

كتاب النكاح

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات لأن بها بقاء العالمين وقدم النكاح لأنه أقرب إليها حتى كان الاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة أي: الاشتغال بالنكاح وما يشتمل عليه من القيام بالمصالح وإعفاف الحرام عن نفسه وتربية الولد ونحو ذلك، وأورد الجهاد فإنه عبادة حتى ذكره بعضهم عقب العبادات قبل النكاح وقد أخره، وأجيب بأن النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فإنه سبب لوجود المسلم والإسلام، والجهاد سبب للإسلام فقط، ورده «بالفتح» بأن الجهاد سبب لهما أيضاً إذ نقل الموصوف من صفة إلى صفة أعني من الكفر إلى الإسلام يصح قولنا: إنه سبب لوجود المسلم والإسلام لكنه لا نسبة بينهما في تحصيل ذلك، فإنه يحصل بأنكحة أفراد المسلمين إلى أضعاف ما يحصل بالقتال إذ الغالب حصول القتل به أو الذمة فقدم الأكثرية انتهى.

وحاصله أن الذات المتصفة بالإسلام لم تكن موجودة فقد يمنع بأن المتجدد إنما هو الصفة فقط على أنه يرد الوقف، ولو قيل: إن العبادات علم بالغلبة على تلك الأركان الأربعة لكان حسناً واندفع إيراد الجهاد والوقف ومنهم من قدم البيع نظراً إلى بساطته والأكثر على الأول إذ قد اجتمع فيه دواعي الشرع والعقل والطبع قال في «العناية»: ولم تجتمع في حكم من أحكام الشرع غيره ونقضه في «الحواشي السعدية» بالأكل والشرب انتهى.

وقد يقال: المراد في حكم هو المعاملات إذ الكلام فيها، واختلف في مفهومه لغة فقيل: إنه مشترك لفظي بين الوطاء والعقد، وأيده في «غاية البيان» بأن الأصل في الكلام الحقيقة والمشارك مستعمل في الموضوع الأصلي، وقيل: حقيقة في العقد مجاز في الوطاء وهو أصح أقاويل الشافعي، وقيل: عكسه وعليه مشايخنا، وقالوا: إنه حقيقة في الضم أيضاً ولا منافاة بين كلامهم، إذ الوطاء من أفراد الضم والموضوع للأعم حقيقة في كل فرد من أفراد كإنسان في زيد ثم أفراد الضم تختلف شدة وضعفاً فلفظ النكاح من المشكل كذا في «الفتح» وعورض بما في «المغرب» النكاح الوطاء وإطلاقه على العقد مجاز وقولهم: النكاح الضم مجاز أيضاً، إلا أن هذا

هو عقد يرد على ملك المتعة قصداً،

من تسمية السبب باسم المسبب والأول عكسه انتهى. يعني أن النكاح بمعنى الوطاء سبب للضم والضم مسبب عنه، وأطلق السبب على المسبب والعكس ظاهر، وقد يمنع بأن الوطاء نفسه ضم وقد جعل صاحب «المحيط» الضم أعم من ضم الجسم إلى الجسم والقول إلى القول فيكون مشتركاً معنوياً أيضاً غير أن المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالأجسام لا الأقوال لأنها أعراض يتلاشى الأول منها قبل وجود الثاني فلا يصادف الثاني منها ما ينضم إليه، إلا أن قولهم الحقيقة والمجاز أولى من الاشتراك يرجح ما في «المغرب» وأن إطلاقه يعم المعنوي أيضاً وأما مفهومه عرفاً/ ما أفاده بقوله: (هو عقد) أي: مجموع إيجاب وقبول ولو حكماً فهو عندهم حقيقة وبه صرح في «المجتبى» وغيره فقول الشارح: هذا تفسيره يجب أن يراد به عرف أهل الشرع، إلا أن الشارع نقله فإنه لم يثبت وإنما تكلم به على وفق اللغة فحيث جاء في الكتاب والسنة مجرداً عن القرائن يحمل على الوطاء كما في ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء: ٢٢] حتى أثبتوا بهذه الآية حرمة مزنية الأب على الابن، (يرد) أي: يفيد ولو عبر به أو قال يثبت لكان أظهر كذا في «البحر» والأقرب أن يكون بمعنى يأتي.

قال الجوهرى: الورود خلاف الصدر انتهى. أي: الرجوع وعلى تعليته أي: يأتي وضاعاً لكذا (علي ملك المتعة) أي: لملكها وهو اختصاص الزوج ببعضها أو سائر أعضائها استمتاعاً أو ملك الذات أو النفس في حق المتمتع كذا في «البدائع» وفي «سراج الدبوسي» اختلفوا في أن هذا الملك في حكم ملك العين أو المتعة قال أصحابنا بالأول والشافعي بالثاني وأجمعوا على أن جميع أجزائها ومنافعها لها واستدل لأصحابنا بجواز نكاح المرضعة أي: الصغيرة ولا متعة وطاء فيها، ولا يرد ما لو وطئت بشبهة فإن البدل لها ولو ملك العين لكان له لأن هذا الملك ليس حقيقياً بل في حكمه في حق تحليل الوطاء دون ما سواه من الأحكام التي لا تتصل بحق الزوجية، والظاهر أن الخلاف لفظي وإذا عرف هذا فما في «البحر» من أن المراد بالملك الحل لا الملك الشرعي لأن المنكوحه لو وطئت بشبهة كان العقر، ولو ملك الانتفاع ببعضها حقيقة لكان بدله فيه نظر، بل يملك الانتفاع به حقيقة ولا يلزم ذلك لما مر، قصداً خرج به شراء الأمة للتسري فإن الشارع إنما وضع هذا العقد لتملك المنفعة بالأنثى (قصداً) وتملك المنفعة في شراء الأمة ضمنياً وإن قصده التسري والمقصود إنما هو ملك الرقبة ومن ثم صح شراء المشتركة ونحوها دون نكاحها وقد اشتمل التعريف على العلل الأربع، فالإيجاب والقبول في العقد علة مادية وكل من

وهو سنة وعند التوقان واجب،
 الموجب والقائل علة فاعلية، والعقد الحاصل علة صورية، وملك الاستمتاع هو العلة الفاتئة ولا خفاء في تقديمها ذهنياً وإن تأخرت خارجاً وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه على الوجه الأكمل، وشرطه العام الأهلية والعقل والبلوغ.

قال في «الفتح»: وينبغي أن يزداد في الوطاء لا في الزوج والزوجة، ولا في متولي العقد فإن تزويج الصغير والصغيرة جائز وتوكيل الصبي الذي يعقد العقد ويقصده جائز في البيع، وصحته هنا أولى، وأما الحرية فشرط النفاذ بلا إذن أحد انتهى، لكن في «النهاية» من قول شرطه العام في تنفيذ كل تصرف دائر بين النفع والضرر إلى آخره يفيد أن هذا شرط النفاذ في العاقد نفسه، ومن ثم توقف نكاح الصغير والصغيرة إذا عقدا لأنفسهما مميزين لا إن كانا غير مميزين، ومنه أيضاً المحلية وجعلها في «المحيط» من الخاصة والأول أولى، وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي فخرج الذكر والخنثى المشكل أيضاً لجواز أن يكون ذكراً، وبقوله لم يمنع إلى آخره الجنية فلا يجوز نكاحها وأجازة الحسن بشهود كذا في «القنية» والمحارم أيضاً، وسقوط الحد عند الإمام بوطء محرمه بعد العقد لما أنها محل في الجملة، بدليل حلها لغيره ولم يسقطاه نظراً إلى سلب محليتها قال في «الخلاصة»: وعليه الفتوى والخاص سماع اثنين بوصف خاص للإيجاب والقبول وركنه الإيجاب والقبول، ولو حكماً وحكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه وأما صفته فنبه عليها بقوله: (وهو) أي: النكاح (سنة) مؤكدة على الأصح يعني: حالة الاعتدال بدليل جعل التوقان مقابلاً، وهو القدرة على المهر والنفقة والوطء مع عدم الخوف من الزنا والجور وترك الفرائض والسنن، وقال بعض مشايخنا: إنه فرض كفاية وقيل: بل واجب على الكفاية وقيل: على التعيين وينبغي ترجيحه لثبوت المواظبة عليه، والإنكار على من رغب عنه ولهذا يضعف القول باستحبابه جداً، لكن في «الفتح» كثيراً ما تساهل في إطلاقه على السنة.

(وعند التوقان) مصدر واقت نفسه إلى كذا اشتاقت من حد طلب كذا في «المغرب» والمراد شدة الاشتياق كما في «الشرح» بحيث يخاف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج لا أصله ليصح قوله: (واجب) أي: لازم إذ لا وجوب لو لم يصل إلى هذه الحالة غير أنه إن كان بحيث أنه لا يمكنه الاحتراز عنه إلا به كان فرضاً كما في «النهاية» وإلا كان واجباً لأن ترك الزنا واجب وما لا يتوصل إلى الواجب إلا به يكون واجباً كوجوبه كذا قالوا: وفيه نظر إذ الترك قد يكون بغير النكاح وهو التسري

وينعقد بإيجاب وقبول.....

[١٦١/ب] وحينئذ فلا يلزم وجوبه إلا لو / فرضنا المسألة بأنه ليس قادراً عليه ومع عدم القدرة عليه لا بد في الوجوب من القدرة على المهر والنفقة وأن لا يخاف الجور أي: الظلم فإن خافه بحيث لا يمكنه الاحتراز عنه وإلا كره ولم ... (١) منه لأنه ليس من صفاته الخاصة.

تتميم: يندب تقديم خطبة قبل عقد النكاح وأن يكون طاهراً وإن ندب كونه في المسجد يوم الجمعة وأن يتولى العقد ولي رشيد، وأن يكون الشهود عدولاً وأن يستدين له والنظر إلى الزوجة قبله سنة، ويحترز الشهوة ما أمكن، وينبغي أن يتزوج صالحة معروفة النسب في الحسب والديانة وأن يتزوج ما من هي فوقه في الخلق والأدب والورع والجمال، ودونه في العز والحرمة والحسب والمال والسن والقامة، ويجتنب الحسنة في المنبت السوء، ولا يتزوج امرأة لعزها وحسبها ومالها وجمالها ولا يتزوج طويلة مهزولة ولا قصيرة ذميمة، ولا مكثرة ولا سيئة الخلق، ولا ذات ولد، ولا مسنة ولا زانية ولا أمة مع طول الحرة ولا حرة بلا ولي ويختار أيسرهن خطبة، ونكاح البكر حسن، هذا واختلف في كراهة الزفاف والمختار عدم كراهته، إذا لم يشتمل على مفسدة دينية، وفي ضرب الدف منه يعني بما خلا عن الجلاجل، وفي الغناء في العرس والوليمة، ومنهم من قال: بعدم الكراهة كذا في «الذخيرة» وينبغي للمرأة أن تختار الزوج الدين الحسن الخلق الجواد الموسر، والله الميسر.

(وينعقد) أي: يثبت انعقاد ذلك العقد الخاص (بإيجاب وقبول) والانعقاد ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً متعقباً لأحكامه وذلك بوقوع الثاني جواباً معتبراً محققاً لفرض الكلام السابق ويسمع كل واحد من المتعاقدين كلام صاحبه كذا في «الفتح» وفي البيوع منه قال: أي يثبت حكمه بالإيجاب والقبول ليلائم ما مر من تفسير العقد بمجموع الإيجاب والقبول فيما عين لا غير، كما قد يتبادر النهي وقال صدر الشريعة: العقد ربط أجزاء التصرف أي الإيجاب والقبول شرعاً أريد به هنا الحاصل بالمصدر وهو الارتباط وإنما قلنا هذا لأن الشارع يعتبر الإيجاب والقبول أركان عقد النكاح، لا أمور خارجية كالشروط، وقد ذكرت في شرح «التنقيح» في فصل النهي: كالبيع فإن الشرع يحكم بالإيجاب والقبول الموجودين حساً يرتبطان ويحصل معنى شرعي يكون ملك المشتري أثراً له، وذلك المعنى المركب من الإيجاب والقبول مع ذلك الارتباط للشيء لا أن البيع مجرد المعنى الشرعي والإيجاب والقبول آلة له كما توهم البعض، لأن كونهما أركاناً ينافي ذلك انتهى، والعقد في صدر كلامه بمعنى الانعقاد، والإيجاب لغة الإثبات وعرفاً الصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد بقيد كونها أولاً، والقبول من قبلت العقد

(١) العبارة في الأصل غير واضحة فليحذر.

وضعا للمضي، أو أحدهما،

أقبله قبولاً مقيداً في العرف بكونه ثانياً من أي جانب كان، فما قيل الإيجاب صدر الصيغة الصالحة لتلك الإفادة خلاف الواقع من العرف المشهور مع أنه غير مانع لصدقه على القبول وبهذا عرف أنه لا يتصور تقديم القبول على الإيجاب فقول من قال: لو قدم القبول على الإيجاب بأن قال: تزوجت ابنتك فقال: زوجتها أي: ينعقد النكاح كما في «البحر» ينعقد ممنوع كونه من تقديم الإيجاب (وضعا) نبه بذلك على أن القبول لا يكون بالفعل فلو قال عند شاهدين: تزوجتك بألف فلم تقل شيئاً حتى أعطها المهر في المجلس لا ينعقد وما أجاب به صاحب «البداية» من أنه ينعقد أنكره صاحب «المحيط» للمضي قيل: لأن الواضع لم يضع للإنشاء لفظاً خاصاً وإنما عرف بالشرع والماضي أدل على التحقق والثبوت، وقيل: إن هذه الصيغ أي: تزوجت وطلقت وأعتقت وبعث واشترت وضعت لغة للإنشاء والإخبار لأن ذلك كان معروفاً في الجاهلية لتحقيق الحاجة إليه لأن لهم أنكحة معتبرة قال عليه الصلاة والسلام: «ولدت من نكاح لا من سفاح»^(١) فقره الشرع كذا في «الدراية» أو وضع (للمضي) والآخر لغيره مستقبلاً كالأمر.

(أو) حالاً كالمضارع بناء على أنه موضوع له، أما الأول فكما إذا قال: زوجيني نفسك أو كوني امرأتي فقالت: زوجتك أو قبلت أو بالسمع والطاعة كما في «النوادر» وجزم به البرزالي وادعى في «شرح الدرر» أن ما زعمه المصنف من أن الأمر إيجاب مخالف للكتب، بل هو توكيل كما في «الهداية» وهو مردود لوجهين الأول أن ما في «الكتاب» ليس نصاً في أنه إيجاب أن كون (أحدهما) للماضي يصدق بكون الثاني للحال، الثاني سلمناه لكن لا نسلم أنه مخالف لكلامهم كيف وقد صرح في «الخلاصة» و«الخانية» بأنه إيجاب وعبارته في «الخانية» ولفظة الأمر في النكاح إيجاب وكذا في الخلع والطلاق والكفالة والهبة قال في «الفتح»: وهو أحسن لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ / المفيد تحقق المعنى أو لا، وهو صادق على لفظة الأمر [١/١٦٢] فليكن إيجاباً مستغن عما أورد من أنه لو كان توكيلاً لما اقتصر على المجلس، وجوابه بأنه في ضمن الأمر بالفعل فيكون قبوله تحصيل الفعل في المجلس، ثم قال: والظاهر أنه لا بد من اعتباره توكيلاً وإلا بقي طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه بكذا فيقول: بعث بلا جواب قال في «البحر»: إنه يرد على كونه إيجاباً ما في «الخلاصة» لو قال الوكيل بالنكاح: هب ابنتك لفلان فقال الأب: وهبت لا ينعقد النكاح ما لم يقل الوكيل بعده قبلت معللاً بأن الوكيل لا يملك التوكيل انتهى.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٦٤١).

لكن في بيوع «الفتح» الفرق بين النكاح والبيع على أن الأمر بإيجاب أن النكاح لا يدخله المساومة لأنه لا يكون إلا بعد مقدمات ومراجعات فكان للتحقيق، بخلاف البيع وما في «الخلاصة» مفرع على أنه توكيل كما دل عليه التعليل وينبغي على أنه إيجاب أن لا يحتاج إلى القبول وما في «الظهيرية» لو قال: هب بنتك لابني فقال: وهبت لا يصح ما لم يقل أبو الصغير قبلت مشكل إذ لا يصح أن يفرع على أن الأمر بإيجاب كما هو ظاهر ولا على أنه توكيل لما أنه يجوز للأب أن يوكل بنكاح ابنه الصغير، إذ بتقريره يكون تمام العقد بالمجيب غير متوقف على قبول الأب بعد وبه اندفع ما في «البحر» من أنه مفرع على أنه توكيل وإذا كان التمام قائماً بالمجيب فقط فينبغي أن لا يشترط سماع الشاهد للأمر وعلى أنه إيجاب يشترط لكن في «المعراج» عن حميد الدين تفرعاً على أن الأمر توكيل إن قوله زوجته بمنزلة الإيجاب والقبول فيتحقق شطري العقد لكن قوله زوجته بمنزلة شطري العقد إلا بقوله زوجني لأنه به يصير وكيلاً، فصار كأنه شطر العقد انتهى.

وهذا ظاهر في اشتراط سماع الشاهدين بلفظ الأمر قال في «البحر»: ورأيت في «الظهيرية» ما يدل على عدم اشتراطه قال: في النكاح بالكتابة سواء قال: زوجي نفسك مني فبلغها الكتاب فقالت: زوجت أو كتب تزوجت فبلغها فقالت: زوجت نفسي منك، لكن في الوجه الأول لا يشترط إعلامه الشهود وفي الوجه الثاني يشترط، وأما الثاني وهو المضارع فإن كان مبدوءاً بالهمزة كأنتزوجك أو بالتاء كتزوجني نفسك فقبلت انعقد إن لم يقصد به الاستقبال لتحقق الاحتمال في هذا بخلاف الأول.

قال الإسيجاني ولو قال: هل أعطيتنيها فقال: أعطيتك إن كان المجلس للوعد فوعد، وإلا فنكاح والانعقاد بقوله: أنا متزوجك ينبغي أن يكون كالمضارع المبدوء بالهمز كذا في «الفتح» ولم يذكروا المضارع المبدوء بالنون كتزوجك أو تزوجك من ابني، وينبغي أن يكون كالمبدوء بالهمز، واعلم أن للإيجاب والقبول شرائط اتحاد المجلس فلو اختلف لم ينعقد بأن أوجب أحدهما فقام الآخر قبل القبول واشتغل بعمل آخر، ومنه ما لو عقدا وهما يمشيان ويسيران على دابة بخلاف ما لو كانا في سفينة، وعدم مخالفة القبول للإيجاب فلو قالت: قبلت النكاح لا المهر لم يصح كما في «البيزاية» وغيرها بخلاف ما لو زوجت نفسها منه بألف فقبله بألفين أو بخمسائة صح وتوقف لزوم الزيادة على قبولها في المجلس على ما عليه الفتوى، وسماع كل منهما كلام صاحبه على ما مر وأن يضيف النكاح إلى كلها أو ما يعبر به

وإنما يصح بلفظ النكاح، والتزويج، وما وضع لتمليك العين في الحال.....

عن الكل كالرأس والرقبة بخلاف اليد والرجل وفي الظهر خلاف والأشبه بمذهب أصحابنا أنه ينعقد كذا في «الذخيرة» ورجحوا في الطلاق عدم الوقوع فيحتاج إلى الفرق والأصح في الإضافة إلى نصفها عدم الصحة احتياطاً كما في «الخانية» وفي «المحيط» زوج ابنته منه على أن يكون نصفها لفلان لا رواية في المسألة وقد قيل: إنه يجوز وإنه لا يجوز، وأن تعلم المنكوحه فلو زوج ابنته منه وله بنتان لا يصح إلا إذا كانت إحداهما متزوجة فينصرف إلى الفارغة كما في «البزازية» ولو كان له كبرى تدعى زينب وصغرى تدعى فاطمة أراد تزويج الكبرى غير أنه سماها باسم الصغرى غلطاً انعقد على الصغرى ولو كان لبنته اسمان تزوج بالذي تعرف به قال في «الظهيرية»: والأصح عندي أنه يجمع بينهما، وفي اشتراط الفهم خلاف فلو عقده بلفظ لا يفهمان أنه نكاح قيل: ينعقد وكذا في تمييز الرجل من المرأة حتى لو قال والد أحد الصغيرين زوجت ابنتي هذه من ابنك هذا وقبله الآخر ثم ظهر أن الجارية غلام والغلام جارية انعقد خلافاً لما ذكره العتايي، وخرج بالإيجاب والقبول الإقرار فلو قالت: هو زوجي وقال: نعم عندي شاهدين لم ينعقد هو المختار كما في «الخلاصة» ورجح في «الذخيرة» / انعقاده واختاره ابن الفضل.

فرع: النكاح المضاف كقوله زوجتكها غداً غير صحيح، أما المعلق فإن كان على أمر مضى صح لأنه معلوم للحال، وعليه فرع ما لو خطبت ابنته فأخبر أنه زوجها من فلان قبل هذا فكذبه فقال: إن لم أكن زوجها منه فقد زوجها من ابنك وقبل الأبوين عند الشهود فبان أنه لم يكن زوجها من أحد صح النكاح كذا في «الفتح».

(وإنما يصح) عقد النكاح (بلفظ النكاح والتزويج) بلا خلاف، (وما) أي: باللفظ الذي (وضع لتمليك العين في الحال) لأن نكاحه عليه الصلاة والسلام انعقد بلفظ الهبة إجماعاً دل على ذلك قوله تعالى: ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي﴾ [الأحزاب: ٥٠] الآية كذا في «غاية البيان» لكن في «المنبع» اختلف العلماء هل كانت عنده ﷺ فقال ابن عباس: لم يكن وإنما ذاك على طريق الشرط والجزاء وقال غيره: بل كانت ثم اختلفوا في اسمها فقيل: أم شريك وقيل: غيرها وخالصة يرجع إلى عدم المهر بقريئة العطف على المحللات المأتي أجورهن، قوله: ﴿إنا أحللنا لك﴾ [الأحزاب: ٥٠] الآية والتعليل ينفي الحرج إذ ليس هو في ترك لفظ إلى غيره خصوصاً بالنسبة إلى أفصح العرب وجوز صدر الشريعة كونه متعلقاً بأحللنا قيداً في إحلاله أزواجه له لإفادة عدم حلهن لغيره ﷺ، يعني: أنه حال من المفعول أعني أزواجك وهذا أولى مما في «المنبع» من أنه حال من الضمير في

وهبت قيد في حلها له لإفادة عدم حلها لغيره، لأن هذا الحكم لا يخصها ولأن الهبة سبب لملك المتعة وإطلاق السبب وإرادة المسبب من طرق المجاز، واعلم أن الألفاظ التي ينعقد بهما النكاح نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ النكاح والتزويج وما عداهما وهو ما يفيد ملك العين في الحال كناية كذا في «المبسوط» وغيره، ومن ثم أورد كيف يصح بهذه الألفاظ مع اشتراط الشهادة فيه والكناية لا بد فيها من النية ولا اطلاع للشهود عليها وأجيب بأنها ليست بشرط مع ذكر المهر قال السرخسي: ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال، وعلى هذا قالوا: لو طلب الزنا من امرأة فقالت: أجزت نفسي منك قيل: ينعقد وقيل: لا ينعقد وفي «الدراية» في تصوير الانعقاد بلفظ الإجارة عند من يجيزه أن يقول: أجزت نفسي منك ونوى به النكاح وأعلم الشهود.

ولو قال أبو البنت وهبت بنتي منك، فإن كان الحال يدل على النكاح مع إحضار الشهود وتسمية المهر مؤجلاً أو معجلاً ينصرف إلى النكاح، وإن لم يدل الحال عليه فإن نوى وصدقه الموهوب له فكذلك وإن لم ينو ينصرف إلى ملك الرقبة قال في «الفتح»: والظاهر أنه إذا لم يدل الحال فلا بد مع النية من إعلام الشهود وإذا عرف هذا فلا خلاف في انعقاده بلفظ الهبة والصدقة والجعل والسلم إن جعلت المرأة رأس مال السلم فلو كانت مسلماً فيها قيل: لا ينعقد لأن السلم في الحيوان لا يصح، وقيل: ينعقد لأنه إذا اتصل به القبض أفاد ملك الرقبة ملكاً فاسداً وليس كل ما يفسد المعنى الحقيقي للفظ يفسد مجازيه لعدم اشتراك المفسد فيها، والمنقول عن الإمام من انعقاده بكل لفظ يملك به الرقاب يؤيده، وعلى هذا فقولهم: الأصح انعقاده بلفظ البيع والشراء يعني ولو فاسداً وفي الصرف والقرض والصلح والرهن قولان وينبغي ترجيح انعقاده بالصرف عملاً بالكلية لما أنه يفيد ملك العين في الجملة، وبه ترجيح ما في «الصيرفية» من تصحيح انعقاده بالقرض وإن رجح في «الكشف» وغيره عدمه وجزم السرخسي بانعقاده بالصلح والعطية ولم يحك الإتقاني غيره ورجح في «اللولوجية» عدم انعقاده بلفظ الرهن وهو الموافق للكلية وجعله في «فتح القدير» من القسم الذي لا خلاف في عدم الانعقاد به والواقع ثبوته ففي «البنية» وفي الرهن اختلاف المشايخ وخرج بما وضع للتملك ما لم يوضع أصلاً كالفداء والإجزاء والفسخ والإقالة والكتابة والتمتع والإباحة والإحلال والرضى والإجارة بالرأي والوديعة والخلع.

وأقول: وينبغي أن يقيد بما إذا لم تجعل بدل الخلع فإن جعلت كما إذا قال أجنبي: اخلع زوجتك ببنتي هذه فقبل صح أخذاً من قولهم لا ينعقد بلفظ الإجارة

عند حرين، أو حر وحرتين.....

في الأصح إن جعلت المرأة مستأجرة أما إذا جعلت بدل إجارة كما إذا قالت: استأجرت دارك هذه ببنتي هذه ينبغي أن / لا يختلف في جوازه لأنه أضافه إليها [١٦٣/١] بلفظ تملك به الرقاب وقيد بالتمليك بالعين أي: كلها احترازاً عن الشركة فلا ينعقد بها كما في «الظهيرية» ولا بما يفيد ملك المتعة كالعارية، وخرج بقوله: في الحال الوصية لأنها توجب ملكاً مضافاً إلى ما بعد الموت، ولو صرح بالنكاح إلى ما بعد الموت لم يصح لأنه زمان زوال ملكه لا زمان ثبوته، وعن هذا قيد الكرخي المسألة بما إذا أطلق أو أضاف أما إذا قال: أوصيت لك ببنتي الآن انعقد لأنه حينئذ صار مجازاً عن التمليك وارتضاه غير واحد.

قال في «الفتح»: وينبغي أن لا يختلف في صحته حينئذٍ وخالفهم في «البحر» فقال: المعتمد الإطلاق لأن الوصية مجاز عن التمليك فلو انعقد بها لكان مجازاً عن النكاح والمجاز لا مجاز له، وأعلم أن كل لفظ لا ينعقد به النكاح تثبت به الشبهة فيسقط به الحد ويجب لها الأقل من المسمى ومن مهر المثل، هذا ويرد على حصر المصنف ألفاظ ينعقد بها النكاح غير ما ذكر كراجعتك إن ذكر المال كما في «الخانية» زاد في «التجنيس» أو نوى الزوج وخصه بعضهم بالمبائة دون الأجنبية كرددتك واستحسنه في «فتح القدير» وعرستك نفسي كما في «الخانية» وفي «التارخانية» لو قال لها: يا عرسي فقالت: لبيك كان نكاحاً قال بديع الدين: هذا خلاف ظاهر الرواية ولو قال له: زوج ابنتك مني فقال أبوها بمحضر من الشهود: ارفعها واذهب بها حيث شئت قال ابن الفضل يكون نكاحاً وجزم في «الولوالجية» بعدمه لاحتمال الوعد ولو قال: جئتك خاطباً فقال الأب: ملكتك كان نكاحاً، صرت لي أو صرت لك كان نكاحاً عند القبول، وقد قيل: بخلافه، ولو قال: زوجي نفسك مني فقالت بالسمع والطاعة فهو نكاح، وأجاب في «البحر» بأن العبرة في العقود للمعاني حتى في النكاح مما صرحوا به وهذه الألفاظ تؤدي معناه انتهى، يعني إن أراد لفظ النكاح والتزويج وما يؤدي معناه.

وفيه ما لا يخفى (عند حرين أو حر وحرتين) ظرف لينعقد وفيه إيحاء إلى أن الشرط إنما هو حضور الشاهدين لا سماعهما وهو قول السعدي والإسبيجابي وعليه تفرع انعقاده بحضرة النائمين والأصميين وعامة المشايخ شرطوا السماع وهو الصحيح لأنه المقصود من الحضور، وقول الشارح بانعقاده بحضرة النائمين على الأصح دون الأصميين في المختار تحكم، لأن من قال بانعقاده بالنائمين قال بانعقاده بالأصميين كما في «التجنيس» كذا في «البحر».

عاقلين بالغين مسلمين،

وأقول: وقد يندفع التحكم بحمل النائمين على الوسنانين نعم حمل ابن وهبان القول بانعقاده بالنائمين على ذلك مما لا حاجة إليه وينبغي أن لا يختلف في انعقاده بالأصميين إذا كان كل من الزوج والزوجة أخرس لأن نكاحه كما قالوا ينعقد بالإشارة حيث كانت معلومة وفي «الخلاصة» يصلح أن يكون شاهداً في النكاح إذا كان يسمع انتهى، وعلى اشتراط الحضور فقط ينبغي أن لا يشترط سماعه ثم رأيته في «الخانية» قال: لا نص عن أصحابنا في النكاح بشهادة الأخرسين أما على قول القاضي الإمام السعدي لا شك أنه ينعقد لأن عنده الشرط حضور الشاهدين دون السماع وعلى قول غيره إذا كان يسمع كلام العاقدين ينبغي أن يصح وإن لم يكن أهلاً لأداء الشهادة انتهى، ثم المقصود من السماع إنما هو الفهم، ومن ثم شرطوا في انعقاده بحضرة السكارى أن يفهموا أنه نكاح وإن لم يذكروا بعد الصحو.

قال في «الفتح»: والذي أدين به نفي شهادة السكارى في النكاح وإن كانوا بحيث يذكرونه بعد الصحو، وقالوا: لو عقد بحضرة هنديين لم يفهما كلامهما لم ينعقد في الأصح قاله الحدادي، وفي «الظهيرية» والظاهر أنه يشترط أن يفهما أنه نكاح وعلى هذا فما في «الخلاصة» لو تزوجها بالعربية والزوجان يعرفانها دون الشهود اختلف المشايخ والأصح أنه ينعقد انتهى، مفرع على اشتراط الحضور فقط أما على اشتراط السماع مع الفهم فينبغي أن لا ينعقد، بقي أنه لا بد من فهمهما معاً كما جزم به في «الخانية» وعليه جرى الشارح لو كان أحدهما أصم أي: أخرس لم يسمع حتى صاح عليه صاحبه السامع أو غيره لم يجز، ولو سمع أحدهما كلام الزوج والآخر كلام المرأة ثم أعيد على الذي كان يسمع كلام المرأة لا يجوز عند العامة وقال أبو سهل: إن اتحد المجلس جاز ولا بد أيضاً من تمييز المسموع كلامه عند الشاهد حتى لو سمع كلام امرأة من وراء جدار إن كان غيرها لا يصح وإلا صح ولو حاضرة اكتفي بالإشارة إليها وتوكيلها بالتزويج على هذا التفصيل ولو عقد لها الوكيل وهي غائبة فإن عرفها الشهود / اكتفي بذكر اسمها إن علموا أنه أرادها وإلا فلا بد من ذكر اسم أبيها وجدها أيضاً ولا يشترط الخصاف شيئاً من ذلك، حتى لو قال: زوجت من موكلتي أو من امرأة جعلت أمرها بيدي صح قال السرخسي: والخصاف كبير في العلم يقتدى به، وخرج بالحرين ما إذا كان عبيدين أو أحدهما مديراً أو مكاتباً أو معتق بعض ثم وصفهما بقوله: (عاقلين بالغين مسلمين) احترازاً عما إذا كانا مجنونين أو صبيين أو كافرين، والمرأة مسلمة كما سيأتي قال الإسبيجاني: والأصل أن كل من صلح أن يكون ولياً فيه بولاية نفسه صلح أن يكون شاهداً فيه وقولنا بولاية

ولو فاسقين، أو محدودين، أو أعميين، أو ابني العاقدين، وصح تزوج مسلم ذمية عند ذميين،.....

نفسه لإخراج المكاتب فإنه وإن ملك تزويج أمته لكن لا بولاية نفسه بل بما استفاده من المولى انتهى. وهذا يقتضي عدم انعقاده بالمحجور عليه ولم أره، ثم الصبي والعبد وإن لم يكونا أهلاً للشهادة إلا أنهما أهل للتحمل حتى لو حضراه مع من تقبل شهادته ثم شهدا به بعد البلوغ والعتق جاز. واعلم أن صاحب «البدائع» قرر أن الإشهاد فيه إنما هو لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عن الجحود والتهمة تندفع بحضور من لا تقبل شهادته لأنه يظهر وينتشر بحضوره فإذا ظهر وانتشر تقبل الشهادة فيه بالتسامح فتحصل الصيانة قال في «البحر»: ظاهره أن من لا تقبل شهادته إذا حضر ثم أخبر به من تقبل شهادته جاز له الشهادة بالتسامح فليحفظ انتهى وفيه نظر.

(ولو) كانا (فاسقين) لأن الفاسق من أهل الولاية القاصرة على نفسه بلا خلاف فصلح شاهداً على الانعقاد لأنه لا إلزام فيه فكانت الولاية قاصرة (أو) كانا (محدودين) في قذف وقد تابا وهذا القيد لا بد منه وإلا لزم التكرار وانعقد بهما كما مر والفائت إنما هو ثمرة الأداء وليس الكلام فيها (أو) كانا (أعميين أو ابني العاقدين) بالإجماع غير أن شهادة الفرعين عند تجاحد الأصلين لا تقبل نعم لو كانا فرعين لواحد قبلت عليه لا له، واختلف الشيخان فيمن زوج ابنته بشهادة ابنيه ثم تجاحدا وكان الأب مع المدعي منهما قال أبو يوسف: لا تقبل وقال محمد: تقبل وهو الصحيح ولو مع الجاحد قبلت وعلى هذا الخلاف لو توكل عن غيره فشهد أبناء الوكيل على العقد فإن كانت حقوق العقد لا ترجع إليه قبلت عند محمد مطلقاً خلافاً لأبي يوسف، وإن كان ينكر قبلت كذا في «البدائع» وجعل في «الظهيرية» قول الإمام مع الثاني وفي «المحيط» زوج ابنته فأنكرت الرضا فشهد أخواها وهما ابناه به لم تقبل اتفاقاً انتهى. وكان الفرق لمحمد أن هذه شهادة للأب وفيما مر للأخت.

(وصح تزويج مسلم) امرأة (ذمية عند ذميين) موافقين لها في دينها أو لا وهذا عند الإمام والثاني وقال محمد وزفر: لا يصح لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلامه ولهما أن الشهادة شرطت فيه على اعتبار إثبات الملك له لو ردوه على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر إذ لا شهادة تشتت للزوم المال، للزومه بدونها كالبيع ونحوه بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامه لأن العقد ينعقد بكلامهما والشهادة عليه شرط وأجمعوا أن أداؤهما إنكار المسلم غير صحيح أما عند إنكارها فمقبول عندهما مطلقاً، وقال محمد: إن قالا

ومن أمر رجلاً أن يزوج صغيرته، فزوجها عند رجل، والأب حاضر صح، وإلا فلا.

كان معنا مسلمين وقت العقد قبلت وإلا لا وعلى هذا الخلاف لو أسلما وأديا وعنه أنها لا تقبل مطلقاً وهو الصحيح من مذهبه كما في «البدائع» لأنها قامت على إثبات فعل المسلم أو على نكاح فاسد.

(ومن أمر رجلاً أن يزوج صغيرته) الضمير راجع إلى من المستكن في قوله (فزوجها) راجع إلى الرجل (عند رجل) أو امرأتين (و) الحال أن (الأب حاضر صح) النكاح (وإلا) أي: وإن لم يكن الأب حاضراً (فلا) أي: لا يصح، والفرق أن الوكيل في النكاح سفير أي: رسول ومعبر بنقل عبارة الموكل فإذا كان من يعبر عنه حاضراً يجعل مباشراً للعقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيراً ومعبراً فيبقى الزوج شاهداً ولا يمكن ذلك حال غيبته لاختلاف المجلس.

قال في «النهاية»: هذا التكلف غير محتاج إليه لأن الأب يصلح أن يكون شاهداً في النكاح فلا حاجة إلى نقل المباشرة من المأمور إلى الأمر حكماً، نعم يحتاج إليه فيما لو أمرت البالغة وليها بتزويجها فزوجها عند رجل فإن كانت حاضرة صح لا إن غابت وفي «العناية» وأرى أنه محتاج إليه أيضاً لأن الأب إذا كان حاضراً لا يصلح أن يكون شاهداً في نكاح أمره لأن الوكيل سفير ومعبر فكان الأب هو المزوج ولا يجوز أن يكون الأب شاهداً، وقد يشكل عليه ما قالوه: لو زوج المولى عبده البالغ بحضرته صح / ولا شك أنه المزوج حقيقة وقد جعلوه شاهداً لكن هذا أحد قولين قال المرغيناني: لا يجوز وهو الظاهر وبدل عليه ما جزموا به من أنه لو وكل رجلاً في تزويج عبده فزوجه الوكيل بحضرة واحد والعبد حاضر لم يجز ولو كانت مباشرة السيد فكأن الحجر لكانت مباشرة وكيه كذلك.

وقيل في تزويج السيد ووكيله روايتان: نعم لو أذن له فزوج بحضرة المولى وواحد صح في الأصح والفرق لا يخفى على متأمل، واعلم أنه يلزم على ما في «النهاية» أن المأمور لو كان امرأة عقدت بحضرة الأمر وواحد أنه ينعقد، وأن الأب لو شهد ببلوغها وهي تنكر أن تقبل شهادته، وكذلك لو كان الأمر أماً أو عمماً فشهدا لها أو عليها وهي على ما مر لا تقبل يعني إذا قال: أنا زوجتها أما إذا قال: هذه زوجته قبلت.

فرع: بعث قوماً للخطبة فزوجها الولي بحضرتهم فالصحيح الصحة وعليه الفتوى لأنه لا ضرورة في جعل الكل خاطبين بل يجعل المتكلم فقط والباقي شهود كذا في «الفتح» لكن في «الخلاصة» المختار عدم الجواز والأول مختار الشهيد والله الموفق للصواب.

فصل في المحرمات

..... حرم تزوج أمه، وبنته.....

فصل في المحرمات

قدمنا أن من شرائط النكاح المحلية وقد أخرج الله عنها بعض بنات آدم بالنسبة إلى بعض بنيه ولتكاثر شعبها جعلها في فصل على حدة وأسباب الحرمة أنواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع وعدم الدين السماوي والتنافي وإدخال الأمة على الحرّة وأدخله الشارح في الجمع وجعله في «النهاية» و«المحيط» قسماً برأسه وظاهر صنيع المصنف يعطيه، وبه يتم الأقسام سبعة ذكرها المصنف في هذا الفصل على هذا الترتيب وبقي المطلقة ثلاثاً والمحرمة لحق الغير من نكاح أو عدة وأجاب في «البحر» بأنه ذكر الأول فيما تحل به المطلقة ولم يصرح بالحرمة لحق الغير لظهوره انتهى، والظاهر أن في قوله فيه: وينكح مبانة في العدة وبعدها إيماء إليه إذ قيد بمبانته لأن مبانة غيره لا ينكحها فيها وعرف منه المنع في المنكوحه بالأولى.

(حرم تزوج أمه وابنته) أي: العقد عليهما وعلم من حرمة الوطء دواعيه بالأولى قال في «البحر»: لو قال: حرم تزوج أصله لأفاد أن عين الأم ونحوها حرام كما هو المذهب المنصور عند أهل الأصول فإنه لا فرق في الحرمة بين تزويجه وتزويجها انتهى.

وأقول: معنى حرمة العين خروجها من أن تكون محلاً للفعل شرعاً كما أن حرمة الفعل خروجه من الاعتبار شرعاً فلا ضرورة إلى اعتبار الحذف أو المجاز أيضاً الحرمة تشعر بالمنع فمعنى حرمة الفعل أن العبد منع من اكتسابه وتحصيله فالعبد ممنوع والفعل ممنوع عنه وهذا كما يقال: لا تشرب هذا الماء وهو بين يديه ومعنى حرمة العين أنها منعت على العبد تصرفاً فيها فالعين ممنوعة والعبد ممنوع عنه وذلك كما إذا صببت الماء الذي بين يديه فهذا أكد وأبلغ كذا في «التلويح» وقرر السيرافي أن إقامة العين مقام الفعل ليست بمعنى أن يوصف في المحل بالحرمة بدلاً عن توصيف الفعل بها لأن استعمال لفظ الأسد في الشجاع بدل عن استعماله في المفترس فيكون مجازاً بل معنى أن توصف العين بالحرمة حقيقة لكن المقصود منه إفادة حرمة الفعل ونفيه بالطريق الأولى لأنه يتصور بدون المحل فإذا انتفى المحل كان الفعل بالانتفاء أولى وبالمنع أخرى، فهذا كالكناية أريد بها الموضوع له لكن لا

وإن بعدتا، وأخته، وبنتها، وبننتها، وعمته، وخالته،

لذاته بل لينتقل إلى لازمه فلا يكون من المجاز في شيء وفي «التحرير» وادعى فخر الإسلام وغيره من الحنفية الحقيقة بقصد إخراج المحل عن المحلية تصححه بادعاء تعارف تركيب منع العين لإخراجها عن محلته بالفعل المتبادر لا مطلقاً وفيه زيادة سبب العدول عن التعليق بالفعل إلى التعليق بالعين انتهى، وكان المصنف إنما صرح بالتزويج بناء على ما هو المتبادر ثم هذا المصدر يجوز أن يكون مضافاً إلى فاعله أيضاً والظاهر أن الموجب يكون مرتكباً للنهي عن القائل ولم أره لهم (وإن بعدتا) أي: الأم والبننت وفيه إيحاء إلى أن الجدة وإن علت وبننت البننت وإن سفلت أم وبننت فيتناولهما، قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] بطريق الوضع، إذ الأم هي الأصل لغة، والبننت الفرع فتكون الأم والبننت حينئذٍ من المشكل، أو أن ذلك من عموم المجاز والمعروف لإرادة ذلك في النص الإجماع على حرمتهم والاستدلال على ذلك بالإجماع وبدلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الأخ والأخت لا يلائم ما في «الكتاب» وعم كلامه البننت من الزنا بأن زنا بذكر فأمسكها حتى ولدت بنتاً لما تلونا إذ هي بنته لغة والخطاب إنما هو باللغة العربية ما لم يحصل نقل وبه علم أن الإتيان بهذه الجملة، أعني ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] بعد قوله: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢] مع أن الأم ليست إلا منكوحة الأب ليس إلا لإفادة تحريم الأم على ابن لا أب له كما إذا زنا بامرأة فجاءت بولد، فهي أمه لا منكوحة أبيه؛ لأنه أب حكماً عندنا وإن لم يكن شرعاً بدليل أنه لا تقبل شهادة أحدهما للآخر، ولا يجوز لأحدهما أن يدفع زكاته للآخر فلم يبق إلا إفادة أن عين الأم حرام وهو أولى من التأكيد فتدبره، وكذا تحرم أخته وبننت أخيه وأخته وابنه من الزنا، وقالوا: إن لولد الملاعنة حكم البننت فلو لاعن فنفي القاضي نسبها من الرجل وألحقها بالأم لا يجوز أن يتزوجها لأنه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها كذا في «الفتح»، قال في «البحر»: وقد يقال ثبوت حرمتها لا باعتبار هذا التكليف بل باعتبار أنها ربيته وقد دخل بأمرها انتهى.

وأقول: ثبوت اللعان لا يتوقف على الدخول بأمرها وحينئذٍ فلا يلزم أن تكون ربيته (و) حرم أيضاً تزوج (أخته وبننتها وبننت أخيه) لقوله تعالى: ﴿وَأَخَوَاتِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] لا فرق في ذلك بين الأشقاء وغيرهم؛ لأن جهة الاسم عامة وهذا لأن اسم الأخت مثلاً وضع لذات باعتبار حلولها ما حلته الأخرى من صلب فكان حقيقة في الكل بالتواطء.

(و) حرم أيضاً تزوج (عمته وخالته) لقوله تعالى: ﴿وَعَمَاتِكُمْ وَخَالَاتِكُمْ﴾

وأم امرأته وبناتها إن دخل بها وامرأة أبيه وابنه وإن بعدا،

[النساء: ٢٣] وإطلاقه يعم المتفرقات وغيرهن وأما عممة العمة وخالة الخالة فإن كانت العممة القربى لأمه لا تحرم، وإلا حرمت وإن كانت الخالة القربى لأبيه لا تحرم، وإلا حرمت لأن أب العممة حينئذ يكون زوج أم أبيه فعمتها أخت زوج أم الأب، وأخت زوج الأم لا تحرم فأخت زوج الجدة أولى، وأم الخالة القربى تكون امرأة الجد أب الأم، فأختها أخت امرأة أب الأم وأخت امرأة الجد لا تحرم.

(و) حرم أيضاً تزوج (أم امرأته وبناتها إن دخل بها) لقوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾ [النساء: ٢٣] الآية قال في «المغرب»: حجر الرجل بالفتح والكسر حضنه وهو ما دون إبطه إلى الكشح، ثم قالوا فلان في حجر فلان، أي: في كنفه ومنعته كما في الآية انتهى. إما أنه خرج مخرج الغالب أو ذكر للتشنيع عليهم وشرطه الدخول؛ لأن قوله تعالى: ﴿اللاتي دخلتم بهن﴾ [النساء: ٢٣] صفة لقوله: ﴿من نسائكم﴾ [النساء: ٢٣] ولا يجوز أن يكون صفة للأمهات أيضاً.

قال الشارح: ويدخل في الربائب بنات الربيبة والريبب لأن الاسم يشملهن بخلاف حلائل الآباء والأبناء، لأن الاسم خاص بهن فلا يتناول غيرهن انتهى. فلا تحرم بنت زوجة الابن ولا بنت ابن زوجة الابن ولا بنت زوجة الأب، ولا بنت ابن زوجة الأب.

(و) حرم أيضاً تزوج (امرأة أبيه) لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء: ٢٣] عدل عن من لأنه أريد به الصفة، أي: المنكوحة أو الزوجة، وقيل: ما صدر به على إرادة المفعول، أي: المنكوحة وأورد أن الآية استدل بها المشايخ على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا على إرادة الوطاء بالنكاح معنى ويتقديره فلا دلالة لها على إرادة الحكم المطلوب هنا، أعني: الحرمة بنفس العقد إلا أن يراد بالنكاح معنى مجازي يعم العقد والوطء ولك النظر في تعيينه لكنه يحتاج إلى دليل يوجب اعتباره في المجازي كذا في «الفتح»، ولو اشترى أمة من ميراث أبيه كان له وطؤها حتى يعلم أن الأب وطئها ولو بإخبار الأب حيث كانت ملكه لا إن كانت في غير ملكه فلو تزوج بكرراً فوجدها مفضاة وادعت أن أباه أفضاها إن صدقها بانته منه بلا مهر وإلا لا كذا في «المحيط».

وحرّم أيضاً تزوج امرأة أبيه (وابنه وإن بعدا)، أي: الأب والابن لقوله تعالى: ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ [النساء: ٢٣] بناء على أن الحليلة مأخوذة من الحل بكسر الحاء لكنه يقصر عن إفادة حرمة الموطوءة بملك اليمين أو بشبهة أو الزنا واعتبارها من حلول الفراش أو حل الإزار، يقصر أيضاً عن إفادة حرمة المعقود

والكل رضاعاً، والجمع بين الأختين نكاحاً ووطئاً بملك يمين فلو تزوج أخت أمته الموطوءة لم يظاً واحدة منهما حتى يبيعهها.....

عليها. قال في «الفتح»: فيجب اعتباره في الأعم من الحل والحل ثم يراد بالأبناء الفروع فتحرم حليلة الابن السافل على الجد الأعلى، قال في «البحر»: والظاهر أن المراد بها الزوجة كما في «المغرب»، وحرمة الموطوءة غيرها بدليل آخر وذكر الأصلاب في الآية لإسقاط حليلة المتبني لا لإحلاله حليلة الابن برضاها.

(و) حرم أيضاً تزوج (الكل) أي: جميع ما ذكر تحريم تزوجه نسباً، (رضاعاً) أي: من جهة الرضاع لما أخرجه الترمذي من قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١) والمناسب في معنى من هنا أن تكون للسببية ولم يستثن شيئاً إحالة على ما سيأتي في الرضاع وسنستوفيه ثمة إن شاء الله / تعالى. [١/١٦٥]

(و) حرم أيضاً (الجمع بين الأختين) نسباً ورضاعاً حتى لو تزوج أختين رضاعاً فالنكاح فاسد، ومن هنا قال في «البحر»: لو قدموا حرمة الجمع على قولهم والكل رضاعاً لكان أولى، (نكاحاً) أي: عقداً بأن عقد عليهما (ووطئاً بملك يمين) تمييزاً أن النسبة إضافية والأصل بين نكاح أختين أو وطئهما لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] إذ التحريم المذكور في أول الآية أضيف بواسطة العطف إلى الجمع وهو أعم من كونه عقداً أو وطئاً كذا في «الفتح»، وقد يقال: إنه أعم لكن لا بد أن يكون المعنى بين نكاح أختين، وعليه فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد فلو قبل إحداهما حرم عليه وطء واحدة منهما حتى يحرم فرج الأخرى بتمليك أو نكاح أو عتق، ودل كلامه على جواز الجمع ملكاً.

(فلو تزوج) أي: نكح نكاحاً صحيحاً (أخت أمته الموطوءة) حرة كانت أو أمة، قيد بالتزوج لأنه لو اشترى أخت أمته الموطوءة جاز له وطء الأولى وخرج الفاسد فلا تحرم إلا بالوطء، وقيد بالموطوءة لأن غيرها لا تحرم المنكوحة، ولو لم يدخل بالمنكوحة حتى اشترى أختها حرمت المملوكة فقط، (لم يظاً) أي: لا يجوز له أن يظاً (واحدة منهما) أي: من الموطوءة والمنكوحة (حتى يبيعهها) أي: يفعل بها ما به يحرم وطؤها عليه من بيع كل أو بعض أو هبة مع تسليم أو عتق أو كتابة أو تزوج فالبيع مثال، ولو قال: حتى يحرمها على نفسه لكان أولى، وخرج به ما لو رهنها أو أجرها أو دبرها أو أحرمت أو حاضت أو نفست لثلاثاً يكون جامعاً بينهما ووطئاً، وإن لم يكن وطئاً المنكوحة لأنها موطوءة بدليل ثبوت نسب ولدها بمجرد العقد، ولم أر

(١) أخرجه الترمذي في الرضاع (١١٤٦)، والنسائي في النكاح (٣٣٠١).

ولو تزوج أختين في عقدين، ولم يدر الأول فرق بينه وبينهما، ولهما نصف المهر،.....

في كلامهم ما لو باعها بيعاً فاسداً أو وهبها كذلك وقبضت، والظاهر أنه يحل وطء المنكوحه، قيل: كان ينبغي عدم صحة النكاح حتى يحرم الأمة على نفسه؛ لأن به يصير جامعاً وطئاً، أما في المنكوحه فلما مرّ، وأما في الأمة فلأن حكم الوطء الأول قائم حتى ندب له عند إرادة بيعها استبرأؤها وأجاب الشارح وغيره أنه بنفس العقد لا يكون جامعاً، بل بعد تمامه ليثبت حكمه وهو حل الوطء وحكم الشيء يعقبه، ورده في «فتح القدير» بأنه وإن كان ليس جامعاً في نفسه ولكنه يستلزمه حيث كان هو حكمه، وهو لازم باطل شرعاً وملزم الباطل باطل فاختر في الجواب أن هذا اللازم بيده إزالته فليس لازماً على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة لكنه منع من الوطء بعد لقيامه إذ ذاك.

(ولو تزوج أختين) ليس بقيد بل كل من لا يجوز جمعه من المحارم كذلك (في عقدين) قيد به لأنهما لو كانا في عقد واحد بطلا، وقيد في «المحيط» بأن لا تكون إحداهما مشغولة بنكاح الغير أو عدته فإن كانت صح نكاح الفارغة كما لو تزوجت بزوجين في عقد واحد وأحدهما متزوج بأربع حيث تكون زوجة للآخر، (ولم يدر الأول) أي: لم يعلم السابق منهما، قال في «البحر»: لو قال في عقدين معاً ولم يدر الأول لكان أولى لأنه لو وكل رجلاً بأن يزوجه ثم آخر كذلك فزوجاه منفردين أختين رضاعاً ووقعا معاً بطلا كذا في «الذخيرة».

أقول: كيف يتم هذا مع قوله (ولهما نصف المهر) وهذا لأن الباطل لا مهر فيه، وقيد بعدم علم الأول لأنه لو علم بطل الثاني فقط وحل له وطء الأولى إلا أن يطأ الثانية فتحرم إلى انقضاء عدة الموطوءة كما لو وطأ أخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته. وفي «الدراية»: عن «الكامل»^(١) لو زنا بأحد الأختين لا تعرف المنكوحه حتى تحيض المزنية حيضة واستشكله في «فتح القدير»، ووجهه في «البحر» بأن ماء الزنا لا اعتبار له ولذا لو زنا بامرأة رجل لم تحرم عليه، وجاز له وطؤها عقب الزنا.

وأقول: يشكل عليه ما في «نظم ابن وهبان»: ولو زنت امرأة حرمت على زوجها حتى تحيض وتطهر وعزاه في «الشرح» إلى «النتف»^(٢) معللاً باحتمال علوقها من الزنا فلا يسقي ماؤه زرع غيره إلا أن يدعي ضعفه وسيأتي أن الموطوءة بالزنا يحل

(١) لعله (الكامل في الخلاف بين الشافعية والحنفية)، لابن الصباغ عبد السيد بن محمد الشافعي، المتوفى سنة (٤٧٧هـ). اهد. كشف الظنون (١٣٨١/٢).

(٢) واسمه النتف في الفتاوى، للشيخ الإمام علي بن الحسن السغدوي. اهد. كشف الظنون (٢/٢) / ١٩٢٥ وهو مطبوع.

وبين امرأتين أية فرضت ذكراً حرم النكاح،

وطؤها بالنكاح من غير استبراء عندهما، وقال محمد: لا أحب أن يطأها من غير أن يستبرئها فرق القاضي بينه وبينهما ولو لم يعلم افتراض على الزوج ذلك دفعاً للمعصية بقدر الإمكان وينبغي أن يكون معنى التفريق من الزوج إن لم يطلقهما ولم أره وهذا لأن نكاح أحدهما باطل بيقين إذ لا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة من عدم حل الاستمتاع ولزوم مواجب النكاح مع عدم حصول المقصود منه فتعين التفريق.

قال في «الفتح»: والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة، ولو تزوجهما بعد ذلك فإن وقع قبل الدخول فله أن يتزوج أيهما / شاء للحال أو بعده فليس له أن يتزوج بواحدة منهما حتى تنقضي عدتها فإن انقضت عدة واحدة له أن يتزوج بالتي لم تنقض عدتها، أو دخل بإحدهما كان له أن يتزوج بها في الحال دون الأخرى ولهما نصف المهر قيده الهندواني بأن تدعي كل منهما أنها الأولى ولا بينة أو يصطلحا عليه، فإن قالتا: لا ندري لم يقض لهما بشيء وتنصيفه فرع تسميته فلو لم يكن مسمى وجب لهما متعة واحدة ولم يقل بالسوية بينهما إيماء إلى أنهما لو كانا مختلفين قضى لكل واحدة بربع مهرها ومعلوم أن هذا حكم الفرقة قبل الدخول فلو كانت بعده كان لكل واحدة مهر كامل وفي النكاح الفاسد يقضي بمهر كامل وعقر كامل قال في «الفتح»: ويجب حمله على ما إذا اتحد المسمى لهما قدراً وجنساً، فإن اختلفا تعذر إيجاب العقر إذ ليست إحدهما أولى، لجعلها ذات العقر من الأخرى، لأنه فرع الحكم بأنها الموطوءة في النكاح الفاسد، هذا مع أن الفاسد ليس حكم الوطء فيهما، إذا سمي فيه العقر بل الأقل من المسمى مهر المثل انتهى.

(و) حرم أيضاً الجمع (بين امرأتين) بنكاح أو ملك يمين وطناً أية أي: (أية) امرأة منهما (فرضت ذكراً حرم النكاح) بينهما كالمرأة وعمتها إذ لو فرضت المرأة ذكراً حرم عليه نكاح عمته أو العمة كذلك حرم عليه نكاح بنت أخيه فحرم الجمع لما روى أبو داود في «مراسيله» عن عيسى بن طلحة: «نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة»^(١) وخرج بقوله أية إلى آخره أنها لو حرمت بتقدير وحلت بآخر لم تحرم كالجمع بين المرأة وبنت زوجها أو امرأة ابنها والجمع بين الأمة وسيدتها والأمة متقدمة إذ لو فرضت السيدة ذكراً لم تحرم بخلاف العكس وحكى في «القنية» في هذا قولاً شاذاً بالتحريم قال في «البحر»: نظراً إلى أن المراد بالحرمة في قوله حرم النكاح مطلقها والأول بناء على أن المراد بها المؤبدة وبها خرج الجمع بين الأمة وسيدتها لأنها مؤقتة وأقول: الظاهر أن هذا القول له التفات إلى أن الحرمة

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (٢٠٨).

والزنى، واللمس،

من أحد الجانبين كافية كما قال زفر فحرم الجمع بين المرأة و بنت زوجها إلا بالنظر إلى التأييد وعدمه (والزنا) وهو وطء مكلف في قبل مشتهاة خال عن الملك وشبهته قيد به وإن كان وطء المنكوحة فاسداً أو المشتراة كذلك والأمة المشتركة والكتابية وزوجته الحائض والنفساء والمظاهر منها يوجب كل منهما حرمة المصاهرة أيضاً لأنه محل الخلاف وفيه إيماء إلى أن وطء غير المكلف لا يوجب حرمة المصاهرة حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت الحرمة لعدم اشتهاه كذا في «الفتح» قال في «البحر»: وظاهره اعتبار السن الآتي في حد المشتهاة أعني تسع سنين انتهى .

وأقول: التعليل بعدم الاشتهاة يفيد أن من لا يشتهى لا تثبت الحرمة بجماعه ولا خفاء أن ابن تسع سنين عارض بل لا بد أن يكون مراهقاً ثم رأيته في «الخانية» قال: الصبي الذي يجامع مثله كالبالغ قالوا: وهو أن يجامع ويشتهى وتستحي النساء من مثله وهو ظاهر في اعتبار كونه مراهقاً لا ابن تسع ويدل عليه ما في «الفتح» مس المراهق كالبالغ .

وفي «البزازية»: المراهق كالبالغ حتى لو جامع امرأته أو لمس بشهوة تثبت حرمة المصاهرة وإلى أن الوطء في الدبر لا يوجبها أيضاً هو الأصح ومن ثم قالوا لو أفضاها لم تحرم عليه أمها لعدم تيقن كونه في الفرج إلا إذا حملت وعلم كونه منه وقد يقال: إذا كان المس بشهوة تنتشر لها الآلة محرماً يجب القول بالتحريم إذا أفضاها ولم ينزل والجواب أن العلة هي الوطء المسبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس إلا كونه سبباً لهذا ولم يتحقق في صورة الإفضاء ذلك كذا في «الفتح» وإلى أن وطء غير المشتهاة لا يوجبها وما دون تسع غير مشتهاة على ما عليه الفتوى وفي «المعراج» بنت خمس سنين غير مشتهاة اتفاقاً وفيما بين الخمس والتسع اختلاف الرواية والمشايخ والأصح أنها لا تثبت الحرمة ويكفي كونها مشتهاة ولو ماضياً وفي «الخلاصة»: قيل لرجل: ما فعلت بأم امرأتك؟ فقال: جامعتها تثبت الحرمة ولا يصدق أنه كذب وإن كان هازلاً والإصرار ليس بشرط في الإقرار بحرمة المصاهرة وفي «المحيط»: لو قال: وطعت جاريتي لا تحل لابنه وإن كان في غير ملكه تحل إن كذبه لأن الظاهر يشهد له (واللمس) أي: من لمس بدن المشتهاة ولو بحائل لا يمنع من وصول الحرارة ولمسها له كذلك في لمس الشعر روايتان وظاهر ما في «الخانية» ترجيح أنه ليس من البدن حيث قال: لو مسه، قالوا: لا تثبت حرمة المصاهرة وفي الكيسانيات تثبت وبه جزم في «المحيط» وخصه في «الخلاصة» بما على الرأس بخلاف / المسترسل وينبغي أن يكون شقي هذا القول محمل القولين، فينبغي أن [١/١٦٦]

والنظر بشهوة.....

يكون الخلاف في لمسها لشعره كذلك ولم أره وإطلاقه يعم الناسي والعامد والمكره والمخطئ حتى لو أيقظ زوجته أو أيقظته لجماعها فوقعت يده على بنته المشتهاة أو يدها على ابنه من غيرها، حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة كذا في «الفتح» وقيد بابنه من غيرها ليعلم ما إذا كان منها بالأولى .

(والنظر) إلى الفرج الداخل في ظاهر الرواية وبه يفتى وإنما يتحقق ذلك إذا كانت منكبة . واكتفى الثاني بالنظر إلى منابت الشعر وقال محمد : لا بد من النظر إلى الشق وصححه في «الخلاصة» وهذا الخلاف يفيد الاتفاق على أن النظر إلى غيره من الأعضاء لا عبرة به وهو ظاهر ما في «الذخيرة» وغيرها بإطلاق المصنف في غير محزه وشمل إطلاقه النظر من وراء زجاج بخلافه في المرأة والماء لأن المرئي فيهما مثاله لا هو ولذا لو كانت في الماء فرأى فرجها فيه تثبت (بشهوة) في موضع الحال بانه بذلك على أن الشهوة يشترط وجودها حال المس والنظر فلو وجدا خاليتين عنها فنشأت عنهما لا يحرم . وحدها أن تنتشر آتته إن لم تكن منتشرة وتزداد انتشاراً إن كانت هو الصحيح قال في «الخلاصة» : وبه يفتى، وقيل أن يشتبه قلبه إن لم يكن مشتبهياً أو يزداد إن كانت انتشرت أولاً وصححه في «التحفة» و«المحيط» قال الإقناني : وعليه الاعتماد وأثر الخلاف يظهر في الشيخ الكبير والعين فعلى الأول لا تثبت وعلى الثاني تثبت كذا في «الذخيرة»، لكن قيد في «النهاية» القول بالشاب أما الشيخ والعين فحد الشهوة فيه تحرك القلب أو زيادة تحركه إن كان متحركاً وهذا يفيد الاتفاق على ثبوت الحرمة منهما فأثر الخلاف إنما يظهر في الشاب إذا مال قلبه ولم تنتشر آتته فعلى الأول لا تثبت وعلى الثاني تثبت نعم حكى ابن مقاتل الرازي أنه كان لا يعتبر تحرك القلب بل تحرك الآلة فعلى هذا لا تثبت في الشيخ الكبير والعين الذي ماتت شهوته .

قال في «الجوهرة» : النظر إلى الفرج لا يشترط فيه تحرك الآلة وهو الصحيح وعليه الفتوى بقي أن هذا الحد إنما هو في حقه وقد أغفلوه في حقها مع أن وجود الشهوة من أحدهما كاف .

قال في «الفتح» : وأقله تحرك القلب على وجه يتشوش الخاطر فإن ادعتها وأنكر صدق إلا إذا كان المس على الفرج والتقبيل على الفم قاله الحدادي . وفي «الفتح» يترأى إلحاق الخدين بالفم وفي «البرزازية» أخذ ثديها أو ركب معها على دابة أو قام إليها منتشراً أو عانقها وقبلها وزعم عدم الشهوة لا يصدق وهل تقبل الشهادة عليها بالشهوة؟ فقيل : لا تقبل وإليه مال ابن الفضل وهو المختار كما في

يوجب حرمة المصاهرة، وحرمة تزوج أخت معتدته، وأمه، وسيدته، والمجوسية،

«التجنيس» وقيل: تقبل وإليه مال البزدوي وهكذا ذكر محمد في نكاح «الجامع» لأن الشهوة مما يوقف عليها في الجملة إما بتحريك العضو أو بآثار أخرى ممن لا يتحرك بعضه وعلى هذا الخلاف نظره إلى فرجها أو نظرها إلى فرجه بشهوة (يوجب) كل منهما (حرمة المصاهرة) مقيد في اللمس بأن لا ينزل فإن أنزل لا يثبت في «المختار» وعليه الفتوى لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء وليس المراد أنه بالإنزال ترتفع الحرمة، بل الأمر موقوف إلى ظهور عاقبته إن ظهر أنه لم ينزل حرمت وإلا لا وظاهر أن حرمة المصاهرة عبارة عن حرمة الموطوءة على أصول الزاني وفروعه نسباً ورضاعاً وحرمة أصولها وفروعها على الزاني كذلك قال في «البحر»: ولو قال: يوجب المحرمية لكان أولى لما في «الخانية»: زنا بامرأة كان محرماً لابنتها لأنه حرم عليه نكاحها على التأبيد وهذا دليل على أن المحرمية تثبت بالوطء الحرام وبما يوجب حرمة المصاهرة انتهى.

ولا يخفى أن الكلام في محرمات النكاح (وحرمة تزوج أخت معتدته) وكذا سائر محارمها فإن أثر النكاح قائم فلو جاز للزم الجمع أطلق في المعتدة فشمل المعتدة عن بائن أو رجعي أو تفريق بعد نكاح فاسد أو إعتاق أم ولده أو عبده خلافاً لهما ولا يرد ما لو ارتدت وبدار الحرب لحقت قبل انقضاء العدة حيث يجوز تزوج أختها لأنها ليست في هذه الحالة بمعتدة إذ لا عدة عليها من مسلم للتباين فإن عادت مسلمة بعدما تزوج أختها لم يفسد النكاح أو قبله كان له التزوج عند الإمام لأن الساقط لا يعود سبب جديد خلافاً لهما ولو أخبر عن مطلقته بانقضائها والمدة لا تحتمله ليس له التزوج إلا أن يفسره بإسقاط مستبين الخلق بخلاف ما إذا احتمله ولو كذبت في الإخبار فتزوج بأختها ومات فإن كان الإخبار في صحته في الميراث للثانية ولو كان الطلاق رجعياً / وإلا فللثالثة.

[١٦٦/ب]

(و) حرم أيضاً تزوج (أمه) ولو كان له فيها جزء للإجماع على بطلانه لكن في «المضمرات»: لو فعل ذلك تنزهاً عن وطئها حراماً على سبيل الاحتمال كان حسناً لاحتمال أن تكون حرة الأصل أو معتوقة الغير أو محلوفاً بعثتها. وقد حنث الحالف وكثيراً ما يقع إذا تداولتها الأيدي (وسيدته) ولو قل جزؤها فيه للتنافي كما قالوا، وبينه السروجي بأن مقتضى الزوجية قيام الرجل على المرأة بالحفظ والصون والتأديب لإصلاح الأخلاق والاسترقاق يقتضي قهر السادات للعبيد بالاستيلاء والاستهانة فتعذر أن تكون الزوجة سيدة.

(و) حرم أيضاً تزوج (المجوسية) نسبة إلى مجوسي وهم عبدة النار وعدم

والوثنية، وحل تزوج الكتابية،.....

جواز نكاحهم ولو بملك يمين وهو قول الصحابة وفقهاء الأمصار وعليه أجمع الأئمة الأربعة لخبر: «سنا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم»^(١) قال المطرزي: أي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملتهم في إعطاء الأمان بأخذ الجزية منهم وغير نصب على الحال وما قيل من أنهم كان لهم كتاب فواقع ملكهم أخته فأسرى به فنسوه رد بأن العبرة للحالة الراهنة على أنه في «القاموس» قال: مجوس كصبور صغير الأذنين وضع ديناً ودعا إليه.

(و) حرم أيضاً تزوج (الوثنية) نسبة إلى عبادة الوثن وهو ما له جثة أي صورة إنسان من خشب أو حجر أو فضة أو جوهر تنحت والجمع أوثان والصنم صورة بلا جثة هكذا فرق بينهما كثير من أهل اللغة، وقيل: لا فرق وقيل: يطلق الوثن على غير الصورة كذا في «البنية»، وحرمة نكاحها بالإجماع والنص ويدخل في عبدة الوثن عبدة الشمس والنجوم والصور المستحسنة والمعتلة والزنادقة والباطنية والإباحية وكل مذهب يكفر به معتقده لأن اسم الشرك يتناول الكل.

وأما المعتزلة: فتجوز مناكحتهم لأننا لا نكفر أحداً من أهل القبلة وإن وقع إلزاماً في المباحث بخلاف من خالف القواطع المعلومة من الدين بالضرورة كالقائل بقدم العالم ونفي العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون. أقول: وكذا القول بالإيجاب بالذات ونفي الاختيار كذا في «الفتح» قال في «البحر»: إن من اعتقد مذهباً بكفره إن كان قبل تقدم الاعتقاد الصحيح فهو مشرك وإن طراً عليه فهو مرتد (وحل تزوج الكتابية) ولو حربية لقوله: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ [المائدة: ٥] أي: العفائف واعترض بأنهم مشركون لقوله تعالى: ﴿وقالت اليهود عزيز ابن الله﴾ إلى قوله: ﴿سبحانه عما يشركون﴾ [التوبة: ٣٠] ومن ثم جاء عن عمر رضي الله تعالى عنه جواز عدم نكاحهم وأجيب بأن الله تعالى عطفهم على المشركين في قوله: ﴿لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين﴾ [البينة: ١] والعطف يقتضي المغايرة فإن قلت: اتخاذهم ما ذكر أرباباً صريح في شركهم قلت: إنما كانوا يعظموهم تعظم الأرباب فشبّه ذلك باتخاذهم إياهم أرباباً ثم حذف المشبه وذكر المشبه به استعارة تصريحية وقوله: ﴿عما يشركون﴾ تصريحية تبعية وذلك أنه شبّه اتخاذهم بالأحبار والرهبان أرباباً بشرك المشركين وسرى ذلك إلى الفعل ثم حذف المشبه وذكر المشبه به كذا في «العناية» وتعبقه في «الحواشي السعدية» بأنه إنما

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/١٧٠).

يصار إلى المجاز في الآية لو كانت دلالة العطف على المغايرة أقوى من دلالة على الاتحاد مع أن قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ﴾ [النساء: ٤٨] قوله: ﴿لَقَدْ كَفَرَ الَّذِينَ قَالُوا إِنَّ اللَّهَ ثَالِثُ ثَلَاثَةٍ وَمَا مِنْ إِلَهٍ إِلَّا إِلَهُ وَاحِدٌ﴾ [المائدة: ٧٣] يدل على أنهم مشركون فتقدير «النهاية» أوضح حيث قال: وعلم من العطف أن الاشتراك صار مغلوباً منهم ولم يلتفت لوجوده انتهى. بقي أن إطلاق المصنف يقتضي جواز النكاح وإن قال: إن الله تعالى ثالث ثلاثة وهو اختيار السرخسي وعلى هذا حل ذبحيته لكن في «المستصفى» قالوا: هذا إذا لم يعتقد المسيح إلهاً أما إذا اعتقدوه فلا يوافق ما في «مبسوط شيخ الإسلام»: يجب أن لا تؤكل ذبائح أهل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيزاً إله وأن لا تزوجوا نساءهم، قيل: وعليه الفتوى.

واعلم أن من اعتقد ديناً سماوياً وله كتاب منزل كصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فهو من أهل الكتاب فتجوز مناكحتهم وأكل ذبائحهم، كذا في «الشرح» وفي «الدراية» الأولى أن لا يفعل ذلك إلا لضرورة وما في «الخانية» من كراهة تزوج الكتابية إذا كانت حربية محمول على التنزيه، يتحتم للمسلم منع زوجته الذمية من / الخروج إلى الكنائس واتخاذ الخمر في منزله أما شربها منه فلا لأنه حلال عندها [١/١٦٧] كذا في «الخانية» لكن المذكور في ظاهر «البرازية» أن له المنع كالمسلمة إذا أكلت الثوم أو البصل أو ما ينشف الفم لأن القبلة حقه وذلك يخل بها لو يكرهه.

(و) حل أيضاً تزوج (الصابئة) من صبا إذا خرج من الدين وهم قوم خرجوا عن اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب، وفي «الصحاح» أنهم من أهل الكتاب كذا في «العناية» فقيل: من اليهود كالسامرة وعليه السدي وقيل: من النصارى كذا في «البنية» وظاهر صنيع المصنف يعطي أنهم من أهل الكتاب إذ لا تحل مناكحة غيرهم، وعطفهم على أهل الكتاب من قبيل عطف الخاص على العام فقول صاحب «الهداية» إن كانوا يدينون بدين نبي ويقرون بالكتاب لأنهم من أهل الكتاب وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم يجز مناكحتهم ليس تقييداً لإطلاق ما في «الكتاب» كما توهمه في «البحر» بل هو تمهيد لقوله والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم وأراد به ما حكى عن الإمام من حل نكاحهم بناء على تفسيرهم بالشق الأول وحكى عنهما الحرمة بناء على تفسيرهم بالشق الثاني نعم ظاهر ما في «الهداية» يعطي أنهم لو كانوا يعبدون الكواكب ولهم كتاب يجوز نكاحهم وهو قول البعض، والصحيح أنهم حيث عبدوها فليسوا أهل الكتاب كما في «المجتبى». وما مر من أن معنى الإشراف صار مغلوباً يؤيد قول البعض.

والمحرمة، ولو محرماً، والأمة، ولو كتابية، والحررة على الأمة لا عكسه ولو في عدة الحررة،

(و) حل أيضاً تزوج (المحرمة ولو) كان الزوج أو الولي المزوج (محرماً) لما أخرجه الستة عن ابن عباس: «تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو محرم وبنى بها وهو حلال» وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «المحرم لا ينكح ولا ينكح»^(١) بفتح الياء في الجملة الأولى وضمها في الثانية مع كسر الكاف وفتحها تصحيف فمحمول إما على نهي التحريم والنكاح للوطء والمراد بالجملة الثانية التمكين من الوطء والتذكير باعتبار الشخص أي: لا تمكن المحرمة من الوطء زوجها ودعوى اختلاله عربية ممنوع إذ غاية ما فيه دخول لا الناهية على المستتر الغائب، والمحققون في جوازه وإن كان غيره أكثر أو على المنفي وفيه التأويل السابق وعلى هذا فقوله في الرواية الأخرى ولا يخطب محمول على النهي عن التماس الوطء كما في «غاية البيان» وجوز في «الفتح» أيضاً أن يكون نهياً عن كراهة العقد لأن ذلك يشغل قلبه عن الإحسان عن العبادة لما فيه من الخطبة ومناداة ودعوة واجتماعات ويتضمن تنبيه النفس لطلب الجماع ولا يلزم أن يكون عليه الصلاة والسلام باشر المكروه لانتفاء ذلك في حقه انتهى.

ولا يخفى أن هذا الوجه ظاهر في كراهة العقد تحريماً وتعبير المصنف بحل ينيب عنه (و) حل أيضاً تزوج (الأمة ولو) كانت (كتابية) لإطلاق قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء: ٣] لكنه مكروه كما في «البدائع» أي: تنزيهاً. (و) حل أيضاً تزوج (الحررة على الأمة لا) يحل (عكسه) - تزوج الأمة على الحررة - قال: وتكح الحررة على الأمة قيده بالنكاح لأن مراجعة الأمة على الحررة جائز وفي «المحيط»: لا يجوز نكاح الأمة على الحررة ولا معها ولا يجوز نكاح الأمة على الأمة ومعها ولو تزوج أمة بغير إذن مولها ولم يدخل بها حتى تزوج حررة فأجازه المولى لم يجز لأن للإجازة حكم الإنشاء في حق الحكم ولو تزوج ابنتها قبل الإجازة جاز، لأن الموقوف عدم في حق المحل فلا يمنع نكاح غيرها.

قال الشارح: ولو تزوج أربعاً من الإماء وخمساً من الحرائر في عقد واحد صح نكاح الإماء فقط (ولو) كان العكس (في عدة الحررة) سواء كانت العدة من بائن أو رجعي وجوازه في البائن ولا خلاف في منع تزوج الأخت في عدة أختها على بائن أو الخامسة في عدة الرابعة والفرق لهما أن الممنوع ثمة الجمع وقد وجد هنا الإدخال عليها لتنقيصها ولم يوجد، وقال الإمام: لبقاء العدة حكم قيام النكاح ولا بد أن

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٩)، والشافعي في مسنده (١٨٠/١).

وأربع من الحرائر،

تكون عن نكاح صحيح فلو كان عن فاسد أو عن وطء بشبهة لم تمنع (و) حل تزوج (أربع من الحرائر) جمع حرة والإماء جمع أمة كما في «الصحاح» خلاف الحرة وعليه إجماع الأئمة الأربعة ومن جوز أكثر من ذلك فقد خرق الإجماع وسنده قوله تعالى: ﴿فَانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء: ٣] وحاصل الحال أن حل الواحدة كان معلوماً وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها إلى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك وإنما كان العدد في الآية مانعاً من الزيادة لوقوعه حالاً. قيد في الإحلال المفهوم من فانكحوا ولم يعطف بأو لأنه لو عطف بها لكان الحل مقتصراً على هذه الأعداد / وليس بمراد بل لهم أن يحصلوها إن شأوا بطريق التثنية وإن شأوا بطريق التثليث وإن شأوا بطريق التربيع، كذا في «الفتح»، وكونه قيداً في الإحلال المفهوم من الآية ظاهر في أنه حال من ما طاب وبه صرح العلامة وجعله القاضي وغيره حالاً من فاعل طاب ولا منافاة بينهما في المعنى وقوله لكان الحل مقتصراً على هذه الأعداد أي: على أحدهما، وقد أفصح عن ذلك قوله في «الكشاف» لو أتى بأو وعلم أنه لا يسوغ لهم أن يقسموا إلا على أحد هذه الأنواع وليس لهم أن يجمعوا بينهما وبين نكته التكرير بقوله ولما كان الخطاب للجميع وجب التكرير ليصيب كل نكح يريد الجمع ما أراد من العدد الذي أطلق له، وتحريره أن الواو دلت على الإطلاق أن يأخذ الناكحون من أرادوا من النساء على طريق الجمع إن شأوا مختلفين في تلك الأعداد متفقين فيها محظوراً عليهم بما وراء ذلك انتهى. ملخصاً قيد بالتزوج لأن التسري غير مقيد بعدد حتى لو كان له أربع من الحرائر وألف من الإماء فأراد شراء أمة أخرى فلامه رجل، قال في «الفتاوى»: يخشى عليه الكفر.

قال في «البرازية»: لقوله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون: ٦] ثم قال: له امرأة أو جارية أراد أخرى فقالت: أقتل نفسي له أن يأخذ ولا يمتنع لأنه مشروع.

قال تعالى: ﴿لم تحرم﴾ [التحريم: ١] الآية الفاصلة تدل على أنه ترك الأفضل وفي التسري على الزوجة مخالفة دين النصارى وكذا في التزويج بامرأتين وإن خاف أن لا يعدل بين امرأتين لا يتزوج بأخرى لقوله تعالى: ﴿فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة﴾ [النساء: ٣] ولو لم يفعل كيلاً يدخل الغم على ضعيف القلب ورق عليها فهو مأجور قال عليه الصلاة والسلام: «من رق لأمتي رق الله له»^(١) وترك إدخال الغم عليها يعد من الطاعة والإمام اختار في هذا أفضلية الاكتفاء بالواحدة الحرة انتهى.

(١) ذكره المتقي الهندي في الكنز (٥٤١٠)، بلفظ: «من رق بأمتي رق الله به».

والإماء فقط للحر وثنتين للعبد، وحبلى من زنى لا من غيره، والموطوءة بملك يمين.....

قال في «البحر»: ولم أر حكم ما إذا أراد أن يتزوج على امرأته أخرى فلامه رجل وينبغي أن لا يخاف عليه الكفر وأقول: الدليل المقتضي للخوف في الإماء مع الزوجات واحد فأنى وقع الفرق بينهما وما فرق به من أن الجمع بين الحرائر مشقة بسبب وجوب العدل بينهما بخلاف الجمع بين السراري فإنه لا قسم بينهما مما لا أثر له مع النص.

(و) حل تزوج (اثنتين) حرتين أو أمتين (للعبد) ولو مدبراً أو مكاتباً قيد بالتزوج لأن التسري لا يحل له ولو مكاتباً لعدم صحة تملكه، ومن هنا يعرف أن ما يقع لبعض التجار من أنه لو دفع جارية لعبده ليطأها من غير عقد فذاك حرام فليجتنب وإنما ملك الطلاق لأنه لمن أخذ بالساق (و) حل تزوج (حبلى من زنا) وإن حرم الوطاء، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره»^(١) وقال الثاني: (لا) يصح النكاح قياساً على الحبلى (من غيره) بجامع أن كلا منهما محترم لا يجوز إسقاطه والفرق لهما أن الامتناع في ثابت النسب لحرمة صاحب الماء لا للحمل ولا حرمة للزاني إلا أنه لا نفقة لها وقيل: يجب والأول أوجه ولا خلاف في جوازه للزاني فإن قلت: كيف يسقيه مع انسداد فم الرحم، قلت: الشعر ينبت من ماء الغير، لا يحل تزوج حبلى ولو من حربي في ظاهر المذهب وهو الأصح من غيره، أي: الزنا هذا شامل لأم ولده الحامل فلو زوجها فالتكاح باطل لأنها فراش لمولها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى ينتفى الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل، كذا في «الهداية» وأورد أن ولدها إذا كان ينتفى لمجرد النفي كان ينبغي أن يصح النكاح ويكون نفيًا دلالة فإن النسب كما ينتفى بالصريح ينتفى بالدلالة كما إذا قال لجارية له ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة: هذا الأكبر مني ثبت نسبه منه وانتفى نسب الباقيين، وأجيب بأن الدلالة إنما تعمل إذا لم يخالفها صريح وهنا كذلك إذ المسألة مقصورة فيما إذا أقر به.

قال في «التوشيح»: فعلى هذا ينبغي أنه لو زوجها بعد العلم قبل اعترافه به أنه يجوز النكاح ويكون نفيًا، أقول: ومن هنا علمت أنه لو تزوج غير أم الولد وهي حامل أنه يجوز لأنه إذا كان نفيًا فيما لا يتوقف على الدعوة ففيما يتوقف عليها أولى.

(و) حل أيضاً تزوج (الموطوءة بملك) أي: بملك (يمين) لأنها ليست فراشاً

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٧٤٦٠).

أو زنى، والمضمومة إلى محرمة، والمسمى لها،

للمولى بدليل أن نسب ولدها لا يثبت بلا دعوة وللزوج أن يطأها قبل / الاستبراء قال [١٦٨/٢١] محمد: لا أحب أن يطأها حتى يستبرئها لاحتمال الشغل بماء المولى فإن استبرأها المولى كان للزوج أن يطأها بدونه اتفاقاً، ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمانة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء إلا استحباباً لا وجوباً كذا في «الهداية»، ومنع بجواز نكاح الحامل من الزنا وأجيب بأن المراد أنه أمانة الفراغ عن حمل ثابت النسب أو في المحتمل لا فيما تحقق وجوده، وهذا كله إنما يحتاج إليه بناء على أن استحباب الاستبراء هو قول محمد خاصة لا على ما قاله بعض المشايخ من أنه قول الكل وذلك أن محمد إنما نفى الاستحباب وهما أثبتنا جواز النكاح بدونه فلا معارضة وهذا من الحسن بمكان إذ لا ينبغي التردد في نفي الاستبراء على قول وبهذا استغنى عن ترجيح قول محمد، فقد قال أبو الليث: إنه أقرب إلى الاحتياط وبه نأخذ كذا في «البنية» هذا وأما استبراء المولى فظاهر قوله في «الهداية» عليه الاستبراء يفيد وجوبه، وحمله الشارحون على الندب وقد صرح في «الولوالجية» باستحبابه وفيه نظر بل هو واجب ففي «الذخيرة» أن الندب قول بعض المشايخ والصحيح وجوبه وإليه مال شمس الأئمة السرخسي والله الموفق.

(أو) الموطوءة (بزنا) أي: وحل تزوج من رآها تزني، قيل: وينبغي أن لا يحل وطؤها لاحتمال الشغل ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح وأجيب بأنه تعارض احتمال وجود الحمل وعدمه فرجحنا جانب عدم لأصالته ولتقوى الأصالة بعدم حرمة صاحب الماء كذا في «العناية» لكنه يندب له استبراؤها قبل الوطء على ما مر وفي هذا تصريح بجواز نكاح الزانية وفي «المجتبى»: لا يجب على الزوج تطليق الفاجرة، ولا يجب عليها تسريح الفاجر إلا إذا خاف أن لا يقيما حدود الله.

(و) حل أيضاً تزوج (المضمومة إلى) امرأة (محرمة) كما إذا تزوج امرأتين في عقد واحد إحداهما محل والأخرى غير محل لكونها حراماً أو ذات زوج أو مشركة لأن المبطل في إحداهما فيتقرر بقدره بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة حيث يبطل البيع في الكل لما أنه يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح، (و) جميع (المسمى) من المهر (لها) أي: المضمومة إلى محرمة عند الإمام وقالوا: يقسم على مهر مثليهما حتى لو كان ألفاً ومهر مثل المحرمة ألفان والمحللة ألف كان لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم وسقط الباقي لأن المسمى قوبل ببضعين ولم يسلموا وكل ما قوبل بشيئين ولم يسلموا فاللازم حصة السالم وله أن ضم المحرمة لغو لعدم المحلية فصار كضم الجدار، والانقسام حكم

وبطل نكاح المتعة، والمؤقت، وله وطء امرأة ادعت عليه أنه تزوجها، وقضى بنكاحها بينة، ولم يكن تزوجها.

المساواة في الدخول في العقد ولو دخل بالمحرمة أيضاً فالمذكور في الأصل لها مهر المثل بالغاً ما بلغ وللمحللة كل الألف على قوله وهو الأصح، وما في «الزيادات» من أن لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الألف فقولهما وأورد على قول الإمام أن إيجاب مهر المثل وإسقاط الحد بالدخول فرع دخولها في العقد وقد قال بعدمه. وأجيب بأن ذلك من حكم صورة العقد وعلى قولهما كيف وجب حصتها من الألف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد ولا يجتمع الحد والمهر؟ قال في «الفتح»: ولا مخلص إلا بتخصيصهما بالدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد.

(وبطل نكاح المتعة) وهو: أن يقول لامرأة: أتمتع بك مدة بكذا من المال (والمؤقت) مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام كذا في «الهداية»، قال في «العناية»: والذي نفهم من كلامهم في الفرق بينهما شيئان، أحدهما: وجود لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق في نكاح المتعة، والثاني: شهود الشهود في نكاح المؤقت مع ذكر لفظ النكاح أو التزويج وأن تكون المدة معينة. وصرحوا بأنه إنما بطل لكونه متعة معنى وهي الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح من القرار للولد وتربيته إلى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها أو غير معينة، بمعنى بقاء العقد ما دمت معك إلى أن أنصرف عنك فلا عقد.

ونازعهم في «فتح القدير» بما حاصله لا نسلم أنه متعة معنى بل حقيقة فيكون من أفرادها وما ادعوه من التغاير مبني على أنه يشترط في مسماها وجود لفظ يشاركها في الاشتقاق كما مر ولا دليل لهم عليه وهذا لأنه ليس معنى إجازته ﷺ للمتعة أن مباشرة هذا المأذون فيه يتعين عليه أن يخاطبها بلفظ أتمتع ونحوه لما عرف من أن اللفظ يطلق ويراد معناه فإذا قال تمتعوا من هذه / النسوة فليس معناه إلا أوجدوا معنى هذا اللفظ ومعناه ما مر ولذا لم يعرف في شيء من الآثار لفظ واحد ممن باشرها من الصحابة بلفظ تمتعت بك ونحوه انتهى، وعلى هذا فعطف المؤقت من عطف الخاص على العام ولا فرق فيه بين طول المدة وقصرها على الأصح ولا بين المدة المعلومة والمجهولة وليس منه ما لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر أو نوى أن يقيم معها مدة معينة. قالوا: ولا بأس بتزويج النهاريات.

(وله وطء امرأة ادعت عليه) أو ادعى هو عليها عند قاض (أنه تزوجها) بنكاح صحيح (وقضى) أي: قضى القاضي (بنكاحها بينة) أقيمت (ولم يكن تزوجها) هذه

باب الأولياء والأكفاء

المسألة من جزئيات ما سيأتي في كتاب القاضي إلى القاضي من أن القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند الإمام ظاهراً وباطناً إذا كان مما يمكن القاضي إنشاء العقد فيه تبع المصنف «الجامع الصغير» في ذكرها هاهنا ومعنى النفوذ ظاهراً وجوب النفقة والقسم وغير ذلك، وباطناً ثبوت الحل عند الله تعالى وإن أثم المدعي إثم إقدامه على الدعوى الكاذبة وقالوا: لا يحل له وطؤها.

قال الفقيه: وبه يفتى. وفي «الفتح»: وقول الإمام أوجه وقولنا يمكن إلى آخره يخرج ما لو كانت معتدة الغير أو مطلقة ثلاثاً أو ذات زوج فإنه لا ينفذ قضاؤه لعدم قدرته على الإنشاء في هذه الحالة وإن كانت خالية فهل يشترط للنفوذ باطناً عند قضاؤه حضرة الشهود، قيل: نعم وبه أخذ عامة المشايخ كذا في «كافي المصنف»، وقيل: لا، قال في «الفتح»: وهو الأوجه لهما أن القاضي أخطأ الحجة أن الشهود كذبة فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار وله أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليها متيسر وإن ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح ينفذ قطعاً للمنازعة بخلاف الأملاك المرسلة لأن في الأسباب تراحماً فلا إمكان وذكر الأكمل أن بعض أذكىاء المغاربة لما أن قدم مصر حاجاً سنة سبع وأربعين وسبعمائة فسأله عن هذه المسألة طاعناً في المذهب. قال: فأجبتهم بقولهم هذا قطعاً للمنازعة. فقال: قطع المنازعة ممكن بالطلاق. فقلت له: أعني الطلاق المشروع أو غيره، لا عبرة بغيره، والمشروع يستلزم المطلوب إذ لا يتحقق إلا في نكاح صحيح ورده شيخ ابن الهمام قارئ «الهداية» بأنه غير صحيح إذ له أن يريد غير المشروع وكونه لا عبرة به لا يضر إذ يثبت أن قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ باطناً بل يتحقق طريقاً لقطع المنازعة وهو الطلاق فلم يجب التنفيذ باطناً. قال في «الفتح»: وهذا مسلم فيما إذا كانت هي المدعية لا فيما إذا كان هو المدعي لأنها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق فالحق التفصيل انتهى. يعني: لإبائه ولا يمكن أن يجبر عليه والله الموفق.

باب الأولياء والأكفاء

لما ذكر النكاح وألفاظه ومحلّه شرع في بيان عاقده. والأولياء جمع ولي وهو العاقل البالغ الوارث فخرج الصبي والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة. وما في «البرزازية» من أن الأب والجد إذا كان فاسقاً فللقاضي أن يزوج من الكفو، قال في «الفتح»: إنه غير معروف في المذهب وهي على نوعين ولاية ندب وهي الولاية على

نفذ نكاح حرة مكلفة بلا ولي، ولا تجبر بكر بالغة على النكاح.....

العاقلة البالغة بكرًا كانت أو ثيبًا، وولاية إجبار وهي الولاية على الصغيرة بكرًا كانت أو ثيبًا والمعتهوة والمرقوقة وثبتت بالقرابة والملك والولاء والإقامة، والأكفاء جمع كفو وهو النظير ولما كان نفي وجوب الولاية في النكاح هو المهم لاشتغال الوجوب في بعض الديار افتتح الباب فيه (نفذ نكاح حرة) بكرًا كانت أو ثيبًا خرج بذلك الأمة ولو مدبرة أو مكاتبه وأم ولد (مكلفة) أي: بالغة عاقلة وما في «العيني» مسلمة فمن سهو القلم فخرج الصغيرة والمجنونة (بلا) رضى (ولي) سواء زوجت نفسها من كفو أو لا في ظاهر الرواية عن الإمام وصاحبيه، لأنها تصرفت في غالب حقها فصار كما إذا تصرفت في مالها وروى الحسن عن الإمام أنه إن كان كفؤًا نفذ وإلا لا وهو المختار في زماننا إذ ليس كل قاض يعدل ولا كل ولي يحسن المرافقة، وفي الجثو بين يدي القاضي مذلة فسد الباب كذا في «الخانية» وغيرها وصرح صدر الإسلام بأن المطلقة ثلاثا لو زوجت نفسها غير كفو ودخل بها الزوج ثم طلقها لا يحلها للأول على ما هو المختار وهذا مما يجب حفظه قال في «الفتح»: لأن الغالب في المحلل كونه / غير كفو أما لو باشر الولي عقد المحلل فإنها تحل انتهى، وكذا لو لم يباشره لكن رضى به وهل يشترط معرفته إياه أو يكفي ذكره صارت واقعة الفتوى.

[١/١٦٩]

قال في «البحر»: وينبغي أن لا يكفي لأن الرضى بالمجهول لا يصح، وفي «البيزانية»: ذكر برهان الأئمة أن الفتوى في جواز النكاح بكرًا كانت أو ثيبًا علي قول الإمام الأعظم لقوة دليله هذا إذا كان لها ولي فإذا لم يكن صح النكاح اتفاقًا (ولا تجبر بكر بالغة على النكاح) لأنها حرة مخاطبة فلا يكون لغيرها عليها ولاية وإنما ملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملكه مع نهيها كذا في «الهداية» والجد كالأب عند فقدده وكذا القاضي كما في «جوامع الفقه» إلا إذا زفت.

قال البيزاني: وليس لها أن لا تجيز القبض عند عدم النهي أما غيرهما من الأولياء فليس لهم ذلك، إلا بالأمر ولو صغيرة إلا إذا كان هو الوصي فيملكه كسائر الديون هذا إذا قبض المسمى فإن قبض بدله ضيعة جاز إن تعورف وإلا لا ولو صغيرة فقبض ضيعة لا تساوي المسمى فكذلك قال في «الذخيرة»: وعليه الفتوى وعلله في النوازل بأنه قبض المهر بحكم العرف، وليس شراء في الحقيقة، وقيد بالبكر لأن الثيب ليس لأحد قبض مهرها إلا بأمرها وعلى هذا تفرع ما لو طالبه بمهرها، فقال الزوج: دخلت بها فلا يملك القبض، وقال الأب: بل هي بكر. فالقول للأب ولو طلب الزوج تحليفه ففي «أدب القاضي»^(١) أنه لا يحلفه، وقال الشهيد: يحتمل أن

(١) لعل المراد أدب القاضي لأبي بكر أحمد بن عمر الخصاف، المتوفى سنة (٢٦١هـ). اهـ. كشف الظنون (٤٦/١).

فإن استأذنها الولي فسكتت،

يحلف وهو صواب وأما لو أقر الأب بقبضه فإنه يقبل إن كانت بكرًا لا ثيبًا إلا إذا كانت الثيب صغيرة وما لو ادعى رده على الزوج بعد قبضه فإن أنكر لم يصدق إلا ببرهان لأن له حق القبض دون الرد وإن ثيباً صدق لأنه أمانة للزوج في يده فيصدق في ردها كما في «المحيط» ولو امتنع من الدفع إلا بتسليم الزوجة إليه أوجب إلى ذلك إلا إذا قال الأب: إنما أجهزها به وأسلمها فإنه يؤمر بالدفع إليه وللزوج أن يطلب كفيلاً به وهكذا كان يقول الثاني، ثم رجع وقال: إن الأب يؤمر بجعل الزوجة مهياً للتسليم ويأمر الزوج بدفع المهر والأب بتسليمها نظراً للزوج لأنه لا يصل إليها بالكفالة بل إلى ما دفعه قال الخصاف: وهذا أحسن القولين كذا في «الذخيرة»، وقيد أيضاً بالمهر لأنه ليس له قبض ما وهبه وأهداه الزوج له قبل الدخول حتى لو قبضه كان للزوج استرداده ذكره فيها أيضاً ولو طالبتة بعد البلوغ به فادعى دفعه إلى الأب وهي صغيرة وصدقه، لم يصح إقراره عليها اليوم وترجع به على الزوج. ولا رجوع له على الأب لأنه أقر باستحقاقه القبض ولو وهبه البعض منه قائلًا إن لم تجز الهبة فقد ضمننت من مالي لا يصح بخلاف ما لو قال إن أنكرت الإذن حيث تصح لأنه مضاف إلى سبب الرجوع.

(فإن استأذنها الولي) أي: طلب الإذن منها ولي النكاح ورسوله كهو وأطلقه فانصرف إلى الكامل منه وهو أن يسمى الزوج ولو نفسه على وجه يقع لها المعرفة به إما باسمه أو في ضمن العام نحو جيرانني أو بني عمي، وهم محصورون معروفون لها بخلاف بني تميم أو من رجل حيث لا يكون السكوت إذناً ما لم تعرض الأمر إليه واختلف فيما لو زوجها غير كفؤ فسكتت فقلاً: لا يكون رضا وجزم به في «الدراية» بلفظ قالوا، وقيل: في قول الإمام يكون رضى إن كان الزوج أباً أو جداً لا غيرهما واختلف أيضاً فيما لو زوجها بحضرتها ولم يستأذنها فسكتت، والأصح الصحة. وينبغي تقييده بما إذا كان الزوج حاضراً أو عرفته قبل ذلك، كذا في «الفتح» وأما المهر فرجح في «الهداية» أنه لا يشترط تسميته وقيل: يشترط.

قال في «الذخيرة»: وهو قول المتأخرين من أصحابنا، وصرح في «الكافي» أن المزوج إذا كان أباً أو جداً لا يشترط وإلا يشترط، قال في «الفتح»: وليس بشيء لأن ذلك في الصغيرة والكلام في الكبيرة وفي «التجنيس» ذكر الزوج ولم يذكر المهر (فسكتت) إن وهبها يعني فوضها ينفذ العقد وإن زوجها بمهر مسمى لا ينفذ لأنه إذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به وإذا سمي مهراً فتمامه به انتهى.

أو ضحكت، أو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو إذن،

ويجب أن يقيد بما إذا علمت بالتفويض وبه اندفع ما في «البحر» من أنه مشكل إذ مقتضى الاشتراط أن لا يصح الاستئذان وسكوتها إنما هو لعلمها بعدم صحته وأراد بالولي من له الولاية ندباً إذ الكلام في البالغة وفيها أيضاً يقدم الأقرب فالأقرب فافاد أنه لو استأذنها الأبعد فلا بد من القول كالأجنبي فسكتت عن رده مختارة حتى لو تكلمت بكلام أجنبي كان إذناً، ولو أخذها سعال أو عطاس أو أخذ فمها ثم ردت ارتد ومنه قولها غيره أولى منه قبل النكاح لا بعده، كذا في «الذخيرة» ولم يقل صمتت لدلالة السكوت على القدرة / على النطق دونه (أو ضحكت) غير مستهزئة على ما عليه [ب / ١٦٩]

الفتوى وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره قاله بعض المتأخرين، وذكر في كتاب له وضعه في التعاريف السكوت عدم الكلام مع القدرة عليه انتهى .

وهذا الفرق لم أجده في كتب اللغة والذي في «القاموس» وغيره الصمت السكوت في «المغرب» صمتاً وصموتاً وصماتاً أطال السكوت وروي «إذنها صماتها»^(١) ومنه الصامت خلاف الناطق انتهى . ثم بتسليمه ينبغي أن يكون صماتها أولى للدلالة على أن الخرساء إذا استأذنها وليها بإشارة معلومة لها فصمتت كان إذناً فتدبره . وكذا لو تبسمت أو بكت بلا صوت في الأصح لا إن كان بصوت لأنه دليل السخبط فلم يكن إذناً . قال في «الدراية» : لكنه ليس برد حتى لو رضيت بعده انعقد فقوله في «الوقاية» وغيرها البكاء بلا صوت إذن ومعه رد فيه نظر ثم المعول عليه في البكاء والضحك اعتبار قرائن الأحوال فإن تعارضت أو شك احتيط (أو زوجها) أي : زوج البكر وليها، (فبلغها) أي : (خبر النكاح فسكتت) أو ضحكت أو بكت بلا صوت وهذا شامل لما إذا استأذنها في معين فردت ثم زوجها منه فسكتت حيث يكون أجازها على الأصح . قيد بقوله : زوجها لأنه لو تزوجها بغير إذنها فسكتت حين بلغها الخبر لم يكن رضى، وأجمعوا أنه لو استأذنها في ذلك فسكتت كان رضى كذا في «الخانبة» .

(فهو إذن) أي : توكيل في الأول وإجازة في الثاني وكذا لو استأذنها في معين فقالت لا أرضى به ولم يعلم الولي في المسألتين بذلك فزوجها صح كما في «الظهيرية» ووكيل الولي كهو في المسألتين كما في «القنية» وفيها استأمر البكر فسكتت فوكل من يزوجه ممن سماه جاز إن عرف الزوج والمهر واستشكله في «البحر» بأنه ليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن أو باعمل برأيك والمسألة مقيدة في الأول بما إذا اتحد الولي أما إذا تعدد كما إذا زوجها وليان استويا رتبة فسكتت فظاهر

وإن استأذنها غير الولي فلا بد من القول، كالثيب،

الجواب أنه لا يكون إذناً بل لا بد من إجازة أحدهما بالقول أو الفعل وفي الثاني ببقاء الزوج حتى لو علمت بالنكاح بعد موته فسكتت لا يكون إجازة لبطلان النكاح بموته ولو قالت بعد الموت: زوجني أبي بأمرى وقالت الورثة: بل بغيره ولم تعلمي بالنكاح قبله، فالقول لها وعليها العدة ولها الميراث. ولو قالت: بغير أمرى ولكن بلغني النكاح فرضيت، كان القول لهم لأنها أقرت أن العقد وقع غير تام ثم ادعت النفاذ بعد فلا يقبل منها للتهمة، واعلم أنهم جعلوا السكوت رضى في مسائل نظمها في «فتح القدير» نحواً من عشرين ثم قال: والاستقراء يفيد عدم الحصر وهذه المشهودة لا المحصورة ووصلها في العمادية إلى ثلاثين وقد نظمتها في الرجز فقلت:

وقد أقاموا الصمت كالإفصاح	في عدة تأتيك بالإيضاح
سكوت بكر عند قبض المهر	تزويجها مع السكوت قادر
وواهب لو عند قبض ما وهب	تصرف الصبي مع سكوت الأب
كذاك مولى العبد والحنث له	في قوله والله لا أذنه
سكوت مديون مع الإبراء	كذا الوصي عند ذي الإيصاء
وبائع لو عند قبض المشتري	وقول هازل ببيع عزلي
أن اجعليه صحيحاً وكذا	مع قوله وقفته عليك ذا
كذا الوكيل وقت ما قد وكلا	أو الرقيق عند ما قد نقلا
كذا الشفيع بالمبيع قد علم	أو الشريك باختصاصه فهم

(وإن استأذنها) أي: البكر البالغة (غير الولي) كالأب الكافر والرقيق والولي الأبعد (فلا بد من القول) لأن السكوت إنما يكون دليل الرضى في الأولياء للحاجة لأنهم المرجون لها وهي لا تنطق فلو لم تكتف بالمحتملة لتعطلت مصالحها بخلاف غيرهم إذ لا يعتبر المحتمل في غير محل الحاجة وأراد أن هذا مناف لإطلاق قوله ﷺ: في البكر (إذنها إن تسكت) (١) غير مقيد بكون المستأمر ولياً، وأجيب بأنه تقيد بالعرف والعادة (كالثيب) أي: كما أن الثيب لو استأذنها الولي أو غيره فلا بد من رضاها بالقول ولم يقيدها بالكبيرة لأن الكلام فيمن يستأذن / وغيرها لا استئذان [١/١٧٠] لها لقوله ﷺ: «الثيب تشاور» (٢) أي: يطلب رأيها والمشاورة لا تكون إلا بالقول ثم

(١) أخرجه النسائي في المجتبى (٣٢٦٥).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/١٩٥).

ومن زالت بكارتها بوثة، أو حيضة، أو جراحة، أو تعنيس، أو زنى فهي بكر،

هي مفاعلة فتقتضي وجوده من الجانبين لكن حصرها في القول فيه نظر بل قد تكون بغيره لقولهم رضى الثيب كما يكون بالصريح كرضيت أو أوجبت يكون بالدلالة كطلب المهر أو النفقة أو تمكينها من الوطاء أو قبول التهنة أو الضحك سروراً وليست قولاً وحينئذٍ فلا فرق سوى أن سكوت البكر رضى بخلاف الثيب لا بد في حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت والجواب تظافر الأدلة على اختصاصها بالقول ففي حديث أبي هريرة: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر»^(١) والأمر لا يكون بغير القول وأصرح منه قوله في حديث آخر: «والثيب تعرب عن لسانها» وأما الدلالة فالحق أنها من قبيل القول إلا بالتمكين فيثبت به بدلالة إلزام القول، كذا في «الفتح». قال في «البحر»: وفيه نظر إذ قبول التهنة ليس منه، ولهذا أعد في مسائل السكوت لا فوقه وجعل في «الفتح» أولاً الضحك كالسكوت وهنا جعله من قبيل القول انتهى.

وبقي ما لو خلا بها برضاها قال في «الظهيرية»: لا رواية في المسألة وعندى أنه يكون إجازة بخلاف ما لو قبلت الهدية أو أكلت من طعامه أو خدمته (ومن زالت بكارتها) أي: عذرتها وهي الجلدة، (بوثة) أي: نطة أو درور (أو حيضة أو جراحة) أصابت موضع العذرة (أو تعنيس) أي: طول مكث قال عنست الجارية تعنس بضم النون عنوساً وعناساً فهي عانس إذا طال مكثها بعد إدراكها في منزل أهلها حتى خرجت عن أعداد الأبكار، كذا في «الصحاح» أو خرق استنجاء أو عود أو حمل ثقيل (أو زنى) غير مشهور (فهى بكر) شرعاً. أما فيما عدا الزنا فبكر حقيقة لأن مصيبتها أول مصيب ومنه الباكورة لأول الثمار والبكرة بضم الباء لأول النهار ولذا كان من فرق بينها وبين زوجها بجم أو عنة أو طلقها أو مات بعد الخلوة قبل الدخول بها بكراً حقيقة ودخل الكل في الوصية لأبكار بني فلان، واعترض بأنه له رد الجارية المبيعة بكراً إذا وجدت كذلك.

وأجيب بأن البكارة تقال على العذرة أيضاً فهو من المشترك ويجوز أن تكون قائمة العذرة من أفراد من لم يصبها مصيب فيكون من المتواطئ حمل على هذا الفرد في البيع المبني على المشاححة وعلى الأعم الأغلب في النكاح المبني على التوسعة وأما في الزنا فثيب حقيقة عند الكل في الأصح كما في «الظهيرية» وإنما زوجت كالأبكار عنده فاكتفى بسكوتها مع أن القياس ياباه لأن في إلزامها النطق إشاعة الفاحشة فعارض دليل إلزامها النطق دليل المنع من إشاعة الفاحشة والمنع مقدم ولا

(١) أخرجه مسلم (١٤١٩)، والبخاري في صحيحه (٤٨٤٣).

والقول لها إن اختلفا في السكوت.....

خفاء أن من اشتهر زناها بأن أقيم عليها الحد، أو صار الزنا عادة لها، أو وطئت بشبهة أو نكاح فاسد تزوج كالثيبات .

(والقول لها) أي: البكر البالغة (إن اختلفا) أي: الزوج والزوجة قبل الدخول (في السكوت) فادعى الزوج أن وليها زوجها من قبل الاستئذان فلما بلغها سكنت وقالت: بل رددت ولا بينة. وقال زفر: القول له ونظير هذا الاختلاف ما لو قال السيد لعبده: إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم، وقال العبد: لم أدخل وكذبه المولى، فالقول له عندنا وعنده للعبد للتمسك بالأصل المتبادر وهو عدم الكلام والدخول قياساً على ما اتفقوا عليه من أن المشتري بالخيار إذ ادعى بعد المدة رد المبيع قبل مضيتها. وقال البائع: بل سكت حتى مضت أو قالت بعد البلوغ: رددت حين بلغت وكذبها الزوج فالقول للبائع وللزوج وكذا الشفيع لو قال: علمت بالبيع أمس وطلبت، وقال المشتري: بل سكت فالقول للمشتري أما لو قال: طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له، ولنا التمسك بالظاهر سواء كان هو الأصل المتبادر أو بحسب المعنى وفيما نحن فيه ادعى بسكوتها تملك بضعها من غير ظاهر معه وهي تنكر وعدم ورود ملك البضع عليها هو الأصل فكانت متمسكة بمعنى هو الظاهر فقيل: قولها بخلاف مسألة الخيار لأن العقد ثبت صحيحاً في الأصل ولزم بمضي المدة ظاهراً فالتمسك بعدمه تمسك بالظاهر، وكذا الصغيرة تدعي ببلوغها زوال ملكه بعدما عقد عليها حال صغرها يقيناً والزوج ينكر ومثله الشفيع قيدنا بكون / [١٧٠/ب]

الاختلاف قبل الدخول لأنه لو كان بعده لم يقبل قولها إلا إذا كانت مكرهة ولا يقبل عليها قول وليها بالرضى لأنه يقر عليها بثبوت الملك، والإقرار بعد بلوغها بالنكاح غير صحيح اتفاقاً، كذا في «الفتح» .

قال في «البحر»: وينبغي أن لا تقبل شهادته أيضاً لو شهد عليها مع آخر بالرضى لاتهامه لكونه ساع في إتمام ما صدر منه وبكون الاختلاف كما مر لأنها لو قالت: بلغني النكاح يوم كذا فرددت وقال: بل سكت فالقول له ونظيره الشفيع على ما مر، كما في «اللولوالية» هذا وسكت المصنف عن اليمين إيماء إلى نفيها وهو قول الإمام وأوجبها، وهذه إحدى المسائل الست الآتية في الدعوى وسيصرح المصنف بأن الفتوى على قولهما وفي «فتاوى القاضي»: ادعى على الأب أن زوجه بنته الصغيرة حلف عند الإمام، وفي «الكبيرة» لا اعتبار بالإقرار فيهما واستشكله الشارح بأن امتناع اليمين عنده لامتناع البدل لا لامتناع الإقرار ألا ترى أن امرأة لو أقرت لرجل بنكاح نفذ إقرارها ومع هذا لا تحلف ولو ادعى عليها فأنكرت فالأشبه أن

وللولي إنكاح الصغير والصغيرة،.....

يكون هذا قولها انتهى . وقد صرح في « العمادية » من الخامس عشر بما فهمه الشارح وقيدنا بعدم النية لأنها لو وجدت - من أيهما كان - فلا كلام فإن قلت : كان ينبغي أن لا تقبل بينة على السكوت لأنها إنما قامت على النفي قلت : ممنوع بل على حالة وجودية هي ضم الشفتين في مجلس خاص يحاط بطرفيه ولو سلم فهي نفي يحيط به علم الشاهد، ولو أقامها فبينتها أولى إلا إذا شهدت ببينة أنها رضيت أو أجازت حين علمت فتقدم كذا في غير كتاب والمذكور في « الخلاصة » عن الخصاص أن بينتها أولى أيضاً قال في « الفتح » : ولعل وجهه أن السكوت لما كان مما يحقق الإجازة لم يلزم من الشهادة بالإجازة كونها بأمر زائد على السكوت ما لم يصرحوا به .

واعلم أن الاختلاف في البلوغ كالاختلاف في السكوت فلو زوجها الأب فادعت البلوغ وأن النكاح لم يصح وقال الأب : بل كنت صغيرة فالقول لها إن كانت مراهقة وقيل : له والأول أصح وعلى هذا لو باع مال ابنه، كذا في « الذخيرة » وفي « اللولوجية » زوجها الأب فردت فادعى الزوج صغرها وادعت البلوغ فالقول لها إن كانت مراهقة، (وللولي) الآتي بيانه (إنكاح الصغير والصغيرة) جبراً لما ذكره سبط بنت الجوزي عن علي موقوفاً ومرفوعاً: « الإنكاح إلى العصابات »^(١) والمعتوه والمعتوهة والمجنون والمجنونة كالصغير والصغيرة فللولي إنكاحها إذا كان الجنون مطبقاً وهو شهر على ما عليه الفتوى وفي « منية المفتي » بلغ مجنوناً أو معتوهاً تبقى ولاية الأب كما كانت، فلو جن أو عته بعد البلوغ تعود في الأصح وفي « الخانية » زوج ابنه البالغ فجن . قالوا : ينبغي للأب أن يقول : أجزت النكاح على ابني لأنه لا يملك إنشاؤه بعد الجنون قيد بالولي لأن الوصي لا يملك ذلك وإن أوصى إليه به وإنما ملك تزويج اليتيم لأنه من الكسب، والإراحة من المونة، قال في « الفتح » : إلا إذا كان غير الموصي رجلاً في حياته فزوجها الوصي به كما لو وكل بتزويجها في حياته انتهى . وفيه نظر إذ الوصي لو زوجها في حياته فليس من المسألة في شيء لأنه وكيل محض وبالموت تبطل الوكالة وتنتقل الولاية إلى القريب فإن لم يوجد فإلى الحاكم، كذا في « البحر » .

وأقول : في « الذخيرة » الوصي لا ولاية له في إنكاح الصغيرة سواء أوصى إليه الأب بالنكاح أو لم يوص إلا إذا كان الوصي ولياً، فحينئذ يملك الإنكاح بحكم الولاية انتهى .

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/١٩٥) .

والولي العصبه بترتيب الإرث، ولهما خيار الفسخ بالبلوغ في غير الأب، والجد.....

وفي «المحيط» روى هشام في «نوادره» عن أبي حنيفة أن للوصي ولاية التزويج ولا يشترط على هذه الرواية أن يوصي إليه بذلك فما في «الفتح» من أن الوصي لا يملك ذلك وإن أوصي إليه به موافق لظاهر الرواية وقوله: إلا إذا كان عين الموصي رجلاً موافق لإطلاق رواية هشام فإنه على هذه الرواية إذا كان يملك ذلك وإن لم يعين الموصي أحداً ففيما عين ذلك أولى، فما في «الفتح» ملفق من القولين وما في «الذخيرة» هو المذهب وبالإنكاح لأن إقراره به عليهما غير جائز إلا ببينة وطريق سماعها أن ينصب القاضي خصماً عن الصغير فينكر فتقام عليه البينة وعلى هذا لو أقر الأب باستيفاء بدل الكتابة من عبد ابنه الصغير.

(والولي هو العصبه) وهو كما سيأتي في الفرائض من يأخذ كل المال / إذا انفرد [١٧١/١] والباقي مع ذي سهم وهذا أولى من تعريفه بذكر يتصل بلا واسطة أنثى، كما في «البحر» إذ المعتقة لها ولاية الإنكاح على معتقها الصغير حيث لا أقرب منها موجود ولا خفاء في انصراف المطلق منها إلى العصبه بنفسه فلا يرد العصبه بغيره كالبنت مع الابن أو مع غيره كالأخوات مع البنات (بترتيب الإرث) الآتي فيقدم الابن وابنه وإن سفل ولا يتأتى هذا إلا في المجنونة على قولهما ثم الأب ثم أبوه ثم الأخ الشقيق ثم لأب.

وذكر الكرخي أن تقديم الجد على الأخ قول الإمام وعندهما يشتركان، والأصح أنه قول الكل ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب ثم أبناء العم كذلك فيقدم الشقيق ثم أبناءه ثم عم الجد الشقيق ثم أبناءه ثم المعتق ولو أنثى ثم بنوه وإن سفلوا ثم عمته من النسب على ترتيب عصابات النسب، كذا في «الفتح» وإن استوى وليان في الدرجة كسيدين ادعيا ولد أمة أو شقيقين جاز تزويج أيهما كان فإن زوجا قدم السابق فإن لم يدر أو وقعا معاً بطلا وليس لأحد السيدين الاستقلال بنكاح الأمة، كما في «الظهيرية» وغيرها، وفي «النوادر» والاحتياط فيما إذا زوج غير الأب والجد أن يعقد مرتين بتسمية وبغيرها لجواز أن يكون في التسمية نقصان فلا يصح الأول أو أن يكون الزوج حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فينحل بالأول ويصح الثاني، كذا في «المحيط» (ولهما) أي: الصغير والصغيرة وكذا ما لو ألحق بهما (خيار الفسخ) أي: فسخ النكاح (بالبلوغ) والكلام في الحرين ولو ذميين أما الرقيقان إذا زوجها المولى ثم أعتقهما فبلغا فلا خيار لهما لإغناء خيار العتق عنه حتى لو أعتق أمته الصغيرة أولاً ثم زوجها فبلغت كان لها خيار البلوغ (في غير الأب والجد) والابن في المجنونة كالأب بل أولى، كذا في «الخلاصة»، وقال الثاني: لا خيار لهما اعتباراً

بالأب والجد ولهما أن قرابة الأخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل إلى المقاصد والتدارك بخيار الإدراك، ولا خفاء أن غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي وهو الصحيح لقصور الرأي في الأم ونقصان الشفقة في القاضي .

واعلم أن الإطلاق يقتضي أنها لو بلغت وهو صغير لم ينظر بلوغه ويفرق بينهما بحضرة والده أو وصيه وبذلك صرح في أحكام الصغار (بشرط القضاء) لأن في أصله ضعفاً فيوقف عليه كالرجوع في الهبة وفيه إيماء إلى أن الزوج لو كان غائباً لم يفرق بينهما ما لم يحضر للزوم القضاء على الغائب . وفي قوله خيار الفسخ تصريح بأن هذه الفرقة فسخ لا طلاق كخيار الإعتاق والفرقة بعدم الكفاءة ونحو ذلك .

وقد جمع بعض الفضلاء فرق الفسخ والطلاق وما لا يحتاج في قوله :

فرقه حكمها بغير طلاق	في خيار البلوغ والإعتاق
ونكاح فساده باتفاق	فقد كفؤ كذا ونقصان مهر
زوج وارتداد كذا على الإطلاق	ملك إحدى الزوجين أو بعض
وأب الزوج فرقه بطلاق	ثم جب وعنة ولعان
ملك وردة وعتاق	وقضاء القاضي في الكل شرط

وقوله : باتفاق احترازاً عن الحامل من الزنا فإن نكاحها جائز عندهما فالفرقة منه طلاق فاسد عند الثاني فالفرقة منه فسخ وقوله على الإطلاق احترازاً عن قول محمد فإنه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق، ومن المرأة فهي فسخ، كذا في «الفتح» ويزاد عليه الفرقة بتقبيل ابن الزوج فإنها فسخ وبالإيلاء، فهي طلاق، وبإسلام أحدهما في دار الحرب إذا حاضت المرأة ثلاث حيض أو مضت ثلاثة أشهر فيمن لا تحيض وهل هي طلاق أو فسخ خلاف سيأتي بيانه والفرقة بتباين الدارين وإسلام أحدهما ثم قصر الاستثناء على ما ذكر يقتضي أن النكاح الفاسد يحتاج إلى القضاء وليس كذلك ولما من الله علي بفضله بجمع ما تشئت نسخته في هذه الأبيات فقلت وبالله الإعانة :

فسخ طلاق وهذا الدار يحكيها	فرق النكاح أتتك جمعاً نافعاً
كذا فساد عقد وفقد الكفو ينعيها /	تباين الدار مع نقصان مهر
إرضاع ضررتها قد عددا فيها	تقبيل سبي وإسلام المحارب أو
ملك لبعض وتلك الفسخ يحصيها	خيار عتق بلوغ ردة وكذا
إيلاؤه ولعان ذاك يتلوها	أما الطلاق فجب عنه وكذا
ملك وعتق وإسلام أتى فيها	قضا قاض أتى شرط الجميع خلا
تباين مع فساد العقد يديها	تقبيل سبي مع الإيلاء يا أملي

تتميم: لم أذكر خيار المخيرة والأمر باليد والخلع لأنها من الكنايات وإن كان الأمر باليد والتخيير من كنايات التفويض والكلام في الفرقة التي ليست بصريح ولا كنايات والضابط أن كل فرقة جاءت من قبل المرأة لا بسبب من الزوج فهي فسخ كخيار العتق والبلوغ وكل فرقة جاءت من قبل الزوج فهي طلاق كالإيلاء والجب والعنة وإنما كانت رده فسخاً مع أنها من قبله لأن بها ينتفي الملك فينتفي الحل والفرقة إنما جاءت بالتنافي لا بوجود المباشرة من الزوج هذا وأما المهر فإن كان الزوج دخل بها ولو حكماً وجب كله وإلا لم يجب شيء، ودخل في قولنا ولو حكماً ما لو خلا بها خلوة صحيحة وما لو دخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوجها في العدة واختارت نفسها بخيار عتق مثلاً حيث يجب لها كل المهر عندهما خلافاً لمحمد وعلى هذا الخلاف لو وقعت الفرقة بينهما بتقبيل ابن الزوج أو الردة منها، كذا في «المحيط» واعلم أن سقوط المهر فيما إذا كان الخيار منها ظاهر، وأما إذا كان منه فلأن الفرقة بالخيار فسخ للعقد، والعقد إذا انفسخ يجعل كأنه لم يكن قال في «الاختيار»: وليست لنا فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه إلا هذه انتهى.

قال في «البحر»: وهذا الحصر غير صحيح لما في «الذخيرة» تزوج مكاتبة بإذن على جارية بعينها فلم يقبضها حتى زوجتها منه على مائة فطلق المكاتبة ثم الأمة، فطلاق الأمة غير واقع لفساد نكاحها يعود نصفها إليه قبل طلاقها ولا مهر عليه مع أن الفرقة جاءت من قبله لأنها إن كانت فسخاً من كل واحد يسقط كل المهر كالصغير إذا بلغ وكذا لو اشترى منكوحته قبل الدخول بها سقط كل الصداق لأنه فسخ من كل وجه لكن يرد عليه أن الردة قبل الدخول فسخ من كل وجه وبها لا يسقط كل المهر بل يجب نصفه انتهى.

أقول في دعوى كون الفرقة من قبله فيما إذا أملكها أو بعضها نظر ففي «البدائع» الفرقة الواقعة بملكه إياها أو شقصاباً منها فرقة بغير طلاق لأنها فرقة حصلت بسبب لا من قبل الزوج فلا يمكن أن تجعل طلاقاً فتجعل فسخاً انتهى.

وسياتي إيضاحه في محله بقى هل يقع الطلاق في العدة إذا كانت هذه الفرقة بعد الدخول يعني الصريح أو لا؟ لكل وجه والأوجه الوقوع، كذا في «الفتح» وادعى في «البحر» أن الظاهر عدمه لما في «المحيط» الأصل أن المعتدة بعدة الطلاق يلحقها طلاق آخر في العدة والمعتدة بعدة الفسخ لا يلحقها طلاق آخر في العدة وذكر في خصوص مسألتنا أنه لا يقع وأقول: هذا الأصل منقوض بما إذا أبت عن الإسلام وفرق بينهما ثم طلقها في العدة وقع مع أنه فسخ، وبوقوع طلاق المرتد مع أن

ويبطل بسكوتها إن علمت بكرأً.....

الفرقة بردته فسخ ولا خلاف في أنها بردتها فسخ ومع هذا يقع طلاقه عليها في العدة، كذا في «الفتح» ووجه في النكاح وقوع الطلاق من زوج المرتدة بأن الحرمة بالردة غير متأبدة لارتفاعها بالإسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبعاً فائدة من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغيية بوطء زوج آخر بخلاف حرمة المحرمة فإنها متأبدة فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة انتهى.

وكان هذا هو وجه كون الوقوع هنا أوجه لمن تأمل إلا أنه يقتضي عدم فضها الوقوع في العدة على ما إذا كانت الفرقة بما يوجب حرمة مؤبدة كالتقبيل وكالإرضاع وفيه مخالفة ظاهرة لظاهر كلامهم عرف ذلك من تصحفه (وبطل) خيارها (بسكوتها) عن اختيار (إن علمت) بالنكاح حال كونها (بكرأً) لدلالته على الرضى اعتباراً بابتداء النكاح قيد بعلمها به لأنها لو تعلم لا يكون رضا لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به والولي به ينفرد فعذرت، أما علمها بالزوج وقدر المهر فليس بشرط حتى لو سألت عن ذلك أو سلمت على الشهود بطل خيارها، كذا في «الشرح»، وادعى في «فتح القدير» أن هذا تعسف لا دليل عليه إذ غاية الأمر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ولو سألت البكر عن الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وإن كان عدم ذكره لها لا يبطل كون سكوتها رضى على الخلاف فإن ذلك إذا لم تسأل عنه لظهور أنها راضية بكل مهر، والسكوت يفيد نفي ظهوره في ذلك وأنها يتوقف رضاها على معرفته كميته وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضى كيف وأنها سلمت لغرض الإشهاد على الفسخ ونازعه في «البحر» في السلام بأن الاشتغال به فوق السكوت وأقوى ممنوع فقد نقلوا في الشفعة أن سلامه على المشتري لا يبطلها لأنه صلى الله عليه وسلم قال: «السلام قبل الكلام»^(١) ولا شك أن طلب الموائبة بعد العلم بالبيع يبطل بالسكوت كخيار البلوغ ولو كان فوقه لبطلت وقالوا: لو قال من اشتراها وبكم اشتراها لا تبطل شفعتها كما في «البرازية»، وهذا يؤيد ما في «فتح القدير» نعم ما وجه في المهر إنما يتم إذا لم يخل بها أما إذا خلى بها خلوة صحيحة فالوقوف على كميته اشتغال بما لا يفيد لوجوبه بها فإطلاق عدم سقوطه مما لا ينبغي، وأفاد المصنف أنها غير مقدورة بالجهل بأن لها الخيار لأنه لا يشترط غير علمها بالنكاح بخلاف خيار العتق وأن هذا الخيار لا يمتد إلى آخر المجلس ومن ثم قالوا: إنها تختار عند رؤية الدم، ولو في الليل ففي تلك الساعة ثم تشهد إذا أصبحت قائلة رأيت الدم الآن وليس بكذب محض بل من المعاريض المسوغة لإحياء الحق لأن الفعل الممتد بدوامه حكم

[١/١٧٢]

(١) أخرجه الترمذي في سننه (٢٦٩٩)، وأبو يعلى في مسنده (٢٠٥٩).

لا يسكوته ما لم يقل رضيت ولو دلالة، وتوارثا قبل الفسخ، ولا ولاية لعبد، وصغير، ومجنون.....

الابتداء، والضرورة داعية إليه، ثم إذا لم تأت إلى القاضي بعد ذلك الشهر أو الشهرين فهي على خيارها وما في «الشرح» لو بعثت خادمها للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع بطل خيارها محمول على ما إذا لم تفسخ بلسانها وبالبركر لأن الثيب. (لا) يبطل خيارها بالسكوت (يسكوته) أي: الصغير بقي بما إذا يبطل هذا الخيار بينه بقوله: (ما لم يقل رضيت) لأن وقته العمر فيبقى إلى أن يوجد الرضى (ولو) كان ذلك الرضى (دلالة) كالوطء والتقبيل والكسوة والنفقة ودفع المهر وهذا محمول على ما إذا لم يكن دخل بها فينبغي أن لا يكون دفعه رضى، وكالتمكن من المهر وطلب الواجب من النفقة بخلاف الأكل من طعامه وخدمته، كما في «الخلاصة» وإذا عرف هذا فما في «شرح الطحاوي» مع أن خيار الثيب والزوج لا يبطل إلا بصريح الإبطال أو بوجه دل على إبطال الخيار كما إذا اشتغلت بشيء آخر أو أعرضت عن الخيار مشكل، إذ مقتضاه أن الاشتغال بعمل آخر يبطله وهذا تقييد بالمجلس ضرورة أن تبدله حقيقة أو حكماً يستلزمه ظاهراً، كذا في «الفتح» وأجاب في «البحر» بأن المراد بالشيء الآخر عمل يدل على الرضى لا مطلق العمل فقد صرح بأن القيام عن المجلس لا يبطله. واعلم أن خيار العتق خالف خيار البلوغ في ثبوته للأثني فقط وفي عدم بطلانه بالسكوت، وعدم اشتراط القضاء فيه وفي كون الجهل عذراً وفي بطلانه بما يدل على الإعراض بخلاف خيار الثيب والغلام على ما مر، والله الموفق.

(وتوارثا) لو مات أحدهما بعد البلوغ (قبل الفسخ) لدخول هذا تفريع على اشتراط القضاء فيه فإذا لم يوجد توارثا لثبوت الملك بالنكاح الصحيح بدليل حل الوطاء قبل الفسخ لكنه بالموت انتهى. بخلاف الموقوف والفاسد، (ولا ولاية) في النكاح (لصغير وعبد) ولو مكاتباً لقصور نظرهما. قيدنا بالنكاح لأن نفي الولاية من العبد مطلقاً ممنوع لصحة إقراره بالحدود والقصاص وأمانه لو مأذوناً وروايته الحديث ولأنه يلي على زوجته الحرة في أمور النكاح كالمنع من الخروج والتمكين من الوطاء وطلب الزينة (ومجنون) جنوناً مطلقاً وهو شهر على ما مر قال في «الفتح»: ولا حاجة إلى التقييد به لأنه لا يزوج حال جنونه مطلقاً أو غير مطبق ويزوج حال إفاقته عن جنون مطبق وغير مطبق، لكن المعنى أنه إذا كان مطبقاً تسلب ولايته فلا تنتظر إفاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فتنتظر إفاقته كالنائم، ومقتضى النظر أن الكفو

ولا لكافر على مسلم، وإن لم تكن عصبه فالولاية للأب، ثم للأخت لأب وأم، ثم لأب، ثم لولد للأم، ثم لذوي الأرحام،.....

الخاطب إن فات بانتظار إفاقته يزوج وإن لم يكن مطبقاً، وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الولي الأقرب على ما سنذكره انتهى. وكافر على مسلمة لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء: ١٤١] وهو نكرة في سياق النفي فيعم كل سبيل قيد بالمسلمة لأن الكافر له ولاية على ابنته / الصغيرة وكما انتفى ولاية الكافر على المسلمة انتفى ولاية المسلم على الكافرة أعني ولاية الإنكاح والتصرف في المال واستثنى الشافعية ما إذا كان سلطاناً أو سيد أمة وقواعدنا لا تأبى ذلك بل قد يقتضى به على أن بعضهم قال: رأيت في موضع معزو إلى «المبسوط» الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة.

(ولا) تثبت (للكافر على المسلم) فقد ذكر معنى هذا الاستثناء وعلى هذا فللقاضي تزويج اليتيمة الكافرة حيث لا ولي لها وكان ذلك في منشوره ولم يقل وفاسق إيماء إلى أن الفسق لا يسلب وهذا هو المشهور، لا كما في «المعراج» ولا خلاف أن ثبوت الولاية للمستور فما في «الجوامع» وجزم به البزازي أن الأب إن كان فاسقاً فللقاضي أن يزوج قدمنا أنه غير معروف (وإذا لم يكن) ثمة (عصبه) لا نسبية ولا سببية، (فالولاية) أي: فولاية الإنكاح (للام) هذا ظاهر في تقديمها على أم الأب وفي «القنية» أم الأب مقدمة (ثم الأخت لأب وأم) هذا الترتيب هو المفتى به، كما في «الخلاصة» وحكي عن خواهر زادة وعمر النسفي تقديم الأخت على الأم لأنها من قوم الأب أقول: وينبغي أن يخرج ما مر عن «القنية» على هذا القول بقي أن الجد الفاسد مقدم على الأخت عند الإمام وعندهما يشتركان، كما في «المستصفي» قال في «الفتح»: وينبغي على ما صححه في الأخ والجد من تقديم الجد الفاسد على الأخت. وكلامه يعطيه تأخيره لأنه من ذوي الأرحام فكان ينبغي ذكره مقدماً (ثم لأب ثم لولد الأم) في التعبير بولد الأم إيماء إلى استواء الذكر والأنثى (ثم لذوي الأرحام) هم كما سيأتي قريب ليس بذوي سهم ولا عصبه وترتيبهم كالعصبات فتقدم العمات ثم الأخوال ثم الخالات ثم بنات الأعمام ثم بنات العمات وهذا عند الإمام.

وقال محمد: ليس لغير العصبات ولاية وإنما هي للحاكم واختلف النقل عن الثاني ففي «الهداية» الأشهر أنه مع محمد، وفي «الكافي» الجمهور أنه مع الإمام قال الشارح وغيره: وهو الأصح له قوله ﷺ: «النكاح إلى العصبات»^(١) وأل فيها للجنس أي: هذا الجنس مفوض إلى هذا الجنس لا لغيره وحمله الإمام على ما إذا وجدوا أما

ثم للحاكم،

إذا لم يوجد فالولاية نظريه ولا شك أن هذا النظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن ثم كان قول الإمام استحسان، وما قاله غيره قياس وقد عرف أن العمل على الاستحسان؛ إلا في مسائل محصورة ليس هذا منها فما في تهذيب القلانص من أن ما قاله رواية ابن زياد وعليه الفتوى غريب. بقي مولى الموالاة ولم يذكره مع أنه مقدم على القاضي لأنه بمنزلة ذوي الأرحام كما في «المحيط».

(ثم الحاكم) وهو الإمام أو القاضي إذا كان ذلك في منشوره منه وأما نائبه فإن فوض إليه ذلك ملكه وإلا لا، وقوله في «المجتبى»: ثم السلطان ثم القاضي ونوابه إذا شرط في عهده تزويج الصغار والصغائر وإلا فلا لا يفيد عدم اشتراط تفويض الأصل للنائب كما توهمه في «البحر» ولو لم يكتب في منشوره فزوج ثم أذن له فأجاز جاز استحساناً في الأصح ثم تزويجه مقيد بغير أبيه ونفسه وينبغي أن من لا تقبل شهادته له كذلك لأنه حكم وحكمه لا يجوز لمن ذكر، وكذا لا يجوز له أن يبيع مال اليتيم من نفسه وبهذا استدل على أن فعله حكم وإن عري عن الدعوى لكن في «فتح القدير» الإلحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنياً عن جعل فعله حكماً مع انتفاء شرطه وكذا إذا باع مال يتيم من نفسه لكل من الوجهين والأوجه ما ذكرنا.

وأقول: الإلحاق بالوكيل يقتضي أن لو زوج أو باع من ابنه بأكثر من القيمة ومن مهر المثل جاز إذ لا خلاف في جواز بيع الوكيل ممن لا تقبل شهادته له بذلك وتعليهم بأن فعله حكم يقتضي المنع مطلقاً وهو الظاهر، وأيضاً الوكيل يلحقه العهدة والقاضي لا عهدة عليه ومن ثم قال في «القنية»: ادعى رجل عليه إجارة أرض لليتيم فأنكر وأراد تحليفه لم يحلف. وكذا لو باع مال يتيم فرده المشتري عليه بعيب، فقال: أبرأتني منه فالقول له بلا يمين وهذا إنما يتم على أن فعله حكم وقد نص محمد في «الأصل» على أن الورثة لو طلبوا القسمة وفيهم غائب وصغير، قال الإمام: لا أقسم بينهم بقوله ولا أقضي على الوارث والصغير لأن قسمة القاضي قضاء منه وحيث على ذلك نص الإمام لم يبق للبحث فيه مجال، فإن قلت: فماذا يفعل فيما إذا اتفقت كلمتهم عليه من أن شرط نفاذ القضاء في المجتهديات أن يصير

الحكم حادثة تجري فيه خصومة صحيحة عند القاضي/ من خصم على خصم؟ [١٧٣/١]

قلت: الظاهر أنه محمول على الحكم القولي أما الفعلي فلا يشترط فيه ذلك من إقامة البينة فخلافاً المشهور وقول ابن الإمام حماد يقول لها القاضي: إن لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات بعل ولا معتدة فقد أذنت لك. فالظاهر أن الشرطين الأولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفو وأما الثالث فمعلوم الاشتراط، كذا في

وللأبعد تزويج بغيبة الأقرب مسافة القصر ولا يبطل بعوده.....

«الفتح» قال في «البحر»: والظاهر أنهما عند كذبها بأن كان لها ولي أما إذا كانت صادقة فليس بشرط على جميع الروايات .

وأقول: هذا مما لا حاجة إليه إذ الحمل لا يتأتى وجوده إلا على فرض كذبها لأن الخلاف إنما هو مع وجود الولي لا مع عدمه كما مر والله الموفق. (وللأبعد التزويج بغيبة الأقرب مسافة القصر) لأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على الحاكم واختلف في حدها فاختر المصنف أنها مسافة القصر ونسبه في «الهداية» لبعض المتأخرين والشارح لأكثرهم وعليه الفتوى إلا أن أكثر المشايخ كما في «الهداية» قدروه بفوت الكفو الخاطب لو استطلع رأي الأقرب وهو الأصح كما في «المبسوط» ولا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ والأشبه بالفقه قول أكثر المشايخ كذا في «الفتح»، وفرع عليه قاضي خان في «الجامع الصغير» ما لو كان مختفياً في المدينة بحيث لا يتوقف عليه تكون غيبة منقطعة وفيه تظهر فائدة الخلاف ولو زوجها حيث هو لا رواية فيه. وينبغي أن لا يجوز لانقطاع ولايته كذا في «المحيط» وجزم به في «المبسوط».

قال الشارح: وما قالوه في الجنائز من أن الغائب لو كتب إليه أن قدم زيداً في جنازة الصغير فلأبعد منعه يدل على ذلك إذ لو كانت باقية لما كان له منعه، لكن في «البحر» عن «الخانية» و«الظهيرية» أن الظاهر هو الجواز ولو عضل الولي انتقلت الولاية إلى الأبعد إجماعاً، كما في «الخلاصة» و«البرزازية» وفي «المحيط» أنها تنتقل إلى الحاكم ونقل ابن وهبان عن «المجرد» أن تزويج القاضي الصغيرة عند العضل ينفي ثبوت الخيار لها وفي «المنتقى» عن محمد أن لها الخيار والأول بناء على أن تزويجه عند العضل بطريق النيابة والثاني على أنه بطريق الولاية وفيه إشارة إلى وهم الطرسوسي حيث لم يجعل تزويجه بطريق الولاية انتهى.

وأقوى ما تمسك به الطرسوسي أنهم قالوا بعدم انتقال الولاية إلى الأبعد عند العضل لوليه ولو كان فعله بطريق الولاية لتناقض كلامهم لأنه ولي أبعد وأنت خبير بأن ما في «المجرد» لو خرج على أن فعله بطريق الولاية على القولين لاستقام إذ الخلاف ثابت في تزويجه بطريق الولاية أيضاً على ما مر، والتناقض مبني على تسليم عدم انتقال الولاية إلى الأبعد وقد علمت بثبوته إجماعاً ولو سلم فالمراد بالأقرب والأبعد أولياء النسب لا غيرهم كما في «عقد الفرائد» (ولا يبطل) التزويج السابق (بعوده) أي: الأقرب لأنه صدر عن ولاية تامة، وجعل الشارح الضمير عائداً على الولاية بناء على أن الفعل بالتاء الفوقية أي: لا تبطل ولاية الأبعد يعني السابقة بعود

وولي المجنونة الابن لا الأب .

فصل في الكفاءة

الأقرب ليترتب عليها بطلان النكاح وبهذا اندفع ما في « البحر » من أنه بعيد عن النظم والمعنى . (وولي المجنونة) والمجنون في النكاح الابن وابنه وإن سفل لا الأبعد عندهما وقدمه محمد وبه أخذ الطحاوي لأنه أوفر شفقة وهما أن هذه الولاية مبنية على العسوبة و(الابن) فيها هو المقدم و(لا) معتبر بزيادة الشفقة كأب الأم مع بعض العصابات أطلق الجنون فعم الأصلي والعارض خلافاً لزفر في الثاني وقيدنا محل الخلاف بالنكاح لأن (الأب) في التصرف في المال مقدم اتفاقاً كما في « تهذيب القلانسي »^(١).

فرع

هل لولي المجنون أو المعتوه تزويجه أكثر من واحدة لم أره لأئمتنا والمذكور في كتب الشافعية المنع لاندفاع الضرورة بالواحدة وأناطوا ما زاد على الواحدة في الصبي بالحاجة والله الموفق .

فصل في الكفاءة في النكاح

لما كانت شرطاً في اللزوم على الولي إذا عقدت المرأة بنفسها كان اعتبارها فرع وجود الولي فقدم بيان الأولياء ثم أعقبه بيان الكفاءة وهية « بالفتح » والمد مصدر والاسم منه الكفو وهو النظير من كافه إذا ساواه والمراد هنا المساواة في أمور خاصة إذا لم تكن المرأة أدنى حالاً منه لعدم انتظام المصالح / بينهما إذا كانت أعلى [ب/١٧٣] لاستنكاف الشريفة عن أن تكون فراشاً للأدنى بخلاف العكس لأن الزوج المستفرش لا تغيظه دناءة الفراش، ولذا لم تكن الكفاءة معتبرة من جانبها عند الكل كما في « الخبازية » وجعل هذا في « المحيط » و« الظهيرية » قول الإمام واعتبارها في جانبها أيضاً استحساناً نص عليه محمد في « الجامع الصغير » وفي « البناية » عن المرغيناني الكفاءة في النساء غير معتبرة عنده وعندهما معتبرة وروي غير معتبرة، وفي « البدائع » بعد أن ذكر اعتبارها في جانب الرجال خاصة قال ومن مشايخنا من قال: إنها معتبرة في جانب النساء عندهما أيضاً استدلالاً بمسألة « الجامع » وهي ما لو وكله أمير أن يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند الإمام خلافاً لهما ولا دلالة فيها على ما زعموا لأن عدم الجواز عندهما يحتمل أن يكون لأن المطلق فيها مقيد بالعرف

(١) واسمه تهذيب الواقعات في فروع الحنفية للشيخ أحمد القلانسي . اهـ . كشف الظنون (١/٥١٧) .

من نكحت غير كفاء فرق الولي، ورضا البعض كالكل، وقبض المهر ونحوه.....

والعادة أو لاعتقاد الكفاءة في تلك المسألة خاصة وقد نص محمد على القياس والاستحسان فيها في وكالة «الأصل» فلم يكن دليلاً على ما ذكر (من نكحت غير كفو فرق الولي) العصبية لا غيره وإن لم يكن محرماً كابن العم على الأصح دفعاً للعار عنه لا فرق في ذلك بين أن يكون تزوجها أولاً برضاها ثم طلقها أو لا، ولا بين ما إذا كانت معروفة النسب وقت النكاح أو عرف بعد ذلك حتى لو تزوجت مجهولة النسب بحجام فادعى قرشي أنها ابنته وأثبت نسبها منه كان له أن يفرق بينهما وأضاف التفريق إليه وإن توقف على القضاء لأن الطلب منه هو السبب والقضاء شرط فقط وفيه إيماء إلى صحته فيتوارثان ويقع طلاقه قبل التفريق وهذا هو ظاهر الرواية وقدمنا أن رواية عدم نفاذه هو المفتى بها وهل لها على ظاهر الرواية أن تمنع نفسها من الوطاء، ظاهر الجواب لا، واختار الفقيه أن لها ذلك وكثير من مشايخنا أفتوا بظاهر الرواية كذا في «الخلاصة»، ولا خفاء أنه على رواية عدم النفاذ يحرم عليها التمكين كما يحرم عليه الوطاء ثم على ظاهر الرواية يجب المسمى بالدخول أو الخلوّة الصحيحة والنفقة في العدة ولو أبانها بعد الدخول ثم تزوجها بدون رضی الولي أيضاً يجب المهر الثاني والعدة بمجرد العقد عندهما على ما سيأتي في العدة وعلى رواية الحسن يجب مهر واحد وهو الأقل من المسمى ومن مهر المثل ولا نفقة في هذه العدة.

(ورضى البعض) أي: بعض الأولياء المستويين في الدرجة بعد العقد أو قبله (كالكل) عندهما خلافاً للثاني قياساً على الدين المشترك والفرق لهما أن الحق فيه متعدد وهنا واحد غير متجزئ لثبوته بما لا يتجزأ فيثبت الكل على الكمال كولاية الأمان والتقييد بالاستواء في الدرجة يومئ إليه قوله بعض الأولياء إذ الأبعد مع الأقرب ليس ولياً في هذه الحالة حتى لو رضی كان للأبعد التفريق ومن قيد به فإنما أراد زيادة الإيضاح، قيد بالرضی لأن التصديق بالكفاءة من البعض لا يسقط حق الباقيين حتى لو صدق أحد الأولياء على أنه كفو وأثبت الآخر أنه غير كفو كان له طلب التفريق لأن المصدق منكر سبب الوجوب وإنكار سبب وجوب الشيء لا يكون إسقاطاً، كذا في «المبسوط».

قال في «البحر»: ولو قال: رضيت بتزويجك من غير كفو ولم يعينه أو رضی بعد العقد ولم يعرف الزوج ينبغي أن لا يعتبر هذا الرضى فقد ذكر في «الخانية» مسألة وعللها بأن الرضى بالمجهول لا يتحقق (وقبض المهر) جهزها به أو لا في الأصح (ونحوه) بالدفع على قبض أي: قبض نحوه كالهديّة والجر عطف على المهر

رضا لا السكوت. والكفاءة تعتبر نسباً فقريش أكفاء، والعرب أكفاء،.....

كالنفقة التي ادعى بها بوكالة منها هذا إذا كان عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي قبل مخاصمته فإن لم يكن لا يكون (رضا) بالنكاح قياساً واستحساناً، كذا في «الذخيرة» (لا السكوت) أي: لا يكون سكوت الولي بعد العلم بالنكاح رضى لأنه محتمل وهذا بإطلاقه شامل لما إذا ولدت فله التفريق، كما في «مبسوط شيخ الإسلام» كذا في «الدراية» لكن جزم الشارح وغيره بعدمه وكأنه هو المعتمد عندهم.

قال في «البحر»: وينبغي أن يكون الحبل الظاهر كالولادة (والكفاءة تعتبر نسباً) أي: من حيث النسب في العرب لتفاخرهم بالأنساب دل على ذلك قوله (فقريش)، وهم أولاد النضر سموا بذلك إما تشبيهاً بدابة في «البحر» تدعى قرشاً تأكل دوابه لأنهم من أعظم دواب البر عدة وفخراً ونسباً، أو لأن النضر كان يقرش أي: يفتش عن خلة المحتاج يسدها، أو لأن قريش بن الحارث بن مخلد كان صاحب غيرهم أو لتجارتهم / والقرش الكسب (أكفاء) أي: بعضهم أكفاء لبعض فلا يعتبر [١/١٧٤] التفاضل فيما بينهم وعن محمد إلا أن يكون نسباً مشهوراً كأهل بيت الخلافة يعني فلا يكافئهم غيرهم من القرشيين أو قال ذلك تسكيناً للفتنة وهذا لأن ظاهر قوله ﷺ: «قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن لبطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل»^(١) يقتضي عدم اعتبار التفاضل فيما بينهم ولما كانت الطبقات التي عليها ستا وهي الشعب بفتح الشين والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة بالشعب أعمها لأنها تجمع القبائل والقبيلة تجمع العمارة والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الأفخاذ والفخذ يجمع الفصائل فربعة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة.

قال عليه الصلاة والسلام: «في قريش بطن بطن وفي العرب قبيلة بقبيلة»^(٢) وقد جمعها بعض الأدباء في قوله:

قبيلة فوقها شعيب وبعدها عمارة عمارة ثم بطن تلوه فخذ
وليس يأوي الفتى الأفضلية ولا سداد لسهم ماله فزر

(والعرب) وهما صنفان عرب عاربة وهم أولاد قحطان وهو أبو اليمن كلهم ومتعربة وهم أولاد إسماعيل عليه السلام وقيل: قحطان من ذرية إسماعيل والعجم أولاد فروخ أخو إسماعيل بعضهم (أكفاء) لبعض قيل: إلا بني باهلة لأن الخساسة والدناءة سيئتهم. وباهلة في الأصل اسم امرأة من همدان والتأنيث للقبيلة سواء كان في الأصل اسم رجل أو امرأة كذا في «الصحاح».

(٢) لم أعثر عليه.

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (١٩٧/٣).

وحرية وإسلاماً،.....

قال في «الفتح»: ولا يخلو عن نظر لأن النص السابق لم يفصل مع أنه ﷺ كان أعلم بالعرب وأخلاقهم، وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الأجواد وكون القبيلة أو بطن صعاليك فعلوا كذلك لا يسري في حق الكل انتهى. وهذا البحث يعضده إطلاق المصنف ودل كلامه على أن غير العربي لا يكافئ العربي وإن كان حسيباً لكن في «جامع قاضي خان» قالو: الحسيب يكون كفوفاً للنسب فالعالم العجمي يكون كفوفاً للجاهل العربي والعلوية لأن شرف العلم فوق شرف النسب، وارتضاه في «فتح القدير» وجزم به البزازي وزادوا العالم الفقير يكون كفوفاً للغني الجاهل والوجه فيه ظاهر لأن شرف العلم فوق شرف النسب فشرف المال أولى.

وادعى في «البحر» أن ظاهر الرواية أن العجمي لا يكون كفوفاً للعربية مطلقاً واستدل عليه بما في «المبسوط» أفضل الناس نسبا بنو هاشم ثم قريش ثم العرب لخبر: «إن الله اختار من الناس العرب ومن العرب قريشاً واختار منهم بني هاشم واختارني من بني هاشم»^(١) ولا يخفى أن هذا لا دلالة فيه أن كون شرف الحسب يوازي شرف النسب فلا ينافي كون بني هاشم أفضل الناس نسباً ونعم الحسيب قد يراد به المنصب والجاه كما فسر به في «المحيط» عن صدر الإسلام وهذا ليس كفوفاً للعربية كما في «الينابيع»، واقتضى كلامه عدم اعتبار الكفاءة نسبا في الموالي وهم العتقاء والمراد بهم غير العرب وإن لم يمسه رق لأنهم لا يفتخرون بها لتضييعهم أنسابهم فكان افتخارهم بالدين والى ذلك أشار سلمان رضي الله عنه حين افتخرت الصحابة بالأنساب وانتهى الأمر إليه بقوله: «أبي الإسلام لا أب له سواه» سموا بذلك إما لأن العرب لما افتتحت بلادهم وتركتهم أحرار بعد أن كان لهم الاسترقاق فكانهم أعتقوهم أو لأنهم نصروا العرب على قتل الكفار والناصر يسمى مولى (وحرية) عطف على نساء أي: تعتبر الكفاءة من حيث الحرية أيضاً فلا يكون العبد ولا المعتق كفوفاً للحرية الأصلية.

قال في «التجنيس»: ولو كان أبوها معتقاً وأمها حرة الأصل لم يكافئها المعتق وفي «المجتبى» معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضيع (وإسلاماً) فالكتابية لا تكون كفوفاً للمسلم حتى لو وكل رجلاً بالنكاح فزوجه كتابية لم يجز لتقييدها على قولهما بالكفاءة، كذا في «الخانية» وهذا إنما يتم على ما قدمناه عنهما من اعتبار الكفاءة في حق النساء أيضاً. أما على عدم اعتبارها بالكفاءة في الإسلام باعتبار الآباء فلا

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (١٣٥٤٣).

وأبوان فيهما كالآباء، وديانة،

يكون من أسلم بنفسه كفوًّا لمن لها أب في الإسلام وهذا في حق العجم لتفاخرهم به لا في حق العرب لأنهم لا يتفاخرون بغير الأنساب فمن كان له أب كافر لو تزوج بمن لها في الإسلام أباً كان كفوًّا.

قال في «الفتح»: «ولا يبعد أن يكون من أسلم / بنفسه كفوًّا لمن عتق بنفسه. [١٧٤/ب] وفي «المنية» المرتد إذا أسلم يكون كفوًّا لمن لم تجر عليها ردة هذا وأما الكفاءة بين أهل الذمة فغير معتبرة بل بعضهم أكفاء فلو ادعى الولي أن الزوج غير كفو لم يفرق بينهما قال في «الأصل»: «إلا أن يكون نسباً مشهوراً كبنت ملكهم إذا خدعها حائك لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضي مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين (وأبوان فيهما) أي: في الحرية والإسلام (كالآباء) هذا ظاهر الرواية وهو الصحيح، كما في «المبسوط» وما عن الثاني من أنه ألحق الواحد بالمتنى فإما رواية عنه أو أنه إنما قال ذلك في موضع لا يعد كفر الجد عيباً وهما قالا في موضع يعد عيباً ويدل على ذلك اتفاقهم على أنه ليس بعيب في العرب لأنهم لا يعيرون بذلك وهذا حسن به ينتفي الخلاف ونظير هذا ما قيل أن اكتفاء الثاني في التعريف في الدعاوى والشهادات بذكر الأب في قرية صغيرة لا يلتبس الاسم فيها وما قلاه من عدم الاكتفاء فيما إذا كانت كبيرة كالمصر (وديانة) عدل عن قول غيره وديناً لأن المراد التقوى لا اتفاق الدين لما مر من أنه شرط لنكاح المسلمة والكلام في شرط الكفاءة.

وأما التساوي في إسلام الآباء فقد مر وفسر في «النقاية» الديانة بالتقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الأخلاق واقتصر في «الفتح» على التقوى وكأنه الأقوى، قال في «البحر»: «وظاهر كلامهم اعتبارها في العرب والعجم انتهى. وأقول: صرح بهذا في «إيضاح الإصلاح» على أنه المذهب وهذا قول الإمام والثاني في الأصح عنه ولم يعتبر محمد الكفاءة فيها وهو رواية عن الإمام ورجحه السرخسي حيث قال: الصحيح من مذهب الإمام أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة. قال في «المحيط»: «وعليه الفتوى وكذا في «الفتح» وغيره ولم يوجد في الرضوي فكأنه غيره وعلى الأول فلو نكحت امرأة من بنات الصالحين فاسقاً كان للأولياء حق الاعتراض، كذا في «المحيط» وهذا يقتضي اعتبار الصلاح من جهة الأب لا من جهتها واعتبر في «المجمع» صلاحها. وفي «الخانية» قال أبو يوسف: الفاسق إذا كان معلناً يخرج سكراناً لا يكون كفوًّا للصالحة بنت الصالحين.

قال في «البحر»: «والظاهر أن الصلاح منها أو من آباءها كاف لعدم كون الفاسق

ومالاً، وحرفة،.....

كفوّاً لها. ولم أره، وأقول: ما في «الخانية» يقتضي اعتبار الصلاح من حيث الآباء فقط حيث قال: إذا كان الفاسق محترماً معظماً عند الناس كأعوان السلطان يكون كفوّاً لبنات الصالحين ثم قال وقال بعض مشايخ بلخ لا يكون كفوّاً لبنت الصلاح معلناً كان أو لا، وهو اختيار ابن الفضل. وهذا هو الظاهر ويؤيده ما مر عن «المحيط» وحينئذ فلا اعتبار بفسقها والله الموفق.

(ومالاً) أي: تعتبر الكفاءة من حيث المال أيضاً لوقوع التفاخر أيضاً وظاهر الرواية أنه لا يشترط التساوي فيه بل يكفي أن يكون قادراً على المهر المعجل والنفقة والكسوة إن كانت تطبق الجماع وهو الأصح. والصبي يعد كفوّاً بغنى أبيه في الأصح كما في «المجتبى»، يعني بالنسبة إلى المهر لا بالنسبة إلى النفقة، كذا في «الذخيرة» زاد في «المحيط» وبغناء أمه وجدته ولو كان عليه دين يقدر المهر كان كفوّاً لأن له أن يقضي أي: الدينين شاء ولم يشترط بعضهم القدرة على المهر في ذي الجاه واكتفى بالقدرة على النفقة فقليل نفقة شهر وصححه في غريب الرواية.

قال في «المجتبى»: والصحيح أنه إن كان قادراً عليها بالكسب يكون كفوّاً ولو قيل: إن كان غير محترف فنفقة شهر وإلا فإن كان يكتسب كل يوم قدر ما يحتاج إليه لكان حسناً ثم رأيت في «الخانية» نقل ما في «المجتبى» عن الإتياني ثم قال: والأحسن في المحترفين قوله: وإن لم يجد نفقتها لا يكون كفوّاً وهذا يشير إلى ما قلنا. ولو قدر على نفقتها دون نفقته يكون كفوّاً، وإن لم يجد نفقتها لا يكون كفوّاً، ولو فقيرة، كذا في «الذخيرة» (وحرفة) بكسر الحاء سميت بذلك لأنه ينحرف إليها وتسمى صنعة أيضاً كذا في «القاموس». قال في «البحر»: والظاهر أنها أعم من الصناعة لأنها العمل الحاصل من التمرن على العمل ولذا عبر بالحرفة دونها.

وأقول: هذا مسطور في «حاشية شرح المواقف»^(١) لابن الفناري حيث قال: الصناعة أخص من الحرفة لأنها يحتاج في حصولها إلى طرو آلة وقد يراد بالحرفة ما يقابل الصناعة انتهى. وإنما اعتبرت الكفاءة فيها لأن الناس يتفاخرون بشرفها ويعيرون بدناءتها وهذا قول الإمامين وهو رواية عن أبي حنيفة وهو/ الصحيح كما في «الخانية» وظاهر الرواية عنه عدم اعتبار الكفاءة فيها وجعل الأقطع اعتبارها قول الإمام قال: وعنه لا تعتبر ونحوه في «النافع» وفي «الإسبيجابي» الصناعات المتقاربة أكفاء كالبزاز والطار بخلاف المتباعدة وعد الخياط مع الدباغ والحجام والكناس

ولو نقصت عن مهر مثلها فللولي أن يفرق بينهم، أو يتم المهر،

فهؤلاء بعضهم أكفاء بعض ولا يكافئون سائر الحرف. وفي «البنائية» عن «الغاية» الكناس والحجام والدباغ والحارس والسائس والراعي والقيم أي: البلان في الحمام ليسوا كفوؤاً لبنت الخياط ولا الخياط لبنت البزاز والتاجر ولا هما لبنت عالم وقاض، والحائك ليس كفوؤاً لبنت الدهقان وإن كانت فقيرة وقيل: هو كفوؤ انتهى. وقد غلب اسم الدهقان على ذي العقار الكثير كما في «المغرب».

قال في «الفتح»: وينبغي أن يكون الحائك كفوؤاً للعطار بالإسكندرية لما هناك من اعتبارها وعدم عدها نقصاً البتة إلا أن يقترن بها خساسة غيرها انتهى. وينبغي أن يكون الوظائف من الحرف فيكون صاحبها كفوؤاً لبنت التاجر إلا أن تكون دنية كبوابة وسواقة وإن من بيده وظيفة تدريس أو نظر يكون كفوؤاً لبنت الأمير بمصر كذا في «البحر» وفي «المحيط» وغيره وههنا خساسة هي أخس من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكرباه تابعاً وإن كان ذا مروءة ومال، وصرح في «الظهيرية» بأن بعض هؤلاء أكفاء لبعض قال في «البنائية»: قلت في مصر جنس هو أخس من كل جنس وهم الطائفة الذين يسمون بالسريانية. وأعلم بأنهم صرحوا بأن العبرة لكونه كفوؤاً وقت التزوج، فلو كان دباغاً ثم صار تاجراً ينبغي أن يكون كفوؤاً لبنت التاجر الأصلي لكن قولهم كما في «المجتبى» بأن الصنعة وإن أمكن تركها يبقى عارها يخالفه، كذا في «البحر». وأقول: المخالفة مبنية على تسليم كونه كفوؤاً ولقائل منعه لقيام المانع به وهو بقاء عار الحرفة السابقة واعتبارها وقت العقد معناه أنه لو كان وقته كفوؤاً ثم صار عاجزاً إذا عري لا يفسخ النكاح كما صرح به غير واحد ولو قيل: بأنه إن بقي عارها لم يكن كفوؤاً إلا بأن ينسى أمرها لتقدم زمانها كان كفوؤاً لكان حسناً. تنميم: لم يذكر العقل لعدم اعتباره في الكفاءة عندنا كسائر الأمراض وهذا أحد القولين وقيل: يعتبر لأنه يفوت مقاصد النكاح فكان أشد من الفقر ودناءة الحرفة وينبغي اعتماده لأن الناس يعيرون بتزويج المجنون أكثر من ذي الحرفة الدنية وفي «البنائية» عن المرغيناني لا يكون المجنون كفوؤاً للعاقلة وعند بقية الأئمة هو من العيوب التي يفسخ بها النكاح نعم لا عبرة بالجمال كما في «الخانية».

(و) لا بالبلد فالقروي كفوؤاً للمدني (لو نقصت) من زوجت نفسها (عن مهر مثلها للولي) وهو العصبية على ما مر لا غيره من الأقارب ولا القاضي لو كانت سفيهة كما في «الذخيرة» (أن يفرق بينهما) فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها وبعده ولو حكماً لها المسمى (أو يتم المهر) أي: مهر مثلها فالثابت له أحد أمرين وهو فرع قيام مكنة كل واحد منهما حتى لو لم يعلم حتى ماتت ليس له المطالبة بتكميل مهر

ولو زوج طفله غير كفاء،.....

المثل هذا قول الإمام وقالوا: ليس له ذلك لأن الزائد على العشرة حقها ولا اعتراض على من أسقط كما في الإبراء وله أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة ولا يتعيرون بالإبراء ثم أن نسبة هذا إلى محمد إنما تصح على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير ولي وهذه شهادة صادقة عليه، كذا في «الهداية» وفي هذه الشهادة طعن وذلك أن المسألة كما هنا هي في «الجامع الصغير» ورجوعه قبل موته بسبعة أيام ومعلوم أن وضع «الجامع» سابق، وحينئذ فيتعين أن يكون وضع المسألة فيما إذا أذن لها الولي في النكاح ولم يسم مهراً فعقدت على هذا الوجه أو أكره على تزويجها بمهر قليل ثم زال الإكراه ورضيت المرأة بدونه ليتأتى ذكر الخلاف.

(ولو زوج) الأب أو الجد (طفله) أي: ولده الصغير ذكراً كان أو أنثى (غير كفؤ) بأن زوج الذكراً أو الأنثى عبداً أو زوجه بغير فاحش بأن نقص من مهرها أو زاد في مهره صح النكاح عند الإمام ولزم الصغير سواء كان موسراً أو معسراً والأصح عندهما أنه لا يصح لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وله أن الحكم يدار على دليله وهو قرب القرابة والإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وفي النكاح مقاصد تربو على المهر وهذا موافق لما قدمناه عن «المحيط» وغيره من اعتبار الكفاءة في جانبها مخالف لما مر عن «الخبازية» من عدم اعتبارها عند الكل قال/ في «الحواشي السعدية» ولعلهما يعتبران الكفاءة بالحرية من جانبها دون غيرها [ب/١٧٥] لأن رقبة الزوجة تتبع رقبة أولادها انتهى.

وهذا يرشد إليه تصويرهم المسألة بما إذا زوج أمة إلا أن الظاهر اعتبارها في جانبها عندهما مطلقاً على ما مر. بقي أن إطلاق المصنف كغيره يفيد أن لا فرق في الصحة على قوله بين أن يزوجه ممن ليس له في الإسلام أب أو من دني الحرفة أو من فقير أو فاسق واستثنى في «فتح القدير» الديانة لما قالوه من أن الأب لو كان معروفاً بسوء الاختيار مجاناً، وفسقاً كان العقد باطلاً على قول الإمام على الصحيح ومن زوج ابنته القابلة للتخلق بالشر والخير ممن يعرف أنه شرير فاسق ظهر سوء اختياره ولأن ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارض ظهور إرادة مصلحة تفوق ذلك نظراً إلى شفقة الأبوة.

قال في «البحر»: وظاهر كلامهم أنه إن كان معروفاً بسوء الاختيار لم يصح عقده بغير فاحش ولا من غير كفؤ سواء كان عدم الكفاءة بسبب الفسق أم لا فقصره في «الفتح» على الفاسق مما لا ينبغي.

أو بغبن فاحش صح، ولم يجز ذلك لغير الأب، والجد.

فصل

لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه، وللوكيل أن يزوج موكلته من نفسه،

وأقول: التحقيق أن الأب تارة يعرف بسوء الاختيار فلا يصح عقده مطلقاً أولاً فيصح مطلقاً. ولو من فاسق بشرط أن يكون صاحباً إذ لو كان فعله ذلك أية سوء اختياره لزم إحالة المسألة فتدبره هذا إذا ظنه غير كفؤ أما لو ظنه كفؤاً فبان أنه مدمن خمر فإن كان أغلب أهل بيته صالحين فالنكاح باطل اتفاقاً، وكذا لو ظنه حر الأصل فبان معتقاً ووقع في أكثر الفتاوى أنه باطل وفي «الذخيرة» أي: يبطل وهذا يؤذن بانعقاده أولاً وهو الحق ويؤيده قوله في «الظهيرية» نفرق بينهما قيد بتزويج الطفل لانه لو زوج أمة الطفل بغبن فاحش لم يصح اتفاقاً لما فيه من إضاعة المال وكذا سائر التصرفات المالية كالبيع والصلح عن دعوى المال والإجارة والاستئجار وبالطفل لانه لو زوج الكبيرة برضاها من مملوكه (أو بغبن فاحش صح، ولم يجز ذلك) المذكور أي: لم يصح (لغير الأب والجد) لقصور الشفقة في العصابات ونقصان الرأي في الأم وكلامه شامل لو كليل الأب أيضاً فلو زوج الطفل بغبن فاحش لم يجز كما في «القنية» وينبغي أن يكون معناه ما لو وكله أن يزوج طفله أما لو عين له المقدار الذي هو غبن فاحش فيصح والله الموفق.

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها من أحكام الولي ونكاح الفضولي

ولما كانت الوكالة نوعاً من الولاية من حيث نفاذ تصرفه على الموكل كالولي على المولى كانت تالية الولاية الأصلية فلا جرم أوردتها ثانية في التعليم ثم ذكر غيرها من الفضولي لتأخره عنها لأن النفاذ بالإجازة إنما ينسب للولي المخير فنزل عقد الفضولي كالشرط له حيث لم يستقل بنفسه حكمه وبدأ بالولي لقوته وإن كان الفصل معقوداً للوكيل (لابن العم أن يزوج بنت عمه) الصغيرة وهذا القيد لا بد منه وإلا فإن كانت كبيرة وكان ذلك بإذنها كان فضولياً وحكمه سيأتي وأنت خبير بأن هذه المسألة من جزئيات ما مر من قوله: وللولي إنكاح الصغيرة، لأنه أعم من إنكاحها لنفسه أو لغيره (من نفسه) بأن يقول: أشهدوا أنني تزوجت بنت عمي فلانة بنت فلان أو زوجته من نفسي (وللوكيل) بتزويجها منه (أن يزوج موكلته من نفسه) بأن يقول عند الشهود زوجت فلانة من نفسي وكذا في كل شيء يكون من الطرفين قيدنا بكونه وكيلاً في هذا الخصوص لأنها لو وكلته أن يزوجها من رجل أو ممن شاء لا يملك تزويجها من نفسه، وكذا لو وكلته أن يتصرف في أمورها كما في «الخانبة»

ونكاح العبد والأمة بلا إذن السيد موقوف، كنكاح الفضولي،

وفي «الظهيرية» قال: ابن العم للكبيرة أريد أن أزوجك من نفسي فسكتت فزوجها من نفسه جاز وقيده في «غاية البيان» بالبكر ولا بد منه كما مر وبقي قيد آخر وهو كونه ولياً كما مر ثم إن كانت حاضرة أو عرفها الشهود فلا كلام وإلا فلا بد من ذكر اسمها ونسبها لهم خلافاً للخصاف.

قال الحلواني: والخصاف كبير في العلم يقتدى به هذا كله قول علمائنا الثلاثة ومنعه زفر لامتناع كون الواحد مملكاً ومتملكاً كما في البيع قلنا: هو في النكاح سفير ومعبر وكل من كان كذلك لا يمتنع أن يكون مملكاً ومتملكاً إذ لا تمنع في التعبير إنما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسليم / والإيفاء والاستيفاء وفي البيع أصل ولذا رجعت الحقوق إليه وقوله في «الغاية» هذا منقوض بما إذا زوجها على عبده فإنه يلزمه تسليمه مع أنه سفير رد بأنه إنما لزمه بالتزامه لا بأصل العقد كالبيع، وأفاد في «الذخيرة» أنه إذا سلمه لا يرجع على الزوج بشيء ولو قال: بألف من مالي أو بألفي هذه جاز ولا يلزم الوكيل شيء، والسفير الرسول والجمع سفراء كفقيه وفقهاء كذا في «الصحاح» وفيه عبرت عن فلان إذا تكلمت عنه انتهى. وهذا يفيد أن عطف المعبر على السفير تفسيري.

تتمة: بقي الرسول ذكره في «المبسوط» حيث قال: إذا أرسل إلى المرأة رسولاً حراً أو عبداً صغيراً أو كبيراً فقال: إن فلانا سألك أن تزوجه نفسك فأشهدت أنها زوجته وسمع الشهود كلامها فإن ذلك جائز إذا أقر الزوج بالرسالة أو قامت عليه بينة فإن لم يكن أحدهما فلا نكاح بينهما لأن الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضولياً ولم يرض الزوج بصنعه.

قال في «الفتح»: ولا يخفى أن مثل هذا بعينه في الوكيل انتهى. وإنما لم يذكر المصنف الرسول استغناء عنه بالوكيل لأنه فيه ليس إلا رسولاً والله الموفق. (ونكاح العبد) ولو مديراً أو مكاتباً (والأمة) ولو أم ولد (موقوف) فإن أجازته المولى بالقول أو بالفعل نفذ وإلا بطل وفي «التجنيس» (لو أذن له فيه) بعدما تزوج لم ينفذ إلا بإجازة العاقد (كنكاح) أي: وقف كوقف نكاح (الفضولي) لأنه صدر من أهله مضافاً إلى محله فيتوقف في عقود بشرط أن يكون له مجيز الوقوع وفسروه في «النهاية» بقابل يقبل الإيجاب سواء كان فضولياً أو وكيلاً أو أصلياً وقال في فصل بيع الفضولي منها: الأصل أن العقود تتوقف على الإجازة إذا كان لها مجيز حالة العقد وإلا تبطل والشراء إذا وجد نفاذاً نفذ على العاقل وإلا توقف بيانه، الصبي لو باع ماله أو اشترى أو تزوج أو زوج أمته أو كاتب عبده ونحوه توقف على إجازة الولي فلو بلغ هو فجاز نفذ ولو طلق أو خلع أو أعتق عبده على مال أو دونه أو وهب أو تصدق أو

ولا يتوقف شطر العقد على قبول ناكح غائب، والمأمور بنكاح امرأة.....

زوج عبده أو باع ماله بمحابة فاحشة أو اشترى بأكثر من القيمة بما لا يتغابن فيه أو غير ذلك مما لو فعله ولية لا ينفذ كان باطلاً لعدم المجيز وقت العقد إلا إذا كان لفظ الإجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الإنشاء كأن يقول بعد البلوغ: أوقعت ذلك الطلاق أو العتاق.

وقال في «الفتح»: وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد لا بالقابل مطلقاً ولا بالولي فالصواب أن يحمل المجيز على من له قدرة الإمضاء وما لا مجيز له أي: من لا يقدر على الإجازة يبطل كما لو كان تحت حرة فزوجه الفضولي أمة أو أخت امرأته أو معتدة أو مجنونة أو يتيمة صغيرة في دار الحرب ولم يكن ثمة سلطان ولا قاضي ولا وقعت الإجازة بعد زوال المانع. واعترض بالمكاتب إذا تكفل بمال ثم أعتق صحت حتى يطلب بها بعد العتق صح. وأجيب بأن كفالته نافذة عليه في حق نفسه غير أنه لم يظهر أثرها لحق المولى وبالعتق وإن^(١) وأما التوكيل والوصية فالإجازة فيها إنشاء. واعلم أن الفضولي قبل الإجازة لا يملك نقض النكاح لا قولاً ولا فعلاً بخلاف البيع وفي «الظهيرية» وكله أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها له بغير رضاها ملك نقضه قولاً لا فعلاً حتى لو تزوجه أختها لا ينتقض نكاح الأولى ولو لم يعينها ملكه فعلاً لا قولاً ولو أجاز نكاحها باشره قبل ذلك صح استحساناً.

(ولا يتوقف شطر العقد) أي: نصفه وهو الإيجاب (على قبول ناكح غائب) عن المجلس بل يبطل بلا خلاف لا فرق بين البيع والنكاح وغيرهما فالنكاح اتفاقي، كذا في «البحر» وأقول: هذا مبني على أن أُل في العقد للجنس لكن الظاهر أنها للعهد أي عقد النكاح إذ الكلام فيه بقي أن ما يقوم بالفضولي سواء كان من الجانبين أو من جانب واحد أصيلاً كان من الجانب الآخر أو وكيلاً أو ولياً هل هو عقد تام أو شرطه قال الإمام ومحمد: شرط فلا يتوقف. وقال الثاني: تام فيتوقف. ولا فرق عندهما بين أن يتكلم بكلام واحد أو بكلامين إذ قبوله غير معتبر شرعاً فالحق بالعدم فما في «الحواشي» وغيرها من تقييد الخلاف بما إذا تكلم بكلام واحد أما إذا تكلم بكلامين فيتوقف اتفاقاً ضعيف قيد بالغائب لأنه لو كان حاضراً فتارة يتوقف كالفضوليين وتارة ينفذ كما إذا كان ولياً أو وكيلاً من الجانبين أو أصيلاً من جانب [١٧٦/ب] وكيلاً أو ولياً من آخر أو ولياً من جانب وكيلاً من آخر فهذه خمس صور اتفاقية. وقد مر أربعة خلافية في متولي الطرفين ولم يذكروا الأصل من الجانبين مع أن القسمة العقلية تقتضيه لاستحالة (والمأمور بنكاح امرأة) نكرها دلالة على أنه لو عينها فزوجها له مع أخرى لا يكون مخالفاً بل ينفذ عليه في المعينة وفي «الخانية» وكله

(١) هكذا العبارة في الأصل وفيها اضطراب فلينظر.

مخالف بامرأتين لا بأمة .

باب المهر

أن يزوجه فلانة أو فلانة فأيتها زوجه جاز ولا يبطل التوكيل بهذه الحالة (مخالف) أمره (بامرأتين) أي: بتزويجه امرأتين يعني في عقد واحد قيد به في «الهداية ولا بد منه لأنه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ في أحدهما غير عين للجهاالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية .

قال في «الهداية»: «فيتعين التفريق ورده الشارح بأنه غير مستقيم إذ له أن يجيز أحدهما أيتها شاء أو نكاحهما والمنفي إنما هو اللزوم للمخالفة وأجاب في «الحواشي السعدية» بأن المراد إذا لم يجز تزويجهما ورده بقريئة السياق قيد بامرأة لأنه لو أمره أن يزوجه امرأتين في عقدة فزوجه واحدة فإنه يجوز، كما في «الخلاصة» .

قال في «البنية»: «إلا إذا قال: لا تزوجني إلا امرأتين في عقد وقيدنا بكونه في عقد واحد لأنه لو زوجه أيهما في عقدين نفذ الأول وتوقف الثاني وقيد بامرأتين لأنه لا يكون مخالفاً بالواحدة ولو صغيرة لا يجامع مثلها إجماعاً إلا إذا وصفها بأن قال سواداً فزوجه بيضاء أو عكسه لا يجوز وكذا لو قال من قبيلة كذا فزوجه من أخرى ثم إذا لم يصفها واختلفا في تعيينها فقال الموكل هي هذه وقال الوكيل إنما زوجتك هذه كان القول للزوج إذا صدقته المرأة كذا في «الخانية» (لا) يكون مخالفاً (بأمة) ولو مكاتبه أو أم ولد بشرط أن لا تكون للوكيل التهمة وهذا عند الإمام، وقالوا: لا يجوز إلا أن يزوجه كفوًا وذكر في الوكالة أن هذا استحسانا عندهما لأن كل واحد لا يعجز عن التزويج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزويج بالكفو، كذا في «الهداية» وهو ظاهر في ترجيح قولهما ويوافقه ما في «شرح الطحاوي» أنه الأحسن للفتوى واختاره أبو الليث وأجمعوا أنه لو زوجه ابنته الصغيرة أو موليته لا يجوز ولو كبيرة فكذلك عند الإمام وقالوا: يجوز ولو زوجه امرأة قد أبانها قبل التوكل لا يكون مخالفاً إلا أن يكون الموكل قد شكى إليه من سوء خلقها وكذا الزوجة من آلى منها أو حلف بطلاقها ثلاثاً إن تزوجها ويقع الطلاق وفيه خلافهما والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب .

باب المهر

لما فرغ من بيان ركن النكاح وشرطه شرع في بيان حكمه وهو المهر فإن مهر المثل يجب بالعقد فكان حكماً، كذا في «العناية» قال في «الحواشي السعدية»: لا أدري لم خص مهر المثل مع أن وجوب المهر مطلقاً مسمى كان أو مهر المثل من

صح النكاح بلا ذكره، وأقله عشرة دراهم.....

أحكام النكاح فكان الأولى الإجراء على العموم. وأقول: إنما خص مهر المثل لأن حكم الشيء هو أثره الثابت به والواجب بالعقد إنما هو مهر المثل، كما صرح به في «العناية» بعد ولذا قالوا إنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح وأما المسمى فإنما قام مقامه للتراضي به ثم عرفه في «العناية» بأنه اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع إما بالتسمية أو بالعقد انتهى لكنه غير جامع لعدم شموله الواجب بالوطء بشبهة ومن ثم عرفه بعضهم بأنه اسم تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطاء إلا أن يقال: المعرف إنما هو المهر الذي هو حكم النكاح بحكم العقد ويقال له الصداق والنحلة والأجر والفريضة والصدقة والحباء وجاء في السنة تسميته بالعليقة والعقر وقد جمعها بعضهم:

صداق ومهر نحلة وفريضة حباء وأجر ثم عقر علائق

لكنه لم يذكر الصدقة قيل وقد سماه الله تعالى بالابتغاء وفي الصداق سبع لغات أوضحها عند تغلب فتح الصاد وعند الفراء والأخفش كسرهما (صح) عقد (النكاح بلا ذكره) لأنه عقد انضمام لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعاً إبانة لشرف المحل فلم يحتج إلى ذكره لصحته ولذا لم ينقل عن أحد خلاف في صحته بدون ذكره وكذا يصح مع نفيه لما ذكرنا (وأقله) أي: أدناه (عشرة دراهم) فضية ولو غير مصكوكة لخبر الدارقطني: «لا مهر أقل من عشرة دراهم»^(١) وقد ضعف لكنه بتعدد طرقه ارتقى إلى الحسن فقد رواه البيهقي في السنن الكبيرة من طرق وضعفها وأخرج عن علي: «أقل ما تستحل به المرأة عشرة دراهم» لا فرق في ذلك بين الدين والعين لو تزوجها على عشرة / له على زيد صح وتأخذها من أيهما شاءت فإن اتبعت [١٧٧/١] المديون أجبر الزوج على أن يوكلها بالقبض منه ولو على الألف التي له على فلان إلى سنة فاتبعت الزوج أخذته بالمال إلى سنة، كذا في «الخانية» وفي «الظهيرية» تزوجها على ألف على أن ينقد ما تيسر له والباقي إلى سنة كان الألف كله إلى سنة إلا أن تقيم البينة على أنه تيسر له البعض أو الكل فتأخذه ولو تزوجها أحد الدائنين على حصته من دين لهما عليها ليس للثاني مشاركته ولو على دراهم مطلقة بقدر حصته من الدين وصار قصاصاً كان له المشاركة والفرق أن النكاح في الأول أضيف إلى دراهم عين فتعلق بعين ما في ذمتها له وفي الثاني إلى مطلقة فتعين بمثلها، كذا في «الذخيرة» وفي «الظهيرية» تزوجها على ما وجب له من الدية على عاقلتها لأنها

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٦).

فإن سماها أو دونها فلها عشرة بالوطة، أو الموت، وبالطلاق قبل الدخول.....

مؤدية عنهم. قال في «المحيط»: ولو تزوجها على عيب عبد اشتراه منها جاز لأنها يقبولها النكاح صارت مقرة بحصة العيب لأن النكاح لا بد له من مهر فيكون نكاحها بمال فإن كانت قيمة العيب عشرة دراهم فيها وإلا كانت لها وغير الدراهم يقوم مقامها باعتبار القيمة وقت العقد في ظاهر الرواية حتى لو تزوجها على ثوب أو مكيل أو موزون قيمته يوم العقد عشرة فصارت يوم القبض أقل ليس لها الرد وفي العكس لها ما نقص.

قال في «المحيط»: ولو صارت أكثر وقد طلقها قبل الدخول بعدما استهلكته ردت نصف قيمته يوم القبض لأنه إنما دخل في ضمانها بالقبض فتعتبر قيمته يومه ولو كسدت الدراهم قبل القبض كان على الزوج قيمتها قبل الكساد كذا في «الخانية» وفي «الولوالجية» المختار يوم الكساد (فإن سماها) أي: العشرة (أو) سمي (دونها فلها عشرة بالوطة) ولو حكماً لتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البديل (أو الموت) أي: يموت أحدهما لأنه به ينتهي النكاح والشيء بانتهائه يتقرر بجميع مواجبه لكن بقي يتأكد أيضاً بوجوب العدة عليها لما سيأتي من أنه لو أبانها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة وجب كل المهر وإن لم يدخل بها لأن وجوبها فوق الخلوة بها وحكم النكاح الفاسد في هذا حكم الصحيح وبما إذا زال بكارتها بحجر ونحوه، بخلاف ما إذا أزالها بدفعة حيث يجب النصف بالطلاق قبل الدخول ولو كان الدفع من أجنبي.

(و) جب (بالطلاق قبل الدخول) نصف المسمى على الزوج وعلى الأجنبي نصف صداق مثلها، وفي «جامع الفصولين»: تدافعت جارية مع أخرى فرالت بكارتها وجب عليها مهر المثل انتهى. وهو بإطلاقه يعم ما لو كانت المدفوعة متزوجة يستفاد منه وجوبه على الأجنبي كاملاً فيما إذا لم يطلقها الزوج قبل الدخول فتدبره ثم إيجاب العشرة فيما إذا سمي ما دونها استحسان.

وقال زفر: يجب مهر المثل قياساً على عدم التسمية، وجه الاستحسان أن العشرة في كونها صداقاً لا تتجزأ شرعاً وتسمية بعض ما لا يتجزأ ككله ولأن في المهر حقين حقها وهو ما زاد على العشرة إلى مهر مثلها وحق الشرع وهو العشرة فإذا أسقطت حقها برضاها بما دون العشرة بقي حق الشرع فوجب تكميلها قضاء لحقه وبالطلاق قبل الدخول والخلوة ولم يذكرها لأن اسم الدخول يشملها كذا في «المجتبى» تنتصف العشرة لقوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾ [البقرة: ٢٣٧] الآية وجعل في «البحر» الضمير في يتنصف عائداً إلى المسمى بناء

ينتصف، وإن لم يسمه أو نفاه فلها مهر مثلها إن وطئ أو مات عنها،

على أن الفعل بالياء إلا أن كونه بالتاء الفوقية أولى لأنه لو سمي ما دونها لا ينتصف المسمى فقط في «المبسوط» وغيره تزوجها على ثوب قيمته خمسة فطلقها قبل الدخول كان له نصف الثوب ودرهمان ونصف وما في «الخلاصة» لو تزوجها على أقل من العشرة أو ثوب قيمته أقل من عشرة كان لها نصف المسمى عند الطلاق قبل الدخول محمول على هذا ومعنى تنصيفها استحقاق الزوج النصف منهما لا أنه يعود إلى ملكه كما فهمه في «البحر» فلا يرد أن هذا إذا لم يكن مقبوضاً لها فإن كان لم يبطل ملكها منه إلا بالقضاء والرضى ولذا نفذ تصرفها فيه بعد الطلاق من عتق أو بيع أو هبة وكان عليها نصف قيمته للزوج يوم القبض خلافاً لقول من قال إنه يسقط ويجب النصف بطريق المتعة وهذا القول وإن جرى عليه في «الهداية» في الرجوع عن الشهادات لكن خلاف طريق الأصحاب لعدم فائدته كما في «البدائع».

قال الحدادي: وأثر الخلاف يظهر فيما لو كان به رهن عندها فعلى ما في «الكتاب» لها إمساكه لا على الثاني ولو اختلفا في الدخول وعدمه فالقول لها كما في «القنية»، واعلم أن الزيادة في المهر إما متصلة أو متولدة كالسمن أو لا / كالصبيغ [١٧٧/ب] أو منفصلة متولدة كالولد أو لا كالأرش وكل إما أن يكون قبل القبض فينتصف إلا لغير متولدة أو بعده فلا (ينتصف) فالأقسام ثمانية والنقصان يصيبه من غيرها إن كان فاحشاً رده وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل: ما لا يتغابن في مثله وقيل فيما يخرج من الجيد إلى الوسط ومن الوسط إلى الرديء ثم لا يخلو إما أن يفعله قبل الطلاق أو بعده أو بفعلها أو أجنبي أو بفعل المهر نفسه أو بأفة سماوية وكل منها إما أن يكون في يده قبل الطلاق أو في يدها بعده قبل الحكم بالرد أو بعده. فهي خمسة وعشرون ففي الزوج والأجنبي إن شاءت أخذته مع النقصان أو قيمته من الزوج يوم العقد وظاهر الرواية أن فعل المهر كالزوج وفي الآفة إن شاءت أخذته بلا غرم أو قيمته وبفعلها صارت قابضة، كذا في «المحيط» وغيره وفيه تزوجها على أمة بعينها فماتت في يدها ثم علمت أنها كانت عمياء رجعت بنقصان العمى كما في البيع ولو لغير عينها ضمننت قيمتها عيباً والزوج قيمة خادم وسط فيتقاضاه وترد الفضل ولو كانت قيمتها أكثر من الوسط ولم يرجع عليها بشيء.

(وإن لم يسمه) تسمية صحيحة أو سكتت عنه (أو نفاه فلها مهر مثلها إن وطئ) ولو حكماً (أو مات عنها) أو ماتت، لما رواه أبو داود أن ابن مسعود قال: «في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق كاملاً عليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان أشهد أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق

بمثله»^(١) هذا لفظ أبو داود وله روايتان بألفاظ أخر قال البيهقي جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح والأشهر في بروع كسر الباء وعم كلامه ما لو تزوجها على ألف على أن ترد عليه ألفاً بمقابلتها مثلها فبقي النكاح بلا تسمية، كذا في «الفتح» .

وفي «القنية» لو قال: زوجيني نفسك بخمسين ديناراً وأبرئيني منها فقالت قبلت ينعقد بمهر المثل لعدم التسمية فأما لو تزوجها على حكمه أو حكمها أو أجنبي فلو حكم واحد من هؤلاء بأكثر من مهر المثل أو أقل توقف على رضى من له الحق وما لو سمي مجهولاً كدراهم أما لو ذكر معه معلوماً كما لو تزوجها على دينار وشيء كان لها الدينار ونصف إلا شيء فإن كان مهر المثل أقل من الدينار كان لها الدينار فقط، كذا في «المحيط» وفيه تزوجها على وزن هذا الحجر ذهباً ثم علم وزنه فالخيار للزوج لا للمرأة لأن تملك المهر يستفاد من جهته كما في الشراء، ولو قال: تزوجتك على حصة مهر مثلك من ألف إذا قسمت على مهر مثلك ومهر فلانة فقبلت، كان لها مهر المثل لا تزداد على ألف انتهى .

وما لو سمي ما لا يصح مهراً لتأخير الدين عنها والتأخير باطل أو قال: على ما تلبسه العام أو تزنه أو على ما وجب له عليها من القصاص ويكون عفواً وعلى عتق أبيها أو طلاق فلانة، ويقع العتق على المعتق والطلاق رجعيًا. ولو قال: عنها صح ولا شيء لها لثبوت الملك اقتضاء ولو على حجة كان لها قيمة حجة وسط، كما في «الظهيرية» ولو على أن يحج بها كان لها مهر المثل، كما في «الخانية» وفي «المحيط» تزوجها على بيت فإن كان بدويًا كان لها بيت من شعر وإلا قال محمد لها: بيت وسط أي: ثياب وسط لقوله بعد مما جهز هنالك قالوا: هذا في عرفهم أما في عرفنا فلا ينصرف إلا إلى المبنى من المدر وأنه لا يصلح مهراً انتهى . يعني فوجب مهر المثل ولو تزوجها على مهر جائز في الشرع ففي «المعراج» عشرة وفي «القنية» مثل المهر وما هنا فرعان في «المحيط» وغيره الأول قال في «النوادر»: ولو قال لها: أتزوجك على أن تعطيني عبدك هذا فقبلت جاز النكاح بمهر المثل ولا شيء له من العبد لأن هذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل به وأراد بالشرط الفاسد اشتراطه عليها أن تهب له العبد الثاني تزوجها على أن يدفع إليها هذا العبد قسم مهر مثلها على قيمة العبد وعلى مهر مثلها فما أصاب قيمة العبد فالبيع فاسد والباقي يصير مهراً كما في «أجناس

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح (٢١١٤).

والمتعة إن طلقها قبل الوطاء، وهي درع، وخمار، وملحفة،.....

الناطفي» ووجه الثاني في «اللولوالية» بأنها بذلت البضع والعبد بإزاء مهر مثلها والمبذول ينقسم على قدر قيمة المبذل فما أصاب قيمة العبد فالبيع فيه فاسد لأنها باعته بشيء مجهول والباقي يصير مهراً قال في «الفتح»: وهذا اختلاف في القدر الذي يجب لها إذ مقتضى الأول أنه تمام مهر المثل بخلاف الثاني انتهى. وإنما لم يكن تمام مهر المثل في الثاني لرضاها بذلك وأما لو تزوجها على ألف على أن تدفع / إليه [١٧٨] هذا العبد صح البيع والنكاح والله الموفق.

(والمتعة) عطف على قوله لها مهر مثلها أي ولها المتعة واجبة (وإن طلقها) أو فارقتها بإيلاء أو لعان أو جب أو عنة أو ردة أو إباء منه أو تقبيل ابنتها أو أمها بشهوة بخلاف ما لو فارقت بخيار البلوغ أو عتق أو عدم كفاءة أو إرضاع أو تقبيل ابنه بشهوة حيث تسقط المتعة وكذا لو اشترى منكوحة من مولاها لمشاركة المولى الزوج في سبب السقوط (قبل الوطاء) هذا إذا أنسدت التسمية من كل وجه أما لو صحت من وجه كما إذا تزوجها على ألف وكرامتها أو على أن يهدي لها هدية وجب لها نصف المسمى لا المتعة مع أنه لو دخل بها وجب مهر المثل لا ينقص من الألف كما في «غاية البيان» كذا في «البحر» انتهى.

وأقول: قدمنا عن «المحيط» أنه لو تزوجها على ألف أو ألفين وجب مهر المثل عند الإمام خلافاً لهما قال: ولو طلقها قبل الدخول كان لها خمسمائة بالإجماع وهي عنده بحكم المتعة لأن الظاهر أن قيمة المتعة عنده لا تزيد على خمسمائة حتى لو زادت كان لها المتعة عنده كما في العشرة والعشرين انتهى. وهذا يقتضي أن إيجاب الخمسمائة فيما إذا تزوجها على ألف وكرامتها أو على أن يهدي إليها ليس لصحة التسمية من وجه بل لأن قيمة المتعة لا تزيد عليها وحينئذ فلا حاجة إلى هذا التقيد (وهي درع) بكسر المهملة ما تلبسه المرأة فوق القميص كذا في «المغرب» قال في «البحر»: ولم يذكر في «الذخيرة» وإنما ذكر القميص وهو الظاهر.

وأقول: درع المرأة قميصها والجمع أدرع وعليه جرى العيني وعزاه في «البنية» لابن الأثير وعلى هذا فكونه في «الذخيرة» لم يذكره مبني على تفسير المطرزي (وخمار) ما تغطي به المرأة رأسها (وملحفة) بكسر الميم ما تلحف به المرأة من قرننها إلى قدمها. قال فخر الإسلام: هذا في ديارهم أما في ديارنا فتزاد على هذا إزار ومكعب، كذا في «الدراية» ولا يخفى عنا الملحفة عن الإزار إذ هي بهذا التفسير إزار إلا أن يتعارف تغايرهما كما في مكة المشرفة. ولو دفع قيمتها أجبرت على القبول كما في «البدائع» ولم يبين المصنف بماذا تعتبر. وقد قال الكرخي: يعتبر كما في «البدائع» حالها واختاره

وما فرض بعد العقد، أو زيد لا ينتصف،

القدوري. واختار السرخسي اعتبار حاله ورجحه في «الهداية» قال في «الفتح»: وقد يقال إن هذا يناقض قولهم أنها لا تزداد على نصف مهر المثل ولا تنقص عن خمسة دراهم يعني إذا كان نصف مهر مثلها أقل منها نص عليه في «الأصل» و«المبسوط» وهو صريح في اعتبار حالها وهذا لأن مهر المثل هو العوض الأصلي وقد تعذر تصنيفه لجهالة فيصار إلى المتعة خلفاً عنه فلا تجوز الزيادة على نصف المهر ولا تنقص عن خمسة لأن أقل المهر عشرة.

وأجاب في «البحر» بأن اعتبار حاله مقيد بأن لا يزداد على نصف المهر المثل لأنه عند التسمية التي هي أكد لا يزداد على نصف المسمى فعند عدمها أولى ودعوى الصراحة في اعتبار حالها ممنوعة لأنها لو كانت غنية قيمة متعها مائة والزوج فقيراً يناسبه أن تكون عشرين وجب المائة على اعتبار حالها والعشرون على اعتبار حاله وفي عكسه يجب عشرون يعني على كل الأقوال لا باعتبار حالها بل لما ذكرنا انتهى. وفيه نظر فتدبره واعتبر الخصاص حالهما وهو أشبه بالفقه قال في «الولوالجية»: وهو الصحيح وعليه الفتوى وفي «الذخيرة» وهي من الوسط لا جيد غاية الجودة ولا رديء غاية الرداءة.

قال في «الفتح»: وهذا الإطلاق لا يوافق رأياً من الثلاثة وفي «البحر» لعله سهو فإن اعتبار الوسط موافق للآراء كلها كأنها لو كانت فقيرة وجب لها الكرياس الوسط على قول من اعتبر حالها أو متوسطة فقز وسط أو غنية فإبريسم وسط وكذلك حاله على قول من اعتبر حاله وعلى اعتبار حالهما فإن غنيين وجب إبريسم وسط أو فقيرين فكرياس وسط انتهى. وعندي أنه ليس سهواً بل هو الساهي إذ ظاهر الإطلاق في «الذخيرة» يفيد أن يجب من القز أبداً لأنه الوسط المطلق وهذا لا يوافق رأياً من الثلاثة. ولا نسلم أن إيجاب الوسط من القز أو الكرياس إيجاب وسط مطلق بل إيجاب وسط من الأعلى أو من الأدنى فظاهر أن المطلق خلاف المقيد نعم صرف الكلام على ظاهر بحمل ما في «الذخيرة» على ما ادعاه في «البحر» ممكن واعتراضه في «الفتح» ليس إلا على الإطلاق والله الموفق.

(وما) أي: والذي (فرض بعد العقد) الخالي عن / المهر (أو زيد) على المهر المسمى عند العقد (لا ينتصف) بالطلاق قبل الدخول أما الأول فلأن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا ينتصف فكذا ما نزل منزلته لا فرق في ذلك الفرض بين أن يكون بتراضيهما أو بفرض القاضي لأن لها أن تطالبه عند القاضي بأن يفرض لها مهراً إذا لم يكن فرض عند العقد ذكر التمرتاشي كذا في «الدراية» و«فتح القدير»، والمراد بفرض القاضي مهر المثل لما في «البدائع»، ولو تزوجها على أن لا مهر لها وجب مهر المثل بنفس العقد عندنا ثم قال: والدليل على صحته ما قلنا أنها لو طلبت الفرض من

الزوج يجب عليه الفرض حتى لو امتنع فالقاضي يجبره على ذلك ولو لم يفعل ناب منابه في الفرض وهذا دليل الوجوب قبل الفرض انتهى . ثم رأيت في «المحيط» ما لفظه : فإن فرض القاضي والزوج بعد العقد جاز لأن ذلك يجري مجرى التقدير لما وجب بالعقد من مهر المثل زاد ونقص لأن الزيادة على الواجب صحيحة والحط عنه جائز ويلتحق بأصل العقد لثلا يلزمها تحمل جهالة مهر المثل وهذا ينبغي أن يحمل على ما إذا رضيا بذلك وإلا فالزيادة على مهر المثل عند إباطه والنقص عنه عند إباطها لا يجوز وأما الثاني فإنما لا يتنصف لاختصاص التنصيف بالمفروض في العقد للنص المفيد بالفائدة وفي كلامه إشارة إلى جواز الزيادة فيه سواء كانت من جنس المهر أو لا من زوج أو ولي فقد صرحوا بأن الأب والجد لو زوج ابنه ثم زاد في المهر صح بشرط أن تكون معلومة القدر حتى لو راجعها ثم قال : زدتك في مهرك لا يصح للجهالة، كما في «الخانية» .

وبشرط أن تقبل في المجلس على الأصح كما في «الظهيرية» أو يقبل وليها لو صغيرة وفي اشتراط بقاء المهر في ذمته خلاف ففي «القنية» راقماً لقاضي خان قال : بعد الهبة جعلت ألف درهم مهرك لا يلزم وفيها الزيادة في المهر بعد الهبة تصح وفي «الخانية» لو وهبته مهرها ثم أشهد أن لها عليه كذا وكذا من المهر تكلموا فيه واختار الفقيه الصحة إذا قبلت ويحمل على أنه زادها في مهرها وفي «البرازية» الأشبه أن لا يصح ولا يجعل زيادة بلا قصد الزيادة وكذا في اشتراط بقائها في عصمته ففي «المحيط» الزيادة في المهر صحيحة حال قيام النكاح عند علمائنا الثلاثة خلافاً لزر والخلاف فيه نظير الخلاف في الزيادة في الثمن وفي إكراه شيخ الإسلام الزيادة في المهر بعد الفرقة باطلة وهكذا روى بشر عن الثاني فيمن طلق امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها أو بعده ثم زادها في مهرها لم تصح الزيادة لكن ذكر القدوري أن الزيادة بعد الموت جائزة عند الإمام خلافاً لهما واستنبط منه في «أنفع الوسائل» جوازها بعد البائن وانقضاء العدة في الرجعي بالأولى .

وأقول : الظاهر عدم جوازها بعد الموت والبينونة وإليه يرشد تقييد «المحيط» بحال قيام النكاح إذ قد نقلوا أن ظاهر الرواية أن الزيادة بعد هلاك المبيع لا يصح وفي رواية «النوادر» تصح ومن ثم جزم في «المعراج» وغيره بأن شرطها بقاء الزوجية حتى لو زادها بعد موتها لم تصح والالتحاق بأصل العقد وإن كان يقع مستنداً إلا أنه لا بد أن يثبت أولاً في الحال ثم يثبت وثبوت متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده وما ذكره القدوري موافق لرواية «النوادر» وقد قالوا : لو أعتق المشتري الجارية ثم زاد في الثمن لم يصح وهو قولهما ورويا عنه الصحة ذكره في «البرازية» ولوجود النكاح بزيادة ألف قيل : على قول الإمام والثاني لا يلزم الألف الثانية وعلى قول محمد يلزمه وقيل : الخلاف على عكس هذا وفي

وصح حطها، والخلوة.....

«الكافي» ظاهر المنصوص في الأصل أنه يلزمه الألفان على قول الإمام، وعند الثاني المهر وهو الأول وفي «الولوالجية» زوجت نفسي منك بألف فقبل بالفين إن قبلته قبل التفريق لزمه لا بعده وهذا يجب أن يكون قول أبي يوسف ومحمد بناء على أن الألفين ألف وزيادة وعليه الفتوى، قال في «الفوائد»: والحاصل أن الصور ثلاث الزيادة بلفظ الزيادة ويستوي فيها ما كان قبل الهبة وبعدها الثانية: الإقرار بعد الهبة أن عليه مهرها وهو كذا الثالثة: تجريد النكاح بزيادة وقد مر الكل بحمد الله تعالى. وفي قوله ويستوي / إلى آخره إيماء إلى أن الخلاف في الزيادة بعد الهبة محل ما إذا لم يكن بلفظ الزيادة وهو حسن والله الموفق.

[١/١٧٩]

(وصح حطها) أي: إسقاطها المهر كلاً أو بعضاً قبل أو لا وهل يرتد بالرد؟ قال في «أنفع الوسائل»^(١): لم أر فيه نقلاً والظاهر أنه يرتد قال في «البحر»: وقد ظفرت به في «مداينات القنية» قالت لزوجها: أبرأتك ولم يقل قبلت أو كان غائباً فقالت: أبرأت زوجي يبرأ إلا إذا رده انتهى. ولا يخفى أن المدعي إنما هو رد الحط وكأنه نظر إلى أنه إبراء معنى وقيد في «البدائع» بما إذا كان المهر ديناً للاحتراز عما إذا كان عيناً فإنه لا يصح ومعنى عدم صحته أن لها أن تأخذ منه ما دام قائماً فلو هلك في يده سقط المهر عنه لما في «البرازية» أبرأتك عن هذا العبد يبقى العبد وديعة عنده انتهى.

وظاهر كلامهم أنه صحيح ولو بعد الموت والبيونة وقد قالوا إن الحط بعد هلاك المبيع صحيح لأنه إسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد لكن لا بد فيه من المرض ومن ثم قال في «الخلاصة» من الهبة: خوف امرأته بضرب حتى وهبت مهرها لا يصح إن كان قادراً على الضرب وفي «القنية» لو تزوجها سراً فقال لها: أصدقاؤه إن لم تبرئيه من المهر وإلا قلنا للشحنة كذا وكذا فيسود وجهك، فأبرأته خوفاً كان إكراهاً ولا يبرأ ولو لم يقولوا فيسود وجهك فليس بإكراه ولو قال لها أبرئيني من مهرك حتى أهب لك كذا فوهبته وأبى الزوج أن يهب لها يعود المهر وعلى هذا لو قالت: وهبته منك على أن لا تظلمني أو على أن تحج في وإن لم يكن هذا شرطاً في الهبة لا يعود المهر لو قالت: وهبته لك بشرط كذا وقال: بغير شرط فالقول لها وقد عرف أنها في مرض الموت وصية تتوقف على الإجازة إلا أن تكون مبانة منه وقد انقضت عدتها فينفذ من الثلث فلو وهبته له ثم ماتت فقال الزوج: كانت في الصحة والورثة في المرض فالقول له لأنه ينكر المهر كذا في «الخلاصة» قيد بحطها لأن حط أبيها لو بالغة يتوقف على إجازتها ولو صغيرة بطل (والخلوة) شروع

(١) واسمه أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل في الفروع للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي الطرسوسي الحنفي، المتوفى سنة (٧٥٨هـ). اهـ. كشف الظنون (١/١٨٣).

بلا مرض أحدهما، وحيض، ونفاس، وإحرام، وصوم فرض.....

في بيان الخلوة الصحيحة وهي الخالية عن المانع الحسي والطبعي والشرعي كالوطء في تأكيد المهر بها أشار إلى الأول بقوله (بلا مرض) في أيهما كان لكن الأصح أن مرضها لا يمنع إلا إذا لحقه به ضرر ومنه أن يكون بفرجها شعر أو قرن وهو غدة غليظة أو لحمة أو عظم أو عفل وهو شيء مدور يخرج في الفرج ومنه أن يكون صغيراً لا يجامع مثله أو صغيرة كذلك ومنه أن يكون معها ثالث بصيراً كان أو أعمى نائماً كان أو يقظاناً صغيراً كان أو كبيراً إلا أن يكون مجنوناً أو مغمى عليه أو لا يعقل وفسره في «الخانية» بالذي لا يمكنه أن يعبر عما يكون بينهما لكن في «البزازية» في المجنون والمغمى عليه إن في الليل صحت لا في النهار وكذلك الأعمى في الأصح ولا تمنع جارية (أحدهما) في «المختار» كما في «الخلاصة»، قال في «المبتغى»: وعليه الفتوى وقالوا: إن كلبها مانع بخلاف كلبه إلا أن يكون عقوراً قال في «الفتح»: وعندني أن كلبه لا يمنع وإن كان عقوراً لأنه قط لا يعتدي على سيده ولا على من يمنعه عنه سيده ومنه عدم صلاحية المكان كالمسجد والطريق والصحراء والسطح واختلف في البيت إذا كان بابه مفتوحاً أو طوابقه بحيث لو نظر إنسان رأهما ففي «النوازل» إن كان لا يدخل عليهما أحد إلا بإذنه فهي خلوة واختار في «الذخيرة» أنه مانع والصالح كما في «شرح الطحاوي» أن يكونا في مكان يأمنان اطلاع الناس عليهما كالدار والبيت يعني المغلوق بابهما وإلى الثاني بقوله (وحيض ونفاس) لكنه إنما يكون كذلك عند درور الدم لا عند عدمه مع أنه شرعي فيهما أيضاً والظاهر أنه لا يوجد طبعي إلا وهو شرعي فلو اكتفوا بالشرعي عنه لكان أولى كذا في «البحر» وجعل منه في «البدائع» وجود الثالث وجعله في «الأسرار» من الحسي وإلى الثالث بقوله (وإحرام) وأطلقه إيما إلى أنه لا فرق فيه بين إحرام الفرض والنفل والعمرة قالوا: لأنه يلزم من الوطء معه الدم والفساد والمضي والقضاء وهذا يقتضي أنه لو خلا بها بعد الوقوف أو بعد طواف أكثر العمرة صحت والجواب مطلق ويمكن أن يقال: المنظور إليه إنما هو لزوم الدم ولا شك أن البدنة فوقه وأما لزوم الفساد فمؤكد للمانع فقط / بقوله [١٧٩/ب]

(وصوم فرض).

اعلم أنه لا خلاف في أن أداء رمضان مانع واختلف فيما عداه من التطوع والندور والكفارات والقضاء والأصح أنه غير مانع لعدم وجوب الكفارة بالإفساد وعلى هذا فقول القدوري أو كان أحدهما صائماً في رمضان من الحسن بمكان أقول: بقي أن هذا يقتضي أنه لو أكل ناسياً ثم أمسك وخلا بها أن تصح وعلى هذا كلما أسقط الكفارة وإذا عرف هذا فقوله في «البحر»: فتقيده بالفرض ليس على قول من الأقوال فكان ينبغي أن يقيد به بالأداء أو يطلق وأقول: عبارة قاضي خان في «الفتاوى» تفيد أن ثمة خلافاً في الفرض وآخر

كالوطء،

في التطوع وذلك أنه قال: إن الخلوة في صوم الفرض أو صلاة الفرض لا تصح وفي صوم القضاء والكفارات والمنذور روايتان والأصح أنه لا يمنع الخلوة وصوم التطوع لا يمنع الخلوة في ظاهر الرواية وقيل: يمنع انتهى .

وفي شرح «الهداية» أن رواية المنع في التطوع شاذة وعلى هذا فالتقييد بالفرض صحيح غاية الأمر أنه اختار المرجوح والصلاة كالصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله كذا في «الهداية»، وفي «شرح الوقاية» أن الواجبة منها كالنفل قال في «البحر»: وينبغي أن يكون الفرض في الصوم ولو مندوراً مانعاً اتفاقاً لأنه يحرم إفساده وإن كان لا كفارة فيه وكذا ينبغي أن يكون مطلق الصلاة مانعاً لحرمة الإفساد لغير عذر وأقول: لا شك أن الحرمة في الأداء أقوى منها في غيره لما اشتملت عليه من إفساد الصوم وهتك حرمة الشهر ولذا غلظ عليه بالكفارة مع القضاء ولا بد من التزام هذا في الصلاة وإلا أشكل. تتميم: من الموانع الشرعية أن يعلق طلاقها بخلوتها كقوله إن تزوجت فلانة فخلوت بها فهي كذا لحرمة وطئها حينئذ بالبينونة، فلا يتمكن من وطئها ويجب نصف المهر ولا عدة عليها، كما في «الخلاصة» وسيأتي ما ينافيه ومنها أن لا يعرفها حين اجتماعهما لأن التسليم والتمكن لا يحصل بدون المعرفة، كذا في «المحيط» قال في «الخانية»: ويصدق في أنه لا يعرفها بخلاف ما إذا لم تعرفه والفرق لا يخفى ولو كان نائماً صحت علم أو لم يعلم كما في «الخلاصة» فجعلوه كاليقظان وقالوا: إن الكافر إذا خلا بامرأته بعدما أسلمت صحت الخلوة ولو أسلم الكافر وامرأته مشركة فخلا بها لم يصح وكان الفرق هو أن المانع في الأول منه إذ بيده إزالته وفي الثاني منها وهذا أولى مما في «البحر» من أن الفرق لعله مبني على أن الكافر غير مخاطب بالفروع فكان متمكناً من وطئ المسلمة بخلاف وطئ المسلم المشركة. قال: وينبغي أن يكون منها كونه مظاهراً منها لحرمة وطئها عليه ويدل عليه تفسير الدبوسي الشرعي بما يحرم معه جماعها عليه كذا في «البحر» .

وأقول: الظاهر أنه ليس منها ولذا أغفلوه وذلك أن المانع منه وبيده إزالته بالتكفير (كالوطئ) لرواية الدارقطني: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب المهر دخل أو لم يدخل»^(١) وعليه إجماع الصحابة كما قال الطحاوي وظاهر كلامه يعطي أنها كالوطء في حق تأكد المهر لأنه جعله سبباً ثالثاً لتأكده ووجوب العدة كما سيأتي وما زاده الشارح وغيره من وجود النفقة والسكنى في هذه العدة ومنع الأربع والإماء واعتبار زمن الطلاق فالتحقيق أنه من فروع وجوب العدة وإن كان راجعاً إليها كما في «عقد الفرائد» وكذا كون

المختار ووقوع طلاق بائن آخر في هذه العدة وهذا مما غفل عنه في «عقد الفرائد» و«البحر» بقي أن مما زيد أيضاً النسب وجعله في «البحر» من أحكام العقد وهو الظاهر وعلى هذا النمط من التحقيق جرى الإمام الخصاص في «أدب القاضي» حيث قال: إنها قائمة مقامه في تكميل المهر ووجوب العدة ولم تقم مقامه في حق بقية الأحكام انتهى. وهي الإحصان وحرمة البنات وحلها للأول والرجعة والميراث وتزويجها كالأبكار كما جزم به غير واحد وفي «المجتبى» أنها تزوج كالثيب والأول أولى لأنه في «المبسوط» لم يحك فيه خلافاً وإسقاط مطابقتها بالوطء مرة في العمر زاد ابن وهبان أن عنته بها لا تسقط ولا يكون أتياً بالفيء لو كان مولياً ولا تفسد عبادته ولا تكفير عليه لو كان صائماً ولا غسل وقد كنت نظمت ما أقيمت فيه وما لم تقم ضاماً إليه ما زاده ابن وهبان تميمياً وإن كان مثله لا يخفى ولذا أغفله أهل التحقيق فقلت:

[١/١٨٠]

وخلوة الزوج مثل الوطاء في صور	وغيره وبهذا العقد تحصيل/
تكميل مهر وأعداد كذا نسب	إنفاق سكنى ومنع الأخت مقبول
وأربع وكذا قالوا الإمام ولقد	راعوا زمان فراق فيه ترحيل
وأوقعوا فيه تطلقاً إذا لحقا	وقيل لا والصواب الأول القيل
أما المغاير فالإحصان يا أملي	ورجعة وكذا التوريث مقبول
وسقوط وطاء وإحلال لها وكذا	تحريم بنت نكاح البكر مبذول
كذلك الفيء والتكفير ما فسدت	عبادة وكذا بالغسل تكميل

واعلم أن عد التكفير هنا مما لا ينبغي إذ الكلام في الصحيحة وصوم الأداء يفسدها كما مر. قال في «عقد الفرائد»: قولهم بعدم حرمة البنات فيه نظر عندي؛ لأنهم قد أوجبوا العدة بها، وهي إنما شرعت لصون الماء واستبراء الرحم لما أنها قائمة مقام الوطاء ولأنهم أثبتوا حرمة المصاهرة فمسه ابنته منها، وهو يظنها الأم التي هي زوجته والخلوة لا تخلو عنه وعن تقبيل غالباً إلا أن يحمل على المجردة عن ذلك، وقد رأيت ذلك منقولاً ولله المنة قال في «البرزانية»: في مسائل الخلوة وفي تحريم البنت اختلفوا وإن خلى بها وهو محرم أو صائم عن رمضان ثم طلقها له أن يتزوج بابنتها خلافاً للإمام والثاني انتهى. وأنت تعلم أن هذه الخلوة غير صحيحة ثم رأيت في «الظهيرية» لا تثبت حرمة المصاهرة بالخلوة عند محمد خلافاً لأبي يوسف ولعل هذا محمول على غير الصحيحة وفي «التجنيس والمزيد» بعد أن رقم «لأجناس الناطفي» قال في «نوادير أبي يوسف»: إذا خلا بها في رمضان أو حال الحرمة لا يحل له أن يتزوج بابنتها وقال محمد: يحل له أن يتزوج بابنتها فإن الزوج لم يجعل واطناً حتى كان لها نصف المهر، وجه رواية أبي يوسف أنه

ولو مجبوباً أو عنيناً.....

يجعل واطئاً فيما يحتاط فيه حتى وجبت العدة والحرمة مما يحتاط فيها فيجعل واطئاً في حق الحرمة كما في حق العدة انتهى. وبهذا يظهر لك أن الحمل الذي حملنا عليه كلام «الظهيرية» هو الحق ليس إلا وإن محمد يقول: إن في هذه الخلوة لا تجب العدة لأن الزوج لم يجعل واطئاً ولهذا لا يلزمه إلا نصف المهر فقط وأما إذا كانت صحيحة فيلزمه كل المهر فيجعل واطئاً فقياسه الحرمة على قول محمد أيضاً جرياً على مقتضى هذا التعليل ويكون الخلاف خاصاً بهذه الصورة التي يكون الفساد فيها لأمر شرعي مع التمكن من الوطاء حقيقة وهذا تحرير المذهب في هذه المسألة وقد نقتب فيه كثيراً انتهى. فحاصله أن حرمة البنات بالخلوة الصحيحة لا خلاف فيها بين الصاحبين واختلفوا في الفاسدة، قال محمد: لا تحرم وحرمتها الثاني لكن كلامه ظاهر في أن القول بحرمة البنات في الخلوة الصحيحة مما لا خلاف فيه وهو ممنوع ففي «الخلاصة» بعد ما نقل عن «الأجناس» كما في «التجنيس» قال: وجملته أن الخلوة توجب تكميل المهر والعدة إلى آخر ما مر ولا توجب الإحصان والإباحة للزوج الأول وفي تحريم البنت عليه بعد الخلوة اختلفت الروايات وأنت خبير بأن هذا إنما هو في الخلوة الصحيحة والظاهر عدم الحرمة ففي «الشرح» و«فتح القدير» وغيرهما أقام أصحابنا الخلوة الصحيحة مقام الوطاء في حق بعض الأحكام تأكد المهر إلى آخره ولم يقيموها مقامه في الإحصان وحرمة البنات فجزم هؤلاء الأعلام بعدم الحرمة دليل على ضعف ما عداه بلا كلام.

(ولو) كان الزوج (مجبوباً) أي: مقطوع الذكر والخصيتين من الجب وهو القطع قال في «الغاية»: والظاهر أن قطع الخصيتين ليس بشرط في المجبوب ولهذا اقتصر الإيسيجابي على قطع الذكر وهذا عند الإمام وقالوا: إنما يجب عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض وله أن المستحق عليها التسليم في حق المستحق لأنه وسع مثلها في هذه الحالة وقد أتت بما وجب عليها وأورد بأنه كان ينبغي على هذا القول أن يجب عليه للرتقى كل المهر إذ ليس هذا تسليم غيره وأجيب بأن الرتق قد يزول فكأن هذا التسليم منتظراً غيره وهو الكامل واقتضى كلامه ثبوت النسب منه كما قال أبو سليمان وقال التمرتاشي: هذا إذا علم أنه ينزل والأول أحسن إذ علم القاضي بأنه ينزل أو لا ربما يتعذر أو يتعسر كذا في «الفتح».

(أو) كان (عنيناً) لأن الحكم أدير على سلامة الآلة وقد / وجدت قال في «عقد الفرائد»: ولو كان عدم القدرة على الوطاء لمانع هو الكبر لم أقف على نقل فيه والظاهر أنه لا يكون مانعاً لثبوت القدرة قبل ذلك ثم رأيت في بحث العنين هو من لم يصل إلى النساء إلى آخره وقد يكون ذلك لمرض أو ضعف في خلقته أو كبر في سنه انتهى. وهذا تصريح

أو خصياً. وتجب العدة فيها وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا للمفوضة قبل الوطء،.....

في أنه من أقسام العنين (أو خصياً) وهو من سلت خصيته وبقي ذكره يقال بخصاه نزع خصيته يخصيه خصياً على فعال والإخصاء في معناه خطأ وأما الخصى على فعل فقياس وإن لم نسمعه والمفعول خصي على فعيل والجمع خصيان كذا في «المغرب» قال في «البحر»: وأشار المصنف إلى صحة خلوة الخنثى بالأولى.

وأقول: يجب أن يراد به من ظهر حاله أما المشكل فنكاحه موقوف إلى أن يتبين حاله ولهذا لا يزوجه وليه من مخنثته لأن النكاح الموقوف لا يفيد إباحة النظر، كذا في «النهاية» وأفاد في «المبسوط» أن حاله يتبين بالبلوغ فإن ظهرت فيه علامة الرجال وقد زوجه أبوه امرأة حكم بصحة نكاحه من حين عقد الأب فإن لم يصل إليها أجل كالعنين وإن تزوج رجلاً تبين بطلانه وهذا صريح في عدم صحة خلوته قبل ذلك وبهذا التقرير علمت أن ما نقله في «الأشباه» عن «الأصل» لو زوجه أبوه رجلاً فوصل إليه جاز وإلا فلا علم لي بذلك أو امرأة فبلغ فوصل إليها جاز وإلا أجل كالعنين ليس على ظاهره والله الموفق. وتجب العدة فيها أي: في الخلوة وهذا وإن عرف من كونها كالوطء إلا أن وجوبها لا يختص بالخلوة التي هي كالوطء بل تجب في الفاسدة أيضاً استحساناً فلا جرم نص عليها وهذا لأن توهم الشغل قائم والعدة حق الشرع والولد للنسب فلا تصدق في إبطال حق الغير بخلاف المهر وذكر القدوري أن المانع إن كان حسياً كالمرض (و) الصغر لا (تجب).

وإن كان شرعياً وجبت واختاره التمرتاشي وقاضي خان ويؤيده ما قاله العتابي تكلم مشايخنا في (العدة فيها) الواجبة بالخلوة الصحيحة أهي واجبة ظاهراً أو حقيقة فقيلاً: لو تزوجت وهي متيقنة عدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء إلا أن الأوجه على هذا أن يخص الصغير بغير القادر والمرض بالمدفد لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما كذا في «الفتح».

واعلم أن الموت أيضاً أقيم مقام الدخول في حق العدة والمهر لا فيما سواهما وعلى هذا لو ماتت الأم قبل الدخول بها حلت ابنتها (وتستحب المتعة لكل مطلقة) دخل بها الزوج أو لا (إلا للمفوضة) بكسر الواو من فوضت أمرها إلى وليها فزوجها بلا مهر، وبالفتح من فوضها وليها إلى الزوج بلا مهر. وقال العيني: هي بالكسر التي فوضت نفسها إلى زوجها منه بلا مهر وجوز بعضهم فتح الواو على معنى أن وليها زوجها بغير تسمية المهر قال في «المغرب»: وفيه نظر (قبل الوطء) فيجب لها على ما مر. قال العيني: هذا التركيب لا يخلو عن خلل لأن الذي يعينهم منه أن المتعة تستحب لكل مطلقة إلا المفوضة فإنها لا تستحب لها وليس كذلك فيكون استثناء الواجب من المستحب فلا يصح لأن اسم المستحب لا يطلق على الواجب في اصطلاحهم وإن كان مستحباً وزيادة

ويجب مهر المثل في الشغار، وخدمة زوج حرمة للإمهار،.....
 انتهى. ولا يخفى أن دعوى الخلل ممنوعة إذ غاية الأمر استثناء منقطع لأن الواجب خلاف
 جنس المستحب في الاصطلاح ثم الكلية شاملة للتي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها
 مهراً وهو الموافق لما في «المبسوط» وغيره، وفي «مختصر القدوري» تستحب المتعة
 لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهراً وفي بعض
 النسخ ولم يسم لها مهراً والثانية من الأولى أولى إذ مقتضى الأول أن لا تكون المتعة واجبة
 للمفوضة وقد تقدم أنها واجبة ومقتضى هذا التقدير أن لا تكون صحيحة وقد يقال: أراد
 كل مطلقة دخل بها أو سمي لها مهراً وأما من طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهراً فقد
 قدم أن لها المتعة فلا حاجة لإدراجها في الكلية وعلى هذا فالأولى أولى فتدبره. والاستثناء
 مبني على رأيه كما نص عليه في مشكلاته من أنها في هذه الحالة ليست واجبة ولا سنة
 ولا مستحبة لا على معنى أنه لا ثواب فيها بل على أنها من أحكام الطلاق كما في
 «الإتقاني»

(ويجب مهر المثل في الشغار) وهو أن يشاغر الرجل الرجل أي: يزوجه حرمة
 على أن يزوجه الآخر حرمة ولا مهر إلا هذا، كذا في «المغرب» أي: على أن يكون بضع
 كل صداقاً عن الأخرى وهذا / القيد لا بد منه في مسمى الشغار حتى لو لم يقل ذلك ولا [١٨١/١]
 معناه بل قال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك فقبل أو على أن يكون بضع بنتي صداقاً
 لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقاً لم يكن شغاراً بل نكاحاً صحيحاً
 اتفاقاً وإن وجب مهر المثل في الكل لما أنه سمي ما لا يصح صداقاً وأصل الشغار الخلوة
 يقال: بلدة شاغرة إذا خلت عن السلطان والمراد هنا الخلو عن المهر لأنهما بهذا الشرط
 كأنما أخليا البضع عنه (و) يجب أيضاً في التزويج على (خدمة زوج حرمة للإمهار) أي:
 لجعله إياها مهراً وهي لا تصلح مهراً فصح العقد ووجب مهر المثل عندهما وقال محمد:
 لها قيمة خدمته سنة قيد بالخدمة لأنه لو تزوجها على سكنى داره أو ركوب دابته أو
 الحمل عليها أو على أن تزرع أرضه ونحو ذلك من منافع الأعيان مدة معلومة صحت
 التسمية، لأن هذه المنافع مال وألحق به لمكان الحاجة، كذا في «البدائع»، ولا بد في
 زراعة أرضه أن لا يكون له شيء من الخارج أما لو تزوجها على أن تزرع أرضه بالنصف
 ببذرها صح وفسدت فيجعل مهرها نصف أجر مثل الأرض وربعه إن طلقها قبل الدخول وإن
 كان هو العامل ببذرها في أرضها يجعل مهرها نصف أجر مثل عمله لا مهر المثل وعلى أن
 تزرع هي ببذره وهو أرضها ببذره وجب مهر المثل كذا في مزارعة «المجمع» ويكون
 الزوج خادماً لأنه لو تزوجها على خدمة عبده أو أمته صح ولو على خدمة معينة تستدعي
 مخالطة حر آخر صحت هو الصحيح وترجع على الزوج بقيمة خدمته كذا في «العناية»

وتعليم القرآن، ولها خدمته لو عبداً، ولو قبضت ألف المهر، ووهبته له فطلقها قبل الوطاء
رجع عليها بالنصف.....

وهذا يشير إلى أنه لا يخدمها فيما لأنه أجنبي لا تأمن الانكشاف عليه مع مخالطته وإما لأنه
بغير أمره ولم يجزه حتى لو كان بأمره ينظر فإن كانت خدمة معينة تستدعي المخالطة لا
يأمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى القيمة أو لا تستدعي وجب تسليمها
وإن كانت غير معينة حتى صارت أحق بها لأنه جبر وحد فإن صرفته في الأول فكالأول أو
في الثاني فكالثاني كذا في «الفتح».

واختلفت الرواية في رعي غنمها وزراعة أرضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه
فعلى رواية «الأصل» و«الجامع» لا يجوز وهو الأصح وروى ابن سماعه أنه يجوز ألا ترى أن
الابن لو استأجر أباه للخدمة لا يجوز ولو استأجره للرعي والزراعة يصح كذا في «الدرية»،
وهذا شاهد قوي ومن هنا قال المصنف في كافيهِ بعد ذكر رواية «الأصل»: الصواب أن
يسلم لها إجماعاً وبكونه حراً احترازاً عما سيأتي واعلم أن الظاهر من كلامهم يعطي أنه لا
فرق في الزوجية بين الحرة والأمة بل الثاني المعلل به في الأمة أقوى منه في الحرة نعم لو
تزوج أمة على أن تخدم سيدها سنة أو حرة على أن يخدم وليها سنة ينبغي أن يصح ولم أره.

(و) يجب أيضاً في التزوج على (تعليم القرآن) لأنه ليس أجره بل عبادة ولذا لا
يستحق الأجر عليه كالأذان والإقامة والحج وعند الشافعي يجوز أخذ الأجرة على هذه
فتصح تسميتها كذا في «الفتح». لكن سيأتي في الإجازات أن المتأخرين اختاروا جواز
الاستئجار على تعليم القرآن والفقه وعليه فينبغي أن تصح تسميته والظاهر أنه يلزمه تعليم
كله إلا إذا قامت قرينة على إرادة البعض والحفظ ليس من مفهومه كما لا يخفى (ولها)
أي: المزوجة (خدمته) يعني: الزوج فيما لو تزوجها على أن يخدمها مدة معينة (لو) كان
الزوج (عبداً) مأذوناً في ذلك قيد به القدوري وكان المصنف طواه تحت قوله: ولها أن
الخدمة لا تكون لها إلا إذا كان مأذوناً فيه لأنها مال لما فيه من تسليم رقبته ولأنه يخدم
مولاه يعني حيث كان يأمره ومن هنا لم تحرم خدمته لها، كما في «غاية البيان» بخلاف
خدمة الحر فإنها حرام صرح به غير واحد لما فيه من الإهانة والإذلال وكذا استخدامه كما
في «البدائع».

(ولو قبضت) الزوجة (ألف المهر ووهبت له) المقبوض (فطلقت قبل الوطاء)
والخلوة (رجع عليها بالنصف) أي: بنصف المقبوض لأنه لم يصل إليه عين ما يستحقه
بل غيره لعدم تعيين الدراهم في العقود والفسوخ وكذا لو أشار في النكاح إلى دراهم كان
له أن يمسكها ويدفع مثلها جنساً ونوعاً وقدرًا وصفة ولو لم تهب شيئاً والمسألة بحالها
كان لها إمساك المقبوض ودفع غيره ولذا تزكي الكل ولو كان المهر سائمة زكت نصفها

فإن لم تقبض الألف، أو قبضت النصف ووهبت الألف، أو وهبت العرض المهر قبل القبض أو بعده.....

ولا شيء على الزوج لأن استحقاقه النصف بغير اختيارها كالهلاك وحكم المكيل والموزون غير المعين وهو ما كان في الذمة حكم النقد أما المعين منه فكالعرض واختلف في التبر والنقرة من الذهب والفضة ففي رواية هي كالعرض وفي أخرى كالمضروب كذا في «البدائع».

(فإن لم تقبض الألف / أو قبضت النصف ووهبت الألف) قوله قبضت الألف وقوله ووهبت الألف عائد إلى المسألتين ومعنى وهبت الألف بعد قبض النصف إنما وهبت له المقبوض وغيره (أو وهبت العرض المهر) معيناً كان أو في الذمة (قبل القبض أو بعده) وهذا أيضاً تصريح بمفهوم التقييد بالألف لم يرجع عليها بشيء أما إذا لم تقبض شيئاً فالقياس أن يرجع عليها بخمسائة لأن الواصل إليه وإن كان نفس الدين لكن بسبب غير الطلاق وهو الإبراء واختلاف الأسباب توجب اختلاف المسببات شرعاً وجه الاستحسان أنه وصل إليه عين ما يستحقه ذاتاً بسبب الإبراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقاً إذا لم يؤثر شيئاً حينئذٍ ولهذا استغنى عما تكلف في دفع لزوم اختلاف السبب باختلاف المسبب من تخصيص الدعوى بالأعيان لأنها تقبل التغيير بتغيير صفاتها بخلاف الأوصاف كالدين فيما نحن فيه لاستحالة قيام الصفة بالصفة مع أنه فاسد لأن ثبوت التغيير شرعاً لا يتوقف على ذلك إنما هو اعتبار شرعي وقيام الصفة بمعنى الاختصاص الباعث ليس محالاً على ما عرف في موضعه وأما إذا قبضت النصف فقط فعدم الرجوع قول الإمام وقالوا: يرجع عليها بنصف المقبوض إلحاقاً للبعث بالكل ولأن هبة البعض حط فتلحق بأصل العقد وله أنها لما قبضت النصف انصرف إلى حقها فإذا أبرأته بعد ذلك كان الواصل إليه عين ما تستحقه على ما مر والحط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح ألا ترى أن الزيادة لا تلتحق حتى لا تنتصف كذا في «الهداية» وغيرها.

قال في «فتح القدير»: وهو مشكل فإن التحاق الزيادة بأصل العقد هو الراجع لقول المانعين لها لو صحت كان ملكه فإذا لم يلتحق بقي إبطالهم بلا جواب فالحق أنها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ وإنما لم تنتصف لأن الانتصاف خاص بالمفروض في نفس العقد قال في «البحر»: إنه تناقض كلامهم فصرحوا هنا بعدم الالتحاق وفي مسألة زيادة المهر بالالتحاق فيرجح المحقق ما صرحوا به في المسألة السابقة وأبطل كلامهم هنا والحق أن كلامهم في الموضوعين صحيح لأن قولهم هناك بالالتحاق إنما هو من وجه دون وجه لتصريحهم بأنها لو حطت من المهر حتى صار الباقي أقل من عشرة لا يضر ولو التحق الحط بأصل العقد من كل وجه أوجب تكميلها وأوجب مهر المثل لو حطت الكل كأنه لم

فطلقت قبل الوطء لم يرجع عليها بشيء ولو نكحها بألف على أن لا يخرجها، أو على أن لا يتزوج عليها،

يسم شيئاً وقولهم هنا بعدمه إنما هو من وجه دون وجه عملاً في كل موضع بما يناسبه فروعياً جانب الالتحاق لتصحيح الزيادة حتى لا يكون ملكه وجانب عدمه هنا لأنه لا داعي إليه لأن المقصود سلامة النصف للزوج وقد حصل فلا ضرورة إلى القول الذي هو خلاف الأصل انتهى ومما يتخرج على الخلاف لو قبضت النصف ووهبت النصف الباقي لم يرجع شيء عند الإمام، وقالوا: يرجع وبه علم أن التقييد بهبة الألف في الثانية اتفاقي نعم التقييد بالنصف للاحتراز عما إذا قبضت أكثر منه حيث ترد ما زاد عنده ونصف المقبوض عندهما ولا يرد عليه ما لو قبضت أقل من النصف لأنه معلوم بالأولى وأما إذا كان المهر عرضاً معيناً فوهبته له قبل القبض أو بعده فعدم الرجوع عليها بشيء استحسان لأنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعيينه في النسخ كالعقد بدليل أنه ليس لواحد منهما دفع بدله حتى لو تعيب فاحشاً فوهبته له رجوع عليها بنصف قيمته يوم القبض قيد بالهبة لأنها لو باعته فطلقها قبل الدخول رجوع عليها بالنصف كما في «غاية البيان» يعني بنصف قيمته يوم القبض، وعلى هذا يتخرج ما في «المبسوط» لو وهبته من أجنبي بعد القبض ثم وهبه الأجنبي منه رجوع عليها بالطلاق قبل الدخول بنصف الصداق والحاصل أن هذه المسائل على ستين وجهاً لأن المهر إما ذهب أو فضة أو مثلي غيرها أو قيمي فالأولى على عشرين لأن الموهوب إما الكل أو النصف وكل منهما إما أن يكون قبل القبض أو بعده أو بعد قبض النصف أو أقل منه أو أكثر فهي عشرة وكل منها أن يكون مضروباً أو تبراً والعشرة الأولى في المثلي وكل منها إما أن يكون معيناً أو لا وكذا في القيمي والأحكام قد مرت والله الموفق.

(ولو نكحها بألف على أن يخرجها) من البلد (أو على أن لا يتزوج عليها) أو على

أن لا / يتسرى أو على أن يطلق ضررتها أو يعتق أباها أو يكرمها أو يهدي لها هدية [١/١٨٢] حاصله شرط ما فيه منفعة لها أو لأبيها أو لأخيها أو لذي رحم محرم منها لكن لا بد أن يكون مما لا يحل كخمر ونحوه فإن كان المسمى عشرة فصاعداً وجبت لها وبطل الحرام وإلا أكمل مهر المثل لها أما لو شرطت تلك المنفعة لأجنبي نحو أن تقول على أن لا يعتق ولده ولم يوف به فليس لها إلا المسمى كذا في «المحيط»، وبه عرف أنه لو شرط ما يضرها كالتزوج عليها فليس إلا المسمى بالأولى كذا في «البحر»، وقيدوا المسألة في طلاق الضرة وعتق الأخ بالمضارع لأنه لو كان بالمصدر طلقت وعتق الأخ بقبول النكاح فإن قال عنها كان الولاء لها (أو على الألف إن أقام بها) في بلدها أو إن كانت مولاة أو ثيباً.

أو على ألف إن أقام بها، وعلى ألفين إن أخرجها فإن وفي وأقام فلها الألف وإلا فمهر المثل،

(وعلى ألفين إن أخرجها) منها أو كانت عربية أو بكرًا حاصله أنه سمي لها مهرًا على تقدير آخر وتقديم الألف غير شرط بل كذلك لو قدم الألفين (فإن وفي) لها بما اشترطه لها من عدم إخراجها والتزوج عليها في الصورة الأولى (وأقام) بها في بلدتها في الثانية (فلها الألف) المسماة لرضاها بها مع صلاحيتها لأن تكون مهرًا (وإلا) أي: وإن لم يوف ولم يقيم فلها نصف المثل عند الإمام لا يزداد به على ألفين ولا ينقص عن الألف ولو طلقها قبل الدخول بها يجب نصف المسمى بناء على أن لا خطر فيها، وكذا المسألة الأولى لأن بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط وقال الشرطان جائزان لأن الإقامة والإخراج كل منهما مقصور عرفاً باختلافهما كالاختلاف في النوع فلا يجتمع في كل حال تسميتان فصار كما لو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وعلى ألفين إن كانت جميلة وله أن أحد التسميتين منجزة والأخرى معلقة فإذا أخرجها فقد اجتمعاً فيفسدان لأن المعلق لا يوجد قبل شرطه والمنجز لا ينعدم بوجود المعلق لكن هذا لا يتم في قوله على ألف إن طلق ضررتها وعلى ألفين إن لم يطلق إذ المنجز هنا إنما هو الثانية فينبغي فساد الأولى وأما في قوله إن كانت مولاة فلم يعلم المنجز منهما من المعلق كذا في «البحر»، وإنما صح الشرطان اتفاقاً في قوله على ألف إن كانت قبيحة وعلى ألفين إن كانت جميلة لأنه لا خطر في التسمية الثانية لأن أحد الوصفين ثابت الأمر جزماً غير أن الزوج يجهله وجهالته لا توجب خطراً بالنسبة إلى الوقوع وعدمه كذا فرق الدبوسي وغيره وورده الشارح بأن مقتضاه ثبوت الصحة اتفاقاً فيما لو تزوجها بألف إن كانت مولاة أو ليست له امرأة وبألفين إن كانت حرة الأصل أو له امرأة لكن الخلاف منقول فيه .

قال في «الفتح»: والأولى أن تجعل مسألة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص في «نوادير ابن سماعة» عن محمد على الخلاف فيها وجزم في «البحر» بضعف هذا الخلاف وفرق بين القبح والجمال وغيره بأن الجهالة فيه يسيرة لمشاهدته فنزلت منزلة العدم وفي غيره متفاحشة لعدم المشاهدة فكان فيها مخاطرة ولا يخفى أن مبنى النكاح على الشهرة كيف وهو بالتسامع يثبت فكان ينبغي الصحة في قوله وعلى ألفين إن كانت له امرأة الجهالة فيه لما علمت وكونها يسيرة خلاف الأصل واعلم أن جعل الكرامة والهدية من الصورة الأولى هو ظاهر ما في «الهداية» والمذكور في «المحيط» في الكرامة وجوب مهر المثل لأنها مجهولة القدر والجنس فكانت متفاحشة ثم رأيت في «المبسوط» ما يؤيد ما في «الهداية» وذلك أنه بعد أن ذكر عبارة محمد لو تزوجها على الألف وكرامتها أو يهدي لها هدية (فلها مهر مثلها) لا

ولو نكحها على هذا العبد أو على هذا الألف حكم مهر المثل.....

ينقص من الألف قال: هذه المسألة على وجهين إما أن يكرمها أو يهدي لها هدية أو لم يكرمها ولم يهد لها فإن أكرمها أو أهدى لها هدية فيها ونعمت ولها المسمى وإلا فلها مهر مثلها انتهى.

وهذا كما ترى مقيد للإطلاق والظاهر أنه يكفي في ذلك أدنى ما يعد إكراماً وهدية (ولو نكحها على هذا العبد) أو على هذا العبد (أو على هذا الألف) أو على هذا العبد أو على ألف أو ألفين حاصله سمي شيئين مختلفي القيمة اتحد الجنس أو اختلف (حكم مهر المثل) أي: حكمه القاضي أي: على معنى يجعله حكماً فإن كان أكثر من أرفعهما أو مثله فلها الأرفع أو أقل من أو كسهما أو مثله إن كان فلها الأقل وإلا وجب مهر المثل عند الإمام وقالوا: لها الأقل والخلاف كما في «الهداية» وغيرها مبني على الخلاف في الواجب الأصلي في النكاح قال الإمام هو مهر المثل لأنه أعدل فلا يعدل عنه إلا عند صحة التسمية وقد فسدت / للجهالة بإدخال كلمة أو وقالوا هو المسمى فلا يعدل عنه إلا إذا فسدت التسمية من كل وجه وذلك منتف بإيجاب الأقل للتيقن به.

قال في «الفتح»: وهذا إن كان منقولاً عنهم فلا كلام وإن كان تخريجاً فليس بلازم لجواز أن يتفقوا على أن هذا الأصل مهر المثل ثم يختلفوا في فساد التسمية في هذه المسألة فعنده فسدت لإدخال أو تصير إلى مهر المثل وعندهما لم تفسد لأن المهور بينهما لما تفاوتت ورضيت هي بأيهما كان فقد رضيت بالأوكس فتعين أنه منقول عنهم مستنداً إلى أنه في «غاية البيان» عزاه إلى «الجامع الكبير». وأقول: في «المبسوط» بعدما ذكر الخلاف قال: وأصل المسألة أن النكاح بمثل هذه نكاح بتسمية مجهولة لإدخال كلمة الشك في قول أبي حنيفة وجهالة التسمية توجب مهر المثل وهما يقولان: إن المال وجب على الزوج والأقل منه متيقن والشك وقع في الزيادة فلا تجب الزيادة بالشك وهذا ظاهر في أن مبني الخلاف فيه فساد هذه التسمية وعدم فسادها لا أن الأمر الموجب الأصلي عنده مهر المثل وعندهما المسمى وسيأتي أنهما لو اختلفا في قدر المهر حكم مهر المثل عند الإمام ومحمد وقال أبو يوسف: القول له.

قال في «الهداية»: ولهما أن القول في دعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لأنه الموجب الأصلي في باب النكاح وهذا صريح في أن محمداً يجعله موجباً أصلياً فيه وهو يعين أن ما مر تخريج فقط وإلا لزم مخالفة أصله السابق فتدبر ولا خلاف أنها لو طلقت قبل الدخول كان لها نصف الأوكس لأن

وعلى فرس وحمار يجب الوسط أو قيمته،

الواجب في مثله المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة كذا في «الهداية»، وهذا يفيد أن نصف الأقل لو كان أقل من المتعة وجبت وبه صرح في «الدراية» فالحكم في الطلاق قبل الدخول ليس إلا متعة مثلها كذا في «الفتح»، ولو قال: على أحد هذين العبدین فالحكم كذلك كما في «المحيط» ولا كلام أنه لو شرط الخيار في تعيين المعطى لها أو له صحت التسمية وكذا إذا اتحدت قيمة العبدین كما في «الغاية»، ومما يتخرج على إطلاق الخلاف لو تزوجها على ألف حالة أو مؤجلة إلى سنة ومهر مثلها ألف أو أكثر فلها الحالة وإلا فالمؤجل وقالوا: لها المؤجلة ولو على ألف حالة أو ألفين إلى سنة ومهر مثلها كالأكثر فالخيار لها وإن كان كالأقل فله وإن كان بينهما وجب مهر المثل وعندهما الخيار له قيد بالنكاح لأنه في الخلع والإعتاق والإفراد يجب الأقل اتفاقاً والفرق أن هذه ليس لها موجب أصلي فيصير إليه فوجب الأقل ولا يخالفه ما في «الخانية» لو كان هذا في الخلع تعطيه المرأة أيهما شاءت كما توهمه في «البحر» كما لا يخفى .

(و) لو تزوجها (على فرس أو) تزوجها على (حمار) ولو أظهر الفعل في المعطوف لكان أولى دفعا لتوهم أنه من المسألة الأولى إذ موضوع هذه أنه تزوجها على حيوان بين جنسه دون نوعه (يجب) لها (الوسط أو قيمته) تضمن كلامه صحة التسمية لأن النكاح معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية وشرطنا أن يكون المسمى مالاً وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند إعلام الجنس لاشتماله على الجيد والرديء والوسط ذو حظ منهما بخلاف مجهول الجنس لأنه لا وسط له لاختلاف معاني الأجناس والوسط من العبيد في مصر الحبش والأبيض الأعلى والأسود الأدنى وتقدير الإمام في السود بأربعين وفي البيض بخمسين لما كان في زمانه ويجبر لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فكانت في الإيفاء وتعتبر القيمة بحسب اختلاف الأوقات من الغلاء والرخص هو الأصح قيد بالمبهم لأنه في المعين كهذا العبد والفرس يثبت الملك فيه لها بمجرد القبول إن كان مملوكاً له وكذا لو لم يكن مشاراً إليه إلا أنه أضافة لنفسه كعبدي وإلا فلها أن تأخذه لشرائه لها فإن عجز عن شرائه لزمته قيمته كذا في «الفتح» يعني فلا تجبر في المضاف على قبول القيمة لأن الإضافة إلى نفسه من أسباب التعريف كالإشارة وهذا بخلافها في الوصية فإن من أوصى لإنسان بعشرة من رقيقه فهلكوا واستفاد آخريين لا تبطل الوصية ولو التحقت الإضافة بالإشارة لبطلت كما لو أشار إلى الرقيق فهلكوا فإنها تبطل لأن الإضافة بمنزلة الإشارة من وجه من حيث أن كل واحدة وضعت للتعريف إلا أنها

وعلى ثوب

بمنزلة الإطلاق من وجه من حيث أنها لا تقطع الشركة من كل وجه والعمل بالشبهين متعذر في جميع العقود فعملنا بشبه الإشارة في الإيمان والنكاح والخلع وشبه الإطلاق في الوصية عملاً بهما / بقدر الإمكان كذا في «الذخيرة» .

[١/١٨٣]

قال في «البحر»: وبهذا عرف أنه لا يسوى هنا بين المشار إليه والمضاف من كل وجه لأن المشار إليه ليس فيه شركة أصلاً ولذا تملكه المرأة بمجرد القبول إن كان ملكاً للزوج وأما المضاف فلا تملكه المرأة بمجرد القبول حتى يعينه الزوج فما في «فتح القدير» من التسوية بينهما في هذا الحكم غير صحيح .

وأقول: هذا سهو بل هو صحيح وذلك أن المدعى إنما هو ثبوت الملك لها بمجرد القبول ولا شك أن هذا القدر ثابت في المشار إليه والمضاف غير أنه في الأول مستغنى عن التمييز بخلاف الثاني فإذا قال: على عبدي وله أعبد ثبت لها الملك في واحد وسط مما في ملكه وعليه تعينه ودعوى توقف ملكه لها غير صحيح إذ لو كان كذلك لاستوى الإبهام والإضافة في هذا فإنه لو عين لها في الإبهام وسطاً أجبرت على قبوله وإذا عرف هذا فما في «الخانية» لو قال: تزوجتك على ناقة من إبلي هذه قال أبو حنيفة: لها مهر مثلها وقال أبو يوسف: يعطيها ناقة من إبله ما شاء مشكل وقد سوى في «البدائع» بين الجمل والعبد في صحة التسمية ولا فرق يظهر بين الجمل والناقة .

قال في «البحر»: إلا أن يقال إنها مجهولة ولا يمكن إيجاب الوسط مع التقييد بقوله من إبلي هذه فالمفسد للتسمية قوله من إبلي لا مطلق ذكر الناقة ويدل عليه ما في «الدراية» لو تزوجها على ناقة من هذه الإبل وجب مهر المثل وإن لم يكن المشار إليه والمضاف في ملكه كان لها أن تأخذه بشرائه فإن عجز لزمته القيمة .

(و) لو تزوجها (على ثوب) ذكر ثلاث مسائل يجب فيها مهر المثل الأولى: ما لو تزوجها على مجهول الجنس كثوب ودابة ولم يزد على ذلك وقدمها لأنها بيان المفهوم ما قبلها أما لو قال على عشرة دراهم وثوب ولم يصفه كان لها العشرة فقط ولو طلقها قبل الدخول بها كان لها خمسة إلا أن تكون متعتها أكثر من ذلك كذا في «الخانية» وكان ينبغي وجوب الخمسة ولو كانت متعتها أكثر لصحة التسمية ولو وصفه بأن قال هروي أو مروى صح وخير بين دفعه أو القيمة على ما مر وكذا لو بالغ في وصفه بأن قال طوله كذا وعرضه كذا في ظاهر الرواية وعن الإمام أنه يجبر على دفع عين الوسط منه نعم لو ذكر الأجل مع هذه المبالغة كان لها أن لا تقبل القيمة والأصل فيه كما قال محمد إن كل ما جاز فيه السلم كان لها أن لا تأخذ إلا المسمى وما لم يجز فيه يخير الزوج فيه وصحة السلم في الثاني موقوفة على ذكر الأجل إلا في

أو خمر، أو خنزير، أو على هذا الخل فإذا هو خمر،

المكيل والموزون فإنه إذا ذكر صفته كجيدة خالية من الشعير صعيدية أو بحيرية يتعين المسمى وإن لم يذكر الأجل لأن الموصوف فيها ثبت في الذمة حالاً أيضاً كالقرض. واعلم أن الفقهاء يجعلون المقول على كثيرين مختلفين في الأحكام جنساً وإن اتحدت الحقائق والمقول على كثيرين متفقين فيها نوعاً ومن هنا صح جعل الثوب جنساً وإن كان نوعاً عند أهل المعقول لأن منه القطن والكتان والحرير والآخر لا يحل لبسه وغيره يحل وبهذا عرف أنه لا حاجة إلى حمل الجنس على اسم الجنس ولا على النوع وأشار إلى الثانية بقوله: (أو) نكحها على (خمر أو خنزير) لم يقيده بإسلام الزوج مع أن فساد التسمية مشروط بذلك لأن المسمى ليس بمال متقوم في حق المسلم حتى لو تزوج مسلم ذمية على رطل من خمر وجب مهر المثل لأن الكلام في نكاحه وسيأتي بيان غيره وفيه إيحاء إلى فساد تسمية الدم والميتة بالأولى وقيد بتسمية الخمر فقط لأنه لو سماه مع أقل المهر وجب أقل المهر المسمى ولو طلقها قبل الدخول وكانت متعتها أكثر من خمسة فمقتضى ما مر عن «الخانية» وجوب المتعة وفيه ما علمت ونبه على الثالثة بقوله أو نكحها على هذا العبد فإذا هو حر.

(أو على هذا الخل فإذا هو خمر) يعني: سمي حلالاً وأشار إلى حرام وقوله وجب مهر المثل جواب للمسائل الثلاثة وهذا في الثالثة قول الإمام وقال الثاني تصح التسمية ويجب عليه في المثلي مثله وفي القيمي قيمته ومحمد مع الإمام في القيمي ومع أبي يوسف في المثلي ولا خلاف بينهم في اعتبار المشار إليه حيث كان المسمى من جنسه وإلا فالمسمى إنما الخلاف في الترخيص قال الإمام الحر مع العبد والخل مع الخمر جنس واحد لاتحاد الصورة والمعنى فالعبرة للإشارة والمشار إليه لا يصلح مهراً فوجب مهر المثل وقال الثاني جنسان مختلفان لاختلافهما حكماً فالعبرة للمسمى ووافق محمد في الخل مع الخمر لأن المطلوب منه غير المطلوب من الآخر وظاهر «الهداية» يقتضي افتراقهم في معاني الخلاف والتحقيق ما أسمعك وعلى هذا فما قدمناه من أن / الجنس هو المقول على كثيرين مختلفين بالأحكام إنما هو على قول أبي يوسف وعند محمد مختلفين بالمقاصد وعند الإمام هو المقول على متحدتي الصورة والمعنى قال الشارح: ثم إذا تعلق العقد بالمسمى عند اختلاف الجنس يعني على قول الثاني ينكحها إن كان المسمى مما يمكن أن يجعل مهراً وثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً لزمه تسليمه من غير خيار، وإلا فإن بين جنسه دون وصفه فلها الوسط منه ويجبر الزوج وإلا فمهر المثل على ما تقدم ولهذا أوجب أبو

أو على هذا العبد فإذا هو حر يجب مهر المثل، وإن أمهر عبيدين وأحدهما حر فمهرها العبد،
 يوسف في الخَلِّ مثله وفي العبد القيمة وإنما لم يجب عبد وسط لاعتبار الإشارة من
 جهة انتهى. وبه اندفع ما في «الفتح» من أن اللائق كون الجواب على قول الثاني
 وجوب القيمة أو عبد وسط لأن اعتبار المسمى يوجب كون الحاصل أنه تزوجها على
 عبد وحكمه ما قلناه قيد بكون المشار إليه خمرًا أو حرًا لأنه لو كان طلاً أو مدبراً أو
 مكاتباً أو أم ولد كان لها مثل الدن من الخل وقيمة العبد، كذا في «الخانبة» وكان
 ينبغي في غير الطل وجوب مهر المثل لأن المشار إليه لا يصلح مهراً أما الطل فصرح
 في «المبسوط» بأنه مال وأجاب في «البحر» بأنه ما لم يخرج عن المالية بالكلية
 صحت التسمية واعتبر المسمى انتهى.

وأقول: في أشربة الواني يصح بيع غير الخمر من الأشربة المحرمة وضمن متلفه
 فالطلا وهو العصير إن طبخ فذهب أقل من ثلثه ليس بقيد إذ السكر وهو النبي من ماء
 الرطب، ونقيع الزبيب إن اشتد وغلا كذلك وإذا عرف هذا فالمثلث العنبي بالأولى
 لأنه لا يحل شربه عند الإمام لا على قول محمد قيل: هذا في أم ولد على قول الإمام
 ممنوع وقد عرف من هذا أنهما لو كانا حلالين وقد اختلفا جنساً كما إذا قال على
 هذا الدن من الخل فإذا هو جارية أو على هذا الثوب الهروي فإذا هو قوهي كان لها
 مثل ذلك الدن خلاً وعبداً بقيمة الجارية وثوب هروي بقيمة القوهي كما في
 «الذخيرة» إلا أن المذكور في «الخانبة» أنهما لو كانا حلالين وجب لها مهر مثل
 ذلك المسمى ومقتضاه وجوب عبد وسط أو قيمته ويكون المسمى دون المشار إليه
 حالاً لأنه لو كان العكس كما إذا قال على هذا الحر فإذا هو عبد كان لها المشار إليه
 في الأصح عند الإمام وعرف من كلامه أنهما لو كانا حرين وجب مهر المثل بالأولى
 ودل إطلاقه أن الحر لو كان حربياً فاسترق وملكه الزوج لم يجبر على تسليمه اتفاقاً
 ذكره في «الأسرار» وكذا الخمر لو تخللت وفي «البدائع» تزوجها على هذا الدن من
 الخمر وقيمة الظرف عشرة فصاعداً ففي رواية لها الدن لا غير وأوجب مهر المثل في
 أخرى والله الموفق.

(وإذا أمهر العبدین) بأن قال تزوجتك على هذين العبدین (و) الحال أن
 (أحدهما حر فمهرها العبد) الباقي عند الإمام إن ساوى أقل المهر والأكمل وقال
 الثاني: لها قيمة الحر لو كان عبداً وقال محمد: لها الباقي وتمام مهر مثلها إن كان
 أكثر من قيمة العبد وقد خرجت المسألة على ما مر من الأصل فعند الإمام تسمية
 العبد عند الإشارة إلى الحر لغو فصار كأنه تزوجها على عبد فقط واعتبرها الثاني وإذا
 سمى عبيدين وعجز عن تسليم أحدهما وجبت قيمته ومحمد يقول كما قال الإمام

وفي النكاح الفاسد إنما يجب مهر المثل بالوطء.....

لكنها لم ترض بتمليك بضعها بعبد واحد فوجب مهر المثل دفعاً للضرر عنها لهما في عدم الاقتصار على الباقي الإلحاق بما مر أعني ما إذا تزوجها بألف على أن لا يخرجها من البلد ولم يف حيث يكمل لها المهر المثل لأنها لم ترض بذلك القدر فقط وقد امتنع الباقي فلم يجب الاقتصار عليه وفرق الإمام بأن ترك الإخراج مما يمكن الوفاء به فلم تكن راضية بالمسمى بدونه والحر لا يمكن الوفاء به لأنه ليس بمال فكانت راضية بالباقي ولأنه لا يمكن الوقوف على المشروط قبل العقد بخلاف معرفة الحر فكان التقصير منها كذا في «الغاية» قال في «الفتح»: وكونها مقصرة في ذلك ممنوع بأن العادة مانعة من التردد في أن المسمى حر أو عبد ورجح قول أبي يوسف وأراد بالعبدین القيمین فشمّل ما لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فإذا هي تسعة قال الإمام لها التسعة لا غير وبه يفتى وقال محمد لها ذلك مع تمام مهر مثلها إن كان أكثر ولو زاد الهروية كان لها مع التسعة هروي وسط بالإجماع والفرق أنه لما لم يصفها صار كأنه تزوجها على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو بخلاف ما إذا وصفها لأن المعنى أنه تزوجها على هذه التسعة وثوب هروي فلا تبطل تسميته غير أن مقتضى «الأصل» أن يتخير بين عبده وقيمه كذا في «الفتح» ولو وجدتها / أحد عشر قال محمد: يعطيها عشرة من أيتها شاء وقال الإمام إن كان مهر مثلها مثل أجود العشرة أو زيادة فلها أجود العشرة وهو الأصح وعليه الفتوى قيد بكون أحدهما حراً لأنه لو استحق كان لها مع الباقي قيمته اتفاقاً.

[١/١٨٤]

(وفي النكاح الفاسد) وهو المفقود منه شرط من شرائط الصحة كالشهود ونحو ذلك وجعل منه في «المحيط» ما لو تزوج ذمي مسلمة ويجب على القاضي إذا علم به أن يفرق بينهما كي لا يلزم ارتكاب المحظور اغتراراً بصورة العقد قاله الإيتقاني وقول الشارح ولكل منهما فسخه بغير محضر من صاحبه لا يريد به عدم الوجوب إذ لا شك أنه خروج من المعصية والخروج منها واجب بلا فائدة أي: لكل منهما وحده أنه أمر ثابت له وحده (إنما يجب مهر المثل بالوطء) في القبل لأنه لا جائز أن يجب بالعقد لفساده ولا بالخلوة لوجود المانع الشرعي فيها وبالوطء قد استوفى منافع بضعها وخص المهر مع أن حرمة أمها إنما تكون أيضاً به لأن الكلام فيه ولو ادعت فساده وهو صحته فالقول له وعلى عكسه فرق بينهما وعليها العدة ولها نصف المهر إن لم يدخل والكل إن دخل كذا في «الخانية» لكن ذكر الحاكم أنه لو ادعى أحدهما أن النكاح في صغره فالقول له ولا نكاح بينهما أو لا مهر إن لم يكن دخل بها قبل الإدراك فيخص هذا من إطلاق «الخانية» وفي «المحيط»: صبي أو مجنون جامع امرأة

ثيباً وهي نائمة فلا مهر عليه ولو كانت بكرًا فافتضها فعليه مهر مثلها وروى هشام عن محمد صبي جامع امرأة بشبهة نكاح فلا مهر عليه لأن الولي لا يملك النكاح الفاسد في حقه ولا الإذن له فسقط اعتبار قوله فصار كأنه وطئ في حق نفسه من غير شبهة عقد وتجب عليها العدة لأن فعلها جائز في حق نفسها لتنفيذ العقد في حقها انتهى، قال في «البحر»: وينبغي أن يلزمه المهر في الحالين حيث كانت نائمة لأنه يؤخذ بأفعاله ولا يسقط حقها إلا بالتمكين ولم يوجد انتهى.

وأقول: فيه نظر إذ الضمان فيما إذا كانت بكرًا ضمان إلتلاف وكذا تدافعت جارية مع أخرى فأزالت بكارتها وجب عليها مهر المثل كما قدمناه عن «جامع الفصولين» ولا إلتلاف فيما إذا كانت ثيباً وإذا كان على ما روى هشام مع شبهة العقد لا مهر فمع عدمه أولى، إلا أنه ينبغي أن يقيد رواية هشام بغير البكر كما لا يخفى.

تتمة: قال في «الخلاصة»: من النكاح التصرفات الفاسدة عشرة جمعتها تفهيمًا تسهياً لحفظها وهي النكاح والبيع والإجارة والرهن والصلح والقرض والهبة والمضاربة والمكاتبة والمزارعة وأحكامها مختلفة بينها رحمه الله تعالى وقد نظمتها طمعاً في مزيد تسهيل حفظها فقلت وبالله الإعانة ومنه التوفيق:

وفاسد من العقود عشر	إجارة وحكم هذا الأجر
وجوب أدنى مثل أو مسمى	أو كله مع فقد المسمى
والواجب الأكثر في الكتابة	من الذي سماه أو من قيمته
وفي النكاح المثل إن يكن دخل	وخارج البذر لمالك أجل
والصلح والرهن لكل نقضه	أمانة أو كالصحيح حكمه
ثم الهبة مضمونة يوم قبض	وصح بيعه لعبد افترض
مضاربة وحكمها الأمانة	والمثل في البيع وإلا القيمة

وبقي من التصرفات الفاسدة الصدقة والخلع والشركة والسلم والكفالة والوكالة والوقف والإقالة والصرف والوصية والقسمة أما الصدقة ففي «جامع الفصولين» أنها كالهبة الفاسدة مضمونة بالقبض وأما الخلع فحكمه أنه إذا بطل العوض فيه وقع بائناً وذلك كالخلع على خمر أو خنزير أو ميتة وأما الشركة وهي المفقود منها شرطها مثل أن يجعل الربح فيها على قدر المال كما في «المجمع» ولا ضمان عليه لو هلك المال في يده كما في «جامع الفصولين» وأما السلم وهو ما فقد فيه شرط من شرائط الصحة فحكم رأس المال فيه كالمغصوب فيصح فيه أن يأخذ به ما بدا له كذا في الفصول وأما الكفالة كما إذا جهل المكفول عنه مثلاً كقوله ما بايعت أحداً فعلي

ولم يزد على المسمى، ويثبت النسب.....

فحكمتها عدم الوجوب عليه ويرجع بما أداه حيث كان الضمان فاسداً كذا في «الفصول» أيضاً وأما الوكالة والوقف والإقالة والصراف والوصية فالظاهر أنهم لم يفرقوا بين فاسدها وباطلها وصرحوا بأن الإقالة كالنكاح / لا يبطلها الشرط الفاسد وقد عرف أنه لا فرق بين فاسدة وباطلة وقالوا: لو وقعت الإقالة بعد القبض بعدما ولدت الجارية فهي باطلة.

(ولم يزد على المسمى) لأنها أسقطت حقها في الزيادة لرضاها بما دونها ولم يقل ولا ينقص منه إيماء إلى أنه لو كان أكثر من مهر المثل وجب مهر المثل فقط وظاهر كلامهم ولو كان ذلك أقل من العشرة وفي قوله المسمى إشارة إلى أنه معلوم ولو كان مجهولاً وجب المثل بالغاً ما بلغ وفي «الخانية» لو تزوج محرمة فلا حد عليه في قول الإمام وعليه مهر مثلها بالغاً ما بلغ وحكى في «جامع الفصولين» خلافاً فيه فقيل باطل عنده وسقوط الحد لشبهة الاشتباه وقيل فاسد وسقوطه لشبهة العقد والظاهر أن ما في «الخانية» بناء على الثاني، وفي «الظهيرية» زوج أحد الموليين أمة ودخل بها الزوج فإن نقض الآخر كان له نصف مهر المثل وللزوج الأقل منه ومن نصف المسمى انتهى.

وإيجاب نصف مهر المثل للناقض يعني بالغاً ما بلغ (وثبت النسب) أي: نسب المولود في النكاح الفاسد احتياطاً إحياء للولد وابتداء مدته عند محمد من وقت الدخول وبه يفتى، قيل: وعندهما من وقت العقد والمذكور في كتاب الدعوى أن الأمة إذا تزوجت بغير إذن ودخل بها الزوج فولدت لستة أشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت العقد ولم يحك خلافاً وذكر شيخ الإسلام أن النكاح لا ينعقد في الفاسد إلا بالدخول وأول المسألة بأن الدخول كان عقب النكاح بلا مهلة وهذا بعد ثبوت الخلاف لا حاجة إليه إذ ما في «الأصل» مفرع على قولهما إلحاقاً للفاسد بالصحيح واستبعد بأن الفاسد ليس بداعٍ إلى الوطء لحرمة بخلاف الصحيح ولا يخفى أن النسب حيث كان يحتاط في إثباته فالاعتبار بوقت العقد به أمس، قال في «الغاية»: قد اعتبروا العدة من وقت التفريق فكان الأحوط في النسب من وقت التفريق أيضاً لا من وقت النكاح ورده الشارح بأنهم إنما اعتبروها من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد إقامة للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء حتى لو جاءت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الدخول ثبت نسبه كما في «الصحيح» ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق ألا ترى أنها لو جاءت بولد لأكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها وهي معه ثبت نسبه ولو

كان الاعتبار لوقت التفريق لا غير لما ثبت وكذا لو فارقها بعد عشر سنين لا يمكن الاعتبار لوقت التفريق لا غير، قال في «الفتح» بعد ذكره والحاصل أنه يعتبر من وقت التفريق إذا وقعت فرقة وما لم تقع فمن وقت النكاح أو الدخول قال في «البحر»: ويرد عليه ما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر من يوم العقد ولأقل منها من وقت التفريق يثبت النسب ومقتضى ما في «الفتح» خلافه. وأقول: اعتبار ابتداء المدة من وقت النكاح أو الدخول معناه نفي الأقل حتى لو جاءت به لأقل من سنة من هذا الابتداء لا يثبت نسبه واعتبارها من وقت التفريق معناه أنها لو جاءت به لأكثر من سنتين من وقت التفريق لا يثبت النسب فهي نفي للأكثر لا للأقل كما في «الصحيح» فلا يرد ما ذكر فتدبر.

(و) تثبت (العدة) أي: عدة الطلاق وجوباً إلحاقاً للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط ولو قال: لم أدخل بها فالقول له لا عدة الوفاة لو مات عنها كما في «الفصول» وغيره وابتدؤها من وقت التفريق، قال في «الدرية»: أو عزم الواطئ على ترك وطئها والظاهر أن المراد بها المتاركة إذ لا اطلاع لنا عليه ولذا قال في «الفتح»: ابتدائها من وقت التفريق أو الافتراق بالمتاركة هو الصحيح وقال زفر: من آخر الوطئات واختاره الصفار ولا تحقق المتاركة إلا بالقول كتاركتك أو خليت سبيلك أو خليتها أو تركتها هذا في المدخول بها أما غيرها فبتفريق الأبدان.

قال في «الفتح»: ويجب أن يكون هذا في القضاء أما فيما بينها وبين الله تعالى إذا علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثاً ينبغي أن يحل لها التزوج قال في «البحر»: ومحلها فيما إذا فرق بينهما أما إذا حاضت ولم يفارقها فليس لها التزوج اتفاقاً كما أشار إليه في «غاية البيان» وظاهر الزيلعي يوهم خلافه انتهى. وفيه نظر وعلم غير المتارك ليس بشرط لصحة المتاركة في «الأصح» كما في «الصحيح» كذا في «الشرح» وقيل بشرط، قال في «القنية»: وهو الصحيح وإياك أن تظن أن ما في «الشرح» يفيد أن المتاركة / تكون منها أيضاً لأنه قدم أولاً تخصيص المتاركة بالتزوج فالمراد كما قال غيره إن علم المرأة ليس بشرط ويؤيده قوله كما في الصحيح لكن قالوا: لكل منهما فسخه بغير محضر من الآخر وقيل: بعد الدخول لا بد من حضوره وهذا يقتضي صحة الفسخ منها بمحضره إجماعاً.

قال في «البحر»: ولا شك أنه متاركة إلا أن يفرق بينهما وهو بعيد وأقول من تصفح كلامهم جزم بالفرق بينهما وذلك أن المتاركة في معنى الطلاق فيختص به

ومهر مثلها يعتبر بقوم أبيها إذا استويا سناً وجمالاً مالاً وبلداً وعصراً وعقلاً وديناً وبكارة

الزوج أما الفسخ فدفع العقد فلا يختص به وإن كان في معنى المتاركة وإنكار النكاح بحضرتها متاركة وإلا لا وشرط في «الفصول» أن يقول لها اذهبي وتزوجي وإن لم يقل لها ذلك لا يكون متاركة (ومهر مثلها) أي: الحرة إذ الكلام في نكاحها أما الأمة فعلى قدر الرغبة منها وعن الأزاعي هو ثلث قيمتها كذا في «المجتبى» وغيره (يعتبر) أي: يعتبره القاضي (بقوم أبيها) لقول ابن مسعود في المفوضة: «لها مهر مثلها مثل نساءها» والظاهر من إضافة النساء إليها أنها باعتبار قرابة الأب لأن الإنسان من جنس أبيه وكذا صحة خلافة ابن الأمة إذا كان أبوه قرشياً، قال في «الخلاصة»: ويعتبر بأخواتها وعماتها وبناتهن فإن لم يكن لها أخت ولا عمة فبنت الأخت لأب وأم وبنت العم انتهى. وهذا يفيد في الاعتبار بقوم أبيها فهو مقيد لإطلاق المصنف (إذا استويا سناً) أي: صغراً وكبراً (وجمالاً) قيل هذا في أوساط الناس أما بنت الحسب والشرف فلا يعتبر فيهم الجمال، قال في «الفتح»: وهذا جيد انتهى، وإطلاق الكتاب كغيره يرده (ومالاً وبلداً وعصراً) أي: زماناً (وعقلاً وديناً) أي: تقوى (وبكارة) لأن المهر يختلف باختلاف الأوصاف لاختلاف الرغبات فيها.

قال في «الفتح»: حتى لو كانت من قوم أبيها لكن اختلف مكانهما أو زمانهما لا تعتبر بمهرها لأن البلدين تختلف عادة أهلها في المهر في غلائه ورخصه وبقي أنه يشترط أن يستويا أيضاً علماً وأدباً وكمالة خلق وعدم ولد وقالوا: يعتبر حال الزوج أيضاً بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نساءها في المال والحسب وعدمها، كذا في «الفتح» قال في «البحر»: وينبغي أن يكون للجمال والبلد والصغر والتقوى والسن مدخل فيه أيضاً إذ الشاب والمتقي يزوج بأرخص من الشيخ والفاسق وإنما تعتبر هذه الأوصاف وقت التزوج كما في «الذخيرة» وفي «المنتقى» يشترط أن يكون المخير بمهر المثل رجلين أو رجلاً وامرأتين ويشترط لفظه فإن لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه فظاهره أنه لا يصح القضاء بمهر المثل إلا بالشهادة أو الإقرار ويخالفه ما مر عن «المحيط» من أن الزوج أو القاضي لو فرض بعد العقد جاز لأنه يجري مجرى التقدير لما وجب بالعقد من مهر المثل زاد أو نقص لأن الزيادة على الواجب صحيحة والحط منه جائز، كذا في «البحر» وبما قدمناه من حمل ما في «المحيط» ترتفع المخالفة فارجع إليه قال: ولم أر حكماً ما لو ساوت امرأتين من قوم أبيها في كل الأوصاف واختلف مهرها قلة وكثرة بماذا تعتبر هذه

فإن لم يوجد فمن الأجانب، وصح ضمان الولي المهر،

وينبغي أن كل مهر حكم به القاضي صح (فإن لم يوجد) أحد من قوم أبيها أو من يماثلها في الأوصاف كلها أو بعضها (فمن الأجانب) أي: فتعتبر منهم قال الشارح من قبيلة هي مثل قبيلة أبيها وهو مقيد بإطلاق «الكتاب» ويوافقه ما في «الخلاصة» فإن لم يكن مثلها في قبيلتها ينظر في قبيلة أخرى مثلها.

قال في «الفتح»: أي: مثل قبيلة أبيها وهذا التفسير متعين وبهذا اندفع ما في «البحر» من أن الأولى أن يرجع الضمير إلى المرأة ليكون موافقاً لما في «الكتاب» من الاعتبار بالأجنبيات مطلقاً وعن الإمام عدم الاعتبار بالأجنبيات ويجب حمله على ما إذا كان لها الأقارب وإلا امتنع القضاء بمهر المثل في النظر إلى ما يماثل فالمروي صحيح وأنت قد علمت بأن ما في «المحيط» لا يمكن إجراؤه على ظاهره فلا يتم الاستشهاد به والله الموفق.

(وصح ضمان الولي) سواء كان ولي الزوج أو الزوجة صغيرين كانا أو كبيرين بشرط أن يكون ذلك في صحته فإن كان في مرض الموت وهو وارثه لم يصح وإلا صح من الثلث وأن تقبل المرأة أو غيرها في مجلس الضمان لأن الموجود شرط فلا يتوقف على ما وراء المجلس في المذهب كذا في «البرزانية» فهو ظاهر في أن هذا [١٨٥/ب] شرط في ضمان ولي الصغيرة إلا أن إطلاقهم يفيد أن إيجابه يقوم مقام القبول عنها أما ضمان ولي الكبير منهما فظاهر لأنه في هذه الحالة كالأجنبي ثم إن كان عن إذن رجع وإلا لا، وأما ولي الصغيرين فإنما يصح ضمانه لأنه في النكاح سفير ومعبر فإذا مات الضامن كان للزوجة أن ترجع في تركته ولباقي الورثة الرجوع في نصيب الصغير وقال زفر لا يرجعون لعدم أمر المكفول عنه قلنا: بل صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الأب عليه فإذا الأب إذن منه معتبر وإقدامه على الكفالة دلالة ذلك من جهته، كذا في «الفتح» وفيه إيماء إلى أن (المهر) لا يلزم الأب بعقد إذ لو لزمه به لما أفاد الضمان شيئاً وهذا أعني عدم لزومه هو المذكور في «المنظومة وشروحها» وفي «شرح الطحاوي» لها مطالبة الأب به ضمن أو لا.

قال في «الفتح»: والمعول عليه هو الأول وحمل في «البحر» ما في «شرح الطحاوي» على ما إذا كان للصغير مال فإن لها حينئذ مطالبة الأب به لأنه مال لزم ذمة الصغير بالعقد فإن قلت: فإذا ضمن حينئذ كان ينبغي أن لا يصح ضمانه لعدم فائدته قلنا: فائدته تظهر فيما إذا مات كان لها الأخذ من تركته بخلاف ما إذا لم يضمن، قال في «الفتح»: ولا يرجع إذا أدى عن ابنه الصغير وضمن عنه للعرف بتحمل مهور الصغار اللهم إلا أن يشهد أنه يدفع له ليرجع عليه في أصل الضمان ولا يخفى أن هذا

وتطالب زوجها، أو وليها، ولها منعه من الوطاء والإخراج للمهر، وإن وطئها،

مقيد بما إذا لم يكن للصغير مال انتهى وفيه نظر لما في « غاية البيان » لو أدى الأب من مال نفسه فالقياس أن يرجع وفي الاستحسان لا رجوع له لأن الآباء يتحملون المهر عن أبنائهم عادة ولا يطمعون في الرجوع والثابت بالعرف كالثابت بالنص إلا إذا شرط الرجوع في أصل الضمان فحينئذ يرجع لأن الصريح يفوق الدلالة بخلاف الوصي إذا أدى بحكم الضمان فإنه يرجع كبقية الأولياء غير الأب انتهى .

وفي « الشرح » لو أدى الولي بعدما ضمن من مال نفسه فله الرجوع في مال الصغير إن أشهد أنه يؤديه ليرجع وإن لم يشهد فهو متطوع استحساناً انتهى وأنت قد علمت أن عدم الرجوع عند عدم الإشهاد خاص بالأب بإطلاق الشارح الولي فيه مؤاخذه ظاهرة نعم لو اشترى الأب له ما يؤكل ونقد من مال نفسه كان له الرجوع في ماله لعدم العرف كما في « الذخيرة » وإذا كان في ذي المال لا يرجع إلا إذا أشهد ففي الفقير أولى بقي أن غير الأب هل يرجع بدون الإشهاد في الفقير لم أره لهم فتدبره .

(وتطالب زوجها) إن شاءت يعني إن كان بالغاً ولم يقيده به لظهور أن غير البالغ لا يطالب لعدم الفائدة وأيضاً التخيير المستفاد من قوله (أو وليها) إنما يتم لو كان الزوج بالغاً وإلا طالبت الولي فقط ولو قال: أو الولي لكان أولى ليطابق إطلاق صحة ضمان الولي لأن الضامن لو كان وليه خيره أيضاً (ولها منعه) أي: الزوج (من الوطاء) فيما ينبغي ولم أره لهم ثم رأيت ابن الملك قال لها أن تمنعه من الاستمتاع بها وهذا نص في المسألة ولله الحمد ولا يحل له أن يطأها عن كره منها عند الإمام خلافاً لهما كذا في نفقات « المحيط » وينبغي تقييد الخلاف بما إذا وطئها أولاً برضاها أما إذا لم يطأها ولم يخل بها كذلك فلا يحل اتفاقاً .

(والإخراج) من بيتها أو بلدها وهذا أولى من تخصيصهم بالإخراج من البلد كما في « الهداية » وعليه جرى الشارح وغيره (للمهر) أي: لأجله (وإن وطئها) ولو حكماً برضاها يتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج المبدل فصار كالبيع وهذا التعليل لا يصح إلا في المهر الدين لا العين كما لو تزوجها على عبد بعينه لأنها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه كذا في « الفتح » ويمكن أن يقال المراد التعيين التام المخروج عن الضمان ولن يكون ذلك إلا بالتسليم ألا ترى أن العبد المهر في ضمانه ما بقي في يده ثم التشبيه بالمبيع يقتضي أن المهر لو كان عيناً يقال لهما سلماً معاً كما في بيع المقايضة قال في « الفتح »: ومثله لا يتأتى في النكاح إذا كان المهر عبداً معيناً مثلاً ولا في معينة الخلوة لإطلاق الجواب بأن لها الامتناع إلى أن تقبض وردة في « البحر » بأن المراد بالتسليم / هنا التخلية برفع الموانع [١/١٨٦]

وهو ممكن في العبد أيضاً بأن يخلى بينه وبينها بشرط التخلية برفع الموانع ويخلى بينه وبين نفسها برفع الموانع هذا قبل الاطلاع على النقل ثم رأيت في «المحيط» وإن كان عيناً فإنهما يتقاضان كما في بيع المقايضة وبهذا سقط ما في «الفتح» انتهى .

وأقول: ما في «الفتح» منقول كلامهم قال في «البدائع»: وإذا كان يعني الثمن عيناً يسلمان معاً وههنا يقدم تسليم المهر على كل حال سواء كان ديناً أو عيناً لأن القبض والتسليم معاً متعذر ولا تعذر في البيع انتهى . وفي «المحيط» ولا يشترط إحضار المرأة لاستيفاء الأب مهر ابنته وعند أبي يوسف وزفر يشترط ولهما أن العادة جرت أن تسليم المرأة يتأخر عن قبض صداقها زماناً فلما علم الزوج بذلك كان راضياً بتعجيل الصداق وتأخير تسليمها ولا كذلك في البيع ولو طالب الزوج الأب بتسليم المرأة وهو لا يقدر على تسليمها فليس له قبض الصداق ولو كانت في منزله ولكن اتهمه الزوج فالقاضي يأمر الأب بأن يعطيه كفيلاً بالمهر ولو كانت الخصومة بالكوفة والبنات بالبصرة لا يكلف الأب نقل البنات ولكن يقال للزوج: ادفع المهر إلى الأب واخرج معه إلى البصرة لتأخذ المرأة انتهى . وهذه الإطلاقات إنما تناسب ما في «البدائع» فما في «المحيط» أولاً يحمل على أنه رواية وأطلق في المهر وهو ظاهر فيما لو شرطاً تعجيل كله أما لو شرطاً تأجيله ولو بعد العقد فليس لها الامتناع وعن الثاني أن لها الامتناع .

قال في «الولوالجبة»: ويفتى به استحساناً وفي «الخلاصة» كان الأستاذ ظهير الدين يفتي بالأول والصدر الشهيد بالثاني انتهى ولا خلاف أنه لو شرط الدخول فيها قبل حلوله فليس لها الامتناع ولو سكتنا اعتبر عرف بلدهما على ما عليه الفتوى وجزم به في غير كتاب بقي لو تزوجها على مائة مثلاً على حكم الحلول على أن يعطيها قبل الدخول أربعين والباقي على حكمه كان لها الامتناع حتى تقبضه وقول الشارح ليس لها أن تحبس نفسها فيما تعورف تأجيله ولو كان حالاً أي: بمقتضى العقد وليس في اشتراط تعجيل البعض مع النص على حلول الجميع دليل على تأخير الباقي إلى الطلاق والموت بوجه من وجوه الدلالات والذي عليه العادة في مثل هذا التأخير اختيار المطالبة وقال الزاهدي: صار تأخير الصداق إلى الطلاق والموت بخوارزم عادة مأثورة وشريعة معروفة عندهم انتهى . وهو خلاف الواقع في مصر والشام وما وراءهما كذا في «القاسمية» وتسوية المصنف بين ما لو وطئها أو لا قول الإمام وقالوا إن دخل بها راضية وهي مما يعتبر رضاها فليس لها المنع ولا خلاف أنه لو دخل بها كارهة أو غير مكلفة فزال الإكراه وصارت مكلفة أن لها الامتناع وأفهم كلامه أن له إخراجها إن

وإن اختلفا في قدر المهر حكم مهر المثل.....

أوفاهما المهر وكلام بعضهم يعطي جوازه من القرية إلى المصر وعكسه اتفاقاً وحكى في «القنية» خلافاً في نقلها من المصر إلى الرستاق قال: والصواب أن له ذلك وحكوا الخلاف لإخراج إلى مصر أخرى فظاهر الرواية أن له ذلك لإطلاق النص في «جامع الفصولين» وغيره وعليه الفتوى وأفتى الفقيه بأنه ليس له ذلك جبراً عليها وبه أفتى كثير من المشايخ، وفي «المختار» وعليه الفتوى، وفي «المحيط» وهو المختار وبه جزم البزازي وغيره وهو الذي عليه العمل في ديارنا وما شنع به ظهير الدين من الأخذ بكتاب الله أولى من الأخذ بقول الفقيه يرد لأن الكتاب مقيد بعدم المضارة بقوله ولا تضاروهن بعد أسكنوهن ولا شك أن في النقل إلى غير بلدها مضارة وجعل الولوالجي جواب ظاهر الرواية باعتبار ما كان في زمانهم يعني من غلبة الصلاح والأمن عليها بخلاف زماننا وبهذا اندفع ما في «البحر» من أنه لا تفصيل في ظاهر الرواية بين كونه مأموناً عليه أو لا.

(ولو اختلفا) أي: الزوجان (في قدر المهر) نقداً كان أو مكيلاً أو موزوناً أو ديناً ولم يقيد بحال الحياة لأن اختلافهما لا يتصور إلا كذلك (حكم مهر المثل) أي: جعل حكماً فمن كان من جهته كان القول له مع يمينه وإن لم يكن من جهته أحد بأن كان بين الدعوتين تحالفاً ويعطى مهر المثل عند الإمام ومحمد على تخريج الرازي وعلى تخريج الكرخي يتحالف في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل وبه جزم المصنف في باب التحالف حيث قال: لو اختلفا في المهر قضي لمن رهن وإن رهنها فالمرأة وإن عجزا تحالفاً ولم يفسخ النكاح بل يحكم مهر المثل فيقضى بقوله لو كان كما قال أو أقل وبقولها لو كان كما قالت أو أكثر وبه لو بينهما. قال في «البحر»: ولم أر من رجع تخريج الرازي والذي رجحه في «المحيط» وفي «المبسوط» تخريج الكرخي فيحمل كلام المصنف هنا عليه ليطابق ما صرح به في التحالف / [١٨٦/ب]

وأقول: تقديم الشارح وغيره تبعاً لصاحب «الهداية» ما خرج الرازي يؤذن بترجيحه وصححه في «النهاية»، وقال قاضي خان: إنه الأولى ولم يذكر في «شرح الجامع الصغير» وغيره واختيار المصنف له هنا لا ينافي اختيار غيره في موضع آخر وحمل كلامه هنا على ما قاله في التحالف ظاهر البعد إذ وجه المسألة حينئذ تحالفاً وحكم مهر المثل ولا دلالة في كلامه على هذا المحذوف ولم يذكر الخلاف في باب التحالف من يبتدئ بيمينه إيماء إلى أنه لو بدأ بأيهما كان صح نعم. قال في «غاية البيان»: يندب أن يقرع بينهما واختار كثير أن الأولى البدأة فيمين الزوج لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه كتقديم المشتري في التحالف وقوله وإن

برهنا فللمرأة ظاهر فيما إذا كان مهر المثل شاهداً له أما إذ شهد لها فتقديم بينها أحد قولين وجزم الشارح وغيره بأن البينة له لأنها تظهر حط الألف عن مهر المثل ولو كان بينهما تهاتراً في الصحيح ويجب مهر المثل فيه فيخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير وفي التحالف السابق يجب قدر ما اتفقا عليه على أنه يسمى كما في النكول والزائد على أنه مهر المثل فيخير فيه الزوج أيضاً والفرق أن بينة كل واحد منهما تتقي تسمية صاحبه فخلا العقد عن تسمية فوجب مهر المثل ولا كذلك التحالف وسوى قاضي خان بين الفصلين .

قال في «البحر»: والظاهر الأول وهذا كله عندهما وقال الثاني: القول للزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر واختلفت الروايات عنه في معناه فروي عنه في «الجامع الصغير» أن المستنكر عرفاً يعني ما لا يتعارف مهراً وصححه في «الهداية» وغيره وعنه كما في «البدائع» أنه المستنكر شرعاً وهو ما دون العشرة ورجحه الإسيجابي وغيره وقال الويري: إنه الأشبه بالصواب وقوله في «الجامع» إلا أن يأتي بشيء قليل لا يعين هذا كما توهمه عبارة بعضهم إذ التعليل كما جاز أن يكون عرفاً وفي «المحيط» قال محمد: رجل أقام بينة أنه تزوج هذه المرأة بألف وأقامت بينة أنه تزوجها بألفين فالمهر ألف ولو أقام بينة أنه اشترى هذه الدار بألف والبائع بينة أنه باعها بألفين فهي بالألفين والفرق أنه بالبيع أمكن العمل بالبينتين لاحتمال أنه اشتراها منه بألفين فيصح لأن البيع يحتمل الفسخ والنكاح لا يحتمله وكل منهما ادعى عقداً غير ما ادعاه الآخر فتهاوت البينتان ووجب الألف باعتراف الزوج انتهى .

فهذا إن كان نقلاً للمذهب لا قوله وحده فمعنى قولهم وإن برهنا فالمرأة ما إذا أشهدت ببينة فإن المهر ألف وبينتها بأنه ألفان ولو تقع الشهادة بالعقد أما إذا وقعت به مع المسمى فقد علمت حكمه كذا في «البحر» ولا يخفى ما فيه فتدبره قيد بالاختلاف في قدره لأنه لو كان من جنسه بأن قالت تزوجتني على عبد فقال: بل على جارية أو صفة من الجودة والرداءة أو نوعه كالتركي مع الرومي أو ذرعه إن كان مذروعاً والمسمى عين أو اختلفا في قيمته وهو هالك فالقول قوله ولا يتحالفان لأنهما اتفقا على المسمى إلا أنها تدعي عليه ضماناً زائداً وهو ينكر ولو كان ديناً فهو كالاختلاف في الأصل ولو اختلفا في الوصف والقدر جميعاً فالقول له في الوصف ولها في القدر إلى تمام مهر مثلها كذا في «المحيط» وفي «البدائع» الاختلاف في الجنس والنوع والصفة إذا كان المهر ديناً كالاختلاف في العينين إلا الدراهم والدنانير فكالألف والألفين لأنها لا تملك إلا بالتراضي بخلاف الدراهم

والمتعة لو طلقها قبل الوطء، ولو في أصل المسمى يجب مهر المثل،
 والدنانير فإنهما وإن اختلفا جنساً إلا أن المهر يقضى من جنسهما فجاز أن يستحق
 المائة دينار مثلاً من غير تراض بخلاف العبد لأن مهر المثل لا يقضى من جنسه فلم
 يجز أن يملكه من غير تراض فيقتضي بقدر قيمته إن كان غنياً وكان الاختلاف في
 الجنس كالعبد والجارية فكالاختلاف في الألف والألفين إلا إذا كان مهر مثلها مثل
 قيمة الجارية وأكثر فلها قيمة الجارية لا عينها هذا حاصل ما قاله وفيه ما لا يخفى من
 المخالفة لما في «المحيط» .

(و) حكمت (المتعة لو طلقها قبل الوطء) أو الخلوة فمن شهد له متعة مثلها
 كان القول له مع يمينه أو يحلفان مطلقاً على اختيار الكرخي ثم يحكم على ما مر
 ولا خلاف أنها إذا لم تشهد لأحد يحلفان وهذا رواية «الجامع الكبير» والمذكور في
 «الأصل» وعليه جرى في «الجامع الصغير» أن القول للزوج ووفق بينهما بأن وضع
 المسألة في «الأصل» في الألف والألفين ومتعة مثلها لا تبلغ نصف الألف الذي يقر
 به فلا يفيد التحكيم وفي «الجامع الكبير» في العشرة والمائة ومتعة مثلها تزيد على
 نصف العشرة عادة فيفيد ووجهه أن المتعة موجبة بعد الطلاق قبل الدخول / فتحكم [١٨٧/٤١]
 كمهر المثل وقد يقال: لا نسلم أنها موجبة مطلقاً بل فيما إذا لم يكن ثمة تسمية
 وقد اتفقا عليها هنا فقلنا بقاء ما اتفقنا عليه وهو نصف ما أقر به الزوج ويحلف على
 نفي دعواها الزائد وعن هذا صدر في «البدائع» بتحقيق الخلاف وصحح أن القول
 للزوج ثم حكى التوفيق والجواب مع كون التسمية موجودة بل أحدهما غير عين وهو
 لا ينفي الرجوع إلى الأصل إذا تعذر القضاء بأحدهما عيناً كعدمها إليه أشار في
 «الفتح» وبه اندفع ما في «البحر» من اختيار أن القول فيه للزوج هذا إذا كان المسمى
 ديناً وإن كان عيناً كما مر في العبد والجارية كان لها المتعة إلا أن يرضى الزوج بأن
 يأخذ نصف الجارية لأن نصف الألف هناك ثابت بيقين لاتفاقهما على تسمية الألف
 فكان القضاء بنصفها حكماً بالمتيقن وتمليك نصف الجارية ليس ثابتاً بيقين لعدم
 اتفاقهما فلم يكن القضاء بنصف الجارية إلا باختياره وإذا لم يوجد سقط البدلان
 فوجب الرجوع إلى المتعة كذا في «البدائع» .

(ولو) كان الاختلاف (في أصل المسمى يجب مهر المثل) اتفاقاً سواء كان في
 حياتهما أو بعد موت أحدهما ولو بعد الطلاق قبل الدخول وجبت المتعة لأنه هو
 الأصل عندهما وعند الثاني تعذر القضاء بالمسمى فيصار إليه كذا في «الهداية»
 واستشكله الشارح بأن محمداً مع الثاني في أن المسمى هو الأصل كما صرح به قبلها
 فيما إذا تزوجها على هذا العبد أو هذا وأجاب في «البحر» بأنه أصل في التحكيم لا

ولو ماتا، ولو في القدر فالقول لورثته، ومن بعث إلى امرأته شيئاً فقالت: هو.....

بالنسبة إلى المسمى وقد مر فيما لو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد ما يعينك عن هذا الجواب وما فيه من التعسف وإذا وجب لا يزداد به على ما تدعيه ولا ينقص عن ما ادعاه وهل يحلف عندهما؟ نعم فإن نكل ثبت المسمى وإن حلف وجب مهر المثل وأما عند الإمام، فقال صدر الشريعة: ينبغي أن لا يحلف عنده في النكاح وهذا وهم بل هو بالإجماع لأنه لا ينكر الاستحلاف في المهر كما سيأتي كذا في «إيضاح الإصلاح».

(ولو ماتا) أي: الزوجين واختلف ورثتهما (ولو) كان الخلاف (في القدر) فضلاً عن كونه في أصل المسمى (فالقول لورثته) فما اعترفوا به لزمهم وإلا لا وجعلاه كالإختلاف في حياتهما فإن في القدر حكم مهر المثل على قول محمد وأبو يوسف مرّ على أصله وأن القول للزوج ويحلفه الوارث إلا أن يأتي بشيء قليل فالقول للمنكر عنده وعندهما يقضى بمهر المثل ويحلفه الوارث إلا إذا برهن الوارث على الإيفاء أو على إقرار ورثتها به لأنه لو كان في ذمته فلا يسقط بالموت كالمسمى واستدل الإمام في الكتاب على ذلك بقوله: رأيت لو ادعى ورثة علي على ورثة عمر مهر أم كلثوم بنت علي أكنت أقضي فيه بشيء وهذا يشير إلى أن عدم القضاء به عند تقادم العهد أما إذا لم يتقادم فإنه يقضى به والخلاف مقيد بما إذا لم تقم بينة على المهر فإن أقامها الوارث قضى له بها على ورثة الزوج وعبارته في «المحيط» قال أبو حنيفة: لا أقضي بشيء حتى يثبت بالبينة أصل التسمية وبه اندفع ما وجه به بعض المشايخ قول الإمام من أن مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث أنه يجب بغير شرط يشبه النفقة والصلة فباعترار الشبه الأول لم يسقط بموت أحدهما وباعتبار الثاني سقط ولذا قال في «الفتح»: إن تعليل «الهداية» أوجه قال المشايخ: هذا كله إذا لم تسلم المرأة نفسها فإن سلمت لا يحكم لها بمهر المثل بل يقال لها إما أن تقر بما تعجلت وإلا حكمنا عليك بالمتعارف تعجيله ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا كذا في «الشرح» تبعاً «للمحيط» وغيره.

قال في «البحر»: ولا يخفى أن محله ما إذا ادعى الزوج إيصال شيء لها، لا ما إذا لم يدع وفي «المحيط» عن «النوادر» ادعت بعد موته أن لها عليه ألفاً من مهرها، فالقول قولها إلى تمام مهر مثلها عند الإمام لأن مهر المثل يشهد لها وهذا يخالف ما ذكره المشايخ انتهى. وأقول: لا مخالفة بعد إذ هذا المطلق محمول على المقيد (ومن بعث إلى امرأته شيئاً) من النكاحين أو العروص أو مما يؤكل قبل الزفاف أو بعدما بنى بها (فقالت هو)

هدية وقال هو من المهر فالقول له في غير المهيأ للأكل،

أي: المبعوث (هدية) ولا رجوع فيها (وقال) أي: الزوج (هو من المهر) أو الكسوة أو عارية (فالقول له) بيمينه لأنه المملك فكان أعرف بجهة التمليك وقد أنكره في العارية والأصل عدمه (في غير المهيأ للأكل) وهو: ما يفسد ببقائه كالعسل والسمن والشاة الحية والثياب ونحو ذلك أما المهيأ له كالطعام والدجاج / المطبوخ والفواكه التي لا تبقى فلا يقبل قوله فيه بل القول لها مع اليمين، كما في «الدراية» لأن الظاهر شاهد لها للعرف ومن هنا قال الفقيه المختار أن ما يجب عليه من الخمار والدرع ونحو ذلك لا يقبل قوله فيه لأن الظاهر يكذبه بخلاف ما لا يجب كالخف والملاءة لكن هذا إنما ينفي احتسابه من المهر أما الكسوة فلا لأن الظاهر معه في هذا ثم إذا حلف والمبعوث قائم إن كان من غير جنس المهر ولم يرضيا ببيعه أخذه وإن هلك وقد بقي لأحدهما شيء رجع به ولو بعث له أبوها شيئاً وكان قائماً رجع به إن كان من ماله لا إن كان من مال الزوجة لأنه لا رجوع لها فيما وهبته له ونقل الشارح عن «فتاوى أهل سمرقند»^(١) أنها لو عوضته بعدما بعث إليها هدية ثم ادعاه عارية كان لها أن تسترد ما عوضته له علله البرازي بأن المرأة زعمت أن الإعطاء كان عوضاً عن الهبة ولم تثبت الهبة فلا يثبت العوض انتهى.

ولا خفاء أن هذا التعليل يأتي في دفع أبيها من مالها بإذنها فينبغي أن يرجع أيضاً وفي «التجنيس» بعث إليها بقرة عند موت أبيها وتصرفت فيها ثم طلب منها القيمة إن اتفقا على عدم ذكرها فلا رجوع له أو على ذكر الرجوع بها كان له الرجوع وإن اختلفا فالقول لها وهذا قد يشكل على ما مر لأنه المملك في هذه الحالة فكان أعرف بجهة التمليك ولذا قال القاضي: ينبغي أن يكون القول للزوج وفي «البرازية» اتخذ لها ثياباً ولبستها حتى تحرقت، ثم قال: هو من المهر، وقالت: هو من النفقة أعني الكسوة فالقول لها قيل فما الفرق بينه وبين ما إذا كان الثوب قائماً حيث يكون القول ثمة له، قلنا: الفرق أن في القائم اتفقا على أصل التمليك وإن اختلفا في صفته والقول للمالك لأنه أعرف بجهة التمليك بخلاف الهالك فإنه يدعي سقوط بعض المهر والمرأة تنكر ذلك فإن قيل لم لم يجعل هذا اختلاف في جهة التمليك كالقائم قلنا بالهلاك خرج عن المملوكية والاختلاف في أصل التمليك أو في جهته ولا ملك بحال باطل فيكون اختلافاً في ضمان الهالك وبدله فالقول لمن يملك البدل والضمان انتهى.

وهذا يقتضي أن القول لها فيما لو كان هالكاً في مسألة «الكتاب» لأنه بذلك

(١) انظره في كشف الظنون (٢/١٢٢١).

ولو نكح ذمي ذمية بميتة،

يدعي عليها ضمان الهالك وهي تنكر وهو مخالف لما قدمناه والفرق يعسر فتدبره .
وفي «الخلاصة» قال : هو من الكسوة وقالت : هو هدية فالقول له ، والبينة بينها .
وينبغي أن يكون كذلك في مسألة «الكتاب» .

قال في «الفتح» : والذي يجب اعتماده في ديارنا أن جميع ما ذكر من الحنطة
واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيه قول المرأة لأن المتعارف
في ذلك كله إرساله هدية فالظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له إلا في نحو
الثياب والجارية انتهى .

وأقول : وينبغي ألا يقبل قوله أيضاً في الثياب المحمولة مع السكر ونحوه
للعرف هذا كله إذا لم يذكر مصرفاً فإن ذكره كقوله اصرفوا بعض الدراهم إلى الشمع
والبعض إلى الحناء ثم قال : هي من المهر لم يقبل قوله كما في «القنية» قيد بدعواه
المهر لأنها لو قالت هو منه وقال هو وديعة فإن من جنسه فالقول لها وإلا له كذا في
«الشرح» .

تمة : زفت إليه بلا جهاز يليق فيه فله مطالبة الأب بما دفعه إليه من الدراهم
والدنانير إلا إذا سكت طويلاً فليس له الخصومة بعد ولو جهز بنته وسلمه إليها ليس
له في الاستحسان استرداده منها وعليه الفتوى ولو أخذ أهل المرأة منه شيئاً عند
التسليم فله استرداده لأنه رشوة كذا في «البحر» معزياً إلى «المبتغى» .

وأقول : في «البرزانية» عن المرغيناني في الصحيح أنه لا يرجع على الأب بشيء
لأن المال في النكاح غير مقصود وقال قبله المختار في مسألة الجهاز أن العرف إن
كان مستمراً أن الأب يدفع الجهاز ملكاً لا عارية كما في ديارنا فالقول للزوج وإن كان
مشترراً فالقول للأب انتهى . قال الشهيد : وهذا التفصيل هو المختار للفتوى والعرف
في مصر مشترك قال الإمام قاضي خان : وينبغي أن يقال إن كان الأب من الأشراف لم
يقبل قوله أنها عارية وإن كان ممن لا يجهاز البنات بمثل ذلك قبل قوله ، وهذا لعمرى
من الحسن بمكان والحيلة أن يشهد عند التسليم إليها أنه إنما سلمها هذه الأمتعة
عارية ، أو يكتب بها نسخة ويشهد الأب على إقرارها أن ما في هذه النسخة ملك
والذي عندي عارية لكن هذا إنما يصلح للقضاء لا للاحتياط ؛ لجواز أنه اشترى لها
بعض هذه الأشياء في صغرها وبهذا الإقرار لا يصير له في الديانة فالاحتياط أن يشتره
بثمن منها ثم تبره ، (ولو نكح ذمي ذمية بميتة) سواء كانوا يتمولونها كالموقوذة أو لا
كالميتة حتف أنفها أو دم بيان لمهور الكفار بعد / مهر المسلمين وما في «غاية
البيان» من أنه بيان لأنكحتهم جزم في «البحر» بأنه سهو وليس كما قال ، بل إنما أراد

أو بغير مهر وإذا جازر عندهم فوطئت، أو طلقت قبله، أو مات، فلا مهر لها وكذا الحربيان، ثم ولو تزوج ذمي ذمية بخمر أو خنزير عين فأسلما أو أسلم أحدهما لها الخمر والخنزير، وفي غير العين لها قيمة الخمر، ومهر المثل في الخنزير.

به بيان لحكم أنكحتهم ولا شك أن المهر من أحكامه ثم الأولى أن يقال كافر ليعم المستأمن فإنه كالذمي هنا كما في «العناية» (أو بغير مهر) بأن نفيها صريحاً أو سكتاً عنه (وذا) أي: والحال أن ذا أي: النكاح المذكور (جائر عندهم) أي: في دينهم (فوطئت أو طلقت قبله أو مات) عنها (فلا مهر لها) ولو أسلما أو ترافعا إلينا وهذا عند الإمام وقالوا لها مهر المثل إن دخل بها أو مات عنها والمتعة لو طلقها قبل الوطاء لأن أهل الذمة التزموا أحكامنا في المعاملات والنكاح منها، ولذا جرت عليهم أحكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث وخيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثاً ونكاح المحارم وله أنهم لم يلتزموها فيما يعتقدون خلافه منها إلا ما شرط عليهم ولم يؤمر بالتزامهم بل تركهم وما يدينون فإذا دانوا ذلك فقد اتفقوا على عدم المهر، وقيل: في الميتة والسكوت روايتان والأصح أن الكل على الخلاف كذا في «الهداية»، وفي «فتح القدير» وظاهر الرواية وجوب مهر المثل في السكوت عنه لأن النكاح معاوضته فما لم ينص على نفي العوض يكون مستحقاً لها وذكر الميتة كالسكوت لأنها ليست مالا عندهم فذكرها لغو.

(وكذا) إذا تناكح (الحربيان ثم) بفتح المثلية ظرف مكان أي: في دار الحرب باتفاق الثلاثة خلافاً لرفر لأنهم لا يلتزمون الأحكام ولا ولاء لنا عليهم للتباين (ولو تزوج ذمي ذمية بخمر أو خنزير عين) أي: أشار إليه (فأسلما أو أسلم أحدهما) قبل القبض ولم يقيد به لأن التفرقة بين المعين وغيره إنما تتأتى في هذه الحالة أما بعد القبض فليس لها إلا ما قبضته ولو كان غير عين وقت العقد (لها الخمر والخنزير) فتخلل الخمر وتسبب الخنزير (ولها في غير العين) بالإشارة (قيمة الخمر ومهر المثل في الخنزير) عند الإمام، وقال الثاني: لها مهر المثل في الوجهين والثالث لها القيمة في الوجهين لهما أن القبض مؤكد للملك في العين ألا ترى أنه لو هلك أو تعيب فاحشاً قبله هلك من مال الزوج فكان له شبه بالعقد فيمتنع بالإسلام كما في غير المعين غير أن الثاني يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا هنا ومحمد يقول: صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم إلا أنه امتنع التسليم للإسلام فوجب القيمة وله أن الملك في المعين يتم بنفس العقد ولذا ملكت التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك لا يمتنع بالإسلام وفي غير المعين القبض موجب فيمتنع بالإسلام فوجب قيمة الخمر لأنه من ذوات

باب نكاح الرقيق

لم يجز نكاح العبد، والأمة، والمكاتب، والمدبر، وأم الولد إلا بإذن السيد،

الأمثال ولم تجب القيمة في الخنزير لأنه من ذوات القيم وأخذ قيمته كأخذ عينه ولذا لو أتى لها بقيمة الخنزير لا تجبر على قبوله قال السروجي: ويرد عليه ما لو اشترى ذمي من مثله داراً بخنزير وشفيعها مسلم فإنه يأخذها بقيمة الخنزير فهلا كانت قيمته هنا كعينه وأجاب الشارح بأنها إنما تكون كعينه أن لو كانت بدلاً عنه كما في مسألتنا لا إن كانت بدلاً عن غيره كمسألة الشفعة إذ هي بدل عين الدار المشفوعة وإنما صير إليها للتقدير لا غير، قال في «الحواشي السعدية»: ولك أن تقول كذلك فيما نحن فيه بدل عنه منافع البضع وإنما صير إليها للتقدير بها، وأقول: لا نسلم إنما هنا بدل عن منافع البضع إذ منافعه إنما قوبلت بالخنزير وبالإسلام تعذر أخذ القيمة لما مر فيصار إلى مهر المثل والله الموفق للصواب.

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح من المسلمين شرع في بيان من ليس له ذلك وهو الرقيق وقدمه على الكافر لأن الإسلام فيهم غالب، والرقيق العبد كذا في «المغرب» وفي «الصحاح» الرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع قال في «البحر»: والمراد هنا المملوك لقولهم إن الكافر إذا أسر فهو رقيق لا مملوك وإذا أخرج يعني إلى دار الإسلام فهو مملوك رقيق ولا عكس. وأقول: هذه التفرقة في عتق «فتح القدير» حيث أول ما يؤخذ الأسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الإسلام انتهى. ومقتضاها أن الأمة لو تزوجت في هذه الحالة لا يتوقف نكاحها بل يبطل لأنه لا مجيز له آن وقوعه ولم أظفر بها صريحة في كلامهم (لم يجز نكاح العبد والأمة) لو قال: القن لأغناه عن ذكر الأمة قيل الصواب لم ينفذ ولا يخفى أن عدم الجواز في المعاملات التي منها النكاح يستعمل في عدم النفاذ كيف والقرينة عليه قائمة وهي ما مر من قوله ونكاح العبد والأمة بلا إذن السيد موقوف كنكاح الفضولي وما سيأتي في قوله طلقها رجعية إجازة النكاح الموقوف نعم دعوى التكرار مع أحسنية ما مر كما قال العيني لائحة غير أن ما ذكر في بابه لا يعد بما ذكر قبله / [١٨٨] ب

استطراداً وقد مر مثله في غسل الإحرام.

(و) كالعبد (المكاتب) وما في حكمه كمتعق البعض على قول الإمام (والمدبر وأم الولد) وما في حكمها كمولاها من غير المولى (إلا بإذن السيد) لما

فلو نكح عبد بإذنه بيع في مهرها.....

حسنه الترمذي «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر»^(١) أي: زان دلّ بإشارته أن العقد غير جائز إذ لو جاز لم يكن بالوطء زان شرعاً ولو شهدا أنه أعتق أمته وهو يجحد فقضى بالعتق ثم رجع فتزوجها أحدهما قال الثاني إن قبل القضاء بالقيمة عليهما لا يجوز وإلا جاز كذا في «الظهيرية».

قال في «البحر»: وكأنه لما...^(٢) الشاهد أنها أمة وبعد القضاء له خرجت عن ملكه انتهى وهو ظاهر في أن نكاح غيرهما صحيح مطلقاً والمراد بالسيد في الأمة من له ولاية التزويج مالكاً كان أو ولياً إذ الأب والجد والقاضي والوصي يملكون تزويج أمة اليتيم دون العبد وكذا المكاتب والمفاوض وما في «الدراية» من أن المضارب يملك ذلك فهو قول الثاني كالمأذون وشريك العنان وعندهما لا يملكونه نص عليه في «المحيط» وغيره ولم أرَ حكم نكاح رقيق بيت المال والرقيق في الغنيمة المحرزة بدارنا قبل القسمة والوقف إذا كان بإذن الإمام والمتولي وينبغي أن يصح في الأمة دون العبد كالوصي ثم رأيت في «البرزانية» لا يملك تزويج العبد إلا من يملك إعتاقه وفي «التجنيس» الورثة يملكون إذن المكاتب لأن لهم الولاء وفي «الظهيرية» زوج الوصي أمة اليتيم من عبده لا يجوز ولو زوج الأب جارية ابنه من عبد ابنه جاز عند الثاني خلافاً لزرر انتهى. لكن في «المبسوط» ظاهر الرواية أنه لا يجوز أيضاً وقد منا عن «الظهيرية» ما يفيد أن الأمة المشتركة لا يجوز نكاحها إلا بإذن الجميع وبه صرح في «المحيط» قيد بالنكاح لأن التسري بإذنه غير جائز وربما فعله بعض التجار فيدفع لعبده جارية ليتسرى بها فيجب التحرز عن مثله لأن النكاح لا يثبت شرعاً إلا بملك اليمين أو عقد النكاح والأول منتفٍ فتعين الثاني وقد مر وفي «البرزانية» إذنه أن يتزوج بدينار فتزوج بدينارين لا يصح النكاح ولو طلب منه أن يزوجه من معتقته فأبى فطلب منه الإذن في النكاح فأذنه كان له أن يتزوجها انتهى.

(فلو نكح عبد بإذنه) أي: بإذن السيد صريحاً أو دلالة كما سيأتي (بيع) أي: باعه سيده مرة واحدة (في مهرها) لأنه دين تعلق في رقبته وقد ظهر في حق المولى بإذنه فيؤمر ببيعه فإن امتنع باعه القاضي بحضرته إلا إذا رضي أن يؤدي قدر ثمنه كذا في «المحيط» فإن لم يوف المهر لم يبيع ثانياً وطولب بالباقي بعد عتقه إلا إذا باعه منها كما في «الخانية».

وقالوا في دين النفقة: يباع مرة بعد أخرى يعني إذا اجتمع عليه من النفقة ما

(١) أخرجه الترمذي في السنن (١١١١)، والبيهقي في سننه الكبرى (١٣٥٠٧).

(٢) العبارة في الأصل غير واضحة.

وسعى المدبر، والمكاتب ولم يبيع فيه،.....

يعجز عن أدائه يباع فيه ثم إذا اجتمع مرة أخرى يباع أيضاً لأن تجد وجوبها بمضي الزمان في حكم دين حادث، كذا في «المبسوط»، وهو ظاهر أنه إن لم يوف ثمنه بالمرة الأولى لا يباع لما بقي أطلق المهر فشمّل المسمى ومهر المثل والمتعة لو طلقها قبل الدخول وأشار بقوله: يبيع إلا أن المستحق غيره فلو كان هو بأن زوج عبده من أمته لم يجب على الأصح.

وقيل: يجب ثم يسقط وبه جزم البزازي حيث قال زوج عبده من أمته يسقط المهر لا النفقة وينبغي أن يكون محل الخلاف ما إذا لم تكن الأمة مأذونة مديونة فإن كانت يبيع أيضاً ويدل عليه ما في «الفتح» مهر الأمة يثبت لها ثم ينتقل إلى المولى حتى لو كان عليها دين قضى من المهر وفي «البدائع» كلما وجب من مهر الأمة قنة أو مدبرة أو أم ولد إلا المكاتب والمعتقة بعضها فإن المهر لها وفي «المحيط» ارتد قبل الدخول أو قبلت ابن زوجها قيل: لا يسقط لأن الحق للمولى وقيل: يسقط لأنه يجب لها ثم ينتقل إلى المولى إذا فرغ من حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف إلى حاجتها، وفيه ادعى الزوج أن التقبيل كان بشهوة وكذبه المولى بانته منه ولزمه نصف المهر. واعلم أنهم ذكروا في المأذون أن الولي لو باعه وهو مديون فللغرماء رد البيع إن كان الدين حالاً ولو عينه المشتري ضمنوا البائع أو المشتري قيمته أو أجازوا البيع وأخذ الثمن ولو أعتقه خير الغريم بين تضمينه القيمة أو ابتاع العبد لكل الدين ولو وهبه بغير إذنه كان له نقضها ولو بالإذن فروايتان وعلى رواية عدم النقض فللغريم يبعه وأخذ دينه منه لأنه انتقل إليه بدينه ولو دبره فإن شاء ضمنه القيمة أو استسعى العبد في جميع دينه ذكره في «المحيط» وغيره وهذه الأحكام تثبت في المهر أيضاً لأنه عن جملة الديون.

(وسعى المدبر) وأم الولد في المهر (و) كذا (المكاتب) ببقاء الكتابة احترازاً عما إذا عجز كما في «البحر» لأنه حينئذ لم يبق مكاتباً (ولم يبيع فيه) واحد منهما لعدم قبولهما النقل ولما كان الاستسعاء لا يستلزم عدم البيع إذ الزوجة لو اختارت / استسعاء [١٨٩/١] القن في مهرها ورضي به المولى جواز بيعه احتاج إلى نفي البيع صريحاً واعلم أن المهر كسائر الديون إنما يثبت في الذمة فإن أذن المولى ظهر في حقه فإن امتنع عن أدائه وأمکن استيفاؤه من ذات الزوج لكونه مالاً كالقن يبيع وإلا بقي في ذمته وعلى هذا تفرع ما في «القنية» زوج مدبره ثم مات المولى فالمهر في رقبة العبد يؤخذ به إذا عتق انتهى.

قال في «البحر»: وفيه نظر لأن حكمه السعاية قبل العتق لا التأخير إلى ما بعد العتق وهذا مدفوع بأن ما في «القنية» فيه إفادة حكم سكتوا عنه هو أن المدبر إذا

وطلقها رجعية إجازة للنكاح الموقوف لا تطلقها أو فارقتها،

لزمته السعاية في حياة المولى فمات المولى هل يؤاخذ بالمهر بعد العتق قال: نعم وهو ظاهر في أنه يؤاخذ به جملة واحدة حيث قدر عليه ويبطل حكم السعاية (و) قول المولى لعبده (طلقها رجعية إجازة للنكاح الموقوف) على إذنه ولم يقل أذن لأنه لو كان لاحتاج إلى الإجازة ومن ثم قالوا: لو زوجه فضولي فأذن المولى بالنكاح فإن أجازته العبد صح (لا) يكون قوله له (طلقها) ولو قال: بائناً كما في «المحيط» (أو فارقتها) إجازة لأن الطلاق الصريح وإن كان فرع النكاح كذلك إلا أنه استعمل كثيراً في المتاركة في العقد الفاسد فكان مشتركاً من حيث الاستعمال بين الإجازة والرد. والثاني أليق بحال العبد المتمرد على مولاه فحمل عليه حتى لو أجازته بعد ذلك لا ينفذ وبهذا فارق الفضولي المحض لأنه معين والإعانة تنهض سبباً لإمضاء تصرفه ومن ثم قلنا: لو قال له تطلقها كان إجازة كذا في «الفتح».

وأقول: وعلى هذا فينبغي أنه لو زوجه فضولي فقال المولى لعبده: تطلقها إنه يكون إجازة إذ لا تمرد منه في هذه الحال بخلاف تطلقها رجعية أو طلقة تملك بها الرجعة أو أوقع عليها الطلاق حيث تكون إجازة لأن شيئاً منها لم يستعمل في المتاركة ودل كلامه أن الإجازة تكون دلالة كما تكون صريحاً فمن الأول أيضاً هذا حسن أو الصواب أو نعم ما صنعت أو بارك الله لك فيها أو أحسنت أو أصبت أو لا بأس به في اختيار الفقيه وبه كان يفتي الشهيد وهو الذي يجب ترجيحه ما لم يعلم قصد الاستهزاء كما في «الفتح» لما مر من أنها لم تستعمل في المتاركة ونفى الفقيه أبو القاسم كون شيء منها إجازة ولا كلام أن سوق المهر أو شيء منه إجازة ومن الثاني أجزت أو رضيت أو أذنت كذا في «البدائع»، ولا ينافيه ما في «الفتح» لو أذن له السيد بعدما تزوج لا يكون إجازة فإن أجاز العبد ما صنع جاز استحساناً لأن الأول فيما إذا علم بالنكاح زاد في «البدائع» أنها تكون بالضرورة أيضاً كأن يعتق العبد أو الأمة الكبيرة أو الصغيرة فيتوقف^(١) على إجازته إن لم يكن لها عصبية وسيأتي ولو ورثها من لا تحل له بجماعة أو امرأة أو ابن المولى وقد كان وطئها أبوه أو أخته رضاعاً توقف على إجازة الوارث فإذا حلت بطل لأن الثبات طراً على الموقوف فأبطله.

قال في «البحر»: وعلى هذا فما في «المحيط» لو تزوج المولى امرأة على رقبته بطل النكاح الموقوف لأنه ملكها للمرأة فيه نظر بل ينبغي أن يتوقف على إجازة المرأة كما لو باعها من امرأة انتهى. واعلم أنه يستفاد من قوله الموقوف أنه عقد الفضولي فيتحرى فيه الأحكام من فسخ العبد والمرأة له قبل إجازة المولى ويدل

(١) قوله فيتوقف .. إلخ يرجع إلى الصغيرة فقط. تأمل. اهـ. من هامش المخطوط.

والإذن في النكاح يتناول الفاسد أيضاً،

على ذلك ما في «الولوالجية» و«المحيط» مكاتب أو قن تزوج بغير إذن المولى ثم طلق كان ذلك رداً منه لأن الطلاق يقطع النكاح النافذ فلأن يقطع الموقوف أولى فإن أجاز المولى بعد الثلاث لم يجز لأنه أجازته بعد الفسخ ولو أذن له بعد الثلاث يتزوجها فتزوجها لم يفرق بينهما لكنه يكره عندهما وقال الثاني: لا يكره وفي «الذخيرة» زوجت نفسها من صبي بغير إذن وليه كان للولي فسخه ولكل من العاقدين فسخه (والإذن) أي: إذن المولى لعبده (بالنكاح يتناول) العقد (الفاسد أيضاً) كما يتناول الصحيح عند الإمام وقصره على الثاني ولا خلاف أن التوكيل بالبيع يتناوله والتوكيل بالنكاح لا يتناوله فالحقاه بالتوكيل بالنكاح لأن علة الأصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الإعفاف وغيره وذلك بالصحيح وألحقه بالبيع بجامع أن بعض المقاصد حاصلة به من ثبوت النسب ونحوه وذلك يكفي لتصحيح التعميم وإجراء اللفظ على إطلاقه وأثر الخلاف يظهر في بيعه وانتهاء الإذن به وأجمعوا أنه لا ينتهي بالموقوف كالوكالة حتى جاز لهما أن يجددا العقد ثانياً عليها أو على غيرها كذا في «الشرح».

قال في «البحر»: قيد بالانتهاء احترازاً عن لزوم المهر فإن المأذون له في النكاح إذا تزوج بفضولي فأجازته كان المهر في رقبته يباع فيه فيتناول الإذن الموقوف في حق هذا الحكم وإن كان لم يتناوله في حق انتهاء الإذن ولم أره صريحاً انتهى.

وأقول: لا نسلم أنه يتناوله في حق هذا الحكم أيضاً إذ ثبوته بعد الإجازة ولا توقف إذ ذاك. واعلم أنه ينبغي أن يقيد / الخلاف أيضاً بما إذا لم ينو المولى الصحيح [١٨٩/ب] فقط فإن نواه تقيد به أخذاً من قولهم لو حلف أنه ما تزوج في الماضي يتناول يمينه الفاسد أيضاً قال في «التلخيص»: ولو نوى الصحيح صدق ديانة وقضاء وإن كان فيه تخفيف رعاية لجانب الحقيقة وعرف عن النهي هنا أنه لو قيده به لفظاً تقيد اتفاقاً.

قال في «البدائع»: ولو أذن له في النكاح الفاسد نصاً ودخل بها يلزمه المهر في قولهم جميعاً أما في أصل الإمام فظاهر وأما على أصلهما فإن الصرف للصحيح لضرب دلالة أوجبت إليه فإذا جاء النص بخلافه بطلت الدلالة قال في «البحر»: ومقتضاه أنه لو تزوج صحيحاً في هذه الحالة لا يصح.

وأقول: فيه نظر بل ينبغي أن يصح اتفاقاً ويدل على ذلك قوله أما على أصله فظاهر يعني من أنه للتخصيص عليه غاية ما فيه أنه تخصيص على بعض ما يتناوله لفظه وهو به يملكه فإذا نص عليه أولى وأما على أصلهما فلأن الصرف إلى الصحيح لضرب دلالة هي أن مقاصده لا تنتظم بأفعاله فإذا جاء النص بطلت الدلالة المقتضية لعدم

ولو زَوْجَ عَبْدًا مَأْذُونًا لَهُ امْرَأَةً صَحَّ، وَهِيَ أَسْوَةٌ الْغَرْمَاءِ فِي مَهْرِهَا، وَمَنْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَبَوُّأُهَا.....

دخول المقاصد وكل من الوجهين كما ترى صريح في الصحيح وكأنه النظر الصحيح وفي كلامه إيماء إلى أن الإذن به لا يتناول إلا مرة واحدة ولو نوى مرة بعد أخرى لم يصح ولو نوى اثنتين يصح لأن ذلك كل نكاحه ولو قال ما شئت من النساء كان له أن يتزوج اثنتين (ولو زوج عبداً مأذوناً له) مديوناً ولم يقيده به اكتفى بذكر الغرماء (امرأة صح) النكاح لأنه ينبنى على ملك الرقبة وهو باقي (وهي أسوة للغرماء في مهرها) قال في «القاموس»: الأسوة وتضم القدرة وما يتأسى به الحزين جمع أسى وتضم انتهى .

قال في «الحواشي السعدية»: وأنت خبير بأن هذا لا يناسب المقام فإن المرأة تأخذ معهم، وإذا كانت تأخذ معهم فهي مساوية لهم وبذلك فسر الشارحون الأسوة هنا إلا أنه في «المغرب» قال بعد أن ذكر ما في «القاموس» وقولهم: ما سوى التراب من الأرض أسوة أي تبع له مجاز انتهى . وهذا المعنى صحيح هنا وإذا كانت أسوتهم فتضرب في ثمنه بمهرها كما يضرب كل واحد بدينه وهذا الإطلاق قيده الشارح وغيره بما إذا كان النكاح بمهر المثل أو أقل فإن كان بأكثر طوّل بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض إلا إذا باعه منهما لما في «الخانية» زوجه بالف وباعه منهما بتسعمائة وعليه دين ألف فأجاز الغريم البيع كانت التسعمائة بينهما يضرب الغريم فيها بالف والمرأة بالف ولا تبعه المرأة ويبيعه الغريم بما بقي من دينه وفي كلامه تصريح بأن المهر كسائر الديون فلو مات العبد وكان له كسب يوفى منه وما في «الفتح» عن التمرثاشي لو مات العبد سقط المهر والنفقة يجب حمله في المهر على ما إذا لم يترك شيئاً (ومن زوج أُمَّتَهُ) أو مدبرته أو أم ولده وحذفها استغناء بقوله فتخدمه وبه خرجت المكاتبه إذ لا خدمة عليها (لا يجب على المولى تبوأها) أي: أن يهباً بيتاً للزوج يبيت إليها فيه من بوأت للرجل منزلاً وبوأتة منزلاً أي هيأته له كذا في «العناية» وعليه جرى العيني والأولى تفسيرها بما قال الخصاص في شرح النفقات أن يخلي بينها وبينه ويدفعها إليه ولا يستخدمها فإن كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا تكون تبوئة ولم يعتبر فيها كون ذلك في منزله وذلك إنما هو تفسيرها، وحينئذٍ فلا حاجة إلى ما قيل من أن إسنادها إلى المولى باعتبار أنه يمكن الزوج من ذلك

واعلم أن لا بد في المعنى العرفي من التقييد بدفعها إليه كما ذكره بعضهم والاكتفاء بالتخلية كما ظن بعضهم غير واقع في تسليمها إليه بعد استيفاء الصداق

فتخدمه ويطؤها الزوج إن ظفر بها.....

واجب بمقتضى العقد وذلك بالتخلية والتبوة أمر زائد عليها وإقدام المولى على هذا لا يستلزم رضاه بها بل بمجرد إطلاق وطئه إياها متى ظفر بها بتوفر مقتضاه كذا في «الفتح» وهو ظاهر في أن هذا القول كان في التسليم وبه صرح في «الدراية» حيث قال: التبوة قدر زائد على التسليم يتحقق بدونها بأن قيل له متى ظفرت بها وطئتها فما في «البحر» من أنه بعد استيفاء الصداق يؤمر بأن يدخلها على زوجها معناه أنه يسلمها إليه وإطلاق المصنف يعم ما لو شرطها في العقد أو لا لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد وأورد أنه لو شرط حرية أولادها فيه صح وعتق كل من ولدته في هذا النكاح مع أن الشرط لا يقتضيه العقد أيضاً وأجيب بأن قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره وهو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبراً من غير اختيار بخلاف اشتراط التبوة فإن بتعليقها لا تقع هي عقد ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها/ على معنى حسي اختياري من فاعل مختار فإذا امتنع لم توجد فالحاصل أن [١٩٠/١]

المعلق هنا وعد يجب الوفاء به غير أنه إن لم يف به لا يثبت متعلقه أعني نفس الموعود به كذا في «الفتح». قال في «البحر»: ومقتضاه أنه لو باع الأمة ومات عنها قبل الوضع لا تثبت الحرية وبذلك صرح في «المبسوط» في قوله كل ولد تلدينه فهو حر إلا أن يفرق بين التعليق صريحاً ومعنى.

تنبيه مهم: واعلم أن الأولاد كما يكونون أحراراً بالشرط يكونون أحراراً بالغرور أيضاً لكن بالقيمة فلو قالت امرأة لرجل تزوجني فإني حرة فتزوجها فولدت ثم ظهر أنها أمة الغير فالأم رقيقة والولد حر بقيمته ولا يرجع إذ الرجوع بعقد المعاوضة ولم يوجد كذا في «جامع الفصولين» من التاسع والثلاثين وقيد الرجل في «الفتح» بالحر حتى لو كان عبداً كانت الأولاد عبيداً عندهما خلافاً لمحمد بقي لو ادعى الرجل أنه تزوجها على هذا هل يقبل قوله أو لا بد من البينة ففي السادس عشر من «جامع الفصولين» ما يفيد أنه لا يقبل قوله وذلك أنه قال أخبرته أمة أنها حرة فتزوجها على ذلك فولدت فاستحقت يقضى بها وبالولد للمستحق إلا أن يبرهن الزوج على أنه تزوجها على أنها حرة فحينئذ يكون الولد حراً وعلى أبيه قيمته فيما له حالاً وقت الحكم به دون الولد ولا بينة للزوج على ذلك وطلب يمين المولى على علمه حلفه لأنه يدعي عليه ما لو أقر به يلزمه فإن أنكر يحلف انتهى.

وقد صارت حادثة الفتوى (فتخدمه ويطؤها الزوج إن ظفر بها) أي: في أي زمان ومكان وقيدته في «المحيط» بما إذا كانت فارغة عن خدمته حيث قال متى وجد

وله إجبارهما على النكاح، ويسقط المهر بقتل السيد أمته قبل الوطاء.....

فرصة وفراعاً في خدمة المولى ليلاً ونهاراً يستمتع بها (وله) أي: للمولى حيث تم الملك (إجبارهما) أي: العبد والأمة ولو مدبرين أو كانت أم ولد (على النكاح) على معنى نفاذه منه عليهما بدون رضاهما لأن فيه إصلاح ملكه بتحسينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه بخلاف المكاتب والمكاتب لأنهما التحقا بالأحرار تصرفاً فاشتراط رضاها وعلى هذا تفرعت مسألة استطرفت من «المحيط» نقلت هي أنه لو زوج المولى مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها فلو لم ترد حتى أدت فعتقت توقف على إجازته يعني إذا لم يكن لها عصابة غير المولى على ما مرفاعتبر التوقف على إجازتها حال رقتها لأنها ملحقة بالبالغة فيما يبتنى على الكتابة ولم يعتبر بعد العتق لأنها لم تبق مكاتبه بل صغيرة وليست من أهل الإجازة.

قال في «الفتح»: هكذا تواردها الشارحون والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على إجازته بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من أن العبد لو تزوج بغير إذن فأعتقه المولى نفذ لأنه لو توقف فيما على إجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته وإما على العبد فلا وجه له لأنه صدر من جهته فكيف يتوقف ولأنه كان نافذاً من جهته وإنما توقف على السيد هنا لأنه ولي مجبر وإنما التوقف على إذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهته فهذا هو الوجه وكثيراً ما يقلد الساهون الساهين ولقد أحسن صاحب «البحر» في الجواب حيث قال: إن المسألة صرح بها محمد في «الجامع الكبير» وليست تخريباً لينسب المخرج والمقلد فيها إلى السهو معللاً توقفه على إجازة المولى بأنه تجدد له ولاية لم تكن وقت العقد هي الولاء بالعتق ولذا قيدت بعدم ولي أقرب منه فصار كالشريك إذا زوج العبد ثم ملك الباقي وكمن أذن لعبد ابنه أو نافلته ثم مات الابن والحاصل أن الولاية التي قارنها برضاه بتزويجها ولاية بحكم الملك والمتجددة بعد العتق بحكم الولاء كذا في «شرح تلخيص الجامع الكبير» ومنه لو عجزت المكاتبه والحالة هذه بطل النكاح فلو كان مكاتباً لم يبطل لكن لا بد من إجازة المولى وإن رضي أو لا كأنه إنما رضي بتعلق مؤن النكاح كالمهر والنفقة بكسب المكاتب لا يملك نفسه وهو بعد العجز ملك المولى (ويسقط المهر) عن ذمة الزوج (بقتل السيد أمته) مباشرة أو تسبباً عمداً كان أو خطأ كما هو مقتضى الإطلاق والدليل الآتي وبالخطأ صرح في «فتح القدير» (قبل الوطاء) عند الإمام وقالوا: لا يسقط اعتباراً بموتها حتف أنفها إذ المقتول ميت بأجله وله أنه منع البدل قبل التسليم فيجازى بمنع المبدل إذا كان من أهل المجازاة. وأقول:

لا بقتل الحرّة نفسها قبله والإذن في العزل لسيد الأمة،

وينبغي أن يقيد الخلاف بما إذا لم تكن مأذونة لحقها به دين فإن كانت لا يسقط اتفاقاً لما مر من أن المهر في هذه الحالة لها يوفى منه ديونها غاية الأمر أنه إذا لم يف بدونها كان على المولى قيمتها للغرماء فيضم إلى المهر ويقسم بينهم وسيأتي / أنه [١٩٠/ب] لو أعتق المديون كان عليه قيمته فالقتل أولى وإذا سقط عن ذمته فإن لم يكن مقبوضاً امتنعت المطالبة وإن كان رده السيد عليه كما في «المبسوط» قيد بالقتل لأنه لو باعها وذهب بها المشتري من المصر أو غيبها بموضع لا يصل إليه الزوج لا يسقط نعم لا يجب دفعه على الزوج قبل حضورها وفي «الخانية» لو أبقت فلا صداق لها ما لم تحضر في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وبالسيد لأن قتل غيره لا يسقط المهر به اتفاقاً وفي قتلها نفسها روايتان والصحيح عدم سقوطه كما في «الخانية» وهو قولهما وفي ردتها وتقيلها ابن زوجها روايتان أيضاً كما في «الشرح» وينبغي ترجيح عدم السقوط كما في قتلها نفسها إذ لا تفويت من المولى في هذه الحالة وفي «الفتح» لا رواية في ردتها فاختلف المشايخ قيل لا يسقط لأن المنع وهو المسقط لم يجر ممن له الحق وهو المولى وقيل يسقط لأن المهر يجب أولاً لها ثم ينتقل إلى المولى بعد الفراغ من حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف إليه ولا يخفى ضعف الثاني لأنه وجب لها أولاً لكنه يستقر للمولى فوقت الردة والتقيل كان مستقراً له فلا يسقط إلا بفعل منه وبهذا عرف أن ما في «غاية البيان» من حكاية الاتفاق على سقوطه بالردة ضعيف وإطلاقه السيد يقتضي أنه لا فرق بين البالغ وغيره إلا أن في غير البالغ روايتين وفي «الفتح» قالوا: يجب أن لا يسقط في قول أبي حنيفة انتهى. فقتل المجنون أولى، وقيد بالأمة ولو مدبرة أو أم ولد لأن المكاتب لو قتلها سيدها لا يسقط اتفاقاً وبكونه قبل الوطء ولو حكماً لأنه لو كان بعده لم يسقط اتفاقاً.

(لا) يسقط (بقتل الحرّة نفسها قبله) لأن جنائية الحر على نفسه هدر في أحكام

الدنيا بخلاف ردتها فإنها معتبرة في أحكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانفسخ نكاحها وسقط بها المهر وبتسليم أنها ليست هدرًا فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار للورثة فلا يسقط وإذا لم يسقط بقتلها نفسها مع أن الحق لها أولاً فعدم السقوط بقتل الوارث أولى (والإذن في العزل) وهو الإنزال خارج الفرج (لسيد الأمة) ولو مدبرة أو أم ولد أما المكاتبه فينبغي أن تكون كالحرّة وهذا هو ظاهر الرواية عن الثلاثة لأن حقها في نفس الوطء قد تأدى بالجماع وأما سفح الماء ففائدته الولد والحق فيه للمولى فاعتبر إذنه في إسقاطه فإذا أذن فلا كراهة في العزل عند عامة

العلماء وهو الصحيح وبذلك تظافرت الأخبار وفي «الفتح» وفي بعض أجوبة المشايخ الكراهة وفي بعضها عدوها.

أقول: وينبغي أن يقيد احتياجه إلى إذن المولى بالبالغة أما الصغيرة فله العزل عنها بغير إذن المولى كما يفيدته التعليل السابق ثم على الجواز في أمته لا يفتقر إلى إذنها وإذا عزله ولو بلا إذن فظهر بها حبل هل يحل نفيه؟ إن لم يعد إليها أو عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه وإن لم يبيل لا يحل كذا عن علي انتهى. لكن في «الخانية» له أمة غير محصنة ويعزل عنها فجاءت بولد وأكبر ظنه أنه ليس منه كان في سعة من نفيه وإن كانت محصنة لا يسعه نفيه لأنه ربما يعزل فيقع الماء في الفرج الخارج ثم يدخل فلا يعتمد على العزل وهذا يفيد ما مر من أن النفي مع العزل بعدم التحصين قيد بالأمة لأن العزل عن الحرة لا يحل إلا بإذنها أقول وينبغي أن يقيد بما إذا كانت بالغة.

قال في «البحر»: وينبغي أن يكون سد المرأة فم رحمها كما تفعله النساء بغير إذن الزوج غير جائز قياساً على عزله بغير إذنها أقول فيه نظر لأن لها أن تعالج نفسها في إسقاطها الولد قبل اكتمال الخلقة كما سيأتي بشرطه فممنوع سببه بالجواز أخرى والفرق بين هذا وبين كراهة العزل بغير إذنها لا يخفى على متأمل وفي «الخانية» قالوا: في زماننا يباح لسوء الزمان، قال في «الفتح»: فيعتبر مثله من الأعذار مسقطاً لإذنها انتهى. وعلى هذا فيباح لها سد فم الرحم بغير إذنه بقي هل يباح الإسقاط بعد الحمل؟ نعم يباح ما لم يتخلق منه شيء ولم يكن ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح وإلا فهو غلط لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة كذا في «الفتح»، وإطلاقهم يفيد عدم توقف جواز إسقاطها قبل المدة المذكورة على إذن الزوج وفي كراهة «الخانية» ولا أقول بالحل إذ المحرم لو كسر بيض الصيد ضمنه لأنه أصل الصيد فلما كان يؤاخذ بالجزاء فلا أقل من أن يلحقها إثم لهذا إذا أسقطت بغير عذر انتهى.

قال ابن وهبان: ومن الأعذار أن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل وليس لأب الصبي ما يستأجر به الظئر ويخاف هلاكه ونقل عن «الذخيرة» / لو أرادت الإلقاء قبل مضي زمن ينفخ فيه الروح هل يباح لها ذلك أم لا؟ اختلف المشايخ فيه وكان الفقيه علي ابن موسى يقول: إنه يكره فإن الماء بعدما وقع في الرحم ماله الحياة فيكون له حكم الحياة كما في بيضة صيد الحرم ونحوه في «الظهيرية»: قال ابن وهبان: فيإباحة الإسقاط محمولة على حالة العذر أو أنها لا تأثم إثم القتل انتهى. وبما في «الذخيرة» [١/١٩١]

ولو عتقت أمة، أو مكاتبه خيرت، ولو زوجها حراً،

 تبين أنهم ما أرادوا بالتخليق إلا نفخ الروح وإن قاضي خان مسبوق بما مر من التفقه
 والله الموفق.

(ولو عتقت أمة) ولو مدبرة أو أم ولد (أو مكاتبه) ولو حكماً كمتعقة البعض
 (خيرت) في مجلس على العتق ولو في عدة الرجعي كما في «جامع الفصولين» سواء
 كان النكاح برضاها أو لا ولو صغيرة تأخر إلى بلوغها وليس لها خيار بلوغ في الأصح
 ولو اختارت نفسها بلا علم الزوج يصح وقيل: لا يصح بغيبته كذا في «جامع
 الفصولين» ولو لم تعلم أن لها الخيار حتى ارتد ولحقا بدار الحرب ثم علمت به ولو
 في دار الحرب تفسخت صح إلا إذا قضى باللحاق، وكذا الأمة الحربية إذا تزوجها
 حربي ثم عتقت خيرت سواء علمت في دار الحرب أو في دارنا بعد الإسلام وليس
 هذا بحكم على ما دار الحرب بل فتوى كذا في «كافي المصنف» ويبطل بما يدل
 على الأعراض كخيار المخيرة ولو جعل لها قدراً على أن تختاره ففعلت سقط
 خيارها.

(ولو) كان (زوجها حراً) لقوله ﷺ لبريرة حين أعتقت: «ملكك بضعك
 فاختاري»^(١) وكان زوجها حراً كما في «الصحيحين» وأورد أن هذا لا يتناول
 المكاتبه لأنها كانت مالكة لبضعها قبل العتق ومن ثم قال زفر: إنه لا خيار لها
 وأجيب بالمنع لأن ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة لها بل لأكسابها
 ولقائل أن يقول قوله: ملكك بضعك ليس معناه إلا منافع بضعك إذ لا يمكن ملكها
 لعينه فملكها لأكسابها تبع لملكها لمنافع نفسها وأعضائها فلزم كونها ملكها
 لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص كذا في «الفتح» ويمكن أن
 يجاب بأن المراد ملكاً تاماً وقبل العتق ليس تاماً ألا ترى أن نكاحها كان موقوفاً على
 إذنه ولأنه يقبل النقص بالتعجيز وعن هذا المراد ما في «الموطأ» أن بريرة كانت
 مكاتبه.

واعلم أن خيار العتق خالف خيار البلوغ في أنه يبطل بالقيام عن المجلس وإن
 الجهل به عذر وأنه يثبت للأمة فقط وأنه لا يبطل بالسكوت وإن كانت بكرًا وأن
 الفرقة فيه لا تتوقف على القضاء كذا في «الخانية» وبقي الجهل بأن لها الخيار عذر
 كما مر والأول هو الجهل بالعتق وفرق بينهما بأن الأمة لا تتفرغ للعلم بخلاف الحرة
 قال في «جامع الفصولين»: ومقتضاه أن المخيرة لو كانت أمة تعذر بالجهل.

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٠٤).

قال في «البحر»: والظاهر الإطلاق إذ قد عللوا بأن سبب الخيار في العتق لا يعرفه إلا الخواص لخفائه بخلاف خيار البلوغ لأنه ظاهر يعرفه كل واحد وهذه مفيدة لأن ثبوت الخيار مع التخيير ظاهر يعرفه كل أحد وقالوا: إن الفرقة به ليست بطلاق ولذا كان لها أن تختار ولو حائضاً.

تتمة: فرق النكاح إلى اثني عشر بعضها طلاق وبعضها فسخ منها ما يحتاج إلى القضاء ومنها ما لا يحتاج في «فتح القدير» وقد جمع بعض الفضلاء في قوله في خيار البلوغ والإعتاق

فرقة حكمها بغير طلاق	فقد كفؤ كذا ونقصان مهر
ونكاح فاسده باتفاق	ملك أحد الزوجين أو بعض زوج
وارتداد كذا على الإطلاق	ثم جب وعتقه ولعان
وأبا الزوج فرقة بطلاق	وقضى القاضي في الكل شرط

غير ملك وردة وعتاق. وقوله: باتفاق احتراز عن الحامل من الزنا فإن نكاحها جائز عندهما فالفرقة منه طلاق، فاسد عنده فالفرقة من فسخ وقوله: على الإطلاق احتراز عن قول محمد فإنه يقول: إن الردة من الزوج طلاق ومن المرأة فسخ انتهى. ويزاد الإيلاء وهو طلاق والفرقة بتقبييل ابن الزوج وهي فسخ وكذا لو سبي أحد الزوجين وبمهاجرة أحدهما مسلماً أو ذمياً وكذا لو خرجا مستأمنين فأسلم أحدهما أو صار ذمياً فإنها إذا حاضت ثلاث حيض وقعت بينها والكل فسخ كذا في طلاق الفسخ ولا شك أن قصد الاستثناء على الثلاثة غير سديد إذ النكاح الفاسد كذلك وكذلك تباين الدارين ولما من الله بهذا الجمع نظمته طبق ما مهدت فقلت:

فرق النكاح أمتك حقاً نافعاً	فسخ طلاق وهذا القدر يحكيها
متباين الدار مع نقصان مهر/	فاسد عقد وفقد الكفؤ يبغيها
خيار عتق بلوغ ردة وكذا	ملك لبعض وتلك الفسخ يحصياها
تقبيل سبي وإسلام المهاجر	أو شرط الجميع خلا إسلام
مستأمن قد زيد يتلوها	

أما الطلاق فجب عنة وكذا	إيلاؤه ولعان الزوج يقضيها
قضى قاض أي عتق	وملك كذا ما زيد يدينها
إيلاؤه وفساد العقد منه كذا	تباين الدار رب اغفر لبانيها

وقولي ملك لبعض يفهم أن الملك الكامل يوجب ذلك بالأولى في إطلاقه يعم الزوج والزوجة وبقي ما لو تزوج أختين في عقدين ولم يدر الأول فإنه يجب التفريق

ولو نكحت بلا إذن فعتقت نفذ بلا خيار،

بينهما. قال في «الفتح»: والظاهر أن هذه الفرقة طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة (ولو) تزوجها بعد ذلك كذا في هامش المصنف بخطه وهو ساقط من أكثر النسخ (نكحت) أمة أو مكاتبة (بلا إذن) وفرضها في الأمة وإن كان العبد كذلك ليرتب عليها المسألة التي تليها تفرعاً (فعتقت) بأي سبب كأن (نفذ) النكاح عليها (بلا خيار) عتق لها أما النفاذ فلأن التوقف إنما كان لحق المولى وقد زال ونقض هذا التعليل بما لو تزوج بغير إذن مولاه ثم أذن لا يجوز حتى يجيز ما صنع وبما إذا زوج فضولي شخصاً ثم وكله توقف على إجازته بعد الوكالة وما إذا زوج ولي أبعد مع وجود الأقرب فغاب الأقرب أو مات حتى تحولت الولاية للمزوج توقف على إجازة مستأنفة، وكذا سيد المكاتبة لو زوجها بلا إذنها توقف على إجازتها فإذا عتقت بالأداء لم يجز إلا بإجازة السيد مع أنه المزوج وأجيب عن الأول والثاني بأن الإذن والتوكيل فكذا الحجر فيما يستقبل لا فيما مضى وكان مقتضى هذا أن لا يجوز بالإجازة أيضاً إلا إذا استحسناه.

وعن الثالث والرابع بأن كلاً من الأبعد والسيد حين زوج لم يكن ولياً فوجب توقفه على إجازته بعد صيرورته ولياً ليثبت ظهور كونه أصلح وأما عدم الخيار فلأن النفاذ إنما كان بعد العتق فلم يتحقق ازدياد الملك عليها ولو اقترنا كما لو زوجها فضولي وأعتقها آخر فأجاز المولى الكل فلا خيار أيضاً كما في «تلخيص الجامع»^(١) وقيد بالنكاح لأنها لو اشترت شيئاً بغير إذن مولاهما ثم عتقت بطل لتغير المالك وبالأمة لأن الحرة الصغيرة لو نكحت بلا إذن ثم بلغت توقف على إجازتها أطلق في الأمة فشمل المدبرة وأم الولد إلا أن هذا مسلم في المدبرة إذا عتقت في حياة المولى أما إن عتقت بموته ولم يخرج من الثلث توقف نفاذه حتى تؤدي السعاية عند الإمام وعندهما يجوز، كذا في «الظهيرية» وأما أم الولد فإن دخل بها الزوج قبل العتق نفذ وإلا لا سواء عتقت في حياته أو بموته جزم به في «الخلاصة» و«البرزانية» لأن العدة بالعتق وجبت عليها من المولى وهي تمنع نفاذ النكاح غير أنها لما وجبت من الزوج بوطئه لم تجب من المولى.

قال في «المحيط»: وهذا إنما يصح على رواية ابن سماعة عن محمد من وجوب العدة على الزوج وأما على ظاهر الرواية فلا تجب على الزوج بل على المولى ووجوبها منه يوجب انفساخ النكاح وقدم أولاً أن مرجع الخلاف وجوب العدة في

فلو وطئ قبله فالمهر له، وإلا فلها، ومن وطئ أمة ابنه

النكاح الموقوف على رواية ابن سماعة وعلى ظاهر الرواية لا تجب وعلى هذا تفرع ما لو زوجت الأمة نفسها بلا إذن فدخل بها الزوج ثم مات المولى فأجازة الابن جاز على رواية ابن سماعة لا على رواية «الأصل».

(فإن وطئ) الزوج الأمة (قبله) أي: قبل العتق (فالمهر) أي: المسمى وقت العقد (له) أي: للمولى لأنه استوفى منافع مملوكه وكان ينبغي وجوب مهر المثل لعدم صحة التسمية حينئذ لكن نفاذ العتق لما استند إلى وقت وجود العقد صحت التسمية لا يقال فيجب أن يكون المهر لها لأنه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد لأننا نقول الاستناد يظهر في القائم لا في الفئات ومنافع البضع فأتت وحين فأتت كانت على ملك المولى فكان بدلها له وظاهر أن العقد لو خلي عن التسمية وجب لها مهر المثل قيل: كان ينبغي أن لا يكون الكل له لما مر في توجيه قول الإمام أن لها حبس نفسها للمهر ولو دخل بها بأن المهر مقابل بجميع وطئات توجد في النكاح لثلا يخلو الوطاء من المهر وأجاب في «البحر» بأن قسمته على جميع الوطئات إنما هي إذا لم يختلف المستحق لأن الجهالة لا تضر فيه أما إذا اختلف كما هنا لم يمكن قسمته بل يستحقه من حصل الوطاء على ملكه وفيه بحث إذ يلزم على ما ادعاه أنه لو اشترى جارية فزوجها ودخل بها / الزوج ثم استحق نصفها [١/١٩٢] أن لا يقسم المهر بينهما وهو خلاف الواقع.

(ومن وطئ أمة ابنه) ولو صغيراً نبه بإضافة الأمة إليه إلى أنها ملكه ويشترط بقاء هذا الملك من حين العلق إلى التمليك وما في «البحر» من أن الإضافة تفيد ذلك ففيه نظر لا يخفى فلو جاءت به في غير ملكه أو فيه وأخرجها عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لأن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلق فيستدعي قيام ولاية التملك من حين العلق إلى التملك.

وأقول: هذا يفيد أنه لو باعها لأخيه مثلاً أن تصح الدعوة ولم أره وعلى هذا تفرع ما في «المحيط» لو جاءت الأمة بولدين وباع المولى أحدهما ثم ادعاهما الأب صحت وعتق ما في يد الابن بلا شيء وما في يد الأجنبي عبد. قال في «البحر»: هذا إن كذبه الابن فإن صدقه صحت الدعوة ولا يملك الجارية كما إذا ادعاه الأجنبي ويعتق على المولى كما في «المحيط».

وأقول: المذكور في «الشرح» وعليه جرى في «فتح القدير» وغيره أنه لا يشترط في صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن وفيه إيحاء إلى أن الملك له فيها

فولدت فادعاه ثبت نسبه، وصارت أم ولده وعليه قيمتها لا عقرها، وقيمة ولدها، ودعوة الجد، كدعوة الأب حال عدمه، ولو زوجها أباه فولدت لم تصر أم ولد له،

تام إذ الإضافة تفيد الاختصاص ولو كانت مشتركة بينه وبين الأب أو غيره وجبت حصة الشريك من العقر وقيمة باقيةا لانتفاء موجب الملك إذ ما فيها من الملك له يكفي لصحة الاستيلاء وإذا صح ثبت الملك في باقيةا حكماً له لا شرطاً كذا في «الفتح» وأراد بالأمة القنة إذ هي القابلة للانتقال من ملك إلى آخر بقريئة قوله بل صارت أم ولد فلو ادعى أم ولده المنفي أو مدبرته أو مكاتبته توقف صحتها على تصديق الابن كما في «المحيط» قيد بابنه لأنه لو وطئ أمة أصله وإن علا أو زوجته فادعى ما جاءت به لم يثبت نسبه إلا أن يصدق المالك في أنها حلال له، وأن الولد منه وإذا لم يصدق ثم ملكها يثبت نسبه كما في «الخانية»، (فولدت) قيد بذلك لأنها لو لم تلد وجب عقرها وارتكب محرماً ولا يحد قاذفه في الوجهين (فادعاه) الأب حراً مسلماً عاقلاً فلو كان عبداً أو مكاتباً أو مجنوناً أو كافراً لم تصح دعوته لعدم الولاية نعم لو كان أمن أهل الذمة ولو اختلفت ملتاها صحت ولو أفاق المجنون ثم ولدته لأقل من ستة أشهر صحت استحساناً.

قال في «البحر»: وفيه إشارة إلى أنه لو ادعاه قبل الولادة لم تصح ولم أره وأقول: ينبغي أنها لو ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت دعوته أن تصح وظاهر أن فرض المسألة فيما إذا ادعاه وحده فلو ادعاه مع الابن قدم الابن ولو كانا شريكين قدم الأب والفرق لا يخفى على متأمل (ثبت نسبه) منه أي: من الأب صيانة لمائه عن الضياع (وصارت) الأمة (أم ولده وعليه قيمتها) فقيراً كان أو موسراً لأنه وإن كانت له تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء ولهذا كان له تملك أمته للحاجة إلى صيانة ماله إلا أن الحاجة إلى بقاء نسله دونها إلى بقاء نفسه فلذا تملك أمته بقيمتها والطعام بغير قيمته (لا عقرها) أي: مهرها لأن الملك ثبت له مستنداً تصحيحاً لاستيلاده فبان أن الوطاء في ملكه (و) لا (قيمة ولدها) لأنه انعلق حراً لتقدم ملكه (ودعوة الجد) أب الأب وإن علا لأنه الذي يقوم مقامه حال عدمه أما أب الأم وكذا سائر ذوي الأرحام فلا تصح دعوتهم (كدعوة الأب حال عدمه) أي: عدم الأب حقيقة أو حكماً لعدم ولايته لكفر أو رق أو جنون ويشترط ثبوتها من وقت العلوق إلى وقت الدعوى فلو جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية إليه لم تصح لما مر في الأب (ولو زوجها) إلى زوج أمته (أباه) ولو فاسداً أو تزوجها الأب بأن كان الولد صغيراً كما في «الخانية» ولو قال: ولو تزوجها الأب لأفاد المسألتين (لم تصر) أي: إذا ولدت منه (أم ولد له) لأن نكاحه صحيح عندنا إذ الأمة ملك للولد من كل وجه بدليل أن له من

ويجب المهر لا القيمة وولدها حر. حرة قالت لسيد زوجها أعتقه عني بألف، ففعل فسد النكاح،.....

التصرفات فيها ما لا يجامعه ملك وبه يصير ماؤه مصنوعاً وفي «النهاية» أو كان بشبهة معللاً له بأنه غير محتاج إلى تملكها لإثبات النسب بل النكاح أو شبهة النكاح تكفي لذلك. قال في «البحر»: وعلى هذا فالمسألة الأولى مقيدة بما إذا كان عالماً بالحرمة مع أنهم قالوا كما مر: لا فرق بين أن يدعي الشبهة أو لا فظاهر كلامهم أن الوطاء بالشبهة ليس كالنكاح.

(ويجب) عليه (المهر) لالتزامه إياه بالنكاح وهو وإن لم يكن سمي مهر مثلها في الجمال أي ما يرغب به في مثلها جمالاً فقط وأما ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنى ولو جاز فليس معناه بلى العادة إنما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهراً لأن الثاني للبقاء بخلاف الأول والعادة زيادته عليه كذا في «الفتح» وفي «الجوهرة» ذكر السرخسي أن العقر أي: المهر في الحرائر هو مهر المثل وفي الإماء عشر قيمتها لو بكرأ أو نصف عشر لو ثيباً (لا) تجب (القيمة) لعدم تملكها (وولدها حر) بملك أخيه له وقيل بعثت قبل انفصاله وأثر الخلاف يظهر في الإرث بموت المولى فعلى الأول لا يرث وعلى الثاني يرث والوجه هو الثاني لأنه حدث على ملك الأخ من حين / العلوق فلما ملكه عتق عليه بالقرابة، كذا في «غاية البيان».

قال في «البحر»: والأول هو الظاهر لأنه لم يملكه من كل وجه بدليل عدم صحة بيعه وهبته وإن صح إعتاقه والإيصاء به ولو قال: كل مملوك أملكه فهو حر لم يعتق لأنه ليس بمملوك من كل وجه، (حرة) متزوجة برقيق (قالت لسيد زوجها) الحر العاقل البالغ: (أعتقه عني بألف) وزادت ورطل من خمر لأن الفاسد ملحق بالصحيح هنا (ففعل) ما أمر به بأن قال: أعتقته (فسد النكاح) عندنا خلافاً لزفر ومبنى الخلاف على أن العتق يقع عن المأمور عنده وعن الأمر عندنا لأنه أمكن تصحيح كلامه صوتاً عن إلغائه بتقديم الملك اقتضاء قولها: أعتق طلب للتملك منه بألف وقوله أعتقت تملك منه ففسد النكاح للتنافي وأورد أن هذا ملك غير مستقر ومثله لا يوجب انفساخ النكاح ألا ترى أن الوكيل لو اشترى زوجته لا يفسد نكاحه، وأجيب بأن الملك ملزوم للانفساخ فإذا ثبت ثبت وعدم الانفساخ في الوكيل لعدم ثبوت الملك له بل يقع ابتداء للموكل على المختار، واعلم أنه لو صرح بالبيع فقال: بعثت إياه وأعتقته وقع العتق عن المأمور لعدم القبول كذا في «الحواشي السعدية» والشيء قد يثبت ضمناً وإن لم يثبت صريحاً كبيع الأجنة في الأرحام انتهى.

ولو لم تقل بألف لا يفسد النكاح، والولاء له.

باب نكاح الكافر

تزوج كافر بلا شهود، أو في عدة كافر وذا في دينهم جائز ثم أسلما أقرأ عليه،

(و) مقتضاه أنه (لو) قال: قبلت وقع عن الأمر وفي كلامه إيماء إلى سقوط المهر لاستحالة وجوبه على عبدها لكن قدمنا أنه لو تزوج امرأة على منكوحته الأمة فأجازه مولاها لم يفسخ النكاح بينهما وعلوه بأن هذا غير مستقر فيحتاج إلى الفرق فإن (لم تقل) الحرة (بألف لا يفسد النكاح والولاء له) أي: للمعتق عندهما وسوى الثاني بين الأول والثاني لأنه أمكن تصحيحه أيضاً بتقديم الملك بهبة سقط فيها القبض، فصار كالأمر بالتكفير عنه بالإطعام، ولهما أن القبض الذي هو شرط فيها لا يمكن إثباته اقتضاءً لأنه فعل حسي، ولا وجود له في ضمن القول، بخلاف القول فإنه يتضمن قولاً آخر، ويعتبر مراداً معه، بخلاف المقيس عليه لأن الفقير يكون نائباً عن الأمر فيصير قابضاً له، ثم بالاستيفاء يصير قابضاً لنفسه، فإن قلت: لم لا يجوز أن يجعل بيعاً أيضاً وذكر الثمن لا يستلزم وانعقد البيع؟ قلت: المقصود تصحيح التصرف وإن لم يذكر الثمن ينعقد البيع فاسداً كذا في «الحواشي السعدية» أقول: ويشكل عليه ما في «الشرح» لو أكره المأمور على أن يعتق عنه بألف وقع العتق عن الأمر، وبيع المكره فاسد والفرق بين فاسد وفساد مما لا دليل عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

باب نكاح الكافر

لما فرغ من نكاح الأحرار والأرقاء من المسلمين شرع في نكاح الكفار، وهذا التعبير أولى من قول القدوري أهل الشرك لأن الباب معقود لنكاح أهل الكتاب أيضاً، واعتذر عنه بأن أراد بهم الكفار إما تغليباً أو ذهاباً إلى أن أهل الكتاب داخلون في المشركين على ما اختاره بعض أصحابنا وإطلاقاً للمشرك عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، (تزوج كافر بلا) سماع (شهود أو في عدة كافر وذا) أي: هذا التزوج (في دينهم جائز ثم أسلما) أو ترافعا إلينا ولم يذكره لأنه معلوم بالأولى (أقرأ عليه) عند الإمام، وقال زفر: لا يقران وهما مع الإمام في الأول ومع زفر في الثاني، لأن الخطابات عامة وإنما لا نتعرض لهم إعرافاً لا تقريراً فإذا ترافعا أو أسلما والحرمة قائمة وجب التفريق، والفرق لهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع على بطلانه فكانا ملتزمين لها بخلاف النكاح بلا شهود، وله

أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقاً للشرع لأنهم لا يخاطبون بحقه ولا وجه لإيجاب العدة حقاً للزوج لأنه لا يعتقدده، وإذا صح النكاح فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطاً لها، وكذا العدة لا تنافيها حالة البقاء، كالمكوححة إذا وطعت بشبهة، وهذا يفيد نفي وجوب العدة من طلاق الكافر عنده حتى لا يثبت الرجعة ولا نسب ولدها إذا أتت به بعد الطلاق لأقل من ستة أشهر.

وقيل: تجب لكنها لضعفها لا تمنع الصحة كالاستبراء يجوز تزويج الأمة في حال قيام وجوبه على السيد، والأول أليق، وفي «الهداية» وهو الأصح لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون، وفيه نظر لأن تركهم تحرزاً عن الغدر لعقد الذمة لا يستلزم صحة ما تركوا وإياه كالكفر وهو الباطل الأعظم، ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة بل ملحق به إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، كذا في «الفتح» ولا يخفى أن وجوب تركهم وما يدينون لا دلالة فيه على القول بصحة ما تركوا وإياه ليورد عليه أنه لا يستلزمه قوله: ولو سلم لم يستلزم مبني على عدم ثبوت النسب منه إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر، والمذكور في «المحيط» / [١/١٩٣] وعليه جرى الشارح أنه لا يثبت النسب إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وقد غفل عنه في «البحر»، بقي أن مقتضى ما مر من توجيه الإمام أن الكفار لا يخاطبون بالمعاملات وهو خلاف ما ذكره أهل الأصول من الاتفاق على أنهم مخاطبون بها في أحكام الدنيا والنكاح منها، وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على أنهم مخاطبون بأحكام النكاح غير أن حكم الخطاب إنما يثبت في حق المكلف ببلوغه إليه والشهرة تنزل منزلته وهي متحققة في حق أهل الذمة دون أهل الحرب، فمقتضى النظر التفصيل بين أن يكون ذمياً فلا يقر عليه وبين أن يكون حربياً فيقر عليه، كذا في «فتح القدير» أيضاً، وأجاب في «البحر» بأن كلام الأصوليين فيما تمحض معاملة والنكاح فيه معنى العبادة على ما مر فلا منافاة، قيد بعدة الكافر لأن نكاح الكافر كافرة في عدة المسلم فاسد إجماعاً، ويكون المتزوج كافراً، لأن المسلم لو تزوج ذمية في عدة كافر ذكر بعض المشايخ أنه يجوز، ولا يباح له وطؤها حتى يستبرئها، وقالوا: النكاح باطل كذا في «الخانية».

وأقول: وينبغي أن لا يختلف في وجوبها بالنسبة إلى المسلم لأنه يعتقد وجوبها ألا ترى أن القول بعدم وجوبها في حق الكافر مقيد بكونهم لا يدينونها، ويكونه جائزاً عندهم، لأنه لو لم يكن جائزاً بأن اعتقدوا وجوبها يفرق إجماعاً.

قال في «الفتح»: فيلزم في المهاجرة وجوب العدة إن كانوا يعتقدون لأن

ولو كانت محرمة فرق بينهما،
 المضاف إلى تباين الدار الفرقة لا نفي العدة، ولا خلاف بينهم أنهما لو أسلما أو
 ترافعا وهي منقضية أنه لا يفرق.

(ولو كانت) المنكوحة (محرمة) أي: الكافر كأمه أو بنته وليس الحكم
 مقصور على المحرمة بل كذلك لو تزوج مطلقة ثلاثاً وجمع بين خمس أو أختين
 في عقد (فرق) أي: فرق القاضي (بينهما) بإسلامهما، وكذا بإسلام أحدهما أو
 مرافعتهما جميعاً لا بمرافعة أحدهما عند الإمام خلافاً لهما، أما على قولهما فظاهر،
 لأن لهذه الأنكحة حكم البطلان فيما بينهم، وأما على قوله فلا لأنه وإن كان لها حكم
 الصحة في الأصح حتى تجب النفقة ويحد قاذفه إلا أن المحرمة وما معها تنافي
 البقاء كما تنافي الابتداء، بخلاف العدة، وأجمعوا أنهم لا يتوارثون بها لأن الإرث
 ثبت بالنص على خلاف القياس فيما إذا كانت الزوجة مطلقة بنكاح صحيح فيقتصر
 عليه، قيدنا بكونه تزوج خمساً في عقد لأنه لو تزوجهن على التعاقب فرق بينه وبين
 الخامسة فقط ولو تزوج واحدة ثم أربعاً جاز نكاح الواحدة لا غير، وقال محمد وزفر
 والشافعي: له أن يختار أربعاً منهن كيف ما تزوج، كذا في «الخانبة» ويكونه تزوج
 أختين في عقد وأسلم لأنه لو أسلم بعدما فارق واحدة منهما أفرا عليه كذا في
 «النهاية».

قال في «الفتح»: وينبغي على قول مشايخ العراق ما ذكرناه من التحقيق أن
 يفرق لوقوع العقد فاسداً ووجب التعرض بالإسلام انتهى. ولا يخفى أن مجرد وقوع
 العقد فاسداً لا أثر له في وجوب التفرقة وإلا لفرق في النكاح بلا شهود بل لا بد من
 قيام المنافي في البقاء كالمحرمة وهو هنا قد زال فما في «النهاية» أوجه، واعلم
 أنهما لو ترافعا قبل الإسلام لم يفرق بينهما وفي «الغاية» عن «المحيط» أنه يفرق
 بطلب المطلقة ثلاثاً إجماعاً وكذا في الخلع وعدة المسلم لو كانت كتابية وكذا لو
 تزوجها قبل زوج آخر في المطلقة ثلاثاً كذا في «الشرح» وغيره والذي رأيته في
 «المحيط الرضوي» بعدما نقل أن المطلقة ثلاثاً لو طلبت التفريق يفرق إجماعاً قال:
 وإن لم يطلب التفريق لا يفرق خلافاً لأبي يوسف وزفر لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ
 بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، وإنا نقول: بأنا أمرنا بتركهم وما يدينون إذا
 أعطوا الجزية وهذا هو حكم الله تعالى إلا في مواضع يفرق من غير مرافعة بأن يخلعها
 ثم يقيم معها من غير عقد أو يطلقها ثلاثاً ثم يتزوجها قبل التزوج بآخر لأنه زنى، لأن
 الذمي يعتقد كون الطلاق مزبلاً للنكاح وهو حرام في الأديان كلها يحدون به، وكذا
 لو تزوج كتابية في عدة مسلم صيانة لماء المسلم انتهى. وهذا كما ترى يخالف ما

ولا ينكح مرتد أو مرتدة أحداً والولد يتبع خير الأبوين ديناً والمجوسي شر من الكتابي،

في «الغاية» من التوقف على الطلب في الخلع ونحوه وعلى ظاهر ما في «الغاية» فسر في «الفتح» الخلع بأن اختلعت من زوجها الذمي ثم أمسكها فرفعته إلى الحاكم فإنه يفرق.

(ولا ينكح) أي: ولا يصح أن ينكح (مرتد ولا) أن ينكح (مرتدة أحداً) من الناس لا مرتدة ولا مسلمة ولا كافرة ولا هي كذلك، أما المرتد فلاستحقاقه القتل والإمهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه، ولا يرد من وجب عليه القصاص لأن العفو مندوب إليه وأما المرتدة فلأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج يشغلها ولأنه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه (والولد يتبع خير الأبوين ديناً) نظراً له وهذا يتصور من الطرفين في الإسلام / العارض بأن كانا كافرين فأسلم أو أسلمت ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق أو بعده في مدة يثبت النسب في مثلها أو كان بينهما ولد صغير قبل إسلام أحدهما فإنه بإسلام أحدهما يصير الولد مسلماً، وأما في الأصل فلا يتصور إلا أن تكون الأم كتابية والأب مسلماً وهذا إذا اتحدت دارهما ولو حكماً بأن أسلم الأب في دار الحرب والولد في دار الإسلام أما لو تباينت بأن كان الولد في دار الحرب وأبوه في دار الإسلام فإنه لا يصير مسلماً إلا بإسلامه.

وقوله في «الفتح» أو على العكس في عدم وجوب نية فرض الإيمان بعد بلوغ من حكم بصحة إسلامه صبيّاً تبعاً لأبويه المسلمين أو لإسلامه وأبواه كافرين ولو كان ذلك فرضاً لم يفعله أهل الإسلام عن آخرهم، وقد مر أن الصبي لو أسلم وقع فرضاً ولا يجب عليه الإتيان به بعد البلوغ اتفاقاً ونقل هذا في «البحر» عنه فيمن أسلم تبعاً والواقع ما قد علمته.

واعلم أن عبارة المصنف أولى من قول القدوري فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه، لأن عمومه غير صحيح إذ لا وجود لنكاح المسلمة مع كافر وإن أوجب عنه بحمله على حالة البقاء، بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الإسلام على الزوج بعد فجاءت بولد قال في «الحواشي السعدية»: ويمكن أن يقال: محل المسألة ما إذا تزوج كافر بمسلمة بالقهر والغلبة كما وقع في «الفتاوى التاترخانية» انتهى. وهذا الاحتمال رده قول القدوري: الزوجين وقول المصنف: الأبوين فتدبره وفرض المسألة في القهر والغلبة لأنه لو خلا عنهما عوقب وعوقبت إن كانت عالمة بحاله والساعي بينهما أيضاً، امرأة أو رجلاً كذا في «الفتح»، (والمجوسي شر من الكتابي) أردف هذه الجملة لبيان أن أحد الأبوين لو كان كتابياً والآخر مجوسياً كان الولد كتابياً نظراً له

وإذا أسلم أحد الزوجين عرض الإسلام على الآخر.....

في الدنيا لاقتراه من المسلمين بالأحكام من حل الذبيحة والمناكحة وفي الآخرة بنقصان العقاب كذا في «الفتح»، يعني أن الأصل بقاؤه بعد البلوغ على ما كان عليه وإلا فاطفال المشركين في الجنة، وتوقف فيهم الإمام كما مر ولم يدخله في الجملة الأولى تحامياً عما وقع في بعض العبارات من إطلاق الخير على الكتابي، بل الشر ثابت فيه أيضاً غير أن المجوسي شر، وعن هذا قال في «الخلاصة»: لو قال: النصرانية خير من اليهودية كفر، وينبغي أن يقول: اليهودية شر من النصرانية وعلله البزازي بأنه أثبت الخير لما هو قبيح شرعاً وعقلاً ثابت قبحه بالقطعي.

قال في «البحر»: وهذا يقتضي الكفر بقوله: الكتابي خير من المجوسي، مع أن العبارة وقعت لبعض المشايخ كما قد علمت إلا أن يفرق بأنه لا خيرية في إحدى الملتين على الأخرى في أحكام الدنيا والأخرى بخلاف الكتابي بالنسبة إلى المجوسي للفرق بين أحكامهما في الدارين، وأقول: هذا الفرق ينافيه ما مر من التعليل على أنه نقل عن «جامع الفصولين» لو قال: النصرانية خير من المجوسية كفر قال البزازي: والمذكور في كتب السنة أن المجوسي أسعد حالة من المعتزلة لإثبات المجوسي خالقين فقط وهؤلاء خالقاً لا عدد له وفيه إثبات الخيرية للمجوسي على المعتزلة بقدر ما، وأجيب عنه بأن المنهي عنه هو كونهم خيراً من كذا مطلقاً لا كونهم أسعد حالاً بمعنى أقل مكابرة وأدنى إثباتاً للشرك، إذ يجوز أن يقال: كفر بعض أخف من بعض وعذاب بعض أدنى من بعض وأهون، أو الحال بمعنى الوصف كذا قيل، ولا يتم وقد يقال: المنع من قولهم النصرانية خير من اليهودية لأن نزاعهم في النبوات ونزاع النصراني في الإلهيات، وقوله تعالى: ﴿وقالت اليهود عزيز بن الله﴾ [التوبة: ٣٠] كلام طائفة قليلة كما صرح به في التفسير انتهى. وهذا يقتضي أن لا كفر بقوله: الكتابي خير من المجوسي على معنى أقل مكابرة وأدنى إثباتاً للشرك وأنه لا كفر أيضاً بقوله: اليهودية خير من النصرانية حيث كان المنع من العكس، باعتبار أن كفر النصرانية أغلظ لكن مقتضى ما مر عن «جامع الفصولين» القول بالكفر في صورتين وهو الموافق للتعليل الأول وكأنه الذي عليه المعول.

قال في «البحر»: ويلزم على الثاني تبعية الولد المتولد بين يهودي ونصراني للأول، يعني: وليس بالواقع، (ولو أسلم أحد الزوجين) هذا اللفظ شامل لما كانا كتابيين أو مجوسيين أو أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً والمسلم الزوج أو الزوجة أخرج المصنف مما سيأتي ما لو أسلم زوج الكتابية فبقي ما عداه مراداً، (عرض الإسلام على الآخر) بالغاً كان أو مميزاً ولو كان غير مميز انتظر عقله ولو مجنوناً لم

فإن أسلم وإلا فرق بينهما وإبأؤه طلاق، لا إبأؤها، ولو أسلم أحدهما ثمة لم تبين حتى تحيض ثلاثاً،

ينتظر لعدم نهايته فيعرض الإسلام / على أبويه فإن أسلم أحدهما بقي النكاح لتبعيته له (فإن أسلم) لم يفرق بينهما (وإلا) أي: وإن لم يسلم الآخر بأن أبي عن الإسلام ومنه ما إذا سكت غير أنه في هذه الحالة يكرر عليه العرض ثلاثاً احتياطاً، كذا في «المبسوط» (فرق بينهما)، لما رواه الطحاوي وغيره: «أن عمر رضي الله عنه فرق بين نصراني ونصرانية بإبائه عن الإسلام» وقيده إيماء إلى بقاء النكاح قبل التفريق حتى لو مات قبله وجب لها كل المهر وإن لم يدخل بها.

قال في «البحر»: ويرد عليه ما لو أسلم زوج المجوسية فتهودت أو تنصرت فإنهما على نكاحهما كما لو كانت كذلك ابتداء كما في «المبسوط» ويمكن أن يراد بالكتابية ولو مآلاً فلا يرد، (وإبأؤه) أي: الزوج (طلاق) عندهما خلافاً للثاني لأنه لا يتصور وجوده من المرأة، وبمثله لا يقع الطلاق فصار كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والمحرمية بالرضاع ولهما، أنه فات الإمساك بالمعروف فوجب التسريح بالإحسان، فإن طلق وإلا ناب القاضي منابه في ذلك فيكون طلاقاً إذا كان نائباً عمّن إليه الطلاق، لأنه إنما ينوب عنه فيما إليه التفريق والذي إليه الطلاق، وفي هذا تصريح بأنه لو طلق وقع ولم يحتج إلى التفريق وأما المرأة فالذي إليها عند قدرتهما على الفرقة شرعاً الفسخ فإذا أثبت ناب القاضي منابها فيما إليها التفريق به فلا تكون الفرقة منها إلا فسخاً، وهذا معنى قوله (لا إبأؤها) بخلاف الملك والحرمية فإن الفرقة فيهما لا بهذا المعنى بل للتنافي، وأما خيار البلوغ فإنه ملك الفرقة فيه لتطرق الخلل إلى المقاصد بسبب قصور شفقة العاقد لقصور قرابته وعلى اعتباره لا يكون النكاح منعقداً من الأهل، واعلم أن في جعل الإباء طلاقاً نوع تجوز، وفي الحقيقة إنما هو سبب فقط كما يفصح عن ذلك ما مر.

(ولو أسلم أحدهما) أي: في دار الحرب (لم تبين) زوجته منه إن لم يسلم الآخر (حتى تحيض ثلاثاً) أو يمضي عليها ثلاثة أشهر لو كانت آيسة أو صغيرة، لأنه لا بد من الفرقة تخليصاً للمسلمة عن ذل الكافر، والإسلام لا يصلح أن يكون سبباً لها والعرض متعذر لعدم الولاية فأقمنا شروطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر، وهذا يقتضي أنه لو كان هو المسلم توقف انفساخه على مضي ثلاث حيض وهو الموافق لما مر لا أنها تبين كما هو ظاهر الإطلاق، أقول: وينبغي أن يكون

فإذا حاضت ثلاثاً بانت، ولو أسلم زوج الكتابية بقي نكاحها، وتباين الدارين سبب الفرقة..

ما ليس بدار حرب ولا إسلام ملحقاً بدار الحرب هنا كالبحر لأنه لا قهر لأحد عليه فإذا أسلم أحدهما وهو راكب توقفت البينونة على مضي ثلاث حيض أخذ من تعليلهم بتعذر العرض بعدم الولاية، وإطلاقه يعم المدخول بها وغيرها، وفيه إيحاء إلى أن هذه الحيض ليست بعدة إذ لو كانت لاختصت بالمدخول بها، وسكت عنها للإشارة إلى عدم وجوبها في المدخول بها، أما إذا وقعت الفرقة بإسلامه فبالإجماع وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند الإمام خلافاً لهما كما في «المبسوط» وغيره وجزم الطحاوي بوجوب العدة عليها وكأنه ميل إلى قولهما، وفي قوله: لم تبين إيحاء إلى أن هذه الفرقة طلاق وهو قولهما وجزم به محمد في «السير الكبير» وقال الثاني: هي فسخ وروي عنه كقولهما.

(ولو أسلم زوج الكتابية) ولو مآلاً كما مر (بقي نكاحها) لأنه يجوز له التزوج بها ابتداءً فالبقاء أولى لأنه أسهل، ولذا شرطت الشهادة فيه ابتداءً لا بقاء (وتباين الدارين) يعني حقيقة وحكماً إذ المطلق يصرف إلى الكامل (سبب الفرقة) حتى لو خرج أحدهما من دار الحرب إلى دار الإسلام مسلماً أو ذمياً أو أسلم أو عقد عقد الذمة في دار الحرب وقعت الفرقة بينهما لأنه ينافي انتظام المصالح، وما ينافيها يقطع النكاح كالمحرمية والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصاً، وبالحكم أن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل على سبيل القرار والسكنى، حتى لو دخل الحربي دارنا بأمان لم تبين زوجته لأنه في داره حكماً إلا إذا قبل الذمية وفي «المحيط» مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج بها رجل إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين، فلو خرجت بنفسها قبل تزوجها لم تبين لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين، إذ لا تمكن من العود والزوج من أهل دار الإسلام فلا تباين.

قال في «الفتح» بعد نقله: يريد في الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل قهراً حتى ملكها لتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكماً أما حقيقة فظاهر وأما حكماً فلأنها في دار الحرب حكماً وزوجها في دار الإسلام، قال في «الحواشي السعدية»: وفي قوله وأما حكماً فلأنها في دار الحرب حكماً بحث انتهى. ولعل وجهه ما مر من أن معنى الحكم أن لا يكون / في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع [ب/١٩٤] بل عليه سبيل القرار وهي هنا كذلك إذ لا تمكن من الرجوع ثم راجعت «المحيط الرضوي» فإذا الذي فيه ما لفظه: مسلم تزوج حربية كتابية في دار الحرب فخرج عنها الزوج وحده بانت ولو خرجت المرأة قبل الزوج لم تبين، وعلمه بما مر وهذا لا غبار

لا السبي، وتنكح المهاجرة الحائل بلا عدة، وارتداد أحدهما فسخ في الحال،.....

عليه فالظاهر إنما وقع في نسخة صاحب «الفتح» تحريف والتصويب ما أسمعك، (لا السبي) لأنه يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداءً ولذا لو زوج أمته جاز فكذا بقاء، ولهذا لو كانت المسبية منكوحة مسلم أو ذمي لا يبطل النكاح كذا في «العناية» وهذا يؤيد البحث السابق والله الموفق، (وتنكح المهاجرة) إلينا وهي التاركة دارها إلى أخرى على عزم عدم العود مسلمة أو ذمية، (الحائل) وهي التي لم تكن حاملاً (بلا عدة) بيان لحكم ما تضمنته الجملة الأولى، وهي ما لو خرجت المرأة حتى بانّت فإنه يجوز نكاحها بلا عدة، وهذا عند الإمام وأوجبها، وضع المسألة في المهاجرة لأن التي طلقت في دار الحرب لا عدة عليها اتفاقاً لهما أن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم الإسلام واختلف في لحوق الطلاق عليها في العدة لو خرج بعدها قال أبو يوسف: لا يقع.

وقال محمد: يقع إلا أن تكون محرمة وأثر الخلاف يظهر فيما لو طلقها ثلاثاً لا يحتاج زوجها في تزويجها إذا أسلم إلى زوج آخر عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وله أنها وجبت لإظهار خطر النكاح المتقدم ولا خطر لملك الحربي، قيد بالحائل لأن الحامل لا يصح نكاحها حتى تضع وروى الحسن أنه يصح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع والأول أصح، ورجح الأقطع رواية الحسن وظاهر الرواية هو الأول وظاهر كلامه يعطي أن عدم صحة نكاح الحامل للعدة وليس بالواقع، بل لا عدة عليها أيضاً وحرمة نكاحها إنما هي لأن في بطنها ولداً ثابت النسب فظهر في حق المنع احتياطاً.

(وارتداد أحدهما) أي: أحد الزوجين (فسخ) عند الإمام فلا ينقص عدداً بخلاف إباطه وسوى محمد بينهما في أن كلاً منهما طلاق، وأبو يوسف مر على أصله من أنها فسخ كإباطه وفرق الإمام بأن الردة منافية للنكاح لمنافاتها العصمة والطلاق يستدعي قيام النكاح فتعذر أن تجعل طلاقاً بخلاف الإباء لأنه يفوت الإمساك بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان، ولذا توقف على القضاء دونها، (في الحال) فلا يتوقف على القضاء لا فرق بين المدخول بها وغيرها وهذا في المرأة هو ظاهر الرواية لكنها تجبر على الإسلام، بخلاف ما إذا ارتد هو، والنكاح مع زوجها الأول ولا يتزوجها غيره وهو الصحيح كما في «المحيط» وغيره قال الولوالجي: وعليه الفتوى ولكن للقاضي أن يحدده بمهر يسير ولو ديناراً رضيت أم لا، وظاهر أن يحل جبرها

فللموطوءة المهر ولغيرها النصف إن ارتد، وإن ارتدت لا، والإبء نظيره،

على النكاح ما إذا طلبه أما لو سكت أو تركه صريحاً فإنها لا تجبر وتزوج من غيره لأنه ترك حقه، وأفتى بعض مشايخ بلخ وسمرقند بعدم الفرقة بردتها حسماً لاحتيالها على الخلاص بأكبر الكبائر، وعمامة مشايخ بخارى قالوا: إن هذا يحصل بالجبر المتقدم فلا ضرورة إلى إسقاط اعتبار المنافي.

قال في «جامع الفصولين»: وأقول: إن جبر الحرة البالغة مناف للشرع أيضاً ما هربوا منه من إسقاط اعتبار الثاني ورده في «البحر» بأن الجبر عليه ضرورة عهد شرعاً في الجملة كالرقيق والصغير بخلاف بقائه مع المنافي واختاروا في تعزيرها هنا قول الثاني في أكثره وهو خمسة وسبعون وسطاً كأنه لزيد جرمها بخلاف غيرها مع أن «الحاوي القدسي» قال: وبقول الثاني نأخذ يعني في الكل، ولا تسترق ما دامت في دار الإسلام في ظاهر الرواية وفي رواية «النوادر» تسترق ولو كان الزوج عالماً استولى عليها بعد الردة تكون فيئا للمسلمين عند أبي حنيفة ثم يشتريها من الإمام أو يصرفها إليه إن كان مصرفاً فلو أفتى مفت بهذه الرواية حسماً لهذا الأمر لا بأس به كذا في «القنية».

قال في «البحر»: وعلى هذه الرواية فللزواج أن يبيعها بعد الاستيلاء إلا أن تكون ولدت منه لما في «الخانية» لو لحقت أم الولد بعد ارتدادها بدار الحرب ثم سببت وملكها السيد عاد كونها أم ولد ولا يخفى أن الإفتاء بما اختاره بعض أئمة بلخ أولى من الإفتاء بما في «النوادر» ولقد شاهدنا من المشاق في تجديدها فضلاً عن جبرها بالضرب ونحوه ما لا يعد ولا يحد وقد كان بعض مشايخنا من علماء العجم ابتلي بامرأة تقع فيما يوجب الكفر كثيراً ثم تنكر وعن التجديد تأبى، ومن القواعد المشقة تجلب التيسر والله الميسر / لكل عسير، هذا وسكت عن العدة ولا ريبة في [١/١٩٥] وجوبها غير أنه لا نفقة لها فيها لكن لها السكنى وبه يفتى كما في ألفاظ التكفير من «الخلاصة» هذا إذا كانت هي المرتدة فإن كان هو المرتد فلها النفقة ولو ماتت فيها ورثها زوجها المسلم استحساناً لا قياساً وهو قول زفر كذا في «الخانية» وفيها لو لحقت بدار الحرب كان له أن يتزوج بأختها وأربع سواها (فللموطوءة) ولو حكماً (المهر) سواء كان الارتداد منه أو منها لتأكده بالوطء (ولغيرها) أي: الموطوءة (النصف) أي: نصف المسمى وإلا فالمتعة لأن الفرقة من قبله، (وإن ارتدت) المرأة (لا) أي: لا يجب شيء لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل تأكده لا فرق في ذلك بين الحرة والأمة الكبيرة والصغيرة، (والإبء) أي: إبء أحدهما عن الإسلام بعد إسلام الآخر (نظيره) أي: الارتداد، فإن وجد من أيهما كان بعد الدخول وجب المهر وإلا

وإن ارتدا معاً، أو أسلما معاً لم تبين وبانت لو أسلما متعاقباً.

فإن كان منه فالنصف وإلا فلا شيء، (وإن ارتدا معاً) بأن لم يعرف سبق أحدهما على الآخر أما المعية الحقيقية فمتعذرة وما في «البحر» هي ما لو علم أنهما ارتدا بكلمة واحدة ففيه بعد ظاهر نعم ارتدادهما معاً بالفعل ممكن بأن حملاً مصحفاً وألقياه في القاذورة أو سجداً للصنم معاً (أو أسلما معاً لم تبين) من زوجها استحساناً، لأن بني حنيفة حي من العرب ارتدوا بمنع الزكاة فبعث إليهم الصديق بالجيش فأسلموا ولم تأمرهم الصحابة بتجديد الأنكحة والارتداد منهم كان معاً، لجهالة التاريخ والمراد بالمعية عدم تعاقب كل زوجين منهم أما جميعهم فلا، لأن الرجال جاز أن يتعاقبوا ولا تفسد أنكحتهم إذا كان كل رجل ارتد مع امرأته معاً، لكن هذا الاستدلال إنما يتم بتقدير أن منعهم كان لجحد افتراضها ولم ينقل وقتالهم لا يستلزمه لجوازه إذ أجمعوا على منعهم حقاً شرعياً وعطلوه فالوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك فإنه من غير تعيين بني حنيفة ومانعي الزكاة قطعي، ولم يؤمروا بتجديد الأنكحة هذا حاصل ما في «الفتح» وقد يقال: إن قوله في الرواية فأسلموا دليل على أن المنع كان جحداً، والمسألة مقيدة بما إذا لم يلحق أحدهما بدار الحرب فإن لحق بانت وكان استغنى عنه بما قدمه من أن تباين الدارين سبب الفرقة قيده بالردة لأن المسلم لو كان تحته نصرانية فتهودت وقعت الفرقة بينهما اتفاقاً واختلف الشيخان فيما لو تمجسا قال أبو يوسف: تقع ومحمد: لا تقع، لأبي يوسف أن الزوج لا يقر على ذلك والمرأة تقرر فصار كردة الزوج وحده، وفرق محمد بأن المجوسية لا تحل للمسلم فإحداثها كالارتداد.

وفي «المحيط» لو كانت النصرانية صغيرة فتمجس أبواها بانت ولا مهر لها ولو ارتدا لم تبين إلا إذا لحق بدار الحرب لأنها مسلمة تبعاً للأبوين والدار ولا يمكن في الأول الحكم بالإسلام تبعاً للدار لانتفاء تبعيتها ما دامت تبعية الأبوين قائمة، ولو مات أحدهما مسلماً أو مرتداً ثم ارتد الآخر ولحق بدار الحرب لم تبين لأن التبعية حكم تنهى بالموت مسلماً أو مرتداً لأن أحكام الإسلام قائمة، ألا ترى أن كسبه يكون لورثته المسلمين، ومتى تناهت لا تبطل بكفر الآخر ولو بلغت عاقلة مسلمة ثم جنت فارتدا ولحقا بدار الحرب لم تبين انتهى ملخصاً. وفي الفرق بين ما لو تمجسا أو ارتدا تأمل فليتبدر، (وبانت) المرأة (لو أسلما) أي: الزوجان المرتدان (متعاقباً) صفة لمحدوف أي: إسلاماً متعاقباً لأن ردة الآخر منافية للنكاح ابتداء فكذا بقاء وعرف منه بينونتها بما لو بقي أحدهما مرتداً بالأولى ثم إن كان المسلم هو الزوج قبل الدخول فلا مهر لها وإن هي كان لها النصف أو المتعة.

باب القسم

والبكر كالثيب، والجديدة كالقديمة، والمسلمة كالكتابية فيه،

تتمة: بلغت المنكوحة المسلمة ولم تصف الإسلام بانتهى وقد مر بيان ذلك مفصلاً فأرجع إليه والله الموفق.

باب القسم

لما ذكر جواز نكاح العدد من النساء لم يكن بد من بيان القسم بينهن غير أن اعتراض ما هو أهم بالذكر أوجب تأخيره وهو بفتح القاف مصدر بمعنى القسمة وبكسرها واحد الأقسام، والنصيب من الخير كالطحن للدقيق كذا في «الشرح» معزواً إلى الجوهري والمطرزي والطحن بكسر الطاء وعبارة الجوهري القسم بالكسر الحظ والنصيب من الخير مثل طحنت طحناً والطحين الدقيق انتهى.

قال العيني: ويقال: كلاهما بمعنى النصيب إلا أن الأول يستعمل في موضع خاص بخلاف الثاني، ويقال لموضع القسم: المقسم بكسر السين كمجلس، قال في «الفتح»: وهو واجب لقوله تعالى بعد بيان حل الأربع: ﴿فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٣] فاستفدنا أن حل الأربع مقيد / بعدم [ب/١٩٥] خوف عدم العدل وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه فعلم بإجابه عند تعددهن انتهى.

وكان ينبغي أن يكون فرضاً لظاهر الآية فتدبر، (البكر كالثيب والجديدة) الثيب (كالقديمة) لإطلاق النصوص، وخصهما مع أن المجنونة التي لا يخاف منها والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن وطئها والمحرمة والمظاهرة والمولى منها والحامل كغيرها، لأنهما محل الخلاف ولم أر حكم المنكوحة إذا وطئت بشبهة وهي في العدة، والمحبوسة بدين لا قدرة لها على وفائه والناشزة، والمسطور في كتب الشافعية أنه لا قسم لها في الكل وعندني أنه تجب للموطوءة بشبهة أخذاً من قولهم: إنه لمجرد الإيناس ودفع الوحشة وفي المحبوسة تردد، وأما الناشزة فلا ينبغي التردد في سقوطه لأنها بخروجها رضيت بإسقاط حقها، وأما المطلقة الرجعية فإن أراد مراجعتها قسم لها وإلا لا كما في «البدائع» ولما ارتفعت المسلمة عن الكتابية بالإسلام فربما توهم عدم استوائها معها في القسم فدفع هذا الوهم بقوله: (والمسلمة كالكتابية فيه) أي: في القسم وهي التسوية في البيوتة لا في المجامعة كما في «الهداية» وينبغي أن يقيد بما إذا لم يكن عمله ليلاً فإن كان كحارس ونحوه قسم

نهاراً كما ذكره الشافعية، وهو حسن وما في «الغاية» اتفقوا على وجوبها في النفقة أيضاً رده الشارح بأنه لا يتأتى إلا على قول من اعتبر حاله لا على من اعتبر حالهما أي: لا يطرد تأتیه، وإلا فهو متأت على قول من اعتبر حالهما أيضاً فيما إذا كانا فقيرين أو غنيين، نعم يرد عليه أن التسوية نهاراً واجبة أيضاً.

قال في «الفتح»: وليس المراد أن يضبط زمان النهار فبقدر ما عاشر فيه إحداهما يعاشر الأخرى، بل ذلك في البيتوتة وأما النهار ففي الجملة انتهى، يعني لو مكث عند إحداهما بعد الغروب ثم جاء الثانية في الليلة الثانية بعد العشاء فقد ترك القسم، وفي «الجوهرة» لا يجامع المرأة في غير نوبتها ولا يدخل بالليل على التي لا قسم لها، ولا بأس أن يقيم عندها حتى تشتفي أو تموت انتهى. يعني إذا لم يكن عندها من يؤنسها، واعلم أن عدم وجوب التسوية في المجامعة يقتضي أن له بعدما أدى ما عليه منه وهو مرة في العمر أن يترك وطئها أبداً وهذا إنما هو في القضاء، أما في الديانة فجماعها أحياناً واجب ولم يقدروا فيه مدة، قال في «الفتح»: ويجب أن لا يبلغ به مدة الإيلاء إلا برضاها.

تنبيه: في هذا الكلام تصريح بأن الجماع بعد المرة حقه لا حقها ولم أر حكم ما لو تضررت من كثرة جماعه ومقتضى النظر أنه لا يجوز أن يزيد على قدر طاقتها، أما تعيين المقدار فلم أقف عليه لأئمتنا، نعم في كتب المالكية خلاف قيل: يقضى عليهما بأربع في الليل وأربع في النهار وقيل: بأربع فقط في اليوم واللييلة وعن أنس بن مالك عشر مرات في اليوم واللييلة وفي «دقائق ابن فرحون»^(١) بأثني عشر مرة، وعندني أن الرأي في مقدار العدد منوط بالقاضي فيقضي بما يغلب على ظنه أنها تطيقه والله الموفق، ثم لا فرق في وجوب القسم بين كون الزوج صغيراً دخل على امرأته أو كبيراً عنيماً أو خصياً أو محبوباً أو لا، والاختيار في مقدار الدور إليه لأن المستحق هو التسوية دون طريقها.

قال في «الفتح»: وهذا الإطلاق لا يمكن اعتباره على طرفته لأنه لو أراد أن يدور ستة ما يظن إطلاق ذلك له بل لا ينبغي أن يطلق له مقدار مدة الإيلاء وإذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة وأظن أكثر من جمعة

(١) هو القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد اليعمرى المدني المالكي، المتوفى سنة (٧٩٩هـ)، من آثاره: كشف النقاب الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، نبذة الغواص في محاضرة الخواص. اهـ. هدية العارفين (١/١٨)، الأعلام (١/٥٢)، ولم أعثر على كتاب له اسمه الدقائق.

وللحرّة ضعف الأمة، ويسافر بمن شاء، والقرعة أحب،

مضارة إلا أن يرضيا به قال في «البحر»: والظاهر الإطلاق أنه لا مضارة حيث كان على وجه القسم لأنها مطمئنة بمجيء نوبتها وفي نفي المضارة مطلقاً نظر لا يخفى، وفي «الدرية» وغيرها لو أقام عند إحداها شهراً فخاصمته الأخرى في ذلك قضى عليه أن يستقبل العدل بينهما وما مضى هدر غير أنه أثم فيه لأن القسمة تكون بعد الطلب ولو عاد بعدما نهاء القاضي أوجعه عقوبة وأمره بالعدل انتهى. وفي «الجوهرة» ولا يضره بالحبس وهذا ينبغي أن يقيد بما إذا لم يقل: إنما فعلت ذلك لأن الخيار في مقدار الدور إلي فإن ادعاه مكث عند الأخرى بقدره وما في «الفتح» من الذي يقتضيه النظر أن يؤمر بالقضاء إذا طلبت لأنه حق آدمي وله قدرة / إيفائه فجوابه ما مر [١/١٩٦] من التعليل، (وللحرّة) من القسم (ضعف الأمة) ولو مكاتبه أو مبعوضة بذلك قضى الصديق وعلي رضي الله تعالى عنهما ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرّة بدليل أنه لا يجوز نكاحها معها ولا بعدها فلا بد من إظهار النقصان في الحقوق.

قال في «البدائع»: وهذا التفاوت في السكنى والبيتوتة يسكن عند الحرّة ليلتين وعند الأمة ليلة وأما المأكل والمشروب والملبوس فيسوي بينهما، لأن ذلك من الحاجات اللازمة، ولا ينافيه ما في «الغاية» بخلاف النفقة والكسوة والسكنى فإنهم اتفقوا على التسوية فيها لأن المراد بالسكنى فيما في «البدائع» سكناه معها بدليل قوله فيسكن، وما في «الغاية» إسكانه لها في منزل يصونها لأنه من النفقة وأنت قد علمت أن هذا إنما يتأتى على قول من اعتبر حاله فقط.

تنبيه: لم يذكر حكم الواحدة إيذاناً أنه لا قسم لها وروى الحسن عن الإمام أنه يجعل لها يوم من أربعة أيام، وظاهر الرواية أن هذا لا يتعين بل يؤمر الصائم أن يبيت عندها إذا طلبت لقوله ﷺ: «ولزوجك عليك حقاً»^(١) كذا في «المحيط»، وذكر القاضي في «شرح» أن ما روى الحسن هو قول الإمام أولاً ثم رجع عن ذلك، وقال: هذا ليس بشيء كذا في «البدائع» (ويسافر) ذو الزوجات (بمن يشاء) منهن لأنه لا حق لهن في القسم حالة السفر لأنه لا يتيسر إلا بحملهن معه وفي إزامه ذلك من الضرر ما لا يخفى فكان له أن يأخذ أياً شاء، لأنه قد يثق بإحداهن في السفر وفي الأخرى في الحضر، (والقرعة) بينهن (أحب) تطيباً لقلوبهن لما روى الجماعة من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها كان عليه الصلاة والسلام «إذا أراد سفرأ أقرع بين نسائه فمن خرج سهمها خرج بها معه»^(٢) ومطلق الفعل لا يقتضي الوجوب فكيف

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٨٤)، ومسلم في صحيحه (١١٥٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٩٤)، ومسلم في صحيحه (٢٧٧٠)، وأبو داود في سننه

(٢١٣٨)، وأحمد في مسنده (٢٤٣٣٨).

ولها أن ترجع إن وهبت قسمها للأخرى .

وقد اقترن بما يدل على الندب وذلك أن القسم لم يكن واجباً عليه ﷺ دل على ذلك قوله تعالى: ﴿ترجي من تشاء منهن﴾ [الأحزاب: ٥١] الآية أي: تؤخر فكان ممن أخر كما قال المنذري سودة وجويرية وأم حبيبة وصفية وميمونة وممن آوى عائشة والباقيات، قال البيضاوي: أو ترجئ أي: تطلق من تشاء منهن وتمسك من تشاء منهن ومن ابتغيت طلبت ممن عزلت طلقت فلا جناح عليك في شيء من ذلك انتهى. وعليه فلا دلالة في الآية على المدعى، قيد بالسفر لأن مرضه لا يسقط القسم.

قال في «البحر»: ولم أر كيفية قسمه في مرضه حيث كان لا يقدر على التحول إلى بيت الأخرى، والظاهر أن المراد أنه إذا صح ذهب عند الأخرى بقدر ما أقام عند الأولى مريضاً، ولا يخفى أنه إذا كان الاختيار في مقدار الدور إليه حال صحته ففي مرضه أولى، فإذا مكث عند الأولى مرة أقام عند الثانية بقدرها وإذا مرض في بيت له دعى كل واحدة في نوبتها، لأنه لو كان صحيحاً وأراد ذلك ينبغي أن يقبل منه، (ولها) أي: الزوجة (أن ترجع إن وهبت قسمها للأخرى) تضمن كلامه صحة الهبة أيضاً لأن سودة بنت زمعة سألت ﷺ أن يراجعها ويجعل نوبتها لعائشة رضي الله تعالى عنها هكذا استدل به المشايخ وتعقبهم في «الحواشي السعدية» بما قدمناه من أن القسم لم يكن واجباً عليه عليه الصلاة والسلام فلا يصح قياس الواجب، لجواز أن يكون جعلها إياه لعائشة لعدم وجوب القسم انتهى.

ولا يخفى أن هذا مما لا أثر له إذ المدعى إنما هو صحة الهبة سواء كان القسم واجباً أو مندوباً وقد اقتضى الدليل ذلك وسودة هذه تزوجها ﷺ بأربعمائة دينار وماتت في آخر خلافة عمر ثم تزوج عائشة ولذا خصتها بالهبة، وإنما صح رجوعها لأنها أسقطت حقاً لم يجب فلا يسقط وفي «البدائع» لأن الهبة كانت إباحة منها والإباحة لا تكون لازمة كالمباح له الطعام يملك المبيح المنع منه والرجوع عن ذلك انتهى.

وهو صريح في أن طلاق الهبة مجاز، وفي كلام غيره ما يؤول إلى أن الهبة بمعنى العارية وما في «البدائع» لا ينافيه لأنه قد قيل بأن العارية إباحة المنافع على ما سيأتي وإن كان الأصح خلافه، بقي لو جعلته لمعيته هل يجوز لها أن يجعله بغيرها لم أرها لهم، والمسطور في كتب الشافعية أنه لا يجوز، وفرعوا عليه ما إذا كانت ليلة الواهبة تلي ليلة الموهوبة قسم لها ليلتين متواليتين، وإن كانت هل له الموالاتة قولان قال في «البحر»: ولعل المشايخ إنما لم يعتبروا هذا التفصيل لأن هذه الهبة إنما هي إسقاط عنه فكان الحق له سواء وهبت له أو لصاحبته فله أن يجعل حصة الواهبة لمن شاء.

وأقول: كون الحق فيما إذا وهبت لصاحبيتها ممنوع ففي «البدائع» في توجيه المسألة بأنه حق يثبت لها فلها أن تستوفي ولها أن تترك انتهى.

خاتمة: يندب أن يسوي بين الزوجات في جميع الاستمتاعات من الوطاء والقبلة وكذا بين الجواري وأمهات / الأولاد ليحصنهم عن اشتهاؤ الزنا والميل إلى [١٩٦/ب] الفاحشة وأن يعاشر كل منهما صاحبه بالمعروف بأن يعمل مع صاحبه كما يجب أن يعمل مع نفسه وفي «البرزازية» من الحظر وحق الزوج على الزوجة أن تطيعه في كل مباح يأمرها به انتهى. ولا يجمع بين الضرائر إلا بالرضى، ويكره وطء إحداهما بحضرة الأخرى، وله أن يمنعها من أكل ما يتأذى من رائحته، ومن القول وعلى هذا فله أن يمنعها من التزين بما يتأذى بريحه كأن يتأذى برائحة الحناء المخضب، كذا في «الفتح» وعلى هذا فله منعها من النقش أيضاً إذا تأذى برائحته والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.