

المراجعة، ولا يسقط ما بقى من ذلك الملك شيء حتى يطلقها بالثلاث، وليس لها إسقاطها عنه، وإن كان الزوج سفيهاً أو عبداً فلا بد من إذن سيده في المراجعة من الطلاق البائن، ولا يحتاجان لذلك إن كان الطلاق رجعياً ولهما الارتجاع دون إذن السيد والوصى إلا أن يكون المحجوز صغيراً فلا يراجع عنه إلا وليه، وإن كان قد بنى لأن بناءه لا يؤثر ووطئه لا يحل ولا يحصل، ويعقد في مراجعته مثل ما يعقد في المراجعة من الطلاق البائن.

النفقات للمطلقات وغيرهن وما اتصل بذلك

لا نفقة للمطلقة على زوجها إلا أن يكون الطلاق رجعياً فتلزمه النفقة إلى تمام العدة، وأما الطلاق البائن والمملك فلا يلزم الزوج فيه نفقة الزوجة إلا أن تكون حاملاً فتكون عليه النفقة بسبب الحمل، ولا يحكم عليه بها قبل أن يتبين الحمل، فإذا تبين الحمل أدى نفقة ما مضى وما يأتي، قال ابن رشد: والحد الذي يتبين فيه الحمل هو تحرك الولد على المشهور في المذهب.

ويكتب في ذلك عقد: وقفت شهيدتاه من القوابل العارفات بأحوال النساء إلى بطن فلانة ولمستاه لمساً شافياً فتحققتا أن بها حملاً ظاهراً قد تحرك وفشا، وقيد بذلك شهادتهما في كذا.

بيان: وقد روى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أنه لا يحكم بالنفقة للحامل حتى تضع الحمل فتعطي إذ ذاك نفقة ما تقدم مخافة أن يكون ربحاً فينفش، والمشهور عنه ماتقدم، وعلى المشهور إذا انفش رجوع عليها بما أخذته،

وقيل: لا يرجع عليها، وإن دفع النفقة لها تطوعاً ففي رجوعه بها أيضاً عليها، قولان، وإن مات الزوج انقطعت النفقة عليها، وقيل: لا تنقطع كالسكنى، وأما المتوفى عنها إذا كانت حاملاً فلا نفقة لها بوجه، وفي أم الولد قولان،

مشهورهما: لا نفقة لها وأقل مدة الحمل بإجماع من العلماء ستة أشهر، أي: أنه لا يتم بعد الوطاء إلا في ستة أشهر، فإن ولد لأقل من ذلك لم يلحق بالزوج، قال ابن القاسم: وقد يكون الشهر السادس منها من تسعة وعشرين يوماً، وأنكر أن يكون في أكثر، قال ابن دينار: يلحق به وإن نقص ليلتان أو ثلاث قدر ما بين الأهلة، قال القاضي أبو الفضل عياض في «التبهيات»: وقد وقعت قديماً بفاس امرأة جاءت بولد لخمسة أشهر وأربعة وعشرين يوماً فاختلف فيها الفقهاء، والصواب أن لا يلحق هنا إذ لا يصح توالي ستة أشهر نقص، وبه أفتى من فقهائنا أحمد بن القاضي ومحمد بن العجوز وعبد الله بن المسلمي، وخالفهم أبو علي القيسي، وقد تعرض عوارض فيقعد الولد إلى اثني عشر شهراً وأكثر، واختلف العلماء في أكثر مدة الحمل، فقيل: سنتان وهو قول أبي حنيفة، وقيل: أربعة وهو قول ابن القاسم ومشهور قول الشافعية، وقيل: سبعة أعوام وهو مروى أيضاً عن الشافعية والمالكية، وقال مالك -رضى الله تعالى عنه- خمسة أعوام، وبه القضاء والحكم عند المالكية، وقال القاضي أبو محمد عبد الوهاب: المشهور في أكثر مدة الحمل أربعة أعوام، وقال الزهري: ست سنين وسبع سنين، فإذا ولدت بعد مدة أكثر الحمل لم يلحق الولد بالزوج قلت الزيادة أو كثرت، وفي كتاب «النفقات» لابن رشيق: كتبت إلى الفقيه أبي محمد بن دحون بقرطبة أسأله عن امرأة طلقها زوجها طليقة مبارأة فادعت أنها حامل منه وثبت

الحمل فأنفق عليها أكثر من عام ولم تضع فوقها عند الحاكم، فقالت: إن الجنين في بطني وهو فيه ميت، فكتب إلى مجاباً: إذا مات الجنين في بطنها كما زعمت فقد انقطعت النفقة إذا كانت النفقة بسبب الجنين، وقال به أيضاً الفقيه أبو محمد بن الشقاق وزاد، قال: وانقضاء عدتها منه بالوضع، وإذا مضى لها ثلاثة أشهر، فقالت: إن عدتها لم تنقض وكانت متهمة حلفت سواء كانت في ولاية أو في غير ولاية، فإن الدعوى عليها في بدنها، وتمادت في عدتها إلى انقضاء السنة، وللزوج إحلافها في كل ثلاثة أشهر فإذا انقضت السنة نظر إليها النساء فإن أحسن رية حلفت أن عدتها لم تنقض، وتمادت في السكنى إلى انقضاء خمسة أعوام فينقطع سكتها، وكذلك إذا لم يوجد بها رية عند انقضاء السنة انقطع سكتها، وتمادت في عدتها وفي كتاب «الاستغناء»: إذا خاف الزوج أن تجحد المرأة الحيض لتمام العدة وكانت ممن يتهم فله أن يجعل معها امرأة صالحة ترقب ذلك منها وتتعرف أحوالها ويعمل عليها، ولابن سحنون من سؤال حبيب فيمن طلق امرأته فوجب لها المقام في منزله في العدة فتريد أن تكون معها أمها أو قريبة لها أو ختنتها فمنعها الزوج من ذلك فلها ذلك ولا تترك وحدها، قال في «الاستغناء»: ليس لها أن تسكن معها أكثر من امرأة واحدة بخلاف المكترى فله أن يسكن معه من أراد لأنه يعطى الكراء على منافع الدار، قال غيره: وكذلك للزوج أن يسكن معها في الدار امرأة صالحة إن كان له في الدار متاع يخافها عليه، فإن لم يجد فعلية إخراج متاعه، وإن كان في الدار فضل عن سكنى الزوجة فله أن يكرها لنفسه ما لم يضر بها، قال الأبهري: وله إن خافها على نفسها في العدة أن يكتري لها أجيعة تكون معها إلى انقضائها، وللحامل

المطلقة طلاقاً مملكاً مع النفقة الكسوة كالرجعية، قال مالك -رضى الله تعالى عنه- وينظر إلى قدر ما بقى من مدة الحمل من حين الطلاق فيفرض لها قدر ذلك من الكسوة ثمنا وتعطاه دراهم، وإن كانت عليها كسوة حين طلقها بقيت عليها إلى الوضع، فإن لم يكن بها حمل وأراد أخذ الكسوة فإن كان مضى لايتباعه الكسوة ثلاثة أشهر فما فوقها فليس له أخذها ولا شيء له فيها وإن كان أقل من ذلك فهي للرجل، وفي كتاب «الاستغناء»: قال المشاور: الواجب أن يكون لها أخذ الكسوة كل حال كانت، وهو قول أكثرهم، وقول مالك -رضى الله تعالى عنه- وهذا استحسان فإن تنازعا في الكسوة التي عليها وادعى الزوج أنها له، وقالت المرأة: إنها متاعها؛ فإن كانت من كسوة البذلة فالقول قوله مع يمينه، وإن لم تكن من كسوة البذلة فالقول قولها مع يمينها، وقال ابن دحون: القول قول المرأة على كل حال لأنها ما سكنها، وإن ادعى أنه كساها إياها بعد الطلاق فالقول قولها وهو المدعى في ذلك، فإن كانت الحامل مرضعا فلها مع نفقة الحلم أجرة الرضاع على المشهور، ولها أيضاً السكنى حتى ذلك، وإذا سكنت الحاضنة داراً على القول بأن على المحضون حفظه من الكراء، فإنما يطرح حفظه من كراء البيت وحده لا من جميع الدار، ويكون أيضاً عليه إعدامه بعد تمام الرضاع إن كانت حالة تتسع لذلك، ولا خدمة للحامل المطلقة ولا للمرضع على زوجها، وإن كانت مخدومة قبل الطلاق، قاله ابن عتاب، وبه جرى العمل قال: إلا أن المرضع تزداد في الأجر بسبب اشتغالها بالولد، قال ابن سهل: وفي كتاب إرخاء الستور من «المدونة» خلاف ذلك، وفرض النفقة على قدر

حال الزوج، وكذلك أجرة الإرضاع، فإن قال: إنه لا يقدر على أداء ما فرض عليه وذهب إلى إثبات حاله،

فيكتب في ذلك عقد: يعرف شهود فلاناً ويعلمونه ضعيف الحال بادی الإقلال مقدور عليه في رزقه غير قادر على أداء ما فرض عليه لزوجه المذكورة فلانة بسبب الحمل الذى بها منه أو بسبب إرضاعها ابنه فلاناً لفقره وضعف حاله كما ذكر وحالته متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا.

بيان: فإذا ثبت ذلك وفرض عليه مقدار ما يتحمل فإن لم ترض الأم بذلك كان للأب أخذه، ويرضعه غيرها عنده إلا أن لا يقبل غيرها فتجبر على إرضاعه بأجره مثلها، وفي كتاب «الاستغناء»، قال أحمد بن نصران: تصدق من يجرى النفقة على بعض ولده بجل ماله جاز ذلك إذا ترك لنفسه شيئاً، ويفرض عليه على قدر ما بقى عنده، فإن لم يترك شيئاً لم تجز الصدقة وفسخت، قال^(١) المشاور: لا تجوز الصدقة على ذلك، وكأنه أهمله، وقال ابن جواهر الطليطلي: إذا خرجت الأم إلى الضائفة سقط عن والدهم الفرض طول مقامهم في الضائفة، ومن كتاب «الاستغناء» في المجالس ما كان من كسوة الولد وتدعى أنها خلقت عليه أو أتلها في خروجها عنها حلفت، وكانت من الأب، قال المشاور: وهى منها وبه العمل، وما قبضته الزوجة من نفقة ولدها وادعت تلفه فهى ضامنة له إلا أن تقوم لها بينة بالتلف فيسقط ضمهاً إلا في أجرة الرضاع

(1) في الأصل بدون لفظة (قال)، وأثبتها مراعاة للسياق والسباق.

ونفقتها الخاصة بما فهي ضامنة لذلك قامت بها بينة أو لم تقم، وإن كانت قبضت نفقة أولادها المدة معلومة فمات أحدهم فإنها ترد ما يخصه لما بقى من المدة، وكذلك ترد ما بقى من الكسوة وإن رثت، وقيل: إذا كانت الكسوة قد خلقت فلا شيء للأب فيها كما تقدم في كسوة الزوجة.

ويلزم الأب النفقة على ذكور بنيه إلى البلوغ، وعلى الإناث إلى تزويجهن بعد البلوغ ودخول أزواجهن بهن، فإن كان بالولد زمانة مثل أن يكون أعمى أو مقعداً أو نحو ذلك ففي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن النفقة ساقطة عنه إذا بلغ كان ذلك منه قبل البلوغ أو حدث به بعده، وهي رواية ابن وهب.

والثاني: أنها تجب عليه بلغ بذلك أكره عليه بعده، وهو قول ابن الماجشون واستحسنه بعض الشيوخ.

والثالث: وهو قول ابن القاسم أنه إن بلغ صحيحاً ثم طرأ عليه ذلك بعد ذلك فلا تعود النفقة عليه، ولا تلزمه بعد سقوطها، وتكون عليه النفقة إذا بلغ بحال زمانة، وعلى القول بلزومها وهو المعروف إلى ذهابها وقدرته على التصرف في معاشه، وكذا إذا زوج الأنثى قبل البلوغ ثم طلقها زوجها وعادت إليه ففي لزوم النفقة له عليها اختلاف، وكذلك إن كانت للولد صناعة لا تدركه بتعلمها معرفة تقوم منها نفقته وكسوته، فإن ذلك يسقط عن الأب إلا أن تكسد أو يمرض فتعود، وكذلك الصبية إذا كانت لها صناعة رقم أو غيره، فإن كان ذلك أقل مما يكفها فله أن يستعين بذلك في نفقتها ومؤنتها، وإذا قال الأب:

ليس عندي ما أنفق فأرسلني إلى أولادى يأكلون معى ويبيتون عندك كان ذلك له إذا عرف بذلك الحال ولم يرد الإضرار بهم، وكذلك إن كان صانعاً وأراد أن يكونوا معه بالنهار ويرسلهم بالليل كان ذلك له.

وإذا ادعى الأب العدم في نفقة بنيه فإنه يسجن حتى يثبت عدمه بخلاف المروجة التي في ملكه فإنه لا يسجن إذا ادعى العدم في النفقة عليها حتى يظهر لدده ويكلف إثبات العدم من غير سجن، وله أن ينفق على أولاده من أموالهم إن كان لهم مال، فإن أنفق من عند نفسه وأبقى أموالهم فله الرجوع فيه إن شاء من يوم أفادوا ذلك، فإن مات الأب قبل ذلك وأراد الورثة الرجوع فيه، فقال ابن القاسم: إن كان عيناً لم يكن لهم الرجوع، وإن كان عرضاً فلهم الرجوع فيه، وتحرير ذلك ما قاله علماؤنا أنه إن كان عيناً وألقى على حاله في تركته فلا رجوع فيه إلا أن يوصى الأب أن يحاسب، قال ابن رشد: يكون مع ذلك قد كتب النفقة وإلا فلا، وإن كان عرضاً أو حيواناً وألقى على حاله في التركة فللورثة الرجوع بالنفقة فيه إلا أن يوصى الأب أن لا يحاسب بها الابن، قال ابن رشد: ويكون مع ذلك لم يكتب النفقة عليه، وإلا فلا تجوز وصيته لأنه إن كان كتبه دل على أنه لم يرد أن يتطوع بها فوصيته بذلك وصية لو ارث هذا إن كان المال بيده، فإن كان لم يقبضه ولا صار بيده فسواء كان عيناً أو عرضاً هو بمترلة ما إذا كان عرضاً بيده، والحكم في ذلك واحد، وإن كان عيناً قد حصل في ذمته فإن أشهد به على نفسه فلا يحاسب الابن بالنفقة، ويصير بمترلة العين الحاضر، وإن كان قد أدخله في ماله ولم يشهد به وقد عرف أصله فهو كالعروض، ويحاسب الابن بالنفقة في ذلك، قاله أصبغ.

وسأل ابن رشد في رجل توفي، وقد كان وهب لابنته محجورته جميع رباعه وأشهد لها بما اجتمع لها بيده من غلاتها ثم قام ابن عمها الوارث معها يطلب نقض ذلك ومحاسبتها بالنفقة، فقال: الهبة ماضية وإشهاد الوالد بما اغتلت لها من ذلك نافذ لها، ويحكم لها به فيما تخلفه إذا أشبه ذلك، ولا يحاسب الأب بالنفقة فيما اغتله لها ولا فيما وهبه لها ولا فيما وهب لها لإشهادها بذلك على نفسه لأنه لما أشهد به دل على أنه لم يرد محاسبتها في ذلك بشيء من نفقته عليها، والرواية بذلك مأثورة عن مالك -رضي الله تعالى عنه.

وسأل ابن رشد أيضاً في رجل كان وصياً بقيمة فأشهد عند موته أن لها عليه عشرين مثقالاً، ولم يدع هو أن له عليها شيئاً، فيموت ويثبت الورثة أن له عليها حصانة، ويطلبون محاسبتها، فقال: إشهاد الموصى عند موته بالعشرين مثقالاً يوجبها لها ويبطل دعوى الورثة، ولا يلتفت إلى ما أثبتته ولا يحاسبونها بشيء، ولا فرق بين موت الأب وموت الابن فيما يجب من محاسبته بما اتفق عليه أبوه إلا أنه إذا مات الابن وكان الأب غنياً، فروى ابن القاسم: أن عليه اليمين بخلاف أن يكون مقللاً فهو مصدق في ذلك دون يمين.

ومن أنفق على صغير يتيم أو من له أب فله أن يرجع بذلك في أموالها إذا كانت له بالنفقة بينة، وكذلك إذا لم يكن للابن مال كان أبوه موسراً لأن يسر الأب كمال الابن هذا إذا أنفق وهو يعلم بالمال أو يسر الأب، وأما إذا أنفق وهو يظن أن لا مال للابن ولا لأبيه فليس له الرجوع في ذلك كما إذا أنفق عليه وهو لا مال له ثم أفاد بعد ذلك مالا فلا رجوع له باتفاق، وقيل في الأول:

له الرجوع، والقولان قائمان في «المدونة»، وإن كان المنفق وصياً من أب أو قاض فله الرجوع بذلك في ماله دون يمين تلزمه، ولا إثبات لأنه مأمور بالإنفاق على اليتيم، وقيل: عليه اليمين وإن كان غير وصي فلا بد من إثبات حضانتة له وكفالتة ويمينه بعد ذلك، ولا يحتاج إلى أن يشهد أن إنفاقه إنما هو ليرجع به وروى أنه ليس له أن يرجع إلا أن يكون قد أشهد.

ويكتب في ذلك عقد: يعرف شهوده الصبي فلاناً ويعلمونه صغيراً يتيماً في حضانة قريبه فلان المعروف عندهم منذ كذا وكذا عاماً، وفي كفالتة وتحت إنفاقه لا يعلمونه انتقل عن ذلك حتى الآن أو بطوال مدته، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت فيكتب نص اليمين، ونصه: حلف عن إذن قاضي الجماعة بكذا وهو فلان -وقفه الله تعالى- فلان الحاضن المذكور أعلاه أو بمقلوبه بحيث يجب، وكما يجب يميناً قال فيها: بالله الذي لا إله إلا هو لقد أجريت النفقة والكسوة والمؤن كلها على الصبي فلان المذكور فيه بطول المدة المسماة فيه من مال لا يرجع عليه بذلك وأحاسبه، وما قبضت من ذلك قليلاً ولا كثيراً، ولا وهبت، ولا أسقطت، ولا أحلت ولا استحللت، ولا أخذت بذلك كفيلاً، ولا رهناً ولا عرضاً، ولا خرجت عن ذلك، ولا عن شيء منه بوجه حتى الآن، ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الحالف وعرفه قيد على ذلك شهادته في كذا، وفي كتاب «الاستغناء»: قال المشاور في رجل تزوج امرأة لها أولاد وكان الأولاد مع أهمهم على مائدة زوج أهمهم وفي بيته وداره زماناً، ولهم أصول ودور فلما بلغوا قام يطلبهم بالنفقة فأنكروه، وقالوا: لم نأكل إلا ما لنا وأقام الريبب البينة أنهم كانوا على مائدته، ولا يعلمون

الإنفاق ممن كان إلا أن القول قول الريب الحاضن المنفق مع يمينه، ويرجع بذلك في غلات أصولهم وفي الأصول إن لم تف الغلات بذلك فإن شط له عليهم شيء من النفقة لم يكن له اتباعهم بها، وفي «المجالس»: إذا بلغ الأيتام فأنكروا الإنفاق فالينة على الريب بالإنفاق وإلا حلفوا أنه لم ينفق عليهم شيئاً وسقط ذلك عنهم، وبالأول العمل، ويلزم الابن نفقة أبويه الفقيرين صغيراً كان الابن أو كبيراً ذكراً أو أنثى، ولا مقال لزوج الأنثى، فإن تعدد الأبناء أدوها على السواء، وقيل: على قدر اليسر، وقيل: على قدر موارثهم، وعلى الأبوين إثبات عدمهما، ولا يجبران على المشهور، فإن ادعى الابن العدم فعلى الأب إثبات يساره لأنه النفقة إنما هي في ماله بخلاف الدين فإنه في ذمته، وكذلك إن كان الابن غائباً فلا تباع في ذلك أصوله بخلاف نفقة بنيه وزوجه، وما في «المدونة» و «العتبية» من بيع مال الغائب في نفقة أبويه محمول على ما عدا الأصول واستحسان على غير قياس، وكذلك ينفق على زوجته كانت أم الابن أو لم تكن، موسرة كانت أو معسرة، وعلى خادم إن كانت لها، ولا تلزم النفقة للجد ولا لغيره من القرابات غير الولد والابن.

فصل

ويجب على الزوج النفقة لامرأته إذا دعت إلى البناء وطالبته بذلك هي ووليها.

ويكتب في ذلك إذا ترافعا إلى الحكام عقد: التزم فلان أن يبني على زوجة فلانة عند انقضاء أجل كذا، وأن يجرى عليها النفقة والمؤن من الآن إذا دعت إلى ذلك وطلبتة وبمحضرها أو وليها فلان وموافقتهما، وأشهدا بذلك في كذا، وإن تطوع بتمليكها إن لم يين بها، قلت بعد الالتزام ما نصه: وتطوع لها أنه إن لم يين بها عند تمام الأجل المذكور فقد جعل أمرها بيدها في طلقة واحدة تملك بها نفسها، فإن كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الوطء فلا نفقة لها، وكذلك الزوج إن كان صغيراً لا يطيق الوطء فلا نفقة عليه حتى يتمكن من الاستمتاع، وهي على قدر خال الرجل والمرأة والبلد وما عليه العامة والسعر، وإن أكل الناس الشعير أكلته وأمر الإدام كذلك، ولا يفرض العسل والسمن والفاكهة، ويفرض الزيت والخل والحطب والماء واللحم المرة بعد المرة، وأمر الكسوة كذلك، فإن كانت حديثة عهد بالبناء فليس عليه سوى شورقها التي تجهزت بها إليه من ملابس وغطاء ووظء، وله الاستمتاع بذلك معها، وإن لم يكن في صداقها ما تشور به لقلته أو بعد عهدها بالبناء حتى خلقت شورقها فعليه كسوتها يفرض لها في الصيف ما يليق به وفي الشتاء ما يليق به، قال بعض المفتين: إن كان الصداق واسعاً فلا كسوة لها عليه قبل العام، وإن كان ضيقاً فعليه الكسوة متى طلبتها، وليس عليها أن تبذل الهدية، ولكن حقها أن تزين له بالهدية وقتا بعد وقت،

وليس عليه كحل ولا مشط ولا أجرة حجامة ولا أجرة الطبيب فيما يفرض لها، وقال ابن عبد الحكم: عليه أجرة الطبيب إن احتاجت إليه وفي أجرة القابلة قولان: أظهرهما: وجوبها عليه، وتقدير زمان النفقة على قدر حال الزوج ويسره خاصة، فإن كان موسراً وسع في المدة وفي النفقة كالأربعة الأشهر والثلاثة والمتوسط كالشهور والشهرين، والمعسر بالشهر والجمعة واليوم، وعلى قدر ما يرى أنه يقدر أن يقدمه، وفي «المجموعة»: الحاكم مخير بين أن يأخذ الزوج بما يفرض عليه بعينه أو بثمنه، قال أبو الطاهر بن بشر: ولو أراد الزوج أن يدفع إلى المرأة ما فرض لها وطلبت هي ثمنه لكان لها الثمن لأن لها أن تأخذ ما هو أرفع على حسب ما تختاره، وقال بعض المتأخرين: له أن يعطها عن جميع لوازمها ثمناً إلا الطعام ففيه قولان، والقادر بالكسب كالقادر بالمال، ولا يجبر على العمل، فإن ادعى أنه معسر فلا يفرض عليه فرض المعسر حتى يثبت هذا العقد: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه ضعيف الحال بادی الإقلال قليل التجر، مقدور عليه في رزقه وحاله متصلة على ذلك حتى الآن، رقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا.

بيان : إذا أثبت هذا العقد سقط عن الزوج الإنفاق الذي يلزم الموسر، وكان عليه القوت من الدقيق أو الخبز إن كان لا يستطيع الدقيق والغليظ من الثياب، وسقط عنه الإحدام، ويدفع ذلك بالشهر أو بالجمعة أو باليوم كما تقدم ذلك بعد يمينه، فإن ادعى العجز عن النفقة وذلك عن القوت وعمما يوارى العورة من الكسوة وادعى العدم فلا يجبس حتى تقوم عليه شبهة يظهر بها لده، وعليه إثبات ذلك إن أكذبه الزوجة.

ويكتب في ذلك عقد: يعرف شهودة فلاناً، ويعلمونه فقيراً عديماً لا مال له ظاهراً ولا باطناً وحاله متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت ذلك حلف أنه لا مال له، وأن الذي يفرض عليه لا يقدر عليه، فإذا حلف أجل في الكسوة إن قدر على النفقة دون الكسوة وفرق بينهما بعد الشهرين ونحوهما، وإن لم يقدر على واحد منهما فلا يؤجل إلا دون ذلك، وذلك إلى اجتهاد الحاكم، فإذا ثبت عدمه أو أقر بالعجز ووافقته الزوجة على ذلك فيؤجله الحاكم في الإنفاق عليه الشهر ونحوه.

ويكتب في ذلك عقد: أجل القاضي فلان بن فلان - وفقه الله تعالى - فلاناً الزوج المذكور في كذا في إجراء النفقة والكسوة على زوجته المذكورة إذا عجز عنها حسبما ذكر في عقد كذا، أجلا من عشرين يوماً أو ثلاثين يوماً أو لها كذا. ومحضر الزوجين المذكورين وموافقتهما على ذلك، وشهد على القاضي بما فيه عنه من أشهده الزوجان بما فيه عنهما في كذا، وتكون معه في خلال التأجيل، ولا تتبعه بنفقة زمن الإعسار، وإن علم له مال وظهر لده كان للسلطان أن يسجنه، فإن رضيت بعد التلوم بالبقاء معه وتركت الطلاق رجاء أن تجد نفقة ثم أرادت أن تطلق نفسها فإنها لا بد لها من تلوم آخر، وإن كان من السؤال وعلمت المرأة فقره قبل النكاح فلا قيام لها عليه، ولا تطلق عليه إلا بالإعسار، قاله ابن القاسم، قال الشيخ أبو الحسن: ومعنى قول ابن القاسم أنها لا تطلق عليه إذا سأل ولم يعط شيئاً، وأما إن ترك السؤال والطواف فلها الحجة، وتطلق عليه بعدم النفقة، فإن وجد في خلال الأجل ما ينفق عليها بطل حكمه، وبقيت زوجته. وإن لم يجد شيئاً ودعت إلى الطلاق.

فيكتب في ذلك ما نصه: لما انصرم الأجل المقيد فوق هذا، وحضر عند القاضى فلان - وفقه الله - فلان وفلانة، وأقر الزوج فلان باتصال عسره، وأنه لم يجد ما ينفق منه على زوجته فلانة، وسألت عنه الزوجة النظر له أمره بالطلاق فأبى من ذلك وثبتت إبايته عنده فطلقها عليه طلاقاً واحدة يملك بها رجعتها إن أيسر في عدتها، وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار إليهما وثبوت زوجيتهما لديه، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما في كذا، فإن أيسر في عدتها بنفقة الشهر ونحوه وما يجب عليه من اللباس كان أملك بما فإن لم يجد إلا نفقة الأيام اليسيرة كالعشرة الأيام ونحوها فلا يلتفت إلى ذلك، وقيل: إلا أن يكون ممن يفرض عليه باليوم ونحوه فيكون له الرجعة بوجود ما لو وجده لم تطلق عليه، وكذلك إن كان الإعسار بالنفقة قبل الدخول فإنها تطلق عليه بعد الأجل وتملك أمر نفسها بوقوع الطلاق قبل البناء، قاله ابن فتحون، قال بعض المتأخرين: وقد روى عن مالك أنه إن أيسر في العدة كانت له الرجعة في المدخول بها وغير المدخول بها، قال: ولا أدري ما هذا لأنه لا رجعة فيمن لم يدخل بها.

فصل

فإن كان غائباً معلوم المكان أو أسيراً أو فقيد فإنها تطلق عليه إذا ثبت عدمه، قال بعضهم: أو جهلت حاله، وذكر ابن فتحون أنه إذا لم يكن له مال وفنى بالإنتفاق وثبت ذلك فإن لزوجها أن تطلق نفسها، ولم يعتبر حال الزوج في ملائته وعدمه وبني على ذلك وثيقته، وقال الشيخ أبو الحسن اللخمي: وقد قال بعض أصحابنا فيمن غاب عن زوجته ولا مال له ينفق منه عليها أنها تطلق عليه، ولا أرى ذلك لأن الغائب قد تكون له حجة، وقال أبو عمران الفاسي: أرى أن يبين له إذا أراد السفر أنها تطلق عليه إن لم يكن له ما ينفق عليها، وكذلك إن كانت غيبته قبل البناء ولم يترك مالا فإنها تطلق عليه إذا دعت إلى ذلك على الصحيح، وقيل: لا تطلق عليه لأن النفقة لا تجب لها حتى تطلبها وبغيته عدم ذلك، قال ابن رشد في «مقدماته»: ولم يختلف أن من غاب عن زوجته غيبة بعيدة قبل البناء أن النفقة تفرض لها إن سألت ذلك، وإنما اختلف في الغيبة القريبة، فقيل: لا يفرض لها حتى تدعو إلى البناء ويكتب له: إما أن يبنى وإما أن ينفق، وقيل: يفرض لها حتى تدعو إلى البناء وإن كان قريباً، قال: وهو أظهر.

ويكتب في ذلك إن ذهبت الزوجة إلى أن تطلق نفسها: عقد يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين والاسم، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن غاب الزوج فلان عن زوجته فلانة المذكورة قبل البناء بها أو بعد البناء بها ببلد كذا أو بحيث لا يعلم منذ كذا، وتركها دون نفقة ولا شيء تمون به نفسها، ولا يعلمون أقام لها بذلك كفيلاً ولا من ينوب عنه، ولا قام عنه أحد

بشيء من ذلك، ولا أن له مالا تعدى فيه بموتها، ولا أنه رجع من غيبته سراً ولا جهراً، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بينهما بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت هذا العقد أجله القاضي.

ويكتب في ذلك ما نصه: عقدُ أجل القاضي فلان - وفقه الله تعالى - فلاناً الزوج المذكور في كذا في الإيجاب لزوجته المذكورة فيه من الغيبة المسماة في كذا وإجراء النفقة والكسوة والمؤن عليها أجلاً من ثلاثين يوماً أو لها كذا استقصاءً لحجته، وإبلاغاً في الإعذار إليه وأشهد بذلك بموضع نظره في كذا، فإذا تم الأجل ولم يأت تكتب رسم اليمين والطلاق، ونصه: لما انصرم الأجل المقيد بكذا ولم يؤب الزوج المذكور في كذا لزوجته المذكورة فيه من الغيبة المشهود بها في كذا وسألت الزوجة من القاضي فلان - وفقه الله - النظر لها في كذا اقتضى نظره إحلافها فحلفت بحيث يجب، وكما يجب يميناً قالت فيها: بالله الذي لا إله إلا هو لقد غاب عني زوجي فلان المذكور في كذا الغيبة المشهود بها وما رجع من غيبته سراً ولا جهراً، وتركتني دون نفقة ولا شيء أمون به نفسي وما بعث إلى بشيء فوصلني ولا أقام لي بذلك كفيلاً ولا من ينوب عنه، ولا قام عنه أحد بشيء من ذلك، ولا أذنت له في سفره، ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة، ولا أعلم له مالا أعدى فيه بذلك، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بيني وبينه بوجه حتى الآن، ولما كملت يمينا وثبتت لديه أذن لها في تطليق نفسها إن شاءت فطلقت نفسها عليه واحدة قبل البناء بها ملكت بها أمر نفسها أو بعد البناء طلقة رجعية يملك بها رجعتها إن قدم موسراً في عدتها، وأمرها بالاعتداد من الآن، ورجاء الحجّة للغائب متى قدم، ومن حضر اليمين المنصوصة

واستوعبها من الخالفة ويعرف الإذن فيها وفي الطلاق من القاضى المذكور وأشهدته الخالفة بما فيه عنها من عرفها وبحال الصحة والجواز قيد على ذلك شهادته فى كذا.

بيان: قال ابن سهل: زاد ابن رشيق فى يمين الزوجة: ولا أن الزوجية انفصلت بينى وبينه ولا أسقطت، ولا رضيت بالمقام معه دون نفقه، والوجهان معرضان للخلاف لأنها يمين همة فيهما، وأسقط ابن فتحون الإذن لها فى الطلاق، وجعل عوضه فطلقها وما ذكرنا أصوب، فإن كانت بكرة فلا يقوم عنها أبوها فى ذلك إلا بتوكيل، وتطلق نفسها بعد يمينها كما ذكره فى الثيب، قاله ابن عتاب وابن رشيق، وقال ابن العطار: لا يمين عليها، وضعفه ابن سهل، وقولنا: وأمرها بالاعتداد هو لفظ الحديث وذكر ابن فتحون: وأعلمها بلزوم الاعتداد، وما ذكرنا أحسن، قاله ابن عتاب وابن سهل وغيره، فإن قدم الزوج فجرح شهود الغيبة ولم تجد المرأة غيرهم ردت إليه وفرق بينها وبين الزوج الثانى إن كان تزوجها غيره، قاله فى «مقنع» ابن بطلال: وكذلك إن كانت طلقت نفسها بشرطها وقدم ودفع فى شهود الشرط والمغيب ردت إليه، وإن كانت قد تزوجت ودخلت مع الزوج الثانى، قاله فى «الاستغناء»، وإن قدم وادعى أنه خلف عندها نفقة فأفتى ابن رشيق، وهو قول عبد الملك أن الحكم نافذ ولا ترد إليه، ولأبى بكر بن عبد الرحمن أنها ترد إلى الزوج، قال فى «الحريرية» إن الذى أفتى به أكثر الفقهاء فى هذه المسألة أن الحكم لا ينفذ وترد إلى الزوج، وإن كانت قد تزوجت فرق بينهما وردت إلى الزوج الأول، وفى «كتاب ابن يونس»: قال بعض شيوخنا فى الذى ارتد ففرق بينه وبين زوجته ثم ثبت أنه

أكره، فحالها حال امرأة المفقود وهو أحق بزوجته ما لم يدخل بها الزوج الثاني، فإن دخل بقيت له زوجته، وعاب ذلك بعض أصحابنا، وقال: ترد إليه، وإن دخل بها الثاني، وإذا قدم الزوج موسراً وهي في العدة فهو أحق بها، وكذلك إن طرأ له مال من دين أو ميراث أو غيره وهي في العدة فلا ينفذ الطلاق، وإن قدم بعد اليمين وقبل الطلاق فلا يضر ذلك وهي زوجته ما لم يقع الطلاق، فإن ادعى حين قدم أنه ترك لها نفقة وقالت هي: لم يترك شيئاً ففي ذلك قولان:

أحدهما: أن القول قوله على كل حال، ويحلف ولا تتبعه بشيء.

والثاني: أنها إن رفعت أمرها إلى السلطان، فالقول قولها من حين ترفع أمرها، وإلا فالقول قوله، وهو الأصح، وبه العمل.

ويكتب في ذلك: عقد حضرت بمجلس الأحكام الشرعية بموضع كذا أو عند القاضي بموضع كذا فلانة وادعت أن زوجها فلاناً غاب عنها منذ كذا وتركها دون نفقة، ولا شيء تمون به نفسها أو تركها، وبنيتها منه فلاناً وفلاناً دون نفقة ولا شيء تمون به نفسها معهم، وأنها قامت معلنة بذلك ليكون القول قولها في ذلك ومن حضر المجلس وعابنها به وسمع فيه مقالها المنصوصة، ووعاها وعرفها قيد على ذلك شهادته في كذا.

فإن لم ترفع أمرها إلى السلطان وشكت ذلك إلى العدول ففي ذلك قولان:

أحدهما: أنها تنتفع بذلك، ويقوم لها مقام رفعها إلى السلطان، والثاني: أنها لا تنتفع بذلك ولا يقوم مقامه، وهو المشهور من المذهب، وكذلك إن كان لها منه أولاد إذا رفعت أمرها وأمرهم إلى السلطان ليكون القول قولها كنفقتها سواء،

ويكون لها اتباع والدهم بنفقتهم، وإن لم يرفع ذلك إلى السلطان فيكون القول قول والدهم أنه كان ينفق عليهم، روى ذلك يحيى عن ابن القاسم، قال ابن رشد في رسم الأقضية من «شرح المديان»: وإنما يصدق الزوج إذا ادعى بعد مضي المدة أنه كان ينفق على زوجته أو أنه كان يدفع إليها نفقتها أو ما تنفق منه شيئاً بعد شيء أو جملة واحدة، وأما إن ادعى أنه دفع إليها مائة دينار عن نفقتها فيما مضى وأنكرت ذلك فلا يصدق بإجماع، وحكى ابن زرب خلاف ذلك فانظره، وتخاص المرأة الغرماء بما أنفقت على نفسها من حين قيامها في الدين المستحدث دون القديم، وما أنفقت على ولدها منه، فإنها تطلبه به إن كان موسراً ولا شيء عليه إن كان معسراً، ولا تخاص به الغرماء، وكذلك لا تتبعه بما أنفقته على نفسها في غيبته إن ثبت عدمه فيها، وإن جهلت حاله ففي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه محمول على اليسار ولا يصدق أنه كان معدماً في غيبته، وإن قدم معدماً، وهو قول ابن الماجشون في «الواضحة»، والثاني: أنه يصدق إن قدم معدماً، ولا يصدق إن قدم موسراً، وهو قول ابن القاسم وظاهر ما في «المدونة»، والثالث: أنه يصدق على كل حال قدم موسراً أو معسراً، وهو ظاهر قول سحنون وابن كنانة، وأما إن علم ملاؤه في غيبته فإنها تتبعه بنفقتها وتكون ديناً عليه لها، وتخاص به الغرماء، ويفرضها الحاكم لها عليه، قال ابن هشام: ولا يؤجل، فانظر.

فصل

فإن كان له مال حاضر فرض لها الحاكم نفقتها فيه سواء كان ديناً أو وديعة أو غيرهما، وإن كان عرضاً أو أصل ملك باعه وفرض لها في ذلك أى في ثمنه بعد ثبوت ذلك، ورفع أمرها وغيبته ويمينها فتكتب رفع الأمر كما تقدم ثم تكتب رسم المغيب، ونصه: يعرف شهوده فلان الفلاني وفلانة بنت فلان الفلاني بالعين والاسم معرفة تامة، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن غاب الزوج فلان عن زوجته المذكورة بعد البناء بها بحيث لا يعلم، وتركها دون نفقة ولا شيء تمون منه نفسها، ولا يعلمون أنه بعث إليها بشيء فوصلها، ولا أنه أقام لها بذلك كفيلاً ولا من ينوب عنه، ولا قام عنه أحد بشيء من ذلك، ولا أن له مالا تعدى فيه بذلك إلا الكرم المعلوم له بكذا أو الدار المعلومه له بكذا أو الدين المترتب له على فلان وقدره كذا أو العروض المستقرة له بيد فلان على وجه الأمانة وهى كذا لا يعلمون له مالا غير ذلك، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بينهما بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا ثم تكتب رسم اليمين ونصه: حلفت بإذن القاضى فلان - وفقه الله - فلانة بحيث يجب وكما يجب يمينا قالت فيها: بالله الذى لا إله إلا هو لقد غاب عنى زوجى فلان الغيبة المشهود بها فى كذا، ولا رجوع فى مغيبه سراً ولا جهراً ولا ترك لى نفقة، ولا شيئاً أمون به نفسى ولا بعث إلى بشيء فوصلني، ولا أقام لى به كفيلاً ولا من ينوب عنه، ولا قام عنه أحد بشيء من ذلك، ولا أذنت له فى سفره، ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة، ولا أعلم مالا أعدى فيه بذلك إلا الكرم المعلوم له بكذا أو الدار المعلومه له بكذا أو الدنانير المودعة له بيد فلان،

لا أعلم له مالا سوى ذلك، ولا أعلم أن عصمة النكاح انفصلت بيني وبينه بوجه حتى الآن، ولقد أجريت النفقة والصرف والمؤن كلها على نفسى من مالى لأرجع بذلك وأحاسبه، وما قبضت من ذلك شيئاً قليلاً ولا كثيراً، ولا وهبت ولا أسقطت، ولا أحلت ولا استحللت، ولا أخذت بذلك كفيلاً ولا رهناً ولا عرضاً، ولا خرجت عن ذلك ولا عن شيء منه بوجه حتى الآن، ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن المذكور واستوعبها من الخالفة وعرفها قيد على ذلك شهادته في كذا.

بيان: قال الباجى فى «سجلاته»: لا يشهد بمعرفة الزوجة دون تفسير الأمر إلا من هو من أهل العلم، وإن لم يكونوا من أهل العلم فلا بد أن يقولوا بإشهاد الزوجين والولي، وإذا ثبت ما ذكر من المغيب واليمين كما ذكر فإن القاضى يأمر إذ ذاك ببيع أصل الملك بعد ثبوت عقد الملك فيه والحيازة والسداد، ويقدم من يبيعه حسبما يأتى فى البيع على الغائب، ويدفع لها نفقتها منه، وإن كان مالا مودعاً ذكرت إقرار الذى هو بيده أنه عنده وثبوت ذلك عند القاضى، ويأمر بدفع ذلك لها فى نفقتها، وكذلك إن كان عرضاً أمره ببيعه بالسداد ويدفع لها نفقتها منه.

ويكتب فى ذلك: عقد حضر عند القاضى فلان - وفقه الله تعالى - فلان بن فلان، وذكر أن بيده للغائب فلان كذا وكذا ديناراً على وجه الوديعة، وثبت عنده إقراره بذلك، وسألته الزوجة إعداءها فيه بنفقتها فاقضى نظره أن أمره أن يجرى لها منه ما يجب لها من نفقة ومؤن، وحكم بذلك بعد ثبوت موجه،

وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده فلان المقر المذكور والزوجة بما فيه عنهما، وعرفهما فى كذا، وإن كان له بنون صغار فإنه ينفق عليهم من ذلك بعد ثبوت صغرهم وأهم بنوه ولا مال لهم، وأهم فى حضانة أمهم، وتضمن ذلك فى عقد المغيب وفى عقد اليمين أنه لم يترك لها نفقة ولا كسوة ولا لأولادها منه الذين هم فى حضانتها، وتجرى عليهم النفقة من مال والدهم.

فصل

فإن دعت الزوجة إلى الفراق فإما أن يكون معلوم المكان أو أسيراً أو مفقوداً أو مجهول الحال والمكان.

فإن كان معلوم المكان فذكر ابن فتحون أن السلطان يكتب إليه إما أن يحملها إليه أو يفارقها، وإلا طلقت عليه، قال: فإن أطال الغيبة والنفقة جارية، فقال مالك -رضى الله تعالى عنه- أما الحين فذلك له قال، عيسى عن ابن القاسم: وظننت قوله: «الحين» السنتين والثلاث، فإن أطال الغيبة فليقض عليه.

وإن كان أسيراً فلا تطلق عليه ما دامت نفقته جارية عليها حتى يثبت موته أو تنصره أو ينقضى تعميره إن جهل مكانه فتطلق عليه وهو محمول فى تنصره على الطوع حتى يثبت خلافه ويوقف ماله فى تنصره حتى يموت على الارتداد فيكون لجماعة المسلمين أو يراجع الإسلام فيكون أحق به.

وإن كان مفقوداً مجهول الحال في غير المعترك فإن امرأته إذا دعت إلى الفراق فلها ذلك بعد أن يثبت فقده، وإن كانت نفقته جارية عليها بعد أن تؤجل أربعة أعوام.

ويكتب في ذلك: عقدٌ يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين والاسم، ويعلمون صحة الزوجية بينهما، واتصالها إلى إن غاب الزوج فلان عن زوجته المذكورة منذ كذا بحيث لا يعلم، وعمى أثره وانقطع خيره فلا تعلم حياته من وفاته، ولا يعلمونه رجوع من مغيبه، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بينهما بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا. ثم تكتب الأجل بأسفله، ونصه: لما ثبت عند القاضي فلان -وفقه الله- رسم المغيب فوق هذا ثبوتاً تاماً، وسألت منه الزوجة المذكورة فيه النظر لها اقتضى نظره أن أجل الغائب بعد التفحص عن أمره وانقطاع خيره واليأس منه أجلا من أربعة أعوام أولها كذا على ماضى السنة في تأجيل المفقود، وحكم بذلك وأمضاه بعد تقضى موجه على الكمال، وبمحضر الزوجة واعترافها بأنها الطالبة لذلك والقائمة به، وشهد على القاضي بما فيه عنه من ثبوت ونظر من أشهده به بموضع نظره، وأشهدته الزوجة بما فيه عنها وعرفها في كذا.

بيان: الأجل يكون من يوم اليأس من المفقود لا من يوم قيامها فإذا انقضى الأجل اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ثم تزوجت إن شاءت وليس عليها استئذان السلطان في عدتها، ولا في نكاحها لأن الحكم قد نفذ لها بالتأجيل، وإذا تمت عدتها حلت للأزواج، وإن أحببت المقام عليه قبل أن تشرع في العدة

وإبطال حكم الأجل فلها ذلك ثم إن أرادت فراقه ضرب لها أجلا آخر، فإن قدم الزوج في خلال الأجل أو علمت حياته قبل أن تتزوج وإن كان ذلك بعد العدة فهي زوجته، وسقط حكم ما ذكر من الأجل وغيره ولا يضرها ذلك، وإن كانت قد تزوجت وقدم قبل الدخول ففي الأحق بها منهما قولان، وإن كان قد دخل بها الثاني فقد فاتت من الأول وبذلك القضاء، وإن ثبت موت المفقود في الأجل أو بعده وقبل أن تتزوج فإنها ترثه وتأخذ مهرها كله، وإن ثبت ذلك بعد تزويجها وقبل دخول الثاني بها ففي ذلك قولان:

أحدهما: أنها ترثه وينفسخ النكاح الثاني، ويكون خاطباً، والثاني: أنها لا ترثه ولا ينفسخ نكاح الثاني وبالأول القضاء، فإن كانت بموضع لا سلطان فيه وأشهدت العدول على ضرب الأجل جاز، والأحسن أن لا يكون إلا عند السلطان، وقيل: لا يجوز ذلك، من «الاستغناء»، وحكى ابن مغيث أنها إذا كانت بموضع لا حكم فيه رفعت أمرها إلى صالح جيرانها، وكشفوا عن خير زوجها وضربوا لها أربعة أعوام ثم تعتد وتحل للأزواج لأن فعل الجماعة في عدم الإمام كحكم الإمام، وقاله أبو عمران الفاسي وابن القابسي وغير واحد من الشيوخ، وأما ماله فإن السلطان يحضره ويقدم من قرابته أو غيرهم من ينظر فيه إلى أن يثبت موته أو حياته أو ينقضى أمد تعميره.

ويكتب في ذلك: عقدٌ يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون أنه غاب منذ كذا أو عمى أمره، وانقطع خيره فلا تعلم حياته من وفاته بوجه حتى الآن ولا يعلمونه ترك وكيلاً ولا من ينوب عنه في حاله، ولا قدم لذلك أحداً بعد مغيبه،

ويعلمون أن قريبه فلاناً من أحق الناس وأولاهم بالتقدم، وللنظر في ماله وقبضه وضبطه، وإجراء النفقة والمؤن منه على من يجب له ذلك فيه بالمعروف لثقتة وأمانته وحسن نظره، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، ويعرفون من ذكر. فإذا ثبت ذلك فيكتب عقد التقدم ونصه: لما ثبت لدى القاضى فلان رسم الاسترعاء المقيد بكذا وسأل منه النظر فيما ثبت لديه من ذلك اقتضى نظره إن قدم للنظر في مال المفقود فلان وقبضه وضبطه وإحصائه والحيطه عليه وإجراء ما يجب فيه من النفقة والمؤن لمن يجب بالمعروف قريبه فلاناً المذكور فيه لما ثبت لديه من أهليته لذلك تقديماً تاماً أنفذه له، وأقامه بذلك مقام الوكيل المفوض إليه، وبمحضره وقبوله ذلك، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهد به بموضع نظره وأشهده المقدم بالقبول وعرفه في كذا.

بيان: ويقوم هذا المقدم مقام المفقود في قبض ماله وإجرائه فيما يجب، ودفع النفقات والديون المترتبة عليه وغير ذلك، وفي «مسائل القاضى أبى عبد الله بن الحاج»: إذا كان عند المفقود قراض أو وديعة فلا يحكم بأخذها من ماله حتى يحكم بتمويله بخلاف الذى فى الذمة لأنه لا يدرى ما كان يقول فيها، ولعله يقول: إنها ضاعت أو خسرت فى القراض أو ما أشبه ذلك، قال: ونزلت فأفتيت بذلك، ولا يقوم أحد عن الغائب دون تقدم ولا ينظر فى ماله، وإن كان من قرابته، وكذلك لا يقوم فى إثبات ملك له أو إحداث عيب عليه أو شيء يستحقه إلا أن يكون من قرابته الذين لا يشهدون له فيمكنون من الإثبات لا غير، ويشهد القاضى بما يثبت عنده ولا يحكم بإخراج المستحق منه من يد المقوم عليه أو غير ذلك، قال ابن رشد فى تعقبه: والصواب أن الأب والابن يمكنان من

الإثبات والخصومة على الغائب ومن عداها من القرابة لا يمكن إلا من الإثبات خاصة، ولا يمكن من الخصومة، قال: وظاهر الروايات أن الأجنبي لا يمكن من شيء من ذلك إلا بتقلم، وإذا مات أحد ممن يرثه المفقود وقف ميراثه منه، فإن انقضى أجل تعميره ولم يثبت له حياة بعد موت المورث رد ما كان وقف إلى ورثه المتوفى وورث المفقود ورثته الأحياء عند انقضاء تعميره والمتوفى ورثته يوم مات، ولا ميراث بين المفقود والمتوفى لأنه لا يدري من مات منهما قبل صاحبه.

واختلف في مدة التعمير، فقليل: سبعون سنة، وهو قول، وقيل: تسعون سنة، وهو قول ابن الماجشون، ورجع إليه أيضاً مالك، وقيل: ثمانون سنة وهو قول مالك أيضاً، وبه أخذ ابن القاسم ومطرف، وبه العمل. قال ابن محرز وقد اختلف في التعمير من السبعين إلى المائة وأعد لها عندى الثمانون، وهو اختيار الشيخ أبي محمد بن أبي زيد وأبي الحسن القاسمي، وبذلك القضاء.

ويكتب في ذلك: عقدٌ يعرف شهوده فلاناً بعينه واسمه معرفة تامة ويعلمون أنه غاب من موضع كذا بحيث لا يعلم منذ كذا وعمى أثره وانقطع خبره فلا تعلم حياته من وفاته بوجه حتى الآن، ويعلمون أن سنه كانت وقت مغيبه تبلغ كذا يتحققون ذلك بالوقوف على تاريخ ولادته أو أنه كان عند مغيبه بالحرز الذي لا يشكون فيه ابن كذا، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا.

فإذا انقضى أمد تعميره وحكم بتمويلته فيكتب في ذلك ما نصه: لما ثبت عند القاضي فلان الرسم المقيد بكذا ومغيب الغائب المذكور فيه، وأن سنه كان عند

مغيبه كذا، وبلغ الآن الثمانين عاماً اقتضى نظره أن حكم بموت الغائب المذكور في تاريخ هذا لبلوغه الآن الثمانين آخذاً بمشهور الأقوال في ذلك، وأوجب لورثته ميراثه، وأنفذ ذلك، وأمضاه بعد سؤال ذلك، وتقضى موجه، وأشهد بذلك بموضع نظره في كذا.

بيان: فإن بقيت زوجته لم تتزوج بعد ضرب الأجل لها واعتدادها منه إلى أن انقضى أمد تعميره، وحكم بموته فلا ميراث لها منه، وكذلك لو أتى هو في تلك المدة لما كان أحق بها لأنها قد بانت منه بعد الأجل وحكم بموته في حقها، وقال ابن حبيب: إنها ترثه وتدخل مع ورثته في ماله، قال ابن رشد: وهو بعيد، وكذلك لو ماتت هي بعد اعتدادها، قبل انقضاء أجل التعمير فليوقف للزوج ميراثه منها، ولا يكون بينهما ميراث إلا أن يثبت حياته بعدها ويظهر خطأ الحكم بموته، وتكون هي لم تتزوج غيره فيأخذ ميراثه منها لأنها قد بانت، ويحكم بموته بعد الأجل في حقها، وقد قيل: إن المفقود إذا تمت له الأربعة الأعوام تعتد زوجته ويرثه ورثته إذ ذاك، ويقتسمون ماله وهو قول في المذهب ذكره الشيخ أبو الحسن اللخمي وغيره، ووجهه ظاهر لأن الأحكام لا تتبع، ولما حكم بموته في حق الزوجة حكم بموته مطلقاً فورثه ورثته وقسم ماله وترتبت أحكام الموت كلها إلا أن المشهور عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أن ذلك يختص بالزوجة، ويبقى ماله إلى انقضاء أمد تعميره إذ لا ضرورة تدعو إلى قسم ماله ووجه الحكم بذلك تغليب الغالب على الأصل لأن الأصل في المفقود الحياة، والغالب من حاله بعد التأجيل والبحث عنه فلم يعرف له خير أنه مات فرجح الغالب على الأصل، وحكم بموته فكان ينبغي الحكم بذلك مطلقاً في

الزوجة والميراث لكن مالكاً حكم بذلك في حق الزوجة للضرر اللاحق لها وبقي في المال على الأصل، وكان الأجل في ذلك أربعة أعوام أكثر مدة الحمل، وبتمامها ينقطع النسب جعلت هنا أقصى المدة التي ينقطع بتمامها حياة المفقود ويحكم بموته، قال بعضهم: وهو ملحوظ حسن.

وأما مفقود المعترك في القتال فيما أن يكون في قتال العدو أو في قتال المسلمين في الفتن التي تقع بينهم، فإن كان في قتال العدو ففيه أربعة أقوال في المذهب:

أحدها: أن حكمه حكم المفقود في غير القتال فيضرب لزوجته أجل أربعة أعوام ثم تعتد وتتزوج إن شاءت، ويبقى ماله إلى انقضاء أمد تعميره.

والثاني: أن حكمه حكم الأسير فلا يضرب لامرأته أجل ولا يورث ماله إلا أن يثبت موته أو ينقضى أجل تعميره وهو قول ابن القاسم.

والثالث: أنه يضرب للزوجة سنة بعد البحث واليأس منه وتعتد بعد انقضائها، وتتزوج إن شاءت، ويبقى ماله إلى انقضاء أجل التعمير.

والرابع: أنه هو المشهور ويضرب لزوجته أجل سنة بعد البحث واليأس منه، فإذا تمت السنة ولم تثبت له حياة حكم بموته فتعتد زوجته وورثته ورثته إذ ذاك، ويقسم ماله، وهذا القول هو الذي أخذ به أهل الأندلس، وجرى به العمل بها، وحكم به ابن الأيمن في غزاة الخندق، وحكم به في وقعة «قتندة» وغيرها، وهو مقتضى ما رواه أشهب وابن نافع عن مالك في «العتبية»، ففيها قال أشهب: سئل مالك -رضي الله تعالى عنه- عن المفقود في أرض الإسلام بين الصفيين،

وفي أرض العدو بين الصفيين كم تقعد امرأته؟ فقال: سنة، ف قيل له: تعتد بعد السنة أربعة أشهر وعشراً؟ فقال: نعم تعتد، قيل له: ومتى يضرب له أجل سنة من يوم فقده أو من يوم يضرب له السلطان؟ قال: من يوم يضرب لها السلطان، وينظر في أمرها ووجه هذا القول هو ترجيح الغالب على الأصل ألا ترى أنه لا يكون ذلك إلا أن يثبت أنه رؤى في المعترك بين الصفيين، فلما ثبت ذلك ولم تعلم له حياة بطول الأجل بعد البحث عنه كان الغالب من أمره الموت فرجح على الأصل وهو الحياة وحكم بموته، ولم يتبعض الحكم فيه فاعتدت زوجته وورثته ورثته وحكم هذا الأجل السنة حكم الأربعة أعوام، قال ابن رشد: ولا فرق بينهما سوى أن هذا سنة، وذلك أربع سنين ألا ترى أنه لا يكون إلا من يوم يضربه السلطان وينظر في أمره، والعدة بعد انقضائه، فهما سواء في جميع الأحكام من إجراء النفقة فيه على الزوجة وغيرها ممن يلزم المفقود نفقته، وإن مات من يرثه في أثناء الأجل فلا ميراث بينهما وغير ذلك، فإذا تمت السنة حكم بموته فتعتد عند ذلك زوجته ويرثه ورثته إذ ذلك.

ويكتب في ذلك: عقدٌ يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون أنه حضر الواقعة الكائنة بين المسلمين والنصارى بموضع كذا وعاینوه هناك في معترك القتال بين الصفيين، وفقد هناك، وعمى أمره فلا تعلم حياته من وفاته حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا. ثم يكتب في أسفله لثبوت^(١) الزوجية: عقد يعرف شهوده فلاناً المفقود أعلاه وفلاناً، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن فقد حسبما ذكر فيه، وحتى الآن لا يعلمون بينهما انفصلاً بوجه، وقيدوا

(١) في الأصل (ثبوت) بدون اللام، الصحيح إثباتاً.

على ذلك شهادتهم في كذا فإذا ثبت ذلك فيكتب الأجل ونصه: لما ثبت عند القاضى بموضع كذا فلان - وفقه الله - رسم العقد أعلاه ورسم الاسترعاء بصحة الزوجية تحته ثبوتاً تاماً على الواجب، وسألت منه الزوجة النظر لها، فاقضى نظره أن ضرب للمفقود المذكور أجلا سنة واحدة من الآن بعد البحث عنه واليأس منه، فإن تمت السنة ولم تعلم له حياة مضى الحكم بموته إذ ذاك فتعتد زوجته وورثته وورثته وأنفذ ذلك أخذاً بقول من قال به من أهل العلم وترجيحا له وبعد تقضى موجب ذلك على الكمال وبمحضر الزوجة واعترافها أنها الطالبة لذلك والقائمة به، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده به بموضع نظره من كذا، وأشهدته الزوجة بما فيه عنها في كذا.

بيان: فإذا تم هذا الأجل ولم يثبت للمفقود حياة ولا موت تم الحكم بموته فتعتد زوجته من بعد انقضاءه وورثته ورثته الأحياء إذ ذاك، وتنقطع النفقة عن الزوجة وغيرها ممن تلزمه نفقته ولا يحتاج في ذلك إلى تجديد حكم مثل الأجل المتقدم في المفقود في غير القتال سواء، وكان الأجل في هذا سنة لأن السنة تضرب في الشرع في كثير من الأحكام كأجل المعارض وعهدة السنة وغير ذلك، وهذا القول هو على الحكم بالغالب وترجيحه على الأصل كما تقدم، وهو على مقتضى رواية أشهب وابن نافع، وكذلك القول الآخر قبله هو مقتضى الرواية المذكورة إلا أنه حكم بذلك في الزوجة فقط وبقي في المال على الأصل وهو على غير قياس، وتكلم ابن رشد في هذه المسألة فرجح في «الشرح» القول الأول ورجح، في «المقدمات» هذا القول بأنه يحكم بموته بعد السنة في

الزوجة والمال، وحمل الرواية عن مالك -رضى الله تعالى عنه- في كل واحد من الموضوعين على ما رجحه به فيه وهى محتملة للوجهين.

وأما المفقود في قتال المسلمين في الفتن التى تكون بينهم ففيه ثلاثة أقوال في المذهب:

أحدها: أن حكمه حكم المفقود في غير المعترك.

والثاني: أنه يؤجل سنة ثم تعتد امرأته بعدها وتتزوج إن شاءت، ويوقف ماله إلى انقضاء مدة تعميره، وهو قول ابن حبيب.

والثالث: وهو المشهور المعروف من مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- أنه يحكم بموته يوم القتال فتعتد امرأته من ذلك اليوم، ويرثه ورثته الأحياء يومئذ من غير أجل يضرب له. قال مالك -رضى الله تعالى عنه- ويتلوم له أمد يسير بقدر ما ينصرف من هرب أو من انهزم، ويقسم ماله وتتزوج امرأته بعد العدة إن شاءت والتربص في ذلك بالاجتهاد، وإن ظهر أن يقسم المال بعد انفصال الصفين فعل إذا عرف الحال، ولم يكن للأجل في ذلك فائدة. قال ابن القاسم: وأرى إذا كانت المعركة على بعد أن يكون التربص سنة والعدة داخله فيها إذ هى من يوم الواقعة، وإنما هذه السنة تربص للفحص عن حاله، وليست بأجل مضروب، وفي «العتبية»: سئل سحنون عن معركة تكون بين المسلمين في أفنتهم فيقع القتل بينهم فما تقول فيمن فقد في المعركة ولا يعرف قتله وما يفعل بامرأته وفي ماله؟ فقال: إذا قامت البينة العادلة أنه شهد المعركة فإن امرأته تعتد من ذلك اليوم الذى كان فيه المعترك ويقسم ماله وهو عندى بمنزلة

الميت، وإذا كانوا إنما رأوه خارجاً مع العسكر ولم يروه في المعترك في القتال إلا أنهم نظروا إليه خارجاً في جملة الناس فإن سبيله سبيل المفقود، ويضرب لامرأته أجل أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تتزوج ويوقف ماله إلى الأمد الذى لا يعيش إليه، فحال هذا المفقود في الفتن إذا ثبت أنه كان في المعترك غير حال المفقود إذ يحكم له بحكم الميت إذ ذاك لما هو الغالب من أمره أنه مات فيها، وذلك كمن ثبت أنه مات فيها بالمعينة، وكذلك إذا ثبت بالسمع أنه مات في المعترك في قتال العدو وغيره فإنه يحكم له بحكم الميت إذ ذاك، في «مسائل ابن الحاج»: سئل في رجل شهد بالسمع الفاشى المستفيض أنه استشهد في وقعة قنودة، وثبت عقد آخر أنهم رأوه في العسكر هل يحكم له بحكم المفقود أو بموته الآن؟ فقال: يحكم بموت الرجل في تاريخ ثبوت موته على السماع ويرثه ورثته الأحياء يؤمئذ، ولا يحكم بموته الآن، ولا يعمر كما يعمر المفقود، وليس لزوجته نفقة في ماله وهى كالمتوفى عنها زوجها. وفي «الوثائق المجموعة»: إنما يؤجل مفقود المعترك سنة ثم يورث ماله بعد، ويقسم مال الذى ثبت أنه كان بين الصفين وفقد وكذا المفقود في قتال المسلمين وإن لم تقم له بينة أنه رؤى بين الصفين فحكمه حكم المفقود في غير المعترك، ولا يورث إلا بعد التعمير وإذا نعى للمرأة زوجها فتزوجت ثم قدم زوجها الأول فإن نكاح الثاني يفسخ وتستبرئ منه وترد إلى زوجها وإن ولدت الأولاد، قال أبو عمران: ولو ثبت موته عندها برجلين عدلين فتزوجت ولم يظهر خلافه لم يفسخ إلا أن يكونا غير عدلين أو لم يعلم ذلك إلا بقولها فإنه يفسخ، وإذا كان المفقود عبداً

ضرب له الأجل على النصف من أجل الحر، فإن كانت أم ولد فلا يضرب لها أجل وهل تعتق عليه إن لم يكن له ما ينفق عليها منه أم لا؟ في ذلك قولان.

الحضانة وما اتصل بها

وهي حق للحاضن، وقيل: للمحضون، وقال ابن محرز: اختلف في ذلك والصواب عندي أنها حق مشترك بين الحاضن والمحضون. وقيل: هي حق لله تعالى، ذكره في «الحريرية»، وهي في الذكر إلى بلوغ الحلم على الأصح، وقيل: إلى الإثغار، وفي الأنثى إلى دخول الزوج بها. قال ابن رشد: ويستحق النساء الحضانة بوجهين:

أحدهما: أن يكنّ ذوات رحم من المحضون، والثاني: أن يكن محرمات عليه، فإن كن محرمات عليه ولم يكن ذوات رحم منه كالأم والأخت من الرضاعة فلا حضانة لهن، وكذلك إن كن ذوات رحم ولم يكن محرمات عليه كبنات الخالة ونحوها فلا حضانة لهن، ويستحق الرجال الحضانة بمجرد الولاية كانوا من ذوي رحمه المحرم كالجد والعم أو من ذوي رحمه الذي ليس بمحرم أو لم يكونوا من ذوي رحمه كالمولى المعتق والوصى من قبل الأب أو السلطان، والأم أولى بالحضانة من قرابتها ومن الأب وقرابته، وقرابة الأم أولى من الأب وقرابته، والأب أولى من قرابته إلا أمه وحدها فهل يكون أولى منها أم لا؟ في ذلك قولان: