

ثانيًا: المعاملات كتاب النكاح⁽¹⁾

مسألة [1]:

[في مباشرة المرأة عقد النكاح]

لا يجوز للمرأة أن تبأشر عقد النكاح بنفسها⁽²⁾، ولا لغيرها من النساء، فإن فعلت فالنكاح باطل⁽³⁾. وبه قال الشافعي⁽⁴⁾.
وقال أبو حنيفة [هـ 139]: ذلك لها جائز، إن كانت بالغًا⁽⁵⁾ رشيدة⁽⁶⁾.
واحتج أصحابه بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ⁽⁷⁾ أَنْ يَنْكِحْنَ أزْوَاجَهُنَّ﴾

- (1) النكاح: عقد يحل به استمتاع كل من الزوجين بالآخر. لغة الفقهاء 487، وانظر: شرح الحدود 215، والتعريفات 246، والأنيس 145.
- (2) هكذا في الأصل، ولعل الصواب لنفسها، بدليل ما بعده.
- (3) قال في الإشراف 2 / 89: «لا يصح كون المرأة وليًا في عقد نكاح، لا على نفسها، ولا على غيرها، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إذا بلغت عاقلة رشيدة جاز ذلك لها، ولداود في تفريقه بين البكر والثيب وانظر: البداية 2 / 6 - 7.
- وهذا القول هو المشهور، وهو رواية أشهب عن مالك، ويتخرج على رواية لابن القاسم عنه أن الولي من شروط التمام لا من شروط الصحة. ن: البداية 2 / 7.
- (4) ن: الأم 5 / 13، وقال في المهذب 2 / 35: «لا يصح النكاح إلا بولي، فإن عقدت المرأة لم يصح، وقال أبو ثور: إن عقدت بإذن ولي صح.
- (5) بغير هاء السكت وهو استعمال فصيح. قال في اللسان / بلغ: وقال الشافعي في كتاب النكاح: جارية بالغ بغير هاء.
- وقال الأزهرى: والشافعي فصيح حجة في اللغة. قال: وسمعت فصحاء العرب يقولون: جارية بالغ، ولو قال قائل جارية بالغة، لم يكن خطأ لأنه الأصل.
- (6) قال في المبسوط 5 / 10: «بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه: أن امرأة زوجت ابنتها برضاها، فجاء أولياؤها فخاصموها إلى علي رضي الله عنه، فأجاز النكاح وفي هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها، أو أمرت غير الولي أن يزوجه، فزوجها، جاز النكاح. وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى، كانت بكرًا أو ثيبًا، إذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية، سواء كان الزوج كفؤًا لها أو غير كفء.
- (7) العضل منع المرأة من التزوج بكفتها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه. =

[البقرة: 232]، وبقوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحِلَّ لَهَا مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾
 [البقرة: 230]، وبقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِهِنَّ
 بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 234].

قالوا: وهذه الإضافة إضافة مباشرة، وليس لمباشرة النكاح لفظ أبين من هذا.

قالوا: وقال ﷺ لفاطمة⁽¹⁾: «انكحي أسامة⁽²⁾ بن زيد⁽³⁾ فنسب العقد إليها.
 قالوا: وقد قال عليه السلام في حديث ابن عباس⁽⁴⁾: «الأيمن⁽⁵⁾ أحق⁽⁶⁾»

= ن: الطلبة 93، والمغني 7 / 368، والأنيس 165 - 166، ولغة الفقهاء 310.

(1) هي فاطمة بنت قيس الفهرية، أخت الضحاك بن قيس. من المهاجرات الأول في بيتها
 اجتمع أصحاب الشورى عند قتل عمر بن الخطاب رضي الله عنه. روى عنها الشعبي
 والنخعي وغيرهما، ترجمتها في الاستيعاب بهامش الإصابة 13 / 129 - 130، والإصابة
 13 / 85 - 86، والخلاصة 494.

(2) هو أبو زيد وأبو محمد أسامة بن زيد بن حارثة الحب ابن الحب، أمه: أم أيمن مولاة رسول
 الله ﷺ، وحاضنته، أمره رسول الله ﷺ على جيش عظيم فيه كبار الصحابة، وعمره لا
 يتجاوز 17 سنة، كان عمر رضي الله عنه يحبه، ويقدمه في العطاء على ولده عبد الله.
 اختلف في سنة وفاته، والذي صححه ابن عبد البر من الخلاف في ذلك أنه مات سنة 54هـ.
 ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 1 / 143، والإصابة 1 / 45، وصفوة الصفوة
 521.

(3) جزء من حديث طويل أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، وأبو
 داود في كتاب الطلاق، باب نفقة المبتوتة، والنسائي في سننه 6 / 75، كلهم عن أبي سلمة
 ابن عبد الرحمن، عن فاطمة بنت قيس، وبنفس اللفظ تقريباً.

(4) في الأصل: بن.

(5) هو أبو العباس عبد الله بن عبد المطلب، ابن عم رسول الله ﷺ، وأحد السبعة المكثرين من
 رواية الحديث، قال فيه عليه السلام: «اللهم فقهه في الدين، وعلمه التأويل». توفي
 بالطائف سنة 71 أو 72هـ.

ترجمته في الحلية 1 / 314، والاستيعاب بهامش الإصابة 6 / 258، وطبقات
 الشيرازي 48 - 49، والخلاصة 202، والرياض 198.

(6) الأيمن من النساء: من لا زوج لها بكرة كانت أو مطلقة، أو أرملة. ومن الرجال من لا امرأة
 له، تزوج قبل، أو لم يتزوج. ن: اللسان / أيم، والطلبة 92، والمغرب 32، ولغة الفقهاء =

بنفسها من وليها، والبكر⁽¹⁾ تستأمر في نفسها⁽²⁾.
 قالوا: والأيم كل امرأة لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا⁽³⁾ بدليل قوله عز
 وجل: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ (4) مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ [النور: 32].
 قالوا: وقد زوجت عائشة رضي الله عنها بنت أخيها⁽⁵⁾ بمحضر من
 الصحابة، فلم ينكر ذلك أحد منهم، فدل ذلك على صحة ما قلناه.
 قالوا: ولأن النكاح عقد معاوضة⁽⁶⁾ تكسب به مالاً، فجاز لها أن تتولاه
 بنفسها إن كانت رشيدة، دليله: عقد البيع والإجارة⁽⁷⁾.

= 99. والمراد بالأيم عند محمد بن الحسن وأصحاب الشافعي في هذا الحديث: الثيب. ن:
 المعالم 3 / 205.

- (1) البكر: خلاف الثيب، وهي التي لم توطأ بعقد صحيح، أو بعقد فاسد جرى مجرى الصحيح. ن: المغرب 49، والقاموس الفقهي 41.
- (2) بهذا اللفظ مع إثبات كلمة «تستأذن»، بدل «تستأمر»، وزيادة: «إذنها صماتها» في آخر الحديث. أخرجه مالك في الموطأ 356 عن ابن عباس، والشافعي في الأم 5 / 15 من طريق مالك، وأبو داود في سننه 2 / 232، من لفظ القعني، والبيهقي في السنن الكبرى 7 / 115، وبنحوه أخرجه مسلم في النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، والدارمي في سننه 2 / 138، والترمذي في أبواب النكاح، باب ما جاء في استثمار البكر والثيب. وقال: هذا حديث حسن صحيح.
- (3) الثيب: من له بالتزويج والمباضعة عهد، ذكراً كان أو أنثى، والثيب من النساء: من أزيلت بكارتها. ن: القاموس الفقهي 55، ولغة الفقهاء 155.
- (4) في الأصل: الأيما.
- (5) هي حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق، وزوجتها من المنذر بن الزبير، وأبوها عبد الرحمن غائب، فلما رجع قال: أومثلي يفتات عليه في بناته؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: أو ترغب عن المنذر، والله لتملكنه أمرها. هكذا الخبر في المبسوط 5 / 12، وفي السنن الكبرى 7 / 112 - 113: «أن عبد الرحمن قال: مثلي يصنع هذا به، ويفتات عليه؟ فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير. فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: ما كنت لأرد ما قضيته.
- (6) عقد المعاوضة: عقد على بذل العوض من كلا طرفي العقد: فمن الزوج الصداق، ومن الزوجة البضع.
- (7) الإجارة: تملك المنافع بعوض هو مال. ن: الطلبة 253، والمغرب 20، والتعريفات =

والشركة⁽¹⁾، والقراض⁽²⁾، والمساقاة⁽³⁾، وما أشبه ذلك.
ولأنها شخص غير محجور⁽⁴⁾ عليها في مالها، فوجب ألا تمنع من عقد
النكاح. دليله: الرجل.

قالوا: ولأنها تصرفت في خالص حقها، فجاز تصرفها فيه بسائر
تصرفاتها، من الأخذ والإعطاء، وما أشبه ذلك.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى
النِّسَاءِ﴾ [النساء: 34]. وقوله: ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَى﴾ [آل عمران: 36]. وهذا
عام⁽⁵⁾.

فلو أجزنا لها عقد النكاح لكانت كالرجل، وذلك خلاف ما نص الله
تعالى عليه، إذ قد منع جل وعلا من المساواة⁽⁶⁾ بينهما، حتى إنه لم يجعل
حظها كحظه⁽⁷⁾ في الميراث. فقال: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء: 11].

-
- = 126، والأنيس 193، والبهجة 2 / 180.
- (1) الشركة: اجتماع في ملك، أو ملك وتصرف، بواسطة عقد، وإن لم يوجد اختلاط في
الأنصاء بالفعل. ن: حلية الفقهاء 144، والطلبية 205، والتعريفات 126، والأنيس
193، والبهجة 2 / 209، ولغة الفقهاء 261.
- (2) القراض: هو أن يدفع الرجل إلى آخر مالا يتجر به، ويكون الربح بينهما على ما يتفقان
عليه، وتكون الوضعية - وهي الخسارة إن كانت - على رأس المال، ويسمى القراض في لغة
الحجاز: بالمضاربة. ن: حلية الفقهاء 147، والطلبية 301، وشرح الحدود 379، والأنيس
247، والشرح الصغير 6 / 202 - 203، ولغة الفقهاء 360.
- (3) في الأصل: المساقات. والمساقاة: دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره. ن: حلية
الفقهاء 149، والتعريفات 212. والبهجة 2 / 189، ولغة الفقهاء 425.
- (4) المحجور: الممنوع من التصرف في ماله لصغر سنه، أو رفق، أو ما في حكم ذلك.
- (5) العام: هو اللفظ الواحد الدال على مسميين فصاعداً مطلقاً معاً. أحكام الأمدي
2 / 217 - 218، وانظر: المستصفي 2 / 32، والمنهاج 17، وإحكام الفصول 172،
وحلية الفقهاء 28، وسلم الوصول 187، ولغة الفقهاء 322.
- (6) في الأصل: المساوات.
- (7) في الأصل: بحظه.

وقال عز وجل: ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: 25]، فأضاف الإذن إلى الأهلية⁽¹⁾، وهو الولي الذي اختلفنا فيه .
 وقوله عز وجل: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: 232]، وهو خطاب للأولياء⁽²⁾، والآية نزلت في معقل⁽³⁾ بن يسار حين عضل أخته⁽⁴⁾.
 فلو جاز ما قالوه لانتفى⁽⁵⁾ العضل عنهن لزوال الحاجة إلى الأولياء، وذلك خلاف ما نص الله تعالى عليه .
 وقال ﷺ: «لا تنكح المرأة المرأة، ولا تنكح المرأة نفسها»⁽⁶⁾. وروى

-
- (1) هكذا في الأصل، ولم أعرثر على معنى لها كالذي في المتن، وهي أشبه ما تكون هنا بالاستعمال المغربي الدارج .
- (2) قال في الأم 5 / 13: «لأنه إنما يؤمر بالأبلا يعضل المرأة من كان له سبب إلى العضل، بأن يكون به يتم نكاحها من الأولياء، والزواج إن طلقها، فانقضت عدتها، فليس بسبيل منها، وإذا لم تنقض عدتها، فقد يحرم عليها أن تنكح غيره، وهو لا يعضلها عن نفسه، وهذا أبين ما في القرآن من أن للولي مع المرأة حقاً» .
- (3) هو معقل بن يسار بن عبد الله المزني، أسلم قبل الحديبية، روى عنه عمران بن حصين، والحسن البصري، وأبو عثمان النهدي وآخرون . وخرج له الستة، مات في خلافة معاوية، وقيل عاش إلى إمرة يزيد .
- (4) هي جمل بضم الجيم، وسكون الميم، وقيل بصيغة التصغير، أخرج حديثها البخاري، غير أنه لم يسمها، وسمها الكلبي في تفسيره بالتصغير، وأخرج الطبري من طريق ابن جريج أن اسمها جميلة بالتصغير، وقيل اسمها ليلي . ن: الإصابة 12 / 174 .
- وأخرج أبو داود في سننه في كتاب النكاح، باب العضل عن معقل بن يسار السابق الذكر أنه قال في سبب نزول هذه الآية: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ . . .﴾: «كانت لي أخت تخطب إلي، فأتاني ابن عم لي فأنكحتها إياه، ثم طلقها طلاقاً له رجعة، ثم تركها حتى انقضت عدتها، فلما خطبت إلي، أتاني يخطبها، فقلت: لا والله لا أنكحها أبداً . قال: ففي نزلت هذه الآية: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَّ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ . . .﴾ الآية . فكفرت عن يميني، فأنكحتها إياه» .
- (5) في الأصل: انتفا .
- (6) بهذا اللفظ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 36، عن أبي هريرة رضي الله عنه .

عروة⁽¹⁾ بن الزبير، عن عائشة رضي الله عنها: أن النبي ﷺ قال: «أيما⁽²⁾ امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، باطل، باطل»⁽³⁾.
وروى أبو موسى⁽⁴⁾ الأشعري، وعمران بن الحصين⁽⁵⁾، وأنس⁽⁶⁾ وابن

- (1) هو أبو عبد الله عروة بن الزبير بن العوام، أحد الفقهاء السبعة، قال فيه عمر بن عبد العزيز: ما أحد أعلم من عروة بن الزبير. ولد سنة 26هـ، ومات سنة 94هـ.
ترجمته في الحلية 2 / 176، وطبقات الشيرازي 58 - 59، والخلاصة 265.
- (2) قال في المعالم 3 / 196: «... أيما امرأة كلمة استيفاء واستيعاب، وفيه إثبات الولاية على النساء كلهن».
- (3) بهذا اللفظ ذكره السرخسي في المبسوط 5 / 11، والنووي في المجموع 16 / 26، وابن قدامة في المغني 7 / 338، وحكى تخريجه من لدن أحمد وأبي داود وغيرهما.
وهو في سنن أبي داود في كتاب النكاح، باب في الولي عن عائشة رضي الله عنها بلفظ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن موليها، فنكاحها باطل ثلاث مرات»، فإن دخل بها، فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» وبنحوه، وعن عائشة أيضاً، أخرجه الترمذي في أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي. وقال: حديث حسن، وقد روى يحيى بن سعيد الأنصاري، ويحيى بن أيوب، وسفيان الثوري، وغير واحد من الحفاظ عن أبي جريح نحو هذا.
- (4) هو عبد الله بن قيس بن سليم الأشعري. كان حسن الصوت بالقرآن، فقال فيه عليه السلام: «لقد أوتي مزاراً من مزامير آل داود»، وكان عمر رضي الله عنه إذا رآه قال له: ذكرنا ربنا يا أبا موسى، فيقرأ عنده. أخرج له الجماعة، اختلف في وفاته فقيل: سنة 42هـ، وقيل: 44هـ وقيل غير ذلك.
- ترجمته في الحلية 1 / 256، وطبقات الشيرازي 44، والاستيعاب بهامش الإصابة 7 / 3، والإصابة 6 / 194، والخلاصة 210، والرياض 188.
- (5) هو أبو نجيد عمران بن حصين بن عبيد الأسلمي الخزاعي، أسلم عام خيبر، كان من فضلاء الصحابة وفقهائهم أخرج له الجماعة، سكن البصرة، ومات بها سنة 52هـ.
ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 9 / 19، وطبقات الشيرازي 51، والخلاصة 295، والرياض 219.
- (6) هو أبو حمزة أنس بن مالك بن النضر الأنصاري، خادم رسول الله ﷺ، دعا له رسول الله ﷺ فقال: «اللهم ارزقه مآلاً وولدًا، وبارك له»، فكان من أكثر الأنصار مآلاً وولدًا. مات بالبصرة سنة 90هـ، وقيل: 91هـ، وقيل غير ذلك، وهو آخر من مات بها من الصحابة =

عمر⁽¹⁾ أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي⁽²⁾، وصدّاق، وشاهدي عدل»⁽³⁾.
ولأنه عقد نكاح، فوجب افتقاره إلى ولي، دليله العقد على الصغير.
ولأن الولي شرط في صحة عقد النكاح، حفظاً للفروج، وصيانة لها لأنه
لا يأمن عليها أن تضع نفسها في غير كفاء⁽⁴⁾، فيلحق بالولي المعرة⁽⁵⁾.
فإذا ثبت هذا فكل ما احتجوا به من الظواهر⁽⁶⁾ غير لازم: أما قوله عز
وجل: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: 232] فحجة لنا، لأنه جل
وعلا نهى⁽⁷⁾ الولي عن العضل، فدل ذلك أن له عقد النكاح عليها إذا ترك
العضل، لأنها لو كانت تملك عقد النكاح على نفسها بغير إذن وليها، كما
تملك⁽⁸⁾ عقد البيع، والإجارة، وغير ذلك من العقود، لم يكن لنهي الله عز
وجل الولي عن عضلها عن النكاح فائدة، ولجاز لها أن تعقد النكاح على نفسها

= أخرج له الجماعة ترجمته في طبقات الشيرازي 52 - 53، والاستيعاب بهامش الإصابة
1 / 205، والخلاصة 40، والرياض 33.

(1) هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، أحد الصحابة السبعة
المكثرين من رواية الحديث. قال الذهبي: كان إماماً متيناً واسع العلم كثير الأتباع، وافر
النسك، كبير القدر، متين الديانة، عظيم الحرمة أخرج له الستة مات بمكة سنة 73هـ، أو
74هـ.

ترجمته في الحلية 1 / 292، وطبقات الشيرازي 49 - 50، وصفوة الصفوة
1 / 563، والإصابة 6 / 167، والخلاصة 207، والرياض 194.

(2) الولي: من له على المرأة ملك أو أبوة، أو تعصيب أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة أو ذي
إسلام. شرح الحدود 158، وانظر: حلية الفقهاء 165، والأنيس 267.

(3) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 125.

(4) في الأصل: كفو.

(5) المعرة: العار والعيب والسبة. اللسان / غير.

(6) الظواهر جمع ظاهر، والظاهر عند الأصوليين هو المعنى الذي يسبق إلى فهم السامع من
المعاني التي يحتملها اللفظ. ن: الحدود 43، ومفتاح الوصول 75، وسلم الوصول 217،
ومنازل السالك 15.

(7) في الأصل: نها.

(8) في الأصل: يملك.

سوى⁽¹⁾ عضلها الولي أو لم يعضلها، لأنه يمنعها من عقد هي أملك به منه، ألا ترى أنها لما كانت تملك عقد البيع والإجارة، لم يجز للولي ذكر في ذلك، لا بعضل⁽²⁾ ولا بغيره؟ فلما ذكر العضل في النكاح، علم أن للولي في العقد عليها حقًا ثابتًا. وأما قوله عز وجل [هـ 140]: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230] فإنما أخبر جل وعز عن الحكم كيف هو في المطلقة ثلاثًا، وأنها لا تحل للذي طلقها حتى تنكح زوجًا غيره، وليس معناه أن تتولى العقد بنفسها.

وأما قوله عز وجل: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَا فِي أَنْفُسِنَا بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 234] فليس من المعروف، ولا من الشرع المألوف أن تعقد على نفسها بغير إذن وليها.

وقوله عليه السلام: «الأيام أحق بنفسها»⁽³⁾ ليس فيه أنه عليه السلام قال: هي أحق بالعقد على نفسها، وهو أيضًا معارض⁽⁴⁾ بقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»⁽⁵⁾ لأنه نفي عام لا تخصيص⁽⁶⁾ فيه.

(1) سوى: سواء. قال في اللسان / سوا: سواء بالفتح والمد مثل سوى بالقصر والكسر.

(2) في الأصل: يعضل.

(3) تقدم تخريجه.

(4) معارض: أي مقابل بدليل مثله أو أقوى منه، لأن المعارضة هي مقابلة الخصم للمستدل بمثل دليله أو بما هو أقوى منه. ن: الحدود 79، والتعريفات 219.

(5) بهذا اللفظ أخرجه الترمذي في سننه 2 / 280 عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه بأسانيد متعددة. وذكر أنه مروى كذلك عن عائشة، وابن عباس، وأبي هريرة، وعمران بن حصين، وأنس رضي الله عنهم.

وبه أيضًا أخرجه الدارمي في سننه 2 / 137، وأبو داود في سننه 2 / 229، وابن ماجة في سننه 1 / 605، والبيهقي في السنن الكبرى 7 / 107، عن عائشة، وابن عباس، وأبي موسى رضي الله عنهم، وفي المغني 7 / 338: قال المروزي: سألت أحمد ويحيى عن حديث: «لا نكاح إلا بولي»، فقال: صحيح. وقال الزيلعي في نصب الراية: 3 / 184: «قال الحاكم: وهذا الحديث أي: «لا نكاح إلا بولي»، لم يكن للشيخين إخلاء الصحيحين منه...».

(6) التخصيص هو قصر العام على بعض أفراده. ن: سلم الوصول 191، والتعريفات 53.

وقوله عليه السلام لفاطمه⁽¹⁾: «انكحي أسامة⁽²⁾ بن زيد»⁽³⁾ إنما شاورته في رجال⁽⁴⁾ طلبوا نكاحها، فقال لها: «انكحي أسامة بن زيد» ولم يرد عليه السلام أنها تتولى العقد على نفسها بنفسها.

وأما تزويج عائشة بنت⁽⁵⁾ أخيها فيجوز أن تكون موكلة من قبل أخيها، وأنها قدرت الصداق، ونظرت في الكفء⁽⁶⁾، وأمرت غيرها أن يعقد، وهذا عندنا جائز⁽⁷⁾ وقد روي عنها أنها قالت: اعقدوا فإن النساء لا يعقدن⁽⁸⁾.

وقولهم: وهذه الإضافة إضافة مباشرة، كله منتقض عليهم بقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»⁽⁹⁾، وقوله: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، باطل، باطل»⁽¹⁰⁾.

وتشبيهم النكاح بالبيع، والإجارة، غير صحيح، لأن عقد النكاح عقد

(1) هي فاطمة بنت قيس أخت الضحاك وقد تقدمت ترجمتها.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) هم أبو جهم، ومعاوية. ن: صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها.

(5) هي حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق، وقد تقدمت ترجمتها.

(6) في الأصل: الكفو.

(7) قال خليل في مختصره 114: «ووكلت مالكة، أو وصية، أو معتقة...» وقال في التحفة:

والمرأة الوصي ليست تعقد إلا بتقديم امرئ يعتمد ن: الكافي 80.

(8) بهذا اللفظ أورده السرخسي في المبسوط 5 / 11، في سياق أدلة القائلين بعدم جواز

النكاح بعقد النساء، وبلغت: «كانت عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها،

فتشهد، فإذا بلغت عقد النكاح، قالت لبعض أهلها: زوج فإن المرأة لا تلي عقد النكاح».

أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 112، عن عبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن

أبي بكر الصديق، رضي الله عنهم، وفي عيون الأدلة 18 / 268: أنه روي عن عائشة

رضي الله عنها أنها قالت: «أنا أنظر وأدبر، فإذا حضر العقد فاعقدوا، فإن النساء لا

يعقدن».

(9) تقدم تخريجه.

(10) تقدم تخريجه.

سكن ومكارمة⁽¹⁾، وعقد البيوع عقد مشاححة⁽²⁾ ومغابنة⁽³⁾ وتنمية، ولا مدخل فيه للولي، وليس كذلك النكاح، فصح الفرقان بين النكاح والبيع. والله أعلم.

-
- (1) المكارمة: التسامح والعفو، وإظهار الكرم من كلا طرفي العقد.
 - (2) المشاححة من الشح، وهو البخل مع حرص وتشاح المتبايعان، حرص كل منهما على أن يزداد في حظه. ن: لغة الفقهاء 131.
 - (3) المغابنة من الغبن وهو النقص، والمتغابنان يحاول كل منهما أن ينقص من حظ صاحبه. ن: لغة الفقهاء 328.

[في إجبار البكر البالغ]

يجوز للأب⁽¹⁾ أن يجبر⁽²⁾ ابنته البكر البالغ على النكاح⁽³⁾. وبه قال الشافعي⁽⁴⁾، وأحمد⁽⁵⁾، وإسحاق⁽⁶⁾.

- (1) وكذا وصيه الذي جعل له الإجبار عند المالكية. ن: القوانين الفقهية 172، والجد عند الشافعية. ن: المهذب 2 / 37.
 - (2) يجبر ابنته: يزوجه بمن شاء وعلى أي وجه شاء، ما لم يكن في ذلك ضرر. والإجبار: هو حمل ذي الولاية الغير على تصرف ما، تنفيذاً لحكم الشرع. ن: لغة الفقهاء 43.
 - (3) ولو عانساً على المشهور من قولي مالك. ن: أسهل المدارك 2 / 70: وعلى القول الآخر لا بد من اعتبار رضاها. ن: البداية 2 / 4، وقد عد ابن هبيرة الحنبلي هذا القول الأخير هو أظهر الروایتين عن مالك. فقال في الإفصاح 2 / 112: «واستثنى مالك في أظهر الروایتين عنه المعنسة، وهي التي طال مكثها في بيت أبيها، حتى بلغت أربعين سنة، وكذلك التي زوجت، وخلا بها الزوج، وطلقت من غير دخول بها، وقد باشرت الأمور، وعرفت مصالحتها ومضارها، فقال: لا يملك الأب إجبارها». وانظر: اختصار عيون المجالس 2، 45، ومسائل الخلاف 2، 160.
 - (4) قال في الأم 5 / 23: ولأب البكر أن يزوجه صغيرة وكبيرة بغير أمرها، وأحب إلي إن كانت بالغاً أن يستأمرها.
 - (5) في إحدى الروایتين عنه، وهي الأظهر. ن: الإفصاح 2 / 112.
 - (6) هو أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم الحنظلي المروزي المعروف بابن راهويه، المحدث الفقيه الورع، سئل عنه الإمام أحمد، فقال: إسحاق عندنا إمام من أئمة المسلمين، وما عبر الجسر أحد أفقه من إسحاق. توفي سنة 238هـ بنيسابور. أخرج له الستة إلا ابن ماجه.
- ترجمته في طبقات الشيرازي 94، وطبقات الحنابلة 1 / 109، وطبقات الحفاظ 191، والخلاصة 27.

وقال أبو حنيفة والثوري⁽¹⁾، والأوزاعي⁽²⁾: لا يجبر على ذلك⁽³⁾. واحتج أصحابه بقوله [ﷺ]⁽⁴⁾: «الأيام أحق بنفسها من وليها»⁽⁵⁾ والأيام هي المرأة التي لا زوج لها، بكرة كانت أو ثيباً. قالوا⁽⁶⁾: فهو على عمومه. قالوا: ولأن الأب لما لم يكن يملك عليها الجبر في مالها، إذا كانت حرة بالغة رشيدة⁽⁷⁾، فكذلك لا يملك الحجر⁽⁸⁾ والإجبار عليها في بضعها⁽⁹⁾ إلا بإذنها ورضاها.

قالوا: ولأن الأب يتولى مال الصغير وبضعه، فإذا بلغ رشيداً، زالت ولايته عن ماله وبضعه، فكذلك الابنة إذا بلغت رشيدة، زالت ولايته عن مالها وبضعها.

(1) هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الكوفي الثوري. قال ابن عيينة: ما علمت رجلاً

أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثوري، مات بالبصرة سنة 161هـ. أخرج له الستة. ترجمته في طبقات الشيرازي 84 - 85، وطبقات الحفاظ 95، والخلاصة 145.

(2) هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمى الأوزاعي، محدث الشام، خرج له الستة، مات 157هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 76، وطبقات الحفاظ 85، والخلاصة 232.

(3) قال في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى 178 - 179: «وإذا زوج الرجل ابنته، وقد أدركت، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: إذا كرهت ذلك، لم يجز النكاح عليها، لأنها قد أدركت وملكت أمرها. فلا تكره على ذلك.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) تقدم تخريجه.

(6) في الأصل: قال.

(7) الرشيدة: هي التي تحسن التصرف في مالها، ولا تخدع في البيع والابتاع.

(8) الحجر: صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته، أو تبرعه بماله. شرح الحدود 313، وانظر: حلية الفقهاء 142، والمغرب 103، والتعريفات 82، والأنيس 265، ولغة الفقهاء 175.

(9) البضع بضم الباء، يطلق على عقد النكاح، وعلى الجماع، وعلى فرج المرأة، ومنه الحديث الشريف: «تستأمر النساء في أبضاعهن». ن: القاموس / بضع، والقاموس الفقهي 38، ولغة الفقهاء 108.

قالوا: ولأنها امرأة بالغ حرة رشيدة، فلم يكن لأبيها إجبارها على النكاح، دليلاً ما إذا كانت ثيباً.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها من وليها»⁽¹⁾ الذي هو الأب، وهو من باب دليل الخطاب⁽²⁾. وهو موافق لنا على القول به⁽³⁾.

وقوله عليه السلام: «هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»⁽⁴⁾ فدل ذلك على أن غير يتيمة إذا كانت بكرًا ذات أب تنكح بغير إذنها، وأنه لا يفتقر إلى نطقها مع القدرة عليه، فكانت كالبكر الصغيرة قبل البلوغ، فإن للأب إنكاحها من غير أن يستأمرها بغير خلاف، فوجب أن تكون البكر البالغ كذلك، والعلة الجامعة⁽⁵⁾

(1) بهذا اللفظ أخرج مسلم في صحيحه في كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، عن ابن عباس رضي الله عنه، وزاد في آخره: «والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها».

قال في نصب الرأية 3 / 193: «قال في التنقيح: لا دلالة في هذا الحديث على أن البكر ليست أحق بنفسها إلا من جهة المفهوم، والحنفية لا يقولون به، ثم على تقدير القول به - كما هو الصحيح - لا حجة فيه على إجبار كل بكر، لأن المفهوم لا عموم له، فيمكن حمله على من هي دون البلوغ، ثم إن هذا المفهوم قد خالفه منطوق، وهو قوله: «والبكر تستأذن»، والاستئذان مناف للإجبار.

(2) دليل الخطاب هو: قصر حكم المنطوق به على ما تناوله، والحكم للمسكوت به بما خالفه. ن: الحدود 50. وهو يعرف أيضاً بمفهوم المخالفة. ووجه كون هذا الحديث من باب دليل الخطاب هو: أن الثيب منطوق بحكمها، وهو: أنها أحق بنفسها من وليها، والبكر مسكوت عنها، فوجب أن يكون حكمها غير حكم الثيب، وهو: ألا تكون أحق بنفسها من وليها.

(3) لم أقف على من قال بأن أبا حنيفة يوافق على القول بدليل الخطاب، وهو مفهوم المخالفة، والذي في المبسوط 5 / 9، وهو أجل كتب الحنفية، وهو: «والمفهوم عندنا ليس بحجة». وهو نقيض المدعى بالمتن كما يظهر. والله أعلم.

(4) بهذا اللفظ في قصة طويلة، أخرجه الدارقطني في سننه 3 / 230 في كتاب النكاح، والبيهقي في السنن الكبرى 7 / 120. معاً عن ابن عمر رضي الله عنه.

(5) العلة هي: «الوصف الجالب للحكم... ومعنى ذلك: أن المعاني المحكوم بها موصوفة بصفات، فما كان منها جالباً للحكم فهو علة... وما كان من الأوصاف لا يجلب حكماً، =

بينهما وجود البكارة⁽¹⁾، مع كونها خالية من الزوجية، والعدة⁽²⁾، والردة⁽³⁾، والإحرام⁽⁴⁾.

ولأن كل ولاية⁽⁵⁾ تثبت للأب على الصغيرة البكر، لم تسقط بمجرد البلوغ، دليله الولاية في المال⁽⁶⁾.

فإذا ثبت هذا فما احتجوا به من الأحاديث، فهو معارض بما ذكرناه ورويناه، ومع التعارض تسقط الحجة⁽⁷⁾.

= فليس بعلّة. الحدود 72.

والعلة الجامعة هي العلة المشتركة بين الأصل والفرع، والتي بسبب تحققها في الفرع، ألحق بالأصل في حكمه، مثال ذلك: الخمر ونبذ الشعير المسكر، فالخمر أصل ورد النص بحكمه الذي هو الحرمة، والعلة: الإسكار، ونبذ الشعير لم يرد نص بحكمه، ولكن علة الحكم موجودة به، وهي الإسكار، فيلحق بالأصل في حكمه وهو الحرمة، للعلة الجامعة، وهي الإسكار.

(1) البكارة: هي كون المرأة بكرًا، وقد تقدم بيان معنى البكر.
(2) العدة: تربص وانتظار ووقف يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد أو شبهته. ن: حلية الفقهاء 183، والتعريفات 148، والأنيس 167، والقاموس الفقهي 242، ولغة الفقهاء 306.

(3) الردة: «قطع من يصح طلاقه الإسلام بكفر، عزمًا، أو قولًا، أو فعلًا، استهزاء كان ذلك أو عنادًا أو اعتقادًا، كنفي وجود الله تعالى، أو نفي نبي، أو تكذيبه، أو جحد أمر مجمع عليه معلوم من الدين بالضرورة بلا عذر، أو تردد في كفر، أو إلقاء مصحف بقاذورة، أو سجود لمخلوق». القاموس الفقهي 147، وانظر: لغة الفقهاء 221.

(4) الإحرام: الدخول في حرمة الله، ومنه الإحرام بالصلاة، والحج، ويراد به عند الإطلاق: الإحرام بحج أو عمرة. ن: القاموس الفقهي 85، ولغة الفقهاء 47.

(5) الولاية: «حق تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبي». لغة الفقهاء. وهي أنواع: «ولاية عامة، وولاية خاصة، وولاية على المال، وولاية على النفس، وولاية النكاح.

(6) التي لا تسقط عند المالكية - كما سنرى قريبًا - بمجرد بلوغ البكر الصغيرة، وإنما بعد دخول الزوج بها وإيناس رشدها.

(7) لأنه إذا تساوى الدليلان، أو كان دليل المعترض أقوى، لم يكن في دليل المستدل حجة ملزمة عند أهل المناظرة والجدل والخلاف.

وقولهم: إن الأب لما لم يملك الجبر عليها في مالها بعد رشدها⁽¹⁾،
فكذلك في بضعها، غير لازم لنا، لأن رشدها وفك حجرها عندنا، لا يكون إلا
بعد الدخول بها، وإيناس رشدها، أما قبل ذلك، فولاية الأب مستمرة عليها،
فلذلك جاز إجبارها على النكاح.

وقياسهم بضعها ومالها على مال الصغير وبضعه، غير صحيح. لأن علة
إجبارها عندنا وجود البكارة، فجاز إجبارها كالبكر الصغيرة قبل البلوغ.
وقياسهم إياها على الثيب غير صحيح، لأن العلة التي توجب إجبارها
قد ذهبت، وهي البكارة، والله أعلم⁽²⁾.

(1) الرشد: «البلوغ مع حسن التصرف بالمال». لغة الفقهاء 222.
(2) وأصل الخلاف في هذه المسألة يرجع أساساً كما في البداية 2 / 5 إلى موجب الإيجاب ما
هو؟ هل هو البكارة أو الصغر؟

فمن قال الصغر كأبي حنيفة قال: لا يُجبر البكر البالغ، ومن قال البكارة كالشافعي
قال: يُجبر البكر البالغ، ويُجبر الثيب الصغيرة، ومن قال: كل واحد من الصغر والبكارة
يوجب الإيجاب إذا انفرد، كالإمام مالك قال: يجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ.

[في تزويج اليتيمة]

لا تزوج اليتيمة حتى تبلغ، وتأذن بالقول، ولا إذن لغير البالغ⁽¹⁾. وبه قال الشافعي⁽²⁾.

وقال أبو حنيفة: يجوز لأوليائها أن يزوجها قبل البلوغ إلا أن لها الخيار إذا بلغت⁽³⁾.

وقال القاضي أبو يوسف⁽⁴⁾: لا خيار لها جملة⁽⁵⁾.

[هـ 141] واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور: 32]، فأطلق ولم يفرق بين بالغ وغير بالغ.

قالوا: والأيم: كل امرأة لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا، صغيرة

(1) قال في المنتقى 3 / 266: «وبكر لا تنكح ولا تستأذن، وهي اليتيمة التي لم تبلغ المحيض، فإن اليتيمة لا تزوج إلا بإذنها، والتي لم تبلغ لا يصح إذنها، فلا يصح إنكاحها... وقال ابن العربي في أحكامه 1 / 10: «إذا افتقرت أو عدت الصيانة، جاز إنكاحها قبل البلوغ»، وقال في أسهل المدارك 2 / 72: «قال العلامة الدسوقي: والحاصل أن بلوغها مطلوب، لمراعاة القول الآخر وهو مذهب المدونة، ومثله في الرسالة، وليس شرطًا يتوقف عليه تزويجها على القول الذي جرى به العمل بتزويجها... قال العدوي: المعتمد في هذه المسألة ما ارتضاه المتأخرون من أن المدار على خيفة الفساد، فمن خيف عليها الفساد في مالها أو في حالها، زوجت بلغت عشرًا أو لا، رضيت بالنكاح أو لا، فيجبرها وليها على التزويج، ووجب مشاوره القاضي في تزويجها».

(2) قال في المهذب 2 / 37: «ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن».

(3) انظر: تحفة الفقهاء 2 / 220، والبداية 2 / 5، والبداية 2 / 241 - 242، وشرح السنة 37 / 9.

(4) هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي صاحب أبي حنيفة وناشر مذهبه، توفي ببغداد سنة 182هـ.

ترجمته في الانتقاء 172، وطبقات الشيرازي 134، وتاج التراجم 81، والفوائد البهية 225.

(5) انظر تحفة الفقهاء 2 / 220.

كانت أو كبيرة .

قالوا: وقال الله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 3]، قالت عائشة رضي الله عنها: «نزلت هذه الآية في الرجل يكون في حجره اليتيمة، فيرغب في نكاحها لمالها، ويخاف ألا يقسط في أمرها، فنزلت هذه الآية، ومعناها: إذا علمتم من أنفسكم العدل والقسط فيهن، وفي أموالهن، فلا جناح عليكم في تزويجهن، وإن خفتن ألا تقسطوا فيهن، فانكحوا ما طاب لكم من النساء غيرهن»⁽¹⁾.

قالوا: ووجه تقرير الدليل من الآية، هو: أن اليتيمة الصغيرة لو كانت ممن [لا]⁽²⁾ يجوز أن يعقد عليها، لم يكن لذكر الإقساط⁽³⁾ والخوف منه معنى⁽⁴⁾.

قالوا: فإذا صح هذا، فالإقساط المذكور، المخوف منه، إنما يكون مع وجود الصغير والضعيف⁽⁵⁾ عن الانتصار، قالوا: فصح ما قلناه.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»⁽⁶⁾. وروى أبو هريرة⁽⁷⁾، أن النبي ﷺ قال: «تستأمر اليتيمة في

(1) لم أقف على هذا الأثر بهذا اللفظ، وأقرب لفظ منه وقفت عليه هو ما أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب تزويج اليتيمة، عن عروة بن الزبير: «أنه سأل عائشة رضي الله عنها، قال لها: يا أمته: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ . . . إلى - ما ملكت أيمانكم﴾ قالت عائشة: يا ابن أختي، هذه اليتيمة تكون في حجر وليها، فيرغب في جمالها ومالها، ويريد أن ينتقص من صداقها، فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا لهن في إكمال الصداق، وأمروا بنكاح من سواهن من النساء . . .».

(2) تكملة لازمة.

(3) في الأصل: الأسقاط، والإقساط: العدل.

(4) في الأصل: معنا.

(5) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: مع وجود الصغر والضعف.

(6) تقدم تخريجه.

(7) هو أبو هريرة عبد الرحمن بن صخر الدوسي الصحابي الحافظ إمام المكثرين من رواية الحديث، مات سنة 59هـ.

نفسها»⁽¹⁾.

ولأن الأصل في الفروج على الحظر⁽²⁾، فلا تستباح⁽³⁾ إلا بعقد نكاح، أو ملك يمين، بيقين لا شك فيه.

وإن غير الأب من الأولياء، ليس له التصرف في مال هذه اليتيمة بغير خلاف، فألا يكون له التصرف في بضعها أولى وأحرى⁽⁴⁾. دليله الأجنبي.

ولأن كل من لم يكن له إجبارها بعد البلوغ، لم يكن له إجبارها عليه قبله. دليله: الخال⁽⁵⁾ وعكسه الأب.

فإذا ثبت هذا، فليس في شيء مما احتجوا به دليل يؤذن بجواز العقد عليها قبل البلوغ، مع أن كل ما ذكروه معارض بنص قوله عليه السلام: «هي يتيمة، ولا تنكح إلا بإذنها»⁽⁶⁾، ولا شك أن غير البالغ لا إذن لها.

وقد قال عليه السلام: «تستأمر اليتيمة في نفسها»⁽⁷⁾ فكيف يستأمر من لا يجوز أمره في شيء؟ وهو مع ذلك غير مكلف، والقلم عنه مرفوع⁽⁸⁾ هذا بين لا إشكال فيه إن شاء الله.

= ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 12 / 167 - 176، والإصابة 12 / 63 - 79، والخلاصة 462.

(1) بهذا اللفظ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 120: عن أبي هريرة، وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما، وتماهه عن الأول: «فإن سكتت فهو إذنها، وإن أبت، فلا جواز عليها»، وعن الثاني: «فإن سكتت فقد أذنت، وإن أنكرت لم تكره».

(2) الحظر: منع الشيء منعًا يثاب على تركه، ويعاقب على فعله. لغة الفقهاء 182.

(3) في الأصل: يستباح.

(4) في الأصل: أولاً وأحرأ.

(5) في الأصل: الحال.

(6) تقدم تخريجه.

(7) تقدم تخريجه.

(8) يشير إلى قوله عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل».

أخرجه الدارمي في سننه 2 / 171: عن عائشة رضي الله عنها.

[في حكم الإشهاد على عقد النكاح]

الإشهاد على عقد النكاح من شروط كماله ونفوذه دون صحته، فإن عري العقد عن الإشهاد صح، إلا أنه لا يدخل بها حتى يشهد⁽¹⁾. وبه قال داود⁽²⁾ بن علي، وأبو ثور⁽³⁾. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا ينعقد، ولا يصح إلا بالإشهاد عليه⁽⁴⁾. واحتج أصحابهما بقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي، وصداق،

(1) قال في المدونة 2 / 158: «... عند مالك: إذا تزوج بغير بينة، فالنكاح جائز، ويشهدان فيما يستقبلان»، وقال في المقدمات 366: «... الإشهاد إنما يجب عند الدخول، وليس من شروط صحة العقد، فإن تزوج لم يشهد، فنكاح صحيح، ويشهدان فيما يستقبلان»، وقال في حلي المعاصم بهامش البهجة 2 / 239: «وقال في الواضحة: قال مالك: من نكح ولم يشهد لم يضره، لكن لا يبيني حتى يشهد».

وانظر: الإشراف 2 / 93، والبداية 2 / 13، واختصار عيون المجالس 46 و: 1.

(2) هو أبو سليمان داود بن علي بن خلف الظاهري، كان متعصباً للشافعي، ثم انتقل عنه، وصار له أتباع معروفون بالظاهرية، توفي ببغداد سنة 270هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 72، وطبقات العبادي 58.

(3) هو إبراهيم بن خالد بن اليمان الكلبي البغدادي، كان من أصحاب محمد بن الحسن، ثم انتقل إلى الشافعي. أحد الأئمة المجتهدين، خرج له مسلم، وأبو داود، وابن ماجه، توفي 240هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 92 و101 - 102، وطبقات العبادي 22، والخلاصة 17.

(4) قال في البدائع 2 / 252: «قال عامة العلماء: إن الشهادة شرط جواز النكاح، وقال مالك ليست بشرط، وإنما الشرط هو الإعلان، حتى لو عقد النكاح، وشرط الإعلان، جاز وإن لم يحضره شهود». وانظر: المبسوط 5 / 35، والأم 5 / 23.

وأصل الاختلاف في هذه المسألة كما في البداية 2 / 13 هو: «هل الشهادة حكم شرعي؟ أم إنما المقصود بها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار؟ فمن قال: حكم شرعي. قال: هي شرط من شروط الصحة. ومن قال: توثق، قال: من شرط التمام.

وشاهدي عدل»⁽¹⁾.

قالوا: وروي: «إلا بولي مرشد، وشاهدي عدل»⁽²⁾.

قالوا: وقد قال عليه السلام: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح»⁽³⁾،
خاطب، وولي، وشاهدان»⁽⁴⁾.

قالوا: الحق⁽⁵⁾ في سائر العقود، لا يتجاوز المتعاقدين، وفي النكاح
يتجاوزهما، لأنه يتعلق بالنسب، وحفظ الفراش، واحتياط⁽⁶⁾ فيه بالإشهاد
خوف الجحود.

ولأن الإشهاد وضع فرقاً بين النكاح والسفاح، لأن الزنا يقع في العادة
مستتراً، فشرط الإشهاد في النكاح، لتحسين⁽⁷⁾ الأنساب وحفظها.
ولأنه عقد مقصود به استباحة وطء⁽⁸⁾، فوجب أن يبطله ترك الإشهاد
عليه، أصله⁽⁹⁾: ما إذا شرط فيه الكتمان.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ
النِّسَاءِ﴾ [النساء: 3]، وقوله: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: 25]، فأمر
بالنكاح مطلقاً، ولم يأمر بالإشهاد.

(1) تقدم تخريجه .

(2) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 122، في باب: لا نكاح إلا بولي، عن كتاب النكاح،
من ابن عباس رضي الله عنه .

(3) السفاح: الزنا. لغة الفقهاء 245، وانظر: غريب المدونة 85، واللسان / سفح .

(4) هكذا ذكره في المبسوط 5 / 11، من حديث ابن عباس رضي الله عنه، وفي المغني
7 / 339: «قال ابن المنذر: لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر» .

(5) الحق هو كل مصلحة مختصة بصاحبها بإقرار الشارع واعترافه . انظر: التعريفات 89، ولغة
الفقهاء 182، ومذكرة التجاري .

(6) في الأصل: أحيط .

(7) في الأصل: ليحصن .

(8) في الأصل وطئ، وهو كذلك حيث ورد مضموماً أو مكسوراً .

(9) أصله: دليله وقياسه . ن: شرح التنقيح 16 .

وروى القاسم⁽¹⁾ بن محمد عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أعلنوا هذا النكاح، واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف»⁽²⁾. فأمر عليه السلام [هـ 142] بإظهاره وإعلانه طربًا، لا بالإشهاد عليه. وأما من جهة المعنى فنقول: النكاح عقد معاوضة، فلم يكن من شرط صحته الشهادة عليه. دليله سائر المعاوضات⁽³⁾. ولأنه عقد على استباحة منافع، فأشبهه الإجارة. ولأنه عقد يتوصل به إلى استباحة بضع، فلم يكن الإشهاد عليه شرطًا في صحته. دليله: ما إذا اشترى أمة للوطء، لأن العقود على ضربين: عقد على الرقاب⁽⁴⁾، وعقد على المنافع⁽⁵⁾: وقد أجمعنا على جواز العقد على الموضوعين من غير إشهاد، فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك. ولأنه عقد يستباح به بضع امرأة حرة، فلم يكن الإشهاد شرطًا في صحته. دليله: ما لو طلقها، ثم ارتجعها. ولأنه معنى يقصد به التوثق في الشرع، فلم يكن الإشهاد عليه شرطًا في صحته. أصله: الرهن⁽⁶⁾ والكفالة⁽⁷⁾.

(1) هو أبو محمد أو أبو عبد الرحمن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، أحد الفقهاء السبعة، إمام عالم ثقة، قال أبو الزناد: «ما رأيت أحدًا أعلم بالسنة منه»، قيل توفي سنة 106هـ، وقيل غير ذلك.

ترجمته في الحلية 2 / 183، وطبقات الشيرازي 59، وطبقات الحفاظ 45.

(2) بهذا اللفظ أخرجه الترمذي في سننه 2 / 276، في كتاب النكاح، عن عائشة رضي الله عنها، وقال: هذا حديث حسن غريب في هذا الباب، وأخرجه عنها أيضًا ابن ماجة في سننه 1 / 11 بلفظ: «أعلنوا هذا النكاح، واضربوا عليه بالدفوف».

(3) في الأصل: المعاوضات.

(4) كالرهن والأرضين مثلاً.

(5) كعمل الأجير، وسكنى الدار، وما أشبه ذلك.

(6) الرهن: «حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين»، التعريفات. وانظر: حلية الفقهاء 141، والطلبية 297، والمغرب 203، والأنيس 289.

(7) الكفالة: «ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقًا، بدين، أو بنفس، أو بعين».

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي»⁽¹⁾، محمول على نفي الكمال والفضيلة⁽²⁾، وهو كقوله عليه السلام: «لا صلاة لجار المسجد إلا بالمسجد»⁽³⁾، والأخبار الأخر⁽⁴⁾ محمولة على الإعلان، وترك التواطؤ فيه على الكتمان، لأن النكاح المتواطئ فيه على الكتمان فاسد عندنا لنهييه عليه السلام عن نكاح⁽⁵⁾ السر؛ وقد رفع إلى عمر رضي الله عنه رجل تزوج امرأة وكنم تزويجه، ففرق بينهما وقال: «هذا نكاح سر، ولو تقدمت فيه لرجمت»⁽⁶⁾.

وقولهم: إن العقد في النكاح يتجاوز المتعاقدين لحفظ النسب والفراش باطل بالنسب بملك اليمين.
ولو صح ما قالوه، لم يكن له نفي ولد الحرة باللعان⁽⁷⁾، وقد أجاز له

= القاموس الفقهي 322. وانظر: التعريفات 185، ولغة الفقهاء 382 - 383.

- (1) تقدم تخريجه مختصراً. وتمامه: «وصداق وشاهدي عدل».
- (2) لقد حمل المؤلف هذا الحديث نفسه حين الرد على من قال بصحة عقد المرأة نكاحها بنفسها، على خلاف ما حملة عليه هنا حيث احتج به هناك على أن الولي شرط في صحة العقد على المرأة، وقال عنه ما قال هنا!!.
- (3) قال في الأحاديث الضعيفة 217: «أخرجه الدارقطني والحاكم، والبيهقي، كلهم من طريق سليمان بن داود اليماني عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة مرفوعاً؛ قال البيهقي: وهو ضعيف، وعله ضعفه: سليمان الذي في سنده قال عنه ابن معين: ليس بشيء». وقال البخاري: منكر الحديث. وانظر: التعليق المغني بهامش الدارقطني 1 / 420.
- (4) في الأصل: الأمر.
- (5) نكاح السر هو: ما عقد بغير عدلين، وقيل: هو ما أمر الشهود حين عقده بكنمه، وقيل: هو ما كان بلا تشهير. ن: شرح الحدود 162، والتعريفات 246.
- (6) هذا الأثر أخرجه مالك في الموطأ 364، والشافعي في الأم 5 / 23، والبيهقي في السنن الكبرى 7 / 126، كلهم عن أبي الزبير المكي، ولفظه في الموطأ: «عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: هذا نكاح سر، ولو تقدمت لرجمت فيه».
- (7) اللعان: شهادات مؤكدة بالأيمان، مقرونة باللعن، قائمة مقام حد القذف في حقه (أي الزوج)، ومقام حد الزنا في حقها (أي الزوجة). ن: التعريفات 192، وحلية الفقهاء 182.

الشرع نفيه .
ولأن أصل مذهبهم جواز كتمان شهادة الشاهدين في عقد النكاح ، وأن
العقد لا يفسد بذلك ، وهو ما لا يقع به فرق بين النكاح والسفاح .
وقولهم : ولأنه عقد مقصود به استباحة وطء ، فوجب أن يبطله ترك
الإشهاد ، أصله ما إذا شرط فيه الكتمان ، باطل بالأمة ، التي تستباح بالوطء
على حسب ما قدمناه . والله أعلم .

مسألة [5]:

[في حكم ولاية الفاسق عقد النكاح]

يجوز أن يكون الفاسق⁽¹⁾ وليًا في عقد النكاح على وليته⁽²⁾. وبه قال أبو حنيفة⁽³⁾.

وقال الشافعي: لا يكون وليًا بحال⁽⁴⁾.

واحتج أصحابه بحديث يرويه عن النبي عليه السلام، أنه قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد، وشاهدي عدل»⁽⁵⁾.

قالوا: والمرشد من له رشد، والفاسق من لا رشد له.

قالوا: ولأن النكاح عقد يكسبها مالاً، فلا يكون الفاسق فيه وليًا، دليله:

ولاية المال.

ولأن الفسق معنى يوجب الحجر عليه، فوجب أن يمنع من عقد النكاح

(1) الفاسق: هو العاصي المرتكب للكبائر قصداً، أو المصّر على الصغائر، من غير تأويل، مع

الإقرار لله بالوحدانية. ن: المفردات 394، والتعريفات 164، ولغة الفقهاء 346.

(2) قال في الإشراف 2 / 93: «فسق الولي لا يزيل ولايته خلافاً للشافعي». وانظر: اختصار عيون المجالس 1 و46.

(3) قال في البدائع 2 / 239: «وكذا العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند أصحابنا، وللناسق

أن يزوج ابنه وابنته الصغيرين، وعند الشافعي شرط، وليس للفاسق ولاية التزويج». وقال

في حاشية الدر المختار 2 / 25: «ويحمل المذهب على ما إذا كان الفاسق غير سيء

الاختيار، ولا متهتكاً، فأما سيء الاختيار فتزويجه من غير كفاء، أو بنقص مهر، باطل

إجماعاً على ما في الفتاوي الهندية على السراج الوهاج».

(4) وهو المنصوص في المذهب وعند بعض الأصحاب قول آخر بالجواز المشروط، قال في

المجموع 16 / 157: «ولا يجوز أن يكون فاسقاً على المنصوص...» ومن أصحابنا من

قال: «إن كان أباً أو جدّاً لم يجز. وإن كان غيرهما من العصابات جاز، لأنه يعقد بالإذن فجاز

أن يكون فاسقاً كالوكيل»، وقال ابن الجهم من المالكية: «الفاسق لا يلي تزويج ابنته في

قول...». ن: مسائل الخلاف 1، 163.

(5) تقدم تخريجه.

على غيره . دليله : العبد .

قالوا: ولأن الولاية على الغير في عقد النكاح ولاية نظر واجتهاد، قالوا: ولا نظر ولا اجتهاد في ولاية فاسق، لأن فسقه يصاد جميع أسباب النظر⁽¹⁾، ويمنع توفر دواعيه، لأن العدالة سبب من أسباب النظر في مسألتنا مثل القرابة، سواء، إلا أن القرابة تبعث على النظر من حيث النسب، والتعصيب⁽²⁾، والوصلة⁽³⁾، والرحمية⁽⁴⁾، والعدالة⁽⁵⁾ تبعث على النظر من حيث الديانة، والديانة أهم، فإذا ترك النظر في الأهم، فإن تركه فيما هو دونه أخرى⁽⁶⁾.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: 25]، فلم يشترط جل وعلا فيمن يتولى عقد النكاح عدالة، وقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»⁽⁷⁾، وهذا عقد ولي، ولم يشترط فيه عليه السلام عدالة.

ولأن الولاية على ضربين: ولاية دين، وولاية نسب؛ وقد أجمعنا على أن فسقه لا يزيل ولايته على أمته، فوجب أن يكون فسقه غير مزيل لها عن ابنته وأخته.

ولأن الفسق صفة لا تمنع من ولاية عقد النكاح. دليله: عقد الكافر الكتابي النكاح على وليته الكافرة الكتابية من مسلم.

- (1) النظر: الحفظ، والرعاية، وحسن التصرف. ن: اللسان / نظر.
- (2) التعصيب: الإرث من غير فرض مقدر، وعصبة الرجل: أولياؤه الذكور من ورثته. ن: لغة الفقهاء 136، واللسان / عصب.
- (3) الوصلة: الاتصال والاجتماع، ومبادلة المحبة، ويقال بينهما وصلة، أي اتصال. ن: لغة الفقهاء 504، واللسان / وصل.
- (4) الرحمية: القرابة. وأصلها من الرحم الذي هو منبت الولد. ن: اللسان / رحم.
- (5) العدالة هي: الاستقامة على الحق باجتناب الكبائر، وعدم الإصرار على الصغائر، وتحاشي ما فيه خسة من سائر التصرفات». ن: التعريفات 147، ولغة الفقهاء 307.
- (6) في الأصل: أحرأ.
- (7) تقدم تخريجه.

وإذا كان الكفر لا يمنع ولاية عقد النكاح: دليله: عقد الكافر الكتابي، فالفسق أولى وأحرى ألا يمنع من ذلك.

ولأن الفاسق يملك الولاية على نفسه بغير خلاف، ومن جازت ولايته على نفسه، جازت ولايته على غيره.

ولأنه حر مسلم بالغ عاقل، فجاز أن يزوج وليته، دليله العدل. [هـ 143] ولأن الولاية تصرف مخصوص، واليد⁽¹⁾ والتصرف قد وجدتاه فيه، وأما المحل⁽²⁾ فإنه مختلف، فمرة يكون هو، ومرة يكون غيره، واختلاف المحل لا يوجب سلب التصرف.

فإذا ثبت هذا فما احتجوا به من الحديث غير صحيح، ولم يثبت عند أحد من أهل النقل الذين يوثق بهم، ولو كان صحيحاً لم يقيم به حجة، لأنه يحتمل أن يكون النفي في قوله عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي مرشد»⁽³⁾ نفي كمال، ونفي الكمال في النكاح لا يفسد به النكاح، وهذا كقوله ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»⁽⁴⁾، وقد فهمت الأمة عن نبيها عليه السلام، أنه إنما أراد نفي الكمال والفضيلة، دون الأجزاء⁽⁵⁾، فوجب أن يكون النكاح كذلك. هذا إذا سلمنا لهم أن الحديث صحيح.

وقولهم: ولأنه عقد يكسبها مالاً، فلا يكون الفاسق فيه ولياً. دليله: ولاية المال، باطل بما يكتسبه من مال بعقد قراض، أو إجارة، أو بيع، وما أشبه ذلك، لأن ذلك كله يكسبها مالاً، ولا يشترط في الذي يكسبها ذلك أن يكون رشيداً⁽⁶⁾.

وقولهم: إن الفسق معنى يوجب الحجر عليه، مع ما ذكروه من قياسهم

(1) اليد: الحوز والملك والتصرف، وذو اليد: من كانت العين تحت يده، أو من ثبت تصرفه تصرف الملاك. ن: لغة الفقهاء 513.

(2) المحل: موضوع التصرف أو العقد.

(3) تقدم تخريجه.

(4) تقدم تخريجه.

(5) الأجزاء: الصحة.

(6) في الأصل: راشداً.

على العبد، جمع غير صحيح، والفرق بين السؤالين: هو أن المال محل الجنايات⁽¹⁾ الخفية، والمال في نفسه على الحقيقة آلة الفاسق، لأنه يصل به إلى شهواته وملاذه، فأمر الشارع بحياطة المال، وصيانته بيد عدل؛ إذ⁽²⁾ المال محل الجنايات⁽³⁾ والنكاح ليس محل الجنايات الخفية فافترقا، والله أعلم.

وقياسهم على العبد، غير لازم، لأن حال العبد حال ناقص عن حال الحر في جراحه⁽⁴⁾، وشهادته⁽⁵⁾، وحدوده⁽⁶⁾، وطلاقه⁽⁷⁾، وغير ذلك⁽⁸⁾ والحجر عليه لحق سيده، والحجر على السفية الحر لحق نفسه، فلا جمع بينهما بحال.

وما ذكروه من النظر والاجتهاد، وأشباه ذلك، فالحنان والشفقة الموجودة فيه لوليته طبعاً، لا يخل⁽⁹⁾ به فسقه قطعاً، وهذا من جبلة⁽¹⁰⁾ الخلق محسوس. والله أعلم.

- (1) الجنايات: هي كل فعل محذور، يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها. ن: التعريفات 79، ولغة الفقهاء 167.
- (2) في الأصل: إذا.
- (3) ربما كانت هنا كلمة في الأصل فات الناسخ أن يثبتها، هي: «الخفية». يدل على ذلك ما قبلها وما بعدها.
- (4) الجراح: جمع جرح وهي الشقوق في البدن فيما دون الوجه والرأس. لأن ما كان فيهما يسمى الشجة. ن: القاموس الفقهي 60، ولغة الفقهاء 162.
- (5) الشهادة: الإخبار بحق شخص على غيره عن شهادة وعيان، لا عن تخمين وحسبان. ن: لغة الفقهاء 266، وحلية الفقهاء 207، والتعريفات 129.
- (6) الحدود: جمع حد، وهي العقوبة المقدرة الواجبة حقاً لله تعالى. ن: حلية الفقهاء 199، والتعريفات 83. وحد الأمة والعبد على النصف من حد الحرة في الزنا. الإشراف 219 / 2.
- (7) حيث منتهاه طلقتان.
- (8) كزواجه حيث يحتاج فيه إلى إذن سيده.
- (9) في الأصل: يخله.
- (10) الجبلة: الفطرة، والغريزة، والصفة المركوزة في أصل الخلقة. ن: لغة الفقهاء 160.

[في حكم تزويج المرأة من لادن وليين]

إذا زوج المرأة وليان، كل واحد منهما لا يعلم بتزويج الآخر، كان العقد للأول، إلا أن يدخل بها الثاني. فيكون أحق بها⁽¹⁾.
وقال أبو حنيفة والشافعي: الأول أحق بها على كل حال، دخل بها الثاني أو لم يدخل⁽²⁾.
واحتج أصحابهما بحديث سمرة⁽³⁾ أن النبي ﷺ قال: «إذا نكح الوليان فالأول أحق»⁽⁴⁾.

(1) قال في الإشراف 2 / 97: «إذا أذنت لوليين فزوجها، ثم علم الأول بدخول الثاني، ثبت عقد الثاني، وانفسخ عقد الأول، وقال أبو حنيفة والشافعي: عقد الأول ثابت على كل حال. وقال في المقدمات 361: «... واختلف إن علم أن الثاني هو الذي دخل، ففي المدونة أنه يثبت نكاحه، وقال المغيرة وابن عبد الحكم: يفسخ نكاحه وترد إلى الأول. والخلاف في هذا جار على اختلافهم في الوكالة. هل تفسخ بنفس الفسخ، أو لا تفسخ إلا بوصول العلم فمن رأى أنها لا تفسخ إلا بوصول العلم، قال: إن النكاح لا يفسخ بشبهة العقد، وهو الذي في المدونة، ومن رأى أنها تفسخ بنفس الفسخ، وهو ها هنا تزويج الأول، قال: إن النكاح يفسخ، لأن الغيب كشف أنه لا نكاح له. لأنه تزويجها بعد فسخ الوكالة. وانظر: اختصار عيون المجالس 2 و46.

(2) انظر: الأم 5 / 17، وقال في المهذب 2 / 39: «... وإن علم السابق وتعين، فالنكاح هو الأول، والثاني باطل»، وقال في البدائع 2 / 252: «وإذا علم السابق منهما من اللاحق، جاز الأول، ولم يجز الآخر».

(3) هو أبو سليمان سمرة بن جندب بن هلال الفزاري، صحابي خرج له الجماعة، قال ابن سيرين: كان سمرة عظيم الأمانة، صدوق الحديث، يحب الإسلام وأهله، توفي بالبصرة، قيل: سنة 58، وقيل: 59، وقيل: 60هـ.

ترجمته في الإصابة 1 / 257، والخلاصة 156، والرياض 107، والإعلام 203.

(4) بهذا اللفظ أخرجه الشافعي في الأم 5 / 17، والبيهقي في السنن الكبرى 7 / 141، مع إبدال نكح بـ أنكح، عن عقبة بن عامر. قال البيهقي: والصحيح رواية من رواه عن سمرة بن جندب.

قالوا: فلم يفرق عليه السلام بين أن يكون الثاني دخل بها أو لم يدخل.

ولأن الثاني لو لم يدخل بها، لكان الأول أحق بها، وكذلك إذا دخل. قالوا: ولأن الوطاء لا تأثير له في صحة العقد، ولا في إفساده. ألا ترى أنه لو نكح امرأة في عدتها، أو في حال ردتها، أو في إحرامها أن النكاح باطل، دخل أم لم يدخل؟

قالوا: ولأنه نكاح امرأة ذات زوج، وجب أن يكون نكاحه باطلاً. دليله: ما إذا علم أنها متزوجة.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «إذا نكح الوليان فالأول أحق»⁽¹⁾، ولا يكون أحق، إلا وللثاني أيضاً حق، وحقه تفوق عقده بالدخول. ولأنهما نكاحان تعارضاً في عين منكوحة واحدة، فرجح أحدهما بالسبق، والآخر بالدخول، فكان الترجيح⁽²⁾ بالدخول أكد وأولى، لما تعلق به من الحقوق التي هي كمال المهر، ولحقوق النسب، وانتشار الحرمة بين الآباء والأبناء، ووجوب العدة، وغير ذلك من أحكام النكاح.

ولأنه لا خلاف بيننا وبينهم أن الخبرين إذا تعارضاً، ولم يمكن الجمع بينهما، فإنه لا بد من الترجيح بينهما، فيقضى بالجانب المرجح؛ وقد ترجح ما قلناه بالدخول مع ما تعلق به من الأحكام، فكان الثاني أقوى سبباً من الأول، لأن الأول ليس معه أكثر من مجرد العقد، فكان عقد الثاني الذي أفاده الوطاء، واستقرت به الحرمة من كل وجه أولى.

= وبلفظ: «أيما امرأة زوجها وليان، فهي للأول منهما. ومن باع بيعاً من رجلين، فهو للأول منهما». أخرجه الترمذي في سننه 2 / 288، عن سمرة بن جندب، وحسنه، وبنحوه أخرجه أبو داود في سننه 2 / 230، والبعوي في شرح السنة 9 / 56. وقال: هذا حديث حسن.

(1) تقدم تخريجه.
(2) الترجيح: «بيان مزية أحد الدليلين على الآخر، ومعنى ذلك أن يستدل المستدل بدليل، فيعارضه السائل بمثل دليله، فيلزم المستدل أن يرجح دليله على ما عارضه به السائل، ليصح تعلقه به» الحدود 79، وانظر: التعريفات 56، وكشاف الاصطلاحات 3 / 16.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث سمرة⁽¹⁾ أن النبي ﷺ، أنه قال :
«إذا نكح الوليان فالأول أحق»⁽²⁾ فمعناه عندنا: ما لم يدخل بها الثاني، وإذا
دخل الثاني، كان أحق بما ذكرناه من الاحتجاج.

وقولهم: ولأن الثاني لو لم يدخل بها، لكان الأول أحق بها فكذلك إذا
دخل بها. فليس كذلك، لأن الثاني إذا لم [هـ 144] [يدخل]⁽³⁾ بها، فالأول
أحق بها⁽⁴⁾. . . كما قالوا، [وأما إذا دخل بها، فهو أحق بها من الأول]⁽⁵⁾
لترجيح أمره بالدخول على ما تقدم من الشرح.

وقولهم: إن الوطاء لا تأثير له في صحة العقد ولا في إفساده، ألا ترى أنه
لو نكح امرأة في عدتها، أو حال ردها، أو في إحرامها، أن النكاح باطل؟ غير
صحيح، لأن نكاح المرتدة، والمعتدة، والمحرمة، غير جائز، والعاقدة عليها
عاص لله عز وجل، ولرسوله. لأنه فعل ما لا يجوز فعله، وفي المسألة التي
اختلفنا [فيها]⁽⁶⁾، فعل الثاني ما يجوز له فعله، لأنه عقد على امرأة يجوز له
العقد عليها في ظنه وزعمه، ولم يقصد إلى فعل محرم، كنكاح المعتدة، ومن
ذكرنا معها، فبان بهذا فرق ما بين السؤالين⁽⁷⁾.

وقولهم: لأنه نكح امرأة ذات زوج، غير صحيح. لأنها لو كانت ذات
زوج معلوم، لم يجز عقده عليها، ولقضيها بفساد نكاحه، دخل بها أو لم
يدخل، وإنما نكح نكاحًا صحيحًا على زعمه، وفعل ما يجوز له. ألا ترى أنه
لا حد عليه في وطئها بإجماع منا ومنهم؟

ولو تزوج امرأة ذات زوج، وهو عالم بتحريم ذلك، ودخل، لزمه
الحد، فبان الفرق، واتضح ما قلناه، إن شاء الله. والله أعلم.

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدم تخريجه.

(3) تكملة لازمة.

(4) هنا كلام مكرر حذفناه اجتهادًا، هو: «فكذلك إذا دخل بها، فليس كذلك، لأن الثاني إذا لم
يدخل بها فالأول أحق بها».

(5) تكملة يقتضيها السياق أثبتناها من إنشائنا اجتهادًا.

(6) تكملة لازمة.

(7) أي المسألتين، والقضيتين والأمرين.

[في النكاح هل ينعقد بلفظ الهبة؟]

يجوز أن ينعقد النكاح بلفظ الهبة⁽¹⁾، أو الصدقة⁽²⁾، أو البيع أو التملك⁽³⁾، إذا قصد به النكاح⁽⁴⁾. وبه قال أبو حنيفة⁽⁵⁾.
وقال الشافعي: لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج⁽⁶⁾.

- (1) الهبة: «تمليك العين بلا عوض» التعريفات 256، وانظر: الطلبة 221، والأنيس 255، ولغة الفقهاء 492.
- (2) الصدقة: «العطية تبتغي بها المثوبة من الله تعالى» التعريفات 132، وانظر: حلية الفقهاء 96، والمغرب 264، والأنيس 134، ولغة الفقهاء 272.
- (3) التملك: «جعل الشيء لآخر يحوزه، ينفرد بالتصرف فيه» لغة الفقهاء 147.
- (4) قال في الإشراف 2 / 98: «ينعقد النكاح بلفظ الهبة، والبيع، وكل لفظ تملك يقتضي التأييد دون التوقيت...»، وقال في المقدمات 367: «والنكاح ينعقد بلفظ النكاح، ولفظ التزويج، ولا ينعقد بما سوى ذلك من (الألفاظ) حاشا الهبة، فإنه قد اختلف هل ينعقد النكاح بها أم لا؟ على قولين: أحدهما أنه لا ينعقد بها، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى، والثاني أنه ينعقد بها، وهو مذهب أبي حنيفة، وقد روي عن ابن حبيب نحوه. وأما مالك رحمه الله فاضطرب في ذلك قوله للاختلاف الحاصل بين أهل العلم قبله». وقال في أسهل المدارك 2 / 69: «ولا ينعقد بغير هذه الثلاثة على المذهب، يعني أنكحتك، أو زوجتك، أو وهبتك، فلو قال: بعت، أو ملكت، أو أبحت، أو أحللت، أو أطلقت لك التصرف فيها، أو تصدقت، أو أعطيت، أو منحت، قاصداً بواحدة من هذه الصيغ النكاح، سواء سمي الصداق أم لا. وكذا وهبت إذا لم يذكر الصداق، فالمذهب عدم الانعقاد وهذا كله على ما عند الشامل... وما مشى عليه الأجهوري: أنه ينعقد بواحدة من تلك الصيغ كلها، إذا اقترن بذكر الصداق...»، وقال ابن الجهم كقول الشافعي. ن: مسائل الخلاف 171 و: 1.
- (5) قال في البدائع 2 / 229: «لا خلاف أن النكاح ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج، وهل ينعقد بلفظ البيع، والهبة، والصدقة، والتمليك؟ قال أصحابنا رحمهم الله: ينعقد، وقال الشافعي: لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح والتزويج». وانظر: المبسوط 5 / 59، وحاشية الطحطاوي 2 / 8.
- (6) قال في الأم 5 / 40: «لا يجوز نكاح إلا باسم النكاح أو التزويج، ولا يقع بكلام غيرهما، =

واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «اتقوا الله في النساء، فإنهم عوان⁽¹⁾ عندكم، أخذتموهن [بأمانة الله، واستحللتم فروجهن]⁽²⁾ بكلمة الله⁽³⁾. قالوا: وكلمة الله ها هنا وردت⁽⁴⁾ في كتابه من لفظ النكاح والتزويج، محافظة على الشرف المشروع لنا في هذا البضع.

قالوا: ولأن الله عز وجل قال: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ [النَّبِيُّ] (5) أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: 50].

= وإن كانت معه نية التزويج». وانظر: المهذب 2 / 41.

وأصل الاختلاف في هذه المسألة راجع كما في قواعد المقرئ 81، إلى الاختلاف في قاعدتين فقهييتين هما.

أولاً: هل لا بد للحكم الشرعي من سبب شرعي متلقى الصيغة أم لا؟ فمن قال: لا بد من ذلك كالشافعي، والمغيرة من المالكية مثلاً. قال: إباحة المرأة بالزواج حكم شرعي، فلا بد أن يكون له سبب شرعي متلقى الصيغة. ولا صيغة متلقاة من الشرع سوى الإنكاح والتزويج، ومن قال: لا يجب كون السبب متلقى الصيغة بل المعنى، كالقاضي عبد الوهاب وغيره. فقال: كل لفظ يقتضي التملك المؤبد يفيد معناها.

ثانياً: هل الاختصاص بالأحكام، يوجب الاختصاص بالألفاظ؟ فمن رأى أن الاختصاص بالأحكام لا يوجب الاختصاص بالألفاظ كمالك وأبي حنيفة، قال: ينعقد النكاح بكل لفظ وضع لتمليك العين ناجزاً، بخلاف المنفعة - كما هو الشأن عند أبي حنيفة - أو بكل لفظ رضي به المتناكحان، واتفقا عليه، وتعاهداه - كما عند مالك -، ومن رأى أن الاختصاص يوجب الاختصاص كالشافعي قال: لا ينعقد النكاح إلا بلفظ التزويج والنكاح.

- (1) العوان: جمع عانية: الأسيرات المحبوسات. ن: اللسان / عنا.
- (2) تكملة لازمة، سيذكرها المؤلف في محلها من الحديث قريباً، عند مناقشة المخالفين.
- (3) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما في كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، معاً بهذا اللفظ: «فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن ذلك، فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهم عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف».
- (4) في الأصل: ورد.
- (5) تكملة لازمة.

قالوا⁽¹⁾: فجعل الله عز وجل الموهوبة للنبي عليه السلام على الخلوص⁽²⁾، فلو أجزنا عقد النكاح بلفظ الهبة، لأبطلنا ما خص الله به نبيه عليه السلام.

قالوا: ولأن عقد النكاح ليس من عقود الأموال، ولا يجوز أن ينعقد بلفظ عقود الأموال، ولهذا لا يجوز أن ينعقد بلفظ الإجازات والقروض. قالوا: وكذلك عقود الأموال، لا ينعقد⁽³⁾ بلفظ النكاح أو التزويج. والدليل على صحة ما قلناه⁽⁴⁾: قوله ﷺ للذي قال له: زوجنيها يا رسول الله، إن لم يكن لك بها حاجة، فقال له عليه السلام: «قد ملكتها بما معك من القرآن»⁽⁵⁾، وأنه عقد نكاح، فجاز أن ينعقد بلفظ الهبة. دليله: نكاح النبي عليه السلام الموهوبة له، وقولها: وهبت لك نفسي يا رسول الله. ولأنه تمليك بضع، فجاز أن ينعقد بالكناية⁽⁶⁾ والتصريح. دليله: الطلاق.

ولأن لفظه النكاح أو التزويج، لو كانت معتبرة - كما زعموا - حتى ينعقد

-
- (1) في الأصل: قال.
 - (2) الخلوص: المحضية والاختصاص وعدم الاشتراك. ن: اللسان / خلص.
 - (3) في الأصل: ينعقد.
 - (4) في الأصل هنا كلام زائد لا معنى له فيما نرى والله أعلم. هو: «ذهب إليه».
 - (5) بهذا اللفظ حكاه الباجي في منتقاه 3 / 276 مرفوعاً من طريق عبد العزيز بن أبي حازم، عن أبيه، عن سهل بن سعد عن رسول الله ﷺ، ولفظ قريب منه في حديث طويل أخرجه مالك في الموطأ في كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والجاء. والبخاري في كتاب النكاح، باب السلطان ولي، وباب التزويج على القرآن، وباب تزويج المعسر، ومسلم في كتاب النكاح باب الصداق؛ كلهم عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه. وفي بعض روايات البخاري: «أذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن».
 - (6) في الأصل: بالكتابة، والكناية: كلام استتر المراد منه بالاستعمال، وإن كان معناه ظاهراً في اللغة، وكنائيات الطلاق: إيراد الطلاق بألفاظ تحتل الطلاق وتحتل غيره، ويتعين المراد منها بالنية، نحو: حبلك على غاربك. ن: التعريفات 187، ولغة الفقهاء 385.

النكاح بإحدهما، لما جاز⁽¹⁾ عقد النكاح بالفاشرية⁽²⁾ أو غيرها من اللغات .
وفي لفظ الهبة كناية تصلح أن تكون سبباً لملك⁽³⁾ المتعة⁽⁴⁾ بواسطة ملك
الرقبة . والنكاح يملك به الزوج المتعة، فإذا جاز أن يكون عقد الهبة سبباً
لملك المتعة، جاز أن يكون كناية عن لفظ عقد النكاح .

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله ﷺ: « اتقوا الله في النساء، فإنهن
عوان عندكم⁽⁵⁾، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله⁽⁶⁾،
غير لازم، لأنه لم يذكر فيه أن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج،
فليس لهم حمل ظاهره على صريح لفظ النكاح، إلا ولنا حمله على الكناية،
وهذا هو الجواب عن بقية ما احتجوا به من هذا الفصل .

وما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿ وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾
[الأحزاب: 50]، فهو حجة لنا لا لهم، لأنه إن جاز للنبي ﷺ أن ينكح بلفظ
الهبة، جاز لأتمته مثل ذلك، لقوله عز وجل: ﴿ وَأَتَّبِعُوهُ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ ﴾
[الأعراف: 158] إلا أن يقوم دليل⁽⁷⁾ .

وقولهم: إنها له عليه السلام على جهة الخلوص، وليست⁽⁸⁾ الخلوصية
كما زعموا، وإنما الخلوصية أن الله تعالى أباحها له بغير مهر، وأنها محرمة
على كل الأزواج بعد النبي ﷺ . فهذا معنى الخلوصية لا ما⁽⁹⁾ ذكروه بدليل
قوله عز وجل: ﴿ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ﴾ [الأحزاب: 50] [هـ 145]،

- (1) في الأصل: جا .
- (2) هكذا في الأصل: ولم أف لها على معنى يصح اعتماده، ولعلها مصحفة، وصوابها هو:
بالفارسية .
- (3) في الأصل: لذلك .
- (4) في الأصل: المنفعة .
- (5) في الأصل: عندهم .
- (6) تقدم تخريجه .
- (7) لأن الأصل عموم الخطاب .
- (8) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: فليست .
- (9) في الأصل: مالا .

والحرج⁽¹⁾ هو إسقاط المهر عنه بها عليه السلام، وليس هو لفظ النكاح، ولا التزويج على ما زعموا⁽²⁾.

وقولهم: إن عقد النكاح ليس من عقود الأموال، فلا يجوز أن ينعقد بلفظ عقود الأموال إلى آخر ما ذكره. فالجواب عنه: أن الحاصل بعقود الأموال، ليس هو مثل الحاصل بعقد النكاح، فلم يجز أن تكون⁽³⁾ عقود الأموال كناية عن عقد النكاح، ولأن ذلك شيء لم ينقل عن العرب، ولا عرف في لسانهم⁽⁴⁾.

وكذلك لفظ الإجارة لا يصح كناية عن لفظ النكاح، لأنه ليس بسبب لملك المنفعة بحال، وكذلك لفظ العارية⁽⁵⁾ والقرض⁽⁶⁾، ولأن القرض في الجواري⁽⁷⁾ لا يصح عندنا، فصح ما قلناه.

- (1) أي: الحرج المرفوع والحرج: الضيق والشدة. لغة الفقهاء 178.
- (2) قال في المبسوط 5 / 59: «وأما قوله «خالصة لك» فقد قيل: المراد به المرأة، يعني أنها خالصة لك، فلا تحل لأحد بعدك، والأصح المراد: هبة خالصة. لأن قوله: «إن وهبت» يقتضي هبة، والكناية تنصرف إلى الثابت بمقتضى الكلام، فيكون المعنى: هبة خالصة لا يلزمك مهر لها، وهذا لك دون المؤمنين. ألا ترى أنه قال: «قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم» يعني من الابتغاء بالمال. والدليل عليه أنه قابل الموهوبة نفسها، بالمؤتى مهرها. بقوله: «إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي أتيت أجورهن... الآية»، وهو نص على أن الخصوصية لدفع الحرج عنه، وذلك ليس في اللفظ: إذ لا حرج عليه في ذكر لفظ النكاح، إنما الحرج في إبقاء المهر».
- (3) في الأصل: يكن.
- (4) يلاحظ اضطراب وعدم وضوح في هذا الجواب.
- (5) العارية: «الشيء المعار»، وهي أيضاً: «تمليك المنافع بغير عوض». لغة الفقهاء 300.
- (6) القرض: «ما تعطيه من المثليات ليرد لك مثله في المستقبل». لغة الفقهاء 361.
- (7) الجواري جمع جارية، وهي: «الأمّة صغيرة كانت أم كبيرة». لغة الفقهاء 158.

مسألة [8]:

[في: كم يجوز للعبد أن يجمع من النساء في عصمة واحدة؟]

يجوز للعبد أن يتزوج أربعاً⁽¹⁾. وبه قال أهل⁽²⁾ الظاهر⁽³⁾.
وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز له أن يتزوج أكثر من اثنتين⁽⁴⁾.
واحتج أصحابهما، فقالوا: النكاح معنى يستباح به البضع، فوجب أن
يكون فيه العبد على النصف من الحر. دليله: الطلاق.
قالوا: ولأن النكاح مبني على الفاصلة، بدليل أن النبي ﷺ، نكح أكثر
من أربع، ولم يحل الله تعالى ذلك لأحد من أمته، ومعلوم أن ما⁽⁵⁾ بيني على
الفاصلة، يفرق فيه بين الأحرار والعبيد، «وكذلك العرب لما كانت في الشريعة
ما للعبد فيه بخلاف الحر»⁽⁶⁾ بدليل أن الحدود لما كانت مبنية على الفاصلة،
فرق فيها بين الأحرار والعبيد، وكذلك العرب⁽⁷⁾، لما كانت⁽⁸⁾ مبنية⁽⁹⁾ على
الفاصلة، وهو ذو عدد ينصف⁽¹⁰⁾، فوجب⁽¹¹⁾ أن يكون العبد فيه على النصف

-
- (1) انظر: المدونة 2 / 161، والإشراف 2 / 98، والمنتقى 3 / 336 - 337، والبداية
2 / 31، وهذا القول هو المشهور عن مالك. وفي رواية لمحمد عن ابن وهب عنه أنه قال:
لا يتزوج العبد إلا اثنتين. ن: المنتقى 3 / 336، واختصار عيون المجالس 47 و: 1.
- (2) أهل الظاهر هم: أبو سليمان داود بن علي الظاهري، ومن ذهب مذهبه كابن حزم وغيره.
- (3) غير ابن حزم. ن: المحلى 9 / 444.
- (4) انظر: الأم 5 / 44 - 45، والمهذب 2 / 46، والمبسوط 5 / 124، والبداية 2 / 266.
- (5) في الأصل: آخر.
- (6) هو هكذا في الأصل، ولا يتجه له معنى، ولعله زائد، لاحتمال صحة المعنى بدون، ولأن
مثله - كما رأينا وسنرى - كثير الوقوع من الناسخ.
- (7) هكذا في الأصل ولعل الصواب: النكاح، كما يدل عليه السياق، ولا عجب أن تتصحف
الكلمات عند الناسخ إلى هذا الحد، وأكثر كما سنرى.
- (8) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: كان. بدليل ما بعده.
- (9) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: مبنياً. بدليل ما بعده.
- (10) في الأصل: للنصف.
- (11) في الأصل: فو.

من الحر. دليله: حد الزنا، وعدة الأمة على النصف من عدة الحرة. ولأنه⁽¹⁾ حكم مبني على الفاصلة.

والدليل علي صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنًا⁽²⁾ وَتِلْكَ وَرِيعٌ﴾ [النساء: 3]، فعم الحر والعبد، ولم يخص.

ولأن النكاح طريقه الملاذ، وقضاء وطر الشهوة، وما هذا سبيله، فالحر والعبد فيه سواء. دليله: الأكل، والشرب، واللباس، والطيب.

ولأن الله تعالى وسع للعبد في باب النكاح، ما لم يوسع للحر، لأن الله تعالى أباح⁽³⁾ نكاح الأمة على الحرة⁽⁴⁾، والحرة على الأمة، ولم يوسع الله للحر في النكاح هذه التوسعة إلا على شرائط معلومة⁽⁵⁾، فلما وسع تعالى للعبد هذه التوسعة، جاز له أن يساوي الحر في إباحة التعدد، كما هو مساو له في الأعيان المحللات والمحرمات⁽⁶⁾.

ولأن النكاح يتعلق بشيئين: جنس وعدد، فلما ساوى العبد الحر في الجنس، وجب أن يساويه في العدد.

ولأن كل من جاز له أن يتزوج اثنتين، جاز له أن يتزوج أربعاً. أصله: الحر.

ولأن النكاح سبب يتوصل به إلى استباحة بضع، فاستوى⁽⁷⁾ فيه الحر والعبد. دليله: ملك اليمين.

فإذا ثبت هذا فما احتجوا به من تنقيص الطلاق، والعدد، والحدود⁽⁸⁾،

(1) في الأصل: ولا.

(2) في الأصل: مثنا.

(3) لعل هنا كلمة في الأصل، لم يثبتها الناسخ، هي: للعبد، يدل على هذا كلمة «للحر» بعده.

(4) في الأصل: الحر.

(5) هي عدم الطول، وخشية العنت.

(6) أي: فيمن يجوز له، أو يمنع عنه التزوج بهن من النساء.

(7) في الأصل: فاستوا.

(8) لأن منتهى طلاق العبد طلقتان، وعدة الأمة حيضتان، وحد العبيد على النصف من حد الأحرار في الزنا مثلاً.

غير لازم كله، لأن الطلاق شيء عليه لا له، لأنه يحظر⁽¹⁾ عليه ما كان مباحًا، والحد حق عليه، لأنه يؤلمه ويزجره عن ارتكاب المحظور، والعدة في الأمة، حق عليها لا لها، لأنها، لا تحل⁽²⁾ إلا بعد العدة.

إذا كان هذا هكذا، جاز تنقيص حاله - فيما هذا طريقه - من حال الحر، وما اختلفنا فيه، إنما طريقه اللذة، وقضاء وطر الشهوة.

وقولهم: ولأن النكاح مبني على الفاصلة⁽³⁾، بدليل أن النبي ﷺ نكح أكثر من أربع. باطل، لأنه ﷺ مساو، لأمة في الحرمة⁽⁴⁾، ومع ذلك لا يجوز لأحد منهم أن يتزوج أكثر من أربع.

ولأن النبي ﷺ مساو لهم في الطلاق، ويجب - على قولهم - ألا يكون مساويًا⁽⁵⁾ لهم فيه لموضع فضيلته عليهم، ويلزمهم على هذا طرد⁽⁶⁾ الفاصلة بين العالم والجاهل، وأن العالم يحل له من النكاح ما لا يحل للجاهل، ويحل للعدل⁽⁷⁾ ما لا يحل للفاستق. ولا خفاء ببطلان هذا.

وإنما أجاز تعالى لنبيه ﷺ نكاح أكثر من أربع لعلمه جل وعز بعدله وأمانته⁽⁸⁾، وأنه عليه السلام مأمون عليهن من الجور⁽⁹⁾ في حقوقهن [هـ-146]،

(1) في الأصل: يحضر.

(2) أي للأزواج للتزوج بهم.

(3) الفاصلة: الفصل والتفريق والتمييز.

(4) الحرمة بضم الحاء وتسكين الراء: اسم من الاحترام والمهابة، وهي أيضًا: ما لا يحل انتهاكه. ن: لغة الفقهاء 179، ووجه كون الأمة الإسلامية مساوية لنبينا عليه السلام في الحرمة، هو أن دماءها وأموالها وأعراضها معصومة مثل دمه وماله وعرضه ﷺ.

(5) في الأصل: مساو.

(6) الطرد: وجود الحكم لوجود العلة. ن: الحدود 74، وطرد الفاصلة: إجراء حكمها من غير تخلف.

(7) العدل: «من اجتنب الكبائر، ولم يصر على الصغائر، وغلب صوابه». التعريفات 147، وانظر: لغة الفقهاء 307.

(8) الأمانة خلاف الخيانة، وهي ما وجب حفظه بعقد أو غير عقد. ن: المغرب 29، والأينس 249، ولغة الفقهاء 88.

(9) الجور: التعدي والظلم. ن: المغرب 95، ولغة الفقهاء 169.

وليس أحد من أمته يساويه في ذلك، [لذلك] ⁽¹⁾ أباح الله له نكاح أكثر من أربع، لا لما ظنوه، وتوهموه، والله أعلم.

(1) تكملة لازمة.

مسألة⁽¹⁾ [9]:

[في السيد: هل يجوز له إجبار عبده على النكاح أم لا؟]

يجوز للسيد أن يجبر عبده على النكاح⁽²⁾. وبه قال أبو حنيفة⁽³⁾.
وقال الشافعي: ليس له إجباره عليه⁽⁴⁾.

واحتج أصحابه، فقالوا: عقد النكاح عقد خالص للعبد، وهو من أهل مباشرته، فلا يملك غيره مباشرته عليه. دليله: إذا كان حرًا.

قالو: ولأن النكاح إنما يعقد لمعنى خالص له، فيكون العقد له خالصًا، يدل عليه أن نكاح العبد، تصرف للعبد له وعليه، لأن نفعه له، وضرره عليه، وهذا مثل تصرفه إلى نفسه سواء، وكل تصرف يكون على هذا الوجه، فلا يملكه الغير على الغير إلا بولاية نظر، كولاية القريب على قريبه، إذا ملك عليه الحجر والنظر. وهذه الولاية لا تثبت إلا بشرط...⁽⁵⁾ المولى عليه عنها. قالوا: والعبد من أهل النظر لنفسه في النكاح، فلا يملكه عليه أحد.

(1) ليست بالأصل.

(2) انظر الإشراف 2 / 93، والمنتقى 3 / 337 - 338، والبداية 2 / 4، ومحل إجبار السيد العبد على النكاح إنما يكون في حالة ما إذا انفرد السيد بملك جميعه، ولم يرد بإنكاحه ذلك الإضرار به، وأما إن كان له فيه شريك، أو كان بعضه حرًا، أو أراد بإنكاحه الإضرار به، فإنه لا يملك إجباره على النكاح كالحرة. ن: م المنتقى 3 / 338، وانظر: اختصار عيون المجالس 46 و: 1.

(3) انظر: المبسوط 5 / 113، وقال في الإفصاح 2 / 117: «واختلفوا، هل يملك السيد إجبار عبده الكبير على النكاح، فقال أبو حنيفة في المشهور عنه، ومالك والشافعي في القديم: يملك ذلك. وقال الشافعي في الجديد وأحمد: لا يملك ذلك».

(4) قال في الأم 5 / 45: «وليس للسيد أن يكره عبده على النكاح، فإن فعل فالنكاح مفسوخ»، وذكر في المنتقى 3 / 337، والمغني 7 / 400، والإفصاح 2 / 117، أن القول بعدم الإجبار هو أحد قولي الشافعي وهو الجديد، وقال في قوله القديم كمالك وأبي حنيفة.

(5) لعل هنا كلمة فات الناسخ أن يثبتها هي: «تخلي» أو ما في معناها، إذ بدونها لا يستقيم المعنى.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن العبد شخص يملك السيد ببيعته، فوجب أن يملك إجباره على النكاح. دليله: الأمة، وذلك أن السبب الموجب لإجبار الأمة على النكاح هو ملك الرقبة، وملك إجبار النكاح عليها في حكم ملك العين، ويدل على صحة هذا: قوله ﷺ: «النكاح رق»⁽¹⁾، وإنما يوصف بالرق⁽²⁾ الرقبة⁽³⁾ دون منافعها⁽⁴⁾، فثبت بهذا أن ملك النكاح⁽⁵⁾ في حكم ملك العين باختيار القول فيه.

وتحصيله: أن علة ملك عقد النكاح، هو ملك الرقبة، وذلك أن ملك النكاح في حكم ملك العين بدليل ما قدمناه، من أن السيد يملكه على الأمة بغير خلاف، فوجب أن يملكه على العبد، مثلما يملكه على الأمة، بعلية الملكية ولا فرق.

فإذا ثبت هذا فكل ما احتجوا به منتقض بفصل الأمة⁽⁶⁾، ولا جريان لاستدلالهم معه جملة.

وقولهم: إن كل تصرف يكون على هذا الوجه، لا يملكه الغير على

(1) ذكره المؤلف قبل هذا في كتاب العتق بلفظ أطول هو: «النكاح رق، فلينظر أحدكم أين يضع كريمته». وبهذا اللفظ ذكره السرخسي في المبسوط 5 / 23، والغزالي في كتاب النكاح من الإحياء، كما ذكر ابن السبكي في طبقاته 6 / 310، ولم أقف عليه مخرجا في الكتب الستة والموطأ، وقال في تخريج أحاديث الإحياء مع 2 / 133: «رواه أبو عمر التوقاني عن عائشة وأسماء ابنتي أبي بكر. قال البيهقي: وروي ذلك مرفوعا والموقوف أصح».

(2) الرق: العبودية، وإزالة الحرية. ن: لغة الفقهاء 224.

(3) في الأصل: للرقبة، والرقبة: العنق، وتطلق مجازا على الرقيق ذكرا كان أو أنثى. ومنه قوله تعالى: ﴿فتحري رقة مؤمنة﴾، والمراد هنا: الذات والعين. ن: الحلية 163، ولغة الفقهاء 225.

(4) في الأصل: منافعها.

(5) في الأصل: الناس، وهو خطأ.

(6) الأمة: «من ضرب عليها الرق، أو وجدت من أم رقيقة، ولم يطرأ عليها التحرير». لغة الفقهاء 88.

الغير، فهو باطل أيضاً بفصل الأمة، لأن ملك الرقبة إذا وجد، صار علة لملك العقد، فألحق هذا العقد بسائر العقود التي يملك وفايها⁽¹⁾، وهذا بين لا إشكال فيه إن شاء الله .

(1) هكذا في الأصل، ولا وجه لها، ولعل الصواب والله أعلم: وفاء بها .

[في حكم نكاح الشغار]

نكاح الشغار⁽¹⁾ باطل⁽²⁾ وبه قال الشافعي⁽³⁾.
وقال أبو حنيفة: هو جائز⁽⁴⁾.

- (1) الشغار بفتح الشين، أصله من رفع الكلب ساقه إذا بال، يقال: شغر الكلب بساقه، وأشغرها، إذا رفع ساقه للبول، والشغار بالكسر: نكاح كان في الجاهلية، وهو أن يقول الرجل للآخر: زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي، على أن صدق كل واحدة منهما بضع الأخرى، كأنهما رفعا المهر، وأخليا البضع. ن: حلية الفقهاء 166، وغريب المدونة 84، والطلبة 102، والأنيس 147، ولغة الفقهاء 263.
- (2) إذا كان صريحًا، أي خاليًا من الصداق من الجانبين، وأما إذا كان وجهًا، وهو المسمى فيه الصداق من الجانبين، أو مركبًا وهو المسمى فيه لواحدة فقط، فالحكم يختلف فحكم صريح الشغار: الفسخ مطلقًا، ولو ولدت الأولاد، ولا شيء للمرأة قبل الدخول، ولها بعده صداق المثل، وحكم الوجه: أنه يفسخ قبل الدخول، ولا شيء للمرأة، ويثبت بعده بأكثر من المسمى، وصداق المثل، وحكم المركب من الصريح والوجه: فسخ النكاح قبل الدخول، وأما بعده، فيفسخ نكاح من لم يسم لها، ولها صداق مثلها، ويثبت نكاح المسمى لها بالأكثر من المسمى وصداق المثل. ن: المنتقى 3 / 309 - 310، وأسهل المدارك 2 / 87، واختصار عيون المجالس 49 و: 2.
- (3) قال في الأم 5 / 83: «فإن أنكح الرجل ابنته، أو المرأة يلي أمرها من كانت، على أن ينكحه ابنته أو المرأة يلي أمرها من كانت، على أن صدق كل منهما بضع الأخرى، ولم يسم لواحدة منهما صداق، فهذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ، فلا يحل النكاح، وهو مفسوخ، وإن أصاب كل واحد منهما، فلكل واحدة منهما مهر مثلها، وعليها العدة، وهو كالنكاح الفاسد في جميع أحكامه لا يختلفان، وإذا زوج الرجل ابنته الرجل، أو المرأة يلي أمرها، على أن يزوجه الرجل ابنته أو المرأة يلي أمرها، على أن صدق إحداهما كذا لشيء يسميه، وصداق الأخرى كذا لشيء يسميه أقل أو أكثر، أو على أن يسمي لإحداهما صداقًا، ولم يسم للأخرى صداقًا، أو قال: لا صداق لها، فليس هذا بالشغار المنهي عنه، والنكاح ثابت، والمهر فاسد، ولكل واحدة منهما مهر مثلها إذا دخل بها، أو ماتت، أو مات عنها، ونصف مهر مثلها إن طلقت قبل أن يدخل بها.
- (4) ولكل واحدة من المرأتين مهر مثلها، لأن النهي عن الشغار عنده إنما أريد به: ألا تخلو =

واحتج أصحابه فقالوا: قول الرجل للرجل: زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي، عقد صحيح، وقوله على أن يكون بضع كل واحدة منهما صداقاً للأخرى⁽¹⁾، فاسد، قالوا: وفساد الصداق لا يعود بفساد العقد.

وتحصيل مذهبه: هو أن الفساد إنما وقع في التسمية لا في العقد، فأشبهه ما إذا تزوجها بخمر، حيث يصح النكاح، ويجب لها صداق المثل، كذلك ها هنا.

قالوا: ولأنهما⁽²⁾ لو عقدها بغير مهر جملة، صح بإجماع، ولم يبطل، فكيف يبطل بشرط فاسد؟

قالوا: ولا يلزم عليه العبد إذا تزوج امرأة على أن يكون العبد مهراً لها، حيث لا يجوز ذلك، لأن الفساد ليس بعين الشرط، بل لحمه⁽³⁾، لأن المرأة قد ملكت زوجها، وذلك مفسد للنكاح لتقابل الحقوق فيه⁽⁴⁾، فصح أن الفساد في العقد لا في التسمية في هذه الصورة، بخلاف مسألتنا.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه نافع⁽⁵⁾ عن ابن عمر⁽⁶⁾، أن النبي عليه السلام: «نهى عن نكاح الشغار: أن يزوج الرجل ابنته لرجل، ويزوجه الآخر ابنته ولا مهر بينهما»⁽⁷⁾، فإذا كان هذا التفسير من كلام النبي ﷺ، فهو

= المرأة بالنكاح عن المهر. ن: المبسوط 5 / 105، والبداية 2 / 278، وأصل الاختلاف في هذه المسألة - كما في البداية 2 / 43 - هو: «النهى المتعلق بذلك - أي بنكاح الشغار - معلل بعدم العوض أو غير معلل؟ فإن قلنا غير معلل، لزم الفسخ على الإطلاق، وإن قلنا العلة عدم العوض، صح بفرض صداق المثل.

- (1) في الأصل: للأخر.
- (2) في الأصل: ولأنها.
- (3) هكذا في الأصل، ولا وجه له، ولعل الصواب: بعقده. كما يدل عليه ما بعده.
- (4) حقوقه عليها باعتبار الزوجية، وحقوقها عليه باعتبار ملك الرقبة.
- (5) هو أبو عبد الله نافع بن جرجس الديلمي، مولى ابن عمر رضي الله عنه، أجمع العلماء على توثيقه وأمانته. توفي سنة 116. وقيل: 117، وقيل غير ذلك.
- (6) هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي أحد الأعلام في العلم والعمل.
- (7) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب النكاح: جامع ما لا يجوز من النكاح، والبخاري في كتاب النكاح باب الشغار، ومسلم في كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، =

في نهاية الحجة، وغاية البغية، وإن كان من كلام الصحابي وتفسيره، فتفسيره أولى⁽¹⁾ من تفسير غيره⁽²⁾.

ولأنه عقد منهي⁽³⁾ عنه، فوجب أن يكون فاسدًا. دليله: نكاح المتعة، ولأن العين يبطل أن تكون عوضًا ومعوضًا عنه في حالة واحدة، وإذا بطل هذا بطل جميع ما قالوه. دليله: الثمن⁽⁴⁾ والمثمون في البياعات لأن الثمن غير المثمون، كما أن المثمون غير الثمن.

ولأن السيد إذا زوج عبده من حرة، على أن العبد مهرًا لها، كان عقدًا فاسدًا بإجماع، لأن المعقود له هو المعقود به⁽⁵⁾، وفساد هذا محسوس.

ولأنه ملك بضع ابنته لشخصين⁽⁶⁾: الزوج، وابنته، فأشبهه ما لو قال لرجلين: زوجت ابنتي لكل واحد منكما [هـ 147]؛ حيث لا يجوز ذلك بإجماع.

ولأنه عقد شرط فيه المعقود له⁽⁷⁾ لغير المعقود له، فوجب ألا يصح، دليله: ما لو قال له: بعتك عبدي، على أن يكون ملكًا لزيد.

= وأخرجه غيرهم. ولفظه في الموطأ: «عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، ليس بينهما صداق».

(1) في الأصل: أولاً.

(2) لأنه أعلم بالمقال وأفقه بالحال، كما جاء في سبل السلام 3 / 122.

(3) في الأصل: منها.

(4) الثمن: هو العوض الذي يؤخذ على التراضي في مقابلة البيع، عيّنًا كان أو سلعة. ن:

القاموس الفقهي 52، ولغة الفقهاء 154، وهو غير القيمة التي يقدرها الخبراء قيمة للشيء، والفقهاء يقولون في تقرير الفرق بينهما: الثمن يتبع الرغبات، والقيمة تتبع الذوات.

(5) وهذا طبعًا يؤدي إلى تقابل الحقوق وتعارضها وتضادها - كما سبق - فيصير العبد أمرًا لزوجته بحكم الزوجية والقوامة، وأمورًا من قبلها لملكها رقبته.

(6) في الأصل: لتحصين وهو خطأ.

(7) هنا كلام لا معنى له هو: «لغير المعقود به» لعله من زيادة الناسخ، يدل على هذا أن القاضي

عبد الوهاب أورد هذه الفقرة في إشرافه 2 / 105 بنصها، ولم يورد فيها هذه الزيادة، هذا إلى أن المعنى يستقيم بدونها والله أعلم.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أنه عقد صحيح، وإنما وقع الفساد في المهر⁽¹⁾، فيسقط المسمى، ويجب صدق المثل، إلى آخر ما ذكروا، غير صحيح، لأن إسقاط المسمى، وإيجاب صدق المثل، لا يخرج العقد من الفساد، وهو بمنزلة من باع درهماً بدرهمين، فقيل له: إن هذا لا يحل، فقال: أنا أسقط أحد الدرهمين، ويبقى⁽²⁾ درهم في مقابلة الدرهم الآخر، أو اشترى شاتين، إحداهما غير ذكية⁽³⁾، أو تزوج امرأة وبناتها في عقد واحد، فقيل له: إن هذا لا يحل، فقال: أنا أطلق واحدة، وأمسك الأخرى، فإن ذلك لا يغنيه، ولا ينجيه، ولا بد من الفسخ لوقوع العقد فاسداً⁽⁴⁾، كذلك⁽⁵⁾ في مسألتنا. والله أعلم.

(1) المهر: هو الصداق بفتح الصاد وكسرهما، أي ما يجعل للمرأة في عقد النكاح أو بعده مما يباح شرعاً من المال معجلاً أو مؤجلاً. ويسمى أيضاً بالصدقة بضم الدال، والفريضة والنحلة بكسر النون، والأجر والعليقة بفتح العين وكسر اللام، والعقر بضم العين. ن: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 174، والأنيس 150، ولغة الفقهاء 466.

(2) في الأصل: ويبقى.

(3) غير ذكية: غير مذبوحة. ن: اللسان / ذكا، وهذه الجملة من: «أو اشترى إلى ذكية» يظهر أنها غير تامة، والله أعلم، لأن وجه الاحتجاج بها - في الصورة التي هي عليها - غير واضح.

(4) في الأصل: فاسد.

(5) في الأصل: بذلك.

مسألة [11]:

[في حكم النكاح بصدّاق فاسد]

يفسد النكاح بفساد الصداق⁽¹⁾. وبه قال أهل⁽²⁾ الظاهر. وصورة المسألة ما إذا تزوجها بخمر، أو بخنزير، أو عبد أبق⁽³⁾، أو بغير شارد [أو جنين]⁽⁴⁾ في بطن أمه، أو ثمرة لم يبد صلاحها، أو بغير ذلك من الغرر⁽⁵⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يفسد بفساد الصداق⁽⁶⁾. واحتج أصحابهما [بأن]⁽⁷⁾ عقد النكاح مع المهر في حكم العقدین، فلا يعود فساد أحدهما بفساد الآخر، لجواز عقد النكاح معرى⁽⁸⁾ عن الصداق. ولأن الله تعالى أجاز نكاح التفويض معرى⁽⁹⁾ عن المهر، قالوا: ويدل ذلك على صحة ما قلناه.

- (1) قبل الدخول وبعده في إحدى الروايتين عن مالك، وفي الأخرى أنه إذا دخل ثبت لها صداق المثل. ن: البداية 2 / 21، والإشراف 2 / 106، والإفصاح 2 / 135.
- (2) قال في المحلى 9 / 491: «وكل نكاح عقد على صداق فاسد، أو على شرط فاسد، مثل أن يؤجل إلى أجل مسمى، أو غير مسمى، أو بعضه إلى أجل كذلك، أو على خمر، أو على خنزير، أو على ما لا يحل ملكه... فهو نكاح مفسوخ أبداً، وإن ولدت له الأولاد، ولا يتوارثان، ولا يجب فيه نفقة، ولا عدة».
- (3) الآبق بالمد وكسر الباء: الرقيق الذي يفر من مالكة تمرداً. ن: المغرب 17، والتعريفات 7، والأئیس 189، ولغة الفقهاء 35.
- (4) تكملة لازمة.
- (5) الغرر: «ما يكون مجهول العاقبة، لا يدري أيكون أم لا»، التعريفات 161، وانظر: حلية الفقهاء 134، ولغة الفقهاء 330.
- (6) انظر: المبسوط 5 / 89، وتحفة الفقهاء 2 / 203، والبداية 2 / 278، والأم 5 / 65، والمهذب 2 / 56، والإفصاح 2 / 135.
- (7) تكملة يقتضيهما السياق.
- (8) في الأصل: معرا.
- (9) في الأصل: معرا.

قالوا: ولأن سقوط الصداق في حين العقد، لا يؤثر في العقد، فوجب ألا يؤثر في إفساده.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: 24]، فعلق إباحة الابتغاء بالمال، فوجب أن يكون إذا حصل بغير مال لا يقع الإباحة، لوقوعها على غير الشرط المأذون فيه؛ وقد علم أن الخمر والخنزير ليسا من أموال المسلمين.

ولأنه عقد معاوضة، ففساد⁽¹⁾ العوض يقضي بفساد المعوض عنه، دليله: البيع.

ولأن من أصل مذهب الشافعي: أن نكاح الشغار باطل بفساد المهر فيه⁽²⁾، فيلزمه عليه، أن يكون [كل]⁽³⁾ نكاح فسد صداقه أن يفسد عقده، ولا فرق.

ولأن الجهل والغرر في⁽⁴⁾ الإجازات وسائر المعاوضات، مفسد لها، وموجب حل عقدها، فوجب أن يكون النكاح كذلك. ولأن فساد أحد العوضين يؤذن بفساد العوض الآخر، أصله سائر عقود المعاوضات.

ولأنه لو تزوج أخته من الرضاعة، أو ذات محرم منه بمهر صحيح، لم يجز بإجماع، لأنه عقد أخطأ المحلية والأهلية⁽⁵⁾، فكون الصداق حلالاً لا يحله، فكذلك إذا كان العقد صحيحاً، والمعوض عنه فاسداً على ما زعموا. ولأن سائر عقود المعاوضات، تصح بكون⁽⁶⁾ الملك فيها بغير عوض،

(1) في الأصل: بفساد.

(2) الذي عند الشافعي غير هذا. قال في الأم 5 / 76: «فلا يفسد العقد إلا بما وصفنا العقد يفسد به من أن يعقد منهياً عنه، وليس المهر من إفساد العقد، ولا إصلاحه بسبيل، ألا ترى أن عقد النكاح بغير مهر مسمى صحيح...» وانظر أيضاً: الأم 5 / 83.

(3) تكملة يقتضيهما السياق.

(4) في الأصل: و.

(5) لأن المحرم لا تصلح محلاً لعقد النكاح عليها من قبل محرمها.

(6) في الأصل: بكل.

كالهبة والصدقة⁽¹⁾، ونحو ذلك. والعوض في عقد النكاح مستحق لله⁽²⁾ عز وجل، بدليل أنها لو أباحت نفسها، أو اتفقا على إسقاطه، لم يجز.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من نكاح⁽³⁾ التفويض، وصحته مع عروه من المهر، لا حجة لهم فيه، لأنه عقد مضمن بالمهر، وإن لم يذكر المهر. ألا ترى أنه لا يدخل بها حتى يفرض لها، وأنه إن فرض لها أقل من صداق مثلها، لم يلزمها ذلك؟ وليس كل ما عدم ذكره في العقد، يجب أن يفسد به العقد. ألا ترى أن عدم ذكر الأجل، والخيار في حين العقد، لا يفسد به العقد؟ ولو شرطاً، أو أحدهما في العقد لفسد بذلك العقد.

وقولهم: إن النكاح والصداق كعقدين. فاسد⁽⁴⁾؛ بل ذلك كله عقد واحد، ويتناول عوضاً، ومعوّضاً عنه، فإذا فسد العوض، فسد المعوض عنه.

-
- (1) في الأصل: وبالصدقة.
 - (2) في الأصل: لغير الله وهو خطأ.
 - (3) نكاح التفويض: هو النكاح الذي لا يسمى فيه المهر.
 - (4) في الأصل: فاسدين.

[في أقل الصداق]

أقل الصداق ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الورق⁽²⁾⁽³⁾.
وقال أبو حنيفة: أقله عشرة دراهم⁽⁴⁾.
وقال الشافعي: ليس لأقله مقدار محدود⁽⁵⁾.

- (1) ليست بالأصل.
- (2) الورق بكسر الراء: «الفضة مضروبة كانت أو غير مضروبة» القاموس الفقهي 378، وانظر: حلية الفقهاء 105، والمغرب 482، والأنيس 293، ولغة الفقهاء 501.
- (3) قال في الموطأ 359: «قال مالك: لا أرى أن تنكح المرأة بأقل من ربع دينار، ذلك أدنى ما يجب فيه القطع». وقال في الإشراف 2 / 107: «أقل الصداق محدود بربع دينار، أو ثلاثة دراهم، وقال الشافعي: لا حد له»، وقال في البداية 2 / 44: «فأما مالك فقال: أقله ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم كيلاً من فضة، أو ما يساوي الدراهم الثلاثة... في المشهور، وقيل: أو ما ساوى أحدهما». وانظر أول باب في الجزء الثالث من كتاب «الدب» لابن أبي زيد، واختصار عيون المجالس 50 و: 1.
- (4) قال في البدائع 2 / 275 - 276: «وأما بيان أدنى المقدار الذي يصلح مهراً، فأدناه عشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة دراهم، وهذا عندنا، وعند الشافعي: المهر غير مقدر، يستوي فيه القليل والكثير، وتصلح الدانق والحبة مهراً»، وقال في تحفة الفقهاء 2 / 200: «فعدنا المهر يقدر، وأدناه عشرة دراهم فضة، أو دينار ذهب خالص»، وانظر: المبسوط 5 / 80 - 81.
- (5) قال في الأم 5 / 64 - 65: «أقل ما يجوز في المهر، أقل ما يتمول الناس، وما لو استهلكه رجل لرجل كانت له قيمة، وما يتبايعه الناس بينهم... فيجوز أن ينكح الرجل المرأة على الدرهم، وعلى أقل من الدرهم، وعلى الشيء يراه بأقل من قيمة الدرهم، وأقل ما له ثمن، إذا رضيت المرأة المنكوحه، وكانت ممن يجوز أمرها في مالها». وانظر: المهذب 2 / 55، وبمثل قول الشافعي هذا، قال ابن وهب من المالكية. ن: البداية 2 / 14، وأصل الاختلاف في هذه المسألة - كما في البداية 2 / 14 - يرجع إلى سببين: أحدهما: «تردد الصداق بين أن يكون عوضاً من الأعراس، يعتبر فيه التراضي، بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات، وبين أن يكون عبادة، فيكون مؤقتاً أي =

واحتج أصحاب أبي حنيفة بحديث يرويه عن جابر⁽¹⁾ عن النبي ﷺ، أنه قال: «لا صداق أقل من عشرة دراهم»⁽²⁾، ولا حجة لهم فيه، لأنه حديث ضعيف⁽³⁾، تفرد به بقية⁽⁴⁾ بن الوليد، ولو صح لكان معناه عندنا: أن العشرة،

= محددًا مقدراً.

والثاني: معارضة قياس أقل الصداق على نصاب القطع في السرقة، المقتضي التحديد، لمفهوم الأثر الذي لا يقتضي التحديد، وهو حديث سهل بن سعد الساعدي: «التمس ولو خاتماً من حديد» المتفق على صحته.

وذكر المقري في (قواعده 91) سبباً آخر لهذا الاختلاف، وهو أن مالكا وأبا حنيفة يريان أن المهر حق لله عز وجل، ولذلك لا يقبل البضع الإباحة، فيتقدر المهر شرعاً، وأقرب المقدرات نصاب القطع - على اختلاف قولهما فيه - بينما يرى الشافعي أن المهر حق للمرأة، لأنه عقد معاوضة، فيتقدر بتقديرها، وحق الله تعالى فيه ثبوت أصله. والمقدرات لا تثبت بالقياس. قال المقري: «وهذا هو الفقه الصريح».

(1) هو أبو عبد الرحمن جابر بن عبد الله بن عمرو الأنصاري السلمى، أحد الصحابة المكثرين من رواية الحديث، خرج له الجماعة، توفي سنة 78هـ بالمدينة.

ترجمته في طبقات الشيرازي 51، وطبقات الحفاظ 19، والخلاصة 59، والرياض 44، والحديث والمحدثون 135.

(2) بهذا اللفظ أخرجه البيهقي في سننه 3 / 245 موقوفاً على علي رضي الله عنه، وأخرجه مرفوعاً بلفظ: «لا صداق دون عشرة دراهم»، من حديث جابر رضي الله عنه، وفي إسناده مبشر بن عبيد الذي قال عنه: مبشر بن عبيد، متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها.

(3) لأنه باللفظ الأول: «لا صداق أقل من عشرة دراهم» موقوف على علي رضي الله عنه، ومنقطع، لأن راويه عن علي هو الشعبي، ولم يصح له سماع منه، وفي إسناده داود الأودي، وهو ضعيف، كان يقول بالرجعة. ن: التعليق المغني بهامش سنن الدارقطني 3 / 245.

وباللفظ الثاني المرفوع، المروي عن جابر رضي الله عنه: «لا صداق دون عشرة دراهم». في إسناده مبشر بن عبيد، والحجاج بن أرطاة، وهما ضعيفان. قال في نصب الرأية 3 / 196: «وأسند البيهقي في المعرفة عن أحمد بن حنبل أنه قال: أحاديث مبشر بن عبيد موضوعة كذب. قال ابن القطان: . . . وهو كما قال، لكن يبقى عليه الحجاج بن أرطاة، وهو ضعيف، ويدلس على الضعفاء.

(4) هو أبو محمد بقية بن الوليد بن صائد الكلاعي الحميري الحمصي، أحد الأعلام، حسن الحديث، حدث عن المعروفين ولم يدلس.

قيمتها ربع دينار.

وأما أصحاب الشافعي، فاحتجوا بقوله ﷺ: «أدوا العلائق»⁽¹⁾ قالوا: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون»⁽²⁾، قالوا: فعم القليل والكثير، وقوله ﷺ للرجل الذي أراد أن يزوجه المرأة التي وهبت له نفسها: «التمس ولو خاتماً من حديد»⁽³⁾، قالوا: وذلك ينفي التحديد⁽⁴⁾.

قالوا: ولأنه عقد معاوضة، لم يتقدر العوض فيه بالشرع، أصله: البيع والإجارة، لأن كل ما جاز أن يكون ثمنًا، جاز أن يكون مهرًا. أصله: الربع دينار.

ولأن كل عوض [148] لم يتقدر⁽⁵⁾ [أكثره]⁽⁶⁾، لم يتقدر أقله. أصله: سائر الأعواض.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن البضع محرم تناوله في الشرع إلا

= قال النسائي: إذا قال: حدثنا وأخبرنا فهو ثقة. خرج له مسلم والأربعة، توفي سنة 197هـ.

ترجمته في طبقات الحفاظ 126 - 127، والخلاصة 54.

- (1) العلائق: «جمع علاقة وهي المهر تقع به العلقة بين الزوجين» الطلبة 95.
- (2) هذا الحديث أخرجه الشافعي في الأم 5 / 64 بلاغًا، وقال في نصب الراية 3 / 200: «أخرجه الدارقطني في سننه، والطبراني في معجمه، عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر عن النبي ﷺ: قال: «أدوا العلائق»، قيل: وما العلائق؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون، ولو كان قضييًّا من أراك»، وهو معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن البيلماني. قال ابن القطان: قال البخاري: متروك الحديث.
- (3) هذا جزء من حديث طويل أخرجه مالك في الموطأ في كتاب النكاح: ما جاء في الصداق والجباء، والبخاري في كتاب النكاح باب السلطان ولي، ومسلم في كتاب النكاح باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد. . . كلهم عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه.
- (4) لأنه يدل على ألا حد لأقله، لأنه لو كان له حد لبينه الرسول ﷺ: إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه. قال ابن رشد في البداية 2 / 15: «وهذا الاستدلال بين كما ترى».
- (5) في الأصل: لم يتقدره.
- (6) تكملة لازمة.

بمال لحق الله تعالى، فوجب أن يكون أقل ذلك المال مقدراً بربع دينار، أصله: قطع اليد في السرقة.

ولأنه مال يستباح به عضو، فوجب أن يكون لأوله حد في الشرع، أصله: القطع في السرقة⁽¹⁾.

ولأن المهر في النكاح حق الله تعالى، بدليل أنهما لو تراضيا على إسقاطه لم يجز، فوجب أن يكون مقدراً، دليله: المقادير الشرعية من الزكوات والكفارات⁽²⁾، وأروش⁽³⁾ الجنایات، وما أشبه ذلك.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عليه السلام: «أدوا العلائق»⁽⁴⁾ فوجب الأداء. لا يدل على إسقاط النقدين⁽⁵⁾ في الأصل.

وقوله عليه السلام: «التمس ولو خاتم من حديد»⁽⁶⁾، إنما قال ذلك. لما قال له الرجل: لا أجد شيئاً. [قال]⁽⁷⁾: التمس ولو خاتم من حديد، على جهة التقليل، لأنه شيء لا يكاد يتقدر وجوده في الغالب، وهذا كقوله عليه السلام

(1) وقد ضعف ابن رشد في البداية 2 / 15 هذا القياس، فقال: «وضعف هذا القياس، هو من قبيل الاستباحة فيهما هي مقولة باشتراك الاسم، وذلك أن القطع غير الوطاء، وأيضاً فإن القطع استباحة على جهة العقوبة، والأذى، ونقص خلقة. وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة. ومن شأن قياس الشبه على ضعفه، أن يكون الذي تشابه به الفرع والأصل شيئاً واحداً، 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 ينه عليه اللفظ، وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين.

(2) الكفارة: «تصرف أوجه الشرع لمحو ذنب معين، كالإعتاق، والصيام، والإطعام، وغير ذلك». لغة الفقهاء 382، وانظر: حلية الفقهاء 206، والمغرب 410.

(3) الأروش: ج أرش، وهو لغة الفساد والرشوة، ودية الجراحة. وشرعاً: هو قيمة العيب. ن: القاموس الفقهي، والطلبة 335، والتعريفات 17، وغريب المدونة 112، والأئيس 295، ولغة الفقهاء 54.

(4) تقدم تخريجه.

(5) ربع الدينار من الذهب، وثلاثة دراهم من الورق.

(6) تقدم تخريجه.

(7) تكملة يقتضيها السياق.

في الأمة إذا زنت: «فاجلدوها، ثم إذا زنت فاجلدوها»، ثم قال بعد الثالثة أو الرابعة: «ثم بيعوها ولو بضيفير⁽¹⁾»،⁽²⁾ فهذا أيضاً خبر، إنما خرج مخرج التقليل والتزهيد في إمساكها.

وقولهم: ولأنه عقد معاوضة، فلم يتقدر العوض فيه بالشرع. أصله: البيع والإجارة. لا يلزم، لأن المعوض⁽³⁾ عنه في البيع والإجارة يصح أن يملك بغير عوض، فجاز أن لا يتقدر العوض فيه، والبضع لا يملك منافعه إلا بعوض، فلذلك يقدر العوض فيه.

وقولهم: كل ما جاز أن يكون ثمنًا، جاز أن يكون مهرًا، أصله: الربع دينار. غير صحيح، لأن الربع دينار، قد ثبت له حرمة في الشرع، وهو تعلق قطع يد السارق به، وليس كذلك⁽⁴⁾ ما دونه.

وقولهم: ولأن كل عوض⁽⁵⁾ لا يتقدر أكثره بالشرع، لا يتقدر أقله⁽⁶⁾. أصله: سائر الأعواض، باطل بالنفقة على الزوجة: إذ هي عوض عن الاستمتاع وأقلها مقدر، وأكثرها غير مقدر.

ولأن نفي تقدير الأكثر، لا يوجب نفي تقدير الأقل، كالنصاب الذي يقطع فيه يد السارق، أقله محدد، وأكثره غير محدد.

- (1) الضيفير: قال مالك: «والضيفير الحبل». ن: الموطأ 594.
- (2) هذا جزء من حديث أخرجه مالك في الموطأ في كتاب الحدود: جامع ما جاء في حد الزنا، ولفظه بتمامه: «عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني، أن رسول الله ﷺ سئل عن الأمة إذا زنت، ولم تحصن، فقال: «إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم بيعوها ولو بضيفير». وبهذا اللفظ أخرجه البخاري في كتاب المحاربي من أهل الكفر والردة، باب إذا زنت الأمة: وبنحوه أخرجه الدارمي في سننه 2 / 181.
- (3) في الأصل: العوض.
- (4) في الأصل: بذلك.
- (5) في الأصل: عضو.
- (6) في الأصل: أوله.

[في من بيده عقدة النكاح]

الذي بيده عقدة النكاح هو الأب في ابنته، والسيد في أمته⁽¹⁾.
وقال أبو حنيفة: هو الزوج⁽²⁾: وهو أحد قولي الشافعي⁽³⁾.

- (1) قال في الموطأ 358: «قال مالك في طلاق الرجل امرأته، قبل أن يدخل بها وهي بكر، فيعفو أبوها عن نصف الصداق، أن ذلك جائز لزوجها من أبيها، فيما وضع عنه. قال مالك: إن الله تبارك وتعالى قال في كتابه: ﴿إلا أن يعفون﴾ فمن النساء اللاتي قد دخل بهن، ﴿أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ فهو الأب في ابنته البكر، والسيد في أمته. قال مالك: وهذا الذي سمعت في ذلك، والذي عليه الأمر عندنا». وقال في أحكام ابن العربي 1 / 222: «وكذلك روى ابن وهب وأشهب، وابن عبد الحكم، وابن القاسم عن مالك أنه الأب في ابنته البكر، والسيد في أمته، لأن هذين هنا اللذان يتصرفان في المال، وينفذ لهما القول». وبهذا القول قال ابن عباس، والحسن البصري، وعكرمة، وطاوس، والزهري، وعلقمة، والنخعي. ن: المنتقى 3 / 287.
- (2) قال في المسوط 6 / 63: «والذي بيده عقدة النكاح عندنا هو الزوج، وهو قول ابن عباس، وشريح رضي الله عنهما».
- (3) وهو قوله الجديد، والأصح من قوله. ن: المهذب 2 / 59، وأحكام ابن العربي 1 / 219، والمنتقى 3 / 287، وعليه اقتصر في الأم 5 / 80 - 81.
- وأصل الاختلاف في هذه المسألة - كما في البداية 2 / 19 - هو: الاحتمال الذي في قوله تعالى: ﴿إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾، وذلك في لفظه: «يعفو»، فإنها تقال في كلام العرب مرة بمعنى يسقط، ومرة بمعنى يهب، وفي قوله: ﴿الذي بيده عقدة النكاح﴾ على من يعود هذا الضمير؟ هل على الولي، أو على الزوج؟
- فمن قال على الزوج، جعل يعفو بمعنى يهب، ومن قال على الولي، جعل يعفو بمعنى يسقط... ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء، لكن من جعله الزوج، فلم يوجب حكماً زائداً على الآية أي شرعاً زائداً، لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع، ومن جعله الولي: إما الأب، وإما غيره، فقد زاد شرعاً، ولذلك يجب عليه أن يأتي بدليل، يبين أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج»، قال ابن رشد: «وذلك شيء يعسر».

واحتج أصحابهما فقالوا: صدق المرأة مال من مالها، فعضو الأب هبة منه، وهو ممنوع من هبته.

ولأنه صدق لابنته البكر، فلم يجوز له العفو عنه. دليله: ما لو كانت ثيبًا، أو كان الزوج لم يطلق؛ حيث لا يجوز عفو في الصورتين جميعًا بغير خلاف.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ [البقرة: 237]، فأخبر تعالى عما بيد الزوج، وهو حل العصمة بالطلاق، والذي بيده عقدة النكاح هو الولي دون الزوج، لأن الولي عاقد، والزوج معقود له.

ولأنه جل وعز استفتح الآية بخطاب الأزواج بالمواجهة، فقال: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ﴾، ثم صرف الخطاب إلى الغائب فقال: ﴿ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾، فلو كان الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج، لقال: ﴿ أَوْ يَعْفُوَا ﴾، ولا يقول: الذي بيده عقدة النكاح، فعلم أنه ولي المرأة لا زوجها⁽¹⁾، وهو أظهر من أن يحتج عليه.

(1) قال في الإشراف 2 / 109 - 110: ودليلنا قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ﴾ إلى قوله: ﴿ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ ففيه أدلة.

أحدهما: أن ابتداء الخطاب بالمواجهة، وهو للأزواج، وقوله تعالى: ﴿ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ كناية للغائب، فيجب أن يكون المراد به غير من وجه بالخطاب. والثاني: أن قوله عز وجل: ﴿ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ يفيد أن يكون الذي بيده في الحال، والزوج ليس بيده بعد الطلاق شيء.

والثالث: أن حقيقة العطف، عود على المعطوف عليه في الشيء الذي أريد بالعطف. وقد ثبت أن قوله: ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَا ﴾ المراد به النصف الواجب للمطلقات يسقط عن الزوج، فلما عطف بحرف أو، كان حقيقته عفوًا عن ذلك النصف، وفي حمله على الزوج، حمل له على العفو عن نصف آخر، وذلك خلاف الظاهر.

والرابع: أن في حملها على ما قلناه. سلامتها من التكرار، وفي حملها على الزوج تكرر، لأنه قد توجه ثبوت الخطاب إليه بالعفو، بقوله: ﴿ وَأَنْ تَعْفُوَا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى ﴾.

ولأن العفو عبارة عن إسقاط حق مستقر، ومن المحال أن يكون الزوج هو الغارم لذلك الحق المستقر، وهو العافي عنه .
ولأن كل من جازت له المطالبة بالمهر من حيث الولاية الخاصة⁽¹⁾ من غير تولية . فله العفو عنه . دليله : السيد في أمته ، فصح بهذا أن العافي هو التارك لما وجب له . فأما من وهب أو غرم ما وجب عليه ، فلا يسمى عافياً جملة .

= والخامس : أن الله تعالى ندب إلى العفو من كلا الطرفين ، فندب إلى الأزواج بقوله : ﴿ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى ﴾ ، ولم يفصل لأنهم يملكون أنفسهم ، ثم لما ندب إلى النساء وكن ينقسمن إلى ثيب يملكن أنفسهن ، ولا حجر عليهن ، وإلى أبكار يولى عليهن ، خاطب الثيب بإيقاع العفو منهن ، وامتنع ذلك في الأبكار ، فعدل إلى الأولياء المالكين أمورهن ، وهم الآباء ، ومتى جعلناه للأزواج أخرجنا الأبكار من حيز من يندب إلى العفو .
وقال ابن العربي في أحكامه 1 / 221 : «والذي تحقق عندي بعد البحث والسبر ، أن الأظهر هو الولي لثلاث أوجه .

أحدها : أن الله تعالى قال في أول الآية : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ ﴾ ، إلى قوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَيَصِفْ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ ، فذكر الأزواج وخاطبهم بهذا الخطاب ، ثم قال : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُوا ﴾ فذكر النسوان ﴿ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ فهذا ثالث ، فلا يرد إلى الزوج المتقدم ، إلا لو لم يكن لغيره وجود ؛ وقد وجد ، وهو الولي ، فلا يجوز بعد هذا إسقاط التقدير بجعل ثلاثة اثنين من غير ضرورة .

والثاني : أن الله تعالى قال : ﴿ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ ، ولا إشكال أن الزوج بيده عقدة النكاح بنفسه ، والولي بيده عقدة النكاح لوليته - على القول بأن الذي يباشر العقد الولي - . . . فقد ثبت بهذا أن الولي بيده عقدة النكاح ، فهو المراد ، لأن الزوجين يتراضيان فلا ينفذ لهما أمر إلا بالولي ، بخلاف سائر العقود ، فإن المتعاقدين يستقلان بعقدها .

والثالث : أن ما قلناه أنظم للكلام ، وأقرب إلى المرام ، لأن الله تعالى قال : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُوا ﴾ ، ومعلوم أن ليس لكل امرأة أن تعفو ، فإن الصغيرة أو المحجورة لا عفو لها ، فبين الله تعالى القسمين وقال : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُوا ﴾ إن كن لذلك أهلاً ، ﴿ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ لأن الأمر فيه إليه .

(1) الولاية الخاصة هي الولاية على أشخاص معينين كولاية الأب على ابنته ، والسيد على أمته .
ن : لغة الفقهاء 510 .

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن صداق المرأة، مال لها، فغفو الأب عنه هبة منه له، إلى آخر ما ذكروه، فليس كذلك، لأن الصداق بخلاف غيره من مالها، بدليل أن له إجبارها على النكاح بأقل من مهر مثلها، وبدليل أنه يخالع عنها بشيء يدفعه إلى الزوج من مالها على وجه النظر⁽¹⁾.
وإذا جاز له ذلك، جاز له أن يعفو عما وجب لها من المهر على وجه النظر، لأنه مما يرغب الأزواج فيها، لأجل صنيع أبيها في العفو.
وأما إخراجه لمالها بالهبة، والصدقة، وغير ذلك، فلا يشبه ما ذكروه، لأنه لا حظ له في ذلك، ولا حسن نظر، والله أعلم.

(1) النظر: الرعاية والمصلحة، والسداد، والحفظ. اللسان / نظر.

[في الزنا هل يوجب تحريم المصاهرة أو لا؟]

الزنا لا يوجب تحريم المصاهرة على [أحد]⁽¹⁾ قولي مالك، وهو أصح القولين عنه⁽²⁾. وبه قال الشافعي⁽³⁾.
وقال أبو حنيفة: يوجب التحريم⁽⁴⁾. وهو اختيار ابن⁽⁵⁾ حبيب من

(1) تكملة لازمة.

(2) قال في الموطأ 362: «قال مالك: فأما الزنا فإنه لا يحرم شيئاً من ذلك، لأن الله تبارك وتعالى قال: ﴿وأمهات نسائكم﴾ فإنما حرم ما كان تزويجاً، ولم يذكر تحريم الزنا، وكل تزويج على وجه الحلال، يصيب صاحبه امرأته، فهو بمنزلة الزواج الحلال، فهذا الذي سمعت، والذي عليه أمر الناس عندنا»، وقال فيه أيضاً 363: «قال مالك في الرجل يزني بالمرأة، فيقام عليه الحد فيها، أنه ينكح ابنتها، وينكحها ابنه إن شاء، وذلك أنه أصاب حراماً وإنما حرم الله، ما أصيب بالحلال، أو على وجه الشبهة بالنكاح. قال الله تبارك وتعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء﴾».

وهذا الذي في الموطأ هو أصح قولي مالك، وله قول غيره. قال في البداية 2 / 26: «أما 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»، وانظر: اختصار عيون المجالس 84 و: 1.

(3) قال في الأم 5 / 27: «... فأما الزنا، فلا حكم للزنا يحرم حلالاً، فلو زنا رجل بامرأة لم تحرم عليه، ولا على ابنه، ولا على أبيه، وكذلك لو زنا بأم امرأته، أو بنت امرأته، لم تحرم عليه امرأته، وكذلك لو كان تحتها امرأة، فزنا بأختها، لم يجتنب امرأته، ولم يكن جامعاً بين الأختين...».

(4) انظر البدائع 2 / 262: وقال في حاشية الدر المختار 2 / 15: «اعلم أن حرمة المصاهرة أربع: حرمة المرأة على أصول الزاني وفروعه نسباً ورضاعاً، وحرمة أصولها وفروعها على الزاني نسباً ورضاعاً كما في الوطء الحلال... والدليل على الحرمة قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء﴾، والنكاح هو الوطء... وقوله عليه السلام: «من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها...»، وقال في إنبأ الإنصاف 105: «الزنا يوجب حرمة المصاهرة عندنا...».

(5) هو أبو مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان السلمى الأندلسي، أخذ عن ابن الماجشون، =

أصحابنا⁽¹⁾.

واحتج أصحاب أبي حنيفة، فقالوا [هـ 149]: كل تحريم تعلق بوطء حلال، يتعلق بالوطء الحرام. أصله: التحريم الواقع بالوطء بشبهة النكاح الفاسد، إذ هو وطاء حرام، ومع ذلك فإن الحرمة تقع به. قالوا: ولأنه استمتاع، فوجب أن تنتشر به الحرمة، قياساً على الوطاء الحلال.

قالوا: ولأن الله عز وجل [قال]⁽²⁾: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِمَّنِ الْنِسَاءِ﴾ [النساء: 22]، وهو لفظ عام في العقد والوطء⁽³⁾. قالوا: ولأن حرمة المصاهرة، إنما تثبت بالوطء بعلقة البعضية، والبعضية علة مشعرة بالتحريم، لأن استمتاع الإنسان ببعضه⁽⁴⁾ حرام. قالوا: ولذلك حرم الاستمتاع باليد. قالوا: ولأن النكاح رق بنص كلام النبي عليه السلام⁽⁵⁾، فيحرم على

= ومطرف وإبراهيم بن المنذر، وغيرهم، وتفقه بيحيى بن يحيى، وعيسى بن دينار، وغيرهما. له: الواضحة في السنن والفقهاء، لم يؤلف مثلها، وغريب الحديث، وتفسير الموطأ، وغير ذلك. توفي سنة 238هـ أو 239هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 162، وترتيب المدارك 4 / 122 - 141، والديباج 2 / 8 - 15، والشجرة 74 - 75. قال في شرح الزرقاني للمختصر 3 / 206: «وذكر التتائي: إن ابن حبيب وتبعه المازري، قال: إن مالكاً رجع عنه إلى أنه يحرم بالزنا الحلال، وأفتى به إلى أن مات...».

(1) قال ابن رشد في البداية 2 / 26: «وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح، أعني في دلالة على المعنى الشرعي واللغوي، فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ قال: يحرم الزنا، ومن راعى الدلالة الشرعية، قال: لا يحرم الزنا...».

(2) تكملة لازمة.

(3) في الأصل: الولي، وهو خطأ، واللفظ العام المراد هو: «تنكحوا» لأن النكاح يطلق على العقد والوطء.

(4) في الأصل: لبعضه.

(5) ونص هذا الحديث - كما ورد في المبسوط 5 / 23 مرفوعاً من غير إسناد - هو: «النكاح رق، فلينظر أحدكم أين يضع كريمة».

الإنسان استرقاق بعضه .

والدليل على صحة ما قلناه : ما رواه عروة⁽¹⁾ عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ، سئل عن الرجل يصيب المرأة حراماً ثم ينكح ابنتها، أو يصيب البنت، ثم ينكح الأم، فقال النبي ﷺ: «الحرام لا يحرم الحلال»⁽²⁾، وهذا نص⁽³⁾.

ولأنه معنى لا يثبت به الفراش⁽⁴⁾ على وجه، فلا يجب به تحريم المصاهرة، أصله: القبلة بغير شهوة .

ولأنه وطء يوجب الحد، فوجب أن لا يثبت به تحريم المصاهرة، أصله: اللواط . لأنه لو لاط رجل بصبي، لم يحرم على واحد منهما أن يتزوج بنت الآخر⁽⁵⁾.

ولأن الزنا لا حرمة له في نفسه، فوجب ألا يوجب حرمة في غيره؛ إذ النسب لا يثبت به، وهو أقوى من المصاهرة، فألا يثبت به حرمة الصهر أولى وأحرى⁽⁶⁾.

(1) هو أبو عبد الله عروة بن الزبير بن العوام الأسدي، أحد الفقهاء السبعة . قال ابن شهاب: عروة بحر لا ينزف، خرج له الجماعة . اختلف في وفاته . فقيل: سنة 91هـ، وقيل 101هـ وقيل غير ذلك .

ترجمته في طبقات الشيرازي 58، وطبقات الحفاظ 29، والخلاصة 264 .

(2) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 169: عن عائشة رضي الله عنها، من لفظ طويل، هذا نصه بتمامه: «عن عائشة رضي الله عنها قالت: سئل رسول الله ﷺ عن الرجل يتبع المرأة حراماً، أينكح ابنتها؟ أم يتبع الابنة حراماً، أينكح أمها؟ قالت: قال رسول الله ﷺ: لا يحرم الحرام الحلال»، وأخرجه ابن ماجة مختصراً عن ابن عمر رضي الله عنه، وضعفه . ن: سنن ابن ماجة 1 / 649 .

(3) النص: «هو ما لا يحتمل إلا معنى واحداً، وقيل: ما لا يحتمل التأويل» التعريفات 241، وانظر: الحدود 42، ولغة الفقهاء 480 .

(4) الفراش هي: «المرأة التي ثبت للزوج حق افتراشها للاستمتاع والاستلذاذ»، و«صاحب الفراش هو الزوج». الطلبة 119، والمراد بالفراش هنا: الزوجية .

(5) هذا عند غير الحنابلة، أما عندهم فيحرم . ن: النكاح 239 .

(6) في الأصل: أولاً وأحراً .

ولأن الزنا عدوان محض⁽¹⁾، فلا يكون سبباً لتحريم الوصلة، كما لا يكون سبباً لإثبات النسب.

فإذا ثبت هذا، فقياسهم الزنا على الوطء بالشبهة⁽²⁾، غير صحيح، لأن الوطء بالشبهة له حرمة في نفسه، بدليل أن كل حكم يتعلق بالوطء الحلال: من سقوط الحد، ولحوق النسب، ووجوب العدة، والمهر، وتحريم المصاهرة، وغير ذلك فإنه يتعلق مثله بالوطء بالشبهة.

واحتجاجهم بعموم قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِمَّنِ الْنِسَاءِ﴾ [النساء: 22] لا حجة لهم فيه، لأن إطلاق اسم النكاح في عرف الشرع إنما هو مجرد العقد دون الوطء⁽³⁾.

ولأن مجرد العقد الصحيح عندنا، تحرم به المرأة المعقود عليها على أبي المعقود له، وأبنائه، وإن لم يقارن ذلك العقد مسيس⁽⁴⁾.

وقد قيل: إن اسم النكاح في اللغة إذا وقع على الوطء، فإنما يعنون به الوطء الحلال، دون الوطء الحرام، والوطء الحرام إنما يسمى⁽⁵⁾ سفاحاً⁽⁶⁾،

-
- (1) في الأصل: محظ ومحض: خالص لا يشوبه شيء.
 - (2) الشبهة: ما التبس أمره حتى لا يمكن القطع فيه أحلال هو أم حرام، وحق هو أم باطل؟ وهي أنواع شبهة العقد، وهي ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة، كنكاح المحرم...، وشبهة الفعل، وهي أن يظن الحرام حلالاً فيأتيه، كوطء المعتدة من طلاق الثلاث ظاناً أنها تحل له، وشبهة في المحل، وهي أن يظن المحل محلاً، فإذا هو ليس كذلك، كما إذا وطئ امرأة في فراشه ظاناً أنها امرأته فإذا هي أجنبية، وشبهة الملك، وهي أن يملك في الشيء جزءاً كوطء الأمة المشتركة. ن: لغة الفقهاء 257، والوطء الواقع في كل هذه الصور هو وطاء شبهة.
 - (3) لا يسلم ابن العربي بهذا، فيقول في أحكامه 1 / 370: «فإن قيل النكاح في عرف الشرع عبارة عن العقد، قلنا: لا نسلم ذلك، بل هما سواء، يتصرف المعنى فيهما حسب اللفظ، في كل موضع بحسب أدلته واحتمالاته، وانتظام المعنى والحكم معه».
 - (4) المسيس من المس بالتشديد، وهو كناية عن الجماع، ومنه قوله تعالى: ﴿أنى يكون لي ولد ولم يمسسني بشر﴾ لغة الفقهاء 424.
 - (5) في الأصل: يسما.
 - (6) السفاح: «الزنا مأخوذ من سفحت الماء، إذا صببته في الأرض، كأنما ماء الرجل إذا وقع في=

ولذلك قال ﷺ: «ولدت من نكاح لا من سفاح»⁽¹⁾.
وأما تعلقهم بفصل⁽²⁾ البغضية، فيقال لهم: حققوا لنا البغضية بين الولد والوالد، قبل كل شيء حتى يستقيم تعلق الحرمة بذلك، فإن الأب شخص كامل، والابن شخص كامل، ومن المحال أن يكون شخص كامل بعضاً من شخص كامل. فثبت بهذا صحة ما قلناه. والله أعلم.

= فرج الزانية، فكأنما قد صب في الأرض لذلك فإن الولد لا يلحق به». ن: غريب المدونة 85، ولغة الفقهاء 245.

(1) حكاة في نصب الراية 3 / 213 عن عائشة رضي الله عنها من طريق الواقدي مرفوعاً، بلفظ:

«خرجت من نكاح غير سفاح»، ثم قال: «قال في التنقيح: الواقدي متكلم فيه».

(2) في الأصل: بفضل.

[في البنت المولودة من ماء الزاني هل تحرم على الزاني أم لا؟]

البنت المولودة من ماء الزاني تحرم على الزاني⁽¹⁾، وبه قال أبو حنيفة⁽²⁾.
وقال بعض أصحابنا من البغداديين: يكره له نكاحها⁽³⁾.
وقال عبد⁽⁴⁾ الملك بن الماجشون وابن القرطي⁽⁵⁾: لا يحرم عليه

- (1) قال في أسهل المدارك 2 / 78: «... ولو كانت البنت من زنا فهي حرام عليه عند ابن القاسم، وقال ابن الماجشون: يجوز نكاحها...»، وقال في أوجز المسالك 9 / 345: «قال الباجي: فإن قلنا بالإباحة - يعني على رواية الموطأ - وكانت البنت مخلوقة من ماء، مثل أن يكون زنا بها، فحملت منه، وولدت جارية، فأراد أن يتزوجها، فقد حكى القاضي أبو الحسن: أن ذلك جائز له، وبه قال الشافعي، وقال به من أصحابنا المتقدمين: ابن الماجشون، والمشهور من المذهب أن ذلك غير جائز...»، وانظر: المنتقى 3 / 308، وقال ابن الجهم: «لا تحرم البنت من الزنا على الزاني». ن: مسائل الخلاف 179 و: 1.
- (2) قال في البدائع 2 / 257: «وتحرم عليه بناته بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿وَبَنَاتِكُمْ﴾ سواء كانت بنته من النكاح أو من السفاح لعموم النص. وقال الشافعي: لا تحرم عليه البنت من السفاح، لأن نسبها لم يثبت منه، فلا تكون مضافة إليه شرعاً»، وبه قال الإمام أحمد. ن: الإفصاح 2 / 127. وإيثار الإنصاف 107.
- (3) لعل مقصوده القاضي عبد الوهاب، فقد جاء في إشرافه 2 / 101: «إذا زنا بامرأة، فأنت بابتة، كره للزاني بأمرها أن يتزوجها، ولا تحرم عليه...» لقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر، فأفاد أنه لا حكم لفعله، لأنها أجنبية منه، بدليل أن سائر أحكام الولادة المختصة بها، من لحوق النسب، ووجوب النفقة، والولاية في البدن والمال والشهادة، لا تثبت في هذا الموضع كذلك تحريم النكاح».
- (4) هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن أبي سلمة الماجشون. كان فقيهاً فصيحاً مفتي المدينة في زمانه، روى عن مالك، وعن أبيه عبد العزيز خرج له النسائي وابن ماجه. قيل: توفي سنة 212هـ وقيل: 214هـ.
- (5) ترجمته في: الانتقاء 57، وطبقات الشيرازي 148، وترتيب المدارك 3 / 136 - 142، والديباج 2 / 6 - 8، والشجرة 56. والخلاصة 244 - 245، والأعلام 305.
- (5) هو أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان. يعرف بابن القرطي. رأس المالكية بمصر في=

نكاحها⁽¹⁾. وبه قال الشافعي⁽²⁾.

واحتج من نص الأول، فقال: إنها مخلوقة من مائه، وماؤه بعضه، فإن قيل: لا نسلم أنها ابنته، لأن الزانية يأتيها غير واحد من الزناة. فالجواب أنا نفرض السؤال فيما إذا اختص بكرًا بزنا، ثم حصنها، حتى ولدت بنتًا لما تلده النساء. قال: فهي ولده بلا شك من حيث الظاهر، والظاهر كاف في إثبات الحرمة. قال: وإنما وضع النسب في الشرع والمعقول للشرف، ولا شرف في الانتساب للزاني. وإنما اختلفنا في الحرمة، وسبب تأكدها وجود البعضية من غير اعتبار شرف أصلًا.

وتعلق في الاحتجاج أيضًا بجانب الوالدة، فقال: قد ثبتت⁽³⁾ الحرمة بينها وبين هذا الولد بالإجماع، وقاس جانبه⁽⁴⁾ على جانبها⁽⁵⁾. قال: فإن لم تكن هذه الابنة ابنته نسبيًا، فهي ابنته على معنى⁽⁶⁾ أنها مخلوقة من مائه، وهو المؤثر في إثبات الحرمة التي ادعيهاها.

واحتج من نص القول الثاني بقوله عز وجل: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: 54]، وهذه منة امتن الله عز وجل بها على عباده في حفظ أنسابهم وتناسلهم، وتشرفهم باللحوق بأبائهم من النكاح لا من

= زمانه، من مؤلفاته: الزاهي في الفقه، وأحكام القرآن، ومختصر ما ليس في المختصر، وغير ذلك. توفي سنة 355هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 155، وترتيب المدارك 5 / 274، والفكر السامي 110 / 2.

(1) قال في المنتقى 3 / 308: «قال سحنون: في قول ابن الماجشون هذا خطأ صراح، وما علمت من قاله من أصحابنا معه».

(2) قال في المهذب 2 / 43: «وإن زنا بامرأة فأنت منه بابتة، فقد قال الشافعي رحمه الله: أكره أن يتزوجها، فإن تزوجها لم أفسخ...».

(3) في الأصل: ثبت.

(4) جانب الوالد الزاني.

(5) جانب الوالدة الزانية، في ثبوت الحرمة بينها وبين الولد، حيث لا يجوز لها أبدًا أن تتزوجه.

(6) في الأصل: معنا.

السفاح . قال : ونحن نعلم قطعاً أن ولد الزنا لا شرف له ، ولا نسب من الأب الزاني ؛ إذ ليس أبوته⁽¹⁾ منه بأبوه شرعية نطفة⁽²⁾ . بدليل قوله ﷺ : «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽³⁾ ، فأخبر الصادق عليه السلام أن العاهر لا فراش⁽⁴⁾ له ، فيلزم عليه ألا ولد له⁽⁵⁾ ، وإنما له الحجر كما قال عليه السلام .

قال : ويعضد ما قلناه ، قوله عز وجل : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ [النساء : 23] فحرم [هـ 150] جل وعز الابنة المضافة إلى أبيها بصحيح النسب ، وصريح الوطاء المباح ، وبنت الزنا غير مضافة إلى الزاني ، فلم تدخل⁽⁶⁾ في آية التحريم .

وإذا لم تدخل فيها ، وكانت خارجة منها ، وجب دخولها في عموم آية التحليل ، وهو قوله عز وجل : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ [النساء : 24] .

ولأنه لا خلاف أنها لا ترثه ، ولا يرثها ، ولا ولاية له عليها في عقد نكاح ولا غيره . قال : والاحتجاج بفصل⁽⁷⁾ البعضية باطل⁽⁸⁾ ، لأننا نقول لقائله : حقق لنا البعضية ما هي ؟ حتى يستقيم لكم تعلق الحرمة بها؟ لأن الأب شخص

(1) في الأصل : أبويه مكررة .

(2) في الأصل : نقطة .

(3) أخرجه مسلم في كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش وتوفي الشبهات ، وابن ماجه في سننه في كتاب النكاح باب الولد للفراش وللعاهر الحجر ، أخرجه مسلم عن عائشة وأبي هريرة رضي الله عنهما ، وابن ماجه عنهما ، وعن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه ، ولفظه في مسلم بتمامه من رواية عائشة رضي الله عنها هو : «عن عائشة رضي الله عنها قالت : اختصم سعد ابن أبي وقاص ، وعبد بن زمعة في غلام ، فقال سعد : هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص ، عهد إلى أنه ابنه ، انظر إلى شبهه ، وقال عبد بن زمعة ، هذا أخي يا رسول الله ، ولد على فراش أبي من وليدته ، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه ، فرأى شبهاً بينا بعتبة ، فقال : هو لك يا عبد . الولد للفراش وللعاهر الحجر . واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة .

(4) في الأصل : فرج ، وهو خطأ .

(5) في الأصل : ولده .

(6) في الأصل : يدخل .

(7) في الأصل : بفضل .

(8) في الأصل : باطلاً .

كامل، والابن شخص كامل، ويستحيل أن يكون شخص كامل بعضاً من شخص كامل، لأن غاية ما في الباب أن الولد خلق من نطفة سقطت من صلب الأب، فهو مثل نخلة خلقت من نواة سقطت من نخلة، ثم النخلة الخارجة من النواة لا تكون بعض النخلة، كذلك الولد لا يكون بعض الوالد، وإنما عنى الناس بقولهم: إن الولد بعض الوالد. ثبوت النسب لا غير ذلك، وهو معنى قوله ﷺ: «فاطمة بضعة مني»⁽¹⁾.

قال: والتعلق بجانب الوالدة⁽²⁾، لا حجة لهم فيه جملة، لأن ولد كل ذات رحم مانع لأمه من الجزية⁽³⁾، والرق⁽⁴⁾، والنسب⁽⁵⁾، والحضانة⁽⁶⁾، والميراث والنفقات، وغير ذلك⁽⁷⁾، ما لم يكن عارض يمنع من ذلك، وسواء كان الولد من زنا، أو من نكاح، أو ملك يمين. قال: وهذا واضح لا إشكال فيه إن شاء الله.

(1) هذا جزء من حديث أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب ذب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف وابن ماجه في سننه في كتاب النكاح، باب الغيرة، بأكثر من لفظ أخرجاه معاً عن المسور بن مخرمة ولفظه في البخاري: «عن المسور بن مخرمة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: وهو على المنبر: إن بني هشام بن المغيرة استأذنونني أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب، فلا أذن لهم، ثم لا أذن لهم، ثم لا أذن لهم، إلا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي، وينكح ابنتهم، إنما هي بضعة مني، يربيني ما أربابها، ويؤذيني ما آذاها»، وفي إحدى روايات ابن ماجه: «وإن فاطمة بنت محمد بضعة مني».

(2) في الأصل: الوالد.

(3) الجزية: «ما تفرضه الدولة على رؤوس أهل الذمة»، لغة الفقهاء 164، وانظر: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 51، وحلية الفقهاء 201، والأنيس 182.

(4) الرق: العبودية، وإزالة الحرية، وعجز حكومي شرع في الأصل جزاء عن الكفر. ن: التعريفات 111، ولغة الفقهاء 224.

(5) النسب: «القرابة الموروثة التي لا يد للإنسان فيها». لغة الفقهاء 478.

(6) الحضانة: «تربية من لا يستقل بأموره، بما يصلحه، ويقيه عما يضره». القاموس الفقهي 93، وانظر: التعريفات 88، والأنيس 167، ولغة الفقهاء 181.

(7) لم أتبين وجه هذا المانع، ولعل في هذه الفقرة خلافاً ما في بنائها، تعتم معه المعنى، واضطرب السياق. والله أعلم.

[في ما يشترط لجواز نكاح الحر الأمة]

لا يجوز للحر المسلم نكاح الأمة إلا بشرطين: عدم الطول⁽¹⁾ للحر، وخشية العنت⁽²⁾⁽³⁾. وبه قال الشافعي⁽⁴⁾.

وقال أبو حنيفة: نكاحها جائز بغير شرط⁽⁵⁾.

واحتج أصحابه فقالوا: الأمة من جملة النساء المحللات، فلم يجب أن يشترط في جواز نكاحها، وجود العجز عن نكاح غيرها. دليله: الحرية.

والدليل على أنها من جملة النساء [المحللات]⁽⁶⁾ قوله عز وجل:

(1) الطول: بفتح فسكون: «القدرة المادية على نكاح الحر». لغة الفقهاء 294.

(2) العنت: الزنا، والإثم والفجور. ن: غريب المدونة 85، ولغة الفقهاء.

(3) هو قول القاضي عبد الوهاب في إشرافه 2 / 102، وفي البداية 3 / 32: «أن هذا القول هو مشهور مذهب مالك، ومشهور مذهب ابن القاسم أن نكاح الحر الأمة جائز بإطلاق. وانظر: اختصار عيون المجالس 48 و: 1.

(4) قال في الأم 5 / 10: «ولا يحل نكاح الأمة... إلا أن لا يجد الرجل الحر بصدق أمة طولاً لحره، وبأن يخاف العنت - والعنت الزنا - فإن اجتمع ألا يجد طولاً لحره، وأن يخاف الزنا، حل له نكاح الأمة، وإن انفرد فيه أحدهما لم يحل له».

(5) قال في البدائع 2 / 267: «وأما عدم طول الحره وهو القدرة على مهر الحره، وخشية العنت، فليس من شرط جواز نكاح الأمة عند أصحابنا.

وجواز نكاح الأمة عند أبي حنيفة مقيد بما إذا لم يكن في نكاح المتزوج حره. ن:

البدائع 2 / 267، وقال في إيثار الإنصاف 146: «طول الحره لا يمنع جواز الأمة عندنا».

وأصل الاختلاف في هذه المسألة - كما في البداية 2 / 32 - هو: معارضة دليل

الخطاب في قوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً... الآية﴾ لعموم قوله: ﴿وأنكحوا

الأيامى منكم والصالحين... الآية﴾ ذلك أن مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى: ﴿ومن

لم يستطع منكم طولاً... الآية﴾ يقتضي أنه لا يحل نكاح الأمة إلا بشرطين: أحدهما: عدم

الطول للحره، والثاني: خوف العنت وقوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم... الآية﴾

يقتضي بعمومه إنكاحهن من حر أو عبد، واجداً كان الحر أو غير واجد، خائفاً للعنت أو غير

خائف.

(6) تكملة لازمة.

﴿ وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ [النساء: 24]، قالوا: وهذه الآية على عمومها وشمولها.

قالوا: وكذلك قوله عز وجل: ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنًا ﴾ (1) وَثَلَاثَ وَرُبْعًا ﴿ [النساء: 3]، هذا عام في الحرائر والإماء أيضًا، لأن جميعهم نساء. قالوا: ولأن النكاح إنما أبيض لقضاء وطر الشهوة، وطلب النسل، والحرائر والإماء في ذلك سوى، وهذا لأن الإناث (2) أزواج الرجال خلقة، والأمة من حيث إنها أنثى بمنزلة الحرة، كالعبد من حيث إنه رجل بمنزلة الحر.

قالوا: وأما قوله عز وجل: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَيِّئَاتِكُمْ ﴾ (3) الْمُؤْمِنَاتِ ﴿ [النساء: 25]، فليس فيه شيء أكثر من الأمر بنكاح الأمة عند عدم الطول لنكاح الحرة. فنقول: إن نكاح الأمة يستحب عند عدم [طول] (4) الحرة، كما يستحب نكاح الكتابية (5) عند عدم القدرة على نكاح المسلمة.

قالوا: وقوله عز وجل: ﴿ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَيِّئَاتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ [النساء: 25] أمر بنكاح الأمة وغاية ما في هذا الأمر أن يكون المراد [به] (6) الاستحباب، ولا يكون المراد به تعليق الإباحة (7) بشرط العجز، لأن الإباحة (8) بحسب الدليل؛ وقد قام الدليل على إباحة الأمة، قبل العجز عن مهر الحرة.

(1) في الأصل: مثنًا.

(2) في الأصل: الاذات.

(3) الفتيات: الإماء وإن كن كبيرات. لغة الفقهاء 338.

(4) تكملة لازمة.

(5) الكتابية: اليهودية والنصرانية. ن: لغة الفقهاء 377.

(6) تكملة يقتضيها السياق، ويدل عليها ما بعدها.

(7) الإباحة هي: «الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل» التعريفات 8، وانظر: حلية الفقهاء 27،

ولغة الفقهاء 37.

(8) في الأصل: الإناحة.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَنَيْتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: 25] فأباح نكاح الأمة عند الضرورة⁽¹⁾، إذا عدم الطول للحرّة، وخاف العنت، كما أباح جل وعز الانتقال في كفارة الظهار⁽²⁾ من الصيام إلى الإطعام، عند الضرورة المانعة من الإعتاق أو الصيام، فقال عز وجل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: 3]، ثم قال: ﴿فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: 4]، ثم قال: ﴿فَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: 4]، وهذا نص في إباحة فعل الثاني. كذلك في مسألتنا. ولو جاز نكاح الأمة مع القدرة على الطول للحرّة، لزال التعليل، ولبطلت فائدة التقييد⁽³⁾، الذي قيد الله عز وجل به جواز نكاح الأمة، وهو عدم الطول، وخشي العنت.

وأما من جهة المعنى فنقول: نكاح الأمة عقد أبيض للضرورة، فلا يجوز [إلا معها]⁽⁴⁾، وهذا معنى مستغن عن ضرب مثال، لأنه مستقل بنفسه، شاهد لصحته جميع أصول الشرع.

ولأن النكاح عقد ازدواج وسكن، لا يتم بين الحر والأمة، لأن الأمة مشغولة بحق الغير، مرتتهنة⁽⁵⁾ منافعنا له، وهو السيد. وعقد الازدواج والسكن لا يتم بين فارغ ومشغول، وهذا أظهر من أن يتكلم عليه؛ وقد ندبنا⁽⁶⁾ جل وعز إلى الصبر على نكاحهن، مع عدم الطول، وخشية العنت، فقال عز

(1) الضرورة: «مشتقة من الضرر، وهو النازل مما لا مدفع له». التعريفات 138، وانظر: لغة الفقهاء 283.

(2) «الظهار، والمظاهرة مصدران لقولك: ظاهر الرجل من امرأته، أي قال لها: أنت علي كظهر أمي» الطلبة 59، وانظر: حلية الفقهاء 177، والتعريفات 144، والأنيس 162، ولغة الفقهاء 267 - 296.

(3) التقييد: هو إدخال الشروط والصفات على المطلق. ن: لغة الفقهاء 142.

(4) تكملة يقتضيتها السياق.

(5) مرتتهنة: محبوسة. ن: التعريفات 113، ولغة الفقهاء 227.

(6) ندبنا: دعانا، وكلفنا، وحثنا. ن: لغة الفقهاء 477.

وجل: ﴿ وَأَنْ (1) تَصِيرُوا خَيْرَ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [النساء: 25].
وقال مسروق⁽²⁾: إن الحر إذا [تزوج]⁽³⁾ الأمة لعدم الطول للحررة، ثم وجد الطول للحررة فتزوجها، فإن الأمة تحرم عليه، بمنزلة المضطر تحل له الميته، فإذا⁽⁴⁾ استغنى⁽⁵⁾ عنها حرمت عليه.
ولأن نكاح الأمة، داع إلى استرقاق⁽⁶⁾ الولد لا محالة، ولأن⁽⁷⁾ ولده جزء منه، فيجب على الحر المسلم إكرام حرите، ومن إكرام حرите ألا يعارضها الرق، وفي⁽⁸⁾ تعريض حرите للرق - وهو ولده - سلب نفس الولد حكماً، ولهذا المعنى كان الاسترقاق عقوبة للكافة [هـ 151]، ولما كان ممنوعاً من إهلاك نفسه، وجب أن يكون ممنوعاً من إهلاك ولده.
فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن الأمة من جملة النساء المحللات، فلا سبيل إلى صحة ما قالوه، لأنها إنما تكون من جملة النساء المحللات عند عدم الطول، وخشية العنت.
وما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿ وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ [النساء: 24]، وأنه عام في الحرائر والإماء⁽⁹⁾. غلط، لأن الله تعالى استأنف في الآية

- (1) في الأصل: فإن.
- (2) هو أبو عائشة مسروق بن الأجدع بن مالك الهمداني. قال الشعبي: ما علمت أحدًا كان أطلب للعلم منه روى عن أبي بكر وعمر وعلي ومعاذ وطائفة. وعنه زوجته قمير، وأبو وائل والشعبي، وخلق. خرج له الجماعة، توفي سنة 63.
- ترجمته في طبقات الشيرازي 79، وطبقات الحفاظ 21 - 22، والخلاصة 374.
- (3) تكملة لازمة.
- (4) في الأصل: إذا.
- (5) في الأصل: استغنا.
- (6) الاسترقاق ضرب الرق. أي: العبودية وإزالة الحرية على الإنسان الحر. ن: لغة الفقهاء 224، و61.
- (7) في الأصل: لأن.
- (8) في الأصل: في.
- (9) الإمام جمع أمة: «وهي التي ضرب عليها الرق، أو ولدت من أم رقيقة، ولم يطرأ عليها=

التي بعدها بيان ما يجوز من نكاح الإماء، فقال: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ ⁽¹⁾ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَيِّتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ [النساء: 25].

وكذلك احتجاجهم بقوله عز وجل: ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَّةً وَرَبْعًا ﴾ [النساء: 3]، وأنه عام في الحرائر والإماء، غلط أيضاً، بدليل قوله عز وجل: ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَرِيئًا ﴾ [النساء: 4]، وإنما يوصف بهذا الوصف الحرائر، لا الإماء.

وقولهم: إن الإناث أزواج الرجال خلقة، والأمة من حيث إنها أنثى بمنزلة الحرة لا وجه له، لأن التحليل في الحرائر، تحليل شرع مطلق، وليس كذلك تحليل الأمة.

واحتجاجهم بقوله عز وجل: ﴿ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَيِّتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ [النساء: 25]، إلى آخر ما ذكروه. باطل بقوله عز وجل: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَيِّتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ [النساء: 25]، فلو جاز ما قالوه، لزال التعليل، وبطلت فائدة الشرط ⁽²⁾ والتقييد، وذلك ما [لا] ⁽³⁾ يجوز، وعلى هذا نقول ⁽⁴⁾: إن وطء الأمة الكتابية بنكاح - على هذا - لا يحل ⁽⁵⁾ وبه قال الشافعي أيضاً ⁽⁶⁾، وقال أبو حنيفة: نكاحها حلال ⁽⁷⁾، ولا وجه له، لأن الله عز وجل قال: ﴿ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ

= تحرير. لغة الفقهاء 88.

(1) المحصنات: الحرائر. ن: كلمات القرآن 60.

(2) الشرط: هو ما يعدم الحكم بعدمه، ولا يوجد بوجوده، كالطهارة بالنسبة للصلاة، فإنها تعدم بعدمها، ولا يلزم أن توجد بوجودها. ن: الحدود 60، والتعريفات 125، ولغة الفقهاء 260.

(3) تكملة لازمة.

(4) في الأصل: يقول.

(5) انظر: المدونة 2 / 215، والمنتقى 3 / 328.

(6) قال في الأم 5 / 9: «ولا يجوز نكاح أمة كتابية لمسلم عبد ولا حر بحال».

(7) انظر: المبسوط 5 / 110.

أَيْمَانِكُمْ مِّن فَنِيَتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ﴿٤٥﴾ [النساء : 25] فقيده بالإيمان، فوجب ألا يتعدى (1) به محل النص .

ولأن جواز نكاح الأمة، إنما جاز للضرورة، ولا ضرورة تدعو إلى نكاح الأمة الكتابية، لأن ضرورتها ترتفع بنكاح الأمة المسلمة، على الشرائط التي أجاز الله تعالى نكاحها عند وجودها (2). وذلك لا يدل على جواز نكاح الأمة الكتابية، لأن الأمة المسلمة طيبة طاهرة بالإسلام، والأمة الكتابية خبيثة نجسة لكفرها بالله تعالى، فإذا ارتفعت الضرورة بنكاح الأمة المسلمة الطاهرة، لم يجز نكاح من لا يساويها في الدين والطهارة. والله أعلم.

(1) في الأصل : يتعدا .

(2) وهي عدم الطول للحررة، وخشية العنت .

مسألة [17]:

[في مناكح المشركين، هل هي صحيحة أم فاسدة؟]

مناكح المشركين فاسدة، لكن الإسلام يصحح لهم عقودها، ويعفى⁽¹⁾ لهم عن صفاتها⁽²⁾⁽³⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: مناكحهم صحيحة⁽⁴⁾.

وفائدة الخلاف ترجع إلى ما إذا أسلم كافر، وتحتة أكثر من أربع نسوة، أو تحتة أختان؛ وقد أسلمن كلهن، فعندنا: نختار منهن أربعاً⁽⁵⁾، كن أوائل أو أواخر، ويترك البواقي، وكذلك في الأختين⁽⁶⁾. ووافقنا على ذلك الشافعي ومحمد⁽⁷⁾ بن الحسن⁽⁸⁾. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف⁽⁹⁾: إن تزوجهن في عقد واحد، بطل نكاح جميعهن، وإن كان في عقود مختلفة، فليخترا الأوائل منهن

(1) في الأصل: ويعفا.

(2) في الأصل: صفائها.

(3) انظر: الإشراف 2 / 104، والمنتقى 3 / 340 - 346، والبداية 2 / 36 - 37، واختصار

عيون المجالس 49 و: 1.

(4) قال في البدائع 2 / 272: «وأما أنكحة الكفار غير المرتدين بعضهم لبعض، فجائز في الجملة عند عامة العلماء، وقال مالك: أنكحتهم فاسدة...». وانظر: الإفصاح 2 / 130.

(5) في الأصل: أربعة.

(6) قال في البداية 2 / 37: «إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة، أو أسلم وعنده أختان، فإن مالكا قال: يختار منهن أربعاً، ومن الأختين واحدة، أيتهما شاء». وانظر: الإشراف 2 / 103.

(7) هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، صاحب أبي حنيفة، روى عن مالك والثوري، وغيرهما. له كتب عديدة، منها: الجامع الصغير، والسير الكبير والصغير، والآثار، والموطأ. مات سنة 189هـ.

(8) ترجمته في الانتقاء 174، وطبقات الشيرازي 135، وتاج التراجم 54، والفوائد البهية 163، والهدية 82.

(9) وهو قول أحمد أيضاً. ن: الإفصاح 2 / 129، والمغني 7 / 540.

(9) تقدمت ترجمته.

ويترك البواقي (1).

واحتج أصحاب أبي حنيفة، فقالوا: جمع ممنوع منه، متفق على تحريمه، فلا يفترق تحريم وقوعه في حال الكفر، وحال الإسلام. أصله: المرأة إذا أسلمت عن زوجين: حيث لا يكون لها خيار في البقاء معهما (2)، أو مع أحدهما.

قالوا: ولأنه نكاح لو عقد في الإسلام لم يجز البقاء عليه، فإذا عقد في الكفر لم يجز البقاء عليه أيضاً. أصله نكاح ذوات المحارم. والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه معمر (3) عن الزهري (4) عن سالم (5) عن أبيه عبد الله (6) بن عمر أن غيلان (7) الثقفي أسلم، وتحتة عشر نسوة؛ وقد

(1) قال في الإفصاح 2 / 129: «اختلفوا فيمن أسلم وتحتة أكثر من أربع، فقال مالك والشافعي وأحمد: يختار منهن أربعاً، وكذلك يختار من الأختين واحدة، وقال أبو حنيفة: إن كان العقد وقع عليهم في حالة واحدة فهو باطل، وإن كان في عقود صح النكاح في الأربع الأوائل، وكذلك في الأختين.

(2) في الأصل: معها.

(3) هو معمر بن راشد الأزدي البصري الحراني أبو عروة، روى عن الأعمش، وقتادة، والزهري، وخلق. خرج له الجماعة. توفي سنة 153هـ.

ترجمته في طبقات الحفاظ 88 - 89، والخلاصة 384.

(4) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري، أحد الأئمة الأعلام، وعالم الحجاز والشام. خرج له الجماعة. توفي سنة 124هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 63، وطبقات الحفاظ 49، والخلاصة 359.

(5) هو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب، أحد الفقهاء السبعة، اختلف في وفاته فقيل سنة 106هـ وقيل غير ذلك.

ترجمته في طبقات الشيرازي 62، وطبقات الحفاظ 40، والحلية 2 / 193.

(6) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب الصحابي الشهير.

ترجمته في طبقات الشيرازي 49، والخلاصة 207.

(7) هو غيلان بن سلمة الثقفي، أسلم بعد فتح الطائف، ولم يهاجر، هو من أعيان ثقيف، مات في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

ترجمته في سبل السلام 3 / 132.

أسلمن معه، فأمره عليه السلام أن يختار منهن أربعاً⁽¹⁾، ففيه دليلان .
أحدهما أنه عليه السلام جعل الخيار إليه فيمن يمسك منهن، وعند أبي
حنيفة: لا خيار له، وأن نكاح الأوائل جائز، ونكاح الأواخر باطل .
والثاني: أنه جعل إليه أن يختار أربعاً، ولم يستفهمه هل عقد عليهن في
عقد واحد، أو عقود مختلفة؟ وعند أبي حنيفة: إن عقد عليهم في عقد واحد،
فنكاح الجميع باطل ولا خيار له، وكل ذلك خلاف ما ثبت نقله عن رسول الله
ﷺ. فلو قلنا: لا يجوز له اختيار الأواخر لفساد⁽²⁾ العقد عليهن، لمنعنا
الجميع .

ولأن المعاوضة على ضربين: نكاح وبيع؛ وقد أجمعنا أن كافرين لو
تبايعا درهماً بدرهمين، أو ديناراً⁽³⁾ بدينارين، وتقابضا ثم أسلما، لجاز لهما
البقاء على ذلك، فيجب أن يكون في نكاح الزائدة على الأربع، أو الجمع
بينهن في عقد واحد كذلك .

ولأن النكاح يفتقر إلى ولي، وصدّاق، وشاهدي عدل، ورضى الزوجة
إن كانت ثيباً، وألا تكون في عدة، وكل ذلك لا يتوقونه في مناكحهم، فدل
ذلك على أنها فاسدة، لكن الإسلام يصحح لهم تلك العقود الفاسدة، ويعفا⁽⁴⁾
لهم عما سواها⁽⁵⁾ .

فإذا ثبت هذا، فاعتراضهم بمسئلة المرأة إذا أسلمت عن زوجين غير
لازم. لأن ذلك غير جائز في شيء من الشرائع، ويحتمل أن يقال: إنما ثبت
الخيار للزوج، إذا أسلم وعنده [هـ 152] أكثر من أربع، ولا خيار للمرأة إذا

(1) حديث غيلان الثقفي هذا رواه أحمد، والشافعي، والترمذي، وابن ماجه، وصححه ابن
حبان، والحاكم، وأعله البخاري، وأبو زرعة، وأبو حاتم. قال الترمذي: قال البخاري:
هذا الحديث غير محفوظ. ن: سبل السلام 3 / 132، وطريق الرشد 2 / 23 - 24 .

(2) في الأصل: لفسد .

(3) في الأصل: دينار .

(4) هكذا في الأصل ولعل الصواب: ويعفو .

(5) غير واضحة في الأصل .

أسلمت عن زوجين، لأن⁽¹⁾ الزوج له الخيار بين الثبوت على النكاح، وبين حله بالطلاق. وإذا كان ذلك كذلك جاز له الاختيار، وليست المرأة كذلك، لأنها لا تملك حل العصمة⁽²⁾ بالطلاق. فافترقا لذلك.

ولأن أصل التحريم إنما يرجع إلى عين المرأة، فمنع ذلك اختيارها، وفي مسألة من أسلم عن أكثر من أربع نسوة، إنما يرجع التحريم إلى صفة العقد، فلم يمنع ذلك من الاختيار.

وقولهم: ولأنه عقد لو عقده في الإسلام، لم يجز له المقام عليه، أصله: نكاح ذوات المحارم⁽³⁾، باطل بالنكاح إذا عقد بغير ولي، ولا صداق، ولا شهود. والله أعلم.

(1) في الأصل: أن.

(2) العصمة: رباط الزوجية. ن: التعريفات 150، والأنيس 179، ولغة الفقهاء 179، والطلبة 96.

(3) كالأمهات والبنات.

مسألة [18]:

[في ما يحكم به عند ارتداد أحد الزوجين أو كلاهما]

إذا ارتد أحد الزوجين نجزت الفرقة⁽¹⁾ بينهما في الحال⁽²⁾. وبه قال أبو حنيفة⁽³⁾ والشافعي⁽⁴⁾، وإن ارتدا جميعاً، فسواء دخل بها أو لم يدخل، فإن الفرقة تنجز بينهما⁽⁵⁾. وبه قال الشافعي أيضاً⁽⁶⁾.
وقال أبو حنيفة: لا يفرق بينهما⁽⁷⁾.
وإن كانت الردة بعد الدخول أنجزت الفرقة في الحال⁽⁸⁾ وبه قال أبو حنيفة⁽⁹⁾.
وروي عن مالك أيضاً: أنه لا تنجز الفرقة بينهما حتى تنقضي العدة⁽¹⁰⁾،

- (1) الفرقة بضم فسكون هي الافتراق، والفصل بين الزوجين، وقد تكون هذه الفرقة طلاقاً، وقد تكون فسحاً. ن: لغة الفقهاء 344، ونجزت الفرقة عجلت من بعثك الشيء ناجزاً أي: معجلاً.
- (2) انظر: الإفصاح 2 / 129، والمغني 7 / 564.
- (3) قال في المبسوط 5 / 49: «وإذا ارتد المسلم، بانت منه امرأته مسلمة كانت أم كتابية، دخل بها أو لم يدخل.
- (4) إن كان الارتداد قبل الدخول، أما بعده، فلا تنجز الفرقة إلا بعد خروجها من العدة. ن: الإفصاح 2 / 129، والإشراف 2 / 104، والمبسوط 5 / 49.
- (5) قال في الإشراف 2 / 105: «إذا ارتدا معاً يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده».
- (6) وهو قول أحمد أيضاً. ن: الإفصاح 2 / 130.
- (7) قال في المبسوط 5 / 49، وإذا ارتد الزوجان معاً فهما على نكاحهما استحساناً عندنا، وفي القياس تقع الفرقة بينهما، وهو قول زفر رحمه الله تعالى، لأن في ردتها درة أحدهما وزيادة.
- (8) قال في الإشراف 2 / 104: «إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول، انفسخ النكاح في الحال.
- (9) انظر: المبسوط 5 / 49.
- (10) قال في الإشراف 2 / 104: «وذكر الشيخ أبو بكر عن مالك رواية: أنه لا يفسخ إلا بخروجها من العدة...». وهو قول ابن الجهم. ن: مسائل الخلاف 177 و: 1.

وبه قال الشافعي (1).

فوجه القول بتنجز الفرقة - وهي الرواية الظاهرة عنه - قوله عز وجل : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ [الممتحنة : 10] ، ولأن الارتداد مبني على التغليظ والتشديد ، لأنه (2) من (3) لا يقر عليه على حال ، ولا يؤخذ منه الجزية ، ولا تؤكل (4) ذبيحته ، ولا يرثه ورثته من المسلمين ، ولا يثبت له دمه (5) . ومن هذه صفته ، فلا يثبت له عصم مناحح الإسلام .

ولأن الردة تنافي بقاء عقده على مسلمة ، فوجب أن يفسخ بقاء النكاح في الحال . أصله : ما لو ارتد قبل الدخول .

وليس هو كالكتابي إذا أسلمت زوجته ، فإنه إذا أسلم في العدة كان أحق بها ، لأن بقاءه على دينه بقاء يقر عليه ، وإذا أسلم قبل العدة كان إسلامه ارتجاعاً لها ، وليس كذلك المرتد .

وإن كان الزوج الذمي (6) هو الذي أسلم ، وتحت ذمية ، ثبت على نكاحها ، وليس المرتد كذلك (7) ، لأنه لا يقر على نكاحها [مع] (8) رده .

ووجه القول الثاني ، هو [أن] (9) الزوج إذا حصل منه الانتقال من دين إلى دين ، وكان بعد الدخول ، جاز أن يقف زوجته على الخروج من العدة . أصله : زوجة الكتابي إذا أسلمت .

ولأنه اختلاف دين بعد الإصابة (10) ، فوجب ألا تقع البيوتة (11) ، قبل

(1) انظر الإشراف 2 / 104 - 105 ، والمبسوط 5 / 49 ، والإفصاح 2 / 129 .

(2) هكذا في الأصل ، ولعل صوابه : ولأنه .

(3) هكذا في الأصل ، ولعله محرف وصوابه ؛ ممن . ويحتمل أنه زائد . والله أعلم .

(4) في الأصل : يؤكل .

(5) هكذا في الأصل ، ويحتمل أن الصواب ذمة . والذمة : العهد .

(6) الذمي : من أمضي له عقد الذمة من قبل الأمة الإسلامية . ن : لغة الفقهاء 214 .

(7) هنا كلام مضروب عليه هو : وإن كان الزوج الذمي هو الذي أسلم .

(8) تكملة لازمة .

(9) تكملة يقتضيها السياق .

(10) في الأصل : الإضافة ، وهو خطأ . والإصابة : الوطء .

(11) هي هكذا في الأصل ، ويحتمل أنها من بت الطلاق ؛ إذا طلق طلاقاً بائناً غير رجعي ، =

انقضاء العدة. أصله: الحرييان إذا كان في دار⁽¹⁾ الحرب، فأسلم أحدهما بعد الدخول. والله أعلم.

= ويحتمل أنها مصحفة، وأصلها: البيونة، وهي: الطلاق الذي لا يحق للزوج إعادة الزوجة إليه فيه إلا بعقد جديد، وهي صغرى وكبرى. فالصغرى هي التي تكون بعد انقضاء العدة من طلقة أو طلقتين، والكبرى هي: التي تكون بعد الطلقات الثلاث. ن: لغة الفقهاء 103، 105، والأنيس 158.

(1) دار الحرب هي: «أراضي الدولة الكافرة التي أعلنت الحرب على المسلمين». لغة الفقهاء 205.

مسألة [19]:

[في: سبي الزوجين أو أحدهما، هل يوجب فسخ النكاح أم لا؟]

سبي⁽¹⁾ أحد الزوجين أو أحدهما، يوجب فسخ⁽²⁾ النكاح، سبياً مجتمعين أو متفرقين⁽³⁾. وبه قال الشافعي⁽⁴⁾.
وقال أبو حنيفة: إن سبياً جميعاً بقيا على النكاح، وإن سبياً واحداً بعد واحد، بطل النكاح⁽⁵⁾.
واحتج أصحابه، فقالوا: السبي سبب لملك الرقبة، فلا يبطل به النكاح. دليله: الشراء.
قالوا: ولأن النكاح ليس بملك⁽⁶⁾ مال، فلا يبطل بالسبي. دليله:

- (1) السبي، والسبأ، والاستبأ: الأسر. ن: الأنيس 188، ولغة الفقهاء 240.
- (2) الفسخ: رفع العقد بإرادة من له حق الرفع، وإزالة جميع آثاره وفسخ النكاح حل ارتباطه. ن: لغة الفقهاء 346.
- (3) هذا في قول ابن القاسم وأشهب، وإحدى الروايتين عن مالك. ن: المدونة 214 - 215، وعيون الأدلة السفر 19 / 156، وفي المقدمات 353 - 354، أن المالكية اختلفوا في هذه المسألة على أربعة أقوال: القول الأول: أن السبي يهدم نكاح الزوجة، سبياً معاً أو متفرقين، وهو قول ابن القاسم وأشهب.
والقول الثاني: أن السبي يبيح فسخ نكاحهما. سبياً معاً أو متفرقين. إلا أن يقدم أحدهما قبل صاحبه بأمان. وإلى هذا ذهب ابن حبيب في الواضحة.
والقول الثالث: أن السبي لا يهدم نكاحهما، ولا يبيحه. سبياً معاً أو متفرقين، وهو قول ابن المواز.
- (4) القول الرابع: أن يفرق في الحكم بين أن تسبى هي قبله، أو يسبى هو قبلها أو معها فيستحيى وهو قول ابن بكير في الأحكام. وقال في البداية 2 / 34،: «وعن مالك قولان: أحدهما أن السبي لا يهدم النكاح، والثاني: يهدمه بإطلاق».
- (5) انظر: الأم 4 / 287، والمهذب 2 / 240.
- (6) انظر: المبسوط 6 / 86، وتحفة الفقهاء 2 / 191.
- (6) في الأصل: يملك بمال، وهو خطأ بدليل ما يأتي بعده.

القصاص⁽¹⁾. بينه⁽²⁾ أن ذميًا لو قتل ذميًا، ثم هرب القاتل إلى دار الحرب ناقضًا⁽³⁾ للعهد، ثم سبي، فإنه يقتص منه، ولا يسقط عنه القصاص بالسبي، كذلك لا يبطل النكاح بالسبي.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن السبي [إذا]⁽⁴⁾ ورد على محل ملك اليمين فإنه يبطله. ألا ترى أن الحربي إذا سبي مملوكه، فإن السبي يبطل ملكه عنه، فكذلك إذا سبيت منكوحة، فإن النكاح يبطل.

ولو سبي حربي⁽⁵⁾ ومملوكه أو مملوكته، لبطل ملكه عن ملك يمينه بالسبي، فوجب أن يكون إذا سبي النكاح ومنكوحته، كذلك، لأن السبي إذا أبطل محل النكاح، صار سببًا لملك المتعة. وإذا ملك السابي المتعة⁽⁶⁾، بطل ملك الزوج فيها، كما يبطل ملك يمينه بالسبي. وكما يبطل ملك المنافع⁽⁷⁾ المعقود عليها، فيما إذا أجر هذا الحربي نفسه، ثم أسر قبل أن يؤدي ما استؤجر عليه، فإن الإجارة تبطل بالسبي عليه، فكذلك⁽⁸⁾ ما كان عليه من دين، فإنه يسقط بالسبي أيضًا.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: إن السبي سبب لملك الرقبة. قيل: وهو سبب لملك المتعة، لأنه سبب مقصود، مثل الشرى⁽⁹⁾ سبب للعتق⁽¹⁰⁾ بواسطة

(1) القصاص: «هو أن يفعل بالفاعل مثلما فعل». ن: التعريفات 176، وحلية الفقهاء 195، والطلبة 331، ولغة الفقهاء 364.

(2) في الأصل: بينة.

(3) في الأصل: ناقضًا.

(4) تكملة يقتضيهما السياق.

(5) الحربي: «الكافر الذي يحمل جنسية الدولة الكافرة المحاربة للمسلمين». لغة الفقهاء 178.

(6) المتعة: الاستمتاع.

(7) في الأصل: المانع.

(8) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: وكذلك.

(9) الشرى والشراء: بمعنى واحد. ن: اللسان / شرى.

(10) العتق: «إخراج النسمة من ذل الرق إلى عز الحرية». حلية الفقهاء 208، وانظر: التعريفات

147، والمغرب 303، ولغة الفقهاء 304.

ملك الرقبة .

وقولهم : ولأن النكاح ليس بملك مال . قيل لهم : بل هو ملك متقوم⁽¹⁾ بسبب شرعي ، وإذا جاز أن يملك بسبب شرعي ، جاز أن يملك بالسبي ، لأنه من أسباب القوة .

وأما ما احتجوا به من فصل القصاص . فغير لازم ، لأن السابي لا يستحق ملك المسبي حتى يندفع حق⁽²⁾ صاحب القصاص ، لأن حقه أسبق من حق السابي ، بخلاف مسألتنا . والله أعلم .

-
- (1) المتقوم : بضم الميم ، وتشديد الواو المفتوحة كون الشيء له قيمة مالية ، وفي اصطلاح الفقهاء هو : قابلية الشيء لأن يكون له بدل في العقود . ن : لغة الفقهاء 403 .
- (2) في الأصل : عن وهو خطأً بدليل ما بعده .

[في : ما ترد به المرأة]

ترد المرأة بالجنون⁽¹⁾، والجذام⁽²⁾، والبرص⁽³⁾، وداء الفرج⁽⁴⁾،⁽⁵⁾ وبه قال الشافعي⁽⁶⁾.

وقال أبو حنيفة: لا ترد بشيء من ذلك⁽⁷⁾.

واحتج أصحابه، فقالوا: وجود العيب بها، لا يوجب خيار⁽⁸⁾ الرد.

دليله: ما إذا وجدها عمياء، أو عوراء، أو سوداء؛ حيث لا يجوز له ردها.

قالوا: ولأن النكاح عقد لا يقبل الفسخ، فلا⁽⁹⁾ يجوز رده بالعيب، لأن

(1) الجنون: «زوال العقل أو فساد» المغرب 94، وانظر: التعريفات 79، والأيس 55، ولغة الفقهاء 167.

(2) الجذام: «داء يقع في اللحم، فيفسد اللحم ويتنن، ويتقطع، ويسقط» الطلبة 100، وانظر: لغة الفقهاء 161.

(3) البرص: «بياض يظهر بالجلد، ويتشاءم منه»، الطلبة 100، وانظر: لغة الفقهاء 106.

(4) كالرتق، وهو انسداد فرج، والقرن: وهو لحم في فرج المرأة يمنع الجماع. ن: المهذب 48 / 2.

(5) أي اتفاقاً. واختلف في أربعة عيوب هي: السواد، والقرع، وبخر الفرج، وبخر الفم، فقيل: ترد بها، وقيل: لا ترد. ن: البداية 38، وفي الإشراف 105 / 2: أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين بوجود خمسة عيوب، ثلاثة منها يشتركان فيها، وهي: الجنون، والجذام، والبرص، ونوعان ينفرد بهما أحدهما عن الآخر، ففي الرجل: الجب والعتة أو الاعتراض. وفي المرأة الرتق والقرن. وانظر: المدونة 167 / 2، واختصار عيون المجالس 49 و: 2.

(6) قال في المهذب 48 / 2: «إذا وجد الرجل امرأته مجنونة، أو مجذومة، أو برصاء، أو رتقاء، وهي التي انسدت فرجها، أو قرناء، وهي التي في فرجها لحم يمنع الجماع، ثبت له الخيار». وانظر: الأم 90 / 5 - 91.

(7) قال في تحفة الفقهاء 335 / 2: وأجمع أصحابنا ألا يفسخ النكاح بعيوب في المرأة.

(8) الخيار طلب خير الأمرين، والاختيار. ن: لغة الفقهاء 201.

(9) في الأصل: ولا.

الرد بالعيب لا يتصور إلا بالفسخ، لأن⁽¹⁾ الإقالة⁽²⁾ فيه لا تصح، ولو قبل الفسخ لقبول الإقالة، لأن الإقالة محل الفسخ، يبينه أن الإقالة في العقود هي الحل.

قالوا: ولأنه عقد لا يقبل شرط الخيار، فإن الخيار مشروط للفسخ، فكل⁽³⁾ ما يقبل الفسخ⁽⁴⁾، يجب أن يكون محلاً لشرط الخيار والإقالة.

قالوا: ولأن النكاح لا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون طريقه طريق البياعات، فيجب أن يكون للزوج الخيار والرد بكل عيب وجد بها [هـ 153]، وأنتم لا تقولون بذلك⁽⁵⁾، فإن كان طريقه طريق الهبات⁽⁶⁾ والصلات، لا ترد أصلاً.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ للمرأة التي تزوج من بني بياضة، وأنه قعد منها بمقعد الرجل من المرأة، فرأى بياضاً في كشحها⁽⁷⁾، فقام، وقال: «سو عليك ثيابك، والحقي بأهلك، دلستم⁽⁸⁾ علي»⁽⁹⁾ فأخبر عليه

-
- (1) في الأصل: إن.
 - (2) الإقالة: إقالة العقد أو البيع: فسحه برضى المتعاقدين. ن: لغة الفقهاء 81، والأنيس 212.
 - (3) في الأصل: وكلما.
 - (4) في الأصل: للفسخ.
 - (5) لعل هنا جملة فات الناسخ أن يثبتها هي: «وإما أن يكون طريقه طريق الهبات والصلات» يدل على ذلك ما قبله: «وإما أن يكون طريقه طريق البياعات...»، الذي يستلزم ذكر إما ثانية، ليتم التفصيل، ويستقيم السياق.
 - (6) الهبات جمع هبة، وهي: «التبرع بما ينتفع به الموهوب له، وقد يكون بالعين وقد يكون بالدين، وقد يكون بغير المال». الطلبة: 221، انظر: التعريفات 256، والأنيس 255، ولغة الفقهاء 492.
 - (7) الكشح: «ما بين الخاصرة إلى الضلع القصوى من الجنب». الطلبة 100.
 - (8) في الأصل: ولستم، وهو تحريف، والصواب ما أثبتناه، بدليل ما بعده، وبدليل وروده كذلك في بعض الروايات. ن: سبل السلام 3 / 135، ومسالك الدلالة 200، والإشراف 106 / 2.
 - (9) لم أفق عليه بهذا اللفظ، وهو في سبل السلام 3 / 135: مروى عن زيد بن كعب بن عجرة عن أبيه، قال: تزوج رسول الله ﷺ: العالية من بني غفار، فلما دخلت عليه، ووضعت =

السلام إنه إنما ردها⁽¹⁾ لأجل التدليس⁽²⁾.
ولأنه عيب يمنع الغرض المقصود من الاستمتاع، فجاز أن يثبت فيه
الخيار، أصله: الجب⁽³⁾ والعنة⁽⁴⁾.
ولأنه عقد على منفعة، فوجب أن يثبت فيه الخيار بوجود الجنون
بالمستفاد به. أصله: ما إذا استأجر رجلاً للخدمة، فوجده مجنوناً، أو مجذوماً؛
حيث يجوز له رده.
ولأنه عقد معاوضة، فإذا وجد جنوناً بالمعقود عليه، كان له الخيار، لأن
غرض العاقد يفوت مع عدم السلامة، وهذا حرف⁽⁵⁾ المسألة.
فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن⁽⁶⁾ العمى⁽⁷⁾، والعمور، والسواد،
فالجواب عنه أن تلك عيوب لا تمنع الغرض المقصود بالعقد، والجنون،
والجذام، والبرص، وداء الفرج، عيوب تمنع الغرض المقصود.
وقولهم: إن النكاح لا يقبل الفسخ، باطل على مذهبهم ومذهبنا، فإن
الامة إذا أعتقت تحت عبد، فاختارت نفسها، قبل العقد الفسخ، وكذلك إذا
اختارت اليتيمة الصغيرة التي تزوجت قبل البلوغ ففسخ النكاح بعد بلوغها، فلها

= ثابها رأى بكشحتها بياضاً، فقال: «البيسي ثيابك والحقي بأهلك»، وأمر لها بالصداق، قال
الصنعاني: رواه الحاكم، وفي إسناده جميل بن زيد، وهو مجهول، واختلف عليه في شيخه
اختلافاً كثيراً. وأورده في مسالك الدلالة 200، بنحوه مروياً عن كعب بن زيد مرفوعاً، ثم
قال: «رواه أحمد، وأبو نعيم، والبيهقي وغيرهم...»، وفي بعض طرقه أنه قال: «دلستم
علي» إلا أن في سنده اضطراباً شديداً.

- (1) في الأصل: أراد.
- (2) التدليس: «إخفاء العيب». الطلبة 100.
- (3) الجب: القطع. ومنه المخبوء وهو المقطوع الذكر. انظر: الطلبة 101.
- (4) العنة: «صفة العنين، وهو الذي لا يقدر على إتيان المرأة». الطلبة 100، وانظر: المغرب
329، والتعريفات 158، والأنيس 165، ولغة الفقهاء 323.
- (5) أي: القول الفصل فيها.
- (6) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.
- (7) في الأصل: العما.

الفسخ على أصل مذهبهم، وكذلك إذا زوجت لغير كفاء لها، فلها أن تختار الفسخ إن شاءت، وهذا كله يدل على ضعف ما أصلوه. فإن العقد إذا قبل الفسخ من وجه، قبله من كل وجه، وهذا هو الجواب عن بقية كلامهم في هذا الفصل.

وقولهم: ولأنه لا يقبل الإقالة، فلم يقبل الفسخ، باطل بالخلع⁽¹⁾، لأنه عندنا بمنزلة الإقالة في البيع.

وقولهم: لا يخلو النكاح إما أن يكون طريقه طريق البياعات، أو طريق⁽²⁾ الهبات والصلوات، فالجواب عنه: أن كل عقد قارنه سبب يمنع الغرض المقصود في ذلك العقد، فإن الخيار ثابت فيه، كالعيب⁽³⁾ في الإجارة، ووجود⁽⁴⁾ الثمن نحاسًا، أو رصاصًا في البيع، أن اختيار⁽⁵⁾ الفسخ في ذلك كله ثابت لفوات الغرض المقصود. والله أعلم.

(1) الخلع: «إزالة ملك النكاح بأخذ المال». التعريفات 101، انظر: حلية الفقهاء 170. والمغرب 151 - 152، والأنيس 161، ولغة الفقهاء 199.

(2) في الأصل: وطريق.

(3) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: كالغبن، لأنه الأوفق، والله أعلم.

(4) في الأصل: وجود.

(5) في الأصل: اختار.

[في نكاح المريض المخوف عليه، هل يجوز أم لا؟]

نكاح المريض المخوف عليه، المحجوز عليه في ماله، غير جائز، ويفسخ، فإن بنى بها في مرضه، ثم مات، فلها صداقها المسمى من الثلث مبدأً، فإن زاد المسمى على صداق المثل، سقط الزائد عند ابن القاسم⁽¹⁾ ولم يسقط عند ابن عبد الحكم⁽²⁾، ولا ميراث لها⁽³⁾.
وقال أبو حنيفة والشافعي، نكاح جائز صحيح كنكاح الصحيح⁽⁴⁾.

- (1) هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري، صاحب مالكا ولازمه مدة عشرين سنة، روى عنه وعن الليث، وعبد العزيز بن الماجشون، وغيرهم، وعنه أصبغ، وسحنون، وغيرهما. خرج له البخاري والنسائي. مات سنة 191هـ ترجمته في الانتقاء 50، وطبقات الشيرازي 150، والديباج 1 / 495، والشجرة 58، والخلاصة 233.
- (2) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، سمع من أبيه، ومن أشهب، وابن القاسم، وغيرهم. له: أحكام القرآن، وأدب القضاة، وغير ذلك. توفي سنة 268هـ. ترجمته في الانتقاء 113، والديباج 1 / 163، والشجرة 67، والخلاصة 345.
- ويحتمل أن المراد والده أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين، أعلم أصحاب مالك بمختلف قوله. ورئيس المالكية بمصر بعد أشهب توفي سنة 214هـ. ترجمته في طبقات الشيرازي 151، وترتيب المدارك 3 / 363 - 368، والديباج 419 / 420، والشجرة 59، والخلاصة 204.
- (3) قال في البداية 2 / 35: «واختلفوا في نكاح المريض، فقال أبو حنيفة والشافعي: يجوز، وقال مالك في المشهور عنه: أنه لا يجوز، ويتخرج ذلك من قوله: إنه يفرق بينهما، وإن صح، ويتخرج من قوله أيضاً: إنه لا يفرق بينهما أن التفريق مستحب غير واجب»، وقال في أسهل المدارك 2 / 93 نقلاً عن رسالة ابن أبي زيد القيرواني: «ولا يجوز نكاح المريض، ويفسخ، وإن بنى فلها الصداق من الثلث مبدأً ولا ميراث لها». وقال في مسالك الدلالة 192: «انفرد مالك رحمه الله عن سائر الأئمة بهذه المسألة، ولا دليل له عليها، ولا مستند، وقد روى سحنون عن ابن شهاب مثل هذا، وكذلك رواه ابن وهب عنه، وعن يحيى بن سعيد بنحوه، وكلها آراء لا مستند لها، والله أعلم.
- (4) انظر: البداية 2 / 35.

واحتج أصحابهما بقوله عز وجل: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 3]، فعم، ولم يفرق بين صحيح ومريض .
ولأنه استباحة بضع، فجاز للصحيح والمريض . أصله: رجعة المطلقة في المرض .
ولأنه عقد معاوضة يجوز للصحيح، فوجب أن يجوز للمريض، دليله: التسري⁽¹⁾ بالامة .
ولأنه مريض، ليس فيه شيء أكثر من الحجر عليه في ماله، والحجر عليه في ماله لا يمنع نكاحه . أصله: نكاح المولى عليه .
ولأن منعه من النكاح لا يخلو من أوجه: إما أن يكون [لحق]⁽²⁾ الورثة، أو لحق الله عز وجل، أو لحق الزوجة، أو لحق نفسه .
ولا يجوز أن يكون لحق الورثة، لأنه لو كان كذلك لجاز بإجازتهم كالوصية، للوارث، أو إذا زادت وصيته على الثلث .
ولا يجوز أن يكون لحق الله عز وجل، كالمتزوج خامسة، أو في العدة .
ولا يجوز أن يكون لحق الزوجة، لأنه يوجب أن يجوز ذلك برضاها .
ولا يجوز أن يكون لحق الزوج نفسه، لأنه لو منع من الزواج لحق نفسه، لمنع من الأخذ بالشفعة⁽³⁾، وما أشبه ذلك، وذلك محال .
فإذا بطلت هذه الوجوه كلها، لم يبق لمنعه من النكاح وجه .
قالوا: ولأنه لو استلحق⁽⁴⁾ ولدًا في مرضه، أو أقر بزوجة تزوجها في

= وأصل الاختلاف في هذه المسألة - كما في البداية 2 / 35 - تردد النكاح بين البيع وبين الهبة، وذلك أنه لا يجوز هبة المريض إلا من الثلث، ويجوز بيعه، واختلافهم أيضا سبب آخر هو: هل يهتم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أو لا يهتم؟
(1) التسري: وطء الأمة المملوكة ملك يمين . لغة الفقهاء 130، وانظر: التعريفات 58 .
(2) تكملة لازمة .
(3) الشفعة بضم الشين هي: «استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه» . شرح الحدود 356، وانظر: حلية الفقهاء 155، والأنيس 271، والقاموس الفقهي 199، ولغة الفقهاء 264 .
(4) الاستلحاق هو: «ادعاء رجل أنه أب لهذا الإنسان» . القاموس الفقهي 329، وانظر: لغة الفقهاء 64 - 65 . واستلحق ولدًا، وصل نسبه به، وجعله يلحقه نسبا .

الصحة، جاز إقراره⁽¹⁾. وفيه إدخال وارث على ورثته.
والدليل على صحة ما قلناه: هو أن المريض محجور⁽²⁾ عليه في ماله أن يخرج في غير معاوضة، أو عن معاوضة فيها محاباة⁽³⁾ لحق الورثة.
وإذا كان الحجر عليه إنما هو لحقوقهم، منع من إدخال وارث عليهم، كما منع من الطلاق في المرض، لأنه فيه إخراج وارث عما وجب له من الإرث، فإذا منع من الطلاق، لأن فيه إخراج وارث، منع من النكاح لأن فيه إدخال وارث.

وعقد⁽⁴⁾ هذا الأصل: هو أن نكاح المريض عقد، وعقد المحجور عليه لا يجوز منه إلا ما كان على وجه معاوضة، لا محاباة فيها، والنكاح لا عوض للمريض عنه، فوجب ألا يجوز.
فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من ظاهر الآية التي احتجوا بها، فهو مخصوص بما ذكرناه⁽⁵⁾.

وقياسهم على الرجعة، غير صحيح؛ إذ ليس كل حال جازت فيه الرجعة، جاز فيه النكاح، ألا ترى أن المحرم له أن يرتجع، وليس له أن يتزوج؟ وكذلك العبد إذا طلق، له أن يرتجع، وليس له أن ينكح [هـ-154] بغير

(1) الإقرار: «إخبار بحق لآخر عليه». التعريفات 33، وانظر: حلية الفقهاء 145، والطلبية 277، والأنيس 243، ولغة الفقهاء 83.

(2) في الأصل: المحجور.

(3) في الأصل: محادة وهي كذلك حيثما وردت. والمحاباة: هي إعطاء أحد المتماثلين، أو الحط عنه، أكثر من الآخرين، بغير وجه صحيح وأيضاً هي المسامحة في البيع بزيادة المشتري شيئاً على الثمن، أو حط البائع شيئاً منه. ن: لغة الفقهاء 407.

(4) وعقد هذا الأصل، هو نظير قول المؤلف؛ وحرف المسألة، والحرف الوجيز، وما أشبه ذلك مما يمكن اعتباره اصطلاحاً خاصاً به، ومعناه في الجملة: والقول الفصل، وملخص القول.

(5) أي من الأقيسة، ومعلوم أن تخصيص عموم الكتاب بالقياس الصحيح أمر سائغ عند جمهور الأصوليين. ن: أصول الفقه 337.

إذن سيده؟⁽¹⁾.

واعترضهم بشراء الأمة، غير لازم، لأنه إخراج مال عن عوض أخذه المريض، لا إبطال فيه لحقوق الورثة.

وقياسهم على السفية⁽²⁾، المحجور عليه، غير لازم أيضًا، لأن الحجر على المريض، حجر مخصوص لحق الورثة، فإذا صح ارتفاع الحجر، وليس كذلك الحجر على السفية، لأن الحجر عليه لحق نفسه، لا لحق غيره، والمريض إنما حجر عليه لحق غيره. فافترقا.

وأما التقسيم الذي قسموه، فالصحيح منه، إنما حجر عليه لحق الورثة - كما تقدم - ولا يلزم عليه ما قالوه: إنه يجوز بإجازتهم⁽³⁾.

وما ذكروه من الشفعة⁽⁴⁾ غير لازم، لأن في الشفعة، إنما أخذ للورثة، وفي النكاح، إخراج المال عن الورثة.

وقياسهم نكاح المريض على نكاح الصحيح، باطل، لأن الصحيح لا حجر عليه في إخراج ماله على غير عوض.

واعترضهم بمسألة الاستلحاق. غير لازم، لأنه ليس بإدخال وارث، وإنما هو إخبار عن وارث قد كان قبل المرض، والإخبار به واجب، وكذلك لو أقر بزوجة تزوجها في حال صحته، فإن إقراره يصح وترث⁽⁵⁾ مع الورثة، وليس في شيء من ذلك إدخال وارث على ورثته؛ وإنما⁽⁶⁾ هو إخبار عن وارث يجب له الإرث مع الورثة.

(1) في الأصل: السيدة.

(2) السفية: «من يئذر ماله في ما لا ينبغي». القاموس الفقهي 174، وانظر: لغة الفقهاء 245.

(3) الإجازة لغة: «الإذن والترخيص، واصطلاحًا: جعل التصرف صحيحًا نافذًا» لغة الفقهاء 43.

(4) الشفعة: «استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بضمنه». شرح الحدود 356، وانظر: الطلبة 245، والمغرب 253، وحلية الفقهاء 155، والتعريفات 127، والأنيس 271، ولغة الفقهاء 264.

(5) في الأصل: ويرث.

(6) في الأصل: فإنما.

[في: من تزوج امرأة على ثوب هروي لم يصفه]

إذا تزوج امرأة على ثوب هروي⁽¹⁾ ولم يصفه، أو على عبد مطلق، ولم يصفه، جاز ذلك، ويكون لها الوسط من ذلك⁽²⁾. وبه قال أبو حنيفة⁽³⁾. وقال الشافعي: التسمية فاسدة، ويجب للمرأة صداق المثل⁽⁴⁾.

(1) ثوب هروي بفتح الهاء والراء وكسر الواو وتشديد الياء، ثوب منسوب إلى هراة، وهي إحدى مدن خراسان المشهورة، وتقع اليوم في دولة أفغانستان. ن: المغرب 502، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 181.

(2) قال في الإشراف 2 / 112: «يجوز أن يتزوجها على عبد مطلق، أو صفة جهاز بيت، ويكون لها الوسط من ذلك»، وقال في المنتقى 3 / 291: «فيجوز أن يتزوج بعبد في ذمته غير موصوف، ولها الوسط من ذلك. وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يجوز إلا أن يكون موصوفًا». وقال في البداية 2 / 16: «... واختلفوا في العوض الغير موصوف، ولا معين، مثل أن يقول: أنكحتها على عبد أو خادم من غير أن يصف ذلك وصفًا يضبط قيمته. فقال مالك: يجوز... وإذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى...».

(3) في المسبوط 5 / 80: «... ولو تزوجها على ثوب هروي بغير عينه، ولم يبين الصفة، فإن أتاها بالثوب أجبرت على القبول، وإن أتاها بالقيمة أجبرت أيضًا بمنزلة العبد المطلق...»، وقال في البدائع 2 / 283: «وإن كان المسمى معلوم الجنس والنوع، مجهول الصفة والقدر كما إذا تزوجها على عبد، أو أمة، أو فرس، أو جمل، أو حمار، أو ثوب مروي، أو هروي، صحت التسمية، ولها الوسط من ذلك، وللزوج الخيار، إن شاء أعطاهما الوسط، وإن شاء أعطاهما قيمته».

وهذا عندنا، وقال الشافعي: «لا تصح التسمية، وانظر أيضًا: تحفة الفقهاء 2 / 205. قال في الأم 5 / 74: «ولو أصدقها بيتًا أو خادمًا لم يصفه، ولم تعرفه بعينه، كان لها صداق مثلها، لا يكون الصداق لازمًا إلا بما تلزم به البيوع».

وأصل الاختلاف في هذه المسألة - كما في البداية 2 / 16 - يرجع إلى: هل النكاح يجري مجرى البيع، من القصد إلى التشاح، أو ليس يبلغ ذلك المبلغ، بل القصد منه أكثر، المكارمة؟

واحتج أصحابه فقالوا: المسمى مجهول، فيجب أن يكون فاسدًا، ويجب صداق المثل.

قالوا: ولأن الثوب الهروي يكون على صفات مختلفة، وكذلك العبد يكون على أنواع مختلفة، فلا يمكن إيجابه على نوع أو وصف، إلا ويعارضه وصف آخر، ونوع آخر، فيفوت الغرض المقصود. ألا ترى أن مثل هذا في السلم⁽¹⁾ لا يجوز؟

والدليل على صحة ما قلناه: ما أثبتته الشارع عليه السلام من الأسنان⁽²⁾ في الزكوات والجنایات، والديات من غير تعرض لوصف؛ بل يجب في ذلك الوسط من الأسنان، فكذلك في مسألتنا.

ولأن النكاح مبني على الوصلة والمكارمة⁽³⁾، والحث على مكارم الأخلاق، فجاز فيه ما لا يجوز في البيع الذي مبناه على المشاححة والمكاسبة⁽⁴⁾، والمغابنة.

= 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 إنما هو المكارمة. قال: يجوز. وذكر المقرئ في (قواعده 82) سببًا آخر لهذا الخلاف، وهو أن «الصداق عند مالك والنعمان ليس بعوض محض، بل هو تعبد، لبيان خطر البضع، وللفرق بين النكاح والسفاح، فيجوز بعيد أو دابة، ويحكم بالوسط، وعند محمد عوض محض، فلا يجوز، ويحكم بصداق المثل . . .».

(1) السلم بفتح السين واللام: «اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً، وفي الثمن آجلاً، فالمبيع يسمى مسلماً فيه، والثمن رأس المال، والبائع يسمى مسلماً إليه والمشتري رب السلم» التعريفات 120، وانظر: حلية الفقهاء 140، وشرح الحدود 291، والأنيس 218، ولغة الفقهاء 248 - 249.

(2) الأسنان جمع سن وهو العمر. ن: لغة الفقهاء 250، والأسنان في الديات: بنت لبون، وبنت مخاض، وحقه، وجذعة، وثنية، ورباعية. . . ن: الطلبة 335 - 336.

(3) في الأصل: والمكاره. والمكارمة: المسامحة، والمروءة، وعدم التشاح.

(4) المكاسبة: مفاعلة من الكسب والكسب: هو الفعل المفضي إلى اجتلاب نفع أو دفع ضرر. ن: لغة الفقهاء 381، كأن المتبايعين يحاول كل منهما أن يكسب بالمشاححة والمماكسة حظاً زائداً لنفسه ويحتمل أن المكاسبة هنا مصحفة وأصلها: المكاسية. والله أعلم.

ولأن البضع المعقود عليه، ليس بمال بالإجماع، فجاز أن يكون العوض عنه ثوب هروي مطلق⁽¹⁾، أو عبد مطلق، ونحو ذلك. دليله: ما قدمناه من أسنان الإبل في الزكوات، والجنايات، والديات.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: التسمية فاسدة، فليس كذلك بما قدمناه، وبما بيناه من جواز أخذ السن الوسط في الزكوات والديات.

وقولهم: إنه يلزم صدق المثل، فهو أعظم جهلاً وغرراً⁽²⁾ من ثوب هروي، لأنه جهل بالمقدار، وليس في الثوب الهروي أكثر من الجهل بالصفة، فالجهل بالمقدار أكثر غرراً، كما ذكرنا.

وقياسهم على مسألة السلم⁽³⁾. غير لازم، لأن عقد السلم عقد مال، يقابله مال، ومبناه على المشاحة⁽⁴⁾ وطلب النماء في الأموال، وعقد النكاح ليس بعقد على مال، ومبناه⁽⁵⁾ على المكارمة كما ذكرناه، فجاز فيه ما لا يجوز في البيوع.

-
- (1) مطلق: غير مقيد بصفة تعينه.
- (2) الغرر: «ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا يكون». التعريفات 161، وانظر: حلية الفقهاء 134، والمغرب 338، وشرح الحدود 253، ولغة الفقهاء 330.
- (3) في الأصل المسألة، وهو خطأ يدل على ذلك ما بعده.
- (4) فوق السطر هنا أحرف مقطعة لا معنى لها، يكاد يتكون من مجموعها ما صورته: وأما بما فيها.
- (5) في الأصل: وبناه.

[في: النكاح في العدة]

إذا تزوج رجل امرأة في عدتها، فرق بينه وبينها، وحرمت عليه تحريمًا مؤبدًا⁽¹⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا تحرم عليه⁽²⁾.

واحتج أصحابهما، فقالوا: وطء بشبهة، فوجب ألا يتأبد تحريمها. دليله: ما لو باشرت عقد النكاح بنفسها، أو نكحها نكاح متعة؛ حيث لا يتأبد تحريمها عليه بإجماع.

ولأن كل وطء لو كان مباحًا، لم تحرم به المرأة على الواطئ، فكذلك إذا كان الوطء حرامًا. أصله: ما لو زنا بها، فإن وطئه ذلك حرام، كالوطء في العدة سوى، وهي مع ذلك لا تحرم عليه.

والدليل على صحة ما قلناه: ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما في ذلك، وأن عمر ضرب رشيدًا⁽³⁾ الثقفي، حين تزوج

(1) وهذا هو المشهور من مذهب مالك: وقد وصفه أبو الحسن القصار بالضعف من جهة النظر، وروى الشيخ أبو القاسم بن الجلاب في تفريعه في التي يتزوجها في عدة من طلاق، أو وفاة، عالمًا بالتحريم روايتين:

إحداهما: أن تحريمها يتأبد، والثانية: أنه زان وعليه الحد، ولا يلحق به الولد، وله أن يتزوجها إذا انقضت عدتها.

والقول بتأبيد التحريم هو ما ثبت من قضاء عمر رضي الله عنه، وعلي بن أبي طالب كرم الله وجهه، ولا مخالف لهما مع شهرة ذلك وانتشاره. ن: المنتقى 3 / 317، والتفريع 60 / 2.

(2) قال في البداية 2 / 35: «وقال أبو حنيفة والشافعي: يفرق بينهما، وإذا انقضت العدة بينهما، فلا بأس في تزويجه إياها مرة ثانية».

(3) هو - كما في الإصابة 3 / 288 -: رويشد الثقفي، سهر بني عدي بن نوفل بن عبد مناف، كان بيته حانونًا لبيع الخمر، فأحرقه عمر رضي الله عنه. وفي النص الذي نحقق أنه هو الذي تزوج طليحة في عدتها، فخففه عمر بالدرة وهو مثل ما في البداية 2 / 36، والذي في =

طليحة⁽¹⁾ في عدتها، وضربها، ثم قضى⁽²⁾ بفراقهما، ثم قال: «أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوج بها قد دخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا ينكحها أبداً⁽³⁾ وروى عن علي مثله⁽⁴⁾، ولا مخالف لهما في ذلك⁽⁵⁾، مع شهرة هذه القضية وانتشارها، فصار ذلك إجماعاً.

فأما من جهة المعنى، فنقول: الناكح في العدة معجل شيئاً قبل وقته،

= الموطأ 364، والإصابة 3 / 288. أنه ليس الذي تزوج طليحة في عدتها، وإنما هو الذي طلقها، فنكحت غيره في عدتها منه.

(1) هي طليحة بنت عبد الله التيمية، كانت تحت رشيد الثقفي، فطلقها، فنكحت في عدتها، ابن منه، أو أبا الجلالس، فضربها عمر رضي الله عنه، وضرب زوجها الذي تزوجها في العدة بالمخفقة ضربات، وفرق بينهما. ن: الاستيعاب بهامش الإصابة 13 / 71، وأوجز المسالك 9 / 357.

(2) في الأصل: قضا

(3) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب النكاح: جامع ما لا يجوز من النكاح، عن سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، ولفظه عندهم: «أن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفي، فطلقها، فنكحت في عدتها، فضربها عمر بن الخطاب، وضرب زوجها بالمخفقة ضربات، وفرق بينهما، ثم قال عمر بن الخطاب: أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب. وإن كان قد دخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً. قال مالك: وقال سعيد بن المسيب ولها مهرها بما استحلت منها».

(4) قال في أوجز المسالك 9 / 359: «... ولنا ما روى مالك عن عمر بن الخطاب، وروى عن علي رضي الله عنه، أنه قضى في العدة بنحو ذلك...».

(5) الذي في البداية 2 / 36 خلاف هذا. وهذا نصه: «وروي عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا...». 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. وفي المحلى 9 / 480 أنه: «قد صح رجوع عمر عن ذلك».

فعوقب بأن حرم عليه على التأبيد، كما حرم [على]⁽¹⁾ قاتل العمد أن يرث شيئاً مما خلفه المقتول، لأنه استعجل شيئاً قبل وقته. وهذا ما لا خلاف بيننا وبينهم فيه.

ولأن سائق هدي⁽²⁾ التطوع، إذا ملك [الهدى]⁽³⁾ قبل محله، لا يأكل منه، لأنه يتهم أن يكون غرضه للتلف ليأكل منه، فمنع من أكله. ولأنه متى⁽⁴⁾ تزوج [هـ-155] في العدة، أدخل شبهة في النسب، فعوقب بأن منع من نكاحها على التأبيد كالملاعن، فإنها إنما حرمت عليه على التأبيد لإدخال الشبهة في النسب⁽⁵⁾.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من نكاح من زوجت نفسها، أو نكاح المتعة. غير لازم، لأنه نكاح ليس فيه شبهة في نسب، ولا استعجال شيء قبل وقته.

وكذلك ما ذكروه من الزنا، وأيضاً فإن الزنا لا حرمة⁽⁶⁾ له؛ إذ لا يلحق فيه نسب، فصح ما قلناه. والله أعلم.

-
- (1) تكملة لازمة.
 - (2) في الأصل: هذ والهدى: «ما يهدى إلى الحرم من شاة أو بقر أو بعير» المغرب 501، وانظر: حلية الفقهاء 121، والطلبة 80، والتعريفات 256، ولغة الفقهاء 493.
 - (3) تكملة يقتضيها السياق، ومحل الهدى: الموضع الذي يحل فيه نحره وذبحه. ن: اللسان / حلل.
 - (4) في الأصل: متا.
 - (5) لقد اعتبر ابن رشد هذا القياس شبه ضعيف، لأنه مختلف في أصله. ن: البداية 2 / 36.
 - (6) لا حرمة له: لا احترام له. ن: لغة الفقهاء 179.