

كتاب النكاح

والنظر فيه تحصره خمسة أقسام:

الأول: في المقدمات.

والثاني: في مصححات العقد من الأركان والشرائط.

والثالث: في موانع العقد من الكفر، والرق، والنسب، والمصاهرة وغيره.

والرابع: في الأسباب المثبتة للخيار فيه.

والخامس: في لواحق الكتاب وتوابعه.

ويشتمل على فصول متفرقة شذت عن هذه الأقسام.

القسم الأول: في المقدمات

وهي ثلاث:

المقدمة الأولى: خصائص رسول الله ﷺ. قال القاضي أبو بكر: وقد خص رسول الله

ﷺ بأحكام لم يشركه فيها أحد في باب الفرض والتحريم والتحليل، منها متفق عليه، ومنها يختلف فيه.

فخص من الواجبات بتسع: الضحى والأضحى، والتهجيد، والوتر، قال: وهو يدخل في قسم التهجيد، والسواك، وتخجير نسائه بين اختيار زينة الدنيا أو اختياره، وقضاء دين من مات معسراً، ومشاورة ذوي الأحلام في غير الشرائع، وأنه إذا عمل عملاً أثبتته.

ومن المحرمات بعشر، فحرم عليه وعلى آله الزكاة، وحرم عليه أيضاً صدقة التطوع، وفي آله تفصيل باختلاف، وأكل الثوم وغيره من الأطعمة الكريهة الرائحة، والأكل متكناً، والتبدل بأزواجه، وإسائك من كرهت نكاحه، ونكاح الكتابية، ونكاح الأمة، وخائنة الأعين، وهي أن يظهر بخلاف ما يضمن، أو ينخدع عما يجب، وحرم عليه إذا لبس لأمة أن يخلعها، أو يحكم بينه وبين محاربه.

ومن التخفيفات والمباحات: التحليلات بإباحة الوصال في الصوم، ودخول مكة بغير إحرام، وفي حقنا فيه اختلاف، والقتال فيها، وأنه لا يورث. قال القاضي أبو بكر: وإنما ذكرته في قسم التحليل؛ لأن الرجل إذا قارب الموت بالمرض زال عنه أكثر ماله، ولم يبق له إلا الثلث، وبقي ملك رسول الله ﷺ بعد موته. والاستبداد بخمس الخمس، أو الخمس، والزيادة على أربع نسوة، ويتعقد نكاحه بلفظ الهبة منها، وبغير المهر. وإذا وقع بصره على امرأة ورغب فيها وجب على الزوج طلاقها لينكحها، قال: هكذا قال إمام الحرمين، وقد بينا الأمر في قصة زيد بن حارثة كيف وقع. وفي انعقاد نكاحه بغير ولي وبغير صداق وفي حالة الإحرام. وأعتق صفية وجعل عتقها صداقها وفيه اختلاف. ولم يجب عليه القسم في

زوجاته، ونساؤه بعد وفاته محرمات على غيره؛ لأنهن أمهات المؤمنين، وفي بقاء نكاحه عليهن أو انقطاعه خلاف. قال القاضي أبو بكر: وبقاء الزوجية أقول، ثم على القول بانقطاعها في وجوب العدة ونفيها خلاف أيضًا، منشؤه النظر إلى كونهن زوجات توفي عنهن زوجهن، وهي عبادة، أو النظر إلى أنها مدة تربص لا تنتظر بها الإباحة.

واختلف أيضًا في مطلقته، هل تبقى حرمة عليها، فلا تنكح؟

المقدمة الثانية: النكاح مندوب إليه لمن تاقته إليه نفسه إذا كان مستطعًا. قال الشيخ أبو محمد: وفي الواضحة وغيرها روي أن النبي ﷺ قال: «عليكم بالباء فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج»^(١). وحض على نكاح الأبقار ورجب في نكاح الولود.

قال القاضي أبو بكر: ولينظر إلى المخطوبة قبل العقد، ففي الحديث: أن المغيرة خطب امرأة، فقال له النبي ﷺ: «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»^(٢) ولا ينظر إلا إلى وجهها وكفيها.

ويحتاج إلى إذنها في رواية ابن القاسم، وكره فيها أن يستغفلها.

وروي محمد بن يحيى في المدينة: لا بأس أن ينظر إليها وعليها ثيابها.

قال القاضي أبو الوليد: يحتمل أن يريد أن ينظر إليها مغتفلاً لها إذا علم أن عليها ثيابها، ويحتمل أن يريد أن ينظر إليها بعد إعلامها.

والنكاح والملك فيمن يبيع وطنها يبيحان النظر إلى الفرج من الجانبين.

وقيل: يكره النظر إلى الفرج من ناحية الطب، إذ قيل: إنه يضعف البصر.

ويباح النظر إلى وجه المرأة لتحمل الشهادة. ويباح أيضًا إلى الفرج لتحمل شهادة الزنا في ظاهر المذهب.

المقدمة الثالثة: الخطبة مستحبة، والتصريح بخطبة المعتدة حرام، والتعريض جائز، وهو القول المفهم لمقصود الشيء وليس بنص فيه، مأخوذ من عرض الشيء وهو ناحيته كأنه يحوم على النكاح ولا يسف عليه، ويمشي حوله ولا ينزل به. والتصريح هو التنصيص عليه، والإفصاح بذكره.

قال القاضي أبو بكر: والذي مال إليه مالك في التعريض أن يقول: إني بك لمعجب، ولك محب، وفيك لراغب، قال: وهذا عندي أقوى للتعريض، وأقرب إلى التصريح.

(١) أخرجه أحمد (١/٣٧٨، رقم ٣٥٩٢)، والبخاري (٥/١٩٥٠، رقم ٤٧٧٨)، ومسلم (٢/١٠١٨،

رقم ١٤٠٠)، وأبو داود (٢/٢١٩، رقم ٢٠٤٦)، والترمذي (٣/٣٩٢، رقم ١٠٨١)، والنسائي

(٤/١٧، رقم ٢٢٤٢)، وابن ماجه (١/٥٩٢، رقم ١٨٤٥)، وابن حبان (٩/٣٣٥، رقم ٤٠٢٦).

(٢) أخرجه الترمذي (٤/٣٧٠، رقم ١١١٠) قَالَ أَبُو عِيْسَى: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ.

قال: والذي أراه أن يقول لها: إن الله سبحانه سائق إليك خيرا، وأبشري، وأنت نافقة. فإن قال لها أكثر من ذلك فهو أقرب إلى التصريح.

وتحرم الخطبة على خطبة الغير بعد الإجابة. والتراكن كالإجابة.

ثم هل يقف التحريم على تقرير الصداق، أو يحصل بمجرد التراكن والتقارب في الرضى وإن لم يتفقا على صداق؟ قولان: الأول لابن نافع. والثاني رواه ابن حبيب عن ابن القاسم، وابن وهب، وابن عبد الحكم، ومطرف، وابن الماجشون.

قال القاضي أبو بكر: والأول أصح؛ لأن السكوت عن الصداق نادر وهو أصل الاتفاق، فما لم يذكر فليس بركون مقارنة، ثم قال: قال علياؤنا: هذا إذا كانا شكليين، فإن لم يكن الزوجان متشاكليين جاز للمشاكل أن يدخل عليه، قال: وهذا مما لا ينبغي أن يكون فيه خلاف.

وقال ابن القاسم في «العتبية»: لا أرى على من دخل في مثل هذا شيئا، ولا أرى الحديث إلا في الرجلين المتقاربين، وأما فاسق وصالح فلا.

فرعان:

الأول: لو اقتحم النهي وخطب أثم وأدب، فإن عقد لم يفسخ عقده، قاله ابن القاسم وعبد الملك. وروى ابن مزين، عن ابن نافع: يفسخ قبل الدخول. وروى عنه ابن حبيب: أنه يفسخ بكل حال.

قال القاضي أبو بكر: والصحيح عدم الفسخ.

وقال القاضي أبو محمد: الظاهر من المذهب الفسخ.

الفرع الثاني، وهو مرتب، إذا قلنا: لا يفسخ، فقد روى العتبي، عن عيسى، عن ابن وهب: أنه قال: يستحب لهذا العاقد أن يتوب من فعله ويعرضها على الخاطب أولا، فإن حلله رجوت له في ذلك مخرجا، فإن أبى فليفارقها، فإن نكحها الأول، وإلا فلهذا أن يأتف معها نكاحا. قال عيسى، قال ابن القاسم: إن لم يحلله فليستغفر الله تعالى، ولا شيء عليه.

ويجوز الصديق في ذكر مساوي الخاطب ليحذر.

وتستحب الخطبة بضم الخاء عند الخطبة بالكسر، وعند العقد.

القسم الثاني من الكتاب في الأركان

وهي أربعة: الصيغة، والمحل، والصداق، والعاقد.

الركن الأول: الصيغة، وهي كل لفظ يقتضي التملك على التأيد في حال الحياة

كالإنكاح، والتزويج، والتمليك، والبيع، والهبة، وما في معناها.

قال القاضي أبو الحسن: ولفظ الصدقة أيضًا.
وقال الأستاذ أبو بكر في لفظ الإباحة: قال أصحابنا: إن قصد به النكاح صح،
وتضمن المهر.

ويكفي أن يقول الزوج: قبلت. إذا تقدم من الولي الإيجاب، ولا يشترط أن يقول:
قبلت نكاحها.

وينعقد النكاح بالاستيجاب والإيجاب، فلو قال لأب البكر، أو لأب الثيب، وقد
أذنت له أن يزوجه: زوجني فلانة، قال: قد فعلت، أو قال: زوجتك، فقال الخاطب: لا
أرضى فقد لزمه النكاح.

ولو قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، وبضع كل واحدة صداق الأخرى، لم
يصح؛ لأنه الشغار المنهي عنه؛ لأنه اشتراك في البضع.

ولو قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ولم يجعل بضع كل واحدة صداقا
للأخرى، فسخ بعد البناء على المشهور من المذهب، وقبله بلا خلاف فيه.

ولو سمي لكل واحدة منهما صداق، فلا يفسخ بعد البناء، ويفسخ قبله، وقيل: لا
يفسخ.

ولا يجوز تأقيت النكاح، وهو المتعة.

الركن الثاني: المحل وهو المرأة الخلية عن الموانع التي تقتضي تحريمها. والتحریم
ضريان: مؤبد، وغير مؤبد.

فالمؤبد يرجع إلى عين المرأة، فلا تحل بوجه، وذلك بوجهين:

أحدهما أصلي، والآخر بمعنى طارئ على العين يحظرها بعد إباحتها. وجملته خمسة
أشياء: نسب، ورضاع، وصهر، ولعان، ووطء في العدة على خلاف وتفصيل في هذا القسم
يذكر عند بسط الكلام على هذه الموانع.

فالأصل هو النسب، والفرع ما عدناه معه، فهذا قسم التحرير المتأبد.

وأما التحريم غير المتأبد، فهو الذي يكون لعارض يزول بزواله، وذلك بأن تكون
المرأة ذات زوج، أو في عدة من زوج، رجمية كانت أو بائنة، أو تكون مستبرأة من غير
النكاح، أو حاملا حملا لا يلحق به، كان لاحقًا بالواطئ، أو غير لاحق، أو تكون مرتدة أو
كافرة غير كتابية، أو تكون أمة كافرة أو تكون أمته، أو أمة ولده، أو تكون سيده، أو أم
سيده، أو تكون في حال إحرام، أو تكون المرأة أمة مسلمة والنكاح حر يجد الطول أو لا
يخشى العنت، أو يكون عند الزوج من ذوات محارم المرأة من لا يجوز الجمع بينه وبينها، أو
يكون جامعا بين أربع، أو تكون مريضة مرضا يحجر عليها فيه ويشتد الخوف عليها، أو

تكون قد ركنت إلى غيره وعمهد الأمر بينه وبينها ولم يبق إلا العقد أو شبيه به، أو تكون بتيمة غير بالغ على أظهر الروايات وأصحها.

الركن الثالث: الصداق، وهو مستحق في عقد النكاح، لا يجوز التراضي على إسقاطه، ولا النكاح المشروط فيه سقوطه. نعم، لا يلزم التنصيص عليه في العقد، بل يستوي كونه مذكورا فيه أو مسكوتا عنه غير منفي في صحة العقد، وسيأتي تفصيل القول في أحكامه مستقصى في كتابه إن شاء الله.

الركن الرابع: العاقد، وهو الزوج والولي، إذ لا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها، بكرة كانت أو ثيبا، شريفة أو دنيسة، رشيدة أو سفیهة، حرة أو أمة، أذن لها وليها، أو لم يأذن، لا يجوز ذلك بوجه.

قال القاضي أبو محمد: ولا خلاف من قول أصحابنا أنها لا تكون ولية في عقد نكاح على امرأة.

قال: وروي عن ابن القاسم في «العتبية»: أنها تلي العقد على عبدها، أو من هي وصية عليه من أصاغر الذكور دون الإناث. قال: ووجه التفرقة بينها من ثلاثة أوجه:

أحدها: ما ذكره ابن القاسم وهو أن الصبي من أهل العقد على نفسه بعد البلوغ، وكذلك العبد بعد العتق أو الإذن، بخلاف الأنثى.

والثاني: أن الصبي قادر على رفع العقد إن كرهه بخلاف الأنثى.

والثالث: أنه لا ولاية عليه في طلب الكفاءة، وليس كذلك الأنثى، وتجاوز مباشرة المرأة للعقد على من يعقد على نفسه بوكالته لها في ذلك.

فروع: يجب للمدخل بها في النكاح بلا ولي مهرها المسمى، ولا حد في الدخول للشبهة، ويفسخ النكاح بعد العقد وبعد الدخول.

وبعد الطول والولادة.

قال القاضي أبو بكر: ويصلح أن يركب عليه تكرير البطلان في الحديث. وهل يفسخ بطلاق أو بغير طلاق، روايتان لابن القاسم وابن نافع.

هذا تمام الأركان. وليس الإشهاد بركن في العقد ولا شرط فيه، نعم هو شرط في كمال العقد وجواز الدخول، والمتصود إعلان النكاح وإشهاره ليميز من السر الذي هو الزنا. وإنما شرع الإشهاد لرفع الخلاف المتوقع بين الزوجين، وإثبات حقوقهما، فكانت كسائر الحقوق، لا تشترط الشهادة فيها شرعا، وعلى هذا جرت أنكحة الصحابة رضي الله عنهم، ما كانت قط بشهادة، وإنما كانوا يعلنون لأنهم التدارؤ بينهم، بل نقول: لو أشهد المتناكحان وتواصوا بالكتمان لفسخ العقد، وكان نكاح السر المنهي عنه في القول المشهور.

وقيل: نكاح السر ما لم يشهد فيه.

وفي بيان أحكام الولاية بابان: في الولي، والمولى عليه.

الباب الأول في الولي

وفيه فصول:

الفصل الأول في أسباب الولاية

والولاية قسمان: خاصة وعامة، فأما الخاصة، فأسابها خمسة:

الأول: الأبوة، وتفيد ولاية الإيجاب، وهي معلولة بعلتين: الصغر والبكارة، فيجبر الأب الصغيرة وإن كانت ثيبا، والبكر وإن كانت بالغاً، لوجود إحدى العلتين، ولا يجبر الثيب البالغ لعدمها، فإن عنست البكر اختلف في دوام الإيجاب عليها وانقطاعه عنها على روايتين لمحمد وابن وهب.

والعانس هي التي طال مكثها في منزل أهلها بعد إدراكها ولم تتزوج، وبرز وجهها، وباشرت الأمور بنفسها، وعرفت مصالحها. وقد اختلف في مقدار سنها، ففي رواية ابن وهب في المدينة: الثلاثون، والخمس والثلاثون. وفي رواية عيسى، عن ابن القاسم: الأربعون، والخمس والأربعون.

ثم حيث أجبنا البكر البالغ، فيستحب استئذانها.

والمعتبر في الثبوت المانعة من الإيجاب الوطاء الحلال دون الحرام.

وقيل: هما في ذلك سيان، ولا أثر لزوال الجلدة بالسقطة ونحوها.

فرع: لو تزوجت البكر وأدخلت على الزوج، ثم فارقتها قبل أن يمسه، لم يكن لأبيها أن يجبرها بعد ذلك إن طال إقامتها مع الزوج وشهدت مشاهد النساء؛ لأنها تخبر بذلك مواضع حفظها وتعرف مصالحها، فيقوم بذلك مقام الثبوت.

واختلف في تحديد هذا الطول المذكور، فقيل بتحديدته بالسنة ونحوها، وقيل بنفي التحديد بزمان معين، وردة إلى ما يشهد العرف بكونه طولاً. وإن كان أمراً قريباً فلا يمنعه من إجبارها. وحكي عن ابن عبد الحكم، أنه قال: يزوجه بغير رضاها وإن طال إقامتها ما لم تمس.

ولو التمس البكر الكبيرة البالغ التزويج وجبت الإجابة، وإن كانت مجبرة، فإن عضل الولي زوج السلطان. ويصير الولي عاضلاً إذا عينت كفواً فرده، إلا الأب في ابنته البكر فإنه لا يكون برد أول خاطب أو خاطبين عاضلاً.

والكفاء الذي عينت المالكة لأمرها أولى ممن عينته الولي.

السبب الثاني: خلافة الأبوة.

فإذا فوض الأب الولاية في إنكاح ابته إلى الوصي تثبت له الولاية وكان أحق من الولي.

قال في «الكتاب»: لا نكاح للأولياء مع الوصي، والوصي ووصي الوصي أولى من الأولياء.

ولو رضيت الجارية، والأولياء، والوصي ينكر فلا نكاح لها، ولا لهم إلا بالوصي، فإن اختلفوا في ذلك نظر السلطان فيما بينهم.

وأما الشيب فلو زوجها الأولياء برضاها جاز، وإن أنكر الوصي.

وكذلك إن أنكحها الوصي بإذنها جاز وإن أنكر الأولياء.

قال القاضي أبو محمد: الوصي في البكر أولى من سائر الأولياء بإذنها، وهو في الشيب واحد منهم.

وقال ابن حبيب: إن قال له: زوج ابنتي من فلان، أو ممن ترضى. نزل في ذلك منزله، وكان له أن يزوجه قبل بلوغها أو بعد بلوغها بغير أمرها، قال: وإنما يكون أحق بتزويجها من الأولياء بعد بلوغها ومؤامرتها إذا قال: فلان وصيي فقط، أو قال: فلان وصيي على بضع بنتي، قال: وسواء كانت أبكارا أو ثيبا.

وقال ابن الماجشون في مختصر ما ليس في المختصر وعمد بن عبد الحكم: لا تزويج لوصي إلا أن يكون وليا.

وقال سحنون في السليمانية: قال غير ابن القاسم من أصحابنا: الأولياء أولى بالعقد من الوصي.

قال أبو الحسن اللخمي: وهذا القول أحسن؛ لأن الوصي أجنبي، وإنما هو وكيل على المال.

السبب الثالث:

العصوبة: كالبنوة، والأخوة، والجدودة، والعمومة، ولا يفيد إلا تزويج العاقلة البالغة برضاها الصريح إن كانت ثيبا، ويسكوها إن كانت بكرا.

واستحب مالك في رواية ابن الماجشون، أن تعلم البكر أن إذنها صحتها، لئلا تجهل ذلك فتصمت في الكراهة. قال الشيخ أبو الحسن:

يقال لها ذلك ثلاث مرات، إن رضيت فاصمتي، وإن كرهت فانظقي.

قال القاضي أبو محمد: وليس ذلك شرطا في صحة الإذن. وحكي عن عبد الملك بن الماجشون، أنه قال: وإن لم يفعل الولي ذلك مضى الأمر على ظاهره، وجاز النكاح.

فرعان: الأول: إذا تقدم العقد على الإذن ففي صحة النكاح وبطلانه ثلاثة أقوال،

يفرق في الثالث، فيصحح إذا تعقبه على قرب، ويبطل إذا تراخى.
وقال القاضي أبو محمد: الصحيح أنه لا يجوز وإن تعقبته الإجازة.

الفرع الثاني: البلوغ المعتبر في التزويج هو الحيض.

قال ابن حبيب: أو بلوغ ثماني عشرة سنة.

واختلف في الإنبات. ثم إن زوجت به، فقال ابن حبيب: يفسخ قبل البناء وبعده،
وقال محمد: لا يفسخ إذا أنبتت.

السبب الرابع: الولاء، فالمولى الأعلى كالعصابات عند عدمها، فيعقد المعتق
وتستخلف المعتقة من يعقد.

ولا ولاية للأسفل، قال الشيخ أبو عمر: وقيل إن له مدخلا في الولاية، ثم قال:
وليس بشيء.

السبب الخامس: التولية، وإنما يزوج السلطان البالغة عند عدم الولي أو عضله أو
غيبته، وليس له أن يزوج الصغيرة، ولا يزوجها غير الأب من سائر الأولياء، فإذا كانت
يتيمة فلا تزوج أصلا حتى تبلغ.

وروي: أن لسائر الأولياء تزويجها، ولها الخيار إذا بلغت.

وروي: إن دعتها ضرورة، ومستها حاجة وكان مثلها يوطأ، ولها في النكاح مصلحة
جاز تزويجها.

قال الأستاذ أبو بكر: والأول هو المذهب الصحيح.

وقال القاضي أبو محمد: أظهر الروايات وأصحها والمعمول بها، والذي به نفتي أنه لا
يزوجها غير الأب على أي وجه كان حتى تبلغ.

قال: وإلى ذلك رجع مالك. ذكره محمد بن عبد الحكم.

وقال الشيخ أبو الطاهر: وأما لو كانت ممن يخاف عليها الفساد، فلم يختلف أحد من
المتأخرين أنها تزوج، وإن كان إطلاق الروايات يقتضي منع التزويج.

وإذا فرعنا على الرواية الصحيحة فزوجت، فروي: يفسخ النكاح ولا يقران عليه وإن
بلغت، ما لم يدخل بها، وهذا مقتضى القول بالمنع من التزويج. وقيل: ينظر فيه الحاكم، فإن
رآه صوابا أمضاه، وإلا فسخه. وقيل: الخيار لها، فإن رضيت مضى وإلا فسخ. قال: وإنما
يكون ذلك بعد بلوغها.

هذا حكم الولاية الخاصة.

فأما العامة: فسببها الدين، والأصل في ثبوتها قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ
بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [سورة التوبة آية ٧١]، ولا يقدم على العقد بها مع الخاصة، فإن

أقدم عليها بها معها: فإن كانت الخاصة ولاية إجبار، كالأب والسيد، فسخ النكاح على كل حال، وليس للأب ولا للسيد إجازته. وحكى القاضي أبو محمد: إن في إجازة السيد روايتين، وإن كانت الولاية الخاصة ليست بولاية إجبار، كالأب في الثيب، وسائر العصبة في البكر والثيب، فقال ابن القاسم في «الكتاب»: إن أجازته الولي قبل البناء أو بعده جاز، وإن رده قبل البناء أو بعده رده، ما لم يطل وكان صوابا.

وقد توقف مالك في الجواب عنه إذا أجازته الولي بالقرب.

وقال ابن نافع وعلي بن زياد: لا يجوز وإن أجازته الولي.

وقال القاضي أبو محمد: إن زوجها الأجنبي مع القدرة على ولي بالنسب أو بالحكم،

ففيها روايتان:

إحدهما: أن ذلك غير جائز.

والثانية: أنه ماض إذا تزوجت كفوا.

فرعان:

الأول: إذا قلنا لا يجوز في ذات الحال فهل يجوز في الدنية؟

قال القاضي أبو محمد: في ذلك روايتان، إلا أن الأظهر أن النكاح جائز، فإن لم تكن ولاية خاصة سوى ولاية الحكم، ففي «الموازية» من رواية أشهب في الدنية تولى رجلا ينكحها نهي عن ذلك، وقال: إذا عمل بهذا ضاعت الفروج.

وروى ابن وهب في المرأة لا ولي لها وتكون في البادية يجوز لها ذلك إذا لم تضع نفسها في دناءة، وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها إلى السلطان.

وروى ابن القاسم في الواضحة في الدنية في الحال والموضع، لا ولي لها بقرابة ولا ولاء، يزوجهما أجنبي دون الإمام.

وأنكر ابن الماجشون رواية ابن القاسم، وقال: إنها قال مالك وعلماؤنا في مثل الأعجمية الرعدة تستند إلى الرجل ذي الحال فيصير لها كنفًا ومستندًا، ويأخذ لها القسم ويجري عليها النفقة ولي منها ما يلي من مولاته، فلا بأس أن يعقد عليها بإذنها إذا لم يكن لها ولي، فأما ذات النعمة والحال والنسب والمال فلا.

الفرع الثاني: إذا قلنا بالمتنع من التزويج بالولاية العامة مع وجود الولاية الخاصة والفسخ إن وقع، فزوجهما أجنبي وأولياؤها غيب، فقد قال ابن القاسم في «الموازية»: للولي والسلطان فسخ ذلك. وكتب مالك إلى ابن غانم إذا زوجها الأجنبي، وأولياؤها غيب، فرفع إلى السلطان فلا ينظر فيه إلا أن يقدم الولي فيطلب الفسخ فيفسخ إلا فيما يطول مع الولادة.

وأما التي لا خطب لها وليست من العرب فلا يفسخ وإن قرب.
ثم حيث قلنا بالفسخ، فإن كان قبل الدخول فلا عقوبة عليها إذا كان النكاح مشهوراً، إذا لم يوجد منها سوى العقد بالقول، وإن بنى بها عوقبا جميعاً، ومن تولى العقد، ومن علم من الشهود، والفسخ تطليقة بائنة.

الفصل الثاني في ترتيب الأولياء

والأصل: القرابة، وحكم الوصية داخل فيها، ثم الولاء، ثم التولية، والمقدم من الأقارب الابن، ثم ابنه وإن سفل، ثم الأب، وروي: الأب ثم الابن، ثم بعدهما الأخ، ثم ابنه وإن سفل، ثم الجد. وقال المغيرة: الجد وأبوه أولى من الأخ وابنه، ثم العم، ثم ابنه على ترتيبهم في عصوبة الإرث.

وهل يقدم الأخ من الأب والأم على الأخ من الأب كما في الميراث أم يستويان؟ روايتان: والأولى للملك، وابن القاسم عند ابن حبيب، والثانية في «الكتاب» من رواية علي بن زياد. وكذلك يجري الخلاف في أبنائهما، وفي العمين وأبنائهما.

وأما المعتق إذا مات فعصباته، ثم معتقه، ثم عصبات معتقه، وترتيب عصبات المعتق كعصبات القرابة، وابن المعتق مقدم على أبيه.

فرع: إذا أنكح الأبعد مع وجود الأقعد نفذ.

وقال سحنون: قال بعض الرواة: ينظر السلطان في ذلك.

وقال آخرون: للأقرب أن يميز أو يرد إلا أن يتناول الأمر، وتلد الأولاد.

وقال ابن حبيب: للأقرب أن يفسخه أو يمضيه، ما لم يبين بها ويطلع على عورتها.

وسبب الخلاف: النظر إلى تقدمه الأقرب، هل هي من باب الأولى، أو ذلك حق له

كالقيام بالدم؟

قال أبو الحسن اللخمي: ولم يختلفوا أن النكاح صحيح لا يتعلق به فساد، وإنما

الاختلاف في أنه هل يتعلق به حق آدمي أم لا؟

ثم قال: فإن كانت المرأة لا قدر لها، مضى إنكاح الأبعد بنفس العقد قولاً واحداً.

الفصل الثالث في سزالب الولاية

وهي ستة:

الأول: الرق، فلا ولاية لرفيق، وله عبارة في القبول لنفسه ولغيره بالوكالة بإذن السيد

وبغير إذنه.

الثاني: ما يقدر في النظر، كالصبا والجنون والعتة الموجب للحجر، فجميع ذلك ينقل

الولاية إلى الأبعد.

واختلف في السفه، فقال ابن حبيب: ينقل الولاية إلى ولي السفه ويستحب حضوره، ولا تضر غيبته.

وفي «الموازية» عن ابن القاسم: لا ينقلها، بل يعقد على ابنته بإذن وليه.

وقال أشهب: يعقد إذا كان ذارأي إذا لم يول عليه وإن كان سفها.

فروع: فإن عقد السفه على ابنته، فقال ابن وهب: لوليه إجازته أو رده، فإن لم يكن عليه ولي، فعقده ماض إن كان ما فعل صوابا، وكذلك في أخته.

قال أصبغ: قول ابن وهب صحيح.

قال محمد: إلا قوله إن لم يكن عليه ولي، أنه جائز. قال: وذلك جائز سواء له ولي أم لا، ينظر إلى ما فعل بالاجتهاد كنظر الولي.

الثالث: غيبة الولي الأعد غيبة بعيدة، أو لا ترجى لها أوبة سريعة، فإنها تنقل الولاية إلى الأقرب إليه، وإلى الحاكم، فيزوجها أحدهما.

وقيل: إلى الحاكم فقط، فلا يزوجها غيره.

الرابع: الفسق، وهو يسلب الولاية على قول. والمشهور أنه لا يسلبها، وإنما يقدر في كمال العقد دون صحته.

الخامس: اختلاف الدين، والمشهور أنه يسلب الولاية في الجانين، فكما لا يزوج المسلمة إلا مسلم، فلا يزوج الكافرة إلا كافر، فإن لم يكن لها ولي كافر فأساقفتهم وبعض ولائهم، فيعقدون ولو من مسلم دون وليها المسلم. ولا يصح عقد مسلم عليها، إلا أن تكون معتقة فإن عقد عليها وهي غير معتقة فسخ إن كان لمسلم، ولا يعرض للنصراني.

وقال أصبغ: لا يفسخ عقد المسلم، عقده أولى وأفضل.

وقيل: لا يجوز في إنكاحها للمسلم إلا عقد المسلم خاصة.

السادس: الإحرام، وهو يسلب عبارة المحرم في النكاح والإنكاح، لكن لا يمنع الرجعة، ولا يسلب عبارته فيها.

الفصل الرابع في تولى طرفي العقد

والأب يتولى طرفي عقد البيع في مال ولده، وكذلك الوكيل على البيع إذا اشترى سلعة لنفسه تولى طرفي العقد. وكذلك كل واحد من ابن العم والمعتق، ووكيل الولي، والحاكم يعقد لنفسه على من يتولى عليها بإذنها له في ذلك، فيتولى طرفي العقد، وليشهد كل منهم على رضاها وإذنها خوفا من منازعتها.

قال أبو عمر: ولفظه في العقد أن يقول لها: قد تزوجتك على صداق كذا وكذا، فتقول: رضيت، أو تكون بكرًا فتنسكت رضا بذلك.

الفصل الخامس في التوكيل

وللولي أن يوكل من يعقد على وليته بعد تعيين الزوج.
 وللزوج أيضًا أن يوكل من يعقد عنه، فلا يشترط في وكيله ما يشترط في الأولياء من
 الصفات، بل يصح توكيل العبد والصبي والمرأة والنصراني.
 وقيل: يشترط في وكيله ما يشترط في وليها، فلا يعقد عنه من لا يصلح للعقد عليها
 ولو كان وليها.
 ثم ليقبل الولي للوكيل بالقبول: زوجت من فلان، ولا يقل: زوجت منك، وليقل
 الوكيل: قبلت لفلان، ولو قال: قبلت، لكفى إذا نوى بذلك موكله.

الفصل السادس فيما يجب على الولي

وتجب على الأخ الإجابة إذا طلبت أخته النكاح من كفاء إن كان متعينا. فإن كان له أخ آخر، كان الوجوب عليها، ويسقط بفعل أحدهما، فإن عضلا زوج السلطان بعد أن يأمرهما فيمتعا.

وعلى المجرر تزويج المجنونة إذا تاقث وخشي عليها الفساد، ورأى الولي المصلحة في تزويجها.

ولا يجب تزويج الصغير وإن طلب التزويج، فإن عقد لنفسه، فقال ابن القاسم: إذا أجاز الولي نكاحه فهو جائز كيبه.

وأنكر سحنون ذلك وعلل إنكاره بأنه رآه غير محتاج إلى النكاح، بخلاف البالغ وبخلاف البيع والشراء، فإن الصغير محتاج إلى ذلك.

قال بعض المتأخرين: وإنما أجاز ذلك ابن القاسم؛ لأنه رآه نظرا ماليا، إذ يعود بالصالح في المال في الحال وفي المال.

وإذا عقد الأب لابنه الصغير، لم يصير ضامنا للمهر، إلا أن يكون الابن عديا غير مالك لأمره.

الفصل السابع في الكفاءة

والنظر في اعتبار أمور.

الأول: الدين، وهو معتبر في الكفاءة بلا خلاف.

فإن كان فاسقا، فحكى الشيخ أبو الطاهر أنه لا خلاف منصوص أن تزويج الوالد من الفاسق لا يصح، قال: وكذلك غيره من الأولياء، وإن وقع وجب للزوجة أو لمن قام لها فسخه.

قال: وكان بعض أشياخي يهرب من الفتوى في هذا، ويرى أنه يؤدي إلى فسح الكثير من الأنكحة.

وإشارته بذلك إلى الفاسق بجوارحه، وأما الفاسق باعتقاده فقد نص عليه مالك، فقال في «كتاب محمد»: لا يتزوج إلى القدرية ولا يزوجوا.

الثاني: النسب، ولا يخلو أن يكون حرا عربيا، أو موليا، أو رقيقا.

الأول: أن يكون حرا عربيا، فهو كفاء.

الثاني: أن يكون موليا، فمذهب الكتاب أنه كفاء. قال ابن القاسم فيه: سألت مالكا

عن نكاح الموالى في العرب، فقال: لا بأس بذلك، ألا ترى إلى ما في كتاب الله عز وجل: ﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ

الله أَتَقَاتُكُمْ ﴿ [سورة الحجرات آية ١٣].

وكذلك في «كتاب محمد»: قال مالك في المرأة، يريد الشيب، ترضى برجل دونها في الحسب، وهو كفؤ في الدين، ويرده الأب أو الولي فرفعت ذلك إلى السلطان فليزوجها منه.

ونقل بعض المتأخرين قولاً آخر عن المذهب أنه ليس بكفء.

وقال عبد الملك بن الماجشون: إننا تفسر قول مالك في إجازة نكاح المولى من العربية أن ذلك على التقوى في الدين، وأن يكون ذلك لله لقوله تعالى: ﴿إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاتُكُمْ ﴿ [سورة الحجرات آية ١٣]، ولقوله ﷺ: «إذا جاءكم من ترضون دينه وهديه فزوجوه وإن كان عبداً سوداً أجدع أجذم»^(١).

قال عبد الملك: فإذا لم يكن على التقوى كان نكاحاً مردوداً، قبل البناء وبعده، لأنه لا حظ له في الآية التي في كتاب الله، ولا في حديث رسول الله ﷺ، ووجب على السلطان أن يعاقب الناكح والمنكح والشهود لما انتهك من الحرمة، وذلك إذا ابتنى أو مس.

الثالث: أن يكون رقيقاً، فظاهر قول ابن القاسم في «الكتاب» أنه كفء. ونقل القاضي أبو محمد ذلك عنه نصاً. ونقل عن المغيرة وسحنون أنه لا يكون كفؤاً، ثم قال: وهو الصحيح. ونقل بعض المتأخرين عن المغيرة، أنه قال: يفسخ لأن للناس مناكح قد عرفت لهم وعرفوا بها، ثم قال: وهذا الذي صوبه المتأخرون للقطع بكبير المعرة والمضرة في ذلك. وفي «الكتاب»: وقال غيره: ليس العبد ومثله إذا دعت إليه إذا كانت ذات المنصب والموضع والقدر مما يكون الولي في مخالفتها عاصلاً؛ لأن للناس مناكح قد عرفت لهم وعرفوا بها.

الثالث: ما يرجع إلى البدن. فيؤمر الولي أن يتخير لها كامل الخلقة. قال عمر رضي الله عنه: لا يزوج الرجل وليته للقبیح الذمیم، ولا للشیخ الكبير، فإن زوجها من ناقص، فإن كان ناقصاً يضر بها كالجنون والجذام والبرص، أو يؤدي إلى نقص الوطاء، كأحد العيوب المثبتة لخيار الرد، لم يكن كفؤاً، وكان لها رد النكاح كما سيأتي. وإن كان النقص غير ذلك، لم

(١) أخرجه الترمذي (٣/٣٩٥، رقم ١٠٨٥) وقال: حسن غريب، وأبو حاتم المزني له صحة ولا نعرف له عن النبي - صلى الله عليه وسلم - غير هذا الحديث. والبيهقي (٧/٨٢، رقم ١٣٢٥٩). وأخرجه أيضاً: ابن قانع (٢/٣٠٣)، والطبراني (٢٢/٢٩٩، رقم ٧٦٢).

يثبت لها به خيار.

الرابع: المال، والفقر المؤذن بالعدم جملة حتى يعجز عن النفقة عليها والقيام بحقوقها يثبت لها متكلما.

وكذلك إن قدر على ذلك إلا أنه يؤذيها في مالها.

فأما إن كان فقيرا إلا أنه بحيث يقدر على النفقة ولا يؤذيها في مالها، فظاهر الكتاب أن لها متكلما أيضًا. وقيل: لا متكلم لها.

قال بعض المتأخرين: ولعل هذا خلاف في حال، هل في ذلك معرفة عليها أو لا؟ أو لعله نظر إلى الحال أو المال.

ولنختم الفصل بما روي عن ابن القاسم مما يشير إلى اعتبار الكفاءة في القدر والحال والمال.

فروى عنه أصبغ: أن من دعت إلى زوج وأبى عليها ولها، فنظر السلطان فلم ير منعه صوابا، ورأى منه عضلا لها وإضرارا بها في ذلك، أمره بتزويجها من رضىته إذا كان كفوا لها في القدر والحال والمال، فإن أبى زوجها السلطان منه على ما أحب أو كره.

قال عبد الملك: وعلى هذا القول اجتمع أصحاب مالك، لا أعلمهم اختلفوا فيه، ثم الكفاءة حقها وحق الأولياء، فإن رضىته هي وهم بتركها جاز.

الفصل الثامن في تزاحم الأولياء

وإذا اجتمع أهل زوجة عقد أفضلهم، فإن تساوا في الفضل عقد أسنهم، فإن تساوا في السن اجتمعوا فعدوا عليها، فإن اختلفوا فروى ابن القاسم: أنهم إذا اختلفوا مع استوائهم في القعدد رفع ذلك إلى السلطان فينظر فيه، فإن بادر أحدهم وعقد برضاها صح العقد ونفذ، ساوهم في الفضل أو نقص عنهم فيه.

فرع: إذا أذنت لولين ولم تعين الزوج، فعقد كل واحد مع شخص ولم يعلم أحد الزوجين بصاحبه حتى دخل بها أحدهما، فهي للذي دخل بها منها، ويفسخ نكاح الآخر. قال المتأخرون: وهكذا قال في «الكتاب»، إذا لم يعلم بعقد الأول حتى دخل، فلو دخل بعد علمه بذلك، لم ينفعه الدخول، وكانت للأول.

فإن لم يدخل بها أحدهما فهي لمن سبق عقده عليها منها، فإن اتحد زمان العقدتين تدافعا، وكذلك إن جهل السبق وأمكن التوافق، أو علم السبق وجعل السابق.

وقال ابن عبد الحكم: السابق بالعقد أولى، وإن دخل الثاني.

ومعتمد المذهب في ذلك ما روي عن عمر والحسن ومعاوية ومن وافقهم على ذلك رضي الله عنهم أجمعين، فقضى عمر في الوليين ينكحان المرأة، ولا يعلم أحدهما بصاحبه

أنها للذي دخل بها، فإن لم يدخل بها أحدهما فهي للأول، فهذا حكمه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه، ثم وافقه الحسن ومعاوية، فروى ابن أبي مليكة: أن موسى بن طلحة أنكح يزيد ابن معاوية أم إسحاق بنت طلحة، وأنكحها يعقوب بن طلحة من الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم، فلم تمكث إلا ليلتين حتى جمعها الحسن، وكان موسى بن طلحة أنكحها من يزيد قبل أن ينكحها يعقوب من الحسن، فقال معاوية: امرأة جمعها زوجها فدعوها، ولم يظهر خلاف. وقال به ابن شهاب، ويحيى بن سعيد، وربيعه، وعطاء، ومكحول وغيرهم.

فروع:

الأول: إذا جهل السابق، وقلنا: يفسخ النكاحان، فإن الفسخ بطلاق.

وقال محمد: يكون الطلاق موقوفاً، فإن تزوجها أحدهما لم يقع عليه طلاق، ولزم الآخر، وإن تزوجها غيرهما وقع الطلاق عليهما.

الفرع الثاني: إذا مات الأول، أو طلق قبل دخول الثاني، فإن علم بذلك قبل دخول الثاني، فلا يكون دخوله فوتاً، وإن لم يعلم حتى دخل فهو فوت.

الفرع الثالث: إذا ماتت المرأة بعد أن علم الأحق منها بدخول أو سبق عقد، فلا شك في ميراثه، ولزوم الصداق له، فإن جهل الأحق بها، ففي ثبوت الميراث مع الجهل قولان للمتأخرين: ثبوته، إذ لا بد أن يكون أحدهما زوجاً، ونفيه إذا لا يورث بالشك. ويثبت الصداق حيث يثبت الميراث، وأما حيث يتنفي فإنما يكون عليه ما زاد منه على قدر الميراث.

الفرع الرابع: إذا مات الزوجان أو أحدهما، فلا ميراث ولا صداق للشك في الزوجية في حق كل منهما، وهي السبب.

الفرع الخامس:

إذا ادعى كل واحد أنه الأول، فصدقت أحدهما، ثبت لها الصداق لأنه إقرار بهال، ولم يثبت الميراث.

ولو شهدت لكل واحد منهما بيعة أنه الأول، تساقطنا، وكان الحكم كما إذا تداعيا من غير بيعة.

والمشهور أنه لا يرجح ههنا بمزيد العدالة، بخلاف البيع، إذ لا يثبت النكاح بالشاهد واليمين، ويثبت به البيع، فمزيد العدالة ههنا كشهادة شاهد واحد.

وقال سحنون: يقضى بالأعدل كالبيع، وبه قال أبو إسحاق البرقي، واختاره محمد عبد الحق.

الباب الثاني في المولى عليه

ولا يولى النكاح إلا على ناقص بصفر، أو جنون، أو سفه، أو ورق، أو أنوثة. وقد سبق حكم الأنوثة والصفر.

أما المجنون الكبير، فللاب التزويج منه عند ظهور الحاجة، وأما المجنونة فيزوجها عند الحاجة صغيرة كانت أو كبيرة، بكرًا كانت أو ثيبًا.

وأما السفية فيجبره الأب على النكاح، وإن كره بما سمي من الصداق في ماله ودمته، ولا رد له إن بلغ الرشد. وكذلك وصي أبيه والسلطان وخليفته، وليس له أن يتولى النكاح بنفسه بوجه.

وقال عبد الملك: لا يزوجه من يلي عليه إلا برضاه.

فروع: إذا تزوج السفية بغير إذن وليه، فروى أشهب أن الولي إن أجازته مضى وإلا فسخ، وكانت طلقة.

قال ابن القاسم، وهو في «كتاب ابن حبيب»: فإن لم يعلم وليه حتى مات أحدهما، فإن كان هو فلا ميراث لها منه، قال ابن حبيب: ولا صداق. فإن مات هي فالنظر لوليها قائم، إما أن يميزه فيأخذ الميراث ويؤدي الصداق، أو يرد النكاح ويدع الميراث، وقاله مطرف، وابن الماجشون.

وذكر أصبغ، عن ابن القاسم: أنهما يتوارثان ويمضي الصداق؛ لأن النظر قد فات فيه بالموت.

وذكر ابن المواز عنه خلاف هذا. قال ابن المواز: قال أصبغ: إن مات هو لم ترثه، وردت كل ما أعطها إلا ربع دينار إن أصابها، وكذلك في حياته إن فسخه.

قال أصبغ: هذا في الدنية.

وقال ابن القاسم: ويجهتد في الزيادة لذات القدر، قال أصبغ: بما يرى مما لا يبلغ صداق مثلها.

قال ابن المواز: وروى ابن وهب في السفية: لا يترك لها شيء، لا ربع دينار ولا غيره، وإن كان لها قدر.

قال ابن حبيب: وهذا القياس.

وأما الرقيق، فللسيد إجبار الأمة والعبد، ولا يجبر هو لهما، فلو طلبا النكاح لم تجب الإجابة.

وسبب هذا التصرف الملك، حتى يزوج المسلم أمته الكافرة، والولي يزوج رقيق الطفل للمصلحة، وأمة المرأة يزوجه وكيلها كما تقدم.

ومن بعضه رقيق لا يجبر ولا يستبد، من ذكر أو أنثى، ولا يجبر مالك بعضه على تزوجه إذا طلبه، ولا يقضى عليه به، ولو كان منعه ضرارا كالعبد والمكاتب.
وأما من فيه عقد من عقود الحرية، فحكى الشيخ أبو الطاهر عن المذهب في إجباره أربعة أقوال:

الإجبار، ونفيه. والفرقة بين الذكور والإناث، فيجبر الذكور لقدرتهم على الحل عن أنفسهم، ولا تجبر الإناث لعدم قدرتهم على ذلك. والرابع: التفرقة بين من يقدر على انتزاع ماله فيصح إجباره، وبين من لا يقدر على انتزاع ماله، فلا يصح إجباره.
ثم حكى عن بعض أشياخه أنه أنكر هذه التفرقة، وقال: إنما أراد أبو الحسن اللخمي التعليل في منع إجبار المكاتب بذلك، فأخذ منه إطلاقا كلياً بين من ينتزع ماله، وبين من لا ينتزع ماله، وهو غير صحيح، إذ قد يعلل في مسألة بعلة، ويعلل في أخرى بغيرها.
القسم الثالث من الكتاب في الموانع وهي أربعة أجناس:

الأول: ما يقتضي تأييد التحريم، ويشتمل على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المحرمية وأسبابها ثلاثة: قرابة، ورضاع، وصهر.

السبب الأول: القرابة ويحرم منها سبع: الأمهات، والبنات، والأخوات، وبنات الإخوة والأخوات، والعمات، والخالات، ولا تحرم بنات الأعمام والأخوال.
والأم عبارة عن كل امرأة ينتهي إليها النسب بالولادة ولو بوسائط، على أي العمودين كانت، وبنات الرجل عبارة عن كل امرأة ينتهي إليه نسبها ولو بوسائط.
والضابط أنه يحرم على الرجل أصوله وفصوله، وفصول أول أصوله، وأول فصل من كل أصل وإن علا.

فرع: إذا ولدت من الزنا لم يحل لها نكاح ولدها، وأما نكاح الزاني للمخلوقة من مائه، فحكى القاضي أبو الحسن جوازه.
قال القاضي أبو الوليد: وهو قول عبد الملك بن الماجشون، قال: والمشهور من المذهب أن ذلك غير جائز.

قال سحنون: في قول ابن الماجشون هذا خطأ صراح، وما علمت من قاله من أصحابنا معه.

وقال ابن المواز: لا يتزوجها، وأباه أصبغ، وابن عبد الحكم في ظني، ومكروهه بين اعتباراً بتحريم الأم من الزنا.
ولا تحل المنفية باللعان.

السبب الثاني: الرضاع، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وكل امرأة أرضعت شخصا، أو أرضعت من أرضعته، أو أرضعت من يرجع بسبب إليه فهي أمه. وكذلك كل امرأة يرجع نسب المرضعة إليها، إذ أخت المرضعة خالة الرضيع، وأخوها خاله، وكذا في سائر أحكام النسب.

السبب الثالث: المصاهرة، ويحرم منها بمجرد عقد النكاح الصحيح المباح أمهات الزوجة من النسب والرضاع، وزوجة الابن، والحفدة، وزوجة الأب والجد من جهتي النسب والرضاع.

فأما العقد المكروه، وهو المختلف في جوازه، فقد قال ابن القاسم في «الكتاب»: كل نكاح لم يكن حراما في كتاب الله، ولا حرمه رسول الله ﷺ، وقد اختلف الناس فيه، فهو عندي يحرم كما يحرم النكاح الصحيح الذي لا اختلاف فيه، وهذا الذي سمعت عن أرضى.

وقال فيه أيضًا: إذا تزوج امرأة في عدتها، ففرق بينهما قبل البناء جاز لابنه أن يتزوجها. وقال ابن حبيب، عن ابن الماجشون، عن مالك: إن النكاح الفاسد على وجهين: أحدهما: ما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، كنكاح الشغار الذي سمي مهره، والنكاح بالصدوق المجهول أو إلى أجل غير مسمى، أو إلى موت أو فراق، أو النكاح بالخمر أو الخنزير، فإن هذا كله إذا انعقد به حرمت الزوجة على أب الزوج وابنه. وإن كان النكاح محرما في كتاب الله أو سنة رسوله، كنكاح الخامسة، والنكاح في العدة، ونكاح الأخت على الأخت، ونكاح المرأة على عمته بنسب أو رضاع، ونكاح التحليل، ونكاح السر، فإن المرأة بذلك لا تحرم على أب الزوج، ولا على ابنه. أما بنات الزوجة، فلا يحرم من بمجرد العقد، بل بالوطء فيه، وفي معنى الوطء مقدماته من القبلة والمباشرة إذا كان ذلك للذة، وكذلك النظر إلى باطن الجسد بشهوة على المشهور، وقيل: لا تنتشر الحرمة بذلك.

ولا يشترط في تحريم بنات الزوجة كونهن في حجره. ثم لا يعتبر حل الوطء بعد تقدم العقد الصحيح أو شبهته. فإن انفراد الوطء عن العقد، فإن كان حلالا كالوطء بملك اليمين فحكمه حكم الوطء في عقد النكاح، وإن كان حراما محضاً، ففي «الكتاب» فيمن زنى بأم امرأته، قال ابن القاسم: قال لنا مالك: يفارقها ولا يقيم عليها، وهذا خلاف ما قال لنا مالك موطنه. قال سحنون: وأصحابه على ما قال في الموطأ، ليس بينهم فيه اختلاف، وهو الأمر عندهم.

التفريع: إن قلنا بمذهب الموطأ، فوجود هذا الوطاء كعدمه، وإن بنينا على مذهب الكتاب، فقد اختلف الأصحاب في مقتضى الأمر بالفراق فيه، هل هو على الوجوب أو على الندب؟ على قولين.

فإن كان الوطاء بالاشتباه مع عدم عقد النكاح وملك اليمين وشبهتهما. فقد قال الشيخ أبو عمران: لا نعلم خلافا بين أصحابنا في وطء الشبهة أنه يحرم، إلا ما روي عن سحنون أنه قال فيمن مد يده إلى زوجته في الليل فوقعت على ابنته منها فوطئها غلطا: إن ذلك لا يحرم عليه زوجته.

وإذا فرعنا على قول الأصحاب، فقد خرج عليه المتأخرون فرعا اختلفوا في حكمه وكثر اختلافهم فيه حتى أُلّف بعضهم على بعض، وهو إذا حاول الرجل وطء زوجته أو التلذذ بها، فوقعت يده على ابنته منها، فالتذ بذلك، فمنهم من أمر باجتناب الزوجة ومفارقتها، ومنهم من لم ير ذلك على الزوج.

وعلى القول الأول الأكثر منهم كالشيخ أبي الحسن والشيخ أبي عمران، وأبي بكر بن عبد الرحمن، وأبي إسحاق التونسي، وأبي حفص القطان، وأبي القاسم السيوري، وأبي محمد عبد الحميد، وبذلك أخذ الفقيه أبو بكر بن التبان ففارق زوجته حين نزلت به، ونص عليه الشيخ أبو إسحاق في كتابه الزاهي.

وعلى القول الثاني أبو القاسم الطائي، وأبو سعيد بن أخي هشام، وأبو القاسم بن شبلون، وهو مقتضى ما روي عن سحنون، وروي نحوه عن الليث بن سعد، وهو إحدى الروايتين عن الشيخ أبي محمد، وروي عنه مثل قول الأولين أيضًا.

وهذا القول الثاني هو الذي اختاره الإمام أبو عبد الله في تأليفه الذي ألفه في هذه المسألة، وسماه بكشف الغطاء عن لمس الخطأ، واحتج له بأنه لا رافع للحل المستصحب في الزوجة إلا آية تحريم المصاهرة، وهي لا تتناول البنت إذ ليست من نسائه في الحال كالزوجة، ولا تصلح أن تكون من نسائه في المآل كالأجنبية.

فروع:

الأول: في بيان مقتضى المذهب فيما ذكر القائلون بالقول الأول.

قال الإمام أبو عبد الله: وجهورهم على أن المذهب فيه على قول واحد لا يختلف، بخلاف ما وقع من ذلك عن قصد وعمد، قال: وقال ضعفاؤهم: بل يتخرج على الروايتين في انتشار الحرمة بالزنى. وحكى عن شيخه أبي محمد عبد الحميد أنه كان يرى أنه وهم فاسد ممن حكى عنه.

الفرع الثاني: في بيان مرادهم باجتناب الزوجة، والظاهر من إطلاقهم الأمر باجتنابها

تحريمها، ووجوب فراقها والإجبار عليه وهو مذهب جمهورهم.
ونقل عن الشيخ أبي الحسن، والشيخ أبي عمران أنها إنما كانا يريان الاجتناب
والمفارقة على وجه الاستحباب والاحتياط لا على وجه
الإيجاب والإجبار، وهو مذهب أبي الطيب عبد المنعم، فإنه أمر بالفراق وتوقف في
الإجبار.

الفرع الثالث: فيمن وطئ امرأة مكرها، هل تنتشر الحرمة بوطئه ذلك أم لا؟ قال
الإمام أبو عبد الله: حكم هذه المسألة يتخرج على الخلاف في وطئ المكره هل يعد زنى،
فيحد فيه، أو يعذر بالإكراه فيسقط عنه الحد؟ قال: فإن قلنا بالأول، كانت المسألة على
الروایتين في انتشار الحرمة بوطئ الزنا، وإن قلنا بأنه يعذر ويسقط الحد عنه، جرى مجرى
الوطئ على وجه الغلط، وقد تقدم الكلام عليه.

ويتم المقصود من بيان تحريم المصاهرة بذكر فروع متتالية في الجمع بين الأم وابتها
بعقد نكاح أو بملك يمين.

أما عقد النكاح فإن عقد عليهما عقدا واحدا، فهو فاسد. ثم إن دخل بها جميعا حرمتا
عليه على التأييد. وكذلك الحكم في وطئه لهما جميعا حيثما وقع بعقد نكاح، أو بملك يمين،
أو بشبهة أحدهما، وقد تقدم حكم الحرام المحض.

وإن لم يدخل بهما، ولا بواحدة منهما، فلا تحرم البنت عليه بلا خلاف.
وأما الأم، ففي «الكتاب» قولان: مذهب مالك وابن القاسم أنها لا تحرم.
ومذهب الغير تحريمها.

وإذا دخل بالبنت حرمت الأم، ولم يحرم عليه تجديد عقد على البنت.

وإن دخل بالأم حرمت البنت. وفي تحريم الأم القولان المتقدمان.

وإن عقد عليهما عقدين مفترقين. فإن بدأ بعقد الأم ولم يدخل بواحدة منهما حلت له

البنت بنكاح ثان. وفي تحريم الأم على التأييد القولان.

فإن دخل بالبنت خاصة، فسخ نكاحها وكان له أن يتدى العقد عليها، وحرمت الأم
عليه.

وإن دخل بالأم خاصة حرمت عليه على قول الغير، ولم تحرم على قول مالك وابن

القاسم.

أما البنت فتحرم عليه بالإجماع.

وإن كان العقد أولا على البنت، فإن لم يدخل بواحدة منها أصلا، لم تحرم البنت

وحرمت الأم.

وكذلك إن دخل بالبنت خاصة. فإن دخل بالأم حرمتا عليه جميعا. وأما ملك اليمين، فلا يمتنع عليه جمعها فيه للخدمة، أو إحداها للخدمة والأخرى للوطء. ثم أيتها وطئ حرمت عليه الأخرى على التأيد.

وإن جمع بينهما بالنكاح في إحداها، والملك في أخرى، فإن وطئها أو وطئ إحداها، فالحكم كما تقدم في المملوكتين. وإن لم يطأ واحدة منها فالمملوكة محرمة للجمع خاصة ما لم يدخل بالزوجة أو تكن الصغرى فيتأبد التحريم.

النوع الثاني: اللعان.

فإذا لاعن الزوج زوجته ووقعت الفرقة بينهما، حرمت عليه على التأيد، ولا تحل له أبداً، ولو أكذب نفسه.

النوع الثالث: الوطء في العدة.

وقد رأيت الاختصار فيه على فصل ذكره أبو القاسم بن محرز، ونصه: كل امرأة معتدة من نكاح أو شبهة نكاح، فنكحت في عدتها تلك ووطئت، فإنها تحرم على واطئها، ولا تحل له أبداً، ولا أعلم في هذا اختلافاً بين أصحاب مالك.

وإن كانت مستبرأة من زنى أو اغتصاب، فنكحت في ذلك الاستبراء ووطئت فيه، فاختلف في ذلك، فقال مالك ومطرف: سبيله سبيل من تزوج في العدة. وذهب ابن الماجشون إلى أنها لا تحرم بالوطء في هذا الاستبراء.

وإن كانت مستبرأة من وطء ملك في بيع أو هبة، فوطئت في ذلك الاستبراء بملك، فإن واطئها لا يكون حكمه حكم الواطئ في العدة، وهذا مما لا يختلف فيه إن شاء الله. وإن وطئت في هذا الاستبراء بنكاح فاختلف فيها، فقيل: تحرم عليه، وقيل: لا تحرم عليه.

وإن أعتقت جارية وكان سيدها يطؤها، فتزوجت في استبرائها ذلك ووطئها زوجها، فإنها لا تحرم بذلك عليه عند ابن القاسم وأشهب جميعا. وليست عندهما كأم الولد في الكراهة. وإن كانت في استبرائها قد أفضت إلى حرية، لما كان الوطء في ملك محض.

وسبيل الوطء بشبهة نكاح في جميع الأوجه التي ذكرنا سبيل من وطئ في نكاح صحيح، وسبيل من وطئ بشبهة ملك سبيل من وطئ في ملك صحيح.

فأما من وطئت بغير شبهة في عدة أو استبراء على وجه الزنا أو الاغتصاب، فإنه لا حرمة لذلك الوطء، فلا تقع به حرمة عليه ولا عليها. والأصل في هذا التحريم ما ثبت من قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك وقيامه به في الناس.

قال القاضي أبو محمد: وقد روى مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، ولا

مخالف لهما مع شهرة ذلك وانتشاره.

والقياس على قاتل موروثه بعلة الاستعجال، وعلى الملاعن بعلة إدخال الشبهة في النسب.

الجنس الثاني: ما يتعلق بتعدد عددي لا تتأبد به الحرمة، ويشتمل أيضًا على ثلاثة أنواع. النوع الأول: الجمع.

فيحرم الجمع بين الأختين قرانا. وألحقت السنة بهما الجمع بين سائر المحارم، فقال ﷺ: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها»^(١).

والضابط: أن كل امرأتين بينهما من القرابة أو الرضاع ما يمنع تنكاحهما لو قدرت إحداهما ذكرا، فلا يجوز الجمع بينهما في العقد، ولا في الحل.

واحترزنا بذكر القرابة أو الرضاع عن الجمع بين المرأة وأم زوجها أو ابنته، فإن جمع في العقد بطل النكاحان وفسخا أبداً. وإن جمع بينهما في الحل ثبت نكاح الأولى، وبت نكاح الثانية قبل الدخول وبعده إذا قامت على ذلك بيته، فإن لم تقم هنالك بيته قبل قول الرجل في ذلك، رواه محمد عن أشهب. قال محمد: وهذا صواب إلا أن تخالفه التي يترك، فإنه يخلف لأنه مدع لسقوط المهر أو فساده، فيكون فسخه حيثنذ بطلاق.

وفي معنى النكاح ملك اليمين، حتى لو اشترى أمة ووطئها حرمت عليه أختها وخالتها وعمتها. فإن ملك واحدة منهن، فما لم يحرم الموطوءة على نفسه ببيع أو عتق أو كتابة أو تزويج أو نحو ذلك، لا يجلب له وطء ما استجد ملكها، ولا تقوم العوارض المحرمة كالحيض والعدة بالشبهة والردة والإحرام مقام البيع وما ذكر معه.

ولا يقوم مقامه أيضًا تحريم من وطئ يمين مبدئها أو بظهارها أن لا يطأها أو بغير ذلك. قال ابن أبي سلمة: ولا يهبتها لمن يعتصرها منه، ولا لمن إذا شاء أخذها منه بشمن أو بغير ثمن بغير امتناع منه، ولا ببيع مفسوخ.

وقيل: لا يبيع صحيح دلس فيه بعيب. ولا يبيع فيه استبراء، ولا على المهلة أو الخيار حتى ينقضي ذلك كله.

قال محمد: يريد عهدة الثلاث.

فرع: لو ملك عصمة إحداهما، ووطئ الأخرى بملك اليمين، فإن كان عقد النكاح هو السابق، فقد روى محمد عن ابن القاسم أنه يوقف عن الزوجة حتى يحرم فرج أمته عليه، ولا يفسد ذلك النكاح. وقال أشهب: بل يطأ الزوجة؛ لأن فرج أمته عليه حرام منذ

(١) أخرجه مسلم (١٠٢٩/٢)، رقم (١٤٠٨).

عقد على أختها عقد النكاح.

وإن كان الوطاء هو المقدم، ثم تزوج قبل أن يحرم الأمة، فقال محمد: اختلف فيه أصحاب مالك، فقال عبد الله بن عبد الحكم وأشهب: نكاحه جائز، وله أن يطأ امرأته، ولا يحدث تحريمًا لجاريتها؛ لأن نكاح أختها قد حرمها عليه. وقال ابن القاسم: لا يجوز أن يعقد النكاح حتى يحرم الأمة على نفسه، فإن فعل وقف بعد النكاح لا يقرب واحدة منها حتى يحرم على نفسه أيتها شاء. وقال عبد الملك: يفسخ النكاح، ولا يقرب على حال.

النوع الثاني:

الزيادة على أربع نسوة.

فيمتنع على الحر الزيادة على الأربع، وكذلك العبد.

وروى ابن وهب: أن الثالثة في حق العبد كالخامسة في حق الحر، فلا يزيد العبد على اثنتين.

وتحل الخامسة بطلاق بائن لإحدى الأربع دون الرجعي.

ولو نكح خسا في عقد، فالعقد باطل فيهن.

فأما لو جمع بين أربع يصح جمعهن في الحل، وسمى لكل واحدة صداقا، فالمذهب الصحة والجواز، إذ لا غرر ولا خطر. فإن لم يسم لكل واحدة صداقا، فمذهب الكتاب المنع. وقال ابن دينار وأصبيغ بالجواز.

التفريع: إذا قلنا بمذهب الكتاب، فوقع العقد، فللمتأخرين قولان:

أحدهما: الرجوع إلى صداق المثل.

والآخر: أنه يفض المسمى.

وهما القولان أيضًا في فسخه قبل الدخول. وسبب الخلاف في الموضعين مراعاة الخلاف، فمن راعاه صحح وفض المسمى، ومن لم يراعاه فسخ قبل البناء، ورد بعده إلى صداق المثل. وإن فرعنا على قول ابن دينار وأصبيغ، فقد قال أصبيغ: يعطى لكل واحدة منهن صداق مثلها. قال أبو القاسم بن محرز: يعني من تلك التسمية، قال: وحكاه عن ابن دينار.

فروع: قال الشيخ أبو عمران: من ادعى نكاح رابعة ولا بينة له، منع من نكاح خامسة لها حتى يطلقها. يريد: أو يطلق غيرها.

النوع الثالث: استيفاء عدد الطلاق.

وهو ثلاث للحر، واثنتان للعبد، فمن استوفاه منها لم تحل له الزوجة حتى يطأها غيره وطلنا مباحا في نكاح صحيح لازم.

وقال ابن الماجشون: يحصل الإحلال بالوطء في الحيض والإحرام والصيام إذا صح العقد.

ولا تحل الذمية بنكاح الذمي لفساده على المشهور. وقيل: تحل بناء على صحة أنكحتهم في الشاذ.

ولا يكفي نكاح الشبهة، ولا نكاح الدلسة، وهو نكاح المحل. قال مالك في المختصر: ومن نكح امرأة ليحلها لزوجها، فلا يحل ذلك ولا يقر على ذلك النكاح حتى يستقبل نكاحا جديدا، ولها مهرها إذا أصابها، ولا ترجع إلى زوجها الأول إلا بنكاح رغبة غير دلسة يصيها فيه. فنصر رضي الله عنه على أن نكاح المحلل لا يحل ولا يحل، وأن نكاح الدلسة لا يجوز ولا يفيد، فلا ينتفع بلطائف الحيل في تحصيل الإحلال عنده، بل لا يقع حللا ولا يفيد إحلالا. وذلك مقتضى الحديث الصحيح، وهو ما خرجه أبو عيسى الترمذي وصححه عن عبد الله بن مسعود قال: «لعم رسول الله المحل والمحلل له»^(١).

وخرج أبو الحسن الدارقطني عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «الآن أخبركم بالتيس المستعار، قالوا: بلى، قال: هو المحل ثم قال: لعم الله المحل والمحلل له»^(٢).

ثم المعتر في التحليل نية المحل دون نية المرأة والمطلق، فنية المحل للإحلال تنزل منزلة اشتراطه في العقد، فيفسد ولا يحل.

ولو نكح بشرط الطلاق فسد العقد ولم يحل. ويفسد النكاح أيضًا باشتراط عدم الوطء.

ثم حيث فسد العقد لوقوعه على الوجه المنهي عنه، فرق بينهما قبل البناء وبعده بطلقة بائنة، ولها المسمى في أظهر الروايتين. وروى ابن عبد الحكم أن لها مهر مثلها. فروع: في الوطء.

ويكفي إيلاج الحشفة، أو مقدارها من مقطوعها، ولا يكفي وطء الصبي ولا وطء من لم تنتشر آتته، إذ انتشار الآلة مشترط في قول أكثر المتأخرين. وقيل: لا يشترط، بل يكفي الوطء بغير انتشار.

ويشترط كون الزوجة عالة بالوطء عند ابن القاسم، ولا يشترط علم الزوج.

(١) أخرجه الترمذي (١١٤٦).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٦٢٣/١)، رقم (١٩٣٦)، قال البوصيري (١١٢/٢): هنا إسناد مختلف فيه من أجل أبي مصعب. والطبراني (٢٩٩/١٧)، رقم (٨٢٥)، والحاكم (٢١٧/٢)، رقم (٢٨٠٤) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٢٠٨/٧)، رقم (١٣٩٦٥). وأخرجه أيضًا: الرويانى (١٧٥/١)، رقم (٢٢٦)، والدارقطني (٢٥١/٣).

واشترط أشهب علم الزوج خاصة.

فلو وطئها الزوج في حال جنونه وهي سليمة، أحلها عند ابن القاسم، ولم يحلها عند أشهب. ولو كانت هي المجنونة دونه، أحلها عند أشهب، ولم يحلها عند ابن القاسم. وقال ابن الماجشون: يحلها كان الجنون به، أو بها، أو بها معا.

ثم حيث وقع الوطء المعتبر، فاتفق الزوجان عليه حلت به، فإن ادعت الوطء وأنكره لم يحلها عند مالك. وقال ابن القاسم: يحلها. وقال ابن وهب: إن كان الزوج ينكر عند الفراق لم يحلها، وإن قاله بعد الفراق لم يقبل، وقد حلت. وقال القاضي أبو الوليد: كل موضع تصدق فيه على الزوج في دعوى الوطء صدقت في الإحلال. وكل موضع لا تصدق فيه إذا نكرها، فلا تحل بدعواها.

الجنس الثالث من الموانع: الرق، وهو نوعان:

النوع الأول: مانع على الإطلاق من الجانبيين، وهو الرق الثابت على أحد الزوجين للآخر، فلا يجوز لرجل أن ينكح أمته، ولو ملك منكوخته انفسخ النكاح، وكذلك المرأة لا تنكح عبدها، وإن ملكت زوجها انفسخ النكاح.

فرع: إذا وهب السيد لعبده زوجته أمة السيد، ففي «الكتاب» من رواية ابن نافع: إذا وهبها ليفسخ نكاحه، فلا يجوز ذلك له، وإن تبين أنه صنع ذلك ليعتقها منه وليحلها بذلك لنفسه أو لغير زوجها، أو ليحرمها بذلك على زوجها، فلا أرى ذلك له جائزاً، ولا أرى أن يحرمها ذلك على زوجها، ولا تنتزع منه. وقال أصبغ: يكره للسيد ذلك، فإن فعل جاز. وقال ابن عبد الحكم: إذا قصد إلى الفرقة لم يجوز.

قال أبو القاسم بن محرز: هذه المسألة تدل على أن للسيد أن يكره عبده على قبول الهبة، لولا ذلك لم يكن هبة السيد تأثير، ولا كان يعتبر قصده فيها؛ لأن العبد قادر على أن لا يقبلها كيف ما كانت نية سيده فيها، ولكن لما كان له أن يجبره اعتبر في «الكتاب» قصده، وحمل الأمر على إرادته، فإن سلمت إرادته صحت هبته وفسد النكاح. وإن لم تسلم إرادته بطلت هبته وثبت النكاح.

النوع الثاني: مانع على الجملة في بعض الأحوال وهو الرق الثابت على الزوجة لغير الزوج، فلا ينكح الحر المسلم مملوكة الغير إلا بشروط: عدمه الطول، وخوفه العنت، وكونها مسلمة. وروي أنه يجوز للحر نكاح الإماء المسلمات مطلقاً من غير اعتبار بالشرطين الأولين.

وإذا فرعنا على المشهور، فالنظر في الطول والعنت.

أما الطول: فهو المال الذي يتزوج به الحرة، ولا تراعى قدرته على النفقة.

وقال أصبغ في «كتاب ابن حبيب»: تراعى قدرته على النفقة حتى لو وجد صدق الحرة وعدم النفقة عليها تزوج الأمة. وروى أن الطول وجود الحرة نفسها في عصمته. وإذا فرعنا على أنه المال، فلو عدم ما يتزوج به الحرة لأبيح له تزويج الأمة، وإن كانت تحته ثلاث حرائر إذا خشي العنت معهن.

قال القاضي أبو بكر: ولو قدر على طول حرة كتابية لنكح الأمة، ولو وجد حرة فغالته في المهر بمقدار يعد قبوله إسرافاً ولم يجد غيرها نكح الأمة. ولو قنعت بدون مهر المثل وهو قادر عليه لم ينكح الأمة.

وأما العنت، فهو الزنا. وإنما يتم بغلبة الشهوة وضعف التقوى. فإن قوي على التقوى وأمن من نفسه لم ينكح. فإن خاف العنت مع القدرة على الطول، كمن هوى أمة بعينها، ولم يمكنه الصبر عنها، فروى محمد وابن حبيب: أنه يجوز له أن يتزوجها.

وخرج القاضي أبو الوليد هذه الرواية على رواية عدم اعتبار الشرطين، أو على أن المراد بالطول ما يصل به إلى استباحة ما خاف على نفسه العنت بالامتناع منه من ثمن أمة على اختيار مالها أو مهر حرة على اختيارها إن كانت معينة. والقادر على سرية لا يخاف العنت معها، لا يترخص بنكاح الأمة.

فروع متتالية: لو تزوج أمة لكونه على الشرائط المعتبرة في الإباحة فلم تغنه، فله أن يضيف إليها من تغنيه إلى تمام الأربع. ولو استغنى بالأولى ففي إباحة ما زاد عليها خلاف. وإذا نكح الأمة على الحرة، فمذهب الكتاب جواز النكاح، وأنه إن وقع لم يفسخ. والرواية الأخرى أنه ممنوع.

وسببها الاختلاف في أن وجود الحرة تحته طول أم لا؟

واختلف في هذا المنع: هل هو التحريم أو الكراهة؟

ثم على القول بالتحريم يفسخ نكاح الأمة، وبه قال أشهب وابن عبد الحكم.

وعلى القول بالكراهة لا يفسخ، لكن تحجير الحرة. وهل تحجير في فسخ نكاحها أو بقاءه؟ أو تحجير في فسخ نكاح الأمة وإقراره؟ مذهبنا: الأول لملك في «الكتاب». والثاني لابن الماجشون والمغيرة.

والحر الكتابي ينكح الأمة الكتابية، والعبد المسلم لا ينكحها. ثم إذا نكح الحر المسلم الأمة لكونه على الشرطين المعتبرين، ثم قدر على الحرة ونكحها، لم يفسخ نكاح الأمة. وإن قلنا: إن الحرة طول، إذ لا تراعى الشروط إلا في ابتداء النكاح دون دوامه، ولأنه أيضاً لا يأمن عودة الأمر بعد ذلك. لكن يكون للحررة الخيار إذا علمت بعد العقد. وقيل: لا خيار لها؛ لأنها فرطت في البحث. ولو جمع القادر بين حرة وأمة في عقد واحد بطل نكاح الأمة

على الرواية المشهورة. وهل يبطل نكاح الحرة؟ في ذلك قولان.
ولو جمع بينهما في العقد، حيث أجزنا له الجمع بينهما في الملك، أما على الرواية الشاذة
فالإباحة مطلقاً، وأما على المشهورة، إذا قلنا بأن الطول المال، وعدم طول حرتين ولم تكفه
وتكفه واحدة، فإن النكاح يصح فيها إذا سمي لكل واحدة منهما صداقها، وإن لم يسم ما
لكل واحدة منهما جرى الحكم على القولين.

الجنس الرابع: الكفر.

والكفر ثلاثة أصناف:

الأول: الكتائبون، ويحل نكاح نسائهم ويقرون بالجزية.

الصف الثاني: المعطلة والزنادقة، لا تحل مناكحتهم، ولا يقرون بالجزية.

والصف الثالث: المجوس، ولا تحل مناكحتهم، لكن يقرون بالجزية. وقيل: يحل

نكاح نسائهم.

فرع: لو تنصر يهودي، أو تهود نصراني، أقر. وحكى القاضي أبو بكر رواية، بأنه يقتل
لخروجه عن العهد الذي انعقد له، إلا أن يسلم. أما لو تزندق يهودي أو نصراني، فقال
أصبغ في «كتاب ابن حبيب»: لا يقتل؛ لأنه خرج من كفر إلى كفر. وقاله مالك ومطرف
وابن عبد الحكم. وقال ابن الماجشون: يقتل لأنه دين لا يقر عليه أحد، ولا تؤخذ عليه
جزية. قال ابن حبيب: ولا أعلم من قاله غيره، ولا أقول به.

قال القاضي أبو الوليد: يحتمل أن يريد بالزندقة ههنا الخروج إلى غير شريعة، مثل
التعطيل ومذاهب الدهرية.

وحكى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر بن محمد قال: روى عبد الرحمن بن إبراهيم
الأندلسي في النصراني أو اليهودي يتزندق: أنه يقتل؛ لأنه خرج من ذمة إلى غير ذمة، ولو
أسلم لقتل، كمسلم تزندق ثم تاب. فأما المسلم يرتد، فلا يقنع منه إلا بالإسلام أو
السيف. ثم رده تقطع العصمة بينه وبين زوجته ساعة ارتداده، رواه ابن القاسم في
«الكتاب» ثم قال: وكذلك ردة المرأة عندي. قال: وانقطاع ذلك بتطليقة بائنة، ولا تكون
عليها رجعة وإن أسلم في عدتها؛ لأنه قد تركها حين ارتد، ولم يكن يقدر حين ارتداده على
رجعتها.

وروى ابن أبي أويس وابن الماجشون، أن الردة فسخ.

قال سحنون: والمخزومي يقول: إذا أسلم ورجع إلى الإسلام في عدتها فهو أحق بها.
وقال ابن الماجشون: إن تاب وأدرك زوجته في عدتها كان أحق بها بالطلاق كله،
كالمشرك تسلم زوجته، ثم يسلم في عدتها، فإن انقضت العدة كان إسلام هذه تطليقة،

وارتداد هذه تغطية. وسبب الخلاف: النظر إلى أن للردة أثرا فيما تقدم من عمله أم لا؟ ثم النظر في تعيينه على القول به. فالذين رأوا لها أثرا اختلفوا، فمنهم من رأى أن أثرها إحباطه، فقطع العصمة. ثم اختلف القائلون بذلك في كيفية قطعها، فمن نظر منهم إلى تقدم صحة النكاح جعل القطع طلاقا. ومن اعتبر الغلبة على الفسخ جعله فسخا بغير طلاق.

ومنهم من رأى أثرها تشييت العصمة لا قطعها، فحكم بطلقة رجعية. وأما الذين لم يروا للردة أثرا في العمل الماضي فأروا أن حكمها يرتفع بالتوبة، حتى يعود إلى ما كان عليه قبلها، وجعلوه باقيا على زوجته، كما هو باق على ماله على المعروف من المذهب.

فرعان: الأول: إذا ارتد الزوج إلى دين زوجته اليهودية أو النصرانية، فقال ابن القاسم: تقع الفرقة بينهما كما لو كانت مسلمة. وقال أصبغ في «كتاب ابن حبيب»: لا مجال بينه وبينها، ولا تحرم عليه إن عاد إلى الإسلام.

الفرع الثاني: روى ابن سحنون عن أبيه في المسلم يرفع زوجته المسلمة إلى الحاكم يدعي عليها أنها ارتدت عن دينها فتكر، أن الحاكم يفرق بينهما لإقراره بارتدادها الموجب للفرقة. قال: وكذلك لو كانت الزوجة كتابية.

الباب الأول

في نكاح المشركات

ويتصل بهذا باب نكاح المشركات لانشعاب مسائله عن الموانع السابقة، وفيه فصول:

الفصل الأول

فيما يقر عليه الكافر من الأنكحة

وإذا أسلم الزوجان معا قررا على نكاحهما إذا خلا عن الموانع المتقدمة، فإن سبق زوج بالإسلام، وتحته من لو ابتداء العقد عليها في الإسلام لجاز، أقر عليها، أسلمت معه أو بقيت على دينها، فيقر على الكتابية الحرة دون غيرها، ويعرض على غيرها الإسلام، فإن أسلمت أو عتقت إن كانت أمة كتابية ثبتت معه، وإذا بقيت على حالها وقعت الفرقة في الحال، كان قبل الدخول أو بعده.

وقال أشهب: تتعجل الفرقة، إن كان قبل الدخول، بإسلام الزوج، ولم يقل يعرض عليها. وقاله أصبغ، وهو أحب إلى محمد، قال: ويتنظر فراغ العدة إن كان بعد الدخول. فرع: إذا بنينا على قول ابن القاسم فغفل عنها حتى مضى لها شهر، وما قرب منه، فقال ابن القاسم في «الكتاب»: ليس بكثير، وتبقى على النكاح إن أسلمت في هذه المدة.

ثم حيث قلنا بالفراق، فمذهب الكتاب: إن الفرقة فسخ بغير طلاق. وقال ابن المواز: واختاره القاضي أبو بكر.

وقال ابن القاسم في «العنية»: هي طلبة بائنة. وأما إن كانت المرأة هي السابقة إلى الإسلام، فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة، فإن أسلم قبل انقضائها ثبت عليها من غير رجعة يحدثها وإلا بانت منه.

ثم حيث قلنا: يقر على النكاح لإسلامها أو لإسلامه على كتابية، فلا نبحت عن شرط نكاحها، بل نقررهما على النكاح بلا ولي ولا صداق، وفي العدة إلا إذا أسلم أو أحدهما قبل انقضاء العدة، فإن المفسد قارن الإسلام، فيندفع النكاح، كما لو أسلم على ذات محرم منه. ونقررهم على النكاح المؤقت إن أسلموا بعد الأجل، وإن أسلموا قبله فسخ، بنى أم لا.

ولا نقررهم على ما هو فاسد عندهم إلا إذا كان صحيحا عندنا.

ولو اعتقدوا غصب المرأة أو مراضاتها على الإقامة مع الرجل بغير عقد نكاحا أقررتاهم عليه إذا أسلموا.

وبالجملة، فأنكحتهم فاسدة على المشهور لكن إذا أسلموا صحح الإسلام منها ما لو ابتدءوا عقده بعد الإسلام لجاز عندنا، ويعفى عن ما بنوها عليه من التحريم والإخلال بالشرايط.

ثم إن المفسد إن قارن إسلام أحدهما كفى.

وإذا طلق الكافر زوجته ثلاثا، ثم أسلم في الحال كان له أن يبقى على نكاحها، ولو أبانها عنه بعد الطلاق مدة ثم أسلم، ثم أراد أن يعقد عليها بعد الإسلام، لم يفتقر إلى محلل. فإن قيل: ما حكم صداقهم الفاسد بعد الإسلام؟ قلنا: إذا أصدقها خمرًا، وقبضت قبل الإسلام ودخل بها ثم أسلم، فلا مهر لها. وإن لم تقبض ولم يدخل بها، فلها صداق المثل. وقيل: قيمة ما أصدقها من ذلك لو كان يجوز بيعه.

وكذلك إن دخل عليها ولم تقبض المهر.

وإن قبضت ولم يدخل بها، فقال ابن القاسم: يجب لها صداق المثل. وقال ابن عبد الحكم: قيمة المسمى. وقال أشهب: ربع دينار. وقال غيرهم: لا يجب لها شيء أصلا.

الفصل الثاني

في إسلام الكافر على عدد من النسوة لا يمكن الجمع بينهما

فإذا أسلم على عشر نسوة، اختار أربعة، ثبت نكاحه عليهن، كن أوائل أو أواخر، عقد عليهن في عقد واحد أو عقود متعددة، واندفع نكاح الباقيات، ولا مهر لهن إذا لم يدخل بهن، إذ هو مغلوب على الفراق. وقال ابن حبيب: لكل واحدة نصف صداقها؛ لأنه يعد في الاختيار كالمثقل فيصير كالمتطلق. وقال ابن المواز: لكل واحدة من صداقها خمسة؛ لأنه لو فارق الجميع ما لزمه لهن إلا صداقان.

فإن مات قبل أن يختار، فقال محمد: سمعت من يقول: يرثن منه الربع بين جميعهن، إن لم يكن له ولد مسلم. ولكل من بنى بها منهن صداقها، ومن لم يبن بها فلها خمسا صداقها. قال محمد: لأنه لم يكن عليه إن لم يدخل بهن إلا صداق أربع يقسم بينهن.

قال الشيخ أبو الطاهر: إيجاب أربع صدقات لجميعهن بالموت هو المشهور، وهو الجاري على مذهب ابن المواز. قال: وقيل عليه لكلهن سبع صدقات، قال: وهو رأي ابن حبيب، تكون أربع صدقات لأربع منهن، وثلاث لست، يقتسمن الجميع أعشارا.

وإن أسلم الكافر على امرأة وابنتها، وكان بعد الدخول، فهما محرمتان. وإن لم يدخل بواحدة منهما اختار واحدة منهما في قول، وفارقهما جميعا في ثان، وتعينت البنت في ثالث وهو قول أشهب. فإن كان بعد وطء البنت تعينت واندفع نكاح الأم. وإن كان بعد وطء الأم اندفع نكاح البنت وبقي نكاح الأم. وقيل: يندفع للعقد على البنت.

وإن أسلم على أختين، أو من أشبههما ممن لا يجوز الجمع بينهما، اختار واحدة وفارق من سواها.

الفصل الثالث

في الاختيار

ولا تخفى صرائح ألفاظه، ويلحق بها ما أفاد معناها. فلو طلق واحدة تعينت للنكاح، قاله ابن عبدوس، وكذلك لو ظاهر، أو آلى، أو وطئ. ولو قال: فسخت نكاحها، انفسخ نكاحها؛ لأنه أوقع بالفسخ عليها ألا تختار نكاحها.

ولو اختار أربعة، فإذا هن أخوات، فقال ابن الماجشون: له تمام الأربع ممن فارق منهن ما لم يتزوجن. وقال ابن عبد الحكم: له ردهن وإن دخل بهن أزواجهن.

قال أبو الحسن اللخمي: يريد إذا اختار أربعة، فوقع الفراق على البواقي باختياره الأربع، ولم يوقع على البواقي طلاقا، ولو أوقع عليهن الطلاق لم يكن له رد فيمن طلق وإن لم يتزوجن إذا كان طلاقه قبل الدخول، أو بعد انقضاء العدة.

فرع: لو أسلم ثنائي كتابيات، فأسلم أربع، ومات قبل التبيين، لا يوقف شيء من الميراث؛ لأنه ربما كانت المفارقات المسلمات، فلا يتيقن حق الزوجية. وكذلك لو كانت تحته كتابية ومسلمة، فقال: إحداكم طالق ومات، ولم يعين لم يوقف لها ميراث على القولين جميعا في إيقاع الطلاق من غير تعيين محله. أما على المشهور فلعدم أصل الحق، وأما على القول الآخر فللشك فيه.

الفصل الرابع

في النفقة

وإذا تخلفت ثم أسلمت لم تستحق نفقة لمدة التخلف؛ لأن الامتناع منها. ولو سبقت ثم أسلم، فروى أصبغ عن ابن القاسم: أن لها النفقة في عدتها. وكذلك روى محمد قال: وذلك عليه، حاملا كانت أو حائلا؛ لأنه ممن له الرجعة لو أسلم في عدتها، بل إسلامه في العدة رجعة.

قال محمد بن أبي زنين: وروى عيسى عن ابن القاسم: أنه لا نفقة عليه لها؛ لأنها منعت فرجها، وجاء الفسخ من قبلها، قال: وهي أحسن عند أهل النظر من رواية أصبغ. الجنس الخامس من الموانع:

كون أحد الزوجين على حالة يتضمن العقد معها جنائية على حق غيره، وذلك نوعان: الأول: ما يتضمن الجنائية على حق الله عز وجل، وهو الإحرام. فلا يجوز للمحرم بحج أو عمرة أن يباشر عقد النكاح على نفسه ولا غيره، ولا أن يعقده له غيره، فإن عقده أو عقد له، فقال ابن حبيب: قال مالك وأصحابه: يفسخ وإن بنى وطال زمانه، ولو ولدت أولادا.

وحكى الشيخ أبو القاسم في تأييد التحريم عليه روايتين.

قال ابن حبيب: واختلف في فسخه بطلاق. وقال محمد: قال مالك: يفسخ بغير طلاق، ثم قال: يفسخ بطلاق. وقال أشهب: يفسخ بغير طلاق، ولا ميراث فيه. ومذهب أشهب، أن كل ما يرى أنه وقت فسخه لا يقر، فهو فسخ بغير طلاق.

قال ابن حبيب: ولم يختلف بالمدينة أن النبي ﷺ «تزوج ميمونة وهو حلال».

قال ابن القاسم في «كتاب محمد»: قال مالك: ومن نكح بعد رمي الجمرة قبل الإفاضة فسخ بغير طلاق. ثم رجع، فقال: بطلاق. وقاله ابن القاسم.

ولو كان أفاض ونسي الركعتين، فإن نكح بالقرب فسخ نكاحه بطلقة، وإن تباعد جاز نكاحه.

ولو نسي الإفاضة وطاف للوداع وخرج وأبعد، ثم نكح، فالنكاح جائز لأن طواف

الوداع يجزيه.

ومن أمر رجلا أن يزوجه، ثم أحرم فزوجه بعد إحرامه، ففسخ النكاح.
قال ابن القاسم: وإذا نسيت المرأة من الطواف الواجب شوطا ورجعت إلى بلدها وتزوجت، فإنه يفسخ ولا صداق لها إلا أن يبني بها، فلها المسمى. وترجع على إحرامها، فإذا فرغت، فإن كان بنى بها اعتمرت وأهدت. وتعتد بثلاث حيض.
النوع الثاني: ما تضمن الجناية على حق آدمي، وهو المرض.

فلا يجوز نكاح المريض المخوف عليه في الغالب، الذي لا يحتاج إلى استمتاع وقد انتهى إلى حالة يحجر عليه في ماله، ويفسخ إن وقع، وكذلك نكاح المريضة. وذكر عن مطرف أنه روى إجازة ذلك عن مالك جملة من غير تفصيل.

وإذا فرعنا على المشهور فصح قبل الفسخ، ففيه روايتان: روى ابن القاسم أنه صحيح لا يفسخ، وبذلك قال ابن الماجشون. والرواية الأخرى أنه يفسخ وإن صح، وهي إحدى الروايتين عن ابن القاسم وابن عبد الحكم.

وخرج القاضي أبو محمد هذا الاختلاف على الاختلاف في أن فساده لحق الورثة، أو فساده في عقده. ثم مقتضى القول بأن فساده في عقده أن لا يصح النكاح وإن كانت الزوجة ممن لا ترث كالأمة والنصرانية، ومقتضى كونه لحق الورثة، واعتبار ذلك أن يصح نكاحها نظرا لفقد العلة، وهو قول أبي مصعب. وقال عبد الملك وغيره: لا يصح، طردا للقاعدة، ولجواز تغير حالهما بالعتق والإسلام قبل موته.

التفريع: إن صححنا نكاح المريض على ما ذكر من رواية مطرف، لزم فيه الصداق من رأس المال. وإن أبطلناه على المشهور، فإن لم يدخل فلا صداق لها، وإن دخل فلها الصداق في الجملة. لكن اختلف هل هو المسمى، أو صداق المثل إن كان أقل من المسمى؟ والأول قول مالك في المختصر و«كتاب محمد» و«كتاب ابن حبيب».

وقال سحنون: إذا كان المسمى أكثر من صداق المثل، لم يكن لها إلا صداق مثلها في قول ابن قاسم.

وبنى بعض المتأخرين هذا الاختلاف في التوريث، قال: فمن ورثها أسقط الزائد لأنها وصية للوارث، ومن لم يورثها أثبتته وجعله كالوصية لأجنبي.

ثم حيث أثبتنا الصداق اختلف في تبديتها بجملته، فقيل: تبدأ به؛ لأنه على الجملة على استهلاك. وقيل: لا تبدأ به؛ لأنه وصية محضة. ثم يكون صداق المثل من الثلث. وحكى الشيخ أبو الحسن عن المغيرة أنه من رأس المال.

وقال الشيخ أبو عمران: أجمع أصحابنا أن صداق المريض لا يكون في رأس المال.

وإنما ذكر الشيخ أبو الحسن شيئاً عن المغيرة أنه قال: ذلك في رأس المال. وقد رأيت كتب المغيرة، فذكر فيها أنه من الثلث، قال: وما أدري أين رآه أبو الحسن للمغيرة.

وقال الشيخ أبو الحسن: يكون ربع دينار من رأس المال، والباقي من الثلث.

قال بعض المتأخرين: فمن رأى أن البضع غير متقوم قال بالأول، ومن رآه متقوماً كالسلع قال بالثاني. قال: وبنى الشيخ أبو الحسن على أنه غير متقوم، لكنه رأى أن الشرع قدر فيه ربع دينار لا ينقص عنه، تقديرًا شرعيًا، فيصير كالثلث المحقق، فيخرج من رأس المال.

واستحسن أبو محمد عبد الحق قول الشيخ أبي الحسن في أن ربع دينار من رأس المال.

القسم الرابع من الكتاب

في موجبات الخيار

وأسباب الخيار ثلاثة: العيب، والغرر، والعتق.

السبب الأول: العيب، والنظر في الموجب والموجب..

النظر الأول في الموجب. ويثبت الخيار لكل واحد من الزوجين بالعيوب الأربعة وهي: الجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرج. فالجنون: هو الصرع أو الوسواس الذي ذهب معه العقل.

والجذام: ما يتقن منه قليلا كان أو كثيرا.

وقال في البرص: ما سمعت إلا ما في الحديث، وما فرق بين قليل ولا كثير.

قال ابن القاسم: ترد من قليله، ولو أحيط فيما خف منه أنه لا يزيد لم ترد منه، ولكن لا يعلم ذلك فترد من قليله.

وسوى ابن القاسم وابن عبد الحكم بين الرجل والمرأة في الرد بالبرص. وروى أشهب

أن برص الرجل لا يثبت به الخيار للزوجة وإن غرهما. وروى عن ابن القاسم أيضًا.

أما في حدوث البرص بالرجل، فلا خيار فيه لها وإن كان شديداً. وروى عنه عيسى

إذا حدث به البرص الخفيف فلا يفرق فيه، وأما ما فيه ضرر لا يصبر المقام عليه، فليفرق بينهما.

وداء الفرج يتنوع، فهو في حق الرجل ما يمنعه أن يطأ كالجرب والخصاء. والعتة،

والاعتراض، وما في معناها.

فالمجبوب: هو المقطوع ذكره وأنثياه. والخصي: هو المقطوع أحدهما.

والعتين: هو الذي له ذكر لا يتأتى الجماع بمثله للطفاته، وامتناع تأتي إيلاجه.

والمعترض: هو الذي لا يقدر على الوطء لعارض، وهو بصفة من يمكنه، وربما كان

بعد وطف قد تقدم منه، وربما كان عن امرأة دون أخرى.

ففي الجب والخصاء والعتة يثبت لها الخيار، وكذلك إن كان الخصي قائم الذكر يمكنه

الوطء، إلا أنه لا ينزل، فلها الخيار. وكذلك في الحصور. قال ابن حبيب: وهو الذي يخلق

بغير ذكر أو بذكر صغير كالزر وشبهه لا يمكن به وطف.

وأما في المعترض فيضرب له أجل سنة من يوم ترفعه إن كان حرا وإن كان عبداً، فقال

ابن القاسم في «الكتاب»: «أجله ستة أشهر».

وقال القاضي أبو محمد: في أجله روايتان؛ إحداهما سنة. والأخرى ستة أشهر، ويخلى

بينه وبينها، والقول قوله إن ادعى الوطف في السنة. وروى في البكر أن النساء ينظرن إليها،

فإن قلن: بها أثر أصابة فالقول قوله، وإن قلن: إنها على حال البكارة صدقت عليه.
فإن مضت السنة وتقار على عدم الوطاء، فالخيار حينئذ لها، وذلك إذا لم يكن منه وطاء
قبل الاعتراض، ولا يقبل قولها في دعوى ذلك إلا بتصديقه، ولها أن تستحلفه.
وكذلك لو ادعى الوطاء في الأجل حلف وصدق، فإن نكل أحلفت، وثبت لها
الخيار، وإن نكلت بطلت دعواها ولا خيار لها.
وروى ابن حبيب: أنه لا يلحف إلا بعد ضرب الأجل ودعوى الإصابة، فإن نكل
طلق عليه عند انقضاء الأجل.

ثم حيث أثبتنا لها الخيار فأقامت عنده، ثم أرادت الفراق، ففي «كتاب محمد» لها ذلك،
وكذلك في رواية أبي زيد عن ابن القاسم في «العتبية». واختلفا، فروى محمد: يوقف مكانه
بغير ضرب أجل، وليس لها أن تفارق دون السلطان.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم: أن لها أن تطلق نفسها متى شاءت بغير إذن من
السلطان. فرأى في الأول أنه مختلف فيه، فلا بد من حاكم يحكم بصحته. ورأى في الثاني أن
الحاكم لما ضرب الأجل قد حكم بما يتول إليه.

ثم الطلاق الواقع عليه بائن لتعري النكاح من الإصابة. ولا يقع عليه أكثر من طلاقة
واحدة، إلا أن يوقع هو أكثر، فيلزمه ما يوقع؛ لأنه يؤمر بإيقاع الطلاق عند اختيارها
للفسخ، فيوقع منه ما شاء. فإن امتنع من إيقاعه أوقع الحاكم عليه طلاقة واحدة، وتقع بائنة
لما ذكرناه.

وإذا وقع الطلاق بعد الأجل، فلها الصداق كله كاملاً إذا أقام معها سنة؛ لأنه قد تلوم
له، وقد خلاها، وطال زمانه، وتغير صبغها، وخلعت ثيابها، وتغير جهازها عن حاله،
وتلذذ منها، قاله في «الكتاب».

وقال القاضي أبو محمد: في تكميل الصداق روايتان؛ إحداهما: أنه يكمل، والأخرى:
أنه إن طال مقامه معها وتلذذ بها واستمتعها بها استمتع مثلها بما يمكنه كمل عليه، وإن
كان لحدائثه دخلها عليه ولم يطل أمرها معه لزمه نصفه.

قال القاضي أبو إسحاق: هذا موضع الاجتهاد، إذ النص في كتاب الله تعالى الميسس،
وقد أقر الزوجان بأنه لم يكن. ثم ألحق المعترض بالمجبوب بعله أنه خلا بزوجه، وأغلق
باباً، وأرخصى سترها وكشفها، وتلذذ منها أقصى ما يمكن من الاستمتاع بها، قال: فيجب
عليه الصداق كاملاً إذا طلق بعد ذلك، وحمل قوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾ [سورة
الأحزاب آية ٤٩] على من يقدر على الميسس، دون من لا يقدر عليه.

قال: وهذا في هذه الزوجة المضروب له الأجل معها، كالمجبوب مع زوجته في عدم

القدرة على المسيس.

أما داء الفرج في حق المرأة، فقال ابن حبيب: تفسيره ما كان في الفرج مما يقطع لذة الوطء، مثل العفل والقرن والرتق.

وقال القاضي أبو محمد: داء الفرج هو القرن والرتق، وما في معناهما. وزاد الشيخ أبو القاسم في تعريفه البحر والإفشاء، وهو أن يكون المسلكان واحدا.

وروى ابن المواز عن مالك: إن كل ما يكون عند أهل المعرفة من داء الفرج، فإن للزوج الرد به وإن لم يمنع الوطء، مثل العفل القليل والقرن، وحرق النار. قال: والمجنونة والجذماء والبرصاء يقدر على وطئها، ومع ذلك فللزوج ردها.

قال ابن حبيب: ويثبت الخيار بالقرع الفاحش؛ لأنه من معنى الجذام والبرص. قال القاضي أبو وليد: ولم أر ذلك لغيره من أصحابنا. قال: والأظهر من المذهب أنه لا يثبت الخيار؛ لأنه مما يرجى برؤه في الأغلب ولا يمنع المقصود من الاستمتاع، ولا يؤثر فيه كالجرب ونحوه. ولا يثبت الخيار بشيء من العيوب سوى ما تقدم ذكره، إلا أن يشترط السلامة منه كالعمى، والعور، والعرج، والزمانة، ونحو ذلك من العاهات، فإن اشترط الصحة فله الرد وإلا لم يرد.

قال الشيخ أبو محمد: ولو كتب في العقد صحيحة العقل والبدن لم يكن ذلك شرطا. قال: ولو قال سليمة البدن لكان شرطا.

قال بعض المتأخرين: إنما فرق بينهما؛ لأن الأول عادة جارية من تليف الموثقين، ولم تجر العادة بالثاني. وكذلك لو وجدها لقيه لم يكن له ردها إلا أن يتزوجها على نسب. وكذلك إن وجدها مفتضة من زنى فلا شيء له، ورواه ابن حبيب عن مالك. قال ابن حبيب: إلا أن يشترط الخاطب لنفسه ذلك فيكون له. إلا السوداء فإنه يكون ذلك له وإن لم يشترطه إذا لم يكن في أهلها أسود؛ لأن ذلك كالشرط. قال القاضي أبو الوليد: ويجب على هذا أن يعلم الزوج بذلك، ويتزوج على أن أهلها لا أسود فيهم، وإلا فليس في معنى الشرط.

فروع:

الأول: إذا ادعى الزوج أن بالمرأة عيبا في الفرج وأنكرته، ففي «كتاب ابن حبيب»: ينظر إليها النساء. وروى سحنون عن ابن القاسم: لا ينظر إليها النساء. وأنكر سحنون ذلك عليه، وقال: كيف يعرف إلا بنظرهن؟

وروى ابن سحنون عن أبيه: ينظر إليها النساء.

الفرع الثاني: إذا ادعت هي عليه فأنكر، فقال ابن حبيب: أما الحصور والمجبور

المسوح ذكره وأثنياءه، أو ذكره خاصة، أو أثنياءه خاصة، فهذا يختبر بالجلس على الثوب. وأما دعواهم أنه عين، وهو الذي ذكره لا ينتشر، وهو كالأصبع في جسده لا ينقبض ولا ينبسط، أو معترض وأنكر فهو مصدق. قاله مالك وعبد العزيز لما نزلت بالمدينة.

الفرع الثالث: إن العيب المقتضى للخيار هو الموجود حالة العقد، فأما ما طرأ بعد العقد فلا يؤثر في ثبوت الخيار للرجل، وفي تأثيره في ثبوته للمرأة خلاف بالنفي والإثبات في العيوب الأربعة، وينفرد البرص بزيادة مذهبين آخرين. أحدهما: اختصاص التأثير بما يخاف تناميته منه دون ما لا يخاف ذلك فيه. والثاني: اختصاص التأثير بالكثير منه دون اليسير.

الفرع الرابع: إذا ظهر بعد مدة من حين عقد النكاح على عيب بها، فتداعيا في أنه كان موجودا حالة العقد، فالبينة على الزوج. فإن لم تكن للزوج بيته، فروى ابن حبيب عن مالك: إن كان الولي أبا أو أخوا فعليه اليمين، وإن كان غيرهما فاليمين عليها، فجعل محل اليمين محل الغرم.

النظر الثاني: في حكم الخيار، وإذا فسخ من له الخيار ووقع الطلاق. والنظر بعد ذلك في سقوط المهر والرجوع، فيسقط إن كان الفراق قبل المسيس. ويثبت إن كان بعده على التفصيل المتقدم. ثم إن كان العيب بها فللزواج الرجوع بالصدقات جميعه على الولي إن كان قريبا لا يخفى عليه مثل ذلك كالأب والأخ ونحوهما؛ لأنه الغار، ثم لا رجوع للولي على الزوجة بشيء. وإن كان الولي بعيدا يخفى عليه مثل ذلك كابن عم، أو مولى ونحوه، رجع الزوج على المرأة بالصدقات؛ لأنها هي الغارة، وترك لها منه ربع دينار لاستباحة فرجها.

فرع: الأول: لو كان الولي القريب غائبا عنها غيبة طويلة بحيث يعلم أنه يخفى عليه خبرها، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم، وابن وهب، وابن عبد الحكم، عن مالك أنه لا غرم عليه، وإنما الغرم على المرأة. زاد ابن حبيب عن ابن القاسم: بعد أن يحلف بالله أنه ما علم.

وروي عن أشهب: أن ذلك على الولي وإن كان غائبا لا يعلم. وحكى بعض المتأخرين في رجوعه على الزوجة بعد استحلافه للولي على العلم قولين.

الفرع الثاني: إذا كان الولي من ظاهره أنه لا يعلم ما بها من ذلك كابن العم والمولى والرجل من العشيرة، فلا غرم عليه ولا يمين، قاله ابن المواز.

وقال ابن حبيب: إن اتهم أنه علم حلف، وإلا فلا شيء عليه، وترد المرأة من الصدقات ما أخذته سوى ربع دينار. قال ابن حبيب: وإنما يرجع إليها بالعين الذي دفعه إليها دون الجهاز.

الفرع الثالث: إذا أرجعنا الزوج على الولي القريب، حيث قلنا يرجع عليه فكان فقيراً، ففي رجوعه على المرأة إن كانت موسرة أو أسرت قبله خلاف يبنني على أن كل واحد منهما غار، أم لا؟

الفرع الرابع: إذا فارق الزوج ثم اطلع على عيب بالمرأة يوجب الخيار أو خالعت هي، ثم اطلعت على عيب به يثبت لها الخيار فلا رجوع على الميعب منها بما أخذ، ويفرم الزوج الصداق لها إن كان لم يدفعه حتى تطلق. ولو مات أحدهما قبل الفراق وعلم العيب توارثاً، والصداق لها، قاله مالك في الواضحة و«كتاب محمد»، ورواه ابن القاسم عنه أيضاً في «العتبية». وقال سحنون: يرجع الزوج على من غره بالصداق، وإن غرته هي رجعت عليها. قال: وكذلك لو غرها من نفسه بعيب فخالعته ثم علمت، لرجعت عليه بما أعطته.

السبب الثاني للخيار: الغرور، وفيه نظران: الأول: في حكم الغرور، وصورته، وثبوت الصداق وسقوطه، فنقول: إذا قال العاقد: زوجتك هذه المرأة المسلمة، فإذا هي كتابية، أو هذه الحرة، فإذا هي أمة انعقد النكاح، وثبت الخيار للزوج، فإن أمسكها لزمه المسمى، وإن اختار فراقها ففارقها، فلا مهر لها عليه إن كان الفراق قبل أن يبنني بها، وإن كان بعد البناء فلها المسمى إلا أن يزيد على صداق المثل، فلتزد ما زاد. فإن نقص المسمى عن صداق المثل، فقال ابن القاسم في غير الكتاب: على الزوج إتمامه. وقال أشهب: لا شيء عليه فيما نقص عن ذلك، فيكون لها عنده الأقل. وقال غيرهما: ليس لها إلا ربع دينار.

فروع:

الأول: لو ادعى الزوج الغرور، وأنكره السيد، فقال أشهب: القول قول الزوج. وقال سحنون: القول قول السيد؛ لأن الأب مدع لحرية ولده، وهو ولد أمة.

الفرع الثاني: إذا تزوج الحر امرأة، ولم يشترط الحرية فيها، فله الخيار إذا ظهر أنها أمة. قال أصبغ في العتبية: ولو أقر الآن أنه نكحها عالماً بأنها أمة، وقد فشا أنها غرته من الحرية، والسماح على ذلك أو الشك، فلا يصدق على ذلك الأب على ما يدفع من نفسه من غرم قيمة ولده، ويريد من إراقهم.

الفرع الثالث: من تزوج نصرانية ولم يعلم، فلا حجة له في ذلك حتى يشترط أنها مسلمة، أو يظهر أنه تزوجها على أنها مسلمة لما كان يسمع منها، فيكون منها الكتان وإظهار الإسلام، فهذا كالشرط.

وأما المسلم يفر النصرانية فيقول لها: إني على دينك فتزوجته ثم علمت، فقال مالك: لها الخيار؛ لأنه غرها ومنعها من كثير، من شرب الخمر وغيره.

النظر الثاني: في حكم الولد إذا جرى التفجير بالرق، وله أحكام:

الأول: أنه إذا غر الحر بحريرة أمة فأجلها، انعقد الولد على الحرية لدخوله على الحرية. وأما العبد فيكون ولده رقيقا، إذ لا بد أن يتبع أحد أبويه، ثم يرجع العبد على من غره بالصداق، ثم لا رجوع للغار عليها، فإن لم يكن غار، رجع عليها بالفصل على صداق مثلها، لحجته أنه رغب في حرية ولده. وهذا إن شرط أنها حرة، أو ظهر وجه علم به أنه عمل على أنها حرة، وإلا فلا يرجع بشيء من الصداق، بخلاف الحر لا يشترط حريتها ثم تبين أنها أمة. وقيل: يكون ولد العبد حرا كولد الحر لشرطه. الثاني: تجب قيمة الولد على الزوج لسيد الأمة؛ لأن الرق في الأم يوجب رق الولد واندفاعه بظنه، فهو السبب في عتقه. وإنما تجب القيمة إذا كان يوم الحكم حيا فتكون عليه قيمته حيثئذ. وانفرد المفيرة، فقال: يقوم يوم الولادة. فإن مات الولد قبل الحكم، أو وضع ميتا بغير جناية فلا قيمة على أبيه؛ لأنه إنما يدفع القيمة لثبات حرّيتهم ودفع سيد أمهم.

فأما إن قتل الولد، فعلى أبيه الأقل من القيمة أو الدية؛ لأن الدية عوض العين الفاتنة، فتكون كقيام العين وليس له سواها. وكذلك إن طرح مجتئا بجناية أو جبت فيه الغرة، فعلى الأب عشر قيمة الأم للسيد، إلا أن يزيد ذلك على ما سلم له بالإرث من الغرة فلا يلزمه سوى ما سلم له بالإرث منها. ولو جنى على الولد جناية دون النفس تزيد ديتها على قيمته لكان الفاضل عن القيمة للولد.

الثالث: إذا كان الأب عديما أخذت القيمة من الولد. وقال غير ابن القاسم: لا يتبع الولد بشيء. فرأى ابن القاسم أنه كمن تعدى على مال غيره فوهبه لرجل، وتلفت الهبة، فإن رب المال يرجع على الموهوب بالقيمة إن كان الواهب عديما.

الرابع: لو كانت الأمة لمن يعتق عليه الولد كالجدة مثلا، لم تجب له قيمة الولد إذ ليس له فيه شبهة رق يتعلق بها، إذ لو ملكه لعنتق عليه، ولا يكون للجد في هذا الولد ولاء؛ لأنه لم يتقرر فيه رق ثم طرأت عليه الحرية.

السبب الثالث للخيار: العتق، وفيه مسائل:

الأولى: أنها إن عتقت تحت حر فلا خيار لها، وإن عتقت تحت عبد فلها الخيار. وإنما يثبت لها الخيار إذا عتق جميعها بتلا. فلو عتق بعضها بتلا أو جميعها إلى أجل، أو دبرت، أو كوتبت، أو صارت أم ولد لم تختار.

الثانية: لو عتقت، ثم عتق الزوج بتلا قبل أن تختار فلا خيار لها، كما لو عتقا معا في كلمة واحدة.

الثالثة: إذا طلقها الزوج قبل الفسخ طلاقا رجعيا فلها الخيار، فإن كان بائنا فلا معنى للخيار معه.

الرابعة: إذا عتقت قبل الميسس، واختارت الفراق فلا صداق لها، ويرده السيد إن قبضه، إذ الفسخ من قبلها، فإن كان عديها حينئذ فهل يسقط خيارها؛ لأن ثبوته يؤدي إلى إسقاطه وإبطال سببه، أو يثبت الخيار، ثم تباع في الصداق نظرا إلى موجب الأحكام، أو يثبت لها الخيار ولا تباع في الصداق؛ لأنه دين طارئ باختيارها، فلا يرد العتق المتقدم عليه ثلاثة مذاهب.

ولها المسمى بعد البناء أقامت أو فارقت، ويتبعها كما لها، إلا أن يكون السيد قبضه أو اشتراطه، ولو كان تفويضا ففرض لها بعد العتق، فهو لها دون السيد؛ لأنه شيء لم يلزم الزوج قبل ذلك إن طلق أو مات.

الخامسة: إنها حيث ثبت لها الخيار فاختارت الفراق، كان طلاقا لا فسحا، كسائر المواضع التي تحجر المرأة فيها في الفراق، كالتي تحجر من أجل عيب زوجها، أو إعساره بالنفقة وشبه ذلك.

ثم محمل اختيارها على طلقة واحدة، فإن قضت بأكثر منها، ففي لزوم ما قضت به والاقتصار على الواحدة دون الزائد روايتان. قال الشيخ أبو محمد: رجع مالك إلى إلزام جميع ما قضت به لحديث زبراء. وحيث قلنا بالرواية الأخرى، أو اقتصرنا على واحدة فهي بائنة قاله في «الكتاب». وقال في مختصر ما ليس في المختصر: له الرجعة إن عتق في العدة.

فرع: إذا ثبت لها الخيار في حال الحيض أمرت بالتأخير إلى زمان طهرها، فإذا طهرت أوقعت إن شاءت.

ويترتب على هذا النوع فرعان:

الأول: إذا وقفت عن الاختيار انتظارا للطهر فعتق الزوج قبل أن تطهر، فقال ابن القاسم في «العتبية»: هي على خيارها.

قال أبو الحسن اللخمي: وفي هذا نظر، والصواب أن لا خيار لها؛ لأنها زوجة بعد حين أعتق.

الفرع الثاني: أنها لو بادرت فاختارت وهي حائض، فأما على القول بأن الطلقة بائنة فيمضي الطلاق.

قال بعض المتأخرين: وأما على القول بأنها رجعية فيبني ألا يمضي؛ لأن حكم الرجعية أن يجبر الزوج. وتردد أبو الحسن اللخمي في هذا؛ لأن الطلاق ليس بيد الزوج وإنما هو حق عليه فيشكل صحته رجعته أو جبره عليها.

المسألة السادسة: إنه حيث ثبت لها الخيار فيسقط بأن تصرح بإسقاطه، أو تفعل ما يدل

على ذلك من التمكين من الوطاء أو ما في معناه، هذا إذا مكنت عالمة بالعتق والحكم. فإن مكنت جاهلة بالعتق فلها القيام بلا خلاف. وإن كانت جاهلة بالحكم خاصة فالمشهور سقوط خيارها والشاذ ثبوته. قال بعض المتأخرين: وهو الصحيح، قال: وقد علل القاضي أبو الحسن سقوط الخيار باشتهار الحكم بالمدينة حتى لم يخف عن أمة. قال: وعلى ذلك تكلم مالك، وإلا فإذا أمكن أن تكون جاهلة، فتمكينها لا يسقط ما وجب لها من الخيار. فروع: الأول: إذا أعتقت وهو غائب، فاختارت نفسها، فثبت أنه عتق قبل أن تختار بطل اختيارها، ولو تزوجت فهل يكون تزويجها مفيتاً؟ أجراه بعض المتأخرين على ثلاثة أقوال، قال: كحكم المفقود تتزوج زوجته ثم يقدم.

الفرع الثاني: في التداعي بينهما.

فإذا اختلفا في الميسس، فإن أنكرت الخلوة كان القول قولها مع يمينها، وإن اعترفت بالخلوة كان القول قوله مع يمينه. وإن تصادقا على الميسس واختلفا هل كان بطوعها أو كانت مكرهة، كان القول قوله. وإن تصادقا على الميسس والطوع واختلفا هل علمت بالعتق؟ كان القول قولها. قال محمد: بغير يمين.

الفرع الثالث: إذا عتقت قبل الدخول، فلم تعلم حتى بنى بها، فلها الأكثر من المسمى، أو صداق المثل على أنها حرة. وإن كان العقد فاسداً، كان لها صداق حرة قولاً واحداً. وإن كان العقد صحيحاً وعلمت بالعتق وبالحكم ثم بنى بها، لم يكن لها إلا المسمى.

القسم الخامس من الكتاب

في فصول متفرقة شذت عن الضوابط

وهي سبعة:

الفصل الأول

فيما يحل للزوج

ويحل له كل استمتاع إلا الإتيان في الدبر.

قال الأستاذ أبو بكر: ليس تحليله بمذهب لنا، بل هو حرام. ثم ذكر ما يحكى من نسبه إلى مالك رضوان الله عليه في كتاب نسب إلى مالك يسمى بكتاب السر، ثم أبطل نسبة الكتاب المذكور إليه، وقد تقدم إبطال نسبة هذا الكتاب الذي يسمى بكتاب السر إلى مالك رضوان الله عليه في كتاب الطهارة من هذا الكتاب بما يغني عن إعادته. بل قد نص مالك رضي الله عنه على تكذيب من نسب هذا القول إليه، فروى يونس بن عبد الأعلى عن ابن وهب أنه قال: سألت مالك بن أنس، فقلت: إنهم قد حكوا عنك أنك ترى إتيان

النساء في أدبارهن. فقال: معاذ الله، أليس أنتم قوما عربيا؟ فقلت: بلى. قال: قال الله جل ذكره: ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ﴾ [سورة البقرة آية ٢٢٣]، وهل يكون الحرث إلا في موضع الزرع، أو موضع المنبت.

وكذلك روى الدارقطني عن رجاله عن إسرائيل بن روح أنه قال: سألت مالكا فقلت: يا أبا عبد الله، ما تقول في إتيان النساء في أدبارهن؟ فقال: أما أنتم عرب هل يكون الحرث إلا في موضع الزرع؟ أما تسمعون الله يقول: ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ﴾ قائمة وقاعدة وعلى جنبها، لا يعدى الفرج. فقلت: يا أبا عبد الله إنهم يقولون: إنك تقول بذلك. قال: يكذبون علي، يكذبون علي، يكذبون علي.

وروى الدارقطني أيضًا عن رجاله عن محمد بن عثمان أنه قال: حضرت ملكا وعلي بن زياد يسأله، فقال: عندنا يا أبا عبد الله قوم بمصر يحدثون عنك أنك تميز الوطء في الدبر. فقال: كذبوا علي عافاك الله.

فهذا مالك رضوان الله عليه قد صرح بكذب الناقل عنه في ثلاث روايات، فكيف تحمل نسبته إليه بعد ذلك!؟

ولا يجوز العزل عن الحرة إلا بإذنها، ولا في الأمة الزوجة إلا بإذن أهلها، ولا يعتبر إذنها، ولا خلاف في جوازه بالسرية من غير إذنها.

ثم الإتيان في الدبر في معنى الوطء في كثير من الأحكام كإفساد العبادات، ووجوب الغسل من الجانبيين، ووجوب الكفارة والحد، ووجوب العدة، وحرمة المصاهرة، ولا يتعلق به التحليل ولا الإحصان، واختلف في تكميل الصداق به.

الفصل الثاني

في وطء جارية الابن

وهو حرام، لكن له في مال ابنه شبهة وجوب الإنفاق وفاقا، ووجوب الإعفاف على قول كما سيأتي، فيسقط الحد، وتحرم على الابن بالمصاهرة، ويثبت النسب، وينعقد الولد على الحرية، وتصير مستولدة له، بل يتقل الملك إليه بمجرد الوطء، وتثبت القيمة للولد من غير خيار له في ذلك.

وقال عبد الملك وابن عبد الحكم: للابن التماسك في عسر الأب ويسره ما لم تحمل، إذا كان الابن مأمونا على غيبته عليها، ولا يسقط الأرض، فإن كانت الجارية موطوءة للابن ملكها الأب بالاستيلاء، ولكن يحرم عليه وطؤها لو طء الابن لها، فتعتق عليه لتحريم الوطء.

الفصل الثالث

في إعفاف الأب

والنص من صاحب المذهب على عدم الوجوب. وحكى بعض المتأخرين: أن أحد قولي الأصحاب الوجوب، فإن فرعنا عليه وجب على الابن أن يعف أباه الفاقد للمهر، المحتاج إلى النكاح.

الفصل الرابع

في تزويج الإمام وحكمه في الاستخدام والنفقة والمهر

أما الاستخدام فلا يبطل بالتزويج، ولكن يحرم الاستمتاع، فللسيد أن يستخدمها ويأتيها زوجها عنده، وليس على السيد أن ييوئها معه بيتا، إلا أن يشترط ذلك، فإن تشاحا ولم يكن بينها شرط حملا على العرف في ذلك. وقال ابن الماجشون: ترسل إليه ليلة بعد ثلاث، ويأتيها هو في ما بين ذلك عند أهلها.

وللسيد المسافرة بها، ولا يمنع الزوج من الخروج ليصحبها.

واختلفت الرواية في إلزامه نفقتها، فروي أنها تلزمه. وروي أنها لا تلزمه. وروي تخصيص إلزامه بأن تبوأ معه بيتا. وروي تخصيصه بكونها تبيت عنده وإن كانت نهارا عند أهلها. وقال عبد الملك: ينفق عليها حين تأتيه، ولا نفقة عليه حين تكون عند أهلها.

واستحب مالك ألا ينكح العبد حتى تشتترط النفقة عليه بإذن سيده. وحيث قلنا بلزوم النفقة للزوج، فمهما سافر بها السيد سقطت نفقتها. والمهر للأمة مال من مالها ما لم ينتزعه السيد. ولو قتلها السيد لم يلزم المهر. وكذلك لو قتلها أجنبي أو ماتت. وكذلك الحرة لو ماتت، أو قتلها أجنبي، أو قتلت هي نفسها، فلا يسقط المهر بشيء من ذلك.

قال محمد: وقال فيمن زوج أمته بمائة دينار، ثم قتلها السيد قبل أن يبني بها الزوج: إن له أن يأخذ من الزوج المائة، ويضرب السيد مائة ويحبس عاما.

وإذا باع السيد الأمة لم ينفسخ النكاح، وسلم المهر للبائع كسائر مالها، إلا أن يشترطه المتباع. وحيث لم يشترطه فليس للبائع حبسها لأجل تسليم الصداق إذ لم يبق له فيها تصرف، ولا للمشتري أيضا حبسها لذلك، إذ لا مهر لها فيستفيد الزوج بالبيع سقوط حق السيد من منع تسليم الزوجة.

ولو زوج أمته من عبده، فلا بد من مهر ولو أقله. ولو قال لأمته: أعتقتك على أن تنكحيني، لم يلزمها الوفاء. ولو أتلفت امرأة عبدا على رجل فنكحها بالقيمة المجهولة، فسوخ نكاحه قبل الدخول، وفي فسوخه بعده خلاف. ولو قالت السيدة لعبدها: أعتقتك على أن تنكحني، عتق ولم يلزمه أن ينكحها.

الفصل الخامس

في تزويج العبد

ولا ينكح إلا بإذن سيده، فإن عقد من غير إذنه صح، ثم للسيد أن يطلق عليه بخلاف الأمة توكل من يعقد عليها من غير إذن أهلها، فإن عقدها باطل، ولا يصح بإجازتهم له. وروى أن للسيد فسخه وتركه كنيكاح العبد، وهي شاذة. والمهر والنفقة لا زمان له، ومتعلقان بما يتحصل في يده مما ليس من خراجه، ولا كسبه. ولا يكون السيد ضامنا للمهر بمجرد الإذن في عقد النكاح.

فروع: إذا ملكت الحرة زوجها قبل المسيس سقط المهر جميعه. فإن اشترته بالصداق الذي ضمنه السيد، فإن ظهر قصد السيد بذلك إلى إفساد النكاح لم يصح هذا الفعل وإن لم يظهر قصده إلى ذلك صح وانفسخ، وبقي ملكا لها، إن كان دخل بها، وإن لم يكن دخل بها عاد إلى ملك سيده.

الفصل السادس

في النزاع

ودعوى الزوجية صحيح من الزوجين، ولا يمين على المنكر منهما، إذ لا يقضى عليه بنكوله، ولو أتى أحدهما بشاهد واحد، ففي تعلق اليمين بالآخر لأجل الشاهد خلاف. ثم إن نكلت المرأة لم يثبت النكاح ولا تحبس، وإن نكل الزوج غرم الصداق. وروى أصبغ عن ابن القاسم فيمن ادعى على امرأة أنها زوجته، فأنكرت فلا تؤمر بانتظاره، إلا أن يدعي بينة قريبة لا يضر بالمرأة، ويرى الإمام لما ادعى زوجها. فإن أعجزه، ثم جاء ببينة بعد ذلك وقد نكحت أو لم تنكح، قال: قد مضى الحكم. قال في «كتاب محمد»: ومن ادعى نكاح ذات زوج أنه تزوجها قبله وأتى بشاهد، فليعزل عنها الزوج ليأتي هذا بشاهد آخر إن ادعى أمرا قريبا، فإن لم يصح له شاهد لم يلزم واحدا من الزوجين يمين.

قال أصبغ: قال أشهب: من أقام بينة أن هذه امرأته فأنكرته، وأقامت بينة أن فلانا زوجها، وفلان منكر، ولم يؤقتا تاريخا وهم عدول، قال: لا ينظر إلى التكافؤ في العدالة وأفسخ النكاحين. وقال أصبغ ما لم يقع الدخول بأحدهما. قال محمد: وذلك أنه أقرت له المرأة وهو منكر. وقال أصبغ في الواضحة عن أشهب: فإن دخل بها أحدهما قبل الفسخ كانت زوجته، وقيل للآخر: أقم البينة أنك الأول. قال أشهب: ومن أقام بينة أنه تزوج فلانة وهي تنكر، وأقامت أختها البينة أن هذا الرجل تزوجها وهو منكر ولم يؤقتوا، فإن النكاحين يفسخان، ولا ينظر إلى التكافؤ.

قال: وكذلك لو شهدت كل بينة قبل البناء لفسخا، ولهما الصداق. قال محمد: وهذا لإنكاره نكاح الأخرى، ولو كان مقرا، ويدعي أنها الأخيرة لقبلت لقوله؛ لأن البينة لا

تكذبه، ولا ينفع التي تزعم أنها الأولى جحودها؛ لأن البينة أثبتت نكاحها، قال: وهذا تقوية للمسألة الأولى حين ذكر عنه أنه جعل الإقرار كالإنكار.

وفي «العتبية»: من زوج ابنته البكر، لا ولد له غيرها ثم مات، فأنكرت أن تكون ابنته، وقالت: كنت يتيمة عنده، ولا بينة للزوج على عينها إلا سماعاً أنه زوجه ابنته، ولا تثبتها البينة، أو لها إخوة غير عدول شهدوا عليها، وكيف إن رجعت عن ذلك؟ قال: لا يلتفت إلى قولها، وقول الأب عليها جائز، ونسبها لاحق، وميراثها واجب، والنكاح لها لازم.

قال في «كتاب ابن المواز»: ومن زوج وليته وقال: هي أمرتي، فأنكرت، فلتحلف: ما أمرت ولا رضيت، ويسقط عنها النكاح.

فرع: روى ابن القاسم في «كتاب محمد»: قال مالك في المرأة البكر لا تعرف فلتكشف لمن يشهد على رؤيتها إذا زوجها وليها. قال محمد: وعلى قولها إن كانت ثيباً، وعلى صحتها إن كانت بكراً. ثم تزوج تلك التي عاينوا، أو شهدوا على عينها.

قال ابن القاسم في «العتبية»: قال مالك وإن لم يعرفها الشاهدان. وإذا ادعت المرأة النكاح على ميت، وأقامت شاهداً واحداً، فقال ابن القاسم: تحلف معه وترث. ووقف عن ذلك أصبغ. وقال أشهب: لا ترث حتى يصح النكاح. وقاله ابن القاسم أيضاً. وسبب الخلاف أنها شهادة على ما ليس بهال تؤدي إلى مال. ولو أقر الزوج في صحته بزوجه ثم مات ورثته بذلك الإقرار إن كان طارثاً. وفي إرثها له بذلك إن لم يكن طارثاً خلاف، إلا أن يكون معها ولد أقر أنه ولده، فإنه يلحق به وترثه هي حينئذ.

وكذلك لو أقر بوارث غير الزوجة لجرى الخلاف فيه. وسببه فيهما، هل الإقرار بهما كالإقرار بالمال أم لا؟

وإقرار أبي الصبي وأبي الصبية بالنكاح بينهما مقبول عليهما، ملزم لها العقد، كإقرارهما بعد البلوغ على أنفسهما. ومن احتضر فقال: لي امرأة بمكة سهاها ثم مات فطلبت ميراثها منه فذلك لها. وكذلك لو قالت امرأة: زوجي فلان بمكة، فأتى بعد موتها ورثها بإقرارها ذلك. وإذا قال الرجل لامرأة، ألم أتزوجك أمس؟ فقالت: بلى. ثم جحد الزوج، فهذا إقرار. ولو قال لها: قد تزوجتك أمس، أو قال: أليس قد تزوجتك أمس؟ أو قال: أو ما تزوجتك أمس؟، فقالت: بلى، ثم جحد الزوج، فهذا إقرار. ولو قال لها: قد تزوجتك أمس، فأنكرت، ثم قالت: بلى، قد تزوجتني، فقال هو: ما تزوجتك، فلا يلزمه النكاح بهذا. ولو قالت امرأة لرجل: قد طلقنتي، أو قد خالعتني، وهما طارثان، فهو إقرار منها بالزوجية. وكذلك لو قال الزوج: اختلعت مني. أو قالت هي: طلقني، فقال ابن عبد الحكم: أو قالت له: خالعتني، أو راجعتني من طلاقك إياي، أو قد طلقنتي اليوم، فهذا إقرار منها بأنها زوجته. قال ابن سحنون: وإن قال لها اختاري، أو أمرك بيدك في الطلاق،

فهو إقرار بالنكاح.

وإن قال لها: أنت حرام، أو بائة، أو بته، فليس بإقرار بالنكاح؛ لأن الأجنبية عليه حرام، إلا أن تسأله الطلاق، فيجيبها بهذا، فهو إقرار بالنكاح في إجماعنا. قال: وكذلك لو قال لها: أنا منك مظاهر، بخلاف قوله: أنت علي كظهر أمي. وإذا ادعى رجلان نكاح امرأة، وأقام كل واحد منهما البيينة على أنه نكحها، ولم يعلم الأول منهما، والمرأة مقررة بأحدهما أو بهما، أو منكرة لهما، فإن عدلت البيتان فسخ النكاح، وكانت طليقة، ونكحت من أحببت منهما، أو من غيرهما.

قال محمد: أما قوله: أفسخه بطلقة، فإني لا ألزم ذلك من تزوجه الآن منهما، ولكن ألزم الذي لم تنكحه حتى ما نكحها بطلقة. قال: لأن من نكحته الآن إن كان هو الأول فهي امرأته بحالها، ولكن أحب إلي أن يأتفا نكاحا لما عمي من أمره. وإن كان هو الآخر فلم تكن له قط زوجة، ولو نكحت غيرهما لزمها طليقة بطلقة. قال ابن القاسم: ويقضى بالمعادلة منها إن كانت واحدة، ولا يقضى بأعدلهما بخلاف البيوع. وقال سحنون وأبو إسحاق البرقي: إنه يقضى فيه بالأعدل كالبيع، وهو اختيار أبي محمد عبد الحق.

الفصل السابع

في تمييز ما يفسخ من الأكنحة بطلاق عما يفسخ بغير طلاق

قال الشيخ أبو محمد: آخر قول ابن القاسم لرواية بلغته عن مالك: أن كل ما نص الله سبحانه ورسوله ﷺ على تحريمه لا يختلف فيه، فإنه يفسخ بغير طلاق. وكلما اختلف الناس في إجازته ورده، فالفسخ فيه بطلاق. قال: وأول قوله، والذي عليه أكثر الرواة، أن كل نكاح للولي أو لأحد الزوجين أو لغيرهما إمضاؤه وله فسخه، فإن فسخه له بطلاق، وكل ما كانا مغلوبين على فسخه، وما فسخ قبل البناء وبعده، فإنه يفسخ بغير طلاق. ثم تمييز ما يفسخ قبل البناء خاصة عن ما يفسخ قبله وبعده يعرف مما نبه عليه. وذلك أن النكاح الذي ينظر في فسخه على ضريين؛ الأول: ما لا يختلف في فساده ومنع المقام عليه، فهذا يفسخ قبل وبعد. الضرب الثاني: ما وقع فيه خلل اقتضى فسخه، وهذا الضرب هو الذي يتنوع فسخه، فيكون قبل وبعد، ويكون قبل خاصة، فنقول في تنوعه: الخلل الواقع في النكاح يكون على وجهين؛ أحدهما: يرجع إلى العقد، فهذا لا خلاف أن ما وقع عليه يفسخ قبل الدخول، وفي فسخه بعده خلاف، وهذا كنكاح المريض والمحرم، ونحو ذلك. الوجه الثاني: يرجع إلى الصداق، وهذا فيه ثلاثة أقوال: الفسخ قبل الدخول وبعده، وترك الفسخ فيهما، وهما شاذان، والتفرقة، وهو المشهور، فيفسخ قبل، ويثبت بعد.