زيادة مملوكيتها ولا خلاف فيه فلم يحتج إلى القضاء. واعترض بأن دفعها هذه الزيادة التابعة لأصل النكاح برفعه، وفيه جعل التابع متبوعاً وهو نقض الأصول لأنه عكس المعقول. لا يقال: الشيء إذا كان تابعاً لشيء باعتبار الوجود يكون متبوعاً في النفي، ولا يخفى أن كل لازم نفيه مستلزم لنفي الملزوم مع أن وجوده لازم وجوده، فاستبعاد الزيادة أصل النكاح في النفي لا يكون عكس المعقول بل وفقه. لأننا نقول: المراد أنه لا يجوز أن ينفي التابع إذا كان

يحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الإدراك. وقوله (وإطلاق الجواب في غير الأب والجدة يتناول الأم والقاضي) يعني في إثبات الخيار عند البلوغ، وأراد بالإطلاق قوله فإن زوجهما غير الأب والجدة فلكل واحد منهما الخيار. وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار للتيمة إذا زوجهما القاضي لأن له الولاية في المال والنفس وكان في قوة ولاية الأب والجدة. ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب (بقوله لقصور الرأي في أحدهما) يعني الأم (ونقصان الشفقة في الآخر) يعني القاضي، ألا ترى أن ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الأخ والعم، فإذا ثبت لهما الخيار في تزويجهما ففي تزويج القاضي أولى. وقوله (ويشترط فيه) أي في فسخ النكاح بخيار البلوغ (القضاء لأن الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل) بسبب قصور شفقة المزوج (ولهذا) أي لتمكن الخلل (بشمل) الفسخ (الذكر والأنثى) لأن قصور الشفقة كما هو في حق الجارية ممكن كذلك في حق الغلام، وإذا كان الضرر خفياً لا يطلع عليه، لأن فرض المسئلة فيما إذا كان الزوج كفأ والمهر تاماً فربما ينكره الزوج فيحتاج إلى القضاء للإلزام. وأما خيار العتق فللدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها، فإن الزوج قبل عتقها

بل لتوهم الخلل ويجوز أن يقال: المراد تمكن الخلل المتوهم إلا أنه لا يلائم قوله لدفع ضرر خفي فليتأمل (قوله لأن فرض المسئلة فيما إذا كان الزوج كفأ والمهر تاماً الخ) أقول: فيه بحث، فإنه إذا لم يكن الزوج كفأ ولم يكن المهر تاماً تحتاج الفرقة إلى القضاء أيضاً كما صرحوا به فينتقض كلا الدليلين على ما ذكره. والجواب أن ذلك فيما إذا زوجت المرأة نفسها، وأما إذا زوجها الأولياء فليس العقد نافذ حتى يحتاج إلى الفسخ، وسيجيء في فصل الكفاءة (قوله لأنه بعد العتق يستلزمها) أقول: أي يستلزم الزيادة (قوله عالملاً لها بخيار العتق الخ) أقول: خيار العتق ثابت بالنص (قوله وقوله ثم عندهما، إلى قوله: خصهما بالذكر لأن مله أبي يوسف الخ) أقول: هذا مسلم إلا أن الظاهر كان أن يذكر قوله عندهما عند قوله ويشترط فيه القضاء فيحتاج وجه تأخيرها إلى هنا إلى نوع تأمل، ولعل وجهه أن أبا يوسف يقول باشتراط وقوع الفسخ بالقضاء لأنه قضاء في المجتهد فيه فينفذ ولا يلزم منه أن يرى خيار البلوغ.

رضا (وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فسكت) شرط العلم بأصل النكاح لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به، والولي يفرد به فعذرت بالجهل، ولم يشترط العلم بالخيار لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل، بخلاف المعتقة لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفة فتعذر بالجهل بثبوت الخيار (ثم خيار البكر يبطل بالسكوت، ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا، وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ)

مستلزماً لنفي المتبوع اللازم الثابت لتضمنه رفع الأقوى لغرض رفع الأدنى. والجواب أنه إذا كان مقتضى الدليل وجب ويكون حينئذ رفع المتبوع مقتضى الدليل بواسطة اقتضائه ملزومه وهو ثابت هنا وهو النص، فالوجه في السؤال طلب حكمته مع أنه يتضمن ضرر الزوج فلم رجح دفع ضررها على دفع ضرره؟ والجواب أن دفع ضررها يبطل حقاً مشتركاً بينهما وهو باستيفاء حق مشترك له ولها يثبت لنفسه حقاً عليها فدفعها أولى ولأنه رضي بهذا الضرر حيث تزوجها مع العلم بثبوت خيار العتق شرعاً (قوله فتعذر) أي الأمة المعتقة (بالجهل بثبوت الخيار) لها إذ كانت مشغولة بالخدمة الواجبة الشاغلة لها عن التعلم، بخلاف الحرة لا تعذر به لانتفاء هذا المعنى في حقها (قوله ثم خيار البكر يبطل بالسكوت) إنما ذكره بعد ما قدم من قوله فسكت فهو رضا لبيان أن كون سكوتها رضا فيما تقدم هو إذا كانت بكراً فإن العبارة هناك أعم من ذلك، وليمهد الفرق بينهما ولين الغلام والثيب حيث قال (ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا) كالوطء ودفع المهر والكسوة والنفقة، ويحتمل كون دفع المهر رضا إذا لم يكن دخل بها، أما إن كان دخل بها قبل بلوغه ينبغي أن يكون دفع المهر بعد بلوغه رضا لأنه لا بد منه، أقام أو فسخ (وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ) يعني لا يبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ ما لم نقل رضيت، أو يجيء منها ما يعلم أنه رضا كالتمكن من الوطء وطلب المهر والمواجب (اعتباراً لهذه الحالة) أي حالة ثبوت الاختيار (بحالة ابتداء النكاح) فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوّجت ثيباً بالغة لا يكون سكوتها رضا حالة ثبوت الخيار وهي ثيب بالغة، ولو زوّجت بكراً بالغة اكتفى بسكوتها فكذا إذا ثبت لها الخيار العلم بالنكاح وهي بكر بالغة، ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت إنما يقتضي أن خيار الثيب لا يبطل به ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليفيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الخ (قوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس) بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بأن حاضت في مجلس وقد كان بلغها النكاح أو مجلس بلوغ خبر النكاح إذا كانت بكراً بالغة، وجعل الخصاف خيار البكر ممتداً إلى آخر المجلس وهو قول بعض العلماء مال هو إليه، وهو خلاف

كان يملك عليها تطبيقين ويملك مراجعتها في قرين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو أمر جلي ليس للإنكار فيه مجال حتى يحتاج إلى الإلزام، لكن لها أن تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء أصل النكاح غير ممكن لأنه بعد العتق يستلزمها، ووجود الملزوم بدون وجود اللازم محال، فكان لها أن تدفع أصل الملك في ضمن مالها من دفع الزيادة. واعترض بأن دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتاً من حق الزوج المستتبع الزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعاً وهو عكس المعقول ونقض الأصول. وأجيب بأن هذا ليس يجعل التابع متبوعاً، وإنما هو من باب الالتزام للضرر المرضي، فإن الزوج حين تزوّج الأمة عالمًا لها بخيار العتق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر المرضي غير ضائر، بخلاف الأمة فإنها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها بمرض فكان ضائراً، وإذا اجتمع الضرر الضائر وغير الضائر يدفع الضائر دون غيره. وقوله (ثم عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد، خصهما بالذكر لأن مذهب أبي يوسف لا يرد ههنا لأنه لا يرى خيار البلوغ، وإن كان المزوّج غير الأب والجد. وحاصل ما ذكره ههنا أمور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة: الأول أن خيار البلوغ في الفرقة يحتاج إلى القضاء دون خيار العتق. والثاني أن خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما. والثالث أن الصغيرة إذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكت بطل خيارها سواء كانت عالمة بأن لها الخيار أو لم تكن، أما إذا كانت عالمة فظاهر، وأما إذا لم تكن فلائها لم تعذر بالجهل بالخيار (لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم) بخلاف ما إذا لم

اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح، وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لأنه ما ثبت بإثبات الزوج بل لتوهم الخلل وإنما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضا، بخلاف خيار

رواية المبسوط فإن فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة إذا كانت عالمة بالنكاح، وعلى هذا قالوا ينبغي أن تطلب مع رؤية الدم فإن رآته ليلاً تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد إذا أصبحت وتقول رأيت الدم الآن. وقيل لمحمد كيف وهو كذب، وإنما أدركت قبل هذا؟ فقال لا تصدق في الاستناد فجاز لها أن تكذب كي لا يبطل حقها، ثم إذا اختارت وأشهدت ولم تتقدم إلى القاضي الشهر والشهرين فهي على خيارها كخيار العيب. وما ذكر في بعض المواضع من أنها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود نلّم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعذر ينبغي أن يحمل على ما إذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت. وما قيل: لو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لا دليل عليه. وغاية الأمر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح، ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها، وكذا عن المهر وإن كان عدم ذكره لا يبطل كون سكوتها رضا على الخلاف، فإن ذلك إذا لم تسأل عنه لظهور أنها راضية بكل مهر، والسؤال يفيد نفي ظهوره في ذلك وإنها يتوقف رضاها على معرفة كميته، وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا، كيف وإنما أرسلت لغرض الإشهاد على الفسخ. ولو اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول أطلب الحقين ثم تبدأ في التفسير بخيار البلوغ، ولو زوج أمته الصغيرة ثم أعتقها ثم بلغت لا يثيب لها خيار البلوغ لكمال ولاية المولى كالأب ولأن خيار العتق يغني عنه، والعبد الصغير إذا بلغ كذلك في الأصح إلا أنه لا يتصور في حقه خيار العتق فيطلق إن شاء (قوله ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام) ووجهه ظاهر من الكتاب. والحاصل أنها إذا بلغت ثيباً فوق خيارها العمر لأن سببه عدم الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يدل على الرضا بالنكاح، وكذا الغلام، وعلى هذا تضافرت كلماتهم. وما في غاية البيان مما نقل عن الطحاوي حيث قال خيار المدركة يبطل بالسكوت إذا كانت بكراً

تكن عالمة بالنكاح فسكتت فإنها على خيارها لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به، والولى ينفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل، وأما المحققة فإنها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق أو بثبوت الخيار لها، أما الأول فلأن المولى ينفرد به. وأما الثاني فلأن الأمة لا اشتغالها بالخدمة لا تنفرض لمعرفة أحكام الشرع فكانت معذورة. وقوله (ثم خيار البكر) تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والأنثى، وتقديره أن من له خيار البلوغ إذا كان غلاماً فبلغ لم يبطل خياره (ما لم يقل رضيت أو يجيء منه) بالجزم (ما يعلم أنه رضا) وإن كانت جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وإن كانت بكراً يبطل خيارها بالسكوت (اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح) فإن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضا فكذلك إذا كان لها الخيار فأدركت وسكتت كان سكوتها رضا فيبطل اختيارها والغلام والجارية الثيب إذا استؤمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتها رضا بل لا بد من الرضا صريحاً أو دلالة، فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضا بل لا بد من ذلك. وقوله (وخيار البلوغ) تفريع آخر على خيار البلوغ، ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق. وتقديره خيار البلوغ (في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس) يعني مجلس بلوغها بأن رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت أو مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت، بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعاً، وأما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد إلى ما وراء المجلس. وقوله (لأنه ما ثبت) دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة. وتقديره خيار بلوغها لم يثبت بإثبات الزوج وهو ظاهر، وما لا يثبت بإثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فإن التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيجيء. وقوله (بل لتوهم الخلل) دليل يشمل البكر والغلام. وتقديره: خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل،

(قوله فإن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت الخ) أقول: الأظهر أن يقول البكر البالغة إذا بلغها خبر نكاحها فسكتت كان رضا (قوله وقوله لأنه ما ثبت عدم البطلان في حق الثيب خاصة) أقول: أنت خبير بأنه ينتهض دليلاً على عدم امتداد خيار البكر إلى آخر المجلس، بل على عدم البطلان في حق الغلام أيضاً لأن صدقه يكون بانتفاء الزوج كما يظهر بأدنى توجه، فالتخصيص بالثيب مما لا وجه له (قوله وما لم يثبت بإثبات الزوج الخ) أقول: منقوض بخيار العتق على ما سيجيء بعد أسطر، وكان الأصواب أن يقول: ما ثبت بإثبات الغير (قوله دليل يشمل البكر والغلام) أقول: كما يشمل الثيب (قوله دون سكوت الغلام) أقول: ودون سكوت الثيب أيضاً.

العق لأنه ثبت بإثبات المولى وهو الإعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة، ثم الفرقه بخيار البلوغ ليست بطلاق لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها، وكذا بخيار العتق لما بينا، بخلاف المخيرة لأن الزوج هو الذي ملكها وهو

وإن كانت ثيباً لم يطل به، وكذا إذا كان الخيار للزوج لا يطل إلا بصريح الإبطال أو يجيء منه دليل على إبطال الخيار كما إذا اشتغلت بشيء آخر أو أعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل، إذ يقتضي أن الاشتغال بعمل آخر يطله وهو تقييد بالمجلس ضرورة أن تبدله حقيقة أو حكماً يستلزمه ظاهراً. وفي الجوامع: وإن كانت ثيباً حين بلغها أو كان غلاماً لم يطل بالسكوت وإن أقامت معه أياماً، إلا أن ترضى بلسانها أو يوجد ما يدل على الرضا من الوطء أو التمكين منه طوعاً أو المطالبة بالمهر أو النفقة وفيها لو قالت كنت مكرهة في التمكين صدقت ولا يطل خيارها، وفي الخلاصة: لو أكلت من طعامه أو خدمته فهي على خيارها. لا يقال: كون القول لها في دعوى الإكراه في التمكين مشكل لأن الظاهر يصدقها (قوله بخلاف خيار العتق) متصل بقوله لا يمتد إلى الآخر المجلس: أي فيمتد خيار العتق إلى آخر المجلس. ووجه الفرق أن خيار العتق ثبت بإثبات المولى لأنه حكم العتق الثابت بإثباته فاقضى جواباً في المجلس كالتمليك في المخيرة. وحاصل وجوه الفرق بين خياري البلوغ والعتق خمسة أوجه: احتياجه إلى القضاء ولو فسخ أحدهما ولم يفسخ القاضي حتى مات ورثه الآخر. وكذا الوطء بعد الفسخ قبل القضاء به، بخلاف خيار العتق يفسخ النكاح بمجرد فسخها، ولا يطل خيار العتق بالسكوت إلى آخره، ويطل خيار البلوغ إذا كان من جهة المرأة وهي بكر، بخلاف الغلام والثيب لأن السكوت لم يجعل في حقهما رضا. ويثبت خيار البلوغ لكل من الذكر والأنثى، بخلاف خيار العتق لو زوج عبده ثم أعتقه لا خيار له لأن خيار العتق لدفع ضرر زيادة الملك وهو منتف في الذكر، وخيار البلوغ لما ينشأ عن قصور الشفقة وهو يعمهما لا يقال: الغلام يتمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكران وهو الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار، وما ثبت الخيار إلا للحاجة. لأننا نقول: لا يتخلص عن نصف المهر بالطلاق وإن كان قبل الدخول بل يلزمه. وهنا إذا قضى القاضي بالفرقة قبل الدخول لا يلزمه شيء، وأما بعده فيلزمه كله، لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث. وفي الجوامع: إذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوي الطلاق فهي طالق بائن، وإن نوى الثلاث فثلاث وهذا أحسن لأن لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق. والرابع أن الجهل بثبوت الخيار شرعاً معتبر في خيار العتق دون البلوغ. والخامس أن خيار العتق يطل بالقيام عن المجلس، ولا يطل خيار البلوغ في الثيب والغلام وتقبل شهادة المولين على اختيار أمتهم التي زوجاها نفسها إذا أعتقها، ولا تقبل شهادة العاصيين المزوجين بعد البلوغ أنها اختارت نفسها لأن سبب الرد قد انقطع في الأولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية إذ هو النسب وهو باق (قوله ثم الفرقه بخيار البلوغ ليست بطلاق) بل فسخ لا ينقص عدد الطلاق فلو جددا بعده ملك الثلاث (وكذا بخيار العتق لما بينا) من أنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها، ومن أنه يثبت بإثبات المولى ولا طلاق إليه، وكذا الفرقه بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ (بخلاف خيار المخيرة) لما ذكره فيقع الطلاق باختيارها نفسها لأنه إنما ملكها ما يملكه وهو الطلاق ولو

وما يثبت بعدم الرضا يطل بالرضا لوجود منافيه، فإن الشيء لا يثبت مع منافيه، غير أن سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام فيطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره إلى ما وراء المجلس فانظر إلى هذا الإدراج في ضمن الإيجاز الذي هو قريب إلى حد الإعجاز، جزاء الله عن المحصلين خيراً. وقوله (بخلاف خيار العتق) للفرق بينه وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقديره: خيار العتق ثبت بإثبات غيره وهو المولى لأنه لو لم يعق لما ثبت لها الخيار، وكل خيار ثبت بإثبات غيره اقتصر على المجلس (كما في خيار المخيرة) فيكون القيام دليل الإعراض. وبيان تضمن هذا الوجه للوجه الخامس أنه أشار لذلك بقوله غير أن سكوت البكر

(قال المصنف: لأنه يصح من الأنثى) أقول: إن أعيد الضمير إلى الفرقه فهذا الكلام في الفرقه بخيار العتق مسلم دون ما نحن فيه لأنه يفرق القاضي كما في الجب والعنة، وإن أرجع إلى الخيار ففي التفريق كلام مع أنه متقضى بالجب والعنة والجواب أن الفسخ في خيار البلوغ يقع من المرأة، ألا يرى أنه يجب أن تقول المرأة حين بلغت فسخت النكاح ويحكم القاضي بصحته بخلافه في الجب والعنة.

مالك للطلاق (فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر) وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لأن أصل العقد صحيح والملك ثابت به وقد انتهى بالموت، بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به. قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ولأن هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء (ولا ولاية (لكافر على مسلم) لقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان، أما الكافر فتثبت

وقعت هذه الفرقة قبل الدخول لا يجب نصف المسمى، بخلاف الطلاق قبل الدخول. وهل يقع الطلاق في العدة إذا كانت هذه الفرقة بعد الدخول: أي الصريح أولاً؟ لكل وجه، والأوجه الوقوع (قوله ولا ولاية لعبد) لأن الولاية بإنفاد القول على الغير إذا كانت متعدية، والقاصرة متفية في هؤلاء فالتعدية أولى. فإن قيل: صحة إقرار العبد تدل على ولايته القاصرة. فالجواب أنها في المعنى معلقة في غير الحدود والقصاص. وأما هما فمستثنيان عندنا. والإجماع على نفي ولايته في النكاح لعجزه، وإلا فيمكن أن يقال روايته الحديث ولاية حيث كان إلزاماً، وكذا أمانه إذا كان مأذوناً له في القتال وشهادته بهلال رمضان وإن أجيب عن هذه فالمشاححة ممكنة في الأجوبة. والأسلم جعل المراد بقوله ولا ولاية لعبد: أي في النكاح لا نفي الولاية مطلقاً لأنه يستدل بعدم القاصرة على عدم التعدية، فلو أريد الأعم كان مستدلاً ببعض الدعوى ولا التعدية مطلقاً، إذ قد يشاحح بأن له شيئاً من التعدية لولايته على زوجته الحرة في أمور الزوجية كالمنع من الخروج والتمكين وطلب الزينة مع ما ذكرنا فإنه يصدق في الكل أنه عبد له ولاية على الغير ملزمة. والمراد بالمجنون المطبق وهو على ما قيل سنة، وقيل أكثر السنة، وقيل شهر وعليه الفتوى. وفي التجنيس وأبو حنيفة رحمه الله لا يوقت في الجنون المطبق شيئاً كما هو دأبه في التقديرات فيفوض إلى رأي القاضي، وغير المطبق تثبت له الولاية في حالة إفاقته عن جنون مطبق أو غير مطبق، لكن المعنى أنه إذا كان مطبقاً تسلب ولايته فتزوّج ولا تنتظر إفاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوج وتنتظر إفاقته كالثائم. ومقتضى النظر أن الكفاء الخاطب إذا فات بانتظار إفاقته تزوّج وإن لم يكن مطبقاً وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الولي الأقرب على ما سنذكره (قوله ولهذا) أي لهذا الدليل (لا تقبل شهادته عليه) لأنه لا سبيل له عليه (ولا يتوارثان) لأن الوارث يخلف المورث فيما يليه ملكاً ويداً وتصرفاً، والظاهر أن الورثة ليست ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث شرعاً بعد انقضاء ولاية أخرى فنفي التعدية ليس نفي الورثة فليس نفيها بهذا الدليل. وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم فكذا لا تثبت لمسلم على كافر: أعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال. قيل وينبغي أن يقال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطاناً، وقائله صاحب الدراية ونسبه إلى الشافعي ومالك قال: ولم ينقل هذا الاستثناء عن أصحابنا والذي ينبغي أن يكون مراداً. ورأيت في موضع معزو إلى المبسوط أن الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة

رضا. يعني الرضا يسقط خيار البلوغ، وخيار الإعناق إنما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالإعراض والسكوت ليس بإعراض وهو خفي جداً. وقوله (ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق) يعني سواء كان قبل الدخول أو بعده (لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها) والفائدة تظهر في شيئين: أحدهما أنها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقاً لوجب، والثاني أنها لو تنكحاً بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات (وكذا بخيار العتق لما بينا) أنه يصح من الأنثى. وقوله (بخلاف خيار المخيرة) ظاهر إلى آخر المسئلة. قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) الولاية التعدية فرع الولاية القاصرة، فمن لا ولاية له على نفسه فأولى أن يكون له ولاية على غيره، ولأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء، أما إلى الصبي والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفاء، وأما إلى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى (ولا ولاية لكافر على مسلم) يعني الولاية الشرعية ولا معتبر بالحسية منها. وقوله (لغير العصبات من الأقارب) يعني كالأخوال والخالات والعمات (ولاية التزويج عند عدم العصبات) أي

(قوله ثم ذوو الأرحام الخ) أقول: ذوو الأرحام هنا ليس على مصطلح الفرائض بل على معناه اللغوي، فإن البنت وبنت الابن من أصحاب الفروض وكذا الأخوات.

له ولاية الإنكاح على ولده الكافر لقوله تعالى ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ ولهذا تقبل شهادته عليه ويجزى بينهما التوارث (ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة) معناه عند عدم العصبات، وهذا استحسان، وقال محمد: لا تثبت وهو القياس، وهو رواية عن أبي حنيفة، وقول أبي يوسف في ذلك مضطرب والأشهر أنه مع محمد. لهما ما رويناه، ولأن الولاية إنما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفاء إليها وإلى العصبات الصيانة. ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة (ومن لا ولي لها) يعني

والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء . فأما الفسق فهو يسلب الأهلية كالكفر، المشهور أن عندنا لا وهو المذكور في المنظومة . وعن الشافعي اختلاف فيه . أما المستور فله الولاية بلا خلاف فما في الجوامع أن الأب إذا كان فاسقاً فللقاضي أن يزوجه الصغيرة من غير كفؤ غير معروف . نعم إذا كان مهتكاً لا ينفذ تزويجه إياها بنقص ومن غير كفء وستأتي هذه (قوله ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة معناه عند عدم العصبات) النسبية والسببية . والحاصل أن الولاية تثبت أولاً لعصبة النسب على الترتيب الذي قدمناه ثم لمولى العتاقة ثم لعصبة على ذلك الترتيب بالاتفاق ثم بعد ذلك عند أبي حنيفة تثبت للأب ثم للبنات إذا كانت أمها مجنونة ثم بنت الابن ثم البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم لولد الأم يستوي ذكورهم وإناثهم في ذلك ثم أولادهم . قال المصنف في التجنيس معلماً بعلامة فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفي: غاب الأب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجتها أختها والأم حاضرة يجوز إن لم يكن لها عصبة أولى من الأخت، وليست الأم أولى من الأخت من الأب لأنها من قبل الأب، والنساء اللواتي من قبل الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا، وهي الأخت والعمة وبنت الأخ وبنت العم ونحو ذلك، ثم قال المصنف: هكذا ذكر هنا، وذكر في غيره من المواضع أن الأم أولى من الأخت الشقيقة لأنها أقرب اهـ . قيل هذا يستقيم في الأخت لا العمة وبنت العم وبنت الأخ لأنهن من ذري الأرحام ولايتهن مختلف فيها، ومثل ما عن الشيخ نجم الدين النسفي منقول في المصنف عن شيخ الإسلام خواهر زاده، ومقتضاه تقدم الأخت على الجد الفاسد وبعد أولاد الأخوات العمات ثم الأخوال ثم الخالات ثم بنات الأعمام ثم بنات العمات، والجد الفاسد أولى من الأخت عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف الولاية لهما كما في الميراث، كذا في المستصفي . وقياس ما صحح في الجد والأخ من تقدم الجد الفاسد على الأخت ثم مولى الموالاة وهو الذي أسلم على يد أبي الصغيرة ووالاه لأنه يرث فثبتت له ولاية التزويج، ثم السلطان ثم القاضي إذا شرط في عهده تزويج الصغائر والصغار، ثم من نصبه القاضي وإن لم يشرط فلا ولاية له في ذلك وهذا استحسان . وقال محمد: لا ولاية لذوي الأرحام ولا لمولى الموالاة، وهو القياس ورواية الحسن عن أبي حنيفة (وقول أبي يوسف مضطرب فيه والأشهر أنه مع محمد) على ما في الهداية . وقال في الكافي: الجمهور أن أبا يوسف مع أبي حنيفة، وفي شرح الكنز وأبو يوسف مع أبي حنيفة في أكثر الروايات (لهما ما روينا) يعني من قوله ﷺ «الإكناح إلى العصبات»^(١) أثبت لهم الجنس، وليس من وراء الجنس شيء فيثبت لغيرهم فلا إنكاح لغيرهم (قوله ولأن الولاية إنما

عصبة كانت سواء كانت عصبة يحل النكاح بينه وبين المرأة كابن العم أو لم يحل كالعم ومولى العتاقة وعصبته من العصبات، ثم عند أبي حنيفة بعد العصبات الأم ثم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت الابن ثم بنت بنت بنت البنت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم الأخ والأخت لأم ثم أولادهم ثم العمات والأخوال والخالات وأولادهم على هذا الترتيب، ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي إذا شرط تزويج الصغار والصغائر في عهده ومنشوره، أما إذا لم يشترط فلا ولاية له. وقال محمد: لا ولاية لغير العصبات، وقوله أبي يوسف مضطرب ذكره مع أبي حنيفة في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب الولاء. وقوله (لهما ما روينا) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام «الإنكاح إلى العصبات» عرف الإنكاح باللام

(١) غريب جداً. وتقدم قول ابن حجر في الدراية ٢/ ٦٢: لم أجده. وكذا بيض الزيلعي له وقد روى البيهقي بنحوه عن علي موقوفاً وإسناده ضعيف أيضاً انظر ٢/ ٢٧٧.

العصبة من جهة القرابة (إذا زوجها مولاها الذي أعتقها جاز) لأنه آخر العصبات، وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام

ثبتت صوناً للقرابة عن نسبة غير الكفاء إليها) أي إلى القرابة على تأويل الأقارب أو على المعنى المصدري (والى العصبات الصيانة) عن ذلك لا إلى غيرهم من ذوي الأرحام لأنهم ينسبون إلى قبيلة أخرى فلا يلحقهم العار بذلك (ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة) إذ مطلقها باعث على الشفقة الموجبة لاختيار الكفاء وذوو الأرحام بهذه المثابة فإننا نرى شفقة الإنسان على ابنة أخته كشفقته على ابنة أخيه، بل قد ترجح على الثانية، ولا شك أن شفقة ذوي الأرحام ليست كشفقة السلطان ولا من ولاه فكانوا أولى منهم. وأما قولهما إنما ثبتت الولاية صوناً للقرابة عن نسبة غير الكفاء إليها فالحصر ممنوع، بل ثبوتها بالذات تحصيلاً لمصلحة الصغيرة بتحصيل الكفاء لأنها بالذات لحاجتها لا لحاجتهم، وكل من ذوي الأرحام فيه داعية تحصيل حاجتها فثبتت له الولاية بهذا الاعتبار، وإن ثبتت لغيره من العصبات بكل من حاجتها بالذات إلى ذلك وحاجته وستزداد وضوحاً في مسألة الغيبة. ويدل عليه إجازة ابن مسعود تزويج امرأته بنتها وكانت من غيره على الأصح، وما إثبات جنس ولاية الإنكاح إلى العصبات في الحديث فإنما هو حال وجودهم، ولا تعرض له حال عدمهم بنفي الولاية عن غيرهم ولا إثباتهم فأثبتناها بالمعنى وقصة ابن مسعود، وأيضاً لا شك أنه خص منه السلطان لأنه ليس من العصبات لقوله «السلطان ولي من لا ولي له»^(١) أو بالإجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى. وهذا الوجه على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنفي وحجته، وقوله في قول محمد قياس وفي قول أبي حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث لمحمد، وبالمعنى الصرف لأبي حنيفة يناقش فيه بأن الاستحسان هو الذي يكون بالأثر لا القياس فإن شرطه أن لا يكون فيه نص. ويجب أن على باب، والمراد أن ما ذكره محمد من الحكم في نفس الأمر قياس يقابله الاستحسان الذي قال به أبو حنيفة وأن محمداً ظنه خلافه من الاستحسان فاستدل بالحديث، وقد ظهر أن لا متمسك له به وكان الأولى أن يجيب به المصنف. وحاصل بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح^(٢) وقالوا: العصبات تتناول الأم لأنها عصبية في ولد الزنا وولد المملعة فثبتت لأهلها، إلا أن أقارب الأب مقدمون (قوله وإذا عدم الأولياء) أي كل من العصبات وذوي الأرحام ومولى الموالاة (فالولاية إلى الإمام والحاكم) أي القاضي بشرط أن يكتب ذلك في منشوره، فلو زوّج الصغيرة مع عدم كتب ذلك في منشوره ثم أذن له فيه فأجازه قيل لا يجوز وقيل يجوز على الأصح استحساناً.

في غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوّض إلى هذا الجنس فلا يكون لغيره فيه مدخل، ولأن الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفاء والصيانة إلى العصبات (ولأبي حنيفة أن هذه الولاية نظرية، والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة) فإن قلت: هذا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز أجيب بوجهين: أحدهما أن معنى قوله الإنكاح إلى العصبات إذا وجدت العصبات والثاني أن الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكمال الرأي. والقول بتوريث ذوي الأرحام مع القول بعدم ولاية الإنكاح غير مستحسن لإطلاق قوله تعالى «وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض» ولكون التوريث مبنياً على الولاية. قوله (إذا عدم الأولياء) يعني على الوجه المذكور (فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله عليه الصلاة والسلام «السلطان ولي من لا ولي له») أما الحاكم وهو القاضي فإنما يملك الإنكاح إذا كان ذلك في عهده ومنشوره، كذا في فتاوي قاضيخان. قوله (وإذا غاب الولي الأقرب) يعني كالأب (غيبه منقطعة جاز لمن هو أبعد منه) كالجد أن يزوّج. (وقال زفر: ليس له ذلك) وقال الشافعي:

(قوله والثاني أن الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة) أقول: القول بإثباتها بطريق الدلالة مشكل، وليس رأي السوان ك رأي الرجال في الكمال وقد سبق (قوله والقول بتوريث ذوي الأرحام) أقول: الأنسب لدليله أن يقول: والقول بأنهم ذوو أرحام وتوريثهم مع القول بعدم النكاح الخ كما لا يخفي.

(قوله لزفر أن ولاية الأقرب قائمة لأنها) أقول: ضمير لأنها راجع إلى ولاية.

(١) هو بعض حديث تقدم في ٢٥٨/١ وإسناده جيد. راجعه في أول فصل الأولياء.

(٢) (قوله قبل الترجيح) كذا في نسخ، ووقع في أخرى: قبل التزويج، وهو تحريف فليحذر كنه مصححه.

والحاكم لقوله ﷺ «السلطان ولي من لا ولي له» (وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوّج)

[فروع] الأول ليس لولي الصغيرة ولاية تزويجها وإن أوصى إليه الأب بالنكاح إلا إذا كان الموصي عين رجلاً في حياته للتزويج فيزوجها الوصي به كما لو وكل في حياته بتزويجها، وإن لم يعين انتظر بلوغها لتأذن كذا قيل، وليس بلازم لأن السلطان يزوجه إلا إذا كان الوصي قريباً فيزوجها بحكم القرابة لا الوصاية وإلا فالحاكم، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية، وفي أخرى له التزويج لقيامه مقام الأب. قلنا: إنما قام مقامه في المال. وقال مالك: إن أوصى إليه في التزويج جاز وهو رواية هشام عن أبي حنيفة. الثاني لو زوّج القاضي الصغيرة التي هو وليها وهي اليتيمة من ابنه لا يجوز. كالوكيل مطلقاً إذا زوّج موكلته من ابنه، بخلاف سائر الأولياء لأن تصرف القاضي حكم منه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولي، ذكره في التجنيس معلماً له بعلامة غريب الرواية للسيد الإمام أبي شجاع، والإلحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنى عن جعل فعله حكماً مع انتفاء شرطه، وكذا إذا باع مال يتيمة من نفسه لا يجوز لكل من الوجهين، والأوجه ما ذكرنا، بخلاف ما لو نصب وصياً على اليتيم ثم اشترى منه يجوز لأنه نائب عن الميت لا القاضي. الثالث إقرار الولي على الصغير والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند أبي حنيفة إلا بينة أو يدرك الصغير فيصدقه، معناه إذا ادعى الزوج ذلك عند القاضي وصدقه الأب، وعندهما يثبت النكاح بإقراره. قال في المصنف عن أستاذه: يعني الشيخ حميد الدين: إن الخلاف فيما إذا أقر الولي في صغرها فإن إقراره موقوف إلى بلوغها، فإذا بلغا وصدقاها نفذ إقراره وإلا يبطل، وعندهما ينفذ في الحال وقال: إنه أشار إليه في المبسوط، قال: هو الصحيح. وقيل الخلاف فيما إذا بلغ الصغير وأنكر النكاح فأقر الولي، أما لو أقر بالنكاح في صغره صح إقراره، كذا في المغني. وفي مبسوط شيخ الإسلام: إذا أقر الأب على الصغير والصغيرة على قوله لا يصدق إلا بينة، وإن صدقه الزوج في ذلك أو المرأة، وعلى قولهما يصدق من غير بينة، فإن قيل: على من تقام البينة ولا تقبل إلا على منكر يعتبر إنكاره والمنكر هو الصبي، ولا عبرة بإنكاره والأب والزوج أو المرأة مقرّان؟ قلنا: ينصب القاضي خصماً عن الصغير أو الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البينة فيثبت النكاح على الصغير والصغيرة اهـ كله من المصنف. والذي يظهر أن قول من قال إن الخلاف فيما إذا بلغا فأنكر النكاح، أما إذا أقر عليهما في صغرها يصح بالاتفاق أوجه. وإقرار وكيل رجل أو امرأة بتزويجها وإقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف، فأما إقراره بنكاح أمته فنافذ اتفاقاً. الرابع في النوازل: امرأة جاءت إلى قاض فقالت أريد أن أتزوج ولا ولي لي، فللقاضي أن يأذن لها في النكاح كما لو علم أن لها ولياً. وبمثله أجاب أبو الحسن السغدّي، وما نقل فيه من إقامتها البينة فخلاف المشهور، وما نقل من قول حماد بن أبي حنيفة يقول لها القاضي إن لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات بعل فقد أذنت لك، فالظاهر أن الشرطين الأولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفاءة، وأما الشرط الثالث فمعلوم الاشتراط الخامس لا يملك الوصي ولا الأب تزويج عبد الصغير، وكذا تزويج عبده من أمته، كذا في الاستحسان وهو قول محمد ويملكان تزويج أمته (قوله وقال زفر: إذ غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا يزوجه أحد حتى تبلغ) بناء على أنه على ولايته لأن الولاية ثبتت حقاً له على ما تقدم في دليل محمد وقدمنا جوابه. وقال الشافعي رحمه الله: يزوجه السلطان لا الأبعد. وعبدنا يزوجه الأبعد لأن هذه ولاية نظرية تثبت نظراً لليتيمة لحاجتها إليها، ولا نظر في التفويض إلى من لا ينتفع برأيه، وهذا لأن التفويض إلى الأقرب ليس لكونه أقرب بل لأن في الأقربة زيادة مظنة للحكمة وهي الشفقة الباعثة على زيادة إتيان الرأي للمولية، فحيث لا ينتفع برأيه أصلاً سلبت إلى الأبعد، إذا لو أبقينا ولاية الأقرب أبطلنا حقها وفاتت مصلحتها. أما الولي فحقه في الصيانة عن

يزوّج السلطان. لزفر أن ولاية الأقرب قائمة لأنها ثبتت حقاً له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفاءة إليها، والحق القائم بشخص لا يبطل بغيثته (ولهذا لو زوجه حيث هو جاز) بالاتفاق، وإذا كانت ولاية الأقرب في غيبته قائمة لا يكون للأبعد ولاية (ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه) وكلنا المتقدمين ظاهرة (فقوضناه) أي النظر (إلى الأبعد) وقوله (وهو

وقال زفر: لا يجوز لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها ثبتت حقاً له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته، ولهذا لو زوّجها حيث هو جاز، ولا ولاية للأبعد مع ولايته. ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه فقوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب، ولو زوّجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة

غير الكفاء يكون مقتضياً لأثبات ولاية الفسخ إذا وقع بفعلها من غير كفاء فلا يتوقف على إثبات ولاية التزويج له، فحيث ثبتت فإنما هي لحاجتها حقاً لها. ولو سلم فقوات حقه بسبب من وجهته وهو غيبته على أن المقصود له لا يفوت إذا يخلفه فيه الولي الأبعد لأنه تلوه في نفي غير الكفاء والاحتباس عن التلطيخ بنسبته فتضافراً على مقصود واحد فوجب المصير إلى ما قلنا وظهر وجه تقديمه على السلطان، ولأنه لو سلبت ولايته بموته كان الأبعد أولى من السلطان، فكذا إذا سلبت بعارض آخر. فالحاصل في علة تقديمه على السلطان لا يختلف بالموت وغيره. وقال رحمته الله «السلطان وليّ من ولا وليّ له^(١)» وما يقال من أنه ينتفع برأيه بالرسول وبالكتاب وكتاب الخاطب إليه حيث هو فخلاص المعتاد في الغائب والخاطب فلا يفرّع الفقه باعتباره وقد لا يعرف مكانه، ونظيره الحضانة والتربية يقدم فيه الأقرب، فإذا تزوجت القربى وثبت مظنة شغلها بالزوج صارت للبعدي، وكذا النفقة في مال الأقرب فإذا انقطع ذلك لبعده ماله وجبت في مال الأبعد (قوله ولو زوّجها حيث هو فيه منع) جواب عن استدلال زفر على قياس ولايته حال غيبته أنه لو زوّجها حيث هو صح اتفاقاً فدل على أنه لم يسلب الولاية، شرعاً بغيبته. أجب بمنع صحة تزويجه. قال في المحيط: لا رواية فيه، وينبغي أن لا يجوز لانقطاع ولايته. وفي المبسوط: لا يجوز، ولو سلم فلأنها انتفعت برأيه وهذا تنزل، ووجهه أن للأبعد قرب التدبير وللأقرب قرب القرابة فنزلاً منزلة وليين في درجة واحدة، فأيهما عقد جاز لأنه أسس بالمعنى المعلق به ثبوت الولاية وسلبها. ومعناه أن سلب الولاية إنما كان لسلب الانتفاع برأيه، فلما زوّجها من حيث هو ظهر أنه لم يكن ما علق به سلب الولاية ثابتاً بل القائم مناط ثبوتها. وفي شرح الكتر: لا رواية فيه، فلنا أن نمنع لأنه لو جاز عقده حيث هو لأدى إلى مفسدة لأن الحاضر لو زوّجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لدخل بها الزوج وهي في عصمة غيره، وما قالوه في صلاة الجنازة يدل عليه وهو أن الغائب لعدم علمه لدخل بها الزوج وهي في عصمة غيره، وما قالوه في صلاة الجنازة يدل عليه وهو أن الغائب لو كتب ليقدم رجلاً في صلاة الجنازة فللأبعد منه، ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه، كما لو كان حاضراً وقدم غيره. وقد استفيد مما ذكرنا أن الوليين إذا استويا كأخوين شقيقين أيهما زوج نفذ ومن العلماء من قال: لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل على ما ذكرنا، فإن زوّجها كل منهما فالصحة للسابق، فإن لم يعلم السابق أو وقعا معاً بطلا لعدم الأولوية بالتصحيح، ولو زوّجها أبوها وهي بكر بالغة بأمرها وزوّجت هي نفسها من آخر فأيهما قالت هو الأول فالقول قولها وهو الزوج لأنها أقرت بملك النكاح له على نفسها وإقرارها حجة تامة عليها، وإن قالت لا أدري الأول ولا يعلم من غيرها فترق بينها وبينهما، وكذا لو زوجها وليان بأمرها (قوله ولا يد الخ) يفيد أنه لو حضر الأقرب بعد عقد الأبعد لا يرد عقده وإن عادت ولايته بعوده (قوله والغيبة المنقطعة أن يكون في موضع لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة وهو اختيار القدوري) وعن أبي يوسف من جابلقا إلى جابلسا: وهما قريتان إحداهما بالمشرق والأخرى بالمغرب، وهذا رجوع إلى قول زفر، وإلما ضرب هذا مثلاً، وعنه في رواية أخرى من بغداد إلى الري، وهكذا عن محمد، وفي رواية من الكوفة إلى الري. ومن المشايخ من قال: حدّ الغيبة المنقطعة أن

مقدم على السلطان إشارة إلى جواب الشافعي (كما إذا مات الأقرب) فإن الولاية لم تنتقل إلى السلطان بموت الأقرب فكذا بغيبته. وقوله (ولو زوّجها حيث هو فيه) جواب عن قول زفر ولهذا زوّجها حيث هو جاز بالمنع: يعني لا نسلم جوازه (وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلاً منزلة وليين متساوين فأيهما عقد نفذ ولا يرد) يعني إذا حضر الأقرب وقد زوج الأبعد لا يرد النكاح، ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر، وقوله (وهو اختيار بعض المتأخرين) منهم القاضي

وقرب التدبير والأقرب عكسه فتزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ ولا يرد (والغيبية المنقطعة أن يكون في بلد لا تصل إليها القوافل في السنة إلا مرة واحدة) وهو اختيار القدوري. وقيل أدنى مدة السفر لأنه لا نهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين. وقيل: إذا كان بحال يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه، وهذا أقرب إلى الفقه لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حيثئذ (وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد أبوها) لأنه أوفر شفقة من الابن. ولهما أن الابن هو المقدم في العصوبة، وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كأبي الأم مع بعض العصبات.

يكون متحولاً من موضع إلى موضع فلا يوقف على أثره، أو يكون مفقوداً لا يعرف خبره. وقيل إذا كان في موضع يقع الكراء إليه دفعة واحدة فليست غيبية منقطعة أو بدفعات فمنقطعة، وقيل أدنى مدة السفر لأنه لا نهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الإمام أبو علي النسفي وسعد بن معاذ وأبو عصمة المروزي وابن مقاتل الرازي وأبو علي السغدري وأبو اليسر والصدر الشهيد، قالوا: وعليه الفتوى. وقال الإمام السرخسي في مبسوطه: والأصح أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفء، وعن هذا قال قاضيان في الجامع الصغير: لو كان مختفياً في المدينة بحيث لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة، وهذا حسن لأنه النظر. وفي النهاية: عليه أكثر المشايخ منها القاضي الإمام أبو بكر محمد بن الفضل. وفي شرح الكنز: أكثر المتأخرين على أدنى مدة السفر، ولا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ والأشبه بالفقه قول أكثر المشايخ (قوله وإذا اجتمع في المجنونة) جنوناً أصلياً بأن بلغت مجنونة أو عارضياً بأن طرأ الجنون بعد البلوغ (أبوها) أو جدّها (مع ابنها فالولي في تزويجها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد أبوها) وقال زفر في العارضي: لا يزوّجها أحد لأن الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشيء فلا ترجع عند وجود مناط الحبر بل هي أحوج إلى الولاية بالجنون منها إليها بالصغر لأن الحاجة إليها في الصغر لتحصيل الكفء وفي الجنون لذلك ودفع الشهوة والممارسة، وكذا المجنون يجتمع فيه أبوه وابنه أو جدّه على هذا الخلاف. وعن أبي يوسف رواية أخرى: أيهما من الأب والابن زوج جاز، وهي رواية المصنفين جعلهما في مرتبة، ولا يبعد إذ في الابن قوة العصوبة وفي الأب زيادة الشفقة ففي كل منهما جهة (قوله) في وجه قولهما (وهذه الولاية مبنية على العصوبة) بالنص السابق، والابن هو المقدم في العصوبة شرعاً لانفرادة بالأخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه. ثم إذا زوج المجنونة أو المجنون الكبيرين أبوهما أو جدّهما لا خيار لهما إذا أفاقا لتمام شفقتهم، ولو زوج الرجل المجنون أو المرأة ابنتها فلا رواية فيه عن أبي حنيفة، وينبغي أن لا يكون لهما خيار لأنه يقدم على الأب والجد ولا خيار لهما في تزويجها فالابن أولى.

الإمام علي السغدري والقاضي الإمام أبو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وأبي عصمة وسعد بن معاذ المروزي. وقوله (لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حيثئذ) يعني لعدم الانتفاع به، وعن هذا قال الإمام قاضيان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفياً في البلدة لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة. وقوله (لأنه أوفر شفقة من الابن) بدليل أن ولاية الأب نعم النفس والمال، والابن ليس له الولاية في المال (ولهما أن الابن هو المقدم في العصوبة) ألا ترى أن الأب معه يستحق السدس بالفرضية فقط، وقوله (ولا معتبر بزيادة الشفقة) جواب محمد.

(قال المصنف: فتزلا منزلة وليين متساويين) أقول: قال ابن الهمام: قد استفيد مما ذكره أن الوليين إذا استويا كأخوين شقيقين أيهما زوج نفذ، ومن العلماء من قال: لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل، فإن زوجها كل منهما فالصحة للسابق، فإن لم يعلم السابق أو وقعا معاً بطلا لعدم الأولوية بالتصحيح اهـ. ويدل على ذلك ما سيجيء في باب ما يوجب القصاص، وما لا يوجب أن ولاية الإنكاح تثبت لكل من الأولياء كلاً.

فصل في الكفاءة

(الكفاءة في النكاح معتبرة) قال ﷺ «ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء، ولا يزوّجن إلا من الأكفاء» ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة، لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها، بخلاف جانبها لأن

فصل في الكفاءة

الكفاء المقاوم ويقال: لا كَفَاءَ لَهُ^(١) بالكسر. ولما كانت الكفاءة شرط للزوم على الولي إذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولي وهو بثبوت الولاية، فقدم بيان الأولياء ومن تثبت له ثم أعقبه فصل الكفاءة (قوله معتبرة) قالوا: معناه معتبرة في الزوم على الأولياء حتى إن عند عدمها جاز للولي الفسخ ثم استدل بقوله ﷺ «ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء ولا يزوّجن إلا من الأكفاء»^(٢) فهنا نظران في إثبات حجته، ثم وجه دلالة على الدعوى على الوجه المذكور من معناها. أما الأول فهو حديث ضعيف لأن في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة والحجاج مختلف فيه ومبشر ضعيف متروك نسبه أحمد إلى الوضع وسيأتي تخريجه لكنه حجة^(٣) بالتصافير والشواهد، فمن ذلك ما روى محمد في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن رجل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «لأمنعن فروج»^(٤) ذوات الأحساب إلا من الأكفاء^(٥)، ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث علي أنه عليه الصلاة

فصل في الكفاءة

لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم أن عدمها يمنع الجواز أو يمكن الأولياء من الفسخ احتاج إلى أن يذكرها في فصل على حدة، والكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفاء وهو النظر من كفاءة إذا ساواه فهي معتبرة في النكاح. قال ﷺ «ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء، ولا يزوّجن إلا من الأكفاء» رواه جابر.

(ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة) والنكاح شرع لانتظامها ولا تنتظم بين غير المتكافئين (لأن الشريفة تأبى أن تكون

فصل في الكفاءة

(قال المصنف: ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين) أقول: قوله بين المتكافئين خبر إن في قوله ولأن.

(١) قوله (ويقال لا كفاء له) كذا في بعض نسخ الفتح، ومثله في كتب اللغة. قال في الأساس: وتقول لا كفاء له بالكسر وهو في الأصل مصدر وضع موضع المكافئ. قال حسان * وروح القدس له ليس له كفاء * أي مكافئ. اهـ. ووقع في بعض النسخ سقط وتصحيف فليحذر كتبه مصححه.

(٢) باطل. أخرجه الدارقطني ٢٤٥/٣ والبيهقي ١٣٣/٧ كلاهما من حديث جابر وإسناده ضعيف جداً. قال الدارقطني والبيهقي: مبشر بن عبيد متروك الحديث أحاديثه لا يتابع عليها. وزاد البيهقي: ضعيف بكرة. وقال الزيلعي ١٩٦/٣: أسند البيهقي في المعرفة عن أحمد بن حنبل قوله: أحاديث مبشر عن عبيد موضوعه كذب. وقال ابن حبان: يروي عن الثقات الموضوعات. اهـ.

قلت: ومما يدل على بطلانه أنه رواه عن عطاء، وعمر بن دينار وهو إسناد كالشمس لكنه مركب. (٣) قلت: لا. لأنه الحديث إذا كان في سنده منهم بالكذب يترك ويعمل بغيره ولا يعتد به البتة ولا يعتبر هذا ما عليه الفقهاء وأهل الحديث يقولون: فلان يعتبر به أو يعتبر بحديثه. إذا لم يكن متهماً بأن كان ضعفه محتملاً.

(٤) قوله (فروج) كذا في بعض النسخ، وفي بعضها: تزوج، وكلاهما صحيح فحرق الرواية كتبه مصححه. (٥) موقوف ضعيف: أخرجه الدارقطني ٢٩٨/٣ والبيهقي ١٣٣/٧ كلاهما عن عمر موقوفاً. لكنه منقطع بين عمر وإبراهيم بن محمد بن طلحة حيث لم يدرك عمر.

ورواية محمد في الآثار فيها مجهول وأظنه هو ابن طلحة المذكور وإلا فرواية المجاهيل واهية.

والسلام قال له: «يا علي ثلاث لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت، والجنابة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت كفواً»^(١)، وقول الترمذي فيه لا أرى إسناده متصلاً منتف بما ذكرناه من تصحيح الحاكم وقال في سنده سعيد بن عبد الله الجهني مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجمحي فليُنظر فيه^(٢) وما عن عائشة عن النبي ﷺ «تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء»^(٣) روي ذلك من حديث عائشة وأنس^(٤) وعمر^(٥) من طرق عديدة فوجب ارتفاعه إلى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه ﷺ، وفي هذا كفاية، ثم وجدنا في شرح البخاري للشيخ برهان الدين الحلبي ذكر أن البغوي قال إنه حسن، وقال فيه رواه ابن أبي حاتم من حديث جابر عن عمرو بن عبد الله الأودي بسنده ثم أوجدنا بعض أصحابنا صورة السند عن الحافظ قاضي القضاة العسقلاني الشهير بابن حجر. قال ابن أبي حاتم: حدثنا عمرو بن عبد الله الأودي، حدثنا وكيع عن عباد بن منصور قال: حدثنا القاسم بن محمد قال: سمعت جابراً رضي الله عنه يقول: قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «ولا مهر أقل من عشرة»^(٦) من الحديث الطويل. قال الحافظ: إنه بهذا الإسناد حسن

- (١) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٧١ وكرهه ١٠٧٥ والحاكم ١٦٣/٢ والبيهقي ١٣٢/٧ - ١٣٣ والبخاري في تاريخه الكبير ١٧٧/١ وأحمد ١٠٥/١ كلهم من حديث سعيد الجهني عن محمد بن عمر بن علي بن أبي طالب عن أبيه عن علي مرفوعاً واختصره ابن ماجه ١٤٨٦ والجهني هو سعيد بن عبد الله. وقد وقع عند الحاكم فيه تصحيح حيث جعله: سعيد بن عبد الرحمن الجمحي لذا صححه ووافقه الذهبي.
- أما الترمذي فقال: هذا حديث غريب حسن اهـ وقال ذلك عقب روايته الأولى. أما عند الثانية فقال: حديث غريب وما أرى إسناده بمتصل اهـ. ولذا ضعفه ابن حجر في الدراية ٦٣/٢ وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ١٨٦/١ بعد أن ذكر كلام الترمذي: وسعيد الجهني مجهول وقد ذكره ابن حبان في الضعفاء فقال: سعيد بن عبد الرحمن بن عبد الله اهـ.
- ورواه الحاكم من هذا الوجه فجعل مكانه سعيد بن عبد الرحمن الجهني وهو من أغلاطه الفاحشة ورواه ابن ماجه مقتصر على قوله: لا تؤخر الجنابة إذا حضرت. وبعارضه ما في مسلم: ثلاث ساعات كان رسول الله ﷺ ينهانا أن نصلي فيهن أو أن نقبر فيهن موتانا. الحديث اهـ.
- وذكره ابن حبان في المجروحين ٣٢٣/١ فقال: سعيد بن عبد الرحمن بن عبد الله الجمحي يروي عن الثقات أشياء موضوعة وذكره مع هذا الحديث. قلت: وعلى هذا وافق ابن حبان الحاكم في اسمه وكنيته لكن وهاء. حيث اتهم رواية برواية الموضوعات.
- (٢) تقدم أن صوابه ما ذكره الترمذي وكذا هو عند أحمد وغيره.
- (٣) ضعيف أخرجه ابن ماجه ١٩٦٨ والدارقطني ٢٩٩/٣ والخطيب ١٦٤/١ والحاكم ١٦٣/٢ والبيهقي ١٣٣/٧ وابن حبان في المجروحين ٢٢٥/١ وابن الجوزي في العلل المتناهية ١٠٠٩ - ١٠١٢ وابن أبي حاتم في علله ١٢٠٨ كلهم من حديث عائشة.
- قال الحاكم: صحيح الاسناد ولم يتفرّد به الحارث الجعفري عن هشام عن عروة بل تابعه عكرمة بن إبراهيم على هشام.
- وتعقبه الذهبي فقال: الحارث منهم. وعكرمة ضعفوه.
- وقال ابن أبي حاتم في علله: سألت أبي عن هذا الحديث رواه الجعفري عن هشام فقال: ليس له أصل. قلت لأبي: ورواه أبو أمية عن هشام فقال: هذا حديث باطل لا يحتمل هشام هذا. قلت: فمعن هذا قال: من رواه قلت: ما حال أبي أمية فقال: ضعيف اهـ.
- وذكره ابن الجوزي وقال له أربع طرق عن عائشة ثم انتقد رجالها وبين أنه واه.
- (٤) ضعيف. أخرجه ابن الجوزي في الواهيات ١٠٠٨ عن أنس وقال: فيه مجاهيل.
- (٥) واه بكرة. أخرجه ابن الجوزي في العلل ١٠٠٦ وأبو نعيم في أخبار أصبهان ١١٥/٢ وابن عدي في الضعفاء ٢٨٦/٣ كلهم من حديث عمر ومدايره على سليمان بن عطاء وهو واه قال ابن عدي: قال البخاري: في حديثه بعض المناكير.
- وقال ابن الجوزي: حديث عمر هذا فيه سليمان بن عطاء عن مسلمة الجهني يروي أشياء موضوعة لا أدري التخليط منه أو من مسلمة قاله ابن حبان.
- وكذا ذكر الذهبي في الميزان كلام ابن حبان، والبخاري فيه. فالخير واه بكرة وقد أخرج البيهقي ١٣٣/٧ عن إبراهيم بن محمد بن طلحة قال: قال عمر: لا ينبغي للذوات الأحساب تزوجهن إلا من الأكفاء.
- وهذا منقطع إبراهيم لم يدرك عمر. والخبر موقوف. ولو صح عند البيهقي ما ورد عن عمر موقوفاً لما تركه فلعل بعض الضعفاء جعله مرفوعاً.
- (٦) غريب. فهذا الطريق لم يذكر وابن أبي حاتم في علله ١٢٠٨ عندما سأل أياه عن هذا الحديث وطرقه وتقدم كيف أبطله أبو حاتم.
- فلو كان عند هذا الاسناد الحسن لذكره.
- وهذا الحديث يعرف عن جابر من طريق مبشر بن عبيد كذا رواه غير واحد وإليك الخبر. أخرج الدارقطني ٢٤٥/٣ والبيهقي ١٣٣/٧ كلاهما من حديث جابر: لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا تزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم.

ولا أقل منه. وأغنى عما استدل به بعضهم من طريق الدلالة فقال: إذا كانت الكفاءة معتبرة في الحرب وذلك في ساعة ففي النكاح وهو للعمر أولى. وذكر ما وقع في غزوة بدر أنه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة، وخرج إليهم عوف ومعوذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم: من أنتم؟ قالوا: رهط من الأنصار، فقالوا: أبناء قوم كرام، ولكننا نريد أكفاءنا من قريش، فقال ﷺ: «صدقوا»، ثم أمر حمزة وعلياً وعبيدة بن الحرث الخ. فأما قوله ﷺ «صدقوا» فلم أره، والذي في سيرة ابن هشام عن ابن إسحاق أنهم قالوا لهم: أنتم أكفاء كرام، ولكننا نريد بني عمناء. وفي رواية: «ما لنا بكم من حاجة، ثم نادى مناديبهم يا محمد أخرج لنا أكفاءنا من قريش، فقال ﷺ: قم يا حمزة وقم يا علي الخ^(١)» ونحن نقطع أن عدو الله لو برز للمسلمين يريد إطفاء نور الله وهو من أكابر أنسابهم فخرج إليهم عبد من المسلمين فقتله كان مشكوراً عند الله وعند المؤمنين ولم يزد ذلك النسب إلا بعداً. نعم الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة الشدة فينبغي أن يخرج إليه كفؤه فيه لأن المقصود نصرة الدين ولو كان عبداً، وكلامه إنما يفيد في النسب، وإنما أجابهم ﷺ لذلك إما لعلمه بأنهم أشد من الذين خرجوا إليهم أولاً أو لئلا يظن بالمطلوبين عجز أو جبن، أو دفعاً لما قد يظن أهل النفاق من أنه يرضن بقرابته دون الأنصار. النظر الثاني لا يخفى أن الظاهر من قوله «لا يزوجن إلا من الأكفاء»^(٢) أن الخطاب للأولياء نهياً لهم أن يزوجوهن إلا من الأكفاء، ولا دلالة فيه على أنها إذا زوّجت نفسها من غير الكفاء يثبت لهم حق الفسخ. فإن قلت: يمكن كون فاعل يزوجن المحذوف أعم من الأولياء، ومنها أن لا يزوجهن مزوّج هي لنفسها أو الأولياء لها. فالجواب أن حاصله أنها منهية عن تزويجها نفسها بغير الكفاء فإذا باشرته لزمته المعصية ولا يستلزم أن للولي فسخه إلا المعنى الصرف^(٣) وهو أنها أدخلت عليه ضرراً فله دفعه، وهذا ليس مدلول النص، ولو علل نهياً التضمني للنص بإدخالها الضرر عليه لم يكن فسخه مدلول النص. وإنما قلنا التضمني لأن النهي على هذا التقدير متعلق بها وبالأولياء، فبالنسبة إليهم إنما يعلل بترك النظر لها، وبالنسبة إليها بإدخال الضرر على الولي، وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ. ولا يشكل على سامع أن في قول القائل إذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفاء فللولي فسخه لقوله ﷺ «لا يزوجهن أحد من الأكفاء»^(٤) نبوة للدليل عن المدعي. فالحق أنه دليل على مجرد الاعتبار في الشرع من غير تعرض لأمر زائد على ذلك كما هو في الكتاب. فإن قلت: كون الشيء معتبراً في الشرع لا بد من كونه على وجه خاص: أعني معتبراً على أنه واجب أو مندوب. قلنا: نعم لكنه لم تقصد الخصوصية. فإن قلت: فما هو؟ قلنا: مقتضى الأدلة التي ذكرناها الوجوب: أعني وجوب نكاح الأكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده لا ينفيه. ثم لا يستلزم كونه أول كفاء خاطب إلا ما روى الترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، عنه ﷺ أنه قال

= قال الدارقطني والبيهقي: في إسناده مبشر بن عبيد وهو متروك وأخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ٢/٢٦٣ وقال: قال ابن عدي: هذا حديث باطل لا يرويه إلا مبشر بن عبيد.

قال أحمد: أحاديثه موضوعات كذب اهـ.

ومعاً يدل على ذلك أن ابن حجر خرّج حديث الكفاءة في الكشف ١/٤٦٣ مستوفياً فذكره من جميع طرقه دون كونه من حديث جابر ثم أذعن لقول أبي حاتم: هذا الحديث ضعيف من جميع طرقه اهـ. ولذا قال الزيلعي في ٣/١٩٧: طرق كلها ضعيفة استوفيناها في الإسعاف بتخريج الكشف.

(١) هذا الخبر في سيرة ابن هشام ٢/١٩٦ - ١٩٧ عن ابن إسحاق وهو معاً يستأنس به.

(٢) تقدم قبل حديث واحد في أثناء خبر ثان. وهو واه.

(٣) (إلا المعنى الصرف) كذا في نسخة، وفي أخرى: إلا لمعنى الضرر، وحرر كنه مصححه.

(٤) تقدم قبل حديثين مع حديث آخر وهو واه.

الزوج مستفرش فلا تغيظه ذناء الفراش (وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفاء فللأولياء أن يفرّقوا بينهما) دفعا لضرر

«إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوّجوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير^(١)» ولولا أن شرط المشروع القطعي لا يثبت بظني لقلنا باشتراط الكفاءة للصحة. ثم هذا الوجوب يتعلق بالأولياء حقاً لها وبها حقاً لهم على ما تبين مما ذكرناه، لكن إنما تتحقق المعصية في حقهم إذا كانت صغيرة لأنها إذا كانت كبيرة لا ينفذ عليها تزويجهم إلا برضاها: فهي تاركة لحقها، كما إذا رضى الولي بترك حقه حيث ينفذ. هذا كله مقتضى الأدلة التي ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها، وعلى اعتبارها يشكل قول أبي حنيفة في أن الأب له أن يزوّج بنته الصغيرة من غير كفاء. فإن قلت: خطب عليه السلام فاطمة بنت قيس وهي قرشية على أسامة بن زيد وليس قرشياً^(٢)، وزوّجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشي^(٣)، وزوّج أبو حذيفة بنت أخيه من مولاة^(٤)، وكل ذلك بعلم الصحابة وبعضه بفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم. فالجواب أن وقوع هذه ليس يستلزم كون تلك النساء صغائر بل العلم محيط بأنهن كباثر خصوصاً بنت قيس كانت ثيباً كبيرة حين تزوّجها أسامة، وإنما جاز لإسقاطهن حق الكفاءة هن وأولياؤهن. هذا وفي اعتبار الكفاءة خلاف مالك الثوري والكرخي من مشايخنا لما روي عنه عليه السلام «الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربيّ على عجميّ إنما الفضل بالتقوى^(٥)» قلنا ما رويناه يوجب حمل ما رويه على حال الآخرة جمعا بين الأدلة (قوله ولأن انتظام الخ) يعني أن المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر في مدة العمر لأنه وضع لتأسيس القربات الصهرية ليصير البعيد قريباً عضداً وساعداً يسره ويسوءه ما يسوءك، وذلك لا يكون إلا بالموافقة والتقارب، ولا مقارنة للنفس عند مباحة الأنساب والاتصاف بالرق والحرية ونحو ذلك، ولذلك رأينا الشرع فسخ عقد النكاح إذا ورد ملك اليمين لها عليه وإن كان معللاً أيضاً بعلّة أخرى عامة للطرفين على ما مر في فصل المحرمات فعقده مع غير المكافئ قريب الشبه من عقد لا ترتّب عليه مقاصده، وإذا كان إياه فسد، وإذا كان طريقه كره ولم يلزم لموليه إذا انفرد به الولي لظهور الاضرار بها (قوله وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفاء فللأولياء) وإن لم يكونوا محارم كابن العم (أن يفرّقوا بينهما

(١) حسن. أخرجه الترمذي ١٠٨٥ والبيهقي ٨٢/٧ كلاهما من حديث أبي حاتم المزني.

وقال الترمذي: حسن غريب وأبو حاتم المزني له صحة.

وأخرجه برقم ١٠٨٤ وكذا ابن ماجه ١٩٦٧ كلاهما من أبي هريرة.

وقال الترمذي: ورواه الليث بن سعد عن ابن عجلان عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مرسلًا - أي ليس فيه واسطة بين ابن عجلان وأبي هريرة. وهذا يسميه علماء المصطلح بالمنقطع - وقال الترمذي: قال البخاري حديث الليث أرجح ولم يعد حديث عبد الحميد محفوظاً.

قلت: رواية الترمذي هي من طريق عبد الحميد بن سليمان عن ابن عجلان.

قال في التريب عنه: ضعيف الحديث اهـ.

لكن يعتضد بحديث أبي حاتم المزني فيتقوى ويرقى إلى درجة الحسن.

وعجز الحديث: وفساد عريض كذا في الترمذي، وابن ماجه، وعند البيهقي ذكر الروايتين.

(٢) هو بعض حديث فاطمة بنت قيس يأتي في باب العدة رواه الشيخان.

(٣) هذا الأثر. أخرجه الدارقطني ٣٠٢/٣ والبيهقي ١٣٧/٧ عن حنظلة الجمحي عن أمه.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٥٠٨٨ وكذا البيهقي ١٣٧/٧ كلاهما من عروة عن عائشة: أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة وكان ممن شهد بدرًا مع النبي صلى الله عليه وآله وسلم تبنى سالمًا، وأنكحه بنت أخيه هند بنت الوليد بن عتبة، وهو مولى لامرأة من الأنصار اهـ فقول الكمال: مولى لأبي حذيفة فيه نظر كما ترى.

(٥) باطل. أخرجه الديلمي في مسند الفردوس ٧١٣٤ وابن عدي في الضعفاء ١٥٣/٢ وأبو الشيخ في الأمثال ٤٦ - ٤٧ - ١٦٦ مقطعاً وابن الجوزي في الموضوعات ٨٠/٣ كلهم من طريق سليمان بن عمرو النخعي عن أنس مرفوعاً وكذا رواه الشهاب القضاعي ١٨٦ - ١٩٥ مقطعاً من هذا الطريق رويه بالفاظ مختلفة. والسياق للديلمي دون لفظ: سواسية.

قال ابن عدي: هذا الحديث وضعه سليمان النخعي هذا وأجمعوا أنه كان يضع الحديث اهـ ووافقه ابن الجوزي حيث نقل كلامه.

ولذا أعرض عنه الحافظ ابن كثير في تفسير قوله تعالى «إن أكرمكم عند الله أتقاكم» وذكر أحاديث كثيرة تغني عنه وبعضها بمعناه راجع تفسير ابن كثير ٢٣٣/٤ - ٢٣٣.

العار عن أنفسهم (ثم الكفاءة تعتبر في النسب) لأنه يقع به التفاخر (فقريش بعضهم أكفاء لبعض، والعرب بعضهم أكفاء

دفعاً للعار عن أنفسهم) ما لم يجيء من الولي دلالة الرضا كقبضه المهر أو النفقة أو المخاصمة في أحدهما وإن لم يقبض وكالتجهيز ونحوه، كما لو زوّجها على السكت فظهر عدمها، بخلاف ما إذا اشترط العاقد الكفاءة أو أخبره الزوج بها حيث كان له التفريق، أما إذا لم يشترط ولم يخبره فذكر في الفتاوى الصغرى فيمن زوّجت نفسها مما لا يعلم حاله فإذا هو عبد مأذون له في النكاح ليس لها الفسخ بل للأولياء، أو زوّجها الأولياء ممن لا يعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته ورفه فإذا هو عبد مأذون له في النكاح ليس لهم الفسخ. ولو أخبر بحريته أو شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ، ولا يكون سكوت الولي رضا إلا إن سكت إلى أن ولدت فليس له حينئذ التفريق. وعن شيخ الإسلام أن له التفريق بعد الولادة أيضاً، وهذه الفرقة فسخ لا ينقص عدد الطلاق ولا يجب عندها شيء من المهر إن وقعت قبل الدخول، وبعده لها المسمى، وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة لأنها كانت واجبة. ولا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء لأنه مجتهد فيه وكل من الخصمين يتثبت بدليل فلا ينقطع النزاع إلا بفصل القاضي، والنكاح قبله صحيح يتوارثان به إذا مات أحدهما قبل القضاء، هذا على ظاهر الرواية، أما على الرواية المختارة للفتوى لا يصح العقد أصلاً إذا كانت زوّجت نفسها من غير كفاء. وهل للمرأة إذا زوّجت نفسها من غير كفاء أن تمنع نفسها من أن يطاقها؟ مختار الفقيه أبي الليث نعم. قال في التجنيس: هذا وإن كان خلاف ظاهر الجواب لأن من حجة المرأة أن تقول إنما تزوّجتك على رجاء أن يجيز الولي وعسى لا يرضى فيفارق فيصير هذا وطاً بشبهة. ورضا بعض الأولياء المستوين في درجة كرضا كلهم خلافاً لأبي يوسف وزفر لأنه حق الكل فلا يسقط إلا برضا الكل، كالدين المشترك، قلنا: هو حق لهم لكن لا يتجزأ فيثبت لكل منهم على الكمال كولاية الأمان، فإذا أبطله أحدهم لا يبقى كحق القصاص، أما لورضي الأبعد كان للأقرب الاعتراض. ولو زوّجها الولي بإذنهما من غير كفاء فطلقها ثم زوّجت نفسها منه ثانياً كان لذلك الولي التفريق، ولا يكون الرضا بالأول رضا بالثاني لأن الإنسان لا يبعد رجوعه عن خلة دنية، وكذا لو زوّجها هو من غير كفاء فطلقها فتزوّجت آخر غير كفاء ولو تزوّجته ثانياً في العدة ففرق بينهما لزمه مهر ثان واستأنفت العدة وإن كان قبل الدخول في الثاني، وستأتي هذه المسئلة في باب العدة إن شاء الله تعالى (قوله ثم الكفاءة تعتبر في النسب) جميع ما ذكر في المسوط وفتاوى اللؤلؤ الجي مذكور في الكتاب وسيورده، إلا الكفاءة في العقل ذكره اللؤلؤ الجي ولم يذكره هنا، قال بعضهم: لا رواية في اعتبار العقل في الكفاءة. واختلف فيه، فقليل يعتبر لأنه يفوت بعدهم مقصود النكاح، وقيل لا لأنه مرض، ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام^(١) والجنون والبرص والبحر^(٢) والدفر^(٣) إلا عند محمد في الثلاثة الأول: أعني الجنون والجذام والبرص إذا كان بحال لا تطبيق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد، إلا أن الذي له التفريق والفسخ الزوجة لا الولي وكذا في أخويه عنده.

مستفرشة للمخسيس فلا بد من اعتبارها) من جانبها بخلاف جانبها لأنه مستفرش فلا يغيظه دناء الفراش (وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفاء فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعاً لضرر العار عن أنفسهم) يعني ما لم تلد منه كما تقدم. فإن قيل: الحديث يدل على عدم الجواز، ففي القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له. قلت: جاز أن يكون نهياً وهو يقتضي المشروعية عندنا (ثم

(قوله قلت: جاز أن يكون نهياً الخ) أقول: لا يخفى أن هذا الجواب اعتراف بفساد النكاح، فهو صلح من غير تراضي الخصمين لأن النكاح الفاسد لا يفيد حكمه وهو الملك، بخلاف البيع الفاسد فإنه يفيد حكمه كما صرح به ابن الهمام في الفصل الثاني، ثم لو صح ما ذكره

(١) الجُذام: هو تشقق الجلد، وتقطع اللحم، وتساقطه.

(٢) البَحْرُ: كل شيء يسقط من الماء الحار فهو بخار ويَخْرُ الفم من باب تَعَبٍ أنتنت ريحه.

(٣) الدَفْرُ: الثَّنَنُ. ويقال للجارية إذا شَتَمَتْ يا دَفَارَ. أي متنت. لها راتحة.

لبعض) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «قرش بعضهم أكفاء لبعض بطن بيطن، والعرب بعضهم أكفاء لبعض

[فرع] انتسب إلى غير نسبه لامرأة فتزوجته ثم ظهر خلاف ذلك، فإن لم يكافئها به كقرشية انتسب لها إلى قرش ثم ظهر أنه عربي غير قرشي فلها الخيار، ولو رضيت كان للأولياء التفريق وإن كافأها به كعربية ليست قرشية انتسب لها إلى قرش فظهر أنه عربي غير قرشي فلا حق للأولياء، ولها هي الخيار عندنا إن شاءت فارقت خلافاً لزر. ولنا أنه شرط لنفسها في النكاح زيادة منفعة وهو أن يكون ابنها صالحاً لخلافه، فإذا لم تنل كان لها الخيار، كسواء العبد على أنه كاتب فظهر خلافه. وأيضاً الاستفراش ذل في جانبها فقد ترضى به ممن هو أفضل منها لا من مثلها، فإذا ظهر خلافه فقد غرّها وتبين عدم رضاها بالعقد فثبت لها الخيار، ولو كان هذا الانتساب من جانبها والغرور لم يكن له خيار لأنه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها ولتخلصه منها بطريق يمكنه وهو الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار ويحتاج بعد هذا إلى فضل تقرير، وفرق بين هذا وبين إثبات خيار البلوغ للغلام وهو سهل إن شاء الله تعالى (قوله فقرش بعضهم أكفاء لبعض) روى الحاكم بسند فيه مجهول، فإن شجاع بن الوليد قال: حدثنا بعض إخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن أبي مليكة قال: قال رسول الله ﷺ «العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل، والموالي بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائكاً أو حججاً»^(١) ورواه أبو يعلى بسند فيه عمران بن أبي الفضل الإيلي، وضعف بأنه موضوع وأن عمران هذا يروي الموضوعات عن الأثبات. وروى الدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً «الناس أكفاء لقبيلة وعربي لعربي ومولى لمولى إلا حائكاً أو حججاً»^(٢) وضعف ببقية بن الوليد وهو مخيل إن عنعن الحديث ليس غير، وبأن محمد بن الفضل مطعون فيه. ورواه ابن عدي في الكامل من حديث علي^(٣) وعمر باللفظ الأول، وفيه علي بن عروة قال منكر الحديث^(٤) وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التنقيح هو الطرائفي من

لكان تزويج الأولياء من غير الأكفاء مشروعاً منعقداً بعين ما ذكره، وليس كذلك على ما يجيء تفصيله، ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما وقع التعارض بين النصوص الدالة على جواز النكاح بدون الولي وبين النصوص الدالة على عدم جوازه صرنا إلى القياس على ما سبق تفصيله.

- (١) وإه بكرة. أخرجه البيهقي ١٣٤/٧ من طريق الحاكم بهذا الإسناد من حديث ابن عمر. وقال البيهقي: هذا منقطع بين شجاع وابن جريج حيث لم يسم بعض أصحابه اهـ ولم أره في المستدرک وذكره ابن أبي حاتم في علله ١٢٣٦ من هذا الطريق فقال: قال أبي: هذا كذب لا أصل له يعني حديث ابن جريج اهـ.
- وأخرجه أبو يعلى كما في الزيلعي ١٩٨/٣ وابن حبان في المجروحين ١٢٤/٢ وابن أبي حاتم في علله ٤٢٤/١ وابن الجوزي في الواهيات ١٠١٧ والبيهقي ١٣٤/٧ - ١٣٥ كلهم من طريق عمران بن أبي الفضل عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً.
- قال البيهقي: ضعيف بكرة اهـ وقال أبو حاتم: هذا حديث منكر.
- وقال ابن حبان: عمران هذا يروي الموضوعات، ووافقه الزيلعي وغيره.
- (٢) ضعيف جداً. أخرجه ابن الجوزي في الواهيات ١٠١٩ من طريق الدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً.
- وقال ابن الجوزي: فيه بقية وهو معتمود فيه وشيخه محمد بن الفضل مطعون فيه اهـ.
- وقال ابن حجر في تلخيص الجبير ١٦٤/٣: محمد بن الفضل متروك اهـ
- وقول الكامل: وهو مخيل... معناه مظنون ذلك من جهة بقية إن عنعنه. قلت: لكن صرح بالحديث، فالحمل فيه على محمد بن الفضل.
- (٣) لم يروه الحافظ ابن عدي من حديث عمر ولا من حديث علي فعلمه سبق قلم من المصنف، أو هو تحريف من السناخ، والمصنف إنما نقله من نصب الراية، وسيأتي كلام الزيلعي بحرفته، وهو الآتي.
- (٤) منكر. أخرجه ابن عدي في الكامل ٢٠٩/٥ ومن طريقه ابن الجوزي في الواهيات ١٠١٨ كلاهما عن عثمان بن عبد الرحمن عن علي بن عروة عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً: العرب بعضها لبعض أكفاء، الموالى بعضها البعض أكفاء، إلا حائكاً أو حججاً قال الزيلعي في نصب الراية ١٩٨/٣: أعله ابن عدي بعلي بن عروة وقال: إنه منكر الحديث.
- وقال صاحب التنقيح - ابن عبد الهادي - وعثمان هو الطرائفي يروي عن المجاهيل. وقد روي هذا الحديث من وجه آخر من حديث عائشة وهو ضعيف بكرة اهـ.
- قلت: فلم يذكر الزيلعي، ولا غيره كونه من حديث عمر أو علي، ولعله انقلب علي بن عروة أحد الرواة - إلى - علي وعمر. فتنه. وهذا محتمل وقول المصنف: يروي المجاهيل - أيضاً صوابه: يروي عن المجاهيل كما تقدم في الزيلعي.

قبيلة بقبيلة، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل^(١) ولا يعتبر التفاضل فيما بين قریش لما روينا. وعن محمد كذلك

أهل حران يروي المجاهيل، وقد روي هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة وهو ضعيف اهـ كلامه. وروي البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه «العرب بعضهم أكفاء لبعض^(٢)» اهـ. وابن معدان لم يسمع من معاذ، وفيه سليمان بن أبي الجون قال ابن القطان: لم أجد له ذكراً وبالجملة فللحديث أصل، فإذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضاً بالنظر إلى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف في ذلك، خصوصاً وبعض طرقه كحديث بقية ليس من الضعف بذلك^(٣)، فقد كان شعبة معظماً لبقية وناهيك باحتياط شعبة، وأيضاً تعدد طرق الحديث الضعيف يرفعه إلى الحسن^(٤)، ثم القرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه، ومن لم ينسب إلا إلى أب فوقه فهو عربي غير قرشي، وإنما سميت أولاد النضر قرشياً تشبيهاً لهم بدابة في البحر تدعى قرشاً^(٥)، تأكل دوابه لأنهم من أعظم دواب البر عزة وفخراً ونسباً، وعلى هذا قال اللهي:

وقريش هي التي تسكن البحر بها سميت قريش قرشاً

وقيل لأن النضر كان يسمى قرشاً وهو اختيار الشعبي سمي به لأنه كان يقرش عن خلة الناس ليسد حاجاتهم بما له والتقريش التفتيش، قال الحرث:

أيها الناطق المقرش عنا عند عمرو فهل لنا إبقاء

وقيل لأنه خرج يوماً على نادي قومه فقال بعضهم: انظر إلى النضر كأنه جمل قرش، وقيل سميت بقريش بن الحرث بن مخلد كان صاحب غيرهم فكانوا يقولون قدمت غير قرش وخرجت غير قرش ولهذا الرجل ابن يسمى بدرأ وهو الذي حفر بئر بدر وسميت به، وقيل لتجارتهم والقرش الكسب، وقيل سميت به لأن فهر بن مالك: قيل إن اسمه قرش، وإنما فهر لقبه قاله ابن عباس لمعاوية حين سأله عن ذلك، وعلى هذا ينبغي أن لا يكون قرشياً إلا من كان من

الكفاءة) عندنا (تعتبر في) خمسة أشياء (النسب) والحرية، والدين، والمال، والصنائع. أما النسب فلأنه يقع به التفاخر، وكان سفيان الثوري يقول: لا تعتبر الكفاءة فيه لأن الناس سواسية بالحديث، قال عليه السلام «الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربي

(١) ضعيف. أخرجه البزار في مسنده كما في المجموع ٢٧٥/٤ من حديث معاذ وقال الهيثمي: فيه سليمان بن أبي الجون لم أجد من ذكره وبقية رجاله رجال الصحيح.

وقال الزيلي في نصب الراية ١٩٧/٣: ذكره عبد الحق في أحكامه وقال: إنه منقطع فإن خالد بن معدان لم يسمع من معاذ. ووافقه ابن القطان وزاد: سليمان بن أبي الجون لم أجد له ذكراً.

وقال ابن حجر في الدراية ٦٣/٢: فيه انقطاع.

ونقل ابن حجر في تلخيص الحبير ١٦٤/٣ كلام ابن القطان وزاد: روى أبو داود والحاكم عن أبي هريرة مرفوعاً: يا بني بياضة أنكحوا أبا هند، وأنكحوا عليه وكان حجاًماً اهـ. وإسناده حسن قاله ابن حجر. واستدل به على رد الأحاديث المتقدمة.

الخلاصة: هذا الحديث بمجموع طرقه لا يصير حسناً لشدة ضعف أسانيده بل حكم أبو حاتم الرازي وغيره على وضعها فالقلب لا يطمئن إلى تحبسه والله تعالى أعلم.

(١) هذا صواب لو كان علته بقية فقط لكن فيه محمد بن الفضل شيخ بقية وهو واه.

(٢) هذا صواب لو كان علته بقية فقط لكن فيه محمد بن الفضل شيخ بقية وهو واه. بل قال ابن حجر في التلخيص ١٦٤/٣: محمد بن الفضل بن عطية متروك اهـ. فلو كان الأمر يتعلق ببقية لكان ما ذكره الكمال محتملاً.

(٣) هذا إذا لم يشتد الضعف كما هو عليه علماء مصطلح الحديث، وقد تقدم بيان شدة ضعف هذه الأحاديث بل أكثرها موضوعة نص على ذلك الأئمة النقاد.

(٤) راجع هذا البحث في سيرة ابن هشام ٩٧/١.

(٥) (قوله تدعى قرشاً) أي فسميت قريش بمصفره كما في القاموس، ندابة البحر هي القرش مكبراً، والتصغير في بيت اللهى لإقامة الوزن كما هو ظاهر، ولا عبرة بما وقع في بعض نسخ الفتح من إصلاح اسم الدابة قرشاً بالتصغير كتبه مصححه.

إلا أن يكون نسباً مشهوراً كأهل بيت الخلافة، كأنه قال تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة. وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة

أبناء فهر، وقيل هو من الجمع، والتقرّيش التجميع لأن قصياً جمع بني النضر في الحرم من بعد تفرقهم، وقيل لما نزل قصي الحرم فعل أفعالاً جميلة فقبل له القرش فهو أول من سمي به، وعلى هذا ينبغي كون القرشيين من جمعهما أب هو قصي، والظاهر الأول، ويكون من التجمع لا التجميع الذي هو فعل قصي والتجمع كان من أبناء النضر وإن كان القائل قال:

أبوكم قصي كان يدعى مجمعاً به جمع الله القبائل من فهر

لأنه ابن ابنه لأنه ابن مالك بن النضر غير أن القافية اتفقت كذلك، وإلا فبعد نقل أن قصياً سمي مجمعاً لجمعه أولاد النضر عرف أن القرشيين من جمعهما النضر. هذا وقريش عمارة تحتها بطون لؤي بن غالب وقصي وعدي ومنهم الفاروق رضي الله عنه. ومرة ومن مرة تيم ومنهم الصديق رضي الله عنه. ومخزوم ومنهم خالد بن الوليد المخزومي رضي الله عنه وهما فخذان. وهاشم فخذ والعباس فصيلة، وأعم الطبقات الشعب مثل حمير وربيعه ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال رسول الله ﷺ «في قريش بطن بطن، وفي العرب قبيلة بقيلة»^(١) ونظم بعض الأدباء ترتيب الطبقات فقال:

قبيلة فوقها شعب وبعدهما عمارة ثم بطن تلوه فخذ
وليس يؤوي الفتى إلا فصيلته ولا سداد لسهم ماله قذذ

وذكر بعضهم العشيرة بعد الفصيلة فقال:

اقصد الشعب فهو أكثر حي عدداً في الجواء ثم القبيلة
ثم يتلوها العمارة ثم البطن والفخذ بعدها والفصيلة
ثم من بعدها العشيرة لكن هي في جنب ما ذكرنا قليله

(قوله والموالي) هم العتقاء، والمراد هنا غير العرب وإن لم يمسه رق لأنهم لما ضلوا أنسابهم كان التفاخر بينهم بالدين وما تذكره. ففي الحديث دليل على أنه لا يعتبر التفاضل في أنساب قريش، فهو حجة على الشافعي في أن الهاشمي والمطلبي أكفاء دون غيرهم بالنسبة إليهم. قالوا: وزوج النبي ﷺ بنتيه من عثمان وهو أموي^(٢)، وزوج أم كلثوم من عمر رضي الله عنه وهو عدوي^(٣) وفيه نظر، إذ قد يقول يجوز كونه لإسقاط حقه في الكفاءة نظر إلى مصلحة أخرى لكنه يرى أنها شرط في النسب فيلزمه ما ذكرنا، وعلى أكثر أصحابه في اعتبار الكفاءة في النسب في العجم، وعلى محمد في اعتباره الزيادة بالخلافة حتى لا يكافئ أهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين، هذا إن قصد بذلك عدم المكافأة لا إن قصد به تسكين الفتنة. وفي الجامع لقاضيخان: قالوا الحسيب يكون كفاً للنسب، فالعالم العجمي كفاء للجاهل العربي والعلوية^(٤)، لأن شرف العلم فوق شرف النسب والحسب ومكارم الأخلاق. وفي المحيط عن صدر

(١) تقدم تخريجه في أحاديث الكفاءة المقدمة وهو واه.

(٢) هذا ثابت. وقد ذكر ابن حجر في الإصابة نبذة عن عثمان بن عفان ومعا قاله: قال ابن إسحاق وزوج النبي ﷺ ابنته أما رقية فماتت عنده أيام بدر ثم زوجه أم كلثوم فلذلك كان يلقب بذي النورين اهـ ملخصاً من الإصابة ٥٤٤٨.

(٣) قوله: وزوج أم كلثوم من عمر. غير سديد لأن عمر تزوج أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب في خلافته لا في عهده ﷺ. ولو قال المصنف: وزوجت في البناء للمجهول لاستقام الخير.

(٤) هم من ينسب إلى علي بن أبي طالب حقيقة نسباً وتقوى وورعاً لا مجرد كلام وخصوه بكونه من فاطمة رضي الله عنهما دون غيرها، من تزوجهن بعدها.

العرب لأنهم معروفون بالخساسة (وأما الموالي فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعداً فهو من الأكفاء) يعني لمن له آباء

الإسلام: الحسيب هو الذي له جاه وحشمة ومنصب. وفي الينابيع: والأصح أنه ليس كفاً للعلوية. وأصل ما ذكره المشايخ من ذلك ما روي عن أبي يوسف أن الذي أسلم بنفسه أو أعتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل به نسب الآخر كان كفاً له ولا يعتبر بالبلاد. في تنمة الفتاوى أن القروي كفاء للمدني (قوله وبنو باهلة الخ) استثناء من قوله والعرب بعضهم أكفاء لبعض، وباهلة في الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس بن عيلان^(١) فنسب ولده إليها وهم معروفون بالخساسة. قيل كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية، وكانوا يأخذون عظام الميتة يطبخونها ويأخذون دسومتها فلذا قيل:

ولا ينفع الأصل من هاشم إذا كانت النفس من باهله
وقيل:

إذا قيل للكلب يا باهلي عوى الكلب من لؤم هذا النسب

ولا يخلو من نظر، فإن النص لم يفصل مع أنه ﷺ كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم وقد أطلق، وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الأجواد، وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسري في حق الكل (قوله وأما الموالي فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعداً فهو من الأكفاء: يعني لمن له آباء فيه، ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفاً لمن له أبوان فيه لأن تمام النسب بالأب والجد، وألحق أبو يوسف الواحد بالمتنى كما هو مذهبه في التعريف) أي في الشهادات والدعاوى، قيل كأن أبا يوسف إنما قال ذلك في موضع لا يعد كفر الجد عيباً بعد أن كان الأب مسلماً، وهما قالا في موضع بعد عيباً. والدليل على ذلك أنهم قالوا جميعاً إن ذلك ليس عيباً في حق العرب لأنهم لا يعيرون بذلك وهذا حسن وبه ينتفي الخلاف، ولا تعتبر الكفاءة بين أهل الذمة، فلو زوّجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفاً لم يفرّق بينهما بل هم أكفاء بعضهم لبعض. قال في الأصل: إلا أن يكون نسباً مشهوراً كبت ملك من ملوكهم خدعها حائك أو سائس فإنه يفرّق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة، والقاضي مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين (قوله والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام) يعني أن من كان له أبوان حرّان كافاً من كان له آباء أحرار، ومن له أب واحد حرّ لا يكافي من له أبوان حرّان، ومن عتق بنفسه لا يكافي من له أب حر. وفي التجنيس: لو كان أبوها معتقاً وأمها حرّة الأصل لا يكافئها المعتق لأن فيه أثر الرق وهو الولاء، والمرأة لما كانت أمها حرّة الأصل كانت هي

على عجمي، إنما الفضل بالتقوى» وقد تأيد ذلك بقوله تعالى ﴿إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ ولنا قوله ﷺ (قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن بطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة قبيلة، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل رجل) والمراد بالموالي العتقاء لما كانت غير عرب في الأكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالي بعضها أكفاء لبعض والعرب بعضها أكفاء لبعض (ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روي) يعني من قوله عليه الصلاة والسلام «قريش بعضهم أكفاء لبعض» قابل البعض ببعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم، ألا يرى أن النبي ﷺ زوّج ابنته رقية من عثمان وكان من بني عبد شمس، وإنما قال في الموالي رجل برجل إشارة إلى أن النسب لا يعتبر فيهم قيل لأنهم ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاخر فيهم بالنسب بل بالدين كما أشار إليه سلمان حين افتخرت الصحابة بالأنساب وانتهى الأمر إليه: أبي الإسلام لا أب لي سواه. قوله (وعن محمد كذلك إلا أن يكون) يعني قال محمد: لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش (إلا أن يكون) النسب (نسباً مشهوراً) في الحرمة (كأهل بيت الخلافة) فحينئذ يعتبر

(قوله ألا يرى أن النبي ﷺ) أقول: هذا التنوير لا يدل على تمام المدعي، فإن نسب عثمان رضي الله عنه من أشرف أنساب قريش وإن لم يبلغ رتبة بني هاشم.

(١) (قوله ابن عيلان) بعين مهملة كما في كتب اللغة لا معجمة كما وقع في النسخ فليعلم كتبه مصححه.

فيه . ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفأً لمن له أبوان في الإسلام لأن تمام النسب بالأب والجد ، وأبو يوسف ألحق الواحد بالمتنى كما هو مذهبه في التعريف . ومن أسلم بنفسه لا يكون كفأً لمن له أب واحد في الإسلام لأن التفاخر فيما بين الموالي بالإسلام . والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام في جميع ما ذكرنا لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة .

أيضاً حرة الأصل . وفي المجتبى : معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضع ، واعلم أنه لا يبعد كون من أسلم بنفسه كفأً لمن عتق بنفسه (قوله وتعتبر أيضاً في الدين : أي الديانة) فسر به ليعلم أن المراد به التقوى لا اتفاق الدين لأن تفاصيله تعرف في نكاح أهل الشرك ولا كونه مكافئاً بإسلام نفسه أو أبيه أو جدّه لأنه مر قبلهما (قوله هو الصحيح) أي أن الصحيح اقتران قولي أبي حنيفة وأبي يوسف فإنه روي عن أبي حنيفة أنه مع محمد ، ورجحه السرخسي وقال : الصحيح من مذهب أبي حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة ، وقيل هو احترازاً عن رواية أخرى عن أبي يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة في الدين وقال : إذا كان الفاسق ذا مروءة كأعوان السلطان والمباشرين المكسة ، وكذا عنه إن كان يشرب المسكر سراً ولا يخرج وهو سكران يكون كفأً وإلا لا ، وحينئذ الأولى كون هو الصحيح احترازاً عما روى عن كل منهما أنه لا يعتبر ، والمعنى هو الصحيح من قول كل منهما ، فلو تزوجت امرأة من بنات الصالحين فاسقاً كان للأولياء فسخه وإن كان من مبشري السلطان (قوله وقال محمد : لا تعتبر إلا إذا كان يسخر منه ويخرج سكران لأنه من أحكام الآخرة فلا تبنى عليه أحكام الدنيا) وفي كون هذا قاعدة ممهدة نظر إذ لم يظهر وجه الملازمة والحق أنه قد ، وقد والمعتبر في كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على أحكام الآخرة وعدمه ، على أنا لم نبن إلا على أمر دنيوي وهو ما ذكره من أن المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعف نسبه : يعني يعيرها أشكالها إن كانت من بنات الصالحين . وفي المحيط : الفتوى على قول محمد ، وهو موافق لاختيار السرخسي الرواية الموافقة لقول محمد عن أبي حنيفة . ولو تزوجها وهو كفء في الديانة ثم صار داعراً لا يفسخ النكاح لأن اعتبار الكفاءة وقت النكاح (قوله وهو) أي اعتبار الكفاءة في المال

التفاضل ، حتى لو تزوجت قرشية من أولاد الخلفاء قرشياً ليس من أولادهم كان للأولياء حق الاعتراض . قال المصنف (كأنه) يعني محمداً (قال ذلك تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة) لا لانعدام أصل الكفاءة . وقوله (وبنو باهلة) بنو باهلة قبيلة من قيس عيلان وهي في الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس عيلان فنسب ولدها إليها ، والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى ، والواحد عربي ، والأعرابي واحد الأعراب وهم أهل البدو (وبنو باهلة ليسوا بالكفاءة لعامة العرب لأنهم معروفون بالخساسة) لأنهم كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ، ولأنهم كانوا يطبخون عظام الميتة ويأخذون الدسومات منها . قال قائلهم :

ولا ينفع الأصل من هاشم إذا كانت النفس من باهله

وقوله (وأما الموالي) ظاهر . وقوله (كما هو مذهبه في التعريف) أي في تعريف الشخص في الشهادة ، فإن الشهود إذا ذكروا اسم الغائب واسم أبيه يحصل به التعريف عند أبي يوسف . ولا حاجة إلى ذكر الجد ، وعندهما لا بد من ذكر الجد . وقوله (ومن أسلم بنفسه لا يكون كفأً لمن له أب واحد في الإسلام) نقل في النهاية عن الإمام المجبوبي أن هذا في الموالي ، وأما في العرب فمن لا أب له في الإسلام من العرب وهو مسلم فهو كفء لمن له أباء في الإسلام لأن العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفأً لنسب آخر إذا كانا مسلمين ، وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم ، ومفاخرتهم بالإسلام ، فمن كان له أب في الإسلام يفتخر على من لا أب له فيه ولا يعدّه كفأً له (والكفاءة في الحرية نظيرها) أي نظير الكفاءة (في الإسلام في جميع ما ذكرنا) من الوفاق والخلاف فإن العبد لا يكون كفأً لمن هي حرة الأصل ، وكذلك الممتق لا يكون كفأً لها والمعتق أبوه لا يكون كفأً لمن لها أبوان في الحرية (لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة) بسببه وروي عن أبي يوسف أن الذي أسلم بنفسه أو اعتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفأً له .

قال (وتعتبر أيضاً في الدين) أي الديانة، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لأنه من أعلى المفاسخ، والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه.

هو (أن يكون مالاً للمهر والنفقة) وتقييده بظاهر الرواية احتراز عما سنذكره في الكفاءة في الغنى بما نسبه إلى قول أبي حنيفة ومحمد فإن ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنذكره، وبين أن المراد من المهر ملك ما تعارفوا تعجيله وإن كان كله حالاً. وفي المجتبى: قلت في عرف أهل خوارزم كله مؤجل فلا تعتبر القدرة عليه، ولم يبين المراد بملك النفقة. واختلف فيه: قيل المعتبر ملك نفقة شهر، وقيل نفقة ستة أشهر، وفي جامع شمس الأئمة سنة، وفي المجتبى: الصحيح أنه إذا كان قادراً على النفقة عن طريق الكسب كان كفاً، ومعناه منقول عن أبي يوسف قال: إذا كان قادراً على إيفاء ما يجعل لها باليد ويكتسب ما يتفق لها يوماً بيوم كان كفاً لها. وفي غريب الرواية للسيد أبي شجاع جعل الأصح ملك نفقة شهر. وفي الذخيرة: إن كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفء وإلا لا يكون كفاً وإن كانت فقيرة اهـ. وفيه نظر، ثم هذا إذا كانت تطيق النكاح، فإن كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفء وإن لم يقدر على النفقة لأنه لا نفقة لها (قوله ويعد المرأة قادراً بيسار أبيه) وأمه وجدته وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الأب (قوله فأما الكفاءة في الغنى) يعني بعد ملكه للمهر والنفقة هل تعتبر مكافأته إياها في غناها، قال: معتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد، لكن صرح السرخسي في مبسوطه وصاحب الذخيرة بأن الأصح أن ذلك لا يعتبر لأن كثرة المال مذمومة. وفي شرح الكنز: لا معتبر بالمساواة في الغنى هو الصحيح. وعن أبي حنيفة ومحمد في غير رواية الأصول أن من ملكهما لا يكون كفاً للفتاة في الغنى وليس بشيء، فنص على أن ما في الهداية غير رواية الأصول، وكذا في الدراية قال: وهذا القول منهما في غير رواية الأصول. وفي كتاب النكاح: لا تشترط القدرة إلا على المهر والنفقة، وفي بعض الشروح أنه خلاف ظاهر الرواية، ولهذا لم يذكره في المبسوط عن الأوائل، قال: وبعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة في المال بعد ما صرح عن أبي يوسف بنفيه (قوله وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان) أظهرهما لا تعتبر في الصنائع حتى يكون البيطار كفاً للبطار وهو رواية عن محمد، وعنه في أخرى: الموالى بعضهم أكفاء لبعض إلا الحائك والحجام، وكذا الدباغ وهو الرواية التي ذكرها في الكتاب عن أبي يوسف، وأظهر الروايتين عن محمد فصار عن كل واحد منهما روايتان: الظاهر عن أبي حنيفة عدم الاعتبار، والظاهر عن محمد كذلك إلا أن تفحش وهو الرواية عن أبي يوسف. وفيما قدمناه من حديث بقية حيث

قال (وتعتبر أيضاً في الدين) أي وتعتبر أيضاً الكفاءة في الدين (أي في الديانة) وهي التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الأخلاق، وإنما فسر الدين بالديانة لأن مطلق الدين هو الإسلام، ولا كلام فيه لأن إسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة، وإنما الكلام في حق الاعتراض للأولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون إلا في الدين بمعنى الديانة (وهذا) أي اعتبار الكفاءة في الديانة (قوله أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه) أي الدين بمعنى الديانة (من أعلى المفاسخ والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب) فلما كان النسب معتبراً فيها كانت الديانة أولى بالاعتبار. وقوله (وأبو يوسف معه هو الصحيح) أي قرآن قول أبي يوسف مع أبي حنيفة حتى تكون الكفاءة في الدين قولهما جميعاً هو الصحيح، واحتراز بذلك عن رواية أخرى عن أبي يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال إذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفاً، وقال في شرح الجامع الصغير أراد به أعوان السلطان إذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس (وقال محمد لا تعتبر الكفاءة في الديانة (لأنه من أمور الآخرة، فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان يصف) أي يضرب على قفاه بعرض الكف (ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران فليعب به الصبيان) فإنه لا يكون حينئذ كفاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات قيل وعليه الفتوى (لأنه مستخف به) أي بذلك الصنف (وتعتبر الكفاءة في المال وهو أن يكون مالاً للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية) عن علمائنا (حتى إن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفاً) أما المهر

(قوله وقوله وأبو يوسف معه هو الصحيح) أقول: لفظة وأبو يوسف معه ليست من قول المصنف، فقوله وقوله وأبو يوسف معه فيه ما فيه (قوله هو الصحيح واحتراز بذلك عن رواية أخرى الخ) أقول: قال ابن الهمام: هو احتراز عما روي عن أبي حنيفة أنه مع محمد، ورححه السرخسي وقال: الصحيح من مذهب أبي حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة اهـ.

وقال محمد: لا تعتبر لأنه من أمور الآخرة فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به. قال (و) تعتبر (في المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة) وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية، حتى أن من لا يملكها أو لا يملك أحدهما لا يكون كفاً لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام الأزواج ودوامه. والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفاً. وعن أبي يوسف أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لأنه تجري المساهلة في المهر ويعد المرء قادراً عليه بيسار أبيه.

فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى إن الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعرون بالفقر. وقال أبو يوسف: لا يعتبر لأنه لا ثبات له إذ المال غاد ورائح (و) تعتبر (في الصنائع) وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله. وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان. وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر إلا أن تفحش كالحجاء والحائك والدباغ. وجه الاعتبار أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعرون بدناءتها. وجه القول الآخر أن الحرفة ليست بلازمة، ويمكن التحول عن الخسيسة إلى النفيسة منها، قال (وإذا تزوجت

قال فيه إلا حائكاً أو حجاماً، ما يفيد اعتبارها في الصنائع، لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي وهو أن الصناعات المتقاربة أكفاء كالزوار والطار، بخلاف المتباعدة، وعدّ الخياط مع الدباغ والحجام والكناس قال: فهؤلاء بعضهم أكفاء لبعض ولا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافاً فكان ظاهراً في أن الظاهر من قول أبي حنيفة اعتبار الكفاءة، وإليه ذهب بعض الشارحين قال: وكذا قال الشيخ أبو نصر بعد أن أثبت اعتبارها، وعن أبي حنيفة لا تعتبر ونحوه في النافع وإنما قلنا لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي لأن حقيقة الكفاءة في الصنائع لا تتحقق إلا بكونهما من من صناعة واحدة وفي المحيط وغيره: وههنا خساسة هي أحسن من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكر به تابعاً وإن كان ذا مروءة ومال. قيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمن أبي حنيفة لا تعد الدناءة في الحرفة منقصة فلا تعتبر، وفي زمنهما تعد فتعتبر. والحق اعتبار ذلك سواء كان هو المبنى أولاً، فإن الموجب هو استنفاص أهل العرف فيدور معه، وعلى هذا ينبغي أن يكون الحائك كفاً للطار بالإسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عذرها نقصاً البتة، اللهم إلا أن يقرن به خساسة غيرها (قوله وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فلأولياء الاعتراض عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) فالثابت إلزام أحد الأمرين وهو فرع قيام مكنة كل منهما، فعن هذا ما في فتاوى النسفي: لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لهم أن يطالبوه بتكميل مهر المثل لأن الثابت لهم ليس إلا أن يفسخ أو يكمل، فإذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ. واعلم أن المدار على التسمية حتى لو

فلأنه بدل البضع فلا بد من إيفائه، وأما النفقة فلأن قوام الأزواج ودوامه بها (والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفاً) ليس بمطالب به فلا يسقط الكفاءة. وقوله (وعن أبي يوسف) هو غير ظاهر الرواية. روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال: الكفاءة هو الذي يقدر على المهر والنفقة. قلت: فإن كان يملك المهر دون النفقة، قال: ليس بكفاءة قلت: فإن كان يملك النفقة دون المهر، قال: يكون كفاً. قال الصدر الشهيد في تعليقه: لأن المهر يجري فيه التسهيل والتأجيل ويعد قادراً على المهر بيسار أبيه وأمه وجده وجدته، ولا يعد قادراً على النفقة بيسار الأب لأن الآباء في العادات يتحملون المهور عن الأولاد دون النفقة الدائرة. وقوله (فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة) ظاهر. وقوله (وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان) في رواية لا تعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفاً للطار. وفي رواية قال الموالي بعضهم أكفاء لبعض إلا الحائك والحجام (وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر إلا أن تفحش كالحجاء والحائك والدباغ) ووجه الروايتين ما ذكره في الكتاب وهو واضح.

(قال المصنف فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا) أقول: قال ابن الهمام في التفرغ: تأمل على أنا لم نبن إلا على أمر دنيوي، وهو ما ذكره من أن المرأة تميز بفسق الزوج فوق ما تميز بضعة نسبه اهـ. ونحن نقول: إن فساد التفرغ لا يحتاج إلى تأمل، بل الواقع ابتناء أمر الدنيا على أمر الآخرة: ألا يرى أن قبول الشهادة من أمور الدنيا ويبتنى على الديانة.

المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) وقالوا: ليس لهم ذلك. وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي، وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه. لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية. ولأبي حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويعتبرون بنقصانه فأشبهه الكفاءة، بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لا يعبر به (وإذا تزوج الأب بنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما، ولا يجوز ذلك لغير

سمت مهر مثلها ولم تأخذه بل أبرأت لا اعتراض عليها. ثم قال المصنف (وهذا الوضع) أي قولنا إذا تزوجت ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض، وقال محمد مع أبي يوسف: ليس لهم ذلك، ومعناه يجب تنقية العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فإنما يصح من محمد على اعتبار رجوعه إلى ذلك لما أنه تقدم، عنه أنه لا يصح مباشرتها بنفسها بل هو موقوف على إجازة الولي، قال: وهذه شهادة صادقة على رجوعه. وأورد عليه أنه إنما يتم لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك، فإنه لو أذن لها الولي بالتزويج ولم يسم مهرأ فعدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد، وكذا لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الإكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي ليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما اهـ. ولا شك أن قولنا إذا تزوجت ونقصت لا ينقص عند محمد عام في الصور على ما هو حال أسماء الشرط، فباستمرار عمومته يكون شهادة صادقة وعليه مشى المصنف، وباستمرار حملة على بعض الصور وهو في نفسه أعم منها لا يكون شهادة وعليه مشى المعترض والأصل خلافه إلا أن يوجب الحمل على بعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه. فتوجيه الاعتراض أن يقال يجب حملة على كذا للصور المذكورة فلا يكون فيه شهادة على ذلك وإنما يجب هذا الحمل لأن المذكور هنا وهو المذكور في الجامع الصغير، ورجوعه مروى أنه قبل موته بسبعة أيام وهو الذي يشير إليه قوله المصنف وقد صح ذلك، ومعلوم أن تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق أنه رجع ولا شهادة في هذه (قوله وإذا تزوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما) ولزم عند أبي حنيفة سواء كان بغبن فاحش أو قليل وثبت المال كله في ذمة الصغيرة في الثانية لا في ذمة الأب سواء كان الأب موسراً أو معسراً فيقضيه

قال (وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها) إذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها (فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالوا ليس لهم ذلك) قال المصنف (وهذا الوضع) أي وضع القُدوري هذه المسئلة على هذا الوجه (إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك، وهذه شهادة صادقة عليه) فإنه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض، وأقول: هذا إنما يستقيم أن لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي، وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولي بالنكاح ولم يسم مهرأ فعدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد الأول، وكذلك فإنه لو أذن لها الولي بالنكاح ولم يسم مهرأ فعدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد الأول، وكذلك لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الإكراه ورضيت المرأة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما، والوجه من الجانبين على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله (فأشبهه الكفاءة) يعني في تعير الأولياء بكل واحد منهما. واعترض بأن الشرع قد ندبنا إلى رخص الصداق دون ترك الكفاءة، وكذلك النبي ﷺ لم يضع بناته في غير الأكفاء وزوجهن بأدنى الصداق، فإنه ما زاد على أربع أواق ونش: أي نصف أوقية، ومهورهن كانت فوق مهور سائر النساء لأن الزيادة بقدر الشرف، ولم يزل الشرف كان بقرش فلا مشابهة بينهما. والجواب بأن وجه الشبه ما ذكرناه من تعير الأولياء، وهو وصف مؤثر في الباب، وأما أن لا يكون بين المشبه والمشبه به فرق

(قوله وزوجهن بأدنى الصداق الخ) أقول: ولك أن تقول: إن تبدل الأزمان والأوقات تتغير الرسوم والعادات، فلعل ذلك المقدار من المال كان بعد مهر المثل في تلك الأحوال فتمل، ثم كون بناته ﷺ حين زوجهن صفات غير ثابت (قوله وهو وصف مؤثر في الباب الخ) أقول: إنما يظهر تأثيره لو لم يكن خلافاً منصوباً عليه وإلا يكون تعليلاً في مقابلة النص فكان يجب التعرض له في الجواب.

الأب والجد، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن فيه) ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد، وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع، ولهذا لا يملك ذلك غيرهما. ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة،

من مال الصغير (وقالوا: لا تجوز الزيادة والنقص إلا بما يتغابن فيه الناس) وعلى هذا الخلاف تزويج الأب ابنته من غير كفاءة، ويجب أن يكون معنى هذا عدم الكفاءة في غير الديانة أما فيها فلا، لما قالوا: لو كان الأب معروفاً بسوء الاختيار مجاناً وفسقاً كان العقد باطلاً على قول أبي حنيفة على الصحيح. ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق ظهر سوء اختياره، ولأن ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارضه ظهور إرادة مصلحة تفوق ذلك نظراً إلى شفقة الأبوة. وما في النوازل زوج ابنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح: يعني بعد ما كبرت إن لم يكن يعرفه الأب بشره وكان غلبة أهل بيته صالحين فالتكاح باطل لأنه إنما زوج على ظن أنه كفء يفيد خلافه إذ يقتضي أنه لو عرفه الأب أنه يشربه فالتكاح نافذ، وهو ينافي ما قرر من أن الأب إذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير الكفاءة. والجواب أنه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفاً به فلا يلزم بطلانه عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كون الأب العاقد معروفاً بمثله (قوله ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما) أي قولهما لا يجوز هل معناه نفي صحة العقد أو نفي صحة التسمية والعقد صحيح فيزداد إلى مهر المثل، قيل بالأول وقيل بالثاني، واختار المصنف الأول لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهراً بإيجاب المال عوض نفسها ناقصاً أو إبطاله بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور بالعقد بشرط لا يصح عقده إذا لم يجر على شرطه ولذا لا يملك البيع والشراء بغبن فاحش في مالهما، فإيجاب المال عوض نفسها ناقصاً أولى بعدم النفاذ، وإذا كان بحيث لو زوج أمته بغبن فاحش لا يجوز فتزويجها كذلك أولى بعدم الجواز، ولأبي حنيفة أن النظر وعدمه في هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار أمر باطن، فالضرر كل الضرر بسوء العشرة وإدخال كل منهما المكروه على الآخر، والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد، وأمر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا، فإذا كان باطناً يعتبر دليلاً فيعلق الحكم عليه، ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية إلى وفور الشفقة مع كمال الرأي ظاهراً، بخلاف غير الأب والجد من العصابات والأم لقصور الشفقة في العصابات ونقصان الرأي في الأم، وهذا معنى قوله والدليل عدمناه في حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك، وعلى هذا انبنى الفرع المعروف: لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لا يصح لأنه لم يكن عقداً موقوفاً إذ لا مجيز له فإن العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفاءة، وكذا لو كان الأب معروفاً بسوء الاختيار أو المجانة والفسق كان العقد باطلاً على قول أبي حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح. أما المال فهو المقصود في التصرف المالي لا في أمر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير في المال، فلذا لا يجوز تزويجه أمتهما بغبن فاحش لأنه إضاعة

بوجه من الوجوه فلم يشترطه أحد من ذوي التحصيل. وقوله (بخلاف الإبراء بعد التسمية) جواب قولهما كما بعد التسمية، وذلك لأن الأولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور عادة وربما يعدونه ضرباً من اللؤم في العادات. وقوله (وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة) ظاهر. وقوله (ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد) بيانه أن هذا الكلام وهو قوله. وقالوا لا يجوز عندهما الحط والزيادة إلا بما يتغابن فيه الناس فيه بظاهره يدل على أن العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لأن المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح، كما لو تركها أصلاً أو زوجها على خمر أو خنزير وهو قول بعض مشايخنا. وقال آخرون: معناه أن نفس النكاح لا يجوز، وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام والمصنف (لأن الولاية مقيدة بشرط النظر) ولا نظر فيما إذا حط عن مهرها أو زاد عن مهره فيكون العقد باطلاً، كما إذا باع الأب بأقل من القيمة بغبن فاحش أو اشترى بأكثر منها بذلك (ولهذا لا يملك ذلك غيرهما، ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر) تقريره: النظر والضرر في هذا العقد باطنان، لكن للنظر دليل يدل عليه

وفي النكاح مقاصد تربو على المهر. أما المالية فهي المقصود في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما (ومن زوّج ابنته وهي صغيرة عبداً أو زوّج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز) قال رضي الله عنه (وهذا عند أبي حنيفة أيضاً) لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز.

ما لهما لأن المهر ملكهما ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر إليه فلا يعول عليه، ويدل على ذلك تزويج النبي ﷺ فاطمة من عليّ بأربعمائة درهم^(١) ولا شك في أنه دون مهر مثلها لأنها أشرف النساء فيلزم أن الامهر أكثر منه بل إلا وهو أقل منه أو أنها دون مهر مثلها والأول منتف فلزم الثاني، وهذا موقوف على ثبوت أن تزويجه ﷺ إياها كان قبل بلوغها وإلا لا يفيد. وقد يقال: إذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة: أعني قرابة الأب والجد فلا يعتبر كونه معروفاً بسوء الاختيار لأن المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمتها وهذا كذلك. والجواب أن المظنة ما يغلب معها الحكمة إن لم تلزم فالمعروف بذلك حينئذ ليس مظنة. والحاصل إما تخصيص العلة أو القوم بأن العلة مجموع قرابة الأب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف في جواز تخصيص العلة وعدمه. ومسئلة تزويج الأب بنته من غير كفء عبداً أو غيره قدمناها، والوجه من الجانبين واحد، والله أعلم.

(وهو قرب القرابة) الداعية إليه وهي موجودة هنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه، وإنما قلنا بأن النظر والضرر في هذا العقد باطنان لأن المقصود منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة في الإختان والعرائس فيجوز أن يكون نظر الأب في الحط والزيادة إلى ذلك ويجوز أن لا يكون، فكان النظر والضرر باطنين فأدير الحكم على الدليل، بخلاف البيع فإن المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن في مقابلتها شيء يجبر به خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر، وأما في غير الأب فالدليل الدال على النظر معدوم. قوله (ومن زوّج ابنته) نظير تلك المسئلة في التزويج بضرر ظاهر، وكلامه ظاهر.

(قال المصنف: وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز) أقول: إن قيل هذا مخالف لما سبق في أول الفصل من أن الكفاءة من جانبها غير معتبرة. قلنا: فرق ما بين كفاءة وكفاءة، فلعلها يعتبر أن الكفاءة بالحرية من جانبها دون غيرها لأن رقية الزوجة تستتبع رقية أولادها، ألا يرى أن أبا حنيفة فرق بين الكفاءة في الديانة وبينها في غيرها على ما ذكره ابن الهمام في شرحه. وهذا ولك أن تقول ما سبق في أول الفصل هو مذهب أبي حنيفة، ومذهبهما أنها معتبرة من جانبها أيضاً، وسيتقل الشارح عن الكاشاني في آخر الفصل الثاني ذلك، وفيه تأمل، والله أعلم.

(١) يشير المصنف لما أخرجه البيهقي من طريق محمد بن إسحاق عن علي في قصة خطبة فاطمة وفيه: قال النبي ﷺ هل عندك من شيء تستحلها به؟ قال: لا والله يا رسول الله قال: فما فعلت في درعك الحطمية التي كنت سلتكها قال علي: إنها للدرع ما ثمنها إلا أربعمائة درهم قال: اذهب فابعث بها. قال البيهقي: كذا في كتابي أربعمائة درهم. ورواه يونس بن بكير عن ابن إسحاق فقال: أربعة دراهم. قلت: والخبر ضعيف على كل الأحوال. لأن ابن إسحاق مدلس وقد عنعنه وهو منقطع أيضاً مجاهد بن جبر لم يدرك علياً. ورواه البيهقي من وجه آخر عن رجل عن علي فذكر خبر الدرع ولم يذكر ثمنها. والأسناد ضعيف لجهالة الرجل وسيأتي مفصلاً في باب المهر إن شاء الله تعالى.

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

(ويجوز لابن العم أن يزوّج بنت عمه من نفسه) وقال زفر: لا يجوز (وإن أذنت المرأة للرجل أن يزوّجها من نفسه فمقد بحضرة شاهدين جاز) وقال زفر والشافعي: لا يجوز.

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

من أحكام الولي والفضولي ويبقى الرسول نذكره بعد إن شاء الله تعالى. ولما كانت الوكالة نوعاً من الولاية إذ ينفذ تصرفه على الموكل غير أنها تستفاد من الولي على نفسه أو غيره كانت ثانية للولاية الأصلية فأوردها ثانية في التعليم لباب الأولياء، ثم ذكر غيرها من الفضولي لتأخره عنهما لأن النفاذ بالإجازة إنما ينسب إلى الولي المجيز فنزل عقد الفضولي كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الأصل في السبب، غير أن ابتداء بالولي إن نظر فيه إلى أنه أقوى ناسب الابتداء به، وإن نظر إلى أن عقد الفصل للوكيل أولاً وبالدلائل كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل (قوله ويجوز لابن العم أن يزوّج بنت عمه من نفسه) الصغيرة بغير إذنها والبالغة بإذنها، فيقول اشهدوا أنني تزوّجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان أو زوّجتها من نفسي (وقال زفر: لا يجوز، وإذا أذنت المرأة لرجل أن يزوّجها من نفسه فمقد بحضرة شاهدين جاز، وقال زفر والشافعي: لا يجوز) وصورتها أن يقول اشهدوا أن فلانة بنت فلان بن فلان وكلتني أن أزوّجها من نفسي وقد فعلت ذلك، فلو لم ينسبها إلى الجد ولم يعرفها الشهود ففي التفريق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يطأها. وفي النوازل قال: لا يجوز النكاح لأن الغائب إنما يعرف بالتسمية، ألا يرى أنه لو قال تزوّجت امرأة وكلتني لا يجوز، وعلى هذا الخلاف كل وكيل لامرأة بتزويج نفسها. وذكر الخصاف: رجل خطب امرأة فأجابته وكرهت أن يعلم أولياؤها فجعلت أمرها في تزويجها إلى الخاطب واتفقا على المهر فكره الزوج تسميتها عند الشهود

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

لما كانت الوكالة نوعاً من الولاية من حيث أن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ناسب أن يذكرها في باب الأولياء في فصل على حدة. وقوله (وغیرها) أي غير الوكالة كنكاح الفضولي. قوله (ويجوز لابن العم) صورته وتحرير المذهب فيه ظاهر، وقد جمع بين دليل زفر والشافعي لاشتراكهما في معنى وهو أن الواحد لا يكون مملوكاً ومتملكاً لشيء واحد في زمان واحد. واستثنى الشافعي الولي لأن مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلاثة، وبناء على الضرورة (ولنا أن

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

(قال المصنف: إلا أن الشافعي يقول في الولي ضرورة الخ) أقول: قال ابن الهمام: هذا الاستثناء بناء على اعتقاد المصنف أن الشافعي يقول في المسئلة الأولى بالجواز كقولنا، ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر، لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها أيضاً لأنه لا يثبت ولاية إجبار لغیر الأب والجد، فلا يتصور أن يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه، والذي يجيزه الشافعي من تولى الولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا ومملوكاً مملوكاً فلا يصلح مستثنى، ولو جعل منقطعاً لم يصح تعليقه بالضرورة، فإن معنى الكلام أنه لا يصح أن يكون المباشر مملوكاً ومتملكاً شرعاً إلا في الولي، صح ذلك ضرورة لكنه متنفه. لا تمسنا الحاجة إلى ولاية الإجبار، فالشافعي يجيز تزويج ابن العم بنت عمه البالغة من نفسه بإذنها ضرورة فليتأمل، إلا أنه لا يجوز ذلك عند الشافعي أيضاً إلا في وجه أبعد كما صرح به في كتبه (قوله بأن يقول تزوّجت بنت عمي فلانة الخ) أقول: هذا ليس من التزويج بالوكالة بل بالولاية (قال المصنف: ولا ترجع الحقوق إليه الخ) أقول: قال السروجي: قوله ولا ترجع الحقوق إليه، قلت: تحليل صحيح لو سلم من النقص ولم يسلم، فإن الوكيل لو زوج موكله على عبد نفسه يطالب بتسليمه. ويمكن أن يقال: معنى كلام المصنف لا ترجع إليه الحقوق بمجرد كونه عاقداً وجعل عبد نفسه مهراً زائداً على العقد فتأمل.

لهما أن الواحد لا يتصور أن يكون مملوكاً وممتلكاً كما في البيع؛ إلا أن الشافعي يقول في الولي ضرورة لأنه لا يتولاه سواه، ولا ضرورة في حق الوكيل.

قال: يقول إني خطبت امرأة بصداق كذا ورضيت به وجعلت أمرها إليّ بأن أتزوجها فأشهدكم أنني تزوّجت المرأة التي أمرها إليّ على صداق كذا فينقذ النكاح. قال شمس الإثمة الحلواني: الخصاص كبير في العلم وهو ممن يقتدى به. وقال في التنجيس: وذكر في المتقى أن مثل هذا التعريف يكفي، ومثل هذا الخلاف فيما لو كانت حاضرة متقبة ولا يعرفها الشهود، فعن الحسن وبشر يجوز، وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراهما الشهود، والأول أقيس فيما يظهر بعد سماع الشطرين منهما لأن الشرط ليس شهادة تعتبر للأداء ليشترط العلم على التحقيق بذات المرأة على ما تقدم، ثم رأيت في التنجيس أنه هو المختار لأن الحاضر يعرف بالإشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبتها، وهذا كله إذا لم يعرفها الشهود، أما إذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح إذا عرف الشهود أنه أراد المرأة التي يعرفونها لأن المقصود من التسمية التعريف وقد حصل اهـ. ويقولنا قال مالك وأحمد وسفيان الثوري وأبو ثور والظاهرية. وقوله من نفسه احتراز عما لو وكلته أن يزوّجها مطلقاً فإنه لو تزوّجها من نفسه لا يجوز، وكذا لو وكلت أجنبياً أو وكل امرأة بأن تزوجه فزوّجته من نفسها لا يصح أيضاً (لزفر والشافعي أن الواحد لا يتصور) على البناء للفاعل (أن يكون مملوكاً وممتلكاً كما في البيع) لا يجوز كونه وكيلاً من الجانبين لتضادّ حكمي التمليك. والتملك، ويوافقه الأثر، وهو ما روي عنه رحمته كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب، وولي، وشاهد عدل^(١) (إلا أن الشافعي يقول) على أحد الوجهين (في الولي ضرورة إذ لا يتولاه غيره) فلو منع من تولي شطريه امتنع أصلاً لأنه لو أمر غيره بتزويجها منه كان قائماً مقامه وانتقلت عبارته إليه كتكلمه هو بنفسه فلا فرق في التحقيق. وهذا الاستثناء جاء على اعتقاد المصنف أن الشافعي يقول في المسئلة الأولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر، لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها أيضاً لأنه لا يثبت ولاية إجبار لغير الأب والجد فلا يتصور أن يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه، والذي يجيزه الشافعي من تولي الولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا مملوكاً وممتلكاً فلا يصلح مستثنى، ولو جعل منقطعاً لم يصح تعليله بالضرورة، فإن معنى الكلام أنه لا يصح المباشر مملوكاً وممتلكاً شرعاً إلا في الولي صح ذلك ضرورة لكنه متنف (ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبر) حتى لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل على ما نذكر، ولا ترجع حقوق العقد إليه حتى لا يطالب بالمهر وتسليم الزوجة، بخلاف البيع لا يصح أن يكون الواحد فيه وكيلاً من جهة البائع والمشتري فإنه فيه مباشر ترجع الحقوق إليه ويستغني عن الإضافة والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين والتمانع إنما هو في الحقوق لا في نفس التللفظ، فالذي يرجع إليه لا امتناع فيه، والذي فيه الامتناع لا يرجع إليه، وللاتنقال لكونه معبراً بعبارة يكون ذلك العقد قام بأربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو في الأثر. واعلم أنه يستثنى من مسألة الوكيل بالبيع من الجانبين الأب، فإنه لو باع مال ابنه

الوكيل في النكاح سفير ومعبر) وكل من هو كذلك لا يمتنع أن يكون مملوكاً وممتلكاً لأنه لا تمنع في التعبير بأن يقول تزوّجت بنت عمي فلانة على صداق كذا، وإنما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والإيفاء والاستيفاء وهي لا ترجع إليه

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢٢٥/٣ من حديث عائشة مرفوعاً.

بلفظ: لا بد في النكاح من أربعة الولي، والشاهدين وقال الدارقطني: فيه أبو الخصيب مجهول.

وأخرجه البيهقي ١٢٥/٧ من حديث عائشة بهذا السياق وقال: فيه المغيرة بن موسى البصري قال البخاري عنه: منكر الحديث وقال ابن حجر في التلخيص ١٦٣/٣: ورواه البيهقي في الخلافيات عن ابن عباس موقوفاً عليه وصححه اهـ.

وأما لفظ: فهو سفاح قريب.

ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبر، والتمانع في الحقوق دون التعيز ولا ترجع الحقوق إليه، بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه، وإذا تولى طرفه فقوله زوّجت يتضمن الشرطين فلا يحتاج إلى القبول. قال (وتزويج العبد والأمة بغير إذن مولاها موقوف فإن أجازته المولى جاز، وإن رده بطل، وكذلك لو زوّج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلاً بغير رضاها) وهذا عندنا فإن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفاً على الإجازة.

من نفسه أو اشتراه ولو بغبن يسير صح، ولا يخفى أن هذا على التشبيه وإلا فبيع الأب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والأصالة. ثم إذا تولى طرفه قال المصنف فقوله زوّجت فلانة من نفسي يتضمن الشرطين فلا يحتاج إلى القبول بعده، وكذا ولي الصغيرين القاضي وغيره، والوكيل من الجانبين يقول زوّجت فلانة من فلان. وقال شيخ الإسلام خواهر زاده: هذا إذا ذكر لفظاً هو أصيل فيه، أما إذا ذكر لفظاً هو نائب فيه فلا يكفي، فإن قال تزوّجت فلانة كفى، وإن قال زوجتها من نفسي لا يكفي لأنه نائب فيه. وعبرة الهداية وهي ما ذكرناه آنفاً صريحة في نفس هذا الاشتراط، وصرح بنفيه في التجنيس أيضاً في علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال: رجل زوّج بنت أخيه من ابن أخيه فقال زوّجت فلانة من فلان يكفي ولا يحتاج إلى الشرط الآخر لأن اللفظ الواحد يقع دليلاً من الجانبين (قوله فإن كل عقد) كالبيع والإجازة ونحوهما (صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفاً على الإجازة) فإذا أجاز من له الإجازة ثبت حكمه مستنداً إلى العقد. فسر المجيز في النهاية بقابل يقبل الإيجاب سواء كان فضولياً أو وكيلاً أو أصيلاً. وقال في فصل بيع الفضولي من النهاية: الأصل عندنا أن العقود تتوقف على الإجازة إذا كان لها مجيز حالة العقد جازت وإن لم يكن تبطل. والشراء إذا وجد نفاذاً نفذ على العاقد وإلا توقف. بيانه: الصبي إذا باع ماله أو اشترى أو تزوّج أو تزّج أمته أو كاتب عبده أو نحوه يتوقف على إجازة الولي في حالة الصغر، فلو بلغ قبل أن يجيزه الولي فأجاز بنفسه نفذ لأنها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه، ولو طلق الصبي امرأته أو خلعه أو أعتق عبده على مال أو دونه أو وهب أو تصدّق أو زوّج عبده أو باع ماله محاباة فاحشة أو اشترى بأكثر من القيمة مالا يتغابن فيه أو غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة، ولو أجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد إلا إذا كان لفظ الإجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الإنشاء كأن يقول بعد البلوغ أو وقعت ذلك الطلاق والعناق اهـ. وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد لا بالقابل مطلقاً ولا بالولي، إذا لا توقف في هذه الصور، وإن قبل فضولي آخر أو ولي لعدم قدرة الولي على إمضاءها، ولو أراد هنا بالمجيز المخاطب مطلقاً كان ينبغي أن يقول وله مجيز ومن يقدر على إنفاذه ليصح جواب المسئلة: أعني قوله انعقد موقوفاً لأن الصبي في الصور المذكورة فضولي، ولو قيل عقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على إنفاذه، وعلى هذا لا يكون العقد شاملاً لليمين لأنها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة إمضاءه فقط، وصورته أن يقول أجنبي لامرأة رجل إن دخلت الدار مثلاً فأنت طالق، فإنه يتوقف على إجازة الزوج، فإن أجاز تعلق فتطلق بالدخول، ولو دخلت قبل الإجازة لا تطلق عند الإجازة، فإن عادت ودخلت بعدها طلقت، كذا في الجامع. وفي المنتقى، إذا دخلت قبل الإجازة فقال الزوج أجزت الطلاق عليّ فهو جائز، ولو قال أجزت هذه اليمين عليّ لزمته اليمين ولا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الإجازة. وعرف مما ذكرنا أن الصبي إذا تزوّج يتوقف على إجازة وليه لأن الصبي العاقل من أهل العبارة غير أنه محتاج إلى رأي الولي، فالصواب أن يحمل المجيز على من له قدرة الإمضاء ويندرج المخاطب في ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولي فإن اسم العقد لا يتم إلا بالشرطين أو ما يقوم مقامهما، فعلى هذا قوله وما لا مجيز له، أي ما ليس له من يقدر على الإجازة يبطل كما إذا كان تحت حرة فزوّجه الفضولي أمة أو أخت

لأنه سفير لا مباشر (بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه، وإذا تولى طرفه فقوله زوّجت يتضمن الشرطين) أي شرطي الإيجاب والقبول لأن الواحد لم قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة أيضاً مقام عبارتين (فلا يحتاج إلى القبول) وقوله (وتزويج العبد والأمة) ظاهر. وقوله (وبه مجيز) أي قابل يقبل الإيجاب سواء كان فضولياً آخر أو وكيلاً أو أصيلاً.

وقال الشافعي: تصرفات الفضولي كلها باطلة لأن العقد وضع لحكمه، والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم فيلغو. ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله، ولا ضرر في انعقاده فينقذ موقوفاً. حتى إذا رأى

امراته أو خامسة أو زوجة معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمة في دار الحرب، أو إذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف لعدم من يقدر على الإمضاء حالة العقد لأن دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم ليتمكن تزويجه يتيمة فكان كالمكان الذي في دار الإسلام ليس له حاكم ولا سلطان فإنه أيضاً يتعذر تزويج الصغائر فيه اللاتي لا عواصب لهن فوقه باطلاً، حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لا ينفذ، أما إذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الإمضاء. ولا يلزم على هذا المكاتب إذا تكفل بماله ثم اعتق حيث تصح هذه الكفالة حتى يؤخذ فيها بعد الحرية وإن لم يكن لها مجيز حال وقوعها، وكذا إذا وكل المكاتب بعق عبده ثم أجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة، وكذا لو أوصى بعين من ماله ثم عتق فأجاز الوصية يصح لأن كفالته التزام المال في الذمة وذمته قابلة للالتزام، لكن لا يظهر للحال لحق المولى، فإذا زال المانع بالإعتاق ظهر موجه. أما التوكيل والوصية فالإجازة فيهما إنشاء لأنهما يعقدان بلفظ الإجازة والإنشاء لا يستدعي عقداً سابقاً ولذا لو قال لآخر أجزت أن تطلق امرأتي أو أن تعتق عبيدي أو أن تكون وكيلتي أو أن يكون مالي وصية كان توكيلاً ووصية، بخلاف غيرهما من التصرفات لو قال أجزت عتق عبيدي أو أن تكون فلانة زوجتي أو أن يكون مالي لفلان لا يتم ذلك. ثم شرع يستدل على توقف عقد الفضولي فقال إن ركن العقد وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله وهو العاقل البالغ مضافاً إلى محله وهو غير المحرمات والحال أنه لا ضرر في انعقاده على التوقف، إنما الضرر في إبرامه بدون اختيار من له الإجازة فوجب أن ينقذ موقوفاً على الإجازة حتى إذا رأى من له الإجازة المصلحة فيه ينفذه وإلا يتركه، فما فيه الضرر لم يثبت بهذا العقد، وما فيه مصلحة وهو توقفه على الإجازة عند ظهور وجه وجود المصلحة^(١) له هو الثابت، فكان تصرف الفضولي هذا من باب الإعانة على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفء والمهر وجبر السلعة فوجب اعتباره على الوجه الذي قلناه لأنه داخل في عموم فعل الخيرات (وقد يترأخى حكم العقد عن العقد) كما في البيع بشرط الخيار للبائع يترأخى ملك المشتري إلى اختيار البائع البيع فعدم ترتبه في الحال على عقد الفضولي لا يوجب بطلانه. والأولى أن يقال عقد يرجى نفعه واستعقابه حكمه ولا ضرر في انعقاده موقوفاً فوجب انعقاده كذلك حتى إذا رأى الخ، فقله لا يقدر على إثبات حكمه فيلغو ممنوع الملازمة بل إذا أيس من مصلحته. وإنما قلنا هذا لأن قوله صدر من أهله مما يمنع، ويقول الشافعي إن أريد أهل العقد في الجملة فمسلم ولا يفيد، وإن أريد هذا العقد الذي هو فيه فضولي فممنوع بل أهله من له ولاية إثبات حكمه (قوله ومن قال اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة) يعني الغائبة من غير إذن سابق منها له (فبلغها فأجازت فهو باطل وإن قال آخر اشهدوا أنني قد تزوجتها منه فقبل آخر فبلغها فأجازت جاز) وإن يقبل أحد لم يجز (وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك) يعني يكون العقد باطلاً إذا قالت اشهدوا أنني قد تزوجت فلاناً: يعني الغائبة من غير إذن سابق لها منه فبلغه الخبر فأجاز، وإن قال آخر اشهدوا أنني قد تزوجتها منها فقبل آخر عن الغائبة فبلغه فأجاز جاز، وإن

وقوله (لأن العقد وضع لحكمه) بناء على أن المقاصد الأصلية هو الحكم والأسباب والعلل وسائل إليه (والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم) إلا لجاز للناس تمليك أموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى، وإذا لم يكن قادراً كان كلامه لغواً (ولنا أن ركن التصرف) وهو قوله تزوجت وتزوجت (صدر من أهله) وهو الحر العاقل البالغ (مضافاً إلى محله) وهو الأنثى من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرمات (ولا ضرر في انعقاده) لكونه غير لازم موقوفاً على الإجازة (فينقذ موقوفاً، فإن رأى فيه مصلحة نفذ) ولا أبطله. وقوله (وقد يترأخى حكم العقد) جواب عن قوله لأن العقد وضع لحكمة وتقريره القول بالموجب: يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يندم بل تأخر إلى الإجازة، والحكم قد يترأخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار، فإن لزومه متراح إلى سقوط الخيار. وقوله (ومن قال اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة) ظاهر. والفرق بين المسئلتين أن الأولى لا مجيز لها فلا

(١) (وجه وجود المصلحة) كذا في الأصول، ولعل لفظ وجود مزيد من النسخ كما هو ظاهر كتبه مصححه.

المصلحة فيه ينفذه، وقد يتراخى حكم العقد عن العقد (ومن قال اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة فبلغها فأجازت فهو باطل، وإن قال آخر اشهدوا أنني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فأجازت جاز. وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: إذا زوجت نفسها غائباً فبلغه فأجازه جاز. وحاصل الخلاف أن الواحد لا يصلح فضولياً من الجانبين أو فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب عندهما خلافاً له.

لم يقبل أحد عن الغائب لم يجز وإن أجاز (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد) يعني هذا التفصيل، وقال أبو يوسف فيهما يجوز إذا أجاز الغائب وإن لم يقبل أحد. وبقيت صورة ثالثة هي أن يقول رجل زوجت فلانة من فلان فيكون فضولياً من الجانبين إن قيل منه فضولي آخر توقف اتفاقاً وإلا فعلى الخلاف فتحصل ست صور: ثلاث اتفاقية وهي قول الرجل تزوجت فلانة أو المرأة تزوجت فلاناً أو الفضولي زوجت فلانة من فلان وقيل آخر فيها، وثلاث خلافية هي هذه إذا لم يقبل أحد، ثم قال: وحاصل الخلاف الخ: يعني أصل هذا الخلاف اختلافهم في أن الواحد لا يصلح فضولياً من الجانبين أو فضولياً من جانب أصيلاً من جانب أو وكيلاً أو ولياً. وقيد بعضهم بما إذا تكلم بكلام واحد. أما إذا تكلم بكلامين فإنه يتوقف بالاتفاق، ذكره في شرح الكافي والحواشي، ولا وجود لهذا القيد في كلام أصحاب المذهب، بل كلام محمد على ما في الكافي للحاكم أبي الفضل الذي جمع كلام محمد مطلق عنه، وأصل المبسوط خال عنه. قال: ويجوز للواحد أن ينفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين إذا كان ولياً لهما أو وكيلاً عنهما، ولا يجوز ذلك إذا كان ولياً أو وكيلاً لأحدهما دون الآخر، أو لم يكن ولياً ولا وكيلاً لواحد منهما، وعبرة المبسوط أيضاً كذلك، وإنما هو من التصرفات والظاهر أن منشأ ما نقل من المبسوط من أن أصل الخلاف في هذه الصور أن شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عندهما وهو قول أبي يوسف أولاً، وقال آخر لا يتوقف، فأخذ منه أن الفضولي لو تكلم بكلامين بأن قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق: يعني لأنه حينئذ عقد لا شطر، وأن الخلاف فيما إذا تكلم بكلام واحد، وقيد به بعضهم قول الهداية والحق الإطلاق، وبتكلمه بكلامين لا يخرج عن كونه فضولياً من الجانبين، وقوله في الهداية في وجه قولهما وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس صريح في أن عدم توقف الشطر اتفاقي لأن الإلزام لا يقع إلا بمقتضى وإلا لم يصح فيخالف ما في المبسوط، وهو الراجح لأنه لا يعلم خلاف في أنه إذا أوجب أحد المتعاقدين في البيع أو النكاح فلم يقبل الآخر في المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق، على أن شطر العقد لا يتوقف وإلا لجاز أن يقبل في مجلس آخر، ويتم النكاح والبيع عند أبي يوسف وليس كذلك، فالحق أن مبني الخلاف في أن ما يقوم بالفضولي عقد تام أو شطره، فعندهما شطر فلا يتوقف وعنده تمام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين (قوله وهو يقول لو كان مأموراً من الجانبين نفذ اتفاقاً) وهو فرع اعتبار الصادر منه عقداً تاماً وهو فرع قيام كلامه مقام كلامين، فإذا كان فضولياً من الجانبين يتوقف لأنه لا فارق إلا وجود الإذن وعدمه، وأثره ليس إلا في النفاذ فيبقى ما سوى النفاذ من كونه عقداً تاماً فيتوقف. وحاصله قياس صورة عدم الإذن على صورة الإذن في كونه عقداً تاماً وبُشيت بشبوتة لازمه وهو التوقف بإلغاء الفارق وقوله (وصار كالخلع) يعني من جانبه (والطلاق والإعتاق على مال) قياس على صور آخر هي ما إذا قال خلعت امرأتي أو طلقته على ألف وهي غائبة فبلغها الخبر فأجازت جاز، وكذا اعتقت عبدي على ألف فبلغه الخبر فأجاز جاز كالأولى. ولهما أن القائم به شطر العقد وشطره لا يتوقف، أما الثانية فبالاتفاق، وأما الأولى فلأنه

تتوقف، والثانية لها مجيز فتتوقف لما تقدم أن شرط التوقف وجود المحيز. وقوله (وهذا) أي مجموع ما ذكر (قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: إذا زوجت نفسها فبلغه) يعني بغير مجيز (كأجازه جاز) قوله (وحاصل ذلك) قال الإمام المحبوبي: وهنا ست مسائل، ثلاث منها تقف على الإجازة بلا خلاف: إحداها أن الفضولي إذا قال زوجت فلانة من فلان وقيل عنه فضولي آخر، أو قال الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فأجابه فضولي وقال زوجتها منك وقالت المرأة زوجت نفسي من فلان الغائب وقيل عن فلان فضولي توقف العقد على الإجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق، لأنه عقد جرى بين اثنين فيكون تاماً موقوفاً على

ولو جرى العقد بين الفضولين أو بين الفضولي والأصيل جاز بالإجماع. هو يقول لو كان مأموراً من الجانبين ينفذ، فإذا كان فضولياً يتوقف وصار كالخلع والطلاق والإعتاق على مال. ولهما أن الموجود شرط العقد لأنه شرط حالة الحضرة فكذا عند الغيبة، وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع، بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين، وما جرى بين الفضولين عقد تام، وكذا الخلع وأختاه لأنه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم

شرط حالة الحضرة: أي خطاب الحاضر وقبوله، فكذا حالة الغيبة لأنه لا فرق بحال إلا أن يتكلم بكلامين حالة الغيبة، وذلك لا يوجب صيرورته عقداً تاماً لأن كون كلامي الواحد عقداً تاماً هو أثر كونه مأموراً من الطرفين أو من طرف وله ولاية الطرف الآخر، وهذا لأن العقد عبارة عن كلام اثنين يتبادلان بدلين، وكلام الواحد ليس كلام اثنين إلا حكماً لإذنهما له أو ولاية له، ولا إذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به، فتضمن هذا التقرير منع كون الإذن ليس أثره إلا في النفاذ بل تأثيره في النفاذ يستلزم تأثيره في كونه عقداً تاماً، وفي كون كلامه ككلامين لتوقف النفاذ على ذلك، ولو سلم عدم تأثيره فيهما لم يلزم كون كلام الفضولي عقداً تاماً لأن كون الكلام عقداً تاماً لازم شرعي مساو للنفاذ ولا إذن للفضولي فانتفى حكمه بلازمة المساوي، بخلاف الخلع وأختيه لأنه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لأنه نعلي، الطلاق والعق يقبولهما المال فتم به إذ ليس عقداً حقيقاً، ولذا لو كانت هي المخالعة بأن قالت خالعت زوجي على ألف لم يتوقف لأنه من جانبها مبادلة. وعورض بأنه لو كان تعليقاً لما بطل لو قال طلقك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول لكنه يبطل، وليس لها أن تقبل بعده. أجيب لا يلزم من كونه تعليقاً أن لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله أنت طالق إن شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس وهذا مثله.

[فروع] للفضولي في النكاح أن يفسخه قبل الإجازة عند أبي يوسف، حتى لو أجاز من له الإجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول أبي يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد. ويفرق بأن حقوق العقد في البيع ترجع إلى الفضولي بعد الإجازة لأنه يصير كالوكيل بخلاف النكاح. هذا وتثبت الإجازة بأجزت ونحوه بلا خلاف، وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا وأحسن وأصبحت على المختار، واحتماله الاستهزاء لا يفيظ ظهوره في الإجازة، وكذا هذا في طلاق الفضولي وبيعه، وكذا إذا هنأه فقبل التهنة لأنه دليل الرضا، وكذا إذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها لعبده لأن تمرده يقتضي حمله على ما يناسبه من المتاركة وسيأتي الكلام فيه. ولو زوجه الفضولي أربعاً في عقدة ثلاثاً في عقدة

الإجازة. وفي ثلاث منها اختلاف: إحداهما ما ذكر أولاً وهو قوله ومن قال اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة، والثانية أن تقول المرأة تزوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه آخر. والثالثة أن يقول الفضولي تزوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل أحد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على إجازة الغائب، وهو قول أبي يوسف أولاً، وعلى قوله آخر يتوقف (وهو يقول في الفضولي من الجانبين لو كان مأموراً من الجانبين نفذ، فإذا كان فضولياً توقف) لأن كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الإذن ابتداء فكذا باعتبار الإجازة انتهاء، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والإعتاق على مال، فإن الزوج إذا قال خالعت امرتي على كذا وهي غائبة قبلها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق، وكذلك الطلاق والإعتاق على مال، احتياج الكل إلى الإيجاب والقبول (ولهما أن الموجود شرط العقد لأنه شرط حالة الحضرة) حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر، ولو كان عقداً تاماً لم يكن كذلك والجامع (فكذا عند الغيبة) لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف (وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع، بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين) فيصير ككلامين (وما جرى بين الفضولين عقد تام) لوجود الإيجاب والقبول فيتوقف (وكذا الخلع وأختاه) أي الطلاق على مال والإعتاق عليه (لأنه تصرف يمين من جانبه) ولهذا كان لازماً لا يقبل الرجوع واليمين يتم بالحالف فكان عقداً تاماً، وإنما

(قوله والجامع احتياج الكل) أقول: فيه بحث: فإن هذا الجامع يوجد في جل العقود ولا يتوقف (قال المصنف: ولهما أن الموجود شرط انعقد) أقول: يعني أن الموجود المعتبر شرعاً هو شرط العقد، وهذا يشمل ما إذا تكلم الفضولي بكلام واحد أو كلامين إيجاب وقبول، فإن قبوله غير معتبر شرعاً كما في حالة الحضرة، فكذا في الغيبة فيلغو فيلحق بالعدم، والله أعلم.

فيتم به (ومن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما) لأنه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ في إحداهما غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية فتعين التفريق (ومن أمره أمير بأن يزوجه

فطلق واحدة من فريق كان إجازة لنكاح ذلك الفريق لأن الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح، وكذا لو ادعت على رجل نكاحاً فأنكر ثم طلقها أو قالت لرجل طلقني يكون إقراراً بالنكاح الصحيح لأن دعواها لم يظن كونها كذباً وتمرداً ليكون ظاهراً في المتاركة، بخلاف ما لو باشره العبد بلا إذن سيده. وقوله بالفارسية مال انيست إجازة على ما اختاره أبو الليث لأنه يستعمل للإجازة ظاهراً، ومثل ذلك في المرأة، وقبول المهر إجازة، وقبول الهدية ليس بإجازة لأنه لا يتوقف سلامته على النكاح بخلاف المهر (قوله ومن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما) هذا شروع في مسائل الوكيل، ولا تشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل، وإنما ينبغي أن يشهد على الوكالة إذا خيف جحد الموكل بإياها. وقوله لم يلزمه واحدة منهما: يعني إذا لم يعينها للوكيل، وكأنه اكتفى بالتنكير دلالة على ذلك، أما إذا عاينها فزوجه إياها مع أخرى في عقدة واحدة نفذ في المعينة، ولو زوجه إياها في عقدتين لزمته الأولى وتتوقف الثانية لأنه فضولي فيه، ولو أمره بشتين في عقدة فزوجه واحدة جاز، بخلاف ما لو أمره بشراء ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لأن الجملة في البيع مظنة الرخص فاعتبر تقييده، وليس في النكاح كذلك فلا يعتبر إلا إن قال: لا تزوجني إلا امرأتين في عقدة واحدة، ثم أفاد وجه ما ذكر في الكتاب بقوله ولا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى تنفيذ إحداهما غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية فتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لأنها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها إذ له أن يجيز نكاحها أو نكاح إحداهما، ولا هو لازم مما ذكره، بل اللازم عدم إمكان تنفيذهما وتنفيذ إحداهما مبهمة ومعينة فانتهى اللزوم مطلقاً وهو المطلوب. وكان أبو يوسف يقول أولاً: يصح نكاح إحداهما بغير عينا والبيان إلى الزوج، ثم رجع لأنه إنما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط. وإذا وقع التعليق بالمخالفة لعدم النفاذ فلنذكر شيئاً من فروعه، فالوكيل إذا خالف

قال من جانبه لأن الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجيء. قوله (ومن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين) لا يخلو إما أن يكون التوكيل بامرأة معينة أو غيرها، والثاني مسألة الكتاب وهو على ما ذكره واضح. وكان أبو يوسف يقول أولاً لا يصح نكاح إحداهما بغير عينا والبيان إلى الزوج لأن المأمور ممثلاً أمره في إحداهما، ولا يبعد أن تكون إحداهما بغير عينا منكوحة، كما لو طلق إحدى امرأته ثلاثاً بغير عينا فالبيان إلى الزوج. قال شمس الأئمة السرخسي: وهذا ضعيف لأنه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط دون النكاح، وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول لأنه تعليق بالبيان، بخلاف الطلاق وفي الأول وهو أن أمره أن يزوجه فلانة فزوجه وأخرى معها في عقد واحد جاز نكاح فلانة للأمر به وتوقف نكاح الأخرى على الإجازة لأنه

(قوله وكان أبو يوسف، إلى قول: لأنه ليس كالطلاق الخ) أقول: الظاهر من تقرير تحليل أبي يوسف أنه قاس حال ابتداء النكاح بحال بقاءه لا النكاح بالطلاق، فكان الأولى في بيان ضعفه أن يفرق بين البقاء والابتداء، وكمن من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت استقلالاً (قوله وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول الخ) أقول: قال السروجي. قلت: يرد على هذه العلة بيع عبد من عبدین، على أن المشتري بالخيار يأخذ أيهما شاء على ما يأتي في أول البيع إن شاء الله تعالى اهـ. ويجوز أن يقال: جواز ما ذكرتم إنما ثبت على خلاف القياس بالاستحسان لكونه في معنى ما ورد به الشرع وهو منتف هنا (قال المصنف: فتعين التفريق) أقول: يعني بينه وبين كل منهما. قال ابن الهمام: وهذا غير مطابق للدعوى لأنها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق ولا يساويها، إذ له أن يجيز نكاحهما أو نكاح إحداهما، ولا هو لازم مما ذكره بل اللازم عدم إمكان تنفيذها وتنفيذ إحداهما مبهمة ومعينة فانتهى اللزوم مطلقاً وهو المطلوب اهـ. ويمكن أن يقال: مراد المصنف فتعين التفريق إذا لم يميز تزويجهما، وردّه بقرينة سياق كلامه فليتأمل (قوله وإما لما قيل الخ) أقول وإما ليعلم جواز النكاح فيمن دونه بطريق أولى (قوله قال الكشاني دلت المسئلة الخ) أقول: إن أراد دلت على اعتبارها في الوكالة عندهما فسلم بالنظر إلى دليلهما، وإن أراد مطلقاً فممنوع (قال المصنف: قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيداً) أقول: فيه بحث (قوله فلا يصلح مقيداً لإطلاق اللفظ، إلى قوله: والتقييد يقابله، ومن شرط التقابل اتحاد المحل الخ) أقول: فيه بحث، فإن المقيد أيضاً هو اللفظ غايته أن الباعث للتقييد شيء غيره، ولا ينتفي بذلك اتحاد المحل كما لا يخفى على من يتأمل، ثم كيف يصح أن يقال: إن العرف العملي لا يصلح مقيداً، وقد اتفقوا على أن المتبايعين إذا أطلقا الثمن ينصرف إلى غالب نقد البلد بدلالة العرف على ما سيجيء.

امراً فزوجه أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة رجوعاً إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة (وقالوا: لا يجوز إلا أن يزوجه كفاً) لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو التزوج بالأكفاء. قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيداً. وذكر في

إلى خير لو كان خلافاً كلا خلاف نفذ عقده، وليس منه ما إذا أمره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحاً، بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح أصلاً لأن النكاح الفاسد ليس نكاحاً لأنه لا يفيد حكمه وهو الملك. وأما العدة بعد الدخول فيه وثبت النسب فليس حكماً له بل للفعل إذا لم يتمحض زنا، بخلاف البيع الفاسد فإنه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه إلى البيع الصحيح خلافاً إلى خير فيلزم، وليس منه ما إذا وكله بالنكاح بألف فلم ترض المرأة حتى زادها الوكيل ثوباً من مال نفسه فإنه لا ينفذ، والنكاح موقوف على إجازة الزوج لأنه خلاف إلى ضرر لأن الثوب لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لأنه متبرع، ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك إلا بعد الدخول فهو بالخيار، ولا يكون الدخول بها رضا بما صنع الوكيل لأنه لم يعلم فإن فارقها بعد الدخول فلها الأقل من المسمى ومهر المثل لأنه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك، بخلاف ما لو أمره بعباءة فزوجه بصيرة جاز، ولو أمره ببيضاء فزوجه سوداء أو على القلب أو من قبيلة فزوجه من أخرى أو بأمة فزوجه حرة لا يجوز، ولو زوجه مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد جاز (قوله ومن أمره أمير أن يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة رجوعاً إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة، وقالوا: لا يجوز إلا أن يزوجه كفاً) والتقييد بالأمير مطلقاً وإن كان أمير المؤمنين ليعلم ذلك فيمن دونه بطريق أولى. فحاصل المسئلة إذا أمره غيره بتزويجه فزوجه امرأة لا تكافئه ولا تهمة، ولو زوجه أمة لغيره أو عبياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة جاز عنده خلافاً لهما، ولو زوجه صغيرة لا بجامع مثلها جاز اتفاقاً، وقيل هو قوله خلافاً لهما. ولو زوج وكيل المرأة غير كفء، قيل هو على الخلاف، وقيل الصحيح أنه لا يجوز اتفاقاً. والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن المرأة تعبر بغير الكفاء فيتقيد بإطلاقها به، بخلاف الرجل فإنه لا يعبره أحد بعدم كفاءها له لأنه مستفرش واطيء لا يغيظه دناءة الفراش، أما لو كانت أمة للوكيل فلا يجوز للتهمة، ولهذا لو وكل امرأة فزوجه نفسها أو وكلت رجلاً فزوجه من نفسه لا يجوز، وكذا إذا زوج وكيل الرجل بنته ولده أو بنت أخيه وهو وليها لا يجوز للتهمة. ولهما أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالأكفاء (قلنا العرف مشترك) أي الواقع من أهل العرف تزويجهم بالمكافئات وغير المكافئات فليس مختصاً بتزويج المكافئات لينصرف الإطلاق إليه (أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيداً) للفظ إذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم إليه لفظ يقيد به، ولا يخفى ما في هذا الوجه. وقولهم في الأصول الحقيقة تترك بدلالة العادة ينفيه، إذ ليست العادة إلا عرفاً عملياً، فالأولى الأول. قال الأسيبياي: قولهما أحسن للفتوى واختاره الفقيه أبو الليث، وقد يكون في سكوت الشيخ عقيب قوله (وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوج بالمكافئة) إشارة إلى اختياره قولهما لأن الاستحسان مقدم على غيره إلا في المسائل المعلومة. والحق أن قول أبي حنيفة ليس قياساً لأنه أخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في أي الاستحسانين أولى. وفي وجه الاستحسان المذكور دفع لقول من قال من المشايخ إن هذه المسئلة دلت على أن الكفاءة معتبرة عندهما في النساء للرجال، إذ ظهر أن قولهما ليس بناء عليه بل على أن الظاهر أن الاستعانة لا تقصد إلا لتحصيل المناسب لا فيما صدق عليه مطلق الاسم، لأن كل أحد يقدر على ذلك هذا والوكيل بتزويج امرأة بعينها يملكه بالغبن اليسير إجماعاً، والفاحش عنده خلافاً لهما. والفرق له بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش اتفاقاً أن التهمة في حق الوكيل بالنكاح منتفية بسبب عدم استغنائه عن إضافة العقد إلى موكله فيجوز منه

فضولي فيها. وقوله (ومن أمره أمير) قيده بالأمير وحكم غيره كذلك. قال الإمام المحبوبي: وعلى هذا الخلاف إذا لم يكن أميراً فزوجه الوكيل أمة أو حرة عبياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة، إما اتفاقاً، وإما لما قيل قيده بذلك لتظهر الكفاءة فإنها من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما، وقيد بقوله أمة لغيره لأنه لو زوجه أمة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة، وأشار إليه في الدليل بقوله وعدم التهمة. وأما إطلاق اللفظ فإن لفظ امرأة مطلق يقع على الحرة والأمة، كما إذا حلف لا يتزوج امرأة يقع على الحرة والأمة جميعاً. وقوله (وهو التزوج بالأكفاء) قال الكشاني: دلت المسئلة على أن الكفاءة

الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لا يعجز عن التزوّج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوّج بالكفء، والله أعلم.

بالغبن الكثير، بخلاف الشراء فإنه يستغنى فيه عنه فتمكنت تهمة أنه اشترى لنفسه فوجده خاسراً فجعله لموكله، ومعنى لا يجوز هنا لا ينفذ النكاح إلا أن يجيزه، وكذا إن سمي للوكيل ألفاً مثلاً فزوجه بأكثر، فإن دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لأن هذا الدخول ليس رضا لأنه على اعتبار أن الوكيل لم يخالف إذ لم يعلم بخلافه، بخلاف ما لو علم فدخل بها، فإن فارقتها فلها الأقل من المسمى ومهر المثل، فإن كان الوكيل أو الرسول ضمن المهر وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر لزم الوكيل أو الرسول نصف المهر، وليس له أن يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لأنه لما لم يمثل صار فضولياً، ولو كانت هي الموكلة وسمت ألفاً مثلاً فزوجه الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوّجتك بدينار وصدقه الوكيل إن أقر الزوج أن المرأة لم توكله بدينار فهي بالخيار، إن شاءت أجازت النكاح بدينار وإن شاءت ردت، ولها مهر مثلها بالغاً ما بلغ، ولا نفقة عدة لها لأنها لما ردت تبين أن الدخول حصل في نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة، وإن كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها، فإن ردت فباقي الجواب بحاله. قال المصنف رحمه الله في التجنيس: يجب أن يحتاط في مثل هذا الأمر لأنه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه أولاد ثم تنكر المرأة قدر ما زوجها به الوكيل ويكون القول قولها ففرد النكاح، وكذا هذا في سائر الأولياء إذا كانت المرأة بالغة، وهذا ما ذكر في الرسول من مسائل أصل المبسوط قال: إذا أرسل إلى المرأة رسولاً حراً أو عبداً صغيراً أو كبيراً فهو سواء إذا بلغ الرسالة فقال إن فلانا يسألك أن تزوجه نفسك فأشهدت أنها تزوّجته نفسها وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول فإن ذلك جائز إذا أقر الزوج بالرسالة أو قامت عليه بيّنة، فإن لم يكن أحدهما فلا نكاح بينهما لأن الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضولياً ولم يرض الزوج بصنعه، ولا يخفى أن مثل هذا بعينه في الوكيل. ثم ذكر في الرسول فروعاً كلها تجري في الوكيل لا بأس بذكرها لفوائدها. قال: فإن كان الرسول زوجها وضمن لها المهر وقال قد أمرني بذلك فالنكاح لازم للزوج إن أقر بذلك أو بيّنة، والضمان لازم للرسول إن كان من أهل الضمان، فإن جحد ولا بيّنة بالأمر فلا نكاح وللمرأة على الرسول نصف المهر لأنه مقر بأنه أمر بذلك وأن النكاح جائز وأن الضمان قد لزمه، وإقراره على نفسه صحيح قال: وذكر في كتاب الوكالة قال محمد رحمه الله: على الوكيل المزر كله لأن جحد الزوج ليس بفرقة، وهذا يبين لك أن لا فرق في هذه الأحكام بين الرسول والوكيل، ثم قال في المبسوط: فقل إن ما ذكر هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، وهناك قول محمد وأبي يوسف الآخر بناء على أن قضاء القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً عنده، فنفذ بالفرقة قبل الدخول وسقط نصف المهر، وعلى قول محمد رحمه الله: لا ينفذ باطناً فيبقى جميع المهر على الزوج فيجب على الكفيل لإقراره به، وقيل بل فيه روايتان: وجه تلك الرواية أن الزوج منكر لأصل النكاح، وإنكاره للنكاح ليس طلاقاً فلا يسقط به شيء بزعم الكفيل ووجه. هذه أنه أنكر وجوبه عليه وهو يملك إسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطاً فيما يمكنه. قال: فإن كان الرسول قال لم يأمرني ولكني أزوجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج ذلك جاز ولزم الزوج الضمان لأن الإجازة كالإذن في الابتداء، وإن لم يجز لم يكن على الرسول شيء لأن أصل السبب قد انتفى برده، وبراءة الأصل توجب براءة الكفيل، والله أعلم.

تعتبر في النساء للرجال أيضاً عندهما، وكذا ذكره في الأصل (قلنا العرف مشترك) يعني كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل فيما قلنا، فإن الأشراف كما يتزوّجون الحرائر يتزوّجون الإماء للتسهيل (أو هو عرف عملي) أي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ. وبيانه أن العرف على نوعين: لفظي نحو الدابة تقيد لفظاً بالفرس ونحو المال بين العرب بالإبل. وعملي أي عرف من حيث العمل: أي من حيث أن عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وأمثاله (فلا يصلح مقيداً) لإطلاق اللفظ لأن إطلاق اللفظ تصرف لفظي والتقييد يقابله، ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يردان عليه. وقوله (وذكر) يعني محمداً (في وكالة الأصل) إشارة إلى ما ذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما في الوكالة لما ذكره في الكتاب وهو واضح.

باب المهر

(ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرًا) لأن النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين، ثم المهر واجب شرعاً لإبانة لشرف المحل فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح، وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا، وفيه خلاف مالك

باب المهر

المهر حكم العقد فيتعقبه في الوجود فعقبه إياه في البيان ليحاذي بتحقيقه الوجودي تحقيقه التعليمي (قوله ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرًا) لا خلاف في ذلك (لأن النكاح عقد انضمام) يعني ليس مأخوذاً في مفهومه المال جزءاً فيتم بدونه، إلا أن قوله عقد لا يستلزمه إلا إذا لم يثبت في مفهومه زيادة شروط وهو منتف إذ قد ثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعاً على الدعوى، ويرد حينئذ أن المهر أيضاً واجب شرعاً فيه فأجاب بأنه وجب شرعاً حكماً له حيث أفاده بقوله (فلا يحتاج إلى ذكره) إذا لم يسم إبانة لشرف المحل. أما أنه وجب شرعاً فللقوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] فقيد الإحلال به، وأما اعتباره حكماً لقوله تعالى ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾ [البقرة: ٢٣٦] فإن رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجباً ليس متقدماً وهو الحكم، وأما أنه إبانة لشرفه فلعقلية ذلك إذ لم يشرع بدلاً كالثمن والأجرة وإلا لوجب تقديم تسميته فعلمنا أن البذل النفقة وهذا لإظهار خطره فلا يستهان به، وإذن فقد تأكد شرعاً بإظهار شرفه مرة باشرط الشهادة ومرة بإلزام المهر فتحصل أن المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه، كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك فيثبت مهر المثل عند عدم تسمية مهر لها (قوله وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها) أي فيصح النكاح (وفيه خلاف مالك) وجه قوله أن النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط أن لا ثمن لا يصح، فكذا النكاح بشرط أن لا مهر، وكان مقتضى هذا أن يفسد بترك التسمية أيضاً، إلا أنا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود^(١) في المفوضة وسنذكره. قلنا: حديث ابن مسعود على أن المهر اعتبر

باب المهر

لما ذكر ركن النكاح وشروطه شرع في بيان المهر لأنه حكمه، فإن مهر المثل يجب بالعقد فكان حكماً له والمهر هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع، إما بالتسمية أو بالعقد. وله أعام: المهر، والصداق، والنحلة، والأجر، والفريضة، والعقر. لا خلاف لأحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر، قال الله عز وجل ﴿فانكحوا﴾ والنكاح لغة لا ينبيء إلا عن الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين، فلو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص. فإن قيل: المهر واجب شرعاً فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه؟ أجب بقوله (ثم المهر واجب شرعاً) يعني أن وجوبه ليس لصحة النكاح، وإنما هو لإبانة شرف المحل (فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح) فإن قيل: هذا دعوى فلا بد لها من دليل قلت: دل عليه قوله تعالى ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾ حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية، ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح، فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح (وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا) أن النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين.

باب المهر

(قوله فإن ظهر المثل يجب بالعقد الخ) أقول: لا أدري لم خص مهر المثل بالذكر، والحال أن وجوب المهر مطلقاً مسمى كان أو مهر المثل من أحكام النكاح فكان الأولى هو الإجراء على العموم (قوله فإن قيل هذا دعوى فلا بد لها من دليل) أقول: أقيم الدليل عليها بأنه يلزم الزيادة على النص، إلا أن يكون المراد من دليل أقوى منه وفيه ما فيه.

(١) خبر ابن مسعود وفيه قصة بروع بنت واشق بكسر الباء سيأتي بعد ورقات وفيه أن الرجل إذا لم يسم الصداق وجب مهر المثل.

(وأقل المهر عشرة دراهم) وقال الشافعي: ما يجوز أن يكون ثمناً في البيع لأنه حقها فيكون التقدير إليها. ولنا قوله ﷺ «ولا مهر أقل من عشرة» ولأنه حق الشرع وجوباً إظهاراً لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالاً بنصاب

حكماً شرعاً، وإلا لما تم بدون التنصيص عليه إذ لا وجود للشيء بلا ركنه وشرطه، فحيث كان واجباً ولم يتوقف عليه الوجود كان حكماً، وإذا ثبت كونه حكماً كان شرط عدمه شرطاً فاسداً، وبه لا يفسد النكاح، بخلاف البيع لأن الثمن ركنه فلا يتم دون ركنه، وبهذا ظهر أن ركن البيع بعث بكذا لا مجرد قوله بعث. هذا ويصح الرهن بمهر المثل لأنه كالمسمى في كونه ديناً، فإن هلك وبه وفاء كانت مستوفية، فإن طلقها قبل الدخول لزمها أن ترد ما زاد على قدر المتعة، ولو كان الرهن قائماً وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها أن تحبس بالمتعة في قول أبي يوسف الآخر، وفي قوله الأول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لأنها خلفه، والرهن بالشيء يحبس بخلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة. وجه الآخر أنها دين آخر لأنها ثياب وهي غير الدراهم، والدليل عليه أن الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلاً بالمتعة. ويتفرع على القولين ما إذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعته حتى هلك هل تضمن تمام قيمته؟ ففي قوله الأول لا ضمان عليها لأنها حبسته بحق، وفي الآخر تضمن تمامه لأنها غاصبة، ولو هلك قبل منعها لا ضمان عليها، ولكنها في قوله الأول تصير مستوفية للمتعة، وفي قوله الآخر لها أن تطالب بها (قوله وأقل المهر عشرة دراهم) فضة وإن لم تكن مسكوكة بل تبرأ، وإنما يشترط المسكوكة في نصاب السرقة للقطع تقيلاً لوجود الحد، وهذا عندنا وعند مالك ربع دينار، وعند النخعي أربعون درهماً. وقال الشافعي وأحمد: ما يجوز ثمناً لأنه حقها إذ جعل بدل بضعها ولذا تنصرف فيه إبراء واستيفاء (فيكون التقدير إليها) ويدل على عدم تعيين العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث قال فيه: كم سقت إليها؟ قال: وزن نواة من ذهب، فقال: بارك الله لك، أولم ولو بشاة^(١)، رواه الجماعة. والنواة خمسة دراهم عند الأكثر، وقيل ثلاث وثلاث، وقيل النواة فيه نواة التمر. وعن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «من أعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقاً أو تمرأ فقد استحل^(٢)»، رواه أبو داود، ولأن قوله تعالى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ﴾ [النساء: ٢٤] يوجب وجود المال مطلقاً، فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وأنتم تمنعونه. ولنا قوله ﷺ حديث جابر رضي الله عنه «لا لا يزوّج النساء إلا الأولياء، ولا يزوّج إلا من الأكفاء، ولا مهر أقل من عشرة دراهم^(٣)»، رواه الدارقطني والبيهقي، وتقدم الكلام عليه في الكفاءة فوجب الجمع فيحمل كل ما أفاد ظاهره كونه أقل من عشرة دراهم على أنه المعجل، وذلك لأن العادة عندهم كانت تعجيل بعض

وقوله (وفيه) أي فيما إذا تزوّجها بشرط أن لا مهر لها (خلاف مالك) يعني أنه لا يجوز، قال: لأنه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوضه كالبيع بشرط أن لا ثمن ويحتاج إلى الفرق بين ترك التسمية وشرط أن لا يكون مهر، والقياس على البيع يقتضي شمول العدم، وفرق بينهما بحديث ابن مسعود في المتعة كما سيجيء. قلنا: دلالة حديث ابن مسعود على جواز أن ينفي المهر كدلالة على جواز ترك ذكره لأن ما يكون عوضاً يشترط ذكره في العقد لا يختلف الحال بين ذكره ونفيه كالبيع (وأقل المهر عشرة دراهم). وقال الشافعي: ما يجوز أن يكون ثمناً في البيع لأنه حقها) شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتدال

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٥٥ و٦٣٨٦ ومسلم ١٤٢٧ ح ٧٩ وأبو داود ٢١٠٩ والترمذي ١٠٩٤ وابن ماجه ١٩٠٧ وابن حبان ٤٠٩٦ وأبو يعلى ٣٣٤٨ و٣٤٦٣ والبيهقي ٢٣٦/٧. والبخاري ٢٣٠٩ وعبد الرزاق ١٠٤١٠ وأحمد ١٦٥/٣ و٢٢٧-٢٢٨ والدارمي ٢١٢٤ كلهم من حديث أنس روه مع اختلاف يسير في بعض ألفاظه. وكرره البخاري بلفظ: أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله ﷺ وبه أثر صرفة، فسأله رسول الله ﷺ فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار قال: كم سقت إليها؟ قال: زنة نواة من ذهب قال رسول الله ﷺ: أولم ولو بشاة.

هذا لفظ البخاري برقم ٥١٥٣ والرواية الثانية فقال له: بارك الله لك أولم ولو بشاة.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢١١٠ والبيهقي ٢٣٨/٧ كلاهما من حديث جابر.

قال أبو داود: رواه ابن مهدي عن صالح بن رومان عن أبي الزبير عن جابر موقوفاً.

وقال الزيلعي في نصب الرابة ٢٠٠/٣: قال عبد الحق: لا يعول على من أسنده اهـ قال الذهبي في الميزان: المسند فيه إسحاق بن جبريل البغدادي وهو لا يعرف وضعفه الأزدي ومسلم بن رومان ويقال اسمه صالح بن رومان وهو مجهول اهـ الزيلعي.

(٣) تقدم في بحث الكفاءة وفيه مبشّر بن عبيد اتهمه أحمد وغيره بوضع الحديث فالخير واه وكذا حكم الزيلعي بضعفه في ١٩٩/٣.

السرقه (ولو سمي أقل من عشرة فلها العشرة) عندنا. وقال زفر: لها مهر المثل لأن تسمية ما لا يصلح مهرأ كانهدامه.

المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء إلا أنه لا يدخل بها حتى يقدم شيئاً لها. نقل عن ابن عباس وابن عمر والزهرري وقناة تمسكاً بمنعه ﷺ علياً فيما رواه ابن عباس «أن علياً لما تزوج بنت رسول الله ﷺ أراد أن يدخل بها، فمنعه ﷺ حتى يعطيها شيئاً، فقال: يا رسول الله ليس لي شيء، فقال: أعطها درعك، فأعطها درعه ثم دخل بها^(١)» لفظ أبي داود، ورواه النسائي. ومعلوم أن الصداق كان أربعمائة درهم وهي فضة، لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة قالت «أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً^(٢)» رواه أبو داود، فيحمل المنع المذكور على التذب: أي نذب تقديم شيء إدخالاً للمسرة عليها تألفاً لقلبها، وإذا كان ذلك معهوداً وجب حمل ما يخالف ما رويناه عليه جمعاً بين الأحاديث، وكذا يحمل أمره ﷺ بالتماس خاتم من حديد على أنه تقديم شيء تألفاً، ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك^(٣) رواه أبو داود، وهو محمل رواية الصحيح «زوّجتها بما معك من القرآن^(٤)» فإنه لا ينافي به وتجتمع الروايات. قيل لا تعارض ليجتاح إلى الجمع، فإن حديث جابر فيه مبشر بن عبيد

مجاناً (فيكون التقدير إليها. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا مهر أقل من عشرة») إنما ذكره بالواو لكونه معطوفاً على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر أن النبي ﷺ قال: «ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم». وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال «لا قطع في أقل من عشرة دراهم، ولا مهر أقل من عشرة دراهم» وفيه بحث من أوجه: الأول أنه خبر واحد فلا يجوز تقييد إطلاق قوله تعالى «أن يتنخوا بأموالكم» به لأنه نسخ. الثاني أنه معارض بما روى أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى النبي ﷺ وبه أثر صفة فأخبره أنه تزوج، فقال عليه الصلاة والسلام «كم سقت إليها فقال:

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢١٢٦ عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن رجل من أصحاب النبي ﷺ أن علياً... فذكره بهذا اللفظ. وكذا البيهقي ٢٣٤/٧ لكن من وجه آخر عن أبي نجيع عن رجل عن علي وقد أخرجه أبو داود ٢١٢٥ عن عكرمة عن ابن عباس بنحوه. وإسناده جيد رجاله ثقات. تنبيه: ولم أجده عند النسائي فله في الكبرى أو في خصائص علي.

(٢) مرسل قوي. أخرجه أبو داود ٢١٢٨ والبيهقي ٢٥٣/٧ كلاهما من حديث طلحة بن مُصَرِّف عن خزيمة عن عائشة. قال أبو داود: خزيمة لم يسمع من عائشة.

وقال البيهقي: وصله شريك وأرسله غيره وساقه البيهقي من طريق ابن مهدي عن خزيمة مرسلًا دون ذكر عائشة ثم ساقه من طريق آخر أيضاً عن خزيمة ابن عبد الرحمن: أن رجلاً تزوج امرأة، وكان معسراً، فأمرني الله ﷺ أن يرفق به، فدخل بها، ولم يتقدّمها شيئاً، ثم أيسر بعد ذلك فساق. قلت: والمرسل، والمسنّد مدارهما على طلحة بن مُصَرِّف وهو ثقة فالراجح فيه الإرسال أما لو توبع على وصله لحكمت بوصله والمرسل حجة عند الأئمة الأربعة دون الشافعي والله تعالى أعلم.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢١١٢ من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ وفي إسناده عِشْل بكسر العين وسكون السين أبو قرة البصري ضعيف قاله ابن حجر في التقریب.

والمشهور في هذا الحديث رواية الجماعة.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣١٠ و٥١٣٥ و٧٤١٧ و٥٠٢٩ و٥٠٣٠ و٥١٢١ و٥١٢٦ و٥١٣٢ و٥١٤١ و٥١٤٩ و٥٨٧١ ومسلم ١٤٢٥ وأبو داود ٢١١١ والترمذي ١١١٤ والنسائي ١١٣/٦ وابن ماجه ١٨٨٩ وابن الجارود ٧١٦ وابن ماجه ٤٠٩٣ والطحاوي ١٧/٣ ومالك ٥٢٦/٢ والشافعي ٨-٧/٢ وأحمد ٣٣٦/٥ و٣٣٠ وعبد الرزاق ٧٥٩٢ والطبراني ٥٧٥٠ و٥٧٨١ والبيهقي ١٤٤/٧، ٢٣٦، ٢٤٢، والبغوي ٢٣٠٢ من طرق كثيرة كلهم من حديث سهل بن سعد الساعدي قال: «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله جئت أهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله ﷺ، فصعد النظر فيها، ووضّبه، ثم طأطأ رسول الله ﷺ رأسه، فلما رأت أنه لم يقض فيها شيئاً جلست، فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة، فزوّجيناها فقال: فهل عندك من شيء؟ فقال: لا والله يا رسول الله! فقال رسول الله ﷺ: انظر ولو خاتماً من حديد، فذهب، ثم رجع فقال: لا والله يا رسول الله ولا خاتماً من حديد، ولكن هذا إزار، فقال رسول الله ﷺ: ما تصنع بإزارك؟ إن لبسته لم يكن عليها شيء وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء فجلس الرجل حتى طال مجلسه ثم قام. فرأه رسول الله ﷺ موبّياً، فأمر به، فدُعِيَ، فلما جاء قال: ماذا معك من القرآن؟ قال: معي سورة كذا، وسورة كذا عَدَدُها فقال: أتقرؤهن عن ظهر قلبك؟ قال: نعم. قال: اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن، هذا السياق لمسلم والبخاري في روايته ٥١٢٦ وغيرهما وقد روه يزيد بعضهم على بعض فيه والقصة واحدة.

وفرقه البخاري فذكره برقم ٥١٥٠ عن سهل بلفظ: تزوج ولو بخاتم من حديد. مختصر.

وروايته برقم ٥١٢١ وفيه: قال: اذهب فالتمس ولو خاتماً من حديد وأخبره: أملكناكها بما معك من القرآن.

والحجاج بن أرطاة وهما ضعيفان عند المحدثين، قلنا^(١) له شاهد يعضده وهو ما عن علي رضي الله عنه قال: «لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم»^(٢) رواه الدارقطني والبيهقي. وقال محمد: بلغنا ذلك عن علي وعبد الله بن عمر وعامر وإبراهيم، ورواه بإسناده إلى جابر في شرح الطحاوي عن رسول الله ﷺ^(٣)، وهذا من المقدرات، فلا يدرك إلا سماعاً لكن فيه رواه الأودي عن الشعبي عن علي، وداود هذا ضعفه ابن حبان. والحق أن وجود ما ينفي بحسب الظاهر^(٤) تقدير المهر بعشرة في السنة كثير منها حديث «التمس ولو خاتماً من حديد»^(٥) وحديث جابر «من أعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقاً»^(٦) الحديث، وحديث الترمذي وابن ماجه «أنه ﷺ أجاز نكاح امرأة على نعلين»^(٧) صححه الترمذي، وحديث الدارقطني والطبراني عنه ﷺ «أدوا العلائق، قيل وما العلائق؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيماً من أراك»^(٨) وحديث الدارقطني عن المخدري عنه ﷺ قال «لا يضر

زنة نواة من ذهب، فقال عليه الصلاة والسلام: أولم ولو بشاة» رواه الجماعة. والنواة خمسة دراهم عند الأكثر، وقيل ثلاثة دراهم وثلاث، وبما روي «أن امرأة قامت وقالت: وهبت نفسي منك يا رسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام: لا حاجة لنا اليوم

- (١) هذا القول مرجوح لأن أثر علي موقوف ولم يصح عنه أيضاً، والنبي ﷺ لم يطلب من الرجل في حديث سهل بن سعد المتقدم عشرة دراهم وإنما قال له: التمس شيئاً - ورواية: ولو خاتماً من حديد - وهذا نفيان تخصيص المهر بعشرة دراهم والله تعالى أعلم.
- (٢) موقوف ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٠٠ من طريق الثَّوَالِ بن سيرة عن علي موقوفاً.
- قال الزيلعي في نصب الرأية ٣/ ١٩٩: فيه محمد بن مروان الاصفري.
- قال الذهبي: لا يكاد يُعرف اهـ وفيه أيضاً جوير وهو ضعيف اهـ.
- وأخرجه الدارقطني ٣/ ٢٤٦، ٢٤٧ والبيهقي ٧/ ٢٤٠، ٢٤١.
- كلاهما من طريق داود الأودي عن الشعبي عن علي موقوفاً.
- قال الدارقطني: قال أحمد بن حنبل: لقن غياث بن إبراهيم داود الأودي هذا الخبر عن علي.
- وقال البيهقي: قال ابن معين: غياث بن إبراهيم كذاب، وداود الأودي ليس بشيء.
- وقال الزيلعي ٣/ ١٩٩: قال ابن الجوزي في التحقيق: قال ابن حبان: الأودي ضعيف كان يقول برجة علي، والشعبي لم يسمع من علي.
- (٣) وكذا أخرجه الدارقطني والبيهقي وغيرهما وأعله بمبشر بن عبيد وأنه نفرد به وقد قال أحمد بن حنبل: أحاديثه كذب. وقال الزيلعي في نصب الرأية ٣/ ١٩٩: فيه مبشر بن عبيد وهو ضعيف وتقدم تخريجه.
- (٤) بل في الحقيقة هناك ما ينفيه وهذا هو الحق وهذا هو الذي أتى به رسول الله ﷺ فينبغي أن نقول سمعنا وأطعنا.
- (٥) هو بعض حديث سهل بن سعد وتقدم قبل قليل مستوفياً.
- (٦) تقدم في ٣١٨/٢ وإسناده ضعيف.
- (٧) ضعيف. أخرجه الترمذي ١١١٣ وابن ماجه ١٨٨٨ وأحمد ٣/ ٤٤٥ والبيهقي ٧/ ١٣٨ - ٢٣٩ كلهم من حديث عامر بن ربيعة: أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال رسول الله ﷺ: أرضيت من نفسك ومالك نعلين؟ قالت: نعم. قال: فأجازه.
- قال الترمذي: حسن صحيح. واختلف أهل العلم في ذلك فقال بعضهم: على ما تراضوا عليه. وهو قول الثوري، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وقال مالك: لا يكون أقل من ربع دينار وقال بعض أهل الكوفة: لا يكون أقل من عشرة دراهم.
- وقال ابن الجوزي في التحقيق: في إسناده عاصم بن عبيد الله قال ابن معين: ضعيف لا يحتج به، وقال ابن حبان: كان فاحش الخطأ فترك اهـ قاله الزيلعي في نصب الرأية ٣/ ٢٠٠ وقال ابن أبي حاتم في علله ١٢٧٦: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: هو منكر، وعاصم منكر الحديث اهـ.
- قلت: وكذا ضعفه ابن حجر في التقریب، والذهبي في الميزان، فلعل الترمذي حسنه لأجل شواهد والله أعلم.
- (٨) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٤٤ والطبراني في معجمه كما في المجمع ٤/ ٢٨٠ كلاهما من حديث ابن عباس وصدده: أنكحوا الأيما ثلاثاً قيل: ما العلائق بينهم.. الحديث وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن البيلماني. ومن هذا الوجه أخرجه البيهقي ٧/ ٢٣٩ قال الزيلعي في ٣/ ٢٠٠: قال ابن القطان: قال البخاري: البيلماني منكر الحديث، ورواه أبو داود في مراسيله عن عبد الرحمن البيلماني بنحوه، وقال ابن القطان: مع إرساله البيلماني لم تثبت عدالته وهو ظاهر الضعف اهـ.
- تنبيه: وقع للزيلعي في حديث البيلماني عن ابن عمر وتبعه ابن حجر في الدراية على ذلك وصوابه ابن عباس كما في الدارقطني والمجمع لكن للبيهقي رواية ثانية عن ابن عمر.

ولنا أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضياً بالعشرة، فأما ما يرجع إلى حقها فقد رضى بالعشرة لرضاها بما

أحدكم بقليل ماله تزوّج أم بكثيره بعد أن يشهد^(١) «إلا أنها كلها مضعفة ما سوى حديث «التمس» فحديث «من أعطى» فيه إسحاق بن جبريل قال في الميزان: لا يعرف وضعفه الأودي^(٢) ومسلم بن رومان مجهول أيضاً. وحديث النعلين وإن صححه الترمذي فليس بصحيح لأنه فيه عاصم بن عبيد الله، قال ابن الجوزي: قال ابن معين: ضعيف لا يحتج به، وقال ابن حبان: فاحش الخطأ فترك، وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن البيلماني قال ابن القطان: قال البخاري: منكر الحديث. ورواه أبو داود في المراسيل وفيه محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى فيه ضعف. وحديث اسندي فيه أبو هارون العبدى قال ابن الجوزي: قال حماد بن زيد: كان كذاباً^(٣) وقال السعدي مثله مع احتمال كون تينك النعلين تساويان عشرة دراهم، وكون العلائق يراد بها النفقة والكسوة ونحوها إلا أنه أعم من ذلك، واحتمال «التمس خاتماً» في المعجل وإن قيل إنه خلاف الظاهر لكن يجب المصير إليه لأنه قال فيه بعده «زوّجتها بما معك من القرآن» فإن حمل على تعليمه إياها ما معه أو نفى المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى بعد عدّ المحرمات «وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين» [النساء: ٢٤] فقيّد الإحلال بالابتغاء بالمال، فوجب كون الخبر غير مخالف له وإلا لم يقبل ما لم يبلغ رتبة التواتر وهي قطعية في دلالتها لأنه نسخ للقطعي فيستدعي أن يكون قطعياً، فأما إذا كان خبر واحد فلا، فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر ثابت بناء على ما عهد من أن لزوم تقديم شيء أو ندمه كان واقعاً فوجب الحمل على ذلك، لكن يبقى كون الحمل على ذلك إعمالاً لخبر واحد لم يصح

بالنساء، فقال رجل: لي حاجة، زوّجنيها يا رسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام: هل عندك شيء تصدقها؟ فقال: ما عندي إلا إزأوى، فقال عليه الصلاة والسلام: لا فالتمس شيئاً ولو خاتماً من حديد، فالتمس فلم يجد شيئاً، فقال عليه الصلاة والسلام: هل معك شيء من القرآن؟ قال: نعم سورة كذا وكذا، قال عليه الصلاة والسلام: زوّجتها بما معك من القرآن الثالث أن هذا الحديث متروك العمل في حق الأولياء فيكون في حق المهر كذلك لأنه إن كان صحيحاً وجب العمل به على الإطلاق وإن لم يكن صحيحاً وجب ترك العمل به كذلك. وأما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض. والجواب عن الأول أن التقيد ثبت بإشارة قوله تعالى «قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم» لأن الفرض بمعنى التقدير، وكان المراد بأموالكم في قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم ما لا مقدراً، وبين في الحديث مقداره وهذا لأن كل مال أوجب الشرع تولى بيان مقداره كالزكوات والكفارات وغيرها فكذلك المهر. وعن الثاني بأن الأحاديث تدل على ما يعجل بالسوق إليها، أما في حديث عبد الرحمن فلا أنه مصرح به، وأما في الحديث الآخر فلا أنه أمر ذلك الرجل بالالتماس، وذلك غير مقدر عندنا وليس كلامنا فيه، وإنما كلامنا في الذي يثبت في الذمة. وعن الثالث بما ذكرنا أن عائشة عملت بخلافه، ولو لم تعرف نسخه ما فعلت ذلك فقام دليل النسخ في الأولياء دون غيرها، ولا يلزم من ترك العمل بالذي قام عليه دليل النسخ تركه بما لم يقم ولا التحكم. وقوله (ولأنه حق الشرع) أي المهر حق الشرع من

(قوله لأن الفرض بمعنى التقدير) أقول: فيه بحث.

(قوله وعن الثالث إلى قوله: ولو لم تعرف نسخه ما فعلت ذلك الخ) أقول: في الملازمة كلام، فإنه كثيراً ما يقع العمل من الصحابة، بخلاف الحديث، إما لعدم وصول الحديث إليه، وإما لضعفه، وإما لوجود معارض أقوى منه، أو يتركان فيعمل بالقياس لكنه بالحقيقة كلام على السند الأخص.

(١) وإه بمرة. أخرجه الدارقطني ٢٤٤/٣ والبيهقي ٢٣٩/٧ كلاهما من حديث أبي سعيد. رواه الدارقطني من طرق كثيرة ومداره على أبي هارون العبدى. سكت الدارقطني عليه واكتفى البيهقي بقوله: غير محتج به قال الزيلعي ٢٠٠/٣-٢٠١. قال ابن الجوزي: العبدى اسمه عمارة بن جوين. قال حماد بن زيد: كان كذاباً، وقال السعدي كذاب مغتر.

(٢) الأودي بالواو قبل المهملة في نسخة، وفي أخرى: الأزدي بالزاي بدل الواو، فحرق كتبه مصححه.

(٣) تقدم الكلام على هذه الأحاديث وبيان حالها والحمد لله. وحديث العشرة دراهم وإه بمرة لم يصح مرفوعاً، ولا موقوفاً على علي كما تقدم مستوفياً فتنبه والله يهدي من يشاء إلى صراطه المستقيم.

دونها، ولا معتبر بعدم التسمية لأنها قد ترضى بالتملك من غير عوض تكثرماً، ولا ترضى فيه بالعوض اليسير. ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله، وعنده تجب المتعة كما إذا لم يسم شيئاً (ومن سمي

عند المحدثين فيستلزم الزيادة على النص به لأنه يقتضي تقييد الإحلال بمطلق المال، فالقول بأنه لا يحل إلا بمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وأنه لا يجوز فإن قيل: قد اقترن النص نفسه بما يفيد تقديره بمعين وهو قوله تعالى عقيبه ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم وما ملكت أيمانهم﴾ [الأحزاب: ٥٠] ثم ذلك المعين محمل فيلتحق ببياناً بخبر الواحد. قلنا: إنما أفاد النص معلومية المفروض له سبحانه والاتفاق على أنه في الزوجات والمملوكين ما يكفي كلا من النفقة والكسوة والسكنى فهو مراد من الآية قطعاً. وكون المهر أيضاً مراداً بالسياق لأنه عقيب قوله ﴿خالصة لك﴾ [الأحزاب: ٥٠] يعني نفى المهر خالصة لك وغيرك ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم﴾ [الأحزاب: ٥٠] من ذلك فخالف حكمهم حكمك لا يستلزم تقديره بمعين وتقرير المصنف في تقدير المهر قياس حاصله أن المهر حق الشرع بالآية، وسببه إظهار الخطر للبيع على ما تقدم، ومطلق المال لا يستلزم الخطر كحبة حنطة وكسرة، وقد عهد في الشرع تقدير ما يستباح به العضو بما له خطر وذلك عشرة دراهم في حد السرقة فيقدر به في استباحة البضع، وهذا من رد المختلف فيه إلى المختلف فيه، فإن حكم الأصل ممنوع فإنهم لا يقدرون نصاب السرقة بعشرة، وأيضاً المقدر في الأصل عشرة مسكوكة أو ما يساويها، ولا يشترط في المهر ذلك، فلو سمي عشرة تبر تساوي تسعة مسكوكة جاز، اللهم إلا أن يجعل استدلالاً على أنه مقدر خلافاً للشافعي في نفيه (قوله ولو سمي أقل من عشرة فلها العشرة عندنا. وقال زفر: لها مهر المثل) قياساً على عدم التسمية هكذا تسمية الأقل تسمية لا يصلح مهرأ، وتسمية ما لا يصلح مهرأ كعدمها، فتسمية الأقل كعدم التسمية، وعدم التسمية فيه مهر المثل، فتسمية الأقل فيه مهر المثل. وقولنا استحسان، وله وجهان: أحدهما أن العشرة في كونها صداقاً لا تنجزأ شرعاً، وتسمية بعض ما لا يتجزأ ككله، فهو كما تزوج نصفها أو طلق نصف تطليقة حيث ينعقد ويقع طلقة، فكذا تسمية بعض العشرة. والثاني وهو المذكور في الكتاب حاصله أن في المهر حقين: حقها وهو ما زاد على العشرة إلى مهر مثلها، وحق الشرع وهو العشرة، وللإنسان التصرف في حق نفسه بالإسقاط دون حق غيره. فإذا رضيت بما دون العشرة فقد أسقطت من الحقين فيعمل فيما لها الإسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه، فإيجاب الزائد بلا موجب. فإن قيل: القياس المذكور موجب له ولم يطل بعد لأنه معارضة. قلنا: إبطاله أن التشبيه المذكور إما في الحكم ابتداء بأن يدعى اندراج تسمية ما لا يصلح في عدمها، فثبوت الحكم فيه أعني وجوب مهر المثل حيثئذ بالنص والإجماع دون القياس وحيثئذ يمنع الاندراج، وإما في الجامع وهو القياس ليثبت حكم الجامع في محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته في الفرع إذ قياس الشبه الطردي باطل، ولا يعلم ما هو إلا أن يعينه عدم القدرة على تسليم شيء إذ لا قدرة على تسليم العدم بوجه وحيثئذ تمنع كلية الكبرى لأن عدم القدرة يخص ما ليس بمال كالمجهول فاحشاً، وإن عينه فوات الخطر

حيث وجوبه عملاً بقوله تعالى ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم﴾ على ما عرف في الأصول، وكان ذلك لإظهار شرف المحل (فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالاً بنصاب السرقة) لأن يتلف به عضو محترم فلأن يتلف به منافع بضع كان أولى (ولو سمي أقل من عشرة فلها العشرة عندنا. وقال زفر: لها مهر المثل لأن تسمية ما لا يصلح مهرأ كاندعامه) كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس. ووجه الاستحسان (أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضياً بالعشرة) إما باعتبار أن العشرة في كونها صداقاً لا تنجزأ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، كما لو أضاف النكاح إلى نصفها صح في جميعها، وأما حقها وهو ما زاد على

(قوله لأنه يتلف به عضو محترم، فلأن يتلف به منافع بضع كان أولى) أقول: أنت خير بأن هذا التعليل على تقديره لا يكون إلزاماً إلا على النخعي القائل بأن أقل المهر أربعون درهماً، وليس الكلام معه بل مع الشافعي.

مهرًا عشرة فما زاد فعليه المسمى إن دخل بها أو مات عنها) لأنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البذل،

الذي وجب لأجله المهر على ما قررتم. قلنا: فيجب ما يتحقق به ولم يتعين مهر المثل لتحقيقه بالعشرة فالزائد بلا موجب، وأما إفساد المصنف بقوله ولا معتبر بعدم التسمية الخ يعني لا نسلم أن كل ما يصلح مهرًا يكون كعدم التسمية في إيجاب مهر المثل لأن عدمها قصاره أن يكون لرضاها بغير مهر فإنه قد يكون لطلبها مهر المثل لمعرفة أنه حكمه ورضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لأنها قد ترضى بعدمه تكريمًا على الزوج ولا ترضى بالعوض اليسير ترفعًا فبعد عن المبنى. ولو قيل عدم التسمية ظاهر في القصد إلى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت في المتنازع فيه ظهور ذلك وإلا لتركوا التسمية رأسًا لأن زيادة التسمية تكلف أمر مستغنى عنه في المقصود وهو قصد مهر المثل مع أنه مختلف في كون حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل، بل الظاهر أنها رضيت بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الأصل فيه لكان أقرب مع أنه لم يمس المبنى. ثم فرغ على الخلاف فقال (ولو طلقها قبل الدخول) أي في صورة تسمية ما دون العشرة (فلها خمسة عند علمائنا الثلاثة) لأن موجب هذه التسمية عشرة (وعنده المتعة) وفي المبسوط: وكذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة خلافاً له. ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة، وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوج عليه، وكذا لو سمي مكيلًا أو موزونًا لأن تقدير المهر واعتباره عند العقد. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض، وفي المكيل والموزون يوم العقد، لأن المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتًا صحيحًا بنفس العقد، والثوب لا يثبت ثبوتًا صحيحًا بل يتردد بينه وبين القيمة فلذا تعتبر قيمته وقت القبض اهـ. وعلم مما ذكر أن المراد ثوب بغير عينه أما لو كان بعينه فإنها تملكه بنفس العقد كما ستعلم (قوله فلها المسمى إن دخل بها الخ) هذا إذا لم تكسد الدراهم المسماة، فإن كان تزوجها على الدراهم التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فإنما على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار، بخلاف البيع حيث يطل بكساد الثمن قبل القبض على ما ستعرف (قوله وبه يتأكد البذل) أي يتأكد لزومه فإنه كان قبل لازماً، لكن كان على شرف السقوط بارتدادها وتقيلها ابن الزوج بشهوة (قوله والشئ) بانتهاه يتقرر) لأن انتهاء عبارة عن وجوده بتمامه فيستعقب مواجبه الممكن إلزامها من المهر والإرث والنسب بخلاف النفقة، ويعلم من هذا الدليل أن موتها أيضاً كذلك، فالأقصرار على موته اتفاق، ولا خلاف للأربعة في هذه سواء كانت حرة أو أمة (قوله وإن طلقها قبل الدخول والخلوة) أي بعد ما سمي (فلها نصف المهر) ثم إن كانت قبضت المهر فحكم هذا التصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الآخر إلى ملك الزوج. وعندنا لا يطل ملك المرأة في النصف إلا بقضاء أو رضا لأن الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها في النصف، وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فأولى أن لا يمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف ما لو أعتق الزوج الجارية: أي المهمورة بعد الطلاق قبل الدخول وهي مقبوضة للمرأة نفذ عتقه في نصفها عنده، وعندنا لا ينفذ في شيء منها. ولو قضى القاضي بعد عتقها بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لأنه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد إذا أعتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذي كان قبل الرد، ولو أعتقتها المرأة قبل الطلاق نفذ في الكل، وكذا إن باعت أو وهبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والتراضي

العشرة فقد رضيت بسقوطه لأن الرضا بما دون العشرة رضا بالعشرة. وإما باعتبار أنها برضاها بما دون العشرة أسقطت حقها وحق الشرع على ما قررناه، فما كان حقها فقد سقط لولايتها على نفسها، وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه. وقوله (ولا معتبر بانعدام التسمية) جواب عن قوله كانهاده: يعني ليس هذا القياس صحيحاً (لأنها قد ترضى بالتملك من غير عوض تكريماً ولا ترضى فيه بالعوض اليسير) فلا يكون عدم التسمية دليلاً على الرضا بالعشرة فلذلك لم تجب العشرة، وإنما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فإنه رضا بها لا محالة (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم) ووجبت المتعة عندهم كما إذا لم يسم شيئاً. وقوله (ومن سمي مهرًا عشرة) اعلم أن المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد يتقرر بأحد الأمرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة وبالموت، أما الدخول فلأنه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع (وبه) أي بتسليم المبدل

وبالموت ينتهي النكاح نهايته، والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه (وإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى) لقوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾ الآية، والأقيسة متعارضة، ففيه تفويت الزوج

عندنا، وإذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها زد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت. ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالأرض لأنه بدل جزء من عينها فإن المستوفى بالوطء في حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة. وإزالة البكارة بلا دخول كمن تزوج بيكر فدفعتها فزالت بكارتها ليس كالدخول بها فلا يوجب إلا نصف المهر عند أبي حنيفة، وعند محمد يجب كماله، واختلفت الرواية عن أبي يوسف فقليل هو مع محمد، وقيل مع أبي حنيفة (قوله والأقيسة متعارضة) جواب عن سؤال مقدر وهو أن الآية وهي قوله تعالى ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] عام في المفروض أعطى حكم التصيف، وقد خص منه ما إذا كان المفروض نحو الخمر وما إذا سمي بعد العقد الخالي عن التسمية فإنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فجاز أن يعارضه القياس إن وجد وقد وجد، وهو أن في طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على نفسه باختياره فكان كإعتاق المشتري العبد المبيع أو إتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى. أو يقال هو رجوع المبدل إليها سالماً فكان كما إذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن، فقال: الأقيسة متعارضة فإن مقتضى الأول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا، ومقتضى الثاني لا يجب لها شيء أصلاً فتساقطا فبقي النصف على ما كان عليه فكان المرجع إليه، وعلى هذا يسقط ما أورد من أن مقتضى العبارة أن المصير إلى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لأن ذلك في نص لا يعارضه القياس، ومن أن القياسين إذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في أحدهما لأن ذلك فيما إذا لم يكن عموم نص يرجع إليه، لكن تقرير السؤال على الوجه المذكور لا يتوجه لأن تمام الآية هو انتصاف المسمى

(يتأكد تسليم البذل) وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن، فإن وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكد لكونه على عرضية أن يهلك المبيع في يد البائع وينفسخ العقد وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري، وكذلك وجوب المهر كان على عرضية أن يسقط بتقيل ابن الزوج أو الارتداد والعياذ بالله والدخول تأكد. وأما الموت فلأن النكاح ينتهي به نهايته حيث لم يبق قابلاً للرفع (والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيجب أن يتقرر بجميع مواجبه) الممكن تقريرها لوجود مقتضي وانقضاء المانع كالإرث والعدة والمهر والنسب وقلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازاً على النفقة وحل التزوج بعد انقضاء العدة فإن النفقة لا تجب بعد الموت ويحل لها التزوج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح، وأما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة، ويعلم حكمه من قوله (فإن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾) وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به وقوله (والأقيسة متعارضة) جواب عما يقال: ينبغي أن يسقط كل البذل، لأن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالماً إليها فيجب أن يسقط كل البذل كما إذا تبايعا ثم تقايلا ووجهه أن الأقيسة متعارضة قياس يقتضي ذلك كما ذكرت، وقياس آخر يقتضي وجوب كل المهر لأنه فوت ما ملكه باختياره وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري إذا أتلّف المبيع قبل القبض، وإذا تعارض القياسان وجب المصير إلى النص. وفيه بحث من أوجه: الأول أن القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلاً عن الأقيسة والثاني أن التعارض إذا ثبت بين الحجتين كان المصير إلى ما بعدهما لا إلى ما قبلهما. والثالث أن القياسين لا يتعارضان، ولو ثبت التعارض صورة لم يتركا. بل يعمل المجتهد بأيهما شاء. وأجيب عن الأول بأن ذكر معارضة القياسين ههنا ليس لإثبات الحكم بهما أو بأحدهما بل لبيان أن العمل بهما غير ممكن لتعارضهما أو لمخالفة كل منهما النص، فصار كأنه قال: فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع

(قال المصنف: والأقيسة متعارضة) أقول: مراده القياسان، وهو جواب سؤال مقدر كأنه قيل: من الأحكام الشرعية ما ثبت بالأدلة الأربعة، ومنها ثلاث منها، ومنها بائنتين، فهل يجوز أن يثبت هذا الحكم بالقياس أيضاً كما يثبت بالنص؟ فأجاب بأن الأقيسة متعارضة مع مخالفتها للنص أيضاً، فلا يمكن العمل بها، فكان المرجع النص فقط فليتأمل هذا ما لاح لي (قوله لأنه فوت ما ملكه الخ) أقول: إن أراد أنه فوته عن نفسه فميسلم، ولكن لا يستقيم القياس بإتلاف المبيع، فإن الواقع هنا ليس بإتلاف البضع بل تسليمه إلى صاحبه سالماً، وإن أراد أنه

الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه إليه سالمًا فكان المرجع فيه النص، وشرط أن يكون قبل الخلوة لأنها كالدخول عندنا على ما نبينه إن شاء الله تعالى. قال (وإن تزوجها ولم يسم لها مهرًا أو تزوجها على أن لا مهر لها فله مهر

بالطلاق قبل الدخول، قال الله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] فتوجيه السؤال بأن النص قد خص، وقياس الطلاق قبل الدخول على إلتاف المبيع ونحو ذلك يوجب أن لا يجب شيء باطل لأنه حيثئذ نسخ لتمام موجب النص لا تخصيص إذا لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شيء، وليس بنسخ العام المخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض بآخر يمنعه من الإخراج، وتقديره لا على أنه جواب سؤال يرد عليه ما ذكرنا أنه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن حاجة في الاستدلال سوى التعرض للنص إلا أن يكون قصد ذكر الواقع في نفس الأمر (قوله وشرط) يعني القُدوري في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول (أن يكون قبل الخلوة لأنها كالدخول عندنا) في تأكد تمام المهر بها (قوله وإن تزوجها ولم يسم لها مهرًا الخ) الحاصل أن وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه عندنا سواء سكت عن المهر أو شرط نفيه أو سمي في العقد وشرط ردها مثله من جنسه، وصورة هذا تزوجها على ألف على أن ترد إليه ألفاً صح ولها مهر مثلاً بمنزلة عدم التسمية لأن الألف بمقابلة مثلاً فبقي النكاح بلا تسمية، بخلاف ما لو تزوجها على ألف على أن ترد عليه مائة دينار جاز، وتنقسم الألف على مائة دينار ومهر مثلاً، فما أصاب الدنانير يكون صرفاً مشروطاً فيه التقابض، وما يخص مهر المثل يكون مهرًا، فإن طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج إن كانت قبضت الألف لأن المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة، ولو تفرقا قبل التقابض بطل حصة الدنانير من الدراهم. وفي هذه الوجوه إن كانت حصة مهر المثل من الألف أقل من عشرة يكمل لها عشرة. ومن صور وجوبه أن يتزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم آخر لأنه في الجهالة فوق جهالة مهر المثل، إلا أن في الإضافة إلى نفسه إن حكم لها بقدر مهر المثل أو أكثر صح، أو دونه فلا إلا إن ترضى، وإليها إن حكمت بمهر مثلاً أو أقل جاز أو أكثر فلا إلا أن يرضى، وإلى الأجنبي إن حكم لها بمهر المثل جاز لا بالأقل إلا أن ترضى، ولا بالأكثر إلا أن يرضى، وكذا إذا تزوجها على ما في بطن جاريته أو أغنامها لا يصح، بخلاف خلعتها على ما في بطن جاريته ونحوه يصح، لأن ما في البطن بعرضية أن يصير مالاً بالانفصال وإن لم يكن مالاً في الحال والعوض في الخلع يحتمل الإضافة كالخلع، بخلاف النكاح لا يحتملها فلا يحتملها بدله، ومثله ما يخرج نخله وما يكسبه غلامه (قوله أو مات عنها) وكذا إذا ماتت هي فإنه يجب أيضاً مهر المثل لورثتها (قوله وقال الشافعي) يعني في قول عنه (لا يجب في الموت شيء) للمفوضة وهو قول مالك في صورة نفي المهر وقوله الآخر كقولنا (قوله وأكثرهم) أي أكثر أصحابه (قوله له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء) أي بعد التسمية، ولا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقاً قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الأكثر، ولأن عمر وابنه وعلياً وزيداً رضوان الله عليهم قالوا في المفوضة نفسها: حسبها

إلى القياس والمعقول، فإننا لو خيلنا ومجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وإن لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر إلى النص لزم ترك أحد القياسين فتركتاهما جميعاً وعملنا بالنص، وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الأخيرين، فإنه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض، هذا أحسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث وهو كما ترى. وقوله (وشرط أن يكون قبل الخلوة) قد ظهر معناه مما تقدم قال (وإن تزوجها ولم يسم لها مهرًا)

أثله فقد عرفت حاله، والأظهر جعل المقيس عليه إعتاق المبيع فليتأمل (قوله وفيه بحث من أوجه: الأول أن القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلاً عن الأقيسة) أقول: أي لا وجود له شرعاً بحيث يترتب عليه الآثار بأن يعمل به. ومورد السؤال ما يفهم من كلام المصنف من أنه لو تعارض القياسين لعمل بأحدهما، وأنت خير أن قوله فضلاً عن الأقيسة محل بحث (قوله وأجيب عن الأول الخ) أقول: المجيب صاحب النهاية (قوله غير ممكن لتعارضهما) أقول: صورة (قوله أو لمخالفة كل منهما النص الخ) أقول: هذا لا يدل عليه كلام المصنف

مثلاً إن دخل بها أو مات عنها) وقال الشافعي: لا يجب شيء في الموت، وأكثرهم على أنه يجب في الدخول. له أن المهر خالص حقها فتمكن من نفقه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء ولنا أن المهر وجوباً حق الشرع على ما مر،

الميراث. ولنا أن سائلاً سأل عبد الله بن مسعود عنها في صورة موت الرجل فقال: بعد شهر أقول فيه بنفسي، فإن يك صواباً فمن الله ورسوله، وإن يك خطأ فمن نفسي، وفي رواية: فمن ابن أم عبد، وفي رواية: فمني ومن الشيطان، والله ورسوله عنه بريثان. أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط، فقام رجل يقال له معقل بن سنان وأبو الجراح حامل راية الأشجعيين فقالا: نشهد أن رسول الله ﷺ قضى في امرأة منا يقال لها بَرُوع بنت وأشق الأشجعية بمثل قضائك هذا، فسر ابن مسعود سروراً لم يسر مثله قط بعد إسلامه^(١). وبروع بكسر الباء الموحدة في المشهور ويروي بفتحها هكذا رواه أصحابنا. وروى الترمذي والنسائي وأبو داود هذا الحديث بلفظ أخضر، وهو أن ابن مسعود قال في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق: لها الصداق كاملاً وعليها العدة ولها الميراث. فقال معقل بن

للمفوضة والتي شرط في نكاحها أن لا مهر لها مهر المثل إذا دخل بها أو مات عنها، وكذا إذا ماتت (وقال الشافعي: لا يجب شيء في الموت، وأكثر أصحابه على أنه يجب في الدخول له أن المهر خالص حقها فتمكن من نفقه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء. ولنا أن المهر وجوباً حق الشرع كما مر، وإنما يصير حقها حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفي) لأن الأصل أن يلاقي التصرف ما تملكه دون ما لا تملكه (ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾) ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن والفريضة هي المهر: أي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس، وفرض الفريضة وأمر بالمتعة مطلقاً وهو على

(قوله هذا أحسن ما وجدته في الاعتذار الخ) أقول: وأحسن من هذا ما ذكره العلامة الزيلعي في شرح الكنز: لو ثبت تخصيص النص بالمس والخلوة فراجمه (قوله للمفوضة الخ) أقول: قال الإقائي: المفوضة التي فوضت نفسها بلا مهر (قال المصنف له أن المهر خالص حقها الخ) أقول: قال ابن الهمام: لا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقاً قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الأكثر اهـ فيه تأمل (قوله إن الله تعالى قال ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن﴾) أقول: قال القرطبي في تفسيره: إن لفظة ما موصولة في قوله تعالى ما

(١) صحيح. أخرجه النسائي ١٢٢/٦ - ١٢٣ وابن حبان ٤١٠١ والحاكم ١٨٠/٢ والبيهقي ٢٤٥/٧ كلهم من طريق داود بن أبي هند عن الشعبي عن علقمة عن ابن مسعود مطولاً بآتم منه. وإسناده صحيح على شرط مسلم.

وأخرجه أبو داود ٢١/٥ والنسائي ١٢٢/٦ وابن ماجه ١٨٩١ وابن الجارود ٧١٨ وابن حبان ٤٠٩٩ والبيهقي ٢٤٥/٧ وابن أبي شيبه ٣٠٠/٤ كلهم من طريق ابن مهدي عن الثوري عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود نحوه وإسناده صحيح على شرط البخاري، ومسلم. وأخرجه عبد الرزاق ١٠٩٨ و١١٧٤٥ ومن طريق الترمذي ١١٤٥ وابن الجارود ٧١٨ والطبراني ٥٤٣/٢٠ والبيهقي ٢٤٥/٧ وأخرجه الترمذي ١١٤٥ والنسائي ١٩٨/٦ والبيهقي ٢٤٥/٧ ومن طريق زيد بن الحباب، ويزيد بن هارون، ومعهم عبد الرزاق في الرواية المتقدمة الثلاثة عن الثوري عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود بهذا الخبر. وهذا إسناد في غاية الصحة.

وتوبع سفيان فقد أخرجه النسائي ١٢١/٦ وابن حبان ٤١٠٠ كلاهما عن زائدة عن منصور به. وهو على شرط مسلم. وتوبع إبراهيم وعلقمة. فقد أخرجه ابن أبي شيبه ٣٠٠/٤ وأبو داود ٢١١٤ وابن ماجه ١٨٩١ وابن حبان ٤٠٩٨ والحاكم ١٨٠/٢ - ١٨١ والبيهقي ٢٤٥/٧ كلهم من طريق الثوري عن فراس الهمداني عن الشعبي عن مسروق عن ابن مسعود مختصراً وإسناده صحيح على شرطهما وكذا صححه الحاكم على شرطهما.

وأخرجه أبو داود ٢١١٦ والبيهقي ٢٤٦/٧ كلاهما من طريق قتادة عن أبي حسان وخلاص بن عمرو كلاهما عن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن مسعود. وإسناده جيد.

وقال الترمذي عقب حديثه: حسن صحيح. وبه يقول: الثوري، وأحمد، وإسحاق، وقال الشافعي: إذا ثبت حديث بَرُوع لكانت الحجة بما روي عنه ﷺ وروي عن الشافعي أنه رجع بمصر بعد هذا القول وقال: بحديث بَرُوع اهـ.

قلت: والعجب أن الترمذي لم يذكر أنه مذهب أبي حنيفة أيضاً؟! وقال ابن حبان مُحْتَجاً بهذه الأخبار: باب ذكر الخبر المدحض قول من نفى تصحيح هذه السنة التي ذكرناها من جهة النقل اهـ وأما الحاكم فصحه مراراً، وأقره الذهبي.

وأما البيهقي فقال: هذه الروايات أسانيداً صحاح ونقل الزيلعي في نصب الراية ٢٠٢/٣ كلاماً طويلاً عن البيهقي في تصحيح هذا الحديث.

وإنما يصبر حقها في حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفي (ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) لقوله تعالى - ﴿ومتعوهن على الموسع قدره﴾ الآية.

سنان: «سمعت رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمثله^(١)» هذا لفظ أبي داود، وله روايات أخر بألفاظ أخر. قال البيهقي: جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح. والذي رُوِيَ من رَدِّ علي رضي الله عنه له فلمذهب تفرد به وهو تحليف الراوي إلا أبا بكر الصديق^(٢) ولم ير هذا الرجل ليحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك، وممن أنكر ثبوتها عنه الحافظ المنذري (قوله ولنا أن المهر وجب حقاً للشرع) أي وجوبه ابتداء حق الشرع لما قدمنا آنفاً، وإنما يصبر حقها في حالة البقاء: أي بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لها شرعاً حق أخذه فتمتص من الإبراء لمصادفته حقها دون نفيه ابتداء عن أن يجب (قوله ثم هذه المتعة) أي متعة المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر في العقد (واجبة) عندنا وعند الشافعي وأحمد وخصها احترازاً عن غيرها من النساء فإن المتعة لغيرها مستحبة إلا لمن سذكرو. وقوله (رجوعاً إلى الأمر) هو قوله تعالى ﴿ومتعوهن﴾ عقيب قوله ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾ [البقرة: ٢٣٦] أي ولم تفرضوا لهن فريضة فانصرف إلى المطلقات قبل الفرض والمسييس، بخلاف المدخول بها فإن المتعة مستحبة لها فرض لها أولاً (قوله وفيه خلاف مالك) فمذهبه استحباب المتعة في هذه الصورة وغيرها من الصور إلا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض إلا أن تجيء الفرقه من جهتها في جميع الصور. ووجه قوله تعليقه بالمحسن: أعني الأمر المذكور لقوله سبحانه عقيبها ﴿حقاً على المحسنين﴾ [البقرة: ٢٣٦] وهم المتطوعون، فيكون ذلك قرينة صرف الأمر المذكور إلى الندب. والجواب منع قصر المحسن على المتطوع بل هو أعم منه ومن القائم بالواجبات أيضاً فلا ينافي الوجوب فلا يكون صارفاً للأمر عن الوجوب مع ما انضم إليه من لفظ حقاً وعلى (قوله والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة) قدر بها لأنها اللبس الوسط لأنها تصلي وتخرج غالباً فيها. وفي المبسوط: أدنى المتعة درع وخمار وملحفة (وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس) ومن بعدهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وحيث قدروها به مع فهم اللغة يعرف منه أن لفظ متعة لا يقال في إعطاء الدراهم بل فيما سواها من الأثاث والأمتعة، وهو المتبادر إلى الفهم أيضاً فلا تقدر بالدراهم وإن لم يمتنع أن يقع على الدراهم أيضاً لأن الشأن في المتبادر من اللفظ، وعن الشافعي تقديرها بثلاثين، ولا باجتهاد الحاكم وإنما يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين أو حالهما لأن الأثواب معتبرة بحالهما على ما هو الأشبه بالفقه لأن في اعتبار

الوجوب وقال حقاً وذلك يقتضيه أيضاً وذكر بكلمة على (وهذه المتعة واجبة) عندنا (رجوعاً إلى الأمر) وغيره (وفيه خلاف مالك) فإنها عنده مستحبة في جميع الصور لأن الله تعالى سماها إحساناً بقوله تعالى ﴿حقاً على المحسنين﴾ وأجيب بأن ذلك مصروف إلى التي لها مهر أو نصف مهر لثلا يعارض الأمر، وفيه نظر لأن متاعاً مصدر مؤكد لقوله تعالى ﴿متعوا﴾ والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف ينصرف إلى المستحب والأولى أن يقال: الأمر وكلمة على في على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - و - متاعاً - و - حقاً

لم تمسوهن (قوله وهو على الوجوب) أقول: قوله هو راجع إلى الأمر: يعني أن أمره على الوجوب (قوله لأن الله تعالى سماها إحساناً الخ) أقول: والإحسان هو التطوع (قوله وفيه نظر لأن متاعاً مصدر مؤكد الخ) أقول: فيه أن للمجيب أن يقول المصروف إلى التي مهر أو نصفه هو قوله تعالى حقاً على المحسنين فقوله تعالى حقاً مصدر مؤكد: أي حق حقاً، فالمراد من ضمير حق تمتع من سمي لها مهر لدفع التعارض، ولا يتوجه عليه أن متاعاً مصدر الخ (قوله ويزيدون على ذلك إحساناً منهم) أقول: فيه بحث، فإنه يورهم أن لا يجب على غير من يفعل ذلك

(١) تقدم في الذي قبله مستوفياً.

(٢) أي أن مذهب الصديق ومذهب علي تحليف الراوي إذا أخبرهما خبراً عن النبي ﷺ وهما لم يسمعا منه ﷺ. ولذا رد علي بن أبي طالب هذا الخبر لكن أنكر المنذري ثبوت هذا عن علي رضي الله عنه صحابة رسول الله أجمعين. قوله: وكس: أي نقص والمعنى في: لا وكس ولا شطط لا نقصان، ولا زيادة.

ثم هذه المتعة واجبة رجوعاً إلى الأمر، وفيه خلاف مالك (والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها) وهي درع وخمار وملحفة. وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما. وقوله من كسوة مثلها إشارة إلى أنه يعتبر حالها

حاله تسوية بين الشريفة والخسيسة وهو منكر بين الناس. وقيل يعتبر حالها وهو الذي يشير إليه قول القذوري من كسوة مثلها، وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فإنها إنما تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا في خلقه، وهكذا في النفقة والكسوة، فإن كان من السفلى فمن الكرباس، وإن كانت وسطاً فمن القز، وإن كانت مرتفعة الحال فمن الإبريسم. وإطلاق الذخيرة كونها وسطاً لا بغاية الجودة ولا بغاية الرداءة لا يوافق رأياً من الثلاثة الاعتبار بحاله أو حالها أو حالهما. وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المصنف، وصححه عملاً بالنص وهو قوله تعالى ﴿على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ [البقرة: ٢٣٦] وقد يقال: إن هذا يناقض قولهم إن المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل لأنها خلفه، فإن كان سواء فالواجب المتعة لأنها الفريضة بالكتاب العزيز، وإن كان نصف مهر المثل أقل من المتعة فالواجب الأقل إلا أن ينقص عن خمسة فيكمل لها الخمسة، وهذا كله نص الأصل والمبسوط وهو صريح في اعتبار حالها، وهذا لأن مهر المثل هو العوض الأصلي لكنه تعذر تصنيفه لجهالته فيصير إلى المتعة خلفاً عنه فلا تجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لأن أقل المهر عشرة. ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لأنه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك. أجيب بأن النكاح الذي فيه التسمية بالمال أقوى من نكاح لا تسميه فيه. وفي الأقوى لا يجب بالطلاق قبل الدخول أكثر من نصف ما كان واجباً قبله، فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه، وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل فلا يزداد بالطلاق قبل الدخول على نصفه، ثم لا تجب المتعة إلا إذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والإيلاء واللعان والجب والعنة وردته وإيائه وتقبيله أمها أو ابنتها بشهوة، وإن جاءت الفرقة من جهتها فلا تجب كردتها وإيائها الإسلام وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعنق وعدم الكفاءة، وكما لا تجب المتعة بسبب مجيء الفرقة من قبلها لا تستحب لها أيضاً لجنايتها، ومقتضى هذا أن لا تسحب في خيارها فينبغي أن يقال لجنايتها أو رضاها به واستحباب المتعة لإيحاشها بالطلاق، وكذا لو فسخه بخيار البلوغ أو اشترى هو أو وكيله منكوحة أو باعها المولى من رجل ثم اشترى منه الزوج تجب المتعة، وفي كل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجودها، وفي كل موضع تجب فيه يجب، والواجب بالعقد هو المسمى أو مهر

وكلمة - على - في قوله - على المحسنين - كلها تقتضي الوجوب وتأكيده، فإما أن تبطل ذلك كله لأجل لفظ الإحسان أو تؤوله لا أراك تعدل عن التأويل فتؤول بأن معناه على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويزيدون على ذلك إحساناً منهم، والله أعلم (والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وملحفة وخمار) فإن كانت من السفلة فمن الكرباس، وإن كانت وسطاً فمن القز، وإن كانت مرتفعة الحال فمن الإبريسم (وهذا التقدير) أي تقدير العدد (مروى عن عائشة وابن عباس) وذلك لأن المرأة تصلي في ثلاثة أثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها كذلك. وقوله (لقيامها مقام مهر المثل) قال في النهاية: كان من حقه أن يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لأن المهر التام لم يجب في صورة من الصور إذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده إلحاق المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر إلى تمام مهر المثل أو نصفه، وفي مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه. وقوله

وليس كذلك. والأحسن أن يقال: المراد الذين يحسنون إلى أنفسهم بالمسارعة إلى الامتثال أو إلى المطلقات بالتمتع، وسماهم محسنين للمشاركة ترغيباً وتحريضاً كذا في تفسير القاضي، وقد ذكر العلماء غير ذلك أيضاً (قال المصنف: والمتعة ثلاثة أثواب، إلى قوله: مروى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما) أقول: تنقيح إطلاق الآية لا يكون إلا بالخبر المشهور لا أقل فليتأمل (قوله قال في النهاية، إلى قوله: فكذا فيما قام مقامه) أقول: إلى هنا كلام النهاية (قوله ولكن تعذر تصنيفه لجهالته الخ) أقول: فيه بحث، فإنه إذا تعذر تصنيفه للجهالة كيف يعلم أنه زائد على نصف مهر المثل أو مساو أو ناقص، فإن ذلك فرع معلومية النصف، ثم كيف يصار إلى خلفه وقد علم وزالت الجهالة قبل المصير إلى الخلف فهذا خلف (قوله فالجواب أن قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم إلى قوله فكان معارضها لآية المتعة) أقول: فيه بحث،

وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل. والصحيح أنه يعتبر حاله عملاً بالنص وهو قوله تعالى - ﴿على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ ثم هي لا تزداد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم، ويعرف ذلك

المثل إن لم يسم، ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه، وقبل كله، ثم يجب النصف بطريق المتعة (قوله وعلى قول أبي يوسف الأول) إشارة إلى أن قوله الآخر كقولهما (قوله فيتنصف بالنص) يعني قوله تعالى ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] فإنه يتناول ما فرض في العقد أو بعده بتراضيهما أو يفرض القاضي فإن لها أن ترفعه إلى القاضي ليفرض لها إذا لم يكن فرض لها في العقد (قوله إن هذا الفرض تعيين لمهر المثل) وذلك لأن هذا العقد حين انعقد كان موجباً لمهر المثل لأن ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهر، وثبوت الملزوم لا يتخلف عنه ثبوت اللازم، فإذا كان الثابت به لزوم مهر المثل لا يتنصف إجماعاً فلا يتنصف ما فرض بعد العقد. والفرض المنتصف في النص: أعني قوله تعالى ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] يجب حينئذ حمله على المفروض في العقد بالضرورة، لأننا لما بينا أن المفروض بعد عقد لا تسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المرأة وأن الإجماع على عدم انتصافه لزم بالضرورة أن المنتصف بالنص ما فرض في العقد، على أن المتعارف هو الفرض في العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق أنه أوجب في العقد فيقيد لذلك نص ما فرضتم به ضرورة أن المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع في العقد، وهذا من المصنف تقييد بالعرف العملي بعد ما منع منه في الفصل السابق حيث قال: أو هو عرف عملي، ولا يصلح مقيداً للفظ، وقدما أن الحق التقييد به. وفي الغاية والدراية: لا يتناول غيره: أي غير المفروض في العقد إذ المطلق لا عموم له وليس بشيء، لأن المطلق هو المتعرض لمجرد الذات فيتناول المفروض على أي صفة كانت سواء كان في العقد أو عبده بتراضيهما أو يفرض القاضي عليه لو رافعته ليفرض لها. فالصواب ما ذكرنا من أن المفروض بعد العقد نفس مهر المثل، وأن الفرض لتعيين كميته ليتمكن دفعه، وهو لا ينتف إجماعاً فتعين كون المراد به في النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بينا، ولأن غيره غير متبادر لندرة وجوده.

(والصحيح أنه يعتبر حاله) هو اختيار أبي بكر الرازي (عملاً بالنص، وهو قوله تعالى ﴿على الموسع قدره﴾) أي على الغني بقدر حاله ﴿وعلى المقتر﴾ أي على الفقير المقل بقدر حاله. ثم المتعة إما أن تكون زائدة على نصف مهر المثل أو لا، فإن كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لأن مهر المثل هو العوض الأصلي، ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيضار إلى خلفه وهو المتعة فلا تزداد على نصف مهر المثل وإن لم تكن، فإذا لم تكن مساوية له أو لا، فإن كانت مساوية فلها المتعة اتباعاً للنص، وإن لم تكن، فإذا لم تكن أقل من خمسة دراهم أو لا، فإن كانت فلها الخمسة لأن المهر هو الأصل والمتعة خلفه، ولا مهر أقل من عشرة دراهم فلا متعة أقل من خمسة دراهم، وإن لم تكن فلها المتعة بالنص. فإن قيل: نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل ففيها تقييد له وهو نسخ. فالجواب أن قوله تعالى ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم﴾ دل على أن المهر مقدر شرعاً، والإيجاب بالتسمية في مهر من يعتبر في مهره مهر المثل بيان لذلك المقدر المجمل، وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام «لا مهر أقل من عشرة دراهم» فكان معارضاً لآية المتعة، والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما، فتأمل إن كان القواعد الأصولية على ذكر منك (وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسمية مهر فهي لها إن دخل بها أو مات عنها) بالاتفاق (وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة، وعلى قول أبي يوسف الأول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لأنه مفروض) والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى ﴿فنصف ما فرضتم﴾ (ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل) إذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه إذا دخل بها

فإن الإشارة لا تعارض العبارة، ولو سلم فلم لا يجوز أن يكون إيجاب المتعة المقدرة بما قدر بياناً لذلك المقدر المجمل في خصوص المفوضة والتي شرط في نكاحها أن لا مهر لها إذا طلقت قبل الدخول والخلو الصحيحة، ولو سلم فلا دلالة في التي تلاها على عموم الأحوال والأزمان، فتبأت التوفيق بحمل آية المتعة على حال الطلاق قبل الدخول فيما لم يسم فيه مهر على ما هو صريح الآية، وما تلاه على ما عده، وعليك بالتأمل فإن للكلام مجالاً (قوله أما مهر المثل فلائنه الواجب بهذا العقد) أقول: لم لا يجوز أن يكون تأكد وجوبه موقوفاً على عدم التسمية بعد العقد؟ فإذا تراضيا على تسمية المهر لا يبقى مهر المثل واجباً فليتأمل، فإنه يقال أصالة مهر المثل تعينه، إلا أن ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما الأصالة للمسمى كما سيجيء بعد ثلاث ورقات.

في الأصل (وإن تزوجها ولم يسم لها مهرأ ثم تراضيا على تسمية فهي لها إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) وعلى قول أبي يوسف الأول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لأنه مفروض فيتصرف بالنص. ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزله، والمراد بما تلا الفرض في العقد إذ هو الفرض المتعارف. قال (وإن زاد لها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة) خلافاً لزفر، وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله تعالى (و) إذا صحت الزيادة (تسقط بالطلاق قبل الدخول) وعلى قول أبي يوسف أولاً تنتصف مع الأصل لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد، وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما

[فرع] لو عقد بدون التسمية ثم فرض لها داراً بعد العقد فلا شفعة فيها للشفيع لما قلنا إن المفروض بعده تقرير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه، ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة، بخلاف ما لو كان مسمى في العقد ثم باعها به الدار فإن فيها الشفعة لأنها ملكت الدار شراء بالمهر، وإن طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لأنها صارت مستوفية للصدوق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق (قوله لزمته الزيادة خلافاً لزفر) والشافعي لأنها لو صحت بعد العقد لزم كون الشيء بدل ملكه. قلنا: اللزوم منتف على تقدير الالتحاق بأصل العقد، ويتنقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها، والدليل على الصحة قوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة﴾ [النساء: ٢٤] فإنه يتناول ما تراضيا على إلحاقه وإسقاطه. ومن فروع الزيادة ما لو راجع المطلقة الرجعية على ألف فإن قبلت لزمته وإلا فلا لأن هذه زيادة وقبولها شرط في اللزوم. ويناسب هذه مسألة التواضع لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا في السر على مهر وعقداً في العلانية بأكثر منه إن اتفقا على أن العلانية هزل فالمهر مهر السر، وإن اختلفا فادعى الزوج المواضعة وأنكرت فالقول لها، هذا إن اتحد الجنس، فإن اختلف فإنه ينعقد بمهر المثل. ولو عقداً في السر بألف وأظهر ألفين فكذلك إن اتفقا على المواضعة فالمهر ما في السر، أو اختلفا فالقول للمرأة في دعوى الجد فيلزمه مهر العلانية، إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن مهرها السر وأقام البينة بذلك فيثبت ما ادعاه ولو عقداً في السر بألف ثم عقداً في العلانية بألفين وأشهدا أن العلانية سمعة فالسر، وإن لم يشهدا قال الصدر الشهيد: عند أبي حنيفة المهر مهر السر، وعند محمد مهر العلانية. وذكر القاضي الإمام أبا يوسف مكان محمد، وجعل محمداً مع أبي حنيفة قال: لو تزوج امرأة بألف ثم جدد النكاح بألفي درهم اختلفوا فيه، ذكر خواهر زاده أن على قول أبي حنيفة ومحمد لا تلزم الألف الثانية، وعلى قول أبي يوسف تلزمه الألف الثانية، وذكر في المحيط قول أبي يوسف مع أبي حنيفة. وفي شرح الطحاوي: لو تزوجها على ألف ثم ألفين لا يثبت الثاني خلافاً لأبي يوسف، وعلل عدم الثبوت بأنهما قصدا إثبات الزيادة في ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة، فاتفقت هذه النقول على أن قول أبي حنيفة عدم الثاني، وعلى عكس هذا حكي الخلاف في الكافي للشيخ حافظ الدين قال: تزوجها على مهر في السر بشهادة شاهدين على ألف ثم تزوجها في العلانية بألفين فمهرها ألفا درهم، ويكون هذا زيادة في المهر عند أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف المهر هو الأول، وهذا هو ظاهر المنصوص في الأصل، وعليه مشى شمس الأئمة أن عند أبي حنيفة: المهر مهر العلانية. قال في المبسوط: إذا توافقا في السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالمهر هو الأول لأن العقد الثاني بعد الأول لغو، وبالإشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سمياه فيه، وإن لم يشهدا على ذلك فالذي أشار إليه في الكتاب المهر مهر العلانية، ويكون هذا منه زيادة لها

مهر المثل والمفروض جميعاً، أما مهر المثل فلأنه الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية، وأما المفروض فيحكم التسمية وكان كما إذا سمي لها مهرأ ثم زاد لها شيئاً فإنهما يلزمان على تقديري الدخول والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض وكان تعييناً له، ومهر المثل لا يتنصف (فكذا ما نزل منزله، والمراد بما تلا) يعني قوله تعالى ﴿نصف ما فرضتم﴾ (الفرض في العقد) لأنه هو المتعارف. وقوله (وإن زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافاً لزفر) فإنه يقول: الزيادة هبة مبتدأة لا تلحق بأصل العقد

مر (وإن حطت عنه من مهرها صبح الحط) لأن المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء (وإذا خلا الرجل بامرأته وليس

في المهر، قالوا: هذا عند أبي حنيفة، فأما عند أبي يوسف ومحمد المهر هو الأول لأن العقد الثاني لغو، فما ذكر فيه أيضاً من الزيادة يلغو. وعند أبي حنيفة: العقد الثاني إن كان لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبراً بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر منه سنّاً هذا ابني لما لغا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد وعنده وإن لغا صريح كلامه في حكم النسب يبقى معتبراً في حق العتق اهـ كلام شمس الأئمة. وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي من تعليل عدم اعتبار الثاني. قوله أشار في الكتاب إلى أن المهر مهر العلانية هو والله أعلم بإطلاق اعتبار العلانية في الأصل، فإن عبارته فيه: إذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية فالتمسيع في العلانية يشمل ما إذا شهدا على أن العلانية هزل غير مقصود، وإذا لم يشهدا على ذلك وما إذا كان التسميع ليس في ضمن عقد بل مجرد إظهاره على ما هو عكس أول صور المواضعة ونهنا عليه أو في ضمنه فما أخرجه الدليل خرج ويبقى الباقي، ولا اختلاف في اعتبار الأول إذا شهدا على هزلية الثاني أو اعترافاً به مطلقاً فيبقى ما لم يشهدا فيه ولم يعترفا به مما هو في ضمن عقد ثان مراداً قطعاً، وظاهر هذا أنه لا خلاف فيه بينهم، ولهذا والله سبحانه أعلم ذكر عصام أن عليه ألفين ولم يذكر خلافاً، وإن ذكر في المحيط عنه أنه ذكر في كتاب الإفراق أنه لا تثبت الزيادة، فإذا حكى المشايخ الخلاف يجب كون المذكور قول أبي حنيفة البتة لأنه وضع الأصل لإفادة قوله وكان القاضي الإمام قاضيخان إنما أفتى بأنه لا يجب بالعقد الثاني شيء إلا إذا عني به الزيادة في المهر لما علم أن علة اعتبار العلانية فيما إذا جذا ولم يشهدا كونه زيادة. لكن الأوجه الإطلاق، فإن ذلك يقتضي أن يسأل الزوجان عن مرادهما قبل الحكم، وقد ينكر الزوج القصد وينفتح باب الخصومة من غير حاجة إلى ذلك، لأنه إذا كان الثابت شرعاً جواز الزيادة في المهر والكلام الثاني يعطيه صادراً من مميز عاقل وجب الحكم بمقتضاه، بل يجب أنه لو ادعى الهزل به لا يقبل ما لم تقم بينة على اتفاقهما على ذلك. نعم ويخال أيضاً أنه يجب الألفان مع الألف السر فتجتمع عليه ثلاثة آلاف، لأن الأول قد ثبت وجوبه ثبوتاً لا مردّ له، والمفروض له كون الثاني زيادة فيجب بكماله مع الأول. ومن ثم ذكر في الدراية عن شرح الإسيجابي: جدد على ألف آخر تثبت التسميتان عند أبي حنيفة، وعندهما لا تثبت الثانية، وكذا لو راجع المطلقة بألف. وفي النوازل عن الفقيه أبي الليث: إذا جدد يجب كلا المهرين. ووجه من نقل لزوم الثاني فقط اعتبار إرادة الأول في ضمن الكلام الثاني لأن الظاهر كون المقصود تغيير الأول إلى الثاني. والذي يظهر من الجمع بين كلام القاضي والاطلاق المتضافر عليه كون المراد بكلام الجمهور لزومه إذا لم يشهدا من حيث الحكم، ومراد القاضي لزومه عند الله في نفس الأمر، ولا شك أنما يلزم عند الله تعالى إذا قصد الزيادة، فأما إذا لم يقصدا حتى كانا هازلين في نفس الأمر فلا يلزم عند الله شيء حتى لا يطالب به في القيامة، ويلزم ذلك في حكم القاضي لأنه يؤاخذ به ظاهر لفظه إلا أن يشهدا على خلافه. وما قيل من أنه لا يجب المهر الثاني إلا إذا كانت قالت لا أرضى بالمهر الأول أو أبرأته، ثم قالت: لا أقيم معك بدون مهر. فأما إذا لم يكن هذا البساط فلا يجب الثاني قريب من قول القاضي، وحاصله اعتبار قرينة إرادة الزيادة واختلافهم فيما إذا كان التجديد بعد

إن قبضت ملكت وإلا فلا، ووعد المصنف أن يذكره في باب زيادة الثمن والمثمن فنحن نتبعه في ذلك. وقوله (لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد) يعني بناء على ما ذكره أنه ينصرف إلى المتعارف (وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه) عملاً بظاهر قوله تعالى ﴿فَنَصَفَ مَا فَرَضْتُمْ﴾ من غير فصل. وقوله (على ما مر) يعني في المسئلة المتقدمة. قال (وإذا خلا الزوج بامرأته) هذا بيان أن الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كما المهر وغيره عندها، خلافاً للشافعي فإنه يقول: لها نصف

(قوله وقوله لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض الخ) أقول: فيه تأمل، فإن المانع من التنصيف وهو القيام مقام مهر المثل غير موجود هنا، والمقتضى وهو الالتحاق بأصل العقد موجود، لكنهما يقران المقتضى هو التسمية عند العقد، وفيه بحث.

هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر) وقال الشافعي: لها نصف المهر لأن المعقود عليه إنما يصير مستوفي بالوطء فلا يتأكد المهر دونه.

هبتها المهر الأول أنه هل يكون وجوب الثاني على الخلاف أو أن الاتفاق على عدم وجوبه غير بعيد، إذ قد يخال كون الزيادة تستدعي قيام المزيد عليه، وبالهبة انتفى قيامه فلا يتحقق كون الثاني زيادة وهو المحقق لجوابه. وقد يقال: إنما يستدعي دخوله في الوجود لا بقاءه إلى وقت الزيادة فصلاح منشأ للخلاف في ثبوته على الخلاف أو عدم ثبوته بالاتفاق. وفي الفتاوى: امرأة وهبت مهرها من زوجها ثم إن زوجها أشهد أن لها عليه كذا من مهرها تكلموا فيه، والمختار عند الفقيه أبي الليث أن إقراره جائز إذا قبلت. ووجهه في التجنس بوجوب تصحيح التصرف ما أمكن وقد أمكن بأن يجعل كأنه زادها في المهر، وإنما شرطنا القبول لأن الزيادة في المهر لا تصح إلا بقبول المرأة اهـ. والخلاف المشار إليه بقوله والمختار فرع الخلاف الذي قبله لأنه في صورة هبتها المهر. والقيد وهو قبول المرأة صحيح لا يخالف المنقول عن أبي حنيفة، وذلك لأن المنقول هو ما إذا حددا وعقدا ثانياً بأكثر مما يفيد اجتماعهما على الأمر الثاني، وذلك يفيد قبولها الثاني بلا شبهة، بخلاف هذه الصورة فإن المذكور فيها أن الزوج أقر أو أشهد ونحوه وهو لا يستلزم ذلك (قوله لأن المعقود عليه) وهو منافع بضعها (إنما يصير مستوفي بالوطء) ولا يجب كمال البدل قبل الاستيفاء فلا يجب كمال المهر قبله (قوله ولنا أنها سلمت المبدل الخ) يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم (قوله اعتباراً بالبيع) والإجارة، يعني أن الموجب للبدل تسليم المبدل لا حقيقة استيفاء المنفعة كالبيع والإجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم إليه وإن لم يستوف المشتري والمستأجر منفعة أصلاً، فكذا في المتنازع فيه يكون تسليم البضع بذلك بل أولى. وأما قوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة﴾ [البقرة: ٢٣٧] فالمجاز فيه متحتم، لأنه إن حمل المس على الوطء كما يقول فهو من إطلاق اسم السبب على المسبب. والأوجه أنه من إطلاق اسم المطلق على أخص بخصوصه، وإن حمل على الخلوة كما نقول فمن المسبب على السبب إذ المس سبب عن الخلوة عادة وكل منهما ممكن. ويرجح الثاني بموافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله ﷺ «من كشف خمار امرأة أو نظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل» رواه الدارقطني والشيخ أبو بكر الرازي في أحكامه وقد يقال: يجب أن لا يعتبر هنا خلاف الأول مجاز إلا مجاز يعم الحقيقة، والخلوة لا تصدق على الجماع فلا يكون المس مجازاً فيها، وإلا لزم أنه لو طلقها وقد وطئها بحضرة الناس وجب نصف المهر لأنه طلقها قبل الخلوة، والفرض أنها المراد بالمس في النص وهو باطل فلا يحمل على الخلوة. ويجب بأن ثبوت الكمال في الصورة المذكورة بالإجماع للإجماع على أنه حينئذ تسليم المبدل مع ادعاء الإجماع على وجوب كماله بالخلوة، كما نقله الشيخ أبو بكر الرازي في أحكامه حيث قال: هو اتفاق الصدر الأول. وحكى الطحاوي فيه إجماع الصحابة. وقال ابن المنذر: هو قول عمر وعلي وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم أجمعين. ويوافقه قوله تعالى ﴿وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض﴾ [النساء: ٢١] أوجب جميع المهر بالإفضاء وهو الخلوة لأنه من الدخول في الفضاء قاله الفراء. وحينئذ فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذي هو معنى النص مخصوصاً أخرج منه الصورة التي أوردناها، والدليل على وجود المخصص الإجماع المذكور. ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنى بامرأة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران: مهر بالزنا لأنه سقط الحد بالترجيع قبل تمام الزنا، والمهر المسمى بالنكاح

المهر (لأن المعقود عليه) وهو منافع البضع إنما يصير مستوفي بالوطء فلا يتأكد المهر دون لأن التأكد إنما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطء ولم يوجد (ولنا أنها سلمت) وتقريره أن الواجب لا يكون إلا مقدوراً والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتأكد حقها في البدل كما في البيع، فإن التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري،

ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البذل اعتباراً بالبيع (وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً بحج فرض أو نفل أو بعمرة أو كانت حائضاً فليست الخلوة صحيحة) حتى لو

لأن هذا يزيد على الخلوة (قوله وإن كان أحدهما مريضاً) شروع في بيان موانع صحة الخلوة، وعبرة شرح الطحاوي فيه جامعة، قال: الخلوة الصحيحة أن يخلو بها في مكان يأمنان فيه من اطلاع الناس عليهما كدار وبيت دون الصحراء والطريق الأعظم والسطح الذي ليس على جوانبه سترة، وكذا إذا كان الستر رقيقاً أو قصيراً بحيث لو قام إنسان يطلع عليهما يراهما، وأن لا يكون مانع من الوطء حساً ولا طبعاً ولا شرعاً^(١) اهـ. وَمَنْ فَصَّلَ الموانع، ذَكَرَ منها الرق^(٢) والقرن^(٣) والعقل^(٤) وأن تكون شعراء أو صغيرة لا تطيق الجماع أو هو صغير لا يقدر عليه. وقال بعضهم: إن كان يشتهي وتتحرَّك آلتة ينبغي أن يجب عليه كمال المهر، وإذا كان معهما ثالث استوى منعه لصحة الخلوة بين أن يكون بصيراً أو أعمى يقظان أو نائماً بالغاً أو صبياً يعقل، لأن الأعمى يحس والنائم يستيقظ ويتناوم، فإن كان صغيراً لا يعقل أو مجنوناً أو مغمى عليه لا يمنع. وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان، وزوجته الأخرى مانعة إليه رجوع محمد، والجواري لا تمنع. وفي جوامع الفقه: جاريته تمنع بخلاف جاريته. وفي شرح المجمع: في أمته روايتان. والكلب العقور مانع، وغير العقور إن كان لها منع أوله لا يمنع، وعندي أن كلبه لا يمنع وإن كان عقوراً، لأن الكلب قط لا يتعدى على سيده ولا على من يمنعه سيده عنه. ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها إلى مكان خال فهي صحيحة، ولا تصح الخلوة في المسجد والحمام. وقال شداد: إن كانت ظلمة شديدة صحت لأنها كالساتر، وعلى قياس قوله تصح على سطح لا ساتر له إذا كانت ظلمة شديدة. والأوجه أن لا تصح لأن المانع الإحساس ولا يختص بالبصر، ألا ترى إلى الامتناع لوجود الأعمى ولا إبصار للإحساس، ولا تصح في بستان ليس له باب، وتصح في محمل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وإن كان نهاراً والحجلة^(٥) والقبعة^(٦) كذلك. ولو كانا في مخزن من خان يسكنه الناس فرد الباب ولم يغلقه والناس قعود في وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت، وإن كانوا مترصدين لا تصح، وهذه الموانع من قبيل الحسي. ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح عند أبي الليث، وتصح عند الفقيه أبي بكر، وكذا لو كانت نائمة، ولو عرفها هو ولم تعرفه هي تصح.

وأما ما ذكر أن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء فصحيح لكن ذلك تسليم وليس في قدرة المرأة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك. وقوله (وإن كان أحدهما مريضاً) بيان لما يكون مانعاً عن الخلوة حسياً كان أو شرعياً. وقوله (وقيل مرضه) حاصله أن المرض في جانبها يتنوع بلا خلاف، وأما المرض من جانبها فقد قيل إنه أيضاً يتنوع، وقيل إنه غير متنوع وإنه يمنع صحة الخلوة على كل حال، وجميع أنواعه في ذلك على السواء. قال الصدر الشهيد: هو الصحيح. ووجه ما قال المصنف مرضه (لا يعري عن تكسر وفنور) وقوله (وإن كان أحدهما صائماً تطوعاً فلها المهر كله لأنه يباح له الإفطار) اعترض عليه بأنه ينبغي أن لا يلزمه كل المهر لأنه يلزمه القضاء على تقدير الإفساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان. وأجيب بأن لزوم القضاء في التطوع

(١) قال في الدر المختار ٣٣٨/٢: المانع الحسي للخلوة: كمرض لأحدهما يمنع الوطء، والطبيعي: كوجود ثالث عاقل والشرعي: كإحرام الفرض أو نفل.

قال: ومن الحسي الرق، والقرن، والعقل، والصغر اهـ.

(٢) امرأة رققاء: إذا لم يكن لها خرق إلا المبال اهـ مغرب.

(٣) القرن: مثل فلس - هو لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة، وقد يكون عظيماً اهـ مصباح.

(٤) العقل: شيء يخرج في الفرج يشبه الأذرة. وقيل: شيء مذكور يخرج بالفرج ولا يكون في الأبكار بل يصيب المرأة بعد ما تلد. اهـ مغرب. والأذرة: فتق في إحدى خصيه.

(٥) الحجلة بفَتْحَيْن: ستر العروس في جوف البيت والجمع: حِجَال، وفي الصَّحاح: بيت يزين بالثياب والأسرة اهـ. مغرب.

(٦) القبة: من البنيان معروفة. وتطلق على البيت المدور.

وهو معروف عند التركمان والأكراد ويسمى: الخرقاغة اهـ مصباح.

طلقها كان لها نصف المهر لأن هذه الأشياء موانع. أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر، وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفطور، وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة، والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء، والحيض مانع طبعاً وشرعاً (وإن كان أحدهما صائماً تطوعاً فلها المهر كله) لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية المتتقى، وهذا القول في المهر هو الصحيح. وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في

[فرعان] الأول: لو قال إن خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت ويجب نصف المهر. الثاني: للزوج أن يدخل بزوجه إذا كانت تطيق الجماع من غير تقدير، وقد قدر بالبلوغ وبالتسع. واعلم أن أصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حق بعض الأحكام تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى في مدة العدة ومراعاة وقت طلاقها ولم يقيموها مقامه في الإحصان، وحلها للأول والرجعة والميراث، وحرمة البنات. يعني إذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعاً، وإذا خلا بامرأة ثم طلقها لا تحرم بناتها ولا يرث منها لو ماتت في العدة للاحتياط الواجب في هذه الأحكام. وفي شرح الشافعي ذكر تزوج البنت على عكس هذا ففيه خلاف وأما في حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان، والأشبه وقوعه لأن الأحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب أن يقع احتياطاً (قوله وهذا التفصيل في مرضها) قال الصدر الشهيد: وهو الصحيح (قوله وهذا القول) أي رواية المتتقى في حق كمال المهر هو الصحيح دفعاً للضرر عنها، أما في حق جواز الإفطار فالصحيح غيرها، وهو أنه لا يباح إلا بعذر، وقد قدمنا في كتاب الصوم بحثاً أن رواية المتتقى في جواز الإفطار بلا عذر ثم وجوب القضاء أقعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المصنف هو الصحيح احترازاً عن رواية شاذة عن أبي حنيفة أنه يمنع لأنه يمنعه الجماع ويجعله أثماً لما فيه من إبطال العمل (قوله أدير على سلامة الآلة) يعطى أن خلوة الخصي صحيحة وهو كذلك بالاتفاق (قوله والعدة واجبة في جميع هذه المسائل) أي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطاً لتوهم الشغل نظراً إلى التمكن الحقيقي، وكذا في المجبوب^(١) لقيام احتمال الشغل بالسحق^(٢)، ولذا يثبت نسب الولد منه عند أبي سلمان. وذكر التمرتاشي إن علم أنه ينزل يثبت وإن علم بخلافه فلا وعليها العدة، والأول أحسن، وعلم القاضي بأنه ينزل أو لا ربما يتعذر، أو يتعسر. قال العتابي: تكلم مشايخنا في

عندنا لضرورة صيانة المؤدى عن البطلان، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يعد وإلى إفساد الخلوة، بخلاف قضاء رمضان فإن لزوم قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان أثره عاماً. وقوله (وهذا القول في المهر هو الصحيح) أي الأخذ برواية المتتقى في حق كمال المهر دفعاً للضرر عنها هو الصحيح. وأما في حق جواز الإفطار فالصحيح غير رواية المتتقى، وهو أنه لا يباح الإفطار بغير عذر. وحاصله أن المأخوذ في حق كمال المهر رواية المتتقى، وفي حق جواز الإفطار الرواية الأخرى، واحتراز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن أبي حنيفة وهي أن صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لأنه يمنعه عن الوطء شرعاً لما فيه من إبطال العمل المؤتم. وقوله (وإذا خلا المجبوب) المجبوب هو الذي استؤصل ذكره وخصيه من الجب وهو القطع إذا خلا المجبوب (بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة وقالوا: عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض) لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب، والمرض مانع عن الخلوة فالجب أولى (بخلاف العنين) فإن الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجود السبب إلى الوطء إذ الأصل السلامة في الوصف أيضاً فيدار الحكم عليه (ولأبي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق) لأنه وسع مثلاً في هذه الحالة وقد أتت بما وجب عليها، وأما عدم التسليم فذلك ليس من جهتها كما تقدم (وعليها العدة في جميع هذه المسائل) يعني فيما إذا كانت الخلوة صحيحة أو فاسدة (احتياطاً استحساناً لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد) أما أنها حق الشرع فيدل عليه أن الزوجين لا يملكان إسقاطها والتداخل يجري فيها، وحق العبد لا يتداخل، وأما أنها حق.

(قوله وقوله وهذا القول في المهر هو الصحيح، إلى قوله: دفعاً للضرر عنها هو الصحيح، أما في حق جواز الإفطار فالصحيح غير رواية المتتقى، وهو أنه لا يباح الإفطار من غير عذر) أقول: لعل هذا يجعل عذراً في إباحة الإفطار، فليتأمل في هذا المقام فإنه لا يخلو عن الكلام.

(١) المجبوب: هو مقطوع الذكر.

(٢) سَقَّ الدواء: أي دَقَّ ومنه: المجبوب يُسَقُّ فيَنزَل. اهـ مغرب.

رواية لأنه لا كفارة فيه، والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه نفلها كنفله (وإذا خلا المجهوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة، وقالوا عليه نصف المهر) لأنه أعجز من المريض، بخلاف العنين لأن الحكم أدير على سلامة الآلة. ولأبي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد أنت به. قال (وعليها العدة في جميع هذه المسائل) احتياطاً استحساناً لتوهم الشغل، والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في إبطال حق الغير، بخلاف المهر لأنه

العدة الواجبة بالخلو الصحيحة أنها واجبة ظاهراً أو حقيقية، فليل لو تزوجت وهي متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء. وقوله (والعدة حق الشرع) ولذا لا تسقط لو أسقطها ولا يحل لها الخروج ولو أذن لها الزوج، وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد (والولد) أي وحق الولد ولذا قال عليه السلام «لا يحل لامرأة يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماء زرع غيره»^(١) فلا يصدقان في إبطالها باتفاقهما على عدم الوطء (بخلاف المهر لأنه مال فلا يحتاط في إيجابه) غير أن في وجه الاستدلال بالحديث على أنها حق الولد تأملاً (قوله وذكر القدوري في شرحه) لمختصر الكرخي (أن المانع إن كان شرعياً تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة، وإن كان حقيقياً كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة) فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين لعدم الشغل، وما قاله قال به التمرناشي وقاضيه خان، ويؤيد ما ذكره العتابي إلا أن الأوجه على هذا أن يخص الصغر بغير القادر والمرض بالمدنف^(٢) لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما. وأعلم أن المراد بوجوب العدة بالخلو إنما هو في النكاح الصحيح، أما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلو فيه بل بحقيقة الدخول (قوله) وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمي لها مهراً) وفي كل من الصدر والاستثناء إشكال. أما الأول فإن المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهراً داخلية في عمومها والمتعة واجبة لها. وأما الثاني فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ذكر في المبسوط والمحيط والمختلف والحصر أن المتعة تستحب لها. وأجيب عن الأول أن الاستحباب مستعمل في أعم من الوجوب: يعني أنه بالمعنى اللغوي أو هو عام مخصوص بالصورة السابقة، وقرينة التخصيص هو تقدم ذكرها فكأنه قال: وتستحب لكل مطلقة غير تلك، وعن الثاني أنه قول القدوري تبعه فيه. وفي بعض مشكلات القدوري المتعة أربعة أقسام: واجبة وهي ما تقدم، ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهراً، وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمي لها المهر، والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهراً لأن نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة. وقيل الصحيح أن هنا تغييراً وقع من الكاتب، فذكر بعضهم أن في بعض النسخ ولم يسم لها مهراً، ونقل في

الولد فلقوله عليه الصلاة والسلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره» والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه (فلا يصدق) المرأة (في إبطال حق الغير) بقولها لم يطأني، وقيل معناه فلا يصدق الزوج في إبطال حقها بقوله لم أطأها (بخلاف المهر) فإنه لا يجب بالخلو الفاسدة (لأنه مال لا يحتاط في إيجابه) قوله (وذكر القدوري في شرحه) أي شرح مختصر الكرخي وكلامه واضح، قال (وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمي لها مهراً. وقال الشافعي: تجب لكل مطلقة إلا لهذه) التركيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها، وهو كما ترى يقتضي أن لا تكون المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها لدخولها في قوله لكل مطلقة وهو يناقض ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة واجبة، ويقتضي أن لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لأنه استثناها من الاستحباب، وقد صرح باستحبابها لها في المبسوط والمحيط والحصر. وزاد الفقهاء وجامع الإسيجابي، ويقتضي أن لا تكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي لأنه

(قوله فلا يصدق الزوج في إبطال حقها بقوله الخ) أقول: فيه أنه لا يناسب القياس، والأظهر عندي فلا يصدق واحد منهما في إبطال حق الغير وهو الشرع والولد.

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٥٨ وأحمد ١٠٨/٤ و١٠٩ والترمذي ١١٣١ وابن حبان ٤٨٥٠ والبيهقي ٦٢/٩ والطحاوي ٢٥١/٣ كلهم من حديث زُوَيْعِ بْنِ ثَابِتٍ الْأَنْصَارِيِّ بِأَنَّهُ مَنَّهُ وَكَرَّرَهُ أَبُو دَاوُدَ ٢١٥٩ وهو حديث حسن رجاله ثقات سوى ربيعة بن سليم النَّجَّيِّي، وهو صدوق وثقه وابن حبان، وقد تابعه الحارث بن يزيد في رواية أحمد المتقدمة وكذا الطبراني ٤٤٨٨ فالحديث حسن وله شواهد.

(٢) دَفِنَ من باب تعب، وأدنفه المرض إذا لازمه.

مال لا يحتاط في إيجابه. وذكر القدوري في شرحه أن المانع إن كان شرعياً كالصوم والحيض تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة، وإن كان حقيقياً كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة. قال (وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمي لها مهراً) وقال الشافعي: تجب لكل مطلقة إلا لهذه لأنها وجبت صلة من الزوج لأنه أوحشها بالفراق. إلا أن في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لأن الطلاق فسخ

الدراية ضبطه كذلك عن غير واحد (قوله وقال الشافعي رحمه الله: تجب لكل مطلقة إلا لهذه) وعن أحمد رواية كقوله ورواية كقولنا وتقدم تفصيل مالك. وجه قول الشافعي أنها في المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقاً بالنص. وأما في المدخول بها فلأن وجوب المتعة الواجبة في صورة عدم التسمية للإيحاش بالطلاق^(١)، وما سلم لها من المهر ليس في مقابلته بل في مقابلة البضع فتجب دفعاً للإيحاش. وأما التي لم يدخل بها وقد سمي لها فوجوب نصف المهر الثابت لها بقوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] بطريق المتعة: أي بطريق إيجاب المتعة في غيرها وهو جبر صدع الإيحاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة أخرى وإلا تكررت. وقوله فسخ مجازاً لأنه وقع طلاقاً حتى انتقص به عدد الطلاق، لكنه كالفسخ من جهة أنه كالحالة السابقة على النكاح بسبب عود المعقود عليه سالماً إليها فلا يلزم كون ما ذكر على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لأنه فسخ، ثم يجب بطريق المتعة مخالفاً لقول المحققين إنه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص وله أيضاً قوله تعالى ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾ [البقرة: ٢٤١] خص منها تلك المطلقة بنص ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] جعل تمام حكمها، وبه يحمل قوله تعالى ﴿إذا نكحتم المؤمنات﴾ إلى قوله ﴿فمتوهن﴾ [الأحزاب: ٤٩] على غير المفروض لها لعقلية أن نصف مهرها بطريق المتعة (قوله ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل

استثناها من الوجوب، وذكر في الحصر أنها واجبة عنده لهذه المستثناة أيضاً، وإذا عرفت هذا فاعلم أن معنى كلامه: وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التي ذكرناها من قبل إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج الخ. وهو اختيار القدوري. فإنه ذكر في شرحه أن المتعة واجبة ومستحبة، فالواجبة التي طلقها قبل الدخول والتسمية، والمستحبة لكل مطلقة إلا التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهراً وقد وقع اختياره موافقاً لرواية التحفة ومخالفاً للكتب المذكورة. وأما الشافعي فله في المستثناة قولان: في قوله القديم تجب وهو الذي ذكره صاحب الحصر. وفي الجديد لا تجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو أصح القولين، فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلاثة أقسام: واجبة، ومستحبة، وغير مستحبة. لأن المطلقة إما أن تكون مملوسة أو لا، فإن لم تكن فإما أن يكون مهرها مسمى أو لا، فإن لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة، وإن كان فهي المستثناة التي لا تستحب لها المتعة، وإن كانت مملوسة سواء كان مهرها مسمى أو لم يكن تستحب لها المتعة. وعند الشافعي هي تنقسم إلى واجبة وإلى غيرها. واستدل له في الكتاب بقوله (لأنها وجبت) وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة. وتقريره: المتعة وجبت صلة من الزوج لإيحاشها بالفرق، وكل ما كان كذلك يجب لكل من أوحشت به، فالمتعة تجب لكل مطلقة لأنها أوحشت بالفرق (إلا أن في هذه الصورة) يعني المستثناة (نصب المهر يجب بطريق المتعة لأن الطلاق فسخ) معنى (في هذه الحالة) لمود مالها إليها سالماً، وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع، لكن الشرع أوجب نصب المهر بطريق المتعة (والمتعة لا تتكرر) فلا تجب المتعة لهذه المطلقة وتجب لغيرها، وإنما قال: وجبت صلة احتراز عن قولنا إن المهر عوض والمتعة خلف عنه. والفائدة تظهر في مسئلتين: إحداهما أن المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لأنها قد استحققت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره، وعنده تستحق لأنها وجبت صلة بسبب الإيحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق. والثانية أن المتعة لا تزداد على نصف المهر عندنا لثلا يزيد الخلف على الأصل. وعنده تزداد. (ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة) لوجود حد الخلف لأن مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة، والحال أن العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ على ما عرف في الأصول، فكان وجوب المتعة مضافاً إلى العقد بعد مهر المثل، ولا يعني

(١) الوَحْشَةُ بين الناس: الانقطاع وبعْدُ القلوب عن المودات اهـ مصباح.

في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر (ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لأنه سقط مهر المثل ووجبت المتعة، والعقد يوجب العوض فكان خلفاً والخلف لا يجامع الأصل ولا شيئاً منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر، وهو غير

في المفوضة) بكسر الواو المشددة وقع به السماع لأنها مفوضة أمر نفسها لوليها وللزوج، ويجوز فتحها: أي فوضها وليها للزوج وهي التي زوّجت بلا مهر مسمى. وحاصله منع كون علة الوجوب في الأصل وهي المفوضة الإباحاش. وأبطل مناسبتها للعلة أخراً بقوله وهو غير جان في الإباحاش لأنه بإذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجباً لها من نصف مهر المثل لأنه أقرب إلى فهم من علم أنه تعالى أسقط ما كان واجباً لها ثم أوجب لها شيئاً آخر مكانه، وعلم أن لا جناية في الطلاق بل قد يكون مستحباً في التي لا تصلي والفاجرة، ولا سقوط في المدخول بها مطلقاً فلا تجب لانقضاء العلة المساوية، ولا نسلم أن ما سلم للمدخول بها في مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملصق به المال في قوله تعالى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ﴾ [النساء: ٢٤] ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول، غير أن بالدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١] إما أن اللام للعهد الذكري في المطلقات التي لم يسم لهن مهر لأنهن تقدم ذكرهن بقوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] ثم قال ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ أو يراد بمتعهن إيجاب نفقة العدة وكسوتهما، وأما غير المدخول بها المسمى لها فمحل الاتفاق وإنما أثبتنا الاستحباب في المدخولات لقوله تعالى ﴿أَمْتَعْنِ وَأَسْرَحْ كُنْ سَرَّاحاً جَمِيلاً﴾ [الأحزاب: ٢٨] وهن مدخولات (قوله وإذا زوّج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضاً عن الآخر) أي صداقاً فيه، وإنما قيد به لأنه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقاً للآخرى أو معناه بل قال زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بتك ولم يزد عليه فقيل جاز النكاح اتفاقاً ولا يكون شعاراً. ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقاً لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقاً كان نكاح الثاني صحيحاً اتفاقاً والأول على الخلاف، ثم حكم هذا العقد عندنا صحته وفساد التسمية فيجب فيه مهر المثل. وقال الشافعي رحمه الله: بطل العقد بالمنقول والمعقول أما الأول فحديث ابن عمر رضي الله عنه أخرجه الستة «أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح الشغار وهو أن يزوّج الرجل ابنته أو أخته من الرجل على أن يزوّج ابنته أو أخته وليس

بالخلف إلا ما يجب بعد سقوط شيء مضافاً إلى سبب ذلك الشيء كالتيتم مع الوضوء ثبت أنها خلف (والخلف لا يجامع الأصل) فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولا شيئاً متصلاً به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المقروض عنده قبله. واعلم أنه قبل في توجيه كلامه: إن المراد بالأصل كل المفروض، كما إذا كان بعد الدخول والتسمية، وبقوله شيئاً منه نصف المفروض كما إذا كان قبل الدخول وبعد التسمية، وفيه نظر لأنه حينئذ يكون منقطعاً عن الكلام الأول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل، فإن قياسه هكذا المتعة خلف عن مهر المثل، والخلف لا يجامع الأصل فالمتعة لا تجامع الأصل وهو مهر المثل، وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى، وليس المدعي إلا عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى أو بعضه ومع وجوب مهر المثل. فالصواب أن يقال: الأصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وجوباً. والمراد بقوله ولا شيئاً منه المسمى وبعضه ومن هي من المتصلة كما في قوله تعالى ﴿وَالْمُناقِقُونَ وَالْمُناقِقَاتُ مِنْ بَعْضٍ﴾ أي بعضهم متصل ببعض، فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا يجامع الأصل وجوباً وهو مهر المثل إذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا بجامع شيئاً متصلاً بالأصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله، ويكون قوله ولا شيئاً منه ملحقاً بالثابت بالقياس المتقدم لا أنه من نتيجة لأنه لم يذكر في مقدماته، لكنه لما كان متصلاً به الحق بحكمه، ومعنى الاتصال بين مهر المثل والمسمى أن كلا منهما يقع أمثاله لما هو المهر عند الله وبيان له كما عرف في الأصول، ويعضد هذا قوله في آخر كلامه (فلا تجب مع وجوب شيء من المهر) لتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه، هذا الذي سنح لي في حل هذا الموضع، والله أعلم. وقوله (وهو غير جان) جواب عن قوله أوحشها بالفراق.

(قال المصنف: ولا شيئاً منه) أقول: لفظة من في قوله منه هي الاتصالية: أي ولا شيئاً متصلاً به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض عنده قبله (قال المصنف: ليكون أحد العقدين عوضاً عن الآخر) أقول: أراد بالعقد المعقود عليه والبضع. قال ابن

جان في الإيحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل (وإذا زوّج الرجل بنته على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته ليكون أحد العقدین عوضاً عن الآخر فالعقدان جائزان، ولكل واحدة منهما مهر مثلها) وقال الشافعي: بطل العقدان لأنه جعل نصف البضع صداقاً والنصف منكوحة، ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الإيجاب. ولنا أنه سمي مالا يصلح صداقاً

بينهما صداق^(١). والنهي يقتضي فساد المنهى عنه، والفساد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقاً. وعنه رحمته أنه قال «لا شغار في الإسلام»^(٢) والنهي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعدي إلى كل ولي يزوّج موليته على أن يزوجه الآخر موليته، كسيد الأمة يزوّج أمته على أن يزوجه الآخر موليته كذلك. وأما الثاني فإن كل بضع صداق حيثنذ ومنكوح فيكون مشتركاً بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل، والإطّاب في تقريره مستغنى عنه، والجواب عن الأول أن متعلق النهي والنهي مسمى الشغار ومأخوذ في مفهومه خلوه عن الصداق وكون البضع صداقاً، ونحن قائلون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعاً فلا ثبت النكاح كذلك، بل نبطله فيبقى نكاحاً سمي فيه مالا يصلح مهراً فيعتقد موجباً لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر أو خنزير، فما هو متعلق النهي لم نثبتته وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته: أعني ما يفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية ما لا يصح مهراً، فظهر أنا قائلون بموجب المنقول حيث نفيناها ولم نوجب البضع مهراً. وعن الثاني بتسليم بطلان الشركة في هذا الباب ونحن لم نثبتها إذا لا شركة بدون الاستحقاق، وقد أبطلنا كونه صداقاً فبطل استحقاق مستحق المهر نصفه فبقي كله منكوحاً في عقد شرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح، بخلاف ما لو زوّجت نفسها من رجلين فإن بطلان الاشتراك فيه لا يستلزم بطلان النكاح وإنما

وتقريره: سلمنا أنه أوحشها بالفراق لكنه لم يكن في الإيحاش جانباً لأنه فعل ما فعل بإذن الشرع (فلا تلحقه الغرامة) بوجوب المتعة (فكان) المتعة بتأويل المتاع (من باب الفضل) أي الاستحباب. قال (وإذا زوّج الرجل ابنته) وإذا زوج رجلان كل منهما بنته أو أخته للآخر بشرط أن يزوجه الآخر بنته أو أخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل، ويسمى هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والإخلاء، وسمي به لأنهما بهذا الشرط كأنهما رفعاً المهر وأخليا البضع عنه. وقال الشافعي: النكاحان باطلان لأنه جعل نصف البضع صداقاً والنصف منكوحة، لأنه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها

الهام: وإنما قيد به لأنه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقاً للآخرى أو معناه بل قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقاً ولا يكون شغاراً، ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقاً لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجة بنته ولم يجعلها صداقاً كان نكاحاً الثاني صحيحاً اتفاقاً، والأول على الخلاف اهـ. فعلى هذا كان الظاهر أن يقول: ليكون كل من العقدین عوضاً عن الآخر وقبله الزوج كما لا يخفى (قال المصنف: وإن تزوج عبد امرأة ياذن مولاه على خدمته سنة جاز) أقول: الأولى تأخير قوله ياذن مولاه عن قوله على

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١١٢ و٦٩٦٠ ومسلم ١٤١٥ وأبو داود ٢٠٧٤ والترمذي ١١٢٤ والنسائي ١١٢/٦ ومالك ٥٣٥/٢ والدارمي ٢١٠٢ والبيهقي ١٩٩٧ - ٢٠٠ وابن حبان ٤١٥٢ كلهم من طريق نافع عن ابن عمر والتفسير: الشغار قيل: من ابن عمر وقيل: من نافع لأن في رواية مسلم عن عبيد الله قال: قلت لنافع: ما الشغار فذكره وأخرجه مسلم ١٤١٦ من حديث أبي هريرة وفيه: زاد ابن نمير: والشغار أن يزوج الحديث. وكذا النسائي ١١٢/٦ وأخرجه مسلم ١٤١٧ من حديث جابر. وأخرجه أبو داود ٢٠٧٥ وأحمد ٩٤/٤ وابن حبان ٤١٥٣. والطبراني ٨٠٣/١٩ والبيهقي ٢٠٠/٧ كلهم من حديث معاوية وله قصة. فهذا حديث مشهور.

قال النووي في شرح مسلم: أجمع العلماء على أن نكاح الشغار منهي عنه لكن اختلفوا هل هو نهي إبطال أم لا؟ فعند الشافعي يقتضي إبطاله، وحكاة الخطابي عن أحمد، وإسحاق وأبي عبيد. وقال مالك: يفسخ قبل الدخول، ويعد وفي رواية عنه: قبله لا بعده. وقال أبو حنيفة: يصح بمهر المثل، وهو رواية عن أحمد، وإسحاق وبه قال: أبو ثور، وابن جرير وأجمعوا: على أن غير البنات من الأخوات، والعمات، وبنات الأخ كالبنات. وصورته الواضحة: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، ويضع كل واحدة صداقاً للآخرى فيقول قبلت اهـ النووي.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤/٥ ح ٦٠ من حديث ابن عمر بهذا اللفظ. وأخرجه ابن ماجه ١٨٨٥ وابن حبان ٤١٥٤ والبيهقي ٢٠٠/٧ وأحمد ١٦٥/٣ كلهم من حديث أنس وإسناده صحيح على شرط البخاري. وأخرجه أحمد ٤٤٣/٤ من حديث عمران بن حصين. وأخرجه أحمد ٢١٥/٢ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فهذا حديث مشهور أيضاً ولو انضم إلى ما قبله لصار مستفيضاً وهو فوق المشهور ودون المتواتر.

فيصح العقد ويجب مهر المثل، كما إذا سمي الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق (وإن تزوج حر امرأة خدمته إياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها، وقال محمد: لها قيمة خدمته، وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته) وقال الشافعي: لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لأن ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرأً عنده لأن بذلك تتحقق المعاوضة، وصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها. ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه

استلزمه عدم موجب التعيين لعدم الأولوية (قوله وإن تزوج حر امرأة على خدمته شهراً أو سنة فلها مهر مثلها. وقال محمد في الجامع: لها قيمة خدمته سنة) ولم يذكر القدوري خلافاً. واختلف في قوله أبي يوسف، فقال الهذلي: ينبغي أن يكون مع محمد، وقال بعض المشايخ مع أبي حنيفة، وهو الأظهر وإلا لم يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير (قوله وقال الشافعي: لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين) أي وجهي حرية الزوج وعبدية (قوله وكذا المنافع على أصلنا) قصر النظر على هذه النكته يوجب أن لا يصح تسمية شيء من المنافع، وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهي مال يقتضي جواز جميع منافع الأعيان ما خلا خدمة الحر، ويوافقه عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر، وهذا موافق لما في جامع قاضيخان وشرح الشافعي لنجم الدين عمر النسفي. وما قال في البدائع: لو تزوجها على سائر منافع الأعيان سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه: يعني أن تزرع هي أرضه ونحوها من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية لأن هذه لمنافع أموال أو ألحقت بالأموال شرعاً في سائر العقود لمكان الحاجة إليها والحاجة في النكاح متحققة وإمكان الدفع ثابت بتسليم محالها إذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها يفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح. وفي الغاية معزياً إلى المحيط: لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته، وهذا يشير إلى أنه لا يخدمها، فلما لأنه أجنبي فلا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة، وإما أن يكون مراده إذا كان بغير أمر ذلك الحر ولم يجزه. وأنت إذا تأملت تعليل محمد رحمه الله وجوب قيمة الخدمة بأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة وتعليلهما نفي ماليته بعدم استحقاقه في هذا العقد بحال المفيد أنه لو استحق تسليمه ألحق بالأموال لكن انتفى ذلك للزوم المناقضة لا تكاد تتوقف في صحة تسمية خدمة حر آخر، ثم بعد هذا يجب أن ينظر، فإن لم يكن بأمره ولم يجزه وجب قيمتها، وإن كان بأمره، فإن كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى هي قيمتها أو لا تستدعي ذلك وجب تسليمها، وإن كانت غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر حتى تصير أحق بها لأنه أجبر وحد، فإن

عليهما نصفين، فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبتة بحكم المهر فيلزم الاشتراك، والاشتراك في هذا الباب مبطل للإيجاب (ولنا أنه سمي ما لا يصح صداقاً) وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل (كما إذا سمي الخمر والخنزير) وقوله (ولا شركة بدون الاستحقاق) جواب الخصم. وبيانه أن البضع لما لم يصلح صداقاً لم يتحقق الاشتراك لأن منافع بضع المرأة لا تصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى فبقي هذا شرطاً فاسداً والنكاح لا يبطل بالشرط الفاسدة (وإن تزوج حر امرأة على خدمته لها سنة أو على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل، وقال محمد: لها قيمة خدمته سنة وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة، وقال الشافعي: لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين) يعني سواء كان عبداً أو حراً (لأن ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرأً) لأن المعاوضة تتحقق بذلك، والتعليم والخدمة كذلك لأنه إذا استأجر شخصاً على تعليم القرآن أو الأذان أو الإقامة جاز عنده (فصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها. ولنا أن المشروع) عقد النكاح (هو الابتغاء بالمال) لقوله تعالى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ (والتعليم ليس بمال) فلا يكون الابتغاء به مشروعاً (وكذلك المنافع على أصلنا) لأنها لا تبقى زمانين، والتمول يعتمد البقاء زمانين فلا تكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به مشروعاً (وخدمة

خدمته سنة (قوله لتضمنه تسليم رقبة العبد) أقول: الذي هو المال (قوله ولا كذلك الحر) أقول: فإن رقبته ليست بمال (قوله وعلى هذه النكته تمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم) أقول: ويدل على ذلك إطلاق قوله ولا كذلك الحر.

تسليم رقبته ولا كذلك الحر، ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع، بخلاف خدمة حر آخر برضاة لأنه لا مناقضة، وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بإذنه وبأمره، وبخلاف رعي الأغنام لأنه من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية، ثم على قول محمد تجب

صرفته في الأول فكالأول، أو في الثاني فكالثاني، وقد أزال المصنف آخراً^(١) (بقوله بخلاف خدمة آخر فإنه لا مناقضة) والحاصل أن ما هو مال أو منفعة يمكن تسليمها شرعاً يجوز التزويج عليها، وما لا يجوز كخدمة الزوج الحر للمناقضة أو حر آخر في خدمة تستدعي خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الأجرة على ذلك كالأذان والإمامة والحج. وعند الشافعي: يجوز أخذ الأجرة على هذه فصيح تسميتها، واختلفت الروايات في رعي غنمها وزراعة أرضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه، وكون الأوجه الصحة لقض الله سبحانه قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا إنما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف (قوله وبخلاف رعي الأغنام الخ) يعني أنه لم يتمحض خدمة لها إذ العادة اشتراك الزوجين في القيام على مصالح مالهما: أي بأن يقوم كل بمصالح مال الآخر (على أنه ممنوع في رواية) في الدراية، بخلاف رعي الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الأصل والجامع وهو الأصح: يعني على أن يزرع لها أرضها، ويجوز على رواية ابن سماعة لأنه ليس من باب الخدمة لما ذكرنا، ألا يرى أن الابن إذا استأجر أباه للخدمة لا يجوز، ولو استأجره للرعي والزراعة يصح اهـ.

[فروع] وإذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها كأن يقول أعتقتك على أن تزوجيني نفسك بعوض العتق فقبلت صح العتق وهي بالخيار في تزوجه، فإن تزوجه فلها مهر مثلها خلافاً لأبي يوسف. له الحديث الصحيح «أنه ﷺ تزوج صفية وجعل عتقها صداقها»^(٢) قلنا: نص كتاب الله تعالى يعين المال فإنه بعد عد المحرمات أحل ما وراءهن مقيداً بالابتغاء بالمال، قال الله تعالى «وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين» [النساء: ٢٤] الآية، وقول الراوي^(٣) ذلك كناية عن عدم المهر: يعني أنه أعتقها وتزوجها ولم يكن شيء غير العتق والتزوج بلا مهر جائز للنبي ﷺ دون غيره. وغاية ما فيه أن ذكرناه محتمل لفظ الراوي فيجب حمله عليه دفعاً للمعارضة بينه وبين الكتاب، وإن أبت أن تتزوجه ألزمتها بقيمتها، ولو كانت الجارية أم ولد فأعتقها على ذلك فأبت قال أبو حنيفة: لا يجب عليها قيمتها لأن رقبها غير متقوم عنده. ولو قالت لعبدها أعتقتك على أن تتزوجني بألف أو على أن تعطيني ألفاً فقبل عتق، فإن أبي تزوجها فعليه قيمة نفسه، وإن تزوجها بألف قسم الألف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها، فما أصاب الرقبة فهو قيمته،

العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد) كما في الإجارة (ولا كذلك الحر) وعلى هذه النكته يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم، ولأن خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح (لما فيه من قلب الموضوع) لأن عقد النكاح يقتضي أن تكون المرأة خادمة والزوج مخدوماً لقوله عليه الصلاة والسلام «النكاح رق» وفي جعل خدمة الزوج مهراً لها كون الرجل خادماً والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف (بخلاف خدمة حر آخر برضاة) فإنه يصح أن يكون مهراً لأنه يسلم فيه رقبته كالمستأجر، ولا مناقضة فيه على أنه ممنوع في إحدى الروايتين (وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم المولى معنى حيث يخدمها بإذنه وأمره) بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهراً لأنه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال. ويمكن أن يقال: ذكر المصنف

(١) (قوله آخر) كذا في بعض الأصول، وفي بعضها أولاً والأمر سهل كنه مصححه.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٦٥ ح ٨٥ وأبو داود ٢٠٥٤ والترمذي ١١١٥ والنسائي ١١٤/٦ والدارمي ٢١٦١ والطيالسي ١٩٩١ وعبد الرزاق ١٣١٠٧ وابن سعد ١٢٥/٨ وأحمد ١٦٥/٣ - ١٧٠ - ١٠٣ - ١٧٦ - ٢٣٩ - ٢٤٢ وابن جبان ٤٠٩١ والدارقطني ٢٨٥/٣ - ٢٨٦ - البيهقي ٢٨٧/٧ والبخاري ٢٢٧٣ من عدة طرق كلهم من حديث أنس: أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها.

تنبيه: رواية مسلم المذكورة أعلاه هي في شرح مسلم ٢٢٣/٩ - ٢٢١ في خبر طويل في قصة غزوة خيبر. (٢) وهو أنس: جعل عتقها صداقها.

قيمة الخدمة لأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزويج على عبد الغير، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لأن الخدمة ليست بمال إذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير، وهذا لأن تقومه بالعقد للضرورة، فإذا لم يجب تسليمه بالعقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للأصل وهو مهر المثل (فإن تزويجها على ألف قبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمس مائة) لأنه لم يصل إليه بالهبة عين ما يستوجبه لأن الدراهم والدنانير لا تتعنان في العقود والفسوخ، وكذا إذا كان المهر مكيلاً أو موزوناً أو شيئاً

وما أصاب المهر فمهرها، ويتنصف بالطلاق قبل الدخول (قوله فإن تزويجها على ألف) حاصل وجوها إذا تزويجها على مسمى، فإما أن يكون من الدراهم أو الدنانير أو المكيل أو الموزون غير المعين، بخلاف المعين منها فإنه كالعرض، وإما من العروض أو الحيوان معيناً أو في الذمة، ففي الأول إن وهبت الكل أو نصفه بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه اتفاقاً، أو قبله لم يرجع بشيء خلافاً لزفر، أو بعد قبض نصفه لم يرجع بشيء خلافاً لهما، وقال: لا يرجع بنصف المقبوض كائناً ما كان من النسبة، حتى لو كانت وهبته أقل من النصف وقبضت الباقي رجع عليها بنصف المقبوض، وعنده يرجع إلى تمام نصف الصداق، وفي الثاني لا يرجع بشيء مطلقاً قبضت أو لم تقبض وأوجب زفر رجوعه بنصف قيمة العرض. وجه الاتفاقية في الأول أن المقبوض ليس نفس المهر لأن وصف في الذمة بل مثل تقع به المقاصة، فظهر أن الواصل إليه غير ما يستحقه بالطلاق: أعني نصف المهر، ألا يرى أن لها أن تمسك ما أخذته منه وتعطيه غيره إذا طلقها قبل الدخول بعد القبض، وتقرير المصنف ناظر إلى أن الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست إلا معينة، ويدل على أنها ليست عين الواجب كونها لها أن تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق. ووجه قول زفر في ثاني شقي الأول أن الواصل إليه وإن كان نفس الدين لكن وصل إليه بسبب غير الطلاق وهو الإبراء وهو مسبب عن الإبراء وغير مسبب عن الطلاق لما عرف من اختلاف الأسباب يوجب اختلاف المسببات شرعاً. أصله حديث لحم تصدق به على بريرة^(١)، فبواسطة لزوم الاختلاف شرعاً لم يصل إليه عين ما يستحق فصارت كالأولى. وجه الاستحسان

على المدعي دليلين: أحدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال، والثاني قوله ولأن خدمة الزوج الحر، فذكر العبد مرة باعتبار الأول وأخرى باعتبار الثاني (وبخلاف رعي الغنم لأنه من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية) وفي عبارة المصنف تسامح لأنه قال في الدليل: ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال، وكذا المنافع على أصلنا، فإن كان محمد داخلياً في قوله ولنا قوله (ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لأن المسمى مال) يناقض ذلك، وإن لم يكن داخلياً كان المناسب ولهما دفعاً للالتباس. ويمكن أن يجاب عنه بأنه داخل بالنسبة إلى تعليم القرآن فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة إلى الخدمة فقال في الآخر ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لأن المسمى وهو الخدمة مال عند العقد (إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزويج على عبد الغير، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب مهر المثل لأن الخدمة) أي خدمة الحر (ليست بمال إذ لا تستحق فيه) أي لا تستحق الخدمة في النكاح (بحال) ولو كانت مالاً لاستحققت لأنه وجد المقضى وهو العقد

(قوله ويمكن أن يجاب، إلى قوله: ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة الخ) أقول: فكان المناسب حينئذ أن يقول: وكذا المنافع على أصلهما لئلا يلزم الالتباس، ولعل الأولى أن يقال: محمد متفق منهما في سلب المالية عن الخدمة قبل العقد، وإنما ثبتت لها المالية بالعقد وهما لا يثبتان لها المالية بمجرد العقد بل بالتسليم بعده، فإن الضرورة إنما تندفع به فاندفع المناقضة والمخالفة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول: أراد الإتيان (قوله والمعنى الثاني أن قوله إذ لا تستحق فيه بحال لا دلالة له على أن الخدمة ليست بمال الخ) أقول: ولو جعل قوله وهذا إشارة إلى وجه دلالة قوله إذ لا تستحق فيه بحال على عدم المالية لا ندفع ما ذكره، ثم المراد من نفي مالية الخدمة نفي تقومها على ما يدل عليه تشبيهه بتسمية الخمر والخنزير، وقوله لأن تقومه الخ فليتأمل (قال المصنف: وهذا لأن تقومه بالعقد) أقول: أي لأن تقوم المسمى وهو الخدمة (قوله وهذا: أي وجوب مهر المثل) أقول: وعندي هو إشارة إلى وجه دلالة قوله إذ لا تستحق الخ على عدم

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٠٧٥ ح ١٧٢ و١٥٠٤ ح ١٠ والنسائي ١٦٢/٦ - ١٦٣ وأحمد ٤٥/٦ - ٤٦ وابن حبان ٤٢٦٩ كلهم من حديث عائشة في خبر تخيير بريرة وأخره: وكانت يُصدق عليها فقُهي لنا منه فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: كلوا، فإنه عليها صدقة، وهو لكم هدية.

آخر في الذمة لعدم تعيينها (فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء) وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر، لأنه سلم المهر له بالإبراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول. وجه الاستحسان أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر، ولا يبالي بالخلاف السبب عند حصول المقصود (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة. وقالوا: يرجع عليها بنصف ما قبضت) اعتباراً للبعض بالكل، ولأن هبة البعض حط فيلتحق بأصل العقد ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق. والخط لا يلتحق بأصل العقد في

أن المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالإبراء، فحين حصل الطلاق لم يؤثر شيئاً لعدم مصادفته شغل الذمة بالمهر وهو محل أثره لأنه إنما يؤثر في شغل الذمة بالإسقاط، فلو أوجب شيئاً آخر كما قال إنه يرجع عليها بخمسمائة عين لكان ذلك غير موجه في محله وصار كمن عليه الدين المؤجل إذا عجله ثم حل الأجل لا يجب شيء آخر. وإذا تأملت هذا التقرير سقط عندك ما تكلف في دفع لزوم اختلاف المسبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالأعيان لأنها تقبل التغير بتغيير صفاتها، بخلاف الأوصاف كالدين فيما نحن فيه حيث لا يقبل ذلك لاستحالة قيام الصفة بالصفة، وهو دفع فاسد لأن ثبوت التغير شرعاً لا يتوقف على ذلك إنما هو اعتبار شرعي، وقيام الصفة بالصفة بمعنى الاختصاص الناعت ليس محالاً على ما عرف في التحقيقات الكلامية. ثم يمكن حمل قوله في الكتاب أنه وصل إليه عين ما يستحقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر الخ عليه: أي عين ما يستحقه ذاتاً لا من حيث هو بسبب الإبراء، ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقاً فإنه لم يؤثر شيئاً حينئذ. وجه قولهما في قبض النصف إلحاق البعض بالكل وهو قول الشافعي في الأصح: يعني لو قبضت الكل ثم وهبت له يرجع بنصفه، ولا يخفى أن الملازمة تحكم، فإن رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل ولا البعض بل لأنه لم يصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق، وهذا المناط منتف في صورة قبض النصف بناء على أن الطلاق قبل الدخول أعاد نصف الصداق إلى قديم ملك الزوج فيظهر أن الصداق الدين بذلك مشترك بينهما يعني يبين ذلك وإلا فحال الهبة كان كله ملكها ظاهراً، فإذا قبضت النصف انصرف إلى حقها كميل أو موزون بين اثنين وهو في يد أحدهما وقبض صاحبه نصفه كان

الصادر من الأهل المضاف إلى المحل، وانقضى المانع وهو كون المهر غير مال. وذكر بعض الشارحين أن سماعه في هذا المكان بكلمة أو هكذا أو لا تستحق فيه بحال، وهو حسن لمعينين: أحدهما أن يكون كل واحد من قوله لأن الخدمة ليست بمال، وقوله لا تستحق بحال فيه دليل على وجوب مهر المثل، ويكون الأول إشارة إلى قوله: ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال، والثاني إشارة إلى قوله ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاتها بعقد النكاح، والمعنى الثاني أن قوله إذ لا تستحق فيه بحال لا دلالة له

المالية لمكان التناقض (قوله فإذا لم يجب تسليمه في هذا العقد، إلى قوله: ولو قال فإذا لم يجز تسليمه كان أولى) أقول: وإنما قال لم يجب إشارة إلى أنه لو كان مالاً متوقفاً لوجب تسليمه في عقد المعاوضة (قوله كالنقد الخ) أقول: وسائر الموزونات والمكثلات إذا كانتا في الذمة (قوله كالمروض والحنطة) أقول: إذا أشير إليهما حيث جعلاً مهراً (قوله إما أن يكون الصداق مقبوضاً لها) أقول: كلا أو بعضاً (قوله وهو ألف درهم) أقول: يعني مثلاً (قال المصنف: لأنه لم يصل إليه بالهبة عين ما يستوجب) أقول: لأن ما قبضته ليس عين ما جعل مهراً فإنه وصف في الذمة ومقبوضها عين (قوله لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهراً بالطلاق قبل الدخول فإنه ينصف الصداق بالنص) أقول: قوله بالطلاق متعلق بقوله يستوجب، وضمير فإنه راجع إلى الطلاق (قوله لأن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ الخ) أقول: وبالله أستعين لا شك أن التي وهبتها هي التي قبضتها، ألا يرى أنها لو وهبتها للأجنبي فما دامت عنها باقية ولم يعرض عنها لها الرجوع، فلو لم تكن متعينة في الهبة لم يكن الأمر كذلك لكن الألف التي قبضتها ليست عين ما جعل مهراً لكونه وصفاً في الذمة، والألف التي قبضتها عين فليتأمل، فإنه يمكن توجيه كلام الشارح بما قلناه أيضاً، ويؤيد ذلك ما ذكره في شرح قول المصنف ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر فتدبر، ثم اعلم أن قوله بالهبة متعلق بقوله لم يصل (قوله ووجه ذلك أن الخط، إلى قوله: يحتاج إلى دفع الغبن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الحط والنكاح ليس كذلك الخ) أقول: فيه تأمل، فإنه يجوز أن يكون الخط لكون المسمى زائداً على مهر المثل، والزيادة لكونه ناقصاً عنه، نعم ليس المقصود من عقد النكاح التجارة والاسترباح.

النكاح، ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تنتصف، ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي، فعنده يرجع عليها إلى تمام النصف. وعندهما بنصف المقبوض (ولو كان تزوجها على عرض قبضته أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء) وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره. وجه الاستحسان أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً، وبخلاف ما إذا باعت من زوجها لأنه وصل

المقبوض حقه، فإذا أبرأته بعد ما قبضت النصف من الباقي أو الكل كان الواصل إليه عين ما يستحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه، فظهر أن إلحاقهما البعض بالكل بوصف طردي غير مؤثر، وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب. وقوله (والحط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح) يؤيده أنها لو حطت حتى بقي أقل من عشرة صح ولا تستحق غيره، وتسمية ما دون العشرة في أصل العقد لا تصح، وقيد بالنكاح لأنه يلتحق في البيع بأصل العقد. ووجه الفرق أن البيع عقد مغالبة ومبادلة مال بمال ومراوحة فتقع الحاجة إلى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط لقصد دفعه فالتحق بأصل العقد، ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه. وقوله (ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق) بأصل العقد (حتى لا تنتصف) استيضاح لعدم الالتحاق وهو مشكل، فإن عدم التحاق الزيادة بأصل العقد هو الدافع لقول المانعين لها لو صحت كان ملكه عوضاً عن ملكه، فإذا لم تلتحق بقي إبطالهم ذلك بلا جواب، فالحق أنها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ، وإنما لا تنتصف لأن الانتصاف خاص بالفروض في نفس العقد حقيقة بالنص المقيد بالعادة المنصرف إليها على ما مر، وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل لحقت به، ولأن وجه إلحاقها بالبيع وهو أنه قد يكون خاسراً أو زائداً مضرراً بالمشتري فيرد إلى العدل يجري في النكاح، وخسرانه أنه ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة إليه فإن تزويجها مع نقصها عن مهر مثل أخواتها مثلاً يعقب الندم لها وزيادته تعقب الندم له. وجه قول زفر في العرض المعين وهو أحد قولي الشافعي في الجديد واختاره أكثر أصحابه أن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره من أن السالم بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فترتب على الطلاق مقتضاه، ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه، كما لو تزوج على عبد الغير فأبى سيده. ووجه الاستحسان أن الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك إليه فلم يصادف الطلاق ما كان شاغلاً ذمتها ليؤثر وجوب تفرينها منه عليها على نحو ما سلكت في التقرير السابق، وحمل كلام الكتاب هنا عليه سهل مما تقدم (قوله بخلاف ما إذا كان المقبوض ديناً) أي دراهم وإخوتها فإن

على أن الخدمة ليست بمال إلا بما يفي به من وجود المقتضى وانقضاء المانع، وهو لا يتم لأن للخصم أن يقول لا تسلم أنها لو كانت مالاً لاستحقت فيه، وقوله لأنه وجد المقتضى وانتفع المانع وهو كون المهر غير مال يقول المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضياً إلى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعي بكلمة إذ. ولقائل أن يقول: قوله وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف مستغنى عنه لأنه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث. ويمكن أن يجاب عنه بأنه أعاده تمهيداً لبيان التعليل بقوله (وهذا) أي وجوب مهر المثل (لأن تقوم بالعقد للضرورة) أي لأن تقوم المسمى وهو الخدمة لضرورة حاجة الناس في العقود وهي إنما تندفع بالتسليم إلى المحتاج (فإذا لم يجب تسليمه في هذا العقد) لمكان التناقض (لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للأصل وهو مهر المثل) ولو قال لم يجز تسليمه كان أولى فتأمل. قال (فإن تزوجها على ألف) هذه المسألة تنقسم بالقسمة الأولية على ضمين: إما أن يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو على ما يتعين به كالعروض والحنطة والشعير، ثم كل واحد منهما على وجهين: إما أن يكون الصداق مقبوضاً لها، أو لم يكن، وكل واحد منهما على وجهين: إما أن تهب المرأة الكل أو البعض، فإن تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين وهو ألف درهم فقبضتها ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمسائة درهم لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرأ بالطلاق قبل الدخول فإنه ينصف الصداق بالنص ولم يصل إليه عين ما يستوجب به بالهبة لأن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت هبة، هذه الألف كهية ألف أخرى، وإذا لم يصل إليه

إليه ببذل. ولو تزوجها على حيوان أو عروض في الذمة فكذلك الجواب لأن المقبوض متعين في الرد، وهذا لأن

الواصل إليه حيثئذ ليس عين ما تستحقه لعدم تعيينها، وبخلاف ما إذا باعت من زوجها العرض المذكور فإنه وإن وصل إليه عين ما يستحقه لكنه ببذل والسالم ببذل بمنزلة ذلك البذل نفسه الذي كان في ملكه فكأنه لم يصل إليه شيء، ولو كان العرض أو الحيوان في الذمة فكذلك الجواب: أي لا يرجع عليها بشيء قبضت أو لم تقبض، أما إذا لم تقبض فتقريره ديناً، وأما إن قبضته ثم وهبته فلأن المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لها أن تمسكه وتدفع غيره، بخلاف المقبوض من الدراهم، وإنما وقعت هذه المفارقة لأن الأصل أن لا يثبت العرض في الذمة للجهالة ولذا لا يثبت في المعاضات المحضة كالشراء لكنها تحملت في النكاح لجري التساهل في العوض فيه لأنه غير المقصود منه، فإذا عين بالتسليم يصير كأن العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه إذا استحق كما لو كان معيناً في الابتداء فيعطى حكمه، ويتأتى خلاف زفر في هذه أيضاً لما عرف من أصله وهو اشتراط وصوله إليه من الجهة المستحقة. وما ذكر في الغاية قال زفر في الدراهم والدنانير المعينة لا يرجع عليها بناء على أصله في تعيينها استبعدت صحته عما علم من اشتراطه اتحاد الجهة إلا أن تكون روايتان فيما يتعين. وإذ قد انجز الكلام إلى شيء مما يتعلق بإمهار العرض المعين فهذه فوائده تتعلق به كلها من المبسوط فنقول: لا يثبت فيه خيار الرؤية، فلو تزوجها على شيء بعينه لم تره فأناها به ليس لها رده ويثبت فيه خيار العيب فلها رده إذا كان العيب فاحشاً وهو ما ينقص عن القيمة قدر لا يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف العيب اليسير. أما خيار الرؤية فلعدم الفائدة في إثباته إذ الفائدة في إثباته التمكن من إعادة العوض الذي قوبل بالمسمى كالمرأة في النكاح وهذا يحصل في البيع لأنه يفسخ بالرد، بخلاف النكاح لا يفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولا ترد المرأة بل غاية ما يجب به رد المسمى فيه قيمته والقيمة أيضاً غير مرئية. وأما خيار العيب فلهثبوت فائدته وهي الرجوع بقيمته صحيحاً لأن السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق، فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له صحيحاً، ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم المعين كما التزم فتجب قيمته، كالعبد المغصوب إذا أبى، وعلى هذا الأصل إذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل يجب مثله إن كان مثلياً وإلا فقيمته وكذا لو استحق. هذا إذا كان العيب قائماً وقت العقد، فإن تعيب في يد الزوج قبل التسليم يسيراً فليس لها غيره، وعن زفر لها الخيار، أو فاحشاً فأما بفعل الزوج فلها الخيار أن تضمنه قيمته يوم تزوجها أو تأخذه تضمن الزوج النقصان لأنه أتلّف جزءاً من الصداق، ولو أتلّفه ضمنه، فإذا أتلّف بعضه لزمه قدره. وعن أبي حنيفة: إذا اختارت أخذه لا تضمنه النقصان وأما بأقاة سماوية فلها هذا الخيار غير أنها لا تضمنه النقصان إذا اختارت أخذه. وأما بفعل الصداق نفسه، ففي

عين ما استوجبه كان له الرجوع (وكذا إذا كان المهر مكيلاً أو موزوناً أو شيئاً آخر في الذمة) غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت (فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع أحدهما على الآخر بشيء، وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لأنه سلم له المهر بالإبراء) وما سلم له بالإبراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه (فلا تبرا) المرأة (عما يستحقه) وجه الاستحسان أن ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل إليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الإبراء (ولا يباي بالاختلاف السبب عند حصول المقصود) لأنه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر: لك علي ألف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك، وقال الآخر: الجارية جاريتك ولي عليك ألف درهم لزمه المال لحصول المقصود وإن كذبه في السبب وهو بيع الجارية (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة. وقالوا: يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتباراً للبعث بالكل) فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عندنا عليها بنصف ما قبضت فكذا إذا قبضت

ظاهر الرواية هو كالغيب السماوي لأن فعله بنفسه هدر . وعن أبي حنيفة أنه كتعييب الزوج . وأما بفعلها فتصير قابضة له كله . وأما بفعل أجنبي فيجب ضمانه النقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغيير بين أن تأخذه وتضمن الجاني نقصانه أو تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجاني ، وليس لها أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لأنه لا صنع منه بذلك ، هذا كله إذا دخل بها أو مات عنها ، فإن طلقها قبل الدخول فهو في حق النصف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول ، فلو تعيب في يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول ، ففي السماوي إن شاءت ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضه لتعذر ردها إياه كما قبضته ، وإن شاء أخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان ، والتعيب بفعل الصداق كالسماوي ، وكذا بفعلها لأنه صادف ملكاً لها صحيحاً فلا يوجب ضمان نقصان عليها ، وإذا كان بفعل أجنبي فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لأنه بدل جزء من العين فيمنع تنصيف الأصل بالطلاق ، وإنما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضه . وكذا إذا تعيب بفعل الزوج لأن الزوج بعد تسليمه كالأجنبي في إيجاب الأرض وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق ، فلو كان إنما تعيب في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول كان للزوج أن يأخذ نصف الأصل مع نصف النقصان لأن السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها أو بفعله أو بأمر سماوي لأنه مضمون عليها بالقبض والأوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب ، وإن كان بفعل أجنبي فالأرض كالزيادة المنفصلة وقد ذكرنا حكمها . ووقع في مختصر الحاكم أبي الفضل أن التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء . قال شمس الأئمة في المبسوط : وهو غلط ، بل الصحيح في كل فصل ما ذكرنا ، فلو كان المهر جارية فلم تقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه الزوج لم يثبت نسبه لأن الاستيلاء في ملك المرأة غير صحيح ، إلا أن الحد يسقط عنه للشبهة لأن الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع في يد البائع وعليه العقر ، وهذا العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الأصل لأن المستوفي بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدله ، فإذا طلقها قبل الدخول تنصف

البعض (ولأن هبة البعض) الذي لم يقبضه (حط) والخط يلتحق بأصل العقد فكانه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة (ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج) وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض (قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق) كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الأجل ، وفائدة قوله بلا عوض ستظهر فيما إذا باعت من زوجها ، وقوله (والخط) جواب عن قولهما ولأن هبة البعض حط ووجه ذلك أو الخط إنما يلتحق بأصل العقد إذا كان العقد عقد مغالبة يحتاج إلى دفع العين عن أحد الجانبين بالزيادة أو الخط والنكاح ليس كذلك واستوضح المصنف بقوله (ألا ترى أن الزيادة) يعني أن الخط والزيادة سيان في الالتحاق بأصل العقد ، والزيادة في النكاح لم تلتحق بأصل العقد حتى لا تنصف الزيادة مع الأصل بالاتفاق ، فكذلك الخط (ولو كانت هبة أقل من النصف وقبضت الباقي) مثل ما إذا تزوجها على ألف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي ؛ فعند أبي حنيفة يرجع عليها بثلاثمائة درهم حتى يتم النصف ، وعندهما يرجع عليها بأربعمائة درهم لأن عنده ما سلم الزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكانه تزوجها على ما قبضت فيتصرف المقبوض وهو ثمانمائة (ولو كان تزوجها على عرض فقبضته أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء . وفي القياس وهو قول : زفر يرجع عليها بنصف قيمته لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره) يعني في قوله لأنه سلم له المهر بالإبراء فلا تبرأ عما يستحقه (وجه الاستحسان) ما ذكره (أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه) لأنه يتعين بالتعيين . وقوله (ولهذا) أي ولأن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها (لم يكن لها أن تدفع شيئاً آخر مكانه ، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً) وهي المسئلة الأولى حيث يرجع عليها بالنصف لأن حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعين ، ولهذا لو دفعت مكانه شيئاً آخر جاز (بخلاف ما إذا باعت) يعني الصداق العرض من زوجها (لأنه وصل إليه ببذل) وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر (ولو تزوجها على حيوان) يعني مثل الفرس والحمار ونحوهما لا مطلقه (أو عروض في الذمة) بأن قال علي ثوب هروي بين جنسه ونوعه فإنه حينئذ يجب الوسط مما سمي ويثبت ديناً في الذمة فيشبه النقود (فكذلك

الجهالة تحملت في النكاح فإذا عين فيه يصير كأن التسمية وقعت عليه (وإذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من

الكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية أم ولد للزوج لعدم ثبوت ولدها منه، ولكن يعتق نصف الولد على الزوج لأنه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه للجزية، ويسعى للمرأة في نصف قيمته ولا يصير الزوج ضامناً لأنه ما صنع في الولد شيئاً إنما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لإعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف إلى الزوج ثم يعتق عليه حكماً لملكه. وإن ماتت الجارية عند المرأة أو قتلت ثم طلقها قبل الدخول فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لأنه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له، ولا سبيل للزوج على القاتل لأن فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمه شيئاً. وإذا قد انجرّ الكلام في الزيادة في المهر فليستوفه. وحاصله من المبسوط أن الزيادة قبل قبضة متصلة كالسمن وانجلاء بياض العين ومنفصلة متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة، وذلك كله يسلم لها إذا دخل بها أو مات عنها لأنه يملك بملك الأصل وملك الأصل كان سالماً لها، وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة، فأما إذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة أو متصلة تنصف بالطلاق مع الأصل لأنها في حكم جزء من العين، والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فإن الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض. وأما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تنصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها في قول أبي حنيفة، وفي قولهما تنصف مع الأصل، وكذا لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند أبي حنيفة وعندهما يدور الكسب مع الأصل، وكذا المبيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري، وعندهما هو للبائع. لهما أن الكسب زيادة منفصلة عن الأصل فيكون كالولد فكما لا يسلم لها إذا بطل ملكها عن الأصل فكذلك هذا، وهذا لأن بطلان ملكها عن الأصل لانفساخ السبب فيه، والزيادة إنما تملك بملك الأصل متولدة كانت أو لا، فإذا انفسخ سبب الملك في الأصل لا يبقى سبباً لملك الزيادة. وحقيقة الوجه لأبي حنيفة أن سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الأصل بل ملك الأصل يصير شرطاً، فسبب ملك الأصل مثلاً قبول عقد النكاح، وفي الزيادة الاكتساب للمكتسب وهو إما احتطاب العبد أو إجارته نفسه أو قبوله الهبة، وهذه الأسباب لا تنفسخ بالطلاق غير أن المكتسب إذا لم يكن أهلاً للملك خلفه فيه مولاه بذلك السبب لو صلة الملك بينهما وقت الاكتساب، وبطلان ملكه في الأصل لا يبين أنه لم يخلفه في الملك بذلك السبب، وليس الكسب كالزيادة المتولدة لأن المتولد جزء من الأصل يسري إليه ملك الأصل لا أن يكون مملوكاً بسبب حادث، ألا يرى أن ولد المكاتبه يكون مكاتباً وكسبها لا يكون مكاتباً، وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعاً يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعاً ولا يقابله شيء من الثمن وإن قبض مع الأصل، ولو قبضت الأصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها تنصف الأصل والزيادة لأن حكم التنصف بالطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها، ولو كانت قبضت الأصل قبل حدوث الزيادة فحدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول، فإما أن تكون غير متولدة أو متولدة من

الجواب) يعني إذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها شيء قبضت أو لم تقبض (لأن المقبوض متعين في الرد) يعني أنها لو قبضته تعين عليه رده بعينه، وكل ما كان المقبوض منه متعيناً في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين، فإن كانت الهبة بعد القبض فقد وصل إليه عين حقه لأن اختلاف السبب غير معتبر، وإن كانت قبله فقد وصل إليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر، ولا معتبر باختلاف السبب. وقوله (وهذا لأن الجهالة) إشارة إلى شيئين إلى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين، إلى المقبوض متعين في الرد. وتقريره الجهالة تحملت في النكاح وكل ما تحمل في النكاح لا ينافي النكاح بالجهالة لا تنافي النكاح، فإذا شرط ذلك في العقد صح، ولا بد من تعيين ليتحقق الإيفاء عند الحاجة إليه، فإذا عين بالقبض صار كأن التسمية وقعت عليه، ولو كان كذلك كان متعيناً فكذلك إذا عين بالقبض. وفائدة الأولى صحة العقد وإن كان المسمى مجهولاً ومنع

العين وهي إما منفصلة أو متصلة، فإن كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها ورذت نصف الأصل على الزوج لأن حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالماً لها، وإن لزمها رد الأصل أو بعضه كالبيع إذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الأصل بعيب يبقى الكسب سالماً له، وهذا لقوله ﷺ «الخراج بالضمنان»^(١) وقد كان الصداق في ضمانها فتسلم منفعته والكسب بدل المنفعة، وإن كانت متولدة من العين، فإن كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الأصل بالطلاق وعود الكل إليه إذا جاءت الفرقة من قبلها، وإنما للزوج في الطلاق نصف قيمة الأصل، وفي رذتها جميع قيمته يوم دفع إليها في ظاهر المذهب، وعلى قول زفر يتنصف لأصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل إلى الزوج إذا جاءت الفرقة من قبلها لأن بقبضها لا يتأكد ملكها ما لم يدخل بها، بل توهم عود النصف إلى الزوج بالطلاق أو الكل إذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسري ذلك الحق إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسداً إذا قبضها المشتري وازدادت زيادة منفصلة فإن البائع يستردّها بزيادتها. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف تفصيلاً قال في الطلاق: يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الأصل، وعند رذتها يسترد منها الأصل مع الزيادة لأن الرذة تفسخ السبب من الأصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد بفساد البيع، وفيه يثبت الرد في الأصل والزيادة، أما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الأصل، فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده، ويتعذر نصف الزيادة بتعذر نصف الأصل. وجه ظاهر الرواية أنها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها، والتنصيف عند الطلاق إنما يثبت في المفروض في العقد، وليست الزيادة مسماة فيه ولا حكماً إذ لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصفها وهي جزء من العين فيتعذر تنصفها تعذر تنصف العين كالزيادة المنفصلة في المبيع تمنع رد الأصل بالعيب إذا كانت حادثة بعد القبض، وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فإنها لا تمنع الواهب من الرجوع في الأصل لأن الهبة عقد تبرع، فإذا رجع في الأصل بقيت

وجوب مهر المثل، وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشيء إن وهبته له وعدم ولاية الاستبدال إن لم تهب وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير، قال (وإذا تزوّجها على ألف أن لا يخرجها من البلدة) قد تقدم أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فإذا تزوّج امرأة على ألف على أن لا يخرجها من البلدة (أو على أن لا يزوّج عليها) أو على أن يطلق فلانة فالنكاح صحيح وإن كان

(١) حسن لشواهده أخرجه أبو داود ٣٥١٠ وابن ماجه ٢٢٤٣ وابن حبان ٤٩٢٧ وابن الجارود ٦٢٦ والطحاوي ٢٠٨/٢ كلهم من طريق مسلم بن خالد الزنجي عن هشام عن عروة عن عائشة: أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ فردّه عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمنان».

وفيه الزنجي وهو صدوق، وفقهه إلا أنه سيء الحفظ كثير الوهم كما في التقريب لكن صححه الحكم، وأقره الذهبي، وابن القطان كما في الحبير وأخرجه البيهقي ٣٢٢/٥ من طريق عمر بن علي المقدمي عن هشام به فهذه متابعة لكن المقدمي مدلس وقد عنعنه فلعله سمعه من الزنجي وانظر تلخيص الحبير ٢٢/٣.

وله طريق آخر ترويع فيه الزنجي وهشام فقد أخرجه أبو داود ٣٥٠٨ و٣٠٥٩ والترمذي ١٢٨٥ والنسائي ٢٥٤/٧، و٢٥٥ وابن ماجه ٢٢٤٢ وابن الجارود ٦٢٧ والدارقطني ٥٣/٣ والحاكم ١٥/٢ والبيهقي ٣٢١/٥ وابن حبان ٩٢٨ والطحاوي ٢١/٤ والبخاري ٢١١٩ والشافعي ١٤٣/٢ - ١٤٤ وابن الجعد ٢٩١٢ و٢٩١٣ والطبراني ١٤٦٤ وأحمد ٤٩/٦ - ٢٠٨ ١٦١ - ٢٣٧ من عدة طرق كلهم من حديث مَخْلَد بن خُفّاف قال: كانت بيني وبين شركاء لي عبد... فذكره بنحوه.

ومخلد قال عنه في التقريب: مقبول. وباقي رجاله ثقات. وقد وثقه، ابن حبان وابن وضاح. فالحديث بمجموع طريقه حسن صحيح وقد تلقاه العلماء القبول.

فائدة: قال البخاري في شرح السنة ١٦٣/٨ - ١٦٤: المراد بالخراج: الدخل، والمنفعة، ومعنى الحديث: أن من اشترى شيئاً، فاستغله بأن كان عبداً، فأخذ كسبه، أو داراً فسكنها، أو أجرها، فأخذ غلّتها، أو دابة، فركبها، أو أكرها، فأخذ الكراء، فله أن يردّها إلى بائعها وإن وجد بها عيباً قديماً، وتكون الغلة للمشتري لأن المبيع كان مضموناً عليه.

قوله: الخراج بالضمنان أي: ملك الخراج بضمنان الأصل اهـ.

البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى، فإن وفى بالشرط فلها المسمى) لأنه صلح مهرها وقد تم رضاها به (وإن تزوج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها) لأنه سمي مالها فيه نفع، فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهداية مع الألف (ولو تزوجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها، فإن أقام بها فلها الألف، وإن أخرجها فلها مهر المثل لا يزداد على الألفين ولا ينقص عن الألف، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: الشرطان جميعاً جائزان) حتى كان لها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها وقال زفر: الشرطان جميعاً فاسدان، ويكون لها مهر

الزيادة للموهوب له بغير عوض، وقد كان الأصل سالمًا له بغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة أيضاً بغير عوض. فأما البيع والنكاح فمعاوضة، فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا الرد في الأصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض وهي جزء من الأصل، ولا يجوز أن يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة، وإذا تعذر تنصف الأصل وجب عليها نصف قيمته للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه. ولما كان الصداق إنما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض، وإن كانت متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. هذا والزيادة المنفصلة سواء إنما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضه، وعند محمد وزفر: يتنصف الأصل بزيادته لأن النكاح عقد معاوضة، والزيادة المتصلة لا عبء بها في عقود المعاوضات، كما لو اشترى جارية بعيد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري يعيب فإنه يسترد الجارية بزيادتها، بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة، وهذا لأن المتصلة كزيادة السعر، ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها لزيادة السعر فكذا في الصداق، بخلاف الموهوبة فإن الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لأن الهبة ليست بعقد ضمان، فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى يسري إلى الزيادة، وإذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الأصل لأنه لا ينفصل عنها، بخلاف قبضها الصداق فإنه قبض ضمان لحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج في الأصل فيسري إلى الزيادة كالبيع. ولهما أن هذه الزيادة حدثت في ملك صحيح لها فتكون سالمة لها بكل حال كالمنفصلة، وإذا تعذر تنصف الزيادة تعذر تنصف الأصل لما قال محمد، والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من وجه لأنها تملكه لا عوضاً عن مال، والمتصلة في الصلات تمنع رد الأصل كالموهوب، وتأثير المتصلة في الصلات أكثر من المنفصلة حتى أن المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمنفصلة تمنع، ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الأصل فالمتصلة أولى أن تمنع. فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد من الأصل كالمنفصلة، وما ذكر في المأذون فهو قول محمد، وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالمنفصلة، وأما إذا كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول فإنه يتنصف الأصل مع الزيادة لأن بالطلاق صار رد الأصل مستحقاً عليها فيسري ذلك إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسداً ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة، بخلاف ما قبل الطلاق (قوله وإذا تزوجها الخ) للمسئلة صورتان: الأولى أن يسمي لها مهرًا ويشترط لها معه مالها فيه نفع كأن لا يخرجها من البلد أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو يطلق ضررتها. والثانية أن يسمي لها مهرًا على تقدير وآخر على تقدير آخر، أما الأولى فحكمها ظاهر في الكتاب وهو أنه إن وفى لها فليس لها إلا

شرط عدم الزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرّة فاسد لأن فيه المنع عن الأمر المشروع (فإن وفى بالشرط فلها المسمى) لأنه سمي ما صلح مهرها وقد تم رضاها به) وإن لم يوف به فلها مهر مثلها، وصورة المسئلة فيما إذا كان مهر المثل أكثر من الألف (لأنه سمي ما لها فيه نفع) حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل (فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة) بأن شرط مع الألف أن يكرمها ولا يكلفها الأعمال الشاقة وما تنعب به، وكما لو سمي الهدية مع الألف بأن يرسل إليها مع الألف الثياب الفاخرة (ولو تزوجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها) صورة المسئلة ظاهرة. ووجه قول زفر أنه ذكر

(قوله لأنه سمي مالها فيه نفع) أقول: هذا تعليل لقوله فلها مهر مثلها.

مثلاً لا ينقص من ألف ولا يزداد على ألفين وأصل المسألة في الإجازات في قوله: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدا فلك نصف درهم، وسنينها فيه إن شاء الله (ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد فإذا أحدهما أو كس

المسمى وإلا فلها مهر مثلها، فإن كان مهر مثلها قدر المسمى أو أقل لا تستحق شيئاً آخر. وقال زفر: إن كان ما ضم إلى المسمى مالاً كالهدي ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته وإلا فليس لها إلا الألف لأن المال يتقوّم بالإنلاف، فكذا بمنع التسليم إذا شرط لها في العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لا يتقوّم فلا يلزم. وقال الإمام أحمد: إذ فات ثبت لها الخيار في الفسخ لأنها لم تتزوج إلا على ملك المرغوب فيه فصار كما إذا باع عبداً على أنه خباز أو كاتب وهو بخلافه، ولقوله عليه السلام «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»^(١) وجواب زفر أن إيجاب التسليم ليس للتقوّم في المضموم بل لعدم رضاها بالألف إلا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيه مهر المثل. وجواب الثاني أن ذلك في الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(٢) وهذه الشروط تمنع التزوج والتسري لو وجب الجرى على موجبها فكانت باطلة فلا يؤثر عدمها في خيار الفسخ، بل إن وفي تمت التسمية لرضاها بها وإلا لا تتم لعدم الرضا، وفساد العقد ليس لازماً لعدم تمام التسمية ولا لعدمها رأساً إذ ليس ذكرها من الأركان ولا الشروط، بخلاف البيع. فإن قيل: ما استدللتم به لا يمس محل النزاع لأن مقتضى الشرط المذكور أن لا يتزوج ما دامت تحته مختاراً لعدم دخول خيار الفسخ في يديها وأين عدم التزوج مختاراً لأمر من تحريره شرعاً؟ فالجواب أن الشرط المحرم للحلال بعد ما حكم بكونه باطلاً لا يتصور إلا على إرادة كونه شرط ترك الحلال أو فعل الحرام، إذ لو أحل حقيقة بأن ثبت به حكم الحل شرعاً لم يكن باطلاً، وإذا عارضه وجب حمل الأحقية المذكورة فيما روى على ما من الحق في نفسه وهو المراد به ضد الباطل وهو أعم من الوجوب صادق عليه وعلى الجائز والمندوب لا ما يخص الواجب عيناً. بقي أن يقال: إذا ظهر عدم رضاها بالألف لم يلزم كونه نكاحاً بلا تسمية ولا نظيره للقطع بأنها ليست مفوضة، بل إنما

بمقابلة شيء واحد هو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما الألف والألفان فتفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل. ولهما أن ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعاً. ولأبي حنيفة أن الشرط الأول قد صح لعدم الجهالة فيه. فيتعلق العقد به، ثم لم يصح الشرط الثاني لأن الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا تزوجها على ألفين إن كانت جميلة وعلى ألف إن كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعاً بالاتفاق والمسئلة في فتاوى اللؤلؤجي وغيره. وأجيب بأن في الأولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية لأنها لا تدري أن الزوج يخرجها أولاً، وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٢١ و٥١٥١ ومسلم ١٤١٨ وأبو داود ٢١٣٩ والترمذي ١١٢٧ والنسائي ٩٢/٦ والدارمي ٢١٢٣ وابن ماجه ١٩٥٤ وابن حبان ٤٠٩٢ وعبد الرزاق ١٠٦١٣ وأبو يعلى ١٧٥٤ والطبراني ٧٥٣/١٧ و٧٥٨-٧٥٩ والبيهقي ٢٤٨/٧ والبخاري ٢٢٧٠ وأحمد ١٥٠/٤ - ١٤٤ - ١٥٢ من عدة طرق كلهم عن أبي الخير عن عتبة بن عامر مرفوعاً ولفظ البخاري: أحق ما أوفيت من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج.

(٢) جيد. أخرجه الترمذي ١٣٥٢ وابن ماجه ٢٣٥٣ والبيهقي ٧٩/٦ وابن عدي في الكامل ٦١/٦ والدارقطني ٧٢/٣ كلهم من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً. والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً.

هذا لفظ الترمذي. واقتصر ابن ماجه على شرطه الأول في حين اقتصر ابن عدي على شرطه الأخير.

وأما المصنف ابن الهمام فقدم في آخره وآخر كما ترى.

قال الترمذي: حسن صحيح.

مع أن مداره على كثير المزني.

قال عنه في التريب: ضعيف عند الأكثر لكن البخاري ومن تبعه كالترمذي وابن خزيمة يقوون أمره.

أما الذهبي فذكره في الميزان بهذا الحديث وجره وقال: صحيح الترمذي حديثه هذا فلماذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذي. لكن له شاهد أخرجه ابن عدي في الكامل ٤٢/٦ من حديث رافع بن خديج وإسناده ضعيف لضعف جبارة بن مغلس وللحديث شواهد يرقى بها إلى درجة الحسن

إن شاء الله.

وستأتي في البيوع.

رضيت بتسمية صحيحة معينة، وقد قالوا: إذا سمي للبكر عند استئذانها مهرأ فسكتت لا يكون رضا حتى يكون المهر وافراً ولا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهي مصرحة بنفيه، وكون مهر مثلها أصلاً لا يستلزم صحة النكاح به ما لم تكن مفوضة أو تصرح بالرضا به وإلا فقد لا ترضى بمهر المثل تسمية فلا ينفذ النكاح عليها به فيجب أن تختار، كما إذا زوّجت نفسها من غير كفاء فإنه يتعقد ثم يثبت للولي خيار الفسخ، وأما ما ذكر من حمل لفظ أحق في الحديث على ما ذكر فلا موجب لأن ذلك الموجب وهو تحريم الحلال منتف لأن لا يحرم التسري بهذا الشرط بل هو امتنع منه بالتزامه مختاراً لأحب الأمرين إليه وهو صحبة الزوجة، ولهذا لو تسرى لا نقول فعل محرماً وهو أدنى من امتناعه عن بعض المباحات بحلفه لا يفعله. وأما الثانية فكان يتزوجها على ألف بأن أقام بها أو على أن لا يتسرى أو على أن يطلق ضررتها أو إن كانت مولاة أو إن كانت أعجمية أو ثيباً على ألفين إن كان أضدادها فإن وفي بالأول أو كانت أعجمية ونحوه فلها الألف وإلا فمهر المثل لا يزداد على ألفين ولا ينقص عن ألف عند أبي حنيفة، وكذا إن قدم شرط الألفين يصح المذكور عنده حتى لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى أولاً بناء على أنه لا خطر فيها وكذا في المسئلة الأولى لأن بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط، وقالوا: الشرطان جائزان فلها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها. وقال زفر: الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص عن الألف ولا يزداد على الألفين. وجه قول أبي حنيفة إنه لا خطر في التسمية الأولى بل هي منجزة بخلاف الثانية فهي معلقة، فإذا وجد شرطها بأن أخرجها مثلاً ثبت لها ذلك المسمى، وقد كان ذلك المسمى الأول ثابتاً لأن المنجز لا يعدم وجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة. ووجه قولهما أنهما معلقان فلا يوجد في كل تقدير سوى مسمى واحد. ووجه قول زفر إنه لا تعليق أصلاً بل هما منجزان لأن ما يضم مع المال إنما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتمعا ففسدا للجهالة، وأصلها في الإجازات وستزداد هناك وضوحاً إن شاء الله تعالى. واعلم أنه نقل عن الدبوسي: لو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وألفين إن كانت جميلة يصحان بالاتفاق لأنه لا خطر في التسمية الثانية لأن أحد الوصفين ثابت في نفس الأمر جزماً، غير أن الزوج بجهالة وجهاته لا توجب خطراً بالنسبة إلى الوقوع وعدمه. واستشكل بأن مقتضاه ثبوت صحتهما اتفاقاً فيما إذا تزوجها بألف إن كانت مولاة أو ليست له امرأة وبألفين إن كانت حرة الأصل أو له امرأة أخرى لكن الخلاف منقول فيهما، والأولى أن تجعل مسألة القبيحة والجميلة على الخلاف، فقد نص في نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيهما. واعلم أنه لو كان تزوجها على ألف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد، بخلاف ما تقدم من كذا وأن يطلق فلانة فإنه ما لم يطلقها لم تطلق. وفي المبسوط: لو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ترد عليه عبداً فقد بذلت البضع والعبد والزوج بدل الألف وشرط الطلاق فيقسم الألف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد، فإن كانا سواء كان نصف الألف ثمناً للعبد ونصفها صدقاً لها، وإذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك، وإن دخل بها بنظر، إن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها إلا ذلك، وإن كان أكثر فإن وفي بالشرط فطلق فليس لها إلا الخمسمائة، وإن أبى أن يطلق لم يجبر عليه لأنه شرط الطلاق وإيقاع الطلاق لا يصح التزامه في الذمة فلا يلزمه بالشرط شيء ولها كمال مهر مثلها، ولو كان تزوجها على ألف وطلاق فلانة على أن ترد عليه عبداً وقع الطلاق بنفس العقد والزوج بذل شيئين الألف والطلاق والمرأة البضع والعبد، والشيطان متى قولاً بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخر، فإن كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الألف ونصف الطلاق صدقاً لها، فإذا

لأن المرأة إما جميلة في نفس الأمر وإما قبيحة غير أن الزوج لا يعرفها وجهه بصفته لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعاً. والمصنف لم يذكر وجوه الأقوال وأحالتها على باب الإجارة على أحد الشرطين، ولم يذكر هناك هذه المسئلة وإنما ذكر المسئلة

والآخر أرفع، فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس، وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع، وإن كان بينهما فلها مهر مثلها) وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لها الأوكس في ذلك كله (فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع) لهما أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى، وقد أمكن إيجاب الأوكس إذ الأقل

طلقها قبل الدخول كان لها مائتان وخمسون، والطلاق الواقع على الضرة بائن لأن بمقابلته نصف العبد ونصف البضع وإن لم يكن العوض مشروطاً على المطلقة، وإنما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لأن المجهول إذا ضم إلى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة. ولو استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بخمسائة حصّة العبد وينصف قيمة العبد أيضاً لأن نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق، واستحقاق العبد أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزماً تسليمه فلماذا رجع بقيمة ذلك النصف. وها هنا المسئلة التي تجاذبها بابا الشفعة والنكاح وهي ما إذا تزوّجها على دار على أن ترد عليه ألفاً تقسم الدار على مهر مثلها وعلى الألف، حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع، وإن تفاوتتا تفاوتوا وهذا بالاتفاق، ثم هل تثبت الشفعة لجار هذه الدار فيها مثلاً؟ عند أبي حنيفة لا، وعندهما نعم اعتباراً لبعض المبيع بالكل، وهو يقول ما ثبت في ضمن شيء يعطى له حكم المتضمن لا حكم نفسه، والبيع ههنا في ضمن النكاح إذ العقد بلفظ النكاح فحكمه حكمه، ولا شفعة في الدار التي يتزوّج عليها فكذا في هذه، ولو اعتبر البيع أصلاً فسد لأنه نكاح في ضمن بيع فيفسد البيع لأنه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطاً فيه. وفي فتاوى الخاصي من علامة النون: رجل تزوّج امرأة ولم يسم لها مهراً على أن تدفع إليه هذا العبد فإنه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لأنها بذلت البضع والعبد بإزاء مهر المثل والبدل ينقسم على قيمة المبدل فما أصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لأنها باعت به شيء مجهول ويصير الباقي مهراً لها. وذكر في علامة الواو قال لامرأة أتزوجك على أن تعطيني عبدك هذا فأجابته بالنكاح جاز بمهر المثل ولا شيء من العبد، أما أنه لا شيء له من العبد فلأن هذا شرط فاسد، وأما جواز النكاح فلأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة اهـ. وهذا اختلاف في القدر الذي يجب لها إذ مقتضى هذا أنه تمام مهر المثل بخلاف الأول (قوله ولو تزوّجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أو على هذه الألف أو هذا العبد أو على ألف أو ألفين (فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما) أو مثله (فلها الأوكس) إلا أن يرضى الزوج بدفع الأرفع فهو لها إلا أن ترضى بالأوكس (وإن كان أكثر من أرفعهما) أو مثله (فلها الأرفع) إلا أن ترضى بالأوكس (وإن كان) مهر مثلها (بينهما) أي فوق الأوكس ودون الأرفع (فلها مهر مثلها، وهذا عند أبي حنيفة وقالوا: لها الأوكس في ذلك كله، فإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع) فلو كان قيمة العبدین سواء صحت التسمية اتفاقاً، وكثير على أن منشأ هذا الخلاف الخلاف في الواجب الأصلي في النكاح، فعنده مهر المثل لأنه أعدل إذ هو قيمة البضع لأنه متقوّم بحالة الدخول، بخلاف المسمى فإنه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل إليه إلا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة بإدخال كلمة أو. وعندهما الواجب الأصلي المسمى فلا يعدل عنه إلى مهر المثل إلا إذا فسدت من كل

الخيطة على ما سيجيء إن شاء الله تعالى (ولو تزوّجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أصل هذا أن الضمان الأصلي أبي حنيفة مهر المثل، وإنما يصار إلى التسمية إذا صحت من كل وجه ولم تصح للجهالة. وعندهما الضمان الأصلي هو المسمى، وإنما يصار إلى مهر المثل إذا فسدت من كل وجه، وههنا ليس كذلك لإمكان العمل بالأوكس لكونه متيقناً كما في الخلع والإعتاق على مال على هذا الوجه فإن الأوكس في ذلك متعين، وما في الكتاب واضح وإنما قال في مهر المثل (إذ هو الأعدل) لأنه لا يقبل

(قال المصنف: ولو تزوّجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أقول: قال الزيلعي: وعلى هذا الخلاف لو تزوّجها على هذا العبد أو على هذا الألف، وكذا لو تزوّجها على ألف أو على ألفين، ومنشأ الخلاف أن البدل الأصلي هو مهر المثل عنده، وإنما يعدل عنه عند صحة التسمية. وعندهما المسمى هو الأصلي، ولا يصار إلى مهر المثل إلا إذا فسدت التسمية من كل وجه ولم يمكن إيجاب المسمى اهـ. وسيصرح المصنف في بيان اختلاف الزوجين في المهر حيث نقل دليل أبي حنيفة ومحمد أن مهر المثل هو الموجب الأصلي في باب النكاح.

متيقن فصار كالخلع والإعتاق على مال. ولأبي حنيفة أن الموجب الأصلي مهر المثل إذ هو الأعدل، والعدل عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والإعتاق على مال لأنه لا موجب له في البذل، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضية بالحط، وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة، والواجب بالطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة (وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه، والزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك وإن شاء أعطاها قيمته) قال

وجه، وهو منتف إذ يمكن إيجاب الأوكس لأنه متيقن قياساً على ما لو خالعهما على هذا العبد أو هذا أو أعتقه على هذا العبد أو هذا فإنه يجب الأوكس فيهما اتفاقاً، وهذا إن كان منقولاً عنهم فلا كلام فيه، وإن كان تخريجاً فليس بلازم لجواز أن يتفقوا على أن الأصل مهر المثل، ثم يختلفوا في فساد التسمية في هذه المسئلة، فعنده فسدت الإدخال أو فصير إلى مهر المثل، وعندهما لم تفسد لأن المتردد بينهما لما تفاوتوا ورضيت هي بأيهما كان فقد رضية بالأوكس فتعين دون الأرفع إذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالأوكس. وإذا تعين مالها لم يصير إلى مهر المثل لأن المصير إليه حكم عقد لا تسمية فيه صحيحة، وصار كالخلع على ألف أو ألفين والإعتاق بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو هذا وقبل فإنه يجب الأوكس فيهما. وهو يفرق بأن تعين الأوكس في هاتين ضرورة أن لا موجب فيهما في حق البذل، وإنما يجب فيهما بالتسمية وأن لا يلغو كلامهما بالكلية، ولا ضرورة هنا لأن للنكاح موجباً أصلياً، فإذا لم يتعين أحد ما ردّد فيه لا يلزم الإلغاء إذ يصاب بتصحيحه بمهر المثل، وهذا بخلاف ما لو خيرها بأن قال على أنها بالخيار تأخذ أيهما شئت أو على أنني بالخيار أعطيك أيهما شئت فإنه يصح كذلك اتفاقاً لانتفاء المنازعة أما ما نحن فيه فلا لأنها لو أرادت أخذ الأرفع فامتنع تحققت المنازعة إذ ليس الرجوع إلى قول أحدهما بأولى من الآخر، بخلاف التخيير إذ من له الخيار يستبد بالتعيين وصار كبيع أحد العبدین لا يجوز، ولو سمى لكل ثمناً وجعل خيار التعيين لأحدهما جاز، وبخلاف ما لو أقر له بألف أو ألفين حيث يتعين له الألف لأنه لم يوقع ذلك في إنشاء معاوضة، بل ذكر أن ذمته مشغولة بأحد المالين والأصل براءة الذمة وهو في شك في اشتغالها بالألفين لم يجز بهما فلا يلزمانه، بخلاف الألف فإنه لم يشك فيها، ولو تزوجها على ألف حالة أو مؤجلة إلى سنة ومهر مثلها ألف أو أكثر فلها الحالة وإلا فالمؤجلة وعندهما لها المؤجلة لأنها أقل ولو على ألف حالة أو ألفين إلى سنة ومهر مثلها كالأكثر فالخيار لها، وإن كان كالأقل فله، وإن كان بينهما يجب مهر المثل، وعندهما الخيار له لوجوب الأقل عليه (قوله والواجب في الطلاق قبل الدخول الخ) وعلى هذا لو كانت المتعة زائدة على نصف الأوكس تحكم صرح به في الدراية فالمحكم في الطلاق قبل الدخول في التحقيق ليس إلا متعة مثلها (قوله وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ) المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان، فإذا كان عرضاً أو حيواناً فإما معين كهذا العبد أو الفرس أو الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها إن كان مملوكاً له، وكذا لو لم يكن مشاراً إليه إلا أنه أضافه إلى نفسه كعبيدي وإلا فلها أن تأخذه بشرائه لها، فإن عجز عن شرائه لزمه قيمته. ولو استحق نصف الدار

الزيادة والنقصان لأنه قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا تقبل الزيادة النقصان، بخلاف التسمية لأنها تقبلهما. وقوله (إلا مهر المثل) جواب عما يقال إذا كان مهر المثل هو الأعدل كان المصير إليه واجباً في الأحوال الثلاث. ووجهه أنه كذلك إلا أن مهر المثل (إذا كان أكثر من الأربع فالمرأة رضية بالحط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة) فعملنا برضاها. وقوله (والواجب بالطلاق قبل الدخول) جواب عما يقال إذا كان كذلك كان الواجب أن يجب نصف الأرفع فيما يجب فيه الأرفع مهر لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه أن الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما تكون التسمية فيه فاسدة المتعة (ونصف الأوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة) قال (وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف) صورة

(قوله لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى) أقول: فيه أن التسمية فاسدة، فكيف يجب نصف المسمى؟

رحمه الله: معنى هذه المسألة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف، بأن يتزوجها على فرس أو حمار. أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل.

خيرت في النصف الباقي في يدها، إن شاءت رذته بالعيب الفاحش وهو التشقيص في الأملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار، وإن شاءت أمسكتها ورجعت بقيمة نصفها، ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذي في يدها خاصة، ولو ولدت الأمة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا يكون حاله أعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الأمة إن دخل بها، ولا خيار لها إن كان نقصان الولادة يسيراً، وإن كان فاحشاً فلها إن شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئاً، وإن شاءت أخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لأن نقصان الولادة كالعيب السماوي وقد كان الولد جابراً لذلك النقصان. فإذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره، وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوي بهذه الصفة، ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لأنه أتلف أمانة في يده، فإن كان في قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وإن لم يكن أجاب في كافي الحاكم بأن عليه تمام ذلك. قال شمس الأئمة: وهو غلط، فقد بين في الابتداء أن الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذا لا يضمن ما زاد على قيمته من قدر النقصان، ولكن إن كان يسيراً فلا خيار لها، وإن كان فاحشاً فلها الخيار كما قلنا، ولا إشكال في الثوب المعين في ثبوت الصحة، غير أنه إذا زاد فقال هذا الثوب الهروي^(١) ولم يكن هروياً فليس لها غيره، وعلى قول أبي يوسف لها قيمة ثوب هروي وسط، وعلى قول زفر لها الخيار بين أن تأخذه أو تطلب قيمة الهروي الوسط لأنها وجدته على خلاف شرطه، ولكننا نقول المشار إليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار إليه، وسنقرره إن شاء الله تعالى. وإما غير معين فلا يخلو إما أن يكون مكياً أو موزوناً أو غيرهما، ففي غيرهما إن لم يعين الجنس بأن قال حيوان ثوب دار لم يصح ويجب مهر المثل بالغاً ما بلغ لأن بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لأنه إنما يتحقق في الأفراد المماثلة وذلك باتحاد النوع، بخلاف الحيوان الذي تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذي تحته القطن والكتان والحريز واختلاف الصنعة أيضاً والدار التي تحتها ما يختلف اختلافاً فاحشاً بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة أفحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل أولى. وإن عينه بأن قال عبد أمة فرس حمار بيت صحت التسمية وإن لم يصفه وينصرف إلى بيت وسط من ذلك، وكذا باقيها وهذا في عرفهم، أما البيت في عرفنا فليس خاصاً بما يبيت فيه بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغي أن يجب بتسميته مهر المثل كالدار، وتجبر على قبول قيمته لو أتاها بها، وبقولنا قال مالك وأحمد خلافاً للشافعي. له أن عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع. ولنا أنه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت في ذلك بالذمة أصله إيجاب الشرع مائة من الإبل في الدية وفي الجنين^(٢) غرة عبد أو أمة في الذمة وليس فيها معلوم إلا الوسط من الأسنان الخاصة. وسر هذا الشرع عدم جريان المشاحة في ذلك حيث لم يقابلها مال فلا يفضي جهالة الوصف فيه إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، ألا يرى أن الشرع أوجب مهر المثل مع جهالة وصفه وقدره في بعض الصور بأن لم يكن من أقاربها من تزوج وعلم لها مهر فإنه يحتاج إلى تقويم وتخمين، بل جهالة مهر المثل فوق جهالة

المسئلة أن يقول تزوجتك على حمار أو فرس. قال المصنف (معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف) يريد أنه لم يقل جيد أو وسط أو رديء إلى غير ذلك من أوصافه. ورد بأن الفرس والحمار نوع لا جنس. وأجيب بأنه يجوز أن يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه. ويرد عليه قوله أما إذا لم يسم الجنس بأن تزوج على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل فإنه اسم جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه ولم تصح به التسمية.

(١) ثوب هروي: أي نسبة إلى هراة وهي مدينة عظيمة من مدن خراسان خربها التار أثناء غزوهم لديار الإسلام راجع معجم البلدان لياقوت الحموي ٣٩٦/٥.

(٢) أي دية الجنين غرة، والغرة هي الرقيق عبداً كان، أو أمة. وغرة المال خياره كالفرس ونحوها.

وقال الشافعي: يجب مهر المثل في الوجهين جميعاً، لأن عنده ما لا يصلح ثمناً في البيع لا يصلح مسمى في النكاح إذ كل واحد منهما معاوضة. ولنا أنه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والأقارير، وشرطنا أن يكون المسمى مالاً وسطه معلوم رعاية للجانبين، وذلك عند إعلام الجنس لأنه يشمل على الجيد والردىء والوسط ذو حظ منهما. بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط له لاختلاف معاني الأجناس، وبخلاف البيع لأن مبناه على المضايقة والمماسكة، أما النكاح فمبناه على المسامحة، وإنما يتخير لأن الوسط لا يعرف

العبد لأن جهالته في الصفة وجهالة المثل جهالة جنس فتصحیح التسمية أولى (قوله وشرطنا أن يكون النخ) جواب سؤال تقديره لما شابه النكاح حينئذ الإقرار في كونه التزام مال ابتداء ينبغي أن يصح تسمية حيوان كما يصح الإقرار بشيء ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به مالاً له وسط وطرفان فقال: شرطنا ذلك رعاية لجانب المرأة والزوج، إذ جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفى الجهالة أصلاً، لكن لما لم يكن المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع أنه المورد الشرعي: أعني إيجاب الشرع للوسط في حيوان الزكاة رعاية لجانب الفقراء وأرباب الأموال، وكذا ما ذكرناه من الدية والغرة، ولا يتعدى إلا حكم الأصل، ولو أسقط قوله فجعلناه التزام المال ابتداء واكتفى بالإلحاق بالدية والغرة ومهر المثل استغنى عن هذا السؤال وجوابه (قوله وإنما يتخير الزوج) جواب عن سؤال مقدر أن ما ذكرتم يقتضي وجوب الوسط، والحكم عندكم وجوب أحد الأمرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها. أجاب لما كان الوسط لا يعرف إلا بتقويمه صارت القيمة أصلاً مزاحماً للمسمى كأنها هو فهي أصل من وجه فتجبر على قبول أي أتاها به. وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال: إذا كان الحكم ذلك صار كأنه تزوجها على عبد أو قيمته، وفيه يجب مهر المثل لأن هذا التقرير إنما أفاد أن الأصل العبد عيناً والقيمة مخلص، ألا يرى إلى التشبيه في قولنا كأنها هو. وفي المبسوط بعد أن قال لكون المهر عوضاً راعيناه صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه مالاً يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام. قال: ولهذا لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لأن صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين. هذا وتعتبر القيمة بقدر الغلاء وبالرخص، ويختلف ذلك بحسب الأوقات وهو الصحيح وإنما قدر أبو حنيفة في العبيد السود بأربعين دينار أوفى العبيد البيض بخمسين لما كان في زمانه (قوله وإن تزوجها على ثوب النخ) تقدم الكلام فيه (قوله وكذا إذا بالغ في وصف الثوب) بأن ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من أنها تجبر على أخذ القيمة كما على أخذ الثوب، وجعله ظاهر الرواية احترازاً عما عن أبي حنيفة يجبر الزوج على عين الوسط وهو قول زفر، وعما عن أبي يوسف

والحق أن يقال: أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم. قوله (وقال الشافعي: يجب مهر المثل) واضح. وقوله (ولنا أنه معاوضة مال بغير مال) معناه أن في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة، أما معنى المعاوضة فظاهر، وأما معنى التزام المال ابتداء: يعني بغير عوض فأنه معاوضة مال بغير مال وكان الدية والأقارير حيث يلزم فيهما أيضاً مال من غير أن يكون في مقابلته عوض مالي فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء، وقلنا: لا يفسد بأصل الجهالة في مثله لأن الجهالة في مثله متحملة، كما في الدية فإن الشرع جعل فيها مائة من الإبل غير موصوفة وكما في الأقارير، فإن من أقر لإنسان بشيء صح إقراره وعملنا بمعنى المعاوضة (وشرطنا أن يكون المسمى مالاً) معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب في الزكاة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير (وذلك) إنما يتصور (عند إعلام الجنس لأنه يشمل على الجيد والردىء والوسط ذو حظ منهما، بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط له حينئذ لاختلاف معاني الأجناس) فإنه إذا قال على دابة لم يجد نوعاً يتوسط فيلزمه. قوله (وبخلاف البيع) جواب عن قوله ما لا يصلح ثمناً لا يصلح مسمى في النكاح، ووجهه أن (مبناه على المضايقة والمماسكة) أي المنازعة لأنه معاوضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتداء فيفسد بأصل الجهالة (أما النكاح فمبناه على المسامحة) فلا يفسد

(قوله والحق أن يقال: أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم) أقول: فيه بحث، فإن كلا من العبد والجارية جنس عند الفقهاء وليس نوعاً باصطلاح غيرهم بل أخص منه كما لا يخفى.

إلا بالقيمة فصارت أصلاً في حق الإيفاء والعبد أصل تسمية فيتخير بينهما (وإن تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه) ووجهه أن هذه جهالة الجنس إذ الثياب أجناس، ولو سمي جنساً بأن قال هروي يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا، وكذا إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لأنها ليست من زوال الأمثال، وكذا إذا سمي مكيلاً أو موزوناً وسمى جنسه دون صفته، وإن سمي جنسه وصفته لا يخير لأن الموصوف منهما يثبت في

أنه إن ذكر الأجل مع ذلك تعين الثوب لأن موصوفه إذا كان مؤجلاً يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً في السلم، وإن لم يؤجل تخير الزوج. وعبارته في المبسوط، فإن عين صفة الثوب فعلى قول زفر لا تجبر على القيمة إذا أتاها بها، وعلى قول أبي يوسف إن ذكر الأجل إلى آخر ما ذكرناه، ثم قال: وزفر يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفاً ثبوتاً صحيحاً لأنه بالمبالغة في ذكر صفته يلتحق بذوات الأمثال ولهذا يجوز السلم فيه، واشتراط الأجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب ديناً في الذمة فاستوى ذكر الأجل وعدمه. وأجاب بأن قال: لكننا نقول لو باع عبداً بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز إلا مؤجلاً وإن لم يكن العقد سلباً، فعرفنا أن الثياب لا تثبت ديناً ثبوتاً صحيحاً لا مؤجلاً أه. وظاهره ترجح قول أبي يوسف، وقد يقال: بل حاصل الصورة سلم والعبد رأس ماله والثياب المؤجلة المسلم فيه، ولا يخفى ترجع قول زفر إذ لم يندفع قوله إن اشتراط الأجل ليس من حكم ثبوته في الذمة وهو ظاهر. وأما المكييل والموزون فإن سمي جنسه كعلي أردب^(١) قمح أو شعير دون صفته فكغيره من ثبوته وإيجابها على قبول القيمة وإن وصفه كجيدة خالية من الشعير صعيدية أو بحرية لا يخير الزوج، بل يتعين المسمى لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة صحيحاً حالاً كالقرض ومؤجلاً كما في السلم. وعن أبي حنيفة: لا تجبر على القيمة فيما إذا

بالجهالة ما لم تفحش. وقوله (وإنما يتخير) متعلق بقوله والزوج مخير، ومعناه أن لكل واحد من الوسط والقيمة جهة أصالة، أما القيمة فلأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلاً في حق الإيفاء. وأما الوسط فلأن التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما وتجبر المرأة على القبول بأيهما أتى. وقوله (وإن تزوجها على ثوب غير موصوف) يعني لم يذكر نوعاً منه. وقوله (إذ الثياب أجناس) يعني أنها تكون قطعاً وكتاناً وإبريسماً وغيرها. وقوله (وكذا إذا بالغ في وصف الثوب) معنى المبالغة فيه هو أن يوصله إلى حد يجوز فيه عقد السلم. وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روي عن أبي حنيفة أن الزوج يجبر على تسليم الوسط، وهو قول زفر لأنه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الأمثال ولهذا يجوز فيه السلم. وعن أبي يوسف أنه إن ضرب الأجل يجبر على الدفع وإلا فلا لأنه بضرب الأجل صار نظير السلم. وجه الظاهر ما ذكره أنها ليست من ذوات الأمثال بدليل أن مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبد (وكذا إذا سمي مكيلاً أو موزوناً وسمى جنسه) مثل أن يقول تزوجتك على كر حنطة أو من من زعفران ولم يزد على ذلك كان الزوج مخيراً بين الوسط وقيمه (وإن سمي جنسه وصفته لا يخير) بل يجبر على الوسط (لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً) حالاً أو مؤجلاً ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه. قوله (وإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالتكاح جائز ولها مهر المثل لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد) معناه أن قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبولك الخمر، هذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل به لأن الشرط فيه لا يربو على ترك التسمية أصلاً وذلك لا يفسده فهذا أولى (بخلاف البيع) لأنه يبطل بالشرط الفاسدة لأن الشرط فيه بمعنى الربا وهو يفسده، وفي قوله بخلاف البيع إشارة إلى رد قياس مالك النكاح على البيع فإنه قال تسمية الخمر والخنزير تمنع وجوب عوض آخر، ولا يمكن إيجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عيناً بهما، وقلنا: لما لم تصح التسمية في نفسها لكون المسمى ليس بمال: أي ليس بمال متقوم في حق المسلم لم تمنع وجوب الغير

(قوله وحاصل اختلافهم أن محمداً مع أبي يوسف النخ) أقول: قال العلامة الزيلعي: هذا الكلام لا يكاد يصح أبداً لأن محمداً لم يعلق الحكم بكونه من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم، ولم يعتبر هذه الجهة أصلاً، وإنما اعتبر كون المسمى من جنس المشار إليه أم لا، فإن كان من جنسه يتعلق بالمشار إليه، وإن كان من خلافه يتعلق بالمسمى سواء كان من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم أه. ألا يرى أنه إذا تزوجها على هذه الشاة فإذا هو خنزير، أو هذه الجارية فإذا هو غلام تعتبر التسمية عند محمد لاختلاف الجنس. وإذا تزوجها على هذا الدن

(١) الإزدب: كيل معروف بمصر وهو أربعة وستون مثلاً وذلك أربعة وعشرون صاعاً بصاع النبي ﷺ أه مصباح.

الذمة ثبوتاً صحيحاً (وإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها) لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط، بخلاف البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل (فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة. وقالوا: لها مثل وزنه خلا، وإن تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: تجب القيمة) لأبي يوسف أنه أطمعها مالاً وعجز عن تسليمه فتجب قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمثال كما إذا هلك العبد المسمى قبل التسليم. وأبو حنيفة يقول: اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود وهو التعريف، فكأنه تزوج على خمر أو حر.

لم يسم الصفة أيضاً لأن صحة التسمية إنما توجب الوسط مخيراً بينه وبين القيمة كما في الفرس والعبد لا تعين الوسط (قوله وإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها) وبه قال الثلاثة، وقالوا في رواية عن كل منهم: يفسد النكاح لامتناع العوض إذ المسمى يمنع عوضاً آخر وهو ممتنع التسليم في حق المسلم. قلنا: امتناع التسليم لا يزيد على فساد التسمية، وفسادها لا يزيد على اعتبارها عدماً مع اشتراط قبوله، والنكاح لا يفسد بعدم التسمية ولا بالشرط الفاسد، بخلاف البيع يفسد بالأول لأنه ركنه والثاني لأن الشرط الفاسد يصير ربا لأن الشرط زيادة خالية عن العوض في أحد الجانبين ولا ربا في النكاح (قوله فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر) أو على هذا العبد فإذا هو حر، فعند أبي حنيفة لها مهر مثلها فيهما: وقال أبو يوسف: لها مثل وزن الخمر خلا، وقيمة الحر المشار إليه لو كان عبداً، وقال محمد بقول أبي حنيفة في الحر وبقول أبي يوسف في الخمر. وذكر الحاكم أن قول أبي يوسف الأول في الحر كقولهما. وظاهر كلام الهداية في التعليقات مقتضى

فوجب مهر المثل، قال (فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل) صورة المسئلة ظاهرة. وحاصل اختلافهم أن محمداً مع أبي يوسف في ذوات الأمثال في أن الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل، ومع أبي حنيفة في ذوات القيم في إيجاب مهر المثل دون القيمة. ثم الأصل أن المعتبر هو الإشارة عند أبي حنيفة في الفصول كلها، والتسمية عند أبي يوسف في الفصول كلها والأشارة في الجنس الواحد، والتسمية في الجنسين عند محمد، والمصنف قدم دليل أبي يوسف وهو ظاهر، ثم ذكر دليل أبي حنيفة وقال فيه (لكونها) يعني الإشارة (أبلغ في المقصود وهو التعريف) لأن الإشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء، ويحصل بها كمال التمييز لأن الإشارة إلى الشيء واردة غير ممتنعة، وأما التسمية فمن باب استعمال اللفظ، ويجوز إطلاق اللفظ وإرادة غير ما وضع له وآخر دليل محمد وكأنه أشار إلى اختيار مذهبه، ودليله موقوف على تقديم مقدمتين: إحداهما أن المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هي وبالذات موجود في الخارج يصح أن يكون مشاراً إليه إشارة حسية. والثانية أن المراد بالجنس ما يكون

من الخل فإذا هو متنحس يعتبر الإشارة ويوجب مهر المثل لاتحاد الجنس، وإن أردت زيادة التفصيل انظر إلى الكافي والزليعي (قوله ويجوز إطلاق اللفظ وإرادة غير ما وضع له) أقول: فإن من قال هذه الكلية طالق لا امرأته، أو هذا الحمار حر لعبد يقع الطلاق والعناق، وإطلاق الكلية والحمار تنجز (قوله إحداهما أن المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هي) أقول: أي بلا اعتبار الوجود الخارجي لا بلا اعتبار صفة مطلقاً، فلا ينافي كلامه هنا لما سيذكره في كتاب البيع، ويدل على ما ذكرنا قوله بعد أسطر وإنما يدل على صفة فتمثل (قوله وبالذات الخ) أقول: في قوله والإشارة تعرف الذات لا في قوله موجود في المشار ذاتاً، فإن لفظ الذات فيه بمعنى نفس الحقيقة من حيث هي بدون الصفة (قوله فيكون التفاوت يسيراً كالعبد والحر والميتة والذكية والذكر والأنثى في غير الإنسان) أقول: والمالية في العبد وحل الانتفاع في الذكية من الأحكام دون الأوصاف، إلا أن في الذكر والأنثى كلاماً لا يخفى (قوله والمعنى كالإسكار الخ) أقول: عطف على الصفة (قوله والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق) أقول أي في استحقاق الإرادة (قوله لأنه هو المشار إليه الخ) أقول: لم يظهر مما ذكره وجه ترجيح جانب الإشارة على جانب التسمية، فإن دلالة التسمية على ذات موصوفة بصفة، كما أن المشار إليه ذات موصوفة بصفة (قوله لولا الصفة) أقول: التي في المشار إليه (قوله ولم تعتبر الصفة) أقول: التي تدل عليها التسمية (قوله تعرف الماهية) أقول: التي هي الأصل (قوله فإن صفة كونه عبداً إذا ارتفعت عاد حراً لعدم الوساطة) أقول: فيه بحث لجواز أن يكون جارية، كما يجوز أن تكون عبداً إذا ارتفع كونها جارية، ويجوز أن يجاب عنه بأن يقال: المراد ارتفاع الصفة فقط مع بقاء الذات والموصوف، وهو في العبد هو الإنسان الذكر وفي الميتة هي الشاة، وكذا في الذكر والأنثى منها، وفي الخل ماء العنب، وفي الجارية هو الإنسان الأنثى فليتأمل (قال المصنف: لأبي يوسف أنه أطمعها مالاً وعجز عن تسليمه

ومحمد يقول: الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً، والوصف يتبعه وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لأن المسمى مثل للمشار إليه وليس يتابع له،

افتراقهم في مباني الخلاف لأنه خصص أبا يوسف بما حاصله أنه سمي لها مالا وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلى، والعبد قيمى والخمر مثلى. ثم قال وأبو حنيفة يقول: لما اجتمعت الخ والتحقق أنه لا خلاف بينهم فيه ففي الإيضاح: لا خلاف بينهم أن المعتبر المشار إليه إن كان المسمى من جنسه وإن كان من خلاف جنسه فالمسمى. وفي إشارات الأسرار قال: هذا الخلاف ينشأ من أصل مجمع عليه إلى آخر معنى ما ذكرنا وما نذكر، ولأن هذا الأصل متفق عليه في البيوع والإجازات وسائر العقود. وتفصيله من الكافي قال: هذه المسائل مبنية على أصل، وهو أن الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا والمشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لأنها تعرّف الماهية والإشارة تعرّف الصورة فكان اعتبار التسمية أولى لأن المعاني أحق بالاعتبار. وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنها اختلفا وصفاً فالعبرة للإشارة لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً، والوصف يتبعه: أي يتبع الذات، ألا ترى أن من اشترى فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس، ولو اشتراه على أنه أحمر فإذا هو أخضر ينعقد لاتحاده، والشأن في التخيير على هذا الأصل، فأبو يوسف يقول: الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لأن أحدهما مال متقوم يصلح صداقاً والآخر لا، فالحكم حينئذ بالمسمى وكأن الإشارة تبين وصفه كأنه قال: عبد كهذا الحر وخل كهذا الخمر. ومحمد يقول: العبد مع الحر جنس واحد، إذ معنى الذات لا يفرق فيهما، فإن منفعتهما تحصل على نمط واحد، فإذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنساً واحداً، فالعبرة للإشارة والمشار إليه لا يصلح مهراً فوجب مهر المثل، أما الخل مع الخمر فجنسان، إذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل، فالحكم فيه كما قال أبو يوسف. وأبو حنيفة يقول: لا تأخذ الذاتان حكم الجنسين إلا بتبدل الصورة والمعنى، لأن كل موجود من الحوادث موجود بها، وصورة الخل والخمر والحر والعبد واحدة فاتحد الجنس، فالعبرة للإشارة فيهما والمشار إليه غير صالح فوجب مهر المثل اهـ. وغاية الأمر أن يكون سمي الخمر خلّاً والحر عبداً تجوّزا، وذلك لا يمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لأمرائه هذه الكلية طالق ولعبد هذا الحمار حر تطلق ويعتق، فظهر أن لا اختلاف بينهم في الأصل بل في اختلاف الجنس واتحاده، فلزم أن ما ذكر في بعض شروح الفقه من أن الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالأحكام إنما هو على قول أبي يوسف، وعند محمد المختلفين بالمقاصد، وعند أبي حنيفة هو المقول على متحدتي الصورة والمعنى. ثم لا

الفاصل بين أحاده أمراً واحداً فيكون التفاوت يسيراً كالعبد والحر والميتة والمذكاة، والذكر والأنثى في غير الإنسان، وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما أكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة، فإذا ظهر هذا فإذا اجتمعت التسمية والإشارة في العقد، فإن كان المسمى والمشار إليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار إليه لأن التسمية هناك

فتجب القيمة أقول: قال ابن الهمام: ظاهر كلام الهداية في التعليقات يقتضي افتراقهم في مباني الخلاف لأنه خصص أبا يوسف بما حاصله سمي لها مالا وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلى والعبد قيمى والخل مثلى. ثم قال: وأبو حنيفة رحمه الله يقول: لما اجتمعت الخ، والتحقق أنه لا خلاف بينهم فيه اهـ. أضاف المصنف في كتاب البيع هذا الأصل إلى محمد واستدل به على مسئلة وفاقية، فالإضافة إليه تدل على للتخصيص، والاستدلال على الوفاقية يدل على الاتفاق، والظاهر هو الثاني، والتخصيص يجوز أن يكون للتخريج فليتأمل (قال المصنف: ومحمد يقول الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه) أقول: هذا الأصل متفق مجمع عليه لكن أبا يوسف يقول: العبد المسمى والخل المسمى مال صالح لجعله مهراً والحر والخمر لا يصلحان فكانا جنسين في المهر. وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الذات والمعنيان الخلية والخمرية والرقية والحرية يتصور إثباتهما لذات واحدة على التعاقب، فلم يتصور اختلاف الجنس باختلاف المعنيين، وباقي التفصيل في شرح الكافي، فعلى هذا إذا تزوجها على هذه الجارية فإذا هي غلام ينبغي أن تعتبر التسمية عند أبي حنيفة لاختلاف الجنس عنده أيضاً كما سيجيء في البيع، بخلاف تقرير المصنف فعليك بالتأمل والتبع (قوله وجب تمام مهر المثل عنده الخ) أقول: وكذا عند أبي حنيفة فلا وجه للتخصيص ظاهراً (قوله يجب العبد وتمام مهر المثل) أقول: لاتعدم رضاها بالباقي.

والتسمية أبلغ في التعريف من حيث أنها تعرف الماهية، والإشارة تعرف الذات؛ ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا يتعقد العقد لاختلاف الجنس، ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر يتعقد العقد لاتحاد الجنس. وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع، والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد (فإن تزوجها على هذين العبدین فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند

يخفى أن اللائق كون الجواب على قول أبي يوسف وجوب القيمة أو عبد وسط لأن إلغاء الإشارة واعتبار المسمى يوجب كون الحاصل أنه تزوجها على عبد وحكمه ما قلنا، ولو تزوجها على عكس ما ذكرنا: أي على هذا الدن من الخمر فإذا هو خل، أو على هذا الحر فإذا هو عبد، أو على على هذه الميتة فإذا هي ذكية، فلها المشار إليه في الأصح عند أبي حنيفة، وإن روى عنه مهر المثل وقد مر على أصله. وبالأصح عن أبي حنيفة قال أبو يوسف: فأوجب الذكية وما معها، وأوجب محمد الذكاة ومهر المثل في الخمر فمر على أصله، وأبو يوسف خالف أصله واعتذر عنه بأنه جمع بين الإشارة والتسمية، وصحت إحداها وبطلت الأخرى، فاعتبرت الصحة وصارت الأخرى كأن لم تكن. وكذا خالف أبو حنيفة الأصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل. ووجه بأنه يقول الموجب الأصلي مهر المثل، وإنما اعتبرنا الإشارة هناك لتجب، ولو اعتبرناها هنا لا يجب فلا تعتبر ليجب مهر المثل لأنه هو الأصل (قوله فإن تزوجها على هذين العبدین فإذا أحدهما حر فليس لها عند أبي حنيفة إلا الباقي إذا ساوى عشرة) فإن لم يساو عشرة كملت العشرة (لأنه مسمى، وجوب المسمى) المستحق بأصل العقد (وإن قل يمنع وجوب مهر المثل. وقال أبو يوسف: لها العبد وقيمة الحر) لو كان (عبدًا) لأنها ما رضىت إلا بهما وتعذر تسليم أحدهما فتجب القيمة. وقال محمد: لها الباقي وتمام مهر مثلهما إن لم يبلغ الباقي مهر المثل، وهو رواية عن أبي حنيفة فعلى هذا لو بلغ الباقي مهر المثل لا يزداد عليه فيتحد بقول أبي حنيفة لأنهما لو كانا حرين يجب مهر المثل فإذا كان أحدهما حراً ولم يبلغ الباقي مهر المثل تمت مهر المثل دفعاً للضرر عنها. فهنا مقامان لهما: مقام اختلاف فيه وهو تعيين الواجب مع الباقي ومقام اتفاق فيه وهو عدم الاقتصار على الباقي ولهما فيه الإلحاق بالمسئلة السابقة: أعني ما إذا تزوجها على ألف وأن لا يخرجها من البلد ولم يف حيث يكمل مهر المثل لأنها لم ترض بذلك القدر فقط، وقد امتنع الباقي فلم يجب الاقتصار عليه. والجواب الفرق بأن الفاتت في السابقة لم يستحق بأصل العقد مدفوع بأن لا أثر لاستحقاق مستحق خاص بأصل العقد في دفع استحقاق غيره، ولزوم مهر المثل فيها ليس إلا لعدم رضاها بذلك القدر تسمية إذ لم ترض إلا بالكل، غير أن الفاتت هناك لما لم يتقوم صير إلى مهر المثل، وهنا يتقوم بمعنى يقوم هذا الحر عبدا فتجب قيمته، وعلى هذا يترجح قول أبي يوسف من حيث الوجه. وقد يجاب بأن جبر الفاتت هناك لعدم رضاها وعدم تقصيرها في تعيين ما ترضى به، أما هنا فهي المقصورة في

لا تدل على ماهية أخرى وإنما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار إليه لأنه هو المشار إليه لولا الصفة ولم تعتبر الصفة لتبعيتها وإن كانا من جنسين، فالمعتبر هو المسمى لأن التسمية حثت تدل على ماهية خلاف المشار إليه فيكون المسمى مثل المشار إليه في استحقاق أن يكون مراداً ولا يكون تابعاً له لأن المقتضى لعدم شيء لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق، والتسمية أبلغ في التعريف إذا كانا من جنسين من حيث أنها تعرف الماهية، والإرادة إنما تعرف ذاتاً مشاراً إليه من غير دلالة على حقيقته. هذا الذي سنح لي في حل هذا المحل، وأزيدك بيانا وهو أن كل موضع دلت التسمية فيه على معنى يتحقق المشار إليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد، فإن صفة كونه عبداً إذا ارتفعت عاد حراً لعدم الوساطة، وكذا في الميتة والذكية والذكر والأنثى، وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار إليه عند ارتفاعه لوجود الوساطة فهما جنسان، فإن صفة كونه خلا إذا ارتفع لا يلزم أن يكون خمرًا لجواز أن يكون عصيراً، وكذا إذا ارتفع كونها جارية لا يلزم أن تكون عبداً لجواز أن تكون حرة، وعلى هذا تزوجها على هذين العبدین فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة لأنه يعتبر الإشارة إلى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا وكأنه تزوجها على عبد فليس لها إلا ذلك، ولا يجب مهر المثل لأنها لا يجتمعان. ووجه أبي يوسف ظاهر، وكذا وجه محمد لأنه في الجنس الواحد تعتبر الإشارة، ولو

أبي حنيفة) لأنه مسمى، ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل (وقال أبو يوسف: لها العبد وقيمة الحر عبداً) لأنه أطعمها سلامة العبدین وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته (وقال محمد) وهو رواية عن أبي حنيفة (لها العبد الباقي وتما م مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد) لأنهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فإذا

الفحص عن حال المسميين فإنه مما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لأن عدم الإخراج وطلاق الضرة إنما يعلم بعد ذلك فكانت هنا ملتزمة للضرر معنى. هذا وقد خرجت هذه المسئلة على ما يليها من الأصل الذي ذكرناه، فعند أبي حنيفة تسمية العبد عند الإشارة إلى الحر لغو، وإذا لغا تسمية أحد العبدین صار كأنه تزوجها على عبد فليس لها غيره. وعند أبي يوسف تسمية العبد معتبرة مع الإشارة إلى الحر، فاعتبر تسمية العبدین لكنه عجز عن تسليم أحدهما فوجبت قيمته. ومحمد يقول: الأمر كما قال أبو حنيفة إن تسمية العبد عند الإشارة إلى الحر لغو، لكنها لم ترض في تمليك بضعتها بعبد واحد فيجب النظر إلى مهر المثل لدفع الضرر، ولا جواب إلا بما قلنا من التزامها لذلك حيث قصرت إن تم، وإلا فالأوجه قول أبي يوسف، وكونها مقصورة بذلك ممنوع إذ العادة مانعة من التردد في أن المسمى حر أو عبد. وقريب من هذا ما لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فإذا هي تسعة ليس لها غير التسعة، وحكم محمد بها كما قال أبو حنيفة إن ساوت مهر مثلها أو زادت وإلا كمل لها مهر مثلها، وفي فتاوى الخاصي: من علامة العين تزوجها على هذه الأثواب العشرة فإذا هي أحد عشر، فإن كان مهر مثلها أحد عشر وزيادة فلها أحد عشر عند أبي حنيفة وبه يفتى، لأن المهر إحدى العشريتين أجودهما أو أردأهما فصار كما إذا تزوج على أحد هذين العبدین، أما إذا وجدت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتى، فرق بين هذا وبين ما إذا تزوجها على هذه الأثواب العشرة الهروية فإذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعاً لأن في الأولى المنطوق به الثوب المطلق، والثوب المطلق لا يجب مهراً ألا ترى أنه لو تزوجها على ثوب مطلق يجب مهر المثل، وفي الثانية المنطوق به ثوب هروي وهذا يجب مهراً. وشرح العبارة الأولى أن التزويج إنما وقع على عشرة، وحين وجدت أحد عشر فلا بد أن تشتمل غالباً على عشرة هي أجود الأحد عشر وعشرة هي أراد الأحد عشر فصارت التسمية عشرة من أحد عشر إما أردوها أو أجودها، وبه تفسد التسمية عند أبي حنيفة فيحكم مهر المثل، فإذا كان أحد عشر أو أكثر فلها الأحد عشر لرضاها بالنقصان، وإن كان بين العشرة التي هي الأردأ والعشرة التي هي الأجود تعين، أعني مهر المثل، كما لو كان بين أو كس العبدین وأجودهما، وإن كان أقل من أرذل العشريتين أو مثلها تعين العشرة الرديئة كما لو كان أقل من أو كس العبدین أو مثله، هذا قياس قوله، وأما قياس قولهما فصحت التسمية وتعين أردؤهما مطلقاً كما عينا أو كس العبدین كذلك. وشرح عبارة التسعة أنه إذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكانه تزوجها

كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده، فإذا كان أحدهما عبداً يجب العبد وتما م مهر المثل، والمصنف ذكر في دليل أبي حنيفة قوله لأنه مسمى بناء على ما ذكرنا أن الإشارة أبطلت العبد الثاني. وقوله (ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل) اعترض عليه بما قال قبل هذا، ولو تزوجها على ألف إن أقام بها إلى أن قال وإن أخرجهما فلها مهر المثل، وبما قال في الزيادات أن الرجل إذا تزوج امرأة على ألف درهم وعلى أن يعتق أباهما ثم إن لم يف بالشرط فلها ألف إلى تمام مهر مثلها، وهذا يدل على أن ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل. وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح، فقواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل. وأما الحر فلم يستحق أصلاً، وبأن الوقوف على ما شرط غير ممكن لأنه شرط على خطر الوجود، فلو لم يجب لها إلى تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه، أما ههنا فيمكن الوقوف على ما أشار إليه قبل النكاح بالفحص، فلو لزمها

(قوله اعترض عليه بما قال قبل هذا الخ) أقول: كيف ينتقض به ولا وجوب للمسمى فيه من حيث أنه مسمى لفساد التسمية الثانية تأمل (قوله وهذا يدل على أن ذكر المسمى) أقول: والأنسب أن يقول وجوب المسمى (قوله وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح الخ) أقول: جواب عن السؤال الثاني لأن شرط عدم الإخراج فاسد لا يستحق بالنكاح. ويرد عليه أنه إذا كان مستحقاً فلم لا يجبر على إيفائه (قوله يوجب فوات رضاها) أقول: بالألف (قوله وبأن الوقوف على ما شرط غير ممكن الخ) أقول: فيه بحث، فإن إتمام التعليل بقيد لم يذكره أو لا يعد انقطاعاً ذكره الشارح في السلم فراجع (قوله فلو لم يجب لها الخ) أقول: الزائد على الألف.

كان أحدهما عبداً يجب العبد وتمام مهر المثل (وإذا فرّق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها) لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده، وإنما يجب باستيفاء منافع البضع (وكذا بعد الخلوة) لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكّن فلا تقام مقام الوطء (فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزداد على المسمى). عندنا خلافاً لزفر. هو يعتبره بالبيع الفاسد. ولنا أن المستوفي ليس بمال إنما يتقوم بالتسمية فإذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية، وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية، بخلاف البيع لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله

على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو وتجب التسعة فقط، بخلاف ما إذا وصفها بالهروية لأن المعنى أنه تزوّجها على هذه التسعة وثوب هروي فلا تطل تسميته، غير أن مقتضى الأصل أن يتخير فيه بين عينه وقيمه، والله أعلم (قوله وإذا فرّق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) وهو كتزوّج الأخت في عدة الأخت أو الخامسة في عدة الرابعة أو الأمة على الحرة، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها خلا بها أو لم يخل لأن المهر لا يجب في النكاح الفاسد إلا بالدخول، وإنما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لأن التمكّن منها فيه منتف شرعاً، بخلاف الصحيح فإنه يجب فيه بالعقد ويكمل بالخلوة لو طلقها فيه قبل الدخول لأن الخلوة فيه أقيمت مقام الدخول لثبوت التمكّن من الوطء شرعاً وحساً. فإن دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لا يزداد على المسمى عندنا خلافاً لزفر رحمه الله اعتبره بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة إذا امتنع الرد، ونحن نقول المستوفي ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية، فإن زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية، وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية. وأورد عليه لزوم التناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل، ثم اعتبرتها إذا نقصت منه، فإن كانت فاسدة يجب شمول العدم، وإن كانت صحيحة فشمول الوجود. وأجاب المورد بأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه، صحيحة من حيث أن المسمى مال، فاسدة من حيث أنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا نقصت لانضمام رضاها. والحق أن هذه التسمية ليست إلا فاسدة، وقد صرح المصنف بطلانها، إذا ليس معنى فساد التسمية إلا كون المسمى ليس بمال أو وقوعه في عقد فاسد كل منهما يستقل بفسادها وبفسادها وجب المصير إلى مهر المثل لأنه القيمة للبضع شرعاً. وتقرير الكتاب لا تجب الزيادة لعدم التسمية: أي لأنها لم تسمها فكانت راضية بالحط مسقطه حقها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه. وإذا علمت فساد التسمية علمت أن المصير في العقد الفاسد إلى مهر المثل بالدخول اتفاقاً بيننا وبين زفر رحمه الله، غير أنه يوجب بالغا ما بلغ ونحن لا نجاوز به المسمى لما ذكرنا. فوجه الاستدلال أن يقال: سلمنا أن الواجب فيه مهر المثل لكنها رضية بإسقاط بعض حقها، وترك باقي المقدمات لأنه لا حاجة إليها بل لا تصح، لأن قوله إنما يتقوم بالتسمية، إن أراد في النكاح الصحيح فالحصر ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل، وإن أراد في الفاسد فقد ظهر أنها لا تصح فيه حتى صار خالياً عن التسمية ووجب مهر المثل، غير أنه اعتبر حطها فإن قيل: لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاها بالزيادة فلم يوجبوا المسمى إذا زاد على مهر المثل؟ فالجواب أنا لو أوجبنه فإما لأنه مسمى وقد بطل وإما لرضاها، ومجرد الرضا بالتملك لا يثبت لزوم القضاء به لأن به لا يدخل في ملك الآخر بالقبض، بخلاف الرضا بالحط لأنه إسقاط فيتم بالواحد، وعلى هذا لا تتم المعارضة لزفر رحمه الله بما في الترمذي وغيره من قوله عليه السلام «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»^(١) الحديث، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فكان وجوب مهر المثل أصلاً في كل نكاح فاسد، هذا بعد ما فيه مما قدمنا في باب الأولياء والأكفاء.

ضرر لزمها بضرب من تقصيرها. قال (وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الأخت في عدة الأخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح. وقوله (هو يعتبره البيع الفاسد) يعني أن القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وإن زادت على الثمن، فكذاك مهر المثل وإن زادة على المسمى

(١) تقدم تخريجه في أول بحث الأولياء وإسناده قوي لشواهد.

بقيته وعليها العدة إلحاقاً للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزاً عن اشتباه النسب. ويعتبر ابتداءها من وقت

[فروع] لا يصير محصناً بهذا الدخول إلا عند أبي ثور. وأجمعت الأمة على أنه لا يكون محصناً في العقد الصحيح إلا بالدخول، ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا، بخلاف ما إذا تكرر وطء الابن لجارية الأب وادعى الشبهة فإنه يلزمه بكل وطء مهر والأصل أن الوطء في غير الملك إن كان بشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره، وإن كان بشبهة ملك لا يتعدد بتعدد، ففي جارية الأب وجارية الزوجة إذا وطئها بخروج الثابت في حقهما شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره. وفي جارية الابن إذا وطئها الأب والمكاتبه إذا وطئها السيد والزوجة في النكاح الفاسد أو في النكاح الصحيح إذا ظهر بعد تعدد الوطء أنه كان حلف بطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك، وتقرر الوطء في الملك لا يتعدد به المهر فكذا في شبهته. وأما إذا وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مراراً قال الشيخ حسام الدين: لم يذكره في الكتاب، وكان الشيخ برهان الدين والذي يقول: يتعدد المهر لأنه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الأب في حق الابن، ولو وطئها بعد التفريق في النكاح الفاسد يحد لانتفاء الشبهة. ولو زنى بامرأة فتزوّجها وهو مخالطها ثم أتم الجماع لزمه مهران: مهر المثل بالزنا لما سقط عنه الحد حين تزوّجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وإن طلقها في الحال لأن هذا أكثر من الخلوة. وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر: لو

لكون كل واحد منهما موجباً أصلياً، فإذا اعترض الفساد يرجع إلى الموجب الأصلي (ولنا أن المستوفي) أي من منافع البضع بهذا العقد هو (ليس بمال) وكل ما ليس بمقوم، فالمستوفي به ليس بمقوم (وإنما يتقوم بالتسمية) والتسمية غير صحيحة فبطلت، ولا بد من تقوم المستوفي من منافع البضع شرعاً فصرنا إلى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة إذا كان صحيحاً وذلك مهر المثل فيبطل، ما زاد عليه، وهذا يقتضي أن لا ينقص من مهر المثل إذا زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لا تجب (لانعدام التسمية) أي تسمية الزيادة على المسمى. فإن قلت: هل هذا إلا تناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها إذا نقصت منه وهي إن كانت فاسدة يجب شمول العدم وإن كانت صحيحة يجب شمول الوجود؟ قلت: هي صحيحة من وجه دون وجه، صحيحة من حيث أن المسمى مال متقوم لأن فرض المسئلة فيه، فاسدة من حيث أنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا انتقصت لانضمام رضاها إليها، وهذا الحل من خواص هذا الشرع. وإنما قيدت المستوفي بقولي بهذا العقد لأن الكلام فيه ولثلاثا ينتقض بالمفوضة فإن المستوفي هناك أيضاً ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد. وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قول زفر وهو واضح. وقوله (وعليها العدة) يعني في النكاح الفاسد إذا دخل

(قوله لكون كل واحد منهما موجباً أصلياً الخ) أقول: هذا الكلام لا يفيد الإلزام على أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لأن الموجب الأصلي عندهما المسمى كما سبق (قوله ولنا أن المستوفي أي من منافع البضع بهذا العقد الخ) أقول: أي العقد الفاسد الذي سمي فيه المهر، وإلا فالنكاح الفاسد إذا لم يسم فيه مهر يجب مهر المثل لها بالغاً ما بلغ على ما صرحوا به (قوله هو ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمقوم الخ) أقول: يشير إلى أنه معدولة حتى يوجد إيجاب الصغرى (قال المصنف: لعدم صحة التسمية) أقول: أي من كل وجه، وهذا التعليل على هذا التقرير يخص بمذهب أبي حنيفة، وإلا فعندهما الموجب الأصلي هو المسمى، إلا أن لا تصح التسمية أصلاً فيعدل إلى مهر المثل وقد مر فيما سبق (قال المصنف: لانعدام التسمية) أقول: أي تسمية الزيادة على المسمى، قال ابن الهمام: لعدم التسمية: أي لأنها لم تسما فكانت راضية بالحط مسقطه حقها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه إلى آخر ما ذكره فراجع فإنه مفيد جداً (قوله ولا بد من تقوم المستوفي الخ) أقول: لا يخفى عليك مناقضة آخر كلامه لأوله فإن المستفاد من أوله أنه غير متقوم لا في نفسه ولا بالتسمية لبطانها، ومن آخره أنه متقوم في نفسه بدون التسمية مع أنه حصر تقومها أولاً في كونه بالتسمية فليتأمل، فإنه يجوز أن يقال: إنه قصر إضافي بالنسبة إلى تقومه في نفسه بحسب عرف التجار ألا يرى أنه لا يتقوم في الزنا ولا كذلك المبيع، ويجوز أن يقال: مراده في الأول أنه غير متقوم في عرف التجار كالمبيع فلا يناقض لآخره، أو المراد أنه غير متقوم بتخصيص الشارع كما هو الظاهر من تقريره، وفيه بحث (قوله فصرنا إلى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة) أقول: قوله هو راجع إلى مثل في قوله في مثل هذا العقد.

(قوله قلت هي صحيحة من وجه دون وجه الخ) أقول: فعلى هذا يكون التعليل مختصاً بأبي حنيفة، وإلا فعندهما إذا صحت التسمية من وجه لا يصار إلى مهر المثل كما سبق غير بعيد، إلا أن يقال ذلك في النكاح الصحيح فليتأمل (قوله وإنما قيدت المستوفي الخ) أقول: لا يفيد ذلك التقيد في دفع الانتقاض، إذ المنتقض هو الكبرى وهي على حالها.

التفريق لا من آخر الوطأت، هو الصحيح لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق (ويثبت نسب ولدها) لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه. وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه

وطيء المعتدة عن طلاق ثلاث وادعى الشبهة هل يلزمه مهر واحد أم بكل وطء مهر؟ قيل: إن كانت الطلقات الثلاث جملة واحدة فظن أنها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد، وإن ظن أنها تقع لكن ظن أن وطأها حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر. وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله: اشترى جارية فوطئها مراراً ثم استحققت فعليه مهر واحد، وإن استحق نصفها فعليه نصف المهر. وفي آخر حدود خواهر زاده: الصبي إذا زنى بصبية فعليه المهر، وإن أقر بذلك لا مهر عليه، وإذا زنى الصبي ببالغة مكرهة فعليه المهر، وإن دعت إلى نفسها لا مهر عليه، ولو دعت صبية صبياً عليه المهر، وكذا لو دعت أمة صبياً، والمراد من المهر العقر^(١) (قوله وعليها العدة) يعني إذا فارقتها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لأنها لا تقام مقام الوطء في النكاح الفاسد، وينبغي أن لا يجب عليها الإحداد. في الأصل فيما إذا دخل الرجل على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهر لها لأنه دخل بها بشبهة النكاح لأن خبر الواحد حجة في المعاملات فيصير شبهة تسقط الحد ويجب المهر. قال في الكتاب: وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه، ولا تنقي في عدتها ما تنقي المعتدة بنحوه قضى^(٢) رضي الله عنه، ولأن الإحداد لإظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك في الوطء بشبهة ولا نفقة في هذه العدة لأن وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف ههنا ولأنها النفقة التي كانت واجبة بأصل النكاح تبقى في العدة ولم يكن لها عليه نفقة مستحقة ههنا لتبقى، ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه لأنه هو المستوفي للبدل، ولو كانت هذه أخت امرأته حرمت عليه امرأته إلى انقضاء عدتها (قوله ويعتبر ابتداءها من وقت التفريق لا من آخر الوطأت هو الصحيح) احترازاً عن قول زفر لأنها إنما تجب باعتبار شبهة النكاح، ورفع هذه الشبهة بالتفريق أو بالافتراق بالمشاركة إذ لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع إلا بما قلنا، ولا تتحقق المشاركة إلا بالقول بأن يقول تاركتك أو خليت سبيلك أو خليتها أو تركتها، أما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها أن تزوج بآخر. قال الشيخ الإمام فخر الدين قاضيه خان: هذا في المدخول بها أما في غيرها فيتفرق الأبدان بأن لا يعود إليها، ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر. وقيل بعد الدخول ليس له ذلك إلا بحضور الآخر. وعلم غير المتارك ليس شرطاً لصحة المشاركة على الأصح، وإنكار النكاح إن كان بحضرتها فهو متاركة وإلا فلا. روى ذلك عن أبي يوسف. واختار الصفار قول زفر، حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوطأت قبل التفريق انقضت العدة، وعندنا ما لم تحضها بعد التفريق أو المتاركة لم تنقض، ويجب أن يكون هذا كله في القضاء، أما فيما بينها وبين الله تعالى فإذا

بها لما ذكر أن الخلوة فيه لا تقوم مقام الدخول فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب العدة، ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفياً للمعقود عليه. وقوله (إلحاقاً للشبهة بالحقيقة) أي الثابت من وجه بالثابت من كل وجه (في موضع الاحتياط) وكان قوله (وتحرزا عن اشتباه النسب) تفسيراً للاحتياط بطريق العطف (ويعتبر ابتداءها من وقت التفريق لا من آخر الوطأت) وقال زفر: يعتبر من آخر الوطأت حتى إذا وطئ في النكاح الفاسد ثم رأت ثلاث حيض ثم فرق القاضي تعدد عندنا وعنده تكون عدتها منقضية. وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول زفر. وقوله (لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح) يعني من حيث وجود ركنه من الإيجاب والقبول (و) شبهة النكاح (رفعها بالتفريق) وقوله التفريق في موضعين يشير إلى أنه لا بد من مفرق وليس رفع النكاح موقوفاً على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ، وعند بعضهم إن لم يدخل

(قوله تفسيراً للاحتياط بطريق العطف) أقول: فيه شيء.

(١) العُقرُ: بضم العين وسكون القاف صدق المرأة إذا أتيت بشبهة اهد مغرب.

(٢) هكذا يياض ببعض النسخ، وكتب عليه انظر من القاضي اهد كنه مصححه.

الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره. قال (ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها) لقول ابن مسعود: «لها مهر مثل نساها لا وكس فيه ولا شطط» وهن أقارب الأب، ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه (ولا يعتبر بأمها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها) لما بينا، فإن كانت الأم

علمت أنها حاضنت بعد آخر وطء ثلاثاً ينبغي أن يخل لها التزويج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس ما قدمناه من نقل العتاي. وفي الفتاوى: لا تجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد (قوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد، وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إلى الوطء والإقامة) أي إقامة العقد مقام الوطء (باعتباره) وهذا جواب عن قياسهما على الصحيح. وذكر في الأصل: تزوّجت الأمة بغير إذن مولاهما ودخل بها وجاءت بولد لستة أشهر منذ تزوّجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يحك خلافاً، قال شيخ الإسلام: تأويل هذا أن الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة. قال في الغاية: قد اعتبروا العدة من وقت التفريق فكان الأحوط في النسب من وقت التفريق أيضاً لا من وقت النكاح لأن العدة للنسب. قال شارح الكنز: هذا وهم لأنهم إنما اعتبروها من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد إقامة للعقد لا للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء، حتى لو جاءت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الوطء ثبت نسبه كما في الصحيح، ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق ألا يرى أنها لو جاءت بولد لأكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها وهي معه ثبت نسبه، ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لا غير لم ثبت، وكذا لو فارقها بعد عشر سنين لا يمكن الاعتبار لوقت التفريق لا غير، ولو خلا بها ثم جاءت بولد ثبت نسبه منه، ويجب المهر والعدة في رواية عن أبي يوسف. وعنه لا يثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر، وإن لم يخل بها لا يلزمه الولد اهـ. والحاصل أنه يعتبر من وقت التفريق إذا وقعت فرقة وما لم تقع فمن وقت النكاح أو الدخول على الخلاف (قوله لقول ابن مسعود: لها مهر مثل نساها) قاله في المفوضة، وقدمنا تخريجه^(١)، وقوله (وهن أقارب الأب) ليس من كلامه بل تفسير نساها من المصنف بناء على أن الظاهر من إضافة النساء إليها باعتبار قرابة الأب لأن الإنسان من جنس أبيه ولذا صحت خلافة ابن الأمة إذا كان أبو قرشياً، وعلى هذا كان الأولى إسقاط الواو في قوله ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه ليكون وجه كون الإضافة المذكورة تعين كونهن أقارب الأب ظاهراً، وهذا لأن جعله وجهاً مستقلاً يصح إلا أنه حينئذ لا يكون الدليل الأول مستلزماً للمطلوب لأن مجرد إضافة النساء إليها لا يستلزم كون النساء المضافة أقارب الأب، بل كما يصح أن يقال لعلماتها وأخواتها نساؤها يصح أن يقال لخالاتها أيضاً وأخواتها لأنها فرع عن إرادة الأب جهة إرادة الأب المقدمة المذكورة (قوله ويعتبر في مهر المثل أن تتساويا في الجمال) يعني بمجرد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساويا سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وعقلاً وديناً وبكارة وأدباً وكمالاً

بها فكذلك الجواب، وإن دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ إلا بمحض من صاحبه كما في البيع الفاسد فإن لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ دون محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض؛ فإما أن يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما، وإما أن يكون وضع المسئلة فيما إذا وقعا حكمهما إلى الحاكم. وقوله (ويثبت نسب ولدها) ظاهر مما تقدم. قوله (وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد) وقال أبو حنيفة وأبو يوسف من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد (لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره) أي إقامة النكاح مقام الوطء باعتبار أن النكاح داع إلى الوطء والنكاح الفاسد ليس بداع إليه فلا يقام مقامه، وفي تعليقه هذا إشارة إلى فساد قياس أبي حنيفة وأبي يوسف. قال (ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها) اعلم أن مهر المثل يعتبر بعشيرتها التي من قبل أبيها كالأخوات والعلمات وبنات الأعمام. وقال ابن أبي ليلى: يعتبر بأمها وقوم أمها كالأخالات ونحوها لأن المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء. ولنا قول ابن مسعود (لها مهر مثل نساها وهن أقارب الأب) لأنه أضاف إليها وإنما يضاف إلى أقارب

(١) تقدم مستوفياً في قصة بزّوع بنت واشق وإسناده قوي.

من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما أنها من قوم أبيها (ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر) لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف، وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا: ويعتبر التساوي أيضاً في البكارة لأنه يختلف بالبكارة والثبوتية (وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه) لأنه من أهل الالتزام وقد أضافه إلى ما يقبله فيصح (ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها) اعتباراً

خلق وعدم ولد وفي العلم أيضاً، فلو كانت من قوم أبيها لكن اختلف مكانهما أو زمانهما لا يعتبر بمهرها لأن البلدين تختلف عادة أهلها في المهر في غلاته ورخصه، فلو زوّجت في غير البلد الذي زوّج فيه أقاربها لا يعتبر بمهورهن، وقيل لا يعتبر الجمال في بيت الحسب والشرف بل في أوساط الناس وهذا جيد. وقالوا: يعتبر حال الزوج أيضاً أي بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نساها في المال والحسب وعدمهما، فإن لم تكن واحدة من قوم الأب بهذه الصفات فأجنبية موصوفة بذلك. وفي الخلاصة: ينظر في قبيلة أخرى مثلها، أي مثل قبيلة أبيها. وعن أبي حنيفة: لا يعتبر بالأجنبيات ويجب حمله على ما إذا كان لها أقارب وإلا امتنع القضاء بمهر المثل. وفي المنتقى: يشترط أن يكون المخبر بمهر المثل رجلين أو رجلاً وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة، فإن لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه. وفي شرح الطحاوي: مهر مثل الأمة على قدر الرغبة (قوله وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه) بقيد كون الضمان في الصحة أما في مرض الموت فلا لأنه تبرع لوارثه في مرض موته ويشمل ولي الصغير إذا زوّجه وضمن عنه وولي الصغيرة إذا زوّجها وضمن لها. وقوله (ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها) هو على التقدير الثاني. وقوله (ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بإذنه) يفيد أن الزوج أجنبي أو في حكمه كولد الكبير، وهذا لأنه لا يرجع إذا أدى عن ابنه الصغير فيما إذا زوّجه وضمن عنه للمهر بتحمل مهور الصغار، اللهم إلا أن يشهد أنه دفع ليرجع في أصل الضمان (قوله ثم المرأة بالخيار في مطالبتها) يعني إذا بلغت (زوجها) يعني إذا كان بالغاً، وإن لم يكن بالغاً فإنما لها مطالبة أبيه ضمن أو لم يضمن كما في شرح الطحاوي والتتمة، وذكرنا أنه إذا أدى لا يرجع ما لم يشهد على اشتراط الرجوع في أصل الضمان، ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا لم يكن للصغير مال. وهذا المذكور في المنظومة في باب جواب مالك من أنه يضمن الأب مهر ابنه الصغير بلا ضمان ونحن نخالفه بخلاف إطلاق شرح الطحاوي، وذكر في المصنفى جوابه فقال: قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال إنما ينفك عن إيفاء المهر في الحال، فلم يكن من ضرورة الإقدام على تزويجه ضمان المهر عنه، فهذا هو المعول عليه، وإن ضمن الوصي يرجع مطلقاً، فلو لم يؤد الأب في صورة الضمان حتى مات فهي بالخيار بين أخذها من تركته وبين مطالبة زوجها، فإن اختارت التركة فأخذت أجزنا لباقي

الأب لأن النسب إليه، ولأن قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه؛ ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والابنة تكون قرشية تبعاً لأبيها (ولا يعتبر بأمرها وخلاتها إذا لم تكونا من قبيلتها) بأن يكون أبوها تزوج بنت عمه فإن أمها وخلاتها تكون من قبيلتها. وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه. وقوله (ويعتبر في مهر المثل) ظاهر. وقوله (باختلاف الدار) أي البلد. وحاصله أن مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى نظيره بصفته. والمراد بالسن وقت التزوج (وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه) يعني إذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح (لأنه من أهل الالتزام، وقد أضاف الضمان إلى ما يقبل الضمان) وهو المهر لأن المهر دين والكفالة والضمان يصحان فيه. فإن قلت: يجوز أن يكون مراده أن الولي زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمرأة. قلت: ينبو عنه قوله ثم المرأة بالخيار وإن كانا في الصحة سواء؛ وذكر في باب الوليمة من شرح الطحاوي أن الأب إذا زوج الصغير امرأة فللمرأة أن تطالب بالمهر من أب الزوج فيؤدي الأب من مال ابنه الصغير وإن لم يضمن الأب باللفظ صريحاً، بخلاف الوكيل إذا زوج فإنه ليس للمرأة أن تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن. وقوله (ثم المرأة بالخيار) ظاهر. وقوله (ويصح إبراءه) أي إبراء الأب

(قوله ذكر في باب الوليمة من شرح الطحاوي أن الأب إذا زوج الصغير امرأة الخ) أقول: قال صاحب المنظومة في باب فتاوى مالك رحمه الله: ومنكح الابن الصغير يغم صدقه حين الصبي معدم وفي شرحه: زوج ابنه صغيراً امرأة بمهر معلوم والابن فقير فالمهر على الأب عنده، وعندنا لا إلا أن يضمن الأب اهـ. وفي شرح الكاكي: الصغير إذا زوجه أبوه فللمرأة أن تطالب الأب بالمهر وإن لم يضمنه

بسائر الكفالات، ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة، وكذلك يصح هذا الضمان وإن كانت المزوجة صغيرة، بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغيرة وضمن الثمن لأن الولي سفير ومعبر في النكاح، وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه، ويصح إبرأؤه عند أبي حنيفة ومحمد، ويملك قبضه بعد بلوغه، فلو صح الضمان يصير ضامناً لنفسه وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد، ألا ترى أنه لا

الورثة الرجوع في نصيب الصغير. وقال زفر: ليس لهم الرجوع لأن هذه الكفالة لم تتعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه، إذ لا يعتبر إذنه ولو أذن. وعن أبي يوسف كقوله فيما ذكره الولوالجي. قلنا: بل صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الأب عليه، فإذا الأب إذن منه معتبر، وإقدامه على الكفالة دلالة على ذلك من جهته، بخلاف ما إذا أدى عنه في حياته لأن تبرع الآباء بالمهور معتاد، وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون، وكذا يرجعون إذا أدى في مرض موته، والمجنون كالصبي في جميع ذلك، لأنه مولى عليه سواء كان الجنون أصلياً أو طارئاً، وإنما صح ضمان وليها إذا كان أباً أو جدّاً مع أنه المستحق لقبض صداقها والمطالبة به لأن الولي في النكاح وإن باشر سفير كالوكيل به، بخلاف ما لو باع مال الصغير لا يصح ضمان الثمن لأنه مباشر فترجع الحقوق إليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم في الرد بالعيب ويتسلم المبيع ويصح تأجيله وإبرأؤه من الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويضمن مثله في ماله، فلو صح ضمانه كان ضامناً لنفسه مقتضياً مقتضى. فإن قيل: لا نسلم عدم رجوعها إليه في النكاح ألا يرى أن له المطالبة بمهرها. أجاب المصنف بقوله (ولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد) لأنه معتاد ولذا لا يملك قبضه بعد بلوغها إذا نهته صريحاً، أما إذا لم تنهه فله المطالبة بخلاف البيع فإن له القبض بعد بلوغه دون الصبي. ثم لا يشترط إحضار الزوجة لقبض الأب مهرها عندنا، خلافاً لزفر وأبي يوسف في قوله الأخير. وفي المرغيناني لا يشترط ولم يذكر خلافاً. وقدمنا في قبض مهر البكر البالغة فروعاً استوفيناها في باب الأولياء والأكفاء فارجع إليها، ومما لم نذكره هناك لو قبض الأب المهر ثم ادعى الرد على الزوج، إن كانت بكرأ لم يصدق إلا بينة لأن له حق القبض وليس له حق الرد، وإن كانت ثيباً صدق لأن حق القبض ليس له، فإذا قبض بأمر الزوج كانت أمانة عنده من الزوج فتقبل دعواه الرد كالمودع إذا قال رددت الوديعه (قوله وللمرأة أن تمنع نفسها من الدخول بها ومن أن يسافر بها حتى يوفيهها معجل مهرها ليتعين حقها في البذل كما تعين حقه في المبدل) يعني ولا يتعين حقها إلا بالتسليم، وهذا التعليل لا يصح إلا في الصداق الدين، أما العين كما لو تزوجها على عبد بعينه فلا لأنها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه. وقوله (أي المعجل منه) يتناول المعجل عرفاً وشرطاً، فإن كان قد شرط

المشتري وكذلك الوصي (ويملك قبضه) أي يملك الأب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير. وقوله (ولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة) جواب عما يقال إن الأب يملك قبض الصداق أيضاً كالوكيل يملك قبض الثمن، فلو صح الضمان صار ضامناً لنفسه. وذلك لا يجوز هناك فكذلك في الأب. وقوله (وللمرأة أن تمنع نفسها) أي إذا تزوج امرأة على مهر فإما أن يكون المهر كله معجلاً أو مؤجلاً، أو بعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً؛ فإن كان الكل معجلاً فإما أن دخل بها أو لم يدخل، فإن لم يدخل بها فللمرأة أن تمنع نفسها (حتى تأخذ المهر ولها أن تمنعه عن إخراجها) إلى السفر (ليتعين حقها في البذل) وهو المهر (كما تعين حقه في البذل) وهو البضع (فصار كالبيع) في أن البائع له أن يحبس بالمبيع حتى يأخذ الثمن تسوية بين البذلين في التعيين (وليس للزوج أن يمنعهما من

باللفظ، ذكره في شرح الطحاوي والتتمة اهـ. وظن بعضهم المخالفة بين ما في المنظومة وما نقله الكاكي من إطلاق شرح الطحاوي، والظاهر أن ما أجمله وأطلقه الكاكي هو ما فصله الشارح أكمل الدين في النقل فلا يتوجه حديث المخالفة حينئذ (قوله قال موجب النكاح عند الإطلاق الخ) أقول: يعني عن التعجيل والتأجيل (قوله تسليم المهر أولاً عينا كان أو ديناً) أقول: ممنوع، فإن صاحب الغاية نقل عن المحيط، أنه إن كان المهر عينا يتقايضان كما في بيع المقايضة. ثم أقول: إن كان المراد بالدين في قوله (أو ديناً هو الدارهم والذنانير كما هو الظاهر، فلا يقاس حال شرط التأجيل على حال الإطلاق) (قوله فإن قلت: فإن سمو المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه؟ قلت: يجب حالاً الخ) أقول: وفي الغاية في الواقعات: تزوجها على مهر فأردت منع نفسها حتى تأخذ المهر كله ليس لها في عرفنا لأن البعض

يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامناً لنفسه . قال (وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها) أي يسافر بها ليتعين حقها في البذل كما تعين حق الزوج في المبدل فصار كالبيع ، وليس للزوج أن يمنعه من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيه المهر كله : أي المعجل منه لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق ، وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء ، ولو كان المهر كله مؤجلاً ليس لها أن تمنع نفسها لإسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع .

تعجيل كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله أو بعضه فبعضه ، وإن لم يشترط تعجيل شيء بل سكتوا عن تعجيله وتأجيله ، فإن كان عرف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه إلى الموت أو الميسرة أو الطلاق فليس لها أن تحتبس إلا إلى تسليم ذلك القدر . قال في فتاوى قاضيه خان : فإن لم يبينوا قدر المعجل ينظر إلى المرأة وإلى المهر أنه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك ولا يتقدر بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فإن الثابت عرفاً كالثابت شرطاً ، بخلاف ما إذا شرط تعجيل الكل إذا لا عبرة بالعرف إذا جاء الصريح بخلافه ، ومثل هذا في غير نسخة من كتب الفقه ، فما وقع في غاية البيان من إطلاق قوله فإن كان يعني المهر بشرط التعجيل أو مسكوتاً عنه يجب حالاً ، ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر ليس بواقع ، بل المعتبر في المسكوت العرف . هذا ولأب أن يسافر بالبكر قبل إيفائه . في الفتاوى : رجل زوج بنته البكر البالغة ثم أراد أن يتحول إلى بلد آخر بعياله فله أن يحملها معه وإن كره الزوج ، فإن أعطاه المهر كان له أن يحبسها (قوله وليس له حق الاستيفاء) كل من الزوج والمرأة له حق الاستيفاء وعليه إيفاء ، فكما أن له استيفاء منافع البضع وعليه إيفاء المهر كذلك لها استيفاء المهر وعليها إيفاء منافع بضعها ، وحينئذ فقد يقلب هذا الدليل فيقال : ليس لها حق استيفاء المهر قبل إيفاء منافع البضع . والجواب أن هذا وقع في تعليل حبسه إياها لأن ثبوته له للاستيفاء فعلى هذا كل منهما لو طولب بإيفاء ما عليه كان له الامتناع إلى استيفاء ماله ويستلزم تمناع الحقوق وفوات المقصود ، مثلاً لو طالبتها بإيفاء الدخول فقالت حتى أستوفى المهر فكان له أن يقول لا أوفيه حتى أستوفى منافع البضع وهي تقول مثله لزم ما ذكرنا . والصواب أن هذا التعليل بعد الإلحاق بالبيع وأن البضع كالمبيع والمهر كالثمن لكنك علمت أن في بيع المقايضة لكل منهما الامتناع فيقال لهما سلما معا ، ومثله لا يتأتى في النكاح إذا كان المهر عبداً معيناً مثلاً ولا في معة الخلوة لإطلاق الجواب بأن لها الامتناع إلى أن تقبض . هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فللولي منعها عن الزوج إلى أن يعطي المهر ، ولو زوجها غير الأب والجد كالعلم وهي صغيرة ليس له أن يسلمها إلى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض ، فإن سلمها فالتسليم فاسد وترد إلى بيتها لأنه ليس للعلم ولاية إبطال حقها ، كذا في التجنيس في رمز واقعات الناطقي . ولو ذهبت الصغيرة إلى بيته بنفسها كان لمن كان أحق بإمسакها قبل التزوج أن يمنعه حتى يعطيه ويقبضه من له ولاية القبض لأن هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هي من أهل الرضا .

[أفرع] إذا كان يسكن في بيت الغصب لها أن تمتنع من الذهاب إليه فيه ولا تسقط به نفقتها (قوله ولو كان المهر كله مؤجلاً) مدة معلومة ألا قليلة الجهالة كالحصاد ونحوه ، بخلاف ذلك في البيع ، وبخلاف المتفاحشة كإلى ميسرة وهبوب الرياح حيث يكون المهر حالاً (ليس لها أن تمنع نفسها) قبل الحلول ولا بعده لأن هذا العقد ما أوجب لها حق

السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيه المهر كله لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء وإن دخل بها فتذكره وإن كان الكل مؤجلاً ، فإما أن دخل بها أو لم يدخل ، فإن لم يدخل بها فليس لها أن تمنع نفسها لأنها أسقطت حقها بالتأجيل ، وفيه خلاف أبي يوسف قال : موجب النكاح عند الإطلاق تسليم المهر أولاً عينا كان أو ديناً ، فحين قبل الزوج الأجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتأخير حقه إلى أن يوفي المهر بعد حلول الأجل ؛ وبه فارق البيع لأن تسليم الثمن أولاً ليس من موجبات البيع لا محالة ؛ ألا ترى أن البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم أحد البديلين أولاً فلم يكن المشتري راضياً بتأخير حقه في المبيع إلى أن يوفي الثمن . وقوله (لإسقاطها حقها بالتأجيل) فإطلاقه يشير إلى أنه ليس لها المنع لا قبل حلول

معجل والبعض مؤجل في عرفنا والمعروف كالمشروط ، وينظر كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر ، وكم يكون المؤجل منه فيفرض بالعرف إلا أن يشترط تعجيل الكل في العقد ، وهكذا في فتاوى قاضيه خان وغيره . وفي الإيسيجابي : إن كان المهر معجلاً أو

وفيه خلاف أبي يوسف، وإن دخل بها فكذاك الجواب عند أبي حنيفة وقالوا: ليس لها أن تمنع نفسها. والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق، وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها. ويتني على هذا استحقاق النفقة. لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلماً إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة، ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس، كالبائع إذا سلم المبيع. وله أنها منعت منه ما قابل البذل لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلو عن العوض إبانة لخطره والتأكيد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحماً للمعلوم. ثم إذا وجد آخر وصار معلوماً تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلاً بالكل، كالعبد إذا جنى جنابة يدفع كله بها، ثم إذا جنى جنابة أخرى وأخرى يدفع بجميعها، وإذا أوفأها مهرها نقلها إلى حيث شاء

الحبس فلا يثبت بعده، وكذا لو أجلته بعد العقد مدة معلومة (لإسقاطها حقها بالتأجيل) كما في البيع إذا أجل الثمن ليس له منع المبيع إلى غاية القبض (وفيه خلاف أبي يوسف) فيما رواه المعلى عنه لأن موجب النكاح تسليم المهر أو لا، فلما رضي بتأجيله كان راضياً بتأخير حقه لعلمه بموجب العقد، بخلاف البيع فإن تسليم الثمن أولاً ليس من موجباته كما في المقايضة. واختار الولوالجي الفتوى به، وهذا إذا لم يشترط الدخول في العقد قبل الحلول، فإن شرطه فليس لها الامتناع بالاتفاق (قوله وإن دخل بها) قبل الإيفاء راضية وهي ممن يعتبر رضاها (فكذاك عند أبي حنيفة رحمه الله) أي لها حبس نفسها حتى تستوفي المهر خلافاً لهما. وأجمعوا أنه لو دخل بها كارهة أو صغيرة أو مجنونة فبلغت وصحت وزال الإكراه يكون لها حبس نفسها بعده (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها) لا تسقط حقها في حبس نفسها عنده خلافاً لهما (قوله وإذا أوفأها مهرها) أو كان مؤجلاً (نقلها إلى حيث شاء) من بلاد الله، وكذا إذا وطنها برضاها عندهما (وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى) واختاره الفقيه أبو الليث، قال ظهير الدين المرغيناني: الأخذ بكتاب الله أولى من الأخذ بقول الفقيه: يعني قوله تعالى ﴿أَسْكَنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ [الطلاق: ٦] وأقضى كثير من المشايخ بقول الفقيه لأن النص مقيد بعدم المضارة بقوله تعالى ﴿وَلَا تَضَارُوهُنَّ﴾ بعد ﴿أَسْكَنُوهُنَّ﴾ والنقل إلى غير بلدها مضارة فيكون قوله تعالى ﴿أَسْكَنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ [الطلاق: ٦] مما لا مضارة فيه وهو ما يكون من جوانب مصرها وأطرافه، والقرى القريبة التي لا تبلغ مدة سفر فيجوز نقلها من المصر إلى القرية ومن القرية إلى المصر. وقال بعض المشايخ: إذا أوفأها المعجل والمؤجل وكان رجلاً مأموناً فله نقلها (قوله ومن تزوج امرأة ثم اختلفا) الاختلاف في المهر إما في أصله أو في قدره وكل منهما إما في حال الحياة أو بعد موتها أو موت أحدهما، وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله، فإن اختلفا في حال الحياة في قدره بعد الدخول قبل الطلاق أو بعده حكم مهر المثل، فمن كان من جهته كان القول له مع يمينه، وإن لم يكن من جهة أحد بأن كان بين الدعويين تحالف ويعطى مهر المثل، هذا قول أبي حنيفة ومحمد على تخريج الرازي، وعلى تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها ويحكم مهر

الأجل ولا بعده، وهو ظاهر الرواية، أما قبل الحلول فظاهر، وأما بعده فلأن هذا العقد ما أوجب حق الحبس فلا يثبت بعده، وفي هذا الوجه إذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند أبي حنيفة ومحمد فلأن لا يكون لها ذلك بعده أولى. قوله (وإن دخل بها) يعني في الوجه الأول (فكذاك الجواب عند أبي حنيفة) يعني للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر، وقالوا: ليس لها ذلك إذا كان الدخول برضاها، أما إذا كانت مكرهة أو صبية أو مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها) إن كانت (برضاها) فعلى الاختلاف وإن كانت بغير رضاها لم يسقط حقها بالاتفاق (ويبني على هذا استحقاق النفقة) تستحقها مدة المنع عنده لأنه منع بحق ولا تستحقها عندهما لأنها ناشئة (لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلماً إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة

مسكوتاً عنه فإنه يجب حالاً، لأن النكاح عقد معاوضة وقد تعين حقه في الزوجة فوجب أن يتعين حقها وذلك بالتسليم اهـ. ثم أقول: فظهر أن جواب الشارح موافق لما ذكره الإسيباني ومخالف لسائر الكتب (قال المصنف: ولهما، إلى قوله: لمن يشهد له مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح) أقول: هذا مخالف لما سبق قبل ورقة فراجع، ويحيى في أول فصل: والصلح جائز عن دعوى الأموال أن مهر المثل هو الموجب الأصلي.

لقوله تعالى ﴿أَسْكَنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكْتُمْ﴾ من وجدكم، وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة. قال (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل، وإن طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: القول قوله قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتي بشيء قليل، ومعناه مالا يتعارف مهرأ لها هو الصحيح لأبي

المثل. وقال أبو يوسف: القول للزوج مع يمينه في الكل إلا أن يأتي بشيء قليل، وفسره المصنف وجماعة بأن يذكر ما لا يتعارف مهرأ لها.

وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول من قال أن يذكر مالا يصلح مهرأ شرعا: أعني أن يذكر ما دون العشرة لأنه ذكر هذا اللفظ في البيع فيما إذا اختلفا في الثمن بعد الهلاك فالقول للمشتري إلا أن يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعي. وقد يقال: ذلك لتعين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصور المستنكر بطريق آخر، أما هنا فكما يتصور المستنكر عرفاً يتصور شرعاً. ويجب أن المستنكر شرعاً داخل في المستنكر عرفاً، فإن ما يستنكر شرعاً يستنكر عرفاً ولا عكس، فحيث اعتبرناه عرفاً فقد اعتبرناه شرعاً وزيادة، فصار الحاصل من قولنا إن ما يستنكر مطلقاً لا يكون القول قوله فيه سواء كان عرفاً أو شرعاً، ولأنه لو كان شرعاً لم يتحقق لأنه إذا ادعى خمسة كملت عشرة ولغا كلامه لأن العشرة في كونه مهرأ شرعاً لا يتجزأ وتسمية بعض ما لا يتجزأ شرعاً كتسمية كله فلا يتصور حينئذ أن يأتي بالمستنكر، وليس هذا بشيء لأن عدم تصحيح الخمسة مثلاً وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لإتيانه بما يستنكر فقد تصور. ورجح الوبري تفسير هؤلاء البعض بأنه ذكر في الرجوع عن الشهادة لو ادعى أنه تزوجها على مائة وهي تدعى ألفاً ومهر مثلها ألف وأقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند أبي يوسف، لأنه لولا الشهادة لكان القول قوله، ولم تجعل المائة مستنكراً في حقها: يعني مع أن تسمية العشرة مستنكرة فيمن قيمتها عشرة أمثالها. وإن اختلفا بعد الطلاق قبل

ولهذا يتأكد بها جميع المهر) وتسليمه ينفي حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع. وقوله (وله أنها منعت منه) جاز أن يكون مناقضة، وتقريره: إننا لا نسلم أن المعتقد عليه كله قد صار مسلماً إليه بالوطأة الواحدة إنها منعت منه (ما قابل البذل لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم) وإذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله، وجاز أن يكون معارضة وتقريره أنها منعت منه ما قابل البذل لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم، والتصرف فيه لا يخلى عن البذل إبانة لخطره والمنع عما يقابل البذل صحيح. وقوله (والتأكيد بالواحدة) أي بالوطأة الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتأكد بها جميع المهر وهو واضح، وإن كان بعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً كان لها أن تخرج قبل أداء المعجل، فإذا أدى لم يكن لها ذلك إلا بإذنه. فإن قلت: فإن سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه؟ قلت: يجب حالاً وقد أشير إلى ذلك في دليل أبي يوسف آنفاً فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله (وإذا أوفاهما مهرها نقلها إلى حيث لقوله تعالى ﴿أَسْكَنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكْتُمْ﴾ وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها) وهو قول الفقيه أبي الليث (لأن الغريب يؤذى) قال ظهير الدين المرغيناني: الأخذ بقول الله تعالى أولى من الأخذ بقول الفقيه أبي الليث. ورد أن الفقيه هو الذي أخذ بقول الله تعالى لأن قوله ﴿من حيث سكتكم﴾ دليل مخصوص بدل مستقل مقارن وهو قوله ﴿ولا تضاروهن﴾ (وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة) سئل أبو القاسم الصفار عن يخرجها من المدينة إلى القرية ومن القرية إلى المدينة فقال: ذلك تبوئة وليس بسفر، وإخراجها من بلد إلى بلد سفر وليس بتبوة. قال (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر) هذه المسئلة على وجوه، لأن الاختلاف إما أن يكون في حياتهما أو تختلف الورثة بعد مماتهما أو يكون الاختلاف في أصل التسمية أو في مقدار المسمى، أما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة بعد الدخول أو بعد موت أحدهما فالقول قول المرأة إلى تمام مهر مثلها أو ورثتها، والقول قول الزوج أو ورثته في الزيادة في قول أبي حنيفة ومحمد، وكلامه في تحرير المذاهب ظاهر. وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا في تفسير قول أبي يوسف: إن المراد به ما يكون دون العشرة فإنه مستنكر شرعاً لأنه لا مهر أقل من عشرة دراهم، والأصح أن مراده أن يدعي شيئاً قليلاً يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فإنه ذكر هذا اللفظ في البيع أيضاً إذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة، فالقول قول المشتري إلا أن يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعاً. وقوله (لا يصار إليه) أي إلى مهر المثل.

يوسف أن المرأة تدعى الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه، وهذا لأن تقوّم منافع البضع ضروري، فمتى أمكن إيجاب شيء من المسمى لا يصار إليه. ولهما أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر، والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح، وصار كالصباغ مع رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجر يحكم فيه القيمة الصبغ. ثم ذكر ههنا أن بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر، وهذا رواية الجامع الصغير والأصل، وذكر في الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لأن المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبل فتحكم كهو. ووجه التوفيق أنه وضع المسألة في الأصل في الألف والألفين، والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها، ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها، والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الأصل.

الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير، ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه عليه على ما في الأصل والجامع الصغير. وقال أبو يوسف: القول للزوج إلا أن يأتي على ما مر، ولا خلاف بينهم في أن القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف في غير موضع، وكما يفيد قول المصنف في التعبير عن أبي يوسف إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فنفي كون القول لانتفاء الظاهر معه، وإنما اختلفوا الاشتباه الظاهر ههنا أنه مع من فقالا مع من يشهد له مهر المثل لأن الغالب في المسمى في الأنكحة أن لا يكون أقل منه، وهذا أوجه من قول المصنف لأنه الموجب الأصلي لأن كونه يفيد الظهور لمن هو من جهته ليس بذلك الاعتبار بل بما ذكرنا. وقل أبو يوسف مع من يشهد له الأصل ببراءة الذمة وإنما اعتبر الشاهد هنا بمهر المثل لأن القيمة الضرورية للبضع إذ كان ليس مالا، وإنما يتقوّم إظهاراً لشرفه فيقدر بقدر الضرورة وهي فيما إذا لم يتيقن بثبوت مسمى، وهنا يثقناه وهو ما أقر به الزوج فيكون القول له، ويحلف على نفي دعاوها، وصار كالاختلاف في قدر المسمى في الإجارة كالقصار ورب الثوب لا يصار إلى تحكيم أجره المثل لأن تقوّم المنافع ضروري فلم يصر إليه حيث أمكن المصير إلى المسمى فكان القول لمن يدعي الأقل فكذا هذا، وهما يقولان تقومه شرعاً إظهاراً للخطر يوجب الرجوع إلي عند التردد في المسمى لا ينفيه، بل هو أحق من التقوّم الذي يثبت بسبب المالية لأن ذلك يقبل الإبطال بخلاف هذا، وأما القصار ورب الثوب إذا اختلفا في الأجرة فليس لعمله موجب في الأجر بدون التسمية ليصار إلى اعتباره وللنكاح موجب فهو أشبه باختلاف الصباغ ورب الثوب في المقدار مما ذكر وفيه تحكم قيمة الصبغ. وأما قوله يثقنا التسمية وهي ما أقر به الزوج فليس بذلك بل المتيقن أحدهما غير عين وهو لا ينفي الرجوع، إذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تعذر القضاء بأحدهما عينا (قوله ثم ذكر هنا) أي في الجامع الصغير أن القول للزوج في نصف المهر إذا طلقها قبل الدخول وكذا في الأصل. وفي الجامع الكبير تحكم المتعة وقد قدمناه. ووجه التوفيق ظاهر من الهداية. وحاصله يرجع إلى وجوب تحكيم المتعة إلا في موضع يكون ما اعترف به أكثر منها فيؤخذ باعترافه ويعطى نصف مهر المثل. ووجه ما ذكر أن المتعة موجبه بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم كمهر المثل، وقد يمنع بأن المتعة موجبة فيما إذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه وهو نصف ما أقر به الزوج، ويحلف على نفي دعاوها الزائد، وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل

وقوله (وهو قياس قولهما) أي قول أبي حنيفة ومحمد وإنما خصهما بالذكر لأن عند أبي يوسف القول قول الزوج في جميع الصور. وقوله (لأن المتعة موجبة بعد الطلاق) أي موجب العقد إذا كان الطلاق قبل الدخول (كمهر المثل قبله) أي قبل الطلاق (فتحكم) المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله. وقوله (وجه التوفيق) أي بين رواية الجامع الكبير وبين روايتي المبسوط والجامع الصغير وهو واضح. وقوله (فالقول قوله) يعني مع اليمين لأن الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه، وإن نكل يقضى عليه بألفي درهم كما لو أقر لأن النكول إقرار (وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها) أي مع يمينها لأن الزوج

وشرح قولهما فيما إذا اختلفا في حال قيام النكاح أن الزوج إذا ادعى ألفاً والمرأة الألفين، فإن كان من مهر مثلها ألفاً أو أقل فالقول قوله، وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها، وأيهما أقام البينة في الوجهين تقبل. وإن أقاما البينة في الوجه الأول تقبل بيئتها لأنها تثبت الزيادة. وفي الوجه الثاني بينته لأنها تثبت الحط، وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة تحالفاً، وإذا حلفا يجب ألف وخمسمائة.

يتحقق الخلاف. ولهذا قيل: في المسئلة روايتان، لكن ما ذكر في جواب قول أبي يوسف أنفاً يدفعه (قوله وشرح قولهما) إذا ادعى ألفاً وهي ألفين ومهر مثلها ألف أو أقل فالقول له مع يمينه بالله ما تزوجتها على ألفين، فإن حلف لزمه ما أقر به تسمية: أي لا يتخير فيها بين أن يعطيها دراهم أو قيمتها ذهباً، وإن نكل لزمه ألفان مسمى لأن النكول إقرار أو بذل على الخلاف وكلاهما يقتضيه تسمية، وإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول لها مع يمينها بالله ما تزوجته على ألف، وإن نكلت فلها ما أقر به تسمية لإقرارها به، وإن حلفت فلها ما ادعت قدر ما أقر به تسمية لاتفاقهما عليه، والزائد بحكم مهر المثل يتخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لأن يمينها لدفع الحط الذي يدعيه هو، ثم وجوب الزائد بحكم أنه مهر المثل وأيهما أقام البينة قبلت في الوجهين فيما يدعيه هو تسمية، فإن أقاماها فبيئتها أولى في الوجه الأول لإثباتها الزيادة، وبيئته في الثاني لإثباتها الحط. ونص محمد في هذا أن بيئتها أولى لإثباتها الزيادة كالفصل الأول، كذا في جامع قاضيان. وجه الأول أن الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل، وإنما أثبتت بيئتها تعينها دراهم وذلك وصف في الثابت وبيئته مثبتة، بخلاف الظاهر وهو الحط ففي المثبتة للزيادة بطريق الأصالة فكانت أكثر إثباتاً من المثبتة للوصف، وإن كان مهر مثلها بين الدعويين ألفاً وخمسمائة، فإن لم يكن لها بينة تحالفاً وأيهما نكلا لزمه دعوى الآخر. وما وقع في النهاية من أن الزوج إذا نكل يلزمه ألف وخمسمائة كأنه غلط من الناسخ. وإن حلفا يجب مهر المثل قدر ما أقر به تسمية والزائد يخير فيه، فإن أقام أحدهما البينة يثبت ما يدعيه مسمى، وإن أقاماها تهاترتا في الصحيح لاستوائهما في الإثبات والدعوى، ثم يجب مهر المثل ويخير فيه كله لأن بينة كل منهما تنفى تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل، بخلاف التحالف لأن وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق. وذكر قاضيان أنه كفصل التحالف، هذا كله تخريج الرازي وقد ذكرنا أن على تخريج الكرخي يتحالفاً في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك. والأحسن أن يقال: يتحالفاً ثم يعطي مهر المثل. واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتأخرين لأن ظهور مهر المثل عند عدم التسمية، وبالتحالف يتنفي يمين كل دعوى صاحبه فيبقى العقد بلا تسمية فيجب حينئذ مهر المثل.

يدعي عليها الحط وهي تنكر، فإن نكلت يقضي بألف درهم لأنها أقرت بالحط، وإن حلفت يقضي لها بألفي درهم ألف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الألف وألف باعتبار مهر المثل، وفائدة هذا أنه يخبر الزوج في هذا الألف إن شاء أعطى الدراهم، وإن شاء أعطى الدنانير (وأيهما أقام البينة في الوجهين) أي فيما إذا شهد مهر المثل للزوج وفيما إذا شهد مهر المثل للمرأة (تقبل)، وإن أقاما البينة في الوجه الأول (وهو ما إذا كان مهر المثل شاهداً للزوج) تقبل بيئتها لأنها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني (وهو ما إذا كان مهر المثل شاهداً للمرأة) تقبل (بيئته لأنها تثبت الحط) والأصل في هذا أن البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهراً (وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة تحالفاً) لأن الزوج يدعي عليها الحط عن مهر المثل وهي تنكر، والمرأة تدعي عليه الزيادة وهو ينكر، وينبغي أن يقرع القاضي بينهما في البداية لاستوائهما، فإن نكل الزوج يقضي بألف وخمسمائة كما لو أقر بذلك صريحاً، وإن نكلت المرأة وجب المسمى ألف لأنها أقرت بالحط، وإن حلفا جميعاً وجب ألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية لا يخبر الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الألف وخمسمائة باعتبار مهر المثل يخبر فيها الزوج، وأيهما أقام البينة قبلت بيئته. وإن أقاما يقضي بألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لأن البيئتين بطلتا لمكان التعارض، ونص محمد في هذا الفصل أن بينة المرأة أولى لإثباتها الزيادة. وذكر الإمام المحجوبي عبد ذكر وجوب مهر المثل فيما إذا تحالفاً فقال ثم إذا تحالفاً يبدأ بيمين الزوج لأنه أ بينهما إنكاراً وإن أقاما البينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للإثبات (هذا تخريج الرازي. وقال الكرخي:

(قوله فإن نكل الزوج يقضي بألف وخمسمائة) أقول: بل يقضي بألفين على ما عرف أن أيهما نكل لزمه دعوى الآخر.

هذا تخريج الرازي. وقال الكرخي: يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك، ولو كان الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع لأنه هو الأصل عندهما، وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار إليه، ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت

وقال قاضيهان: ما قاله الرازي أولى لأننا لا نحتاج إلى مهر المثل للإيجاب، بل ليتبين من يشهد الظاهر فيكون القول مع يمينه فلا حاجة إلى التحالف، ويقرر في التحالف للابتداء استحباباً، ولو بدأ بأيهما كان جاز. وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف: يبدأ بيمين الزوج لأنه كالمشتري والمهر كالتمن، وفي المتبايعين يبدأ بيمين المشتري وإليه ذهب الإسيبيجي (قوله ولو كان الاختلاف في أصل المسمى) في حال الحياة بأن ادعاهما ونفاه الآخر (يجب مهر المثل بالإجماع) ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق (لأنه هو الأصل عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف تعذر القضاء بالمسمى لأن القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار إلى مهر المثل. واستشكل كون مهر المثل هو الأصل عند محمد بل هو مع أبي يوسف في أن المسمى هو الأصل على ما صرح به في مسألة ما إذا تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد وأحدهما أوكس. وما ذكر من إيجابه مع أبي حنيفة مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد أشرنا إلى أنه ليعرف من معه الظاهر بناء على أن العادة كون المسمى لا ينقص عن مهر المثل إلا نادراً، لكننا معنا في تلك المسئلة اختلافهم في أن الأصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه، ولا ينتفى بذلك الخلاف، فلا يشكل على هذا كون الأصل مهر المثل عند محمد هنا كما هو عند أبي حنيفة، بل الأولى أن يعلل للكل به والمسئلة اتفاقية (قوله ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما، فالجواب فيه كالجواب في حياتهما) أي حال قيام النكاح في الأصل والمقدار، ومن كان القول له لو كان حياً يكون القول لورثته وفي الأصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المتعة لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما، ولهذا يجب في المفوضة مهر المثل بعد موت أحدهما بالاتفاق (قوله ولو كان الاختلاف بعد موتتهما في المقدار فالقول لورثة الزوج عند أبي حنيفة) كأي يوسف حال الحياة، إلا أن أبا حنيفة لم يستثن القليل، وهذا لسقوط مهر المثل بعد موتتهما عند أبي حنيفة (وعند محمد الجواب بعد موتتهما كالجواب في حال الحياة، وإن كان في أصل المسمى، فعند أبي حنيفة القول لمن أنكره) ولا يقضى بشيء وعندهما يقضى بمهر المثل، وبه قال مالك والشافعي وأحمد وعليه الفتوى، لكن الشافعي يقول بعد التحالف: وعندنا وعند مالك وأحمد لا يجب التحالف (قوله على ما نبينه) يعني في المسئلة التي تليها من غير فصل، وهي ما إذا مات الزوجان وقد سمي لها مهرأ ثبت ذلك بالبينه أو بتصادق الورثة فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج، هذا إذا علم أن الزوج مات أولاً أو علم

يتحالفان في الفصول الثلاثة) على قول أبي حنيفة ومحمد، وهو أن يكون مهر المثل شاهداً له أو شاهداً لها أو كان بينهما، ثم يصار إلى مهر المثل لأنهما اتفقا على أصل التسمية، والتسمية الصحيحة تمنع المصير إلى مهر المثل، وإذا حلقتا تعذر التسمية فيحكم مهر المثل. قيل قول أبي بكر أصح لأن تحكيم المهر ليس لإيجاب مهر المثل، وإنما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثم الأصل في الدعاوى أن القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه (ولو كان الاختلاف في أصل المسمى) بأن ادعى أحدهما التسمية وأنكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية (ويجب مهر المثل بالإجماع) المركب، أما عندهما فلا في الأصل في التحكيم، وأما عند أبي يوسف فلا لأنه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرأ (ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما) بين الحي وورثة الميت (فالجواب فيه كالجواب في حياتهما) في الأصل، والمقدار في الأصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله، وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لأن مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما، ألا ترى إلى مسألة المفوضة إذا مات أحدهما وعنده القول قول الزوج أو ورثته لما تقدم (ولو كان الاختلاف بعد موتتهما في المقدار فالقول قول

(قال المصنف: هذا تخريج الرازي وقال الكرخي الخ) أقول: وصح في النهاية تخريج أبي بكر. وفي شرح تاج الشريعة قول الكرخي أصح (قال المصنف: ولو كان، الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع) أقول: الظاهر شاهد لمدعي التسمية عند أبي يوسف فلم لا يكون القول قوله عنده (قوله كالجواب في حياتهما في الأصل) أقول: أي في أصل التسمية (قوله والمتعة قبله) أقول يعني بعد الطلاق

أحدهما، ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة، ولا يستثنى القليل، وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة، وإن كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة القول قول من أنكره، فالحاصل أنه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد إن شاء الله. قال (وإذا مات الزوجان وقد سمي لها مهر فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج، وإن لم يكن سمي له مهر فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة، وقالوا: لورثتها المهر في الوجهين) معناه المسمى في الوجه الأول ومهر المثل في الوجه الثاني، أما الأول فلأن المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته، إلا إذا علم أنها ماتت أولاً فيسقط نصيبه من ذلك. وأما الثاني فوجه قولهما أن

أنهما ماتا معاً أو لم تعلم الأولية لأن المهر كان معلوم الثبوت، فلما لم يتيقن بسقوط شيء منه بموت المرأة أولاً إلا يسقط، وأما إذا علم أنها ماتت أولاً فيسقط منه نصيب الزوج لأنه ورث ديناً على نفسه، فعلم بهذا أن المستثنى منه المحذوف في قوله إلا إذا علم الخ هو هذه الصور الثلاث التي ذكرناها، كذا في النهاية. والصواب أن المستثنى منه جميع الصور لأن التقدير فلورثتها أن يأخذوا ذلك في جميع الصور إلا في صورة العلم بموتها قبله لأن المستثنى منه هو العام، ولو كان الصور الثلاث مستثنى منها كان أخذ الورثة إنما هو في بعض الثلاث لا كلها (قوله وإن لم يسم لها مهر فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة وقالوا لهم مهر المثل) واستدل أبو حنيفة في الكتاب فقال: رأيت لو ادعى ورثة علي على ورثة عمر مهر أم كلثوم بنت علي أكنت أقضي فيه بشيء؟ وهذا إشارة إلى أنه إنما لا يقضي به عند تقادم العهد لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره، وأيضاً يؤدي إلى تكرار القضاء به لأن النكاح القديم قد يكون مشهوراً وهو مما يثبت بالتسامع فيدعي ورثة الورثة على ورثة الورثة ورثة الورثة به، فلو قضى به ثم تأخر العصر فادعى الورثة الذين وجدوا بعد ذلك بزمان به أيضاً يقضي به أيضاً ثم وثم فيفرض إلى ما قلنا، أما إذا لم يتقادم فيقضي بمهر المثل. وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فللشبه الأول لا يسقط أصلاً، وللشبه الثاني يسقط بموتهما أو موت أحدهما فقلنا يسقط بموتهما إعمالاً للشبه النفقة، ولا يسقط بموت أحدهما إعمالاً للشبه المسمى توفيراً على الشبهين حظهما، وهذا يقتضي أن لا يقضى به وإن كان العهد قريباً وما قبله. أوجه. وقال مشايخنا: هذا كله إذا لم تسلم نفسها، فإن سلمت نفسها ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الموت فإنه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها: لا بد أن تقر بما تعجلت وإلا حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا (قوله ومن بعث إلى امرأته شيئاً ثم قال من حلق وقالت هدية فالقول له لأنه المملك فكان أعرف بوجه التملك) إلا فيما يكون مهياً للأكل لأن الظاهر يتخلف عنه فيه، والقول إنما هو قول من يشهد له الظاهر، والظاهر في المتعارف مثله أن يبعث هدية، والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والمشوي والفواكه التي لا تبقى والحلواء والخبز والدجاج المطبوخ، فأما الحنطة والشعير والعسل والسمن والجوز واللوز والدقيق والسكر والشاة والحية فالقول فيه قوله. وإذا حلف والمرسل قائم، إن كان من غير جنس حقها ولم يرضها ببيعها بالصدائق يأخذه، وإن كان هالكاً لا ترجع بالمهر بل بما بقي إن كان يبقى بعد قيمته شيء، ولو بعث هو وبعث أبوها له أيضاً ثم قام هو من المهر فللأب أن يرجع في هبته إن كان من مال نفسه وكان قائماً، وإن كان هالكاً لا يرجع، وإن كان من مال البنت بإذنها فليس له الرجوع لأنه هبة منها وهي لا ترجع فيما وهبت لزوجها. وفي فتاوى أهل سمرقند: بعث إليها هدايا وعوضته المرأة ثم زفت إليه ثم فارقها وقال بعثتها إليك عارية وأراد أن يسترده وأرادت هي أن تسترد العوض فالقول قوله في الحكم لأنه أنكر التملك. وإذا استرده تسترد هي ما عوضته. هذا والذي يجب اعتباره في ديارنا أن

ورثة الزوج عند أبي حنيفة ولا يستثنى القليل) خلافاً لأبي يوسف فإنه يستثنى كما تقدم (وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة) بحكم مهر المثل وهو قياس قول أبي حنيفة لكنه تركه استحساناً لما نذكره وإن كان الاختلاف بعد موتهما في أصل التسمية، فعند أبي حنيفة القول قول من أنكره لا يحكم مهر المثل. وقوله (لما نبينه من بعد) إشارة إلى دليل أبي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه المسئلة قال (وإذا مات الزوجان وقد سمي لها مهر فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج، وإن لم يكن سمي لها

مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما. ولأبي حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل (ومن بعث إلى امرأته شيئاً فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر

جميع ما ذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لأن المتعارف في ذلك كله أن يرسله هدية والظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له إلا في نحو الثياب والجارية، وفيما إذا بعث الأب بعد بعث الزوج تعويضاً يثبت له حق الرجوع على الوجه الذي ذكر في فتاوى أهل سمرقند، وكذا البنت فيما إذا أذنت في بعثه تعويضاً، هذا إذا كان بعثها عقيب بعث الزوج، فإن تقدم عليه فالظاهر أنه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج إلا إن كان قائماً، والله سبحانه أعلم (قوله فالقول قوله) أي مع يمينه (قوله وقيل ما يجب الخ) بخلاف الخف والملاءة لا تجب عليه إذ لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها إلا فيما سنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى، ويجب عليه الخف والملاءة لأمتها، ثم كون الظاهر يكذب في نحو الدرع والخمار إنما ينفي احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكسوة.

[فروع] زَوْج بنته وجهزها ثم ادعى أن ما دفعه لها عارية وقالت تملكياً أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الأب عارية، قيل القول للزوج ولها لأن الظاهر شاهد به إذ العادة دفع ذلك إليها هبة واختاره السغدني، واختار الإمام السرخسي كون القول للأب لأن ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى القول الأول إن كان العرف ظاهراً بذلك كما في ديارهم كما ذكره في الواقعات وفتاوى الخاصي وغيرهما، وإن كان العرف مشتركاً فالقول للأب، وقيل إن كان الرجل ممن مثله يجهز البنات تملكياً فالقول للزوج وإلا فله. ولو أبرأت الزوج من المهر أو وهبتها ثم ماتت فقالت الورثة هو في مرض موتها وأنكر الزوج فالقول له. وقيل ينبغي أن يكون القول للورثة لأن الزوج يدعي سقوط ما كان ثابتاً وهم ينكرون. وجه الظاهر أن الورثة لم يكن لهم حق وإنما كان لها وهم يدعون لأنفسهم والزوج ينكر فالقول له. وفي البدائع في كتاب النفقات: أعطاهما مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج إلا أن تقيم هي البينة لأن التملك منه. وفي الخلاصة: أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها إذا انقضت عدتها، فلما انقضت أبت، إن شرط في الاتفاق التزوج: يعني كأن يقول أنفق عليك بشرط أن تتزوجيني يرجع زوّجت نفسها أولاً لأنه رشوة. والصحيح أنه لا يرجع لو زوّجت نفسها وإن لم يشترط لكن أنفق على هذا الطمع اختلفوا، والأصح أنه لا يرجع إذا زوّجت، قاله الصدر الشهيد. وقال الشيخ الإمام: الأصح أنه يرجع عليها زوّجت نفسها منه أو لا لأنه رشوة، واختاره في المحيط، وهذا إذا دفع الدراهم إليها لتنفق على نفسها، أما إذا أكل معها فلا يرجع بشيء اهـ ولم يذكر ما إذا أبت أن تزوجه في فصل عدم الاشتراط صريحاً إلا ما قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد، ومن بعده أنه يرجع إذا لم

مهرأ فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة، وقالوا: لورثتها المهر في الوجهين معناه) أي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين (المسمى في الوجه الأول) وهو ما إذا سمي (ومهر المثل في الوجه الثاني) وهو ما إذا لم يسم (أما الأول) وهو وجوب المسمى (فلأن المسمى دين في ذمته) إما بثبوته بالبينة أو بالتصادق (وقد تأكد بالموت فيقضي من تركته) إذا علم أنهما ماتا معاً أو لم يعلم أيهما

(قال المصنف: ولأبي حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما) أقول: فيه إشارة إلى أنه إنما لا يقضي به عند تقادم العهد لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره، وطريق آخر أن مهر المثل قيمة الضع فيشه المسمى، ويجب بغير شرط فيشه النفقة، فللشبه الأول لا يسقط أصلاً وللشبه الثاني يسقط بموتهما وموت أحدهما قلنا: يسقط بموتهما إعمالاً للشبه الأول، ولا يسقط بموت أحدهما إعمالاً للشبه الثاني توفيراً على الشبهين حظهما، وهذا يقتضي أن لا يقضي به وإن كان العهد قريباً: قال ابن الهمام: وما قبله أوجه، ثم قال: وقال مشايخنا: هذا إذا لم تسلم نفسها، فإن سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الموت فإنه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها: لا بد أن تقرري بما تعجلت وإلا حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا اهـ (قال المصنف: فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل) أقول: لم لا يجوز أن يعرف ذلك بالتصادق أو بالبينة كما في الوجه الأول (قوله فقال رأيت لو ادعى ورثة علي ورثة عمر رضي الله عنهما الخ) أقول: المهر في تلك القصة مسمى، وأبو حنيفة رحمه الله متفق معها في صورة كونه مسمى في أنه يأخذه ورثة الزوجة فما تقرب هذا التعليل هنا (قوله وقوله لما بينا إشارة إلى قوله وأن الظاهر أنه يسمى الخ) أقول: والظاهر أنه إشارة إلى مجموع الدليلين.

فالقول قوله) لأنه هو المملك فكان أعرف بجهة التملك، كيف وأن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب. قال (إلا في

تزوج به. وحكى في فتاوى الخاصي فيما إذا أنفق بلا شرط بل للعلم عرفاً أنه ينفق للزوج ثم لم تتزوج به خلافاً، منهم من قال يرجع لأن المعروف كالمشروط، ومنهم من قال لا. قال: وهو الصحيح لأنه إنما أنفق على قصده لا شرطه. وفيها: ادعت على زوجها بعد وفاته أن لها عليه ألفاً من مهرها تصدق في الدعوى إلى مهر مثلها في قول أبي حنيفة لأن عنده يحكم مهر المثل فمن شهد له مهر المثل كان القول قوله قوله مع يمينه. وفي النوازل: اتخذت لأبويها مائماً فبعث الزوج إليها بقرة فذبحتها وأطعمتها أيام المائم فطلب قيمتها فإن اتفقا أنه بعث بها إليها وأمرها أن تذبح وتطعم ولم يذكر قيمة ليس له أن يرجع عليها لأنها فعلت بإذنه من غير شرط القيمة، وإن اتفقا على ذكره الرجوع بالقيمة فله أن يرجع وإن اختلفا في ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لأن حاصل الاختلاف راجع إلى شرط الضمان وهي منكرة.

[تتمة فيها مسائل] الأولى: مسألة تعورف ذكرها في باب المهر مع أن الجواب المذكور فيها إنما يتعلق بالميراث فأجبنا الاتباع ونذكر المهر زيادة فيها. تزوج ثنتين في عقدة واحدة في عقدة وثلاثاً في عقدة ومات قبل أن يدخل بواحدة منهن وقبل أن يبين المتقدمة نكاحاً من غيرها، فميراث الزوجات وهو الربع عند عدم الولد وولد الابن، والثلث مع الولد أو ولد الابن بينهما على أربعة وعشرين: سبعة للتي تزوجها وحدها اتفاقاً، والباقي نصفه للثنتين، ونصفه للثلاث عند أبي حنيفة، وقالوا: ثمانية أسهم من الباقي للثنتين، وتسعة للثلاث على اختلاف تخريجهما. وإنما قلنا المسألة من أربعة وعشرين لأن نكاح الواحدة صحيح على كل حال لأنه إن تقدم فظاهر وكان إن توسط لأنها تكون ثالثة إن وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث، وكذا إذا تأخر لبطلان نكاح أحد الفريقين فتقع هي ثالثة أو رابعة، ونكاح كل من الفريقين صحيح في حال باطل في حال، ثم تقول: إن صح نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث، وإن صح مع الثلاث فلها ربعة فحتاج إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر، أو نقول: مخرج الثلث من ثلاثة والربع من أربعة وبينهما مباينة فضربنا أحدهما في الآخر فصار اثني عشر فيكون لها الثلث في حال أربعة والربع في حال ثلاثة، فثلاثة ثابتة بيقين، والرابع يجب في حال دون حال فينصف للثك فيه فينكسر فيضعف فيصير أربعة وعشرين، أو يضرب مخرج النصف وهو اثنان في اثني عشر فصار أربعة وعشرين، ثم نقول: للتي تزوجها وحدها سبعة من أربعة وعشرين لأن لها الثلث في حال ثمانية، والربع في حال ستة فستة ثابتة بيقين، ووقع الشك في سهمين لأنهما يسقطان في حال ويشتان في حال، فثبت أحدهما ويضم إلى ستة صار لها سبعة ومما بقي تسعة للثلاث لكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة أربعة عندهما على اختلاف تخريجهما. أما أبو يوسف فيعتبر المنازعة فيقول: لا منازعة للثنتين في السهم السابع عشر لأنهما لا تدعيان إلا ثلثي الميراث ستة عشر، فالسهم السابع عشر يسلم للثلاث لأنهن يدعين ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر فبقي ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفان فحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية. وأما محمد فيعتبر الأحوال فيقول إن صح نكاح الثنتين فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وهو حال التقدم على الثلاث فتكون الواحدة معهما فيكون لهما ثلثاه، وإن لم يصح فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك وهو ثمانية. والثلاث إن صح نكاحهن فلهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر لأن الواحدة ترث معهن، وإن لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف

مات أولاً أو علم أن الزوج مات أولاً، وأما إذا علم أنها ماتت أولاً فيسقط نصيبه من ذلك (وأما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار ديناً في ذمته كالسمي فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما) وهو قياس قوله لكن استحسنت فقال (إن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فيمهر من بقدر القاضي مهر المثل) وهذا يشير إلى أن وضع المسئلة في صورة التقادم، وقد روي عنه أنه استدل فقال: أرأيت لو ادعى ورثة عليّ على ورثة عمر مهر أم كلثوم أكنّت أقضي فيه بشيء؟ وهذا لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقدم العهد وانقرض أهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل، وعلى هذا إذا لم يكن العهد متقدماً بأن لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضي بمهر مثلها. وللمشايع طريق آخر وهو أن مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى، ومن حيث إنه يجب في مقابلة ما ليس بمال يشبه الصلة كالنفقة، فباعتبار الشبه الأول لم يسقط فلا يسقط

الطعام الذي يؤكل فإن القول قولها) والمراد منه ما يكون مهياً للأكل لأنه يتعارف هدية، فأما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا، وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيرهما ليس له أن يحتسبه من المهر لأن الظاهر يكذبه، والله أعلم.

ذلك وهو تسعة، فاتفق الجواب واختلف التخريج والضابط عن الغلط قولنا الحاء مع الحاء والعين مع العين: أي لمحمد الأحوال ويعقوب المنازعة. وعند أبي حنيفة نصف ما بقي للثنتين ونصف الآخر للثلاث لأن الفريقين في علة الاستحقاق سواء، لأن كل فريق يستحق في حال وهو ما إذا كان سابقاً على الفريق الآخر دون حال التأخير، فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين، كذا هنا، فللنصف وقع الكسر فضعفنا المجموع صار ثمانية وأربعين أو تضرب مخرج النصف وهو اثنان في أربعة وعشرين فيصير ثمانية وأربعين للواحدة من ذلك أربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فتطلب بين السهام والرؤوس الاستقامة أو الموافقة أو المبانية فتستقيم أربعة عشر على الواحدة ولا تستقيم سبعة عشر على الثنتين ولا على الثلاث ولا موافقة بين ذلك أيضاً فحصل معنا اثنان وثلاثة فتطلب بين الرؤوس والرؤوس الأحوال الأربعة: التداخل، والتماثل، والتوافق، والتباين، فوجدناها متباعدة فنضرب ثلاثة في اثنين أو على العكس فيحصل ستة فنضربها في ثمانية وأربعين فتصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح وطريق معرفة ما لكل أن تضرب ما كان له في هذه الستة كان للواحدة أربعة عشر فتضربها في ستة يحصل لها أربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها في الستة يحصل لكل فريق مائة وسهمان لكل من الثنتين أحد وخمسون ولكل من الثلاث أربعة وثلاثون فإن قيل: ما ذكر أبو حنيفة مشكل لأنه يعطي الثنتين ما لا تدعيانه أجيب بأنهما إنما لا تدعيانه إذا استحققت الواحدة ذلك السهم فأما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلاث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء. هذا الاختلاف في الإرث، أما المهور فالزوج إن كان حياً يؤمر بالبيان جبراً والقول قوله في الثلاث والثنتين أيهن الأول لأن نكاح أحد الفريقين صحيح في نفس الأمر، والزوج هو الذي باشر العقود، فإن قال لا أدري الأول حجب عنهن إلا الواحدة لأنه أقر بالاشتباه فيما لا مساغ فيه للتحري. وإن مات أحد الفريقين والزوج حي فقال هن الأول ورثهن وأعطى مهورهن وفرق بينه وبين الآخر، وإن كان دخل بهن كلهن ثم قال في صحته أو عند موته لأحد الفريقين ذلك فهو الأول، ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الأقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم في الدخول في النكاح الفاسد والدخول بهن لا يؤثر في البيان إذا لم تعلم السابقة في الوطء. وأما المهر قبل الدخول فللواحدة ما سمي لها بكمالها لأن نكاحها صحيح بيقين، وللثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما يمران على أصلهما في اعتبار المنازعة والحال. وأبو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة في المهر دون الميراث فقال: ما فضل من الواحدة هناك بين

الفريقين نصفان لا يتفاوتان فيه لأنهما قد استويا في الاستحقاق فيكون بينهما، فأما هنا فالثنتان لا تدعيان النصف الزائد على المهرين والثلاث يدعيه فسلم لهن، وفي المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما. أو نقول: أكثر ما لهن ثلاثة مهور بأن يكون السابق نكاح الثلاث وأقل ما لهن مهران بأن يكون نكاح الثنتين سابقاً فوقع الشك في مهر واحد فيتصرف فكان لهن مهران ونصف، ثم لا منازعة للثنتين في الزيادة على مهرين فيسلم ذلك مع الثلاث وهو نصف مهر يبقى مهران استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر واحد. ومحمد يقول: إن صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة مهور، وإن لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف، وأما الثنتان فلهما مهران إن صح وإلا

بموت أحدهما، وباعتبار الشبه الثاني يسقط فيسقط بموتهما لأن المسقط تأكد بالموت. وقوله (ومن بعث إلى امرأته شيئاً) ظاهر. وقوله (فالقول قوله) أي مع يمينه فإن حلف والمتاع قائم فللمرأة أن تردد وترجع بما بقي من المهر وإن كان هالكاً لم ترجع. وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وأن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب. وقوله (وقيل ما يجب عليه) إنما قيد بالوجوب لأنه إذا بعث الخف والملاء كان له أن يحتسبه من المهر لأن ذلك لا يجيبه عليه. وقوله (وغيرهما) قيل كمتاع البيت.

فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد. وأما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر، وعلى الفريقين كذلك لأن الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث أوجب لهن مهراً وميراثاً والعدة مما يحتاط فيها، فإن كان الزوج دخل بهن ولم يعرف الأول من الآخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعاً، أعني أربعة أشهر وعشراً يستكمل فيها ثلاث حيض.

المسئلة الثانية: تزوج امرأة وابنتها في ثلاثة عقود ولا تدري الأولى منهن ومات قبل الوطاء والبيان فلهن مهر واحد لأن الصحيح نكاح إحداهن ليس غير لأنه إن تزوج الأم أولاً لم يصح نكاح بنتها أو البنت فكذلك، ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق. ثم اختلفوا في كيفية القسمة فقال أبو حنيفة: للأم النصف من كل من المهر والميراث، وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم بينهما أثلاثاً ولو كان تزوج الأم في عدة والبنتين في عدة كان الكل للأم بالاتفاق المتيقن ببطان نكاحهما تقدم أو تأخر عن الأم للجمع بين الأختين في عدة، ولو كان تزوج امرأة وأمها وابنتها أو امرأة وأمها وأخت أمها كان المهر والميراث بينهما أثلاثاً اتفاقاً. وقيل على الخلاف، والصحيح الأول. والأصل أن المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق، ونكاح كل واحدة يصح في حال ولا يصح في حالين فاستوتن في حق الاستحقاق وهو يساعدهما على هذا الأصل، لكنه يقول: الأم لا يزاحمها إلا إحدى البنتين لأننا تيقنا ببطان نكاح إحدى البنتين والابنتان في النصف استوتنا لأنه ليست إحداهما بتعيين جهة البطان أولى من الأخرى.

المسئلة الثالثة: قال لأجنبية كلما تزوجتك فأنت طالق فتزوجها في يوم ثلاث مرات ودخل بها كل مرة فهي امرأته، وعليه مهران ونصف مهر، ووقع عليه تطليقتان على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، لأنه لما تزوجها أولاً وقع تطليقة ووجب نصف مهر، فلما دخل بها وجب مهر كامل لأنه وطء عن شبهة في المحل، إذ الطلاق غير واقع عند الشافعي بناء على أن هذا التعليق عنده لا يصح ووجب العدة، فإذا تزوجها ثانياً وقعت أخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى، فإن من تزوج معتدته البائن وطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستأنفة، خلافاً لمحمد في إيجابه نصف المهر وبقية عدتها التي كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهران ونصف مهر، فإذا دخل بها وهي معتدة عن طلاق رجعي صار مراجعاً فلا يجب بالوطء شيء، فإذا تزوجها ثانياً لا يصح النكاح لأنه تزوجها وهي منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح. وعلى قول محمد بالتزويج الأول والطلاق عقيب يجب نصف وبالدخول بعد مهر كامل وبالتزويج، والدخول بعد الطلاق الواقع عقيباً أيضاً مهر ونصف، وكذا بالتزويج الثالث فكان الواجب على قوله أربعة مهور ونصف مهر، وهذا بناء على أنه لم يصر مراجعاً بالوطء عقيب النكاح الثاني لأن الطلاق الثاني لم يقع على مدخول بها. وعندهما لما كان الدخول في الأول دخولاً في الثاني كان الطلاق عقيب الثاني عقيب الدخول. ولا يخفى عليك أن الدخول الأول لم يكن في نكاح بل ليس إلا وطأً بشبهة فاقتضى قولهما على هذا أن الرجعة تثبت بالوطء في عدة وإن كانت تلك العدة عن غير طلاق بل عن وطء بشبهة إذا كان مسبقاً بطلاق. ولو قال كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسئلة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر في قياس قولهما وأربعة مهور ونصف على قول محمد، وتخريج ذلك على الأصل المذكور لكل، فقول محمد يلزمه أربعة مهور ونصف على الأصل المذكور له آنفاً ظاهر. وأما وجه ما ذكرنا عندهما فلأنه بالنكاح الأول والدخول بعده يجب مهر ونصف، وبالنكاح الثاني طلقت بائناً ولها مهر كامل لأنه طلاق بعد الدخول على قولهما، ومهر آخر بالدخول بعده للشبهة ولم يصر به مراجعاً لأن الطلاق بائن، وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثاً ولها مهر، وبالدخول بعد مهر آخر فصارت خمسة مهور ونصف، ثلاثة بالدخول ثلاث مرات، ونصف مهر بالتزويج الأول، ومهران بالتزويجين الآخرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما.

فصل

(وإذا تزوّج النصراني نصرانية على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر، وكذلك الحربيان في دار الحرب) وهذا عند أبي حنيفة وهو قولهما في الحربيين. وأما في الذمية فلها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها. وقال زفر: لها مهر المثل في الحربيين أيضاً. له أن الشرع ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال، وهذا الشرع وقع عاماً فثبت الحكم على العموم. ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام وولاية الإلزام ومنقطعة لتباين الدار، بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا

فصل

لما ذكر مهوور المسلمين شرع في ذكر مهوور الكفار (قوله وإذا تزوّج نصراني) المراد إذا تزوّج ذمي كتابي أو مجوسي على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها فليس لها مهر، ولو أسلما أو رفع أحدهما إلينا أو ترافعا وهذا إذا لم يدينوا مهر المثل بالنفي وكذا لو تزوّجها على دم لأنهم اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه، وهذا لأنهم لا يتمولون الميتة حتف أنفها بخلاف الموقوذة، وكذا في الحربيين (هذا مذهب أبي حنيفة وبه قال في الحربيين) أي لو أسلما أو ترافعا (أما في الذمية فلها عندهما مهر مثلها إن دخل بها أو مات أحدهما والمتعة إن طلقها قبل الدخول) لوقوعه في نكاح لا تسمية فيه، وبهذا قال زفر في الحربيين أيضاً لأن الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال، وهذا الشرع وقع عاماً فيتناول الكفار بناء على أنهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها، غير أنه يصير عبادة بالنية والكافر ليس من أهلها فتمحض معاملة في حقه (ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين الأحكام) وليس لنا عليهم ولاية الإلزام للتباين، بخلاف أهل الذمة فإنهم التزموها في المعاملات، وولاية الإلزام ثابتة فنعززه إذا زنى ونهاه عن الربا ونحكم بفساده والنكاح منها، ولذا تجري عليهم أحكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثاً ونكاح المحارم. وقد يقال من طرف زفر عدم التزامهم وقصور الولاية منا عنهم لا ينفي تحقق الوجوب عليهم لعموم الخطاب، حتى إذا ترافعا إلينا نقضي عليهم بما لزمهما حال كونهما حرباً وأنا إنما أخرجنا الوجوب ليظهر عند إمكان إلزامهم أثره (قوله ولأبي حنيفة) حاصله منع المقدمة القائلة إنهم التزموا أحكامنا في المعاملات بل ليسوا ملتزمين بعقد الذمة ما يعتقدون خلافه منها إلا ما شرط عليهم ولذا لا نمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم، كذا في بعض كتب الفقه، وفي بعضها ما ذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا

فصل

لما ذكر أحكام النكاح في حق المسلمين وهم الأصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات أحكام النكاح في حق الكفار (وإذا تزوّج النصراني نصرانية) قيل المراد بهما الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي. وأقول يجوز أن يكون أطلقه ليتناول المستأمن أيضاً (وذلك في دينهم) أي النكاح بغير مهر في دينهم (جائز) والواو للحال (فليس لها مهر) وإن أسلما (وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا) أي عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين (عند أبي حنيفة) ووافقه في الحربيين. وأما في الذمية، فإن دخل بها أو مات عنها فلها مهر المثل، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر في

فصل إذا تزوج

(قوله لما ذكر أحكام النكاح الخ) أقول: الظاهر أن يقول أحكام المهر، لكن مراد الشارح بأحكام النكاح المهر أيضاً (قوله وإذا تزوج النصراني نصرانية، إلى قوله: ليتناول المستأمن أيضاً) أقول: ولو قال إذا تزوج الكافر كافرة لكان أعم وأشمل (وقوله وذلك في دينهم: أي النكاح بغير مهر الخ) أقول: ولعل الأولى أن يجعل ذلك إشارة إلى مجموع ما ذكر من النكاح على الميتة وعلى غير مهر ويجوز أن يجعل قوله بغير مهر متناولاً للنكاح بالميتة أيضاً.

أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربا والزنا، وولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار. ولأبي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات، وولاية الإلزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة، فإننا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب، بخلاف الزنا لأنه حرام في الأديان كلها، والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد» وقوله في الكتاب أو على غير مهر يحتمل نفى المهر ويحتمل السكوت. وقد قيل: في الميتة والسكوت روايتان، والأصح أن الكل على الخلاف (فإن تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلم أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير) ومعناه إذا كانا بأعيانهما والإسلام قبل القبض، وإن كانا بغير أعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل، وهذا عند

تنافي، فمحمل أحدهما من تدين بحرمتهم ومحمل الآخر من لا يتدين بحرمتهم كالمجوس فلم يلتزموا ولم تؤمر بالزامهم بل نتركهم وما يدينون فصار أهل الذمة أولى من أهل الحرب بذلك لأن المانع فيهم المنعة الحسية وأمرنا بهدئها، والمانع في أهل الذمة المنعة الشرعية وأمرنا بتقريبها. بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقودهم. قال عليه السلام «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد»^(١) روى معناه القاسم بن سلام بسنده في كتاب الأموال عن أبي المليح الهذلي «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح أهل نجران فكتب لهم كتاباً وساقه، وفيه: ولا تأكلوا الربا فمن أكل منهم الربا فذمتي منهم بريئة»^(٢) وفي مصنف ابن أبي شيبة بسنده إلى الشعبي «كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى نجران وهم نصارى أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له» وهو مرسل وهو حجة عندنا. وإذا منعنا من التعرض لهم فيما يدينون قبل الإسلام إلا المستثنى فبعد الإسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرطاً لبقائه. والذي يقتضيه النظر أن الاستدلال على أن الكفار مخاطبون بالمعاملات إن تم تم المطلوب لفرق هنا لأن الأمر بترك التعرض لهم لذمتهم لا يقتضي سوى أن لا يتعرض لهم ما لم يرضوا بحكمنا أو يسلموا، وذلك لا يمنع من قيام لزوم المهر شرعاً في ذمتهم. وحالة الإسلام وإن كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطاً فيها ولا حكماً لا يمنع القضاء بالتقرر في الذمة أول الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم (قوله وقد قيل في الميتة والسكوت) عن المهر (روايتان) بخلاف نفية صريحاً، ففي ظاهر الرواية لها مهر المثل. وذكر الكرخي أنه لا فرق على قياس قول أبي حنيفة بين السكوت والنفي. ووجه ما في المبسوط أن تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض فيه إلا بالشرط. وجه الظاهر أن النكاح معاوضة، فما لم ينص على نفي العوض يكون مستحقاً لها والميتة كالسكوت لأنها ليست مالا عندهم فذكرها لغو، وصحح المصنف أن الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر (قوله فإن تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير بأعيانهما ثم أسلم أو أسلم أحدهما) قبل

الحريين أيضاً، وقال (الشرع ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال) لقوله تعالى «أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ» (وهذا الشرع وقع عاماً) لأن النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فيثبت الحكم على العموم، وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح الابتغاء بالمال على العموم، وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم، وقالوا: أهل الحرب لم يلتزموا أحكام الإسلام وهو ظاهر، ولا يكون الحكم عليهم إلا بالإلزام ولا إلزام إلا بالولاية، وقد انقطع الولاية بتباين الدارين (بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات) لأن الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا والربا فإنهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد، ولئن سلمنا أنهم لم يلتزموا لكن ولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار (ولأبي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا) في الديانات كالصوم والصلاة (وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات) أيضاً كبيع الخمر والخنزير (وولاية الإلزام بالسيف والمحاجة) وليست بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة (فإننا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب) في عدم الالتزام وانقطاع الولاية. وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قولهما كالزنا والربا. ووجهه أن الزنا حرام في جميع الأديان فلم يكن دينهم حتى يتركوا عليه

(١) غريب بهذا اللفظ. قال الزبلي في نصب الراية ٢/٢٠٣: غريب.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/٦٤: لم أجده بهذا اللفظ.

(٢) مرسل قوي. قال الزبلي في نصب الراية ٣/٢٠٣: رواه أبو عبيد في كتاب الأموال - ص ١٨٨ - عن أبي المليح الهذلي مرسلًا. وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن الشعبي مرسلًا اهـ الزبلي. فإذا انضم هذا المرسل إلى هذا اكتسب قوة وعلم أن له أصلاً وانظر الدراية ٢/٦٤.

أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لها مهر المثل في الوجهين. وقال محمد: لها القيمة في الوجهين. وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد وصار كما إذا كانا بغير أعيانها. وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد، فأبو يوسف يقول: لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا، ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالاً عندهم، إلا أنه امتنع التسليم للإسلام فتجب القيمة، كما إذا هلك العبد المسمى قبل القبض. ولأبي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه، وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك لا يمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوبة، وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالإسلام، بخلاف المشتري لأن ملك التصرف فيه إنما يستفاد بالقبض، وإذا تعذر

قبض الصداق المذكور فليس لها إلا الخمر أو الخنزير (وإن كان بغير أعيانها) وأسلما قبله (فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل) وهذا التفصيل مذهب أبي حنيفة (وقال أبو يوسف: لها مهر المثل في الوجهين) وهو قول الأئمة الثلاثة (وقال محمد: لها القيمة في الوجهين) وهو قول أبي يوسف الأول، ولما اشترك قولهما في عدم إيجاب عين الخمر والخنزير إذا كانا بأعيانها جمع بينهما في دليله فقال (وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك في المقبوض) المعين، ولهذا لو هلك قبل القبض أو تعيب عيياً فاحشاً يهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله إن كان مثلياً وإلا فقيمته، وبعد القبض يهلك من مال المرأة ويتصف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول، وبعد القبض إذا طلقها قبل الدخول لا يتنصف إلا بقضاء أو تراض على ما أسلفناه في باب المهر في عتق الجارية المهر، وكذا الزوائد تنصف قبل القبض لا بعده على ما قدمنا (فيكون له شبهاً بالعقد) لثبوت أثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالإسلام كما يمتنع ابتداء

(والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد») ألا حرف تنبيه لا حرف استثناء كذا السماع والنسخ (وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير (وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان) يعني عن أبي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما قال، وفي رواية لا يجب شيء، وعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى فرق، وأما على الرواية الأخرى وهو رواية الأصل فيحتاج إلى الفرق بين النفي والسكوت وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال، فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العرض كالتنصيص على البيع بين المسلمين، فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقاً لها، وأما الميتة فإنها ليست بمقومة عند أحد فكان التزوج عليها كالنفي وهو مختار فخر الإسلام من الروايتين، ووجه الرواية الأخرى أن أحداً لما لم يتدين بتقومها لم تدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام «اتركوهما وما يدينون» فيجب حكم الشرع (والأصح أن الكل على الخلاف) عنده لا يجب شيء، وعندهما يجب مهر المثل. وقوله (فإن تزوج الذمي ذمية) ظاهر. وقوله (وهذا كله) أي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين أو غير معينين (عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لها مهر المثل في الوجهين) أي في المعين وغير المعين (وقال محمد: لها القيمة في الوجهين. وجه قولهما) إنما جمع بين قولهما وإن كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال أبو يوسف فيهما بمهر المثل. وقال محمد: فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لأنهما يتفقان في أن لا يوجبا عين الخمر والخنزير (أن القبض مؤكد للملك في المقبوض) ولهذا ينصف الصداق بالطلاق قبل الدخول إذا لم يكن مقبوضاً، وبعد القبض لا يعود إلى ملك الزوج شيء إلا بالرضا أو القضاء، وإذا مرّ يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا تجب صدقة الفطر عليها، بخلاف ما بعد القبض، ولا تجب الزكاة عليها عند أبي حنيفة في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده، والمؤكد للملك شبهه بالعقد لإفادته ما لم يكن (فيمتنع) القبض (بسبب الإسلام) كما لو كان ابتداء التملك بالعقد بعد الإسلام إلحاقاً لشبهه العقد

(قوله وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه) أقول: ضمير عليه راجع إلى النكاح (قوله وأما على الرواية الأخرى وهو رواية الأصل، إلى قوله: كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقاً لها) أقول: فإنه إذا باع بلا تسمية ثمن ينعقد البيع فاسداً ويملك بالقبض، وتجب القيمة على ما صرحوا به فصل أحكام البيع الفاسد. (قوله وجه قولهما) أقول: مبتدأ وخبره يجيء بعد أسطر وهو قوله أن القبض مؤكد للملك في المقبوض الخ (قوله لأنهما يتفقان في أن لا يوجبا عين الخمر والخنزير) أقول: فإن قيل فإنهما يتفقان في عدم التفرقة بين الخمر والخنزير أيضاً فلم لم يتعرض له؟ قلنا: لأن دليلهما الاتفاق لا يلزم منه ذلك فتأمل. ثم أعلم أن قوله لأنهما يتفقان الخ تعليل لقوله إنما جمع بين قولهما الخ (قوله إلا بالرضا أو القضاء) أقول:

القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لأنه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه، ولا كذلك الخمر لأنه من ذوات الأمثال؛ ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الإسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر، ولو طلقها

التمليك بالعقد إلحاقاً لشبهة العقد بحقيقته في المحرمات وليس يريد كما يمتنع العقد بالإسلام فإن العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض (وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد) فامتنع فقد افترقا (فقال أبو يوسف: لو كانا مسلمين وقت العقد) فعددا على الخمر والخنزير (يجب مهر المثل) فكذا إذا كانا مسلمين وقت القبض (ومحمد يقول: صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالإسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض) تجب القيمة لامتناع إعطاء مثل الخمر (قوله ولأبي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه) قبل القبض يبدل وبغير بدل، فقبضه ليس موجباً لملكه ولا لملك التصرف فيه فليس مؤكداً بل ناقلاً لمجرد الضمان من الزوج إلى المرأة في الهلاك (وذلك) أي انتقال الضمان (لا يمتنع بالإسلام) لأن موجب صورة اليد وصورتها لا تمتنع بالإسلام كالمسلم إذا تخمر عصيره والذي إذا غصب منه الخمر والخنزير ثم أسلم له أن يسترده من الغاصب، فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر فيخلله أو يريقه والخنزير فيسيبه، فإن كان مرادكم من كون القبض مؤكداً غير هذا منعنا كونه مؤكداً، وإن كان المراد هذا سلمنا كونه مؤكداً ومنعنا منافاة الإسلام إياه. وفي الأسرار: ولئن سلمنا أن القبض مؤكد للملك فلا نسلم أن الإسلام يمنع تأكيد الملك بدليل أن من باع عبداً بخمر وقبض الخمر فإن الملك فيه واه لجواز أن يهلك العبد عنده قبل التسليم إليه، وبالتسليم إليه يتقرر الملك، وهذا التسليم لا يمتنع بالإسلام وإن كان فيه تأكيد الملك في الخمر، ولو اشترى خمرأ وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد وإن كان في سقوطه تأكيد ملك الخمر، فعلم أن الإسلام لا يمنع تأكيد الملك (قوله بخلاف المشتري) متصل بقوله يتم بنفس العقد: أي أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه بالبيع وغيره، وبخلاف المشتري لا يتم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه، والقبض فيه هو المفيد لملك التصرف والإسلام مانع منه، فلذا لو باع الذمي الخمر والخنزير أو اشتراهما ثم أسلم يفسخ البيع لامتناع إفادة ملك فيهما مع الإسلام، وخص التصرف في المهر قبل القبض من النهي عن بيع ما لم يقبض بالإجماع. وظن بعض الفضلاء أن قوله في النهاية ولأن ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فقبض المشتري ناقل لضمان الملك وضمن المهر في يد الزوج ليس ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ينافي قول الهداية والقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وهو غلط، وإنما معناه أن بالهلاك في يد البائع يعود إلى ملكه، فإذا هلك على ملكه لا يضمن لأحد شيئاً بل يسقط الثمن، وهذا معنى قولهم يهلك المبيع في يد البائع بالثمن، وأما هلاك المهر في يد الزوج فليس هلاك ملكه بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك

بحقيقته في المحرمات (وصار كما إذا كانا بغير أعيانها) لأن القبض فيه كالقبض فيما إذا كانا بغير أعيانها في إفادة ما لم يكن، والقبض فيما إذا كانا بغير أعيانها يمنع عن تسليم نفسها، فكذلك فيما إذا كانا بأعيانها كالعقد (وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فأبو يوسف يقول: لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا) ووجه محمد ظاهر. ووجه قول أبي حنيفة (أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه) ولو هلك هلك على ملكها وكل ما تم بنفس العقد لا يحتاج فيه إلى القبض للتملك (وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك) أي الانتقال (لا يمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المفصولة) وأما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك لأنه يفيد وجوب الدين في ذمته، والقبض يوجب ملك العين فتمتنع بالإسلام عن تملك الخمر والخنزير. وقوله (بخلاف المشتري) متصل بقوله إن الملك في الصداق المعين الخ: يعني

يعني بالقضاء بالإعادة إليه (قال المصنف: فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد) أقول: قال ابن الهمام أي كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد وليس يريد كما يمتنع العقد بالإسلام، فإن العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العرض اهـ ولعل الأولى أن يقال: أطلق العقد وأراد تسميتها في العقد كما يمتنع تسميتها فيه حيث لا يوجب حكمها، ووجه الأولوية ظاهر (قوله والقبض فيما إذا كنا بغير أعيانها يمنع عن تسليم نفسها

قبل الدخول بها، فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة، ومن أوجب القيمة أوجب نصفها، والله أعلم.

المغصوب، ولهذا صرح في النهاية به بعد قوله يهلك على ملكها بأن قال: ولهذا وجب لها القيمة (قوله ولو طلقها قبل الدخول بها) ففي المعين لها نصفه عند أبي حنيفة، وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة، وفي الخنزير المتعة. وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لأنه أوجب القيمة فتتصرف. وعند أبي يوسف وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لأن مهر المثل لا يتنصف، والله أعلم.

بخلاف ما إذا باع الذمي الخمر أو الخنزير أو اشترى ثم أسلم قبل القبض فإنه لا يجوز له القبض بل يفسخ العقد لأن المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والإسلام مانع منه. وقوله (وإذا تعذر القبض في غير المعين) ظاهر. وقوله (ولو طلقها الخ) يعني قول أبي حنيفة في المعين لها نصف العين وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لأن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق. وعند أبي يوسف لها المتعة على كل حال، وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال.

فكذلك الخ) أقول: لا يخفى عليك ما في هذه العبارة، وكان الأولى أن يقول: والقبض فيما إذا كانا بأعيانها ممتنع فكذلك الخ (قوله ثم أسلم قبل القبض) أقول: يعني أسلم البائع أو المشتري (قوله فإنه لا يجوز له القبض الخ) أقول: لا يترتب لقبض المشتري حكمه وهو الملك، فإنه إن كان الذي أسلم هو البائع يلزم من ترتبه عليه تملك الخمر والإسلام مانع وإن كان المشتري يلزمه تملكه (قال المصنف: فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه) أقول: قال الزيلعي: قال في الغاية: يرد عليه ما لو اشترى ذمي داراً من ذمي بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم يأخذها بالشفعة بقيمة الخمر والخنزير فلم يجعل قيمة الخنزير كعينه ولم يجب ثمنه بشيء، والجواب أن قيمة الخنزير إنما تكون كعينه أن لو كان بدلاً عن الخنزير كما في مسألة النكاح، أما إذا كان بدلاً عن غيره فلا. وفي مسألة الشفعة قيمة الخنزير بدل عن الدار المشفوعة، وإنما صير إليها للتقدير بها لا غير فلا يكون لها حكم عينه اهـ. ولك أن تقول كذلك فيما نحن فيه بدل عن منافع البضع، وإنما صير إليها للتقدير بها فليتأمل. فجوابه يظهر من تقرير قاضيه خان في شرح الجامع الصغير (قال المصنف: ولا كذلك الخمر لأنه من ذوات الأمثال) أقول: قال الإتقاني: ذكر الضمير الراجع إلى الخمر على تأويل الشراب اهـ. وفي القاموس: الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام كالخمرة قد يذكر.

باب نكاح الرقيق

(لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما) وقال مالك: يجوز للعبد لأنه يملك الطلاق فيملك النكاح. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر» ولأن في تنفيذ نكاحهما تعيينهما إذ النكاح عيب

باب نكاح الرقيق

الرقيق: العبد، ويقال للعبيد.

لما فرغ من نكاح الأحرار المسلمين شرع في بيان نكاح الأرقاء والإسلام فيهم غالب، فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم أولاه نكاح الأرقاء ثم أولاه نكاح أهل الشرك. وأما ما تقدم من فصل النصراني فإنما هو في المهر من توابع مهوور المسلمين والمهر من توابع النكاح فأردفه تنمة له (قوله لا يجوز نكاح العبد إلا بإذن سيده) أي لا ينفذ فإنه ينعقد موقوفاً عندنا وعند مالك ورواية عن أحمد، وما نسب إلى مالك في الكتاب وليس مذهبه. وحاصل تقرير وجه المذكور ملازمة بين الملكين شرعاً فقد تبين بأن من ملك رفع شيء ملك وضعه وتمنع بملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك إثباته شرعاً على نفسه ولذا ملك التطبيب ولم يملك أكل السم وإدخال المؤذى على البدن. والأوجه بيانها بأن ملكه الطلاق لأنه من خواص الآدمية فكذا النكاح. ويجاب بما سنذكره والحديث الذي ذكره وهو قوله ﷺ «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر»^(١) رواه أبو داود والترمذي من حديث جابر وقال: حديث حسن. والعاهر الزاني. وفي الحديث أيضاً في السنن عن ابن عمر عنه ﷺ قال «إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل»^(٢) (ولأن في تنفيذ

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق، والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع (لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما) أما الأمة فظاهر لأن منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون إذنه، وأما العبد ففيه خلاف مالك فإنه يجوز نكاحه بدون إذنه لأنه يملك الطلاق

باب نكاح الرقيق

(قوله لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح، إلى قوله: وغيرهم الخ) أقول: فيه أن نكاح غيرهم سيجيء في باب على حدة، وما ذكر قبيل هذا مما يتعلق بمهر الكفار كان على سبيل الاستطراد (قوله أما الأمة فظاهر لأن منافع بضعها ملك المولى الخ) أقول: قد سبق من

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٠٧٨ والترمذي ١١١١ - ١١١٢ والدارمي ٢١٥٢ وابن ماجه ١٩٥٩ والحاكم ١٩٤/٢ والطحاوي في المشكل ٢٩٧/٣ وأبو نعيم ٣٣٣/٧ والبيهقي ١٢٧/٧ وأحمد ٣٠١/٣ - ٣٧٧ - ٣٨٢ وابن عدي في الكامل ٣١٥/٢ و٥٦/٣ من عدة طرق كلهم من حديث عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر مرفوعاً.

قال الترمذي عقب الرواية الأولى: حديث حسن. ورواه بعضهم عن ابن عقيل عن ابن عمر مرفوعاً، والصواب عن جابر مرفوعاً. وقال الترمذي عقب حديثه الثاني عن جابر: حسن صحيح. وأما ما أشار إليه الترمذي، فقد وقع في ابن ماجه أخرجه برقم ١٩٥٩ كما ذكرت آنفاً وقد قال البوصيري في الزوائد: هذا إسناد حسن والحديث رواه أبو داود والترمذي من حديث جابر اهـ.

وهذا خطأ انقلب إسناده والصواب من حديث جابر لكن شيخ ابن ماجه أزهري بن مروان انفرد بكونه عن ابن عمر. وقد بين الترمذي ذلك بقوله: لم يصح عن ابن عمر إنما هو حديث جابر وقد أخرجه أبو داود ٢٠٧٩ وابن ماجه ٢٠٧٩ كلاهما من وجه آخر عن ابن عمر مرفوعاً وضعفه أبو داود وقال: هو موقوف.

وأخرجه ابن عدي في الكامل ٩٦/٧ من حديث أبي هريرة، وهو وهم أيضاً، وأعله ابن عدي بالوزاع بن نافع العقيلي ونقل عن يحيى قوله: ليس بثقة. الخلاصة: حديث جابر حسنه الترمذي وصححه، وكذا صححه الحاكم، وأقره الذهبي. والصواب قول الترمذي أنه حسن لأن ابن عقيل فيه كلام لكن لا يضر، وهو ثقة، وسكت أبو داود على حديثه جابر.

(٢) تقدم في الذي قبله وأنه عن ابن عمر اهـ. وقول المصنف في السنن في تجوز حيث انفرد به أبو داود، وابن ماجه وضعفه أبو داود أيضاً ورجح وقفه.

فيهما فلا يملكانه بدون إذن مولاها (وكذا المكاتب) لأن الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق. ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب، وكذا المكاتب لا تملك تزويج نفسها بدون إذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا (و) كذا (المدير وأم الولد) لأن الملك فيهما قائم؛

نكاحهما تعيينهما) أما في العبد فتشغل مالهته بالمهر والنفقة، وأما في الأمة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح، وهذا تصرف في ماله بالإفساد فلا ينفذ إلا برضاه. وبهذا يجاب عن المنسوب إلى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح، فالطلاق إزالة عيب عن نفسه، بخلاف النكاح لا يقال: يصح الإقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع أن فيه إهلاكه فضلاً عن تعيينه. لأننا نقول: هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع أمراً ونهياً كالصلاة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيرها إلا فيما علم إسقاط الشارع إياه عنه كالجمعة والحج. ثم هذه الأحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعاً فقد أخرجه عن ملكه في ذلك الذي أدخله فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجراً عن الفساد وأعظم العيوب (وكذا المكاتب) ليس له أن يتزوج إلا بإذن المولى (لأن الكتابة) إنما (أوجبت فك الحجر) في التصرف الاكتسابي فيبقى فيما سواه على حكم الرق (ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب) بتحصيل المهر والنفقة للمولى والولد العبد ولكونه من باب الاكتساب ملك الأب والجدة والقاضي والوصي والشريك المفاروض تزويج الأمة لا العبد لأنه تنقيص للمالية، وأما شريك العنان والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الأمة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يملكون، وإنما لم يجز تزويج المكاتب نفسها لما ذكره (قوله) وكذا المكاتب لا تملك تزويج نفسها بغير إذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا) من بقاء ذات المكاتب على الرد والاكتساب الذي أوجبت الكتابة إطلاقه له ما لا يوجب خلافاً في ذاته المملوكة، والاكتساب بالنكاح إنما يكون بتملك جزء منها لغير السيد، إذ بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالأرض، ولأن هذه المنفعة لا يزول ملكها بعد صحته إلا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وإفضائها إلى زوال ملك الرقبة لجواز التعجيل والرد إلى الرق فترد مملوكة البضع للغير ممتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد (قوله) وكذا المدير) والمديرة لا ينفذ نكاحهما إلا بإذن المولى، وكذا ابن أم الولد: يعني لو زوج أم ولده فجاءت بولد من الزوج فإن حكمه حكم أمة فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه، وأما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب، وعندهما يجوز لأنه حر مديون.

[فرع مهم للتجار] ربما يدفع لعبده جارية يتسرى بها ولا يجوز للعبد أن يتسرى أصلاً أذن له مولا أو لم يأذن، لأن حل الوطء لا يثبت شرعاً إلا بملك اليمين أو عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانهصر حل وطئه في عقد النكاح (قوله) وإذا تزوج العبد بإذن مولا فالمهر دين في رقبته يباع فيه) بخلاف ما إذا تزوج بغير إذنه فدخل بها. ثم فرق بينهما فإنه لا مهر عليه حتى يعتق لأنه لم يظهر في حق المولى لعدم الإذن فيه. وقوله يباع فيه: إن لم يفده المولى، وتقديره أنه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه. أما وجوبه فللمقتضى وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق

وهو ظاهر، وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لأن الطلاق بسبب النكاح، ومن ملك شيئاً ملك سببه الموصل إليه (ولنا قوله ﷺ «أيما عبد تزوج بغير إذن مولا فهو عاهر») رواه أبو داود وأخرجه الترمذي وقال: هذا حديث حسن ولأن في تنفيذ نكاحهما تعيينهما إذ النكاح عيب فيهما، ولهذا إذا اشترى عبداً أو أمة فظهر مزوجاً جاز له أن يرده وليس لهما تعيين أنفسهما رعاية لحق المولى (فلا يملكانه بدون إذنه) وفي هذا التعليل جواب لما لك، فإن الطلاق إزالة العيب، ولا يلزم من جواز إزالة العيب جواز تعيينهما أنفسهما. واستشكل بجواز إقراره بالحدود والقصاص، فإن وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما، وأما على قول أبي حنيفة فيمنزلة الاستحقاق وهو أيضاً أقوى العيوب فكيف جاز ذلك؟ وأجيب بأن الرقيق في حقوق

الشارح في باب المحرمات أن السيدة تملك منافع بضع عبدها فما وجه الاقتصاد على الأمة هنا (قوله) وأما على قول أبي حنيفة فيمنزلة الاستحقاق هو أيضاً أقوى العيوب (الخ) أقول: تفصيله في باب خيار العيب.

(وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لأن هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الإذن من جهته فيتعلق برقبته دفعاً للمضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة (والمدبر والمكاتب يسميان في المهر ولا يباعان فيه) لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من أنفسهما (وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى طلقها أو فارقها فليس هذا بإجازة) لأنه

المولى للإذن. وأما كونه في رقبته فلا إذن السيد ولدفع المضرة عن أرباب الديون: يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة. والحاصل أن الدين إنما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على إذنه، فإنه لو باشر إتلافاً ونحوه ترتب في ذمته فحين أذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه مال فكان لهم أن يقتضوا من نفسه فعلى هذا يكون الإذن دفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد، غير أنه إن فداء المولى حصل المقصود والمقتضى لذلك دفع المضرة عن أرباب الديون. وإذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانياً ويطالب بالباقي بعد العتق، وفي دين النفقة يباع مرة بعد أخرى لأنها تجب شيئاً فشيئاً. وإذا مات العبد سقط المهر والنفقة، ذكره التمرتاشي. وإذا زوج عبده من أمته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد، ومنهم من قال يجب ثم يسقط لأن وجوبه لحق الشرع. والأولون يقولون: لا فائدة لهذا الجواب لأنه لو وجب لوجب في ماليته وهي للمولى (قوله والمدبر والمكاتب يسميان) إذا أذن لهما المولى فتزوجا ثم امتنع عن الأداء عنهما يسميان (لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك) وكذا معتق البعض وابن أم الولد فيؤدى من كسبهما لا من أنفسهما إلا إن عجز الكاتب فرد في الرق فإنه حينئذ يباع في المهر (قوله وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال له طلقها أو فارقها فليس ذلك بإجازة) تزويج العبد نفسه بلا إذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على إذن المولى، وإذنه يثبت تارة صريحاً وطوراً^(١) دلالة، فالصريح مثل أن يقول رضيت أو أجزت أو أذنت، والدلالة أن يسوق إليها المهر أو بعضه، وسكوته لا يكون إجازة وثم ألفاظ تختلف فيها وألفاظ لم يختلف في عدم اعتبارها، فمثل قوله هذا حسن أو صواب أو نعم ما صنعت أو بارك الله لك فيها أو أحسنت أو أصبت أو لا بأس بها اختلف فيها. قال الفقيه أبو القاسم: ليس شيء منها إجازة. واختيار الفقيه أبي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد أنه إجازة ما لم يعلم أنه قاله استهزاء إذا عرف هذا فمسئلة الكتاب وهو ما إذا قال طلقها لا شك أن مقتضى حقيقة اللفظ فيها الإجازة لأن الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح، لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر إلى حال العبد، وذلك أن اقتيات العبد على سيده تمرد بمباشرة سبب تعيينه عليه يستوجب به زجره وبه فارق الفضولي المحض فإنه معين والإعانة تنتهض سبباً لإمضاء تصرفه وعدم إلغائه، ولذا لو قال للفضولي طلقها كان إجازة على ما هو الأوجه، وإن قلنا أول المسئلة في العبد أنه فضولي في الجملة، وإذا كان

الله باق على حرته والرق لا يؤثر فيها، فإن لزم من ذلك تعيب فهو ضمني لا معتبر به وموضعه الأصول. وقوله (وكذا المكاتب) ظاهر. وقوله (لما بينا) يعني قوله لأنه من باب الاكتساب. وقوله (فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لما عرف في الأصول أن ذمته قد ضعفت بالرق فيضم إليها مالية الرقبة. واستدل المصنف بقوله (لأن هذا دين وجب في رقبته) وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على الطلب. وتقريره: هذا دين وجب في الرقبة، وكل دين وجب في الرقبة تباع الرقبة فيه. أما أنه وجب فلتحقق المقتضى وهو وجود السبب من أهله وانقضاء المانع وهو حق المولى لصدور الإذن من جهته، وأما أنه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة فتباع الرقبة في المهر كما تباع فيه. وقوله (دفعاً للمضرة عن أصحاب الديون) يعني النساء. وقوله (فليس هذا بإجازة، لأنه) أي قوله طلقها أو فارقها (يحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومثاركته يسمى

(قوله وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب إلى آخر قوله: وتقريره) أقول: لا يخفى عليك أن قوله فيتعلق برقبته في معرض النتيجة بأى عما ذكره كل الإباء ولا يصلحه ما ذكره، والأولى أن يقال: أراد بالرقبة ذمة العبد مجازاً فلا يلزم المصادرة ويستقيم الكلام، وسيجيء من الشارح تفسير الذمة بالرقبة في باب نكاح أهل الشرك.

يحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومشاركته يسمى طلاقاً ومفارقة وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى فكان الحمل عليه أولى (وإن قال: طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو إجازة) لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتتعين

حال العبد ذلك فإذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يحتمل الرد والإجازة لاستعماله فيهما كان بملاحظة حال العبد ظاهراً في قصد الرد ما لم يعلم قصد الإجازة لظاهر يقترب به أو نص آخر مثل أن يقول طلقها تطليقة تملك عليها الرجعة أو أوقع عليها الطلاق لأن الإيقاع والطلاق الذي يملك الرجعة بعده لا يقالان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته، بخلاف قوله طلقها فإنه لا يقال لمتاركة العقد الفاسد طلاق مجازاً فصلحت هذه المسئلة متمسكاً لأبي القاسم ومن قال بقوله. والجواب أن لفظ الطلاق المجرد يستعمل كثيراً في المتاركة في العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الإجازة والرد، بخلاف ما تقدم من نحو أحسنت الخ فإنه لم يستعمل للأمريين على السواء بل الظاهر منه الإجازة وحمله على الرد لا يتحقق إلا بواسطة جعله استهزاء، وهو وإن كان النظر إلى حال العبد لا ينافيه لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لأن حقيقته فعل الجاهلين، ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم ﴿أَتُخَذْنَا هُزُؤًا﴾ ﴿أَعُوذُ بِاللَّهِ أَنْ أَكُونَ مِنَ الْجَاهِلِينَ﴾ [البقرة: ٦٧] فتعارض الظاهران وبقي نفس اللفظ بمفهومه فيفيد الإجازة بلا معارض، بخلاف مسئلة الكتاب فإن نفس اللفظ يقال للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب لصحة النكاح، ولذا لم يستعمل المقيد: أعني قوله طلقها تطليقة تملك الرجعة عليها أو أوقع عليها الطلاق في المتاركة جعل إجازة فوجب ترجيح قول الفقيه ومن معه ما لم يعلم قصد الاستهزاء، لكن المصنف لما لم يوجب إلا بأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح أفاد أنه يثبت اقتضاء فورده عليه طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبد كفر عن يمينك بالمال أو تزوج أربعاً لا يعتق مع أن كلا منهما لا يكون إلا بعد الحرية. وأجيب بأن إثبات الشرائط التي هي أصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والأهلية للمتحقق بالرق وليس ما نحن فيه كذلك لأن النكاح ثابت للعبد بطريق الأصالة لثبوته تبعاً للأدوية والعقل، وإنما توقف لاستلزامه تغيب مال الغير، فقوله طلقها رجعياً يتضمن رفع المانع اقتضاء لا إثبات ملك النكاح بطريق الأصالة، والمملوكية شرط العتق. وقوله أعتق عبدك عني بألف يثبت به تحويل المملوكية إليه لا أصلها في العبد، ومملوكيته في العبد أمر زائد على مملوكيته. وعلى تقريرنا لا يحتاج إلى تكلف هذا السؤال وجوابه. ولو أذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون إجازة، فإن أجاز العبد ما صنع جاز استحساناً كالفضولي إذا وكل فأجاز ما صنعه قبل الوكالة وكالعبد إذا تزوجه فضولي فأذن له مولاه في التزوج فأجاز ما صنعه الفضولي. ولو باع السيد العبد بعد أن باشر بلا إذن فللمشتري الإجازة. وقال زفر: يبطل، وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على إجازة الوارث، أما إذا كانت أمة فتزوجت بلا إذن ثم مات المولى فورثها من يحل له وطؤها بطل لطريان الحل النافذ على الموقوف، وإن ورثها من لا يحل له وطؤها كان ورثها جماعة أو امرأة أو ابن المولى وقد كان الأب وطئها وتوقف على إجازة الوارث. وعلى هذا قالوا في أمة تزوجت بغير إذن مولاه فوطئها الزوج فباعها المولى للمشتري الإجازة لأنه لا يحل له وطؤها لأن وطء الزوج يحرمها لأنها صارت معتدة، فإذا حاضت بطل العقد لحلها للمشتري، ولو كان الزوج

طلاقاً ومفارقة) ألا ترى أنه لو قال في النكاح الفاسد طلقتك كان متاركة، وإذا احتمل الأمريين رجحنا جهة المتاركة لأنه أليق بحال العبد المتمرد. وقوله (أو هو) أي الرد (أدنى) لأنه دفع والطلاق رفع، والدفع أسهل من الرفع (فكان الحمل عليه أولى) فإن قيل: قوله طلقها حقيقة في إيقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير إلى المجاز. أجيب بأن الحقيقة قد ترك بدلالة الحال وهذا كذلك وهي الافتيات على رأي المولى (وإن قال طلقها تطليقة) رجعية أو تطليقة (تملك الرجعة فهذا إجازة لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتتعين الإجازة) فإن قيل: إذا قال المولى لعبد كفر يمينك بالمال أو تزوج أربعاً من النساء لا يثبت به العتق وإن كان التكفير بالمال وتزوج الأربع من النساء لا يكون إلا بعد الحرية. أجيب بأن ما كان أصلاً في إثبات الأهلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء كالإيمان في خطاب الكفار بالشرائع كما عرف في الأصول وفي إثبات الاعتاق ذلك، بخلاف ما نحن فيه فإن النكاح ليس بأصل في إثبات الأهلية له. وقوله (ومن قال لعبد تزوج هذه الأمة) صورة

لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء لطريان الحل البات على الموقوف. وقال زفر: يبطل بالموت وبالبيع. وأصله أن الموقوف على إجازة إنسان يحتمل الإجازة من غيره، وعنده لا لأنه إنما كان موقوفاً على الأول فلا يفيد من الثاني. قلنا: إنما يتوقف على الأول لأن الملك له لا لأنه هو والثاني مثله في ذلك، فالحاصل أنه دائر مع الملك فينتقل بانتقاله (قوله تزوج هذه الأمة) التقييد بالأمة والإشارة اتفاقي، فإن الحكم المذكور جار في الحرية وغير المعينة (قوله وأصله) أي أصل الخلاف الاختلاف في أن الإذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والكاسد عنده، وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على أن الإذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد، وعلى أن التوكيل بالنكاح يخص بالصحيح فالحق بالتحصيل بالنكاح لأن علة الأصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الإعفاف وغيره وذلك بالصحيح، ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائر فلا يحث بالفاسد لأن المراد في المستقبل الحلف على الإعفاف وذلك بالصحيح، بخلاف ما لو حلف ما تزوجت حيث يحث بالفاسد لأن المراد في الماضي العقد، وألحقه بالبيع بجامع أن بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة، وذلك يكفي لتصحيح التعميم وإجراء اللفظ على إطلاقه، فينبني على هذا أنه يباع في المهر في الفاسد إذا دخل بها فيه عنده، وعندهما لا، وأنه لا يجوز له تزوج أخرى بعقد صحيح عنده لانتفاء الإذن بالفاسد وعندهما له ذلك لأن الإذن لم ينته به (قوله ومسئلة اليمين على هذه الطريقة) أي طريقة إجراء اللفظ على عمومها (ممنوعة) والطريقة الأخرى أن العبد في النكاح يبقى على الحرية لأنه من خواص الآدمية، والحاجة إلى إذن السيد ليثبت المهر في رقبته ليس غير، فكأنه قال له إذ قال تزوج اشغل رقبتي بمهر، وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره، وليست هذه الطريقة صحيحة لما سيذكر من ملك السيد إنكاحه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لأنه قد يعجز عن الإمساك بالمعروف لتباين الأخلاق وغير ذلك، فالمعول عليه طريقة الإطلاق. ويجاب عن مسئلة اليمين بأن الأيمان مبنية على العرف، والعرف فيه الحلف على التزويج الذي هو طريق الإعفاف والتحسين وهو الصحيح: لا الإعفاف بالفعل فبطل ما يقال الإعفاف باطنى لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليطهر كون الحلف عليه، والله أعلم.

[فروع] الأول: تزوج العبد بلا إذن فطلقها ثلاثاً ثم أذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند أبي حنيفة ومحمد، ومع الكراهة عند أبي يوسف. الثاني: زوج بنته من مكاتبه ثم مات الأب لا يفسد النكاح عندنا إلا إن عجز

المسئلة والأصل المذكور ظاهران، وتقييده بالإشارة والأمة اتفاقي. فإن الحكم في غير المعينة وفي غير الإماء كذلك، وينبغي على هذا الأصل المذكور حكمان: أحدهما ما ذكره أنه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما. والثاني أنه إذا تزوجها بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند أبي حنيفة لانتفاء الإذن بالعقد الأول، ويصح عندهما. ووجهه من الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر، وإنما قيد بالمستقبل: لأنه لو حلف ما تزوج امرأة في الماضي وكان تزوج صحيحاً أو فاسداً حث في يمينه، كذا في المسوط. وقوله (كما في البيع) يعني أنه إذا أمره بالبيع مطلقاً يتناول الجائر والفاسد. وقوله (على هذه الطريقة) يريد طريقة إجراء اللفظ المطلق على إطلاقه، ولئن كان قول الكل فالعذر لأبي حنيفة أن مبنى الإيمان على العرف (ومن زوج عبداً مأذوناً له مديوناً امرأة جاز، والمرأة أسوة للفرماء) إذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر بقول (ووجهه) وتقريره لأن المقتضي موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقة النكاح حق الغرماء مقصوداً بالإبطال منتف. وإذا تحقق المقتضي

(قوله أن مبنى الإيمان على العرف) أقول: قد سبق في فصل الوكالة بالنكاح أن العرف العملي لا يصلح مقيداً للفظ (قال المصنف: والمرأة أسوة للفرماء) أقول: في القاموس الإسوة بالكسر وتضم: القدوة وما يأنسى به الحزين الجمع أسى بالكسر ويضم اهـ وأنت خبير بأن هذا المعنى لا يناسب المقام، فإن المرأة تأخذ معهم لا قبلهم (قوله وتقريره لأن المقتضي موجود وهو ولاية المولى الخ) أقول: فيه مسامحة إذ المقتضي هو التزويج بولاية المولى، وولاية المولى مصححة للتزويج، لكن المراد مقتضى صحة النكاح (قوله لأن محلية النكاح بالآدمية) أقول: لا بالمالية (قوله وحق الغرماء لا يلاقيها) أقول: وإنما يلاقي المالية (قوله بل يؤخر) أقول: أي الزائد.

ورد في الرق. وعند الشافعي يفسد للحال لملك زوجته شيئاً منه ولذا يحل إعتاقها إياه وبدل الكتابة لها. وقلنا: لم تملكه لأن المكاتب لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك ما لم يعجز، وعند ذلك قلنا بفساد النكاح، وإنما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة، وأما العتق فيه يبرأ عن بدل الكتابة أولاً ثم يعتق. الثالث: إذا غر عبد بحرية أمة فتزوّجها على أنها حرة فولدت فالولد عبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد حرّ بالقيمة كالمغرور الحر (قوله ومن زوّج عبداً مأذوناً له مديوناً امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء) إذا كان النكاح بمهر المثل أو أقل، فلو زوّجه منها بأكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض، وهذا الوجود المقتضى وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع، وما يخال من أنه إبطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لأن النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصوداً، بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت المهر حكماً له بسبب لا مردّ له وهو صحة النكاح لصدوره من الأهل في المحل ثم يلزمه بطلان حقهم في مقداره إذا كان مهر مثلها أو أقل لخصوص أمر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال لا في نفس الأمر فكان ضمناً فلا يعتبر في إثباته ونفيه إلا حال المتضمن له لا حاله، وصار كالمريض المديون إذا تزوّج امرأة صح وكانت أسوة غرماء الصحة لما ذكرنا (قوله ومن زوّج أمته فليس عليه أن يبوئها) وكذا إذا زوّج أم ولده ومدبرته وإن شرط الزوج التبوّة لأنه شرط لا يقتضيه العقد على الأمة غير أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد. ومعنى التبوّة أن يدفعها للزوج ولا يستخدمها، فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوّه. وعند الشافعي وأحمد يستخدمها نهائياً ويسلمها للزوج ليلاً. وعند مالك يسلمه للزوج ليلة بعد ثلاث. قلنا: ملك السيد ثابت في الرقبة ليلاً ونهاراً وفيما بعد الثلاث والتبوّة إبطال له فيكون إبطال الحق الأعلى بالأدنى وإقدام السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوّة بل بمجرد إطلاق وطئه إياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه، وهذا القدر ثابت، فإثبات القسم كذلك إثبات بلا دليل. لا يقال: لما ملك منافع بضعها لزمها تسليمها. لأننا نقول: التسليم بالتخلية والتبوّة أمر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها، وإذا بوأها ثم بدا له أن يردها إلى خدمته كان له ذلك، وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج، وكلما أعادها سقطت. فإن قلت: ما الفرق بين أن يشترط الزوج التبوّة فيزوّجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوّة وبين أن يشترط الحر المتزوّج بأمة رجل حرية أولاده حيث يلزم في هذه الحالة وتثبت حرية ما يأتي من الأولاد، وهذا أيضاً شرط لا يقتضيه نكاح الأمة. فالجواب أن قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة.

وتعليق ذلك صحيح، وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فثبت الحرية عند الولادة جبراً من غير اختيار، بخلاف اشتراط التبوّة فإن بتعليقها لا تقع هي عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فإذا امتنع لو توجد. فالحاصل أن المعلق هنا وعد يجب الإيفاء به، غير أنه إن لم يف به لم يثبت متعلقه: أعني نفس الموعود به، ولو طلقها باتناً وهي مبرأة تجب لها نفقة العدة، ولو لم تكن مبرأة من الابتداء أو طلقها بعد رجوع السيد إلى استخدامها لا تجب، والمكاتب كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة إذا لم تحبس نفسها ظلماً، ولو جاءت الأمة بولد فنفته على مولى الأمة لأنه ملكه لا على الأب (قوله قال) أي صاحب الهداية (ذكر) أي محمد (تزويج المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاها) أي لم يشترطه (وهذا يرجع إلى مذهبتنا) لأن المذهب

وانتفى المانع ثبت الحكم البتة، وإنما قال مقصوداً لأن المانعة إنما تتحقق بذلك، وأما إذا كان ضمناً فلا يعتبر به وههنا كذلك لأن محلية النكاح بالأدنية وحق الغرماء لا يلاقيها، لكن إذا صح النكاح بولاية المولى تحصيلاً لملكه وجب الدين بسبب لا مردّ له لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك (وصار كالمريض المديون إذا تزوّج امرأة فيمهر مثلها أسوة للغرماء) وإذا كان أكثر منه فلا تساويهم بل يؤخر إلى استيفائهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض. قال (ومن زوّج أمته) بوأت للرجل منزلاً وبوأت منه منزلاً: أي هيئته ومكنت له فيه. ومن زوّج أمته (فليس عليه أن يبوئها) أي يهيم لها بيتاً للزوج يبيت إليها (لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطلتها) وإنما يقال ذلك لتحقق التسليم وكلامه واضح. وحاصله أن حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج إنما هو فيها، ولا يلزم إبطال الكثير للقليل مع إمكان تحصيله من غير إبطال الكثير

الإجازة (ومن قال لعبده تزوج هذه الأمة فتزوجها نكاحاً فاسداً ودخل بها فإنه يباع في المهر عند أبي حنيفة، وقالوا: يؤخذ منه إذا عتق) وأصله أن الإذن بالنكاح ينظم الفاسد والجائر عنده، فيكون هذا المهر ظاهراً في حق المولى وعندهما ينصرف إلى الجائر لا غير فلا يكون ظاهراً في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق. لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف والتحسين وذلك بالجائر، ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائر، بخلاف البيع لأن بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات. وله أن اللفظ مطلق فيجري على إطلاقه كما في البيع. وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب، ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء، ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة (ومن زوج عبداً مأذوناً له مديوناً امرأة جاز، والمرأة أسوة للغرماء في مهرها) ومعناه إذا كان النكاح بمهر المثل.

(أن للمولى إجبارهما) أي أن يعقد لهما فينفذ عليهما علماً ورضياً أو لا لإجبار الولي الصغيرة على ما سلف (وعند الشافعي لا إجبار في العبد) بل في الأمة (وهو رواية) ذكرها (عن أبي حنيفة) صاحب الإيضاح والطحاوي عن أبي يوسف، وجعلها الوربي رواية شاذة للشافعي وجهان: أحدهما أن ما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانتهى كالأجنبي وتزويجه مكاتبته ومكاتبته، بخلاف أمته يملك ما يتناوله فيملكه تملكه. ثانيهما أنه لا يفيد إذ للعبد التطلق في الحال فلا يحصل المقصود، ونحن نقول مناط نفاذ إنكاحه عليه ملكه له المقضى لتمكنه من إصلاحه ودفع أسباب الهلاك والنقصان عنه وهو تزويجه ذلك لأنه طريق تحصينه عن الزنا الذي هو طريق الهلاك أو نقصان به أو في ماليته لتعبه. وأما جعل مناطه ملك ما يتناوله النكاح وأنها علة مساوية ينتهي بانفائها الحكم فباطل لأنها منتزعة طرداً في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تملكه وعكساً بالولي لا يملكه من موليته ويملك تزويجهما. وأما نفي الفائدة فظاهر الانتفاء، بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين: أحدهما أن عقد النكاح مما ترغّب فيه النفس غالباً وتدعو إليه فالظاهر عدم طلب قطعه. والثاني أن حشمة السيد في قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة إلى نقض ما فعله، فكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها. وأما إلحاقه بالمكاتب والمكاتبه فمع الفارق لأنهما التحق بالأحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما إلا برضاها وعن هذا استطرت مسألة نقلت من المحيط هي أن المولى إذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لأنها ملحقه بالبالغة فيما يبنني على الكتابة، ثم إنها لو لم ترد حتى أدت فعتقت بقي النكاح موقوفاً على إجازة المولى لا على إجازتها لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبه وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الإجازة، فاعتبر التوقف على إجازتها في حال رقاها ولم يعتبر بعد العتق، هكذا تواردها الشارحون. والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على إجازته بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من أنه إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فاعتقه نفذ لأنه لو توقف، فلما على إجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته، وإما على العبد فلا وجه له لأنه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولأنه كان نافذاً من جهته وإنما توقف على السيد، فكذا السيد هنا فإنه ولي مجبر، وإنما التوقف على إذنهما لعقد الكتابة وقد زال بقي النفاذ من جهة السيد، فهذا هو الوجه، وكثيراً ما يقلد الساهون الساهين، وهذا بخلاف الصبي إذا زوج نفسه بغير إذن وليه فإنه موقوف على إجازة وليه، فلو بلغ قبل أن يرد لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لأن العقد حين صدر منه لم يكن نافذاً من جهته إذ لا نفاذ في حالة الصبا أو عدم أهلية الرأي، بخلاف العبد ومولى المكاتب الصغيرة. والحاصل أن الصغير والصغيرة ليسا من أهل العبارة، بخلاف البالغ،

فله أن يبيّتها وأن يبيّتها وأن يستخدمها بعد التوبة، لكنه يسقط نفقتها لما أشار إليه بقوله (لأن النفقة تقابل الاحتباس) فإن قيل: انتفاء الاحتباس إنما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرّة إذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق. أجب بأن الحرّة إذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع إيفاء ما التزمه، وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى، فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها، فإن بواهاً معه بيتاً فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لأنه مملوك لمولاه ونفقة المملوك على المالك. فوله (ذكر تزويج المولى) يعني ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى (عبد أمته ولم يذكر رضاها وهذا راجع إلى مذهبنا أن للمولى إجبارهما على النكاح) ومعنى الإجبار أن المولى لو باشر

ووجهه أن سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما ذكره، والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصوداً، إلا أنه إذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمرض المديون إذا تزوج امرأة فيمهر مثلها أسوة للغرماء (ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى، ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها) لأن حق المولى في الاستخدام باق والتبوة إبطال له (فإن بوأها معه بيتاً فلها النفقة والسكنى وإلا فلا) لأن النفقة تقابل الاحتباس، ولو بوأها بيتاً ثم بدا له أن يستخدمها له ذلك لأن الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوة كما لا يسقط بالنكاح قال (ذكر تزويج المولى عبده وأمه ولم يذكر رضاهما) وهذا يرجع إلى مذهبن أن للمولى إجبارهما على النكاح. وعند الشافعي لا إجبار في العبد وهو رواية عن أبي حنيفة لأن النكاح من خصائص آدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث أنه مال فلا يملك إنكاحه، بخلاف الأمة لأنه مالك منافع بضعها فيملك تملكها. ولنا أن الإنكاح إصلاح ملكه لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو النقصان فيملكه اعتباراً بالأمة، بخلاف المكاتب والمكاتب لأنهما التحق بالأحرار تصرفاً فيشترط رضاهما. قال (ومن زوج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلا مهر

وسياتي زيادة في ذلك. وأما الاستدلال بقوله تعالى ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾ [النحل: ٧٥] وقدره إبطال ما أمضاه سيده شيء فيكون متفتياً فضعيف، لأن المراد والله أعلم على شيء من المال لسياقه في مقابلة ﴿ومن رزقناه منا رزقاً حسناً فهو ينفق منه سرّاً وجهراً هل يستون﴾ [النحل: ٧٥] وللقطع بأنه يملك الطلاق وهو شيء ليس بمال (قوله ومن زوج أمته ثم قتلها الخ) السيد في تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل المكاتبه وفي تزويج أمته هو المستحق له، فلو قتلها قبل الدخول سقط عند أبي حنيفة عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه. وقالوا: لا يسقط، والاتفاق على عدم سقوطه بقتله إياها بعد الدخول وبقتل أجنبي وقتل المولى زوجها وموتها حتف أنفها. لهما أن المقتول ميت بأجله، ولو ماتت حتف أنفها لم يسقط بل يقرر بالموت إذ به ينتهي العقد وبانتهاء العقد يقرر البطلان فلا يسقط بقتله إياها بعد لزومه قتل الأجنبي إياها، ولأبي حنيفة أنه منع البطلان قبل التسليم والتسليم فيجوز بمنع البطلان إذا كان من أهل المجازاة كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول أو قبلت ابن الزوج. والقتل وإن كان موتاً لكنه جعل في أحكام الدنيا إتلافاً حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وإن كان قد أحلها له وقد ثبتت أحكامه كذلك في حق المولى حتى لزمته الكفارة في الخطأ، وإنما سقطت الدية والقود للاستحالة، ولهذا لو كانت الأمة رهناً عند إنسان فقتلها سيدها الرهن ضمن قيمتها له، ولو لم يكن من أهل المجازاة بأن كان صبيّاً زوج أمته وصيه

النكاح بدون رضاهما نفذ. وقوله (لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو النقصان) يعني أنه إذا حد ربما يقع الحد مهلكاً أو جارحاً، ففي الأول هلاك ماله، وفي الثاني نقصانه، فإنه إذا اشترى عبداً قد حد في الزنا فله أن يرده فيملك الإنكاح جبراً اعتباراً بالأمة، والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك أو النقصان، وليس المناط في جواز إنكاح الأمة جبراً تملك منافع بضعها لأنه لا يطرد مع الإجماع ولا ينمكس، فإن الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها، والولي يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسداً. فإن قيل: لو كان الإجماع باعتبار تحسين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبه ولم يجز، أجاب بقوله (بخلاف المكاتب والمكاتبه) فإن الملك لما كان فيهما ناقصاً بواسطة تملكهما اليد (التحق بالأحرار تصرفاً فيشترط رضاهما) وههنا فرع لطيف. وهو أن المولى إذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لأنها ملحقه بالبالغة فيما يبنني على الكتابة ثم إنها لو لم ترد حتى أدت بدل الكتابة فعقت بقي النكاح موقوفاً على إجازة المولى لا على إجازتها لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبه وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الإجازة، قال في النهاية: وهذه من ألطف المسائل وأعجبها، حيث اعتبر إجازة المكاتبه في حال رقها، ولم يعتبر في حالة العتق لما ذكرنا من الفرق (ومن زوج

(قوله فإنه إذا اشترى عبداً قد حد في الزنا الخ) أقول: فيه تأمل، فإن قوله فإنه إذا اشترى الخ يدل على أن المحدودية في الزنا عيب سواء كان جارحاً أو لا (قوله وليس المناط في جواز إنكاح الأمة جبراً تملك منافع بضعها الخ) أقول: مخالف لما سبق في فصل المحرمات، وقد نهينا في أول الباب (قوله فكان التعليل به فاسداً) أقول: ولو قيل مراد الشافعي أنه يملك منافع البضع مع البضع نفسه لا يرد عليه ما ذكره.

لها عند أبي حنيفة، وقالوا: عليه المهر لمولاها) اعتباراً بموتها حتف أنفها، وهذا لأن المقتول ميت بأجله فصار كما إذا قتلها أجنبي: وله أنه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة، والقتل في أحكام الدنيا جعل إتلافاً حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر (وإن قُتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر) خلافاً لزفر، هو يعتبره بالردة ويقتل المولى أمته والجامع ما بيناه. ولنا أن جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق أحكام

مثلاً قالوا يجب أن لا يسقط في قول أبي حنيفة، بخلاف الحرة الصغيرة إذا ارتدت يسقط مهرها لأن الصغيرة العاقلة من أهل المجازاة على الردة، بخلاف غيرها من الأفعال لأنها لم تحظر عليها والردة محظورة عليها. أما الأمة فلا رواية في ردتها. واختلف المشايخ قيل لا يسقط لأن المنع وهو المسقط لم يجيء ممن له الحق وهو المولى، وقيل يسقط لأن المهر يجب أولاً لها ثم ينتقل إلى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف إليه. وحاصل الخلاف الاختلاف في وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقي وجوبه السابق على حاله (قوله وإن قُتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها فلها مهر مثلها) يستحقه ورثتها (خلافاً لزفر) ولم يحك خلاف زفر في المبسوط بل خلاف الشافعي وهو قول له، وله قول آخر بالسقوط، وإنما قيده بالحرة لأن في قتل الأمة نفسها روايتين عن أبي حنيفة. وفي رواية لا يسقط كالحرة بل أولى لأن المهر لمولاها لا لها وهو لم يباشر منع البدل وهو قولهما وقول مالك وقول للشافعي، وفي رواية يسقط وهو مذهب الشافعي لأن فعل المملوك يضاف إلى مالكة في موجب، ولذا لو قُتلت غيرها كان المخاطب بدفعها أو فداها المولى فكان في الحكم قتل المولى لها، والأوجه ما ذكر في وجه قول من قال من المشايخ في ردتها بالسقوط وهو أن المهر يجب أولاً لها ثم ينتقل إلى المولى. وفائدة الأولية ما ذكر أنه إذا كان عليها دين قضى ولم يعط المولى إلا ما فضل. لزفر القياس على ردتها الاتفاقية وقتل المولى أمته على قول أبي حنيفة (والجامع) بين المقيس وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها (ما بينا) من منع المبدل قبل التسليم. ولنا أن جناية المرء على نفسه هدر في أحكام الدنيا إنما يؤخذ بها في الآخرة، ولذا قال أبو حنيفة ومحمد في قاتل نفسه، إنه يغسل ويصلي عليه، ولم يعتبره باغياً على نفسه، بخلاف ردتها فإنها معتبرة في أحكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانفسخ نكاحها فيسقط بها المهر، بخلاف قتل المولى أمته لأنه اعتبر في أحكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة. ولو سلم فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها، أما الأمة فمهرها ملك المولى فكأنه فعله إبطالاً لحق نفسه وهو يملكه، كمن قال لغيره اقتل عبيدي فقتله لا يجب عليه قيمته، ولو قال الحر اقتلني فقتله كان على القاتل الدية لأنه في الأول مبطل لحق نفسه، وفي الثاني مبطل لحق الورثة. واستشكل بالحرية بقتلها وارثها لا يسقط المهر. أجب بأنه صار محروماً بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلاً حق نفسه في المهر (قوله وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة) مطلب في العزل جازئ عند عامة العلماء، وكرهه قوم من الصحابة وغيرهم لما في مسلم من حديث عائشة رضي الله عنها عن جدامة^(١) بنت وهب أخت عكاشة قالت «حضرت رسول الله ﷺ في أناس

أمته) فماتت قبل الدخول بها، فإن ماتت حتف أنفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق، وإن قتلها أجنبي فكذلك، وإن قتلها مولاها فكذلك عندهما، وعند أبي حنيفة لا مهر عليه للمولى، قالوا: المقتول ميت بأجله عند أهل الحق فلا فرق بين الصور الثلاث (وله أن المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة) تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل، وفي قوله يجازى إشارة إلى الجواب عما يقال الصغيرة إذا ارتضعت من أم زوجها أو المعجونة إذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعنا المبدل قبل التسليم حيث باننا منه ولم يسقط المهر وذلك لأنهما ليستا من أهل المجازاة. ونوقض بالصغيرة العاقلة إذا ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر فلم ينافي الصغر المجازاة. وأجيب بأن ترك مجازاة الصغيرة إنما يكون على أفعال غير محظورة، والردة محظورة إذا كانت عاقلة بدليل أنها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالحبس. وقوله (والقتل في أحكام الدنيا)

(١) جدامة: بضم الجيم بعدها دال مهملة كما في القاموس لا معجمة كما في بعض النسخ كتبه مصححه.

الدنيا فشابها موتها حتف أنفها، بخلاف قتل المولى أمته لأنه معتبر في حق أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه. قال (وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى) عند أبي حنيفة. وعن أبي يوسف ومحمد أن الإذن في العزل إليها لأن الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة، وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة، بخلاف الأمة المملوكة لأنه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها. وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر

فسألوه عن العزل، قال: ذاك الوأد الخفي^(١) وكذا ذكر شعبة عن عن عاصم عن زرعة^(٢) وصح عن ابن مسعود أنه قال «هو المؤودة الصغرى»^(٣) وصح عن أبي أمامة أنه سئل عنه فقال: ما كنت أرى مسلماً يفعلها، وقال نافع عن ابن عمر: ضرب عمر على العزل بعض بنه^(٤) وعن عمر وعثمان أنهما: كانا ينهيان عن العزل والصحيح الجواز، ففي الصحيحين عن جابر «كنا نزل والقرآن ينزل»^(٥) وفي مسلم عنه: «كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ فبلغ ذلك النبي ﷺ فلم ينهنا»^(٦) وفي السنن عن أبي سعيد الخدري «أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال، وإن اليهود تحدث أن العزل هو المؤودة الصغرى، قال: كذبت يهود، لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه»^(٧) وفي صحيح مسلم عن جابر قال «سأل رجل النبي ﷺ فقال: إن عندي جارية وأنا أعزل عنها، فقال ﷺ: إن ذلك لا يمنع شيئاً أراد الله تعالى، قال: فجاء الرجل فقال: يا رسول الله إن الجارية التي كنت ذكرتها لك قد حملت، فقال ﷺ: أتابع الله ورسوله»^(٨) فهذه الأحاديث ظاهرة في جواز العزل. وقد روي عن عشرة من الصحابة: عليّ وسعد بن أبي وقاص وزيد بن ثابت وأبي أيوب وجابر وابن عباس والحسن بن عليّ وخباب بن الارت وأبي سعيد الخدري وعبد الله بن مسعود وروي أيضاً عن ابن عباس^(٩)، وحديث السنن يدفع حديث جدامة، وهو وإن كان في

جواب عن قولهما لأن الميت مقتول بأجله (فإن قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافاً لزفر. هو يعتبره بالردة وقتل المولى أمته لما بينا من الجاعم) أنه منع المبدل قبل التسليم وقوله (ولنا أن جناية المرأة) ظاهر. وقوله (حتى تجب الكفارة عليه) يعني إذا قتلها خطأ، وكذلك يجب الضمان على المولى إن كان عليها دين. قال (وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى) في

(١) صحيح غريب. أخرجه مسلم ١٤٤٢ ح ١٤١ عن جُدَامَة بنت وهب أخت عكاشة قالت: حضرت رسول الله ﷺ في أناس وهو يقول: لقد سمعت أن أنهى عن الغيلة فنظرت في الروم، وفارس، فإذا هم ينيلون أولادهم فلا يضرون أولادهم ذلك شيئاً ثم سأله عن العزل فقال رسول الله ﷺ ذلك الوأد الخفي.

قال مسلم: أما خلف - أحد الرواة - فقال: جُدَامَة الأسدية. والصحيح ما قاله يحيى بالدال: جُدَامَة اهـ. وقد أخرجه مالك ٦٠٧/٢ - ٦٠٨ ومن طريق مسلم ١٤٤٢ ح ١٤٠ وأبو داود ٣٨٨٢ والنسائي ١٠٦/٦ كلهم من طريق مالك عن جُدَامَة وليس فيه ما زاده مسلم: ثم سأله عن العزل.

فائدة: قال النووي في شرح مسلم: العزل مكروه عندنا في كل حال وكل امرأة سواء رضيت به أم لا، لأنه طريق إلى قطع النسل. والغيلة: أن يجامع الرجل زوجته وهي مرضع قاله مالك وغيره اهـ النووي ملخصاً. وأكثر الأحاديث على إقراره لهم في العزل فالحديث غريب.

(٢) هكذا زرعة بالراء بعد الزاي في بعض النسخ، وفي بعض آخر: زمة، بالميم بدل الراء وليحرر، كتبه مصححه.

(٣) موقوف. وقد قال البيهقي في سننه ٢٣١/٧: رويناه عن ابن مسعود وعليّ أنهما كرها العزل، وروينا عنهما الإباحة.

(٤) موقوف جيد. أخرجه البيهقي ٢٣١/٧ بسند جيد عن نافع عن ابن عمر: أنه كان يضرب بنه على العزل أي ينهى عنه اهـ.

وأخرج البيهقي عن سالم أن عمر كان ينهى عن العزل، وكذا عبد الله بن عمر.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٠٨ ومسلم ١٤٤٠ والترمذي ١١٣٧ والطحاوي ٣٥/٣ وابن ماجه ١٩٢٧ كلهم عن جابر.

(٦) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٤٠ ح ١٣٨ وأبو داود ٢١٧٣ والبيهقي ٢٢٨/٧ والطحاوي ٣٥/٣ وأبو يعلى ٢٢٥٥ وابن حبان ٤١٩٥ كلهم عن جابر به.

(٧) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٧١ والترمذي ١١٣٦ والطحاوي ٣٢/٣ والبيهقي ٢٣٠٧ كلهم من حديث أبي سعيد سوى الترمذي جعله من حديث جابر مع أن الاسناد عنده هو نفسه عند الباقيين. ورجاله ثقات كلهم.

وقد أخرجه البيهقي ٢٢٨/٧ من وجه آخر من حديث أبي هريرة وقال ابن حجر في الفتح ٣٠٩/٩: هذه الأحاديث يقوي بعضها بعضاً.

(٨) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٣٩ ح ١٣٥ والبيهقي ٢٢٩/٧ كلاهما من حديث جابر. وكرره مسلم والبيهقي وكذا أبو داود ٢١٧٣ من حديث جابر بنحوه.

(٩) انظر عمدة القاري للعيني ١٩٥/٢٠ والمغني لابن قدامة ٢٣/٧ وفتح الباري ٣٠٥/٩.

السنن فهو حديث صحيح، وإن وقع فيه اختلاف على يحيى بن أبي كثير، فقليل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر، وقليل فيه عن أبي مطيع بن رفاعه، وقليل عن رفاعه، وقليل عن أبي سلمة عن أبي هريرة، فإن الطرق كلها صحيحة، وجاز أن يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل بهذه الطرق، لكن بقي أنهما إذا تعارضا يجب ترجيح حديث جدامة لأنه مخرّج عن الأصل: أعني الإباحة الأصلية، إلا أن كثرة الأحاديث تدل على اشتهاه خلافه، وقد اتفق عمر وعلي رضي الله عنهما أنها لا تكون مؤودة حتى تمرّ عليها التارات السبع. أسند أبو يعلى وغيره عن عبيد بن رفاعه عن أبيه قال: جلس إليّ عمر وعليّ والزبير وسعد في نفر من أصحاب رسول الله ﷺ فتذكروا العزل فقالوا لا بأس به، فقال رجل منهم: إنهم يزعمون أنها المؤودة الصغرى، فقال عليّ: لا تكون مؤودة حتى تمرّ عليها التارات السبع: حتى تكون سلاله من طين، ثم تكون نطفة، ثم تكون علقة، ثم تكون مضغة، ثم تكون عظاماً، ثم تكون لحماً، ثم تكون خلقاً آخر، فقال عمر: صدقت، أطال الله بقاءك^(١) وفيه خلاف ما عن عليّ وعمر من المنع المتقدم، ثم في بعض أجوبة المشايخ الكراهة وفي بعضها عدمها، ثم على الجواز في أمته لا يفترق إلى إذنهما، وفي زوجته الحرة يفترق إلى رضاها، وفي منكوحته الأمة يفترق إلى الإذن والخلاف في أنه للسيد أو لها وهي هذه المسئلة وفي الفتاوى: إن خاف من الولد سوء في الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الأعذار مسقطاً لإذنهما. ثم في بعض نسخ الهداية: وقال أبو يوسف ومحمد: وهو الموافق لما ذكر الصدر الشهيد والعنابي وفي بعضها: وعن أبي يوسف ومحمد وهي النسخة الصحيحة، لأنه لم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية بل ذكر الجواب في الجامع الصغير أنه لمولاهما من غير حكاية خلاف، وبقرينة قوله في وجه قول أبي حنيفة وجه ظاهر الرواية. ووجه المروى عنهما أن الوطء حقها حتى إن لها المطالبة به، وفي العزل تنقيصه فيشترط رضاها به كالحرة وجه الظاهر أن حقها في نفس الوطء قد تأدى بالجماع، فإن قضاء الشهوة به، وأما سفح الماء فإنما فائدته الولد والحق فيه لمولاهما لأنه عبده ومستفاده فيشترط إذنه. ثم إذا عزل

هذه المسئلة دلالة على جواز العزل. وسئل ابن مسعود عنه فقال: لا بأس به، ولو أن الله تعالى أخذ ميثاق نسمة فلو ألقيتها في صخرة تخلق فيها. وروى أبو سعيد الخدري عن النبي ﷺ مثله. وهو على ثلاثة أقسام: عزل عن أمته المملوكة له ولا إذن فيه إلى أحد. وعزل عن المرأة الحرة والإذن فيه إليها وهذا بالاتفاق. وعزل عن الأمة السنكوحة وفي تعيين الآذن اختلاف كما ذكره في

(١) موقوف جيد. أخرجه الطحاوي ٣٢/٣ من رواية يزيد بن أبي حبيب عن معمر بن أبي حبيب قال: سمعت عبيد بن رفاعه الأنصاري . . فذكره.

وفي إسناده ابن لهيعة لكن الراوي عنه عبد الله بن يزيد المقرئ، وهو أحد العبادلة الثلاثة الذين أخذ عن ابن لهيعة قبل اختلاطه.

وقد توبع فقد أخرجه الطحاوي من وجه آخر عن معمر عن عبد الله بن عدي بن الخيّار فذكره بنحوه، ورجاله ثقات كلهم.

قال الطحاوي: وروينا عن ابن عباس نظير ما قاله عليّ. ثم أسنده ورجاله ثقات عن ابن عباس قال الطحاوي: وتابع علياً على ذلك عمر ومن حضر من الصحابة ففي هذا دليل أن العزل غير مكروه من هذه الجهة.

خاتمة: قال البيهقي في سننه ٢٣٢/٧: رواة الإباحة أكثر وأحفظ فهو أولى وتحتمل كراهية من كرهه منهم التنزيه دون التحريم والله أعلم اهـ.

وقال ابن حجر في الفتح ٣٠٨/٩: قال الغزالي بجوازه وهو المصنّف عند المتأخرين من الشافعية.

وقال في ٣١٠/٩: اختلفوا في علة النهي عن العزل: فقليل: لتفويت حق المرأة، وقليل: لمعاندة القدر، وهذا الأخير هو الذي يقتضيه معظم الأخبار. ويُنْتزَع من حكم العزل حكم معالجة المرأة إسقاط النطفة قبل نفخ الروح، فمن قال بالمنع هناك كان في هذه أولى، ومن قال بالجواز: يمكن أن يلتحق به هذا، ويمكن أن يُفَرَّق بأنه أشد لأنه العزل لم يقع فيه تعاطي السبب ومعالجة السقط تقع بعد تعاطي السبب، ويلتحق بهذه المسألة تعاطي المرأة ما يقطع الحمل من أصله، وقد أفنى بعض متأخري الشافعية بالمنع وهو مشكل على قولهم بإباحة العزل مطلقاً اهـ.

فائدة: قال الهيثمي في المجمع ٢٩٧/٤: عن ابن مسعود: قال في العزل هو المؤودة الصغرى الخفية. رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح وقد رجع عنه اهـ.

وقد ذكر الكمال ههنا في الفتح: وهذه الأحاديث ظاهرة في جواز العزل ثم قال بعد أسطر. وهل يباح الاسقاط بعد الحمل؟ وأجاب: يباح ما لم يتخلق شيء منه ثم في غير موضع قالوا: ولا يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً، وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح، وإلا فهو غلط لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة اهـ كلامه نقله عن فتاوى قاضيه خان.

رضاء وبهذا فارقت الحرة (وإن تزوجت بإذن مولاهما ثم أعتقت فلها الخيار حراً كان زوجها أو عبداً) لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة حين عتقت «ملكك بضعت فاختاري» فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً فينتظم الفصلين، والشافعي يخالفنا فيما إذا كان زوجها حراً وهو محجوج به، ولأنه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات

بإذن أو بغير إذن ثم ظهر بها حبل هل يحل نفيه أم لا؟ قالوا: إن لم يعد إليها أو عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه وإن لم يبيل لم يحل، كذا روي عن علي لأن بقية المني في ذكره يسقط فيها، ولذا قال أبو حنيفة فيما إذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم بال فخرج المني وجب عليه إعادة الغسل. وفي فتاوى قاضيخان: رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويعزل عنها المولى فجاءت بولد وأكبر ظنه أنه ليس منه كان في سعة من نفيه، وإن كانت محصنة لا يسعه نفيه لأنه ربما يعزل فيقع الماء في الفرج الخارج ثم يدخل فلا يعتمد على العزل، ولو كان الزوج عنيماً قالوا الخصومة للمولى أو لها على الخلاف، وهل يباح الإسقاط بعد الحبل؟ يباح ما لم يتخلق شيء منه ثم في غير موضع، قالوا: ولا يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً، وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح وإلا فهو غلط لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة (قوله وإذا تزوجت أمة بإذن مولاهما) أو زوجها هو برضاها أو بغير رضاها (ثم أعتقت فلها الخيار حراً كان زوجها أو عبداً) أما إذا تزوجت نفسها بغير إذنه ثم أعتقها فسيأتي أنه ينفذ النكاح بالإعتاق ولا خيار لها (والشافعي يخالفنا فيما إذا كان زوجها حراً) فلا خيار لها وهو قول مالك، ومنشأ الخلاف في ترجيح إحدى الروايتين المتعارضتين في زوج بريرة أكان حين أعتقت حراً أو عبداً؟ وفي ترجيح المعنى المعلل به. أما الأول فثبت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ خيرها وكان زوجها عبداً^(١)»، رواها القاسم، ولم تختلف الروايات عن ابن عباس أنه كان عبداً^(٢)، وثبت في الصحيحين أنه كان حراً حين أعتقت^(٣)، وهكذا روى في السنن الأربعة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح والترجيح يقتضي في رواية عائشة ترجيح أنه كان حراً، وذلك أن رواية هذا الحديث عن عائشة ثلاثة الأسود وعروة والقاسم، فأما الأسود فلم يختلف فيه عن عائشة أنه كان حراً^(٤)، وأما عروة فعنه روايتان

الكتاب وهو واضح (وإن تزوجت بإذن مولاهما) أو زوجها مولاهما (ثم أعتقت فلها الخيار) إن شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقت، سواء كان زوجها حراً أو عبداً. وقال الشافعي: إن كان عبداً فلها الخيار، وإن كان حراً فلا خيار لها، واستدل على ذلك بما روي «أن عائشة لما أرادت أن تعتق مملوكين لها متناكحين سألت النبي ﷺ عن ذلك فأمرها بالبداة بالغلام» قال: وإنما أمرها بذلك

(قوله قال وإنما أمرها بذلك لثلاث يثبت لها الخيار) أقول: يعني قال الشافعي: وإنما أمر لها الخ.

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٠٤ ح ١١ والنسائي ١٦٢/٦ - ١٦٣ وأحمد ٤٥/٦ - ٤٦ وابن حبان ٤٢٦٩ كلهم من حديث القاسم عن عائشة واللفظ لمسلم وفيه: وكان زوجها عبداً.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٨١ و ٥٢٨٢ و ٥٢٨٣ والنسائي ٢٤٥/٨ - ٢٤٦ والدارمي ١٦٩/٢ وابن ماجه ٢٠٧٥ وابن حبان ٤٢٧٣ والبيهقي ٢٢٢/٧ والبخاري ٢٢٩٩ كلهم من طريق عكرمة عن ابن عباس: أن زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث وله قصة ذكرها. ورواية البخاري الأولى: قال ابن عباس: رأيته عبداً - يعني زوج بريرة.

وفي روايته الثانية: عبد لبني فلان - يعني زوج بريرة.

وكذا في روايته الثالثة. فالروايات عن ابن عباس متفقة على أنه كان عبداً. وهذا يرجع الاختلاف في روايات عائشة.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٥٤ وأبو داود ٢٩١٦ والترمذي ١٢٥٦ والنسائي ١٦٣/٣ - ١٦٤ وابن حبان ٤٢٧١ والبيهقي ٢٢٣/٧ و ٣٣٨/١٠ - ٣٣٩ وأحمد ١٨٦/٦ - ١٨٩ - ١٩٠ كلهم من رواية الأسود عن عائشة: أنها اشترت بريرة لتعتقها، واشترط أهلها ولاءها، فقالت: يا رسول الله إني اشتريت بريرة، وإن أهلها يشترطون ولاءها.

فقال: أعتقها، فإني الولاء لمن أعتق قال: فاشترتها فأعتقتها قال: وخُيرت، فاختارت نفسها، وقالت: لو أعطيت كذا وكذا ما كنت معه. قال الأسود: وكان زوجها حراً.

رواه البخاري بهذا السياق وقال: وهذا منقطع - أي قول الأسود، وقوله ابن عباس رأيته عبداً أصح - وقال ابن حبان الأسود وأهم في ذلك.

(٤) هذا صواب لكن من كلام الأسود كما فصل في ذلك البخاري، وابن حبان وغيرهما، وأعله البخاري بالانقطاع لأن الأسود تابعي.

فتملك رفع أصل العقد دفعاً للزيادة (وكذلك المكاتبية) يعني إذا تزوجت بإذن مولاهما ثم عتقت، وقال زفر: لا خيار لها

صحيحان إحداهما أنه كان حراً والأخرى أنه كان عبداً^(١) وأما عبد الرحمن بن القاسم فعنه أيضاً روايتان صحيحتان إحداهما أنه كان حراً والأخرى الشك^(٢) ووجه آخر من الترجيح مطلقاً لا يختص بالمروى فيه عن عائشة وهو أن رواية «خيرها» وكان زوجها عبداً^(٣)، يحتمل كون الواو فيه للعطف لا للحال. وحاصله أنه إخبار بالأميرين، وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها هذا بعد احتمال أن يراد بالعبء العتيق مجازاً باعتبار ما كان وهو شائع في العرف. والذي لا مرد له من الترجيح أن رواية كان حراً أنص من كان عبداً لما قلنا، وثبتت زيادة فهي أولى وأيضاً فهي مثبتة وتلك نافية للعلم بأنه كان حاله الأصلية الرق والنافي هو المبقية والمثبت هو المخرج عنها. وأما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعي وغيره عينوه بعدم الكفاءة وهو ضعيف فإن ثبوتها إنما يعتبر في الابتداء لا في البقاء، ألا ترى أنه لو أسسر الزوج في البقاء أو انتفى نسبه لا يثبت لها الخيار. وأصحابنا تارة يعلنون بزيادة الملك عليها لأنها كانت بحيث تخلص بشتين فازداد الملك عليها، وهذا من رد المختلف إلى المختلف فإن الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء، وكأنه اعتماد على إثبات الأصل المختلف فيه. وأورد أنه دفع ضرر بإثبات ضرر وهو رفع أصل العقد. وأجيب بأنها لا تتمكن إلا به مع أنه رضي به حيث تزوج أمة مع علمه بأنها قد عتقت، ثم إنه استضعف بأن عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملكه الثالثة يستلزم طولها، فقد تطول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بأن لا يطلقها أصلاً إلى الموت فلا ضابط لذلك، وتارة بعله منصوصة وهي ملكها بضعها. روى أبو بكر الرازي بسنده إلى رسول الله ﷺ أنه قال لها حين أعتقت «ملكك بضعك فاختاري»^(٤) وروى ابن سعد في الطبقات: أخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن

ثلاث يثبت لها الخيار، ولأن الخيار فيما إذا كان عبداً لعدم الكفاءة وهي موجودة في الحر. ولنا أن عائشة أعتقت بريرة فقال لها رسول الله ﷺ «ملكك بضعك فاختاري» فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً فينتظم الفصلين الحر والعبء، وإنما قال فالتعليل لأنه من باب قوله سها فسجد فالشافعي محجوج به. فإن قيل: روى صاحب السنن بإسناده إلى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة «أن بريرة خيرها رسول الله ﷺ وكان زوجها عبداً» وروى أيضاً بإسناده إلى عكرمة عن ابن عباس «أن زوج بريرة كان عبداً أسود يسمى مغيثاً فخيرها رسول الله ﷺ وأمرها أن تعتد» فأنى يكون الشافعي به محجوجاً؟ قلت: روى البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وأحمد «أن بريرة أعتقت وزوجها حر» وإذا تعارضت الروايتان تركناهما وصرنا إلى ما يدل عليه لفظ

(٥) الراجم عن عروة كونه عبداً. فقد أخرجه البخاري ٢٥٦٣ و٢١٥٥ ومسلم ١٥٠٤ ح ٩ - ١٣ وأبو داود ٢٢٣٣ والترمذي ١١٥٤ وابن حبان ٤٢٧٢ والنسائي ١٦٤/٦ - ١٦٥ وابن ماجه ٢٥٢١ والبيهقي ١٣٢/٧ من عدة طرق كلهم عن عروة عن عائشة وفي آخره: قال عروة: فلو كان حراً ما خيرها رسول الله ﷺ من زوجها.

هكذا رواه مسلم وغيره وأما البخاري فلم يذكر عن عروة شيئاً.

(٢) صحيح. أما رواية القاسم وأنه كان عبداً فقدم في أول حديث أي قبل أربعة أحاديث فقط. رواه مسلم وغيره. وأما رواية الشك فهي عند مسلم ١٥٠٤ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة الحديث وفي آخره: فقال عبد الرحمن: وكان زوجها حراً. قال شعبه - الراوي عنه - ثم سأله عن زوجها فقال: لا أدري.

(٣) تقدم قبل ستة أحاديث.

فائدة: أما البخاري فجزم كونه كان عبداً حيث بَوَّب في مواضع عدة بذلك فقال عند الحديث رقم ٥٠٩٧: باب الحرية تحت العبد. ثم ذكر حديث بريرة.

وقال عند حديث ابن عباس ورقمه ٥٢٨٠ باب: خيار الأمة تحت العبد.

(٤) هذا الخبر. ذكره المصنف ونسبه لأبي بكر الرازي، ولم أقف على إسناده لأن كتاب الرازي هذا لم يطبع حتى الآن، وأما مرسل الشعبي فقال الزيلعي في نصب الرأية ٢٠٤/٣: رواه ابن سعد في الطبقات في ترجمة بريرة عن الشعبي مرسلأه. انظر طبقات ابن سعد ١٨٩/٨. قلت: وشيخ ابن سعد عبد الوهاب بن عطاء هو الخفاف قال عنه ابن حجر في التقریب: صدوق ربما أخطأه. فهو مرسل حسن والمرسل حجة عند الحنفية، والمالكية. ضعيف عند المحدثين.

لأن العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لإثبات الخيار، بخلاف الأمة لأنه لا يعتبر رضاها. ولنا أن العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتب لأن عدتها قرء أن وطلاقها ثنتان (وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهم ثم أعتقت صح

أبي عبيد عن عامر الشعبي أن النبي ﷺ قال لبريرة لما أعتقت «قد عتق بضعك معك فاختاري» وهذا مرسل وهو حجة. وأخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ قال لبريرة لما عتقت «اذهي، فقد عتق بضعك معك»^(١) وليس لقوله ذلك فائدة فيما يظهر لا التنبيه على ثبوت اختيارها نفسها، وقد جاء في بعض طرق حديث بريرة أنه ﷺ قال لها «ملكك نفسك فاختاري» فقد تظاهرت هذه الطرق على هذه العلة، وإذن فالواجب أن تكون هي المعتبرة، ويكون من التعليل بزيادة الملك إظهار حكمة هذه العلة المنصوصة، ومقتضاه ثبوت الخيار لها فيما إذا كان زوجها حراً أو عبداً وفيما إذا كانت مكاتبه عتقت بأداء الكتابة بعد ما زوجها سيدها برضاها أو غيره وخالف زفر في المكاتبه وهي المسئلة التي تلي هذه في الكتاب، واستدل بأن العقد نفذ برضاها فلا خيار لها، ولو صح لزوم أن سيد الأمة لو زوجها برضاها ومشاورتها في ذلك لا خيار لها وليس بصحيح. والأوجه في استدلاله أن النص لم يتناولها وهو قوله عليه الصلاة والسلام «ملكك بضعك فاختاري» إذ المكاتبه كانت مالكة لبضعها قبل العتق. وأجيب بالمنع لأن ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة نفسها وإنما كانت مالكة لأكسابها. ولقائل أن يقول إن قوله ﷺ «ملكك بضعك» ليس معناه إلا منافع بضعك إذ لا يمكن ملكها لعينه وملكها لأكسابها تبع لملكها لمنافع نفسها وأعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص، وترجح قول زفر. وفي المبسوط: لو كانت حرة في أصل العقد ثم صارت أمة بأن ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معاً ثم سبياً معاً ثم عتقت فلها الخيار عند أبي يوسف لأنها بالعتق ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها. وقال محمد: لا خيار لها لأن بأصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها، ثم انتقص الملك بعارض الرق فإذا عتقت عاد الملك إلى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها (قوله وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهم ثم أعتقت صح النكاح) أي نفذ بمجرد العتق، ولا فرق بين الأمة والعبد في هذا الحكم، وإنما فرضها في الأمة ليرتب عليها المسئلة التي تليها تفريعاً. وعن زفر أنه يبطل النكاح لأن توقيفه كان على إجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره، ولا يمكن إبقاؤه موقوفاً على إجارتها بعد بطلان ولايته، وإذا بطل تنفيذ وتوقيفه لزم بطلانه بالضرورة إذ لا واسطة وصار كما إذا

الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجاً به، وقد سلكنا مسلك الترجيح في التقرير بأن المثبت أولى من النافي فليطلب ثمة. وقوله (ولأنه يزاد الملك) دليل معقول وقد تقدم بيانه. وردّ بأن عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك إذا كان الزوج حراً. وأجيب بأن كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي على ما سيجيء فيلزم عليها الزيادة إذا أعتقت وإن كان حراً، ولا نسلم أن أمره عليه الصلاة والسلام بالبداء بالغلام لذلك، وإنما كان لإظهار فضيلة الرجال على النساء، فإنها لو أعتقتها معاً لثبت الخيار أيضاً عنده، وليس ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فإن الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء، ألا ترى أن الزوج إن أعسر حتى خرج عن كفاءته لم يكن لها خيار وإنما الخيار لزيادة الملك عليها، ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد (وكذلك المكاتبه: يعني إذا تزوجت بإذن مولاهم ثم أعتقت) كان لها الخيار، سواء كان الزوج حراً أو عبداً لزيادة الملك عليها (وقال زفر: لا خيار لها) لأن ثبوت الخيار في الأمة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاهم وهذا غير موجود ههنا، فإن المهر لها والنكاح ما نفذ إلا برضاها ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم (وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهم ثم أعتقت صح النكاح ولا خيار لها) أما صحة النكاح فوجوده المقضي لصدر الركن الذي هو الإيجاب والقبول من أهله لكونها من أهل العبارة وانتفاء المانع، لأن امتناع النفوذ كان لحق

(قوله وقد تقدم بيانه) أقول: في باب الأولياء والأكفاء.

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٩٠ من حديث عائشة وفي إسناده محمد بن إسحاق مدلس وقد عتقته. وشيخه أبان بن صالح ثقة لكن تكلم فيه ولفظ الحديث فيه تكرار لأن ألفاظ الصحاح: خيرها رسول الله ﷺ فاختارت له فلا حاجة لذكر البضع لذا تفرد به الدارقطني ولم يروه أحد من أصحاب الأصول الستة ولا غيرهم.

النكاح) لأنها من أهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال (ولا خيار لها) لأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك، كما إذا تزوجت نفسها بعد العتق (فإن كانت تزوجت بغير إذن على ألف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاهما فالمهر للمولى) لأنه استوفى منافع مملوكة للمولى (وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها) لأنه استوفى منافع مملوكة لها. والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية

اشترت ثم عتقت فإنه يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم إمكان القسمين. ولنا أن الأمة والعبد من أهل العبارة ولذا صح إقرارهما بالديون وبطالان بعد العتق، وأهلية العبارة من خواص الآدمية وهي مبقاة فيهما على أصل الحرية (وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال) بالعتق. وحاصل هذا أنه نافذ من جهتها، ويجب أن ينفذ من جهة المولى ما دام حقه، فإذا زال بقي النفاذ من غير جهة توقف. وأما البطالان فيما ذكر فليس لما قال بل للزوم تحول حكم العقد الواحد فإنه انعقد موجباً لملك المولى ولو نفذ بعد عتقها كان موجباً للملك لها. وأورد على التعليل النقض بصور، وهي ما لو تزوج بغير إذن مولاه ثم أذن لا يجوز ذلك النكاح حتى يجيز ما صنع، وما إذا تزوج فضولي شخصاً ثم وكله توقف على إجازة الفضولي بعد الوكالة، وما إذا تزوج ولي أبعد مع وجود الأقرب ثم غاب الأقرب أو مات فتحولت الولاية إلى المزوج توقف على إجازة مستأنفة منه، وكذا سيد المكاتب الصغيرة إذا تزوجها بلا إذنها توقف على إجازتها، فإذا أدت وعتقت لا يجوز ذلك النكاح إلا بإجازة مستقبلية من السيد مع أنه المزوج. أجيب عن الأول والثاني بأن الإذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة إلى ما يستقبل من وقتها فلا يعملان فيما قبلهما، وكان مقتضى هذا أن لا يجوز بالإجازة أيضاً إلا أنا استحسانه، وعن الثالث بأن الأبعد لم يكن ولياً حين تزوج ومن ليس ولياً في شيء لا يتأني في عواقبه ويحكم الرأي فيه بل يتوانى اتكالاً على رأي الأقرب فلم يكن النكاح على الوجه الأصلح ظاهراً فيجب توقيفه على إجازته بعد صيرورته ولياً ليثبت كونه أصلح. قال في الفوائد الظهيرية: وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع: يعني سيد المكاتب الصغير. وقد يفرق بأن الولي الأبعد إنما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره فيه لاعتماده على رأي الأقرب، أما هنا فلا يتجه اعتماد المولى على رأي الصغيرة فيترك النظر فكان الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والنسبة الخاصة من غير ما يوجب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه ووعدهنا من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ (قوله ولا خيار لها) لأن النفوذ بعد العتق وخيار العتق إنما شرع في نكاح نافذ قبل العتق لدفع زيادة الملك فلا تتحقق زيادة الملك لذلك. وأورد ينبغي أن يثبت لها الخيار لأن بالاستناد يظهر أن النفاذ قبل العتق. والجواب أن الشيء يثبت ثم يستند وحال ثبوته كان بعد العتق فانتهى الخيار بعده (قوله فإن كانت تزوجت بغير إذن على ألف ومهر مثلها

المولى وقد زال، وأما عدم الخيار فلأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك، كما لو تزوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك، وإنما خصص الأمة بالذكر ليبني المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لأنها لا تتأني في حق العبد، ويجوز أن يكون تخصيصه بالأمة لتفريع مسئلة الخيار عليها لأنها تختص بالإماء دون العبيد. وقوله (فإن كانت تزوجت بغير إذن) ظاهر، وإنما قال في صورة المسئلة بأن المسمى ألف ومهر المثل مائة ليعلم أن المسمى وإن زاد على مهر المثل فهو للمولى إذا كان الدخول قبل العتق وكان ينبغي أن يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة، لأن مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه، وجواب ما ذكره في الكتاب بقوله (والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى) للمولى إن أعتقها بعد الدخول والأمة إن أعتقها قبله. فإن قيل: كيف يستند الجواز إلى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم لأن المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال

(قوله لتفريع مسئلة الخيار عليها) أقول: يعني قوله ولا خيار لها (قوله وكان ينبغي، إلى قوله: لا الزائد على قيمة ملكه) أقول: فيه بحث، فإن المرأة تأخذ ما تأخذ بدل منافع البضع أيضاً، فما وجه أخذ المرأة ما زاد إذا لم تكن قيمة البضع من وجه فليأتمل (قوله وجوابه ما ذكره في الكتاب بقوله والمراد الخ) أقول: والأظهر عندي أن قوله والمراد الخ جواب عما عسى يقال ينبغي أن يجب هنا مهر المثل عند أبي حنيفة لأنه الأصل عنده على ما مر، والتسمية غير صحيحة لعدم صحة النكاح من الابتداء وهو زمان وجود التسمية (قوله فإن قيل: كيف

ووجب المسمى، ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب إلا مهرأ واحداً (ومن وطئ أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه) ومعنى المسألة أن يدعيه الأب. ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء، غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه، فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير قيمة، ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطاً له إذ

مائة) نص على زيادة المسمى على مهر المثل، والجواب على التفصيل، إن دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لأنه استوفى منافع مملوكة له أو بعده فلها لأنه استوفى منافع لها. وكان يتبادر أن في الوطء قبل العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية حيثئذ فكان دخولاً في نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يحل الوطء فيه فوجب قيمة البضع المستوفى منافع المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافاً لما قيل والزيادة لها، لأن الزيادة إنما تثبت باعتبار صحة التسمية. وهذا التوجيه على اعتبار عدمها، والثابت بهذا الاعتبار ليس إلا مهر المثل وهو كله للسيد، ثم إذا أعتقت ووطئها يجب المسمى لها لأنه يصح بصحة العقد فيجب مهران المسمى ومهر المثل لكن انهدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لأن النفاذ ليس إلا ذلك العقد، وحين صح العقد لزم صحة التسمية ويلزمه بطلان لزوم مهر المثل لأنه لا يجب معه. لا يقال: فيجب أن يكون المهر في الوجهين لها لأنه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد. لأننا نقول: الاستناد يظهر أثره في القائم لا في الفات، ومنافع البضع فائتة. وحين فانت فانت على ملك المولى فكان بدلها له. وقد يورد فيقال: لو استند إلى أصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت بإذن المولى ولم يدخل بها حتى أعتقها وهو بمعزل عن صورة المسئلة فإنها النفاذ بالعتق وبه تملك منافعها، بخلاف النفاذ بالإذن والرق قائم. هذا إذا كانت الأمة كبيرة، فإن كانت صغيرة فأعتقها يبطل النكاح عند زفر، وعندنا يتوقف على إجازة المولى إن لم يكن لها عصبه سواء، فإذا أجاز جاز، فإذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ إلا إذا كان المجيز أباًها أو جدها، وقدما في باب الأولياء أنه يستغني بخيار الإدراك عن خيار العتق لأنه المنجز (قوله ولهذا) أي الاتحاد بالاستناد (لم يجب مهر آخر) أي مهر المثل (بالدخول في نكاح موقوف) وقد ذكرناه (قوله ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه فهي أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه، ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب) وليس عبداً ولا مكاتباً ولا كافراً ولا مجنوناً، فإن كان الأب واحداً من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية، ولو أفاق المجنون ثم ولدت لأقل من ستة أشهر تصح استحساناً لا قياساً، ولو كانا من أهل الذمة إلا أن ملتهما مختلفة جازت الدعوة من الأب. ويشترط أيضاً كون الأمة في ملك الابن من وقت العلوق إلى الدعوة، فلو حبست في غير ملكه أو فيه

بالعتق مقتصرأ، ألا ترى أن الأمة إذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك وتزوجت بغير إذن المولى فدخل بها فأعتقها المولى لا تحل على زوجها الأول باعتبار أن العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق. أوجب بأن ما ذكرته قياس، فإن القياس هو أن يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاستناد، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد، لأنه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد، إذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجباً بالدخول مضافاً إلى العقد، فإيجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع، وهذا كما ترى لا يجدي لأن المانع من الاستناد على ما ذكره من المسائل لم يزل، والأولى أن يقال: ليس

يستند الجواز) أقول: المراد من الجواز النفاذ (قوله لأن المانع من الجواز هو الملك الخ) أقول: ولا يبعد أن يقال الملك مانع عن النفاذ ابتداء لحق المولى، ولا يمنع استناداً رعاية لحقه أيضاً حيث يستحق حيثئذ المسمى وهو أكثر على ما فرض، وفيه شيء لا يخفى جوابه، أما الشيء فهو كونه أقل ٧ وأما الجواب فهو أنه (قوله إذا حرمت حرمة غليظة) أقول: بأن طلقها اثنتين (قوله وتزوجت بغير إذن المولى) أقول: أي تزوجت بزواج آخر (قوله والمستوفي بالوطء متلاش الخ) أقول: إذا كان المستوفي بالوطء متلاشياً فكيف يلزم باعتباره مهر كامل للمولى إذا كان الوطء قبل الإعتاق، ولعل الأولى أن يقال: النكاح منصوص في التحليل فبراعى وجوده على وجه الكمال كما قالوا في قبض المهر والرهن، وما ثبت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فتأمل (قوله لأن المستحق زمان الثبوت الخ) أقول: أي ثبوت النكاح ونفاذه.

المصحح حقيقة الملك أو حقه، وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوّج بها فلا بدّ من تقديمه فتبين أن الوطاء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر. وقال زفر والشافعي: يجب المهر لأنهما يثبتان الملك حكماً للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء بعقبه والمسألة معروفة. قال (ولو كان الابن زوّجها إياه فولدت منه لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر) لأنه صح التزوّج عندنا خلافاً للشافعي لخلوها عن ملك الأب، ألا يرى أن الابن

وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لأن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق فيستدعي قيام وقت التملك من حين العلوق إلى التملك، ولا يشترط في صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن ودعوة الجد لأب كالأب. ولا تصح دعوة الجد لأم اتفاقاً. وشرط دعوة الجد لأب أن تكون حال عدم ولاية الأب لموت أو جنون أو رق أو كفر، وأن تثبت ولايته من وقت العلوق إلى وقت الدعوة حتى لو أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية إليه لم تصح دعوته لما قلنا في الأب (قوله ووجهه) أي وجه هذا المجموع (أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى إبقاء نفسه) لما سنذكر فكذا إلى صون نسله لأنه كنفسه إذ هو جزؤه لكن الحاجة إلى إبقاء النفس أشد منها إلى حفظ النسل (فلذا يملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة) ويحل له الطعام عند الحاجة إليه ولا يحل له وطء جارية ابنه عند الحاجة إليه، كذا عند الأئمة إلا ما نقل عن مالك بن أنس وابن أبي ليلى، ويجبر الابن على الإنفاق عليه دون دفع الجارية إليه للتسري، فللحاجة جاز له التملك، ولقصورها أوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين وتحصيلاً للمقصودين الأب والابن إذ البذل يقوم مقام المبدل ولا عقر عليه وهو مهر مثلها في الجمال: أي ما يرغب به في مثلها جمالاً فقط. وأما ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه بل للعادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهراً لأن الثاني للبقاء، بخلاف الأول والعادة زيادته عليه، خلافاً لزفر والشافعي فإنهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبيل الوطاء لصحة الاستيلاد عندنا، وعنده قبيل العلوق لأن ثبوته ضرورة صيانة الولد وهي مندفة بإثباته كذلك دون إثباته قبل الوطاء. قلنا: لازم كون الفعل زنا ضياع الماء شرعاً، فلو لم يقدم عليه ثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعي وإلا فلا لزوم، فظهر أن الضرورة لا تندفع إلا بإثباته قبل الإيلاج، بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الأب والابن أو غيره تجب حصّة الشريك الابن أو غيره من العقر، وقيمة باقيةا إذا حبلت لعدم تقديم الملك في كلها لانتفاء موجهه وهو صيانة النسل إذ ما فيها من الملك له يكفي لصحة الاستيلاد، وإذا صح ثبت الملك في باقيةا حكماً لا شرطاً، ثم مقتضى قوله أن لا تجب قيمة الولد بلا تردد كقولنا لكن في قول تجب ولا يحد قاذفه اتفاقاً لأن شبهة الخلاف في أن الملك ثبت قبل الإيلاج أو بعده تسقط إحصائه (قوله ولو كان الابن زوّجها) أي زوّج أمته (إياه فولدت منه لا تكون أم ولد للأب ولا قيمة عليه للابن وعليه المهر له والولد حر) وهذا لأنه صح النكاح له خلافاً للشافعي لأن عنده لا يجوز تزوّج الأب جارية الابن. ومبنى الخلاف فيه أن الثابت للأب في جارية ابنه حق ملك عنده فيمتنع تزويجه إياها كأمة مكاتبه والأمة المشتركة وحق التملك عندنا من وجه. واستدل عليه بأنه أي الابن يملك من التصرفات فيها مالا يبقى معه ملك الأب، ولو قال مالا يجماعه ملك الأب كان أولى فلا يكون للأب فيها ملك من

المانع من الجواز في الاستحسان الملك، وإنما هو الحاجة إلى الصيانة عن الإضرار بالمولى، فمتى أعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الأضرار بالمولى من وقت وجوده فثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف الخ. وأجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بأن امتناع حلها على زوجها الأول إنما كان لأن الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشي، والمستوفى بالوطء متلاش. فإن قيل: القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهي قوله وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها، ولو استند الجواز إلى أصل العقد يجب أن يكون المهر للمولى، كما لو تزوّجت بإذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى أعتقها. أجيب بأن حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقة لا فيما يختلف، وههنا يختلف لأن المستحق زمان الثبوت هو الأمة وزمان العقد هو المولى، فلما كان المستحق زمان الثبوت هو الأمة امتنع استناد هذا الاستحقاق إلى زمان العقد، لأنه لو استند هذا الاستحقاق إلى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت.

ملكها من كل وجه فمن المحال أن يملكها الأب من وجه، وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الأب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه إلا أنه يسقط الحد للشبهة، فإذا جاز النكاح صار ماؤه مصوناً به فلم يثبت ملك اليمين فلا نصير أم ولد له، ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لأنه لم يملكهما، وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لأنه ملكه

وجه، فهذه التصرفات هي وطؤه وإياها وانفراده بتزويجها وإعتاقها من غير أن يضمن للأب شيئاً، فهذه لوازم المركب من ملكه وعدم ملك الأب من كل وجه. وإذا ثبتت هذه الأحكام إجماعاً لزم كون المراد بما رواه الإمام أحمد «أنت ومالك لأبيك» إثبات حق التملك لا حق الملك وهو لا يمنع صحة النكاح، ألا يرى أن الواهب يملك التزويج بالموهوبة وله حق تملكها بالاسترداد، وأصل الحديث في السنن من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إن لي مالاً وولداً وإن والدي يحتاج إلى مالي، قال: «أنت ومالك لأبيك» وروي «لوالدك، إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم»^(١) وأما ما روي فيه من حديث عائشة عنه ﷺ «ولد الرجل من كسبه من أطيب كسبه، فكلوا من أموالهم»^(٢) فتعلقه بمجرد الأكل. فإن قيل: لا نسلم أن حل الوطء وما معه دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك في أم الولد والمندوبة مع عدمه بدليل عدم إجرائهما عن الكفارة. قلنا: بل هما مملوكتان من كل وجه، وعدم الإجزاء لانعقاد سبب الحرية فيهما فكان نقصاناً في رفقهما لا في ملك السيد. واعلم أن المجاز لا بد منه في التركيب لأنه أضاف المال لابن بقوله ومالك وهو يفيد الملك لأنه حقيقة الإضافة في مثله، ثم أضافه مع الابن للأب

قال (ومن وطئ أمه ابنه) ومن وطئ جارية ابنه (فولدت منه ولداً فهي أم ولد له وعليه قيمتها دون المهر) وإنما قال (ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب) لأن محمداً لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير (ووجهه أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء) لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال «ولد الرجل من كسبه فكلوا من أموالهم» وروي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «إن أولادكم من أطيب كسبكم، فكلوا من كسب أولادكم» وغير ذلك، وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء (فله ولاية تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء) فإن قيل: لو كان صيانة الماء كبقاء النفس لما وجبت عليه القيمة كما في الطعام. أجاب بقوله (غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه) ولهذا لا يجبر الولد على إعطاء الجارية والده للاستيلاء لكونه غير ضروري (فلهاذا يملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة) فإن عورض بأن الاستيلاء يعتمد الملك كما في المملوكة أو حق الملك كما في المكاتبه وليس شيء من ذلك بموجود. أجاب بقوله (ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاء شرطاً له، إذ المصحح) يعني الاستيلاء إما حقيقة الملك أو حقه على ما ذكرنا (وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزويج بها فلا بد من تقديمه) لأنه بعد ما علق الولد احتاج الأب إلى صيانه عن الضياع وذلك بثبوت النسب، ولا ثبوت له بدون ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط على المشروط، وإذا قدم كان الوطء واقعاً في ملكه (فلا يلزمه العقر. وقال زفر والشافعي: يجب المهر لأنهما يثبتان الملك حكماً للاستيلاء) فإنه يسقط الإحصان بهذا الوطء، ولو كان في الملك لما سقط وجده قاذفه، وقاساه بالجارية المشتركة فإنه إذا استولدها وجب عليه العقر (والمسئلة معروفة) يعني في شروح الجامع الصغير وغيرها أن الملك عندنا يثبت قبل الاستيلاء شرطاً له، وعنده بعده حكماً له. والذي ذهبنا له هو الصواب لأننا قد اتفقنا على أن استيلاء الأب جارية ولده صحيح،

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٣٠ وابن ماجه ٢٢٩٢ وابن الجارود ٩٩٥ والطحاوي في شرح معاني الآثار ١٥٨/٤ وأحمد ١٧٩/٢ - ٢١٤ كلفه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهذه السلسلة من نوع الحسن.

ورود من حديث جابر أخرجه ابن ماجه ٢٢٩١ والطحاوي ١٥٨/٤ وقال البوصيري في الزوائد: إسناده صحيح على شرط البخاري ورجاله ثقات. ومن حديث ابن مسعود أخرجه الطبراني في الكبير ١٠١٩ وسنده حسن لشواهد. وسأيت حديث عائشة.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٥٢٨ و٣٥٢٩ والترمذي ١٣٥٨ والنسائي ٢٤٠/٧ - ٢٤١ وابن ماجه ٢٢٩٠ و٢١٣٧ والدارمي ٢٤٧/٢ والطائلي ١٥٨٠ وابن حبان ٤٢٥٩ والبخاري في التاريخ الكبير ٤٠٦/١ - ٤٠٧ والبيهقي ٤٨٠/٧ والحاكم ٤٦/٢ وأحمد ١٢٧ - ١٦٢ - ١٧٣ - ١٩٣ - ٢٠١ - ٢٠٢ - ٢٠٣ كلفه من حديث عمارة بن عمير عن عائشة مرفوعاً واللفظ عند المصنف لأبي داود في روايته الثانية.

ورواية الجماعة وكذا رواية أبي داود الأولى: إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه. وله قصة.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي مع أن عمارة ابن عمير غير مشهور لكن صحاحه لأنه توبع. فقد أخرجه النسائي ٢٤١/٧ وأحمد ٤٢/٦ وابن ماجه ٢١٣٧ والبخاري ٢٣٩٨ وابن حبان ٤٢٦٠ و٤٢٦١ من عدة طرق عن الأسود عن عائشة مرفوعاً وهذا إسناد صحيح على شرطهما. وله شواهد تقدمت.

أخوه فيعتق عليه . قال (وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عني بألف ففعل ففسد النكاح) وقال زفر رحمه الله : لا يفسد ، وأصله أن يقع العتق عن الأمر عندنا حتى يكون الولاء له ، ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدها ، وعنده يقع عن المأمور لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه ، وهذا محال لأنه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور . ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء إذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير

باللام المفيدة للملك في مثله والعطف عطف مفرد ، ولا يمكن حقيقة الملك في الابن فلزم في المال أيضاً نفى حقيقة الملك وإلا كانت اللام لمعتنين مختلفين في إطلاق واحد . بقي تعيين المعنى المجازي أهو حق الملك أو حق التملك ؟ فقد يقال : حق الملك أقرب إلى الحقيقة والمجاز الأقرب إليها أولى ، ولكن الأحكام التي ذكرناها تمنع حق الملك لأنه ملك من وجه وهي تمنعه ، وإذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصوناً فلا تصير به أم ولد للأب ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لأنه لم يملكهما ، وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لأنه ملكه أخوه فيعتق عليه . وما عن زفر أنها تكون أم ولد له لأنها لما كانت أم ولد له بالفجور فأولى بالحل بعيد صدوره عنه فإن أمومية الولد فرع لملك الأمة وملكها ينافي النكاح ، وإنما يصح تفرعاً على عدم صحة النكاح (قوله وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عني بألف ففعل ففسد النكاح) وكذا إذا كانت الأمة تحت حر فقال لسيدها ذلك فسد نكاحه (وقال زفر : لا يفسد ، وأصل الخلاف أن العتق فيه يقع عن الأمر عندنا حتى يكون ولاؤه له ، ولو نوى به الكفارة تسقط عنه ، وعنده يقع عن المأمور ، لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه ، وهذا محال لأنه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فيقع عن المأمور . ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء) والمقتضى هو تصحيح كلامها صوناً له عن اللغو إذ لا مانع منه ، بخلاف ما لو قال لعبده أعتق هذا العبد عن كفارة يمينك لا يعتق المخاطب تصحيحاً لكلام السيد لأن الحرية أصل للتكفير بالمال وأصل الشيء لا يكون تبعاً لفرعه ، ولو ثبت اقتضاء لصار تبعاً له فامتنع لذلك . لا يقال : ملك الأمر غير مستقر ومثله لا يوجب انفساخ النكاح كالوكيل إذا اشترى زوجته لموكله لا يفسد نكاحه مع ثبوت الملك أولاً له . لأننا نقول : الملك ملزوم للانفساخ ، فإذا ثبت ثبت ، ألا يرى أن من قال لامرأته الأمة إذا إشتريت فأنت حرة فاشتراها عتقت وفسد

ومن شرط صحته وقوع الوطء في الملك ، حتى لو خلا عنه أصلاً لم يضح كما في جارية الأجنبي فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق . وعورض بأن الجارية المشتركة بين الأب والابن إذا ولدت فادعاء الأب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع ملك ، وذلك يدل على أن الملك لم يثبت سابقاً على الوطء ، وبأنه إذا وطئها غير معلق وجب العقر ، ولو ثبت الملك قبله لما وجب ، وبأنه إذا قذفه إنسان لا يحد ، ولو ثبت الملك قبله الحد . وأجيب عن الأولى بأنها تقدم الملك احترازاً عن وقوع الاستيلاء في غير الملك حكماً ، وفي تلك المسئلة نوع من الملك القائم فلا يحتاج إلى تقديمه . وعن الثانية بأن إثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق ، وهذا المجموع ليس بموجود هنا . وعن الثالثة بأن تقدم الملك اجتهادي فكان فيه شبهة يندري بها الحد (ولو كان الولد زوج جاريته إياه) أي أباه (فولدت لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لأنه صح التزويج عندنا) وقال الشافعي : لا يصح لأن للأب حق الملك في مال ولده ، حتى لو وطئ جاريته عالماً بحرمتها عليه لم يلزمه الحد ، وكل من له حق الملك في جارية لا يجوز تزويجه إياها كالمولى إذا تزوج أمة من كسب مكاتبه لأن حق الملك في مال ولده أظهر ، ألا يرى أن استيلاءه جارية الابن صحيح ، واستيلاء المولى أمة مكاتبه غير صحيح . ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الأب لأن الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطء ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة (فمن المحال أن يملكها الأب بوجه) من الوجوه ، وإلا لما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك خلف باطل (وكذا يملك الابن (من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الأب لو كان فدل على انتفاء ملكه) وقوله (إلا أنه يسقط الحد للشبهة) جواب عن قول الخصم لو وطئ جاريته عالماً بحرمتها عليه لم يحد ولم يذكره في الكتاب ، وإذا كانت خالية عن ملكه صح النكاح ، وإذا صح النكاح صار ماؤه مصوناً به (فلم يثبت ملك اليمين) لعدم الحاجة إليه (فلا تصير أم ولد له) وقال زفر : تصير أم ولد له لأنه لو استولدها بفجور صارت أم ولد

(قوله ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الأب لأن الابن ملكها من كل وجه الخ) أقول : ليس فيما ذكره ما يدل على نفى حق الملك ، إلا أن

قوله أعتق طلب التملك منه بالألف ثم أمره باعتاق عبد الأمر عنه، وقوله أعتقت تملكاً منه ثم الإعاق عنه، وإذا ثبت الملك للأمر فسد النكاح للتنافي بين المملكين (ولو قالت أعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هذا والأول سواء لأنه يقدم التملك بغير عوض تصحيحاً لتصرفه، ويسقط

النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانفساخ في مسألة الوكيل لعدم ثبوت الملك أولاً له بل ابتداء يثبت للموكل في الصحيح كالعبد يتهب يقع الملك لولاه ابتداء وإن وقع للوكيل لكنه يتعلق به حق الموكل حالة ثبوته، ومثله لا يوجب الفسخ إذ لم يخلص ثبوته ليخلص ثبوت الملزوم فيصير قوله أعتق طلب التملك منه بالألف وأمره باعتاقه عنه، (وقوله أعتقت تملكاً منه) ضمناً للإعتاق الصريح الواقع جواباً، واعلم أنه لو صرح بالبيع فقال بعتك وأعتقت لا يقع عن الأمر بل عن المأمور فيثبت البيع ضمناً في هذه المسئلة ولا يثبت صريحاً كبيع الأجنة في الأرحام، وهذا لأن الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشروط العتق الأهلية بالملك والعقل وعدم الحجر وهو ثابت في المأمور، فإذا صرح به يثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم إلا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه (قوله ولو قالت) ما تقدم كان إذا ذكر مالا مع الأمر. فلو اقتصر على قوله أعتقه عني ففعل المأمور، فعند أبي يوسف يقع عن الأمر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظاهر فأمر غيره أن يطعم عنه ففعل يسقط عن الأمر مع أنه لا قبض هنا منه، وعندهما عنه المأمور، وحاصل وجههما أن فيه شرطاً لا يمكن إثباته اقتضاء وهو القبض لأنه فعل حسي غير القول، والفعل الحسي لا يوجد في ضمن القول، ففعل اليد الذي هو الأخذ لا يتصور أن يتضمنه فعل اللسان ويكون موجوداً

له، فإذا استولدها بالنكاح أو شبهة نكاح أولى أن تصير أم ولد له. ولنا ما ذكرنا أن ماء صار مصوناً بالنكاح فلا يحتاج إلى ملك اليمين لأن إتيانه لم يكن إلا لصيانة الماء. وقوله (ولا قيمة عليه فيها) ظاهر. وقوله (وإذا كانت الحرة تحت عبد) واضح إلا ألفاظاً ننبه عليها. قوله (لصحة العتق عنه) أي عن الأمر. وقوله (أعتق طلب التملك منه) تقديره أعتق عبدك الذي هو لك في الحال عند بيعك لي إياه بطريق الوكالة عني فيكون أمراً باعتاق عبد الأمر عنه وقوله أعتقت يكون بمعنى قوله بعته منك وأعتقته عنك. فإن قيل: لو صرح بالبيع لم يقع العتق إلا عن المأمور بالاتفاق فلا يكون المقتضي أقوى من التصريح به. أجيب بأن الشيء قد يثبت ضمناً وإن لم يثبت صريحاً، كبيع الأجنة في أرحام الأمهات يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، وإذا ثبت الملك للأمر فسد النكاح للتنافي بين المملكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبداً. فإن قيل: وجب أن لا يبطل النكاح هنا وإن ثبت ملك اليمين لوجهين أحدهما أن الملك ثابت هنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضروري يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى إلى فساد النكاح. والثاني أن الملك هنا كما ثبت يزول حكماً للإعتاق، ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشراء إذا اشترى منكوحته لموكله لا يفسد النكاح لأن الملك كما ثبت زال. أجيب عن الأول بأن الشيء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم. وعن الثاني بأن الملك يثبت للموكل ابتداء وهو مختار شمس الأئمة وأبي طاهر الدباس. سلمنا أن الملك يثبت للوكيل، لكن إنما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك. وقوله (لأنه) يعني أبا يوسف (يقدم التملك بغير عوض تصحيحاً لتصرفه) أي لتصرف الأمر لما تصحيح كلام العاقل واجب مهما أمكن وقد أمكن هنا بإسقاط اعتبار القبض لأنه شرط، وقد أمكن ذلك بإسقاط القبول الذي هو الركن، فلأن يمكن بإسقاط الشرط أولى، فصار (كما إذا كان عليه كفارة ظاهر فأمر غيره أن يطعم عنه) ففعل سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما إذا كان الطلب بعوض أو بغيره (ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص) وهو قوله ﷺ «لا تصح الهبة إلا مقبوضة»

يقال: حق الملك يستدعي نوع ملك، وإلا فلا يكون حق ملك بل حق التملك (قوله تقديره أعتق، إلى قوله: بطريق الوكالة عني) أقول: قوله بطريق الوكالة متعلق بقوله أعتق (قوله فإن قيل: لو صرح بالبيع لم يقع العتق إلا عن المأمور) أقول: لا تنفاه القبول. (قال المصنف ولو قالت أعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح) أقول: فإن قيل: لم لم يقدموا البيع في هذه المسئلة، فإن ذكر الثمن لا يلزم في انعقاد البيع. قلنا المقصود تصحيح التصرف، وإذا لم يذكر الثمن يتعقد البيع فاسداً على ما صرحوا به (قوله وقد أمكن ذلك

(١) الضمير في قوله (ذكر) واقتصر مذكر باعتبار الشخص، فإن الذكر والمقتصر في هذه المسئلة هي المرأة كما لا يخفى، كتبه مصححه.

اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه . ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء لأنه فعل حسي، بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي، وفي تلك المسألة الفقير ينوب عن الأمر في القبض، أما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه .

بوجوده، بخلاف القول فإنه يتضمن ضمن قول آخر ويعتبر مراده معه وهذا ظاهر . وقول أبي اليسر قول أبي يوسف أظهر لا يظهر، بخلاف ما قاس عليه لأن الفقير يكون نائباً عن الأمر فيكون قابضاً له، ثم بالاستيفاء يصير قابضاً لنفسه، أما العبد فلا يقع في يده شيء بالعقق ليتمكن اعتباره قابضه نيابة أولاً بل بالعقق تلف ماليته، والله أعلم .

(فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء) وقوله إسقاطه ولا إثباته إشارة إلى أن فيه طريقين : أحدهما أن يسقط القبض كما يسقط القبول . والثاني أن يجعل القبض موجوداً تقديرأ . وقوله (لأنه فعل حسي) يعني أنه ليس من جنس القول فلا يمكن أن يكون ثابتاً في ضمن قوله أعتقت هذا بالنسبة إلى الإثبات، وأما بالنسبة إلى الإسقاط فيقال لأنه فعل حسي، والفعل الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فإنه تصرف شرعي فيصح أن يثبت في ضمنه . قوله (وفي تلك المسئلة) أي مسئلة الأمر بالإطعام (الفقير ينوب عن الأمر في القبض) كالفقير في باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضاً لنفسه (أما العبد فلا يقع في يده شيء) لأن الإعتاق إتلاف للملك، وتمام تقرير هذه المسئلة يطلب في التقرير .

ياسقاط القبول الذي هو الركن) أقول : القبول ركن زائد يوجد البيع بدونه كما في البيع بالتعاطي .

باب نكاح أهل الشرك

(وإذا تزوّج الكافر بلا شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرأ عليه) وهذا عند أبي حنيفة وقال

باب نكاح أهل الشرك

لما فرغ من نكاح المسلمين بمرتبتيه من الأحرار والأرقاء شرع في بيان نكاح الكفار مطلقاً كتابيين أو غيرهم، وهو المراد بأهل الشرك إما تغليّباً وإما ذهاباً إلى أن أهل الكتاب داخلون في المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقد قدمناه في فصل المحرّمات. وإما إطلاقاً للمشركين عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزيز ابن الله والمسيح ابن الله، تعالى الله ربّ العزة والكبرياء عن ذلك. وقدمنا أنه إنما أعقب باب المهر بفصل مهور الكفار تميّماً لباب المهر تبعاً. واعلم أن كل نكاح صحيح في حق المسلمين فهو صحيح إذا تحقق بين أهل الكفر لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة، فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك: لا تصح أنكحتهم بناء على تناول الخطاب العام إياهم مع ملزومية أنكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين. واستشكله بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافر، ولعدم اشتراط الشهادة في العقد عندهم، قال: ولو قلنا إنها شرط فإذا عقده جماعة من المسلمين ينبغي أن يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة. قال: فينبغي أن يقال ما صادف شروط الصحة فهو صحيح ومالاً ففاسد ولنا قوله تعالى ﴿وامراته حمالة الحطب﴾ [المسد: ٤] وقوله ﷺ «ولدت من نكاح لا من سفاح»^(١) وأسلم فيروز على أختين فقال ﷺ «اختر إحداهما»^(٢) وأسلم ابن عيلان على عشر فقال له ﷺ «أمسك أربعاً»^(٣) الحديث. ومن حين ظهرت دعوته ﷺ والناس يتواردون الإسلام إلى أن توفي ﷺ على ما قيل عن سبعين ألف مسلم غير النساء، ولم ينقل قط أن أهل بيت جدّوا أنكحتهم بطريق صحيح ولا ضعيف، ولو كان لقضت العادة بنقله، فعلم أنه قول باطل (وقوله وإذا تزوّج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرأ عليه، وهذا عند أبي حنيفة. وقال زفر: النكاح فاسد في الوجهين) أي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر (إلا

باب نكاح أهل الشرك

لما ذكر باب نكاح الرقيق للمناسبة التي ذكرنا من هو أدون منزلة وأخس منهم رتبة وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم (فإذا تزوّج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرأ عليه) قيد بعده كافر لأنه لو كان في عدة مسلم كان

باب نكاح أهل الشرك

(قوله لما ذكر باب نكاح الرقيق، إلى قوله: وأخس منهم رتبة الخ) أقول: قال الله تعالى ﴿ولعبد مؤمن خير من مشرك﴾ (قوله وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم) أقول: بل المراد من أهل الشرك الكافر مطلقاً بطريق التغليب لعموم الأحكام المذكورة.

- (١) حسن بطرقه. أخرجه أبو نعيم في أعلام النبوة ١١/١ وكذا الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢١٤/٨ كلاهما من حديث علي. قال الهيثمي: فيه محمد بن جعفر صحّح له الحاكم في المستدرک وقد تكلم فيه وبقية رجاله ثقات اهـ.
- وقال الذهبي في تاريخ الإسلام ٢٩/١ وهذا منقطع إن صح عن جعفر بن محمد لكأن معناه صحيح اهـ ورواه ابن جرير ٥٦/١١ مرسلاً.
- وقال ابن حجر في تلخيص الجبير ١٧٦/٣: هذا الحديث رواه عبد الرزاق عن جعفر الصادق مرسلاً، ووصله الطبراني، وابن عدي وفيه نظر اهـ أي للانقطاع بين زين العابدين وعلي.
- وقال الهيثمي ٢١٤/٨: ورواه الطبراني عن المديني عن أبي الحريث من حديث ابن عباس ولم أعرف المديني ولا شيخه. وبقية رجاله وثقوا اهـ.
- وقال ابن حجر في تلخيص الجبير ١٧٦/٣: إسناده ضعيف: ثم قال: ورواه الحارث بن أبي أسامة، ومحمد بن سعد من حديث عائشة وفيه الواقدي ورواه البيهقي من حديث أنس وإسناده ضعيف اهـ.
- فالحديث بمجموع هذه الطرق بصير حسناً وهو في البيهقي في ١٩٠/٧.
- (٢) تقدم في فصل بيان المحرّمات ٢١٣/٢ وإسناده جيد.
- (٣) تقدم في فصل المحرّمات أيضاً وإسناده حسن.

زفر: النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام. وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول كما قال أبو حنيفة، وفي الوجه الثاني كما قال زفر. له أن الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم، وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضاً لا تقريراً، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق. ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا أحكاماً بجميع الاختلافات.

أنا لا نتعرض لهم قبل الإسلام أو المرافعة إلى الحكام) فالواو بمعنى أو (وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول) وهو النكاح بلا شهود (كما قال أبو حنيفة وفي الوجه الثاني) وهو ما في عدة كافر (كما قال زفر. لزفر أن الخطابات عامة على ما مر) في الفصل الذي بذيل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطابات وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها (وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضاً لا تقريراً، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق) لقوله تعالى ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولهما وهو الفرق أن نكاح المعتدة مجمع على بطلانه عندنا فكانوا ملتزمين لها على ما مر هناك أيضاً من أن مذهبهما أن أهل الذمة التزموا أحكاماً فيما يرجع إلى المعاملات وهذا تقييد له حيث أفاد أنهم التزموا المجمع عليه في ملتنا لا مطلقاً (قوله ولأبي حنيفة أن الحرمة) أي حرمة النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة (لا يمكن إثباتها حقاً للشرع) أي الشارع (لأنهم لا يخاطبون بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقاً للزوج لأنه لا يعتقده، بخلاف ما إذا كانت) الكتابية (تحت مسلم) طلقها فإنه تجب العدة حقاً له (لأنه يعتقده) فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها (وإذا صح النكاح) حال صدوره (فحال المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطاً فيها) بل في ابتداء العقد لصحته (وكذا العدة لا تنافيا) أي لا تنافي حالة بقاء العقد (كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة) حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع زوجها وحرمتها عليه، وهذا التقرير يفيد أن العدة لا تجب أصلاً عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لأنه إنما يملكها في العدة، ولا يثبت نسب ولدها إذا أتت به بعد الطلاق لأقل من ستة أشهر، وبه قالت طائفة من المشايخ. وقيل تجب عدة لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الأمة في حال قيام وجوبه على السيد. وقيل الأليق الأول لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون به، وفيه نظر لأن تركهم تحرزاً عن الغدر لعقد الذمة لا يستلزم صحة ما تركوا وإياه كالكفر تركوا وإياه وهو

النكاح فاسداً بالإجماع كذا قيل، وفيه نظر لأن كلامنا في أهل الشرك، ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته، ويجوز أن يصور بأن أشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم (وهذا عند أبي حنيفة. وقال زفر: النكاح فاسد في الوجهين، إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام. وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول) وهو التزويج بغير شهود (كما قال أبو حنيفة وفي الوجه الثاني) وهو التزويج في عدة كافر آخر (كما قال زفر) قال زفر (الخطابات) كقوله ﷺ «لا نكاح إلا بشهود» ونحوه (عامة كما مر من قبل فتلزمهم، وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضاً) كما تركناهم وعبادة الصنم إعراضاً (لا تقريراً، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عملاً بقوله تعالى ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ (ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها) فإن مالكا وابن أبي ليلى يجوزانه (ولم يلتزموا أحكاماً بجميع الاختلافات) ولكننا لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة، فإذا ترافعا أو أحدهما أو أسلم والعدة غير

(قوله وفيه نظر لأن كلامنا الخ) أقول: النظر مدفوع بما قلنا (قوله ويجوز أن يصور الخ) أقول: ويمكن أن يتصور ذلك بأن تكون كتابية تحت مسلم فطلقها فتزوجها مشرك لا كتاب له في عدته وذلك في دينه جائز فإنه فاسد (قوله بأن أشركت بعد الطلاق الخ) أقول: فإن قيل: فيجئ ذلك تكون مرتدة لا يجوز نكاحها. قلنا: لا بضربنا، غاية أن يكون عدم جوازه معللاً بعلمين (قوله كما مر من قبل) أقول: في فصل بذيل باب المهر (قال المصنف: فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة) أقول: قال تاج الشريعة: أي العدة باقية حالة المرافعة، أما إذا كانت العدة منقضية لا يفرق بالإجماع اهـ. فيه بحث، فإنه إذا انعقد فاسداً لا ينقلب جائزاً على ما علم من أصل زفر في البيع الفاسد وغيره. قال المصنف (ولهما أن حرمة نكاح المعتد مجمع عليها) أقول: قال الزيلعي: والخلاف في صحة نكاحهم في العدة بناء على أن العدة تجب عندهما، وعنده لا تجب حتى لا يثبت له الرجعة، ولا يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر. وقيل تجب عنده لكنها لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء اهـ.

ولأبي حنيفة أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقاً للشرع لأنهم لا يخاطبون بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقاً للزوج لأنه لا يعتد به، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنه يعتد به، وإذا صح النكاح فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطاً فيها، وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة (فإذا تزوج المجوسي أمه أو ابنته ثم

الباطل الأعظم، ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة لجواز أن يقال لا تجب، وإذا علم من له الولد بطريق آخر وجب إلحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح، ومجيئها به لأقل من ستة أشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلتحق به وهم لم ينقلوا عن أبي حنيفة ثبوته ولا عدمه، بل اختلفوا أن قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك أولاً فلا، فلنا أن نقول بعدمها ويثبت النسب في الصورة المذكورة. وفي المبسوط أن الخلاف بينهم فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة قائمة، أما إذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالإجماع. ثم هنا نظران: الأول مقتضى توجيه أبي حنيفة أن الكفار لا يخاطبون بالمعاملات، وهو خلاف ما ذكره المشايخ في الأصول من أن الاتفاق على أنهم مخاطبون بها في أحكام الدنيا، والمسألة ليست محفوظة عن المتقدمين وإنما استنبطها مشايخ بخارى من بعض تفرعاتهم، كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم أسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك، والعراقيون على أنهم مخاطبون بالكل. وإنما قلنا إنه خلافه لأن النكاح من المعاملات، وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على أنهم مخاطبون بأحكام النكاح، غير أن حكم الخطاب إنما يثبت في حق المكلف ببلوغه إليه، والشهرة تنزل منزلة وهي متحققة في حق أهل الذمة دون أهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل الثاني أن نفى أبي حنيفة العدة هنا إنما هو فيما إذا كانوا يعتقدون عدمها، ومقتضاه إذا كانوا يعتقدون وجوبها أن لا يصح، ويجب التجديد بعد الإسلام لأنه حين وقع كان باطلاً فيلزم في المهاجرة لزوم العدة إذا كانوا يعتقدون لأن المضاف إلى تباين الدار الفرق لا نفى العدة. وتعليل النفي هناك بقول المصنف لأنها وجبت إظهاراً لخطر النكاح السابق، ولا خطر لملك الحربي بالآية. قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح إذا سبي الزوجان معاً، وسنذكر له تنمة (قوله فإذا تزوج مجوسي أمه أو بنته) أو مطلقة ثلاثاً أو جمع بين خمس أو أختين في عقد (ثم أسلم) أو أحدهما (فرق بينهما) إجماعاً (لأن نكاح المحارم) وما معه (له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا) يعني في قوله في المسألة التي قبلها أن أهل الذمة التزموا المجمع عليه عندنا، وهذه الأنكحة

منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم. وأما إذا كان الإسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا تفرق بينهما بالإجماع. ولأبي حنيفة أن حرمة النكاح إنما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه. وثبوت العدة إما أن يكون للشرع أو للزوج لا سبيل إلى الأول (لأنهم لا يخاطبون بحقوقه) ولهذا لا يتعرض لهم في الخمر والخنزير، ولا إلى الثاني (لأنه لا يعتد به) لأن هذا الوضع على ذلك الفرض وكان النكاح وقع ابتداء صحيحاً للوجود المقتضى وهو صدور الركن من أهله مضافاً إلى محله وانتفاء المانع (بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم) فإن المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة، وإذا صح ابتداء لا يرتفع بالإسلام والمرافعة لأن ذلك حالة البقاء (والشهادة ليست شرطاً فيها) ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح (وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة)

وأنت خير بأن لا يظهر وجه عدم ثبوت النسب على القول الأول (قال المصنف: لأنهم لا يخاطبون بحقوقه الخ) أقول: قال ابن الهمام: وهذا التقرير يفيد أن العدة لا تجب أصلاً عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها، لأنه إنما يملكها في العدة ولا يثبت نسب ولدها إذا أتت به بعد الطلاق لأقل من ستة أشهر، وبه قالت طائفة من المشايخ، وقيل تجب عدة لكنها ضعيفة لا تمنع صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الأمة في حال قيام وجوبه على السيد اهـ. وأشار المصنف إلى هذا أيضاً في تنمة التعليل، لكنهم صرحوا في باب المحرمات أنه مستحب لا واجب فليتأمل، ثم في قوله لأنل من ستة أشهر بحث (قال المصنف: لأنه لا يعتد به) أقول: قال الإثنائي: أي لا يعتقد الكافر العدة وتذكير الضمير على تأويل الاعتداد اهـ. والأحسن أن يقال: الضمير راجع إلى وجوب العدة المدلول عليه بسياق الكلام (قال المصنف: وإذا صح النكاح فعالة المرافعة الخ) أقول: قال الزيلعي: وفي النهاية معزياً إلى المبسوط أن الاختلاف بينهم فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة غير منقضية، وأما إذا كانت المرافعة والإسلام بعد انقضاء العدة لا يفرق بالإجماع اهـ. وفي كلام المصنف وكذا العدة الخ إشارة إلى ذلك (قوله بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم الخ) أقول: يلزم على ما اختاره الشارح أن

أسلما فزق بينهما) لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالإسلام فيفترق. وعنده له حكم الصحة في الصحيح إلا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفترق، بخلاف العدة لأنها لا تنافيه، ثم

مجمع على بطلانها فيلزم حكمها، وعلى ما حققنا من أن الكفار إما مخاطبون بالكل كقول العراقيين أو بالمعاملات كقول البخاريين يجب الاتفاق بين الثلاثة على أن له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الأحكام في دارنا فتجعل نازلة في حقهم، إذ ليس في وسع المبلغ سوى إشاعته دون أن يوصله إلى كل واحد، غير أننا تركناهم وما يدينون بأمر الشرع، فإذا أسلموا أو أسلم أحدهما وجب التفريق. وأما على ما اختاره القاضي أبو زيد وأتباعه وجعله المصنف وغيره الصحيح من أن له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة إذا طلبت ولا يسقط إحصانه بالدخول فيه، حتى لو أسلم فقذفه إنسان يحد خلافاً لمشايخ العراق القدوري وغيره فإنهم لا يوجبون النفقة والإحصان بناء على أن الخطاب غير نازل في حقهم لإنكارهم مع عدم ولاية الإلزام، فلأن المحرمية تنافي البقاء كما تنافي الابتداء لكونها عدم المحل، وأنت علمت أن هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغي أن يكون هو الوجه المختار، وإنما يصح ذلك في الحريين لعدم شيوع الخطاب في دار الحرب ولأنه لا يبلغهم فلا يثبت حكمه في حقهم فيجب التعليل بمنافاة المحرمية كما ذكرناه. وأما إذا ترافعا فعلى الاعتبارين يفرق بينهما لأنهما رضا بحكم الإسلام فالقاضي كالمحكم. وأما بمرافعة أحدهما فقلنا كذلك يفرق كإسلام أحدهما. وعند أبي حنيفة لا للفرق بين إسلام أحدهما ورفع له لأن بإسلام أحدهما ظهرت حرمة الآخر عليه لتغير اعتقاده واعتقاد المصّر لا يعارض إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى^(١) بخلاف مرافعة أحدهما ورضاه فإنه لا يتغير به

يجب عليها العدة صيانة لحق الواطء ولا يبطل النكاح القائم، وهذا كما ترى يشير إلى أن العدة لا تجب عن الكافر وهو الأصح. وقال بعضهم: تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحاً في الابتداء وحالة الإسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا تستلزم الشروط ولا تنافي العدة على ما قلنا. فإن تزوج المجوسي إحدى محارمه أو خامسة ثم أسلم أحدهما أو ترافعا فرق بينهما، وما دام على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق، لكن عندهما باعتبار أن لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعاً عليه كما في المعتدة، وإذا أسلم وجب التعرض به والتفريق، وكذلك بالمرافعة، وأما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء على ما ذكرنا أن الحرمة إما أن تكون للشرع أو للزوج الخ. وقوله (في الصحيح) احتراز عن قول مشايخ العراق إن له حكم الفساد عنده لأنه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء. وقوله (إلا أن المحرمية) جواب عن هذا التشكيك. ووجهه أن المحرمية (تنافي بقاء النكاح) كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة (فيفرق) بينهما (بخلاف العدة لأنها لا تنافيه) كما مر (ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما) بالاتفاق (و)

تكون المشتركة تحت المسلم (قوله) وهذا كما ترى يشير إلى أن العدة لا تجب عن الكافر الخ) أقول: يعني قوله إن الحرمة لا يمكن إثباتها، إلى قوله: بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم. ثم أقول: أنت خير بأن قوله وكذا العدة الخ يشير إلى وجوبها، فالمصنف جمع بين القولين حيث جعل أول التعليل بتعليل البعض وأتم آخره بتعليل البعض الآخر، كذا في النهاية، وقد سنح لخطري قبل أن أراه والله المنة

(١) ضعيف. ذكر الميرغني صاحب الهداية خبراً دون نسبة لقائل حيث قال: لأن الإسلام يعلو ولا يعلى.

وقد أخرجه الدارقطني في سننه ٢٥٢/٣ والبيهقي ٢٠٥/٦ كلاهما من حديث عائذ بن عمر المزني.

قال الزيلعي في نصب الراية ٢١٣/٣: قال الدارقطني فيه عبد الله بن حشرج وأبوه مجهولان.

وقال: ورواه نهشل في تاريخ واسط من حديث معاذ.

وسكت عليه الزيلعي مع أن فيه عمران بن أبان وهو ضعيف، وأخرجه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية ٢١٣/٣ من حديث عمر وفي إسناده

محمد بن عبد الأعلى وسكت عليه الزيلعي مع أن في الحديث تكلم الضب وشهادته للنبي ﷺ بالنبوة لذا أورده البيهقي في الدلائل من هذا الوجه

وقال: المحل في هذا الحديث على محمد بن علي السلمي.

وأورده الذهبي في الميزان ٢٥١/٣ وقال: صدق والله البيهقي، فإنه خبر باطل.

وأخرجه البخاري في كتاب الجنائز ٢٣ باب ٧٩ بصيغة الجزم معلقاً عن ابن عباس موقوفاً.

ووصله الطحاوي في معاني الآثار ٢٥٧/٣ عن حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس من قوله.

وإسناده قوي رجاله ثقات. ويعلم من هذا، ومن جزم البخاري أنه موقوف أن الرجوع فيه الوقف، والمرفوع ضعيف.

بإسلام أحدهما يفرق بينهما وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده خلافاً لهما. والفرق أن استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه إذ لا يتغير به اعتقاده، أما اعتقاد المصّر لا يعارض إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلو، ولو ترافعا يفرق بالإجماع، لأن مرافعتهم كتحكيمهما (ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة) لأنه مستحق للقتل والإمهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه (وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر) لأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه، ولأنه لا ينتظم بينهما المصالح، والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه (فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه، وكذلك إن أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلماً بإسلامه) لأن في جعله تبعاً

اعتقاد الآخر فبقي الأمر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض. والأوجه تخريج الخلاف في مرافعة أحدهما على الخلاف في أنه حين صدر كان باطلاً عندهما، لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة، فإذا انقاد أحدهما لحكم الإسلام كان كإسلامه وعنده كان صحيحاً، ورفع أحدهما لا يرجحه على الآخر في إبطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة، هذا كله بعد الإسلام أو المرافعة، أما إذا لم يكن أحدهما فلا تفريق إلا في قول أبي يوسف الآخر على ما في المبسوط في الذميين أنه يفرق إذا علم ذلك. لما روي: أن عمر كتب إلى عماله: أن فرّقوا بين المجوس ومحارمهم. أجيب بأنه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز إلى الحسن البصري: ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمر والخنازير، فكتب إليه: إنما بذلوا الجزية لتركوا وما يعتقدون، وإنما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام. ولأن الولاية والقضاء من وقت الفتوحات إلى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الإجماع. وفي الغاية معزياً إلى المحيط: لو طلبت المطلقة ثلاثاً التفريق يفرق بينهما، وكذا في الخلع: يعني إذا اختلعت من زوجها الذمي ثم أمسكها فرفعه إلى الحاكم فإنه يفرق بينهما لأن إمساكها ظلم وما أعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم، وكذا في المطلقة الثلاث لأنهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وإن لم يعتقدوا خصوص عدد. وفي النهاية لو تزوج أختين في عقدة ثم فارق إحداها ثم أسلم أن الباقية نكاحها على الصحة حتى أقرأ عليه اهـ. وينبغي على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق أن يفرق لوقوع العقد فاسداً ووجب التعرض بالإسلام (قوله ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة) أما المسلمة فظاهر لأنها لا تكون تحت كافر، وأما الكافر فلأنه مقتول معنى، وكذا المرتدة لا تزوج أصلاً لأنها محبوسة للتأمل، ومناط المنع مطلقاً عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع إلا لها فكان أحق بالمنع من منع تزوج المرأة عبداً وبالعكس (قوله فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه) يتحقق من الطرفين في الإسلام العارض بأن كانا كافرين

كذلك (بمرافعة أحدهما) وطلب حكم الإسلام عندهما لأن إسلام أحدهما كإسلامهما في جواز التفريق فكذلك رفع أحدهما يكون كرفعهما لأنه يرفعه انقاد لحكم الإسلام كما إذا أسلم. وأما عند أبي حنيفة فلا يفرق برفع أحدهما لأن الآخر قد استحق باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر (إذ لا يتغير به اعتقاده) بل يعارضه بخلاف الإسلام فإن اعتقاد المصّر لا يعارض إسلام المسلم إذ الإسلام يعلو ولا يعلو، وأما إذا ترافعا فلا بد من التفريق بينهما بالإجماع (لأن مرافعتهم كتحكيمهما) ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الإسلام له أن يفرق بينهما فالقاضي أولى بذلك لعموم ولايته. وقوله (لا يجوز أن يتزوج المرتد) واضح.

(قوله وقال بعضهم: تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كاستبراء فيما بين المسلمين الخ) أقول: لكن صرح الشارح وغيره في باب المحرمات بأن استبراء السيد ليس بواجب بل مستحب، وأن لفظة على بمعنى الاستجاب، إلا أن يقال: التشبيه بالاستبراء ليس إلا في عدم منع النكاح دون الوجوب فليتأمل (قوله أو للزوج الخ) أقول: فيه أن هذا غير محتمل هنا (قال المصنف: إذ لا يتغير به) أقول: ذكر ضمير المرافعة على تأويل الرفع (قوله وأجيب بأن هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الخ) أقول: هذا التحكم يستفاد من قوله وكذا إذا أسلم أحدهما بطريق الدلالة كما لا يخفى، ولا يبعد أن يقال: محمول المسئلة ما إذا تزوج الكافر بالمسلمة بالفقر والغلبة كما وقع في الفتن التاريخية، عليهم لعائن الله نرى (قوله إذا كفر ملة واحدة الخ) أقول: فيه بحث، فإن ذلك عندنا، وأما عنده فممل شئ، والتفصيل في باب المرتدين من الكافي وغيره على أن إثبات المدعي لا يتوقف عليه حتى يعلل به، فإنه لا يمكن أن يقال: أحدهما خير من الآخر حتى يترجح به.

له نظراً له (ولو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالولد كتابي) لأن فيه نوع نظر له إذ المجوسية شر، والشافعي

فأسلمت أو أسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق أو بعده في مدة يثبت النسب في مثلها أو كان بينهما ولد صغير قبل إسلام أحدهما فإنه بإسلام أحدهما صار ذلك الولد مسلماً، هذا إذا كانا في دار واحدة، أما لو تباينت دارهما بأن كان الأب في دار الإسلام والولد في دار الحرب أو على العكس فإنه لا يصير مسلماً بإسلام أبيه، وسنذكرها في السير في فصل من باب المستأمن إن شاء الله تعالى. وأما في الإسلام الأصلي فإنه إنما يتحقق بأن تكون الأم كتابية والأب مسلم، فما جاءت به فهو مسلم، وحيث لا حاجة إلى التنصيص على هذه المسئلة بقوله وكذلك إذا أسلم أحدهما النخ، فإنها داخلة في عموم الأولى ومن أفرادها، وهذه إجماعية فقسنا عليها ما إذا كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً، أما أو أباً فحكمنا بأن الولد كتابي بجامع الأنظر للولد في الدنيا بالاقتراب من المسلمين بالأحكام من حل الذبيحة والمناكحة، وفي الأخرى بنقصان العقاب إذ الكتابية أخف شراً من المجوسية فيثبت الولد كذلك ويتبعه في الأحكام (والشافعي يخالفنا فيه) أي فيما إذا كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فيقول فيما إذا كان الأب كتابياً والأم مجوسية إنه مجوسي في أصح قوليه، وبه قال أحمد تغلياً للتحريم. وقوله الآخر إنه كتابي تبعاً لأبيه، وبه قال مالك لأن الانتساب إلى الأب ولو كانت الأم كتابية والأب مجوسي فهو تبع له قولاً واحداً فلا تحل مناكحته ولا ذبيحته فقد جعله مجوسياً مطلقاً. وقوله للتعارض، أي تعارض الإلحاقين: أي الإلحاق بأحدهما يوجب الحرمة وبالأخر يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو بالإلحاق بالمجوسي (ونحن بينا الترجيح) بالقياس بجامعه، وهذه الأحكام إنما تثبت تبعاً، والمقصود الأصلي إثبات ديانته على وجه النظر له على ما بينا. وأيضاً قوله ﷺ «كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه»^(١) الحديث، جعل اتفاقهما ناقلاً له عن الفطرة، فإذا لم يتفقا بقي على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب إلى أصل الفطرة كذا قيل، ولا يخفى ما فيه. وأما ما قيل في ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعي بأن

وقوله (بل لمصالحه) يريد به السكنى والازدواج والتوالد والتناسل. وقوله (فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه) قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر أي كافر كان. وأجيب بأن هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الإسلام على الزوج بعد فجاءت بولد.

وقوله (والشافعي يخالفنا فيه) أي في جعل الولد تبعاً للكتابي (للتعارض) جعله تبعاً للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح، وجعله تبعاً للمجوسي يوجب حرمة ذلك فوق التعارض إذ الكفر ملة واحدة والترجيح للمحرم (ونحن بينا الترجيح) وهو قوله لأن

(١). صحيح. أخرجه البخاري ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٨٥، ٤٧٧٥، ٦٥٩٩، ٦٦٥٨، ومالك ٢٣٩/١ وأبو داود ٤٧١٤، والترمذي ٢٣١٨، والطبراني ٢٤٣٣، وأحمد ٢٥٣/٢، ٤٨١ - ٣٩٣ - ٢٣٣ - ٣١٥، والبغوي في شرح السنة برقم ١٤، وعبد الرزاق ٢٠٠٨٧، والحميدي ١١١٣، والبيهقي الإعتقاد ص ١٠٧ - ١٠٨ وابن حبان ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠، ١٣٣ من طرق كثيرة كلهم من حديث أبي هريرة: ما من مولود إلا يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة جماعة هل يَحْسُون فيها من جدعاء؟ ثم يقول أبو هريرة: فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم هذا لفظ إحدى روايات البخاري، ومسلم وغيرهما.

وفي رواية: كل مولود.

وفي رواية فيه ذكر: حتى يمثل سياق المصنف وأتم.

وورد من حديث الأسود بن سريع بنحو حديث أبي هريرة.

أخرجه عبد الرزاق ٢٠٠٩٠، وابن أبي شيبة ٣٨٦/٢، وأحمد ٣٣٥/٣، ٢٤/٤، والدارمي ٢٢٣/٢، وابن حبان ١٣٢، والبيهقي في سننه ٧٧/٩ - ٧٨ - ١٣٠.

والحاكم ١٢٣/٢، وصححه، ووافقه الذهبي، وذكره الهيثمي في المجمع ٣١٦/٥، وقال: بعض روايات أحمد رجالها رجال الصحيح: اهـ.

وقال ابن حبان عقب حديث: معناه لا تبديل لتلك الخلقة التي خلقهم لها إما لجنة وإما لنار حيث أخرجه من صلب آدم.

فقال: هؤلاء للجنة، وهؤلاء للنار ألا ترى أن غلام الخضر قال ﷺ «طبعه الله يوم طبعه كافراً» وهو بين أبوين مؤمنين فأعلم الله ذلك عبده الخضر، ولم يُعلم ذلك كليبه موسى ﷺ اهـ.

والحديث الذي استدل به ابن حبان أخرجه مسلم ٢٣٨٠ ح ١٧٢، ٢٦٦١، وأبو داود ٤٧٠٥، ٤٧٠٦، والترمذي ٣١٥٠، كلهم من حديث أبي بن كعب.

وقال ابن حجر في الفتح ٢٤٨/٣: أشهر الأقوال على أن المراد بالفطرة: الإسلام.

يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح (وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض عليه الإسلام فإن أسلم فهي امرأته، وإن أبي فَرَّق القاضي بينهما، وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد، وإن أسلم الزوج وتحت مجوسية عرض عليها الإسلام، فإن أسلمت فهي امرأته، وإن أبت فَرَّق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقاً) وقال أبو يوسف؛ لا تكون الفرقة طلاقاً في الوجهين، أما العرض فمذهبنا، وقال الشافعي: لا يعرض الإسلام لأن فيه تعرضاً لهم وقد ضمننا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم، إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الإسلام، وبعده متأكد فيتأجل إلى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق.

ترجيحه يرفع التعارض وترجيحنا يدفعه فلا حاصل له إذا تأملت. واعلم أن التعارض هنا تجوز، فإن ثبوته بثبوت المتعارضين مستلزمين لحكمهما وليس هنا إلا ثبوت حكم على تقدير اعتبار، وضده على تقدير آخر، فلما اشترك مع المعارضة في ترجيح أحدهما بالقول به سمي تعارضاً، وإلا فالتعارض تقابل الحجتين على السواء وليس هنا حجة فضلاً عن ثنتين (قوله وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) سواء كان كتابياً أو غيره، إذ لا يصح تزوج الكافر مطلقاً مسلمة، ولو وقع عوقب وعوقبت أيضاً إن كانت عالمة بحاله والساعي بينهما أيضاً امرأة أو رجلاً، ولا يصير به ناقضاً لعهد إن كان ذمياً فلا يقتل خلافاً لمالك، قاسه على ما إذا جعل نفسه طليعة للمشركين بجامع أنه باشر ما ضمن بعقد الذمة أن لا يفعله. قلنا: كالإزام المسلم بالإسلام أن لا يفعل محظوره، وبفعله لا يصير شرعاً ناقضاً لإيمانه فبفعل الذمي ما التزم بعقد الذمة أن لا يفعله لا يصير ناقضاً لأمانه، وقتل الطليعة لأنه محارب معنى، ولو أسلم بعد النكاح لا يقرآن عليه ولا يلحقه إجازة لأنه وقع باطلاً. وقال في إسلام الرجل وتحت مجوسية لأن كفر المرأة مطلقاً لا يمنع تزوج المسلم بل غير الكتابية فلهذا فرضها في المجوسية. وحاصل المسئلة أنه إذا أسلم أحد الزوجين اللذين هما مجوسيان أو الزوجة منهما مجوسية والزوج كتابياً أو الزوجة من الكتابيين أو الزوجة الكتابية والزوج مجوسي عرض على المصّر الإسلام إذا كان بالغاً أو صبيّاً يعقل الأديان لأن ردة معتبرة فكذا إباؤه والنكاح قائم، فإن أبي فَرَّق بينهما، وإن كان الصبي مجنوناً عرض على أبويه، وينبغي أن يكون معنى هذا أن أي الأبوين أسلم بقي النكاح لأنه يتبع المسلم منهما وإن لم يكن مجنوناً لكنه لا يعقل الأديان بعد انتظار عقله لأن له غاية معلومة، بخلاف الجنون، هذا على قولهما. أما على قول أبي يوسف فاختلف المشايخ في إباء الصبي، قيل لا يعتبر كما لا يعتبر ردة عنده، وقيل يعتبر، وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردة وحكم الصبية كالصبي وما لم يفرق القاضي هي امرأته حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وإن لم يدخل بها لأن النكاح كان قائماً ويتقرر بالموت. وقال الشافعي: لا يعرض على المصّر لأنه تعرض منهى عنه، بل إن كان الإسلام قبل الدخول انقطع النكاح في الحال لعدم تأكده وإن كان بعده تأجل إلى انقضاء ثلاثة أطهار. وقول المصنف ثلاث حيض لا يتأني على مذهبه في العدة، فإن لم يسلم تزوجت قلنا: اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة وإضافة انقطاع النكاح إلى الإسلام لا نظير له في الشرع ولا أصل يلحق به قياساً بجامع صحيح ولا سمعي يفيد، بل الثابت شرعاً اعتبار العدة بعد الفرقة. ولنا أنه لا بد من سبب تضاف الفرقة إليه والإسلام عاصم. قال ﷺ «إذا قالوها

فيه نوع نظر. فإن قلت: على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب إلى نوع ترجيح فمن أين تقوم الحجة؟ قلنا ترجيحنا يدفع التعارض وترجيحه يرفعه بعد وقوعه والدفع أولى من الرفع لأن كم من واقع لا يرفع. قال (وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) أطلق الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح المسلمة مع كافر أي كافر كان، وقيد الزوجة بالمجوسية لأنها إن كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح. وقوله (كما في الطلاق) يريد أن نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع إلا بعد انقضاء العدة. وقوله (إلى انقضاء ثلاث حيض) ليس بصواب لأن العدة عنده بالأطهار، وقيل معناه: وكان الشافعي يقول ينبغي أن

(قوله ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة الخ) أقول: فيه بحث، فإنه يقول: إذا حاضت بعد إسلام من أسلم منها ثلاث حيض انقضت عدتها فيحل لها الزوج بمن شئت، صرح به الزيلعي في شرح الكتر، فلا يصح أن يقال المدة لم تعتبر للعدة (قوله ولنا أن المقاصد

ولنا أن المقاصد قد فانت فلا بدّ من سبب يمتني عليه الفرقة، والإسلام طاعة لا يصلح سبباً فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد بالإسلام أو تثبت الفرقة بالإباء. وجه قول أبي يوسف أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون

فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم^(١) واختلاف الدين منتقض بتزوّج المسلم كتابية، ولأنه يرجع إلى إسلام المسلم لأنه الذي به حصل الاختلاف، وكفر المصّر لا يمنع وإلا لم يصح النكاح من الأصل فلم يبق إلا إباء الإسلام لأنه يصلح قاطعاً فأضفنا انقطاع النكاح إليه فكان هو المناسب. وفي الموطأ عن ابن شهاب الزهري أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الإسلام فلم يفرّق رسول الله ﷺ بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح^(٢) والتعرض الممتنع الجبر، أما نفس الكلام معه تخيراً لا يمتنع ولأنه استعمال حكم شرعي هل نزل بالمرأة أو لا، ثم تأيد بما ذكره الطحاوي وابن العربي في المعارضة أن عمر فرق بين نصراني وبين نصرانية بإبائه عن الإسلام^(٣). وذكر أصحابنا أن رجلاً من تغلب أسلمت امرأته وهي نصرانية فرفعت إلى عمر بن الخطاب فقال له أسلم وإلا فرقت بينكما فأبى، وفرق بينهما، وظهر حكمه بينهما، ولم ينقل خلاف أحد له (قوله وكان ذلك) يعني تفريق القاضي عند إباء الزوج (طلاقاً) بئناً. والحاصل أن أبا يوسف لا يفرق بين التفريق في الصورتين فيجعله فسخاً لا ينقص شيئاً من عدد الطلاق، وأبو حنيفة ومحمد يجعلان الفرقة بإباء الزوج طلاقاً وإبباء المرأة فسخاً. لأبي يوسف أن الفرقة بسبب يشتركان فيه. يعني الإباء فإنه ممن أسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن

يتأجل عندكم إلى انقضاء ثلاث حيض، ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتفريق وما لم يعتبر لها يعتبر فيه الحيض كما في الاستبراء (ولنا أن المقاصد) بالنكاح (قد فانت) وتقريره بإسلام المرأة أو زوج المجوسية فانت المقاصد بالنكاح وفواتها، وهو حادث لا بد له من سبب، فإما أن يكون هو الإسلام أو كفر من بقي عليه لا سبيل إلى الأول لأنه طاعة لا يصلح سبباً لفوات النعم ولا إلى الثاني لأن كفر من بقي على كفره قد كان موجوداً قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فواتها بقاء فلا بد من أمر آخر غيرهما (فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد به) إن أسلم أو يثبت ما يصلح لذلك وهو الإباء، فإن الإباء عنه صالح لسلب النعم، وإذا

بالنكاح قد فانت وتقريره بإسلام المرأة أو زوج المجوسية فانت المقاصد بالنكاح (الخ) أقول: أنت خير بأن فوات المقاصد حصل قبل العرض فكيف يكون الإباء سبباً له، ثم ليت شعري ما الحاجة إلى توسط فوات المقاصد، فإنه لو ردد في سبب الفرقة ابتداء لاستقام الكلام، والظاهر أن مراد المصنف بالفوات المذكور هو الفرقة، والألف واللام في الفرقة للمعهد فليتأمل، فإن ذلك بعيد غاية البعد، ألا يرى إلى قول المصنف لتحصل المقاصد بالإسلام (قوله فلا بد من أمر آخر غيرهما) أقول: يجوز أن يقال: السبب هو اختلاف الدين المستلزم لدل المسلم في الكتابي، وفي غيره هو الاختلاف في ذلك الدين فليتأمل (قوله وإذا أضيف الفوات إليه أضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٩٩ و١٤٥٦ ومسلم ٢١ ح ٣٣ والنسائي ٧٨/٧ وعبد الرزاق ١٨٧١٨ وأحمد ٥٢٨/٢ كلهم من حديث أبي هريرة: أمرت أن أقاتل الناس، حتى يقولوا لا إله إلا الله، فمن قال: لا إله إلا الله، عصم مني ماله ونفسه إلا يحقه وحسابه على الله. وفيه قصة حوار أبي بكر، وعمر في قتال المرتدين.

وأخرجه البخاري ٧٢٨٤ و٧٢٨٥ في كتاب الاعتصام ومسلم ٢٠ في الإيمان وأبو داود ١٥٥٦ في الزكاة والترمذي ٢٦٠٧ في الإيمان والنسائي ١٤/٥ في الزكاة ٧٧/٧ في تحريم الدم والبيهقي ٤/٧ و١٠٤/٤ و١٧٦/٨ وكذا ابن حبان ٢١٧ و٢١٦ كلهم من حديث أبي هريرة في خبر أبي بكر، وعمر، والحوار في قتال المرتدين وآخره قال أبو بكر: والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال والله لو منعوني عقلاً كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لغنائتهم على نعمه.

قال عمر: فوالله ما هو إلا أن رأيت شرح الله صدر أبي بكر للقتال عرفت أنه الحق. وورد هذا الحديث من حديث ابن عمر أخرجه البخاري ٢٥ ومسلم ٢٢ وابن حبان ١٧٥ والدارقطني ١/١٣٢ والبيهقي ٩٢/٣ كلهم من حديث ابن عمر.

(٢) مرسل صحيح. أخرجه مالك في الموطأ ٥٤٣/٢ و٥٤٤ مطولاً والبيهقي.

١٨٦/٧ وكذا ابن هشام في السيرة ٢٧/٤ عن ابن إسحاق كلاهما عن الزهري بلاغاً وآخراً: واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح قال ابن عبد البر: لا أعلمه يتصل من وجه صحيح، وهو حديث مشهور معلوم عند أهل السير، وابن شهاب إمام أهلها وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده إن شاء الله اه كلامه.

(٣) موقوف. أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٢٥٩/٣ عن عمر.

طلاقاً كالفرقة بسبب الملك. ولهما أن بالإبراء امتنع الزوج عن الإمساك بالمعروف مع قدرته عليه بالإسلام فينبوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة، أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينبوب القاضي منابها عند إبائها (ثم إذا فرق بينهما بإبائها فلها المهر إن كان دخل بها) لتأكد بالدخول (وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها) لأن الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فأشبه الردة والمطوعة (وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي وتحتة مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها) وهذا لأن الإسلام ليس سبباً للفرقة، والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية، ولا بد من الفرقة دفعاً للفساد فأقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البثر، ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها، والشافعي يفصل كما مر له في دار الإسلام، وإذا وقعت

الإسلام أو هو على معنى أنه يمكن تحقيقه من كل منهما، فإذا وجد منه لا يكون طلاقاً فإنه يوجد منها ولا يكون طلاقاً، والفرض وحدة السبب فصار كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والمحرمية بالرضاع فإنهما يشتركان فيه بمعنى أنه يتحقق سبباً من كل منهما فكان فسخاً. ولهما أنه فات الإمساك بالمعروف فوجب التسريح بإحسان، فإن طلق وإلا ناب القاضي منابه في ذلك فيكون طلاقاً إذا كان نائباً عمن إليه الطلاق، لأنه إنما ينبوب عنه فيما إليه التفريق به والذي إليه الطلاق. وأما المرأة فالذي إليها عند قدرتها على الفرقة شرعاً الفسخ، فإذا أبت ناب القاضي منابها فيما إليها التفريق به فلا تكون الفرقة إلا فسخاً فالقاضي نائب منابها فيهما، بخلاف ما قاس عليه من الملك والمحرمية فإن الفرقة فيهما لا بهذا المعنى بل للتنافي. وأما خيار البلوغ فإن ملك الفرقة فيه لتطرق الخلل إلى المقاصد بسبب قصور شفقة العاقد لقصور قرابته. وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لا يكون للنكاح انعقاد من الأصل، فالوجه في الفرقة الكائنة عنه كونها فسخاً، وبخلاف رده أيضاً على قول أبي حنيفة لأن الفرقة فيها للتنافي: أي هي تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء، ولذا لا يحتاج في ذلك كله إلى حكم الحاكم، وإنما احتيج إليه في خيار البلوغ لأنه لدفع ضرر خفي، والضرر في هذه جلي ولا يحتاج إليه في الإبراء، فعلم أن الإبراء غير مناف للنكاح.

[فرع] يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الآبي بعد التفريق عليهما ما دامت في العدة، أما في الإبراء فلأن الفرقة بالطلاق، وأما في الردة فلأن الحرمة بالردة غير متأبدة فإنها ترتفع بالإسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتباً فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغبية بوطء زوج آخر، بخلاف حرمة المحرمية فإنها متأبدة لا غاية لها فلا يفيد لحقوق الطلاق فائدة (قوله وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي وتحتة مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض) إن كانت ممن تحيض وإلا فثلاثة أشهر، فإن أسلم الآخر قبل انقضاء هذه المدة فهما على

أضيف الفوات إليه أضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة إلى الإبراء، وفي كلام المصنف نوع إغلاق لأنه يلزم عليه أن يقال فوات المقاصد يصلح سبباً يبنني عليه الفرقة فلا حاجة إلى العرض، لكن إذا تأملت فيما ذكرته حق التأمل أزال عنك الشبهة. ولما فرغ من البحث مع الشافعي شرع فيه مع أبي يوسف في أن الفرقة في الوجهين لا تكون طلاقاً، ووجه قوله ما ذكره (أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان) على معنى أنه يتحقق منهما وهو الإبراء، وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا تكون طلاقاً كالفرقة الواقعة بسبب ملك أحد الزوجين الآخر والواقعة بالمحرمية. ولهما أن الزوج امتنع بالإبراء عن الإمساك بالمعروف لما مر من فوات المقاصد، ومن امتنع عن الإمساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التسريح بإحسان كما في الجب والعنة. وقوله (مع قدرته عليه بالإسلام) زيادة تأكيد، وأرى أن تركه كان أفضل لأنه لو كان شرطاً بطل قياسه على الجب والعنة. وقوله (أما المرأة فليست بأهل للطلاق) واضح. وقوله (فأشبه الردة والمطوعة) بفتح الواو: يعني أنها إذا ارتدت والعياذ بالله أو مكنت ابن زوجها، فإن كان ذلك

مضافة إلى الإبراء أقول: الفوات مقدم على الإبراء، فكيف يكون المتأخر سبباً للمقدم (قوله ووجه قوله ما ذكره أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان الخ) أقول: الأولى أن يقرر هكذا: هذه الفرقة فرقة بسبب يشترك فيه الزوجان. قال ابن الهمام: على معنى أنه يتحقق منهما وهو الإبراء، أو يكون المراد أن الإبراء يشتركان فيه فإنه ممن أسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الإسلام اهـ. إلا أن قوله كالفرقة بسبب الملك يعين المعنى الأول، ويجوز أن يقال: الملك نسبة يشترك فيه المنتسبان (قوله وقوله مع قدرته عليه بالإسلام زيادة تأكيد، وأرى أن تركه كان

الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وسيأتيك إن شاء الله تعالى (وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقى أولى. قال (وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلماً وقعت البينة بينهما) وقال الشافعي لا تقع (ولو سبي أحد الزوجين وقعت البينة

نكاحهما، وإن لم يسلم حتى انقضت وقعت الفرقة، ثم قال المصنف (وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية) بأن كان الذي أسلم هو الزوج (فلا عدة عليها، وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافاً لهما) قال (وسيأتيك) يعني في مسئلة المهاجر. فالحاصل أنه لا عدة بعد البينة عند أبي حنيفة في صورتين، وعندهما إذا كانت هي المسلمة فعليها العدة وهكذا ذكر شمس الأئمة، وكأنه أخذه من قول محمد في السير فيما إذا أسلمت المرأة في دار الحرب بعد أن ذكر الفرقة بشرطها وعليها ثلاث حيض أخرى بعد الثلاث الأول وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها ما دامت في العدة في الثلاث الحيض الأواخر، ثم قال محمد: وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن لا يكون عليها عدة. وأما الطحاوي فقد أطلق وجوب العدة عليها حيث قال: ومن أسلمت امرأته في دار الحرب إلى أن قال: فإذا حاضتها بانث وجبت عليها العدة بعد ذلك، ثم علل الحكم المذكور فقال: وهذا: أي توقف البينة على انقضاء المدة المذكورة لأنه لا بد من سبب تضاف إليه الفرقة والإسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لأنه يرجع إلى إسلام المسلم، ولأنه منقوض كما ذكرنا، وكذا كفر المصر فليس إلا الإباء وهو متعذر في دار الحرب فأضيف إلى شرط البينة، وذلك لأن سبب الفرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة، وللإضافة إلى الشرط عند تعذرهما إلى العلة نظير في الشرع وهو حافر البئر في الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه إلى الحفر، وهو شرط لأن العلة ثقل الواقع. وقوله والعرض على الإسلام الوجه فيه، وعرض الإسلام عليه فهو من باب القلب^(١)، ونظيره في اللغة: عرضت الناقة على الحوض، وخرق الثوب المسمار بنصب المسمار (قوله وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) ظاهر (قوله وإذا خرج أحد الزوجين إلينا

بعد الدخول كان لها المهر لتأكد بالدخول، وإن كان قبله فلا مهر لها. وقوله (وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب) ظاهر. وقوله (والعرض على الإسلام متعذر) من باب: عرضت الناقة على الحوض من القلب الذي لا يشجع عليه إلا أفراد البلغاء. وقوله (فأقمنا شرطها) أي شرط الفرقة (وهو مضي الحيض) الثلاث إن كانت ممن تحيض أو ثلاثة أشهر إن لم تحض (مقام سبب الفرقة) قال في النهاية: وهو تفريق القاضي عند إباء الزوج الإسلام، وكأنه أراد أنه سبب بطريق النباية وإلا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الإباء وقوله (كما في حفر البئر) يعني في قيام الشرط مقام السبب، وذلك لأن الأصل إضافة التلف إلى فعل الواقع في البئر التي حفرت على قارة الطريق لأنه هو العلة، لكنه تعذر ذلك لكونه طبعياً لا تعدي فيه، ثم إضافته إلى السبب وهو المشي وقد تعذرت كذلك لأن المشي في الطريق مباح لا محالة فأضيف إلى الشرط وهو حفر البئر لأنه لم تعارضه العلة والسبب، وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجوداً وفيه تعد لأنه في غير ملك الحافر وموضعه أصول الفقه ثم المرأة إذا كانت مسلمة فهي كالمهاجرة على ما سيأتي حكم المهاجرة، وإذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق (ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها) عندنا (والشافعي يفصل كما مر له في دار الإسلام) من قوله فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وإن كان بعده بعد انقضاء العدة. ولنا أن هذه الحيض لأجل الفرقة لا للعدة فتستوي فيها المدخول بها وغيرها، وهذا لأن الزوج في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق فجاز أن يعتبر السبب في الحال إذا كان قبل الدخول فلا يحتاج إلى مضي الحيض، وأما هنا فالفرض أنه لم يباشره فاحتاج إلى مضيتها للفرقة فيستويان فيها (وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة لها) بالإجماع لأن حكم الشرع لا يثبت في حقها. وقوله (وإن كانت هي المسلمة) ظاهر. وقوله (فلأن يبقى أولى) لأن البقاء أسهل من الابتداء فكم من شيء يتحمل في

أفضل لأنه لو كان شرطاً بطل قياسه على الجب والمنة) أقول: إنما ذكر ذلك لإظهار أن تفريق القاضي هنا بالطريق الأولى حيث ينحل بمقدوره بالإسك بمعروف، بخلاف العتین والمحبوب فليتأمل (قوله قال في النهاية: وهو تفريق القاضي عند إباء الزوج الإسلام، وكأنه أراد أنه سبب بطريق النباية، وإلا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الإباء) أقول: الإباء سبب لحكم القاضي بالفرقة كالشهادة العادلة في القضاء بالحقوق، فالفرقة حقيقة بتفريق القاضي (قوله ولنا أن هذه الحيض، إلى قوله: فيستويان فيها) أقول: فيه تأمل.

(١) فالأصل: عُرِضَ هو على الإسلام ومثله في مثال الثوب والمسمار الأصل أن المسمار هو الذي خرق الثوب.

بينهما، وإن سببا معاً لم تقع) وقال الشافعي: وقعت، فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبي خندنا وهو يقول بعكسه: له أن التباين أثره في انقطاع الولاية، وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن، أما السبي

مسلماً وقعت البينة) حكم المسئلة لا يتوقف على خروجه مسلماً بل وذمياً كما سنذكر (قوله فالحاصل أن السبب الخ) اختلف في أن تباين الدارين حقيقة وحكماً بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما؟ فقلنا نعم. وقال الشافعي: لا، وفي أن السبي هل يوجب الفرقة أم لا؟ فقلنا لا، وقال نعم. وقوله قول مالك وأحمد فيتفرع عليه أربع صور وفاقيتان، وهما لو خرج الزوجان إلينا معاً ذميين أو مسلمين أو مستأمنين ثم أسلما أو صارا ذميين لا تقع الفرقة اتفاقاً، ولو سبي أحدهما تقع الفرقة عنده للسبي وعندنا للتباين. وخلافيتان إحداهما ما إذا خرج أحدهما إلينا مسلماً أو ذمياً أو مستأناً ثم أسلم أو صار ذمياً عندنا تقع، فإن كان الرجل حل له التزوج بأربع في الحال وبأخت امرأته التي في دار الحرب إذا كانت في دار الإسلام، وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب إلا في المرأة تخرج مراغمة لزوجها أي بقصد الاستيلاء على حقه فتبين عنده بالمراغمة والأخرى ما إذا سبي الزوجان معاً، فعنده تقع الفرقة للسببي أن يطأها بعد الاستبراء، وعندنا لا تقع لعدم تباين داريهما. وفي المحيط: مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجل بها إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين، ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبين لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين، إذ لا تمكن من العود والزواج من أهل دار الإسلام فلا تباين يريد في الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل قهراً حتى ملكها لتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكماً، أما حقيقة فظاهر وأما حكماً فلأنها في دار الحرب حكماً وزوجها في دار الإسلام حكماً. وجه قوله أن تباين الدارين (أثره في انقطاع الولاية) أي ولاية من في دار الحرب عليه إن كان خارجاً إلينا وولاية من في دارنا عليه إن كان لاحقاً بدار الحرب بحيث يتعذر الإلزام عليه (وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسببي) والصفاء هنا بالمد: أي الخلو (ولا يتحقق) صفاؤه له (إلا بانقطاع النكاح لهذا) أي لثبوت الصفاء بالسبي (يسقط، ما على السبي من دين) إن كان لكافر عليه لعدم احترامه، فكذا يسقط حق الزوج الحربي، وهذا لأن الصفاء موجب لملك ما يحتمل التملك وملك النكاح كذلك فخلص له عند عدم احترام الحق المتعلق به وصار سقوط ملك الزوج عنها كسقوطه عن جميع أملاكه فإنها تذهب. ويؤيده من المنقول أن أبا سفيان أسلم في معسكر رسول الله ﷺ بمصر الظهران حين أتى به العباس وزوجته هند بمكة وهي دار حرب إذ ذاك ولم يأمرهما رسول الله ﷺ بتجديد نكاحهما^(١). ولما فتحت مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما وأخذت الأمان لزوجها وذهبت فجاءت به ولم يجدد

النكاح حالة البقاء وإن لم يتحمل في الابتداء، ألا ترى أن المنكوحة إذا وطئت بشبهة تعدت له وتبقى منكوحة، ولا يجوز نكاح المعتدة من وطء بشبهة ابتداء. قال (وإذا خرج أحد الزوجين إلينا) صورة المسئلة ظاهرة، والحاصل كذلك. وتقرير دليله أن التباين أثره في انقطاع الولاية، وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة، كالحربي إذا دخل دارنا بأمان فإن ولايته قد سقطت إذ المراد بانقطاع ولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله، وكالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فإن ولايته انقطعت ولم تؤثر في الفرقة، وهذا لإبطال دليل الخصم، وقوله (أما السبي فيقتضي الصفاء للسببي ولا يتحقق) الصفاء له (إلا بانقطاع النكاح ولهذا) أي ولأن السبي يقتضي الصفاء (يسقط الدين عن ذمة المسي) لإثبات المذهب (ولنا أن المصالح لا تنظم مع التباين حقيقة وحكماً) وتقريره تباين

(قوله فإن ولايته قد سقطت، إذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله) أقول: لو انقطعت الولاية لما جرى بينهما التوارث (قوله وهذا الإبطال دليل الخصم) أقول: فيه تأمل، فإن ذلك أيضاً لإثبات مذهبه أن التباين ليس سبباً للفرقة، ولا تعلق له بدليل الخصم. والجواب أن كون التباين سبب الفرقة من مقدمات دليل المسئلة المذكورة في المتن فإنه كبراه فإبطاله إبطال الدليل (قال المصنف: وأما السبي فيقتضي الصفاء) أقول: هذا الكلام من الشافعي يخالف لما ذكره في تعليل عدم جواز إجبار العبد على النكاح على ما فصل في النهاية وشرح الكنز وغيرهما (قوله وقوله وأما السبي الخ) أقول: هو مبتدأ، وخبره بعد سطرين وهو قوله لإثبات المذهب

(١) خبر إسلام أبي سفيان ذكره ابن هشام في السيرة ١٣/٤ - ١٤ ١٥ في باب إسلام أبي سفيان ذكره مطولاً.

فيقتضي الصفاء للساي ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح، ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسي. ولنا أن مع التباين حقيقة

نكاحهما^(١) وتباين الدارين بين أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله ﷺ ورَضِيَ عنها أظهر وأشهر فإنها هاجرت إلى المدينة وتركته بمكة على شركه، ثم جاء وأسلم بعد سنين، قيل ثلاث سنين، وقيل ست، وقيل ثمان فردها عليه بالنكاح الأول^(٢) فهذه كلها نقوض لما عللنا به. واستدل الشافعي أيضاً على إثبات علته بأن قوله تعالى

(١) المشهور في هذا الخبر اقتران عكرمة وصفوان معاً كذا ذكره ابن هشام في سيرته ٢٧/٤ باب إسلام عكرمة وصفوان.

وفي آخره: فلما أسلم عكرمة، وصفوان أقرهما رسول الله ﷺ عندهما على النكاح الأول.

أما مالك فقد أخرج خبر صفوان وحده كما تقدم، وأما خبر عكرمة فهو عنده في الموطأ ٥٤٥/٢ عن الزهري أن أم حكيم بنت الحارث، وكانت تحت عكرمة.. وآخره: فثبتا على نكاحهما.

وانظر سنن البيهقي ١٨٦/٧ - ١٨٧.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٢٤٠/٧ والترمذي ١١٤٣ وابن ماجه: ٢٠٩ والطحاوي ١٤٩/٢ والحاكم ٢٠٠/٢ - ٢٣٧/٣ - ٦٣٨ - ٦٣٩ وابن سعد في

الطبقات ٢١/٨ والبيهقي ١٨٧/٧ من عدة طرق عن ابن إسحاق عن داود بن حصين عن عكرمة عن ابن عباس.

وفي رواية الترمذي: بعد ست سنين ولم يحدث نكاحاً.

وفي أبي داود: رواية بعد ست سنين ورواية: بعد سنتين.

وفي ابن ماجه بعد سنتين. وفي المستدرک: بعد ست سنين ورواية لم يذكر المدة.

قال الترمذي: هذا حديث ليس بإسناده بأس، ولكن لا نعرف وجه هذا الحديث، ولعله قد جاء من قبل حفظ داود بن حصين.

قلت: سكت الحاكم عقب الرواية الأولى، ووقع عند الذهبي في التلخيص: صحيح. وأظنه تحريف لأن الذهبي لا يصحح لداود بن حصين هذا وسكتا عن الرواية الثانية.

وأما الثالثة فقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

وتعقبه الذهبي فقال: لا.

قلت: لأن داود بن حصين قال عنه ابن حجر في التريب: ثقة إلا في عكرمة.

وقال في الميزان: قال علي المدني: ما رواه عن عكرمة فمكرر. وقال أبو داود: أحاديثه عن عكرمة منكر وعن غيره مستقيمة اهـ.

وهذا الحديث من هذا القبيل حيث رواه عن عكرمة فهو منكر ضعيف ومع ذلك فقد نقل البيهقي عن الدارقطني قوله: حديث عمرو بن شعيب أي ردها بنكاح جديد - لا يثبت ويلغني عن البخاري وقد سأله الترمذي فقال: حديث ابن عباس في هذا الباب أصح من حديث عمرو بن شعيب.

وحكى أبو عبيد عن يحيى القطان أن حجاجاً لم يسمعه من عمرو بن شعيب إنما سمعه من محمد بن عبد الله العزمي عن عمرو فهذا وجه لا يُعاب به أحد يدري ما الحديث اهـ.

قلت: حديث عمرو بن شعيب سيأتي بعد قليل.

ولنعد إلى حديث ابن عباس وقد صححه الألباني وهما من في إرواء الغليل ١٩٢١ استند على روايات مرسله واهوية في تفرقة وهذا لا شيء.

ثم إنه نقل عن الذهبي أنه وافقه الحاكم وليس كذلك بل هناك خطأ انتقل تصحيح الحاكم إلى التلخيص كما بينت ذلك والله أعلم.

وقال ابن الترمكاني في الجوهر النقي ما ملخصه في ١٨٨/٧: قال ابن حزم: أسلمت زينب أول بعثة النبي ﷺ بلا خلاف، ثم هاجرت، وبين إسلامها، وإسلام زوجها أزيد من ثمان عشرة سنة، وولدت في خلال ذلك ابنها علياً، فأين العدة.

قال ابن الترمكاني: وقال صاحب التمهيد أي ابن عبد البر حديث ابن عباس إن صح فهو متروك منسوخ عند الجميع لأنهم لا يجيزون رجوعه إليها بعد العدة، وإسلام زينب كان قبل أن ينزل كثير من الفرائض وقال آخرون: قصة أبي العاص هو أنه رد النبي ﷺ عليه زينب، وكان كافراً فمن هنا قال الزهري: كان ذلك قبل أن تنزل الفرائض وقال آخرون: قصة أبي العاص منسوخة بقوله تعالى ﴿فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن إلى الكفار﴾ ويدل على أنها منسوخة إجماع العلماء على أن أبا العاص كان كافراً وأن المسلمة لا يحل أن تكون زوجة لكافر وكيفما كان فحديث ابن عباس متروك لا يعمل به عند الجميع.

وقال ابن عبد البر في الاستذكار: ردها بنكاح جديد وكذا قال الشعبي مع علمه بالمغازي، ولا خلاف بين العلماء أن الكافرة تسلم فيأبى زوجها الإسلام، ثم تقتضي عدتها أنه لا سبيل له عليها إلا بنكاح جديد، فإن صح حديث ابن عباس فهو محمول أنه أراد به على مثل الصداق الأول، وحديث عمرو عندنا صحيح.

وفي صحيح البخاري عن ابن عباس قال: إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها بساعة حرمت عليه فكيف يخالف ابن عباس ما رواه عن النبي ﷺ في زينب اهـ باختصار وتصرف في بعض العبارات. وسيأتي مزيد من الأجوبة للكمال بعد قليل.

الخلاصة: حديث ابن عباس لم يروه ثقة متقن إنما رواه داود وهو منكر الحديث عن عكرمة وظاهر القرآن يعارضه فهو منسوخ متروك كما قال ابن عبد البر هذا إن صحح أما إن لم يصح فمن باب أولى والله تعالى أعلم.

وَحُكْمًا لَا تَنْتَظِمُ الْمَصَالِحَ فَشَابَهُ الْمَحْرَمَةُ، وَالسَّبِي يَوْجِبُ مَلِكَ الرِّقَّةِ وَهُوَ لَا يَنْفِي النِّكَاحَ ابْتِدَاءً فَكَذَلِكَ بَقَاءُ وَصَارَ كَالشِّرَاءِ ثُمَّ هُوَ يَقْتَضِي الصَّفَاءَ فِي مَحَلِّ عَمَلِهِ وَهُوَ الْمَالُ لَا فِي مَحَلِّ النِّكَاحِ. وَفِي الْمُسْتَأْمَنِ لَمْ تَتَبَايَنِ الدَّارُ حُكْمًا

﴿وَالْمَحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] نَزَلَتْ فِي سَبَايَا أَوَطَاسٍ وَكَانَ سَبِيْنٌ مَعَ أَزْوَاجِهِنَّ، وَقَدْ عَلِمَ أَنَّ مَنَادِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نَادَى «أَلَا لَا تَنْكَحِ الْجَبَالِيَّ حَتَّى يَضَعْنَ، وَلَا الْحِيَالِيَّ حَتَّى يَحْضُنَ»^(١) فَقَدْ اسْتَشْنَى الْمَسِيْبَاتِ مَعَ أَزْوَاجِهِنَّ مِنَ الْمَحْرَمَاتِ، فَظَهَرَ أَنَّ السَّبِيَّ يَوْجِبُ الْفَرْقَةَ. وَقَوْلُهُ كَالْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ ظَاهِرُهُ أَنَّهُ أَصْلُ قِيَاسٍ وَفَرْعُهُ الْخَارِجُ إِلَيْنَا مُسْلِمًا مِنْ دَارِ الْحَرْبِ أَوْ ذِمِّيًّا، وَالْحُكْمُ عَدَمُ الْفَرْقَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ زَوْجَتِهِ بِجَمَاعٍ عَدَمُ سَبِيْهِمَا فَهُوَ مِنْ قَبِيلِ تَعْلِيلِ الْحُكْمِ الْعَدْمِيِّ بِالْمَعْنَى الْعَدْمِيَّةِ، وَعَلَى هَذَا فَالسُّوقُ لِإثْبَاتِ الْفَرْعِ، لَكِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمُرَادَ نَفْيَ تَأْثِيرِ التَّبَايُنِ فَحَقُّ اللَّفْظِ هَكَذَا لَا يُوْثِّرُ فِي الْفَرْقَةِ لِتَخَلُّفِهِ فِي الْمُسْتَأْمَنِ الْخ (قَوْلُهُ وَلَنَا أَنَّ مَعَ التَّبَايُنِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا لَا تَنْتَظِمُ الْمَصَالِحَ) الَّتِي شَرَعَ النِّكَاحَ لَهَا لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْخَارِجَ إِلَيْنَا مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا لَا يَعُودُ، وَالْكَائِنُ هُنَا لَا يَخْرُجُ إِلَيْنَا فَكَانَ التَّبَايُنُ مَنَافِيًّا لَهُ، فَكَانَ اعْتِرَاضُهُ قَاطِعًا، كَاعْتِرَاضِ الْمَحْرَمَةِ بِالرِّضَاعِ، وَتَقْيِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ بِشَهْوَةٍ مَثَلًا لَمَّا نَافَتْهُ كَانَ اعْتِرَاضُهَا قَاطِعًا. ثُمَّ شَرَعَ يَفْسِدُ تَعْيِينَ السَّبِيِّ عِلَّةً فَقَالَ (وَالسَّبِيَّ يَوْجِبُ مَلِكَ الرِّقَّةِ) يَعْنِي يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ مُوجِبًا غَيْرَ ذَلِكَ، وَإِذْنٌ فَمَا اقْتَضَاهُ مَلِكُ الرِّقَّةِ لَزِمَ السَّبِيَّ تَبْعًا لِمَلِكِهَا، وَمَا لَا فَلَآ، وَمَلِكُ الرِّقَّةِ لَا يَقْتَضِي مَلِكَ النِّكَاحِ إِلَّا إِذَا وَرَدَ عَلَى خَالٍ عَنْ مَمْلُوكِيَّتِهِ أَوْ مَالِكِيَّتِهِ، وَكَذَا ابْتِدَاءُ النِّكَاحِ وَبَقَاؤُهُ فِي الْعَبْدِ الْمُشْتَرَى فَهُوَ كَسَائِرِ أَسْبَابِ الْمَلِكِ مِنَ الشِّرَاءِ وَالْهَبَةِ وَالْإِرْثِ وَزَوَالِ أَمْلَاقِ الْمَسْبِيِّ لِثُبُوتِ رَقِّهِ، وَالْعَبْدُ لَا مَلِكَ لَهُ فِي الْمَالِ، يَخْلَافُ النِّكَاحُ فَإِنَّهُ مِنْ خَصَائِصِ الْآدَمِيَّةِ فَيَمْلِكُهُ إِذَا ابْتَدَأَ وَجُودَهُ بِطَرِيقِ الصَّحَّةِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ سَيِّدُهُ التَّطْلِيقَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفُ فِي الْإِبْتِدَاءِ عَلَى إِذْنِهِ لَمَّا يَسْتَلْزِمُ مِنْ تَقْيِصِ مَالِيَّتِهِ. وَسُقُوطُ الدِّينِ الْكَائِنِ لِكَافِرٍ عَلَى الْمَسْبِيِّ الْحَرِّ لَيْسَ مُقْتَضًى السَّبِيِّ بَلْ لَتَعَذُّرُ بَقَائِهِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَبْقَى مَا كَانَ وَهُوَ حِينَ وَجِبَ كَانَ فِي ذِمَّتِهِ لَا شَاغَلًا لِمَالِيَّةِ رَقَّتِهِ. وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَثْبِتَ بَعْدَ الرِّقِّ بِالسَّبِيِّ إِلَّا شَاغَلًا لَهَا فَيَصِيرُ الْبَاقِي غَيْرَهُ، وَلِذَا لَوْ كَانَ الْمَسْبِيُّ عَبْدًا مَدْيُونًا كَذَلِكَ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الدِّينُ بِالسَّبِيِّ. نَصَّ عَلَيْهِ مُحَمَّدٌ فِي الْمَأْدُونِ. فَإِنْ قِيلَ: بَلْ يَجُوزُ كَوْنُ الدِّينِ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ غَيْرَ مُتَعَلِّقٍ بِرَقَّتِهِ، وَلِذَا يَثْبِتُ الدِّينَ بِإِقْرَارِهِ بِهِ وَلَا يَبَاعُ فِيهِ. أَجِيبْ بِمَنْعِ تَعَلُّقِهِ فِي الْعَبْدِ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا لَا يَطَالِبُ بِإِقْرَارِهِ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يَسْرِي فِي حَقِّ الْمَوْلَى، حَتَّى لَوْ ثَبِتَ بِالْإِسْتِهْلَاكِ قِطْعًا مُعَايِنَةً بِبَيْعٍ فِيهِ. وَأَمَّا مَا اسْتَدَلَّ بِهِ مِنْ قِصَّةِ أَبِي

الدارين حقيقةً وحكمًا ينافي انتظام المصالح، وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمة، فتباين الدارين يقطع النكاح، والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصاً، وبالحكم أن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لإثبات المذهب. وقوله (والسبي يوجب ملك الرقبة) لرّد دليل الخصم. وتقريره: السبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداءً، ولهذا لو زوج أمته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسيبة منكوحة لمسلم أو ذمي لا يبطل النكاح مع

(قال المصنف: ولنا الخ) أقول: قوله أن مع التباين حقيقة وحكمًا إشارة إلى الجواب عن قياسه على الحربي المستأمن. وقوله والسبي يوجب ملك الرقبة معارضة. وقوله ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله الخ مناقضة: يعني أن أردت أن يقتضي الصفاء في محل عمله فمسلم، ولكن لا نسلم أنه لا يتحقق إلا بانقطاع النكاح والسند ظاهر وإن أردت أنه يقتضي الصفاء في محل عمله وفي محل النكاح أيضاً فغير مسلم (قوله ولهذا لو كانت المسيبة منكوحة لمسلم أو ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي الخ) أقول: قال ابن الهمام: وفي المحيط: مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجل بها إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين، ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبئن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين إذ لا تمكن من العود والزواج من أهل دار الإسلام فلا تباين. يريد في الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل قهراً حتى ملكها يتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكمًا، أما حقيقة فظاهر، وأما حكمًا فلأنها في دار الحرب حكمًا وزوجها في دار الإسلام حكمًا اهـ. ثم أقول: وفي كلام ابن الهمام: أعني قوله وأما حكمًا فلأنها في دار الحرب حكمًا وزوجها في دار الإسلام حكمًا بحث فتأمل. ثم على تقرير ابن الهمام ينبغي أن يكون مراد الشارح أكمل الدين لو كانت

لقصد الرجوع (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة جاز لها أن تزوج ولا عدة عليها) عند أبي حنيفة. وقالوا: عليها العدة،

سفيان قال الحق أن أبا سفيان لم يكن حسن الإسلام يومئذ بل ولا بعد الفتح، وهو شاهد حينئذ على ما تفيد السيرة الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون: لا ترجع هزيمتهم إلى البحر. وما نقل أن الأزام حينئذ كانت معه^(١) وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج إلى هوازن بحنين، وإنما حسن إسلامه بعد ذلك رضي الله عنه، والذي كان إسلامه حسناً حين أسلم هو أبو سفيان بن الحرث، وأما عكرمة وحكيم فإنما هربا إلى الساحل وهو من حدود مكة فلم تتباين دارهم^(٢) وأما أبو العاص فإنما ردها عليه ﷺ بنكاح جديد، روى ذلك الترمذي وابن ماجه والإمام أحمد^(٣)، والجمع إذا أمكن أولى من إهدار أحدهما، وهو بحمل قوله على النكاح الأول على معنى بسبب تقرر السبي. والمنافي إذا تقرر فالمحترم وغيره سواء كما إذا تقرر بالمحرمة والرضاع. وقوله (وصار) أي صار السبي (كالشراء) المسبية منكوبة لمسلم أو ذمي وخرجها معها إلى دار الإسلام أو قبلها (قوله وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين

(١) هذا الخبر أورده ابن هشام في السيرة ٤/٥١ عن ابن إسحاق لما انهزم المسلمون قال أبو سفيان: لا تنتهي هزيمتهم دون البحر وإن الأزام لَمَعَتْ في كنانته وله تمة.

(٢) تقدم قبل قليل.

(٣) ضعيف. أخرجه الترمذي ١١٤٢ وابن ماجه ٢٠١٠ والطحاوي في معاني الآثار ٢٥٦/٣ والحاكم ٦٣٩/٣ وأحمد ٢٠٧/٢ - ٢٠٨ وابن سعد ٢١/٨ كلهم من حديث الحجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

قال عبد الله بن أحمد: قال أبي: هذا حديث ضعيف، أو قال: وإياه ولم يسمعه الحجاج من عمرو بن شعيب إنما سمعه من محمد بن عبيد الله العرزمي والعرزمي لا يسوي شيئاً.

وقال الترمذي: في إسناده مقال وفي الحديث الآخر أي ابن عباس - أيضاً مقال. والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم أن المرأة إذا أسلمت قبل زوجها ثم أسلم زوجها وهي في العدة فهو أحق بها ما كانت في العدة وهو قول: مالك، والأوزاعي، والشافعي، وأحمد، وإسحاق.

وقال الترمذي أيضاً: قال يزيد بن هارون: حديث ابن عباس أجود إسناده والعمل على حديث عمرو بن شعيب - اهـ.

قلت: وحديث عمرو بن شعيب وإياه فيه حجاج بن أرطاة وإياه وهو مدلس، وقد عتمته لذا قال أحمد: لم يسمعه من عمرو وإنما سمعه من العرزمي وهذا ساقط.

الخلاصة: كلا الحديثين لا يحتج به وإنما لعمل أخذه الجمهور من القرآن الكريم وما فيه من أحكام العدة وعدم حل المؤمنة للكافر وحديث ابن عباس يتقضى ما صرح عن ابن عباس وهو خلاصه فيعلم أنه من منكرات داود عن عكرمة وإليك صحيح البخاري كتاب ٦٨ الطلاق باب ٢٠ إذا أسلمت المشتركة أو النصرانية تحت الذمي أو الحربي.

وقال عبد الوارث عن عكرمة عن ابن عباس: إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها بساعة حرمت عليه.

وقال داود بن أبي الفرات عن ابن صائغ سئل عطاء عن امرأة من أهل العهد أسلمت، ثم أسلم زوجها في العدة أهى امرأته؟ قال: لا إلا أن تشاء هي بنكاح جديد، وصادق.

وقال مجاهد: إذا أسلم في العدة يتزوجها وقال الله تعالى ﴿لَا هُنَّ حُلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ وقال قتادة والحسن في مجوسيتين أسلما هما على نكاحهما وإذا سبق أحدهما الآخر وأبى الآخر بانت لا سبيل له عليها - اهـ كلام البخاري.

قال ابن حجر في الفتح ٤٢١/٩: الوارد عن ابن عباس أخرجه ابن أبي شيبة نحوه عن ابن عباس، وأخرجه الطحاوي موصولاً عنه وفيه وقال ابن عباس: يفرق بينهما الإسلام يعلو ولا يعلو.

وسنده صحيح. وأما أثر عطاء فقد وصله ابن أبي شيبة نحوه.

وهو ظاهر أن الفرقة تقع بمجرد إسلام أحدهما دون انتظار انقضاء العدة. ثم ذكر البخاري الآية: استدلالاً منه لتقوية قول عطاء وبظاهر قول ابن عباس هذا، قال: طاووس، والثوري، وفقهاء الكوفة، وأبو ثور، وابن المنذر، وإليه جرح البخاري.

وبقول مجاهد قال: قتادة، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق وأبو عبيد.

وقال ابن حجر: أثر الحسن وصله ابن أبي شيبة بسند صحيح عنه ومن وجه آخر عن الحسن ولفظه: فقد بانت منه.

وأثر قتادة وصله ابن أبي شيبة أيضاً بسند صحيح.

وأخرجه أيضاً عن عكرمة وكتاب عمر بن عبد العزيز نحو ذلك - اهـ كلام ابن حجر ملخصاً.

وهذا يعطي قوة لما ذهب إليه أبو حنيفة ومن وافقه وإن كان الحديث ضعيفاً فالعمل بظاهر القرآن ثم بأقوال وفтары هؤلاء التابعين ومن بينهم صحابي

كأن في هذا الباب ومن أراد المزيد يراجع هذه الأبحاث في مظانها كما تقدم وكذا في معاني الآثار للطحاوي فقد أطلال الكلام في هذا البحث في

٢٥٦/٣ - ٢٦٠ وذكر آثاراً كثيرة في ذلك.

لأن الفرقه وقعت بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم الإسلام. ولأبي حنيفة أنها أثر النكاح المتقدم وجبت

سبقه مراعاة لحرمته كما يقال ضربته على إساءته، وقيل قوله ردّها على النكاح الأول لم يحدث شيئاً معناه على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والحباء وهو تأويل حسن. هذا وما ذكرناه مثبت وعلى النكاح الأول ناف لأنه مبق على الأصل. وأيضاً يقطع بأن الفرقه وقعت بين زينب وبين أبي العاص بمدة تزيد على عشر سنين، فإنها أسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعا ﷺ زوجته خديجة وبنااته، ولقد انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مراراً وولدت. وروي أنها كانت حاملاً فأسقطت حين خرجت مهاجرة إلى المدينة، وروّعها هبار بن الأسود بالرمح. واستعمر أبو العاص بن الربيع على شركه إلى ما قبيل الفتح فخرج تاجراً إلى الشام، فأخذت سرية المسلمين ماله وأعجزهم هرباً ثم دخل بليل على زينب فأجارتها، ثم كلم رسول الله ﷺ السرية فردّ إليه ماله، فاحتمل إلى مكة فأدّى الودائع وما كان أهل مكة أضعوا معه، وكان رجلاً أميناً كريماً، فلما لم يبق لأحد عليه علقه قال: يا أهل مكة هل بقي لأحد منكم عندي مال لم يأخذه؟ قالوا: لا، فجزاك الله عنا خيراً فقد وجدناك وفياً كريماً، قال: فإني أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، والله ما منعتني من الإسلام عنده إلا تخوّف أن تنظروا أني إنما أردت أن أكل أموالكم، فلما أذاها الله إليكم وفرغت منها أسلمت، ثم خرج حتى قدم على رسول الله ﷺ. وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين أو ثمان سنين أو ثلاث سنين فإنما ذلك من حين فارقه بالأبدان وذلك بعد غزوة بدر. وأما البيئونة فقبل ذلك بكثير، لأنها إن وقعت من حين آمنت فهو قريب من عشرين سنة إلى إسلامه، وإن وقعت من حين نزلت ﴿ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾ [البقرة: ٢٢١] وهي مكية فأكثر من عشر. هذا غير أنه كان حابسها قبل ذلك إلى أن أسر فيمن أسر بيدرو وهو ﷺ كان مغلوباً على ذلك قبل ذلك، فلما أرسل أهل مكة في فداء الأسارى أرسلت زينب في فداءه فقلادة كانت خديجة أعطاها إياها، فلما رآها رسول الله ﷺ رقى لها فردّها عليها وأطلقه لها، فلما وصل جهازها إليه ﷺ لأنه ﷺ كان شرط عليه ذلك عند اطلاقه واتفق في مخرجها إليه ما اتفق من هبار بن الأسود^(١). وهذا أمر لا يكاد أن يختلف فيه اثنان وبه نقطع بأن الرد كان على نكاح جديد كما هو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه^(٢)، ووجب تأويل رواية

من حيث أن النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة. وقوله (ثم هو) أي السبي (يقضي الصفاء) أي سلمنا أن السبي يقتضي الصفاء لكن في محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك في رقبة المسيبي للسباي على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لأن ذلك ليس محل عمله لأن ذلك من خصائص الإنسانية لا المالية. وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسيبي لأن الدين في الذمة وهي من محل عمله لأنها هي الرقبة. وقوله وفي المستأمن جواب عن قوله كالحربي المستأمن أو المسلم المستأمن، وكان قد احترز بقوله وحكماً عن ذلك، فإن التباين وإن وجد في المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكماً لقصد الرجوع (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة) أي تركت أرض الحرب إلى أرض الإسلام وخرجت مسلمة أو ذمية على قصد أن لا ترجع إلى ما هاجرت عنه أبداً (جاء لها أن تزوّج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة. وقالوا: عليها العدة لأن الفرقه وقعت بعد أن دخلت في دار الإسلام) وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الإسلام كالمسلمة والذمية. ولأبي حنيفة أن العدة

عن ذمة المسيبي لأن الدين في الذمة وهي من محل عمله لأنها هي الرقبة) أقول: فيه بحث بل الذمة وصف في الإنسان على ما بين في الأصول، ثم لو صح ما ذكره يلزم أن يسقط الدين إذا كان المسيبي عبداً وليس كذلك نص عليه الزيلعي وغيره (قوله ولو مات وجبت العدة الخ) أقول: لا نسلم ذلك فإن الحربي لا يلتزم أحكام الإسلام، وأيضاً اعتقاده وجوب العدة غير معلوم.

(١) هذا الخبر بطوله وأتم ساقه الحاكم في المستدرک ٢٣٦/٣ - ٢٣٧ من طريقين عن ابن إسحاق وقد صرح بالتحديث، وحديثه قوي إن صرح بالتحديث ومن فوقه ثقات فرواه عن يزيد بن رومان عن عروة عن عائشة.

(٢) تقدم أن الخبر واهٍ لكن تقوى بظاهر القرآن، وأقوال التابعين، وتقوى لابن عباس بأن الفرقه بين المسلمة والمشرک تقع في الحال. وقال بعضهم هو أحق بها ما دامت في العدة.

إظهاراً لخطره، ولا خطر للملك الحربي، ولهذا لا تجب على المسيية (وإن كانت حاملاً لم تزوج حتى تضع حملها)

«على النكاح الأول^(١)» كما ذكرنا. واعلم أن بنات رسول الله ﷺ لم تتصف واحدة منهن قبل البعثة بكفر ليقال آمنت بعد أن لم تكن مؤمنة، فقد اتفق علماء المسلمين أن الله تعالى لم يبعث نبياً قط أشرك بالله طرفة عين، والولد يتبع المؤمن من الأبوين فلزم أنهم لم تكن إحداهن قط إلا مسلمة، نعم قبل البعثة كان الإسلام اتباع ملة إبراهيم عليه السلام، ومن حين وقع البعثة لا يثبت الكفر إلا بإنكار المنكر بعد بلوغ الدعوة، ومن أول ذكره ﷺ لأولاده لم تتوقف واحدة منهن. وأما سبانيا أوطاس فقد روي أن النساء سبين وحدهن، ورواية الترمذي تفيد ذلك عن أبي سعيد الخدري قال: «أصبنا سبانيا أوطاس ولهن أزواج في قومهن، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فنزلت ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾^(٢) [النساء: ٢٤] لكن بقي أن يقال: العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقاً سواء سبيت وحدها أو مع زوج، وأما المشتركة متزوجة فخارجة بالإجماع فوجب أن يبقى ما سواها داخلاً تحت العموم على الإباحة. والجواب أن المسيية مع زوجها تخص أيضاً بدليلنا وبما نذكره تبقى المسيية وحدها ذات بعل وبلا بعل والله سبحانه أعلم. وأما قياسه على الحربي المستأمن والمسلم المستأمن. فالجواب منع وجود التباين لأن المدعي علة منه هو التباين حقيقة وحكماً وهو يصير الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ميراثه، والكائن في دارنا ممنوعاً من الرجوع، وهذا منتف في المستأمن. وإذا كافأ ما ذكر بقي ما ذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالماً عن المعارض فوجب اعتباره، ودليل السمع أيضاً وهو قوله تعالى ﴿إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات﴾ إلى قوله ﴿فلا ترجعهن إلى الكفار لا هن حل لهن ولا هم يحلون لهن وآتوهن ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكوهن إذا آتيتوهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠] وقد أفاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة ومن وجه اقتضائي وهو قوله تعالى ﴿فلا ترجعهن﴾ (قوله وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة) أي تاركة الدار إلى أخرى على عزم عدم العود، وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية. هذه المسئلة حكم آخر على بعض ما تضمنه موضوع المسئلة التي قبلها لأنها كانت إذا خرج أحد الزوجين مهاجراً وقعت الفرقة، وهذه إذا كان الخارج منهما المرأة وقعت الفرقة اتفاقاً، هل عليها عدة؟ فيها خلاف. عند أبي حنيفة لا فتزوج للحال إلا أن تكون حاملاً فتتربص لا على وجه العدة بل ليرتفع المانع بالوضع، وعندهما عليها العدة: ثم اختلفا لو خرج زوجها بعدها وهي بعد في هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاق؟ قال أبو يوسف: لا يقع عليها، وقال محمد: يقع. والأصل أن الفرقة إذا وقعت بالتنافي لا تصير المرأة محلاً للطلاق عند أبي يوسف، وعند محمد تصير وهو أوجه إلا أن تكون محرمة لعدم فائدة الطلاق على ما بيناه، وثمرته تطهر فيما لو طلقها ثلاثاً لا يحتاج زوجها في تزوجها إذا أسلم إلى زوج آخر عند أبي يوسف، وعند محمد يحتاج إليه. وجه قولهما أنها حرة وقعت الفرقة عليها بعد الإصابة والدخول إلى دار الإسلام فيلزمها حكم العدة حقاً للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات، بخلاف ما لو طلقها الحربي في دار الحرب ثم هاجرت لا عدة عليها بالإجماع لأن الفرقة في دارهم وهم لا يؤاخذون بأحكامنا هناك، وهذا على ما اخترناه من أن أصلهما أن الخطاب يلزم الكفار في المعاملات، غير أن شرطه البلوغ وأهل الحرب لا يبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه، بخلاف أهل دارنا منهم.

لإظهار خطر ملك النكاح (ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسيية) بالاتفاق. فإن قيل: لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت إذا خرجت حاملاً. أجيب بأنها لا تجب عليها العدة ولكنها لا تزوج لأن في بطنها ولدًا ثابت النسب. فإن قيل: الهجرة أو ورثت تباين الدارين وهو لا يبرو على الموت ولو مات وجبت العدة فلتجب معها أيضاً. أجيب بأن الموت لا يوجب سقوط الحرمات حكماً فلزمتها العدة بحكم الملك، وأما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكماً فيزول ملكه لا إلى أثر.

(١) أي تأويل حديث ابن عباس: على النكاح الأول أي: دون إحداث زيادة في الصداق قاله الكمال قبل أسطر.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٥٦ من وجوه عدة والرواية الأخيرة بمثل سياق المصنف وأبو داود ٢١٥٥ والترمذي ١١٣٢ كلهم من حديث أبي سعيد.

وعن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الجلي من الزنا. وجه الأول أنه ثابت النسب فإذا ظهر الفراه في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطاً. قال (وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام

ولأبي حنيفة أن العدة إنما وجبت إظهاراً لخطر النكاح المتقدم ولا خطر لملك الحربي، بل أسقطه الشرع بالآية المتقدمة في المهاجرات وهي ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [المتحنة: ١٠] بعد قوله ﴿ولا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾ [المتحنة: ١٠] فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة وأمر أن لا يتمسك بعصم الكوافر جمع كافرة، فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقدة نكاحهن الموجودة في حال كفرهن، وبهذا يبطل قولهما وجبت لحق الشرع كي لا تختلط المياه، واستغنياً به عن إبطاله بأن الشرع أبطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لأنها أثره حيث حكم بمنافاته لما له الأثر. فإن لقائل أن يمنع الملازمة ويقول لا نسلم أن منافاة الشيء تنافي أثره إلا إذا كان جهة المنافاة ثابتة في الأثر أيضاً، وهو متنف لأنه في النكاح عدم انتظام المصالح والعدة لا ينفى عدم انتظام المصالح بل تجامعه مدة بقائها إلى أن تنقضي فيجب أن تثبت لموجبها بلا مانع، لكن قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسيية دون زوجها والمتروكات في دار الحرب للأزواج المهاجرين فلمهن أن يتزوجوا بأربع وبأخت الكائنة هناك لعدم اعتبار عصم الكوافر في دار الحرب للفرقة والمسيية مع زوجها وهذه خصت عندكم فإنها يتمسك بعقدتها حيث قلتم لا تقع الفرقة بينها وبين زوجها، فجاز أن تخص المهاجرة في حق العدة بحديث سبأيا أو طاس^(١)، فإنه دل على أن من انفسخ نكاحها بالتباين لا يحل وطؤها قبل تربص، وإذا وجب عليها تربص وهي حرة كان عدة إجماعاً لعدم القائل بالفصل، وحيث إن إبطاله الوجوب للخطر لا يفيد إذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب الاستبراء فإنه أفاد أن لا يخلي فرج المدخول بها عن الامتناع إلى مدة غير أنه اعتبر مدة الاستبراء أكثر كما هو دأب الشرع في إظهار التفاوت بين الحرة والأمة في مثله (قوله وإن كانت) يعني المهاجرة (حاملًا لم تنزّج حتى تضع) وقدما أنه عند أبي حنيفة لا بطريق العدة، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز تزويجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنا. وجه الظاهر أن حملها ثابت النسب فظهر في حق المنع احتياطاً، وإنما قال احتياطاً لأن مجرد كونه ثابت النسب إنما يقتضي ظاهراً أن لا توطأ لأن به يصير ساقياً ماءه زرع غيره فتعديه المنع إلى نفس الزوج بلا وطء للاحتياط فقط لأن به يقع الجمع بين الفراهين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطاً ولهذا لم يجز عنده تزوج الأخت في عدة الأخت والخامسة في عدة الأربع (قوله وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة) في الحال (بغير طلاق) قبل الدخول أو بعده، وبه قال مالك وأحمد في رواية، وقال الشافعي وأحمد في أخرى قبل الدخول هو كذلك، وأما بعده فيتوقف إلى انقضاء العدة

وحاصله أن التباين يربو على الموت، ألا ترى أنه يمنع التوارث والموت يوجب، ولو خرجت حاملًا لم تنزّج حتى تضع حملها، رواه محمد عن أبي حنيفة لأن حملها ثابت النسب من الغير، فإذا ظهر الفراه في حق النسب يظهر في حق المنع أيضاً احتياطاً كأم الولد إذا حبلى من مولاها لا يزوّجها حتى تضع (و) روى أبو يوسف والحسن بن زياد (عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها) لأنه لا حرمة للحربي فجزؤه أولى (كما في الجلي من الزنا) فإنه لا حرمة لماء الزاني. قيل والأول أصح لأنه حمل ثابت النسب، بخلاف الحمل من الزنا. وتحقيقه أنه الحمل من الغير يمنع الوطء مطلقاً وثابت النسب محترم فيمنع النكاح أيضاً دون غيره. قال (وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام) والعياذ بالله (وقعت الفرقة) بينهما سواء كان دخل بها أو لم يدخل. وعند الشافعي إن لم يدخل بها فكذلك، وإن دخل بها فحتى تنقضي ثلاث حيض بناء على ما ذكرنا له من تأكيد النكاح وعدم تأكده وكانت الفرقة (بغير طلاق) حتى لا ينتقص عدد الطلاق (عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إن كانت

(قوله لأنه لا حرمة للحربي فجزؤه أولى) أقول: فيه أن جزئه إما مسلم أو ذمي كأما فلا يكون مساوياً للحربي فضلاً عن الأولوية.

(١) مراد المصنف حديث سبأيا أو طاس: ألا لا تنكح الحبالى، حتى يضعن، ولا الحبالى، حتى يستبرأن بحبضة. وهو حديث حسن أخرجه أبو داود وغيره وله شواهد وقد تقدم في باب بيان المحرمات.

وقعت الفرقة بغير طلاق) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق، هو يعتبره بالإباء والجامع ما بيناه، وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء، وأبو حنيفة فرق بينهما. ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر أن تجعل طلاقاً، بخلاف الإباء لأنه يفوت الإمساك

فإن جمعهما الإسلام قبل انقضاءها يستمر النكاح وإلا تبين الفراق من وقت الردة. قلنا: هذه الفرقة للتنافي فإن الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة، والمنافي لا يحتمل التراخي، بخلاف الإسلام فإنه غير مناف للعصمة، هذا جواب ظاهر المذهب. وبعض مشايخ بلخ وسمرقند أفتوا في ردتها بعدم الفرقة حسماً لا احتياطاً على الخلاص بأكبر الكبائر، وعامة مشايخ بخارى أفتوا بالفرقة وجبرها على الإسلام وعلى النكاح مع زوجها الأول لأن الحسم بذلك يحصل، ولكل قاض أن يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدنيار رضيت أم لا، وتعز خمسة وسبعين، ولا تسترق المعتدة ما دامت في دار الإسلام في ظاهر الرواية، وفي رواية النوادر عن أبي حنيفة تسترق، وهذا الكلام في الفرقة. وأما كونها طلاقاً فاتفق الإمامان هنا على أنها من جهة الزوج والمرأة فسخ، وقال محمد هي في ردة الزوج طلاق وفي ردتها فسخ مر على أصله في الإباء، وكذا أبو يوسف، وفرق أبو حنيفة بين الردة والإباء. وجه قول محمد اعتباره بالإباء (والجامع ما بيناه) وهو أن بالإباء امتنع عن الإمساك بمعروف مع قدرته عليه فينوب القاضي منابه، وقيل ما بيناه مما حاصله أن سبب الفرقة فعل من الزوج إباء أو ردة (وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء) وهو أنه سبب يشتركان فيه (وأبو حنيفة فرق) بأن الردة منافية للنكاح لأنها منافية للعصمة لبطان العصمة عن نفسه وأملكه، ومنها ملك النكاح، كذا قرر. والحق أن منافاتها لعصمة الأملاك تبع لمنافاتها لعصمة النفس، إذ بتلك المنافاة صار في حكم الميت والطلاق لا ينافي النكاح لثبوته معه حتى لا تقع البيونة بمجرد بل بامر زائد عليه أو عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق وليس إلا الفسخ، بخلاف الفرقة بالإباء فإنها ليست للمنافاة ولذا بقي النكاح ما لم يفرق القاضي لأنها فرقة بسبب فوات ثمرات النكاح فوجب رفعه لارتفاع ثمراته اللاتي من قبل الزوج، فالقاضي يأمره بالإمساك بمعروف بالإسلام أو التسريح بإحسان، فإذا امتنع ناب عنه. وفي الشروح من تقرير هذا الفرق أمور لا تمس المطلوب، وكذا قوله في الهداية والطلاق رافع لأن

الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق) وإن كانت من المرأة فهي بغير طلاق (هو يعتبرها بالإباء والجامع ما بيناه) يعني قوله امتنع عن الإمساك بالمعروف (وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء) وهو أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص بالزوج (وأبو حنيفة فرق) بين الإباء والارتداد فجعل الفرقة بإباء الزوج طلاقاً دون الردة (وجه الفرق أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة) لأنها تبيح النفس والمال وتبطل الملك والنكاح (والطلاق) ليس بمناف للنكاح لأنه (رافع) له بعد تحققه مسبباً عنه، والمسبب عن الشيء الرافع لا ينافيه فلا تكون الردة طلاقاً (بخلاف الإباء لأنه يفوت الإمساك بالمعروف) وليس بمناف للنكاح (فيجب التسريح بالإحسان على ما مر) واعترض بوجهين: أحدهما أن الردة لا تنافي ملك العين بل يصير موقوفاً فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك. والثاني أن الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق. والجواب عن الأول أن ما يرجع إلى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء، والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء، وتوقف

(قال المصنف: والجامع ما بيناه) أقول: من أنه امتنع عن الإمساك بالمعروف إلا أنه لا يجري هنا بتمامه لعدم توقف الفرقة هنا على قضاء (قوله لأنها تبيح النفس والمال وتبطل الملك الخ) أقول: وفيه بحث: فإن ملكه للمال لا يبطل بل يتوقف، والظاهر أن المراد بالعصمة عصمة النفس فذلك إشارة إلى ما مر من إن النكاح ما شرع إلا لمصلحة، والمصالح لا تنظم بينهما لكونه مستحق القتل فتأمل. ويجوز أن يكون مراده بالإبطال ما يعم الزوال الموقوف (قال المصنف: وجه الفرق أن الردة منافية للنكاح الخ) أقول: تصوير القياس من الشكل الثاني هكذا: الردة تمنع ابتداء النكاح لمنافاتها إياه ولا شيء من الطلاق كذلك بل هو رافع له فلا شيء من الردة بطلاق، ويجوز تصويره من الشكل الأول (قال المصنف: والطلاق رافع) أقول: يعني الطلاق رافع كلما وجد، بخلاف الردة فإنها كما ترفع تدفع وتمنع الابتداء (قوله مسبباً عنه الخ) أقول: مستغني عنه في إتمام الدليل مع أنه محل كلام، ويتم الدليل بأن يقال: الردة منافية لابتداء النكاح ولا شيء من الطلاق كذلك بل يرفع بعد وجوده فلا شيء من الردة بطلاق (قوله لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة) أقول: يعني في العدة.

بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان على ما مر، ولهذا تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء ولا تتوقف بالردة (ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونصف المهر إن لم يدخل بها، وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة) لأن الفرقة من قبلها. قال (وإذا ارتدا معاً ثم أسلما معاً فهما على نكاحهما) استحساناً. وقال زفر: يبطل لأن ردة أحدهما منافية، وفي ردتها ردة أحدهما.

الرافع يجامع المنافي بالضرورة، نعم هو أعم يثبت مع النافي ومع الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل له فيه (ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها) ونفقة العدة أيضاً (ونصفه إن لم يدخل بها، وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها) لا نفقة العدة لأن الفرقة من جهتها، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة (قوله) وإذا ارتدا معاً ثم أسلما معاً فهما على نكاحهما استحساناً) هذا إذا لم يلحق أحدهما بدار الحرب بعد ارتدادهما، فإن لحق فسد للتباين. والقياس وهو قول زفر والأئمة الثلاثة تقع الفرقة لأن في ردتها ردة أحدهما وهي منافية للنكاح (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الأنكحة^(١)) ولما لم يأمرهم بذلك علمنا أنهم اعتبروا ردتهم وقعت معاً، إذ لو حملت على التعاقب لفسدت أنكحتهم ولزمهم التجديد. وعلمنا من هذا أن الردة إذا كانت معاً لا توجب الفرقة. واعلم أن المراد عدم تعاقب كل زوجين من بني حنيفة أما جميعهم فلا لأن الرجال جاز أن يتعاقبوا ولا تفسد أنكحتهم إذا كان كل رجل ارتد مع زوجته، فحكم الصحابة بعدم التجديد لحكمهم بذلك ظاهراً لا حملاً عليه للجهل بالحال كالغرقى والحرقي. وهذا لأن الظاهر أن قيم البيت إذا أراد أمراً تكون قرينته فيه قرينته. هذا والمذكور في الحكم بارتداد بني حنيفة في المبسوط منعهما الزكاة، وهذا يتوقف على نقل أن منعهم كان لجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم. وقاتل أبي بكر رضي الله عنه إياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم إذا أجمعوا على منعهم حقاً شرعياً وعطلوه، والله أعلم. وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة، وذلك لأن جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما، والموافقة على الارتداد ظاهر في انتظامها بينهما إلى أن يموتا بقتل أو غيره، والأوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقاتلهم على ذلك فإنه من غير تعيين بني حنيفة وما نعى الزكاة قطعي ثم لم يؤمروا بتجديد الأنكحة إلى آخر ما ذكرنا (قوله ولو أسلم أحدهما بعد ارتدادهما معاً ففسخ النكاح) لأن ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كإشائها الآن حال إسلام الآخر حتى إن كان الذي عاد إلى الإسلام هو الزوج فلا شيء لها إن كان قبل الدخول، وإن كانت هي التي أسلمت، فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر، وإن دخل بها فلها كل المهر في الوجهين لأن المهر يتقرر بالدخول ديناً في ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة.

تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء. وعن الثاني أن وقوع الطلاق تابع لإمكان ظهور أثره، وحيث كانت المحلية متصورة العود بالتوبة أمكن ظهور أثره وكان معتبراً، بخلاف المحرمة فإن المحلية غير متصورة أبداً فلا يمكن ظهور أثره. وعن هذا قالوا: إذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاق لأن تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافياً للطلاق الذي هو من أحكام النكاح، فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لأن المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع. وإذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند أبي حنيفة لأن العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية، لأن من كان في دار الحرب فهو كالميميت في حقنا وبقاء الشيء في غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لا تعود إلا بعود سببها، بخلاف الفصل الأول لأن العدة هناك باقية بقاء محلها لأنها في دار الإسلام، إلا أن تباين الدارين كان مانعاً من

(قال المصنف: ولهذا تتوقف الفرقة) أقول: أي لكون الإباء مفوتاً للإمساك لا منافياً للنكاح، بخلاف الارتداد (قوله والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء) أقول: وقد سبق دليل عدم التنافي ابتداء في هذا الباب، إلا أن هذا الجواب منقوض بالمعتمدة فإن العدة تنافي النكاح ابتداء ولا تنافيه بقاء على ما مر في أوائل الباب (قوله لأن تباين الدارين مناف للنكاح) أقول: بتكرر المنافي يخرج العهود من حيز التصور، ولعل

(١) ما ذكره صاحب الهداية قال عنه ابن حجر في الدراية ٦٦/٢ خبر بني حنيفة هذا مأخوذ بالاستقراء اهـ.

ولنا ما روي أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا، ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة، والارتداد منهم واقع معاً لجهالة التاريخ. ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد معاً فسد النكاح بينهما لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها.

[فروع] الأول نصرانية تحت مسلم تمجسا وقعت الفرقة بينهما عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وجه قوله أن الزوج قد ارتد والمجوسية لا تحل للمسلم فإحداثها ما تحرم به كالردة فقد ارتدا معاً فلا تقع الفرقة. ولأبي يوسف أن الزوج لا يقر على ذلك بل يجبر على الإسلام والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده، وهذا لما عرف أن الكفر كله ملة واحدة فالانتقال من كفر إلى كفر لا يجعل كإنشائه فصار كما لو تهوّد فإن الفرقة تقع فيه بالاتفاق ومحمد يفرق بأن إنشاء المجوسية لا تحل للمسلم فإحداثها كالارتداد. بخلاف اليهودية، ألا ترى أنها لو تمجست وحدها تقع الفرقة، ولو تهوّدت لا تقع فافترقا. الثاني يجوز نكاح أهل ملل الكفر بعضهم بعضاً فيتزوج اليهودي مجوسية ونصرانية لأن الكل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلهم كأهل المذاهب، ثم الولد على دين الكتابي منهم الثالث - إذا أسلم الكافر وتحت أكثر من أربع أو أختان أو أم وبنتها وأسلمن معه وهن كتابيات، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان تزوّجهن في عقدة واحدة فزوّجهن وبينهن أو في عقد فنكاح من يحل سبقه جائز ونكاح من تأخر فوقع به الجمع أو الزيادة على الأربع باطل.

وقوع الطلاق، فإذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع. وقال أبو يوسف: يقع الطلاق لأن العدة باقية عنده. وقوله (ولهذا تتوقف الفرقة) توضح لكون الردة منافية للطلاق دون الإباء. وقوله (ثم إن كان الزوج) ظاهر. وقوله (ولا نفقة) متعلق بقوله وإن كانت هي المرتدة فلها كل مهرها إن دخل بها لا إلى ما يليه، لأن المسلمة إذا كانت غير مدخول بها ووقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها فحيث لا يرتب أحد في عدم وجوب النفقة في المرتدة إذا كانت غير مدخول بها. وقوله (لأن الفرقة من قبلها) يعني فكانت كالناشئة ولا نفقة لها. وقوله (وإن ارتدا معاً) واضح. ووجه ما روي أن بني حنيفة وهم حتى من العرب ارتدوا بمنع الزكاة وبعث إليهم أبو بكر الصديق الجيوش فأسلموا ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة والصحابة متوافرة فحل ذلك محل الإجماع يترك به القياس. فإن قيل: الارتداد لم يقع منهم دفعة. أجاب بقوله (والارتداد واقع منهم معاً حكماً لجهالة التاريخ) فإن التاريخ إذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وإنما يجعل في الحكم كأنه وجد جملة واحدة (ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد) أي بعد ارتدادهما (فسد النكاح لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها) على ما تقدم، ثم إن كانت المرأة هي التي أسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا، وإن كان الزوج فلا شيء لها لأن الفرقة جاءت من جانبها بالإصرار على الردة فإن الإصرار بعد إسلام الآخر كإنشاء الردة، والله أعلم.

الأولى أن يقال: بالملحق يلحق بالأموات وطلاق الميت غير واقع (قوله أن بني حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا بمنع الزكاة) أقول: جاحداً افتراضها (قوله فإن قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة) أقول: وكان الكلام فيه (قوله فإن التاريخ إذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء) أقول: كما في الغرقى والحرقي.

باب القسم

(وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا أو ثيبين أو إحداهما بكراً والأخرى ثيباً) لقوله عليه الصلاة والسلام «من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل» وعن عائشة رضي الله عنها «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يعدل في القسم بين نسائه. وكان يقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذهني فيما لا أملك: يعني زيادة المحبة» ولا فصل فيما روينا. والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا،

باب القسم

لما فرغ من ذكر النكاح وأقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الأحرار والأرقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع في حكمه الذي لا يلزم وجوده وهو القسم، وذلك لأنه إنما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه ولا هو غالب فيه. والقسم بفتح القاف مصدر قسم، والمراد التسوية بين المنكوحات ويسمى العدل بينهما أيضاً، وحقيقته مطلقاً ممتنعاً كما أخبر سبحانه وتعالى حيث قال «ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة» [النساء: ١٢٩] وقال تعالى «فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم» [النساء: ٣] بعد إحلال الأربع بقوله تعالى «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» [النساء: ٣] فاستفدنا أن حل الأربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه، فعلم إيجابه عند تعددهن. وأما قوله ﷺ «استوصوا بالنساء خيراً»^(١) فلا يخص حالة تعددهن ولأنهن رعية الرجل وكل راع مسؤول عن

باب القسم

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة، لكن اعتراض ما هو أهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين إلى أمر الفروج وغيرهما أوجب تأخير. والقسم بفتح القاف مصدر قسم القسم المال بين الشركاء: فرقه بينهم وعين أنصاءهم، ومنه القسم بين النساء، وقد وقع في أكثر النسخ (وإذا كان للرجل امرأتان) بتذكير كان مع إسناده إلى المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امرأة، وكلامه واضح. وقوله (ولا فصل فيما روينا) يعني بين البكر والثيب (والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا) من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة. وقال الشافعي: إن كانت الجديدة بكراً يفضلها بسبع ليال وإن كانت ثيباً فثلاث، ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «تفضل البكر بسبع والثيب ثلاث» والحاصل أن الاختلاف في موضعين: في الفرق بين البكر والثيب، وفي تفضيل الجديدة على القديمة، فنفي المصنف الأول بقوله ولا فصل فيما روينا، والثاني بقوله لإطلاق ما روينا، وما رواه محمود على التفضيل بالبداة دون الزيادة كما ذكر في حديث أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام قال «إن شئت سبعت لك وسبعت لهن» ونحن نقول للزوج أن يبتدىء

باب القسم

(قال المصنف: وعن عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ كان يعدل في القسم بين نسائه») أقول: فيه بحث، فإن فعل رسول الله ﷺ لا يدل على الوجوب، وقد صرحوا بأن القسم لم يكن واجباً عليه ﷺ فكيف يصح الاستدلال بهذا على وجوب القسم، وتمة الحديث لا تدل

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣٣١ و٥١٨٦ ومسلم ١٤٦٨ ح ٦٠ والبيهقي ٢٩٥/٧ كلهم من حديث أبي هريرة: واستوصوا بالنساء خيراً، فإنهن خلقن من ضلع، وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء خيراً. هذا لفظ البخاري في روايته الثانية. زاد مسلم في أوله: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فإذا شهد امرأة فليتكلم بخير أو ليصمت. واستوصوا... بمثل سياق البخاري. وأخرجه الترمذي ١١٦٣ وابن ماجه ١٨٥١ كلاهما من حديث عمرو بن الأحوص عن أبيه في خبر حجة الوداع وفيه: واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوان عندهم... الحديث.

ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهما في ذلك، والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج لأن المستحق هو التسوية دون طريقه، والتسوية المستحقة في البيوتنة لا في المجامعة لأنها تبتني على النشاط، (وإن كانت أحدهما

رعيته وإنه في أمر مبهم يحتاج إلى البيان لأنه أوجه، وصرح بأنه مطلقاً لا يستطاع، فعلم أن الواجب منه شيء معين، وكذا السنة جاءت مجملة فيه. روى أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي الله عنها قالت «كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل ويقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك: يعني القلب^(١)» أي زيادة المحبة، فظاهره أن ما عداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته تجب التسوية فيه، ومنه عدد الوطأت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة إجمالاً، وكذا ما روى أصحاب السنن الأربعة والإمام أحمد والحاكم من حديث أبي هريرة عنه ﷺ أنه قال «من كانت له امرأتان فمال إلى إحدهما جاء يوم القيامة وشقه مائل^(٢)» أي مفلوج، ولفظ أبي داود والنسائي «فمال إلى إحدهما على الأخرى» فلم يبين في ماذا، وأما ما في الكتاب من زيادة قوله في القسم^(٣) فالله أعلم بها لكن لا نعلم خلافاً في أن

بالجديدة ولكن بشرط أن يسوي بينهما (ولأن القسم من حقوق النكاح) كالنفقة، ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجديدة والقديمة، كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة للمساواة بينهما في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح، وكذلك في طرف الرجل المجبوب والخصي والعنبر والغلام الذي لم يحتلم إذا دخل

على الوجوب أيضاً ولا يلزم أن تجب التسوية في الوطأت والقبلات لأنها مما يملك. ويمكن أن يقال: المواظبة المدلول عليها بقوله كان يعدل تدل على الوجوب (قال المصنف: ولا فصل فيما روينا) أقول: قال الإقناني: أراد به الحديثين المذكورين قبل هذا، ولكن هذا تكرار من صاحب الهداية بلا فائدة لأن عدم الفصل فيما رواه يعلم من قوله لإطلاق ما روينا وما كان يحتاج إلى ذكرهما جميعاً اهـ. وجوابه لا يخفى، فإنه استدلل أولاً على المسئلة المذكورة في المختصر ثم بين أن الجديدة والقديمة سواء واستدل عليه أيضاً، وكلاهما محل الخلاف بيننا وبين الشافعية، لكن كان الأولى أن يقول لما ذكرنا من أنه لا فصل الخ بدل قوله لإطلاق ما روينا.

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٣٤ والترمذي ١١٤٠ والنسائي ٦٤/٧ والدارمي ٢١٢٧ وابن ماجه ١٩٧١ وابن حبان ٤٢٠٥ والحاكم ١٨٧/٢ والبيهقي ٢٩٨/٧ وأحمد ١٤٤/٦ وابن أبي شيبة ٣٨٦/٤ - ٣٨٧ كلهم من حديث حماد بن سلمة عن أيوب عن أبي قلابة عن عبد الله بن يزيد عن عائشة مرفوعاً. وإسناده على شرط مسلم إلا أنه أُعْلِيَ بالإرسال. قال النسائي: أرسله حماد بن زيد.

وقال الترمذي: هكذا رواه حماد بن سلمة مسنداً. ورواه حماد بن زيد عن أبي قلابة مرسلاً، وهو أصح أي المرسل. أما الحاكم فقال: صحيح الإسناد على شرط مسلم، وأقره الذهبي وقال ابن أبي حاتم في علله ١٢٧٩: صوب أبو زرعة كونه مرسلاً. وقال: لا أعلم أحداً تابع ابن سلمة على وصله اهـ. وأخرجه البيهقي ٢٩٨/٧ عن الشافعي بلاغاً.

ومع ذلك فحماد بن سلمة ثقة روى له مسلم، وأصحاب السنن، ووضَّله الحديث زيادة من الثقة، وهي مقبولة فالحديث حسن إن شاء الله والله تعالى أعلم.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٣٣ والترمذي ١١٤١ والنسائي ٦٣/٧ وابن ماجه ١٩٦٩ والدارمي ٢١٢٦ وابن الجارود ٧٢٢ وابن حبان ٤٢٠٧ والطبراني ٢٤٥٤ والحاكم ١٨٦/٢ والبيهقي ٢٩٧/٧ وأحمد ٤٧١/٢ وابن أبي شيبة ٣٨٨/٤ من عدة طرق كلهم عن همام عن قتادة عن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة مرفوعاً. وإسناده على شرطهما لكن له علة.

قال الترمذي: إنما أسند هذا الحديث همام عن قتادة، ورواه هشام الدستوائي عن قتادة: كان يقال. ولا نعرف هذا الحديث مرفوعاً إلا من حديث همام، وهما ثقة حافظ وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرطهما، وأقره الذهبي.

وقال ابن حجر في الحبير ٢٠١/٣: وإسناده على شرط الشيخين قاله الحاكم، وابن دقيق العيد، واستغربه الترمذي مع تصحيحه. وقال عبد الحق: هو خبر ثابت لكن علته أن هماماً تفرد به وفي الباب عن أنس أخرجه أبو نعيم في تاريخ أصفهان اهـ.

والجواب أن هماماً ثقة ثبت، وحديث أنس هو عند أبي نعيم في ٣٠٠/٢ وفي الحارثي ضعيف كما في التقريب.

لكن يشهد له فالحديث حسن في أقل درجاته والله أعلم.

(٣) وقع في الهداية في أثناء الحديث لفظ: في القسم فقال الكمال: فالله أعلم بها اهـ.

وهذا العبارة لم تذكر في شيء من طرق الحديث.

حرة والأخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث) بذلك ورد الأثر، ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة فلا بد

العدل الواجب في البيوتة والتأنيس في اليوم واللييلة، وليس المراد أن يضبط زمان النهار فيقدر ما عاشر فيه إحداهما فيعاشر الأخرى بقدره بل ذلك في البيوتة، وأما النهار ففي الجملة (قوله وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما) التقييد بحرتين لإخراج ما إذا كانت إحداهما أمة والأخرى حرة لا لإخراج الأمتين. ثم ظاهر العبارة ليس بجيد فإنه يعطي أنهما إذا لم يكونا حرتين ليس عليه أن يعدل بينهما وليس بصحيح، لكن معنى العدل هنا التسوية لا ضد الجور، فإذا كانتا حرتين أو أمتين فعليه أن يسوي بينهما، وإن كانتا حرة وأمة فلا يعدل بينهما: أي لا يسوي بل يعدل بمعنى لا يجور، وهو أن يقسم للحرة ضعف الأمة فالإيهام نشأ من اشتراك اللفظ (قوله والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما رويناه) وهو معنى قوله لا فصل فيما ذكرنا فكان الأولى أن يقال لما ذكرنا: يعني من قوله ولا فصل الخ: يعني أن ما رويناه يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة، وكذلك ما تلونا من الآية ففتح به. وعند الشافعي أنه يقيم عند البكر الجديدة أول ما يدخل بها سبعا يخصها بها ثم يدور وعند الثيب الجديدة ثلاثاً إلا إن طلبت زيادة على ذلك فحينئذ يبطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة، لما روي عن أنس قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود إلى أهله»^(١) أخرجه الدارقطني عنه. وروى البزار من طريق أبيوب السخيتاني عن أبي قلابة عن أنس «أن النبي ﷺ جعل للبكر سبعا وللثيب ثلاثاً»^(٢) وعنه قال: «من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعا ثم قسم، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم»^(٣) رواه الشيخان في الصحيحين. وفي صحيح مسلم عن أم سلمة «لما تزوجها رسول الله ﷺ فدخل عليها أقام عندها ثلاثاً ثم قال: إنه ليس بك على أهلك هوان، وإن شئت سبعت لك وإن سبعت لك سبعت لنسائي»^(٤) وهذا دليل استثناء الشافعي ما ذكرنا من أنه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة إن طلبت زيادة على الثلاث ولأنها لم تألف صحبتها، وقد يحصل لها في أول الأمر نفرة فكان في الزيادة إزالتها. ولنا ما رويناه من غير فصل وما تلونا وما ذكر من المعنى وهو قوله (ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهما في ذلك) فلا تفاوت بينهما في القسم. وأما المعنى الذي علل به فمعارض بأن تخصيص القديمة به أولى لأن الوحشة فيها متحققة وفي الجديدة

بأمراته يجب عليهم القسم. وقوله (والاختيار في مقدار الدور للزوج) ظاهر. وقوله (بذلك ورد الأثر) يعني ما روي عن علي أنه قال: للحرة ثلثان من القسم وللأمة الثلث، ولم يرو عن أحد خلافه فحل محل الإجماع. وقوله (ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة) يدل عليه أنه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وإنما يحل قبلها وموضع أصول الفقه (فلا بد من إظهار النقصان في

قال المصنف: لأن المستحق هو التسوية دون طريقه) أقول: ذكر الضمير الراجع إلى التسوية لكونها مصدراً أو كونها مصدراً أو كونها بمعنى العدل أو باعتبار كونها المستحق.

(١) حسن. أخرجه الدارقطني ٢٨٣/٣ من حديث أنس وفي إسناده ابن إسحاق مدلس، وقد عنقته فحديثه غير قوي. وورد من حديث ابن عباس. قال الهيثمي في المجمع ٣٢٣/٤: رواه الطبراني وفيه عبد الله بن عامر الأسلمي ضعيف اهـ لكن يشهد لحديث ابن إسحاق.

(٢) لم يذكره الهيثمي في مجمع الزوائد. والأحاديث كثيرة في هذا الباب منها ما يأتي. (٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٢١٣ و١٢١٤ ومسلم ١٤٦١ وأبو داود ٢١٢٤ والترمذي ١١٣٩ وابن الجارود ٧٢٤ والبيهقي ٣٠١/٧ كلهم من حديث أبي قلابة عن أنس وقال أبو قلابة في آخره: ولو شئت لقلت إن أنسا رفعه إلى النبي ﷺ هذا عقب رواية البخاري الثانية أما في الأولى فجعل صدر حديثه.

ورواية مسلم وكذا رواية البخاري قال خالد أي الحذاء. ولو شئت لقلت رفعه إلى النبي ﷺ. تنبيه: وقولهم من السنة كذا وكذا وهذا له حكم الرفع لأن المراد بذلك سنة رسول الله ﷺ.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٦٠ وأبو داود ٢١٢٢ وابن ماجه ١٩١٧ والدارمي ٢١٣٠ والبيهقي ٣٠٠/٧ - ٣٠١/٦ وأحمد ٢٩٢/٦ كلهم من حديث أم سلمة. وكذا الدارقطني ٢٨٣/٣.

من إظهار النقصان في الحقوق. والمكاتب والمديرة وأم الولد بمنزلة الأمة لأن الرق فيهن قائم. قال (ولا حق لهن في

متوهمه، وإزالة تلك النفرة تمكن بأن يقيم عندها السبع ثم يسبع للباقيات ولم تنحصر في تخصيصها. واعلم أن المروى إن لم يكن قطعي الدلالة في التخصيص وجب تقديم الآية، والحديث المطلق لوجوب التسوية وإن كان قطعياً وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فإنه لا يعارض ما رويناه وتلونا^(١) لأن مقتضاهما العدل، وإذا ثبت التخصيص شرعاً كان هو العدل فإننا نراه لم ينحصر في التسوية بل يتحقق مع عدمها لعارض وهو رق إحدى المرأتين حتى كان العدل أن يكون لإحدهما يوماً وللأخرى يومين، فليكن أيضاً بتخصيص الجديدة الدهشة بالإقامة سبباً إن كانت بكرة وثلاثاً إن كانت ثيباً لتألف بالإقامة وتطمئن. هذا وكما لا فرق بين الجديدة والقديمة كذلك لا فرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتيبة الحرتين والمجنونة التي لا يخاف منها والمريضة والصحيحة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن وطؤها والمحرم والمظاهر منها ومقابلاتهن، وكذلك يستوي وجوبه على العنين والمحبوب والمريض والصبي الذي دخل بامرأته ومقابلهم. قال مالك: ويدور ولي الصبي به على نسائه لأن القسم حق العباد وهم من أهله، وصح «أن رسول الله ﷺ لما مرض استأذن نساءه أن يمرض في بيت عائشة فأذن له^(٢)» (قوله والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج لأن المستحق هو التسوية دون طريقه) إن شاء يوماً يوماً وإن شاء يومين يومين أو ثلاثاً ثلاثاً أو أربعاً أربعاً. واعلم أن هذا الإطلاق لا يمكن اعتباره على صرافته، فإنه لو أراد أن يدور سنة سنة ما يظن إطلاق ذلك له، بل ينبغي أن لا يطلق له مقدار مدة الإيلاء وهو أربعة أشهر، وإذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة، وأظن أكثر من جمعة مضارة إلا أن ترضيا به والله أعلم (قوله والتسوية المستحقة في البيوتة لا في المجامعة لأنها تبتنى على الشاطئ ولا خلاف فيه. قال بعض أهل العلم: إن تركه لعدم الداعية والانتشار فهو عذر، وإن تركه مع الداعية إليه لكن دأبته إلى الضرة أقوى فهو مما يدخل تحت قدرته، فإن أدى الواجب منه عليه لم يبق لها حق ولم يلزمه التسوية. وأعلم أن ترك جماعها مطلقاً لا يحل له، صرح أصحابنا بأن جماعها أحياناً واجب ديانة لكنه لا يدخل تحت القضاء والإلزام إلا الوطأة الأولى ولم يقدرُوا فيه مدة، ويجب أن لا يبلغ به مدة الإيلاء إلا برضاها وطيب نفسها به. هذا والمستحب أن يسوي بينهما في جميع الاستمتاع من الوطء والقبلة، وكذا بين الجواري وأمها والأولاد ليحصنهن عن الاشتهااء للزنا والميل إلى الفاحشة، ولا يجب شيء لأنه تعالى قال ﴿فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٣] فأفاد أن العدل بينهما ليس واجباً. هذا فأما إذا لم يكن له إلا امرأة واحدة فتشغل عنها بالعبادة أو السراي اختار الطحاوي رواية الحسن عن أبي حنيفة أن لها يوماً وليلة من كل أربع ليال وباقيها له لأن له أن يسقط حقها في الثلاث بتزوج ثلاث حرائر، فإن كانت الزوجة أمة فلها يوم وليلة في كل سبع، وظاهر المذهب أن لا يتعين مقدار لأن القسم معنى نسبي وإيجابه طلب إيجاده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلا يطلب قبل تصوره بل يؤمر أن يبيت معها ويصحها أحياناً من غير توقيت، والذي يقتضيه الحديث أن التسوية في المكث أيضاً بعد البيوتة، ففي السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت «كان النبي ﷺ لا يفضل بعضاً على بعض في القسم في مكثه عندنا، وكان قل يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً فيدنو من

الحقوق) لأن الحكم يثبت بقدر دليله (والمكاتب والمديرة وأم الولد بمنزلة الأمة لأن الرق فيهن قائم) فيكون لهن الثلث من القسم كالأمة. وقوله (ولا حق لهن في القسم حالة السفر) هذا الكلام يشتمل على ثلاث مسائل: إحداها أن القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعي مستحقة، والثانية أنه إذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات أن يحتسبن تلك المدة أو لا؟ عندنا ليس لهن

(١) أي قوله تعالى: ﴿فلا تميلوا كل الميل﴾ الآية من سورة النساء.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٨ و ٦٦٥ و ٥٢١٧ ومسلم ٤١٨ ح ٩٢ وابن ماجه ٦١٨ كلهم من حديث عائشة: لما نُقِلَ رسول الله ﷺ واشتدَّ به وجعه استأذن أزواجه أن يمرض في بيتي، فأذن له... الحديث وفيه قصة. خروجه ﷺ إلى المسجد، واقتداء أبي بكر به، ورواه أبو داود ٢١٢٧ باختصار.

القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهم، والأولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها) وقال الشافعي: القرعة مستحقة، لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان إذا أراد سفر أقرع بين نسائه» إلا أنا نقول: إن القرعة

كل امرأة منا من غير مسيس حتى يبلغ إلى التي هو في يومها فيبيت عندها^(١)، وعلم من هذا أن النوبة لا تمنع أن يذهب إلى الأخرى لينظر في حاجتها ويمهد أمورها. وفي صحيح مسلم «أنهن كن يجتمعن في بيت التي يأتيها^(٢)» والذي يظهر أن هذا جائز برضا صاحبة النوبة إذ قد تنضيق لذلك وتنحصر له. ولو ترك القسم بأن أقام عند إحداهن شهراً مثلاً أمره القاضي بأن يستأنف العدل لا بالقضاء، فإن جار بعد ذلك أوجعه عقوبة، كذا قالوا. والذي يقتضيه النظر أن يؤمر بالقضاء إذا طلبت لأنه حق آدمي وله قدرة على إيفائه (قوله وإن كانت إحدهما حرة والأخرى أمة فللمحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث بذلك ورد الأثر) قضى به أبو بكر وعلي رضي الله عنهما^(٣)، وبالقضاء عن علي احتج الإمام أحمد،

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٣٥ والحاكم ١٨٦/٢ والبيهقي ٧٤/٧ كلهم من حديث عائشة.

وقال الحاكم: صحيح، ووافقه الذهبي، ورجاله ثقات كلهم.

فيه: عبد الرحمن بن أبي الزناد صدوق تغير حفظه لما قدم بغداد وكان فقيهاً، وهو من رجال مسلم كما في التقريب فالحديث حسن.

تنبيه: ولم يروه أصحاب السنن كلهم كما يفهم من كلام المصنف.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٦٢ من حديث ثابت عن أنس قال: كان للنبي ﷺ تسع نسوة فكان إذا قسم بينهن لا ينتهي إلى المرأة الأولى إلا في تسع فكن، يجتمعن كل ليلة في بيت التي يأتيها، فكان في بيت عائشة، فجاءت زينب فمد يده إليها فقالت: هذه زينب، فكف النبي ﷺ يده، فتناولنا حتى استخينا، وأقيمت الصلاة، فمر أبو بكر على ذلك فسمع أصواتهما فقال: أخرج يا رسول الله، واخلت في أفواههن التراب، فخرج النبي ﷺ، فقالت عائشة: الآن يقضي النبي صلاته، فيجيء أبو بكر، فيفعل بي، ويفعل، فلما قضى النبي ﷺ صلاته أتاه أبو بكر، فقال لها قولاً شديداً وقال: أتصنعين هذا؟!.

قال النووي: استخينا بفتح الخاء والباء من السَّخَب وهو اختلاط الأصوات، وارتفاعها.

ويقال أيضاً: صَحَب بالصاد.

والسبعة هن: عائشة، وحفصة، وسودة، وزينب، وأم سلمة، وأم حبيبة، وميمونة، وجويرية، وصفية رضي الله عنهن. ويقال نسوة بضم النون وكسرها والكسر أفصح اهـ.

(٣) موقوف حسن. أخرجه الدارقطني ٣/٢٨٥ والبيهقي ٧/٢٩٩ وعبد الرزاق وابن أبي شبة في مصنفيهما كما في نصب الراية ٣/٢١٥-٢١٦ كلهم من

طريق ابن أبي ليلى عن المنهال بن عمرو عن عباد بن عبد الله الأسدي عن علي قال: إذا نكحت الحرة على الأمة فلهذه الثلثان ولهذه الثلث.

قال الزيلعي في ٣/٢١٦: في إسناده المنهال بن عمرو وفيه مقال، وعباد الأسدي ضعيف، وحكى ابن الجوزي عن علي المدني أنه ضعفه، وقال صاحب التتقيق ابن عبد الهادي قال البخاري: فيه نظر اهـ.

وفي إسناده أيضاً محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو وإه قال ابن حجر في التقريب: صدوق سيء الحفظ جداً. وقال ابن حجر عن المنهال بن عمرو: صدوق ربما وهم.

وقال عن عباد الأسدي هو ابن عبد الله كوفي ضعيف اهـ.

لكن ورد من وجه آخر فقد أخرجه الدارقطني ٣/٢٨٤-٢٨٥ من طريق حجاج عن المنهال عن زر بن حبيش عن علي قال: إذا تزوجت الحرة على الأمة قسم لها يومين، وللأمة يوماً، وهذا الإسناد أصلح من الأول لأن رواته ثقات سوى حجاج بن أرطاة ضعيف لكن يتقوى بشاهده وأما زر بن حبيش الراوي عن علي فقال عنه ابن حجر في التقريب: ثقة جليل مضمهر.

ويشهد له ما أخرجه البيهقي ٧/٣٠٠ بسنده عن ابن المسيب بمثله وإسناده قوي. وأخرج عن سليمان بن يسار مثل قول علي.

فالخبر عن علي حسن لا أقل من ذلك.

وقد قال المصنف الكمال: احتج أحمد بن حنبل بقضاء علي هذا.

قلت: وجاء في كتاب العدة شرح العمدة ص ٤٠٣ في فروع الحنابلة ويقسم لزوجه الأمة ليلة وللحرة ليلتين لما روى الدارقطني عن علي فذكره وقال: احتج به الإمام أحمد رحمه الله.

تنبيه: وقد وهم الألباني في إرواء الغليل ٢٠٢٢ عند هذا الأثر وأخطأ عدة أخطاء.

الأول: نقل عن صاحب منار السبيل قوله: عن علي: لزوجة أمة مع حرة ليلة من ثلاث ليال رواه الدارقطني اهـ.

قال الألباني: ضعيف. أخرجه الدارقطني، والبيهقي عن علي: إذا نكحت الحرة على الأمة فلهذه الثلثان ولهذه الثلث.

وتضعيف ابن حزم إياه بالمنهال بن عمرو وبابن أبي ليلى ليس بشيء لأنهما ثبتان حافظان^(١)، وإذا كانت الأمة مدبرة رجل أو مكاتبته أو أم ولد له فهي كالأمة لقيام الرق فيهن (قوله ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن، والأولى أن يقرع بينهما فيسافر بمن خرجت قرعتها. وقال الشافعي: القرعة مستحقة لما روى الجماعة من حديث عائشة (كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه) فمن خرج سهمها خرج بها معه^(٢) مختصراً ومطولاً بجديد الإفك. قلنا ذلك كان استحباباً لتطبيب قلوبهن، وهذا لأن مطلق الفعل لا يقتضي الوجوب فكيف وهو محفوف بما يدل على الاستحباب، وذلك أنه لم يكن القسم واجباً عليه ﷺ قال تعالى ﴿ترجي من نشاء منهن وتؤوي إليك من نشاء﴾ [الأحزاب: ٥١] ومن أرجأ سودة وجويرية وأم حبيبة وصفية وميمونة^(٣)، ذكره الحافظ عبد العظيم المنذري، ومن آوى عائشة والباقيات رضي الله عنهن ولأنه قد يثق بإحدهما في السفر وبالأخرى في الحضر والقرار في المنزل لحفظ الأمتعة أو لخوف الفتنة، أو يمنع من سفر إحدهما كثرة سمنها فتعيين من يخاف صحبتها في السفر للسفر

ذلك خلافاً له، وهذه بناء على الأولى لأن الإقراع إذا كان مستحقاً ولم يفعله كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغي أن يكون عند الأخرى مثل ذلك ليتحقق العدل، ولكننا نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق

(قوله وهذه بناء على الأولى) أقول: فيه بحث، فإنهم صرحوا أنه لو أقام عند واحدة منهن شهراً في الحضر ورافعته الأخرى لم يؤمر بقضاء ما مضى، وإنما يؤمر أن يسوي بينهما في المستقبل فكيف يصح قوله وهذه بناء وقوله ولكننا نقول الخ فليتأمل (قال المصنف: فكذلك أن يسافر بواحدة منهن) أقول: في صحة التفريع كلام (قال المصنف: لأن سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله ﷺ أن يراجعهما وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها) أقول: قد صرحوا أن القسم لم يكن واجباً عليه ﷺ، فلا يصح قياس الواجب على غير الواجب فليتأمل لجواز أن يكون جعلها إياه لعائشة رضي الله عنها لعدم وجوب القسم.

ثم ضعفه بعباد الأسدي وابن أبي ليلى وقال: وخالفه حجاج فرواه عن علي: إذا تزوجت الحرة على الأمة قسم لها يومين وللأمة يوماً واحداً. قلت: الخطأ الأول للألباني أنه لم يبه على أن عبارة صاحب منار السبيل وقعت سهواً منه ألا ترى في قول علي ثلثان وثلاث يساوي قوله: يومان ويوم. فكان عليه أن يبه على ذلك الشيء الثاني: ظن أن الرواية الثانية تعارض الأولى وليس كذلك بل أخرجه البيهقي وبوب به فقال: باب الحر ينكح حرة على أمة فيقسم للحرّة يومين وللأمة يوماً.

ثم ذكر البيهقي حديث علي وفيه لفظ: الثلثان والثلث وهكذا فهمه صاحب العدة من الحنابلة كما ذكرت آنفاً وكذا صاحب الهداية والكمال بن الهمام وغيرهم. ولعل ذلك بسبب عدم اهتمام الألباني باللفظ.

الشيء الثالث: لما ظن تعارض الروایتين حكم بضعفه عن علي. اهـ فتدبر. (١) أما تضعيف ابن حزم له فمردود لأنه له طريقاً آخر كما ذكرت آنفاً. وأما قول الكمال: المنهال وابن أبي ليلى ثقتان. فغير سديد أيضاً. وأظن الكمال ذهب نظره إلى عبد الرحمن بن أبي ليلى فهو ثقة ثبت لكن طبقة أعلى فهو عاصر الصحابة.

أما ههنا فهو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وتقدم كلام ابن حجر عنه في التقريب أنه: صدوق سيء الحفظ جداً. فكيف يكون ثبتاً. وأما المنهال فهو صدوق ربما قاله ابن حجر في التقريب فكيف يكون ثبتاً.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٦١ و٢٦٦٢ و٢٨٧٩ و٢٦٣٧ و٤٠٢٥ و٤٦٩٠ و٤١٤١ و٤٧٥٠ و٦٦٦٢ و٦٦٧٩ و٧٣٦٩ و٧٥٠ ومسلم ٢٧٧٠ وأبو داود ٤٧٣٥ وعبد الرزاق ٩٧٤٨ وأحمد ١٩٧/٦ - ١٩٤ وابن حبان ٤٢١٢ والبيهقي ٣٠٢/٧ والطبراني في الكبير ١٣٤/٢٣ و١٣٥ و١٣٩ و١٤٠ و١٤١ و١٤٢ و١٤٣ و١٤٤ و١٤٥ و١٤٦ وأبو يعلى ٤٩٢٧ و٤٩٣٣ و٤٩٣٥ من عدة طرق كلهم من حديث عائشة في خبر الإفك الطويل عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ إذا أراد أن يخرج سفراً أقرع بين نسائه، فأيتهاً خرج سهمها خرج بها رسول الله ﷺ معه ... الحديث ورواه البخاري مطولاً ومُتَّجِماً.

(٣) هذا الأثر. ذكره السيوطي في الدر المنثور ٢١١/٥ وقال: أخرج ابن سعد، وابن أبي شعبة، وعبد بن حميد، وابن جرير، وابن المنذر، وابن أبي حاتم عند أبي زيد قال: كان ممن أرجى ميمونة، وجويرية، وأم حبيبة، وصفية، وسودة.

وكان ممن آوى عائشة، وحفصة، وأم سلمة، وزينب. وأخرجه ابن مردويه عن مجاهد لكن جعل أم حبيبة من المؤويات اهـ وانظر تفسير الطبري ١٩/٢٢.

لتطبيب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب، وهذا لأنه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج؛ ألا يرى أن له أن لا يستصحب

بخروج فرعتها إلزام للضرر الشديد وهو متدفع بالنافي للحرَج. وأما قول المصنف: ألا يرى أن له أن لا يستصحب واحدة منهن فكذلك له أن يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة، إذ لا يلزم من أن له أن لا يسافر بأحد أن يكون له أن يختص واحدة بالسفر بها لأن في ترك السفر بالكل تسوية، بخلاف تخصيص إحداهن، وهذا لأن اللازم التسوية وهو أنه إذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الأخرى كذلك لا على معنى وجوب أن يبيت عند كل واحدة منهما دائماً، فإنه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالي وانفرد لم يمنع من ذلك. (قوله وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبها جاز) هذا إذا لم يكن برشوة من الزوج بأن زادها في مهرها لتفعل أو تزوجه بشرط أن يتزوج أخرى فيقيم عندها يومين وعند المخاطبة يوماً فإن الشرط باطل، ولا يحل لها المال في الصورة الأولى فله أن يرجع فيه، وأما إذا دفعت إليه أو حطت عنه مالا يزيدا فظاهر أنه لا يلزم ولا يحل لهما ولها أن ترجع في مالها (قوله لأن سودة بنت زمعة) بفتحيتين (سألت رسول الله ﷺ أن يراجعها الخ) هذا يقتضي أنه طلقها. قال محمد: بلغنا عن رسول الله ﷺ «أنه قال لسودة بنت زمعة اعتدي، فسألته بوجه الله أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة لأن تحشر يوم القيامة مع أزواجه^(١)» والذي ورد في الصحيحين لا يتعرض له^(٢)، بل إنها جعلت يومها لعائشة رضي الله عنها، والذي في المستدرک يفيد عدمه، وهو عن عائشة قالت «قالت سودة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله ﷺ: يا رسول الله يومي لعائشة، فقبل ذلك منها» قالت عائشة رضي الله عنها: ففيها وفي أشباهها أنزل الله تعالى «وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح» [النساء: ١٢٨] الآية^(٣) وقال صحيح الإسناد، ويوافق ما في الكتاب ما رواه البيهقي عن عروة: «أن رسول الله ﷺ طلق سودة، فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه فقالت: والله ما لي إلى الرجال من حاجة، ولكنني أريد أن أحشر في أزواجك، قال: فراجعها وجعل يومها لعائشة» اهـ وهو مرسل^(٤). ويمكن الجمع بأنه ﷺ كان طلقها طلقة رجعية فإن الفرقه فيها لا تقع بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة، فمعنى قول عائشة رضي الله عنها: فرقت أن يفارقها رسول الله ﷺ:

فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها، والثالثة أن بعضهن إن رضيت بترك قسمها لصاحبها جاز، وإن رجعت

(١) ضعيف. قال الزيلعي في نصب الراية ٢١٦/٣: مفهوم هذا الخبر أنه ﷺ طلق سودة. ولم نجد ذلك في الحديث.

وقال ابن حجر في الدراية ٦٧/٢: لم أجده هكذا، ولم ألق على أن سودة طلقت في خبر قط إلا ما رواه العطاردي في زيادات السيرة عن حفص بن غياث عن هشام عن عروة أن رسول الله ﷺ طلق سودة وفيه: فراجعها. وهذا مرسل أخرجه البيهقي اهـ.

قلت: هذا الخبر لا شيء. فليس في الصحاح ذكر الطلاق ولا المراجعة بل وقع في مستدرک الحاكم: فرقت أن يفارقها. أي خاضت وخبر العطاردي هذا أخرجه البيهقي في سننه ٧٥/٧ من طريق العطاردي عن عروة. وهو مرسل. ومع إرساله فيه العطاردي واه لا شيء.

جاء في الميزان ما ملخصه: ضعفه غير واحد وكذبه مطلق اهـ وسيأتي الصحيح.

(٢) صحيح. أخرج البخاري ٥٢١٢ ومسلم ١٤٦٣ وأبو داود ٢١٣٥ وابن ماجه ١٩٧٢ وابن حبان ٤٢١١ والبغوي ٢٣٢٤ والبيهقي ٧٤/٧-٧٥ كلهم من حديث عائشة وكرره البخاري برقم ٢٥٩٣ رَوَاهُ مع اختلاف يسير فيه: قالت عائشة ما رأيت امرأة أحب إليّ أن أكون في سلاخها من سودة بنت زمعة من امرأة فيها حدة قالت: فلما كبرت جعلت يومها من رسول الله ﷺ لعائشة قالت: يا رسول الله قد جعلت يومي منك لعائشة، فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومين يومها، ويوم سودة.

قالت النووي في شرح مسلم: السلاخ بكسر الميم هو الجلد ومعناه: أن أكون أنا هي.

(٣) حسن صحيح. أخرجه أبو داود ٢١٣٥ والحاكم ١٨٦/٢ والبيهقي ٧٤/٧ كلهم من حديث عائشة.

قال الحاكم: صحيح الإسناد وأقره الذهبي.

قلت: ورجاله ثقات رجال البخاري ومسلم سوى عبد الرحمن بن أبي الزناد فهو من رجال مسلم فالحديث على شرط مسلم وهو من طريق عروة عن عائشة وعلى هذا فالوارد.

عن عروة وهو الآتي ضعيف مخالف لهذا الإسناد القوي.

(٤) هو مع إرساله فيه العطاردي واه لا يحتج به كما تقدم قبل حديثين. والعجب أنه رواه عن عروة أيضاً.

تنبيه: قوله: يوافق ما في الكتاب - أي ما في الهداية حيث وقع في حديثه ذكر المراجعة.

واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة (وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبها جاز) لأن سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله عليه الصلاة والسلام أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها (ولها أن ترجع في ذلك) لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط، والله أعلم.

خافت أن يستمر الحال إلى انقضاء العدة فتقع الفرقة فيفارقتها، ولا ينافيه بلاغ محمد بن الحسن فإنه إنما ذكر في الكنايات اعتذري، والواقع بهذه الرجعي لا البائن. وفرع بعض الفقهاء أنها إذا وهبت يومها له فله أن يجعله لمن شاء من نسائه، وإذا جعلته لضررتها المعينة لا يجوز له أن يجعله لغيرها لأن الليلة حقها فإذا صرفته لواحدة تعين. وفرعوا إذا كانت ليلة الواهبة تلي ليلة الموهوبة قسم لها ليلتين متواليتين، وإن كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالي لها ليلتين على قولين للشافعية والحنابلة. والأظهر عندي أن ليس له ذلك إلا برضا التي تليها في النوبة لأنها قد تتضرر بذلك (قوله ولها أن ترجع) قال بعض علماء الحنابلة: ليس لها المطالبة به فإنه خرج مخرج المعاوضة: يعني عن الطلاق، وقد سماه الله تعالى صلحا: يعني قوله تعالى ﴿فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا﴾ [النساء: ١٢٨] فيلزم كما يلزم ما صولح عليه من الحقوق، ولو مكنت من طلب حقها بعد ذلك كان فيه تأخير الضرر إلى أكمل حالته ولم يكن صلحاً بل من أقرب أسباب المعادة والشرعية منزوعة عن ذلك اهـ. وهو إنما يفيد عدم المطالبة بما مضى فيه وبه نقول، إذ يستلزم عدم حصول المقصود من شرعية ذلك الاصطلاح عند الإعراض. أما فيما بعده فلا لأنه لم يجب فكيف يسقط؟ فإن قيل: يلزم ثبوت الضرر والمعادة، قلنا: لم يحرم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها لولا ما صالحته عليه، فإذا أثقلت ما دفعت به المكروه عنها فله أن يفعل ما كان يريد فعله ويحصل الخلاص، والله سبحانه أعلم.

[فروع نختم بها كتاب النكاح] لا يجوز أن يجمع بين الضرائر إلا بالرضا، ويكره وطء إحدهما بحضرة الأخرى فلها أن لا تجبيه إذا طلب، وله أن يمنعهما من أكل ما يتأذى من رائحته ومن الغزل، وعلى هذا له أن يمنعهما من التزين بما يتأذى بريحه كأن يتأذى برائحة الحناء المخضّر ونحوه، وله ضربها بترك الزينة إذا كان يريد لها وترك الإجابة وهي طاهرة والصلاة وشروطها، إلا أن تكون ذمية فليس له جبرها على غسل الجنابة والحيض والنفاس عندنا، ويضربها على الخروج من منزله بلا إذن إلا إن احتاجت إلى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتي لها وهو غير عالم، وما لم تقع حاجة إلى الاستفتاء له أن يمنعهما عن الخروج إلى مجلس العلم، وإلا أن يكون أبوها زمناً وليس له من يقوم عليه مؤمناً كان أو كافراً فإن عليها أن تعصي الزوج في المنع، ولو كان له أم شابة تخرج إلى الوليمة والمصيبة أو لغيرهما لا يمنعهما ابنا ما لم يتحقق أن خروجها للفساد فحينئذ يرفع الأمر إلى القاضي، فإن أذن له بالمنع منعها لقيامه مقامه، والله أعلم.

في ذلك فكذلك وكلامه واضح. وقوله (لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط) توضيحه أن الإسقاط إنما يكون في القائم لأن ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعاً لا إسقاطاً فكان بمنزلة العارية، وللمعير أن يرجع متى شاء لما قلنا فكذا هذا، والله تعالى أعلم.