

كتاب النكاح

يحتاج إلى :

بيان صفة النكاح المشروعة .

وإلى بيان تفسير النكاح لغة ، وإلى تفسيره في عرف الشرع .

أما الأول

فقد اختلف العلماء فيه : قال داود بن علي الأصفهاني^(١) ومن تابعه من أصحاب الظواهر : إن النكاح فرض عين حتى إن من تركه مع القدرة على الوطء ، والإنفاق - فإنه يأثم .

وقال الشافعي : إنه مباح .

واختلف أصحابنا :

فقال بعضهم : إنه فرض كفاية : إذا قام به البعض سقط عن الباقين .

وقال بعضهم : إنه مندوب ومستحب .

وقال بعضهم : إنه واجب - لكن بعضهم قالوا : يجب على سبيل

(١) «الأصفهاني» وهو داود بن خلف إمام أهل الظاهر أبو سليمان ، وقد قيل إن أصله من أصبهان ، ومولده بالكوفة ، ونشأته ببغداد . وقد ولد سنة ٢٠٢ هـ . وتوفي ببغداد سنة ٢٧٠ هـ . وقد أخذ العلم عن إسحاق بن راهويه ، وأبي ثور ، وروى عنه ابنه أبو بكر محمد ابن داود وآخرون .

التعين ، بمنزلة الوتر والأضحية . وقال بعضهم : هو واجب على سبيل الكفاية .

ويبتنى على هذا الخلاف مسألة التخلي : فعندنا الاشتغال بالنكاح مع أداء الفرائض والسنن أولى من التخلي^(١) لنوافل العبادة ، مع ترك النكاح - خلافاً للشافعي ، وهي مسألة معروفة .

وأما تفسير النكاح

لغة ، فهو الجمع المطلق - يقال : « أنكحنا الفراً فسرى^(٢) » أي جمعنا بينهما .

وأما في الشرع فعبرة عن وجود ركن العقد مع شروطه .

أما ركنه

فهو الإيجاب والقبول من الزوجين ، وهما لفظان يعبر بهما عن الماضي ، أو يعبر بأحدهما عن الماضي ، والآخر عن المستقبل وفي البيع : لا يصح ما لم يكن اللفظان يعبر بهما عن الماضي - على ما ذكرنا في البيوع .

ثم لا خلاف بين العلماء بأن النكاح ينعقد بلفظ التزويج والنكاح . واختلفوا فيما سواهما من الألفاظ ، نحو لفظ البيع ، والهبة ، والتمليك ونحوها .

وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بهذين اللفظين .

(١) أي التخلي للعبادة بعدم الزواج .

(٢) « أنكحنا الفراً فسرى : مثل ، وأصله أن رجلاً خطب ابنته إليه رجل فأبى أن يزوجه إياها ، ورضيت أمها بتزويجه وغلبت الأب حتى زوجها على كره منه وقال : « أنكحنا الفراً » ثم أساء الزوج العشرة فطلقها . وهذا المثل يضرب في التحذير من العاقبة : الفراء في الأصل الحمار الوحشي ، استعاره للرجل استخفافاً به » .

وعند أصحابنا : لا ينعقد إلا بلفظ موضوع للتملك .

ثم اختلف المشايخ : قال عامتهم ، لا ينعقد إلا بلفظ موضوع لتملك الأعيان ، كالبيع والهبة ، ولا ينعقد بلفظ موضوع لتملك المنافع كالإجارة والإعارة .

وقال الكرخي : ينعقد بلفظ وضع للتملك مطلقا ، سواء كان تملك الأعيان أو لتملك المنافع ، حتى ينعقد بلفظ الإجارة ، والإعارة عنده .

وأما لفظ الوصية : فإن ذكر مطلقا بأن قال : « أوصيتك بابنتي هذه بألف درهم » لا يصح ، لأن الوصية تملك بعد الموت ، والنكاح المضاف إلى وقت لا يجوز ، بأن قالت المرأة : « زوجت نفسي منك شهر رمضان بألف درهم » . وأما إذا قال : « أوصيتك بابنتي هذه الآن بألف درهم » أو لم يذكر المهر ، وقبل الزوج ، فإنه ينعقد النكاح .

وأما بلفظة الإحلال ، والتحليل والإباحة : فلا ينعقد ، لأنها لا تقتضي التملك .

وكذا بلفظة المتعة ، بأن قال الزوج : « اتمتع بك بكذا » فرضيت أو قالت « نعم » : لا ينعقد ، لأنها لم توضع للتملك ، ولأن المتعة صارت منسوخة ، وهي عبارة عن النكاح الموقت .

وكذا لو قال : « زوجي نفسك مني إلى شهر كذا » فقالت « نعم ! زوجت » : لا ينعقد النكاح عندنا . وعند زفر : ينعقد النكاح ، ويلغو ذكر الوقت . وعندنا هو تفسير نكاح المتعة ، وإنه منسوخ .

وأما النكاح المضاف إلى وقت ، أو المعلق بشرط : فلا يصح ، بالإجماع ، بأن قالت : « زوجت نفسي منك غدا أو شهر رمضان الآتي » - أو « زوجت نفسي منك إن خلت الدارو فقال الزوج قبلت » .

ولو قال : « أتزوجك على أن أطلقك إلى عشرة أيام » فرضيت ، أو قالت « نعم » أو قالت : « زوجت نفسي منك على هذا » فإنه ينعقد النكاح ، ويبطل الشرط .

هذا الذي ذكرنا هو الحكم في الزوجين ، فأما إذا كان أحد العاقلين مالكا ، والآخر وليا ، أو وكىلا ، أو رسولا - فكذلك الجواب ، لأنه لا بد من وجود لفظين ، وهو الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر .

وأما إذا كان الواحد وليا من الجانبين أو وكىلا ، أو رسولا ، من الجانبين ، أو وكىلا من جانب ، ووليا من جانب - فإنه يكتفى فيه بكلام واحد ، بأن يقول : « زوجت فلانة من فلان بكذا » فينعقد العقد ، ولا يحتاج إلى أن يقول : « قبلت عن فلان » لأن كلامه يقوم مقام كلامين - وهذا عندنا .

وقال زفر والشافعي : لا يجوز أن يكون الواحد في النكاح عاقدا من الجانبين - كما في البيع : لا يجوز أن يكون الواحد وكىلا من الجانبين . وعندنا : في البيع يجوز أن ينعقد بكلام واحد من الجانبين ، كالأب والوصي ، لكن في الوكيل لا يجوز على ما عرف في البيوع .

وأما شروطه فأنواع :

منها - ما يرجع إلى الأهلية من وجود العقل ، والبلوغ - وهو شرط عام في تنفيذ كل تصرف دائريين الضرر والنفع .

ومنها - الحرية : فإن العبد والأمة إذا تزوجا بدون إذن المولى ، فإنه لا ينعقد النكاح ، في حق الحكم ، على ما روي عن النبي عليه السلام ، أنه قال : « أيما عبد تزوج بغير إذن سيده ، فهو عاهر » .

وكذلك الجواب في المدبر ، وأم الولد ، والمكاتب

فأما إذا أذن المولى ، فهو جائز .

وإذا نفذ بإذن المولى ، يجب المهر في رقبته ، وكسبه : في القن^(١) . وفي غيره : يكون في الكسب ، لا في الرقبة - إلا في المكاتب إذا عجز : فيكون المهر في رقبته وكسبه : فإما أن يباع فيه أو يؤدى المولى ويستخلص الرقبة لنفسه .

ومنها - كون المرأة محللة : فإن المحرمة لا تكون محلا لحكم النكاح : قال الله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ إلى أن قال ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾^(٢) .

ثم تحريم النكاح يتنوع إلى تسعة أنواع : تحريم بسبب القرابة ، وتحريم بالصهرية ، وتحريم بالرضاع ، وتحريم الجمع ، وتحريم تقديم الأمة على الحرة ، وتحريم بسبب حق الغير ، وتحريم بسبب الملك ، وتحريم بسبب الشرك ، وتحريم بالطلقات الثلاث .

أما التحريم بسبب القرابة - فنقول :

المحرمات بالقرابة سبع فرق : الأمهات ، والبنات ، والأخوات ، والعمات ، والخالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت .

ويثبت في حق هؤلاء حرمة النكاح وحرمة الوطء ، ودواعيه بطريق التأييد .

عرفنا ذلك بقوله : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم (الآية) ﴾ .

أما الأمهات : فأما الرجل ، وجداته ، من قبل أبيه وأمه ، وإن علون .

(١) القن من العبيد الذي ملك هو وأبواه . وعن ابن الأعرابي : عبد قن أي خالص العبودية . وعلى هذا صرح قول الفقهاء لأنهم يعنون به خلاف المدير والمكاتب .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٣ - ٢٤ .

وأما البنات : فبنت الرجل من صلبه ، وبنات الابن وإن سفلن .
وأما الأخوات : فثلاثة أنواع : الأخوات لأب وأم ، والأخوات
لأب ، والأخوات لأم .

وأما العمات : فثلاثة أنواع : عمّة لأب وأم ، وعمّة لأب ، وعمّة
لأم . وكذا عمات أبيه وعمات أجداده ، وعمات أمه ، وعمات جداته -
وإن سفلن .

وأما الخالات : فخالة الرجل لأب وأم ، وخالته لأب ، وخالته لأم ،
وخالات آبائه وأمهاته .

وأما بنات الأخ ، وبنات الأخت ، وبنات بنات الأخ ، والأخت ،
وبنات أبناء الأخ ، وبنات أبناء الأخت - وإن سفلن .

وأما التحريم بالصهرية - فنقول :

المحرمات بالصهرية أربع فرق :

إحداها - أم الزوجة ، وجداتها ، من قبل الأب والأم ، وإن علون .

ثم أم الزوجة تحرم بنفس العقد على البنت ، ولا يشترط الدخول
بالبنت ، حتى إن من تزوج امرأة ، تحرم عليه أمها ، دخل بها ، ولم
يدخل - وهذا قول عامة العلماء ، وعامة الصحابة .

وقال مالك ، وداود الأصفهاني ، ومحمد بن شجاع وبشر المريسي :
إنها لا تحرم بنفس العقد على البنت ، ما لم يوجد الدخول بالبنت ، وحكوا
هذا المذهب عن علي رضي الله عنه .

والصحيح قول العامة ، لقوله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم ﴾ من غير
فصل .

ومنها - بنت المرأة ، لكن يشترط الدخول بالأم . ولا تحرم بنفس

العقد على الأم ، لقوله تعالى : ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن﴾^(١) : شرط الدخول بالأم لحمة الريبة .

وكذا بنات بنت المرأة ، وبنات ابنها أيضاً .

ويستوي الجواب بين ما إذا كانت بنت المرأة في حجر الزوج أولاً ، خلافاً لبعض الناس .

ومنها - حليلة الابن : حرام على أبيه . دخل بها الابن أولاً . وكذا حليلة ابن الابن ، وابن البنت . وإن سفلن ، لقوله تعالى : ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ .

وأما حليلة الابن المتبنى فلا تحرم على الأب المتبنى لقوله : ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ .

ومنها - حليلة الأب ، وحليلة الأجداد ، من قبل الأب ، والأم ، وإن علوا ، لقوله تعالى : ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾^(٢) .

ثم حرمة المصاهرة ، تثبت بطريق التأييد ، بسبب النكاح الصحيح دون الفاسد .

وكذا تثبت بالسوطء الحلال بملك اليمين ، وكذا تثبت بسوطء عن شبهة .

وتثبت أيضاً بالنظر إلى الفرج عن شهوة ، دون النظر إلى سائر الأعضاء ، وتثبت باللمس عن شهوة في سائر الأعضاء - وهذا عندنا .

وعند الشافعي : لا تثبت باللمس والنظر .

وبعني باللمس عن شهوة أن يشتهي بقلبه ، وهو أمر لا يقف عليه إلا

(١) سورة النساء : الآية ٢٣ .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٢ .

اللامس والناظر فيعرف بإقراره ، أما تحريك الآلة والانتشار فليس بشرط - وهذا هو الأصح ، فإن اللمس عن شهوة يتحقق من العنين ولا ينتشر ، وكذا المصحوب لا آلة له ويتحقق منه المس والنظر عن شهوة .

ونعني بالنظر إلى الفرج : النظر إلى عين الفرج ، لا إلى حوالبه - وهو الأصح .

وكذا تثبت حرمة المصاهرة ، بالزنا ، والمس ، والنظر إلى الفرج ، بدون الملك ، وشبهته ، عندنا .

وعند الشافعي : لا يثبت حرمة المصاهرة بالزنا - والمسألة معروفة .

وأما التحريم بسبب الرضاع - فنقول :

كل من يحرم من الفرق السبع ، بسبب القرابة : يحرم بسبب الرضاع قال الله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ (١) وقال عليها السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

وكذا كل من يحرم بالصهرية من الفرق الأربع ، بالنسب : يحرم بالرضاع - حتى يحرم على الواطيء : أم الموطوءة ، وبنتها من جهة الرضاع . وتحرم الموطوءة على أب الواطيء وابنه ، من جهة الرضاع ، ويحرم موطوءة أب الرضاع على ابنه من الرضاع ، ويحرم موطوءة ابن الرضاع على أب الرضاع - لما روينا من الحديث .

وأما تحريم الجمع :

فنوعان : أحدهما - تحريم الجمع بين الأجنبية . والثاني - تحريم الجمع بين ذوات الأرحام . وكل واحد منهما على وجهين : الجمع في النكاح والثاني الجمع في الوطء ودواعيه .

(١) سورة النساء : الآية ٢٣ .

أما تحريم الجمع بين الأجنبية في النكاح ، فإنه تحريم الجمع بين خمس نسوة ، فصاعداً ويباح الجمع بين الأربع وما دونها - وهذا عند عامة العلماء .

وقال بعضهم : يحل الجمع بين تسع نسوة .

وقال بعضهم : يحل الجمع بين ثماني عشرة .

فأما الجمع في ملك اليمين : فحلل ، عقداً ، ووطئاً ، وإن كثرت ، لقوله تعالى : ﴿ إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ﴾^(١) .

وأما تحريم الجمع بين ذوات الأرحام ، فتوعان أيضاً : الجمع في عقد النكاح ، والجمع في الوطء بملك اليمين .

أما الأول ، وهو تحريم الجمع نكاحاً - فنقول :

لا خلاف بين العلماء في تحريم الجمع بين الأختين ، نكاحاً وتحريم الجمع بين الأم وبناتها .

فأما الجمع بين ذواتي رحم محرم نكاحاً - غير الجمع في الولاد . وغير الجمع بين الأختين مما سواهما . كالجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما ذكراً ، لا يجوز نكاح الأخرى له ، من الجانبين ، أيتها كانت غير عين ، كالجمع بين عمّة المرأة وبين بنت أخيها ، وبين خالة المرأة وبين بنت أختها ، ونحو ذلك - فحرام عند عامة العلماء .

وقال عثمان البتي^(٢) : الجمع فيما سوى الأختين من ذوات الأرحام ، ليس بحرام .

وإذا ثبت أن الجمع بينهما ، نكاحاً ، حرام - فإذا تزوج إحداهما قبل

(١) سورة المعارج : الآية ٣٠ والآيات ٢٩ - ٣٠ .

(٢) عثمان البتي فقيه البصرة زمن أبي حنيفة . رأى أنس بن مالك . وروى عن الحسن البصري .

الأخرى ، فنكاح الأولى جائز ، ونكاح الثانية باطل ، ولو تزوجها معا ، بطل نكاحهما ، لأن الجمع حصل بهما ، فيجب ، على كل واحد منهما ، أن يعتزل عن صاحبه ، ويترك النكاح ، ولو علم القاضي بذلك يفرق بينهما . وإن كان قبل الدخول ، فلا مهر لها ، ولا عدة عليها ، وإن كان بعد الدخول ، يجب مهر المثل ، مقدرا بالمسمى ، ولا يجب الحد ، وإن قال الزوج « علمت انها علي حرام » ، ولا يدعي شبهة الاشتباه ، لأن شبهة النكاح قائم ، ولو وطئها مرارا قبل التفريق والمشاركة ، لا يجب إلا مهر واحد ، لأن العقد الفاسد منعقد من وجه .

ولو وطئها بعد المشاركة مرة أخرى : لا يجب مهر آخر ، ويجب الحد ، لأن هذا زنا .

ولو تزوج أخت جاريتها التي وطئها ، أو أخت أم ولده : جاز النكاح ، ولكن لا يطأها ، ما لم يحرم عليه وطء إحداهما ، بأن زوج أم ولده من إنسان ، أو زوج الأمة ، أو باعها ، لأنه لا فراش للأمة عندنا - خلافا للشافعي ، وفراش أم الولد ضعيف : ينتفي بمجرد النفي ، ولا يحتاج إلى اللعان .

فأما إذا تزوج أخت امرأة تعتد منه : فلا يجوز عندنا ، سواء كانت مطلقة طلاقا رجعيًا أو بائنا أو ثلاثاً ، أو بالمحرمة الطارئة ، وسواء كانت العدة عن النكاح ، أو عن الوطء بالشبهة .

وقال الشافعي : يجوز ، إلا في الطلاق الرجعي ، لأن النكاح قائم من وجه عندنا ، في حالة العدة ، والثابت من وجه ، في باب التحريم ، كالثابت من كل وجه .

وكذلك : لا يجوز له أن يتزوج أربعاً أخرى ، سواها ، عندنا - خلافا له .

وأما إذا تزوج أخت أم ولده ، وهي تعتد منه ، بأن أعتقها ، ووجبت عليها العدة ، فإنه لا يجوز ، ويجوز أن يتزوج أربعاً ، سواها - وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمته الله عليهما : يجوز ذلك كله .

وقال زفر : لا يجوز ذلك كله .

وأما الجمع بين الأختين في ملك اليمين : فجائز عندنا - خلافاً للمالك .

وأما الجمع بينهما وطناً : فلا يجوز . لكن يطاق إحداهما ، لا غير . ولا يجمع بينهما في المس عن شهوة ، والنظر إلى الفرج .

وإن أزال الموطوءة عن ملكه ، أو زوجها من إنسان : يباح له الاستمتاع بالأخرى .

وهذا قول عامة الصحابة وعامة العلماء .

وروي عن عثمان بن عفان أنه قال : يحل الجمع بينهما ، وطناً ، ولكن أنا لا أفعل .

وأما تحريم تقديم الأمة على الحرة - فنقول :

من كانت تحت حرة ، لا يجوز له أن يتزوج الأمة . ومن كانت تحت أمة ، جاز له أن يتزوج الحرة . ولو جمع بين نكاح الأمة والحرة : لا يجوز نكاح الأمة ، ويجوز نكاح الحرة .

وأصله قوله عليه السلام : « لا تنكح الأمة على الحرة ، وتنكح الحرة على الأمة » .

وإذا كان قادراً على مهر الحرة ، ونفقتها : جاز له أن يتزوج الأمة ، عندنا . وعند الشافعي : لا يجوز .

ولو كانت الحرة في عدته ، فتزوج الأمة ، لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما : يجوز . والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله ، لأن النكاح من وجه ، كالثابت من كل وجه ، في باب التحريم .

وأما التحريم بسبب حق الغير :

فنكاح منكوحة الغير : حرام - قال الله تعالى : ﴿ والمحصنات من النساء ﴾ (١) .

وكذلك نكاح معتدة الغير ، لأن النكاح قائم من وجه ، وحقه محترم .

وكذلك منكوحة الذمي ومعتدته ، لأن حقه محترم .

فأما المسييات المنكوحات : فبعد الإحراز بدار الإسلام ، تقع الفرقة ، وتحل للسابي ، وغيره ، فلا عدة عليهن .

وعند الشافعي : تحل في دار الحرب .

وعلة الفرقة عنده هو السبي : وعندنا تباين الدارين ، حتى لو سبي الزوجان معاً ، لا تقع الفرقة ، عندنا لعدم تباين الدارين .

فأما المهاجرة ، وهي المرأة التي دخلت دار الإسلام ، مراغمة لزوجها ، مسلمة أو ذمية جاز نكاحها ، ولا عدة عليها عند أبي حنيفة - وقالوا : عليها العدة .

وأما إذا كانت حاملاً ، فعن أبي حنيفة روايتان : في رواية محمد : لا يتزوجها . وفي رواية أبي يوسف : يتزوج ولكن لا يطأها حتى تضع حملها .

(١) سورة النساء : الآية ٢٤ .

ولو تزوج امرأة حاملا ، من زنا - جاز ، ولا يطأها حتى تضع حملها عندهما .

وعند أبي يوسف : لا يصح النكاح .

والصحيح قولهما ، لأنه لا حرمة لماء الزاني ، ولكن لا يطأها لقوله عليه السلام : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره » . وروي عنه ﷺ أنه قال : « لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة في طهر واحد » وحرمة الوطء ، بعارض طارئ ، على المحل ، لا ينافي النكاح ، لابقاء ولا ابتداء ، كالحيض والنفاس .

وأما التحريم بسبب الشرك - فنقول :

لا يحل وطء المشركات ، بنكاح ، ولا بملك يمين . وتحل الكتابيات لقوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾ (١) ، وقال تعالى : ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾ (٢) .

ويجوز نكاح الأمة الكتابية كالحرّة ، عندنا ، خلافاً للشافعي .

وأما نكاح المجوسيات : فلا يجوز ، ولا يحل وطؤها بملك اليمين ، لأنه لا كتاب لهم .

فأما الصابئات : فقال أبو حنيفة : يحل بالنكاح ، وبملك اليمين ، خلافاً لهما - وهوليس باختلاف في الحقيقة ، وإنما الخلاف لاشتباه مذهبهم : فعند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب ، فإنهم يقرأون الزبور ولا يعبدون الكواكب ، لكن يعظمونها كتعظيم المسلمين الكعبة في

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢١ .

(٢) سورة المائدة : الآية ٥ .

الاستقبال إليها ، وعندهما أنهم يعبدون الكواكب فحكمهم حكم عباد الوثن .

وأما نكاح الكفار فيما بينهم : فجائز .

وقال مالك : أنكحتهم فاسدة .

والصحيح قول العامة ، لأن النكاح سنة آدم عليه السلام ، فهم على شريعته في ذلك ، وقال عيه السلام : « ولدت في نكاح ولم أولد في سفاح » ، وإن كان آباؤه كفارا .

وأما المرتدة : فلا يجوز لمسلم ، ولا لكافر ، ولا لمرتد ، نكاحها ، لأنه لا ملة لها ، للحال ، لأنها تركت ملة الإسلام ، فلا تقر على ما صارت إليه من الملة .

ولو ارتد أحد الزوجين : يبطل النكاح .

ولو ارتدا ، معا : يبقى النكاح بينهما - عندنا ، خلافاً لزفر ، لإجماع الصحابة على ذلك .

وأما التحريم بسبب ملك اليمين :

فهو أنه لا يجوز نكاح جاريته ، ولا مكاتبته ، ولا جارية مديونه دينا مستغرقا ، ولا جارية مشتركة بينه وبين غيره ، ولا جارية له فيها حق الملك ، كجاريته من أكساب عبده المأذون المديون وأكساب مكاتبه .

وكذا المرأة : لا يجوز لها أن تتزوج مملوكها ، لأن في النكاح حقوقا لا يجوز أن تثبت بين العبد والمولى ، لما بينهما من التنافي .

وكذلك : إذا اعترض ملك اليمين ، يبطل النكاح ، بأن ملك كل واحد من الزوجين صاحبه ، أو شقصا منه .

وقالوا في العبد والمدير المأذونين : إذا اشترى زوجها زوجهما : لا يفسد النكاح ، لأنه لا يثبت ملك المنفعة ، بملك اليمين ، في حقها .

وكذا المكاتب : إذا اشترى زوجته ، لم يفسد النكاح ، لأنه لا يملكها ، وإنما يثبت له فيها حق الملك ، وإنه يمنع ابتداء النكاح ، ولا يفسد كالعدة .

وقالوا فيمن زوج ابنته من مكاتبه ، ثم مات : لم يفسد النكاح بينهما ، حتى يعجز لأن المكاتب لا يورث . وعند الشافعي : يفسد .
وأما المعتق : فهو في حكم المكاتب عند أبي حنيفة ، وعندهما : حر .

وأما التحريم بالطلاق الثلاث :

فقد ثبت بكتاب الله عز وجل : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾^(١) .

وأحكام المطلقة ثلاثا تذكر في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى .

ومنها - الولي والمهر : وفيهما خلاف ، على ما نذكر في بابهما إن شاء الله تعالى .

ومنها - الشهادة : وهي شرط عند عامة العلماء .

وقال مالك : الإعلان شرط ، حتى إذا وجد الإعلان بدون حضرة الشهود ، نحو ضرب الدف والطبل ونحوه : ينعقد ولو حضر شاهدان سراً عن الناس وشرطوا عليهما الكتمان : فإنه لا ينعقد .

والصحيح قول عامة العلماء ، لقوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بشهود » .

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

ثم الشهود الذين ينعقد النكاح بهم فيهم شرائط :

منها - العقل ، والبلوغ ، والحرية : حتى لا ينعقد بحضرة الصبيان ، والمجانين ، والعبيد .

وكذا الإسلام في حق نكاح المسلم والمسلمة - حتى لا يجوز إلا بحضرة المسلمين . فأما المسلم إذا تزوج ذمية بشهادة ذمين : جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا يجوز .

وكذا القاضي : لا يقضي بنكاح المسلمة على المسلم إلا بشهادة المسلمين . وهل يقضي بنكاح المسلم على الذمية بشهادة الذمين ؟ إن ادعت الذمية النكاح على المسلم : لا يقبل ، لأنه شهادة على المسلم .

وإن جحدت الذمية وادعى المسلم النكاح - هل يقضي بشهادة الذمين ؟ فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الانعقاد .

وأما نكاح أهل الذمة فيما بينهم : فإنه ينعقد بشهادتهم عندنا ، سواء كانت ملهم متفقة ، كشهادة اليهود لليهود ، والنصارى للنصارى ، أو مختلفة كشهادة اليهود للنصارى .

وقال ابن أبي ليلى : يجوز عند اتفاق الملل ، دون اختلافها .

وعند الشافعي : لا يجوز أصلا .

ثم عندنا : إنما يجوز إذا كانوا من أهل دار واحدة ، بأن كانوا في دار الإسلام أو في دار الحرب . وأما إذا اختلفت الدور ، بأن كانت الشهود من أهل دار الحرب ، كشهادة المستأمنين في نكاح الذمي : فلا يصح . وإن كان على العكس : يصح كنكاح الذمي : ينعقد بشهادة المسلمين ، ولا ينعقد نكاح المسلم بشهادة أهل الذمة .

ومنها - العدد : فهو شرط ، وهو شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين - وهذا عندنا .

وقال الشافعي رحمه الله : لا يصح إلا بشهادة الرجلين .
وكذا الخلاف في قضاء النكاح بشهادتهم .

وهذا إذا لم يتعلق به وجوب الحد - فأما إذا تعلق ، بأن قام الشهود على الزنا ، فأنكر الزاني الإحصان ، فشهد رجل وامرأتان على النكاح : يقبل أيضاً ، عند أصحابنا ، وعند زفر لا يقبل .

وأما العدالة - فليست بشرط لانعقاد النكاح ، عندنا ، حتى ينعقد بشهادة الفاسقين .

وعند الشافعي رحمه الله : شرط .

وهل يقضي القاضي بالنكاح بشهادتهم ؟

فعنده : لا يقضي على كل حال .

وعندنا : إن كان القاضي تحرى الصدق في شهادتهم : جاز ، وإلا فلا - فكان للفساق شهادة ، عندنا ، في انعقاد النكاح ، على كل حال . وفي صحة القضاء عند رجحان الصدق ، عند القاضي ، بالتحري والتأمل في أحواله : أن مثل هذا الفاسق لا يكذب في العادة ،

وأما المحدود في القذف : فإن كان قبل التوبة وقبل إقامة الحد : فإنه ينعقد النكاح بشهادته عندنا ، خلافاً للشافعي رحمه الله .

وإن كان بعد التوبة : فإن كان قبل إقامة الحد عليه : فإنه ينعقد النكاح ، ويقبل شهادته بلا خلاف .

وإن كان بعد إقامة الحد : فإنه ينعقد النكاح بشهادته ، ولا تقبل شهادته عندنا .

وعند الشافعي : ينعقد ، وتقبل .

وكذا ينعقد النكاح بشهادة الاثنين ، منها - عندنا ، خلافاً للشافعي .

وأما الأعمى : فينعقد النكاح بحضرتهم ، لأنهم من أهل الشهادة .
وهل تقبل شهادتهم ؟

عند أبي حنيفة ومحمد رحمـة الله عليهما : لا تقبل .

وقال أبو يوسف : إن كان بصيراً وقت الحمل : تقبل شهادته ، وإلا فلا .

باب

المهر

الكلام في هذا الباب في مواضع :
وفي بيان كون المهر شرط جواز النكاح ،
وفي بيان تقدير المهر ،
وفي بيان ما يصلح مهراً وما لا يصلح ،
وفي بيان ما يفسد به التسمية وما يصح معه التسمية ،
وفي بيان ما يستحق به جميع المهر ، وما يسقط به نصف المهر ،
وفي بيان ما يجب عليها من التسليم عند قبض المهر أو تأجيله ،
وفي بيان حكم الاختلاف بين الزوجين في المهر ،
وفي بيان ذكر المهر على طريق الريا^(١) ، والسمعة ، والتلجئة .

أما الأول - فنقول :

إن المهر شرط جواز النكاح - حتى لا يجوز النكاح بدون المهر ، حتى
إن من تزوج امرأة بغير مهر ، أو بشرط أن لا مهر لها ، وأجازت المرأة -
فإن النكاح ينعقد ، ويجب مهر المثل ، عند أصحابنا .

وعند الشافعي : النكاح جائز بغير مهر .

والصحيح قولنا : لقوله تعالى ﴿ وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ : أَنْ
تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾^(٢) - الله تعالى أحل النكاح بشرط المال ، فلا يكون مشروعاً

(١) في القاموس المحيط : « رأيتهُ مُرَاءَةً وَرِثَاءَ أُرَيْتُهُ عَلَى خِلَافِ مَا أَنَا عَلَيْهِ . . . وَعَمِلَ رِثَاءً وَسَمْعَةً » .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٤ .

بدونه ، فإذا نفي المهر ، وشرط خلو النكاح عن المهر ، فقد شرط شرطاً فاسداً ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، فيصح النكاح ، ويبطل الشرط ، فيجب العوض الأصلي ، وهو مهر المثل .

وحكم كيفية وجوب مهر المثل ، والمتعة ، نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى .

وأما بيان تقرير المهر

فعندنا المهر مقدر ، وأدناه عشرة دراهم فضة ، أو دينار ذهب خالص .

وقال الشافعي : المهر غير مقدر ، والقليل والكثير فيه سواء .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : ﴿ قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم ﴾^(١) أي قدرنا .

وإذا ثبت أن أقل مقدار المهر عشرة ، فأذا سمي أقل من عشرة هل يصح التسمية ؟ فعند أصحابنا الثلاث : تصح التسمية ، ويكمل المهر عشرة دراهم .

وعلى قول زفر : يجب مهر المثل ، ولا تصح التسمية .

والصحيح قولنا : وهو أن التقدير حق الشرع ، فمتى قدر بأقل من عشرة ، فقد أسقطا حق أنفسهما ، ورضيا بالأقل ، فلا يصح في حق الشرع ، فيجب أدنى المقادير ، وهو العشرة .

وأما بيان ما يصلح مهراً وما لا يصلح - فنقول :

المهر ما يكون مالا متقوماً عند الناس ، فإذا سميا ما هو مال : يصح التسمية ، وما لا فلا .

(١) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

فإذا تزوج امرأة على ما هو مال مطلق ، كالنقود والأعيان : صحت التسمية .

وإذا تزوج على منافع الأعيان ، كالدور ، والحيوان ، والعقار : جاز ، لأنها مال متقوم عند الناس .

وإذا تزوج على منافع الحر ، لا يجوز : بأن زوجت نفسها من رجل على أن يخدمها سنة ، أو يرعى إبلها أو غنمها سنة ، لأن منافع الحر ليست بمال ، وإنما يجوز عقد الإجارة عليها ، ويتقوم باتفاق العاقلين ، بطريق الضرورة ، ولا ضرورة في النكاح .

وعن ابن سماعة عن محمد أنه إذا تزوجها على أن يرعى غنمها سنة : جاز - فيكون في المسألة روايتان .

وإذا لم تصح التسمية ما حكمها ؟

قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لها مهر ، مثلها ، لأن التسمية لم تصح .

وقال محمد رحمه الله : لها قيمة خدمته سنة ، لأن التسمية قد صحت ، لكن تعذر التسليم عليه ، لأنه لا يجوز لها استخداممه ، بل عليها خدمة الزوج ، فيجب قيمة الخدمة ، كما لو تزوج على عبد ، فاستحق تجب قيمته ، لا مهر المثل - كذا هذا ، حتى إن رعى الغنم والعمل خارج البيت ، لما لم يكن من باب الاستخدام صحت التسمية .

ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير ، أو على طلاق ضررتها ، أو على العفو عن القصاص ، أو على أن لا يخرجها من بلدها ، ونحو ذلك - فالنكاح صحيح ، وبطلت التسمية ، ويجب مهر المثل ، لأن هذه الأشياء ليست بمال .

ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال ، لكن لها فيه منفعة : إن

كان شيئاً يباح لها الانتفاع به ، كطلاق الضرة والإمساك في بلدها ونحو ذلك : فإن وفي بالمنفعة وأوصل إليها ، فإنه لا يجب إلا المسمى ، إذا كان عشرة ، فصاعداً ، لأنها أسقطت حقها عن مهر المثل ، لغرض صحيح ، وقد حصل وإن لم يف بما وعد لها : إن كان ما سمي لها من المال مثل مهر المثل أو أكثر ، فلا شيء لها ، إلا ذلك المسمى ، وإن كان ما سمي لها أقل من مهر مثله يكمل لها مهر مثلها ، عندنا . وعند زفر : إن كان ما وعد لها ، سوى المسمى ، شيئاً هو مال ، كما إذا شرط أن يهدي لها هدية ، فلم يف : يكمل مهر المثل ، وإن كان شيئاً ليس بمال ، فلم يف : فلا يجب إلا المسمى .

والصحيح قولنا ، لأنها لم ترض بإسقاط حقها عن كمال مهر المثل إلا بغرض مرغوب فيه عند الناس وحلال شرعاً ، فإذا لم يحصل الغرض يعود حقها إلى المعوض ، وهو مهر المثل .

وأما إذا كان وعد لها شيئاً لا يباح الانتفاع به ، كالخمر والخنزير ، فإن كان المهر المسمى عشرة فصاعداً : يجب ذلك ، ويبطل الحرام ، ولا يجب على الزوج تكميل مهر المثل ، لأن الخمر لا منفعة للمسلم فيها ، فلا يجب لفواتها عوض .

وأما بيان ما يصح معه التسمية ، وما لا يصح - فنقول :
التسمية لا تصح مع الجهالة الفاحشة ، وتصح مع الجهالة المستدركة .
وبيان ذلك أن المهر أنواع ثلاثة :

نوع هو مجهول الجنس - وهذه الجهالة تبطل التسمية ، ويجب مهر المثل ، بالغاً ما بلغ .

وذلك نحو أن يتزوج على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار ، لأن الثوب

مجهول الجنس : يقع على الخز والبز^(١)، وكل ذلك ينقسم أنواعاً مختلفة . وكذلك الدار : فإنها تخاف باختلاف البلدان والمحال ، والسكك وتختلف في أنفسها من حيث الصغر والكبر ونحو ذلك .

ونوع هو معلوم الجنس والنوع ، مختلف الوصف والقدر - كما إذا تزوج امرأة على عبد أو أمة أو تزوج على فرس أو على جمل أو على بقرة ونحو ذلك - وهذا معلوم النوع مختلف الأوصاف .

وحكمه أن الزوج بالخيار : إن شاء أعطاها الوسط من ذلك، وإن شاء أعطاها القيمة ، وتجبر المرأة على القبول ، بخلاف البيع : فإن هذا لا يصلح ثمناً في باب البيع ، لأن النكاح يحتمل ضرباً من الجهالة ، فإنه يجوز بمهر المثل مع جهالته ، فكل جهالة هي نظير جهالة مهر المثل لا تمنع صحة التسمية ، وجهالة الوصف والقدر نظير ذلك - فأما البيع : فلا يصح مع الجهالة أصلاً .

ونوع هو معلوم الجنس ، والنوع ، والقدر ، والصفة - كما إذا تزوج على مكيل أو موزون موصوف في الذمة : فإنه يجوز ، ولا خيار للزوج في ذلك ، بل يجبر الزوج على دفعه إليها ، ولا يجوز أن يدفع قيمة ذلك ، إلا برضاها ، لأن هذا يثبت ديناً في الذمة صحيحاً - ولهذا جاز البيع به .

فأما إذا تزوج على كسر حنطة مطلقة ولم يصفها : ذكر ههنا وقال : إن شاء الزوج أعطاهما كراً وسطاً ، وإن شاء أعطاهما قيمته .

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله عليه أنه قال : يجبر الزوج على تسليم الكر ، ولا يجوز له أن يدفع القيمة بدون رضاها - وعلى هذا مسائل .

(١) البز نوع من الثياب . وقيل : الثياب خاصة من أمتعة البيت . وقيل : أمتعة التاجر من الثياب .

وأما بيان ما يستحق به جميع المهر ، وما يسقط به النصف - فنقول :
المهر يستحق بالعقد .

ويتأكد : بالوطء ، والخلوة الصحيحة ، وموت أحد الزوجين .
وهو نوعان : المسمى ، ومهر المثل .

فإن كان المهر مسمى ، وطلق بعد الوطء ، أو الخلوة الصحيحة ، أو
وجد موت أحد الزوجين : فإنه يجب كمال المهر المسمى - وهذا عندنا .
وعلى قول الشافعي : لا يتأكد بالخلوة .

ثم الخلوة الصحيحة أن لا يكون ثم مانع : من حيث الحس ، ولا
من حيث الشرع .

أما من حيث الحس : فكالمرض الذي يمنع الوطء ، ووجود ثالث في
الدار معهما ، وكون المرأة رتقاء^(١) .

وأما الجب^(٢) : فلا يمنع صحة الخلوة عند أبي حنيفة - خلافاً لهما .
والعنة^(٣) لا تمنع بالإجماع .

وأما من حيث الشرع : فبأن كانت المرأة حائضاً ، أو نفساء ، أو كان
أحدهما صائماً صوم شهر رمضان ، أو محرماً بحجة فريضة أو نفلاً ، وفي
غير صوم شهر رمضان روايتان .

وإن طلقها قبل الدخول بها : يجب نصف المهر المسمى ، سواء كان
المهر عيناً أو ديناً .

(١) امرأة رتقاء بينة الرتق : إذا لم يكن لها خرق إلا المبال (المغرب) . وفي المصباح : رتقت الفتق رتقاء من
باب قتل سدده .

(٢) أي استئصال الذكر والخصيين - من الجب بمعنى القطع . والمجبوب هو الخصي .

(٣) « العنة على زعمهم اسم من العنين وهو الذي لا يقدر على إتيان النساء » المغرب .

ولو زاد الزوج على المهر المسمى ، ثم طلقها قبل الدخول بها : فإنه يتنصف المسمى في العقد ، ولا تتنصف الزيادة في أشهر الروايات . وعن أبي يوسف أنه تتنصف الزيادة .

وإن فرض المهر هو أو القاضي في موضع لا تسمية فيه ، ثم طلق قبل الدخول ، فإنه لا يتنصف المفروض بعد العقد أيضاً .

وروي عن أبي يوسف أنه يتنصف .

وأما مهر المثل - فإنه يتأكد أيضاً ، بما يتأكد به المسمى ، من : الموت ، والدخول ، والخلوة .

وإذا طلقها قبل الدخول : فإنه لا يتنصف مهر المثل ، عندنا - خلافاً للشافعي ، ولكن تجب المتعة ، وهي ثلاثة أثواب : درع ، وخمار وملحفة ، ويعتبر فيها حال الرجل ، كما في النفقة ، وهو الصحيح ، وفي مهر المثل يعتبر حالها .

والمتعة نوعان : واجبة ومستحبة :

فالواجبة - لا تكون إلا لمطلقة واحدة : وهي التي طلقها قبل الدخول بها ، في نكاح ، لا تسمية فيه .

وأما المستحبة - فهي ثابتة لكل مطلقة لم تستحق بالطلاق ، جميع المهر ، ولا نصفه ، إلا أن تكون الفرقة من قبل المرأة : فإنه لا يستحب فيها المتعة ، مدخولاً بها ، أو لم يكن ، لأنها جانية ، فكيف يستحب الإحسان في حقها ؟

وأما بيان ما يجب عليها من تسليم النفس ، وما لها

من حق المنع - فنقول :

إن تسليم النفس بمقابلة تسليم المهر .

فقبل تسليم المهر إليها : لها أن تمنع نفسها من الزوج ، ولها أن تسافر وتذهب حيث شاءت ، بغير إذن الزوج .

وإن سلم المهر إليها : فله أن يطالبها بتسليم النفس إليه ، والدخول في بيته ، والتمكين من الاستمتاع بها ، ولا يجوز لها أن تخرج من بيت الزوج إلا بإذنه : لا إلى سفر ، ولا إلى زيارة الأبوين ، ولا إلى قضاء حاجة ما ، إلا سفر الحج ، ، إذا كان عليها حجة الإسلام ، ووجدت محرماً .

وإن بقي درهم من المهر على الزوج : فلها حق المنع ، وأن تخرج من مصرها .

هذا إذا كان المهر حالاً ، فأما إذا كان المهر مؤجلاً إلى أجل معلوم : فيجب عليها تسليم النفس ، للحال ، عند أبي حنيفة ومحمد رحمته الله عليهما ، لأنها رضيت بإسقاط حقها . فلم يسقط حق الزوج بدون رضاه .

وقال أبو يوسف آخرأ : لها أن تمنع نفسها ، بالمؤجل ، لأن حق الاستمتاع بها بمقابلة تسليم المهر ، فمضى طلب تأجيل المهر ، فقد رضي بتأخير حقه في الاستمتاع .

ولو كان مؤجلاً إلى أجل غير معلوم ، كما إذا أجل إلى الميسرة أو قال : « أتزوجك على ألف مؤجلة » : فإنه يثبت المهر حالاً ، ويبطل الأجل .

ولو كان بعضه حالاً ، وبعضه مؤجلاً ، معلوماً : فليس لها أن تمنع نفسها بالإجماع : أما عندهما ، فلأن الزوج ما رضي بإسقاط حقه . وأما عند أبي يوسف : فلأنه لما عجل البعض ، لم يرض بتأخير حقه في الاستمتاع .

ولولم يدخل بها الزوج حتى حل أجل الباقي ، فكذلك الجواب ، لما قلنا .

فأما إذا كان الكل مؤجلاً ، وشرط أن يدخل بها ، قبل أن يعطيها :
فله ذلك ، عند أبي يوسف أيضاً ، لأنه لما شرط الدخول ، لم يرض بتأخير
حقه في الاستمتاع .

ولو مكنت المرأة ، برضاها ، حتى وطئها ، قبل تسليم المهر إليها ، وقد
تزوجها من غير أجل ، ثم أرادت أن تمنع نفسها بعد ذلك : فلها ذلك
عند أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد : ليس لها ذلك .

فهما يقولان : إن التسليم الصحيح قد وجد حتى يتأكد المهر ، فلا
يكون لها حق الامتناع ، كما في البيع : إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن :
صح ، وليس له حق الرجوع - كذا هذا . وأبو حنيفة يقول : إن المهر
مقابل بالاستمتاع في جميع العمر ، لا بمجرد تسليم النفس ، بدليل أنها لو
انتقلت إلى بيت الزوج ، كان لها حق المنع ، ما لم تقبض المهر ، وقد وجد
تسليم بعض المنفعة ، فكان لها حق في منع الباقي كما لو باع عبيدين ،
فسلم أحدهما قبل قبض الثمن : كان له أن يجبس الآخر ، حتى يستوفي
الثمن .

وأما بيان اختلاف الزوجين في المهر - فنقول :

إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر : فقال الزوج : « تزوجتها على
ألف درهم » ، وقالت المرأة : « على ألفين » :

فإن كان لأحدهما بينة : تقبل بيئته ، ولا يقبل قول الآخر .
وإن كان لهما بينة : فبينة المرأة أولى ، لأنها أكثر إثباتاً .

وإن لم يكن لهما بينة : تحالفا ، ويبدأ بيمين الزوج : فإن نكل ، يقضي

عليه بما تدعيه المرأة ، وإن حلف تحلف المرأة : فإن نكلت ، يقضي عليها بما يدعيه الزوج ، وإن حلفت ، سقط اعتبار التسمية ، بالحلف ، ويحكم بمهر ، المثل ، الذي هو العوض الأصلي ، فإن كان مهر مثلها مثل ما قال الزوج ، أو أقل : فلها ما قال الزوج ، لأن الظاهر شاهد له ، وإن كان مثل ما ادعت المرأة أو أكثر : فلها ما ادعت ، وإن كان مهر مثلها فوق ما قال الزوج ، ودون ما ادعت : فلها مهر مثلها .

وقال أبو يوسف : القول قول الزوج ، إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً ، لأنه منكر ، إلا إذا خالفه الظاهر - وتفسير المنكر ، في رواية : أن يكون أقل من عشرة دراهم ، وفي رواية : أن يذكر شيئاً لا تزوج مثل تلك المرأة عليه - وهو الأصح ، لأن المهر في الشرع لا يكون أقل من عشرة دراهم .

وذكر أبو الحسن^(١) التحالف في الفصول الثلاثة .

وعن أبي بكر الرازي أن التحالف يكون في فصل واحد ، وهو ما إذا لم يشهد مهر المثل لدعواهما ، فأما إذا كان مهر المثل مثل ما يدعيه أحدهما ، فالظاهر شاهد له ، فلا حاجة إلى التحالف .

والصحيح ما قاله أبو الحسن ، لأن مهر المثل لا يعتبر عند وجود التسمية ، فلا يسقط اعتبار التسمية إلا بالحلف ، لأن الظاهر لا يكون حجة على الغير .

وعلى هذا الخلاف : إذا قال الزوج : « تزوجتك على هذا العبد » ، وقالت المرأة : « على هذه الجارية » - إلا في فصل واحد وهو أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر ، فلها قيمة الجارية لا عينها ، لأن

(١) أي الكرخي .

تمليك الجارية لا يكون إلا بالتراضي ، ولم يتفقا عليه ، فوجب القضاء بقيمتها .

وعلى هذا الأصل : إذا اختلفا في طعام بعينه : فقال الزوج : « إنه كُر » ، وقالت المرأة : « شرطت أنه كُران » - لأن القدر معقود عليه في الطعام المعين ، بخلاف القدر في الثوب العين : فإنه بمنزلة الصفة - والاختلاف في مقدار ما يتعلق العقد على قدره يوجب التحالف ، فأما الاختلاف ، في الصفة ، في المبيع المعين فلا ، فأما الذرع والكيل والصفة إذا كان في الذمة ، فهو معقود عليها ، فإذا اختلفا فيها تحالفا .

وعلى هذا أيضاً : إذا ادعى أحدهما ألف درهم ، والآخر مائة دينار ، فهو مثل الألف والألفين ، يعني أن مهر مثلها إن كان مثل مائة دينار أو أكثر ، فلها مائة دينار ، لأن مهر المثل يقضى به من جنس الدراهم والدنانير ، فجاز أن يستحق المائة دينار من غير تراض ، بخلاف العبد والجارية . لما ذكرنا .

ولو طلقها قبل الدخول بها : فلها نصف الألف في مسألة الألف والألفين ، بالاتفاق ، لأن مهر المثل لا يجب في الطلاق قبل الدخول ، ولا يمكن التحكيم به ، فيجب المتيقن ، وهو نصف الألف وفي مسألة الجارية والعبد : لها المتعة ، إلا أن ترضى أن يأخذ نصف العبد ، لأنها لم يتفقا على تسمية أحدهما ، فلم يمكن القضاء بنصف الأقل ، إلا باختيارهما ، بخلاف الألف والألفين .

وإما إذا كان المهر ديناً ، فاختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته : فهو كالاختلاف في العبدین ، لأن كل واحد من الجنسين لا يملك إلا بالتراضي ، فهو كالاختلاف في العبدین .

وأما بيان التلجئة في المهر - فنقول :

التلجئة والهزل إما أن يكون في نفس النكاح ، أو في مقدار المهر ، أو في جنس المهر .

أما في نفس النكاح - فلا تصح التلجئة ، ويصح النكاح . وصورته : إذا تواضعا في السر على أن يظهر النكاح ، رياء وسمعة ، ولا يكون نكاح بينهما حقيقة ، فأظهرا عقد النكاح بشرائطه ، عند الناس - فإن النكاح صحيح ، وإن ثبتا على المواضعة ، لأن النكاح لا يفسد مع الهزل ، لقوله عليه السلام : « ثلاث جدهن جد ، وهزلن جد : العتاق ، والطلاق ، والنكاح » .

أما إذا كان الهزل في مقدار المهر - بأن اتفقا في السر على أن يكون المهر مائة ، ويظهرا مائتي درهم ، فتزوجا على مائتين ظاهرا - فعن أبي حنيفة روايتان :

وفي رواية : المهر ما أظهراه ، وما ذكرا في الباطن لا يعتبر ، لأن المهر تابع للنكاح ، وأنه يصح مع الهزل - فكذا المهر .

وفي رواية : المهر مائة ، ولا يصح مع الهزل - وهو قول أبي يوسف ومحمد .

وأما إذا كان الهزل في الجنس - بأن تواضعا على أن يكون المهر ألف درهم ، ولكن أظهرا مائة دينار ، سمعة ورياء ، وعقدا على مائة دينار : ففي رواية : لها مهر المثل . وفي رواية : لها مائة دينار .

ولو تزوجا تزويجاً باتاً ، قاطعاً ، في السر ، على مهر مسمى ، ثم أظهرا غير ذلك في العلانية : لم يعتبر الظاهر ، لأن النكاح قد انعقد في السر ، حقيقة فلا يكون الظاهر معتبرا .

ولو تواضعا أن يقرأ بالنكاح ، وأقرأ بذلك ، ولم يكن بينهما نكاح : لم

يلزمهما ، لأن الإقرار إخبار ، فلا يصح مع الهزل ، كما لا يصح مع الإكراه .

obeikandi.com

باب الولي

الولاية في باب النكاح نوعان :

أحدهما - في حق الصغار ، والصغائر ، ومن كان في معناهم ، من البالغين وهم المجانين .

والثاني - في حق البالغات العاقلات .

أما الأول

فلا خلاف أن ولاية النكاح ثابتة للوالدين والمولودين في حقهم ، ولاية الاستبداد ، حتى يجوز نكاحهم في حق جميع الأحكام ، ولا يثبت الخيار ، بعد البلوغ استحساناً .

ثم إنما يجوز النكاح من الأب والجد إذا زوجا من كفاء ، بمهر المثل .

فأما إذا زوجا من غير كفاء ، أو بمهر قاصر : فيجوز عند أبي حنيفة .
وقالا : لا يجوز .

ثم إذا اجتمع الأب والابن في حق الكبيرة المجنونة :

قال أبو حنيفة : الابن أولى ، لأن الابن أقرب العصبات .

وقال محمد : الأب أولى ، لأنه أولى بالتصرف في مالها ، فكذا في نفسها .

وعن أبي يوسف روايتان : في رواية محمد عنه أن الابن أولى ، وفي رواية المعلّى عنه : أيهما زوج : جاز - فإن اجتمعا - فينبغي للابن أن يفوض التزويج إلى الأب تعظيماً له .

ثم بعد الوالدين والمولودين ، تثبت الولاية للعصبات : الأقرب فالأقرب - عندنا .

وقال الشافعي : لا تثبت لغير الأب والجد ، ولكن تثبت للإمام والقاضي .

وإذا جاز النكاح عندنا ، يثبت الخيار للصغير ، والصغيرة ، بعد البلوغ ، عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف : لا يثبت الخيار .

وإذا ثبت لهما الخيار : فإن اختار الفرقه ، يكون فسخاً - حتى لا يجب المهر قبل الدخول ، ولا يصح ذلك ، إلا بقضاء القاضي ، بخلاف خيار المعتقة ، حيث يكون فسخاً ، بغير قضاء القاضي .

وأما القاضي والسلطان : إذا زوج الصغير والصغيرة ، في حال الولاية ، فلهما الخيار ، على قياس ظاهر الرواية - فإنه قال : إذا زوجها غير الأب والجد ، فلهما الخيار .

وروى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا خيار لهما .

وقال أبو يوسف : لا خيار لهما .

وإن اختارا النكاح ، بطل الخيار ، فأما إذا سكتا ، فإن كانت صغيرة بكراً ، فسكوتهما ، عقيب بلوغها ، يكون رضا ، ويسقط خيارها ، علمت الخيار أولم تعلم ، بخلاف خيار المعتقة : إنه لا يسقط بدون العلم ، وإن كانت ثيباً ، لا يبطل خيارها ، إلا بالقول أو الفعل الذي يدل على الرضا ، وهو التمكين من الاستمتاع بها ، أو مطالبة المهر ، أو النفقة ، ونحو ذلك .

وأما في الغلام : فالبكروالثيب سواء : لا ييطل خيارهما ،
بالسكوت ، بل يشترط الرضا به صريحا ، أو دلالة الفعل ، كما في
الصغيرة الثيب .

هذا الذي ذكرنا إذا كان الأقرب حاضرا ، أو غائبا غيبة غير
منقطعة ، فأما إذا كان غائبا غيبة منقطعة : تنتقل الولاية إلى الأبعد ،
عندنا ، خلافاً للزفر .

وعند الشافعي أنها تنتقل إلى السلطان .

واختلفت الروايات في تفسير الغيبة المنقطعة :

روي عن محمد : ما بين الكوفة والري .

وعن أبي يوسف : ما بين بغداد والري .

وقال محمد بن شجاع : إن كان غائبا في موضع لا تصل إليه القوافل
والرسل في السنة إلا مرة واحدة ، فهو غيبة منقطعة ، والا فلا .

وعن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري أنه قال : إن
كان في موضع لا ينتظر الخاطب حضوره وبلوغ إذنه ، تكون منقطعة ، وإلا
فلا .

ثم إذا لم يكن واحد من العصابات ، ولكن من ذوي الأرحام الذين
يرثون من الرجال والنساء ، فإن لهم ولاية التزويج : الأقرب فالأقرب
أولى ، كالأم والعمة والخال والخالة ، وهو المشهور من الرواية عن أبي
حنيفة : رواها أبو يوسف ومحمد .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يزوج الصغير والصغيرة إلا
العصبة - وهو قول أبي يوسف ومحمد .

ثم إذا عدم الأولياء على القولين ، فتنقل الولاية إلى السلطان ، ونائبه
القاضي .

ثم مولى العتاقة آخر العصبات ، وهو أولى من ذوي الأرحام ، بلا خلاف .

وأما مولى الموالاة : فيزوج عند أبي حنيفة ، عند عدم العصبية وعدم الورثة ، لأنه آخر الورثة .

وعلى قولهما : لا يزوج ، لأنه ليس بعصبة .

والنوع الثاني - وهو في حق الكبيرة العاقلة :

قال أبو حنيفة وزفر : ليس لأحد عليها ولاية ، بطريق الحتم ، وإنما تثبت عليها الولاية ، بطريق الندب ، والاستحباب ، وهو قول أبي يوسف الأول - حتى إن المرأة العاقلة إذا زوجت نفسها ، من كفء بمهر وافر ، فإنه يجوز ، وليس للأولياء حق الفسخ ، وإذا زوجت من غير كفء : فلهم حق الفسخ . وإذا قصرت عن مهر مثلها : كان للأولياء حق الفسخ عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : ليس لهم ولاية الفسخ - وإنما يتصور الخلاف عندهما إذا أذن الولي لها بالتزويج ، وعند الشافعي إذا أذن الولي رجلاً بأن يزوجه ، فزوجها بمهر قاصر .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي بأن لهم ولاية التزويج في حق الكبيرة ، العاقلة - لكن اختلفوا فيما بينهم فيما إذا زوجت نفسها من غير إذن الولي :

قال الشافعي : لا يجوز أصلاً ، ولا يتوقف على إجازة الولي .

وقال محمد : يتوقف على إجازة الولي ، ولا نفاذ له ، لحال - حتى لو وطئها ، يكون وطئاً ، حراماً وليس فيه طلاق ولا ظهار ولو ماتا لم يتوارثا .

وعن أبي يوسف روايتان : في رواية : إذا مات أحدهما قبل أن يميزه الولي ، والزواج كفء : يتوارثان . وفي رواية الحسن عنه : أنها لا يتوارثان ، كفئاً كان أو غير كفء .

وأما بيان أن الولاية ثابتة على الكبيرة ، العاقلة ، بطريق الندب - عند أبي حنيفة فنقول :

-إنها إذا زوجت من غير كفء : فلأولياء حق الاعتراض .

-وكذلك المرأة إذا طلبت من الولي التزويج من كفء ، فامتنع الولي : فإنه يصير عاضلاً^(١) وتثبت الولاية للسلطان .

-وكذلك إذا زوجها الولي ، بغير رضاها ، وبلغها الخبر ، وسكتت ، أو في الابتداء ، استأمرها الولي ، فسكتت - يكون سكوتها رضا . وفي تزويج الأجنبي : إذا بلغها الخبر ، فسكتت ، لا يكون إجازة ، إلا بالقول صريحاً أو دلالة .

وإذا زوج المرأة ولي ، فقالت : « لم أرض ولم آذن » ، وقال الزوج : « قد أذنت » ، فالقول قول المرأة ، لأن الزوج يدعي عليها الإذن والرضا ، وهي تنكر ، فيكون القول قولها ، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة . وعلى قولهما القول قولها مع اليمين ، والتحالف لا يجري في الأشياء الثمانية - وهذا الفصل من جملتها .

وقد قال أصحابنا : إذا زوجت البكر ، فقال الزوج : « بلغك الخبر فسكت » ، وقالت : « رددت » . فالقول قولها ، خلافاً للزفر ، لأنها منكرة في الحقيقة ، وإن كانت مدعية الرد ظاهراً .

ثم اختلفت الأحكام بين البكر ، والشيب ، فلا بد من تفسيرهما - فنقول :

كل من زالت عذرتها بوثة ، أو طفرة ، أو حيضة ، أو طول التعيس : فهي في حكم الأبكار ، في قولهم .

(١) الغُضْل : لغة هو المنع . وشرعاً هو منع الأيم (وهي الأنثى التي لا زوج لها كبيرة أو صغيرة ، من التزويج ، ومنع الزوج امرأته من حسن الصحبة لتفتدي منه - وكلاهما محرم بنص القرآن العزيز .

ومن زالت عذرتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب : فهي في حكم
الثيب ، بالإجماع .

وأما إذا زالت بكارتها بالزنا : فقال أبو حنيفة : تزوج كما تزوج
الأبكار ، وقال والشافعي : تزوج الثيب - وهي مسألة معروفة .
ثم لا خلاف بين أصحابنا أن الكفاءة معتبرة في النكاح .

وقال مالك وسفيان الثوري ، وهو اختيار أبي الحسن الكرخي : لا
اعتبار للكفاءة ، لقوله تعالى : ﴿ إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ ^(١) .
والصحيح قول العامة ، لقوله عليه السلام : « لا يزوج النساء إلا
الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء » .
ثم اختلف أصحابنا في شرائطها :

قال أبو حنيفة : الكفاءة تعتبر في خمسة أشياء : الحرية ، والنسب ،
والمال ، والدين ، وإسلام الآباء .

قال محمد : الكفاءة في الدين والتقوى ليس بشرط ، إلا أن يكون
فسقاً هوشين في العرف ، نحو أن يُصفع ، أو يسكرو ويمشي في الأسواق
فسخر منه .

وأما الحرية - فشرط - حتى لا يكون العبد ، والمكاتب والمدبر كفوفاً
للحررة بحال ، لأن الرق نقص وشين فوق النقص في النسب .

وأما النسب - فالعرب بعضهم أكفاء لبعض ، ولا يكونون أكفاء
لقريش ، وقريش بعضهم أكفاء لبعض ، الأعلى والأدنى سواء ، حتى لا
يفضل الهاشمي على قرشي ليس بهاشمي ، قال محمد : إلا أن يكون أمراً
مشهوراً فيها ، مثل البيت الذي فيه الخلافة ، ولا يكون العجم والموالي

(١) سورة الحجرات : الآية ١٣ .

أكفاء للعرب ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض ، ويكون موالي العرب أكفاء لموالي قريش ، وأصله الحديث : « قريش بعضها أكفاء لبعض ، والعرب بعضها أكفاء لبعض ، والموالي بعضها أكفاء لبعض : حي بحى وقبيلة بقبيلة » .

وأما المال - فالمعتبر فيه القدرة على المهر والنفقة ، حتى إن من لا يقدر على المهر والنفقة ليس بكفاء .

وقال بعض المشايخ : إنه يعتبر الكفاءة في المال ، فيما سوى المهر والنفقة ، لأن الغنى سبب الشرف ، في العادة بمنزلة النسب .

وأما إسلام الآباء - فكل من كان له أب واحد في الإسلام : لا يكون كفتاً لمن كان له آباء في الإسلام . وكل من كان له أبوان في الإسلام فصاعداً : يكون كفتاً لمن كان له آباء كثيرة في الإسلام .

وفي الحرية : يجب أن يكون هكذا ، لأن الشرف يقع بحرية الآباء .

وأما الكفاءة في الحرف والصناعة - فعلى قول أبي حنيفة : لا يعتبر .

وعلى قول أبي يوسف : يعتبر - حتى لا يكون الحائك كفتاً للصير في والصائغ .

وبعض مشايخنا قالوا : هذا اختلاف عصر وزمان : فأبو حنيفة بنى الأمر على عادة العرب : أن مواليهم يعملون هذه الأعمال لحاجتهم ، وحاجة مواليهم ، ولا يقصدون بها الحرفة ، ولا يعيرون بها . وأبو يوسف أجاب على عادة أهل العجم : أنهم اتخذوا هذه الصناعات حرفة ، ويعيرون بالدنيء من ذلك - فلم يكن بينهم خلاف في الحقيقة : ففي كل بلد عادتهم التعيير والتفاخر في الحرف ، يعتبر فيه الكفاءة . والله أعلم .

obeikandi.com

باب النفقات

الكلام في النفقة من وجوه :
في بيان أنواعها ، ويتضمن ذلك بيان الأسباب .
وفي بيان المقدار .
وفي بيان أن النفقة معتبرة بحال المرأة أوبحال الرجل ، ونحو ذلك .
أما الأول - فنقول : النفقة الواجبة أنواع ثلاثة : نفقة الزوجات ،
ونفقة المحارم من الرحم ونفقة الرقيق .

أما نفقة الزوجات

فتجب بسبب استحقاق الحبس للزوج عليها ، بسبب النكاح -
عندنا .

وعند الشافعي : تجب بسبب الزوجية ، حتى إن عنده تجب النفقة
للصغيرة والكبيرة والمريضة وغيرها ، وإنما تسقط بسبب النشوز من
جهتها .

وأما عندنا فأقسام :

إن كانت امرأة حرة ، بالغة ، لم تمتنع عن المقام مع الزوج ، وعن
الدخول في بيته ، بعد استيفاء المهر كله ، إذا لم يكن مؤجلا ، أو كان
المهر مؤجلا - فإنه يجب عليه نفقتها ، إذا طالبت بها ، سواء انتقلت إلى
بيت الزوج أم لا ، لأن النفقة حق المرأة ، عليه ، والانتقال إلى بيت

الزوج حقه ، عليها ، بعد إيفاء المهر ، فإن لم يطالبها الزوج بالانتقال ، فقد ترك حقه ، فلا يسقط حقها .

وأما إذا امتنعت عن الانتقال إلى بيته : فإن كان بحق ، لا تسقط النفقة ، بأن امتنعت لتستوفي المهر .

فأما إذا كان الامتناع بغير حق ، بأن أوفاهما الزوج المهر ، أو كان مؤجلاً : فإنه تسقط النفقة ، لأنه وجد النشوز^(١) ، منها ، وإنه يسقط النفقة .

فأما إذا كانت المرأة صغيرة : فإن كانت تجامع مثلها ، فكذلك الجواب . وأما إذا لم تجامع مثلها ، فسلمت إلى بيت الزوج : فإنه لا نفقة له ، لأنه لا يمكن الاستمتاع بها . وكذلك المريضة التي لا يمكن وطئها ، وله أن يردها إلى بيت أهلها إن شاء .

وإن كانت الصغيرة مما ينتفع بها ، بالخدمة أو يستأنس بها ، وكذلك المريضة إذا كانت ممن يستأنس بها الزوج - فأمسكها في بيته : فلها النفقة ، لأنه رضي بالحبس القاصر .

وأما إذا كانت محبوسة بالدين قبل النقلة : فإن كانت تقدر على أن تخلي بينه وبين نفسها : فلها النفقة ، وإلا فلا - لأن هذا حبس بحق . وهذا إذا كانت لا تقدر على أداء الدين - فأما إذا كانت تقدر ، ولا تؤدي : تسقط لتقصير منها .

فأما إذا طلبت النفقة ، وليست بمريضة ، ولا محبوسة ، وهي بالغة ، ففرض لها النفقة ، ثم مرضت أو حبست : لم تبطل نفقتها ، لأن النفقة قد وجبت بتسليم النفس ، من غير مانع عن الوطاء ، فاعتراض المانع لا

(١) تَشَرَّتْ المرأة من زوجها نشوزاً : عصت زوجها وامتنعت عليه ، ونشز الرجل من امرأته نشوزاً : تركها وجفاهما (المصباح) .

يسقط النفقة ، كالحيض .

وذكر محمد في الأصل وقال في الارتقاء والمريضة ، إذا طلبت النفقة قبل النقلة : فرض لهما القاضي ، ولم يحك خلافاً .

وما ذكرنا في المريضة من التفصيل ، قبل الانتقال أوبعده ، قول أبي يوسف .

وأما الزوجة إذا كانت أمة - فإن بوأها^(١) المولى بيت الزوج : تجب النفقة ، وإلا فلا - والتبوة أن يخل بينها وبين زوجها في منزل الزوج ، ولا يستخدمها .

فإن فعل ذلك : تجب على الزوج النفقة ، لأن الحبس المستحق بالنكاح ، قد وجد .

فإذا لم توجد التبوة ، لم يوجد الحبس المستحق بالنكاح .

فإن بوأها المولى ، ثم بدا له أن يستخدمها ، فله ذلك ، لأن منافع سائر الأعضاء بقيت على ملكه ، وإن استحق عليه منافع بعضها بالنكاح ، إلا أنه أعارها منه بالتبوة ، فله أن يستردها ، وتسقط النفقة ، فإن بوأها ثانياً ، عادت النفقة ، كالحررة إذا نشزت ، ثم عادت .

وكل من وجبت لها النفقة وجبت لها السكنى ، وإلا فلا ، لقوله تعالى : ﴿ أسكنوهن (الآية) ﴾^(٢) .

وأما مقدار النفقة :

فيعتبر فيه حال الرجال من اليسار والإعسار ، دون حال المرأة .

(١) أي أسكنها .

(٢) سورة الطلاق : الآية ٦ .

وذكر الخصاص أنه يعتبر بحالهما ، جميعاً .

والصحيح ما ذكرنا ، لقوله تعالى : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ﴾ (١) .

ثم الزوج إن كان موسراً : لا تفرض عليه نفقة أكثر من خادم واحد عند أبي حنيفة ، ومحمد . وقال أبو يوسف : إن كان لها خادمان يفرض لها .

وأما إذا كان الزوج معسراً : فقد روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يفرض عليه نفقة الخادم ، وإن كان لها خادم .

وقال محمد : إن كان لها خادم : فرض عليه نفقته ، وإن لم يكن لها خادم : لا يفرض .

وإن اختلف الزوجان في اليسار والإعسار : فالقول قول الزوج ، لانه يدعي الفقر ، وهو أصل . وإن أقاما البينة ، فالبينة بينة المرأة : على أنه موسر ، لأنها تثبت أمراً زائداً عارضاً ، فكانت أولى .

ثم النفقة غير مقدرة بالدرهم والدنانير ، عندنا ، لأن السعرة قد يغلو وقد يرخص ، ولكنها مقدرة بكفايتها : إن كان الرجل موسراً يوسع في النفقة والكسوة ، وإن كان معسراً ينفق عليها أدنى الكفاية ، من الطعام والإدام والدهن ، على حسب العرف والعادة - في الموسر والمعسر .

فإذا طلبت الفرض من القاضي فانه يقوم عليه مقدار الكفاية ، بالدرهم أو الدينار ، ويفرض عليه بذلك .

ثم نفقة الزوجات لا تصير ديناً إلا بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين . فإذا يوجد أحد هذين ، فإنه تسقط بمضي الزمان لأنها وجبت

(١) سورة الطلاق : الآية ٧ .

صلة ، جزاء الحبس لا عوضاً عن الوطء - وهذا عندنا .

وعند الشافعي : لا تسقط ، كسائر الديون ، لأنها وجبت عوضاً ،
كالمهر سواء ، إلا أنها تسقط بعد الفرض ، بالموت ، وإن لم تسقط بمضي
الزمان ، لأنها صلة لم تتأكد بالقبض فتسقط بالموت ، كسائر الصلات .

وإنما يفرض القاضي النفقة إذا كان الزوج حاضراً ، والمرأة تطلب
الفرض .

فأما إذا كان غائباً ، وطلبت فرض النفقة من القاضي ، وسماع البينة
منها على الزوجية ، وعلى قيام المال في يد إنسان أمانة ، من الوديعة أو
المضاربة أو نحو ذلك ، أو ثبوت الدين له على إنسان ، ولا علم للقاضي
بالزوجية ، ولا بالمال ، فإن القاضي لا يجيبها إلى ذلك ، ولا يحكم عليه -
وهذا قول أبي حنيفة الآخر ، وهو قول شريح^(١) ، وقد كان قوله الأول أن
القاضي يقضي لها ، وهو قول إبراهيم ، والصحيح قول شريح ، لأن
هذا قضاء على الغائب من غير أن يكون له خصم حاضر وإنه لا يجوز ،
عندنا .

فأما إذا كان القاضي عالماً بالزوجية ، ويكون ماله في يد إنسان
أمانة ، أو ثبوت دينه على إنسان ، لمعاينة وجود السبب ، أو الإقرار في
النكاح ، أو أقر صاحب اليد بكون المال للزوج أو أقر من عليه الدين وأقر
بالزوجية ، فإن القاضي يأمر من عليه الدين ، والمودع ، بدفع النفقة

(١) هو شريح القاضي : أدرك النبي ﷺ ولم يلقه ، وقيل لقيه ، والمشهور الأول ؛ وقيل : كان في زمن النبي
ﷺ ولم يسمع منه . وقال الأكثرون : استقضاه عمر بن الخطاب رضي الله عنه على الكوفة ، وأقره من
جاء بعده فبقي على قضائها ستين سنة ، وقضى بالبصرة سنة . وروى ميسرة عن شريح قال : ولت
القضاء لعمر وعثمان وعليٍّ ومعاوية ويزيد بن معاوية ولعبد الملك إلى أيام الحجاج ، فاستعفت الحجاج
وكان له يوم استغفائه مائة وعشرون سنة ، وعاش بعد استغفائه سنة . وقال علي بن أبي طالب لشريح :
« أنت أفضى العرب » . وقيل : توفي سنة ٧٧ هـ ، وقيل سنة ٧٨ هـ ، وقيل سنة ٧٩ هـ ، وقيل سنة
٨٠ هـ .

إليها ، ويفرض النفقة لها ، لأنه لا يحتاج إلى القضاء ، لأن هذا واجب شرعا ، على ما قال عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان : « خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك ، بالمعروف » ، فكان هذا من باب النظر للغائب ، بإحياء زوجته ، وللقاضي ولاية النظر في مال الغائب ، ولهذا يبيع القاضي ما يتسارع إليه الفساد من مال الغائب ، نظرا له ، لأن هذا من باب الحكم .

وإذا طلبت المرأة من القاضي أن يأذن لها بالاستدانة على الزوج : ففي الفصل الأول : لا يأذن بالاستدانة عليه ، لأنه لم يفرض النفقة ، لكونه قضاء على الغائب - فكذا هذا .

فأما إذا علم القاضي بالزوجية أو كان قد فرض النفقة في حال حضور الزوج ، ثم طلبت المرأة ، بعد الغيبة ، الاستدانة عليه - فإنه يأذن لها بالاستدانة عليه .

وفائدة الإذن بالاستدانة ليس هو رجوعها على الزوج بالنفقة ! لأن النفقة إذا كانت مفروضة كان لها أن ترجع بغير الإذن بالاستدانة عليه - ولكن فائدته أن بعد الإذن بالاستدانة ، لصاحب الدين أن يأخذ من الزوج ، كما له أن يأخذ من المستدينة ، لأنه لا يجب على الإنسان أداء مال إلا بالتزامه أو بإلزام من له ولاية الإلزام عليه . فأما إذا استدانت عليه ، من غير إذن القاضي : فإن كان قبل فرض القاضي ، تكون متطوعة في الإنفاق ، وتسقط بمضي الوقت ، إذا لم يفرض القاضي ، ولم يتراضيا عليه ، وإن كان بعد فرض القاضي ، فإن له أن يرجع عليها ، لا على الزوج ، لما ذكرنا : أنه لم يلتزم ، ولم يلزم عليه القاضي بالإذن بالاستدانة .

وإذا طلبت المرأة من القاضي ، فرض النفقة على زوجها المعسر : فإن القاضي يقضي ، لأن نفقة الزوجة تجب على الفقير ، ويؤخر إلى وقت

اليسار ، لأنه لو لم يفرض تسقط بمضي الوقت .

ولو طلبت من القاضي أن يستدين عليه - فإنه يفرض النفقة ، ويأذن لها بالاستدانة ، للفائدة التي ذكرنا .

ولو طلبت الفرقة ، لعجز الزوج عن الإنفاق عليها : فإن القاضي لا يفرق بينهما ، وليس لها حق الفسخ - وهذا عندنا .

وعند الشافعي يكون لها حق الفسخ إن شاءت - وهذه مسألة معروفة .

ولو قبضت المرأة نفقة لسنة : بفرض القاضي ، أو بالتراضي ، ثم مات الزوج قبل مضي السنة ، لم يكن لورثته الرجوع عليها بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذلك إذا ماتت المرأة - لم يرجع الزوج في تركها بشيء .

وقال محمد : أرفع لها من النفقة حصة ما مضى ، وأقضي عليها برد الباقي . وكذلك الكسوة : يسقط عنها حصة ما مضى من المدة ويرد الباقي .

والصحيح قولهما ، لأن النفقة صلة ، وقد تأكدت بالقبض ، فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت ، كما في الهبة .

وأما نفقة ذوي الأرحام - فنقول :

الأرحام ثلاثة أقسام : رحم الولادة ، ورحم محرم النكاح ، ورحم غير محرم .

ولا خلاف أنه لا تجب النفقة لرحم غير محرم ، كقربة بني الأعمام ونحوهم ،

ولا خلاف أنها تجب بقربة الولادة .

واختلفوا في رحم محرم ، كالأخوة والعمومة والخؤولة : فعندنا تجب .

وعند الشافعي : لا تجب .

وحاصل الخلاف أن هذه القرابة هل هي واجبة الوصل أم لا ؟
فعندنا كذلك وعنده بخلافه .

وينبغي على هذا : هذه المسألة . وكذلك إذا ملك أخاه أو عمه أو
خاله : لا يعتق عليه ، عنده - وعندنا : يعتق .

وكذلك الخلاف في قطع السرقة الموجودة من هؤلاء .

وهي مسألة معروفة ، تذكر في العتاق ، إن شاء الله تعالى .

ثم الكلام في تفصيل هذه الجملة ، فنقول :

الرجل الموسر إذا كان له أبوان وأولاد صغار ، وأولاد كبار غير
الأصحاء ، كالزمنى والعميان والمجانين ، والإناث - وهم فقراء : فإنه
يجب عليه نفقتهم ، صلة للرحم .

فأما الأولاد الكبار ، الأصحاء : فلا يجب عليه نفقتهم .

وجعل القدرة على الكسب بمنزلة الغنى في حق هؤلاء ، إلا في حق
الأبوين ، فإن إلزام الوالد التكسب ، مع غنى الولد ، سبب للتأذي ، من
الولد ، والله تعالى حرم التأفيف ، لما فيه من نوع أذى ، وهذا فوق
ذلك .

وأما الأولاد الصغار : فإذا كان لهم مال فنفقتهم من مالهم ، لا على
الأب .

وإن كان المال حاضراً في يد الأب : ينفق منه ، إن شاء ، ولكن
ينبغي أن يشهد على ذلك رجلين ، عدلين ، حتى يصدقه القاضي إذا أنكر
الولد ، بعد الكبر ، إنفاقه عليهم ، لأنه خلاف الظاهر والغالب ، لأن

الموسر ينفق على ولده من مال نفسه ، وإن كان لهم مال .

وكذلك إن كان المال غائباً : ينفق من مال نفسه ، ويشهد على ذلك
ليمكنه الرجوع .

فأما فيما بينهم وبين الله فلا حاجة إلى الإشهاد ، ولكن لا بد أن ينوي
عند الإنفاق أنه يكون قرضاً عليه ، إذ له ولاية الإقراض للصبي ،
فيشترط البينة ، فيحل له الرجوع .

وإن كان الرجل فقيراً ، صحيحاً ، مكتسباً : فإنه يجب عليه نفقة
الوالدين والأولاد الصغار ، والإناث ، والكبار الزمّي . ويشاركونه في
نفقته التي اكتسبها لنفسه ، وإن لم يكن في ذلك كفاية لهم ، لأنه لا يشارك
الرجل أحد في نفقة والديه ، وكذلك في نفقة الولد المحتاج ، لقيام
البعضية بينهم .

أما إذا كان الأب فقيراً ، زَمِناً : فإنه تجب نفقة هؤلاء على من كان
موسراً من ذوي الرحم المحرم - فإنه روي عن أبي يوسف أنه قال : إذا
كان للفقير الصحيح أولاد صغار ، ولهم جد موسر : لم أفرض النفقة على
الجد ، وإن كان الأب زَمِناً : أفرض النفقة على الجد ، لأن الأب الفقير
الزمن لا يكون من أهل وجوب النفقة عليه ، فجعل كأن لم يكن .

وقالوا في حق هؤلاء : إذا كان الرجل الموسر غائباً ، وماله حاضر في
يد إنسان أمانة ، فأقر بالقرابة والمال ، أو كان القاضي له علم بذلك - فإنه
يفرض القاضي نفقة هؤلاء في مال الغائب ، إذا كان ماله دراهم أو
دنانير ، أو طعاماً - فأما إذا كان عروضاً : فإن القاضي لا يبيع عروضه
للنفقة على هؤلاء ، كما لا يبيع العقار ، ولكن الأبوان يبيعان عروضه
ويصرفان إلى نفقتهما بقدر المعروف ، ولا يتعرض لهما القاضي ويجوز ذلك
البيع - وهذا قول أبي حنيفة ، وهو استحسان والقياس أن لا يجوز بيع

الأبوين عروض ولدهما ، كما لا يجوز بيع العقار .

وما عرفت من الجواب في حق الوالدين ، فهو الجواب في حق الجد والجدة ، عند عدم الوالدين - فأما في حال قيامهما فحكمهما كحكم سائر ذوي الأرحام .

ثم من سوى هؤلاء الذين ذكرناهم من ذوي الأرحام المحرم ، فإنه تجب النفقة على الموسرين ، للمعسرين ، على قدر الموارث . ولا يجب على الفقراء قليل ولا كثير ، ولا يشاركونهم في نفقاتهم ، لأنها وجبت بطريق الصلة ، والصلوات تجب على الأغنياء ، دون الفقراء ، للتعارض .

ثم الكلام في كيفية وجوب نفقة المحارم - فنقول :

الأصل أنه إذا اجتمع الأقرب والأبعد في الوالدين والمولودين ، وفي غيرهما من ذوي الرحم المحرم : فإنه تجب النفقة على الأقرب دون الأبعد .

وإذا استويا في القرب : فإنه يجب على من له نوع رجحان في الوالدين ، والمولودين .

وفي غير الوالدين والمولودين من ذوي الرحم : إذا وجد الاستواء في القرابة : رجح بكونه وارثاً - حتى إن كل من ورث : يجب عليه دون من حجب .

فإذا استويا في الميراث : يجب عليهما بقدر الميراث لوجود الاستواء في سبب الاستحقاق وسبب الترجيح - فتكون النفقة بينهما على قدر الموارث .

إذا ثبت هذا لأصل يخرج عليه المسائل ، فنقول :

إن الفقير إذا كان له والد وابن ابن موسر : تجب النفقة على الوالد ، لأنه أقرب .

- وإن كان له والد وابن موسر : تجب على الابن ، لأنها استويا في القرب ، ويرجح الابن ، لأنه كسبه فيكون له حق في كسبه .

- ولو كان له جد وابن موسر : تجب عليهما النفقة ، على قدر الميراث : على الجد السدس ، والباقي على ابن الابن .

- وكذلك إذا كان له أم وعم ، أو أم وأخ ، لأب وأم ، أو لأب : فعلى الأم الثلث ، وعلى العم أو الأخ الثلثان على قدر الميراث .

- ولو كان له عم وخال : فالنفقة على العم ، لأنها تساوي في القرابة ، والعم هو الوارث فيجب عليه .

- ولو كان له خال وابن عم : فالنفقة على الخال ، دون ابن العم ، لأنها لم يستويا في الرحم المحرم ، بل الخال هو ذو الرحم المحرم ، فيجب عليه واستحقاق الميراث للترجيح وذلك عند الاستواء في سبب الاستحقاق .

- ولو كان له عمة وخالة وابن عم : فعلى الخالة الثلث ، وعلى العمة الثلثان ، ولا شيء على ابن العم ، لأنه لم يوجد في حق ابن العم سبب الاستحقاق ، والعمة والخالة استويا في سبب الاستحقاق وفي استحقاق الميراث فيكون بينهما على قدر الميراث .

- ولو كان له عم وعمة وخالة ، فالنفقة على العم لا غير ، لأنه ساواهما في الرحم والتحريم ، وهو الوارث ، دونها ، فتكون النفقة عليه .

وعلى هذا الأصل مسائل .

ثم النفقة لا تجب مع اختلاف الدين إلا للوالدين ، والمولودين ، والزوجة ، والجد والجدة ، في حال عدم الأبوين ، ومن سوى هؤلاء تجب نفقته عند اتفاق الدين لا غير - لأن نفقة الولادة تجب باعتبار البعضية

وصيانة نفسه عن الهلاك واجب - فكذلك صيانة بعضه - فأما نفقة ذي الرحم المحرم : فتجب باعتبار الصلّة ، وإنها تجب عند اتفاق الدين .

فشرط وجوب نفقة المحارم : اليسار ، واتفاق الدين - بخلاف نفقة الزوجات والوالدين ، والمولودين .

ثم ما حد اليسار الذي يتعلق به وجوب النفقة ؟

ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف أنه اعتبر نصاب الزكاة .

وروى هشام عن محمد أنه إذا كان له فضل عن نفقة شهر ، له ولعياله ، : فإنه يجب عليه نفقة ذي الرحم المحرم ، وإلا فلا .

وروي عن محمد أنه من لا شيء له من المال ، وهو يكتسب كل يوم درهما ، ويكفي له أربعة دوانيق ، فإنه يرفع لنفسه وعياله ما يتسع فيه وينفق فضله على من يجبر على نفقته .

وقول محمد أوفق .

وأما نفقة الرقيق

فسبب وجوبها الملك .

ولهذا لا يجب على العبد نفقة ولده الحر ، لأن كسبه مال مولاه . وكذا لا يجب على الحر نفقة ولده الرقيق ، لأنه ملك غيره ، فتكون نفقته عليه .

وقالوا في الجارية المشتركة إذا جاءت بولد ، وادعاه الموليّان : فنفقة هذا الولد عليهما . وعلى الولد إذا كبر نفقة كل واحد منهما ، لأنه أب كامل في حقه .

وقالوا في المفقود : إن القاضي يفرض في ماله لأبويه ، ولامرأته ، والصغار من ولده ، والبنات ، والذكور الزمّنى - فينصب عنه خصماً ، ويقضي عليه بنفقة هؤلاء .

وقالوا : يقضي في مال المفقود للجد ، وولد الولد ، في حال عدم الأب والولد . فأما في حال قيامهما : فلا يقضي ، لأنهم حينئذ في حكم ذوي الأرحام ولا يقضي بنفقة ذوي الأرحام في مال المفقود - والله تعالى أعلم .