

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب نكاح البكر

قال رضي الله عنه واذا زوج الرجل ابنته الكبيرة وهي بكر فبلغها فسكتت فهو رضاها والنكاح جائز عليها واذا أبت ووردت لم يجز العقد عندنا وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يجوز العقد وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى احتج بقوله صلى الله عليه وسلم ليس للولي مع الثيب أمر فتخصيص الثيب بالذكر عند نفى ولاية الاستبداد للولي بالتصرف دليل على أنه يستبد بتزويج البكر ولأن هذه بكر فيملك أبوها تزويجها كما لو كانت صغيرة وهذا لما بينا أن بالبلوغ لا يحدث لها رأي في باب النكاح فإن طريق معرفة ذلك التجربة فكان بلوغها مع صفة البكارة كبلوغها مجنونة بخلاف المال والعلام فإن الرأي هناك يحدث بالبلوغ عن عقل والدليل عليه أن للاب أن يقبض صداقها بغير أمرها إذا كانت بكراً فإذا جعل في حق قبض الصداق كأنها صغيرة حتى يستبد الأب بقبض صداقها فكذا في تزويجها وحجتنا في ذلك حديث أنى هريرة وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح بكر زوجها أبوها وهي كارهة وفي حديث آخر قال في البكر زوجها وليها فإن سكتت فقد رضيت وإن أبت لم تكره وفي رواية فلا جواز عليها والدليل عليه حديث الخنساء فأتها جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت إن أبي زوجني من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة فقال صلى الله عليه وسلم أجيزي ما صنع أبوك فقالت مالي رغبة فيما صنع أبي فقال صلى الله عليه وسلم اذهبي فلا نكاح لك إنكحي من شئت فقالت أجزت ما صنع أبي ولكني أردت أن يعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالتها ولم يستفسر أنها بكر أو ثيب فدل أن الحكيم لا يختلف وفي الحديث المعروف البكر تستأمر في نفسها وسكوتهما رضاها فدل أن أصل الرضا منها معتبر والشافعي رحمه الله تعالى لا يعمل بهذا الحديث أصلاً فإنه يقول في حق الأب والجد لا يشترط رضاها

وفي تزويج غير الأب والجد لا يكتفي بسكوتها وما علق في حديث آخر من الحق لها بصفة
الثبوت المراد به في حق الضم والتفرد بالسكني يعني ان للوحي ان يضم البكر الى نفسه لانه
يخاف عليها ان تخدع فانها لم تمارس الرجال ولم تعرف كيدهم وللتب ان تفرد بالسكني لانها
آمنة من ذلك والمعنى فيه انها حرة مخاطبة فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالثيب وتأثيره
ان الحرية والخطاب وصفان مؤثران في استبداد المرء بالتصرف وزوال ولاية الاقليات عليه
كما في حق المال والغلام وبقاء صفة البكارة تأثيره في عدم الاهتداء بسبب انعدام التجربة
والامتحان ولهذا لا تثبت ولاية الاقليات عليه كما في المال فان الظاهر ان من يبلغ لا يكون
مهتديا الى التصرفات قبل التجربة والامتحان ولكن الاهتداء وعدم الاهتداء لا يوقف
على حقيقته وتختلف فيه أحوال الناس فاقام الشرع البلوغ عن عقل مقام حقيقة الاهتداء
تيسيرا للأمر على الناس وسقط اعتبار الاهتداء الذي يحصل قبل البلوغ بسبب التجربة
ويسقط اعتبار الجهل الذي يبقى بعد البلوغ لعدم التجربة الا ترى ان البكر التي لا أب
لها غير مهتدية كالتى لها أب ثم اعتبر رضاها في تزويجها بالاتفاق وكذلك اقرارها بالنكاح
يصح ولو كان بقاء صفة البكارة في حقها كبقاء صفة الصغر لم يجز إقرارها بالنكاح واما
قبض الصداق فمندا لو نهت الأب عن قبض صداقها لم يكن له ان يقبض ولكنه عند
عدم النهي له ان يقبض لوجود الاذن دلالة فان الظاهر ان البكر تستحق من قبض صداقها
وان الأب هو الذي يقبض لتجهيزها بذلك مع مال نفسه الى بيت زوجها فكان له ان يقبض
لهذا وعدم الثبوت لا توجد هذه العادة لان التجهيز من الآباء بالاحسان مرة بعد مرة
لا يكون فصار الأب في المرة الثانية كسائر الاولياء **قال** وان سكنت حين بلغها عقد
الأب فالنكاح جائز عليها لان الشرع جعل السكوت منها رضا لئلا الحياء فان ذلك يحول
بينها وبين النطق فتكون بمنزلة الخرساء فكما تقوم اشارة الخرساء مقام عبارتها فكذلك
يقام سكوت البكر مقام رضاها وكان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول اذا استأمرها قبل
العقد فسكنت فهو رضا منها بالنص فأما اذا بلغها العقد فسكنت لا يتم العقد لأن الحاجة الى
الاجازة هنا والسكوت لا يكون اجازة منها لأن هذا ليس في معنى المنصوص فان السكوت
عند الاستئثار لا يكون ملزما وحين يبانها العقد الرضا يكون ملزماً فلا يثبت ذلك بمجرد
السكوت ولكننا نقول هذا في معنى المنصوص لان عند الاستئثار لها جوابان نعم أو لا فيكون

سكوتها دليلاً على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة الى الرجال وكذلك اذا بلغها العقد فلها جوابان أجزت أو رددت فيجعل السكوت دليلاً على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو الاجازة **﴿قال﴾** وكذلك لو ضحكت لان الضحك أدل على الرضا بالتصرف من السكوت بخلاف ما اذا بكت فان البكاء دليل السخط والكراهة وقد قال بعض المتأخرين هذا اذا كان لبكائها صوت كالويل فأما اذا خرج الدمع من عينها من غير صوت البكاء لم يكن هذا ردّاً بل هي تحزن على مفارقة بيت أبيها وإنما يكون ذلك عند الاجازة وكذلك قالوا ان ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لا يكون رضاً والضحك الذي يكون بطريق الاستهزاء معروف بين الناس **﴿قال﴾** فان قال قبل النكاح ان فلانا يخطبك وأنا مزوجك اياه فسكتت ثم ذهب فزوجها جاز النكاح لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا خطب اليه بنت من بناته دنا من خدرها وقال ان فلانا يخطب فلانة ثم ذهب فزوجها ان سكتت وان نكحت خدرها باصبعها لم يزوجها وفي رواية أنه كان يقول ان فلانا يخطب فلانة فان كرهتيه قولي لا فانما طلب منها جواب الرد لا جواب الرضا فدل ان السكوت يكفي للرضا وفي الكتاب لم يشترط تسمية الصداق في الاستثمار وإنما اشترط تسمية الزوج لان الظاهر ان اختلاف رغبتهما يكون باختلاف الزوج وان الاب لا يقف على مرادها في حق الزوج فاما في حق الصداق فالاب يعلم بمرادها في ذلك وهو صداق مثلها فلا حاجة الى تسمية ذلك مع ان في أصل النكاح الشرط تسمية الزوجين لا المهر في الاستثمار أولى وبعض المتأخرين يقولون لا بد من تسمية المهر في الاستثمار لان رغبتهما تختلف باختلاف الصداق والقلة والكثرة والذي بيناه في الاب هو الحكم في سائر الأولياء فهذا دليل على ان الاستثمار انما يكون ممتبراً من الولى الذي يملك مباشرة العقد فاما الاجنبى اذا استأمرها فسكتت لم يكن له أن يزوجها لان سكوتها لعدم الالتفات الى استثمار الاجنبى فكانها قالت مالك وللإستثمار حين لم تكن بسبيل من العقد الا أن يكون الذى استأمرها رسول الولى فينبذ الرسول قائم مقام المرسل وحكي عن الكرخى رحمه الله تعالى ان سكوتها عند استثمار الاجنبى يكون رضاً لانها تستحي من الاجنبى أكثر مما تستحي من الولى **﴿قال﴾** واذا قالت البكر لم أرض حين بلغني وادعى الزوج رضاها فالتقول قولها عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى القول قول الزوج لانه متمسك بما هو الاصل

وهو السكوت والمرأة تدعى عارضاً وهو الرد فيكون القول قول من يتمسك بالأصل
 كالمشروط له الخيار مع صاحبه إذا اختلفا بعد مضي المدة فادعى المشروط له الخيار الرد
 وأنكره صاحبه فالقول قوله لتمسكه بالأصل وهو السكوت وكذلك الشفيع مع المشتري
 إذا اختلفا فقال الشفيع علمت بالبيع أمس فطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكت فالقول
 قول المشتري لتمسكه بما هو الأصل ولكننا نقول الزوج يدعى ملك بضعها وهذا ملك
 حادث وهي تنكر ثبوت ملكه عليها فكانت هي المتمسكة بالأصل فكان القول قولها كما
 لو ادعى أصل العقد وأنكرت هي وهذا لأن ما قاله زفر رحمه الله تعالى نوع ظاهر والظاهر
 يكفي لدفع الاستحقاق لا لإثبات الاستحقاق وحاجة الزوج هنا إلى إثبات الاستحقاق
 وفي الحقيقة المسئلة تنبني على مسألة أخرى وهو أنه إذا قال لعبدته إن لم تدخل الدار اليوم
 فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وقال المولى قد دخلت عند زفر رحمه الله تعالى
 القول قول العبد لتمسكه بما هو الأصل وعندنا القول قول المولى لأن حاجة العبد إلى إثبات
 الاستحقاق والظاهر لهذا لا يكفي ولأن عدم الدخول شرط للمعتق ولا يكفي بثبوت
 الشرط بطريق الظاهر فكذلك هنا رضاها شرط لثبوت النكاح والظاهر لا يكفي لذلك
 فأما الشفيع إذا قال طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله وإن قال علمت أمس وطلبت
 الآن فالقول قول المشتري لأن حاجة المشتري إلى دفع استحقاق الشفيع والظاهر يكفي
 للدفع وكذلك في باب البيع فإن سبب لزوم العقد وهو مضي مدة الخيار قد ظهر فحاجة الآخر
 إلى دفع استحقاق مدعى الفسخ والظاهر يكفي لذلك فإن أقام الزوج البينة على سكوتها
 ثبت النكاح والا فلا نكاح بينهما ولا يمين عليها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند
 أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تستحلف فإن نسكت قضى عليها بالنكاح وأصل المسئلة
 أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحلف في ستة أشياء في النكاح والرجعة والنيء في
 الأيلاء والرق والنسب والولاء وعندهما يستحلف في ذلك كله فيقضى بالنكول وقد
 ذكر في الدعوى فصلاً شائعاً إذا ادعت الأمة على مولاهما أنها أسقطت سقطاً مستبين
 الخلق وصارت أم ولد له بذلك وحجتها في ذلك أن هذه الحقوق تثبت مع الشبهات فيجوز
 القضاء فيها بالنكول كالأموال وهذا لأن النكول قائم مقام الأقرار ولكن فيه نوع شبهة
 لأنه سكوت والسكوت محتمل فأنما يثبت به ما يثبت مع الشبهات ولهذا لا يثبت القصاص

بالنكول لانه يندرى بالشبهات وانما يثبت بالنكول ما يثبت بالابدال من الحجج نحو كتاب
 القاضى الى القاضى والشهادة على الشهادة وهذه الحقوق تثبت بذلك فكذلك بالنكول لانه
 بدل عن الاقرار وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذه الحقوق لا يجزى فيها البديل فلا يقضى
 فيها بالنكول كالفصاص فى النفس وبيان الوصف ظاهر فان المرأة لو قالت لا نسكاح بينى
 وبينك ولكن بذات لك نفسى لا يعمل بذلها وكذلك لو قال لست بابن لك ولا مولى
 ولكن أبذل لك نفسى أو قال أنا حر الاصل ولكن أبذل لك نفسى لتسترقنى لا يعمل بذله
 أصلاً بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس لك ولكن أبذله لك لا تخلص من خصوصته
 كان بذله صحيحاً وتأثيره ان النكول بمنزلة البذل لا بمنزلة الاقرار فانا لو جعلناه بذلاً يتوصل
 المدعى الى حقه مع بقاء المدعى عليه محقاً فى انكاره واذا جعلناه اقراراً يحمل المدعى عليه مبطلاً
 فى انكاره وذلك لا يجوز الا بحجة ولان النكول سكوت فهو الى ترك المنازعة أقرب منه
 الى الاقرار فانما يثبت به أدنى ما يثبت بترك المنازعة وهو البذل فرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى
 بين هذا وبين الفصاص فى النفس فان هناك يستحلف وان كان لا يقضى بالنكول لان
 اليمين فى النفس مقصودة لمعظم أمر الدم الا ترى ان الأيمان فى القسامة شرعت مكررة وفى
 هذه المسائل اليمين ليست بحق له مقصوداً وانما المقصود منه القضاء بالنكول فاذا لم يجز
 القضاء بالنكول لا حاجة الى الاستحلاف لكونه غير مفيد وبان كان يثبت بالابدال من
 الحجج فذلك لا يدل على انه يستحلف فيه كتصديق المقدوف القاذف يثبت بالابدال من الحجج
 ولا يجزى فيه الاستحلاف **قال** * وان كان الزوج قد دخل بها ثم قالت لم أرض لم تصدق
 على ذلك لان تمكينها الزوج من نفسها أدل على الرضا من سكوتها الا ان يكون دخل بها
 وهى مكرهة فيئذ القول قولها لظهور دليل السخط منها دون دليل الرضا ولا يقبل عليها
 قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك للزوج واقاربه عليها بالنكاح بعد بلوغها غير
 صحيح بالاتفاق وهذا لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره فى لزوم العقد عليها أيضاً
قال * واذا زوج ابنه الكبير فبلغه فسكت لم يكن رضاحتى يرضى بالكلام أو بفعل
 يكون دليل الرضا لان فى حق الانثى السكوت جعل رضا لمة الحياء وذلك لا يوجد فى الغلام
 فانه لا يستحي من الرغبة فى النساء ولان السكوت من البكر محبوب فى الناس عادة وفى
 حق الغلام السكوت مذموم لانه دليل على التخثت فلهذا لا يقام سكوته مقام رضاه

﴿ قال ﴾ واذا مات زوج البكر قبل أن يدخل بها بعد ما خلاها زوجها أبوها بعد انقضاء
 العدة كما تزوج البكر لان صفة البكارة قائمة والحياء الذي هو علة قائم فان بوجوب
 العدة والمهر لا يزول الحياء فلذلك لا يكتفي بسكوتها وان جومت بشبهة أو نكاح فاسد لم
 يحز تزويجها بعد ذلك الا برضاها ولا يكتفي بسكوتها في هذا الموضع لانها تيب لقوله صلى
 الله عليه وسلم واليب تشاور فاما اذا زنت يكتفي بسكوتها عند التزويج عند أبي حنيفة رحمه
 الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى لا يكتفي بسكوتها لانها تيب لان
 التيب اسم لامرأة يكون مصيبها عائداً اليها مشتق من قولهم تاب أي رجع والبكر اسم
 لامرأة مصيبها يكون أول مصيب لها لان البكارة عبارة عن أولية الشيء ومنه يقال لأول النهار
 بكرة وأول الثمار با كورة والدليل عليه انها تستحق من الوصية للثيب دون الوصية للابكار
 واذا كانت ثيباً وجب مشورتها بالنص ولا يجوز الاشتغال بالتعليل مع هذا لانه يكون تعليلاً
 لا بطلان حكم ثابت بالنص ولان الحياء بعد هذا يكون رعونته منها فانها لما لم تستح من
 اظهار الرغبة في الرجال على أخش الوجوه كيف تستحي من اظهار الرغبة على أحسن الوجوه
 بخلاف حياء البكر لانه حياء كرم الطبيعة وذلك أمر محمود وهذه لو كان فيها حياء انما هو
 استحياء من ظهور الفاحشة وذلك غير ماورد فيه النص ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى
 يقول صاحب الشرع انما جعل سكوتها رضااً للبكارة بل لعله الحياء فان عائشة رضيت الله
 تعالى عنها لما اخبرت أنها تستحي حينئذ قال سكوتها رضاها وغلبة الحياء هنا موجودة فانها
 وان أتيت بالزنا مرة لفرط الشبق أو أكرهت على الزنا لا ينعدم حياؤها بل يزداد
 لان في الاستنطاق ظهور فاحشتها وهي تستحي من ذلك غاية الاستحياء وهذا الاستحياء
 محمود منها لانها سترت ما على نفسها وقد أمرت بذلك قال صلى الله عليه وسلم من أصاب
 من هذه الفاذورات شيئاً فليستر بستر الله وقبل هذا الفعل انما كانت لا تستنطق لان
 الاستنطاق دليل ظهور رغبتها في الرجال فاذا سقط نطقها في موضع يكون النطق دليل
 رغبتها في الرجال على أحسن الوجوه فلان يسقط نطقها في موضع يكون النطق دليل
 الرغبة في الرجال على أخش الوجوه كان أولى بخلاف ما اذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد
 لان الشرع أظهر ذلك الفعل عليها حين أزم المهر والعدة وأثبت النسب بذلك الفعل وهنا
 الشرع ما أظهر ذلك عليها اذ لم يعلق به شيئاً من الاحكام وأمرها بالستر على نفسها فان

أخرجت وأقيم عليها الحد فالصحيح انه لا يكتفى بسكوتها أيضا بعد ذلك وكذلك اذا صار الزنا عادة لها وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى يقول في هذين الفصلين يكتفى بسكوتها أيضا لانها بكر شرعا . ألا ترى أنها تدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولكن هذا ضعيف فان في الموطؤة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ولا يكتفى بسكوتها فعرنا ان المعتبر بقاء صفة الحياء ولو زالت بكارتها بالوثبة أو الطفرة أو بطول التعنيس يكتفى بسكوتها عندنا وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى هي بمنزلة الثيب استدلالا بالبيع فانه لو باع جارية بشرط أنها بكر فوجدها المشتري بهذه الصفة كان له ان يردّها فدل انها ليست ببكر بعدما أصابها ما أصابها ولكننا نقول هي بكر لان مصيبتها أول مصيب لها الا انها ليست بعذراء والعادة بين الناس انهم باشرط البكارة في السرائر يريدون صفة العذرة فلماذا ثبت حق الرد فأما هذا الحكم تعلق بالحياء أو بصفة البكارة وهما قائمان الا ترى ان عائشة رضی الله عنها لما افتخرت بالبكارة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم اشارت الى هذا المعنى فقال رأيت لو وردت واديين احدهما رعاها أحد قبلك والاخرى لم يرعها أحد قبلك الى ايها تميل فقال صلى الله عليه وسلم الى التي لم يرعها أحد قبلي فقالت انا ذلك فعرنا انها لم توطأ فهي بكر ﴿ قال ﴾ واذا زوج البكر أبوها من رجل وأخوها من رجل آخر بعده فأجازت نكاح الاخ جاز ذلك عليها ولم يجز نكاح الاب وهو بناء على أصلنا ان العقد لا يجوز الا برضاها سواء كان المباشر أباً وأخاً فانما وجد شرط نفوذ نكاح الاخ وهو رضاها بذلك ومن ضرورة رضاها بنكاح الاخ رد نكاح الاب فهذا يبطل نكاح الاب ﴿ قال ﴾ واذا زوجها وليها بغير أمرها فلم يبلغها حتى ماتت هي أو مات الزوج لم يتوارثا لان النكاح لا ينفذ عليها الا برضاها والارث حكم يختص بالنكاح الصحيح المنتهي بالموت ولم يوجد فهو بمنزلة النكاح الفاسد اذا مات فيه أحدهما لم يتوارثا ﴿ قال ﴾ وان زوجها أبوها وهو عبد أو كافر ورضيت به جاز لان العقد كان موقوفا على اجازتها الا ترى انها لو أذنت في الابتداء نفذ عقده باذنها فكذلك اذا أجازت في الانتهاء ولكن لانقول سكوتها رضا منها لان العاقد لم يكن ولياً لها والحاجة في عقد غير الولي الى توكيلها لا الى رضاها والتوكيل غير الرضا فان التوكيل انابة والرضا اسقاط حق الرد فلماذا لا يثبت التوكيل بالسكوت وهذا يبين لك ما قلنا ان الصحيح في استئثار الأجنبي انه لا يكتفى بسكوتها ﴿ قال ﴾ واذا زوج البكر

وليها بأمرها وزوجت هي نفسها فان قالت هو الأول فالقول قولها وهو الزوج لانها أقرت
 بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا أدري أيهما أول ولا يعلم ذلك
 فرق بينهما لانه لا يمكن تصحيح نكاحها فان المرأة لا تحل لرجلين بالنكاح وليس أحدهما
 بأولى من الآخر فيفرق بينها وبينها لهذا وكذلك لو زوجها وليان بأمرها والثيب والبكر
 في هذا سواء لما بينا **قال** **﴿** واذا زوج البكر وليها فأخبرها بذلك فقالت لا أرضى ثم قالت قد
 رضيت فلا نكاح بينهما لان العقد قد بطل بينهما بردها فانما رضيت بمد ذلك بالعقد المفسوخ
 وذلك باطل ولهذا جرى الرسم بتجديد العقد عند الزفاف لانها في المرة الاولى تظهر الرد وغير
 ذلك لا يحمدها منها ثم لا يزال بها أو لياؤها يرغبونها حتى رضيت فلو لم يتجدد العقد
 كانت تزف الى أجنبي فلماذا استحسننا تجديد العقد عند الزفاف **﴿** قال **﴿** واذا استؤمرت
 في نكاح رجل خطبها فابت ثم زوجها الولي منه فسكتت فهو رضاها لانها لما أبت بطل
 استثمارها فكانه زوجها من غير استثمار فيكون سكوتها رضاها وكان محمد بن مقاتل رحمه
 الله تعالى يقول هنا لا يجوز ولا يكون سكوتها رضا لانها قد صرحت بالسخط فكيف يكون
 سكوتها بمد ذلك دليل رضاها ولكننا نقول قد يسخط المرء الشيء في وقت ويرضى به في
 وقت آخر فسخطها قبل العقد لا يمنعنا ان نجعل سكوتها رضا بمد العقد والله أعلم بالصواب

باب نكاح الثيب

قال **﴿** قد بلغنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان رجلا زوج ابنته وهي كارهة وهي تريد
 عم صبياتها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينها وبين الذي زوجها منه أبوها ثم
 زوجها عم ولدها وهذه المرأة كانت ثيبا لان الراوى قال وهي تريد عم صبياتها فهذا دليل
 على ان نكاح الاب الثيب لا ينفذ بدون رضاها وهو جمع عليه ولا يكون للشافعي في
 هذا الحديث حجة علينا في البكر لان ضد هذا الحكم في حق البكر مفهوم والمفهوم عندنا
 ليس بحجة ولانه خص الثيب بالذكر وتخصيص الثيب بالذكر لا يدل على أن الحكم
 في غيرها بخلافه ثم في هذا الحديث دليل على أن الولي اذا امتنع عن التزويج زوجها الامام فان
 الاب هنا امتنع من تزويجها ممن أرادت فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم بولاية الامامة
 وفيه دليل على ان اختيار الأزواج اليها لا الى الولي لانها هي التي تعاشر الأزواج فانما تحسن

المشورة مع من تختاره دون من يخاره الولي **قال** * وإذا زوج الثيب أبوها قبلها فسكت
لم يكن سكوتها رضا بالنكاح لأن الأصل في السكوت أن لا يكون رضا لكونه محتملاً في نفسه
وانما أقيم مقام الرضا في البكر لضرورة الحياء والثابت بالضرورة لا يعمدو موضع الضرورة ولا
ضرورة في حق الثيب فهذا لا يكفي بسكوتها عند الاستئثار ولا إذا بلغها العقد والله
سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النكاح بغير ولي

قال * رضي الله عنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها
برضاها بخفاء أولياؤها فخاصموها إلى علي رضي الله عنه فأجاز النكاح وفي هذا دليل على أن
المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت بغير الولي أن يزوجه فزوجها جاز النكاح وبه أخذ أبو
حنيفة رحمه الله تعالى سواء كانت بكراً أو ثيباً إذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية
سواء كان الزوج كفواً لها أو غير كفء فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن كفواً لها فلا ولياء
حق الاعتراض وفي رواية الحسن رضي الله عنه إن كان الزوج كفواً لها جاز النكاح وإن
لم يكن كفواً لها لا يجوز وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى أولاً يقول لا يجوز تزويجها من كفء
أو غير كفء إذا كان لها ولي ثم رجع وقال إن كان الزوج كفواً جاز النكاح والافلام
رجع فقال النكاح صحيح سواء كان الزوج كفواً لها أو غير كفء لها وذكر الطحاوي قول
أبي يوسف رحمه الله تعالى إن كان الزوج كفواً أمر القاضي الولي بإجازة العقد فإن أجازته
جاز وإن أبي أن يجيزه لم يفسخ ولكن القاضي يجيزه فيجوز وعلى قول محمد رحمه الله تعالى
يتوقف نكاحها على إجازة الولي سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فإن أجازها الولي
جاز وإن أبطله بطل إلا أنه إذا كان الزوج كفواً لها ينبغي للقاضي أن يجدد العقد إذا أبي
الولي أن يزوجه منه وعلى قول مالك والشافعي رحمهما الله تعالى تزويجها نفسها منه باطل على
كل حال ولا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً سواء زوجت نفسها أو بنتها أو أمتها أو توكلت
بالنكاح عن الغير ومن العلماء رحمهم الله تعالى من يقول إذا كانت غنية شريفة لم يجز تزويجها
نفسها بغير رضا الولي وإن كانت فقيرة خسيصة يجوز لها أن تزوجه نفسها من غير رضا الولي
ومنهم من فصل بين البكر والثيب وهم أصحاب الظواهر أما من شرط الولي استدلال بقوله

تعالى ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن . وقال الشافعي رحمه الله تعالى وهذه آية في
 كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لا يجوز بغير ولي لأنه نهى الولي عن المنع وإنما تحقق
 المنع منه إذا كان ممنوع في يده وفي حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه
 وسلم قال أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل وإذا دخل بها فلها
 المهر بما استحل من فرجها لا وكس ولا شطط فإن تشاجرا فالسلطان ولي من لا ولي له وفي
 الحديث المشهور أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح إلا بولي وفي حديث ابن عباس
 رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح
 خاطب وولي وشاهدا عدل وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه
 وسلم قال لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها وإنما الزانية هي التي تنكح نفسها وإن
 عائشة رضي الله عنها كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول اعتدوا فإن النساء لا يقدن
 والمعنى فيهن ناقصة نقصان الأنوثة فلا تملك مباشرة عقد النكاح لنفسها كالصغيرة والمجنونة
 وهذا لأن النكاح عقد عظيم خطره كبير ومقاصده شريفة ولهذا أظهر الشرع خطره
 باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المأوضات فلاظهار خطره يجعل مباشرة مفوضة
 إلى أولى الرأي الكامل من الرجال لأن النساء ناقصات العقل والدين فكان نقصان عقلا
 بصفة الأنوثة بنزلة نقصان عقلا بصفة الصغر ولهذا اتفق محمد رحمه الله تعالى أن عقدها يتوقف
 على اجازة الولي كما أن عقد الصغيرة التي تعقل يتوقف على اجازة الولي (وعلى قول الشافعي
 رحمه الله تعالى لا ينعقد العقد بمبارتها أصلا كما لا ينعقد التصرف بعقده الصغيرة عنده
 والدليل عليه ثبوت حق الاعتراض للأولياء إذا وضعت نفسها في غير كف ولو ثبتت لها
 ولاية الاستبداد بالمباشرة لم يثبت للأولياء حق الاعتراض كالرجل وكذلك تملك المطالبة
 الولي بالتزويج ولو كانت مالكة للعقد على نفسها لما كان لها أن تطالب الولي به والدليل على
 اعتبار نقصان عقلا أنه لم يجعل اليها من جانب رفع العقد شيء بل الزوج هو الذي يستبد
 بالطلاق وإنما من جوز النكاح بغير ولي استدل بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في
 أنفسهن وبقوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره وقوله تعالى إن ينكحن أزواجهن أضاف
 العقد إليهن في هذه الآيات فدل أنها تملك المباشرة والمراد بالمفضل المنع حسبا بأن يجسها
 في بيت ويتنهما من أن تزوج وهذا خطاب للزواج فإنه قال في أول الآية وإذا طلقتم

النساء وبه نقول ان من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعا من التزوج بزواج آخر واما الاخبار فقوله صلى الله عليه وسلم الايم أحق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لا تزوج لها بكراً كانت أو ثيباً وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة وهو اختيار الكرخي رحمه الله تعالى قال الايم من النساء كالأعزب من الرجال بخلاف ما ذكر محمد رحمه الله تعالى ان الايم اسم للثيب وقد بينا هذا في شرح الجامع وقال صلى الله عليه وسلم ليس للولي مع الثيب أمر وحديث الخنساء حيث قالت بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكني أردت ان تعلم النساء ان ليس الى الآباء من أمور بناتهم شيء ولما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة رضی الله عنها اعتذرت، باعذار من جعلها ان أولياءها غيب فقال صلى الله عليه وسلم ليس في أوليائك من لا يرضي بي قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه وسلم خاطب به عمر بن أبي سلمة وكان ابن سبع سنين وعن عمر وعلي وابن عمر رضی الله تعالى عنهم جواز النكاح بغير ولي وان عائشة رضی الله تعالى عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر ابن الزبير وهو غائب فلما رجع قال أو مثلي يفتات عليه في بناته فقالت عائشة رضی الله تعالى عنها أو ترغب عن المنذر والله لتملكته أمرها وبهذا تبين أن ما رووا من حديث عائشة رضی الله تعالى عنها غير صحيح فان فتوى الراوى بخلاف الحديث دليل وهن الحديث ومدار ذلك الحديث على الزهرى وأنكره الزهرى وجوز النكاح بغير ولي ثم هو محمول على الامة اذا زوجت نفسها بغير اذن مولاهما أو على الصغيرة أو على المجنونة وكذلك سائر الاخبار التي رووا على هذا تحمل أو على بيان النذب ان المستحب أن لا تبشر المرأة العقد ولكن الولي هو الذي يزوجه والمعنى فيها أنها تصرفت في خالص حقها ولم تلحق الضرر بغيرها فينمقد تصرفها كالمو تصرفت في مالها وبيان الوصف أن النكاح من الكف، بغير المثل خالص حقها بدليل أن لها أن تطالب الولي به ويحجر الولي على الايفاء عند طلبها وهي من أهل استيفاء حقوق نفسها فانما استوفت بالباشرة حقها وكفت الولي مؤنة الايفاء فهو نظير صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه فاستوفى كان استيفاءه صحيحاً كذلك هنا والدليل عليه ان اختيار الأزواج اليها بالاتفاق والتفاوت في حق الاغراض والمقاصد انما يقع باختيار الزوج لا مباشرة العقد ولو كان لتقصان عقلا عبرة لما كان لها اختيار الأزواج وكذلك اقرارها بالنكاح صحيح على نفسها ولو كانت بمنزلة الصغيرة ماصح

اقرارها بالنكاح وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولى العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها ويجب على الولى تزويجها عند طلبها ولو كانت كالصغيرة لما وجب الايفاء بطلبها وانما يثبت لها حق مطالبة الولى لنوع من المروءة وهو أنها تستعى من الخروج الى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها ويمد هذا رونة منها وواحة ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها كما ورد الشرع بالمنهي عن أن يخاطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لان هذا المنهي لنوع من المروءة فلا يمنع جواز المنهي عنه واذا زوجت نفسها من غير كفء فقد ألحقت الضرر بالأولياء فثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم كما أن الشفيع يثبت له حق الاخذ بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه ولان طلب الكفاءة لحق الأولياء فلا تقدر على اسقاط حقهم وهذا لا يمنع وجود أصل عقدها في حق نفسها كأحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر أن يفسخ دفعاً للضرر عن نفسه وعلى رواية الحسن رحمه الله تعالى قال اذا زوجت نفسها من غير كفء لم يجز النكاح أصلاً وهو أقرب الى الاحتياط فليس كل ولى يحتسب في المرافعة الى القاضى ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كفء عليها وبهذا الطريق قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الاحوط أن يجعل عقدها موقوفاً على اجازة الولى ليندفع الضرر عن الولى الا أن الولى اذا قصد بالفسخ دفع الضرر عن نفسه بأن لم يكن كفواً لها صح فسخه وان قصد الاضرار بها بأن كان الزوج كفواً لها لم يفسخه ولكن القاضى يقوم مقامه في الاجازة كما يقوم مقامه في العقد اذا عضلها ومحمد رحمه الله تعالى يقول لما توقف العقد على اجازة الولى لتمام الاحتياط فكما ينقض باجازه ينفسخ بفسخه وبعدم ايفائه فليس للقاضى أن يجيزه ولكن يستقبل العقد اذا تحقق العضل من الولى وعلى هذا الاصل يقول اذا زوجت نفسها من كفء ثم مات أحدهما قبل المرافعة الى القاضى توارثا اما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فلان تصرفها في حق نفسها صحيح ومعنى التوقف لدفع الضرر عن الولى ولهذا لا يفسخ بفسخ الولى وانما انتهى النكاح الصحيح بالموت فيجربى التوارث بينهما وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يتوارثان لانه أصل العقد كان موقوفاً وفي العقد الموقوف لا يجربى التوارث وعلى هذا لو ظاهر منها أو آلى منها صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله تعالى خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى وان كانت فصرت في مهرها فزوجت نفسها بدون صداق مثلاً كان للأولياء حق الاعتراض حتى

يبلغها مهر مثلها أو يفرق بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قول أبي يوسف ومحمد
 رحمهما الله تعالى لا يثبت للأولياء حق الاعتراض إلا أن قول محمد رحمه الله تعالى لا يتحقق
 في تزويجها نفسها وإنما يتحقق فيما قال في كتاب الاكراه وإذا أكرهت المرأة الولي على أن
يزوجها بأقل من مهر مثلها فزوجها ثم زال الاكراه فرضيت المرأة وأبي الولي أن يرضى
 فليس له ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لأن المهر من خالص حقها فإنه
 بدل ما هو مملوك لها ألا ترى أن الاستيفاء والابراء اليها والتصرف فيه كيف شاءت
 وتصرفها فيما هو خالص حقها صحيح فلا يكون للأولياء حق الاعتراض وأبو حنيفة رحمه
 الله تعالى يقول أنها ألحقت الضرر بالأولياء فيكون لهم حق الاعتراض كما لو زوجت نفسها
 من غير كفء وبيان ذلك أن الأولياء يتفاخرون بكمال مهرها ويميزون بنقصان مهرها
 فإن ذلك مهر المومسات الزانيات عادة وفيه يقول القائل

وما على أن تكون جارية تمشط رأسي وتكون فاليه
 حتى ما اذا بلغت ثمانيه زوجتها مروان أو معاويه
 أختان صدق ومهور غاليه

ومع لحوق العار بالأولياء فيه الحاق الضرر بنساء العشيرة أيضاً فإن من تزوج منهن بعد هذا بغير
 مهر فإنما يقدر مهرها بمهر هذه فمرفناً أن في ذلك ضرراً عليهن وإنما يذب عن نساء العشيرة
 رجالها فكان لهم حق الاعتراض فأما بعد تسمية الصداق كاملاً صار حق العشيرة مستوفي
 وبقاء المهر يخلص لها فإن شاءت استوفت وإن شاءت أبرأت وهو نظير حق الشرع
 في تسمية أصل المهر في الابتداء وإن كان البقاء يخلص لها وإن طلقها قبل أن يدخل بها كان
 لها نصف ما سمي لها لأن الطلاق قبل الدخول مسقط للصداق قياساً فإن المعقود عليه
 يعود إليها كما خرج عن ملكها ذلك سبب لسقوط البدل إلا أنا أوجبنا لها نصف المسمى
 بالنص وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم فلا تجب الزيادة على ذلك وإن فرق القاضي بينهما
 فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء عليه لأنه فسخ أصل النكاح بهذا التفريق فلا يجب لها
 شيء وإن ولت المرأة أمرها رجلاً فزوجها كفو أو غيره بمنزلة تزويجها نفسها وفي قول محمد
 رحمه الله تعالى لا يجوز ذلك كما لا يجوز تزويجها نفسها زاد في نسخ أبي حفص رضي الله عنه
 وقال إلا أن يكون لها ولي فينشد يجوز وهذا شيء رواه أبو رجاء بن أبي رجاء عن محمد

رحمهما الله تعالى أنه قال سألته عن النكاح بغير ولي فقال لا يجوز قلت فان لم يكن لها ولي قال يرفع أمرها الى الحاكم ليزوجها قلت فان كانت في موضع لاحاكم في ذلك الموضع قال يفعل ما قال سفيان رحمه الله تعالى قلت وما فعل سفيان قال تولى أمرها رجلاً ليزوجها ثم قد صح رجوع محمد الى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في النكاح بغير ولي وعلى ذلك تدني مسائل الجامع يقول في الكتاب فان طلقها ثلاثاً قبل ان يحيز الحاكم أو الولي عقدها يكون هذا رداً للنكاح وهو قول محمد رحمه الله تعالى فاما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى تصح التطليقات الثلاث ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعند محمد رحمه الله تعالى لا يقع الطلاق ولكن هذا رد للنكاح الا انه يكره له ان يتزوجها ثانياً قبل ان تزوج بزواج آخر لاختلاف العلماء واشتباه الاخبار في جواز النكاح بغير ولي ولان ترك نكاح امرأة تحل له خير من ان يتزوج امرأة لا تحل له ولكنه لو تزوجها لم يفرق بينهما عنده لان الطلاق لم يكن واقفاً عليها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الوكالة في النكاح

قال ﴿ واذا خطب الرجل امرأة على رجل غائب لم يأمره فزوجت نفسها أو زوجها أبوها برضاها فقدم الغائب أو بلغه ذلك فأجاز النكاح فهو جائز عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى هو باطل بناء على أصله ان العقود لا تتوقف على الاجازة وهي مسئلة في البيوع معروفة وعندنا تتوقف العقود على الاجازة وكل عقد لو سبق الاذن به ممن يقع له كان صحيحاً فانه يتوقف على اجازته فاذا أجازته في الانتهاء جعل ذلك كالاذن في الابتداء ولو عقد هذا العقد باذنه في الابتداء كان صحيحاً فكذلك باجازته في الانتهاء وهذا لان ركن العقد هو الايجاب والقبول وذلك من حق المتعاقدين وقد أضافه الى محل قابل للعقد فيتم به الانعقاد اذ لا ضرر على الغائب في انعقاد العقد وانما الضرر عليه في التزام العقد وقد يتراخى الالتزام عن أصل العقد فنثبت صفة الانعقاد لانه حق المتعاقدين ويتوقف تمامه وثبوت حكمه على اجازة من وقع العقد له دفعا للضرر عنه ولو ان الغائب وكل هذا الحاضر بكتاب كتبه اليه حتى زوجها منه كان صحيحاً وكذلك لو كتب اليها بخطبها فزوجت نفسها منه كان صحيحاً والا صل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى النجاشي يخاطب أم حبيبة رضي الله عنها فزوجها

النجاشي منه وكان هو وليها بالساهنة وروى انه زوجها منه قبل ان يكتب به رسول الله
 صلى الله عليه وسلم فاجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم كتابه وكلاهما حجة لنا على أن
 النكاح تلحقه الاجازة وان الخطبة بالكتاب تصح وهذا لان الكتاب ممن نأى كالخطاب
 ممن دنى فان الكتاب له حروف ومفهوم يؤدي عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من
 الحاضر وكان الحسن بن حي رحمه الله تعالى يقول لا ينعقد النكاح بالكتاب لمعظم خطر أمر
 النكاح وهذا فاسد فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة بقوله تعالى
 يا أيها الرسول بلغ وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان فانه كتب الى ملوك الافاق يدعوهم
 الى الدين وكان ذلك تبليغاً تاماً فكذلك في عقد النكاح الكتاب بمنزلة الخطاب الا انه اذا
 كتب اليها فبها بالكتاب فقالت زوجت نفسي منه بغير محضر من الشهود لا ينعقد
 النكاح كما في حق الحاضر فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بشهود ولو قالت
 بين يدي الشهود زوجت نفسي منه لا ينعقد النكاح أيضاً لان سماع الشهود كلام المتعاقدين
 شرط لجواز النكاح وانما سمعوا كلامها هنا لا كلامه ولو كانت حين بلغها الكتاب قرأته على
 الشهود وقالت ان فلانا كتب الى يخطبني فاشهدوا اني قد زوجت نفسي منه فهذا صحيح
 لأنهم سمعوا كلام الخطاب باسماها اياهم إما بقراءة الكتاب أو العبارة عنه وسمعوا كلامها حيث
 أوجبت العقد بين أيديهم فلماذا تم النكاح وهذا بخلاف البيع فان المكتوب اليه اذا قال
 هناك بعت هذه العين من فلان بكذا جاز وان لم يكن محضرة الشهود أو كان بحضورهم ولم
 يقرأ الكتاب عليهم لان البيع يصح بغير شهود كما في الحاضر الا انه ذكر في الكتاب في البيع
 انه اذا كتب اليه أن بعتي كذا بكذا فقال بعت يتم البيع وقد طعنوا في هذا فقالوا ان البيع
 لا ينعقد بهذا اللفظ من الحاضر فان من قال لغيره بعت بكذا فقلت بعت لا ينعقد ما
 لم يقل الثاني اشتريت لانه لا بد في البيع من لفظين هما عبارة عن الماضي بخلاف النكاح فان
 النكاح ينعقد بلفظين أحدهما عبارة عن الماضي والآخر عن المستقبل والشافعي ومحمد رحمهما
 الله تعالى سوياً بينهما والفرق لهما انهما رحمهم الله تعالى أن البيع يقع بفتة وفتة فقوله بعتي يكون
 استيماً عادة فلا بد من الإيجاب والقبول بعده فأما النكاح يتقدمه خطبة ومرادة فقاما
 يقع بفتة فقوله زوجتي يكون أحد شرطى العقد توضيح الفرق أن قوله زوجتي نفسك
 تفويض للعقد اليها وكلام الواحد في باب النكاح يصلح لاتمام العقد اذا كان الامر مفوضاً

اليه من الجانبين فيمكن أن يجعل قولها زوجت نفسى عقداً تاماً وفي باب البيع كلام الواحد لا يصلح لاتمام العقد من الجانبين وان كان مفوضاً اليه من الجانبين فكان قوله بمت منك شرط العقد فلا بد من أن ينضم اليه الشرط الثاني ليصح اذا عرفنا هذا فنقول مراد محمد رحمه الله تعالى هنا بيان الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود دون اللفظ الذي ينعقد به البيع أو نقول بمعنى قوله من الخاضر يكون استيماً عادة فأما من الغائب اذا كتب اليه فتقوله بمعنى يكون أحد شرطى العقد فاذا انضم اليه الشرط الثاني تم البيع فان جاء الزوج بالكتاب محتوما الى الشهود وقال هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يعلم الشهود ما في الكتاب وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع فقال يجوز ولا يشترط اعلام الشهود بما في الكتاب وأصل الخلاف في كتاب القاضى الى القاضى عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تجوز الشهادة على الكتاب والختم وان كان لا يعلم الشهود ما في الكتاب وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا تجوز لان المشهود به ما في الكتاب لا نفس الكتاب، ولكن استحسن أبو يوسف رحمه الله تعالى فقال قد يشتمل الكتاب على شرط لا يعجبهم اعلام الشهود بذلك واذا كان محتوما يؤمن من الزيادة والنقصان فيه فيكون صحيحاً ثم في هذا الكتاب قال يجوز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى محتوما كان أو غير محتوم وذكر في الأملى أن الكتاب اذا كان غير محتوم لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أصلاً وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز الا أن يعلم الشهود ما فيه واذا كان محتوما فينشد هل يشترط اعلام الشهود ما فيه فمن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيه روايتان وكما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وسائر التصرفات للمعنى الذى قلنا **وقال** ويجوز للواحد أن ينفرد بالعقد عند الشهود على الاثنين اذا كان ولياً لهما أو كيلاً عنهما وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ان كان وليهما جاز وان كان وكيلاً لا يجوز أما زفر رحمه الله تعالى يقول النكاح عقد معاوضة فلا يباشره الواحد من الجانبين كعقد البيع وهو قياس يوافقه الاثر وهو ما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهداً عندى والشافعى رحمه الله تعالى نحوه يستدل فى الوكيل من الجانبين أنه لا يتم العقد بعبارة له لانه لا ضرورة فى توكيل الواحد من الجانبين بخلاف ما اذا كان ولياً من الجانبين لان فى تنفيذ العقد بعبارة ضرورة

لان أكثر ما في الباب أن يأمر غيره من أحد الجانبين فيكون مأموره قائماً مقامه وهو
 الولي من الجانبين شرعاً فيملك مباشرة العقد وهو نظير ما قلتم في الاب إذا باع مال ولده
 من نفسه بمثل قيمته يجوز ولا يجوز بيعه من غيره ووجه قول علمائنا قوله تعالى وان خفتم أن
 لا تقسطوا في اليتامى أي في نكاح اليتامى فهو دليل على أن للولي أن يزوج وليته من نفسه
 وكذا قوله تعالى وترغبون أن تنكحوهن دليل على أن للولي أن يزوج وليته من نفسه وفي
 الحديث أن شرط علي رضي الله تعالى عنه أنوه بشيخ مع جارية فسأله عن قصتها فقال أنها ابنة
 عمي وإني خشيت أنها إذا بلغت ترغب عني فتزوجتها فقال خذ بيد امرأتك والمعنى فيه أن
 العاقد في باب النكاح سفير ومعه والواحد كما يصلح أن يكون معبراً عن الواحد يصلح أن
 يكون معبراً عن اثنين (ودليل الوصف أنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الزوجين وبه يظهر
 الفرق بينه وبين البيع فإنه يستغنى عن إضافة العقد إلى غيره فكان مباشراً للعقد لا معبراً
 توضيحه أن حقوق العقد في باب البيع تتعلق بالعاقد فإذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى
 تضاد الأحكام لأنه يكون مطالباً مطالباً مسلماً مستملاً مخصصاً مخصصاً وفي باب النكاح لا تتعلق
 الحقوق بالعاقد فلا يؤدي إلى تضاد الأحكام ولهذا قلنا ببيع الاب مال ولده من نصيبه لأنه
 في جانب الصغير يكون ملزماً إياه حقوق العقد بولايته عليه حتى إذا بلغ كانت الخصومة في
 ذلك إليه دون الاب بخلاف بيعه من غيره فلا يؤدي إلى تضاد الأحكام توضيحه أن البيع
 لا يصح إلا بتسمية الثمن فإذا تولاه من الجانبين كان مستزيداً مستنقصاً وذلك لا يجوز والنكاح
 يصح من غير تسمية المهر فلا يؤدي إلى هذا المعنى إذا باشره الواحد من الجانبين وعلى هذا
 روي ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى في الكتابة أن الواحد لا يباشره من الجانبين لأنه
 لا يصح إلا بتسمية البدل فأما على ظاهر الرواية يجوز لأن حقوق العقد في الكتابة لا تتعلق
 بالعاقد بل هو معتبر كما في النكاح ولا حجة لهم في هذا الحديث لأن هذا النكاح قد
 حضره أربعة معنى فإنه إذا اجتمع وصفان في واحد كان بمنزلة المثني من حيث المعنى لا اعتبار كل
 صفة على حدة فإن هذا الواحد إذا كان ولياً أو وكيلاً من أحد الجانبين دون الآخر وفضولياً من
 الجانب الآخر ولم يكن ولياً ولا وكيلاً من الجانبين ولكنه فضولي باشر النكاح بمحضر من
 الشهود فبلغ الزوجين فجازاه لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي
 يوسف رحمه الله تعالى الأول وجاز في قوله الآخر وكذلك لو قال الزوج بين يدي الشهود

أشهد وأنتى تزوجت فلانة ولم يخاطب عنها أحداً فبأنها فاجازت أو قالت المرأة أشهد وأنتى قد
 زوجت نفسي من فلان ولم يخاطب عنه أحداً فبلغه فاجاز فهو على هذا الخلاف ولو قيل فضولي
 من جهة الغائب ينقد موقوفاً بالاتفاق حتى لو أجاز يجوز. أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول
 الاجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء وإذا كان كلام الواحد في باب النكاح عقداً تاماً
 باعتبار الإذن في الابتداء فكذلك باعتبار الاجازة في الانتهاء وجعل هذا قياس الطلاق
 والعتاق يقال فان كلام الواحد فيه ^{إلا} كان عقداً تاماً عند الإذن كان عقداً موقوفاً على اجازة
 الغائب عند عدم الإذن وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ^{تعالى} قالوا النكاح عقد معاوضة محتمل
 للفسخ فكلام الواحد فيه يكون شرط العقد وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء ^{الجلس} كافي
 البيع بخلاف الطلاق والعتاق فإنه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه أصلاً وتحقيقه ان قول الرجل
 طاهت فلانة بكذا أو أعتقت عبدي فلانا بكذا يكون تعلقاً للطلاق والعتاق بالقبول لان
 تعليقهما بالشرط صحيح فاذا بلغهما فقبلاً وقع لوجود الشرط وفي النكاح قوله زوجت فلانة
 لا يمكن ان يجعل تعلقاً لان النكاح لا يحتمل التعلق بالشرط فكان هذا شرط العقد ولا
 يدخل على هذا ما لو قال الزوج بمحضر من أهل بيتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فإنه
 يبطل ذلك ولو كان تعليقاً بالشرط لما بطل بقيامها عن المجلس لان من التعليقات ما يقتصر
 على وجود الشرط في المجلس كقوله لها أنت طالق ان شئت يقتصر على وجود المشيئة في
 المجلس فهذا مثله وهذا بخلاف ما اذا كان مأموراً من الجانبين لان هناك عبارته تنقل اليهما
 فيصير قائماً مقام عبارتهما فانما يكون تمام العقد بالثني من حيث المعنى وهنا لا تنقل عبارته
 الى الغير لانه غير مأموراً به فاذا بقي مقصوراً عليه كان شرط العقد والدليل عليه انه لو قال
 لها تزوجتك وهي حاضرة كان هذا شرط العقد حتى لا يتوقف على اجازتها بعد قيامها من
 ذلك المجلس فكذا اذا قال ذلك وهي غائبة يكون هذا شرط العقد ولو كان عقد النكاح بين
 فضولين خاطب أحدهما عن الرجل والآخر عن المرأة فبلغهما فاجازا جاز ذلك العقد لانه
 جرى بين اثنين ولو كانا وكيلين كان كلامهما عقداً تاماً فكذلك اذا كانا فضولين يكون
 كلامهما عقداً موقوفاً ^{قال} ^ب وليس على العاقد في باب النكاح ولياً كان أو وكلاً حق قبض
 مهرها بدون أمرها لما بينا انه معبر لا يتعلق به شيء من حقوق العقد وكما لا يتوجه عليه المطالبة
 بتسليم الموقوف عليه لا يكون اليه قبض البذل وكذلك الوكيل من جانب الزوج لا يكون عليه

من المهر شيء كما لا يكون اليه قبض المعتبر. وعليه واليه أشار على رضي الله عنه في قوله الصداق
على من أخذ الساق الآ الأب في حق ابنته بالغة فانه يقبض مهرها فيجوز ذلك استحسانا
وقد بيناه **قال** وإذا أرسل إلى المرأة رسولا حراً أو عبداً صغيراً أو كبيراً فهو سواء لأن
الرسالة تبليغ عبارة المرسل إلى المرسل إليه ولكل واحد من هؤلاء عبارة مفهومة فيصالح
ان يكون رسولا الاترى ان سليمان عليه السلام جعل الهدية رسولا في تبليغ كتابه إلى
بقيس فالأدنى المميز أولى ان يصلح لذلك فاذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا سألك ان تزوجه
نفسك فاشهدت انها قد تزوجته كان ذلك جائزاً إذا أقر الزوج بالرسالة أو أقامت عليه
البينة لأن الرسول بلغها رسالة المرسل فكانه حضر بنفسه وعبر عن نفسه بين يدي
الشهود وقد سمع الشهود كلامها أيضاً فكان نكاحاً بسماعهما كلام المتعاقدين وإذا أنكر
الرسالة ولم تقم عليه البينة لها فالقول قوله ولا نكاح بينهما لأن الرسالة لم تثبت كان المخاطب
فضولياً ولم يرض الزوج بما صنع فلانكاح بينهما فان كان الرسول قد خطبها وضمن
لها المهر وزوجها إياه وقال قد أمرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان أقر أو أقامت عليه البينة
بالامر والضمن لازم للرسول ان كان من أهل الضمان لأنه جعل نفسه زعيماً بالمهر
والزعيم غارم وان جحد الزوج ولم يكن عليه بينة بالامر فلا نكاح بينهما لما قلنا وللمرأة
على الرسول نصف الصداق من قبل أنه مقر بأنه قد أمره وان النكاح جائز وان الضمان
قد لزمه واقراره على نفسه صحيح وذكر في كتاب الوكالة ان على الرسول جميع المهر بحكم
الضمان فقل ما ذكر هنا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وثول أبي يوسف الاول وما ذكر
هناك قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهراً
وباطناً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول فنفذ قضاؤه بالفرقة هنا قبل الدخول وسقط
نصف الصداق عن الزوج فيسقط عن الكفيل أيضاً وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو
قول محمد رحمه الله تعالى لا ينفذ قضاؤه باطناً فيبقى جميع المهر واجباً على الزوج ويكون
الكفيل مطالباً به لاقراره وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل
النكاح وانكاره أصل النكاح لا يكون طلاقاً فلا يسقط به شيء من الصداق بزعم الكفيل
ووجه هذه الرواية أنه أنكر وجوب الصداق عليه وهو مالك لاسقاط نصف الصداق
عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطاً فيما يمكنه استأطه ومن ضرورة سقوط نصف

الصداق عن الاصيل سقوطه عن الكفيل فلماذا كان الكفيل ضامناً لنصف الصداق
قال فان كان الرسول قال لم يأمرني ولكن أزوجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج جاز
 عليه ولزم الزوج الضمان لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء وازابى الزوج أن يجيز
 النكاح لم يكن على الرسول شيء من الضمان لان أصل السبب اتفق برد الزوج النكاح فينتفي
 حكمه وهو وجوب الصداق وبراءة الاصيل حقيقة توجب براءة الكفيل **قال** وان أمره
 أن يزوجه امرأة بعينها على مهر قد سماه فزوجها اياه وزاد عليه في المهر فان شاء الزوج أجازته
 وان شاء رده لانه أتى بخلاف ما أمر به فكان مبتدئاً فوقف عقده على اجازته وان لم يعلم الزوج
 بذلك حتى دخل بها فهو بالخيار أيضاً لان دخوله بها كان باعتبار أنه امتثل الوكيل أمره فلا
 يصير به راضياً بما خالف فيه الوكيل فان الرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم به فكان على خياره
 ان شاء أقام معها بالمهر المسمى وان شاء فارقتها وكان لها الاقل من المسمى ومن مهر مثلها لان
 الدخول بحكم النكاح الموقوف بمنزلة الدخول في النكاح الفاسد فيسقط به الحد للشبهة ويجب
 الاقل من المسمى ومن مهر المثل لان الوطء في غير الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة **قال**
 فان كان الرسول ضمن لها المهر ولم يدخل بها الزوج وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج
 النكاح للزيادة في المهر فعلى الرسول نصف المسمى لا قراره على نفسه انه أمره به وهذا
 لان انكار الزوج الأمر بالزيادة بمنزلة انكاره الأمر بالعقد أصلاً كما بيناه في الفصل الاول
قال فان قال الرسول أنا أغرم المهر وألزمك النكاح لم يكن له ذلك الا أن يشاء الزوج لانه
 فيما يباشر من العقد غير ممثّل أمره فكان بمنزلة الفضولي والفضولي ولا يملك أن يلزم عليه حكم
 العقد الا برضاه وهذا لانه وان تبرع باداء الزيادة فلا بد من أن يجب على الزوج أولاً لان
 المسمى في العقد صداق والصداق مطلقاً يجب على الزوج وقد تعذر الزام الزوج بذلك وانعدم
 منها الرضا بدونه **قال** واذا وكل الرجل الرجل أن يزوجه امرأة فزوجها اياه وضمن لها
 عنه المهر جاز ذلك ولم يرجع به الوكيل على الزوج لانه ضمن عنه بغير أمره فان أمره اياه
 بالنكاح لا يكون أمراً بالانكاح لان الوكيل بالنكاح سفير ومعبّر لا ملتزم ومن ضمن
 عن غيره دينه بغير أمره لم يرجع به عليه لأن تبرعه بالضمان كتبرعه بالاداء فان كان أمره
 بذلك رجع عليه كما لو أمره بالاداء **قال** واذا كان العقد من الوكيل بشهود جاز وان
 لم يكن على التوكيل شهود لان التوكيل بالنكاح ليس بنكاح والشهود من خصائص شرائط

النكاح وانما شرط الشهود في النكاح لانه يتمك به البضع فلاظهار خطره اختص بشهود
وذلك لا يوجد في التوكيل فان البضع لا يتمك بالتوكيل فهو بمنزلة التوكيل بسائر العقود **قال**
واذا أدخل على الرجل غير امرأته فدخل بها فعلى الزوج مهر التي دخل بها لانه دخل بها بشبهة
النكاح بخبر المخبر انها امرأته وخبر الواحد في المعاملات حجة فيصير شبهة في اسقاط
الحد فاذا سقط الحد وجب المهر وعليها العدة وثبت نسب ولدها منه ولا تنق في عدتها متى
المتمدة ونحوه قضى على رضي الله عنه في الوطء بالشبهة والحداد اظهار التحزن على فوات نعمة
النكاح وذلك لا يوجد في الوطء بالشبهة وليس لها عليه نفقة العدة لان وجوب النفقة
باعتبار ملك اليد الثابت بالنكاح وذلك غير موجود في الوطء بالشبهة ولانه يبق بالعدة
ما كان ثابتاً من النفقة باصل النكاح ولم يكن لها نفقة مستحقة هنا ليبقى ذلك بقاء العدة
ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه لانه وجب عليه عوضاً عما استوفى وهو الذي نال
اللذة بالاستيفاء فلا يرجع بالعوض على غيره ولان المخبر أخبر بكذب من غير ان ضمن له
شيئاً وهذا العقد من الغرور لا يثبت له الرجوع عليه كمن أخبره بأمن الطريق فسلك فيه
حتى أخذ اللصوص متاعه **قال** فان كانت هذه أم امرأته حرمت عليه امرأته بالمصاهرة
ولها عليه نصف الصداق لوقوع الفرقة قبل الدخول بسبب من جهة الزوج ولا يرجع به
على أحد أيضاً لما قلنا وان كانت بنت امرأته حرمت عليه امرأته بالمصاهرة وله أن يتزوج
التي دخل بها لان مجرد العقد على الام لا يوجب حرمة الربيبة وليس له أن يتزوج أم التي
دخل بها لان بالدخول بالبنت تحرم الام على التأيد بخلاف الفصل الاول فان هناك لا يتزوج
واحدة منهما لوجود العقد الصحيح على البنت والدخول بالام ولو كانت هذه أخت امرأته
أو ذات رحم محرم منها لم يقرب امرأته حتى تنقض عدتها لان أختها معتدة منه فلو قربها كان
جامعاً مائة في رحم أختين وذلك لا يجوز والله أعلم بالصواب

باب الكفاءة

قال أعلم ان الكفاءة في النكاح معتبرة من حيث النسب الاعلى قول سفيان الثوري
رحمه الله تعالى فانه كان يقول لا معتبر في الكفاءة من حيث النسب وقيل إنه كان من
العرب فتواضع ورأى الموالي الكفاءة له وأبو حنيفة رحمه الله تعالى كان من الموالي فتواضع

ولم ير نفسه كفوًّا للعرب وحجته في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي إنما الفضل بالتقوى وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم وقال صلى الله عليه وسلم كلكم بنو آدم طف للصاع لم يملاً وقال الناس كابل مائة لا تكاد تجرد فيها راحلة واحدة فهذه الآثار تدل على المساواة وان التفاضل بالعمل ومن ابطأ به عمله لم يسرع به نسبه) وخطب أبو طيبة امرأة من بني بياضة فابوا ان يزوجه فقال صلى الله عليه وسلم زوجوا اباطية الاتفلوه تكن فتنة في الارض ونساد كبير فقالوا نعم وكرامة وخطب بلال رضي الله عنه الى قوم من العرب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمركم ان تزوجوني وان سلمان خطب بنت عمر رضي الله عنه فهم ان يزوجها منه ثم لم يتفق ذلك وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم فريش بعضهم أكفاء لبعض بطن بطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة قبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل رجل وفي حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الا كفاء وما زالت الكفاءة مطلوبة فيما بين العرب حتى في القتال بيانه في قصة الثلاثة الذين خرجوا يوم بدر للبراز عتبة وشيبة والوليد نخرج اليهم ثلاثة من فتيان الانصار فقالوا لهم انتسبوا فانتسبوا فقالوا ابناء قوم كرام ولكننا نريد أكفاءنا من فريش فرجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه بذلك فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا وأمر حمزة وعلياً وعبيدة بن الحارث رضوان الله عليهم أجمعين بأن يخرجوا اليهم فلما لم ينكر عليهم طلب الكفاءة في القتال ففي النكاح أولى وهذا لان النكاح يعقد للمعمر ويشتمل على اغراض ومقاصد من الصحبة والالفة والعشرة وتأسيس القربات وذلك لا يتم الا بين الا كفاء وفي أصل الملك على المرأة نوع ذلة واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته واذلال النفس حرام قال صلى الله عليه وسلم ليس للمؤمن ان يذل نفسه وانما جوز ما جوز منه لاجل الضرورة وفي استفراش من لا يكافئها زيادة الدل ولا ضرورة في هذه الزيادة فلماذا اعتبرت الكفاءة والمراد من الآثار التي رواها في أحكام الآخرة وبه نقول ان التفاضل في الآخرة بالتقوى وتأويل الحديث الآخر التذب الى التواضع وترك طلب الكفاءة لا الا لزام وبه نقول ان عند الرضا يجوز العقد ويحكي عن

الكرخي رحمه الله تعالى انه كان يقول الاصح عندي ان لا تعتبر الكفاءة في النكاح أصلاً لان الكفاءة غير معتبرة فيما هو اهم من النكاح وهو الدماء فلأن لا تعتبر في النكاح أولى ولكن هذا ليس بصحيح فان الكفاءة غير معتبرة في الدين في باب الدم حتى يقتل المسلم بالكافر ولا يدل ذلك على أنه غير معتبر في النكاح اذا عرفنا هذا فنقول الكفاءة في خمسة أشياء (أحدها) النسب وهو علي ما قال قريش أكفاء بعضها لبعض فانهم فيما بينهم يتفاضلون وأفضلهم بنو هاشم ومع التفاضل هم أكفاء. ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله تعالى عنها وكانت تيمية وتزوج حفصة رضي الله تعالى عنها وكانت عدوية وتزوج ابنته من عثمان رضي الله تعالى عنه وكان عبسيميا فعرفنا أن بعضهم أكفاء لبعض . وروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال الا أن يكون نسباً مشهوراً نحو أهل بيت الخلافة فان غيرهم لا يكافئهم وكانه قال ذلك لتسكين الفتنة وتعظيم الخلافة لا لانعدام أصل الكفاءة والعرب بعضهم أكفاء لبعض فان فضيلة العرب بكون رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم ونزول القرآن بلغتهم وقال صلى الله عليه وسلم حب العرب من الايمان وقال صلى الله عليه وسلم لسان الله رضي الله تعالى عنه لا تبغضني قال وكيف أبغضك وقد هداني الله بك قال تبغض العرب فتبغضني ولا تكون العرب كفواً لقريش والموالي لا يكونون كفواً للعرب كما قال صلى الله عليه وسلم والموالي بعضهم أكفاء لبعض وهذا لأن الموالى ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب بل بالدين كما أشار اليه سلمان رضي الله تعالى عنه حين تفاخر جماعة من الصحابة بذكر الانساب فلما انتهى الى سلمان رضي الله تعالى عنه قالوا سلمان ابن من فقال سلمان ابن الاسلام فبلغ ذلك عمر رضي الله تعالى عنه فبكى وقال وعمر ابن الاسلام فن كان من الموالى له أبوان في الاسلام فهو كفو لمن له عشرة آباء لان النسبة تتم بالانتساب الى الاب والجد فن كان له أبوان مسلمان فله في الاسلام نسب صحيح ومن أسلم بنفسه لا يكون كفو لمن له أب في الاسلام ومن أسلم أبوه لا يكون كفو لمن له أبوان في الاسلام لان هذا يحتاج في النسبة الى الاب الكافر وذلك منهي عنه لما روى أن رجلاً انتسب الى تسعة آباء في الجاهلية فقال صلى الله عليه وسلم هو عاشرهم في النار ولكن هذا اذا كان على سبيل التفاخر دون التعريف (والثاني) الكفاءة في الحرية فان المبد لا يكون كفواً لامرأة حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفواً لحره الاصل والمعتق أبوه لا يكون كفواً لامرأة

لها أبوان في الحرية وهذا لان الرق أثر من آثار الكفر وفيه معنى الذل فكان هو بمنزلة أصل
 الدين من الوجه الذي قلنا وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الذي أسلم بنفسه
 أو أعتق لو أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفوؤا له (والثالث) الكفاة من
 حيث المال فان من لا يقدر على مهر امرأة ونفقها لا يكون كفوؤا لها لان المهر عوض بضمها
 والنفقة تندفع بها حاجتها وهي الى ذلك أحوج منها الى نسب الزوج فاذا كانت تنعدم
 الكفاة بضممة نسب الزوج فبمعززه عن المهر والنفقة أولى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى
 قال اذا كان يقدر على ما يعجبه ويكتسب فينفق عليها يوما بيوم كان كفوؤا لها وأما اذا كان
 قادرا على المهر والنفقة كان كفوؤا لها وان كانت المرأة صاحبة مال عظيم وبعض المتأخرين
 اعتبروا الكفاة في كثرة المال لحديث عائشة رضی الله عنها رأيت ذا المال مهيبا ورأيت
 ذا الفقر مهينا وقالت ان احساب ذوى الدنيا المسال والاصح ان ذلك لا يعتبر لان كثرة
 المال في الاصل مذموم قال صلى الله عليه وسلم هلك المكثرون الا من قال بالله هكذا وهكذا
 يعني تصدق به (والرابع) الكفاة في الحرف والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن ذلك
 غير معتبر أصلا وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه معتبر حتى أن الدباغ والحجام والحائك
 والكناس لا يكون كفوؤا لبنت النراز والطار وكأنه اعتبر العادة في ذلك وورد حديث عن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الناس أكفاه الا الحائك والحجام ولكن أبو حنيفة
 رحمه الله تعالى قال الحديث شاذ لا يؤخذ به فيما تم به البلوى والحرفة ليست بشئ لازم فالمرء
 تارة يحترف بحرفة نفيسة وتارة بحرفة خسيسة بخلاف صفة النسب لانه لازم له وذل الفقر
 كذلك فانه لا يفارقه (والخامس) الكفاة في الحسب وهو مروى عن محمد رحمه الله تعالى
 قال هو معتبر حتى أن الذي يسكر فيخرج فيستهزى به الصبيان لا يكون كفوؤا لامرأة
 صالحة من أهل البيوتات وكذلك أعوان الظلمة من يستخف به منهم لا يكون كفوؤا
 لامرأة صالحة من أهل البيوتات الا أن يكون مهيبا يعظم في الناس وعن أبي يوسف رحمه
 الله تعالى قال الذي يشرب السكر فان كان يسر ذلك فلا يخرج سكران كان كفوؤا وان
 كان يملن ذلك لم يكن كفوؤا لامرأة صالحة من أهل البيوتات ولم ينقل عن أبي حنيفة
 رحمه الله تعالى شئ من ذلك والصحيح عنده انه غير معتبر لان هذا ليس بلازم حتى لا يمكن
 تركه قال ﴿ واذا واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فلا ولياء أن يفرقوا بينهما لانها

ألحقت العار بالا واياهم يتعيرون بأن ينسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم فكان لهم أن
يخاصموا لدفع ذلك عن أنفسهم ولا يكون التفريق بذلك الا عند القاضي لانه فسخ للعقد
بسبب نقص فكان قياس الرد باليب بعد القبض وذلك لا يثبت الا بقضاء القاضي ولانه
مختلف فيه بين العلماء فكان لكل واحد من الخصمين نوع حجة فيما يقول فلا يكون التفريق
الا بالقضاء وما لم يفرق القاضي بينهما فحكم الطلاق والظهار والايلاء والنوارث قائم بينهما
لان أصل النكاح انعقد صحيحاً في ظاهر الرواية فانه لا ضرر على الأولياء في صحة العقد
وانما الضرر عليهم في لزوم فتوفر عليه أحكام العقد الصحيح فاذا فرق القاضي بينهما
كانت فرقة بغير طلاق لان هذا التفريق كان على سبيل الفسخ لأصل النكاح
والطلاق تصرف في النكاح فما يكون فسخاً لأصل النكاح عندنا لا يكون تصرفاً فيه ولان
الطلاق الى الزوج نتفريق القاضي متى كان على وجه النيابة عن الزوج كان طلاقاً وهذا
التفريق ليس على وجه النيابة عنه فاذا لم يكن طلاقاً فلنا لامر لها عليه ان لم يكن دخل بها
وان كان دخل بها أو خلا بها فلها ما سمي من المهر وعليها العدة لان أصل النكاح كان
صحيحاً فيتقرر المسمى بالتسليم اما بالدخول أو بالخلوة والمكاتب والمدير نظير العبد في انه
لا يكون كفواً للحره لان الرق فيهما قائم قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه
درهم **وقال** واذا تزوجت المرأة غير كفه فرضى به أحد الاولياء جاز ذلك ولا يكون لمن
هو مثله في الولاية أو أمد منه ان ينقضه الا ان يكون أقرب منه فينشد له المطالبة بالتفريق
وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في نوادر هشام اذا رضى أحد الوليين بغير كفه فللولي
الذي هو مثله ان لا يرضى به وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى وكذلك ان كان هذا
الولي الراضى هو الذي زوجها والخلاف مع الشافعي انما يتحقق هنا وجه قولهم ان طلب الكفاءة
حق جميع الاولياء فاذا رضى منهم واحد فقد أسقط حق نفسه وحق غيره فيصح اسقاطه
في حق نفسه دون غيره كالدين المشترك اذا أبرأ أحدهم أو ارتهن رجلان عيناً ثم رده
أحدهما أو سلم أحد الشفيعين الشفعة أو عفى أحد الوليين عن القصاص يصح في حقه دون
غيره وكذلك لو قذف أم جماعة وصدقه أحدهم كان للباقيين المطالبة بالحد والدليل عليه انها لو
زوجت نفسها من غير كفه كان للاولياء أن يفرقوا ولم يكن رضاها بدم الكفاءة مبطلا
حق الاولياء فكذلك هنا وحجتنا ان الحق واحد وهو غير محتمل للتجزى لانه ثبت بسبب

لا يحتمل التجزى فيجعل كل واحد منهم كالمفرد به كافي الأمان فان فيه ابطال حق الاستفهام والاسترقاق ثم صح من واحد من المسلمين في حق جماعتهم للمعنى الذي قلنا وهذا لان الاسقاط صحيح في حق المسقط بالاتفاق فاذا كان الحق واحدا وقد سقط في حق المسقط فن ضرورته سقوطه في حق غيره لانه لو لم يسقط في حق غيره لكان اذا استوفاه يصير حق الغير مستوفي أيضا وذلك لا يجوز ولانه لما لم يبق بعد السقوط لا يتمكن الآخر من المطالبة به بخلاف الدين فانه متجزى في نفسه وبخلاف الرهن فاننا لو تفينا حق الآخر لا يصير حق المسقط مستوفي وبه تبين ان الحق يتعدد هناك وكذلك في الشفعة وفي القصاص ما لا يحتمل التجزى لا يبقى بعد عفو أحدهم وانما يبقى ما يحتمل التجزى وهو الدية وبخلاف حد القذف فان ذلك لا يحتمل السقوط ولكن المصدق ينكر سبب الوجوب وهو احصان المقدوف وانكار سبب وجوب الشيء لا يكون اسقاطا له فوزانه مما نحن فيه ان لو ادعى أحد الأولياء ان الزوج كفو وأثبت الآخر انه ليس بكفو فيكون له ان يطلب التفريق واما اذا رضيت هي فلان الحق الثابت لها غير الحق الثابت للأولياء لان الثابت لها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش والأولياء صيانة نسبهم عن ان ينسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم وأحدهما غير الآخر فلم يكن اسقاط أحدهما وجبا سقوط الآخر الا ترى انه قد ثبت اختيار لها في موضع لا يثبت للأولياء على ما بينه في آخر الباب ان شاء الله تعالى ومتى فرق القاضي بينهما بعد الدخول لعدم الكفاءة حتى وجبت عليها المدة فلها نفقة المدة على الزوج لانها كانت تستحق النفقة في أصل النكاح فيبقى ذلك بقاء المدة وسكوت الولى عن المطالبة بالتفريق ليس برضى منه بالنكاح وان طال ذلك حتى تلد وله الخصومة ان شاء لان هذا حق ثابت له والسكوت ليس بمبطل للحق الثابت بصفة التأكد ولانه يحتاج الى الخصومة في المطالبة وقد لا يرغب الانسان بالخصومة في كل وقت فتأخيره الى أن يتمكن منه لا يكون مبطلا حقه ﴿ قال ﴾ واذا زوجها الولى غير كف، ثم فارقتها ثم تزوجت به بغير ولى كان للولى ان يفرق بينهما لان العقد الثاني غير الأول ورضاه بالعقد الأول بينهما لا يكون رضا بالعقد الآخر كما ان رضاه برجل لا يكافئها لا يكون رضا برجل آخر اذا زوجت نفسها منه بعد ذلك ﴿ قال ﴾ واذا تزوجت المرأة غير كف، ثم جاء الولى فقبض مهرها وجزها فهذا منه رضا بالنكاح لان قبض المهر تقرير للحكم المقدم فيتضمن ذلك الرضا بالعقد ضرورة

ومباشرة الفعل الذي هو دليل الرضا بمنزلة التصريح بالرضا ألا ترى أن مثل هذا الفعل يكون
اجازة للعقد لأن يكون رضا بالعقد النافذ كان أولى وإن لم يفعل هذا ولكن خاصم زوجها في
نفقتها أو في بقية مهرها عليه بوكالة منها ففي القياس هذا لا يكون رضا لأنه إنما خاصم في ذلك
ليظهر عجز الزوج عنه وهو أحد أسباب عدم الكفاءة واشتغاله بإظهار سبب عدم الكفاءة
يكون تقرير الحق له لا إسقاطا وفي الاستحسان يكون هذا رضا بالنكاح لأنه إنما يخاصم في المهر
والنفقة ليستوفي والاستيفاء يبنى على تمام العقد فتكرن خصومته في ذلك رضا منه بتام النكاح
بينهما **وقال** وإذا تزوجت المرأة غير كفء ودخل بها وفرق القاضي بينهما بخصوصة الولى
وأثره المهر والأزما المدة ثم تزوجها في عدتها بغير ولى وفرق القاضي بينهما قبل الدخول بها
كان لها عليه المهر الثاني كاملا وعليها عدة مستقبلة في قوله أبو حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
وعند محمد رحمه الله تعالى لا مهر لها عليه وعليها بقية العدة الأولى وعند زفر رحمه الله تعالى
لا عدة عليها وعلى هذا الخلاف لو طلقها تطليقة ثانية في النكاح الأول ثم تزوجها في العدة
فطلقها قبل الدخول عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يجب المهر الثاني كاملا وعليها
العدة وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يجب نصف المهر الثاني ولا عدة عليها إلا أن عند محمد
يلزمها بقية العدة الأولى لظاهر قوله تعالى فإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية وقال
ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة امتدونها وفي النكاح الثاني الطلاق
حصل قبل المسيس لأن العقد الثاني غير مبني على الأول والدخول في النكاح الأول لم يجعل
دخولا في النكاح الثاني . ألا ترى أن صريح الطلاق بينها فصار في حق العقد الثاني كأن
الأول لم يوجد أصلا إلا أن محمد رحمه الله تعالى يوجب بقية العدة الأولى احتياطاً لأن تلك
العدة كانت واجبة وبالطلاق قبل الدخول صار النكاح الثاني كالمردوم وزفر رحمه الله تعالى
يقول العدة الأولى سقطت بالنكاح الثاني والساقط من العدة لا يعود وتجدد وجوب العدة
يستدعى تجديد السبب وهما قالا العقد الثاني يتأكد بنفسه والفرقة متى حصلت بعد تأكد
العقد يجب كمال العدة والمهر وبيان التأكد أن اليد والفرش يبقى بقاء العدة فأنما تزوجها
والمعقود عليه في يده حكما فيصير قابضاً بنفس العقد كالفاسب إذا اشترى من المنصوب
منه المنصوب وبه يتأكد حكم النكاح سواء وجد الدخول أو لم يوجد كما يتأكد بالخلوة
وبه يبطل اعتمادهم على حصول البيئونة بصريح الطلاق فإن بعد الخلوة صريح الطلاق بينها

ويكون النكاح متأكداً في حكم المهر والمدة ولأن وجوب المدة لتوهم اشتغال الرحم بالماء عند الفرقة وهذا قائم في العقد الثاني لأنه لا تأثير في تجديد العقد في براءة الرحم وقد كان توهم الشغل ثابتاً حتى أوجبنا المدة عند الفرقة الأولى وهذا على قول محمد رحمه الله تعالى الزم لأنه يلزمها بقية المدة الأولى باعتبار توهم الشغل والمدة لا تجزى في الوجوب وعلى هذا الأصل لو كانت الفرقة بسبب اللعان أو بخيار البلوغ أو بخيار المتق كاه على الأصل الذي بيناه وكذلك إن كان النكاح الأول فاسداً أو كان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحاً صحيحاً في المدة وإن كان النكاح الأول صحيحاً والثاني فاسداً ففرق بينهما قبل الدخول لا يجب المهر بالانفاق لأن صير ورته قابضاً باعتبار تمكنه من القبض شرعاً وذلك بالعقد الفاسد لا يكون الأثرى أن الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب المهر والمدة فهنا كذلك المدة الأولى لم تسقط بمجرد العقد الفاسد فبقيت معتدة كما كانت ولا مهر لها عليه إذا فرق بينهما قبل الدخول ولو كان العقد الثاني صحيحاً فارتدت ووقعت الفرقة بينهما فهو على هذا الخلاف الذي قلنا لها بحال المهر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى لا مهر لها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول فلو كان تزوجها في جميع هذه الوجوه بمد انقضاء المدة كان الجواب عندهم كما هو قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى في الفصول المتقدمة لأنه لم يبق له عليها تلك اليد بمد انقضاء المدة فالتزوج بها وباجنبية أخرى سواء **قال** وإذا تزوجت المرأة رجلاً خيراً منها فليس للولي أن يفرق بينهما لأن الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء فإن الولي لا يتخير بأن يكون تحت الرجل من لا تكافئه ولأن نسب الولد يكون إلى أبيه لا إلى أمه الأثرى إن اسمعيل عليه السلام كان من قوم إبراهيم صلوات الله عليه لا من قوم هاجر وكذلك إبراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من قريش وما كان قبلياً وأولاد الخلفاء من الأماة يصاحون للخلافة **قال** وإذا تسمى الرجل لامرأة بغير اسمه وانتسب لها إلى غير نسبه فتزوجته فالمسئلة على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكون النسب المكتوم أفضل مما أظهره بأن أخبرها أنه من العرب ثم تبين أنه من قريش وفي هذا الاختيار لها وللأولياء لأنها وجدته خيراً مما شرط لها فهو كمن اشترى شيئاً على أنه معيب فاذا هو سليم (والثاني) إذا كان نسبه المكتوم دون ما أظهره ولكنه في النسب المكتوم غير كفه لها بأن تزوج قرشية على أنه من قريش ثم تبين أنه من

العرب أو من الموالى وفي هذا لها الخيار وان رضيت هي فللاولياء أن يفرقوا بينهما لعدم الكفاءة (والثالث) ان كان النسب المكتوم دون ما ظهر ولكنه في النسب المكتوم كقولها بأن تزوج عريية على أنه من قريش ثم تبين أنه من العرب وفي هذا ليس للاولياء حق المطالبة بالفرقة بالاتفاق لان حق الخصومة للاولياء لدفع العار عن أنفسهم حتى لا ينسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم وهذا غير موجود هنا ولكن لها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا خيار لها كما لا يثبت للاولياء لان الحق في المطالبة بالكفاءة وهي موجودة ولكننا نقول شرط لها زيادة منفعة وهو أن يكون ولدها منه صالحا للخلافة فاذا لم تنل هذا الشرط كان لها الخيار كمن اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسنه وهذا لان في الاستفراش ذلاً في جانبها والمرأة قد ترضى استفراش من هو أفضل منها ولا ترضى استفراش من هو مثلها فاذا ظهر أنه غيرها فقد تبين انعدام تمام الرضا منها فلماذا كان لها الخيار بخلاف الاولياء فان ثبوت الخيار لهم لعدم الكفاءة فقط وللشافعي رحمه الله تعالى في هذه المسئلة ثلاثة أقوال قول مثل قولنا وقول مثل قول زفر رحمه الله تعالى وقول آخر أن النكاح باطل لانها زوجت نفسها من رجل هو قرشي ولم يوجد ذلك الرجل ولكننا نقول الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا فالهبرة للاشارة لان التعريف بالاشارة أبلغ وبهذا ونحوه نستدل على قلة فقهه فان مثل هذا الجواب لا يمجز عنه غير الفقيه ومن سئل عن طريق فقال اما من هذا الجانب واما من هذا الجانب فيشير الى الجوانب الاربعة علم أنه لا علم له بالطريق أصلاً ﴿قال﴾ وان كانت المرأة هي التي غرت الزوج وانتسبت الي غير نسبها فلا خيار له فيه اذا علم وهي امرأته ان شاء طلقها وان شاء أمسكها لما بينا أنه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها لا في حق نفسه ولا في ولده ولانه يتمكن من التخلص منها بالطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب النكاح بغير شهود﴾

﴿قال﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لانكاح الا بشهود وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى وكان مالك وابن أبي ليلى وعثمان البستي رحمهم الله تعالى يقولون

الشهود ليس بشرط في النكاح انما الشرط الاعلان حتى لو أعلنوا بمحضرة الصبيان والمجانين صح النكاح ولو أمر الشاهدين بان لا يظهر العقد لا يصح وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أعلنوا النكاح ولو بالدف وحضر رسول الله صلى الله عليه وسلم املاك رجل من الأنصار فقال أين شاهدكم فأتى بالدف فأمر بان يضرب على رأس الرجل وكان لهائشة رضى الله عنها دف تميره للانكحة وهذا لان حرام هذا الفعل لا يكون الا سرا فالجلال لا يكون الا ضده وذلك بالاعلان لتنتفي التهم وحجتنا في ذلك الحديث الذي رويناه وحديث ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب رولى وشاهدان وقال عمر رضى الله عنه لا أوتى برجل تزوج امرأة بشهادة رجل واحد الا رجته ولان الشرط لما كان هو الاظهار يعتبر فيه ماهو طريق الظهور شرعا وذلك شهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لا يبقى سرا قال الفاضل
وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي

ولان اشتراط زيادة شئ في هذا العقد لاظهار خطر البضع فهو نظير اشتراط زيادة شئ في اثبات إتلاف ما يملك بالنكاح وانما اخص ذلك من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين فكذلك هذا التملك مختص من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين ثم الأصل عندنا ان كل من يصلح ان يكون قابلا للعقد بنفسه يتعقد النكاح بشهادته وكل من يصح ان يكون وليا في نكاح يصلح ان يكون شاهدا في ذلك النكاح وعلى هذا الأصل قلنا يتعقد النكاح بشهادة الفاسقين ولا يتعقد عند الشافعي رحمه الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم لانكاح الابولى وشاهدى عدل ولكننا نقول ذكر العدالة في هذا الحديث والشهادة مطلقة فيما روينا فنحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعا مع انه نكر ذكر العدالة في موضع الاثبات فيقتضى عدالة ما وذلك من حيث الاعتقاد وفي الحقيقة المسئلة تنبى على ان الفاسق من أهل الشهادة عندنا وانما لا تقبل شهادته لتمكن تهمة الكذب وفي الحضور والسمع لا تتمكن هذه التهمة فكان بمنزلة العدل وعند الشافعي رحمه الله تعالى الفاسق ليس من أهل الشهادة أصلا لتقصان حاله بسبب الفسق وهو ينبنى أيضا على أصل ان الفسق لا يتقص من ايمانه عندنا فان الايمان لا يزيد ولا يتقص والاعمال من شرائع الايمان لا من نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد الايمان بالطاعة وينقص بالمعصية فجعل تقصان الدين بسبب الفسق

كـنقصان الحال بسبب الرق والصغر واعتبر بطرف الأداء فان المقصود اظهار النكاح عند
 الحاجة اليه والصيانة عن خلل يقع بسبب التجاحد ولا يحصل ذلك بشهادة الفاسق وان كنا
 نقول الفسق لا يخرج من أن يكون أهلا للإمامة والسلطنة فان الأئمة بمد الخلفاء الراشدين
 رضي الله تعالى عنهم قل ما يخلو واحد منهم عن فسق فالقول بخروجه من أن يكون إماما
 بالفسق يؤدي الى فساد عظيم ومن ضرورة كونه أهلا للإمامة كونه أهلا للقضاء لان
 تقلد القضاء يكون من الامام ومن ضرورة كونه أهلا لولاية القضاء ان يكون أهلا للشهادة
 وبه ظهر الفرق بينه وبين نقصان الحال بسبب الرق والأداء ثمرة من ثمرات الشهادة
 وفوت الثمرة لا يدل على انعدام الشيء من أصله الا ترى ان شهادة المشهور الذي ظاهر
 حاله العدالة ينقد النكاح ولا يظهر بمقالته وكذلك بشهادة ابنته منها وكذلك ينقد بشهادة
 الاعميين بالاتفاق اما عندنا فلان الاعمي انما لا تقبل شهادته لانه لا يميز بين المشهود له
 والمشهود عليه الا بدليل مشتبه وهو النعمة والصوت وذلك لا يكون في حالة الحضور
 والسمع وعند الشافعي رحمه الله تعالى لان الاعمي من أهل أداء الشهادة ولهذا قال لو تحمل
 وهو بصير ثم عمي تقبل شهادته فاما بشهادة المحدودين في القذف فان لم تظهر توبتهما فهما
 فاسقان وان ظهرت توبتهما ينقد النكاح بشهادتهما بالاتفاق عند الشافعي رحمه الله تعالى
 لجواز الاداء منهما بعد التوبة وعندنا انما لا تقبل شهادة المحدود في القذف لكونه محكوما
 بكذبه فاعما يؤثر ذلك فيما يتصور فيه تهمة الكذب أو فيما يستدعي قولاً من جهتهما
 وذلك لا يكون في الحضور والسمع فاما بشهادة العبيد والصبية لا ينقد النكاح لانهما
 لا يقبلان هذا العقد بأنفسهما ولانهما لا يصلحان للولاية في هذا العقد وهذا لان النكاح
 يعقد في محافل الرجال والصبية والعبيد لا يدعون الى محافل الرجال عادة فلهذا جعل
 حضورهما كلا حضورهما وعلى هذا الاصل ينقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعند
 الشافعي رحمه الله تعالى لا ينقد بناء على أصله أن شهادة النساء مع الرجال انما تكون حجة
 في الاموال وفيما يكون تبعاً للأموال باعتبار أن المعاملة تكثر بين الناس ويلحقهم الخرج
 بأشهاد رجلين في كل حادثة فكانت حجة ضرورية في هذا المعنى ولا ضرورة في النكاح
 والطلاق وما ليس بمال لان المعاملة فيها لا تكثر فكانت كالحذود ورافة ماص وكذلك
 هذا ينبغي على أصله أن المرأة لا تصلح أن تكون موجبة للنكاح ولا قابلة فكذلك لا تصلح

شاهدة في النكاح وعندنا هي تصلح لذلك وللنساء مع الرجال شهادة أصلية ولكن فيها ضرب شبهة من حيث أنه يغلب الضلال والنسيان عليهن كما أشار الله تعالى في قوله أن تفضل احدهما الاخرى فتذكر احدهما الاخرى وبانضمام احدي المرأتين الي الاخرى تقل تهمة النسيان ولا تنعدم لبقاء سببها وهي الاثوثة فلا تجمل حجة فيما يندري بالشبهات كالحجود والقصاص فأما النكاح والطلاق يثبت مع الشبهات فهذه الشهادة فيها نظير شهادة الرجال ولا اشكال ان تهمة الضلال والنسيان في شهادة الحضور لا تتحقق فكان ينبغي أن ينقذ النكاح بشهادة رجل وامرأة ولكننا نقول قد ثبت بالنص ان المرأتين شاهد واحد فكانت المرأة الواحدة نصف الشاهد ونصف الشاهد لا يثبت شيء ولهذا لو شهد رجلان وامرأة ثم رجعا لم تضمن المرأة شيئاً وسنقرر هذه الاصول في موضعها من كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى واعتمادنا على حديث عمر رضي الله تعالى عنه حيث أجاز شهادة رجل وامرأتين في النكاح والفرقة **وقال** ولو تزوجها بشهادة ابنته أو ابنتها أو بنته منها ينقذ النكاح بالاتفاق لحضور من هو أهل للشهادة فان امتناع قبول شهادة الولد لو الده لا نقصان حاله بل لتهمة ميل كل واحد منهما الى صاحبه ولا تتمكن هذه التهمة في انقضاء العقد بشهادتهما **وقال** ولو تزوج مسلم نصرانية بشهادة نصرانيين جاز النكاح في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ولم يجوز في قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى لأن هذا نكاح لا يصح الا بشهود فلا يصح بشهادة الكافرين كالمعتدين المسلمين بخلاف أنكحة الكفار فانها تنقذ بغير شهود وحقيقة المعنى ان هذا السماع شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فلم يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة وشرط الانقضاء سماع البيعة كلاشطري المعتد ولم يوجد فكان هذا بمنزلة ما لو سمع الشاهدان كلام المرأة دون كلام الزوج ولهما طريقان (أحدهما) ما بينا ان الكافر يصلح أن يكون ولياً في العقد ويصلح ان يكون قابلاً لهذا العقد بنفسه فيصلح ان يكون شاهداً فيه أيضاً كالمسلم وهذا استدلال بطريق الأولى فان الايجاب والقبول ركن العقد والشهادة شرطه فاذا كان يصلح الكافر للقيام بركن هذا العقد بنفسه فلأن يقوم بشرطه كان أولى بخلاف ما يجري بين المسلمين ولان المخاطب بالاشهاد هو الرجل لانه يملك البضع ولا يملك الا بشهادة الشهود فاما المرأة تملك المال والشهود ليس بشرط لملك المال ألا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان

مخصوصا بالنكاح بغير شهود ثم كانت المرأة لا تحتاج الى الاشهاد عليه اذا ثبت هذا فنقول
الرجل قد اشهد عليها من يصلح ان يكون شاهداً عليها بخلاف ما اذا كانت مسلمة وبخلاف
ما اذا سموا كلامها لانه مخاطب بالاشهاد عليها بالعقد والعقد لا يكون الا بكلام المتعاقدين
وسماعهما كلام المسلم صحيح ألا ترى أنه لو تزوجها بشهادة كافرين ومسلمين ثم وقعت
الحاجة الى أداء هذه الشهادة تقبل شهادة الكافرين بالعقد عليها اذا جحدت وعلى الزوج
لو كان اسدا بعد ذلك فظهر ان سماعهما كلام المسلم صحيح فيحصل به الاشهاد عليها بالعقد
وهذا بخلاف ما اذا تزوجها بغير شهود فانه لا يجوز ذلك وان كان في دينهم حلالا لان
صاحب العقد هو الزوج وهو مسلم مخاطب بالاشهاد فلا يمتبر اعتقادها في حقه **قال**
واذا زوج ابنته بشهادة ابنه ثم جحد الزوج النكاح وادعاه الاب والمرأة فشهد الابن
بذلك فشهادتهما لا تقبل في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى تقبل
ولو كان الزوج هو المدعي وجحد الاب والمرأة لذلك فشهادة الابن فيه تكون مقبولة
على ابيهما والحاصل ان شهادتهما لا ختمها وعلى اختمها تكون مقبولة وشهادتهما على ابيهما
فيما يجحده الأب مقبولة فأما اذا شهدا لبيهما فيما يدعيه ان كان للاب فيه منفعة نحو ان
يشهدا بعقد تعلق الحقوق به لا تقبل شهادتهما وان لم يكن للاب فيه منفعة لا تقبل
الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضاً وعند محمد تقبل واصل المسئلة فيما اذا قال لعبد ان
كلك فلان فانت حر فشهد ابنا فلان ان اباهما كلم العبد فان كان الاب يجحد ذلك فشهادتهما
مقبولة وان كان الاب يدعي ذلك لا تقبل الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد
رحمه الله تعالى تقبل قال لان امتناع قبول شهادة الولد لوالده لتمكن تهمة الميل اليه واشاره
بالمنفعة على غيره وهذا لا يتحقق فيما لا منفعة للاب فيه فقبلت الشهادة جحدها أو ادعاها
وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول شهادة الولد لوالده لا تكون مقبولة بالنص وهو قوله
صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده وانما تكون شهادة له اذا كان مدعياً
بشهادته ولا معتبر بالمنفعة فان جحوده الشهادة يقبل وان كان له فيه منفعة بأن شهدوا عليه
ببيع ما يساوي مائة درهم بألف درهم مع أن المنفعة هنا تتحقق فان ظهور صدقه عند القاضي
والناس من جملة المنفعة والماعل يؤثر هذا على كثير من المنافع الدنيوية ثم ذكر في الكتاب
وقال محمد رحمه الله تعالى كل شيء للأب فيه منفعة جحد أو ادعى فشهادة ابنه فيه باطل

وكذلك كل شيء تولاه مما يكون فيه خصماً كالبيع وما أشبهه والمراد بهذا أن عند دعوى الاب لا تقبل شهادة الابن للهمة وعند وجود الاب ان كان الآخر جاحداً أيضاً لا تقبل الشهادة لعدم الدعوى فأما اذا كان الآخر مدعياً كانت الشهادة مقبولة وان كان للأب فيها منفعة كما اذا شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة درهم بألف درهم والمشتري يدعيه وهذا لان هذه منفعة غير مطلوبة من جهة الاب والمنفعة التي هي غير مطلوبة لا تؤثر في المنع من قبول الشهادة ﴿ قال ﴾ وأما شهادة الشاهد على فعل تولاه لنفسه أو لغيره مما يكون فيه خصماً ومما لا يكون خصماً فساقطة بالاتفاق وبهذا يستدل أبو يوسف رحمه الله تعالى فقال الابن جزء من أبيه فشهادته كشهادة الاب لنفسه فكما أن شهادة الاب فيما باشره لا تكون مقبولة وان لم يكن له فيه منفعة فكذلك شهادة الابن للأب ولكننا نقول فيما باشره يكون مدعياً لا شاهداً فأما الابن فيما باشر أبوه يكون شاهداً فبعد تحقق الشهادة المانع من القبول هو التهمة ففي كل موضع لا تحقق التهمة تكون الشهادة مقبولة ﴿ قال ﴾ واذا زوج الرجل ابنته فأنكرت الرضا فشهد عليها أخوها وأبوها بالرضا لم تقبل لان الاب يريد تميم ما باشره ولو شهد عليها أخوها بالرضا كانت مقبولة لانه لا تهمة في شهادتهما عليها ﴿ قال ﴾ ولو تزوج امرأة بغير شهود أو بشاهد واحد ثم أشهد بعد ذلك لم يجز النكاح لان الشرط هو الاشهاد على العقد ولم يوجد وانما وجد الاشهاد على الاقرار بالعقد الفاسد والاقرار بالعقد الفاسد ليس بعقد والاشهاد عليه لا يتقلب الفاسد صحيحاً ﴿ قال ﴾ ولا يجوز النكاح بين مسلمين بشهادة عبيدين أو كافرين أو صبيبين أو معتوهين أو نساء ليس معهن رجل لما قلنا فان كان معهم شاهدان حران مسلمان جاز النكاح لوجود شرطه فان ادرك الصبيان وعنت العبدان وأسلم الكافران ثم شهدوا بذلك عند الحاكم جازت شهادتهم لان شرائط أداء الشهادة انما يعتبر عند الاداء وهو موجود والعنت والإسلام والبلوغ ليس من شرائط التحمل فتحملهما كان صحيحاً حين تحملا لأن التحمل ليس بشهادة والحرية والاسلام والبلوغ تعتبر في الشهادة فلماذا جازت شهادتهما ﴿ قال ﴾ واذا شهد شاهد أنه تزوجها أمس وشهد شاهد أنه تزوجها اليوم فشهادتهما باطلة لان النكاح وان كان قولاً الا أن من شرائطه ما هو فعل وهو حضور الشهود فكان بمنزلة الافعال واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع قبول الشهادة توضيحه ان كل واحد منهما شهد بعقد

عقد بحضوره وحده وذلك عقد فاسد ﴿ قال ﴾ وإذا جحد الزوج النكاح فأقامت المرأة
البينة جاز ولم يكن جحوده طلاقاً ولا فرقة لان الطلاق تصرف في النكاح وهو منكر
لأصل النكاح فلا يكون إنكاره تصرفاً فيه بالرفع والقطع . ألا ترى أن بالطلاق ينتقص
العدد وبانتفاء أصل النكاح لا ينتقص فان أقامت البينة على اقراره بالنكاح جازاً أيضاً لان الثابت
بالبينة كالثابت بالمعاينة ﴿ قال ﴾ ولو زوج عبده أمته بغير شهود لم يجوز لأنه نكاح بين
مسلمين واشتراط الشهود في نكاح المسلمين لاظهار خطر البضع وذلك المعنى لا يختلف في
الاحرار والعبيد وهذا بخلاف المهر لانه على طريق يمض مشايخنا يجب المهر بهذا العقد
لاظهار خطر البضع حقاً للشرع ثم يسقط بعد ذلك لانه لو بقي كان للمولى ولا دين للمولى
على عبده وان قلنا لا يجب فانما امتنع وجوبه لوجود المنافي له ولكونه غير مفيد لان فائدة
الوجوب الاستيفاء وهذا لا يوجد في الشهود فان ملكه رقبتهما لا ينافي الاشهاد على النكاح
ويحصل به ما هو مقصود الاشهاد ﴿ قال ﴾ وان طلقها الزوج في النكاح بغير شهود لم يقع طلاقه
عليها ولكنه متاركة للنكاح لان وقوع الطلاق يستدعي ملكه على المحل امامك العين أو
ملك اليد وذلك لا يحصل بالنكاح الفاسد فان العدة وان وجبت بالدخول لا يثبت ملك اليد
باعتباره ولهذا لا تستوجب النفقة ولكنه يكون متاركة فان الطلاق في النكاح الصحيح يكون
رافعاً للعقد موجبا نقصان العدد لكن امتنع ثبوت أحد الحكيم هنا فبقي عاملاً في الآخر
وهو رفع الشبهة لان رفع الشبهة دون رفع العقد ثم بين حكم الدخول في النكاح الفاسد وما
لو تزوجها في العدة ثابته بشهود ثم طلقها قبل الدخول وقد بينا الخلاف فيه فيما سبق ﴿ قال ﴾
واذا قال تزوجتك بغير شهود وقالت هي تزوجتني بشهود فالقول قولها لانها اتفقتا على أصل
العقد فيكون ذلك كالاتفاق منهما على شرائطه لان شرط الشيء يتبعه بالاتفاق على الأصل يكون
اتفاقاً على الشرط ثم المنكر منهما للشرط في معنى الراجع فان كانت هي التي أنكرت الشهود
فالنكاح بينهما صحيح وان كان الزوج هو المنكر بفرق بينهما لاقراره بالحرمة عليه لانه متمكن
من تحريمها على نفسه فجعل اقراره مقبولاً في اثبات الحرمة ويكون هذا بمنزلة الفرقة من جهته
فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول وجميع المسمى ونفقة العدة ان كان بعد الدخول وهذا بخلاف
ما اذا أنكر الزوج أصل النكاح لان القاضي كذبه في انكاره بالحجة والمكذب في زعمه
بقضاء القاضي لا يبتى لزعمه عبرة وهنا القاضي ما كذبه في زعمه بالحجة ولكنه رجح قولها

للمعنى الذى قلنا فبقى زعمه معتبراً في حقه فهذا فرق بينهما **قال** **﴿** وكذلك لو قال تزوجتها
 ولها زوج أو هي معتدة من غيرى أو هي بجوسية أو أختها عندي أو هي أمة تزوجتها بغير
 اذن مولاه لان هذه الموانع كلها معني في عمل العقد والمحال في حكم الشروط فكان هذا
 واختلافهما في الشهود سواء على ما بيننا وهذا بخلاف ما اذا ادعى أحدهما ان النكاح كان في
 صغره بمباشرة لانه ينكر أصل العقد هنا فان الصغير ليس بأهل لمباشرة النكاح بنفسه
 فاضافة العقد الى حالة معهودة تنافي الأهلية يكون انكاراً لأصل العقد كما لو قال تزوجتك
 قبل ان تخلقى أو قبل أن أخلق وإذا كان القول قول المنكر منهما فلا مهر لها عليه ان لم يكن
 دخل بها قبل الادراك وان كان دخل بها قبل الادراك فلها الأقل من المسمى ومن مهر
 المثل لوجود الدخول بحكم النكاح الموقوف فان عقد الصغير يتوقف على اجازة وليه اذا
 كان الولي يملك مباشرته وان كان الدخول بعد الادراك فهذا رضى بذلك النكاح وبمد
 الادراك لو أجاز العقد الذى عقده في حالة الصغر جاز كما لو أجاز وليه قبل ادراكه فكذلك
 بدخوله بها يصير مجزاً **قال** **﴿** واذا زوج الرجل امرأة بامرته ثم اختلفا فقال الوكيل أشهدت
 فيه على النكاح وقال الزوج لم تشهد فيه فانه يفرق بينهما لاقارره وعليه نصف الصداق
 لما قلنا ان اقراره بأصل عقد الوكيل اقرار بشرطه وان اختلفت المرأة ووكيلها في مثل ذلك
 فالقول قول الزوج لانها أقرت بالوكالة والنكاح فيكون ذلك اقراراً منها بشرط النكاح
قال **﴿** وكذلك لو قالت لم تزوجنى لا يلزمها اقرار الوكيل وهو قول أبى حنيفة رحمه الله
 تعالى خلافاً لهما لان اقرار الوكيل بالنكاح في حال بقاء الوكالة صحيح وقد بيناه وكذلك
 وكيل الزوج اذا أقر بالنكاح وجحد الزوج فهو على الخلاف الذى بينا هكذا ذكر المسئلة هنا
 وأعاد المسئلة في كتاب الطلاق وذكر ان أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال سواء النكاح واخلمع
 والبيع والشراء في ان اقرار الوكيل بفعله جائز اذا كان الآمر مقراً انه أمره بفعله في رواية
 كتاب الطلاق الخلاف في اقرار الولي على الصغير في النكاح لا في اقرار الوكيل على الموكل
 لان الوكيل مسلط من جهة الموكل باختياره فاقرار الوكيل به كاقرار الموكل بنفسه فأما الولي
 مسلط شرعاً والشرع اعتبر الشهود في النكاح فلا يصح اقرار الولي بغير شهود والأصح
 أن الخلاف في الكل كما ذكر هنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح أهل الذمة

قال رضي الله تعالى عنه اعلم أن كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين فهو جائز فيما بين
 أهل الذمة لأنهم يعتقدون جوازه ونحن نعتقد ذلك في حقهم أيضاً فإن النبي صلى الله عليه
 وسلم قال بعثت إلى الأحمر والأسود وخطاب الواحد خطاب الجماعة فما توافقنا في اعتقاده
 يكون ثابتاً في حقهم فاما ما لا يجوز بين المسلمين فهو أنواع منها النكاح بغير شهود فانه جائز
 بين أهل الذمة يقرون عليه اذا أسلموا عندنا. وقال زفر رحمه الله تعالى لا يتعرض لهم في ذلك
 الا أن يسلموا أو يترافعوا الينا حينئذ يفرق القاضي بينهم لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل
 الله ولا تتبع أهواءهم ولأنهم بمقد الذمة صاروا منا داراً والتزموا أحكام الاسلام فيما يرجع
 إلى المعاملات فيثبت في حقهم ما هو ثابت في حقنا الا ترى ان حرمة الربا ثابتة في حقهم
 بهذا الطريق فكذلك حرمة النكاح بغير شهود ولكننا نقول نعرض عنهم لمسكان عقد
 الذمة لا لاننا نقرهم على ذلك كما تركهم وعبادة النار والوثان على سبيل الاعراض لا على
 سبيل التقدير والحكم بصحة ما يفعلون ولا نعرض عنهم في عقد الربا لان ذلك مستثنى من
 عقد الذمة قال صلى الله عليه وسلم الامن اربى فليس بيننا وبينه عقد ويروي عهد وكتب
 إلى بني نجران اما ان تدعوا الربا أو فأذنوا بحرب من الله ورسوله وحيجتنا في ذلك ان
 الاشهاد على النكاح من حق الشرع وهم لا يخاطبون بحقوق الشرع بما هو أهم من هذا ولان
 النكاح بغير شهود يجوزه لبعض المسلمين ونحن نعلم أنهم لم يلتزموا أحكام الاسلام بجميع
 الاختلاف ثم من المنزل ان يترك أهل الكتاب وما يعتقدون الا ما استثنى عليهم وان حكم
 خطاب الشرع في حقهم كانه غير نازل لاعتقادهم خلاف ذلك الا ترى ان الحر والخنزير
 يكون مالا متقوماً في حقهم ينفذ تصرفهم فيهما بهذا الطريق فكذا ما نحن فيه بخلاف الشرك
 فان ذلك لم يحل قط ولن يحل قط واذا انعقد انعقد فيما بينهم صحيحاً بهذا الطريق فما بعد
 المرافعة والاسلام حال بقاء النكاح والشهود شرط ابتداء النكاح لا شرط البقاء فاما اذا
 تزوج ذمية في عدة ذمي جاز النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى لا يفرق بينهما
 وان أسما أو ترافعا وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى يفرق لان النكاح في العدة يجمع
 على بطلانه فيما بين المسلمين فكان باطلاً في حقهم أيضاً ولكن لا نعرض لهم لمسكان عقد

الذمة فاذا ترفعوا أو أسلموا وجب الحكم فيهم بما هو حكم الاسلام كما في نكاح المحارم فاما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى من أصحابنا من يقول العدة لا تجب من الذمي لان وجوبها لحق الشرع أو لحق الزوج ولا يمكن ايجابها لحق الشرع هنا لانهم لا يخاطبون بذلك ولا لحق الزوج لانه لا يمتد ذلك فاذا لم تجب العدة كان النكاح صحيحا ومنهم من يقول العدة واجبة ولكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا وبعد المرافعة أو الاسلام الحال حال بقاء النكاح والعدة لا تمنع بقاء النكاح كالمنكوحه اذا وطئت بشبهة وهذا بخلاف ما اذا كانت معتدة من مسلم لان تلك العدة قوية واجبة حقا للزوج فاما اذا تزوج ذات رحم محرم منه من أم أو بنت أو أخت فانه لا يتعرض له في ذلك وان عمه القاضى ما لم يترافعوا اليه الا في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وذكر في كتاب الطلاق انه يفرق بينهما اذا علم بذلك لما روى ان عمر رضى الله عنه

كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس وبين محارمهم وامنعوهم من الرمرمة اذا أكلوا ولكننا

نقول هذا غير مشهور وانما المشهور ما كتب به عمر بن عبدالعزيز الى الحسن البصرى رضى الله تعالى عنهما مابال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وماهم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمر والخنزير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ايتروا وما يعتقدون وانما أنت متبع وليس يمتدع والسلام ولان الولاية والقضاة من ذلك الوقت الى يومنا هذا لم يشغل أحد منهم بذلك مع علمهم انهم يباشرون ذلك ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة ولهذا قال يقضى لها نفقة النكاح اذا طلبت ولا يسقط احصانه اذا دخل بها حتى اذا أسلم يحد قاذفه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو باطل في حقهم ولكننا لا نتعرض لهم في ذلك لمكان عقد الذمة وهذا لان الخطاب بجرمة هذه الانكحة شائع في دار الاسلام وهم من أهل دار الاسلام فيكون الخطاب ثابتا في حقهم لانه ليس في وسع المبلغ التبليغ الى كل واحد وانما في وسعه جعل الخطاب شائعا فيجعل شيوع الخطاب بمنزلة البلوغ اليهم ولكن لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة ألا ترى انهم لا يتوارثون بهذه الانكحة ولو كانت صحيحة في حقهم لتوارثوا بها وأما الخمر والخنزير فقد قيل الحرمة بخطاب خاص في حق المسلمين وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله تعالى فهل أنتم منتهون وقيل ليس من ضرورة الحرمة سقوط المالية والتقوم فالمال قد يكون حراما وقد يكون

حلالا وانما تنبني المالية على التمول وهم يتمولون ذلك فأما من ضرورة حرمة المحل بطلان
 النكاح وقد ثبتت الحرمة في حقهم كما بينا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لو تزوج مجوسية
 صح بالاتفاق والمجوسية محرمة النكاح بخطاب الشرع كذوات المحارم وانما حكمتنا بجوازهم
 لان الخطاب في حقهم كأنه غير نازل فانهم يكذبون المبلغ ويؤمنون أنه لم يكن رسولا وقد
 انقطعت ولاية الازام بالسيف أو بالحاجة لكان عقد الذمة فصار حكم الخطاب قاصراً عنهم
 وشيوع الخطاب انما يعتبر في حق من يعتقد كون المبلغ رسولا فاذا اعتقدوا ذلك بأن
 أسلموا ثبت حكم الخطاب في حقهم فأما قبل ذلك لما قصر الخطاب عنهم بقي حكم المنسوخ
 في حقهم ما لم يثبت النسخ كما بقي حكم جواز الصلاة الى بيت المقدس في حق أهل قباة
 لما لم يلغهم الخطاب بالتوجه الى الكعبة فاذا ثبت حكم صحة الانكحة بهذا الطريق ثبت به
 ما هو من ضرورة صحة النكاح كالنفقة وبقاء الاحصان وأما الميراث فليس استحقاق الميراث
 من ضرورة صحة النكاح فقد يتمتع التوارث بأسباب كالرق واختلاف الدين مع أن
 التوارث انما يستحق الميراث على المورث بعد موته وحكم اعتقاده بخلاف الشرع سقط
 اعتباره بالموت لعلنا أنه قد يتقن بذلك ولما أشار الله تعالى اليه في قوله وان من أهل الكتاب
 الا ليؤمنن به قبل موته فلا يكون اعتقاد الوارث معتبراً في الاستحقاق عليه فلماذا لا يرثه
 بخلاف النفقة في حال الحياة وبقاء الاحصان اذا ثبتت هذه القاعدة فنقول عند أبي حنيفة
 ان رفع أحدهما الامر الى القاضي وطلب حكم الاسلام لم يفرق بينهما اذا كان الآخر يأبى
 ذلك وعندهما يفرق بينهما لان أصل النكاح كان باطلا ولكن ترك التعرض كان للوفاء
بعقد الذمة فاذا رفع أحدهما الامر وانقاد لحكم الاسلام كان هذا بمنزلة ما لو أسلم أحدهما
ولو أسلم أحدهما فرق القاضي بينهما فكان اسلام أحدهما كاسلامها فكذلك رفع أحدهما
اليه كرافعتها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أصل النكاح كان صحيحاً فرفع أحدهما الى
القاضي ومطالبته بحكم الاسلام لا يكون حجة على الآخر في ابطال الاستحقاق الثابت
له باعتقاده بل باعتقاده يكون معارضاً لاعتقاد الآخر في حكم الصحة على ما كان بخلاف
ما اذا أسلم أحدهما فان الاسلام يملو ولا يملى فلا يكون اعتقاد الآخر معارضاً لاسلام المسلم
منهما وبخلاف ما اذا رفا لانهما انقادا لحكم الاسلام فيثبت حكم الخطاب في حقها باقياً
له واليه أشار الله تعالى في قوله فان جاؤك فاحكم بينهم فتكون مرافعتها كاسلامها وبعد

اسلامهما يفرق بينهما لان المحرمية كما تنافي ابتداء النكاح تنافي البقاء بعد ما انعقد صحيحاً كما لو اعترضت المحرمية في نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة **وقال** وإذا تزوج الذي ذمته على خمر أو خنزير بعينه أو بغير عينه فهو جائز ولا مهر لها غير ما سمي لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا متقوماً والخمر والخنزير مال متقوم في حقهم بمنزلة الخيل والشاء في حقنا وأن تزوجها على ميتة أو دم أو غير شيء فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لانهم لا يتولون الميتة والدم كما لا يتولها المسلمون ولو كان المسلم هو الذي تزوج امرأة بهذه الصفة كان لها مهر مثلها فكذلك الذي وقيل هذا قولها اما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاشي لها اذا كانوا يدينون بالنكاح بغير مهر الى هذا يشير في الجامع الصغير والخلاف مشهور فيما اذا تزوجها على ان لا مهر لها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجب المهر وان أسما وعندهما لها مهر مثلها وهو بناء على ما ذكرنا من الأصل فان تقييد الابتغاء بالمال ثبت بخطاب الشرع فعندهما يكون ثابتاً في حق أهل الذمة لشبوح الخطاب في دار الاسلام وكونهم من أهلها واشتراطهم بخلاف ذلك باطل الا انه لا يمرض لهم مالم يسلموا أو يرفع أحدهم الأمر الى القاضي بخلاف أهل الحرب فان الخطاب غير شائع في دار الحرب ولان الحربية محل للتملك بالقره فيتمكن من اثبات ملك النكاح عليها بغير عوض بخلاف الذميه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول حكم هذا الخطاب قاصر عنهم من الوجه الذي قلنا فصح الشرط ووجب الوفاء به مالم يسلموا وبعد الاسلام أو المرافعة الحال حال بقاء النكاح والمهر ليس بشرط بقاء النكاح فكان هذا والنكاح بغير شهود سواء فاما اذا سكتنا عن ذكر المهر فكذا في احدي الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض الا بالشرط وفي الرواية الأخرى يجب لان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع فيما بين المسلمين فالم يوجد التنصيص على نفي العوض كان العوض مستحقاً لها وكذا عند تسمية الميتة والدم لان ذلك لغو باعتبار أنه ليس بمال فكان هذا والسكوت عن ذكر المهر سواء **وقال** وإذا طلق الذي امرأته ثلاثاً ثم أقام عليها فراغت الى السلطان فرق بينهما لانهم يمتدنون ان الطلاق مزيل للملك وان كانوا لا يمتدونه محصور العدد فامساكها باها بعد التلقيات الثلاث ظلم منه وما اعطيناهم الذمة انقرهم على الظلم أرايت لو اختلفت بمال أكتنا ندعه ليقوم عليها وقد استوفى منها فاما اذا

تزوجها بعد التطليقات الثلاث برضاها فالآن هذا ونكاح المحارم سواء لان الثلاث يوجب
حرمة المحل بخطاب الشرع كالمحرمة وهم لا يمتقدون ذلك وحرمة المحل بهذا السبب تمنع
بقاء النكاح كما تمنع الابتداء فكان كالمحرمة فيما ذكرنا من التفريعات **قال** **﴿** واذا تزوج
الذمي ذمية على خمر بينهما أو خنزير بعينه ثم أسلم أو أسلم أحدهما فليس لها غير ذلك المعين
في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فان كانت الخمر بغير عينها فلها قيمتها وفي الخنزير بغير
عينه في القياس كذلك ولكنه استحسن فقال لها مهر مثلها وفي قول محمد لها القيمة على
كل حال وفي قول أبي يوسف الآخر لها مهر مثلها على كل حال ولم يذكر قوله الاول وقيل
هو كقول محمد رحمه الله اما حجتهما في العين ان الاسلام ورد والحرام مملوك بالعقد غير
مقبوض فيمنع الاسلام قبضه كما في الخمر المشتراة اذا أسلم أحدهما قبل القبض وهذا لان
القبض يؤكده الملك الثابت بالعقد الا ترى ان الصداق تنتصف بنفس الطلاق قبل الدخول
اذا لم يكن مقبوضاً وبعد القبض لا يعود شيء الى ملك الزوج الا بقضاء أو رضاء وكذلك
الزوائد تنتصف قبل القبض ولا تنتصف بعده وكذلك لو مر يوم الفطر والصداق عند
عند الزوج ثم طلقها قبل الدخول لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض اذا ثبت
هذا فنقول الاسلام كما يمنع تملك الخمر بالعقد ابتداء يمنع تأكد الملك فيها بالقبض وبه فارق
الخمر المنصوبة فانه ليس في الاسترداد تأكد الملك انما فيه مجرد النقل من يد الى يد وأبو
حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاسلام ورد وعين المسمى مملوك لها مضمون بنفسه في يد
الزوج فلا يمنع الاسلام قبضه كالخمر المنصوبة لا يمنع الاسلام استردادها وهذا لان ملكها
في الصداق يتم بنفس العقد حتى تملك التصرف فيه كيف شاءت ومع من شاءت بسبب
وغير بدل فليس القبض هنا بموجب ملك التصرف ولا تملك العين بخلاف المبيع فان بالقبض
هناك يستفاد ملك التصرف والاسلام المانع منه ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك
حتى لو هلك يهلك على ملكه فكان قبض المشتري ناقلاً لضمان الملك فاما ضمان المسمى في
يد الزوج فليس بضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ولهذا وجب لها القيمة فلا يكون
الاسلام مانعاً من القبض الناقل للضمان اذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المنصوب وهذا
بخلاف ما اذا كان المسمى بغير عينه لان القبض هناك بموجب ملك العين والاسلام يمنع من
ذلك واذا عرفنا هذا فحمد رحمه الله تعالى يقول في الفصول كلها تعذر بالاسلام تسليم المسمى

بعد صحة التسمية وذلك . موجب للقيمة على كل حال كما لو تزوجها على عبد فاستحق أو
 هلك قبل التسليم وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الاسلام الطارىء بعد العقد قبل القبض
 يجعل في الحكم كالمقارن للعقد كما في البيع ولو اقترن الاسلام بالعقد وجب لها مهر المثل على
 كل حال فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القياس ما قاله محمد رحمه الله تعالى لان
 التسمية صحيحة وبطريان الاسلام لا يتبين فساد التسمية بخلاف ما اذا اقترن الاسلام بالعقد
 فان التسمية هناك مفسدة وبخلاف البيع لان أصل السبب هناك يفسد بالاسلام الطارىء
 وهناك أصل السبب باق وقد كانت التسمية صحيحة فاذا تمذرت تسليم المسمى كان لها القيمة غير
 أنى أستقبح ايجاب قيمة الخنزير فأوجب لها مهر مثلها قيل انما استقبح ذلك لبعد الخنزير عن
 المالة في حق المسلمين ولان المسلمين لا يعرفون قيمته والرجوع الى أهل الذمة في معرفة
 قيمة الخنزير ليقضى به مستقبح ولكن هذا ضعيف فان المسلم اذا ألتف خنزير الذي يضمن
 قيمته كما اذا ألتف خمره والصحيح ان يقال قيمة الخنزير كمينه الا ترى ان قبل الاسلام لو
 اتاه بالقيمة أجبرت على القبول كما اذا اتاه بالعين فكما تمذرت قبض عين الخنزير بالاسلام
 فكذلك القيمة بخلاف الخمر يقرره ان قيمة الخنزير من موجبات صحة التسمية وبالاسلام قد
 تغير حكم التسمية فانما يجوز ان يستوفى بعد الاسلام ما ليس من موجبات صحة التسمية وذلك
 مهر المثل فاما قيمة الخمر ليس من موجبات صحة التسمية لان الخمر من ذوات الامثال فلهذا
 يصار الى قيمة الخمر ثم ان طلقها قبل الدخول ففي العين لها نصف العين في قول أبي حنيفة
 رحمه الله تعالى وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها الثلثة لان مهر المثل
 لا يتصرف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق
 فالواجب المتعة بعد الطلاق على ما ذكره في باب المهور ان شاء الله تعالى وعند محمد رحمه
 الله تعالى لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لها
 المتعة على كل حال (قال) مسلم تزوج مسلة على خمر أو خنزير أو شئ مما لا يحل كان
 النكاح جائزا لان صحة التسمية ليس من شرائط أصل النكاح فالنكاح صحيح بغير تسمية المهر
 فكذلك مع فساد التسمية لان ما كان فاسدا شرعا فذكره كالتسكوت عنه في حكم الاستحقاق
 وتقدم اشتراطه غير مبطل للنكاح فان النكاح يهدم الشرط ولا يهدم به فكذا قال ابراهيم
 النخعي رحمه الله تعالى النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع واذا صح النكاح فلها مهر

مثلها لان البضع لا يملك الا بموض وقد تندر إيجاب السمي فيصار الى العوض الاصلي وهو
 قيمة البضع على ما بينه في باب المهور ان شاء الله تعالى ﴿ قال ﴾ وتجوز المناكحة بين اليهود
 والنصارى والمجوس وقد دللنا على جواز أصل المناكحة فيما بينهم ثم هم أهل ملة واحدة
 وان اختلفت نحلهم لانه يجمعهم اعتقاد الشرك والانكار لنبوة محمد صلى الله عليه وسلم
 فتجوز المناكحة فيما بينهم كأهل المذاهب فيما بين المسلمين ولهذا جوزنا شهادة بعضهم على
 بعض وورثنا بعضهم من بعض ثم المولود بينهما على دين الكتابي من الأبوين عندنا تحمل
 ذمته ومناكحته للمسلمين ولا يحمل ذلك عند الشافعي رحمه الله تعالى لان المعارضة تحقق
 بينهما واحدهما يوجب الحرمة والآخر الحل فيغلب الموجب للحرمة لقوله صلى الله عليه
 وسلم ما جمع الحلال والحرام في شيء الا غلب الحرام الحلال بخلاف ما اذا كان أحدهما
 مسلماً لان الكفر لا يمرض الاسلام على ما بيننا ولكننا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم كل
 مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه فجعل انفاق الأبوين علة ناقلة عن أصل
 الفطرة فيثبت ذلك فيما اذا اتفق عليه الأبوان وفيما اختلفا فيه بقي على أصل الفطرة ولان حل
 الذبيحة والمناكحة من حكم الاسلام فاذا كان ذلك اعتقاد أحد الأبوين يجعل الولد تبعاً له
 في ذلك كما في نفس الاسلام وهذا لان اليهودية اذا قوبلت بالمجوسية فالمجوسية شر فلا تقع
 المعارضة بينهما ولكن يترجع جانب التبعية للكتابي لانه يعتقد التوحيد أو يظهره فكان في
 جعل الولد تبعاً له نوع نظر للولد وذلك واجب ﴿ قال ﴾ واذا زوج صبية من صبي وهما من أهل
 الذمة جاز ذلك كما يجوز بين المسلمين لان الولاية ثبتت للأولياء فيما بينهم قال الله تعالى
 والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ثم ان كان المزوج هو الأب والجد فلا خيار لهما اذا
 أدركا لشفقة الأبوة فان ذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شيء يجب ولده حتى
 الجباري وان كان المزوج غير الأب والجد فلهما الخيار في قول أبي حنيفة ومحمد على ما بيننا
 فيما بين المسلمين ﴿ قال ﴾ واذا تزوجت الذمية ذمياً فقال وليها هذا ليس بكفء لم يلتفت
 الى قوله لان ذل الشرك وصغار الجزية يجمعهم فلا يظهر مع ذلك نقصان النسب بل هم
 اكفاء بعضهم لبعض ألا ترى أنهم لو استرقوا كانوا اكفاء ولو اعتقوا كذلك ولو
 أسدوا كانوا اكفاء فعرفنا أنه لا يظهر التفاوت بينهم فلا يكون للولي ان يخاضم ﴿ قال ﴾
 لان يكون شيئاً مشهوراً يعني كائنة ملك منهم خدعها حائك أو سايس ونحوه فهنا يفرق

بينهما لالا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة لان هذا يهيج الفتنة والقاضي مأمور بتسكين
 الفتنة بينهم كما هو مأمور بذلك بين المسلمين ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الذي مسلمة حرة فرق
 بينهما لقوله تعالى ولا تشكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام
 يعلم ولا يعلم فاستقر الحكم في الشرع على ان المسلمة لا تحل للكافر وان كان ذلك حلالا
 في الابتداء فيفرق بينهما ويوجع عقوبة ان كان قد دخل بها ولا يبلغ به أربعين سوياً وتعذر
 المرأة والذي سعى فيما بينهما وفي حق الذي لم يذكر لفظ التعذير لانه ينبئ عن معنى
 التطهير والتوقير قال الله تعالى وتمزروه وتقرروه وتسبحوه بكرة وأصيلاً فلما قال يوجع
 عقوبة وهذا لانه أساء الأدب فيما صنع واستخف بالمسلمين وارتكب ما كان ممنوعاً عنه
 فيؤدب على ذلك وكان مالك بن أنس رحمه الله تعالى يقول يقتل لانه يصير بهذا ناقضاً
 للمهد حين باشر ما ضمن في المهد أن لا يفعله فهو نظير الذي اذا جعل نفسه طليعة
 للمشركين على قوله ولكننا نقول كما ان المسلم بارتكاب مثله لا يصير ناقضاً لامانه فالذي
 لا يصير ناقضاً لامانه فلا يقتل ولكن يوجع عقوبة وكذلك يعذر الذي سعى بينهما لانه
 أعان على ما لا يحل والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم امن الله الراشي والمرشي والرائش
 وهو الذي يسعى بينهما وان أسلم بعد النكاح لم يترك على نكاحه لان أصل النكاح كان
 باطلاً قبل الاسلام لا ينقلب صحيحاً ﴿ قال ﴾ ولو أسلم الزوج وامرأته من أهل الكتاب بقي
 النكاح بينهما ولا يتعرض لهما لان ابتداء النكاح صحيح بعد اسلام الرجل فلان بقي أولى
 وان كانت من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يعرض عليها الاسلام فان أسلمت والافرق
 بينهما وكذلك ان كانت المرأة هي التي أسلمت والزوج من أهل الكتاب أو من غير أهل
 الكتاب فهي امرأته حتى يعرض عليه الاسلام فان أسلم والافرق بينهما ويستوى ان كان
 دخل بها أو لم يدخل بها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان قبل الدخول تقع الفرقة
 باسلام أحدهما وان كان بعد الدخول يتوقف وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاث حيض
 ولا يعرض الاسلام على الآخر واستدل في ذلك فقال قد ضمنا بمقد الذمة ان لا نتعرض
 لهم في الاجبار على الاسلام وذلك يقطع ولاية الاجبار والتفريق عندنا بالاسلام ولكن
 النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس اختلاف الدين اذا كان على وجه يمنع ابتداء
 النكاح وبعد الدخول النكاح متأكد فلا يرتفع بنفس اختلاف الدين حتى ينضم اليه ما يؤثر

في الفرقة وهو انقضاء العدة وقاس بالطلاق فان بنفس الطلاق قبل الدخول يرتفع النكاح
 وبعد الدخول لا يرتفع الا بانقضاء العدة وحجتنا في ذلك ما روى ان دهقاناً بهز الملك أسلمت
 فأمر عمر رضي الله تعالى عنه ان يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم والا فرق بينهما وان
 دهقاناً أسلم في عهد على رضي الله عنه فعرض الاسلام على امرأته فابت ففرق بينهما وكان
 المعنى فيه ان النكاح كان صحيحاً بينهما فلا يرتفع الا بعد وجود السبب الموجب له واسلام
 المسلم منهما لا يصح سبباً لذلك لانه سبب لاثبات العصمة وتأ كيد الملك له وكذلك كفر من
 أصر منها على الكفر لانه كان موجوداً قبل هذا وما كان مانعاً لا ابتداء النكاح ولا بقاءه
 وكذلك اختلاف الدين فان عينه ليس بسبب كما لو كان الزوج مسلماً والمرأة كتابية فلا بد
 من أن يتقرر السبب الموجب للفرقة لما تعمز استدامة النكاح بينهما وذلك السبب عرض
 الاسلام على الكافر منهما لا بطريق الاجبار عليه ولكن لان بالنكاح وجب عليه الامساك
 بالمعروف أو التسريح بالاحسان فالامساك بالمعروف في ان يساعدها على الاسلام فاذا أبي
 ذلك تعين التسريح بالاحسان فاذا امتنع من ذلك ناب القاضى منابه في التفريق بينهما
 ثم ان كانت المرأة هي التي أبت الاسلام حتى فرق القاضى بينهما فان كان قبل الدخول فلا
 مهر لها وان كان بعد الدخول فليس لها نفقة العدة لان الفرقة جاءت من قبلها وتكون
 الفرقة بغير طلاق بالاتفاق لانه ليس اليها من الطلاق شيء وانما فرق القاضى بينهما باصرارها
 على الخبث والخبيثة لا تصلح للطيب فاما اذا كان الزوج هو الذي أبت الاسلام فان كان
 قبل الدخول فلها نصف المهر وان كان بعد الدخول فلها نفقة العدة وتكون الفرقة بطلاق
 عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تكون فرقة بغير
 طلاق واما الفرقة برودة المرأة تكون بغير طلاق وردة الزوج كذلك في قول أبي حنيفة
 وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وفي قول محمد رحمه الله تعالى تكون بطلاق وحجة أبي
 يوسف رحمه الله تعالى في الفصلين ان سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان على معنى انه
 يتحقق من كل واحد منهما وهو الالباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة
 الواقعة بالمحرمية وملك أحد الزوجين صاحبه وهذا لانه ليس اليها من الطلاق شيء فكل
 سبب للفرقة يتحقق من جهتها يعلم انه ليس بسبب للطلاق وحجة محمد رحمه الله تعالى في
 الفصلين ان سبب الفرقة قول من جهة الزوج اما إياه أو ردة فيكون بمنزلة إيقاع

الطلاق وهذا لانه يفوت الامساك بالمعروف بهذا السبب فيتعين التسريح بالاحسان والتسريح
 طلاق الا ترى ان الفرقة بين العنين وامرأته تجعل طلاقاً بهذا الطريق وأبو حنيفة يفرق
 بينهما والفرق من وجهين احدهما ان الفرقة بالردة كانت لفوات صفة الحل وذلك مناف
 للنكاح الا ترى ان الفرقة لا تتوقف على قضاء القاضي فانه ينافي النكاح ابتداء وبقاء فيكون
 نظير المحرمية والملك فأما إباء الاسلام فانه غير مناف للنكاح الا ترى ان الفرقة به لا
 تقع الا بقضاء القاضي والفرقة بسبب غير مناف للنكاح اذا كان مضافاً الى الزوج يكون طلاقاً
 توضيح الفرق ان في فصل الابهاء لما كانت الفرقة لا تقع الا بقضاء القاضي أشبه الفرقة بسبب
 العنة من حيث ان القاضي ينوب فيه عن الزوج وفي مسألة الردة لما لم تتوقف الفرقة على القضاء
 أشبه الفرقة بسبب المحرمية والملك الا ترى انه يتم بالمرأة وليس اليها من الطلاق شيء ثم في
 الفصلين يقع طلاقه عليها ما دامت في العدة اما في الابهاء فظاهر لان الفرقة كانت بالطلاق
 واما في الردة فلان حرمة المحل بهذا السبب غير متأبدة الا ترى انه يرتفع بالاسلام فيتوفر
 على الطلاق ما هو موجه وهو حرمة المحل الى غاية إصابة الزوج الثاني فلم يبق طلاقه
 عليها في العدة بخلاف ما يعمد المحرمية فان حرمة المحل هناك مؤبدة فلا يظهر معها ما هو
 موجب الطلاق **وقال** واذا عقد النكاح على صبيين من أهل الذمة ثم أسلم أحدهما وهو يعقل
 الاسلام صح اسلامه عندنا استحساناً ويعرض على الآخر الاسلام ان كان يعقل فان أسلم
 فهما على نكاحهما وان أبي أن يسلم فان كان الزوج هو الذي أسلم والمرأة كتابية لم يفرق بينهما
 كما لو كانا بالعين وان كان بخلاف ذلك ففي القياس لا يفرق بينهما أيضاً لان الابهاء انما يتحقق
 موجبا للفرقة ممن يكون مخاطبا بالاداء والذي لم يبلغ وان كان عاقلاً فهو غير مخاطب بذلك
 ولكنه استحسن فقال كل من صح منه الاسلام اذا أتى به صح منه الابهاء اذا عرض عليه
 وعند تقرر السبب الموجب للفرقة الصبي يستوى بالبالغ كما لو وجدته امرأته مجنوناً وقيل
 هذا على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فأما أبو يوسف رحمه الله فانه يأخذ بالقياس وهو
 نظير اختلافهم في ردة الصبي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تجب الفرقة خلافاً
 لابي يوسف رحمه الله تعالى والاصح انه قولهم جميعاً والفرق لابي يوسف رحمه الله تعالى
 أن الابهاء تمسك بما هو عليه فيكون صحيحاً منه فأما الردة انشاء لما لم يكن موجوداً وهو يضره
 فلا يصح منه الا ترى أن رده الهبة بعد ما قبض لا يصح وامتناعه من القبول في الابتداء

صحيح ثم اذا فرق باباء الزوج وكان صغيراً فبعض مشايخنا يقولون هذا لا يكون طلاقاً لأن الصبي ليس من أهل الطلاق بخلاف البالغ والصحيح انه طلاق لأن السبب قد تقرر فهو نظير الفرقة بسبب الجب وهذا لان الصبي ليس بأهل لايقاع الطلاق والعناق ثم المتفق ينفذ من جهته اذا تقرر سببه بأن ورت قربه فكذلك الطلاق ﴿قال﴾ نصراني تزوج نصرانية ثم انها تمجست فرما على نكاحهما لانها لو كانت مجوسية في الابتداء صح النكاح بينهما فكذلك اذا تمجست وهو بناء على أصلنا أنه اذا تحول من دين الى دين يترك على ما اعتقد لأن الكفر كله ملة واحدة وللشافعي فيه ثلاثة أقوال قول مثل قولنا وقول آخر أنه يقتل ان لم يسلم لان الأمان له كان على ما اعتقده فاذا بد له بغيره لم يبق له أمان فيقتل ان لم يسلم وهذا فاسد فان الأمان بسبب الذمة كان له مع كفره وما ترك الكفر واذا كان ما اعتقد لا ينافي ابتداء عقد الذمة لا يكون منافياً للبقاء أيضاً وفي قول آخر يقول يجبر على العود الي ما كان عليه كالمسلم اذا ارتد والعياذ بالله وهو بعيد أيضاً فان ما كان عليه كان كفراً فكيف يجبر على العود اليه والنصراني اذا تهود فقد اعتقد التوحيد ظاهراً فكيف يجبر على العود الي التثايت بعد ما اعتقد التوحيد فان أسلم الزوج بعد ما تمجست عرض عليها الاسلام كما لو كانت مجوسية في الاصل فان أسلمت والافرق بينهما وان تهودت أو تنصرت كانا على النكاح كما لو كانت يهودية أو نصرانية في الابتداء وان تمجست بعد ما أسلم الزوج وقعت الفرقة بينهما لان تمجسها بعد الاسلام كردة المسلمة فكما يتعجل الفرقة بنفس ردة المرأة فكذا بتمجسها بعد اسلام الزوج ﴿قال﴾ نصراني تزوج نصرانية بشهادة عبيدين كان جائزاً اذا كان ذلك في دينهم نكاحاً لانه لو تزوجها بغير شهود جاز بشهادة العبيدين أولى والله أعلم بالصواب

باب نكاح المرتد

﴿قال﴾ ولا يجوز للمرتد ان يتزوج مرتدة ولا مسلمة ولا كافرة أصلية لان النكاح يتمد الملة ولا ملة للمرتد فانه ترك ما كان عليه وهو غير مقرر على ما اعتقده وحقيقة المعنى فيه من وجهين أحدهما ان النكاح مشروع لمعنى البقاء فان بقاء النسل به يكون وكذلك بقاء النفوس بالقيام بمصالح المعيشة والمرد مستحق للقتل فا كان سبب البقاء لا يكون مشروعاً

في حقه والثاني ان قتله بنفس الردة صار مستحقا وانما يعمل ثلاثة أيام ليتأمل فيما عرض له من الشبهة ففيما وراء ذلك جعل كانه لاحياة له حكما فلا يصح منه عقد النكاح لان اشتغاله بمقد النكاح يشغله عما لاجله حياته وهو التأمل وكذلك لا يجوز نكاح المرتدة مع أحد لانها مأمورة بالتأمل لتعود الى الاسلام وممنوعة من الاشتغال بشئ آخر ولانها بالردة صارت محرمة والنكاح مختص بمحل الحل ابتداء فلهذا لا يجوز نكاحها مع أحد ﴿ قال ﴾ واذا ارتد المسلم بانته امرأته مسلمة كانت أو كتابية دخل بها أو لم يدخل بها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان لم يدخل بها فكذلك وان كان بعد الدخول لا يتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلاث حيض بناء على أصله في الفرق بين تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده على ما بينا في الاسلام فانه بالردة يقصد منابذة الملة لا الخلية فلا يكون ذلك موجبا للفرقة بعد تأكده ما لم ينضم اليه سبب آخر كما لو أسلم أحدهما وابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد فان تاب فهي امرأته وان مات أو قتل ورثته وجعل هذا قياس اسلام أحد الزوجين على ما بينا ولكننا نقول الردة تنافي النكاح واعتراض سبب المنافي للنكاح موجب للفرقة بنفسه كالمحرمة فاما اختلاف الدين عينه لا ينافي النكاح حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية وكذلك الاسلام لا ينافي النكاح فان النكاح نعمة وبالإسلام تصير النعم محرزة له فلهذا لا تقع الفرقة هناك الا بقضاء القاضي بمداياها الآخر ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر ان كان لم يدخل بها ونفقة العدة ان كان دخل بها وان كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها ان كان قبل الدخول وليس لها نفقة العدة بعد الدخول والكلام في ان هذه الفرقة بطلاق أو بغير طلاق كما بيناه ﴿ قال ﴾ واذا ارتد الزوجان معا فهما على نكاحهما استحسانا عندنا وفي القياس تقع الفرقة بينهما وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان في ردتها ردة أحدهما وزيادة فاذا كانت ردتها تنافي ابتداء النكاح تنافي البقاء أيضا ولكننا تركنا القياس لاتفاق الصحابة رضي الله تعالى عنهم فان بنى حنيفة ارتدوا بمنع الزكاة فاستتابهم أبو بكر رضي الله تعالى عنه ولم يأمرهم بتجديد النكحة بعد التوبة ولا أحد من الصحابة رحمهم الله تعالى سواه ولا يقال لعل الارتداد من بعضهم كان قبل بعض ولم يشتمل بذلك أيضا لان كل أمرين لا يعرف التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا معا وفقه هذا الكلام ان وقوع الفرقة عند ردة أحدهما لظهور خبثه عند المقابلة

بطيب المسلم فاذا ارتداً مما لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة لانه تغايل الخبث بالخبث والمعنى فيه انه لم يختلف لهما دين ولا دار فيبقى ما كان بينهما على ما كان كما اذا أسلم الكافران معاً واعتبار البقاء بالابتداء فاسد فان العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء ولا فرق لان كل واحد منهما يوجب حرمة المهل ولكنها غير متأبدة فان أسلم أحدهما وقعت الفرقة بينهما باصرار الآخر على الردة لظهور خبثه الآن عند المقابلة بطيب الآخر حتى لو كانت المرأة هي التي أسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق وان كان الزوج هو الذي أسلم فلا شيء لها لان الفرقة من جانب من أصر على الردة فان اصراره بعد اسلام الآخر كالنشاء الردة **قال** وان أسلم النصراني وامرأته نصرانية ثم تحولت الى اليهودية فهي امرأته كما لو كانت يهودية في الابتداء وان أسلم وهي مجوسية ثم ارتد عن الاسلام بانت منه لان النكاح بعد اسلامه باق ما لم يفرق القاضي بينهما ألا ترى أنها لو أسلمت كانا على نكاحهما فتفرده بالردة في حال بقاء النكاح موجب للفرقة وكذلك اذا أسلمت المرأة المجوسية ثم ارتدت بانت منه وكذلك لو ارتد الزوج بانت منه وان لم يرتد الزوج ولم تسلم هي حتى مات الزوج كان لها المهر كاملاً دخل بها أو لم يدخل بها لان النكاح ينتهي بالموت حين لم يفرق القاضي بينهما فيتقرر به جميع المهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح أهل الحرب

قال رضي الله عنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه سئل عن مناحة أهل الحرب من أهل الكتاب فكره ذلك وبه نأخذ فنقول يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية في دار الحرب ولكنه يكره لانه اذا تزوجها ثم بما يختار المقام فيهم وقال صلى الله عليه وسلم أنا يرى من كل مسلم مع مشرك لا تراى نارهما ولان فيه تمرىض ولده للرق فربما تحبل منه فتسبي فيصير ما في بطنها رقيقاً وان كان مسالماً واذا ولدت تخلق الولد باخلاق الكفار وفيه بعض الفتنة فيكره لهذا فان خرج وتركها في دار الحرب وقعت الفرقة بينهما بتباين الدارين حقيقة وحكما فانها من أهل دار الحرب والزوج من أهل دار الاسلام وتباين الدارين بهذه الصفة موجب للفرقة عندنا وعند الشافى رحمه الله تعالى لا يكون موجبا للفرقة حتى اذا أسلم أحد الزوجين وخرج الى دارنا فان كانت المرأة هي التي خرجت مراغمة وقعت

الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين وعنده للقصد الى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج
 فان خرجت غير مراغمة لزوجها أو خرج الزوج مسلماً أو ذمياً تقع الفرقة بتباين الدارين
 عندنا ولا تقع عند الشافعي رحمه الله تعالى واستدل بحديث أبي سفيان رضي الله عنه فانه
 أسلم بمر الظهران في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لم يجد رسول الله صلى الله
 عليه وسلم النكاح بينه وبين امرأته هند ولما فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة هرب
 عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام رضي الله عنهما حتى أسدت امرأة كل واحد منهما
 وأخذت الامان لزوجها وذهبت فجاءت بزوجها ولم يجد رسول الله صلى الله عليه وسلم
 النكاح بينهما وان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت الى المدينة ثم تبعها
 زوجها أبو العاص بعد سنين فردها عليه بالنكاح الاول والمعنى فيه ان اختلاف الدار عبارة
 عن تباين الولايات وذلك لا يوجب ارتفاع النكاح كاختلاف الولاياتين في دار الاسلام الا
 ترى ان الحربى لو خرج الينا مستأمناً أو المسلم دخل دار الحرب بامان لم تقع الفرقة بينه وبين
 امرأته وكذلك الخارج من مصر أهل العدل الى منعة أهل البني لا تقع الفرقة بينه وبين
 امرأته وأصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات
 مهاجرات الى قوله فلا ترجموهن الى الكفار الآية وائس في هذه الآية بيان قصد المراغمة
 فاشترطه يكون زيادة على النص وقال الله تعالى ولا تمسكوا بمصم الكوافر والكوافر جمع
 كفرة معناه لا تمسكوا من خلفتموه في دار الحرب من نسائكم ولما أراد عمر رضي الله عنه ان
 يهاجر الى المدينة نادى بمكة الامن أراد ان تيم امرأته منه أو تبين فليتحق بي أى فليصحبني
 في الهجرة والمعنى فيه ان من بقى في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت قال
 الله تعالى أو من كان ميتاً فاحييناه أى كافراً قرزناه الهدي الا ترى ان المرتد اللاحق بدار
 الحرب يجعل كالميت حتى يقسم ماله بين ورثته فكذلك لا تتحقق عصمة النكاح بين الحي والميت
 فكذلك لا تتحقق عند تباين الدارين حقيقة وحكما فلما اذا خرج الينا بامان فتباين الدارين لم
 يوجد حكماً لانه من أهل دار الحرب متمكن من الرجوع اليها وكذلك اذا دخل المسلم دار
 الحرب بامان فهو من أهل دار الاسلام حكماً ومنعة أهل البني من جملة دار الاسلام ومن
 فيها لا يحمل بمنزلة الميت حكماً والدليل عليه انه ما خرج الا قاصداً احراز نفسه من المشركين فلا
 يعتبر مع ذلك القصد الى المراغمة ولو كان خروجها على سبيل المراغمة لزوجها وقعت الفرقة

بالاتفاق فاما حديث زينب رضي الله عنها فالصحيح انه ردها عليه بالنكاح الجديد وما روى
 انه ردها عليه بالنكاح الأول أي بجرمة النكاح الأول الا ترى انه ردها عليه بمدستين والمدة
 تنقضي في مثل هذه المددة عادة وقد روى ان الكفار تبعوها وضربوها حتى أسقطت
 فانقضت عدتها بذلك وعند الشافعي رحمه الله تعالى ان كان لا تقع الفرقة بتباين الدارين تقع بانقضاء
 المددة واما اسلام أبي سفيان فالصحيح أنه لم يحسن اسلامه يومئذ وانما أجاره رسول الله صلى
 الله عليه وسلم بشفاعته عمه العباس رضي الله عنه وعكرمة وحكيم بن حزام انما هربا إلى الساحل
 وكانت من حدود مكة فلم يوجد تباين الدارين وقال الزهري ان دار الاسلام انما تميزت من
 دار الحرب بمد فتح مكة فلم يوجد تباين الدارين يومئذ فلهذا لم يحدد النكاح بينهما فاما اذا
 سبى احد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالاتفاق فعندنا لتباين الدارين وعند الشافعي رضي الله
 عنه للسبي حتى اذا سببا معالم تقع الفرقة بينهما لقوله تعالى والمحصنات من النساء الآية معناه
 ذوات الأزواج من النساء الا ما ملكت أيما نكحتم فانها محلاة لكم وانما نزلت الآية في سبايا
 أو طاس وقد نادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ الا لا توطأ الحبا إلى من النقي حتى
 يضعن ولا الحبا إلى حتى يستبرأن بحيضة وانما سبي أزواجهن معهن والمعنى فيه ان السبي يقتضي
 صفاء السبي للسباي ولهذا لا يبقى الدين الذي كان واجبا على المسي وانما يصفو اذا لم يبق ملك
 النكاح وهذا لان السبي سبب لملك ما يحتمل التملك ومحل النكاح محتمل للتملك فيصير مملوكا
 للسباي لانه لو امتنع ثبوت الملك انما يمتنع لحق الزوج وهو ليس بذى حق محترم الا ترى
 انه تسقط به مالكيته عن نفسه وعن ماله ولهذا قلنا لو كانت المسيبة منكوحة لمسلم أو لذي
 لا يبطل النكاح لان ملك النكاح محترم ولا يدخل عليه القصاص انه لا يسقط بالسبي لان
 المستحق بالقصاص الدم وهو ليس بمحتمل للتملك ولان القصاص لا يجب الا للمحترم وحجتنا
 في ذلك ان السبي سبب لملك الرقبة مالا فلا يكون مبطالا للنكاح كالشراء وهذا لان المملوك
 في النكاح ليس بمال فلا يثبت فيه التملك بالسبي مقصودا لان تملك البضع مقصودا بسببه
 يختص بشرائط من الشهود والولي وذلك لا يوجد في السبي فانما يثبت الملك هنا تبعاً لملك
 الرقبة وذلك لا يثبت الا عند فراغ المحل عن حق الغير ونفس السبي ليس بمناف للنكاح الا ترى
 ان ملك النكاح لو كان محترماً لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر للمحترم وغير
 المحترم فيه سواء كما اذا تقرر بالحرمية والرضاع ولأن السبي لا ينافي ابتداء النكاح فلا ن

لا ينافي البقاء أولى وأما الدين فان كان على عبد نسبي لم يسقط الدين منصوص عليه في
المأذون وان كان على حر نسبي فانه يسقط لانه لما صار عبداً والدين لا يجب على العبد الا
شاغلا مالية رقبته فكذلك لا يبقى الا شاغلا للمالية وحين كان واجباً على الحر لم يكن شاغلا
لمالية الرقبة اذ لا مالية في رقبته فلا يمكن ابقاؤه الا بتلك الصفة وقد تمندر ابقاؤه بتلك
الصفة بعد السبي الا ترى أنه لو كان الدين لمحرّم لا يبقى كذلك وبه يبطل قولهم ان السبي
يقضى صفاء المسبي للسابي فان ملك النكاح اذا كان محترماً بقي النكاح ولا صفاء وكذلك
اذا سبي الزوج وقعت الفرقة وهنا الملك له لاعليه فأما الحديث فالمراد أن الرجال هربوا الى
حصونهم وانما سبي النساء وحدهن فقد وقعت الفرقة بتباين الدارين والآية دليلاً فان
الله تعالى حرم ذوات الازواج فلم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي
بهذا النص اذا عرفنا هذا فنقول اذا خرج الزوج مسلماً وتركها في دار الحرب حتى وقعت
الفرقة بينهما لم يقع عليها طلاقه بعد ذلك لان النكاح قد انقطع لا الى عدة فان بقاءها في دار
الحرب كما ينافي أصل النكاح بينها وبين الزوج ينافي العدة فلها لا يقع طلاقه عليها وان
خرجت المرأة قبل الزوج مسلمة أو ذمية فهما على نكاحهما لان الزوج مسلم من أهل دار
الاسلام أيضاً فلم يتباين بهم الدار **قال** حريية كتابية دخلت دار الاسلام بأمان
فتزوجت مسلماً أو ذمياً جاز ذلك وصارت ذمية لانها تابعة لزوجها في المقام فتزوجها نفسها
ممن هو من أهل دار الاسلام يكون رضى منها بالمقام في دارنا على التأييد فتصير ذمية
وان كانت غير كتابية فان تزوجها ذمياً فكذلك الجواب وان تزوجها مسلم لم يحز النكاح
وصيرورتها ذمية تكون ضمناً لصحة النكاح ولم يصح النكاح هنا وهذا بخلاف المستأمن
في دارنا اذا تزوج ذمية فانه لا يصير ذمياً لان الرجل ليس يتبع للمرأة في المقام الا ترى
انه لا يصير مقبلاً باقامة المرأة والمرأة تصير مقيمة باقامة الزوج ومسافرة بسفره فلها اقتراً
قال حربي أسلم وتحتة خمس نسوة وأسلمن معه فان كان تزوجهن في عقدة واحدة
يفرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن في عقود متفرقة فنكاح الاربع الاول جائز ونكاح
الخامسة فاسد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى
سواء تزوجهن في عقدة واحدة او في عقود متفرقة يخير فيختار أي أربع منهن شاء ويفارق
الخامسة وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وكذلك لو كان تحتة اختان فأسلمن معه فان

تزوجهما في عقدة واحدة بطل نكاحهما ولو كان تزوجهما في عقدين جاز نكاح الاولى
وبطل نكاح الثانية عندهما وقال محمد والشافعي رحمهما الله تعالى يختار أيهما شاء ويفارق
الأخرى واستدل بحديث غيلان بن سلمة أنه أسلم وتحتة ثمان نسوة وأسلمن معه فقال
صلى الله عليه وسلم اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن وقيس بن حارثة رضى الله عنه أسلم
وتحتة عشر نسوة وأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم ان يختار أربعاً منهن
والضحاك بن فيروز الديلمي أسلم وتحتة اختان فقال صلى الله عليه وسلم اختر أيتهما شئت
والمعنى فيه ان هذه حرمة اعترضت في بعض المنكوحات بعد صحة النكاح فتوجب التخيير
دون التفريق كما لو طلق احدى نسائه لابعينها ثلاثاً وبيان ذلك ان الانكحة وقعت صحيحة
في الاصل لان حرمة الجمع بخطاب الشرع وقد بينا ان حكم هذا الخطاب قاصر عنهم
لاعتقادهم بخلاف ذلك ما لم يسلموا الا ترى انه لو ماتت واحدة منهن أو بانث ثم أسلم
وليس عنده الا أربع منهن جاز نكاحهن سواء ماتت الأولى أو الاخيرة واذا ثبت ان
الانكحة صحيحة كان المقدم الواحد والعقود المتفرقة فيه سواء بمنزلة الحربى اذا كان تحتة
أربع نسوة فسبى وسبين معه فان العقد الواحد والعقود المتفرقة فيه سواء بالاتفاق وان اختلفنا
في التفريق أو التخيير وفرق محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير بين أهل الحرب وأهل
الذمة فقال لو كانت هذه العقود فيما بين أهل الذمة كان الجواب كما قاله أبو حنيفة رحمه
الله تعالى لان خطاب الشرع بحكم الشيوع في دار الاسلام يجعل ثابتاً في حق أهل الذمة
وان كنا لا نتعرض لهم ما لم يسلموا وقد بينا هذا من أصلها والشافعي رحمه الله تعالى يسوي
بين أهل الحرب وأهل الذمة فاما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلوا
بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين فالجمع بين الاختين نكاحاً حرام بهذا النص وبنكاح
الأولى ما حصل الجمع فوق نكاحها صحيحاً بحكم الاسلام وبنكاح الثانية حصل الجمع فلم
يكن نكاحها صحيحاً بحكم الاسلام وانما وجب الاعتراض بعد الاسلام بسبب الجمع اذ
لا سبب هنا سوى الجمع فتعين الفساد في نكاح من حصل الجمع بنكاحها وكان نكاحها فاسداً
بحكم الاسلام دون من لم يحصل بنكاحها الجمع وكان نكاحها صحيحاً بحكم الاسلام وان
تزوجهما في عقدة واحدة فالجمع حصل بهما ولم يكن ابطال نكاح أحدهما بأولى من الاخرى فبطل
نكاحهما بمنزلة الحرية تحت رجلين اذا أسلمت وأسلم معها وكذلك في نكاح الخمس الحرمة بسبب

الجمع بين ما زاد على الاربع فانما حصل ذلك بنكاح الخامسة فصرف الفساد اليها أولى وان كان تزوجهن في عقد واحد فالجمع حصل بهن جميعا وهذا بخلاف ما لو ماتت احدهن أو بانة لان الاعتراض بسبب الجمع بعد الاسلام فلا بد من بقاء الجمع المحرم بعد الاسلام حتى يجب الاعتراض ولم يبق ذلك اذا ماتت احدهما أو بانة وهو نظير ما لو تزوج رضيعتين فجاءت امرأة فأرضعتها بانة منه ولو أرضعت احدهما ماتت ثم أرضعت الاخرى لم يبطل نكاح الثانية لان الجمع انما يتحقق عند ارضاع الثانية فاذا كانت الاولى في نكاحه يتحقق الجمع بين الاختين وان ماتت أو بانة لم يتحقق الجمع بين الاختين وهذا بخلاف المسببات فان نكاح الاربع هناك وقع صحيحا بحكم الاسلام على الاطلاق لانه حين تزوجهن كان حراً وللاجر أن يتزوج أربع نسوة ثم وجب الاعتراض بسبب الرق الحادث فيه وعند حدوث الرق هن مجتمعات مستويات فلماذا استوى المقعد الواحد والمقود المتفرقة بمنزلة الرضيعتين اذا أرضعتها امرأة بانة منه وأن تزوجهما في عقدين لان الاعتراض وجب بعد صحة النكاح بالاختية العارضة فيهما وهما مستويان في ذلك بخلاف ما تقدم على ما بينا والاحاديث التي رويت فقد قال مكحول ان تلك كانت قبل نزول الفرائض معناه قبل نزول حرمة الجمع فوقعت الانكحة صحيحة مطلقا ثم أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باختيار الاربع لتجديد المقعد عليهن أو لما كانت الانكحة صحيحة في الاصل جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك مستثنى من تحريم الجمع الا ترى أنه قال في بعض الروايات وطلق سائرهن فهذا دليل على أنه لم يحكم بالفرقة بينه وبين ما زاد على الاربع وعلى هذا لو أسلم وتحتته بنت وأم فاسلمت معه فان كان تزوجهما في عقد واحد يبطل نكاحهما ثم ان كان لم يدخل بهما فله أن يتزوج البنت دون الام وان كان دخل بهما لم يكن له أن يتزوج واحدة منهما لان الدخول بكل واحدة منهما يوجب حرمة الاخرى بالمصاهرة على التأييد وان كان دخل بالام فليس له أن يتزوج واحدة منهما لان الام حرمت بعقد البنت والبنت حرمت بالدخول بالام وإن كان دخل بالبنت دون الام فله أن يتزوج البنت دون الام لان بمجرد العقد على الام لا يوجب حرمة البنت وان كان تزوجهما في عقدين فنكاح الأولى جائز ونكاح الثانية فاسد ان لم يدخل بهما وكذلك ان دخل بالأولى فان كان دخل بالثانية فان كانت الاولى بنتا فسد نكاحها لان الام حرمت بالعقد على البنت

والبنت حرمت بالدخول بالام وان كانت الاولى اما فنكاح البنت صحيح لان الدخول بالبنت يحرم الام والعقد على الام لا يحرم البنت فاما على قول محمد رحمه الله تعالى سواء تزوجها في عقدة أو في عقدتين فنكاح البنت صحيح لان العقد على الام لا يوجب حرمة البنت والعقد على البنت يوجب حرمة الام الا ان يكون دخل بالام فحينئذ يفرق بينه وبينهما وهذا اذا كان دخوله بالام بعد ما تزوج بالبنت فان كان قبل أن يتزوج البنت فنكاح الام صحيح لان الدخول بها يحرم البنت فاذا لم يصح نكاح البنت لا يحرم الام بذلك الا أن يكون دخل بالبنت أيضا فحينئذ تقع الفرقة بينه وبينهما بالمصاهرة وليس له أن يتزوج واحدة منهما **قال** وان أسلم الحربي وامرأته وقد كان نكاحهما بعد ان طلقها ثلاثا قبل ان تنكح زوجا آخر فرق بينهما لان التطليقات الثلاث تقع في دار الحرب كما في دار الاسلام فانهم يمتقدون ذلك وهي سبب حرمة المحل الى وقت إصابة الزوج الثاني بمنزلة الحرمة بالقرابة والرضاع فكما ان ذلك يوجب التفريق بعد الاسلام فكذلك هنا وكذلك لو جامع أمها أو ابنتها أو قبل واحدة منهما بشهوة لان الحرمة بسبب المصاهرة نظير الحرمة بسبب الرضاع وذلك يتحقق في دار الحرب كما يتحقق في دار الاسلام فهذا مثله **قال** واذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب ولم يكونا من أهل الكتاب أو كانا والمرأة هي التي أسلمت فانه يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلاث حيض عندنا سواء دخل بها أو لم يدخل بها وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان قبل الدخول تقع الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعد الدخول يتوقف على انقضاء العدة وعنده لا يختلف هذا الحكم بدار الحرب ودار الاسلام ولكنه يبني على تأكيد النكاح بالدخول وعدم تأكده كما ذكرنا فاما عندنا نفس اسلام أحدهما غير موجب للفرقة ولا كفر من أصر منهما على الكفر ولا اختلاف الدين نفسه كما بينا في دار الاسلام الا ان في دار الاسلام يمكن تقرير سبب الفرقة بعرض الاسلام على الآخر منهما حتى اذا أبى بصير مفوتا الامساك بالمعروف وفي دار الحرب لا يتأتى ذلك لان يد امام المسلمين لا تصل الى المصر منهما ليعرض عليه الاسلام ويحكم بالفرقة عند إياته فيقام ثلاث حيضات مقام ثلاث عرضات فيقرر سبب الفرقة لانه صار غير مريد لها حين لم يساعدها على الاسلام وبعد ما صار غير مريد لها تقع الفرقة بانقضاء ثلاث حيض كما لو طلقها الا أن هناك اذا كان الطلاق قبل الدخول يمكن اثبات الفرقة بنفسه لمباشرة الزوج سبب الفرقة

وهنا لا يمكن اثبات الفرقة قبل الدخول بدون انقضاء ثلاث حيض لان الزوج ما باشر شيئاً بل هو مستديم لما كان عليه فلماذا يتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلاث حيض في الوجهين جميعاً واذا وقعت الفرقة بذلك فان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول والمرأة جريسة فكذلك الجواب لان حكم الشرع لا يثبت في حقها فان كانت المرأة هي المسئلة فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا يوجب العدة على المسئلة من الحربي وأصل المسئلة في المهاجرة فانها اذا خرجت الى دار الاسلام مسئلة أو ذمية لم تلزمها العدة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الا أن تكون حاملاً فينذر لا تزوج حتى تضع حملها وان كانت حاملاً فلها أن تزوج في الحال وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تلزمها العدة وحجتها في ذلك حديث نسبية أنها لما هاجرت أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تمتد والمعنى فيه أن هذه حرة فارقت زوجها بعد الاصابة فتلزمها العدة كالمطلقة في دارنا وهذا لان وجوب العدة عليها لحق الشرع كيلا يجتمع ماء رجلين في رحمها وهي مسئلة مخاطبة بحق الشرع وهذا بخلاف المسبية فانها ليست بحرة وتأثيره أنها حلت للسببي ومن ضرورة الحكم بحلها للسببي الحكم بفراغ رحمها من ماء الزوج بخلاف ما نحن فيه ولا يقال لماذا يجب الاستبراء على السببي لأننا نقول كما يجب الاستبراء على السببي اذا كانت ثيباً أو منكوحه فكذلك اذا كانت بكرأ أو لم تكن منكوحه فكذا هذا مع ان هذا دليلنا لان بالاستبراء هناك يحصل المقصود فلا حاجة الى ايجاب العدة عليها بخلاف المهاجرة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا آتيتوهن أجورهن فالله تعالى اباح نكاح المهاجرة مطلقاً فتقييد ذلك بما بعد انقضاء العدة يكون زيادة وقال الله تعالى ولا تمسكوا بمصم الكوافروني ايجاب العدة تمسك بمصمة الكافرة والمعنى فيه ان هذه الفرقة وقعت بتبين الدارين فلا توجب العدة عليها وكالمسبية هذا لان تبين الدارين حقيقة وحكماً مناف للنكاح فيكون منافياً لان النكاح فلا تجب العدة لحق الشرع مع وجود المنافي ولا لحق الزوج لانه حربي غير محترم وهو نظير من اشترى امرأته لا تجب العدة لحقه لان الحل الثابت بالملك حقه ولا تجب لحق الشرع لوجود المنافي فاما اذا كانت حاملاً فلا تقول تجب العدة عليها ولكنها لا تزوج مالم تضع حملها لان في بطنها ولد ثابت النسب من الغير وذلك مانع من النكاح كام الولد اذا حبلت من مولاه ليس له ان يزوجه

حتى تضع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنها إذا تزوجت صح النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع لأنه لا حرمة لماء الحربى كما الزانى فهو بمنزلة ماء الزانى والحبل من الزنا لا يمنع النكاح عندنا ولكن الاول أصح لأن الحبل من الزنا لا نسب له وهنا النسب ثابت من الحربى وباعتبار ثبوت النسب المحل مشغول فهذا لا يصح النكاح ما لم يفرغ المحل عن حق الغير ويستوى في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج أحدهما مسلماً أو ذمياً أو خرج مستأنثاً ثم أسلم أو صار ذمياً لأنه صار من أهل دارنا حقيقة وحكماً في الفصلين وان كان الخارج هو الزوج فله ان يتزوج أربماً سواها أو أختها ان كانت في دار الاسلام لأنه لا عدة على التي بقيت في دار الحرب عندهم جميعاً فكان هذا بمنزلة الفرقة قبل الدخول واذا أسدت المرأة ثم خرج الزوج مستأنثاً فهما على النكاح ما لم تحض ثلاث حيض لان المستأنث وان كان في دارنا صورة فهو من أهل دار الحرب حكماً فكانه باق في دار الحرب حتى اذا أسلم الزوج قبل ان تحيض فهما على النكاح وان صار الزوج من أهل الذمة قبل ان تحيض ثلاث حيض فهما على النكاح أيضاً حتى اذا خرجت المرأة فهي امرأته حتى يعرض السلطان عليه الاسلام بمنزلة مالهو كان الزوج في الاصل ذمياً وكذلك لو كان الزوج هو الذى أسلم في دار الحرب ثم خرجت البيناذمية قبل أن تحيض ثلاث حيض فهما على النكاح حتى يعرض السلطان عليها الاسلام فأما اذا خرجا مستأنثين ثم أسدت المرأة ففي رواية هذا الكتاب يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلاث حيض لان الزوج من أهل دار الحرب فهو بمنزلة مالهو لو كان في دار الحرب وفي رواية كتاب الطلاق يقول ان عرض السلطان الاسلام على الزوج فأبى أن يسلم فرق بينهما وان لم يعرض حتى مضى ثلاث حيض تقع الفرقة أيضاً ففي حق الذى يتعين عرض الاسلام وفي حق الحربى في دار الحرب يتعين انقضاء ثلاث حيض وفي حق المستأنث من أى الامرين يوجد تقع به الفرقة لان المستأنث من وجه يشبه الذى لأنه تحت يد الامام يتمكن من عرض الاسلام عليه ومن وجه يشبه الحربى لأنه متمكن من الرجوع الى دار الحرب فيوفر حظه على الشبهين فاشبهه بالذى اذا وجد عرض الاسلام عليه تقع به للفرقة ولشبهه بالحربى اذا وجد انقضاء ثلاث حيض أولاً تقع به الفرقة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الهبة في النكاح

قال رضي الله عنه النكاح بلفظة الهبة والصدقة والتملك صحح في قول علماؤنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح الا بلفظة النكاح والتزويج واستدل بقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي الآية فقد جعل النكاح بلفظة الهبة خالصا للرسول صلوات الله عليه دون غيره من المؤمنين وقال صلى الله عليه وسلم اوصيكم بالنساء خيرا فانهم عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله التي امرنا بالاستحلال بها الا نكاح والتزويج وفي قوله اتخذتموهن بأمانة الله اشارة الا ان هذا العقد غير معقود لمقصود اثبات الملك ولهذا انعقد بلفظة الا نكاح والتزويج وهما لا يدان على الملك الا ترى انه لا ينعقد بهما شيء من عقود التملك ولكن المقصود بالنكاح مالا يخص من مصالح الدين والدنيا والفاظ التملك لا تدل على شيء من ذلك فلا ينعقد بها هذا العقد وهو معنى قولهم هذا عقد خاص فلا ينعقد بغيره الا ترى ان الشهادة لما شرعت بلفظ خاص لمعنى وهو انها موجبة بنفسها كما أشار الله تعالى اليه في قوله شهد الله انه لا اله الا هو لم يقم لفظ آخر مقام هذا اللفظ حتى لو قال الشاهد احلف لا يصح أداء الشهادة به والدليل عليه ان التزويج هو التعليق والنكاح هو الضم وليس فيهما ما يدل على الملك وليس في التملك معنى التلقيق والضم فلا ينعقد هذا اللفظ بالفاظ التملك وكيف ينعقد النكاح بهذا اللفظ والفرقة تقع به اذا قال لامرأته وهبت نفسك منك كان بمنزلة لفظ الطلاق مع ان النكاح لا يصح الا بشهود وعند ذكر لفظ الهبة الشهود لا يعرفون انهما أرادا النكاح وحجتنا في ذلك قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم الآية معناه ان أراد النبي ان يستنكحها فوهبت نفسها منه فقد جعل الله تعالى الهبة جوابا للاستنكاح والاستنكاح طلب النكاح وأما قوله خالصة لك فقد قيل المراد به المرأة يعني انها خالصة لك فلا تحل لاحد بعدك حتى يكون شريكك في الفراش من حيث الزمان كما قال الله تعالى في آية أخرى وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبدا وأصح ان المراد هبة خالصة لان قوله ان وهبت يقتضى هبة والكناية تنصرف الى الثابت بمقتضى الكلام فيكون المعنى هبة خالصة لا يلزمك مهر لها وهذا لك دون المؤمنين. ألا ترى أنه قال

قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم يعني من الابتغاء بالمال والدليل عليه أنه قابل الموهوبة
 نفسها بالمؤتي مهرها بقوله أنا أحللك أزواجك الآية وكذلك قال في آخر الآية لكي
 لا يكون عليك حرج وهو نص على أن الخصوصية لدفع الحرج عنه وذلك ليس في اللفظ
 إذ لا حرج عليه في ذكر لفظ النكاح إنما الحرج في إبقاء المهر مع أن المذكور لفظة الهبة
 في جانب المرأة لا في جانب رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا أن المراد الخصوصية
 بجواز نكاحه بغير مهر وإمامنا في المسئلة على رضوان الله عليه فإن رجلا وهب ابنته لمبيد
 الله بن الحر بشهادة شاهدين فأجاز ذلك على رضى الله تعالى عنه والمعنى فيه أن هذا ملك
 يستباح به الوطء فينقصد بالهبة والتملك كملك اليمين وهذا كلام على سبيل الاستدلال
 لا على سبيل المقايسة لأن صلاحية اللفظ كناية عن غيره وليس بحكم شرعى ليعرف بالمقاييس بل
 طريق معرفة ذلك النظر في كلام أهل اللغة وهذه إشارة إلى مذهبهم في الاستعارة لأنهم
 يستعملون اللفظ لغيره لاتصال بينهما من حيث السببية كما قال الله تعالى أنى أرانى أعصر
 خمرأى عنباً بالمصر يصير خمرأى ويسمى المطر سماءً لأنه ينزل من السماء وما يكون من علو
 فالعرب تسميه سماءً وكذلك النبات يسمى سماءً لأنه ينبت بسبب المطر فأنهم يقولون ما زلنا
 نطأ السماء حتى آتيناكم وإذا ثبت هذا فنقول هذه الالفاظ سبب لملك الرقبة وملك الرقبة
 في محل المتعة موجب لملك المتعة فللاتصال بينهما سبباً يصلح هذا اللفظ كناية عن
 ملك المتعة والمقصود من النكاح ملك المتعة دون ما سواه من المقاصد ألا ترى أنه يختص
 به الزوج حتى يجب البدل عليه وسائر المقاصد يحصل لهما وإن ملك الطلاق الراجع لهذا
 الملك يختص به الزوج فعرفنا أن المقصود هو الملك دون ما توهمه الخصم وإنما انعقد بلفظ
 النكاح والتزويج لأنهما لفظان جملاً عاماً لهذا العقد بالنص واعتبار المعنى في غير المنصوص
 عليه فأما في المنصوص لا يعتبر المعنى مع أنهما لفظان لا يجاب ملك ما ليس بمال فهذا
 لا تأثير لهما في إثبات ملك المال ومتى صار اللفظ كناية عن غيره سقط اعتبار حقيقته وقام
 مقام اللفظ الذى جعل كناية عنه والشرط سماع الشاهدين اللفظ الذى ينقصد به النكاح
 فأما وقوفهما على مقصود المتعاقدين ليس بشرط مع أنه إذا قال وهبت ابنتي منك بصدق
 كذا فالشهود يملون أنه أراد النكاح وكما أن الفرقة تحصل بلفظ الهبة تحصل بلفظ
 الزوجية إذا قال لامرأته تزوجى ونوى به الطلاق يقع ولم يدل ذلك على أنه لا ينقصد به

النكاح فأما لفظ البيع فالصحيح أنه ينعقد به النكاح واليه أشار في كتاب الحدود قال اذا
زنى بامرأة ثم قال تزوجتها أو اشتريتها وهذا للفقهاء الذي بينا أن البيع يوجب ملكا هو سبب
لملك المتعة في محله وكان أبو بكر الاعمش رحمه الله تعالى يقول لا ينعقد النكاح بالبيع
لانه خاص لتملك مال بمال والمملوك بالنكاح ليس بمال فأما لفظة الاجارة لا ينعقد بها
النكاح لانها غير موجبة ملكا يستفاد به ملك المتعة فانها توجب ملك المنفعة وبملك المنفعة
لا يستفاد ملك المتعة ويحكي عن الكرخي رحمه الله تعالى أنه كان يقول ينعقد به لان
المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سمي الله تعالى العوض
في النكاح اجرا بقوله عز وجل فان توهن أجورهن وذلك دليل على أنه بمنزلة الاجارة ولكن
هذا فاسد فان الاجارة شرعا لا تنعقد الا مؤقتا والنكاح لا ينعقد الا مؤبدا فبينهما مغايرة
على سبيل المناقاة فأما لفظ الوصية لا ينعقد به النكاح لانه لا يوجب الملك بنفسه بل موجه
اخلافة مضافة الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح مضافا الى ما بعد الموت لا يصح
أيضا فان قيل الهبة أيضا لا توجب الملك مالم ينضم اليه القبض قلنا الهبة لا توجب
اضافة الملك ولكن لضعف في السبب لتعريفه عن العوض يتأخر الملك الى أن يتقوى
بالقبض وينعدم ذلك الضعف اذا استعمل في النكاح لان العوض يجب به بنفسه ولهذا
جاز استعماله في حق الصغيرة والكبيرة فالهنا كان موجبا ملك النكاح بنفسه مع ان المملوك
بالنكاح بنفس العقد يصير كالمقبوض ولهذا لومات عقيب العقد تعذر البديل فكان
هذا بمنزلة هبة عين في يد الموهوب له فيوجب الملك بنفسه فأما لفظ الاحلال والتمتع
لا يوجب ملكا أصلا فان من أحل لغيره طعاما أو أذن له ان يتمتع به لا يملكه وانما يتلفه
على ملك المبيح فكذلك اذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك واما
الاعارة فكذلك فانه لا يوجب ملكا يستفاد به ملك المتعة والاقراض في معنى الاعارة مع
ان الاقراض في محل ملك المتعة لا يصح لان محل ملك المتعة الآدمي والاستقراض في
الحيوان لا يجوز فالهنا لا ينعقد النكاح بهذه الالفاظ بخلاف لفظة الهبة والصدقة ولكن
باعتبار هذه الالفاظ تنعقد الشبهة فيسقط به الحد ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل
عند الدخول **قال** ولو قال أتزوجك بكذا فقالت قد فعلت فهو بمنزلة قولها قد تزوجتك
لانها أخرجت الكلام مخرج الجواب لخطابه فيصير ما تقدم من الخطاب كاللما فيه ولا

يحتاج الى ان يقول الزوج قبل بخلاف البيع على ما بيناه فيما سبق وذكر في النوادر انه اذا قال جئتكم خاطباً فقالت قد فعلت أو زوجتك نفسى كان نكاحاً تاماً وفي الكتاب يقول اذا قال خطبتك الى نفسك بكذا فقالت زوجتك نفسى فهو نكاح جائز اذا كان بمحضر من الشهود لان هذا كلام الناس وليس بقياس معناه انه بلفظ الخطبة لا ينقصد النكاح في القياس لان الخطبة غير المقصد ولكنه استحسن فقال المراد به في عادة الناس المقصد فلا جيل الفرق الظاهر جمعنا ذلك بمنزلة النكاح استحساناً والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب المهور

قال **﴿** وعقد النكاح بغير تسمية المهر جائز ولها مهر مثلها من نساءها لاوكس ولاشطط ان دخل بها أو مات عنها وهذا مذهبننا ان مهر المثل يجب للمفوضة بنفس العقد وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى وفي القول الآخر لا يجب المهر بنفس العقد وانما يجب بالتراضى أو بقضاء القاضى حتى اذا مات أحدهما قبل الدخول فلا مهر لها عنده ومشايخهم رحمهم الله تعالى مختلفون فيما اذا دخل بها وأكثروهم على انه يجب المهر بالدخول ومنهم من يقول لا يجب بالدخول أيضاً واحتج بحديث عمر وعلي وابن عمر وزيد رضى الله عنهم أنهم قالوا حسبها الميراث ولا مهر لها والمعنى فيه أنها جادت بحقها وهي من أهل الجود فيصح منها كما لو وهبت شيئاً من مالها وهذا لان المستوفى بالنكاح اما أن يكون في حكم المنفعة كما هو مذهبي أو في حكم العين كما هو مذهبكم فان كان في حكم العين فبدله بمنزلة أرض الطرف يخلص حقاً لها ويسقط باسقاطها وان كان بمنزلة المنفعة فبدل المنفعة لها والدليل عليه انها يملك الابراء عن المهر والشراء به شيئاً وبهذا الطريق قال بعضهم انه وان دخل بها لا يجب المهر لانها كما رضيت بثبوت الملك عليها بغير عوض فقد رضيت بالاستيفاء من غير عوض وأكثروهم على أن فيما يجب بالاستيفاء معنى حق الشرع ألا ترى أن ما يجب بالاستيفاء من العقوبة وهو حد الزنا يكون خالص حق الشرع فكذلك المال الذى يجب عند الاستيفاء لا يسقط برضاها بالاستيفاء بغير عوض والى هذا أشار الله تعالى في قوله فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن ولان المعاوضة في النكاح بين الزوجين حتى لا ينقصد النكاح الا بدكرهما فأما المهر ليس بموضع أصلى ولا يكتنه زائد وجب لها