

## كتاب النكاح

### كتاب النكاح

وهو في اللغة الضمّ والجمع، ومن أمثالهم: أنكحنا الفراً فسئرى<sup>(١)</sup>: أي جمعنا بين حمار الوحش والأتان لننظر ما يتولد منهما، يضرب مثلاً لقوم يجتمعون على أمر لا يدرون ما يصدر عنهما. وحكى المبرّد عن البصريين وغلّام ثعلب عن الكوفيين: أن النكاح عبارة عن الجمع والضمّ. وفي الشرع عبارة عن ضمّ وجمع مخصوص وهو الوطء، لأن الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضمّ كلّ واحد إلى صاحبه حتى يصير كالشخص الواحد، وقد يستعمل في العقد مجازاً لما أنه يؤول إلى الضمّ، وإنما هو حقيقة في الوطء، فمتى أطلق النكاح في الشرع يراد به الوطء لقوله عليه الصلاة والسلام: «ولدت من نكاح»<sup>(٢)</sup> أي من وطء حلال، وقوله: «يحلّ للرجل من امرأته الحائض كل شيء إلا النكاح»<sup>(٣)</sup> وقد ورد في أشعار العرب بمعنى الوطء أيضاً. قال الأعشى:

ومنكوحة غير ممهورة وأخرى يقال له فادها

يعني مسبية موطوءة بغير عقد ولا مهر. وقال آخر:

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا وأخرى على عمّ وخال تلهف

يعني وطء المسبية بالرماح إلى غيرها من الأشعار الكثيرة، وإنما يفهم منه العقد بقريظة قوله تعالى: «فانكحوهنّ بإذن أهلهنّ»<sup>(٤)</sup> لأن الوطء لا يتوقف على إذن الأهل، وكذلك قوله تعالى: «فانكحوا ما طاب لكم من النساء»<sup>(٥)</sup> الآية، لأن العقد هو الذي يختصّ بالعدد دون الوطء، وكذا قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بشهود»<sup>(٦)</sup> لأن الشهود لا يكونون على الوطء،

(١) هذا المثل يضرب في التحذير من تزويج من لا يؤتق به. وأصل هذا المثل: أنّ رجلاً خطب فتاة فأبى والدها أن يزوجه، ورغبت أمها بتزويجها منه، وغلّبت في رغبتها على زوجها، فزوجه ابنته وقال: أنكحنا الفراً فسئرى. فتزوجها، ثم أساء عشرتها، ثم طلقها. فسرى قول الأب مثلاً.

(٢) حديث حسن، أخرجه ابن شاذان في فوائده ابن قانع، ق ١/١٦٣، وأخرجه الزّاهري في كتابه الفاضل بين الراوي والواعي، ص ١٣٦. وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط برقم ٤٧٢٥، ج ٣٦٦/٥.

(٣) هو معنى قول النبي ﷺ: «اصنعوا كل شيء إلا النكاح»، صحيح مسلم برقم ١٦، وابن ماجه في سننه برقم ٦٤٤، وأحمد في مسنده، ج ٣/١٣٢، والبيهقي في سننه، ج ١/٣١٣، وابن عبد البر في التمهيد، ج ٣/١٦٣.

(٤) سورة النساء، آية (٢٥). (٥) سورة النساء، آية (٣).

(٦) ذكره الزيلعي في نصب الزاوية، ج ٣/١٦٧، وقال: غريب بهذا اللفظ. وابن حجر في الدراية، =

النِّكَاحُ حَالَةٌ الْإِعْتِدَالِ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ مَرْغُوبَةٌ، وَحَالَةٌ التَّوْقَانِ وَاجِبٌ، وَحَالَةٌ الْخَوْفِ مِنَ الْجَوْرِ مَكْرُوهٌ. وَرُكْنُهُ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ. وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ

ولأنهما حالة العقد مفترقان، وإنما يطلق عليه النكاح لإفضائه إلى الضم كقوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرَانِي أَعَصِرُ خَمْراً﴾<sup>(١)</sup> وهو عقد مشروع مستحب مندوب إليه، ثبتت شرعيته بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنكحُوا الْيَامَى مِنْكُمْ﴾<sup>(٢)</sup> وقوله: ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾<sup>(٣)</sup> وبالسنّة قال ﷺ: «تَنَاحِكُوا تَكْثُرُوا فَإِنِّي أَبَاهِي بِكُمْ الْأُمَمُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»<sup>(٤)</sup> وقال: «النِّكَاحُ سُنَّتِي فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي»<sup>(٥)</sup> والنصوص في ذلك كثيرة والآثار فيه غزيرة، وعلى شرعيته إجماع الأمة.

قال: (النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة، وحالة التوقان واجب، وحالة الخوف من الجور مكروه) أما الأول فلما تقدّم من النصوص، فبعضها أمر وأنه يقتضي الترغيب والتأكيد على فعله، وكذلك الحديث الثاني ناطق بكونه سنة، ثم أكدّه حيث علق بتركه أمراً محذوراً، وأنه من خصائص التأكيد كما في سنة الفجر، ولأنه ﷺ واطب عليه مدة عمره وأنه آية التأكيد. وأما الثاني فلأن حالة التوقان يخاف عليه أو يغلب على الظنّ وقوعه في محرم الزنا، والنكاح يمنعه عن ذلك فكان واجباً، لأن الامتناع عن الحرام فرض واجب. وأما الثالث فلأن النكاح إنما شرع لما فيه من تحصين النفس ومنعها عن الزنا على سبيل الاحتمال وتحصيل الثواب المحتمل بالولد الذي يعبد الله تعالى ويوحده، والذي يخاف الجور والميل يأثم بالجور والميل ويرتكب المنهيات المحرّمات فينعدم في حقه المصالح لرجحان هذه المفساد عليها، وقضيته الحرمة إلا أن النصوص لا تفصل فقلنا بالكرهية في حقه عملاً بالشبهين بالقدر الممكن (وركنه الإيجاب والقبول) لأن العقد يوجد بهما، وركن الشيء ما يوجد به كأركان البيت. قال: (وينعقد بلفظين ماضيين) كقوله زوّجتك، وقول

= ج ٥٥/٢، وقال: لم أره بهذا اللفظ. وفي صحيح ابن حبان، ج ٩ رقم ٤٠٧٥: «لا نكاح إلا بوليّ وشاهديّ عدل»، وإسناده حسن.

(١) سورة يوسف، آية (٣٦).

(٢) سورة النور، آية (٣٢).

(٣) سورة النساء، آية (٣).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه برقم ١٠٣٩١، وأخرجه البيهقي في سننه، ج ٨١/٧، بلفظ «تزوّجوا الولود الوُدود»، فإني مكأثر بكم الأمم، وسنده حسن.

(٥) أخرجه ابن ماجة في سننه برقم ١٨٤٦، وهو حديث حسن، ولفظه: «النكاح من سنتي...».

مَاضِيَيْنِ، أَوْ بِلَفْظَيْنِ أَحَدُهُمَا مَاضٍ وَالْآخَرُ مُسْتَقْبَلٌ، كَقَوْلِهِ زَوْجِنِي، فَيَقُولُ زَوْجَتُكَ؛ وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالتَّمْلِيكِ وَالتَّبْيَعِ وَالشِّرَاءِ (ف)، وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بِحُضُورِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَلَا بُدَّ فِي الشُّهُودِ مِنْ صِفَةِ الْحُرِّيَةِ وَالْإِسْلَامِ، وَلَا تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ

الآخر تزوجت أو قبلت، لأن هذا اللفظ يستعمل للإنشاء شرعاً للحاجة ولا خلاف فيه (أو بلفظين أحدهما ماض، والآخر مستقبل، كقوله زواجني، فيقول زوجتك) لأن قوله زواجني توكيل، والوكيل يتولى طرفي النكاح على ما نبينه. وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة لو قال: جئتك خاطباً ابنتك، أو لتزوجني ابنتك، أو زوجني ابنتك، فقال الأب: قد زوجتك فالنكاح لازم، وليس للخاطب أن لا يقبل، ولا يشبه البيع لأن مبناه على المسامحة والمساهلة، والبيع على المماكسة والمساومة؛ ولو قال لها: أنا أتزوجك، فقالت قد فعلت، جاز ولزم، لأن قوله أتزوجك بمعنى تزوجتك عرفاً بدلالة الحال كما في كلمة الشهادة، ولو قال أتزوجني فقال الآخر زوجتك لا ينعقد النكاح لأنه استخبار واستيعاد لا أمر وتوكيل، ولو أراد به التحقيق دون الاستخبار والسوم ينعقد به. قال: (وينعقد بلفظ النكاح والتزويج) لأنهما صريح فيه. قال: (والهبة والصدقة والتملك والبيع والشراء) لأن هذه الألفاظ تفيد الملك، وأنه سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة كما في ملك اليمين والسببية من طرق المجاز. وأما لفظ الإجارة فروى ابن رستم عن محمد أنه لا ينعقد بها، وهو اختيار أبي بكر الرازي، لأن الإجارة لا تفيد ملك المتعة ولأنها تنبئ عن التاقية، ولا تأقية في النكاح. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز وهو اختيار الكرخي، قال: لأن الله تعالى سمى المهر أجراً فينعقد بلفظ الإجارة كالإجارة. وعن محمد: لو قال: أوصيت لك بابنتي للحال ينعقد، وإن أوصى بها مطلقاً لا ينعقد لأنها توجب الملك معلقاً بشرط الموت، والأصل فيه ما قاله أصحابنا: كل لفظ يصح لتمليك الأعيان مطلقاً ينعقد به النكاح. وروى ابن رستم عن محمد أنه قال: كل لفظ يكون في الأمة تمليكاً للرق فهو نكاح في الحرّة. قال: (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور رجلين، أو رجل وامرأتين، ولا بد في الشهود من صفة الحرية والإسلام، ولا تشتراط العدالة) فالشهود شرط لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بشهود»<sup>(١)</sup> وروى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «الزانية

(١) تقدم تخريجه، ولم يرد بهذا اللفظ، وإنما بلفظ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، أخرجه ابن حبان في

(ف): وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ الْعُمَيَّانِ . وَإِذَا تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيِّينِ جَارٍ (م) ،  
وَلَا يَظْهَرُ عِنْدَ جُحُودِهِ .

التي تنكح نفسها بغير بيته<sup>(١)</sup> وأما صفة الشهود، قال أصحابنا: كل من ملك القبول بنفسه انعقد العقد بحضوره ومن لا فلا، وهذا صحيح لأن كل واحد من الشهادة والقبول شرط لصحة العقد فجاز اعتبار أحدهما بالآخر، ولا بد فيه من اعتبار الحرية والعقل والبلوغ في الشاهد، لأن العبد والصبي والمجنون ليسوا من أهل الشهادة لما مر في الشهادات ولا يملكون القبول بأنفسهم؛ ولا بد من اعتبار الإسلام في نكاح المسلمين لعدم ولاية الكافر على المسلم؛ ويجوز بشهادة رجل وامرأتين اعتباراً بالشهادة على المال على ما بيناه في الشهادات، وينعقد بحضور الفاسقين، لأن النص لا يفصل ولأنه يملك القبول بنفسه كالعدل، ولأنه غير مسلوب الولاية عن نفسه فلا يسلبها عن غيره لأنه من جنسه، ولأنه تحمل فيجوز، لأن الفسق يؤثر في الشهادة للتهمة وذلك عند الأداء. أما التحمل فأمر مشاهد لا تهمة فيه، وانعقاد النكاح لا يتوقف على شهادة من يثبت بشهادته كمن ظاهره العدالة ولا يعلم باطنه، ولهذا ينعقد بشهادة ابنيهما وابنيها من غيرها، ولا يظهر بشهادتهم عند دعوى القريب لما أن العقد لا يتوقف إلا على الحضور لا على من يثبت بشهادته. قال: (وينعقد بشهادة العميان) لأنهم من أهل الشهادة حتى لو حكم بها حاكم جاز لأنه مجتهد فيه، فإن مالكا يجوز شهادته وأبا يوسف يجيزها إذا تحملها بصيراً، وإذا كان من أهل الشهادة صار كالبصير لأنه يملك القبول بنفسه، والمحدود في القذف إن تاب فهو من أهل الشهادة، حتى لو حكم بشهادته حاكم جاز، وإن لم يتب فهو فاسق وقد مر. قال: (وإذا تزوج مسلم ذمياً بشهادة ذميين جاز ولا يظهر عند جحوده) وقال محمد: لا يجوز لأنه لا شهادة للكافر على المسلم، والسماع في النكاح شهادة فصار كأنهم سمعوا كلام المرأة وحدها. ولهما أن العقد يثبت بشهادتهما لو جحدت؛ وإذا جاز أن يثبت بشهادتهما فلأن ينعقد بحضرتهما أولى، ولأن الانعقاد لا يتوقف على سماع من يثبت به العقد لما مر، ولأن سماع الكفار صحيح في حق المسلم حتى لو أسلما بعد ما سمعا ذميين جازت شهادتهما، ولأن الشهادة شرطت في الانعقاد لإثبات الملك إظهاراً لخطر المحل لا لوجوب المهر لما بينا وقد وجدت فيثبت الملك، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامه، لأن العقد إنما ينعقد بكلامه والشهادة على العقد شرط.

(١) لم يرذ بهذا اللفظ، وإنما هو معنى ما أخرجه الترمذي في سننه برقم ١١٠٥، ولفظه «البغايا اللاتي يُنكحن أنفسهن بغير بيته»، وصحح الترمذي أنه من قول ابن عباس برقم ١١٠٤.

وَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ نِكَاحَ أُمِّهِ وَجَدَّاتِهِ وَبَنَاتِهِ وَبَنَاتِ وَلَدِهِ وَأُخْتِهِ وَبَنَاتِهَا  
وَبَنَاتِ أَخِيهِ وَعَمَّتِهِ وَخَالَتِهِ وَأُمَّ امْرَأَتِهِ وَبَنَاتِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا وَامْرَأَةَ أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ  
وَبَنِيهِ وَبَنِي أَوْلَادِهِ وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ نِكَاحًا وَوَطْئًا بِمَلِكٍ يَمِينٍ؛ وَيَحْرُمُ مِنَ  
الرِّضَاعِ مَنْ ذَكَرْنَا مِنَ النَّسَبِ.....

### فصل في المحرمات

(ويحرم على الرجل نكاح أمه وجداته وبنته وبنات ولده وأخته وبناتها وبنتها وبنت أخيه وعمته  
وخالته وأم امرأته وبناتها إن دخل بها وامرأة أبيه وأجداده وبنيه وبني أولاده والجمع بين  
الأختين نكاحاً ووطئاً بملك يمين، ويحرم من الرضاع من ذكرنا) ما يحرم (من النسب).

اعلم أن المحرمات بكتاب الله وسنة نبيه ﷺ تسعة أقسام: بالقرابة، وبالصهرية،  
وبالرضاع، وبالجمع، وبالتقديم، ويتعلق حق الغير به، وبالملك، وبالكفر، وبالطلاق  
الثلاث. فالمحرمات بالقرابة سبعة أنواع: الأمهات وإن علون، والبنات وإن سفلى،  
والأخوات من أي جهة كن، والخالات والعمات جميعهن، وبنات الأخ وبنات الأخت وإن  
سفلى فهن محرمات بنص الكتاب نكاحاً ووطئاً، ودواعيه على التأييد، قال الله تعالى:  
﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات  
الأخت﴾<sup>(١)</sup> نص على التحريم مطلقاً فيقتضي حرمة جميع الأفعال في المحل المضاف إليه  
التحريم إلا فعلاً فيه تعظيم وتكريم فإنه خارج عن الإرادة، إما لأنه مأمور به بالنصوص  
الموجبة لصلة الرحم ويز الوالدين والإحسان بهما، أو لوجوب ذلك عقلاً، أو بالإجماع.  
وما عداهن من القرابات محللات بقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾<sup>(٢)</sup>.  
والمحرمات بالصهرية أربعة: أم امرأته وبناتها، فتحرم أمها بنفس العقد على البنت. قال  
تعالى: ﴿وأمهات نسائكم﴾<sup>(٣)</sup> مطلقاً، ولا تحرم البنت حتى يدخل بالأم، قال تعالى:  
﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن﴾<sup>(٤)</sup> الآية، وتحرم الربيبه وإن  
لم تكن في حجر الزوج، وذكر الحجر في الآية خرج مخرج العادة لا للشرط، وكذا بنات

(١) سورة النساء، آية (٢٣).

(٢) سورة النساء، آية (٢٤).

(٣) سورة النساء، آية (٢٣).

(٤) سورة النساء، آية (٢٣).

بنت المرأة وبنات ابنها لدخولهنّ تحت اسم الربيبة، وحليلة الابن وابن الابن وابن البنت وإن سفل حرام على الأب دخل الابن بها أو لم يدخل، لقوله تعالى: ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾<sup>(١)</sup> فلا يدخل فيه حليلة الابن المتبنى، وحليلة الأب والجد من قبل الأب والأم وإن علا حرام على الابن، قال تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف﴾<sup>(٢)</sup> وفي كلّ موضع يحرم بالعقد إنما يحرم بالعقد الصحيح دون الفاسد، لأن مطلق النكاح والزوجة والحليلة إنما ينطلق على الصحيح، واسم الحليلة يتناول الزوجة والمملوكة، غير أن الزوجة تحرم بمجرد العقد، والأمة لا تحرم إلا بالوطء، لأن الفرائش قائم مقام الوطء وهو موجود في ملك النكاح دون ملك اليمين، ولهذا لا يجوز أن يجمع بين الأختين بعقد النكاح وإن لم يطأ، ويجوز ذلك في ملك اليمين إذا لم يطأهما؛ ولو كان له جارية فقال وطئتها حرمت على أبيه وابنه، ولو قال ذلك في جارية الغير لا تحرم أخذاً بالظاهر فيهما؛ ولو اشترى جارية من تركة أبيه وسعه وطؤها ما لم يعلم أن الأب وطئها، ولو قصد امرأته ليجامعها وهي نائمة مع بنتها المشتهاة فوقعت يده على البنت فقرصها بشهوة يظنّ أنها زوجته حرمت عليه امرأته. والمحرمات بالرضاع كلّ من تحرم بالقرابة والصهرية لقوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾<sup>(٣)</sup> وقال عليه الصلاة والسلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»<sup>(٤)</sup>. والمحرمات بالجمع: لا يحلّ للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة لقوله تعالى: ﴿مثنى وثلاث ورباع﴾<sup>(٥)</sup> نصّ على الأربع فلا يجوز الزيادة عليهنّ، وروي: «أن غيلان الديلمي أسلم وتحتة عشر نسوة، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يمسك منهنّ أربعاً ويفارق الباقي»<sup>(٦)</sup> ويستوي في ذلك الحرائر والإماء المنكوحات، لأن النص لم يفصل. والجمع بين الإماء ملكاً ووطئاً حلال وإن كثرن، قال تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾<sup>(٧)</sup> مطلقاً من غير حصر خرج

(١) سورة النساء، آية (٢٣).

(٢) سورة النساء، آية (٢٣).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم ٢٦٤٥، ومسلم في صحيحه برقم ١٤٤٤، وأحمد في مسنده، ج ١/ ٢٧٥، و٣٣٩.

(٥) سورة النساء، آية (٣).

(٦) أخرجه الترمذي في سننه برقم ١١٢٨، وابن ماجه في سننه برقم ١٩٥٣، وهو حديث صحيح.

(٧) سورة المؤمنون، آية (٦).

وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ فَسَدَ نِكَاحُهُمَا، وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عُقْدَتَيْنِ  
وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أُولَى فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا؛ وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ  
أُخْتَهَا وَلَا رَابِعَةً حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا، .....

عنه الزوجات بما ذكرنا فبقي الإماء على الإطلاق. ولا يجمع العبد بين أكثر من اثنتين لأن  
الرق منصف فينتصف ملك النكاح أيضاً إظهاراً لشرف الحرية، ولا يجوز الجمع بين  
الأختين نكاحاً ولا بملك يمين وطناً لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ  
سَلَفَ﴾<sup>(١)</sup> وقال عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في  
رحم أختين»<sup>(٢)</sup> ويجوز أن يجمع بينهما في الملك دون الوطاء، لأن المراد بالنص حرمة  
الوطء إجماعاً، فإن كان له أمة قد وطئها فتزوج أختها جاز النكاح لصدوره من أهله وإضافته  
إلى محله، ولا يطأ الأمة لأن المنكوحة موطوءة حكماً، ولا يطأ المنكوحة حتى يحرم الأمة  
عليه فإذا حرمها وطئ المنكوحة، وإن لم يكن وطئ المملوكة وطئ المنكوحة وحرمت  
المنكوحة حتى يفارق المنكوحة قال: (ولو تزوج أختين في عقد واحد فسد نكاحهما) لعدم  
أولوية جواز نكاح إحداهما (ولو تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه  
وبينهما) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين، ولا وجه إلى التيقن لعدم الأولوية، ولهما نصف  
المهر بينهما لجهالة المستحقة فيشتركان فيه، فإن تزوجهما على التعاقب فسد النكاح الأخيرة  
وفارقها، وإن علم القاضي بذلك فرق بينهما (وإذا طلق امرأته لا يجوز أن يتزوج أختها ولا  
رابعة حتى تنقضي عدتها) وسواء كان الطلاق بائناً أو رجعيّاً لبقاء نكاح الأولى من وجه بقاء  
العدة والنفقة والسكنى، والفراش القائم في حق ثبوت النسب والمنع من الخروج والبروز  
والتزوج بزواج آخر، فتثبت الحرمة أخذاً بالاحتياط في باب الحرمة، والمعتدة إذا لحقت  
بدار الحرب مرتدة يحل للزوج نكاح أختها وأربع سواها لسقوط أحكام الإسلام عنها،  
وعدة أم الولد إذا أعتقها مولاهما تمنع نكاح أختها دون الأربع لأن فراشها قائم فيكون جامعاً  
ماءه في رحم أختين وأنه حرام بالحديث، وحرمة الأربعة ورد في النكاح، وقالوا: لا يمنع  
لأن له أن يتزوجها قبل العتق فكذا بعده، لكن إذا عقد عليها لا يطؤها حتى تنقضي العدة.  
وجوابه أن فراشها قبل العتق ضعيف يقبل النقل إلى غيره بالنكاح وبعده لا فافتراقاً، والعقد

(١) سورة النساء، آية (٢٣).

(٢) قال الحافظ ابن حجر في الدراية في تخرج أحاديث الهداية، ج ٥٥/٢: لم نجد.

وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا، وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ عَلَى الْحُرَّةِ وَلَا مَعَهَا وَلَا فِي عِدَّتِهَا (سم)، وَيَجُوزُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَالْأُمَّةِ عَلَى الْأُمَّةِ وَمَعَهَا وَفِي عِدَّتِهَا؛ وَيَجُوزُ لِلْحَرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا مِنَ الْإِمَاءِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّةً مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحُرَّةِ؛ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ زَوْجَةَ الْغَيْرِ وَلَا مُعْتَدَّتَهُ، وَلَا يَتَزَوَّجُ

قائم مقام الوطاء حتى يثبت النسب منه فلا يجوز. قال: (ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها) للحديث المشهور، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أختها، فإنكم إذا فعلتم ذلك فقد قطعتم أرحامهن»<sup>(١)</sup> ويجوز أن يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبله لأنه لا قرابة بينهما. (و) المحرمات بالتقديم (لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة ولا معها ولا في عدتها، ويجوز نكاح الحرّة والأمة على الأمة ومعها في عدتها) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تنكح الأمة على الحرّة وتنكح الحرّة عليها»<sup>(٢)</sup> وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز نكاح الأمة في عدّة الحرّة من طلاق بائن لأنه ليس بنكاح عليها حتى لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا. ولأبي حنيفة أن نكاح الحرّة قائم من وجه على ما بينا، واليمين مبناها على المقصود وهو عدم المزاحمة في القسم وقد وجد؛ ولو تزوّج في عقد واحد أربعاً من الإماء وخمساً من الحرائر جاز نكاح الإماء خاصة، لأنه لا يجوز نكاح واحدة من الحرائر لعدم الأولوية فيبطل نكاحهن فلم توجد المزاحمة (ويجوز للحر أن يتزوج أربعاً من الإماء) لأن قوله تعالى: ﴿وَرَبَاعٌ﴾<sup>(٣)</sup> لا يفصل (ويجوز أن يتزوج أمة مع القدرة على الحرّة) لأن النصوص لا تفصل، وهي قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ﴾<sup>(٤)</sup> وقوله سبحانه: ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾<sup>(٥)</sup> وغير ذلك. (و) المحرمات بتعلق حق الغير ف (لا يجوز أن يتزوج زوجة الغير ولا معتدته) قال عليه الصلاة والسلام: «ملعون من سقى ماءه زرع غيره»<sup>(٦)</sup>

(١) هذا اللفظ مركب من حديثين: الأول أخرجه أحمد في مسنده، ج ٧٨/١، وج ١٧٨، ومسلم في صحيحه برقم ١٤٠٨، والثاني: أخرجه عبد الرزاق في مصنفه برقم ١٠٧٦٦، والطبراني في معجمه الأوسط، ج ١/٨٨.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ج ١٤٨/٤ و ٢٤٨، وسعيد بن منصور في سننه برقم ٧٤١، والبيهقي في سننه، ج ١٧٥/٧، مرسلًا.

(٣) سورة النساء، آية (٣).

(٤) سورة النساء، آية (٣).

(٥) سورة النساء، آية (٣).

(٦) لم يرد بلفظ «ملعون» وإنما بلفظ «نهى» ولفظ «لا»، أخرجه الحاكم في المستدرک، ج ٥٦/٢، =

حاملًا من غَيْرِهِ إِلَّا الزَّانِيَةَ (س ف)، فَإِنْ فَعَلَ لَا يَطْؤُهَا حَتَّى تَضَعَ؛ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّتَهُ وَلَا الْمَرْأَةَ عَبْدَهَا؛ وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمَجُوسِيَّاتِ وَالْوَثْنِيَّاتِ وَلَا وَطْؤُهُنَّ بِمِلْكٍ يَمِينٍ، وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْكِتَابِيَّاتِ وَالصَّابِئِيَّاتِ (سم) . . . . .

ولأن ذلك يفضي إلى اشتباه الأنساب، ولهذا لم يشرع الجمع بين الزوجين في امرأة واحدة في دين من الأديان. قال: (ولا يتزوج حاملًا من غيره) لما ذكرنا (إلا الزانية، فإن فعل لا يطؤها حتى تضع) وقال أبو يوسف: النكاح فاسد لما سبق من الحديث، ولأنه حمل محترم حتى لا يجوز إسقاطه. ولهما أن الامتناع لثلا يسقي ماءه زرع غيره في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فدخلت تحت قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ﴾<sup>(١)</sup> فإن كان الحمل ثابت النسب كالحامل من السبي وحمل أم الولد من مولها ونحوه فالنكاح فاسد لما بينا. (و) المحرّمات بالملك ف (لا يجوز أن يتزوج أمته ولا المرأة عبدها) وملك بعض العبد في هذا كملك كله، وكذا حق الملك كمملوك المكاتب والمأذون، لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح فلا فائدة في إثبات الأضعف مع ثبوت الأقوى، ولأن ملك النكاح يوجب لكل واحد من الزوجين على الآخر حقوقاً، والرق ينافي ذلك. (و) المحرّمات بالكفر ف (لا يجوز نكاح المجوسيات والوثنيات ولا وطؤهنَّ بملك يمين) قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾<sup>(٢)</sup> وقال ﷺ: «سئوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا أكلي ذبائحهم»<sup>(٣)</sup> (ويجوز تزويج الكتابيات) لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾<sup>(٤)</sup> والذمية والحربية سواء لإطلاق النص، والأمة والحرة سواء لإطلاق المقتضى. (و) يجوز نكاح (الصباثيات) عند أبي حنيفة

= وصححه وأقره الذهبي. والترمذي في سننه برقم ١١٣١، وقال حديث حسن. والطبراني في معجمه الكبير، ج ٢٦/٥ - ٢٧ برقم ٤٤٨٣.

(١) سورة النساء، آية (٢٤).

(٢) سورة البقرة، آية (٢٢١).

(٣) هذا اللفظ مركب من حديثين: الأول أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ج ٢٤٣/١٢، والبيهقي في سننه، ج ١٨٩/٩، ولفظه «سئوا بهم سنة أهل الكتاب»، وهو حسن مرسل.

والثاني: «... على أن تؤكل لهم ذبيحة ولا تُنكح لهم امرأة»، أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ج ١٢/٢٤٢، والبيهقي في سننه، ج ١٩٢/٩، وعبد الرزاق في مصنفه، ج ٧٠/٦، وهذا مرسل، وإجماع أكثر المسلمين يؤكده.

(٤) سورة المائدة، آية (٥).

وَالزَّنا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ، وَكَذَا الْمَسُّ بِشَهْوَةٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَالنَّظْرُ إِلَى  
الْفَرْجِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ أَيْضاً.....

خلافاً لهما، وعلى هذا حلّ ذبائحهم، وهذا بناء على اشتباه مذهبيهم، فعنده هم أهل كتاب يعظمون الكواكب ولا يعبدونها فصاروا كالكتايبات، وعندهما يعبدون الكواكب وليسوا أهل كتاب. والمحرمات بالطلق الثلاث لقوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾<sup>(١)</sup> وعليه الإجماع. قال: (والزنا يوجب حرمة المصاهرة) فمن زنى بامرأة أو وطئها بشبهة حرمت عليه أصولها وفروعها، وتحرم الموطوءة على أصول الواطيء وفروعه (وكذا المسّ بشهوة من الجانبين والنظر إلى الفرج من الجانبين أيضاً) والمعتبر النظر إلى فرجها الباطن دون الظاهر. روي ذلك عن أبي يوسف وهو الصحيح. وحكى الطحاوي إجماع السلف في أن التقبيل واللمس عن شهوة يوجب حرمة المصاهرة، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء﴾<sup>(٢)</sup> والحمل على الوطاء أولى لما بينا أن النكاح حقيقة هو الوطاء، أو لأنه أعم فكان الحمل عليه أولى وأعم فائدة، فيصير معنى الآية والله أعلم: ولا تطئوا ما وطئ آبؤكم مطلقاً، فيدخل فيه النكاح والسفاح، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبناتها»<sup>(٣)</sup> وقال عليه الصلاة والسلام: «من نظر إلى فرج امرأة بشهوة أو لمسها بشهوة حرمت عليه أمها وبناتها وحرمت على ابنه وأبيه»<sup>(٤)</sup> وإذا ثبت هذا الحكم في موطوءة الأب ثبت في موطوءة الابن وفي وطء أم امرأته وسائر ما يثبت بحرمة المصاهرة بالنكاح لأن أحداً لم يفصل بينهما، ولأن الوطاء سبب للجزئية بواسطة الولد، ولهذا يضاف إليها كما يضاف إليه، والاستمتاع بالجزء حرام، والمسّ والنظر داع إلى الوطاء فيقام مقامه احتياطاً للحرمة. وكان الشيخ أبو الحسن الكرخي يقول: إن المراد من قوله: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم﴾<sup>(٥)</sup> الوطاء دون العقد لأنه حقيقة في الوطاء، ولم يرد به العقد لاستحالة كون اللفظ الواحد حقيقة ومجازاً في حالة واحدة، والتحريم بالعقد ثبت بغير هذه الآية. وحدّ الشهوة أن تنتشر آتة بالنظر والمسّ، وإن كانت

(١) سورة البقرة، آية (٢٣٠).

(٢) سورة النساء، آية (٢٢).

(٣) لم يرد بهذا اللفظ مرفوعاً، وإنما هو معنى كلام عطاء ومجاهد فيمن «أثر امرأة حرّمت عليه ابنتها». أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ج ١٦٦/٤.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ج ١٦٥/٤، وإسناده مجهول، قاله البيهقي، فتح الباري، ج ١٥٦/٩.

(٥) سورة النساء، آية (٢٢).

وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى؛  
وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُحْرِمُ حَالَةَ الْإِحْرَامِ؛ وَنِكَاحُ الْمُتَعَةِ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ (ز)  
بِاطِلٌ.

منتشرة فتزداد شدة، والمجبوب والعنين يتحرك قلبه بالاشتهاء، أو يزداد اشتها؛ ولو مسها  
وعليه ثوب إن منع وصول حرارتها إلى يده لا تثبت الحرمة، وإن لم تمنع تثبت؛ ولو أخذ  
يدها ليقبلها بشهوة فلم يفعل حرمت<sup>(١)</sup> على ابنه؛ ولو مس شعر امرأة بشهوة حرمت عليه  
أما وبنتها لأنه من أجزاء بدنها. قال أبو حنيفة: إذا جامع صغيرة لا يجمع مثلها فأفضاها  
لا تحرم عليه أمها. وقال أبو يوسف: تحرم، ولو كانت ممن يجمع مثلها حرمت عليه أمها  
بالإجماع. لأبي يوسف أنه وطئ في قبل فتحرم كوطء الكبيرة. ولهما أنه ليس بسبب للولد  
فصار كاللواط، أما الكبيرة يحتمل العلق. قال: (ومن جمع بين امرأتين إحداهما لا يحل  
له نكاحها صح نكاح الأخرى) معناه: إذا تزوجهما في عقد واحد، لأنه لا مانع من نكاح  
الأخرى لاختصاص المبطل بتلك. قال: (ويجوز أن يتزوج المحرم حالة الإحرام) لأن النبي  
عليه الصلاة والسلام تزوج ميمونة وهو محرم<sup>(٢)</sup>. والمحظور الوطء ودواعيه، لا العقد،  
وهو محمل ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن ينكح المحرم<sup>(٣)</sup>. قال: (ونكاح  
المتع والنعمة والنكاح المؤقت باطل) أما المتعة فلقوله تعالى: ﴿فَمَنْ ابْتغى وراء ذلك فأولئك هم  
العادون﴾<sup>(٤)</sup> وهذه ليست مملوكة ولا زوجة. أما المملوكة فظاهر، وأما الزوجة فلعدم  
أحكام الزوجية من الإرث وانقطاع الحل بغير طلاق ولا مانع، وقد صح عن علي رضي الله  
عنه: «أن النبي عليه الصلاة والسلام حرم يوم خيبر متعة النساء ولحوم الحمر الأهلية»<sup>(٥)</sup> وما  
روي في إباحتها ثبت نسخه بإجماع الصحابة، وصح أن ابن عباس رجع إلى قولهم. وأما

(١) قوله حُرِّمَتْ عَلَى ابْنِهِ: لأنه لمسها بشهوة. وهذا قول إبراهيم النخعي، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، ج ٤/  
١٦٥ و١٦٦.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم ٤٢٥٨ و١٨٣٧.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم ١٤٠٩، بلفظ «لا يَنْكُحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكَحُ»، وأبو داود برقم ١٨٤٢،  
والترمذي برقم ٨٤٠، والنسائي في المجتبى، ج ٥/١٩٢، وابن ماجه برقم ١٩٦٦، وأحمد في مسنده، ج  
٦٩/١.

(٤) سورة المؤمنون، آية (٧).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه برقم ٥٥٢٣، وأبو داود في سننه برقم ٢٠٧٣، وابن عبد البر في التمهيد، ج  
١٠/١٠٤.

وَعِبَارَةُ النِّسَاءِ مُعْتَبَرَةٌ فِي النِّكَاحِ حَتَّى لَوْ زَوَّجَتِ الْحُرَّةُ الْعَاقِلَةُ الْبَالِغَةَ نَفْسَهَا جَازًا؛ وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَتْ غَيْرَهَا بِالْوِلَايَةِ أَوْ الْوَكَالَةِ، وَكَذَا إِذَا وَكَّلَتْ غَيْرَهَا فِي تَزْوِيجِهَا، أَوْ زَوَّجَهَا غَيْرَهَا فَأَجَازَتْ (م).

النكاح المؤقت فلأنه أتى بمعنى المتعة والعبارة للمعاني، وسواء طالت المدة أو قصرت، لأن التأقيت هو المبطل وهو الم أغلب لجهة المتعة. وصورة نكاح المتعة أن يقول الرجل لامرأة: متعيني نفسك بكذا من الدراهم مدة كذا، فتقول له: متعتك نفسي، أو يقول: أتمتع بك، ولا بد من لفظ التمتع فيه. وأما المؤقت فإن يتزوجها بشهادة شاهدين مدة معلومة. وقال زفر: النكاح المؤقت صحيح ويبطل التأقيت، لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد، وجوابه ما مر.

### فصل [أحكام تزويج المرأة نفسها بالوكالة]

(وعبارة النساء معتبرة في النكاح حتى لو زوّجت الحرّة العاقلة البالغة نفسها جاز، وكذلك لو زوّجت غيرها بالولاية أو الوكالة؛ وكذا إذا وكلت غيرها في تزويجها أو زوّجها غيرها فأجازت) وهذا قول أبي حنيفة وزفر والحسن، وظاهر الرواية عن أبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز إلا بإجازة الولي، فإن ماتا قبلها لا يتوارثان ولا يقع طلاقه ولا ظهاره ووطؤه حرام، فإن امتنع الولي من الإجازة ذكر الطحاوي عن محمد يجدد القاضي العقد بينهما، وذكر هشام [بن مَعْدَانَ] عن محمد فإن لم يجزه الولي أجيزه أنا، وكان يومئذ قاضياً فصار عنه روايتان. وروي عنه أنه رجع إلى قول أبي حنيفة قبل موته بسبعة أيام. وحكى الفقيه أبو جعفر الهندواني<sup>(١)</sup>: أن امرأة جاءت إلى محمد قبل موته بثلاثة أيام وقالت: إن لي ولياً وهو لا يزوّجني إلا بعد أن يأخذ مني مالاً كثيراً، فقال لها محمد: اذهبي فزوّجي نفسك، وهذا يؤيد ما روي من رجوعه. وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول مثل قول محمد الأول. وفي رواية إن زوّجت نفسها من كفاء لا يتوقف، وإن كان من غير كفاء يتوقف على إجازة الولي. وجه عدم الجواز ما روت عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «أبما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل»<sup>(٢)</sup> وقوله عليه

(١) هو محمد بن عبد الله بن محمد البلخي، أبو جعفر، أبو حنيفة الصغير، ت ٣٩٢هـ، الجواهر المضئية، ج

١٩٢/٣ - ١٩٤.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده، ج ٦٦/٦، والشافعي في مسنده، ج ١١/٢، والدرامي في سننه، ج ١٣٧/٢، =

.....

الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بولي»<sup>(١)</sup> ولأنها كانت مولياً عليها قبل البلوغ في حق العقد والنفذ لعدم رأيها، فلو زال إنما يزول بما حدث لها من الرأي والعقل بالبلوغ، وإنما حدث لها رأي وعقل ناقص، ومن لم يحدث له رأي أصلاً كمن بلغ مجنوناً لا تزول عنه الولاية أصلاً، ومن حدث له عقل كامل ورأي وافر كالرجل تزول ولايته أصلاً، فإذا حدث الناقص فكأنه حدث من وجه دون وجه فثبتت لها إحدى الولايتين وهو الانعقاد دون النفاذ عملاً بالشبهين، ووجه الفسخ إذا لم يجز الولي أن النكاح إلى الأولياء بالحديث فيتوقف على إجازته ويرتد برده كما إذا عقد وتوقف على إجازتها، فإذا بطل يجدد القاضي النكاح. ووجه رواية هشام أنه عقد صدر من المالك وتوقف على إجازة صاحب الحق فلا يفسخ برده كالراهن إذا باع الرهن ورده المرتهن فإنه لا يفسخ البيع حتى لو صبر المشتري إلى حين انفكك الرهن نفذ، وإذا بقي العقد أجازته القاضي إن امتنع الولي لظلمه بخلاف ما ذكر من المسألة لأن المرأة هي المالكة فتبطل بردها كما إذا باع المرتهن ورده الراهن. وجه قول أبي حنيفة قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾<sup>(٢)</sup> وقال تعالى: ﴿فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف﴾<sup>(٣)</sup> وفي آية أخرى: ﴿من معروف﴾<sup>(٤)</sup> أضاف النكاح والفعل إليهن، وذلك يدل على صحة عبارتهن ونفاذها لأنه أضافه إليهن على سبيل الاستقلال إذ لم يذكر معها غيرها، وهي إذا زوجت نفسها من كفاء بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء في ذلك. وروى ابن عباس: أن فتاة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا نبي الله إن أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع خسيسته وأنا له كارهة، فقال لها: «أجيزي ما صنع أبوك»، فقالت: لا رغبة لي فيما صنع أبي، قال: «أذهبى فانكحي من شئت»، فقالت: لا رغبة لي عما صنع أبي يا رسول الله ولكنني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء<sup>(٥)</sup> والاستدلال به من وجوه: أحدها قوله عليه الصلاة

= والترمذي في سننه برقم ١١٠٢، وابن ماجه برقم ١٨٧٩، وهو حديث صحيح.

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ج ٩ برقم ٤٠٧٥، والذارقطني في سننه، ج ٣/٢٢١ و ٢٢٥، والبيهقي في سننه، ج ٧/١٢٥، والحديث حسن، وله شواهد.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٣٠).

(٣) سورة البقرة، آية (٢٣٤).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ج ٤/١٣٣، والزليعي في نصب الراية، ج ٣/١٨٣، مرسلأً بلفظ أخصر مما هنا. وانظر صحيح البخاري حديث رقم ٥١٣٨.

والسلام: «فانكحي من شئت»<sup>(١)</sup>. الثاني قولها ذلك ولم ينكر عليها فعلم أنه ثابت إذ لو لم يكن ثابتاً لما سكت عنه. الثالث قوله: «أجيزي ما صنع أبوك»<sup>(٢)</sup> يدل على أن عقده غير نافذ عليها، وفيه دليل لأصحابنا على أن العقد يتوقف أيضاً. وفي البخاري: «أن خنساء بنت خِزَام أنكحها أبوها وهي كارهة فردّه النبي عليه الصلاة والسلام»<sup>(٣)</sup> وروي أن امرأة زوّجت بنتها برضاها، فجاء الأولياء وخاصموها إلى عليّ رضي الله عنه، فأجاز النكاح. وهذا دليل الانعقاد بعبارة النساء، وأنه أجاز النكاح بغير وليّ لأنهم كانوا غائبين لأنها تصرّفت في خالص حقها ولا ضرر فيه لغيرها، فينفذ كتصرّفها في مالها والولاية في النكاح أسرع ثبوتاً منها في المال، ولهذا يثبت لغير الأب والجدّ ولا يثبت لهم في المال ولأن النكاح خالص حقها حتى يجبر الوليّ عليه عند طلبها وبذله لها، وهي أهل لاستيفاء حقوقها، إلا أن الكفاءة حقّ الأولياء فلا تقدر على إسقاط حقهم. وأما ما ذكر من الأحاديث فمعارضة بما رويناه فإما أن يرجع إلى القياس وهو لنا على المال والرجل أو يوفق بين الحديثين فيحمل ما رويناه على الحرة العاقلة البالغة، وما رويتموه على الأمة توفيقاً، كيف وقد ورد في بعض الروايات: «أبما أمة نكحت نفسها»<sup>(٤)</sup> فيحمل المطلق على المقيد أو يرجح والترجيح معنا، لأن ما ذكرناه سالم عن الطعن وما رواه مطعون فيه، فقد حُكي عن أبي العباس المروزي قال: سمعت يحيى بن معين يقول: ثلاثة أحاديث لم تثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام: «كل مسكر حرام»، و«من مس ذكره فليتوضأ»، و«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»<sup>(٥)</sup> ووافقه على ذلك أحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه، على أنا

- (١) قوله ﷺ «فانكحي من شئت» أمر للإباحة، وليس بأمر للوجوب، أي: اختاري من ترزين زوجاً لك.
- (٢) هذا اللفظ لم يرد في رواية ابن أبي شيبة في مصنفه، ج ١٣٣/٤، ولا في نصب الراية، ج ١٨٣/٣، ولا في كتب المخرّجين. وانظر سنن ابن ماجه برقم ١٨٧٤.
- (٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم ٥١٣٨ و ٥١٣٩ و ٦٩٤٥ و ٦٩٦٩.
- (٤) لم يرد بلفظ «أمة» بل بلفظ «أمرأة» وهو عند أحمد في مسنده، ج ٦٦/٦ و ١٦٦، والدارمي في سننه، ج ٢/١٣٧، وسعيد بن منصور في سننه برقم ٥٢٨ و ٥٢٩، والحميدي في مسنده برقم ٢٢٨، والطحاوي في شرح معاني الآثار، ج ٧/٣، والحاكم في المستدرک، ج ١٦٨/٢، والموصلي في مسنده، ج ٨ برقم ٤٦٨٢ و ٤٨٣٧، والدارقطني في سننه، ج ٣/٢٢١.
- (٥) لم يصح هذا القول عن يحيى بن معين، أما حديث «كل مسكر حرام» أخرجه أحمد في مسنده، ج ١/٢٧٤ و ٢٨٩، وإسناده صحيح. وأبو داود في سننه برقم ٣٦٩٦ و ٣٦٧٩، وهو حديث صحيح، وأخرجه مسلم في صحيحه برقم ٢٠٠٣ - ٧٣ و ٧٥، وابن حبان في صحيحه برقم ٥٣٥٤ و ٥٣٦٠ و ٥٣٦٥ و ٥٣٦٦ =

## وَلَا إِجْبَارَ عَلَى الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ فِي النِّكَاحِ.....

نقول: المرأة ولية نفسها فلا يكون نكاحاً بلا ولي فلم قلتُم إنها ليست ولياً؟ ولو قلتُم ذلك استغنيتم عن الحديث، وكذا الحديث الآخر فإنه من رواية سليمان بن يسار عن الزهري وهو ضعيف ضعفه البخاري وأسقط روايته. وروي أن مالكا وابن جريج سألا الزهري عن هذا الحديث فلم يعرفه، والراوي إذا أنكر الخبر دلّ على بطلانه كالأصول مع الفروع، ولأن من مذهب عائشة رضي الله عنها جواز النكاح بعبارة النساء، فإنها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن حين غاب بالشام، دلّ ذلك على عدم صحة الحديث وروايتها له أو على نسخه أو على رجحان ما ذكرنا، وقوله الحادث لها رأي ناقص، قلنا المعتبر في باب الولاية مطلق العقل والبلوغ دون الزيادة والنقصان، فإن الناس يتفاوتون في الرأي والعقل تفاوتاً فاحشاً، ولا اعتبار به في باب الولاية، فإن كامل العقل والرأي ولايته على نفسه وماله كولاية ناقصهما، وكم من النساء من يكون أوفر عقلاً وأشدّ رأياً من كثير من الرجال، ولأن في اعتبار ذلك حرجاً عظيماً وهو حرج التمييز بين الناس، فعلم أن المعتبر أصل البلوغ والعقل وقد وجدا في المرأة، فيترتب عليهما ما يترتب عليهما في الرجل قياساً على المال. قال: (ولا إجبار على البكر البالغة في النكاح) لقوله عليه الصلاة والسلام: «البكر تستأمر في نفسها فإن صممت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليهما»<sup>(١)</sup> وقال عليه الصلاة والسلام:

= ٥٣٦٨ و ٥٣٦٩، وأسانيدهما على شرط البخاري ومسلم.

وأما حديث: «مَنْ مَسَّ ذَكَرَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ» حديث صحيح، أخرجه ابن الجارود في المتقى برقم ١٨، وأحمد في مسنده، ج ٤٠٦/٦ و ٤٠٧، والترمذي في سننه برقم ٨٢، والنسائي في المجتبى، ج ٢١٦/١، والبيهقي في سننه، ج ١٢٨/١، وابن حبان في صحيحه برقم ١١١٤ و ١١١٥ و ١١١٦ و ١١١٧، ورقم ١١١٥ على شرط الصحيحين.

وأما حديث: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، أخرجه ابن حبان في صحيحه برقم ٤٠٧٥، وإسناده حسن. وأخرجه الدارقطني في سننه، ج ٢٢١/٣ و ٢٢٥ و ٢٢٦، والطبراني في معجمه الكبير، ج ١٤٢/١٨ برقم ٢٩٩، والبيهقي في سننه، ج ١٢٥/٧، وعبد الرزاق في مصنفه برقم ١٠٤٧٣، وللحديث شواهد كثيرة ذكرها صاحب إرواء الغليل، ج ٢٥٨/٦ - ٢٦٠.

فمن هذه التخريجات لهذه الأحاديث الثابتة عن رسول الله ﷺ يتبين لنا عدم صحة نسبة هذه المقولة لإمام الجرح والتعديل يحيى بن معين رحمه الله تعالى.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم ٢٠٩٣، والترمذي في سننه برقم ١١٠٩، وقال: حديث حسن. والنسائي في المجتبى، ج ٨٥/٦، وابن ماجه برقم ١٨٧٠، وهو في صحيح مسلم بنحو هذا اللفظ برقم ١٤٢٠، وأحمد في مسنده، ج ٢١٩/١ و ٢٧٤، والطحاوي في شرح معاني الآثار، ج ٣٦٦/٤.

وَالسَّنَةُ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَسْتَأْمَرَ الْبِكْرَ قَبْلَ النِّكَاحِ وَيَذْكُرَ لَهَا الزَّوْجَ فَيَقُولُ: إِنَّ فُلَانًا يَخْطُبُكَ أَوْ يَذْكُرُكَ، فَإِذَا سَكَتَتْ فَقَدْ رَضِيَتْ، وَلَوْ ضَحِكَتْ فَهُوَ إِذْنٌ، وَلَوْ بَكَتْ إِنْ كَانَ بَغَيْرِ صَوْتٍ فَهُوَ رِضًا، وَلَوْ اسْتَأْذَنَهَا غَيْرُ الْوَلِيِّ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَوْلِ؛ وَإِذْنُ الشَّيْبِ بِالْقَوْلِ، .....

«شاوروا النساء في أوضاعهن»، قالت عائشة: يا رسول الله إن البكر لتستحي؟ قال: «إذنها صماتها»<sup>(١)</sup> (والسنة للولي أن يستامر البكر قبل النكاح ويذكر لها الزوج فيقول: إن فلاناً يخطبك أو يذكرك، فإذا سكتت فقد رضيت) لما روينا، فإذا زوجها من غير استثمار فقد أخطأ السنة، فقد صح: أنه ﷺ لما أراد أن يزوج فاطمة من علي رضي الله عنهما دنا إلى خدرها فقال: «إن علياً يذكرك» ثم خرج فزوجها<sup>(٢)</sup> (ولو ضحكت فهو إذن) لأنه دليل الرضا، إلا إذا كان على وجه الاستهزاء (ولو بكى) فيه روايتان لأنه يكون عن سرور وعن حزن، والمختار (إن كان بغير صوت فهو رضا) ويكون بكاء على فراق الأهل وكذا لو زوجها بغير إذنها ثم بلغها، يعتبر السكوت كما ذكرنا والبلوغ إليها أن يرسل إليها وليها رسولاً يخبرها بذلك عدلاً كان أو غير عدل، فإن أخبرها فضولي فلا بد من العدد أو العدالة، لأنه خبر يشبه الشهادة من وجه فيشترط أحد وصفي الشهادة. وعندهما لا يشترط ذلك لأنه خبر كسائر الأخبار، وإن قال الولي: أزوجك من فلان أو فلان فسكتت فأيهما زوجها جاز؛ ولو سمى جماعة إن كانوا يحصون فهو رضا، وإلا لا يكون رضا؛ ولو استأمرها فقالت غيره أحب إلي منه لا يكون إذناً، ولو قالت ذلك بعد العقد يكون إذناً لأنه كلام يحتمل الإذن وعدمه فلا نثبت الإذن قبل العقد بالشك ولا نبطل العقد بالشك (ولو استأذنها غير الولي فلا بد من القول) لأن السكوت إنما جعل رضا عند الحاجة وهو استثمار الولي وعجزها عن المباشرة فلا يقاس عليه عدم الحاجة وهو من لا يملك العقد ولا التفات إلى كلامه. قال: (وإذن الشيب بالقول) قال عليه الصلاة والسلام: «الشيب تستامر»<sup>(٣)</sup> أي يطلب أمرها والأمر بالقول. وقال في حق البكر: «تستأذن»<sup>(٤)</sup> أي يطلب الإذن منها، والإذن

(١) أخرجه البيهقي في سننه، ج ٧/١٢٣، بلفظ: أن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: يا رسول الله! تستامر النساء في أوضاعهن؟ قال: نعم. وبلفظ: «شاوروا النساء في أنفسهن».

(٢) أخرجه أبو حنيفة في مسنده، جامع المسانيد، ج ٢/٨٣، وابن سعد في الطبقات، ج ٨/١٢ ط التحرير.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده، ج ٢٥٠ و٤٢٥، وابن ماجه في سننه برقم ١٨٧١، وهو حديث صحيح.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده، ج ٢٥٠ و٤٢٥، وابن ماجه في سننه برقم ١٨٧٢، وهو حديث صحيح.

وَيَبْغِي أَنْ يُذَكَّرَ لَهَا الزَّوْجُ بِمَا تَعْرِفُهُ، فَإِنْ زَالَتْ بَكَارَتِهَا بِوَثْبَةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ أَوْ تَعْنِيسٍ أَوْ حَيْضٍ فَهِيَ بِكْرٌ، وَكَذَلِكَ إِنْ زَالَتْ بِزَنَا (سم)؛ وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ: بَلَّغَكَ النِّكَاحَ فَسَكَتٌ، فَقَالَتْ: بَلْ رَدَدْتُ فَاَلْقَوْلُ قَوْلُهَا وَلَا يَمِينُ عَلَيْهَا

والرضا يكون بالسكوت. وقال عليه الصلاة والسلام: «والثيب يعرب عنها لسانها»<sup>(١)</sup> ولأن السكوت إنما جعل إذناً لمكان الحياء المانع من النطق المختص بالأبكار، ويكون فيهن أكثر فلا يقاس عليها الثيب. قال: (وينبغي أن يذكر لها الزوج بما تعرفه) لعدم تحقق الرضا بالمجهول. وقال بعضهم: يشترط تسمية قدر الصداق أيضاً لاختلاف الرغبات باختلافه. قال: (فإن زالت بكارتها بوثبة أو جراحة أو تعنيس أو حيض فهي بكر) لأنها في حكم الأبكار حتى تدخل تحت الوصية لهم بالإجماع ومصيبها أول مصيب (وكذلك إن زالت بزنا) عند أبي حنيفة، وقالوا: تزوج كما تزوج الثيب لأن مصيبها عائد إليها إذ هو من التثويب وهو العود مرة بعد أخرى، وله أنه لو اشترط نطقها فإن لم تنطق فتوتها مصلحة النكاح، وإن نطقت والناس يعرفونها بكراً فتتضرر باشتهار الزنا عنها فيكون حياؤها أكثر فتتضرر على كل حال، فوجب أن لا يشترط دفعاً للضرر عنها حتى لو كانت مشتهرة بذلك بأن أقيم عليها الحد أو اعتادته وتكرر منها، أو قضى عليها بالعدة تستنطق بالإجماع لزوال الحياة وعدم التضرر بالنطق؛ ولو مات زوج البكر أو طلقها قبل الدخول تزوج كأبكار لبقاء البكارة والحياء (ولو قال الزوج: بلغك النكاح فسكت، فقالت: بل رددت فالقول قولها) لأنها منكرة تملك بضعها والبينة بينته لأنه يدعيه (ولا يمين عليها) عند أبي حنيفة خلافاً لهما وقد مر في الدعوى، ولو ادعت رد النكاح حين أدركت وادعى الزوج السكوت فالقول قوله لأنه منكر زوال ملكه عنها؛ وإن زوجت نفسها وزوجها الولي برضاها فأيهما قالت هو الأول صح لصحة إقرارها على نفسها دون إقرار الأب؛ وإن قالت لا أدري لم يثبت واحد منهما لعدم إمكان الجمع وعدم أولوية أحدهما؛ ولو تزوجها على أنها بكر فوجدها ثيباً يجب جميع المهر لأن البكارة لا تصير مستحقة بالنكاح؛ ولو زوجها وليها فبلغها فردت، ثم قال لها إن جماعة يخطبونك فقالت أنا راضية بما تفعل فزوجها الأول لا يجوز، لأن قولها أنا راضية بما تفعل ينصرف إلى غيره دلالة؛ ومثله لو قال لرجل كرهت

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه برقم ١٨٧٢، وأحمد في مسنده، ج ٤/١٩٢، والبيهقي في سننه، ج ٧/١٢٣، والطحاوي في شرح معاني الآثار، ج ٤/٣٦٨.

(سم)، وَيَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِنْكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُزَوِّجَ أَبًا أَوْ جَدًّا فَلَا خِيَارَ لَهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُهُمَا فَلَهُمَا الْخِيَارُ

صحبة فلانة فطلقتها فزوجني امرأة، فزوجه تلك المرأة لا يجوز؛ وكذلك لو باع عبده ثم أمر إنساناً أن يشتري له عبداً فاشترى ذلك العبد لا يجوز. قال: (ويجوز للولي إنكاح الصغير والصغيرة والمجنونة) لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا لا يُزَوِّجُ النَّسَاءَ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ وَلَا يَزُوجُنَّ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ»<sup>(١)</sup> وقال عليه الصلاة والسلام: «النكاح إلى العصبات»<sup>(٢)</sup> وبالغات خرجن بما سبق من الأحاديث فبقي الصغار: «والنبي عليه الصلاة والسلام تزوج عائشة رضي الله عنها وهي بنت سبع سنين وبنى بها وهي بنت تسع»<sup>(٣)</sup> وعلي رضي الله عنه زوج ابنته أم كلثوم من عمر وهي صغيرة<sup>(٤)</sup>، ولأن النكاح يتضمن المصالح وذلك يكون بين المتكافئين والكفاء لا يتفق في كل وقت، فمست الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيلاً للمصلحة وإعداداً للكفاء إلى وقت الحاجة، والقراية موجبة للنظر والشفقة فينتظم الجميع، إلا أن شفقة الأب والجد أكثر فيكون عقدهما لازماً لا خيار فيه، وشفقة غيرها لمن قصرت عنهما قلنا بالانعقاد وثبوت الخيار عند البلوغ، فإن رآه غير مصلحة فسخه (ثم إن كان المزوج أباً أو جَدًّا فَلَا خِيَارَ لَهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ) لوفور شفقتهم وشدة حرصهما على نفعهم فكانهم باشره بأنفسهم، ولأن النبي ﷺ ما خير عائشة رضي الله عنها حين بلغت (وإن زوجهما غيرها فلهما الخيار) إن شاء أقاما على النكاح، وإن شاء فسخا، وقال أبو يوسف: لا خيار لهما كالأب والجد. وجوابه ما ذكرنا من قصور شفقتهم عن شفقة الأب والجد، وذلك مظنة وقوع الخلل في المقصود من النكاح فيثبت الخيار لدفع الخلل لو كان، ثم سكوت البكر عند بلوغها رضاً إذا علمت بالنكاح، ولا يمتد إلى آخر المجلس كما في الابتداء، ولو بلغت بعد الدخول فلا بد من القول والتصريح بالرضا أو بالرد لأنها تيب كما في الابتداء وكذا الغلام، ولا بد في الفسخ من القضاء لأن العقد قد تم وثبتت أحكامه فلا يرتفع إلا برفع من له ولاية وهو القاضي أو بتراضيهما، ولأنه لرفع ضرر خفي وهو وقوع الخلل في العقد فيكون إلزاماً فاحتاج إلى القضاء، ويشمل الذكر والأنثى لشمول المعنى

(١) أخرجه الدارقطني في سننه، ج ٣/٢٤٥، والبيهقي في سننه، ج ٧/١٣٣، وفي سندهما متروك كذاب.

(٢) قال الحافظ ابن حجر في تخریج الهدایة «الدرایة»، ج ٢/٦٢٢: لم أجده.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم ٣٨٩٤ و٥١٣٣، ومسلم في صحيحه برقم ١٤٢٢.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، ج ٦/١٦٢ - ١٦٣.

(س). وَلَا خِيَارَ لِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فِي عَيْبٍ إِلَّا فِي الْجَبِّ وَالْعُنَّةِ وَالْخِصَاءِ،  
وَالْوَلِيِّ الْعَصْبَةَ عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي الْإِرْثِ وَالْحَجْبِ ثُمَّ مَوْلَى الْعَتَاقَةِ. وَلِلْأَمِّ  
وَأَقَارِبِهَا التَّزْوِيجُ، ثُمَّ مَوْلَى الْمُوَالَاةِ، ثُمَّ الْقَاضِي (سم)؛ .....

لهما، ويشترط علمهما بالنكاح دون الحكم لأن العقد ينفرد به الولي فيعذران في الجهل.  
أما الحكم فالدار دار الإسلام فلا عذر في الجهل، بخلاف خيار العتق حيث لا يحتاج إلى  
القضاء لأنه دفع ضرر ظاهر وهو زيادة الملك ويقتصر على الأنثى، لأن زيادة الملك في  
حقها دونها ويمتد إلى آخر المجلس لأنه جواب التملك قال عليه الصلاة والسلام: «ملك  
بضعك فاختراري»<sup>(١)</sup> وتعذر في الجهل بحكم الخيار لأنها مشغولة بخدمة المولى فلا تتفرغ  
للعلم، وإذا اختارت الفسخ في خيار البلوغ ففرق القاضي فهي فرقة بغير طلاق، ولأنه فسخ  
ثبت ضرورة دفع اللزوم فلا يكون طلاقاً ولهذا يثبت لها ولا مهر لها إن كان قبل الدخول  
لأن المراد من الفسخ رفع مثنونات العقد، وإن كان بعد الدخول فلها المسمى لأنه استوفى  
المفقود عليه، وكذا لو اختار الغلام قبل الدخول لا مهر عليه، وليس لنا فرقة جاءت من  
قبل الزوج ولا مهر عليه إلا هذه. والوجه فيه أنه لو وجب المهر لما كان في الخيار فائدة  
لأنه قادر على الفرقة بالطلاق، فلما ثبت الخيار علمنا أنه ثبت لفائدة وهي سقوط المهر؛  
ولو مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده قبل التفريق ورثه الآخر لصحة العقد وثبوت الملك به  
وقد انتهى بالموت (ولا خيار لأحد الزوجين في عيب إلا في الجب والعنة والخصاء) على  
ما يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى. قال: (والولي العصبة) لقوله عليه الصلاة والسلام:  
«النكاح إلى العصبات»<sup>(٢)</sup> وهم (على ترتيبهم في الإرث والحجب ثم مولى العتاقة) لأنه آخر  
العصبات على ما عرف في الفرائض. قال: (وللام وأقاربها التزويج، ثم مولى الموالات)، ثم  
القاضي) أما الأم وأقاربها فمذهب أبي حنيفة، وروي عنه وهو قولهما ليس لهم ذلك لما  
روينا، ولأن الولاية تثبت دفعاً للعار بعدم الكفاء. وذلك إلى العصبات لأنهم هم الذين

(١) قال الحافظ ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ج ٢/٦٤: رواه ابن سعد من مرسل الشعبي:  
أن النبي ﷺ قال لبريرة لما أعتقت: «قد عُتِقَ بِضْعُكَ مَعَكَ فَاخْتَارِي». وأخرجه الدارقطني في سننه، ج ٣/  
٢٩٠، بلفظ: «أذهبى فقد عتق معك بضعك».

وفي الصحيحين: «أن بريرة عتقت فخيرها النبي ﷺ من زوجها»، البخاري برقم ٢٥٣٦ و٥٢٨٣، ومسلم  
برقم ١٥٠٤ - ٩.

(٢) تقدم هذا اللفظ، وتقدم قول الحافظ ابن حجر في الهداية، ج ٢/٦٢: لم أجده.

وَلَا وِلَايَةَ لِعَبْدٍ وَلَا صَغِيرٍ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا كَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ، وَابْنُ الْمَجْنُونَةِ يُقَدَّمُ عَلَى أَبِيهَا (م)؛ وَإِذَا غَابَ الْوَلِيُّ الْأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لَا يَنْتَظِرُ الْكُفَاءَ الْخَاطِبُ حُضُورَهُ زَوْجَهَا الْأَبْعَدُ (ز)، .....

يعيرون بذلك. ولأبي حنيفة أن الأصل في هذه الولاية إنما هو القرابة الداعية إلى الشفقة والنظر في حق المولى عليه، وذلك يتحقق في كل من هو مختص بالقرابة. وشفقة الأم أكثر من شفقة غيرها من الأبعد من أبناء الأعمام، وكذلك شفقة الجد لأم والأخوال، ولأن الأم أحد الأبوين فتبث الولاية لها كالأخر، وهو مروى عن عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما. والأصل أن كل قرابة يتعلق بها الوارث يتعلق بها ثبوت الولاية لأنها داعية إلى الشفقة والنظر كالعصبات إلا أنهم تأخروا عن العصبات لضعف الرأي وبعد القرابة كما في الإرث، وأما الحديث فإنه يقتضي النكاح إلى العصبات عند وجودهم، أما عند عدمهم فالحديث ساكت عنه فنقول: ينتقل إلى ما هو في معنى العصبات في الشفقة فلا يكون حجة علينا بل لنا، وتمامه يعرف في الفرائض في فصل ذوي الأرحام. وأما مولى العتاقة فلأنه وارث مؤخر عن ذوي الأرحام فكذا في الولاية ولأنه عصبه على ما عرف في الفرائض. وأما القاضي فلقوله عليه الصلاة والسلام: «السلطان ولي من لا ولي له»<sup>(١)</sup>. قال: (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة) أما العبد فلأنه لا ولاية له على نفسه فكيف يلي غيره؟ وكذا الصبي والمجنون لأنهما لا نظر لهما ولا خبرة وهذه ولاية نظرية وأما الكافر فإن الولاية تقتضي نفوذ قول الولي على المولى عليه، ولا نفاذ لقول الكافر على المسلم كما في الشهادة، قال الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾<sup>(٢)</sup> وثبتت له الولاية على ولده الكافر، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾<sup>(٣)</sup> ولهذا تقبل شهادة بعضهم على بعض. قال: (وابن المجنون يقدم على أبيها) في ولاية النكاح. وقال محمد: يقدم الأب لأنه أشفق ولهما أن التقديم هنا بالعصوبة والابن مقدم في العصوبة كما في الإرث. قال: (وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا ينتظر الكفاء الخاطب حضوره زوجها الأبعد) واختلفوا في الغيبة المنقطعة، فعن أبي يوسف مسيرة شهر، وعن محمد من

(١) أخرجه أحمد، ج ٦٦/٦، والشافعي في مسنده، ج ١١/٢، برقم ١٩، وأبو داود في سننه برقم ٢٠٨٣، والترمذي في سننه برقم ١١٠٢، وابن ماجه برقم ١٨٧٩، وهو حديث صحيح.

(٢) سورة النساء، آية (١٤١).

(٣) سورة الأنفال، آية (٧٣).

وَلَوْ زَوَّجَهَا وَلَيَّانٍ فَالْأَوَّلُ أَوْلَى، وَإِنْ كَانَا مَعاً بَطْلًا؛ وَيَجُوزُ لِلأَبِ وَالجَدِّ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ وَابْنَتَهُ بِأَقْلِّ (سم)، وَمِنْ غَيْرِ كُفَاءٍ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِمَا، .....

الكوفة إلى الري خمس عشرة مرحلة، وعنه من بغداد إلى الري عشرون مرحلة. وفصل ابن شجاع ذلك فقال: إذا كان في موضع لا تصل إليه القوافل والرسول في السنة إلا مرة واحدة فهي غيبة منقطعة. قال القدوري: وهذا صحيح لأن الخاطب لا ينتظر سنة ولا يعلم هل يجيب الولي أم لا، وقد ينتظر بعض السنة فلذلك قدره بهذا. وقال زفر: إذا كان في مكان لا يدري أين هو فهو غيبة منقطعة وهذا حسن لأنه إذا كان لا يدري أين هو لا يمكن استطلاع رأيه فتفوت المصلحة، وقيل ثلاثة أيام، والمختار ما ذكره في الكتاب لأنه تفوت المصلحة باستطلاع رأيه وانتظاره. وقال زفر: لا يزوجه الأبعد لأن ولاية الأقرب قائمة حتى لو زوجها حيث هو جاز. ولنا أنه لو لم ينتقل إلى الأبعد تتضرر الصغيرة لأنه يفوت الكفاء الحاضر وقد لا يتفق الكفاء مرة أخرى فوجب أن ينتقل دفعا لهذا الضرر، ولأن الغائب عاجز عن تدبير مصالح النكاح فيفوت مقصود الولاية لأنها نظرية ولا نظر في ذلك. وأما إذا زوجها ففيه روايتان، قيل لا يجوز لانقطاع ولايته، وقيل يجوز لظهور الانتفاع برأيه، ولأننا إنما أسقطنا ولايته دفعا للضرر عن الصغيرة، فإذا زوجها ارتفع الضرر فعادت الولاية بعد ارتفاعها، ولا ينتقل إلى السلطان لأنه ولي من لا ولي له بالحديث. وهذه لها أولياء إذ الكلام فيه. قال: (ولو زوجها وليان فالأول أولى) لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا أنكح الوليان فالأول أولى»<sup>(١)</sup> ولأنه لما سبق فقد صح فلا يجوز نكاح الثاني، وهذا لأن سبب الولاية القرابة وهي لا تتجزى، والحكم الثابت به أيضاً لا يتجزى فصار كل واحد منهما كالمنفرد فأيهما عقد جاز كالأمان (وإن كانا معاً بطلا) لتعذر الجمع وعدم أولوية أحدهما. قال: (ويجوز للأب والجد أن يزوجه ابنه بأكثر من مهر المثل وابنته بأقل ومن غير كفاء، ولا يجوز ذلك لغيرهما) وقالوا: لا يجوز ذلك للأب والجد أيضاً إلا أن يكون نقصاناً يتغابن في مثله، ولا ينعقد العقد عندهما لأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في ذلك، ولهذا لا يجوز ذلك في المال. ولأبي حنيفة أن النكاح عقد عمر، وهو يشتمل على مقاصد

(١) أخرجه أحمد في مسنده، ج ٨/٥ و ١١ و ١٨، وهو حديث صحيح. وأخرجه أبو داود في سننه برقم ٢٠٨٨،

والترمذي في سننه برقم ١١١٠، وقال: حديث حسن.

وَالْوَاحِدُ يَتَوَلَّى طَرْفِي الْعَقْدِ وَلِيًّا كَانَ أَوْ وَكَيْلًا، أَوْ وَلِيًّا وَوَكَيْلًا أَوْ أَصِيلًا وَوَكَيْلًا، أَوْ وَلِيًّا وَأَصِيلًا. وَيَنْعَقِدُ نِكَاحَ الْفُضُولِيِّ مَوْقُوفًا كَالْبَيْعِ إِذَا كَانَ مِنْ جَانِبِ وَاحِدٍ، أَمَّا مِنْ جَانِبَيْنِ (س) أَوْ فَضُولِيًّا مِنْ جَانِبِ أَصِيلًا مِنْ جَانِبٍ فَلَا.

وأغراض ومصالح باطنة، فالظاهر أن الأب مع وفور شفقتة وكمال رأيه ما أقدم على هذا النقص إلا لمصلحة تربو وتزيد عليه هي أنفع من القدر الفائت من المال والكفاءة، بخلاف المال لأن المقصود المالية لا غير، وبخلاف غير الأب والجد لأنهم أنقص شفقة، وبخلاف ما إذا زوج أمة الصغير لعدم الجابر في حقه لأن مقاصد النكاح لم تحصل للصغير، وبخلاف ما إذا تزوجت المرأة وقصرت في مهرها حيث للأولياء الاعتراض عليها عنده حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها لأنها سريعة الانخداع ضعيفة الرأي، فتفعل ذلك متابعة للهوى لا لتحصيل المقاصد، لأن النساء قلما ينظرن في عواقب الأمور ومصالحها. وقال أبو يوسف ومحمد: لا اعتراض عليها لأن المهر حقها، ولهذا كان لها أن تهبه فلأن تنقصه أولى. ولأبي حنيفة أن المهر إلى عشرة دراهم حق الشرع فلا يجوز التنقيص منه شرعاً حتى لو سمي أقل من عشرة فلها عشرة وإلى مهر مثلها حق الأولياء لأنهم يعيرون بذلك فلهم مخاصمتها إلى تمامه، والاستيفاء حقها فإن شاءت قبضته وإن شاءت وهبته. قال: (والواحد يتولى طرفي العقد ولياً كان أو وكيلًا، أو ولياً ووكيلًا، أو أصيلاً ووكيلًا، أو ولياً وأصيلاً) أما الولي من الجانبين كمن زوج ابن ابنه بنت ابن له آخر أو بنت أخيه ابن أخ له آخر أو أمته عبده ونحو ذلك والوكيل ظاهر. وأما الولي والوكيل بأن وكله رجل أن يزوجه بنته الصغيرة، أو وكلته امرأة أن يزوجه من ابنه الصغير. وأما الوكيل والأصيل بأن وكلته امرأة أن يزوجه من نفسه. وأما الولي والأصيل أن يزوجه ابنة عمه الصغيرة من نفسه. وصورته أن يقول: اشهدوا أنني زوجت فلانة من فلان، أو فلانة مني، أو تزوجت فلانة، ولا يحتاج إلى القبول لأنه تضمن الشطرين. وقال زفر: لا يجوز ذلك لأنه لا يمكن أن يكون الواحد مملكاً مملوكاً كالبيع. ولنا أنه معبر وسفير والمانع من ذلك في البيع رجوع الحقوق إلى العاقد فيجري فيه التمانع، لأنه لا يمكن أن يكون الواحد مُطالباً ومطالباً في حق واحد، وهنا الحقوق لا ترجع إليه فلا تمنع. قال: (وينعقد نكاح الفضولي موقوفاً كالبيع إذا كان من جانب واحد، أما من جانبين أو فضولياً من جانب أصيلاً من جانب فلا) أما الفضولي من جانب بأن يزوجه امرأة بغير أمرها رجلاً وقبل الرجل، أو رجلاً بغير أمره امرأة فقبلت،

## والكفاءة تُعتبرُ في النكاحِ في النسبِ . . . . .

فإنه ينعقد ويتوقف على إجازة الغائب. وأما من الجانبين فهو أن يقول: اشهدوا أنني تزوجت فلانة من فلان وهما غائبان بغير أمرهما فهذا لا ينعقد. وقال أبو يوسف: ينعقد موقوفاً على إجازتهما، والفضولي من جانب أصيل من جانب بأن يقول الرجل: اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة وهي غائبة ولم يقبل عنها أحد، فهذا أيضاً على الخلاف؛ ولو جرى بين فضولين جاز باتفاقنا، وذكرنا في البيوع الدليل على انعقاد تصرفات الفضولي. لأبي يوسف في الخلافة أنه لو كان وكيلاً انعقد ونفذ، فإذا كان فضولياً ينعقد ويقف. ولهما أن هذا شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس كما إذا كان أصيلاً، بخلاف الوكيل لأنه معبر فينقل كلامه إليهما، وكلام الفضولين عقد تام فلا يقاس عليه، ولو زوّج الأب ابنه الكبير فجرت قبل الإجازة فأجازه الأب جاز ونفذ لثبوت الولاية عليه وقت الإجازة.

### فصل

#### [أحكام الكفاءة في النكاح في الرجال للنساء]

(والكفاءة تعتبر في النكاح) وتعتبر في الرجال للنساء للزومه في حقهن، ولأن الشريعة تعير ويغيبها كونها مستفرشة للخصيس، ولا كذلك الرجل لأنه هو المستفرش. والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء، ولا يزوّجن إلا من الأكفاء»<sup>(١)</sup> ولأن المصالح إنما تتم بين المتكافئين غالباً فيشترط ليتّم المقصود منه. قال وتعتبر (في النسب) فقريش بعضهم أكفاء لبعض لا يكافئهم غيرهم من العرب، والعرب بعضهم أكفاء لبعض لا يكافئهم الموالي، قال عليه الصلاة والسلام: «قريش بعضهم أكفاء لبعض، والعرب بعضهم أكفاء لبعض»<sup>(٢)</sup> وقال عليه الصلاة والسلام: «والموالي بعضهم أكفاء لبعض»<sup>(٣)</sup> ولا يعتبر التفاضل في قريش وإن كان أفضلهم بنو هاشم لما روينا، ولأن النبي عليه الصلاة والسلام زوّج ابنته عثمان وكان عبشياً أمياً، وعلي رضي الله عنه زوّج ابنته عمر رضي الله عنه<sup>(٤)</sup> وكان عدوياً. قال محمد: إلا أن يكون نسباً مشهوراً كبيت الخلافة

(١) تقدم تخريجه، وهو في سنن الدارقطني، ج ٣/٢٤٥، والبيهقي في سننه، ج ٧/١٣٣، وفي سندهما متروك.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه، ج ٧/١٣٤ و١٣٥، وإسناده منقطع ضعيف. وأخرجه ابن أبي حاتم في علل الحديث، ج ١/٤٢٤، وقال: قال أبي: هذا حديث منكر.

(٣) أخرجه البيهقي في سننه، ج ٧/١٣٤، وإسناده منقطع ضعيف.

(٤) خبر زواج عمر بن الخطاب من ابنة علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنهما أم كلثوم، عند عبد الرزاق في

وفي الدين وَالتَّقْوَى وفي الصَّنَائِعِ وفي الحُرِّيَّةِ وفي المَالِ، وَمَنْ لَهُ أَبٌ فِي الإسلامِ أَوْ الحُرِّيَّةِ لَا يُكَافِيءُ مَنْ لَهُ أَبَوَانِ، وَالْأَبْوَانِ (س) وَالْأَكْثَرُ سَوَاءً، . . .

تعظيماً لها. قال: (وفي الدين والتقوى) حتى إن بنت الرجل الصالح لو تزوجت فاسقاً كان للأولياء الردّ لأنه من أفجر الأشياء وأنها تعبير بذلك، وقوله عليه الصلاة والسلام: «عليك بذات الدين تربت يداك»<sup>(١)</sup> إشارة إلى أنه أبلغ في المقصود. وقال محمد: لا يعتبر إلا أن يكون فاحشاً كمن يصفع ويسخر منه أو يخرج سكران ويلعب به الصبيان لأنه من أمور الآخرة فلا يبتني عليه أحكام الدنيا، ولأن الأمير النسب كفاء للدنية، إن كان لا يبالي بما يقولون فيه ولا يلحقها به شين، بخلاف الفاحش لأنه يلحقها به شين. وعن أبي يوسف إذا كان الفاسق ذا مروءة فهو كفاء، وهو أن يكون متسترأ لأنه لا يظهر فلا يلتحق بها الشين. قال: (وفي الصنائع) لأن الناس يعيرون بالدينء منها. وعن أبي حنيفة أنه غير معتبر فإنه يمكن الانتقال عنها فليست وصفاً لازماً. وعن أبي يوسف لا يعتبر إلا أن يفحش كالحائك والحجام والكناس والدباغ فإنه لا يكون كفوأ لبنت البزاز والعطار والصيرفي والجوهري. قال: (وفي الحرية) فلا يكون العبد كفوأ للحرّة لأنها تعبير به فإنه نقص وشين. قال: (وفي المال) وهو ملك المهر المعجل والنفقة في ظاهر الرواية حتى لو وجد أحدهما دون الآخر لا يكون كفوأ، لأن بالنفقة تقوم مصالح النكاح ويدوم الازدواج فلا بدّ منه، والمهر بدل البضع فلا بدّ من إيفائه؛ والمراد به ما تعارف الناس تعجيله حتى يسمونه نقداً والباقي بعده تعارفه مؤجلاً. وعن أبي يوسف إن كان يملك المهر دون النفقة ليس بكفاء، وإن كان يملك النفقة دون المهر فهو كفاء لأن المهر تجري فيه المساهلة، ويعدّ الرجل قادراً عليه بقدرة أبيه. أما النفقة لا بدّ منها في كل وقت ويوم. وفي النوادر عن أبي حنيفة ومحمد: امرأة فائقة في اليسار زوجت نفسها ممن يقدر على المهر والنفقة ردّ عقدها. وقال أبو يوسف: إذا كان قادراً على إيفاء ما يعجل ويكتسب ما ينفق عليها يوماً بيوم كان كفوأ لها، ولا اعتبار بما زاد على ذلك لأن المال غاد ورائح. قال: (ومن له أب في الإسلام أو الحرية لا يكافىء من له أبوان) لأن النسب بالأب وتماهه بالجد (والأبوان والأكثر سواء) لما بينا. وعند أبي يوسف الواحد والأكثر سواء، وقد سبق في الدعوى، ومن أسلم بنفسه لا يكون

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم ٥٠٩٠، ومسلم في صحيحه برقم ١٤٦٦ - ٥٣، ولفظه عندهما: «تُنكح

المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، وجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك». قال ابن العربي: تربت

يداك: أي أستغنت. فتح الباري، ج ٩/١٣٥.

وَإِذَا تَزَوَّجَتْ غَيْرَ كُفٍّ فَلِلْوَالِي أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ قَبِضَ الْوَالِي الْمَهْرَ أَوْ جَهَّزَ بِهِ أَوْ طَالَ بِالنَّفَقَةِ فَقَدْ رَضِيَ، وَإِنْ سَكَتَ لَا يَكُونُ رَضِي، وَإِنْ رَضِيَ أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ فَلَيْسَ (س) لِغَيْرِهِ مِمَّنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُ الْإِعْتِرَاضُ، وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ ذَلِكَ، .....

كفواً لمن له أب واحد في الإسلام لأن التفاخر بالإسلام، والكفاءة في العقل، قيل لا تعتبر، وقيل تعتبر، فلا يكون المجنون كفواً للعاقلة. قال: (وإذا تزوجت غير كفاء فللولي أن يفرق بينهما) دفعاً للعار عنه، والتفريق إلى القاضي كما تقدم في خيار البلوغ، وما لم يفرق فأحكام النكاح ثابتة، ولا يكون الفسخ طلاقاً لأن الطلاق تصرف في النكاح وهذا فسخ لأصل النكاح، ولأن الفسخ إنما يكون طلاقاً إذا فعله القاضي نيابة عن الزوج وهذا ليس كذلك، ولهذا لا يجب لها شيء من المهر إن كان قبل الدخول لما بينا، وإن دخل بها فلها المسمى وعليها العدة ولها نفقة العدة للدخول في عقد صحيح. قال: (فإن قبض الولي المهر أو جهز به أو طالب بالنفقة فقد رضي) لأن ذلك تقرير للنكاح وأنه رضي كما إذا زوجها فمكنت الزوج من نفسها (وإن سكت لا يكون رضي) وإن طالت المدة ما لم تلد لأن السكوت عن الحق المتأكد لا يبطله لاحتمال تأخره إلى وقت يختار فيه الخصومة (وإن رضي أحد الأولياء فليس لغيره ممن هو في درجته أو أسفل منه الاعتراض وإن كان أقرب منه فله ذلك) وقال أبو يوسف: للباقيين حق الاعتراض لأنه حق ثبت لجماعتهم فإذا رضي أحدهم فقد أسقط حقه وبقي حق الباقيين. ولنا أن هذا فيما يتجزأ وهذا لا يتجزأ وهو دفع العار فجعل كل واحد منهما كالمنفرد كما مر، وهذا لأنه صح الإسقاط في حقه فيسقط في حق غيره ضرورة عدم التجزي كالعفو عن القصاص وصار كالأمان، بخلاف ما إذا رضيت لأن حقاها غير حقهم، لأن حقاها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش، وحقهم في دفع العار، فسقوط أحدهما لا يقتضي سقوط الآخر. وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا تزوجت بغير كفاء لم يجز. قال شمس الأئمة السرخسي: وهو أحوط فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي، ولا كل قاض يعدل، فكان الأحوط سد هذا الباب، ولو انتسب إلى غير نسبه فتزوجته إن كان النسب المكتوم أفضل لا خيار لها ولا للأولياء كما إذا اشتراه على أنه معيب فإذا هو سليم، وإن كان دونه فلها ولهم الخيار، وإن رضيت فلهم الخيار لما تقدم، وإن كان دونه إلا أنه كفاء بالنسب المكتوم فلا خيار للأولياء لأنه كفاء لهم فلا عار عليهم ولها الخيار لأنه شرط لها زيادة منفعة، وقد فاتت فيثبت الخيار كما إذا اشترى عبداً على أنه

وَإِنْ نَقَصْتَ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا فَلِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفَرِّقُوا أَوْ يُتِمَّمَهُ.

المَهْرُ أَقْلُهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ أَوْ مَا قِيمَتُهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِلَّا

خباز أو كاتب فوجده لا يحسنه، وهذا لأن الاستفراش ذل في جانبها، وهي إنما رضيت باستفراش من هو أفضل منها، وإن كانت هي التي غرتة فلا خيار له لأنه لا يفوته شيء من المصالح، والكفاءة ليست بشرط من جانبها، وهو قادر على الطلاق وصار كالجب والعنة والرتق. وعن أبي بكر الرازي وأبي الحسن الكرخي أنه لا تعتبر الكفاءة، وهو مذهب مالك لقوله تعالى: ﴿إنا خلقناكم من ذكر وأنثى﴾<sup>(١)</sup> إلى أن قال: ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾<sup>(٢)</sup> وقال عليه الصلاة والسلام: «ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى»<sup>(٣)</sup> وقال عليه الصلاة والسلام لأبي هريرة: «لو كان لي بنت لزوجتك»<sup>(٤)</sup> وروي: أن بلالاً خطب امرأة من الأنصار فأبوا أن يزوجه، فقال له عليه الصلاة والسلام: «قل لهم إن رسول الله ﷺ أمركم أن تزوجوني»<sup>(٥)</sup> وجوابه ما تقدم، ولأن المراد بالآية حكم الآخرة لا الدنيا، لأن التقوى لا يعلم حقيقتها إلا الله وثوابها في الآخرة وكذا قوله عليه الصلاة والسلام المراد به الفضل عند الله تعالى وهو جواب الحديث، ويجب الحمل عليه توفيقاً بين الأدلة. قال: (وإن نقصت من مهر مثلها فللأولياء أن يفرقوا أو يتممه) ولا إشكال في ذلك على قولهما لأنه يجوز نكاح المرأة بغير إذن وليها أما على قول محمد فلا إشكال أيضاً على رواية رجوعه. إلى قول أبي حنيفة، وعلى قول الأول فيه إشكال لأنه لا يصح نكاحها عنده إلا بإذن الولي. قالوا: صورته إذا أكره الولي المرأة على النكاح بدون مهر المثل ثم زال الإكراه فأجازت النكاح فللأولياء الاعتراض عند أبي حنيفة خلافاً لهما على ما تقدم.

### فصل

#### [أحكام المهور ووجوبها في النكاح]

(المهر أقله عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم، ولا يجوز أن يكون إلا مالا)

- (١) سورة الحجرات، آية (١٣).
- (٢) سورة الحجرات، آية (١٣).
- (٣) أخرجه أحمد في مسنده، ج ٤١١/٥، وإسناده صحيح. قال الهيثمي في مجمع الزوائد، ج ٢٦٦/٣: رجاله رجال الصحيح.
- (٤) لا أصل لهذا اللفظ في كتب الحديث، وذكره ابن قطلوبغا في تخريج أحاديث الاختيار ولم يذكر له راوياً ولا مُخرِجاً.
- (٥) ذكره ابن قطلوبغا في تخريج أحاديث الاختيار، ولم يذكر له راوياً ولا مُخرِجاً.

مالاً، فإن سَمِيَ أَقْلٌ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا عَشْرَةٌ (ز)، وَمَنْ سَمِيَ مَهْرًا لَزِمَهُ  
بِالدُّخُولِ وَالْمَوْتِ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَزِمَهُ نِصْفُهُ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ لَهَا مَهْرًا  
أَوْ شَرَطَ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ بِالدُّخُولِ وَالْمَوْتِ وَالْمُتَعَّةُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾<sup>(١)</sup> علق الحلّ بشرط الابتغاء بالمال فلا يحلّ دونه، وسقوطه بالطلاق قبل الدخول عند عدم التسمية لا يدل على عدمه لأنه يشبه الفسخ، وسقوط العوض عند وجود الفسخ لا يدل على عدم الوجوب، ولأن سقوطه يدل على ثبوته إذ لا يسقط إلا ما ثبت ولزم، والتنصيف بالطلاق قبل الدخول ثبت نصاً على خلاف القياس، والمذكور في الآية مطلق المال فكان مجملاً، والنبي عليه الصلاة والسلام فسره بالعشرة فقال فيما رواه عنه جابر وعبد الله بن عمر: «لا مهر أقل من عشرة دراهم»<sup>(٢)</sup> ولأن المهر ثبت حقاً لله تعالى حتى لا يكون النكاح بدونه، ولو نفاه أو سكت عنه، ولهذا كان لها المطالبة بالفرض والتقدير وأنه يبتني على وجود الأصل، وما ثبت لحق الله تعالى يدخله التقدير كالزكاة. قال: (فإن سمي أقل من عشرة فلها عشرة) وقال زفر: لها مهر المثل لأنه سمي ما لا يصلح مهراً فصار كعدم التسمية. ولنا أن العشرة لا تتبع في حكم العقد، فتسميته بعضه كتسميته كله كالطلقة، وكما إذا تزوج نصفها، لأن الشرع أوجبه إظهاراً لخطر النكاح، ولا يظهر بأصل المال لتناوله الحقيق منه، وما أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة، ولأنها حطت عنه ما تملكه وما لا تملكه، فيسقط ما تملكه وهو الزيادة على العشرة، ولا يسقط ما لا تملكه وهو تمام العشرة، كما إذا أسقط أحد الشريكين الدين المشترك يصح في نصيبه خاصة. قال: (ومن سمي مهراً لزمه بالدخول والموت) أما الدخول فلأنه تحقق به تسليم المبدل، وبالموت يتقرر النكاح بانتهاه فيجب البذل (وإن طلقها قبل الدخول لزمه نصفه) لقوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾<sup>(٣)</sup>. قال: (وإن لم يسم لها مهراً أو شرط أن لا مهر لها فلها مهر المثل بالدخول والموت والمتعة بالطلاق قبل الدخول) لأن النكاح صحّ فيجب العوض لأنه عقد معاوضة، والمهر وجب

(١) سورة النساء، آية (٢٤).

(٢) ذكره علي القاري في الموضوعات الكبير، ٩٦، طبعة قديمة، لاهور، وقال: رواه الدارقطني وفي سننه بشر ابن عبيد وهو كذاب. وقد قال الإمام أحمد: سمعتُ سفيان بن عيينة يقول: لم أجد لهذا أصلاً. يعني العشرة في المهر.

(٣) سورة البقرة، آية (٢٣٧).

الدُّخُول، وَلَا تَجِبُ إِلَّا لِهَذِهِ، وَتُسْتَحَبُّ لِكُلِّ مُطْلَقَةٍ سِوَاهَا. وَالْمُتَعَةُ دِرْعٌ وَخِمَارٌ وَمِلْحَفَةٌ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِحَالِهِ، وَلَا تُزَادُ عَلَى قَدْرِ نِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنْ زَادَهَا فِي الْمَهْرِ لَزِمَتْهُ الزِّيَادَةُ، وَتَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ (س)، . . . . .

حقاً للشرع على ما بينا، والواجب الأصلي مهر المثل لأنه أعدل فيصير إليه عند عدم التسمية، بخلاف حالة التسمية لأنهم رضوا به، فإن كان أقل من مهر المثل فقد رضيت بالنقصان، وإن كان أكثر فقد رضي بالزيادة. قال عليه الصلاة والسلام: «المهر ما تراضى عليه الأهلون»<sup>(١)</sup> وقد صح أن النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق الأشجعية بمهر المثل<sup>(٢)</sup>، وقد تزوجت بغير مهر ومات عنها قبل الدخول. وأما وجوب المتعة بالطلاق قبل الدخول فلقوله تعالى فيه: ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾<sup>(٣)</sup> قال (ولا تجب إلا لهذه) لأنها قائمة مقام نصف المهر وهي خلف عنه فلا تجتمع مع الأصل في حق غيرها، ولهذا لو كانت قيمتها أكثر من نصف مهر المثل وجب نصف مهر المثل ولا ينقص من خمسة دراهم (وتستحب لكل مطلقة سواها) قال: (والمتعة درع وخمار وملحفة) هكذا ذكره ابن عباس وعائشة<sup>(٤)</sup> رضي الله عنهما (يعتبر ذلك بحاله) لقوله تعالى: ﴿على الموسع قدره﴾<sup>(٥)</sup> (ولا تزداد على قدر نصف مهر المثل) لأن النكاح الذي سمي فيه أقوى، فإذا لم يجب في الأقوى أكثر من نصف المهر لا يجب في الأضعف بطريق الأولى. قال: (وإن زادها في المهر لزمته الزيادة) لما مر في البيوع في الزيادة في الثمن والمثمن (وتسقط بالطلاق قبل الدخول) وعند أبي يوسف تنتصف بالطلاق قبل الدخول، لأن عنده المفروض بعد العقد كالمفروض فيه. وعندهما التنصيف يختص بالمفروض فيه. وأصله أنه إذا تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم اصطالحا على تسمية فهي لها إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول فالمتعة. وقال أبو يوسف: يتنصف ما اصطالحا عليه لقوله تعالى:

(١) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير، ج ١٢ برقم ١٢٩٩٠، وفي إسناده ضعيفان، وهما محمد بن عبد الرحمن البيلماني، وهما ضعيفان.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم ٢١١٤، والترمذي برقم ١١٤٥، والنسائي، ج ١/١٢٢، وابن ماجه برقم ١٨٩١، وهو حديث صحيح.

(٣) سورة البقرة، آية (٢٣٦).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، ج ٧/٧٥ برقم ١٢٢٦٣، من قول قتادة.

(٥) سورة البقرة، آية (٢٣٦).

وَإِنْ حَطَّتْ مِنْ مَهْرِهَا صَحَّ الحَطُّ، وَالخَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ كَالدُّخُولِ، وَكَذَلِكَ العَيْنُ وَالخَصِيُّ وَالْمَجْبُوبُ (سم). وَالخَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ أَنْ لَا يَكُونَ ثَمَّ مَانِعٌ مِنَ الوَطْءِ طَبْعاً وَشَرْعاً، فَالْمَرَضُ المَانِعُ مِنَ الوَطْءِ مِنْ جِهَتِهِ أَوْ جِهَتَيْهَا مَانِعٌ طَبْعاً، وَكَذَلِكَ الرَّتْقُ وَالقَرْنُ وَالْحَيْضُ وَالإِحْرَامُ وَصَوْمُ رَمَضَانَ وَصَلَاةُ الفَرَضِ.....

﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾<sup>(١)</sup>. ولهما أن هذا تعيين لما وجب بالعقد من مهر المثل، ومهر المثل لا يتنصف، فكذا ما يقوم مقامه، والفرض المعروف هو المفروض في العقد، وهو المراد بالنص. قال: (وإن حطت من مهرها صح الحط) لأنه خالص حقها بقاء واستيفاء فتملك حطه كسائر الحقوق. قال: (والخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح كالدخول) لما روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل»<sup>(٢)</sup> وروى زرارة بن أبي أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أنه إذا أرخى ستراً أو أغلق الباب فلها الصداق كاملاً وعليها العدة<sup>(٣)</sup>. وقال عمر رضي الله عنه فيه: ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم؟<sup>(٤)</sup> ولأنه عقد على المنافع فيستقر بالتخلية كالإجارة ولأنها سلمت المبدل إليه فيجب لها البدل كالبيع (وكذلك العينين والخصي) لما ذكرنا (و) كذلك (المجبوب) وقالوا: يجب عليه نصف المهر لوجود المانع قطعاً وهو أعجز من المريض، وله أن المستحق له في هذا العقد إنما هو السحق<sup>(٥)</sup>. وقد سلمت إليه ذلك (والخلوة الصحيحة أن لا يكون ثم مانع من الوطء طبعاً وشرعاً، فالمرض المانع من الوطء من جهته أو جهتها مانع طبعاً، وكذلك الرتق والقرن) وكذا إذا كان يخاف زيادة المرض، فإنه لا يعرى عن نوع فتور (والحيض) مانع شرعاً وطبعاً إذ الطباع السليمة تنفر منه (والإحرام) بالحج أو العمرة فرضاً أو نفلاً (وصوم رمضان وصلاة الفرض) مانع شرعاً. أما الإحرام فلما يلزمه من الدم، وفي الصوم لما يلزمه من الكفارة

(١) سورة البقرة، آية (٢٣٧).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه، ج ٣/٣٠٧، وفي إسناده ابن لهيعة، وهو مرسل. قال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير، ج ٣/١٩٣: أخرجه أبو داود في المراسيل ورجاله ثقات.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، ج ٦/٢٨٨.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، ج ٦/٢٨٨.

(٥) قوله: السحق، أي في مباشرة امرأته في حالة عدم انتصاب ذكره.

وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهر المثل، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة، ولا يتجاوز به المسمى، ويثبت فيه النسب.

وإن تزوجها على خمر أو خنزير، أو على هذا الدن من الخل (سم) فإذا هو خمر؛ أو على هذا العبد فإذا هو حر؛ أو على خدمته سنة (س)؛ أو تعليم القرآن جاز النكاح (م)، ولها مهر المثل.....

والقضاء، بخلاف التطوع فإنه يجوز إبطاره بعذر يتعلق بحق الأدمي كالضيافة، ولا كذلك رمضان والمنذور والقضاء فيه روايتان؛ وقيل في صوم يوم التطوع روايتان، وكذلك السنن إلا ركعتي الفجر والأربع قبل الظهر لشدة تأكيدهما بالوعيد على تركهما، والمكان الذي تصح فيه الخلوة أن يأمن فيه اطلاع غيرهما عليهما حتى لو خلا بها في مسجد أو حمام أو طريق أو على سطح لا حجاب له فليست صحيحة، وكذلك لو كان معهما أعمى أو صبي يعقل أو مجنون أو كلب عقور أو منكوحه له أخرى أو أجنبية؛ وفي الأمة فيه روايتان، وعليها العدة في جميع ذلك احتياطاً لأنها حق الشرع. قال: (وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهر المثل، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة) لأن الحرمة قائمة وأنها مانعة شرعاً، فلا يجب إلا باستيفاء منافع البضع حقيقة، وإنما يجب مهر المثل لأنه لما فسد المسمى صرنا إلى مهر المثل، إذ هو الموجب الأصلي لما مرّ (ولا يتجاوز به المسمى) لأن المستوفي ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية، فإن نقصت عن مهر المثل لا تجب الزيادة عليهما لعدم التسمية، وإن زادت لا تجب الزيادة لفساد التسمية بخلاف البيع الفاسد حيث تجب القيمة بالغة ما بلغت لأنه مال متقوم فيتقدر بدله بقيمته (ويثبت فيه النسب) لأنه مما يحتاط في إثباته، وأول مدته وقت الدخول، بخلاف النكاح الصحيح حيث يعتبر من وقت العقد، لأن الصحيح داع إلى الوطاء فأقيم العقد مقامه، والفاسد ليس بداع لما بينا من الحرمة فلا يقام العقد مقامه، وعليها العدة احتياطاً وتحرزاً عن اشتباه النسب، وأولها يوم التفريق لأنها وجبت لشبهة النكاح، والشبهة إنما ترتفع بالتفريق.

### فصل

#### [حكم المهر من المال الحرام]

(وإن تزوجها على خمر أو خنزير، أو على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر؛ أو على هذا العبد فإذا هو حر؛ أو على خدمته سنة، أو تعليم القرآن جاز النكاح ولها مهر المثل) أما

وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً جَازَ وَلَهَا الْخِدْمَةُ، .....

الخمير والخنزير فلأنه شرط فاسد فيلغو، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع، وإذا بطلت التسمية صارت كالعدم فيجب مهر المثل لما تقدم. وأما الدن فكذلك عند أبي حنيفة، لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية فصار كأنه تزوجها على الخمير، وقالوا: لها مثل وزنه خلاً، وكذلك العبد عند أبي حنيفة لما مر. وقال أبو يوسف: يجب فيه مثل قيمته لو كان عبداً لأنه أطعمها في مال وقد عجز عن تسليمه فيجب قيمته أو مثله كما إذا تزوجها على عبد الغير. وقال محمد: يجب مهر المثل لأن الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه، لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً، ألا يرى أنه لو اشترى فصاً على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر انعقد العقد لاتحاد الجنس، وإن كان المسمى من خلاف جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمسمى لأنه ليس موجوداً فيه لا ذاتاً ولا صفة، ألا ترى أن من اشترى فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس، وفيما نحن فيه العبد والحز جنس واحد فيتعلق العقد بالمشار إليه كأنه تزوجها على حرّ فيلزمه مهر المثل. أما الخلّ والخمر جنسان لتفاحش التفاوت بينهما فيتعلق العقد بالمسمى وهو الخلّ فيلزمه؛ وأما إذا تزوجها على خدمته سنة، أو تعليم القرآن فمذهبهما وجوب مهر المثل. وقال محمد: لها قيمة خدمته لأنه مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة فصار كما إذا تزوجها على عبد الغير فإنه تجب القيمة. ولهما أن الخدمة ليست بمال لأنها لا تستحق بحال فصار كتسمية الخمر، وهذا لأن تقوّم المنافع بالعقد، فإذا لم يجب تسليمها فيه لم يظهر تقوّمها فيصار إلى مهر المثل لما بينا أو نقول المشروع الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع لما بينا، أو نقول تعليم القرآن واجب فلا يجوز أن يكون مهراً كتعليم الشهادتين، بخلاف خدمة العبد لأنها مال فإنها تتضمن تسليم رقبته، ولأن استحقاق الزوجة خدمة الزوج قلب الموضوع، لأن توقيف الزوج واجب عليها وفي استخدامه إهانتة. قال: (وإذا تزوج العبد بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها الخدمة) لأنها مال على ما بينا ولا مناقضة فإنه يخدم المولى معنى حيث كان بأمره؛ ولو تزوجها على خدمة حرّ آخر، الصحيح أنه يصحّ إذ لا مناقضة، وترجع بقيمة خدمته على الزوج، ولو تزوجها على أن يرعى غنمها أو يزرع أرضها فيه روايتان والفرق على إحداهما أنه لا مناقضة لأنه من باب القيام بمصالح الزوجية؛ ولو جمع بين ما هو مال وما ليس بمال، فإن وفى المال بالعشرة فهو لها لا غير، وإن لم يف فلها تمام مهر مثلها كما لو تزوجها على

وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا، فَإِنْ وَفَى فَلَهَا الْمُسَمَّى، وَإِلَّا فَمَهْرٌ مِثْلِهَا، وَإِنْ قَالَ عَلِيٌّ أَلْفٍ إِنْ أَقَامَ بِهَا، وَالْفَيْنِ إِنْ أَخْرَجَهَا، فَإِنْ أَقَامَ فَلَهَا الْأَلْفُ، وَإِنْ أَخْرَجَهَا فَمَهْرٌ مِثْلِهَا (سم ز)، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى هَذَا الْعَبْدِ أَوْ هَذَا فَلَهَا أَشْبَهُهُمَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ (سم)، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ يَبْتَنِيهِمَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ (سم)؛ .....

عشرة دراهم ورطل من خمر فلها العشرة ولا يكمل لها مهر المثل؛ ولو تزوجها على عيب عبد اشتراه منها جاز، فإن كانت قيمة العيب عشرة فهو لها وإلا يكمل عشرة. قال: (وإن تزوجها على ألف على أن لا يتزوج عليها، فإن وفى فلها المسمى) لأنه يصلح مهراً وقد تراضيا به (وإلا فمهر مثلها) لأنها ما رضيت بالألف إلا مع ما ذكر لها من المنفعة فيكمل لها مهر المثل لأنها لم ترض به فكأنه ما سمي، ولو تزوجها على ألف وكرامتها<sup>(١)</sup> فلها مهر المثل لا ينقص من ألف لأنه رضي بها، وإن طلقها قبل الدخول لها نصف الألف لأنها أكثر من المتعة (وإن قال علي ألف إن أقام بها والفين إن أخرجها، فإن أقام فلها الألف) لما بينا (وإن أخرجها فمهر مثلها) لا يزداد على ألفين ولا ينقص من ألف، وقالوا: الشرطان جائزان، وعند زفر فاسدان ولها مهر المثل في الوجهين، وعلى هذا على ألف إن لم يتزوج عليها، وألفين إن تزوج. لزفر أن كل واحد منهما على خطر الوجود فكان المهر مجهولاً. ولهما أن كل واحد منهما فيه غرض صحيح وقد سمي فيه بدلاً معلوماً فصار كالخياطة الفارسية والرومية. ولأبي حنيفة أن الشرط الأول صح وموجبه المسمى لما بينا. والشرط الثاني ينفي موجب الأول والتسمية متى صحت لا يجوز نفي موجبها فيبطل الشرط الثاني؛ ولو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة، وألفين إن كانت جميلة صح الشرطان، والفرق أنه لا مخاطرة هنا، لأن المرأة على صفة واحدة إلا أن الزوج يجهلها، وفي المسألة الأولى المخاطرة موجودة في التسمية الثانية، لأنه لا يدري أن الزوج هل يفي بالشرط الأول أم لا (وإن تزوجها على هذا العبد أو هذا فلها أشبههما بمهر المثل، وإن كان مهر المثل بينهما فلها مهر المثل) وقالوا: لها الأوكس بكل حال؛ وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس بالإجماع. لهما أن الأوكس مسمى بيقين لأنه أقل ولا يصار إلى مهر المثل مع المسمى. ولأبي حنيفة أن الأصل مهر المثل، وإنما يترك عند صحة المسمى وأنه مجهول لدخول

(١) قوله: وكرامتها، أي بشرط أن يكرمها ويُسرّها ويُحسن إليها.

وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ، فَإِنْ سَمِيَ نَوْعَهُ كَالْفَرَسِ جَازًا، وَإِنْ لَمْ يَصِفْهُ وَلَهَا  
الْوَسْطُ، فَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ قِيمَتَهُ؛ وَالثَّوْبُ مِثْلُ الْحَيَوَانِ، إِلَّا أَنَّهُ  
إِنْ ذَكَرَ وَصَفَهُ لَزِمَهُ تَسْلِيمُهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ . . . . .

كلمة أو فيكون فاسداً، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فقد رضيت بالحط، وإن كان أقل فقد رضي بالزيادة، ومتى جهل المسمى تجب المتعة بالطلاق قبل الدخول، إلا أن نصف الأوكس يزيد عليها عادة فيجب لاعترافه به. قال (وإن تزوجها على حيوان فإن سمي نوعه كالفرس جاز وإن لم يصفه ولها الوسط فإن شاء أعطاها ذلك، وإن شاء قيمته؛ والثوب مثل الحيوان، إلا أنه إن ذكر وصفه لزمه تسليمه وكذلك كل ما يثبت في الذمة) والأصل في ذلك أن التسمية لا تصح مع جهالة الجنس والنوع والصفة لأنها تؤدي إلى المنازعة، وتصح مع الجهالة اليسيرة كجهالة الوصف لأن النكاح يحتمل ضرباً من الجهالة، لأن مبناه على المساهلة والمسامحة، ألا ترى أنه يجوز بمهر المثل مع جهالته لما أنها لا توجب المنازعة كذلك جهالة الوصف، بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة والمضايقة. ثم الجهالة أنواع: منها جهالة النوع والوصف كقوله: ثوب أو دابة أو دار فلا تصح هذه التسمية لتفاوتها تفاوتاً فاحشاً في الصور والمعاني فيجب مهر المثل، وكذا التسمية مع الخطر كقوله على ما في بطن جاريتي أو غنمه أو ما يحمله نخله هذه السنة. ومنها ما هو معلوم النوع مجهول الصفة مثل قوله عبد أو فرس أو بقرة أو شاة أو ثوب هروي فإنه تصح التسمية، ويجب الوسط منه لأنه إذا كان معلوم النوع كان له جيد وودي ووسط والوسط أعدل لأنه ذو حظ من الطرفين؛ وعند جهالة النوع لا وسط لاختلاف معاني الأنواع، فإن معنى الفرس غير معنى الجمال، ومعنى الشاة غير معنى الجاموس؛ وكذلك اختلاف أنواع الثياب كالأطلس والقطن وغيرهما، وإنما يتخير لأن الوسط إنما يعرف بالقيمة فكانت أصلاً في حق الإيفاء، والعين أصل من حيث التسمية فيتخير وتجبر المرأة على القبول، وقال زفر: إذا كان المهر ثوباً صوفياً لا تجبر على أخذ القيمة، وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها استحقت الثوب بالتسمية فلا تجبر على أخذ غيره كما في السلم. وجوابه إذا لم يكن معيناً فهو وقيمته سواء في الجهالة فتجبر على القبول كما في الحيوان. واختار بعضهم قول زفر وقال هو الأصح، لأن الثوب وجب في الذمة وجوباً مستقراً كالسلم، ولا كذلك الحيوان لأنه لا يجب في الذمة وجوباً مستقراً في السلم فكذا هنا، ثم عند أبي حنيفة قيمة العبد الوسط أربعون ديناراً، وإن سمي أبيض فخمسون وهو قيمة الغرة، والمهر بمعنى الغرة،

وَمَهْرٍ مِثْلِهَا يُعْتَبَرُ بِنِسَاءِ عَشِيرَةِ أَبِيهَا، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُمْ مِثْلُ حَالِهَا فَمِنْ  
الْأَجَانِبِ، وَيُعْتَبَرُ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهَا فِي السَّنِّ وَالْحُسْنِ وَالْبَكَارَةِ وَالْبَلَدِ وَالْعَصْرِ  
وَالْمَالِ، .....

وعندهما على قدر الرخص والغلاء، وقيل هذا اختلاف زمان لا برهان. ومنها ما هو معلوم  
الجنس والصفة وهو غير معين كما إذا تزوجها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة  
تصح التسمية، ويلزمه تسليم عينه لأن ذلك يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً فيلزمه تسليمه  
كالتقود؛ ولو تزوجها على كز حنطة مطلقاً ولم يصفه بخير الزوج بين الوسط وبين قيمته.  
وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزمه تسليم الكز؛ ولو تزوج امرأتين على ألف قسمت  
الألف على قدر مهر مثليهما رجوعاً إلى الأصل لأنه لما أضاف إليهما فقد أضاف إلى كل  
واحدة ما تستحقه واستحقاقهما في الأصل مهر المثل كمن دفع إلى ربي دين ألفاً بينهما  
فإنهما يقتسمانهما على قدر دينيهما كذلك هذا، فإن طلقهما قبل الدخول فنصف الألف بينهما  
على قدر حقيهما، فإن لم يصح نكاح إحداهما صح نكاح الأخرى، لأن المبطل اختص بها  
فلا يتعداها والألف كلها للتي صح نكاحها. وقالوا: يقسم على مهر مثليهما كالمسألة الأولى  
لأنه أضافه إليهما كهي، فما أصاب التي صح نكاحها فهو لها ويسقط الباقي. ولأبي حنيفة  
أن إضافة النكاح إلى من لا يصح نكاحها لغو فصار كما إذا ضم إليها أسطوانة أو دابة،  
وبالبدل إنما ينقسم بحكم المعاوضة والمساواة والدخول في العقد، ولا معارضة في  
المحرمة. ولا مساواة ولا دخول في العقد فصارت عدماً، وإضافة الشيء إلى اثنين  
واختصاصه بأحدهما جائز، قال تعالى: ﴿يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِنْكُمْ﴾<sup>(١)</sup>  
أضاف الرسل إليهما، والرسل مختصة بالإنس دون الجن، فإن دخل بالتي لم يصح نكاحها  
فلها مهر المثل عند أبي حنيفة، وهو الصحيح لأنه وطء حرام سقط فيه الحد لشبهة العقد  
فيجب مهر المثل، وعندهما الأقل من مهر المثل ومما يخصها. قال: (ومهر مثلها يعتبر  
بنساء عشيرة أبيها) كأخواتها وعماتها وبنات عمها دون أمها وخالتها إلا أن يكونا من قبيلة  
أبيها، هكذا روي عن رسول الله ﷺ في بروع حين تزوجت بغير مهر، فقال: لها مهر مثل  
نساءها ونساؤها أقارب الأب، ولأن قيمة الشيء تعرف بقيمة جنسه، وجنسه قوم أبيه (فإن  
لم يوجد منهم مثل حالها فمن الأجانب) تحصيلاً للمقصود بقدر الوسع. قال: (ويعتبر  
بامرأة هي مثلها في السن والحسن والبكارة والبلد والعصر والمال) فإن المهر يختلف

(١) سورة الأنعام، آية (١٣٠).

فإن لم يوجد ذلك كله فالذي يوجد منه؛ وللمرأة أن تمنع نفسها وأن يسافر بها حتى يعطيها مهرها، فإذا أوفاه مهرها نقلها إلى حيث شاء، وقيل لا يسافر بها وعليه الفتوى.

باختلاف هذه الأوصاف لأن الرغبات تختلف بها (فإن لم يوجد ذلك كله فالذي يوجد منه) لأنه يتعذر اجتماع هذه الأوصاف في امرأتين فيعتبر بالموجود منها لأنها مثلها. وعن بعض المشايخ أن الجمال لا يعتبر إذا كانت ذات حسب وشرف، وإنما يعتبر في الأوساط لأن الرغبة حينئذ في الجمال. قال: (وللمرأة أن تمنع نفسها وأن يسافر بها حتى يعطيها مهرها) لأن حقه قد تعين في المبدل فوجب أن يتعين حقها في البدل تسوية بينهما، وإن كان المهر كله مؤجلاً ليس لها ذلك لأنها رضيت بتأخير حقها: وعند أبي يوسف لها ذلك لأنها سلمت إليه فليس لها أن تمتنع بعده كالبائع إذا سلم المبيع ليس له حبسه بعد ذلك، وله أن المهر مقابل بجميع الوطآت لثلا يخلو الوطء عن العوض إظهاراً لخطر البضع إلا أنه تأكد بوطأة الأولى لجهالة ما وراءها، والمجهول لا يزاحم المعلوم فإذا وجد بعده وطء آخر صار معلوماً فتحققت المزاحمة فصار المهر مقابلاً بالكل، ونظيره العبد الجاني إذا جنى جناية يدفع بها، فإن لم يدفع حتى جنى أخرى وأخرى دفع بالكل. قال: (فإذا أوفاه مهرها نقلها إلى حيث شاء) لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾<sup>(١)</sup> (وقيل لا يسافر بها وعليه الفتوى) لفساد أهل الزمان، والغريب يؤذي، وقيل يسافر بها إلى قرى المصر القريبة لأنها ليست بغربة، وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه كغيره من الديون، وللمرأة أن تطالب أيهما شاءت كسائر الكفالات، وحكمها في الرجوع كغيرها من الكفالات؛ ولو ضمن المهر عن ابنه الصغير صح لما قلنا، ولا يرجع عليه إذا أدى لأنه صلة عرفاً، فإن مات الأب قبل الأداء فأخذ من تركته رجوع بقية الورثة على الابن من حصته لأنهم أدوا عنه ديناً عليه من مال مشترك. وقال زفر: لا يرجعون كما إذا كفل عن ابنه الكبير بغير أمره أو عن أجنبي. قلنا الكفالة هنا بأمر المكفول عنه حكماً لولاية الأب، فكانت كفالته دليل الأمر من جهته ليرجع، بخلاف الكبير والأجنبي لأنه لا ولاية له عليهما، وبخلاف ما إذا أدى حال حياته لأنه متبرع، فإن العادة جارية بتبرع الآباء بمهر الأبناء.

(١) سورة الطلاق، آية (٦).

## فصل

## [أحكام نكاح العبد والأمة]

وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ وَالْمُدَبَّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى،  
وَيَمْلِكُ إِجْبَارُهُمْ عَلَى النِّكَاحِ؛ وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ فَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي  
رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ وَالْمُدَبَّرُ يَسْعَى، وَإِذَا أُعْتِقَتِ الْأَمَةُ أَوْ الْمُكَاتَبَةُ وَلَهَا زَوْجٌ حُرٌّ أَوْ  
عَبْدٌ فَلَهَا الْخِيَارُ.....

## فصل

## [أحكام نكاح العبد والأمة]

(ولا يجوز نكاح العبد والأمة والمدبر وأم الولد إلا بإذن المولى) وأصله قوله عليه الصلاة والسلام: «أَيُّ امْرَأَةٍ تَزَوَّجْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا فَهِيَ عَاهِرَةٌ»<sup>(١)</sup> وقوله: «أَيُّ عَبْدٍ تَزَوَّجْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»<sup>(٢)</sup> ولأن النكاح عيب في العبد والمدبر لتعلق النفقة بكسبهما والمهر برقبتهما، فلا يملك غير المولى ذلك دفعاً للضرر عنه، ولأن منافع البضع للمولى فلا يملكها غيره بغير أمره (ويملك إجبارهم على النكاح) صيانة لملكه وتحصيماً له عن الزنا الذي هو سبب هلاكهم أو نقصانهم، وهذا المعنى يشمل العبد والأمة؛ وليس للمولى أن يزوّج المكاتب والمكاتبة بغير رضاهما لخروجهما عن يده على ما نيينه في المكاتب، ولا يجوز نكاحهما إلا بإذن المولى للرق الثابت فيهما بالحديث، ويملك المكاتب تزويج أمته لأنه من الاكتساب، ولا يملك تزويج العبد لأنه خسران لا اكتساب، ولو زوّج أمته من عبده بغير مهر جاز ولا مهر لها؛ وقيل يجب حقاً للشرع ثم يسقط. قال: (وإذا تزوّج العبد بإذن موله فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لأنه دين وجب في رقبته بفعله وقد ظهر في حق المولى حيث وقع بإذنه فيتعلق برقبته دفعاً للضرر عن المرأة، كما في ديون المأذون للتجارة (والمدبر يسعى) لأنه لا يجوز بيعه فيؤدي من كسبه وكذلك ولد أم الولد من غير سيدها. قال: (وإذا أعتقت الأمة أو المكاتب ولها زوج حرّ أو عبد فلها الخيار) لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة حين أعتقت: «ملكك بضعك فاختراري»<sup>(٣)</sup> جعل العلة

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط برقم ٨٧٧ و٤٤٨٨ و٦٣٤٨، وهو حديث حسن لطرقه وشواهده. وقد تقدم تخريجه في معناه.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم ٢٠٧٨، والترمذي في سننه برقم ١١١١، وقال: حديث حسن.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه، ج ٣/٢٩٠، بنحو هذا اللفظ وقد تقدم تخريجه.

وَمَنْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَوِّئَهَا بَيْتَ الزَّوْجِ لِكِنَّهَا تَخْدُمُ الْمَوْلَى، وَيُقَالُ لَهُ: مَتَى ظَفِرَتْ بِهَا وَطِنَتْهَا؛ وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ بَعْدَ بَعْضِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَقَالَ لَهُ الْمَوْلَى طَلَّقْهَا فَلَيْسَ بِإِجَازَةٍ، وَلَوْ قَالَ طَلَّقْهَا تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً فَهِيَ إِجَازَةٌ؛ وَالْإِذْنُ فِي الْعَزْلِ لِمَوْلَى الْأُمَةِ (سم)؛ وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ أَوْ أُمَةٌ بَعْدَ إِذْنِ الْمَوْلَى ثُمَّ أُعْتِقَا

المثبتة للخيار معنى فيها وهو ملك البضع فيترتب عليه، ويستوي فيه الحرّ والعبد لعموم العلة، على أنه روي أن زوجها كان حرّاً، وهي راجحة على رواية أنه كان عبداً لأن الأصل الحرية، ولأنه ازداد الملك عليها في الفصلين فيثبت لها الخيار فيهما دفعاً للضرر عنها. قال: (ومن زوّج أمته فليس عليه أن يبوّئها بيت الزوج لكنّها تخدم المولى، ويقال له متى ظفرت بها وطنتها) لأن حق المولى في الخدمة باق والتبوة إبطال له فلا يلزمه ذلك؛ ولو شرط في العقد أن لا يستخدمها بطل الشرط، فإن بوأها بيتاً معه فله أن يستخدمها وتبطل التبوة، لأن الموجب للخدمة الملك وهو باق فلا تبطله التبوة. قال: (وإن تزوّج عبد بغير إذن مولاه فقال له المولى طلقها فليس بإجازة) لأنه يحتمل الرد وهو الظاهر هنا حيث تزوّج بغير أمره وافاتت عليه، وردّ هذا العقد يسمى طلاقاً فيحمل عليه، وكذا لو قال فارقتها وبل أولى (ولو قال طلقها تطليقة رجعية فهو إجازة) لأن الطلاق الرجعي إنما يكون في النكاح الصحيح النافذ؛ ولو أذن العبد في النكاح ينتظم الصحيح والفساد، وقالوا: هو على الصحيح خاصة، لأن المراد من النكاح الإعفاف وذلك بالدوام عليه، وأنه في الصحيح دون الفساد، ولأن الاسم عند الإطلاق يقع على الصحيح كما في اليمين. ولأبي حنيفة أن اللفظ يجري على إطلاقه كما مرّ في البيع، ولئن قال البيع الفاسد يفيد بعض التصرفات كالعق والمملك وغيره. قلنا والنكاح الفاسد أيضاً يفيد بعض التصرفات كالنسب والعدة والمهر، ومسألة اليمين ممنوعة، ولئن سلمت فالإيمان مبناها على العرف، وثمرة الاختلاف أنه لو تزوّج امرأة نكاحاً فاسداً انتهى الأمر عنده فليس له أن يتزوّج أخرى. وعندهما له أن يتزوّج غيرها نكاحاً صحيحاً، لأن الأول لم يدخل تحت الأمر فيبقى الأمر، وليس له أن يتزوّج إلا امرأة واحدة لأن الأمر لا يقتضي التكرار إلا أن يقول له تزوّج ما شئت فيجوز له أن يتزوّج ثنتين. قال: (والإذن في العزل لمولى الأمة) وقالوا: إليها لأن الوطاء حقها والعزل تنقيص له فيشترط رضاها. ولأبي حنيفة أن العزل يخلّ بحق المولى وهو حصول الولد الذي هو ملكه فيشترط رضاه، بخلاف الحرّة لأن الولد والوطاء حقها. قال: (وإذا تزوّج عبد أو أمة بغير إذن المولى ثم أعتقا نفذ النكاح) لأنهما من أهل العبارة والتوقف لحقّ المولى وقد زال (ولا

نَفَذَ النُّكَاحُ وَلَا خِيَارَ لِلْأُمَّةِ .

## فصل

### [أحكام زواج الذمي والذميمة]

تَزَوَّجَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا أَوْ عَلَى مَيْتَةٍ، وَذَلِكَ عِنْدَهُمْ جَائِزٌ جَازٌ وَلَا مَهْرَ لَهَا (سم)، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ فِي عِدَّةٍ (سم) كَافِرٍ آخَرَ جَازٌ إِنْ دَانُوهُ، وَلَوْ أَسْلَمَا أُقْرَأَ عَلَيْهِ، .....

خيار للأمة) لأنه إنما نفذ بعد العتق فصار كأنها تزوجت بعد العتق، ولو تزوجت ودخل بها الزوج ثم أعتقها المولى جاز النكاح لما بينا والمهر للمولى لأنه استوفى منفعة مملوكة للمولى، والقياس أن يجب مهر آخر، إلا أنا استحسنا وقلنا يجب مهر واحد، لأن الجواز استند إلى أصل العقد، ولو أعتقها ثم دخل بها فالمهر لها لأنه استوفى منفعة مملوكة لها.

## فصل

### [أحكام زواج الذمي والذميمة]

(تزوج ذمي ذميمة على أن لا مهر لها أو على ميتة، وذلك عندهم جائز جاز ولا مهر لها) وقالوا: لها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها، وإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة لأنهم التزموا أحكامنا في المعاملات فصار كالربا، وله قوله عليه الصلاة والسلام: «اتركوهم وما يدينون»<sup>(١)</sup> وما التزموا أحكامنا فيما يعتقدون خلافه، وعقد الذمة منع إلزامهم بالسيف، والحجة بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقدهم، قال عليه الصلاة والسلام: «الْأَمَنْ أَرْبَى فليس بيننا وبينه عهد»<sup>(٢)</sup> وكذلك الزنا فإنه محرم في جميع الأديان (وإن تزوجها بغير شهود أو في عدة كافر آخر جاز إن دانوه، ولو أسلما أقرأ عليه) وقالوا: إذا تزوجها في العدة فهو فاسد، فإن أسلما أو أحدهما أو ترافعا إلينا فرق بينهما، لأن نكاح المعتدة حرام بالإجماع، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه، وهم التزموا أحكامنا ولم يلتزموا بجميع الاختلافات. وله أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فلا تثبت الحرمة حقاً لشرع ولا للمطلق لأنه لا يعتقدها، بخلاف العدة من المسلم لأنه يعتقدها، وحالة المرافعة أو الإسلام حالة

(١) لم يرد هذا اللفظ مرفوعاً، وفي صحيح مسلم معنى الكف عنهم إن هم أدوا الجزية، برقم ١٧٣١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ج ١٤/٥٥٠، بلفظ.

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ أَحَدُهُمَا فَلَهَا ذَلِكَ (سم) إِنْ كَانَ عَيْنَيْنِ، وَإِلَّا فَقِيَمَةُ الْخَمْرِ وَمَهْرُ الْمَثَلِ فِي الْخِنْزِيرِ، وَإِذَا أَسْلَمَ الْمَجُوسِيُّ فُرُقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ مَحَارِمِهِ؛ وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُرْتَدَّةِ وَالْمُرْتَدَّةِ، وَالْوَالِدُ

البقاء، والعدة لا تنافيها كالموطوءة بشبهة، وكذا الشهادة ليست شرطاً حالة البقاء قال: (ولو تزوجها على خمر أو خنزير ثم أسلم أو أحدهما فلها ذلك إن كانا عينين، وإلا فقيمة الخمر ومهر المثل في الخنزير) وقال أبو يوسف: لها مهر المثل في الحالين. وقال محمد: القيمة فيهما. لهما أن الملك يتأكد بالقبض فأشبهه العقد، والإسلام مانع منه فصارا كما إذا كانا دينين. وإذا امتنع القبض قال أبو يوسف: لو كانا مسلمين عند العقد يجب مهر المثل، فكذا عند القبض. وقال محمد: صحت التسمية وعجز عن التسليم بالإسلام فتجب القيمة كما إذا كان عبداً فهلك قبل القبض. ولأبي حنيفة أن الملك تم بنفس العقد في المعين حتى جاز لها التصرف فيه، وبالقبض ينتقل إلى ضمانها من ضمانه، والإسلام غير مانع من ذلك كاسترداد الخمر المغصوب، وخمر المكاتب الذمي إذا عجز، والمأذون إذا حجر عليه؛ وفي غير المعين إنما يملكه بالقبض، والإسلام مانع منه؛ وإذا امتنع القبض فالخمر من ذوات الأمثال والخنزير من ذوات القيم، فتكون القيمة مقامه فلا يجب، فتعين مهر المثل وتجب القيمة في الخمر لأنها تقوم مقامها. قال: (وإذا أسلم المجوسي فرق بينه وبين من تزوج من محارمه) أما عندهما فظاهر، وأما عند أبي حنيفة فلأن المحرمية إذا طرأت على النكاح الصحيح تبطله، ولأنها تنافي بقاء النكاح ولا كذلك العدة على ما بينا، ويفرق بينهما بإسلام أحدهما بالإجماع، ولا يفرق بمرافعة أحدهما عند أبي حنيفة خلافاً لهما لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ﴾<sup>(١)</sup> ولأن مرافعة أحدهما لا يبطل حق صاحبه لأنه لا يعتقده، بخلاف ما إذا اتفقا حيث يفرق بينهم لما تلونا، ولأنهما رضيا بحكمنا فيلزمهما. قال: (ولا يجوز نكاح المرتد والمرتدة) بإجماع الصحابة، ولأنه لا فائدة فيه لأن المقصود من شرع النكاح مصالحه، ولا توجد لأن المرتد يقتل والمرتدة تحبس، أو نقول لا ملة لهما لأنهما خرجا عن الإسلام، ولا يقرآن على ما انتقلا إليه، ويجوز نكاح النصراني المجوسية واليهودية، واليهودي النصرانية والمجوسية واليهودية والنصرانية، لأن الكفر كله ملة واحدة، كذا زوي عن عمر رضي الله عنه<sup>(٢)</sup>، ولا كفاءة بين أهل الكفر. قال: (والولد

(١) سورة المائدة، آية (٤٢).

(٢) ذكره عبد الرزاق في مصنفه، ج ٨/٣٦٠، من قول الثوري: «الكفر ملة».

يَتَّبِعُ خَيْرَ الْأَبْوَيْنِ دِينًا، وَالْكِتَابِيُّ خَيْرٌ مِنَ الْمَجُوسِيِّ؛ وَإِذَا أَسْلَمَتِ امْرَأَةُ الْكَافِرِ عُرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ، فَإِنْ أَسْلَمَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ، وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَتَكُونُ الْفُرْقَةُ طَلَاقًا (س)؛ وَإِنْ أَسْلَمَ زَوْجُ الْمَجُوسِيَّةِ فَإِنْ أَسْلَمَتِ وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ، وَإِنْ كَانَ الْإِسْلَامُ فِي دَارِ الْحَرْبِ تَتَوَقَّفُ الْبَيْنُونَةُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ عَلَى ثَلَاثِ حَيْضٍ قَبْلَ إِسْلَامِ الْآخَرِ، وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مُسْلِمًا وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا، وَكَذَا إِنْ سَبِيَ أَحَدُهُمَا، وَلَوْ سُبِيََا مَعًا لَمْ تَقْعْ؛ .....

يتبع خير الأبوين ديناً) نظراً له حتى لو كان أحدهما مسلماً كان مسلماً، ولو أسلم أحدهما ولهما ولد صغير صار مسلماً (والكتابي خير من المجوسي) حتى يجوز أكل ذبيحة الكتابي ومناكحته دون المجوسي. قال: (وإذا أسلمت امرأة الكافر عرض عليه الإسلام) تحصيلاً لمصالح النكاح بالإسلام، لأنها قد فاتت بإسلامها (فإن أسلم فهي امرأته) كما إذا أسلمت معاً (وإلا فزق بينهما) لأن الإسلام لا يصلح أن يكون سبباً للفرقة لما أنه طاعة وعبادة، فيجعل إياؤه سبباً لفوات مصالح النكاح عقوبة (وتكون الفرقة طلاقاً) وقال أبو يوسف: لا تكون طلاقاً لأنه سبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقاً، كما إذا ملكها أو ملكته. ولهما أن الزوج ترك الإمساك بالمعروف مع القدرة عليه فينوب عنه القاضي في التسريح بالإحسان فيكون قوله كقول الزوج فيكون طلاقاً كما في الجب والعنة. قال: (وإن أسلم زوج المجوسية، فإن أسلمت وإلا فزق بينهما بغير طلاق) والفرق أن المرأة ليست من أهل الطلاق فلا ينتقل قول القاضي إليها، ثم إن كان قبل الدخول فلا مهر لها، لأن الفرقة جاءت من قبلها، وإن كان قد دخل بها فلها المهر لأنه تأكد بالدخول (وإن كان الإسلام في دار الحرب تتوقف البينونة في المسألتين على ثلاث حيض قبل إسلام الآخر) لأنه لا بد من الفرقة بينهما، ولا قدرة على العرض في دار الحرب فجعلنا ثلاث حيض وهو شرط الفرقة مقام السبب وهو العرض كحافر البئر وغيره، ثم إذا بانت بثلاث حيض ذكر في السير الكبير أنه طلاق عندهما. وروي أنه فرقة بغير طلاق كأبي يوسف؛ ولو أسلم الآخر قبل مضي ثلاث حيض لم تبين منه؛ وإن أسلم زوج الكتابية فلا عرض ولا فرقة لأنه يجوز له نكاحها ابتداءً، فلأن يبقى أولى؛ ولو أسلم أحد الزوجين وهما صبيان عاقلان عرض الإسلام على الآخر، لأن الصبي يخاطب بالإسلام حقاً للعباد حتى إنه يؤخذ بحقوق العباد، فإن أبي فزق بينهما استحساناً إيفاء لحق صاحبه ودفعاً للضرر عنه. قال: (وإذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلماً وقعت البينونة بينهما، وكذا إن سبي أحدهما، ولو سبيا معاً لم تقع) فسبب

وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً لَا عِدَّةَ (سَم) عَلَيْهَا؛ وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ (م)؛ ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُرْتَدُّ الزَّوْجَةَ بَعْدَ الدُّخُولِ فَلَهَا الْمَهْرُ وَقَبْلُهُ لَا شَيْءَ لَهَا وَلَا نَقَقَةَ، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ فَالْكُلُّ بَعْدَهُ وَالنُّصْفُ قَبْلَهُ؛ وَإِنْ ارْتَدَّا مَعًا ثُمَّ أَسْلَمَا مَعًا فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا.....

البيونة هو التباين دون السبي، لأن مصالح النكاح لا تحصل مع التباين حقيقة وحكماً، لأن مصلحه إنما تحصل بالاجتماع، والتباين مانع منه. أما السبي فإنه يقتضي ملك الرقبة وذلك لا ينافي النكاح ابتداءً فكذا بقاء. وأما المستأمن فقصده الرجوع فلم يوجد تباين الدارين حكماً قال: (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة لا عدة عليها) وقال: عليها العدة لأنها من أحكام الإسلام والفرقة حصلت في دار الإسلام، وله قوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْسُكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ﴾<sup>(١)</sup> نزلت في هذه القضية نقلاً عن بعض المفسرين، ولأنها وجبت إظهاراً لخطر النكاح، ولا خطر لنكاح الحربي، ولهذا قلنا لا عدة على المسيية. قال: (وإذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق) وقال محمد: إن كان المرتد الزوج فهي طلاق لما مر في الإباء، وأبو يوسف مر على أصله أيضاً. والفرق لأبي حنيفة أن الردة تنافي المحلية كالمحرمية والطلاق رافع فتعذر أن تكون الفرقة طلاقاً، ولهذا لا يحتاج في الفرقة هنا إلى القضاء، أما الإباء لا ينافي المحلية والنكاح، ولهذا تتوقف الفرقة على القضاء، وإنما بالإباء امتنع عن التسريح بالإحسان فناب القاضي منابه على ما بيننا (ثم إن كان المرتد الزوجة بعد الدخول فلها المهر وقبلة لا شيء لها ولا نفقة) وقد مر (وإن كان الزوج فالكُلُّ بعده والنصف قبله) وذكر في الفتاوى لو ارتدت المرأة قيل لا يفسد النكاح زجراً لها، والصحيح أنه يفسد وتجبر على تجديد النكاح زجراً لها أيضاً (وإن ارتد معاً ثم أسلما معاً فهما على نكاحهما) لأن بني حنيفة ارتدوا في زمن أبي بكر رضي الله عنه ثم أسلموا، فأقرهم على أنكحتهم ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة<sup>(٢)</sup>، وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير من أحدهم فكان إجماعاً، فإن أسلم أحدهما بعد الردة فسد النكاح كما في الابتداء، ولو قبلها ابن زوجها أو وطنها حرمت على أبيه لما تقدم وسقط مهرها إذا كان قبل الدخول إن كانت مطاوعة لأن الفرقة جاءت من قبلها؛ فقد امتنعت عن تسليم المبدل فتمنع البديل كما في

(١) سورة الممتحنة، آية (١٠).

(٢) ذكر هذا الخبر ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ج ٦٦/٢، ثم قال: هو مأخوذ بالإستقراء.

وَإِذَا كَانَ بِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ عَيْبٌ فَلَا خِيَارَ لِلْآخِرِ (م) إِلَّا فِي الْجَبِّ وَالْعَنَّةِ وَالْخِصْيِ .

البيع، وإن كانت مكرهة لا يسقط؛ وفي الصغيرة لا يسقط في الوجهين جميعاً وإن كان يجامع مثلها، لأنه لا اعتبار بفعلها حتى لا يتعلق به شيء من الأحكام فلا يجب عليها حد ولا تعزير ولا غسل ولا مأثم لعدم الخطاب فكذا هذا؛ وإن ارتدت الصغيرة سقط مهرها لأنه إذا حكم بردها بطلت محلية النكاح فصارت كالكبيرة، إذ الكلام في التي تعقل الإسلام والرذة على ما يأتيك.

## فصل

### [أحكام عيوب الزوج والزوجة في النكاح]

(وإذا كان بأحد الزوجين عيب فلا خيار للآخر إلا في الجبّ والعنة والخصي) أما عيوب المرأة فبإجماع أصحابنا، لأن المستحق هو التمكين وإنه موجود، والاستيفاء من الثمرات واختلاله بالعيوب لا يوجب الفسخ، لأن الفوات بالموت لا يوجب فهذا أولى. وأما عيوب الرجل وهي الجنون والجذام والبرص فكذلك. وقال محمد: لها الخيار لأنه لا يتنظم بينهما المصالح فيثبت لها الخيار دفعاً للضرر عنها بخلاف الزوج لأنه يقدر على دفعه بالطلاق وصار كالجبّ والعنة. ولهما أن الخيار يبطل حق الزوج فلا يثبت، وإنما ثبت في الجبّ والعنة لإخلالهما بالمقصود من النكاح، والعيوب لا تخلّ به. والعين الذي لا يصل إلى النساء، أو يصل إلى الشيب دون الأبكار، أو يصل إلى غير زوجته ولا يصل إليها، وتكون العنة لمرض أو ضعف أو كبر سنّ، أو من أخذ بسحر؛ فإذا كان الزوج عنيماً وخاصمته المرأة في ذلك أجله القاضي سنة، فإن وصل إليها وإلا فرّق بينهما إن طلبت المرأة ذلك، لأن لها حقاً في الوطاء فلها المطالبة به، ويجوز أن يكون ذلك لمرض، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فجعلت السنة معرفة لذلك لاشتمالها على الفصول الأربعة، فإن كان المرض من برودة أزاله حرّ الصيف، وإن كان من رطوبة أزاله يبس الخريف، وإن كان من حرارة أزاله برد الشتاء، وإن كان من يبس أزاله رطوبة الربيع على ما عليه العادة، وروي ذلك عن عمر وعليّ وابن مسعود رضي الله عنهم<sup>(١)</sup>، فإذا مضت السنة ولم يصل إليها علم أنه لآفة أصلية فتخير، فإن اختارت نفسها قال أبو يوسف ومحمد: بانت، وهو

(١) روى هذه الآثار ابن أبي شيبة في مصنفه، ج ٤/٢٠٦ - ٢٠٨، وعبد الرزاق في مصنفه، ج ٦/٢٥٣ - ٢٥٤.

ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة لا تبين إلا بتفريق القاضي، وهو المشهور من مذهبه. لهما أن الشرع خيرها عند تمام الحول دفعاً للضرر عنها فلا يحتاج إلى تفريق القاضي كما إذا خيرها الزوج. وله أن النكاح عقد لازم وملك الزوج فيه معصوم فلا يزول إلا بإزالته دفعاً للضرر عنه، لكن لما وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان، وقد عجز عن الأول بالعنة ولا يمكن القاضي النيابة فيه فوجب عليه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع عنه ناب القاضي منابه، لأنه نصب لدفع الظلم فلا تبين بدون تفريق القاضي، فإذا فرّق بصير كأنه طلقها بنفسه فتكون تطليقة بائنة ليحصل مقصودها وهو دفع الظلم عنها بملكها نفسها، ويشترط طلبها لأن الفرقة حقها؛ والمراد السنة القمرية لأنها المراد عند الإطلاق. وروى ابن سماعة عن محمد أنها سنة شمسية وتعتبر بالأيام، وتزيد على القمرية أحد عشر يوماً، ويحسب منها أيام الحيض وشهر رمضان، لأن السنة لا تخلو عن ذلك، ويحسب مرضه ومرضها إن كان نصف شهر، وإن كان أكثر عوّضه عنه. وعن أبي يوسف إن حجت أو هربت أو غابت لم تحتسب تلك المدة من السنة، وإن حجّ هو أو هرب أو غاب احتسب عليه من السنة. والتأجيل إنما يكون بعد دعوى المرأة عند القاضي فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطان حقها، ولو خيرها القاضي فقامت من مجلسها قبل أن تختار فلا خيار لها كالمخيرة من زوجها، فإن طلب العنين أن يؤجله القاضي سنة أخرى لم يؤجله إلا برضاها، فإن رضيت جاز ولها أن ترجع وتختار قبل مضي السنة الأخرى، فإذا فرّق القاضي بينهما ثم تزوّجها فلا خيار لها لأنها رضيت بالعنة؛ ولو اختلفا في الوصول إليها، فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر حق التفريق، ولأن الأصل السلامة والعيب عارض، فإن حلف بطل حقها، وإن نكل أجل سنة كسائر الحقوق، وإن كانت بكرأ نظرها النساء، فإن قلن هي بكر أجل سنة، وإن قلن هي ثيب حلف على الوجه الذي بينا. والمجبوب وهو الذي قطع ذكره أصلاً فإنه يفرّق بينهما للحال لأنه لا فائدة في التأجيل، والخصي كالعنين لأنه له آلة تنتصب ويجامع بها غير أنه لا يجبل، وهو الذي سلت أنثياه، وإذا أجل سنة وادّعى الوصول إليها وأنكرت فالحكم كما إذا اختلفا قبل التأجيل، وإذا كان زوج الأمة عنيماً فالخيار للمولى كالعزل عند أبي حنيفة؛ وإذا كانت المرأة رتقاء فلا ولاية لها في الطلب، إذ لا حق لها في الوطاء، ولو وطئها الزوج مرة واحدة ثم عنّ أو جبّ فلا طلب لها ولا خيار.

## فصل

## [أحكام العدل بين الزوجات]

وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَ نَسَائِهِ فِي الْبَيْتُوتَةِ، وَالْبِكْرِ وَالثَّيْبِ وَالْحَدِيدَةِ  
وَالْعَتِيقَةِ وَالْمُسْلِمَةَ وَالْكَتَابِيَّةَ سِوَاءً، وَلِلْحَرَّةِ ضِعْفُ الْأَمَةِ؛ وَمَنْ وَهَبَتْ نَصِيبَهَا  
لِصَاحِبَتَيْهَا جَازًا وَلَهَا الرُّجُوعُ فِي ذَلِكَ، .....

## فصل

## [أحكام العدل بين الزوجات]

(وعلى الرجل أن يعدل بين نسائه في البيوتة) لقوله عليه الصلاة والسلام: «من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل»<sup>(١)</sup> (والبكر والثيب والجديدة والعتيقة والمسلمة والكتابية سواء) لإطلاق ما روينا، ولأن ذلك من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهما فيها، ولا يجب عليه التساوي بينهما في الوطاء والمحبة. أما الوطاء فلأنه ينبغي على النشاط؛ وأما المحبة فلأنها فعل القلب. وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يعدل بين نسائه ويقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك»<sup>(٢)</sup> يعني زيادة المحبة لبعضهن. ثم إن شاء جعل الدور بينهما يوماً أو يومين أو أكثر، وله الخيار في ذلك لأن المستحق عليه التسوية، وقد وجدت. قال: (وللحرّة ضعف الأمة) لما عرف أن الرقّ منصف كما في العدة وغيرها (ومن وهبت نصيبها لصاحبها جاز) لما روي أن رسول الله ﷺ قال لسودة بنت زمعة: «اعتدي»، فسألت رسول الله ﷺ أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة وأن تحشر مع نسائه يوم القيامة ففعل<sup>(٣)</sup> ولأنه حقها وقد أبطلته برضاها (ولها الرجوع في ذلك) لأنها وهبت حقاً لم يجب بعد؛ وإن أقام عند الواحدة أياماً بإذن الأخرى جاز من غير مساواة، لأن النبي عليه الصلاة والسلام لما مرض استأذن نساءه أن يكون في بيت

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم ٢١٣٣، والترمذي في سننه برقم ١١٤١، والنسائي في المجتبى، ج ٦٣/٧، وابن ماجه في سننه برقم ١٩٦٩، وهو حديث صحيح.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم ٢١٣٤، والترمذي في سننه برقم ١١٤٠، وابن ماجه برقم ١٩٧١، والشطر الأول ثبت بإسناد حسن.

(٣) أخرجه أبو حنيفة في مسنده مرسلًا، ١٠٥، وجامع المسانيد، ج ١٣٨/٢ و ١٤١ و ١٥٢، والبيهقي في سننه، ج ٣٤٣/٧، وابن سعد في الطبقات، ج ٣٦/٨ - ٣٧، وأحد روايتي ابن سعد صحيحة مرسله، وهي عند البيهقي في سننه ج ٧٥/٧ و ٢٩٧، وليس فيها لفظ «اعتدي».

وَيَسَافِرُ بِمَنْ شَاءَ، وَالْقُرْعَةُ أَوْلَى.

عائشة فأذن له، فكان في بيتها حتى قبض عليه الصلاة والسلام. وفيه دليل على أن القسم يجب على الرجل وإن كان مريضاً، ويؤمر الصائم بالنهار والقائم بالليل أن يبيت معها إذا طلبت. وعن أبي حنيفة يجعل لها يوماً من أربعة أيام، وليس هذا بواجب لأنه يؤدي إلى فوات النوافل أصلاً على من له أربع من النساء، ولكن يؤمر بإيفاء حقها من نفسه أحياناً ويصوم ويصلي ما أمكنه؛ ولو أعطت زوجها مالاً أو حطته ليزيد في قسمها لم يجز وترجع بما أعطته، وكذا لو زادها الزوج في مهرها لتجعل يومها لغيرها، والوجه فيه ما بينا. قال: (ويسافر بمن شاء والقرعة أولى) لأنه لا حق لهنّ حال السفر حتى كان له أن لا يسافر بواحدة منهنّ أصلاً ويقرع بينهنّ تطيباً لقلوبهنّ، وقد ورد ذلك عنه عليه الصلاة والسلام؛ ومن سافر بها ليس عليه قضاء حق الباقيات لأنه كان متبرعاً لا موفياً حقاً، وإن ظلم بعضهنّ يوعظ، فإن لم ينته يوجع عقوبة زجرأ له عن الظلم.