

٢٠ - كتاب النكاح

وأصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة أبواب :

- الباب الأول : في مقدمات النكاح .
- الباب الثاني : في موجبات صحة النكاح .
- الباب الثالث : في موجبات الخيار في النكاح .
- الباب الرابع : في حقوق الزوجية .
- الباب الخامس : في الأنكحة المنهي عنها والفسادة .

obeikandi.com

○ الباب الأول ○ [في مقدمات النكاح]

وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح ، وفي حكم خطبة النكاح ،
وفي الخطبة على الخطبة . وفي النظر إلى المخطوبة قبل التزويج .

فأما حكم النكاح فقال قوم : هو مندوب إليه ، وهم الجمهور ، وقال
أهل الظاهر : هو واجب ، وقالت المتأخرة من المالكية : هو في حق بعض الناس
واجب ، وفي حق بعضهم مندوب إليه ، وفي حق بعضهم مباح ، وذلك بحسب
ما يخاف على نفسه من العنت .

وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الأمر به في قوله تعالى : ﴿ فأنكحوا ﴾
ما طاب لكم من النساء ﴿^(١) وفي قوله عليه الصلاة والسلام : « تناكحوا فإني
مكاثر بكم الأمم »^(٢) وما أشبه ذلك من الأخبار الواردة في ذلك على الوجوب

(١) النساء : (٣) .

(٢) ● أخرج أبو داود (٢ / ٥٤٢ رقم ٢٠٥٠) ، والنسائي (٦ / ٦٥ - ٦٦) ،

والحاكم في المستدرک (٢ / ١٦٢) ، وأبو نعيم في الحلية (٣ / ٦٢) .

من حديث معقل بن يسار قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : إني أصبت امرأة
ذات حسب وجمال ، وإنها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ قال : « لا » ثم أتاه الثانية فنهاه ،
ثم أتاه الثالثة ، فقال : « تزوجوا الودود الولود ، فإني مكاثر بكم الأمم » .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد . ووافقه الذهبي .

● وأخرج أحمد (٣ / ١٥٨ ، ٢٤٥) ، وابن حبان (ص ٣٠٢ رقم ١٢٢٨ -

الموارد) ، وأبو نعيم في الحلية (٤ / ٢١٩) ، والقضاعي في مسند الشهاب (١ / ٣٩٤

رقم ٤٤٢ / ٦٧٥) ، والبيهقي (٧ / ٨١) وسعيد بن منصور (١ / ١٣٩ رقم =

أم على الندب أم على الإباحة . فأما من قال : إنه في حق بعض الناس واجب ، وفي حق بعضهم مندوب إليه ، وفي حق بعضهم مباح ؛ فهو التفات إلى المصلحة ، وهذا النوع من القياس هو الذي يسمى المرسل ، وهو الذي ليس له أصل معين يستند إليه ، وقد أنكره كثير من العلماء ، والظاهر من مذهب مالك القول به .

وأما خطبة النكاح المروية عن النبي ﷺ ^(١) فقال الجمهور : إنها ليست

= (٤٩٠) من حديث أنس بلفظ « تزوجوا الودود الولود ، فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة » .

وفي سنده : خلف بن خليفة : صدوق . اختلط في الآخر ، كما في التقريب (١ / ٢٢٥ رقم ١٤٠) إلا أن الحديث صحيح لغيره . وقد صححه الألباني في الإرواء (٦ / ١٩٥ رقم ١٧٨٤) .

(١) أخرج أبو داود (٢ / ٥٩١ رقم ٢١١٨) ، والترمذي (٣ / ٤١٣ رقم ١١٠٥) ، والنسائي (٦ / ٨٩) ، وابن ماجه (١ / ٦٠٩ رقم ١٨٩٢) ، وابن الجارود (رقم ٦٧٩) ، والحاكم (٢ / ١٨٢ - ١٨٣) ، وأبو نعيم في الحلية (٧ / ١٧٨) ، والبيهقي (٧ / ١٤٦) ، والدارمي (٢ / ١٤٢) ، وأحمد (١ / ٣٩٢ - ٣٩٣ ، ٤٣٢) ، والطيالسي (ص ٤٥ رقم ٣٣٨) .

من حديث ابن مسعود قال : كان رسول الله ﷺ يعلمنا خطبة الحاجة : الحمد لله ، أو إن الحمد لله ، نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا . من يهده الله فلا مضيل له ومن يضلل فلا هادي له . وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، ثم تصلي خطبتك بثلاث آيات من كتاب الله : (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته) [آل عمران : ١٠٢] إلى آخر الآية . (واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام) [النساء : ١] إلى آخر الآية . (اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم) [الأحزاب : ٧٠ - ٧١] إلى آخر الآية . زاد الطيالسي عن شعبة قال : قلت لأبي إسحاق : هذه خطبة النكاح وفي غيرها ، قال : في كل حاجة .

● قال المحدث الألباني في كتابه « خطبة الحاجة التي كان رسول الله ﷺ يعلمها أصحابه » : وردت هذه الخطبة المباركة عن ستة من الصحابة وهم : عبد الله بن مسعود ، وأبو موسى الأشعري ، وعبد الله بن عباس ، وجابر بن عبد الله ، ونبيط =

واجبة ، وقال داود : هي واجبة .

وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب . فأما الخطبة على الخطبة ، فإن النهي في ذلك ثابت عن النبي ﷺ^(١) . واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أو لا يدل . وإن كان يدل ففي أي حالة يدل ؟ فقال داود : يفسخ ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يفسخ . وعن مالك القولان جميعا ، وثالث وهو أن يفسخ قبل الدخول ، ولا يفسخ بعده ، وقال ابن القاسم : إنما معنى النهي إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح ، وأما إن كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز . وأما الوقت عند الأكثر فهو إذا ركن بعضهم إلى بعض لا في أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس^(٢)

= ابن شريط ، وعائشة رضي الله عنهم . وعن تابعي واحد هو الزهري رحمه الله . ثم تكلم عليها على هذا النسق ، وقال في الخاتمة : قد تبين لنا من مجموع الأحاديث المتقدمة ، أن هذه الخطبة تفتح بها جميع الخطب ، سواء كانت خطبة نكاح ، أو خطبة جمعة أو غيرها ، فليست خاصة بالنكاح كما قد يظن ، وفي بعض طرق حديث ابن مسعود التصريح بذلك كما تقدم ، وقد أيد ذلك عمل السلف الصالح ، فكانوا يفتتحون كتبهم بهذه الخطبة ثم ذكر بعضاً منهم .

(١) ● أخرج البخاري (٩ / ١٩٨ رقم ٥١٤٢) ، ومسلم (٢ / ١٠٣٢ رقم ٤٩ / ١٤١٢) ، وأحمد (٢ / ١٢٢ ، ١٢٤ ، ١٢٦) ، ومالك (٢ / ٥٢٣ رقم ٢) وغيرهم من حديث ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » .

واللفظ للمالك ، وله عند الباقرين ألفاظ .

● وأخرج البخاري (٩ / ١٩٩ رقم ٥١٤٤) ، ومسلم (٢ / ١٠٣٣ رقم ٥١ / ١٤١٣) ، وأحمد (٢ / ٢٣٨ ، ٢٧٤ ، ٣١١) ، ومالك في الموطأ (٢ / ٥٢٣ رقم ١) من حديث أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » .

وفي الباب من حديث عقبة بن عامر ، وسمرة .

(٢) أخرجه مسلم (٣ / ١١١٤ رقم ٣٦ / ١٤٨٠) ، وأبو داود (٢ / ٧١٢ رقم =

« حيث جاءت إلى النبي ﷺ فذكرت له أن أبا جهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطبأها، فقال: أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، ولكن انكحي أسامة ». وأما النظر إلى المرأة عند الخطبة، فأجاز ذلك مالك إلى الوجه والكفين فقط، وأجاز ذلك غيره إلى جميع البدن عدا السوأتين، ومنع ذلك قوم على الإطلاق؛ وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القدمين مع الوجه والكفين.

والسبب في اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر إليهن^(١) مطلقاً، وورد بالمنع مطلقاً^(٢)، وورد مقيداً: أعني بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في

= (٢٢٨٤)، والترمذي (٤٤١/٣ رقم ١١٣٥)، والنسائي (٧٥/٦ - ٧٦)، وابن ماجه (٦٠١/١ رقم ١٨٦٩)، وأحمد (٤١١/٦، ٤١٢)، ومالك (٥٨٠/٢ رقم ٦٧)، والبيهقي (١٨٠/٧ - ١٨١) وغيرهم مطولاً. وسيأتي. قلت: أما الأمر بالنظر إليهن عند إرادة الخطبة فورد من حديث أبي هريرة، وجابر، وأنس، والمغيرة بن شعبة، ومحمد بن مسلمة، وأبي حميد.

● أما حديث أبي هريرة فأخرجه مسلم: (١٠٤٠/٢ رقم ١٤٢٤)، والنسائي (٦٩/٦ - ٧٠)، وأحمد (٢٨٦/٢، ٢٩٩)، والطحاوي في شرح المعاني (١٤/٣)، والدارقطني (٢٥٣/٣ رقم ٣٤)، والبيهقي (٨٤/٧) عنه قال: كنت عند النبي ﷺ فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، فقال له رسول الله ﷺ: « أنظرت إليها؟ قال: لا. قال: فاذهب فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً ».

قلت: وانظر تخرج أحاديث الصحابة الباقيين في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء النكاح.

(٢) قلت: أما المنع مطلقاً فمراده به من غير إرادة الخطبة، وهذا معلوم بالضرورة وفيه أحاديث.

منها: ما أخرجه مسلم (١٦٩٩/٣ رقم ٢١٥٩)، وأبو داود (٦٠٩/٢)، وأحمد (٢١٤٨)، والترمذي (١٠١/٥ رقم ٢٧٧٦).

عن جرير بن عبد الله، قال: سألت رسول الله ﷺ عن نظرة الفجاءة، فأمرني =

قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَدِينُ زِينَتُهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ ^(١) إنه الوجه والكفان ،
وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر ، ومن منع تمسك بالأصل وهو
تحريم النظر إلى النساء .

= أن أصرف بصري .

ومنها : ما أخرجه البخاري (٢٦/ ١١ رقم ٦٣٤٣) ، ومسلم (٤/ ٢٠٤٧) رقم
(٢١/ ٢٦٥٧) من حديث أبي هريرة ، عن النبي ﷺ قال : « كُتِبَ عَلَى ابْنِ آدَمَ
نَصِيئُهُ مِنَ الزَّانَا . مَدْرُكُ ذَلِكَ لَا مَحَالَةَ . فَالْعَيْنَانِ زَنَاهُمَا النَّظَرُ .. » الحديث .

(١) النور : (٣١) .

وانظر تفسير الآية في « جامع البيان » لابن جرير الطبري (١٠ ج ١٨ / ١١٧ -

. (١٢١) .

○ الباب الثاني ○ [في موجبات صحة النكاح]

وهذا الباب ينقسم إلى ثلاثة أركان :

الركن الأول : في معرفة كيفية هذا العقد .

الركن الثاني : في معرفة شروط هذا العقد .

الركن الثالث : في معرفة محل هذا العقد .

● الركن الأول :

في الكيفية . والنظر في هذا الركن في مواضع : في كيفية الإذن المنعقد به ، ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد ، وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز ؟ وهل إن تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد ، أم من شرط ذلك الفور ؟ .

● الموضع الأول :

الإذن في النكاح على ضربين : فهو واقع في حق الرجال والشيء من النساء بالألفاظ ، وهو في حق الأبكار المستأذونات واقع بالسكوت : أعني الرضا . وأما الرد فبالفظ ولا خلاف في هذه الجملة إلا ما حكى عن أصحاب الشافعي أن إذن البكر إذا كان المنكح غير أب ولاجد بالنطق ، وإنما صار الجمهور إلى أن إذنها بالصمت للثابت من قوله ﷺ : « الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا ، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا »^(١) واتفقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن

(١) أخرجه مالك (٢ / ٥٢٤ رقم ٤) . عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير بن =

إذنه اللفظ ، وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة ، فأجازه قوم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج .

وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به ؟ أم ليس من صحته اعتبار اللفظ ؟ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال : لا نكاح منعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ، ومن قال : إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ ؛ أجاز النكاح بأي لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعي من ذلك ، أعني أنه إذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة .

= مطعم عن عبد الله بن عباس به .

ومن طريق مالك أخرجه أحمد (١ / ٢٤٢ ، ٢٤٥) ، والدارمي (٢ / ١٣٨) ، ومسلم (٢ / ١٠٣٧ رقم ٦٦ / ١٤٢١) ، وأبو داود (٢ / ٥٧٧ رقم ٢٠٩٨) ، والترمذي (٣ / ٤١٦ رقم ١١٠٨) ، والنسائي (٦ / ٨٤) ، وابن ماجه (١ / ٦٠١) ، رقم ١٨٧٠) ، وابن الجارود رقم (٧٠٩) ، والبيهقي (٧ / ١١٥) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٦ / ١٤٢ رقم ١٠٢٨٣) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ / ١٢ رقم ٢٤) ، وسعيد بن منصور (١ / ١٥٥ رقم ٥٥٦) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ / ٣٦٦) ، والدارقطني (٣ / ٢٣٨ - ٢٣٩) ، والبخاري (٩ / ٣٠) ، والذهبي في « تذكرة الحفاظ » (٢ / ٧٠٦) .

وقد تابع مالكاً جماعة عليه .

(ومنهم) : زياد بن سعد . أخرجه مسلم (٢ / ١٠٣٧ رقم ٦٧ / ١٤٢١) ، وأبو داود (٢ / ٥٧٧ رقم ٢٠٩٩) ، والنسائي (٦ / ٨٥) ، وأحمد (١ / ٢١٩) ، والحميدي (١ / ٢٣٩ رقم ٥١٧) وغيرهم .

(ومنهم) : صالح بن كيسان . أخرجه أبو داود (٢ / ٥٧٨ رقم ٢١٠٠) ، والنسائي (٦ / ٨٤) ، وأحمد (١ / ٢٦١) وصححه الألباني في صحيح أبي داود . (ومنهم) : ابن إسحاق . أخرجه الذهبي في « تذكرة الحفاظ » (٢ / ٧٠٦) . (ومنهم) : سفيان الثوري . أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (٦ / ١٤٢ رقم ١٠٢٨٢) .

● الموضع الثاني :

وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد ، فإنه يوجد في الشرع على ضربين : أحدهما : يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما : أعني الزوج والزوجة ، إما مع الولي ، وإما دونه على مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المالكة أمر نفسها . والثاني : يعتبر فيه رضا الأولياء فقط ، وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ، ومسائل اختلفوا فيها ، ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول : أما الرجال البالغون الأحرار المالكون لأمر أنفسهم ، فإنهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح ، واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده ، والوصي محجوره البالغ أم ليس يجبره ؟ فقال مالك : يجبر السيد عبده على النكاح ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يجبره .

والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه ؟ وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره ، والخلاف في ذلك موجود في المذهب . وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وإنما طريقه الملاءة ؟ وعلى القول بأن النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك . وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح ، فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله ﷺ « وَالثَّيْبُ تُعْرَبُ عَنْ نَفْسِهَا »^(١) إلا ما حكى عن الحسن البصري .

(١) أخرجه ابن ماجه (١ / ٦٠٢ رقم ١٨٧٢) .

وقال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (١ / ٣٣٠ رقم ٦٧٤) : هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع .

عدي لم يسمع من أبيه عدي بن عميرة يدخل بينهما العرس بن عميرة قاله أبو حاتم وغيره ، وقال المزي : رواه يحيى بن أيوب المصري ، عن ابن أبي حسين ، عن عدي ابن عدي ، عن أبيه ، عن العرس رجل من أصحاب النبي ﷺ عن النبي ﷺ . قلت : « والقائل البوصيري » وهكذا رواه الحاكم في المستدرک . من طريق عمرو بن =

واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب غير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى : للأب فقط أن يجبرها على النكاح ، وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة : لا بد من اعتبار رضاها ، ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه .

وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم ، وذلك أن ما روي عنه عليه السلام من قوله : « لا تُنكحُ اليتيمةُ إلا بإذنها » ^(١) وقوله : « تُستأمرُ اليتيمةُ في نفسها » خرجهُ أبو داود ^(٢) ، والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف

- = الربيع بن طارق عن يحيى بن أيوب فذكره بإسناده ومثته .
ورواه البيهقي في سننه الكبرى (١٢٣/ ٧) عن الحاكم به .
ورواه الإمام أحمد في مسنده (١٩٢/ ٤) من طريق عدي بن عدي .
ورواه ابن أبي شيبة في مسنده ، عن يحيى بن إسحاق ، عن ليث بن سعد به .
وأبو يعلى الموصلي حدثنا زهير ، حدثنا إسحاق بن عدي ، حدثنا ليث فذكره .
قلت : « والقائل البوصيري » : وله شاهد من حديث ابن عباس ، وأبي هريرة في صحيح مسلم وغيره .
والخلاصة أن الحديث صحيح بشواهده ، وصححه الألباني في الإرواء رقم (١٨٣٦) .
(١) أخرجه الدارقطني (٢٢٩/ ٣ - ٢٣١) رقم (٣٥ ، ٣٦ ، ٣٧ ، ٤٠) ، والحاكم (١٦٧/ ٢) ، والبيهقي (١٢١/ ٧) من حديث ابن عمر . وقال الحاكم : حديث صحيح على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي .
(٢) في السنن (٥٧٣/ ٢) رقم (٢٠٩٤) .
قلت : وأخرجهُ الترمذي (٤١٧ / ٣) رقم (١١٠٩) ، والنسائي (٨٧/ ٦) ، والبيهقي (١٢٠/ ٧) من حديث أبي هريرة .
وقال الترمذي : حديث حسن .
● قلت : وأخرج أبو داود (٥٧٨/ ٢) رقم (٢١٠٠) ، والنسائي (٨٥/ ٦) من حديث ابن عباس ، أن رسول الله ﷺ قال : « ليس للولي مع الثيب أمرٌ ، واليتيمةُ تُستأمرُ وصمتها إقرارها » . وهو حديث صحيح . وقد صححه الألباني في صحيح أبي داود .

اليَتِيْمَةُ ، وقوله ﷺ في حديث ابن عباس المشهور : « وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ »^(١) يوجب بعمومه استثمار كل بكر . والعموم أقوى من دليل الخطاب ، مع أنه خرج مسلم^(٢) في حديث ابن عباس زيادة ، وهو أنه قال ﷺ : « وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا » وهو نص في موضع الخلاف . وأما الثيب غير البالغ ، فإن مالكا وأبا حنيفة قالوا : يجبرها الأب على النكاح ؛ وقال الشافعي : لا يجبرها ؛ وقال المتأخرون : إن في المذهب فيها ثلاثة أقوال : قول إن الأب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب ، وقول إنه يجبرها وإن بلغت ، وهو قول سحنون ، وقول إنه لا يجبرها وإن لم تبلغ ، وهو قول أبي تمام ، والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه .

وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم ، وذلك أن قوله ﷺ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيْمَةُ فِي نَفْسِهَا وَلَا تُنْكَحُ الْيَتِيْمَةُ إِلَّا بِإِذْنِهَا »^(٣) يفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر إلا ما أجمع عليه الجمهور من استثمار الثيب البالغ ، وعموم قوله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها » يتناول البالغ وغير البالغ ، وكذلك قوله : « لَا تُنْكَحُ الْأَيْمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ وَلَا تُنْكَحُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ » يدل بعمومه على ما قاله الشافعي . ولاختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر ، وهو استنباط القياس من موضع الإجماع ، وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ إلا خلافا شاذاً فيهما جميعاً كما قلنا اختلفوا في

(١) وهو حديث صحيح وقد تقدم قريباً .

(٢) في صحيحه (٢ / ١٠٣٧ رقم ٦٧ ، ٦٨ / ١٤٢١) .

قلت : وأخرجه أبو داود (٢ / ٥٧٧ رقم ٢٠٩٩) ، والبيهقي (٧ / ١١٥) ، وأحمد (١ / ٢١٩) .

وقال أبو داود : « أبوها » ليس بمحفوظ . قلت : وقد أخرج هذه الزيادة مسلم كما سبق .

(٣) تقدم تخريجه قريباً .

موجب الإجماع هل هو البكارة أو الصغر ؟ فمن قال الصغر قال : لا تجبر البكر البالغ ، ومن قال البكارة قال : تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ؛ ومن قال كل واحد منهما يوجب الإجماع إذا انفرد قال : تجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ ، والتعليل الأول لتعليل أبي حنيفة ، والثاني لتعليل الشافعي ، والثالث لتعليل مالك ، والأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة . واختلفوا في الثبوة التي ترفع الإجماع ، وتوجب النطق بالرضا أو الرد ، فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها الثبوة التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك ، وأنها لا تكون بزنا ولا بغصب ، وقال الشافعي : كل ثبوة ترفع الإجماع .

وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها » بالثبوة الشرعية أم بالثبوة اللغوية ؟ واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح ، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ، ولا يستأمرها لما ثبت : « أن رسول الله ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنه بنت ست أو سبع وبنيها بنت تسع بإنكاح أبي بكر أبيها رضي الله عنه »^(١) إلا ما روي من الخلاف عن ابن شبرمة . واختلفوا من ذلك في مسألتين :

إحدهما : هل يزوج الصغيرة غير الأب ؟

والثانية : هل يزوج الصغير غير الأب ؟ فأما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا ؟ فقال الشافعي : يزوجه الجد أبو الأب والأب فقط ، وقال مالك : لا يزوجه إلا الأب فقط ، أو من جعل الأب له ذلك إذا عين الزوج إلا أن يخاف

(١) أخرجه البخاري (٩ / ١٩٠ رقم ٥١٣٣) ، ومسلم (٢ / ١٠٣٩ رقم ٧٠ ، ٧٢ / ١٤٢٢) من حديث عائشة : « أن النبي ﷺ تزوجه وهي بنت ست سنين ، وأدخلت عليه وهي بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعاً » .
● وفي رواية لمسلم (٢ / ١٠٣٩ رقم ٧١ / ١٤٢٢) : « أن النبي ﷺ تزوجه وهي بنت سبع سنين وزَّفت إليه وهي بنت تسع سنين » .

عليها الضيعة والفساد ، وقال أبو حنيفة : يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ، ولها الخيار إذا بلغت .

وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس ، وذلك أن قوله ﷺ : « والبكر تستأمر وإذنها صماتها »^(١) يقتضي العموم في كل بكر إلا ذات الأب التي خصصها الإجماع ، إلا الخلاف الذي ذكرناه ، وكون سائر الأولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنى ، فمنهم من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط ؛ لأنه في معنى الأب إذ كان أبا أعلى ، وهو الشافعي ، ومن قصر ذلك على الأب ؛ رأى أن ما للأب في ذلك غير موجود لغيره ، إما من قبل أن الشرع خصه بذلك ، وإما من قبل أن ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد في غيره ، وهو الذي ذهب إليه مالك رضي الله عنه ، وما ذهب إليه أظهر - والله أعلم - إلا أن يكون هنالك ضرورة . وقد احتج الحنفية بجواز إنكاح الصغار غير الآباء بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾^(٢) قال : واليتيم لا ينطلق إلا على غير البالغة . والفريق الثاني قالوا : إن اسم اليتيم قد ينطلق على بالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : « تستأمر اليتيمة »^(٣) والمستأمرة هي من أهل الإذن وهي البالغة ، فيكون لاختلافهم سبب آخر ، وهو اشتراك اسم اليتيم ، وقد احتج أيضا من لم يجز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام : « تستأمر اليتيمة في نفسها »^(٤) قالوا : والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق ؛ فوجب المنع ، ولأولئك أن يقولوا : إن هذا حكم اليتيمة التي هي من أهل الاستئمار ، وأما

(١) تقدم تخريجه .

(٢) النساء : (٣) .

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) تقدم تخريجه .

الصغيرة فمسكوت عنها . وأما : هل يزوج الولي غير الأب الصغير ؟ فإن مالكا أجازة للوصي ، وأبا حنيفة أجازة للأولياء ، إلا أن أبا حنيفة أوجب الخيار له إذا بلغ ، ولم يوجب ذلك مالك ، وقال الشافعي : ليس لغير الأب إنكاحه . وسبب اختلافهم قياس غير الأب في ذلك على الأب فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذي جاز للأب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد في غير الأب ؛ لم يجز ذلك ، ومن رأى أنه يوجد فيه أجاز ذلك ، ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلأن الرجل يملك الطلاق إذا بلغ ، ولا تملكه المرأة ، ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار إذا بلغا .

● وأما الموضع الثالث :

وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار ، فإن الجمهور على أنه لا يجوز ، وقال أبو ثور : يجوز . والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار ، والبيوع التي يجوز فيها الخيار ، أو نقول إن الأصل في العقود أن لا خيار إلا ما وقع عليه النص ، وعلى الميثب للخيار الدليل ، أو نقول : إن أصل منع الخيار في البيوع هو الغرر والأنكحة لا غرر فيها ؛ لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة ؛ ولأن الحاجة إلى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع . وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد ، فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ، ومنعه قوم ، وأجازة قوم ، وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة بغير إذنها ، فيبلغها النكاح فتجيزه ، ومن منعه مطلقا الشافعي ، ومن أجازة مطلقا أبو حنيفة وأصحابه ، والفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك .

وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معا ، أم ليس ذلك من شرطه ؟ ومثل هذا الخلاف عرض في البيع .

● الركن الثاني : في شروط العقد .

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : في الأولياء .

الثاني : في الشهود .

الثالث : في الصداق .

○ الفصل الأول ○

[في الأولياء]

والنظر في الأولياء في مواضع أربعة :

الأول : في اشتراط الولاية في صحة النكاح .

الموضع الثاني : في صفة الولي .

الثالث : في أصناف الأولياء وترتيبهم في الولاية ، وما يتعلق بذلك .

الرابع : في عضل الأولياء من يلونهم ، وحكم الاختلاف الواقع بين الولي والمولى عليه .

● الموضع الأول :

اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط ؟ فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي ، وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري : إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤاً جاز ، وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب . ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع أن اشتراطها سنة لا فرض ، وذلك

أنه روي عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي ، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها ، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها ، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة ، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك ، أعني أنهم يقولون : إنها من شروط الصحة لا من شروط التمام .

وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص ، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة ، وكذلك الآيات والسنن التي يحتاج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك ، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس ، وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل ؛ لأن الأصل براءة الذمة ، ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ، ونبين وجه الاحتمال في ذلك ، فمن أظهر ما يحتاج به من الكتاب من اشتراط الولاية قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾^(١) . قالوا : وهذا خطاب للأولياء ، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل ، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾^(٢) قالوا : وهذا خطاب للأولياء أيضًا ، ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا ، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالْسلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ » خرجه الترمذي^(٣) وقال فيه : حديث حسن ، وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية

(١) البقرة : (٢٣٢) .

(٢) البقرة : (٢٢١) .

(٣) في السنن (٣ / ٤٠٧ رقم ١١٠٢) .

من الكتاب والسنة ، فقوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَا فِي الْفُسْهِنِ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(١) قالوا : وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها . قالوا : وقد أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال : ﴿ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَرْوَاجَهُنَّ ﴾^(٢) . وقال : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾^(٣) . وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس^(٤) المتفق على صحته ، وهو قوله ﷺ « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تُستأمر في نفسها وإذنها صماتها » وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى ، فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع . فأما قوله تعالى : ﴿ قَبْلَ أَنْ أَجْلَهُنَّ فَلَا تُغْضَوْنَ ﴾^(٥) فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح ، وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذهنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا ، أعني بوجه من

= قلت : وأخرجه أبو داود (٢ / ٥٦٦ رقم ٢٠٨٣) ، وابن ماجه (١ / ٦٠٥ رقم ١٨٧٩) ، وابن الجارود رقم (٧٠٠) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ / ٧) ، وابن حبان (ص ٣٠٥ رقم ١٢٤٧ - الموارد) ، والدارقطني (٣ / ٢٢١ رقم ١٠) ، والحاكم (٢ / ١٦٨) ، والبيهقي (٧ / ١٠٥) ، وأبو نعيم في الحلية (٦ / ٨٨) ، والطيلاسي (ص ٢٠٦ رقم ١٤٦٣) ، وأحمد (٦ / ٤٧ ، ١٦٥) ، والدارمي (٢ / ١٣٧) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ / ١١) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٦ / ١٩٥ رقم ١٠٤٧٢) ، والحميدي (١ / ١١٢ رقم ٢٢٨) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٤ / ١٢٨) ، والبعثي في شرح السنة (٩ / ٣٩) وغيرهم . وله شواهد من حديث جماعة من الصحابة وهو حديث صحيح . وقد بسط الكلام عليه البيهقي في السنن (٧ / ١٠٥ ، ١٠٧) ، والحافظ في « التلخيص » (٣ / ١٥٦ ، ١٥٧) .

(١) البقرة : (٢٣٤) .

(٢) البقرة : (٢٣٠) .

(٣) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

(٤) البقرة : (٢٣٢) .

وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا ، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكَحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ﴾^(١) هو أن يكون خطابا لأولي الأمر من المسلمين ، أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطابا للأولياء ، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للأولياء أو لأولي الأمر . فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر فإن قيل : إن هذا عام والعام يشمل ذوي الأمر والأولياء قيل : إن هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع ، فيستوي فيه الأولياء وغيرهم ، وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن أصله الأجنيبي ، ولو قلنا إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنهم في صحة النكاح ؛ لكان مجملا لا يصح به عمل ؛ لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ، ولا صفاتهم ولا مراتبهم ، والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة ، ولو كان في هذا كله شرع معروف ؛ لنقل تواترا أو قريبا من التواتر ؛ لأن هذا مما تعم به البلوى ، ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له ، ولم ينقل عنه ﷺ أنه كان يعقد أنكحتهم ، ولا ينصب لذلك من يعقدها ، وأيضا فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية ، وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر ، والله أعلم . وأما حديث عائشة^(٢) فهو حديث مختلف في وجوب العمل به ، والأظهر أن مالا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به ، وأيضا فإن سلمنا صحة الحديث ؛ فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي لمن لها ولي أعني : المولى عليها ، وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة ؛ فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها ، أعني : أن لا تكون هي التي تلى العقد بل الأظهر منه أنه إذا أذن الولي لها ؛ جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشتط في صحة النكاح إشهاد الولي معها ،

(١) البقرة : (٢٢١) .

(٢) فهو حديث صحيح كما سبق .

وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى: ﴿فَلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف﴾^(١) فإن المفهوم منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن ، وليس هاهنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح ، فظاهر هذه الآية - والله أعلم - أن لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف ، وهو الظاهر من الشرع إلا أن هذا لم يقل به أحد ، وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف .
وأما إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد ، لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . وأما حديث ابن عباس فهو لعمرى ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر ؛ لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ، ويتولى العقد عليهما الولي ، فماذا ليت شعري تكون الأيم أحق بنفسها من وليها ؟ وحديث الزهري هو أن يكون موافقا هذا الحديث أخرى من أن يكون معارضا له ، ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق فقط ، ويكون السكوت كافيا في العقد ، والاحتجاج بقوله تعالى : ﴿فَلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف﴾^(٢) . هو أظهر في أن المرأة تلي العقد ، من الاحتجاج بقوله : ﴿ولا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾^(٣) على أن الولي هو الذي يلي العقد ، وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة ، وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري ، وحكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه ، قالوا : والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ، ولا الولاية من مذهب عائشة . وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس أنه قال : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّي وَشَاهِدَي عَدْلٍ »^(٤) ولكنه مختلف في رفعه .

(١) البقرة : (٢٤٠) .

(٢) البقرة : (٢٣٤) .

(٣) البقرة : (٢٢١) .

(٤) ● أخرجه الدارقطني (١٢١/٣ رقم ١١) ، والبيهقي (١٢٤/٧) من طريق : =

وكذلك اختلفوا أيضًا في صحة الحديث الوارد « في نكاح النبي ﷺ أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها إياه »^(١) . وأما احتجاج الفريقين من جهة المعاني

= عدي بن الفضل ، عن عبيد الله بن عثمان بن خثيم ، عن سعيد بن جبير ، عن ابن عباس ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، وأما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » .
قال الدارقطني : رفعه عدي بن الفضل ، ولم يرفعه غيره .

وقال البيهقي : كذا رواه عدي بن الفضل وهو ضعيف ، والصحيح موقوف .
● وأخرجه الطبراني في الكبير (١١ / ١٥٥ رقم ١١٣٤٣) من طريق الربيع بن بدر عن النحاس بن فهم عن عطاء عن أشياخ لهم عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يكون نكاح إلا بولي وشاهدين ومهر ما كان قل أم كثير » . والربيع ابن بدر متروك .

● وأخرجه البيهقي (٧ / ١٢٥ - ١٢٦) ، والترمذي (٣ / ٤١١ رقم ١١٠٣) من طريق عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة عن جابر بن زيد عن ابن عباس ، عن النبي ﷺ قال : « البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة » .

قال الترمذي : رفعه عبد الأعلى في التفسير ، ووقفه في الطلاق . والصواب موقوف . قلت : وفي الباب عن عائشة ، وعمران بن حصين ، وأبي هريرة ، وجابر ، وأبي موسى ، وأبي سعيد الخدري ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وعلي بن أبي طالب .

انظر تخريجها والكلام عليها في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء النكاح والخلاصة أن الحديث صحيح لغيره .

(١) أخرجه أحمد (٦ / ٢٩٥ ، ٣١٣ ، ٣١٤ - ٣١٧ ، ٣١٨) ، والنسائي (٦ / ٨١ رقم

٣٢٥٤) ، والحاكم (٤ / ١٦ - ١٧) ، والبيهقي (٧ / ١٣١) . من طريق حماد بن

سلمة ، ثنا ثابت ، عن ابن عمر بن أبي سلمة ، عن أبيه ، عن أم سلمة .

قال الحاكم : صحيح الإسناد ، فإن ابن عمر بن أبي سلمة الذي لم يسمه حماد بن سلمة سماه غيره سعيد بن عمر بن أبي سلمة . ووافقه الذهبي .

قلت : لا ، وابن عمر بن أبي سلمة قال الذهبي نفسه : « لا يُعرف » . وقد اختلف على ثابت فيه .

فأخرجه الطحاوي في شرح المعاني (٣ / ١١ - ١٢) من طريق حماد بن سلمة ،

وسليمان بن المغيرة ، قال : ثنا ثابت ، عن عمر بن أبي سلمة ، عن أم سلمة . =

فمحتمل ، وذلك أنه يمكن أن يقال: إن الرشد إذا وجد في المرأة اكتفى به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال ، ويشبه أن يقال : إن المرأة مائلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال ، فاحتاط الشرع بأن جعلها محجورة في هذا المعنى على التأييد ، مع أن ما يلحقها من العار في إلقاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرق إلى أوليائها ، لكن يكفي في ذلك أن يكون للأولياء الفسخ أو الحسبة ، والمسألة محتملة كما ترى ، لكن الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم ، فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، فإذا كان لا يجوز عليه ﷺ تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وكان عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه ﷺ تواترا أو قريبا من التواتر ، ثم لم ينقل ، فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين : إما أنه ليست الولاية شرطا في صحة النكاح ، وإنما للأولياء الحسبة في ذلك ، وأما إن كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم ، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب .

● الموضوع الثاني :

وأما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها ، فإنهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الإسلام والبلوغ والذكورة ، وأن سوابها أضرار هذه أعني : الكفر والصغر والأنوثة؛ واختلفوا في ثلاثة : في العبد والفاسق والسفيه . فأما العبد فالأكثر على منع ولايته ، وجوزها أبو حنيفة ، وأما الرشد فالمشهور في

= فسقط ذكر : « ابن عمر بن أبي سلمة » .

وتابعهما جعفر بن سليمان ، عن ثابت ، قال : حدثني عمر بن أبي سلمة . أخرجه أحمد (٦ / ٣١٤) ، حدثنا عفان ، ثنا جعفر وقد رجح أبو حاتم وأبو زرعة - كما في العلل (١ / ٤٠٥) - رواية من زاد فيه « ابن عمر بن أبي سلمة » .
والخلاصة أن الحديث ضعيف .

المذهب أعني : عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها أعني : الولاية ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : ذلك من شرطها ، وقد روي عن مالك مثل قول الشافعي ، ويقول الشافعي قال أشهب وأبو مصعب .

وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال ، فمن رأى أنه قد يوجب الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال : ليس من شرطه أن يكون رشيدا في المال ، ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال : لا بد من الرشد في المال ، وهما قسمان كما ترى ، أعني : أن الرشد في المال غير الرشد في اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فإنما اختلفوا فيها من جهة أنها نظر للمعنى ، أعني : هذه الولاية ، فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاءة . وقد يمكن أن يقال : إن الحالة التي بها يختار الأولياء لمولياتهم الكفاءة غير حالة العدالة ، وهي خوف حقوق العار بهم ، وهذه هي موجودة بالطبع ، وتلك العدالة والأخرى مكتسبة ، ولنقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .

● الموضع الثالث :

وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهي نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ، ومجرد الإسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية على الدنيئة . واختلفوا في الوصي ، فقال مالك : يكون الوصي وليا ، ومنع ذلك الشافعي .

وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستتاب فيها ، أم ليس يمكن ذلك ؟ ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح ، لكن الجمهور على جوازها إلا أبا ثور ، ولا فرق بين الوكالة والإيصاء ؛ لأن الوصي وكيل بعد الموت ، والوكالة تنقطع بالموت . واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب ، فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن ، فمن كان أقرب عصبة ؛ كان أحق بالولاية ، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا ، ثم الآباء ، ثم الإخوة للأب والأم ،

ثم للأب ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم للأب فقط ثم الأجداد للأب وإن علوا .
 وقال المغيرة : الجد وأبوه أولى من الأخ وابنه ليس من أصل^(١) ثم العمومة على ترتيب الإخوة ، وإن سفلوا ، ثم المولى ثم السلطان والمولى الأعلى عنده أحق من الأسفل ، والوصي عنده أولى من ولي النسب أعني : وصي الأب واختلف أصحابه فيمن هو أولى وصي الأب أو ولي النسب ؟ فقال ابن القاسم : الوصي أولى ، مثل قول مالك ، وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم : الولي أولى ، وخالف الشافعي مالكا في ولاية البنوة فلم يجزها أصلا ، وفي تقديم الإخوة على الجد فقال : لا ولاية للابن ، وروي عن مالك أن الأب أولى من الابن وهو أحسن ، وقال أيضا : الجد أولى من الأخ ، وبه قال المغيرة ، والشافعي اعتبر التعصيب ، أعني : أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر^(٢) : « لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان » ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمة^(٣) : « أن النبي ﷺ أمر ابنها أن ينكحها إياه » ولأنهم اتفقوا : أعني مالكا والشافعي على أن الابن يرث الولاء الواجب للأم ، والولاء عندهم للعصبة .

وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الأخ ؟ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة :
 أحدها : إذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب .
 والثانية : إذا غاب الأقرب هل تنتقل الولاية إلى الأبعد ، أو إلى السلطان ؟ .
 والثالثة : إذا غاب الأب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أو لا تنتقل ؟ .

● فأما المسألة الأولى :

فاختلف فيها قول مالك ، فمرة قال : إن زوج الأبعد مع حضور الأقرب ؛

(١) هكذا بالأصل ، ولعل صوابه : لأنه ليس بأصل ، فليتأمل ، اهـ مصححه .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) تقدم تخريجه .

فالنكاح مفسوخ ، ومرة قال : النكاح جائز ، ومرة قال : للأقرب أن يجيز أو يفسخ ، وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر ، والوصي في محجورته ، فإنه لا يختلف قوله إن النكاح في هذين مفسوخ ، أعني : تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب ، أو غير الوصي المحجورة مع حضور الوصي ، وقال الشافعي : لا يعقد أحد مع حضور الأب لا في بكر ولا في ثيب .

وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي أعني : ثابتاً بالشرع في الولاية ، أم ليس بحكم شرعي ؟ وإن كان حكماً فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب ، أم ذلك حق من حقوق الله ؟ فمن لم ير الترتيب حكماً شرعياً قال : يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ، ومن رأى أنه حكم شرعي ، ورأى أنه حق للولي قال : النكاح منعقد ، فإن أجازه الولي جاز وإن لم يجزه انفسخ ، ومن رأى أنه حق لله قال : النكاح غير منعقد ، وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب أعني : أن يكون النكاح منفسخاً غير منعقد .

● وأما المسألة الثانية :

فإن مالكا يقول : إذا غاب الولي الأقرب ؛ انتقلت الولاية إلى الأبعد ، وقال الشافعي : تنتقل إلى السلطان .

وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا ؟ وذلك أنه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت .

● وأما المسألة الثالثة :

وهي غيبة الأب عن ابنته البكر ، فإن في المذهب فيها تفصيلاً واختلافاً ، وذلك راجع إلى بعد المكان وطول الغيبة أو قربها والجهل بمكانه أو العلم به . وحاجة البنت إلى النكاح إما لعدم النفقة ، وإما لما يخاف عليها من عدم الصون ، وإما للأميرين جميعاً ، فاتفق المذهب على أنه إذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب

مجهول الموضع أو أسيراً وكانت في صون وتحت نفقة أنها إن لم تدع إلى التزوج لا تزوج وإن دعت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه . واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا إذا كان بعيداً ؟ فقيل : تزوج وهو قول مالك ، وقيل : لا تزوج ، وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما إن عدت النفقة ، أو كانت في غير صون ؛ فإنها تزوج أيضاً في هذه الأحوال الثلاثة : أعني : في الغيبة البعيدة ، وفي الأسر ، والجهل بمكانه ، وكذلك إن اجتمع الأمران فإذا كانت في غير صون تزوج ، وإن لم تدع إلى ذلك ، ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوج في الغيبة القريبة المعلومه لمكان إمكان مخاطبته ، وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذي انبنى عليه هذا النظر أن يقال : إن ضاق الوقت وخشي السلطان عليها الفساد ؛ زوجت وإن كان الموضع قريباً ، وإذا قلنا إنه تجوز ولاية الأبعد مع حضور الأقرب ، فإن جعلت امرأة أمرها إلى وليين فزوجها كل واحد منهما ، فإنه لا يخلو أن تكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكونا عقداً معا ، ثم لا يخلو ذلك من أن يعلم المتقدم أو لا يعلم ، فأما إذا علم المتقدم منهما ؛ فأجمعوا على أنها للأول إذا لم يدخل بها واحد منهما . واختلفوا إذا دخل الثاني ؛ فقال قوم : هي للأول ، وقال قوم : هي للثاني ، وهو قول مالك وابن القاسم ، وبالأول قال الشافعي وابن عبد الحكم ؛ وأما إن أنكحها معا فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف .

وسبب الخلاف في اعتبار الدخول أو لا اعتباره معارضة العموم للقياس ، وذلك أنه قد روي أنه عليه الصلاة والسلام قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَنْكَحَهَا وَلَيَّانِ فَهِيَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا »^(١) . فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للأول دخل بها الثاني

(١) أخرجه أبو داود (٥٧١/٢ رقم ٢٠٨٨) ، والترمذي (٤١٨/٣ رقم ١١١٠) ، والنسائي (٣١٤/٧) ، وأحمد (١٨٠٨/٥ ، ١٢ ، ١٨) ، والدارمي (١٣٩/٢) ، والطبرسي (ص ١٢٢ رقم ٩٠٣) ، والحاكم (١٧٤/٢ - ١٧٥) ، والبيهقي =

أو لم يدخل ، ومن اعتبر الدخول فتشبيهاً بفوات السلعة في البيع المكروه وهو ضعيف . وأما إن لم يعلم الأول فإن الجمهور على الفسخ ، وقال مالك : يفسخ ما لم يدخل أحدهما ، وقال شريح : تخير فأيهما اختارت ؛ كان هو الزوج ، وهو شاذ وقد روي عن عمر بن عبد العزيز .

• الموضوع الرابع : في عضل الأولياء .

واتفقوا على أنه ليس للولي أن يعضل وليته إذا دعت إلى كفاء وبصداق مثلها ، وأنها ترفع أمرها إلى السلطان فيزوجها ما عدا الأب ، فإنه اختلف فيه المذهب . واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذلك ، وهل صداق المثل منها أم لا ؟ وكذلك اتفقوا على أن للمرأة أن تمنع نفسها من إنكاح من له من الأولياء جبرها إذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالأب في ابنته البكر ، أما غير البالغ باتفاق ، والبالغ والشيخ الصغيرة باختلاف على ما تقدم ، وكذلك الوصي في محجوره على القول بالجبر . فأما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك ، إلا ما روي عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدين ، ولم يختلف المذهب أن البكر إذا زوجها الأب من شارب الخمر ، وبالجملة من فاسق أن لها أن تمنع نفسها من النكاح ، وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما ، وكذلك إن زوجها ممن ماله حرام ، أو ممن هو كثير الخلف بالطلاق . واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا ؟ وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب ، = (١٣٩/ ٧ ، ١٤١) من طرق عن قتادة عن الحسن عن سمرة به قال الترمذي : هذا حديث حسن .

وقال الحاكم : صحيح على شرط البخاري ، ووافقه الذهبي .
وصححه أيضاً أبو زرعة ، وأبو حاتم ، كما في التلخيص (٣ / ١٦٥) للحافظ وقال : « وصحته متوقفة على ثبوت سماع الحسن من سمرة ، فإن رجاله ثقات » .
قلت : بل صحته متوقفة على تصريح الحسن بالتحديث فإنه كان يدلس ؛ ولذا فالحديث ضعيف والله أعلم .

فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح الموالي من العرب ، وأنه احنج لذلك بقوله تعالى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ ^(١) وقال سفيان الثوري وأحمد : لا تزوج العربية من مولى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تزوج قرشية إلا من قرشي ، ولا عربية إلا من عربي .

والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ : « تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِدِينِهَا وَجَمَالِهَا وَمَالِهَا وَحَسَبِهَا فَظَفَرُ بَذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَمِينُكَ » ^(٢) فمنهم من رأى أن الدين هو المعتبر فقط لقوله ﷺ : « فعليك بذات الدين تربت يمينك » ومنهم من رأى أن الحسب في ذلك هو بمعنى الدين ، وكذلك المال ، وأنه لا يخرج من ذلك إلا ما أخرجه الإجماع ، وهو كون الحسن ليس من الكفاءة ، وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة ، وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ما ، ولم يختلف المذهب أيضا أن الفقر مما يوجب فسخ إنكاح الأب ابنته البكر ، أعني : إذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالmaal عنده من الكفاءة ، ولم ير ذلك أبو حنيفة . أما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة لكون السنة الثابتة لتخير الأمة إذا عتقت ^(٣) . وأما مهر المثل فإن مالكا

(١) الحجرات : (١٣) .

(٢) أخرجه البخاري (١٣٢/ ٩ رقم ٥٠٩٠) ، ومسلم (١٠٨٦/ ٢ رقم ٥٣ / ١٤٦٦) ، وأبو داود (٥٣٩/ ٢ رقم ٢٠٤٧) ، وابن ماجه (١ / ٥٩٧ رقم ١٨٥٨) ، والبيهقي (٧٩/ ٧ - ٨٠) ، والدارمي (١٣٣/ ٢ - ١٣٤) ، وأحمد (٤٢٨/ ٢) من حديث أبي هريرة .

بلفظ « تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها وجمالها ودينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » وقال أكثرهم : « تنكح النساء » بدل « المرأة » إلا البخاري ومسلما ، ولم يقل أحد منهم : « تربت يمينك » .

وفي الباب من حديث أبي سعيد الخدري ، وجابر .

(٣) أخرج مسلم (١١٤٣/ ٢ رقم ١٥٠٤) ، وأبو داود (٦٧٢/ ٢ رقم ٢٢٣٣) ، والترمذي (٤٦٠/ ٣ رقم ١١٥٤) ، وابن ماجه (٦٧٠/ ١ رقم ٢٠٧٤ و ٢٠٧٥) ، =

والشافعي يريان أنه ليس من الكفاءة ، وأن للأب أن ينكح ابنته بأقل من صداق المثل أعني : البكر ، وأن الثيب الرشيدة إذا رضيت به لم يكن للأولياء مقال ، وقال أبو حنيفة : مهر المثل من الكفاءة .

وسبب اختلافهم أما في الأب فلاختلافهم هل له أن يضع من صداق ابنته البكر شيئاً أم لا ؟ . وأما في الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق إذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق إذ كانت لا ترتفع عنها في التصرف في النكاح ، والصداق من أسبابه ، وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها ، لكن أتى الأمر بالعكس . ويتعلق بأحكام الولاية مسألة مشهورة ، وهي هل يجوز للولي أن ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك ؟ فمنع ذلك الشافعي قياساً على الحاكم والشاهد ، أعني : أنه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه ، وأجاز ذلك مالك ولا أعلم له حجة في ذلك ، إلا ما روي من : « أنه ﷺ تزوج أم سلمة بغير ولي » ^(١) لأن ابنها كان صغيراً ، وما ثبت : « أنه ﷺ أعتق صفية فجعل صداقها عتقها » ^(٢)

= وأحمد (٦ / ٤٢ ، ٢٠٩) ، والدارقطني (١ / ٢٨٩ رقم ١٦٦) ، والبيهقي (٧ / ٢٢١) من حديث عائشة : أن بريرة أعتقت وكان زوجها عبداً ، فخيرها رسول الله ﷺ ، ولو كان حراً لم يخيرها .

(١) تقدم تخريجه .

(٢) أخرجه البخاري (٩ / ١٢٩ رقم ٥٠٨٦) ، ومسلم (٢ / ١٠٤٥ رقم ٨٥ / ١٣٦٥) ، وأبو داود (٢ / ٥٤٣ رقم ٢٠٥٤) ، والترمذي (٣ / ٤٢٣ رقم ١١١٥) ، والنسائي (٦ / ١١٤) ، وابن ماجه (١ / ٦٢٩ رقم ١٩٥٧) من حديث أنس : « أن النبي ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها » .

● وفي لفظ متفق عليه . أخرجه البخاري (١ / ٤٨٠ رقم ٣٨١) ، ومسلم (٢ / ١٠٤٤ رقم ١٣٦٥ / ٨٤) : « أعتق صفية وتزوجها ، فقال له ثابت : ما أصدقتُها ؟ قال : نفسها ، أعتقها وتزوجها » .

والأصل عند الشافعي في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام أنها على الخصوص
حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته في هذا المعنى ﷺ ، ولكن تردد
قوله في الإمام الأعظم .

○ الفصل الثاني ○

[في الشهادة]

واتفق أبو حنيفة ، والشافعي ، ومالك : على أن الشهادة من شرط النكاح ، واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد . واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر . واختلفوا إذا شهد شاهدين ووصيا بالكتان ، هل هو سر أو ليس بسر ؟ فقال مالك : هو سر ويفسخ ؛ وقال أبو حنيفة ، والشافعي : ليس بسر .

وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار ؟ فمن قال حكم شرعي قال : هي شرط من شروط الصحة ؛ ومن قال توثق قال : من شروط التمام . والأصل في هذا ما روي عن ابن عباس : « لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد »^(١) ولا يخالف له من الصحابة ، وكثير من الناس رأى هذا داخلا في باب الإجماع وهو ضعيف ، وهذا الحديث قد روي مرفوعا ذكره الدارقطني ، وذكر أن في سنده مجاهيل ، وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين ؛ لأن المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط ، والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين ، أعني : الإعلان والقبول ، ولذلك اشترط فيها العدالة ، وأما مالك فليس تتضمن عنده الإعلان إذا وصي الشاهدان بالكتان .

وسبب اختلافهم هل ما تقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا ؟

(١) تقدم تخريجه .

والأصل في اشتراط الإعلان قول النبي ﷺ : « اُعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْذُّفُوفِ » أخرجه أبو داود^(١) ، وقال عمر فيه: هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت . وقال أبو ثور ، وجماعة : ليس الشهود من شرط النكاح ، لا شرط صحة ولا شرط تمام ، وفعل ذلك الحسن بن علي ، روي عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح .

(١) قلت : لم يخرج أبو داود .

بل أخرجه الترمذي (٣ / ٣٩٨ رقم ١٠٨٩) ، والبيهقي (٧ / ٢٩٠) من حديث عيسى بن ميمون ، عن القاسم بن محمد ، عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « أعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف » زاد البيهقي : « وليوم أحدكم ولو بشاة ، فإذا خطب أحدكم امرأة وقد خضب بالسواد ، فليعلمها ولا يغرنها » .

قال الترمذي : حديث غريب حسن في هذا الباب ، وعيسى بن ميمون الأنصاري يُضَعَّفُ في الحديث .

● وأخرجه ابن ماجه (١ / ٦١١ رقم ١٨٩٥) ، والبيهقي (٧ / ٢٩٠) ، وأبو نعيم في الحلية (٣ / ٢٦٥) من حديث خالد بن إلياس عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد به بلفظ: « أعلنوا النكاح ، واضربوا عليه الغربال » وقال البيهقي : « أظهروا » بدل « أعلنوا » ثم قال : خالد بن إلياس ضعيف . كذا قال ، بل هو متروك الحديث كما في التقريب (١ / ٢١١ رقم ١١) .

والخلاصة أن الحديث ضعيف . انظر « الضعيفة » للألباني رقم (٩٧٨) ، والإرواء رقم (١٩٩٣) .

قلت : وأما الجملة الأولى « أعلنوا النكاح » فقد ورد من حديث عبد الله بن الزبير مرفوعاً بسند حسن . أخرجه الحاكم (٢ / ١٨٣) ، والبيهقي (٧ / ٢٨٨) .

○ الفصل الثالث ○

[في الصداق]

والنظر في الصداق في ستة مواضع :

- الموضع الأول : في حكمه وأركانه .
- الموضع الثاني : في تقرر جميعه للزوجة .
- الموضع الثالث : في تشطيره .
- الموضع الرابع : في التفويض وحكمه .
- الموضع الخامس : الأصدقة الفاسدة وحكمها .
- الموضع السادس : في اختلاف الزوجين في الصداق .

● الموضع الأول :

وهذا الموضع فيه أربع مسائل :

- الأولى : في حكمه .
- الثانية : في قدره .
- الثالثة : في جنسه ووصفه .
- الرابعة : في تأجيله .

● المسألة الأولى :

أما حكمه فإنهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة ، وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى : ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾^(١) وقوله

(١) النساء : (٤) .

تعالى : ﴿ فَانْكَحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾^(١) .

● المسألة الثانية :

وأما قدره فإنهم اتفقوا على أنه ليس لأكثره حد . واختلفوا في أقله ، فقال الشافعي ، وأحمد ، وإسحاق وأبو ثور ، وفقهاء المدينة من التابعين : ليس لأقله حد ، وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشيء ، جاز أن يكون صداقا ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك ، وقال طائفة بوجوب تحديد أقله ، وهؤلاء اختلفوا ، فالمشهور في ذلك مذهبان :

أحدهما : مذهب مالك وأصحابه .

والثاني : مذهب أبي حنيفة وأصحابه .

فأما مالك فقال : أقله ربع دينار من الذهب ، أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة ، أو ما ساوى الدراهم الثلاثة ، أعني : دراهم الكيل فقط في المشهور ، وقيل : أو ما يساوي أحدهما ؛ وقال أبو حنيفة : عشرة دراهم أقله ، وقيل : خمسة دراهم ؛ وقيل : أربعون درهما .

وسبب اختلافهم في التقدير سببان :

أحدهما : تردده بين أن يكون عوضا من الأعواض يعتبر فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير ، كالحال في البيوعات ، وبين أن يكون عبادة فيكون مؤقتا ، وذلك أنه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ، ومن جهة أنه لا يجوز التراضي على إسقاطه يشبه العبادة .

والسبب الثاني : معارضة هذا القياس ، فالمقتضى التحديد لمفهوم الأثر الذي لا يقتضي التحديد . أما القياس الذي يقتضي التحديد فهو كما قلنا إنه عبادة ،

(١) النساء : (٢٥) .

والعبادات مؤقتة . وأما الأثر الذي يقتضي مفهومه عدم التحديد ، فحديث سهل ابن سعد الساعدي^(١) المتفق على صحته ، وفيه : « أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله ، إني قد وهبت نفسي لك ، فقامت قياماً طويلاً ، فقام رجل فقال : يا رسول الله ، زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله ﷺ : هَلْ مَعَكَ مِنْ شَيْءٍ تَصَدُقُهَا إِيَّاهُ ؟ فقال : ما عندي إلا إزار ، فقال رسول الله ﷺ : إِنْ أُعْطِيَتْهَا إِيَّاهُ جَلَسْتَ لَا إِزَارَ لَكَ فَالتَمِسْ شَيْئاً ، فقال : لا أجد شيئاً ، فقال رسول الله ﷺ : التَمِسْ وَلَوْ خَاتِماً مِنْ حَدِيدٍ ، فالتمس فلم يجد شيئاً ، فقال رسول الله ﷺ : هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ الْقُرْآنِ ؟ قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا - لسور سماها - فقال رسول الله ﷺ : قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » قالوا : فقلوه رسول الله ﷺ : « التمس ولو خاتماً من حديد » دليل على أنه لا قدر لأقله ؛ لأنه لو كان له قدر لبينه إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وهذا الاستدلال بين كما ترى ، مع أن القياس الذي اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته ، وذلك أنه انبنى على مقدمتين :

إحدهما : أن الصداق عبادة .

والثانية : أن العبادة مؤقتة .

وفي كليهما نزاع للخصم ، وذلك أنه قد يلفى في الشرع من العبادات ما ليست مؤقتة ، بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم . وأيضاً فإنه ليس فيه شبه العبادات خالصاً ، وإنما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الأثر

(١) أخرجه البخاري (١٩٠/٩ رقم ٥١٣٥) ، ومسلم (١٠٤١/٢ رقم ١٤٢٥) ، وأحمد (٣٣٠/٥ ، ٣٣٦) ، ومالك (٥٢٦/٢ رقم ٨) ، والدارمي (١٤٢/٢) ، وأبو داود (٥٨٦/٢ رقم ٢١١١) ، والترمذي (٤٢١/٣ رقم ١١١٤) ، والنسائي (١٢٣/٦) ، وابن ماجه (٦٠٨/١ رقم ١٨٨٩) ، وابن الجارود في المنتقى (رقم ٧١٦) ، والطحاوي في شرح المعاني (١٦/٣) ، والدارقطني (٢٤٧/٣ رقم ٢١) ، والبيهقي (٢٣٦/٧) وله عندهم ألفاظ .

لاحتمال أن يكون ذلك الأثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه : « قد أنكحيتها بما معك من القرآن » وهذا خلاف للأصول ، وإن كان قد جاء في بعض رواياته أنه قال : « قم فعلها »^(١) لما ذكر أنه معه من القرآن ، فقام فعلها ، فجاء نكاحا بإجارة ، لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبيها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما ، وذلك أن القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا : عضو مستباح بمال ، فوجب أن يكون مقدرًا أصله القطع ، وضعف هذا القياس ، هو من قبل الاستباحة فيهما هي مقولة باشتراك الاسم ، وذلك أن القطع غير الوطاء ، وأيضا فإن القطع استباحة على جهة العقوبة والأذى ونقص خلقه . وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ، ومن شأنه قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذي به تشابه الفرع والأصل شيئا واحدًا لا باللفظ بل بالمعنى ، وأن يكون الحكم إنما وجد للأصل من جهة الشبه ، وهذا كله معدوم في هذا القياس ، ومع هذا فإنه من الشبه الذي لم ينبه عليه اللفظ ، وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين ، لكن لم يستعملوا هذا القياس في إثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث إذ هو في غاية الضعف ، وإنما استعملوه في تعيين قدر التحديد . وأما القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من

(١) أخرج أبو داود (٥٨٨/ ٢ رقم ٢١١٢) ، وابن عدي في الكامل (٢٠١٢/ ٥) ، والبيهقي (٢٤٢/ ٧) .

من حديث : غسل بن سفيان ، عن عطاء بن أبي رباح ، عن أبي هريرة بالقصة وفيه فقال : « ما تحفظ من القرآن ؟ » قال : سورة البقرة والتي تليها ، قال : « قم فعلها عشرين آية وهي امرأتك » وغسل هذا ضعيف . وهو حديث ضعيف .

● وعند الإمام مسلم (١٠٤١/ ٢ رقم ٧٧ / ١٤٢٥) من حديث سهل بن سعد السابق من رواية : زائدة عن أبي حازم عن سهل « انطلق فقد زوجتكها فعلها من القرآن » .

● وعند البيهقي (٢٤٢/ ٧) من هذا الوجه « فقد زوجتكها بما تعلمها من القرآن » .

هذا ، ويشهد لعدم التحديد ما أخرجه الترمذي^(١) : « أن امرأة تزوجت على نعلين ، فقال لها رسول الله ﷺ : أَرْضَيْتِ مِنْ نَفْسِكَ وَمَالِكَ بِنَعْلَيْنِ ؟ فقالت : نعم ، فجوز نكاحها » وقال : هو حديث حسن صحيح . ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة ، فقال مالك : هو ربع دينار ، أو ثلاثة دراهم ؛ لأنه النصاب في السرقة عنده ، وقال أبو حنيفة : هو عشرة دراهم ؛ لأنه النصاب في السرقة عنده ، وقال ابن شبرمة : هو خمسة دراهم ؛ لأنه النصاب عنده أيضا في السرقة ، وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محمدا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر^(٢)

(١) في السنن (٣ / ٤٢٠ رقم ١١١٣) وقال : حديث حسن صحيح . قلت : وأخرجه ابن ماجه (١ / ٦٠٨ رقم ١٨٨٨) ، وأحمد (٣ / ٤٤٥) ، والطيالسي (ص ١٥٦ رقم ١١٤٣) ، والبيهقي (٧ / ٢٣٩) من حديث عامر بن ربيعة وفيه : عاصم بن عبيد الله ضعيف كما في التقريب (١ / ٣٨٤ رقم ١٥) ، وقد أنكر الحديث على عاصم جماعة من ثمة منهم : أبو حاتم الرازي ، فقال ابنه في « العلل » (١ / ٤٢٤ رقم ١٢٧٦) : « سألت أبي عن عاصم بن عبيد الله ، فقال : منكر الحديث . يقال إنه : ليس له حديث يعتمد عليه . قلت : ما أنكروا عليه ، قال : روى عن عبيد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه أن رجلاً تزوج امرأة على نعلين فأجازاه النبي ﷺ وهو منكر » . والخلاصة أن الحديث ضعيف . وقد ضعفه الألباني في الإرواء رقم (١٩٢٦) . (٢) وهو حديث باطل .

● أخرجه الدارقطني (٣ / ٢٤٤ - ٢٤٥ رقم ١١) ، والبيهقي (٧ / ٢٤٠) من طريق أبي المغيرة عبد القدوس بن الحجاج ، عن مبشر بن عبيد ، عن الحجاج بن أرطاة ، عن عطاء وعمرو بن دينار ، عن جابر به . وقال الدارقطني : مبشر بن عبيد متروك الحديث ، أحاديثه لا يتابع عليها . وقال البيهقي : والحجاج بن أرطاة لا يحتج به ، ولم يأت به عن الحجاج غير مبشر بن عبيد الحلبي . وقد أجمعوا على تركه ، وكان أحمد بن حنبل رحمه الله يرميه بوضع الحديث .

● وأخرجه أبو يعلى في مسنده (٤ / ٧٢ رقم ٣٢٩ / ٢٠٩٤) ، والدارقطني (٣ / ٢٤٥ رقم ١٢) ، والبيهقي (٧ / ١٣٣) من طريق بقية بن الوليد بهذا الإسناد .

عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لَا مَهْرَ بِأَقْلٍ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ » ولو كان هذا ثابتاً لكان رافعا لموضع الخلاف ؛ لأنه كان يجب لموضع هذا الحديث أن يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص ، لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فإنه يرويه ، قالوا : مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن عطاء عن جابر ، ومبشر والحجاج ضعيفان ، وعطاء أيضا لم يلق جابرا ، ولذلك لا يمكن أن يقال : إن هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

● المسألة الثالثة :

أما جنسه فكل ما جاز أن يملك وأن يكون عوضاً . واختلفوا من ذلك في مكانين : في النكاح بالإجارة ، وفي جعل عتق أمتة صداقها أما النكاح على الإجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال : قول بالإجارة ، وقول بالمنع ، وقول بالكراهة ، والمشهور عن مالك الكراهة ، ولذلك رأى فسخه قبل الدخول ، وأجازه من أصحابه أصبغ وسحنون ، وهو قول الشافعي ، ومنعه ابن القاسم ، وأبو حنيفة ، إلا في العبد فإن أبا حنيفة أجازه .

وسبب اختلافهم سببان :

أحدهما : هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه ، أم الأمر بالعكس ؟ فمن قال : هو لازم أجازه لقوله تعالى : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ ﴾ ^(١) الآية ، ومن قال : ليس بل لازم قال : لا يجوز النكاح بالإجارة .

والسبب الثاني : هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الإجارة ؟ وذلك أن الإجارة هي مستثناة من بيع الغرر المجهول ، ولذلك خالف فيها الأصم وابن عليه ، وذلك أن أصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة ،

(١) القصص : (٢٧) .

والإجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها .
ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الأجرة على المستأجر ، وأما كون العتق صداقاً ،
فإنه منعه فقهاء الأمصار ما عدا داود ، وأحمد .

وسبب اختلافهم معارضة الأثر الوارد في ذلك للأصول ، أعني : ما ثبت
من « أنه ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها »^(١) مع احتمال أن يكون هذا
خاصاً به ﷺ لكثرة اختصاصه في هذا الباب ، ووجه مفارقه للأصول أن العتق
إزالة ملك ، والإزالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر ؛ لأنها إذا أعتقت
ملكك نفسها فكيف يلزمها النكاح ؟ ولذلك قال الشافعي : إنها إن كرهت
زواجه غرمت له قيمتها ؛ لأنه رأى أنها قد أتلقت عليه قيمتها إذ كان إنما أتلفها
بشرط الاستمتاع بها ، وهذا كله لا يعارض به فعله ﷺ ، ولو كان غير جائز
لغيره لبينه ﷺ . والأصل أن أفعاله لازمة لنا ، إلا ما قام الدليل على خصوصيته .

وأما صفة الصداق فإنهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العوض المعين
الموصوف ، أعني : المنضبط جنسه وقدره بالوصف ، واختلفوا في العوض الغير
الموصوف ولا معين ، مثل أن يقول : أنكحتكها على عبد أو خادم ، من غير أن
يصف ذلك وصفا يضبط قيمته ، فقال مالك ، وأبو حنيفة : يجوز ، وقال
الشافعي : لا يجوز ، وإذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط
مما سمي ، وقال أبو حنيفة : يجبر على القيمة .

وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في
التشاح ، أو ليس يبلغ ذلك المبلغ ، بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة ؟ فمن
قال : يجري في التشاح مجرى البيع ؛ قال : كما لا يجوز البيع على شيء غير
موصوف كذلك لا يجوز النكاح ، ومن قال : ليس يجري مجراه إذ المقصود منه

(١) تقدم تخرجه .

إنما هو المكارمة ؛ قال يجوز . وأما التأجيل فإن قوما لم يميزوه أصلاً ، وقوم أجازوه ، واستحبوا أن يقدم شيئاً منه إذا أراد الدخول ، وهو مذهب مالك ، والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يجزه إلا لزمن محدود وقدر هذا البعد ، وهو مذهب مالك ، ومنهم من أجاز له الموت أو فراق ، وهو مذهب الأوزاعي .

وسبب اختلافهم : هل يشبه النكاح البيع في التأجيل أو لا يشبهه ؟ فمن قال يشبهه ؛ لم يجز التأجيل لموت أو فراق ، ومن قال : لا يشبهه ؛ أجاز ذلك ، ومن منع التأجيل فلكونه عبادة .

● الموضع الثاني : في النظر في التقرر :

واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت . أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ﴾^(١) الآية . وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلاً مسموعاً ، إلا انعقاد الإجماع على ذلك . واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول الميسر ، أم ليس ذلك من شرطه ، بل يجب بالدخول والخلوة ، وهو الذي يعنون بإرخاء الستور ؟ فقال مالك ، والشافعي ، وداود : لا يجب بإرخاء الستور إلا نصف المهر ، ما لم يكن الميسر ، وقال أبو حنيفة : يجب المهر بالخلوة نفسها ، إلا أن يكون محرماً ، أو مريضاً ، أو صائماً في رمضان ، أو كانت المرأة حائضاً : وقال ابن أبي ليلى : يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئاً .

وسبب اختلافهم في ذلك : معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب ، وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحة أنه ليس يجوز أن يؤخذ من صداقها شيء في قوله تعالى : ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى

(١) النساء : (٢٠) .

بَعْضُ ﴿^(١)﴾ ونص في المطلقة قبل المسيس أن لها نصف الصداق ، فقال تعالى : ﴿وَأِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ ﴿^(٢)﴾ وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين ؛ أعني : قبل المسيس ، وبعد المسيس ولا وسط بينهما ، فوجب بهذا إيجابا ظاهرا أن الصداق لا يجب إلا بالمسيس ، والمسيس هاهنا الظاهر من أمره أنه الجماع ، وقد يحتمل أن يحمل على أصله في اللغة وهو المس ، ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة ، ولذلك قال مالك في العين المؤجل : إنه قد وجب لها الصداق عليه إذا وقع الطلاق لطول مقامه معها ، فجعل له دون الجماع تأثيرا في إيجاب الصداق . وأما الأحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو : أن من أغلق بابا ، أو أرخى سترا فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكموا . واختلفوا من هذا الباب في فرع ، وهو إذا اختلفا في المسيس ؛ أعني : القائلين باشتراط المسيس ، وذلك مثل أن تدعي هي المسيس وينكر هو ، فالمشهور عن مالك أن القول قولها ، وقيل : إن كان دخول بناء صدقت ، وإن كان دخول زيارة لم تصدق ، وقيل : إن كانت بكرًا نظر إليها النساء ، فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال ، وقال الشافعي ، وأهل الظاهر : القول قوله ، وذلك لأنه مدعى عليه ، ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه ، بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الأكثر ، ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعي إذا كان أقوى شبهة . وهذا الخلاف يرجع إلى : هل إيجاب اليمين على المدعى عليه معلل أو غير معلل ، وكذلك القول في وجوب البينة على المدعي ، وسيأتي هذا في مكانه .

(١) النساء : (٢١) .

(٢) البقرة : (٢٣٧) .

● الموضوع الثالث : في التشطير :

واتفقوا اتفاقاً مجملًا أنه إذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى : ﴿ فنصف ما فرضتم ﴾ ^(١) الآية . والنظر في التشطير في أصول ثلاثة : في محله من الأنكحة ، وفي موجهه من أنواع الطلاق ؛ أعني : الواقع قبل الدخول ، وفي حكم ما يعرض له من التغيرات قبل الطلاق . أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح الصحيح ؛ أعني : أن يكون يقع الطلاق الذي قبل الدخول في النكاح الصحيح . وأما النكاح الفاسد ، فإن لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ ففي ذلك قولان . وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذي يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها ، مثل الطلاق الذي يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه . واختلفوا من هذا الباب في الذي يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ، ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب . وأما الفسوخ التي ليست طلاقا ، فلا خلاف أنها ليست توجب التشطير إذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق ، وبالجمله من قبل عدم موجبات الصحة ، وليس لها في ذلك اختيار أصلا . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع ، فإن لم يكن لأحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه ؛ لم يوجب التشطير وإن كان له فيه اختيار مثل الردة ؛ أوجب التشطير . والذي يقتضيه مذهب أهل الظاهر أن كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه ، وأن ما كان فسخا ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه .

وسبب الخلاف : هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة ، فمن قال : إنها معقولة المعنى وأنه إنما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال في المشتري ، فلما فارق النكاح في هذا

(١) البقرة : (٢٣٧) .

المعنى البيع جعل لها هذا عوضاً من ذلك الحق قال : إذا كان الطلاق من سببها ؛ لم يكن لها شيء ؛ لأنها أسقطت ما كان لها من جيره على دفع الثمن وقبض السلعة ، ومن قال : إنها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ ؛ قال : يلزم التشطير في كل طلاق كان من سببه أو سببها .

فأما حكم ما يعرض للصدّاق من التغيرات قبل الطلاق فإن ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله ، فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه : إما أن يكون تلفاً للكل ، وإما إن يكون نقصاً ، وإما إن يكون زيادة ، وإما أن يكون زيادة ونقصاً معاً . وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة ، أو يكون تصرفها فيه في منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به إلى زوجها ، فعند مالك أنهما في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان ، وعند الشافعي أنه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة .

وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصدّاق قبل الدخول أو الموت ملكاً مستقراً أو لا تملكه ؟ فمن قال : إنها لا تملكه ملكاً مستقراً قال : هما فيه شريكان ما لم تتعدّ فتدخله في منافعها ، ومن قال : تملكه ملكاً مستقراً ، والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك ؛ أوجب الرجوع عليها بجميع ماذهب عندها ، ولم يختلفوا أنها إذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف ، واختلفوا إذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصدّاق الذي هو الثمن ؟ فقال مالك : يرجع عليها بنصف ما اشترته ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصدّاق . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو : هل للأب أن يعفو عن نصف الصدّاق في ابنته البكر ؟ - أعني : إذا طلقت قبل الدخول - وللسيد في أمته ؟ فقال مالك : ذلك له . وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس ذلك

له . وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(١) وذلك في لفظة « يغفو » فإنها تقال في كلام العرب مرة بمعنى يسقط ، ومرة بمعنى يهب ، وفي قوله : ﴿الذي بيده عقدة النكاح﴾^(١) على من يعود هذا الضمير ، هل على الولي أو على الزوج ؟ فمن قال : على الزوج ؛ جعل « يغفو » بمعنى يهب ، ومن قال : على الولي ؛ جعل « يغفو » بمعنى يسقط ، وشذ قوم فقالوا : لكل ولي أن يغفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ، ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء ، لكن من جعله الزوج ؛ فلم يوجب حكماً زائداً في الآية ، أي شرعاً زائداً ؛ لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع . ومن جعله الولي ، إما الأب وإما غيره فقد زاد شرعاً ، فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك شيء يعسر ، والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها ، وشذ قوم فقالوا : يجوز أن تهب ، مصيراً لعموم قوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ﴾^(١) . واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول ، فقال مالك : ليس يرجع عليها بشيء ، وقال الشافعي : يرجع عليها بنصف الصداق .

وسبب الخلاف : هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق ، أو في ذمة المرأة ؟ فمن قال : في عين الصداق ؛ قال : لا يرجع عليها بشيء لأنه قبض الصداق كله ، ومن قال : هو في ذمة المرأة ؛ قال : يرجع ، وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها . وفرق أبو حنيفة في هذه المسألة بين القبض ولا قبض ، فقال : إن قبضت فله النصف ، وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء . كأنه رأى أن الحق في العين ما لم تقبض ، فإذا قبضت صار في الذمة .

(١) البقرة : (٢٣٧) .

● الموضع الرابع : في التفويض :

وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز ، وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾^(١) . واختلفوا من ذلك في موضعين :

أحدهما : إذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا في القدر .

الموضع الثاني : إذا مات الزوج ولم يفرض ، هل لها صداق أم لا ؟ .

● فأما المسألة الأولى :

وهي إذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهراً ، فقالت طائفة : يفرض لها مهر مثلها ، وليس للزوج في ذلك خيار ، فإن طلق بعد الحكم ، فمن هؤلاء من قال : لها نصف الصداق ، ومنهم من قال : ليس لها شيء ؛ لأن أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، وقال مالك وأصحابه : الزوج بين خيارات ثلاث : إما أن يطلق ولا يفرض ، وإما أن يفرض ما تطلبه المرأة به ، وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها .

وسبب اختلافهم ، أعني : بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج إذا طلق بعد طلبها الفرض ، ومن لا يوجب : اختلافهم في مفهوم قوله تعالى : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾^(١) هل هذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق ، أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك ، وأيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال ، أو لا يفهم ذلك ؟ فيه احتمال وإن كان الأظهر سقوطه في كل حال ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَتَمَتُّوهُنَّ عَلَى الْمُؤَسَّرِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ ﴾^(١) ولا خلاف أعلمه في أنه إذا طلق ابتداء

(١) البقرة : (٢٣٦) .

أنه ليس عليه شيء ، وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق ، إذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض ؛ أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل ؛ لأن الآية لم تعرض بمفهومها لإسقاط الصداق في نكاح التفويض ، وإنما تعرضت لإباحة الطلاق قبل الفرض ، فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل إذا طلب ؛ فواجب أن يتشطر إذا وقع الطلاق كما يتشطر في المسمى ، ولهذا قال مالك : أنه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

● وأما المسألة الثانية :

وهي إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها ، فإن مالكا وأصحابه ، والأوزاعي قالوا : ليس لها صداق ولها المتعة والميراث . وقال أبو حنيفة : لها صداق المثل والميراث ، وبه قال أحمد ، وداود ، وعن الشافعي القولان جميعا ، إلا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك .

وسبب اختلافهم : معارضة القياس للأثر . أما الأثر فهو ما روي عن ابن مسعود أنه سئل عن هذه المسألة فقال : أقول فيها برأبي ، فإن كان صوابا فمن الله وإن كان خطأ فمني : أرى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط ، وعليها العدة ولها الميراث ، فقام معقل بن يسار الأشجعي فقال : أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله ﷺ في بزوع بنت واشق ، خرجة أبو داود^(١) والنسائي^(٢) والترمذي^(٣) وصححه . وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق

(١) في السنن (٢ / ٥٨٩ رقم ٢١١٦) .

(٢) في السنن (٦ / ١٢١ ، ١٢٢) .

(٣) في السنن (٣ / ٤٥٠ رقم ١١٤٥) وقال : حديث حسن صحيح .

قلت : وأخرجه أحمد (٤ / ٢٧٩ ، ٢٨٠) ، وابن ماجه (١ / ٦٠٩ رقم ١٨٩١) ،

وابن الجارود في المنتقى (رقم ٧١٨) ، والحاكم (٢ / ١٨٠) ، والبيهقي (٧ / ٢٤٥) ، =

عوض ، فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياساً على البيع . وقال المزني عن الشافعي في هذه المسألة : إن ثبت حديث بروع فلا حجة في قول أحد مع السنة ، والذي قاله هو الصواب . والله أعلم .

● الموضع الخامس : في الأصدقة الفاسدة :

والصدّاق يفسد إما لعينه وإما لصفة فيه من جهل أو عذر ، فالذي يفسد لعينه ، فمثل الخمر والخنزير وما لا يجوز أن يملك ، والذي يفسد من قبل العذر والجهل فالأصل فيه بالبيع ، وفي ذلك خمس مسائل مشهورة :

● المسألة الأولى :

إذا كان الصدّاق خمرًا أو خنزيرًا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعيرًا شاردًا ، فقال أبو حنيفة : العقد صحيح إذا وقع فيه مهر المثل ، وعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما : فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده ، وهو قول أبي عبيد . والثانية : إنه إن دخل ثبت ولها صدّاق المثل .

وسبب اختلافهم : هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك ؟ فمن قال : حكمه حكم البيع ؛ قال : يفسد النكاح بفساد الصدّاق ، كما يفسد البيع بفساد الثمن ، ومن قال : ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصدّاق

= وابن حبان (ص ٣٠٨ رقم ١٢٦٣) ، وسعيد بن منصور في السنن (رقم ٩٢٩) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٦ / ٢٩٤ رقم ١٠٨٩٨) وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

وصححه الحاكم ، ووافقه الذهبي . وقال الشافعي رحمه الله : لم أحفظ بعد من وجه يثبت مثله . قال الحاكم : « سمعت شيخنا أبا عبد الله يقول : لو حضرت الشافعي لقمت على رؤوس الناس ، وقلت : قد صح الحديث ، فقل به » .
فالحديث صحيح . والله أعلم .

بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطاً في صحة العقد ؛ قال : يمضي النكاح ويصح بصداق المثل ، والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف ، والذي تقتضيه أصول مالك : أن يفرق بين الصداق المحرم العين ، وبين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع ، ولست أذكر الآن فيه نصاً .

● المسألة الثانية :

واختلفوا إذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع إليه عبداً ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ، ولا يسمى الثمن من الصداق ، فمنعه مالك وابن القاسم ، وبه قال أبو ثور ، وأجازه أشهب ، وهو قول أبي حنيفة ، وفرق عبد الله فقال : إن كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً بأمراً لا يشك فيه ؛ جاز . واختلف فيه قول الشافعي ، فمرة قال : ذلك جائز ، ومرة قال : فيه مهر المثل .

وسبب اختلافهم : هل النكاح في ذلك شبهه بالبيع أم ليس بشبهه ؟ فمن شبهه في ذلك بالبيع ؛ منعه ، ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال ؛ يجوز .

● المسألة الثالثة :

واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صداقها حياء يحايي به الأب ، على ثلاثة أقوال : فقال أبو حنيفة وأصحابه : الشرط لازم والصداق صحيح ، وقال الشافعي : المهر فاسد ولها صداق المثل ؛ وقال مالك : إذا كان الشرط عند النكاح فهو لا يبتة ، وإن كان بعد النكاح فهو له .

وسبب اختلافهم : تشبيه النكاح في ذلك بالبيع ، فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حياء ؛ قال : لا يجوز النكاح كما لا يجوز البيع ، ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع ؛ قال : يجوز . وأما تفريق مالك ؛ فلا أنه اتهمه

إذا كان الشرط في عقد النكاح أن يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصانا من صداق مثلها ، ولم يتهمه إذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق ، وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز ، والثوري ، وأبي عبيد . وخرج أبو داود^(١) والنسائي^(٢) وعبد الرزاق^(٣) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « أَيَمَّا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ عَلَى حَبَاءٍ قَبْلَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لَهَا ، وَمَا كَانَ بَعْدَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لِمَنْ أُعْطِيَ ، وَأَحَقُّ مَا أُكْرِمَ الرَّجُلُ عَلَيْهِ ابْنَتُهُ وَأُخْتُه » وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه ، من قبل أنه صحفه ، ولكنه نص في قول مالك . وقال أبو عمر بن عبد البر : إذا روته الثقات ؛ وجب العمل به .

● المسألة الرابعة :

واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب ، فقال الجمهور : النكاح ثابت . واختلفوا هل ترجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل ؟ واختلف في ذلك قول الشافعي ، فقال مرة: بالقيمة ، وقال مرة: بمهر المثل ، وكذلك اختلف المذهب في ذلك ، فقيل : ترجع بالقيمة ، وقيل : ترجع بالمثل . قال أبو الحسن اللخمي : ولو قيل : ترجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل ؛ لكان ذلك وجها .

(١) في السنن (٢ / ٥٩٧ رقم ٢١٢٩) .

(٢) في السنن (٦ / ١٢٠) .

(٣) في المصنف (٦ / ٢٥٧ رقم ١٠٧٣٩) .

قلت : وأخرجه أحمد (٢ / ١٨٢) ، وابن ماجه (١ / ٦٢٨ رقم ١٩٥٥) ،

والبيهقي (٧ / ٢٤٨) .

قلت : في إسناده ابن جريج مدلس وقد عنعنه .

وقد تابعه مدلس آخر وهو الحجاج بن أرطاة فقال : عن عمرو بن شعيب به ولفظه : « مَا اسْتَحِلَّ بِهِ فَرْجُ الْمَرْأَةِ مِنْ مَهْرٍ أَوْ عِدَّةٍ ، فَهُوَ لَهَا ، وَمَا أُكْرِمَ بِهِ أَبُوهَا أَوْ أَخُوها أَوْ وَلِيهَا بَعْدَ عَقْدَةِ النِّكَاحِ ، فَهُوَ لَهُ ، وَأَحَقُّ مَا أُكْرِمَ الرَّجُلُ بِهِ ابْنَتُهُ أَوْ أُخْتُه » . أخرجه البيهقي (٧ / ٢٤٨) فالحديث ضعيف . والله أعلم .

وشذ سحنون فقال : النكاح فاسد . ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه ؟ فمن شبهه ؛ قال : يفسخ ، ومن لم يشبهه ؛ قال : لا يفسخ .

● المسألة الخامسة :

واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على أن الصداق ألف ، إن لم يكن له زوجة ، وإن كانت له زوجة فالصداق ألفان ، فقال الجمهور : بجوازه . واختلفوا في الواجب في ذلك ، فقال قوم : الشرط جائز ، ولها من الصداق بحسب ما اشترط ، وقالت طائفة : لها مهر المثل ، وهو قول الشافعي ، وبه قال أبو ثور ، إلا أنه قال : إن طلقها قبل الدخول لم يكن لها إلا المتعة ؛ وقال أبو حنيفة : إن كانت له امرأة فلها ألف درهم ، وإن لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من الألفين أو أقل من الألف ، ويتخرج في هذا قول : إن النكاح مفسوخ لمكان الغرر ، ولست أذكر الآن نصاً فيها في المذهب فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة ... واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل إذا قضى به في هذه المواضع وما أشبهها ، فقال مالك : يعتبر في جمالها ونصابها^(١) وما لها ، وقال الشافعي : يعتبر بنساء عصبتها فقط ، وقال أبو حنيفة : يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم ، ومبنى الخلاف : هل الماثلة في المنصب فقط ، أو في المنصب والمال والجمال ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها »^(٢) الحديث .

● الموضع السادس : في اختلاف الزوجين في الصداق :

واختلافهم لا يخلو أن يكون في القبض أو في القدر أو في الجنس أو في الوقت ؛ أعني : وقت الوجوب ، فأما إذا اختلفا في القدر فقالت المرأة - مثلاً - :

(١) قوله ونصابها : هكذا في النسخ ولعله منصبا فتأمل . اهـ . مصححه .

(٢) تقدم تخريجه

بمائتين وقال الزوج : بمائة ، فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافاً كثيراً ، فقال مالك : إنه إن كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبهه ، والمرأة بما يشبهه أنهما يتحالفان ويتفاسخان ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ؛ كان القول قول الحالف ، وإن نكلا جميعاً ؛ كان بمنزلة ما إذا حلفا جميعاً ، ومن أتى بما يشبه منهما ؛ كان القول قوله ، وإن كان الاختلاف بعد الدخول ؛ فالقول قول الزوج ؛ وقالت طائفة : القول قول الزوج مع يمينه ، وبه قال أبو ثور ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وجماعة ، وقالت طائفة : القول قول الزوجة إلى مهر مثلها ، وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها ، وقالت طائفة : إذا اختلفا تحالفا ورجع إلى مهر المثل ، ولم تر الفسخ كالك ، وهو مذهب الشافعي ، والثوري ، وجماعة ، وقد قيل : إنها ترد إلى صداق المثل دون يمين ، مالم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو ، واختلافهم : مبني على اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ : « **الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ** »^(١) هل ذلك معلل أو غير معلل ؟ فمن قال : معلل ؛ قال : يحلف - أبداً - أقواهما شبهة ، فإن استويا تحالفا وتفاسخا ، ومن قال : غير معلل ؛ قال : يحلف الزوج ؛ لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعي عليه قدرا زائداً ، فهو مدعى عليه ، وقيل أيضاً : يتحالفان أبداً ؛ لأن كل واحد منهما مدعى عليه ، وذلك عند من لم يراع الأشباه ، والخلاف في ذلك في المذهب . ومن قال : القول قولها إلى مهر المثل ،

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠ / ٢٥٢) من حديث ابن عباس بلفظ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

وأخرجه البخاري (٨ / ٢١٣ رقم ٤٥٥٢) ، ومسلم (٣ / ١٣٣٦ رقم ١٧١١) ، وأبو داود (٤ / ٤٠ رقم ٣٦١٩) ، والترمذي (٣ / ٦٢٦ رقم ١٣٤٢) ، والنسائي (٨ / ٢٤٨) ، وابن ماجه (٢ / ٧٧٨ رقم ٢٣٢١) .

بلفظ « واليمين على المدعى عليه » وسيأتي .

والقول قوله فيما زاد على مهر المثل ؛ رأى أنهما لا يستويان أبداً في الدعوى ، بل يكون أحدهما - ولا بد - أقوى شبهة ، وذلك أنه لا يخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه ؛ فيكون القول قولها ، أو يكون فيما فوق ذلك ؛ فيكون القول قوله .

وسبب اختلاف مالك ، والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع إلى صداق المثل : هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبه ؟ فمن قال : يشبه به ؛ قال : بالتفاسخ ، ومن قال : لا يشبه ؛ لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد ؛ قال : بصداق المثل بعد التحالف ، وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لهما بعد التحالف أن يتراضيا على شيء ولا أن يرجع أحدهما إلى قول الآخر ويرضى به ، فهو في غاية الضعف ، ومن ذهب إلى هذا فإنما يشبه باللعان ، وهو تشبيه ضعيف ، مع أن وجود هذا الحكم للعان يختلف فيه . وأما إذا اختلفا في القبض ، فقالت الزوجة : لم أقبض ، وقال الزوج : قد قبضت ، فقال الجمهور : القول قول المرأة ، الشافعي ، والثوري ، وأحمد ، وأبو ثور ، وقال مالك : القول قولها قبل الدخول ، والقول قوله بعد الدخول ، وقال بعض أصحابه : إنما قال ذلك مالك ؛ لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق ، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف ؛ كان القول قولها أبداً ، والقول بأن القول قولها أبداً ، أحسن ؛ لأنها مدعى عليها ، ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج ، واختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول هل يكون القول قوله يمين أو بغير يمين أحسن . وأما إذا اختلف في جنس الصداق فقال هو مثلاً : زوجتك على هذا العبد ، وقالت هي : زوجتك على هذا الثوب ، فالمشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان ، إن كان الاختلاف قبل البناء ، وإن كان بعد البناء ؛ ثبت وكان لها صداق مثل ، مالم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به ، وقال ابن القصار : يتحالفان قبل

الدخول ، والقول قول الزوج بعد الدخول ، وقال أصبغ : القول قول الزوج إن كان يشبه سواء أشبه قولهما أو لم يشبه ، فإن لم يشبه قول الزوج ، فإن كان قولها مشبهًا كان القول قولها ، وإن لم يكن قولها مشبهًا تحالفاً وكان لها صداق المثل ، وقول الشافعي في هذه المسألة مثل قوله عند اختلافها في القدر ؛ أعني : يتحالفان ويتراجعان إلى مهر المثل . وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف أصله في كتاب البيوع إن شاء الله .

وأما اختلافهم في الوقت فإنه يتصور في الكالء ، والذي يجيء على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه أن القول في الأجل قول الغارم قياسًا على البيع وفيه خلاف ، ويتصور أيضًا متى يجب هل قبل الدخول أو بعده ؟ فمن شبه النكاح بالبيوع ؛ قال : لا يجب إلا بعد الدخول قياسًا على البيع إذ لا يجب الثمن على المشتري إلا بعد قبض السلعة ، ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط في الحلية ؛ قال : يجب قبل الدخول ولذلك استحسب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئًا من الصداق .

○ الركن الثالث ○

[في معرفة محل العقد]

وكل امرأة فإنها تحل في الشرع بوجهين : إما بنكاح ، أو بملك يمين .
والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولاً إلى قسمين : موانع مؤبدة ، وموانع غير مؤبدة .
والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها ، ومختلف فيها . فالمتفق عليها ثلاثة : نسب ، وصهر ، ورضاع . والمختلف فيها الزنا ، واللعان . وغير المؤبدة تنقسم إلى تسعة : أحدها : مانع العدد . والثاني : مانع الجمع . والثالث : مانع الرق . والرابع : مانع الكفر . والخامس : مانع الإحرام . والسادس : مانع المرض . والسابع : مانع العدة على اختلاف في عدم تأييده . والثامن : مانع التطليق ثلاثاً للمطلق . والتاسع : مانع الزوجية . فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعاً ، ففي هذا الباب أربعة عشر فصلاً .

○ الفصل الأول ○

[في مانع النسب]

واتفقوا على أن النساء اللاتي يحرم من قبل النسب : السبع المذكورات في القرآن : الأمهات والبنات والأخوات والعمت والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت واتفقوا على أن الأم هاهنا : اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب ، والبنات : اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة ، وأما الأخت : فهي اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك أو مجموعيهما ، أعني : الأب أو الأم أو كليهما ، والعمة : اسم لكل أنثى هي أخت لأبيك ، أو لكل ذكر له عليك ولادة ، وأما الخالة : فهي اسم لأخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة ، وبنات الأخ : اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة ، وبنات الأخت : اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها . فهؤلاء الأعيان السبع محرمات ، ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة . والأصل فيها قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ﴾^(١) إلى آخر الآية وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء بنكاح ، يحرم الوطء بملك اليمين .

(١) النساء : (٢٣) .

○ الفصل الثاني ○

[في المصاهرة]

وأما المحرمات بالمصاهرة فإنهن أربع : زوجات الآباء ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ^(١) الآية ، وزوجات الأبناء والأصل في ذلك أيضًا قوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ ^(٢) ، وأمهات النساء أيضًا والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ ^(٣) . وبنات الزوجات ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ﴾ ^(٤) فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد ، وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء ، وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة . واختلفوا منها في موضعين :

أحدهما : هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج .
والثانية : هل تحرم بالمباشرة للأم للذة أو بالوطء ؟ .

وأما أم الزوجة فإنهم اختلفوا : هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط ؟ واختلفوا أيضًا من هذا الباب في مسألة رابعة ، وهي : هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة ؟ فهنا أربع مسائل .

● المسألة الأولى :

وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه ؟ فإن الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم ، وقال

(٢) النساء : (٢٣) .

(١) النساء : (٢٢) .

داود : ذلك من شرطه ، ومبنى الخلاف : هل قوله تعالى : ﴿ اللاتي في حجوركم ﴾^(١) وصف له تأثير في الحرمة أو ليس له تأثير ، وإنما خرج مخرج الموجود أكثر ؟ فمن قال : خرج مخرج الموجود الأكثر وليس هو شرطاً في الربائب ، إذ لا فرق في ذلك بين التي في حجره أو التي ليست في حجره ؛ قال : تحرم الربيبة بإطلاق ، ومن جعله شرطاً غير معقول المعنى ؛ قال : لا تحرم إلا إذا كانت في حجره .

● المسألة الثانية :

وأما هل تحرم البنت بمباشرة الأم فقط أو بالوطء ؟ فإنهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء . واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر إلى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا ؟ فقال مالك ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والأوزاعي ، والليث بن سعد : إن اللمس لشهوة يحرم الأم ، وهو أحد قولي الشافعي ، وقال داود ، والمزني : لا يحرمها إلا الوطء ، وهو أحد قولي الشافعي المختار عنده . والنظر عند مالك كاللمس ، إذا كان نظر تلذذ إلى أي عضو كان ، وفيه عنه خلاف ، ووافقه أبو حنيفة في النظر إلى الفرج فقط ، وحمل الثوري النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة ، وخالفهم في ذلك ابن أبي ليلى ، والشافعي في أحد قوليهِ فلم يوجب في النظر شيئاً ، وأوجب في اللمس . ومبنى الخلاف : هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى : ﴿ اللاتي دخلتم بهن ﴾^(١) الوطء أو التلذذ بما دون الوطء ؟ فإن كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا ؟.

● المسألة الثالثة :

وأما الأم فذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار إلى أنها تحرم بالعقد على البنت ، دخل بها أو لم يدخل ، وذهب قوم إلى أن الأم لا تحرم إلا بالدخول على البنت كالحال في البنت ؛ أعني : أنها لا تحرم إلا بالدخول على الأم ، وهو

(١) النساء : (٢٣) .

مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما من طرق ضعيفة . ومبنى الخلاف : هل الشرط في قوله تعالى : ﴿ اللاتي دخلتم بهن ﴾ ^(١) يعود إلى أقرب مذكور وهم الربايب فقط أو إلى الربايب والأمهات المذكورات قبل الربايب في قوله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ﴾ ^(٢) فإنه يحتمل أن يكون قوله : ﴿ اللاتي دخلتم بهن ﴾ ^(١) يعود على الأمهات والبنات ، ويحتمل أن يعود إلى أقرب مذكور وهم البنات . ومن الحجة للجمهور ما روى المثني بن الصباح ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « أَيُّمَا رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةً فَدَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ فَلَا تَحِلُّ لَهُ أُمُّهَا » ^(٣) .

● وأما المسألة الرابعة :

فاختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح أو بشبهة ؟ أعني : الذي يدرأ فيه الحد ، فقال الشافعي : الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا ابنتها ، ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنه ، وقال أبو حنيفة ، والثوري ، والأوزاعي : يحرم الزنا ما يحرم النكاح ، وأما مالك ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي : أنه لا يحرم ، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة أنه يحرم ، وقال سحنون : أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ، ويذهبون إلى ما في الموطأ ، وقد روي عن الليث أن الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ .

وسبب الخلاف : الاشتراك في اسم النكاح ؛ أعني : في دلالة على المعنى الشرعي واللغوي ، فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا

(١) النساء : (٢٣) .

(٢) أخرجه الترمذي (٣ / ٤٢٥ رقم ١١١٧) ، والبيهقي (٧ / ٤٠) ، وقال الترمذي : هذا حديث لا يصح من قبل إسناده ، وإنما رواه ابن لهيعة ، والمثني بن الصباح عن عمرو بن شعيب ، والمثني وابن لهيعة يضعفان الحديث .

ما نكح آباؤكم^(١) قال : يحرم الزنا ، ومن راعى الدلالة الشرعية قال : لا يحرم الزنا ، ومن علل هذا الحكم بالحرمة التي بين الأم والبنت ، وبين الأب والابن ؛ قال : يحرم الزنا أيضا : ومن شبهه بالنسب قال : لا يحرم ؛ لإجماع الأكثر على أن النسب لا يلحق بالزنا . واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح . واختلفوا في تأثير المباشرة في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح .

(١) النساء : (٢٢) .

○ الفصل الثالث ○

[في مانع الرضاع]

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب ، أعني :
أن المرضعة تنزل منزلة الأم ، فتحرم على الموضع هي ، وكل من يحرم على الابن
من قبل أم النسب . واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة ، القواعد منها تسع :

إحداها : في مقدار المحرم من اللبن .

والثانية : في سن الرضاع .

والثالثة : في حال الموضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا .

والرابعة : هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي أو لا يعتبر .

والخامسة : هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر .

والسادسة : هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لا يعتبر .

والسابعة : هل ينزل صاحب اللبن ، أعني : الزوج من الموضع منزلة أب ، وهو

الذي يسمونه لبن الفحل ، أم ليس ينزل منه بمنزلة أب .

والثامنة : الشهادة على الرضاع .

والتاسعة : صفة المرضعة .

• المسألة الأولى :

أما مقدار المحرم من اللبن فإن قوما قالوا فيه بعدم التحديد ، وهو مذهب
مالك وأصحابه ، وروي عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس ،
وهؤلاء يحرم عندهم أي قدر كان ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري

والأوزاعي ، وقالت طائفة بتحديد القدر المحرم ، وهؤلاء انقسموا إلى ثلاث فرق ، فقالت طائفة : لا تحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها ، وبه قال أبو عبيد وأبو ثور ، وقالت طائفة : المحرم خمس رضعات ، وبه قال الشافعي ، وقالت طائفة : عشر رضعات .

والسبب في اختلافهم في هذه المسألة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها بعضاً . فأما عموم الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وَأُمّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ^(١) الآية ، وهذا يقتضي ما ينطلق عليه اسم الإرضاع ، والأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة إلى حديثين في المعنى : أحدهما : حديث عائشة وما في معناه أنه قال ﷺ « لا تحرم . المصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان » أخرجه مسلم ^(٢) من طريق عائشة ، ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث ، وفيه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجان » .

والحديث الثاني : حديث سهلة ^(٣)

- (١) النساء : (٢٣) .
(٢) في صحيحه (١٠٧٣/ ٢) رقم ١٧ / ١٤٥٠) من حديث عائشة .
قلت : وأخرجه أحمد (٩٦/ ٦) ، وأبو داود (٥٥٢/ ٢) رقم ٢٠٦٣ ، والنسائي (١٠١/ ٦) ، والترمذي (٤٥٥/ ٣) رقم ١١٥٠ ، وابن ماجه (٦٢٤/ ١) رقم ١٩٤١ ، والبيهقي (٤٥٥/ ٧) .
● وأخرجه مسلم من حديث أم الفضل (١٠٧٤/ ٢) رقم ١٨ / ١٤٥١) ، وأحمد (٣٤٠/ ٦) ، والدارمي (١٥٧/ ٢) ، والنسائي (١٠١ ، ١٠٠/ ٦) ، وابن ماجه (٦٢٤/ ١) رقم ١٩٤٠ ، والبيهقي (٤٥٥/ ٧) .
(٣) أخرجه مالك (٦٠٥/ ٢) رقم ١٢) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢٢/ ٢) رقم (٧٢) ، وأحمد (٣٩/ ٦) .
من حديث عائشة في قصة سهلة بنت سهيل امرأة أبي حذيفة ، مع سالم مولى أبي حذيفة الذي كان قد تنباه فذكرت الحديث بهذا اللفظ .

في سالم أنه قال لها النبي ﷺ: «أَرْضِعِي خَمْسَ رَضْعَاتٍ». وحديث عائشة^(١) في هذا المعنى أيضًا قالت: «كان فيما نزل من القرآن: عشر رضعات معلومات، ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ، وهن مما يقرأ من القرآن». فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث؛ قال: تحرم المصّة والمصتان، ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله ﷺ: «لا تحرم المصّة ولا المصتان» على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم؛ قال: الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم، وذلك أن دليل الخطاب في قوله: «لا تحرم المصّة ولا المصتان». يقتضي أن ما فوقها يحرم، ودليل الخطاب في قوله: «أرضعي خمس رضعات» يقتضي أن ما دونها لا يحرم، والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب.

• المسألة الثانية :

واتفقوا على أن الرضاع يحرم في الحولين . واختلفوا في رضاع الكبير ؛

= أعني : «أرضعي خمس رضعات» .

● وأخرجه أبو داود (٥٤٩/ ٢ رقم ٢٠٦١) ، وابن الجارود (رقم ٦٩٠) ، والبيهقي (٤٥٩/ ٧ - ٤٦٠) ، وابن حبان (٢١٠/ ٦ رقم ٤٢٠٢) بالقصة ، وفيه فقال لها النبي ﷺ : «أرضعيه ، فأرضعته خمس رضعات» .

● والقصة متفق عليها أخرجه البخاري (٩ / ١٣١ رقم ٥٠٨٨) ، ومسلم (٢ / ١٠٧٦ رقم ١٤٥٣/ ٢٧) إلا أنه لم يقع فيها ذكر العدد ، بل قال لها النبي ﷺ : «أرضعيه تحرمي عليه» .

(١) أخرجه مسلم (٢ / ١٠٧٥ رقم ٢٤ ، ١٤٥٢/ ٢٥) ، وأبو داود (٢ / ٥٥١ رقم ٢٠٦٢) ، والترمذي (٣ / ٤٥٦ رقم ١١٥٠) ، والنسائي (٦ / ١٠٠) ، وابن ماجه (١ / ٦٢٥ رقم ١٩٤٢) ، وابن الجارود (رقم ٦٨٨) ، والبيهقي (٧ / ٤٥٤) ، والدارمي (٢ / ١٥٧) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ / ٢١ رقم ٦٦ ، ٦٧) ، ومالك (٢ / ٦٠٨ رقم ١٧) ، وابن حبان (٦ / ٢١٣ رقم ٤٢٠٧ و ٤٢٠٨) ، وسعيد بن منصور (رقم ٩٧٦) ، والدارقطني (٤ / ١٨١ رقم ٣٠) .

فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء : لا يحرم رضاع الكبير ، وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه يحرم ، وهو مذهب عائشة ، ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس ، وسائر أزواج النبي ﷺ .

وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك ، وذلك أنه ورد في ذلك حديثان : أحدهما : حديث سالم ، وقد تقدم .

والثاني : حديث عائشة خرجة البخاري^(١) ومسلم^(٢) قالت : « دخل رسول الله ﷺ وعندي رجل ، فاشتد ذلك عليه ، ورأيت الغضب في وجهه ، فقلت : يا رسول الله ، إنه أخي من الرضاعة ، فقال ﷺ : « انْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانُكُنَّ مِنَ الرِّضَاعَةِ ، فَإِنَّ الرِّضَاعَةَ مِنَ الْمَجَاعَةِ » . فمن ذهب إلى ترجيح هذا الحديث ؛ قال : لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغذاء ، إلا أن حديث سالم نازلة في عين ، وكان سائر أزواج النبي ﷺ يرون ذلك رخصة لسالم ، ومن رجح حديث سالم ، وعلل حديث عائشة بأنها لم تعمل به ؛ قال : يحرم رضاع الكبير .

• المسألة الثالثة :

واختلفوا إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين ، وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك : لا يحرم ذلك الرضاع ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : تثبت الحرمة به .

(١) في صحيحه (٩ / ١٤٦ رقم ٥١٠٢) .

(٢) في صحيحه (٢ / ١٠٧٨ رقم ٣٢ / ١٤٥٥) .

قلت : وأخرجه أحمد (٦ / ٩٤) ، والدارمي (٢ / ١٥٨) ، وأبو داود (٢ / ٥٤٨ رقم ٢٠٥٨) ، والنسائي (٦ / ١٠٢) ، وابن ماجه (١ / ٦٢٦ رقم ١٩٤٥) ، وابن الجارود (رقم ٦٩١) ، والبيهقي (٧ / ٤٦٠) ، والطيالسي (ص ٢٠٠ رقم ١٤١٢) ، وسعيد بن منصور (رقم ٩٦٤) ، والقضاعي في المسند (٢ / ١٩٨ رقم ١١٧٦ ، ١١٧٧) .

وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ : « فإنما الرضاعة من المجاعة »^(١) فإنه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ، ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مقطوم ، فإن فطم في بعض الحولين لم يكن رضاعاً من المجاعة ، فالاختلاف إلى أن الرضاع الذي سببه المجاعة ، والافتقار إلى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للأطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار المرضع نفسه ، وهو الذي يرتفع بالفطم ، ولكنه موجود بالطبع ، والقائلون بتأثير الإرضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام^(٢) أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة ، فقال هذه بالمدة حولان فقط ، وبه قال زفر ، واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين ، وفي قول الشهر عنه ، وفي قول عنه إلى ثلاثة أشهر ، وقال أبو حنيفة : حولان وستة شهور .

وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم ، وذلك أن قوله تعالى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾^(٣) . يوهم أن ما زاد على هذين الحولين ؛ ليس هو رضاع مجاعة من اللبن ، وقوله ﷺ « إنما الرضاعة من المجاعة »^(٤) يقتضي عمومه أن ما دام الطفل غذاؤه اللبن أن ذلك الرضاع يحرم .

• المسألة الرابعة :

وأما هل يحرم الوجور واللدود ، وبالجمل ما يصل إلى الحلق من غير

(١) تقدم تحريجه .

(٢) قوله الفطام : هكذا بالنسخ ، ولعله عدم الفطام ؛ لأنه لم يشترط أحد الفطام في التحريم ، بل مالك اشترط عدم الفطام تأمل . اهـ مصححه .

(٣) البقرة : (٢٣٣) .

رضاع ، فإن مالكا قال : يحرم الوجور واللدود ، وقال عطاء وداود : لا يحرم .
وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل إلى الجوف ، أو وصوله على الجهة المعتادة ؟ فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة ، وهو الذي ينطلق عليه اسم الرضاع ؛ قال : لا يحرم الوجور ولا اللدود ، ومن راعى وصول اللبن إلى الجوف كيفما وصل قال : يحرم .

• المسألة الخامسة :

وأما هل من شرط اللبن المحرم إذا وصل إلى الحلق أن يكون غير مغالط لغيره ، فإنهم اختلفوا في ذلك أيضا ، فقال ابن القاسم : إذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ، ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك : تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن ، أو كان مختلطاً لم تذهب عنه .

وسبب اختلافهم هل يبقى اللبن حكم الحرمة إذا اختلط بغيره ، أم لا يبقى به حكمها كالحال في النجاسة إذا خالطت الحلال الطاهر . والأصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر إذا خالطه شيء طاهر ؟

• المسألة السادسة :

وأما هل يعتبر فيه الوصول إلى الحلق ، أو لا يعتبر ، فإنه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة به . ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الأعضاء أو لا يصل ؟

• المسألة السابعة :

وأما هل يصير الرجل الذي له اللبن ؛ أعني : زوج المرأة أبا للمرضع حتى يحرم بينهما ، ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب ، وهي التي يسمونها لبن الفعل ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأبو حنيفة

والشافعي وأحمد والأوزاعي والثوري : لبن الفحل يحرم ، وقالت طائفة : لا يحرم لبن الفحل ، وبالأول قال علي وابن عباس ، وبالقول الثاني قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر .

ونسب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور ؛ أعني : آية الرضاع ، وحديث عائشة هو : « قالت جاء أفلح أخو أبي القيس يستأذن عليّ بعد أن أنزل الحجاب فأبيت أن آذن له ، وسألت رسول الله ﷺ فقال : إِنَّهُ عَمَلِكُ فَأَذْنِي لَهُ ، فقلت يا رسول الله ، إنما أرضعتني المرأة ، ولم يرضعني الرجل ، فقال : إِنَّهُ عَمَلِكُ فَلْيَلِجْ عَلَيْكَ » خرجه البخاري ^(١) ومسلم ^(٢) ومالك ^(٣) ؛ فمن رأى أن ما في الحديث شرع زائد على ما في الكتاب ، وهو قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ ^(٤) . وعلى قوله ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ » ^(٥) قال : لبن

(١) في صحيحه (٣٣٨/ ٩ رقم ٥٢٣٩) .

(٢) في صحيحه (١٠٧٠/ ٢ رقم ١٤٤٥/ ٧) .

(٣) في الموطأ (٢/ ٦٠١ رقم ٢) .

قلت : وأخرجه أحمد (١٩٤/ ٦) ، والدارمي (١٥٦/ ٢) ، وأبو داود (٥٤٧/ ٢) رقم ٢٠٥٧ ، والترمذي (٤٥٣/ ٣ رقم ١١٤٨) ، والنسائي (١٠٣/ ٦) ، وابن ماجه (١/ ٦٢٧ رقم ١٩٤٩) ، وابن الجارود (رقم ٦٩٢) ، والبيهقي (٤٥٢/ ٧) ، والحميدي في المسند (١/ ١١٣ رقم ٢٣٠) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٧/ ٤٧٣ رقم ١٣٩٤٠) ، وسعيد بن منصور (رقم ٩٥١) ، وابن حبان (٦/ ٢١٢ رقم ٤٢٠٦) ، والدارقطني (٤/ ١٧٧- ١٧٨) وغيرهم .

(٤) النساء : (٢٣) .

(٥) أخرجه البخاري (٣٣٨/ ٩ رقم ٥٢٣٩) ، ومسلم (١٠٦٨/ ٢ رقم ١٤٤٤/ ٢) ، وأبو داود (٥٤٥/ ٢ رقم ٢٠٥٥) ، والترمذي (٣/ ٤٥٣ رقم ١١٤٧) ، والنسائي (١٠٢/ ٦ ، ١٠٣) ، وابن ماجه (١/ ٦٢٣ رقم ١٩٣٧) ، ومالك (٢/ ٦٠٢ رقم ٢) ، وأحمد (٦/ ٤٤) وغيرهم من حديث عائشة .

الفحل محرم ؛ ومن رأى أن آية الرضاع وقوله « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » إنما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع ، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال : ذلك الحديث إن عمل بمقتضاه ؛ أوجب أن يكون ناسخاً لهذه الأصول ؛ لأن الزيادة المغيرة للحكم ناسخة ، مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل ، وهي الراوية للحديث ، ويصعب رد الأصول المنتشرة التي يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالأحاديث النادرة ، وبخاصة التي تكون في عين ، ولذلك قال عمر رضي الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس : لا نترك كتاب الله لحديث امرأة .

• المسألة الثامنة :

وأما الشهادة على الرضاع فإن قومًا قالوا : لا تقبل فيه إلا شهادة امرأتين ، وقومًا قالوا : لا تقبل فيه إلا شهادة أربع ، وبه قال الشافعي وعطاء ، وقوم قالوا : تقبل فيه شهادة امرأة واحدة ، والذين قالوا : تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشو قولهما بذلك قبل الشهادة . وهو مذهب مالك وابن القاسم ، ومنهم من لم يشترطه ، وهو قول مطرف وابن الماجشون . والذين أجازوا أيضًا شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ومنهم من اشترط ذلك ، وهي رواية عن مالك ، وقد روي عنه أنه لا تجوز فيه شهادة أقل من اثنتين .

والسبب في اختلافهم ، أما بين الأربع والاثنتين فاختلفوا في شهادة النساء هل عدل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفي في ذلك امرأتان ، وستأتي هذه المسألة في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى .

= • وأخرجه البخاري (٢٥٣/ ٥ رقم ٢٦٤٥) ، ومسلم (١٠٧١/ ٢ رقم ١٢) ، (١٣/ ١٤٤٧) من حديث ابن عباس بلفظ : « ... يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » .

وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الأثر الوارد في ذلك للأصل المجمع عليه ، أعني : أنه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين ، وأن حال النساء في ذلك ، إما أن يكون أضعف من حال الرجال ، وإما أن تكون أحوالهن في ذلك مساوية للرجال ، والإجماع منعقد على أنه لا يقضي بشهادة واحدة ، والأمر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث^(١) قال : « يا رسول الله ، إني تزوجت امرأة فأنت امرأة فقالت : قد أرضعتكما ، فقال رسول الله ﷺ : كَيْفَ وَقَدْ قِيلَ ؟ دَعَهَا عَنْكَ » وحمل بعضهم هذا الحديث على النذب جمعا بينه وبين الأصول وهو أشبه ، وهي رواية عن مالك .

• المسألة التاسعة :

وأما صفة المرضعة فإنهم اتفقوا على أنه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ ، واليائسة من الحيض كان لها زوج أو لم يكن ، حاملاً كانت أو غير حامل ، وشذ بعضهم ، فأوجب حرمة اللبن للرجل ، وهذا غير موجود فضلاً عن أن يكون له حكم شرعي ، وإن وجد فليس لبناً إلا باشتراك الاسم . واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة .

وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أو لا يتناولها ، ولا لبن للميتة إن وجد لها إلا باشتراك الاسم ، ويكاد أن تكون مسألة غير واقعة فلا يكون لها وجود إلا في القول .

(١) أخرجه البخاري (١٥٢/ ٩) رقم ٥١٠٤ ، وأبو داود (٢٧/ ٤) رقم ٣٦٠٣ ،
والترمذي (٤٥٧/ ٣) رقم ١١٥١ ، والنسائي (١٠٩/ ٦) ، والبيهقي (٤٦٣/ ٧) ،
والدارمي (١٥٧/ ٢ ، ١٥٨) ، وأحمد (٧/ ٤) ، والطيالسي (ص ١٩٠ رقم ١٣٣٧) بالفاظ .

○ الفصل الرابع ○

[في مانع الزنا]

واختلفوا في زواج الزانية . فأجاز هذا الجمهور ، ومنعها قوم .
وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى : ﴿ وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ ﴾^(١) . هل خرج مخرج الذم أو مخرج التحريم ؟ وهل الإشارة في قوله : ﴿ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ ﴾^(٢) . إلى الزنا أو إلى النكاح ؟ وإنما صار الجمهور لحمل الآية على الذم ، لا على التحريم لما جاء في الحديث : « أن رجلاً قال للنبي ﷺ في زوجته إنها لا ترد يد لامس ، فقال له النبي ﷺ « طَلَّقْهَا » فقال له : إني أحبها . فقال له : « فَأَمْسُكْهَا »^(٣) . وقال قوم أيضاً : إن الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الأصل . وبه قال الحسن . وأما زواج الملاحنة من زوجها الملاحن فسنذكرها في كتاب اللعان .

(١) النور : (٣) .

(٢) أخرجه أبو داود (٥٤١/٢ رقم ٢٠٤٩) ، والنسائي (١٦٩/٦ - ١٧٠ رقم ٣٤٦٤)

و (٣٤٦٥) وقال : هذا خطأ ، والصواب مرسل . وأخرجه البيهقي (١٥٤/٧ - ١٥٥) من حديث ابن عباس .

وقال الألباني في صحيح النسائي (٢ / ٧٣١ - ٧٣٢ رقم ٣٢٤١ و ٣٢٤٢) : « صحيح الإسناد » .

وقال المنذري في « المختصر » (٦ / ٣) : « ورجال إسناده محتج بهم في الصحيحين » .

○ الفصل الخامس ○

[في مانع العدد]

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معاً ، وذلك للأحرار من الرجال . واختلفوا في موضعين : في العبيد ، وفيما فوق الأربع . أما العبيد فقال مالك في المشهور عنه : يجوز أن ينكح أربعاً ، وبه قال أهل الظاهر . وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يجوز له الجمع إلا بين اثنتين فقط .

وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير في إسقاط هذا العدد ، كما لها تأثير في إسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا ، وكذلك في الطلاق عند من رأى ذلك . وذلك أن المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا ؛ أعني : أن حده نصف حد الحر ، واختلفوا في غير ذلك . وأما ما فوق الأربع فإن الجمهور على أنه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى : ﴿ فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾^(١) . ولما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لغيلان لما أسلم وتحتة عشر نسوة : « أَمْسِكِ أَرْبَعًا وَفَارِقِي سَائِرُهُنَّ »^(٢) وقالت فرقة : يجوز تسع ، ويشبه أن يكون من أجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة ، أعني جمع الأعداد في قوله تعالى ﴿ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾^(٣) .

(١) النساء : (٣) .

(٢) أخرجه الترمذي (٤٣٥/ ٣ رقم ١١٢٨) ، وابن ماجه (١/ ٦٢٨ رقم ١٩٥٣) ، والشافعي في الأم (٥٣/ ٥) ، وأحمد (١٣/ ٢) ، وابن حبان (ص ٣١٠ رقم ١٢٧٧) ، والدارقطني (٣/ ٢٦٩ رقم ٩٤) ، والحاكم (٢/ ١٩٢ - ١٩٣) ، والبيهقي (٧/ ١٨١ - ١٨٢) ومالك في الموطأ عن الزهري مرسلأ (٢/ ٥٨٦ رقم ٧٦) . وهو حديث صحيح . وقد صححه وتكلم عليه الألباني في الإرواء (٦/ ٢٩١ رقم ١٨٨٣) .

○ الفصل السادس ○

[في مانع الجمع]

واتفقوا على أنه لا يجمع بين الأختين بعقد نكاح لقوله تعالى ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾^(١) واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين ، والفقهاء على منعه ، وذهبت طائفة إلى إباحة ذلك .

وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾^(١) . لعموم الاستثناء في آخر الآية ، وهو قوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾^(٢) . وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لأقرب مذكور ، ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم إلا ما وقع الإجماع على أنه لا تأثير له فيه ، فيخرج من عموم قوله تعالى ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾^(١) ملك اليمين ، ويحتمل أن لا يعود إلا إلى أقرب مذكور ، فيبقى قوله : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾^(١) على عمومه ، ولاسيما إن عللنا ذلك بعلقة الأخوة ، أو بسبب موجود فيهما . واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين إذا كانت إحداها بنكاح والأخرى بملك يمين ، فمنعه مالك وأبو حنيفة ، وأجازه الشافعي ، وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة^(٣) وتواتره عنه صلى الله عليه وسلم : من أنه

(١) النساء : (٢٣) .

(٢) النساء : (٢٤) .

(٣) وله عنه طرق :

١ - الأعرج عنه :

.....
= أخرجه مالك (٢ / ٥٣٢ رقم ٢٠) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ / ١٨) (رقم ٥٠) ، وأحمد (٢ / ٤٦٥) ، والدارمي (٢ / ١٣٦) ، والبخاري (٩ / ١٦٠ رقم ٥١٠٩) ، ومسلم (٢ / ١٠٢٨ رقم ٣٣ / ١٤٠٨) ، والنسائي (٦ / ٩٦) ، والبيهقي (٧ / ١٦٥) ، وسعيد بن منصور في سننه (رقم ٦٥٤) .
٢ - أبو سلمة عنه :

أخرجه أحمد (٢ / ٢٢٩) ، ومسلم (٢ / ١٠٢٩ رقم ٣٧ / ١٤٠٨) ، والنسائي (٦ / ٩٧) ، والبيهقي (٧ / ١٦٥) ، وسعيد بن منصور (رقم ٦٥٠) .
٣ - قبيصة بن ذؤيب عنه :

أخرجه أحمد (٢ / ٤٠١) ، والبخاري (٩ / ١٦٠ رقم ٥١١٠) ، ومسلم (٢ / ١٠٢٨ رقم ٣٥ / ١٤٠٨) ، وأبو داود (٢ / ٥٥٤ رقم ٢٠٦٦) ، والنسائي (٦ / ٩٦) ، والبيهقي (٧ / ١٦٥) .
٤ - الشعبي عنه :

أخرجه أحمد (٢ / ٤٢٦) ، والدارمي (٢ / ١٣٦) ، والبخاري (٩ / ١٦٠ رقم ٥١٠٨) ، وأبو داود (٢ / ٥٥٣ رقم ٢٠٦٥) ، والترمذي (٣ / ٤٣٣ رقم ١١٢٦) ، والنسائي (٦ / ٩٨) ، وابن الجارود (رقم ٦٨٥) ، والبيهقي (٧ / ١٦٦) .
٥ - ابن سيرين عنه :

أخرجه أحمد (١ / ٤٧٤) ، ومسلم (٢ / ١٠٢٩ رقم ٣٨ / ١٤٠٨) ، والترمذي (٣ / ٤٣٣ رقم ١١٢٥) ، والنسائي (٦ / ٩٨) ، وابن ماجه (١ / ٦٢١ رقم ١٩٢٩) ، وأبو نعيم في الحلية (٦ / ٣٠٧) ، والبيهقي (٧ / ١٦٥) ، وعبد الرزاق في المصنف (٦ / ٢٦١ رقم ١٠٧٥٣) .

٦ - عراك بن مالك عنه :
أخرجه مسلم (٢ / ١٠٢٨ رقم ٣٤ / ١٤٠٨) ، والنسائي (٦ / ٩٧) ، والبيهقي (٧ / ١٦٥) .

٧ - عبد الملك بن يسار عنه :
أخرجه النسائي (٦ / ٩٧) .

وفي الباب من جابر ، وعلي ، وابن مسعود ، وابن عمرو بن العاص ، وابن عمر بن الخطاب ، وابن عباس ، وأنس ، وأبي الدرداء ، وأبي سعيد الخدري ، وأبي موسى =

قال ﷺ « لا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا » واتفقوا على أن العمة ههنا هي كل أثنى هي أخت لذكر له عليك ولادة إما بنفسه ، وإما بواسطة ذكر آخر ، وأن الخالة : هي كل أثنى هي أخت لكل أثنى لها عليك ولادة إما بنفسها ، وإما بتوسط أثنى غيرها ، وهن الحرات من قبل الأم ، واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص ، أم هو من باب الخاص أريد به العام ؟ والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام ؛ اختلفوا أي عام هو المقصود به ؟ فقال قوم وهم الأكثر وعليه الجمهور من فقهاء الأمصار : هو خاص أريد به الخصوص فقط ، وأن التحريم لا يتعدى إلى غير من نص عليه ؛ وقال قوم : هو خاص والمراد به العموم ، وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة ، فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمة ، ولا بين ابنتي خال أو خالة . ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها ، أو بينها وبين بنت خالتها ، وقال قوم : إنما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة ، أعني : لو كان أحدهما ذكراً والآخر أثنى ؛ لم يجز لهما أن يتناكحا ، ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى أن يعتبر هذا من الطرفين جميعاً ، أعني : إذا جعل كل واحد منهما ذكراً والآخر أثنى ؛ فلم يجز لهما أن يتناكحا ، فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما ، وأما إن جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فإن الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها ، فإنه إن وضعنا البنت ذكراً لم يحل نكاح المرأة منه ؛ لأنها زوج أبيه ، وإن جعلنا المرأة ذكراً ؛ حل لها نكاح ابنة الزوج ؛ لأنها تكون ابنة لأجنبي ، وهذا القانون هو الذي اختاره أصحاب مالك ، وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها .

= الأشعري ، وسمرة بن جندب ، وعتاب بن أسيد .
انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء النكاح .

○ الفصل السابع ○

[في موانع الرق]

واتفقوا على أنه يجوز للعبد أن ينكح الأمة ، وللحرة أن تنكح العبد إذا رضيت بذلك هي وأوليائها . واختلفوا في نكاح الحر الأمة ، فقال قوم : يجوز بإطلاق ، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم ، وقال قوم : لا يجوز إلا بشرطين : عدم الطول ، وخوف العنت ، وهو المشهور من مذهب مالك ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي .

والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحْ ﴾^(١) الآية ، لعموم قوله : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ ﴾^(٢) الآية ، وذلك أن مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً ﴾^(١) الآية ، يقتضي أنه لا يحل نكاح الأمة إلا بشرطين :

أحدهما : عدم الطول إلى الحرّة .

والثاني : خوف العنت ؛ وقوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾^(٢) . يقتضي بعمومه إنكاحهن من حرٍّ أو عبدٍ ، واحداً كان الحر أو غير واحد ، خائفاً للعنت أو غير خائف ، لكن دليل الخطاب أقوى ههنا - والله أعلم - من العموم ؛ لأن هذا العموم لم يتعرض فيه إلى صفات الزوج المشترطة

(١) النساء : (٢٥) .

(٢) النور : (٣٢) .

في نكاح الإماء ، وإنما المقصود به الأمر بإنكاحهن ، وألا يجبرن على النكاح ، وهو أيضا محمول على الندب عند الجمهور مع ما في ذلك من إرقاق الرجل ولده .
واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين ، أعني : الذين لم يميزوا النكاح إلا بالشرطين المنصوص عليهما :

أحدهما : إذا كانت تحتها حرة هل هي طول أو ليست بطول ؟ فقال أبو حنيفة : هي طول ، وقال غيره : ليست بطول ، وعن مالك في ذلك القولان .

والمسألة الثانية : هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاث أو أربع ، أو ثنتان ؟ فمن قال : إذا كانت تحتها حرة فليس يخاف العنت ؛ لأنه غير عزب قال : إذا كانت تحتها حرة لم يجز له نكاح الأمة ، ومن قال : خوف العنت إنما يعتبر بإطلاق سواء كان عزباً أو متأهلاً ؛ لأنه قد لا تكون الزوجة الأولى مانعة من العنت ، وهو لا يقدر على حرة تمنعه من العنت ، فله أن ينكح أمة ؛ لأن حاله مع هذه الحرة في خوف العنت كحالها قبلها ، وبخاصة إذا خشي العنت من الأمة التي يريد نكاحها ، وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الأمة الأولى أو لا ينكحها ؟ وذلك أن من اعتبر خوف العنت مع كونه عزباً إذ كان الخوف على العزب أكثر قال : لا ينكح أكثر من أمة واحدة ، ومن اعتبره مطلقاً قال : ينكح أكثر من أمة واحدة ، وكذلك يقول إنه ينكح على الحرة ، واعتباره مطلقاً فيه نظر ، وإذا قلنا : إن له أن يتزوج على الحرة أمة فتزوجها بغير إذنها فهل لها الخيار في البقاء ، معه أو في فسخ النكاح ؟ اختلف في ذلك قول مالك ، واختلفوا إذا وجد طولاً بحرة هل يفارق الأمة أم لا ؟ ولم يختلفوا أنه إذا ارتفع عنه خوف العنت أنه لا يفارقها ، أعني : أصحاب مالك ، واتفقوا من هذا الباب على أنه لا يجوز أن تنكح المرأة من ملكته ، وإنها إذا ملكت زوجها ؛ انفسخ النكاح .

○ الفصل الثامن ○

[في مانع الكفر]

واتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾^(١). واختلفوا في نكاحها بالملك ، واتفقوا على أنه يجوز أن ينكح الكتائية الحرة ، إلا ما روي في ذلك عن ابن عمر . واختلفوا في إحلال الكتائية الأمة بالنكاح ، واتفقوا على إحلالها بملك اليمين . والسبب في اختلافهم في نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ ﴾^(٢). لعموم قوله : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾^(٣). وهن المسيبات ، وظاهر هذا يقتضي العموم ، سواء كانت مشركة أو كتائية ، والجمهور على منعها ، وبالجواز قال طاوس ومجاهد ، ومن الحجة لهم ما روي من نكاح المسيبات في غزوة أوطاس : إذ استأذنوه في العزل فأذن لهم ، وإنما صار الجمهور لجواز نكاح الكتائيات الأحرار بالعقد ؛ لأن الأصل بناء الخصوص على العموم ؛ أعني : أن قوله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ ﴾^(٤). هو خصوص ، وقوله :

(١) المتحنة : (١٠) .

(٢) البقرة : (٢٢١) .

(٣) النساء : (٢٤) .

(٤) المائدة : (٥) .

﴿ وَلَا تَكُونُوا الْمَشْرَكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَ ﴾^(١). هو عموم ، فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ، ومن ذهب إلى تحريم ذلك ؛ جعل العام ناسخا للخاص ، وهو مذهب بعض الفقهاء ، وإنما اختلفوا في إحلال الأمة الكتابية بالنكاح ؛ لمعارضة العموم في ذلك القياس ، وذلك أن قياسها على الحرية يقتضي إباحتها تزويجها ، وباقي العموم إذا استثنى منه الحرية يعارض ذلك ؛ لأنه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم إذا خصص ؛ بقي الباقي على عمومته ، فمن خصص العموم الباقي بالقياس ، أو لم ير الباقي من العموم المخصوص عمومًا قال : يجوز نكاح الأمة الكتابية ، ومن رجع باقي العموم بعدم التخصيص على القياس قال : لا يجوز نكاح الأمة الكتابية ، وهنا أيضا سبب آخر لاختلافهم ، وهو معارضة دليل الخطاب للقياس ، وذلك أن قوله تعالى : ﴿ مِنْ قَبَائِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾^(٢). يوجب أن لا يجوز نكاح الأمة غير المؤمنة بدليل الخطاب ، وقياسها على الحرية يوجب ذلك ، والقياس^(٣). من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ، ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات ، والطائفة الثانية أنه ثم لم يجر نكاح الأمة المسلمة بالتزويج إلا بشرط فأحرى أن لا يجوز نكاح الأمة الكتابية بالتزويج ، وإنما اتفقوا على إحلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾^(٤). وإجماعهم على أن السبي يحل المسيبة غير المتزوجة . وإنما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها ، وإن هدم فمتى يهدم ؟ فقال قوم : إن سببا معًا أعني : الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما ، وإن سبي أحدهما قبل

(١) البقرة : (٢٢١) .

(٢) النساء : (٢٥) .

(٣) قوله : بالقياس ، إلى قوله : وإنما اتفقوا . هو زائد ببعض النسخ الخطية والمصرية وفيه خفاء . فليتأمل في معناه . اهـ مصححه .

(٤) النساء : (٢٤) .

الآخر ؛ انفسخ النكاح ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال قوم : بل السبي يهدم ، سُبيا
معاً أو سبي أحدهما قبل الآخر ؛ وبه قال الشافعي ، وعن مالك قولان : أحدهما :
أن السبي لا يهدم النكاح أصلاً والثاني : أنه يهدم بإطلاق مثل قول الشافعي .

والسبب في اختلافهم هل يهدم أو لا يهدم : هو تردد المسترقين الذين أمنوا
من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التي لا زوج لها أو المستأجرة
من كافر . وأما تفريق أبي حنيفة بين أن يسبى معاً وبين أن يسبى أحدهما ؛ فلأن
المؤثر عنده في الإحلال ، هو اختلاف الدار بهما لا الرق ، والمؤثر في الإحلال
عند غيره هو الرق ، وإنما النظر هل هو الرق مع الزوجية ، أو مع عدم الزوجية ؟
والأشبه أن لا يكون للزوجية هُنا حرمة ؛ لأن محل الرق وهو الكفر سبب
الإحلال . وأما تشبيهها بالذمية فبعيد ؛ لأن الذمي إنما أعطى الجزية بشرط أن
يُقرَّ على دينه فضلاً عن نكاحه .

○ الفصل التاسع ○

[في مانع الإحرام]

واختلفوا في نكاح المحرم ، فقال مالك ، والشافعي ، والليث ، والأوزاعي ، وأحمد : لا ينكح المحرم ولا ينكح ، فإن فعل فالنكاح باطل ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعلي ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت . وقال أبو حنيفة : لا بأس بذلك .

وسبب اختلافهم : تعارض النقل في هذا الباب ، فمنها حديث ابن عباس^(١) « أن رسول الله ﷺ نكح ميمونة وهو محرم » وهو حديث ثابت النقل ، خرجاه أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة^(٢) « أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال » قال أبو عمر : رويت عنها من طرق شتى ، من طريق أبي رافع ، ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها ، وعن يزيد بن الأصم . وروى مالك أيضاً من حديث عثمان بن عفان^(٣) مع هذا أنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا يَنْكُحُ الْمُحْرَمُ وَلَا يُنْكَحُ وَلَا يَخْطُبُ » فمن رجح هذه الأحاديث على حديث ابن عباس قال : لا ينكح المحرم ولا ينكح ، ومن رجح حديث ابن عباس ، أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية ؛ قال : ينكح وينكح ، وهذا راجع إلى تعارض الفعل والقول ، والوجه الجمع أو تغليب القول .

(٢،١) : تقدم تخريجهما في الحج .

(٣) أخرجه مسلم رقم (١٤٠٩) .

○ الفصل العاشر ○

[في مانع المرض]

واختلفوا في نكاح المريض ، فقال أبو حنيفة والشافعي : يجوز ، وقال مالك في المشهور عنه : إنه لا يجوز ، ويتخرج ذلك من قوله : إنه يفرق بينهما ، وإن صح ، ويتخرج من قوله أيضاً : إنه لا يفرق بينهما ، أن التفريق مستحب غير واجب .

وسبب اختلافهم : تردد النكاح بين البيع وبين الهبة ، وذلك أنه لا تجوز هبة المريض إلا من الثلث ، ويجوز بيعه ، ولاختلافهم أيضاً سبب آخر ، وهو هل يتهم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أو لا يتهم ؟ وقياس النكاح على الهبة غير صحيح ؛ لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز إذا حملها الثلث ، ولم يعتبروا بالنكاح هنا بالثلث ، وردّ جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي ، لا يجوز عند أكثر الفقهاء ، وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه إثبات الحكم بالمصلحة ، حتى إن قوماً رأوا أن القول بهذا القول شرع زائد ، وإعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف ، وأنه لا تجوز الزيادة فيه ، كما لا يجوز النقصان ، والتوقف أيضاً عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس إلى الظلم ، فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يهتمون بالحكم بها ، وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان أن في الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقاً إلى الظلم ، ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك أن ينظر إلى شواهد الحال ، فإن

دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيرًا ؛ لا يمنع النكاح وإن دلت على أنه قصد الإضرار بورثته ؛ منع من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشيء وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم ، إذ لا يمكن أن يحد في ذلك حد مؤقت صناعي ، وهذا كثيرًا ما يعرض في صناعة الطب ، وغيرها من الصنائع المختلفة .

○ الفصل الحادي عشر ○

[في مانع العدة]

واتفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة ، كانت عدة حيض ، أو عدة حمل ، أو عدة أشهر . واختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها ، فقال مالك والأوزاعي والليث : يفرق بينهما ولا تحل له أبدًا ، وقال أبو حنيفة والشافعي ، والثوري : يفرق بينهما ، وإذا انقضت العدة بينهما ؛ فلا بأس في تزويجه إياها مرة ثانية .

وسبب اختلافهم هل قول صاحب حجة أم ليس بحجة ؟ وذلك أن مالكا روى عن ابن شهاب ، عن سعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار : أن عمر ابن الخطاب فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال : أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها ؛ فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم كان الآخر خاطبًا من الخطاب ، وإن كان دخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت من الآخر ، ثم لا يجتمعان أبدًا . قال سعيد : ولها مهرها بما استحل منها ، وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف في أصله ، وهو أنه أدخل في النسب شبهة فأشبهه الملاءن . وروى عن علي ، وابن مسعود ، مخالفة عمر في هذا .

والأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة . وفي بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها ، وكون المهر

في بيت المال ، فلما بلغ ذلك علياً أنكره فرجع عن ذلك عمر ، وجعل الصداق على الزوج ، ولم يقض بتحريمها عليه ، رواه الثوري ، عن أشعث ، عن الشعبي ، عن مسروق . وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف . وأجمعوا على أنه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع ؛ لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله ﷺ^(١) . واختلفوا

(١) قلت : ورد ذلك من حديث ابن عباس ، ورويف بن ثابت ، وأبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة ، والعرباض بن سارية ، وعلي بن أبي طالب ، وأبي أمامة ، وابن عمر ، وأبي الدرداء ، وجروول بن الأحنف ، ورجل ثقة .

● أما حديث ابن عباس فقد أخرجه ابن الجارود في المنتقى (رقم ٧٣٢) من طريق شيبان ، عن الأعمش ، عن مجاهد عن ابن عباس رضي الله عنهما ، « أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحُمُر ، وعن كُلِّ ذي نابٍ من السباع ، وأن تُوطأ السبايا حتى يضعن » وإسناده صحيح .

● وأخرجه أبو يعلى (٣٧٣/ ٤) رقم ٢٤٩١/ ١٦٤ .

من طريق شريك النخعي ، عن الأعمش ، عن مجاهد ، عن ابن عباس رضي الله عنهما رفعه إلى النبي ﷺ « أنه نهى عن أكل كل ذي نابٍ من السبع ، وعن قتل الولدان ، وعن بيع المغنم ، قال : وأظنه قال : وعن الحبالى أن يُوطأن » .

قلت : وشريك فيه مقال . وقد تابعه (شيبان) كما تقدم على معنى الحديث عدا الفقرة الأولى منه وهي صحيحة كما يأتي .

● والأعمش مدلس ، وقد توبع . تابعه ابن أبي نجيح ، عن مجاهد ، عن ابن عباس ، قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع المغنم ، حتى تقسم ، وعن الحبالى أن يوطأن حتى يضعن ما في بطونهن ، وعن لحم كل ذي نابٍ من السباع . أخرجه أبو يعلى (٣٠٤/ ٤) رقم ٢٤١٤/ ٨٧ ، والحاكم (١٣٧/ ٢) ، والدارقطني (٦٩/ ٣) رقم ٢٦٠ ، والنسائي (٣٠١/ ٧) رقم ٤٦٤٥) واللفظ له . وعند أبي يعلى وغيره : « ونهى عن لحوم الحمر الإنسية » .

● وأخرجه مسلم (١٥٣٤/ ٣) رقم ١٩٣٤/ ١٦ ، والطحاوي في « المشكل » (٣٧٤/ ٤) ، وأبو يعلى (٨٧/ ٥) رقم ٢٦٩٠/ ٣٦٣ ، وأبو نعيم في الحلية (٣٠١، ٩٥/ ٤) ، والبغوي في شرح السنة (٢٣٤/ ١١) رقم ٢٧٩٥ ، والخطيب

في تاريخ بغداد (٢٧٨/ ٧) من طريق الحكم ، عن ميمون بن مهران ، عن ابن عباس =

إن وطئ هل يعتق عليه الولد أو لا يعتق ، والجمهور على أنه لا يعتق .

وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته أو غير مؤثر ؟ فإن قلنا إنه مؤثر كان له ابنا بجهة مّا ، وإن قلنا : إنه ليس بمؤثر ؛ لم يكن ذلك . وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « كَيْفَ يَسْتَعْبِدُهُ وَقَدْ غَذَّاهُ فِي سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ »^(١) . وأما

= قال : « نبى رسول الله ﷺ عن كُـلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ ، وعن كُـلِّ ذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ » .

● وقد أخرج أحمد (٢٥٦/ ١) ، والطحاوي في « المشكل » (١٣٧/ ٢) - (١٣٨) ، والطبراني في الكبير (٣٩٠/ ١١) رقم (١٢٠٩٠) .

من طريق الحجاج بن أرطاة عن الحكم عن مقسم ، عن ابن عباس مرفوعاً : « ليس منا من وطئ حبلى » .

قال الهيثمي في المجمع (٣٠٠/ ٤) : وفيه الحجاج بن أرطاة وهو مدلس وبقيه رجاله رجال الصحيح .

قلت : وهذا الحديث أيضاً مما لم يسمعه الحكم من مقسم .
● وحديث روي عن بن ثابت .

أخرجه أحمد (١٠٨/ ٤) ، وأبو داود (٦١٥/ ٢) رقم (٢١٥٨) ، والترمذي (٤٣٧/ ٣) رقم (١١٣١) ، وابن الجارود (رقم ٧٣١) ، والبيهقي (١٢٤/ ٩) و (٤٤٩/ ٧) عنه ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين : لا يحل لامرأة يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها « واللفظ لأبي داود . وقال الترمذي : حديث حسن - وهو كما قال - وقد روي من غير وجه عن روي عن ابن ثابت .

وقد حسنه الألباني في صحيح أبي داود .

وانظر تخرج أحاديث الصحابة الباقيين في كتابنا : « إرشاد الأمة .. » جزء النكاح .
(١) أخرج الطبراني في الكبير (٣٠٠/ ٤ - مجمع الزوائد) عن رجاء بن حيوة عن أبيه عن جده : « أن جارية من خير مرت على رسول الله ﷺ وهي مجح ، فقال النبي ﷺ : لمن هذه ؟ قالوا : لفلان . قال : أيطؤها ؟ قيل : نعم . قال : فكيف يصنع بولدها أيده عليه وليس له بولد أم يستعبده وهو يغذوه في سمعه وبصره ، لقد هممت أن ألعنه لعنة تدخل معه في قبره » .

النظر في مانع التطليق ثلاثاً ، فسيأتي في كتاب الطلاق .

= وقال الهيثمي : فيه خارجة بن مصعب وهو متروك .

- المُجَحَّ : الحامل المُقرب التي دنا ولادها . [النهاية (١ / ٢٤٠)] .
- لكن أخرجه مسلم (١٠٦٥ / ٢) ، وأبو داود (٦١٤ / ٢) ، وأحمد (١٩٥ / ٥) ، والطيالسي (ص ١٣١ رقم ٩٧٧) ، والبيهقي (٤٤٩ / ٧) .

من حديث أبي الدرداء : أن النبي ﷺ أتى على امرأة مُجَحَّ على باب فسطاط ، فقال : لعله يريد أن يُلَمَّ بها ؟ فقالوا : نعم . فقال رسول الله ﷺ : لقد هممت أن ألعنه لعنة تدخل معه قبره ، كيف يُورَثه وهو لا يحل له ؟ كيف يستخدمه وهو لا يحل له ؟ » .

○ الفصل الثاني عشر ○

[في مانع الزوجية]

وأما مانع الزوجية فإنهم اتفقوا على أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين . واختلفوا في المسبية على ما تقدم ، واختلفوا أيضا في الأمة إذا بيعت هل يكون بيعها طلاقاً ؟ فالجمهور على أنه ليس بطلاق ، وقال قوم : هو طلاق ، وهو مروي عن ابن عباس ، وجابر ، وابن مسعود ، وأبي بن كعب .

وسبب اختلافهم : معارضة مفهوم حديث بريرة ^(١) . لعموم قوله تعالى : ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ ^(٢) . وذلك أن قوله تعالى : ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ ^(٢) . يقتضي المسبيات وغيرهن ، وتخير بريرة يوجب أن لا يكون بيعها طلاقاً ؛ لأنه لو كان بيعها طلاقاً لما خيرها رسول الله ﷺ بعد العتق ، ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقاً من زوجها ؛ والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبي شيبه عن أبي سعيد الخدري « أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين سرية

(١) تقدم في الفصل الأول في الأولياء . وهو حديث صحيح .

(٢) النساء : (٢٤) .

(٣) لم أعثر عليه في المصنف . والله أعلم .

وقد أخرج أحمد (٣ / ٨٧) ، وأبو داود (٢ / ٦١٤ رقم ٢١٥٧) ، والحاكم في المستدرک (٢ / ١٩٥) ، والبيهقي (٩ / ١٢٤) عن أبي سعيد الخدري ، أن النبي ﷺ قال في سبي أوطاس : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير حامل حتى تحيض حيضة » .

قال الحاكم : حديث صحيح على شرط مسلم .

وصححه الألباني في صحيح أبي داود .

فأصابوا حيًّا من العرب يوم أوطاس ، فهزموهم وقتلوهم وأصابوا نساء لهن أزواج ، وكان ناس من أصحاب رسول الله ﷺ تأثموا من غشيانهن من أجل أزواجهن ، فأنزل الله عز وجل : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾^(٣) . وهذه المسألة هي أليق بكتاب الطلاق . فهذه هي جملة الأشياء المصححة للأنكحة في الإسلام ، وهي كما قلنا راجعة إلى ثلاثة أجناس : صفة العاقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط في العقد . وأما الأنكحة التي انعقدت قبل الإسلام ثم طرأ عليها الإسلام ، فإنهم اتفقوا على أن الإسلام إذا كان منهما معًا ، أعني : من الزوج والزوجة ، وقد كان عقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الإسلام ، أن الإسلام يصحح ذلك ، واختلفوا في موضعين :

أحدهما : إذا انعقد النكاح على أكثر من أربع ، أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الإسلام .

والموضع الثاني : إذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

• فأما المسألة الأولى :

وهي إذا أسلم الكافر ، وعنده أكثر من أربع نسوة ، أو أسلم وعنده أختان ، فإن مالكا قال : يختار منهن أربعًا ومن الأختين واحدة أيتهما شاء ، وبه قال الشافعي ، وأحمد ، وداود ، وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى : يختار الأوائل منهن في العقد ، فإن تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن ، وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك : إذا أسلم وعنده أختان ؛ فارقهما جميعًا ، ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ، ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره .

وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر . وذلك أنه ورد في ذلك أثران :

(١) النساء : (٢٤) .

أحدهما : مرسل مالك^(١) « أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم ، وعنده عشر نسوة أسلمن معه ، فأمره رسول الله ﷺ أن يختار منهن أربعاً » .

والحديث الثاني : حديث قيس بن الحارث^(٢) أنه أسلم على الأختين ، فقال له رسول الله ﷺ : « اخْتَرُ أَيُّهُمَا شِئْتَ » . وأما القياس المخالف لهذا الأثر فتشبيه العقد على الأواخر قبل الإسلام بالعقد عليهن بعد الإسلام ، أعني : أنه كان أن العقد عليهن فاسد في الإسلام ، كذلك قبل الإسلام ، وفيه ضعف .
وأما إذا أسلم أحدهما قبل الآخر ، وهي :

• المسألة الثانية : ثم أسلم الآخر فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي : إنه إذا أسلمت المرأة قبله ، فإنه إن أسلم في عدتها : كان أحق بها ، وإن أسلم هو ، وهي كتابية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث

-
- (١) وهو حديث صحيح تقدم الكلام عليه في الفصل الخامس في مانع العدد .
(٢) قلت : هذا وهم ؛ لأن قيس بن الحارث لم يسلم على أختين ، بل أسلم على ثمان نسوة كما أخرجه أبو داود (٢ / ٦٧٧ رقم ٢٢٤١) ، وابن ماجه (١ / ٦٢٨ رقم ١٩٥٢) ، والدارقطني (٣ / ٢٧٠ رقم ١٠٠) ، والبيهقي (٧ / ١٨٣) .
من حديث الحارث بن قيس ، وبعضهم يسميه قيس بن الحارث . قال : أسلمت وعندي ثمان نسوة ، فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له ، فقال : اختر منهن أربعاً » .
وهو حديث حسن بمجموع طرقه قاله الألباني في الإرواء (٦ / ٢٩٦) .
• وأما الذي أسلم على الأختين فهو فيروز الديلمي . قال : أسلمت وعندي أختان ، فقال النبي ﷺ : « طلق أَيُّهُمَا شِئْتَ » وفي لفظ بعضهم : « اختر أَيُّهُمَا شِئْتَ » .
أخرجه أحمد (٤ / ٢٣٢) ، وأبو داود (٢ / ٦٧٨ رقم ٢٢٤٣) ، والترمذي (٣ / ٤٣٦ رقم ١١٢٩ و ١١٣٠) ، وابن ماجه (١ / ٦٢٧ رقم ١٩٥١) ، والدارقطني (٣ / ٢٧٣ رقم ١٠٥) ، والبيهقي (٧ / ١٨٤) . قال الترمذي : هو حديث حسن غريب .

وحسنه الشيخ عبد القادر الأرناؤوط في تخريج جامع الأصول (١١ / ٥٠٦) .

صفوان بن أمية^(١). وذلك « أن زوجه عاتكة بنت الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ، ثم أسلم هو فأقره رسول الله ﷺ على نكاحه » قالوا : وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام امرأته نحو من شهر . قال ابن شهاب : ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر ، إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها ، إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها . وأما إذا أسلم الزوج قبل إسلام المرأة فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك : إذا أسلم الزوج قبل المرأة ؛ وقعت الفرقة إذا عرض عليها الإسلام فأبت ، وقال الشافعي : سواء أسلم الرجل قبل المرأة ، أو المرأة قبل الرجل ، إذا وقع إسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح .

وسبب اختلافهم : معارضة العموم للأثر والقياس ، وذلك أن عموم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ ﴾^(٢) . يقتضي المفارقة على الفور . وأما الأثر المعارض لمقتضى هذا العموم ، فما روي من أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته ، وكان إسلامه بمر الظهران ، ثم رجع إلى مكة وهدد بها كافرة ، فأخذت بلحيته وقالت : اقتلوا الشيخ الضال ، ثم أسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما^(٣) . وأما القياس المعارض للأثر ؛ فلأنه يظهر أنه لا فرق

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢ / ٥٤٣ - ٥٤٤ رقم ٤٤ و ٤٥) .

ومن طريق مالك أخرجه البيهقي (٧ / ١٨٦ - ١٨٧) .

ونقل السيوطي في « تنوير الحوالك » (٢ / ٧٥) قول ابن عبد البر عن هذا الحديث : « لا أعلمه يتصل من وجه صحيح ، وهو حديث مشهور معلوم عند أهل السير وابن شهاب إمام أهل السير ، وكذا الشعبي ، وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده إن شاء الله » .

قلت : ولكن الإسناد من الدين ولولا الإسناد لقال من شاء ما شاء .

(٢) الممتحنة : (١٠) .

(٣) ذكر الشافعي في الأم (٥ / ٤٧ - ٤٨) ، ومن طريقه البيهقي (٧ / ١٨٦) : =

بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها ، فإن كانت العدة معتبرة في إسلامها قبل ؛
فقد يجب أن تعتبر في إسلامه أيضا قبل .

= قال الشافعي : أنبأنا جماعة من أهل العلم من قريش ، وأهل المغازي ، وغيرهم عن
عدد قبلهم أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران . وذكر مثله ..

○ الباب الثالث ○ [في موجبات الخيار في النكاح]

وموجبات الخيار أربعة : العيوب ، والإعسار بالصدّاق ، أو بالنفقة والكسوة . والثالث : الفقد : أعني فقد الزوج . والرابع : العتق للأمة المزوجة فينعتق في هذا الباب أربعة فصول .

○ الفصل الأول ○ [في خيار العيوب]

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين ، وذلك في موضعين :

أحدهما : هل يرد بالعيوب أو لا يرد ؟.

والموضع الثاني : إذا قلنا إنه يرد فمن أيها يرد ، وما حكم ذلك ؟. فأما الموضع الأول ، فإن مالكاً والشافعي وأصحابهما قالوا : العيوب توجب الخيار في الرد أو الإمساك ، وقال أهل الظاهر : لا توجب خيار الرد والإمساك ، وهو قول عمر بن عبد العزيز .

وسبب اختلافهم شيان : أحدهما : هل قول الصاحب حجة ، والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع ؟ فأما قول الصاحب الوارد في ذلك ، فهو ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص ، وفي بعض الروايات : أو قرن ؛ فلها صداقها كاملاً ، وذلك غرم لزوجها على وليها .

وأما القياس على البيع فإن القائلين بموجب الخيار للعيوب في النكاح قالوا : النكاح في ذلك شبيه بالبيع ، وقال المخالفون لهم : ليس شبيهاً بالبيع لاجتماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب ويرد به البيع . وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب : فإنهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها ، وفي أيها لا يرد وفي حكم الرد ، فاتفق مالك والشافعي ، على أن الرد يكون من أربعة عيوب : الجنون

والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء ، إما قرن ، أو رتق في المرأة ، أو عنة في الرجل ، أو خصاء . واختلف أصحاب مالك في أربع : في السواد ، والقرع ، وبخر الفرج ، وبخر الفم ، فقيل : ترد بها ، وقيل : لا ترد ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه ، والثوري : لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيين فقط : القرن ، والرتق .

فأما أحكام الرد فإن القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول ؛ طلق ولا شيء عليه . واختلفوا إن علم بعد الدخول والمسيب ، فقال مالك : إن كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها ، أنه عالم بالعيب مثل الأب والأخ فهو غارّ يرجع عليه الزوج بالصدّاق ، وليس يرجع على المرأة بشيء ، وإن كان بعيداً ؛ رجع الزوج على المرأة بالصدّاق كله إلا ربع دينار فقط . وقال الشافعي : إن دخل ؛ لزمه الصدّاق كله بالمسيب ولا رجوع له عليها ولا على ولي .

وسبب اختلافهم : تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه المسيب ، أعني : اتفاهم على وجوب المهر في الأنكحة الفاسدة بنفس المسيب ، لقوله ﷺ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، وَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا » . فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب في البيوع ، وبين حكم الأنكحة المفسوخة ، أعني : بعد الدخول ، واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين ، أنه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة ، فقيل : لأن ذلك شرع غير معلل ، وقيل : لأن ذلك مما يخفى ، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى ، وقيل : لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء ، وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع ، وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفي على الزوج .

○ الفصل الثاني ○

[في خيار الإعسار بالصدّاق والنفقة]

واختلفوا في الإعسار بالصدّاق ، فكان الشافعي يقول : تخير إذا لم يدخل بها ، وبه قال مالك ، واختلف أصحابه في قدر التلوم له ؛ فقليل : ليس له في ذلك حد ، وقيل : سنة ، وقيل : سنتين ، وقال أبو حنيفة : هي غريم من الغرماء ، لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ، ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر .

وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطاء تشبيهاً بالإيلاء والعنة . وأما الإعسار بالنفقة ، فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة : يفرق بينهما ، وهو مروى عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب ، وقال أبو حنيفة والثوري : لا يفرق بينهما ، وبه قال أهل الظاهر .

وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة ؛ لأن الجمهور على القول بالتطبيق على العنين ، حتى لقد قال ابن المنذر : إنه إجماع ، وربما قالوا : النفقة في مقابلة الاستمتاع ، بدليل أن الناشز لا نفقة لها عند الجمهور ، فإذا لم يجد النفقة ؛ سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لا يرى القياس فإنهم قالوا : قد ثبتت العصمة بالإجماع فلا تنحل إلا بإجماع ، أو بدليل من كتاب الله ، أو سنة نبيه فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

○ الفصل الثالث ○

[في خيار الفقد]

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام ، فقال مالك : يضرب لامراته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم ، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل ، فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وحلت ، قال : وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالباً ، ف قيل : سبعون ، وقيل : ثمانون ، وقيل : تسعون ، وقيل : مائة ، فيمن غاب وهو دون هذه الأسنان . وروي هذا القول عن عمر بن الخطاب ، وهو مروي أيضاً عن عثمان وبه قال الليث ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته ، وقولهم مروي عن علي وابن مسعود .

والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس ، وذلك أن استصحاب الحال يوجب ألا تنحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة ، فيكون لها الخيار كما يكون في هذين . والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة : مفقود في أرض الإسلام وقع الخلاف فيه ، ومفقود في أرض الحرب ، ومفقود في حروب الإسلام ، أعني : فيما بينهم ، ومفقود في حروب الكفار . والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير ، فأما المفقود في بلاد الحرب ، فحكمه عندهم حكم الأسير

لا تتزوج امرأته ، ولا يقسم ماله حتى يصح موته ، ما خلا أشهب ، فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال : إن حكمه حكم المقتول دون تلوم ، وقيل : يتلوم له بحسب بُعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه ، وأقصى الأجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال : قيل : حكمه حكم الأسير ، وقيل : حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة ، إلا أن يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وفتنهم ، والقول الثالث أن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين ، والرابع : حكمه حكم المقتول في زوجته ، وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله أعني : يعمر وحيث يورث ، وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع ، وهو الذي يعرف بالقياس المرسل ، وبين العلماء فيه اختلاف ، أعني : بين القائلين بالقياس .

○ الفصل الرابع ○

[في خيار العتق]

واتفقوا على أن الأمة إذا عتقت تحت عبد أن لها الخيار ، واختلفوا إذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا ؟ فقال مالك والشافعي وأهل المدينة والأوزاعي وأحمد والليث : لا خيار لها ، وقال أبو حنيفة والثوري : لها الخيار ، حرًا كان أو عبدًا .

وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة ، واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذي كان في إنكاحها بإطلاق إذا كانت أمة ، أو الجبر على تزويجها من عبد ، فمن قال : العلة الجبر على النكاح بإطلاق ؛ قال : تخير تحت الحر والعبد ، ومن قال : الجبر على تزويج العبد فقط قال : تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل ، فإنه روي عن ابن عباس^(١) أن زوج بريرة كان

(١) أخرجه البخاري (٩ / ٤٠٦ - ٤٠٨ رقم ٥٢٨٠ و ٥٢٨١ و ٥٢٨٢ و ٥٢٨٣) ، وأبو داود (٢ / ٦٧٠ رقم ٢٢٣١) ، والترمذي (٣ / ٤٦٢ رقم ١١٥٦) ، والنسائي (٨ / ٢٤٥) ، وابن ماجه (١ / ٦٧١ رقم ٢٠٧٥) ، وأحمد (١ / ٢١٥) ، والدارمي (٢ / ١٦٩ - ١٧٠) ، والدارقطني (٣ / ٢٩٣ - ٢٩٤ رقم ١٨٢ - ١٨٤) ، والبيهقي (٧ / ٢٢١ - ٢٢٢) .

عن ابن عباس ، أن زوج بريرة كان عبدًا أسود يقال له مُغيث ، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته ، فقال النبي ﷺ للعباس : يا عباس ألا تعجب من شدة حب مُغيث بريرة ومن شدة بغض بريرة مُغيثًا ؟ فقال لها النبي ﷺ : « لو راجعته » .

قالت : يا رسول الله ، أتأمرني ؟ فقال : « إنما أنا شافع ، قالت : لا حاجة لي فيه » .

عبدًا أسود . وروي عن عائشة^(١) أن زوجها كان حراً ، وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث ، واختلفوا أيضا في الوقت الذي يكون لها الخيار فيه ، فقال مالك والشافعي : يكون لها الخيار ما لم يمسه ، وقال أبو حنيفة : خيارها على المجلس ، وقال الأوزاعي : إنما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت أن المسيس يسقط خيارها .

(١) أخرجه أبو داود (٢ / ٦٧٢ رقم ٢٢٣٥) ، والترمذي (٣ / ٤٦١ رقم ١١٥٥) ، والنسائي (٦ / ١٦٣) ، وابن ماجه (١ / ٦٧٠ رقم ٢٠٧٤) ، وأحمد (٦ / ٤٢) ، والدارمي (٢ / ١٦٩) ، والبيهقي (٧ / ٢٢٣) .
عن عائشة قالت : « كان زوج بريرة حراً ، فلما أعتقت خيرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها » .

والصحيح أن قوله في الحديث : « كان زوجها حراً » من كلام الأسود ، لا من كلام عائشة . كما أخرج البخاري (١٢ / ٤٠ رقم ٦٧٥٤) وغيره عن عائشة رضي الله عنها بقصة شرائها بريرة وإعتاقها وتخييرها ، وفي آخر الحديث قال الأسود : « وكان زوجها حراً » . قال البخاري : قول الأسود منقطع ، وقول ابن عباس : رأته عبدًا أصح .

○ الباب الرابع ○

[في حقوق الزوجية]

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(١) الآية . ولما ثبت من قوله ﷺ « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » ^(٢) ولقوله لهند : « تُخْذِي مَا يَكْفِيكَ وَلِلدَّكِ بِالْمَعْرُوفِ » ^(٣) . فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها ، واختلفوا في أربعة مواضع : في وقت وجوبها ، ومقدارها ، ولمن تجب ؟ ، وعلى من تجب ؟ .

فأما وقت وجوبها فإن مالكا ، قال : لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل

(١) البقرة : (٢٣٣) .

(٢) أخرجه مسلم (٨٨٩/ ٢) رقم ١٤٧/ ١٢١٨) من حديث جابر الطويل . وفيه قول النبي ﷺ في خطبته يوم عرفة : « فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ... » الحديث .

(٣) أخرجه البخاري (٤٠٥/ ٤) رقم ٢٢١١) ، ومسلم (١٣٣٨/ ٣) رقم ١٧١٤/ ٧) ، وأبو داود (٨٠٢/ ٣) رقم ٣٥٣٢) ، والنسائي (٢٤٦/ ٨) ، وابن ماجه (٧٦٩/ ٢) رقم ٢٢٩٣) ، والبيهقي (٤٧٧/ ٧) وغيرهم .

من حديث عائشة ، أن هنداً قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : « خذي ما يكفيك وولداك بالمعروف » .

بها ، أو يدعى إلى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هي بالغاً ، وأما إذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فللشافعي قولان :

أحدهما : مثل قول مالك .

والقول الثاني : أن لها النفقة بإطلاق .

وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع ، أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالعائبات والمريض ؟.

وأما مقدار النفقة فذهب مالك إلى أنها غير مقدرة بالشرع ، وأن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة ، وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال ، وبه قال أبو حنيفة ، وذهب الشافعي إلى أنها مقدرة ، فعلى الموسر مدان ، وعلى الأوسط مد ونصف ، وعلى المعسر مد .

وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الإطعام في الكفارة أو على الكسوة ، وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة ، وأن الإطعام محدود . واختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة ؟ وإن وجبت فكم يجب ؟ والجمهور على أن على الزوج النفقة لخادم الزوجة إذا كانت ممن لا تخدم نفسها ، وقيل: بل على الزوجة خدمة البيت ، واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته ؟.

فقالت طائفة : ينفق على خادم واحدة ، وقيل: على خادمين إذا كانت المرأة ممن لا يخدمها إلا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور . ولست أعرف دليلاً شرعياً لإيجاب النفقة على الخادم إلا تشبيه الإخدام بالإسكان ، فإنهم اتفقوا على أن الإسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية^(١) . وأما لمن يجب

(١) يشير المؤلف إلى قوله تعالى في سورة الطلاق الآية (٦) : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ ﴾ .

النفقة فإنهم اتفقوا على أنها تجب للحرّة الغير ناشز . واختلفوا في الناشز والأمة . فأما الناشز فالجمهور على أنها لا تجب لها نفقة ، وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم ، وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف »^(١) يقتضي أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء ، والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع يوجب أن لا نفقة للناشز . وأما الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافاً كثيراً فقليل : لها النفقة كالحرّة وهو المشهور ، وقيل : لا نفقة لها وقيل أيضاً : إن كانت تأتيه فلها النفقة ، وإن كان يأتيها فلا نفقة لها ، وقيل : لها النفقة في الوقت الذي تأتيه ، وقيل : إن كان الزوج حرّاً فعليه النفقة ، وإن كان عبداً فلا نفقة عليه . وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس ، وذلك أن العموم يقتضي لها وجوب النفقة ، والقياس يقتضي أن لا نفقة لها إلا على سيدها الذي يستخدمها ، أو تكون النفقة بينهما لأن كل واحد منهما ينتفع بها ضرباً من الانتفاع ، ولذلك قال قوم : عليه النفقة في اليوم الذي يأتيه . وقال ابن حبيب : يحكم على مولى الأمة المزوجة أن تأتي زوجها في كل أربعة أيام . وأما على من تجب ، فاتفقوا أيضاً أنها تجب على الزوج الحر الحاضر ؛ واختلفوا في العبد والغائب . فأما العبد فقال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن على العبد نفقة زوجته ، وقال أبو المصعب من أصحاب مالك : لا نفقة عليه . وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجوراً عليه في ماله . وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه ؛ وقال أبو حنيفة : لا تجب إلا بإيجاب السلطان . وإنما اختلفوا فيمن القول قوله إذا اختلفوا في الإنفاق ، وسيأتي ذلك في كتاب الأحكام إن شاء الله . وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهما في القسم لما ثبت من قسمه ﷺ بين أزواجه^(٢) ولقوله عليه الصلاة والسلام : « إِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ

(١) تقدم تخريجه قريباً . وهو حديث صحيح .

(٢) أخرج مسلم (١٠٨٤/٢ رقم ٤٦ / ١٤٦٢) من حديث أنس قال : كان للنبي ﷺ تسع نسوة وكان إذا قسم بينهما لا ينتهي إلى المرأة إلا إلى تسع ، فكن يجتمعن كل ليلة في بيت التي يأتيها .

امْرَأَتَانِ فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَأَخَذَ شَقِيهَ مَائِلًا^(١) ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام « كان إذا أَرَادَ السفر أقرع بينهن »^(٢) واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أو لا يحتسب إذا كانت له زوجة أخرى ؟ فقال مالك والشافعي وأصحابهما : يقيم عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثاً ، ولا يحتسب إذا كان له امرأة أخرى بأيام التي تزوج ، وقال أبو حنيفة : الإقامة عندهن سواء بكرًا كانت أو ثيبًا . ويحتسب بالإقامة عندها إن كانت له زوجة أخرى . وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة ، وحديث أنس^(٣) هو « أن النبي ﷺ

(١) أخرجه أحمد (٣٤٧/ ٢) ، والدارمي (١٤٣/ ٢) ، وأبو داود (٦٠٠/ ٢) ، وابن ماجه (٦٣٣/ ١) ، وابن الجارود (رقم ٧٢٢) ، والحاكم (١٨٦/ ٢) ، والبيهقي (٢٩٧/ ٧) ، والطيالسي (ص ٣٢٢ رقم ٢٤٥٤) ، وابن حبان (ص ٣١٧ رقم ١٣٠٧ - الموارد) من حديث أبي هريرة .

قال الترمذي : « وإنما أسند هذا الحديث همام بن يحيى ، عن قتادة . ورواه هشام الدستوائي ، عن قتادة ، قال : كان يُقال : ولا نعرف هذا الحديث مرفوعاً إلا من حديث همام . وهمام ثقة حافظ » اهـ . وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي . وصححه الألباني في الإرواء (٨٠/ ٧ رقم ٢٠١٧) .

(٢) أخرجه البخاري (٢١٨/ ٥ رقم ٢٥٩٣) ، ومسلم (٢١٣٠/ ٤ رقم ٢٧٧٠/ ٥٦) من حديث عائشة .

(٣) قلت : هذا وهم فإن الحديث لا يوجد بهذا اللفظ ، والنسبة إلى فعل النبي ﷺ لا عند أبي داود ولا عند غيره .

بل أخرجه البخاري (٣١٣/ ٩ رقم ٢٥١٣) و (٣١٤/ ٩ رقم ٢٥١٤) ، ومسلم (١٠٨٤/ ٢ رقم ١٤٦١/ ٤٤) ، وأبو داود (٥٩٥/ ٢ رقم ٢١٢٢) ، والترمذي (٤٤٥/ ٣ رقم ١١٣٩) ، والطحاوي في شرح المعاني (٢٧/ ٣ - ٢٨) ، وابن الجارود في المنتقى (رقم ٧٢٤) ، والبيهقي (٣٠١/ ٧ - ٣٠٢) من حديث خالد الحذاء ، عن أبي قلابة عن أنس قال : « من السنة إذا تزوج الرجل البكر على الثيب أقام عندها سبعاً وقسم ، وإذا تزوج الثيب على البكر أقام عندها ثلاثاً ثم قسم ، قال =

1.7

الزوج أجر الرضاع ، هذا إجماع لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(١) (والجمهور على أن الحضانة للأم إذا طلقها الزوج وكان الولد صغيراً لقوله ﷺ : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » ^(٢) ولأن الأمة والمسبية إذا لم يفرق بينها وبين ولدها فأخص بذلك الحرة .

واختلفوا إذا بلغ الولد حد التمييز فقال قوم : بخير ، ومنهم الشافعي ، واحتجوا بأثر ورد في ذلك ، وبقي قوم على الأصل ؛ لأنه لم يصح عندهم هذا الحديث ، والجمهور على أن تزويجها لغير الأب يقطع الحضانة لما روي أن رسول الله ﷺ قال : « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تُنْكِحِي » ^(٣) . ومن لم يصح عنده هذا الحديث ؛ طرد الأصل . وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب ، فليس في ذلك شيء يعتمد عليه ^(٤) .

(١) الطلاق : (٦) .

(٢) أخرجه أحمد (٥ / ٤١٣) ، والدارمي (٢ / ٢٢٧ - ٢٢٨) ، والترمذي (٣ / ٥٨٠) رقم ١٢٨٣ ، والدارقطني (٣ / ٦٧ رقم ٢٥٦) ، والحاكم (٢ / ٥٥) والقضاعي في مسند الشهاب (١ / ٢٨٠ رقم ٤٥٦) ، والطبراني في الكبير (رقم ٤٠٨٠) من حديث أبي أيوب . وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم . وأما الترمذي فحسنه . وهو حديث صحيح .

(٣) أخرجه أحمد (٢ / ١٨٢) ، وأبو داود (٢ / ٧٠٧ رقم ٢٢٧٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٨ / ٤ - ٥) ، والحاكم في المستدرک (٢ / ٢٠٧) . وقال الحاكم : حديث صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي .

وهو حديث حسن . وقد حسنه الألباني في صحيح أبي داود .

(٤) ما بين القوسين لم يوجد في النسخة الفاسية ولا المصرية ، وهو موجود بالنسخة الخطية تعليق أحمد بك تيمور . اهـ مصححه .

○ الباب الخامس ○

في الأنكحة المنهي عنها بالشرع والأنكحة الفاسدة وحكمها

والأنكحة التي ورد النهي فيها مصرحاً أربعة : نكاح الشغار ،
ونكاح المتعة ، والخطبة على خطبة أخيه ، ونكاح المحلل .

فأما نكاح الشغار ^(١) فإنهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل
وليته رجلاً آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه بضع
الأخرى ، واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه ، واختلفوا إذا وقع
هل يصحح بمهر المثل أم لا ؟ فقال مالك : لا يصحح ويفسخ أبداً قبل الدخول
وبعده ، وبه قال الشافعي إلا أنه قال : إن سمي لإحداهما صداقاً أو لهما معاً

(١) أخرج البخاري (٩ / ١٦٢ رقم ٥١١٢) ، ومسلم (٢ / ١٠٣٤ رقم ٥٧ / ١٤١٥) ،
وأبو داود (٢ / ٥٦٠ رقم ٢٠٧٤) ، والترمذي (٣ / ٤٣١ رقم ١١٢٤) ،
والنسائي (٦ / ١١٠) ، وابن ماجه (١ / ٦٠٦ رقم ١٨٨٣) ، والدارمي (٢ / ١٣٦) ،
وأحمد (٢ / ٦٢) ، ومالك (٢ / ٥٣٥ رقم ٢٤) وغيرهم . من حديث ابن عمر ،
« أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار ، والشغار أن يُزوّج الرجل ابنته على أن يُزوجه
الآخر ابنته ليس بينهما صداق » .

● وفي الباب عن أبي هريرة ، وجابر ، وأنس ، ومعاوية ، وعمران بن حصين ،
وأبي ريمانة ، وأبي بن كعب ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وسمرة بن جندب ،
ووائل بن حجر ، وابن عباس .

انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء النكاح .

فالنكاح ثابت بمهر المثل ، والمهر الذي سمياه فاسد ، وقال أبو حنيفة : نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل ، وبه قال الليث وأحمد وإسحق وأبو ثور والطبري .

وسبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل؟ ، فإن قلنا : غير معلل ؛ لزم الفسخ على الإطلاق ، وإن قلنا : العلة عدم الصداق ؛ صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير ، وقد أجمعوا على أن النكاح المتعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ إذا فات بالدخول ، ويكون فيه مهر المثل ، وكأن مالكا رضي الله عنه رأى أن الصداق ، وإن لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد هاهنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهي به ، أو رأى أن النهي إنما يتعلق بنفس تعيين العقد ، والنهي يدل على فساد النهي .

وأما نكاح المتعة^(١) ، فإنه وإن تواترت الأخبار عن رسول الله ﷺ بتحريمه إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ، ففي بعض الروايات

(١) أخرج البخاري (٤٨١/ ٧) رقم (٤٢١٦) ، ومسلم (١٠٢٧/ ٢) رقم (٢٩ ، ٣٢) ، (١٤٠٧) ، والترمذي (٤٢٩/ ٣) رقم (١١٢١) ، والنسائي (١٢٥/ ٦) ، (١٢٦) ، وابن ماجه (٦٣٠/ ١) رقم (١٩٦١) ، وابن الجارود (رقم ٦٩٧) ، والدارقطني (٢٥٧/ ٣) رقم (٥١) ، وأبو نعيم في الحلية (١٧٧/ ٣) ، والبيهقي (٢٠١/ ٧) ، والخطيب في تاريخ بغداد (٨٠٢/ ٦) ، ومالك في الموطأ (٥٤٢/ ٢) رقم (٤١) ، والشافعي في ترتيب المسند (١٤/ ٢) رقم (٣٥) ، والطيالسي (ص ١٨٨ رقم ١١١) ، وأحمد (٧٩/ ١) ، والدارمي (١٤٠/ ٢) من أوجه . عن علي بن أبي طالب ، « أن رسول الله ﷺ نهي عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية » . وفي الباب : عن عمر بن الخطاب ، وسلمة بن الأكوع ، وسيرة بن معبد ، وأبي هريرة ، وجابر ، وثعلبة بن الحكم ، وابن عمر ، وأبي ذر ، والحارث بن غزية ، وسهل بن سعد ، وكعب بن مالك ، وابن عباس ، وابن مسعود ، وأنس ، وحذيفة . انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة .. » جزء النكاح .

أنه حرّمها يوم خير ، وفي بعضها يوم الفتح ، وفي بعضها في غزوة تبوك ، وفي بعضها في حجة الوداع ، وفي بعضها في عمرة القضاء ، وفي بعضها في عام أوطاس ، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على تحريمها ، واشتهر عن ابن عباس تحليلها ، وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ، ورووا أن ابن عباس كان يحتج لذلك لقوله تعالى : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ ^(١) وفي حرف عنه إلى أجل مسمى ، وروي عنه أنه قال : ما كانت المتعة إلا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد ﷺ ، ولولا نهي عمر عنها ما اضطر إلى الزنا إلا شقي . وهذا الذي روي عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار . وعن عطاء قال : « سمعت جابر بن عبد الله يقول : تمتعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ونصفًا من خلافة عمر » ^(٢) ثم نهى عنها عمر الناس .

وأما اختلافهم في النكاح الذي تقع فيه الخطبة على خطبة غيره ، فقد تقدم أن فيه ثلاثة أقوال : قول بالفسخ ، وقول بعدم الفسخ ، وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام ، أو لا ترد وهو مذهب مالك .
وأما نكاح المحلل ؛ أعني : الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثًا ، فإن مالكا قال : هو نكاح مفسوخ ، وقال أبو حنيفة والشافعي : هو نكاح صحيح .
وسبب اختلافهم : اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ : « لَعَنَ اللَّهُ

(١) النساء : (٢٤) .

(٢) أخرج أحمد (٣ / ٣٨٠) ، ومسلم (٢ / ١٠٢٣ رقم ١٦ / ١٤٠٥) ، والبيهقي (٧ / ٢٣٧ ، ٢٣٨) بنحوه قال جابر : استمتعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر ، حتى إذا كان في آخر خلافة عمر رضي الله عنه ، يعني : نهى عن ذلك . لفظ أحمد في رواية ، وعند مسلم في رواية : كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الأيام على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر حتى نهى عنه عمر .

المُحَلَّل»^(١) الحديث فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال : النكاح صحيح ، ومن فهم من التأثيم فساد العقل تشبيهاً بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه قال : النكاح فاسد ، فهذه هي الأنكحة الفاسدة بالنهي . وأما الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فإنها تفسد إما بإسقاط شرط من شروط صحة النكاح ، أو لتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل ، وإما بزيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فإنها لا تفسد النكاح باتفاق ، وإنما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها مثل أن يشترط عليه ألا يتزوج عليها أو لا يتسرى ، أو لا ينقلها من بلدها ، فقال مالك : إن اشترط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون في ذلك يمين بعق أو طلاق ، فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه ، فلا يلزم الشرط الأول أيضاً ، وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال الأوزاعي وابن شبرمة : لها شرطها وعليه الوفاء ، وقال ابن شهاب : كان من أدركت من العلماء يقضون بها ، وقول الجماعة مروى عن علي ، وقول الأوزاعي مروى عن عمر .

-
- (١) ● أخرجه أحمد (٨٧/ ١) ، وأبو داود (٥٦٢/ ٢) رقم ٢٠٧٦ ، والترمذي (٤٢٧/ ٣) رقم ١١١٩ ، وابن ماجه (٦٢٢/ ١) رقم ١٩٣٥ ، والبيهقي (٢٠٨/ ٧) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه .
- وأخرجه أحمد (٤٥٠/ ١) ، والترمذي (٤٢٨/ ٣) رقم ١١٢٠ ، والنسائي (١٤٩/ ٦) ، والبيهقي (٢٠٨/ ٧) من طرق عن ابن مسعود .
- وأخرجه ابن ماجه (٦٢٣/ ١) رقم ١٩٣٦ ، والدارقطني (٣/ ٢٥١) رقم ٢٨ ، والحاكم (١٩٩/ ٢) ، والبيهقي (٢٠٨/ ٧) من حديث عقبة بن عامر . وقال الحاكم : صحيح الإسناد ، وكذا صححه غيره .
- وأخرجه أحمد (٣٢٣/ ٢) ، وابن الجارود (٦٨٤) ، والبيهقي (٢٠٨/ ٧) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٢٩٦/ ٤) من حديث أبي هريرة . والخلاصة أن الحديث صحيح والله أعلم .

وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص . فأما العموم فحديث عائشة^(١) رضي الله عنها : أن النبي ﷺ خطب الناس فقال في خطبته : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَلَوْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ » . وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر^(٢) عن النبي ﷺ : أنه قال : « أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ » . والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم ، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم ، وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية وإن كان المشهور خلاف ذلك . وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق ، فإنه قد اختلف فيها المذهب اختلافاً كثيراً ، أعني : في لزومها أو عدم لزومها ، وليس كتابنا هذا موضوعاً على الفروع .

(وأما حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت) فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده ، وهو ما كان منها فاسداً بإسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده ، مثل أن ينكح محرمة العين ، ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتهما ، ولماذا يرجع من الإخلال بشروط الصحة ومالك في هذا الجنس - وذلك في الأكثر - يفسخه قبل الدخول ، ويثبت به بعده ، والأصل فيه عنده ، أن لا يفسخ ، ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد ، أنه يفوت بحوالة الأسواق وغير ذلك ، ويشبه أن تكون هذه عنده

(١) أخرجه البخاري (٣٧٦/ ٤) ، ومسلم (١١٤٢/ ٢) ، وابن ماجه (٤٣٥/ ٤) ، والترمذي (٢١٢٣) ، والنسائي (١٦٤/ ٦) ، وابن ماجه (٨٤٢/ ٢) ، وأحمد (٢٥٢١) ، ومالك في الموطأ (٧٨٠/ ٢) ، وغيرهم في قصة عتق بريرة وسياقي إن شاء الله . (رقم ١٧) .

(٢) أخرجه البخاري (٣٢٣/ ٥) ، ومسلم (١٠٣٥/ ٢) ، وأحمد (١٤٤/ ٤) ، والترمذي (١٤٣/ ٢) ، وأبو داود (٦٠٤/ ٢) ، والترمذي (٤٣٤/ ٣) ، والنسائي (٩٢/ ٦) ، وابن ماجه (٦٢٨/ ١) ، والبيهقي (٢٤٨/ ٧) .

هي الأنكحة المكروهة ، وإلا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير ، وكأن هذا راجع عنده إلى قوة دليل الفسخ وضعفه ، فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ، ومتى كان ضعيفا ؛ فسخ قبل ولم يفسخ بعد ، وسواء كان الدليل القوي متفقا عليه أو مختلفا فيه . ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ ، وكذلك وقوع الطلاق فيه ، فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ، ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه ، وقد نرى أن نقطع هاهنا القول في هذا الكتاب ، فإن ما ذكرنا منه كفاية بحسب غرضنا المقصود .