

العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام

فاسدا ولم يصح بإجازة الولي وأما الصداق فلا يجوز التواطؤ على إسقاطه، ويجوز تأخير فرضه إلى حين البناء وإلا يقع تقديره جبر وهو نكاح التفويض عند مالك، وأما الشاهدان فلا بد منهما أيضاً قبل الدخول فإن وقع الدخول قبل الإشهاد حداً إلا أن يأتيأ بشبهة، قال بعض المتأخرين: إذا أقر الرجل بوطء امرأة وادعى أنه تزوجها أو وطئ أمة رجل وادعى أنه اشتراها فعليه الحد في مذهب ابن القاسم، ولا يحد علي مذهب أشهب، وقول ابن حبيب في «الواضحة»، فإن وقع العقد دون إشهاد وأشهدا قبل الدخول صح باتفاق ولا ينعقد إلا بلفظ يقتضى التأيد كأنكحت وزوجت، وأولى الأولياء بالعقد المالك ثم الابن وإن سفل ثم الأب وروى الأب، مقدم على الابن ثم الأخ ثم ابنه ثم الجد، وقبل الجد أولى من الأخ ثم سائر العصابة على حسب ترتيبهم في الإرث.

إنكاح الأب ابنته البكر فوجره

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحابه أجمعين، وبعد: فهذا كتاب نكاح العقد على بركة الله تعالى بين فلان وفلان في ابنته البكر في حجره فلانه بصداق مبلغة بين نقد وكالئ كذا النقد منه كذا برسم الحلول، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا تزوجها بكلمة الله العلي العظيم وعلى سنة سيدنا محمد رسوله الكريم وعلى ما نطق به محكم القرآن من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وليحسن صحبتها، ويحمل عشرتها وله عليها مثل ذلك وزيادة درجة لقوله عز وجل: ﴿وَاللرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨] عقده عليها بما

ملكه الله من أمرها وجعل بيده من العقد عليها والنظر لها والدها، وهى بكر فى حجره وولاية نظره، صحيحة الجسم والعقل خلو من الزوج وعدة الوفاة حل للعقد بعد الاستثمار المستحب، وشهد على الزوج ووالد الزوجة المذكورين بما فيه عنهما من أشهاده به وعرفهما وهما بحال الصحة والجواز فى كذا.

بيان وفقه: الخطبة مستحبة وما قل منها أفضل والصداق ما يبذله الزوج للزوجة فى عقد النكاح، وهو المهر أيضاً، وقد يسمى بعض الكتاب المكتوب الذى تقع فيه الشهادة بالنكاح صداقاً، وذلك تجوز، وإنما يسمى ذلك كتاب الصداق أو كتاب النكاح.

والصداق: هو المبدول فإن وقع النكاح بأقل من ذلك ففى ذلك قولان فى «المدونة» أحدهما أنه يفسخ قبل البناء وبعده، والثانى: أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وهل هذان القولان بالفسخ إذا أبى الزوج عن إكمال أقل الصداق أم ذلك إذا وقع كذلك سواء أبى الزوج عن إكماله أم لا؟ فى ذلك أيضاً قولان للمتأخرين، وقد أجازت طائفة من أهل العلم النكاح على ما تراضوا عليه من قليل أو كثير وهو مذهب ابن المسيب وغيره وبه قال ابن وهب، ولو بدرهم واحد وأما أكثره فلا حد له وقد أراد عمر -رضى الله تعالى عنه- أن يحمل الناس على أن لا يجاوزوا فى الصداق أربعمائة درهم وهو مبلغ صداق أزواج النبى ﷺ، فقالت امرأة: يا أمير المؤمنين إن الله تعالى يقول: ﴿وَأْتَيْتُمَّ إِخْدَانَهُنَّ قَنَاطَرًا﴾ [النساء: ٢٠] فقال: كل الناس أعلم منك يا عمر حتى النساء. ولا بد من بيان السكة إن كان الصداق دنانير أو دراهم فإن سقط ذكرهما كان لها

السكة الجارية في البلد في تاريخ النكاح فإن اختلفت أخذت من الأغلب فإن تساوت أخذت من جميعها كمن تزوج برقيق ولم يصف حمراناً ولا سوداناً، والنقد هو المعجل، ولا يبرأ الزوج منه حتى ينص على قبضة، وقد ذكر ابن أبي زمنين في «وثائقه»: أنه إذا قال: نقدها وسكت أن في ذلك قولين أحدهما: أن في ذلك براءة الزوج وهو قول سحنون لأن معنى نقدها عجل لها أى دفع لها والثاني: أنه لا يبرأ بذلك حتى ينص على القبض، وهو قول ابن حبيب، وللزوجة الامتناع من الدخول حتى تقبضه فإن رضيت للدخول قبل قبضة جاز بعد أن ينقدها منه مقدار ربع دينار.

والكالي: بالهمز هو المؤخر والنكاح به دون نقد مكروه وتأجيله إلى العشرين سنة فأدونها جائز باتفاق، ولا يفسخ النكاح إذا أوقع به، واختلف إن وقع الأكثر من ذلك، فقيل: إنه يفسخ فيما فوق العشرين وهو قول ابن وهب، وقيل: إنه لا يفسخ إلا فيما فوق الأربعين وهو الذى رجع إليه ابن القاسم، وقيل: لا يفسخ إلا في الخمسين والستين، وقيل: في السبعين والثمانين، وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ واختار ابن القاسم أجله أربع سنين فما دونها والست سنين أيضاً فما دونها وكرهه فيما جاوز ذلك، واختار غيره العشر سنين فما دونها، وكرهه فيما جاوز ذلك وهو قول أصبغ وأشهب، وقيل: يجوز فيما دون العشرين من غير كراهة وإن أغفل ذكر الأجل فيه فإن النكاح يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل معجلاً ما لم يكن أقل من المعجل المسمى فلا ينقص منه أو أكثر من المعجل والمؤجل فلا يزداد عليها وروى عيسى أن النكاح يفسخ إذا لم يكن للكالي أجل مطلقاً، وذكر ابن مغيث في «وثائقه» إذا لم يؤرخ

أجل الكالئ: أن النكاح يجوز ويضرب له أجل البلد قياساً على البيع على الخيار إذ لم يضرب له أجل، وفي كتاب «الاستغناء»: إذا اختلف الزوج والولى في أجل الكالئ فقال الشهود: أنسيناه، فإن كان أجل الكوالئ كلها متعارفاً عندهم وكان لقلة الكوالئ وكثرتها أجل حمل ذلك الكالئ إلى مثل ذلك الأجل، فإن لم يكن ذلك عندهم متعارفاً حمل أجله إلى أكثر ما تحمل عليه الكوالئ إلى مثل ذلك الأجل ويثبت النكاح، وإن حل أجل الكالئ قبل الدخول كان للزوجة الامتناع منه حتى تقبضه على المشهور من مذهب مالك وأصحابه، وقيل: لا يكلف وزن الكالئ حتى يبنى بامرأته فإذا بنى وكمل أسبوعه معها أخذته، فإن أعسر به قبل البناء فإنها تطلق عليه كالإعسار بالنقد، وأما بعد البناء فلا تطلق عليه ويكون ديناً في ذمته، قاله في كتاب «التنبيه» أبو الطاهر بن بشير، قال: وللزوجة المطالبة به عند حلوله إن كانت رشيدة وإن كانت سفية وأرادوا لها أب أو غيره المطالبة به فرواية المتقدمين أن له ذلك، وقال المتأخرون يجب أن لا تقع المطالبة به للعادة من تأخيره إلا أن يثبت من طالب به الحاجة إلى ذلك وأنه حسن نظر وعليه القضاء الآن ومعنى تزوجها بكلمة الله العلي العظيم قول لا إله إلا الله محمد رسول الله، إذ لا يحل لغير مسلم أن يتزوج مسلمة وقيل بكلمة الله، أي: بقرآن الله، وقال الخطابي: الكلمة قول الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، والدرجة هي الطلاق الذى جعله الله تعالى بيده، قال ذلك إسماعيل القاضى وقال غيره: الدرجة ما فضله الله به عليها من الجهاد والشهادة الطلاق وغير ذلك، وقيل: هي قوامه عليها قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤]، وإن شئت قلت: عوض عقده

عليها أنكحه إياها، واختار بعضهم أنكحها إياه بتقدم الكناية عليها قال: لأن الولي إنما يملك العقد عليها لا على الزوج وكلا الوجهين جائز ومعنى بما ملكه الله من أمرها؛ أى من إنكاحها وإباحة وطئها وإن شئت قلت: بما ملكه الله من بضعها. وهو النكاح أيضاً، وللأب أن يجبر الصغيرة مطلقاً والبكر البالغ كذلك ويستحب استئذانها واستئذان الثيب بحرام كالبكر وفي الثيب بعارض قولان، والثيب بالنكاح الفاسد كالثيب بالنكاح الصحيح وفي العانس والمطلقة بعد الدخول وقبل المسيس قولان، وفي الثيب تبلغ بعد الطلاق قولان، والبكر التي لم تتزوج، فإن ألفاها ساقطة العذرة ففي ذلك قولان أحدهما: أنه لا يكون له القيام بذلك، ولا ترد الزوجة إلا أن يشترط أنها عذراء، وهو قول أشهب ورواه ابن حبيب عن مالك، وأخذ به جماعة من المتأخرين، والثاني: أن له القيام بذلك وردها منه وهو الذى يأتى على مذهب ابن القاسم، وقاله ابن العطار في «وثائقه»، وعول ابن فتحون في «وثائقه» على القول الأول وصوبه فإن قلت: بكراً عذراء كان له الرجوع بلا خلاف، وقولنا صحيحة الجسم والعقل، أى: لا عيب فيها من العيوب الموجبة للرد فإن ألفاها الزوج عوراء أو عمياء أو غير ذلك فلا رجوع له ولا قيام على المشهور، وقال ابن مغيث فإن قلت: سليمة في جسمها عوضاً من صحيحة كان له القيام بذلك وبكل عيب يظهر بها واستحب للأب الاستثمار لرفع الخلاف إذ من العلماء من رأى أنه لا بد من استئذانها، وهو مذهب الأوزاعي وسفيان الثوري وكانت عادة من تقدم ترك الكتابة حتى أحدثت الشروط والكوالى، وسئل بعضهم عن ثمن الورق الذى يكتبه فيه وأجرة الكاتب على من تكون، فقال: على الذى يتوثق لنفسه وهو

المرأة ووليها وأجرة الماشطة على التعارف بين الناس، وقال ابن سهل: لا يقضى على الزوج بأجرة الماشطة على الجلوة إن امتنع ولا بأجرة ضارب دف ولا كبير قال: ويقضى عليه بالوليمة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف: «أولم ولو بشاة»^(١) مع العادة عند الخاصة والعامة، وقال ابن رشد، الوليمة مندوب إليها ومرغب فيها، ولا يقضى بها على الزوج ولا حق فيها للزوجة، وقال أبو عبد الله بن عتاب: لا يقضى على الزوج بالعرس والآجرة للجلوة المتعارفة عندهم إن امتنع من ذلك، ويؤمر به ولا يجبر.

فصل

إن كان الصداق هزيمة أو ساق الزوج لزوجته أصل ملك أو غيره في صداقها كتبت في الهزيمة على صداق مبلغه بين نقد وكالئ وهزيمة كذا وكذا، النقد من ذلك كذا، والهزيمة التي انتقد النكاح بها وتم على إسقاطها كذا، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، وهذه الهزيمة جائزة بكرة كانت الزوجة أو ثيباً محجوراً عليها أو غير محجوراً عليها، والنكاح إنما انعقد بما دونها، وذكرها في العقد لغو، «وفي كتاب ابن يونس»: إن أصدقها عدداً معلوماً «النقد منه كذا» كذا والكالئ كذا وبقي من الصداق عدد لم يذكره في نقد ولا كالئ أنه يحمل على الهزيمة، ولا يجوز لأحد من الأولياء أن يعقد نكاح محجورة بأقل من صداق مثلها سواء كان الولي السلطان أو غيره إلا الأب وحده في ابنته البكر فإنه يجوز له أن يعقد نكاحها بربع دينار فما فوق، وإن كان صداق مثلها

(١) رواه النسائي في ((السنن)).

أكثر من ذلك، وكذلك يجوز له أن يسقط من صداقها ما شاء أو يؤخر به أو يبعثه إذا كان ذلك كله على وجه النظر لها في مذهب ابن القاسم وعلى قول مالك: لا يجوز أن يسقط من صداقها شيئاً إلا في الطلاق قبل البناء خاصة وهي رواية ابن وهب عن مالك، ولا يجوز له أن يضع الصداق كله إلا في الطلاق خاصة باتفاق، وتقول في السياقة بعد ذكر أركانها: وساق الزوج لزوجته المذكورة زائداً لما سمي من الصداق جميع الدار الكائنة بكذا حدودها كذا أو الموضع السقوى الكائن بكذا أو النصف الواحد من الأملاك الكائنة بكذا في الإشاعة معه أو مع الغير وبحقوق ذلك، وكافة حرمة ومنافعه سياقه صحيحة كمل بها الصداق، وانعقد عليها النكاح بعد المعرفة بقدرها، وعلى السنة في ذلك، وتجب الشفعة للشريك في الجزء المسوق إذا كان في الإشاعة مع الغير بالقيمة لا بصداق المثل باتفاق، وهل يجوز للزوجة أو لمن يلي أمرها بيع الملك المسوق قبل البناء أم لا؟ في ذلك قولان، أحدهما: أن ذلك غير سائغ ولا جائز للمنفعة التي للزوج في ذلك حكاه القاضي ابن بشير، والثاني: أن ذلك سائغ ولا مقال للزوج في ذلك، وسئل ابن رشد فيمن ساق لزوجته جزءاً من أملاكه بقرية عينها على الإشاعة فلما كان بعد ذلك أراد بيع حقل معين من أملاكه بالقرية المذكورة وادعى أنه أفاده بعد السياقة ونازعت زوجته في ذلك، فقال: على الرجل أن يقيم البينة على ما ادعاه، فإن لم تكن له بينة حلفت المرأة وأخذت حقها منه، وإن تحمل الصداق عن الزوج والده أو غيره، قلت: وتحمل عن الناكح فلان والده للزوجة فلانة في عقد هذا النكاح جميع الصداق المسمى نقده وكالؤه وهديته إن كانت فيه هدية في ماله وذمته حملاً لا حمالة أراد بذلك إعانة

الناكح وصلته وهذا الحمل لازم للحامل في حياته وبعد وفاته وفي عدمه ويسره لثبوت النكاح باستقراره في ذمته يطالب به دون الزوج، ولها الامتناع من الدخول حتى تقبضه فإن أعدم الحامل لم يكن للزوج سبيل إليها حتى يدفعه ويتبع الزوج به الحامل إن دفعه، فإن أباحت له الدخول دون شيء لم يكن لها قبل زوجها شيء وتتبع الحامل به إذ لا يطلب الزوج بما تحمله عنه غيره في عقد النكاح، وقال ابن عتاب: حكى ابن مغيث أنه إن كان للابن مال وتحمل عنه والده الصداق كانت الزوجة مخيرة إن شاءت أخذت به الحامل أو المحمول عنه، وانظر في «النكت»، وهذا كله إن كان الحمل في نفس العقد، ولو وقع الحمل بعد عقد النكاح كان حكمه حكم الهبة تبطل في الوفاة إن لم تقبض في قول ابن القاسم، وقال ابن الماجشون: يلزمه على كل حال، والحمل ضد الحمل إذ الحمل لازم لا يرجع به، والحمل معناها الضمان، وله الرجوع إذا أدى، ولو وقع في نفس العقد أن فلاناً ضمن الصداق عن الزوج ولم يبين هل هو على الحمل أو الحمل وانعقد النكاح على ذلك ففي «المدونة» وغيرها: أن ذلك على الحمل اللازم، وقيل على الحمل وبالأول القضاء.

فصل

وإن نحل والد الزوج ابنه أو والد الزوجة بنته أو غيرها نحلة في كتاب الصداق قلت: بعد ذكر الصداق والسياقة ونحل الزوج والده أو الزوجة والدها في عقدة هذا النكاح ومن أجله جميع الدار الكائنة بكذا حدودها كذا أو الفدان الكائن بكذا حدوده كذا أو النصف أو الربع من أملاكه الكائنة بقرية كذا

وبحقوق ذلك وكافة حرمه ومرافقه نحلة صحيحة صرهما الناحل من ماله، وأبانها عن ملكه وصيرها مالا وملكا لابنه فلان أو لابنته فلانة، وانعقد عليها هذا النكاح وتم بسببها، فإن كان المنحول له مالاً أمره زدت قبل قولك: وانعقد عليها هذا النكاح، وقبل ذلك منه المنحول له فلان أو فلانة، فإن سقط ذكر القبول لم يضر إذ إشهادها بها في الكتاب متضمن للقبول، وقيل: تبطل النحلة إلا أن يثبت أنه اعتمرها وقبضها في صحة الناحل، وإذا انعقد النكاح على هذه النحلة لم تفتقر إلى حيازة وقيل: لا بد فيها من الحيازة وبالأول العمل لأنها لما انعقد النكاح عليها صارت بمنزلة البيع، وإذا كان المنحول دنانير عن شوار أو غيره قلت ما نصه: ونحل الزوجة والدها في عقدة هذا النكاح ومن أجله كذا وكذا دنانير من دنانير كذا الجارية بموضع كذا عن شوار أو عن دار نحلة صحيحة صرهما من ماله، وأبانها عن ملكه وصير بها الدنانير المذكورة دينا حالاً لها ولا براءة له منها إلا بما تبرأ به الذم شرعاً، وانعقد عليها هذا النكاح، وتم بسببها، وإن سقط من الوثيقة أن هذه النحلة انعقد عليها النكاح، وكانت النحلة منصوصة في الصداق فقال ابن رشد: إنها لا تفتقر إلى حيازة وكونها في العقد منصوصة يقتضى أن النكاح انعقد عليها، وقال غيره: إنها تفتقر إلى الحيازة إن سقط الفصل المذكور، وفي كتاب «الاستغناء»، فإن نحل الرجل ابنه الكبير نحلة في عقد نكاحه ونحل معه ابناً له صغيراً أملاً كماً مشاعة ثم مات الأب قبل بلوغ الصغير نفذ ذلك لهما إن حازها الكبير وإن لم يحزها حاز نصيب الكبير الذي انعقد عليه النكاح، وبطل نصيب الصغير وقسم بينهما، قال المشاور: وأحب إلى أن ينفذ جميع ذلك لأن عقد النكاح في بعضه كالحيازة لجمعها

للاختلاف في ذلك كمن تصدق على كبير وصغير ولا شفعة في هذه النحلة على مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وإن كان النكاح انعقد عليها، واختلف في ذلك الشيوخ -رحمهم الله تعالى- وهي بمثلة الهبة والصدقة لا شفعة فيها، وقد روى ابن عبد الحكم عن مالك: أن فيها الشفعة، وقال به بعض الشيوخ في النحلة على رواية ابن عبد الحكم في الهبة، وليس عليه العمل فإن طلق الزوج زوجته قبل البناء فالنحلة جائزة للمنحول له نافذة، وإن فسخ هذا النكاح قبل البناء لفساد فيه ففي ذلك قولان أحدهما: أن النحلة تبطل وتعود إلى الناحل؛ قاله ابن العطار والثاني: أنها لا تبطل وهي نافذة جائزة كالطلاق وإن كان الفسخ بعد البناء فالنحلة نافذة باتفاق.

وسئل ابن رشد في امرأة نخلت بنتها في عقد نكاحها بمال فلما أبرزته قام الزوج يطلبها بميراث الابنة في أيها إذ كان بيدها، وقال لها: النحلة عطية وهي غير ما استقر لها عندك، وقالت المرأة: إنما أردت بالنحلة ميراثها وغيره هل تعذر المرأة في ذلك بجهل أم لا؟ فاختلف الشيوخ هنا، فأفتى بعضهم بإلزامها المالكين ولم يعذرها، وبعضهم مال إلى عذرها في ذلك إذ لا يعرف معنى النحلة إلا القليل وحكم القاضى أبو محمد بن منصور فيها بعذرها وأحلف المرأة أنها ما أرادت بالنحلة سوى ميراثها وغيره فأجابها القاضى أبو الوليد: ما حكم به القاضى أبو محمد صحيح عندي، وبه أقول، فأنفذ ذلك موقفاً إن شاء الله تعالى وإن سمى الرجل لوليته في عقد نكاحها شيئاً قلت ما نصه: واعترف فلان أن للزوجة فلانة مالا وملكاً جميع الدار الكائنة بكذا حدودها كذا أو الفدان الكائن بكذا حدوده كذا أو شوار قيمته كذا اعترافاً تاماً انعقد عليه هذا النكاح

وتم سببه، قال ابن رشد: وإن سمي لها شيئاً من ماله عرضاً أو أصلاً في عقد النكاح بشرط أو بغير شرط فقال لها: دارى الفلانية أو عبدى الفلاني كان ذلك نحلة من قبله، وإن قال لها الدار الفلانية أو المملوك المسمى بفلان فقيل: يكون ذلك نحلة لها بمثلة قوله: لها دارى الفلانية أو عبدى الفلاني، وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى، وإليه ذهب ابن حبيب، وقيل: لا يجب لها بهذا القول شيء، وهو قول أصبغ فإن سمي لها دنانير أو دراهم أو طعاماً أو عروضاً موصوفة فقال: لها كذا وكذا وسكت أو قال: في مالى أو على أو قبلى أو عندى فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها: أنه لا يلزمه من ذلك شيء، وهو قول أصبغ إلا أن يرى أنه أراد بذلك العطية، والثاني: إن قال في مالى أو عندى أو على أو قبلى لزمه ذلك نحلة، وتؤخذ منه عاش أو مات وإن لم يقل إلا لها كذا وسكت لم يلزمه إلا أن يكون أباً أو وصياً وهو قول ابن حبيب، والثالث أنه إن قال: لها في مالى كان ذلك في ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال لم يتبع بذلك، وإن قال: لها عندى فهي عنده لا يلزمه إخراج ذلك إلا أن يطوع به كان له مال أو لم يكن، وإن قال: لها على أو قبلى فهو لازم له إن كان له مال ودين يتبع به في ذمته إن لم يكن له مال، وإن قال لها كذا وكذا ولم يزد على ذلك لم يلزمه شيء، وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى، فإن تبين كذب الولي فيما لا يلزمه من ذلك فإن كان وصفاً وصف به الزوجة من غير شرط، فقيل: لا يكون للزوج في ذلك كلام إذ ترك أن يستخير لنفسه ويستوثق، وقيل: لأن ذلك إن كان قبل البناء خير بين أن يحل النكاح عن نفسه ولا يكون عليه شيء من الصداق وبين أن يدخل ويلزمه الصداق كاملاً، وإن

كان بعد البناء ردت الزوجة إلى صداق مثلها، وإن كان ذلك شرطاً شرطه في عقد نكاحها أو عندما خطبها إليه، فإن كان ذلك قبل البناء خير الزوج بين أن يفسخ النكاح ولا يلزمه من الصداق شيء وبين أن يدخل ويلزمه الصداق كاملاً، وإن كان بعد البناء ردت الزوجة إلى صداق المثل، ويرجع الزوج بما بين صداق المثل وما سمي لها على الولى الذى غره بكرراً كانت الزوجة أو ثيباً إلا أن تكون مالكة لنفسها وعلمت هى بذلك فيكون الرجوع عليها، وكذلك النحلة إذا استحققت بأن يكون الناحل قد حبسها قبل ذلك أو بغير ذلك الحكم فيها كما تقدم قبل هذا وللزوج الرجوع على من غره، وكذلك إذا ادعى الزوج على الولى أنه شرط لوليته عروضاً أو عطايا سماها أو نحلة نخلها، وأنكر ذلك الولى فإن اليمين تجب على الولى للزوج فإن نكل الولى حلف الزوج، ورجع عليه بما بين صداق مثلها وما سمي لها، وأما إن كانت النحلة للزوج ففى كتاب «الاستغناء»: إن عقدت الزوجة نكاحها مع الزوج على نحلة نخله أبوه بشرط به تم النكاح ثم أراد الزوج الصدقة بها أو الهبة أو أن يصرفها إلى أبيه لم يكن للزوجة متعة من ذلك بشرطها ومخافة إفلاسه وفقره إلا أن يكون لها عليه دين من مهرأ وغيره، وإن عجز عن النفقة كما ذكرت الزوجة طلقت عليه بعد التلوم، قال المازري: وإن أرفع الزوج للزوجة فى صداقها ليسارها، ولأنها تسوق إلى بيته من الجهاز ما جرت عادة أمثالها به وجاء الأمر بخلافه أن للزوج مقالاً فى ذلك، ويحط من الصداق الزيادة التى زادها الأجل الجهاز على الأصح عندنا، وهو دليل ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «تنكح المرأة لما لها ولحسبها ولجمالها

ولديتها»^(١)، وقال غيره: إن ساق الزوج لزوجته سياقة وجرى عرف البلد بإبراز شورة لمن ساق سياقه ثم لم يبرز إليه عند البناء شيء كان للزوج أن يحل النكاح عن نفسه إن شاء، وأجاب ابن رشد في نحو هذا: إذا أبي الأب أن يجهز ابنته إلى زوجها بما جرى العرف والعادة أن يجهز به مثلها إلى مثله على ما نقدها وساق إليها كان بالخيار بين أن يلتزم النكاح أو يرده عن نفسه، ويسترد ما نقد ويسقط عنه ما أكلا وساق، وأما إن توفيت قبل البناء وأبي الأب أن يبرز لها من ماله ما يكون ميراثاً عنها على القدر الذي يجهز به مثلها إلى مثله فلا يلزم الزوج الإصداق مثلها على أن لا يكون جهازها إلا نقدها قال: وكذلك إن كانت حية كان الزوج قد ساق لها سياقة وأعطاهما حقوقاً وجهازها الوالد بما يجهز به مثلها إلى مثله ثم ادعى في ذلك العارية وأراد أخذه فليس للأب أن يسترد ما أبرزها به إلى زوجها من الحلوى والثياب ولا يصدق فيما ادعاه من أنه إنما أبرز ذلك إليها على سبيل العارية منه لها، وبالله التوفيق.

فصل في الشروط

وهي محمولة أبدأ في النكاح على الطوع حتى يثبت خلافه: قاله ابن العطار، وقيل: هي محمولة على الشرط، حكاه ابن فتحون قال: وهو الصواب قياساً على البيع وكره مالك - رحمه الله تعالى - الشروط في النكاح وأن يشهد في كتاب فيه شروط إلا أنه قال: إذا نزل النكاح بها جاز، ولم يفسخ، ومن أهل العلم من قال: إن النكاح بها يفسخ على كل حال، وقال القاضي أبو الوليد بن

(1) رواه البخارى بلفظ: ((تنكح المرأة لأربع.....)).

رشد: الشروط في النكاح على مذهب مالك تنقسم على قسمين: قسم لا يفسد به النكاح، وقسم يفسد به النكاح، فأما الذى يفسد به النكاح فمثل أن يتزوجها على أن لا ميراث بينهما أو على أن الطلاق بيدها أو على أن لا نفقة لها وما أشبه ذلك مما هو مناف لمقصود العقد ومخالف سنته، فالنكاح بها فاسد يفسخ على كل حال، وأما مالا يفسد بها النكاح فمثل أن يتزوجها على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يخرجها من البلد وما أشبه ذلك، فلا يخلو أن تكون مطلقة أو مقيدة فإن كانت مطلقة غير مقيدة استحب للزوج الوفاء بها لقوله ﷺ: «أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج»^(١) ولم يلزمه، وذهبت جماعة من العلماء إلى أنها واجبة ويقضى بها كابن شهاب وغيره، روى عنه أنه قال: كان من أدركت من العلماء يقضون بها للحديث المذكور، وإن كانت مقيدة بتملك أو طلاق أو عتق فهي لازمة والنكاح جائز، وقيل: إن النكاح فاسد ويفسخ بها قبل الدخول ويثبت بعده، ويكون للمرأة صداق مثلها، وهو قول سحنون، وللخروج من هذا الخلاف يفقد في الصدقات على الطوع فتقول بعد ذلك بعد الاستثمار ما نصه: والتزم الزوج لزوجته المذكورة شروطاً طاع لها بما بعد أن ملك عصمتها وكمل عقد النكاح بينهما استتلافاً لمسرتها وتقمنا لمودتها، وهى أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يتخذ أم ولد وإن شئت قلت: وطاع الزوج لزوجته المذكورة بعد كمال هذا العقد، وتمامه أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يتخذ أم ولد، ومتى فعل شيئاً من ذلك فقد جعل أمر الداخلة بيد هذه تطلقها عليه بأن الطلاق شاءت أو فتجعل أمرها

(١) الحديث رواه مسلم فى صحيحه بلفظ: ((إن أحق الشروط.....)).

بيدها في طلقة واحدة مملكة والسرية وأم الولد حرتان لله تعالى، وإن شئت قلت في السرية: فقد جعل أمرها بيدها إن شاءت أعتقتها، وإن شاءت باعت وأن لا يغيب عليها غيبة متصلة قريية أو بعيدة طائعاً أو مكرها أكثر من كذا، فإن زاد على ذلك فقد جعل أمرها بيدها ولا يضر بها في نفسها، ولا في شيء من مالها فإن أضر بها في شيء من ذلك فقد جعل أمرها بيدها، وأن لا يرحلها من موضع كذا إلى غيره إلا بإذنها فإن رحلها مكرهة فأمرها بيدها، وأن لا يمنعها من زيارة أهلها من النساء وذوى المحارم من الرجال، ولا يمنعهم من زيارتها فيما يحسن ويحمل من التزاور بين الأهلين والقربات، فإن فعل شيئاً من ذلك فأمرها بيدها فأما شرط التزوج والتسرى فنص ابن فتحون على أنه إن سقط من العقد لفظ عليها أو معها في قوله: ولا يتزوج عليها ولا يتسرى معها فإنه لا يلزمه شيء ويكون كمن عمم فقال: كل امرأة أتزوجها طالق، وكذلك إن قال، فإن فعل ذلك وأسقط شيئاً يدخله الخلاف فقد أفتى فيها ابن العطار أنه إن فعل بعض ذلك لم يلزمه حتى يفعل ذلك كله، وقال غيره: لها القيام وإن لم يقل شيئاً وبهذا كان يفتى ابن لبابة وغيره فإن تزوج عليها ثم طلقها فهل يسقط ما كان بيدها من طلاق الداخلة عليها أم لا؟ في ذلك قولان أحدهما: أن ذلك بيدها، وهو قول ابن القاسم، والثاني: أن ذلك ليس لها بعد الطلاق، وهو قول ابن الماجشون في الثانية وإن كان في الشرط أن الداخلة عليها طالق فتزوج امرأة فطلقت عليه ثم تزوجها ثانية بعد انقضاء عدتها فإن اليمين تتكرر عليه ويلزمه الطلاق فيها كلما تزوج عليها، واختلف قول ابن القاسم إن كانت امرأة معينة مثل أن يقول: إن تزوجت عليك فلانه هل تتكرر عليه اليمين أو لا؟ قاله ابن رشد في

«الوثائق المجموعة»، وإن شرط لأمر أن لا يتزوج عليها فإن تزوج فأمر المتزوجة بيدها فتزوج عليها فمكثت شهراً وأقل من ذلك، لا تقضى شيئاً فإن كانت قد أشهدت أن ذلك بيدها تنظر فيه كانت على شرطها ما لم يدخل بها فإن دخل بها ولم تشهد أن ذلك بيدها بطل شرطها إلا أن تدعى أنها لم تعلم بنكاحه فالقول قولها حتى يثبت الزوج أنها علمت، وإن كان في الشرط أن الداخلة عليها طالق بالثلاث فتزوج عليها ثم مات فقال عيسى عن ابن القاسم: ترثه الداخلة عليها علمها الشهود أم لم يعلموا، وقال سحنون: لا ترثه لأنها طلقت عليه حين العقد قال في «الاستغناء»: فإن جعل أمر زوجه بيدها إن تزوج عليها فتزوج عليها ولم تعلم هي بذلك حتى ماتت الداخلة أو طلقها فإن لها أن تقضى في نفسها لأن ذلك حق قد وجب لها بتزويجه عليها فلا يسقطه طلاق الداخلة عليها ولا موتها، فإن شرط أبو الزوجة على صهره أن لا يتزوج عليها فإن فعل فأمرها بيد أبيها، فإن فعل ذلك الزوج وأراد الأب أن يفرق وأرادت البنت البقاء فالاختيار في ذلك للأب إلا أن يرى السلطان في ذلك أن الفراق ليس بنظر للبنت فيمنعه، وينظر في ذلك، فإن كان الزوج جعل ذلك بيد أبيها من غير أن يشترط ذلك عليه الوالد فإن القول في ذلك قول البنت، ويمنع أبوها من الفراق، وإن أحببت هي البقاء بخلاف الأول لأنه حق الأب لا يخرج من يده إلا بنظر السلطان، والتسرى هو الوطاء، وقال ابن كنانة وابن نافع: التسرى هو الاتخاذ فمن وطئ جارية لا يريد اتخاذها فلا شيء عليه وروى يحيى عن ابن القاسم أنه لا بأس أن يقبل ويياشر ويتلذذ بالجارية، فإن زنى بامرأة فلها أن تأخذ بشرطها لأنها إنما شرطت عليه أن لا يجامع معها امرأة سراً، فإن تزوج

عليها وقد اشترط عليها التسرى فلا يمنع من ذلك، وما جعل لها من البيع في السرية غير لازم لأنها بمنزلة الوكيل بعزلها عن ذلك متى شاء، وقيل: ليس له عزلها، وكذا إن قال لها أن تدبرها عليه أو صدقة، إن فعل أمر بالصدقة ولم يقض عليه بها، وأما شرط المغيب فجرت العادة بتحديدته لسته أشهر لما روى من أن عمر بن الخطاب -رضى الله تعالى عنه- سأل ابنته حفصة عن أقصى ما تصير المرأة فيه عن زوجها فقالت له: ستة أشهر فكان لا يعث البعث إلا لسته أشهر فدون ذلك نظراً لأهل البعوث ونسائهم، وقولنا فيه: قريبة أو بعيدة ليكون لها الأخذ بشرطها على كل حال، فإن سقط ذلك لم يكن لها الأخذ بشرطها في القرب، ويكتب له السلطان إما أن يقدم أو يقضى عليه، والقريبة هي أن يكون على نحو البريد أو اليوم أو اليومين، قال ابن مغيث: وإن كان عمله في عمل سلطان آخر فحكمه حكم البعيد، ولها الأخذ بشرطها، وإن كان على نحو البريد، وقولنا: طائعاً أو مكرها ليرتفع الخلاف بذلك، ويكون لها الأخذ بشرطها على كل حال إذ قال بعض العلماء: إنه إن غاب مكرها لم يكن لها الأخذ بشرطها إلا أن تشترط ذلك.

ويكتب في ذلك إذا ذهبت المرأة إلى الأخذ بشرطها: عقد يعرف شهوده الزوجين فلاناً وفلاناً، ويعلمون أن الزوج فلاناً غاب عن زوجته فلانة المذكورة بحيث لا يعلم أو بموضع كذا منذ كذا غيبة متصلة حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا فإن ثبت هذا وثبت كتاب الصادق المقيد فيه الشرط يكتب بأسفله رسم اليمين، ونصه: حلفت بإذن من وجب فلانة الزوجة المذكورة أعلاه بحيث يجب، وكما يجب يميناً قال فيها بالله الذي لا إله إلا هو لقد غاب

عنى زوجى فلان الغيبة المشهود بها أعلاه، وما رجع من غيبته سراً ولا جهرًا، ولا أذنت له في سفره ولا أسقطت عنه حكم ما شرط لى من المغيب ولا سقط لى بوجه ولا كان سكوتى بعد انقضاء مدة المغيب وتلومى إسقاطاً لحقى في ذلك، ومن حضر اليمين واستوعبها من الخالفة وعرفها وبحال الصحة والجوار قيد على ذلك شهادته في كذا، وأشهدته الخالفة بعد تمام يمينها، وأنها أوقعت على نفسها طلاقاً واحدة ملكت بها أمر نفسها بما جعل لها زوجها المذكور في كتاب صداقها المقيد هذا فيه في التاريخ فإن كتبت في الوثيقة التي فيها الشرط ولها التلوم عليه ما أحبت كان لها ذلك في المغيب بخاصة، وقضى لها به، ولا يتصور ذلك في غيره من الشروط، ولا يجوز لأن المرأة إذا وطئت بطل شرطها في الضرر وغيره إلا أن تقوم بضرر آخر أو أمر آخر، قاله في كتاب «الاستغناء»، قال ابن رشد: وإذا كان التملك للمرأة على شرط ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: أن لها أن تقضى وإن طال الأمر ما لم يرفع إلى السلطان وتوقف، وهو قول ابن المواز، والثاني: أنها إنما تقضى بالمجلس الذي وجب لها فيه القضاء فإن انقضى المجلس ولم تقض فلا قضاء لها، وهو قول أشهب وابن وهب وقول ابن القاسم في سماع عيسى، والثالث: أن لها أن تقضى في المغيب في الشهر والشهرين وفي الحضور يكون لها القضاء وإن طال الأمر ما لم توقف لأن امتناعها منه دليل على أنها على اختيارها بخلاف الغيبة إذ لا دليل فيها على أنها على اختيارها، فإن زادت على الشهرين في المغيب سقط خيارها إلا أن تشهد أن ذلك بيدها تنظر فيه، وإن طال الأمر فذلك لها، قال: والقول بأن ذلك لها في الشهر والشهرين هو قول مالك لم يختلف في ذلك قوله إلا في غياب اليمين عليها إنما أقامت

منتظرة ولم تترك حقها فأوجب ذلك عليها مرة ولم يوجبها أخرى، والقول بأن ذلك لها في غير المغيب وإن طال الأمر ما لم توقف هو المشهور من قول ابن القاسم وروايته عن مالك - رحمه الله تعالى - وسئل - رحمه الله تعالى - فمن شرط لزوجه أن لا يغيب عنها مدة فإن زاد فأمرها بيدها ولها التلوم عليه ما أحببت فغاب وتلومت عليه بعد انقضاء المدة ثم قدم فمنعته من الدخول وأرادت الأخذ بشرطها، فأجاب: ما ذهب إليه الشيوخ من أن لها أن تأخذ بشرطها في ذلك إذا قدم من مغيبه فليس بصحيح لأنه إذا قدم ارتفعت العلة التي من أجلها وجب لها أن يكون أمرها بيدها ولا تشبه هذه المسألة مسألة سماع أصبغ في «نوازل»: إذا ماتت المرأة التي تزوج عليها أو فارقها قبل أن تعلم فلها أن تأخذ بشرطها لأن القضاء قد وجب لها في مسألة أصبغ بالتزوج عليها، ولم يجب لها القضاء في هذه المسألة لانقضاء الأجل إلا مع اتصال المغيب، وإنما تشبه هذه المسألة مسألة الأمة تعتق تحت العبد فلا تختار نفسها حتى يعتق العبد زوجها وقد قالوا فيها: لا خيار لها إذا اعتق زوجها قبل أن تختار كما لا يجب لها خيار إذا عتق زوجها قبل أن تختار لذهاب العلة الموجبة لاختيارها لنفسها وهي رق الزوج، وكذلك لا يجب للزوجة قضاء إذا قدم زوجها قبل أن تقضى لذهاب العلة الموجبة لقضاءها في نفسها، وهي اتصال مغيب الزوج عنها، وهو نص قول ابن نافع في «المدونة»: أنه لا قضاء لها إذا قدم زوجها قبل أن تأخذ بشرطها فلا يلتفت إلى ما ذهب إليه الباجي في «وثائقه»، ومن سواه من المتأخرين لمخالفة أصول المتقدمين على ما بيناه، قال ابن المواز: ومن شرط لامراته أنه إن غاب عنها سنة أو تزوج عليها فأمرها بيدها فغاب عنها سنة بعد أن دخل بها أو

تزوج عليها فطلقت نفسها ثم قدم في العدة فارتجعها ثم غاب عنها سنة أو تزوج عليها لم يكن لها أن تطلق نفسها ثانية، وهي بمنزلة لو شرط لها إن غاب عنها سنة أو تزوج عليها فهي طالق فطلقت عليه ثم غاب ثانية سنة أخرى أو تزوج عليها فإنه لا شيء عليه إلا أن يكون شرطه لها كلما غاب عنها أو تزوج، وإن شرط لها إن غاب عنها سنة بلا نفقة فأمرها بيدها فغاب عنها سنة فطلقت نفسها ثم قدم الزوج فادعى أنه خلف عندها نفقة لزمة الطلاق إلا أن يقيم بينة أنه خلف عندها نفقة، ولم تلزمه النفقة إلا أن تكون رفعت أمرها إلى السلطان. قال ابن القاسم في «المجموع»: وإذا طلقت نفسها بالشرط في المغيب واعتدت وتزوجت ثم قدم زوجها وقامت له بينة أنه قدم قبل مدة المغيب فإنها ترد إليه وإن كان قد دخل بها الثاني، وكذلك إن شرط إن لم يبعث لها بالنفقة فأمرها بيدها فطلقت نفسها بعد أن رفعت أمرها إلى الحاكم وزعمت أنه لم يبعث لها شيئاً ثم قدم، وأقام البينة أنه كان يبعث إليها بالنفقة سقط التملك ونزعت من الزوج الآخر وإن كان قد دخل بها لأن هذا تعد من المرأة كالتى ارتجعها زوجها وعلمت ثم تزوجت، فإن أثبت أنه كان يبعث بالنفقة وأمسكها المبعوث معه ولم يعلمها كان الطلاق ماضياً بخلاف من أثبت ديناً على غائب فبيعت داره ثم قدم فأثبت أنه كان قضاة لم يرد البيع، وإن كان ذلك تعدياً لأن التعدي فيها على الذمة والتعدي في الزوجة على عينها فأشبه ما غضبت عينه ثم بيع بيعات فإن ذلك لا يقطع حق صاحبه، فإن غاب الزوج وذهبت المرأة إلى الأخذ بشرطها فيثبت الصداق الذى فيه الشرط.

ويكتب في المغيب: عقد يعرف شهوده فلاناً الزوج المذكور في الكتاب أو فوقه، ويعلمون أنه غاب عن زوجته المذكورة فيه منذ كذا وكذا بحيث لا يعلم، ولم يرجع من مغيبه في علمهم حتى الآن، ويعرفون الزوجة، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت هذا، فتكتب رسم اليمين: حلف عن إذن قاضي الجماعة فلان فلانة الزوجة المذكورة في كذا بحيث يجب كما يجب يمينا قالت فيها: بالله الذي لا إله إلا هو لقد غاب عني زوجي الغيبة المشهود بها في رسم كذا، ولا رجوع من مغيبه سراً ولا جهراً، ولا أسقطت عنه حكم الطوع المقيد في كذا، ولا سقط لي بوجه، ولا أذنت له في سفره، ولا كان سكوتي بعد انقضاء مدة المغيب وتلومى عليه إسقاطاً مني لحقى في ذلك، ومن حضر اليمين المنصوصة واستوعبها من الخالفة عن الإذن المذكور وعرفها وأشهدته بإيقاعها على نفسها طلقة واحدة قيد شهادته في كذا، وأما شرط الضرر فالأحسن أن يقال فيه: فإن فعل شيئاً من ذلك؛ لأنه إن قال: فعل ذلك، وثبت إذايتها في مالها دون نفسها أو العكس، ففي ذلك قولان:

أحدهما: أنه ليس لها الأخذ بشرطها، حتى تثبت الضرر في الوجهين، والثاني: أن لها الأخذ بشرطها فإن قالت شيئاً من ذلك ارتفع الخلاف، وكان لها الأخذ بشرطها فإن التزم لها التصديق في الضرر بغير عين، فقال ابن رشد: اختلف في ذلك فروى عن سحنون أنه قال أخاف أن يفسخ النكاح قبل البناء، فإن دخل بها فلا يقبل قولها إلا بينة على الضرر، وحكى عن ابن دحون أنه كان يفتى بأن ذلك لا يلزم ولا يجوز إلا بينة ثم قال: ولا اختلاف أنه إذا لم يكن ذلك مشروطاً في أصل العقد أنه جائز نافذ، وفي «الاستغناء»: إن أرادت ترك اليمين

وأن يجعلها مصدقة بغير يمين تلزمها لم يجز في المغيب، وجاز في الرحيل والضرر والزيارة، وتقول وهي مصدقة فيما ادعته من الضرر في نفسها أو في الرحيل أو في الزيارة بغير عين تلزمها، والظاهر من «وثائق ابن فتحون»: أن التصديق في المغيب دون يمين جائز عامل خلاف ما ذكر في «الاستغناء»، وإذا لم يثبت الضرر ودعت الزوجة إلى تحليفه فقال ابن فتحون في وثائقه: إنه لا يخاف بدعواها إذا أنكر، وقال ابن الهندي: إذا قالت شرطت عليه الاتفاق وعلى بنيتها وأنكر هو فإنه يحلف، وهي على شرطها أبداً في الضرر، وإن طال الأمد على المشهور من مذهب ابن القاسم إلا أن تمكنه من نفسها فيتلذذ بها أو يطأها، فإن أقرت بالتمكين وادعت الإكراه حلف هو وسقط قيامها وله رد اليمين عليها، فإن حلفت أخذت بشرطها وسأل ابن حبيب سحنوناً عن شرط لامرأته في كتابها إن أضربها فأمرها بيدها فتأتى فتذكر أنه ضربها هل ذلك من الضرر؟ فقال: إن كان مثله ممن يؤدب امرأته -يريد وهو مأمون على ذلك- فليس ذلك من الضرر وهو مصدق أنه ضربها لذنب كان منها وعليها البينة أنه ضربها ظالماً ثم يكون لها الخيار، وإن كان مثله لا يؤدب أهله ولا يعنى بها لرداءة حاله وقلة عنايته بأمرها فعليه البينة أن ضربه لها كان عن ذنب منها مستوجب به ذلك، وإلا فهي مصدقة أنه ضربها ظالماً، ويكون مضراً إن أقر بالضرب، وإن جحد الضرب في الوجهين فقامت عليه البينة بالضرب فيجحده فيصير ضربه ضرراً في الوجهين، ولها الخيار ولا يقبل منه أنه لذنب، وإن كان مثله ممن يؤدب أهله لأنه بجحوده خرج عن التصديق، وقال غيره: إن أتت وبها من الضرب آثار قبيحة وأمر مشتهر مستنكر، وقالت: إن زوجها فعل ذلك بها وقامت بشرطها ولم يسمع لزوجها شكاية لغيره أنه فعل ذلك بها وكان ممن لا يؤمن حاله حلفت أنه

من فعله وتأخذ بشرطها، وإذا كتبت في الطوع فأمرها بيدها فقط، فإن كان شرطاً في الصداق فلها أن تطلق نفسها أن لا يرحلها إلا بإذنها أن له أن يرحل بها حيث شاء قرب أو بعد إذا كان مأموناً عليها، وحسن الصحبة لها، وإن كانت حالة على خلاف ذلك فليس له أن يرحل بها ولا ينقلها، قال ابن رشد: وهو محمول على أنه حسن الصحبة حتى يتبين خلافه والعبد في ذلك بخلاف الحر ليس له أن ينقلها بوجه، وليس للزوج أن يرحل بزوجه من موضع سكنها إذا شرطت ذلك عليه، وإن كانت بموضعها فتنة، وقيل: ما لم يكن خوفاً بيناً، قاله في «الاستغناء»، وإن أراد أن يكثرى لها داراً لسكنها وأرادت هي السكنى في دارها بمثل ما يكثرى لها أو دون ذلك فله ذلك، قاله في «الاستغناء» أيضاً فإن نقلها ثم أراد ارتجاعها فعليه مؤنتها ذاهبة وراجعة في قول ابن القاسم، وقيل: ليس عليه مؤنة رجوعها، وقال أبو عمران الفاسي: إذا نقلها إلى موضع ثم طلقها فيه فعليه مؤنة رجوعها لأنها إنما رحلت بسببه وكذلك إن طلقت نفسها بشرطها فعليه مؤنة ارتجاعها، حكاه ابن العطار، وذكره عنه ابن فتحون، وقال: لا أعلم أحداً قاله، فإن حالت بينه وبين الموضع الذي رحلها منه فتن ومخافة أو كان بينهما بحر وأظل فصل الشتاء، وامتنع الناس من ركوبه فأرادت الأخذ بشرطها، فقال ابن فتحون: لا أعلم لأحد من أهل العلم في ذلك قولاً، وعندى أن ذلك لا يجوز لها لأنها رحلت معه برضاها وصرفها عذر مانع فإن أخذت بشرطها فقد أساءت، وينفذ قضاؤها عندي لأنه وجه لا شرط، والطلاق أولى ما احتيط له، وعلى الحاكم أن يمنعها من القضاء قبل ذلك حتى يزول المانع.

ومن تزوج امرأة ثم أسكنها مع أبيه وأهله فشكت الضرر لم يكن له أن يسكنها معهم، وإن احتج أن أباه أعمى نظر في ذلك فإن رأى ضرر منع، قال

ابن الماجشون: رب امرأة لا يكون لها ذلك تكون وضيفة القدر وذات صداق يسير وفي المنزل سعة، فأما ذات القدر واليسر فلا بد له أن يعزلها، وإن حلف على ذلك حنث.

وليس للزوج أن يسكن أولاده من امرأة أخرى مع زوجته في بيت واحد ولا مسكن واحد يجمعهم إلا أن ترضى بذلك؛ قاله في سماع ابن القاسم، وقال ابن زرب: إذا تزوج رجل امرأة ولأحدهما ولد صغير فأراد إمساكه معه بعد البناء فإن كان له من أهله من يحضنه ويكفله أجبر على ذلك، وإن لم يكن له ذلك لم يكلف إخراجه وأجبر من أبي منهما على البقاء معه، ولو وقع البناء والصبي مع أمه أو أبيه ثم أراد إخراج الربيب أو الربيبة بعد ذلك لم يكن ذلك لواحد منهما لدخوله عليه، فإن اشترط حضانته في كتاب الصداق.

قلت ما نصه: وتطوع الزوج بحضانة ابن الزوجة من غيره المسمى بفلان أو تطوعت الزوجة بحضانة ابن الزوج أو ابنته من غيرها مدة الزوجية بينهما إلى سقوط ذلك شرعاً، فإن التزم الزوج مع ذلك إجراء النفقة على الابن قلت: وتطوع الزوج بحضانة ابن الزوجة من غيره فلان وإجراء النفقة عليه من ماله بطول الزوجية بينهما إلى سقوط ذلك شرعاً، وذلك لازم للزوج لأنه معروف التزمه فإن مات المتطوع سقط التطوع، وإن كان لمدة معلومة وبقي من المدة شيء لأنها هبة لم تقبض ولا يرجع الزوج بشيء منها لأنه معروف منه وصله للربيبة ولم تترك الأم من حقها على ذلك شيئاً، وقع ذلك للشيوخ فأجمعوا عليه، وسواء كان طوعاً أو شرطاً قال بعضهم: وإن كان الطوع مدة الزوجية فإنما يلزم الإنفاق على الربيب ما دام صغيراً لا يقدر على الكسب، وأما شرط الزيارة

فإذا منعها من الخروج كان لها الأخذ بشرطها وإذا لم تشترط عليه ذلك فلها زيارة ذوى محارمها من أهلها بالمعروف، ويقضى عليه بذلك، وأما شهود الجنائز واللعب فلا يقضى عليه بذلك قال ابن حبيب: لا يحل لذات الزوج الخروج بغير إذن زوجها إلى بيت أبويها ولا إلى سواه، وينبغي لزوجها أن لا يمنعها من الخروج إلى أبويها، ولا يمنعها من الدخول إليها، فإن زعم أنه لا يحل خروجها ولم يرد بذلك ضرراً لم يحكم السلطان عليه بذلك، وليس له منعها من الدخول إليها، فإن منعها من الدخول إليها قضى عليه به، ولم يقض عليه بالخروج، وكذلك إن كان حلف عليهما معاً قضى عليه بالدخول وحث فيه، قال ابن مغيث: فإن منع أهلها من الدخول لداره لزيارتها من غير مرض قيل لهم: اجتمعوا معها عند باب الدار،

وفي «الاستغناء»: إن شكك ضرر أبويها فإن كانا صالحين لم يمنعها من زيارتها والدخول إليها، وإن كانا مسيئين وأتت ما يفسدها زارها في كل جمعة مرة بأمانة تحضر معهم.

وفي «العتية»: ليس للزوج أن يمنع زوجته من الخروج إلى أبيها وأخيها ويقضى عليه بذلك خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب، وأنه يقضى عليه بأحد الوجهين، قال ابن رشد: وهذا الخلاف إنما هو للشابة المأمونة في نفسها، وأما المتجالة فلا خلاف أنه يقضى لها بالخروج إلى زيارة أبيها وأخيها، وأما الشابة غير المأمونة فلا يقضى لها بالخروج إلى ذلك، والشابة محمولة على أنها مأمونة حتى يثبت خلافه ويلزم الرجل أن يأذن لامرأته في أن يدخل عليها ذوات رحمها

من النساء، ولا يكون ذلك في الرجال إلا في ذوى المحرم منها خاصة، وقال ابن رشد في الحاضنة إذا لم تكن قريبة: إن لها الزيارة بحكم الشرط، وأنها كالقريبة لأن القصد إنما هو أن لا يحول بين الزوجة وبين من تأنس بها، وترجو الانتفاع بها، والصهر في ذلك بمنزلة ذوى المحارم من أن تدخل على نفسها من يشهد عليها في شهادة لم يكن للزوج منعها، ولا لها أن تدخل أحداً بغير إذن زوجها.

شرط الإخدام: ينبغى أن يكون عقده على الطوع لأنه إن كان شرطاً في النكاح فسخ به قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل، ويسقط الشرط.

فتقول ما نصه: وعلم الزوج أن زوجته هذه ممن لا تخدم نفسها حالها ومنصبها فتطوع بإخدامها، وإجراء النفقة والكسوة والمؤنة كلها على من يخدمها من ماله بطول الزوجية بينهما واعترف أنه قادر على ذلك وماله يتسع له فإن لم تشتتر ذلك الزوجة على زوجها فلا يلزمه إخدامها إلا أن يكون من أهل اليسار والزوجة من ذوات الحال وممن لا تخدم نفسها فيلزمه إخدامها بخادم يشتريها أو حرة يستأجرها، فإن تنازعا في ذلك فعلى الزوج البينة أنه ممن ليس عليه إخدام بالنفقة والكسوة، وقيل: البينة على المرأة.

وفي «الاستغناء»: يلزم الزوج نفقة من يخدم زوجته إذا أتت الزوجة بها وليس على الزوج أن يأتي بمن يخدمها، وقيل: يلزم الزوج أن يأتي بمن يخدمها وعاب القول الأول ولم يره شيئاً وقال مالك: إذا قال الزوج أنا أدفع لها خادماً ولا أنفق على خادمها فطلبت هي خادمها فذلك لها لأنها أرفق بها، وينفق عليها وإن لم تخدمه، وإن تشكى الزوج من خادم زوجته وادعى أنها تفسد عليه زوجته لم

يكن له زوالها إلا أن يثبت البينة على قوله أو أن يعرف ذلك جيرانه. قال ابن القاسم: ليس على المرأة من خدمة نفسها قليل ولا كثير إذا كان زوجها ملياً، وقال ابن الماجشون وأصبغ: إذا كانت ذات قدر في نفسها وصادقها فلا خدمة عليها من غزل ولا طبخ ولا عجن ولا كنس ولا غيره، وعليه أن يخدمها إن كان ملياً، وإن كان صادقها لا بال له وليست من ذوات الحال كان عليها الخدمة الباطنة كلها من عجن وكنس وفرش وإسقاء ماء في الدار، قال ابن لبابة: يلزم ذلك لها وله، ولا يلزم زوجها أن يخدمها وإن كان ملياً، قال بعضهم: وللزوج منع المرأة من النسج والغزل، ولا حق له فيما غزلت ونسجت، وعليها أن تتزين له، ويمنعها من كل ما يؤديه من الروائح كتنقية الثوم وغيره، ولا يلزمه لها أكثر من نفقة خادم واحد في رواية ابن القاسم عن مالك. وقال أصبغ عن ابن القاسم: يلزمه نفقة خدمها إذا كانت ذات شرف نفقة الخادمين والثلاثة مع الكسوة، ومن عجز عن الإخدام لا تطلق عليه امرأته، وبه القضاء، وروى عن سحنون: أنها تطلق عليه.

المتعة: إن كانت شرطاً في النكاح فسد بها النكاح، وإن كانت طوعاً فالأجود أن تكتب في عقد منفرد، وإن كتبت في كتاب الصداق قلت ما نصه: وتطوع عن الزوجة والدها أو وليها فلان بعد كمال العقد وتماه بينهما صحيحاً بإمتاع الزوج بسكنى الدار التي للزوجة بكذا أو باستغلال الموضع أو الأملاك التي للزوجة بكذا والارتفاق بذلك إمتاعاً صحيحاً بطول الزوجية بينهما من غير كراء يلزمه في ذلك، ولا مناب، وقبل ذلك الزوج، وتطوع فيه بما عينه العرف والعادة في الإمتاع. يمثل ذلك بموضع كذا ينفق ويؤدي بدوام متعته من

غير رجوع فيه، وإن ضمن الدرك فهو أحسن وأحوط للزوج؛ فتقول: وضمن المتع كل درك يلحق الزوج المذكور في ذلك في ماله وذمته وإن كان شواراً قلت فيه: وتطوع بإمتاعه باستعمال الشوار وامتهان الأسباب مدة الزوجية بينهما وبقاء أعيانها، فإن استغل الزوج مال الزوجة وأزدرعه وانتفع به وهى تحته من غير متعة ثم قامت تطلب الكراء كان لها ذلك، وإن زرعه بأمرها وأكله ولا يعلم هل كان عن طيب نفس منها أم لا ثم طلبته بالكراء كان لها ذلك بعد يميناها أنها لم تهب له ذلك، ولا خرجت عنه.

وسئل بعضهم عن المرأة تعطى زوجها طعاماً أو ذهباً أو ثياباً عن طيب نفس منها إلى أعوام ثم يقع بينهما كلام فتطلب ذلك وتزعم أنه كان سلفاً فقال: القول ولها مع يميناها ولها أخذ ذلك. وأما دار الزوجة إذا أسكنها الزوج ثم طلبته بالكراء فاختلف فيها قول مالك - رحمه الله تعالى - فقال مرة: ذلك لها إن كان موسراً، وقال مرة: ليس لها ذلك فيما مضى، وقال ابن القاسم: إذا بنى بها فى دارها ثم طلبته بالكراء فلا شيء لها، يريد لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة، وذكر ابن العطار هذه المسئلة فقال: إذا سكن الرجل دار امرأته فإن كانت مالكة أمرها، فقيل: عليه الكراء، وقيل: لا كراء عليه فيما مضى، ولها الكراء من يوم تطلبه، وإن كانت فى ولاية فلها الكراء من يوم سكن، قال محمد ابن عمر: إنما هو أحد وجهين إما أن يكون الكراء ليس من حق الزوجة فلا يعتبر فى ذلك مالكة أمر نفسها أم مولى عليها، وإما أن يكون من حقها فلا يسقط للمالكة نفسها ولا مولى عليها، وقد اختلفت فى ذلك قوله فى «المدونة»، والصواب وجوب الكراء إذ هو حق لها لم يسقطه كتاب ولا سنة، واختلف إن

كانت الدار مكررة بيد الزوجة فقال ابن القاسم: لا شيء لها وهي بمنزلة منزلها، وقال غيره: ذلك لها وعليه الأقل مما اكرتت به أو كراه ذلك المسكن، قال بعضهم: والأول أبين إن كانت نقدت وإن لم تنقد كان الأمر مشكلاً وأرى أن يحلفها أنها لم تسكنه إلا أن يكون هو الذي ينقد الكراء، ويكون عليه الأقل من كرائها أو كراء المثل في ذلك المسكن أو ما يحكم به عليه لها، وإن كان المسكن لأبيها أو لأمها كان كسكنها لا شيء لها مدة كونها في العصمة لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة، وقد اختلف إذا طلقها في دارها التي كان يسكن معها فيها فتبطله لخراج العدة فيها هل يحكم بها أم لا؟ على قولين، والأظهر منهما وجوبها عليه، وسئل ابن رشد فيمن ساق لزوجه مالا وداراً فاستغل المال وسكن الدار إلى أن مات، فقال: للمرأة أن ترجع في مال زوجها فيما استغل من ذلك، وأما سكناه في الدار فلا كراء لها فيها عليه إلا في المدة التي لم تخرج فيها من الولاية على ما جرى به العمل من أحد قولي ابن القاسم في «المدونة»، وقال ابن الحاج: إذا تزوج رجل امرأة ولها دار وأباح له والدها وأمها أو وصيها السكنى فيها طول أمد العصمة دون خراج يلزمه والتزم أحدهم ضمان الدرك في ذلك في ماله وذمته فتوفى الضامن والزوجان في قيد الحياة وعصمة النكاح فالواجب أن يوقف من تركته بقدر عمر أقل الزوجين عمراً كمسئلة المخدم والموصى برقبته لرجل ومخدمته لآخر وانظر ذلك في صدر الوصايا الثاني، ومسائل الخدمة حيث وقعت في «المدونة» و«العينية»، قال: وأحسن من هذا أن تلزم المرأة الإباحة، ولا ترجع على الزوج والولى أبدأً لأن ذلك عرف جارٍ فإن أمتعت المرأة زوجها في أرض أو كرم مدة الزوجية بينهما ثم انقضت الزوجية

بموت أحدهما أو بطلاق فإن كان الإمتاع في أرض وطلق الزوج بعد الحرث وقبل الزراعة فالزوجة مخيرة بين إعطاء قيمة حرثه وأخذ أرضها وبين تركها بيده وأخذ كرائها، وحكم ورثة من مات منهما حكم موروثه إن كان انقضاء الزوجية بينهما بالموت، وإن طلقها بعد ازدياع الأرض فالزرع له، ويلزمه من كراء العام بقدر ما بين وقت الطلاق أو الموت وبين وقت الحصاد تنسب تلك المدة من العام ويؤخذ منه من الكراء على قدر تلك النسبة وحكم ورثته حكمه في ذلك كله، وإن كان انقضاء الزوجية بموت الزوجة فيلزمه من الكراء على قدر تلك النسبة لكن يسقط عنه مقدار حظه إذ هو من الورثة، ويؤخذ بالكراء على النسبة المذكورة في حظوظ الورثة لا غير، وهذا هو القول الجارى على القياس، وقد قيل: إن الزرع للزوج ولا كراء عليه حملاً على ما قيل في الحبس والعمري، وقد قيل: إن كان إبان الزراعة باقياً فعليه كراء الأرض كاملاً، وإن كان قد فات فلا شيء عليه حملاً على الاستحقاق، وإن انقضت الزوجية بعد الحصاد فلا خلاف أن ذلك للزوج أو لورثته من غير شيء يلزمه، وإن كان الإمتاع في كرم فإن انقضت الزوجية بما ذكر بعد بدو الصلاح فالغلة للزوج أو لورثته، وإن انقضت قبل بدو الصلاح فالغلة للزوجة أو لورثتها، وبدو الصلاح أن تظهر الخلاوة فيه ويجوز بيعه، وهكذا حكم الحبس والعمري المراعى فيها بدو الصلاح وظهور الطيب، وكذلك حكم الاستحقاق والرد بالعيب وفي البيع الفاسد وفي الشفعة وفي التفليس المراعى فيها كلها بدو الصلاح على أحد قولى ابن القاسم في «المدونة» إلا أن الزوج متى كانت الغلة للزوجة أو لورثتها لا يرجع بما سقى وعالج في الإمتاع إذا كان قد طاع في عقد الإمتاع على العادة في

ذلك، والشرط به لا يجوز، والطوع لا يوجب أن يرجع به ولو سكت عن ذلك في العقد لحمل على الطوع الجائز أو العادى إن كانت عادة، -والله سبحانه وتعالى أعلم- وكذلك إن كان الإمتاع في ثمرة فإن انقضت الزوجية بعد أن بدا طيبها فهي للزوج، وإن كانت قبل أن تطيب فهي للزوجة أو لورثتها، وإن كانت أبرت وهي محمولة على الاستحقاق ولا يكون للمستحق منه في الثمرة حق إلا أن تطيب، وأما قبل ذلك فهي لصاحب الأرض، وقد قيل: إنها لا تكون له إلا إن قطعها، وقيل: إلا أن تيبس، وأما قبل أن تطيب فهي للمستحق قولاً واحداً والمتعة محمولة على ذلك ولا عبرة في ذلك بالإبار بخلاف البيع، فإن اشترط الزوج لنفسه كسوة تخرجها له الزوجة أو وليها للباسه على ما جرت به العادة، قلت ما نصه: والتزم والد الزوجة أو وليها فلان أن يخرج للزوج عند بنائه بالزوجة رسم لباسه جبة قيمتها كذا، وغفارة صفتها كذا وكذا، وقيماً وكذا سراويلات التزاماً تاماً في ماله وذمته، وحكمها حكم الصداق تثبت بثبوته، وتسقط بسقوطه، وإذا وقع التزام ذلك من الزوجة عقد النكاح كما ذكر فلا بد أن يكون في الصداق زيادة على قيمة ذلك مقدار أقل الصداق فأكثر وإلا فسد النكاح لأنه يكون نكاحاً بلا صداق، وذلك عطية للزوج تثبت له بثبوت الصداق عليه، وتسقط بسقوطه عنه فإن لم يقع التزام ذلك وذكره في كتاب الصداق وأخرجت المرأة ذلك في شوارها كالغفارة والقمص وغيرها، وربما لبس ذلك الزوج، وربما لم يلبسه وذهبت الزوجة أو وليها إلى أخذ ذلك ويزعمون أنها كانت عارية وأنها فعلت على طريق التزيين لأعلى طريق العطية، فقال ابن رشد: إن كان في تلك الثياب عرف في البلد جرى به العمل واستمر

عليه الأمر حكم به، وإن لم يكن في ذلك عرف معلوم فالقول قول المرأة أو وليها فيما يدعيانه من أنها عارية أو على وجه التزيين، وما أرسله الزوج إلى زوجته من حلى أو ثياب أو غير ذلك، فإن أرسل ذلك على وجه الهدية وأعلن بها ولم يذكر غير ذلك ولا رأى أنه يريد غيرها لم يكن له في شيء من ذلك قبل الدخول ولا بعده إلا أن يفسخ قبل البناء فله ما أدرك من هديته، وكذلك ما أهدها لوليها أو قريبها تطوعاً لا شيء له فيه، وإن سماها عارية إذا أرسلها وقبلتها الزوجة على ذلك فهي على ما سمي، وأما إن سكت إذا أرسلها فإنه ينظر إلى دعواه فيها فإن ادعى أنها عارية فإن أقام بينة أنه أشهد بها سراً حين أرسلها فهو على ما أشهد، وإن لم تقم بذلك بينة فلا شيء له فيها وإن ادعى أنه أرسلها لتحسب له من صداقها فإنه يحلف على ذلك، وتكون المرأة مخيرة بين أن تصرفها عليه أو تحسبها من صداقها على أنه أرسلها هدية ليكافأ عليها فإنه ينظر إلى حال البلد، فإن كان المتعارف عندهم حين يهدون إلى نسائهم يكافئوا عليها كان القول قوله، وإن لم يكن في البلد سيرة بذلك ورؤى أن الهدية إنما كانت من الزوج إلى زوجته ابتغاء المكافأة وعرف ذلك كان القول قوله، وإن لم ير في وقت الهدية ما يدل على إرادته التي ذكر لم يكن له قيام فيها، وفي «المدونة»: ليس بين المرأة وزوجها ثواب إلا أن يعلم إرادة ذلك، وقال مالك -رضي الله تعالى عنه- : ليس في الدنانير والدرهم ثواب ولا يقبل ذلك ممن ادعاه فيها، وقال ابن عبد الحكم: إذا رؤى فيها الثواب كان ممن ادعاه، وسئل ابن زرب عن الذي يفعله الناس إذا تزوج الرجل أهدي إليه إخوانه الجزور وغير ذلك ثم يقول الباعث عند بنائه إنما بعثته ليكون من بعثت إليه شيئاً إذا تزوجت

أن يبعث إلى بمثل ما بعثت إليه، فقال: لا أدري ما هذا أو لا أمر به، وهو ما ينبغي أن يحكم به بين الناس لأنه من الأشياء التي يرى أنه لم يرد بها الثواب في الوقت، وإنما هو رجل يدعى ذلك، ولعله لا يكون ليس هذا بشيء ولا أرى فيه ثواباً فإن اشترط ورؤى أنه إنما بعثه على هذا الشرط كان له الرجوع بقيمة ما بعث حالاً على المبعوث إليه، وسئل عنها إسحق بن إبراهيم فقال: ليس في الهدايا والتحف مكافآت ولا مثوبة إلا لمن اشترطها عند إرسالها، وأما هدية العرس وهي ما جرى العرف أن الأزواج يهدونها عند الأعراس فاختلف فيها قول مالك فمرة رأى القضاء بها لأن العرف كالشرط إلا أنه أبطلها في الموت والطلاق، ومرة لم ير القضاء بها، قال ابن القاسم: وهو أحب قوليه إلى، وأما ابن حبيب فحكم فيها بحكم الصداق في الطلاق وغيره إلا أن تفوت فلا يكون له منها شيء، قال: وأما هدية الإملاك فلا يقضى بها ولا يكون له منها شيء في الطلاق، وإن أدركها قائمة، ولا فرق بينهما إلا من جهة العرف، فلو انتقل العرف لا تنقل الحكم بانتقاله، وما اشترك على الزوج من جزور ولحم وغيره فلازم له؛ قاله ابن مسعدة الحجازي، وهو للمرأة، وقال غيره: إن طلق قبل البناء فنصفه للزوج، وإن ابتنى فيلزم المرأة أن تصنع به طعاماً لأنه عرف الناس على ذلك يشترطونه، وهو إن طلق قبل البناء كالمهر، والله الموفق.

إنكاح الأب ابنته الثيب البالغ التي في حجره

تبدأ بالخطبة ثم تقول وبعد: فهذا كتاب نكاح العقد بين فلان وفلانة على صداق كذا النقد منه كذا قبضة للزوجة والدها إذ هي في حجره يجهزها به إليه، وصار بيده وأبرأ منه الزوج فبرئ والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا.

وإن شئت قلت: وبعد فهذا ما أصدق فلان زوجته فلانة أصدقها على بركة الله تعالى كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا، والكالئ كذا، وتبنى على ما تقدم في الشروط وغيرها ثم تقول: أنكحه إياها أو أنكحها إياه بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه والدها، وهي ثيب خلو من الزوج والعدة حل للنكاح، وتضمن الشهادة عليها وعلى الزوج والولى الوالد ثلاثتهم بما فيه عنهم من أشهدوه به وعرفهم وهم بحال صحة وطوع وجواز إلا الزوجة، فجواز فعلها في النكاح خاصة، وفي تاريخ كذا.

بيان: ذكرنا في هذا أن النكاح العقد بينها وبين الزوج لأن الشهادة وقعت عليها بخلاف البكر التي يزوجه أبوها وقولنا بإذنها أو رضاها وتفويضها ذلك إليه لأن الثيب لا يجبرها والدها على النكاح ولا يزوجه إلا برضاها، قال اللخمي: إلا أن يظهر منها الفساد فيجبرها والدها على النكاح أو وليها، والأحسن إن كان الولي غير الوالد أن يرفع أمرها إلى الحاكم ليزوجه ممن يصلح بها، وكذلك إذا طلقت الثيب لها أن تسكن حيث شاءت إلا أن يخاف عليها الضيعة فيمنعها والدها من ذلك ويردها إليه، والثبوبة المسقطه للإجبار هي ما كانت من نكاح صحيح أو فاسد مختلف فيه أو مجمع على فساده أو على

وجهة الملك كان الملك صحيحاً أو فاسداً، واختلف إن كانت من زنا أو غصب فقال في «المدونة»: تجبر كالبكر، قال القاضي عبد الوهاب: الغصب والطوع سواء يجبران، وقال ابن الجلاب: الثيب بنكاح أو زنا سواء لا تجبر، قال اللخمي: أرى أن يكون كالثيب بنكاح، ولا تجبر لوصول العلم لها بما يراد منها من ذلك ولمباشرتها فلا فرق بين أن يكون ذلك عن حلال أو حرام، وتكون كالبكر في صفة الإذن فيكون إذنها صمتها مثل البكر لأنها تستحي أن تقول نعم لما سبق مما تعذر به في النطق، فإن سقطت عذرتها بغير وطء معين فهي كالعذراء سواء باتفاق. وفي «نوازل ابن الحاج»: العذرة تذهب بها الوثبة والحیضة والتعيس واختلف في البكر غير البالغ يزوجها والدها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها قبل أن تحيض هل له جبرها على النكاح بعد ذلك أم لا؟ على ثلاثة أقوال: أحدهما: بأن له جبرها ما لم تحض عنده، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك، والثاني: أن له جبرها وإن حاضت عنده وهو قول سحنون، والثالث: أنه لا يجبرها على النكاح، وإن لم تبلغ ويرتفع الإيجاب مع بقاء البكارة إذا طال مقامها عند الزوج مدة يحصل لها العلم بحال الرجال مع النساء، واختلف هل لذلك حدّ، فقيل: لذلك حدّ وهو سنة، وقيل: لا حد له إلا ما يرى أنها قد علمت ما تعلمه الثيب، وهو أحسن. وقولنا: خلو من الزوج والعدة فلا ندعى بعد ذلك أنها في عصمة زوج آخر أو أنها حامل ولم يأتمها الحيض -تريد بذلك فسخ هذا النكاح- فلا يقبل ذلك منها إلا أن يثبت وإن سقط ذلك من العقد فبين الشيوخ في ذلك تنازع منهم من قال: إذا لم يأت لها من الوقت الذي خلّيت فيه ما يتبين فيه الحمل أن النكاح يفسخ، وبه قال ابن

عتاب، ومنهم من قال: لا يقبل قولها في ذلك إذ لعلها قد ندمت في هذا النكاح، وبه قال ابن العطار، والقول الأول أقيس بالأصول إذ هي مؤتمنة على فرجها.

فصل

فإن كانت ثيباً مالكة أمر نفسها وزوجها أبوها فتكتب في ذلك ما تقدم في الثيب التي في حجر والدها إلا أنك تجعل قبض النقد إليها، وتقول: أنكحها إياه بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه والدها، وهي ثيب مالكة أمرها خلو من الزوج والعدة حل للنكاح، وتضمن الشهادة عليها وعلى الزوج والولي، ولا تستثنى في جواز فعلها واختلف متى تخرج ذات الأب من الولاية وتملك أمرها؟ فقيل: إنها تخرج بالمحيض بكرةً كانت أو ثيباً وهي رواية زياد عن مالك، وقيل: إذا تزوجت ودخل بها زوجها، وهو قول مالك في «الموطأ» و«المدونة»، ورواية مطرف عنه في «الواضحة»، واستحب مالك في قوله أن يحكم بذلك بعد البناء بالعام ونحوه إذا ظهر حسن حالها، وقيل له: لا تخرج من الولاية إلا إذا عنست إن كانت بكرةً ودخل بها زوجها، وحد التعنيس فيها أربعون سنة، وقيل: من الخمسين إلى الستين، وقيل: تخرج من الولاية إذا تزوجت وأقامت مع زوجها عامين، وهو قول ابن نافع، وقيل: لا تخرج من الولاية إلا إذا تزوجت ومر بها مع زوجها سبعة أعوام ويعزى هذا القول لابن القاسم وبه جرى العمل؛ قال القاضي أبو الوليد الباجي: لا يجوز فعل ذات الأب في مالها حتى يتم لها مع زوجها سبعة أعوام؛ قاله ابن القاسم في بعض أسمعته، وعليه العمل عند الشيوخ،

وقال ابن أبي زمنين: الذى أدركنا عليه الشيوخ أن أفعالها لا تجوز ولا تخرج من الولاية إلا إذا مضى لها فى بيت زوجها من الستة الأعوام إلى السبعة الأعوام، وذلك ما لم يجدد السفه عليها الأب فإن جدد عليها السفه قبل ذلك فالولاية لها لازمة حتى ترشد، وبذلك كان يفتى ابن رزب وإليه ذهب ابن العطار، وكان أبو عمر الإشبيلي وابن العطار يقولان إن التحديد عليها للسفه لا يجوز بعد تزوجها ولا يلزمها إلا أن يتضمن عقد التحديد معرفة الشهود لسفها، فإن ولى عليها الأب ثم تراخت مدته إلا إن جاوزت السبعة الأعوام فهل تلزمها تلك الولاية أم لا؟ فى ذلك قولان:

أحدهما: أن ذلك لازم لها كما لو جدد عليها السفه، والثانى: أن ذلك لا يلزمها كما لو ولى عليها وهى بكر ثم تزوجت وأقامت مع زوجها أكثر من سبع سنين ثم مات الأب أن الإيضاء ساقط عنها وانظر إذا تزوجها بكراً ومات الأب قبل أن يتم لها مع زوجها سبعة أعوام هل تملك نفسها إذ ذاك أم حتى تنقضى السبعة الأعوام ففى كلام بعضهم وما يدل عليه قولهم ما يقتضى أنها لا تملك نفسها حتى تنقضى السبعة الأعوام والقول بأنها تملك نفسها له وجه من النظر لما فيه من الخلاف المتقدم.

إنكاح الأُم أو غيره من الأولياء اليتيمة البكر البالغ المهمله وغير البالغ

هذا ما أصدق فلان زوجته فلانة ابنة فلان أصدقها على بركة الله تعالى كذا وكذا من سكة كذا نقداً وكالاً وهدية تشتمل على كذا النقد من ذلك كذا مع الهدية برسم الحلول على الزوج إلى أن يبرأ منه بالبيان الواضح، والكالي كذا مؤخراً عنه إلى أجل كذا، وتبنى على ما تقدم ثم تقول: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها إليه في ذلك أخوها فلان شقيقها أو عمها فلان أو القاضي بموضع كذا وهي بكر بالغ في سنها يتيمة مهمله خلو من الزوج والعدة حل للنكاح بعد الاستمرار الواجب، فإن كان الولي القاضي زدت بعد قولك بعد الاستمرار الواجب وثبوت ما أوجبه ثم تضمن الشهادة على الزوج والولي بما فيه عنهما من أشهاده به وعرفهما وبحال صحة وجواز، وأشهد على القاضي فلان بما فيه عنه من أشهاده به، وأشهد الزوج بما فيه عنه وعرفه وبحال صحة وجواز، ثم تقول: وحضر استمرار الزوجة وعابنها سافرة عن وجهها صامتة صمتاً يفهم منه الرضا بعد أن علمت بالنكاح والمهر، وأن إذنها في ذلك صامتة فصمتت راضية به، وفي تاريخ كذا.

بيان : قولنا في النقد إلى أن يبرأ منه بالبيان ليرتفع الخلاف ويزول الإشكال فإنه إذا لم يكتب ذلك في العقد ودخل وادعى الدفع ففي قول ابن القاسم لا يكون دخوله حجة في ذلك حتى يأتي بالبراءة منه وإلا غرمه، وعلى قول سحنون: يكون الدخول له حجة في ذلك، ويكون القول قوله مع يمينه في الدفع

لأن أفعالها عنده جائزة، وقد اختلف في أفعال البكر اليتيمة التي لا أب لها ولا وصى على قولين:

أحدهما: أن أفعالها كلها جائزة إذا بلغت المحيض، وهو قول سحنون في «العتبية»، وقول غير ابن القاسم في «المدونة»، ورواية زياد عن مالك -رضى الله تعالى- عنه، والثاني: أن أفعالها كلها مردودة ما لم تعنس أو تتزوج ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة فيكون أمرها على الرشد، قيل: أقصاها العام، وهو قول ابن الماجشون، وإليه ذهب ابن العطار في وثائقه، وقيل: الثلاثة الأعوام ونحوها، قال ابن أبي زمنين: الذي أدركنا عليه الشيوخ أنه لا تجوز أفعالها حتى يمر عليها في بيت زوجها مثل الستين والثلاث، وفي حد التعنيس خمسة أقوال أحدها: ثلاثون سنة وهو قول ابن الماجشون، والثاني: أقل من الثلاثين، وهو قول ابن نافع، والثالث: أربعون سنة، وهى رواية مطرف عن مالك وأصبغ وابن القاسم، والرابع: من الخمسين إلى الستين وهى رواية سحنون عن ابن القاسم، والخامس: أن تقعد عن المحيض، وهى في «المدونة» عن مالك -رضى الله تعالى عنه- فإن كان صداقها عرضا مما تتجهز به فليس في قبضها وبراءة الزوج منه خلاف ولا تزوج بأقل من صداق مثلها إلا برضاها، وفي رضاها بأقل من صداق المثل قولان وقولنا: بالغ في سنها لأن غير البالغ لا يزوجه إلا الأب أو وصيه الذى جعله له الأب ذلك، ولا يجوز لغيرهما تزويج غير البالغ في مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- الذى رجع إليه، وروى عنه ابن القاسم في «العتبية»: إذا خشيت عليها الضيعة وكانت في سن من يوطأ مثلها ورضيت بالنكاح أنه جائز عليها، وقيل: يجوز تزويجها، ويكون لها الخيار إذا بلغت. قال ابن بشير: واتفق

المتأخرون أن تزويجها قبل البلوغ جائز إذا خيف عليها الفساد، وعلى المشهور إذا وقع فإنه يفسخ وإن بلغت ما لم تدخل، وقال ابن رشد: اختلف إذا تزوجت قبل البلوغ من غير حاجة تدعو إلى ذلك اختلافاً كثيراً، فقيل: إن النكاح يفسخ قبل الدخول وبعده وإن طال وولدت الأولاد ورضيت بزوجها، وإلى هذا ذهب ابن حبيب في «الواضحة»، وعزاه إلى مالك وأصحابه، وقيل: يفسخ قبل الدخول وبعده إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ، وهو قول ابن القاسم في «سماع عيسى» وغيره، وقيل: إن النكاح يكره فإذا وقع لم يفسخ وهو قول مالك -رضى الله تعالى عنه- في رسم التبرى، وفي «سماع أشهب»، وقيل: إن زوجت وقد شارفت الحيض وأنبئت فلا يفسخ وإلا ففسخ، وإذا فسخ على مذهب من يرى الفسخ فالفسخ فيه بطلاق، وإن طلق قبل الفسخ لزمه ويكون بينهما الميراث، ولا يجوز إن كانت كارهة باتفاق، وكذلك إن كان سنها أقل من سن من يوطأ مثلها أو لا يخشى عليها الضيعة وبنيت عشر سنين ممن يوطأ مثلها بدليل بناء رسول الله ﷺ بعائشة وهي بنت عشر أو سبع.

وحد البلوغ في الذكر والأنثى الاحتلام أو الإنبات أو السن، وهو ثمانى عشرة سنة في قول ابن حبيب، وقيل: سبع عشرة سنة، وقيل: خمس عشرة سنة وهو قول ابن وهب ويكون في الأنثى وحدها مع ذلك بالحمل والحيض، وفي «نوازل ابن الحاج»، قال ابن وضاح: الجارية تحمل قبل أن تحيض ولا يولد للغلام حتى يحتلم قال بعض البغداديين: الإنبات في البلوغ أيبن الثلاثة، والاحتلام، وإنما يتعلق به حقوق الله تعالى، وأما حقوق الآدميين والأحكام التي تنفذ بين المسلمين فلا يجوز أن تتعلق بالاحتلام لأنه أمر لا يدرك ويمكن كتمانها

وادعاؤه، وإنما يجب ذلك بأمر يظهر ويمكن معرفته بالنظر إليه هو الإنبات كما فعل رسول الله ﷺ في بنى قريظة، حكم فيمن أنبت بحكم البالغين وأمر بقتلهم، وفيمن لم ينبت بحكم الصغار فلم يقتلهم على أنه في الأغلب لا يتأخر عنه كبير مدة، وقد قال مالك: يحد إذا أنبت، وقال ابن القاسم: أحب إلى أن لا يحد إذا أنبت حتى يحتلم أو يبلغ من السن ما لا يجاوزه غلام إلا احتلم، وقولنا بعد الاستئثار الواجب؛ لأنه لا يصح النكاح إلا برضاها لقوله عليه ﷺ: «البكر تستأمر والشيبة تعرب عن نفسها»^(١) فإذا استمرت وأعلنت أن صمتها إذنها فصمتت لزمها النكاح واستحب بعضهم تكرار ذلك عليها ثلاثاً، فإن تكلمت بالرضا جاز ولا يضر ذلك، قال ابن مغيث: وكذلك إن ضحكت، وإن بكت ففي ذلك بين أصحابنا تنازع، فقال بعضهم: لا يكون ذلك رضا، وهو في كتاب «التفريع» لابن الجلاب، وقال بعضهم: ذلك منها رضا حتى تتكلم بأنها لا ترضى، قال: وبه أقول. وكيفيته أن يقول لها الشاهدان أو غيرها: إن فلاناً تزوجك بصداق كذا وكذا، فإن كنت راضية فاصمتي ويعلمها أن صمتها إذن في النكاح، فإن قالت بعدما صمتت: ما علمت أن الصمت إذن لم يقبل قولها، قال ابن الحاج في «مسائله»: ويستغنى فيه عن ذكر الشروط إذ هي مما يتطوع به الزوج، فإن كان الصداق عرضاً فذكر ابن فتحون أن سكوتها في قبضه مع المعاينة فيه براءة الزوج، وذكر ابن العطار أن إشهادها في قبض ذلك يكون بالنطق والمعاينة، وبذلك يبرأ، قال ابن فتحون: وهو حسن، وما ذكرناه يغنى عن تكليفها ذلك. وقال ابن لبابة: النطق في ذلك هو قول كثير من الشيوخ. قال

(١) الحديث رواه النسائي في ((السنن)) بلفظ: ((الشيبة أحق بنفسها، والبكر يستأمرها أبوها وإذا صماتها)).

ابن الحاج في «نوازله»: وكذلك إذا سبق إليها مال ونسبت معرفته إليها ولا وصى لها فلا بد أن تتكلم، فإذا بلغت حد التعنيس فلا يكون رضاها إلا بالكلام، وكذلك البكر يرشدها أبوها ثم يزوجهها فلا يكون سكوتها رضاً في النكاح، ولا بد لها أن تتكلم كالثيب؛ ذكر ذلك الباجي في «وثائقه»، وقال ابن لبابة سكوتها رضا وإن كان قد رشدها إلا أن يكون صداقها عرضاً فلا بد لها من الكلام، قال: والصواب أن يكون رضاها في النكاح سكوتها، وفي القبض الكلام، وكذلك البكر المعنوس إذا زوجها أبوها على رواية عبد الرحيم عن مالك -رضى الله تعالى عنه- وإذا تزوجهها عبد أو مكاتب أو مدير وزوجهها غير أبيها فلا يكون رضاها إلا بالكلام، وإذا زوجها الولي بغير رضاها ثم تعلم بذلك فترضى، ففي ذلك ثلاثة أقوال.

أحدها: أن النكاح جائز، والثاني: أنه لا يجوز، والثالث: أنها إن علمت عن قرب ورضيت جاز، قال عيسى بن دينار: والقرب في ذلك مثل أن يعقد النكاح في السوق أو المسجد ثم يسار إليها بالخبر من ساعته، وقال سحنون: ذلك أن تكون معه في المصر الواحد، ويكون الذي بينهما قريباً مثل الأميال واليوم، قيل له: فلو كان بالفسطاط والمرأة بالقلزم وبينهما مسيرة يومين؟ فقال: ما أرى ذلك بكثير إذا أجازت في الفور، وأما ما تباعد فلا يجوز، وقال أصبغ مثله، ولا يكون هذا الرضا إلا بالنطق باتفاق.

فصل

قال ابن رشد: وإذا لم يوجد من يعرفها عند الاستمرار فلا بد أن يشهد على رؤيتها من لا تحتشم منه فتسفر لهم عن وجهها فيثبتوا عينها بحيث إن أنكرت بعد ذلك شهدوا عليها أنها هي التي أشهدتم فيلزمها النكاح، وأما إن وجد من العدول من يعرفها فلا ينبغي لمن لا يعرفها أن يشهد عليها، فإن شهد عليها من لا يعرفها ووجد من يعرفها أو لم يوجد فلا يصح لهم أن يشهدوا على شهادتهم أن فلانة بنت فلان أشهدتم على الرضا بالنكاح لاحتمال أن لم تكن هي التي أشهدتم فيموتوا ويشهد على شهادتهم فيلزم نكاحاً لم ترض به ولا أشهدت به على نفسها؛ لأن إشهدهم على شهادتهم بذلك كشهادتهم به عليها عند حاكم، والحقوق بخلاف ذلك، قال مالك: لا أرى أن يشهد الرجل على من لا يعرف، ومثله لأصبع في الخمس. قال: وأما الحقوق من البيع والوكالات من الهبة ونحو ذلك فلا يشهد عليها في شيء إلا من يعرفها بعينها واسمها ونسبها، والفرق بين النكاح وما سوى ذلك من الحقوق أنه يخشى وإن لم يشهد على شهادتهم في الحقوق أن يموتوا فيشهد على خطوطهم فتلزم بإطلاهم تشهد به على نفسها، وعلى ما جرى به العمل عندنا من أنه لا يقضى بالشهادة على خط الشاهد إلا في الأحباس وما جرى مجراها يستوى النكاح في ذلك وما سواه من الحقوق، ولا يكون على الرجل حرج في أن يضع شهادته على من لا يعرف في الحقوق كما يضعها عليه في النكاح إذا لم يشهد على شهادته بذلك، وقد أجاز ذلك العلماء قديماً وإن قيد في عقد الوثيقة معرفة العين والاسم لما في ذلك من تحصين العقود، وأما عند أداء الشهادة فلا يحل للشاهد أن يشهد بإجماع إلا على من يثبت عينه ويعرف أنه هو الذي أشهده بلا شك في ذلك ولا ارتياب، قال ابن

حبيب: سئل مالك أيشهد الرجل على من لا يعرفه؟ قال: لا يفعل، وفي الناس سعة، وفي «سماح أشهب»: لا يشهد على من لا يعرفه إلا أن يشهد معه من يعرفه، فإن عرفه رجلا ن في ذلك قولان:

أحدهما: بأنه يشهد؛ قاله ابن القاسم في «المجموعة»، ورواه ابن نافع عن مالك، والثاني: أنه لا يشهد وهو قول ابن القاسم أيضاً، وفي بعض الروايات عنه لا يشهد إلا على شهادتهما، قال بعضهم: وإذا حصل العلم ولو بامرأة واحدة فليشهد.

وسئل ابن رشد: في شاهد شهد على امرأة في وصية بعد موتها، وقال: إنه لم يعرف عينها حين أشهدته إلا بقول امرأة وثق بها فقال: شهادته عاملة إذا كان ابتداء سؤالها؛ لأن ذلك من ناحية قبول خبر الواحد وأما إذا لم يتدئ هو سؤالها، وإنما قالت ذلك ابتداء على سبيل الشهادة عنده فذلك مثل أن تكون المرأة التي أشهدته قد أتته بامرأة يعرفها بالثقة فقالت له: هي فلانة بنت فلان ونعرفك بذلك فلا يجوز له أن يشهد عليه بتعيين المرأة له إياها على هذا الوجه، وإن كانت عنده ثقة فإن جهل وشهد سقطت شهادته عليها ولم يكن ذلك جرحاً فيه تسقط به شهادته فيما سوى ذلك ويشهد الشاهد إذا عرف أعيان المشهدين له. قال ابن دحون: فإن عرف عين المشهود عليه ولم يعرف عين المشهود فلا يشهد إلا أن يبين، وأما إذا لم يعرفهما أو عرف المشهود له خاصة فلا يشهد، وقال ابن لبابة إذا قال الشاهد أشهدتني فلانة ولم يقل أعرفها بالعين والاسم فهي شهادة تامة، وقوله أشهدتني فلانة شهادة معرفة شهادة لا محالة، وينبغي أن يقيد في عقد النكاح وغيره أن الإشهاد وقع في حال الصحة فإن سقط ذلك من

العقد فالناس محمولون على الصحة حتى يثبت المرض، وسئل ابن رشد فيمن أقام بينه أن نكاحه وقع في الصحة، وشهدت بينه أخرى أن النكاح وقع في المرض فتكافأتا في العدالة، فقال: في ذلك ثلاثة أقوال، أحدها: أن بينة الصحة أعمل. الثاني: أن بينة المرض أعمل الثالث: أن البينتين تسقطان، قال: وينبغي أن يكون منها قول رابع كالذى في تكافؤ البينة في البيوع أن يقرع بين البينتين وهو شاذ ولا يعتبر في المرض العلل المزمنة التي لا يخاف على المريض منها كالجذام والهرم، وأفعال أصحاب ذلك أفعال الصحيح بلا خلاف، وكذلك ينبغي أن ينص على جواز الأمر في الإشهاد في العقد كما تقدم في الصحة، ومعنى ذلك أنه لا ولاية عليه فإن ثبت بعد ذلك أنه تحت ولاية، فقال بعضهم: إن كان الشهود الذين شهدوا على ذلك من أهل العلم فالمراد بهذه الكلمة حمل ذلك على معرفتهم بانطلاقة من تلك الولاية التي ثبتت عليه، وإن لم يكونوا من أهل العلم لم ينتفع بذكر الجواز في العقد وكان الحكم بما ثبت من الولاية، وقال بعضهم: إنه لا اعتبار بذلك وإن كانوا عالمين إذا ثبتت الولاية إلا أن يصرح بمعرفتهم بانطلاقة منها، قال ابن فتحون: وهذا عندي أصح القولين، وإن سقط ذكر الجواز من العقد فالناس محمولون على الرشد حتى يثبت الحجر.

فصل

فإن كانت ثيباً فزوجها أبوها أو غير الأب من الأولياء فتكتب فيها مثل ما تقدم في الثيب ذات الأب سواء فإن كان زوجها الأول توفي أو طلقها فأقامت بعده مدة فلا بد أن يثبت هذا الرسم، ونصه: يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين

والاسم المعرفة التامة ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن توفي فلان عنها أو إلى أن طلقها بالثلاثة منذ كذا ولا يعلمون الزوجة المذكورة تزوجها بعدة غيره، ولا أنها انعقد عليها نكاح حتى الآن، ولا أن لها ولياً يعقد نكاحها إلا القاضى أو أخوها أو عمها فلان المعروف عندهم، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، وإن كان طلقها طليقة واحدة زدت بعد قولك إلى أن طلقها ولا يعلمون أنه ارتجعها من الطلاق المذكور ويثبت ذلك في البكر لتيمة هذا الرسم ونصه: يعرف شهوده فلانة بنت فلان معرفة تامة ويعلمونها بكراً بالغاً في سنها يتيمة مهملة ولا يعلمونها العقد عليها نكاح قط، ولا أن لها ولياً يعقد نكاحها إلا القاضى أو إلا أخوها أو عمها فلان المعروف عندهم، وقيدوا بذلك شهادتهم في كذا.

إنكاح وصى الأب ووصى القاضى ومقدمه أو مقدم أحد الأولياء يعقد فى البكر

هذا ما أصدق فلان زوجته فلانة أصدقها كذا وكذا ديناراً نقداً وكالماً النقداً منه كذا قبضه للزوجة وصيها الناظر عليها بعهد أبيها فلان، وصار بيده ليضعه في جهازها ومصالح البناء عليها، وأبرأ منه الزوج فبرئ، والكالى منه كذا مؤخراً إلى أجل كذا، وتبنى على ما تقدم من الشروط وغيرها ثم تقول: أنكحه إياها وصيها الناظر عليها بعهد الأب فلان وهى بكر فى حجره وولايته صحيحة فى جسمها وعقلها خلو من الزوج وعدة الوفاة حل للنكاح بعد الاستعمار الواجب، وشهد على الزوج والوصى بما فيه عنه بما أشهدها فى الصحة والجواز،

ويعمل الإيصاء المذكور بإشهاد العاهد أو بإشهاد القاضى بموضع كذا بشوته لديه ولا يعمل فيه نسخاً، وفي تاريخ كذا من حضر استثمار الزوجة وشاهدها سافرة عن وجهها صامته صمتاً يفهم منه الرضا، وبعد أن أعلمت بالنكاح والمهر وأن إذنها في ذلك صامتها فصمتت راضية به وفي التاريخ، وتقول في وصى القاضى: أنكحه إياها فلان الناظر عليها بتقدم القاضى بموضع كذا إياه للنظر عليها نظر الإيصاء، وهى بكر فى حجرة وتبنى على ما تقدم فى الاستثمار وغيره وتضمن معرفة الإيصاء بإشهاد القاضى بإمضائه أو ثبوته لديه وكذلك تعقد فى مقدم القاضى لإنكاحها أنكحه إياها فلان ابن فلان بتقدم القاضى بموضع كذا إياه لإنكاحها وقبض صداقها ووضعها فى جهازها وهى بكر يتيمة مهملة وتبنى على ما تقدم وتضمن معرفة التقدم بإشهاد القاضى بإمضائه، وإن كانت ثيباً فيعقد فيها ما نصه: هذا ما أصدق فلان زوجته فلانة أصدقها كذا وكذا ديناراً نقداً وكالماً النقد منه كذا قبضه لها فلان وصيها الناظر عليها بعهد الأب فلان، وصار بيده، وأبرأ منه الزوج أو قبضه لها فلان الناظر عليها بتقدم القاضى وصار بيده وأبرأ منه الزوج، والكالى كذا مؤخر الأجل كذا، ثم تقول: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه وصيها فلان أو الناظر عليها بتقدم القاضى فلان وهى ثيب مالكة أمرها فى النكاح خاصة، وتبنى على ما تقدم وتضمن معرفة الإيصاء أو التقدم والشهادة على الوصى أو الزوجين.

بيان: لابد من استئذان البكر إذا زوجها وصى أو غيره ممن ذكر فلا يصح النكاح دونه إلا أن يجعل الأب لوصية أن يزوج ابنته من غير استثمار، ونص له على ذلك فى عهده فإنه حينئذ يكون له أن يزوجها دون استثمار ويقوم فى ذلك

مقامه، وكذلك لا يزوجه قبل البلوغ ولا يجبرها على النكاح وصى ولا غيره إلا أن يجعل ذلك الأب للوصى أو الوكيل، قال اللخمي: الإجماع يختص بالأب أو بمن أقامه الأب مقامه في حياته أو بعد وفاته إذا عين الأب الزوج الذي تزوج ابنته.

واختلف إذا لم يعين وجعل ذلك إلى اجتهاده، فقيل: له إجبارها وينكحها ممن يراه قبل البلوغ وبعده وهو المعروف من قول مالك، ويقوم في ذلك مقام الأب، وقال عبد الوهاب: ليس له إجبارها، قال: وهو أحسن وأتبع للحديث، وقال أبو الحسن بن القصار: إذا عين الموصى للوصى رجلاً بعينه لصغيرة أو كبيرة بكرًا فإنه يزوجه جبراً كما يزوج الأب وإذا لم يعين له رجلاً بعينه لم يزوج الصغيرة حتى تبلغ وترضى ولا البكر الكبيرة إلا برضاها، ومن أصحابنا من قال: إن الموصى إذا قال له زوج ابنتي ممن رأيت فإنه يقوم مقام الأب في تزويج الصغيرة والكبيرة البكر بغير إذنها وهو مخرج على قول مالك.

وقسم ابن رشد الوصى في النكاح على ثلاثة أقسام:

أحدها: إذا قال الموصى وصى ولم يزد فوقه في «الواضحة»، وهو قول ابن القاسم: أن الوصى يكون ولياً لكل من كان له الموصى ولياً من الأخوات والقربات، وقيل: إنه لا يكون ولياً لمن لا ولاية للموصى عليهن، وقيل: يكون لهن ولياً إلا أن الولي أحق منه بالعقد والثاني إذا أوصى على المولى عليه باسمه من رجل أو امرأة فلا يتعدى ولايته إلى غير من إلى نظره، ولا يزوج أحداً من قرابة الموصى كان محجوره حياً أو ميتاً إذ لا ولاية على أحد منهن ولا اختلاف في

هذا غير أن ابن الهندي قال: إن زوج واحدة منهن مضى وهو بعيد، والثالث: إذا قال وصى على بضع بناتى فإنه يكون وليا لجميع بناته فى النكاح وإن كن مالكات لأمر أنفسهن فقف على الفرق بين ذلك، فالوصى على معين يزوج إماء محجوره بلا اختلاف ولا يزوج بناته اللاتى لا يملكن أنفسهن باختلاف، ولا يزوج من ملك أمره منهن ولا أخواته ولا مولياته فإن فعل مضى على ما ذهب إليه ابن الهندي، قال ابن رشد: ويزوج محجورته بعد ترشيدها كما يزوجه قبل ذلك، ولا يعلم فى ذلك نص رواية وإذا قال: فلان وصى وكان إلى نظره محجور أجنبى فلا يدخل تحت هذا اللفظ ولا يكون له تزويجها إن كانت امرأة، ووصى الأب أولى من الأولياء فى مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وابن القاسم، ويشاور الأولياء، وقال ابن الماجشون وغيره من أصحاب مالك: الولى أولى بالعقد من الوصى، وهو مذهب الشافعى وأحمد وغيرهما -رضى الله تعالى عنهم- وكان بعض القضاة بقرطبة يجعل العقد للولى بموافقة الوصى ليخرج بذلك عن الخلاف فيعقد فى ذلك ما نصه: أنكحه إياها أخوها أو عمها بموافقة وصيها فلان وإذنه، وتضمن الشهادة عليهما معاً، فإن عقد الولى دون الوصى فللوصى نقضه على ما روى عن مالك ما لم تطل وتلد الأولاد قال بعضهم: وله إجازته إن شاء بخلاف الأب إذا زوجها ولى دونه فلا تصح إجازته لأنه يملك الإجمار، فعلى هذا إذا كان الوصى يملك الإجمار فلا يكون له إجازة ما عقده الولى، وكذلك اختلف فى الولى مع وصى القاضي، فقال ابن حبيب: الولى أحق بالإنكاح وعليه الأكثر، وقال ابن لبابة وغيره: وصى القاضي أولى من الولى، وبه أفتى ابن عتاب وافتى ابن القطان وغيره بما قال ابن حبيب من أن

الولى أولى، قال موسى بن أحمد: والنظر يعود إلى ذلك وهذا الذى رجحه ابن فتحون وعقد عليه وثيقته، وقد حكى ابن مغيث فى «وثائقه»: أنه ليس للوصى من الإنكاح شيء إذا كان لها ولي، وسئل ابن رشد فى إنكاح الوصى دون إذن المشرف؟ فقال: ليس إنكاح أحد الوصيين دون إذن صاحبه بمتلة إنكاح الوصى دون إذن المشرف لأن الوصيين وليان جميعاً كالسيدين فى الأمة لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالعقد عليها دون الآخر إلا أن يوكله على ذلك، فإن فعل كان العقد فاسداً كإنكاح عقده غير ولى، وأما المشرف فليس بولى ولا إليه من ولاية العقد شيء وإنما إليه المشورة التى جعلت له خاصة فإن أنكح الوصى دون إذن المشرف فالعقد فى نفسه صحيح إلا أنه موقوف على نظره إن رأى أنه يجيزه أجازته، وإن رأى أن يرده رده كالسفيه يتزوج بغير إذن وليه والولى وثم أولى منه حاضر فإنكاح الوصى فى مسألتك بعد موت المشاور موقوف على نظر القاضى إن رأى أن يرده رده، وإن رأى أن يجيزه أجازته وهو صحيح فى نفسه، فإذا لم يعثر على الأمر حتى مات الزوج فقد فات موضع النظر ووجب للزوجة الصداق المسمى والميراث إذ لا حظ لهما فى الرد لأن ذلك يسقط ما وجب لها من الصداق والميراث ولا نظر لها فى ذلك، وقولنا فى تضمين الإيصاء ممن يعرف الإيصاء بالإشهاد هو الصواب؛ إذ قال الباجي: إن من أهل العلم من قال إن فى العقد نقصاناً إذا قلت: «ممن يعرف الإيصاء»، وسكت حتى يقول بإشهاد العاهد به ويعرفه أو بإشهاد القاضى بثبوته لديه، وإذا لم يفسره فيبقى على المشهور احتمال أن يكونوا شهدوا بالسماع وذلك لا يجوز، وهو الظاهر من جواب ابن

العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام ٥٥

القطان أن ذلك غير عامل في معرفة الإيضاء حتى يتبين الوجه الذي عرف به
وجاوب غيره بخلاف ذلك ويمجى ذلك من الشهود العالمين.

فصل

فإن قدم أحد الأولياء على نكاح وليته غيره فيكتب في تقديم الأب على ابنته البكر: وكل فلان فلاناً على عقد نكاح ابنته البكر في حجره من يراه مشاكلة لها، وبما يراه من الصداق، وكيفما يراه، وقبض ما يجب قبضه منه والإبراء منه ووضعه فيما يجب لها وتكرار العقد والمراجعة عليها كلما احتاجت إلى ذلك على الدوام توكيلاً تاماً أقامه لها مقامه وبدلاً منه، وقبل ذلك منه وشهد عليهما به فإن جعل له إنكاحها قبل البلوغ وبعده من غير استثمار زدت ذلك في العقد المذكور، وكذلك إن جعل له أن يقدم من يراه كذلك وتقول في ذلك: ما نصه:

وجعل له إنكاحها قبل البلوغ وبعده من غير استثمار، وأن يقدم من شاء بمثل التقديم المذكور أو بما شاء منه.

ويعقد في تقديم ولي اليتيمة البكر عقد: وكل فلان فلاناً على عقد نكاح أخته فلانة شقيقته أو بنت عمه فلانة أو محجورته فلانة مع من يراه شاكلة لها وبما يراه من الصداق وتكرار العقد عليها والمراجعة كلما احتيج إلى ذلك وكالة تامة أقامه لها مقامه في ذلك وبدلاً منه وقبل ذلك منه وشهد عليهما، وكذلك تعقد في نكاح الثيب على نحو ذلك فإن زوجها الوكيل فإن كان وكيل الأب

أو الوصى فتجعل قبض النقد إليه ثم تقول ما نصه: أنكحه إياها فلان بتقدم والدها إياه على ذلك التقدم التام، وهي بكر في حجر والدها وولايته وإن كانت يتيمة مهملة قلت ما نصه: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وبتقدم أخيها أو عمها فلان ابن فلان وهي بكر بالغ في سنها وإن كانت ثيباً فتعقد فيها ما نصه: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه فلان ابن فلان بتقدم أخيها أو عمها إياه على ذلك التقدم التام وهي ثيب مالكة أمرها، وتبنى على ما تقدم وتضمن الشهادة على الزوجين والوكيل المتولى العقد، وتنص على معرفة التقدم بالإشهاد كما تقدم في الإيصاء، فإن كان المقدم أو الوصى امرأة فلا تلى العقد بنفسها ولا بد لها أن تقدم رجلاً يتولى العقد، فتقول ما نصه: أنكحه إياها فلان ابن فلان بتقدم فلانة الوصية على الزوجة أو المقدم لعقد نكاح الزوجة المذكورة بتقدم أخيها أو أبيها إياها التقدم التام ثم تقول: وهي بكر أو ثيب وتبنى على ماتقدم وتضمن الشهادة على الزوجين والمرأة بتقدمها الولي المذكور، وعلى المتولى للعقد عليها معها، وتضمن معرفة تقدم الولي للمرأة والإيصاء بالإشهاد كما تقدم، وكذلك إن كان المقدم أو الوصى بعيداً لا يتولى العقد بنفسه، ويقدم رجلاً حراً يتولى العقد كما تقدم في المرأة، وللمرأة أن تقدم على إنكاح محجورتها إذا كانت ناظرة عليها بتقدم القاضي في قول من يمنع أن تقدمها عن المحجورة على الخصام وغيره لأن هذا ضرورة ولا يخالف في هذا من يمنع هناك وقال ابن الحاج في «نوازله»: إذا كانت المرأة حاضنة فهل لها أن تقدم آخر يعقد نكاح محضوتها أم لا؟ فأجاز ذلك جماعة من الفقهاء، ومنع منه ابن الطلاع وابن حمدين، وسئل ابن رشد في رجل ترك زوجة وبنات فقدم حكم الجهة

للأم على البنات فزوجت الأم إحدى البنات، وقدمت لعقد النكاح أخاها خال البنت وللبنات أولاد عم غيب على مسافة يومين فلما علموا بذلك أرادوا فسخه فأجاب: النكاح صحيح جائز لا سبيل إلى فسخه إلا أن يثبت الأولياء أن الزوج غير كفاء، وأن تزويجها ضرر بينة عادلة، ولا يكون للزوج في ذلك مدفع.

إنكاح المولى الأعلى والمولى الأسفل والكافل والمربي والأجنبي بالولاية العامة

تعقد في إنكاح المولى الأعلى مثل ما تعقد في إنكاح الأخ والعم ثم تقول أنكحه إياها فلان بن فلان مولاها الذى أعتقها إن كان هو الذى تولى عتقها أو مولاها بولاية العتاقة إن كان أعتقها أبوه أو غيره ممن يجز له الولاء، وكذلك تعقد في المولى الأسفل على الرواية التى أتت في ذلك عن مالك؛ إذ في ولايته في المذهب قولان فتعقد فيه ما نصه: أنكحه إياها فلان مولاها الذى أنعمت عليه بالعتق أو فلان معتق أبيها وتكمل العقد كما تقدم في إنكاح الأخ في البكر والثيب سواء وتعقد في إنكاح الكافل والمربي مثل ذلك، وتقول في البكر اليتيمة ما نصه: أنكحه إياها كافلها ومربيها فلان بن فلان وهى بكر بالغ في سنها يتيمة مهملة في كفالة فلان المذكور وإيالته وتبنى على ما تقدم، وتعقد في الثيب: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه كافلها أو مربيها فلان وهى ثيب وتبنى على ما تقدم، وتجعل قبض النقد لليتيمة البكر للكافل الذى زوجها وفي قبضة براءة الزوج.

بيان: المولى الأعلى من الأولياء باتفاق وأما المولى الأسفل ففيه اختلاف في المذهب هل يكون ولياً من الأولياء في النكاح أم لا؟ كما تقدم، قال في «المدونة»: وهو من الأولياء إذا كان له الصلاح، ويجوز له إنكاحها من نفسه، وذكر المازري أن في ذلك خلافاً، والكافل والمربي من أولياء المرأة بكرة كانت أو ثيباً لأنه القائم بأمرها وقد جمع النظر لها وولاية الإسلام وهو لها كالأب، والمشهور في المذهب أن المولى أحق منه بالإنكاح أخوة كانوا أو عصبه وروى أنه أحق من الأولياء فإن كان أبوها حياً فهل يسوغ له العقد عليها دون أبيها؟ في ذلك قولان، قال ابن رشد: وقد أنزله في «المدونة» منزلة الوكيل في حياة أبيها فلا يحتاج إلى رضاها، ولم ير له في سماع أشهب إنكاحها إلا أن يجعل له ذلك الأب نصاً، ويزوج المرأة الثيب إذا كانت في كفالته وإن لم يكن قد كفلها في حال صغرهما وبكارتهما فإن كفلها بكرة وربهاها وزوجها ثم مات الزوج أو طلقها قبل البناء فهل يكون له أن يزوجه ثانية أم لا؟ فحكى ابن فتحون عن القاضي أبي الوليد الباجي أنه قال: ينكحها بالكفالة الأولى أبداً، وحكى عن غيره أنها إذا عادت الكفالة حسبما كانت عليه زوجها وإن لم تعد إلى كفالته لم يزوجه بالكفالة الأولى، واختلف في ذلك فقهاء قرطبة، فقال بعضهم: إنه ينكحها ثانية وولايته باقية عليها في النكاح، وبه قال ابن عتاب، وقال بعضهم: لا ينكحها وترجع الولاية إلى غيره، وبه قال ابن القطان، ذكر ذلك ابن الطلاع في «وثائقه»، واستحسن هو من رأيه أنه إن كان الكافل خيراً فاضلاً فولايته باقية عليها وينكحها، وقال ابن زرب: إن المرأة الكافلة ليس لها تزويج مكفولها، وهي في ذلك بخلاف الرجل، وذكر ابن الحاج في «نوازله»: أن الفقهاء اختلفوا

في ذلك بقرطبة فأجاز ذلك جماعة من الفقهاء إن تقدم على عقد نكاح محضونها، ومنع ابن الطلاع ذلك وابن حمدين، وقد تقدم ذلك.

فصل

وتعقد في إنكاح الأجنبي للدينة المسكينة التي لا ولي لها على ما جرى به العمل ما نصه: هذا ما أصدق فلان زوجته فلانه أصدقها كذا وكذا نقداً وكالماً النقد منه كذا برسم الحلول، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، ثم تقول في البكر: أنكحه إياها جارها فلان وهي بكر بالغ في سنها يتيمة مهملة لا ولي لها حاضر ولا غائب لضعفها وعجزها عن إثبات السلطان وإقامة البينة على حالها، وتبنى على ما تقدم.

وتعقد في الثيب: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه فلان بن فلان الفلاني لضعفها وعجزها عن إثبات السلطان وإقامة البينة على حالها وهي ثيب مالكة أمرها خلوا من الزوج والعدة حل للنكاح، وتبنى على ما تقدم في التي زوجها أخوها أو عمها في البكر والثيب.

بيان: أجاز مالك أن يعقد الرجل الصالح نكاح المرأة الأجنبية الدنية مثل المسكينة والمعتقة والإسلامية وإن كان منها أجنبياً إذا لم يكن لها ولي، وسواء كان في البلد سلطان أو لم يكن إذا لم تصل إليه إلا بشقة، وهو الذي قاله ابن القاسم في «المدونة»، وجرت به الفتوى والعمل، وروى أشهب عن مالك أن الدنية وغيرها سواء لا يزوجه إلا ولي أو سلطان فإن زوج المرأة أجنبي مع

وجود الولى فإن كان ممن له الإيجاب كالأب لم يجز، وإن أجازته وإن لم يكن له الإيجاب فيما أن تكون ذات قدر أو دنية فإن كانت ذات قدر فقال مالك: ما فسخه باليين، ولكنه أحب إلى، وتوقف إذا أجازته الولى بالقرب، وقال ابن القاسم: له إجازة ذلك ورده ما لم يين، وفي «المدونة»: إن دخل بها عوقبت المرأة والزوج والمنكح والشهود إن علموا، وإن كانت دنية ففيها قولان: أحدهما: أن النكاح ماض مطلقاً، والثاني: كذات القدر.

إنكاح المولى ولبيته من نفسه أو الوصى من قبل الأب

تقول في البكر: هذا ما أصدق فلان زوجة فلانة أصدقها كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا برسم الحلول على الزوج إلى أن يبرأ منه بالبيان الواضح، والكالى كذا مؤخراً إلى أجل كذا، ثم تقول: أنكحها من نفسه بإذنها ورضاها فلان الزوج المذكور إذ هو ابن عمها وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة خلو من الزوج، وعدة الوفاة حل للناكح بعد الاستمرار الواجب، وشهد على الناكح المنكح فلان المذكور بما فيه عنه من أشهده به وعرفه، وبحال صحة وجواز، وحضر استثمار الزوجة وشاهدها سافرة عن وجهها صامته صمما يفهم منه الرضا بعد أن أعلمت بالناكح والمهر، وأن إذنها صماتها فصممت راضية به، وفى تاريخ كذا.

وتعقد فى الشيب ما نصه: أصدق فلان زوجة فلانة كذا وكذا نقداً، وكالئاً النقد منه كذا قبضته وأبرأته منه، والكالى كذا مؤخراً إلى أجل كذا، ثم تقول:

أنكحها من نفسه بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه فلان الزوج المذكور إذ هو ابن عمها لحاً، وهي ثيب مالكة أمرها خلوا من الزوج والعدة حل للنكاح، وشهد على الناكح المنكح فلان المذكور والزوجة فلانة المذكورة بما فيه عنهما من أشهاده به وعرفهما وبحال الصحة والجواز وفي كذا.

وتعقد في الوصي ما نصه: هذا ما أصدق فلان زوجة فلانة البكر في حجره وولايته أصدقها كذا وكذا نقداً وكالماً النقد منه كذا بالحلل إلى أن يبرأ منه بالبيان الواضح والكالي كذا مؤخراً إلى أجل كذا ثم تقول: أنكحها من نفسه فلان الزوج المذكور إذ هو الناظر عليها بعهد أبيها إليه أو بتقدم القاضي إياه على النظر لها وهي بكر بالغ في سنها يتيمة في حجره كما ذكر وولايته خلوا من الزوج والعدة حل للنكاح بعد الاستثمار الواجب، شهد على الناكح المنكح الزوج المذكور بما فيه عنه من أشهاده به وعرفه وبحال صحة وجواز وحضر الاستثمار ويعلم صحة الإيصاء والسداد لليتيمة في هذا النكاح وفي تاريخ كذا، وتعقد في الثيب نحو ما تقدم.

بيان: لا يصلح بالزوج أن يدخل بزوجه حتى يقدم لها معجل صداقها أو مقدار ربع دينار منه، فإن رضيت بالدخول دون أن يقدم لها شيئاً من صداقها فهو مكروه وليس بجرام، وإن ذهب هذا الزوج إلى دفع النقد والبراءة منه فله ذلك بأحد ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يتناع لها به أسباباً من جهازها إن كان عيناً، ويدفع ذلك للزوجة بمحضر الشهود، وتقبضها منه بالمعينة وسواء كان الدفع في بيت البناء أو غيره،

فإن كان هذا الدفع بعد عقد النكاح فلا بد أن تنطق ويشهد عليها بقبض ذلك بالنطق، وإن كان ذلك في نفس العقد حين الاستئثار فهل تنطق بقبض ذلك أو يجزئ صمتها؟ في ذلك قولان، وقد تقدم ذكرهما،

والوجه الثاني: أن يحضر ذلك في بيت البناء ويعاينه الشهود به وإن لم يدفع ذلك إليها.

والوجه الثالث: أن يوجه ذلك إلى بيت البناء بحضرة الشهود بعد أن يقوموه ويعاينوه ولا يفارقوه حتى يتوجه به وإن لم يصحبه الشهود إلى البيت، ذكره ابن حبيب. فإن فعل الزوج أحد هذه الأوجه الثلاثة وصياً كان أو غيره برئ وكذا كل من استقر عليه أو عنده صداق يتيمة أو زوجة لا يصح قبضها إذا فعل أحد هذه الأوجه الثلاثة برئ وأحسنها الوجه الأول، وذكر ابن العطار في «وثيقة اليتيمة»: يزوجه الوصي من نفسه بعد إن فوضت إليه، وقد اختلف في هذا الفصل هل للمرأة أن تفوض أمرها إلى الولي؟ فأنكر ذلك ابن حبيب، وقال ابن عبد الغفور عن ابن القاسم: لا بد أن يذكر تفويض المرأة إلى الولي، قال فضل: وهو أجمع الخلاف، وقال في «الاستغناء»: فذهب الشيوخ أن يذكر في صدقات المنكحات من النساء التفويض إلى الولي ما لم يكن أباً في البكر خاصة، وكل حسن جائز، وفرق ابن زرب بين البكر والثيب، فقال: للثيب أن تفوض، وليس للبكر أن تفوض، وذكر ابن مغيث في «وثيقة اليتيمة»: البكر بعد أن استأمرها، وفي وثيقة الثيب اليتيمة ذات الوصي بعد أن فوضت إليه قال: وهذا إذا كان لها أولياء، وأما إن لم يكن لها إلا ولي واحد فليس لها أن تفوض، قال القاضي أبو

الوليد: والخلاف في ذلك جار على الخلاف في الولاية هل هي حق للمرأة وحق للولي؟ وكره مالك للوصى نكاح محجورته أو إنكاحها من أحد بنيه، فإن وقع وكان صواباً مضى وإلا فسخ ما لم يطل، وضمن ابن العطار في وثيقته معرفة السداد، وقال في إنكاح السلطان لا يحتاج إلى ذلك، وسوى ابن فتحون بينهما في «وثائقه».

إنكاح البكر التي غاب أبوها أو التي رشدها

لا تزوج هذه البكر التي غاب أبوها حتى يثبت هذا: عقد يعرف شهود فلانة بنت فلان ويعلمونها بكراً بالغاً قد بلغت سن التزويج ودعت إلى النكاح، وأن والدها غاب بحيث لا يعلم منذ كذا غيبة انقطاع، ولم يرجع من مغيبه حتى الآن ولا يعلمونه ترك مالا ولا ما ينفق على بنته المذكورة بحال حاجة واضطرار ويخاف عليها الضياع، وأن فلاناً خطبها وبذل لها من المهر كذا وكذا، ويعلمونه كفوا لها، وأن ما بذل لها من المهر مهر مثلها، ومن النظر تزويجها لما يخاف عليها من الضيعة كما ذكر ومن عامة ذلك كله بحسبه وتحققه ويعرف من ذكر قيد على ذلك شهادته في كذا، وإذا ثبت هذا الرسم زوجت.

وتعقد في إنكاحها ما نصه: هذا ما أصدق فلان زوجة فلانة أصدقها كذا وكذا نقداً وكالماً النقد منه كذا برسم الحلول عليه إلى أن يبرأ منه بالبيان والكالي كذا مؤخراً إلى أجل كذا ثم نقول أنكحه إياها بإذنها ورضاها القاضي بموضع كذا فلان وهي بكر بالغ في حجر والدها الغائب وولايته خلو من الزوج

وعدة الوفاة حل للنكاح بعد الاستمرار الواجب وبشوت ما أوجهه شهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده به وأشهده الزوج فلان بما فيه عنه وعرفه وبجال صحة وجواز وحضر استمرار الزوجة وشاهدها كما يجب شرعاً وفي تاريخ كذا.

بيان: ذكر ابن أبي زمنين عن بعض الموثقين أنه قال: لا بد أن يثبت الكفاءة في الثيب كالبكر حكاه عنه ابن فتحون، وحكى أن القاضى أبا الوليد كان يأخذ بهذا القول وبكاف إثبات الكفاءة عنده، ويقول: إن كانت تملك نفسها فإذا دعت إلى غير كفاء، لا يلزمنى أن أعينها على ذلك.

والكفاءة عند مالك: هى النسب والدين، وقال: ولا أنظر إلى المال، ولكن أنظر إلى النسب فإذا زوجت من ليس مثلها فى النسب لم يجز، وقال غيره: ينظر إلى المال، قال المازري: وفى مراعاة الفقر والحرية الأصلية فى الكفاءة قولان، وقال ابن القاسم فىمن دعت إلى زوج فأبى ولها إذا كان كفواً لها فى القدر والحال والمال زوجها السلطان، قال عبد الملك: وعلى هذا اجتمع أصحاب مالك، قال ابن بشير: لا خلاف منصوص أن للزوجة ولمن قام لها فسخ نكاح الفاسق. وسئل ابن زرب عن وليها لقوم نكحها رجل طارئ من أهل الشر والفساد فأنكر ذلك أولياؤها عليها، وذهبوا إلى فسخ النكاح، وكان قد بنى بها، فقال: لا سبيل إلى حل النكاح إن كان قد دخل بها، قيل له: فلو لم يدخل بها، فوقف وقال: الذى لاشك فيه أنه إذا دخل لم يفسخ والكفاءة حق للزوجة وللأولياء فإذا تركوها جاز، ووقع لأصبغ فى «النوادس»: أنه إذا زوج الأب ابنته

البكر من رجل سكير وفاسق لا يؤمن عليها لم يجز وليرده الإمام، وإن رضيت هي به، وذكر ابن أبي زمنين عن بعض الموثقين : لا بد أن تثبت الكفاءة في الثيب كالبكر، حكاها عنه ابن فتحون، وحكى أن القاضي أبا الوليد كان يأخذ بهذا القول ويكلف إثبات الكفاءة عنده، ويقول: إن كانت تملك نفسها فإنه إذا دعت إلى غير كفاء لا يلزمي أن أعينها على ذلك، وصدقات المثل هي صدقات نساء قومها إذا كن على مثل حالها من العقل والجمال والمال وفي زمانها أيضاً، قاله له ابن رشد، إذ قد تختلف الأحيان في الصداق باختلاف الأزمان. قال: وقد تؤول قول مالك في «المدونة» أنه لا ينظر إلى نساء قومها وليس بصحيح، والصحيح اعتبار نساء قومها ونساء قومها اللاتي يعتبرن في ذلك أخواتها الشقائق، وللأب وعماتها الشقائق وللأب، ولا يعتبر صداق أمهاتها ولا خالاتها ولا أخواتها للأم ولا عماتها للأم لأنهن من قوم آخرين وذكر ابن فتحون أن المعتبر في ذلك قدرها وجمالها وحالها ومالها، ولا ينظر إلى نساء قومها، وقال القاضي عبد الوهاب: صداق المثل يراعى فيه حال المرأة في جمالها ويسارها وأبوتها وأقرانها، ومن يشبهها من عشيرتها وجيرانها كن من عصبتها أو من غير عصبتها، خلافاً للشافعي -رضى الله تعالى عنه- في مراعاة العصبية.

قال ابن رشد: ومغيب الرجل عن ابنته البكر ينقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها أن تكون غيبته قريية.

والثاني: أن تكون غيبته بعيدة منقطعة.

والثالث: أن يكون أسيراً أو فقيداً فأما إذا كانت غيبته العشرة الأيام وما أشبه ذلك فلا خلاف أنها لا تزوج في مغيبه، فإن زوجت في مغيبه فسخ النكاح زوجها الولي أو السلطان، قاله ابن حبيب في «الواضحة»، وأما إذا كانت غيبته بعيدة منقطعة مثل إفريقية أو طنجة أو الأندلس من مصر أو ما أشبه ذلك فاختلف في ذلك على أربعة أقوال:

أحدها: أن الإمام يزوجه إذا دعت إلى ذلك، وإن كانت نفقته جارية عليها ولم يخف عليها ولا استوطن البلد الذي هو فيه وهو ظاهر قول مالك في «سماح ابن القاسم» في «العتبية» وفي «المدونة»، وقد تؤول ما في «المدونة» من قوله فيها: وأما من خرج تاجراً وليس يريد المقام بتلك البلدة فلا يحكم السلطان على ابنته أنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد وهو القول الثاني.

والثالث: أنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد ويطول مقامه فيها العشرين سنة والثلاثين حتى يئأس من رجعته، وهو قول ابن حبيب في «الواضحة»،

والرابع: أنها لا تزوج أبداً وإن طال مقامه، وهو ظاهر قول مالك في كتاب «ابن الموزان» أن الولي والإمام لا يزوجه إلا برضاها، وقول ابن وهب في «العتبية»: ولا اختلاف بينهم إذا قطع الأب عنها النفقة وحشيت عليها الضيعة في أنها تزوج وإن كانت قبل البلوغ، وإنما اختلفوا هل يزوجه هنا الولي دون السلطان فالمشهور أنه لا يزوجه إلا السلطان لأنه حكم على غائب، وقال ابن وهب: ومثله في «كتاب ابن الموزان» أن الولي يزوجه برضاها، وأما إن كان أسيراً أو فقيداً فلا اختلاف أن الإمام يزوجه إذا دعت إلى ذلك وإن كانت في

نفقته وأمنت عليها الضيعة، ووقع لعبد الملك في «كتاب ابن يونس» أن بنت المفقود لا تزوج إلا بعد أربع سنين، وفي كتاب «الاستغناء» المسجون والمطبق ليسا كالغائب البعيد الغيبة وإن طال أمدته لأن خروجه يرجى في كل حين وهما كالغائب الذي يعرف خبره فإن خرج بناهما بالليل والنهار حصرهما السلطان.

فصل

وأما البكر التي رشدها أبوها فلا تسقط نفقتها عنه حتى يدخل بها زوجها، وإن كان قد رشدها ولا يزوجها إلا برضاها، واختلف في رضاها بالنكاح، فقيل: هو بصماتها، قاله ابن مغيث وغيره، وقال الباجي في «وثائقه»: إذا رشد الأب ابنته وهي بكر فلا يزوجها إلا برضاها والسماع منها كالثيب.

فتعقد في نكاحها ما نصه: أصدق فلان زوجة فلانة كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا قبضته، وصار بيدها وأبرأته منه، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا ثم تقول: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إلى والدها، وهي بكر بالغ في سنها مالكة أمر نفسها بترشيد والدها إياها خلو من الزوج وعدة الوفاة حل للنكاح، وشهد على الزوج والزوجة والدها بما فيه عنهم من أشهدوه به في الصحة والجواز، وعرفهم في كذا. وعلى ما ذكر ابن مغيث تضمن الشهادة على الزوج والولي والد الزوجة، وتقول: وحضر الاستثمار وشاهده كما يجب شرعاً وتضمن الشهادة عليها بقبض النقد وغيره مما يكون في الصداق بالنطق على ما اختاره الشيوخ ما عدا رضاها بالنكاح، وقال ابن لبابة: إذا وقفت على

جميع ما في العقد شيئاً بعد شيء وقيل لها: إن سكوتك رضا يلزمك به النكاح فالنكاح لزم لها وجميع ما في العقد ولا يفسخ، وإن لم تنطق، وإذا رشد الولي محجورته هل تسقط ولايته عنها أم لا؟ قال ابن رشد: لا أذكر في ذلك نص رواية، والذي يوجب النظر أن ولايته عليها في النكاح لا تسقط بتملكه إياها كالأب.

إنكاح الأب والوصى للغير، والمحجور البالغ

تعقد في ذلك: وبعد هذا كتاب نكاح العقد بين فلان بن فلان عاقده على ابنه الصغير في حجره فلان أو على محجوره فلان بصداق كذا وتبنى على ما تقدم وتقول في الشروط: وألزم فلان ابنه المذكور أو محجوره الزوج المذكور شرط كذا لما رأى له من المصلحة وجاء له من الغبطة، وشهد على الولي المنكح أو الوصى والزوجة أو والدها بما فيه عنهم في كذا.

بيان: وللأب تزويج ابنه الصغير بغير إذنه وكذلك الوصى، وإن كان الوصى امرأة أو عبداً فيباشران العقد بأنفسهما بخلاف العقد على المرأة، وفي إنكاح الأب والوصى السفية البالغ بغير أمره قولان كالمخالعة عليه.

أحدهما: أن ذلك لا يجوز إلا بإذنه واختياره وهو قول ابن الملاجشون في «الواضحة»، ودليل ما في إرخاء الستور من «المدونة»، والثاني: أن ذلك جائز عليه، وإن كان بغير أمره وهو قول ابن القاسم في جنائيات «العتبية»، وابن حبيب في «الواضحة»، ولا يخلو الأب في العقد على ابنه الصغير من ثلاثة أوجه: إما أن

يشترط الصداق على نفسه أو على ولده أو يطلق العقد، فإن اشترطه على نفسه لم يؤخذ به الابن لأن ذلك من الأب على وجه الحمل سواء صرح الأب بالحمل أو قال: أضمنه، وإن اشترطه على الابن فهو عليه إن كان موسراً، وإن كان معسراً، فقال ابن القاسم: يكون على الأب، وقال أصبغ على الابن بمثلة لو اشترى له سلعة وكتب الثمن عليه، قال: وإنما يلزم الأب إذا زوجه مبهما ولم ينسب الصداق على أحد والابن عدم، قال ابن أبي زمنين: وعلى قول أصبغ هذا رأيت من اقتدى به من شيوخنا إذا تنبه على الابن برضا الزوجين وقال ابن مغيث في «وثائقه»: وهذا القول هو مذهب «المدونة» وبه الحكم، قال ابن رشد: يدخل هذا الخلاف في الكبير السفیه إذا كان فقيراً قياساً على إنكاحه، وإن أطلق العقد فيكون على الابن إلا أن يكون معسراً فيكون على الأب بلا خلاف، وقال ابن المواز: هو على الأب حتى يقول: لست منه في شيء، وإنما هو على الابن، والحمل إن كان في عقد النكاح أو عقد البيع مشروطاً في نفس العقد لم يفتقر إلى حيازة وهو لازم للحامل على كل حال، وإن كان بعد عقد النكاح أو بعد عقد البيع فهل يفتقر إلى حيازة أم لا؟ في ذلك قولان: وقولنا في الشروط أن الوالد ألزمه إياها على وجه النظر له، ولما يرجوه من الغبطة هو الصواب، وإن شئت كتبت التزامها على الابن، وإذا بلغ الابن قبل الدخول فلها الخيار في التزام الشروط أو الانحلال من النكاح، فإن دخل قبل البلوغ بطلت الشروط، وكذلك إن بنى بها بعد البلوغ وقبل أن يوقف عليها ولم يعرفها لم تلزمه، وإن بنى بها بعد البلوغ وبعد معرفته بالشروط لزمته، وقيل: لا تلزمه، ولا بنى وهب في «العتبية»: إن الصغير يلزمه ما عقده عليه أبوه من الشروط دخل

أو لم يدخل لأنه الناظر، قال ابن مغيث: ولا بن القاسم في «المدونة» ما يدل على ذلك، فإن لم يلتزم الابن الشروط وانحل النكاح فالفسخ في ذلك بغير طلاق على الصحيح، قاله ابن رشد في «نوازل»، واختاره، قال: وكذلك يسقط عن الابن ما التزمه من الصداق كما يسقط عن الزوج، وذكر ابن فتحون أن الفسخ في ذلك يكون بطلقة، قال: وهل يلزمه نصف الصداق أم لا؟ في ذلك قولان أحدهما: بأنه يلزمه، والثاني: أنه لا يلزمه، وهو الصواب وبه القضاء عندنا، فإن رضيت الزوجة بإسقاط الشروط لزمه النكاح ولم يكن سبيل إلى فسخه والرضا بذلك إنما يكون إلى الزوجة بكرة كانت أو ثيباً، حكاه ابن فتحون وهو الصحيح، وقد جعل غيره الرضا بذلك إلى والد البكر والصواب أن ذلك إليها دونه، وإن طلقها قبل العلم بما شرط عليه لم يلزمه شيء من الصداق، وقيل: يلزمه، ولا يرجع إلى الابن من الصداق شيء إذا اختار الفسخ وكان قد تحمله عنه أبوه أو غيره، ويسقط ذلك عن الحال، وحكى ابن مغيث عن ابن الماجشون نصف الصداق يرجع إلى الابن، وبه أخذ ابن حبيب، فإن التزم الابن الشروط، فيكتب في ذلك في أسفل كتاب الصداق: عقد أشهد فلان الزوج المذكور فوجه على نفسه أن النكاح المسمى فيه كان قد انعقد عليه وهو صغير بالشروط المذكورة فيه، وأنه لما بلغ الحلم وعلم أن له الخيار قبل البناء في أن يمضي النكاح على الشروط المسماة فيه أو يسقطها عن نفسه وينفسخ النكاح اختار التزامها فألزمها نفسه بعد الوقوف عليها ومعرفة بها، وأمضاها اغتباطاً منه بالنكاح ولما يرجوه من استجلاب مودة زوجته المذكورة فيه، وشهد على إشهاده بذلك من عرفة بكذا، وإن أبي من التزامها كتبت في ذلك: عقد أشهد فلان على نفسه أنه

لما بلغ الآن سن الحلم وملك أمر نفسه، ووقف على الشروط المسماة فيه، وعلم أن له الخيار في أن يلتزمها ويمضى النكاح المسمى عليها أو يردها وينحل النكاح أبي من التزامها الإبائية الكلية، وامتنع من ذلك وانفسخ بذلك النكاح المذكور فيه إذا كان والده قد عقده عليه وهو صغير حسبما ذكر فوّه بمحضر زوجته المذكورة فيه وعلمها بذلك وأشهد الزوجان المذكوران بما فيه عنهما في كذا، وإن رضيت الزوجة بإسقاط الشروط، كتب في ذلك: عقد لما بلغ الزوج فلان المذكور أعلاه قبل بنائه على زوجته المذكورة فيه، ووقف على الشروط المسماة فيه، وذهب إلى الإبائية من التزامها، وفسخ النكاح بذلك خير زوجته فلانة المذكورة في البناء معه على إسقاطها فاختارت إسقاط الشروط وإبقاء الزوجية بينهما بلا شرط، ورضيت بذلك الرضا التام وأمضته، ولزم بذلك زوجها المذكور البقاء معها على الزوجية التي عقدها عليه أبوه دون شرط بموافقة الزوج المذكور على ذلك وعليه، وشهد على الزوجين المذكورين بما فيه عنهما من أشهاد به، وعرفهما، وفي كذا.

فصل

فإن نكح المحجور بغير إذن وليه فللولي فسخه متى علم بذلك وإبطاله في قول مالك -رضى الله تعالى عنه- وأصحابه، قال ابن مغيث: وبه الحكم وسواء دخل بها أو لم يدخل، ويكتب في ذلك عقد: أشهد فلان الناظر على فلان بن فلان الزوج المذكور في كتاب الصداق أعلاه أو بمقلوبه بعهد أبيه إليه أن محجوره المذكور كان قد انعقد النكاح المسمى فيه بينه وبين فلانة الزوجة

المذكورة فيه بغير إذنه ولا علمه، وأنه لما علم به الآن تبقيه فألقاه لمحجوره المذكور غير نظر ولا سداد في وجوهه كلها ففسخه، وحله بطلقة واحدة، واسترجع ما كان المحجور قد دفعه إلا ربع دينار تركه للزوجة لما استحل منها إذا كان قد دخل بها، وأسقط عن المحجور المذكور ما كان قد بقى عليه من الصداق، وأشهد على الوصي فلان المذكور بما فيه عنه من عرفه، ويعلم الإيضاء بمحضر الزوجين وعلمهما بذلك في كذا، وإن كان نظر له فيه فأجازته فيكتب في ذلك عقد: أشهد فلان بن فلان الناظر على الزوج المذكور في كتاب الصداق فوقه المسمى بكذا بعهد أبيه به إليه أن محجوره المذكور كان قد انعقد نكاح بينه وبين زوجته المذكورة فيه بغير أمره ودون رأيه، وأنه وقف الآن على جميعه فألقاه لمحجوره المذكور سداداً ونظراً فأمضاه، وجوزه وأنفذه، وشهد على إشهاد الموصي المذكور بذلك من عرفه في كذا.

بيان: إن ضمنت معرفة السداد في العقدتين فحسن وإلا ففعل الوصي محمول على السداد في الفسخ والإمضاء، وللولى فسخ النكاح علم بذلك أم لا يعلم ما لم يدخل بها الزوج وتطول إقامته معها، قال ابن رشد في «مسائله»: وإذا لم يحضر الولي العقد، وإنما اتصل به بعد أن عقده السفية بغير أمره فلم يقض فيه برد ولا إجازة حتى مات السفية فهو بمنزلة إذا لم يعلم به حتى مات إلا أن يكون دخل بعلمه فيكون ذلك إجازة منه، وقال الفقيه أبو إبراهيم في «مسائله»: كل ما عقده اليتيم على نفسه بعلم الوصي وشهادته بما هو نظر لليتيم فذلك لازم لليتيم وواجب عليه نكاحاً كان أو شراء أو بيعاً أو غير ذلك من مصالحه، وما كان من ذلك كله ليس بمصلحة ولا غبطة لليتيم فهو لازم للوصي بتضيعة

وتقصيره في منعه مما ليس بمصلحة لليتيم، وقد نزل ذلك عندنا فأشرنا على القاضى بذلك إلا رجل منّا فإنه رأى أن ذلك غير لازم لليتيم ولا للوصى، ورأى أن ذلك من الوصى مسقطه توجب عزله عن اليتيم ولا توجب عليه الضمان، وهذا عندنا ضعيف لأن الوصى أمين، وكل أمين إذا ضيع أمانته أو تعدى فيها فهو ضامن لها، وذكر الأهرى أن سكوت الوصى إذا رأى محجوره يبيع ويشترى ليس برضا ولا يلزمه ذلك، وكذلك الصغير بمحضر أبيه، وفي كتاب «الاستغناء» نحو ما ذكره الأهرى في الوصى، وقولنا في عقد الفسخ: «إنه ترك لها ربع دينار» هو قول ابن نافع، وبه جرى العمل، وروى عن ابن القاسم: أن ذات القدر يترك لها باجتهاد على قدر حالها ولا يبلغ أن يكون صداقاً تاماً، ولم يحد مالك في ذلك حداً، وقال ابن الماجشون: لا يترك لها من الصداق قليل ولا كثيراً، فإن طلقها قبل الفسخ نفذ الطلاق عليه ولحق به الولدان كأن قد دخل بها، ويدراً عنه الحد، وإن مات أحد الزوجين قبل الفسخ فروى أصبغ عن ابن القاسم أنه قال: إن مات هو فلا ترثه، وإن ماتت هي فالنظر إلى وليه إن رأى أن يثبت النكاح ويأخذ بدله الميراث أخذه، وإن رأى أن يردده وتركه ومثله قال سحنون: قال ابن رشد: ومعنى ذلك أن النكاح يرتفع بموت السفية، ولا يرتفع بموت السفية، ولا يرتفع بموت الزوجة، فإذا مات هو لم يكن لها صداق ولا ميراث لكون النكاح محمولاً على الرد حتى يجاز، وإن ماتت هي نظر له الوصى وقد يكون الصداق أكثر من الميراث فيكون له الحظ في رد النكاح، قال: وفي المسألة ثمانية أقوال:

أحدها: ما تقدم وهو قول مطرف وابن الماجشون.

والثاني: أنهما يتوارثان ويمضى الصداق، حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم. والثالث: أنهما لا يتوارثان ويبطل الصداق إلا أن يدخل فيكون لها منه ما تحل به. والرابع: أن الميراث بينهما ثابت، ويبطل الصداق إلا أن يكون دخل بها فيكون لها قدر ما تحل به وهو قول ابن القاسم في العشرة. والخامس: أن الميراث بينهما، وينظر في النكاح فإن كان نكاح غبطة كان لها الصداق دخل بها أو لم يدخل، وإن كان غير ذلك بطل الصداق إلا أن يدخل فيكون لها قدر ما تحل به وهو قول أصبغ، والسادس: أن الميراث بينهما ويبطل الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر في النكاح إن كانت الزوجة هي الميتة فإن كان نكاح غبطة كان لها الصداق، وإن كان غير ذلك بطل الصداق إلا أن يدخل فيكون لها قدر ما تحل به. والسابع: أن الميراث بينهما، ويثبت الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر في النكاح إن كانت الزوجة هي الميتة على ما ذكر في القول قبل هذا. والثامن: أنه ينظر في النكاح فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي أجازته كان الميراث بينهما ووجب الصداق، وإن كان غير ذلك لم يكن بينهما ميراث ولا صداق إلا أن يدخل فيكون لها قدر ما تحل به، قال في «مسائله»: والذي أخترته وأتقلد الفتوى به إذا كان الزوج هو الميت أن ينظر في النكاح فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي أجازته كان لها الصداق والميراث، وإن كان على غير هذه الصفة لم يكن لها ميراث ولا صداق إلا أن يكون قد دخل فيكون لها قدر ما تحل به، وإن لم يوفه بالنكاح ولم ينظر فيه الولي حتى خرج الزوج من الولاية لم يفسخ النكاح في قول ابن القاسم، ومثل ذلك حكى ابن محرز في «تبصرته» عن إسماعيل القاضي: أن المولى عليه إذا تزوج بغير إذن وليه

فلم يعلم به الولي حتى ترشد المولى عليه أن النكاح ثابت، قال: وكذلك وجدت لابن الماجشون في أصوله فيما باع المولى عليه أو اشترى أن رشده يعضى أفعاله، وقد كان يشبه أن يعود ما كان بيد وليه من ذلك إليه فيجيزا ويرد، وذكر القاضى أبو الوليد بن رشد في «كتاب المأذون» من «المقدمات» خلاف ذلك وأنه يكون له الخيار بعد ملكه أمر نفسه، ولم يحك في ذلك خلافاً، وفي «النوادر» للملك -رضى الله تعالى عنه- وأدخله ابن سهل في كتابه: أن لورثة المولى عليه أن يردوا ما صنع في ولايته عما كان يكون له لو ولى أمر نفسه ما لم يترك بعد أن يلى نفسه بما يعلم أنه رضي، ومثله لمطرف وابن الماجشون خلاف قول ابن القاسم وأصبغ.

إنكاح العبد والأمة والمكاتبة ونكاح الكتابية والبكراء

تعقد في نكاح العبد والأمة: هذا ما أصدق فلان مملوك فلان بإذن سيده فلان المذكور فلانة مملوكة فلان بن فلان أصدقها كذا وكذا نقداً، وكالماً النقدي منه كذا قبضه لها سيدها المذكور، وصار بيده ليحوزها به إليه، وأبرأ منه، والكالى كذا مؤخراً إلى أجل كذا، والتزم لها من الشروط كذا، تذكر من ذلك ما يقع الاتفاق عليه، ثم تقول: أنكحه إياها سيدها المذكور دون مؤامرتها بما وجه لها من ذلك وهى بكر حل للنكاح أو ثيب مستبرأة منه إذا كان وطئها حل للنكاح وشهد على فلان سيد العبد المذكور، والمنكح للزوجة سيدها

المذكور بما فيه عنهما من أشهاده به وعرفهما وبحال صحة وجواز وأشهده الزوج المملوك المذكور بما فيه عنه في كذا.

وتعقد في نكاح العبد للحر: أصدق فلان مملوك فلان بإذنه زوجته فلانة بنت فلان كذا وكذا نقداً، وكالتاً النقد منه كذا، والكالتى كذا، وتبنى على ما تقدم من الشروط في الزوجات الحرائر وغيرها، ثم تقول إن كانت بكرًا مهملة: أنكحها إياها بإذنها ورضائها أخوها شقيقها فلان وهي بكر بالغ في سنها يتيمة مهملة خلو من الزوج وحدة الوفاة حل للنكاح، وبعد أن استؤمرت في ذلك وأعلمت بالناكح والمهر وأن إذنها في هذا النكاح إنما هو نطقها فنطقت وأفصحت بالرضا، وشهد على فلان سيد العبد وأخى الزوجة المذكورين بما فيه عنهما من أشهاده به وعرفهما وبحال صحة وجواز، وحضر الاستثمار وشاهده كما يجب، وسمع نطقها بالرضا مفصحة به، وأشهده الزوج المذكور بما فيه عنه في كذا فإن كانت ثيباً فتضمن الشهادة عليها:

وتعقد في نكاح الحر للأمة: أصدق فلان بن فلان مملوكة فلان كذا وكذا نقداً وكالتاً النقد منه كذا قبضه لها سيدها المذكور ليجهزها به إليه وأبرأ منه، والكالتى كذا مؤخرًا إلى أجل كذا، والتزم لها من الشروط كذا ثم تقول: أنكحها إياها سيدها المذكور بما وجب له من ذلك دون مؤامرتها وهي بكر أو ثيب مستبرأة حل للنكاح وشهد على الزوج والسيد المنكح المذكور بما فيه عنهما ممن أشهاده به وعرفهما وبحال الصحة والجواز، وفي كذا.

بيان: وللسيد تزويج ممالিকে الذكور والإناث بغير رضاهم، ويجبرهم على ذلك، وكذلك المدبرة وليس له ذلك في المكاتب والمعتقة إلى أجل ولا الأمة يكون بعضها حراً وبعضها مملوكاً، ولا يزوج هؤلاء إلا برضاهن وكذلك أم الولد لا يزوجها إلا برضاها مع أنه يكره له ذلك، وقيل: له إكراهها على التزويج وهو في «المدونة»، وإن أراد السيد أن يتزوج أمته أو أم ولده أو غيرها ممن له فيه شعبة رق، فلا يجوز له عقد النكاح عليها حتى يبطل عتقها، وليس له إذا عقد النكاح على عبده أن يطلق عليه إلا أن يكون صغيراً فيطلق عليه بشيء يأخذه له، ولا يجوز على غير ذلك، وإن كان العبد كبيراً فالطلاق له دون سيده يطلق كيف شاء فإن طلق زوجته رجعية فله ارتجاعها، وإن كره ذلك سيده أو سيد زوجته إن كانت أمة وطلاقه ثنتان، وهل له أن يتزوج أربعاً أم لا؟ في ذلك قولان.

أحدهما: أنه يتزوج أربعاً حرائر كن أو إماء، وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه، وروى ابن وهب أنه لا يتزوج إلا اثنتين على النصف من الحر، ولا بد للسيد أن يفرض المهر في عقد نكاح مملوكه في ماله أو في مال مملوكه، فإن لم يذكر ذلك ولا بين في مال من هو فهو على العبد دون السيد وعلى سيد الأمة أن يجهزها بما قبضه لها من الصداق، وقيل: له أخذه بجملته إذ هو ما لها، وقيل: يأخذه الأربع دينار منه فإنه يتركه لها، والشروط لازمة للعبد إذا التزمها في عقد النكاح، والإشهاد بها إنما يكون على العبد إذ ليس للسيد أن يلزمه بشيء منها، قال بعضهم: لا يعقد عليه منها إلا طلاق من يتزوج إذ لا يلزمه عتق السرية ولا

شرط المغيب ولا غير ذلك من الشروط، وقال غيره: تعقد عليه جميعاً لأنه قد يعتق وزوجته في عصمته فتلزمه فعقدها عليه جائز إن التزمها.

ويكتب في ذلك ما نصه: والتزم طائعاً متبرعاً أن لا يتزوج عليها، ولا يتسرى معها، ولا يتخذ أم ولد وإن فعل شيئاً من ذلك فأمرها بيدها والداخلة عليها بنكاح طالق، والسرية عند وجوب العتق لهذا الزوج بيد زوجته المذكورة، إن شاءت باعت، وإن شاءت أعتقت، وأم الولد حرة عند ذلك لله تعالى، وإن لم يلتزم العبد المهر ولا شيئاً من الشروط لم يحتج إلى ذكره في الإشهاد، ولا يجوز في نكاح المملوكة أن يشترط أن الولد حر فإن فعل ذلك فسخ النكاح قبل البناء وبعده بلا خلاف، قال ابن رشد: وقد يدخل الخلاف في فسخه بعد البناء من مسائل غيرها والمعتبر في رق الأولاد أمهاتهم دون آبائهم، فإن كانت الأم مملوكة فهو مملوك لسيدتها سواء كان والده حراً أو عبداً، وقولنا في صداق البكر إذا تزوجها العبد أنها نطقت بالرضا هو الصواب لأنه عيب فلا بد من نطقها بالرضا به، وكذلك إن كانت بكرأ ذات أب فلا بد من النطق بالرضا إذا كان زوجها عبداً، وقال ابن فتحون: لا يحتاج إلى نطقها، وهو خلاف السنة وكذلك ليس للسيد جبرها على نكاح العبد، ولا يزوجه إلا برضاها، وقيل: له جبرها وعلى العبد نفقة زوجته الحرة وكسوقها طول بقائها في عصمته من كسبه، ولا يمنعه سيده من ذلك، فإن كان لها عليه كالي قضى به فيما وجد له من مال ما اكتسبه من تجارة أو هبة، ولا يقضى به عليه في عمل يديه، ولا في مال سيده، فإن ولد له منها أولاد لم تلزمه النفقة عليهم وهم أحرار من فقراء المسلمين، وإن طلقها لم يكن لها عليه نفقة ولا لأولاده منها، وإن كانت الزوجة

فنفقتها كذلك على زوجها حراً كان أو عبداً بوأها السيد معه بيت أو لم يبوئها. وقال أشهب: لا نفقة لها على الزوج بحال وهي على سيدها، وقيل بالفرق بين أن يبوأها سيدها مع زوجها بيناً فتلزم الزوج أو لا يبوأها فتسقط النفقة عن الزوج وروى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أنها على من ثبتت عنده من زوج أو سيد، وقال عبد الملك: نفقتها على الزوج في حين كونها عنده وعلى السيد إذا انصرفت إليه وكانت عنده سواء كانت في الليل أو في النهار، وليس للمكاتب ولا من فيه شعبة رق أن يتزوجوا إلا بإذن سادتهم ذكراً كانوا أو إناثاً، فإن تزوج العبد أو المكاتب أو من فيه شعبة من الرق من الذكران بغير إذن سيده فللسيد فسخه أو إجازته، قال أبو الفرج: والقياس أن لا يصح، وإن أجاز. فيعقد في ذلك عقد أشهد فلان بن فلان على نفسه أن مملوكه فلاناً أو مديره أو مكاتبه كان عقد النكاح المسمى بكذا بغير إذن، وأنه وقف الآن عليه وعلم به فأمضاه وجوزه وقطع الاعتراض فيه بكل وجه ومعنى، وشهد عليه بما فيه عنه في كذا، وإن فسخه فيكتب فيه عقد: أشهد فلان بن فلان على نفسه أن مملوكه فلاناً كان عقد النكاح المسمى بكذا بغير إذنه، وأنه علم الآن به ووقف عليه ففسخه بطلقة واحدة واسترجع ما كان قد دفعه إليها من الصداق إلا ربع دينار منه فإنه ترك لها إذا كان قد دخل بها، وأسقط عن مملوكه المذكور سائر ذلك، وأمضى ذلك وأنفذه بمحضرة الزوجة أو والدها وعلمها بذلك، وأشهد بذلك على نفسه في كذا، وهل للسيد فسخ هذا النكاح بالبتات أم لا؟ في ذلك قولان. قال ابن رشد: وإن دخل العبد بزوجه فعلم السيد وسكت ولم ينكر فإنه يسقط حقه في التفريق بينهما، ولا يدخل في ذلك الخلاف الذي في

السكوت هل هو رضا أم لا؟ وإن باعه السيد قبل علمه بنكاحه فهل يكون له فسخه وهو في غير ملكه أم لا؟ في ذلك قولان كالشفعة وإن وهبه أو أعتقه فليس له ذلك، وإن أراد المشتري الفسخ لم يكن له ذلك وهو القيام به إن كان لم يعلم به، وكذلك كل من صار إليه بعوض أو بغيره ليس له فسخ النكاح كالمشتري، وفي ذلك اختلاف، وأما الوارث فله ذلك بلا خلاف، وإن عتق العبد فهل يكون له ذلك أم لا؟ في ذلك اختلاف أيضاً، ورجح بعضهم أنه ليس له ذلك، وللزوجة اتباعه بعد العتق بالصداق بخلاف المحجور إلا أن يسقطه السيد عنه في حين فسخ النكاح فلا يكون لها اتباعه بذلك، وأما الأمة إذا تزوجت بغير إذن سيدها فالنكاح فاسد ولا يصح، وإن أجازها السيد إذا باشرت العقد بنفسها وإن قدمت لذلك رجلاً عقد عليها ففيها روايتان:

إحدهما: أنه لا يصح أصلاً.

والأخرى: أنه يجوز بإجازة السيد ويطلق برده، وإذا عتقت الأمة تحت العبد فلها الخيار إن شاءت أقامت مع زوجها وإن شاءت فارقت، فإن اختارت الفراق فيكتب في ذلك عقد: أشهد فلانة الزوجة المذكورة في كذا على نفسها أنها لما عتقت تحت زوجها المذكور معها فيه وهو مملوك، وعلمت أن لها الخيار في المقام معه أو الفراق فاختارت الفراق، وطلقت نفسها عليه طليقة واحدة بعد البناء أو قبله أو اثنتين بانتهما منه على ما أوجبت لها السنة في ذلك، وشهد على إسهادها بذلك في كذا فإن عتقت تحت حر فلا خيار لها، وإن تزوج الحر الأمة على زوجته الحرة ففي ذلك قولان:

أحدهما: أنه يكون لها الخيار في نفسها وفي رد نكاح الأمة أو إقراره.

والثاني: أنها إنما يكون لها الخيار في أن تقيم معه أو أن تفارقه، وهو قول ابن القاسم، فإن اختارت الفراق فيكتب في ذلك عقد: شهدت فلانة على نفسها أن زوجها فلاناً تزوج عليها بغير إذنها مملوكة فلان، وأنها لما علمت بذلك أبت المقام على ذلك فطلقت نفسها عليه طليقة واحدة ملكت بها أمر نفسها بما وجب لها من ذلك شرعاً، وشهد على إشهادها بذلك في كذا، ولا يكون طلاق هذه الحرة التي تزوج عليها زوجها إلا واحدة تبين بها منه، وأما الأمة إذا اعتقت فلها أن تطلق واحدة ويكون لزوجها الرجعة إن عتقت في عدتها، وإن كانت بائنة، وهل يكون لها أن تقضى بائنين طلاق العبد أم لا؟ في ذلك روايتان المشهور منهما أن ذلك لها ولا يتزوج الحر الأمة إلا أن لا يجد طولاً وهو ما ينكح به الحرة من المال ويخشى العنت وهو الزنا، فإن لم يكن كذلك فهل يجوز له نكاحها أم لا؟ في ذلك روايتان عن مالك -رضى الله تعالى عنه- إحداهما: أن ذلك لا يجزى له والثانية: أن ذلك جائز، قال ابن القاسم: وهو آخر ما فارقت عليه ولا يجزى نكاح الأمة الكافرة لمسلم حراً كان أو عبداً.

فصل

تعقد في نكاح الكتابية مثل ما تعقد في نكاح الحرائر المسلمات في المهر والشروط وغير ذلك، فإن لم يكن لها ولي عقد نكاحها أساقفة أهل دينها، فتقول: أنكحه إياها أخوها فلان أو ابن عمها فلان أو الأسقف فلان، وتبني على ما تقدم في الأنكحة من تضمين الشهادة على الزوجين والولي وغير ذلك، ولا يعقد نكاحها سلطان ولا ولي مسلم وإن كانت ساكنة بين أظهر المسلمين فأولياؤها أحق بالعقد عليها إلا أن يأبوا العقد عليها فيعقد عليها نكاحها السلطان، قال ابن زرب: وإذا منع الذمية أهل دينها من النكاح لزم السلطان أن يجبرهم على إنكاحها لأن منعهم لها من الظلم، وإن ذهبت إلى نكاح مسلم لم يجبرهم على العقد عليها، وإن كانت الكتابية معتقة لأحد من المسلمين أو مسبية أو مستأمنة فأمرها إلى السلطان وهو يعقد نكاحها، ولا يجوز نكاح المحوسيات وسئل أبو إسحق التونسي في رجل تزوج امرأة من الشيعة، فقال: الشيعة على ضربين قوم يفضلون عليا على أبي بكر فهذا لا يصح القول بتكفيره، وتجوز مناكحته، ويبين له خطؤه حتى يرجع إلى الصواب، وقوم يفضلون عليا ويسبون غيره فهؤلاء كفره لا تحل مناكحتهم وهم بمنزلة الكفار والمجوس، ومن ترك نكاح الكتابية فهو أحسن قال مالك -رضي الله تعالى عنه- وهو أحب إلى من غير تحريم، ولا يجوز نكاحها إذا كانت حربية، وروى عن مالك -رضي الله تعالى عنه- أنه كره، وقال: يترك ولده يتنصر فإن تزوجها، فقال ابن القاسم: أرى أن يطلقها من غير قضاء عليه في ذلك، ولا يكون الشهود في ذلك المسلمين، وكذلك أنكحة أهل الكتاب التي تعقد بينهم لا

يحكم فيها إلا بشهود المسلمين، قال بعضهم: ويكره عقد أنكحتهم على شروط المسلمين، وأن يحضر ذلك المسلمون، ويوقعوا فيها شهادتهم لأنهم إذا أسلموا لم يلزم شيء من ذلك، وترك ذلك أحسن، فإن كتبت لهم فتكتب عدة المهر وتسمية الناكح والمنكح وتختصر القول، ولا تذكر فريضة الله تعالى ولا سنة رسوله. وفي كتاب «الاستغناء»: ولا بأس أن يحضر وليمة اليهودى ويأكل منها بعد أن يحلفه أنه لم يتزوج أخته ولا عمته، وإذا تزوج الرجل امرأة نصرانية ولم يعلم فلا حجة له في ذلك حتى يشترط أنها مسلمة أو يعلم أنه إنما تزوجها على أنها مسلمة، وتعقد في نكاح الصماء والبكماء مثل ما تقدم ثم تقول بعد التاريخ: وكان إشهادها بذلك بالإشارة المفهومة عنها المعلوم منها مرادها إذ هي صماء بكماء بعد تكرار ذلك المرة بعد المرة وعلم شهوده برضاها بذلك، والتزامها ما ذكر، وتحققهم ذلك منها بالإشارة كما ذكر في التاريخ، وكذلك تعقد في نكاح الأصم والأبكم، وفي البيوع، وغير ذلك، وإن كان مع ذلك أعمى فلا تصح عليه الشهادة بحال في بيع ولا غيره لأنه لا تصح منه الإشارة، ولا يفهم عنه إشهاد.

نكاح التفويض والإيجاب وتحديد عقد الصداق إذا ضاع

تعقد في نكاح التفويض: وبعد فهذا كتاب نكاح العقد بين فلان وفلان في ابنته البكر فلانة دون تسمية صداق على حكم نكاح التفويض وسنته، والتزم لها من الشروط كذا، وتبنى على ما تقدم في نكاح البكر إن كانت بكرًا، وفي نكاح الثيب إن كانت ثيبًا، وهذا النكاح جائز من غير تسمية صداق إلا أن

يشترط إسقاطه فلا يجوز ويسميانه عند البناء، فإن تشاحا فيه كان لها صداق مثلها، وللزوجة منعه من الدخول حتى يسمى لها فإن أبي أن يعطها صداق مثلها قبل الدخول فسخ النكاح بطلقة ولم يكن لها عليه مهر، وبعده يحكم عليه بصداق المثل.

وتعقد في الإيجاب: أوجب فلان لفلان النكاح في ابنته البكر فلانة بكذا وكذا نقداً وكالاً وتبنى على ما تقدم في الأنكحة وتذكر الشروط وغير ذلك ثم تقول أوجب له فيها النكاح والدها أو وليها فلان، وتعقد الإيجاب على الموجب والموجب له والزوجة إن كانت ثيباً أو بكرأ زوجها غير والدها، وهذا الإيجاب جرت العادة بعقده عند تمام النكاح والفراغ من الخطبة لربط النكاح بالإشهاد عند إرادتهم لتأخير كتاب عقد النكاح عند البناء أو إلى وقت يختارونه ولا فرق بينه وبين النكاح إلا في اللفظ خاصة، وإن اجتزى به عن عقد النكاح، وفي الدخول جاز وإذا أوجب الرجل النكاح في وليته بغير إذنها وهي بعيدة عنه أو قريبة فتأخر إعلامها بذلك فلا يجوز النكاح، وإن أجازته باتفاق من قول مالك وجميع أصحابه، قيل: ما لم يدخل وهو ظاهر قول ابن القاسم، وقيل: ما لم يطل بعد الدخول وهو قول ابن القاسم أيضاً، وقيل: يفسخ أبداً وإن طال وهو قول أصبغ، وأما إذا زوجها بإذنها ففي ذلك ثلاثة أقوال أحدها: أن ذلك جائز إذا كانت قريبة وأعلمت بالقرب وهو المشهور.

والثاني: أنه جائز في القرب والبعده، والثالث: أنه لا يجوز قرب أو بعد إلا أن تكون حاضرة مقيمة معه بالبلد فيزوجها بإذنها، وفسخ ما لم يدخل، واختلف

في حد القرب والبعد، فقال أصبغ وسحنون: اليوم واليومان، وقال عيسى بن دينار: ذلك مثل أن يعقد النكاح في السوق أو المسجد ثم يسار إليها من ساعته، والشهادة شرط في النكاح قبل البناء، فإن عقداً بغير بينة ثم أشهدا بعد ذلك وقبل الدخول جاز، فإن وقع الدخول قبل الإشهاد لم يصدقا على النكاح صدقهما الولي أو كذبهما، ولم يصح النكاح، وإن أقرأ بالوطء لزمهما الحد على ما قال في «المدونة»، وقيل: يعاقبان ولا يجدان، فإن كان النكاح والدخول شائعاً مشهوراً سقط الحد باتفاق، وثبت النكاح، وفي «مقالات ابن مغيث»: إذا شهد للزوج بالسماع الفاشي المستفيض على السنة أهل العدل وغيرهم أنه تزوجها بنقد وكالئ مبلغه كذا برضا وليها فلان فإن زوجيتهما ثابتة، مثله في «وثائق ابن فتحون»، قال ابن رشد: وإذا تقرر الرجل والمرأة على النكاح ولم يقم على أصله بينة وهما غير طارئين فلا يخلو الأمر عن وجهين:

أحدهما: أن تكون المرأة في ملكه وتحت حجابيه.

والثاني: أن تكون بائنة عنه منقطعة.

فأما إذا كانت في ملكه وتحت حجابيه فالميراث بينهما قائم والزوجية ثابتة إذا طال كونه معها واشتهر الأمر لأنه إذا لم يطل ولم يشتهر فوجوده معها ريبية توجب عليها الأدب، وإلا حدًا إن أقرأ بالوطء على الاختلاف في ذلك، وكذلك إن لم يعلم منهما إقرار لأن كونها في ملكه وتحت حجابيه كالإقرار منهما بالنكاح أو أقوى، وأما إذا كانت بائنة منه منقطعة فإن شهد فيه بالسماع وطال الأمر مدة بييد الشهود فيها ففي ذلك قولان، قيل: إن الشهادة في ذلك

بالسمع عاملة، وقيل: لا تجوز، وأما إذا لم يمض من المدة ما يبيد فيه الشهود وتجوز فيه شهادة السماع فلا اختلاف في أن الميراث لا يكون بينهما ولا يثبت النكاح إلا أن تقوم بينة على أصله.

فصل

وإذا ضاع عقد الصداق وذهب الزوجان إلى تجديده فإما أن يكونا ببلدين أو غريبين، فإن كانا ببلدين فتكتب لهما عقد: يعرف شهوده فلاناً وفلاناً بالعين والاسم معرفة تامة ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن طلقها منذ كذا طلقة واحدة ثم تراجعاً منها، واتصلت الزوجية بينهما بغير طلاق وقع بينهما سوى الطلقة المذكورة حتى الآن، وقيدوا بذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت هذا كتبت في أسفله عقد: أشهد فلان الزوج المذكور أعلاه على نفسه قولاً بالحق وإيثاراً له ورغبة فيه أن زوجته فلانة المذكورة فيه ذكرت له أن كتاب صداقها المنعقد بينهما ضاع لها وسألته تجديده فأجابها إلى ذلك لما لزمه من القول بالحق والإذعان إليه وأقر بصحة زوجتها كما ذكر فيه، وأنه كان لها في كتاب صداقها من النقد كذا ومن الكالئ كذا مؤخر عنه إلى أجل كذا أو حال عليه لحلول أجله ومن الشروط كذا نصفها على حسب ما كانت في كتاب الصداق، ثم تقول: وبمحضرها وموافقتها على ذلك وتصديقها إياه فيما ذكر، وأنها لم يكن لها فيه غير المسمى، وشهد على إشهدهما بما ذكر في كذا، فإن عرف شهود هذا الرسم أصل الزوجية ضمنيتها فيه ولم يحتج إلى عقد الاسترعاء المذكور قبل هذا، وإن كانا غريبين فهما مصدقان فيما يدعيانه من

الزوجية ويكتب بينهما تجديد الصداق بإشهادهما به حسبما تقدم في هذا الرسم، وتزيد فيه: أنهما غريبان، ولا يحتاج إلى تعيين معرفة أصل الزوجية بينهما ولا إلى الاسترعاء المذكور بخلاف البلدين.

والمرأة الطارئة إذا قدمت في الرفقة من بلد بعيد وادعت أنها دون زوج وخشيت العنت فإن السلطان يزوجهها ولا يكلفها البينة على أنها لا زوج لها، ولكن يسأل عنها صلحاء أهل الرفقة، فإن استراب شيئاً من أمرها تركها، فإن كانت طارئة على البلد مقيمة فيه فلا يزوجهها حتى تأتي بالبينة على أنها طارئة وأنها لا زوج لها ولا ولي، ولا يكون ذلك في غير الطارئة حتى يثبت طلاق زوجها لها أو موته، والفرق بينهما أن الطارئة تصدق في الزوجية، ولا تصدق المقيمة، وكذلك في دعواها أنها دون زوج.

ويكتب في ذلك عقد: يعرف شهوده فلانة بنت فلان، ويعلمون أنها طرأت على مدينة كذا وكذا دون زوج، واتصلت إقامتها بالموضع المذكور كذلك دون زوج يعلمونه تزوجهها حتى الآن، ولا يعلمون أنها في عصمة زوج، ولا أن لها ولياً يعقد نكاحها إلا القاضي، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، وإذا نعى إلى المرأة زوجها فتزوجت من غير بينة ثم جاء زوجها فإنها ترد إليه، وإن طالت المدة وولدت الأولاد، قال أبو عمران: ولو ثبت موته عندها برجلين فتزوجت ولم يظهر خلافه لم يفسخ إلا أن يكونا غير عدلين أو لم يعلم ذلك إلا بقولها فإنه يفسخ، وذلك بخلاف امرأة المفقود، فإنه إذا جاء زوجها وقد تزوجت فإن كان لم يدخل بها ردت إليه على المشهور الذي رجع إليه مالك، وقيل: العقد

فوت فلا ترد إليه، وكذلك الذى طلق زوجته ثم ردها ولم تعلم بالرجوع فتزوجت فإنها لا ترد إليه إن دخل بها الثاني.

إيراد الأب أو الوصى أو الولي بيت بناء المرأة ما يجهزها به من الشوار من نقد أو نحلة أو غير ذلك

تعقد في إيراد الأب: أورد فلان بن فلان بيت بناء بنته فلانة مع متزوجها فلان أسباباً تذكر بعد، فمن ذلك نحلة بكذا وثوب بكذا تذكر الأسباب بقيمتها فإذا كملت، قلت: انتهت الأسباب، وتحمل في قيمتها بتقدير أهل البصر والمعرفة بما كذا وكذا ديناراً من سكة كذا يدعى الأب منها كذا وكذا ديناراً عما نخله إياها في كتاب صداقها من شوار، ويدعى منها كذا وكذا ديناراً عن نقدها إذا قبضه لها والدها ووضعها فيما ذكر، وإن شط بعد ذلك شيء، قلت: وشط بعد ذلك كذا وكذا ديناراً سلم فيها الوالد لابنته المذكورة أو استرجع بها من الأسباب كذا ثم تقول: ومن عاين الأسباب المذكورة من حيث ذكر ويعرف السداد في قيمتها المسماة، وأشهده المورد بما فيه عنه، وعرفه في كذا من حضر الزوج وموافقته.

بيان: فيما تضمنته هذه الوثيقة براءة للأب فيما تحصل عنده لابنته أو قبله من نحلة أو نقد أو غير ذلك، وكذلك للوصى وغيره، فإن وجه الأب أو الولي الأسباب بعد أن قومها بمحضر الشهود إلى دار الزوجين ولم يغب بعد ذلك عليها فذلك براءة له أيضاً، وإن لم يصحبها الشهود حتى دخلت بيت البناء، ولا

يلتفت بعد ذلك إلى دعوة الزوج أنها لم تصل إلى بيته، وهو كما لو ادعى أنه أخذها من بيته أو أرسل من أخذها، والذي تقدم في الوثيقة أتم وأبرأ، وإذا ادعى الأب بعد البناء أنه جهز ابنته بنقدها ولم يظهر ما يكذبه كان القول قوله في ذلك، قال ابن رشد: لأنه على ذلك قبضه من الزوج، والعرف يشهد له، ويكون عليه اليمين لحق الزوج، ولو ادعى أنه جهزها بما لها قبله من ميراث أو نحلة أو غير ذلك لكلف البينة على ذلك، ولم يكن القول قوله في ذلك قرب أو بعد، وإن أقام الأب ما زاد على النقد من الجهاز وكتب البينة على ابنته دينا فذلك عليها، ويأخذه الورثة إن مات إذا كانت قيمة عدل، قاله ابن لبابة وغيره، ولا يلزم الأب أن يجهز ابنته بشيء من ماله، وكذلك الثيب لا يلزمها أن تتجهز بغير الصداق، قال في كتاب «الاستغناء»: وينبغي للأب أن يشور بنته من مالها وكذلك الوصي ويشتريان لها كسوة وحلياً لأن ذلك نظر لها ومما يرغب الناس فيها، ولا يجبران على ذلك، وكذلك الثيب تؤمر بذلك ولا تجبر، وأما إذا ادعى الأب العارية فيما جهز به بنته زائداً على النقد كان القول قوله ما لم يطل ذلك بعد البناء، وليست السنة في ذلك بطول، قال ابن عبد الغفور: كان محمد ابن عيشون يرى ذلك له إلى السابع لا غير، وفي «الدمياطية»: أنه إنما يصدق في ذلك إذا كان له على أصل العارية بينة وإلا لم يصدق في ذلك قرب أو بعد والمشهور ما تقدم، وعلى المشهور يكون له أخذ ما وجد من ذلك، ولا يكون له على الابنة شيء في فوت ما فوتته إن امتنته ولا على الزوج معها، فإن قام بعد طول من الزمان لم يكن له ذلك كان الأصل له معروفاً أم لا، ولا ينفعه إقرار الابنة بذلك، وإن كان أشهد حين التجهيز أن ذلك منه عارية كان القول

قوله، وإن طال الزمان، ويكون له أخذ ما وجد من ذلك، ولا ضمان على الابنة فيما تلف من ذلك ولا زوجها كما تقدم، وليس ذلك فيما جهز به بنته الثيب وهو في مالها بمنزلة الأجنبي، وكذلك سائر الأولياء مع الأبكار بمنزلة الأب مع ابنته الثيب، وإنما جاز ذلك للأب في البكر خاصة لأن مالها في يده، قال في «سماح أصبغ»: فإن أشهد في الثيب على الشورة أنها عارية قبل الدخول ثم قام يطلبها كان له ذلك، وإن كانت ثيباً وعلى هذا يكون حكم سائر الأولياء، وكذلك مع الإشهاد، وإن تلف شيء من ذلك لم يكن عليها شيء إلا أن تعلم المالكة لأمرها أن ذلك عارية فتضمن ما تلف.

فصل

وتعقد في إيراد الوصى أو غيره مثل ما تقدم وذلك براءة له فيما تحصل عنده للزوجة من نقد أو غيره إذا لم تكن مالكة أمر نفسها، فإن جهز الوصى محجورته بزائد على صداقها مما استقر لها بيده من ميراث أو غلة أو غير ذلك إذا طلب ذلك منه الزوج ذكرت في عقد الإيراد ضمان الزوج الطالب لذلك درك الزوجة أو من يقوم عنها في ذلك، وذلك أحوط له إذ قد اختلف في ذلك، فقيل: ليس للوصى ولا لغيره إخراج اليتيمة عن ميراث أبيها أو غيره لثياب تقام عليها وحسبها صداقها، وبهذا القول جرى العمل بقرطبة، ووقع لابن رشد أن الوصى إذا جهز يتيمته من مالها وأورده بيت بناتها فذلك براءة له من ضمانه، وذكر أبو الوليد بن خيرة في تأليفه أن للوصى أن يجهز اليتيمة من مالها الذى لها بيده، واختلف إذا كان أصلاً فباعه وجهزها به على قولين، قال: وكذلك

الأب، وذكر ابن المواز في كتابه أنه يباع على اليتيمة من أصولها ما تتجهز به لتزويجها على العرف في التجهيز، قال: ويجعل أكثر ذلك في حلى ويسوغ له بيع ما هو من الأرض قليل الفائدة للمحجورة ليجعل في جهازها، وقال به عبد الله ابن أحمد، وذكر أنه منصوص في كتاب جمعه ابن عتاب، وقال فيه: إن الشيوخ اتفقوا في اليتيمة تزوج ولها عقار وليس لها ما تشور به أن العقار يباع عليها وتشور بثمنه، وأفتى به محمد بن فرج، وفي كتاب «الاستغناء» سئل بعض الفقهاء في يتيمة لها أخوة وأم ولا وصى عليها فيريدون أن يقيموا شوارها فيحاسبوها به فيما ترك أبوها، فقال: أما على قول ابن القاسم إذا كان ميراث أبيهم وأقاموه قيمة عدل، وكان الأمر لا بد لها منه لزمها في نصيبتها، قال: وأحسن من ذلك أن يكون برأى السلطان يوكل لها في ذلك إذا كان برأيها لأنها عندهم على الرشد، وبهذا أفتى بعض شيوخ المتأخرين إذا ثبت رضاها أن يمضى عليها، قال القاسم بن مسعدة: وإن فعلوا ذلك بغير رضاها وأمرها رجعت في ميراثها وأخذوا ما وجد عندها مما أخرجوا لها ولا يحاسبونها بما ألفت لأهم عرضوها للتلّف، قال: وهذا القول أعجب إلينا من قول ابن القاسم وأشبهه بالصواب، وفي «مسائل القاضي أبي عبد الله بن الحاج»: سئل رجل جهز يتيمة بشوار وكتب عليها خمسة عشر ديناراً وأشهد به عليها فقال: إن وجد الثياب أخذها، ولا يتبع ذمة اليتيمة بشيء كمن عامل سفها ولو أشهد على إيراد الثياب في بيت البناء لكان أشبه له في القيام، وفي التحقيق، ولا يتبع ذمتها بشيء إلا أن يجد الثياب بأعيانها فيأخذها، وفيها أيضاً: سئل في امرأة أوردت بيت بنتها أسباباً منها ما ابتاعت لها من نقدها، ومنها ما سلفتها ثمنها وهو مائتا مثقال،

ومنها على سبيل العارية، وأشهدت أنها وهبت ذلك كله، وكانت قد استرعت قبل ذلك أنها متى أشهدت لها بالهبة فلا تريد بها وجه الله تعالى، وأنها راجعة فيها، فأجاب بأن الهبة جائزة ولا يوهنا الاسترعاء، وأجاب غيره بأن عقد الاسترعاء مؤثر في الهبة ومبطل لها إذا كان متقدماً لأنها لو شاءت لم تفعل كالحبس بخلاف البيع، قال: وما فعلته الأم الوصية من إسلاف بنتها المائتي مثقال وابتياح الأسباب فليس لها أن تلزم ابنتها اليتيمة ديناً في ذمتها في شيء لا حاجة لها به، وللابنة رد الثياب التي ألزمتها أمها، ويسقط الدين عنها ويبقى لها من الثياب بقدر نقدها، وإن ذهب الأب أو غيره من الأولياء إلى تثقيف ما أبرزه لوليته من الشوار خوفاً عليه أو لغير ذلك، فقال ابن رشد: أما الأب فله أن يثقف من شوار ابنته ما تستغنى عنه إذا خاف عليه عندها، وكذلك الوصي، وأما غيرها من الأولياء فإن دعا إلى ذلك على وجه الحسبة نظر القاضي في ذلك بما يراه من الاجتهاد، قال أبو عبد الله ابن عتاب: وينظر في حال الأب فإن كان مأموناً على الثياب له ذمة فهو أحق بضبطها بعد أن يسلم إلى ابنته منها ما تتحمل به لزوجها على التوسط، ويشهد الأب بما فضل عنده من ذلك لابنته، وإن كانت أحواله غير مرضية وضعها الحاكم على يد من يراه ممن يرتضيه بالشهادة، وبمثلته قال ابن جواهر، وقد وضعت ثياب بنات بأيدي آبائهن فأكلوها وتعذر الإنصاف منهم لقلّة ما بأيديهم. وإذا ادعت الزوجة أو أبوها أن الزوج أخذ الجهاز أو بعضه وأنكر الزوج ذلك كانت عليه اليمين، وله ردها، ولا يلزمه أكثر من ذلك إلا أن يكون ضمنها في الإيراد، فإن كان ضمنها فهلكت غرمها إلا أن تقوم بينة على هلاكها عنده أو يأتي عليه من الزمان ما

تخلق فيه مثله فيحلف ويبرأ، وسئل ابن رشد عن الزوج إذا ضمن شوار زوجته ثم ادعى تلفه أو قامت له بينة على تلفها، فقال: إن كان ضمنها مخافة التلف عليها حيث تلفت فهو لها ضامن قامت له بينة على تلفها أم لا، وإن كان سبب ضمانه أنه اتهم على الغيبة عليها ولم يؤتمن في ذلك فلا ضمان عليه فيها إذا قامت له بينة على تلفها، ومن حق الزوج أن تتجهز المرأة إليه بجميع النقد على المشهور من مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وحكى ابن لباية أنها تمسك منه ربع دينار لاستباحة بضعها، وأنكر ذلك عليه بعض الشيوخ، ويجب أن تصرفه فيما يصلح مما تحتاج إليه في بيتها مع زوجها من المتاع والفرش والوسائد وما لا غنى لها عنه من عطر وزينة، وغير ذلك مما جرى العرف أن تتجهز به إلى زوجها وإن كان فيه مما تتخذ منه خادماً فعلت، وتقدم في ذلك الأوكد، فإن جعلت جميعه في طيب ثم تطالبه بالكسوة للباسها ورقادها من ذلك اليوم لم يكن لها ذلك، وكذلك ليس لها ولا لوليها أن يبتاع لها به خادماً إذا لم تكن لها ثياب تمتنها، وله ذلك إن كان لها ما يتوطأنه من الفراش والمرفقة واللحاف، فإن فضل شيء ففراش يحملان عليه ونحو ذلك، وإن لم يفضل شيء فعلى الزوج أن يبتاع ما يفترشانه ويتوطأنه ويلتحفانه ويرقدان عليه، وأن ذلك يلزمه لها وعلى الأب أن يجهزها بكسوة بذلتها سواء كانت قبل النكاح أو بعده، وليس له إخراجها عريانة كالخادم إذا بيعت، فإن كانت خلقة كان على الزوج أن يكسوها لأن كسوتها عليه، وليس عليها أن تشتري من جهازها كسوة تبتذلها، وليس يلزم الأب شيء لها إلا أن يجب سواء كان من ماله أو من مالها، وكذلك الثيب لا يلزمها أن تتجهز بغير الصداق، فإن كان معها كسوة من جهازها أو

هدية اشترطت عليه أو كانت عندهم معروفة كالشرط لم يلزم الزوج كسوة حتى تخلق، وحينئذ يقضى بها عليه، وسئل بعض الفقهاء عن رجل تزوج امرأة فدفع إليها نقدها وهديتها فلما دخل بها وبقيت معه شهراً أو أكثر من ذلك طلبت منه كسوة وقد كان ابتاع لها محشو ملحوم في هديتها هل يجب عليه كسوة قبل تمام العام أو تبذل محشو الهدية؟ فقال: إن كان الصداق واسعاً فلا كسوة لها عليه في خلال العام، وإن كان ضيقاً فعليه الكسوة، وليس عليها أن تبذل الهدية إلا من حقها، ولها أن تتجهز له بالهدية بعد وقت، وأما الكالئ إذا حل أجل قبل الدخول فللزوجة الامتناع من الدخول حتى تقبضه، وهل يلزمها أن تتجهز به أم لا؟ كالنقد في ذلك قولان:

أحدهما: أنه يلزمها أن تتجهز به، والثاني: أنه لا يلزمها أن تتجهز به، قال ابن فتحون: وهو مشهور مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه.

وضع المرأة والدا كالثما على شرط أو غير شرط

يعقد في وضع المرأة كالثما عقد: أشهدت فلانة على نفسها أنها الذي وليته من حسن صحبة زوجها فلان لها وجميل عشرتها معه وضعت كالثما المكلاً لها عليه في كتاب صداقها وهو كذا، وأسقطته عنه طائعة بذلك مترعة، وقبل ذلك منها زوجها المذكور، وشهد عليها بما فيه عنهما في كذا، وإن كان على شرط، فيكتب في ذلك عقد: أشهدت فلانة على نفسها أنها وضعت عن زوجها فلان كالثما المكلاً عليها لها في كتاب صداقها وهو كذا على أن لا يتزوج عليها أو

لا يرحلها من موضع كذا، وأنه إن فعل شيئاً من ذلك فهي مرتجعة فيما وضعت عنه من ذلك وقبل ذلك منها على الشرط المذكور، وشهد عليهما بما فيه عنهما في كذا.

بيان: إن سقط من العقد بل من عقد الوضع قبول الزوج له وبقي حتى ماتت المرأة سقط حكم العقد وصار الكالئ موروثاً عن الزوجة، وأخذ من الزوج في رواية ابن القاسم إذ هي هبة لم تقبض، وقال أشهب: ذلك جائز ماضٍ وكونه في يده أحوز الحوز، وكذلك ما زاده الزوج لزوجته في صداقها بعد العقد تأخذه به في حياته على حكم الصداق، فإن طلقها قبل البناء فلها نصفه، وإن مات لم تأخذ منه بعد الموت شيئاً لأنها هبة لم تقبض، ولها أن تأخذ بعض الكالئ وتسقط بعضه إذا حل أجله، وإن لم يحل فلا يجوز ذلك إلا أن يصلحها فيه بعرض، وإذا كان الوضع على شرط ففعل الزوج ما شرطت عليه رجعت فيما وضعت عنه من الكالئ، وللأب أن يضع من صداق ابنته على وجه النظر لها، وروى ابن وهب أنه ليس له أن يضع من ذلك شيئاً إلا عند الطلاق، وليس له وضع الصداق بجملته إلا عند الطلاق على المشهور المعلوم، وقيل: له أن يضعه بجملته بعد البناء وإن كرهت الزوجة إذا كان على وجه النظر لها، وأما الوصي فلا يجوز له أن يضع من ذلك شيئاً قليلاً ولا كثيراً، وقد روى عن ابن القاسم أنه يجوز له وضع البعض على وجه النظر، وإذا طلقها وكانت قد وضعت عنه فأثبتت أنه كان يضرها فلا رجوع لها عليه إلا أن يكون وضعها لذلك حين الطلاق أو تكون استرعت عليه فيما وضعت، وسئل الفقهاء بقربة في امرأة سلفت زوجها سلفاً إلى أعوام ثم طلقها قبل مضي المدة فزعمت أنها إنما سلفته

وأنظرته استدامة لعصمتها معه وحسن صحبته، فأفتى ابن عتاب وابن مالك أنها تأخذه بذلك حالاً مع يمينها، وخالفهما ابن العطار، وقال: يبقى إلى بلوغ أمده، ذكر ذلك ابن سهل.

فصل

وتعقد في قبض المرأة كالكها أو والدها عقد: قبضت فلانة من زوجها فلان وقبض فلان لابنته فلانة الكائنة في حجره من زوجها فلان كالكها كذا، وصار بيدها، وأبرأته منه، وأشهد بذلك في كذا، وتعقد في قبض النقد: قبض فلان لابنته فلانة الكائنة في حجره من زوجها فلان نقدها المسمى، في كتاب صداقها، ومبلغه كذا، وصار بيده ليجهزها به إليه، وأبرأ منه، وأشهد بذلك في كذا.

بيان: في قبض المرأة الثيب المالكة أمر نفسها لصداقها براءة للزوج، وكذلك إن كانت بكرًا يتيمة قد بلغت حد التعنيس، وهو خمسة وثلاثون عاماً فما فوقها، وإن كانت غير معنس فلا يبرأ الزوج بدفع النقد لها إذا كان عيناً، وكان سحنون يميز فعلها في ذلك، فإن كان المقبوض النقد وادعت هذه المالكة لأمر نفسها تلفه فإنها تخلف أنه ضاع ولا يكون عليها أن تعوض منه جهازاً، وقال عبد الملك: عليها أن تخلف من مالها ما تتجهز به عوضه، وأما الأب في ابنته البكر فقبضه أيضاً براءة للزوج في قول ابن القاسم، وقال أشهب وابن وهب: لا يبرأ الزوج إلا بمعاينة الدفع ووصى الأب ومقدم القاضى في ذلك مثله، فإن ادعى تلفه فلا يلزم الزوج غرمه ثانية على قول ابن القاسم، ويلزمه على قول

غيره، وإن ادعى الأب أو غيره أنه دفعه لابنته عيناً فعليه غرمه، فإن كان الأب مريضاً فلا يصدق في القبض إلا بمعاينة القبض في قول ابن القاسم وغيره، وقال ابن رشد: إن أقر بالقبض عند العقد وهو مريض جاز إن كان الزوج موسراً ولم يجر إن كان عديماً، وإن كان القبض في حين العقد ففيه اختلاف، وأما الوكيل فلا يبرأ الزوج بقبضه للصدّاق منه إلا بمعاينة الدف باتفاق، فإن لم تكن معاينة وادعى الوكيل تلف ما قبضه فعلى الزوج غرمه، ولا يكون له رجوع على التوكيل، قال ابن رشد: ولا خلاف في هذا إلا أن يدخل في ذلك الاختلاف من المسألة الأولى التي في «المدونة»، وأما إن دفع إلى وليها الذي ليس بوكيل ولا وصى فإن ضمنه له فعليه غرمه، وإن لم يضمنه وادعى بعد ذلك تلفه فعلى الزوج غرمه ثانية سواء قبضة بيّنة أو بغير بيّنة وهل يرجع بذلك على الولى أم لا؟ في ذلك قولان

أحدهما: أنه يرجع عليه ويضمنه إياه لأنه قبض ما لا يجوز له قبضه، والثاني: أنه يرجع عليه، قال سحنون: ولا أدري بأى وجه يضمن لأنه إن كان قبضه على وجه الرسالة فلا يضمن، وإن كان على وجه الاقتضاء فليس بوكيل على القبض فلا يضمن، وإذا انعقد قبض الصداق على الأب أو الوصى دون معاينة ثم ادعى بعد ذلك أنه لم يقبض شيئاً قال: ظننت به الخير فأشهدت بالقبض مسامحة فأفتى ابن لبابة بأن اليمين تجب على الزوج لو قبضه، وقال غيره: لا يمين عليه وإلا لم يكن للإشهاد فائدة، وفي «أحكام ابن سهل» من أجوبة بعض الشيوخ التفرقة بين أن يكون ذلك بجرارة العقد فتجب اليمين أو لا يكون بجرارة العقد فلا تجب اليمين.