

كتاب النكاح الخامس (١)

(١) حذف هذا العنوان من ق ١ .

obeikandi.com

ومن كتاب النكاح

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم، وسئل أيكلم الرجل امرأته وهو يطأها؟ قال: نعم ويعيد بها لا بأس بذلك إجازة منه. قال أصبغ: قال ابن القاسم: حدثنا الدراوردي عن من حدثه عن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، أنه سئل عن التخير عند ذلك، فقال: إذا خلوتهم فاصنعوا ما شئتم، فسئل أصبغ: أينظر الرجل إلى فرج امرأته عند الوطء؟ قال: نعم، لا بأس بذلك، قيل له: إن قوماً يذكرون كراهيته، فقال: من كرهه، إنما كرهه بالطب، لا بالعلم، لا بأس به وليس بمكروه.

قال محمد بن رشد: في أصل السماع عند السؤال عن نظر الرجل إلى فرج امرأته عند الوطء، قال: نعم، ويلحسه بلسانه. فطرح العتبي بلفظه ويلحسه، لأنه استقبحه. وفي كتاب ابن المواز ويلحسه بلسانه وهو أقبح، إلا أن العلماء يستجيزون مثل هذا إرادة البيان، وليلا يجرم ما ليس بحرام، فإن كثيراً من العوام يعتقدون أنه لا يجوز للرجل أن ينظر إلى فرج امرأته في حال من الأحوال. وقد سألتني عن ذلك بعضهم فاستغرب أن يكون ذلك جائزاً وكذلك تكليم الرجل امرأته عند الوطء، لا إشكال في جوازه ولا وجه لكراهيته. وأما الخبر عند ذلك فقبیح ليس من أفعال الناس، وترخيص ابن

القاسم في ذلك لمن سأله عنه على معنى أن ذلك ليس بحرام والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في السفية يتزوج بمائة دينار، فيفرق وليه بينهما، وقد دخل بها إنه ينزع منها ما أعطاها ويترك لها قدر ما تستحل به. قال أصبغ: وذلك ربع دينار في قولهم أدنى ما يتزوج به إذا كانت دنية. وأما من لها قدر فإن ابن القاسم قال: لها فيها في المسألة بعينها، لم يجد لنا مالك في ذلك حدًّا، إلا أني أرى في مثل هذا على قدر الاجتهاد من حالها وقدرها وموضعها. وقاله أصبغ، وتقاضى بما يدل على نحو ذلك مما هو دون صدق مثلها، وما لا يبلغه ولا يقاربه، فيكون صداقًا تامًّا ولا مذهب صدق ثم تام.

قال محمد بن رشد: قال ابن القاسم: في ذات القدر إنه يترك لها من صداقها على قدر الاجتهاد في حالها وموضعها ولم يجد في ذلك حدًّا وله في المدنية أنه يترك لها من المائة ثلاثة دنانير، وأربعة، ونحو ذلك. وقال ابن نافع: يترك لها من المائة عشرة دنانير. ولابن الماجشون في الواضحة إنه لا يترك لها منه قليلاً ولا كثيراً، وهو القياس، وما عداه استحسان. وأما السفية تتزوج بغير إذن وليها، فيفرق بينهما بعد الدخول فإن لها جميع صداقها، لا يرد وليها منه شيئاً. وروى ذلك عيسى عن ابن القاسم في المدنية (٢). وقال ابن دينار إنه يترك لها قدر ما استحلت منها وهو الأظهر لأنها غارة.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: وسئل ابن القاسم عن نصراني، أيعقد نكاح ابنته وأخته أو وليته النصرانية لمسلم؟ فقال: نعم. وهو أولى بذلك من

(٢) في ق ١ المدونة.

غيره، وما له لا يعقده؟ وقاله أصبغ. ومثل ذلك إنكاح حكامهم وأساقفتهم إياهم وعقدهم للمسلمين. فذلك الذي لا كلام فيه إنهم يزوجونهن، فسواء زوجوا مسلماً أو نصرانياً لأنهم ولاتهم فالولي منهم دونهم أولى فالولاية أولى. قال أصبغ: وقد قلت لابن القاسم: فإن أرادت وليته هذه نكاح مسلم وأبى ذلك هو أيجبر على ذلك، بكرة كانت أو ثيباً، وهو أبى ذلك ويقول: لا أزوج للمسلمين؟ فقال: لا أرى أن يعرض لهم في ذلك وليردوا إلى أحكام دينهم وحكامهم. قال أصبغ: يعني فيزوجون إن رأوا ذلك، ويجوز. قال فالولي إذا رضي بمنزلة ذلك.

قال محمد بن رشد: قوله وهو أولى بذلك من غيره، يريد أن المسلم أولى بعقد نكاحها من ولاتها من النصراني، إذا لم يشأه في ذلك، لأنه أن يلي عقد النصرانية لمسلم مسلم، أحسن من أن يليه النصراني. وقوله في آخر المسألة: فالولي منهم دونهم أولى فالولاية أولى، يريد أن الولاية النصرانية أحق بعقد نكاحها من المسلمين إن تشأوا في ذلك وطلبوه وهذا في أهل الجزية، فهذا وجه هذه الرواية، وتبين^(٣) تأويلنا هذا قوله في آخر المسألة: فالولي إذا رضي بمنزلة ذلك يقول: فكما لا يكون للمسلم أن يتزوجها إلا برضى أهل دينها، فكذلك لا يكون للمسلم أن يعقد نكاحها إلا برضى أهل دينها وولاتها، يعني من أهل الجزية. وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة فلا معنى لإعادته هنا وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الرجل يخطب إليه القوم، فيقول: قد زوجت فلاناً، ثم أنكروا بعد ذلك وقال: لم أقل إلا لأدفعهم عن نفسي. قال: إن ادعى الذي أقر له، وسمى أنه قد كان

(٣) في ق ١ وبين.

زوجه قبل ذلك، حلف على ذلك بالله، لقد زوجه وثبت له النكاح بالبينة التي قامت على إقراره له. وإن كان إنما يريد أن يأخذها بما سمع منه الخاطبون فقط، رأيت أن يحلف الأب بالله ما كان ذلك منه إلا اعتذاراً إليهم، وما زوجه، أي وما أراد به تزويجاً موجباً له، ويكون القول قوله وقاله أصبغ.

قال محمد بن رشد: قال أصبغ ما هنا وروايته عن ابن القاسم مثل قول ابن كنانة في سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، خلاف قوله فيه إن النكاح للطالب واجب لا يبالي بأن ذلك كان طلبه بهذا القول أو بنكاح كان قبله، لأن النكاح لا لعب فيه ولا اعتذار، وهو قول ابن حبيب في الواضحة. وذهب ابن المواز إلى أن النكاح لا يلزم بهذا الإقرار ولا بدعوى متقدمة. وهي أشبه الأقوال الثلاثة وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الرجل يدعي نكاح امرأة وهي تحت رجل آخر، فأقام شاهداً واحداً أنه تزوجها قبله، أيعزل عنها زوجها؟ قال: نعم، أرى أن يعزل عنها إذا أقام هذا شاهداً واحداً إلى أن يستبين ذلك، إذا كان ما يدعي أمراً قريباً ولا يدعي شهادة بعيدة. وكذلك الجارية^(٤) يدعيان الحرية إذا أقام^(٥) شاهداً واحداً ويدعيان مع ذلك أمراً قريباً يعني فيوقفان على صاحبهما ويخرجان من يده إلى ذلك وقاله أصبغ.

قال محمد بن رشد: هذا كله صحيح على معنى ما في المدونة من وجوبها^(٦) توفيق العرض المدعى فيه بالشاهد الواحد. ونص ما في كتاب ابن

(٤) في ق ١ والعبد يدعيان الخ.

(٥) في ق ١ أقاما. وتثنية الضمير في هذا والذي قبله هو الصواب.

(٦) في ق ١ وجوب.

المواز والواضحة: قال عبد الملك في الواضحة: ولا يعزل بدعواه فقط حتى يقيم شاهداً عدلاً. وقال محمد بن المواز: فإن لم يصح لهما شاهد آخر، وكان ذلك بعيداً، حلف السيد، ولا شيء على الزوجة وعلى الزوج. فأما قوله: إنه لا شيء على الزوج ولا على الزوجة صحيح، لأنها لو أقر له أو أحدهما بما ادعاه من النكاح، لم ينتفع بذلك، ولو لم تكن المرأة تحت زوج وادعى رجل نكاحها وهما طاريان، وعجز عن إثبات ذلك، لزمتهما اليمين، لأنها لو أقرت له بما ادعاه من النكاح، كانا زوجين. وقد قيل: إنه لا يمين عليها، لأنها لو نكلت عن اليمين لم يلزمها النكاح. وهذا على الاختلاف في التي يزوجهها وليها، فتنكر أن يكون ذلك بعلمها، إذ لا فرق بين المسألتين، لثبوت النكاح فيهما بإقرار الزوجة. وقد كان القياس إذا نكلت عن اليمين في المسألتين جميعاً، أن يحلف الزوج، ويجب له النكاح، إلا أن ذلك لا يوجد لهم نصاً. وقد ألزمها النكاح بالنكول في آخر سماع يحيى إذا كان سبب يدل على علمها به. وقد مضى القول على ذلك هناك. وأما قوله إذا حلف السيد فصحيح، على ما في المدونة وغيرها إذا كان ادعى على السيد أنه أعتقه وأقام على ذلك الشاهد. وأما^(٧) إذا كان ادعاه أنه حر من أصله، أو أن غيره أعتقه قبل أن يشتريه هو وأقام على ذلك شاهد^(٨) فلا يمين على الذي هو بيده، والواجب في ذلك أن يوقف عنه ويحال بينه وبين وطئها إن كانت أمة ويؤجل في طلب شاهد آخر، الشهر والشهرين والثلاثة، على ما في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق. وإن أراد أن يذهب إلى موضع يمينه^(٩)، كان له ذلك بعد أن يعطي حميلاً بقيمته. قاله ابن القاسم في سماع ابن القاسم من كتاب الأفضية، وابن وهب في سماع يحيى. من كتاب الشهادات، وفي توقيف غلته وخراجه إن كانت له غلة وخراج اختلاف. قيل: إنه يوقف ذلك، فإن استحق الحرية كان له ما وقف من خراجه. وقيل: إنه لا يوقف

(٧) سقط من ق ١ من قوله هنا: وأما إذا كان ادعاه إلى قوله وأقام على ذلك شاهداً.

(٨) كذا.

(٩) في ق ١ بيته.

ذلك إلا في حال الإعدار بعد ثبوت الحرية بشاهدين. وقيل لا يوقف ذلك أصلاً. والغلة للذي في يديه حتى يقضى عليه بحرّيته والثلاثة أقوال قائمة من المدونة.

مَسْأَلَةٌ

وسئل عن رجل ادعى نكاح امرأة فأنكرته وادّعا بينة بعيدة، هل يومر بالانتظار؟ قال: لا، إلا أن تكون بينة قريبة، ولا يضر ذلك بالمرأة، ويرى الإمام لما ادعى وجهاً.

قلت: فإن عجز وجاء ببينة بعد ذلك وقد نكحت المرأة أو لم تنكح قال قد مضى الحكم.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه لا يقبل منه بينة إن جاء بها بعد التعجيز، خلاف ما في سماع أصبغ، من كتاب الصدقات والهبات، وخلاف ظاهر ما في المدونة إذ لم يفرق فيها بين تعجيز الطالب والمطلوب. وقال: إنه يقبل منه القاضي ما أتى به بعد التعجيز، إذا كان لذلك وجه. وقد قيل إنه لا يقبل منه ما أتى به بعد التعجيز كان طالباً أو مطلوباً. وفرق ابن الماجشون في الطالب بين أن يعجز في أول قيامه، قبل أن يجب على المطلوب عمل، وبين أن يعجز بعد أن وجب على المطلوب عمل ثم رجع عليه، ففي تعجيز المطلوب قولان. وفي تعجيز الطالب ثلاثة أقوال، قبل هذا في القاضي الحاكم دون من بعده من الحكام. وقيل بل فيه وفيما بعده من الحكام. وهذا الاختلاف إنما هو إذا عجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز، وأما إذا عجزه السلطان بعد التلوم والأعدار، وهو يدعي أن له حجة، فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك من حجة، لأن ذلك قد ردّ من قوله قبل نفوذ الحكم عليه، فلا يسمع منه بعد نفوذه عليه.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم وسئل عن الذي يزوج ابنته

فيقيم بعد ذلك، حسبته قال: سنة أو سنتين، ثم يظهر بها جذام فيزعم الزوج أنه كان بها يوم تزوجها، ويقول غرتني، ويقول الأب بل زوجتك صحيحة. القول قول من قال: القول قول الأب.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها مستوفاً في رسم التمرة من سماع عيسى فأغنى ذلك عن إعادته وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سئل ابن القاسم عن الرجل يزوج ابنته فيخرج جهازاً وشواراً، فيقول أشهدكم أن هذا عارية في يد ابنتي، ولم يروا البنت ولم تحضر، فطلب الأب المتاع والشورة بعد ذلك، فلم يقدر عليه عند ابنته وقد شهد الشهود أنه أدخله بيت زوجها فقال: إن كانت بكرةً وقد علمت بالعارية فلا ضمان عليها، إلا أن يكون هلاكه يوم هلك بعد أن رضي حالها، فهي ضامنة، إلا أن يكون طردها من ذلك أمر من الله تكون عليه بينة، وإن لم تكن علمت بذلك فلا شيء عليها أصلاً وإن حسنت حالها، وإن كانت ثيباً فعلمت بذلك فهي ضامنة له، وإن لم تعلم فلا ضمان على واحد منهما، البكر والثيب، فيما لم يعلم ولم يقبله على وجه العارية. وقاله أصبغ ولا شيء على الزوج في هذا كله إذا لم يستهلك هو شيء من ذلك استهلاكاً. وهذا فيما يفضل عن صداقها وجهازها مما لم تجهز به من صداقها ولا عطية أبيها لها وقال أصبغ: وسئل ابن القاسم عن الرجل يتزوج المرأة ويبعث إليها بحلي ومتاع، ويشهد أن ذلك عارية، ولا يعلم ذلك أولياؤها. قال: هو كذلك على ما أشهد عليه من ذلك، إن أدركه كان له، وإن تلف ولم يعلم ما أشهد عليه حتى تقبله على وجه العارية فلا ضمان عليها.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه لا ضمان على الابنة فيما جهزها به

الأب من المتاع، وأشهد أنه عارية عندها إذا لم تعلم بإشهاده، ولم تقبله على وجه العارية، وأنه لا ضمان على الزوجة فيما بعث به الزوج إليها من المتاع، وأشهد أنه عارية عندها إذا لم تعلم بذلك أيضاً، ولم تقبله على وجه العارية صحيح، إذ ليس لواحد منهما أن يلزم أحداً ضمان ما لم يلتزم ضمانه، وحسبه أن ينفعه الإشهاد في استرجاع متاعه وإن طال زمان ذلك عند الابنة وذلك خلاف ما مضى لسحنون في سماعه. وقد مضى القول على ذلك هنالك وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قلت: فلو زوج ابنته وهي بكر رجلاً فأدخلها عليه ومضى لدخولها حين، ثمّ قام الأب فادعا بعض ما جهزها به، وزعم أنه إنما كان عارية منه ليُجمَلها به وصدقته الابنة، أو أنكرت ما ادعا وزعمت أنه لها ومن جهازها قال: القول قول الأب إذا قام بحدثان ما أبنتا الزوج بها، وليس للزوج مقال، والأب مصدق، ولا يلتفت إلى إنكار الابنة بذلك، ولا إلى إقرارها، لأن هذا من عمل الناس معروف، وذلك من شأنهم يستعيرون المتاع يتجملون به، ويكثررون بذلك الجهاز، إذا كان فيما بقي من المتاع وفاء بالمهر، فإذا كان هذا فليس للزوج فيه مقال، وسواء كان ذلك المتاع معروفاً أصله للأب أو غير معروف هو فيه مصدق، إذا كان فيما بقي وفاء بالمهر.

قلت: فإن طال الزمان ثمّ قام الأب يدعي ذلك، وفيما بقي بعد ما ادعا وفاء بالمهر، وكان الأصل معروفاً أو غير معروف، كانت الابنة مقرة أو منكرة، قال: إذا لم يعرف أصل المتاع وطالت حيازتها للمتاع الزمان الطويل، فإن للزوج في هذا مقالاً، ولا أرى الأب فيه مصدقاً إذا جاء مثل هذا من الطول والبعد، وأراه له بطول حيازتها.

قلت: فإن كانت مقرة بأن المتاع للأب ولم تنكر ما ادعا الأب من ذلك، قال: لا يجوز^(١٠) إقرارها إذا بلغ هذا الحد من الطول لأن إقرارها هنا عطية متبداة، ولا يجوز إقرارها إذا أراد عليها ذلك زوجها وإن كان فيما بقي بعد ذلك وفاء بالمهر.

قلت: فإن عرف أصل المتاع للأب قال: عرف أصله أو لم يعرف، فطول حيازتها له هذا الزمان يقطع دعوا الأب إذا أنكر الزوج أو المرأة.

قلت: فإن كان قيام الأب في ذلك بحدثان دخول زوجها بها، وكان أصل المتاع معروفاً للأب، وليس فيما بقي من الجهاز ما فيه وفاء بالمهر قال: فهو للأب إذا عرف أصله ويتبع الزوج الأب بوفاء الصداق حتى يتم له من الجهاز لابنته ما فيه وفاء ما أصدقها من المهر.

قال محمد بن رشد: قال: إن الأب مصدق فيما ادعا مما جهز به ابنته انه كان عارية منه لها بشرطين: أحدهما أن يكون ذلك بحدثان البناء، والثاني أن يكون فيما بقي بعدما ادعا وفاء بالمهر، يريد أنه مصدق في ذلك مع يمينه، كذلك قال ابن حبيب، وزاد فقال: ولا أرا السنة فيه طويلاً. وهذا في الأب خاصة في ابنته البكر، وأما في الثيب، أو في وليته البكر، أو الثيب، فلا وهو فيها كالأجنبي، وقاله بعض أصحاب مالك. فأما إيجابه اليمين في ذلك على الأب فصحيح، ولا يقال إن اليمين تسقط عنه من أجل أن الوالد لا يحلف لولده، إذ ليس ذلك عليه حكم باليمين، وإنما هو حكم لديه، إن شاء أن يأخذ ويحلف وحلف وأخذ، وإن شاء أن يترك ترك، وإنما خص في ذلك الأب في البكر، لأنها في ولايته، ومالها في يده. فعلى قياس هذا، يكون في الثيب إذا كانت في ولايته، بمنزلته في البكر، ويكون الوصي فيمن إلى نظره في

(١٠) سقط من ق ١ قوله لا يجوز إقرارها إلى قوله عطية متبداة.

اليتمى الأباكار والثيب، بمنزلته فيها أيضاً، ويحمل قوله وأما في الثيب، أنه أراد بها الثيب التي لا ولاية له عليها. وقوله: فإذا كان هكذا، يريد إذا ادّعا ذلك الأب بحدثان البناء، وفيما بقي وفاء بالمهر، فليس للزوج فيه مقال، كلام صحيح، لأنه إذا لم يكن فيما بقي وفاء بالمهر، فلنما يصدق فيما زاد على قدر الوفاء به، بخلاف إذا عرف أصل المتاع له، لأنه إذا عرف أصل المتاع له، فيأخذه ويتبعه بوفاء المهر، إذ من حقه أن يجهز زوجته به إليه. وأما قوله إذا ادّعا الأب ذلك بعد طول زمان، إن للزوج في ذلك مقالاً وإن كان فيما بقي وفاء بالمهر، إذا لم يعرف أصل المتاع للأب، مقرةً كانت أو منكرة، وإن طول حيازتها يقطع دعوا الأب إذا أنكر الزوج أو المرأة، ففيه نظر، إذ لا كلام للزوج فيما دون الثلث من مالها، إلا على وجه الحسبية، لكونها مولى عليها، لا تجوز عطيتها في شيء من مالها لأبيها ولا لغيره، فقوله: إن طول حيازتها يقطع دعوا الأب إذا أنكر الزوج، معناه إذا أنكر بالحسبة، إذ ليس له معنى ينكر له سوا ذلك. وفي قوله: إذا أنكر الزوج أو المرأة، دليل على أنها لو لم ينكرا وسلماً جميعاً ورضياً لجاز ذلك للأب، وهو يعيد، إلا أنه دليل الخطاب. وقد اختلف في القول به، فلا ينبغي أن يعملها هنا. وفي الدميائية لابن القاسم: إن الأب إنما يصدق فيما ادّعا من جهاز ابنته بعد البناء انه عارية لها، وإن كان فيما بقي وفاء بالمهر، إذا كان على أصل العارية بينة. والمشهور ما تقدم في المسألة التي قبل هذه أنه مصدق إذا أشهد على العارية وإن طال الأمر إذا كان فيما بقي وفاء بالمهر، وإن لم يكن فيما بقي وفاء به صدق فيما زاد على قدر الوفاء به وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سئل ابن القاسم عن السفية ينكح بغير إذن وليه ثم مات، أيتوارثان؟ قال: إن مات هو فلا ترثه، وإن ماتت هي فالنظر إلى وليه إن رأى أن يثبت النكاح ويأخذ له الميراث أخذه، وإن رأى أن يرده وتركه. قال سحنون مثله قال أصبغ: ثم

سمعتة بعد ذلك يقول في السفية يتزوج ثم يموت، إنها لا ميراث لها منه إذا لم يكن وليه علم وينتزع منها جميع ما أعطاهما، إلا قدر ما تستحل به، ربع دينار إذا كان أصابها.

قال محمد بن رشد: قوله: سمعتة بعد ذلك يقول، ليس بخلاف لما حكاه عنه أولاً، وإنما فيه زيادة التكلم على حكم الصداق إنه يبطل كما يبطل الميراث، ولا يكون لها شيء إلا قدر ما تستحل به الفرج، إذا كان قد دخل بها. ووجه هذا القول: إن النظر في النكاح يرتفع بموت السفية، ولا يرفع بموت الزوجة. فإذا مات هو لم يكن لها صداق ولا ميراث، لكون النكاح محمولاً على الرد حتى يجاز، وإذا ماتت هي نظر له الولي فيما يرى له من الحظ في إجازة النكاح أو رده، إذ قد يكون الميراث أكثر من الصداق، فيكون الحظ له في إجازة النكاح. وقد يكون الصداق أكثر من الميراث، فيكون الحظ له في رد النكاح. وقد قيل: إن نكاح السفية بغير إذن وليه محمول على الجواز حتى يرد، وقيل إن النظر فيه يرتفع بموت من مات منهما، وقيل إن النظر فيه قائم لا يرتفع بموت من مات منها. فيتحصل على هذا في المسألة ثمانية أقوال: أحدها هذا وهو قول مطرف وابن الماجشون، وأبيه، وعبد العزيز بن أبي حازم. والثاني أنها يتوارثان ويمضي الصداق على القول بأن النكاح محمول على الإجازة حتى يرد وأن النظر في النكاح يرتفع بموت من مات منها. وهذا القول حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم من رواية أصبغ عنه. والثالث أنها لا يتوارثان، ويبطل الصداق، إلا أن يكون قد دخل بها، فيكون لها منه قدر ما يستحل به الفرج، على القول بأن النكاح محمول على الرد يجاز، وأن النظر فيه يرتفع بموت من مات منها. وهو^(١١) قول ابن القاسم في العشرة والرابع أن الميراث بينهما ثابت مراعاة الاختلاف^(١٢) ويبطل الصداق، إلا أن يكون قد دخل بها، فيكون لها قدر ما تستحل به الفرج،

(١١) سقطت جملة: وهو قول ابن القاسم في العشرة من ق ١.

(١٢) في ق ١ للاختلاف.

على القول بأن النكاح محمول على الردّ حتى يجاز، وأن النظر فيه يرتفع بموت من مات منها وهو قول ابن القاسم في العشرة. والخامس أن الميراث بينهما مراعاة للاختلاف وينظر في النكاح، فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي يوم وقع أجازته، كان لها الصداق، دخل أو لم يدخل. وإن كان على غير ذلك بطل الصداق إلا أن يكون قد دخل بها، فيكون لها قدر ما تستحل به الفرج. وهو قول أصبغ في الخمسة. والسادس أن الميراث بينهما مراعاة للاختلاف، ويبطل الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر في النكاح إن كانت الزوجة هي الميتة، فإن كان نكاح غبطة كان لها الصداق، وإن لم يكن نكاح غبطة بطل الصداق، إلا أن يكون كان الزوج قد دخل، فيكون لها قدر ما يستحل به الفرج. وهذا القول يتخرج على القول بأن النكاح على الرد حتى يجاز، وأن النظر في النكاح يرتفع بموت الزوج، لا بموت الزوجة. والسابع أن الميراث بينهما مراعاة للاختلاف، ويثبت الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر في النكاح إن كانت الزوجة هي الميتة على ما ذكرناه في القول الذي قبل هذا. وهذا القول يتخرج على القول بأن النكاح على الجواز حتى يرد، وأن النظر في النكاح يرتفع بموت الزوج، لا بموت الزوجة. والثامن أنه ينظر في النكاح، فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي أجازته، كان الميراث بينهما، ووجب لها الصداق. وإن كان على غير ذلك لم يكن بينهما ميراث، ولا كان لها صداق، إلا أن يكون قد دخل بها، فيكون لها قدر ما تستحل (١٣) به وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال: وسمعت ابن القاسم وسئل عن الذي يتزوج المرأة بعبد غائب قال: لا بأس به. وإن كانت غيبية بعيدة، وإن (١٤) كان لا يدخل بها، وهي مثل الاشتهاء لا بأس أن يشتريه إن كانت غيبية

(١٣) حذف كلمة: فرجها من الأصل وثبتت في ق ١.

(١٤) في ق ١ ولا كن.

بعيدة. وإن كانت غيبة العبد قريبة في الذي تزوجت به فلا بأس أن يدخل بها مثل الاشتراء أيضاً^(١٥). وإن أصيب العبد فلها قيمته قال: وإن لم تعلم المرأة العبد ولم يوصف لها فلا ينبغي التزويج على ذلك، كما لا ينبغي اشتراء عبد آبق، ولا بعير شارد، ولا شيء غائب غير موصوف، فإن وقع النكاح على ذلك فسخ، إن كان لم يدخل بها وإن كان قد دخل بها كان لها صداق مثلها.

قال محمد بن رشد: أجرى ابن القاسم النكاح بالعبد الغائب مجرى البيع في جميع الأحوال فقال: إنه لا بأس أن يتزوج به وإن كانت غيبة بعيدة، يريد: ما لم يتفاحش بعد ذلك، وقد اختلف في حد ذلك، فحكى الفضل عن أصبغ أنه أجازها فيما بين إفريقية والمدينة، وأراه غلطاً، لأن الذي حكى عليه ابن مزين، أنه إنما يجوز في مثل ما بين المدينة ومصر، وفيما بين مصر وإفريقية، وهو قول ابن حبيب في الواضحة وزاد قال: وعلى مسيرة العشرين والشهر ونحوه. ولم يجز ابن القاسم أن يدخل بها في الغيبة البعيدة، كما لا يجوز النقد فيه. وقد أجاز أن يدخل بها في القريب الغيبة، كما لا^(١٦) يجوز النقد فيه. وحد القرب على ظاهر قوله إذا قاسه على الشهر اليوم واليومين والثلاثة، ونحو ذلك. وقال أصبغ: الأربعة والخمسة. وأجاز ابن حبيب للزوج أن يدخل بها في البعيد الغيبة، إلا أنه استحب أن يعطيها ربع دينار عند ابتنائها بها قبل قبضها الرقيق الغائبة، ففرق بين الدخول في النكاح، والنقد في البيع. وقوله: فإن أصيب العبد فلها قيمته، يريد في القريب الغيبة والبعيد، على ما اختاره من قول مالك، في أن المصيبة في الغائب الذي يشتري على الصفة من البائع حتى يقبضه المتاع، قربت غيبته أو بعدت. وقوله: إن لها قيمته على أصله في أن الصداق إذا استحق وكان عرضاً إن لها أن ترجع بقيمته. وعلى ما في رسم الطلاق من سماع أشهب، يكون لها

(١٥) في ق ١ قال: وإن أصيب.

(١٦) في ق ١ كما يجوز

صداق مثلها، إذ لا فرق بين المسألتين. وقد مضى القول على ذلك هنالك. وفي العشرة ليحى إن المصيبة من المرأة بالعقد في النكاح، بخلاف البيوع. وزاد ولو ماتوا قبل النكاح لا يفسخ النكاح، فيلزم على قياس قوله: إذا استحق الصداق وهو عرض قبل الدخول أن يفسخ النكاح، وكذلك إذا مات العبد الغائب المتزوج به بعد العقد وقبل القبض على القول بأن المصيبة من الزوج وبالله التوفيق. وأما إذا لم تعرف المرأة العبد ولم يوصف لها فلا إشكال ولا اختلاف في أنه نكاح فاسد، قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وقال: في اليتيمة يزوجها وليها وقد اشعرت وقاربت الحيض وجرت عليها المواسي وشارفت الحيض فانكحت برضاها فذلك جائز وقاله (١٧) أصبغ حسن.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة وتحصيل القول عليها في رسم شك في طوافه (١٨) من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادة ذلك (١٩) أيضاً في سماع ابن القاسم وأشهب وفي سماع عيسى.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في رجل تزوج امرأة بكرةً فدخل عليها فافتضها بأصبغه، ثم طلقها. أتري أن يكون لها الصداق كاملاً لأنه قد فعل ذلك على وجه النكاح؟ قال: نعم، وليس بمنزلة الأجنبي يفعل ذلك بها، أرى في الأجنبي أن يكون عليه

(١٧) في ق. ١ وقال أصبغ.

(١٨) في ق ١ في صلاته.

(١٩) في ق ١ ومضت أيضاً في سماع أشهب والحمد لله وبه التوفيق.

بقدر ما شأنها. أصبغ^(٢٠) ان قيل هذا على الاستحسان فعسى، وإنه لضعيف، والقياس أنه وغيره بالأصبغ سواء. وهو رأبي لا أرى غرم ذلك عليه واجباً، ولها نصف الصداق.

قال محمد بن رشد: قد مضى لابن القاسم في سماع سحنون مثل قول أصبغ ها هنا، ومضى القول على المسألة هناك، فلا معنى لإعادته هنا مرة أخرى وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الذي يصيبه الجذام قبل الدخول، فيفرق بينهما هل لها من الصداق شيء؟ قال: ليس لها من الصداق قليل ولا كثير، لأنها فارقت ولم تصبر عليه، بمنزلة النصرانية تسلم قبل الدخول فلا يكون لها من الصداق شيء، كذلك قال في مسألتك: إنه لا صداق لها ولا شيء. قال أصبغ: وهو قول مالك في النصرانية أيضاً وهو قولنا جميعاً.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن الزوج غلب على الفراق، ولم يكن منه طلاق، فوجب ألا يكون عليه شيء من الصداق، لأن الله إنما أوجب نصف الصداق قبل الدخول على المطلق بقوله: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ﴾^(٢١) الآية وقد مضى هذا المعنى وما يتعلق به في سماع سحنون وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: قال: وسمعت ابن القاسم وسئل في الذي يتزوج

(٢٠) في ق ١ قال أصبغ.

(٢١) البقرة: ٢٣٧.

المرأة ثم يجد بها ضرراً ترد منه، وقد مسها، إنه إن كان الولي قريب القربة، يريد ممن يعلم بدائها، ولا يخفى عليه، ولا يعذر فيه، ترك لها القليل والكثير، ورجع الزوج على الولي بصدقه، يعني كله، ولم يرجع الولي عليها به، فإن لم يجد عند الولي شيئاً، ووجده معدماً، لم يرجع على المرأة بشيء ولم ينزع منها شيئاً، لأن الولي هو الذي غره وليس هي التي غرته من نفسها، ولعلها أن تكون بكرًا، فليس عليها هي أن تخرج إلى الخاطب فتعلمه بدائها، ولا ترسل إليه. وهذا على الولي، فإن لم يجد الزوج للولي شيئاً اتبعه به ديناً، ولم يُنزع من المرأة شيء. وقاله أصبغ. والبكر والثيب سواء، إذا كان من الأولياء الذين يعلمون ذلك ويحمل عليهم بالعلم.

قال محمد بن رشد: التقريب القربة من الأولياء، الذي يحمل على العلم بعيب المرأة، ويجب للزوج الرجوع عليه بالصداق، إذا لم يخبره بالعيب الأب والأخ والابن. قاله مالك في موطأه. وابن حبيب في الواضحة. وسواء كان العيب جنوناً، أو جذاماً أو برصاً، أو داءً في الفرج خفياً، أو ظاهراً على ظاهر قوله في هذه الرواية. إذ قال فيها ضرراً ترد منه، ولم يخص ضرراً من ضرر. وهو قول ابن حبيب في الواضحة. وقول أصبغ: والبكر والثيب في هذا سواء، صحيح، لأن البكر أمرها كله إلى الأب. والثيب إذا وكلته على أن يزوجه. فقد وكلته على أن يخبر بما علمه من عيها، إذ لا يجوز له سوى ذلك، فإذا كتّم ذلك كان قد غرّ ووجب عليه الرجوع. قال في الرواية: فإن وجده معدماً لم يرجع على المرأة بشيء. ووجه ذلك أنه لم يقع منها تقصير ولا غرور. وقال ابن حبيب: في الواضحة: إنه يرجع عليها إن كانت موسرة، فإن كانا معدمين رجع على أولها يسراً، ولم يكن لمن رجع عليه منها أن يرجع على صاحبه بما رجع عليه. ووجه إيجابه الرجوع على المرأة في عدم الولي، أن الصداق وإن كان الولي قد غرّ الزوج، فقد حصل إلى المرأة بغير حق، فلا يترك عندها منه إلا قدر ما يستحل به الفرج، إذا لم يجد الزوج على

من يرجع به، فإن كانت قد اشترت به جهازاً أخذ منها ما اشترت، إذ ليست ها هنا بمتعدية، بخلاف إذا كانت هي الغارة، ووجب الرجوع عليها على ما ذكره ابن حبيب. واختلف إذا كان الأب أو الأخ غائباً غيبة طويلة، يخفى عليه في مثلها خبرها ومعرفة دائها وعيبتها. فقال ابن حبيب: يحلف أنه ما علم به ويسقط الغرم عنه ويرجع على الزوجة. وقال أشهب: بل يرجع عليه وإن خفي عليه، كما يرجع عليه في البرص الذي يكون في المكان الذي يخفى. وأما سائر الأولياء، فلا يجب الرجوع عليهم بشيء من الصداق، لأنهم يُحملون على أنهم لا يعلمون حتى يثبت عليهم أنهم علموا، فإن اتهم بمعرفة عيبتها استحلف على ذلك. قاله ابن حبيب، يريد فإن نكل غرم، وإن حلف غرمتها المرأة. وفي كتاب ابن المواز لا يمين عليه، إلا أن يدعي عليه الزوج العلم فيحلف، فإن نكل غرم بعد يمين الزوج فإن نكل الزوج أيضاً عن اليمين أو حلف الولي سقط عنه الغرم في الوجهين، وبطل رجوعه على المرأة. قال فضل: وهو جيد على أصولهم فافهمه، يريد لأنه قد أبرأ المرأة إذا ادعى أن الولي قد علم، لأنه إذا علم بالعيب ولم يخبر به فهو الغادر. دون المرأة، لأنه العاقد للنكاح، والمرأة تقول: إنما وكلته على أن يزوجني ويخبر بعيني فإذا لم يفعل فهو الغار دوني. ولو زوجها بحضرتها ولم يخبر واحد منها بالعيب، لكانا جميعاً غارين، يرجع الزوج على من وجد منها ملياً، فإن رجع على الولي رجع الولي على المرأة، وإن رجع على المرأة، لم ترجع المرأة على الولي. وقد ذهب بعض المتأخرين إلى أن جميع الأولياء محمولون على العلم بالجنون والجذام، لأن الخبر بذلك يشيع، فلا يخفى ذلك على الجيران، فضلاً على الأولياء. وهو ظاهر قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه **أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهَا جُنُونٌ أَوْ جُدَامٌ فَمَسَّهَا فَلَهَا صَدَاقُهَا كَامِلًا وَذَلِكَ لَزَوْجِهَا غُرْمٌ عَلَى وَلِيِّهَا**. قال هذا المتأخر: وكذلك البرص إذا كان في الوجه أو الذراع أو اللسان، وأما إن كان في سائر الجسم الذي تستره الثياب، فيحمل على العلم به الأب والأخ والابن، دون سائر الأولياء. قال: وأما عيب الفرج، فإن كان ظاهراً لا يخفى على الأم حين التربية حمل الأب وحده على العلم به، دون

الأخ ومن سواه، لأن ذلك مما يستر عنه وعنهم، وإن كان مما قد يخفى عليها، لم يحمل الأب على العلم به. فقسم هذا القائل (٢٢) على أربعة أقسام: منها ما يحمل على العلم به جميع الأولياء. وهو الجنون والجذام والبرص فيما يظهر من البدن، ومنها ما لا يحمل على العلم به إلا الأب، وهو داء الفرج الذي لا يخفى على الأم، ومنها ما لا يحمل على العلم به إلا الأب والأخ والابن، وهو البرص فيما لا يظهر من البدن. وقد حكى الفضل في داء الفرج الخفي عن عيسى بن دينار، أن الرجوع في ذلك لا يكون إلا على المرأة، ونسبه إلى العتبية ولم يقع ذلك له فيها عندنا مثل قول القائل فيه. وأصل مالك في هذه المسألة قول عمر بن الخطاب: **أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهَا جُنُونٌ أَوْ جُدَامٌ قَالَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ: أَوْ قَرْنَ فَمَسَهَا فَلَهَا صَدَاقُهَا كَامِلًا، وَذَلِكَ لِزَوْجِهَا غَرَمٌ عَلَى وَلِيِّهَا. وَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ إِلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَجِبُ لِلزَّوْجِ أَن يَرُدَّهَا بِذَلِكَ مَا لَمْ يَدْخُلْ وَيَمَسَّ، فَإِذَا دَخَلَ وَمَسَّ وَجِبَ عَلَيْهِ الصَّدَاقُ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ رَدٌ، وَكَانَتْ امْرَأَتُهُ، إِنْ شَاءَ طَلَقَ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ.** وروى ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وهو أظهر في القياس. وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا رد للزوج في ذلك قبل الدخول ولا بعده، قاله في هذه العيوب الكبار، قياساً على ما اتفق عليه في العيوب الصغار وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وسئل ابن القاسم عن رجل زوج ابناً له كبيراً غائباً، وزعم أنه أمره بذلك، فقدم الابن فأنكر، قال: يحلف ولا يكون على الأب صداق. قيل: رأيت إن مات قبل أن يقدم ويعلم رضاه؟ قال للمرأة الميراث مع الأب إن لم يكن له وارث غيره، وما يصيبها في نصيبه إن كان معها وارث غيره، لأنه يقر بأن لها معه في الميراث نصيباً حتى يشهد بأنها امرأته، قال أصبغ: بمنزلة وارث أقر بوارث

آخر، فهذا يرث في نصيبه فأما النكاح فلا.

قال محمد بن رشد: أوجب ابن القاسم في هذه المسألة (٢٣) على أنه ما أمره أن يزوجه. ومثله في أصل الأسدية وقال في المدونة: إن النكاح لا يثبت إذا أنكر ولم يذكر يمينا. وقال فضل: رواية أصبغ في إيجاب اليمين على الابن بعيدة جداً، لأنه لم يقر بأمر في شيء، فأما تضعيفه لإيجاب اليمين عليه فصواب، لأنها يمين لا يوجب النكول عنها حكماً، وإنما أمره باليمين، رجاء أن يقر فيلزمه النكاح، وأما تعليقه بذلك، بأنه لم يقر بأمر في شيء، فليس بعلّة صحيحة، إذ لا فرق في إيجاب اليمين عليه بين أن ينكر أن يكون أمره بشيء، وبين أن ينكر أن يكون أمره بتزويج هذه، ويقر أنه أمره بتزويج غيرها. وقد مضى الاختلاف في هذا المعنى في رسم البز من سماع ابن القاسم، وفي رسم أول عبد ابتاعه من سماع يحيى. وأما قوله إنه يحلف ولا يكون على الأب صداق، فهو مثل ما في المدونة لابن القاسم، لأنه قال فيها: إنه لا يلزمه شيء من الصداق، وإن كان قد ضمنه عنه. وقد قيل: إنه يلزمه نصف الصداق، وإن لم يضمنه عنه. وهو قول ربيعة، وقيل: إنه لا يلزمه إلا أن يكون ضمنه عنه. وإلى هذا ذهب ابن المواز، وحكاه عن أصحاب مالك، وهو قول غير ابن القاسم في المدونة يضمن الرسول ما ضمن. والاختلاف في وجوب نصف الصداق على الأب جار على اختلافهم في الفسخ. هل يكون بطلاق أو بغير طلاق. فروى محمد بن أبي السبيئي عن مالك أنه كان فسحاً بغير طلاق، وروى عيسى عن ابن القاسم في المدنية أنه يكون فسحاً بطلاق. وقد مضى القول في أول رسم من سماع ابن القاسم الاختلاف في وقوع الحرمة به. فهو على هذا الأصل. وأما قوله في الميراث فصحيح لا اختلاف فيه ولا كلام وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سمعت أشهب وسئل عن الذي تزوّج ابنته وهو

(٢٣) في ق ١ اليمين على الابن على أنه، وبهذه الزيادة يستقيم النص.

غائب يزوّجها رجل. ثمّ يقدم الأب فيقول: أنا أمرته بذلك، وفوضته إليه، أصدق ويجوز ذلك؟ قال: لا يجوز ذلك ولا يصدق، إلا أن تكون من النساء اللاتي يجوز أن يزوجهن غير الآباء من الأولياء، فيجوز إذا قال ذلك. قال أصبغ: يعني الثيب ها هنا، والباكر في الجواب الأول.

قال محمد بن رشد: الفرق بين الثيب والباكر، أن الرجل إذا زوجت ابنته البكر بغير إذن، فهو عقد فاسد، لا يجوز للأب أن يجيزه، فإذا قال: أنا أمرته اتهم أن يكون أراد إجازة العقد الفاسد، وإذا ولت الثيب على نفسها رجلاً أجنبياً فزوجها، كان للولي إجازة النكاح وفسخه، إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ. فإذا قال الأب أنا أمرته كان أحراً أن يجوز. وعلى قول غير ابن القاسم في المدونة وإن أجازته الولي لم يجز، لأنه عقد غير ولي يُصدق الأب في الثيب أيضاً، لأنه يتهم على إمضاء العقد الفاسد. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال: وسئل أشهب عن النكاح الفاسد الذي يفسخ إذا دخل بها ففرق بينهما، فتزوجها رجل في تلك الحيض الثالث (٢٤) الاستبراء، ففرق بينهما، أله النكاح بعد ذلك؟ قال: لا تحل له أبداً. وقاله أصبغ وهي عدة.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن حكم التزويج في العدة من النكاح الفاسد والصحيح سواء، بإجماع العلماء، لا يفرق أحد منهم في ذلك بينهما، وإنما اختلفوا فيها جميعاً اختلافاً واحداً على ما مضى في رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال: وسألت أشهب عن الذي يقيم البينة على امرأة أنه

تزوجها وهي تجحد ذلك، وتقيم أخت تلك المرأة على ذلك الرجل بعينه البينة أنه تزوجها، وهو ينكر ذلك، ولم توقت البينة وقتاً، وهم متكافئون في العدالة أو غير متكافئين. قال: أرى أن يفسخ النكاحان أيضاً، وسواء كانوا متكافئين أو غير متكافئين في هذا.

قلت له: فإن شهدت بينة كل واحد منهما على الدخول، قال: ذلك سواء، يفسخ دخل أو لم يدخل، فإن دخل بهما أزواجهما فالصداق لهما. قال: وسألت ابن وهب فقال لي مثله.

قال محمد بن رشد. وهذا كما قالوا إن فسخ النكاحين جميعاً واجب إذا كانت البنتين (٢٥) عدلتين وإن كانت أحديهما (٢٦) أعدل من الأخرى، لأن النكاح الثاني فاسد على كل حال، إذ لا يجوز نكاح الأخت على الأخت لنهي الله عز وجل عن الجمع بينهما. فلما لم يعلم أيهما هو، وجب أن يفسخا جميعاً. والفسخ منه بطلاق، ولا عدة على واحدة منهما ولا صداق لها إن كان لم يدخل بها. وإن ماتت التي أقام البينة أنه تزوجها قبل أن يفسخ النكاح بينه وبينها، كان له نصف ميراثها، لأن المنازعة في ميراثها بينه وبين الورثة. يقول هو: هي زوجتي، فلها (٢٧) ميراثها. ويقول الورثة: بل الأخرى هي زوجتك، لأنك تزوجتها أولاً ونكاح هذه فاسد، فلا ميراث لك منها، فيقسم بينهما بنصفين للتداعي. وإن قالت (٢٨) الورثة لا ندري لعل الأخرى هي التي تزوجت أولاً، فلا ميراث لك من هذه، حلف وأخذ جميع ميراثها وقيل إنه لا ميراث له منها إلا بيقين، وإن مات هو قبل الفسخ كان الميراث والصداق للتي ادعت أنه تزوجها وأقامت البينة على ذلك، لأنه قد علم أن الميراث لأحدهما، والأخرى تنكره، فلا شيء لها من الميراث ولا من الصداق إذا لم يدخل بها.

(٢٥) كذا. وصوابه: البينتان.

(٢٦) كذا وصوابه إحداهما.

(٢٧) في ق ١ فلي ميراثها وهو الصواب.

(٢٨) في ق ١ قال.

وعلى كل واحد منها من العدة أربعة أشهر وعشراً إن كان لم يدخل بها، وأقصى الأجلين إن كان قد دخل بها.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سمعت أشهب وسئل عن رجل قال لرجل: زَوْجٌ فلاناً ابنتك بخمسين ديناراً، وهي علي لك، ففعل، ثم مات المعطي قبل أن يقبض ذلك منه وقبل أن يدخل الزوج بالمرأة. قال: يؤخذ من ماله، فقيل له: أفيرجع بها ورثته على الزوج؟ قال: إن كان ضمناً^(٢٩) رجعوا عليه بها، وإن كان صلة لم يرجعوا عليه بشيء.

قال محمد بن رشد: قوله إن كان ضمناً رجعوا عليه يُفيد أن لفظ الضمان في عقد النكاح حمالة لا حمل، خلاف قوله في سماع سحنون. وقد مضى القول على ذلك هناك. وفي رسم الكبش من سماع يحيى، ولم يبين على ما يحمل قوله وهي لك عليّ إن كان على الصلة التي هي بمعنى العطية، والحمل على الضمان الذي هو بمعنى الحمالة والأظهر أن يكون محمولاً على الصلة حتى يتبين أنه أراد بذلك الحمالة.

مَسْأَلَةٌ

وسئل عن رجل تزوج امرأة وشرطوا عليه ألا يدخل بها خمس سنين قال بشئها صنعوا والشرط باطل، والنكاح جائز ثابت، وإن أراد الدخول قبل ذلك فذلك له. قال أصبغ: مالك يقول: إن كان لصغر أو لطعون فلهم شرطهم. وقول مالك إنما يشبهه اشتراط تأخيرها، وما هو عندي أنا بالقوي، إذا احتملت الدخول بالرجال والوطء.

(٢٩) في ق ١ ضمناً.

قال محمد بن رشد: قوله في اشتراط تأخير البنا خمسة أعوام، إن الشرط باطل والنكاح ثابت جائز صحيح، على مذهب مالك في أن الشروط التي لا تفسد النكاح لا تلزم إذا لم تكن مُقيدة بتملك أو طلاق، حسبما مضى في رسم الطلاق الثلاث من سماع أشهب. وما حكى أصبغ عن مالك أنه يلزم الشرط إن كان لصغر أو طعون، معناه في السنة ونحوها، كذلك وقع له في المدونة. ويريد بالصغر، الذي قد يمكن معه السوء، وأما إن كانت في سن من لا يوطأ مثلها، فمن حق أهلها أن يمنعه من البنا بها حتى تدرك وتطبق الرجال، وإن لم يشترطوا ذلك، كذلك في (٣٠) المدونة. ولما كان البنا قد يحكم بتأخيره إذا دعت إليه الزوجة، وإن لم يكن في ذلك شرط، حسب ما مضى في رسم الطلاق الأول من سماع أشهب، ألزم مالك الشرط فيما قرب من المدة وهي السنة، لأنها حد في أنواع كثيرة من العلم، من ذلك العتین يؤجل سنة، والجراح يتربص سنة، والعهدة في الجنون والجذام والبرص سنة، وأشبهه هذا كثير. وبالله التوفيق. وقول أصبغ وما ذلك بالقوي إذا احتملت الدخول بالرجال والسوء، يريد أنه ليس على حقيقة القياس، وإنما هو استحسان وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سألت أشهب عن نكح، فلما فرغ من العقدة استكتكم الشهود. قال: إن لم تكن تلك نيته، وعليه نكح. يعني بالضمير فلا بأس به.

قلت: فإن كان على ذلك نكح وهو نيته. أيفارق؟ قال: نعم يفارق. قال أصبغ: محمول قوله ضميره هو، ولست أرى ذلك يُفسد النكاح إن لم يكن إلا ضميره في نفسه، لأنه ينكح وضميره الفراق، فلا يكون بذلك بأس. ولكن إن كان بذلك الضمير،

تحقيق مواطأة بينه وبين المرأة والأولياء وعلى وجه مأخذ النكاح بالاستتار منهم، فهو الفاسد. وهو من وجه نكاح المتعة وهو الذي يفارق كما قال ولا يقيم عليه.

قال محمد بن رشد: ذهب أبو إسحاق التونسي إلى تصحيح قول أصبغ، وتصويب اعتراضه على أشهب. فقال: أما ضميره هو وحده فلا يضر ذلك النكاح، لأن الفساد إذا كان من جهة واحدة لا يضر النكاح. وقول أشهب يفارق، فيه ضعف، إلا أن يكون عنده أن فساد العقد إذا كان من جهة أحد المتعاقدين، يفسد فيلزم عليه لو تزوجها بحرًا أو بعبد اغتصبه، ولم تعلم أن النكاح فاسد. وإن كان سحنون قد قاله في الذي تزوج بالحر^(٣١) ولم يقبله في الذي تزوج بالعبد المغصوب، وليس عندي بصحيح، لأن أشهب لم يقل إن النكاح يفسد بضميره هو، ولا أن النكاح يفسخ بذلك كما تأوله عليه أصبغ وإنما رءا له أن يفارق امرأته استحساناً من غير إيجاب يحكم عليه به، لكون الفساد من جهته خاصة بإقراره على نفسه أنه نوا قبل العقد الكتمان للذي ظهر منه بعد العقد. وقوله صحيح، لأن الفساد لما لم يوجد إلا من جهته لم يصح أن يحكم بالفراق، لأن ذلك حكم على الزوجة بفساد لم يثبت، ولا أقرت به. ووجب لما كان الزوج مالكا للطلاق أن يؤمر بالفراق، لإقراره على نفسه بالفساد، لأنه نوا نية فاسدة، صدقها بفعله، فوجب أن يكون لها تأثير في حقه الذي يملكه من الطلاق. ولو كانت الزوجة والأولياء هم الذين نوا الكتمان قبل العقد، واستكتموا الشهود بعده دون الزوج، لم يكن لذلك تأثير، إذ ليست المرأة مالكة للطلاق. وما حكى أبو إسحاق التونسي عن سحنون، من تزوج بحر لم تعلم به المرأة، فنكاحه فاسد، وهو خلاف ما مضى من قوله في رسم العشور، من سماع عيسى، مثل قول ابن الماجشون. وقد مضى القول على ذلك هنالك وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: وسمعت أشهب وسئل عن تزوج جارية على أنها بكر فدخل عليها فزعم أنه وجدها ثيباً ولا عذرة لها، قال: تلزمه، ولا شيء له، قيل: فأتى (٣٢) إلى أبيها فقال زوجتي على أنها بكر، فلم أجدها ذلك فردوا علي مالي. فقال أبوها صدقت، كانت تكنس في البيت فدخل ذلك منها شيء، فذهب منها وهي لا تعلم، فأمسك يا هذا مالك ولا تتكلم. قال: يرجع الأب على الزوج. فبأخذه، ولا شيء للزوج في ذلك قال أصبغ: لا أرا ذلك، ولا يعجبني ما قال من وجهين: من وجه أنه إن كان شرطاً مشروطاً عليه نكح باشرط في النكاح، فله الرد، وهو كاشترط البياض وصحة العينين والأعيوب وكاشترط المال يكون لها، إن لها كذا وكذا اشترطاً عليه يتزوج، فيجده على غير ذلك وإن لم يكن اشترطاً في العذرة. فقد دفعه الأب طائعاً. فليس له بالجهالة رجوع، ولا يصدق، ويحمل على إرادة الستر منه لأنه قد صارت كالفرقة لأن ذلك يكون له فرقة، وترجع به المرأة على الأب إن كان انتزعه منها فأعطاه إياه.

قال محمد بن رشد: الشرط في النكاح، هو أن يتزوج الرجل المرأة على أنها على صفة كذا أو على أن لها من المال كذا، أو على أن لا يفعل كذا وكذا أو على (٣٣) أن لا يمنعها كذا وكذا، وما أشبهه. قال: فالذي تزوج المرأة على أنها بكر، فقد شرط ذلك، ولا اختلاف بينهم فيمن تزوج امرأة بشرط أنها على صفة فلم يجدها على تلك الصفة، أن له الرد. وإنما قال أشهب: إنها تلزمه ولا شيء له، لأن البكر في اللسان هي التي لم يكن لها زوج، عذراء

(٣٢) في ق ١ فإن أتى.

(٣٣) في ق ١ وعلى أن لا يمنعها من كذا، أو على وجه كذا وما أشبه ذلك.

كانت أو غير عذراء، فلم يعذره بالجهل، ورأها لازمة له حتى يتزوج على أنها بكر عذراء. قال ابن لبابة: أو يقع في الشرط بيان، بأن يقول على أنها بكر، فإن لم تكن بكرًا رددتها، وذلك نحو ما في نوازل سحنون من كتاب العيوب، في الذي يشتري العبد فيقول للتاجر: هل فيه من عيب؟ فيقول: هو قائم العينين، فيسأل عن قائم العينين، فيقال: هو الذي لا يبصر إن البيع لازم، وليس له أن يرده. ولو وصفها الولي عند الخطبة بأنها عذراء، ولم يشترط ذلك عليه لجرًا ذلك على الاختلاف في الذي يصف وليته بالجمال والمال، فتوجد على خلاف ذلك. وقد مضى القول في ذلك في رسم يوصي من سماع عيسى. فإذا لم يكن الشرط عاملاً في العذرة، ورد الأب الصداق إلى الزوج على ما طلب، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه: أحدها أن يكون رده إليه على شرط الفراق كالفدية، والثاني أن يكون رده إليه على أن تكون زوجته بحالها باقية في عصمته. والثالث أن يكون رده إليه على غير بيان. فأما إذا رده إليه على شرط الفراق، فهو له، لا يرجع به عليه، لأنه أخذه على عوض، وهو الفراق وترجع الزوجة على أبيها به، لأنه أتلفه عليها بغير حق. وأما إذا رده إليه على أن تكون زوجته بحالها باقية في عصمته، فللأب أن يرجع به عليه، يأخذه لابنته، عذر بالجهل في الخطأ على مال ابنته أو لم يعذر على ما ذهب ابن القاسم الذي لا يميز هبة الأب مال ابنه الصغير. وأما على مذهب مطرف وابن الماجشون، الذي يرا عطية الأب مال ابنه الصغير سائغة للمعطي، وعلى الأب عوض ذلك من ماله، اشترط له العوض أو لم يشترطه. فإن عذر بالجهل كان له الرجوع على الزوج بما دفع إليه، وإن لم يعذر بالجهل كان له ما رد إليه، ولزمه غرم ذلك لابنته. وقد اختلف في ذلك، والاختلاف فيه إنما يعود إلى هل يصدق فيما ادّعه من الجهل أم لا؟ وأما إذا رده إليه على غير بيان، فحملة أشهب على غير الفدية، وأوجب للأب الرجوع بما رده إليه، وحمله أصبغ على الفدية وجعل للزوج ما رد إليه الأب من الصداق، بما ألزمه نفسه من الفراق، وأوجب على الأب غرم ذلك لابنته. وهذا كله إذا لم يحمل تزويجه إياها على أنها بكر شرطاً في العذرة، وأما إذا حمل على أنه شرط في

العذرة، فالذي فعله الأب من ردّ الصداق إليه على الفدية سائغ للزوج وماض على الابنة، لأنه هو الواجب في ذلك، وليس في قول أصبغ بيان على ما يحمل الشرط من ذلك، إن كان على ما يقتضيه اللسان، على ما ذهب إليه أشهب، أو على ما يعرفه عامة الناس من أن البكر هي ذات العذرة. وقوله: لأنه قد صارت كالفرقة صحيح عند محمد. وفي بعض الكتب كالفدية، وهو أصح في المعنى. ولا حد على الذي ادعا أنه وجد زوجته البكر ثيباً، لأن العذرة قد تذهب بغير الجماع، فإن أعاد ذلك عليها في العتاب، أو بعد فراقها بسنين، حلف ما أراد بذلك قذفها، وسقط عنه الحد. وقع ذلك في المدونة للملك وابن القاسم. وهذا كله ما لم يتبين أنه أراد به الفاحشة والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سألت عن رجل تزوج امرأة وله امرأتين^(٣٤) سواها قد عرفت إحداهما فشرط لها أن امرأته طالق، ثم قال: أردت بإحداهما فلانة، لغير التي تعرف. قال: ذلك له، ويحلف، أنه إنما أراد الأخرى، يعني التي لم تعرفها ويكون القول قوله. وقاله أصبغ.

قال محمد بن رشد: هذا بين على القول بأن اليمين على نية الخالف، ويلزم على القول إن اليمين على نية المحلوف له أن يُطلقاً عليه جميعاً: إحداهما بما نوا والأخرى بما نوت الزوجة المحلوف لها. والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

وسئل عن الذي يشترط لامرأته أن كل امرأة يتزوجها عليها فأمرها بيدها، فأذنت له أن ينكح فنكح، ثم أرادت أن تطلق عليه، قال: ذلك لها وكذلك لو شرط لها أن كل جارية يتسررها عليها

فأمرها بيدها، إن شاءت أعتقت وإن شاءت أمسكت، فأذنت له أن يشتري جارية ويتسررها ففعل، فأرادت أن تعتق عليه، قال: ذلك لها، قيل له: فإن اشترط لها إن تزوج أو تسرر عليها فأمر^(٣٥) الجارية وعتقها بيدها، فقالت: اشهدوا أنه إذا تزوج أو تسرر فقد طلقت عليه وأعتقت، ثم تزوج أو تسرر قال ذلك الطلاق والعتق باطل، إلا ما يطلق أو يعتق من ذي قبل، حين تزوج أو تسرر وقاس قوله في هذا الأصل كله بنظيره ونحن نخالفه.

قال محمد بن رشد: إنما رأى لها أن تطلق عليه وتعتق، ما تزوج أو تسرر، بعد أن أذنت له في التزويج والتسرر، من أجل أنه لم يستثن في الشرط إذنها، ولو استثناه فقال فيه: إلا بإذنها، فأذنت له، لم يكن لها أن ترجع، ولزمها الإذن على مذهبه، إذ لا اختلاف في ذلك، وإنما الاختلاف إذا لم يكن في الشرط إلا بإذنها، فرأى أشهب أن لها أن ترجع فتأخذ بشرطها وإن أذنت، بخلاف ذلك إذا كان في الشرط إلا بإذنها، ولم ير ذلك لها مالك، بمنزلة إذا كان في الشرط إلا بإذنها، فساوى مالك بين الوجهين جميعاً، وفرق بينهما. وقد مضى القول على هذه المسألة موعباً في أول رسم من سماع ابن القاسم. وأما إذا قالت: اشهدوا أنه إذا تزوج أو تسرر فقد طلقت وأعتقت، فينفذ عليه الطلاق والعتق عند مالك، خلاف قول أشهب. والاختلاف في هذا كله جار على أصل مختلف فيه وهو الاختلاف في لزوم إسقاط الحق قبل وجوبه. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال: وسمعت أشهب وسئل عن السفية أيزوج أخته؟ قال: نعم حسبته قال: إن كان ذا رأي فيما أعلم، ولا مولى عليه. وإن كان سفياً، وإلا فلا.

(٣٥) في ق ١ فأمر المرأة وعتق الجارية بيدها.

قال محمد بن رشد: القائل حسبته قال إلى آخر قوله، هو أصبغ وفي قوله التباس، لأنه عبّر عن الظن بالعلم، وقدم وأخر، فتقدير قوله حسبته أشهب، زاد فيما أظن على قوله نعم، وهذا إن كان ذا رأي ولم يكن مولى عليه فزوجها وإن كان سفيهاً، وإلا فلا، فعلى هذا لم ير للسفيه إن كان في ولاية أن يزوج، وإن كان ذا رأي، ورأى للسفيه إذا لم يكن في ولاية أن يزوج أخته إذا كان ذا رأي، وكذلك ابنته البكر قبل البلوغ وبعده، وقد قيل: إن للسفيه المولى عليه أن يزوج أخته وابنته البكر قبل البلوغ وبعده، إذا كان ذا رأي. وهذا على القول بأن وصيه ليس بوصي على ولده، وقد مضى الاختلاف في ذلك في رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب النذور. فإن زوج السفيه المولى عليه، ولا رأي له، ابنته البكر، أو أخته، أو مولاته أو أمته، فسخ النكاح، وقيل ينظر فيه. وإن زوج السفيه المولى عليه وله رأي على مذهب من لا يرى له أن يزوج أخته، مضى النكاح، وإن زوج ابنته البكر، أو أمته نظر فيه، فإن كان صواباً أمضى^(٣٦) وإن زوج السفيه الذي ليس بمولى عليه ولا له رأي ابنته البكر، نظر فيه، وإن زوج أخته مضى، إلا أن يكون غير صواب، وإن زوج أمته، جراً ذلك على الاختلاف في جواز فعله في ماله، فلا اختلاف في أن المولى عليه إذا لم يكن له رأي لا يجوز له أن يزوج ابنته ولا أخته ولا أمته، ولا اختلاف في أن السفيه يجوز له أن يزوج ابنته البكر قبل بلوغها وبعده، وأخته ومولاته، إذا لم يكن في ولاية، وكان ذا رأي. ولوصي^(٣٧) اليتيم المولى عليه أن يزوج إماءه باتفاق، واختلف هل له تزويج بناته الأبكار بعد بلوغهن، فيزوجهن على القول بأنهن في ولايته، ولا يزوجهن على القول بأنهن ليس في ولايته. وأما أخواته وعمامته وموليّاته فلا يزوجهن، فإن فعل مضى ولم يفسخ. قاله ابن الهندي. واحتج له بمسألة كتاب الوصايا الأول من المدونة وهو بعيد، وإنما الاختلاف في الوصي المطلق، وذلك إذا قال الرجل فلان وصي، هل له أن يزوج من لا ولاية له عليهن من قرابة الموصي وموليّاته

(٣٦) في ق ١ مضى.

(٣٧) في ق ١ وللوصي أن يزوج إماءه باتفاق.

على ثلاثة أقوال: أحدها إن له أن يزوجهن، وهو أولى بذلك من الأولياء، وهو مذهب ابن القاسم، وإليه ذهب ابن حبيب. والثاني إن له أن يزوجهن، إلا أن الأولياء أحق بذلك منه، وهو قول أصبغ. والثالث إنه ليس له أن يزوجهن، وهو قول سحنون. وأما الصغير، فليس من الأولياء، لأن شروط صحة الولاية في النكاح خمسة، وهي: الذكورة، والبلوغ والعقل، والحرية والإسلام. وليست العدالة ولا الرشد في المال بشرط في صحتها. فإن زوّج الفاسق أو السفیه، وهما ذوا رأي، مضى النكاح، وإن كان الاختيار أن يكون عدلاً رشيداً. واختلف في عدم الولاية على الولي، هل هي شرط في صحة ولايته أم لا على ما مضى من الاختلاف والتقسيم في ذلك وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: وسمعت أشهب، وسئل عن الذي اشترط لامرأته إن تزوج عليها فأمرها بيدها، فسافر سفراً فتزوج ووطىء، وهي لا تعلم، ثم قدم فعلمت قال: فأمرها بيدها. قال: وإن ماتت المرأة التي تزوج عليها أو فارقتها دون أن تعلم، ثم علمت، فلها الخيار أيضاً. قال أصبغ: وهذا في التي أمرها بيدها في الشرط.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن القضا قد وجب عليها في نفسها بتزويجه عليها، فلا يسقط ما وجب لها من ذلك موت المتزوجة ولا طلاقها، وإنما اختلف إذا شرط لها أن يكون أمر الداخلة عليها بيدها فتزوج عليها ثم طلقها، هل يسقط ما كان بيدها من طلاق الداخلة عليها أم لا؟ فقال ابن القاسم في آخر هذا السماع: إن ذلك بيدها بعد الطلاق. وهو قوله أيضاً في كتاب ابن سحنون. وقال ابن الماجشون في ثمانية أبي زيد: وليس لها ذلك بعد الطلاق. وقال سحنون: إن كان الطلاق بائناً فلا حكم لها في ذلك، وإن كان غير بائن فلها ذلك. وقول سحنون مفسر لقول ابن الماجشون، فالاختلاف إنما هو في الطلاق البائن والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

وسئل أشهب عمن أقر في مرضه، بأنه قد قبض صداق ابنته ومات، قال إن كان له مال أخذ من ماله، وإن لم يكن للزوج إليها سبيل إلا بالصداق يدفعه ويتبع به الميت المقر، قال أصبغ: هذه عندي مثل المسألة التي أوصى أن يزوج ابنته ابن أخيه. ويمهر عنه من ماله، وقد قال فيها أيضاً إنها وصية لابنته، فأحدهما ترد الأخرى من قوله، وهذه غفلة، هي ها هنا أولى بأن تلحق بالأخرى، ولا أرى أن يجوز إقراره إذا كان في مرض يحجب عنه القضاء في ماله، فهي تهمة كتهمة وصية، وتصير كأنها وصية لها وتوليحاً، وإن كان ابن وهب قال لي مثل قول أشهب في إجازته لم يزل ذلك قول ابن وهب.

قال محمد بن رشد: قول أشهب في الذي أقر في مرضه أنه قبض صداق ابنته ومات، إنه يؤخذ من ماله إن كان له مال، معناه: إن كان الزوج موسراً له مال، لأنه إذا كان موسراً فلا تهمة على الأب في إقراره، لأنه حق للزوج، أقر له به، لا منفعة للابنة فيه، لأنها إن لم تأخذ صداقها من مال أبيها أخذته من زوجها، لتقرر لها عليه، وثبوته في ذمته قبل الإقرار، وأما إن كان معدماً لا مال له، فهي وصية لابنته، لا يؤخذ لها ذلك من ماله لأنه يتهم أن يكون إنما أراد أن يولج إليها من ماله الصداق الذي قد نوا بكونه على معدم فلا تشبه هذه المسألة مسألة الذي أوصى أن تزوج ابنته ابن أخيه، ويمهر عنه من ماله، لأن الصداق لم يكن واجباً على الزوج قبل الوصية، وإنما وجب للابنة في مال الأب بقبول الزوج النكاح على ذلك، فلذلك قيل فيه إنها وصية للابنة، ولو زوّج رجل ابنته من رجل بصداق سماه، ثم أوصى في مرضه أن يؤدي من ماله الصداق على الزوج لابنته، والزوج موسر لجاز، وكانت وصية للزوج باتفاق، فتفرقة أشهب بين المسألتين صحيحة، وما نسب إليه أصبغ من الغفلة في ذلك لاثقة به في المساواة بينهما على ما ذكرناه. والله أعلم. وقول

أشهب: وإن لم يكن له مال لم يكن للزوج إليها سبيل إلا بالصداق يدفعه ويتبع به الميت المقر هو على أصله في المسألة التي بعدها خلاف مذهب ابن القاسم وسيأتي الكلام على ذلك إن شاء الله وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: قال لي أشهب في قبض الآباء صدقات البنات، إن ما قبضوا بيينة أو بغير بيينة، فليس ذلك بسواء، يريد أن ما قبضوا بيينة فزعموا أنه ضاع، إن ضياعه من الابنة، وليس على الزوج من الضياع شيء ولا على الأب، ويدخل الزوج بامرأته. وإن كان بغير بيينة ولم يكن للزوج إليها سبيل إلا بدفع الصداق. وقال ابن وهب مثله سواء حرفاً بحرف، سألتها عنها فاجتمعا لي على هذا القول، وزاد ابن وهب في التفسير والكلام، ولا شيء على الأب في الضياع. وإن كان الدفع بغير بيينة، فالقول قوله، غير أنه لا سبيل للزوج إلى المرأة إلا بدفع الصداق، ولا يصدق الأب على أنه قبضه كانت مسألته في الإنكار، وهو كله رأي أصبغ.

قال محمد بن رشد: قول أشهب وابن وهب هذا إن الزوج لا يبرأ من صداق زوجته البكر بإقرار أبيها بقبضه إذا ادّعا تلفه، خلاف قول ابن القاسم في آخر هذا السماع، وفي أول رسم منه، وخلاف ظاهر قول مالك في المدونة وغيرها: إن الغريم يبرأ من الدين الذي عليه بإقرار الوصي والوكيل المفوض إليه بالقبض، وإن ادّعى التلف، بخلاف الوكيل الذي ليس بمفوض، فحكم ابن وهب وأشهب للأب في إقراره قبض صداق ابنته البكر قبل الدخول، بحكم الوكيل الذي ليس بمفوض إليه. ولا اختلاف بينهم في أنه يبرأ من الصداق بعد الدخول بإقرار الأب أو الوصي بقبضه منه وإن ادّعا تلفه. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: وسئل ابن القاسم عن المرأة تصدق الصداق عيناً

فيتلف منها، ثم يطلقها قبل الدخول، أيرجع عليها بشيء؟ قال: نعم هي ضامنة، إلا أن يأتي أمر^(٣٨) معروف يعرف هلاكه وتلفه ببينة تقوم على ذلك بغير ضيعة منها فلا ضمان عليها. قال أصبغ: لا يعجبني وأراها ضامنة وغارمة على كل حال، قامت بتلفها ببينة أو لم تقم. بضيعة أو بغير ضيعة. وليس العين في هذا كالعرض والحيوان العين عين مضمونة ساعة تستوفيه، ومال من مالها، والزكاة جائزة عليها، فلو زكتهأ أعواماً ثم طلقها لم يكن عليه من ذلك^(٣٩) الزكاة شيء ولم تدخل الزكاة عليه كما تدخل في المواشي للضمان والاعتقاد فأراها عليها على كل حال، تبعها بضعها. ولو اشترت جهازاً بأمر ظاهر معروف أو منسوب، ثم سرق الجهاز، أو أصابه أمر فضاع أو تلف، لم أر عليها ضماناً ولا غراماً وكان كما لو أصدقها إياه بعينه فتلف بعد ذلك. وقال^(٤٠) ابن الماجشون: كل ما يضمنه المستعير فالمرأة إذا أصدقته فهي له ضامنة إذا ضاع عندها، إلا أن تقوم لها بينة على هلاكه، وعليها أن تخلف ذلك من مالها إذا لم تقوم لها بينة على هلاكه، يشتري^(٤١) به جهازاً لزوجها لم^(٤٢) يفرق ابن المشجون بين العرض والعين، كما فرقه أصبغ، وكما لا يضمنه المستعير إذا ضاع عنده، فلا ضمان على المرأة فيه إذا أصدقته وضاع عندها.

قال محمد بن رشد: قول ابن الماجشون في مساواته بين العين وما يغاب عليه من العرض إن المرأة ضامنة له، إلا أن تقوم البينة على تلفه على ما

(٣٨) في ق ١ بأمر.

(٣٩) في ق ١ تلك.

(٤٠) في ق ١ قال محمد: وقال ابن الماجشون.

(٤١) في ق ١ فتشترى.

(٤٢) في ق ١ ولم.

تأول عليه العتيبي مفسراً لقول ابن القاسم، وذلك على قياس قوله وروايته عن مالك في المدونة إن المرأة والزوج شريكان فيما أصدقها قبل الدخول، تكون غلة ذلك بينهما والمصيبة منها إن طلقها قبل الدخول، وعلى قياس قول غير ابن القاسم الذي يرى الغلة لها، يكون الضمان منها فيما يغلب عليه من العروض وإن قامت البينة على تلفه. وفيما لا يغاب عليه من الحيوان، وهو قول مالك في أول رسم من سماع أشهب أخذ بذلك. وقد مضى القول على ذلك هنالك، ولم يعجب ابن حبيب تفرقة أصبغ بين العين وما يغاب عليه من العرض، على أنها أظهر من قول ابن القاسم، لأنها لو باعت العرض الذي أصدقها بعين أو عرض ثم طلقها، كان له أن يأخذ نصف ما باعته به، ولو صرفت العين أو اشترت به عرضاً لغير جهازها ثم طلقها، لما كان له إلا نصف ما نقدها من العين، فكما يكون لها ربح العين، فكذلك يكون عليها ضمانه. والظاهر من قول ابن الماجشون إنها ضمانة للعين، بخلاف العرض مثل قول أصبغ، خلاف ما تأول عليه العتيبي من أنه لم يفرق بين العين والعرض، لأنه مثل ذلك بالعارية، فقال: إن كل ما يضمنه المستعير، فالمرأة له ضمانته، ومستعير الدنانير والدرهم ضامن لها، وإن قامت البينة على تلفها، لأن الربح لها. فأما استدلال أصبغ بالزكوة فلا يلزم ابن القاسم، لأن الذي يأتي على مذهبه ان ما أدت من زكوة العين إذا قامت البينة على ذلك، بمنزلة ما تلف منه بالبينة والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال ابن القاسم: وإذا قال لها إن تزوجت عليك فأمرك بيدك، فأذنت له قبل ما يريد التزويج بكثير، ثم طال، فأرادت أن ترجع لما طال ذلك، قال: لم يكن لها أن ترجع ومن القوة في ذلك لو أذنت له أن يفعل متى ما أراده قبل أن يريد أن يفعل، ثم فعل بعد ذلك، فأرادت الرجوع لم يكن لها ذلك وليس بيدها شيء إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: قوله: إنها ليس لها أن ترجع إذا أذنت له ففعل خلاف ما تقدم لأشهب في هذا الرسم، وقد مضى القول في هذه المسألة موعباً في أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم، وسئل عن الذي يدعى إلى الصنيع فجاء فوجد فيه لُعباً، أيدخل؟ قال: إن كان شيئاً خفيفاً مثل الدف والكبر الذي يلعب به النساء، فما أرى به بأساً. قال أصبغ: ولا يعجبني، وليرجع. وقد أخبرني ابن وهب أنه سمع مالكا يسأل عن الذي يحضر الصنيع فيه اللهو، فقال ما يعجبني للرجل ذي الهيئة يحضر اللعب، وأخبرني ابن وهب عن مالك وسئل عن ضرب الكبر والمزمار، أو غير ذلك من اللهو، ينالك سماعه، وتجد لذته وأنت في طريق أو مجلس غيره، قال مالك: أرى أن يقوم من ذلك المجلس. قال أصبغ: وأخبرني ابن وهب عن بكر بن مضر، عن عمرو بن الحارث، أن رجلاً دعا عبدالله بن مسعود إلى وليمة، فلما جاء سمع لهواً فرجع، فلقى الذي دعاه فقال له: ما لك رجعت، ألا تدخل؟ فقال إني سمعت رسول الله عليه السلام يقول: «مَنْ كَثُرَ سَوَادُ قَوْمٍ فَهُوَ مِنْهُمْ، وَمَنْ رَضِيَ عَمَلَ قَوْمٍ كَانَ شَرِيكَ مَنْ عَمَلَهُ» (٤٣). قال أصبغ: وأخبرني ابن وهب عن خالد بن حميد عن يحيى بن أبي أسيد، أن الحسن البصري كان إذا دُعي إلى الوليمة

(٤٣) ذكر الحافظ السخاوي شمس الدين محمد بن عبد الرحمن. ت (٩٠٢) في كتابه [المقاصد الحسنة] صدر هذا الحديث، ثم ساق آخره هكذا [ومن رضي عمل قوم كان شريك من عمل به] ثم قال: وها كذا هو عند الديلمي بهذه الزيادة، ولاين المبارك في الزهر عن أبي ذر نحوه موقوفاً. ثم زاد قائلاً: وشاهده حديث [من تشبه بقوم فهو منهم].

يقول أفيها برابط^(٤٤) فإن قيل نعم، قال لا دعوة لهم ولا نعمة عين. قال أصبغ: ما جاز للنساء مما يجوز لهن من الدف والكبر في العرس، فلا يجوز للرجل عمله. وما لا يجوز لهم عمله، فلا يجوز لهم حضوره، ولا يجوز للنساء غير الكبر والدف، ولا غناء معها ولا ضرب ولا برابط ولا مزمار، وذلك حرام محرم في الفرح وغيره، إلا ضرب الدف والكبر هملاً وبذكر الله وتسيحه، وهداً على ما هذا. أو برجز خفيف لا بمنكسر ولا طويل، مثل الذي جاء في جواز الأنصار «أَتَيْنَاكُمْ أَتَيْنَاكُمْ نُحْيُونَ نَحْيُوكُمْ وَلَوْلَا الْحَبَّةُ السَّمْرَاءُ لَمْ نَحْلُلْ^(٤٥) بِوَادِيكُمْ» وما أشبه ذلك. ولا يعجبني مع ذلك التصفيق بالأيدي وهو أخف من غيره. قال أصبغ: وقد أخبرني عبد الله بن وهب عن الليث^(٤٦) أن عمر بن عبد العزيز كتب بقطع اللهو كله إلا الدف وحده بالعرس. فهذا رأبي وأحب إلى العامة والخاصة العمل به، ولا أرى به بأساً في الملاك على مثل العرس، وما فسرنا فيه فهو منه. وقد حدثني عيسى بن يونس عن خالد بن الياس العذري عن ربيعة بن أبي عبد الرحمان عن القاسم بن محمد بن أبي

(٤٤) في القاموس: البربط كجعفر: العود، معرب بربط أي صدر الإوز لأنه يشبهه.

(٤٥) ساق الإمام البخاري في «كتاب النكاح» من صحيحه، قصة الأنصاري: نبيط بن جابر، الذي زُفَّتْ إليه عائشة الفارعة بنت أسعد بن زرارة ها كذا:

[باب النسوة اللاتي يُهدين المرأة إلى زوجها].

«عن عائشة أنها زُفَّتْ امرأة إلى رجل من الأنصار، فقال نبيُّ الله ﷺ يا عائشة: ما كان معكم هو. فإن الأنصار يُعجبهم اللهو» قال شارحه القسطلاني: وفي رواية شريك [فقال: فهل بعثتم معها جارية تضرب بالدف وتغني، قلت: تقول ماذا؟ قال:

تقول: أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم
ولولا الذهب الأحمر ما حلت بواديكم
ولولا الحنطة السمراء ما سمت عذاريكم

(٤٦) في ق ١. الليث بن سعد.

بكر الصديق عن عائشة أن الرسول عليه السلام قال: «أظهروا» (٤٧) النكاح وأضربوا عليه بالغربال». ابن وهب عن عبدالله بن الأسود المالكي عن عامر بن عبدالله بن الزبير عن أبيه عن الزبير بن العوام عن رسول الله عليه السلام قال: «اعلنوا» (٤٨) النكاح قال أصبغ: فالإعلان به عندي (٤٩) الملك والعرس جميعاً أن يعلن بهما، ولا يستخفى بهما سراً في التفسير ويظهر بهما ببعض اللهو، مثل الدف والكبر للنساء. والغربال هو الدف المدور، وليس المزهرة والمزهر مكروه ودو محدث، والفرق بينهما أن المزهرة أهما وكل ما كان ألهى فهو أغفل عن ذكر الله وكان من الباطل، وما كان من الباطل فمحرم على المؤمنين اللهو والباطل. قال عليه السلام: «كُلُّ لَهْوٍ يَلْهُو بِهِ الْمُؤْمِنُ حَرَامٌ إِلَّا ثَلَاثٌ» (٥٠) قال القاسم بن محمد: إذا أجمع الحق والباطل يوم القيامة، كان الغنا من الباطل، وكان الباطل في النار. قال أصبغ: والباطل كله محرم على المؤمنين. قال الله تعالى ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا﴾ (٥١) كما أن القمار محرم للهو وميسره فهو لهو كله.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في اللهو والعرس، وما يجوز

(٤٧) ذكره الترمذي في صحيحه عن عائشة هاكذا: «اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال» لانه ضعفه.

(٤٨) قال العزيمي: معناه: أظهروا عقد النكاح إظهاراً للسرور. والحديث كما ذكر السيوطي في الجامع الصغير، من رواية عبدالله بن الزبير رواه أحمد في مسنده، وابن حبان في صحيحه، والطبراني في الكبير، وأبو نعيم في الحلية، والحاكم.

(٤٩) في ق ١ فالإعلان له يجمع عندي.

(٥٠) رواه الترمذي في «فضائل الجهاد» من صحيحه هكذا:

«كُلُّ مَا يَلْهُو بِهِ الرَّجُلُ الْمُسْلِمُ بَاطِلٌ، إِلَّا رَمِيَهُ بِقَوْسِهِ، وَتَأْدِيئَهُ فَرَسَهُ، وَمُلَاعَبَتَهُ أَهْلَهُ، فَانَّهُنَّ مِنَ الْحَقِّ».

(٥١) المؤمنون: ١١٥

من عمله وحضوره، موعباً في رسم طلق ابن حبيب من سماع ابن القاسم. وفي رسم سلف ديناراً من سماع عيسى، فلا معنى لإعادة شيء من ذلك ها هنا والثلاث التي أبيع اللهبها في الحديث المذكور: ملاعبة الرجل امرأته، وتأديبه فرسه، ورميه عن قوسه. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سمعت ابن وهب وسئل عن الجارية إذا كانت بكرًا لا قضاء لها في مالها، أو يتيمة مولى عليها، أو صغيرة لم تبلغ المحيض، إلا أنه قد بلغ مثلها أن توطأ، فأقرت له بعد الخلوة وإرخاء الستور، بأنه لم يمسهَا، أينفعه تصديقها إياه، وإقرارها له أو لا ينفعه لأنها تسقط عنه بذلك نصف الصداق؟ قال: لا، بل ينفعه، ويسقط عنه نصف الصداق، ولا يلزمه إلا نصفه، لأن هذا مما لا يستدل على صدقه ولا على كذبه إلا بقولهن، فهن فيه مامونات مقبول قولهن، كما هنَّ مامونات على الحيض والعدة والولادة وما أشبه ذلك، جعل الله ذلك إليهن. قال ومن الدليل أيضاً على ذلك ما فسرت لك من أن الصداق لا يجب مع الخلوة وغلق الباب وإرخاء الستر إلا بدعوى المرأة الميسس، فلو كان يجب بالخلوة بغير دعوى المرأة الميسس ما نفعه طرح البكر السفية والصغيرة التي ذكرت لك عنه لأنهن يطرحن شيئاً قد وجب، وهن ممن لا طرح لهن، ولا قضاء في أموالهن، فلما كان لا يجب إلا بدعواهن، سقط بإقرارهن وتصديقهن الزوج بترك الميسس، لا بل بسكوتهن عن ادعائه يسقط فضلاً عن غيره من الأشياء والله أعلم. قال أصبغ: ورأيي في جميع هذه المسألة من أولها إلى آخرها على قول ابن وهب وروايته عن مالك.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الصداق لا يجب إلا بدعوى الزوجة

المسيس، بكرةً كانت أو ثيباً، كبيرة أو صغيرة، رشيدة أو سفية، ذات أب أو يتيمة، صحيح لا اختلاف فيه في مذهب مالك، لأن إرخاء الستر عند مالك وجميع أصحابه لا يوجب الصداق، وإنما هو شبهة يوجب أن يكون القول قول الزوجة في المسيس، كشاهد، واليد، ومعرفة العفاص والوكاء، مع يمينها إن أنكر الزوج المسيس. قاله في كتاب ابن المواز، وكتاب ابن الجهم، ورواه عيسى عن ابن القاسم في الذي يغيب على المرأة غصباً^(٥٢) فإن كانت صغيرة حلف الزوج وأدى نصف الصداق، إلى أن تبلغ فتحلف وتأخذ نصف الصداق الثاني^(٥٣) فإن نكلت عن اليمين لم يكن للزوج أن يحلف ثانية، وإن نكل أولاً عن اليمين غرم جميع الصداق، ولم يكن له أن يحلفها إذا بلغت، حكم الصغير يقوم له بحقه شاهد، وقد قيل إنه لا يمين عليها إن كانت صغيرة، وهو بعيد، لأن الصغير لا يسقط اليمين الواجبة مع الكبر، فلا فرق بين الصغيرة والكبيرة، إلا فيما ذكرناه من تأخير الصغيرة باليمين. وقد روي عن أحمد بن المعدل أنه لا يمين عليها وإن كانت كبيرة، وهو بعيد، ماله وجه، إلا مراعاة قول من يرى الصداق واجباً لها بالخلوة وإن لم يكن مسيس، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه على ظاهر قول عمر بن الخطاب: إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق، فإذا أقرت أنه لم يمسه لم يكن لها إلا نصف الصداق، إلا أن يُقر الزوج أنه قد مسّ وهي أمة أو مولى عليها بأب أو وصي، فيكون لسيد الأمة أو ولي المرأة أن يأخذ الصداق منه بإقراره، ولا يكون لها أن تسقط حقاً قد أقر لها به الزوج، قاله سحنون ومطرف. وخالفه في ذلك ابن الماجشون وغيره، ولا اختلاف في أن خلوة البناء توجب أن يكون القول قول المرأة في دعوى المسيس. واختلف إذا خلا بها ولم تكن خلوة بناء، على أربعة أقوال أحدها أن القول قولها حيث ما أخذهما الغلق، كان في بيته أو في بيتها، وهو أحد قولي مالك وبه أخذ مطرف وابن الماجشون، وابن عبد الحكم، وأصبخ، على ظاهر قول عمر بن الخطاب: إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق.

(٥٢) في ق ١. غصباً.

(٥٣) في ق ١ وتأخذ النصف الثاني.

والثاني: إن القول قول الزوج حيثما أخذهما الغلق، ما لم تكن خلوة بناء، وهو قول عيسى بن دينار. والثالث: الفرق بين أن يكون أخذهما الغلق في بيته، أو في بيتها. وهو قول مالك الثاني، ومذهب ابن القاسم، على ما روي عن سعيد بن المسيب. والرابع: إنها إن كانت ثيباً فالقول قولها، وإن كانت بكرأً نظر إليها النساء، فإذا رأين لها أثر افتضاض صدقت عليه، وإن لم يرين لها أثر افتضاض، لم يكن لها إلا النصف من الصداق. حكى ذلك عبد الوهاب عن مالك وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سألت أشهب وابن وهب عن المريض يوصي إن حدث به حدث الموت، فقد زوجت ابنتي من ابن أخي، وأصدقته عنها مائة دينار من مالي، فيموت، فقالا: النكاح جائز. قال أشهب: ولا يكون لها من مال الأب شيء، ولا يؤخذ الصداق من ماله، ويقال لابن الأخ: أعط الصداق من مالك والنكاح ثابت، فإن أبي ترك النكاح، ولا شيء عليه. وقاله ابن القاسم حرفاً بحرف اجتمعا عليه.

وقال ابن وهب: يؤخذ من مال الميت وهي وصية لزوج. قلت لابن وهب: فإن أبي أن يكون^(٥٤) له من المال شيء قال: لا.

قلت: أفتر الآن إنها وصية للبنت، لو كانت وصية للزوج، كانت ها هنا^(٥٥) فقال: إنما هي له وصية على شيء، إن فعله تمت له، وإلا لم تتم له، كالذي يقول: إن أحسن فلان كفالة ولدي والقيام معهم وكفلهم بأعيانهم فقد زوجته ابنتي، أو قد وصلته بكذا

(٥٤) في ق ١ أيكون له من المال شيء؟

(٥٥) في ق ١ له ها هنا.

وكذا، فإن فعل كان ذلك له، وإلا لم يكن له شيء. قال أصبغ: وقول أشهب وابن القاسم، أعجب إليّ لأنها تصير وصية للبت، وهي المرأة فإن تمّ الفعل منه تم لها فهي وصية لوارث وأراه قول قول مالك أيضاً.

قال محمد بن رشد: قد مضى قبل هذا في هذا السماع ما فيه بيان لهذه المسألة، ومضى القول فيها مستوفى في رسم العارية من سماع عيسى فلا معنى لإعادة ذلك هنا وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: الوصي بمنزلة الأب في جميع أمور الولد الصغار، كلما جاز للأب فيهم جاز للوصي، إلا شيئاً واحداً، ليس له أن يزوج الصغيرة إلا برضاها للحديث: «الْيَتِيمَةُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا»^(٥٦). قال أصبغ: ولو تزوجت أم الصبيان، كان الوصي أولى بحضانتهم من أمهم، جواري كانوا أو غلماناً، وإن كن الجواري قد بلغن أباكراً، فالوصي أولى بحضانتهم من أمهن إن تزوجت، قيل له: فإن كان هن أخ أو عم أو ابن عم عدولاً رضاء، أفلا يكون هؤلاء أولى بحضانة الجواري والصبيان من الوصي؟ قال: لا الوصي أولى بحضانتهم ويكونون عنده من إختهم^(٥٧) وإن كانوا رضاء، وإن^(٥٨) انتقل الوصي إلى بلد آخر، كان له أن يحملهم معه، الجواري والصبيان، وليس لإختهم، ولا عمومتهم أن يأخذوهم منه، لأنه بمنزلة أبيهم في كل شيء، إلا تزويج الإناث فقط قبل أن

(٥٦) في صحيح الترمذي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «الْيَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ صَمَّتْ فَهِيَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا».

(٥٧) في ق ١ هو أحق لهم من إختهم.

(٥٨) في ق ١ قال: وإن انتقل الخ.

يبلغن، وما سوى ذلك فهو والأب سواء.

قال محمد بن رشد: قوله في أوّل المسألة في الوصي ليس له أن يزوج الصغيرة إلا برضاها، كلام وقع على غير تحصيل، لأن الصغيرة ليس له أن يزوجها وإن رضيت، إذ لا رضى لها قبل البلوغ، فهو بخلاف الأب، في أنه لا يزوج الصغيرة أصلاً، ولا البكر البالغ إلا برضاها. وقال: إنه أحق بحضانة الغلمان والحواري وإن بلغن، من الأم إذا تزوجت، ومن جميع الأولياء. وقد اختلف في ذلك، فقيل: إنما يكون الوصي إذا تزوجت الأم أحق بحضانة بنيتها الذكور، وأما الإناث، فكونهن مع زوج أمهن، لأنه محرّم منهن أولى من كونهن مع الوصي، إذ لا حُرمة بينه وبينهن، إلا أن يخاف عليهن عند الأم غير الزوج، فيكون الوصي أولى بحضانتهم، وكذلك ابن العم، بخلاف الأخ والعم، لا اختلاف في أن الأخ والعم أحق من الأم بحضانة ابنتها إذا تزوجت. وقع هذا المعنى للملك في كتاب ابن الموارز. وهذا إذا أراد الوصي أو ابن العم أن تكون الابنة معه ومع أهله في داره، وأما إن أراد أن يعزلها في موضع من يقوم عليها من ثقات النساء ولعلهن لها قرابات، فيكون أحق لها من الأم إذا تزوجت والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قلت: رأيت الرجل يزوج ابنته البكر ويقر بقبض الصداق وذلك في صحة أو مرض. قال: إن كان في مرض أتمته أن يكون إنما أراد بذلك الابنة، بمنزلة الذي يزوج ابنته ويتحمل الصداق وهو مريض، فيجوز النكاح، ولا يكون عليه الاحتمال، لأنها وصية للابنة. ولا تجوز وصيته لو ارث، فإن كان صحيحاً جاز ذلك على الأب إن كان موسراً، وإن كان معسراً اتبعته به ديناً.

قلت: فإن قال الأب قبضته وضاع مني، ولم يكن عند الزوج بيعة بالدفع إلا اقرار الأب. قال: إن كانت البنت بكراً لزمها ذلك،

وكان قبضه لها قبضاً، وضياعه منها ضياع، ولم يكن على الزوج شيء. قال محمد بن رشد: قوله: إن كان في مرض اتمته أن يكون انما أراد بذلك الابنة، يريد: إن كان ذلك كله في مرض التزويج، والإقرار وفي حال واحدة أيضاً، وذلك مثل أن يقول: أشهدكم أي قد زوجت ابنتي من فلان بكذا وكذا وقبضته منه، فهذا هو الذي يكون بمنزلة من يزوج ابنته في مرضه ويتحمل الصداق عنه، كما قال. ويدخل ذلك من الاختلاف ما دخله، وأما إن زوج ابنته في صحته أو في مرضه بصداق مسمى، ثم أقر بعد ذلك في مرضه أنه قبض منه، فإن كان الزوج موسراً أخذت ذلك من مال الأب إن كان له مال، واتبعت به ديناً في ذمته إن لم يكن له مال، وكان للزوج أن يدخل بها عند ابن القاسم، خلاف قول أشهب فيما تقدم إنه إن لم يكن له مال، لم يكن للزوج إليها سبيل، إلا بدفع الصداق، يدفعه ويتبع به الميت المقر، وإن كان الزوج معدماً، لم يجز إقراره في المرض، لأن ذلك وصية ابنته. وأما إن أقر في صحته أنه قبضه منه، فيبرأ الزوج بإقراره على كل حال عند ابن القاسم، ويكون للزوج أن يدخل بها، فإن ادعا الأب تلفه صدق مع يمينه، من أجل حق الزوج. وكانت مصيبته منها. وإن لم يدع تلفه وكان معسراً، اتبعته به ديناً، ولا يكون للزوج أن يدخل بها عند أشهب وابن وهب، حتى يؤدي الصداق إن كان الأب معسراً وأدعا تلفه، فأقرار الأب في مرضه الذي مات منه بقبض صداق ابنته، يكون في حال وصيته لابنته لا يجوز، وذلك إذا كان إقراره بعد العقد والزوج عديم، وفي حال وصية جائزة للزوج وذلك إذا كان إقراره بعد العقد، والزوج موسر، وفي حال يختلف، هل يكون إقراره وصية (٥٩) له أو لها؟ وذلك إذا كان إقراره مع العقد في حال واحدة. والله الموفق.

مسألة

قال أصبغ: سئل ابن القاسم عن رجل شرط لامرأته أن كل

امراً يتزوجها عليها فأمرها بيدها، فيتزوج عليها سراً، وكتمها، ثم طلق التي شرط لها ذلك، قال: ذلك بيدها وإن طلقها. وقاله أصبغ.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول على هذه المسألة وما فيها من الاختلاف في هذا الرسم^(٦٠) فلا معنى لإعادته.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: قلت لابن القاسم: ما تقول في الرجل يتزوج على المرأة على أن يستشير فلاناً، قال: لا يحل ويفسخ، دخل أو لم يدخل، إلا أن تكون مشورة فلان قريباً، وهو حاضر في البلد، فيرسلان إليه في فورهما ذلك، ليعلما رأيه فيجوز ذلك.

قلت: فإن كان كذلك فمات أحد الزوجين قبل أن يستشار فلان ورضي^(٦١) قال: لا.

قلت: فإن قال المستشار لا أرضى، ويقول الزوج قد رضيت، أيثبت النكاح؟ قال: نعم ذلك له وهو ثابت.

قلت: فإن قال الزوج قبل أن يستشير فلاناً: أنا أثبت النكاح ولا أستشير فلاناً، قال: ذلك له أيضاً، وهو بمنزلة الرجل يبيع السلعة على هذه الوجوه.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي يتزوج المرأة على أن يستشير فلاناً: إن النكاح يفسخ دخل أو لم يدخل هو أحد قولي مالك في المدونة وفي رسم باع شاة من سماع عيسى. وقد مضى القول على ذلك هنالك، فلا معنى لإعادته. وقوله: إلا أن تكون مشورة فلان قريباً وهما حاضران، فيرسلان إليه

(٦٠) في ق ١ فوق هذا، أي الرسم.

(٦١) في ق ١ عقب قوله ورضي. أيتوارثان؟

في فورهما، ليعلما رأيه، فيجوز ذلك معناه: إذا كان ذلك في مجلسها قبل أن يفترقا منه فيقوم من هذا، جواز النكاح على خيار المجلس. وقد مضى القول على ذلك أيضاً في رسم باع شاة المذكور. وأما قوله إذا مات أحد الزوجين قبل أن يستشار فلان، إنهما لا يتوارثان، فهو صحيح، لا اختلاف فيه. وسقوط الميراث قبل الرضا وقبل المشورة، هي العلة في فساد النكاح على الخيار، أو على المشورة إلى ما بعد المجلس وإن قرب، وأما إن مات أحدهما بعد الرضا أو بعد المشورة وقبل الدخول، أو قبله وبعده، على القول بأنه يفسخ بعده، فيجري ذلك على الاختلاف الواقع في المدونة وغيرها، في وجوب الميراث والطلاق فيما يفسخ بحكم من الأنكحة التي اختلف أهل العلم في جوازها. وقوله: إن للزوج الذي اشترط المشورة أن يتركها وأن يخالف ما يشير عليه به المستشار صحيح لا اختلاف في المذهب أحفظه إلا ما حكى أبو اسحاق التونسي من أن ظاهر ما في كتاب ابن المواز المشورة، كالخيار في أن المستشار إذا سبق فأشار بشيء لزم، وهو بعيد. وقوله: وهو بمنزلة الرجل يبيع السلعة على هذه الوجوه: يريد في الحد الذي يجوز فيه الخيار والمشورة في النكاح وهو المجلس، على ما دلت عليه هذه الرواية.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر، من عبد الرحمان بن القاسم. قال أبو زيد: وقال ابن كنانة وابن القاسم: في النصراني يوصي إليه أخ له مسلم، أو عبد يوصي إليه أو امرأة يوصي إليها، إنهم كلهم يزوجون الغلمان، ولا يزوجون الجوارى. وقال لا يزوج العبد ابنته الحرة ويزوج ابنه.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما مضى في رسم باع شاة وغيره من سماع عيسى، وهو مبين لما في المدونة ولما في كتاب ابن المواز ولما في رسم سن من سماع ابن القاسم، وقد مضى هنالك القول في هذه المسألة مجرداً. وتحصيل من يجوز للمرأة والعبد والنصراني، أن يلي عقد النكاح عليه، وفيمن لا يجوز لواحد منهم أن يلي العقد عليه، ويجوز له على ذلك، الاستخلاف، وفيمن لا يجوز لهم ولاية العقد عليه ولا الاستخلاف على ذلك فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وسئل ابن وهب عن الرجل يزوج ابنه صغيراً بشروط فيها طلاق أو عتاق، إن ذلك لازم للابن وإن كبر، لأنه وطئ عليه وأنه لا يفسخ النكاح لذلك دخل أو لم يدخل، والشروط لازمة له، لأن أباه الناظر له.

قال محمد بن رشد: إنزاه الشروط التي شرط عليه أبوه وهو صغير، خلاف مذهب ابن القاسم فيما يأتي بعد هذا السماع، وخلاف ما حكى عنه ابن حبيب من رواية أصبغ، وعن ابن الماجشون، من أنها لا تلزمه إلا أن يلتزمها بعد البلوغ، فإن أبى من التزامها لم يلزمه النكاح، ولا شيء من الصداق، إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشروط عنه، فيلزمه النكاح، فإذا دخل بها قبل البلوغ أو قبل العلم بالشروط سقطت عنه وإن دخل بها بعد البلوغ ويعد أن علم بالشروط لزمته. وفي كتاب محمد ابن المواز عن ابن القاسم من رواية أصبغ عنه إنه إن لم يرض قبل البناء بالشروط، قيل له: إما أن ترضى وإما أن تطلق، فإن طلق فعليه نصف المهر. وهذا إذا اعتبرته من قول ابن القاسم مثل قول ابن وهب، ومثل قول ابن الماجشون، في الذي يزوج ابنه الصغير ولا مال له، فيكتب الصداق عليه، إن ذلك لازم له. وقد مضى ذلك في رسم باع شاة من سماع عيسى.

مَسْأَلَةٌ

وعن رجل يزعم لقوم أنه من قريش، أو من فخذ من العرب، فيوجد من غير ذلك الفخذ. قال ابن القاسم: إن كان مولى فالمرأة بالخيار، إن شاءت أقامت وإن شاءت فارقت، إذا كانت عربية، وأما إن كان عربياً وهو من غير القبيل الذي سما، فلا أرى لها خياراً، وأراها امرأته، إلا أن تكون قرشية، تزوجت على أنه من

قريش، فإذا هو من العرب، أو تكون عربية، تزوجت على ادعائه، فذلك لها.

قال محمد بن رشد: اضطرب قول ابن القاسم في هذه المسألة، لأن قوله في أولها: إذا كانت عربية، يدل على أنها إذا كانت مولاة فتزوجته على أنه من قريش أو من العرب، فوجد من الموالي فلا خيار لها من أنها إذا كانت من العرب فتزوجته على أنه من قريش فوجد من العرب فلم ير لها على هذا خياراً بما شرطت، إلا أن يوجد الزوج أدنى منها، مثل أن تكون من العرب فتزوجته على أنه من العرب أو من قريش، فيوجد من الموالي أو تكون من قريش، فتزوجته على أنه من قريش، فيوجد من الموالي أو من العرب. وقوله في آخرها: أو تكون عربية تزوجت على ادعائه، يريد تزوجته على أنه من قريش، فوجد من العرب، فلها الخيار، خلاف قوله أولاً إذ جعل لها الخيار إذا وجدته أدنى مما شرطت وإن كان مثلها ولم يجعل لها أولاً خياراً بما شرطت، إلا أن يوجد أدنى منها، ويلزم على قوله آخرها إذا كانت مولاة فتزوجته على أنه من قريش، فوجدته من العرب أو من الموالي، أو على أنه من العرب، فوجدته من الموالي أن يكون لها الخيار، وهو أظهر على قياس قولهم فيمن ابتاع عبداً على أنه من جنس، فوجده من جنس آخر أدنى من ذلك الجنس، فتحصيل هذا أنه إذا وجدته أفضل مما شرطت لم يكن لها خيار، وإن وجدته أدنى مما شرطت، وأدنى منها فلها الخيار، وإن وجدته أدنى مما شرطت وهو أرفع منها أو مثلها ففي ذلك قولان: أحدهما أن لها الخيار، والثاني لا خيار لها، وهما قائمان من هذه الرواية، على ما بيناه. وإذا وجب لها الخيار فاختارت نفسها قبل الدخول، فهي تطليقة بائنة ولا شيء لها من الصداق، وإن لم تعلم حتى دخل بها، فاختارت نفسها بعد الدخول، فهي تطليقة بائنة أيضاً إن لها جميع صداقها، لأنها قد استوجبت بالمسيس. وكذلك الحكم في الرجل يتزوج المرأة على أنها من قريش أو من العرب، فتوجد على غير ذلك، يكون للرجل الرد، حيث يكون للمرأة الخيار وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وعن الرجل يتزوج المرأة ثم يجدها لغية إنها إن كانت حين خطبها انتسبت له، فقالت أنا فلانة ابنة فلان، فإني أرى النكاح مفسوخاً فإن كان دخل بها فلها صداقها بما استحلت منها قبل فإن كان ذلك انما هو في أبيها وجدُّ أبيها لغية، هل يفسخ النكاح عنه؟ قال: لا أرى أن يفسخ بذلك وليس هو في أبيها بمنزلته فيها والرجل أيضاً إذا انتسب للمرأة و غيرها بتلك المنزلة.

قال محمد بن رشد: قوله: فإني أرى النكاح مفسوخاً معناه إن له أن يفسخه عن نفسه، فلا يلزمه شيء من الصداق إن كان قبل الدخول، ويكون الفسخ فيه تطليقة، لأنه نكاح فاسد، فيكون مفسوخاً بالحكم. وقوله: إذا كان دخل بها فلها صداقها ما استحلت منها، خلاف المعلوم من قولهم: إن له أن يرجع عليها، لأنها غرته إذا انتسبت له، ويترك لها من صداقها قدر ما يستحل به الفرج، وإنما يكون لها صداقها بما استحلت منها، إذا كان وليها الذي أنكحها هو الذي نسبها له، و غيره منها، فيكون هو الذي يجب الرجوع عليه، والأصل في هذا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام فمسخها فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غرم على وليها. قال مالك: وإنما يكون ذلك غرم^(٦٢) على وليها إذا كان وليها الذي أنكحها أبوها أو أخوها أو من يرى أنه يعلم ذلك منها، فأما إن كان وليها الذي أنكحها ابن عم، أو مولى، أو من العشيرة ممن يُرى أنه لا يعلم ذلك منها فليس عليه غرم، وتزوّد المرأة ما أخذت من صداقها، ويترك لها قدر ما تستحل به. وقوله والرجل أيضاً إذا انتسب للمرأة و غيرها بتلك المنزلة، يريد: إنها إذا تزوجته على نسب فوجدته لغية، فلها الخيار وإن كانت مولاة، وإن كانت هي لغية، فتزوجته على نسب، فوجدته لغية، فعلى ما تقدم من الاختلاف في المسألة التي قبل هذه.

مَسْأَلَةٌ

وقال: في الرجل يجعل بُضع ابنته بيد أخيه، هل ينكحها العم بغير إذن الأب، والأب بغير إذن العم. قال: نعم من أنكحها منها فهو جائز.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال. وهو مما لا اختلاف فيه، لأن الأب لا تسقط ولايته عن ابنته بجعله بضعها بيد أخيه، فإنكاح من أنكحها منها جائز. فإن أنكحها كل واحد منها ولم يعلم بإنكاح صاحبه، فهي للأول منها، إلا أن يدخل بها الآخر. قال ذلك مالك في المدونة وغيرها.

مَسْأَلَةٌ

وسئل عن العبد يتزوج بغير إذن السيد، فيراه السيد يدخل على امرأته، هل يلزم السيد الصداق حين رآه ولم يكن أذن له في النكاح؟ قال: إن شهد على أن السيد علم بنكاحه وأقره، رأيت النكاح جائزاً، ورأيت الصداق على العبد بما أقر به سيده من ذلك بعد العلم به.

قال محمد بن رشد - رحمه الله -: قد مضت هذه المسألة متكررة والقول فيها في رسم الرهون من سماع عيسى فلا معنى لإعادة ذلك.

مَسْأَلَةٌ

وسئل عن رجل زوج ابناً له صغيراً وأصدق عنه وشرط في نكاح الصبي أنه إن استسر^(٦٣) عليها أو تزوج فهي طالق ألبتة فبنى الغلام بأهله ثم أراد أن يتسرر أو ينكح عليها. قال: ذلك له، إلا

أن يعلم أن الابن قد علم بالشروط التي شرط لها فدخل بها على ذلك ووطئها فإن ذلك يلزمه .

قلت: أرأيت لو أن الأب حين نكح^(٦٤) ابنه شرط عليه شروطاً انه ليس له أن يتسرر ولا ينكح، فإن نكح فهي طالق البتة. فقال أهل المرأة للزوج: قد شرط ذلك عليك وأنت كبير، وقال الزوج: بل شرط عليّ ذلك وأنا صغير. قال ابن القاسم: على الزوج البينة، انه شرط ذلك عليه وهو صغير، فإن لم يأت بالبينة حلف أهل المرأة وكان القول قولهم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة مبنية على أن الابن الصغير لا يلزمه ما شرط عليه أبوه من الشروط، إلا أن يلتزمها بعد البلوغ، أو يدخل بعد العلم بها، فيكون ذلك رضا منه، خلاف قول ابن وهب في أول السماع، فإن دخل ولم يعلم بها سقطت عنه وهو محمول على أنه لم يعلم، حتى يثبت عليه أنه علم بها. وذلك بين من قوله: وذلك له إلا أن يعلم أن الابن قد علم، وذلك أنه علم أنه شرطها عليه وهو صغير بتقارُّرهما على ذلك، أو بينة قامت عليه. وأما إن اختلفا فقال الابن كنت صغيراً إذ شرط ذلك عليّ الأب، وقال أولياء المرأة بل كنت بعد كبيراً، فعلى الابن البينة، لأنه الآن كبير، يلزمه ما شرط عليه أبوه بحضرته، فهو مدّع أنه كان حينئذ صغيراً ممن لا يلزمه ما شرط عليه أبوه بحضرته، فإن أقام البينة كان بالخيار، في أن يلتزم الشروط أو يفارق، ولا يكون عليه شيء من الصداق، إلا أن تسقط المرأة عنه الشروط، فيلزمه النكاح، وإن لم يكن بينة، حلف أهل المرأة وكان القول قولهم، ولزمته الشروط، إلا أن يشاء أن يطلق، فيلزمه نصف الصداق، وأهل المرأة الذين يخلفون، هم: الأب أو الوصي، دون من سواهما من الأولياء، فإن نكلوا عن اليمين، حلف الزوج وكان كمن أقام البينة على

(٦٤) يتعدى نكح بنفسه وبالهمز، والمناسب هنا أنكح كما في ق ١ .

دعواه. وإنما أوجبها هنا اليمين على أهل المرأة لا عليها، لأنهم ادعوا ذلك، وذلك خلاف ما في أول رسم من سماع ابن القاسم ولو لم يدعوا ذلك وقالوا لا علم لنا به، لحلفت الزوجة، كما تحلف إذا قامت بشرط المغيب أو عدم الانفاق. وقد مضى القول في أول رسم من سماع ابن القاسم على هذا المعنى مقسماً مستوفياً فلا معنى لإعادة شيء منه وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وسئل عن رجل أصدق امرأته مائة دينار، فدخل عليها ولم يدفع إليها شيئاً من الصداق، أترى أن يكف عن الوطاء حتى يدفع إليها ربع دينار؟ قال: بل يكون ديناً عليه، ولا يكف عن وطئها. قيل له: فإنه أصدقها أقل من ربع دينار، قال: إن لم يكن بنتاً بها أمر أن يتم لها ربع دينار، ويثبت النكاح، وإن دخل بها أتم لها ربع دينار، ولا يوقف عن وطئها حتى يتمها.

قال محمد بن رشد: لم ير ابن القاسم على الرجل إذا دخل بامرأته قبل أن يدفع إليها شيئاً من صداقها، أن يكف عن وطئها حتى يدفع لها منه ربع دينار، وكره له قبل أن يدخل بها ابتداء قبل أن يدفع إليها ولو ربع دينار من صداقها. ومحمد بن المواز يساوي بين الوجهين. وقد مضى القول في ذلك في رسم استأذن من سماع عيسى. وفي غيره من المواضع. وقوله: إنه إذا أصدقها أقل من ربع دينار، أمر إن كان لم يبين بها أن يكمل لها ربع دينار، ويثبت النكاح، يريد إن شاء وإن أبي فسخ النكاح ولم يلزمه شيء، وإن دخل بها أتم لها ربع دينار، شاء أو أبي ولا يفسخ النكاح، وهذا على قوله في المدونة خلاف قول^(٦٥) غيره فيها، وخلاف قوله في سماع سحنون. وأما قوله: إنه لا يكف عن وطئها حتى يتمها فهو على قياس قوله في النكاح بصداق صحيح، إذا دخل بها قبل أن يقدم لها شيئاً من الصداق. وبالله التوفيق.

(٦٥) سقطت جملة: خلاف قول غيره فيها من ق ١.

مَسْأَلَةٌ

وقال: في رجل تزوج امرأة ولم يبين لها حتى ماتت، فقبلها وهي ميتة أو وطئها. قال: لا ينكح أمها ولا ابنتها.

قال محمد بن رشد: أما أمها فإنها تحرم عليه بالعقد عليها وإن لم يقبل ولا وطئ، لأنها مبهمة ولا شرط فيها. وأما الابنة فلا تحرم إلا بالدخول بالأم، أو التلذذ بها، لقوله عز وجل: ﴿مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ (٦٦) فجعل ابن القاسم وطأها أو التلذذ بها وهي ميتة أو حية سواء، في وجوب تحريم ابنتها بذلك، إذ لا ينقطع عنده بموتها ما كان بينها من الحرمة، بدليل أنه يجوز له أن يغسلها. ويأتي على مذهب أهل العراق الذين يرون ما كان بينها من الحرمة منقطعاً بموتها، فلا يجوزون له غسلها، ولا تحرم عليه ابنتها بوطنه إياها بعد موتها، وهو الذي يوجب النظر والقياس، لأنه وطئ لا يحصنه ولا يوجب لها عليه صداقاً، ولأن عصمة النكاح تنقطع بينها بموتها. وإن كانت حرمة الزوجية باقية بينهما، بدليل أنه يجوز له عند الجميع أن يتزوج رابعة إن كانت له ثلاث زوجات سواها وقول ابن القاسم استحسان، فلعله راعا قول زيد بن ثابت، الذي يقول: إن الرجل إذا تزوج المرأة فماتت قبل أن يدخل بها، لم تحل له ابنتها، بخلاف إذا طلقها قبل أن يدخل بها.

مَسْأَلَةٌ

وقال في الرجل (٦٧) ماتت امرأته فتزوج أختها قبل أن تقبر الميتة، أترى لزوجها أن يغسلها؟ قال أكره ذلك، ولا أحرمه.

قال محمد بن رشد: وكذلك لو ماتت امرأته قبل أن يدخل بها فتزوج ابنتها قبل أن تقبر الميتة، لكره له أن يغسلها، ولم يحرم ذلك عليه وسحنون يبيح ذلك ولا يكرهه، ذكر له أن بعض أهل العلم يقول: إن الرجل إذا

(٦٦) النساء: ٢٣

(٦٧) في ق ١ رجل.

كانت له أربع نسوة فماتت إحداهن ثم تزوج الخامسة قبل أن تغسل الميتة، إنه لا يجوز له غسلها، فقال ليس الذي قلت من مذهبنا في شيء، وله أن يغسل الميتة، ألا ترى أن له أن يغسلها وإن لم يتزوج الخامسة، فإن كان إنما يغسلها لأنها امرأته، فكيف يتزوج الخامسة؟ وكراهية ابن القاسم لذلك من غير تحريم، يدل على أن مباشرته إياها بعد موتها، لا يحرم عليه ابنتها، ويبين ما ذهبنا إليه في المسألة التي قبل هذه، من أن منعه فيها الرجل أن يتزوج بنت امرأته إذا كان قد قبلها أو وطئها بعد موتها، إنما هو استحسان على غير قياس وباللغة التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وعن رجل تزوج أمة فلم يبين بها حتى فلس سيدها، وقد كان دفع الصداق إلى سيدها، فباعها السلطان في دينه، فاشتراها زوجها هل ترى له أن يرجع على سيدها بالصداق الذي دفع إليه؟ قال: لا لأن السلطان هو الذي باعها عليه.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله إنه لا يرجع عليه بشيء من الصداق، وذلك لا يصح، لأن الصداق المسمى لا يجب جميعه إلا بالموت أو الدخول، وإنما معناه أنه لا يرجع عليه بجميعه، وإنما يرجع عليه بنصفه، لأن الفراق جاء من قبله إذا اشتراها وهو يعلم أن امرأته تحرم عليه باشرائه إياها، فصار كالمطلق قبل الدخول، وقد فرض أن له نصف ما فرض، ولو اشتراها من السلطان وهو لا يعلم أنها امرأته لحرمت عليه، ورجع بجميع الصداق على السيد، لأنه تحريم لم يتعمده. يبين هذا في كتاب النكاح الثالث من المدونة إن الرجل إذا تزوج المرأة ولم يدخل بها حتى تزوج أمها وهو لا يعلم، فيبني بها، إن الابنة تحرم عليه، ولا يكون لها عليه من الصداق نصف ولا غيره، لأنه تحريم لم يتعمده، وهو محمول على أنه لم يعلم أنها زوجته حتى يُعلم أنه علم، فإن ادّعا أنه لم يعلم أنها زوجته حلف على ذلك، ورجع بجميع الصداق. وفي النكاح الثاني من المدونة إن السيد لا شيء له من

الصدّاق إذا باعها منه قبل الدخول، وهو دليل قوله ها هنا، لأن السلطان هو الذي باعها عليه وإنما لم يكن له من الصدّاق شيء إذا باعها هو منه وإن كان الزوج عالماً أنها زوجته، لأنه لما كان أملك بالبيع غلب أمره على الزوج، فجعل كأن الفسخ والتحريم جاء من قبله دون الزوج. ولو باعها السيد ممن اشتراها للزوج وهو لا يعلم، لكان له نصف الصدّاق، بمنزلة إذا بعها السلطان ولعيسى في كتاب القطعان، أن يبيع السلطان كبيع السيد فيرجع بجميع الصدّاق، وهو بعيد. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وقال: في رجل يتزوج جارية امرأته أنه لا بأس به.

قال محمد بن رشد: كره ذلك ابن كنانة، مراعاة لقول من رأى للزوج شبهة في مال الزوجة، فدرأ الحد عنه^(٦٨) في وقوعه بجاريتهما روي ذلك عن عبدالله بن مسعود وهو شذوذ، فالصحيح أنه لا كراهة في تزويجه إياها، وأنه يُحَدُّ إن وقع بها على ما جاء عن عمر بن الخطاب وعن علي بن أبي طالب. وقد روى ذلك مالك عن النبي عليه السلام من رواية النعمان بن بشير. وأما ما روي عن سلمة بن المحبق أن رجلاً زنى بجارية امرأته فقال النبي عليه السلام: «إِنْ كَانَ اسْتَكْرَهَهَا فَهِيَ حُرَّةٌ وَعَلَيْهِ مِثْلُهَا، وَإِنْ كَانَتْ طَاوَعَتْهُ فَعَلَيْهِ مِثْلُهَا»^(٦٩) فقليل فيه: إن ذلك كان في أول الإسلام، حين كانت العقوبات تجب في الأقوال بانتهاك الحرم التي ليست بأموال، ثم نسخ ذلك بما أنزل الله من الحدود على ما جاء في حديث النعمان بن بشير وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قليل له أرأيت إن هو ساق إلى امرأته جارية في صداقها فأراد

(٦٨) في ق ١ مراعاة في وقوعه.

(٦٩) رواه أبو داود، وذكر ابن العربي في شرحه لصحيح الترمذي أنه حديث منكر من جهة السند..

أن يتزوجها قبل أن يبني بها؟ قال: لا يجوز له لأنه شريك فيها.

قال محمد بن رشد: وكذلك إن زنى بها لم يُحَدِّدْ، وهو على مذهبه، وروايته عن مالك، في أنه إن ماتت الجارية ثم طلقها فالمصيبة منها، والغلة بينهما. ويأتي على ما مضى في أول سماع أشهب، أنه إن أصدقها عبداً فمات عندها ثم طلقها قبل البناء، إن المصيبة منها يرجع عليها بنصف قيمته، إنه لا يجوز له أن يتزوجها إن كانت أمة، ويُحَدِّدْ إن زنى بها، والقولان في وجوب الحد عليه إن زنى بها في ثمانية أبي زيد منصوص عليهما على هذين الأصلين، فقف على ذلك. وأما إن بنى بها فيجوز له أن يتزوجها، ويحد إن زنى بها، لأنها قد استوجبتها بالدخول، فهو بمنزلة إذا كانت لها من غير صداقها. وقد مضى القول على ذلك قبل هذا وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وقال: في رجل فجر بامرأة، أينكح ابنتها؟ قال: لا. قيل له فإن فجر بامرأة اتحل له أختها؟ قال: نعم، لأنها ممن يحل له أن يتزوجها بعد أختها، ولا يحل له أن يتزوج البنت بعد أمها.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله: إنه إذا فجر بالمرأة لا يتزوج ابنتها على الوجوب، خلاف مذهب مالك في المدونة إن ذلك على الكراهة، لا على الوجوب، ومثل ما في الواضحة من أن الحرام يحرم الحلال، خلاف ما في الموطأ من أنه لا يجرمه هي ثلاثة أقوال: الإباحة والكراهة والتحریم مرة رأى مالك التحريم في ذلك عبادة، لا لعله، فقصره على الموضع الذي ذكره إليه فيه، وهو النكاح الحلال، لأنه قال: ﴿وَحَلَالٌ أَبْنَائِكُمُ﴾^(٧٠) وليست الزنا بها حليلة للزاني، ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾^(٧١). وليس الزنا بها من نساء الزاني، ومرة راه لعله، وهي ألا يجبر الرجل وابنه المرأة الواحدة وأن لا يجبر المرأة

(٧٠) النساء: ٢٣.

(٧١) نفس الآية والسورة.

وابنتها الرجل الواحد، فطرد العلة في الحرام، ومرة ترجح الأمر عنده فرآه من المشتبهات، الذي تَرَكُهُ أحسن والأظهر أنه عبادة، لا لعة، بدليل إجماعهم على تحريم زوجة الابن على الأب، وزوجة الأب على الابن بالعقد، دون الدخول. ومن رأى التحريم لعة الاختيار، قال حمل العقد محمل الدخول، إذ لا يكون العقد إلا للدخول، فعلى القول بأنه يكره للرجل أن يتزوج المرأة إذا زنى بأمرها أو بابنتها، والمرأة إذا زنى بها أبوه أو ابنه أن يتزوجها، فعثر على ذلك قبل الدخول، أو كان الزنى بعد العقد وقبل الدخول، أمر بفراقها بطلاق، وكان عليه نصف الصداق، وعلى القول بأن الزنى يحرم الحلال إن كان التزويج بعد الزنى، فعثر على ذلك قبل الدخول، يفرق بينهما بغير طلاق، ولم يكن لها شيء من الصداق، وإن كان الزنا بعد التزويج وهو عالم أن نكاح المزنا بها يحرم عليه امرأته، فُرق بينهما، وكان عليه نصف الصداق، لأن الفراق جاء من قبله على ما مضى فوق هذا في الذي يشتري امرأته قبل البناء وهو عالم أنها امرأته، أو ليس بعالم، ولا اختلاف في أن الوطء الفاسد في العقد الصحيح، أو في العقد المختلف في تحريمه، يحرم الربيبة وأما إن كان العقد فاسداً لم يختلف في تحريمه، فوطيء فيه وهو عالم بفساده، كالزاني يحد، ولا تحرم عليه الربيبة، إلا على القول بأن الزنى يجرمها. واختلف إن وطئها وهو يظن أن النكاح صحيح، أو أنها زوجته وما أشبه ذلك مما يكون شبهة يُدْرَأُ بها عنه الحد، على القول بأن الزنى لا يجرم، هل يقع ذلك التحريم، كالوطء بالنكاح من أجل أنه وطء لا حَدَّ فيه أم لا؟ على قولين، الأصح منهما في النظر، أنه لا يقع به التحريم، لأنه إنما وطيء من ليست له بزوجة، فإذا لم يجعل التحريم لعة الاختبار، وقال إنه عبادة لغير علة، وجب ألا يوجب ذلك حرمة. وقد اختلف من هذا المعنى في الذي يريد من الليل زوجته، فتقع يده على ابنته فيياشرها متلذذاً بها، أو يطأها، هل تحرم عليه أمها وهي زوجته فحكم له (٧٢) بعض القرويين بحكم الربيبة، وحرم عليه

بذلك أنها زوجه وروي عن سحنون، والليث بن سعد، أنها لا تحرم عليه. وهو الصحيح، لأن ابنته (٧٣) ذا محرم منه لا ينعقد له فيها نكاح البتة، فهي بخلاف الربيبة، لأن الربيبة قد كان له أن يتزوجها لو لم يتزوج أمها، فهي التي ورد تحريم كل واحد منها بنكاح صاحبها وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وقال: في رجل أحضر رجلاً فقيل نراك تنصر هذا، ولقد بلغنا أنه خنتك، فقال: نعم أنصره واشهدوا أنني قد زوجته ابنتي، فقيل له بكم؟ فقال بما شاء، ثم قام الرجل بعد ذلك فقال: امرأتي، فقال الأب والله ما كنت إلا لاعباً، قال: يحلف الأب بالله ما كان ذلك منه، على وجه النكاح، ولا شيء عليه، قيل له: طلب ذلك بحدثانه أو بعد ذلك بيومين. قال: ذلك سواء.

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم، مثل ما حكى أبو عبيد عن مالك، ورواه الواقدي عنه من أن هزل النكاح هزل، ولا يجوز منه إلا ما كان على وجه الجسد، خلاف المشهور المعلوم من قول مالك وأصحابه في المدونة وغيرها، من أن هزله جسد، على ما جاء في ذلك عن جماعة من السلف عمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب وغيرهما.

مَسْأَلَةٌ

وقال: في رجل فوض إليه، فبني وأرخيت الستور، فأنكر أهل الجارية أن يكون دفع شيئاً من الصداق، وقال دفعت. قال: القول قول الزوج.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه لما كان القول قوله بعد الدخول في الصداق المسمى إذا ادعا أنه دفعه قبل الدخول، من أجل أنه

(٧٣) في ق ١ لأن البنت ذات محرم منه.

ليس له أن يدخل حتى يؤديه، وجب أن يكون القول قوله، دفع صداق المثل إذا فوض إليه، من أجل أنه ليس له أن يدخل بها في التفويض، حتى يدفع إليها صداق مثلها، وإن كان الذي ادعا أنه دفع إليها أقل من صداق مثلها، حلف على ذلك، ووفأها تمام صداقها وإن ادعا عليها أو على أبيها إن كانت بكرة الرضا بذلك من صداق مثلها، لم يصدق وحلف على ذلك هي وأبؤها إن كانت بكرة، وإن ادعى أنه دفع إليها أكثر من صداق مثلها، ليلزمها التجهز بذلك إليه لم يصدق في الزائد، وأسقطته عن نفسها بيمينها، تحلف بالله ما دفع إليها شيئاً ويحلف هو بالله لقد دفع إليها ما ادعى، ويكون عليها أن تتجهز إليه من ذلك بقدر صداق مثلها.

مَسْأَلَةٌ

وعن الولي ينكح الجارية على إن رضيت فترضى، قال: يفسخ النكاح، قيل له: وإن كانت قريباً، قال: نعم، قيل له: فإن بنى بها، قال: أما البناء فلا أدري، وضعف الفسخ فيه. وروايته في معنى قوله فلا يرى الفسخ إذا بنا.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأنه إذا تزوجها على إن رضيت فهو نكاح العقد على خيار، وإن كانت قريبة، إلا أن تكون حاضرة في البلد، فيرسلا إليها ليعلم رضاها في الفور قبل أن يفترقا من مجلسها، فيجوز ذلك على معنى ما مضى في آخر سماع أصبغ، وقوله إنه لا يفسخ بعد البناء، وهو أحد قولي مالك في المدونة وفي رسم باع شاة من سماع عيسى. وقد مضى من القول على ذلك هنالك ما لا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال: وسألته عن رجل قال في مرضه قد زوجت ابنتي فلاناً وأصدقته عنه مائة دينار، قال: ذلك جائز، ويخرج من الثلث، إذا

كان أجنبياً. قال: ولو قال قد أصدقت امرأة ابني عن ابني (٧٤) مائة دينار لم يجوز.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة موعباً في رسم العرية من سماع عيسى فلا معنى لإعادة شيء من ذلك ها هنا وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال: ولو أن رجلاً أسلم، وامرأته من غير أهل الكتاب فعرض عليها الإسلام فأبت، ثم أسلمت بعد ذلك، لم يكن له عليها رجعة إلا بنكاح جديد.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لقول الله عز وجل: ﴿وَلَا تُنْسِكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ﴾ (٧٥) وهو يبين ما وقع في المدونة من أن الفرقة لا تقع بينهما إذا لم تسلم بعد إسلامه، إلا أن يتناول ذلك بأكثر من الشهر أن معناه إنما هو إذا غفل عن عرض الإسلام عليها. قال بعض شيوخ القرويين: وهذا في المدخول بها، فلا يستحق في ذلك الشهر، ولا تكون زوجته إلا إذا أسلمت بالقرب، ولا فرق في القياس بين المدخول بها وغير المدخول بها في هذا، لأن العصمة بينهما قائمة وإن لم يدخل بها. وقد أمره الله ألا يمسك بها، فإما أن يحمل امرؤ عز وجل على الفور فيها جميعاً أو على التراخي فيها جميعاً، وحمله مالك على التراخي، وخفف الشهر في ذلك ما لم توقف فتابا الإسلام. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وقال في رجل أراد أن يتزوج امرأة ربيبه زوج أمه: إنه لا بأس به.

(٧٤) حذف عبارة: عن ابني من ق ١.

(٧٥) المتحنة: ١٠.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الله عز وجل إنما حرم عليه زوجة أبيه لقوله: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ (٧٦) وربيه ليس بأب له، فلا حرمة بينه وبين زوجته، إلا أن يكون تزوج أمه ودخل بها وهي ترضعه، لأنه يصير بذلك، أباً له من الرضاعة، فلا يتزوج امرأته.

مَسْأَلَةٌ

وقال ابن القاسم في رجل تزوج صبياً صغيرة وشرط لها عليه إن تزوج عليها فأمر نفسها بيدها، فتزوج عليها وهي صبياً صغيرة، قال: إن كانت قد عَقَلَتْ وعرفت الطلاق والخيار، فلها الخيار. وإن كانت لم تعرف ذلك استؤني بها حتى تعقل، ثم تختار، إن شاءت. قيل له: فإن كان تزوجها على أنه إن تزوج عليها فأمر التي تزوج عليها بيدها، فتزوج عليها وهي صغيرة لا تعقل، قال: يفسخ نكاحه.

قال محمد بن رشد: أما التي شرط لها عليه إن تزوج عليها فأمر نفسها بيدها، فتزوج عليها وهي صغيرة لا تعقل. فقوله فيها: إنه يستأنى بها حتى تعقل ثم تختار إن شاءت، فهو صحيح. مفسر لجميع الروايات. من ذلك ما وقع في كتاب التملك في رسم: الشجرة من سماع ابن القاسم، ورسم: بع، ولا نقصان عليك من سماع عيسى. ووجه ذلك أنه إذا تزوج عليها وهي صغيرة لا تعقل، فقد أوجب لها في نفسها التملك إذا عقلت، وقد لا تعقل أو تموت قبل أن تعقل فكان ذلك بمنزلة الذي يقول لامرأته: امرك بيدك، إذا قدم فلان، إن الأمر يكون بيدها إذا قدم فلان. وأما التي شرط لها عليه أنه إن تزوج عليها فأمر التي تزوج عليها بيدها وهي صغيرة لا تعقل، فقد مضى القول في نظيرها في رسم إن خرجت من سماع عيسى، لأن الصغيرة التي لا تعقل كالمجنونة، فالكلام على تلك يغني عن الكلام على هذه

ولو كانت ممن يعقل لكان لها الخيار، وإن لم تبلغ في المسألتين جميعاً، ولا اختلاف في ذلك أحفظه وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم: كل نكاح اختلف فيه ليس بحرام، فإن طلق فيه لزمه الطلاق، مثل أن يحلف بطلاق امرأة إن تزوجها، ونكاح المريض، ونكاح السر الذي يتزوج سراً بشهادة شاهدين ويُستكتما ذلك، فتطلق في ذلك كله قبل أن يفسخ إن الطلاق قد لزمه، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره إن كانت البتة.

قال محمد بن رشد: هذا مذهب ابن القاسم في المدونة الذي اختاره لرواية بلغته عن مالك إن كل نكاح اختلف الناس فيه فالفسخ فيه طلاق، والطلاق فيه قبل الفسخ، لازم، والميراث فيه واجب، والخلع فيه جائز نافذ، وإن كان الفساد في العقد دون الصداق، وجب فيه جميع الصداق المسمى بالموت، ونصفه بالطلاق قبل الدخول ما لم يفسخ. وكل نكاح لم يختلف في فساده فلا طلاق فيه ولا ميراث، والخلع فيه مردود، لأن مذهب ابن القاسم أن الخلع تابع للطلاق، خلاف قول ابن الماجشون. ومذهب ابن المواز. وقد ذكرنا ذلك في سماع سحنون. والذي أجازته^(٧٧) سحنون وقال به أكثر الرواة، إن كل نكاح كانا مغلوبين على فسحه، فالفسخ فيه ليس بطلاق، ولا طلاق ولا ميراث فيه قبل الفسخ، حيث يغلبان عليه. فما فسد لصداقه على هذا القول، لا طلاق ولا ميراث فيه قبل الدخول، ويكون الطلاق والميراث فيه بعد الدخول. وفي كتاب النكاح الثالث^(٧٨) من المدونة قول ثابت، وهو: أن ما كان من الأنكحة يفسخ قبل الدخول وبعده، فلا طلاق فيه ولا ميراث قبل الدخول ولا بعده، وإن كان قد اختلف فيه، وما كان منها يفسخ قبل الدخول

(٧٧) في ق ١. والذي اختاره.

(٧٨) في ق ١. وفي كتاب النكاح الثاني من المدونة، وهو قول ثالث.

وثبت بعده، ففيه الطلاق والميراث قبل وبعد. والمشهور في المذهب، أن الحرمة تقع بكل نكاح مختلف فيه وأجرا ابن حبيب الحرمة مجرا الطلاق والميراث، ومثله لابن القاسم في الديمياطية. قال في المريض يتزوج المرأة في مرضه: إنها تحل لابنه وأبيه إن لم يكن دخل بها. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وعن الرجل يزوج ابنته ويقبض صداقها وهي بكر، وقد استهلكه. قال: إذا أقر به فهو ضامن له. قيل: فقال: قد دفعته إليها قال: إن كان دفعه إليها عيناً فهو له ضامن، لأن الأبكار، ليس يدفع إليهن الدنانير، إنما يجهزن. قيل: فدخلت على زوجها وزعم أنه جهزها بصداق كذا وكذا ودفعه إليها وأنكرت ذلك، قال: يحلف ويبرأ.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة بعينها على نصها في أول سماع أصبغ، والكلام عليها هناك مستوفاً، فلا معنى لإعادته مرة أخرى.

مَسْأَلَةٌ

وقال: في رجل تزوج امرأة وكان في صداقها خادم، فدخل بها، فطلبت الخادم، فقال: قد صالحتني منها على دنانير، ودفعتها إليك، قال: لا يصدق الزوج، لأنه مدّع قال: فإن أقرت بالصلح صدق ولم يكن لها شيء إذا قال: قد دفعتها إليك وإن زعمت أنها لم تقبض شيئاً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إن الزوج لا يصدق في دعواه دفع الدنانير إليها صلحاً عن الخادم، لأنه مدّع في شراء الخادم الذي عليه لها منها، ولا دليل له على ذلك يصدق دعواه، فوجب أن يكون عليه إقامة البينة، لقول

النبي عليه السلام: «الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» (٧٩) فإن أقرت له بالصلح كان القول قوله في دفع الدنانير إليها، لأن تمكينها إياه من الدخول بها دليل على صحة دعواه في الدفع إليها وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وعن نصراني تزوج نصرانية وشرط أبو الجارية على أبي الزوج أنه إن أسلم زوج ابنتي فأمرها بيدها أو بيدي قال: إن أسلم الزوج قبل أن يحتلم أو بعد ما احتلم وقبل أن يبني، أو بعدما بني، فلا شيء بيد امرأته ولا بيد أبيها ويسقط ذلك كله.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأن الشروط المنعقدة بين الزوجين من أهل الذمة في نكاحهما لا تلزمهما بعد الإسلام، كانت مما يلزم أهل الإسلام أو مما لا يلزم لأنه لا يلزم أهل الإسلام منها إلا ما كان بعد يمين من طلاق أو تملك، وذلك لا يلزم الكافر. وهذا معنى ما وقع في كتاب النكاح الثالث من المدونة على اختلاف في ذلك بين الروايات، يرجع جميعها إلى هذا وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وقال ابن القاسم: في الذي يبعث من يزوجه، فيزوجه ثم يموت الزوج ولا يدرى أقبل النكاح أو بعد؟ إنه لا ميراث بينهما حتى يعلم أنه مات بعده، وإن البينة على المرأة.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قال، وهو مما لا اختلاف فيه، لأنه لا يرث أحدٌ أحداً بشك، والمرأة غير وارثة حتى يعلم أن النكاح وقع قبل موته فعليها إقامة البينة على ذلك وبالله التوفيق.

(٧٩) رواه البيهقي في السنن، وابن عساكر عن ابن عمر بزيادة إلا في القسامة. كما ذكره السيوطي في الجامع الصغير.

مَسْأَلَةٌ

وقال ابن القاسم في الرجل يطأ الجارية ثم يزوجها غلامه فتلد منه جارية. إنها لا تحل لابنه. وروى عيسى بن دينار، أنه لا بأس به. قال عيسى: وإنما هو بمنزلة ما لو تزوج امرأة فوطئها ثم طلقها أو مات عنها، ثم تزوجت زوجاً فولدت جارية، إنه لا بأس به أن يتزوجها ابن الأول من غيرها، ولا بأس أن يتزوج ابنها من الآخر ابنة الأول من غيرها.

قال محمد بن رشد: وقعت هذه المسألة في بعض الأمهات في آخر هذا السماع، وقول ابن القاسم في سماع أبي زيد منه إنه لا يحل للرجل أن يتزوج ابنة عبد أبيه من جارية قد وطئها أبوه بعيداً. ورواية عيسى عنه أنه لا بأس بذلك هو الصحيح، إذ لا حرمة بينه وبينها، إلا أن يكون قد صار لها، أعني الجارية ابن من وطئ أبيه فلم ينقطع عنها حتى تزوجها العبد فحملت منه فوضعت وأرضعت ابنتها بذلك اللبن الذي كان أصله من أبيه، ولم ينقطع، لأنها تصير بذلك أخته للأب من الرضاعة، على ظاهر ما في المدونة، خلاف ما حكى ابن شعبان، وقال فيه: إنه إجماع من أن لبن المرأة ينقطع من زوجها الأول بوضعها من الثاني. والمسألة التي شبهها بها عيسى هي مثلها سواء، يدخل كل واحد منها ما يدخل صاحبتهما، إذ لا فرق بين الوطاء بالملك والنكاح، وبين العبد والحر فيما يوجب ذلك من حرمة النكاح. وقد أجمعوا أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج ما ولدت امرأة أبيه قبل أبيه. واختلفوا هل يجوز له أن يتزوج ما ولدت بعد أبيه على ثلاثة أقوال: أحدها إن ذلك جائز وهو قول مالك وكافة أصحابه العلماء، ورواية عيسى عن ابن القاسم هنا والثاني أن ذلك لا يحل وهو قول ابن القاسم في رواية أبي زيد عنه وقد ذكرنا بعد ذلك وأنه لا يصح إذا لم ترضعها بلبن لم ينقطع من أبيه. والثالث أن ذلك مكروه، حكى ذلك ابن حبيب عن طاوس وما للكراهية في ذلك عندي وجه، إلا إن كانت أمها أرضعتها بلبن زوجها الثاني، فينفي أن يكون

وطء زوجها الأول وهو الأب، قد زاد في لبنها من الزوج الثاني، وإن كان قد انقطع من الأول، أو لم يكن لها منه لبن أصلاً. وإن كانت ولدتها لما تلحق من الأنساب من أبيه، مخافة أن يكون الولد منه، لاحتمال أن يكون اهريقته عليه الدما (كذا) فجش الولد في بطنها وظنت أن ذلك حيض انقضت به عدتها فتزوجت فلما أصاب الولد الماء، تحرك الولد، ووضعته لما يلحق بها الأنساب من أبيه. فهذا له وجه أيضاً. وإلا فلا. والله ولي التوفيق.

تمّ كتاب النكاح بحمد الله وحسن عونه وتأيدته
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.