(وأما) بيان مايفسدها وبيان حكمها اذا فسدت فالذى يفسدها الجماع لكن عند وجود شرط كونه مفسدا وذلك شيآن أحدهما الجماع فى الفرج لما ذكرنا فى الحج والثانى أن يكون قبل الطواف كله أو أكثره وهو أربعة أشواط لان ركنها الطواف فالجماع حصل قبل أداء الركن فيفسدها كما لو حصل قبل الوقوف بعرفة فى الحج واذا فسدت يمضى فيها ويقضيها وعليه شاة لاجل الفساد عندنا وقال الشافعى بدنة كما فى الحج فان جامع بعد ماطاف أربعة أشواط أو بعد ماطاف الطواف كله قبل السعى أو بعد الطواف والسعى قبل الحلق لاتفسد عمرته لان الجماع حصل بعد أداء الركن وعليه دم لحصول الجماع فى الاحرام وان جامع بعد الحلق لاشئ عليه لخروجه عن الاحرام بالحلق فان جامع ثم جامع فهو على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرنا فى الحج والله الموفق

﴿ كتاب النكاح ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى أربعة مواضع فى بيان صفة النكاح المشروع وفى بيان ركن النكاح وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم النكاح أما الاول فنقول لا خلاف أن النكاح فرض حالة التوقان حتى ان من تاقت نفسه الى النساء بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم واختلف فيما اذا لم تتق نفسه الى النساء على التفسير الذى ذكرنا قال نفاة القياس مثل داود بن على الاصفهانى وغيره من أصحاب الظواهر انه فرض عين بمنزلة الصوم والصلاة وغيرهما من فروض الاعيان حتى ان من تركه مع القدرة على المهر والنفقة والوطء يأثم وقال الشافعى انه مباح كالبيع والشراء واختلف أصحابنا فيه قال بعضهم انه مندوب ومستحب واليه ذهب من أصحابنا الكرخى وقال بعضهم انه فرض كفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين بمنزلة الجهاد وصلاة الجنازة وقال بعضهم انه واجب ثم القائلون بالوجوب اختلفوا فى كيفية الوجوب قال بعضهم انه واجب على سبيل الكفاية كرد السلام وقال بعضهم انه واجب عينا لكن عملا لا اعتقادا على طريق التعيين كصدقة الفطر والاضحية والوتر احتج أصحاب الظواهر بظواهر النصوص من نحو قوله عز وجل فانكحوا ماطاب لكم من النساء وقوله عز وجل وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وقول النبى صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تكثروا فانى أباهى بكم الامم يوم القيامة أمر الله عز وجل بالنكاح مطلقا والامر المطلق للفرضية والوجوب قطعا الا أن يقوم الدليل بخلافه ولان الامتناع من الزنا واجب ولا يتوصل اليه الا بالنكاح ومالا يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا واحتج الشافعى بقوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم أخبر عن احلال النكاح والمحلل والمباح من الاسماء المترافة ولانه قال وأحل لكم ولفظ لكم يستعمل فى المباحات ولان النكاح سبب يتوصل به الى قضاء الشهوة فيكون مباحا كشراء الجارية للتسرى بها وهذا لان قضاء الشهوة ايصال النفع الى نفسه وليس يجب على الانسان ايصال النفع الى نفسه بل هو مباح فى الاصل كالاكل والشرب واذا كان مباحا لا يكون واجبا لما بينهما من التنافى والدليل على أن النكاح ليس بواجب قوله تعالى وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين وهذا خرج مخرج المدح ليحيى عليه الصلاة والسلام بكونه حصورا والحصور الذى لا يأتى النساء مع القدرة ولو كان واجبا لما استحق المدح بتركه لان ترك الواجب لان يذم عليه أولى من أن يمدح واحتج من قال من أصحابنا انه مندوب اليه ومستحب بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فليصم فان الصوم له وجاء أقام الصوم مقام النكاح والصوم ليس بواجب فدل أن النكاح ليس بواجب أيضا لان غير الواجب لا يقوم مقام الواجب ولان فى الصحابة رضى الله عنهم من لم تكن له زوجة ورسول الله صلى الله عليه وسلم علم منه بذلك ولم ينكر عليه فدل أنه ليس بواجب ومن قال منهم انه

فرض

فرض أو واجب على سبيل الكفاية احتج بالاوامر الواردة فى باب النكاح والامر المطلق للفرضية والوجوب قطعا والنكاح لا يحتمل ذلك على طريق التعيين لان كل واحد من آحاد الناس لو تركه لا يأثم فيحمل على الفرضية والوجوب على طريق الكفاية فاشبه الجهاد وصلاة الجنازة ورد السلام ومن قال منهم انه واجب عينا لكن عملا لا اعتقادا على طريق التعيين يقول صيغة الامر المطلقة عن القرينة تحتمل الفرضية وتحتمل الندب لان الامر دعاء وطلب ومعنى الدعاء والطلب موجود فى كل واحد منهما فيؤتى بالفعل لا محالة وهو تفسير وجوب العمل ويعتقد على الابهام على أن ما أراد الله تعالى بالصيغة من الوجوب القطعى أو الندب فهو حق لانه ان كان واجبا عند الله فخرج عن العهدة بالفعل فيأمن الضرر وان كان مندوبا يحصل له الثواب فكان القول بالوجوب على هذا الوجه أخذا بالثقة والاحتياط واحترازا عن الضرر بالقدر الممكن وانه واجب شرعا وعقلا وعلى هذا الاصل بنى أصحابنا من قال منهم ان النكاح فرض أو واجب لان الاشتغال به مع أداء الفرائض والسنن أولى من التخلى لنوافل العبادات مع ترك النكاح وهو قول أصحاب الظواهر لان الاشتغال بالفرض والواجب كيف ما كان أولى من الاشتغال بالتطوع ومن قال منهم انه مندوب ومستحب فانه يرجحه على النوافل من وجوه أحدها انه سنة قال النبى صلى الله عليه وسلم النكاح سنتى والسنن مقدمة على النوافل بالاجماع ولانه أوعد على ترك السنة بقوله فمن رغب عن سنتى فليس منى ولا وعيد على ترك النوافل والثانى انه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم واظب عليه أى داوم وثبت عليه بحيث لم يخل عنه بل كان يزيد عليه حتى تزوج عددا مما أبيح له من النساء ولو كان التخلى للنوافل أفضل لما فعل لان الظاهر أن الانبياء عليهم الصلاة والسلام لا يتركون الافضل فيما له حد معلوم لان ترك الافضل فيما له حد معلوم عد زلة منهم واذا ثبت أفضلية النكاح فى حق النبى صلى الله عليه وسلم ثبت فى حق الامة لان الاصل فى الشرائع هو العموم والخصوص بدليل والثالث انه سبب يتوصل به الى مقصود هو مفضل على النوافل لانه سبب لصيانة النفس عن الفاحشة وسبب لصيانة نفسها عن الهلاك بالنفقة والسكنى واللباس لعجزها عن الكسب وسبب لحصول الولد الموحد وكل واحد من هذه المقاصد مفضل على النوافل فكذا السبب الموصل اليه كالجهاد والقضاء وعند الشافعى التخلى أولى وتخريج المسئلة على أصله ظاهر لان النوافل مندوب اليها فكانت مقدمة على المباح وما ذكره من دلائل الاباحة والحل فنحن نقول بموجبها ان النكاح مباح وحلال فى نفسه لكنه واجب لغيره أو مندوب ومستحب لغيره من حيث انه صيانة للنفس من الزنا ونحو ذلك على ما بينا ويجوز أن يكون الفعل الواحد حلالا بجهة واجبا أو مندوبا اليه بجهة اذ لا تنافى عند اختلاف الجهتين وأما قوله عز وجل وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين فاحتمل أن التخلى للنوافل كان أفضل من النكاح فى شريعته ثم نسخ ذلك فى شريعتنا بما ذكرنا من الدلائل والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما ركن النكاح فهو الايجاب والقبول وذلك بألفاظ مخصوصة أو ما يقوم مقام اللفظ فيقع الكلام فى هذا الفصل فى أربعة مواضع أحدها فى بيان اللفظ الذى ينعقد النكاح بمجرده والثانى فى بيان صيغة ذلك اللفظ والثالث فى بيان أن النكاح هل ينعقد بعاقد واحد أو لا ينعقد الا بعاقدين والرابع فى بيان صفة الايجاب والقبول أما بيان اللفظ الذى ينعقد به النكاح بمجرده فنقول وبالله التوفيق لا خلاف أن النكاح ينعقد بلفظ الانكاح والتزويج وهل ينعقد بلفظ البيع والهبة والصدقة والتمليك قال أصحابنا رحمهم الله ينعقد وقال الشافعى لا ينعقد الا بلفظ الانكاح والتزويج واحتج بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال اتقوا الله فى النساء فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمته التى أحل بها الفروج فى كتابه الكريم لفظ الانكاح والتزويج فقط قال الله تعالى وأنكحوا الايامى منكم وقال سبحانه وتعالى

زوجناكها ولان الحكم الاصلي للنكاح هو الازدواج والملك يثبت وسيلة اليه فوجب اختصاصه بلفظ يدل على الازدواج وهو لفظ التزويج والانكاح لا غير ولنا أنه انعقد نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة فينعقد به نكاح أمته ودلالة الوصف قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك معطوفا على قوله يا أيها النبي انا أحللنا لك أزواجك أخبر الله تعالى ان المرأة المؤمنة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم عند استنكاحه اياها حلال له وما كان مشروعا في حق النبي صلى الله عليه وسلم يكون مشروعا في حق أمته هو الاصل حتى يقوم دليل الخصوص فان قيل قد قام دليل الخصوص ههنا وهو قوله تعالى خالصة لك من دون المؤمنين فالجواب أن المراد منه خالصة لك من دون المؤمنين بغير أجر فالخلوص يرجع الى الاجر لا الى لفظ الهبة لوجوه أحدها ذكره عقيبه وهو قوله عز وجل قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم فدل أن خلوص تلك المرأة له كان بالنكاح بلا فرض منه والثاني أنه قال تعالى لئلا يكون عليك حرج ومعلوم أنه لا حرج كان يلحقه في نفس العبارة وانما الحرج في اعطاء البدل والثالث أن هذا خرج مخرج الامتنان عليه وعلى أمته في لفظ الهبة ليست تلك في لفظة التزويج فدل أن المنة فيما صارت له بلا مهر فانصرف الخلوص اليه ولان الانعقاد بلفظ النكاح والتزويج لكونه لفظا موضوعا لحكم أصل النكاح شرعا وهو الازدواج وانه لم يشرع بدون الملك فاذا أتى به يثبت الازدواج باللفظ ويثبت الملك الذي يلازمه شرعا ولفظ التمليك موضوع لحكم آخر أصلي للنكاح وهو الملك وانه غير مشروع في النكاح بدون الازدواج فاذا أتى به وجب أن يثبت به الملك ويثبت الازدواج الذي يلازمه شرعا استدلالا لاحد اللفظين بالآخر وهذا لانهما حكمان متلازمان شرعا ولم يشرع أحدهما بدون الآخر فاذا ثبت أحدهما ثبت الآخر ضرورة ويكون الرضا بأحدهما رضا بالآخر وأما الحديث فنقول بموجبه لكن لم قلتم ان استحلال الفروج بهذه الالفاظ استحلال بغير كلمة الله فيرجع الكلام الى تفسير الكلمة المذكورة فنقول كلمة الله تعالى تحتمل حكم الله عز وجل كقوله تعالى ولولا كلمة سبقت من ربك فلم قلتم بأن جواز النكاح بهذه الالفاظ ليس حكم الله تعالى والدليل على أنه حكم الله تعالى ما ذكرنا من الدلائل مع ما أن كل لفظ جعل علما على حكم شرعي فهو حكم الله تعالى واضافة الكلمة الى الله تعالى باعتبار أن الشارع هو الله تعالى فهو الجاعل اللفظ سببا لثبوت الحكم شرعا فكان كلمة الله تعالى فمن هذا الوجه على الاستحلال بكلمة الله لا بنفي الاستحلال لا بكلمة الله تعالى فكان مسكوتا عنه فلا يصح الاحتجاج به ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة عند عامة مشايخنا والاصل عندهم أن النكاح لا ينعقد الا بلفظ موضوع لتمليك العين هكذا روى ابن رستم عن محمد أنه قال كل لفظ يكون في اللغة تمليكا للرقبة فهو في الحرة نكاح وحكى عن الكرخي أنه ينعقد بلفظ الاجارة لقوله تعالى فآتوهن أجورهن سمى الله تعالى المهر أجرا ولا أجر الا بالاجارة فلو لم تكن الاجارة نكاحا لم يكن المهر أجرا (وجه) قول العامة ان الاجارة عقد موقت بدليل أن التأبيد يبطلها والنكاح عقد مؤبد بدليل أن التوقيت يبطله وانعقادا لعقد بلفظ يتضمن المنع من الانعقاد ممتنع ولان الاجارة تمليك المنفعة ومنافع البضع في حكم الاجزاء والاعيان فكيف يثبت ملك العين بتمليك المنفعة ولا ينعقد بلفظ الاعارة لان الاعارة ان كانت اباحة المنفعة فالنكاح لا ينعقد بلفظ الاباحة لانعدام معنى التمليك أصلا وان كانت تمليك المتعة فالنكاح لا ينعقد الا بلفظ موضوع لتمليك الرقبة ولم يوجد واختلف المشايخ في لفظ القرض قال بعضهم لا ينعقد لانه في معنى الاعارة وقال بعضهم ينعقد لانه يثبت به الملك في العين لان المستقرض يصير ملكا للمستقرض وكذا اختلفوا في لفظ السلم قال بعضهم لا ينعقد لان السلم في الحيوان لا يصح وقال بعضهم ينعقد لانه يثبت به ملك الرقبة والسلم في الحيوان ينعقد عندنا حتى لو اتصل به القبض يعد الملك ملكا فاسدا لكن ليس كل ما يفسد البيع يفسد النكاح واختلفوا أيضا في لفظ الصرف قال بعضهم لا ينعقد به لانه وضع لاثبات الملك في

الدراهم والدنانير التي لا تتعين بالتعيين والمعقود عليه ههنا يتعين بالتعيين وقال بعضهم ينعقد لانه يثبت به ملك العين في الجملة وأما لفظ الوصية فلا ينعقد به عند عامة مشايخنا لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والنكاح المضاف الى زمان في المستقبل لا يصح وحكى عن الطحاوي انه ينعقد لانه يثبت به ملك الرقبة في الجملة وحكى أبو عبد الله البصري عن الكرخي ان قيد الوصية بالحال بأن قال أوصيت لك بابنتي هذه الآن ينعقد لانه اذا قيده بالحال صار مجازا عن التمليك ولا ينعقد بلفظ الاحلال والاباحة لانه لا يدل على الملك أصلا ألا ترى أن المباح له الطعام يتناوله على حكم ملك المبيح حتى كان له حق الحجر والمنع ولا ينعقد بلفظ المتعة لانه لم يوضع للتمليك ولان المتعة عقد مفسوخ لما نبين ان شاء الله في موضعه ولو أضاف الهبة الى الامة بأن قال رجل وهبت أمتي هذه منك فان كان الحال يدل على النكاح من احضار الشهود وتسمية المهر مؤجلا ومعجلا ونحو ذلك ينصرف الى النكاح وان لم يكن الحال دليلا على النكاح فان نوى النكاح فصدقه الموهوب له فكذلك وينصرف الى النكاح بقرينة النية وان لم ينو ينصرف الى ملك الرقبة والله عز وجل اعلم ثم النكاح كما ينعقد بهذه الالفاظ بطريق الاصالة ينعقد بها بطريق النيابة بالوكالة والرسالة لان تصرف الوكيل كتصرف الموكل وكلام الرسول كلام المرسل والاصل في جواز الوكالة في باب النكاح ما روي أن النجاشي زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم حبيبة رضي الله عنها فلا يخلو ذلك اما ان فعله بأمر النبي صلى الله عليه وسلم أولا بأمره فان فعله بأمره فهو وكيله وان فعله بغير أمره فقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم عقده والاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وكما ينعقد النكاح بالعبارة ينعقد بالاشارة من الاخرس اذا كانت اشارته معلومة وينعقد بالكتابة لان الكتاب من الغائب خطابه والله تعالى أعلم وأما بيان صيغة اللفظ الذي ينعقد به النكاح فنقول لا خلاف في أن النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي كقوله زوجت وتزوجت وما يجري مجراه واما بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل كما اذا قال رجل لرجل زوجني بنتك أو قال جئتك خاطبا ابنتك أو قال جئتك لتزوجني بنتك فقال الاب قد زوجتك أو قال لامرأة أتزوجك على ألف درهم فقالت قد تزوجتك على ذلك أو قال لها زوجيني أو انكحيني نفسك فقالت زوجتك أو أنكحت ينعقد استحسانا والقياس أن لا ينعقد لان لفظ الاستقبال عدة والامر من فروع الاستقبال فلم يوجد الاستقبال فلم يوجد الايجاب الا أنهم تركوا القياس لما روي أن بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم من الانصار فأبوا أن يزوجوه فقال لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب اليكم لما خطبت فقالوا له ملكت ولم ينقل ان بلالا أعاد القول ولو فعل لنقل ولان الظاهر انه أراد الايجاب لان المساومة لا تتحقق في النكاح عادة فكان محمولا على الايجاب بخلاف البيع فان السوم معتاد فيه فيحمل اللفظ عليه فلا بد من لفظ آخر يتأدى به الايجاب والله الموفق وأما بيان ان النكاح هل ينعقد بعاقد واحد أو لا ينعقد الا بعاقدين فقد اختلف في هذا الفصل قال أصحابنا ينعقد بعاقد واحد اذا كانت له ولاية من الجانبين سواء كانت ولايته أصلية كالولاية الثابتة بالملك والقرابة أو دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة بأن كان العاقد مالكا من الجانبين كالمولى اذا زوج أمته من عبده أو كان وليا من الجانبين كالجد اذا زوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة والاخ اذا زوج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير أو كان أصيلا ووليا كابن العم اذا زوج بنت عمه من نفسه أو كان وكيلا من الجانبين أو رسولا من الجانبين أو كان وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر او وكلت امرأة رجلا ليتزوجها من نفسه أو وكل رجل امرأة لتزوج نفسها منه وهذا مذهب أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا ينعقد النكاح بعاقد واحد أصلا وقال الشافعي لا ينعقد الا اذا كان وليا من الجانبين ولقب المسئلة أن الواحد هل يجوز أن يقوم بالنكاح من الجانبين أم لا (وجه) قول زفر والشافعي أن ركن النكاح اسم لشطرين مختلفين وهو الايجاب والقبول فلا يقوم الا بعاقدين كشطري البيع الا أن الشافعي يقول في

الولى ضرورة لان النكاح لاينعقد بلا ولى فاذا كان الولى متعينا فلو لم يجز نكاح المولية لامتنع نكاحها أصلا وهذا لايجوز وهذه الضرورة منعدمة فى الوكيل ونحوه ولنا قوله تعالى ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لاتؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن قيل نزلت هذه الآية فى يتيمة فى حجر وليها وهى ذات مال (ووجه) الاستدلال بالآية الكريمة ان قوله تعالى لاتؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن خرج مخرج العتاب فيدل على أن الولى يقوم بنكاح وليته وحده اذ لو لم يقم وحده به لم يكن للعتاب معنى لما فيه من الحاق العتاب بأمر لايتحقق وقوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم أمر سبحانه وتعالى بالانكاح مطلقا من غير فصل بين الانكاح من غيره أو من نفسه ولان الوكيل فى باب النكاح ليس بعاقد بل هو سفير عن العاقد ومعبر عنه بدليل أن حقوق النكاح والعقد لاترجع الى الوكيل واذا كان معبرا عنه وله ولاية على الزوجين فكانت عبارته كعبارة الموكل فصار كلامه ككلام شخصين فيعتبر ايجابه كلاما للمرأة كانها قالت زوجت نفسى من فلان وقبوله كلاما للزوج كانه قال قبلت فيقوم العقد باثنين حكما والثابت بالحكم ملحق بالثابت حقيقة وأما البيع فالواحد فيه اذا كان وليا يقوم بطرفى العقد كالاب يشترى مال الصغير لنفسه أو يبيع مال نفسه من الصغير أو يبيع مال ابنه الصغير من ابنه الصغير أو يشترى الا أنه اذا كان وكيلا لايقوم بهما لان حقوق العقد مقتصرة على العاقد فلا يصير كلام العاقد كلام الشخصين ولان حقوق البيع اذا كانت مقتصرة على العاقد والبيع أحكام متضادة من التسليم والقبض والمطالبة فلو تولى طرفى العقد لصار الشخص الواحد مطالبا ومطلوبا وموسلما ومتسلما وهذا ممتنع والله عز وجل اعلم (وأما) صفة الايجاب والقبول فهى أن لايكون أحدهما لازما قبل وجود الآخر حتى لو وجد الايجاب من أحد المتعاقدين كان له أن يرجع قبل قبول الآخر كما فى البيع لانهما جميعا ركن واحد فكان أحدهما بعض الركن والمركب من شيئين لاوجود له بأحدهما

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط الجواز والنفاذ وبعضها شرط اللزوم (أما) شرط الانعقاد فنوعان نوع يرجع الى العاقد ونوع يرجع الى مكان العقد بالفعل فلا ينعقد نكاح المجنون والصبى الذى لايعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرف فأما البلوغ فشرط النفاذ عندنا لاشرط الانعقاد على ماتذكر ان شاء الله تعالى وأما تعذر العاقد فليس بشرط لانعقاد النكاح خلافا لزفر على ماسر (وأما) الذى يرجع الى مكان العقد فهو اتحاد المجلس اذا كان العاقدان حاضرين وهو أن يكون الايجاب والقبول فى مجلس واحد حتى لو اختلف المجلس لاينعقد النكاح بأن كانا حاضرين فأوجب أحدهما فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس لاينعقد لان انعقاده عبارة عن ارتباط أحد الشطرين بالآخر فكان القياس وجودهما فى مكان واحدا لان اعتبار ذلك يؤدى الى سد باب العقود فجعل المجلس جامعا للشطرين حكما مع تفرقهما حقيقة للضرورة والضرورة تندفع عند اتحاد المجلس فاذا اختلف تفرق الشطران حقيقة وحكما فلا ينتظم الركن (وأما) الفور فليس من شرائط الانعقاد عندنا وعند الشافعى هو شرط والمسئلة ستأتى فى كتاب البيوع ونذكر الفرق هناك وعلى هذا يخرج ما اذا تناكحا وهما يمشيان أو يسيران على الدابة وهو على التفصيل الذى نذكر ان شاء الله تعالى فى كتاب البيوع ونذكر الفرق هناك بين المشى والسير على الدابة وبين جريان السفينة هذا اذا كان العاقدان حاضرين فأما اذا كان أحدهما غائبا لم ينعقد حتى لو قالت امرأة بحضرة شاهدين زوجت نفسى من فلان وهو غائب فبلغه الخبر فقال قبلت أو قال رجل بحضرة شاهدين تزوجت فلانة وهى غائبة فبلغها الخبر فقالت زوجت نفسى منه لم يجز وان كان القبول بحضرة ذينك الشاهدين وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ينعقد ويتوقف على اجازة الغائب (ووجه) قول أبى يوسف ان كلام الواحد يصلح أن يكون عقدا فى

باب النكاح لان الواحد فى هذا الباب يقوم بالعقد من الجانبين وكما لو كان مالكا من الجانبين أو وليا أو وكيلا فكان كلامه عقدا لاشطرا فكان محتملا للتوقف كما فى الخلع والطلاق والاعتاق على مال (وجه) قولهما ان هذا شطر العقد حقيقة لا كله لانه لا يملك كله لانعدام الولاية وشطر العقد لا يقف على غائب عن المجلس كالبيع وهذا لان الشطر لا يحتمل التوقف حقيقة لان التوقف فى الاصل على خلاف الحقيقة لصدوره عن الولاء على الجانبين فيصير كلامه بمنزلة كلامين وشخصه كشخصين حكما فاذا انعدمت الولاية ولا ضرورة الى تعيين الحقيقة فلا يقف بخلاف الخلع لانه من جانب الزوج يمين لانه تعليق الطلاق بقبول المرأة وانه يمين فكان عقدا تاما ومن جانب المرأة معاوضة فلا يحتمل التوقف كالبيع وكذلك الطلاق والاعتاق على مال ولو أرسل اليها رسولا وكتب اليها بذلك كتابا فقبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب جاز ذلك لاتحاد المجلس من حيث المعنى لان كلام الرسول كلام المرسل لانه ينقل عبارة المرسل وكذا الكتاب بمنزلة الخطاب من الكاتب فكان سماع قول الرسول وقراءة الكتاب سماع قول المرسل وكلام الكاتب معنى وان لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب لا يجوز عندهما وعند أبى يوسف اذا قالت زوجت نفسى يجوز وان لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب بناء على ان قولها زوجت نفسى شطر العقد عندهما والشهادة فى شطرى العقد شرط لانه يصير عقدا بالشطرين فاذا لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب فلم توجد الشهادة على العقد وقول الزوج بانفراده عقد عنده وقد حضر الشاهدان وعلى هذا الخلاف الفضولى الواحد من الجانبين بأن قال الرجل زوجت فلانة من فلان وهما غائبان لم ينعقد عندهما حتى لو بلغهما الخبر فأجازا لم يجز وعنده ينعقد ويجوز بالاجازة ولو قال فضولى زوجت فلانة من فلان وهما غائبان فقبل فضولى آخر عن الزوج ينعقد بلا خلاف بين أصحابنا حتى اذا بلغهما الخبر وأجازا جاز ولو فسخ الفضولى العقد قبل اجازة من وقف العقد على اجازته صح الفسخ فى قول أبى يوسف وعند محمد لا يصح (وجه) قوله انه بالفسخ متصرف فى حق غيره فلا يصح ودلالة ذلك ان العقد قد انعقد فى حق المتعاقدين وتعلق به حق من توقف على اجازته لان الحكم عند الاجازة ثبت بالعقد السابق فكان هو بالفسخ متصرفا فى محل تعلق به حق الغير فلا يصح فسخه بخلاف الفضولى اذا باع ثم فسخ قبل اتصال الاجازة به انه يجوز لان الفسخ هناك تصرف دفع الحقوق عن نفسه لانه عند الاجازة تتعلق حقوق العقد بالوكيل فكان هو بالفسخ دافعا الحقوق عن نفسه فيصح كالمالك اذا أوجب النكاح أو البيع أنه يملك الرجوع قبل قبول الآخر لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبى يوسف ان العقد قبل الاجازة غير منعقد فى حق الحكم وانما انعقد فى حق المتعاقدين فقط فكان الفسخ منه قبل الاجازة تصرفا فى كلام نفسه بالنقض فجاز كما فى البيع

﴿ فصل ﴾ وأما بيان شرائط الجواز والنفاذ فأنواع منها أن يكون العاقد بالغا فان نكاح الصبى العاقل وان كان منعقدا على أصل أصحابنا فهو غير نافذ بل نفاذه يتوقف على اجازة وليه لان نفاذ التصرف لاشتماله على وجه المصلحة والصبى لقلة تأمله لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على ذلك فلا ينفذ تصرفه بل يتوقف على اجازة وليه فلا يتوقف على بلوغه حتى لو بلغ قبل أن يجيزه الولى لا ينفذ بالبلوغ لان العقد انعقد موقوفا على اجازة الولى ورضاه لسقوط اعتبار رضا الصبى شرعا وبالبلوغ زالت ولاية الولى فلا ينفذ ما لم يجزه بنفسه وعند الشافعى لا تنعقد تصرفات الصبى أصلا بل هى باطلة وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب المأذون ومنها أن يكون حرا فلا يجوز نكاح مملوك بالغ عاقل الا باذن سيده والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر والكلام فى هذا الشرط يقع فى مواضع فى بيان ان اذن المولى شرط جواز نكاح المملوك لا يجوز من غير اذنه أو اجازته وفى بيان ما يكون اجازة له وفى بيان ما يملكه من النكاح بعد الاذن وفى بيان حكم المهر فى نكاح المملوك

أما الاول فلا يجوز نكاح مملوك بغير اذن مولاه وان كان عاقلا بالغا سواء كان قنا أو مدبرا أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة أو مكاتبا اما القن فان كان أمة فلا يجوز نكاحها بغير اذن سيدها بلا خلاف لان منافع البضع مملوكة لسيدها ولا يجوز التصرف فى ملك الغير بغير اذنه وكذلك المدبرة وأم الولد لما قلنا وكذا المكاتبة لانها ملك المولى رقبة وملك المتعة يتبع ملك الرقبة الا أنه منع من الاستمتاع بها لزوال ملك اليد وفى الاستمتاع اثبات ملك اليد ولان من الجائز انها تعجز فترد الى الرق فتعود قنة كما كانت فتبين ان نكاحها صادف المولى فلا يصح وان كان عبدا فلا يجوز نكاحه أيضا عند عامة العلماء وقال مالك يجوز (وجه) قوله ان منافع بضع العبد لا تدخل تحت ملك المولى فكان المولى فيها على أصل الحرية والمولى أجنبى عنها فيملك النكاح كالحر بخلاف الامة لان منافع بضعها ملك المولى فمنعت من التصرف بغير اذنه ولنا أن العبد بجميع أجزائه ملك المولى لقوله تعالى ضرب لكم مثلا من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء أخبر سبحانه وتعالى ان العبيد ليسوا شركاء فيما رزق السادات ولا هم بسواء فى ذلك ومعلوم أنه ما أراد به نفى الشركة فى المنافع لاشتراكهم فيها دل أنه أراد به حقيقة الملك ولقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ والعبد اسم لجميع أجزائه ولان سبب الملك أضيف الى كله فيثبت الملك فى كله الا أنه منع من الانتفاع ببعض أجزائه بنفسه وهذا لا يمنع ثبوت الملك له كالامة المجوسية وغير ذلك وكذلك المأذون فى التجارة لانه عبد مملوك ولانه كان محجورا قبل الاذن بالتجارة والنكاح ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال والدليل عليه أن المرأة اذا زوجت نفسها على عبد تنوى أن يكون العبد للتجارة لم يكن للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لكان بدل البضع للتجارة كالبيع فكان هو بالنكاح متصرفا فى ملك مولاه فلا يجوز كما لا يجوز نكاح الامة والدليل عليه قوله تعالى لا يقدر على شئ وصف العبد المملوك بأنه لا يقدر على شئ ومعلوم انه انما أراد به القدرة الحقيقية لانها ثابتة له فتعين القدرة الشرعية وهى اذن الشرع واطلاقه فكان نفى القدرة الشرعية نفيا للاذن والاطلاق ولا يجوز اثبات التصرف الشرعى بغير اذن الشرع وكذلك المدبر لانه عبد مملوك وكذلك المكاتب لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه كان محجورا عن التزوج قبل الكتابة وعند الكتابة ما أفاد له الا الاذن بالتجارة والنكاح ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال والدليل عليه ان المرأة اذا زوجت نفسها على عبد تنوى ان العبد يكون للتجارة لم يكن للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لكان بدل البضع للتجارة كالبيع وأما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند أبى حنيفة لانه بمنزلة المكاتب عنده وعند أبى يوسف ومحمد يجوز لانه بمنزلة حر عليه دين عندهما ولو تزوج بغير اذن المولى واحد ممن ذكرنا أنه لا يجوز تزويجه الا باذن المولى ثم ان أجاز المولى النكاح جاز لان العقد صدر من الاهل فى المحل الا أنه امتنع النفاذ لحق المولى فاذا أجاز فقد زال المانع ولا يجوز للعبد أن يتسرى وان أذن له مولاه لان حل الوطء لا يثبت الا بأحد الملكين قال الله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ولم يوجد أحدهما وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يتسرى العبد ولا يسريه مولاه ولا يملك العبد ولا المكاتب شيأ الا الطلاق وهذا نص وأما بيان ما يكون اجازة فالاجازة قد تثبت بالنص وقد تثبت بالدلالة وقد تثبت بالضرورة أما النص فهو الصريح بالاجازة وما يجرى مجراها نحو أن يقول أجزت أو رضيت أو أذنت ونحو ذلك وأما الدلالة فهى قول أو فعل يدل على الاجازة مثل أن يقول المولى اذا أخبر بالنكاح حسن أو صواب أو لا بأس به ونحو ذلك أو يسوق الى المرأة المهر أو شيأ منه فى نكاح العبد ونحو ذلك مما يدل على الرضا ولو قال له المولى طلقها أو فارقها لم يكن اجازة لان قوله طلقها أو فارقها يحتمل حقيقة الطلاق والمفارقة ويحتمل المتاركة لان النكاح الفاسد والنكاح الموقوف يسمى طلاقا ومفارقة

فوقع الشك والاحتمال فى ثبوت الاجازة فلا يثبت بالشك والاحتمال ولو قال له طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو اجازة لارتفاع الترداد اذ لا رجعة فى المتاركة للنكاح الموقوف وفسخه وأما الضرورة فنحو ان يعتق المولى العبد أو الامة فيكون الاعتاق اجازة ولو أذن بالنكاح لم يكن الاذن بالنكاح اجازة ووجه الفرق بينهما من وجهين أحدهما انه لو لم يجعل الاعتاق اجازة لكان لا يخلو اما أن يبطل بالنكاح الموقوف واما أن يبقى موقوفا على الاجازة ولا سبيل الى الاول لان النكاح صدر من الاهل فى المحل فلا يبطل الا بابطال من له ولاية الابطال ولا سبيل الى الثانى لانه لو بقى موقوفا على الاجازة فاما ان بقى موقوفا على اجازة المولى أو على اجازة العبد لا وجه للاول لان ولاية الاجازة لا تثبت الا بالملك وقد زال بالاعتاق ولا وجه للثانى لان العقد وجد من العبد فكيف يقف عقد الانسان على اجازته واذا بطلت هذه الاقسام وليس ههنا قسم آخر لزم أن يجعل الاعتاق اجازة ضرورة وهذه الضرورة لم توجد فى الاذن بالنكاح وللثانى ان امتناع النفاذ مع صدور التصرف من الاهل فى المحل لقيام حق المولى وهو الملك نظرا له دفعا للضرر عنه وقد زال ملكه بالاعتاق فزال المانع من النفوذ والاذن بالتزوج لا يوجب زوال المانع وهو الملك لكنه بالاذن اقامه مقام نفسه فى النكاح كانه هو ثم ثبوت ولاية الاجازة له لم تكن اجازة مالم يجز فكذا العبد ثم اذا لم يكن نفس الاذن من المولى بالنكاح اجازة لذلك العقد فان أجازه العبد جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وان أجازه ووجه القياس انه مأذون بالعقد والاجازة مع العقد متغايران اسما وصورة وشرطا أما الاسم والصورة فلا شك فى تغايرهما وأما الشرط فان محل العقد عليه ومحل الاجازة نفس العقد وكذا الشهادة شرط العقد لا شرط الاجازة والاذن بأحد المتغايرين لا يكون اذنا بالآخر ووجه الاستحسان ان العبد أتى ببعض ما هو مأذون فيه فكان متصرفا عن اذن فيجوز تصرفه ودلالة ذلك ان المولى اذن له بعقد نافذ فكان مأذونا بتحصيل أصل العقد ووصفه وهو النفاذ وقد حصل النفاذ فيحصل ولهذا لو زوج فضولى هذا العبد امرأة بغير اذن المولى فأجاز العبد نفذ العقد دل ان تنفيذ العقد بالاجازة مأذون فيه من قبل المولى فينفذ باجازته ثم اذا نفذ النكاح بالاعتاق وهى أمة فلا خيار لها لان النكاح نفذ بعد العتق فالاعتاق لم يصادفها وهى منكوحة والمهر لها ان لم يكن الزوج دخل بها قبل الاعتاق وان كان قد دخل بها قبل الاعتاق فالمهر للمولى هذا اذا أعتقها وهى كبيرة فأما اذا كانت صغيرة فأعتقها فان الاعتاق لا يكون اجازة ويبطل العقد عند زفر وعندنا يبقى موقوفا على اجازة المولى اذا لم يكن لها عصبة فان كان لها عصبة يتوقف على اجازة العصبة ويجوز باجازة العصبة ثم ان كان المجيز غير الاب أو الجد فلها خيار الادراك لان العقد نفذ عليها فى حالة الصغر وهى حرة وان كان المجيز أبوها أو جدها فلا خيار لها ولو مات المولى قبل الاجازة فان ورثها من يحل له وطؤها بطل النكاح الموقوف لان الحل الناقد قد طرأ على الموقوف لوجود سبب الحل وهو الملك قال الله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ومن ضرورة ثبوت الحل له ارتفاع الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطؤها بأن كان الوارث ابن الميت وقد وطئها أبوه أو كانت الامة أخته من الرضاع أو ورثها جماعة فللوارث الاجازة لانه لم يوجد طريان الحل فبقى الموقوف على حاله وكذلك اذا باعها المولى قبل الاجازة فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الوارث وعلى هذا قالوا فيمن تزوج جارية غيره بغير اذنه ووطئها ثم باعها المولى من رجل ان للمشترى الاجازة لان وطء الزوج يمنع حل الوطء للمشترى وأما العبد اذا تزوج بغير اذن المولى فمات المولى أو باعه قبل الاجازة فللوارث والمشترى الاجازة لانه لا يتصور حل الوطء ههنا فلم يوجد طريان حل الوطء فبقى الموقوف بحاله وهذا الذى ذكرنا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز باجازة الوارث والمشترى بل يبطل والاصل فيه ان العقد الموقوف على اجازة انسان يحتمل الاجازة من قبل غيره عندنا وعنده لا يحتمل ووجه قوله ان الاجازة انما تلحق الموقوف لانها تنفيذ الموقوف فانما تلحقه على الوجه الذى وقف وانما وقف على الاول لا على الثانى فلا يملك الثانى تنفيذه

(ولنا) أنه انما وقف على اجازة الاول لان الملك له وقد صار الملك للثانى فتنتقل الاجازة الى الثانى وهذا لان المالك يملك انشاء النكاح بأصله ووصفه وهو النفاذ فلان يملك تنفيذ النكاح الموقوف وانه اثبات الوصف دون الاصل أولى ولو زوجت المكاتبة نفسها بغير اذن المولى حتى وقف على اجازته فأعتقها نفذ العقد والاخبار فيه كما ذكرنا فى الامة القنة وكذلك اذا أدت فعتقت وان عجزت فان كان بضعها يحل للمولى يبطل العقد وان كان لا يحل بأن كانت أخته من الرضاع أو كانت مجوسية توقف على اجازته ولو كان المولى هو الذى عقد عليها بغير رضاها حتى وقف على اجازتها فأجازت جاز العقد وان أدت فعتقت أو أعتقها المولى توقف العقد على اجازتها ان كانت كبيرة وان كانت صغيرة فهو على ما ذكرنا من الاختلاف فى الامة وتتوقف على اجازة المولى عندنا اذا لم يكن لها عصبة غير المولى فان كان فاجازوا جاز واذا أدركت فلها خيار الادراك اذا كان المجبر غير الاب والجد على ما ذكرنا وان لم يعتقها حتى عجزت بطل العقد وان كان بضعها يحل للمولى وان كان لا يحل له فلا يجوز الا باجازته وأما بيان ما يملكه من النكاح بعد الاذن فنقول اذا أذن المولى للعبد بالتزويج فلا يخلو اما ان خص الاذن بالتزوج أو عمه فان خص بأن قال له تزوج لم يجز له ان يتزوج الا امرأة واحدة لان الامر المطلق بالفعل لا يقتضى التكرار وكذا اذا قال له تزوج امرأة لان قوله امرأة اسم لواحدة من هذا الجنس وان عم بأن قال تزوج ما شئت من النساء جاز له ان يتزوج ثنتين ولا يجوز له ان يتزوج أكثر من ذلك لانه اذن له بنكاح ما شاء من النساء بلفظ الجمع فينصرف الى جميع ما يملكه العبيد من النساء وهو التزوج باثنتين قال النبى صلى الله عليه وسلم لا يتزوج العبد أكثر من اثنتين وعليه اجماع الصحابة رضى الله عنهم وروى عن الحكم أنه قال اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن العبد لا يجمع من النساء فوق اثنتين ولان مالكية النكاح تشعر بكمال الحال لانها من باب الولاية والعبد أنقص حالا من الحر فيظهر أثر النقصان فى عدد المملوك له فى النكاح كما ظهر أثره فى القسم والطلاق والعدة والحدود وغير ذلك وهل يدخل تحت الاذن بالتزوج النكاح الفاسد قال أبو حنيفة يدخل حتى لو تزوج العبد امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها لزمه المهر فى الحال وقال أبو يوسف ومحمد لا يدخل ويتبع بالمهر بعد العتق (وجه) قولهما ان غرض المولى من الاذن بالنكاح وهو حل الاستمتاع ليحصل به عفة العبد عن الزنا وهذا لا يحصل بالنكاح الفاسد لانه لا يفيد الحل فلا يكون مرادا من الاذن بالتزوج ولهذا الوحلف لا يتزوج ينصرف الى النكاح الصحيح حتى لو نكح نكاحا فاسدا لا يحنث كذا هذا ولابى حنيفة ان الاذن بالتزوج مطلق فينصرف الى الصحيح والفاسد كالاذن بالبيع مطلقا وفى مسئلة اليمين انما لم ينصرف لفظ النكاح الى الفاسد لقرينة عرفية الا أن الايمان محمولة على العرف والعادة والمتعارف والمعتاد مما يقصد باليمين الامتناع عن الصحيح لا الفاسد لان فساد المحلوف عليه يكفى مانعا من الاقدام عليه فلا حاجة الى الامتناع باليمين والدليل على صحة هذا التخريج أن يمين الحالف لو كانت على الفعل الماضى ينصرف الى الصحيح والفاسد جميعا ويتفرع على هذا أنه اذا تزوج امرأة نكاحا فاسدا ثم أراد أن يتزوج أخرى نكاحا صحيحا ليس له ذلك عند أبى حنيفة لان الاذن انتهى بالنكاح وعندهما له ذلك لان الاذن قد بقى ولو أذن له بنكاح فاسد نصا ودخل بها يلزمه المهر فى الحال فى قولهم جميعا اما على أصل أبى حنيفة فظاهر واما على أصلهما فلان الصرف الى الصحيح لضرب دلالة أوجبت اليه فاذا جاء النص بخلافه بطلت الدلالة والله عز وجل الموفق وأما بيان حكم المهر فى نكاح المملوك فنقول اذا كانت الاجازة قبل الدخول بالامة لم يكن على الزوج الا مهر واحد وان كان بعد الدخول بها فالقياس ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل الاجازة ومهر بالاجازة (وجه) القياس انه وجد سبب وجوب مهرين أحدهما الدخول لان الدخول فى النكاح الموقوف دخول فى نكاح فاسد وهو بمنزلة الدخول فى نكاح فاسد وذا يوجب المهر كذا هذا والثانى النكاح الصحيح لان النكاح قد صح بالاجازة وللاستحسان وجهان

احدهما

أحدهما أن النكاح كان موقوفا على اذن المالك كنكاح الفضولى والعقد الموقوف اذا اتصلت به الاجازة تستند الاجازة الى وقت العقد واذا استندت الاجازة اليه صار كانه عقده باذنه اذ الاجازة اللاحقة كالاذن السابق فلا يجب الامهر واحد والثانى ان مهر المثل لو وجب لكان لوجوده تعلقا بالعقد لانه لولاه لكان الفعل زنا ولكان الواجب هو الحد لا المهر وقد وجب المسمى بالعقد فلو وجب به مهر المثل أيضا لوجب بعقد واحد مهران وانه ممتنع ثم كل ما وجب من مهر الامة فهو للمولى سواء وجب بالعقد أو بالدخول وسواء كان المهر مسمى أو مهر المثل وسواء كانت الامة قنة أو مدبرة أو أم ولد الا المكاتبة والمعتق بعضها فان المهر لهما لان المهر وجب عوضا عن المتعة وهى منافع البضع ثم ان كانت منافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان فعوضها يكون للمولى كالارش وان كانت مبقاة على حقيقة المنفعة فبدلها يكون للمولى أيضا كالاجرة بخلاف المكاتبة لان هناك الارش والاجرة لها فكان المهر لها أيضا وكل مهر لزم العبد فان كان قنا والنكاح باذن المولى يتعلق بكسبه ورقبته تباع فيه ان لم يكن له كسب عندنا لانه دين ثابت فى حق العبد ظاهر فى حق المولى ومثل هذا الدين يتعلق برقبة العبد على أصل أصحابنا والمسئلة ستأتى فى كتاب المأذون وان كان مدبرا أو مكاتبا فانهما يسعيان فى المهر فيستوفى من كسبهما لتعذر الاستيفاء من رقبتهما بخروجهما عن احتمال البيع بالتدبير والكتابة ومالزم العبيد من ذلك بغير اذن المولى اتبعوا به بعد العتق لانه دين تعلق بسبب لم يظهر فى حق المولى فأشبه الدين الثابت باقرار العبد المحجور انه لا يلزمه للحال ويتبع به بعد العتاق لما قلنا كذا هذا والله أعلم ومنها الولاية فى النكاح فلا ينعقد نكاح من لا ولاية له والكلام فى هذا الشرط يقع فى مواضع فى بيان أنواع الولاية وفى بيانه سبب ثبوت كل نوع وفى بيان شرط ثبوت كل نوع وما يتصل به أما الاول فالولاية فى باب النكاح أنواع أربعة ولاية الملك وولاية القرابة وولاية الولاء وولاية الامامة أما ولاية الملك فسبب ثبوتها الملك لان ولاية الانكاح ولاية نظر والملك داعى الى الشفقة والنظر فى حق المملوك فكان سببا لثبوت الولاية ولا ولاية للمملوك لعدم الملك له اذ هو مملوك فى نفسه فلا يكون مالكا وأما شرائط ثبوت هذه الولاية فمنها عقل المالك ومنها بلوغه فلا يجوز الانكاح من المجنون والصبى الذى لا يعقل ولا من الصبى العاقل لان هؤلاء ليسوا من أهل الولاية لان أهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر فى حق المولى عليه وذلك بكمال الرأى والعقل ولم يوجد ألا ترى انه لا ولاية لهم على أنفسهم فكيف يكون على غيرهم ومنها الملك المطلق وهو أن يكون المولى عليه مملوكا للمالك رقبة ويدا وعلى هذا يخرج انكاح الرجل أمته أو مدبرته أو أم ولده أو عبده أو مدبره انه جائز سواء رضى به المملوك أولا ولا يجوز انكاح المكاتب والمكاتبة الا برضاهما أما انكاح الامة والمدبرة وأم الولد فلا خلاف فى جوازه صغيرة كانت أو كبيرة وأما انكاح العبد فان كان صغيرا يجوز وان كان كبيرا فقد ذكر فى ظاهر الرواية انه يجوز من غير رضاه وروى عن أبى حنيفة أنه لا يجوز الا برضاه وبه أخذ الشافعى (وجه) هذه الرواية ان منافع بضع العبد لم تدخل تحت ملك المولى بل هو أجنبى عنها والانسان لا يملك التصرف فى ملك غيره من غير رضاه ولهذا لا يملك انكاح المكاتب والمكاتبة بخلاف الامة لان منافع بضعها مملوكة للمولى ولان نكاح المكره لا ينفذ مع ما وضع له من المقاصد المطلوبة منه لان حصولها بالدوام على النكاح والقرار عليه ونكاح المكره لا يدوم بل يزيله العبد بالطلاق فلا يفيد فائدة (وجه) ظاهر الرواية قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم أمر الله سبحانه وتعالى الموالى بانكاح العبيد والاماء مطلقا عن شرط الرضا فمن شرطه يحتاج الى الدليل ولان انكاح المملوك من المولى تصرف لنفسه لان مقاصد النكاح ترجع اليه فان الولد فى انكاح الامة له وكذا فى انكاح أمته من عبده ومنفعة العقد عن الزنا الذى يوجب نقصان مالية مملوكه تحصل له أيضا فكان هذا الانكاح تصرفا لنفسه ومن تصرف فى ملك نفسه لنفسه ينفذ

ولا يشترط فيه رضا المتصرف فيه كما في البيع والاجارة وسائر التصرفات ولان العبد ملكه بجميع أجزائه مطلقا لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم ولكل مالك ولاية التصرف في ملكه اذا كان التصرف مصلحة وانكاح العبد مصلحة في حقه لما فيه من صيانة ملكه عن النقصان بواسطة الصيانة عن الزنا وقوله منافع البضع غير مملوكة لسيده ممنوع بل هي مملوكة الا أن مولاها اذا كانت أمة منعت من استيفائها لما فيه من الفساد وهذا لا يمنع ثبوت الملك كالجارية المجوسية والاخت من الرضاعة انه يمنع المولى من الاستمتاع بها مع قيام الملك كذا هذا والملك المطلق لم يوجد في المكاتب لزوال ملك اليد بالكتابة حتى كان أحق بالكتابة ولهذا لم يدخل تحت مطلق اسم المملوك في قوله كل مملوك لي فهو حر الا بالنية فقيام ملك الرقبة ان اقتضى ثبوت الولاية فانعدام ملك اليد يمنع من الثبوت فلا تثبت الولاية بالشك ولان في التزويج من غير رضا المكاتب ضررا لان المولى بعقد الكتابة جعله أحق بمكاسبه ليتوصل بها الى شرف الحرية فالتزويج من غير رضاه يوجب تعلق المهر والنفقة بكسبه فلا يصل الى الحرية فيتضرر به بشرط رضاه دفعا للضرر عنه وقوله لا فائدة في هذا النكاح ممنوع فان في طبع كل فحل التوقان الى النساء فالظاهر هو قضاء الشهوة خصوصا عند عدم المانع وهو الحرمة وكذا الظاهر من حال العبد الامتناع من بعض تصرف المولى احتراما له فيبقى النكاح فيفيد فائدة تامة والله الموفق وأما ولاية القرابة فسبب ثبوتها هو أصل القرابة وذاتها لا كمال القربة وانما الكمال شرط التقدم على ما نذكر وهذا عندنا وعند الشافعي السبب هو القرابة القريبة وهي قرابة الولاد وعلى هذا يبنى أن لغير الاب والجد كالاخ والعم ولاية الانكاح عندنا خلافا له واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر وحقيقة اسم اليتيمة للصغيرة لغة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم نهى صلى الله عليه وسلم عن انكاح اليتيمة ومده الى غاية الاستئمار ولا تصير أهلا للاستئمار الا بعد البلوغ فيتضمن البلوغ كأنه قال صلى الله عليه وسلم حتى تبلغ وتستأمر ولان النكاح عقد اضرارا في جانب النساء لما نذكر ان شاء الله تعالى في مثله أنكاح البنت البالغة ومثل هذا التصرف لا يدخل تحت ولاية المولى كالطلاق والعتاق والهبة وغيرها الا انه تثبت الولاية للاب والجد بالنص والاجماع لكمال شفقتهما وشفقة غير الاب والجد قاصرة وقد ظهر أثر القصور في سلب ولاية التصرف في الحال بالاجماع وسلب ولاية اللزوم عندكم فتعذر الالحاق ولنا قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم هذا خطاب لعامة المؤمنين لانه بني على قوله تعالى وتوبوا الى الله جميعا أيها المؤمنون لعلكم تفلحون ثم خص منه الاجانب فبقيت الاقارب تحته الا من خص بدليل ولان سبب ولاية التنفيذ في الاب والجد هو مطلق القرابة لا القرابة القريبة وانما قرب القرابة سبب زيادة الولاية وهي ولاية الالزام لان مطلق القرابة حاصل على أصل الشفقة أعني به شفقة زائدة على شفقة الجنس وشفقة الاسلام وهي داعية الى تحصيل النظر في حق المولى عليه وشرطها عجز المولى عليه عن تحصيل النظر بنفسه مع حاجته الى التحصيل لان مصالح النكاح مضمنة تحت الكفاءة والكفء عزيز الوجود فيحتاج الى احرازه للحال لاستيفاء مصالح النكاح بعد البلوغ وفائدتها وقوعها وسيلة الى ما وضع النكاح له وكل ذلك موجود في انكاح الاخ والعم فينفذ الا أنه لم يلزم تصرفه لانعدام شرط اللزوم وهو قرب القرابة ولم تثبت له ولاية التصرف في المال لعدم الفائدة لانه لا سبيل الى القول باللزوم لان قرابة غير الاب والجد ليست بملزمة ولا سبيل الى التولي بالنفاذ بدون اللزوم لانه لا يفيد اذ المقصود من التصرف في المال وهو الربح لا يحصل الا بتكرار التجارة ولا يحصل ذلك مع عدم اللزوم لانه اذا اشترى شيأ يحتاج الى أن يمسكه الى وقت البلوغ فلا يحصل المقصود فسقطت ولاية التصرف في المال بطريق الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في ولاية الانكاح فثبتت ولاية الانكاح وأما الحديث فالمراد منه اليتيمة البالغة بدلالة الاستئمار وهذا وان كان مجازا لكن فيما ذكرنا

أيضا اضمار فوقعت المعارضة فسقط الاحتجاج به أو نحمله على ما قلنا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض
ثم اذا زوج الصغير أو الصغيرة فلهما الخيار اذا بلغا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا خيار لهما ونذكر
المسئلة ان شاء الله تعالى في شرائط اللزوم واما شرائط ثبوت هذه الولاية فنوعان في الاصل نوع هو شرط
ثبوت أصل الولاية ونوع هو شرط التقدم أما شرط ثبوت أصل الولاية فأنواع بعضها يرجع الى الولي
وبعضها يرجع الى المولى عليه وبعضها يرجع الى نفس التصرف أما الذي يرجع الى الولي فأنواع منها عقل
الولي ومنها بلوغه فلا تثبت الولاية للمجنون والصبي لانهما ليسا من أهل الولاية لما ذكرنا في ولاية الملك ولهذا
لم تثبت لهما الولاية على أنفسهما مع أنهما أقرب اليهما فلان تثبت على غيرهما أولى ومنها أن يكون ممن يرث
الخروج لان سبب ثبوت الولاية والوراثة واحد وهو القرابة وكل من يرثه يلي عليه ومن لا يرثه لا يلي عليه
وهذا يطرد على أصل أبي حنيفة خاصة وينعكس عند الكل فيخرج عليه مسائل فنقول لا ولاية للملوك على
أحد لانه لا يرث أحدا ولان المملوك ليس من أهل الولاية ألا ترى أنه لا ولاية له على نفسه ولان الولاية تنبئ عن
الملكية والشخص الواحد كيف يكون مالكا ومملوكا في زمان واحد لان هذه ولاية نظر ومصلحة ومصالح
النكاح لا يتوقف عليها الا بالتأمل والتدبر والمملوك لاشتغاله بخدمة مولاه لا يتفرغ للتأمل والتدبر فلا يعرف
كون انكاحه مصلحة والله عز وجل الموفق ولا ولاية للمرتد على أحد لا على مسلم ولا على كافر ولا على
مرتد مثله لانه لا يرث أحدا ولانه لا ولاية له على نفسه حتى لا يجوز نكاحه أحدا مسلما ولا كافرا ولا مرتدا
مثله فلا يكون له ولاية على غيره ولا ولاية للكافر على المسلم لانه لا ميراث بينهما قال النبي صلى الله عليه وسلم
لا يتوارث أهل ملتين شيأ ولان الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم لان الشرع قطع ولاية الكافر على
المسلمين قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وقال صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو
ولا يعلى ولان اثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر باذلال المسلم من جهة الكافر وهذا لا يجوز ولهذا صينت
المسلمة عن نكاح الكافر وكذلك ان كان الولي مسلما والمولى عليه كافرا فلا ولاية له عليه لان المسلم لا يرث
الكافر كما أن الكافر لا يرث المسلم قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن الا أن
ولد المرتد اذا كان مؤمنا صار مخصوصا عن النص وأما اسلام الولي فليس بشرط لثبوت الولاية في الجملة فيلي
الكافر على الكافر لان الكفر لا يقدح في الشفقة الباعثة عن تحصيل النظر في حق المولى عليه ولا في الوراثة فان
الكافر يرث الكافر ولهذا كان من أهل الولاية على نفسه فكذا على غيره وقال عز وجل الذين كفروا بعضهم
أولياء بعض وكذا العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند أصحابنا وللفاسق أن يزوج ابنه وابنته الصغيرين
وعند الشافعي شرط وليس للفاسق ولاية التزويج واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال
لا نكاح الا بولي مرشد والمرشد بمعنى الرشيد كالمصلح بمعنى الصالح والفاسق ليس برشيد ولان الولاية من باب
الكرامة والفسق سبب الاهانة ولهذا لم أقبل شهادته ولنا عموم قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم وقوله صلى
الله عليه وسلم زوجوا بناتكم الاكفاء من غير فصل ولنا اجماع الامة أيضا فان الناس عن آخرهم عامهم
وخاصهم من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد خصوصا
الاعراب والاكراد والاتراك ولان هذه ولاية نظر والفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر ولا في الداعي
اليه وهو الشفقة وكذا لا يقدح في الوراثة فلا يقدح في الولاية كالعدل ولان الفاسق من أهل الولاية على نفسه
فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل ولهذا قبلنا شهادته ولانه من أهل أحد نوعي الولاية وهو ولاية الملك حتى
يزوج أمته فيكون من أهل النوع الآخر وأما الحديث فقد قيل انه لم يثبت بدون هذه الزيادة فكيف يثبت
مع الزيادة ولو ثبت فنقول بموجبه والفاسق مرشد لانه يرشد غيره لوجود آلة الارشاد وهو العقل فكان هذا نفي

الولاية للمجنون وبه تقول ان المجنون لا يصلح وليا والمحدود فى القذف اذا تاب فله ولاية الانكاح بلا خلاف لانه اذا تاب فقد صار عدلا وان لم يثبت فهو على الاختلاف لانه فاسق والله الموفق واما كون المولى من العصبات فهل هو شرط ثبوت الولاية أم لا فنقول وبالله التوفيق جملة الكلام فيه انه لا خلاف فى أن للاب والجد ولاية الانكاح الا شيء يحكى عن عثمان البتى وابن شبرمة انهما قالا ليس لهما ولاية التزويج (وجه) قولهما ان حكم النكاح اذا ثبت لا يقتصر على حال الصغر بل يدوم ويبقى الى ما بعد البلوغ الى أن يوجد ما يبطله وفى هذا ثبوت الولاية على البالغة ولانه استبد أو كانه انشأ الانكاح بعد البلوغ وهذا لا يجوز ولنا قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والايم اسم لانثى من بنات آدم عليه الصلاة والسلام كبيرة كانت أو صغيرة لا زوج لها وكلمة من ان كانت للتبعيض يكون هذا خطابا للآباء وان كانت للتجنيس يكون خطابا بالجنس المؤمنين وعموم الخطاب يتناول الاب والجد وأنكح الصديق رضى الله عنه عائشة رضى الله عنها وهى بنت ست سنين من رسول الله صلى الله عليه وسلم وتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوج على ابنته أم كلثوم وهى صغيرة من عمر بن الخطاب رضى الله عنه وزوج عبد الله بن عمر ابنته وهى صغيرة عروة بن الزبير رضى الله عنهم وبه تبين أن قولهما خرج مخالفا لاجماع الصحابة وكان مردودا وأما قولهما ان حكم النكاح بقى بعد البلوغ فنعم ولكن بالانكاح السابق لا بانكاح مبتدأ بعد البلوغ وهذا جائز كما فى البيع فان لهما ولاية بيع مال الصغير وان كان حكم البيع وهو الملك يبقى بعد البلوغ لما قلنا كذا هذا وللاب قبض صداق ابنته البكر صغيرة كانت أو بالغة ويبرأ الزوج بقبضه أما الصغيرة فلا شك فيه لان له ولاية التصرف فى مالها وأما البالغة فلانها تستحى من المطالبة به بنفسها كما تستحى عن التكلم بالنكاح فجعل سكوتها رضا بقبض الاب كما جعل رضا بالنكاح ولان الظاهر أنها ترضى بقبض الاب لانه يقبض مهرها فيضم اليه أمثاله فيجهزها به هذا هو الظاهر فكان مأذونا بالقبض من جهتها دلالة حتى لو نهته عن القبض لا يتملك القبض ولا يبرأ الزوج وكذا الجدة يقوم مقامه عند عدمه وان كانت ابنته عاقلة وهى ثيب فالقبض اليها لا الى الاب ويبرأ الزوج بدفعه اليها ولا يبرأ بالدفع الى الاب وما سوى الاب والجد من الاولياء ليس لهم ولاية القبض سواء كانت صغيرة أو كبيرة الا اذا كان الولى وهو الوصى فله حق القبض اذا كانت صغيرة كما يقبض سائر ديونها وليس للوصى حق القبض الا اذا كانت صغيرة واذا ضمن الولى المهر صح ضمانه لان حقوق العقد لا تتعلق به فصار كالاجنبى بخلاف الوكيل بالبيع اذا ضمن عن المشترى الثمن وللمرأة الخيار فى مطالبة زوجها أو وليها لوجود ثبوت سبب حق المطالبة من كل واحد منهما وهو العقد من الزوج والضمان من الولى ولا خلاف بين أصحابنا فى أن لغير الاب والجد من العصبات ولاية الانكاح والاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات فى الميراث واختلفوا فى غير العصبات قال أبو يوسف ومحمد لا يجوز انكاحه حتى لم يتوارثا بذلك النكاح ويقف على اجازة العصبة وعن أبى حنيفة فيه روايتان وهذا يرجع الى ما ذكرنا ان عصوبة الولى هل هى شرط لثبوت الولاية مع اتفاقهم على أنها شرط التقديم فعندهما هى شرط ثبوت أصل الولاية وهى رواية الحسن عن أبى حنيفة فانه روى عنه انه قال لا يزوج الصغيرة الا العصبة وروى أبو يوسف ومحمد عن أبى حنيفة أنها ليست بشرط لثبوت أصل الولاية وانما هى شرط التقدم على قرابة الرحم حتى انه اذا كان هناك عصبة لا تثبت لغير العصبة ولاية الانكاح وان لم يكن ثمة عصبة فلغير العصبة من القرابات من الرجال والنساء نحو الام والاخت والخالة ولاية التزويج الاقرب فالاقرب اذا كان المزوج ممن يرث المزوج وهو الرواية المشهورة عن أبى حنيفة (وجه) قولهما ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال النكاح الى العصبات فوض كل نكاح الى كل عصبة لانه قابل الجنس بالجنس أو بالجمع فيقتضى مقابلة الفرد بالفرد ولان الاصل فى

الولاية هم العصبات فان كان الرأى وتدبير القبيلة وصيانتها عما يوجب العار والشين اليهم فكانوا هم الذين يحرزون عن ذلك بالنظر والتأمل فى أمر النكاح فكانوا هم المحقين بالولاية ولهذا كانت قرابة التعصيب مقدمة على قرابة الرحم بالاجماع ولابى حنيفة عموم قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من غير فصل بين العصبات وغيرهم فتثبت ولاية الانكاح على العموم الامن خص بدليل ولان سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة وذاتها لما بينا أن القرابة حاملة على الشفقة فى حق القريب داعية اليها وقد وجد ههنا فوجد السبب ووجد شرط الثبوت أيضا وهو عجز المولى عليه عن المباشرة بنفسه وانما العصوبة وقرب القرابة شرط التقدم لا شرط ثبوت أصل الولاية فلا جرم العصبة تتقدم على ذى الرحم والاقرب من غير العصبة يتقدم على الابعد ولان ولاية الانكاح مرتبة على استحقاق الميراث لاتحاد سبب ثبوتها وهو القرابة فكل من استحق من الميراث استحق الولاية ألا ترى أن الاب اذا كان عبدا لا ولاية له لان العبد لا يرث أحدا وكذا اذا كان كافرا والمولى عليه مسلم لا ولاية له لانه لا يرثه وكذا اذا كان مسلما والمولى عليه كافر لا ولاية له لانه لا ميراث له منه فثبت أن الولاية تدور مع استحقاق الميراث فثبت لكل قريب يرث يزوج ولا يلزم على هذه القاعدة المولى انه يزوج ولا يرث وكذا الامام يزوج ولا يرث لان هذا عكس العلة لان طرد ما قلنا ان كل من يرث يزوج وهذا مطرد على أصل أبى حنيفة وعكسه ان كل من لا يرث لا يزوج والشرط فى العلل الشرعية الاطراد دون الانعكاس لجواز اثبات الحكم الشرعى بعلل ثم نقول ما قلناه منعكس أيضا ألا ترى أن للمولى الولاء فى مملوكه وهو نوع ارث وأما الامام فهو نائب عن جماعة المسلمين وهم يرثون من لا ولى له من جهة الملك والقرابة والولاء ألا ترى أن ميراثه لبيت المال وبيت المال مالهم فكانت الولاية فى الحقيقة لهم وانما الامام نائب عنهم فيتزوجون ويرثون أيضا فاطرد هذا الاصل وانعكس بحمد الله تعالى وأما قول على رضى الله عنه النكاح الى العصبات فالمراد منه حال وجود العصبة لاستحالة تفويض النكاح الى العصبة ولا عصبة ونحن به نقول ان النكاح الى العصبات حال وجود العصبة ولا كلام فيه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المولى عليه فنقول الولاية بالنسبة الى المولى عليه نوعان ولاية حتم وايجاب وولاية ندب واستحباب وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف الاول وأما على أصل محمد فهى نوعان أيضا ولاية استبداد وولاية شركة وهى قول أبى يوسف الآخر وكذا قول الشافعى الا أن بينهما اختلافا فى كيفية الشركة على ما نذكر ان شاء الله وأما ولاية الحتم والايجاب والاستبداد فشرط ثبوتها على أصل أصحابنا كون المولى عليه صغيرا أو صغيرة أو مجنونا كبيرا أو مجنونة كبيرة سواء كانت الصغيرة بكرا أو ثيبا فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على العاقلة البالغة وعلى أصل الشافعى شرط ثبوت ولاية الاستبداد فى الغلام هو الصغر وفى الجارية البكارة سواء كانت صغيرة أو بالغة فلا تثبت هذه الولاية عنده على الثيب سواء كانت بالغة أو صغيرة والاصل ان هذه الولاية على أصل أصحابنا تدور مع الصغر وجودا وعدما فى الصغير والصغيرة وعنده فى الصغير كذلك اما فى الصغيرة فانها تدور مع البكارة وجودا وعدما وفى الكبير والكبيرة تدور مع الجنون وجودا وعدما سواء كان الجنون أصليا بأن بلغ مجنونا أو عارضا بأن طرأ بعد البلوغ عندنا وقال زفر اذا طرأ الجنون لم يجز للمولى التزويج وعلى هذا يبتنى أن الاب والجد لا يملكان انكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا وقال الشافعى يملكانه ولا خلاف فى انهما لا يملكان انكاح الثيب البالغة بغير رضاها (وجه) قوله ان البكر وان كانت عاقلة بالغة فلا تعلم بمصالح النكاح لان العلم بها يقف على التجربة

والممارسة وذلك بالثيابة ولم توجد فألتحقت بالبكر الصغيرة فبقيت ولاية الاستبداد عليها ولهذا ملك الاب قبض صداقها من غير رضاها بخلاف الثيب البالغة لانها علمت بمصالح النكاح و بالممارسة ومصاحبة الرجال فانقطعت ولاية الاستبداد عنها ولنا أن الثيب البالغة لا تزوج الا برضاها فكذا البكر البالغة والجامع بينهما وجهان أحدهما طريق أبي حنيفة وأبي يوسف الاول والثاني طريق محمد وأبي يوسف الآخر أما طريق أبي حنيفة فهو ان ولاية الحتم والايجاب في حالة الصغر انما تثبت بطريق النيابة عن الصغيرة لعجزها عن التصرف على وجه النظر والمصلحة بنفسها و بالبلوغ والعقل زال العجز وثبتت القدرة حقيقة ولهذا صارت من أهل الخطاب في أحكام الشرع الا انها مع قدرتها حقيقة عاجزة عن مباشرة النكاح عجز ندب واستحباب لانها تحتاج الى الخروج الى محافل الرجال والمرأة مخدرة مستورة والخروج الى محفل الرجال من النساء عيب في العادة فكان عجزها عجز ندب واستحباب لا حقيقة فثبتت الولاية عليها على حسب العجز وهي ولاية ندب واستحباب لا ولاية حتم وايجاب اثباتا للحكم على قدر العلة وأما طريق محمد فهو أن الثابت بعد البلوغ ولاية الشركة لا ولاية الاستبداد فلا بد من الرضا كما في الثيب البالغة على ما نذكره ان شاء الله تعالى في مسئلة النكاح بغير ولي وانما ملك الاب قبض صداقها لوجود الرضا بذلك منها دلالة لان العادة أن الاب يضم الى الصداق من خالص ماله ويجهز بنته البكر حتى لو نهته عن القبض لا يملك بخلاف الثيب فان العادة ما جرت بتكرار الجهاز واذا كان الرضا في نكاح البالغة شرطا لجواز فاذا زوجت بغير اذنها توقف التزويج على رضاها فان رضيت جاز وان ردت بطل ثم ان كانت ثيبا فرضاها يعرف بالقول تارة و بالفعل أخرى أما القول فهو التنصيص على الرضا وما يجري مجراه نحو أن تقول رضيت أو أجزت ونحو ذلك والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وقوله صلى الله عليه وسلم الثيب يعرب عنها لسانها وقوله صلى الله عليه وسلم تستأمر النساء في ابضاعهن وقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر والمراد منه البالغة وأما الفعل فنحو التمكين من نفسها والمطالبة بالمهر والنفقة ونحو ذلك لان ذلك دليل الرضا والرضا يثبت بالنص مرة و بالدليل أخرى والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة ان وطئك زوجك فلا خيار لك وان كانت بكرا فان رضاها يعرف بهذين الطريقين و بثالث وهو السكوت وهذا استحسان والقياس أن لا يكون سكوتها رضا (وجه) القياس أن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الرضا مع الشك والاحتمال ولهذا لم يجعل دليلا اذا كان المزوج أجنبيا أو وليا غيره أولى منه (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال تستأمر النساء في ابضاعهن فقالت عائشة رضي الله عنها ان البكر تستحي يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها و روى سكوتها رضاها و روى سكوتها اقرارها وكل ذلك نص في الباب و روى البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت وهذا أيضا نص ولان البكر تستحي عن النطق بالاذن في النكاح لما فيه من اظهار رغبتها في الرجال فتنسب الى الوقاحة فلو لم يجعل سكوتها اذنا و رضا بالنكاح دلالة وشرط استنطاقها وانها لا تنطق عادة لفاتت عليها مصالح النكاح مع حاجتها الى ذلك وهذا لا يجوز وقوله السكوت يحتمل مسلم لكن ترجح جانب الرضا على جانب السخط لانها لو لم تكن راضية لردت لانها ان كانت تستحي عن الاذن فلا تستحي عن الرد فلما سكتت ولم تردد دل انها راضية بخلاف ما اذا زوجها أجنبي أو ولي غيره أولى منه لان هناك ازداد احتمال السخط لانها يحتمل انها سكتت عن جوابه مع انها قادرة على الرد تحقيرا له وعدم المبالاة بكلامه وهذا أمر معلوم بالعادة فبطل رجحان دليل الرضا ولانها انما تستحي من الاولياء لا من الاجانب والا بعد عند قيام الاقرب وحضوره أجنبي فكانت في حق الاجانب كالثيب فلا بد من فعل أو قول يدل عليه ولان المزوج اذا كان أجنبيا واذا كان

الولى الابعد كان جواز النكاح من طريق الوكالة لا من طريق الولاية لانعدامها والوكالة لا تثبت الا بالقول واذا كان وليا فالجواز بطريق الولاية فلا يفتقر الى القول ولو بلغها النكاح فضحكت كان اجازة لان الانسان انما يضحك مما يسره فكان دليل الرضا ولو بكت روى عن أبي يوسف انه يكون اجازة وروى عنه رواية أخرى انه لا يكون اجازة بل يكون ردا وهو قول محمد (وجه) الرواية الاولى ان البكاء قد يكون للحزن وقد يكون لشدة الفرح فلا يجعل ردا ولا اجازة للتعارض فصار كانها سكتت فكان رضا (وجه) الرواية الاخرى وهو قول محمد ان البكاء لا يكون الا من حزن عادة فكان دليل السخط والكراهة لا دليل الاذن والاجازة ولو زوجها وليان كل منهما رجلا فبلغها ذلك فان أجازت أحد العقدين جاز الذى أجازته وبطل الآخر وان أجازتهما بطلا لان الاجازة منها بمنزلة الانشاء كانها تزوجت بزوجين وذلك باطل كذا هذا وان سكتت روى عن محمد ان ذلك لا يكون ردا ولا اجازة حتى تجيز أحدهما بالقول أو بفعل يدل على الاجازة وروى عنه رواية أخرى انها اذا سكتت بطل العقدان جميعا (وجه) هذه الرواية ان السكوت من البكر كالاجازة فكانها أجازت العقدين جميعا (وجه) الرواية الاخرى ان هذا السكوت لا يمكن أن يجعل اجازة لانه لو جعل اجازة فاما أن يجعل اجازة للعقدين جميعا واما أن يجعل اجازة لاحدهما لا سبيل الى الاول لان انشاء العقدين جميعا ممتنع فامتنعت اجازتهما ولا سبيل الى الثانى لانه ليس أحد العقدين بأولى بالاجازة من الآخر فالتحق السكوت بالعدم ووقف الامر على الاجازة بقول أو بفعل يدل على الاجازة لاحدهما وكذلك اذا استؤمرت البكر فسكتت فى الابتداء فهو اذن اذا كان المستأذن وليا لما ذكرنا ولما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان اذا خطب احدى بناته دنا من خدرها وقال ان فلانا يذكر فلانة ثم يزوجها فدل ان السكوت عند استئمار الولى اذن دلالة وقالوا فى الولى اذا قال للبكر انى أريد أن أزوجك فلانا فقالت غيره أولى منه لم يكن ذلك اذنا ولو زوجها ثم أخبرها فقالت قد كان غيره أولى منه كان اجازة لان قولها فى الفصل الاول اظهار عدم الرضا بالتزويج من فلان وقولها فى الفصل الثانى قبول أو سكوت عن الرد وسكوت البكر عن الرد يكون رضا ولو قال الولى أريد أن أزوجك من رجل ولم يسمه فسكتت لم يكن رضا كذا روى عن محمد لان الرضا بالشئ بدون العلم به لا يتحقق ولو قال أزوجك فلانا أو فلانا حتى عد جماعة فسكتت فمن أيهم زوجها جاز ولو سمى لها الجماعة مجملا بأن قال أريد أن أزوجك من جيرانى أو من بنى عمى فسكتت فان كانوا يحصون فهو رضا وان كانوا لا يحصون لم يكن رضا لانهم اذا كانوا يحصون يعلمون فيتعلق الرضا بهم واذا لم يحصوا لم يعلموا فلا يتصور الرضا لان الرضا بغير المعلوم محال والله تعالى الموفق وذكر فى الفتاوى أن الولى اذا سمى الزوج ولم يسم المهر انه كم هو فسكتت فسكوتها لا يكون رضا لان تمام الرضا لا يثبت الا بذكر الزوج والمهر ثم الاجازة من طريق الدلالة لا تثبت الا بعد العلم بالنكاح لان الرضا بالنكاح قبل العلم به لا يتصور واذا زوج الثيب البالغة ولى فقالت لم أرض ولم آذن وقال الزوج قد أذنت فالقول قول المرأة لان الزوج يدعى عليها حدوث أمر لم يكن وهو الاذن والرضا وهى تنكر فكان القول قولها (وأما) البكر اذا تزوجت فقال الزوج بلغك العقد فسكت فقالت رددت فالقول قولها عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر القول قول الزوج (وجه) قوله ان المرأة تدعى أمرا حادثا وهو الرد والزوج ينكر القول فكان القول قول المنكر (ولنا) ان المرأة وان كانت مدعية ظاهرا فهى منكرة فى الحقيقة لان الزوج يدعى عليها جواز العقد بالسكوت وهى تنكر فكان القول قولها كالمودع اذا قال رددت الوديعة كان القول قوله وان كان مدعيا لرد ظاهر لكونه منكرا للضمان حقيقة كذا هذا ثم فى هذين الفصلين لا يمين عليها فى قول أبى حنيفة وفى قولهما عليها اليمين وهو الخلاف المعروف ان الاستحسان المعروف لا يجرى فى الاشياء

الستة عنده وعندهما يجرى والمسئلة تذكر ان شاء الله تعالى فى كتاب الدعوى ثم اذا اختلف الحكم فى البكر البالغة والثيب البالغة فى الجملة حتى جعل السكوت رضا من البكر دون الثيب وللاب ولاية قبض صداق البكر بغير اذنها الا اذا نهته نصا وليس له ولاية قبض مهر الثيب الا باذنها فلا بد من معرفة البكارة والثيابة فى الحكم لا فى الحقيقة لان حقيقة البكارة بقاء العذرة وحقيقة الثيابة زوال العذرة وأما الحكم غير مبنى على ذلك بالاجماع فنقول لا خلاف فى أن كل من زالت عذرتها بوثبة أو طفرة أو حيضة أو طول التعنيس أنها فى حكم الابكار تزوج كما تزوج الابكار ولا خلاف أيضا ان من زالت عذرتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب وهو الوطء بعقد جائزا وفاسدا وشبهة عقد وجب لها مهر بذلك الوطء انها تزوج كما تزوج الثيب (وأما) اذا زالت عذرتها بالزنا فانها تزوج كما تزوج الابكار فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى تزوج كما تزوج الثيب احتجوا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال البكر تستأمر فى نفسها والثيب تشاور وقال صلى الله عليه وسلم والثيب يعرب عنها لسانها وهذه ثيب حقيقة لان الثيب حقيقة من زالت عذرتها وهذه كذلك فيجرى عليها أحكام الثيب ومن أحكامها أنه لا يجوز نكاحها بغير اذنها نصا فلا يكتفى بسكوتها ولابى حنيفة ان علة وضع النطق شرعا واقامة السكوت مقامه فى البكر هو الحياء وقد وجد ودلالة ان العلة ما قلنا اشارة النص والمعقول أما الاول فلما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال تستأمر النساء فى أبضاعهن فقالت عائشة رضى الله عنها الان البكر تستحيى يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها فالاستدلال به أن قوله صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها خرج جوابا لقول عائشة رضى الله عنها ان البكر تستحيى أى عن الاذن بالنكاح نطقا والجواب يقتضى اعادة السؤال لان الجواب لا يتم بدون السؤال كانه قال صلى الله عليه وسلم اذا كانت البكر تستحيى عن الاذن بالنكاح نطقا فاذنها صماتها فهذا اشارة الى أن الحياء علة وضع النطق وقيام الصمات مقام الاذن علة منصوصة وعلة النص لا تتقيد بمحل النص كالطواف فى الهرة ونحو ذلك وأما المعقول فهو أن الحياء فى البكر مانع من النطق بصريح الاذن بالنكاح لما فيه من اظهار رغبتها فى الرجال لان النكاح سبب الوطء والناس يستقبحون ذلك منها ويذمونها وينسبونها الى الوقاحة وذلك مانع لها من النطق بالاذن الصريح وهى محتاجة الى النكاح فلو شرط استنطاقها وهى لا تنطق عادة لفات عليها النكاح مع حاجتها اليه وهذا لا يجوز والحياء موجود فى حق هذه وان كانت ثيبا حقيقة لان زوال بكارتها لم تظهر للناس فيستقبحون منها الاذن بالنكاح صريحا ويعدونه من باب الوقاحة ولا يزول ذلك ما لم يوجد النكاح ويشتهر الزنا فحينئذ لا يستقبح الاظهار بالاذن ولا يعد عيبا بل الامتناع عن الاذن عند استئمار الولى يعد رعونة منها لحصول العلم للناس بظهور رغبتها فى الرجال (وأما الحديث) فالمراد منه الثيب التى تعارفها الناس ثيبا لان مطلق الكلام ينصرف الى المتعارف بين الناس ولهذا لم تدخل البكر التى زالت عذرتها بالطفرة والوثبة والحيضة ونحو ذلك فى هذا الحديث وان كانت ثيبا حقيقة والله أعلم وعلى هذا يخرج انكاح الاب والجد والثيب الصغيرة انه جائز عند أصحابنا وعند الشافعى أنه لا يجوز انكاحها للحال ويتأخر الى ما بعد البلوغ فيزوجها الولى بعد البلوغ باذنها صريحا لا بالسكوت واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر واليتيمة اسم للصغيرة فى اللغة ولان الثيابة دليل العلم بمصالح النكاح ولان حدوثها يكون بعد العقل والتمييز عادة وقد حصل لها بالتجربة والممارسة وهذا ان لم يصلح لاثبات الولاية لها يصلح دافعا ولاية الولى عنها للحال والتأخير الى ما بعد البلوغ بخلاف البكر البالغة لان البكارة دليل الجهل بمنافع النكاح ومضاره فالتحق عقلها بالعدم على ما مر ولان النكاح فى جانب النساء ضرر قطعا لما نذكر ان شاء الله تعالى فلا مصلحة الا عند الحاجة الى قضاء الشهوة لان مصالح النكاح

يقف عليه ولم يوجد في الثيب الصغيرة والجواز في البكر ثبت بفعل النبي صلى الله عليه وسلم واجماع الصحابة رضي الله عنهم على ماذكرنا فيما تقدم (ولنا) قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والايم اسم لانثى لا زوج لها كبيرة أو صغيرة فيقتضي ثبوت الولاية عاما الا من خص بدليل ولان الولاية كانت ثابتة قبل زوال البكارة لوجود سبب ثبوت الولاية وهو القرابة الكاملة والشفقة الوافرة ووجود شرط الثبوت وهي حاجة الصغيرة الى النكاح لاستيفاء المصالح بعد البلوغ وعجزها عن ذلك بنفسها وقدرة الولي عليه والعارض ليس الا الثيابة وأثرها في زيادة الحاجة الى الانكاح لانها مارست الرجال ومحبتهم وللصحبة أثر في الميل الى من تعاشره معاشرة جميلة فلما ثبتت الولاية على البكر الصغيرة فلان تبقى على الثيب الصغيرة أولى والمراد من الحديث البالغة لما مر والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة تزوج كما يزوج الصغير والصغيرة عند أصحابنا الثلاثة أصليا كان الجنون أو طارئا بعد البلوغ وقال زفر ليس للولي ان يزوج المجنون جنونا طارئا (وجه) قوله ان ولاية الولي قد زالت بالبلوغ عن عقل فلا تعود بعد ذلك بطريان الجنون كما لو بلغ مغمى عليه ثم زال الاغماء (ولنا) انه وجد سبب ثبوت الولاية وهو القرابة وشرطه وهو عجز المولى عليه وهو حاجته وفي ثبوت الولاء فائدة فتثبت ولهذا تثبت في الجنون الاصلي كذا في الطارئ وتثبت ولاية التصرف في ماله كذا في نفسه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يرجع الى نفس التصرف فهو أن يكون التصرف نافعا في حق المولى عليه لا ضارا في حقه فليس للاب والوصي والجد أن يزوج عبد الصغير والصغيرة حرة ولا أمة لغيرهما لان هذا التصرف ضار في حق المولى عليه لان المهر والنفقة يتعلقان برقبة العبد من غير أن يحصل للصغير مال في مقابلته والاضرار لا يدخل تحت ولاية الولي كالطلاق والعتاق والتبرعات وكذا كل من يتصرف على غيره بالاذن لا يملك انكاح العبد كالمكاتب والشريك والمضارب والمأذون لان اطلاق التصرف لهؤلاء مقيد بالنظر وأما تزويج الامة حرا أو عبدا لغيرها فيملكه الاب والجد والوصي والمكاتب والمفاوض والقاضي وأمين القاضي لانه نفع محض لكونه تحصيل مال من غير أن يقابله مال فيملكه هؤلاء ألا ترى انهم يملكون البيع مع أنه مقابلة المال بالمال فهذا أولى فاما شريك العنان والمضارب والمأذون فلا يملكون تزويج الامة في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يملكون (وجه) قول أبي يوسف أن هذا تصرف نافع لانه تحصيل مال لا يقابله مال فيملكونه كشريك المفاوضة (وجه) قولهما ان تصرف هؤلاء يختص بالتجارة والنكاح ليس من التجارة بدليل ان المأذونة لا تزوج نفسها ولو كان النكاح تجارة لملكت لان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال فلم يكن تجارة فلا يدخل تحت ولايتهم بخلاف المفاوض لان تصرفه مختص بالنفع لا بالتجارة وهذا نافع ولو زوج امته من عبد ابنه قال أبو يوسف يجوز وقال زفر لا يجوز (وجه) قول زفر ان تزويج عبده الصغير لم يدخل تحت ولاية الاب فكان الاب فيه كالاجنبي واحتمال الضرر ثابت لجواز أن يبيع الامة فيتعلق المهر والنفقة برقبة العبد فيتضرر به الصغير فيصير كانه زوجه أمة الغير (ولنا) ان ثبوت الولاية موجود فلا يمتنع الثبوت الا لمكان الضرر وهذا نفع لا مضرة فيه لان الاولاد له ولا يتعلق المهر والنفقة برقبة العبد فكان نفعا محضا فيملكه قوله يحتمل ان يبيعه قلنا ويحتمل أن لا يبيعه فلا يجوز تعطيل الولاية المحققة للحال لامر يحتمل الوجود والعدم وعلى هذا يخرج ما اذا زوج الاب أو الجد الصغيرة من كفء بدون مهر المثل أو زوج ابنه الصغير امرأة بأكثر من مهر مثلها انه ان كان ذلك مما يتغابن الناس في مثله لا يجوز بالاجماع وان كان مما لا يتغابن الناس في مثله يجوز في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يجوز وذكر هشام عنهما ان النكاح باطل ولو زوج ابنته الصغيرة بمهر مثلها من غير كفء فهو على هذا الخلاف ولو فعل غير الاب والجد شيأ مما ذكرنا لا يجوز في قولهم جميعا (وجه) قولهما ان ولاية الانكاح تثبت نظرا في حق المولى عليه

ولا نظر في الحط على مهر المثل في انكاح الصغيرة ولا في الزيادة على مهر المثل في انكاح الصغير بل فيه ضررهما والاضرار لا يدخل تحت ولاية الولي ولهذا لا يملك غير الاب والجد كذا هذا ولابي حنيفة ما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه زوج عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة من رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسمائة درهم وتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك ومعلوم ان مهر مثلها كان أضعاف ذلك ولان الاب وافر الشفقة على ولده ينظر له مالا ينظر لنفسه والظاهر أنه لا يفعل ذلك الا لتوفير مقصود من مقاصد النكاح هو أنفع وأجدى من كثير من المال من موافقة الاخلاق وحسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف ونحو ذلك من المعاني المقصودة بالنكاح فكان تصرفه والحالة هذه نظرا للصغير والصغيرة لا ضررا بهما بخلاف غير الاب والجد لان وجه الضرر في تصرفهما ظاهر وليس ثمة دليل يدل على اشتماله على المصلحة الباطنة الخفية التي تزيد على الضرر الظاهر لان ذلك انما يعرف بوفور الشفقة ولم يوجد بخلاف ما اذا باع الاب أمة لهما بأقل من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه أنه لا يجوز لان البيع معاوضة المال بالمال والمقصود من المعاوضات المالية هو الوصول الى العوض المالي ولم يوجد وبخلاف ما اذا زوج أمتهما بأقل من مهر مثلها أنه لا يجوز لانه أنفع لهما فيما يحصل للامة من حظ الزوج وانما منفعتهما في حصول عوض بضع الامة لهما وهو مهر المثل ولم يحصل وعلى هذا الخلاف التوكيل بأن وكل رجل رجلا بأن يزوجه امرأة فزوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها مقدار مالا يتغابن الناس في مثله أو وكلت امرأة رجلا بأن يزوجها من رجل فزوجها من رجل بدون صداق مثلها أو من غير كفء فهو على اختلاف الوكيل بالبيع المطلق وتذكر المسئلة ان شاء الله تعالى في كتاب الوكالة وعلى هذا الوكيل بالتزويج من جانب الرجل أو المرأة اذا زوج الموكل من لا تقبل شهادة الوكيل له فهو على الاختلاف في البيع وتذكر ذلك كله ان شاء الله تعالى في كتاب الوكالة وعلى هذا الخلاف الوكيل من جانب الرجل بالتزويج اذا زوجه أمة لغيره أنه يجوز عند أبي حنيفة لاطلاق اللفظ ولسقوط اعتبار الكفاءة من جانب النساء وعندهما لا يجوز لان المطلق ينصرف الى المتعارف وتعتبر الكفاءة من جانبين عندهما في مثل هذا الموضع لمكان العرف استحسانا على ما نذكر ان شاء الله تعالى في موضعه ولو أقر الاب على ابنته الصغيرة بالنكاح أو على ابنه الصغير لا يصدق في اقراره حتى يشهد شاهدان على نفس النكاح في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يصدق من غير شهود وصورة المسئلة في موضعين أحدهما ان تدعي امرأة نكاح الصغير أو يدعي رجل نكاح الصغيرة والاب ينكر ذلك فيقيم المدعي بينة على اقرار الاب بالنكاح فعند أبي حنيفة لا تقبل هذه الشهادة حتى يشهد شاهدان على نفس العقد وعندهما تقبل ويظهر النكاح والثاني أن يدعي رجل نكاح الصغيرة أو امرأة نكاح الصغير بعد بلوغهما وهما منكران ذلك فأقام المدعي البينة على اقرار الاب بالنكاح في حال الصغر وعلى هذا الخلاف الوكيل بالنكاح اذا أقر على موكله أو على موكلته بالنكاح والمولى اذا أقر على عبده بالنكاح أنه لا يقبل عند أبي حنيفة وعندهما يقبل وأجمعوا على أن المولى اذا أقر على أمته بالنكاح أنه يصدق من غير شهادة (وجه) قولهما أنه ان أقر بعقد يملك انشاءه فيصدق فيه من غير شهود كما لو أقر بتزويج أمته ولا شك أنه أقر بعقد يملك انشاءه لانه يملك انشاء النكاح على الصغير والصغيرة والعبد ونحو ذلك واذا ملك انشاءه لم يكن متهما في الاقرار فيصدق كالمولى اذا أقر بالفيء في مدة الايلاء وزوج المعتدة اذا قال في العدة راجعتك لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود نفى النكاح بغير شهود من غير فصل بين الانعقاد والظهور بل الحمل على الظهور أولى لان فيه عملا بحقيقة اسم الشاهد اذ هو اسم لفاعل الشهادة وهو المؤدي لها والحاجة الى الاداء عند الظهور لا عند الانعقاد ولانه أقر على الغير فيما لا يملكه بعقد لا يتم به وحده وانما يتم به وبشهادة الآخرين فلا يصدق الا بمساعدة آخرين قياسا على الوكلاء الثلاثة في النكاح والبيع

ودلالة

ودلالة الوصف أنه أقر بالنكاح والاقرار بالنكاح اقرار بمنافع البضع وانها غير مملوكة ألا ترى أنها لو وطئت بشبهة كان المهر لها لا للاب بخلاف الامة فان منافع بضعها مملوكة فكان ذلك اقرارا بما ملك فابو حنيفة اعتبر ولاية العقد وملك المعقود عليه وهما اعتبرا ولاية العقد فقط والله عز وجل اعلم

﴿ فصل ﴾ وأما ولاية الندب والاستحباب فهي الولاية على الحرة البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا في قول أبي حنيفة وزفر وقول أبي يوسف الاول وفي قول محمد وأبي يوسف الآخر الولاية عليها ولاية مشتركة وعند الشافعي هي ولاية مشتركة أيضا الا في العبادة فانها للمولى خاصة وشرط ثبوت هذه الولاية على أصل أصحابنا هو رضا المولى عليه لا غير وعند الشافعي هذا وعبارة الولى أيضا وعلى هذا يبنى الحرة البالغة العاقلة اذا زوجت نفسها من رجل أو وكلت رجلا بالتزويج فتزوجها أو زوجها فضولي فأجازت جاز في قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف الاول سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء بمهر وافر أو قاصر غير أنها اذا زوجت نفسها من غير كفء فللاولياء حق الاعتراض وكذا اذا زوجت بمهر قاصر عند أبي حنيفة خلافا لهما وستأتي المسئلة ان شاء الله في موضعها وفي قول محمد لا يجوز حتى يجيزه الولى والحاكم فلا يحل للزوج وطؤها قبل الاجازة ولو وطئها يكون وطأ حراما ولا يقع عليها طلاقه وظهاره وايلاؤه ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء وهو قول أبي يوسف الآخر روى الحسن بن زياد عنه وروى عن أبي يوسف رواية أخرى انها اذا زوجت نفسها من كفء ينفذ وتثبت سائر الاحكام وروى عن محمد انه اذا كان للمرأة ولى لا يجوز نكاحها الا باذنه وان لم يكن لها ولى جاز نكاحها على نفسها وروى عن محمد انه رجع الى قول أبي حنيفة وقول الشافعي مثل قول محمد في ظاهر الرواية انه لا يجوز نكاحها بدون الولى الا انهما اختلفا فقال محمد ينعقد النكاح بعبارتها وينفذ باذن الولى واجازته وينعقد بعبارة الولى وينفذ باذنها واجازتها فعند الشافعي لا عبارة للنساء في باب النكاح أصلا حتى لو توكلت امرأة بنكاح امرأة من وليها فتزوجت لم يجز عنده وكذا اذا زوجت بنتها باذن القاضي لم يجز احتج الشافعي بقوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم هذا خطاب للاولياء والايم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا ومتى ثبتت الولاية عليها كانت هي مولياً عليها ضرورة فلا تكون والية وقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوج النساء الا الاولياء وقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولى لان النكاح من جانب النساء عقد اضرار بنفسه وحكمه وثمرته أما نفسه فانه رق وأسر قال النبي صلى الله عليه وسلم النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته وقال عليه الصلاة والسلام اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عوان أي أسيرات والارقاق اضرار وأما حكمه فانه ملك فالزوج يملك التصرف في منافع بضعها استيفاء بالوطء واسقاطا بالطلاق ويملك حجرها عن الخروج والبروز وعن التزوج بزوج وأما ثمرته فالاستفراش كرها وجبرا ولا شك ان هذا اضرار الا أنه قد ينقلب مصلحة وينجبر ما فيه من الضرر اذا وقع وسيلة الى المصالح الظاهرة والباطنة ولا يستدرك ذلك الا بالرأى الكامل ورأيها ناقص لنقصان عقلها فبقي النكاح مضرة فلا تملكه واحتج محمد رحمه الله بما روى عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أيما امرأة تزوجت بغير اذن وليها فنكاحها باطل والباطل من التصرفات الشرعية ما لا حكم له شرعا كالبيع الباطل ونحوه ولان للاولياء حقا في النكاح بدليل أن لهم حق الاعتراض والفسخ ومن لا حق له في عقد كيف يملك فسخه والتصرف في حق الانسان يقف جوازه على جواز صاحب الحق كالامة اذا زوجت نفسها بغير اذن وليها (وجه) ما روى عن أبي يوسف انها اذا زوجت نفسها من كفء ينفذ لان حق الاولياء في النكاح من حيث صيانتهم عما يوجب لحوق العار والشين بهم بنسبة من لا يكافئهم بالصهرية اليهم وقد بطل هذا المعنى بالتزويج من كفء يحققه انها لو وجدت كفأ وطلبت من المولى الانكاح منه لا يحل له الامتناع ولو امتنع يصير عاضلا

فصار عقدها والحالة هذه بمنزلة عقده بنفسه (وجه) ماروى عن محمد من الفرق بين ما اذا كان لها ولى و بين ما اذا لم يكن لها ولى أن وقوف العقد على اذن الولى كان لحق الولى لا لحقها فاذا لم يكن لها ولى فلا حق للولى فكان الحق لها خاصة فاذا عقدت فقد تصرفت فى خالص حقها فنفذ وأما اذا زوجت نفسها من كفء و بلغ الولى فامتنع من الاجازة فرفعت أمرها الى الحاكم فانه يجيزه فى قول أبى يوسف وقال محمد يستأنف العقد (وجه) قوله ان العقد كان موقوفا على اجازة الولى فاذا امتنع من الاجازة فقد رده فيرتد و يبطل من الاصل فلا بد من الاستئناف (وجه) قول أبى يوسف انه بالامتناع صار عاضلا اذ لا يحل له الامتناع من الاجازة اذا زوجت نفسها من كفء فاذا امتنع فقد عضلها فخرج من أن يكون وليا وانتقلت الولاية الى الحاكم ولابى حنيفة الكتاب العزيز والسنة والاستدلال أما الكتاب فقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى ان أراد النبى أن يستنكحها فالآية الشريفة نص على انعقاد النكاح بعبارتها وانعقادها بلفظ الهبة فكانت حجة على المخالف فى المسئلتين وقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والاستدلال به من وجهين أحدهما انه أضاف النكاح اليها فيقتضى تصور النكاح منها والثانى انه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة فيقتضى انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا تنتهى وقوله عز وجل فلا جناح عليهما أن يتراجعا أى يتناكحا أضاف النكاح اليهما من غير ذكر الولى وقوله عز وجل واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن الآية والاستدلال به من وجهين أحدهما انه أضاف النكاح اليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولى والثانى أنه نهى الاولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن اذا تراضى الزوجان والنهى يقتضى تصورا لمنهى عنه وأما السنة فما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس للولى مع الثيب أمر وهذا قطع ولاية الولى عنها وروى عنه أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الايم أحق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لا زوج لها وأما الاستدلال فهو انها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها فى النكاح فلا تبقى مولى عليها كالصبى العاقل اذا بلغ والجامع ان ولاية الانكاح انما ثبتت للاب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها اليه حالا ومآلا وكونها عاجزة عن احراز ذلك بنفسها وكون الاب قادرا عليه بالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف فى نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها لان النيابة الشرعية انما تثبت بطريق الضرورة نظرا فتزول بزوال الضرورة مع ان الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر وثبوت الشئ مع المنافى لا يكون الا بطريق الضرورة ولهذا المعنى زالت الولاية عن انكاح الصغير العاقل اذا بلغ وتثبت الولاية له وهذا المعنى موجود فى الفرع ولهذا زالت ولاية الاب عن التصرف فى مالها وتثبت الولاية لها كذا هذا واذا صارت ولى نفسها فى النكاح لا تبقى مولى عليها بالضرورة لما فيه من الاستحالة وأما الآية فالخطاب للاولياء بالانكاح ليس يدل على أن الولى شرط جواز الانكاح بل على وفاق العرف والعادة بين الناس فان النساء لا يتولين النكاح بأنفسهن عادة لما فيه من الحاجة الى الخروج الى محافل الرجال وفيه نسبتهن الى الوقاحة بل الاولياء هم الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن فخرج الخطاب بالامر بالانكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم والايجاب والدليل عليه ما ذكر سبحانه وتعالى عقيبه وهو قوله تعالى والصالحين من عبادكم وامائكم ثم لم يكن الصلاح شرط الجواز ونظيره قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا أو تحمل الآية الكريمة على انكاح الصغار عملا بالدلائل كلها وعلى هذا يحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا يزوج النساء الا الاولياء ان ذلك على الندب والاستحباب وكذا قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولى مع ما حكى عن

بعض النقلة ان ثلاثة أحاديث لم تصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعد من جملتها هذا ولهذا لم يخرج في الصحيحين على اننا نقول بموجب الاحاديث لكن لما قلتم ان هذا النكاح بغير ولي بل المرأة وليه نفسها لما ذكرنا من الدلائل والله أعلم وأما قوله صلى الله عليه وسلم النكاح عقد ضرر فممنوع بل هو عقد منفعة لاشتماله على مصالح الدين والدنيا من السكن والالف والمؤدة والتناسل والعفة عن الزنا واستيفاء المرأة بالنفقة الا أن هذه المصالح لا تحصل الا بضرب ملك عليها اذ لو لم تكن لا تصير ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر وفي الخروج والبروز فساد السكن لان قلب الرجل لا يطمئن اليها وفي التزوج بزوج آخر فساد الفراش لانها اذا جاءت بولد يشتبه النسب ويضيع الولد فالشرع ضرب عليها نوع ملك ضرورة حصول المصالح فكان الملك وسيلة الى المصالح والوسيلة الى المصلحة مصلحة وتسمية النكاح رقا بطريق التمثيل لا بطريق التحقيق لانعدام حقيقة الرق وقوله عقلها ناقص قلنا هذا النوع من النقصان لا يمنع العلم بمصالح النكاح فلا يسلب أهلية النكاح ولهذا لا يسلب أهلية سائر التصرفات من المعاملات والديانات حتى يصح منها التصرف في المال على طريق الاستبداد وان كانت تجري في التصرفات المالية خيانات خفية لا تدرك الا بالتأمل ويصح منها الاقرار بالحدود والقصاص ويؤخذ عليها الخطاب بالايمان وسائر الشرائع فدل ان ما لها من العقل كاف والدليل عليه انه اعتبر عقلها في اختيار الازواج حتى لو طلبت من الولي أن يزوجها من كفء يفترض عليه التزويج حتى لو امتنع يصير عاضلا وينوب القاضي منابه في التزويج وأما حديث عائشة رضي الله عنها فقد قيل ان مداره على الزهري فعرض عليه فأنكره وهذا يوجب ضعفا في الثبوت يحقق الضعف ان راوي الحديث عائشة رضي الله عنها ومن مذهبها جواز النكاح بغير ولي والدليل عليه ما روي انها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير واذا كان مذهبها في هذا الباب هذا فكيف تروي حديثا لا تعمل به ولئن ثبت فنحمله على الامة لانه روي في بعض الروايات أيما امرأة نكحت بغير اذن مواليها دل ذكر الموالي على ان المراد من المرأة الامة فيكون عملا بالدلائل أجمع وأما قول محمد ان للولي حقا في النكاح فنقول الحق في النكاح لها على الولي لا للولي عليها بدليل انها تزوج على الولي اذا غاب غيبة منقطعة واذا كان حاضرا يجبر على التزويج اذا أبى وعضل تزوج عليه والمرأة لا تجبر على النكاح اذا أبت وأراد الولي فدل أن الحق لها عليه ومن ترك حق نفسه في عقد له قبل غيره لم يوجب ذلك فساده على انه ان كان للولي فيه ضرب حق لكن أثره في المنع من اللزوم اذا زوجت نفسها من غير كفء لا في المنع من النفاذ والجواز لان في حق الاولياء في النكاح من حيث صيانتهم عما يلحقهم من الشين والعار بنسبة عدا الكفء اليهم بالصهرية فان زوجت نفسها من كفء فقد حصلت الصيانة فزال المانع من اللزوم فيلزم وان تزوجت من غير كفء ففي النفاذ ان كان ضرر بالاولياء وفي عدم النفاذ ضرر بها بابطال أهليتها والاصل في الضررين اذا اجتمعا أن يدفعا ما أمكن وههنا أمكن دفعهما بأن تقول بنفاذ النكاح دفعا للضرر عنها وبعدم اللزوم وثبوت ولاية الاعتراض للاولياء دفعا للضرر عنهم ولهذا نظير في الشريعة فان العبد المشترك بين اثنين اذا كاتب أحدهما نصيبه فقد دفع الضرر عنه حتى لو أدى بدل الكتابة يعتق ولكنه لم يلزمه حتى كان للشريك الآخر حق فسخ الكتابة قبل أداء البدل دفعا للضرر وكذا العبد اذا أحرم بحجة أو بعمرة صح احرامه حتى لو أعتق يمضي في احرامه لكنه لم يلزمه حتى ان للمولى أن يحلله دفعا للضرر عنه وكذا للشفيع حق تملك الدار بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه ثم لو وهب المشتري الدار نفذت هبته دفعا للضرر عنه لكنها لا تلزم حتى للشفيع حق قبض الهبة والاخذ بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه كذا هذا

﴿ فصل ﴾ وأما شرط التقدم فشيئان أحدهما العصوبة عند أبي حنيفة فتقدم العصبة على ذوي الرحم

سواء كانت العصبة أقرب أو أبعد وعندهما هي شرط ثبوت أصل الولاية على ما مر والثاني قرب القرابة يتقدم الاقرب على الابعد سواء كان في العصبات أو في غيرها على أصل أبي حنيفة وعلى أصلهما هذا شرط التقدم لكن في العصبات خاصة بناء على أن العصبات شرط ثبوت أصل الولاية عندهما وعنده هي شرط التقدم على غيرهم من القرابات فادام ثمة عصبة فالولاية لهم يتقدم الاقرب منهم على الابعد وعند عدم العصبات تثبت الولاية لذوي الرحم الاقرب منهم يتقدم على الابعد وانما اعتبر الاقرب فالاقرب في الولاية لان هذه ولاية نظر وتصرف الاقرب انظر في حق المولى عليه لانه أشفق فكان هو أولى من الابعد ولان القرابة ان كانت استحقاقها بالتعصيب كما قالا فالابعد لا يكون عصبة مع الاقرب فلا يلي معه ولئن كان استحقاقها بالوراثة كما قال أبو حنيفة فالابعد لا يرث مع الاقرب فلا يكون وليا معه واذا عرف هذا فنقول اذا اجتمع الاب والجد في الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة فالاب أولى من الجد أب الاب لوجود العصوبة والقرب والجد أب الاب وان علا أولى من الاخ لاب وأم والاخ أولى من العم هكذا وعند أبي يوسف ومحمد الجد والاخ سواء كما في الميراث فان الاخ لا يرث مع الجد عنده فكان بمنزلة الاجنبي وعندهما يشتركان في الميراث فكانا كالاخوين وان اجتمع الاب والابن في المجنونة فالابن أولى عند أبي يوسف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي قول أبي حنيفة مع قول أبي يوسف وروى المعلى عن أبي يوسف أنه قال أيهما زوج جاز وان اجتمعا قلت للاب زوج وقال محمد الاب أولى به (وجه) قوله ان هذه الولاية تثبت نظرا للمولى عليه وتصرف الاب انظر لها لانه أشفق عليها من الابن ولهذا كان هو أولى بالتصرف في مالها ولان الاب من قومها والابن ليس منهم ألا ترى أنه ينسب الى أبيه فكان اثبات الولاية عليها لقرابتها أولى (وجه) قول أبي يوسف ان ولاية التزويج مبنية على العصوبة والاب مع الابن اذا اجتمعا فالابن هو العصبة والاب صاحب فرض فكان كالاخ لام مع الاخ لاب وأم (وجه) رواية المعلى انه وجد في كل واحد منهما ما هو سبب التقدم أما الاب فلانه من قومها وهو أشفق عليها وأما الابن فلانه يرثها بالتعصيب وكل واحد من هذين سبب التقدم فايهما زوج جاز وعند الاجتماع يقدم الاب تعظيما واحتراما له وكذلك اذا اجتمع الاب وابن الابن وان سفل فهو على هذا الخلاف والافضل في المسئلتين ان يفوض الابن الانكاح الى الاب احتراما للاب واحترازا عن موضع الخلاف وعلى هذا الخلاف اذا اجتمع الجد والابن قال أبو يوسف الابن أولى وقال محمد الجد أولى والوجه من الجانبين على نحو ما ذكرنا فاما الاخ والجد فهو على الخلاف الذي ذكرنا بين أبي حنيفة وصاحبيه وأما من غير العصبات فكل من يرث يزوج عند أبي حنيفة ومن لا فلا وبيان من يرث منهم ومن لا يرث يعرف في كتاب الفرائض ثم انما يتقدم الاقرب على الابعد اذا كان الاقرب حاضرا أو غائبا غيبة غير منقطعة فاما اذا كان غائبا غيبة منقطعة فللابعد أن يزوج في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ولاية للابعد مع قيام الاقرب بحال وقال الشافعي يزوجها السلطان واختلف مشايخنا في ولاية الاقرب أنها تزول بالغيبة أو تبقى قال بعضهم انها باقية الا ان حدثت للابعد ولاية لغيبة الاقرب فيصير كان لها وليين مستويين في الدرجة كالاخوين والعمين وقال بعضهم تزول ولايته وتنتقل الى الابعد وهو الاصح (وجه) قول زفر ان ولاية الاقرب قائمة لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة ولهذا لو زوجها حيث هو يجوز فقيام ولايته تمنع الانتقال الى غيره والشافعي يقول ان ولاية الاقرب باقية كما قال زفر الا أنه امتنع دفع حاجتها من قبل الاقرب مع قيام ولايته عليها بسبب الغيبة فتثبت الولاية للسلطان كما اذا خطبها كفء وامتنع الولي من تزويجها منه ان للقاضي ان يزوجها والجامع بينهما دفع الضرر عن الصغيرة (ولنا) ان ثبوت الولاية للابعد زيادة نظر في حق العاجز فتثبت له الولاية كما في الاب مع الجد اذا كانا حاضرين ودلالة ما قلنا ان الابعد أقدر على تحصيل النظر للعاجز

لان

لان مصالح النكاح مضمنة تحت الكفاءة والمهر ولا شك ان الابعد متمكن من احراز الكفء الحاضر بحيث لا يفوته غالبا والاقرب الغائب غيبة منقطعة لا يقدر على احرازه غالبا لان الكفء الحاضر لا ينتظر حضوره واستطلاع رأيه غالبا وكذا الكفء المطلق لان المرأة تخطب حيث هي عادة فكان الابعد أقدر على احراز الكفء من الاقرب فكان أقدر على احراز النظر فكان أولى بثبوت الولاية له اذ المرجوح في مقابلة الراجح ملحق بالعدم في الاحكام كما في الاب مع الجد وأما قوله ان ولاية الاقرب قائمة فممنوع ولا نسلم أنه يجوز انكاحه بل لا يجوز فولايته منقطعة بواحدة وقد روى عن أصحابنا ما يدل على هذا فانهم قالوا ان الاقرب اذا كتب كتابا الى الابعد ليقدم رجلا في الصلاة على جنازة الصغير فان للابعد ان يمتنع عن ذلك ولو كانت ولاية الاقرب قائمة لما كان له الامتناع كما اذا كان الاقرب حاضرا فقدم رجلا ليس للابعد ولاية المنع والمعقول يدل عليه وهو أن ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه ولا مدفع لحاجته برأي الاقرب لخروجه من أن يكون منتفعا به بالغيبة فكان ملحقا بالعدم فصار كأنه جن أو مات اذ الموجود الذي لا ينتفع به والعدم الاصلي سواء ولان القول بثبوت الولاية للابعد مع ولاية الاقرب يؤدي الى الفساد لان الاقرب ربما يزوجها من انسان حيث هو ولا يعلم الابعد بذلك فيزوجها من غيره فيطؤها الزوج الثاني ويجيء بالاولاد ثم يظهر أنها زوجة الاول وفيه من الفساد ما لا يخفى ثم ان سلمنا على قول بعض المشايخ فلا تنافي بين الولايتين فايهما زوج جاز كما اذا كان لها اخوان أو عمان في درجة واحدة وفيه كمال النظر في حق العاجز لان الكفء ان اتفق حيث الابعد زوجها منه وان اتفق حيث الاقرب زوجها منه فيكمل النظر الا أن في حال الحضرة يرجح الاقرب باعتبار زيادة الشفقة لزيادة القرابة وبه تبين ان نقل الولاية الى السلطان باطل لان السلطان ولي من لا ولي له وههنا لها ولي أو وليان فلا تثبت الولاية للسلطان الا عند العضل من الولي ولم يوجد والله الموفق واختلفت الاقاويل في تحديد الغيبة المنقطعة وعن أبي يوسف روايتان في رواية قال ما بين بغداد والري وفي رواية مسيرة شهر فصاعدا وما دونه ليس بغيبة منقطعة وعن محمد روايتان أيضا روى عنه ما بين الكوفة الى الري وروى عنه من الرقة الى البصرة وذكر ابن شجاع اذا كان غائبا في موضع لا تصل اليه القوافل والرسل في السنة الا مرة واحدة فهو غيبة منقطعة واذا كانت القوافل تصل اليه في السنة غير مرة فليست بمنقطعة وعن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري انه قال ان كان الاقرب في موضع يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه فهو غيبة منقطعة وان كان لا يفوت فليست بمنقطعة وهذا أقرب الى الفقه لان التعويل في الولاية على تحصيل النظر للمولى عليه ودفع الضرر عنه وذلك فيما قاله هذا اذا اجتمع في الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة وليان أحدهما أقرب والآخر أبعد فاما اذا كانا في الدرجة سواء كالاخوين والعمين ونحو ذلك فلكل واحد منهما على حياله ان يزوج رضي الآخر أو سخط بعد ان كان التزويج من كفء بمهر وافر وهذا قول عامة العلماء وقال مالك ليس لاحد الاولياء ولاية الانكاح ما لم يجتمعوا بناء على أن هذه الولاية ولاية شركة عنده وعندنا وعند العامة ولاية استبداد (وجه) قوله ان سبب هذه الولاية هو القرابة وانها مشتركة بينهم فكانت الولاية مشتركة لان الحكم يثبت على وفق العلة وصار كولاية الملك فان الجارية بين اثنين اذا زوجها أحدهما لا يجوز من غير رضا الآخر لما قلنا كذا هذا (ولنا) ان الولاية لا تتجزأ لانها ثبتت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة وما لا يتجزأ اذا ثبت بجماعة سبب لا يتجزأ يثبت لكل واحد منهم على الكمال كأنه ليس معه غيره كولاية الامان بخلاف ولاية الملك لان سببها الملك وأنه متجزئ فيتقدر بقدر الملك فان زوجها كل واحد من الوليين رجلا على حدة فان وقع العقدان معا بطلا جميعا لانه لا سبيل الى الجمع بينهما وليس أحدهما أولى من الآخر وان وقعا مرتبا فان كان لا يدري السابق فكذلك لما قلنا ولانه لو جاز لجاز بالتجزئ ولا يجوز العمل بالتجزئ في الفروج

وان علم السابق منهما من اللاحق جاز الاول ولم يجز الآخر وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا نكح الوليان فالاول أحق وأما اذا زوج أحد الاولياء الحرة البالغة العاقلة برضاها من غير كفء بغير رضا الباقين فحكمه يذكر ان شاء الله تعالى في شرائط اللزوم

﴿ فصل ﴾ وأما ولاية الولاء فسبب ثبوتها الولاء قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب ثم النسب سبب لثبوت الولاية كذا الولاء والولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء موالاة أما ولاء العتاقة فولاية ولاء العتاقة نوعان ولاية حتم وايجاب وولاية ندب واستحباب عند أبي حنيفة وعند محمد ولاية استبداد وولاية شركة على ما بينا في ولاية القرابة وشرط ثبوت هذه الولاية ماهو شرط ثبوت تلك الولاية الا أن هذه الولاية اختصت بشرط وهو أن لا يكون للمعتق عصبة من جهة القرابة فان كان فلا ولاية للمعتق لانه لا ولاء له لان مولى العتاقة آخر العصبات وان لم يكن ثمة عصبة من جهة القرابة فله أن يزوج سواء كان المعتق ذكرا أو أنثى واما مولى الموالاة فله ولاية التزويج في قول أبي حنيفة عند استجماع سائر الشرائط وانعدام سائر الورثة لانه آخر الورثة وعند أبي يوسف ومحمد ليس له ولاية التزويج أصلا ورأسا لان العصوبة شرط عندهما ولم توجد

﴿ فصل ﴾ وأما ولاية الامامة فسببها الامامة وولاية الامامة نوعان أيضا كولاية القرابة وشرطها ماهو شرط تلك الولاية في النوعين جميعا ولها شرطان آخران أحدهما يعم النوعين جميعا وهو أن لا يكون هناك ولي أصلا لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له والثاني يخص أحدهما وهو ولاية الندب والاستحباب أو ولاية الشركة على اختلاف الاصل وهو لعضل من الولي لان الحرة البالغة العاقلة اذا طلبت الانكاح من كفء وجب عليه التزويج منه لانه منهي عن العضل والنهي عن الشيء أمر بضده فاذا امتنع فقد أضر بها والامام نصب لدفع الضرر فتنتقل الولاية اليه وليس للوصي ولاية الانكاح لانه يتصرف بالامر فلا يعدو موضع الامر كالوكيل وان كان الميت أوصى اليه لا يملك أيضا لانه أراد بالوصاية اليه نقل ولاية الانكاح وأنها لا تحتمل النقل حال الحياة كذا بعد الموت وكذا الفضولي لانعدام سبب ثبوت الولاية في حقه أصلا ولو أنكح ينعقد موقوفا على الاجازة عندنا وعند الشافعي لا ينعقد أصلا والمسئلة ستأتي في كتاب البيوع

﴿ فصل ﴾ ومنها الشهادة وهي حضور الشهود والكلام في هذا الشرط في ثلاث مواضع أحدها في بيان أن أصل الشهادة شرط جواز النكاح أم لا والثاني في بيان صفات الشاهد الذي ينعقد النكاح بحضوره والثالث في بيان وقت الشهادة أما الاول فقد اختلف أهل العلم فيه قال عامة العلماء ان الشهادة شرط جواز النكاح وقال مالك ليست بشرط وانما الشرط هو الاعلان حتى لو عقد النكاح وشرط الاعلان جاز وان لم يحضره شهود ولو حضرته شهود وشرط عليهم الكتمان لم يجز ولا خلاف في أن الاشهاد في سائر العقود ليس بشرط ولكنه مندوب اليه ومستحب قال الله تعالى في باب المداينة يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه والكتابة لا تكون لنفسها بل للاشهاد ونص عليه في قوله واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال عز وجل في باب الرجعة وأشهدوا ذوي عدل منكم (وجه) قول مالك ان النكاح انما يمتاز عن السفاح بالاعلان فان الزنا يكون سرا فيجب أن يكون النكاح علانية وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن نكاح السر والنهي عن السر يكون أمرا بالاعلان لان النهي عن الشيء أمر بضده وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال أعلنوا النكاح ولو بالدف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا نكاح الا بشهود وروى لا نكاح الا بشاهدين وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة ولو لم تكن الشهادة شرطا لم

تكن

تكن زانية بدونها ولان الحاجة مست الى دفع تهمة الزنا عنها ولا تندفع الا بالشهود لانها لا تندفع الا بظهور النكاح واشتهاره ولا يشتهر الا بقول الشهود وبه تبين ان الشهادة فى النكاح ماشرطت الا فى النكاح للحاجة الى دفع الجحود والانكار لان ذلك يندفع بالظهور والاشتهار لكثرة الشهود على النكاح بالسماع من العاقدين وبالتسامع وبهذا فارق سائر العقود فان الحاجة الى الشهادة هناك لدفع احتمال الشهود النسيان أو الجحود والانكار فى الثانى اذ ليس بعدها ما يشهرها لندفع به الجحود فتقع الحاجة الى الدفع بالشهادة فندب اليها وما روى أنه نهى عن نكاح السر فنقول بموجبه لكن نكاح السر ما لم يحضره شاهدان فاما ما حضره شاهدان فهو نكاح علانية لا نكاح سر اذا السر اذا جاء زائنين خرج من أن يكون سرا قال الشاعر

وسرك ما كان عند امرئ * وسر الثلاثة غير الخفى

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم أعلنوا النكاح لانهما اذا أحضراه شاهدين فقد أعلناه وقوله صلى الله عليه وسلم ولو بالدف ندب الى زيادة علانه وهو مندوب اليه والله عز وجل الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما صفات لشاهد الذى ينعقد به النكاح وهى شرائط تحمل الشهادة للنكاح فمنها العقل ومنها البلوغ ومنها الحرية فلا ينعقد النكاح بحضرة المجانين والصبيان والمماليك قنا كان المملوك أو مدبرا أو مكاتبا من مشى بخنا من أصل فى هذا أصلا فقال كل من صلح أن يكون وليا فى النكاح بولاية نفسه يصلح شاهدا فيه والا فلا وهذا الاعتبار صحيح لان الشهادة من باب الولاية لانها تنفيذ القول على الغير والولاية هى نفاذ المشيئة وهؤلاء ليس لهم ولاية الانكاح لانه لا ولاية لهم على أنفسهم فكيف يكون لهم ولاية على غيرهم الا المكاتب فانه يزوج أمته لكن لا بولاية نفسه بل بولاية مولاه بتسليطه على ذلك بعقد الكتابة وكان لتزويج من المولى من حيث المعنى فلا يصلح شاهدا ومنهم من قال كل من يملك قبول عقد بنفسه ينعقد ذلك العقد بحضوره ومن لا فلا وهذا الاعتبار صحيح أيضا لان الشهادة من شرائط ركن العقد وركنه وهو الايجاب والقبول ولا وجود للركن بدون القبول فكما لا وجود للركن بدون القبول حقيقة لا وجود له شرعا بدون الشهادة وهؤلاء لا يملكون قبول العقد بأنفسهم فلا ينعقد النكاح بحضورهم والدليل على أنهم ليسوا من أهل الشهادة ان قاضيا لو قضى بشهادتهم ينفسخ قضاؤه عليه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه أصل فيه أصلا وقال كل من جاز الحكم بشهادته فى قول بعض الفقهاء ينعقد النكاح بحضوره ومن لا يجوز الحكم بشهادته عند أحد لا يجوز بحضوره وهذا الاعتبار صحيح أيضا لان الحضور لفائدة الحكم بها عند الاداء فاذا جاز الحكم بها فى الجملة كان الحضور مفيدا ولا يجوز الحكم بشهادة هؤلاء عند البعض من الفقهاء ألا ترى ان قاضيا لو قضى بشهادتهم ينفسخ عليه قضاؤه

﴿ فصل ﴾ ومنها الاسلام فى نكاح المسلم المسلمة فلا ينعقد نكاح المسلم المسلمة بشهادة الكفار لان الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وكذا لا يملك الكافر قبول نكاح المسلم ولو قضى قاض بشهادته على المسلم ينقض قضاؤه وأما المسلم اذا تزوج ذمية بشهادة ذميين فانه يجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف سواء كانا موافقين لها فى الملة أو مخالفين وقال محمد وزفر والشافعى لا يجوز نكاح المسلم الذمية بشهادة الذميين أما الكلام مع الشافعى فهو مبنى على أن شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة على أصلنا وعلى أصله غير مقبولة وأما الكلام مع محمد وزفر فانهما احتجا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل والمراد منه عدالة الدين لا عدالة التعاطى لاجماعنا على أن فسق التعاطى لا يمنع انعقاد النكاح ولان الاشهاد شرط جواز العقد والعقد يتعلق وجوده بالطرفين طرف الزوج وطرف المرأة ولم يوجد الاشهاد على الطرفين لان شهادة الكافر حجة فى حق

الكافر ليست بحجة فى حق المسلم فكانت شهادته فى حقه ملحقة بالعدم فلم يوجد الاشهاد فى جانب الزوج فصار كانهما سمعا كلام المرأة دون كلام الرجل ولو كان كذلك لم يكن النكاح كذا هذا ولهما عمومات النكاح من الكتاب والسنة نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم وقول النبى صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا وغير ذلك مطلقا عن غير شرط الا أن أهل الشهادة واسلام الشاهد صار شرطا فى نكاح الزوجين المسلمين بالاجماع فمن ادعى كونه شرطا فى نكاح المسلم الذمية فعليه الدليل وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وروى لا نكاح الا بشاهدين والاستثناء من النفى اثبات ظاهر وهذا نكاح بشهود لان الشهادة فى اللغة عبارة عن الاعلام والبيان والكافر من أهل الاعلام والبيان لان ذلك يقف على العقل واللسان والعلم بالمشهود به وقد وجد الا أن شهادته على المسلم خصت من عموم الحديث فبقيت شهادته للمسلم داخلة تحته ولان الشهادة من باب الولاية لما بينا والكافر الشاهد يصلح وليا فى هذا العقد بولاية نفسه ويصلح قابلا لهذا العقد بنفسه فيه صلح شاهدا وكذا يجوز للقاضى الحكم بشهادته هذه للمسلم لانه محل الاجتهاد على ما نذكر ولو قضى لا ينفذ قضاؤه فينفذ النكاح بحضوره وأما الحديث فقد قيل انه ضعيف ولئن ثبت فنحمله على نفى الندب والاستحباب توفيقا بين الدلائل وأما قوله العقد خلا عن الاشهاد فى جانب الزوج لان شهادة الكافر ليست بحجة فى حق المسلم فنقول شهادة الكافر ان لم تصلح حجة للكافر على المسلم فتصلح حجة للمسلم على الكافر لانها انما لا تصلح حجة على المسلم لانها من باب الولاية وفى جعلها حجة على المسلم اثبات الولاية للكافر على المسلم وهذا لا يجوز وهذا المعنى لم يوجد ههنا لانا اذا جعلناها حجة للمسلم ما كان فيه اثبات الولاية للكافر وهذا جائز على انا ان سلمنا قوله ليس بحجة فى حق المسلم لكن حضوره على ان قوله حجة ليس بشرط لانعقاد النكاح فانه ينعقد بحضور من لا تقبل شهادته عليه على ما نذكر ان شاء الله تعالى وهل يظهر نكاح المسلم الذمية بشهادة ذميين عند الدعوى ينظر فى ذلك ان كانت المرأة هى المدعية للنكاح على المسلم والمسلم منكر لا يظهر بالاجماع لان هذه شهادة الكافر على المسلم وانها غير مقبولة وان كان الزوج هو المدعى والمرأة منكرة فعلى أصل أبى حنيفة وأبى يوسف يظهر سواء قال الشاهدان كان معنا عند العقد رجلان مسلمان أو لم يقولا ذلك واختلف المشايخ على أصل محمد قال بعضهم يظهر كما قالا وقال بعضهم لا يظهر سواء قالا كان معنا رجلان مسلمان أو لم يقولا ذلك وهو الصحيح من مذهبه ووجهه أن هذه شهادة قامت على نكاح فاسد وعلى اثبات فعل المسلم لانهما ان شهدا على نكاح حضراه فقط لا تقبل شهادتهما لان هذه شهادة على نكاح فاسد عنده وان شهدا على انهما حضراه ومعهما رجلان مسلمان لا تقبل أيضا لان هذه ان كانت شهادة الكافر على الكافر لكن فيها اثبات فعل المسلم فيكون شهادة على مسلم فلا تقبل كمسلم ادعى عبدا فى يد ذمى فجحد الذمى دعوى المسلم وزعم أن العبد عبده فأقام المسلم شاهدين ذميين على ان العبد عبده وقضى له به على هذا الذمى قاض فلا تقبل شهادتهما وان كان هذا شهادة الكافر على الكافر لكن لما كان فيها اثبات فعل المسلم بشهادة الكافر وهو قضاء القاضى لم تقبل كذا هذا (وجه) الكلام لابى حنيفة وابى يوسف على نحو ما ذكرنا فى جانب الاعتقاد أن الشهادة من باب الولاية والكافر ولاية على الكافر ولو كان الشاهدان وقت التحمل كافرين ووقت الاداء مسلمين فشهدا للزوج فعلى أصلهما لا يشكل انه تقبل شهادتهما لانهما لو كانا فى الوقتين جميعا كافرين تقبل فههنا أولى واختلف المشايخ على أصل محمد قال بعضهم تقبل وقال بعضهم لا تقبل فمن قال تقبل نظر الى وقت الاداء ومن قال لا تقبل نظر الى وقت التحمل

(فصل)

﴿ فصل ﴾ ومنها سماع الشاهدين كلام المتعاقدين جميعا حتى لو سمعا كلام أحدهما دون الآخر أو سمع أحدهما كلام أحدهما والآخر كلام الآخر لا يجوز النكاح لان الشهادة أعني حضور الشهود شرط ركن العقد وركن العقد هو الايجاب والقبول فيما لم يسمعا كلامهما لا تتحقق الشهادة عند الركن فلا يوجد شرط الركن والله أعلم

﴿ فصل ﴾ ومنها العدد فلا ينعقد النكاح بشاهد واحد لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وقوله لا نكاح الا بشاهدين وأما عدالة الشاهد فليست بشرط لانعقاد النكاح عندنا فينعقد بحضور الفاسقين وعند الشافعي شرط ولا ينعقد الا بحضور من ظاهره العدالة واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ولان الشهادة خبر يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب والرجحان انما يثبت بالعدالة ولنا أن عمومات النكاح مطلقة عن شرط ثم اشتراط أصل الشهادة بصفاتها المجمع عليها ثبتت بالدليل فمن ادعى شرط العدالة فعليه البيان ولان الفسق لا يقدح في ولاية الانكاح بنفسه لما ذكرنا في شرائط الولاية وكذا يجوز للحاكم الحكم بشهادته في الجملة ولو حكم لا ينقض حكمه لانه محل الاجتهاد فكان من أهل تحمل الشهادة والفسق لا يقدح في أهلية التحمل وانما يقدح في الاداء فيظهر أثره في الاداء لا في الانعقاد وقد ظهر حتى لا يجب على القاضي القضاء بشهادته ولا يجوز أيضا الا اذا تحرى القاضي الصدق في شهادته وكذا كون الشاهد غير محدود في القذف ليس بشرط لانعقاد النكاح فينعقد بحضور المحدود في القذف غير انه ان كان قد تاب بعد ما حد ينعقد النكاح بالاجماع وان كان لم يتب لا تقبل شهادته عندنا على التأبيد خلافا للشافعي لان كونه مردود الشهادة على التأبيد يقدح في الاداء لا في التحمل ولانه يصلح وليا في النكاح بولاية نفسه ويصح القبول منه بنفسه ويجوز القضاء بشهادته في الجملة فينعقد النكاح بحضوره وان حد ولم يتب أو لم يتب ولم يحد ينعقد عندنا خلافا للشافعي وهي مسئلة شهادة الفاسق وكذا بصر الشاهد ليس بشرط فينعقد النكاح بحضور الاعمى لما ذكرنا ولان العمى لا يقدح الا في الاداء لتعذر التمييز بين المشهود عليه وبين المشهود له ألا ترى انه لا يقدح في ولاية الانكاح ولا في قبول النكاح بنفسه ولا في المنع من جواز القضاء بشهادته في الجملة فكان من أهل أن ينعقد النكاح بحضوره وكذا ذكورة الشاهدين ليست بشرط عندنا وينعقد النكاح بحضور رجل وامرأتين عندنا وعند الشافعي شرط ولا ينعقد الا بحضور رجلين ونذكر المسئلة في كتاب الشهادات وكذا اسلام الشاهدين ليس بشرط في نكاح الكافرين فينعقد نكاح الزوجين الكافرين بشهادة كافرين وكذا تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت وهذا عندنا وعند الشافعي اسلام الشاهد شرط لانه ينعقد نكاح الكافر بشهادة الكافر ولا تقبل شهادتهم أيضا والكلام في القبول نذكره في كتاب الشهادات ونتكلم ههنا في انعقاد النكاح بشهادته واحتج الشافعي بالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ولا عدالة مع الكفر لان الكفر أعظم الظلم وأفحشه فلا يكون الكافر عدلا فلا ينعقد النكاح بحضوره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود وقوله لا نكاح الا بشاهدين والاستثناء من النفي اثبات من حيث الظاهر والكفر لا يمنع كونه شاهدا لما ذكرنا وكذا لا يمنع أن يكون وليا في النكاح بولاية نفسه ولا قابلا للعقد بنفسه ولا جواز للقضاء بشهادته في الجملة وكذا كون شاهد النكاح مقبول الشهادة عليه ليس بشرط لانعقاد النكاح بحضوره وينعقد النكاح بحضور من لا تقبل شهادته عليه أصلا كما اذا تزوج امرأة بشهادة ابنيه منها وهذا عندنا وعند الشافعي لا ينعقد (وجه) قوله ان الشهادة في باب النكاح للحاجة الى صيانته عن الجحود والانكار والصيانة لا تحصل الا بالقبول فاذا لم يكن مقبول الشهادة لا تحصل الصيانة ولنا أن

الاشتهار فى النكاح لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عن الجحود والانكار والتهمة تندفع بالحضور من غير قبول على ان معنى الصيانة يحصل بسبب حضورهما وان كان لا تقبل شهادتهما لان النكاح يظهر ويشتهر بحضورهما فاذا ظهر واشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامع فتحصل الصيانة وكذا اذا تزوج امرأة بشهادة ابنيه لا منها أو ابنيها لا منه يجوز لما قلنا ثم عند وقوع الحجر والانكار ينظر ان وقعت شهادتهما لواحد من الابوين لا تقبل وان وقعت عليه تقبل لان شهادة الابن لابويه غير مقبولة وشهادتهما عليه مقبولة ولو زوج الاب ابنته من رجل بشهادة ابنيه وهما أخوا المرأة فلا شك انه يجوز النكاح واذا وقع الجحود بين الزوجين فان كان الاب مع الجاحد منهما أيهما كان تقبل شهادتهما لان هذه شهادة على الاب فتقبل وان كان الاب مع المدعى منهما أيهما كان لا تقبل شهادتهما عند أبى يوسف وعند محمد تقبل فأبو يوسف نظر الى الدعوى والانكار فقال اذا كان الاب مع المنكر فشهادتهما تقع على الاب فتقبل واذا كان مع المدعى فشهادتهما تقع للاب لان التزويج كان من الاب فلا تقبل ومحمد نظر الى المنفعة وعدم المنفعة فقال ان كان للاب منفعة لا تقبل سواء كان مدعيا أو منكرا وان لم يكن له منفعة تقبل وههنا الاب منفعة للاب فتقبل والصحيح نظر محمد لان المانع من القبول هو التهمة وانها تنشأ عن النفع وكذلك هذا الاختلاف فيما اذا قال رجل لعبده ان كلمك زيد فأنت حر ثم قال العبد كلمنى زيد وأنكر المولى فشهد للعبد ابنا زيد ان أباهما قد كلمه والمولى ينكر تقبل شهادتهما فى قول محمد سواء كان زيد يدعى الكلام أو لا يدعى لانه لا منفعة لزيد فى الكلام وعند أبى يوسف ان كان زيد يدعى الكلام لا تقبل وان كان لا يدعى تقبل وكذلك هذا الاختلاف فيمن توكل عن غيره فى عقد ثم شهد ابنا الوكيل على العقد فان كان حقوق العقد لا ترجع الى العاقد تقبل شهادتهما عند محمد سواء ادعى الوكيل أو لم يدع لانه ليس فيه منفعة وعند أبى يوسف ان كان يدعى لا تقبل وان كان منكرا تقبل

﴿ فصل ﴾ وأما بيان وقت هذه الشهادة وهى حضور الشهود فوقتها وقت وجود ركن العقد وهو الايجاب والقبول لا وقت وجود الاجازة حتى لو كان العقد موقوفا على الاجازة فحضروا عقد الاجازة ولم يحضروا عند العقد لم تجز لان الشهادة شرط ركن العقد فيشترط وجودها عند الركن والاجازة ليست بركن بل هى شرط النفاذ فى العقد الموقوف وعند وجود الاجازة يثبت الحكم بالعقد من حين وجوده فتعتبر الشهادة فى ذلك الوقت والله تعالى الموفق

﴿ فصل ﴾ ومنها أن تكون المرأة محللة وهى أن لا تكون محرمة على التأبيد فان كانت محرمة على التأبيد فلا يجوز نكاحها لان النكاح احلال واحلال المحرم على التأبيد محال والمحرمات على التأبيد ثلاثة أنواع محرمات بالقرابة ومحرمات بالمصاهرة ومحرمات بالرضاع أما النوع الاول فالمحرمات بالقرابة سبع فرق الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت قال الله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم الآية أخبر الله تعالى عن تحريم هذه المذكورات فاما أن يعمل بحقيقة هذا الكلام حقيقة ويقال بحرمة الاعيان كما هو مذهب أهل السنة والجماعة وهى منع الله تعالى الاعيان عن تصرفنا فيها باخراجها من أن تكون محلا لذلك شرعا وهو التصرف الذى يعتاد ايقاعه فى جنسها وهو الاستمتاع والنكاح واما أن يضمر فيه الفعل وهو الاستمتاع والنكاح فى تحريم كل واحد منهما تحريم الآخر لانه اذا حرم الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح لم يكن النكاح مفيدا الخلوه عن العاقبة الحميدة فكان تحريم الاستمتاع تحريما للنكاح واذا حرم النكاح وانه شرع وسيلة الى الاستمتاع والاستمتاع هو المقصود فكان تحريم الوسيلة تحريما للمقصود بالطريق الاولى واذا عرف هذا فنقول يحرم على الرجل أمه بنص الكتاب وهو قوله تعالى حرمت عليكم

أمهاتكم وتحرم عليه جداته من قبل أبيه وأمه وان علون بدلالة النص لان الله تعالى حرم العمات والخالات وهن أولاد الاجداد والجدات فكانت الجدات أقرب منهن فكان تحريمهن تحريما للجدات من طريق الاولى كتحريم التأفيف نصا يكون تحريما للشتم والضرب دلالة وعليه اجماع الامة أيضا وتحرم عليه بناته بالنص وهو قوله تعالى وبناتكم سواء كانت بنته من النكاح أو من السفاح لعموم النص وقال الشافعي لا تحرم عليه البنت من السفاح لان نسبها لم يثبت منه فلا تكون مضافة اليه شرعا فلا تدخل تحت نص الارث والنفقة في قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم وفي قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن كذا ههنا ولانا نقول بنت الانسان اسم لانثى مخلوقة من مائه حقيقة والكلام فيه فكانت بنته حقيقة الا أنه لا يجوز الاضافة شرعا اليه لما فيه من اشاعة الفاحشة وهذا لا ينفي النسبة الحقيقية لان الحقائق لا مرد لها وهكذا نقول في الارث والنفقة ان النسبة الحقيقية ثابتة الا أن الشرع اعتبر هناك ثبوت النسب شرعا لجريان الارث والنفقة لمعنى ومن ادعى ذلك ههنا فعليه البيان وتحرم بنات بناته وبنات أبنائه وان سفلن بدلالة النص لانهن أقرب من بنات الاخ وبنات الاخت ومن الاخوات أيضا لان الاخوات أولاد أبيه وهن أولاد أولاده فكان ذكر الحرمة هناك ذكرا للحرمة ههنا دلالة وعليه اجماع الامة أيضا وتحرم عليه أخواته وعماته وخالاته بالنص وهو قوله عز وجل وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم سواء كن لاب وأم أو لاب أو لام لاطلاق اسم الاخت والعمة والخالة ويحرم عليه عمة أبيه وخالته لاب وأم أو لاب أو لام وعمة أمه وخالته لاب وأم أو لاب أو لام بالاجماع وكذا عمة جده وخالته وعمة خالته وخالتها لاب وأم أو لاب أو لام تحرم بالاجماع وتحرم عليه بنات الاخ وبنات الاخت بالنص وهو قوله تعالى وبنات الاخ وبنات الاخت وبنات بنات الاخ والاخت وان سفلن بالاجماع ومنهم من قال ان حرمة الجدات وبنات البنات ونحوهن ممن ذكرنا يثبت بالنص أيضا لانطلاق الاسم عليهن فان جدة الانسان تسمى اما له وبنت بنته تسمى بنتا له فكانت حرمتهن ثابتة بعين النص لكن هذا لا يصح الا على قول من يقول يجوز أن يراد الحقيقة والمجاز من لفظ واحد اذا لم يكن بين حكميهما منافاة لان اطلاق اسم الام على الجدة واطلاق اسم البنت على بنت البنت بطريق المجاز ألا ترى أن من نفى اسم الام والبنت عنهما كان صادقا في النفي وهذا من العلامات التي يفرق بها بين الحقيقة والمجاز وقد ظهر أمر هذه التفرقة في الشرع أيضا حتى ان من قال لرجل لست أنت بابن فلان لجده لا يصير قاذفا له حتى لا يؤخذ بالحد ولان نكاح هؤلاء يفضي الى قطع الرحم لان النكاح لا يخلو عن مباسطات تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري الخشونة بينهما وذلك يفضي الى قطع الرحم فكان النكاح سببا لقطع الرحم مفضيا اليه وقطع الرحم حرام والمفضي الى الحرام حرام وهذا المعنى يعم الفرق السبع لان قرابتهن محرمة القطع واجبة الوصل ويختص الامهات بمعنى آخر وهو ان احترام الام وتعظيمها واجب ولهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف وخفض الجناح لهما والقول الكريم ونهى عن التأفيف لهما فلو جاز النكاح والمرأة تكون تحت أمر الزوج وطاعته وخدمته مستحقة عليها للزمها ذلك وانه ينفي الاحترام فيؤدي الى التناقض وتحل له بنت العمة والخالة وبنت العم والخال لان الله تعالى ذكر المحرمات في آية التحريم ثم أخبر سبحانه وتعالى أنه أحل ما وراء ذلك بقوله وأحل لكم ما وراء ذلكم وبنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات لم يذكرن في المحرمات فكن مما وراء ذلك فكن محللات وكذا عمومات النكاح لا توجب الفصل ثم خص عنها المحرمات المذكورات في آية التحريم فبقي غيرهن تحت العموم وقد ورد نص خاص في الباب وهو قوله تعالى يا أيها النبي انا أحللنا لك أزواجك الى قوله عز وجل وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك الآية والاصل فيما يثبت للنبي صلى الله عليه وسلم ان يثبت لامته والخصوص بدليل والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما النوع الثانى فالمحرمات بالمصاهرة أربع فرق الفرقة الاولى أم الزوجة وجداتها من قبل أبيها وأمها وان علون فيحرم على الرجل أم زوجته بنص الكتاب العزيز وهو قوله عز وجل وأمهات نسائكم معطوفا على قوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم سواء كان دخل بزوجته أو كان لم يدخل بها عند عامة العلماء وقال مالك وداود الاصفهانى ومحمد بن شجاع البلخى وبشر المريسى أن أم الزوجة لا تحرم على الزوج بنفس العقد ما لم يدخل بينتها حتى ان من تزوج امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها أو ماتت لا يجوز له ان يتزوج أمها عند عامة العلماء وعندهم يجوز والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن عمر وعلى وابن عباس وزيد بن ثابت وعمران بن حصين رضى الله عنهم مثل قول العامة وروى عن عبد الله بن مسعود وجابر رضى الله عنهما مثل قولهم وهو احدى الروايتين عن على وزيد بن ثابت وعن زيد بن ثابت انه فصل بين الطلاق والموت قال فى الطلاق مثل قولهما وفى الموت مثل قول العامة وجعل الموت كالدخول لانه بمنزلة الدخول فى حق المهر وكذا فى حق التحريم احتجوا بقوله تعالى وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ذكر أمهات النساء وعطف ربائب النساء عليهن فى التحريم بحرف العطف ثم عقب الجملتين بشرط الدخول والاصل ان الشرط المذكور والاستثناء بمشيئة الله تعالى عقيب جمل معطوف بعضها على بعض بحرف العطف كل جملة مبتدأ وخبره ينصرف الى الكل لا الى ما يليه خاصة كمن قال عبده حر وامرأته طالق وعليه حج بيت الله تعالى ان فعل كذا أو قال ان شاء الله تعالى فهذا كذلك فينصرف شرط الدخول الى الجملتين جميعا فلا تثبت الحرمة بدونه ولنا قوله تعالى وأمهات نسائكم كلام تام بنفسه منفصل عن المذكور بعده لانه مبتدأ وخبر اذ هو معطوف على ما تقدم ذكره من قوله حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم الى قوله عز وجل وأمهات نسائكم والمعطوف يشارك المعطوف عليه فى خبره ويكون خبر الاول خبرا للثانى كقوله جاءنى زيد وعمرو معناه جاءنى عمرو فكان معنى قوله تعالى وأمهات نسائكم أى وحرمت عليكم أمهات نسائكم وانه مطلق عن شرط الدخول فمن ادعى أن الدخول المذكور فى آخر الكلمات منصرف الى الكل فعليه الدليل وروى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا نكح الرجل امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فله أن يتزوج ابنتها وليس له أن يتزوج الام وهذا نص فى المسئلتين وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده فلا بأس أن يتزوج بنتها وأيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده فلا يحل له أن يتزوج أمها وهذا نص فى المسئلتين وعن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أنه قال فى هذه الآية الكريمة أبهموا ما أبهم الله تعالى أى أطلقوا ما أطلق الله تعالى وكذا روى عن عمران ابن حصين أنه قال الآية مبهمة أى مطلقة لا يفصل بين الدخول وعدمه ومارو ى عن ابن مسعود رضى الله عنه فقد روى الرجوع عنه فانه روى انه أفتى بذلك فى الكوفة فلما أتى المدينة ولقى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فذاكرهم رجع الى القول بالحرمة حتى روى أنه لما أتى الكوفة نهى من كان أفتاه بذلك فقيل انها ولدت أولادا فقال انها وان ولدت ولان هذا النكاح يفضى الى قطع الرحم لانه اذا طلق بنتها وتزوج بأمها حملها ذلك على الضغينة التى هى سبب القطيعة فيما بينهما وقطع الرحم حرام فما أفضى اليه يكون حراما لهذا المعنى حرم الجمع بين المرأة وبنتها وبين المرأة وأمها وبين عمتها وخالتها على ما مذكر ان شاء الله تعالى بخلاف جانب الام حيث لا تحرم بنتها بنفس العقد على الام لان اباحة النكاح هناك لا تؤدى الى القطع لان الام فى ظاهر العادات تؤثر بنتها على نفسها فى الحظوظ والحقوق والبنت لا تؤثر أمها على نفسها معلوم ذلك بالعادة واذا جاء الدخول تثبت الحرمة لانه تأكدت مودتها لاستيفائها حظها فتلحقها الغضاضة فيؤدى الى القطع ولان الحرمة

تثبت

تثبت بالدخول بالاجماع والعقد على البنت سبب الدخول بها والسبب يقوم مقام المسبب فى موضع الاحتياط ولهذا تثبت الحرمة بنفس العقد فى منكوحة الاب وحليلة الابن كان ينبغى ان تحرم الربيبة بنفس العقد على الام الا أن شرط الدخول هناك عرفناه بالنص فبقى الحكم فى الآية على أصل القياس (وأما) قولهم ان الشرط المذكور فى آخر كلمات معطوف بعضها على بعض والاستثناء بمشيئة الله تعالى ملحق بالكل فنقول هذا الاصل مسلم فى الاستثناء بمشيئة الله تعالى والشرط المصرح به فاما فى الصفة الداخلة على المذكور فى آخر الكلام فممنوع بل يقتصر على مايليه فانك تقول جانى زيد ومحمد العالم فتقتصر صفة العلم على الذى يليه دون زيد وقوله عز وجل اللاتى دخلتم بهن وصف اياهن بالدخول بهن لا شرط من ادعى الحاق الوصف بالشرط فعليه الدليل على أنه يحتمل أن يكون بمعنى الشرط فيلحق الكل ويحتمل أن لا يكون فيقتصر على مايليه فلا يلحق بالشك والاحتمال واذا وقع الشك والشبهة فيه فالقول لما فيها الحرمة أولى احتياطا على أن هذه الصفة ان كانت فى معنى الشرط لكن اللفظ متى قرن به شرط أو صفة لاثبات حكم يقتضى وجوده عند وجوده اما لا يقتضى عدمه عند عدمه بل عدمه ووجوده عند عدم الشرط والصفة يكون موقوفا على قيام الدليل وفى نفس هذه الآية الكريمة مايدل عليه فانه قال عز وجل وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ولو كان التقييد بالوصف نافيا الحكم فى غير الموصوف لكان ذلك القدر كافيا ونحن نقول بحرمة الام عند الدخول بالربيبة وبحرمة الربيبة عند الدخول بالام بظاهر الآية الكريمة وليس فيها نفى الحرمة عند عدم الدخول ولا اثباتها فيقف على قيام الدليل وقد قام الدليل على حرمة الام بدون الدخول ببنتها وهو ماذكرنا فتثبت الحرمة ولم يقم الدليل على حرمة الربيبة قبل الدخول بالام فلا تثبت الحرمة والله عز وجل أعلم وأما جدات الزوجة من قبل أبيها وأمها فانها عرفت حرمتهن بالاجماع ولما ذكرنا من المعنى فى الامهات لا بعين النص الا على قول من يجيز استعمال اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز عند عدم التنافى بين حكميهما على ماذكرنا ثم انما تحرم الزوجة وجداتها بنفس العقد اذا كان صحيحا فاما اذا كان فاسدا فلا تثبت الحرمة بالعقد بل بالوطء أو مايقوم مقامه من المس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة على ماذكر لان الله تعالى حرم على الزوج أم زوجته مضافا اليه والاضافة لا تنعقد الا بالعقد الصحيح فلا تثبت الحرمة الا به والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما الفرقة الثانية فبنت الزوجة وبناتها وبنات بناتها وبنيها وان سفلن اما بنت زوجته فتحرم عليه بنص الكتاب العزيز اذا كان دخل بزوجته فان لم يكن دخل بها فلا تحرم لقوله وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وسواء كانت بنت زوجته فى حجره أو لا عند عامة العلماء وقال بعض الناس لا تحرم عليه الا أن تكون فى حجره ويروى ذلك عن على بن أبى طالب رضى الله عنه نصا لظاهر الآية قوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم حرم الله عز وجل بنت الزوجة وبوصف كونها فى حجر زوج فيتقيد التحريم بهذا الوصف ألا ترى أنه لما أضافها الى الزوجة يقيد التحريم به حتى لا يحرم على ربيبته غير الزوجة كذا هذا ولنا أن التنصيص على حكم الموصوف لا يدل على أن الحكم فى غير الموصوف بخلافه اذا لتنصيص لا يدل على التخصيص فتثبت حرمة بنت زوجة الرجل التى دخل بأمها وهى فى حجره بهذه الآية واذا لم تكن فى حجره تثبت حرمتها بدليل آخر وهو كون نكاحها مفضيا الى قطيعة الرحم سواء كانت فى حجره أو لم تكن على ما بينا فيما تقدم الا أن الله تعالى ذكر الحجر بناء على أن عرف الناس وعادتهم ان الربيبة تكون فى حجر زوج أمها عادة فاخرج الكلام مخرج العادة كما فى قوله عز وجل ولا تقتلوا أولادكم خشية املاق وقوله عز وجل فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة ونحو ذلك وأما بنات بنات الربيبة

و بنات أبنائها وان سفلن فتثبت حرمتهن بالاجماع وبما ذكرنا من المعنى المعقول لا بعين النص الا على قول من يرى الجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد عند امكان العمل بهما

﴿ فصل ﴾ وأما الفرقة الثالثة فحليلة الابن من الصلب وابن الابن وابن البنت وان سفل فتحرم على الرجل حليلة ابنه من صلبه بالنص وهو قوله عز وجل وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وذكر الصلب جاز أن يكون لبيان الخاصية وان لم يكن الابن الا من الصلب لقوله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه وان كان الطائر لا يطير الا بجناحيه وجاز أن يكون لبيان القسمة والتنويع لان الابن قد يكون من الصلب وقد يكون من الرضاع وقد يكون بالتبنى أيضا على ما ذكر فى سبب نزول الآية لان النبى صلى الله عليه وسلم لما تزوج امرأة زيد ابن حارثة بعد ما طلقها زيد وكان ابنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبنى فعابه المنافقون على ذلك وقالوا انه تزوج بحليلة ابنه فنزل قوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وكذلك قوله تعالى فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكيلا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم اذا قضوا منهن وطرا ولان حليلة الابن لو لم تحرم على الاب فاذا طلقها الابن ربما يندم على ذلك ويريد العود اليها فاذا تزوجها أبوه أورث ذلك الضغينة بينما والضغينة تورث القطيعة وقطع الرحم حرام فيجب أن يحرم حتى لا يؤدى الى الحرام ولهذا حرمت منكوحة الاب على الابن كذا هذا سواء كان دخل بها الابن أو لم يدخل بها لان النص مطلق عن شرط الدخول والمعنى لا يوجب الفصل أيضا على ما ذكرنا ولان العقد سبب الى الدخول والسبب يقام مقام المسبب فى موضع الاحتياط على ما مر وحليلة ابن الابن وابن البنت وان سفل تحرم بالاجماع أو بما ذكرنا من المعنى لا بعين النص لان ابن الابن يسمى ابنا مجازا لا حقيقة فاذا صارت الحقيقة مرادة لم يبق المجاز مرادا لنا الا على قول من يقول انه يجوز أن يراد من لفظ واحد والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما الفرقة الرابعة فمنكوحة الاب وأجداده من قبل أبيه وان علوا أما منكوحة الاب فتحرم بالنص وهو قوله ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء والنكاح يذكر ويراد به العقد وسواء كان الاب دخل بها أو لا لان اسم النكاح يقع على العقد والوطء فتحرم بكل واحد منهما على ما ذكرنا ولان نكاح منكوحة الاب يفضى الى قطيعة الرحم لانه اذا فارقها أبوه لعله يندم فيريد أن يعيدها فاذا نكحها الابن أوحشه ذلك، وأورث الضغينة وذلك سبب التباعد بينهما وهو تفسير قطيعة الرحم وقطع الرحم حرام فكان النكاح سرا سبب الحرام وانه تناقض فيحرم دفعا للتناقض الذى هو أثر السفه والجهل جل الله تعالى عنهما وأما منكوحة أجداده فتحرم بالاجماع وبما ذكرنا من المعنى لا بعين النص الا على قول من يرى الجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد عند عدم التناقى ثم حرمة المصاهرة تثبت بالعقد الصحيح وتثبت بالوطء الحلال بملك اليمين حتى ان من وطئ جاريته تحرم عليها أمها وابنتها وجداتها وان علون وبنات بناتها وان سفلن وتحرم هى على أب الواطئ وابنه وعلى أجداد أجداد الواطئ وان علوا وعلى أبناء أبنائه وان سفلوا وكذا تثبت بالوطء فى النكاح الفاسد وكذا بالوطء عن شبهة بالاجماع وتثبت باللمس فيهما عن شهوة وبالنظر الى فرجها عن شهوة عندنا ولا تثبت بالنظر الى سائر الاعضاء بشهوة ولا بمس سائر الاعضاء الا عن شهوة بلا خلاف وتفسير الشهوة هى أن يشتهى بقلبه ويعرف ذلك باقراره لانه باطن لا وقوف عليه لغيره وتحرك الآلة وانتشارها هل هو شرط تحقيق الشهوة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم شرط وقال بعضهم ليس بشرط هو الصحيح لان المس والنظر عن شهوة يتحقق بدون ذلك كالعنين والمجبوب ونحو ذلك، وقال الشافعى لا تثبت حرمة المصاهرة بالنظر وله فى المس قولان وتثبت حرمة المصاهرة بالزنا والمس والنظر بدون النكاح والملك وشبهته وعند الشافعى لا تثبت الحرمة بالزنا فأولى أن لا تثبت بالمس والنظر بدون الملك احتج الشافعى بقوله تعالى وربائبكم

للاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن حرم الربائب المضافة الى نسائنا المدخولات وانما تكون المرأة مضافة الينا بالنكاح فكان الدخول بالنكاح شرط ثبوت الحرمة وهذا دخول بلا نكاح فلا تثبت به الحرمة ولا تثبت بالنظر أيضا لانه ليس بمعنى الدخول ألا ترى أنه لا يفسد به الصوم ولا يجب به شئ فى الاحرام وكذلك اللمس فى قول وفى قول يثبت لانه استمتاع بها من وجه فكان بمعنى الوطء ولهذا حرم بسبب الاحرام كما حرم الوطء وروى عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يتبع المرأة حراما أينكح ابنتها أو يتبع البنت حراما أينكح أمها فقال لا يحرم الحرام الحلال انما يحرم ما كان نكاحا حلالا والتحريم بالزنا تحريم الحرام الحلال ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء والنكاح يستعمل فى العقد والوطء فلا يخلو اما أن يكون حقيقة لهما على الاشتراك واما أن يكون حقيقة لاحدهما مجازا للآخر وكيف ما كان يجب القول بتحريمهما جميعا اذ لا تنافى بينهما كانه قال عز وجل ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء عقدا ووطأ وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من نظر الى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها وروى حرمت عليه أمها وابنتها وهذا نص فى الباب لانه ليس فيه ذكر النكاح وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها ولو لم يكن النظر الاول محرما للثانى وهو النظر الى فرج ابنتها لم يلحقه اللعن لان النظر الى فرج المرأة المنكوحة نكاحا صحيحا مباح فكيف يستحق اللعن فاذا ثبتت الحرمة بالنظر فبالدخول أولى وكذا باللمس لان النظر دون اللمس فى تعلق الاحكام بهما ألا ترى انه يفسد الصوم بالانزال عن المس ولا يفسد بالانزال عن النظر الى الفرج وفى الحج يلزمه بالمس عن شهوة الدم أنزل أو لم ينزل ولا يلزمه شئ بالنظر الى الفرج عن شهوة أنزل أو لم ينزل فلما ثبتت الحرمة بالنظر فبالمس أولى ولان الحرمة انما تثبت بالنكاح لكونه سببا داعيا الى الجماع اقامة للسبب مقام المسبب فى موضع الاحتياط كما أقيم النوم المفضى الى الحدث مقام الحدث فى انتقاض الطهارة احتياطا لامر الصلاة والقبلة والمباشرة فى التسبب والدعوة أبلغ من النكاح فكان أولى باثبات الحرمة ولان الوطء الحلال انما كان محرما للبنت بمعنى هو موجود هنا وهو انه يصير جامعا بين المرأة وبنتها فى الوطء من حيث المعنى لان وطء احداهما يذكره وطء الاخرى فيصير كانه قاض وطره منهما جميعا ويجوز أن يكون هذا معنى قول النبى صلى الله عليه وسلم ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها وهذا المعنى موجود فى الوطء الحرام وأما الآية الكريمة فلا حجة له فيها بل هى حجة عليه لانها تقتضى حرمة ربيبته التى هى بنت امرأته التى دخل بها مطلقا سواء دخل بها بعد النكاح أو قبله بالزنا واسم الدخول يقع على الحلال والحرام أو يحتمل أن يكون المراد الدخول بعد النكاح ويحتمل أن يكون قبله فكان الاحتياط هو القول بالحرمة واذا احتمل هذا واحتمل هذا فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال على أن فى هذه الآية اثبات الحرمة بالدخول فى النكاح وهذا ينفى الحرمة بالدخول بلا نكاح فكان هذا احتجاجا بالمسكوت عنه وانه لا يصح على أن فى هذه الآية حجتنا على اثبات الحرمة باللمس لانه ذكر الدخول بهن وحقيقة الدخول بالشئ عبارة عن ادخاله فى العورة الى الحصن فكان الدخول بها هو ادخالها فى الحصن وذلك بأخذ يدها أو شئ منها ليكون هو الداخل بها فأما بدون ذلك فالمرأة هى الداخلة بنفسها فدل أن المس موجب للحرمة أو يحتمل الوطء ويحتمل المس فيجب القول بالحرمة احتياطا وأما الحديث فقد قيل انه ضعيف ثم هو خبر واحد مخالف للكتاب ولئن ثبت فنقول بموجبه لان المذكور فيه هو الاتباع لا الوطء واتباعها أن يردها عن نفسها وذا لا يحرم عندنا اذا المحرم هو الوطء ولا ذكر له فى الحديث والله عز وجل الموفق (وأما) النوع الثالث وهو المحرمات بالرضاعة فوضع بيانها كتاب الرضاع فكل من حرم لقرابة من الفرق السبع الذين وصفهم الله تعالى يحرم بالرضاعة الا أن الله تعالى بين

المحرمات بالقرابة بيان ابلاغ و بين المحرمات بالرضاعة بيان كفاية حيث لم يذكر على التصريح والتنصيص الا الامهات والاخوات بقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ليعلم حكم غير المذكور بطريق الاجتهاد بالاستدلال ووجه الاستدلال نذكره فى كتاب الرضاع ان شاء الله تعالى والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وعليه الاجماع أيضا وكذا كل من يحرم ممن ذكرنا من الفرق الاربع بالمصاهرة يحرم بالرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته و بنتها من الرضاع الا أن الام تحرم بنفس العقد اذا كان صحيحا والبنت لا تحرم الا بالدخول بالاحرام وكذا جدات الزوجة لابيها وأمها وان علون و بنات بناتها و بنات أبنائها وان سفلن من الرضاع وكذا يحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفل على أبى الرضاع وابى أبيه وتحرم منكوحة ابى الرضاع وابى أبيه وان علا على ابن الرضاع وابن ابنه وان سفل وكذا يحرم بالوطء أم الموطوأة و بنتها من الرضاع على الواطئ وكذا جداتها و بنات بناتها وتحرم الموطوءة على أبى الواطئ وابنه من الرضاع وكذا على أجداده وان علوا وعلى أبناء أبنائه وان سفلوا سواء كان الوطء حلالا بأن كان بملك اليمين أو كان الوطء بنكاح فاسد أو شبهة نكاح أو كان زنا والاصل انه يحرم بسبب الرضاع مايحرم بسبب النسب وسبب المصاهرة الا فى مسئلتين يختلف فيهما حكم المصاهرة والرضاع نذكرهما فى كتاب الرضاع ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا يقع نكاح المرأة التى يتزوجها جمعا بين ذوات الارحام ولا بين أكثر من أربع نسوة فى الاجنبيات وجملة الكلام فى الجمع ان الجمع فى الاصل نوعان جمع بين ذوات الارحام وجمع بين الاجنبيات أما الجمع بين ذوات الارحام فنوعان أيضا جمع فى النكاح وجمع فى الوطء ودواعيه بملك اليمين أما الجمع بين ذوات الارحام فى النكاح فنقول لا خلاف فى أن الجمع بين الاختين فى النكاح حرام لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين معطوفا على قوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم ولان الجمع بينهما يفضى الى قطيعة الرحم لان العداوة بين الضرتين ظاهرة وأنها تفضى الى قطيعة الرحم وقطيعة الرحم حرام فكذا المفضى وكذا الجمع بين المرأة و بنتها لما قلنا بل أولى لان قرابة الولاد مفترضة الوصل بلا خلاف واختلف فى الجمع بين ذواتى رحم محرم سوى هذين الجمعين بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لا يجوز له نكاح الاخرى من الجانبين جميعا أيتهما كانت غير عين كالجمع بين امرأة وعمتها والجمع بين امرأة وخالتها ونحو ذلك قال عامة العلماء لا يجوز وقال عثمان البتى الجمع فيما سوى الاختين وسوى المرأة و بنتها ليس بحرام واحتج بقوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم ذكر المحرمات وذكر فيما حرم الجمع بين الاختين وأحل ماوراء ذلك والجمع فيما سوى الاختين لم يدخل فى التحريم فكان داخلا فى الاحلال الا أن الجمع بين المرأة و بنتها حرم بدلالة النص لان قرابة الولاد أقوى فالنص الوارد ثمة يكون واردا ههنا من طريق الاولى ولنا الحديث المشهور وهو ماروى عن أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها وزاد فى بعض الروايات لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على الصغرى الحديث أخبر أن من تزوج عمة ثم بنت أخيها أو خالة ثم بنت أختها لا يجوز ثم أخبر أنه اذا تزوج بنت الاخ أولا ثم العمة أو بنت الاخت أولا ثم الخالة لا يجوز أيضا لئلا يشكل ان حرمة الجمع يجوز أن تكون مختصة بأحد الطرفين دون الآخر كنكاح الامة على الحرة أنه لا يجوز و يجوز نكاح الحرة على الامة ولان الجمع بين ذواتى محرم فى النكاح سبب لقطيعة الرحم لان الضرتين يتنازعان و يختلفان ولا يأتلفان هذا أمر معلوم بالعرف والعادة وذلك يفضى الى قطع الرحم وانه حرام والنكاح سبب فيحرم حتى لا يؤدى اليه والى هذا المعنى أشار النبى صلى الله عليه وسلم فى آخر الحديث فيما روى أنه قال انكم لو فعلتم ذلك لقطعتم أرحامهن وروى فى بعض الروايات

فانهن يتقاطعن وفى بعضها أنه يوجب القطيعة وروى عن أنس رضى الله عنه أنه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون الجمع بين القرابة فى النكاح وقالوا انه يورث الضغائن وروى عن عبد الله ابن مسعود رضى الله عنه أنه كره الجمع بين بنتى عمين وقال لا أحرم ذلك لكن أكرهه أما الكراهة فلمكان القطيعة وأما عدم الحرمة فلان القرابة بينهما ليست بمفترضة الوصل أما الآية فيحتمل أن يكون معنى قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أى ما وراء ما حرمه الله تعالى والجمع بين المرأة وعمتها وبنتها وبين خالتها مما قد حرمة الله تعالى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى هو وحى غير متلو على أن حرمة الجمع بين الاختين معللة بقطع الرحم والجمع ههنا يفضى الى قطع الرحم فكانت حرمة ثابتة بدلالة النص فلم يكن ما وراء ما حرم فى آية التحريم ويجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل أو بين امرأة وزوجة كانت لابيها وهما واحد لانه لا رحم بينهما فلم يوجد الجمع بين ذوات رحم وقال زفر وابن أبى ليلى لا يجوز لان البنت لو كانت رجلا لكان لا يجوز له أن يتزوج الاخرى لانها منكوحة أبيه فلا يجوز الجمع بينهما كما لا يجوز الجمع بين الاختين وانا نقول الشرط أن تكون الحرمة ثابتة من الجانبين جميعا وهو أن يكون كل واحدة منهما ايتهما كانت بحيث لو قدرت رجلا لكان لا يجوز له نكاح الاخرى ولم يوجد هذا الشرط لان الزوجة منهما لو كانت رجلا لكان يجوز له أن يتزوج الاخرى لان الاخرى لا تكون بنت الزوج فلم تكن الحرمة ثابتة من الجانبين فجاز الجمع بينهما كالجمع بين الاختين ولو تزوج الاختين معا فسد نكاحهما لان نكاحهما حصل جمعا بينهما فى النكاح وليست احداهما بفساد النكاح بأولى من الاخرى فيفرق بينه وبينهما ثم ان كان قبل الدخول فلا مهر لهما ولا عدة عليهما لان النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول وان كان قد دخل بهما فلكل واحدة منهما العقر وعليهما العدة لان هذا حكم الدخول فى النكاح الفاسد على ما نذكره ان شاء الله تعالى فى موضعه وان تزوج احداهما بعد الاخرى جاز نكاح الاولى وفسد نكاح الثانية ولا يفسد نكاح الاولى لفساد نكاح الثانية لان الجمع حصل بنكاح الثانية فاقتصر الفساد عليه ويفرق بينه وبين الثانية فان كان لم يدخل بها فلا مهر ولا عدة وان كان دخل بها فلها المهر وعليها العدة لما بينا ولا يجوز له أن يطأ الاولى ما لم تنقض عدة الثانية لما نذكر ان شاء الله تعالى وان تزوج أختين فى عقدتين لا يدرى أيتهما أولى لا يجوز له التحرى بل يفرق بينه وبينهما لان نكاح احداهما فاسد بيقين وهى مجهولة ولا يتصور حصول مقاصد النكاح من المجهولة فلا بد من التفريق ثم ان ادعت كل واحدة منهما أنها هى الاولى ولا بينة لها يقضى لها بنصف المهر لان النكاح الصحيح أحدهما وقد حصلت الفرقة قبل الدخول لا بصنع المرأة فكان الواجب نصف المهر ويكون بينهما لعدم الترجيح اذ ليست احداهما بأولى من الاخرى وروى عن أبى يوسف أنه لا يلزم الزوج شئ وروى عن محمد أنه يجب عليه المهر كاملا وان قالتا لا ندرى أيتنا الاولى لا يقضى لهما بشئ لكون المدعية منهما مجهولة الا اذا اصطلحت على شئ فحينئذ يقضى لها وكذلك المرأة وعمتها وخالتها فى جميع ما وصفنا وكما لا يجوز للرجل ان يتزوج امرأة فى نكاح أختها لا يجوز له ان يتزوجها فى عدة أختها وكذلك التزوج بامرأة هى ذات رحم محرم من امرأة بعقد منه والاصل ان ما يمنع صلب النكاح من الجمع بين ذوات المحارم فالعدة تمنع منه وكذا لا يجوز له ان يتزوج أربعا من الاجنبيات والخامسة تعتد منه سواء كانت العدة من طلاق رجعى أو بائن أو ثلاث أو بالمحرمية الطارئة بعد الدخول أو بالدخول فى نكاح فاسد أو بالوطء فى شبهة وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجوز الا فى عدة من طلاق رجعى وروى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل قولنا نحو

على وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت رضى الله عنهم (وجه) قوله ان المحرم هو الجمع بين الاختين فى النكاح والنكاح قد زال من كل وجه لوجود المزيل له وهو الطلاق الثلاث أو البائن ولهذا الوطئها بعد الطلاق الثلاث مع العلم بالحرمة لزمه الحد فلم يتحقق الجمع فى النكاح فلا تثبت الحرمة ولنا ان ملك الحبس والعبد قائم فان الزوج يملك منعها من الخروج والبروز وحرمة التزوج بزوج آخر ثابتة والفراش قائم حتى لو جاءت بولد الى سنتين من وقت الطلاق وقد كان قد دخل بها يثبت النسب فلو جاز النكاح لكان النكاح جمعا بين الاختين فى هذه الاحكام فيدخل تحت النص ولان هذه أحكام النكاح لانها شرعت وسيلة الى أحكام النكاح فكان النكاح قائما من وجه ببقاء بعض أحكامه والثابت من وجه ملحق بالثابت من وجه فى باب الحرمة احتياطا الا ترى انه ألحقت الام والبنت من وجه بالرضاعة بالام والبنت من كل وجه بالقرابة وألحقت المنكوحة من وجه وهى المعتدة بالمنكوحة من كل وجه فى حرمة النكاح كذا هذا ولان الجمع قبل الطلاق انما حرم لكونه مفضيا الى قطيعة الرحم لانه يورث الضغينة وانها تفضى الى القطيعة والضغينة ههنا أشد لان معظم النعمة وهو ملك الحل الذى هو سبب اقتضاء الشهوة قد زال فى حق المعتدة وبنكاح الثانية يصير جميع ذلك لها وتقوم مقامها وتبقى هى محرومة الحظ للحال من الازواج فكانت الضغينة أشد فكانت أدعى الى القطيعة بخلاف ما بعد انقضاء العدة لان هناك لم يبق شئ من علائق الزوج الاول فكان لها سبيل الوصول الى زوج آخر فتستوفى حظها من الثانى فتسلى به فلا تلحقها الضغينة أو كانت أقل منه فى حال قيام العدة فلا يستقيم الاستدلال ولو خلا بامرأته ثم طلقها لم يتزوج أختها حتى تنقضى عدتها لانه وجبت عليها العدة بالخلوة فيمنع نكاح الاخت كما لو وجبت بالدخول حقيقة

﴿فصل﴾ وأما الجمع فى الوطء بملك اليمين فلا يجوز عند عامة الصحابة مثل عمر وعلى وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم وروى عن عثمان رضى الله عنه انه قال كل شئ حرمه الله تعالى من الحرائر حرمه الله تعالى من الاماء الا الجمع أى الجمع فى الوطء بملك اليمين وروى ان رجلا سأل عثمان رضى الله عنه عن ذلك فقال ما أحب ان أحله ولكن أحلتهما آية وحرمتهما آية وأما أنا فلا أفعله فخرج الرجل من عنده فلقى عليا فذكر له ذلك فقال لو أن لى من الامر شيئا لجعلت من فعل ذلك نكالا وقول عثمان رضى الله عنه أحلتهما آية وحرمتهما آية عنى بآية التحليل قوله عز وجل الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وبآية التحريم قوله عز وجل وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف وذلك منه اشارة الى تعارض دليلى الحل والحرمة فلا تثبت الحرمة مع التعارض ولعامة الصحابة رضى الله عنهم الكتاب العزيز والسنة اما الكتاب فقوله عز وجل وان تجمعوا بين الاختين والجمع بينهما فى الوطء جمع فيكون حراما وأما السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه فى رحم أختين واما قول عثمان رضى الله عنه أحلتهما آية وحرمتهما آية فالاخذ بالمحرم أولى عند التعارض احتياطا للحرمة لانه يلحقه المأثم بارتكاب المحرم ولا مأثم فى ترك المباح ولان الاصل فى الابضاع هو الحرمة والاباحة بدليل فاذا تعارض دليل الحل والحرمة تدافعا فيجب العمل بالاصل وكما لا يجوز الجمع بينهما فى الوطء لا يجوز فى الدواعى من اللمس والتقبيل والنظر الى الفرج عن شهوة لان الدواعى الى الحرام حرام اذا عرف هذا فنقول اذا ملك أختين فله أن يطأ أحداهما لان الامة لا تصير فراشا بالملك واذا وطئ احداهما ليس له ان يطأ الاخرى بعد ذلك لانه لو وطئ لصار جامعا بينهما فى الوطء حقيقة وكذا اذا ملك جارية فوطئها ثم ملك أختها كان له ان يطأ الاولى لما قلنا وليس له أن يطأ الاخرى بعد ذلك ما لم يحرم فرج الاولى على نفسه اما بالتزويج أو بالاخراج عن ملكه بالاعتاق أو بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة لانه لو وطئ الاخرى لصار جامعا بينهما

فى الوطء حقيقة وهذا لا يجوز ولو كانتا يحل له وطء الاخرى فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه قال لا يحل لانه بالكتابة لم يملك وطأها غيره وقال فى هذه الرواية أيضا انه لو ملك فرج الاولى غيره لم يكن له ان يطأ الاخرى حتى تحيض الاولى حيضة بعد وطئها لجواز أن تكون حاملا فيكون جامعا ماءه فى رحم أختين فيستبرئها بحيضة حتى يعلم انها ليست بحامل (وجه) ظاهر الرواية انه حرم فرجها على المولى بالكتابة الا ترى انه لو وطئها لزمه العقر ولو وطئت بشبهة أو نكاح كان المهر لها لا للمولى فلا يصير بوطء الاخرى جامعا بينهما فى الوطء ولو تزوج جارية ولم يطأها حتى ملك أختها فليس له أن يطأ المشتراة لانه الفراش يثبت بنفس النكاح ولان ملك النكاح يقصد به الوطء والولد فصارت المنكوحة موطوءة حكما فلو وطئ المشتراة لصار جامعا بينهما فى الوطء ولو كانت فى ملكه جارية قد وطئها ثم تزوج أختها وتزوج أخت أم ولده جاز النكاح عند عامة العلماء ولكن لا يطأ الزوجة ما لم يحرم فرج الامة التى فى ملكه أو أم ولده وقال مالك لا يجوز النكاح (وجه) قوله ان النكاح بمنزلة الوطء بدليل انه به النسب كالوطء وبدليل أنه لا يجوز له أن يطأ المملوكة ههنا بعد نكاح أختها فلو لم يكن بمنزلة الوطء لجاز واذا كان النكاح بمنزلة الوطء يصير بالنكاح جامعا لما بينا فى الوطء وانه لا يجوز ولنا أن النكاح ليس بوطء حقيقة وليس بمنزلة الوطء أيضا لان النكاح يلاقى الاجنبية ولا يجوز وطء الاجنبية فلا يكون نكاحها جامعا بينهما فى الوطء الا ان النكاح اذا انعقد يجعل الوطء موجودا حكما بعد الانعقاد لما أن الحكم المختص بالنكاح هو الوطء وثمرته المطلوبة منه الولد ولا حصول له عادة بدون الوطء فجعله الشارع حكما واطئا بعد انعقاد النكاح والحق الولد بالفراش فلو وطئ المملوكة لصار جامعا بينهما وطأ ولان الامة لا تصير فراشا بنفس الوطء عندنا حتى لا يثبت النسب بدون الدعوة فلا يكون نكاح أختها جمعا بينهما فى الفراش فلا يمنع منه وأم الولد فراشها ضعيف حتى ينتفى نسب ولده بمجرد قوله وهو مجرد النفى من غير لعان وكذا يحتمل النقل الى غيره فلا يتحقق النكاح جمعا بينهما فى الفراش مطلقا فلا يمنع نسب ولده بمجرد قوله وهو مجرد النفى من غير لعان والله عز وجل أعلم ولا يجوز أن يتزوج أخت أم ولده التى تعتد منه بأنه أعتقها ووجبت عليها العدة فى قول أبى حنيفة رحمه الله ويجوز أن تتزوج أربعا فى عدتها وقال أبو يوسف ومحمد يجوز كلاهما وقال زفر لا يجوز كلاهما (وجه) قوله ان هذه معتدة فلا يجوز التزوج بأختها وأربع سواها كالحرة المعتدة (وجه) قولهما ان الحرمة فى الحرة لما كان الجمع بينهما فى النكاح من وجه ولم يوجد فى أم الولد لانعدام النكاح أصلا ولان العدة فى أم الولد أثر فراش الملك وحقيقة الفراش فيها لا يمنع النكاح حتى لو تزوج أخت ام ولده وأربع نسوة قبل أن يعتقها جاز فاذا لم يكن فراش الملك حقيقة ما نعا فاثره أولى ان لا يمنع ولابى حنيفة انه انما جاز نكاح أخت أم الولد قبل الاعتاق لضعف فراشها على ما بينا فاذا اعتقها قوى فراشها فكان نكاح أختها جمعا بينهما فى الفراش وهو استلحاق نسب ولديهما ولا يجوز استلحاق نسب ولد أختين فى زمان واحد ولهذا لو تزوج أخت أم ولده لا يحل له وطء المنكوحة حتى يزيل فراش أم الولد ونكاح الاربع وان كان جمعا بينهن وبينها فى الفراش لكن الجمع ههنا فى الفراش جائز الا ترى انه جاز قبل الاعتاق فانه اذا تزوج أربعا قبل الاعتاق يحل له وطؤهن ووطء أم الولد فكذا بعد الاعتاق والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ واما الجمع بين الاجنبيات فنوعان أيضا جمع فى النكاح وجمع فى الوطء ودواعيه بملك اليمين اما الجمع فى النكاح فنقول لا يجوز للحران يتزوج أكثر من أربع زوجات من الحرائر والاماء عند عامة العلماء وقال بعضهم يباح له الجمع بين التسع وقال بعضهم يباح له الجمع بين ثمانية عشر واحتجوا بظاهر قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فالاولون قالوا ان الله تعالى ذكر هذه الاعداد بحرف الواو وانه للجمع وجملتها تسعة فيقتضى اباحة نكاح تسع واستدلوا أيضا بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم انه تزوج

تسع نسوة وهو قدوة الامة والآخرون قالوا المثنى ضعف الاثنين والثلاث ضعف الثلاثة والرباع ضعف الاربعة فجملتها ثمانية عشر ولنا ما روى ان رجلا أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلمن فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر منهن أربعا وفارق البواقي أمره صلى الله عليه وسلم بمفارقة البواقي ولو كانت الزيادة على الاربع حلالا لما أمره فدل انه منتهى العدد المشروع وهو الاربع ولان في الزيادة على الاربع خوف الجور عليهن بالعجز عن القيام بحقوقهن لان الظاهر انه لا يقدر على الوفاء بحقوقهن واليه وقعت الاشارة بقوله عز وجل فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أي لا تعدلوا في القسم والجماع والنفقة في نكاح المثنى والثلاث والرباع فواحدة بخلاف نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم لان خوف الجور منه غير موهوم لكونه مؤيدا على القيام بحقوقهن بالتأييد الالهي فكان ذلك من الآيات الدالة على نبوته لانه آثر الفقر على الغنى والضيق على السعة وتحمل الشدائد والمشاق على الهوينا من العبادات والامور الثقيلة وهذه الاشياء أسباب قطع الشهوات والحاجة الى النساء ومع ذلك كان يقوم بحقوقهن دل انه صلى الله عليه وسلم انما قدر على ذلك بالله تعالى واما الآية فلا يمكن العمل بظاهرها لان المثنى ليس عبارة عن الاثنين ولا الثلاث عن الثلاث والرباع عن الاربع بل أدنى ما يراد بالمثنى مرتان من هذا العدد وأدنى ما يراد بالثلاث ثلاث مرات من العدد وكذا الرباع وذلك يزيد على التسعة وثمانية عشر ولا قائل به دل ان العمل بظاهر الآية متعذر فلا بد لها من تأويل ولها تأويلان أحدهما أن يكون على التخيير بين نكاح الاثنين والثلاث والاربع كانه قال عز وجل مثنى أو ثلاث أو رباع واستعمال الواو مكان أو جائز والثاني أن يكون ذكر هذه الاعداد على التداخل وهو أن قوله وثلاث تدخل فيه المثنى وقوله عز وجل ورباع يدخل فيه الثلاث كما في قوله أئنكم لتكفرون بالذي خلق الارض في يومين ثم قال عز وجل وجعل فيها رواسي من فوقها وبارك فيها وقدر فيها أقواتها في أربعة أيام واليومان الاولان داخلان في الاربع لانه لو لم يكن كذلك لكان خلق هذه الجملة في ستة أيام ثم أخبر عز وجل أنه خلق السموات في يومين بقوله عز وجل فقضاهن سبع سموات في يومين فيكون خلق الجميع في ثمانية أيام وقد أخبر الله تعالى انه خلق السموات والارض في ستة أيام فيؤدي الى الخلف في خبر من يستحيل عليه الخلف فكان على التداخل فكذا ههنا جاز أن يكون العدد الاول داخلا في الثاني والثاني في الثالث فكان في الآية اباحة نكاح الاربع ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنين لما روينا من الحديث وذكرنا من المعنى فيما تقدم

﴿ فصل ﴾ وأما الجمع في الوطء ودواعيه بملك اليمين فجائز وان كثرت الجواري لقوله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم أي ان خفتم أن لا تعدلوا في نكاح المثنى والثلاث والرباع بايفاء حقوقهن فانكحوا واحدة وان خفتم أن لا تعدلوا في واحدة فما ملكت أيمانكم كانه قال سبحانه وتعالى هذا أو هذا أي الزيادة على الواحدة الى الاربع عند القدرة على المعادلة وعند خوف الجور في ذلك الواحدة من الحرائر وعند خوف الجور في نكاح الواحدة هو شراء الجواري والتسري بهن وذلك قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانكم ذكره مطلقا عن شرط العدد وقال تعالى الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين من غير شرط العدد وقال عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم مطلقا ولان حرمة الزيادة على الاربع في الزوجات لخوف الجور عليهن في القسم والجماع ولم يوجد هذا المعنى في الاماء لانه لا حق لهن قبل المولى في القسم والجماع

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا يكون تحته حرة هو شرط جواز نكاح الامة فلا يجوز نكاح الامة على الحرة والاصل فيه ما روى عن علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح الامة على الحرة وقال علي رضي الله عنه وتنكح الحرة على الامة وللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولان الحرية

تنبئ عن الشرف والعزة وكمال الحال فنكاح الامة على الحرة ادخال على الحرة من لا يساويها فى القسم وذلك يشعر بالاستهانة والحاق الشين ونقصان الحال وهذا لا يجوز وسواء كان المتزوج حرا أو عبدا عندنا لان مار وينا من الحديث وذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل وعند الشافعى يجوز للعبد أن يتزوج أمة على حرة بناء على أن عدم الجواز للحر عنده لعدم شرط الجواز وهو عدم طول الحرة وهذا شرط جواز نكاح الامة عنده فى حق الحر لا فى حق العبد لما مذكر ان شاء الله تعالى وكذا خلو الحرة عن العدة شرط جواز نكاح الامة عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ان يتزوج أمة على حرة تعتد من طلاق بائن أو ثلاث (وجه) قولهما ان المحرم ليس هو الجمع بين الحرة والامة بدليل أنه لو تزوج أمة ثم تزوج حرة جاز وقد حصل الجمع وانما المحرم هو نكاح الامة على الحرة وقال صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة ولا يتحقق النكاح عليها بعد البينونة ألا ترى أنه لو حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج بعد ما أبانها فى عدتها لا يحنث ولابى حنيفة ان نكاح الامة فى عدة الحرة نكاح عليها من وجه لان بعض آثار النكاح قائم فكان النكاح قائما من وجه فكان نكاحها عليها من وجه والثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه فى باب المحرمات احتياطا فيحرم كنكاح الاخت فى عدة الاخت ونحو ذلك مما بينا فيما تقدم وأما عدم طول الحرة وهو القدرة على مهر الحرة وخشية العنت فليس من شرط جواز نكاح الامة عند أصحابنا والحاصل ان من شرائط جواز نكاح الامة عند أبى حنيفة أن لا يكون فى نكاح المتزوج حرة ولا فى عدة حرة وعندهما خلو الحرة عن عدة البينونة ليس بشرط لجواز نكاح الامة وعند الشافعى من شرائط جواز نكاح الامة أن لا يكون فى نكاحه حرة وأن لا يكون قادرا على مهر الحرة وأن يخشى العنت حتى اذا كان فى ملكه أمة يطؤها بملك اليمين جاز له أن يتزوج أمة عندنا وعنده لا يجوز لعدم خشية العنت وكذلك الحر يجوز له أن يتزوج أكثر من أمة واحدة عندنا وعنده اذا تزوج أمة واحدة لا يجوز له أن يتزوج أمة أخرى لزوال خشية العنت بالواحدة ولا خلاف فى أن طول الحرة لا يمنع العبد من نكاح الامة احتج الشافعى بقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ومن كلمة شرط فقد جعل الله عز وجل العجز عن طول الحرة شرطا لجواز نكاح الامة فيتعلق الجواز به كما فى قوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ونحو ذلك وقال تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم وهو الزنا شرط سبحانه وتعالى خشية العنت لجواز نكاح الامة فيتقيد الجواز بهذا الشرط أيضا ولان جواز نكاح الاماء فى الاصل ثبت بطريق الضرورة لما يتضمن نكاحهن من ارقاق الحر لان ماء الحر حرتبعا له وكان فى نكاح الحر الامة ارقاق حر جزأ والى هذا أشار عمر رضى الله عنه فيما روى عنه أنه قال أيما حر تزوج أمة فقد أرق نصفه وأيما عبد تزوج حرة فقد أعتق نصفه ولا يجوز ارقاق الجزء من غير ضرورة ولهذا اذا كان تحته حرة لا يجوز نكاح الامة وهذا لان الارقاق اهلاك لانه يخرج به من أن يكون منتفعا به فى حق نفسه ويصير ملحقا بالبهائم وهلاك الجزء من غير ضرورة لا يجوز كقطع اليد ونحو ذلك ولا ضرورة حالة القدرة على طول الحرة فبقى الحكم فيها على هذا الاصل ولهذا لم يجز اذا كانت حرة لارتفاع الضرورة بالحرة بخلاف ما اذا كان المتزوج عبدا لان نكاحه ليس ارقاق الحر لان ماءه رقيق تبعا له وارقاق الرقيق لا يتصور ولنا عمومات النكاح نحو قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وقوله عز وجل فانكحوهن باذن أهلهن وقوله عز وجل وأحل لكم ما وراء ذلكم من غير فصل بين حال القدرة على مهر الحرة وعدمها ولان النكاح عقد مصلحة فى الاصل لاشتماله على المصالح الدينية والدنيوية فكان الاصل فيه هو الجواز اذا صدر من الاهل فى المحل وقد وجدوا الآية فقيها اباحة نكاح الامة عند عدم طول الحرة وهذا لا ينفى الاباحة عند وجود

لطول فالتعليق بالشرط عندنا يقتضي الوجود عند وجود الشرط اما لا يقتضي العدم عند عدمه قال الله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة ثم اذا تزوج واحدة جاز وان كان لا يخاف الجور في نكاح المثنى والثلاث والرباع وقال تعالى في الاماء فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب وهذا يدل على نفي الحد عنهن عند عدم الاحصان وهو التزوج وهو الجواب عن قوله عز وجل ذلك لمن خشي العنت منكم على أن العنت يذكر ويراد به الضيق كقوله عز وجل ولو شاء الله لاعنتكم أي لضيق عليكم أي من يضيق عليه النفقة والاسكان لترك الحرة بالطلاق. وتزوج الامة فالطول المذكور يحتمل أن يراد به القدرة على المهر ويحتمل أن يراد به القدرة على الوطء لان النكاح يذكر ويراد به الوطء بل حقيقة الوطء على ما عرف فكان معناه فمن لم يقدر منكم على وطء المحصنات وهي الحرائر والقدرة على وطء الحرة انما يكون في النكاح ونحن نقول به ان من لم يقدر على وطء الحرة بأن لم يكن في نكاحه حرة يجوز له نكاح الامة ومن قدر على ذلك بأن كان في نكاحه حرة لا يجوز له نكاح الامة ونقل هذا التأويل عن علي رضي الله عنه فلا يكون حجة مع الاحتمال على أن فيها اباحة نكاح الامة عند عدم طول الحرة وهذا تقديم وتأخير في الجواب عن التعليق بالآية وأما قوله نكاح الامة يتضمن ارقاق الحر لان ماء الحر حر فنقول ان عنى به اثبات حقيقة الرق فهذا لا يتصور لان الماء جماد لا يوصف بالرق والحرية وان عنى به التسبب الى حدوث رق الولد فهذا مسلم لكن أثر هذا في الكراهة لا في الحرية فان نكاح الامة في حال طول الحرة في حق العبد جائز بالاجماع وان كان نكاحها مباشرة سبب حدوث الرق عندنا فكره نكاح الامة مع طول الحرة ولو تزوج أمة وحرة في عقدة واحدة جاز نكاح الحرة وبطل نكاح الامة لان كل واحدة منهما على صاحبتها مدخولة عليها فيعتبر حالة الاجتماع بحال الانفراد فيجوز نكاح الحرة لان نكاحها على الامة حالة الانفراد جائز فكذا حالة الاجتماع ويبطل نكاح الامة لان نكاحها على الحرة وادخالها عليها لا يجوز حالة الانفراد فكذا عند الاجتماع بخلاف ما اذا تزوج أختين في عقدة واحدة لان المحرم هناك هو الجمع بين الاختين والجمع حصل بهما فبطل نكاحهما وههنا المحرم هو ادخال الامة على الحرة لا الجمع ألا ترى أنه لو كان نكاح الامة متقدما على نكاح الحرة جاز نكاح الحرة وان وجد الجمع فكذلك اذا اقترن الامران والله عز وجل اعلم وكذلك اذا جمع بين أجنبية وذات محارمه جاز نكاح الاجنبية وبطل نكاح المحرم ويعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد وهل ينقسم المهر عليهما في قول أبي حنيفة لا ينقسم ويكون كله للاجنبية وعندهما ينقسم المسمى على قدر مهر مثلها.

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا تكون منكوحة الغير لقوله تعالى والمحصنات من النساء معطوفا على قوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم الى قوله والمحصنات من النساء وهن ذوات الازواج وسواء كان زوجها مسلما أو كافرا الا المسبية التي هي ذات زوج سبيت وحدها لان قوله عز وجل والمحصنات من النساء عام في جميع ذوات الازواج ثم استثنى تعالى منها المملوكات بقوله تعالى الا ما ملكت أيمانكم والمراد منها المسبيات اللاتي سبين وهن ذوات الازواج ليكون المستثنى من جنس المستثنى منه فيقتضي حرمة نكاح كل ذات زوج الا التي سبيت كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال في هذه الآية كل ذات زوج ايانها زنا الا ما سبيت والمراد منه التي سبيت وحدها وأخرجت الى دار الاسلام لان الفرقة بتبت بتباين الدارين عندنا لا بنفس السبي على ما نذكر ان شاء الله تعالى وصارت هي في حكم الذمية ولان اجتماع رجلين على امرأة واحدة يفسد الفراش لانه يوجب اشتباه النسب وتضييع الولد وفوات السكن والالفة والمودة فيفوت ما وضع النكاح له

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا تكون معتدة الغير لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله أي ما كتب عليها من التربص ولان بعض أحكام النكاح حالة العدم قائم فكان النكاح قائما من وجه والثابت

من وجه كالثابت من كل وجه فى باب المحرمات ولانه لايجوز التصريح بالخطبة فى حال قيام العدة ومعلوم ان خطبتها بالنكاح دون حقيقة النكاح فاذا لم تجز الخطبة فلان لايجوز العقد أولى وسواء كانت العدة عن طلاق أوعن وفاة أودخول فى نكاح فاسد أوشبهة نكاح لماذكرنا من الدلائل ويجوز لصاحب العدة أن يتزوجها اذا لم يكن هناك مانع آخر غير العدة لان العدة حقه قال الله سبحانه وتعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها أضاف العدة الى الازواج فدل أنها حق الزوج وحق الانسان لايجوز أن يمنعه من التصرف وانما يظهر أثره فى حق الغير ويجوز نكاح المسبية بغير السابى اذا سبيت وحدها دون زوجها وأخرجت الى دار الاسلام بالاجماع لانه وقعت الفرقة بينهما ولا عدة عليها لقوله عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم والمراد منه المسبيات اللاتى هن ذوات الازواج فقد أحل الله تعالى المسبية للولى السابى اذا لاستثناء من التحريم اباحة من حيث الظاهر وقد أحلها عز وجل مطلقا من غير شرط انقضاء العدة فدل أنه لا عدة عليها وكذلك المهاجرة وهى المرأة خرجت الينا من دار الحرب مسلمة مراغمة لزوجها يجوز نكاحها ولا عدة عليها فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليها العدة ولايجوز نكاحها (وجه) قولهما ان الفرقة وقعت بتباين الدار فتقع بعد دخولها دار الاسلام وهى بعد الدخول مسلمة وفى دار الاسلام فتجب عليها العدة كسائر المسلمات ولابى حنيفة قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله عز وجل ولا جناح عليكم أن تنكحوهن اذا آتيتموهن أجورهن أباح تعالى نكاح المهاجرة مطلقا من غير ذكر العدة وقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر نهى الله تعالى المسلمين عن الامساك والامتناع عن نكاح المهاجرة لاجل عصمة الزوج الكافر وحرمته فالامتناع عن نكاحها للعدة والعدة فى حق الزوج يكون امساكا وتمسكا بعصمة زوجها الكافر وهذا منهى عنه ولان العدة حق من حقوق الزوج ولايجوز أن يبقى للحربى على المسلمة الخارجة الى دار الاسلام حق والدليل عليه أن لا عدة على المسبية وان كانت كافرة على الحقيقة لكنها ليست فى حكم الذمية تجرى عليها أحكام الاسلام ومع ذلك ينقطع عنها حق الزوج الكافر فالمهاجرة المسلمة حقيقة لان ينقطع عنها حق الزوج الكافر أولى هذا اذا هاجرت الينا وهى حائل فاما اذا كانت حاملا ففيه اختلاف الرواية عن أبى حنيفة وسنذكرها ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا يكون بها حمل ثابت النسب من الغير فان كان لايجوز نكاحها وان لم تكن معتدة كمن تزوج أم ولد انسان وهى حامل من مولاها لايجوز وان لم تكن معتدة لوجود حمل ثابت النسب وهذا لان الحمل اذا كان ثابت النسب من الغير وماؤه محترم لزم حفظ حرمة مائه بالمنع من النكاح وعلى هذا يخرج ما اذا تزوج امرأة حاملا من الزنا انه يجوز فى قول أبى حنيفة ومحمد ولكن لا يطؤها حتى تضع وقال أبو يوسف لايجوز وهو قول زفر (وجه) قول أبى يوسف ان هذا الحمل يمنع الوطء فيمنع العقد أيضا كالحمل الثابت النسب وهذا لان المقصود من النكاح هو حل الوطء فاذا لم يحل له وطؤها لم يكن النكاح مفيدا فلا يجوز ولهذا لم يجز اذا كان الحمل ثابت النسب كذا هذا (ولهما) أن المنع من نكاح الحامل حملا ثابت النسب لحرمة ماء الوطء ولا حرمة لماء الزنا بدليل أنه لا يثبت به النسب قال النبى صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر فاذا لم يكن له حرمة لا يمنع جواز النكاح الا أنها لا توطأ حتى تضع لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لايحل لرجلين يؤمنا بالله واليوم الآخر ان يجتمعا على امرأة فى طهر واحد وحرمة الوطء يعارض طارئ على المحل لاينافى النكاح لابقاء ولا ابتداء كالحيض والنفاس وأما المهاجرة اذا كانت حاملا فعن أبى حنيفة روايتان روى محمد عنه أنه لايجوز نكاحها وهو احدى روايتى أبى يوسف عنه وعن أبى يوسف

رواية أخرى عن أبي حنيفة أنه يجوز نكاحها ولكنها لا توطأ حتى تضع (وجه) هذه الرواية ان ماء الحربي لا حرمة له فكان بمنزلة ماء الزاني وذا لا يمنع جواز النكاح كذا هذا الا أنها لا توطأ حتى تضع لما روينا (وجه) الرواية الاخرى ان هذا حمل ثابت النسب لان انساب أهل الحرب ثابتة فيمنع جواز النكاح كسائر الاحمال الثابتة النسب والطحاوي اعتمد رواية أبي يوسف والكرخي رواية محمد وهي المعتمد عليها لان حرمة نكاح الحامل ليست لمكان العدة لاستحالة فانها قد تثبت عند عدم العدة كام الولد اذا كانت حاملا من مولاها بل لثبوت نسب الحمل كما في أم الولد والحمل ههنا ثابت النسب فيمنع النكاح وعلى هذا نكاح المسبية دون الزوج اذا كانت حاملا وأخرجت الى دار الاسلام يجب أن يكون على اختلاف الرواية ولا خلاف في أنه لا يحل وطؤها قبل الوضع ولا قبل الاستبراء بحيضة اذا كانت حاملا والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا أوطاس لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة

﴿ فصل ﴾ ومنها أن يكون للزوجين ملة يقران عليها فان لم يكن بأن كان أحدهما مرتدا لا يجوز نكاحه أصلا لا بمسلم ولا بكافر غير مرتد والمرتد مثله لانه ترك ملة الاسلام ولا يقر على الردة بل يجبر على الاسلام اما بالقتل ان كان رجلا بالاجماع واما بالحبس والضرب ان كانت امرأة عندنا الى أن تموت أو تسلم فكانت الردة في معنى الموت لكونها سببا مفضيا اليه والميت لا يكون محلا للنكاح ولان ملك النكاح ملك معصوم ولا عصمة مع المرتدة ولان نكاح المرتد لا يقع وسيلة الى المقاصد المطلوبة منه لانه يجبر على الاسلام على ما بينا فلا يفيد فائدته فلا يجوز والدليل عليه أن الردة لو اعترضت على النكاح رفعته فاذا قارنته تمنعه من الوجود من طريق الاولى كالرضاع لان المنع أسهل من الرفع

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا تكون المرأة مشركة اذا كان الرجل مسلما فلا يجوز للمسلم أن ينكح المشركة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز أن ينكح الكتابية لقوله عز وجل والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم والفرق ان الاصل أن لا يجوز للمسلم أن ينكح الكافرة لان ازدواج الكافرة والمخالطة معها مع قيام العداوة الدينية لا يحصل السكن والمودة الذي هو قوام مقاصد النكاح الا أنه جوز نكاح الكتابية لرجاء اسلامها لانها آمنت بكتب الانبياء والرسل في الجملة وانما نقضت الجملة بالتفصيل بناء على أنها أخبرت عن الامر على خلاف حقيقته فالظاهر أنها متى نبهت على حقيقة الامر تنبهت وتأتي بالايمان على التفصيل على حسب ما كانت أتت به على الجملة هذا هو الظاهر من حال التي بنى أمرها على الدليل دون الهوى والطبع والزوج يدعوها الى الاسلام وينبهها على حقيقة الامر فكان في نكاح المسلم اياها رجاء اسلامها فجوز نكاحها لهذه العاقبة الحميدة بخلاف المشركة فانها في اختيارها الشرك ما ثبت أمرها على الحجة بل على التقليد بوجود الاباء عن ذلك من غير أن ينتهي ذلك الخبر ممن يجب قبول قوله واتباعه وهو الرسول فالظاهر أنها لا تنظر في الحجة ولا تلتفت اليها عند الدعوة فيبقى ازدواج الكافر مع قيام العداوة الدينية المانعة عن السكن والازدواج والمودة خاليا عن العاقبة الحميدة فلم يجز نكاحها وسواء كانت الكتابية حرة أو أمة عندنا وقال الشافعي لا يجوز نكاح الامة الكتابية ويحل وطؤها بملك اليمين واحتج بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن والكتابية مشركة على الحقيقة لان المشرك من يشرك بالله تعالى في الالوهية وأهل الكتاب كذلك قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله وقالت النصارى ان الله ثالث ثلاثة سبحانه وتعالى عما يقولون فعموم النص يقتضي حرمة نكاح جميع المشركات الا أنه خص منه الحرائر من الكتابيات بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وهن الحرائر فبقيت الاماء منهن على ظاهر العموم ولان جواز نكاح الاماء في الاصل ثبت بطريق الضرورة لما ذكرنا فيما تقدم والضرورة تندفع بنكاح الامة المؤمنة

ولنا عمومات النكاح نحو قوله عز وجل وأحل لكم ما وراء ذلكم وقوله عز وجل فانكحوهن باذن أهلهن وقوله عز وجل فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغير ذلك من غير فصل بين الامة المؤمنة والامة الكافرة الكتابية الا ما خص بدليل وأما الآية فهي في غير الكتابيات من المشركات لان أهل الكتاب وان كانوا مشركين على الحقيقة لكن هذا الاسم في متعارف الناس يطلق على المشركين من غير أهل الكتاب قال الله تعالى ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين وقال تعالى ان الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين في نار جهنم فصل بين الفريقين في الاسم على أن الكتابيات وان دخلن تحت عموم اسم المشركات بحكم ظاهر اللفظ لكنهن خصصن عن العموم بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وأما الكتابيات اذا كن عفائف يستحقن هذا الاسم لان الاحصان في كلام العرب عبارة عن المنع ومعنى المنع يحصل بالعفة والصلاح كما يحصل بالحرية والاسلام والنكاح لان ذلك مانع المرأة عن ارتكاب الفاحشة فيتناولهن عموم اسم المحصنات وقوله الاصل في نكاح الاماء الفساد ممنوع بل الاصل في النكاح هو الجواز حرة كانت المنكوحة أو أمة مسلمة أو كتابية لما مر أن النكاح عقد مصلحة والاصل في المصالح اطلاق الاستيفاء والمنع عنه لمعنى في غيره على ما عرف ولا يجوز للمسلم نكاح المجوسية لان المجوس ليسوا من أهل الكتاب قال الله تبارك وتعالى وهذا كتاب أنزلناه مبارك الى قوله أن يقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا معناه والله أعلم أني أنزلت عليكم لئلا تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ولو كان المجوس من أهل الكتاب لكان أهل الكتاب ثلاث طوائف فيؤدي الى الخلف في خبره عز وجل وذلك محال على أن هذا لو كان حكاية عن قول المشركين لكان دليلا على ما قلنا لانه حكى عنهم القول ولم يعقبه بالانكار عليهم والتكذيب اياهم والحكيم اذا حكى عن منكر غيره والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير أنكم ليسوا ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ودل قوله سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب على انهم ليسوا من أهل الكتاب ولا يحل وطؤها بملك اليمين أيضا والاصل أن لا يحل وطء كافرة بنكاح ولا بملك يمين الا الكتابية خاصة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن واسم النكاح يقع على العقد والوطء جميعا فيحرمان جميعا ومن كان أحد أبويه كتابيا والآخر مجوسيا كان حكمه حكم أهل الكتاب لانه لو كان أحد أبويه مسلما يعطى له حكم الاسلام لان الاسلام يعلو ولا يعلى فكذا اذا كان كتابيا يعطى له حكم أهل الكتاب ولان الكتابي له بعض أحكام أهل الاسلام وهو المناكحة وجواز الذبيحة والاسلام يعلو بنفسه وبأحكامه ولان رجاءه الاسلام من الكتابي أكثر فكان أولى بالاستتباع وأما الصابئات فقد قال أبو حنيفة انه يجوز للمسلم نكاحهن وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز وقيل ليس هذا باختلاف في الحقيقة وانما الاختلاف لاشتباه مذهبهم فعند أبي حنيفة هم قوم يؤمنون بكتاب فانهم يقرؤن الزبور ولا يعبدون الكواكب ولكن يعظمونها كتعظيم المسلمين الكعبة في الاستقبال اليها الا انهم يخالفون غيرهم من أهل الكتاب في بعض دياناتهم وذا لا يمنع المناكحة كاليهود مع النصارى وعند أبي يوسف ومحمد انهم قوم يعبدون الكواكب وعابد الكواكب كعابد الوثن فلا يجوز للمسلمين مناكحتهم

﴿فصل﴾ ومنها اسلام الرجل اذا كانت المرأة مسلمة فلا يجوز نكاح المؤمنة الكافر لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولان في انكاح المؤمنة الكافر خوف وقوع المؤمنة في الكفر لان الزوج يدعوها الى دينه والنساء في العادات يتبعن الرجال فيما يؤثرون من الافعال ويقلدونهم في الدين اليه وقعت الاشارة في آخر الآية بقوله عز وجل أولئك يدعون الى النار لانهم يدعون المؤمنات الى الكفر والدعاء الى الكفر دعاء الى النار لان الكفر يوجب النار فكان نكاح الكافر المسلمة سببا داعيا الى الحرام فكان حراما والنص وان ورد

فى المشركين لكن العلة وهى الدعاء الى النار يعم الكفرة أجمع فيتعمم الحكم بعموم العلة فلا يجوز انكاح المسلمة الكتابى كما لا يجوز انكاحها الوثنى والمجوسى لان الشرع قطع ولاية الكافرين عن المؤمنين بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فلو جاز انكاح الكافر المؤمنة لثبت له عليها سبيل وهذا لا يجوز وأما أنكحة الكفار غير المرتدين بعضهم لبعض فجائز فى الجملة عند عامة العلماء وقال مالك أنكحتهم فاسدة لان للنكاح فى الاسلام شرائط لا يراعونها فلا يحكم بصحة أنكحتهم وهذا غير سديد لقوله عز وجل وامرأته حمالة الحطب سماها الله تعالى امرأته ولو كانت أنكحتهم فاسدة لم تكن امرأته حقيقة ولان النكاح سنة آدم عليه الصلاة والسلام فهم على شريعته فى ذلك وقال النبى صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح ولم أولد من سفاح وان كان أبواه كافرين ولان القول بفساد أنكحتهم يؤدى الى أمر قبيح وهو الطعن فى نسب كثير من الانبياء عليهم الصلاة والسلام لان كثيرا منهم ولدوا من أبوين كافرين والمذاهب تمتحن بعبادها فلما أفضى الى قبيح عرف فسادها ويجوز نكاح أهل الذمة بعضهم لبعض وان اختلفت شرائعهم لان الكفر كله كاملة واحدة اذ هو تكذيب الرب سبحانه وتعالى عما يقولون علوا كبيرا فيما أنزل على رسله صلوات الله وسلامه عليهم وقال الله عز وجل لكم دينكم ولى دين واختلافهم فى شرائعهم بمنزلة اختلاف كل فريق منهم فيما بينهم فى بعض شرائعهم وذا لا يمنع جواز نكاح بعضهم لبعض كذا هذا

﴿فصل﴾ ومنها أن لا يكون أحد الزوجين ملك صاحبه ولا ينتقص منه ملكه فلا يجوز للرجل أن يتزوج بجاريته ولا بجارية مشتركة بينه وبين غيره وكذلك لا يجوز للمرأة أن تتزوج عبدها ولا العبد المشترك بينها وبين غيرها لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم الآية ثم أباح الله عز وجل الوطء الا بأحد أمرين لان كلمة تتناول أحد المذكورين فلا تجوز الاستباحة بهما جميعا ولان للنكاح حقوقا تثبت على الشركة بين الزوجين منها مطالبة المرأة الزوج بالوطء ومطالبة الزوج الزوجة بالتمكين وقيام ملك الرقبة يمنع من الشركة واذا لم تثبت الشركة فى ثمرات النكاح لا يفيد النكاح فلا يجوز ولان الحقوق الثابتة بالنكاح لا يجوز ان تثبت على المولى لامته ولا على الحرة لعبدها لان ملك الرقبة يقتضى أن تكون الولاية للمالك وكون المملوك يولى عليه وملك النكاح يقتضى ثبوت الولاية للمملوك على المالك فيؤدى الى أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد واليا ومواليا عليه فى شىء واحد وهذا محال ولان النكاح لا يجوز من غير مهر عندنا ولا يجب للمولى على عبده دين ولا للعبد على مولاه وكذا لا يجوز أن يتزوج مدبرته ومكاتبته لان كل واحد منهما ملكه فكذا اذا اعترض ملك اليمين على نكاح يبطل النكاح بأن ملك أحد الزوجين صاحبه أو شقصا منه لما ذكر ان شاء الله تعالى فى موضعه

﴿فصل﴾ ومنها التأبيد فلا يجوز النكاح المؤقت وهو نكاح المتعة وانه نوعان أحدهما أن يكون بلفظ التمتع والثانى أن يكون بلفظ النكاح والتزويج وما يقوم مقامهما أما الاول فهو أن يقول أعطيك كذا على أن أتمتع منك يوما أو شهرا أو سنة ونحو ذلك وانه باطل عند عامة العلماء وقال بعض الناس هو جائز واحتجوا بظاهر قوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة والاستدلال بها من ثلاثة أوجه أحدها انه ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح والاستمتاع والتمتع واحد والثانى انه تعالى أمر بايتاء الاجر وحقيقة الاجارة والمتعة عقد الاجارة على منفعة البضع والثالث انه تعالى أمر بايتاء الاجر بعد الاستمتاع وذلك يكون فى عقد الاجارة والمتعة فأما المهر فانما يجب فى النكاح بنفس العقد ويؤخذ الزوج بالمهر أولا ثم يمكن من الاستمتاع فدلت الآية الكريمة على جواز عقد المتعة ولنا الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب الكريم فقوله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم حرم تعالى الجماع الا بأحد شيئين والمتعة

ليست بنكاح ولا بملك يمين فيبقى التحريم والدليل على انها ليست بنكاح انها ترتفع من غير طلاق ولا فرقة ولا يجرى التوارث بينهما فدل انها ليست بنكاح فلم تكن هى زوجة له وقوله تعالى فى آخر الآية فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون سمى مبتغى ما وراء ذلك عاديا فدل على حرمة الوطء بدون هذين الشيئين وقوله عز وجل ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء وكان ذلك منهم اجازة الاماء نهى الله عز وجل عن ذلك وسماه بغاء فدل على الحرمة وأما السنة فما روى عن على رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمر الانسية وعن سمرة الجهنى رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم فتح مكة وعن عبد الله بن عمر انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الاهلية وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قائما بين الركن والمقام وهو يقول انى كنت أذنت لكم فى المتعة فمن كان عنده شئ فليفارقه ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيأ فان الله قد حرمها الى يوم القيامة وأما الاجماع فان الامة بأسرهم امتنعوا عن العمل بالمتعة مع ظهور الحاجة لهم الى ذلك وأما المعقول فهو أن النكاح ما شرع لاقتضاء الشهوة بل لاغراض ومقاصد يتوسل به اليها واقتضاء الشهوة بالمتعة لا يقع وسيلة الى المقاصد فلا يشرع وأما الآية الكريمة فمعنى قوله فما استمتعتم به منهن أى فى النكاح لان المذكور فى أول الآية وآخرها هو النكاح فان الله تعالى ذكر أجناسا من المحرمات فى أول الآية فى النكاح وأباح ما وراءها بالنكاح بقوله عز وجل وأحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم أى بالنكاح وقوله تعالى محصنين غير مسافحين أى غير متناكحين غير زانين وقال تعالى فى سياق الآية الكريمة ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات ذكر النكاح لا الاجارة والمتعة فيصرف قوله تعالى فما استمتعتم به الى الاستمتاع بالنكاح وأما قوله سمى الواجب أجرا فنعم المهر فى النكاح يسمى أجرا قال الله عز وجل فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن أى مهورهن وقال سبحانه وتعالى يا أيها النبى انا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن وقوله أمر تعالى بايتاء الاجر بعد الاستمتاع بهن والمهر يجب بنفس النكاح ويؤخذ قبل الاستمتاع قلنا قد قيل فى الآية الكريمة تقديم وتأخير كأنه تعالى قال فآتوهن أجورهن اذا استمتعتم به منهن أى اذا أردتم الاستمتاع بهن كقوله تعالى يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن أى اذا أردتم تطليق النساء على أنه ان كان المراد من الآية الاجارة والمتعة فقد صارت منسوخة بما تلونا من الآيات وروينا من الاحاديث وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن قوله فما استمتعتم به منهن نسخه قوله عز وجل يا أيها النبى اذا طلقتم النساء وعن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال المتعة بالنساء منسوخة نسختها آية الطلاق والصداق والعدة والمواريث والحقوق التى يجب فيها النكاح أى النكاح هو الذى تثبت به هذه الاشياء ولا يثبت شئ منها بالمتعة والله أعلم وأما الثانى فهو أن يقول أتزوجك عشرة أيام ونحو ذلك وانه فاسد عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر النكاح جائز وهو مؤبد والشرط باطل وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنه قال اذا ذكر من المدة مقدارا لا يعيشان الى تلك المدة فالنكاح باطل وان ذكر من المدة مقدارا لا يعيشان الى تلك المدة فى الغالب يجوز النكاح كانهما ذكرا الابد (وجه) قوله انه ذكر النكاح وشرط فيه شرطا فاسدا والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة فبطل الشرط وبقى النكاح صحيحا كما اذا قال تزوجتك الى أن أطلقك الى عشرة أيام (ولنا) أنه لو جاز هذا العقد لكان لا يخلو اما ان يجوز مؤقتا بالمدة المذكورة واما ان يجوز مؤبدا لا سبيل الى الاول لان هذا معنى المتعة الا أنه عبر عنها بلفظ النكاح والتزوج والمعتبر فى العقود معانيها لا الالفاظ كالكفالة بشرط براءة الاصيل انها حوالة معنى لوجود الحوالة وان لم يوجد لفظها والمتعة منسوخة ولا وجه للثانى لان فيه استحقاق البضع عليها من غير رضاها وهذا لا يجوز وأما قوله أتى بالنكاح ثم أدخل عليه شرطا فاسدا

فممنوع بل أتى بنكاح مؤقت والنكاح المؤقت نكاح متعة والمتعة منسوخة وصار هذا كالنكاح المضاف أنه لا يصح ولا يقال يصح النكاح وتبطل الاضافة لان المأتى به نكاح مضاف وأنه لا يصح كذا هذا بخلاف ما اذا قال تزوجتك على أن أطلقك الى عشرة أيام لان هناك أبد النكاح ثم شرط قطع التأبيد بذكر الطلاق فى النكاح المؤبد لانه على ان كلمة شرط والنكاح المؤبد لا تبطله الشروط والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ ومنها المهر فلا جواز للنكاح بدون المهر عندنا والكلام فى هذا الشرط فى مواضع فى بيان أن المهر هل هو شرط جواز النكاح أم لا وفى بيان أدنى المقدار الذى يصلح مهرا وفى بيان ما يصح تسميته مهرا وما لا يصح وبيان حكم صحة التسمية وفسادها وفى بيان ما يجب به المهر وبيان وقت وجوبه وكيفية وجوبه وما يتعلق بذلك من الاحكام وفى بيان ما يتأكد به كل المهر وفى بيان ما يسقط به الكل وفى بيان ما يسقط به النصف وفى بيان حكم اختلاف الزوجين فى المهر أما الاول فقد اختلف فيه قال أصحابنا ان المهر شرط جواز نكاح المسلم وقال الشافعى ليس بشرط ويجوز النكاح بدون المهر حتى ان من تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا بأن سكت عن ذكر المهر أو تزوجها على أن لا مهر لها او رضيت المرأة بذلك يجب مهر المثل بنفس العقد عندنا حتى يثبت لها ولاية المطالبة بالتسليم ولو ماتت المرأة قبل الدخول يؤخذ مهر المثل من الزوج ولو مات الزوج قبل الدخول تستحق مهر المثل من تركته وعنده لا يجب مهر المثل بنفس العقد وانما يجب بالفرض على الزوج أو بالدخول حتى لو دخل بها قبل الفرض يجب مهر المثل ولو طلقها قبل الدخول بها وقبل الفرض لا يجب مهر المثل بلا خلاف وانما تجب المتعة ولو مات الزوجان لا يقضى بشىء فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد يقضى لورثتها بمهر مثلها ويستوفى من تركة الزوج ولا خلاف فى أن النكاح يصح من غير ذكر المهر ومع نفيه لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة رفع سبحانه الجناح عمن طلق فى نكاح لا تسمية فيه والطلاق لا يكون الا بعد النكاح فدل على جواز النكاح بلا تسمية وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن والمراد منه الطلاق فى نكاح لا تسمية فيه بدليل أنه أوجب المتعة بقوله فمتعوهن والمتعة انما تجب فى نكاح لا تسمية فيه فدل على جواز النكاح من غير تسمية ولانه متى قام الدليل على أنه لا جواز للنكاح بدون المهر كان ذكره ذكر اللمهر ضرورة احتج الشافعى بقوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة سمى الصداق نحلة والنحلة هى العطية والعطية هى الصلة فدل أن المهر صلة زائدة فى باب النكاح فلا يجب بنفس العقد ولان النكاح عقد ازدواج لان اللفظ لا ينبىء الا عنه فيقتضى ثبوت الزوجية بينهما وحل الاستمتاع لكل واحد منهما بصاحبه تحقيقا لمقاصد النكاح الا أنه ثبت عليها نوع ملك فى منافع البضع ضرورة تحقق المقاصد ولا ضرورة فى اثبات ملك المهر لها عليه فكان المهر عهدة زائدة فى حق الزوج صلة لها فلا يصير عوضا الا بالتسمية والدليل على جواز النكاح من غير مهر ان المولى اذا زوج أمته من عبده يصح النكاح ولا يجب المهر لانه لو وجب عليه لوجب للمولى ولا يجب للمولى على عبده دين وكذا الذمى اذا تزوج ذمية بغير مهر جاز النكاح ولا يجب المهر وكذا اذا ما فى هذه المسئلة قبل الفرض لا يجب شىء عند أبى حنيفة (ولنا) قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم أخبر سبحانه وتعالى انه أحل ما وراء ذلك بشرط الابتغاء بالمال دل انه لا جواز للنكاح بدون المال فان قيل الاحلال بشرط ابتغاء المال لا ينفى الاحلال بدون هذا الشرط خصوصا على أصلكم ان تعليق الحكم بشرط لا ينفى وجوده عند عدم الشرط فالجواب أن الاصل فى الابضاع والنفوس هو الحرمة والاباحة تثبت بهذا الشرط فعند عدم الشرط تبقى الحرمة على الاصل لاحكم للتعليق بالشرط فلم يتناقض أصلنا بحمد الله تعالى وروى عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أن رجلا كان يختلف اليه شهرا يسأله عن

امرأة مات عنها زوجها ولم يكن فرض لها شيأ وكان يتردد فى الجواب فلما تم الشهر قال للسائل لم أجد ذلك فى كتاب الله ولا فيما سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن اجتهد برأيى فان أصبت فمن الله وان أخطأت فمن أم عبد وفى رواية فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمنى ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان أرى لها مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان وقال انى أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق الاشجعية مثل قضائك هذا ثم قام أناس من أشجع وقالوا انا نشهد بمثل شهادته ففرح عبد الله رضى الله عنه فرحا لم يفرح مثله فى الاسلام لموافقة قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان ملك النكاح لم يشرع لعينه بل لمقاصد لا حصول لها الا بالدوام على النكاح والقرار عليه ولا يدوم الا بوجوب المهر بنفس العقد لما يجرى بين الزوجين من الاسباب التى تحمل الزوج على الطلاق من الوحشة والخشونة فلو لم يجب المهر بنفس العقد لا يبالى الزوج عن ازالة هذا الملك بأدنى خشونة تحدث بينهما لانه لا يشق عليه ازالته لما لم يخف لزوم المهر فلا تحصل المقاصد المطلوبة من النكاح ولان مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل الا بالموافقة ولا تحصل الموافقة الا اذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج ولا عزة الا بانسداد طريق الوصول اليها الا بمال له خطر عنده لان ما ضاق طريق اصابته يعز فى الاعين فيعز به امساكه وما يتيسر طريق اصابته يهون فى الاعين فيهون امساكه ومتى هانت فى أعين الزوج تلحقها الوحشة فلا تقع الموافقة فلا تحصل مقاصد النكاح ولان الملك ثابت فى جانبها اما فى نفسها واما فى المتعة وأحكام الملك فى الحرة تشعر بالذل والهوان فلا بد وان يقابله مال له خطر لينجبر الذل من حيث المعنى والدليل على صحة ما قلنا وفساد ما قال انها اذا طلبت الفرض من الزوج يجب عليه الفرض حتى لو امتنع فالقاضى يجبره على ذلك ولو لم يفعل ناب القاضى منابه فى الفرض وهذا دليل الوجوب قبل الفرض لان الفرض تقدير ومن المحال وجوب تقدير ما ليس بواجب وكذا لها ان تحبس نفسها حتى يفرض لها المهر ويسلم اليها بعد الفرض وذلك كله دليل الوجوب بنفس العقد وأما الآية فالنحلة كما تذكر بمعنى العطية تذكر بمعنى الدين يقال ما نحلتك أى ما دينك فكان معنى قوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة أى دينا أى انتحلوا ذلك وعلى هذا كانت الآية حجة عليه لانها تقتضى أن يكون وجوب المهر فى النكاح دينا فيقع الاحتمال فى المراد بالآية فلا تكون حجة مع الاحتمال وأما قوله النكاح ينبئ عن الازدواج فقط فنعم لكنه شرع لمصالح لا تصلح الا بالمهر فيجب المهر ألا ترى أنه لا ينبئ عن الملك أيضا لكن لما كان مصالح النكاح لا تحصل بدونه ثبت تحصيلا للمصالح كذا المهر وأما المولى اذا زوج أمته من عبده فقد قيل ان المهر يجب ثم يسقط وفائدة الوجوب هو جواز النكاح وأما الذمى اذا تزوج ذمية من غير مهر فعلى قولهما يجب المهر وأما على قول أبى حنيفة فيجب أيضا الا انا لا نتعرض لهم لانهم يدينون ذلك وقد أمرنا بتركهم ومايدينون حتى انهما لو ترافعا الى القاضى فرض القاضى لها المهر وكذا اذا مات الزوجان يقضى بمهر المثل لورثة المرأة عندهما وعند أبى حنيفة انما لا يقضى لوجود الاستيفاء دلالة لان موتهما معا فى زمان واحد نادر وانما الغالب موتهما على التعاقب فاذا لم تجز المطالبة بالمهر دل ذلك على الاستيفاء أو على استيفاء البعض والابراء عن البعض مع ما أنه قد قيل ان قول أبى حنيفة محمول على ما اذا تقادم العهد حتى لم يبق من نعائها من يعتبر به مهر مثلها كذا ذكره أبو الحسن الكرخى وأبو بكر الرازى وعند ذلك يتعذر القضاء بمهر المثل والى هذا أشار محمد لابى حنيفة أرأيت لو أن ورثة على ادعوا على ورثة عمر مهر أم كلثوم رضى الله عنهم أكنت أقضى به وهذا المعنى لم يوجد فى موت أحدهما فيجب مهر المثل

* فصل * وأما بيان أدنى المقدار الذى يصلح مهرا فأدناه عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم وهذا

عندنا وعند الشافعي المهر غير مقدر يستوي فيه القليل والكثير وتصلح الدانق والحبة مهرا واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعطى في نكاح ملء كفيه طعاما أو دقيقا أو سويقا فقد استحل وروى عن أنس رضي الله عنه أنه قال تزوج عبد الرحمن بن عوف امرأة على وزن نواة من ذهب وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فدل أن التقدير في المهر ليس بلازم ولان المهر ثبت حقا للعبد وهو حق المرأة بدليل أنها تملك التصرف فيه استيفاء واسقاطا فكان التقدير فيه الى العاقدين (ولنا) قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم شرط سبحانه وتعالى أن يكون المهر مالا والحبة والدانق ونحوهما لا يعد ان مالا فلا يصلح مهرا وروى عن جابر رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا مهر دون عشرة دراهم وعن عمر وعلي وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم انهم قالوا لا يكون المهر أقل من عشرة دراهم والظاهر أنهم قالوا ذلك توقيفا لانه باب لا يوصل اليه بالاجتهاد والقياس ولانه لما وقع الاختلاف في المقدار يجب الاخذ بالمتيقن وهو العشرة وأما الحديث ففيه اثبات الاستحلال اذا ذكر فيه مال قليل لا تبلغ قيمته عشرة وعندنا الاستحلال صحيح ثابت لان النكاح صحيح ثابت ألا ترى أنه يصح من غير تسمية شيء أصلا فعند تسمية مال قليل أولى الا أن المسمى اذا كان دون العشرة تكمل عشرة وليس في الحديث نفي الزيادة على القدر وعندنا قام دليل الزيادة الى العشرة لما ذكر فيكمل عشرة ولا حجة له فيما روى من الاثر لان فيه وزن نواة من ذهب وقد تكون مثل وزن دينار بل تكون أكثر في العادة فان قيل روى ان قيمة النواة كانت ثلاثة دراهم فالجواب أن المقوم غير معلوم انه من كان فلا يصلح أن يجعل قول ذلك حجة على الغير حتى يعلم أنه من هو مع ما أنه قد قال قوم ان النواة كان بلغ وزنها قيمة عشرة دراهم وبه قال ابراهيم النخعي على أن القدر المذكور في الخبر والاثر كان يحتمل أن يكون معجلا في المهر لا أصل المهر على ما جرت العادة بتعجيل شيء من المهر قبل الدخول ويحتمل أن يكون ذلك كله في حال جواز النكاح بغير مهر على ما قيل ان النكاح كان جائزا بغير مهر الى أن نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الشغار وأما قوله ان المهر حق العبد فكان التقدير فيه الى العبد فنقول نعم هو في حالة البقاء حقها على الخلوص فاما في حالة الثبوت ففي الشرع متعلق به اباحة لخطر البضع صيانة له عن شبهة الابتذال بايجاب مال له خطر في الشرع كما في نصاب السرقة فان كان المسمى أقل من عشرة يكمل عشرة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لها مهر المثل (وجه) قوله ان ما دون العشرة لا يصلح مهرا ففسدت التسمية كما لو سمى خمرا أو خنزيرا فيجب مهر المثل (ولنا) أنه لما كان أدنى المقدار الذي يصلح مهرا في الشرع هو العشرة كان ذكر بعض العشرة ذكرا للكل لان العشرة في كونها مهرا لا يتجزأ وذكر البعض فيما لا يتبعض يكون ذكرا لكله كما في الطلاق والعفو عن القصاص وأما قوله ان ما دون العشرة لا يصلح مهرا فنفسد التسمية فنقول التسمية انما تفسد اذا لم يكن المسمى مالا أو كان مجهولا وههنا المسمى مال وان قل فهو معلوم الا أنه لا يصلح مهرا بنفسه لا بغيره فكان ذكره ذكرا لما هو الادنى من المصلح بنفسه وفيه تصحيح تصرفه بالقدر الممكن فكان أولى من الحاقه بالعدم وفيه أخذ باليقين أيضا فكان أحق بخلاف ما اذا ذكر خمرا أو خنزيرا لان المسمى ليس بمال فلم يصلح مهرا بنفسه ولا بغيره ففسدت التسمية فوجب الموجب الاصلي وهو مهر المثل ولو تزوجها على ثوب معين أو على موصوف أو على مكيل أو موزون معين فذلك مهرها اذا بلغت قيمته عشرة وتعتبر قيمته يوم العقد لا يوم التسليم حتى لو كانت قيمته يوم العقد عشرة فلم يسلمه اليها حتى صارت قيمته ثمانية فليس لها الا ذلك ولو كانت قيمته يوم العقد ثمانية فلم يسلمه اليها حتى صارت قيمته عشرة فلها ذلك ودرهمان وذكر الحسين عن أبي حنيفة أنه فرق بين الثوب وبين المكيل والموزون فقال في الثوب تعتبر قيمته يوم التسليم وفي المكيل والموزون يوم العقد وهذا الفرق لا يعقل له وجه في المعين لان الزوج يجبر على تسليم

المعين

المعين فيهما جميعا ووجه الفرق بينهما في الموصوف أن المكيل والموزون اذا كان موصوفا في الذمة فالزوج مجبور على دفعه ولا يجوز دفع غيره من غير رضاها فكان مستقرا مهرا بنفسه في ذمته فتعتبر قيمته يوم الاستقرار وهو يوم العقد فاما الثوب وان وصف فلم يتقرر مهرا في الذمة بنفسه بل الزوج مخير في تسليمه وتسليم قيمته في احدى الروايتين على ما ذكر ان شاء الله تعالى وانما يتقرر مهرا بالتسليم فتعتبر قيمته يوم التسليم (وجه) ظاهر الرواية ان ما جعل مهرا لم يتغير في نفسه وانما التغير في رغبات الناس بحدوث فتور فيها ولهذا لو غصب شيأ قيمته عشرة فيعتبر سعره وصار يساوي خمسة فرده على المالك لا يضمن شيأ ولانه لما سمى ما هو أدنى مالية من العشرة كان ذلك تسمية للعشرة لان ذكر البعض فيما لا يتجزأ ذكر لكله فصار كانه سمى ذلك درهمين ثم ازدادت قيمته والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يصح تسميته مهرا وما لا يصح وبيانه حكم صحة التسمية وفسادها فنقول لصحة التسمية شرائط منها أن يكون المسمى مالا متقوما وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط ويصح التسمية سواء كان المسمى مالا أو لم يكن بعد أن يكون مما يجوز أخذ العوض عنه واحتج بما روى أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله اني وهبت نفسي لك فقال عليه الصلاة والسلام ما بي في النساء من حاجة فقام رجل وقال زوجنيها يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عندك فقال ما عندي شيء أعطيها فقال أعطها ولو خاتما من حديد فقال ما عندي فقال هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا فقال زوجتكها بما معك من القرآن ومعلوم أن المسمى وهو السورة من القرآن لا يوصف بالمالية فدل أن كون التسمية مالا ليس بشرط لصحة التسمية ولنا قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم شرط أن يكون المهر مالا فما لا يكون مالا لا يكون مهرا فلا تصح تسميته مهرا وقوله تعالى فنصف ما فرضتم أمر بتنصيف المفروض في الطلاق قبل الدخول فيقتضي كون المفروض محتملا للتنصيف وهو المال وأما الحديث فهو في حد الآحاد ولا يترك نص الكتاب بخبر الواحد مع ما ان ظاهره متروك لان السورة من القرآن لا تكون مهرا بالاجماع وليس فيه ذكر تعليم القرآن ولا ما يدل عليه ثم تأويلها وجتكها بسبب ما معك من القرآن وبحرمته وبركته لانه كان ذلك النكاح بغير تسمية مال وعلى هذا الاصل مسائل اذا تزوج على تعليم القرآن أو على تعليم الحلال والحرام من الاحكام أو على الحج والعمرة ونحوها من الطاعات لا تصح التسمية عندنا لان المسمى ليس بمال فلا يصير شيء من ذلك مهرا ثم الاصل في التسمية انها اذا صحت وتقررت يجب المسمى ثم ينظر ان كان المسمى عشرة فصاعدا فليس لها الا ذلك وان كان دون العشرة تكمل العشرة عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والمسئلة قد مرت واذا فسدت التسمية أو تزلزلت يجب مهر المثل لان العوض الاصلي في هذا الباب هو مهر المثل لانه قيمة البضع وانما يعدل عنه الى المسمى اذا صحت التسمية وكانت التسمية تقديرا لتلك القيمة فاذا لم تصح التسمية أو تزلزلت لم يصح التقدير فاذا لم يصح التقدير فوجب المصير الى الفرض الاصلي ولهذا كان المبيع بيعا فاسدا مضمونا بالقيمة في ذوات القيم لا بالثمن كذا هذا والنكاح جائز لان جوازه لا يقف على التسمية أصلا فانه جائز عند عدم التسمية رأسا فعدم التسمية اذا لم يمنع جواز النكاح ففسادها أولى أن لا يمنع ولان التسمية اذا فسدت التحقت بالعدم فصار كانه تزوجها ولم يسم شيأ وهناك النكاح صحيح كذا هذا ولان تسمية ما ليس بمال بشرط فاسد والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة بخلاف البيع والفرق أن الفساد في باب البيع لكان الربا والربا لا يتحقق في النكاح فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا وعنده تصح التسمية ويصير المذكور مهرا لانه يجوز أخذ العوض عنه بالاستئجار عليه عنده فتصح تسميته مهرا وكذلك اذا تزوج امرأة على طلاق امرأة أخرى أو على العفو عن القصاص عنا لان الطلاق ليس بمال

وكذا القصاص وعنده تصح التسمية لانه يجوز أخذ العوض عن الطلاق والقصاص وكذلك اذا تزوجها على أن لا يخرجها من بلدها أو على أن لا يتزوج عليها فان المذكور ليس بمال وكذا لو تزوج المسلم المسلمة على ميتة أو دم أو خمر أو خنزير لم تصح التسمية لان الميتة والدم ليسا بمال في حق أحد والخمر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم فلا تصح تسمية شيء من ذلك مهرا وعلى هذا يخرج نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل أخته لآخر على أن يزوجه الآخر أخته أو يزوجه ابنته أو يزوجه أمته وهذه التسمية فاسدة لان كل واحد منهما جعل بضع كل واحدة منهما مهرا لاخرى والبضع ليس بمال ففسدت التسمية ولكل واحدة منهما مهر المثل لما قلنا والنكاح صحيح عندنا وعند الشافعي فاسد واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن نكاح الشغار والنهي يوجب فساد المنهي عنه ولان كل واحد منهما جعل بضع كل واحدة من المرأتين نكاحا وصداقا وهذا لا يصح ولنا أن هذا النكاح مؤبد أدخل فيه شرطا فاسدا حيث شرط فيه أن يكون بضع كل واحدة منهما مهرا لاخرى والبضع لا يصلح مهرا والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة كما اذا تزوجها على أن يطلقها وعلى أن ينقلها من منزلها ونحو ذلك وبه تبين أنه لم يجتمع النكاح والصداق في بضع واحد لان جعل البضع صداقا لم يصح فأما النهي عن نكاح الشغار فنكاح الشغار هو النكاح الخالي عن العوض مأخوذ من قولهم شغر البلد اذا خلا عن السلطان وشغر الكلب اذا رفع احدى رجليه وعندنا هو نكاح بعوض وهو مهر المثل فلا يكون شغارا على أن النهي ليس عن عين النكاح لانه تصرف مشروع مشتمل على مصالح الدين والدنيا فلا يحتمل النهي عن اخلاء النكاح عن تسمية المهر والدليل عليه ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة بالمرأة ليس لواحدة منهما مهر وهو اشارة الى أن النهي لم كان تسمية المهر لا لعين النكاح فبقي النكاح صحيحا ولو تزوج حر امرأة على أن يخدمها سنة فالتسمية فاسدة ولها مهر مثلها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد التسمية صحيحة ولها قيمة خدمة سنة وعند الشافعي التسمية صحيحة ولها خدمة سنة وذكر ابن سماعة في نوادره انه اذا تزوجها على أن يرعى غنمها سنة أن التسمية صحيحة ولها رعي غنمها سنة ولفظ رواية الاصل يدل على انها لا تصح في رعي الغنم كما لا تصح في الخدمة لان رعي غنمها خدمتها من مشايخنا من جعل في رعي غنمها روايتين ومنهم من قال يصح في رعي الغنم بالاجماع وانما الخلاف في خدمته لها ولا خلاف في أن العبد اذا تزوج باذن المولى امرأة على أن يخدمها سنة أن تصح التسمية ولها المسمى أما الشافعي فقد مر على أصله أن كل ما يجوز أخذ العوض عنه يصح تسميته مهرا ومنافع الحر يجوز أخذ العوض عنها لان اجارة الحر جائزة بلا خلاف فتصح تسميتها كما تصح تسمية منافع العبد وأما الكلام مع أصحابنا فوجه قول محمد أن منافع الحر مال لانها مال في سائر العقود حتى يجوز أخذ العوض عنها فكذا في النكاح واذا كانت مالا صحت التسمية الا انه تعذر التسليم لما في التسليم من استخدام الحرة زوجها وانه حرام لما ذكر فيجب الرجوع الى قيمة الخدمة كما لو تزوجها على عبد فاستحق العبد انه يجب عليه قيمة العبد لان تسمية العبد قد صحت لكونه مالا لكن تعذر تسليمه بالاستحقاق فوجبت عليه قيمته لا مهر المثل لما قلنا كذا هذا وجه قولهما أن المنافع ليست بأموال متقومة على أصل أصحابنا ولهذا لم تكن مضمونة بالغصب والاتلاف وانما يثبت لها حكم التقوم في سائر العقود شرعا ضرورة دفعا للحاجة بها ولا يمكن دفع الحاجة بها ههنا لان الحاجة لا تندفع الا بالتسليم وانه ممنوع عنه شرعا لان استخدام الحرة زوجها حر حرام لكونه استهانة واذلالا وهذا لا يجوز ولهذا لا يجوز للابن أن يستأجر أباه للخدمة فلا تسلم خدمته لها شرعا فلا يمكن دفع الحاجة بها فلم يثبت لها التقوم فبقيت على الاصل فصار كما لو سمى مالا قيمة له كالخمر والخنزير وهناك لا تصح التسمية ويجب مهر المثل كذا ههنا حتى لو كان المسمى فعلا لا استهانة فيه

ولا

ولا مذلة على الرجل كرعي دوابها وزراعة أرضها والاعمال التي خارج البيت تصح بالتسمية لان ذلك من باب القيام بأمرها لا من باب الخدمة بخلاف العبد لان استخدام زوجته اياه ليس بحرام لانه عرضة للاستخدام والابتذال لكونه مملوكا ملحقا بالبهائم ولان مبنى النكاح على الاشتراك في القيام بمصالح المعاش فكان لها في خدمته حق فاذا جعل خدمته لها مهرها فكانه جعل ما هو لها مهرها فلم يجز كالاب اذا استأجر ابنه بخدمته أنه لا يجوز لان خدمة الاب مستحقة عليه كذا هذا بخلاف العبد لان خدمته خالص ملك المولى فصحت التسمية ولو تزوجها على منافع سائر الاعيان من سكنى داره وخدمة عبيده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه ونحو ذلك من منافع الاعيان مدة معلومة صحت التسمية لان هذه المنافع أموال أو التحقت بالاموال شرعا في سائر العقود لكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة وامكان الدفع بالتسليم ثابت بتسليم محالها اذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها فجعلت أموالا والتحقت بالاعيان فصحت تسميتها وعلى هذا يخرج ما اذا قال تزوجتك على هذا العبد فاذا هو حر وجملة الكلام فيه أن الامر لا يخلو اما ان سمى ما يصلح مهرا وأشار الى ما لا يصلح مهرا واما ان سمى ما لا يصلح مهرا فأشار الى ما يصلح مهرا فان سمى ما يصلح مهرا وأشار الى ما لا يصلح مهرا بأن قال تزوجتك على هذا العبد فاذا هو حر او على هذه الشاة الذكية فاذا هي ميتة أو على هذا الزق الخل فاذا هو خمر فالتسمية فاسدة في جميع ذلك ولها مهر المثل في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف تصح التسمية في الكل وعليه في الحر قيمة الحر لو كان عبدا وفي الشاة قيمة الشاة لو كانت ذكية وفي الخمر مثل ذلك الدن من خل وسط ومحمد فرق فقال مثل قول أبي حنيفة في الحر والميتة ومثل قول أبي يوسف في الخمر (وجه) قول أبي يوسف أن المسمى مال لان المسمى هو العبد والشاة الذكية والخل وكل ذلك مال فصحت التسمية الا انه اذا ظهر أن المشار اليه خلاف جنس المسمى في صلاحية المهر تعذر التسليم فتجب القيمة في الحر والشاة لانهما ليسا من المثليات وفي الخمر يجب مثله خلا لانه مثلي كما لو هلك المسمى أو استحق (وجه) قول محمد في الفرق أن الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا في العقود فان كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار اليه وان كان من خلاف جنسه يتعلق العقد بالمسمى هذا أصل مجمع عليه في البيع على ما نذكر في البيوع والحر من جنس العبد لاتحاد جنس المنفعة وكذا الشاة الميتة من جنس الشاة الذكية فكانت العبرة للاشارة والتحقت التسمية بالعدم والمشار اليه لا يصلح مهرا فصار كانه اقتصر على الاشارة ولم يسم بأن قال تزوجتك على هذا وسكت فأما الخل مع الخمر فجنسان مختلفان لاختلاف جنس المنفعة فتعلق العقد بالمسمى لكن تعذر تسليمه وهو مثلي فيجب مثله خلا ولابي حنيفة أن الاشارة والتسمية كل واحد منهما وضعت للتعريف الا أن الاشارة أبلغ في التعريف لانها تحضر العين وتقطع الشركة والتسمية لا توجب احضار العين ولا تقطع الشركة فسقط اعتبار التسمية عند الاشارة وبقيت الاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فيجب مهر المثل كما لو أشار الى الميتة والدم والخمر والخنزير ولم يسم وحقيقة الفقه لابي حنيفة ان هذا حر سمى عبدا وتسمية الحر عبدا باطل لانه كذب فالتحقت التسمية بالعدم وبقيت الاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فالتحقت الاشارة بالعدم أيضا فصار كانه تزوجها ولم يسم لها مهرا وهذا فقه واضح بحمد الله تعالى هذا اذا سمى ما يصلح مهرا وأشار الى ما لا يصلح مهرا فأما اذا سمى ما لا يصلح مهرا وأشار الى ما يصلح مهرا بأن قال تزوجتك على هذا الحر فاذا هو عبد او على هذه الميتة فاذا هي ذكية أو على هذا الدن الخمر فاذا هو خل فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن التسمية فاسدة ولها المشار اليه وروى محمد عنه أن لها مهر المثل ورواية أبي يوسف أصح الروايتين لان الاصل عند أبي حنيفة أن التسمية لا حكم لها مع الاشارة في باب النكاح فكانت العبرة للاشارة والمشار اليه يصلح مهرا لانه مال فكان لها المشار اليه (ووجه) ما روى محمد

عنه انه لما سمى مالا يصلح مهرا وأشار الى ما يصلح مهرا فقد هزل بالتسمية والهازل لا يتعلق بتسميته حكم فبطل كلامه رأسا ولو تزوجها على هذا الدن الخمر وقيمة الظرف عشرة دراهم فصاعدا روى ابن سماعة عن محمد فى هذه المسئلة روايتين روى عنه أن لها الدن لا غير وروى عنه أيضا ان لها مهر المثل (وجه) الرواية الاولى انه سمى ما يصلح مهرا وهو الظرف ومالا يصلح مهرا وهو الخمر فيلغو مالا يصلح مهرا كما لو تزوجها على الخل والخمر وقيمة الخل عشرة أنه يكون لها الخل لا غير لما قلنا كذا هذا (وجه) الرواية الاخرى أن الظرف لا يقصد بالعقد عادة بل هو تابع وانما المقصود هو المظروف فاذا بطلت التسمية فى المقصود تبطل فيما هو تبع له والله أعلم ولو تزوجها على هذين العبدين فاذا أحدهما حر فليس لها الا العبد الباقى اذا كانت قيمته عشرة دراهم فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا وقال محمد ينظر الى العبد ان بلغت قيمته مهر مثلها فليس لها الا العبد وان كانت قيمته أقل من مهر مثلها تبلغ الى ثمن مهر مثلها وهو قول زفر وهذا بناء على الاصول التى ذكرناها لهم فمن أصل أبى يوسف ان جعل الحر مهرا صحيح اذا سمى عبدا ويتعلق بقيمته أن لو كان عبدا فيتعلق العقد بالمسميين جميعا بقدر ما يحتمل كل واحد منهما التعليق به فيتعلق بالعبد بعينه لانه ممكن ويتعلق بالحر بقيمته لو كان عبدا لانه لا يحتمل التعليق بعينه ومن أصل محمد أن المشار اليه اذا كان من جنس المسمى فالعقد يتعلق بالمشار اليه والحر من جنس العبد لاتحاد جنس المنفعة فيتعلق العقد بهما الا أنه لا سبيل الى الجمع بين المسمى وبين مهر المثل فيجب مهر المثل ألا ترى انه لو كانا حرين يجب مهر المثل عنده ومتى وجب مهر المثل امتنع وجوب المسمى ولابى حنيفة أصلان أحدهما ما ذكرنا ان الحر اذا جعل مهرا وسمى عبدا لا يتعلق بتسميته شئ وجعل ذكره والعدم بمنزلة واحدة والثانى أن العقد اذا أضيف الى مالا يصلح يلغو مالا يصلح ويستقر ما يصلح كمن جمع بين امرأة تحل له وامرأة لا تحل له وتزوجهما فى عقدة واحدة بمسمى يجب كل المسمى بمقابلة الحلال وانعقاد نكاحها صحيحا للعقد والتسمية بقدر الامكان وتقرير العقد فيما أمكن تقريره والغاؤه فيما لا يمكن تصحيحه فيه والعبد هو الصالح لكونه مهرا فصحت تسميته ويصير مهرا لها اذا بلغت قيمته عشرة فصاعدا وعلى هذا الخلاف اذا تزوجها على بيت وخادم والخادم حر ولو تزوجها على هذين الدنين من الخل فاذا أحدهما خمر لها الباقى لا غير فى قول أبى حنيفة اذا كان يساوى عشرة دراهم كما فى العبدين وعندهما لها الباقى ومثل هذا الدن من الخل وقد ذكرنا الاصل ولو سمى مالا وضم اليه ما ليس بمال لكن له فيه منفعة مثل طلاق امرأة أخرى وامساكها فى بلدها أو العفو عن القصاص فان وفى بالمنفعة فليس لها الا ما سمى اذا كان يساوى عشرة فصاعدا لانه سمى ما يصلح مهرا بنفسه وشرط لها منفعة وقد وفى بما شرط لها فصحت التسمية وصارت العشرة مهرا وان لم يف بالمنفعة فلها مهر مثلها ثم ينظر ان كان ما سمى لها من المال مثل مهر مثلها أو أكثر فلا شئ لها الا ذلك وان كان ما سمى لها أقل من مهر مثلها تمم لها مهر مثلها عندنا وقال زفر ان كان المضموم مالا كما اذا شرط أن يهدى لها هدية فلم يف لها تمم لها مهر المثل وان كان غير مال كطلاق امرأة أخرى وأن لا يخرجها من بلدها فليس لها الا ما سمى (وجه) قول زفر أن ما ليس بمال لا يتقوم فلا يكون فوانه مضمونا بعوض وما هو مال يتقوم فاذا لم يسلم لها جاز لها الرجوع الى تمام العوض ولنا أن الموجب الاصلى فى هذا الباب هو مهر المثل فلا يعدل عنه الا عند استحكام التسمية فاذا وفى بالمنفعة فقد تقررت التسمية فوجب المسمى واذا لم يف بها لم تتقرر لانها ما رضيت بالمسمى من المال عوضا بنفسه بل بمنفعة أخرى مضمومة اليه وهى منفعة أخرى مرغوب فيها حلال الاستيفاء شرعا فاذا لم يسلم لها تتقرر التسمية فبقى حقها فى العوض الاصلى وهو مهر المثل فان كان أقل من مهر مثلها أو أكثر فليس لها الا ذلك لانه وصل اليها قدر حقها وان كان أقل من مهر مثلها يكمل لها مهر مثلها أيضا لا الى الحق المستحق فرق

بين هذا وبين ما اذا تزوجها على مهر صحيح وأرطال من خمر أن المهر ما يسمى لها اذا كان عشرة فصاعدا و يبطل الحرام وليس لها تمام مهر مثلها أو أكثر فليس لها الا ذلك لانه وصل اليها قدر حقها وان كان أقل من مهر مثلها يكمل لها مهر مثلها أيضا لان تسمية الخمر لم تصح في حق الانتفاع بها في حق المسلم اذ لا منفعة للمسلم فيها لحرمة الانتفاع بها في حق المسلم فلا يجوز أن يجب بفواتها عوض فالتحقت تسميتها بالعدم وصار كأنه لم يسم الا المهر الصحيح فلا يجب لها الا المهر الصحيح بخلاف المسئلة الاولى وعلى هذا يخرج ما اذا اعتق أمته على أن تزوج نفسها منه فقبلت عتقت لانه أعتقها بعوض فيزول ملكه بقبول العوض كما لو باعها وكما اذا قال لها أنت حرة على ألف درهم بخلاف ما اذا قال لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر انه لا يعتق بالقبول ما لم يؤد لان ذلك ليس بمعاوضة بل هو تعليق وهو تعليق الحرية بشرط الاداء اليه ولم يوجد الشرط ثم اذا اعتقت بالقبول فبعد ذلك لا يخلو اما ان زوجت نفسها منه واما ان أبت التزويج فان زوجت نفسها منه ينظر ان كان قد سمى لها مهرا آخر وهو مال سوى الاعتاق فلها المسمى لما اذا كان عشرة دراهم فصاعدا وان كان دون العشرة تكمل عشرة وان لم يسم لها سوى الاعتاق فلها مهر مثلها في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف صداقها اعتاقها ليس لها غير ذلك (وجه) قوله ان العتق بمعنى المال و بدليل أنه يجوز أخذ العوض عنه بأن أعتق عبده على مال فجاز أن يكون مهرا ولهما أن العتق ليس بمال حقيقة لان الاعتاق ابطال الملكية فكيف يكون العتق مالا الا أنه يجوز أخذ عوض هو مال عنه وهذا لا يدل على كونه مالا بنفسه ألا ترى أن الطلاق ليس بمال ولا يجوز أخذ العوض عنه وكذا القصاص وأخذ البدل عنه جائز ونفس الحر ليست بمال وان أبت ان تزوج نفسها منه لا تجبر على ذلك لانها حرة ملكت نفسها فلا تجبر على النكاح لكنها تسعى في قيمتها للمولى عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا سعاية عليها (وجه) قوله ان السعاية انما تجب لتخليص الرقبة وهذه حرة خالصة فلا تلزمها السعاية (ولنا) أن المولى ما رضي بزوال ملكه عن رقبتها الا بنفع يقابله وهو تزويج نفسها منه وهذه منفعة مرغوب فيها وقد تعذر عليه استيفاء هذه المنفعة بمعنى من جهتها وهو اباؤها فيقام بدل قيمتها مقامها دفعا للضرر عنه وأما قوله السعاية انما تجب لفكاك الرقبة وتخليصها وهي حرة خالصة فنقول السعاية قد تكون لتخليص الرقبة وهذا المستسعى يكون في حكم المكاتب على أصل أبي حنيفة وقد تكون لحق في الرقبة لا لفكاك الرقبة كالعبد المرهون اذا أعتقه الراهن وهو معسر كما اذا قال لعبده أنت حر على قيمة رقبتك فقبل حتى عتق كذا هذا ولو تزوج امرأة على عتق أبيها أو ذي رحم محرم منها أو على عتق عبد أجنبي عنها فهذا لا يخلو اما ان ذكر فيه كلمة عنها بأن قال أتزوجك على عتق أبيك عنك أو على عتق هذا العبد عنك وأشار الى عبد أجنبي عنها واما ان لم يذكر فان لم يذكر وقبلت عتق العبد والولاء للزوج لها لان المعتق هو الزوج والولاء لمن أعتق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولها مهر مثلها ان لم يكن سمى لها مهرا آخر هو مال وان كان قد سمى فلها المسمى لانه علق العتق بقبولها النكاح فاذا قبلت عتق والعبد لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فان كان هناك مال مسمى وجب ذلك لانه صحت تسميته مهرا فوجب المسمى وان لم يكن فتسميته العتق مهرا لم يصح لانه ليس بمال فيجب مهر المثل هذا اذا لم يذكر عنها فاما اذا ذكرت فقبلت عتق العبد عنها وثبت الولاء لها وصار ذلك مهرا لانه لما ذكر العتق عنها ولا يكون العتق عنها الا بعد سبق الملك لها فملكته أولا ثم عتق عنها كمن قال لآخر أعتق عبدك عني عن كفارة يميني على ألف درهم يجوز و يقع العتق عن الآمر و حال ما ملكته كان مالا فصلح أن يكون مهرا وهذا اذا تزوجها على العتق فاما اذا تزوجها على الاعتاق بأن تزوجها على أن يعتق هذا العبد فهذا أيضا لا يخلو من أحد وجهين اما أن ذكر فيه عنها واما ان لم يذكر فان لم يذكر فقبلت صح النكاح ولا يعتق العبد ههنا بقبولها لانه وعد ان يعتق والعتق لا يثبت بوعد

الاعتاق وانما يثبت بالاعتاق فما لم يعتق لا يعتق بخلاف الفصل الاول لان الزواج هناك كان على العتق لا على الاعتاق ثم اذا أعتقه فعتق فلا يخلو اما ان ذكر كلمة عنها أو لم يذكر فان كان لم يذكر ثبت الولاء منه لا منها لان الاعتاق منه لا منها والولاء للمعتق ولها مهر مثلها ان لم يكن هناك مهر آخر مسمى وهو مال وان كان فلها ذلك المسمى لان الاعتاق ليس بمال بل هو ابطال المالية سواء كان العبد أجنبيا أو ذا رحم محرم منها وان ذكر كلمة عنها ثبت الولاء منها لان الاعتاق منها لانه أعتق عنها و يصير العبد ملكا لها بمقتضى الاعتاق ثم ان كان ذا رحم محرم منها عتق عليها كما ملكته فتملكه فيعتق عليها وان كان أجنبيا يصير الزوج وكيلا عنها في الاعتاق ومنها اذا أعتق كما وعد فان أبى لا يجبر على ذلك لانه محرم مالك الا أنه ينظر ان لم يكن ثمة مسمى هو مال فلها مهر مثلها لما ذكرنا ان تسمية الاعتاق مهرا لم يصح ولم يوجد تسمية شيء آخر هو مال فتعين مهر المثل موجبا وان كان قد سمى لها شيأ آخر هو مال فان كان المسمى مثل مهر المثل أو أكثر فلها ذلك المسمى لان الزوج رضي بالزيادة وان كان أقل من مهر مثلها فان كان العبد أجنبيا فلها ذلك المسمى لا غير لانه شرط لها شرطا لا منفعة لها فيه فلا يكون غارا لها بترك الوفاء بما شرط لها وان كان ذا رحم محرم منها يبلغ به تمام مهر مثلها لانها انما رضيت بدون مهر مثلها بما شرط ولم تكن راضية فصار غارا لها وهذا اذا لم يقل عنها فاما اذا قال ذلك بأن تزوجها على ان يعتق هذا العبد عنها فقبلت صح النكاح وصار العبد ملكا ثم ان كان ذا رحم محرم منها عتق عليها لانها ملكت ذا رحم محرم منها وكان ذلك مهرا لها لانها تملكه ثم يعتق عليها وان كان أجنبيا يكون الزوج وكيلا عنها بالاعتاق فان أعتق قبل العزل فقد وقع العتق عنها وان عزلته في ذلك صح العزل والله أعلم

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا يكون مجهولا جهالة تزيد على جهالة مهر المثل وجملة الكلام فيه أن المهر في الاصل لا يخلو اما أن يكون معينا مشارا اليه واما أن يكون مسمى غير معين مشارا اليه فان كان معينا مشارا اليه صحت تسميته سواء كان مما يتعين بالتعيين في عقود المعاوضات من العروض والعقار والحيوان وسائر المكيلات والموزونات سوى الدراهم والدنانير أو كان مما لا يتعين بالتعيين في عقود المعاوضات كالدراهم لانه مال لا جهالة فيه الا أنه ان كان مما يتعين بالتعيين ليس للزوج ان يحبس العين و يدفع غيرها من غير رضا المرأة لان المشار اليه قد تعين للعقد فتعلق حقها بالعين فوجب عليه تسليم عينه وان كان مما لا يتعين له ان يحبسه و يدفع مثله جنسا ونوعا وقدرا وصفة لان التعيين اذا لم يصح صار مجازا عوضا من الجنس والنوع والقدر والصفة وان كان تبرا مجهولا أو نقرة ذهبا وفضة يجبر على تسليم عينه في رواية لانه يتعين بالتعيين كالعروض ولا يجبر في رواية لانه لا يتعين بالتعيين كالمضروب وان كان المسمى غير عين فالمسمى لا يخلو اما أن يكون مجهول الجنس والنوع والقدر والصفة واما أن يكون معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة فان كان مجهولا كالحيوان والدابة والثوب والدار بأن تزوج امرأة على حيوان أو دابة أو ثوب أو دار ولم يعين لم تصح التسمية وللمرأة مهر مثلها بالغا ما بلغ لان جهالة الجنس متفاحشة لان الحيوان اسم جنس تحته أنواع مختلفة وتحت كل نوع أشخاص مختلفة وكذا الدابة وكذا الثوب لان اسم الثوب يقع على ثوب القطن والكتان والحرير والخز والبز وتحت كل واحد من ذلك أنواع كثيرة مختلفة وكذا الدار لانها تختلف في الصغر والكبر والهيئة والتقطيع وتختلف قيمتها باختلاف البلاد والمحال والسكك اختلافا فاحشا ففاحشت الجهالة فالتحقت بجهالة الجنس والاصل أن جهالة العوض تمنع صحة تسميته كما في البيع والاجارة لكونها مفضية الى المنازعة الا أنه يتحمل ضرب من الجهالة في المهر بالاجماع فان مهر المثل قد يجب في النكاح الصحيح ومعلوم أن مهر المثل مجهول ضربا من الجهالة فكل جهالة في المسمى مهرا مثل جهالة مهر المثل أو أقل من ذلك يتحمل ولا يمنع صحة التسمية

استدلالا

استدلالا بمهر المثل وكل جهالة تزيد على جهالة مهر المثل يبقى الامر فيها على الاصل فيمنع صحة التسمية كما فى سائر الاعواض اذا ثبت هذا فنقول لا شك ان جهالة الحيوان والدابة والثوب والدار أكثر من جهالة مهر المثل لان بعد اعتبار تساوى المرأتين فى المال والجمال والسن والعقل والدين والبلد والعفة يقل التفاوت بينهما فتقل الجهالة فاما جهالة الجنس والنوع فجهالة متفاحشة فكانت أكثر جهالة من مهر المثل فتمنع صحة التسمية وان كان المسمى معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة والقدر كما اذا تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو جمل أو حمار أو ثوب مروى أو هروى صحت التسمية ولها الوسط من ذلك وللزوج الخيار ان شاء أعطاها الوسط وان شاء أعطاها قيمته وهذا عندنا وقال الشافعى لا تصح التسمية (وجه) قوله ان المسمى مجهول الوصف فلا تصح تسميته كما فى البيع وهذا لان جهالة الوصف تفضى الى المنازعة كجهالة الجنس ثم جهالة الجنس تمنع صحة التسمية فكذا جهالة الوصف (ولنا) أن النكاح معاوضة المال بما ليس بمال والحيوان الذى هو معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة يجوز ان يثبت دينا فى الذمة بدلا عما ليس بمال كما فى الذمة قال النبى صلى الله عليه وسلم فى النفس المؤمنة مائة من الابل والبضع ليس بمال فجاز أن يثبت الحيوان دينا فى الذمة بدلا عنه ولان جهالة الوسط من هذه الاصناف مثل جهالة مهر المثل أو أقل فتلك الجهالة لما لم تمنع صحة تسمية البدل فكذا هذه الا أنه لا تصح تسميته ثمنا فى البيع لان البيع لا يحتمل جهالة البدل أصلا قلت أو كثرت والنكاح يحتمل الجهالة اليسيرة مثل جهالة مهر المثل وانما كان كذلك لان مبنى البيع على المضايقة والمماكسة فالجهالة فيه وان قلت تفضى الى المنازعة ومبنى النكاح على المسامحة والمروءة فجهالة مهر المثل فيه لا تفضى الى المنازعة فهو الفرق وأما وجوب الوسط فلان الوسط هو العدل لما فيه من مراعاة الجانبين لان الزوج يتضرر بايجاب الجيد والمرأة تتضرر بايجاب الردىء فكان العدل فى ايجاب الوسط وهذا معنى قول النبى صلى الله عليه وسلم خير الامور أوساطها والاصل فى اعتبار الوسط فى هذا الباب ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما امرأة أنكحت نفسها بغير اذن مواليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط وكذلك قال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فى المفوضة أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط والمعنى ما ذكرنا وأما ثبوت الخيار بين الوسط وبين قيمته فلان الحيوان لا يثبت فى الذمة ثبوتا مطلقا ألا ترى أنه لا يثبت دينا فى الذمة فى معاوضة المال بالمال ولا يثبت فى الذمة فى ضمان الاتلاف حتى لا يكون مضمونا بالمثل فى الاستهلاك بل بالقيمة فمن حيث انه يثبت فى الذمة فى الجملة قلنا بوجوب الوسط منه ومن حيث انه لا يثبت ثبوتا مطلقا قلنا يثبت الخيار بين تسليمه وبين تسليم قيمته عملا بالشبهين جميعا ولان الوسط لا يعرف الا بواسطة القيمة فكانت القيمة أصلا فى الاستحقاق فكانت أصلا فى التسليم وأما ثبوت الخيار للزوج لا للمرأة فلانه المستحق عليه فكان الخيار له وكذلك ان تزوجها على بيت وخادم فلها بيت وسط مما يجهز به النساء وهو بيت الثوب لا المبنى فينصرف الى فرش البيت فى أهل الامصار وفى أهل البادية الى بيت الشعر ولها خادم وسط لان المطلق من هذه الاصناف ينصرف الى الوسط لان الوسط منها معلوم بالعادة وجهالته مثل جهالة مهر المثل أو أقل فلا تمنع صحة التسمية كما لو نص على الوسط ولو وصف شيأ من ذلك بأن قال جيد أو وسط أو ردىء فلها الموصوف ولو جاء بالقيمة تجبر على القبول لان القيمة هى الاصل ألا ترى أنه لا يعرف الجيد والوسط والردىء الا باعتبار القيمة فكانت القيمة هى المعرفة بهذه الصفات فكانت أصلا فى الوجوب فكانت أصلا فى التسليم فاذا جاء بها تجبر على قبولها ولو تزوجها على وصيف صحت التسمية ولها الوسط من ذلك ولو تزوجها على وصيف أبيض لا شك أنه تصح التسمية لانها تصح بدون الوصف فاذا وصف أولى ولها الوصيف الجيد لان الابيض عندهم اسم للجيد ثم الجيد عندهم هو الرومى والوسط السندى والردىء الهندى وأما عندنا فالجيد هو التركى والوسط

لرومي والردىء الهندي وقد قال أبو حنيفة قيمة الخادم الجيد خمسون دينارا وقيمة الوسط أربعون وقيمة الردىء ثلاثون وقيمة البيت الوسط أربعون دينارا وقال أبو يوسف ومحمد ان زاد السعر أو نقص فبحسب الغلاء والرخص وهذا ليس باختلاف في الحقيقة ففي زمن أبي حنيفة كانت القيم مسعرة وفي زمانهما تغيرت القيمة فأجاب كل على عرف زمانه والمعتبر في ذكر القيمة بلا خلاف ولو تزوجها على بيت وخادم حتى وجب الوسط من كل واحد منهما ثم صالحت من ذلك زوجها على أقل من قيمة الوسط ستين دينارا أو سبعين دينارا جاز الصلح لانها بهذا الصلح أسقطت بعض حقها لان الواجب فيهما ثمانون فاذا صالحت على أقل من ذلك فقد أسقطت البعض ومن له الحق اذا أسقط بعض حقه واستوفى الباقي جاز ويجوز ذلك بالنقد والنسيئة لما ذكرنا أن الصلح وقع على عين الحق باسقاط البعض فكان الباقي عين الواجب فجاز فيه التأجيل فان صالحت على مائة دينار فالفضل باطل لان المسمى اذا لم يكن مسعرا فالقيمة واجبة بالعقد ومن وجب له حق فصالح على أكثر من حقه لم يجز وان كان المسمى معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة كما اذا تزوجها على مكيل موصوف أو موزون موصوف سوى الدراهم والدنانير صحت التسمية لان المسمى مال معلوم لا جهالة فيه بوجه ألا ترى أنه ثبت دينا في الذمة ثبوتا مطلقا فانه يجوز البيع به والسلم فيه ويضمن بالمثل فيجبر الزوج على دفعه ولا يجوز دفع عوضه الا برضا المرأة ولو تزوجها على مكيل أو موزون ولم يصف صحت التسمية لانه مال معلوم الجنس والنوع فتصح تسميته فان شاء الزوج أعطاها الوسط من ذلك وان شاء أعطاها قيمته كذا ذكر الكرخي في جامعه وذكر الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر على تسليم الوسط (وجه) ما ذكره الكرخي أن القيمة أصل في ايجاب الوسط لان بها يعرف كونه وسطا فكان أصلا في التسليم كما في العبد (وجه) رواية الحسن أن الشرع لما أوجب الوسط فقد تعين الوسط بتعيين الشرع فصار كما لو عينه بالتسمية ولو سمى الوسط يجبر على تسليمه كذا هذا بخلاف العبد فان هناك لو سمى الوسط ونص عليه لا يجبر على تسليمه فكذا اذا أوجبه الشرع والله أعلم وأما الثياب فقد ذكر في الاصل انه اذا تزوجها على ثياب موصوفة انه بالخيار ان شاء سلمها وان شاء سلم قيمتها ولم يفصل بين ما اذا سمى لها أجلا أو لم يسم وقال أبو يوسف ان أجلها يجبر على دفعها وان لم يؤجلها فلها القيمة وروى عن أبي حنيفة أنه يجبر على تسليمها من غير هذا التفصيل وهو قول زفر (وجه) ما ذكر في الاصل أن الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا مطلقا لانها ليست من ذوات الامثال ألا ترى أنها مضمونة بالقيمة لا بالمثل في ضمان العدوان ولا تثبت في الذمة بنفسها في عقود المعاوضات بل بواسطة الاجل فكانت كالعبيد وهناك لا يجبر على دفع العبد وله أن يسلم القيمة كذا ههنا وأبو يوسف يقول اذا أجلها فقد صارت بحيث تثبت في الذمة ثبوتا مطلقا ألا ترى أنها تثبت في الذمة في السلم فيجبر على الدفع بل أولى لان البدل في البيع لا يحتمل الجهالة رأسا والمهر في النكاح يحتمل ضربا من الجهالة فلما ثبتت في الذمة في البيع فلان تثبت في النكاح أولى (وجه) الرواية الاخرى لابي حنيفة ان امتناع ثبوتها في الذمة لمكان الجهالة فاذا وصفت فقد زالت الجهالة فيصح ثبوتها في الذمة مهرا في النكاح وانما لا يصح السلم فيها الا مؤجلا لان العلم بها يقف على التأجيل بل لان السلم لم يشرع الا مؤجلا والاجل ليس بشرط في المهر فكان ثبوتها في المهر غير مؤجلة كثبوتها في السلم مؤجلة فيجبر على تسليمها ولو قال تزوجتك على هذا العبد أو على ألف أو على الفين فالتسمية فاسدة في قول أبي حنيفة ويحكم مهر مثلها فان كان مهر مثلها مثل الادون أو أقل فلها الادون الا ان يرضى الزوج بالارفع وان كان مهر مثلها مثل الارفع فلها الارفع الا أن ترضى المرأة بالادون وان كان مهر مثلها فوق الادون أو أقل من الارفع فلها مهر مثلها وقال أبو يوسف ومحمد التسمية صحيحة ولها الادون على كل حال (وجه) قولهما ان المصير الى مهر المثل عند تعذر ايجاب المسمى ولا تعذر ههنا لانه يمكن ايجاب الاقل لكونه متيقنا وفي الزيادة شك فيجب

المتيقن

المتيقن به وصار كما اذا أعتق عبده على ألف أو ألفين أو خالع امرأته على ألف أو ألفين أنه تصح التسمية وتجب الالف كذا هذا ولابى حنيفة انه جعل المهر أحد المذكورين غير عين لان كلمة أو تتناول أحد المذكورين غير عين وأحدهما غير عين مجهول فكان المسمى مجهولا وهذه الجهالة أكثر من جهالة مهر المثل ألا ترى أن كلمة أو تدخل بين أقل الاشياء وأكثرها فتمنع صحة التسمية فيحكم مهر المثل لانه الموجب الاصلى فى هذا الباب فلا يعدل عنه الا عند صحة التسمية ولا صحة الا بتعيين المسمى ولم يوجد فيجب مهر المثل لانه لا ينقص عن الادون لان الزوج رضى بذلك القدر ولا يزاد على الارفع لرضا المرأة بذلك القدر ولا يلزم على هذا ما اذا تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبدان الزوج بالخيار فى أن يدفع أيهما شاء أو على أن المرأة بالخيار فى ذلك تأخذ أيهما شاءت انه تصح التسمية وان كان المسمى مجهولا لان تلك الجهالة يمكن رفعها ألا ترى أنها ترتفع باختيار من له الخيار فقلت الجهالة فكانت كجهالة مهر المثل أو أقل من ذلك فلا تمنع صحة التسمية ههنا لا سبيل الى ازالة هذه الجهالة لانه اذا لم يكن فيه خيار كان لكل واحد منهما ان يختار غير ما يختاره صاحبه ففحشت الجهالة فمنعت صحة التسمية بخلاف الاعتاق والخلع لانه ليس لهما موجب أصلى يصار اليه عند وقوع الشك فى المسمى فوجب المتيقن من المسمى لان ايجابه أولى من الايقاع مجانا بلا عوض أصلا لعدم رضا المولى والزوج بذلك وفيما نحن فيه له موجب أصلى فلا يعدل عنه الا عند تعين المسمى ولا تعين مع الشك بادخال كلمة الشك فالتحقت التسمية بالعدم فبقى الموجب الاصلى واجب المصير اليه ولو تزوج امرأة على ألف ان لم يكن له امرأة وعلى ألفين ان كانت له امرأة أو تزوجها على ألف ان لم يخرجها من بلدها وعلى ألفين ان أخرجها من بلدها أو تزوجها على ألف ان كانت مولاة وعلى ألفين ان كانت عربية وما أشبه ذلك فلا شك أن النكاح جائز لان النكاح المؤبد الذى لا توقيت فيه لا تبطله الشروط الفاسدة لما قلنا ان الشروط لو أثرت لاثرت فى المهر بفساد التسمية وفساد التسمية لا يكون فوق العدم ثم عدم التسمية رأسا لا يوجب فساد النكاح ففسادها أولى وأما المهر فالشرط الاول جائز بلا خلاف فان وقع الوفاء به فلها ما سمى على ذلك الشرط وان لم يقع الوفاء به فان كان على خلاف ذلك أو فعل خلاف ما شرط لها فلها مهر مثلها لا ينقص من الاصل ولا يزاد على الاكثر وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان وهذه فريعة مسئلة مشهورة فى الاجارات وهو أن يدفع رجل ثوبا الى الخياط فيقول ان خيطته اليوم فلك درهم وان خيطته غدا فلك نصف درهم (وجه) قول زفر ان كل واحد من الشرطين يخالف الآخر فأوجب ذلك جهالة التسمية فتصح التسميتان كما اذا قال للخياط ان خيطته رومى فبدرهم وان خيطته فارسيا فبنصف درهم ولابى حنيفة أن الشرط الاول وقع صحيحا بالاجماع وموجبه رد مهر المثل ان لم يقع الوفاء به فكانت التسمية الاولى صحيحة فلو صح الشرط الثانى لكان نافيا موجب الشرط الاول والتسمية الاولى والتسمية بعد ما صحت لا يجوز نفى موجبها فبطل الشرط الثانى ضرورة وقال ان ما شرط الزوج من طلاق المرأة وترك الخروج من البلد لا يلزمه فى الحكم لان ذلك وعد وعد لها فلا يكلف به وعلى هذا يخرج ما اذا تزوجها على حكمه أو حكم أجنبى أن التسمية فاسدة لان المحكوم به مجهول وجهالته أكثر من جهالة مهر المثل فيمنع صحة التسليم ثم ان كان التزوج على حكم الزوج ينظر ان حكم بمهر مثلها أو أكثر فلها ذلك لانه رضى ببذل الزيادة وان حكم بأقل من مهر مثلها فلها مهر مثلها الا أن ترضى بالاقل وان كان التزوج على حكمها فان حكمت بمهر مثلها أو أقل فلها ذلك لانها رضيت باسقاط حقها وان حكمت بأكثر من مهر مثلها لم تجز الزيادة لان المستحق هو مهر المثل الا اذا رضى الزوج بالزيادة وان كان التزوج على حكم أجنبى فان حكم بمهر المثل جاز وان حكم بأكثر من مهر المثل يتوقف على رضا الزوج وان حكم بأقل من مهر المثل يتوقف على رضا المرأة لان المستحق هو مهر المثل والزوج لا يرضى

بالزيادة والمرأة لا ترضى بالنقصان فاذلك توقفت الامر فى الزيادة والنقصان على رضاهما فان تزوجها على ما يكسب العام أو يرث فهذه تسمية فاسدة لان جهالة هذا أكثر من جهالة مهر المثل وقد انضم الى الجهالة الخطر لانه قد يكسب وقد لا يكسب ثم الجهالة بنفسها تمنع صحة التسمية فمع الخطر أولى ولو تزوج امرأتين على صداق واحد يجوز الا أن يقول تزوجتكما على ألف درهم فقبلتا فالنكاح جائز لا شك فيه و يقسم الالف بينهما على قدر مهر مثليهما لانه جعل الالف بدلا عن بضعيهما والبدل يقسم على قدر قيمة المبدل والمبدل هو البضع فيقسم البدل على قدر قيمته وقيمته مهر المثل كما لو اشترى عبدين بألف درهم انه يقسم الثمن على قدر قيمتهما كذا هذا فان قبلت احداهما دون الاخرى جاز النكاح فى التى قبلت بخلاف البيع فانه اذا قال بعت هذا العبد منكما فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر لم يجز البيع أصلا والفرق انه لما قال تزوجتكما فقد جعل قبول كل واحدة منهما شرطا لقبول الاخرى والنكاح لا يحتمل التعليق بالشرط فكان ادخال الشرط فيه فاسدا والنكاح لا يفسد بالشرط الفاسد والبيع يفسد به واذا جاز النكاح تقسم الالف على قدر مهر مثلهما لما قلنا فما أصاب حصة التى قبلت فلها ذلك القدر والباقى يعود الى الزوج وان كانت احداهما ذات زوج أو فى عدة من زوج أو كانت ممن لا يحل له نكاحها فان جميع الالف التى يصح نكاحها فى قول أبى حنيفة وعندهما تقسم الالف على قدر مهر مثليهما فما أصاب حصة التى صح نكاحها فلها ذلك والباقى يعود الى الزوج (وجه) قولهما انه جعل الالف مهرا لهما جميعا وكل واحدة منهما صالح للنكاح حقيقة لكونها قابلة للمقاصد المطلوبة منه حقيقة الا أن المحرمة منهما الا تزاحم صاحبتها فى الاستحقاق لخروجها من أن تكون محلا لذلك شرعا مع قيام المحلية حقيقة فيجب اظهار أثر المحلية الحقيقية فى الانقسام ولابى حنيفة أن المهر يقابل ما يستوفى بالوطء وهو منافع البضع وهذا العقد فى حق المحرمة لا يمكن من استيفاء المنافع لخروجها من أن تكون محلا للعقد شرعا والموجود الذى لا ينتفع به والعدم الاصلى سواء فيجعل ذلك المهر بمقابلة الاجنبية كما اذا جمع بين المرأة والاتان وقال تزوجتكما على ألف درهم فان دخل الزوج بالتى فسد نكاحها ففى قياس قول أبى حنيفة لها مهر مثلها بالغا ما بلغ لانه لا تعتبر التسمية فى حقها فالتحقت التسمية بالعدم وفى قياس قول أبى يوسف ومحمد لها مهر مثلها لا يجاوز حصتها من الالف لانهما لا يعتبران التسمية فى حقهما فى حق الانقسام والله عز وجل اعلم وعلى هذا تخرج تسمية المهر على السمعة والرياء انها تصح أولا تصح وجملة الكلام فيه أن السمعة فى المهر اما أن تكون فى قدر المهر واما أن تكون فى جنسه فان كانت فى قدر المهر بأن تواضعا فى السر والباطن واتفقا على أن يكون المهر ألف درهم لكنهما يظهران فى العقد ألفين لامر حملهما على ذلك فان لم يقولا ألف منهما سمعة فالمهر ما ذكراه فى العلانية وذلك الفان لان المهر ما يكون مذكورا فى العقد والالفان مذكوران فى العقد فاذا لم يجعلا الالف منهما سمعة صحت تسمية الالفين وان قالا الالف منهما سمعة فالمهر ما ذكراه فى السر وهو الالف فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف ومحمد وروى عن أبى حنيفة أن المهر ما أظهراه وهو الالفان (وجه) هذه الرواية أن المهر هو المذكور فى العقد لانه اسم لما يملك به البضع والذى يملك به البضع هو المذكور فى العقد وانه يصلح أن يكون مهرا لانه مال معلوم فتصح تسميته و يصير مهرا ولا تعتبر المواضعة السابقة (وجه) ظاهر الرواية انهما لما قالا الالف منهما سمعة فقد هزلا بذلك قدر الالف حيث لم يقصدا به مهرا والمهر مما يدخله الجد والهزل ففسدت تسميته قدر الالف والتحقت بالعدم فبقى العقد على ألف وان كانت السمعة من جنس المهريات تواضعا واتفقا فى السر والباطن على أن يكون المهر ألف درهم ولكنهما يظهران فى العقد مائة دينار فان لم يقولا رياء وسمعة فالمهر ما تعاقدا عليه لما قلنا وان قالا رياء وسمعة فتعاقدا على ذلك فلها مهر مثلها فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ورواية عنه أن لها مهر العلانية مائة دينار (وجه) هذه الرواية على نحو ما ذكرنا أن المائة

دينارهى المذكورة فى العقد والمهر اسم للمذكور فى العقد لما بينا فيعتبر المذكور ولا تعتبر المواضعة السابقة (وجه) ظاهر الرواية ان ماتواضعا عليه وهو الالف لم يذكراه فى العقد وماذكراه وهو المائة دينار ماتواضعا عليه فلم توجد التسمية فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا هذا الذى ذكرنا اذا لم يتعاقدا فى السر والباطن على أن يكون للمهر قدرا وجنس ثم يتعاقدا على ماتواضعا واتفقا عليه فأما اذا تعاقدا فى السر على قدر من المهر أو جنس منه ثم اتفقا وتواضعا فى السر على أن يظهرا فى عقد العلانية أكثر من ذلك أو جنسا آخر فان لم يذكرا فى المواضعة السابقة ان ذلك سمعة فالمهر ماذكراه فى العلانية فى قول أبى حنيفة ومحمد ويكون ذلك زيادة على المهر الاول سواء كان من جنسه أو من خلاف جنسه فان كان من خلاف جنسه فجميعه يكون زيادة على المهر الاول وان كان من جنسه فقدر الزيادة على المهر الاول يكون زيادة وروى عن أبى يوسف أنه قال المهر مهر السر (وجه) قوله أن المهر ما يكون مذكورا فى العقد والعقد هو الاول لان النكاح لا يحتمل الفسخ والاقالة فالثانى لا يرفع الاول فلم يكن الثانى عقدا فى الحقيقة فلا يعتبر المذكور عنده فكان المهر هو المذكور فى العقد الاول (وجه) قولهما انهما قصدا شيئين استئناف العقد وزيادة فى المهر واستئناف العقد لا يصح لان النكاح لا يحتمل الفسخ والزيادة صحيحة فصار كانه زاد ألفا أخرى أو مائة دينار وان ذكرا فى المواضعة السابقة أن الزيادة أو الجنس الآخر سمعة فالمهر هو المذكور فى العقد الاول والمذكور فى العقد الثانى لغو لانهما هزلا به حيث جعلاه سمعة والهزل يعمل فى المهر فيبطله والله أعلم

﴿ فصل ﴾ ومنها أن يكون النكاح صحيحا فلا تصح التسمية فى النكاح الفاسد حتى لا يلزم المسمى لان ذلك ليس بنكاح لما ذكر ان شاء الله تعالى الا أنه اذا وجد الدخول يجب مهر المثل لكن بالوطء لا بالعقد على ما نبينه فى موضعه ان شاء الله تعالى ولو تزوج امرأة على جارية بعينها واستثنى ما فى بطنها فلها الجارية وما فى بطنها ذكره الكرخى والطحاوى من غير خلاف لان تسمية الجارية مهرا قد صحت لانها مال معلوم واستثناء ما فى بطنها لم يصح لان الجنين فى حكم جزء من أجزائها فاطلاق العقد على الام يتناوله فاستثناؤه يكون بمنزلة شرط فاسد والنكاح لا يحتمل شرطا فاسدا فيلغو الاستثناء ويلتحق بالعدم كانه لم يستثن رأسا وكذلك اذا وهب جارية واستثنى ما فى بطنها أو خالع أو صالح من دم العمد لان هذه التصرفات لا تبطلها الشروط الفاسدة ولو تزوج امرأة على جارية فاستحقت وهلكت قبل التسليم فلها قيمتها لان التسمية قد صحت لكون المسمى مالا متقوما معلوما فالعقد انعقد موجب التسليم بالاستحقاق والهلاك لانه عجز عن تسليمها فتجب قيمتها بخلاف البيع اذا هلك المبيع قبل التسليم الى المشترى أنه لا يغرم البائع قيمته وانما يسقط الثمن لا غير لان هلاك المبيع يوجب بطلان البيع واذا بطل البيع لم يبق وجوب التسليم فلا تجب القيمة ثم تفسير مهر المثل هو أن يعتبر مهرها بمهر مثل نسائها من أخواتها لابيها وأمها أو لابيها وعماتها وبنات أعمامها فى بلدها وعصرها على مالها وجمالها وسنها وعقلها ودينها لان الصداق يختلف باختلاف البلدان وكذا يختلف باختلاف المال والجمال والسن والعقل والدين فيزداد مهر المرأة لزيادة مالها وجمالها وعقلها ودينها وحداثة سنها فلا بد من المماثلة بين المرأتين فى هذه الاشياء ليكون الواجب لها مهر مثل نسائها اذ لا يكون مهر المثل بدون المماثلة بينهما ولا يعتبر مهرها بمهر أمها ولا بمهر خالتها الا أن تكون من قبيلتها من بنات أعمامها لان المهر يختلف بشرف النسب والنسب من الآباء لا من الامهات فانما يحصل لها شرف النسب من قبيل أبيها أو قبيلته لا من قبل أمها وعشيرتها والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يجب به المهر وبيان وقت وجوبه وكيفية وجوبه وما يتعلق بذلك من الاحكام فنقول وبالله التوفيق المهر فى النكاح الصحيح يجب بالعقد لانه احد اثنى الملك والمهر يجب بمقابلة احد اثنى الملك ولانه عقد معاوضة وهو معاوضة البضع بالمهر فيقتضى وجوب العوض كالبيع سواء كان المهر مفروضا

فى العقد أولم يكن عندنا وعند الشافعى ان كان مفروضا لا يجب بنفس العقد وانما يجب بالفرض أو بالدخول على ماذكرنا فيما تقدم وفى النكاح الفاسد يجب المهر لكن لا بنفس العقد بل بواسطة الدخول لعدم حدوث الملك قبل الدخول أصلا وعدم حدوثه بعد الدخول مطلقا ولانعدام المعاوضة قبل الدخول رأسا وانعدامها بعد الدخول مطلقا لماذكرنا ان شاء الله تعالى فى موضعه و يجب عقيب العقد بلا فصل لماذكرنا انه يجب باحداث الملك والملك يحدث عقيب العقد بلا فصل ولان المعاوضة المطلقة تقتضى ثبوت الملك فى العوضين فى وقت واحد وقد ثبت الملك فى أحد العوضين وهو البضع عقيب العقد فيثبت فى العوض الآخر عقيبه تحقيقا للمعاوضة المطلقة الا أنه يجب بنفس العقد وجوبا موسعا وانما يتضيق عند المطالبة كالثمن فى باب البيع انه يجب بنفس البيع وجوبا موسعا وانما يتضيق عند مطالبة البائع واذا طالبت المرأة بالمهر يجب على الزوج تسليمه أولا لان حق الزوج فى المرأة متعين وحق المرأة فى المهر لم يتعين بالعقد وانما يتعين بالقبض فوجب على الزوج التسليم عند المطالبة ليتعين كما فى البيع أن المشترى يسلم الثمن أولا ثم يسلم البائع المبيع الا أن الثمن فى باب البيع اذا كان دينا يقدم تسليمه على تسليم المبيع ليتعين وان كان عينا يسلمان معا وههنا يقدم تسليم المهر على كل حال سواء كان دينا أو عينا لان القبض والتسلم ههنا معا متعذر ولا تعذر فى البيع واذا ثبت هذا فنقول للمرأة قبل دخول الزوج بها ان تمنع الزوج عن الدخول حتى يعطيها جميع المهر ثم تسلم نفسها الى زوجها وان كانت قد انتقلت الى بيت زوجها لماذكرنا ان بذلك يتعين حقها فيكون تسليما بتسليم ولان المهر عوض عن بضعها كالثمن عوض عن المبيع وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكان للمرأة حق حبس نفسها لاستيفاء المهر وليس للزوج منعها عن السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها قبل ايفاء المهر لان حق الحبس انما يثبت لاستيفاء المستحق فاذا لم يجب عليها تسليم النفس قبل ايفاء المهر لم يثبت للزوج حق الاستيفاء فلا يثبت له حق الحبس واذا أوفاها المهر فله أن يمنعها من ذلك كله الا من سفر الحج اذا كان عليها حجة الاسلام ووجدت محرما وله أن يدخل بها لانه اذا أوفاها حقها يثبت له حق الحبس لاستيفاء المعقود عليه فان أعطاها المهر الا درهما واحدا فلها أن تمنع نفسها وان تخرج من مصرها حتى تقبضه لان حق الحبس لا يتجزأ فلا يبطل الا بتسليم كل البدل كما فى البيع ولو خرجت لم يكن للزوج ان يسترد منها ما قبضت لانها قبضته بحق لكون المقبوض حقا لها والمقبوض بحق لا يحتمل النقض هذا اذا كان المهر معجلا بأن تزوجها على صداق عاجل أو كان مسكوتا عن التعجيل والتأجيل لان حكم المسكوت حكم المعجل لان هذا عقد معاوضة فيقتضى المساواة من الجانبين والمرأة عينت حق الزوج فيجب أن يعين الزوج حقها وانما يتعين بالتسليم فأما اذا كان مؤجلا بأن تزوجها على مهر آجل فان لم يذكر الوقت لشئ من المهر أصلا بأن قال تزوجتك على ألف مؤجلة أو ذكر وقتا مجهولا جهالة متفاحشة بأن قال تزوجتك على ألف الى وقت الميسرة أو هبوب الرياح أو الى أن تمطر السماء فكذلك لان التأجيل لم يصح لتفاحش الجهالة فلم يثبت الاجل ولو قال نصفه معجل ونصفه مؤجل كما جرت العادة فى ديارنا ولم يذكر الوقت للمؤجل اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز الاجل و يجب حالا كما اذا قال تزوجتك على ألف مؤجلة وقال بعضهم يجوز ويقع ذلك على وقت وقوع الفرقة بالطلاق أو الموت وروى عن أبى يوسف ما يؤيد هذا القول وهو أن رجلا كفل لامرأة عن زوجها نفقة كل شهر ذكر فى كتاب النكاح انه يلزمه نفقة شهر واحد فى الاستحسان وذكر عن أبى يوسف انه يلزمه نفقة كل شهر مادام النكاح قائما بينهما فكذلك ههنا وان ذكر وقتا معلوما للمهر فليس لها أن تمنع نفسها فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أخيرا لها أن تمنع نفسها سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة بعد ان كانت معلومة أو مجهولة جهالة متقاربة كجهالة الحصاد والدياس (وجه) قول أبى يوسف ان من حكم المهر أن يتقدم تسليمه على تسليم النفس بكل حال ألا ترى

انه

انه لو كان معيناً أو غير معين وجب تقديمه فلما قبل الزوج التأجيل كان ذلك رضا بتأخير حقه في القبض بخلاف البائع اذا أجل الثمن انه ليس له ان يحبس المبيع و يبطل حقه في الحبس بتأجيل الثمن لانه ليس من حكم الثمن تقديم تسليمه على تسليم المبيع لامحالة ألا ترى أن الثمن اذا كان عينا يسلمان معا فلم يكن قبول المشترى التأجيل رضا منه باسقاط حقه في القبض وجه قولهما أن المرأة بالتأجيل رضيت باسقاط حق نفسها فلا يسقط حق الزوج كالبائع اذا أجل الثمن انه يسقط حق حبس المبيع بخلاف ما اذا كان التأجيل الى مدة مجهولة جهالة متفاحشة لان التأجيل ثمة لم يصح فلم يثبت الاجل فبقي المهر حالا وأما قوله من شأن المهر أن يتقدم تسليمه على تسليم النفس فنقول نعم اذا كان معجلا أو مسكوتا عن الوقت فاما اذا كان مؤجلا تأجيلا صحيحا فمن حكمه ان يتأخر تسليمه عن تسليم النفس لان تقديم تسليمه ثبت حقا لها لانه ثبت تحقيقا للمعاوضة المقتضية للمساواة حقا لها فاذا أجلته فقد أسقطت حق نفسها فلا يسقط حق زوجها لانعدام الاسقاط منه والرضا بالسقوط لهذا المعنى سقط حق البائع في الحبس بتأجيل الثمن كذا هذا ولو كان بعضه حالا و بعضه مؤجلا أجلا معلوما فله أن يدخل بها اذا اعطاها الحال بالاجماع أما عندهما فلان الكل لو كان مؤجلا لكان له أن يدخل بها فاذا كان البعض معجلا واعطاها ذلك أولى والفقه ما ذكرنا أن الزوج ما رضي باسقاط حقه فلا يسقط حقه وأما عند أبي يوسف فلانه لما عجل البعض فلم يرض بتأخير حقه عن القبض لانه لو رضي بذلك لم يكن لشرط التعجيل فائدة بخلاف ما اذا كان الكل مؤجلا لانه لما قبل التأجيل فقد رضي بتأخير حقه ولو لم يدخل بها حتى حل أجل الباقي فله ان يدخل بها اذا أعطاها الحال لما قلنا ولو كان الكل مؤجلا أجلا معلوما وشرط أن يدخل بها قبل أن يعطيها كله فله ذلك عند أبي يوسف أيضا لانه لما شرط الدخول لم يرض بتأخير حقه في الاستمتاع ولو كان المهر مؤجلا أجلا معلوما فحل الاجل ليس لها أن تمنع نفسها لتستوفي المهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لان حق الحبس قد سقط بالتأجيل والساقط لا يحتمل العود كالثمن في المبيع وعلى أصل أبي يوسف لها أن تمنع نفسها لان لها أن تمنع قبل حلول الاجل فبعده أولى ولو كان المهر حالا فاخرته شهرا ليس لها أن تمنع عندهما وعنده لها ذلك لان هذا تأجيل طارئ فكان حكمه حكم التأجيل المقارن وقد مر الكلام فيه ولو دخل الزوج بها برضاها وهي مكلفة فلها أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر ولها أن تمنعه أن يخرجها من بلدها في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ليس لها ذلك وعلى هذا الخلاف اذا خلا بها وجه قولهما انها بالوطء مرة واحدة أو بالخلوة الصحيحة سلمت جميع المعقود عليه برضاها وهي من أهل التسليم فبطل حقها في المنع كالبائع اذا سلم المبيع ولا شك في الرضا وأهلية التسليم والدليل على انها سلمت جميع المعقود عليه أن المعقود عليه في هذا الباب في حكم العين ولهذا يتأكد جميع المهر بالوطء مرة واحدة ومعلوم أن جميع البدل لا يتأكد بتسليم بعض المعقود عليه وما يتكرر من الوطآت ملتحق بالاستخدام فلا يقابله شيء من المهر ولابي حنيفة أن المهر مقابل بجميع ما يستوفى من منافع البضع في جميع الوطآت التي توجد في هذا الملك لا بالمستوفى بالوطأة الاولى خاصة لانه لا يجوز اخلاء شيء عن منافع البضع عن بدل يقابله احتراما للبضع وابانة لخطره فكانت هي بالمنع ممتنعة عن تسليم ما يقابله بدل فكان لها ذلك بالوطء في المرة الاولى فكان لها أن تمنعه عن الاول حتى تأخذ مهرها فكذا عن الثاني والثالث الا أن المهر يتأكد بالوطء مرة واحدة لانه موجود معلوم وما وراءه معدوم مجهول فلا يزاحمه في الانقسام ثم عند الوجود يتعين قطعا فيصير مزاحما فيأخذ قسطا من البدل كالعبد اذا جنى جناية يجب دفعه بها فان جنى جناية أخرى فالثانية تزاحم الاولى عند وجودها في وجوب الدفع بها وكذا الثالثة والرابعة الى ما لا يتناهى بخلاف البائع اذا سلم المبيع قبل قبض الثمن أو بعد ما قبض شيأ منه ثم أراد أن يسترد أنه ليس له ذلك لانه سلم كل المبيع فلا يملك الرجوع فيما سلم وههنا ما سلمت كل المعقود عليه بل البعض دون البعض لان المعقود عليه منافع البضع وما سلمت كل المنافع بل بعضها دون البعض فهي بالمنع تمتنع عن تسليم ما لم يحصل مسلماً بعد فكان لها ذلك كالبائع اذا

سلم بعض المبيع قبل استيفاء الثمن كان له حق حبس الباقي ليستوفي الثمن كذا هذا وكان أبو القاسم الصفار يفتي في منعها نفسها بقول أبي يوسف ومحمد وفي السفر بقول أبي حنيفة وبعد إيفاء المهر كان له أن ينقلها حيث شاء وحكى الفقيه أبو جعفر الهندواني عن محمد بن سلمة أنه كان يفتي أن بعد تسليم المهر ليس لزوجها أن يسافر بها قال أبو يوسف ولو وجدت المرأة المهر زيوفا أو ستوقا فردت أو كان المقبوض عرضا اشترته من الزوج بالمهر فاستحق بعد القبض وقد كان دخل بها فليس لها أن تمنع نفسها في جميع ذلك وهذا على أصلهما مستقيم لان من أصلهما أن التسليم من غير قبض المهر يبطل حق المنع وهذا تسليم من غير قبض لان ذلك القبض بالرد والاستحقاق انتقض والتحق بالعدم فصار كأنها لم تقبضه وقبل القبض الجواب هكذا عندهما وأما عند أبي حنيفة فينبغي أن يكون لها أن تمنع نفسها ثم فرق أبو يوسف بين هذا وبين المنع أنه اذا استحق الثمن من يد البائع أو وجده زيوفا أو ستوقا فرده له أن يسترد المبيع فيحبسه لان البائع بعد الاسترداد يمكنه الحبس على الوجه الذي كان قبل ذلك وأما ههنا لا يمكنه لانه استوفى بعض منافع البضع فلا يكون هذا الحبس مثل الاول فلا يعود حقها في الحبس ومما يلتحق بهذا الفصل أن للمرأة أن تهب مهرها للزوج دخل بها أو لم يدخل لقوله عز وجل فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً وليس لاحد من أوليائها الاعتراض عليها سواء كان أبا أو غيره لانها وهبت خالص ملكها وليس لاحد في عين المهر حق فيجوز ويلزم بخلاف ما اذا زوجت نفسها وقصرت عن مهر مثلها أن للاولياء حق الاعتراض في قول أبي حنيفة لان الامهار حق الاولياء فقد تصرفت في خالص حقهم ولانها ألحقت الضرر بالاولياء بالحاق العار والشنار بهم فلهم دفع هذا الضرر بالاعتراض والفسخ وليس للاب ان يهب مهر ابنته عند عامة العلماء وقال بعضهم له ذلك وتمسكوا بقوله تعالى أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح والاب بيده عقدة النكاح ولنا أن المهر ملك المرأة وحقها لانه بدل بضعها وبضعها حقها وملكها والدليل عليه قوله عز وجل وآتوا النساء صدقاتهن نحلة أضاف المهر اليها فدل أن المهر حقها وملكها وقوله عز وجل فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً وقوله تعالى منه أي من الصداق لانه هو المكنى السابق أباح للازواج التناول من مهور النساء اذا طابت أنفسهن بذلك ولذا علق سبحانه وتعالى الاباحة بطيب أنفسهن فدل ذلك كله على أن مهرها ملكها وحقها وليس لاحد أن يهب ملك الانسان بغير اذنه ولهذا لا يملك الولي هبة غيره من أموالها فكذا المهر وأما الآية الشريفة فقد قيل أن المراد من الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج كذا روي عن علي رضي الله عنه وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما ويجوز أن يحمل قول من صرف التأويل الى الولي على بيان نزول الآية على ما قيل أن حين النزول كان المهور للاولياء ودليله قول شعيب لموسى عليهما الصلاة والسلام اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج شرط المهر لنفسه لا لابنته ثم نسخ بما تلونا من الآيات وللمولى أن يهب صداق أمته ومدبرته وأم ولده من زوجها لان المهر ملكه وليس له أن يهب مهر مكاتبته ولو وهب لا يبرأ الزوج ولا يدفعه الى المولى لان مهر المكاتبة لها لا للمولى لانه من اكتسابها وكسب المكاتب له لا لمولاه وتجوز الزيادة في المهر اذا تراضيا بها والحط عنه اذا رضيت به لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة رفع الجناح فيما تراضيا به الزوجان بعد الفريضة وهو التسمية وذلك هو الزيادة في المهر والحط عنه وأحق ما تصرف اليه الآية الزيادة لانه ذكر لفظة التراضي وانه يكون بين اثنين ورضا المرأة كان في الحط ولان الزيادة تلحق العقد ويصير كأن العقد ورد على الاصل والزيادة جميعاً كالخيار في باب البيع والاجل فيه فان من اشترى من آخر عبدا بيعاً باتا ثم ان أحدهما جعل لصاحبه الخيار يوما جاز ذلك حتى لو نقض البيع جاز نقضه ويصير ذلك كالخيار المشروط في أصل البيع وكذا اذا اشترى عبداً بألف درهم حالة ثم ان البائع أجل المشتري في الثمن شهراً جاز التأجيل ويصير كأنه كان مسمى في العقد كذا ههنا ولا يثبت خيار الرؤية في المهر حتى لو تزوج امرأة على عبد بعينه أو جارية بعينها ولم تره ثم رأته ليس لها أن ترده بخيار الرؤية لان النكاح لا ينفسخ برد، فلو ردت لرجعت عليه بعبد آخر وثبت لها فيه خيار الرؤية فترده ثم ترجع عليه بآخر

الى مالا يتناهى فلم يكن الرد مفيدا لخلوه عن العاقبة الحميدة فكان سفها فلا يثبت لها حق الرد وكذلك الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد لما قلنا بخلاف البيع انه يثبت فيه خيار الرؤية لان البيع ينفسخ برد المبيع ويرجع بالثمن فكان الرد مفيدا لذلك افترقا وهل يثبت خيار العيب فى المهر ينظر فى ذلك ان كان العيب يسيرا لا يثبت وان كان فاحشا يثبت وكذلك هذا فى بدل الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد بخلاف البيع والاجارة وبدل الصلح على مال انه يرد بالعيب اليسير والفاحش لان هناك ينفسخ العقد برده وههنا لا ينفسخ واذا لم ينفسخ فيقبض مثله فربما يجد فيه عيبا يسيرا أيضا لان الاعيان لا تخلو عن قليل عيب عادة فيرده ثم يقبض مثله فيؤدى الى مالا يتناهى فلا يفيد الرد وهذا المعنى لا يوجد فى البيع والاجارة لانه ينفسخ العقد بالرد فكان الرد مفيدا أولان حق الرد بالعيب انما يثبت استدراكا للفائت وهو صفة السلامة المستحقة بالعقد والعيب اذا كان يسيرا لا يعرف الفوات بيقين لان العيب اليسير يدخل تحت تقويم المقومين لا يخلو عنه فمن مقوم يقومه بدون العيب بألف ومن مقوم يقومه مع العيب بألف أيضا فلا يعلم فوات صفة السلامة بيقين فلا حاجة الى الاستدراك بالرد بخلاف العيب الفاحش لانه لا يختلف فيه المقومون فكان الفوات حاصلا بيقين فتنقع الحاجة الى استدراك الفائت بالرد الا أن هذا المعنى الاخير يشكل بالبيع واخواته فان العيب اليسير فيها يوجب حق الرد وان كان هذا المعنى موجودا فيها فالاصح هو الوجه الاول ولا شفعة فى المهر لان من شرائط ثبوت حق الشفعة معاوضة المال بالمال لما ذكره فى كتاب الشفعة ان شاء الله تعالى والنكاح معاوضة البضع بالمال فلا يثبت فيه حق الشفعة

﴿فصل﴾ (وأما) بيان ما يتأكد به المهر فالمهر يتأكد بأحد معان ثلاثة الدخول والخلوة الصحيحة وموت أحد الزوجين سواء كان مسمى أو مهر المثل حتى لا يسقط شىء منه بعد ذلك الا بالابراء من صاحب الحق أما التأكد بالدخول فمتفق عليه والوجه فيه أن المهر قد وجب بالعقد وصار دينا فى ذمته والدخول لا يسقطه لانه استيفاء المعقود عليه واستيفاء المعقود عليه يقرر البدل لا أن يسقطه كما فى الاجارة ولان المهر يتأكد بتسليم المبدل من غير استيفائه لما ذكرنا فلان يتأكد بالتسليم مع الاستيفاء أولى (وأما) التأكد بالخلوة فذهبنا وقال الشافعى لا يتأكد المهر بالخلوة حتى لو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها فى نكاح فيه تسمية يجب عليه كمال المسمى عندنا وعنده نصف المسمى وان لم يكن فى النكاح تسمية يجب عليه كمال مهر المثل عندنا وعنده يجب عليه المتعة وعلى هذا الاختلاف وجوب العدة بعد الخلوة قبل الدخول عندنا تجب وعنده لا تجب واحتج بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم أوجب الله تعالى نصف المفروض فى الطلاق قبل الدخول فى نكاح فيه تسمية لان المراد من المس هو الجماع ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها فمن أوجب كل المفروض فقد خالف النص وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن أى ولم تفرضوا لهن فريضة فتمسوهن أوجب تعالى لهن المتعة فى الطلاق فى نكاح لا تسمية فيه مطلقا من غير فصل بين حال وجود الخلوة وعدمها وقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتمسوهن فدلت الآية الشريفة على نفى وجوب العدة ووجوب المتعة قبل الدخول من غير فصل ولان تأكد المهر يتوقف على استيفاء المستحق بالعقد وهو منافع البضع واستيفاؤها بالوطء ولم يوجد ولا ضرورة لها فى التوقف لان الزوج لا يخلو إما أن يستوفى أو يطلق فان استوفى تأكد حقها وان طلق يفوت عليها نصف المهر لكن بعوض هو خير لها لان المعقود عليه يعود عليها سليما مع سلامة نصف المهر لها بخلاف الاجارة انه تتأكد الاجرة فيها بنفس التخلية ولا يتوقف التأكد على استيفاء المنافع لان فى التوقف هناك ضررا بالآجر لان الاجارة مدة معلومة فمن الجائز أن يمنع المستأجر من استيفاء المنافع مدة الاجارة بعد التخلية فلو توقف تأكد الاجرة على حقيقة الاستيفاء ورما لا يستوفى لفائت المنافع عليه مجانا

بلا عوض فيتضرر به الاجر فاقيم التمكن من الانتفاع مقام استيفاء المنفعة دفعاً للضرر عن الآجر وههنا لا ضرر في التوقف على ما بينا فتوقف التأكد على حقيقة الاستيفاء ولم يوجد فلا يتأكد ولنا قوله عز وجل وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيأ أتأخذونه بهتانا واثماً مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض نهى سبحانه وتعالى الزوج عن أخذ شئ مما ساق اليها من المهر عند الطلاق وأبان عن معنى النهى لوجود الخلوة كذا قال القراء ان الافضاء هو الخلوة دخل بها أو لم يدخل ومأخذ اللفظ دليل على أن المراد منه الخلوة الصحيحة لان الافضاء مأخوذ من الفضاء من الارض وهو الموضع الذى لا نبات فيه ولا بناء فيه ولا حاجز يمنع عن ادراك ما فيه فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه وهى التى لا حائل فيها ولا مانع من الاستمتاع عملا بمقتضى اللفظ فظاهر النص يقتضى أن لا يسقط شئ منه بالطلاق الا أن سقوط النصف بالطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة فى نكاح فيه تسمية واقامة المتعة مقام نصف مهر المثل في نكاح لا تسمية فيه ثبت بدليل آخر فبقى حال ما بعد الخلوة على ظاهر النص وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كشف خمار امرأته ونظر اليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل وهذا نص فى الباب وروى عن زرارة بن أبى أوفى أنه قال قضى الخلفاء الراشدون المهديون انه اذا أرخى الستور وأغلق الباب فلها الصداق كاملا وعليها العدة دخل بها أو لم يدخل بها وحكى الطحاوى فى هذه المسألة اجماع الصحابة من الخلفاء الراشدين وغيرهم ولان المهر قد وجب بنفس العقد أما فى نكاح فيه تسمية فلا شك فيه واما فى نكاح لا تسمية فيه فلما ذكرنا فى مسئلة المفوضة الا أن الوجوب بنفس العقد ثبت موسعاً ويتضيق عند المطالبة والدين المضيق واجب القضاء قال النبى صلى الله عليه وسلم الدين مضيق ولان المهر متى صار ملكا لها بنفس العقد فالملك الثابت لانسان لا يجوز أن يزول الا بازالة المالك أو بعجزه عن الانتفاع بالمملوك حقيقة اما لمعنى يرجع الى المالك أو لمعنى يرجع الى المحل ولم يوجد شئ من ذلك فلا يزول الا عند الطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة سقط النصف باسقاط الشرع غير معقول المعنى الا بالطلاق لان الطلاق فعل الزوج والمهر ملكها والانسان لا يملك اسقاط حق الغير عن نفسه ولانها سلمت المبدل الى زوجها فيجب على زوجها تسليم البدل اليها كما فى البيع والاجارة والدليل على انها سلمت المبدل ان المبدل هو ما يستوفى بالوطء وهو المنافع الا أن المنافع قبل الاستيفاء معدومة فلا يتصور تسليمها لكن لها محل موجود وهو العين وانها متصور التسليم حقيقة فيقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة كما فى الاجارة وقد وجد تسليم المحل لان التسليم هو جعل الشئ سالماً للمسلم اليه وذلك برفع الموانع وقد وجد لان الكلام فى الخلوة الصحيحة وهى عبارة عن التمكن من الانتفاع ولا يتحقق التمكن الا بعد ارتفاع الموانع كلها فثبت انه وجد منها تسليم المبدل فيجب على الزوج تسليم البدل لان هذا عقد معاوضة وانه يقتضى تسليما بازاء التسليم كما يقتضى ملكا بازاء ملك تحقيقاً لحكم المعاوضة كما فى البيع والاجارة وأما الآية فقال بعض أهل التأويل ان المراد من المسيس هو الخلوة فلا تكون حجة على ان فيها ايجاب نصف المفروض لاسقاط النصف الباقى ألا ترى ان من كان فى يده عبد فقال نصف هذا العبد لفلان لا يكون ذلك نفيا للنصف الباقى فكان حكم النصف الباقى مسكوتا عنه فبقيت على قيام الدليل وقد قام الدليل على البقاء وهو ما ذكرنا فيبقى وأما قوله التأكد انما يثبت باستيفاء المستحق فممنوع بل كما يثبت باستيفاء المستحق يثبت بتسليم المستحق كما فى الاجارة وتسليمه بتسليم محله وقد حصل ذلك بالخلوة الصحيحة على ما بينا ثم تفسير الخلوة الصحيحة هو أن لا يكون هناك مانع من الوطء لا حقيقى ولا شرعى ولا طبعى أما المانع الحقيقى فهو أن يكون أحدهما مريضاً مرضا يمنع الجماع أو صغيرا لا يجامع مثله أو صغيرة لا يجامع مثلها أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء لان الرتق والقرن يمنعان من الوطء وتصح خلوة الزوج ان كان الزوج عنينا أو خصيا لان العنة والخصاء لا يمنعان من الوطء فكانت خلوتهما كخلوة غيرهما وتصح خلوة المجبوب فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا تصح (وجه) قولهما ان الجب يمنع من الوطء فيمنع صحة الخلوة كالقرن والرتق ولابى حنيفة انه

يتصور منه السحق والايلاد بهذا الطريق ألا ترى لو جاءت امرأته بولد يثبت النسب منه بالاجماع واستحقت كمال المهر ان طلقها وان لم يوجد منه الوطء المطلق فيتصور في حقه ارتفاع المانع من وطء مثله فتصح خلوته وعليها العدة اما عنده فلا يشكل لان الخلوة اذا صحت أقيمت مقام الوطء في حق تأكد المهر ففي حق العدة اولى لانه يحتاط في ايجابها وأما عندهما فقد ذكر الكرخي ان عليها العدة عندهما أيضا وقال أبو يوسف ان كان المجبوب ينزل فعليها العدة لان المجبوب قد يقذف بالماء فيصل الى الرحم ويثبت نسب ولده فتجب العدة احتياطا فان جاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه ووجب لها جميع الصداق لان الحكم بثبات النسب يكون حكما بالدخول فيتأكد المهر على قولهما أيضا وان كان لا ينزل فلا عدة عليها فان جاءت بولد لاقل ستة اشهر ثبت نسبه والا فلا يثبت كالمطلقة قبل الدخول وكالمعتدة اذا أقرت بانقضاء العدة وأما المانع الشرعي فهو ان يكون أحدهما صائما صوم رمضان أو محرما بحجة فريضة أو نفل أو بعمرة أو تكون المرأة حائضا أو نفساء لان كل ذلك محرم للوطء فكان مانعا من الوطء شرعا والحيض والنفاس يمنعان منه طبعا أيضا لانهما اذى والطبع السليم ينفر عن استعمال الاذى وأما في غير صوم رمضان فقد روى بشر عن أبي يوسف ان صوم التطوع وقضاء رمضان والكفارات والنذور لا يمنع صحة الخلوة وذكر الحاكم الجليل في مختصره ان نفل الصوم كفرضه فصار في المسئلة روايتان (وجه) رواية المختصر ان صوم التطوع يحرم الفطر من غير عذر فصار كحج التطوع وذا يمنع صحة الخلوة كذا هذا (وجه) رواية بشر ان صوم غير رمضان مضمون بالقضاء لا غير فلم يكن قويا في معنى المنع بخلاف صوم رمضان فانه يجب فيه القضاء والكفارة وكذا حج التطوع فقوي المانع (ووجه) آخر من الفرق بين صوم التطوع وبين صوم رمضان ان تحريم الفطر في صوم التطوع من غير عذر غير مقطوع به لكونه محل الاجتهاد وكذا لزوم القضاء بالافطار فلم يكن مانعا بيقين وحرمة الافطار في صوم رمضان من غير عذر مقطوع بها وكذا لزوم القضاء فكان مانعا بيقين (وأما) المانع الطبعي فهو أن يكون معهما ثالث لان الانسان يكره أن يجامع امرأته بحضرة ثالث ويستحيي فينقبض عن الوطء بمشهد منه وسواء كان الثالث بصيرا أو أعمى يقظانا أو نائما بالغا أو صبيا بعد أن كان عاقلا رجلا أو امرأة أجنبية أو منكوحته لان الاعمى ان كان لا يبصر فيحس والنائم يحتمل أن يستيقظ ساعة فساعة فينقبض الانسان عن الوطء مع حضوره والصبي العاقل بمنزلة الرجل يحتشم الانسان منه كما يحتشم من الرجل واذا لم يكن عاقلا فهو ملحق بالبهائم لا يمتنع الانسان عن الوطء لمكانه ولا يلتفت اليه والانسان يحتشم من المرأة الاجنبية ويستحيي وكذا لا يحل لها النظر اليهما فينقبضان لمكانها واذا كان هناك منكوحة له أخرى أو تزوج امرأتين فحلا بهما فلا يحل لها النظر اليهما فينقبض عنها وقد قالوا انه لا يحل لرجل أن يجامع امرأته بمشهد امرأة أخرى ولو كان الثالث جارية له فقد روى ان محمدا كان يقول أولا تصح خلوته ثم رجع وقال لا تصح (وجه) قوله الاول ان الامة ليست لها حرمة الحرة فلا يحتشم المولى منها ولذا يجوز لها النظر اليه فلا تمنعه عن الوطء (وجه) قوله الاخير ان الامة ان كان يجوز لها النظر اليه لا يجوز لها النظر اليها فتنقبض المرأة لذلك وكذا قالوا لا يحل له الوطء بمشهد منها كما لا يحل بمشهد امرأته الاخرى ولا خلوة في المسجد والطريق والصحراء وعلى سطح لا حجاب عليه لان المسجد يجمع الناس للصلاة ولا يؤمن من الدخول عليه ساعة فساعة وكذا الوطء في المسجد حرام قال الله عز وجل ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد والطريق ممر الناس لا تخلو عنهم عادة وذلك يوجب الانقباض فيمنع الوطء وكذا الصحراء والسطح من غير حجاب لان الانسان ينقبض عن الوطء في مثله لاحتمال ان يحصل هناك ثالث أو ينظر اليه أحد معلوم ذلك بالعادة ولو خلا بها في حجلة أو قبة فارخى الستر عليه فهو خلوة صحيحة لان ذلك في معنى البيت ولا خلوة في النكاح الفاسد لان الوطء فيه حرام فكان المانع الشرعي قائما ولان الخلوة مما يتأكد به المهر وتأكده بعد وجوبه يكون ولا يجب بالنكاح الفاسد شيء فلا يتصور التأكد والله عز وجل أعلم ثم في كل موضع صحت الخلوة وتأكد المهر وجبت العدة

لان الخلوة الصحيحة لما أوجبت كمال المهر فلان توجب العدة أولى لان المهر خالص حق العبد وفى العدة حق الله تعالى فيحتاط فيها وفى كل موضع فسدت فيه الخلوة لا يجب كمال المهر وهل تجب العدة ينظر فى ذلك ان كان الفساد لمانع حقيقى لا تجب لانه لا يتصور الوطء مع وجود المانع الحقيقى منه وان كان المانع شرعياً أو طبعياً تجب لان الوطء مع وجود هذا النوع من المانع ممكن فيتهمان فى الوطء فتجب العدة عند الطلاق احتياطاً والله عز وجل الموفق وأما التأكد بموت أحد الزوجين فنقول لا خلاف فى ان أحد الزوجين اذا مات حتف أنفه قبل الدخول فى نكاح فيه تسمية انه يتأكد المسمى سواء كانت المرأة حرة أو أمة لان المهر كان واجباً بالعقد والعقد لم ينفسخ بالموت بل انتهى نهايته لانه عقد للعمر فتنتهى نهايته عند انتهاء العمر واذا انتهى يتأكد فيما مضى ويتقرر بمنزلة الصوم يتقرر بمجىء الليل فيتقرر الواجب ولان كل المهر لما وجب بنفس العقد صار ديناً عليه والموت لم يعرف مسقطا للدين فى أصول الشرع فلا يسقط شئ منه بالموت كسائر الديون وكذا اذا قتل أحدهما سواء كان قتله أجنبى أو قتل أحدهما صاحبه أو قتل الزوج نفسه فاما اذا قتلت المرأة نفسها فان كانت حرة لا يسقط عن الزوج شئ من المهر بل يتأكد المهر عندنا وعند زفر والشافعى يسقط المهر (وجه) قولهما انها بالقتل فوتت على الزوج حقه فى المبدل فيسقط حقها فى البدل كما اذا ارتدت قبل الدخول أو قبلت ابن زوجها أو أباه (ولنا) ان القتل انما يصير تفويتاً للحق عند زهوق الروح لانه انما يصير قتلا فى حق المحل عند ذلك والمهر فى تلك الحالة ملك الورثة فلا يحتمل السقوط بفعلها كما اذا قتلها زوجها أو أجنبى بخلاف الردة والتقبيل لان المهر وقت التقبيل والردة كان ملكها فاحتمل السقوط بفعلها كما اذا قتلها زوجها أو قتل المولى أمته سقط مهرها فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يسقط بل يتأكد (وجه) قولهما ان الموت مؤكد للمهر وقد وجد الموت لان المقتول ميت باجله فيتأكد بالموت كما اذا قتلها أجنبى أو قتلها زوجها وكالحرة اذا قتلت نفسها ولان الموت انما أكد المهر لانه ينتهى به النكاح والشئ اذا انتهى نهايته يتقرر وهذا المعنى موجود فى القتل لانه ينتهى به النكاح فيتقرر به المبدل وتقرر المبدل يوجب تقرر البدل ولابى حنيفة ان من له البدل فوت المبدل على صاحبه وتفويت المبدل على صاحبه يوجب سقوط البدل كالبائع اذا أتلف المبيع قبل القبض انه يسقط الثمن لما قلنا كذا هذا ولا شك انه وجد تفويت المبدل ممن يستحق البدل لان المستحق للمبدل هو المولى وقد أخرج المبدل عن كونه مملوكا للزوج والدليل على ان هذا يوجب سقوط البدل ان الزوج لا يرضى بملك البدل عليه بعد فوات المبدل عن ملكه فكان ايفاء البدل عليه بعد زوال المبدل عن ملكه اضرارا به والاصل فى الضرر ان لا يكون فكان اقدام المولى على تفويت المبدل عن ملك الزوج والحالة هذه اسقاطاً للبدل دلالة فصار كما لو أسقطه نصا بالابراء بخلاف الحرة اذا قتلت نفسها لانها وقت فوات المبدل لم تكن مستحقة للبدل لانتقاله الى الورثة على ما بينا والانسان لا يملك اسقاط حق غيره وههنا بخلافه ولان المهر وقت فوات المبدل على الزوج ملك المولى وحقه والانسان يملك التصرف فى ملك نفسه استيفاء واسقاطاً فكان محتملا للسقوط بتفويت المبدل دلالة كما كان محتملا للسقوط بالاسقاط نصاً بالابراء وهو الجواب عما اذا قتلها زوجها أو أجنبى لانه لا حق للاجنبى ولا للزوج فى مهرها فلا يحتمل السقوط باسقاطهما ولهذا لا يحتمل السقوط باسقاطهما نصا فكيف يحتمل السقوط من طريق الدلالة والدليل على التفرقة بين هذه الفصول ان قتل الحرة نفسها لا يتعلق به حكم من أحكام الدنيا فصار كموتها حتف أنفها حتى قال أبو حنيفة ومحمد انها تغسل ويصلى عليها كما لو ماتت حتف انفها وقتل المولى أمته يتعلق به وجوب الكفارة وقتل الاجنبى اياها يتعلق به وجوب القصاص ان كان عمدا والدية والكفارة ان كان خطأ فلم يكن قتلها بمنزلة الموت هذا اذا قتلها المولى فاما اذا قتلت نفسها فعن أبى حنيفة فيه روايتان روى أبو يوسف عنه انه لا مهر لها وروى محمد عنه ان لها المهر وهو قولهما (وجه) الرواية الاولى ان قتلها نفسها بمنزلة قتل المولى اياها بدليل ان جنايتها كجنايته فى باب الضمان لانها مضمونة بمال المولى ولو قتلها المولى يسقط المهر

عنده فكذا اذا قتلت نفسها (وجه) الرواية الاخرى ان البدل حق المولى وملكه فتفويت المبدل منها لا يوجب بطلان حق المولى بخلاف جناية المولى والدليل على التفرقة بين الجنايتين ان جنايتها على نفسها هدر بدليل انه لا يتعلق بها حكم من أحكام الدنيا فالتحقت بالعدم وصارت كانها ماتت حتف أنفها بخلاف جناية المولى عليها فانها مضمونة بالكفارة وهي من أحكام الدنيا فكانت جنايته عليها معتبرة فلا تجعل بمنزلة الموت والله عز وجل الموفق واذا تأكد المهر باحد المعاني التي ذكرناها لا يسقط بعد ذلك وان كانت الفرقة من قبلها لان البدل بعد تأكده لا يحتمل السقوط الا بالابراء كالثمن اذا تأكد بقبض المبيع واما اذا مات أحد الزوجين في نكاح لا تسمية فيه فانه يتأكد مهر المثل عند أصحابنا وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وعن علي رضي الله عنه ان لها المتعة وبه أخذ الشافعي الا انه قال متعتها ما استحقت من الميراث لا غير احتج من قال بوجوب المتعة بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن وقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات الى قوله عز وجل فمتعوهن أمر سبحانه وتعالى بالمتعة من غير فصل بين حال الموت وغيرها والنص وان ورد في الطلاق لكنه يكون واردا في الموت ألا ترى ان النص ورد في صريح الطلاق ثم ثبت حكمه في الكنايات من الابانة والتسريح والتحريم ونحو ذلك كذا هنا (ولنا) ما روينا عن معقل بن سنان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق وقد مات عنها زوجها قبل ان يدخل بها بمهر المثل ولان المعنى الذي له وجب كل المسمى بعد موت أحد الزوجين في نكاح فيه تسمية موجود في نكاح لا تسمية فيه وهو ما ذكرنا فيما تقدم ولا حجة له في الآية لان فيها ايجاب المتعة في الطلاق لا في الموت فمن ادعى الحاق الموت بالطلاق فلا بد له من دليل آخر

﴿فصل﴾ واما بيان ما يسقط به كل المهر فالمهر كله يسقط باسباب أربعة منها الفرقة بغير طلاق قبل الدخول بالمرأة وقبل الخلوة بها فكل فرقة حصلت بغير طلاق قبل الدخول وقبل الخلوة تسقط جميع المهر سواء كانت من قبل المرأة أو من قبل الزوج وانما كان كذلك لان الفرقة بغير طلاق تكون فسخا للعقد وفسخ العقد قبل الدخول يوجب سقوط كل المهر لان فسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن وسنبين الفرقة التي تكون بغير طلاق والتي تكون بطلاق ان شاء الله تعالى في موضعها ومنها الابراء عن كل المهر قبل الدخول وبعده اذا كان المهر دينا لان الابراء اسقاط والاسقاط ممن هو من أهل الاسقاط في محل قابل للسقوط يوجب السقوط ومنها الخلع على المهر قبل الدخول وبعده ثم ان كان المهر غير مقبوض سقط عن الزوج وان كان مقبوضا ردته على الزوج وان كان خالعها على مال سوى المهر يلزمها ذلك المال ويبرأ الزوج عن كل حق وجب لها عليه بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية في قول أبي حنيفة لان الخلع وان كان طلاقا بعوض عندنا لكن فيه معنى البراءة لما نذكره ان شاء الله تعالى في مسئلة المخالعة والمبارأة في كتاب الطلاق في بيان حكم الخلع وعمله ان شاء الله تعالى ومنها هبة كل المهر قبل القبض عينا كان أو دينا وبعده اذا كان عينا وجملة الكلام في هبة المهر ان المهر لا يخلو اما ان يكون عينا وهو ان يكون معينا مشارا اليه مما يصح تعيينه واما ان يكون دينا وهو ان يكون في الذمة كالدراهم والدنانير معينة كانت أو غير معينة والمكيلات والموزونات في الذمة والحيوان في الذمة كالعبد والفرس والعرض في الذمة كالثوب الهروي والحال لا يخلو اما ان يكون قبل القبض واما ان يكون بعد القبض وهبت كل المهر أو بعضه فان وهبته كل المهر قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول بها فلا شيء له عليها سواء كان المهر عينا أو دينا في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع عليها بنصف المهر ان كان دينا وبه أخذ الشافعي (وجه) قول زفر انها بالهبة تصرفت في المهر بالاسقاط واسقاط الدين استهلاكه والاستهلاك يتضمن القبض فصار كانها قبضت ثم وهبت ولنا ان الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل القبض عاد اليه من جهتها بسبب لا يوجب الضمان لانه يستحق نصف المهر فقد عاد اليه بالهبة

والهبة لا توجب الضمان فلا يكون له حق الرجوع عليها بالنصف كالنصف الآخر وان وهبت بعد القبض فان كان الموهوب عينا فقبضه ثم وهبه منها لم يرجع عليها بشئ لان ما تستحقه بالطلاق قبل الدخول هو نصف الموهوب بعينه وقد رجع اليه بعقد لا يوجب الضمان فلم يكن له الرجوع عليها وان كانت دينا في الذمة فان كان حيوانا أو عرضا فكذلك لا يرجع عليها بشئ لان الذي تستحقه بالطلاق قبل الدخول نصف ذلك الشئ بعينه من العبد والثوب فصار كانه تعين بالعقد وان كان دراهم أو دنانير معينة أو غير معينة أو مكيلا أو موزونا سوى الدراهم والدنانير فقبضته ثم وهبته منه ثم طلقها يرجع عليها بمثل نصفه لان المستحق بالطلاق ليس هو الذي وهبته بعينه بل مثله بدليل انها كانت مخيرة في الدفع ان شاءت دفعت ذلك بعينه وان شاءت دفعت مثله كما كان الزوج مخيراً في الدفع اليها بالعقد فلم يكن العائد اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فصار كانها وهبت مالا آخر ولو كان كذلك لرجع عليها بمثل نصف الصداق كذا هذا وقال زفر في الدراهم والدنانير اذا كانت معينة فقبضتها ثم وهبتها ثم طلقها انه لا رجوع للزوج عليها بشئ بناء على ان الدراهم والدنانير عنده تتعين بالعقد فتتعين بالفسخ أيضا كالعروض وعندنا لا تتعين بالعقد فلا تتعين بالفسخ والمسئلة ستأتي في كتاب البيوع وكذلك اذا كان المهر دينا فقبضت الكل ثم وهبت البعض فللزوج ان يرجع عليها بنصف المقبوض لان له ان يرجع عليها اذا وهبت الكل فاذا وهبت البعض أولى واذا قبضت النصف ثم وهبت النصف الباقي أو وهبت الكل ثم طلقها قبل الدخول بها قال أبو حنيفة لا يرجع الزوج عليها بشئ وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليها بربع المهر (وجه) قولهما ان المستحق للزوج بالطلاق قبل الدخول نصف المهر فاذا قبضت النصف دون النصف فقد استحق النصف مشاعا فيما في ذمته وفيما قبضت فكان نصف النصف وهو ربع الكل في ذمته ونصف النصف فيما قبضت الا انها اذا لم تكن وهبته حتى طلقها لم يرجع عليها بشئ لانه صار ما في ذمته قصاصاً بما له عليها فاذا وهبت بقي حقه في نصف ما في يدها وهو الربع فيرجع عليها بذلك ولابي حنيفة ان الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول ما في ذمته بدليل انها لو لم تكن وهبت وطلقها لم يرجع عليها بشئ وقد عاد اليه ما كان في ذمته بسبب لا يوجب الضمان وهو الهبة فلا يكون له الرجوع بشئ ولو كان المهر جارية فولدت بعد القبض أو جنى عليها فوجب الارش أو كان شجرا فاثمر او دخله عيب ثم وهبته منه ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف القيمة لان حق الزوج ينقطع عن العين بهذه العوارض بدليل انه لا يجوز له أخذها مع الزيادة واذا كان حقه منقطعا عنها لم يعد اليه بالهبة ما استحقه بالطلاق فكان له قيمتها واذا حدث به عيب فالحق وان لم ينقطع عن العين به لكن يجوز له تركه مع العيب فلم يكن الحق متعلقا بالعين على سبيل اللزوم ولم يكن الواصل الى الزوج عين ما يستحقه بالطلاق ولو كانت الزيادة في بدنها فوهبتها له ثم طلقها كان له ان يضمنها في قول أبي يوسف وأبي حنيفة خلافا لمحمد بناء على ان الزيادة المتصلة لا تمنع التنصيف عندهما وعنده تمنع واذا باعته المهر أو وهبته على عوض ثم طلقها رجع عليها بمثل نصفه فيما له مثل وبنصف القيمة فيما لا مثل له لان المهر عاد الى الزوج بسبب يتعلق به الضمان فوجب له الرجوع واذا ثبت له الرجوع ضمنها كما لو باعته من أجنبي ثم اشتراه الزوج من الاجنبي ثم ان كانت باعت قبل القبض فعليها نصف القيمة يوم البيع لانه دخل في ضمانها بالبيع وان كانت قبضت ثم باعت فعليها نصف القيمة يوم القبض لانه دخل في ضمانها بالقبض والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقط به نصف المهر فما يسقط به نصف المهر نوعان نوع يسقط به نصف المهر صورة ومعنى ونوع يسقط به نصف المهر معنى والكل صورة اما النوع الاول فهو الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية المهر والمهر دين لم يقبض بعد وجملة الكلام فيه ان الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية قد يسقط به عن الزوج نصف المهر وقد يعود به اليه النصف وقد يكون له به مثل النصف صورة ومعنى أو معنى لا صورة وبيان هذه الجملة ان المهر المسمى اما ان يكون ديناً واما ان يكون عينا وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون مقبوضا واما ان يكون غير

مقبوض فان كان دينا فلم يقبضه حتى طلقها قبل الدخول بها سقط نصف المسمى بالطلاق و بقى النصف هذا طريق عامة المشايخ وقال بعضهم ان الطلاق قبل الدخول يسقط جميع المسمى وانما يجب نصف آخر ابتداء على طريقة المتعة لا بالعقد الا ان هذه المتعة مقدرة بنصف المسمى والمتعة فى الطلاق قبل الدخول فى نكاح لا تسمية فيه غير مقدرة بنصف مهر المثل والى هذا الطريق ذهب الكرخى والرازى وكذا روى عن ابراهيم النخعى انه قال فى الذى طلق قبل الدخول وقد سمى لها ان لها نصف المهر وذلك متعتها واحتجوا بقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن أوجب الله تعالى المتعة فى الطلاق قبل الدخول من غير فصل بين ما اذا كان فى النكاح تسمية أو لم يكن إلا ان هذه المتعة قدرت بنصف المسمى بدليل آخر وهو قوله عز وجل فنصف ما فرضتم ولان النكاح انفسخ بالطلاق قبل الدخول لان المعقود عليه عاد سليما الى المرأة وسلامة المبدل لاحد المتعاقدين يقتضى سلامة البدل للآخر كما فى الاقالة فى باب البيع قبل القبض وهذا لان المبدل اذا عاد سليما الى المرأة فلو لم تسلم البدل الى الزوج لاجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد فى عقد المعاوضة وهذا لا يجوز ولهذا المعنى سقط الثمن عن المشترى بالاقالة قبل القبض كذا المهر ولعامة المشايخ قوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم أوجب سبحانه وتعالى نصف المفروض فايجاب نصف آخر على طريق المتعة ايجاب ما ليس بمفروض وهذا خلاف النص ولان الطلاق تصرف فى الملك بالابطال وضعا لانه موضوع لرفع القيد وهو الملك فكان تصرفا فى الملك ثم اذا بطل الملك لا يبقى النكاح فى المستقبل وينتهى لعدم فائدة البقاء ويتقرر فيما مضى بمنزلة الاعتاق لانه إسقاط الملك فيكون تصرفا فى الملك ثم السبب ينتهى فى المستقبل لعدم فائدة البقاء ويتقرر فيما مضى كذا الطلاق وكان ينبغى ان لا يسقط شىء من المهر كما لا يسقط بالموت الا ان سقوط النصف ثبت بدليل ولان المهر يجب باحداث ملك المتعة جبرا للذل بالقدر الممكن و بالطلاق لا يتبين ان الملك لم يكن الا انه سقط بالنص وأما النص فقد قيل انه منسوخ بالنص الذى فى سورة البقرة وهو قوله عز وجل وان طلقتموهن الآية أو يحمل الامر بالتمتع على الندب والاستحباب أو يحمل على الطلاق فى نكاح لا تسمية فيه عملا بالدلائل وقولهم الطلاق فسخ النكاح ممنوع بل هو تصرف فى الملك بالقطع والابطال فيظهر أثره فى المستقبل كالاعتاق و به تبين ان المعقود عليه ما عاد الى المرأة لان المعقود عليه هو ملك المتعة وانه لا يعود الى المرأة بل يبطل ملك الزوج عن المتعة بالطلاق و يصير لها فى المستقبل الا ان يعود أو يقال ان الطلاق قبل الدخول يشبه الفسخ لما قالوا و يشبه الابطال لما قلنا وشبه الفسخ يقتضى سقوط كل البدل كما فى الاقالة قبل القبض وشبه الابطال يقتضى ان لا يسقط شىء من البدل كما فى الاعتاق قبل القبض فيتنصف توفيرا لحكم على الشبهين عملا بهما بقدر الامكان والدليل على صحة هذا الطريق ما ظهر من القول عن أصحابنا فيمن تزوج امرأة على خمس من الابل السائمة وسلمها الى المرأة فحال عليها الحول ثم طلقها قبل الدخول بها انه يسقط عنها نصف الزكاة ولو سقط المسمى كله ثم وجب نصفه بسبب آخر لسقط كل الزكاة ولان القول بسقوط كل المهر ثم يوجب نصفه غير مفيد والشرع لا يرد بما لا فائدة فيه والله عز وجل أعلم ولو شرط مع المسمى الذى هو مال ما ليس بمال بان تزوجها على الف درهم وعلى ان يطلق امرأته الاخرى أو على ان لا يخرجها من بلدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى وسقط الشرط لان هذا شرط اذا لم يقع الوفاء به يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لا يثبت فى الطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره فلم يبق الا المسمى فيتنصف وكذلك ان شرط مع المسمى شيئا مجهولا كما اذا تزوجها على الف درهم وكرامتها أو على الف درهم وان يهدى اليها هدية ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى لانه اذا لم يف بالكرامة والهدية يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لا مدخل له فى الطلاق قبل الدخول فسقط اعتبار هذا الشرط وكذلك لو تزوجها على الف أو على الفين حتى وجب مهر المثل فى قول أبى حنيفة وفى قولهما الاقل ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف بالاجماع

أما عند أبي حنيفة فلأن الواجب هو مهر المثل وانه لا يثبت في الطلاق قبل الدخول وأما عندهما فلأن الواجب هو الاقل فيتنصف وكذلك لو تزوجها على الف ان لم يكن له امرأة وعلى الفين ان كانت له امرأة حتى فسد الشرط التالي عند أبي حنيفة فطلقها قبل الدخول فلها نصف الاقل لما قلنا وعندهما الشرطان جائزان فايهما وجد فلها نصف ذلك بالطلاق قبل الدخول ولو تزوجها على أقل من عشرة ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف ما سمى وتمام خمسة دراهم لان تسمية ما دون العشرة تسمية للعشرة عندنا فكأنه تزوجها على ذلك الشيء وتمام عشرة دراهم وان كان قد قبضته فان كان دراهم أو دنانير معينة أو غير معينة او كان مكيلا أو موزونا في الذمة فقبضته وهو قائم في يدها فطلقها فعليها رد نصف المقبوض وليس عليها رد عين ما قبضت لان عين المقبوض لم يكن واجبا بالعقد فلا يكن واجبا بالفسخ وأما على أصل زفر فالدراهم والدنانير تتعين بالعقد فتتعين بالفسخ فعليها رد نصف عين المقبوض ان كان قائما وان كان عبدا أو وسطا أو ثوبا وسطا فسلمه اليها ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها رد نصف المقبوض لان العبد لا مثل له والاصل فيما لا مثل له انه لا يجب في الذمة الا انه وجب الوسط منه في الذمة وتحملت الجهالة فيه لما ذكرنا فيما تقدم فاذا تعين بالقبض كان إيجاب نصف العين أعدل من إيجاب المثل او القيمة فوجب عليها رد نصف عين المقبوض كما لو كان معينا فقبضته ولا يملكه الزوج بنفس الطلاق لما ذكر وهذا اذا كان المهر دينا فقبضته أو لم تقبضه حتى ورد الطلاق قبل الدخول. فاما اذا كان عينا بان كان معينا مشارا اليه مما يحتمل التعيين كالعبد والجارية وسائر الاعيان فلا يخلو اما ان كان بحاله لم يزد ولم ينقص واما ان زاد أو نقص فان كان بحاله لم يزد ولم ينقص فان كان غير مقبوض فطلقها قبل الدخول بها عاد الملك في النصف اليه بنفس الطلاق ولا يحتاج للعود اليه الى الفسخ والتسليم منها حتى لو كان المهر امة فاعتقها الزوج قبل الفسخ والتسليم ينفذ اعتاقه في نصفها بلا خلاف وان كان مقبوضا لا يعود الملك في النصف اليه بنفس الطلاق ولا ينفسخ ملكها في النصف حتى يفسخه الحاكم أو تسلمه المرأة وذكر ذلك في الزيادات وزاد عليه الفسخ من الزوج وهو ان يقول قد فسخت هذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه ينفسخ ملكها في النصف بنفس الطلاق وهو قول زفر حتى لو كان المهر امة فاعتقها قبل الفسخ والتسليم جاز اعتاقها في جميعها ولا يجوز اعتاق الزوج فيها وعلى قول أبي يوسف لا يجوز اعتاقها الا في النصف ويجوز اعتاق الزوج في نصفها (وجه) قول أبي يوسف ان الموجب للعود هو الطلاق وقد وجد فيعود ملك الزوج كالبيع اذا فسخ قبل القبض انه يعود ملك البائع بنفس الفسخ كذا هذا وجه قولهما ان العقد وان انفسخ بالطلاق فقد بقي القبض بالتسليط الحاصل بالعقد وانه من أسباب الملك عندنا فكان سبب الملك قائما فكان الملك قائما فلا يزول الا بالفسخ من القاضي لانه فسخ سبب الملك أو بتسليمها لان تسليمها نقض للقبض حقيقة أو بفسخ الزوج على رواية الزيادات لانه بمنزلة المقبوض بحكم عقد فاسد وكل واحد من العاقدين بسبيل من فسخ عقد البيع الفاسد وصار كما لو اشترى عبدا بجارية فقبض العبد ولم يسلم الجارية حتى هلكت الجارية في يده انه ينفسخ العقد في الجارية ويبقى الملك في العبد المقبوض الى ان يسترد، كانه مقبوض بحكم عقد فاسد كذا هذا ولان المهر بدل يملك بالعقد ملكا مطلقا فلا ينفسخ الملك فيه بفعل احد العاقدين كالثمن في باب البيع بخلاف ما قبل القبض لان غير المقبوض ليس بمملوك ملكا مطلقا هذا اذا كان المهر بحاله لم يزد ولم ينقص فاما اذا زاد فالزيادة لا تخلو اما ان كانت في المهر أو على المهر فان كانت على المهر بان سمى الزوج لها الفا ثم زادها بعد العقد مائة ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف وبطلت الزيادة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان لها نصف الالف ونصف الزيادة أيضا (وجه) رواية أبي يوسف قوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم والزيادة مفروضة فيجب تنصيفها في الطلاق قبل الدخول ولان الزيادة تلتحق باصل العقد على أصل أصحابنا كالزيادة في الثمن في باب البيع ويجعل كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا فيتنصف بالطلاق قبل الدخول كالاصل وجه ظاهر الرواية ان هذه الزيادة لم تكن مسماة في العقد حقيقة وما لم يكن مسمى في العقد فورود

الطلاق قبل الدخول يبطله كمهر المثل وأما قوله الزيادة تلتحق باصل العقد قلنا الزيادة على المهر لا تلتحق باصل العقد لانها وجدت متأخرة عن العقد حقيقة والحاق المتأخر عن العقد بالعقد خلاف الحقيقة فلا يصار اليه الا لحاجة والحاجة الى ذلك فى باب البيع لكونه عقد معاينة ومبادلة المال بالمال فتقع الحاجة الى الزيادة دفعا للخسران وليس النكاح عقد معاينة ولا مبادلة المال بالمال ولا يحترز به عن الخسران فلا ضرورة الى تغيير الحقيقة وأما النص فالمراد منه القرض فى العقد لانه هو المتعارف فينصرف المطلق اليه والدليل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم فدل ان الزيادة ليست بفريضة وان كانت فى المهر فالمهر لا يخلو اما ان يكون فى يد الزوج واما ان يكون فى يد المرأة فان كان فى يد الزوج فالزيادة لا تخلو اما ان كانت متصلة بالاصل واما ان كانت منفصلة عنه والمتصلة لا تخلو من ان تكون متولدة من الاصل كالسمن والكبر والجمال والبصر والسمع والنطق كانجلاء بياض العين وزوال الخرس والصمم والشجر اذا أثمر والارض اذا زرعت أو غير متولدة منه كالثوب اذا صبغ والارض اذا بنى فيها بناء وكذا المنفصلة لا تخلو اما ان كانت متولدة من الاصل كالولد والوبر والصوف اذا جزوا الشعر اذا أزيل والثمر اذا جد والزرع اذا حصد أو كانت فى حكم المتولد منه كالارش والعقر واما ان كانت غير متولدة منه ولا فى حكم المتولد كالهبة والكسب فان كانت الزيادة متولدة من الاصل أو فى حكم المتولد فهى مهر سواء كانت متصلة بالاصل أو منفصلة عنه حتى لو طلقها قبل الدخول بها يتنصف الاصل والزيادة جميعا بالاجماع لان الزيادة تابعة للاصل لكونها نماء الاصل والارش بدل جزء هو مهر فليقوم مقامه والعقر بدل ما هو فى حكم الجزء فكان بمنزلة المتولد من المهر فاذا حدثت قبل القبض وللقبض شبه بالعقد فكان وجودها عند القبض كوجودها عند العقد فكانت محلا للفسخ وان كانت غير متولدة من الاصل فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع التنصيف وعليها نصف قيمة الاصل لان هذه الزيادة ليست بمهر لا مقصودا ولا تبعا لانها لم تتولد من المهر فلا تكون مهرا فلا تتنصف ولا يمكن تنصيف الاصل بدون تنصيف الزيادة فامتنع التنصيف فيجب عليها نصف قيمة الاصل يوم الزيادة لانها بالزيادة صارت قابضة للاصل فتعتبر قيمته يوم حكم بالقبض وان كانت منفصلة عن الاصل فالزيادة ليست بمهر وهى كلها للمرأة فى قول أبى حنيفة ولا تتنصف ويتنصف الاصل وعند أبى يوسف ومحمد هى مهر فتتنصف مع الاصل (ووجه) قولهما أن هذه الزيادة تملك بملك الاصل فكانت تابعة للاصل فتتنصف مع الاصل كالزيادة المتصلة والمنفصلة المتولدة من الاصل كالسمن والولد ولابى حنيفة أن هذه الزيادة ليست بمهر لا مقصودا ولا تبعا اما مقصودا فظاهر لان العقد ما ورد عليها مقصودا وكذا هى غير مقصودة بملك الجارية لانه لا يقصد بتملك الجارية الهبة لها وأما تبعا فلانها ليست بمتولدة من الاصل فدل انها ليست بمهر لا قصدا ولا تبعا وانما هى مال المرأة فاشبهت سائر أموالها بخلاف الزيادة المتصلة المتولدة والمنفصلة المتولدة لانها نماء المهر فكانت جزأ من أجزائه فتتنصف كما يتنصف الاصل ولو آجر الزوج المهر بغير اذن المرأة فالاجرة له لان المنافع ليست بأموال متقومة بأنفسها عندنا وانما تأخذ حكم المالية والتقوم بالعقد والعقد صدر من الزوج فكانت الاجرة له كالغاصب اذا آجر المغصوب ويتصدق بالاجرة لانها مال حصل بسبب محظور وهو التصرف فى ملك الغير بغير اذنه فيتمكن فيه الخبث فكان سبيله التصدق به هذا اذا كان المهر فى يد الزوج فحدثت فيه الزيادة فاما اذا كان فى يد المرأة أى قبل الفرقة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل فانها تمنع التنصيف فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وللزوج عليها نصف القيمة يوم سلمه اليها وقال محمد لا تمنع ويتنصف الاصل مع الزيادة واحتج بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم جعل سبحانه وتعالى فى الطلاق قبل الدخول فى نكاح فيه فرض نصف المفروض فمن جعل فيه نصف قيمة المفروض فقد خالف النص واذا وجب تنصيف أصل المفروض ولا يمكن تنصيفه الا بتنصيف الزيادة فيجب تنصيف الزيادة ضرورة ولان هذه الزيادة

تابعة للاصل من كل وجه لانها قائمة به والاصل مهر فكذا الزيادة بخلاف الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل لانها ليست بتابعة محضة لان الولد بالانفصال صار أصلا بنفسه فلم يكن مهرا أو بخلاف الزيادة المتصلة فى الهبة انها تمنع من الرجوع والاسترداد لان حق الرجوع فى الهبة ليس بثابت بيقين لكونه محل الاجتهاد فلا يمكن الحاق الزيادة بحالة العقد فتعذر ايراد الفسخ عليها فيمنع الرجوع وجه قولهما أن هذه الزيادة لم تكن موجودة عند العقد ولا عند ماله شبه بالعقد وهو القبض فلا يكون لها حكم المهر فلا يمكن فسخ العقد فيها بالطلاق قبل الدخول لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه العقد والعقد لم يرد عليه أصلا فلا يرد عليه الفسخ كالزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل ولانه لو نقض العقد فاما ان يرد نصف الاصل مع نصف الزيادة أو بدون الزيادة لا سبيل الى الثانى لانه لا يتصور رد الاصل بدون رد الزيادة المتصلة ولا سبيل الى الاول لانه يؤدى الى الربا لانها اذا لم تكن محلا للفسخ لعدم ورود العقد عليها كان أخذ الزيادة منها أخذ مال بلا عوض فى عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا ويجب نصف قيمة المفروض لا نصف المفروض لان المفروض صار بمنزلة الهالك وأما الآية الكريمة فلا حجة له فيها لان مطلق المفروض ينصرف الى المفروض المتعارف وهو الاثمان دون السلع والاثمان لا تحتمل الزيادة والنقصان وعلى هذا الاختلاف الزيادة المتصلة فى البيع اذا اختلفا انها تمنع التحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا تمنع ولو هلكت هذه الزيادة فى يد الزوج ثم طلقها فلها نصف الاصل لان المانع من التنصيف قد ارتفع وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل فانها تمنع التنصيف وعليها نصف قيمة الاصل لما بينا فيما تقدم وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع التنصيف فى قول أصحابنا الثلاثة وعليها رد نصف قيمة الاصل الى الزوج وقال زفر لا تمنع ويتنصف الاصل مع الزيادة وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل فهى لها خاصة والاصل بينهما نصفان بالاجماع (وجه) قول زفر ان الزيادة تابعة للاصل لانها متولدة منه فتتنصف مع الاصل كالزيادة الحادثة قبل القبض (ولنا) أن هذه الزيادة لم تكن عند العقد ولا عند القبض فلم تكن مهرا والفسخ انما يرد على ماله حكم المهر فلا تتنصف وتبقى على ملك المرأة كما كانت قبل الطلاق ولا يمكن تنصيف الاصل بدون الزيادة وهو رد نصف الجارية بدون الولد لانها لا يصير لها فضل أصل فسخ العقد فيه ما لم يكن لها ذلك والاصل أن لا تبدل من غير بدل وذلك وصف الربا وانه حرام فاذا تعذر تنصيف المفروض لكان الربا بجعل المفروض كالهالك لانه فى حق كونه معجوز التسليم الى الزوج بمنزلة الهالك فيجب نصف القيمة لزول معنى الربا والله عز وجل أعلم وكذلك لو ارتدت أو قبلت ابن زوجها قبل الدخول بها بعد ما حدثت الزيادة فى يد المرأة فذلك كله لها وعليها رد قيمة الاصل يوم قبضت كذا ذكر أبو يوسف فى الاصل وهو قول محمد وروى عن أبى يوسف انها ترد الاصل والزيادة ففرق بين الردة والتقبيل وبين الطلاق فقال فى الطلاق ترد نصف قيمة الاصل وفى الردة والتقبيل ترد الاصل والزيادة جميعا (ووجه) الفرق أن الردة والتقبيل فسخ العقد من الاصل وجعل اياه كان لم يكن فصار كمن باع عبدا بجارية وقبض الجارية ولم يدفع العبد حتى ولدت ثم مات العبد قبل أن يدفعه أنه يأخذ الجارية وولدها لانفساخ العقد من الاصل بموت العبد فى يد بائعه كذا هذا بخلاف الطلاق فانه اطلاق وحل العقد وليس بفسخ فينحل العقد وتطلق أو يرتفع من حين الطلاق لا من الاصل (وجه) ظاهر الرواية أن المعقود عليه فى الفصلين جميعا أعنى الطلاق والردة يعود سليما الى المرأة كما كان الا ان الطلاق قبل الدخول طلاق من وجه وفسخ من وجه فأوجب عود نصف البدل عملا بالشبهين والردة والتقبيل كل واحد منهما فسخ من كل وجه فيوجب عود الكل الى الزوج هذا كله اذا حدثت الزيادة قبل الطلاق فاما اذا حدثت بعد الطلاق بأن طلقها ثم حدثت الزيادة فلا يخلو اما ان حدثت بعد القضاء بالنصف للزوج واما ان حدثت قبل القضاء وكل ذلك قبل القبض أو بعده فان حدثت قبل القبض فالاصل والزيادة بينهما نصفان سواء وجد القضاء أو لم يوجد لانه كما وجد الطلاق عاد نصف المهر الى الزوج بنفس الطلاق وصار بينهما نصفين فالزيادة حدثت على

ملكيهما فتكون بينهما وان حدثت بعد القبض فان كانت بعد القضاء بالنصف للزوج فكذلك الجواب لانه لما قضى به فقد عاد نصف المهر الى الزوج فحصلت الزيادة على الملكين فكانت بينهما وان كان قبل القضاء بالنصف للزوج فالمهر فى يدها كالمقبوض بعقد فاسد لان الملك كان لها وقد فسخ ملكها فى النصف بالطلاق حتى لو كان المهر عبداً فاعتقه بعد الطلاق قبل القضاء بالنصف للزوج جاز اعتاقها ولو اعتقه الزوج لا ينفذ وان قضى القاضى له بعد ذلك كالبائع اذا أعتق العبد المبيع بيعا فاسداً انه لا ينفذ عتقه وان رد عليه بعد ذلك كذا ههنا هذا الذى ذكرنا حكم الزيادة (وأما) حكم النقصان فحدوث النقصان فى المهر لا يخلو اما ان يكون فى يد الزوج واما ان يكون فى يد المرأة فان كان فى يد الزوج فلا يخلو من خمسة أوجه اما ان يكون بفعل أجنبي واما ان يكون بآفة سماوية واما ان يكون بفعل الزوج واما ان يكون بفعل المهر واما ان يكون بفعل المرأة وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون قبل قبض المهر أو بعده والنقصان فاحش أو غير فاحش فان كان النقصان بفعل أجنبي وهو فاحش قبل القبض فالمرأة بالخيار ان شاءت أخذت العبد الناقص واتبعت الجانى بالارش وان شاءت تركت وأخذت من الزوج قيمة العبد يوم العقد ثم يرجع الزوج على الاجنبي بضمان النقصان وهو الارش أما ثبوت الخيار فلان المعقود عليه وهو المهر قد تغير قبل القبض لانه صار بعضه قيمة ويعتبر المعقود عليه قبل القبض فوجب الخيار كتغير المبيع قبل القبض فان اختارت أخذ العبد اتبعت الجانى بالارش لان الجناية حصلت على ملكها وان اختارت أخذ القيمة اتبع الزوج الجانى بالارش لانه يملك العين باداء الضمان فقام مقام المرأة فكان الارش له وليس لها ان تأخذ العبد ناقصاً وتضمن الزوج الارش لانها لما اختارت أخذه فقد أبرأت الزوج من ضمانه وان كان النقصان بآفة سماوية فالمرأة بالخيار ان شاءت أخذته ناقصا ولا شئ لها غير ذلك وان شاءت تركته وأخذت قيمته يوم العقد لان المهر مضمون على الزوج بالعقد والاوصاف لا تضمن بالعقد لعدم ورود العقد عليها موصوفا فلا يظهر الضمان فى حقها وانما يظهر فى حق الاصل لورود العقد عليه وانما ثبت لها الخيار لتغير المعقود عليه وهو المهر عما كان عليه وهذا يثبت الخيار كالمبيع اذا انتقص فى يد البائع انه يتخير المشترى فيه كذا ههنا وان كان النقصان بفعل الزوج ذكر فى ظاهر الرواية ان المراة بالخيار ان شاءت أخذته ناقصا وأخذت معه ارش النقصان وان شاءت أخذت قيمته يوم العقد كذا ذكر فى ظاهر الرواية وفرق بين هذا وبين البائع اذا جنى على المبيع قبل القبض وروى عن أبى حنيفة ان الزوج اذا جنى على المهر فهى بالخيار ان شاءت أخذته ناقصا ولا شئ لها غير ذلك وان شاءت أخذت القيمة وسوى بينه وبين المبيع (ووجه) التسوية بينهما ان المهر مضمون على الزوج بالنكاح لم يستقر ملكها فيه كالمبيع فى يد البائع ثم الحكم فى البيع هذا كذا فى النكاح (ووجه) الفرق فى ظاهر الرواية ان الاوصاف وهى الاتباع ان كانت لا تضمن بالعقد فانها تضمن بالاتلاف لانها تصير مقصودة بالاتلاف فتصير مضمونة الا ان المبيع لا يمكن جعله مضمونا بالقيمة لانه مضمون بضمان آخر وهو الثمن والمحل الواحد لا يكون مضمونا بضمانين والمهر غير مضمون على الزوج بملك النكاح بل بالقيمة ألا ترى انه لو أتلف المهر لا يبطل ملك النكاح ولكن تجب عليه القيمة فكذا اذا أتلف الجزء وان كان النقصان بفعل المهر بأن جنى المهر على نفسه ففيه روايتان فى رواية حكم هذا النقصان ما هو حكم النقصان بآفة سماوية لان جناية الانسان على نفسه هدر فالتحقت بالعدم فكانت كالآفة السماوية وفى رواية حكمه حكم جناية الزوج لان المهر مضمون فى يد الضامن وهو الزوج وجناية المضمون فى يد الضامن كجناية المضامن كالعبد المغصوب اذا جنى على نفسه فى يد الغاصب وان كان النقصان بفعل المرأة فقد صارت قابضة بالجناية فجعل كان النقصان حصل فى يدها كالمشترى اذا جنى على المبيع فى يد البائع انه يصير قابضا له كذا ههنا هذا اذا كان النقصان فاحشا فاما اذا كان يسيرا فلا خيار لها كما اذا كان هذا العيب به يوم العقد ثم ان كان هذا النقصان بآفة سماوية أو بفعل المرأة أو بفعل المهر فلا شئ لها وان كان بفعل الاجنبي تتبعه بنصف النقصان وكذا ان كان بفعل الزوج هذا اذا حدث النقصان

فى يد الزوج فاما اذا احدث فى يد المرأة فهذا أيضا لا يخلو من الاقسام التى وصفناها فان حدث بفعل أجنبي وهو فاحش قبل الطلاق فالارش لها فان طلقها الزوج فله نصف القيمة يوم قبضت ولا سبيل له على العين لان الارش بمنزلة الولد فيمنع التنصيف كالولد وان كانت جناية الاجنبي عليه بعد الطلاق فللزوجة نصف العبد وهو بالخيار فى الارش ان شاء أخذ نصفه من المرأة واعتبرت القيمة يوم القبض وان شاء اتبع الجاني وأخذ منه نصفه لان حق الفسخ وعود النصف اليه استقر بالطلاق وتوقف على قضاء القاضي أو التراضي فصار فى يدها كالمقبوض ببيع فاسد فصار مضمونا عليها وكذلك ان حدث بفعل الزوج فجنايته كجناية الاجنبي لانه جنى على ملك غيره ولا يد له فيه فصار كالاجنبي والحكم فى الاجنبي ما وصفنا وان حدث بآفة سماوية قبل الطلاق فالزوج بالخيار ان شاء أخذ نصفه ناقصا ولا شئ له غير ذلك وان شاء أخذ نصف القيمة يوم القبض لان حقه معها عند الفسخ كحقه معها عند العقد ولو حدث نقصان فى يده بآفة سماوية كان لها الخيار بين ان تأخذه ناقصا أو قيمته فكذا حق الزوج معها عند الفسخ وان كان ذلك بعد الطلاق فللزوج أن يأخذ نصفه ونصف الارش لما ذكرنا انه بعد الطلاق يبقى فى يدها كالمقبوض بحكم بيع فاسد لان الملك لها وحق الغير فى الفسخ مستقر فصار بمنزلة المقبوض ببيع فاسد وان شاء أخذ قيمته يوم قبضت وكذلك ان حدث بفعل المرأة فالزوج بالخيار ان شاء أخذ نصفه ولا شئ له من الارش وان شاء أخذ نصف قيمته عبدا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر للزوج أن يضمنها الارش (وجه) قوله ان المهر مضمون عليها بالقبض والاوصاف وهى الاتباع فتضمن بالقبض ولا تضمن بالعقد وكذلك يقول زفر فى النقصان الحادث بغير فعلها لهذا المعنى (ولنا) ان المرأة جنت على ملك نفسها وجناية الانسان على ملك نفسه غير مضمونة عليه بخلاف ما اذا حدث بفعل الزوج على الرواية المشهورة لان الزوج جنى على ملك غيره وجناية الانسان على ملك غيره مضمونة عليه وقد خرج الجواب عما قال زفر لان قبضها صادف ملك نفسها وقبض الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وان كان ذلك بعد الطلاق فعليها نصف الارش لما ذكرنا ان حق الفسخ قد استقر وكذلك ان حدث بفعل المهر فالزوج بالخيار على الروايتين جميعا ان شاء أخذ نصفه ناقصا وان شاء أخذ نصف القيمة لانا ان جعلنا جناية المهر كالآفة السماوية لم تكن مضمونة وان جعلناها كجناية المرأة لم تكن مضمونة أيضا فلم تكن مضمونة أيضا على الروايتين هذا اذا كان النقصان فاحشا فاما ان كان غير فاحش فان كان بفعل الاجنبي أو بفعل الزوج لا ينتصف لان الارش يمنع التنصيف وان كان بآفة سماوية أو بفعلها أو بفعل المهر أخذ النصف ولا خيار له والله تعالى الموفق (وأما) النوع الثانى وهو ما يسقط به نصف المهر معنى والكل صورة فهو كل طلاق تجب فيه المتعة فيقع الكلام فى مواضع فى بيان الطلاق الذى تجب فيه المتعة والذى تستحب فيه وفى تفسير المتعة وفى بيان من تعتبر المتعة بحاله اما الاول فالطلاق الذى تجب فيه المتعة نوعان أحدهما ان يكون قبل الدخول فى نكاح لا تسمية فيه ولا فرض بعده أو كانت التسمية فيه فاسدة وهذا قول عامة العلماء وقال مالك لا تجب المتعة ولكن تستحب فمالك لا يرى وجوب المتعة أصلا واحتج بان الله سبحانه وتعالى قيد المتعة بالمتقى والمحسن بقوله حقا على المحسنين حقا على المتقين والواجب لا يختلف فيه المحسن والمتقى وغيرهما فدل انها ليست بواجبة (ولنا) قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ومطلق الامر لوجوب العمل والمراد من قوله عز وجل أو تفرضوا أى ولم تفرضوا ألا ترى انه عطف عليه قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ولو كان الاول بمعنى ما لم تمسوهن وقد فرضوا لهن أو لم يفرضوا لما عطف عليه المفروض وقد تكون أو بمعنى الواو قال الله عز وجل ولا تطع منهم آثما أو كفورا أى ولا كفورا وقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وعلى كلمة ايجاب وقوله تعالى حقا على المحسنين وليس فى ألفاظ الايجاب كلمة أوكد من قولنا حق عليه لان الحقية تقتضى الثبوت وعلى كلمة الزام واثبات فالجمع بينهما يقتضى التأكيد وما ذكره مالك كما يلزمنا

يلزمه لان المندوب اليه أيضاً لا يختلف فيه المتقي والمحسن وغيرهما ثم نقول الايجاب على المحسن والمتقي لا ينفي الايجاب على غيرهما الا ترى انه سبحانه وتعالى أخبر ان القرآن هدى للمتقين ثم لم ينف ان يكون هدى للناس كلهم كذا هذا والدليل على ان المتعة ههنا واجبة انها بدل الواجب وهو نصف مهر المثل و بدل الواجب واجب لانه يقوم مقام الواجب و يحكى حكايته الا ترى ان التيمم لما كان بدلا عن الوضوء والوضوء واجب كان التيمم واجبا والدليل على ان المتعة تجب بدلا عن نصف المهر ان بدل الشيء ما يجب بسبب الاصل عند عدمه كالتيمم مع الوضوء وغير ذلك والمتعة بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح لا الطلاق لان الطلاق مسقط للحقوق لا موجب لها لكن عند الطلاق يسقط نصف مهر المثل فتجب المتعة بدلا عن نصفه وهذا طريق محمد فان الرهن بمهر المثل يكون رهنا بالمتعة عنده حتى اذا هلك تهلك المتعة واما أبو يوسف فانه لا يجعله رهنا بها حتى اذا هلك الرهن يهلك بغير شيء والمتعة باقية عليه فلا يكون وجوبها بطريق البدل عنده بل يوجبها ابتداء بظواهر النصوص التي ذكرنا أو يوجبها بدلا عن البضع بالاستدلال بنصف المسمى في نكاح فيه تسمية والثاني ان يكون قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر وانما فرض بعده وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاخير وكان يقول أولا يجب نصف المفروض كما اذا كان المهر مفروضا في العقد وهو قول مالك والشافعي واحتجوا بقوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم أوجب تعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول مطلقا من غير فصل بين ما اذا كان الفرض في العقد أو بعده ولأن الفرض بعد العقد كالفرض في العقد ثم المفروض في العقد يتنصف فكذا المفروض بعده ولهما قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن أوجب المتعة في المطلقات قبل الدخول عاما ثم خصت منه المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية عند وجوده فبقيت المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه عند وجوده على أصل العموم وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن أي ولم تفرضوا لهن فريضة لما ذكرنا فيما تقدم وهو منصرف الى الفرض في العقد لان الخطاب ينصرف الى المتعارف والمتعارف هو الفرض في العقد لا متأخرا عنه و به تبين ان الفرض المذكور في قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة منصرف الى المفروض في العقد لانه هو المتعارف و به نقول ان المفروض في العقد يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولان مهر المثل قد وجب بنفس العقد لما ذكرنا فيما تقدم فكان الفرض بعده تقديرا لما وجب بالعقد وهو مهر المثل ومهر المثل يسقط بالطلاق قبل الدخول وتجب المتعة فكذا ما هو بيان وتقدير له اذ هو تقدير لذلك الواجب وكذا الفرقة بالايلاء واللعان والجب والعنة فكل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فتوجب المتعة لانها توجب نصف المسمى في نكاح فيه تسمية والمتعة عوض عنه كردة الزوج وابائه الاسلام وكل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها لانه لا يجب بها المهر أصلا فلا تجب بها المتعة والمخيرة اذا اختارت نفسها قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فلها المتعة لان الفرقة جاءت من قبل الزوج لان البينونة مضافة الى الابانة السابقة وهي فعل الزوج (واما) الذي تستحب فيه المتعة فهو الطلاق بعد الدخول والطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية وهذا عندنا وقال الشافعي المتعة في الطلاق بعد الدخول واجبة واحتج بقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين جعل سبحانه وتعالى للمطلقات متاعا بلام الملك عاما الا انه خصصت منه المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية فبقيت المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه والمطلقة بعد الدخول على ظاهر العموم ولنا ما ذكرنا ان المتعة وجبت بالنكاح بدلا عن البضع اما بدلا عن نصف المهر أو ابتداء فاذا استحقت المسمى أو مهر المثل بعد الدخول فلو وجبت المتعة لادى الى ان يكون لملك واحد بدلان والى الجمع بين البدل والاصل في حالة واحدة وهذا ممتنع ولان المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لا تجب لها المتعة بالاجماع فالمطلقة بعد الدخول أولى لان الاولى تستحق بعض المهر

والثانية تستحق الكل فاستحقاق بعض المهر لما منع عن استحقاق المتعة فاستحقاق الكل أولى واما الآية الكريمة فيحمل ذكر المتاع فيها على الندب والاستحباب ونحن به نقول انه يندب الزوج الى ذلك كما يندب الى اداء المهر على الكمال فى غير المدخول بها أو يحمل على النفقة والكسوة فى حال قيام العدة ولان كل ذلك متاع اذ المتاع اسم لما ينتفع به عملا بالدلائل كلها بقدر الامكان وكل فرقة جاءت من قبل الزوج بعد الدخول تستحب فيها المتعة الا ان يرتد أو يابى الاسلام لان الاستحباب طلب الفضيلة والكافر ليس من أهل الفضيلة (واما) تفسير المتعة الواجبة فقد قال أصحابنا انها ثلاثة أثواب درع وخمار وملحفة وهكذا روى عن الحسن وسعيد بن المسيب وعطاء والشعبي وعن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه قال أرفع المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة ثم دون ذلك النفقة وقال الشافعي ثلاثون درهما لما روى عن أبي مجلز انه قال قلت لابن عمر رضى الله عنهما أخبرني عن المتعة وأخبرني عن قدرها فانى موسر فقال اكس كذا اكس كذا اكس كذا قال فحسبت ذلك فوجدته قدر ثلاثين درهما فدل انها مقدرة بثلاثين درهما (ولنا) قوله تعالى فى آية المتعة متاعا بالمعروف حقا على المحسنين والمتاع اسم للعروض فى العرف ولان لا يجاب الاثواب نظيرا فى أصول الشرع وهو الكسوة التى تجب لها حال قيام النكاح والعدة وأدنى ما تكتسى به المرأة وتستتر به عند الخروج ثلاثة أثواب ولا نظير لايجاب الثلاثين فكان ايجاب ماله نظير أولى وقول عبد الله ابن عمر دليلنا لانه أمره بالكسوة لا بدراهم مقدرة الا انه اتفق ان قيمة الكسوة بلغت ثلاثين درهما وهذا لا يدل على ان التقدير فيها بالثلاثين ولو أعطاها قيمة الاثواب دراهم أو دنانير تجبر على القبول لان الاثواب ماوجبت لعينها بل من حيث انها مال كالشاة فى خمس من الابل فى باب الزكاة واما بيان من تعتبر المتعة بحاله فقد اختلف العلماء فيه قال بعضهم قدر المتعة يعتبر بحال الرجل فى يساره واعساره وهو قول أبي يوسف وقال بعضهم تعتبر بحال المرأة فى يسارها واعسارها وقال بعضهم تعتبر بحالهما جميعا وقال بعضهم المتعة الواجبة تعتبر بحالها والمستحبة تعتبر بحاله (وجه) قول من اعتبر حال الرجل قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره جعل المتعة على قدر حال الرجل فى يساره واعساره (وجه) قول من قال باعتبار حالها أن المتعة بدل بضعها فيعتبر حالها وهذا ايضا وجه من يقول المتعة الواجبة تعتبر بحالها وقوله المتعة المستحبة تعتبر بحاله لا معنى له لان التقدير فى الواجب لا فى المستحب (وجه) من اعتبر حالهما أن الله تعالى اعتبر فى المتعة شيئين أحدهما حال الرجل فى يساره واعساره بقوله عز وجل على الموسع قدره وعلى المقتر قدره والثانى أن يكون مع ذلك بالمعروف بقوله متاعا بالمعروف فلو اعتبرنا فيها حال الرجل دون حالها عسى أن لا يكون بالمعروف لانه يقتضى أنه لو تزوج رجل امرأتين احداهما شريفة والاخرى مولاة دنيئة ثم طلقهما قبل الدخول بهما ولم يسم لهما أن يستويا فى المتعة باعتبار حال الرجل وهذا منكر فى عادات الناس لا معروف فيكون خلاف النص ثم المتعة الواجبة لا تزاد على نصف مهر المثل بل هو نهاية المتعة لا مزيد عليه لان الحق عند التسمية آكد وأثبت منه عند عدم التسمية لان الله تعالى أوجب المتعة على قدر احتمال ملك الزوج بقوله عز وجل على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فاوجب نصف المسمى مطلقا احتمله وسع الزوج وملكه أولا وكذا فى وجوب كمال مهر المثل وسقوطه ووجوب المتعة فى نكاح لا تسمية فيه وعدم أحد الزوجين اختلاف بين العلماء ولا خلاف فى وجوب كمال المسمى من ذلك فى نكاح فيه تسمية دل أن الحق أوكد وأثبت عند التسمية ثم لا يزاد هناك على نصف المسمى فلان لا يزاد ههنا على نصف مهر المثل أولى ولان المتعة بدل عن نصف مهر المثل ولا يزاد البدل على الاصل ولا ينقص من خمسة دراهم لانها تجب على طريق العوض وأقل عوض يثبت فى النكاح نصف العشرة والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم اختلاف الزوجين فى المهر فجملة الكلام فيه أن الاختلاف فى المهر اما أن يكون فى حال حياة الزوجين واما أن يكون بعد موت أحدهما بين الحى منهما وورثة الميت واما أن يكون بعد موتهما بين ورثتهما فان كان

فى حال حياة الزوجين فاما ان كان قبل الطلاق واما ان كان بعده فان كان قبل الطلاق فان كان الاختلاف فى أصل التسمية يجب مهر المثل لان الواجب الاصلى فى باب النكاح هو مهر المثل لانه قيمة البضع وقيمة الشىء مثله من كل وجه فكان هو العدل وانما التسمية تقدير لمهر المثل فاذا لم تثبت التسمية لوقوع الاختلاف فيها وجب المصير الى الموجب الاصلى وان كان الاختلاف فى قدر المسمى أو جنسه أو نوعه أو صفته فالمهر لا يخلو اما أن يكون دينا واما أن يكون عينا فان كان دينا فاما أن يكون من الاثمان المطلقة وهى الدراهم والدنانير واما ان كان من المكيلات والموزونات والمذروعات الموصوفة فى الذمة فان كان من الاثمان المطلقة فاختلفا فى قدره بان قال الزوج تزوجتك على الف درهم وقالت المرأة تزوجتنى على الفين أو قال الزوج تزوجتك على مائة دينار وقالت المرأة على مائتى دينار تحالفا ويبدأ بيمين الزوج فان نكل اعطاها الفين وان حلف تحالف المرأة فان نكلت أخذت ألفا وان حلفت يحكم لها بمهر المثل ان كان مهر مثلها مثل ما قالت أو أكثر فلها ما قالت وان كان مهر مثلها مثل ما قال الزوج أو أقل فلها ما قال وان كان مهر مثلها أقل مما قالت وأكثر مما قال فلها مهر مثلها وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتحالفان والقول قول الزوج فى هذا كله الا أن يأتى بمستنكر جدا والحاصل أن أبا حنيفة ومحمدا يحكمان مهر المثل وينهيان الامر اليه وأبو يوسف لا يحكمه بل يجعل القول قول الزوج مع يمينه الا أن يأتى بشىء مستنكر وقد اختلف فى تفسير المستنكر قيل هو أن يدعى انه تزوجها على أقل من عشرة دراهم وهذا التفسير روى عن أبى يوسف رحمه الله لان هذا القدر مستنكر شرعا اذ لا مهر فى الشرع أقل من عشرة وقيل هو ان يدعى انه تزوجها على ما لا يزوج مثلها به عادة وهذا يحكى عن أبى الحسن لان ذلك مستنكر عرفا وهو الصحيح من التفسير لانهما اختلفا فى مقدار المهر المسمى وذلك اتفاق منهما على أصل المهر المسمى وما دون العشرة لم يعرف مهرا فى الشرع بلا خلاف بين أصحابنا وقد روى عن أبى يوسف فى المتبايعين اذا اختلفا فى مقدار الثمن والسلعة هالكة ان القول قول المشترى ما لم يأت بشىء مستنكر وجه قول أبى يوسف أن القول قول المنكر فى الشرع والمنكر هو الزوج لان المرأة تدعى عليه زيادة مهر وهو ينكر ذلك فكان القول قوله مع يمينه كما فى سائر المواضع والدليل عليه أن المتعاقدين فى باب الاجارة اذا اختلفا فى مقدار المسمى لا يحكم أجر المثل بل يكون القول قول المستأجر مع يمينه لما قلنا كذا هذا ولهما أن القول فى الشرع والعقل قول من يشهد له الظاهر والظاهر يشهد لمن يوافق قوله مهر المثل لان الناس فى العادات الجارية يقدرون المسمى بمهر المثل وبنونه عليه لا برضا الزوج بالزيادة عليه والمرأة وأولياؤها لا يرضون بالنقصان عنه فكانت التسمية تقدير المهر المثل وبناء عليه فكان الظاهر شاهدا لمن يشهد له مهر المثل فيحكم مهر المثل فان كان الفين فلها ذلك لان الظاهر شاهد لها وان كان أكثر من الفين لا يزاد عليه لانها رضيت بالنقصان وان كان مهر مثلها الفا فلها الف لان الظاهر شاهد للزوج وان كان أقل من ذلك لا ينقص عن الف لان الزوج رضى بالزيادة وان كان مهر مثلها أكثر مما قال وأقل مما قالت فلها مهر المثل لانه هو الواجب الاصلى وانما التسمية تقدير له لما قلنا فلا يعدل عنه الا عند ثبوت التسمية وصحتها فاذا لم يثبت لوقوع الاختلاف وجب الرجوع الى الموجب الاصلى وتحكيمه وانما يتحالفان لان كل واحد منهما مدعى من وجه ومنكر من وجه أما الزوج فلان المرأة تدعى عليه زيادة الف وهو منكر وأما المرأة فلان الزوج يدعى عليها تسليم النفس عند تسليم الالف اليها وهى تنكر فكان كل واحد منهما مدعيا من وجه ومنكرا من وجه فيتحالفان لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر ويبدأ بيمين الزوج لانه أشد انكارا أو أسبق انكارا من المرأة لأنه منكر قبل تسليم النفس وبعده ولا انكار من المرأة بعد تسليم النفس وقبل التسليم هو أسبق انكارا لان المرأة تقبض المهر أولا ثم تسلم نفسها فتطالبه باداء المهر اليها وهو ينكر فكان هو أسبق انكارا فكانت البداية بالتحليف منه أولى لما قلنا فى اختلاف المتبايعين ذكر الكرخى التحالف فى هذه الفصول الثلاثة وأنكر الجصاص التحالف الا فى فصل واحد وهو ما اذا لم يشهد مهر المثل لدعواهما بأن كان مهر مثلها أكثر مما قال الزوج وأقل مما قالت المرأة وكذا فى الجامع الصغير

لم يذكر التحالف الا في هذا الفصل وجهه ان الحاجة الى التحالف فيما لا شهادة للظاهر فاذا كان مهر المثل مثل ما يدعيه أحدهما كان الظاهر شاهدا له فلا حاجة الى التحالف والظاهر لا يشهد لاحدهما في الثالث فتقع الحاجة الى التحالف وجه ما ذكره الكرخي ان مهر المثل لا يثبت الا بعد سقوط اعتبار التسمية والتسمية لا يسقط اعتبارها الا بالتحالف لان الظاهر لا يكون حجة على الغير فتقع الحاجة الى التحالف ثم اذا وجب التحالف و بدئ بيمين الزوج فان نكل يقضى عليه بالفين لان النكول حجة يقضى بها في باب الاموال بلا خلاف بين أصحابنا. ولا خيار للزوج وهو ان يعطيها مكان الدراهم دنانير لان تسمية الالفين قد تثبت بالنكول لانه بمنزلة الاقرار ومن شأن المسمى أن لا يكون للزوج العدول عنه الى غيره الا برضا المرأة وان حلف تحالف المرأة فان نكلت لم يقض على الزوج الا بالالف ولا خيار له لما قلنا في نكول الزوج وان حلفت يحكم مهر المثل فان كان مهر مثلها الفا قضى لها على الزوج بالف ولا خيار له لان تسمية الالف قد تثبت بتصادقهما فيمنع الخيار وان كان مهر مثلها الفين قضى لها بالفين وله الخيار في اخذ الالفين دون الآخر لثبوت تسمية أحد الالفين بتصادقهما دون الاخر وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة قضى لها بالف وخمسمائة ولا خيار له في قدر الالف بتصادقهما وله الخيار في قدر الخمسمائة لانه لم تثبت تسمية هذا القدر فكان سبيلها سبيل مهر المثل فكان له الخيار فيها ولا يفسخ بعد التحالف في قول عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى يفسخ. كما في البيع لان كل واحد منهما عقد لا يجوز بغير بدل ولنا الفرق بين البيع والنكاح وهو انه لما سقط اعتبار التسمية في باب البيع يبقى البيع بلا ثمن والبيع بلا ثمن بيع فاسد واجب الرفع رفعا للفساد وذلك بالفسخ بخلاف النكاح فان ترك التسمية أصلا في النكاح لا يوجب فساده فسقوط اعتباره بجهالة المسمى بالتعارض أولى فلا حاجة الى الفسخ فهو الفرق هذا اذا لم يقم لاحدهما بينة فاما اذا اقامت لاحدهما بينة فانه يقضى ببينته لانها قامت على أمر جائز الوجود ولا معارض لها فتقبل ولا يحكم مهر المثل لان تحكيمه ضروري ولا ضرورة عند قيام البينة ولا خيار للزوج لان التسمية تثبت بالبينة وانها تمنع الخيار وان أقاما جميعا البينة فان كان مهر مثلها الف درهم يقضى ببينتها لانها تظهر زيادة الف فكانت مظهرة و بينة الزوج لم تظهر شيئا لانها قامت على ألف والالف كان ظاهرا بتصادقهما أو تقول بينة المرأة أكثر اظهارا فكان القضاء بها أولى ولا خيار للزوج في الالفين لان تسمية أحد الالفين تثبت بتصادقهما وتسمية الآخر تثبت بالبينة والتسمية تمنع الخيار وان كان مهر مثلها ألفين فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يقضى ببينتها أيضا لانها تظهر زيادة الف لم تكن ظاهرة بتصادقهما وان كانت ظاهرة بشهادة مهر المثل لكن هذا الظاهر لا يكون حجة على الغير ألا ترى انه لا يقضى به بدون اليمين أو البينة و تصادقهما حجة بنفسه فكانت بينتها هي المظهرة أو كانت أكثر اظهارا و بينة الزوج ليست بمظهرة لان الالف كان ظاهرا بتصادقهما أو هي أقل اظهارا فكان القضاء ببينتها أولى وقال بعضهم يقضى ببينة الزوج لان بينة الزوج تظهر حط الالف عن مهر المثل وذلك الفان لثبوت الالفين بشهادة مهر المثل فيظهر حط عن مهر المثل بشهادته و بينتها لا تظهر شيئا لان أحد الالفين كان ظاهرا بتصادقهما والآخر كان ظاهرا بشهادة مهر المثل أو يظهر صفة التعيين للالفين لان الثابت بشهادة مهر المثل أو يظهر صفة التعيين لهما و بينته مظهرة للاصل فكان القضاء ببينته أولى وان كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة بطلت البينتان للتعارض لان مهر المثل لا يشهد لاحدهما فكانت كل واحدة منهما مظهرة وليس القضاء باحداهما أولى من الاخرى فبطلت فبقي الحكم بمهر المثل ولا خيار له في قدر الالف لان البينتين التحقتا بالعدم للتعارض فبقي هذا القدر مسمى بتصادقهما وله خيار في قدر الخمسمائة لثبوته على وجه مهر المثل وكذلك ان كان دينا موصوفا في الذمة بأن تزوجها على مكيل موصوف أو موزون موصوف أو مذروع موصوف فاختلفا في قدر الكيل أو الوزن أو الذرع فالاختلاف فيه كالاختلاف في قدر الدراهم والدنانير ولهذا يتحالفان و يحكم مهر المثل في قول أبي حنيفة ومحمد لان القدر في المكيل والموزون معقود عليه وكذا في المذروع اذا كان في الذمة وان لم يكن معقودا عليه بل كان جاريا مجرى الصفة اذا كان عينا لان ما في الذمة غائب مذكور يختلف أصله باختلاف

وصفه فجرى الوصف فيما فى الذمة مجرى الاصل ولهذا كان الاختلاف فى صفة المسلم فيه موجبا للتحالف فكان اختلافهما فى الوصف بمنزلة اختلافهما فى الاصل وذلك يوجب التحالف كذا هذا وعند أبى يوسف لا يتحالفان والقول قول الزوج مع يمينه وان كان الاختلاف فى جنس المسمى بان قال الزوج تزوجتك على عبد فقالت على جارية أو قال الزوج تزوجتك على كر شعير فقالت على كر حنطة أو على ثياب هروية أو قال على ألف درهم وقالت على مائة دينارا وفى نوعه كالتركى مع الرومى والدنانير المصرية مع الصورية أو فى صفته من الجودة والرداءة فالاختلاف فيه كالاختلاف فى العينين الا الدراهم والدنانير فان الاختلاف فيهما كالاختلاف فى الالف والالفين وانما كان كذلك لان كل واحد من الجنسين والنوعين والموصوفين لا يملك الا بالتراضى بخلاف الدراهم والدنانير فانهما وان كانا جنسين مختلفين لكنهما فى باب مهر المثل يقضى من جنس الدراهم والدنانير فجاز أن يستحق المائة دينار من غير تراض بخلاف العبد لان مهر المثل لا يقضى من جنسه فلم يجز أن يملك من غير تراض فيقضى بقدر قيمته هذا اذا كان المهر دينا فاما اذا كان عينا فان اختلفا فى قدره فان كان مما يتعلق العقد بقدره بان تزوجها على طعام بعينه فاختلفا فى قدره فقال الزوج تزوجتك على هذا الطعام بشرط أنه كر وقالت المرأة تزوجتنى عليه بشرط انه كران فهى مثل الاختلاف فى الالف والالفين وان كان مما لا يتعلق العقد بقدره بان تزوجها على ثوب بعينه كل ذراع منه يساوى عشرة دراهم فاختلفا فقال الزوج تزوجتك على هذا الثوب بشرط أنه ثمانية أذرع فقالت بشرط أنه عشرة أذرع لا يتحالفان ولا يحكم مهر المثل والقول قول الزوج بالاجماع ووجه الفرق بين الطعام والثوب أن القدر فى باب الطعام معقود عليه حقيقة وشرعا أما الحقيقة فلان المعقود عليه عين وذات حقيقة وأما الشرع فانه اذا اشترى طعاما على انه عشرة أقفزة فوجده احد عشر لا يطيب له الفضل والاختلاف فى المعقود عليه يوجب التحالف فاما القدر فى باب الثوب وان كان من اجزاء الثوب حقيقة لكنه جار مجرى الوصف وهو صفة الجودة شرعا لانه يوجب صفة الجودة لغيره من الاجزاء ألا ترى ان من اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع فوجده احد عشر طاب له الفضل والاختلاف فى صفة المعقود عليه اذا كان عينا لا يوجب التحالف كما اذا اختلفا فى صفة الجودة فى العين والاصل ان ما يوجب فوات بعضه نقصانا فى البقية فهو جار مجرى الصفة وما لا يوجب فوات بعضه نقصانا فى الباقى لا يكون جاريا مجرى الصفة وان اختلفا فى جنسه وعينه كالعبد والجارية بان قال الزوج تزوجتك على هذا العبد وقالت المرأة على هذه الجارية فهو مثل الاختلاف فى الالف والالفين الا فى فصل واحد وهو ما اذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها لان تمليك الجارية لا يكون الا بالتراضى ولم يتفقا على تمليكها فلم يوجد الرضا من صاحب الجارية بتمليكها فتعذر التسليم فيقضى بقيمتها بخلاف ما اذا اختلفا فى الدراهم أو الدنانير فقال الزوج تزوجتك على ألف درهم وقالت المرأة على مائة دينار ان الاختلاف فيه كالاختلاف فى الالف والالفين على معنى أن مهر مثلها ان كان مثل مائة دينار أو أكثر فلها المائة دينار لما مر أن مهر المثل يقضى من جنس الدراهم والدنانير فلا يشترط فيه التراضى بخلاف العبد فان مهر المثل لا يقضى من جنسه فلا يجوز ان يملك من غير مراضاة ولا يكون لها أكثر من قيمتها وان كان مهر مثلها أكثر من قيمتها لانها رضيت بهذا القدر وما كان القول فيه أى من العين قول الزوج فهلك فاختلفا فى قدر قيمته فالقول فيه قول الزوج أيضا لان المسمى مجمع عليه فكانت القيمة دينا عليه والاختلاف اذا وقع فى قدر الدين فالقول قول المديون كما فى سائر الديون هذا كله اذا اختلفا قبل الطلاق ولو اختلفا بعد الطلاق فان كان بعد الدخول أو قبل الدخول بعد الخلوة فالجواب فى الفصول كلها كالجواب فيما لو اختلفا حال قيام النكاح لان الطلاق بعد الدخول أو قبل الدخول بعد الخلوة مما لا يوجب سقوط مهر المثل وان كان قبل الدخول بها وقبل الخلوة فان كان المهر دينا فاختلفا فى الالف والالفين فالقول قول الزوج ويتنصف ما يقول الزوج كذا ذكر فى كتاب النكاح والطلاق ولم يذكر الاختلاف كذا ذكر الطحاوى انه يتنصف ما يقول الزوج ولم يذكر الخلاف وذكر الكرخى وحكى الاجماع فقال

لها نصف الالف فى قولهم وذكر محمد فى الجامع الصغير وقال ينبغى أن يكون القول قول المرأة الى متعة مثلها والقول قول الزوج فى الزيادة على قياس قول أبى حنيفة ووجهه ان المسمى لم يثبت لوقوع الاختلاف فيه والطلاق قبل الدخول فى نكاح لا تسمية فيه يوجب المتعة ويحكم متعة مثلها لان المرأة ترضى بذلك والزوج لا يرضى بالزيادة فكان القول قوله فى الزيادة والصحيح هو الاول لانه لا سبيل الى تحكيم مهر المثل ههنا لان مهر المثل لا يثبت فى الطلاق قبل الدخول فتعذر تحكيمه فوجب اثبات المتيقن وهو نصف الالف ومتعة مثلها لا تبلغ ذلك عادة فلا معنى لتحكيم المتعة على اقرار الزوج بالزيادة وقيل لا خلاف بين الروايتين فى الحقيقة وانما اختلف الجواب لاختلاف وضع المسئلة فوضع المسئلة فى كتاب النكاح فى الالف والالفين ولا وجه لتحكيم المتعة لان الزوج أقر لها بخمسمائة وهى تزيد على متعة مثلها عادة فقد أقر الزوج لها بمتعة مثلها وزيادة فكان لها ذلك ووضعها فى الجامع الكبير فى العشرة والمائة بان قال الزوج تزوجتك على عشرة دراهم وقالت المرأة تزوجتنى على مائة درهم ومتعة مثلها عشرون ففى هذه الصورة يكون الزوج مقرا لها بخمسة دراهم وذلك أقل من متعة مثلها عادة فكان لها متعة مثلها وان كان المهر عينا كما فى مسئلة العبد والجارية فلها المتعة الا أن يرضى الزوج ان يأخذ نصف الجارية بخلاف ما اذا اختلفا فى الالف والالفين لان نصف الالف هناك ثابتة بيقين لاتفاقهما على تسمية الالف فكان القضاء بنصفها حكما بالمتيقن والملك فى نصف الجارية ليس بثابت بيقين لانهما لم يتفقا على تسمية أحدهما فلم يمكن القضاء بنصف الجارية الا باختيارهما فاذا لم يوجد سقط البدل لان فوجب الرجوع الى المتعة هذا اذا كان الاختلاف فى حياة الزوجين فان كان فى حياة أحدهما بعد موت الآخر بينه وبين ورثة الميت فكذلك الجواب ان القول قول المرأة الى تمام مهر مثلها ان كانت حية وقول ورثتها ان كانت ميتة والقول قول الزوج وورثته فى الزيادة عندهما وعند أبى يوسف القول قول ورثة الزوج الا أن يأتوا بشىء مستنكر وان كان الاختلاف بين ورثة الزوجين فان اختلفوا فى أصل التسمية وكونها فقد قال أبو حنيفة لا أقضى بشىء حتى تقوم البينة على أصل التسمية وعندهما يقضى بمهر المثل كما فى حال الحياة وجه قولهما ان التسمية اذا لم تثبت لاختلافهما وجب مهر المثل بالعقد فيبقى بعد موتهما كالمسمى وصار كأنه تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم ماتا وجواب أبى حنيفة هناك أنه لا يقضى بشىء حتى تقوم البينة على التسمية أما قولهما ان مهر المثل يجب بالعقد عند عدم التسمية فالجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجب لكنه لم يبق اذ المهر لا يبقى بعد موت الزوجين عادة وهذا قول أبى حنيفة فى المسئلة بل الظاهر هو الاستيفاء والابراء هذا هو العادة بين الناس فلا يثبت البقاء الا بالبينة والثانى لئن سلمنا انه بقى لكنه تعذر القضاء به لان موضوع المسئلة عند التقادم وعند التقادم لا يدرى ما حالها ومهر المثل يقدر بحالها فيتعذر التقدير على ان اعتبار مهرها بمهر مثل نساء عشيرتها فاذا ماتا فالظاهر موت نساء عشيرتها فلا يمكن التقدير (وجه) قول أبى حنيفة فى هذه المسألة مشكل ولو اختلفت الورثة فى قدر المهر فالقول قول ورثة الزوج عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف القول قول ورثة الزوج الا أن يأتوا بشىء مستنكر جداً وعند محمد القول قول ورثة المرأة الى قدر مهر مثلها كما فى حال الحياة ولو بعث الزوج الى امرأته شيأ فاختلفا فقالت المرأة هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قول الزوج الا فى الطعام الذى يؤكل لان الزوج هو المملك فكان أعرف بجهة تمليكه فكان القول قوله الا فيما يكذبه الظاهر وهو الطعام الذى يؤكل لانه لا يبعث مهرا عادة

﴿ فصل ﴾ ومما يتصل بهذا اختلاف الزوجين فى متاع البيت ولا بينة لاحدهما وجملة الكلام فيه أن الاختلاف فى متاع البيت اما ان يكون بين الزوجين فى حال حياتهما واما ان يكون بين ورثتهما بعد وفاتهما واما ان يكون فى حال حياة أحدهما وموت الآخر فان كان فى حال حياتهما فاما ان يكون فى حال قيام النكاح واما ان يكون بعد زواله بالطلاق فان كان فى حال قيام النكاح فما كان يصلح للرجال كالعمامة والقلنسوة والسلاح وغيرها فالقول فيه قول الزوج لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء مثل الخمار والملحفة والمغزل ونحوها فالقول فيه قول الزوجة لان الظاهر شاهد لها

وما يصلح لهما جميعا كالدراهم والدنانير والعروض والبسط والحبوب ونحوها فالقول فيه قول الزوج وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف القول قول المرأة الى قدر جهاز مثلها في الكل والقول قول الزوج في الباقي وقال زفر في قول المشكل بينهما نصفان وفي قول آخر وهو قول مالك والشافعي الكل بينهما نصفان وقال ابن أبي ليلى القول قول الزوج في الكل الا في ثياب بدن المرأة وقال الحسن القول قول المرأة في الكل الا في ثياب بدن الرجل (وجه) قول الحسن أن يد المرأة على ما في داخل البيت أظهر منه في يد الرجل فكان الظاهر لها شاهدا الا في ثياب بدن الرجل لان الظاهر يكذبها في ذلك ويصدق الزوج (وجه) قول ابن أبي ليلى أن الزوج أخص بالتصرف فيما في البيت فكان الظاهر شاهدا له الا في ثياب بدنها فان الظاهر يصدقها فيه ويكذب الرجل (وجه) قول زفر أن يد كل واحد من الزوجين اذا كانا حرين ثابتة على ما في البيت فكان الكل بينهما نصفين وهو قياس قوله الا أنه خص المشكل بذلك في قول لان الظاهر يشهد لاحدهما في المشكل (وجه) قول أبي يوسف أن الظاهر يشهد للمرأة الى قدر جهاز مثلها لان المرأة لا تخلو عن الجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها في ذلك القدر فكان القول في هذا القدر قولها والظاهر يشهد للرجل في الباقي فكان القول قوله في الباقي (وجه) قولهما أن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة لان يده يد متصرفة ويدها يد حافظة ويد التصرف أقوى من يد الحفظ كائنين يتنازعان في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها أن الراكب أولى الا أن فيما يصلح لها عارض هذا الظاهر ما هو أظهر منه فسقط اعتباره وان اختلفا بعد ما طلقها ثلاثا أو بائنا فالقول قول الزوج لانها صارت أجنبية بالطلاق فزالت يدها والتحقت بسائر الاجانب هذا اذا اختلف الزوجان قبل الطلاق أو بعده (فاما) اذا ماتا فاختلف ورثتهما فالقول قول ورثة الزوج في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف القول قول ورثة المرأة الى قدر جهاز مثلها وقول ورثة الزوج في الباقي لان الوارث يقوم مقام المورث فصار كان المورثين اختلفا بانفسهما وهما حيان وان مات أحدهما واختلف الحي وورثة الميت فان كان الميت هو المرأة فالقول قول الزوج عند أبي حنيفة ومحمد لانها لو كانت حية لكان القول قولها فبعد الموت أولى وعند أبي يوسف القول قول ورثتها الى قدر جهاز مثلها وان كان الميت هو الزوج فالقول قولها عند أبي حنيفة في المشكل وعند أبي يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج (وجه) قولهما ظاهر لان الوارث قائم مقام المورث ولابي حنيفة أن المتاع كان في يدهما في حياتهما لان الحرة من أهل الملك واليد فينبغي أن يكون بينهما نصفين كما قال زفر لان يد الزوج كانت أقوى فسقطت يدها بيد الزوج فاذا مات الزوج فقد زال المانع فظهرت يدها على المتاع ولو طلقها في مرضه ثلاثا أو بائنا فمات ثم اختلفت هي وورثة الزوج فان مات بعد انقضاء العدة فالقول قول ورثة الزوج لان القول قول الزوج في المشكل بعد الطلاق فكان القول قول ورثته بعده أيضا وان مات قبل انقضاء العدة فالقول قولها عند أبي حنيفة في المشكل وعند أبي يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج لان العدة اذا كانت قائمة كان النكاح قائما من وجه فصار كما لو مات الزوج قبل الطلاق وبقيت المرأة وهناك القول قولها عند أبي حنيفة في المشكل وعند أبي يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج كذا ههنا هذا كله اذا كان الزوجان حرين أو مملوكين أو مكاتبين فاما اذا كان أحدهما حرا والآخر مملوكا أو مكاتبا فعند أبي حنيفة القول قول الحر وعندهما ان كان المملوك محجورا فكذلك وأما اذا كان مأذونا أو مكاتبا فالجواب فيه وفيما اذا كانا حرين سواء (وجه) قولهما ان المكاتب في ملك اليد بمنزلة الحر بل هو حر يدا ولهذا كان أحق بمكاسبه وكذا المأذون المديون فصار كما لو اختلفا وهما حران ولابي حنيفة ان كل واحد منهما مملوك أما المأذون فلا شك فيه وكذا المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم والعبد اسم للمملوك والمملوك لا يكون من أهل الملك فلا تصلح يده دليلا على الملك فلا تصلح معارضة ليد الحر فبقيت يده دليل الملك من غير معارض بخلاف الحرين ولو كان الزوج حرا والمرأة أمة أو مكاتبة أو مدبرة أو أم ولد فاعتقت ثم اختلفا في متاع البيت فما أحدثا من الملك قبل العتق فهو

للزوج لانه حدث فى وقت لم تكن المرأة فيه من أهل الملك وما أحدثا من الملك بعد العتق فالجواب فيه وفى الحرين سواء ولو كان الزوج مسلما والمرأة ذمية فالجواب فيه كالجواب فى الزوجين المسلمين لان الكفر لا ينافى أهلية الملك بخلاف الرق وكذا لو كان البيت ملكا لاحدهما لا يختلف الجواب لان العبرة لليد لا للملك هذا كله اذا لم تقر المرأة أن هذا المتاع اشتراه لى زوجى فان أقرت بذلك سقط قولها لانها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال فلا يثبت الانتقال الا بدليل وقد مرت المسألة

﴿ فصل ﴾ ومنها الكفاءة فى انكاح غير الاب والجد من الاخ والعم ونحوهما الصغير والصغيرة وفى انكاح الاب والجد اختلاف أبى حنيفة مع صاحبيه وأما الطوع فليس بشرط لجواز النكاح عندنا خلافا للشافعى فيجوز نكاح المكره عندنا وعنده لا يجوز وهذه من مسائل كتاب الاكراه وكذلك الجد ليس من شرائط جواز النكاح حتى يجوز نكاح الهازل لان الشرع جعل الجد والهزل فى باب النكاح سواء قال النبى صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح وكذلك العمد عندنا حتى يجوز نكاح الخاطئ وهو الذى يسبق على لسانه كلمة النكاح من غير قصده وعند الشافعى شرط والصحيح قولنا لان الثابت بالخطأ ليس الا القصد وانه ليس بشرط لجواز النكاح بدليل نكاح الهازل وكذلك الحل أعنى كونه حلالا غير محرم أو كونها حلالا غير محرمة ليس بشرط لجواز النكاح عندنا وعند الشافعى شرط حتى يجوز نكاح المحرم والمحرمة عندنا لكن لا يحل وطؤها فى حال الاحرام وعنده لا يجوز (وجه) قوله أن الجماع من محظورات الاحرام فكذا النكاح لانه سبب داع الى الجماع ولهذا حرمت الدواعى على المحرم كما حرم عليه الجماع ولنا ما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة رضى الله عنها وهو حرام وأدنى ما يستدل بفعل النبى صلى الله عليه وسلم هو الجواز ولا يعارض هذا ما روى زيد بن الاصم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال بسرف واجمعوا على أنه ما تزوجها الا مرة واحدة فيقع التعارض لان الاخذ برواية ابن عباس رضى الله عنهما أولى لوجهين أحدهما أنه يثبت أمرا عارضا وهو الاحرام اذ الحل أصل والاحرام عارض فتحمل رواية زيد على أنه بنى الامر على الاصل وهو الحل تحسينا للظن بالروايتين فكان راوى الاحرام معتمدا على حقيقة الحال وراوى الحل بانيا الامر على الظاهر فكانت رواية من اعتمد حقيقة الحال أولى ولهذا رجحنا قول الجارح على المزكى كذا هذا والثانى أن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أفقه واتقن من زيد والترجيح بفقه الراوى واتقانه ترجيح صحيح على ما عرف فى أصول الفقه ولان المعانى التى لها حسن النكاح فى غير حال الاحرام موجودة فى حال الاحرام فكان الفرق بين الحالين فى الحكم مع وجود المعنى الجامع بينهما مناقضة وما ذكره من المعنى يبطل بنكاح الحائض والنفساء فانه جائز بالاجماع وان كان النكاح سببا داعيا الى الجماع والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ ثم كل نكاح جاز بين المسلمين وهو الذى استجمع شرائط الجواز التى وصفناها فهو جائز بين أهل الذمة وأما ما فسد بين المسلمين من الانكحة فانها منقسمة فى حقهم منها ما يصح ومنها ما يفسد وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر كل نكاح فسد فى حق المسلمين فسد فى حق أهل الذمة حتى لو أظهروا النكاح بغير شهود يعترض عليهم ويحملون على أحكامنا وان لم يرفعوا الينا وكذا اذا أسلموا يفرق بينهما عنده وعندنا لا يفرق بينهما وان تحاكما الينا أو أسلما بل يقران عليه (وجه) قولهم انهم لما قبلوا عقد الذمة فقد التزموا أحكامنا ورضوا بها ومن أحكامنا أنه لا يجوز النكاح بغير شهود ولهذا لم يجز نكاحهم المحارم فى حكم الاسلام ولان تحريم النكاح بغير شهود فى شريعتنا ثبت بخطاب الشرع على سبيل العموم بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود والكفار مخاطبون بشرائع هى حرمات فى الصحيح من الاقوال فكانت حرمة النكاح بغير شهود ثابتة فى حقهم (ولنا) انهم كانوا يتدينون النكاح بغير شهود والكلام فيه ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون الا ما استثنى من عقودهم كالزنا وهذا غير مستثنى منها

فيصح فى حقهم كما يصح منهم تملك الخمر والخنزير وتمليكهما فلا يعترض عليهم كما لا يعترض فى الخمر والخنزير ولان الشهادة ليست بشرط بقاء النكاح على الصحة بدليل انه لا يبطل بموت الشهود فلا يجوز أن يكون شرط ابتداء العقد فى حق الكافر لان فى الشهاد قمعنى العبادة قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله فلا يؤاخذ الكافر بمراعاة هذا الشرط فى العقد ولان نصوص الكتاب العزيز مطلقة عن شرط الشهادة والتقييد بالشهادة فى نكاح المسلم ثبت بدليل فمن ادعى التقييد بها فى حق الكافر يحتاج الى الدليل (وأما) قوله انهم بالذمة التزموا أحكام الاسلام فنعم لكن جوازا نكحتهم بغير شهود من أحكام الاسلام وقوله تحريم النكاح بغير شهود عام ممنوع بل هو خاص فى حق المسلمين لوجود المخصص لاهل الذمة وهو عمومات الكتاب ولو تزوج ذمى ذمية فى عدة من ذمى جاز النكاح فى قول أبى حنيفة وهذا والنكاح بغير شهود سواء عندنا حتى لا يعترض عليهما بالتفريق وان ترافعا الينا ولو أسلما يقران على ذلك وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والشافعى النكاح فاسد يفرق بينهما (وجه) قولهم على نحو ما ذكرنا لزفر فى النكاح بغير شهود وهو أنهم بقبول الذمة التزموا أحكامنا ومن أحكامنا الجمع عليها فساد نكاح المعتدة ولان الخطاب بتحريم نكاح المعتدة عام قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله والكفار مخاطبون بالحرمات وكلام أبى حنيفة على نحو ما تقدم أيضا لان فى دياناتهم عدم وجوب العدة والكلام فيه فلم يكن هذا نكاح المعتدة فى اعتقادهم ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدينون وكذا عمومات النكاح من الكتاب العزيز والسنة مطلقة عن هذه الشريطة أعنى الخلو عن العدة وانما عرف شرطا فى نكاح المسلمين بالاجماع وقوله عز وجل ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله خطاب للمسلمين أو يحمل عليه عملا بالدلائل كلها صيانة لها عن التناقض ولان العدة فيها معنى العبادة وهى حق الزوج أيضا من وجه قال الله تعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمن حيث هى عبادة لا يمكن إيجابها على الكافرة لان الكفار لا يخاطبون بشرائع هى عبادات أو قربات وكذا من حيث هى حق الزوج لان الكافر لا يعتقده حقا لنفسه بخلاف المسلم اذا تزوج كتابية فى عدة من مسلم أنه لا يجوز لان المسلم يعتقد العدة حقا واجبا فيمكن الايجاب لحقه ان كان لا يمكن لحق الله تعالى من حيث هى عبادة ولهذا قلنا انه ليس للزوج المسلم أن يجبر امرأته الكافرة على الغسل من الجنابة والحيض والنفاس لان الغسل من باب القربة وهى ليست مخاطبة بالقربات وله أن يمنعها من الخروج من البيت لان الاسكان حقه وأما نكاح المحارم والجمع بين خمس نسوة والجمع بين الاختين فقد ذكر الكرخى ان ذلك كله فاسد فى حكم الاسلام بالاجماع لان فساد هذه الانكحة فى حق المسلمين ثبت لفساد قطيعة الرحم وخوف الجور فى قضاء الحقوق من النفقة والسكنى والكسوة وغير ذلك وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم والكافر الا أنه مع الحرمة والفساد لا يتعرض لهم قبل المرافعة وقبل الاسلام ولانهم دانوا ذلك ونحن أمرنا ان نتركهم وما يدينون كما لا يتعرض لهم فى عبادة غير الله تعالى وان كانت محرمة واذا ترافعا الى القاضى فالقاضى يفرق بينهما كما يفرق بينهما بعد الاسلام لانهما اذا ترافعا فقد تركا ما داناه ورضيا بحكم الاسلام ولقوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم وأما اذا لم يترافعا ولم يوجد الاسلام أيضا فقد قال أبو حنيفة ومحمد انهما يقران على نكاحهما ولا يعترض عليهما بالتفريق وقال أبو يوسف يفرق بينهما الحاكم اذا علم ذلك سواء ترافعا الينا أو لم يترافعا ولو رفع أحدهما دون الآخر قال أبو حنيفة لا يعترض عليهما ما لم يترافعا جميعا وقال محمد اذا رفع أحدهما يفرق بينهما أما الكلام فى المسئلة الاولى فوجه قول أبى يوسف ظاهر قوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحكم بينهم بما أنزله مطلقا عن شرط المرافعة وقد أنزل سبحانه وتعالى حرمة هذه الانكحة فيلزم الحكم بها مطلقا ولان الاصل فى الشرائع هو العموم فى حق الناس كافة الا أنه تعذر تنفيذها فى دار الحرب لعدم الولاية وأمكن فى دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها وكان النكاح فاسدا والنكاح الفاسد زنا من وجه فلا يمكنون منه كما لا يمكنون من الزنا فى دار الاسلام ولابى حنيفة ومحمد قوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم والآية حجة له فى المسئلتين جميعا أما فى المسئلة الاولى فلانه شرط المجىء للحكم عليهم وأثبت

سبحانه وتعالى التخيير بين الحكم والاعراض الا انه قام الدليل على نسخ التخيير ولا دليل على نسخ شرط المجيء فكان حكم الشرط باقيا ويحمل المطلق على المقيد لتعذر العمل بهما وامكان جعل المقيد بيانا للمطلق وأما في المسئلة الثانية فلانه سبحانه وتعالى شرط مجيئهم للحكم عليهم فاذا جاء أحدهما دون الآخر فلم يوجد الشرط وهو مجيئهم فلا يحكم بينهم وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر اما أن تذروا الربا أو تأذنوا بحرب من الله ورسوله ولم يكتب اليهم في أنكحتهم شيا ولو كان التفريق مستحقا قبل المرافعة لكتب به كما كتب بترك الربا وروى أن المسلمين لما فتحوا بلاد فارس لم يتعرضوا لانكحتهم وما روى ان عمر رضى الله عنه كتب أن يفرق بينهم وبين أمهاتهم لا يكاد يثبت لانه لو ثبت لنقل على طريق الاستفاضة لتوفر الدواعي الى نقلها فلما لم ينقل دل أنه لم يثبت أو يحمل على أنه كتب ثم رجع عنه ولم يعمل به ولان ترك التعرض والاعراض ثبت حقا لهما فاذا رفع أحدهما فقد أسقط حق نفسه فبقي حق الآخر (وجه) قول محمد أنه لما رفع أحدهما فقد رضي بحكم الاسلام فيلزم اجراء حكم الاسلام في حقه فيتعدى الى الآخر كما اذا أسلم أحدهما الا أن أبا حنيفة يقول الرضا بالحكم ليس نظير الاسلام بدليل أنه لو رضي ثم رجع عنه قبل الحكم عليه لم يلزمه بحكم الاسلام وبعدما أسلم لا يمكنه أن يأبى الرضا بأحكام الاسلام واذا لم يكن ذلك أمر الازما ضروريا فلا يتعدى الى غيره وجعل رضاه في حق الغير كالعدم بخلاف الاسلام وذكر القاضي الامام أبو زيد ان نكاح المحارم صحيح فيما بينهم في قول أبي حنيفة بدليل ان الذمي اذا تزوج بمحارمه ودخل بها لم يسقط احصانه عنده حتى لو قذفه انسان بالزنا بعدما أسلم يحد قاذفه عنده ولو كان النكاح سببا لسقط احصانه لان الدخول في النكاح الفاسد يسقط الاحصان كما في سائر الانكحة الفاسدة وكذلك لو ترافعا الينا فطلبت المرأة النفقة فان القاضي يقضي بالنفقة في قول أبي حنيفة فدل ان نكاح المحارم وقع صحيحا فيما بينهم في حكم الاسلام واتفقوا على انه لو تزوج حربي أختين في عقدة واحدة أو على التعاقب ثم فارق احداهما قبل الاسلام ثم أسلم ان نكاح الباقية صحيح ومعلوم ان الباقي غير الثابت ولو وقع نكاحها فاسدا لحال وقوعه لما أقر عليه بعد الاسلام وكذلك لو تزوج خمسا في عقد متفرقة ثم فارق الاولى منهن ثم أسلم بقي نكاح الاربع على الصحة ولو وقع فاسدا من الاصل لما انقلب صحيحا بالاسلام بل كان يتأكد الفساد فثبت ان هذه الانكحة وقعت صحيحة في حقهم في حكم الاسلام ثم يفرق بينهما بعد الاسلام لانه لا صحة لها في حق المسلمين ولو طلق الذمي امرأته ثلاثا أو خالعها ثم قام عليها كقيامه عليها قبل الطلاق يفرق بينهما وان لم يترافعا لان العقد قد بطل بالطلقات الثلاث وبالخلع لانه يدين بذلك فكان اقراره على قيامه عليها اقرارا على الزنا وهذا لا يجوز ولو تزوج ذمي ذمية على أن لا مهر لها وذلك في دينهم جائز صح ذلك ولا شيء لها في قول أبي حنيفة سواء دخل بها أو لم يدخل بها طلقها أو مات عنها أسلما أو أسلم أحدهما وعند أبي يوسف ومحمد لها مهر مثلها ثم ان طلقها بعد الدخول أو بعد الخلوة بها أو مات عنها تأكد ذلك وان طلقها قبل الدخول بها أو قبل الخلوة سقط مهر المثل ولها المتعة كالمسلمة ولو تزوج حربي حربية في دار الحرب على أن لا مهر لها جاز ذلك ولا شيء لها في قولهم جميعا والكلام في الجانبين على نحو ما ذكرنا في المسائل المتقدمة هما يقولان ان حكم الاسلام قد لزم الزوجين الذميين لالتزامهما أحكامنا ومن أحكامنا انه لا يجوز النكاح من غير مال بخلاف الحربيين لانهما ما التزما أحكامنا وأبو حنيفة يقول ان في دياناتهم جواز النكاح بلا مهر ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون الا فيما وقع الاستثناء في عقودهم كالربا وهذا لم يقع الاستثناء عنه فلا نتعرض لهم ويكون جائزا في حقهم في حكم الاسلام كما يجوز لهم في حكم الاسلام تملك الخمور والخنازير وتمليكها هذا اذا تزوجها وبقي المهر فأما اذا تزوجها وسكت عن تسميته بأن تزوجها ولم يسم لها مهرا فلها مهر المثل في ظاهر رواية الاصل فانه ذكر في الاصل ان الذمي اذا تزوج ذمية بميتة أو دم أو بغير شيء ان النكاح جائز ولها مهر مثلها فظاهر قوله أو بغير شيء يشعر بالسكوت عن التسمية لا بالنفي فيدل على وجوب مهر المثل حال السكوت عن التسمية ففرق أبو حنيفة بين السكوت وبين النفي وحكى عن الكرخي انه قال قياس قول أبي حنيفة انه

لا فرق بين حالة السكوت و بين النفي ووجهه انه لما جاز النكاح في ديانتهم بمهر و بغير مهر لم يكن في نفس العقد ما يدل على التزام المهر فلا بد لوجوبه من دليل وهو التسمية ولم توجد فلا يجب بخلاف نكاح المسلمين لانه لا جواز له بدون المهر فكان ذلك العقد التزاما للمهر (ووجه) الفرق بين السكوت و بين النفي على ظاهر الرواية انه لما سكت عن تسمية المهر لم تعرف ديانته النكاح بلا مهر فيجعل اقدامه على النكاح التزاما للمهر كما في حق المسلمين واذا نفى المهر نصاً دل انه يدين النكاح و يعتقده جائزا بلا مهر فلا يلزمه حكم نكاح أهل الاسلام بل يترك وما يدينه فهو الفرق ثم ما صلح مهراً في نكاح المسلمين فانه يصلح مهرا في نكاح أهل الذمة لا شك فيه لانه لما جاز نكاحنا عليه كان نكاحهم عليه أجوز وما لا يصلح مهراً في نكاح المسلمين لا يصلح مهرا في نكاحهم أيضا الا الخمر والخنزير لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الشاة والخل في حق المسلمين فيجوز أن يكون مهرا في حقهم في حكم الاسلام فان تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما فان كان الخمر والخنزير بعينه ولم يقبض فليس لها الا العين وان كان بغير عينه بأن كان في الذمة فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر مثلها وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لها مهر مثلها سواء كان بعينه أو بغير عينه وقال محمد لها القيمة سواء كان بعينه أو بغير عينه ولا خلاف في أن الخمر والخنزير اذا كان دينا في الذمة ليس لها غير ذلك (وجه) قولهما في أنه لا يجوز أن يكون لها العين ان الملك في العين وان ثبت لها قبل الاسلام لكن في القبض معنى التمليك لانه مؤكد للملك لان ملكها قبل القبض واه غير متأكد ألا ترى انه لو هلك عند الزوج كان الهلاك عليه وكذا لو تعيب و بعد القبض كان ذلك كله عليها فثبت ان الملك قبل القبض غير متأكد فكان القبض مؤكدا للملك والتأكيد اثبات من وجه فكان القبض تمليكا من وجه والمسلم منهي عن ذلك ولهذا لو اشترى ذمي من ذمي خمرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض ينتقض البيع ولأبي حنيفة ان المرأة تملك المهر قبل القبض ملكا تاما اذ الملك نوعان ملك رقبة وملك يد وهو ملك التصرف ولا شك ان ملك الرقبة ثابت لها قبل القبض وكذلك ملك التصرف لانها تملك التصرف في المهر قبل القبض من كل وجه فلم يبق الا صورة القبض والمسلم غير منهي عن صورة قبض الخمر والخنزير واقباضهما كما اذا غصب مسلم من مسلم خمرا ان الغاصب يكون مأموراً بالتسليم والمغصوب منه يكون مأذونا له في القبض وكذا الذمي اذا غصب منه الخمر ثم أسلم وكمسلم أودعه الذمي خمرا ثم أسلم الذمي ان له أن يأخذ الخمر من المودع يبقى هذا القدر وهو انه دخل المهر في ضمانها بالقبض لكن هذا لا يوجب ثبوت ملك لها لما ذكرنا ان ملكها تام قبل القبض مع ما ان دخوله في ضمانها أمر عليها فكيف يكون ملكا لها بخلاف المبيع فان ملك الرقبة وان كان ثابتا قبل القبض فملك التصرف لم يثبت وانما يثبت بالقبض وفيه معنى التمليك والتملك والاسلام يمنع من ذلك هذا اذا كانا عينين فان كانا دينين فليس لها الا العين بالاجماع لان الملك في هذه العين التي تأخذها ما كان ثابتا لها بالعقد بل كان ثابتا في الدين في الذمة وانما يثبت الملك في هذا المعين بالقبض والقبض تملك من وجه والمسلم ممنوع من ذلك (وجه) قول أبي يوسف ان الاسلام لما منع القبض والقبض حكم العقد جعل كأن المنع كان ثابتا وقت العقد فيصار الى مهر المثل كما لو كانا عند العقد مسلمين وجه قول محمد ان العقد وقع صحيحا والتسمية في العقد قد صحت الا أنه تعذر التسليم بسبب الاسلام لما في التسليم من التمليك من وجه على ما بينا والمسلم ممنوع من ذلك فيوجب القيمة كما لو هلك المسمى قبل القبض وأبو حنيفة يوجب القيمة في الخمر لما قاله محمد وهو القياس في الخنزير أيضا الا أنه استحسن في الخنزير أيضا وأوجب مهر المثل لان الخنزير حيوان ومن تزوج امرأة على حيوان في الذمة يخير بين تسليمه و بين تسليم قيمة الوسط منه بل القيمة هي الاصل في التسليم لان الوسط يعرف بها على ما ذكرنا فيما تقدم فكان ايفاء قيمة الخنزير بعد الاسلام حكم ايفاء الخنزير من وجه ولا سبيل الى ايفاء العين بعد الاسلام فلا سبيل الى ايفاء القيمة بخلاف الخمر لان قيمتها لم تكن واجبة قبل الاسلام ألا ترى انه لو جاء الزوج بالقيمة لا تجبر المرأة على القبول فلم يكن لبقائها حكم بقاء الخمر من وجه لذلك افترقا هذا كله اذا لم يكن المهر مقبوضا قبل الاسلام فان كان مقبوضاً فلا شيء

للمرأة لان الاسلام متى ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالعفو لان الملك قد ثبت على سبيل الكمال بالعقد والقبض فى حال الكفر فلا يثبت بعد الاسلام ملك وانما يوجد دوام الملك والاسلام لا ينافيه كمسلم تخمر عصيره أنه لا يؤمر بابطال ملكه فيها وكما فى نزول تحريم الربا وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل مكة أبطل من الربا ما لم يقبض ولم يتعرض صلى الله عليه وسلم لما قبض بالفسخ وهو أحد تأويلات قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين أمر سبحانه بترك ما بقى من الربا والامر بترك ما بقى من الربا هو النهى عن قبضه والله عز وجل الموفق ولو تزوجها على ميتة أو دم ذكر فى الاصل ان لها مهر مثلها وذكر فى الجامع الصغير انه لا شئ لها منهم ووفق بين الروايتين فحمل ما ذكره فى الاصل على الذميين وما ذكره فى الجامع على الحربيين ومنهم من جعل فى المسئلة روايتين (وجه) رواية الاصل انه لما تزوجها على الميتة والدم فلم يرض باستحقاق بضعها الا ببدل وقد تعذر استحقاق المسمى لانه ليس بمال فى حق أحد فكان لها مهر المثل كالمسلمة (وجه) رواية الجامع الصغير انها لما رضيت بالميتة مع انها ليست بمال كان ذلك منها دلالة الرضا باستحقاق بضعها بغير عوض أصلا كما اذا تزوجها على أن لا مهر لها والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ ثم كل عقد اذا عقده الذمى كان فاسدا فاذا عقده الحربى كان فاسدا أيضا لان المعنى المفسد لا يوجب الفصل بينهما وهو ما ذكرنا فيما تقدم ولو تزوج كافر بخمس نسوة أو باختين ثم أسلم فان كان تزوجهن فى عقدة واحدة فرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن فى عقد متفرقة صح نكاح الاربع وبطل نكاح الخامسة وكذا فى الاختين يصح نكاح الاولى وبطل نكاح الثانية وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يختار من الخمس أربعا ومن الاختين واحدة سواء تزوجهن فى عقدة واحدة أو فى عقد استحسانا وبه أخذ الشافعى احتج محمد بما روى ان غيلان أسلم وتحته عشر نسوة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار أربعا منهن وروى ان قيس ابن الحارث أسلم وتحته ثمان نسوة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا وروى ان فيروز الديلمى أسلم وتحته أختان فخيره رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يستفسر ان نكاحهن كان دفعة واحدة أو على الترتيب ولو كان الحكم يختلف لاستفسر فدل ان حكم الشرع فيه هو التخيير مطلقا ولابى حنيفة وأبى يوسف ان الجمع محرم على المسلم والكافر جميعا لان حرمته ثبتت لمعنى معقول وهو خوف الجور فى ايفاء حقوقهن والافضاء الى قطع الرحم على ما ذكرنا فيما تقدم وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم والكافر الا أنه لا يتعرض لاهل الذمة مع قيام الحرمة لان ذلك دياتهم وهو غير مستثنى من عهودهم وقد نهينا عن التعرض لهم عن مثله بعد اعطاء الذمة وليس لنا ولاية التعرض لاهل الحرب فاذا أسلم فقد زال المانع فلا يمكن من استيفاء الجمع بعد الاسلام فاذا كان تزوج الخمس فى عقدة واحدة فقد حصل نكاح كل واحدة منهن جميعا اذ ليست احداهن بأولى من الاخرى والجمع محرم وقد زال المانع من التعرض فلا بد من الاعتراض بالتفريق وكذلك اذا تزوج الاختين فى عقدة واحدة لان نكاح واحدة منهما جمعا اذ ليست احداهما بأولى من الاخرى والاسلام يمنع من ذلك ولا مانع من التفريق فيفرق فأما اذا كان تزوجهن على الترتيب فى عقد متفرقة فنكاح الاربع منهن وقع صحيحا لان الحر يملك التزوج بأربع نسوة مسلما كان أو كافرا ولم يصح نكاح الخامسة لحصوله جمعا فيفرق بينهما بعد الاسلام وكذلك اذا كان تزوج الاختين فى عقدتين فنكاح الاولى وقع صحيحا اذ لا مانع من الصحة وبطل نكاح الثانية لحصوله جمعا فلا بد من التفريق بعد الاسلام وأما الاحاديث ففيها اثبات الاختيار للزوج المسلم لكن ليس فيها ان له أن يختار ذلك بالنكاح الاول أو بنكاح جديد فاحتمل انه أثبت له الاختيار لتجدد العقد عليهن ويحتمل انه أثبت له الاختيار ليمسكهن بالعقد الاول فلا يكون حجة مع الاحتمال مع ما أنه قد روى أن ذلك قبل تحريم الجمع فانه روى فى الخبر أن غيلان أسلم وقد كان تزوج فى الجاهلية وروى عن مكحول انه قال كان ذلك قبل نزول الفرائض وتحريم الجمع ثبت بسورة النساء الكبرى وهى

مدنية وروى أن فيروز لما هاجر الى النبي صلى الله عليه وسلم قال له ان تحتي أختين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارجع فطلق احداهما ومعلوم أن الطلاق انما يكون في النكاح الصحيح فدل ان ذلك العقد وقع صحيحا في الاصل فدل انه كان قبل تحريم الجمع ولا كلام فيه وعلى هذا الخلاف اذا تزوج الحربي بأربع نسوة ثم سبي هو وسبين معه أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف يفرق بينه و بين الكل سواء تزوجهن في عقدة واحدة أو في عقد متفرقة لان نكاح الاربع وقع صحيحا لانه كان حرا وقت النكاح والحر يملك التزوج باربع نسوة مسلما كان أو كافرا الا أنه تعذر الاستيفاء بعد الاسترقاق لحصول الجمع من العبد في حال البقاء بين أكثر من اثنتين والعبد لا يملك الاستيفاء فيقع جمعا بين الكل ففرق بينه و بين الكل ولا يخير فيه كما اذا تزوج رضيعتين فارضعتهما امرأة بطل نكاحهما ولا يخير كذا هذا وعند محمد يخير فيه فيختار اثنتين منهن كما يخير الحر في أربع نسوة من نسائه ولو كان الحربي تزوج أما وبنتا ثم أسلم فان كان تزوجهما في عقدة واحدة فنكاحهما باطل وان كان تزوجهما متفرقا فنكاح الاولى جائز ونكاح الاخرى باطل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما قالا في الجمع بين الخمس والجمع بين الاختين وقال محمد نكاح البنت هو الجائز سواء تزوجهما في عقدة واحدة أو في عقدتين ونكاح الام باطل لان مجرد عقد الام لا يحرم البنت وهذا اذا لم يكن دخل بواحدة منهما ولو أنه كان دخل بهما جميعا فنكاحهما جميعا باطل بالاجماع لان مجرد الدخول يوجب التحريم سواء دخل بالام أو بالبنت ولو لم يدخل بالاولى ولكن دخل بالثانية فان كانت الاولى بنتا والثانية أما فنكاحهما جميعا باطل بالاجماع لان نكاح البنت يحرم الام والدخول بالام يحرم البنت ولو كان دخل باحداهما فان كان دخل بالاولى ثم تزوج الثانية فنكاح الاولى جائز ونكاح الثانية باطل بالاجماع ولو تزوج الام أولا ولم يدخل بها ثم تزوج البنت ودخل بها فنكاحهما جميعا باطل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الا أنه يحل له أن يتزوج بالبنت ولا يحل له ان يتزوج بالام وعند محمد نكاح البنت هو الجائز وقد دخل بها وهي امرأته ونكاح الام باطل

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط اللزوم فنوعان في الاصل نوع هو شرط وقوع النكاح لازما ونوع هو شرط بقائه على اللزوم (أما) الاول فأنواع منها أن يكون الولي في انكاح الصغير والصغيرة هو الاب او الجد فان كان غير الاب والجد من الاولياء كالاخ والعم لا يلزم النكاح حتى يثبت لهما الخيار بعد البلوغ وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط و يلزم نكاح غير الاب والجد من الاولياء حتى لا يثبت لهما الخيار (وجه) قول أبي يوسف أن هذا النكاح صدر من ولي فيلزم كما اذا صدر عن الاب والجد وهذا لان ولاية الانكاح ولاية نظر في حق المولى عليه فيدل ثبوتها على حصول النظر وهذا يمنع ثبوت الخيار لان الخيار لو ثبت انما يثبت لنفي الضرر ولا ضرر فلا يثبت الخيار ولهذا لم يثبت في نكاح الاب والجد كذا هذا ولهما ما روى أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان بن مظعون من عبد الله بن عمر رضي الله عنه فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد البلوغ فاختارت نفسها حتى روى أن ابن عمر قال انها انتزعت مني بعد ما ملكتها وهذا نص في الباب ولان أصل القرابة ان كان يدل على أصل النظر لكونه دليلا على أصل الشفقة فقصورها يدل على قصور النظر لقصور الشفقة بسبب بعد القرابة فيجب اعتبار أصل القرابة باثبات أصل الولاية واعتبار القصور باثبات الخيار تكميلا للنظر وتوفيرا في حق الصغير بتلافي التقصير لو وقع ولا يتوهم التقصير في انكاح الاب والجد لوفور شفقتهما فذلك لزم انكاحهما ولم يلزم انكاح الاخ والعم على أن القياس في انكاح الاب والجد أن لا يلزم الا انهم استحسنوا في ذلك لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج عائشة رضي الله عنها و بلغت لم يعلمها بالخيار بعد البلوغ ولو كان الخيار ثابتا لها وذلك حتما لاعلمها به وهل يلزم اذا زوجها الحاكم ذكر في الاصل ما يدل على أنه لا يلزم فانه قال اذا زوجها غير الاب والجد فلها الخيار والحاكم غير الاب والجد هكذا قول محمد أن لها الخيار وروى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا خيار لها (وجه) هذه الرواية أن ولاية الحاكم أعم من ولاية الاخ والعم لانه يملك التصرف في النفس والمال جميعا فكانت ولايته شبيهة بولاية

الاب والجد وولايتهما ملزمة كذلك ولاية الحاكم (وجه) رواية الاصل أن ولاية الاخ والعم أقوى من ولاية الحاكم بدليل انهما يتقدمان عليه حتى لا يزوج الحاكم مع وجودهما ثم ولايتهما غير ملزمة فولاية الحاكم أولى واذا ثبت الخيار لكل واحد منهما وهو اختيار النكاح أو الفرقة فيقع الكلام بعد هذا في موضعين أحدهما في بيان وقت ثبوت الخيار والثاني في بيان ما يبطل به الخيار أما الاول فالخيار يثبت بعد البلوغ لا قبله حتى لو رضيت بالنكاح قبل البلوغ لا يعتبر و يثبت الخيار بعد البلوغ لان أهلية الرضا تثبت بعد البلوغ لا قبله فيثبت الخيار بعد البلوغ لا قبله وأما الثاني فما يبطل به الخيار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الرضا بالنكاح نحو أن تقول رضيت بالنكاح واخترت النكاح أو أجزته وما يجري هذا المجرى فيبطل خيار الفرقة و يلزم النكاح وأما الدلالة فنحو السكوت من البكر عقيب البلوغ لان سكوت البكر دليل الرضا بالنكاح لما ذكرنا فيما تقدم أن البكر لغلبة حيائها تستحي عن اظهار الرضا بالنكاح فاما سكوت الثيب فان كان وطئها قبل البلوغ فبلغت وهي ثيب فسكتت عقيب البلوغ فلا يبطل به الخيار لانها لا تستحي عن اظهار الرضا بالنكاح عادة لان بالثيابة قل حياؤها فلا يصح سكوتها دليلا على الرضا بالنكاح فلا يبطل خيارها الا بصريح الرضا بالنكاح أو بفعل أو بقول يدل على الرضا نحو التمكين من الوطء وطلب المهر والنفقة وغير ذلك وكذا سكوت الغلام بعد البلوغ لان الغلام لا يستحي عن اظهار الرضا بالنكاح اذ ذاك لدليل الرجولية فلا يسقط خياره الا بنص كلامه أو بما يدل على الرضا بالنكاح من الدخول بها وطلب التمكن منها وادرار النفقة عليها ونحو ذلك ثم العلم بالنكاح شرط بطلان الخيار من طريق الدلالة حتى لو لم تكن عالمة بالنكاح لا يبطل الخيار لان بطلان الخيار لوجود الرضا منها دلالة والرضا بالشيء قبل العلم به لا يتصور اذ هو استحسان الشيء ومن لم يعلم بشيء كيف يستحسنه فاذا كانت عالمة بالنكاح ووجد منها دليل الرضا بالنكاح بطل خيارها ولا يمتد هذا الخيار الى آخر المجلس بل يبطل بالسكوت من البكر بخلاف خيار العتق وخيار المخيرة لان التخيير هناك وجد من العبد وهو الزوج أو المولى أما في الزوج فظاهر وكذا في المولى لان الخيار يثبت بالعتق والعتق حصل باعتاقه والتخيير من العبد تمليك فيقتضي جوابا في المجلس فيمتد الى آخر المجلس كخيار القبول في البيع بخلاف خيار البلوغ لانه ما ثبت بصنع العبد بل باثبات الشرع فلم يكن تمليكا فلا يمتد الى آخر المجلس وان لم تكن عالمة بالنكاح فلها الخيار حين تعلم بالنكاح ثم خيار البلوغ يثبت للذكر والانثى وخيار العتق لا يثبت الا للمعتقة لان خيار البلوغ يثبت لقصور الولاية وذا لا يختلف بالذكورة والانوثة وخيار العتق ثبت لزيادة الملك عليها بالعتق وذا يختص بها وكذا خيار البلوغ للذكر والانثى اذا كانت الانثى ثيبا لا يبطل بالقيام عن المجلس وخيار العتق والمخيرة يبطل والفرق على نحو ما ذكرنا من خيار البكر وخيار العتق وخيار المخيرة أن الاول يبطل بالسكوت والثاني لا يبطل وأما العلم بالخيار فليس بشرط والجهل به ليس بعذر لان دار الاسلام دار العلم بالشرائع فيمكن الوصول اليها بالتعلم فكان الجهل بالخيار في غير موضعه فلا يعتبر ولهذا لا يعذر العوام في دار الاسلام بجهلهم بالشرائع بخلاف خيار العتق فان العلم بالخيار هناك شرط والجهل به عذر وان كان دار الاسلام دار العلم بالشرائع والاحكام لان الوصول اليها ليس من طريق الضرورة بل بواسطة التعلم والامة لا تتمكن من التعلم لانها لا تتفرغ لذلك لاشتغالها بخدمة مولاها بخلاف الحرة ثم اذا اختار أحدهما الفرقة فهذه الفرقة لا تثبت الا بقضاء القاضي بخلاف خيار العتق فان المعتقة اذا اختارت نفسها تثبت الفرقة بغير قضاء القاضي (وجه) الفرق ان أصل النكاح ههنا ثابت وحكمه نافذ وانما الغائب وصف الكمال وهو صفة اللزوم فكان الفسخ من أحد الزوجين رفع الاصل بفوات الوصف وفوات الوصف لا يوجب رفع الاصل لما فيه من جعل الاصل تبعا للوصف وليس له هذه الولاية وبه حاجة الى ذلك فلا بد من رفعه الى من له الولاية العامة وهو القاضي ليرفع النكاح دفعا لحاجة الصغير الذي بلغ ونظرا له بخلاف خيار العتق لان الملك ازداد عليها بالعتق ولها أن لا ترضى بالزيادة فكان لها أن تدفع الزيادة ولا يمكن دفعها الا

باندفاع ما كان ثابتاً فيندفع الثابت ضرورة دفع الزيادة وهذا يمكن اذ ليس بعض الملك تابعا لبعض فلا تقع الحاجة الى قضاء القاضي ونظير الفصلين الرد بالعيب قبل القبض وبعده ان الاول يثبت بدون قضاء القاضي والثاني لا يثبت عند عدم التراضي منهما الا بقضاء القاضي والله عز وجل أعلم ولو زوج ابنته ابن أخيه فلا خيار لها بالاجماع لان النكاح صدر عن الاب وأما ابن الاخ فله الخيار في قول أبي حنيفة ومحمد لصدور النكاح عن العم وعند أبي يوسف لا خيار له والمسألة قد مرت ولو أعتق أمته ثم زوجها وهي صغيرة فلها خيار البلوغ لان ولاية الولاء دون ولاية القرابة فلما ثبت الخيار ثمة فلان يثبت ههنا أولى ولو زوجها ثم أعتقها وهي صغيرة فلها اذا بلغت خيار العتق لا خيار البلوغ لان النكاح صادفها وهي رقيقة

﴿ فصل ﴾ ومنها كفاءة الزوج في انكاح المرأة الحرة البالغة العاقلة نفسها من غير رضا الاولياء بمهر مثلها فيقع الكلام في هذا الشرط في أربعة مواضع أحدها في بيان ان الكفاءة في باب النكاح هل هي شرط لزوم النكاح في الجملة أم لا والثاني في بيان النكاح الذي الكفاءة من شرط لزومه والثالث في بيان ما تعتبر فيه الكفاءة والرابع في بيان من يعتبر له الكفاءة أما الاول فقد قال عامة العلماء انها شرط وقال الكرخي ليست بشرط أصلا وهو قول مالك وسفيان الثوري والحسن البصري واحتجوا بما روى ان أباطيبة خطب الى بني بياضة فأبوا ان يزوجوه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انكحوا أباطيبة ان لا تفعلوا تكن فتنة في الارض وفساد كبير وروى أن بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم من الانصار فابوا ان يزوجوه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمركم ان أن تزوجوني أمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتزويج عند عدم الكفاءة ولو كانت معتبرة لما أمر لان التزويج من غير كفء غير مأمور به وقال صلى الله عليه وسلم ليس لعربي على عجمي فضل الا بالتقوى وهذا نص ولان الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع لكان أولى الابواب بالاعتبار بها باب الدماء لانه يحتاط فيه مالا يحتاط في سائر الابواب ومع هذا لم يعتبر حتى يقتل الشريف بالوضيع فههنا أولى والدليل عليه انها لم تعتبر في جانب المرأة فكذا في جانب الزوج (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم ولان مصالح النكاح تختل عند عدم الكفاءة لانها لا تحصل الا بالاستفراش والمرأة تستنكف عن استفراش غير الكفء وتعير بذلك فتختل المصالح ولان الزوجين يجري بينهما مباسطات في النكاح لا يبقى النكاح بدون تحملها عادة والتحمل من غير الكفء أمر صعب يثقل على الطباع السليمة فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها ولا حجة لهم في الحديثين لان الامر بالتزويج يحتمل أنه كان ندبا لهم الى الافضل وهو اختيار الدين وترك الكفاءة فيما سواه والاقتصار عليه وهذا لا يمنع جواز الامتناع وعندنا الافضل اعتبار الدين والاقتصار عليه ويحتمل أنه كان أمر ايجاب أمرهم بالتزويج منهما مع عدم الكفاءة تخصيصا لهم بذلك كما خص أباطيبة بالتمكين من شرب دمه صلى الله عليه وسلم وخص خزيمة بقبول شهادته وحده ونحو ذلك ولا شركة في موضع الخصوصية حملنا الحديثين على ما قلنا توفيقا بين الدلائل وأما الحديث الثالث فالمراد به أحكام الآخرة اذ لا يمكن حمله على أحكام الدنيا لظهور فضل العربي على العجمي في كثير من أحكام الدنيا فيحمل على أحكام الآخرة وبه نقول والقياس على القصاص غير سديد لان القصاص شرع لمصلحة الحياة واعتبار الكفاءة فيه يؤدي الى تفويت هذه المصلحة لان كل أحد يقصد قتل عدوه الذي لا يكافئه فتفوت المصلحة المطلوبة من القصاص وفي اعتبار الكفاءة في باب النكاح تحقيق المصلحة المطلوبة من النكاح من الوجه الذي بينا فبطل الاعتبار وكذا الاعتبار بجانب المرأة لا يصح أيضا لان الرجل لا يستنكف عن استفراش المرأة الدنيئة لان الاستنكاف عن المستفرش لا عن المستفرش والزوج مستفرش فيستفرش الوطيء والخشن

﴿ فصل ﴾ وأما الثاني فالنكاح الذي الكفاءة فيه شرط لزومه هو انكاح المرأة نفسها من غير رضا الاولياء لا يلزم

حتى لو زوجت نفسها من غير كفء من غير رضا الاولياء لا يلزم وللاولياء حق الاعتراض لان فى الكفاءة حقاً للاولياء لانهم ينتفعون بذلك ألا ترى أنهم يتفاخرون بعلو نسب الختن ويتعيرون بدناءة نسبه فيتضررون بذلك فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض كالمشترى اذا باع الشقص المشفوع ثم جاء الشفيع كان له أن يفسخ البيع ويأخذ المبيع بالشفعة دفعاً للضرر عن نفسه كذا هذا ولو كان التزويج برضاهم يلزم حتى لا يكون لهم حق الاعتراض لان التزويج من المرأة تصرف من الاهل فى محل هو خالص حقها وهو نفسها وامتناع اللزوم كان لحقهم المتعلق بالكفاءة فاذا رضوا فقد أسقطوا حق أنفسهم وهم من أهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط فيسقط ولو رضى به بعض الاولياء سقط حق الباقين فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يسقط وجه قوله أن حقهم فى الكفاءة ثبت مشتركا بين الكل فاذا رضى به أحدهم فقد أسقط حق نفسه فلا يسقط حق الباقين كالدين اذا وجب لجماعة فابرأ بعضهم لا يسقط حق الباقين لما قلنا كذا هذا ولان رضا أحدهم لا يكون أكثر من رضاها فان زوجت نفسها من غير كفء بغير رضاهم لا يسقط حق الاولياء برضاها فلان لا يسقط برضا أحدهم أولى ولهما أن هذا حق واحد لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة واسقاط بعض ما لا يتجزأ اسقاط لكله لانه لا بعض له فاذا أسقط واحد منهم لا يتصور بقاؤه فى حق الباقين كالقصاص اذا وجب لجماعة فعفا أحدهم عنه أنه يسقط حق الباقين كذا هذا ولان حقهم فى الكفاءة ما ثبت لعينه بل لدفع الضرر والتزويج من غير كفء وقع اضرارا بالاولياء من حيث الظاهر وهو ضرر عدم الكفاءة فالظاهر انه لا يرضى به أحدهم الا بعد علمه بمصلحة حقيقية هى أعظم من مصلحة الكفاءة وقف هو عليها وغفل عنها الباقون لولاها لما رضى وهى دفع ضرر الوقوع فى الزنا على تقدير الفسخ وأما قوله الحق ثبت مشتركا بينهم فنقول على الوجه الاول ممنوع بل ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره لان ما لا يتجزأ لا يتصور فيه الشركة كحق القصاص والامان بخلاف الدين فانه يتجزأ فتتصور فيه الشركة وبخلاف ما اذا زوجت نفسها من غير كفء بغير رضا الاولياء لان هناك الحق متعدد لفظها خلاف جنس حقهم لان حقها فى نفسها وفى نفس العقد ولا حق لهم فى نفسها ولا فى نفس العقد وانما حقهم فى دفع الشين عن أنفسهم واذا اختلف جنس الحق فسقوط أحدهما لا يوجب سقوط الآخر وأما على الوجه الثانى فمسلم لكن هذا الحق ما ثبت لعينه بل لدفع الضرر وفى ابقائه لزوم أعلى الضررين فيسقط ضرورة وكذلك الاولياء لو زوجوها من غير كفء برضاها يلزم النكاح لما قلنا ولو زوجها أحد الاولياء من غير كفء برضاها من غير رضا الباقين يجوز عند عامة العلماء خلافا لمالك بناء على أن ولاية الانكاح ولاية مستقلة لكل واحد منهم عندنا وعنده ولاية مشتركة وقد ذكرنا المسئلة فى شرائط الجواز وهل يلزم قال أبو حنيفة ومحمد يلزم وقال أبو يوسف وزفر والشافعى لا يلزم وجه قولهم على نحو ما ذكرنا فيما تقدم ان الكفاءة حق ثبت للكل على الشركة واحد الشريكين اذا اسقط حق نفسه لا يسقط حق صاحبه كالدين المشترك وجه قولهما ان هذا حق واحد لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ ومثل هذا الحق اذا ثبت لجماعة يثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره كالقصاص والامان ولان اقدامه على النكاح مع كمال الرأى برضاها مع التزام ضرر ظاهر بالقبيلة وبنفسه وهو ضرر عدم الكفاءة بلحوق العار والشين دليل كونه مصلحة فى الباطن وهو اشتماله على دفع ضرر أعظم من ضرر عدم الكفاءة وهو ضرر عار الزنا أو غيره لولاه لما فعل وأما انكاح الاب والجد الصغير والصغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط للزومه عند أبى حنيفة كما انها ليست بشرط الجواز عنده فيجوز ذلك ويلزم لصدوره ممن له كمال نظر لكمال الشفقة بخلاف انكاح الاخ والعم من غير الكفء انه لا يجوز بالاجماع لانه ضرر محض على ما بينا فى شرائط الجواز واما انكاحهما من الكفء فجائز عندنا خلافا للشافعى لكنه غير لازم فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لازم والمسئلة قد مرت

﴿فصل﴾ وأما الثالث فى بيان ما تعتبر فيه الكفاءة فما تعتبر فيه الكفاءة أشياء منها النسب والاصل فيه قول النبى

صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض حي بحي وقبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل لان التفاخر والتعيير يقعان بالانساب فتلحق النقيصة بدناءة النسب فتعتبر فيه الكفاءة قريش بعضهم أكفاء لبعض على اختلاف قبائلهم حتى يكون القرشي الذي ليس بهاشمي كالتيمي والاموي والعدوي ونحو ذلك كفأ للهاشمي لقوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم أكفاء لبعض وقريش تشتمل على بني هاشم والعرب بعضهم أكفاء لبعض بالنص ولا تكون العرب كفأ لقريش لفضيلة قريش على سائر العرب ولذلك اختصت الامامة بهم قال النبي صلى الله عليه وسلم الائمة من قريش بخلاف القرشي انه يصلح كفأ للهاشمي وان كان للهاشمي من الفضيلة ما ليس للقرشي لكن الشرع أسقط اعتبار تلك الفضيلة في باب النكاح عرفنا ذلك بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج ابنته من عثمان رضي الله عنه وكان أمويا لا هاشميا وزوج علي رضي الله عنه ابنته من عمر رضي الله عنه ولم يكن هاشميا بل عدويا فدل ان الكفاءة في قريش لا تختص ببطن دون بطن واستثنى محمد رضي الله عنه بيت الخلافة فلم يجعل القرشي الذي ليس بهاشمي كفأ له ولا تكون الموالي أكفاء للعرب لفضل العرب على العجم والموالي بعضهم أكفاء لبعض بالنص وموالي العرب أكفاء لموالي قريش لعموم قوله والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل ثم مفاخرة العجم بالاسلام لا بالنسب ومن له أب واحد في الاسلام لا يكون كفأ لمن له آباء كثيرة في الاسلام لان تمام التعريف بالجد والزيادة على ذلك لا نهاية لها وقيل هذا اذا كان في موضع قد طال عهد الاسلام وامتد فاما اذا كان في موضع كان عهد الاسلام قريبا بحيث لا يعير بذلك ولا يعد عيبا يكون بعضهم كفأ لبعضهم لان التعيير اذا لم يجر بذلك ولم يعد عيبا لم يلحق الشين والنقيصة فلا يتحقق الضرر

﴿فصل﴾ ومنها الحرية لان النقص والشين بالرق فوق النقص والشين بدناءة النسب فلا يكون القن والمدبر والمكاتب كفأ للحرة بحال ولا يكون مولى العتاقة كفأ لحرة الاصل ويكون كفأ لمثله لان التفاخر يقع بالحرة الاصلية والتعيير يجري في الحرية العارضة المستفادة بالاعتاق وكذا من له أب واحد في الحرية لا يكون كفأ لمن له أبوان فصاعدا في الحرية ومن له أبوان في الحرية لا يكون كفأ لمن له آباء كثيرة في الحرية كما في اسلام الآباء لان أصل التعريف بالاب وتمامه بالجد وليس وراء التمام شيء وكذا مولى الوضيع لا يكون كفأ لمولاة الشريف حتى لا يكون مولى العرب كفأ لمولاة بني هاشم حتى لو زوجت مولاة بني هاشم نفسها من مولى العرب كان لمعتقها حق الاعتراض لان الولاء بمنزلة النسب قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب

﴿فصل﴾ ومنها المال فلا يكون الفقير كفأ للغنية لان التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة وخصوصا في زماننا هذا ولان للنكاح تعلقا بالمهر والنفقة تعلقا لازما فانه لا يجوز بدون المهر والنفقة لازمة ولا تعلق له بالنسب والحرية فلما اعتبرت الكفاءة ثمة فلان تعتبر ههنا أولى والمعتبر فيه القدرة على مهر مثلها والنفقة ولا تعتبر الزيادة على ذلك حتى ان الزوج اذا كان قادرا على مهر مثلها ونفقتها يكون كفأ لها وان كان لا يساويها في المال هكذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في ظاهر الروايات وذكر في غير رواية الاصول ان تساويهما في الغنا شرط تحقق الكفاءة في قول أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف لان التفاخر يقع في الغنا عادة والصحيح هو الاول لان الغنا لا ثبات له لان المال غاد ورائح فلا تعتبر المساواة في الغنا ومن لا يملك مهرا ولا نفقة لا يكون كفأ لان المهر عوض ما يملك بهذا العقد فلا بد من القدرة عليه وقيام الازدواج بالنفقة فلا بد من القدرة عليها ولان من لا قدرة له على المهر والنفقة يستحقر ويستهان في العادة كمن له نسب دنيء فتختل به المصالح كما تختل عند دناءة النسب وقيل المراد من المهر قدر المعجل عرفا وعادة دون ما في الذمة لان ما في الذمة يسامح فيه بالتأخير الى وقت اليسار فلا يطلب به للحال عادة والمال غاد ورائح وروي عن أبي يوسف انه اذا ملك النفقة يكون كفأ وان لم يملك المهر هكذا روي الحسن بن أبي

مالك عنه فانه روى عنه انه قال سألت أبا يوسف عن الكفء فقال الذى يملك المهر والنفقة فقلت وان كان يملك المهر دون النفقة فقال لا يكون كفأ فقلت فان ملك النفقة دون المهر فقال يكون كفأ وانما كان كذلك لان المرء يعد قادرا على المهر بقدرة أبيه عادة ولهذا لم يجز دفع الزكاة الى ولد الغنى اذا كان صغيرا وان كان فقيرا فى نفسه لانه يعد غنيا بمال أبيه ولا يعد قادرا على النفقة بغنا أبيه لان الاب يتحمل المهر الذى على ابنه ولا يتحمل نفقة زوجته عادة وقال بعضهم اذا كان الرجل ذا جاه كالسلطان والعالم فانه يكون كفأ وان كان لا يملك من المال الا قدر النفقة لما ذكرنا ان المهر تجرى فيه المسامحة بالتأخير الى وقت اليسار والمال يغدو و يروح وحاجة المعيشة تندفع بالنفقة

﴿فصل﴾ ومنها الدين فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف حتى لو ان امرأة من بنات الصالحين اذا زوجت نفسها من فاسق كان للاولياء حق الاعتراض عندهما لان التفاخر بالدين أحق من التفاخر بالنسب والحرية والمال والتعيير بالفسق اشد وجوه التعيير وقال محمد لا تعتبر الكفاءة فى الدين لان هذا من أمور الآخرة والكفاءة من احكام الدنيا فلا يقدح فيها الفسق الا اذا كان شيئا فاحشا بأن كان الفاسق ممن يسخر منه و يضحك عليه و يصفع فان كان ممن يهاب منه بان كان أميرا قتالا يكون كفأ لان هذا الفسق لا يعد شينا فى العادة فلا يقدح فى الكفاءة وعن أبى يوسف ان الفاسق اذا كان معلنا لا يكون كفأ وان كان مستترا يكون كفأ

﴿فصل﴾ وأما الحرفة فقد ذكر الكرخى ان الكفاءة فى الحرف والصناعات معتبرة عند أبى يوسف فلا يكون الحائك كفأ للجوهرى والصيرفى وذكر ان أبا حنيفة بنى الامر فيها على عادة العرب ان موالهم يعملون هذه الاعمال لا يقصدون بها الحرف فلا يعيرون بها وأجاب أبو يوسف على عادة أهل البلاد انهم يتخذون ذلك حرفة فيعيرون بالدنىء من الصنائع فلا يكون بينهم خلاف فى الحقيقة وكذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى اعتبار الكفاءة فى الحرفة ولم يذكر الخلاف فتثبت الكفاءة بين الحرفتين فى جنس واحد كالبزاز مع البزاز والحائك مع الحائك وتثبت عند اختلاف جنس الحرف اذا كان يقارب بعضها بعضا كالبزاز مع الصائغ والصائغ مع العطار والحائك مع الحجام والحجام مع الدباغ ولا تثبت فيما لا مقاربة بينهما كالعطار مع البيطار والبزاز مع الخراز وذكر فى بعض نسخ الجامع الصغير ان الكفاءة فى الحرف معتبرة فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف غير معتبرة الا أن تكون فاحشة كالحياكة والحجامة والدباغة ونحو ذلك لانها ليست بأمر لازم واجب الوجود ألا ترى انه يقدر على تركها وهذا يشكل بالحياكة واخواتها فانه قادر على تركها ومع هذا يقدح فى الكفاءة والله تعالى الموفق وأهل الكفر بعضهم أكفاء لبعض لان اعتبار الكفاءة لدفع النقيصة ولا نقيصة أعظم من الكفر

﴿فصل﴾ وأما بيان من تعتبر له الكفاءة فالكفاءة تعتبر للنساء لا للرجال على معنى انه تعتبر الكفاءة فى جانب الرجال للنساء ولا تعتبر فى جانب النساء للرجال لان النصوص وردت بالاعتبار فى جانب الرجال خاصة وكذا المعنى الذى شرعت له الكفاءة يوجب اختصاص اعتبارها بجانبهم لان المرأة هى التى تستنكف لا الرجل لانها هى المستفرشة فاما الزوج فهو المستفرش فلا تلحقه الانفة من قبلها ومن مشايخنا من قال ان الكفاءة فى جانب النساء معتبرة أيضا عند أبى يوسف ومحمد استدلالا بمسئلة ذكرها فى الجامع الصغير فى باب الوكالة وهى أن أمير أمر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره قال جاز عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز ولا دلالة فى هذه المسئلة على ما زعموا لان عدم الجواز عندهما يحتمل أن يكون لمعنى آخر وهو ان من أصلهما أن التوكيل المطلق يتقيد بالعرف والعادة فينصرف الى المتعارف كما فى الوكيل بالبيع المطلق ومن أصل أبى حنيفة انه يجرى على اطلاقه فى غير موضع الضرورة والتهمة ويحتمل أن يكون عدم الجواز عندهما لاعتبار الكفاءة فى تلك المسئلة خاصة حملا للمطلق على المتعارف كما هو أصلهما اذ المتعارف هو التزويج بالكفء فاستحسنا اعتبار الكفاءة فى جانبهن فى مثل تلك الصورة لمكان العرف والعادة وقد نص محمد رحمه الله على القياس والاستحسان فى تلك المسألة فى وكالة الاصل فلم تكن هذه المسألة دليلا

على اعتبار الكفاءة فى جانبهن أصلا عندهما ولا تكون دليلا على ذلك على الاطلاق بل فى تلك الصورة خاصة استحسانا للعرف ولو أظهر رجل نسبه لامرأة فزوجت نفسها منه ثم ظهر نسبه على خلاف ما أظهره فالامر لا يخلو اما ان يكون المكتوم مثل المظهر واما ان يكون أعلى منه واما ان يكون أدون فان كان مثله بان أظهر انه تيمى ثم ظهر أنه عدوى فلا خيار لها لان الرضا بالشىء يكون رضا بمثله وان كان أعلى منه بان أظهر انه عربى فظهر انه قرشى فلا خيار لها أيضا لان الرضا بالادنى يكون رضا بالاعلى من طريق الاولى وعن الحسن بن زياد ان لها الخيار لان الاعلى لا يحتمل منها ما يحتمل الادنى فلا يكون الرضا منها بالمظهر رضا بالاعلى منه وهذا غير سديد لان الظاهر انها ترضى بالكفء وان كان الكفء لا يحتمل منها ما يحتمل غير الكفء لان غير الكفء ضرره أكثر من نفعه فكان الرضا بالمظهر رضا بالاعلى منه من طريق الاولى وان كان أدون منه بان أظهر انه قرشى ثم ظهر انه عربى فلها الخيار وان كان كفأ لها بان كانت المرأة عربية لانها انما رضيت بشرط الزيادة وهى زيادة مرغوب فيها ولم تحصل فلا تكون راضية بدونها فكان لها الخيار وروى انه لا خيار لها لان الخيار لدفع النقص ولا نقيصة لانه كفء لها هذا اذا فعل الرجل ذلك فاما اذا فعلت المرأة بان أظهرت امرأة نسبها لرجل فتزوجها ثم ظهر بخلاف ما أظهرت فلا خيار للزوج سواء تبين انها حرة أو امة لان الكفاءة فى جانب النساء غير معتبرة ويتصل بهذا ما اذا تزوج رجل امرأة على انها حرة فولدت منه ثم أقام رجل البينة على انها امته فان المولى بالخيار ان شاء أجاز النكاح وان شاء أبطله لان النكاح حصل بغير اذن المولى فوقف على اجازته ويغرم العقر لانه وطئ جارية غير مملوكة له حقيقة فلا يخلو عن عقوبة أو غرامة ولا سبيل الى ايجاب العقوبة للشبهة فتجب الغرامة وأما الولد فان كان المغرور حرا فالولد حر بالقيمة لاجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك فانه روى عن عمر رضى الله عنه انه قضى بذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان الاستيلاد حصل بناء على ظاهر النكاح اذ لا علم للمستولد بحقيقة الحال فكان المستولد مستحقا للنظر والمستحق مستحق للنظر أيضا لانه ظهر كون الجارية ملكا له فتجب مراعاة الحقين بقدر الامكان فراعينا حق المستولد فى صورة الاولاد وحق المستحق فى معنى الاولاد رعاية للجانبين بقدر الامكان وتعتبر قيمته يوم الخصومة لانه وقت سبب وجوب الضمان وهو منع الولد عن المستحق له لانه علق عبدا فى حقه ومنع عنه يوم الخصومة ولو مات الولد قبل الخصومة لا يغرم قيمته لان الضمان يجب بالمنع ولم يوجد المنع من المغرور ولانه لا صنع له فى موته وان كان الابن ترك مالا فهو ميراث لابيه لانه ابنه وقد مات حرا فيرثه ولا يغرم للمستحق شيأ لان الميراث ليس ببدل عن الميت وان كان الابن قتله رجل وأخذ الاب الدية فانه يغرم قيمته للمستحق لان الدية بدل عن المقتول فتقوم مقامه كانه حى وان كان رجل ضرب بطن الجارية فالقت جنينا ميتا يغرم الضارب الغرة خمسمائة ثم يغرم المستولد للمستحق فان كان الولد ذكرا فنصف عشر قيمته وان كان انثى فعشر قيمتها وان كان المغرور عبدا فالاولاد يكونون أرقاء للمستحق فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يكونون أحرارا ويكونون أولاد المغرور (وجه) قول محمد ان هذا ولد المغرور حقيقة لانخلاقه من مائه وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولهما ان القياس ان يكون الولد ملك المستحق لان الجارية تبين انها ملكه فيتبين ان الولد حدث على ملكه لان الولد يتبع الام فى الحرية والرق الا أنا تركنا القياس باجماع الصحابة رضى الله عنهم وهم انما قضوا بحرية الولد فى المغرور الحر فبقى الامر فى غيره مردودا الى أصل القياس ثم المغرور هل يرجع بما غرم على الغار والغار لا يخلو اما ان يكون أجنبيا واما ان يكون مولى الجارية واما ان يكون هى الجارية فان كان أجنبيا فان كان حرا فغره بأن قال تزوج بها فانها حرة أو لم يأمره بالتزويج لكنه زوجها على انها حرة أو قال هى حرة وزوجها منه فانه يرجع على الغار بقيمة الاولاد لانه صار ضامنا له ما يلحقه من الغرامة فى ذلك النكاح فيرجع عليه بحكم الضمان ولا يرجع عليه بالعقر لانه ضمنه بفعل نفسه فلا يرجع على أحد ولو قال هى حرة ولم يأمره بالتزويج ولم يزوجها منه لا يرجع على المخبر بشئ لان

معنى الضمان والالتزام لا يتحقق بهذا القدر وان كان الغار عبد الرجل فان كان مولاه لم يأمره بذلك يرجع عليه بعد العتاق وان كان أمره بذلك رجع عليه للحال الا اذا كان مكاتباً أو مكاتبة فانه يرجع عليه بعد العتاق لان أمر المولى بذلك لا يصح وان كان المولى هو الذى غره فلا يضمن المغرور من قيمة الاولاد شيأ لانه لو ضمن للمولى لكان له ان يرجع على المولى بما ضمن فلا يفيد وجوب الضمان وان كانت الامة هى التى غرته فان كان المولى لم يأمرها بذلك فان المغرور يرجع على الامة بعد العتاق لا للحال لانه دين لم يظهر فى حق المولى وان كان أمرها بذلك يرجع على الامة للحال لانه ظهر وجوبه فى حق المولى هذا اذا غره أحد اما اذا لم يغره أحد ولكنه ظن انها حرة فتزوجها فاذا هى أمة فانه لا يرجع بالعقر على أحد لما قلنا والاولاد أرقاء لمولى الامة لان الجارية ملكه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ ومنها كمال مهر المثل فى انكاح الحرة العاقلة البالغة نفسها من غير كفء بغير رضا الاولياء فى قول أبى حنيفة حتى لو زوجت نفسها من كفء باقل من مهر مثلها مقدارما لا يتغابن فيه الناس بغير رضا الاولياء فللاولياء حق الاعتراض عنده فاما ان يبلغ الزوج الى مهر مثلها أو يفرق بينهما وعند أبى يوسف ومحمد هذا ليس بشرط ويلزم النكاح بدونه حتى يثبت للاولياء حق الاعتراض وهاتان المسئلتان أعنى هذه المسئلة والمسئلة المتقدمة عليها وهى ما اذا زوجت نفسها من غير كفء وبغير رضا الاولياء لا شك انهما يتفرعان على أصل أبى حنيفة وزفر احدى الروايتين عن أبى يوسف ورواية الرجوع عن محمد لان النكاح جائز واما على أصل محمد فى ظاهر الرواية عنه واحدى الروايتين عن أبى يوسف فلا يجوز هذا النكاح فيشكل التفريع فتصور المسألة فيما اذا أذن الولى لها بالتزويج فزوجت نفسها من غير كفء أو من كفء باقل من مهر مثلها وذكر فى الاصل صورة أخرى وهى ما اذا أكره الولى والمرأة على النكاح من غير كفء أو من كفء باقل من مهر مثلها ثم زال الاكراه ففى المسألة الاولى لكل واحد منهما أعنى الولى والمرأة حق الاعتراض وان رضى أحدهما لا يبطل حق الآخر وفى المسألة الثانية لها حق الاعتراض فان رضيت بالنكاح والمهر فللولى ان يفسخ فى قول أبى حنيفة وفى قول محمد وأبى يوسف الآخير ليس له ان يفسخ وتصور المسألة على أصل الشافعى فيما اذا أمر الولى رجلا بالتزويج فزوجها من غير كفء برضاها أو من كفء بمهر قاصر برضاها (وجه) قول أبى يوسف ومحمد ان المهر حقها على الخلوص كالثمن فى البيع والاجرة فى الاجارة فكانت هى بالنقص متصرفة فى خالص حقها فيصح ويلزم كما اذا أبرأت زوجها عن المهر ولهذا جاز الابراء عن الثمن فى باب البيع والبيع بثمن بخس كذا هذا ولابى حنيفة ان للاولياء حقا فى المهر لانهم يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون ببخسه فيلحقهم الضرر بالبخس وهو ضرر التعيير فكان لهم دفع الضرر عن أنفسهم بالاعتراض ولهذا يثبت لهم حق الاعتراض بسبب عدم الكفاءة كذا هذا ولانها بالبخس عن مهر مثلها أضرت بنساء قبيلتها لان مهور مثلها عند تقادم العهد تعتبر بها فكانت بالنقص ملحقة الضرر بالقبيلة فكان لهم دفع هذا الضرر عن أنفسهم بالفسخ والله أعلم

﴿ فصل ﴾ ومنها خلو الزوج عن عيب الجب والعنة عند عدم الرضا من الزوجة بهما عند عامة العلماء وقال بعضهم عيب العنة لا يمنع لزوم النكاح واحتجوا بما روى ان امرأة رفاعة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله انى كنت تحت رفاعة فطلقنى آخر التطليقات الثلاث وتزوجت عبد الرحمن بن الزبير فوالله ما وجدت معه الا مثل الهدبة فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لعلك تريدين ان ترجعى الى رفاعة لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك فوجه الاستدلال ان تلك المرأة ادعت العنة على زوجها ورسول الله صلى الله عليه وسلم لم يثبت لها الخيار ولو لم يقع النكاح لازما لاثبت ولان هذا العيب لا يوجب فوات المستحق بالعقد بيقين فلا يوجب الخيار كسائر أنواع العيوب بخلاف الجب فانه يفوت المستحق بالعقد بيقين (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن عمر رضى الله عنه انه قضى فى العنين انه يؤجل سنة فان قدر عليها والا أخذت منه الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة وروى عن ابن مسعود رضى الله عنه مثله وروى عن على رضى الله عنه انه قال يؤجل سنة فان وصل اليها والا فرق

بينهما

بينهما وكان قضاؤهم بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم أحد منهم فيكون اجماعا ولان الوطء مرة واحدة مستحق على الزوج للمرأة بالعقد وفى الزام العقد عند تقرر العجز عن الوصول تفويت المستحق بالعقد عليها وهذا ضرر بها وظلم فى حقها وقد قال الله تعالى ولا يظلم ربك أحدا وقال النبى صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار فى الاسلام فيؤدى الى التناقض وذلك محال لان الله تعالى أوجب على الزوج الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان بقوله تعالى عز وجل فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ومعلوم ان استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الامساك بالمعروف فى شئ فتعين عليه التسريح بالاحسان فان سرح بنفسه والا ناب القاضى منابه فى التسريح ولان المهر عوض فى عقد النكاح والعجز عن الوصول يوجب عيبا فى العوض لانه يمنع من تأكده بيقين لجواز ان يختصما الى قاض لا يرى تأكد المهر بالخلوة فيطلقها ويعطيها نصف المهر فيتمكن فى المهر عيب وهو عدم التأكد بيقين والعيب فى العوض يوجب الخيار كما فى البيع ولا حجة لهم فى الحديث لان تلك المقالة منها لم تكن دعوى العنة بل كانت كناية عن معنى آخر وهو دقة القضيب والاعتبار بسائر العيوب لا يصح لانها لا توجب فوات المستحق بالعقد لما نذكر فى تلك المسألة ان شاء الله تعالى وهذا يوجب ظاهرا وغالبا لان العجز يتقرر بعدم الوصول فى مدة السنة ظاهرا فيفوت المستحق بالعقد ظاهرا فبطل الاعتبار واذا عرف هذا فاذا رفعت المرأة زوجها وادعت انه عنين وطلبت الفرقة فان القاضى يسأله هل وصل اليها أو لم يصل فان أقر انه لم يصل أجله سنة سواء كانت المرأة بكرا أو ثيبا وان أنكر وادعى الوصول اليها فان كانت المرأة ثيبا فالقول قوله مع يمينه انه وصل اليها لان الثيابة دليل الوصول فى الجملة والمانع من الوصول من جهته عارض اذ الاصل هو السلامة عن العيب فكان الظاهر شاهدا له الا انه يستحلف دفعا للتهمة وان قالت أنا بكر نظر اليها النساء وامرأة واحدة تجزى لان البكارة باب لا يطلع عليه الرجال وشهادة النساء بانفرادهن فى هذا الباب مقبولة للضرورة وتقبل فيه شهادة الواحدة كشهادة القابلة على الولادة ولان الاصل حرمة النظر الى العورة وهو العزيمة لقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن وحق الرخصة يصير مقضيا بالواحدة ولان الاصل ان ماقبل قول النساء فيه بانفرادهن لا يشترط فيه العدد كرواية الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والثنتان أوثق لان غلبة الظن بخبر العدد أقوى فان قلن هى ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه لما قلنا وان قلن هى بكر فالقول قولها وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان القول قولها من غير يمين لان البكارة فيها أصل وقد تفوت شهادتهن بشهادة الاصل واذا ثبت انه لم يصل اليها اما باقراره أو بظهور البكارة أجله القاضى حولا لانه ثبت عنته والعنين يؤجل سنة لاجماع الصحابة على ذلك ولان عدم الوصول قبل التأجيل يحتمل ان يكون للعجز عن الوصول ويحتمل ان يكون لبغضه اياها مع القدرة على الوصول فيؤجل حتى لو كان عدم الوصول للبغض يطؤها فى المدة ظاهرا وغالبا دفعا للعار والشين عن نفسه وان لم يطأها حتى مضت المدة يعلم ان عدم الوصول كان للعجز واما التأجيل سنة فلان العجز عن الوصول يحتمل ان يكون خلقة ويحتمل ان يكون من داء أو طبيعة غالبة من الحرارة أو البرودة أو الرطوبة أو اليبوسة والسنة مشتملة على الفصول الاربعة والفصول الاربعة مشتملة على الطبائع الاربع فيؤجل سنة لعلها عسى ان يوافقه بعض فصول السنة فيزول المانع ويقدر على الوصول وروى عن عبد الله بن نوفل انه قال يؤجل عشرة أشهر وهذا القول مخالف لاجماع الصحابة رضى الله عنهم فانهم أجلوا العنين سنة وقد اختلف الناس فى عبد الله بن نوفل انه صحابى أو تابعى فلا يقدح خلافه فى الاجماع مع الاحتمال ولان التأجيل سنة لرجاء الوصول فى الفصول الاربعة ولا تكمل الفصول الا فى سنة تامة ثم يؤجل سنة شمسية بالايام أو قمرية بالاهلة ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان فى ظاهر الرواية يؤجل سنة قمرية بالاهلة قال وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يؤجل سنة شمسية وحكى الكرخى عن اصحابنا انهم قالوا يؤجل سنة شمسية ولم يذكر الخلاف (وجه) هذا القول وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة ان الفصول الاربعة لا تكمل الا بالسنة الشمسية لانها تزيد على القمرية

بايام فيحتمل زوال العارض فى المدة التى بين الشمسية والقمرية فكان التأجيل بالسنة الشمسية أولى ولظاهر الرواية الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج جعل الله عز وجل بفضله ورحمته الهلال معرفا للخلق الاجل والاوقات والمدد ومعرفا وقت الحج لانه لو جعل معرفة ذلك بالايام لاشتد حساب ذلك عليهم ولتعذر عليهم معرفة السنين والشهور والايام واما السنة فما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم خطب فى الموسم وقال صلى الله عليه وسلم فى خطبته الا ان الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السموات والارض السنة اثنا عشر شهرا أربعة حرم ثلاث متواليات ذوالقعدة وذو الحجة والمحرم ورجب مضر الذى بين جمادى وشعبان ثلاثة سرد وواحد فرد والشهر فى اللغة اسم للهلال يقال رأيت الشهر أى رأيت الهلال وقيل سمى الشهر شهرا لشهرته والشهرة للهلال فكان تأجيل الصحابة رضى الله عنهم العنين سنة والسنة اثنا عشر شهرا والشهر اسم للهلال تأجيلا للهلالية وهى السنة القمرية ضرورة وأول السنة حين يترافعان ولا يحسب على الزوج ما قبل ذلك لما روى ان عمر رضى الله عنه كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرتفع اليه لما ذكرنا ان عدم الوصول قبل التأجيل يحتمل ان يكون للعجز ويحتمل ان يكون لكراهته اياها مع القدرة على الوصول فاذا أجله الحاكم فالظاهر انه لا يمتنع عن وطئها الا لعجزه خشية العار والشين فاذا أجل سنة فشهر رمضان وأيام الحيض تحسب عليه ولا يجعل له مكانها لان الصحابة رضى الله عنهم أجلوا العنين سنة واحدة مع علمهم بان السنة لا تخلو عن شهر رمضان ومن زمان الحيض فلو لم يكن ذلك محسوبا من المدة لاجلوا زيادة على السنة ولو مرض الزوج فى المدة مرضا لا يستطيع معه الجماع أو مرضت هى فان استوعب المرض السنة كلها يستأنف له سنة أخرى وان لم يستوعب فقد روى ابن سماعة عن أبى يوسف ان المرض ان كان نصف شهر أو أقل احتسب عليه وان كان أكثر من نصف شهر لم يحتسب عليه بهذه الايام وجعل له مكانها وكذلك الغيبة وروى ابن سماعة عنه رواية أخرى انه اذا صح فى السنة يوما أو يومين أو صحت هى احتسب عليه بالسنة وروى ابن سماعة عن محمد ان المرض اذا كان أقل من شهر يحتسب عليه وان كان شهرا فصاعدا لا يحتسب عليه بايام المرض ويجعل له مكانها والاصل فى هذا ان قليل المرض مما لا يمكن اعتباره لان الانسان لا يخلو عن ذلك عادة ويمكن اعتبار الكثير فجعل أبو يوسف على احدى الروايتين وهى الرواية الصحيحة عنه نصف الشهر وما دونه قليلا والاكثر من النصف كثيرا استدلالا بشهر رمضان فانه محسوب عليه ومعلوم انه انما يقدر على الوطء فى الليالى دون النهار والليالى دون النهار تكون نصف شهر وكان ذلك دليلا على أن المانع اذا كان نصف شهر فما دونه يعتد به وهذا الاستدلال يوجب الاعتداد بالنصف فما دونه اما لا ينفى الاعتداد بما فوقه واما على الرواية الاخرى فنقول انه لما صح زمانا يمكن الوطء فيه فاذا لم يطأها فالتقصير جاء من قبله فيجعل كانه صح جميع السنة بخلاف ما اذا مرض جميع السنة لانه لم يجد زمانا يتمكن من الوطء فيه فتعذر الاعتداد بالسنة فى حقه ومحمد جعل ما دون الشهر قليلا والشهر فصاعدا كثيرا لان الشهر أدنى الاجل وأقصى العاجل فكان فى حكم الكثير وما دونه فى حكم القليل وقال أبو يوسف ان حجت المرأة حجة الاسلام بعد التأجيل لم يحتسب على الزوج مدة الحج لانه لا يقدر على منعها من حجة الاسلام شرعا فلم يتمكن من الوطء فيها شرعا وان حج الزوج احتسبت المدة عليه لانه يقدر على ان يخرجها مع نفسه أو يؤخر الحج لان جميع العمر وقته وقال محمد ان خاصمته وهو محرم يؤجل سنة بعد الاحلال لانه لا يتمكن من الوطء شرعا مع الاحرام فتبتدأ المدة من وقت يمكنه الوطء فيه شرعا وهو ما بعد الاحلال وان خاصمته وهو مظاهر فان كان يقدر على الاعتاق أجل سنة من حين الخصومة الا انه اذا كان قادرا على الاعتاق كان قادرا على الوطء بتقديم الاعتاق كالمحدث قادر على الصلاة بتقديم الطهارة وان كان لا يقدر على ذلك أجل أربعة عشر شهرا لانه يحتاج الى تقديم صوم شهرين ولا يمكنه الوطء فيهما فلا يعتد بهما من الاجل ثم يمكنه الوطء بعدهما فان أجل سنة وليس بمظاهر ثم ظاهر فى السنة لم يزد على المدة بشىء لانه كان يقدر على ترك الظهار فلما ظاهر فقد منع نفسه عن

الوطء باختياره فلا يجوز اسقاط حق المرأة وان كانت امرأة العنين رتقاء أو قرناء لا يؤجل لانه لا حق للمرأة فى الوطء لوجود المانع من الوطء فلا معنى للتأجيل وان كان الزوج صغيرا لا يجامع مثله والمرأة كبيرة ولم تعلم المرأة فطالبت بالتأجيل لا يؤجل بل ينتظر الى ان يدرك فاذا أدرك يؤجل سنة لانه اذا كان لا يجامع لا يفيد التأجيل ولان حكم التأجيل اذا لم يصل اليها فى المدة هو ثبوت خيار الفرقة وفرقة العنين طلاق والصبى لا يملك الطلاق ولان للصبى زمانا يوجد منه الوطء فيه ظاهرا وغالبا وهو ما بعد البلوغ فلا يؤجل للحال وان كان الزوج كبيرا مجنونا فوجدته عنينا قالوا انه لا يؤجل كذا ذكر الكرخى لان التأجيل للتفريق عند عدم الدخول وفرقة العنين طلاق والمجنون لا يملك الطلاق وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه ينتظر حولا ولا ينتظر الى افاقته بخلاف الصبى لان الصغر مانع من الوصول فيستأنى الى ان يزول الصغر ثم يؤجل سنة فاما المجنون فلا يمنع الوصول لان المجنون يجامع فيؤجل للحال والصحيح ماذكره الكرخى انه لا يؤجل أصلا لما ذكرنا واذا مضى أجل العنين فسأل القاضى ان يؤجله سنة أخرى لم يفعل الا برضا المرأة لانه قد ثبت لها حق التفريق وفى التأجيل تأخير حقها فلا يجوز من غير رضاها ثم اذا أجل العنين سنة وتمت المدة فان اتفقا على انه قد وصل اليها فهى زوجته ولا خيار لها وان اختلفا وادعت المرأة انه لم يصل اليها وادعى الزوج الوصول فان كانت المرأة ثيبا فالقول قوله مع يمينه لما قلنا وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هى بكر فالقول قولها وان قلن هى ثيب فالقول قوله لما ذكرنا وان وقع للنساء شك فى أمرها فانها تمتحن واختلف المشايخ فى طريق الامتحان قال بعضهم تؤمر بان تبول على الجدار فان أمكنها بان ترمى ببولها على الجدار فهى بكر والا فهى ثيب وقال بعضهم تمتحن ببيضة الديك فان وسعت فيها فهى ثيب وان لم تسع فيها فهى بكر واذا ثبت انه لم يطأها اما باعترافه واما بظهور البكارة فان القاضى يخيرها فان الصحابة رضى الله عنهم خيروا امرأة العنين ولنا فيهم قدوة فان شاءت اختارت الفرقة وان شاءت اختارت الزوج اذا استجمعت شرائط ثبوت الخيار فيقع الكلام فى الخيار فى مواضع فى بيان شرائط ثبوت الخيار وفى بيان حكم الخيار وفى بيان ما يبطله

﴿ فصل ﴾ اما شرائط الخيار فمنها عدم الوصول الى هذه المرأة أصلا ورأسا فى هذا النكاح حتى لو وصل اليها مرة واحدة فلا خيار لها لانه وصل اليها حقها بالوطء مرة واحدة والخيار لتفويت الحق المستحق ولم يوجد فان وصل الى غير امرأته التى أجل لها وكان وصل الى غيرها قبل ان ترافعه فوصوله الى غيرها لا يبطل حقها فى التأجيل والخيار لانه لم يصل اليها حقها فكان لها التأجيل والخيار ومنها ان لا تكون عالمة بالعيب وقت النكاح حتى لو تزوجت وهى تعلم انه عنين فلا خيار لها لانها اذا كانت عالمة بالعيب لدى التزويج فقد رضيت بالعيب كالمشترى اذا كان عالما بالعيب عند البيع والرضا بالعيب يمنع الرد كما فى البيع وغيره فان تزوجت وهى لا تعلم فوصل اليها مرة ثم عن ففارقته ثم تزوجته بعد ذلك فلم يصل اليها فلها الخيار لان العجز لم يتحقق فلم تكن راضية بالعيب والوصول فى أحد العقدين لا يبطل حقها فى العقد الثانى فان أجله القاضى فلم يصل ففرق بينهما ثم تزوجها فلا خيار لها لان العيب قد تقرر بعدم الوصول فى المدة فتقرر العجز فكان التزوج بعد استقرار العيب والعلم به دليل الرضا بالعيب

﴿ فصل ﴾ واما حكم الخيار فهو تخيير المرأة بين الفرقة وبين النكاح فان شاءت اختارت الفرقة وان شاءت اختارت الزوج فان اختارت المقام مع الزوج بطل حقها ولم يكن لها خصومة فى هذا النكاح أبدا لما ذكرنا انها رضيت بالعيب فسقط خيارها وان اختارت الفرقة فرق القاضى بينهما كذا ذكره الكرخى ولم يذكر الخلاف وظاهر هذا الكلام يقتضى انه لا تقع الفرقة بنفس الاختيار وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه تقع الفرقة بنفس الاختيار فى ظاهر الرواية ولا يحتاج الى القضاء كخيار المعتقة وخيار المخيرة وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لا تقع الفرقة ما لم يقل القاضى فرقت بينكما وجعله بمنزلة خيار البلوغ هكذا ذكر وذكر فى بعض المواضع ان فى قول أبى حنيفة ما روى الحسن عنه وما ذكره الحسن عنه وما ذكر فى ظاهر الرواية قولهما (وجه) رواية الحسن ان هذه الفرقة فرقة

بطلان بلا خلاف بين أصحابنا وانما المخالف فيه الشافعي فانها فسخ عنده والمسألة ان شاء الله تعالى تأتي في موضعها من هذا الكتاب والمرأة لا تملك الطلاق وانما يملكه الزوج الا ان القاضي يقوم مقام الزوج ولان هذه الفرقة يختص بسببها القاضي وهو التأجيل لان التأجيل لا يكون الا من القاضي فكذا الفرقة المتعلقة به كفرقة اللعان (وجه) المذكور في ظاهر الرواية ان تخيير المرأة من القاضي تفويض الطلاق اليها فكان اختيارها الفرقة تفريقا من القاضي من حيث المعنى لا منها والقاضي يملك ذلك لقيامه مقام الزوج وهذه الفرقة تطليقة بائنة لان الغرض من هذا التفريق تخليصها من زوج لا يتوقع منه ايفاء حقها دفعا للظلم والضرر عنها وذا لا يحصل الا بالبائن لانه لو كان رجعيا يراجعها الزوج من غير رضاها فيحتاج الى التفريق ثانيا وثالثا فلا يفيد التفريق فائدته ولها المهر كاملا وعليها العدة بالاجماع ان كان الزوج قد خلا بها وان كان لم يخل بها فلا عدة عليها ولها نصف المهر ان كان مسمى والمتعة ان لم يكن مسمى واذا فرق القاضي بالعنة ووجبت العدة فجاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه الولد لان المعتدة اذا جاءت بولد من وقت الطلاق الى سنتين ثبت النسب لان الحكم بوجوب العدة حكم بشغل الرحم وشغل الرحم يمتد الى سنتين عندنا فيثبت النسب الى سنتين فان قال الزوج كنت قد وصلت اليها فان أبا يوسف قال يبطل الحاكم الفرقة وكفى بالولد شاهدا ومعنى هذا الكلام انه لما ثبت النسب فقد ثبت الدخول وانه يوجب ابطال الفرقة ولانه لو شهد شاهدان بالدخول بعد تفريق القاضي لا يبطل الفرقة وكذا هذا وكذا اذا ثبت النسب لان شهادة النسب على الدخول أقوى من شهادة شاهدين عليه وكذلك لو فرق القاضي بينها وبين المجبوب فجاءت بولد بينها وبين سنتين ثبت نسبه لان خلوة المجبوب توجب العدة والنسب يثبت من المجبوب الا انه لا تبطل الفرقة ههنا لان ثبوت النسب من المجبوب لا يدل على الدخول لانه لا يتصور منه حقيقة وانما يقذف بالماء فكان العلوق بقذف الماء فاذا لم يثبت الدخول لم تثبت الفرقة فان فرق بالعنة فان أقام الزوج البينة على اقرار المرأة قبل الفرقة انه قد وصل اليها أبطل الفرقة لان الشهادة على اقرارها بمنزلة اقرارها عند القاضي ولو كانت أقرت قبل التفريق لم يثبت حكم الفرقة وكذا اذا شهد على اقرارها بان أقرت بعد الفرقة انه كان وصل اليها قبل الفرقة لم تبطل الفرقة لان اقرارها تضمن ابطال قضاء القاضي فلا تصدق على القاضي في ابطال قضائه فلا تقبل وان كان زوج الامة عنينا فالخيار في ذلك الى المولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد الخيار الى الامة (وجه) قوله ان الخيار انما يثبت لفوات الوطء وذلك حق الامة فكان الخيار اليها كالحرة ولهما ان المقصود من الوطء هو الولد والولد ملك المولى وحده ولان اختيار الفرقة والمقام مع الزوج تصرف منها على نفسها ونفسها بجميع أجزائها ملك المولى فكان ولاية التصرف له

﴿ فصل ﴾ واما بيان ما يبطل به الخيار فما يبطل به الخيار نوعان نص ودلالة فالنص هو التصريح باسقاط الخيار وما يجري مجراه نحو ان يقول أسقطت الخيار أو رضيت بالنكاح أو اخترت الزوج ونحو ذلك سواء كان ذلك بعد تخيير القاضي أو قبله والدلالة هي ان تفعل ما يدل على الرضا بالمقام مع الزوج بان خيرها القاضي فاقامت مع الزوج مطاوعة له في المضجع وغير ذلك لان ذلك دليل الرضا بالنكاح والمقام مع الزوج ولو فعلت ذلك بعد مضي الاجل قبل تخيير القاضي لم يكن ذلك رضا لان اقامتها معه بعد المدة قد تكون لاختياره وقد تكون للاختيار بحاله فلا تكون دليل الرضا مع الاحتمال وهل يبطل خيارها بالقيام عن المجلس ذكر الكرخي ان ابن سماعة وبشرا قالا عن أبي يوسف اذا خيرها الحاكم فاقامت معه أو قامت من مجلسها قبل ان تختار أو قام الحاكم أو أقامها عن مجلسها بعض أعوان القاضي ولم تقل شيأ فلا خيار لها وهذا يدل على ان خيارها يتقيد بالمجلس وهو مجلس التخيير ولم يذكر الخلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يقتصر على المجلس في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ومحمد انهما قالا يقتصر على المجلس كخيار المخيرة (وجه) ما روى عن أبي يوسف ومحمد ان تخيير القاضي ههنا قائم مقام تخيير الزوج ثم خيار المخيرة بتخيير الزوج يبطل بقيامها عن المجلس فكذا خيار هذه وكذا اذا قام الحاكم عن المجلس قبل ان تختار لان مجلس التخيير قد بطل بقيام

الحاكم وكذا اذا أقامها عن مجلسها بعض أعوان القاضي قبل الاختيار لانها كانت قادرة على الاختيار قبل الاقامة فدل امتناعها مع القدرة على الرضا بالنكاح وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين هذا الخيار و بين خيار المخيرة ان خيار المخيرة انما اقتصر على المجلس لان الزوج بالتخيير ملكها بالطلاق اذ المالك للشئ هو الذي يتصرف فيه باختياره ومشيئته فكان التخيير من الزوج تمليكا للطلاق وجواب التمليك يقتصر على المجلس لان المملك يطلب جواب التمليك في المجلس عادة ولهذا يقتصر القبول على المجلس في البيع كذا ههنا والتخيير من القاضي تفويض الطلاق وليس بتمليك لانه لا يملك الطلاق بنفسه لان الزوج ما ملكه الطلاق وانما فوض اليه التطليق وولاه ذلك فيلي التفويض لا التمليك واذا لم يملك بنفسه فكيف يملكه من غيره فهو الفرق بين التخييرين والله أعلم والمؤخذ والخصي في جميع ما وصفنا مثل العنين لوجود الآلة في حقهما فكانا كالعنين وكذلك الخنثى وأما المجبوب فانه اذا عرف انه مجبوب اما باقراره أو بالمس فوق الازار فان كانت المرأة عالمة بذلك وقت النكاح فلا خيار لها لرضاها بذلك وان لم تكن عالمة به فانها تخير للحال ولا يؤجل حولا لان التأجيل لرجاء الوصول ولا يرجى منه الوصول فلم يكن التأجيل مفيدا فلا يؤجل وان اختارت الفرقة وفرق القاضي بينهما أو لم يفرق على الاختلاف الذي ذكرنا فلها كمال المهر وعليها كمال العدة ان كان قد خلى بها في قول أبي حنيفة وعندهما لها نصف المهر وعليها كمال العدة وان كان لم يخل بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها بالاجماع وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

﴿فصل﴾ وأما خلو الزوج عما سوى هذه العيوب الخمسة من الجب والعنة والتأخذ والخصاء والخنوثة فهل هو شرط لزوم النكاح قال أبو حنيفة وأبو يوسف ليس بشرط ولا يفسخ النكاح به وقال محمد خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط لزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح وخلوه عما سوى ذلك ليس بشرط وهو مذهب الشافعي (وجه) قول محمد ان الخيار في العيوب الخمسة انما ثبت لدفع الضرر عن المرأة وهذه العيوب في الحاق الضرر بها فوق تلك لانها من الادواء المتعدية عادة فلما ثبت الخيار بتلك فلان يثبت بهذه أولى بخلاف ما اذا كانت هذه العيوب في جانب المرأة لان الزوج وان كان يتضرر بها لكن يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق فان الطلاق بيده والمرأة لا يمكنها ذلك لانها لا تملك الطلاق فتعين الفسخ طريقا لدفع الضرر ولهما ان الخيار في تلك العيوب ثبت لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد وهو الوطء مرة واحدة وهذا الحق لم يفت بهذه العيوب لان الوطء يتحقق من الزوج مع هذه العيوب فلا يثبت الخيار هذا في جانب الزوج (وأما) في جانب المرأة فخلوها عن العيب ليس بشرط للزوم النكاح بلا خلاف بين أصحابنا حتى لا يفسخ النكاح بشيء من العيوب الموجودة فيها وقال الشافعي خلو المرأة عن خمسة عيوب بها شرط اللزوم و يفسخ النكاح بها وهي الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فر من المجذوم فرارك من الاسد والفسخ طريق الفرار ولو لزم النكاح لما أمر بالفرار و روي أنه صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد بياضا في كشحها فردها وقال لها الحقي باهلك ولو وقع النكاح لازما لما رد ولان مصالح النكاح لا تقوم مع هذه العيوب أو تختل بها لان بعضها مما ينفر عنها الطباع السليمة وهو الجذام والجنون والبرص فلا تحصل الموافقة فلا تقوم المصالح أو تختل و بعضها مما يمنع من الوطء وهو الرتق والقرن وعامة مصالح النكاح يقف حصولها على الوطء فان العفة عن الزنا والسكن والولد لا يحصل الا بالوطء ولهذا يثبت الخيار في العيوب الاربعة كذا ههنا (ولنا) ان النكاح لا يفسخ بسائر العيوب فلا يفسخ بهذه العيوب أيضا لان المعنى يجمعها وهو ان العيب لا يفوت ما هو حكم هذا العقد من جانب المرأة وهو الازدواج الحكمي وملك الاستمتاع وانما يختل و يفوت به بعض ثمرات العقد وفوات جميع ثمرات هذا العقد لا يوجب حق الفسخ بان مات أحد الزوجين عقيب العقد حتى يجب عليه كمال المهر ففوات بعضها أولى وهذا لان الحكم الاصلي للنكاح هو الازدواج الحكمي وملك الاستمتاع شرع مؤكدا له والمهر يقابل

احداث هذا الملك و بالفسخ لا يظهر أن احداث الملك لم يكن فلا يرتفع ما يقابل وهو المهر فلا يجوز الفسخ ولا شك ان هذه العيوب لا تمنع من الاستمتاع اما الجنون والجذام والبرص فلا يشكل وكذلك الرتق والقرن لان اللحم يقطع والقرن يكسر فيمكن الاستمتاع بواسطة لهذا المعنى لم يفسخ بسائر العيوب كذا هذا واما الحديث الاول فنقول بموجبه انه يجب الاجتناب عنه والفرار يمكن بالطلاق لا بالفسخ وليس فيه تعيين طريق الاجتناب والفرار وأما الثانى فالصحيح من الرواية انه قال لها الحقى باهلك وهذا من كنايات الطلاق عندنا والكلام فى الفسخ والرد المذكور فيه قول الراوى فلا يكون حجة او نحمله على الرد بالطلاق عملا بالدلائل صيانة لها عن التناقض والله تعالى الموفق وخلو النكاح من خيار الرؤية ليس بشرط للزوم النكاح حتى لو تزوج امرأة ولم يرها لا خيار له اذا رآها بخلاف البيع وكذا خلوه عن خيار الشرط سواء جعل الخيار للزوج أو للمرأة أو لهما ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر حتى لو تزوج بشرط الخيار بطل الشرط وجاز النكاح

﴿ فصل ﴾ وأما الثانى فشرط بقاء النكاح لازما نوعان نوع يتعلق بالزوج فى نكاح زوجته ونوع يتعلق بالمولى فى نكاح أمته أما الذى يتعلق بالزوج فى نكاح زوجته فعدم تمليكه الطلاق منها أو من غيرها بان يقول لامرأته اختارى أو امرك بيدك ينوى الطلاق أو طلقى نفسك أو أنت طالق ان شئت أو يقول لرجل طلق امرأتى ان شئت كذا عدم التطليق بشرط والاضافة الى وقت لانه بالتمليك جعل النكاح بحال لا يتوقف زواله على اختياره بعد الجعل وكذا بالتعليق والاضافة وهذا معنى عدم بقاء النكاح لازما (وأما) الذى يتعلق بالمولى فى نكاح أمته فهو ان لا يعتق أمته المنكوحة حتى لو أعتقها لا يبقى العقد لازما وكان لها الخيار وهو المسمى بخيار العتاقة والكلام فيه فى مواضع فى بيان شرط ثبوت هذا الخيار وفى بيان وقت ثبوته وفى بيان ما يبطل به أما الاول فلثبوت هذا الخيار شرائط منها وجود النكاح وقت الاعتاق حتى لو أعتقها ثم زوجها من انسان فلا خيار لها لانعدام النكاح وقت الاعتاق ولو أعتقها ثم زوجها وهى صغيرة فلها خيار البلوغ لا خيار العتق لما قلنا ومنها ان يكون التزويج نافذا حتى لو زوجت الامة نفسها من انسان بغير اذن مولاها ثم أعتقها المولى فلا خيار لها واما كون الزوج رقيقا وقت الاعتاق فهل هو شرط ثبوت الخيار لها قال أصحابنا ليس بشرط ويثبت الخيار لها سواء كان زوجها حرا أو عبدا وقال الشافعى شرط ولا خيار لها اذا كان زوجها حرا واحتج بما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت زوج بريرة كان عبدا فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان حرا ما خيرها وهذا نص فى الباب والظاهر انها انما قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الخيار فى العبد انما ثبت لدفع الضرر وهو ضرر عدم الكفاءة وضرر لزوم نفقة الاولاد وضرر نقصان المعاشرة لكون العبد مشغولا بخدمة المولى وشىء من ذلك لم يوجد فى الحر فلا يثبت الخيار (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لبريرة حين أعتقت ملكت بضعك فاختارى وروى ملكت أمرك وروى ملك نفسك والاستدلال به من وجهين أحدهما بنصه والآخر بعلة النص أما الاول فهو انه خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أعتقت وقد روى أن زوجها كان حرا فان قيل روينا عن عائشة رضى الله عنها ان زوجها كان عبدا فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج بهما فالجواب ان ما روينا مثبت للحرية وما رويتم مبق للرق والمثبت أولى لان البقاء قد يكون باستصحاب الحال والثبوت يكون بناء على الدليل لا محالة فمن قال كان عبدا احتمل انه اعتمد استصحاب الحال ومن قال كان حرا بنى الامر على الدليل لا محالة فصار كالمزكيين جرح أحدهما شاهدا والآخر زكاه أنه يؤخذ بقول الجارح لما قلنا كذا هذا ولان ما روينا موافق للقياس وما رويتم مخالف له لما نذكره ان شاء الله تعالى فالموافق للقياس أولى (وأما) الثانى فهو أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل ملكها بضعها أو أمرها أو نفسها علة لثبوت الخيار لها لانه أخبر انها ملكت بضعها ثم أعقبه باثبات الخيار لها بحرف التعقيب وملكها نفسها مؤثر فى رفع الولاية فى الجملة لان الملك اختصاص ولا اختصاص مع ولاية الغير والحكم اذا ذكر عقيب وصف له أثر

فى الجملة فى جنس ذلك الحكم فى الشرع كان ذلك تعليقا لذلك الحكم بذلك الوصف فى أصول الشرع كما فى قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وقوله عز وجل الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وكما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سها فسجد وروى ان ماعزا زنا فرجم ونحو ذلك والحكم يتعمم بعموم العلة ولا يتخصص بخصوص المحل كما فى سائر العلل الشرعية والعقلية وزوج بريرة وان كان عبدا لكن النبى صلى الله عليه وسلم لما بنى الخيار فيه على معنى عام وهو ملك البضع يعتبر عموم المعنى لا خصوص المحل والله الموفق ولان بالاعتاق يزداد ملك النكاح عليها لانه يملك عليها عقدة زائدة لم يكن يملكها قبل الاعتاق بناء على ان الطلاق بالبناء على أصل أصحابنا والمسئلة فريعة ذلك الاصل ولها ان لا ترضى بالزيادة لانها تتضرر بها ولها ولاية رفع الضرر عن نفسها ولا يمكنها رفع الزيادة الا برفع أصل النكاح فبقيت لها ولاية رفع النكاح وفسخه ضرورة رفع الزيادة وقد خرج الجواب عن قوله انه لا ضرر فيه لما بينا من وجه الضرر ولانه لو لم يثبت لها الخيار وبقى النكاح لازما لادى ذلك الى ان يستوفى الزوج منافع بضع حرة جبرا ببدل استحقه غيرها بالعقد وهذا لا يجوز كما لو كان الزوج عبدا أولان القول ببقاء هذا النكاح لازما يؤدى الى استيفاء منافع بضع الحرة من غير بدل تستحقه الحرة وهذا لا يجوز لانها لا ترضى باستيفاء منافع بضعها الا ببدل تستحقه هى فلو لم يثبت الخيار لها لصار الزوج مستوفيا منافع بضعها وهى حرة جبرا عليها من غير رضاها ببدل استحقه مولاها وهذا لا يجوز لهذا المعنى ثبت لها الخيار اذا كان زوجها عبدا كذا اذا كان حرا وكذا اختلف فى ان كونها رقيقة وقت النكاح هل هو شرط أم لا قال أبو يوسف ليس بشرط ويثبت لها الخيار سواء كانت رقيقة وقت النكاح فاعتقها المولى أو كانت حرة وقت النكاح ثم طرأ عليها الرق فاعتقها حتى ان الحربية اذا تزوجت فى دار الحرب ثم سبيا معا ثم أعتقت فلها الخيار عنده وقال محمد هو شرط ولا خيار لها وكذا المسلمة اذا تزوجت مسلما ثم ارتدا ولحقا بدار الحرب ثم سبيت وزوجها معها فاسلما ثم اعتقت الامة فهو على هذا الاختلاف فمحمد فرق بين الرق الطارئ على النكاح وبين المقارن اياه وأبو يوسف سوى بينهما ووجه الفرق لمحمد انها اذا كانت رقيقة وقت النكاح فالنكاح ينعقد موجبا للخيار عند الاعتاق واذا كانت حرة فنكاح الحرة لا ينعقد موجبا للخيار فلا يثبت الخيار بطريان الرق بعد ذلك لانه لا يوجب خللا فى الرضا ولابى يوسف ان الخيار يثبت بالاعتاق لان زيادة الملك تثبت به لانها توجب العتق والعتق موجب الاعتاق ولا يثبت بالنكاح لان النكاح السابق ما انعقد موجبا للزيادة لانه صادف الامة ونكاح الامة لا يوجب زيادة الملك فالحاصل أن أبا يوسف يجعل زيادة الملك حكم الاعتاق ومحمد يجعلها حكم العقد السابق عند وجود الاعتاق وعلى هذا الاصل يخرج قول أبى يوسف ان خيار العتق يثبت مرة بعد أخرى وقول محمد انه لا يثبت الا مرة واحدة حتى لو اعتقت الامة فاختارت زوجها ثم ارتد الزوجان معا ثم سبيت وزوجها معها فاعتقت فلها ان تختار نفسها عند أبى يوسف وعند محمد ليس لها ذلك لان عند أبى يوسف الخيار يثبت بالاعتاق وقد تكرر الاعتاق فيتكرر الخيار وعند محمد يثبت بالعقد وانه لم يتكرر فلا يثبت الا خيار واحد

﴿فصل﴾ وأما وقت ثبوته فوقت علمها بالعتق وبالخيار وأهلية الاختيار فيثبت لها الخيار فى المجلس الذى تعلم فيه بالعتق وبان لها الخيار وهى من أهل الاختيار حتى لو أعتقها ولم تعلم بالعتق أو علمت بالعتق ولم تعلم بان لها الخيار فلم تختر لم يبطل خيارها ولها بمجلس العلم اذا علمت بهما بخلاف خبار البلوغ فان العلم بالخيار فيه ليس بشرط وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم وكذلك اذا أعتقها وهى صغيرة فلها خيار العتق اذا بلغت لانها وقت الاعتاق لم تكن من أهل الاختيار وليس لها خيار البلوغ لان النكاح وجد فى حالة الرق والله عز وجل أعلم ولو تزوجت مكاتبة باذن المولى فاعتقت فلها الخيار عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا خيار لها (وجه) قوله انه لا ضرر عليها الان النكاح وقع لها والمهر مسلم لها (ولنا) ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم خير بريرة وكانت مكاتبة ولان علة النص عامة على ما بينا وكذا الملك يزداد عليها كما يزداد على القنة

﴿ فصل ﴾ وأما مايبطل به فهذا الخيار يبطل بالابطال نصا ودلالة من قول أو فعل يدل على الرضا بالنكاح على ما بينا في خيار الادراك ويبطل بالقيام عن المجلس لانه دليل الاعراض كخيار المخيرة ولا يبطل بالسكوت بل يمتد الى آخر المجلس اذا لم يوجد منها دليل الاعراض كخيار المخيرة لان السكوت يحتمل ان يكون لرضاها بالمقام معه ويحتمل أن يكون للتأمل لان بالعتق ازداد الملك عليها فتحتاج الى التأمل ولا بد للتأمل من زمان فقدر ذلك بالمجلس كما في خيار المخيرة وخيار القبول في البيع بخلاف خيار البلوغ انه يبطل بالسكوت من البكر لان بالبلوغ ما ازداد الملك فلا حاجة الى التأمل فلم يكن سكوتها للتأمل فكان دليل الرضا وفي خيار المخيرة ثبت المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم غير معقول ولانه لما ازداد الملك عليها جعلها العقد السابق في حق الزيادة بمنزلة انشاء النكاح فيتقيد بالمجلس واذا اختارت نفسها حتى وقعت الفرقة كانت فرقة بغير طلاق لما مذكر ان شاء الله تعالى فلا تفتقر هذه الفرقة الى قضاء القاضي بخلاف الفرقة بخيار البلوغ ووجه الفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم والله عز وجل اعلم وأما بقاء الزوج قادراً على النفقة فليس بشرط لبقاء النكاح لازما حتى لو عجز عن النفقة لا يثبت لها حق المطالبة بالتفريق وهذا عندنا وعند الشافعي شرط ويثبت لها حق المطالبة بالتفريق احتج بقوله عز وجل فامساك بمعروف أو تسريح باحسان أمر عز وجل بالامساك بالمعروف وقد عجز عن الامساك بالمعروف لان ذلك بايفاء حقها في الوطء والنفقة فتعين عليه التسريح بالاحسان فان فعل والا ناب القاضي منابه في التسريح وهو التفريق ولان النفقة عوض عن ملك النكاح وقد فات العوض بالعجز فلا يبقى النكاح لازما كالمشتري اذا وجد المبيع معيباً والدليل عليه أن فوات العوض بالجب والعنة يمنع بقاءه لازما فكذا فوات المعوض لان النكاح عقد معاوضة (ولنا) أن التفريق ابطال ملك النكاح على الزوج من غير رضاه وهذا في الضرر فوق ضرر المرأة بعجز الزوج عن النفقة لان القاضي يفرض النفقة على الزوج اذا طلبت المرأة الفرض ويأمرها بالانفاق من مال نفسها ان كان لها مال وبالاستدانة ان لم يكن الى وقت اليسار فتصير النفقة دينا في ذمته بقضاء القاضي فترجع المرأة عليه بما أنفقت اذا أيسر الزوج فيتأخر حقها الى يسار الزوج ولا يبطل وضرر الابطال فوق ضرر التأخير بخلاف التفريق بالجب والعنة ولان هناك الضرر من الجانبين جميعا ضررا بطال الحق لان حق المرأة يفوت عن الوطء وضررها أقوى لان الزوج لا يتضرر بالتفريق كثير ضرر لعجزه عن الوطء فاما المرأة فانها محل صالح للوطء فلا يمكنها استيفاء حظها من هذا الزوج ولا من زوج آخر لما كان هذا الزوج فكان الرجحان لضررها فكان أولى بالدفع وأما الآية الكريمة فقد قيل في التفسير ان الامساك بالمعروف هو الرجعة وهو ان يراجعها على قصد الامساك والتسريح بالاحسان هو ان يتركها حتى تنقضي عدتها مع ما ان الامساك بالمعروف يختلف باختلاف حال الزوج ألا ترى الى قوله عز وجل على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فالامساك بالمعروف في حق العاجز عن النفقة بالتزام النفقة على انه ان كان عاجزا عن الامساك بالمعروف فانما يجب عليه التسريح بالاحسان اذا كان قادرا ولا قدرة له على ذلك لان ذلك بالتطليق مع ايفاء حقها في نفقة العدة وهو عاجز عن نفقة الحال فكيف يقدر على نفقة العدة على ان لفظ التسريح محتمل يحتمل أن يكون المراد منه التفريق بابطال النكاح ويحتمل أن يكون المراد منه التفريق والتبعيد من حيث المكان وهو تخلية السبيل وازالة اليد اذ حقيقة التسريح هي التخلية وذلك قد يكون بازالة اليد والحبس وعندنا لا يبقى له ولاية الحبس فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما قوله النفقة عوض عن ملك النكاح فممنوع فان العوض ما يكون مذكورا في العقد نصا والنفقة غير منصوص عليها فلا تكون عوضاً بل هي بمقابلة الاحتباس وعندنا ولاية الاحتباس تزول عند العجز ثم ان سلمنا أنه عوض لكن بقاء المعوض مستحقا يقف على استحقاق العوض في الجملة لا على وصول العوض للحال والنفقة ههنا مستحقة في الجملة وان كانت لا تصل اليها للحال فيبقى العوض حقا للزوج والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم النكاح فنقول وبالله التوفيق الكلام في هذا الفصل في موضعين في الاصل أحدهما

فى بيان حكم النكاح والثانى فى بيان ما يرفع حكمه أما الاول فالنكاح لا يخلو (اما) ان يكون صحيحا (واما) ان يكون فاسدا و يتعلق بكل واحد منهما أحكام (أما) النكاح الصحيح فله أحكام بعضها أصلى و بعضها من التوابع أما الاصلية منها فحل الوطء الا فى حالة الحيض والنفاس والاحرام وفى الظهار قبل التكفير لقوله سبحانه وتعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين نفى اللوم عمن لا يحفظ فرجه على زوجته فدل على حل الوطء الا أن الوطء فى حالة الحيض خص بقوله عز وجل و يسئلونك عن المحيض قل هو اذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن والنفاس أخو الحيض وقوله عز وجل نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم والانسان بسبيل من التصرف فى حرثه مع ما انه قد أباح اتيان الحرث بقوله عز وجل فأتوا حرثكم انى شئتم وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله فى النساء فانهن عندكم عوان لا يملكن شيئا اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله المذكورة فى كتابه العزيز لفظة الانكاح والتزويج فدل الحديث على حل الاستمتاع بالنساء بلفظة الانكاح والتزويج وغيرهما فى معناهما فكان الحل ثابتا ولان النكاح ضم وتزويج لغة فيقتضى الانضمام والازدواج ولا يتحقق ذلك الا بحل الوطء والاستمتاع لان الحرية تمنع من ذلك وهذا الحكم وهو حل الاستمتاع مشترك بين الزوجين فان المرأة كما تحل لزوجها فزوجها يحل لها قال عز وجل لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وللزوج أن يطالبها بالوطء متى شاء الا عند اعتراض أسباب مانعة من الوطء كالحيض والنفاس والظهار والاحرام وغير ذلك وللزوجة أن تطالب زوجها بالوطء لان حله لها حقها كما ان حلها له حقه واذا طالبته يجب على الزوج و يجبر عليه فى الحكم مرة واحدة والزيادة على ذلك تجب فيما بينه و بين الله تعالى من باب حسن المعاشرة واستدامة النكاح فلا يجب عليه فى الحكم عند بعض أصحابنا وعند بعضهم يجب عليه فى الحكم

﴿ فصل ﴾ ومنها حل النظر والمس من رأسها الى قدميها فى حالة الحياة لان الوطء فوق النظر والمس فكان احلاله احلالا للمس والنظر من طريق الاولى وهل يحل الاستمتاع بها بما دون الفرج فى حالة الحيض والنفاس فيه خلاف ذكرناه فى كتاب الاستحسان وأما بعد الموت فلا يحل له المس والنظر عندنا خلافا للشافعى والمسألة ذكرناها فى كتاب الصلاة

﴿ فصل ﴾ ومنها ملك المتعة وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها وسائر أعضائها استمتاعا أو ملك الذات والنفس فى حق التمتع على اختلاف مشايخنا فى ذلك لان مقاصد النكاح لا تحصل بدونه الا ترى أنه لولا الاختصاص الحاجز عن التزويج بزوج آخر لا يحصل السكن لان قلب الزوج لا يطمئن اليها ونفسه لا تسكن معها و يفسد الفراش لاشتباه النسب ولان المهر لازم فى النكاح وأنه عوض عن الملك لما ذكرنا فيما تقدم فيدل على لزوم الملك فى النكاح أيضا تحقيقا للمعاوضة وهذا الحكم على الزوجة للزوج خاصة لانه عوض عن المهر والمهر على الرجل وقيل فى تأويل قوله عز وجل وللرجال عليهن درجة ان الدرجة هى الملك

﴿ فصل ﴾ ومنها ملك الحبس والقيد وهو صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز لقوله تعالى أسكنوهن والامر بالاسكان نهى عن الخروج والبروز والاخراج اذ الامر بالفعل نهى عن ضده وقوله عز وجل وقرن فى بيوتكن وقوله عز وجل ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن ولانها لو لم تكن ممنوعة عن الخروج والبروز لاختل السكن والنسب لان ذلك مما يريب الزوج و يحمله على نفى النسب

﴿ فصل ﴾ ومنها وجوب المهر على الزوج وانه حكم أصلى للنكاح عندنا لا وجود له بدونه شرعا وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم ولان المهر عوض عن الملك لانه يجب بمقابلة احداث الملك على ما مر وثبوت العوض يدل على ثبوت المعوض

﴿ فصل ﴾ ومنها ثبوت النسب وان كان ذلك حكم الدخول حقيقة لكن سببه الظاهر هو النكاح لكون

الدخول أمرا باطنا فيقام النكاح مقامه فى اثبات النسب ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وكذا الوتزوج المشرقى بمغربية فجاءت بولد يثبت النسب وان لم يوجد الدخول حقيقة لوجود سببه وهو النكاح

﴿ فصل ﴾ ومنها وجوب النفقة والسكنى لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله تعالى لينفق ذوسعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله وقوله أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم والامر بالاسكان أمر بالانفاق لانها لا تمكن من الخروج للكسب لكونها عاجزة بأصل الخلقة لضعف بنيتها والكلام فى سبب وجوب هذه النفقة وشرط وجوبها ومقدار الواجب منها نذكره ان شاء الله تعالى فى كتاب النفقة

﴿ فصل ﴾ ومنها حرمة المصاهرة وهى حرمة أنكحة فرق معلومة ذكرناهم فيما تقدم وذكرنا دليل الحرمة الا أن فى بعضها تثبت الحرمة بنفس النكاح وفى بعضها يشترط الدخول وقد بينا جملة ذلك فى مواضعها

﴿ فصل ﴾ ومنها الارث من الجانبين جميعا لقوله عز وجل ولكم نصف ما ترك أزواجكم الى قوله عز وجل ولهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين

﴿ فصل ﴾ ومنها وجوب العدل بين النساء فى حقوقهن وجملة الكلام فيه ان الرجل لا يخلو اما ان يكون له أكثر من امرأة واحدة واما ان كانت له امرأة واحدة فان كان له أكثر من امرأة فعليه العدل بينهن فى حقوقهن من القسم والنفقة والكسوة وهو التسوية بينهن فى ذلك حتى لو كانت تحته امرأتان حرتان أو أمتان يجب عليه أن يعدل بينهما فى المأكول والمشروب والملبوس والسكنى والبيتوتة والاصل فيه قوله عز وجل فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة عقيب قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع أى ان خفتم أن لا تعدلوا فى القسم والنفقة فى نكاح المثنى والثلاث والرباع فواحدة ندب سبحانه وتعالى الى نكاح الواحدة عند خوف ترك العدل فى الزيادة وانما يخاف على ترك الواجب فدل ان العدل بينهن فى القسم والنفقة واجب واليه أشار فى آخر الآية بقوله ذلك أدنى أن لا تعولوا أى تجوروا والجور حرام فكان العدل واجبا ضرورة ولان العدل مأمور به لقوله عز وجل ان الله يأمر بالعدل والاحسان على العموم والاطلاق الا ما خص أو قيد بدليل وروى عن أبى قلابة أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعدل بين نسائه فى القسمة ويقول اللهم هذه قسمتى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما تملك أنت ولا أملك وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان له امرأتان فمال الى احداهما دون الاخرى جاء يوم القيامة وشقه مائل ويستوى فى القسم البكر والثيب والشابة والعجوز والقديمة والحديثة والمسلمة والكتابية لما ذكرنا من الدلائل من غير فصل ولانهما يستويان فى سبب وجوب القسم وهو النكاح فيستويان فى وجوب القسم ولا قسم للمملوكات بملك اليمين أى لا ليلة لهن وان كثرن لقوله عز وجل فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت ايمانكم قصر الاباحة فى النكاح على عدد لتحقق الجور فى الزيادة ثم ندب سبحانه وتعالى الى نكاح الواحدة عند خوف الجور فى الزيادة وأباح من ملك اليمين من غير عدد فدل أنه ليس فيه خوف الجور وانما لا يكون اذا لم يكن لهن قسم اذ لو كان لكان فيه خوف الجور كما فى المنكوحة ولان سبب الوجوب هو النكاح ولم يوجد ولو كانت احداهما حرة والاخرى أمة فللحرة يومان وللامة يوم لما روى عن على رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولانهما استويا فى سبب الوجوب وهو النكاح فانه لا يجوز نكاح الامة بعد نكاح الحرة ولا مع نكاحها وكذا لا يجوز للعبد أن يتزوج باكثر من اثنتين وللحر ان يتزوج باربع نسوة فلم يتساويا فى السبب فلا يتساويان فى الحكم بخلاف المسلمة مع الكتابية لان الكتابية يجوز نكاحها قبل المسلمة وبعدها ومعها وكذا للذمى أن يجمع بين أربع نسوة كالحر المسلم فتساويا فى سبب الوجوب فيتساويان فى الحكم ولان الحرية تنبئ عن الكمال والرق يشعر بنقصان الحال وقد ظهر أثر النقصان فى الشرع فى المالكية وحل المحلية والعدة والحد وغير ذلك فكذا فى القسم وهذا التفاوت فى السكنى والبيتوتة يسكن عند الحرة ليلتين وعند الامة ليلة فاما فى المأكول

والمشروب

والمشروب والملبوس فانه يسوى بينهما لان ذلك من الحاجات اللازمة فيستوى فيه الحرة والامة والمريض فى وجوب القسم عليه كالصحيح لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذن نساءه فى مرض موته أن يكون فى بيت عائشة رضى الله عنها فلو سقط القسم بالمرض لم يكن للاستئذان معنى ولا قسم على الزوج اذا سافر حتى لو سافر باحداهما وقدم من السفر وطلبت الاخرى أن يسكن عندها مدة السفر فليس لها ذلك لان مدة السفر ضائعة بدليل أن له أن يسافر وحده دونهن لكن الافضل أن يقرع بينهن فيخرج بمن خرجت قرعتها تطييبا للقلوب بهن دفعا لتهمة الميل عن نفسه هكذا كان يفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد السفر أقرع بين نسائه وقال الشافعى ان سافر بها بقرعة فكذلك فاما اذا سافر بها بغير قرعة فانه يقسم للباقيات وهذا غير سديد لان بالقرعة لا يعرف أن لها حقا فى حالة السفر أولا فانها لا تصلح لاظهار الحق أبدا لاختلاف عملها فى نفسها فانها لا تخرج على وجه واحد بل مرة هكذا ومرة هكذا والمختلف فيه لا يصلح دليلا على شئ ولو وهبت احداهما قسمها لصاحبتها أو رضيت بترك قسمها جاز لانه حق ثبت لها فلها أن تستوفى ولها ان تترك وقد روى أن سودة بنت زمعة رضى الله عنها لما كبرت وخشيت أن يطلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم جعلت يومها لعائشة رضى الله عنها وقيل فيها نزل قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير والمراد من الصلح هو الذى جرى بينهما كذا قاله ابن عباس رضى الله عنهما فان رجعت عن ذلك وطلبت قسمها فلها ذلك لان ذلك كله كان اباحة منها والاباحة لا تكون لازمة كالمباح له الطعام أنه يملك المبيح منعه والرجوع عن ذلك ولو بذلت واحدة منهن مالا للزوج ليجعل لها فى القسم أكثر مما تستحقه لا يحل للزوج أن يفعل ويردما أخذه منها لانه رشوة لانه أخذ المال لمنع الحق عن المستحق وكذلك لو بذل الزوج لواحدة منهن مالا لتجعل نوبتها لصاحبتها أو بذلت هى لصاحبتها مالا لتترك نوبتها لها لا يجوز شئ من ذلك ويسترد المال لان هذا معاوضة القسم بالمال فيكون فى معنى البيع وانه لا يجوز كذا هذا هذا اذا كان له امرأتان أو أكثر من ذلك فاما اذا كانت له امرأة واحدة فطالبته بالواجب لها ذكر القدورى رواية الحسن عن أبى حنيفة أنه قال اذا تشاغل الرجل عن زوجته بالصيام أو بالصلاة أو بأمة اشتراها قسم لامرأته من كل أربعة أيام يوما ومن كل أربع ليال ليلة وقيل له تشاغل ثلاثة أيام وثلاث ليالى بالصوم أو بالامة وهكذا كان الطحاوى يقول انه يجعل لها يوما واحدا يسكن عندها وثلاثة أيام وليالها يتفرغ للعبادة وأشغاله (وجه) هذا القول ماذكره محمد فى كتاب النكاح أن امرأة رفعت زوجها الى عمر رضى الله عنه وذكرت أنه يصوم النهار ويقوم الليل فقال عمر رضى الله عنه ما أحسنك ثناء على بعلك فقال كعب ياأمير المؤمنين انها تشكو اليك زوجها فقال عمر رضى الله عنه وكيف ذلك فقال كعب انه اذا صام النهار وقام الليل فكيف يتفرغ لها فقال عمر رضى الله عنه لكعب احكم بينهما فقال أراها احدى نسائه الاربع يفطر لها يوما ويصوم ثلاثة أيام فاستحسن ذلك منه عمر رضى الله عنه وولاه قضاء البصرة ذكر محمد هذا فى كتاب النكاح ولم يذكر أنه يأخذ بهذا القول وذكر الجصاص أن هذا ليس مذهبنا لان المزاحمة فى القسم انما تحصل بمشاركات الزوجات فاذا لم يكن له زوجة غيرها لم تتحقق المشاركة فلا يقسم لها وانما يقال له لا تداوم على الصوم ووفى المرأة حقها كذا قاله الجصاص وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان أبا حنيفة كان يقول أولا كما روى الحسن عنه لما أشار اليه كعب وهو أن للزوج أن يسقط حقها عن ثلاثة أيام بأن يتزوج ثلاثا أخر سواها فلما لم يتزوج فقد جعل ذلك لنفسه فكان الخيار له فى ذلك فان شاء صرف ذلك الى الزوجات وان شاء صرفه الى صيامه وصلاته وأشغاله ثم رجع عن ذلك وقال هذا ليس بشئ لانه لو تزوج أربعا فطالبن بالواجب منه يكون لكل واحدة منهن ليلة من الاربع فلو جعلنا هذا حقا لكل واحدة منهن لا يتفرغ لاعماله فلم يوقت فى هذا وقتا وان كانت المرأة أمة فعلى قول أبى حنيفة أخيرا ان صح الرجوع لا شك أنه لا يقسم لها كما لا يقسم للحرة من طريق الاولى وعلى قوله الاول وهو قول الطحاوى يجعل لها ليلة من كل سبع ليال لان للزوج حق اسقاط حقها عن ستة أيام والاقتصار على يوم

واحد بأن يتزوج عليها ثلاث حرائر لان للحرة ليلتين وللامة ليلة واحدة فلما لم يتزوج فقد جعل ذلك لنفسه فكان بالخيار ان شاء صرف ذلك الى الزوجات وان شاء صرفه الى الصوم والصلاة والى أشغال نفسه والاشكال عليه ما نقل عن أبي حنيفة وماذكره الجصاص أيضا والله عز وجل الموفق

﴿ فصل ﴾ ومنها وجوب طاعة الزوج على الزوجة اذا دعاها الى الفراش لقوله تعالى ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف قيل لها المهر والنفقة وعليها أن تطيعه في نفسها وتحفظ غيبته ولان الله عز وجل أمر بتأديبهن بالهجر والضرب عند عدم طاعتهن ونهى عن طاعتهن بقوله عز وجل فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا فدل ان التأديب كان لترك الطاعة فيدل على لزوم طاعتهن الازواج

﴿ فصل ﴾ ومنها ولاية التأديب للزوج اذا لم تطعه فيما يلزم طاعته بان كانت ناشزة فله أن يؤدبها لكن على الترتيب فيعظها أولا على الرفق واللين بان يقول لها كوني من الصالحات القانتات الحافظات للغيب ولا تكوني من كذا وكذا فلعل تقبل الموعظة فتترك النشوز فان نجعت فيها الموعظة ورجعت الى الفراش والا هجرها وقيل يخوفها بالهجر أولا والاعتزال عنها وترك الجماع والمضاجعة فان تركت والا هجرها لعل نفسها لا تحتمل الهجر ثم اختلف في كيفية الهجر قيل يهجرها بأن لا يجامعها ولا يضاجعها على فراشه وقيل يهجرها بان لا يكلمها في حال مضاجعته اياها لا ان يترك جماعها ومضاجعتها لان ذلك حق مشترك بينهما فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها فلا يؤدبها بما يضر بنفسه ويبطل حقه وقيل يهجرها بأن يفارقها في المضجع ويضاجع أخرى في حقها وقسمها لان حقها عليه في القسم في حال الموافقة وحفظ حدود الله تعالى لا في حال التضييع وخوف النشوز والتنازع وقيل يهجرها بترك مضاجعتها وجماعها وقت غلبة شهوتها وحاجتها لا في وقت حاجته اليها لان هذا للتأديب والزجر فينبغي أن يؤدبها الا ان يؤدب نفسه بامتناعه عن المضاجعة في حال حاجته اليها فاذا هجرها فان تركت النشوز والا ضربها عند ذلك ضربا غير مبرح ولا شائن والاصل فيه قوله عز وجل واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فظاهر الآية وان كان بحرف الواو والموضوعة للجمع المطلق لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب والواو تحتمل ذلك فان نفع الضرب والا رفع الامر الى القاضي ليوجه اليهما حكمين حكما من أهله وحكما من أهلها كما قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما وسبيل هذا سبيل الامر بالمعروف والنهي عن المنكر في حق سائر الناس ان الآمر يبدأ بالموعظة على الرفق واللين دون التغليظ في القول فان قبلت والا غلظ القول به فان قبلت والا بسط يده فيه وكذلك اذا ارتكبت محظورا سوى النشوز ليس فيه حد مقدر فللزوج أن يؤدبها تعزيرا لها لان للزوج ان يعزر زوجته كما للمولى أن يعزر مملوكه

﴿ فصل ﴾ ومنها المعاشرة بالمعروف وانه مندوب اليه ومستحب قال الله تعالى وعاشروهن بالمعروف قيل هي المعاشرة بالفضل والاحسان قولا وفعلا وخلقا قال النبي صلى الله عليه وسلم خيركم خيركم لاهله وأنا خيركم لاهلي وقيل المعاشرة بالمعروف هي ان يعاملها بما لو فعل بك مثل ذلك لم تنكره بل تعرفه وتقبله وترضى به وكذلك من جانبها هي مندوبة الى المعاشرة الجميلة مع زوجها بالاحسان باللسان واللطف في الكلام والقول المعروف الذي يطيب به نفس الزوج وقيل في قوله تعالى ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ان الذي عليهن بالمعروف ان الذي عليهن من حيث الفضل والاحسان هو ان يحسن الى أزواجهن بالبر باللسان والقول بالمعروف والله عز وجل أعلم ويكره للزوج أن يعزل عن امرأته الحرة بغير رضاها لان الوطء عن انزال سبب لحصول الولد ولها في الولد حق وبالعزل يفوت الولد فكانه سبب لفوات حقها وان كان العزل برضاها لا يكره لانها رضيت بفوات حقها ولما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اعزلوهن أولا تعزلوهن ان الله تعالى اذا أراد خلق نسمة فهو خالقها الا ان العزل حال عدم الرضا صار مخصوصا وكذلك اذا كانت المرأة أمة الغير أنه يكره العزل عنها من غير رضا لكن يحتاج الى رضاها أو رضا مولاها قال أبو حنيفة لا اذن في

ذلك الى المولى وقال أبو يوسف ومحمد اليها (وجه) قولهما أن قضاء الشهوة حقها والعزل يوجب نقصانا في ذلك ولابي حنيفة ان كراهة العزل لصيانة الولد والولد له لا لها والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام منها ثبوت النسب ومنها وجوب العدة وهو حكم الدخول في الحقيقة ومنها وجوب المهر والاصل فيه ان النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة لانعدام محله أعني محل حكمه وهو الملك لان الملك يثبت في المنافع ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والحر بجميع أجزائه ليس محلا للملك لان الحرية خلوص والملك ينافي الخلوص ولان الملك في الآدمي لا يثبت الا بالرق والحرية تنافي الرق الا ان الشرع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح لحاجة الناس الى ذلك وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح الى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبات النسب ووجوب العدة وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة توجب المهر فجعل منعقداً في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول فلا يجعل منعقدا قبله ثم الدليل على وجوب مهر المثل بعد الدخول ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما امرأة أنكحت نفسها بغير اذن مواليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها مهر مثلها جعل صلى الله عليه وسلم لها مهر المثل فيما له حكم النكاح الفاسد وعلقه بالدخول فدل ان وجوبه متعلق به ثم اختلف في تقدير هذا المهر وهو المسمى بالعقر قال أصحابنا الثلاثة يجب الاقل من مهر مثلها ومن المسمى وقال زفر يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ وكذا هذا الخلاف في الاجارة الفاسدة (وجه) قول زفر ان المنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد جميعا كالاعيان فيلزم اظهار أثر التقوم وذلك بايجاب مهر المثل بالغا ما بلغ لانه قيمة منافع البضع وانما العدول الى المسمى عند صحة التسمية ولم تصح لهذا المعنى أوجنبا كمال القيمة في العقد الفاسد كذا ههنا (ولنا) ان العاقدين ماقوما المنافع باكثر من المسمى فلا تتقوم باكثر من المسمى فحصلت الزيادة مستوفاة من غير عقد فلم تكن لها قيمة الا ان مهر المثل اذا كان أقل من المسمى لا يبلغ به المسمى لانها رضيت بذلك القدر لرضاها بمهر مثلها واختلف أيضاً في وقت وجوب العدة أنها من أي وقت تعتبر قال أصحابنا الثلاثة انها تجب من حين يفرق بينهما وقال زفر من آخر وطء وطئها حتى لو كانت قد حاضت ثلاث حيض بعد آخر وطء وطئها قبل التفريق فقد انقضت عدتها عنده (وجه) قوله ان العدة تجب بالوطء لانها تجب لاستبراء الرحم وذلك حكم الوطء ألا ترى انها لا تجب قبل الوطء واذا كان وجوبها بالوطء تجب عقيب الوطء بلا فصل كاحكام سائر العلل (ولنا) أن النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد في حق الفراش لما بينا والفراش لا يزول قبل التفريق بدليل انه لو وطئها قبل التفريق لا حد عليه ولا يجب عليه بتكرار الوطء الا مهر واحد ولو وطئها بعد التفريق يلزمه الحد ولو دخلته شبهة حتى امتنع وجوب الحد يلزمه مهر آخر فكان التفريق في النكاح الفاسد بمنزلة الطلاق في النكاح الصحيح فيعتبر ابتداء العدة منه كما تعتبر من وقت الطلاق في النكاح الصحيح والخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة لانه ليس بنكاح حقيقة الا أنه الحق بالنكاح في حق المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام المنافع لحاجة الناكح الى ذلك فيبقى في حق غير المستوفى على أصل العدم ولم يوجد استيفاء المنافع حقيقة بالخلوة ولان الموجب للعدة في الحقيقة هو الوطء لانها تجب لتعرف براءة الرحم ولم يوجد حقيقة الا انا أقمنا التمكين من الوطء في النكاح الصحيح مقامه في حق حكم يحتاط فيه لوجود دليل التمكن وهو الملك المطلق ولم يوجد ههنا بخلاف الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح انها توجب العدة اذا كان متمكنا من الوطء حقيقة وان كان ممنوعا عنه شرعا بسبب الحيض أو الاحرام أو الصوم أو نحو ذلك لان هناك دليل الاطلاق شرعا موجود وهو الملك المطلق الا أنه منع منه لغيره فكان التمكن ثابتاً ودليله موجود فيقام مقام المدلول في موضع الاحتياط وههنا بخلافه ولا يوجب المهر أيضاً لانه لما لم يجب بها العدة فالمهر أولى لان العدة يحتاط في وجوبها ولا يحتاط في وجوب المهر

﴿ فصل ﴾ (وأما) ببيان مايرفع حكم النكاح فبيانه ببيان ماتقع به الفرقة بين الزوجين ولوقوع الفرقة بين الزوجين أسباب لكن الواقع ببعضها فرقة بطلاق وبعضها فرقة بغير طلاق وفى بعضها يقع فرقة بغير قضاء القاضى وفى بعضها لا يقع الا بقضاء القاضى فنذكر جملة ذلك بتوفيق الله عز وجل منها الطلاق بصريحه وكناياته وله كتاب مفرد ومنها اللعان ولا تقع الفرقة الا بتفريق القاضى عند أصحابنا وكذا فى كيفية هذه الفرقة خلاف بين أصحابنا نذكره ان شاء الله تعالى فى كتاب اللعان ومنها اختيار الصغير أو الصغيرة بعد البلوغ فى خيار البلوغ وهذه الفرقة لا تقع الا بتفريق القاضى بخلاف الفرقة باختيار المرأة نفسها فى خيار العتق انها تثبت بنفس الاختيار وقد بينا وجه الفرق فيما تقدم والفرقة فى الخيارين جميعا تكون فرقة بغير طلاق بل تكون فسخا حتى لو كان الزوج لم يدخل بها فلا مهر لها اما فى خيار العتق فلا شك فيه لان الفرقة وقعت بسبب وجد منها وهو اختيارها نفسها واختيارها نفسها لا يجوز أن يكون طلاقا لانها لا تملك الطلاق الا اذا ملكت كالمخيرة فكان فسخا وفسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن ولو لم يكن حقيقة لم يكن لها مهر فكذا اذا التحق بالعدم من الاصل وكذا فى خيار البلوغ اذا كان من له الخيار هو المرأة فاختارت نفسها قبل الدخول بها لما قلنا واما اذا كان من له الخيار هو الغلام فاختار نفسه قبل الدخول بها فلا مهر لها أيضا وهذا فيه نوع اشكال لان الفرقة جاءت من قبل الزوج فيجب ان تكون فرقة بطلاق ويتعلق بها نصف المهر والانفصال ان الشرع أثبت له الخيار فلا بد أن يكون مفيدا ولو كان ذلك طلاقا ووجب عليه المهر لم يكن لاثبات الخيار معنى لانه يملك الطلاق فاذا لا فائدة فى الخيار الا سقوط المهر وان كان قد دخل بها لا يسقط المهر لان المهر قد تأكد بالدخول فلا يحتمل السقوط بالفرقة كما لا يحتمل السقوط بالموت ولان الدخول استيفاء منافع البضع وانه أمر خفى فلا يحتمل الارتفاع من الاصل بالفسخ بخلاف العقد فانه أمر شرعى فكان محتملا للفسخ ولانه لو فسخ النكاح بعد الدخول لوجب عليه رد المنافع المستوفاة لانه عاد البدل اليه فوجب ان يعود المبدل اليها وهو لا يقدر على ردها فلا يفسخ واذا لم يقدر على ردها يغرم قيمتها وقيمتها هو المهر المسمى فلا يفيد ولانه لما استوفى المنافع فقد استوفى المعقود عليه وهو المبدل فلا يسقط البدل ومنها اختيار المرأة نفسها لعيب الجب والعنة والخصاء والخنوثة والتأخذ بتفريق القاضى أو بنفس الاختيار على ما بينا وانه فرقة بطلان لان سبب ثبوتها حصل من الزوج وهو المنع من ايفاء حقها المستحق بالنكاح وانه ظلم وضرر فى حقها الا أن القاضى قام مقامه فى دفع الظلم والاصل أن الفرقة اذا حصلت بسبب من جهة الزوج مختص بالنكاح ان تكون فرقة بطلان حتى لو كان ذلك قبل الدخول بها وقبل الخلوة فلها نصف المسمى ان كان فى النكاح تسمية وان لم يكن فيه تسمية فلها المتعة ومنها التفريق لعدم الكفاءة أو لنقصان المهر والفرقة به فرقة بغير طلاق لانها فرقة حصلت لا من جهة الزوج فلا يمكن ان يجعل ذلك طلاقا لانه ليس لغير الزوج ولاية الطلاق فيجعل فسخا ولا تكون هذه الفرقة الا عند القاضى لما ذكرنا فى الفرقة بخيار البلوغ ومنها اباء الزوج الاسلام بعد ما أسلمت زوجته فى دار الاسلام ومنها اباء الزوجة الاسلام بعد ما أسلم زوجها المشرك أو المجوسى فى دار الاسلام وجملة الكلام فيه أن الزوجين الكافرين اذا أسلم أحدهما فى دار الاسلام فان كانا كتابيين فأسلم الزوج فالنكاح بحاله لان الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاء وان أسلمت المرأة لا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا ولكن يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم بقيا على النكاح وان أبى الاسلام فرق القاضى بينهما لانه لا يجوز أن تكون المسلمة تحت نكاح الكافر ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتداء فكذا فى البقاء عليه وان كانا مشركين أو مجوسيين فأسلم أحدهما أيهما كان يعرض الاسلام على الآخر ولا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا فان أسلم فهما على النكاح وان أبى الاسلام فرق القاضى بينهما لان المشركة لا تصلح لنكاح المسلم غير ان الاباء ان كان من المرأة يكون فرقة بغير طلاق لان الفرقة جاءت من قبلها وهو الاباء من الاسلام والفرقة من قبل المرأة لا تصلح طلاقا لانها لا تملك الطلاق فيجعل فسخا وان كان الاباء من الزوج يكون فرقة بطلاق

فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يكون فرقة بغير طلاق وهذا كله مذهب أصحابنا وقال الشافعى اذا أسلم أحد الزوجين وقعت الفرقة بنفس الاسلام غير انه إن كان ذلك قبل الدخول تقع الفرقة للحال فاما بعد الدخول فلا تقع الفرقة حتى تمضى ثلاث حيض فان أسلم الآخر قبل مضيها فالنكاح بحاله وان لم يسلم بانت بمضيها أما الكلام مع الشافعى فوجه قوله ان كفر الزوج يمنع من نكاح المسلمة ابتداء حتى لا يجوز للكافر ان ينكح المسلمة وكذلك شرك المرأة وتجسسها مانع من نكاح المسلم ابتداء بدليل أنه لا يجوز للمسلم نكاح المشركة والمجوسيه فاذا طرأ على النكاح يبطله فاشبه الطلاق (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان رجلا من بنى تغلب أسلمت امرأته فعرض عمر رضى الله عنه عليه الاسلام فامتنع ففرق بينهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا ولو وقعت الفرقة بنفس الاسلام لما وقعت الحاجة الى التفريق ولان الاسلام لا يجوز ان يكون مبطلا للنكاح لانه عرف عاصما للاملاك فكيف يكون مبطلا لها ولا يجوز ان يبطل بالكفر أيضا لان الكفر كان موجودا منهما ولم يمنع ابتداء النكاح فلان لا يمنع البقاء وانه أسهل أولى الا انا لو بقينا النكاح بينهما لا تحصل المقاصد لان مقاصد النكاح لا تحصل الا بالاستفراش والكافر لا يمكن من استفراش المسلمة والمسلم لا يحل له استفراش المشركة والمجوسية لخبثهما فلم يكن فى بقاء هذا النكاح فائدة فيفرق القاضى بينهما عند اباء الاسلام لان اليأس عن حصول المقاصد يحصل عنده وأما الكلام مع أصحابنا فى كيفية الفرقة عند اباء الزوج الاسلام بعد ما أسلمت امرأته المشركة أو المجوسية أو الكتابية فوجه قول ابى يوسف ان هذه فرقة يشترك فى سببها الزوجان ويستويان فيه فان الاباء من كل واحد منهما سبب الفرقة ثم الفرقة الحاصلة بابائها فرقة بغير طلاق فكذا بابائه لاستوائهما فى السببية كما اذا ملك أحدهما صاحبه ولهما ان الحاجة الى التفريق عند الاباء لفوات مقاصد النكاح ولان مقاصد النكاح اذا لم تحصل لم يكن فى بقاء النكاح فائدة فتقع الحاجة الى التفريق والاصل فى التفريق هو الزوج لان الملك له والقاضى ينوب منابه كما فى الفرقة بالجب والعنة فكان الاصل فى الفرقة هو فرقة الطلاق فيجعل طلاقا ما أمكن وفى اباء المرأة لا يمكن لانها لا تملك الطلاق فيجعل فسخا ومنها ردة أحد الزوجين لان الردة بمنزلة الموت لانها سبب مفض اليه والميت لا يكون محلا للنكاح ولهذا لم يجز نكاح المرتد لاحد فى الابتداء فكذا فى حال البقاء ولانه لا عصمة مع الردة وملك النكاح لا يبقى مع زوال العصمة غير ان ردة المرأة تكون فرقة بغير طلاق بلا خلاف وأما ردة الرجل فهى فرقة بغير طلاق فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد فرقة بطلاق (وجه) قوله ظاهر لان الاصل ان الفرقة اذا حصلت بمعنى من قبل الزوج وأمكن ان تجعل طلاقا تجعل طلاقا لان الاصل فى الفرقة هو فرقة الطلاق وأصل أبى يوسف ماذكرنا انه فرقة حصلت بسبب يشترك فيه الزوجان لان الردة من كل واحد منهما سبب لثبوت الفرقة ثم الثابت بردتها فرقة بغير طلاق كذا بردته ولابى حنيفة ان هذه الفرقة وان كانت بسبب وجد من الرجل وهو ردته الا انه لا يمكن ان تجعل الردة طلاقا لانها بمنزلة الموت وفرقة الموت لا تكون طلاقا لان الطلاق تصرف يختص بما يستفاد بالنكاح والفرقة الحاصلة بالردة فرقة واقعة بطريق التنافى لان الردة تنافى عصمة الملك وما كان طريقه التنافى لا يستفاد بملك النكاح فلا يكون طلاقا بخلاف الفرقة الحاصلة باباء الزوج لانها تثبت بفوات مقاصد النكاح وثمرانه وذلك مضاف الى الزوج فيلزمه الامساك بالمعروف والا التسريح بالاحسان فاذا امتنع عنه ألزمه القاضى الطلاق الذى يحصل به التسريح بالاحسان كانه طلق بنفسه والدليل على التفرقة بينهما ان فرقة الاباء لا تحصل الا بالقضاء وفرقة الردة تثبت بنفس الردة ليعلم ان ثبوتها بطريق التنافى ثم الفرقة بردة أحد الزوجين تثبت بنفس الردة فتثبت فى الحال عندنا وعند الشافعى ان كان قبل الدخول فكذلك وان كان بعد الدخول تتأجل الفرقة الى مضى ثلاث حيض وهو على الاختلاف فى اسلام أحد الزوجين هذا اذا ارتد أحد الزوجين فاما اذا ارتدا معا لا تقع الفرقة بينهما استحسانا حتى لو أسلما معا فهما على نكاحهما والقياس ان تقع الفرقة وهو قول زفر وجه القياس انه لو ارتد أحدهما لوقعت الفرقة

فكذا اذا ارتد الان فى ردتهما ردة أحدهما وزيادة وللاستحسان اجماع الصحابة رضى الله عنهم فان العرب لما ارتدت فى زمن أبى بكر الصديق رضى الله عنه ثم أسلموا لم يفرق بينهم و بين نسائهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فان قيل بم يعلم هناك انهم ارتدوا وأسلموا معا فالجواب انه لما لم يفرق بينهم و بين نسائهم فيما لم يعلم القران بل احتمل التقدم والتأخر فى الردة والاسلام ففيما علم أولى ان لا يفرق ثم نقول الاصل فى كل أمرين حادثين اذا لم يعلم تاريخ ما بينهما ان يحكم بوقوعهما معاً كالغرقى والحرقى والهدمى ولو تزوج مسلم كتابية يهودية أو نصرانية فتمجست تثبت الفرقة لان المجوسية لا تصلح لنكاح المسلم ألا ترى انه لا يجوز له نكاحها ابتداء ثم ان كان ذلك قبل الدخول بها فلا مهر لها ولا نفقة لانها فرقة بغير طلاق فكانت فسخا وان كان بعد الدخول بها فلها المهر لما بينا فيما تقدم ولا نفقة لها الان الفرقة جاءت من قبلها والاصل ان الفرقة اذا جاءت من قبلها فان كان قبل الدخول بها فلا نفقة لها ولا مهر وان جاءت من قبله قبل الدخول يجب نصف المسمى ان كان المهر مسمى وان لم يكن تجب المتعة و بعد الدخول يجب كل المهر والنفقة ولو كانت يهودية فتنصرت أو نصرانية فتهودت لم تثبت الفرقة ولم يعترض عليه عندنا وقال الشافعى لا يمكن من القرار عليه ولكن تجبر على ان تسلم أو تعود الى دينها الاول فان لم تفعل حتى مضت ثلاث حيض وقعت الفرقة كما فى المرتد وجه قوله انها كانت مقرة بان الدين الذى انتقلت اليه باطل فكان ترك الاعتراض تقريرا على الباطل وانه لا يجوز (ولنا) انها انتقلت من باطل الى باطل والجبر على العود الى الباطل باطل ولو كانت يهودية أو نصرانية فصأت لم تثبت الفرقة فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد تثبت الفرقة بناء على انه يجوز للمسلم نكاح الصابئية عنده وعندهما لا يجوز والمسألة مرت فى موضعها ومنها اسلام أحد الزوجين فى دار الحرب لكن لا تقع الفرقة فى الحال بل تقف على مضى ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض وان كانت ممن لا تحيض ثلاثة اشهر فان أسلم الباقى منهما فى هذه المدة فهما على النكاح وان لم يسلم حتى مضت المدة وقعت الفرقة لان الاسلام لا يصلح سببا لثبوت الفرقة بينهما ونفس الكفر أيضا لا يصلح سببا لما ذكرنا من المعنى فيما تقدم ولكن يعرض الاسلام على الآخر فاذا أبى حينئذ يفرق وكانت الفرقة حاصلة بالاباء ولا يعرف الاباء الا بالعرض وقد امتنع العرض لانعدام الولاية وقد مست الحاجة الى التفريق اذا المشرك لا يصلح لنكاح المسلم فيقام شرط البينونة وهو مضى ثلاث حيض اذ هو شرط البينونة فى الطلاق الرجعى مقام العلة واقامة الشرط مقام العلة عند تعذر اعتبار العلة جائز فى أصول الشرع فاذا مضت مدة العدة وهى ثلاث حيض صار مضى هذه المدة بمنزلة تفريق القاضى وتكون فرقة بطلاق على قياس قول أبى حنيفة ومحمد وعلى قياس قول أبى يوسف بغير طلاق لانه فرقة بسبب الاباء حكما وتقديرا وأذا وقعت الفرقة بعد مضى هذه المدة هل تجب العدة بعد مضيها بأن كانت المرأة هى المسلمة فخرجت الى دار الاسلام فتمت الحيض فى دار الاسلام لا عدة عليها عند أبى حنيفة وعندهما عليها العدة والمسئلة مذكورة فيما تقدم وان كان المسلم هو الزوج فلا عدة عليها بالاجماع لانها حربية ومنها اختلاف الدارين عندنا بان خرج أحد الزوجين الى دار الاسلام مسلما أو ذميا وترك الآخر كافرا فى دار الحرب ولو خرج أحدهما مستأمنا وبقى الآخر كافرا فى دار الحرب لا تقع الفرقة بالاجماع وقال الشافعى لا تقع الفرقة باختلاف الدارين وهذا بناء على أصل وهو ان اختلاف الدارين علة لثبوت الفرقة عندنا وعنده ليس بعلة وانما العلة هى السبى واحتج بما روى أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت من مكة الى المدينة وخلفت زوجها أبا العاص كافرا بمكة فردها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنكاح الاول ولو ثبتت الفرقة باختلاف الدارين لما رد بل جدد النكاح ولان تأثير اختلاف الدارين فى انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يوجب انقطاع النكاح فان النكاح يبقى بين أهل العدل والبغى والولاية منقطعة (ولنا) ان عند اختلاف الدارين يخرج الملك من أن يكون منتفعا به لعدم التمكن من الانتفاع عادة فلم يكن فى بقائه فائدة فيزول كالمسلم اذا ارتد عن الاسلام ولحق بدار الحرب انه يزول ملكه عن أمواله وتعتق أمهات أولاده ومدبروه لما قلنا كذا هذا بخلاف

أهل البغي مع أهل العدل لان أهل البغي من أهل الاسلام ولانهم مسلمون فيخالطون أهل العدل فكان امكان الانتفاع ثابتاً فيبقى النكاح وههنا بخلافه وأما الحديث فقد روى أنه ردها عليه بنكاح جديد فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج به مع ما أن العمل بهذه الرواية أولى لانها تثبت أمراً لم يكن فكان راوي الرد بالنكاح الاول استصحب الحال فظن أنه ردها عليه بذلك النكاح الذي كان وراوي النكاح الجديد اعتمد حقيقة الحال وصار كاحتمال الجرح والتعديل ثم ان كان الزوج هو الذي خرج فلا عدة على المرأة بلا خلاف لما ذكرنا انه حربية وان كانت المرأة هي التي خرجت فلا عدة عليها في قول أبي حنيفة خلافاً لهما وكذلك اذا خرج أحدهما ذميا وقعت الفرقة لانه صار من أهل دار الاسلام فصار كما لو خرج مسلما بخلاف ما اذا خرج أحدهما بامان لان الحربي المستأمن من أهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام على سبيل العارية لقضاء بعض حاجاته لا للتوطن فلا يبطل حكم دار الحرب في حقه كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان لانه لا يصير بالدخول من أهل دار الحرب لما قلنا كذا هذا ولو أسلما معا في دار الحرب أو صارا ذميين معا أو خرجا مستأمنين فالنكاح على حاله لانعدام اختلاف الدارين عندنا وانعدام السبي عنده وعلى هذا يخرج ما اذا سبي أحدهما وأحرز بدار الاسلام انه تقع الفرقة بالاجماع لكن على اختلاف الاصلين عندنا باختلاف الدارين وعنده بالسبي وعندنا لا تثبت الفرقة قبل الاحراز بدار الاسلام ولو سبيا معا لا تقع الفرقة عندنا لعدم اختلاف الدارين وعنده تقع لوجود السبي واحتج بقوله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم حرم المحصنات وهن ذوات الازواج اذ هو معطوف على قوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم واستثنى المملوكات والاستثناء من الحظر اباحة ولم يفصل بين ما اذا سبيت وحدها أو مع زوجها ولان السبي سبب لثبوت ملك المتعة للسابي لانه استيلاء ورد على محل غير معصوم وانه سبب لثبوت الملك في الرقبة ولهذا يثبت الملك في المسبية بالاجماع وملك الرقبة يوجب ملك المتعة ومتى ثبت ملك المتعة للسابي يزول ملك الزوج ضرورة بخلاف ما اذا اشترى أمة هي منكوحة الغير انه لا يثبت للمشتري ملك المتعة وان ثبت له ملك الرقبة بالشراء لان ملك الزوج في الامة ملك معصوم واثبات اليد على محل معصوم لا يكون سبباً لثبوت الملك (ولنا) ان ملك النكاح للزوج كان ثابتاً بدليله مطلقا وملك النكاح لا يجوز ان يزول الا بازالته أو لعدم فائدة البقاء اما لفوات المحل حقيقة بالهلاك او تقديرا لخروجه من أن يكون منتفعا به في حق المالك واما لفوات حاجة المالك بالموت لان الحكم بالزوال حينئذ يكون تناقضا والشرع منزه عن التناقض ولم توجد الازالة من الزوج والمحل صالح والمالك صالح حي محتاج الى الملك وامكان الاستمتاع ثابت ظاهراً وغالبا اذا سبيا معا ولا يكون نادرا وكذا اذا سبي أحدهما والمسبي في دار الحرب لان احتمال الاسترداد من الكفرة أو استنقاذ الاسراء من الغزاة ليس بنادر وان لم يكن غالبا بخلاف ما اذا سبي أحدهما وأخرج الى دار الاسلام لان هناك لا فائدة في بقاء الملك لعدم التمكن من اقامة المصالح بالملك ظاهرا وغالبا لاختلاف الدارين وأما قوله السبي ورد على محل غير معصوم فنعم لكن الاستيلاء الوارد على محل غير معصوم انما يكون سبباً لثبوت الملك اذا لم يكن مملوكا لغيره وملك الزوج ههنا قائم لما بينا فلم يكن السبي سبباً لثبوت الملك للسابي فلا يوجب زوال ملك الزوج والآية محمولة على ما اذا سبيت وحدها لما ذكرنا من الدلائل ومنها الملك الطارئ لاحد الزوجين على صاحبه بان ملك أحدهما صاحبه بعد النكاح أو ملك شقصا منه لان الملك المقارن يمنع من انعقاد النكاح فالطارئ عليه يبطله والفرقة الواقعة به فرقة بغير طلاق لانها فرقة حصلت بسبب لا من قبل الزوج فلا يمكن ان تجعل طلاقا فتجعل فسخا ولا يحتاج الى تفريق القاضي لانها فرقة حصلت بطريق التنافي لما بينا في المسائل المتقدمة ان الحقوق الثابتة بالنكاح لا يصح اثباتها بين المالك والمملوك فلا تفتقر الى القضاء كالفرقة الحاصلة بردة أحد الزوجين وعلى هذا قالوا في القن والمدبر والمأذون اذا اشتري زوجته مالم يبطل النكاح لان الشراء لا يفيد لهما ملك المتعة فلا يوجب بطلان النكاح وقالوا أيضاً في المكاتب اذا اشترى زوجته لا يبطل نكاحها لانه لا يملكها وانما يثبت له فيها حق الملك وحق الملك يمنع ابتداء

النكاح ولا يمنع البقاء كالعدة وهذا لان حق الملك هو الملك من وجه فكان ملكه فيها ثابتا من وجه دون وجه فالنكاح اذا لم يكن منعقدا يقع الشك فى انعقاده فلا ينعقد بالشك واذا كان منعقدا يقع الشك فى زواله فلا يزول بالشك على الاصل المعهود ان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك والثابت بيقين لا يزول بالشك لهذا المعنى منعت العدة من ابتداء النكاح ولم تمنع البقاء كذا هذا وقالوا فيمن زوج ابنته من مكاتبه ثم مات لا يبطل النكاح بينهما حتى يعجز عن أداء بدل الكتابة وقال الشافعى ينفسخ النكاح بناء على ان المكاتب لا يورث عندنا فلا يثبت الملك للوارث فى المكاتب حقيقة وانما يثبت له حق الملك وانه لا يمنع بقاء النكاح وعنده يورث فيثبت الملك لها فى زوجها فيبطل النكاح (وجه) قوله ان الوارث يقوم مقام المورث فى أملاكه فيثبت له ما كان ثابتاً للمورث وملكه فى المكاتب كان ثابتا له فينتقل الى الوارث فيصير مملوكا له فينفسخ النكاح (ولنا) ان الحاجة مست الى ابقاء ملك الميت فى المكاتب لان عقد الكتابة أوجب له حق الحرية للحال على وجه يصير ذلك الحق حقيقة عند الاداء ولهذا يثبت الولاء من قبله فلو نقلنا الملك من الميت الى الوارث لتعذر اثبات حقيقة الحرية عند الاداء لانعدام تعليق الحرية منه بالاداء فمست الحاجة الى استيفاء ملك الميت فيه لاجل الحق المستحق للمكاتب فيمنع ثبوت الملك حقيقة للوارث ويثبت له حق الملك لوجود سبب الثبوت وهو القرابة وشرطه وهو الموت وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء لما ذكرنا الا اذا عجز عن اداء بدل الكتابة لانه اذا عجز ثبت الملك حقيقة للوارث فيرتفع النكاح واما معتق البعض اذا اشترى زوجته لا يبطل النكاح فى قول أبى حنيفة وعندهما يبطل بناء على ان معتق البعض بمنزلة المكاتب عنده وعندهما جر عليه دين والله أعلم ومنها الرضاع الطارئ على النكاح كمن تزوج صغيرة فارضعتها أمه بانت منه لانها صارت أختاً له من جهة الرضاع وكذا اذا تزوج صبيتين رضيعتين فجاءت امرأة فارضعتهما بانتا منه لانهما صارتا أختين وحرمة الاخت من الرضاع يستوى فيها السابق والطارئ وكذا حرمة الجمع بين الاختين من الرضاعة ونذكر ان شاء الله تعالى ما يتعلق بالرضاع المقارن والطارئ من المسائل فى كتاب الرضاع ومنها المصاهرة الطارئة بان وطئ أم امرأته أو ابنتها والفرقة بها فرقة بغير طلاق لانها حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والفرق فى هذه الوجوه كلها بائنة لان المقصود فى بعضها الخلاص وانه لا يحصل الا بالبائن وفى بعضها المحل ليس بقابل لبقاء النكاح فافهم والله الموفق

تم الجزء الثاني ويليه الجزء الثالث وأوله كتاب الايمان